תוכן עניינים :

[דיני איסורים מול דיני ממונות 2](#_Toc505940553)

[דיני שמירה 2](#_Toc505940554)

[דיני הונאה 2](#_Toc505940555)

[שמיטת כספים 2](#_Toc505940556)

[סמכות החכמים 4](#_Toc505940557)

[מחלוקת 5](#_Toc505940558)

[הלכה כבתראי 8](#_Toc505940559)

[התקדים 9](#_Toc505940560)

[מעמדו של התלמוד 10](#_Toc505940561)

[קים לי 10](#_Toc505940562)

[סמכות החכמים בתחום החקיקה (חכמים כמחוקקים) 10](#_Toc505940563)

["הוראת שעה" 11](#_Toc505940564)

["הפקר בית דין – הפקר" 12](#_Toc505940565)

[תקנות חכמים : 13](#_Toc505940566)

[תקנות הקהל : 14](#_Toc505940567)

[מנהגים 17](#_Toc505940568)

[מעשה קניין : 18](#_Toc505940569)

[יחס ההלכה לחוקי המדינה 18](#_Toc505940570)

["דינא דמלכותא דינא" 20](#_Toc505940571)

[בתי דין של הדיוטות וערכאות של גוים 22](#_Toc505940572)

[משפט ומוסר – עשיית הישר והטוב 24](#_Toc505940573)

["שומא הדר"- 26](#_Toc505940574)

[השבת אבדה : 27](#_Toc505940575)

[לפנים משורת הדין : 27](#_Toc505940576)

[חיוב בדיני שמיים : 29](#_Toc505940577)

[מידת החסידות ורוח חכמים נוחה הימנו 29](#_Toc505940578)

[מי שפרע ומחוסר אמנה 31](#_Toc505940579)

**משפט עברי – מחברת קורס מסוכמת :**

דיני איסורים מול דיני ממונות **: בהלכה**, לעומת ה**משפט הישראלי** – מתקיים **הליך אחד** בלבד נגד אדם שביצע עבירה כלשהי, למשל בגניבה – ע"פ ההלכה על הגנב לשלם כפליים. יש לבצע **אבחנה** בין דיני איסורים לדיני ממונות, למשל : **גמישות** - כשמדובר בדיני ממונות, **הצדדים יכולים להתנות** על דינים מסוימים (בהסכמה של שני הצדדים), לעומת בדיני איסורים שעניין זה **אסור**.

**משנה מסכת כתובות** : **בני זוג יכולים לבצע תניה** שהבעל לא אוכל מפירות נכסי האישה במהלך הנישואין, ושהוא לא יירש אותה – אם הסכמתו לכך מובעת בצורה ברורה ומפורשת, יש לקבל את דבריו. אך אם זה לא נאמר באופן מפורש, לא יקבלו זאת.

**תוספתא קידושין - "מקדשך על מנת שירצה אבא"** : ניתן לבצע **קידושין בתנאי מתלה**, במקרה הזה התנאי היה **הסכמת אביו** של החתן, אם האב מסכים הם מקודשים ואם הוא לא הם אינם.

**ניתן גם להתנות לגבי מזונות** : הגבר לא יהיה חייב במזונות והאישה לא תיתן לו רווחים ממעשי ידיה – זוהי **הסכמה דו צדדית** ולכן למרות שידוע שיש פער בין מעמד הגבר לאישה – היא תקפה.

לעומת זאת, **בדיני איסורים אסור להתנות :** אם הגבר אומר שהקידושין תלויים בכך שבמותו היא לא תזדקק לייבום או חליצה – זה לא חל מפני שזהו **איסור הלכתי**. בנוסף לכך, לבני זוג אסור להתנות שלאישה יש זכות להיות עם גברים אחרים. כך גם בעניין **ריבית** – למרות שזה נתפס כהסדר ממוני, זהו איסור הלכתי.

דיני שמירה **:** ישנם שלושה סוגים של שומרים : **שומר חינם, שומר שכר ושואל** (רמת האחריות לגבי החפץ עולה בין אחד לשני). התורה קובעת מתי ובאילו נסיבות השומר יהיה חייב.

בעניין זה קיים הכלל "**המוציא מחברו עליו הראיה**" – מי שרוצה להוציא מהשני משהו, נטל ההוכחה מוטל עליו. בעניין זה, אם השומר רוצה לומר שהוא לא חייב להחזיר את החפץ, עליו להוכיח למה. **במשפט הישראלי** – כאשר מדובר בשומר שכר הנטל הוא עליו, כשמדובר בשומר חינם הנטל הוא על הבעלים.

דיני הונאה : בהלכה, לאו דווקא מדובר בתרמית. כאשר חפץ נמכר **בפער של יותר מ-20% משווי השוק** שלו – חל דין הונאה, ובמקרים מסוימים הרוכש יוכל **לקבל את הפער** או **לבטל** את העסקה.

**הרמב"ם הלכות מכירה :** אדם **לא יכול לומר שדיני הונאה לא חלים אצלו**. אבל, אם מגיע לקוח והסוחר אומר לו שהחפץ המסוים שהוא רוצה לרכוש עולה יותר ממחיר השוק – ושהוא יכול לרכוש אותו אבל הוא לא יוכל לטעון שהתקיימה הונאה – הוא **רשאי**. צריך שתתקיים **הודעה מפורשת וברורה, ושהצד השני יידע על מה הוא מוותר.** יש לציין **שלגבי קרקעות דין הונאה** מפני שבד"כ אין מחיר שוק.

שמיטת כספים : פעם בשבע שנים מתקיימת **שנת שמיטה**, מעבר לעניין הקרקעות – ישנה גם שמיטת כספים : **החובות נמחקים** (קיים קשר בין השניים – אין יכולת להתפרנס בגלל שלא עובדים את האדמה, ולכן אין חיוב להשיב חובות).

**הלוואה היא חלק ממצוות צדקה** – שמיטת כספים מהוות חלק מזה מפני שהמלווה הוא בד"כ בעל אמצעים והלווה הוא עני, שמיטת הכספים מבצעת סוג של **איזון סוציאלי**.

הרבה אנשים **פחדו להלוות** בגלל חשש הכסף לא יוחזר, ולכן חכמים יצרו "**פרוזבול**" – החוב הופך להיות חוב ל**רשות ציבורית**, והמלווה צריך להשיב אותו לבית הדין (שמיטת כספים חלה רק בין פרט לפרט).

**הרמב"ם** : אין התקיימה **תנייה** בין הצדדים ש**שמיטת כספים לא תחול**, זה **מותר** מפני שזה עניין שב**ממון**. לא ניתן להגיד שהדין לא חל באופן כללי, אלא שהוא לא יחול בעסקה הקונקרטית.

אסור להתנות **בענייני ריבית** – זהו **איסור תורה**. באופן עקרוני אסור לקחת ריבית – גם היא מהווה חלק מ**מצוות צדקה**, סיוע לחלש לקום על רגליו וכו'. **כיום**, ההלוואות נועדו על מנת **לשפר את תוחלת החיים** (הלוואת עסקיות), ולא לצורך שיקום – ולכן יכול להיות שהטעם לאיסור זה אינו רלוונטי. **חז"ל** עקפו את איסור הריבית באמצעות "**היתר עסקה**" – יחסי הצדדים הופכים להיות יחסי שותפות וכך הריבית מותרת – הם עשו זאת מפני שהרבה אנשים לא רצו להלוות, מה שהרע במצב העניים.

**הרשב"א שו"ת חלק ו', רנד : שאלה** - ראובן מחתן את ביתו עם שמעון, ביתו ונכדתו מתו – האם הנדוניה תוחזר לאב או שתינתן לחתן ? טענת החתן – ע"פ דין תורה, בעל יורש את אשתו, טענת האב – הוא זכאי מפני שהם לא חיים בא"י, יש ללכת ע"פ דיני הגויים של המדינה בה הם גרים, ושם האב יורש את ביתו (סוג של "**תנאי מכללא**", למרות שלא התקיימה תניה מפורשת, כך נהוג בקהילה ואין צורך לומר זאת באופן מפורש). **תשובה** – ניתן להתנות על ענייני ממון, אבל **לא התקיימה תניה מפורשת**. טענת האב לא מתקבלת מפני ש**לא ניתן לטעון שיהודי צריך לפעול ע"פ דיני הגויים** בכל עניין, אם הייתה תניה שהם הולכים ע"פ חוק הגויים – טענת האב הייתה מתקבלת, אך הם לא נהגו כך. אנו רואים שמחד, ניתן להתנות על דיני ממונות, אבל כשמדובר בדין גויים ההתניה מוגבלת.

**הבדלים בין דיני ממונות לדיני איסורים :**

1. **ספק איסור לחומרא, ספק ממון לקולא –** אם ישנה שאלה הלכתית לגבי ענייני איסורים – יש ללכת לפי הדעת המחמירה, אבל אם מדובר בענייני ממונות, יש להקל.
2. **בדיני ממונות ניתן להתנות, בדיני איסורים לא ניתן.**

**היחס בין התורה שבכתב לתושבע"פ :** ספק דאורייתא להמיר, ספק דרבנן להקל.

**מדרשי הלכה –** בנויים לפי סדר התורה, למשל הספרא על ספר ויקרא. "**אלה החוקים והמשפטים והתורות**...." : **החוקים** הם המדרשות, **המשפטים** הם הדינים, **והתורות** – התורה שבכתב והתורה שבעל פה. **למה התורה שבכתב והתושבע"פ לא ניתנו באותה צורה** ? בתושבע"פ מופיעה פרשנות על התורה שבכתב, במעמד הר סיני שתיהן ניתנו. תושבע"פ אמורה להיות נסתרת מפני מי שאינם יהודים.

**ספר העיקרים, ר' יוסף אלבו, מאמר שלישי** : התורה היא **נצחית** (נכונה תמיד ולא תשתנה), אבל יש צורך **להתאים את התורה למציאות המשתנה** – התושבע"פ ניתנת להתאמה, בתורה שבכתב יותר קשה לבצע התאמה למציאות.

**הרמב"ם - הקדמה לי"ד החזקה** : מחלק את התורה שבע"פ **לחמישה חלקים**, מדגיש בכל חלק האם תיתכן מחלוקת בהבנה או בפרטים של אחת ההלכות באותו חלק -

1. **החלק הראשון** – פירושים מקובלים מפי משה, אם אדם אומר "**כך קיבלתי**", כלומר כך שהוא שמע מרבותיו, **לא חולקים עליו** – אין מחלוקת על מה שניתן למשה מסיני.
2. **החלק השני - "הלכה למשה מסיני"** : אין לחלוק על מי שאמר שהלכה מסוימת הגיעה ע"י משה מסיני, המסורת עברה באופן מדויק, אפילו אם רק אחד שמע – לא מתווכחים איתו.
* בשני החלקים משה קיבל תורה מסיני, ההבדל הוא שבחלק הראשון יש רמז בתורה שבכתב, אבל בחלק השני אין.
1. **החלק השלישי** – הלכות שנלמדו ע"י חכמים מכוח פרשנות, סברא, י"ג מידות, מדרשים וכו' – יכולה להיות מחלוקת מפני שזה **נתון לפרשנות** (לעומת החלקים הקודמים שלא נוגעים לפרשנות אלא רק לזיכרון).
2. **החלק הרביעי** – הלכות שחכמים ונביאים התקינו כדי לעשות **סייג לתורה** (הרחבה/גירעון של עניין מסוים – למשל איסור בשר עם חלב).
3. **החלק החמישי** – כללים של חכמים שלא מוסיפים או גורעים מן התורה (בחלק של יחסים בין בני אדם, ולא בחלק הדתי), למשל תקנת השבת אבידה – נודעה כדי למנוע ויכוחים.
* החלק הרביעי והחמישי מתייחסים לגזירות חכמים (ולא ע"י התורה).
* **ההבדל ביניהם** : החלק החמישי מתייחס **לחברה**, החלק הרביעי מתייחס **לדת**.

**איך ניתן לדעת האם הלכה מסוימת היא דאורייתא או דרבנן ?**

**לפי דברי הרמב"ם** : החלק **הראשון והשני הם דאורייתא**, החלק **השלישי הוא דרבנן**. ישנה בעייתיות בנוגע לחלק **הרביעי והחמישי** – יש מקרים שבהם החכמים למדו משהו מהתורה, ויש חלקים שהחכמים קבעו משהו, אך מצאו לך אסמכתא בתורה.

**מחלוקת בין הרמב"ם לרמב"ן – כללים למניין מצוות התורה :**

1. מצוות שכתובת רק בתורה ולא מה שניתן ע"י חכמים.
2. לא כל הלכה שנלמדת באמצעות מדרש פסוקי התורה (י"ג מידות) צריך למנות בתרי"ג מצוות.

ע"פ **הרמב"ם –** הלכה שנלמדה ממדרש אינה דין תורה (אלא אם כן חכמים ציינו אחרת).

**הרמב"ן** – הלכה שנלמדה ממדרשים היא דין תורה.

סמכות החכמים **:** החכמים כמעבירי מסורת/פרשנים/מכריעים במחלוקת– מהיכן נובעת סמכותם ?

**בחומש דברים נכתב :** "**כי יפלא ממך דבר למשפט בין דם לדם בין דין לדין בין נגע לנגע**".

**דבר שנפלא מעיינך** – הכוונה לדבר שאתה לא יודע. אם לאדם יש שאלה – עליו לפנות לבית המקדש (חכמים) ולשאול– הם יתנו את התשובה, **אין לסור ממה שהם אמרו ימין או שמאל**.

**רש"י :** אפילו אם יאמרו לך ששמאל הוא ימין וימין שהוא שמאל, חובה להקשיב – חובת ציות מלאה.

**הרמב"ן (פירושו לרש"י)** : אפילו אם הפרט בטוח לחלוטין שהוא הבין את כוונת התורה, עליו להקשיב לדברי חכמים אפילו אם הם שונים ממה שהוא חושב, יש חובת ציות לחכמים. הוא לא שולל את האפשרות שחכמים טעו – אבל המחיר של טעות שווה את מניעת היווצרות כמה תורות.

**מסכת ראש השנה – ר' יהושע ורבן גמליאל** : שני עדים אמרו שהם ראם את הירח בליל ה-30 ואחר כך הוא נעלם, ר' הורכינוס חשב שהם עדי שקר, ולכן ר' יהושע חשב שיום הכיפורים הוא ביום מסוים, לעומתו רבן גמליאל (וחכמים אחרים) חשב שהוא מתקיים ביום אחר. למרות המחלוקת – ר' יהושע לא צם ביום שבו הוא חשב שכיפור חל. כדי שתהיה אחדות, להראות לכולם שהוא מסכים, סמכות ביה"ד לא תתערער.

**ספר החינוך :** מחדד את דברי הרמב"ן, תמיד יהיו מחלוקות. אם יש ציווי לציית לחכמים – כנראה שהם צודקים, יש **לצאת מתוך נקודת הנחה שהם לא טועים**. אבל, אפילו אם הם טועים אין לחלוק עליהם כדי שכולם יסמכו עליהם תמיד, שלא ייווצר מצב שבו כל אדם עושה מה שברצונו ויתקיים פיצול בעם – החידוד הוא **שהפגיעה היא גם חברתית-מדינית** ולא רק תורנית.

**הרמב"ם** : יש להקשיב לחכמים, זוהי **מצוות עשה**. לעבור על דברי חכמים זוהי **מצוות לא תעשה**. חובת הציות חלה על כל חלקי התושבע"פ – מה שעבר מדור לדור, מה שנלמד מתוך יג' מידות וכו'.

