תוכן עניינים :

[**דיני איסורים מול דיני ממונות : 2**](#_Toc505790529)

[**שמיטת כספים 4**](#_Toc505790530)

[**מחלוקת : 15**](#_Toc505790531)

[**התקדים 19**](#_Toc505790532)

[**מנהגים 32**](#_Toc505790533)

[**מעשה קניין 35**](#_Toc505790534)

[**שאלת היחס של ההלכה לחוקי המדינה 35**](#_Toc505790535)

[**דינא דמלכותא דינא : 37**](#_Toc505790536)

[**בתי דין של הדיוטות וערכאות של גויים : 42**](#_Toc505790537)

[**משפט ומוסר – עשיית הישר והטוב 47**](#_Toc505790538)

[**"קדושים תהיו" : 48**](#_Toc505790539)

[**"דינא דבר מצרא" 49**](#_Toc505790540)

[**"שומא הדר"- 50**](#_Toc505790541)

[**השבת אבידה : 51**](#_Toc505790542)

[**לפנים משורת הדין : 52**](#_Toc505790543)

[**חיוב בדיני שמיים 55**](#_Toc505790544)

[**מי שפרע ומחוסר אמנה 59**](#_Toc505790545)

[**ספרו של מנחם אלון "המשפט העברי" : 62**](#_Toc505790546)

**מבוא למשפט עברי מפגש 1 :**

**מבוא - מהו משפט עברי ?**

לכאורה, המשפט העברי הוא משפט ההלכה היהודית. הביטוי "**משפט עברי**" לא מופיע בספרות ההלכתית, אלא רק בספרות של השנים האחרונות. העיסוק הוא בספרות שמשתרעת על פני 3000 שנה, החל מהתורה שבכתב לתקופת התנאים, האמוראים וכו'. הביטוי "**משפט עברי**" התחדש לפני כמאה שנה, ע"י משכילים שחיו ברוסיה ורצו לחדש שיטה במסגרת החייאת השפה העברית ופריחת הציונות ותחיית העם העברי, מערכת משפט שתהיה מחוברת לעולם העברי. לימים הם זנחו את העניין, **והביטוי משפט עברי עבר "גיור" והפך להיות מקביל לביטוי הלכה, אומץ על ידי פוסקי הלכה.** בספרות ההלכתית של השנים האחרונות משתמע שזהו ביטוי עתיק וקדום.

**המשפט העברי כיום :** השיח על משפט עברי נוגע לענייני הלכה **בתחומים בעלי אופי משפטי,** עניינים שבהם מערכת המשפט עוסקת בדרך כלל, למשל : **דיני ממונות, דיני עונשין, דיני אישות,** ותחומים בעלי אופי משפטי. גם היום יש המתנגדים לביטוי, רואים אותו כ**"חילון" של ההלכה**, מפני שבהלכה הכול תלוי אחד בשני, אין לבצע הפרדה בין ההלכה לענפים שונים בעניינים משפטיים.

# דיני איסורים מול דיני ממונות :

1. **דיני ממונות : קיימת אבחנה בין המשפט הפרטי אשר כולל דיני ממונות, לבין המשפט הציבורי אשר כולל בתוכו את המשפט הפלילי**. אבחנה זו לא קיימת בהלכה כמות שהיא. למשל במקרה שאדם גנב – **בדין הישראלי**, ניתן לפתוח מולו **הליך פלילי** כדי להעניש אותו על ביצוע עבירת הגניבה, ואפשר גם לבצע מולו **הליך אזרחי** (במקביל) שמטרתו היא לפצות את הנפגע.

**ע"פ ההלכה**, אדם שגנב צריך לשלם כפליים : התשלומים הולכים במלואם לצד הנפגע, לא מתקיימים שני הליכים נפרדים (אלא הליך אחד).

בהלכה קיימת אבחנה בין **דיני איסורים לדיני ממונות :** יש לציין שלא כל מה שנוגע לכסף הוא בהכרח דיני ממונות, לדוג' - יש בהלכה איסור לגבות ריבית (נשך), עניין זה מוגדר כאיסור למרות שמדובר בעניין כספי. מי שגבה ריבית שלא כדין, לא ייענש על מעשיו, אלא רק יצטרך להחזיר את הסכום.

**בדיני הממונות יש יותר גמישות מאשר בדיני האיסורים**. מה שדומה לאבחנה בין הדין הפלילי לדין האזרחי. למשל במקרה שהתבצע רצח - אפילו אם הקורבן מסכים ואף רצה בכך, המעשה עדיין אסור, החברה לא מתירה לרצוח. **לעומת זאת**, יש דינים ב**דיני ממונות שאפשר להתנות עליהם לפי החלטת הצדדים** (בדיני עבודה כאשר יש **פער כוחות** משמעותי בין שני הצדדים, לא ניתן להתנות והחלטה כזו לא נחשבת כדי שהמעביד לא יתנהג בצורה לא נכונה מול העובד). **יש יותר גמישות בדיני הממונות ופחות גמישות בדיני האיסורים.**

**משנה מסכת כתובות**: לפי ההלכה כאשר בני זוג מתחתנים, הבעל זכאי לרשת את אשתו (במידה ותמות), ובחייה הוא זכאי לאכול מהפירות של נכסיה. כלומר, כל עוד הם נשואים, הבעל זכאי לקבל את פירות הנכסים. אם הנישואים נפסקים - במקרה של גט או מוות, הנכסים חוזרים לאישה, ובתמורה לכך האישה זכאית להטבות אחרות מצידו של הבעל.

אם בני זוג הולכים להתחתן והאישה היא בעלת נכסים רבים, היא יכולה לבצע תניה שהבעל לא אוכל פירות מנכסיה במהלך הנישואים ושהוא לא יירש אותה, הבעל מסכים וכותב לה שאין לו דין ודברים בנכסיה. **המשנה** אומרת שאם הבעל מביע את הסכמתו בצורה ברורה שלא ניתנת לפירוש אחר, יש לקבל את דבריו. במקום שיש לפרש את התנאי בצורה מצמצמת שהוויתור של הבעל קטן התנאי יתפרש כך.

**ההלכה נפסקה שבענייני ממונות ניתן להתנות תנאי שהוא שונה מההסדר שקבעה התורה, בתנאי שהם ששני הצדדים הסכימו על כך.**

**בתקופת התנאים :** היצירה ההלכתית העיקרית היא משנה, משנת 200 לפנה"ס עד שנת 200.

**תקופת האמוראים :** היצירה העיקרית היא גמרא, משנת 200 עד 500. צריך שיהיה מנגנון ההכרעה כאשר יש מחלוקות.

**תוספתא קידושין ג הלכה ז** **: "הריני מקדשך על מנת שירצה אבא"- רצה האב, מקודשת. לא רצה, אינה מקודשת. "על מנת שאם מתי לא תהא זקוקה ליבם"-**

 אדם שמקדש אישה **על תנאי** ("תנאי מתלה" לקידושין). כדי לקדש אישה יש צורך בגמירות דעת של שני הצדדים, קיימת פרוצדורה והליך פורמלי של קידושין. אם האיש **מתנה את הקידושין ברצון אביו** - **אכן הקידושין תלויים ברצון האב.**

לעומת זאת, **אם האיש אמר שהקידושין תלויים בתנאי שאם הוא ימות היא לא תזדקק לייבום, אין תנאי זה מתקיים מפני שהוא נוגד את התורה – נובע מאיסור הלכתי** : אישה לאחר מות בעלה (אם אין ילדים) חייבת לעבור ייבום או חליצה, ואם היא לא עוברת אחד מהם, אסור לה להתחתן, **לא ניתן להתנות על תנאי זה.**

**דוגמא נוספת** - גבר ואישה שמתחתנים לא יכולים להתנות ביניהם שלאישה יש זכות להיות גם עם גברים אחרים, התניה לא תתקיים מכיוון **שישנו איסור ע"פ ההלכה** לעשות זאת **(דיני איסורים).
"מקדש על מנת שאין לה מזונות"** - אם גבר ואישה אשר שמתחתנים מתנים ביניהם שהגבר לא יהיה חייב במזונות לאישה (צרכים של האישה), ובתמורה היא לא תיתן לו רווחים ממעשי ידיה. **הסכמה כזו תקפה מפני שהיא דו צדדית**. בד"כ, מעמד האישה חלש ממעמד הגבר, וייתכן ובמצב כזה יש פער - אך הזכות לוויתור היא בידי האישה, הוויתור יכול להיות לטובתה.

**בדיני איסורים – אסור להתנות ; בדיני ממונות – נפסק שמותר להתנות.**

1. **דיני שמירה :** אדם אשר קיבל לשמור חפץ אשר שייך לאדם אחר נחשב "**שומר**", רמת האחריות משתנה משומר לשומר. רמת האחריות של **שומר חינם** היא הנמוכה ביותר, למעלה מכך **שומר שכר** – בעל יותר אחריות, ורמת האחריות הגבוהה ביותר היא של **השואל** (הוא נהנה מהעסקה ולא הבעלים). התורה קובעת מתי ובאילו נסיבות כל שומר יהיה חייב.

**בדיני הראיות יש התייחסות לדיני שומרים** : אם חפץ נגנב לשומר שלא בפשיעתו ובאחריותו של השומר, אם הוא טוען שהוא פטור כי החפץ נגנב לא ברשלנותו - על מי מוטל נטל ההוכחה ? על השומר או על בעל החפץ ? **קיים כלל** : "**המוציא מחברו עליו הראייה**"- מי שרוצה להוציא מהשני משהו הוא צריך להוכיח ולהביא ראייה – כלומר, אם השומר טוען שגנב פרץ לארון לא ברשלנותו וגנב את המחשב, השומר צריך להוכיח כי הוא מודה שהוא קיבל את החפץ והוא אמור להשיב אותו, אם הוא רוצה פטור מלהשיב את החפץ הוא צריך להוכיח שהוא פטור, אם הבעלים טוען שהשומר התרשל הוא צריך להוכיח.

**במשפט הישראלי** – כאשר מדובר בשומר שכר הנטל מוטל עליו, וכאשר מדובר בשומר חינם הנטל הוא על הבעלים. דיני השומרים יחולו כל עוד הצדדים לא הסכימו אחרת. דיני השומרים **נתפסים כהסכמים ממוניים.**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **סוג השומר** | **תמורה** | **תועלת** | **אחריות** | **חייב בפיצוי?** |
| **שומר חינם** | לא מקבל | לבעל הנכס | נמוכה | לא חייב, בכל מקרה – סיפוק ראיה (עדות / שבועה) |
| **שומר בשכר** | מקבל | דו-צדדית | בינונית | גניבה / אבידה – חייב, אונס – לא חייב  |
| **שואל** | לא נותן | לשואל | כמעט מוחלטת | בכל מקרה – חייב  |
| **שוכר** | נותן | דו-צדדית | בינונית | גניבה / אבידה – חייב, אונס – לא  |

1. **דיני הונאה** : כיום מושג זה מתפרש כתרמית, אך בהלכה הוא לאו דווקא בדובר בתרמית. נניח שקיים חפץ שיש לו שווי שוק ברור, התבצעה עסקה בין מוכר לקונה – המוכר גבה מקונה מחיר שהוא מעל מחיר השוק : אם החפץ נמכר **בפער של יותר מ20%** מהסכום הרגיל, דין הונאה חל. **גם אם ההבדל נגבה מהלקוח בתום לב ולא מדובר בתרמית, יחול דין הונאה.** כשחל דין ההונאה - במקרים מסוימים הצד הנפגע יהיה **זכאי לקבל את הפער**, ובמקרים מסוימים הדין מאפשר את **ביטול העסקה**.

**הרמב"ם- הלכות מכירה פרק יג' :** האומר לחבירו: "**על מנת** **שאין לך עלי** **אונייה**" (הונאה)- יש לו עליו הונייה. במה דברים אמורים בסתם. שאין יודע כמה הונייה יש בו כדי שימחול, ואין צריך לומר אם אמר לו: "**על מנת שאין בו הונייה**", שהרי יש בו. אבל במפרש, אין לו הונייה, שכל תנאי שבממון קיים. כיצד? מוכר שאמר ללוקח: חפץ זה שאני נותן במאתים, יודע אני שאינו שוה אלא מנה, על מנת שאין לך הונייה אני מוכר לך, אין לו עליו הונייה. וכן, לוקח שאמר למוכר: "חפץ זה שאני לוקח ממך במנה, יודע אני ששוה מאתים, על מנת שאין לך עלי הונייה אני לוקח ממך", אין לו עליו הונייה.

ע"פ דברי הרמב"ם, אין לאדם אפשרות להתנות שאצלו דיני הונאה לא חלים. לעומת זאת, אם קונה בא לרכוש חפץ, והמוכר אומר לו באופן מפורש שהמחיר הוא גבוה (בקשר למוצר הספציפי) והוא יכול לרכוש את החפץ, אבל אסור לו לטעון אח"כ שהתקיימה הונאה – הוא רשאי לעשות זאת. כאשר ידוע בבירור מהו הפער ומהו ההפסד הכלכלי, הקונה מוחל על זכותו באופן מודע (למשל כמו מישהו שמוותר על חוב). אך לא ניתן להגיד שבאופן כללי דיני הונאה לא מתקיימים, צריך שתתקיים **הודעה מפורשת וברורה**. אי אפשר להתנות מכירת חפץ על מנת שאין בו הונאה, אלא אפשר להתנות שאין לו הונאה - **הקונה לא דן דין הונאה על המוכר, אלא על החפץ עצמו.** ההלכה אומרת **שבקרקעות אין דין הונאה**, מפני שזהו אינו מוצר מדף, כל קרקע מתומחרת אחרת – בד"כ אין מחיר שוק, האיסור לא יכול להיות כפשוטו (יכול להתקיים במקרים הפער הוא מאוד משמעותי – למשל פי שתיים).

**מבוא למשפט עברי – ד"ר יעקב חבה (מפגש 2).**

**סיכום – דיני איסורים מול דיני ממונות :**דוג' – **הונאה** : פער של 20 אחוז לטובתו של המוכר או הקונה – יש אפשרות לנפגע **לבטל את העסקה** או **לקבל את ההפרש** בין מה ששולם לבין מחיר השוק. הונאה יכולה להתקיים גם **בתום לב**. עניין זה נתפס כעניין אזרחי ולכן **ניתן להתנות עליו** – אך העובדה שישנו הפרש במחיר בעסקה צריכה להיות ברורה ומפורשת, הצד שכנגד יודע על מה הוא מוותר.

שמיטת כספים **-** בהלכה, פעם ב-7 שנים יש שנת שמיטה :

1. **שמיטת הקרקע –** לא לעבוד את הקרקע ומה שצומח הוא הפרק וכל אדם יכול להשתמש בו.
2. **שמיטת כספים** – בסוף שנה שביעית כל החובות נמחקים – אם אדם לווה ויש להחזיר אותו בשנת השמיטה – החוב יימחק.

ישנו קשר ביניהם –שאין יכולת להתפרנס בגלל שלא עובדים את האדמה, ולכן מוותרים על החוב. חובות שנמחקים הם פרטיים בלבד ולא ציבוריים.

**ההלוואה בתורה נתפסת כחלק ממצוות צדקה**, שיש לה **כמה דרגות** שההלוואה היא חלק ממנה (ואפילו לדעת הרמב"ם הדרגה הגדולה ביותר של הצדקה מפני שזה עוזר לעני להוציא אותו ממצב העוני כדי שאדם יהיה בעל אחריות ובסופו של דבר ייצא לעבוד). זה חלק ממה שעומד מאחורי **שמיטת הכספים** – המלווה בדרך כלל הוא בעל האמצעים, החזק, כאשר מעבירים כספים מהעשיר לעני מתבצע **איזון סוציאלי בין הצדדים, מנסים להשוות את מצבו של העני למצבו של העשיר.**

שמיטת הכספים העלתה חשש שאף אדם לא ירצה להלוות כי אנשים לא יחזירו את החובות, התורה גם היא מעלה חשש זה וקבעה שיש לוותר על החובות למרות זאת. אנשים בכל זאת לא רצו להלוות כסף לקראת שנת השמיטה, מה שבעצם יצר **פגיעה בעניים**. התנאים מצאו פירצה בהלכה : **"פרוזבול**" - החוב הופך להיות חוב לרשות ציבורית, וכך העני צריך להשיב את החוב לבית הדין ולא למי שהלווה לו באמת – להפוך את החוב מפרטי לציבורי.

**הרמב"ם** אומר בנושא זה – אם המלווה והלווה הסכימו מראש שעל ההלוואה שלא יחול דין שמיטה, התנאי הזה קיים מפני שזהו עניין שבממון **וניתן להתנות על דבר שבממון**, אם אדם התחייב לקיים משהו שלא חובה להתחייב עליו, כאשר מדובר בעניין של ממון **– ההתחייבות תתקיים, למרות שהוא לא חייב ע"פ ההלכה**, מותר לו. בדבריו של הרמב"ם נאמר שאפילו אם אדם רוצה להתנות, הוא לא יכול לומר שהדין לא חל עליו, אלא הוא יכול לומר **שבמקרה הספציפי** (הלוואה ספציפית) **הוא לא יקיים את הדין** אבל הוא **לא יכול לומר שהדין לא חל עליו באופן גורף.**

**ע"פ ההלכה יש איסור לקחת ריבית** גם על המלווה וגם על הלווה (אסור ללווה לתת ואסור למלווה לקבל – זהו **איסור תורה**), שזה **איסור ולא עניין שבממון** – לא ניתן להתנות על איסור ריבית.

**למה באופן עקרוני אסור לקחת ריבית** ? זהו חלק ממצוות **צדקה** (כמו שנאמר לעיל), סיוע לחלש. לכן כמו שאדם נותן מתנה, הוא גם ייתן הלוואה כדי לעזור לו לקום על רגליו, לעבוד, ולהתפרנס בכבוד וכו'. ברמה הפרקטית זה לא הגיוני מפני שאדם לא ירצה לתת הלוואות, בנוסף לכך, בימנו כאשר רוב האנשים לוקחים **הלוואות הן בעלות בסיס עסקי** – כדי לקנות רכב, כדי לקנות דירה טובה יותר וכו'. **ההלוואות לא נועדו לשיקום** ולכן **יכול להיות שהטעם לאיסור ריבית פחות רלוונטי.**

חז"ל הצליחו לעקוף את סוגיית הריבית באמצעות "**היתר עסקה**" : הופכים את יחסי המלווה / לווה מיחסי הלוואה **ליחסי שותפות**, כדי לאפשר לאנשים להלוות, מפני שישנם הרבה אנשים שלא רצו להלוות ללא ריבית, והרבה עניים נפגעו מכך – בהיתר עסקה **מצב העניים השתפר**, ניתנו הלוואות רבות יותר.

**להבדיל משמיטה והונאה שהם ענייני ממון ניתן להתנות עליהם, ריבית זה עניין של איסור ולכן לא ניתן להתנות עליו.**

**הרשב"א שו"ת חלק ו, רנד** : **שאלת :** מעשה היה בפירפינייאן בראובן שהשיא את בתו לאה לשמעון והכניס לו עמה סך ממון בנידוניא וילדה לו בת ואח"כ מתה לאה ואחר זמן מתה ג"כ (גם כן) הבת שילדה לו ועכשיו עמד ראובן ותבע בדיני הגויים שיחזיר לו אותו ממון הנדוניא שהכניס לו עם לאה בתו. ואעפ"י שהבעל יורש את אשתו והאב את בתו בדיני ישראל טוען ואומר שאין לחוש לירושת הבעל **כיון שהכל יודעים שהם הולכים בדיני הגויים והרי כל הנושא אשה שם כאילו התנה כן**. וכמ"ש (וכמו שנאמר) גמלי דערביא אשה גובה פורנא מהם לפי שאסמכתין עליהם [במדינת ערב, שם מתייחסים לגמלים כמו כסף עובר לסוחר, ניתן לגבות מהגמלים את כתובת האשה], ואע"פ שאין כתובה נגבית מן המטלטלין. ועוד סמכו הגאונים ז"ל ותקנו שיהא כל בע"ח (בעל חוב) גובה מטלטלין דיתמי [של יתומים, אע"פ שכעקרון אין גובים ממטלטלין של יתומים]. ועל ירושת האב בנכסי הבת טוען שהמלך חקק בנימוסיו שכל שימות הולד תוך זמן ידוע שיהא מה שיש לו מצד האם ליורשי האם ודינא דמלכותא דינא.

**שאלה** – ראובן מחתן את ביתו עם שמעון, אבי הכלה נותן נדודניה לביתו. נולדה נכדה והכלה מתה, והנכדה מתה גם לאחר מכן. **האם הנדוניה תוחזר לאב או תינתן לחתן** ?

**החתן** טוען שע"פ **דין תורה** הכסף שייך לו מפני שבעל יורש את אשתו. מפני שהנכסים הופכים להיות של האישה ברגע שהאב נתן אותם לביתו (אפילו אם הנכסים היו שייכים לנכדה שמתה – הכסף עדיין שייך לו, ע"פ דין תורה הוא צודק). **האבא** טוען שהוא צריך לקבל את הכסף בחזרה בגלל **דיני הגויים** – מפני שהם לא חיים בא"י, (יש מתח בין החוקים של השלטון לבין ההלכה – מפני שלעיתים יש התנגשויות בין חוק המדינה לדין תורה), האב טוען שהוא הולך לפי דיני הגויים, **ובמדינה בה הם חיים האב יורש את ביתו**, הוא סומך על משהו שנקרא "**תנאי מכללא**" (תנאי = אם הייתה התניה מפורשת שאומרת שמקרה שהבת תמות, האב יירש אותה) במקרה זה לא התקיים תנאי, לכן האב טוען שיש תנאי מכללא, במקרה זה יכול להיות שזה שהאב יורש את ביתו לאחר מותה, למרות שאין תנאי מפורש, מפני שבקהילתם כולם מתנהגים כך והולכים לפי דיני הגויים ולכן אין צורך בתנאי מפורש.

**תשובתו של הרשב"א** – באופן עקרוני, השאלה שייכת לעניין שבממון, ולכן ניתן להתנות עליו. הנדוניה היא עניין שבממון. לא הייתה התניה מפורשת (אם הייתה התניה האב היה זכאי לנדוניה). למרות זאת, הרשב"א לא מקבל את טענת האב**, לא ניתן לטעון שעל יהודי ללכת לפי חוקי הגויים במקום שבו הוא יכול ללכת לפי חוקי התורה**, והרי האב לא הולך לפי חוקי הגויים בכל עניין ועניין, אם הם היו מתנים שהם הולכים לפי חוקי הגויים טענתו של האב הייתה מתקבלת, מפני שהם לא נהגו כך, הרשב"א לא קיבל את טענת האב**. מצד אחד, ניתן להתנות על דיני ממונות, מצד שני, ההתניה מוגבלת כשמדובר בדין גויים.**

הערה : בספרות השו"ת ישנה התייחסות למקרים ספציפיים שבהם השתמשו בהלכות מסוימות כדי להכריע כיצד להתנהג – מה שדומה לפסקי דין (משתמשים בחוקים כדי לתת הכרעה למקרה קונקרטי). **הבדלים דין דיני ממונות לדיני איסורים –**

1. **ספק איסור לחומרא, ספק ממון להקל** : אם ישנה שאלה הלכתית האם דבר מסוים מותר או אסור ע"פ התורה – הכלל הוא שאם מדובר בעניין איסורי – הוא אסור מפני שיש להחמיר. כאשר מדובר בדין ממון – אם יש התבלטות האם דין תורה מחייב לשלם משהו או לא לשלם משהו – יש להקל ולכן הוא פתור.
2. בדיני ממונות **ניתן להתנות** ובדיני איסורים לא (כפי שצוין לעיל).

**אבחנה בין דין דאורייתא לדין דרבנן :**

1. דאורייתא : תורה שבכתב, דרבנן : תורה שבע"פ.
2. ספק דאורייתא להחמיר, ספק דרבנן להקל.

**מדרשי הלכה** בנויים לפי סדר פסוקי התורה – לדוג' : **ספר הספרא** – מדרש הלכה מתקופת התנאים על ספר ויקרא). **"אלה החוקים והמשפטים והתורות...."** : **החוקים** הם המדרשות, **המשפטים** הם הדינים, **והתורות** – התורה שבכתב והתורה שבעל פה. נשאלת השאלה למה **ניתנת תורה בכתב ותורה בע"פ ולא באותה צורה ?** התשובה היא שבתורה שבע"פ מופיעה **פרשנות על התורה שבכתב**, דברים שלא מופעים בהכרח בתורה שבכתב וכו'. מכאן נלמד שבמעמד הר סיני ניתנו גם התורה שבכתב וגם התורה שבע"פ.

**מפגש 3**

**היחס בין תורה שבכתב לתורה שבע"פ :**

**תורה שבע"פ אמורה להיות נסתרת מפי מי שאינם יהודים**

**ספר העיקרים, מאמר שלישי, כג' – ר' יוסף אלבו** : לפי **שאי אפשר שתהיה תורת השם יתברך שלמה באופן שתספיק בכל הזמנים**. לפי **שהפרטים המתחדשים תמיד בעניני האנשים, במשפטים והדברים הנפעלים הם רבים מאד משיכללם ספר**, על כן נתנו למשה בסיני על פה דרכים כוללים נרמזו בתורה בקצרה, כדי שעל ידם **יוציאו החכמים שבכל דור ודור הפרטים המתחדשים**.

אחד מעיקרי האמונה היא שהתורה הינה תורה נצחית (נכונה לתמיד ולא תשתנה), אבל המציאות כן משתנה, מתעוררות בעיות חדשות וכו', ומפני זה יש צורך **במנגנון שיתאים את התורה למציאות המשתנה** - אם כל התורה הייתה בכתב היה יותר קשה להתאים אותו למציאות, ולעומת זאת, **התורה שבע"פ יותר ניתנת להתאמה** למציאות המשתנה.

**הרמב"ם (הקדמה לי"ד החזקה – פירוש המשניות ) :** [בהקדמתו לפירושו למשנה, מסביר הרמב"ם מה כלול בתורה שבעל פה, ומה מייחד כל חלק. הוא מחלק את התורה שבעל פה ל- 5 קטגוריות. הרמב"ם מדגיש בכל חלק וחלק האם תיתכן מחלוקת בהבנה או בפרטים של אחת ההלכות שבאותו חלק].לפיכך, היו חלקי הדינין המיוסדים בתורה על העיקרים האלה שהקדמנו נחלקים לחמשה חלקים:

**החלק הראשון :** פירושים מקובלים מפי משה, ויש להם רמז בכתוב, ואפשר להוציאם בדרך סברא, וזה אין בו מחלוקת, אבל [אלא] כשיאמר האחד: "**כך קבלתי**", אין לדבר עליו.

* **כך קיבלתי** – הכוונה לאדם שאומר שהוא שמע מרבותיו שזוהי התשובה, לא חולקים עליו, לא ניתן להתווכח על זה). הרמב"ם אומר שאין מחלוקת על הלכה שניתנה למשה מסיני.

**החלק השני**: הם הדינים שנאמר בהן: "הלכה למשה מסיני", ואין ראיות עליהם כמו שזכרנו, וזה כמו כן אין חולק עליו.

* בחלק זה נאמר **שאין חולקים על מי שאמר שהלכה מסוימת הגיעה ע"י משה מסיני**, אין ויכוח מפני שהמסורת עברה באופן מדויק, אפילו אם רק אחד שומע את זה וכל השאר לא שמעו – לא מתווכחים איתו.
* **ע"פ המסורת (בשני החלקים)** - משה קיבל תורה מסיני שעוברת מדור לדור בע"פ.
* **ההבדל** בניהם – בחלק הראשון יש רמז בתורה שבכתב, ובחלק השני אין רמז בכתוב.