**הרב פיינשטיין** : אם יש מחלוקת, **הולכים ע"פ הרוב** – אפילו אם הם לא בהכרח צודקים. יש לפעול ע"פ פרשנות החכמים, ולכן גם אם כוונה ה' שונה מכוונתם, יש להקשיב להם, **זהו רצון ה'**.

**תלמוד ירושלמי** : אם חכמים אומרים שימין הוא שמאל ושמאל הוא ימין – אין חובה לציית להם, זה חל לגבי אדם שהוא "**ראוי להוראה**" (חכם מספיק כדי לא להקשיב לביה"ד). אם הוא הקשיב לביה"ד למרות שהוא סבר אחרת, והתברר שהם טעו, עליו להקריב קורבן – **חובת ציות לא מלאה**.

**ר' יצחק עראמה – ספר עקידת יצחק** : מסביר מדוע נוצרה הבעיה, למרות שהחכמים יודעים מהו הדין, ישנו קושי ביישומו במקרה הקונקרטי (האם הדין הספציפי חל במקרה הספציפי הזה?), המקרה הספציפי יכול להיות שונה מן הכלל. בעייני האדם הפשוט זה עלול להיתפס שימין הוא שמאל ושמאל הוא ימין – אין זה כך, מפני **שהחכמים מיישמים את הכללים על המקרה הספציפי, והאדם הפשוט מכיר רק את הכללים ולא בהכרח את היישום שלהם**. ירושלים נחרבה מפני שהם דיברו רק לגבי הכללים ולא באופן ספציפי, לעיתים נכון לחרוג מהכלל.

חובת הציות כפולה – חלק מהסמכות של חכמים היא להכריע במקום שיש בו מחלוקת.

מחלוקת : ישנם יתרונות וחסרונות למחלוקת – מחד האמת יוצאת לאור, ומאידך היא מעידה על חוסר הבנה וכו'.

**תוספתא חגיגה ב'** : בתחילה **לא הייתה מחלוקת בזכות** **הפרוצדורה** – היו בתי דין קטנים ברחבי הארץ, בתי דין בירושלים, וביה"ד הגדול (סנהדרין). כאשר התעוררה שאלה – האדם היה פונה לבית הדין שבקרבתו, אם הם לא ידעו את התשובה – היו פונים לבית דין אחר או לבית הדין הקטן בהר הבית, לאחר מכן לבית הדין שנמצא בחיל (לא בגלל היררכיה, אלא פני שהוא קרוב לביה"ד הגדול) – ואז פונים לסנהדרין, ורק שם אם התשובה לא הייתה ידועה, הם היו מקיימים דיון ומכריעים ע"פ רוב, זו הייתה **הדרך היחידה לחידוש הלכות**. המציאות תשוב להיות כך רק שיגיע המשיח – משתמש יחס שלילי למחלוקת.

**תוספתא עדויות** : למה מוזכרים דברי המיעוט אם דברי הרוב התקבלו ? ניתן לומר שזה בגלל שכך יהיה קל יותר לדעת שהדעה לא התקבלה, ומצד שני – **ר' יהודה** אומר שזה נותן לדעה לגיטימציה, **במקרים מסוימים, בשעת הדחק, שינוי נסיבות** וכו' יהיה מותר להשתמש בה. הוא נותן בתור דוגמא את האיסור לטלטל נר (פמוט) בשבת, בחנוכה היהודים לא יכלו להזיז את הנרות, אך הם פחדו שהגויים יפגעו בהם, ולכן השתמשו בדעת המיעוט שסברה שכן מותר לטלטל. **המחלוקת בעצם מאפשרת מרחב תמרון.**

**אבו דרבי נתן פרק יח'** : כביכול, ניתן לומר שלא צריך ללמוד מפני שגם ככה יש מחלוקת. למרות שחכמים אומרים דבר והיפוכו – הכל הגיע מרועה אחד (ה', התורה), ולכן יש חשיבות לריבוי הדעות.

**"אלו ואלו דברי אלהים חיים" –** אז מדוע הלכה כבית הילל ? מפני שהם היו ענווים וצנועים יותר. ובכל זאת, מה הקשר בין צניעות לפסיקה ?

1. בית הילל הקדימו את בית שמאי – היו מוכנים להקשיב, ואפילו לשנות את עמדתם בהתאם.
2. העובדה שדיין מתנהג בעוונה נותנת לדבריו משקל גדול יותר לעומת מי שאינו נוהג כך.

**ריטב"א מסכת עירובין**: איך יכול להיות שאלו ואלו דברי אלוקים חיים ? ה' לא אומר דבר והיפוכו. העמדות השונות הוצגו בפני משה, ה' אמר שההלכה תיקבע בידי החכמים בכל דור ודור – הם יכריעו מהי העמדה המתאימה. אין בהכרח תשובה נכונה – יש לגיטימיות לדעות השונות.

**הרמב"ם :** מחלוקת יכולה להתעורר רק בנוגע לגזרות, תקנות חכמים או מדרשים (ר' לעיל).

**ש' אברמבון סיני :** לעומת דעת הרמב"ם – הוא סבור שמחלוקת יכולה להיות תוצאה של אי הבנה, חוסר הקשבה, הבנה לקויה וכו'. הרמב"ם דוחה את הדעה הזו – היא מציבה את כל המסורת בשאלת קיום.

יכולה להיות מחלוקת גם ללא קשר לטעות – **יש לגיטימציה לדעות שונות**, שתי מסורות בעלות מקור אלוקי. ולכן, יכול להיות שחכמים יכריעו בצורה כזו או אחרת (בנסיבות כאלו **הרמב"ם** יאמר שזה לא נוגע להלכה שניתנה למשה מסיני).

**כיצד מכריעים את המחלוקת ? מהו הכלל להכרעת מחלוקת ?**

**תלמוד בבלי מסכת תמורה :** לאחר מות משה, עמ"י אומרים ליהושע שיפנה לה' ויבקש ממנו את התושבע"פ מפני שהם שכחו, הוא אומר "**לא בשמיים היא**" : ניתן לעמוד במשימת שחזור ההלכות. **חז"ל דורש** – התורה כבר לא בשמיים, היא נמסרה ולא ניתן לבקש אותה שוב. גם בימי שמואל לא הצליחו לשחזר אותה, שמואל בתור נביא לא יכול לחדש בענייני הלכה או לבקש מה' שיגלה לו מהן ההלכות החסרות. **ה' נתן את התורה כמסורת – נתן אותה לארץ**.

**הרמב"ם – הקדמה לפירוש המשניות :** לנבואה אין תפקיד בהלכה, העובדה שאדם הוא נביא לא מוסיפה.

**יתרון הנביא ע"פ הרמב"ם :**

1. **ענייני מצווה והלכה –** מדרבן את העם לקיים מצוות, מזהיר אותם מאי קיומן, מוכיח אותם.
2. **ענייני הרשות** – ייעוץ לאנשים (למשל – ייעוץ למלך האם לצאת למלחמה או לא).

**הגדרת נביא שקר ע"פ הרמב"ם :** נביא שהתנבא בשם ה', אבל **הוסיף או גרע** ממה שה' העביר לו. אפילו אם הוא יעשה אותות ומופתים, ברגע שהוא דיבר בענייני הלכה – הוא עדיין נביא שקר. משה אמר שלא תינתן עוד תורה, ולכן לא יכול להיות ה' הולך נגד מה שהוא אמר למשה. עונשו של נביא השקר הוא מוות. הוא מביא דוגמא – אם יש 1001 חכמים שסוברים משהו לגבי הלכה, ו1000 חכמים שהם גם נביאים שסוברים אחרת – עדיין הולכים ע"פ החכמים.

הוא מבסס את דבריו על **מדרש תנורו של עכנאי :** מחלוקת לגבי האם התנור מקבל טומאה, ר ' אליעזר אמר שהוא טהור לעומת חכמים שסברו שהוא טמא. ר' אליעזר השתמש במקורות כדי להוכיח את צדקתו, לאחר מכן הוא השתמש בראיות אחרות – חרוב שזז, מים שזזים נגד כיוונם, הקירות נטו ליפול, ר' יהושע גער בכך שהם נופלים. יצאה בת קול שאמרה שר' אליעזר צודק, אך ר' יהושע אמר – "לא בשמיים היא" : התורה כבר ניתנה בהר סיני, קובעים הלכה בעזרת הכלל "**אחרי רבים להטות**", ה' אמר "נצחוני בני".

**תלמוד בבלי מסכת עירובין :** "**אלו ואלו דברי אלהים חיים**", אבל הלכה כבית הילל. עניין זה מבטא עמדה נוספת לעומת מדרש תנורו של עכנאי, כאן מקבלים את דברי בת הקול.

**ספר הכוזרי – מאמר שלישי** : מלך כוזר שאל כיצד למרות שבתורה כתוב שאסור להוסיף ולגרוע, איך חכמים יכולים לעשות זאת ? **ר' יהודה** : האיסור להוסיף או לגרוע מדבר אל המון העם ולא אל החכמים, הנביאים, הכהנים והשופטים, מפני שיש להם סיוע מהשכינה. אם מקבלים את דברים בגלל הסיוע, יש לקבל את עמדתו של הנביא (בשונה מעמדת **הרמב"ם** – רק חכמים יכולים לחדש בענייני הלכה).

**אגרות הראי"ה – הרב קוק** : עמדת בייניים (בין הרמב"ם לר' יהודה) – ניתן להשתמש בנבואה כמוצא אחרון, למשל אם יש מחלוקת בין בית שמאי לבית הילל – כאשר נבדקו כל האפשרויות, ניתן להשתמש בנבואה או בבת קול. אבל לא ניתן לחדש הלכה שאינה מוכרת אם לא השתמשו בכוחות השכליים, בתנורו של עכנאי כן הגיעו להכרעה מפני שהיה רוב של חכמים ולכן בת הקול לא התקבלה.

**כלים שבאמצעותם ניתן להכריע מחלוקת :**

* **אדם שאומר שהוא שמע הלכה מן מרבותיו (מסורת)** – לא מעמידים על כך מניין, **אין מחלוקת** על מה שהוא אומר, אפילו אם הוא אחד.
* אם אדם אחד אומר שהוא שמע מסורת מסוימת משני אנשים, ושני אנשים שמעו מסורת מאדם אחד – **הולכים לפי רוב המסורות**, כלומר – לפי **האדם ששמע את המסורת מיותר מאדם אחד** (סופרים את **רוב מעבירי המסורת ולא את רוב מקבלי המסורת**).
* אם אין מסורת – יש להעמיד מניין על העניין וההכרעה תיעשה בכלל "**אחרי רבים להטות**".

**בבלי עבודה זרה** : ישנו איסור ללכת לשמוע דעת של רב נוסף כדי לקבל הלכה נוחה יותר. אם יש לשני רבנים דעות שונות – יש ללכת **ע"פ הגמרא** : יש חשיבות גם לדברים אחרים מלבד המספר – מיהו החכם הגדול בחכמה ובמניין ? **גדול בחכמה** – יש קושי לקבוע, לכן בגלל **ירידת הדורות** אנו אומרים שמי שקדם הוא החכם יותר, **גדול במניין** – גדול במספר התלמידים / בגיל / מספר החכמים שהסכימו איתו (מחזיר לעניין של אחרי רבים להטות). אם אין אפשרות לדעת – **בדיני איסורים** : הולכים ע"פ המחמיר, **בדיני ממונות** : קשה להכריע מפני שיש שני צדדים, אם לוקחים מאחד נותנים לאחד ולהיפך.

**כללי הכרעה נוספים :**

1. הכרעה תמיד כדעת פלוני (תמיד כדעת רב, כדעת שמואל וכו'), כנראה שהוא הבקיא יותר.
2. "סתם משנה" – כאשר עמדה מובאת באופן אנונימי במשנה, כנראה שהיא מייצגת את הרוב (לא טרחו לציין את כל השמות) – כלל נכון ביחס למשנה.

הלכה כבתראי - **סדר גאונים ואמוראים** : האם יש לתת עדיפות לפוסק המוקדם או המאוחר ? מחד, הדור הקודם היה יותר קרוב למסורת, ומאידך – החכמה גודלת מדור לדור. עד **תקופת רבא** העדיפו את הפסיקה של המוקדם יותר, אך לאחר מכן העדיפו את הפסיקה המאוחרת. **מה גרם לשיני בתפיסה** ?

**תוספות קידושים** : האחרונים דקדקו יותר להעמיד הלכה על בוריה מאשר הראשונים שרק העבירו כל אחד מה ששמע מרבותיו.

**שו"ת מהרי"ק :** עד תקופת רבא, התלמידים היו משננים מה שלימדו אותם, ולכן תמיד היה עדיף לפנות למקור. אבל לאחר מכן – למדו מקורות שונים, דעות שונות וכך ההלכה נלמדה בצורה יותר מדוקדקת, ויש לתת עדיפות לאחרונים.

**שו"ת הרי"ד :** איך מיישבים את הסוגיה שלמרות שקיימת "ירידת הדורות" פוסקים לפי האחרון ? **משל הננס על גבי הענק** – הענק רואה יותר מהננס, אבל אם נניח את הננס על גבו של הענק – הוא יראה יותר. אנו לא גדולים מהקודמים לנו, אבל ניתן לקחת את חכמתם, ולהוסיף את המעט של הדור שלנו, וכך החכמה מתרבה מדור לדור. **יש צורך לתת לחכם הקטן להכריע**, אם ההנחה היא שדורות הולכים ומתמעטים, אנו **משתקים את יכולתו של הפוסק** המאוחר להכריע במקומות שיש מחלוקת מדורות קודמים.

**תנאים לעניין הלכה כבתראי :**

**הרא"ש** : הפוסק המאוחר צריך **להכיר** את דברי מי שקדם לו.

**הקדמת הרמב"ם למשנה תורה** : יש לדון ב**כל מקרה לגופו**, לבחון את הדעות בקשר למקרה בספציפי, אין חובה לפסוק ע"פ פוסק ראשון או אחרון.

**הרמ"א** : הרב שכנא, רבו של הרמ"א, היה אמון על "הלכה כתבראי", ולכן אם הוא היה כותב ספר הלכה, היו פוסקים כמוהו והוא לא רצה את זה (מעוונה, יראת הוראה וכו'). ב"מפה" הרמ"א נותן עדיפות לאחרונים, שלא כמו ר' יוסף קארו (ולכן יש פער בין ספרד לאשכנז).

התקדים : ספר פסיקה בא לקבוע הלכה לדורות, לעומת התקדים. מחד, יש הצדקה לכך שהתקדים יהיה מחייב (יציבות, אחדות, האדם יודע כיצד להתנהל וכו'), ומאידך יש חסרונות – מנציח טעויות, מגביל את יכולת הפרשנות של הפוסק וכו'. **בחוק הישראלי** כל בימה"ש מחויבים לתקדים מלבד בימה"ש העליון.

האם ניתן לסמוך על תשובה של פוסק שניתנה בהקשר לנסיבות המקרה (שאנו לא מודעים להן) ? בהלכה, אין חובה להתייחס לתקדים כמחייב, אין "סופיות הדיון", בכל בית דין ניתן לקבל תשובה שונה, לא קיים בית דין לערעורים. אבל, לתקדים עדיין יש ערך - הוא מונח בפני ביה"ד והם יכולים לבחור כמה משקל להעניק לו – הוא אינו מחייב, אך הוא מנחה.