**החלק השלישי**: הדינין שהוציאו על דרכי הסברא ונפלה בם מחלוקת, כמו שזכרנו, ונפסק הדין בהן על פי הרוב. וזה יקרה כשישתנה העיון. ומפני כך אומרין (יבמות דף עו ע"ב): "אם הלכה, נקבל. ואם לדין [לימוד על פי סברא, כגון קל וחומר]- יש תשובה". אבל נפלה המחלוקת והעיון בדבר שלא נשמע בו הלכה, ותמצא בכל התלמוד שהם חוקרים על טעם הסברא שהוא גורם המחלוקת בין החולקים. ואומרים: "במאי קא מיפלגי" [במה הם חולקים?], או: "מאי טעמא [מה טעמו] ד[של]ר' פלוני", או: מאי בינייהו [מה ההבדל בינהם] . והם מביאים אותו על ענין זה ברוב מקומות. וזוכרים הטעם הגורם למחלוקת, כגון שיאמרו: רבי פלוני מחזיק טענה פלונית, ופלוני מחזיק טענה פלונית וכדומה לו. **אבל, מי שיחשוב שהדינין שנחלקין בהם כמו כן מקובלים מפי משה, וחושבים שנפלה המחלוקת כדרך טעות ההלכות, או השכחה, או מפני שאחד מהם קבל קבלת אמת והשני טעה בקבלתו, או שכח, או לא שמע מפי רבו כל מה שצריך לשמוע**, ויביא ראיה על זה ממה שאמרו (סנהדרין דף פח ע"ב): "משרבו תלמידי שמאי והלל שלא שמשו כל צרכן רבתה מחלוקת בישראל ונעשית תורה כשתי תורות". **זה הדבר מגונה מאד והוא דברי מי שאין לו שכל ואין בידו עיקרים ופוגם באנשים אשר נתקבלו מהם המצוות, וכל זה שווא ובטל.**

* **הלכות שנלמדו ע"י החכמים מכוח הפרשנות, הסברא, יג' מידות שהם נדרשת התורה, ע"י מדרשים וכו'** – הרמב"ם טוען שפה **כן יכולה להיות מחלוקת כי זה נתון לפרשנות,** חכם אחד יכול לדרוש עניין בדרך אחת וחכם אחר יכול לדרוש בדרך אחרת. **לעומת העניינים הקודמים שלא נתונים לפרשנות אלא רק לזיכרון,** פה יכולה להיות מחלוקת בגלל הסיבה הזאת. החכמים מסיקים ע"פ דברים כתובים הלכה מסוימת. (לדוגמא – איסור לאכול בשר עם חלב – זהו משהו כתוב שחכמים פירשו).

**והחלק הרביעי**: הם הגזרות שתקנו הנביאים והחכמים בכל דור ודור, כדי לעשותם סייג לתורה. ועליהם צוה הקב"ה לעשותם. והוא מה שאמר במאמר הכללי: (ויקרא יח), "ושמרתם את משמרתי". ובאה בו הקבלה (יבמות דף כא)- עשו משמרת למשמרתי. והחכמים יקראו אותם גזרות. ולפעמים תפול בהם מחלוקת לפני החכם, שהוא אוסר כך מפני כך, ולא יסכים עליו חכם אחר. וזה הרבה בתלמוד, שאומרים רבי פלוני גזר כך, משום כך וכך, ורבי פלוני לא גזר. וזה כמו כן סבה מסבת המחלוקת. שהרי בשר עוף בחלב הוא גזרה מדרבנן, כדי להרחיק מן העברה, ולא נאסר בתורה אלא בשר בהמה וחיה אבל אסרו חכמים בשר עוף, כדי להרחיק מן האיסור. ויש מהם מי שלא יגזור גזרה זו, שרבי יוסי [הגלילי] היה מתיר בשר עוף בחלב, וכל אנשי עירו היו אוכלים אותו, כמו שנתפרסם בתלמוד (שבת דף קל.). וכשתפול הסכמה על אחת מן הגזרות, אין חולק עליה בשום פנים. וכשיהיה פשוט איסורה בכל ישראל, אין לחלוק על הגזרה ההיא. אפילו הנביאים בעצמם לא היו רשאים לבטל אותה. וכן אמרו בתלמוד, שאליהו ז"ל לא היה יכול לבטל אחד משמונה עשר דברים שגזרו בית שמאי ובית הלל. והביאו טעם על זה, לפי שאיסורן פשט בכל ישראל:

* לדוגמא – חכמים אסרו לאכול גם עוף עם חלב (ולא רק בשר), כדי **לעשות סייגים** מפני שאנשים עלולים להתבלבל בין בשר לעוף ולכן אסרו גם עוף וכו'. **חלק זה עוסק בהלכות שמקורן בדברי חכמים – הרחבה (או גירעון) של הלכה מסוימת**

**והחלק החמישי**: הם הדינים העשוים על דרך חקירה וההסכמה בדברים הנוהגים בין בני אדם, שאין בם תוספת במצוה ולא גרעון. או בדברים שהם תועלת לבני אדם בדברי תורה. וקראו אותם תקנות ומנהגים. ואסור לעבור עליהם. וכבר אמר שלמה ע"ה [עליו השלום] על העובר עליהם (קהלת י): "ופורץ גדר ישכנו נחש".

* **החלק החמישי :** עוסק בכללים של דברי חכמים, (לא בחלק הדתי, אלא בחלק של יחסים בין בני אדם). לדוגמא – תקנת חכמים לעניין השבת אבידה. החלק הזה לא מוסיף / מרחיב הלכה מסוימת (כמו החלק הרביעי) – **הוא קיים כדי למנוע ויכוחים, ליצור סדר בחברה**.
* **בחלקים הרביעי והחמישי** : מדובר על גזירות שניתנו / נקבעו ע"י החכמים ולא ע"י התורה, הלכות שיוצרו ע"י החכמים, בלי שנאמר כך בתורה.
* **ההבדל בין החלק הרביעי לחלק החמישי** הוא שהחלק החמישי נוגע לעניינים **שבחברה** (בין הפרט לחברה, בין פרט לפרט), והחלק הרביעי נוגע לעניינים של **דת**.

**ההבדל בין מצוות דאורייתא למצוות דרבנן :** איך לדעת האם הלכה שמופיעה בתורה שבע"פ מקורה בדאורייתא או בדרבנן ?

**ע"פ דברי הרמב"ם – החלקים הראשון והשני > דין דאורייתא**

**חלק שלישי > דין דרבנן**

**חלק רביעי > זהו החלק הבעייתי**, מפני שיש מקרים שבהם החכמים **למדו משהו מהתורה**, ויש חלקים ש**החכמים קבעו ומצאו לכך אסמכתא** בתורה (יש לעניין זה שתי סיבות – זה גורם לאנשים להתייחס לקביעה שלהם יותר **ברצינות** ולקיים אותה, ובנוסף לכך כדי לעזור לאנשים **לזכור** את הקביעה ולשמר אותה בצורה קלה יותר).

**מחלוקת בין הרמב"ם לרמב"ן :**

**הרמב"ם (ספר המצוות) :** "שאין ראוי למנות כל מה שלמדים באחת משלש עשרה מדות שהתורה נדרשת בהן או בריבוי".

1. **הכלל (שרש) הראשון למניין המצוות** שמונה הרמב"ם – מצוות **שכתובת רק בתורה** ולא מה שניתן ע"י חכמים.
2. **הכלל (שרש) השני :** **לא כל הלכה שנלמדת באמצעות מדרש פסוקי התורה** (י"ג מידות) צריך למנות בתרי"ג מצוות.

**הרמב"ם קובע שהלכה שנלמדה ע"י מדרש (וכו') אינה דין תורה אלא אם כן חכמים ציינו אחרת.**

**הרמב"ן (השגות על ספר המצוות) : חושב הפוך מהרמב"ם לעניין הלכות הנלמדות ממדרשים– הלכה שנלמדה ע"י מדרש תורה היא דין תורה ולכן נכנסת למניין המצוות.**

**סמכות החכמים :**

1. **החכמים כמעבירי המסורת / פרשנים / מכריעים במחלוקת.**

**מהיכן נובעת הסמכות של החכמים ?**

**חומש דברים: "כי יפלא ממך דבר למשפט בין דם לדם בין דין לדין בין נגע לגנע..."**

**דבר שנפלא מעינייך, כלומר דבר שאתה לא יודע**. כאשר לאדם יש שאלה שהוא לא יודע את תשובתה – עליו **לפנות לבית המקדש** בהם נמצאים החכמים ולשאול אותם (לדרוש את התשובה) – והם יתנו את התשובה איך להתנהג, וכך על הפרט להתנהג, **אין לסור ממה שהם אמרו ימין או שמאל.** מי שלא יציית לדברי חכמים בזדון (ע"פ חכמים – **זקן ממרא**, הוא תלמיד חכם מהסנהדרין שדעתו מיעוט, והוא מורה לאחרים להתנהג לפי דעתו)– דינו מוות, כדי שכולם יראו ויראו.

**היקפה של חובת הציות :**

**הסברו של רש"י** – "לא תסור מדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל" – **אפילו אומר לך ששמאל הוא ימין וימין הוא שמאל – חובה עליך להקשיב לדבריו,** אפילו אם הפרט בטוח שהוא צודק (ההנחה של חכמים היא שבתורה אין מילים שנכתבות בלי שיש לדרוש אותן, ולכן רש"י דרש את המילים ימין ושמאל בפסוק) - עולה מדברי רש"י שיש **חובת ציות מלאה** לדברי חכמים.

**הרמב"ן (בפירושו לספר דברים)** – מפרש את דברי רש"י : לכאורה, יש בעייתיות עם מה שרש"י אומר מפני שבתורה כתוב שיש לפעול ע"פ התורה. הרמב"ן טוען **שאפילו אם הפרט בטוח לחלוטין במה שהוא הבין בוודאות שהתורה אומרת, עליו להקשיב לדברי חכמים גם אם הם שונים ממה שהוא הבין בעצמו**, על הפרט לחשוב שאין הדבר שהוא עושה מפי סמכותם של דברי החכמים הוא אסור, אלא לחשוב **שהוא מקיים את דברי החכמים, מפני שה' קבע שיש לציית לדברי חכמים**. הרמב"ן מסביר שיש צורך גדול מאוד במצווה הזו מפני שהתורה ניתנה בכתב ואם לא הייתה מצווה לציית לדברי החכמים, כשמתעוררת שאלה חדשה – עלולות להיות מחלוקות, **אם לא יהיה גוף מכריע עלול להתקיים מצב בו ייווצרו כמה תורות והם יתפצל**. הרמב"ן בהסבר זה בעצם **לא שולל אפשרות שחכמים טעו** (אפילו שסביר להניח שהם לא טועים – כי ה' שומר עליהם מפני הטעות – ולכן סביר להניח שהם לא טועים), אבל הוא טוען **שהמחיר של מספר טעויות של חכמים שווה את מניעת ההיווצרות של כמה תורות**.

**מסכת ראש השנה דף כד עמוד ב - המקרה של ר' יהושע ורבן גמליאל:** באו שני עדים שאמרו שראו את הירח בליל ה- 30 ולאחר מכן הוא לא נראה, ר' דוסא בן הורכינוס אמר שהם עדי שקר כי לא יכול להיות שהירח נעלם, ולכן ר' יהושע היה משוכנע שיום הכיפורים הוא ביום מסוים, ורבן גמליאל ושאר החכמים הסכימו שהוא ביום אחר, ולמרות המחלוקת – ר' יהושע הקשיב לרבן גמליאל ולא צם ביום שבו הוא סבר שהוא יום הכיפורים, ואפילו גזר על ר' יהושע להגיע אליו "במקלך ובמעותיך ביום הכיפורים שחל להיות בחשבונך" **– כדי שתהיה אחדות, ולהראות לכולם שהוא מסכים ושסמכותו של בית הדין לא תתערער** (לא להמרות את פיו של הסנהדרין ולגרום למצב שייוצרו כמה תורות וכל אחד יצום ביום שונה).

**מפגש 4** 2/11/17

**ספר החינוך (מצווה תצו') – המצווה שלא להמרות על פי בית דין גדול שנמנה לישראל** : הוא מחדד את דברי הרמב"ן – מפני שבני אדם תמיד יהיו בעלי מחלוקת, כל אחד עלול לפרש את דברי התורה בצורה אחרת. הוא מניח שאם בני האדם יעשו את ציוו החכמים – **סביר להניח שמה שהחכמים אמרו לעשות זהו הדבר הנכון** והאמיתי לעשות, ויש לצאת מתוך **נקודת הנחה שהם לא טועים** (וזו אינה טעות – מפני שהתורה ניתנת לפרשנות ע"פ דעת חכמים, לא בהכרח קיימת אמת אחת) – **אפילו אם החכמים טועים, לא ראוי לחלוק עליהם אלא לנהוג ע"פ טעותם הבודדת ולסבול את טעותם– כדי שכולם יעקבו אחרי דעתם תמיד,** כדי שלא כל אדם יעשה את ההלכה לפי דעתו, וגם ייוצר פיצול בעם – זהו בעצם **החידוד** של ספר החינוך 🡨 **העובדה שעלול להיווצר פיצול בעם שזהו פגיעה חברתית-מדינית.**

**הרמב"ם** – יש **לשמוע בקולם** של החכמים (סנהדרין) – זוהי **מצוות עשה**, ומי **שיעבור על דברי חכמים** עובר על **מצוות לא תעשה**. חובת הציות מקיפה את **כל חלקי התורה שבעל פה** – דבר שעבר מדור לדור, מה שנלמד מתוך יג' מידות וכו'.

**הרב פיינשטיין** : אם יש מחלוקת בין חכמים, יש לפעול ע"פ **דעת הרוב**, אפילו שהרוב אינם בהכרח צודקים, עדיין יש לפעול לפי דעת הרוב. מפני שע"פ ציווי ה' – יש לפעול לפי **הפרשנות של החכמים**, ולכן גם אם כוונת ה' שונה מכוונת החכמים – יש לפעול לפי דעת החכמים, כי זהו בעצם רצונו של הקב"ה.

**יש לציין שעמדת הציות העיוורת אינה מוסכמת על כולם, למשל :**

**התלמוד הירושלמי :** בדיני איסור והיתר, מסכת "הוריות" : "יכול אם יאמרו לך על ימין שהוא שמאל ושמאל שהוא ימין תשמע להם? תלמוד לומר : "ללכת ימין ושמאל". שיאמרו לך על ימים שהוא ימין ושמאל שהוא שמאל"

יש לציית לחכמים רק כשהם אומרים שימין הוא ימין ושמאל שהוא שמאל, **אבל אם חכמים אומרים הפוך שימין שהוא שמאל ושמאל הוא ימין – לא צריך לציית לדבריהם**, אבל, חשוב לציית **שרק אדם שהוא מוסמך לכך** (חכם מספיק) כדי לא לציית לבית הדין, אדם שנחשב "**ראוי להוראה**". אם הוא הקשיב לבית הדין בדבר מסוים, למרות שהוא חשב אחרת, והתברר שבית הדין טעה – עליו להקריב קורבן (מעיד על כך שחובת הציות איננה מלאה, בייחוד למי שהוא "ראוי להוראה").

**מפגש 5 - 06/11/17**

**ספר עקידת יצחק, ר' יצחק עראמה :** "כי יפלא ממך דבר למשפט..ובאת כל הכהנים.. ועשית ע"פ אשר יורוך..." יאמר, כי כשיפלא [יעלם] מהם הדין באי זה מין שיהיה, שזה ההעלם על הרוב יהיה כשיתברר להם שאינם מסכימים השרשים הכוללים אל הענינים הנדונים, ויפלא בעיניהם לדונו בהם, או חוץ להם, כי אז יהיה הדין ההוא נדון על פי בית דין הגדול, כי הוא נותן בידם רשות גמורה לישר הנמוס ולתקנו, כפי מה שיראה בעיניהם לענין החלקי ההוא, וצוה שלא יסורו מכל אשר יגזרו בו ימין ושמאל" –

למה נוצרה הבעיה ? למה החכמים צריכים ללכת לבית הדין הגדול ? החכמים יודעים את הדין, **אך לא תמיד הם בהכרח יודעים כיצד להתנהל בהתאם לדין**. הדילמות אינן בכללים אלא ביישומם (איפה, מתי, איך וכו') – **כשיש פער בין הכלל לבין המקרה הנדון**, האם הכלל חל גם על המקרה הנדון או לא ? מקרה כזה יידון ע"י **בית הדין הגדול**, מפני שהם מוסמכים להתאים את הכלל המקרה הפרטי, לנסיבות הספציפיות. ה' ציווה **שכל מה שהם יגזרו אין לסור ממנו ימין ושמאל**. לכאורה ניתן לחשוב שבית הדין סטה מן הכלל, אבל האמת היא שהוא לא סטה מן הכלל – **אלא המקרה הספציפי הוא שונה מן הכלל** (לא אמור להיכנס לתוך 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**. מתוך כך עולה - מדוע ירושלים נחרבה אם דוברו שם דברי אמת ? שהרי אם דיברו דברי אמת ירושלים לא הייתה צריכה להיחרב, התשובה לכך היא שדווקא בגלל שהם דיברו רק דברי אמת, דיברו רק את הכללים ולא בדקו את כל המקרים באופן פרטני (מקרה ספציפי אולי לא בהכרח נכנס לכלל), **לפעמים התשובה הנכונה היא לחרוג מן הכלל**. בתוך מסגרת הכללים יש המון חופש לפרשנות של הפוסק, ככל שיש יותר מרחב תמרון שהפוסק משתמש בו, כך זה עלול להיראות כאילו ימין הוא שמאל ושמאל הוא ימין לאדם הפשוט.

**חובת הציות היא בעצם כפולה :** חלק מהסמכות של החכמים היא להכריע בעניין שיש בו מחלוקת (הסנהדרין הוא הגוף המכריע / החכמים שמגיעים אחריהם).

**המחלוקת :** מחד, מחלוקת היא דבר טוב, מפני שהיא יוצרת דיון שגורם לכך שהאמת יוצאת אל האור. מאידך, מחלוקת מעידה על כך שאנו לא מבינים בהכרח את כוונת התורה, ולכן יכולה להיות גם דבר שלילי.

**תוספתא חגיגה ב,ט :** "אמר ר' יוסי: כתחילה, לא הייתה מחלוקת בישראל אלא בית דין של שבעים ואחד היו בלשכת הגזית ושאר בתי דינין של עשרים ושלושה היו בעיירות שבארץ ישראל..."בתחילה לא הייתה מחלוקת בישראל, בזכות **הפרוצדורה** : היה בית דין שבו ישבו הסנהדרין (בית הדין הגדול – בעל 71 דיינים), ובתי דין קטנים ברחבי הארץ (23 דיינים – בדיני נפשות יש לדון לפחות ב-23 דיינים), בנוסף לכך היו בתי דין קטנים נוספים בעלי דיינים בירושלים (בהר הבית ובחיל). אם לאדם התעוררה שאלה – הוא **פנה לבית הדין שנמצא בקרבתו** והציג בפניו את הבעיה. בית הדין פתר את הבעיה בעזרת המסורת שהם קיבלו מרבותיהם וזה הפתרון שהיה ניתן לאדם (מכאן נגזר שתפקידם של החכמים היה להעביר את המסורת ואת ההלכה כפי שהם מכירים אותה – כדי שלא ייוצר מצב שבו יהיה הבדל בין בתי הדין השונים), אם לא הייתה מסורת לגבי העניין הזה הם לא נתנו תשובה – ואז הם היו פונים (=נציג בכיר מבית הדין והאדם שהעלה את הסוגיה) **לבית הדין הסמוך / לבית הדין הקטן בהר הבית** (לא בגלל שהייתה היררכיה, אלא מפני שבית הדין הזה קרוב יותר אל בית הדין הגדול), גם בית הדין הזה לא מחדש הלכה – אם הם הכירו את התשובה הם היו נותנים אותה (רק מעבירים את ההלכה ולא מחדשים) ואם לאו הם היו **ממשיכים הלאה ופונים לבית הדין שנמצא בחיל** – אם גם כאן לא הייתה תשובה – היו **פונים לבית הדין הגדול (הסנהדרין) ומציגים שם את השאלה** – אם הם שמעו את התשובה היו נותנים אותה (אפילו אם רק אדם אחד בבית הדין הגדול טוען שהוא שמע את התשובה), ואם לא **הם היו דנים בעניין –** מקיימים דיון ומעלים את העניין להצבעה ומכריעים ע"פ רוב – רק אז ההלכה הייתה מופצת הלאה (יש הלכה ברורה) – ולכן לא יכולה להתעורר מחלוקת מפני שההלכה בנויה רק ע"פ מסורת, ואם לא הייתה מסורת **רק הסנהדרין היה יכול להכריע – זו הייתה הדרך היחידה לחידוש הלכות.** אך כשתלמידי שמאי והילל (שלא שימשו "כל צרכן" – לא היו ראויים מספיק) התרבו – המחלוקות בישראל התרבו, ונעשו שתי תורות. התלמוד הירושלמי מוסיף על עניין זה – נהיו שתי תורות ואין אפשרות לחזור למצב שהיה לפני המחלוקות בין בית שמאי לבית הילל והמציאות הזו לא תוכל לחזור לעצמה אלא רק כשיגיע משיח בן דוד. מן המקורות האלו עולה **יחס שלילי למחלוקת** !

**תוספתא עדויות א,ד** : "לעולם הלכה כדברי המרובים, לא הוזכרו דברי היחיד בין המרובים אלא לבטלן.."

כשיש מחלוקת הולכים לפי הרוב, אז **למה לפעמים מוזכרים דברי היחיד עם דברי הרוב שכן התקבלו** ? התשובה שניתנת לכך היא שדעת המיעוט מוזכרת מפני שאם דעת המיעוט קיימת, יהיה **קל לדעת שהדעה הזאת לא התקבלה**, ולכן יהיה קל יותר לדחות את הדעות של האנשים שהיו טוענים שהם שמעו מסורת מרבותיהם (אמנם המסורת נכונה, אך היא איננה העמדה שהתקבלה), מצטטים אותה כדי שניתן יהיה לדחות אותה ולומר שהיא לא התקבלה.

לעומת זאת **ר' יהודה** אומר שהוזכרו דברי היחיד בין דברי הרבים **כדי לתת לה לגיטימציה** – גם במובן הרעיוני וגם במובן המעשי, במקרים מסוימים יהיה **ניתן להשתמש בדעת המיעוט**, עמדת המיעוט בעצם לא מתבטלת כי ניתן להשתמש בה במקרים מסוימים. ניתן להדגים זאת בשאלה האם ניתן לטלטל נר (פמוט כמשמעותו אז) בשבת ? ר' שמעון : נר שבזמן שהוא דולק אסור לטלטל אותו, אך אם הוא היה דולק בתחילת שבת מותר לטלטל אותו כשהוא כבה. לעומתו ר' יהודה אומר שגם אם הוא היה דולק וכבה אסור לטלטל אותו, וזו העמדה שהתקבלה. התעוררה הדילמה בעת הדלקת נרות חנוכה – יש להדליק את בחוץ, אבל אנשים שאינם יהודים חשדו שהיהודים ניסו להטיל בהם כשפים, אבל אסור לטלטל את הנר לפי ר' יהודה (למרות שלהשאיר את הנר מסכן אותם). היהודים שאלו את רב – והוא טען שניתן ללכת לפי עמדתו של ר' שמעון – עצם העובדה שאומרת שיש עמדה שטוענת שמותר לטלטל את הנר, **בשעת הדחק** (רוצים להדליק את הנרות בחוץ כהלכה, אך להשאיר אותם מחוץ מסכן את היהודים) **ניתן להשתמש בה בנסיבות המתאימות** – מפני שגם לעמדה זו יש לגיטימציה. אילו היו מעלימים את עמדת ר' שמעון (שלא התקבלה) – הרב לא היה יכול להשתמש בעמדה זו, כי ישנה רק עמדה אחת מוכרת והיא זו שהתקבלה**. ולכן יש להפיץ את המחלוקת (היא נותנת מרחב תמרון).**

**אבות דרבי נתן פרק יח נוסחה א :** "בעלי אסופות" – אלו תלמידי חכמים שנכנסין ויושבין אסופות אסופות. אלו אוסרין, ואלו מתירין. אלו מטמאין, ואלו מטהרין..."

 אדם כביכול יכול לומר שהוא לא צריך ללמוד מפני שגם ככה יש מחלוקות בין החכמים. **למרות שהחכמים אומרים דבר והיפכו – אלו ואלו דברים שהגיעו "מרועה אחד"** (=מהקב"ה, מהתורה) – הכל מקורו מאותו האל ולכן יש **חשיבות לעמדות השונות ולריבוי הדעות.**

**"אלו ואלו דברים אלהים חיים"** – גם דברי בית שמאי וגם דברי בית הלל הם מקורות אלוקיים, אז למה בכל זאת הלכה כבית הלל ? בגלל שבית הלל היו יותר ענווים ויותר צנועים וכו', ובכל זאת מה ההקשר בין פסיקת ההלכה לבין הצניעות של בית הילל (שכביכול האופי לא משנה אלא מהי ההלכה באמת אמורה להיות) ?

1. **בית הילל הקדימו את דברי בית שמאי לדבריהם –** הם היו **מוכנים להקשיב** להעמדתם ואפילו לשנות את עמדת בהתאם, הם בחנו בצורה אמיתית את כל העמדות ורק אז החליטו מה היא ההלכה.
2. **העובדה שדיין מתנהג בענווה ובצניעות נותנת לדבריו משקל גדול יותר** מאשר למי שאינו מתנהג בצורה כזאת.

**ריטב"א מסכת עירובין דף יג', ב** : "אלו ואלו דברים אלהים חיים" – שאלו רבני צרפת **איך יכול להיות שאלו ואלו דברי אלוקים חיים** ? הרי ה' לא אמר דבר והיפוכו. כשמשה קיבל את התורה הוא קיבל את העמדות השונות (סיבות למה עניין הוא אסור ולמה הוא מותר – הוצגו בפניו דברים טובים), ה' אמר למשה **שההלכה תיקבע בידיהם של חכמים ישראל בכל דור ודור** – הם יחליטו איזו עמדה יותר מתאימה ויותר נכונה. הריטב"א בעצם אומר **שאין תשובה שהיא בהכרח נכונה – יש לגיטימיות לעמדות השונות, ויש בידי החכמים כוח להחליט מהי העמדה שתתקבל, אבל יש לגיטימיות גם לעמדה שלא תתקבל.**

**הרמב"ם :** מחלוקת יכולה להתקיים רק בתקנות ובגזרות של חכמים / דברים שנלמדו ממדרשים (ואין מחלוקת במה שניתן למשה מסיני) – כפי שצוין לעיל.

**ש' אברמבון סיני פח מא', ריא** : אומר שלפעמים יכולה להיווצר מ**חלוקת כתוצאה מאי הבנה, חוסר הקשבה, הבנה לקויה וכו' – לעומת דעתו של הרמב"ם שאמר שדבר זה אינו אפשרי.** הרמב"ם דוחה את זה מפני זה שאם ניתן לומר שעלולה להיות טעות – כל המסורת נמצאת בשאלת קיום.

יכולה להיות מחלוקת גם במשהו שלא נובע מטעות – בעצם לפי המקורות שצוינו לעיל – יכולה להיות לגיטימציה לשתי עמדות ולכן יכולה להתפתח מחלוקת ("אלו ואלו דברי אלהים חיים") – יכולת להתעורר מחלוקות מפני ששתי המסורות מקורם אלוקי, לכן יכול להיות שחכמים יחליטו בצורה אחת או בצורה אחרת (כנראה שבנסיבות כאלה הרמב"ם יטען שזו לא הלכה למשה מסיני).

**מפגש 6 – (9/11/17)**

מחלוקת : **כיצד מכריעים את המחלוקת? מה הם הכלים שבאמצעותם יכולים חכמים להכריע?**

**מהו הכלל באמצעותו לא ניתן בוודאות להכריע את המחלוקת ?**

**תלמוד בבלי מסכת תמורה דף טז עמוד א :** "אמר רב יהודה אמר שמואל : שלשת אלפים הלכות נשתכחו בימי אבלו של משה, אמרו לו ליהושע שאל! אמר לא בשמיים היא."

משה רבנו מת – הוא מקבל את התורה בהר סיני – נמסרו לו גם בע"פ, הוא לימד אותם אך הם נשכחו, מגיעים ליהושע כדי שישאל את ה' מה הן - הוא עונה "**לא בשמיים היא**" : **זו לא משימה מאוד קשה לשחזר את ההלכות, ניתן לעמוד בזה.** חז"ל דורש בשמו של יהושע **– התורה כבר לא בשמיים, היא כבר נמסרה ולא ניתן לבקשה מה' שוב.** בימי שמואל לא הצליחו עדיין לשחזר את ההלכות – מבקשים ממנו לבקש מה' לקבל את ההלכות. שמואל אומר שהוא בתור נביא לא יכול לחדש את ה' בענייני הלכה, ובתור נביא הוא לא יכול לבקש מה' לומר לו את ההלכות החסרות. **ה' נתן את התורה כמסורת – הוא נתן אותה לארץ.**

**הרמב"ם מאמץ את עמדה זו – הוא מתייחס גם לעניין הנבואה, האם היא קיימת בענייני הלכה ?**

**הקדמת הרמב"ם לפירוש המשניות :** "ודע, שהנבואה אינה מועילה בפירושי התורה ובהוצאת ענפי המצוות בשלש עשרה מידות.."

לנבואה אין תפקיד בענייני הלכה. יהושע ופנחס (נביא וחכם), רבינא ורב אשי (כולם חכמים ובקיאים בתורה, ההבדל הוא שיהושע ופנחס נביאים ורבינא ורב אשי אינם) – הרמב"ם אומר **שבענייני הלכה אין הבדל ביניהם, העובדה שהם נביאים לא מוסיפה לעניין הלכה.**

**יתרון הנביא ע"פ הרמב"ם:**

1. **קשור לענייני מצווה והלכה** – לדרבן את העם לקיום המצוות, להזהיר אותם מפני אי קיום המצוות, להוכיח את העם.
2. **ענייני הרשות** – ייעוץ לאנשים (למשל למלך – האם לצאת למלחמה או לא).

**הגדרת הרמב"ם לנביא שקר :**נביא שהתנבא בשם ה', פעל בשם הסמכות שלו – הוכיח את העם. אבל, אם הנביא הוסיף / גרע ממה שה' העביר לו בנבואה, אמר לעם משהו שלא באמת נאמר לו. אפילו אם הוא יעשה אותות ומפתים – **ברגע שהוא דיבר בענייני הלכה**, הוא עדיין נביא שקר (מפני שאין לנביא יכולת לדבר בענייני הלכה), משה שהוא גדול הנביאים אמר שלא תינתן עוד תורה מן השמיים, היא ניתנה למשה, הועברה לישראל – ולא תהיה עוד אחת, ולכן – **לא יכול להיות שה' הולך נגד מה שהוא אמר למשה**. עונשו של נביא השקר יהיה עונש מוות. **אפילו אם יש 1001 חכמים שאומרים דבר מה הוא מותר, ולעומתם 1000 חכמים שהם גם נביאים שטוענים אחרת – הולכים לפי דעת רוב החכמים** מפני שכלל ההכרעה הבסיסי הוא – **לאחר רבים להטות**, לא מתייחסים לעובדה שקבוצת החכמים השנייה הם גם נביאים – אין לזה משקל כשמדובר בענייני הלכה.

**הרמב"ם מבסס את דבריו** **ממדרש תנורו של עכנאי** : הייתה מחלוקת בשאלה האם התנור מקבל טומאה או לא מקבל טומאה. חכמים טענו שכלי זה יכול לקבל טומאה, לעומת זאת ר' אליעזר טען שכלי זה לא יכול לקבל טומאה ולכן הוא טהור. יש מחלוקת בין החכמים לבין ר' אליעזר, ר' אליעזר ניסה לשכנע את החכמים שהוא צודק – ולכן הוא הביא ראיות מכל מיני מקורות כדי להוכיח את טענתו, חכמים לא השתכנעו והוויכוח ממשיך. ר' אליעזר לא משלים עם העובדה שההכרעה תהיה ע"פ רוב, הוא מנסה לשכנע אותם בראיות לא קונבנציונליות (חרוב שזז ממקומו, מים שזזים נגד כיוונם – מלמטה למעלה, כותלי בית המדרש שנטו ליפול) החכמים טענו **שאין ללמוד הלכה מתוך התופעות** שר' אליעזר נתן. ר' יהושע גער בכך שהקירות נפלו, ולעומת זאת – ר' אליעזר רצה שהקירות יפלו כדי להוכיח את טענתו, ולכן הקירות נשארו מוטים כלפי מטה. ר' אליעזר בכל זאת רצה להוכיח את טענתו – ביקש שאם ההלכה כמותו – מן השמיים ייאמר כך. **מיד יצאה בת קול** ואמרה שהלכה בכל מקום היא כפי ר' אליעזר. ר' יהושע אמר : **"לא בשמיים היא" – כבר ניתנה תורה מהר סיני ולכן לא מקשיבים לבת הקול, קובעים הלכה "אחרי רבים להטות" – הדיון הוא דיון בארץ ולא בשמיים**. אלוקים אמר "נצחוני בניי".

**תלמוד בבלי מסכת עירובין דף יג עמוד ב:** "אלו ואלו דברים אלהים חיים" – בת קול יצאה ואמרה שאלו ואלו דברי אלוקים חיים, והלכה היא כבית הלל. עניין זה מבטא עמדה נוספת בנושא, לעומת במדרש תנורו של עכנאי שמייצג את העמדה שאומרת שלא נתין להסתמך על בת קול שתכריע בנוגע להלכות. במדרש זה כן מקבלים את בת הקול.

**ספר הכוזרי – מאמר שלישי אות מא' :** מלך כוזר שאל את החבר – כיצד (למרות סמכות החכמים להוסיף תקנות והלכות) למרות שבתורה כתוב שאסור להוסיף לגרוע, למה לחכמים יש את היכולת לעשות זאת ? מסביר ר' יהודה : האיסור להוסיף ולגרוע הוא איסור שמדבר על המון העם, ולא על החכמים, על הנביאים, הכוהנים והשופטים (לעומת עמדתו של הרמב"ם – שטוען שרק לחכמים יש יכולת לחדש בענייני הלכה) – **מפני שיש להם סיוע מן השכינה** (בעיקר החכמים, השופטים והכוהנים), אם אנו מקבלים את דבריהם מפני שיש להם סיוע מן השמיים, כמובן שיש לקבל את עמדתו של הנביא שמקבל נבואות מה'.

**הרב קוק – אגרות הראי"ה:** נותן הסבר בייניים (בין הרמב"ם לר' יהודה) **אפשר להשתמש בנבואה רק כמוצא אחרון.** אם יש מחלוקת למשל בין בית שמאי לבית הילל – אנו לא מצליחים להראות בכוח השכלי מדוע עמדה אחת יותר נכונה מהאחרת – אין כלי להכריע ביניהם, ואין דעת מיעוט מול דעת רוב. במקום כזה כשיש דילמה ברורה ונבדקו כל האפשרויות ואין יכולת להכריע – ניתן להשתמש בנבואה או בבת קול כדי להכריע, ולכן גם במדרש המפורסם יצאה בת קול. אבל לחדש הלכה שאינה מוכרת, אם לא השתמשו בכוחות השכליים – לא ניתן להשתמש בכלים השמימיים כי כן יש אפשרות להכריע בין הדעות. בתנורו של עכנאי – כן הצליחו להגיע להכרעה מפני שהחכמים היו הרוב, לכן במקרה זה (הגיעו להכרעה בדרכים מקובלות ורגילות) לא התקבל השימוש בבת הקול. הרב קוק בגישתו בעצם מנסה ליישב את העניין בין גישת הרמב"ם לגישת לר' יהודה הלוי (הוא אומר בעצם שאין שתי גישות, אלא גישה אחת מזוויות שונות).

הערה **:** עד כה אמרנו שבעייתי להכריע באמצעות הכוחות השמימיים. אז כיצד נוכל להכריע בדרכים אחרות ?

הערה **:** בפועל הגישה שלא מקבלת את ההכרעה ע"י השמיים היא זו שהתקבלה.

**כיצד מכריעים את המחלוקת ? מה הם הכלים שבאמצעותם יכולים חכמים להכריע מחלוקת ?**

**מפגש 7 –**

* **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 **ע"פ דעת רוב החכמים** (אחרי רבים להטות).

**בבלי עבודה זרה ז', א' :**אסור לשמוע הלכה מרב אחד, וללכת לרב נוסף כדי לנסות לשמוע הלכה נוחה יותר לפרט. אם יש לשני רבנים דעות שונות יש ללכת לפי דעת הגמרא. לעיתים בנסיבות מסוימות יש חשיבות לא רק למספר, אלא מי החכם שאמר את הדברים **– מי גדול בחכמה ובמניין** (כשאין יכולת להכריע ע"פ רוב) **גדול בחכמה** – יש קושי לקבוע כללים באופן זה, לכן **ההנחה היא שמי שקדם הוא החכם יותר** (בגלל **ירידת הדורות**), **גדול במניין** – גדול **במספר התלמידים / הגיל שלו / מספר החכמים שהסכימו** איתו (למרות שעניין זה מחזיר אותנו לכלל של אחרי רבים להטות). אם אין אפשרות לומר באופן מובהק שאין אחד גדול יותר – **בדיני היתר ואיסור** - הולכים ע"פ אחרי המחמיר. לעומת זאת, **בדיני ממונות** – קשה להכריע ע"פ המחמיר או המקל מפני שישנם שני צדדים (אם מחמירים על אחד מקלים על האחר).

**כללי הכרעה נוספים (כללי הכרעה שמיים):**

**ההכרעה בדעת המחלוקת – ההכרעה תמיד כדעת פלוני** (תמיד כדעת רב, תמיד כדעת שמואל), כנראה שמצב זה החכם נחשב יותר בקיא יותר חכם וכו' (לכאורה – בית הלל שנבחרה לעומת בית שמאי, הלכה כרב מול שמואל – הלכה תמיד כשמואל). עניין זה נכון רק כלפי חכמי התלמוד, לעומת הטיעון של רוב ומיעוט שקיים בכל הדורות (דעת רוב – ניתן להשתמש בו גם כיום).

**כלל הנכון ביחס למשנה :** אומרים שההלכה כ"**סתם משנה**" – עמדה שמובאת במשנה באופן אנונימי (לא מצוין מי אמר אותה), ויש דעה חולקת. **ההנחה היא שהעמדה שמובאת במשנה באופן סתמי היא העמדה המייצגת את דעת הרוב ולכן לא טרחו לציין את כל שמותם של הרוב.**

הערה : כמובן שיש להכריע איזה מן הכללים ייבחר במקרה הספציפי.

**סדר גאונים ואמוראים, סימן כה'** - הלכה כבתראי (הלכה של האחרונים) : **האם לתת עדיפות לפוסק המוקדם או לפוסק המאוחר** ? מדוע קיימת התלבטות כעל פניו תמיד הולכים לפי המסורת והדור הקודם היה קרוב יותר למסורת, מצד שני – עם הדורות מתגלים עוד ועוד דברים והחכמה גודלת. כל מקום שחולקים שני תנאים זה על זה ולא נפסקה הלכה לא כזה ולא כזה : לא פוסקים לפי תלמיד שחולק על רבו – פוסקים ע"פ הרב, אם יש דעת פוסק מאוחר מול פוסק מוקדם יותר – הולכים לפי הפסיקה המוקדמת.

**עד תקופה מסוימת (תקופת רבא)** – תקופה רביעית / אמצע התקופה של האמוראים, העדפנו את הפסיקה של הפוסק המוקדם יותר, ומתקופת רבא ואילך – מעדיפים את הפסיקה של המאוחרת יותר. **מה גרם לשינוי בתפיסה ?**

**תוספות קידושים מה, ד"ה "הוה" -** האחרונים דקדקו יותר להעמיד הלכה על בוריה מאשר הראשונים, כיוון שהראשונים העבירו כל אחד מה ששמע מרבותיו לעומת האחרונים שלמדו מכל מיני מקורות (רבנים שונים, דעות שונות וכו').

**שו"ת מהרי"ק, סימן פ"ד (הסברו על דברי התוספות)** **–** עד הדור שחל בו מהפך (תקופת רבא) לא היו התלמידים לומדים אלא ע"פ מה שלימדו אותם רבותיהם – שינון של מה שנלמד מרבותיו ולכן תמיד עדיף ללכת למקור (לרב ולא לתלמיד), לעומת זאת – לאחר תקופה זו לא כל אחד שמע ושינן את מה שהוא אמר אלא למדו מקורות שונים, דעות שונות וכו'. וכך **למדו את ההלכה בצורה מדוקדקת יותר**, הוא לא מסתמך על מה ששמע מרבו הספציפי אלא על דעות של כל מיני רבנים. ולכן, **כלל ההלכה מאוחרת יותר – היא מדוקדקת יותר, ולכן יש לתת עדיפות לאחרונים** (לאחר תקופת רבא).

**שו"ת הרי"ד, סב' –** גם פה יש התלבטות לגבי השאלה הזו, הוא מסביר את הסוגיה : תמיד קיימת תפיסת "**ירידת הדורות**" – הדור הקודם היה חכם יותר, טוב יותר, בייחוד לאור התפיסה של חשיבותה של המסורת. מצד שני, אנו אומרים שמדור מסוים ואילך – מעדיפים את הפוסק המאוחר יותר, **איך מיישבים סוגיה זו** ? "תחלת כל דבר שאני משיב לאדני על מה שכתבתה אלי שלא אחלוק על הרב הגדול רבינו יצחק זצ"ל..." הרי"ד טוען שלא הייתה בכוונתו לחלוק על רבינו יצחק (הרי"ף) – אחרי שאני קטן יותר לעומתו, הוא חכם ממני וכו', אך – הוא טוען שהוא חולק על כל אחד, ואפילו על יהושע, וה' הוא העד – גם במקום שהוא חושב שהוא צודק והחכמים צודקים, זה לא נשעה מתוך יוהרה או גאווה – אך יש מחלוקת מפני שזה הדבר שהוא הבין וכו'. **משל הננס לגבי הענק** : כמובן שהענק רואה יותר מן הננס, אבל אם נניח את **הננס על גבו של הענק – הוא יהיה גבוהה יותר** ויוכל לראות יותר, ניתן להמשיל זאת למקרה הנ"ל – אנחנו לא גדולים מהקודמים לנו, אבל **מאחר שקיימת כל החכמה שלהם – ניתן להוסיף את המעט של הדור שלנו, החכמה הכוללת את חכמתם של הדורות הקודמים הולכת ומתרבה מדור לדור** (כל דור מוסיף ומוסיף), יש צורך הכרחי לאפשר לקטן יותר להכריע, כיצד הוא יוכל להכריע במקרה מסוים ? אם ההנחה היא שהדורות הולכים ומתמעטים, אנו משתקים את יכולתו של הפוסק המאוחר להכריע במקום שיש מחלוקת במקומות שבהם אין הכרעה בדורות הקודמים לו (התוספת של המאוחר אולי יותר קטנה, אך היא מצטברת לחכמה גדולה יותר).

**מאחר שאנו טוענים שהולכים לפי דעת המאוחר – הלכה כבתראי, ישנם תנאים מסוימים לדבר :**

* **הרא"ש** "אנו תופסים את דברי האחרונים עיקר כיוון שידעו סברת הראשוני, וסברתם והכריעו..." על הפוסק המאוחר להכיר את דברי מי שקדם לו, אבל **במקום שיש בו מחלוקת ואין הפוסק המאוחר ידע את דברי מי שקדם לו – הולכים לפי הפוסק המוקדם** (מפני שאין חוכמה מצטברת), זה מותנה בהיכרות הפוסק המאוחר עם דברי הפוסק הקודם.
* **הקדמת הרמב"ם למשנה תורה –** הרמב"ם אמנם לא אומר שיש חובה לפסוק לפי הראשון או לפי האחרון, אלא הוא טוען ש**יש לדון כל מקרה לגופו, יש לבחון את הדעות במקרה הספציפי**. מבחינה מהותית – זה לא נכון לבחור דעה ספציפית בכל מקרה. גישתו של הרמב"ם טוענת שהגישות הקודמות עלולות לגרום לטעויות (למרות הנוחיות של השיטות הקודמות), ולכן יש לבדוק כל מקרה לגופו.
* **הרמ"א – בנושא "הלכתה כבתראי" :** רבי שלום שכנא (רבו של הרמ"א) היה אמון על השיטה של הלכה כתבראי, ולכן אם הוא יכתוב ספר הלכה – יפסקו כמוהו, והוא לא רצה לקבל את המשימה הזאת (מעוונה / יראת הוראה וכו'). הרמ"א בהקדמתו ל"מפה" (ר' יוסף קארו פסק ע"פ דעת הרוב בד"כ), הוא נתן עדיפות לקודמים ולא לפי הכלל "**הלכה כבתראי**" (ברוב המקרים עדיפות לראשונים), **ולכן יש פער בין הלכת אשכנז להלכת ספרד,** שכן הלכו לפי "הלכה כתבראי" (ברוב המקרים – לפי האחרונים).

**מפגש 8 (16.11.17) –**

התקדים **:** ספר פסיקה בא לקבוע הלכה לדורות לכל המקרים הרלוונטיים לעומת תקדים. שאלת התקדים מטרידה גם היום. **מחד, יש הצדקה לכך שתקדים יהיה מחייב** (נותן יציבות, אם יש תקדים מחייב כל בימה"ש לא יוכל לקבוע הכרעה שונה, תקדים מחייב נותן לאדם את הידיעה כיצד עליו להתנהל), יש גם **חסרונות לתקדים** – התקדים מנציח טעויות, מגביל את הפרשנות של בתי המשפט וכו'. במדינת ישראל התקדים מחייב את כל בתי המשפט חוץ מבתי המשפט העליון.

חשוב לדעת שתשובה שניתנת במקרה קונקרטי מתחשבת בנסיבות המקרה, **האם ניתן לסמוך על תשובת הפוסק במקרה זה, מפני שהוא ניתן בגלל נסיבות מיוחדות שהיו באותו מקרה ואנו לא מודעים להן ?**

**בהלכה, אין חובה להתייחס לתקדים כמחייב**. בתי דין שונים יכולים להגיע להכרעה אחרת. אין בעצם דבר כמו במשפטנו כיום שנקרא "**סופיות הדיון**", הפרט יכול להגיע לבית דין אחר כדי להגיע לפסיקה אחרת. בהלכה אין סמכות ערעור לבית דין גבוהה יותר (בית דין יהודי כיום), אבל אם בית הדין לערעורים הגיע להכרעה מסוימת, בית הדין הראשון לא מחויב להכרעתו, הוא יכול להכריע אחרת.

**מצד שני, כל האמור לעיל – לא אומר שאין ערך לתקדים**. התקדים מונח לפני בית הדין – והם יכולים לבחור כמה משקל להעניק לתקדים ביחס לחומר האחר. המכנה המשותף – תקדים אינו מחייב, מצד שני – תקדים יש בו מעין סוג של הנחיה (חזקה יותר או פחות – תלוי במקרה).

**מסכת בבא בתרא קל, ב' :** "אמר להם רבא לרב פפא ולרב אונה בנו של רב יהושע : כשיבוא פסק דין שלי בפניכם, ותראו פירכא..."

רבא אמר לרב אונה ולרב פפא שאם יגיע לידיהם פס"ד שלו – והם רואים בו טעות, אל תבטלו את פסה"ד הזה, אלא **תשאלו אותו**– וכך אחד מהצדדים עשוי להשתכנע בטענות הצד השני – **כל עוד הוא בחיים**. **לאחר מותו** – במקרה כזה**, אל תבטלו אותו ואל תלמדו אותו למקרים אחרים** (אל תבטלו מפני שאולי הוא היה יכול להסביר להם מה הייתה כוונתו, ואל תלמדו אותו – מפני שעל השופט לדעת מה שעיניו רואות לפי נסיבות המקרה), אין להם חיוב להשתמש בתקדים שלו.

**הריטב"א** מדגיש את הנקודה שלעיל: אפילו אם המקרה שעליו הם מתדיינים יהיה מאוד דומה לפסק דין, אין דיין קובע אלא לפי מה שעיניו רואה – בכל זאת אינם מחויבים.

**ברייתא תוספתא סנהדרין :** על הדיין לדעת את מי הוא דן, לפני מי הם דנים (ה' גם הוא נמצא בדין ובוחן מה נעשה), ולהיזהר במעשיו מפגיעה מאדם אחר (גם אם הציבור לא יודע, ה' כן יודע והוא ישפוט את הדיין) –על הדיין להיות אחראי ולנהוג בזהירות. אנשים עלולים לומר שאין הם רוצים להיות דיינים, כדי שלא ייענשו על פסיקתם (משמיים), התשובה לכך היא שהדיין רק במקרים שהדיין נהג שלא בתום לב, שלא ביושר וכו' - הוא ייענש על פסיקתו (אין על דיין אלא את מה שעיניו רואות).

נשאלת השאלה **מהו המשקל שיש לתת לתקדים ?**

* **שו"ת המהרי"ל סימן עב –** פוסק אחד פסק דבר מה, פוסק אחר שאינו מסכים עם תשובתו שולח אליו מכתבים לגבי העניין שהוא אינו מסכים על פסיקתו. באו אל הפוסק בטענה שהוא מסתמך על פסיקות כשהוא אמור להסתמך על ספרי הלכה. הפוסק הראשון עונה להם באמירה **שיש לתת משקל לפסיקה קודמת, מפני שזוהי הלכה למעשה** – פרקטית אמר פוסק שכך יש לנהוג, יש לו ערך יותר גדול מספר פסיקה עיוני, ולכן **כמובן שיש לתת משקל לפסיקה קודמת** (ניתן להסתמך על תשובות, אך אין חובה לכך. **לעיתים אפילו עדיף להשתמש בפסיקה קודמת מפני שהיא פרקטית יותר ולא תאורטית** - **תשובה זו נותנת משקל גדול יותר לשאלות ותשובות.**
* **שו"ת רבי אברהם בן הרמב"ם סימן צז** : "ואולי יעמוד אדם זריז" יש רצון להגיע (כד כמה שניתן) להגיע **לאחידות**, לפעמים נבחרה הלכה מסוימת שלא מתאימה לכלל האוכלוסייה ואנו מוכנים לשלם את המחיר על כך כדי להגיע לאחידות. **ברמה התאורטית, עדיף שיהיו כללים ברורים וידועים מראש – וכך אנשים יידעו כיצד להתנהג.** הקביעה כל מקרה לגופו היא מאוד מסורבלת – לא ניתן לבחון כל מקרה ומקרה וחשוב שיהיו כללים (יוצר ודאות, אחידות, עקביות וכו'). הפסיקה אמורה להיות ללא סתירות כדי שכל אדם ידע כיצד עליו להתנהג – **ספר פסיקה שיש בו סתירות הוא לכאורה מעורר קושי – יש לתת הסבר לסתירות**. טענת חוסר העקביות יכולה להתקיים רק למי שכותב ספר הלכה לדורות, אבל דיין שפוסק כל מקרה לגופו – לא ניתן לטעון שהוא פועל בחוסר עקביות, מפני שהוא פוסק לפי נסיבות המקרה, **ישנן אבחנות בין מקרה אחד לשני**. למרות כל הנאמר לעיל – **בכל זאת ניתן ללמוד מן התקדים – לדעת איך לאזן בין שיקולים שונים, איזה שיקולים יש לבחון וכו', אך אין חובה להתייחס לתקדים כמחייב**. גישה זו גורסת כי **התקדים הוא חשוב וניתן ללמוד ממנו (הוא חומר גלם שיכול לסייע אך הוא אינו מחייב), אבל הדבר העיקרי יותר הוא ספר ההלכה.**

**מעמדו של התלמוד : מבחינה היררכית – התנא עומד מעל האמורא.** האמורא לא יכול לחלוק על תנא. אם אמורא סטה מדברי תנאים – דבריו נדחים : יכולה להתקיים מציאות שבה יש מחלוקת בין תנאים, ואמורא בוחר ללכת בדרכו של תנא – הוא יכול לעשות זאת, אך אם יש הסכמה בין כל התנאים – האמורא לא יכול לחלוק על דבר זה.

למרות זאת, **לא נבטל את דברי האמורא אם הוא חולק התנאים**. או שנמצא בתנאים עמדה שתואמת לעמדה האמורא, או שנבחין בין המקרים (ליישב בין המקרים) - זהו עימות בין שני מקורות (אין הכרח שזה יהיה רק אמורא שחולק על תנא, אלא גם תנא שחולק על תנא וכו').

היחס הזה **קיים גם בין דור האמוראים לדורות שמגיעים אחריהם**, אם התלמוד נתן עמדה אחת בלבד, או הרבה עמדות ואחת שהתקבלה – לא ניתן לחלוק עליה. ויש ישנו פוסק שחולק על דברים שנאמרו קודם, ינסו ליישב את המחלוקת, להבחין בין המקרים, למצוא פוסק אחר שמסכים עם דעת החולק וכו'.

**הקדמת הרמב"ם לספר היד החזקה :** "נמצא רבינא ורב אשי וחבריהם סוף גדולי חכמי ישראל..." - זוהי התקופה האחרונה שבה היה גוף מוסמך שבה התקינו תקנות מחייבות לכולם, לאחר זמנו של רב אשי – ישראל התפזרו לכל מיני מדינות, תלמוד התורה התמעט, כל קהילה לעצמה ומה שבית דין גזר בקהילה אחת – לא מחייב קהילה אחרת וכו'. אבל, כל ישראל חייבים ללכת ע"פ מה שנמצא שבתלמוד הבבלי –מפני שכולם הסכימו על מה שנכתב בו. **כוחו של התלמוד לא נובע מתוך חכמת כותבי התלמוד, אלא מתוך כך שישראל קיבלו את התלמוד כדבר מחייב** (למרות שיש לציין שישראל קיבלו את התלמוד בזכות גדולת חוכמת כותביו, אך חכמתם אינה מספיקה כדי להפוך את התלמוד למחייב – אלא ההסכמה של ישראל לנהוג על פיו).

**הר"ן :** "וזה עניין הסכמת הגמרא, ושאין ישראל רשאי לחלוק על דבריו כלל" – יש כוח מרכזי לתלמוד בגלל שהחכמים הסכימו לקבל אותו.

**מפגש 9 (20/11/17) –**

**ר' יוסף קארו "כסף משנה" -** מפרש את דברי הרמב"ם ושואל **למה לא חולקים אמוראים על תנאים** ? (בהמשך לאמירה שלעיל - תנא לא יכול לחלוק על אמורא) – ניתן לומר שמיום חתימת המשנה – באופן עקרוני אמוראים יכולים לחלוק על תנאים, אבל פוסקים קיבלו את עצמם האמוראים לא לחלוק על תנאים, וכן הלאה – **הכוח שלא לחלוק על דורות קודמים נובע מכוחה של ההסכמה.**

**הערות החזון איש (ר' אברהם קרליץ)** – "אבל האמת בזה, שדור אחר המשנה ראו את מיעוט הלבבות..."

מה שכתב ר' יוסף קארו שלא חולקים על דורות קודמים מתוך הסכמה (מטעמי נוחיות ויישור קו וכו') אינו נכון, אלא בגלל **ההכרה בגדולתם ובחכמתם של הדורות הקודמים** (גם ע"פ הרמב"ם בעקיפין זה נובע מתוך חוכמתם – שהרי ההסכמה נבעה מתוך ההכרה בגדלותם).

**טענת קים לי –**

**אורים ותומים, חו"מ, קנ"ד –** שני אנשים הלכו לבית דין, תובע ונתבע, בית הדין שמע את דבריהם וקבע שהנתבע חייב לשלם לתובע, לכאורה הנתבע היה צריך לשלם. יש בהלכה אפשרות שמתעוררת בתקופת הראשונים המאוחרים – ש**הנתבע יכול לטעות טענת קים לי.** אם יש בשאלה שהתעוררה יש מחלוקת – פוסקים שחושבים שיש עליו לשלם ופוסקים שסוברים שהוא אינו חייב. **בית הדין הכריע לפי אלו שאומרים שעליו לשלם, אבל הוא סובר ע"פ דעותיהם של אלו שסוברים שאין עליו לשלם** – זוהי בעצם טענת "קים לי". ברגע שהוא טען טענת קים לי – **לא ניתן לחייב עליו לשלם**. טענה זו היא בעייתית מפני שהיא **מערערת בסמכות של בית הדין**. טענת קים לי יכול לטעון רק נתבע ולא תובע – ניתן רק להימנע מלשלם בעזרת טענת קים לי – בכוחה לפתור מתשלום ולא להוציא ממון. יש לציין שהוא בעייתי מאוד כי ישנן המון דעות חלוקות בנוגע לנושאים ולכן הגבולות שלה כביכול הם מאוד רחבים. מה עומד מאחורי טענת קים לי ? **העמדה שסוברת שאין בהכרח עמדה אחת בלבד שהיא נכונה, ויש עמדות אחרות שלא התקבלו כהלכה מחייבת אבל אינן בהכרח לא נכונות** – יש להניח שטענת קים לי מבוססת על רעיון זה. אם הנתבע יוכל לטעון קים לי כמעט בכל מקום שיש בו מחלוקת זה בעצם יוצר מצב שבית הדין עלול להפוך למיותר. טענה זו **קיימת רק בדיני ממונות**, מפני שבדיני איסור והיתר –הגישה הבסיסית היא שיש להחמיר ולעומת דיני ממונות שהגישה בה היא שיש להקל. כפי שצוין לעיל, טענת קים לי היא בעייתית מאוד מפני ש**כמעט תמיד יש מחלוקת** – הנתבע תמיד יכול לטעון קים לי ולהיפטר מהחובה. לכן, י**ש לצמצם את טענה זו** : אורים ותומים אומר **שלא ניתן לטעון טענת קים לי נגד השולחן ערוך והמפה** – גם אם יש פוסקים שסוברים אחרת, מפני שהשולחן ערוך **התקבל כספר מוסכם ומחייב**, ולכן לא ניתן לחלוק על מה שכתוב בו, וכך טענת קים לי מצטמצמת.

**שו"ת רדב"ז ב, תתכה :** הרדב"ז לא יכול לצמצם את טענת קים לי ע"פ השולחן ערוך (מפני שהוא בן דורו של ר' יוסף קארו והרמ"א, בזמנו הספר עדיין לא הפך להיות מקובל כפי שהוא הפך להיות לאחר מכן). **האם אדם יכול לטעון קים לי פעם כפוסק אחר ופעם קים לי כפוסק אחר ע"פ נוחיותו ?** מצד אחד, הרי ניתן לטעון קים לי בכל מקום שבו יש מחלוקת. מצד שני, הרי כתוב "**עשה לך רב**" – ולא ניתן ללכת כל פעם לפי פסיקה אחרת לפי מה שנוח לפרט לפי הנסיבות, אלא יש לבחור רב אחד וללכת תמיד ע"פ פסיקתו.