**מסכת בבא בתרא, קל** : רבא אמר לרב אונה ולרב פפא שאם יגיע לידיהם פס"ד שלו – והם רואים בו טעות, שלא יבטלו אותו – אלא ישאלו אותו, ואם הוא כבר נפטר – שלא יבטלו אותו, אך שלא ילמדו ממנו למקרים אחרים. **אין חיוב להשתמש בתקדים**.

**הריטב"א** : מדגיש את העניין, אפילו אם המקרה שבו הם דנים מאוד דומה לפסה"ד, הם אינם מחויבים – **אין דיין קובע אלא את מה שעיניו רואות**.

**ברייתא תוספתא סנהדרין** : על הדיין להיזהר במעשיו, לנהגו באחריות (מפגיעה באדם אדם), ה' יודע מה הוא עושה והוא יכול להיענש על כך. אנשים בכל זאת ירצו להיות דיינים מפני שרק אם דיין נוהג בחוסר תו"ל הוא ייענש על כך.

**מהו המשקל שיש לתת לתקדים ?**

**שו"ת המהרי"ל סימן עב** : פוסק אחד נתן פס"ד, פוסק אחר לא הסכים איתו, הוא טוען שהוא הסתמך על פסיקות במקום להסתמך על ספרי הלכה. הראשון אמר שיש לתת ערך לפסיקה מפני שזוהי **הלכה למעשה**, מבחינה **פרקטית** כך יש לנהוג. ולכן, לפסיקה יש ערך יותר גדול מלספר פסיקה עיוני. לעיתים, אפילו עדיף להשתמש בפסיקה מפני שהיא פרקטית יותר.

**שו"ת ר' אברהם בן הרמב"ם** : יש רצון להגיע **לאחידות**, יש הלכות שלא מתאימות לכלל הציבור, אבל אנו מוכנים לשלם את המחיר לשלם למטרת האחידות. ברמה התאורטית, עדיף שיהיו **כללים ברורים** וכך אנשים ידעו כיצד לנהוג, הקביעה בכל מקרה לגופו היא מסורבלת – לא ניתן לבחון כל מקרה ומקרה, חשוב שיהיו כללים. ספר הלכה שיש בו סתירות לכאורה מעורר קושי, ויש לתת הסבר לסתירות, טענה זו קשורה רק למי שכותב ספר הלכה לדורות, אך לגבי פוסק שבוחן את נסיבות המקרה, לא ניתן לומר שהוא אינו עקבי, מפני שהוא בוחן את נסיבות כל מקרה ומקרה. ניתן ללמוד מתקדים –לאזן בין השיקולים השונים, אך הוא אינו מחייב. הדבר העיקרי הוא ספר ההלכה.

מעמדו של התלמוד – התנא עומד מעל האמורא, אמורא לא יכול לחלוק על תנא (וכך גם בין אמורא למי שאחריו, וכן הלאה). אבל, לא נבטל את דברי האמורא שחולק, ננסה למצוא עמדה של תנא שתואמת לעמדת האמורא, או שנבצע אבחנה בין המקרים.

**הקדמת הרמב"ם לי"ד החזקה** : התקופה האחרונה שבה היה גוף מוסמך שהתקין תקנות (לאחר זמנו של רב אשי) – ישראל התפזרו, לימוד התורה התמעט, כל קהילה הייתה בפני עצמה. אך ישראל חייבים ללכת ע"פ מה שכתוב בתלמוד הבבלי, לא בשל חכמת כותביו, אלא בגלל שישראל **קיבלו אותו כמחייב**.

**הר"ן** : יש כוח מרכזי לתלמוד, בגלל שחכמים **הסכימו** לקבל אותו.

**"כסף משנה", ר' יוסף קארו :** מסביר את דברי הרמב"ם, למה לא חולקים אמוראים על תנאים ? באופן עקרוני, מיום חתימת המשנה, אמורא יכול לחלוק על תנא. אבל, פוסקים קיבלו את מעמד האמוראים – הכוח לא לחלוק **נבע מכוח ההסכמה**.

**החזון איש, ר' אברהם קרליץ** : חולק על ר' יוסף קארו, לא חולקים על התלמוד בגלל **ההכרה בגדולתם ובחוכמתם** של הדורות הקודמים.

קים לי **:**

**אורים ותומים, חו"מ** : תובע ונתבע הגיעו לביה"ד, הוא קבע שעל הנתבע לשלם. הנתבע יכול לטעון טענת **קים לי** – הוא סבור ע"פ דעותיהם של אלו שסוברים שאין עליו לשלם, ברגע שהוא טען את הטענה הזו, הוא לא חייב לשלם. כמובן שהיא **בעייתית** – מערערת את סמכות ביה"ד. רק נתבע יכול לטעון את הטענה הזו – וכך להימנע מלשלם, בנוסף לכך – כמעט בכל מקום קיימת מחלוקת, לכן כביכול טענת קים לי מאוד רחבה. מאחורי טענה זו עומד הרעיון ש**יש יותר מעמדה אחת שהיא נכונה**, יש עמדות שלא התקבלו אבל זה לא אומר שהן לא נכונות. טענה זו קיימת בדיני ממונות בלבד, מפני שבאיסורים יש להחמיר. יש לצמצם את טענה זו. לפיו, לא ניתן לטעון קים לי נגד השולחן ערוך והמפה, מפני שהוא התקבל כספר מחייב.

**שו"ת רדב"ז ב'** : הוא לא יכול לבצע צמצום ע"פ השולחן ערוך, היה בן דורם של ר' יוסף קארו והרמ"א. מצד אחד, ניתן לטעון קים לי בכל מקום שיש מחלוקת, מצד שני, כתוב "**עשה לך רב**" – לא ניתן ללכת כל פעם ע"פ פוסק אחר, אלא לבחור רב. **תנאים נוספים** :

1. הדעת החולקת לא תהיה נגד **הפוסק המקובל בעיר.**
2. אם יש **מנהג עיר** מסוים, לא ניתן לחלוק עליו.
3. לא ניתן לטעון קים לי לפי המיעוט כאשר קיים **רוב ברור**.
4. אם יש פוסק שנחשב גדול, ואחד שנחשב פחות באופן משמעותי – לא ניתן לטעון קים לי **נגד הגדול** (רוב מהותי).

סמכות החכמים בתחום החקיקה (חכמים כמחוקקים) : כאשר חכמים מוסיפים או גורעים מן התורה. **תלמוד בבלי מסכת שבת** : האם נכון להדליק נרות חנוכה ? הרי אין ציווי דאורייתא לכך. **רב אויא** - חובה לציית לחכמים, לא רק בהקשר של פרשנות, אלא גם בהקשר של תקנותיהם מפני שסמכותם נובעת מרצון ה' ומהכוח שהוא מעניק להם. **רב נחמיה** :"**שאך אביך ויגדך זקניך ויאמרו לך**", חכמים הם בעצם הזקנים, ויש להקשיב להם.

**הרמב"ם (משנה תורה)** : מסכים עם רב אויא, "**לא תסור ימין או שמאל**" קשורה גם לתקנות ולא רק לפרשנות.

**דברים, פרק יג', פס' א' :** "את כל הדבר אשר אנכי מצוה אתכם אתו תשמרו לעשות **לא תוסף עליו ולא תגרע ממנו**". חכמים ניסו **ליישב את הבעייתיות** בפסוק זה :

**רש"י** : לא ניתן להוסיף או לגרוע ממצווה קיימת, האיסור לא מתייחס **להוספת מצווה חדשה** (למשל נרות חנוכה).

**רמב"ם הלכות ממרים פרק ב'** : האיסור להוסיף ולגרוע מתייחס לדברי התורה, חכמים יכולים להוסיף **ולייחס זאת לעצמם** ולא לתורה (למשל איסור חלב עם בשר – לא מייחסים אותו לתורה, אלא לחכמים).

**הכוזרי מאמר שלישי** : האיסור להוסיף ולגרוע **נועד להמון העם**, לחכמים יש סמכות לעשות זאת.

**היכן יש סמכות להוסיף או לגרוע ?** יש לחכמים סמכות לעקור דבר מן התורה ב"**שב ואל תעשה**", אך אין להם סמכות ב"**קום ועשה**" – איסור שתקנת חכמים תתנגש עם התורה, כשחכמים מוסיפים משהו שאינו מתנגש יש להקשיב להם. האם החכמים יכולים לחרוג מהכלל ? חכמים יכולים לעקור דבר מן התורה ב"שב ואל תעשה", והם (למעט מקרים חריגים) הם לא יכולים להורות לעשות משהו שהתורה אוסרת ב"קום ועשה".

**באופן עקרוני לחכמים יש סמכות להורות להימנע מ"קום ועשה" -** למשל, בראש השנה יש לתקוע בשופר, אבל אם הוא חל בשבת – הם קבעו שאין לתקוע בשופר, למרות שבתורה כתוב שצריך. בנוסף, חובה ליטול ארבעת המינים ע"פ התורה גם בשבת, חכמים אסרו זאת. **חכמים רשאים לעקור דבר מן התורה בשב ואל תעשה, כאשר יש סיבה לביטול המצווה** – למשל חשש לחילול שבת במקרים הללו, לרוב זה לא אפשרי אך דוגמאות יוצאות דופן.

"הוראת שעה" –

1. **הוראת שעה באופן כללי :**

**אליהו הנביא בהר הכרמל** : אליהו הציע להקים מזבח בהר הכרמל יחד עם עובדי העבודה הזרה – מי שאש תאכל את קורבנו ינצח, וכך אליהו הוכיח את כוחו של ה'. הוא יכל לעשות זאת למרות האיסור להקריב מחוץ לבית הקדש, אבל הוא לא יכול להציע שעובדי עבודה זרה יקריבו בבית המקדש, הוא עשה זאת בהר הכרמל לצורך הוכחת גדולתו של ה', למנוע עבודה זרה.

**הרמב"ם הלכות ממרים** : מסביר את הוראת השעה - כמו שניתן לחלל שבת כדי להציל אדם (כדי שיעשה טוב בהמשך דרכו, ישמור שבת וכו'), כך גם מותר להקריב מחוץ לבית המקדש כדי למנוע עבודה זרה.

דוגמא לכך היא **כתיבת המשנה** – היה חשש שהתורה תישכח (בשל המחלוקות), ולכן היה צורך מכוח הוראה שעה לכתוב את התורה שבע"פ למרות האיסור לעשות זאת.

1. **הוראה שעה בהקשר הענישה :** כללי הענישה בהלכה הם מאוד נוקשים, מבחינה פורמלית העונשים קיימים אך קשים ליישום.
2. **הוראה שעה בתחום הפלילי :**

**סנהדרין מו' : ר' אליעזר** – שמע שבי"ד נתן מלקות למי שלא באמת מגיע לו, הסנהדרין עשו זאת שלא ע"פ דין תורה – לכאורה זהו חטא, אלא שהם עשו זאת כדי **לעשות סייג לתורה**.

**דוגמאות** : **מקרה ראשון -** אדם שרכב של סוס בימי היוונים, יש איסור לחלל שבת. ישנו איסור לעשות מלאכה, אבל רכיבה לא נאסרה כמלאכה מדאורייתא, אלא נאסרה ע"י חכמים, ולכן מי שרכב על סוס בשבת לא אמור לקבל עונש מוות. אבל, ביה"ד החליט לתת עונש מוות בגלל הוראת שעה, בתקופת היוונים היה מאבק פנימי בתוך העם – היוונים לא רצו שהיהודים יקיימו את התורה, היו כאלו ששמרו את התורה, וכאלו שנכנעו ליוונים. **מקרה שני –** אדם קיים עם אשתו יחסים בצורה לא הולמת, בפרהסיה. בית הדין החליט לתת לו מלקות למרות שאין איסור תורה על כך, בגלל הוראה שעה.

כביכול, הוראת שעה סותרת את הכלל "**אין עונשין אלא אם כן מזהירין**", אבל למרות הבעייתיות, כשיש צרכים מיוחדים, יש להשתמש בה.

**הרמב"ם סנהדרין כד** : יש חשש שביה"ד ישתמש בהוראת השעה בצורה לא ראויה, עליו לעשות את השימוש בה **באופן זהיר, בצורה ראויה ובכבוד**.

"הפקר בית דין – הפקר" – **סמכות חכמים ביחס לכלל זה :** כאשר בי"ד קובע תקנה ממונית כלשהי, המשמעות היא שדבר שהיה אמור להיות אצל אחד, עובר לאחר – ונוצר סוג של **גזל**, **כיצד זה אפשרי** ?

**תוספתא מסכת שקלים** : איסור כלאיים – אסור לזרוע שני סוגים אחד ליד השני, אבל התוצרת מותרת לאכילה, ולכן אנשים זלזלו באיסור זה. חכמים קבעו שהסחורה של מי שעבר על איסור כלאיים תהפוך להיות הפקר – תמריץ לא לעבור על איסור כלאיים, מכוח "הפקר בית דין הפקר" – **יש לבית הדין סמכות להכריז על קרקע כהפקר**.

**ספר עזרא** : כדי לגרום לאנשים להגיע לאספת עם, עזרא הכריז שמי שלא יגיע יוחרם כל רכושו, וגם הוא יוחרם חברתית – **ביה"ד יכול להפקיע רכוש של אדם.**

**הפקעת קידושין :** איסור אשת איש הוא איסור חמור. בהלכה, קידושין צריכים להיעשות במשהו שווה פרוטה, גמירות דעת ושני עדים כדי שיהיו תקפים. קידושין מתבטלים רק בגט של הבעל, או במוות, לכן נוצרה בעיית העגינות.

**שליחות** – ניתן לבצע פעולה משפטית דרך שליח. בהיבט ההלכתי – לא ניתן לאכול ע"י שליח, שליח שישב בסוכה וכו'. גם קידושין וגירושין ניתן לעשות באמצעות שליח (שני שליחים).

**משנה גיטין ד' :** ניתן לקדש ולגרש אישה באמצעות שליח, ברגע שהאישה מקבלת את הגט מהשליח – הם גרושים. אבל אם הגבר התחרט על כך – הוא יכול לנסות להשיג את השליח ולומר לו לבטל את ההודעה, או להגיע לאישה לפניו ולומר לה שהגט מבוטל. אבל כאשר אדם מתחרט והוא לא יכול לעשות זאת, הוא יכול להגיע לביה"ד המקומי – ולומר בפני שלושה אנשים שהגט בטל, אבל האישה עלולה לא לדעת מכך, להינשא לאחר – ולהביא ילדים ממזרים, ולכן **רבן גמליאל** התקין תקנה שלא יהיה ניתן לבטל את הגט מרחוק.

**האם האיסור לבטל את הביטול של הגט הוא לכתחילה ?**

**רבי אומר :** התקנה היא לכתחילה, ביטול הוא ביטול, ואם הגט בוטל האישה אינה גרושה. לעומתו, **ר' שמעון בן גמליאל** – השיטה של ביטול מרחוק יוצרת השלכות קשות, ולכן התקנה חייבת להיות מרחיקת לכת – אין טעם לאיסור אם אין אכיפה, ולכן הגט שבוטל מרחוק ייחשב, הם גרושים.

**חכמים בעצם עברו על איסור אשת איש – מדין תורה נשואה, אבל מחכמים היא גרושה.**

**תלמוד בבלי : "כל המקדש על דעת חכמים מקדש"** – סוג של **קידושין על תנאי מתלה** – הסכמת החכמים, אם הם לא הסכימו – הקידושין לא התקיימו, ולכן חכמים יכולים לומר שמלכתחילה הם לא הסכימו, ולכן הקידושין לא תופסים והאישה יכולה להתחתן עם אחר, כלומר – **ביטול למפרע**. חכמים משתמשים בתקנה זו רק במקרים מיוחדים – לא נוצרת התנגשות חזיתית עם התורה מפני שכביכול הזוג מעולם לא היה נשוי.