**הוא מציין תנאים נוספים לטענת "קים לי" :**

1. הדעה החולקת **לא תהיה כנגד הפוסק המקובל בעיר**, גם אם יש עמדה חולקת.
2. דעה מסוימת היא הנהוגה בעיר – אם יש **מנהג שבו בני העיר נוהגים,** לא ניתן לחלוק עליו.
3. יחיד כנגד יחיד יכול לטעון קים לי, אבל אם יש **רוב ברור ומיעוט** – לא ניתן לטעון קים לי ע"פ המיעוט.
4. שניהם שווים – **אם יש פוסק אחד שנחשב מאוד גדול, ופוסק שמעמדו נחשב פחות נחשב באופן משמעותי,** לא ניתן לטעון קים לי נגד הפוסק הגדול יותר (רוב מהותי)

**סמכות החכמים בתחום החקיקה (חכמים כמחוקקים) :** במצב זה החכמים **אינם בעצם פרשנים** של התורה – **אלא מוסיפים על התורה, ולעיתים גם גורעים ממנה.**

**תלמוד בבלי מסכת שבת דף כג', א** : "מאי מברך? מברך "אשר קדשנו וצונו להדליק נר של חנוכה "

נשאלת השאלה **– האם זה בכלל נכון לברך על הדלקת נרות חנוכה, למרות שאין ציווי דאורייתא לברך על נרות חנוכה** ? **רב אויא** : מסביר את הסוגיה הזאת – החובה לציית לחכמים אינה רק בהקשר של פרשנות, אלא **יש גם חובה לשמוע לדברי חכמים גם בתקנות שהם מתקינים** וכו' – שהרי **סמכות החכמים נובעת מתוך רצונו של ה' ומהכוח שהוא מעניק לחכמים להתקין תקנות**. **רב נחמיה**: מיישב את הסוגיה הזאת – "שאל אביך ויגדך זקניך ויאמרו לך" – בספר דברים נכתב פסוק זה **"זקנים" הם בעצם חכמים ולכן יש להקשיב להם.**

**הקדמת הרמב"ם למשנה תורה -** **מקבל את עמדתו של רב אויא**, שהרי החובה לציית לדברי חכמים "**לא תסור ימין או שמאל**" – קשורה גם לחכמים כמחוקקים ולא רק כפרשנים.

**דברים פרק יג' פסוק א' : "את כל הדבר אשר אנכי מצוה אתכם אתו תשמרו לעשות לא תוסף עליו ולא תגרע ממנו".**

פסוק זה בעצם יוצר בעייתיות, חכמים מנסים ליישב אותו :

* **רש"י שם :** בגלל הקושי שיש מחד לסמכות החכמים (להוסיף / ולגרוע), לבין הפסוק – רש"י מסביר **שלא ניתן להוסיף או לגרוע משהו ממצווה קיימת** (למשל – ישנו איסור להוסיף פרשייה נוספת לתוך התפילין, להוסיף פרי אחר לארבעת המינים), אלא להתקין מצווה חדשה. **האיסור להוסיף ולגרוע לא מתייחס לשינוי מצווה קיימת, אלא ניתן להוסיף מצוות / תקנות חדשות** (למשל הדלקת נרות חנוכה).
* **רמב"ם** [**הלכות ממרים פרק ב הלכה ט**](http://www.hebrewbooks.org/rambam.aspx?rid=14660)**' :** "הואיל ויש לבית דין לגזור ולאסור דבר המותר ויעמוד איסורו לדורות..."

יש איסור להוסיף על דברי תורה ולא לגרוע מהם. למשל – כתוב לא לבשל גדי בחלב אמו, חכמים למדו שאסור לאכול בשר עם חלב, אבל מותר לאכול עוף עם חלב. אם יבוא בית דין ויאמר שע"פ דברי התורה – אסור לאכול גם עוף עם חלב, אסור לעשות זאת באמירה שאיסור זה נובע מן התורה – הרי זה מוסיף, אבל אם בית הדין יאמר שהתורה מתירה לאכול עוף עם חלב – אבל בית הדין אוסר זאת כדי לעשות סייגים כדי שאנשים לא יתבלבלו – דבר זה אינו להוסיף לדברי התורה ולכן הוא מותר ע"פ הרמב"ם. **האיסור להוסיף ולגרוע מתייחס לדברי התורה, אבל החכמים יכולים להוסיף ולייחס זאת לעצם ולא לתורה.**

* **הכוזרי מאמר שלישי אות מא' :** מיישב גם הוא סתירה זו, כיצד החכמים בעצם יכולים להוסיף ולגרוע ? **הוא אומר שהאיסור לא להוסיף או לגרוע נאמר להמון העם. אבל לחכמים יש סמכות להוסיף לגרוע – ויש לציית להם.**

**היכן בעצם יש לחכמים סמכות להוסיף / לגרוע ?** יש סמכות לחכמים לעקור דבר מן התורה ב"**שב ואל תעשה**" ואין להם סמכות לעקור דבר מן התורה ב"**קום ועשה**" **(מצוות עשה לעומת מצוות לא תעשה)** – בעצם יש **איסור שתקנה של חכמים תתנגש עם משהו שנאמר בתורה** (לקרוא מגילה, נרות חנוכה ועוד). במקום שבו חכמים מוסיפים משהו שאינו מתנגש עם הוראה של התורה – יש לציית להם. נשאלת השאלה האם יש לחכמים סמכות להתקין תקנה שסותרת את התורה, להימנע ממצוות עשה / לקיים מצוות לא תעשה ? **הכלל הבסיסי הוא שחכמים 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" -**

ניתן דוגמא – בראש השנה חכמים קבעו שיש לתקוע בשופר בראש השנה. אבל, אם ראש השנה חל בשבת – חכמים אמרו שאין לתקוע בשופר במצב זה, למרות שבתורה כתוב שיש לתקוע בשופר גם אם חל בשבת. **זהו מקרה שבו התורה קבעה שיש לעשות משהו, אך החכמים אמרו לא לעשות זאת – עקירה מן התורה ב"שב ואל תעשה**"

דוגמא נוספת – חובה ליטול ארבעת מינים בשבת ע"פ התורה, לעומת איסור חכמים לעשות זאת.

חכמים רשאים לעקור חובה מהתורה בשב ואל תעשה. כמובן שכאשר יש סיבה לביטול המצווה, כמו במקרה הזה - חשש לחילול שבת. החכמים לא יכולים לבטל את המצווה לחלוטין,  אלא רק לבטל חלקית ולסייג את המצווה. לרוב אי אפשר לעקוף את חובת התורה בקום ועשה, קיימות דוגמאות יוצאות דופן.

**מפגש 10 (23/11/17) –**

**קטגוריות המאפשרות לבית הדין לעשות : "**הוראת שעה**" -**

1. **הוראה שעה באופן כללי :**

**אליהו הנביא בהר הכרמל - מלכים א', יח' :** "ויהי כראות אחאב את אליהו..."

אליהו מציע להקים מזבח בהר הכרמל וגם עובדי העבודה הזרה יקימו מזבח – שניהם יקריבו קורבן, ומי מבניהם שאש תאכל את הקורבן שלו ינצח במבחן, וכך אליהו הוכיח את כוחו של ה'.

ישנה הלכה שאוסרת להקריב קרבן מחוץ לבית המקדש (ברגע שיש בית מקדש), אליהו לא יכול כמובן להציע לעובדי עבודה זרה להקריב קורבן בבית המקדש, ולכן הוא בחר לעשות זאת בהר הכרמל – אבל זו הייתה **הוראת שעה לצורך הוכחת גדולתו של ה'.** אליהו חשב לעבור את האיסור בתקווה שהעם יראה זאת וכך הוא יפסיק לעבוד עבודה זרה, ולכן הדבר מותר.

**הרמב"ם הלכות ממרים :** "בית דין שראו לחזק הדת, ולעשות סייג.. ולכן אם ראו לפי שעה לבטל מצוות עשה, או לעבור על מצוות לא תעשה כדי להחזיר רבים לדת.."

הרמב"ם מסביר את עניין הוראת השעה – **כמו שניתן לחלל שבת כדי להציל אדם** (שיעשה עוד הרבה טוב בהמשך הדרך, ויתחיל גם הוא לשמור שבת וכו') – **כך גם לצורך מניעת עבודה זרה**, מותר להקריב קרבן מחוץ לבית המקדש.

דוגמא מובהקת לכך היא **כתיבת המשנה** (תורה שבעל פה) – לפעמים כדי לקיים מצוות, יש לעבור על איסורים. ככל המחלוקות רבו, החשש שהתורה תישכח היה גדול ולכן עברו על האיסור לכתיבת התורה שבע"פ - זוהי סוג של הוראת שעה (למרות שהיא קיימת עד היום).

1. **הוראת שעה בהקשר הענישה :** הכללים מתי ואיך ניתן להעניש (מוות, מלקות וכו') אדם הם מאוד נוקשים מכל מיני מבחינות (הרכב בית הדין, הראיות, הגדרת הענישה וכו'), מבחינה פורמלית – העונשים קיימים, אך קשה ליישם אותם (היה ניתן ליישם את הכללים רק בתקופת הסנהדרין)
2. **הוראת שעה בתחום הפלילי :**

**סנהדרין מו', א' :** ר' אליעזר אמר שהוא שמע שבית הדין נתן מלקות למי שלא באמת נכתב שעליו לקבל עונש כזה. חכמי הסנהדרין עשו זאת שלא ע"פ דין תורה , **לכאורה הם נוהגים שלא כדין וזהו חטא**– אלא שהם עשו זאת כדי **לעשות סייג לתורה** (אנו למדים על החשיבות של העונשים הללו מתוך העובדה שבית הדין לא היה נותן לאדם מלקה אחת מעבר למה שמגיע לו ע"פ דין תורה).

דוגמאות : **המקרה הראשון –** מדבר על אדם שרכב על סוס בשבת בימי היוונים, ע"פ ההלכה יש איסור לחלל שבת, חילול שבת נחשב בתור עבירה חמורה והעונש בגין חילול שבת הוא עונש מוות, יש לציין שלא צוין שרכיבה על סוס לא נאסרה כמלאכה, דהיינו היא לא חלק ממלאכה שנאסרה בשבת – וכביכול הדבר הזה מותר. חכמים גזרו שיש איסור גם לרכב על סוס (מכל מיני סיבות, סייגים וכו'), ולכן מי שרכב על סוס בשבת לא מגיע לו עונש מוות. בסיפור זה – בית הדין החליט לתת לו **עונש מוות**, בגלל **הוראת השעה.** בתקופה זו היה חשוב לתת את העונש בגלל מגוון צרכים (התקופה הייתה תקופה היוונים, הם רצו שהיהודים לא ישמרו שבת, ברית מילה וקידוש החודש), היה מאבק פנימי בתוך העם – אלו ששמרו על התורה כמו שהיא, ואלו שנכנעו לתרבות יוון – ועל רקע זה החומרה הייתה מיוחדת.

**המקרה השני –** אדם הטיח את אשתו תחת התאנה (קיים איתה יחסים בצורה שאינה צנועה ואינה ראויה בפרהסיה). בבית הדין החליט לתת לו מלקות למרות שאין איסור תורה על כך, בגלל הוראת שעה.

**יש לציין,** שהוראת שעה היא בעייתית בגלל שכביכול היא סותרת את הכלל המקובל - **"אין עונשין אלא אם כן מזהירין"** :אדם שרכב על סוס בשבת, לא ידע שהוא יקבל עונש מוות בגלל המעשה הזה, הוא לא הוזהר וכו'. ברם, **למרות הבעייתיות – כשיש צרכי שעה מיוחדים, יש להשתמש בה**.

**הרמב"ם סנהדרין כד, ד-ט :** יש חשש שבית הדין, למרות הסמכות שיש לו להעניש בזכות הוראת השעה, יעשה זאת בצורה שאינה ראויה, ולכן בית הדין צריך להיות זהיר בשימוש בזכות הזאת שיש לו – **להשתמש בהוראת השעה בכבוד ובצורה ראויה**.

**מקום שבו בית דין / חכמים קובעים תקנה ממונית כלשהי – המשמעות שלה היא שדבר שהיה אמור להיות אצל אחד, תהיה שייכת לאחר – ולכן יש בתקנה זו יסוד של גזל**. **כיצד בית דין יכול לעשות דבר זה?**

**סמכות בית הדין ביחס להפקר – "**הפקר בית דין – הפקר**":**

**תוספתא מסכת שקלים פרק א' הלכה ג' :** "בחמשה עשר בו (בחודש אדר), שלוחי בית דין יוצאין ומפקירים את הכלים. שהפקר בית דין הפקר, ופטור מן המעשרות".

**כלאיים** – איסור לזרוע שני סוגים צמחי פרי בסמיכות זה לזה, הבעיה באיסור זה – יש איסור לזרוע, אבל התוצרת החקלאית מותרת לאכילה, ולכן **אנשים זלזלו באיסור זה**. חכמים הבחינו בכך ושלחו שליחי בית דין בסוף חודש אדר (תחילת העונה החקלאית) – במקום שבו הם הבחינו שיש כלאים, הם קבעו שהסחורה שלו היא הפקר וכל אדם יכול לבוא ולקחת את מה שצמח זה, זה היווה סוג של **תמריץ לא לעבור על איסור כלאיים**. הם יכלו לעשות זאת מכוח **"הפקר בית דין – הפקר" – לבית הדין יש סמכות להכריז על קרקע כהפקר.**

**התנ"ך בספר עזרא –** (שהיה מנהיג העם בתקופת שיבת ציון), עזרא רצה לעשות אסיפת עם. כדי לגרום לאנשים להגיע לאסיפה הוא הוציא קול קורא שמי שלא יגיע – יוחרם כל רכושו והוא יוחרם מבחינה חברתית. מכאן נלמד **שבית הדין יכול להפקיע רכוש של אדם**.

דוגמא נוספת לכך היא עניין **הפרוזבול** – לוקחים מאחד ונותנים לאחר בלי שזה נחשב גזל, זהו עניין של "הפקר בית דין – הפקר". בגלל שהשמיטה גרמה לכך שהאנשים לא רצו להלוות כסף בגלל החשש שהחוב לא יוחזר – כך האנשים העניים נפגעו מפני שאף אחד לא רצה להלוות להם כספים.

1. **הפקעת קידושין :** איסור אשת איש הוא אחד מהאיסורים החשובים ביותר בהלכה ומאוד מחמירים מעניין זה.

**קידושין לפי ההלכה** - צריך להיות במשהו שווה פרוטה, רצון של שני הצדדים, גמירות דעת ושני עדים כשרים שרואים את המעשה. לא צריך את העדים רק כדי להוכיח, אלא בלי עדים אין לקידושין תוקף.

קידושין מתבטלים או במוות או כאשר הבעל נותן גט לאישה.

מכאן נולדה בעיית העגינות- כאשר בעל נעלם ולא ברור אם הוא חי או מת מבחינה הלכתית האישה אסורה ולא יכולה להתקדש למישהו אחר. ישנם מקרים שבהם הבעל מסרב לתת גט והאישה נשארת אסורה.
מצידו של הגבר זה יותר פשוט מפני שע"פ ההלכה גבר יכול להיות נשוי ליותר מאישה אחת, לאחר חרם רבינו גרשום זה נאסר.

**שליחות**- אפשר לבצע פעולה משפטית באמצעות שליח. הרעיון הוא שבפועל מישהו אחר יעשה את הפעולה, אך התוצאות של הפעולה יתייחסו לשולח. בהיבט ההלכתי אי אפשר לאכול על ידי שליח - אי אפשר ששליח יאכל מצה בפסח או ישב בסוכה בשביל השולח וכו'. אם מישהו רוצה לרכוש משהו הוא יכול לשלוח שליח שיקנה בשמו. התוצאה כלפי השולח הרכוש שלח לו והוא לא יכול להתנער מהעסקה.

גם קידושין וגירושין מותר לעשות על ידי שליח. קידוש אישה נחשב מעשה קניין, שמשמעו התחייבות ולא במובן הרכושני. צריך לעשות אקט פורמאלי (מעשה קניין) כדי שתהיה גמירות דעת ומחייבות, ניתן לעשות זאת באמצעות שליח. ישנה אפשרות אפילו לבצע את הקידושין והגירושין באמצעות שני שליחים.
**משנה גיטין ד', א-ב :** "השולח גט לאשתו, והגיע בשליח, או ששלח אחריו שליח, ואמר לו : גט שנתתי לך בטל הוא, הרי זה בטל. קדם אצל אשתו או ששלח אצלה שליח ואמר לה גט ששלחתי ליך בטל הוא הרי זה בטל. אם משהגיע הגט ליד שוב אינו יכול לבטלו. בראשונה, היה עושה בית דין במקום אחר ומבטלו. התקין רבן גמליאל הזקן שלא יהו עושין כן מפני תקון העולם."

אדם יכול לקדש אישה באמצעות שליח, כששני הצדדים לא נמצאים יחד הם יכולים להתחתן באמצעות שליחים, כך גם לגבי גירושין. ברגע שהשליח הגיע אליה, אם אדם שלח לאישה גט באמצעות שליח – הוא יתקבל רק ברגע שהשליח ייתן לה את הגט. במקרה שבו אדם כתב גט לאישה – לקח שליח ואמר לו למסור אותו לאישה, אבל הוא התחרט על כך : אם הוא יצליח לעקוף את השליח ולומר לאישה שהוא מבטל את הגט, או שהוא יצליח להגיע אל השליח ולומר לו שהגט בטל – לא יתקיימו הגירושין, אבל אם הוא לא הספיק להגיע לפני שהיא קיבלה את הגט – הם נחשבים גרושים. מתעוררת **בעיה מפני שהאדם יכול להגיע לבית הדין המקומי (הוא שלח גט והגט בדרך – טרם הגיע אבל הוא התחרט על המעשה הזה), ולומר בבית הדין בפני שלושה אנשים שהגט בטל.** האישה עלולה לחשוב שהתגרשו ולהתחתן ולהוליד ילדים עם אדם אחר – הילדים בעצם נחשבים ממזרים, לא ניתן לבוא לטענות לאישה מפני שהיא הייתה בטוחה שהיא התגרשה. מצב זה הוא בעייתי – פעם הייתה אפשרות לבטל את הגט, **אבל רבן גמליאל התקין שלא ניתן לעשות את הביטול מרחוק** בגלל הסיבות שצוינו לעיל. נשאלת השאלה – עד כמה התקנה של רבן גמליאל הייתה מרחיקת לכת ? במידה ואדם לא הקשיב לאיסור זה ועבר על האיסור זה, ע"פ דין תורה – הם עדיין נשואים. **האם האיסור של רבן גמליאל יכול לבטל את הביטול של הגט שבוטל מרחוק הוא לכתחילה?** בשאלה הזאת – התנאים נחלקו : **רבי** אומר – תקנת רבן גמליאל **היא תקנת לכתחילה אומרת שביטול הוא ביטול**, והאישה אינה גרושה (למרות הבעיות שנוצרות עקב כך)**. ר' שמעון בן גמליאל –** טוען אחרת, השיטה של ביטול מרחוק יוצרת השלכות קשות, ולכן התקנה הייתה מרחיקת לכת – שהרי אם אין השלכות מרחיקות לכת – אין כל טעם לאיסור אם אין אכיפה לעניין, ולכן מי שעבר על איסור זה – **הגט שבוטל מרחוק עדיין ייחשב כגט והם נחשבים גרושים.**

**פה בעצם חכמים עברו על איסור אשת איש –** אישה שמדין תורה היא נשואה, מבחינת חכמים היא גרושה.

**מפגש 11 (27/11/17) –**

**תשובת הגמרא תלמוד בבלי -** "שכל המקדש על דעת חכמים מקדש" – עולה שזה בעצם כמו קידושים על תנאי (אדם יכול לקדש אישה בתנאי מסוים, אם התנאי התקיים – האישה מקודשת ואם לא אז אינה מקודשת) יש **תנאי מתלה** : הקידושין **תלויים בהסכמת החכמים**, אם החכמים יאמרו שאינם מסכימים – הקידושין לא יתקיימו. **החכמים יכולים לומר שמלכתחילה הם לא הסכימו לקידושין ולכן הקידושין לא תופסים והיא יכולה להתחתן עם אדם אחר** (למרות שהם חשבו שהם נשואים) – זה נקרא **ביטול למפרע** (הפקעה למפרע), יש לציין שחכמים משתמשים בתקנה זו רק במקרים מיוחדים מאוד. אם כך – אין התנגשות ממש חזיתית עם דין תורה מפני שכביכול הם לא היו נשואים מעולם, ולכן אין מעבר על איסור אשת איש, יש כאן חידוש מסוים – **כל קידושין מותנים בהסכמת חכמים ולכן הם יכולים לבטל קידושין למפרע.**

**תלמוד ירושלמי – גיטין ד' :** בנסיבות בהן אדם מקדש ילדה בת 12, והיא לא הבינה את משמעות הקידושין - היא לא ראתה את העדים שהוא הביא מפני שהוא הסתיר אותם. במקרה זה **חכמים יכולים להפקיע את הקידושין מפני שהאדם לא נהג בצורה הוגנת,** ולכן גם החכמים לא התנהגו בדרך ראויה – ולכן ניתן לומר שמכאן והלאה הקידושין בטלים.

**האם חכמים יכולים לבטל תקנות ?**

כמו שחכמים יכלו לבטל דין תורה בהוראת שעה – כמובן שניתן לבטל גם תקנת חכמים. אבל – נשאלת השאלה : **האם ניתן לבטל לגמרי תקנת חכמים ?** מפני שכאשר חכמים גזרו גזירה כלשהי הייתה לכך סיבה כלשהי, אך כאשר הטעם לכך מתבטל, הנסיבות משתנות, המחשבה משתנה וכו' – האם חכמים יכולים לבטל תקנה בנסיבות האלה ?

**יש להבחין בין שני סוגים של תקנות** **–**

1. **תקנה עם טעם ברור** – למשל : חכמים אמרו שלא פודים שבויים על כדי דמיהן (כדי דמיהן = תעריף מקובל) משום תיקון עולם (כדי שלא ייוצרו יותר חטיפות, לא להטיל נטל כלכלי על הציבור וכו') זהו מצב שבו חכמים אומרים מהו הנימוק לגזירת הגזרה
2. **לעומת תקנה עם טעם שאינו ברור.** ישנם מקרים שהם חכמים יסתירו את הסיבה לתקנה כדי הציבור לא יזלזלו בה ויינתן לה תוקף חזק – אם אומרים מהו הטעם לתקנה אדם יכול לומר שהוא לא ייפול במקום הזה (לא לאכול עוף בחלב – כדי שהאדם לא יתבלבל : אדם יכול לומר שהוא לא יתבלבל ולכן הוא לא צריך לציית לתקנה זו). יתרה מכך, ישנם גם מקרים שבהם גזרו גזירה ונתנו נימוק שאינו נכון כדי שהציבור יבין את התקנה בצורה יותר טובה ויציית לה כדי שהציבור יתנהג ע"פ התקנה וייתן לה גושפנקא ע"י התנהגות.
3. **תקנות שהטעם שלהם אינו ידוע :**

**משנה מסכת עדויות א,ה –** מתייחסת לשאלת ביטול התקנה כשהטעם אינו ידוע. המשנה אומרת שאם יש תקנה – ניתן לבטל את התקנה רק ע"י **בית דין שגדול בחכמה ובמניין** מבית הדין שהתקין את התקנה. משמעות הדרישה היא שכמעט לא ניתן לבטל תקנה – כי אף בית דין לא יאמר שהוא גדול בחכמה ובמניין על בית דין שקדם לו. אלו הם מצבים שבהם לא תצוין דעת מיעוט – כי בדוחק השעה ניתן להסתמך על דעת המיעוט.

**רמב"ם ממרים ב, ב-ג –** בית דין שגזר תקנה והדבר פשט בכל ישראל, ובית דין אחר רצה לבטל את התקנה רק אם הוא **גדול גם בחכמה וגם במניין** (נשאלת השאלה – כיצד יהיה גדול במניין, הרי לכל בית דין יש 71 דיינים. הכוונה היא בעצם שמניין הוא מניין החכמים שהסכימו לתיקון התקנה). **כל גזרה שקבעו חכמים כדי לעשות סייג לתורה (עוף עם חלב) – לא ניתן לביטול כלל, אפילו ע"י בית דין גדול בחכמה ובמניין.** אם זה לא סייג לתורה **וזה התפשט בכל ישראל – בית דין שגדול בחכמה ובמניין יכול לבטלן.** במקרה שהתקנה לא פשטה בכל ישראל –בא לידי ביטוי בשני שלבים : חכמים צריכים לחשוב **האם התקנה היא דבר שהציבור יכול לעמוד בו** – אם התשובה היא לא, הם לא יתקינו את התקנה הזאת בכלל. ולכן מראש, **יש לבדוק האם התקנה תוכל להתפשט בכל ישראל**. אבל, אם בית דין גזרו גזירה וחשבו שהציבור יכול לעמוד בה, אבל **העם לא קיבל אותה בפועל – אין לתקנה הזאת ערך** ובגלל שהיא לא התקבלה היא בכלל לא נחשבת לתקנה **ולכן אין בכלל צורך לבטל אותה.** אבל, אם היה נדמה שהציבור כן קיבל אותה, ולאחר כמה שנים התגלה שהגזירה לא התפשטה בכל ישראל , יהיה צורך בביטול התקנה אבל יש לבית הדין המאוחר לבטל את הגזירה אפילו אם הוא לא גדול בחכמה ובמניין.

1. **תקנות שטעמן ידוע :**

**מסכת ביצה :** הסוגיה מתייחסת לעניין זה. ניתנת דוגמא – יש בהלכה מוגש שנטע / כרם רבעי. ע"פ ההלכה אדם שנוטע עץ בשלוש השנים הראשונות הפירות אסורים באכילה (עורלה) בשנה הרביעית הפרי מותר לאכילה – אבל צריך לאכול אותם בירושלים. אם אדם לא יכול להגיע לירושלים הוא יכול להמיר את הפירות בכסף ולקחת את הכסף ולהשתמש בו בירושלים. מהשנה החמישית ואילך הוא יכול לעשות כרצונו. חכמים התקינו שאדם שגר קרוב לירושלים לא יכול לפדות את הפירות אלא חייב להביאם פיזית לירושלים מפני שיהיה שפע כלכלי בירושלים. לר' אליעזר היה כרם שע"פ הגמרא נחשב סמוך לירושלים, היה לו קשה להגיע לשם לכן הוא רצה להפקיע את הפירות לעניים. תלמידיו אמרו לו ש"כבר נמנו עליך חבריך" – הוא יכול לפדות את הפירות הכסף מפני שחכמים החליטו לבטל את התקנה מפני שהסיבה להתקנת התקנה התבטלה – ירושלים הפכה להיות מקום שומם, אין עניין לעטר אותה בשפע של פירות ולכן חכמים ביטלו אותה. **יוצא מכך שניתן לבטל תקנת חכמים אם הטעם ידוע והטעם בטל – אבל יש חובה לבטל אותה** ! ז"א – גם אם הטעם התבטל, יש לבצע פעולת ביטול כדי שהתקנה תתבטל.

לאור זאת אומר **הרמב"ם ממרים ב, ב-ג** (המקור שצוין לעיל) – אפילו אם הטעם התבטל, האחרונים לא יכולים לבטל את התקנה אלא אם כן הם גדולים בחכמה ובניין**. ביטול תקנה שהפשטה בכל ישראל על פי הרמב"ם תמיד צריך להיעשות ע"י בית דין גדול בחכמה ובמניין**. יש לציין שדעתו של הרמב"ם אינה מוסכמת.

**השגת הראב"ד על דעתו של הרמב"ם** – מה שהרמב"ם אומר בעצם מתנגש עם הדוגמא הכתובה במסכת ביצה (מפני שאין סיכוי שבית הדין שביטל את התקנה חשב שהוא גדול מבית הדין שהתקין את התקנה). **במקרה שאם הטעם ידוע והטעם התבטל אפשר לבטל את התקנה גם ע"י בית דין שאינו גדול בחכמה ובמניין** (כך סבור גם **המאירי**).

**דעת הרא"ש** - "כיון שטעם האיסור ידוע, אם נתבטל הטעם בטל האיסור ממילא" – **ברגע שהטעם התבטל, האיסור התבטל מעצמו ואין צורך שבית דין יבטל את התקנה**. גם **הרדב"ז** : מסכים עם הדעה הזו. הנימוק לכך הוא שמראש התקנה הייתה מוגבלת לזמן בהן הנסיבות מתקיימות – ולכן היא מתבטלת מעצמה. הוא מיישב את העניין שצוין במסכת ביצה הוא שאולי הייתה סיבה נוספת מלבד עיטור שווקי ירושלים.