**תלמוד ירושלמי – גיטין ד'** : אם אדם מקדש בת 12, היא לא הבינה את משמעות הקידושין, והוא הסתיר את העדים. **חכמים יכולים לבטל את הקידושין מפני שהאדם נהג בצורה לא הגונה.**

תקנות חכמים :

**האם חכמים יכולים לבטל תקנות ?** כמו שבהוראת שעה ניתן לבטל דין תורה, ניתן לבטל גם תקנות חכמים – אבל האם הן ניתנות לביטול מוחלט ? כאשר חכמים גזרו גזירה כלשהי, הייתה לכך סיבה, ולכן כאשר הטעם מתבטל – האם ניתן לבטל תקנה ? יש **להבחין בין שני סוגים** :

1. **תקנה עם טעם ברור** – למשל לא פודים שבויים על כדי דמיהן (תעריף מקובל), משום תיקון עולם (למנוע חטיפות, נטל כלכלי על הציבור וכו'), הנימוק ידוע.
2. **תקנה שאין לה טעם ברור** – הסיבה לתקנה הוסתרה כדי שהציבור לא יזלזל בה, ישנם גם מקרים שבהם נתנו נימוק שאינו נכון לתקנה מסוימת כדי שהציבור יבין אותה ויציית לה.

**תקנות שטעמן אינו ידוע :**

**משנה מסכת עדויות :** ניתן לבטל תקנה רק ע"י בי"ד שגדול בחכמה ובמניין מבית הדין שהתקין את התקנה. **משמעות הדרישה** – כמעט בלתי אפשרי לבטל תקנה, אף בי"ד לא יאמר שהוא גדול יותר (במצבים שלא צוינה דעת מיעוט, כי בדוחק השעה ניתן להשתמש בה – ר' לעיל).

**רמב"ם ממרים ב'** : כאשר תקנה התפשטה, רק בי"ד גדול בחכמה ובמניין יכול לבטלה. הכוונה במניין הוא למספר החכמים שהסכימו לתקנה (כי בכל בי"ד יש עד 71 דיינים). כל גזירה שנקבעה כדי לעשות **סייג לתורה** – **לא ניתנת לביטול כלל.** אם זה לא סייג לתורה, אך **התפשט בכל ישראל – בי"ד גדול בחכמה ובמניין יכול לבטל**, יש להתייחס **לשני שלבים** : חכמים צריכים לחשוב **האם הציבור יכול לעמוד בתקנה**, אם לא – הם לא יתקינו אותה מראש. לכן, יש לבחון הם התקנה תוכל להתפשט בכל ישראל. במקרים בהם ביה"ד סבר שהציבור יעמוד בה, אך **היא לא התפשטה – אין צורך לבטל אותה**. אבל אם **היה נדמה שהציבור קיבל אותה אבל התברר שלא – יהיה צורך לבצע ביטול**, אבל **בי"ד שאינו גדול בחכמה ובמניין יכול לבטל אותה**.

**תקנות שטעמן ידוע :**

**מסכת ביצה :** ע"פ ההלכה, אדם שנוטע עץ יכול לאכול מפרותיו בשנה הרביעית, עליו לעשות זאת בירושלים. ניתן גם להמיר את הפירות בכסף ולהשתמש בו בירושלים. חכמים התקינו שמי שגר קרוב לירושלים לא יכול לפדות, אלא צריך להגיע לירושלים כדי שיהיה שפע כלכלי בשווקים. ר' אליעזר היה בעל כרם קרוב לירושלים – היה לו קשה להגיע לשם ולכן הוא רצה להפקיע את הפירות לעניים, תלמידיו אמרו לו "כבר נמנו עליך חבריך" – הוא יכול לפדות אתה הפירות מפני שחכמים ביטלו את התקנה, ירושלים הפכה למקום שומם, אין עניין לעטר אותה בפירות. יוצא מכך שניתן **לבטל תקנת חכמים אם הטעם ידוע והוא אינו רלוונטי, אבל חובה לבצע פעולת ביטול.**

**הרמב"ם ממרים ב'** : אפילו אם הטעם בטל, רק בי"ד גדול בחכמה ובמניין יכול לבטל אותה (דעתו אינה מוסכמת).

**השגות הראב"ד :** דברי הרמב"ם מתנגשים עם מסכת ביצה, אין סיכוי שביה"ד שביטל את התקנה סבר שהוא גדול יותר, במקרה שהטעם ידוע והוא בטל – כל בי"ד יכול לבטל את התקנה.

**הרא"ש + הרדב"ז :** ברגע שהטעם התבטל, האיסור התבטל מעצמו ואין צורך לבצע פעולת ביטול. התקנה מראש הייתה מוגבלת לתקופת הנסיבות. יישוב **מסכת ביצה** – יכול להיות שהייתה סיבה נוספת לתקנה מלבד עיטור ירושלים, ולכן היה צריך לבטל את התקנה.

עולה מדברי החכמים (רמב"ן ואחרים) שיש פרוצדורת ביטול, בפועל זה לא ישים מפני שבי"ד לא יאמר שהוא גדול בחכמה ובמניין. ע"פ הראש- התקנה מתבטלת מאילה, אבל יכולה להיות סיבה נוספת לתיקון התקנה, ולכן תקנות לא מתבטלות כלל.

תקנות הקהל :

**יש לבצע אבחנה בין תקנה לבין הסכם** : הסכם הוא רב-משתתפים, יהיה תקף כל עוד הוא חוקי. ככל שהקבוצה גדלה – הקושי להגיע להסמכה גדל, ולכן עיר או מדינה לא יכולות להתנהל ע"ב הסכמות, יש לקבוע כללים ע"י גוף מוסמך. הציבור ממנה את הגוף, ומסכים לקבל על עצמו את מה שהגוף יחליט, זוהי תקנה מפני שלא כל הציבור מסכים לכל תקנה ספציפית. להבדיל מחכמים, העובדה שהגוף מוסמך הופכת את מה שהם קבעו לתקנות.

**תוספתא בבא מציעא, יא' :** **הלכה כג' –** בני העיר יכולים לחייב את כולם לשאת בנטל הכספי שצרכי הציבור דורשים, מי שלא הולך ע"פ הכללים יכול להיקנס. **הלכה כד –** קבוצות של בעלי מקצוע (צבעים וצמרים וכו'), יכולים להתחלק באופן שווה בכל לקוח שיגיע. **הלכה כו'** – הספנים רשאים לומר שכל מי שספינתו תאבד (לא בפשע, רשלנות וכו') יש להעמיד לו ספינה אחרת.

**אלו הן תקנות שבני העיר עשו בתור תושבים, בעלי מקצוע וכדומה.**

**רבינו גרשום סימן יג'** : ע"פ ההלכה מה שנמצא בלב ים הוא הפקר, ההנחה האובייקטיבית היא שאדם שספינתו אבדה בים מתייאש. אם ספינה טבעה בלב ים – אבל הקהל החליט שהיא תחזור לבעליה, למרות שהפרט יכול לקחת אותה (מדין תורה), באותו מקרה - פלוני קנה סחורה מגוי שמצא אותו, היה ויכוח בין בעל הספינה לבין פלוני – למי שייך החפץ ? **רבינו גרשום** – "**הפקר בית דין הפקר**" – מהווה בסיס לסמכות חכמים להתקין תקנות בדיני ממונות, כמו כן "**הפקר ציבור הפקר**" ! במקרה זה, מי שקנה את האבידה לא אמור להפסיד, הוא צריך לקבל מבעל האבידה את הסכום שהוא שילם לגוי.

**שו"ת יכין בועז :** בשל הכללים "הפקר בית דין הפקר" ו"הפקר ציבור הפקר" **יש לציבור סמכות להתקין תקנות**, סמכות ביה"ד ניתנת ע"י הציבור – ולכן כמובן שגם הציבור יכול להתקין תקנות בעצמו, הם רשאים להעניש ולהפקיר בדיוק כמו בי"ד. ההסמכה שניתנה לביה"ד מכוח הוראת שעה ניתנת גם לציבור. תקנה ממונית מכוח "הפקר בית דין הפקר" וענישה מכוח הוראת שעה.

**שו"ת הרשב"א :** הציבור רשאי לגדר גדרות, להתקין תקנות ולעשות הסכמות – ומה שהם יאמרו מחייב כמו דין תורה, אבל יש צורך שההסכמה תהיה פה אחד. שתי בעיות – ברמה הפרקטית, קשה לקבל הסמכה פה אחד, ובנוסף – אם ההסכמה היא פה אחד, מדובר בהסכם או בתקנה ? הרשב"א אומר שמה שרוב הקהל יסכים ושהתקנה תהיה דבר שהציבור יכול לעמוד בו, אפילו בעל כורחם של יחדים. כמו שבי"ד יכול לכפות על רוב הציבור – כך גם הציבור, הוא מהווה סוג של תחליף לביה"ד.

**דוגמא** : ע"פ דין תורה אישה מתקדשת אם יש שני עדים, ע"פ הקהל – עשרה עדים. יש בעייתיות בכך – אישה יכולה להיות נשואה מדין תורה, אך לא ע"פ תקנת הקהל, כך כמו שחכמים יכולים להפקיע קידושין, גם הציבור יכול.

**שו"ת הרא"ש :** המיעוט שהיה שותף להליך אמר שהוא לא מקבל את התקנה, אבל ע"פ הרא"ש היחידים צריכים לקבל את מה שהרוב קבע – "**אחרי רבים להטות**", אם לא תתקבל דעת הציבור, הוא לא יוכל להתקין תקנות מפני שמעולם לא תהיה הסכמה פה אחד. יש לכפות את התקנה גם לגבי מי שהצטרף לקבוצה לאחר שהיא תוקנה.

**עמדה זו אינה מוסכמת על כולם :**

**רבנו תם** : ע"פ ההלכה, כדי שלהסכם יהיה תוקף – יש צורך בגמירות דעת, ובמעשה קניין שמעיד על כך (למשל – טבעת מסמלת קידושין, אדם לא ייתן טבעת סתם מפני שהוא מבין מה היא מסמלת). הסכמת בני העיר לא דרשה מעשה קניין, ולכן מה שבני העיר עשו אינו הסכם, בכל זאת אין להחלטתם מעמד של תקנת חכמים, אך מעמדו גבוהה ממעמד ההסכם.

**יש צורך במוסד שיקבל החלטות מפני שלקבץ את כלל הציבור אינו פרקטי.**

**שו"ת הרשב"א :** הקהל יכול להיות שווה לנציגי הקהל, גוף של שבעה אנשים שהציבור מינה יכולים לקבוע כללים בכל תחום, לא נדרשת הרשאה מפורשת, אם הם פחות משבעה – הם יכולים לטפל במה שבני העיר הסמיכו אותם בלבד.

האחרונים ואחרוני הראשונים - **מתי השבעה יכולים לקבוע, מה קורה אם לא כולם נוכחים?**

**בבא בתרא ט'** : קבוצת שוחטים חילקה את ימי העבודה, השכר היה עורה של הבהמה, מי שישחט שלא ביומו – ישחיתו לו את העור. אדם שחט ביום של חברו והרסו לו את העור, הוא תבע אותם בנזיקין. **רב פפא** : חייב אותם לפצות אותו על נזק – מדוע הם חויבו ? ראינו שהם יכולים לקבוע כללים. אלא שכדי שההסכם יהיה תקף – יש צורך באישור אדם חשוב (אם יש), מדוע ?

1. כדי לכבד אותו
2. פיקוח הלכתי – לוודא שהתקנה לא חורגת ממגבלות ההלכה
3. להבטיח שזכויות של אחרים לא ייפגעו – רלוונטי בעיקר שמדובר על תקנה של אגודה מקצועית (שלא יתקיים מונופול).

**מתי יש צורך באישור אדם חשוב ?**

**שו"ת הריב"ש :** כאשר מדובר בתקנה של אגודה מקצועית, בני העיר לא צריכים אישור אם יש הסכמת רוב.

**רא"ש בבא בתרא** : הצורך נדרש בכל מקרה, ולא רק כשמדובר בבני אומנות, חל על כל בני העיר.

**תקנות הקהל יכולות לחרוג מדין תורה בנסיבות מסוימים (למשל בדיני ממונות) :**

**הרשב"א** : בני העיר רשאים לקחת מס שלא ע"פ ההלכה/דין תורה מפני שזהו דבר שבממון, לא ניתן להכשיר תקנת קהל שמשמעותה לעבור על איסור.

**הריב"ש** : אפשר להתיר חיובים מכוח דין תורה, בתנאי שלא מדובר באיסור (לא ניתן להכשיר תקנה שהיא איסור). למשל – שטר (הסכם) שנעשה בערכאות של גוים : המשנה אומרת שהוא יכובד גם בארץ (חוץ מגט – עניין של איסור). הקהל יכולים להתקין תקנה שמכשירה שטר שנעשה בערכאות של גוים, אפילו אם הוא נעשה בין יהודי ליהודי. אבל, הם לא יכולים להתקין תקנה שמבטלת איסור ריבית – מפני שתקנת קהל לא יכולה להתגבר על איסור. בדין העברי – ניתן להפריד את הסעיף שעובר על איסור ולהכשיר את שאר השטר. החידוש הוא בעצם שאפילו כשמדובר בשטר בין יהודי ליהודי – ניתן לקבלו בהסכמת הקהל, אך לא ניתן להתנות על ענייני איסור.

**הרשב"א** : בהתחלה קבעו שיש איסור לשחק במשחקי מזל (קובייה), אבל רוב הקהל רצה להתיר זאת – אפילו אם יש רוב, ישנו איסור הלכתי ולכן לא ניתן לבטל את התקנה.

מנהגים : פרוצדורה נוספת ליצירת (סוג של) תקנה. מנהג יכול להעיד על הלכה קיימת, או ליצור הלכה חדשה (אפילו לשנות משהו שכתוב בתורה, בעיקר בדיני ממונות).

1. **מנהג שמגלה מהי ההלכה :**

**תלמוד מסכת פסחים :** מצוות פסח המרכזית היא קורבן. בשבת ניתן להקריב קורבן ציבור ולא יחיד. אם פסח יוצא במוצאי שבת – מתי מקריבים את הקורבן ? מחד, קורבן פסח הוא יחיד ומאידך, כולם צריכים להקריב ונוצר סוג של קורבן ציבור. חיפשו אדם שיודע את התשובה – הגיעו **להילל הבללי** שאמר שניתן להקריב קורבן פסח גם בשבת "**קורבן יש להקריב במועדו**", הפכו אותו לנשיא עליהם. הוא שאל איך יכול להיות שהוא בתור בבלי יודע יותר הלכות ממי שנשאר בארץ ? הם שאלו אותו **שאלה נוספת** – כל אדם צריך לשחוט את קורבנו, מה היה קורם אם אדם לא היה מביא איתו את סכין השחיטה ? הוא **לא זכר** (ע"פ הפרשנים – בגלל שהוא לגלג להם). הם ראו שמי שהיה צריך להביא סכין לא טלטל אותו בידיים, אלא קשר אותו לבהמה. הילל ראה זאת ונזכר שזו הייתה הלכה מפי שמעיה ואבטליון. **המנהג לא יצר הלכה חדשה – ראו כיצד אנשים מתנהגים והבינו שהמנהג משקף הלכה ידועה, במקרה הזה ניתן תוקף למנהג**.