לכאורה, עולה מדברי הרמב"ם (וחכמים אחרים) שיש פרוצדרת ביטול. בפועל, זה לא ישים מפני שכמעט אין בית דין שיכול לומר שהוא גדול בחכמה ובמניין. אפילו לפי שיטת הרא"ש – התקנה מתבטלת מאילה, אבל תמיד יכולה להיות סיבה נוספת לתיקון התקנה. ולכן, בפועל – לא מתבטלות תקנות כלל (למשל – ביום טוב שני של גלויות, הסיבה להתקנת העניין היא שלוקח זמן להודיע לאנשים שגרים רחוק מתי לקדש את החודש ולכן הם חוגגים יום נוסף, אפילו שכיום ניתן להודיע לאנשים כאלו תוך מספר שניות מתי מתקיים ראש חודש. ובכל זאת – לא מבטלים את התקנה).

**מפגש 12 (30/11/17) –**

**תקנות הקהל :** התקנת תקנה ע"י הקהל – יש לעשות הבחנה בין תקנה לבין הסכם. הסכם יכול להיות הסכם רב משתתפים וכל עוד ההסכם הוא חוקי הוא יהיה תקף. עניין זה אפשרי כל עוד הקבוצה קטנה, אבל ככל שהקבוצה גדלה – כך הקושי להגיע להסכמה גדל (קושי לאסוף את כל האנשים, דעות שונות, אנשים שמתווספים וכו'). ולכן – עיר, מדינה וכו' לא יכולים להתקיים באמצעות הסכמות. ככל שהקבוצה גדולה יותר – יש לקבוע כללים ע"י גוף המוסמך לכך (=תקנות). **הציבור בעצם ממנה את הגוף ומסכים לקבל על עצמו את מה שהגוף יחליט, זוהי בכל זאת תקנה מפני שלא כל תקנה שהגוף יתקין נתונה להסכמה של כל האנשים, והעובדה שהגוף מוסמך להתקין תקנות – הופכת את מה שהם קבעו לתקנות, להבדיל מהסכמים.**

**תוספתא בבא מציעא יא –** "כופין בני העיר זה את זה לבנות להם בית כנסת, לקנות להם ספר תורה ונביאים..." :

**הלכה כג -** בני העיר יכולים לחייב את כולם לשאת בנטל הכספי שצרכי הציבור דורשים (ספרי תורה, בית כנסת וכו'). הם רשאים גם לחייב את מי שלא הולך ע"פ הכללים האלו ייקנס.

**הלכה כד –** הצבעים והצמרין רשאים (בתור קבוצה של בעלי מקצוע) להתחלק באופן שווה בכל לקוח שיגיע.

**הלכה כו' –** הספנים רשאים לומר – כל מי שתאבד ספינתו, להעמיד לו ספינה אחרת (אלא אם כן היא אבדה בפשיעה וכדומה).

**אלו הן מעין תקנות שבני העיר עושים בתור תושבים, בעלי מקצוע וכו'.**

**יש לציין שנוכחות הקהל גברה עם השנים (החל מהמאה ה12)** ולכן גם תקנות יותר מאוחרת התפשטו בצורה רחבה יותר.

**תשובת רבינו גרשום מאור הגולה סימן סג –** הוא מתייחס לתקנה בדיני ממונות. ע"פ ההלכה, דבר שנמצא בלב ים – הוא הפקר וכל אדם יכול לקחת אותו, ההנחה היא שמי שספינתו תבעה בים – הוא מתייאש מפני שהוא לא חושב שהוא יקבל את חפציו בחזרה (יש לציין שהמבחן הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי). ספינה טבעה בלב ים – הקהל החליט שהספינה תחזור לבעליה, למרות שהדין הוא שהפרט יכול לקחת את הדבר לעצמו. באותו מקרה – פלוני קנה סחורה מגוי שמצא אותו, היה ויכוח בין בעל הדבר לבין פלוני – למי החפץ שייך ? תשובתו של רבינו גרשום : התעורר ויכוח בין בעל החפץ לבין מי שרכש את החפץ. "הפקר בית דין הפקר"- מהווה בסיס לסמכות של חכמים להתקין תקנות בדיני ממונות. כמו כן "**הפקר ציבור הפקר**". במקרה זה מי שקנה את האבידה לא אמור להפסיד את הכסף וצריך לקבל מבעל האבידה את הסכום שהוא שילם עבור האבודה לגוי שהוא קנה ממנו.

**שו"ת יכין ובועז ב, כ –** לציבור יש סמכות להתקין תקנות (בגלל "הפקר בית דין הפקר", גם "הפקר ציבור הפקר"). הסכמות של בית הדין ניתנת ע"י הציבור – ולכן כמובן שגם לציבור יש כוח להתקין תקנות בעצמו. ציבור רשאים להעניש ולהפקיר כמו שבית דין יכול להעניש ולהפקיר. אותה הסכמות שניתנת לבית הדין מתוך הוראת שעה – ניתנת גם לציבור. תקנה ממונית נסמכת על הכלל "הפקר בית דין הפקר", וסמכות ענישה ניתנת מתוך הוראה שעה.

**שו"ת הרשב"א ד,קפה –** ברור שהציבור רשאי לגדר גדרות, להתקין תקנות ולעשות הסכמות – ודבר שהציבור התקין מחייב כמו שדין תורה מחייב. אבל, יש צורך שההסכמה תהיה פה אחד. מתעוררות שתי בעיות מתוך הדרישה הזאת - הדרישה הזאת קשה ברמה הפרקטית, ואם ההסכמה היא פה אחד – נשאלת השאלה **האם זה הסכם או תקנה ?**

הרשב"א אומר שמה שרוב הקהל יסכים ושהתקנה תהיה דבר שרוב הציבור יכול לעמוד בו, אפילו בעל כורחם של יחידים. יכול להיות שהרשב"א אומר שהחובה לרוב היא חובה לרוב הציבור, לעומת רוב מי שהשתתף בהצבעה. כמו שבית דין יכול לכפות על כלל הציבור – כך גם רוב הציבור יכול לכפות על כלל הציבור – **הרוב הוא בעצם סוג של תחליף לבית הדין.**

דוגמא **:** ע"פ דין תורה – אישה מתקדשת אם ישנם שני עדים. לעומת זאת – הקהל קבע שהיא מתקדשת רק כאשר ישנה עשרה עדים. תקנה זו של הציבור כביכול בעייתית – מפני שאישה שהתקדשה ע"פ דין תורה, עלולה להיות לא מקודשת לפי תקנת הקהל. כמו שחכמים יכולים להפקיע קידושין כך גם הציבור יכול להפקיע קידושין (בעצם נקבע שמי שקידש אישה מול פחות מעשה אנשים – הכסף שבו הוא קידש את האישה יהפוך להיות הפקר וכך בעצם הם לא נחשבים נשואים).

**שו"ת הרא"ש ו, ה, ו, ז –** מראש אותו המיעוט שהיה שותף להליך – הם אומרים במהלך התהליך שהם לא מקבלים את התקנה. הרא"ש אומר שבעצם שהיחידים צריכים לקיים כל מה שהרוב קבע – **אחרי רבים להטות**. תמיד יש ללכת ע"פ דעת הרוב – אם לא תתקבל דעת הרוב הציבור לא יוכל להתקין תקנות אף פעם כי הקהל אף פעם לא יסכים פה אחד. **יש לכפות את התקנות גם על אנשים שהצטרפו לקבוצה לאחר שהתקנה תוקנה** (גם אם הם לא מסכימים לתקנה).

**יש לציין שלא כולם מסכימים לעניין זה :**

**רבנו תם –** כדי שהסכם כלשהו בהלכה יש צורך שתהיה גמירות דעת של שני הצדדים. ישנם דברים שמעידים על גמירות הדעת – למשל, אדם שרוצה לקדש אישה צריך לתת לה טבעת (או שווה פרוטה) וזהו מעשה קנייני שמעיד על כך שהתקיימה גמירות דעת. הטבעת בעצם מסמלת את עניין הקידושין – ואדם לא ייתן טבעת "סתם", אלא רק כאשר הוא רוצה לקדש אישה מתוך הבנה שזה מה שהטבעת מסמלת. בדרך כלל הסכם לא ייכנס לתוקף אלא אם כן היה מעשה קניין. הסכמת בני העיר לא דרשה מעשה קניין. רבנו תם אומר שמה שבני העיר עשו אינו הסכם – אך למרות זאת אין להחלטתם מעמד של תקנת חכמים, אך מעמדו גבוה יותר ממעמד של הסכם.

**יש צורך במוסד שיקבל החלטות מפני שלקבץ את כל הציבור לטובת קבלת החלטות אינה פרקטית.**

**שו"ת הרשב"א א', תר"יז** : הקהל יכול בעצם להיות גם נציגי הקהל. **אם יש גוף של שבעה אנשים (שבעת טובי העיר) שהציבור מינה – הם יכולים לקבוע כללים** בכל תחום ולא נדרשת הראשה מפורשת מבני העיר. אם הם קטנים יותר משבעה – הם יכולים לטפל במה שבני העיר הסמיכו אותם בלבד.

**האחרונים (והראשונים האחרונים) – שואלים מתי בעצם השבעה יכולים לקבוע דבר מה ? מה יקרה כשלא כל השבעה נוכחים ?**

**בבא בתרא ט, א' :** הייתה קבוצה של שוחטים שחילקה ביניהם את ימי העבודה. המקובל היה ששכרו של השוחט הוא עורה של הבהמה. הם קבעו שמי שישחט שלא ביומו – ישחיתו לו את עור הבהמה שהוא הרוויח. אדם הלך ושחט ביום של חברו – קרעו לו את העור. הוא תבע אותם בתביעת נזיקין – **רב פפא** חייב אותם לפצות אותו על הנזק שנגרם לו. נשאלת השאלה – **מדוע הם חויבו ? הרי כפי שראינו לעיל הם יכולים לקבוע כללים.** **כדי שההסכם יהיה תקף, אם יש במקום אדם חשוב – יש צורך בהסכמתו.** מה זה בעצם **אדם חשוב ? – זהו תלמיד חכם שמנהיג את הציבור.** למה צריך את האישור שלו ? – זהו סוג של **פיקוח הלכתי** – ניתן כוח מאוד חזק בידי הציבור ויש לבדוק שהם לא חורגים מסמכותם, יכול להיות שזה **מפאת כבודו** – לא יכול להיות שהאנשים יקבלו הסכמות ללא הסכמתו של האדם החשוב בעיר שייתן גושפנקא בעניין, יש צורך באישורו כדי **לבדוק האם ההסכמה הזאת לא פוגעת באנשים אחרים** – שלא יתקיים מונופול וכו' – זהו בעצם **פיקוח חברתי** (יש לוודא שההסכמה לא פוגעת באחרים, על פניו – הסכמה שמקובלת על כלל הציבור ניתנת להבחנה מתקנה שניתנה ע"י קבוצה קטנה יותר. אבל תמיד ניתן לטעון שהציבור עלול להיות דורסני רוב כלפי מיעוט ולכן יש לפקח גם על ההחלטות האלו).

**ניתנו שלוש סיבות לצורך באישור אדם חשוב –**

1. כדי לכבד אותו
2. פיקוח הלכתי - לוודא שהתקנה לא חורגת מגבולות ההלכה
3. להבטיח שהזכויות של אחרים לא ייפגעו – יותר רלוונטי כאשר מדובר בתקנה של אגודה מקצועית ופחות בתקנה של כל בני העיר.

**מפגש 13 (4/12/17) –**

**מתי יש צורך באישור אדם חשוב ?**

**שו"ת הריב"ש :** "דווקא בבני הומניות..." – הצורך באישור אדם חשוב **רק כאשר מדובר בתקנה של אגודה מקצועית,** אבל אני העיר לא צריכים אישור אדם חשוב אם רוב הקהל הסכים לתקנה.

**רא"ש בבא בתרא א, לג** :" שכל בעלי אומנות יכולים להתנות ביניהם, והם הנקראין בני העיר"

 הצורך נדרש בכל **מקרה ולאו דווקא בהקשר של תקנה של בני אומנות**, אלא כל בני העיר כולם.

**תקנת הקהל בנסיבות מסוימות יכולה לחרוג גם מדין תורה, למשל בדיני ממונות :**

**הרשב"א**- עונה על שאלת חיוב במס. רשאים בני העיר לגבות מס שלא עפ"י ההלכה ולא מכוח דין תורה כי זה דבר שבממון. אך לא ניתן להכשיר תקנת קהל שמשמעותה לעבור על איסור.

**הריב"ש :** "כפי מה שירצו שלא ע"פ ההלכה, שזה דבר שבממון הוא" – אפשר להתיר חיובים גם מכוח דין תורה. בתנאי שלא מדובר באיסור – אם מדובר באיסור לא ניתן להכשיר תקנה שהיא איסור. למשל – האם שטר (הסכם) שנעשה ע"פ קריטריונים של ערכאות של גויים (לא באופן תקף ע"פ דיני ישראל), המשנה אומרת ששטר כזה יכובד גם בישראל (חוץ מגט שהוא עניין של איסור והיתר וכו') אבל כל שטר מסחרי יכובד בישראל. הקהל יכולים להתקין תקנה שמכשירה שטר שנעשה בערכאות של גוים, אפילו אם זה שטר שנעשה בין יהודי ליהודי. אבל, אין הקהל יכולים להתנות שדבר שיש בו איסור ריבית אפילו אם הקהל הסכים, היא לא תוכבד מפני שתקנת קהל לא יכולה להתגבר על איסור. בדין העברי ניתן לבטל את הסעיף המסוים בשטר שעובר על איסור, ולכבד את שאר השטר. הקהל יכולים להתקין תקנה שמכשירה שטר שנעשה עפ"י ערכאות של גוים. **החידוש** - אפילו כשמדובר בשטר שנעשה בין יהודי ליהודי, ולא רק בשטר שנעשה בין גוי ליהודי, ניתן לקבלו בהסכמת הקהל. אך לא ניתן להתנות איפה שיש איסור ריבית, שזה איסור תורה. במצוות שביעית יש מקום לגבור על האיסור, מה שלא ניתן לעשות בריבית.

הדיון של הריב"ש הוא לגבי סעיף של ריבית בשטר של גוים- ההסכם כמו תקף חוץ מסעיף הריבית.
**הרשב"א** : "הסכימו הקהל והחרימו שלא לשחק בקובייה..." – בהתחלה נקבע שיש איסור לשחק בקובייה (משחקי מזל), אחר כך רוב הקהל רצו להתיר את האיסור הזה. אפילו אם יש רוב, ישנו איסור ע"פ ההלכה לשחק בקובייה ולא ניתן לבטל את התקנה. בהסכמת הקהל לא ניתן להתיר דבר אסור.

מנהגים **:** מנהגים הם פרוצדורה נוספת שבעזרתה ניתן ליצור סוג של תקנה. מנהג יכול להיות דבר שמעיד על הלכה קיימת (אנו מניחים שזהו מנהג מבוסס שעבר מדורות קודמים והתפשט הלאה), לפעמים המנהג הוא מנהג שמבטא הלכה קיימת. אבל, לפעמים המנהג יכול גם ליצור הלכה חדשה (לפעמים אפילו לשנות דבר שכתוב בתורה, בעיקר בדיני ממונות).

**ישנם שני סוגים של מנהגים : מנהג שמגלה מהי ההלכה ומנהג שיוצר הלכה חדשה.**

1. **מנהג שמגלה מהי ההלכה** :

**תלמוד מסכת פסחים** – המצווה המרכזית של חג הפסח (כשהיה בית מקדש) הייתה הקרבת קורבן פסח. בשבת אמנם היו מקריבים קורבנות, אבל ניתן להקריב רק קורבן ציבור ולא קורבן יחיד – אם אדם רוצה להקריב קורבן הוא לא יכול לעשות זאת בשבת. נשאלת השאלה – **אם פסח יוצא במוצאי שבת, מתי מקריבים את הקורבן ?** פסח מחד, הוא קורבן יחיד, מאידך – כולם צריכים להקריב קורבן פסח ויש פה משום קורבן ציבור. הגמרא אומרת – חיפשו אדם שיודע האם פסח דוחה את השבת, זהו **הילל הבבלי**: הוא אמר שניתן להקריב קורבן פסח גם בשבת, התבסס על פסוק "**קורבן יש להקריב במועדו**". הם הפכו אותו לנשיא עליהם. הוא שאל אותם – איך קרה שאדם שהגיע מבבל יודע יותר הלכות ממי שנשאר בארץ ישראל ? אמרו לו שיש להם עוד שאלה, מאחר שכל אחד היה מביא את קורבן הפסח והיה צריך לשחוט אותו מפני שלא היו מספיק כהנים, לכל אחד היה סכין שחיטה שהוא היה מביא איתו - מה היה קורה אם אדם לא היה מביא איתו את הסכין – הוא ענה להם שהוא לא זוכר. הפרשנים אמרו שזה קרה לו בגלל שהוא לגלגל עליהם. הם קבעו לחכות ולראות מה אנשים אחרים היו עושים. הם ראו שמי שהיה צריך להביא סכין לא טילטל אותו בידיים, אלא קשר אותו לבהמה. הילל ראה זאת ונזכר בהלכה – זו הייתה ההלכה שנלמד מפני שמעיה ואבטליון. **המנהג בעצם לא חיבר הלכה חדשה – שכחו מה ההלכה, ראו כיצד אנשים מתנהגים והבינו שהמנהג משקף הלכה ידועה, ובמקרה כזה ניתן תוקף למנהג.**

**תלמוד ירושלמי** : **אם יש מחלוקת ולא ברור מה נפסק, יש לבדוק כיצד הציבור מתנהג ויש להניח שמה שהציבור עושה משקף את ההלכה**. למרות שיש סיכון מסוים, מפני שמנהג עלול להיות גם טעות, אבל יש להניח שזהו מנהג שמשקף הלכה קיימת.

**הטור חושן משפט** : הגמרא מבחינה בין גנב ולבין גזלן. גנב בא בסתר, גזלן בא באור יום. הגזלן בא בפנים חשופות **והנגזל לא מתייאש** ומנסה למצוא אותו. הגמרא מניחה שאדם שחפץ נגזל ממנו לא מתייאש, לעומת אדם שגנבו ממנו. נניח שנקנה החפץ שנגנב / נגזל ממנו – **אם זו גניבה הוא בעצם התייאש לא צריך להשיב לו את החפץ**. אך **אם אנו מניחים שהוא לא התייאש (גזלו ממנו) – הוא יצטרך להחזיר לו את החפץ**. הגמרא קובעת – גם מי שקונה מגנב צריך להשיב את החפץ לבעלים (ולקבל את כספו חזרה), למרות שבתורה כתוב שהוא לא חייב להשיב לו את החפץ**. למרות שההלכה לא מחייבת – אם המנהג קובע שעליו להשיב את החפץ, עליו להשיבו למרות דברי התורה**. הוא למד שיש תוקף למנהג – "**לא תשיג גבול רעיך אשר גבלו ראשונים**" (דברים יט'), הפסוק הזה לא עוסק במנהגים, אלא בהסגת גבול. חז"ל דורשים שככה נהגו, ולכן לא מסיגים את הגבול של מה שנקבע, אנו מבחינים שזהו מקור חלש יחסית ולא נאמר מפורשות שיש תוקף למנהג.

**ילקוט שמעוני משלי כב, כג** : "אל תסג שגבול עולם אשר עשו אבותיך" (משלי כח'). לא לשנות את גבולות המנהג, לא להגדיל ולא להקטין. יש לציין שמשלי הוא אינו ספר מצוות, אלא ספר מוסר, ולכן גם המקור הזה הוא חלש יחסית מפני שלא דובר מפורשות על מנהגים. אבל מאחר שלא ניתן מקור חד משמעי – ניתן להסתמך על המקורות האלו. ניתן להשתמש גם "**שמע בני מוסר אביך ואל תיטוש תורת אימך**".

**הרא"ש :** מסייג מעט את תקפו של המנהג**. מנהג שניתן לקיימו זהו מנהג שבא להוסיף איסור,** למשל – אין איסור לעשות מלאכה בבוקר ערב פסח, אבל ישנם מקומות שנהגו לא לעשות מלאכה, המנהג הזה הוא תוספת להלכה והוא לא מתנגש עם ההלכה, מי שנהג לקיים אותו הוא חייב לקיים אותו. אבל, **בענייני איסור והיתר מנהג לא יכול להתנגש עם ההלכה, אלא רק לחזק את ההלכה. בעניין ממון – בית דין יכול לתקן תקנה, אבל מנהג לא יכול לסתור דין תורה** אפילו בדינים האלו (תקנה יכולה לסתור, אבל מנהג לא יכול). יש לציין שהדעה הזאת אינה מוסכמת.

**תלמוד ירושלמי בבא מציעא ז, א** : התלמוד הירושלמי אומר אמירה קיצונית. המשנה מתייחסת לאדם שסוחר פועל (על בסיס שכר יומי), הוא אמר לפועלים להתחיל את יום העבודה מוקדם בבוקר ולסיים מאוחר בלילה. המשנה אומרת שלמרות שמראש התקיימה התנייה לגבי שעות העבודה (יותר מאשר שעות המקובלות), אם מנהג המקום היה עבודה בשעות אחרות לא ניתן לאכוף עליו שעות עבודה אחרות. אם מקובל לתת גם אוכל בנוסף לשכר, ודבר זה לא הוסכם – הסוחר חייב לספק לו אוכל למרות זאת. תנאי העבודה של הפועל לא חייבים להיות מסוכמים, הם ייקבעו ע"פ מנהג המקום אפילו אם הותנה אחרת. **מעשה בר' יוחנן בן מתיא** – הוא אמר לבנו לחפש פועלים, הוא סיכם איתם לתת מזונות. האב אמר שהם בעצם בני אברהם יצחק ויעקב – ולא הוסכם איזה סוג של אוכל הוא ייתן להם, ולכן הם יכולים לבקש גם אוכל מאוד יוקרתי. הפועלים לא התחילו לעבוד, ולכן הבן יכול ללכת ולסכם איתם על סוג מסוים של אוכל. נאמר שהוא לא היה צריך לעשות זאת – מספיק שהוא נוהג ע"פ מנהג המדינה, מה שמקובל לתת זה מה שהם יקבלו. המנהג בעצם מבטל את ההלכה – בכוחו של המנהג לגבור על ההלכה (מדובר דיני ממונות, הלכות פועלים).

**הביטוי הזה מופיע במקום נוסף בתלמוד הירושלמי – בדיני ייבום וחליצה**. הגמרא אומרת בקשר לעניין זה – האם אפשר לעשות חליצה גם בסנדל (למרות שנכתב שיש לחלוץ בנעל) ? גם אם יתגלה שהחליצה חייבת להיות רק בנעל ולא בסנדל, מאחר שהמנהג הוא שכן – המנהג מבטל את ההלכה. **פה העיסוק הוא בדיני איסור והיתר ולכן עניין זה הוא יותר מרחיק לכת.**

**הראשונים מתייחסים לעניין זה** : הם מניחים שניתן לבצע הלכה בסנדל, ולכן המנהג משקף הלכה, והוא לא יכול לבטל אותה.

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

**הרשב"א :** יש מנהג שביום שמחת תורה אנשים השתמשו בעטרות של ספר התורה כדי לקשט את הבתים וכו'. יש איסור לעשות זאת, מפני שהעטרות נחשבות תשמישי קדושה. הרשב"א אומר **שבמקרה הזה המנהג גובר על ההלכה** (מפני שהאיסור להשתמש בקודש לצרכי חול הוא איסור חלש יחסית) – במקום כזה, **ניתן ללכת ע"פ המנהג, מפני שהוא מבטא את שמחת התורה**.

**הרשב"א :** מוכן לאמץ מנהג כל עוד אינו מגיע מתוך הדין הזר (חוקי הגויים) כדי לא לתת מקום לחוקי הגויים (כפי שצוין לעיל – האב שרצה לרשת את ביתו שמתה בגלל שזהו מנהג הגויים, הרשב"א לא מקבל את הטענה הזאת).

**מפגש 14 (07/12/17) –**

מעשה קניין **:** כדי שעסקה תתבצע יש צורך במעשה קניין, שיוצר את גמירות הדעת בין הצדדים – למשל הגבהת החפץ.

**"אמר ר' פפי משמו של רבא : האי סיטומתא – קניא. למי הלכת ? (לאיזו הלכה? מה התוקף של קניין זה?). ר' חביבא אמר – למקניא ממש..."**

**סיטומתא** : הסוחר היה מטביע רישום על חביות היין (מסמן את חותמו) וכך הוא היה מסמן את קניינו. כביכול, לא נעשה מעשה קניין – ולכן הרכישה לא התבצעה. אבל, יש לציין שהסיטומתא (חתימה) – במקום שנהגו להשתמש ברישום כתחליף לקניין וזהו המנהג המקובל – זה מהווה תחליף למעשה קניין שנובע ממנהג הסוחרים.

**השולחן ערוך בעניין זה** : "מכל לו בדברים, ופסקו הדמים, ורשם הלוקח רושם על המקח כדי שיהיה לו סימן ידוע..."

אם הקונה והמוכר מסכימים לבצע את הסיטומתא וזהו דבר מקובל באזור הוא יכול להוות מעשה קניין.

**ס' ב :** "וכן כל דבר שנבגו התגרים לקנות בו..." – הדוגמא שאנו למדים מהדוגמא של הסיטומתא שמהווה מעשה קניין, אינה רשימה סגורה – **ניתן להחליף את מעשה הקניין בכל דרך שהמוכר והקונה מסכימים עליה והיא מקובלת**, למשל – בקהילת היהלומנים, אמירת "מזל וברכה" הוא מעשה קניין. מנהג הסוחרים יכריע אם הדבר נחשב כמעשה קניין.

שאלת היחס של 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 כהלכה ?**

שני יהודים עשו עסקה – חתמו על שטר, ע"פ הכללים של המדינה בה הם חיים. הם באים לבית הדין של הקהילה כדי לפתור בעיה שהתעוררה. האם בית הדין יאמר ההסכם שלהם לא תקף כלל, או שהוא ייתן תוקף לדין הזר ויכריע בסכסוך ?

יש לציין שכמובן שאם דין המדינה היה נוגד את ההלכה – בתפיסה ההלכתית אין מקום לציית לחוק כזה (למשל – אם יש חוק שאוסר לשמור שבת).

**הסוגיה הזו עולה דווקא בדיני ממונות**, ולא במשפט הפלילי – הצדדים לא יכולים להחליט לדון בבית דין, המשפט הוא ציבורי : המדינה מול הפרט, המדינה לא מפריטה את המשפט הפלילי. **מבינה הלכתית – המשפט הפלילי הוא פחות בעייתי, הראשונים עומדים על כך : הענישה של ההלכה אינה פרקטית** (בהלכה יש עונשי מוות – רצח, גילוי עריות, חילול שבת וכו', יש עבירות שהעונש בגינם הוא עונש מלקות ועוד). העונשים האלו קיימים, אך אינם קיימים בפועל מפני שהם מותנים בקיומה של סנהדרין ובית מקדש – אבל גם כשהיה הענישה בפועל הייתה קשה ליישום : יש צורך בשני עדים כשרים (לעומת, במשפט הישראלי שבו כמעט כל אדם כשר לתת עדות, לעומת ההלכה שבה יש המון פסולי עדות), יש צורך באזהרות וכו'. עולה השאלה – **היכן קיים משפט פלילי בחברה ?** אם ניתן עונש שלא ניתן לקיים בפועל – לא תהיה התרעה. הראשונים מתחבטים בשאלה – **אם לא ניתן ליישם את המשפט הפלילי, כיצד תתקיים הרתעה** (בייחוד במקרים של בין אדם לחברו, לעומת בין אדם למקום שבו יש התפיסה שה' ייתן את הדין) **אם כן, מהו הפתרון ?**

**הרמב"ם רוצח ושמירת הנפש ב', ד' :** יש לציין, שרוצח במזיד דינו מוות ורוצח בשוגג הולך לעיר מקלט. מה עושים במקרה שישנו רוצח שאינו חייב מיתת בית דין מכל מיני סיבות ? עונשו של הרוצח לא בהכרח מתמצה אחרי המשפט של בית הדין (אם מתוך סיבה כלשהי הוא לא קיבלת עונש מוות), זהו לא סוף פסוק. המלך (עצמו, או מי מטעמו – בית הדין שלו) – **יכול לתת לו עונש מוות במסגרת דין המלך** (הרי, סמכות המלך קיימת ע"פ ההלכה). גם למורד במלכות יש סמכות למלך לתת לו עונש מוות. **הרמב"ם נותן למלך סמכות בעיקר בעבירות רצח.**

**דרשות הר"ן, יא :** "ידוע הוא כי המין האנושי צריך לשפוט שישפוט בין פרטיו, שם לא כן, איש את רעהו..."

ע"פ הפרשנות המקובלת – ידוע שהמין האנושי **צריכים שתהיה מערכת משפט**, אחרת כל אדם יעשה מה שהוא רוצה ותתקיים שחיתות, כך גם עם ישראל. אבל, בעם ישראל לצורך זה יש **סיבה נוספת** : **להעמיד את חוקי התורה על תלם, ליישם את התורה** – לתת עונש מוות, מלקות וכו' – ללא קשר בהכרח לאי הסדר החברתי ( למשל - גם על עונש של חילול שבת, לא פוגע בסדר החברתי). המערכת שמיישמת את דיני התורה היא ייחודית לישראל. יכול להיות שאדם לא יהיה חייב בעונש ע"פ דין תורה מתוך כל מיני סיבות, אבל הוא כן יהיה צריך להיענש בגלל שהוא יצר אי סדר חברתי. כביכול, ה' מינה רשות שופטת אחת – הסנהדרין שעליהם לשפוט ע"פ דיני התורה, אבל מפני שהסדר המדיני לא יושלם רק בעזרת השפיטה הזאת : ברמה החברתית הוא עדיין יוצר נזק, ולכן – **האל השלים את מערכת המשפט הזו בעוד מערכת משפט חברתית – מערכת המשפט של המלך / מי מטעמו.** כמובן שהמלך יכול לתת לסנהדרין את הסמכות לפעול בשתי הדרכים (גם כשאין שלטון, הסנהדרין יכול לקיים את שתי מערכות המשפט), המלך לעומת זאת – לא רשאי לשפוט ע"פ הדין הדתי, אלא רק במסגרת של דין המלך (יכול לטפל רק בעבירות חברתיות ולא בעבירות של בין 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 – **שני פירושים :**

1. **גישה מצמצמת** - מצווים להקים מערכת משפט שתשפוט מי שעובר על אחת משש המצוות האחרות.
2. **גישה מרחיבה** – שיקימו מערכת משפט כדי ליצור סדר בחברה. כל אדם חייב בשבע המצוות הללו.

מצוות הדינים היא מצווה להקים מערכת בתי משפט. הפוסקים למדו את סמכותו של המלך מן המצווה הזאת – כמו שהתורה מחייבת שלטון כלשהו להקמת מערכת משפט, כך גם בישראל.

**האם יש למלך סמכות בהקשר האזרחי ?**

**ספר שמואל :** בני ישראל ביקשו משמואל למנות להם מלך. שמואל חשב לגבי העניין זה – למה יש צורך במלך, הרי יש לכם את הקב"ה. אולי היה פה משום פגיעה בשמואל עצמו. ה' ציווה על שמואל למנות להם מלך. שמואל אומר לעם מה המלך עלול לעשות להם – "משפט המלך" : ייקח את הבנים וישתמש בהם לצרכיו, כנ"ל גם לבנות, ייקח את השדות וייתן אותם לאנשים אחרים, יאסור את הצאן, יהפוך אתכם לעבדים וכו'. שמואל חשב שלאחר מכן בני ישראל יפסיקו להתעקש ויתחרטו מרצונם למלך.

**בבלי סנהדרין כ', ב' :** הסיפור הזה מעלה התלבטות **–** **האם שמואל באמת התכוון שזה יהיה משפט המלך, או שמא זה היה רק רצונו של שמואל לאיים על העם?**

**לדעת שמואל –** כל האמור בפרשת מלך, מותר למלך לעשות. לעומת זאת, **רב אמר** – שהפרשה נועדה כדי לאיים עליהם.

אם אנו מניחים שדעתו של שמואל היא הנכונה - למלך יש סמכות גם בדיני ממונות, אז כמובן שהוא גם רשאי להכריע בסכסוכים ממוניים כי הכול כביכול שייך לו. לפי גישה זו יש כאן סמכות לדין מלך בדיני ממונות. ואם אנו מניחים שדעת רב היא הנכונה – אין למלך סמכות לקיים בית דין לדיני ממונות.

**מפגש 15 (11/12/17) –**

**ההכרה של התורה בחוק מתחלקת לשתיים :**

1. **הכרה עקיפה –** משתמשת במנהג כמקור נורמטיבי, ורואה את החוק כמנהג – מכוח היותו מנהג הציבור הוא הופך להיות מחייב, אך לא בגלל עצם החקיקה בכנסת. ראשית – החוק חייב להיות גם מנהג, שנית – ההכרה תבוא רק כאשר החוק יהפוך להיות נורמה נהוגה בחברה.
2. **הכרה ישירה** – אנו מכירים בחוק בגלל שהמחוקק קבע אותו, בשתי דרכים –
3. **תקנות הקהל** – הקהל יכול להתקין תקנות ע"י נציגי הקהל, וניתן להשוות את הכנסת לנציגי הקהל וכך החוקים נחשבים לתקנות קהל (בייחוד בדיני ממונות).
4. "**דינא דמלכותא דינא**" – דין המלכות הוא דין.

# דינא דמלכותא דינא :

**משנה מסכת נדרים כז',ב -** "נודרים להורגין ולחורמין ולמוכסין תרומה אף על פי שאינו תרומה, שהן של בית המלך – אע"פ שאינן של בית המלך"

יש להפריש תרומות ומעשרות, כל עוד הפרט לא עשה זאת - אסור לו לאכול מן הפירות, הדבר הראשון הוא **תרומה לכהנים**, יש לציין שרק לכהן מותר לאכול מן התרומות מפני שזהו סוג של הקדש. הפרט יכול לומר למוכסין (= גובה המס) שרוצה לקחת את הפירות שהם תרומה ולכן הוא לא יכול לקחת אותם. אבל, אם המוכס לא יאמין לו – הפרט יכול לעשות נדר שהוא לא ייהנה מן התרומה, ואז המוכס לא ייקח את הפירות - אפילו אם הדבר הוא שקר. בעצם, הפרט יכול לרמות את המוכס ולהתחמק מתשלום המס, הוא יכול לעשות נדר ולהתיר אותו ואז לאכול מן הפירות.

**כביכול, המשנה נותנת לגיטימציה להעלים מס, מן הגמרא עולה השאלה - כיצד זה אפשרי** ? **שמואל אמר** : "דינא דמלכותא דינא" – ההלכה מכירה בתוקף המלכות לקחת מן הפרט מס, כך שאם הפרט לא משלם מס הוא לא רק עובר על החוק, אלא גם על ההלכה. **רב שמואל, רב חיננא ורב כהנא** : שאלו כיצד יכול להיות שהפרט יכול להעלים מס כביכול וגם לקיים את **"דינא דמלכותא דינא"** ? התשובה שניתנת לעניין זה היא שניתן לרמות את המוכס רק במקרים מסוימים, כגון :

1. **מוכס שאין לו קצבה** – לא נוהג ע"פ כללי צדק ושוויון (למשל – לוקח מס בשיטה לא אחידה).
2. **מוכס העומד מאליו** – מוכס שחורג מסמכותו, גובה מס על דעת עצמו.

אבל, כשמוכס פועל כדין – קיימת חובה לציית לדין המלכות.

**בבא בתרא נה', א' :** רבא מביא מדברי שמואל **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.

**האם אנו מכירים בסמכות זו ?**

**משנה מסכת גיטין :** כל השטרות שנעשו בערכאות של גוים, למרות שגוים חתומים עליו – השטר כשר מפני (ע"פ רש"י) – כי דינא דמלכותא דינא.

הדין מופיע בהקשר של מיסוי, מקרקעין ובשטרות (למעט בגט – מפני שדיני ממונות יש סמכות, אבל נישואין וגירושין הם ייחודיים לעם היהודי ולא לגוים).

**לכאורה, מערכת הכללים שמחייבת אותנו היא המערכת הדתית – למה שנהיה כפופים לדין המלכות ? אם אין ברירה ועלול להיות עונש, אבל אם יש ברירה – למה אנו מחויבים ?**

**שמואל אומר** : הוא מכיר בסמכות המחוקק לחוקק חוק מסוים, גם אם לא יהיה עונש על כך. **מהו ההסבר על סמכות כלל זה ?**

**הר"ן (בעלי התוספות)** – "וכתבו בתוספות, דדוקא..." **: למה הכלל הוא דינא דמלכותא דינא ?** בארצות זרות – אין חיוב להכניס את היהודים לתוך השטח שלו, אם הם לא יצייתו לחוקי המקום **עלולים להעיף את היהודים מן השטח.** זהו השטח שלו והוא יכול לקבוע את החוקים בו. מאחר שלמלך יש סמכות לגרש את הפרט אם הוא לא יקיים את הכללים – אין לו ברירה והוא חייב לקיים אותם, **זכותו של המלך לקבוע חוקים כרצונו.** בארץ ישראל, הארץ ניתנה לעם כולו ולא רק למלך – ולכן, לא בטוח דינא דמלכותא דינה חל בארץ ישראל (המשך דבריו מופיע בהמשך).

**רשב"ם בבא בתרא –** "כל מיסים וארנוניות ומנהגות של משפטי מלכים..." : הרשב"ם מדבר על סוג של **הסכמה חברתית**, הסכמה מכללא לחוקי המלך ומשפטיו. בני המלכות מסיבות אינטרסנטיות מסכימים לקבל את חוקי המלך (יוצר סדר, מונע סכסוכים וכו') – ולכן בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם את מערכת החוקים ולכן הוא מחויבים לחוק, **גם אם הפרט לא באמת רוצים לקיים את החוקים של המלך – אבל הוא מבינים שיש צורך** למשל, בגביית מיסים ולכן הוא מקיימים אותו – לא לכל חוק וחוק יש צורך בהסכמה, **הם מקבלים את החוקים באופן כללי**. עצם הישיבה במקום אומרת שהפרט מקבל את הכללים. ע"פ **דברי הרשב"ם – הכלל הזה יכול להיות רלוונטי גם בשלטון בישראל,** לעומת מה שנאמר בדברי הר"ן.

**הרמב"ם הלכות גזלה ואבידה ה,ח** – שואל האם בנסיבות מסוימות, כשאדם מקבל משהו מכוח סמכות המלך זה עלול להיחשב גזל ? למה הכלל דינא דמלכותא דינא : בני הארץ הסכימו לקבל את סמכות המלך (הוא אדון והם העבדים) – הם הסכימו להיות עבדים של המלך, ממילא אין לו רכוש משלו והוא יכול לעשות ברכוש כפי רצונו. **ההסכמה ע"פ הרמב"ם הסכמה להיות עבד,** בשונה מהרשב"ם.

**רש"י (משנה גיטין א, ה)** – בהמשך למה שצוין לעיל, מאחר שהתורה בשבע מצוות בני נוח הסמיכה כל שלטון לקיים מערכת חוקים – כאשר המלך מחוקק חוקים, **הוא עושה זאת מתוך סמכות שההלכה נתנה לו** – ההלכה נתנה לו סמכות לחוקק חוקים ולכן אנו מחויבים לקיים את חוקי המלך (למעט דיני אישות שהוא ייחודי לעם ישראל) **ככל שזה לא נוגע לדיני איסור והיתר – למלך יש סמכות ואנו כפופים לו – הוא מסתמך על מצוות דינים** (שבע מצוות בני נוח).

**רבנו תם בעלי התוספות סימן יב** – "דהפקיעו חכמים ממון המלכות כדרך שהפקיעו מפני תקנת השבים"

**תקנת השבים** – נותנת לאדם שחזר בתשובה להשיב את השווי של הדבר שהוא לקח ולא רק את הדבר עצמו בנסיבות מסוימות, כדי לעודד אנשים לחזור בתשובה. חכמים התקינו תקנות ממוניות מתוך הכלל "הפקר בית דין הפקר" מכל מיני סיבות. החכמים גם קבעו לקבל את דין המלכות – מכוח תקנת חכמים. ע"פ רבנו תם – ההכרה היא עקיפה, החכמים אימצו את דין המלך שהיה בתקופתם. זאת הסיבה שרבנו תם מקבל את חוקי המלך שהיו בתקופת החכמים, זהו בעצם לא דבר מתמשך שחל כל הכללים המשתנים –הוא רלוונטי רק לשעה שבה אומץ הדין הזר (למשל, בתקופת שמואל האמורא).

**באילו נסיבות הכללים האלו חלים** ? מהי מלכות ? איזה דין – האם כל דין מלכות הוא דין, או שישנן מגבלות ?

**מיהו מלך ?**

**הרמב"ם הלכות גזלה ואבידה** : "מלך שמטבעו יוצא באותם הארצות" – מתי דין המלכות הוא דין ? היה מקובל שהמלך היה מטביע את חותמו על המטבע, אם הציבור לא מקבל את מטבעו של המלך הוא לא נחשב מלך, **כאשר הציבור מקבל את המטבע של המלך הוא מקבל אותו כמלך**. ע"פ הרמב"ם מלך הוא בעצם אדם ש**הציבור מכיר בו בתור מלך**.

**שו"ת המהרי"ק קצ"ד** – "לא דווקא מלך, אלא אפילו כל הדיוט יכול לפסוק כיוצא בזה בארצו..." : כל אחד יכול לקבוע כללים מה עושים בארץ שלו (בקרקע שלו), הוא מתכתב עם דברי הר"ן שצוינו לעיל. **כל בעלים על קרקע יכול להכתיב כללים**, המלך הוא בעל הקרקע בשטחים גדולים, ולכן הוא יכול להכתיב כללים בעלי תחולה יותר רחבה, לא צריך להיות מלך בשביל שדין המלכות יהיה דין – יכול להיות גם ראש עיר, שר ממונה באזור, שליט מקומי ועוד.

**שו"ת מהרשד"ם חו"מ**: לא מסכים עם דברי המהרי"ק, הוא אומר ש**בתלמוד דיברו רק על מלך ממש**, לא כל שליט בעירו (מלך לא מתחלף, מלך ממונה לכל ימיו) – לא דין של כך שלטון הוא דין.

**שו"ת משפט כהן (ענייני יא) סימן קמד, יד - הרב קוק** : מכוח מה נובעת סמכותו של המלך ? מכוח העובדה ש**העם נתן לו את הסמכות**, כשאין מלך – הסמכות היא של העם, אם ייבחרו נציגים ע"י העם, גם דינם יהיה דין.

**מפגש 14/12/17 :**

**האם הכלל "דינא דמלכותא דינא" חל גם על מלך ישראל ?** שאלה זו הטרידה רבות את הפוסקים (בעיקר בתקופת קום המדינה). הפוסקים ניסו למצוא דרך לגשר על הפער בין המשפט הרצוי (ההלכה) לבין המשפט במדינת ישראל (בעיקר בדיני ממונות).

בעיקרון, הכלל דינא דמלכותא דינא לא בא להסדיר עניינים בין יהודי ליהודי, אלא בין מערכת המשפט הזר לבין מערכת ההלכה.

**הר"ן** : כפי שצוין לעיל, דווקא במלכי עובדי כוכבים נאמר שדינא דמלכותא דינא (המלך בארצות הזרות הוא בעל הבית על הקרקע, אבל ארץ ישראל מחולקת לעם ולא למלך) אבל במלך ישראל העניין לא רלוונטי.

**הרמב"ם הלכות גזילה ואבידה :** אם המלך קבע כללי מס שיווניים, מי שלא משלם את המס עובר על עבירה גם מבחינה הלכתית – בין במלך גוי ובין במלך ישראל. הוא מבסס את הכלל גם על מלך ישראל.

המחלוקת בנוגע לפרשת המלך שצוינה לעיל קיימת גם אצל ראשונים – **האם כל מה שבפרשת מלך (ספר שמואל) מותר למלך, או שזה נועד רק כדי להרתיע את העם ?**

**המאירי נדרים כז,ב** : ".. ודבר זה אין בו חילוק בין מלכי ישראל למלכי אומות העולם. שהרי, אף במלכי ישראל פסקנו ב[פרק]שני של סנהדרין שכל האמור בפרשת מלך על ידי שמואל הנביא, מלך מותר בו..."

הוא פוסק להלכה – **כל מה שמצוין בפרשת מלך, מותר למלך לעשות**. במלך ישראל אין צורך בכלל דינא דמלכותא דינא, מפני שיוצא מתוך כל מה שצוין בפרשת מלך ממילא מותר למלך, ולכן הכלל הוא בעצם מיותר. ברמה המהותית – הסמכות של המלך היא מאוד גדולה גם ככה, ולכן אין צורך בכלל זה.

יכול להיות שהעניין הזה קיים רק בנוגע למלך, אך לא בהכרח לשלטון.

[**רמב"ם**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290547/290550/290552/I335407/%D7%93%D7%93%D7%93-%D7%94%D7%99%D7%A7%D7%A3%20%D7%94%D7%9B%D7%9C%D7%9C-%20%D7%91%D7%99%D7%95%D7%92%D7%A8%D7%A4%D7%99%D7%94.htm) **גזלה ואבדה ה,יד** : "כללו של דבר: כל דין שיחקוק אותו המלך לכל, ולא יהיה לאדם אחד בפני עצמו, אינו גזל. וכל שיקח מאיש זה בלבד, שלא כדת הידועה לכל, אלא חמס את זה, הרי זה גזל. לפיכך, גבאי המלך ושוטריו שמוכרים השדות במס הקצוב על השדות, ממכרן ממכר. אבל מס שעל כל איש ואיש, אינו גובה אלא מן האדם עצמו. ואם מכרו השדה במס שעל הראש, הרי זה אינו ממכר, אלא אם כן היה דין המלך כך."

**שו"ת** [**תשב"ץ**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290547/290550/290552/I335407/%D7%93%D7%93%D7%93-%D7%94%D7%99%D7%A7%D7%A3%20%D7%94%D7%9B%D7%9C%D7%9C-%20%D7%91%D7%99%D7%95%D7%92%D7%A8%D7%A4%D7%99%D7%94.htm) **א,קנח** : "... וכל שכן אם אותו הדין שהוא רוצה להנהיג עתה, לא הנהיגו בכל מלכותו, אלא בקצת מלכותו. שאינו דין כלל. שאין זה מחוק המלכים להנהיג בעיר אחת ענין אחד שאינו נוהג בכל מדינות מלכותו. ואם עשה כן, אין דינו דין."

**ע"פ הרמב"ם והתשב"ץ הכלל הוא שכדי שאדם יחוב על הכלל דינא דמלכותא דינא, החוק חייב להיות שוויוני.**

**הגהות הרמ"א:** "ואם המלך חקק לבעל אומנות אחד, כגון שחקק למלוה בריבית איזה דבר, י"א [יש אומרים] דלא אמרינן ביה [שאין אומרים בו] דינא דמלכותא דינא, הואיל ואינו חקוק לכל **י"א [יש אומרים] דלא אמרינן [שאין אומרים] דינא דמלכותא דינא אלא במסים ומכסים התלוים בקרקע, כי המלך גוזר שלא ידורו בארצו כי אם בדרך זה, אבל בשאר דברים, לא**"

לא אומרים דינא דמלכותא דינא אלא בדברים התלויים בקרקע ובמיסים, ולא חוקים אחרים. למשל, חוק שבא להסדיר חוק מכר דירות וכו' (מערכת בין פרטים) לא נוגעים לכלל דינא דמלכותא דינא. הכלל הזה מופיע בשני הקשרים – לגבי מקרקעין ולגבי מסים, ולכן רק בהקשרים האלו הוא חל (ישנה אפשרות גם להגיע למסקנה שהעובדה שהוא הופיע רק במקומות האלו היא עובדה רנדומלית וניתן להקיש עליה שהכלל חל גם במקומות אחרים, חלק מן הפוסקים מפשרים את הכלל בהרחבה ויש כאלו שבצמצום).

**הרשבא גיטים י, ב:** "**ויש דוחים דלא אמרינן [שאין אומרים] דינא דמלכותא דינא אלא בדברים שהן להנאת המלך,** וכאותה שאמרו בבבא בתרא נד,ב: " מלכא אמר לא ליקני איניש ארעא אלא באיגרתא". כלומר שיחתום הוא את השטר ויקיימנו כדי שיקח הוא את חוקו. וכדאמרינן נמי שם קיג, ב: "תדע דקטלי דיקלי ועבדי גישרי ועברינן עלייהו" [שהרי הם כורתים דקלים ובונים גשרים ואנו עוברים עליהם ללא חשש גזל] . והכא [וכאן], בשאין לו למלך בדין זה שום תועלת."

הרשב"א מביא דעה שאומרת ש**רק בדברים שהם להנאת המלך (תועלת ישירה למלך, ולא עקיפה) הכלל דינא דמלכותא דינא חל.** האבחנה הזו דומה לאבחנה שבה הכלל חל רק על דיני מיסים וקרקעות, אך הגישה הזו יכולה להתפרש בצורה מורחבת. הוא בעצם חולק על הדעה הזאת, אומר שכל דבר שהמלך קובע הוא דין.

**ריטב"א בבא בתרא נה, א** : "והסכימו הר"י ובעלי התוספות והרמב"ן, שאין אומרים דינא דמלכותא דינא אלא בדברים שהם מחוקי המלכות הקבועים והידועים. אבל אם המלך קובע ועושה דין חדש, לאו דינא הוא, עד שיסכימו עליו כל אנשי מלכותו"

הריטב"א אומר שההכרה בכלל דינא דמלכותא דינא מתבססת על תקנת חכמים שאימצה את דין המלכות, היא אימצה את הדינים שהיו רלוונטיים רק לאותה תקופה ולא באופן תמידי, דינים חדשים הם לא חלק מהתקנה ולכן הכלל על פניו לא חל (בתקופת התלמוד) – כמו דעת רבנו תם, אבל הוא ממשיך ואומר **שאם יש דין חדש שהוא מוסכם ע"פ כל בני המלכות, הוא יחול (יכול להיות שזה גם רוב אנשי מלכותו, אלא פרוצדורה שתביע את הסכמת העם). הוא בעצם משלב שתי דעות – תקנה מחד והסכמה מאידך.**

**ש"ך חושן משפט עג' :** הש"ך מדבר על סוגיה של משכון – התקיים דין זר שבו בדין משכון היה ניתן למכור את הפרט הממושכן לאחר שלא התקבל תשלום למשך שנה (לעומת התקופה של 30 יום שמצוינת בהלכה). **האם אפשר למכור אותו לאחר 30 יום או לאחר שנה ?**

**"דכיון דעל פי דין תורה יכול למכרו לאחר ל' יום, היאך נלמוד מדיני גוים לבטל דין תורה, ח"ו** [חס וחלילה] **לא תהא כזאת בישראל**.**...** אלא אפילו **לשאר פוסקים, דסוברים דאמרינן דינא דמלכותא בכל דבר, היינו דוקא מה שאינו נגד דין תורתינו אלא שאינו מפורש אצלינו. אבל לדון בדיני הגוים בכל דבר נגד תורתינו, חלילה, ודאי לא יעשה כן בישראל**. "

הוא מטיל מגבלה חדשה, **דין זה נקבע רק שמקום שדין המלכות משלים את ההלכה, ולא במקום שבו הוא נוגד את ההלכה**. הוא אומר שמצב שבו עניין זה יתקבל – ההלכה בעצם עלולה להיות מיותרת. כמובן שדינא דמלכותא דינא לא בא להחליף את ההלכה, אלא לתת פתרונות נקודתיים במקומות בהם זה נדרש (למעט מקרים מיוחדים בהם אין ברירה).

**חגי פרק ב' פס טו' :** נבואת חגי בשם ה' - מכד' בכסלו עדיין עוד לא התחילו הנחת אבן פינה בהיכל ה'. יש בצורת קשה, קשיים כלכליים. מיום כד' כסלו זה היום שבו יוסד היכל ה', זהו היום שבו תונח אבן הפינה. יש בצורת קשה, יש קושי להשיג את כל אחד משבעת המינים. דווקא ביום הקשה ביותר (הבצורת בשיאה, הייאוש הוא הגדול ביותר) תתחיל הברכה, תתחיל תקווה חדשה. הרעיון של חנוכה (שחל בהכ' בכסלו – אפילו שהתחילו לחגוג את חנוכה רק שנים רבות לאחר מכן).

**מפגש – 21/12/17 :**

**המעמד ההלכתי : האם ההלכה מכירה בסמכות בתי המשפט ?**

# בתי דין של הדיוטות וערכאות של גויים :

כפי שהוזכר במבוא, ישנם שני נושאים בהם נדון בהקשר של בעיית בתי המשפט. הקטע הבא הוא המקור לשני האיסורים שהזכרנו, בי"ד של הדיוטות, ופנייה לערכאות של גויים.

תחילה, נדון בשאלה הראשונה, הנוגעת ל**בתי דין של הדיוטות** : מחד, יש צורך לגשר על הפערים בין המדינה לבין ההלכה, מצד שני יש רצון לשמר על הזהות. מצד אחד, איסור ערכאות של גוים קיים כדי שאנשים לא ינהגו שלא ע"פ ההלכה. מצד שני, לא תמיד קיים מקום שבו יינתן מענה ע"פ דין תורה. **עד כמה שניתן – המטרה היא שהשיפוט יהיה ע"י דין ההלכה, זוהי מטרה שגם איסור ערכאות של גוים וגם בית דין של הדיוטות מכוונות להגיע אליה.**

**גיטין פח' ב' :**  ותניא היה רבי טרפון אומר: כל מקום שאתה מוצא אגוריאות [ערכאות, בתי דין] של עובדי כוכבים, אע"פ שדיניהם כדיני ישראל, אי [אין] אתה רשאי להיזקק להם. שנאמר: (שמות כא) "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם". "לפניהם"- ולא לפני עובדי כוכבים. דבר אחר: "לפניהם" - ולא לפני הדיוטות.

**אי אפשר להיזקק לערכאות של עובדי כוכבים (גויים), אפילו אם דינם הוא כדין הישראלי.** מלכתחילה אנו לא רוצים שאנשים יפנו אל הערכאות האלו, כדי לא להחליש את המערכת היהודית, למנוע ערבוב וכו'. **אין לפנות לבתי דין של גוים ולא לפנות לבתי דין של הדיוטות**.

**בבלי סנהדרין כג', א' :**"דיני ממונות בשלשה. זה בורר לו אחד, וזה בורר לו אחד, ושניהן בוררין להן עוד אחד.."

**הגמרא דנה בשאלה למי יש סמכות לקבוע היכן יתנהל הדיון, ובפני איזה דיין. הגמרא מבחינה בין בית דין של מומחים, לבית דין של הדיוטות, שבו ללווה יש מעמד, והוא יכול לבחור את אחד הדיינים**. התובע בוחר בית דין אחד, הנתבע בוחר בית דין שני – ושניהם בוחרים בית דין שלישי. למה צריך שלושה בתי דין ? בעצם העניין היא – התובע רוצה להגיש תביעה בבית דין מסוים, והנתבע רוצה בית דין אחד. בעצם הם צריכים להסכים על בית דין שבו תוגש התביעה יחד. לא מדובר על בוררות, אלא על באיזה בית דין תוגש התביעה.

מאי [מה] זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד? בתלתא סגי![בשלושה די, מספיק]!  הכי קאמר [כך אמור]: כשזה בורר לו בית דין אחד, וזה בורר לו בית דין אחד - שניהן בוררין להן עוד אחד. ואפילו לוה מצי [יכול] מעכב [האם יש צורך בהסכמה שלו על בית הדין]? והאמר [והרי אמר] רבי אלעזר: לא שנו אלא מלוה, אבל לוה - כופין אותו ודן בעירו!  כדאמר רבי יוחנן: בערכאות שבסוריא שנו. הכא נמי [כך גם כאן]: בערכאות שבסוריא שנו. אבל מומחין - לא [לא יכול הלוה לעכב].

מה שאמר ר' אלעזר (שהלווה לא יכול להתנגד לבית הדין) – הגמרא מסבירה בעצם שמדובר בבית דין בעירו, בית דין של מומחים. אם מדובר בבית דין של דיינים מומחים – ניתן לכפות עליו. אם מדובר בבית דין שלא ערכאות של בסוריא, ניתן להתנגד לדין ולפנות לבית דין אחר.

 **רש"י** – בית דין של בסוריא : שלא היו בקיאים בבית דין תורה / הדיוטות – מי שלא בקיא בדין תורה.

**ר"ן סנהדרין כג, ב' :** משום דכיוון דמיירי [כיוון שמדובר] במקומות שאינן בני תורה, כל בני העיר קיבלו על עצמם כל אותן שנתמנו להיות ערכיים [שופטים], שלא יוכלו לפוסלן.