**תלמוד ירושלמי** : אם יש מחלוקת ולא ברור מה נפסק, יש לבדוק איך הציבור מתנהג ולהניח שמה שהם עושים משקף את ההלכה (למרות הסיכון שתהיה טעות בכך).

**הטור חושן משפט** : יש **אבחנה בין גנב לגזלן** – גנב בא בסתר, גזלן בא באור יום ובפנים חשופות, ולכן הנגזל לא מתייאש ומנסה למצוא אותו, לעומת הנגנב שכן מתייאש – ולכן אין חובה להשיב לנגנב. אבל הגמרא קובעת שמי שקונה מגנב צריך להשיב את החפץ לבעלים (למרות שאין חובה מהתורה) – המנהג קובע שעליו להשיב ולכן הוא צריך לעשות זאת. "**לא תסיג גבול רעיך אשר גבלו ראשונים**" – הפסוק אמנם לא עוסק במנהגים (אלא בהסגת גבול), חז"ל דורשים שלא מסיגים את הגבול של מה שנקבע (מקור חלש יחסית מפני שלא דובר על מנהג באופן מפורש).

**ילקוט שמעוני** : "**אל תסיג שגבול עולם אשר עשו אבותיך**" (משלי) – לא לשנות את גבולות המנהג (להגדיל/להקטין). משלי אינו ספר מצוות, אלא ספר מוסר ולכן גם המקור הזה חלש יחסית, מנהגים לא הוזכרו באופן מפורש. ניתן להסתמך גם על "**שמע בני מוסר אביך ואל תיטוש תורת אימך**".

**הרא"ש :** מסייג מעט את תוקף המנהג. **מנהג שיש לקיימו הוא מנהג שמוסיף איסור** – למשל איסור לעשות מלאכה בבוקר ערב פסח. בענייני איסור והיתר מנהג לא יכול להתנגש עם ההלכה, אלא רק לחזק אותה. בענייני ממון – **ביה"ד יכול לתקן תקנה שתסתור את דיני הממונות, אבל מנהג לא יכול לסתור דין תורה אפילו בדינים האלו** (דעה זו אינה מוסכמת).

**תלמוד ירושלמי בבא מציעא** : אמירה קיצונית – אדם שסוחר פועל על בסיס שכר יומי, הוא אמר לפועלים להתחיל מוקדם ולסיים מאוחר. למרות שמראש התקיימה תניה לגבי שעות העבודה – אם מנהג המקום הוא לעבוד בשעות מסוימות, לא ניתן לאכוף עליו לעבוד בשעות אחרות. אם מקובל לתת אוכל – אפילו אם זה לא הוסכם, חובה לעשות זאת. **ר' יוחנן בן מתיא** – שלח את בנו לחפש פועלים, לא הוסכם איזה אוכל הם יקבלו, בשל העובדה שהם בני אברהם יצחק ויעקב – הם יכולים לדרוש איזה אוכל שהם רוצים, הוא הלך לחפש אותם לפני שהם יתחילו לעבוד כדי לסכם סוג אוכל, אבל לא היה צורך לסכם איתם מראש על סוג מסוים של אוכל – מספיק לתת להם את מה שמקובל לתת. **המנהג בעצם גובר על ההלכה** (דיני ממונות, הלכות פועלים).

**בדיני ייבום וחליצה-** האם אפשר לבצע חליצה בסנדל (ולא רק בנעל)? גם אם יתגלה שאסור לעשות בסנדל, המנהג קובע שכן – הוא מבטל את ההלכה. זה אפילו יותר **מרחיק לכת מפני שמדובר בעניין של איסור והיתר. התייחסות הראשונים לכך –** מניחים שניתן לבצע חליצה בסנדל, ולכן המנהג משקף הלכה ולא מבטל אותה.

בענייני איסור והיתר יש קושי לראות את המנהג כדבר שמבטל, אבל ישנם כל מיני איסורים שוליים שבהם המנהג יכול לבטל את האיסור.

**הרשב"א** : ביום שמחת תורה היה מנהג שאנשים השתמשו בעטרות של ספר התורה כדי לקשט את הבתים, יש איסור לעשות זאת מפני שהן נחשבות תשמיש קדושה. במקרה זה המנהג גובר על ההלכה – האיסור להשתמש בקודש לצרכי חול חלש יחסית – ניתן ללכת ע"פ המנהג, הוא מבטא את שמחת התורה.

**הרשב"א :** מוכן לאמץ מנהג כל עוד הוא אינו מתוך הדין הזר (חוקי הגויים), כדי לא לתת להם מקום – מזכיר את מה שצוין לעיל, הרשב"א לא מכיר בטענה של אב שרוצה לרשת את ביתו בגלל מנהג הגויים.

מעשה קניין :כדי לבצע עסקה, מעשה קניין הוא הכרחי, יוצר גמירות דעת – למשל הגבהת החפץ.

**אמר ר' פפי משמו של רבא – "האי סיטומתא"** : **סיטומתא** – הסוחר היה מטביע רישום על חביות היין (חתימה), וכך הוא היה מסמן את קניינו. כביכול, מעשה קניין לא התבצע. אבל, במקום שבו נהגו להשתמש ברישום (סיתומטא) כמעשה קניין – היא מהווה תחליף למעשה קניין שנובע ממנהג הסוחרים.

**השולחן ערוך** : מחדד את העניין, אם המוכר והקונה מסכימים לבצע סיטומתא וזה מקובל באזור, הוא יכול להוות מעשה קניין.

מהסיטומתא אנו למדים ש**ניתן להחליף את מעשה הקניין בכל דרך שהמוכר והקונה מסכימים עליה והיא מקובלת**, למשל – אצל היהלומנים נהוג לומר "מזל וברכה".

יחס ההלכה לחוקי המדינה : ברמה האידילית, בתפיסה של ההלכה מדינה יהודית אמורה להתקיים ע"פ חוקי ההלכה, במציאות מצב זה לא התקיים והיהודים חיו בשלטון זה מה שעורר מתח בין חוקי המדינה להלכה. **עד כמה ההלכה מכירה הדין הזר כמחייבת** ? (יש לציין שכמובן שכאשר חוקי המדינה נוגדים את ההלכה, אין לציית להם (למשל חוק שאוסר לשמור שבת).

אם שני יהודים חתמו על שטר ע"פ כללי המדינה בה הם חיים, הם באים לביה"ד כדי שיפתור בעיה – האם הוא יאמר שההסכם לא תקף או שהוא ייתן תוקף לדין הזר ויכריע בסכסוך ?

הסוגיה קיימת דווקא בענייני ממונות – ולא בדין הפלילי – הצדדים לא יכולים להחליט אם להתדיין בבית דין מפני שהמשפט הוא ציבורי (מדינה נ' פרט). מבחינה הלכתית – המשפט הפלילי פחות בעייתי מפני שענישה ע"פ ההלכה אינה פרקטית, מפני שהיא מותנה בקיומה של סנהדרין ובית מקדש – אבל גם כשהם היו קיימים, הענישה הייתה קשה ליישום – שני עדים, אזהרות וכו'. אז היכן יהיה קיים משפט פלילי בחברה? אם לא יינתן עונש, לא תהיה הרתעה – הראשונים התחבטו בקשר לשאלה זו. מהו הפתרון ?

**הרמב"ם רוצח ושמירת הנפש** : רוצח במזיד – דינו מוות, רוצח בשוגג – הולך לעיר מקלט. מה עושים כאשר יש רוצח שלא חייב במיתת בית דין ? עונשו לא מתמצה לאחר המשפט של ביה"ד, המלך יכול לתת לו **עונש במסגרת דין המלך**, גם אם אדם מרד במלכות – המלך יכול לתת לו עונש מוות. ע"פ הרמב"ם – יש סמכות למלך בעיקר בעבירות רצח.

**הר"ן** : ידוע שהמין האנושי צריך מערכת משפט בשביל ליצור סדר, לעמ"י יש סיבה נוספת – להעמיד את חוקי התורה על תלם, ליישם את התורה (לתת עונש מוות, מלקות וכו'), זוהי מערכת ייחודית לישראל. יכול להיות שאדם לא ייענש בדין תורה, אבל הוא ייענש מפני שהוא יצר אי-סדר חברתי. האל השלים את מערכת המשפט של הסנהדרין (שפועלת ע"פ דין תורה), במערכת חברתית – של המלך. המלך יכול גם לתת לסנהדרין את הסמכות לפעול בשמו (או כשאין שלטון, הסנהדרין יבצע את שתי מערכות המשפט). לעומת זאת – המלך לא יכול לשפוט ע"פ הדין הדתי (רק בבעיות חבריות, ולא בבין אדם למקום).

**שבע מצוות בני נוח :** עבודה זרה, גילוי עריות, שפיכות דמים, גזל, איסור אבר מן החי, איסור ברכת ה' (לקלל את ה') ומצוות דינים – יש שתי גישות בהקשר לכך :

1. **מצמצמת** – מצווים להקים מערכת משפט שתשפוט את מי שעובר על אחד מששת המצוות האחרות.
2. **מרחיבה –** יש להקים מערכת משפט כדי ליצור סדר בחברה, כל אדם חייב במצוות הללו.

מצוות הדינים היא מצווה להקים מערכת משפט, מכך הפוסקים למדו את סמכותו של המלך, כמו שהתורה מחייבת שלטון להקים מערכת משפט, כך גם בישראל.

**האם יש למלך סמכות בהקשר האזרחי ?**

**ספר שמואל :** בנ"י ביקשו משמואל למנות להם מלך, שמואל לא הבין מדוע הם צריכים מלך, יש להם את ה'. ה' ציווה למנות להם מלך, שמואל אמר להם את "**משפט המלך**" – הוא ייקח את הבנים והבנות וישתמש בהם, ייקח את השדות וייתן אותם לאנשים אחרים, יהפוך אתכם לעבדים וכו'. שמואל חשב שלאחר שהוא יאמר את זה, הם יתחרטו.

**בבלי סנהדרין** : האם שמואל באמת התכוון שזה יהיה משפט המלך, או שהוא רק רצה לאיים על העם ? **שמואל** – כל מה שכתוב בפרשת מלך, מותר למלך ; **רב** – לאיים עליהם.

אם שמואל צודק – למלך יש סמכות בדיני ממונות, הוא רשאי להכריע כי הכל כביכול שלו ; אם רב צודק – אין למלך סמכות להכריע בדיני ממונות.

**ההכרה של תורה בחוק יכולה להיעשות בשתי דרכים :**

1. **הכרה עקיפה –** המנהג הוא מקור נורמטיבי, והחוק הוא מנהג – מתוך היותו מנהג ציבור הוא הופך למחייב, אך לא מכוח החקיקה בכנסת. ראשית – הוא חייב להיות מנהג, שנית – ההכרה תגיע רק לאחר שהוא יהפוך לנורמה נהוגה בחברה.
2. **הכרה ישירה –** מכירים בחוק בגלל שהמחוקק קבע אותו.
3. תקנות הקהל – הקהל יכול להתקין תקנות ע"י נציגים, הכנסת הם נציגים ולכן החוק הוא תקנת קהל
4. "דינא דמלכותא דינא"

"דינא דמלכותא דינא" :

**משנה מסכת נדרים :** יש להפריש תרומות ומעשרות וכל עוד זה לא נעשה – אסור לאכול מהפירות, ראשית יש לתת תרומה לכהנים (רק כהן יכול לאכול, זהו סוג של הקדש). הפרט יכול לומר למוכסין (גובה מס) שהפירות הם תרומה והוא לא יכול לקחת אותם, אם המוכס לא יאמין הוא יכול לנדור שהוא לא ייהנה מהתרומה, אפילו אם זה שקר – והמוכס לא ייקח את הפירות, הוא יתיר את הנדר ויאכל את הפירות. כביכול, **המשנה נותנת לגיטימציה להעלים מס, כיצד** ?

**שמואל אמר "דינא דמלכותא דינא"** : ההלכה מכירה בתוקף המלכות לקחת מס, ולכן מי שמתחמק עובר גם על החוק וגם על ההלכה. **רב שמואל, רב חיננא ורב כהנא** : כיצד זה אפשרי? כשמוכס נוהג ע"פ דין, אסור לרמות אותו, ניתן לרמות את המוכס רק בתנאים מסוימים :

1. מוכס שאין לו קצבה – לא נוהג בצדק ושוויון, לוקח מס בצורה לא אחידה.
2. מוכס העומד מאליו – חורג מסמכותו, גובה על דעת עצמו.

**בבא בתרא נה' :** רבא מביא שלוש הלכות –

1. דינא דמלכותא דינא.
2. אריס שעובד בקרקע מספר מסוים של שנים הופך להיות זכאי בבעלות עליה.
3. לגובי מס הייתה סמכות למכור את הקרקע של הפרט אם הוא לא משלם את חובותיו.

**משנה מסכת גיטין** : שטרות שנעשו בערכאות של גוים הם כשרים, בגלל שדינא דמלכותא דינא (ע"פ רש"י). הדין מופיע בהקשר של מיסוי, מקרקעין, שטרות (למעט גט). לכאורה, אם אנו כפופים לדת – למה אנו כפופים לדין המלכות (בייחוד כאשר יש ברירה ואין חשש להיענש) ?

**שמואל** : מכיר בסמכות המחוקק לחוקק חוק מסוים, גם אם לא יהיה עונש על כך. מהו ההסבר לסמכות ?

**הר"ן :** דינא דמלכותא דינא חל מפני שבארצות זרות אין חיוב להכניס את היהודים לשטח, אם הם לא יצייתו, עלולים להעיף אותם. השטח הוא של המלך והוא יכול לעשות בו כרצונו.

**רשב"ם בבא בתרא** : הסכמה חברתית – הסכמה מכללא לחוקי המלך ומשפטיו. בני המלכות מקבלים את החוקים מסיבות אינטרסנטיות (סדר, מונע סכסוכים וכדומה) – מרצונם, ולכן הם מחויבים לחוק. גם אם הפרט לא רוצה לקיים את החוקים, הוא מבין שיש בכך צורך (למשל בעניין מס). אין צורך בהסכמה לכל חוק וחוק, מספיקה הסכמה לחוקים באופן כללי, עצם הישיבה במקום מהווה הסכמה (מדברי הר"ן משתמש שזה לא חל בישראל, מדברי הרשב"ם משתמע שכן).

**הרמב"ם גזלה ואבדה** : האם בנסיבות מסוימות כשאדם מקבל משהו מכוח סמכות המלך, זה עלול להיות גזל? ע"פ הכלל דינא דמלכותא דינא – בני הארץ הסכימו לקבל את סמכות המלך, להיות עבדים שלו, ממילא לפרט אין רכוש משל עצמו, ההסכמה ע"פ הרמב"ם היא **להיות עבד**.

**רש"י (משנה גיטין)** – המלך מחוקק מתוך סמכות שההלכה נתנה לו בשבע מצוות בני נוח, ולכן מחויבים לציית לו. כל שזה לא נוגע לדיני איסור והיתר – למלך יש סמכות, אנו כפופים לו.

**רבנו תם** : מזכיר את מושג "**תקנת השבים**" – נותנת לאדם שחזר בתשובה את היכולת להשיב דבר שהוא לקח, ולא את הדבר עצמו בנסיבות מסוימות, כדי לעודד חזרה בתשובה. יש תקנות מכוח "הפקר בית דין הפקר", החכמים קבעו גם שיש להכיר בדין המלכות. ההכרה היא עקיפה – החכמים אימצו את דין המלך, ולכן הדבר רלוונטי רק לשעה שבה אומץ הדין.