למה ניתנה הכרה לבתי דין של הדיוטות ? כנראה שלא היו קיימים בתי דין אחרים. אז כיצד בתי דין של הדיוטות הוסכמו ? **בעצם הסמכות נובעת מהסכמה**, אם הציבור קיבל על עצמו דיינים שאינם מומחים ואז המערכת הופכת להיות מוסכמת. כמו שאדם יכול לקבל על עצמו בוררים. אפילו אם אחד מן הצדדים קשור באופן מסוים לאחד מן הצדדים (שיהיה פסול במקום אחר בגלל ניגוד אינטרסים) – אם שני הצדדים הסכימו על זה, העניין מותר. כמו שאפשר לקבל בורר שהוא בדרך כלל פסול – כך מותר לקבל דיין שאינו מוסמך. יש לציין שזה מדבר על מקומות שאין בהם בני תורה (יכול להיות שזה רק במקום שבו אין דיין שהוא מומחה, אבל אם יש מומחה – לא תהיה סמכות שיפוט. המקור הפורמלי לכך הוא הסכמה).

**שו"ת הרשב"א ב, רצ :**הודיעני מה שאמרו: כל המעמיד דיין שאינו הגון, כאלו נוטע אשרה [עובד עבודה זרה]. כיצד נעשה בעיירות, שאין שם מי שיודע אפילו אות אחת. ואנו צריכין להעמידן: לדון, ולפשר, על כרחן של בעל דבר. **ואם לא נעמיד, נמצאו הולכין לערכאות של נכרים ורבו האנסין**. במקום שבו אין אנשים שיודעים את ההלכה, **אנחנו חייבים להעמיד דיינים שיוכלו לכפות על הצדדים להתדיין, אם דבר זה לא ייעשה –הציבור יפנה לערכאות של גוים** (יהפכו לאנסים לפסקי הדין של הערכאות הללו – שעלולות להיות סותרים את ההלכה).

**תשובת הרשב"א : תשובה:** שורת הדין: **אי אפשר להעמיד דיינין שאינן מומחין, שלא מדעת בעלי הדין. אלא שהמומחין לבית דין שבעיר, יכולין לכוף בעלי הדין לדון לפניהם**. כל שכן, גדולים מהם בחכמה בעיר. והוא, שבקיאין בדינין. על כן, צריכין אתם למנותם, לדעת אנשי העיר, ואף על פי שאינן בקיאין. שהכל לפי השעה! וכל מעשיך יהיו לשם שמים.

**עקרונית, הדיינים צריכים להיות בקיאים בדין תורה, אבל אם שני הצדדים מסכימים על הדיין אפילו שאינו בקיא – זה מותר**. אבל, אין לחשוב שאם התירו את הקירטריון של בקיאות בדין תורה – אבל הם עדיין צריכים להיות אנשים כשרים וישרים (חכמים, שונאי בצע, יראי ה' וכו'). הוא מגדיש שניתן לוותר על הצורך במומחיות כשאין ברירה, אבל לא יוצא מכך שניתן לוותר על דרישות אחרות.

**שו"ת הרשב"א ג, תלח : שאלת**: ראובן נתמנה סופר [כותב שטרות] על הקהל. ולפעמים מזמין עדים עמו: שמעון, ופעמים לוי או אחרים; ועד שלא הספיק הסופר לכתוב ולחתום, הלך העד האחד שהזמין עמו לבית עולמו. ומפני שראו הקהל שהגיע היזק גדול להם בפטירת העד השני, הסכימה דעתם, וקנו בקנס סך גדול למלך ובכוח החרם, שאם יפטר העד השני קודם שיחתום בחותם ידיו, שתהא חתימת הסופר קיימת כחתימת שני העדים, ולא יהא כח בשום אדם לערער בזה שום ערעור בכח חרם ובכח הקנס. וראובן שנתמנה סופר ברצון הברורים והקהל והתקנה, הסכים לעשות לשון מחודש בכל השטרות שיעשו על דרך התקנה הנזכרת. וזהו הלשון שעלה בלבו: אני פלוני בן פלוני סופר הקהל החתום למטה, כן היה, שאני ור' פלוני שנפטר לבית עולמו היינו עדים על פלוני, שאמר לנו: הוו עלי עדים, וכו'; עד: שמסרתי ושאמסור. ואני סופר הקהל החתום למטה, ור' פלוני בן פלוני העד הנפטר הנזכר, שנזדמנו לעדים על המכירה הנזכרת, קנינו מר' פלוני הנזכר לר' פלוני הנזכר על כל מה דכתוב ומפרש לעיל. וכתבתי אני סופר הקהל החתום למטה שטר זה, אחר שנפטר ר' פלוני העד השני הנזכר לבית עולמו, וחתמתי שמי בה בכח התקנה שעשו הקהל על ענין זה, ונתתי ביד ר' פלוני להיות לו ולבאי כחו לראיה ולזכות. והיתה עלי יד הקהל לכתוב לפניך על זה, אם יועיל מן הדין מה שעשו, אם לאו; וכן הלשון הנזכר, אם יספיק לקהל לעשותו, או יוסיף או יגרע?

בד"כ בהלכה – אנחנו צריכים שני עדים (הן לצורך עדות בבית דין והן כדי לתת תוקף של שטר). במקרה הזה – **סופר העיר הוא זה שכותב שטרות ומסמכים משפטיים**, הסופר קורא לפלוני להיות עד וכו'. מסתבר שבאים לעשות עסקה, מגיעים שני עדים (הסופר ועוד שניים), הסופר כותב את העסקה, ואז הוא והעד הנוסף חותמים. **הרשב"א מתאר מציאות שבה שמהרגע שהסופר והעד הנוסף ראו את המעשה ועד הרגע שבו הסופר כתב את השטר – העד השני מת לפני שהוא חתם– מה עושים במצב כזה ?** הוסכמה תקנה בין שני הצדדים שהסופר יכול לחתום בשם העד הנוסף, ניתן להסתפק בזה. האם מותר לעשות תקנה כזאת או לא ? בעצם זו תקנה שהוסכמה ע"י שני הצדדים.

**תשובה**: מה שתקנו הקהל, הרשות בידם. דכל דבר שבממון יכולים הצבור לקבל על עצמם להחמיר או להקל. שהרי שנינו בפרק זה בורר: "אמר לו: נאמן עלי אביך, ר' מאיר אומר: יכול לחזור בו, וחכמים אומרים: אינו יכול. היה חייב שבועה, אמר לו: דור לי בחיי ראשך, ר' מאיר אומר: יכול לחזור בו, וחכמים אומרים: אינו יכול".

**הרשב"א** אומר שהתקנה הזו תקפה, לציבור יש סמכות להסכים על תנאים כשמדובר בדיני ממונות. כמו שאפשר להסכים על מינוי בורר (למרות שהוא עלול להיות פסול) ניתן לסטות גם מדיני הראיות. הציבור יכולים להסכים גם על עדים פסולים, הם יכולים למנות על עצמם בתי דין של הדיוטות (סוריא).

**שולחן ערוך חושן משפט ח', א'** : כל המעמיד דיין שאינו הגון ואינו חכם בחכמת התורה ואינו ראוי להיות דיין, אע"פ שהוא כולו מחמדים ויש בו טובות אחרות, הרי זה שהעמידו עובר בלא תעשה.אסור למנות דיין שאינו חכם בתורה, אפילו אם יש לו תכונות טובות אחרות.

**הגהות הרמ"א:** ואסור להעמיד עם הארץ לדיין על סמך שישאל כל פעם לחכם (בית יוסף). **ועיירות שאין בהם חכמים הראוים להיות דיינים, או שכולן עמי הארץ**, וצריכים להם דיינים שישפטו בינהם שלא ילכו לפני ערכאות של עובדי כוכבים, ממנים הטובים והחכמים שבהם (לדעת אנשי העיר), אע"פ שאינם ראויים לדיינים. וכיון שקבלו עליהם בני העיר אין אחר יכול לפוסלן. **וכן כל צבור יכולין לקבל עליהם בית דין שאינם ראוים מן התורה**.

**האם ניתן להעמיד / למנות דיין שאינו בקיא בתורה אבל אם תעלה בפניו שאלה הלכתית הוא יתייעץ עם אדם שכן בקיא בדין תורה ?** הרמ"א מביא את דברי בית יוסף אמר שדבר זה **לא יעלה על הדעת**, לא רוצים שהדיין לא יהיה תלוי באדם אחר, עדיין לא ניתן לסמוך על התוצאה. **הוא מוסיף ואומר שבמקומות שאין חכמים שראויים להיות דיינים (לא בקיאים בדין תורה), ניתן למנות את האנשים החכמים והטובים מבין בני העיר**, כיוון שבני העיר קיבלו עליהם את האנשים הללו, הדבר מותר.

**הוא בעצם מכשיר בתי דין של הדיוטות – למרות שבתחילה הוא אומר שבמקום שאין בו אנשים בקיאים בתורה, כיוון שקיבלו עליהם בני את העיר את הדיינים האלו אפילו שאינם בקיאים בתורה : לא ניתן לערער על הכרעתם**. הוא מוסיף ואומר שכל ציבור יכול לקבל על עצמו בית דין שאינו ראוי מן התורה (ולא רק ציבור שאינו בקיא בתורה) – יש בסיס של הסכמה. נאמר שאם הנימוק לכך הוא ההסכמה – השאלה אם יש אנשים בקיאים או אין אינה רלוונטית. לכאורה, לפי סוף דברי הרמ"א עולה שאם יש הסכמה (אפילו אם יש אנשים בקיאים בתורה) – מותר להסכים על בית דין שאין בו דיינים שהם בקיאים בתורה מתוך יסוד ההסכמה. יש לציין שפוסקים רבים חולקים על עניין זה.

**אורים ותומים חושן משפט כב' א :** "רבים.. דלא גמירי.."- נראה, היינו בעיר שאין בה לומדי תורה, והמחו הם עליהם כדי שלא ילכו בערכאות. וכמו שכתב הרשב"א בתשובה והובא לעיל ראש סימן ח'. **אבל במקום שיש בעלי תורה ומדע בעיר הראויים לדון העם, חס ושלום למנות דיינים חסירי מדע**.

האורים ותומים לא מקבל את הפרשנות של דבר הרמ"א **– ההיתר לבתי דין של הדיוטות מותנה בכך שאין אנשים שהם בקיאים בתורה, אפילו אם יש הסכמה מצד הציבור** : היא תחול רק במקום שאין בו אנשים שהם בקיאים בתורה.

**המאירי בית הבחירה סנהדרין כג, א** : "בערכאות שבסוריא"- שלא היו בקיאין בדין תורה, אלא שדנין לאומד הדעת [שיקול דעת], ובחוקים ובנימוסים [של גויים].

בתי הדין של הדיוטות היו מגיעים להכרעה ע"פ שיקול דעתם, על דברי נימוסין (אפילו על דברי נימוסין של הגויים).

**חזון איש סנהדרין טו, ד :** יש עוד המחאה [קבוצה] של אנשים שלא למדו כלל תורה, והם ידונו כפי משפט בני אדם בשכלם. **והוא במקום שאין בניהם גמיר** [בקיא בדיני התורה] **כלל**. ושלא [כדי שלא] יבואו בערכאות- תקנת הציבור כן. ואף על גב דליכא [שאין] ביניהם דיין שידין על פי משפטי התורה, ומוכרחים להמנות [למנות] בעל שכל לפי מוסרי האדם, **אינם רשאים לקבל עליהם חוקי העמים או לחוקק חוקים שהשופט כל דין שלפניו לפי הנראה אליו**, **זהו בכלל פשרה ואין ניכר הדבר ש"עזבו מקור מים חיים לחצוב בורות נשברים".   אבל, אם יסכימו על חוקים, הרי הם מחללים את התורה**. ועל זה נאמר: "אשר תשים לפניהם"- ולא לפני הדיוטות.

החזון איש בעצם אומר שני דברים : איך בתי הדין האלה (הדיוטות) ידונו ? **הם לא יכולים לקבל על עצמם מערכת חילופית מחייבת, אבל הם יכולים להשתמש בשיקול הדעת שלהם ולפסוק על פיו,** הם לא יכולים לומר שהם בוחרים מערכת חוקים אחרת ופוסקים על פיה, **אסור להיות כפוף למערכת חוקים אחרת**, כי אז תיווצר תחרות בין דין התורה לדין האחר.

**גיטין פח,ב :** ותניא היה רבי טרפון אומר: כל מקום שאתה מוצא אגוריאות [ערכאות, בתי דין] של עובדי כוכבים, אע"פ שדיניהם כדיני ישראל, אי [אין] אתה רשאי להיזקק להם.שנאמר: (שמות כא) "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם". "לפניהם"- ולא לפני עובדי כוכבים. דבר אחר: "לפניהם" - ולא לפני הדיוטות*.*

יכול להיות מצב שבו החוק מתיר שדבר מסוים שייך לפרט, אך ע"פ ההלכה הדבר לא שייך לפרט – כך יכול להיות **שהאדם יהפוך להיות גזלן ע"פ ההלכה**, מה שעלול ליצור **חוסר צדק הלכתי**. על פניו – אם היו דיינים שאינם יהודים דנים ע"פ דיני ישראל, כביכול אין בעיה עם זה, ואין בעיה של גזל. בכל זאת, המשנה אומרת שאין מקום לפנות לעובדי כוכבים כאלה, משמע שהבעיה היא לא רק בתוצאות השונות, הבעיה היא בעצם הפנייה לערכאות מסוג זה, התפיסה ההלכתית היא שההתדיינות היא חלק מההלכה.

**מפגש 25/12/17 :**

**ערכאות של גויים (המשך):**

**רמב"ם הלכות סנהדרין כו', ז' :** כתוב "כל הדן בדיני ישראל**"- האיסור בערכאות של גויים הוא לא בזהות הדיינים אלא בתוכן הדין**. לכן כיום בתי דין ישראלים שדנים דינים זרים זה נחשב אסור.

**שו"ע-** אסור לדון בפני דיינים עובדי כוכבים ובערכאות שלהם, גם אם הדיינים הם יהודים, וגם אם יש על כך הסכמה של ישראל. הבעיה כשדנים במערכת דין אחרת זה אמירה שמערכת הדינים של התורה לא מספקת- זה כאילו הוא מחרף ומגדף את התורה.

**הרמ"א -** יש בידי בית דין להחרים מי שהולך לבית דין של עובדי כוכבים- אפשר לנקוט בסנקציות נגד מי שעשה כן.

**נשאלות מספר שאלות בקשר לעניין זה:**

**הרמ"א :** מביא להלכה מחלוקת בעניין- לפי ההלכה אדם חייב לתבוע בבית דין יהודי, אך ההלכה לא כופה מישהו לבוא לבית דין יהודי, אפשר לקבל אישור לפנות לערכאות זרות אם אדם מנצל את האיסור לדין בערכאות של גויים שלא בתום לב. אדם פונה למערכת משפט של גויים, והתשובה לא מוצאת חן בעיניו ואז הוא אומר שאסור להשתמש בערכאות של גויים ופונה לבית הדין היהודי, או שבכל תחום הוא הולך לערכאות של גויים ורק בעניין מסוים הוא דן בדיני ישראל. **אדם כזה נוהג שלא בתום לב והדיינים היהודים לא יסייעו לו.** בנסיבות אלו אדם מנצל את האיסור ערכאות של גויים ולא פונה בתום לב כי הוא רוצה לדון בדין יהודי לא ישתפו איתו פעולה ולא יאכפו עליו את האיסור.

בשאלה האם בתי המשפט בישראל נחשבים כערכאות של גויים דנים הפוסקים החרדים מאז קום המדינה. בית המשפט נחשב ערכאות של גויים מבחינתם, אך עדיין גם הם בסכסוכים שלהם משתמשים ברוב המקרים בבתי המשפט של המדינה. השופט מנחם אלון התעסק רבות בשאלה - באופן טבעי הוא חושב שבתי המשפט הישראלים לא נחשבים דינים של גויים והוא אכן שופט, הוא מאריך בכך בספרו.

משפט ומוסר – עשיית הישר והטוב **: היבטים פרקטיים בהלכה** : אחד המאפיינים בהבדל בין כלל מוסרי לכלל משפטי הוא שאלת האכיפה. בגרימת נזק חייב המזיק לפצות את הניזוק והמשפט יכפה עליו. לגבי כלל מוסרי אי אפשר לתבוע בבית משפט. ייתכן ותהיה אכיפה ציבורית, שאם מישהו לא ייתן לעני צדקה יסתכלו עליו בעין לא יפה ותהיה כאן סוג של כפייה, אבל זה לא כמו כפייה של החוק לגבי דינים משפטיים.

**פס"ד קיטן נ' וייס** תביעה בעניין דיני נזיקין נדחתה, אך השופט אלון מציע לפצות אותו מהחברה בצורה מוסרית. השופט שמגר מסכים עם הניתוח המשפטי של השופט אלון שדין התביעה להידחות, אך מבחינתו אין אפשרות לקריאה חברתית להתחשב בתובע. זה לא תפקיד ביהמ"ש לרחם, אלא לקבוע מה הדין. הם יכולים לצאת מכותלי ביהמ"ש ולעשות פשרה ביניהם.

**הגמרא** מספרת שכולם אהבו את דוד המלך כי הוא היה עושה גם צדקה וגם משפט. בתוך בית המשפט היה מחייב את העני אם הוא חייב בדין, אך מחוץ לביהמ"ש היה נותן לעני צדקה. בתוך ביהמ"ש צריך לעשות דין. במשפט העברי המערכת של "לפנים משורות הדין" נוכחת. יש יצור כלאיים בהלכה של חובה לנהוג לפנים משורת הדין - סיטואציה אבסורדית.

**מקורות העניין :**

**דברים פרק ו'** - "שמור תשמורון את מצוות ה'... ועשית הישר והטוב בעיני ה' ​למען ייטב לך..."

החלק הראשון מצווה לשמור את הכללים של התורה. **מה זה הישר והטוב**? אם זה מה שה' ציווה אותנו זה כבר כתוב בפסוק הקודם, למה יש חזרה? התפיסה היא שהתורה לא חוזרת על עצמה סתם, ואם יש כיתוב נוסף יש לו סיבה וחידוש ולא חזרה סתם. **לכן ההנחה המדרשית של חז"ל שהמשמעות "ועשית הישר והטוב" היא לא לגבי עשיית מצוות התורה, אלא משהו אחר**.

**הרמב"ן​ מפרש**: לפי הפשט הכוונה היא לכוון בעשיית המצוות **לעשות את הישר והטוב בעיני ה'**, לא צריכה להיות מטרה תועלתנית אלא רצון לעשות ישר וטוב בעיני ה'. הפסוק הזה מגדיר את המטרה של עושה המצוות. לפי הדרש- עשיית הישר והטוב היא **עשיית פשרה לפנים משורת הדין**. **גם איפה שה' לא ציווה אותך והאדם לא יודע איך להתנהג, צריך לנהוג בדרך שהיא ישרה וטובה בעיני ה'.** אי אפשר להזכיר בתורה את כל הנהגות האדם והיא לא מתייחסת ונותנת מענה לכל התנהגות בכל סיטואציה ובכל זמן, ולכן מנויים בתורה חלק מכללי ההתנהגות של בין אדם לחברו, וגם יש כלל להתנהג תמיד בעשיית ישר וטוב שזה כולל פשרה ולפנים משורת הדין, ואפילו לדבר בנחת עם הבריות נכלל בהגדרה זו. להיות תם וישר בכל עניין.

**מה הכוונה לכך שאי אפשר להזכיר בתורה את כל הנהגות התורה?**

לפי הפשט- **טכנית אי אפשר להזכיר הכול** כי אז התורה תהיה ארוכה יותר. אבל מה באמת הבעיה שהתורה יותר ארוכה?

לכן נפרש את דברי הרמב"ן שלא ניתן לפרט הכל לא בגלל בעיה טכנית, אלא **כי התנהגות האדם משתנה בתקופות ובחברות שונות ולכן אין פתרון אחד לכל הזמנים ולכל המצבים**, ויכול להיות שדווקא העובדה שיש עקרון על שמנחה את האדם- המילוי בתוכן משתנה מזמן לזמן וממקום למקום.

כמו **דעת "המגיד משנה"** שמסביר את המבנה של תורה בכתב ותושבע"פ - מאחר שהתורה היא תורה נצחית ואחד מעיקרי האמונה זה נצחיות התורה, אך מציאות החיים היא דינאמית ודורשת פתרונות שונים לתנאי החיים, לכן יש את תושבע"פ שהיא יותר גמישה ומותאמת למציאות, הבעיה בעיקרון זה הוא שאדם יכול להגדיר תום לב בצורה שונה מאנשים אחרים. אם יש יושר לפי שיקול האדם זה יכול להשתנות מאדם לאדם. מושג עמום יוצר פתח לאי הבנות. את המבנה שהרמב"ן מתאר כמבנה של פרטים ומושג על הוא רואה כמבנה שיטתי בתורה, המופיע גם במקורות אחרים בתורה :

# "קדושים תהיו" :

**בספר ויקרא בפרשת קדושים** יש ציווי על העם "**קדושים תהיו**"- ציווי המעלה הרבה ספקות, מה זה אומר להיות קדוש ואיך אדם נהיה קדוש? קדושה בהלכה משמעה פרישות, ע"י הימנעות מכל מיני דברים הוא נהיה קדוש. אם אומרים לאדם ספציפית ממה להימנע הוא יכול לדעת, אבל מה זה אומר קדוש בכללי? אם הציווי הוא על איסורים כבר קיימים בתורה זה פשיטא, ואין טעם בציווי הנוסף הזה. מה התוספת של הציווי הזה?

**רש"י -** מתקשה גם כן בשאלה ולומד בדרך הדרש של הסמיכות. כאשר שני עניינים מובאים בתורה בסמיכות נלמד שיש גם קשר רעיוני בין העניינים. הפרק הקודם עוסק באיסורי עריות - איסורים של יחסי אישות בגילוי עריות. רש"י לומד **שלהיות קדושים זה להיות זהיר מכל איסורי העריות.**

לעומתי, **הרמב"ן** לוקח את זה למקום רחב יותר- בציווי קידושים הכוונה לא לפרוש מעריות, אלא לפרוש מעניינים מותרים בתורה **ולא להיות "נבל ברשות התורה"-** שהאדם ישים לעצמו גבולות גם במה שמותר. לא כתוב בתורה שאסור לדבר דיבורים לא נקיים אין על זה איסור פורמאלי, אבל זה חלק מהעניין של קדושים תהיו שמרחיב גם בתחום המותר. התוכן כאן הוא לא דברים מוכתבים ויכול להשתנות בהתאם לתנאי החיים ולסיטואציה.

 **דוגמאות לתקנות חכמים המבוססות על העיקרון של הישר והטוב, כאשר זו תקנת חכמים היא מחייבת :**

* דוגמא שמביא **הרמב"ן​ - "דינא דבר מיצרא" :**

"זכות קדימה לשכן" אם בעל שדה רוצה למכור אותה, יש לשכן שגובל בקרקע זכות קדימה לרכוש את השדה, הדין חל רק לגבי שדות. היתרון לשכן שכך הוא יכול להרחיב את השדה שלו - יש לו ערך מוסף בקנייה זו שלא רלוונטי עבור מישהו אחר. עד שנת 1969 עקרון זכות קדימה היה קיים בחוק הישראלי מהחוק התורכי, אך הוא בוטל בגלל סיבות של קניין.

העניין מופיע בהלכה **בתלמוד בבלי מסכת בבא מציעא, קח:​** אדם שמחזיק קרקע של שדה בין אחים או בין שותפים, דבר המפריע להם. כל עוד האדם בעל הקרקע אין אפשרות לגרש אותו, זכות הקדימה היא רק כאשר האדם מעוניין למכור את הקרקע שלו. צד ג' שרוכש קרקע כזו שהיא באמצע השטח של אחים או שותפים, במקום שהאחים או השותפים יקנו ואז כל השטח יהיה שלהם:

**דעת רב -** אדם כזה **חצוף ולא מוסרי אך לא מסלקים אותו**, אי אפשר לבוא אליו בטענות משפטיות. אין זכות קדימה משפטית.

**דעת רב נחמן** - חולק, במקרה כזה **מסלקים אותו** כי זכות הקדימה של האחים היא **לא רק מוסרית אלא גם משפטית**. בית דין יכפה עליו להעביר את הקרקע לאחים או לשותפים (במחיר שבה הוא שילם למוכר עבור הקרקע). אבל **אם זה מקרה רגיל של דינא דבר מצא וזה רק שכן מצד אחד לא מסלקים אותו**, רק כשהוא באמצע בין כמה שטחים.

**דעת חכמי נהרדעא** (עיר בבבל)- אפילו משום דינא דבר מצא, **גם במקרה של שכנות רגילה מסלקים את הקונה של הקרקע מתוקף כלל זה.** יש זכות קדימה משפטית גם במקרה זה. מדוע נותנים זכות קדימה משפטית? משום שנאמר "**ועשית הישר והטוב בעיני ה'**"- יש בכך הגשמה של יעד זה. השכן מרוויח ויש לו יתרון יותר גדול בקניית הקרקע לעומת אדם חיצוני שיקנה את הקרקע.

בחוק הישראלי ובהלכה יש שוק חופשי ואדם שמעלה את מחיר הקרקע שלו לשכן כי הוא יודע שהוא יעדיף לקנות את הקרקע שלו בגלל המיקום זה משהו שמותר לעשות ולא נחשב ניצול. אין בקרקע של שדה מחיר שוק קבוע כמו לגבי מוצרי מזון שאסור להעלות את המחיר לאדם שנתקע וחייב דחוף מצרך מסוים.

**מפגש 4/1/17 : עשיית הישר והטוב (המשך)**

"דינא דבר מצרא" **:** יש לציין שכאשר יש חשש שמישהו ייפגע מהכלת העניין, דינא דבר מצרא לא חל.

היה הרבה יותר פשוט לומר שבמקום לתבוע את הקונה שרכש את הקרקע, יותר פשוט להציע שלא ניתן לרכוש קרקע עד שלא יתקבל אישור מן השכנים שמאשר שהם לא מעוניינים בקרקע.

תשובה לעניין זה קשורה בדיני הקניין – כדי שבעלות תעבור מאחד לאחד, יש צורך בגמירות דעת באופן בסיסי (כוונת המוכר למכור, ושל הרוכש לקנות). **אם האדם לא רוצה למכור את הקרקע לשכן שלו – עלול להיווצר מצב שבו אין גמ"ד**. ההלכה יוצרת סוג של **פיקציה** – רואים את מי שרכש את הקרקע כשלוחו של השכן, השכן לא מינה את הרוכש לרכוש בשבילו את הקרקע, זה העניין ברמה הפורמלית. לו יצוין שזו הייתה ההלכה – מבחינה פרקטית צד ג' לא ירכוש קרקע בלי לוודא שהשכן אינו מעוניין.

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף לה, א' :** "אמרי **נהרדעי** : **שומא הדר** עד תריסר ירחי שתא. ואמר **אמימר** : אנא מנהרדעא אנא וסבירא לי שומא הדר לעולם. **והלכתא** : שומא הדר לעולם. משום שנאמר + דברים ו' + ועשיית הישר והטוב".

"שומא הדר"- שמאות מלשון הערכה והדר מלשון חוזר. אדם מלווה כסף ללווה, לאחר זמן מסוים צריך להחזיר את החוב. החשש של המלווה הוא שיגיע מועד הפירעון והלווה לא יפרע את החוב מתוך רצון רע או כי אין לו ממה להחזיר - לכן מלווה סביר ירצה להבטיח מראש שבבוא הזמן יהיה מאיפה לגבות את החוב. הבעיה מתעוררת כאשר ללווה במועד הפירעון אין כסף אבל גם אין לו מקרקעין או מיטלטלין ואי אפשר לממש נכסים של הלווה כדי לפרוע את החוב. צריך להשאיר ללווה צרכים מינימליים שאי אפשר לקחת לו ואת השאר אפשר לממש באמצעות בית הדין. כדי להבטיח את עצמו יש למלווה כמה אופציות:

1. ערב שמחזיר למלווה, אך גם הוא יצטרך שהלווה יחזיר לו כסף.
2. יצירת שיעבוד על נכסי המקרקעין של הלווה.

**שיעבוד**- זכות המלווה לגבות את ההלוואה קודמת לזכויות של אחרים על הקרקע (דומה למשכנתא כיום). אם הלווה יחזיר את החוב הכל בסדר- ואם לא, הדירה שייכת למלווה, זכותו של הבנק קודמת לצדדים אחרים. גם אם יש לו חובות נוספים או שהוא מכר אותה לצד ג'- זכותו של המלווה קודמת. צד ג' יטען שבתור קונה אין לו דרך לדעת וככה פוגעים בשוק המקרקעין. לכן כיום יש  לשכת רישום במקרקעין ושיעבוד כזה צריך להירשם, וכל אחד יכול לגשת למידע זה ולראות מה הסטטוס של הנכס. אם המלווה לא רשם וצד ג' קנה זכותו על הקרקע, כי זו רשלנות של המלווה שהוא לא רשם. משכנתא זה שיעבוד לנכס הספציפי ואפשר כן להשתמש בשאר הנכסים שהם משוחררים.  בתקופת הגמרא לא היה משכנתא ואמצעי הגבייה היה **אופותיקי**- מתייחס לנכס מסוים.