**באילו נסיבות הכללים האלו חלים ? מהי מלכות ? האם יש חובת לציית לכל דין או שיש מגבלות ? מיהו המלך ?**

**הרמב"ם גזלה ואבדה :** דין המלכות הוא דין כאשר **הציבור מכיר בו בתור מלך**, כאשר משתמשים במטבע של המלך, הכירו בו בתור מלך.

**שו"ת המהרי"ק** : כל אחד יכול לקבוע כללים בקרקע שלו (מתכתב עם דברי הר"ן שלעיל), המלך הוא שליט בשטחים גדולים – אבל יש סמכות גם לראש עיר, שליט מקומי וכדומה.

**שו"ת מהרשד"ם :** לא מסכים עם המהרי"ק, בתלמוד מדובר על מלך ממש – לא כל דין שלטון הוא דין.

**שו"ת משפט כהן** : סמכותו של המלך נובעת מכך שהעם נתן לו את הסמכות, אם העם יבחר נציגים – גם דינם יהיה דין.

**האם הכלל חל במלך ישראל ?**

**הר"ן :** ארץ ישראל מחולקת לעם ולא למלך, ולכן הכלל לא חל בישראל (לעומת בארצות זרות).

**הרמב"ם גזלה ואבדה** : אם המלך קבע כללי מס שיוונים, מי שלא משלם עובר גם על חוק וגם על הלכה – גם במלך גוי וגם במלך ישראל, הכלל חל גם על מלך ישראל.

**האם מה שמוזכר בפרשת מלך, מותר למלך לעשות או שמא זה נועד להרתיע את העם** ?

**המאירי** : כל מה שצוין, מותר למלך. אין צורך בדינא דמלכותא דינא מפני שמה שמצוין בפרשת מלך, גם ככה מותר למלך לעשות, הכלל בעצם מיותר (סמכות המלך גם ככה גדולה).

**רמב"ם גזלה ואבדה + שו"ת תשב"ץ** : כדי שהכלל יחול, החוק של המלך חייב להיות שוויוני.

**הרמ"א :** דינא דמלכותא דינא חל **רק בדברים הקשורים לקרקע ובענייני מיסים**, ולא חוקים אחרים (חוק שבא להסדיר מכר דירות – עסקה בין אנשים, לא נוגעים לכלל). מאידך, ניתן לומר שעצם העובדה שהוא מופיע רק בהקשרים הלוו היא רנדומלית, ניתן להקיש שהוא חל גם במקומות אחרים.

**הרשב"א גיטין** : הכלל חל רק בדברים שמביאים הנאה למלך (תועלת ישירה). אבחנה דומה לענייני המסים והקרקעות, אך ניתן לפרש אותה באופן רחב יותר.

**ריטב"א בבא בתרא** : ההכרה בדינא דמלכותא דינא מתבססת על תקנת חכמים שאימצה את דין המלכות, הדינים הרלוונטיים לאותה תקופה (ולא באופן גורף ותמידי), דינים חדשים אינם חלק מהתקנה. על פניו, הכלל לא חל (דומה לרבנו תם), ומאידך – בשביל שדין חדש יחול, יש צורך בהסכמה של בני המלכות. משלב שתי דעות – תקנה והסכמה.

**הש"ך חושן משפט** : סוגיית משכון. בדין הזר, ניתן למכור משכון לאחר שלא התקבל תשלום לאחר שנה, לעומת ההלכה שבה זה 30 יום. מה עושים כאשר הדין הזר סותר את דין ההלכה ? **הדין נקבע רק במקום שבו דין המלכות משלים את ההלכה, ולא במקום שהוא נוגד לה** – אם הדין יתקבל, ההלכה עלולה להיות מיותרת. הכלל בא כדי לתת פתרונות נקודתיים כשזה נדרש (למעט מקרים מיוחדים), הוא בעצם יוצר הגבלה חדשה.

**חגי פרק ב' :** נבואת חגי – ביום כד' כסלו עוד לא התחילו את הנחת אבן הפינה בהיכל ה', בצורת קשה, קשיים כלכליים – דווקא ביום הקשה הזה, הברכה תתחיל, תקווה חדשה.

בתי דין של הדיוטות וערכאות של גוים **: האם ההלכה מכירה בסמכות בתי המשפט ?**

מצד אחד, היה צורך לגשר את הפערים בין המדינה להלכה. מצד שני, יש רצון לשמר את הזהות. איסור ערכאות של גוים כדי שאנשים ינהגו ע"פ ההלכה, ומאידך – לא תמיד קיים מקום שבו יינתן מענה ע"פ דין תורה. המטרה היא שהשיפוט יהיה ע"פ דין ההלכה, גם איסור ערכאות גוים וגם בתי דין של הדיוטות מכוונים לכך.

**גיטין פח'** : אפילו אם דין ערכאות של גוים הוא הדין הישראלי, אין לפנות אליהם כדי לא להחליש את המערכת היהודית, למנוע ערבוב.

**בבלי סנהדרין כג'** : הגמרא דנה בשאלה למי יש סמכות לקבוע היכן יתנהל דיון, בפני איזה דיין. יש אבחנה בין בי"ד של מומחים לבי"ד של הדיוטות, שבו ללווה יש מעמד, הוא יכול לבחור את אחד הדיינים. התובע בוחר בי"ד אחד, הנתבע בוחר אחר, ויחד הם בוחרים שלישי. למה שלושה ? התובע רוצה בי"ד מסוים, הנתבע רוצה אחר, הם צריכים להסכים על ביה"ד שבו תוגש התביעה. **ר' אלעזר** : הלווה לא יכול להתנגד לביה"ד – הגמרא מסבירה שבעצם מדובר בביה"ד שבעירו, בי"ד של מומחים – ניתן לכפות עליו. אם מדובר בבי"ד של בסוריא – ניתן להתנגד (בסוריא ע"פ רש"י – לא בקיאים בדין תורה/הדיוטות).

**ר"ן סנהדרין כג' :** ניתנה הכרה לבתי דין של הדיוטות מפני שלא היו קיימים אחרים. סמכותם של בתי הדין נבעה מהסכמה, הציבור קיבל על עצמו דיינים שאינם מומחים (כמו שניתן לבחור בוררים). הוא מרחיק לכת ואומר שזה מותר אפילו אם אחד הצדדים קשור לדיין – אם זה הוסכם, זה מותר. הוא מדבר על מקומות שאין בהם בני תורה, אם יש דיין מומחה – לא תהיה סמכות שיפוט אחרת.

**שו"ת הרשב"א, ב'** : אם אין אנשים שיודעים את ההלכה, חייבים להעמיד דיינים שיוכלו לכפות על הצדדים להתדיין, כדי שלא יפנו לערכאות של גוים. עקרונית, הדיינים צריכים להיות בקיאים בתורה, אבל הם שני הצדדים מסכימים על דיין שאינו בקיא – זה מותר, בכל מקרה הדיין צריך להיות כשר, ישר, חכם וכו'. ניתן לוותר על מומחיות כשאין ברירה, אך לא ניתן לוותר על דברים אחרים.

**שו"ת הרשב"א ג'** : בהלכה יש צורך בשני עדים, הוא מביא מקרה שבו יש סופר עיר שכותב שטרות ומסמכים משפטיים. מגיעים אליו שני צדדים ושני עדים, הוא כותב את העסקה – הוא והעד הראשון חותמים, אבל העד השני מת לפני שהוא הספיק לחתום. האם מותר לצדדים לעשות תקנה שהסופר יחתום בשם העד הנוסף ? ע"פ הרשב"א – התקנה הזו תקפה, לציבור יש סמכות להסכים על תנאים כשמדובר בדיני ממונות, כמו שאפשר להסכים על בורר, ניתן לסטות מדיני הראיות.

**שולחן ערוך חושן משפט :** אסור למרות דיין שאינו חכם בתורה, אפילו אם יש לו תכונות טובות אחרות.

**הרמ"א** : מעלה שאלה – האם ניתן למנות דיין שאינו בקיא בתורה, אבל אם תעלה שאלה הלכתית הוא יתייעץ עם אדם בקיא ? הוא אומר (ע"פ דברי הבית יוסף) שזה לא יעלה על הדעת, לא רוצים שהדיין יהיה תלוי באדם אחר, גם אם הוא יתייעץ לא ניתן לסמוך על התוצאה. כאשר אין חכמים שראויים להיות דיינים – ניתן למנות את האנשים הטובים והחכמים בעיר, כיוון שבני העיר קיבלו אותם – זה מותר.

הרמ"א **בעצם מכשיר את ביה"ד של הדיוטות,** לא ניתן לערער על החלטתם מפני שהם התקבלו. כל ציבור יכול לקבל על עצמו בית דין שאינו ראוי מן התורה – על בסיס של הסכמה. אם הנימוק הוא הסכמה, כביכול ע"פ הרמ"א העובדה שאדם בקיא או לא אינה רלוונטית. פוסקים אחרים **חולקים על דעתו** :

**אורים ותומים** : לא מקבל את דעת הרמ"א, ההיתר לביה"ד של הדיוטות הוא שאין אנשים בקיאים בתורה, אפילו אם קיימת הסכמה של הציבור, היא תחול אך ורק במקומות שאין בהם אנשים בקיאים בתורה.

**המאירי – "ערכאות שבסוריא"** : ביה"ד של הדיוטות מכריעים ע"פ שק"ד, דברי נימוסין (של הגויים).

**חזון איש סנהדרין טו'** : אומר שני דברים – איך בתי הדין ידונו ? הם לא יכולים לקבל על עצמם מערכת חילופית מחייבת, אבל הם כן יכולים להשתמש בשק"ד כדי לפסוק. אסור להם לומר שהם כפופים למערכת חוקים אחרת ופוסקים לפיה, עלולה להיווצר תחרות בין דין התורה לדין האחר.

**גיטין, פח'** : מדובר על מצב שבו החוק קובע שדבר מה שייך לפרט, ולפי ההלכה זה לא שייך לו – ולכן הוא יכול להפוך להיות גזלן, כביכול זהו חוסר צדק הלכתי. על פניו – אם דיינים שאינם יהודים היו הולכים לפי דיני ישראל, לא הייתה בעיה. בכל זאת המשנה אומר שאין לפנות לעובדי הכוכבים, ולכן **הבעיה היא אינה בתוצאה, אלא בעצם הפנייה** – התדיינות היא חלק מההלכה.

**רמב"ם הלכות סנהדרין** : "**כל הדן בדיני ישראל**" – איסור ערכאות של גויים אינו בשל זהות הדיינים, אלא בשל תוכן הדין, לכן ביה"ד ישראלים שדנים דינים זרים זהו איסור.

**שו"ע** : אסור להתדיין בפני עובדי כוכבים, אפילו אם הדיינים בערכאות הם יהודים ויש הסכמה. כאשר מתדיינים במערכת אחרת, זוהי בעצם אמירה שדין התורה אינו מספק – מחרף ומגדף את התורה.

**הרמ"א :** בי"ד יכול להכריח מי שהולך לערכאות של גוים – ניתן לנקוט בסנקציות מול אדם כזה.

**שאלות בהקשר לעניין זה -**

**הרמ"א** : ההלכה לא כופה לפנות לבי"ד יהודי, אם אדם מנצל את איסור ערכאות של גוים בחוסר תו"ל, ניתן לקבל אישור לפנות לערכאות זרות. כאשר אדם פונה לערכאות של גוים, מקבל תשובה שאינה נוחה לו ואז פונה לביה"ד, או שבנושאים מסוימים הוא פונה לבי"ד ובאחרים לערכאות של גוים – הדיינים לא יעזרו לו, הוא נוהג בחוסר תו"ל, לא יאכפו את האיסור.

פוסקים רבים התעסקו בשאלה האם ביהמ"ש הם ערכאות של גוים, הגיעו למסקנה שכן – אך בכל זאת הם פונים לביהמ"ש בעצם.

משפט ומוסר – עשיית הישר והטוב : ההבדל העיקרי בין כלל משפטי לכלל מוסרי הוא האכיפה. לגבי מוסר לא ניתן לתבוע בבימ"ש, ייתכן שתהיה אכיפה מתוך נורמה חברתית וכו', אך אין כפייה לכך.

**פס"ד קיטן נ' וייס** : תביעת נזיקית שנדחתה, השופט אלון הציע לחברה לנהוג לפנים משורת הדין ולפצות את המשיב. שמגר לא מסכים – תפקידו של בימה"ש הוא לקבוע מה הדין.

הגמרא מספרת שכולם אהבו את דוד הלך מפני שהוא עשה משפט – אם העני טעה הוא חייבו לשלם, אך מחוץ לבימה"ש הוא נתן לו צדקה. במשפט העברי יש **חובה** לנהוג "**לפנים משורת הדין**" :

**דברים פרק ו' : "שמור תשמורון את מצוות ה'...ועשית את הישר והטוב בעיני ה'...".** החלק הראשון מצווה לשמור את המצוות, אך מה זה הישר והטוב ? אם זה דבר שה' כבר ציווה בפס' הקודם – מדוע יש חזרה ? התפיסה היא שהתורה לא חוזרת על עצמה סתם, ולכן חייב להיות חידוש. ע"פ חז"ל – עשיית הישר והטוב לא מתייחסת למצוות, אלא למשהו אחר.

**הרמב"ן** : **פשט** – בעשיית המצוות יש לכוון לעשות את הישר והטוב בעיני ה', לא צריכה להיות מטרה תועלתנית. **דרש** – עשיית פשרה לפנים משורת הדין, גם איפה שה' לא ציווה כיצד להתנהג, יש לפעול בצורה שהיא ישרה וטובה בעיני ה'. אי אפשר להזכיר את כל המקרים בתורה, ואין מענה ברור לכל מקרה ומקרה ולכן קיימים בתורה חלק מכללי התנהגות בין אדם לחברו, וגם הכלל של עשיית הישר והטוב – פשרה, דיבור בנחת, להיות ישר ותם.

**מה הכוונה שאי אפשר להזכיר בתורה את ההתנהגויות** ? **פשט** – לא ניתן מבחינה טכנית, התורה תהיה ארוכה מדי, אך מה הבעיה בכך ? לכן, יש לפרש את דברי הרמב"ן באופן הזה – **התנהגות האדם משתנה בין תקופות ובין חברות, לא ניתן לתת פתרון אחד** לכל הזמנים/המצבים, ולכן צריך עיקרון שינחה את האדם, מילוי התוכן משתנה בהקשר למקום ולזמן.

**"המגיד משנה"** : התורה היא תורה נצחית, לא משתנה. אבל, מציאות החיים היא דינאמית ומשתנה, התושבע"פ גמישה יותר ולכן היא ניתנת להתאמה למציאות. הבעיה בכך שההגדרה של יושר או של תו"ל משתנה מאדם לאדם, המושג העמום יוצר פתח לאי הבנות.

המבנה שהרמב"ן הציג קיים גם במקורות אחרים בתורה, למשל - "קדושים תהיו" **:**

ישנו ציווי בספר ויקרא "**קדושים תהיו**" – ישנן ספקות מהו אדם קדוש וכיצד ניתן להיות כזה ? בהלכה, קדושה מתפרשת כפרישות – הימנעות מכל מיני דברים. אבל, לא נאמר בדיוק ממה שיש להימנע, **אז כיצד ניתן לדעת ? ואם איסורים כבר קיימים בתורה, מדוע יש צורך גם בציווי הזה ?**

**רש"י** : משתמש בסמיכות – כאשר בתורה שני דברים אחד ליד השני, יש בניהם קשר. הפרק הקודם עסק בגילוי עריות – ולכן קדושים תהיו זה להימנע מאיסורי עריות.

**הרמב"ן** : מפרש באופן רחב יותר – "לא להיות **נבל ברשות התורה**" – יש לשים גבולות גם במה שמותר. התוכן אינו מוגדר, יכול להשתנות בהתאם לנסיבות, תנאי החיים, תקופה וכו'.

דוגמאות ל**תקנות חכמים מחייבות המבוססות על עשיית הישר והטוב** : הרמב"ן מביא את "דינא דבר מצרא" – זכות קדימה לשכן : כאשר אדם רוצה למכור את השדה שלו, לשכן שלידו יש זכות קדימה, הוא יכול לנצל את הקרקע באופן שאף אחד אחד אחר לא יוכל (בעבר, זה היה קיים גם בחוק הישראלי).

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא** : מדובר על אדם במחזיק בקרקע בין אחים/שותפים. כל עוד הוא שם – לא ניתן לגרש אותו, אבל אם הוא רוצה למכור את הקרקע – יש להם זכות קדימה. מה קורה אם צד ג' רכש את הקרקע בין האחים ?

**רב** – אדם כזה הוא חצוף ולא מוסרי, אך לא מגרשים אותו. אין זכות קדימה משפטית.

**רב נחמן** – כן מסלקים אותו כי זכות הקדימה היא לא רק מוסרית, אלא גם משפטית. ביה"ד יכול לכפות עליו להעביר את הקרקע לאחים ולקבל את הכסף. אבל אם הוא קנה שדה ליד שכן – לא מסלקים אותו.

**חכמי נהרדעא** – גם אם זו שכנות רגילה, מסלקים אותו משום "ועשית הישר והטוב", השכן מרוויח משהו שאדם אחר לא היה מרוויח אילו הוא היה רוכש את הקרקע.

הערה : כמובן שאם העניין עלול לפגוע במישהו – דינא דבר מצרא לא חל.

כביכול, יותר פשוט להציע שלא יהיה ניתן לרכוש קרקע עד שלא יקבל אישור מהשכנים : התשובה קשורה לדיני הקניין – כדי שבעלות תעבור יש צורך בגמ"ד. אם האדם לא רוצה למכור לשכן את הקרקע – עלול להיות מצב שלא תהיה גמ"ד. ההלכה יוצרת סוג של פיקציה – רואים את מי שרכש כשלוחו של השכן (ברמה הפורמלית, מפני שהשכן לא מינה אותו).

"שומא הדר"- **תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא** : – שמאות מלשון הערכה והדר מלשון חוזר. אם אדם הלווה כסף, לאחר זמן מסוים הוא צריך להשיב את החוב. המלווה חושש שיעבור מועד הפירעון והלווה לא ישיב לו את הכסף (מתוך רצון/חוסר יכולת). ישנה בעיה כאשר ללווה אין מקרקעין או מיטלטלין, לא ניתן למשש את נכסיו כדי לפרוע את החוב (צריך להשאיר לו אמצעים למחייה). יש למלווה מספר אופציות :

1. ערב שיחזיר את הכסף למלווה (אך הערב יצטרך לקבל את כספו מהמלווה)
2. יצירת שיעבוד על נכסי מקרקעין.

**שעבוד** – בדומה למשכנתא, זכות המלווה לגבות את ההלוואה קודמת לזכות של אדם אחר על רכושו של הלווה (למשל קרקע). אם הוא לא השיב את החוב – המקרקעין יהיה שייך למלווה. אבל, אם הקרקע נמכרה לצד ג' – הוא לא היה יכול לדעת שהקרקע משועבדת. כיום ניתן לוודא את אז בלשכת רישום המקרקעין. משכנתא היא שיעבוד לנכס ספציפי, בתקופת הגמרא משכנתא לא הייתה קיימת ולכן אמצעי הגבייה היה אופותיקי – ביחס לנכס מסוים. שיעבוד סף – לא חל על נכס ספציפי, אלא על כל הנכסים שיש לאדם בעת הפירעון.

כאשר אדם מלווה כסף ונחתם שטר חוב בפני עדים – הלוואה יוצרת שיעבוד אוטומטי על נכס מקרקעין. אם ההלוואה נעשתה בע"פ, או שאין עדים אין שעבוד נכסים.

**משמעות השעבוד** – הלווה יכול לעשות בנכסים מה שהוא רוצה, אבל זכות המלווה קודמת לצדדי ג'. במועד הפירעון – זכותו גוברת על הקרקעות וקודמת לזכות של הקונים.

מי שקנה את הקרקע ירצה חזרה את הכסף, וללווה לא יהיה בהכרח כסף ולכן ואז צד ג' שקנה יפסיד. לכן שיעבוד קיים רק בהלוואה בשטר, יש לה פרסום - יש סופר של העיר שכותב את השטרות ומרכז אצלו את המידע (סוג של לשכת רישום). כשבא פלוני לרכוש את הקרקע הוא יכול לבדוק אצל הסופר האם הקרקע משועבדת והאם היא כבר נמכרה למישהו אחר.

אם הגענו למצב שהמלווה רוצה לממש את הקרקע הוא צריך לעשות זאת באמצעות בית הדין. **מימוש הקרקע בבית הדין מתחלק לכמה שלבים:**

1. פונה לבית הדין ומברר שהחוב אכן קיים (אם הלווה לא מודה בכך צריך להביא ראיות). אם הלווה לא פורע את החוב, בית הדין יוצר "שטר חיפוש נכסים"- המלווה צריך להראות איזה נכסים קיימים ומה אפשר לממש. תפקיד המלווה דומה למושג של "כינוס נכסים"- אסיפה של הנכסים. כאן הוא רק בודק מה הנכסים ולא אוסף אותם.
2. שטר אדרכתא (דריסת רגל) - בית הדין מאשר למלווה לתפוס חזקה במקרקעין ששייכים או היו שייכים לחייב. הקרקע עוד לא עוברת לבעלותו, אלא יש חזקה על הקרקע.
3. שלב השומא - שמאי מקרקעין מעריך כמה הקרקע שווה. עושים בשלב זה הערכה מדויקת של שווי הקרקע ובעקבותיה מעבירים קרקע לבעלותו של המלווה קרקע כנגד הלוואה ויש פתרונות של תשלומי איזון לצמצמם את הרווח בין החוב לבין עלות הקרקע.

מכאן ואילך הקרקע שייכת למלווה והוא יכול לעשות בה כרצונו. בין שלב לשלב צריך לעבור לפחות 30 יום, כדי לתת ללווה הזדמנות בינתיים לפרוע את החוב. אם עובר זמן וללווה יש כסף והוא רוצה להחזיר למלווה את הכסף ולקבל את הקרקע שלו. **אם המלווה רוצה הוא יכול למכור את הקרקע אבל אם הוא לא רוצה - מה הדין?** לפי דיני הקניין באופן טהור אין זכות שכזו. פה נכנס עניין "**עשית הישר והטוב**".

**חכמי נהרדע** : נותנים לווה פרק זמן של שנה להשיב את החוב ולפדות את הקרקע.

**ר' אמימר** : שומא נשמרת לעולם, קרקע כזו חוזרת תמיד בלי זמן מוקצב. קבלת הקרקע נעשתה בלית ברירה, כשיש ללווה כסף – הוא רוצה להשיב את המצב לקדמותו, אבל יכול להיות שנתונים/המחירים השתנו.

**ע"פ ההלכה** – שומא נשמרת לעולם בגלל "עשיית הישר והטוב", כל עוד זה לא פוגע בצד שכנגד (למשל אם הקרקע הועברה לצד ג'(.

דינא דבר מצרא ושומא הדר לעולם אלו הם תקנות חכמים שמבוססות על עשיית הישר והטוב.

השבת אבדה : ישנו איסור להתעלם מהחפץ, וגם חובה להשיב. כאשר אדם מצא אבידה עליו להכריז עליו האבן הטואן – מקום בירושלים בו היו מתכנסים אנשים.

אין חובה להשיב אבדה כאשר ניתן להניח מבחינה אובייקטיבית שהבעלים **התייאש** **ברגע שהוא איבד את החפץ**, הוא ויתר על בעלותו והפקיר את החפץ. **למשל** – כאשר אין סימן (כסף), כאשר שווי החפץ הוא פחות מפרוטה, כאשר האבדה נמצא במקום בו רוב המצויים אינם יהודים – ניתן להניח שהבעלים התייאש. יש לציין שכשיש חובת השבה – הבעלות לעולם לא תעבור לבעלות המוצא.

אם אדם מוצא חפץ מתקלה (עלול להתקלקל) – הוא יכול למכור אותו ולתת לבעלים את הכסף (הוא רשאי לקחת את החפץ באישור בי"ד, כדי שהוא לא ירמה וייתן פחות כסף).

חריגים שבהם אין חובה להרים את החפץ : אם אדם מוצא חפץ ששווה פחות משעת עבודתו, ו"זקן ואינה מכבודו" – אם האדם לא היה מסתובב עם החפץ הזה בד"כ ויבייש אותו להרים את החפץ.

לפנים משורת הדין :

**תלמוד בבלי בבא מציעא :** מהו הדין אם אדם מוצא ארנק במקום שבו רוב המצויים אינם יהודים ? מחד, יש בו סימן, ומאידך – ניתן לקחת אותו כי רוב האנשים גוים. **ר' יהודה שואל** – אם האדם לקח את הארנק, אבל נתנו לו סימנים, אם הוא צריך להחזיר ? **שמואל** – עליו להחזיר, **חייב** לנהוג לפנים משורת הדין.

**עמדתו של שמואל אינה מוסכמת**, מיד לאחר מכן מוזכר סיפור מאוד דומה – **רב נחמן** אומר שאין חובה להחזיר מפני שמניחים מבחינה אובייקטיבית שהוא התייאש, לא משנה שלאחר מכן הוא לא התייאש – בוחנים את הרגע בו הוא איבד את החפץ.

**תלמוד בבלי בבא מציעא :** סבל הלך עם שק על כתפיו, הוא הוריד אותו ונח, ביקש מר' ישמעאל לעזור לו. הוא שאל את הסבל כמה החפץ שווה – ורכש אותו ממנו. ר' ישמעאל לא רצה את השק, אבל הוא לא רצה שמישהו יהפוך לגזלן, ולכן הוא הפקיר את החפץ. הסבל לקח את השק, שוב ביקש עזרה – ר' ישמעאל שילם על השק, הפקיר אותו – וכך כמה פעמים, עד שבסופו של דבר הוא אמר שהוא מפקיר את החפץ לכל העולם, מלבד לסבל.

**מבחינת הדין** – לא ניתן להפקיע חפץ כלפי כולם חוץ מאדם אחד, ר' ישמעאל הניח שהסבל לא ידע זאת. אבל הוא היה יכול להתחמק מהסבל דרך יותר פשוטה – "**זקן ואינה מכבודו**", אלא שהוא רצה לנהוג לפנים משורת הדין, ולא לנצל את הפטור שניתן לו.

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא** : רבה שכר סבלים כדי להוביל יין, הוא נשבר והוא ביקש מהם פיצוי. לא היה להם כסף, לכן הוא לקח את המעיל שלהם, הם התלוננו בפני רב שאמר לרבה שעליו להשיב להם את הגלימה, הם לא הסתפקו בכך וביקשו תשלום (עניים, טרחו כל היום) – גם אז רב אמר לרבה לתת להם תשלום – "**למען תלך בדרך טובים ואורחות צדיקים תשמור**", יש לנהוג **לפנים משורת הדין** – לא רק באופן תאורטי. רבה נהג לפנים משורת הדין מפאת הציווי של רב.

**תלמוד בבלי מסכת בבא קמא** : ר' חייא הוא מומחה מטבעות, אישה הגיעה אליו ושאלה האם מטבע מסוים שווה, הוא ענה שכן. לאחר כמה זמן היא שבה ואמרה שהמטבע מזויף, הוא אמר לעוזרו שיחליף לה את המטבע במטבע ששווה כפי שהוא חשב בהתחלה, פעל לפנים משורת הדין מיוזמתו. יש לציין שע"פ ההלכה – כשמומחה טועה ניתן להניח שזה לא נעשה ברשלנות, אלא מתוך אונס – ולכן הוא לא התרשל.

**ר' מרדכי הכהן בבא מציעא** : רואים מהמקרים לעיל שהיו כופים לנהוג לפנים משורת הדין, בבתי הדין גם כופים לעשות זאת : אז **מה ההבדל בין הדין ללפנים משורת הדין** ? הכפייה תלויה במצב כלכלי – אם אדם הוא אמיד וכו', לעומת הדין שבו לא פוטרים עני או מחייבים עשיר בגלל מצבם הכלכלי.

**הרמב"ם הלכות גזלה ואבדה** : אם האבדה נמצאה במקום שרובו גוים, ע"פ הדין אין חובה להחזיר, אבל אם אדם רוצה לנהוג לפנים משורת הדין – הוא יכול לעשות זאת. בעצם אין חובה לנהוג כך, אדם שרוצה לעשות את הישר והטוב יכול. **הרא"ש והבית יוסף** מסכימים עם עמדה זו.

**הרמ"א** : יש מקום לכפות לנהוג לפנים משורת הדין.

**פתחי תשובה** : לביה"ד יש דרכי כפייה שונות – פיזית, חברתית ויש גם כפייה בדברים : ביה"ד יפעיל לחץ כדי לשכנע את האדם לנהוג באופן כלשהו.

אך האם ביה"ד ינדה, יפעיל לחץ, כפייה, שוטים וכו' ? מדוע ישנו ערפול בעניין זה ? הגמרא כתבה מהו הדין, למה ניתן לכפות לנהוג לפנים משורת הדין ? **התשובה היא שהלכה יותר קשה לשינוי, ולכן המישור של לפנים משורת הדין מאפשר יותר גמישות.**

**שיקולים לעניין זה** : מעמד כלכלי, מעמד חברתי/דתי– מצפים מאדם חשוב שינהג לפנים משורת הדין.

**בעלי התוספות מסכת בבא מציעא** : מביא שיקולים נוספים –

1. יש להבחין בין מצב שבו נהיגה לפנים משורת הדין גורמת להפסד לבין מצב שהיא לא גורמת להפסד, או מניבה רווח.
2. יש להבחין בין דרישה לנהוג מעבר לנורמה הרגילה לבין דרישה לנהוג כפי שאחרים נוהגים.

דוגמא: החיוב של מצוות הטעינה החלה על כולם, ר' ישמעאל הוא בעל פטור משום "זקן ואינה לפי כבודו".

חיוב בדיני שמיים :בהלכה יש אבחנה בין נזק שאדם עושה בידיים, לבין **גרמא** – נזק שאדם גורם. כאשר אדם גורם לנזק בידיים – האחריות היא מוחלטת, חייב לשלם ללא קשר לכוונה או לרשלנות. אבל, כאשר אדם גורם את הנזק (בעופן עקיף) – הוא **פטור מדיני אדם, אבל חייב בדיני שמיים**. **דוגמאות** :

1. בגמרא מוזכר מקרה שבו אדם נותן סם מוות לבהמה של חברו, והיא מתה. אם הוא קנה את הרעל והאכיל את הבהמה – הוא חייב, אבל אם הוא פיזר אותו איפה שהיא נמצאת – זוהי גרמא והוא פטור בדיני אדם וחייב בדין שמיים.
2. "יודע עדות לחברות ולא מגיד לו" – ויכוח ממוני בין ראובן לשמעון, יש אדם שיכול להעיד (עד שני) לטובת ראובן, אבל הוא לא עשה זאת וראובן הפסיד.

**רש"י מסכת גיטין** : לוקח את העניין למקום עונשי, חייב בדין שמיים – יקבל עונש מדיני שמיים, מפני שהוא התכוון לגרום לנזק (עולה מדבריו שיש צורך בכוונה).

**ראב"ן בבר קמעא** : המשמעות של חיוב בדין שמיים אינה רק ענישה, היא משמעותית גם לעניין אכיפת ביה"ד, עליו ליידע את הנפגע שהוא חייב בדין שמיים ושהוא ייענש על מעשיו – כדי שהוא ישלם לחברו ויהפוך אותו למרוצה, וכך הוא יצא ידי חובת דיני שמיים.

**ים של שלמה** : כאשר אדם חייב בדין שמיים, ביה"ד לא רק יודיע לו, אלא ידחוק בו לשלם על הנזק.

**המאירי** : אם ביה"ד קבע שאדם חייב בדין שמיים – הוא פסול לעדות, הוא נחשב כגזלן. אדם שחייב בדיני שמיים – חייב, אבל לא אוכפים זאת.

בהלכה יש מושג **"תפיסה**" (דומה למושג "עיכבון" –כאשר פלוני חייב לאלמוני כסף, ופלוני מקבל אליו את כספו של אלמוני – האם הוא יכול לשמור את הכסף אצלו?) המושג תפיסה דומה אך אינו זהה – אם אדם הצליח לשים יד על נכס ששייך למישהו שחייב לו בדין שמיים (באופן חוקי) – הוא לא חייב להחזיר לו, **קיזוז עם החובה בדין שמיים**.

אם חיוב בדין שמיים הוא חובה, **מדוע ביה"ד לא אוכף אותו** ? כביכול, אם האדם חייב – יש לחייב אותו, ואם הוא פטור אז יש לפטור אותו. אלא **שיש ליצור איזון** בין המזיק לניזוק, אם המזיק חייב, הוא עלול לתת את כספו לניזוק ולהישאר ללא פרנסה (ההלכה יותר קלה עם המזיק, לעומת דיני הנזיקין). גרמא הרבה פעמים לא נעשית בכוונה, אלא ברשלנות – ככל שהרשלנות חמורה פחות, לניתן להבין מדוע יש חיוב בדין שמיים ולא בדין אדם.

**לדעת המרצה** – הדרך שבה בית הדין יאמר לאדם שהוא חייב בדין שמיים תלויה בנסיבות המקרה (פחות או יותר לחץ). אם יופעל יותר לחץ – יכול להיות שהמזיק ישלם ולהיפך. צריך שלבי"ד יהיה כלי שיכול להביא את הצדדים למקום רצוי (פשרה עד שהניזוק יתרצה וכו'), לעומת התורה שנתפסת כפורמליסטית.

**עשיית הישר והטוב נוגעת לתקנות חכמים, התנהגותו של בית הדין והתנהגותו של האדם הפרטי**.

מידת החסידות ורוח חכמים נוחה הימנו : שתיהן קשורות להתנהגות וולונטרית שלא ניתן לאכוף.

**מסכת בבא בתרא** : הבנים יורשים את האב, אך יש אפשרות לסטות מברירת המחדל – צריך לתת את הנכסים במתנה לפני שהוא מת ("מתנה"). אם אדם הדיר את בניו, רוח חכמים לא נוחה הימנו, אך למעשיו יש תוקף. רבן גמליאל – אם בניו התנהגו בצורה לא ראויה, הוא בסדר (חכמים לא מסכימים עם עמדה זו).

**מסכת בבא קמא :** אדם שגזל ורוצה לחזור בתשובה חייב להשיב את הגזלה, אך יש חשש שזה ירתיע אנשים, אם אדם דורש את הגזלה שלו– רוח חכמים לא נוחה הימנו.

**משנה מסכת שביעית** : מי שמחזיר חוב בשנת שמיטה – רוח חכמים נוחה הימנו, מסייע לחלש למרות שהוא לא חייב. דוג' נוספת – אדם שהתגייר, כביכול נולד מחדש וילדיו אינם ילדיו, כשהוא מת נכסיו הופכים להפקר. אם גר הלווה לפלוני כסף, והוא מת – הלווה יכול להשאיר את הכסף אצלו כי הוא הפקר, אבל אם הוא יעביר אותו לילדיו הביולוגים – רוח חכמים נוחה הימנו.

**מדוע לא להתקין תקנות כדי להסדיר את העניין הזה** ? זהו לא מקרה מאוד נפוץ ולכן אין צורך בכך, בכל זאת – הם **מכוונים התנהגות**, למרות שאין חיוב לנהוג בצורה כזו או אחרת.

**מידת חסידות** : כדי לבצע עסקה, יש צורך במעשה קניין, כל עוד הוא לא נעשה – האדם יכול לחזור בו.

**מסכת בבא מציעא** : הביטוי מידת חסידות בהקשר לדין הונאה במטבעות. בתקופה זו היו שתי בעיות:

1. שווי מטבע אינו קבוע
2. לא בטוח שהסוחרים משתמשים במטבעות מסוימים.

לכן יש הונאה במטבעות. קשה לזהות מטבע, וממי האדם קיבל אותו ולכן הונאה צריכה להתבצע לאחר זמן קצר – לא רוצים לפגוע בצד שכנגד, כדי שגם הוא יוכל להשיב את המטבע למי שנתן לו אותו. **בעיר** – ניתן לעשות זאת תוך פרק הזמן שלוקח להגיע לשולחני (סוג של בנק), **בכפר** – עד ערב שבת. אם עבר הזמן, אבל האדם **מזהה את המטבע שהוא נתן והוא משיב אותו – זוהי מידת חסידות.**

**תלמוד בבלי מסכת חולין** : בהלכה קיימים מספר סוגים של מתנות לעניים : **לקט ושכחה** – נובעות מטעות, **ופאה** – עניין יזום (כ-2% מהשדה נשאר לעניים), יש גם מעשר עני. ע"פ המשנה – מי שאין לו 200 זוז הוא עני. מדובר על אדם שעבר ממקום למקום, אך יש לו נכסים. הוא היה עני )זמנית) במקום מסוים מפני שהוא נותר ללא נכסיו – הוא יכול לקחת מתנות עניים. **לתת לעניים שבעירו את מה שהוא לקח זו מידת החסידות, מפני שהוא לא חייב להשיב את מה שאכל.**

**ביה"ד לא מעורב ישירות, אבל הוא מכווין התנהגות. באופן עקיף, ביה"ד יכול להיות מושפע מן העובדה שרוח חכמים נוחה או לא נוחה.**

**שו"ת תשב"ץ :** שאלו אותו לגבי אישה גוססת שאין לה ילדים, אך יש לה קרוב משפחה שהוא בעצמו עני (יש לו שני בנים ובת שעומדת להתחתן). היא שואלת האם רוחה חכמים תהיה נוחה אם היא תתרום את הכסף לבתי כנסת או לעניים ? קשה לומר שלאישה שרוצה לתרום את הכסף למטרות כאלו שרוח חכמים לא נוחה הימנה, ומאידך ישנו קרוב משפחה עני. **תשובה** – אין לשתף פעולה עם מי שרוצה להעביר נכסים למישהו זר, בית כנסת ישתמש בכסף לצרכיו השוטפים – אם היא לא תעניק כסף, הנטל יהיה על הציבור, כך גם לגבי עניים, הציבור אינו ראוי לרשת אותה – ולכן רוח חכמים לא נוחה. בתחילה הוא אומר שלא ניתן לבטל את הפעולה אם היא כבר נעשתה, אבל לאחר מכן הוא מתחרט ואומר שניתן לבטלה – רבי הלך בדרך עם רב והוא הראה לו שער לבית כנסת שעלה המון כסף שהוא בנה. רב הגיב בחומרה – אמר שרבי השקיע את הכסף בבית הכנסת ולא בחיים של אנשים – זקנים, חולים, חינוך וכו'. הוא מזכיר ביקורת של יהושע "וישכח ישראל את עושהו", שכחו את האל, כביכול מפני שרבי תרם כסף לדברים שאינם חשובים באמת. הלכה נוספת – אם אדם עומד למות (שכיב מרע) יש לכבד את מה שהוא אומר בהקשר לנתינת מתנה, לא רוצים להטריף את דעתו, הרמב"ם מציין חריג – אם הוא אומר לעשות עבירה בנכסיו, לא מקשיבים לו. במקרה הזה, האישה ציוותה לעשות עבירה בנכסיה, ולכן ניתן לבטל את המעשה. במקרה הזה – ישנו דוחק והרחקת לכת בדברי התשב"ץ – האישה לא עשתה עבירה, רצתה לתרום. תשובתו מהווה כלי לפוסקים אחרים. אנו רואים ש**ביה"ד יכול לבטל מעשים שרוח חכמים לא נוחה עימם**.

**כפי שכבר צוין לעיל, עשיית הישר והטוב קיימת בשלושה ממדים – חכמים, בית הדין והאדם הפרטי**. כלפי האדם הפרטי –לא רק במקרים ספציפיים שבהם כבר נאמר מה טוב ומה לא לעשות, אלא גם במקרים שבהם לא נאמר דבר – האדם צריך לעשות את הישר והטוב.

מי שפרע ומחוסר אמנה : **מי שפרע** – מתקשר לביטוי חייב בדין שמיים ; **מחוסר אמנה** – מתקשר לביטוי רוח חכמים לא נוחה הימנו.

כדי לבצע עסקת מכר יש צורך במעשה קניין. אם הקונה כבר שילם למוכר את התמורה, אך לא נעשה מעשה קניין – הצדדים יכולים לחזור בהם. אם קרה משהו לחפץ – הוא עדיין שייך למוכר והוא זה שמפסיד, אם נעשה מעשה קניין – הקונה הוא המפסיד (יכול להיות שהוא יוכל לתבוע בשל רשלנות). ללא מעשה קניין – אין הסכם משפטי מחייב, בשלבים שלפני (מו"מ, סגירת העסקה וכו') יש עניין מוסרי.

**מי שפרע : כאשר התמורה שולמה – מבחינה מוסרית מי שיחזור בו יקבל מי שפרע.**

**משנה מסכת בבא מציעא** : אם נעשה מעשה קניין (אפילו אם לא בוצע תשלום) – הבעלות עברה לקונה, והוא חייב לשלם (רובץ עליו חוב). אבל אם הקונה שילם, אך לא ביצע מעשה קניין – הוא יכול לחזור בו, הוא יקבל "מי שפרע" (העניש) את אנשי דור המבול הוא עתיד להעניש את מי שאינו עומד בדיבורו – האדם יכול לחזור בו, אך הוא ישלם על מעשיו.

מדובר בשלב מתקדם, ניתן להניח שהם בוצע תשלום הייתה גמ"ד, אך לא ניתן לומר שעסקה התבצעה ללא מעשה קניין – **מזכיר את חייב בדין שמיים**.

**מסכת בבא מציעא** : עד כמה מי שפרע מרחיק לכת ? **דעת אחת** – רק מודיעים לו על השלכות מעשיו, **דעה שנייה** – ביה"ד מקללים אותו.

**הרמב"ם הלכות מכירה** : מקללים את מי שחזר בו, אחרי שהוא שומע את כל הקללות, אם הוא לא התחרט הוא יכול לבטל את ההסכם.

לדעת המרצה : **הדרך שבה בית הדין יאמר את הדברים תהיה מושפעת מנסיבות המקרה**

**מחוסר אמנה** : סיטואציה שבה נסגרו כל הפרטים, אך לא שולמה תמורה ולא בוצע מעשה קניין.

**רמב"ם הלכות מכירה** : במקרה של מחוסר אמנה אין צורך לתת מי שפרע, זה לא מספיק חמור. הוא כן מחוסר אמנה ורוח חכמים לא נוחה הימנו. גם מי שהבטיח לתת לחברו מתנה (כאשר החבר היה יכול להאמין באופן סביר שהוא באמת ייתן לו), ולא עשה זאת הוא מחוסר אמנה.

**שו"ת שבות יעקב** : **שאלה** – ראובן מכר יין לשמעון ב-1000 זהובים, שמעון שילם 100 ונעשה מעשה קניין. אבל המוכר נכנס ויצא אחר כספו – התנהג בצורה אובססיבית, כל הזמן שאל מה עם הכסף. לפני ששמעון הספיק לשלם – מחיר היין עלה ב-50%, המוכר רוצה לחזור בו. על פניו הוא לא יכול כי נעשה מעשה קניין, אבל העובדה שהוא חיזר אחר כספו חשובה – הנסיבות מלמדות שלא הייתה גמ"ד. כיום יש אבחנה בין שלב ההתחייבות לשלב העברת הבעלות, בהלכה – שני השלבים מתבצעים במקביל. העובדה שהמוכר חיזר אחר כספו מעידה על כך שהוא לא גמר בדעתו, לא היה בטוח בקונה. אבל לא בכל פעם שקונה מחזר אחר כספו אנו מניחים שאין גמ"ד – **יש לבחון את הנסיבות** :

אם הוא מחזר אחר כספו בגלל שהוא חושש שקונה לא ישלם לו ולכן הוא לא העביר את הבעלות, ולכן לפעמים מוכר מחזר אחר כספו – לא בגלל העדר גמ"ד, אלא בגלל שהוא חושש שהקונה יעשה בעיות. במקרה שבו המוכר מכר לקונה שדה שאינו ראוי, הקונה יודע שהשדה לא מביא פירות. המוכר מפחד שהקונה יתחרט – מפני שהוא מכר **סחורה גרועה**, הקונה ידע מכך אבל המוכר חושש שהוא לא יוכל לעמוד בכך ויתחרט – במקרה זה ניתן לצאת מתוך נקודת הנחה שהוא כן גמר את דעתו.

**תשובה** - על פניו, היין היה יין טוב. אם זו לא סחורה גרועה – הוא יכול לחזור בו. אבל, במקרה זה ניתן להחשיב את ראובן כמוכר של סחורה גרועה – ולכן החיזור אחרי הכסף לא מלמד על חוסר גמ"ד. **הוא מגיע למסקנה שיין הוא סחורה גרועה – מתוך החלק האגדי של הגמרא במסכת פסחים** : האב אמר לבנו שהוא טורח בו בלימוד, אבל הוא לא מצליח ללמוד –אבל הוא לא מצליח. ולכן הוא מנסה ללמד אותו להיות סוחר – הוא אומר לו : כל דבר שאתה מוכר ומתחרט, זה אפשרי, חוץ מאשר ביין – ביין אל תתחרט, אם מכרת יין תשמח בכך תמיד, היין עלול להחמיץ. **הגמרא מתייחסת ליין כסחורה גרועה – לכן יש לומר שהסיבה שבגללה המוכר חיזר אחר כספו היא בגלל שהוא מכר סחורה גרועה**, ולכן המוכר לא יכול לחזור בו. המשיב חוסם למוכר את הדרך– בנסיבות הללו הוא מניח שהמוכר כן גמר בדעתו.

יש לשים לב שגם המשיב עצמו מרגיש מעט לא נוח עם תשובתו – כל יין הופך לסחורה גרועה ? זוהי אמירה מרחיקת לכת, ולכן הוא שואל בהמשך על היחס בין הלכה לאגדה **: הוא אומר שהוא הסיק מסקנה הלכתית מדברי האגדה בשל העובדה שהאגדה לא סותרת את ההלכה, אלא משלימה אותה, ולכן ניתן להסיק מן האגדה מסקנות.**