**שיעבוד סף** - שיעבוד שחל לא על נכס ספציפי, אלא על כל הנכסים שיהיו לאדם בעת הפירעון.

אדם שמלווה כסף ונחתם שטר חוב בפני עדים, הלוואה שכזו יוצרת אוטומטית שיעבוד של נכסי מקרקעין. אם ההלוואה נעשתה בע"פ, ואפילו אם עדים אין שיעבוד נכסים. **משמעות השעבוד**- הלווה בעל הנכסים יכול לעשות בנכסים מה שהוא רוצה, אך זכות המלווה קודמת לצדדים שלישיים ואם במועד הפירעון הלווה לא מחזיר את החוב, המלווה יוכל לחזור לקרקעות שנמכרו בין מועד ההלוואה למועד הפירעון וזכותו גוברת על הקרקעות וקודמת לזכות של הקונים. מי שקנה את הקרקע יחזור ללווה בתלונות וירצה חזרה את הכסף, וללווה לא יהיה בהכרח כסף להחזיר ואז צד ג' שקנה יפסיד. לכן זה קורה רק בהלוואה בשטר, להלוואה כזו יש פרסום - לא כל אחד יודע לכתוב את השטר, יש סופר של העיר שכותב את השטרות ומרכז אצלו את המידע - סוג של לשכת רשות מקרקעין. כשבא פלוני לרכוש את הקרקע הוא יכול לבדוק אצל הסופר האם הקרקע היא משועבדת למישהו 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 הרגל) - 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 כרצונו בקרקע. בין שלב לשלב צריך לעבור לפחות 30 יום, כדי לתת ללווה הזדמנות בינתיים לפרוע את החוב.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 "ועשית הישר והטוב".

**חכמי נהרדע** : סבורים שנותנים ללווה פרק זמן של שנה להשיב את הכסף (תריסר ירחי שתא), אם הוא משיג כסף הוא יכול לפדות את הקרקע

**ר' אמימר** : סבור ששומא נשמרת לעולם, הכוונה היא לתקופה ארוכה. שקרקע כזו חוזרת תמיד בלי פרק זמן מוקצב. המלווה היה אמור לקבל כסף והקרקע הייתה אמורה להיות של הלווה, קבלת הקרקע נעשתה בלא ברירה. עכשיו שיש כסף יש רצון להחזיר את המצב לאחור. ייתכן אבל שמצב הקרקע השתנה או שהמחירים ישתנו והנתונים הם כבר לא אותו דבר

מבחינת **ההלכה** : שומא נשמרת לעולם, מפאת הכלל "**עשיית הישר והטוב**". כמובן שאם תהיה פגיעה בצד האחר, הכלל לא יחול (הכוונה היא שאם הקרקע הועברה לצד ג' וכו' והוא עלול להיפגע מכך – השומא לא נשמרת לעולם). הזכות לפדות היא רק כל עוד הקרקע בידי המלווה - אם היא עברה במכירה, ירושה או מתנה לצד ג' אין אפשרות. אם המלווה שיבח את הקרקע הוא זכאי לקבל את ההוצאות שלו.

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

# השבת אבידה :

ישנם גם מקרים שבהם אין זכות אכיפה, אלא יותר מוסרית - כאשר בית הדין מעורב בה. המקרה הראשון והשני עוסקים בהשבת אבידה. בנושא של השבת אבידה – ישנו **איסור להתעלם מן החפץ**, וישנה גם **חובה להשיב.** ברגע שאדם מצע אבידה הייתה חובה עליו להכריז עליה ב**אבן הטואן** – כשהיה בית מקדש היו מכריזים בירושלים, כאשר לא היה בית מקדש – יש חובה להכריז במקום שבו מתכנסים אנשים.

**אדם לא חייב להשיב אבידה – כאשר מבחינה אובייקטיבית שהמאבד התייאש**, יש לציין שהייאוש חייב להיות רק באותו רגע שבו הוא איבד את החפץ (ולא ייאוש לאחר זמן מה), הבעלים בעצם ויתר על בעלותו על החפץ, ולכן החפץ הפך להיות הפקר ולכן המוצא רשאי לקחת את החפץ. כאשר לחפץ אין סימן **– ניתן להניח שהבעלים התייאש**, למשל **בכסף** – הבעלים לא יכול להוכיח שהכסף הוא שלו.

אבידה שיש חובה להשיב, לעולם לא תעבור לבעלותו של המוצא, אלא היא תהיה מונחת עד שיבוא אליהו. **ישנן מציאות שהמאבד יכול לקחת לעצמו – "הרי אלו שלו"** אלו הם אותם מקרים שהם אנו יוצאים מתוך **הנחה אובייקטיבית שהמאבד התייאש – אין חובת השבה** (ייאוש –הכוונה לכך שהבעלים הפקיר את החפץ).

מקרה נוסף שהמוצא יכול לקחת את החפץ – כאשר **שוויו הוא פחות משווה פרוטה**, כשלחפץ **אין סימנים,** כאשר האבידה **נמצאה במקום בו רוב המצויים בו אינם יהודים**, אפילו אם המאבד יהודי / המוצא יהודי (מפני שחובת ההשבה חלה רק על יהודים) – **ניתן להניח שהבעלים התייאש.**

כאשר אדם מוצא **חפץ שהוא מתקלה** (אם הוא לא יחזיר אותו לבעליו – החפץ יתקלקל), במקרה כזה האדם יכול למכור אותו ולהעניק את הכסף לבעלים (הוא רשאי גם לקחת את זה אם הוא פודה את החפץ בכסף – באישור של בית הדין, בשביל שהוא לא ירמה וייתן פחות כסף ממה שהחפץ שווה).

אם אדם רואה חפץ ש**שווה פחות משעת עבודתו**, הוא לא חייב להרים את החפץ – אלא להשאיר אותו לאדם אחר שירים.

"**זקן ואינה מכבודו**" - אם החפץ שהאדם רואה הוא לא חפץ שהוא יסתובב איתו בד"כ ויבייש אותו לקחת את החפץ – הוא יכול להשאיר.

**מפגש 8/1/18 :**

# לפנים משורת הדין :

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף כד עמוד ב :** "רב יהודה הוה שקיל ואזיל בתריה דמן שמורל בשוקא דבי דיסא, אמר ליה : מצא כאן ארנקי מהו? – אמר ליה : האי אלו שלו – בא ישראל ונתן בה סימן מהו? – אמר ליה : חייב להחזיר. – תרתי ? – אמר ליה : לפנים משורת הדין."

רוב המצויים במקום שבו הם מסתובבים בו אינם יהודים. אם אדם מצא ארנק במקום כזה – מהו דין הארנק ? ארנק כמובן הוא חפץ שיש בו סימן, הוא ענה שניתן לקחת את החפץ כי רוב האנשים הוא גויים. **ר' יהודה שואל** – אם אדם לוקח את הארנק, וגילו שהוא לקח את הארנק ואדם הגיע ואמר מהם הסימנים של הארנק – האם אז האדם חייב להחזיר ?

**שמואל עונה** – שהאדם חייב להחזיר, למרות שכביכול האדם כבר לקח את הארנק כבר בבעלותו של המוצא, בגלל שהמוצא חייב לנהוג לפנים משורת הדין – ולכן הוא חייב להחזיר (חייב, ולא רשאי).

**העמדה שמציג שמואל – איננה מוסכמת** : מיד לאחר מכן מוזכר סיפור מאוד דומה (עם רבא ורב נחמן – רב נחמן אומר שהוא לא חייב להחזיר, מפני שאנו מניחים מבחינה אובייקטיבית שהוא התייאש! – יכול להיות שברגע בו הוא איבד את החפץ, הוא התייאש וברגע שבו הוא גילה שהארנק נמצא – הוא לא התייאש). הגמרא אומרת ש**שמואל למד את ההתנהגות לפנים משורת הדין מאביו**.

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף ל' עמוד ב' :** "רבי ישמעאל ברבי יוסי הוה קאזיל באורחא, פגע ביה ההוה גברא..."

סבל הולך עם שק על כתפיו, הוא מוריד את השק ונח. הסבל מבקש מר' ישמעאל לעזור לו – ר' ישמעאל שאל כמה החפץ שווה והוא קנה את השק מהסבל. ר' ישמעאל לא רצה להכשיל אף אחד, כדי שאדם יחשוב שהוא הפקר וייקח אותו וכך הוא יהפוך לגזלן, אפילו לא בשוגג – ולכן הוא הפקיר את החפץ. הסבל לקח את החפץ, וביקש מר' ישמעאל שיעזור לו – ושוב הוא שילם לו, וכך קרה כמה פעמים. **ר' ישמעאל אמר – שהוא הפקיר את החפץ לכל העולם, אבל לסבל הוא לא הפקיר את החפץ**.

כמובן ש**מבחינת הגמרא** – לא ניתן להתנתק מהבעלות כלפי כולם חוץ מאדם אחד, מבחינת הדין. ר' ישמעאל הניח שהוא לא באמת מכיר את ההלכה הזאת, וכך באמת היה. ר' ישמעאל היה יכול להתחמק מהסבל בדרך הרבה יותר פשוטה – **הוא היה יכול להשתמש בכלל "זקן ואינה לפי כבודו".** התשובה היא שר' ישמעאל **רצה לנהוג לפנים משורת הדין**, לא רצה לנצל הפטור שיש לו אלא לנהוג כאדם רגיל ולסייע לאותו אדם.במקרה הזה, אף אחד לא אמר לר' ישמעאל לנהוג לפנים משורת הדין, הוא בחר לעשות זאת בעצמו.

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף פג' עמוד א' :** "רבה בר בר חנן תברו ליה הנהו שקולאי..."

רבה שכר סבלים כדי להוביל יין, היין נשבר ורבה ביקש פיצוי מהסבלים. כמובן שלסבלים לא היה כסף לשלם לו על היין. כדי להבטיח שהוא יפוצה על הנזק – הוא לקח את המעיל (גלימה) שלהם, אותם סבלים התלוננו בפני רב, רבו של רבה. רב קרא לרבה כדי לברר את העניין – הוא אמר לו שעליו להחזיר להם את הגלימה. רבה שואל את רב – כיצד יכול להיות ? רב ענה לו שהוא חייב להחזיר להם את הגלימה **"למען תלך בדך טובים" –** לפנים משורת הדין. הסבלים לא הסתפקו בזה – הם אמרו שהם עניים, הם טרחו בעבודה כל היום והם רעבים. רב אמר לרבה שהוא חייב לשלם להם את השכר שהוא התחייב לשלם להם – גם במקרה זה הוא חייב לשלם להם "**ואורחות צדיקים תשמור**", יש לנהוג לפנים משורת הדין. במקרה הזה – העניין לא תיאורטי, אלא קרה באמת ורבה לא נהג לפנים משורת הדין מתוך רצונו החופשי, אלא בגלל ציווי של רב)**.**

**תלמוד בבלי מסכת בבא קמא דף צט' עמוד ב'** : "ההיא איתתא דאחזיא..."

ר' חייא היה מומחה לענייני חילופי מטבעות. אישה הגיעה לר' חייא ושואלת אותה אם הוא שווה, הוא עונה לה שכן. לאחר כמה זמן – היא הגיעה שוב והיא אמרה לו שהיא גילתה שהמטבע שהיא הראתה לו מזויף ואף אחד לא מוכן לקחת אותו ממנה. ר' חייא לא התווכח – הוא אמר לרב(עוזרו) שיחליף לה את המטבע במטבע ששווה כפי שהוא חשב שהוא שווה בהתחלה. ר' חייא פעל לפנים משורת הדין**. ע"פ ההלכה** – כאשר הולכים למומחה מיוחד והוא טעה, אנו **מניחים שטעותו של המומחה לא נבעה מתוך רשלנות**, אלא מתוך אונס (אם ר' חייא טעה – ניתן להניח שכל אחד היה טועה). ולכן, במקרה של ר' חייא – אנו מניחים ש**הוא לא התרשל**. ולכן הוא לא היה חייב לפצות את האישה – הוא עשה זאת מפני שהוא **נהג לפנים משורת הדין,** הוא עשה זאת מיוזמתו.

**מרדכי (ר' מרדכי הכהן, אשכנז) בבא מציעא, רנז :** "מצא כאן וכו'... וכיון דחזינן דהוו כייפי להו הכי כדאיתא פרק..."

כיוון שאנחנו רואים שהיו כופים עליהם לנהוג לפנים משורת הדין (במקרה של רבה, ור' שמואל), גם אנחנו בבתי הדין שלנו כופים לנהוג לפנים משורת הדין, אם היכולת בידו לעשות – אדם שמבחינה כלכלית יכול לעשות זאת. הוא בעצם שואל את השאלה **– כשכופים לנהוג לפנים משורת הדין, מהו ההבדל בעצם בין זה לבין הדין עצמו ?** התשובה שלו היא **שהכפייה היא תלוית מצב כלכלי**. כשמדובר בדין – לא ניתן לפטור את העני בניגוד לדין, וכך גם אסור לחייב עשיר מפי הדין וכו'. החידוש בדבריו הוא שניתן גם לכפות (בנסיבות המתאימות) לנהוג לפנים משורת הדין.

**רמב"ם הלכות גזילה ואבדה פרק יא' הלכה ז'** : "היה רוב העיר גויים, אם מצא במקום מן העיר שרוב המצויים שם ישראל..."

 אם האבידה נמצאה במקום שרובו גוים, אין חובה להחזיר ע"פ הדין. אבל אם אדם רוצה לנהוג לפנים משורת הדין – הוא יכול להשיב את החפץ. הרמב"ם אומר שאין חובה לנהוג לפנים משורת הדין, אבל אם אדם רוצה לעשות את הישר והטוב הוא יכול.

**רא"ש בבא מציעא ב', ז' :** מסכים עם דעתו של הרמב"ם, כך גם **הבית יוסף**.

**שולחן ערוך חושן משפט סימן יב סעיף ב, רמ"א :** "ואין בית דין יכולין לכוף...ויש חולקים".

הרמ"א סבור שיש מקום לכפות לנהוג לפנים משורת הדין.

**פתחי תשובה שם** : "עיין תומים שכתב דהך כפייה היינו בדברים שאומרים לו חייב אתה לעשות כן ואם אינך שומע אתה עבריין, אבל כולי עלמא מודין שאין כופין בשוטי ונידוי וכדומה... ולא כתשובת צמח צדק דמסיק להלכה דכופים על ידי שמתא..."

יש דרכי כפייה שונות לבתי דין (כפייה פיזית, כפייה חברתית) הוא אומר שיש גם כפייה בדברים – בית הדין מנסה לשכנע את האדם לנהוג בצורה כלשהי (מפעילים לחץ).

**יש מחלוקת איזה סוג של מעורבות יש בית הדין –** האם בית הדין ינדה, יפעיל לחץ, כפייה, שוטים וכו'. על פניו ניתן היה לשאול – **מדוע ישנו ערפול בעניין זה** ? הרי הגמרא כתבה מהו הדין, למה בית הדין יכול לומר לאדם לנהוג לפנים משורת הדין ? דווקא בגלל שההלכה נתפסת כיותר קשר לשינוי, **המישור של לפנים משורת הדין מאפשר יותר גמישות.**

**שיקולים בקשר לנהיגה לפנים משורת הדין :** כפי שצוין לעיל – מעמד כלכלי, מעמד חברתי / דתי (כאשר אדם הוא חשוב, אנו מצפים ממנו שינהג לפנים משורת הדין)

שיקולים נוספים נמצאים בדברים של **בעלי התוספות - מסכת בבא מציעא דף כד' עמוד ב'** :

1. יש להבחין בין התנהגות לפנים משורת הדין **כאשר היא גומרת לאדם הפסד** – כאשר ההתנהגות לפנים משורת הדין, לא גורמת להפסד אלא **רק מביאה לרווח – יש ציפייה גדולה יותר** לנהוג כך.
2. כאשר ההתנהגות לפנים משורת הדין פירושה לדרוש מאדם לנהוג **מעבר לנורמה הרגילה**, הדרישה לנהוג לפנים משורת הדין פוחתת. כאשר ההתנהגות לפנים משורת הדין פירושה לדרוש מאדם לנהוג **כפי שאחרים נוהגים** בדיוק, הדרישה לנהוג לפנים משורת הדין עולה.

**דוגמא**: בסיפור המופיע בדוגמא השנייה לעיל, החיוב של מצוות הטעינה היא מצווה החלה על הכל, אולם ר' ישמעאל בעל פטור ספציפי משום "זקן ואינה לפי כבודו".

הערה : כל שיקול עלול להביא לתוצאות שונות.

**מפגש 11/1/18 :**

# חיוב בדיני שמיים

חיוב בדיני שמיים – קשור לדיני הנזיקין. בהלכה, יש להבחין בין נזק ש**אדם עושה בידיים** (למשל שבירת חפץ כלשהו, לבין נזק שאדם גורם - **גרמא** (למשל ברשלנות). **אם אדם עושה נזק בידיים – האחריות היא אחריות מוחלטת**, הוא חייב לשלם, לא משנה אם הוא הזיק בכוונה או לא בכוונה, ברשלנות או לא ברשלנות.

**כאשר אדם גורם את הנזק (באופן יוצר עקיף) – המזיק יהיה פטור מדיני אדם** (בית דין לא יכוף עליו לשלם), **אבל הוא יהיה חייב בדיני שמיים.** אם זה נופל הגדרה של **גרמי** – מלשון לגרום, הוא היה חייב גם בדיני אדם, לא כל נזק שלא נעשה בידיים יהיה בעל פטור מדיני אדם.

**המושג גרמא** – האבחנה בין מעשה עקיף למעשה עקיף קיימת בהקשרים שונים בהלכה.

**דוגמאות** :

* 1. הגמרא מדברת על מקרה של אדם שנותן סם מוות בפני בהמת חברו, וכתוצאה הבהמה מתה. **אם המזיק קנה את הרעל והאכיל את הבהמה – חייב, אבל אם הוא קנה את רעל ופיזר אותו במקום בו הבהמה נמצאת – זוהי גרמא, הוא היה פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמיים.** בשתי הסיטואציות, העניין נעשה בכוונה.
	2. הגמרא נותנת מקרה של **יודע עדות לחבירו ולא מגיד לו** – ויכוח בענייני ממון בין ראובן לשמעון. יש צורך בשני עדים, ויש לאדם שיכול להעיד לטובתו של ראובן אך הוא לא עשה זאת, וכתוצאה מכך ראובן הפסיד, גם במקרה זה – זוהי גרמא.

**רש"י מסכת גיטין דף נג עמוד א :** לוקח את העניין למקום **עונשי**, חייב בדיני שמיים – **יקבל עונש מדיני שמיים, מפני שהוא התכוון לגרום נזק**. מתוך דברי רש"י – עושה שאם לא הייתה כוונה, אז יכול להיות האדם פטור.

**ראב"ן, בבא קמע, סימן יא' :** "וכן בכל מקום שאמרו חייב בדיני שמיים אם בר לפני בית דין..."

הוא אומר שהמשמעות של חיוב בדיני שמיים, אינה רק ענישה. אלא יש לה משמעות גם באכיפה של בית הדין, תפקידו של בית המשפט לא רק פוטר אותו מידני אדם אלא יש לו תפקיד בחיוב בדיני שמיים – הם צריכים ליידע את הנפגע שהוא צרי לצאת ידי שמיים, כי הוא ייענש על מעשיו משמים – כדי שהוא ישלם לחברו, לא בהכרח תשלום מלא – העיקר שחברו יצא מרוצה, וכך יצא ידי חובת דיני שמיים.

**ים של שלמה, בבא קמא ו', ו' :** "ומצאתי כתוב בתשובה וזה לשונו : "נראה לי היכא דאיתמר"

היכן שנאמר חייב בדיני שמיים, בית הדין לא רק יודיע לו, אלא ידחוק במזיק כדי שהוא ישלם על הזנק.

**המאירי :** בהלכה יש מושג של פסולי עדות, ישנם הרבה מאוד אנשים שהם פסולים, המשותף לרובם הוא בקשר לשאלת המהימנות. בהלכה - ברגע שיש עדים, אין לבית הדין שיקול לא לסמוך על דברים. גם גזלן אסור בעדות, גם אם החפץ הגיע אל האדם כדין והוא לא החזיר את החפץ (ולא בהכרח גניבה) .**אם בית דין קבע שאדם חייב בדיני שמיים – הוא פסול לעדות**, הוא לא יוכל לתת עדות בבית הדין, מפני שהוא נחשב כגזלן. **תפיסתו של המאירי שאדם שחייב בדיני שמיים – הוא חייב, אבל לא אוכפים את החובה הזו.**

יש בהלכה מושג שדומה למושג "**עיכבון**" – (בהלכה "תפיסה") : למשל עו"ד קיבל כספים ששייכם ללקוח שלו, והלקוח חייב לו כסף – האם הוא יכול לשמור את הכסף אצלו עד שהוא יקבל את הכסף או לא ? הביטוי "**תפיסה**" (מצוין בשו"ע) הוא דומה (אך לא זהה) : אדם הצליח לשים יד על נכס של אדם שחייב לו (לא באופן לא חוקי, אלא כדין), והאדם הזה חייב לו בדיני שמיים – הוא לא חייב להחזיר לו, בתור קיזוז עם החובה בדיני שמיים.

**אם בחיוב דיני שמיים הוא חובה, מדוע בית הדין לא אוכף את החיוב ? כביכול**, אם האדם צריך להיות חייב – שיהיה חייב ואם לא – שיהיה פטור.

**יש ליצור איזון כלשהו בין המזיק** **לניזוק**, שלא כיום שישנן חברות ביטוח רבות שמכסות את החבות. אם האדם המזיק יהיה חייב – הוא יאלץ לתת את כספו לניזוק ולהישאר ללא פרנסה, ההלכה יותר קלה עם הניזוק מאשר דיני הנזיקין הישראליים. צריך לזכור שהרבה פעמים מקרים של גרמא לא נעשו באופן מכוון, אלא ברשלנות של אדם שלא התנהג בצורה זהירה מספיק, **ככל שהרשלנות היא פחות חמורה, ניתן להבין יותר מדוע קיים חיוב בדיני שמיים ולאו דווקא בדיני אדם**.

יש הרבה בעניין באמירה של בית הדין – האם הוא יאמר שהאדם חייב בדיני שמיים בצורה מלחיצה יותר או פחות – תלוי בנסיבות המקרה. אם יופעל יותר לחץ – יכול להיות שהמזיק ישלם יותר ולהיפך. החיוב בדין שמיין נותן לבית הדין איזשהו כלי להגיע לתוצאה שנראית לו כצודקת במקרה הקונקרטי. דווקא בגלל שההלכה נתפסת כיותר פורמליסטית – יש צורך שלבית הדין יהיה כלי כדי להביא את הצדדים למקום הרצוי בעיניו (המטרה היא להגיע לתוצאה ראויה "עשיית הישר והטוב", בדומה לעניין לפנים משורת הדין).

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

# מידת החסידות ורוח החכמים נוחה (או לא נוחה) הימנו:

המשותף לשני הדברים היא ששתיהן קשורות להתנהגות וולונטרית שבית הדין לא יכול לאכוף.

**תלמוד בבלי מסכת בבא בתרא דף קלג עמוד ב' :** יש מבנה של חלוקת הנכסים של אדם שנפטר בהלכה (כמו בחוק הישראלי), יש נקודות דמיון שהבנים יורשים את האב. גם בהלכה יש את האופציה לסטות מברירת המחדל (בדומה לצוואה בדין הישראלי), האדם צריך לתת את הנכסים במתנה בעודו בחיים כדי שיתקבל לכך תוקף רגע לפני המוות (מה שנקרא "מתנה"). סביב העניין הזה המשנה אומרת – מי שאמור לרשת את האדם באופן טבעי הוא בניו, אבל האדם הדיר את בניו ולא נתן להם נכסים אלא לאנשים אחרים – יש לעניין תוקף. אבל, **רוח החכמים אינה נוחה הימנו** (אין לחכמים נחת רוח ממעשיו, אלא חרון אף שגורם להם לכעס – ע"פ **הרשב"ם**), **רבן גמליאל** ציין שאם בניו התנהגו בצורה לא ראויה, הוא בסדר (אבל חכמים לא בהכרח מסכימים איתו). אם האדם הזה היה שואל את החכמים מראש, היו אומרים לו שהוא יכול, אבל זו אינה רוח ההלכה. אנו יוצאים מתוך נקודת הנחה שהאדם כן רוצה להתנהג בדרך שתהיה נוחה עם דעת חכמים.

**תלמוד בבלי מסכת בבא קמא דף צד עמוד ב' :** אדם גזל (לקח חפץ שלא שלו, או הלווה בריבית), ברגע שאדם רוצה לחזור בתשובה – הוא חייב להחזיר את הגזלה. הגמרא מספרת סיפור שבו אדם באמת מתכוון לחזור בתשובה, הוא צריך להשיב את מה שהוא לקח. הדרישה הזו מרתיעה אותו (בייחוד באדם שהגזל שלו לא הייתה חד פעמית), הדרישה להשיב את הגזל – מבחינת הדין היא נכונה, אבל היא יכולה להכביד על מי שבאמת רוצה לחזור בתשובה, בעיקר במקרים שבהם האדם לקח מעט מהרבה אנשים. רוח חכמים לא נוחה עם מי שדורש את הגזלה שלו בחזרה.

**מפגש 15/1/18 :**

**משנה מסכת שביעית פרק י', משנה ט'** : מי **שמחזיר חוב בשנת השמיטה**, למרות שהוא לא חייב להחזיר – **רוח חכמים נוחה הימנו**, הוא מסייע לחלש למרות שהוא לא חייב. מחיקת החובות יצרה קושי, לפני שהתקיימו מעקפים לדין שביעית. מקרה נוסף – ע"פ התורה, אדם שהתגייר כביכול נולד מחדש, אדם שהתגייר ואין לו ילדים מהתקופה לאחר הגיור שלו – אלא רק ילדים ביולוגים מתקופת היותו לא יהודי – מבחינה הלכתית-משפטית הם לא ילדיו, ואין לו בעצם יורשים. כביכול, נכסיו כשהוא נפטר הופכים להיות הפקר. יש להניח שבמקרה זה, מבחינה פרקטית – הילדים הביולוגים הם יהיו אלו שהשתלטו על הנכסים. במקרה שגר הלווה לפלוני כסף, והכסף נמצא אצל הלווה. הגר מת באופן פתאומי, הלווה יכול בעצם להשאיר את הכסף אצלו מפני שהוא הפקר – מבחינה משפטית **הלווה לא חייב להחזיר לבנים את ההלוואה, אבל אם הוא החזיר – רוח חכמים נוחה הימנו**. יש לציין שהתורה מצווה להתייחס לגר בצורה טובה, מפני שהוא זר והוא מרגיש שונה משאר היהודים.

עולה השאלה – **מדוע לא להתקין תקנת חכמים כדי להסדיר את העניין הזה ?** ניתן לומר שזהו מקרה שהוא לא מאוד נפוץ, ולכן אין צורך להתקין תקנה בעניין, אבל בכל זאת – הם מכוונים התנהגות, למרות שהוא לא חייב להתנהג בצורה כזאת או אחרת.

כדי לבצע עסקה, יש לבצע מעשה קניין. כל עוד לא נעשה מעשה קניין, העסקה לא קיימת עדיין וכל אחד מן הצדדים יכול לחזור בו. מבחינה משפטית, לא ניתן לאכוף את העסקה בבית הדין.

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף נא עמוד ב' :** הביטוי מידת חסידות מגיע במקרה הזה בהקשר לדין **הונאה** – באופן ספציפי במטבעות. למטבע במשנה היו שתי בעיות –

* + 1. שווי המטבע אינו שווי קבוע
		2. ישנם מטבעות שלא בטוח שהסוחרים משתמשים בו.

ולכן יכולה להתקיים גם הונאה במטבעות. המשנה אומרת שמטבע מטבעו עובר מיד ליד – קשה מאוד לזהות את המטבע וממי האדם קיבל את המטבע. ולכן**, טענת הונאה במטבעות צריכה להתבצע לאחר זמן קצר.** אנחנו לא רוצים לפגוע בצד שכנגד, כדי שהוא יוכל לשוב אל האדם שנתן לו את המטבע ולהחזיר אותו וכו'. בעיר ניתן לעשות זאת תוך פרק הזמן שלוקח לאדם להגיע לשולחני (סוג של בנק), בכפר – ניתן לעשות זאת עד ערב שבת (כי אנשים הולכים עיר כדי לעשות קניות לשבת וכו'). עקרונית, ניתן לטעון טענת הונאה עד שהאדם יכול היה להגיע לשולחני, **אם האדם הגיע אל מי שנתן לו מטבע והאדם מזהה את המטבע שהוא נתן – אם הוא ישיב לו את המטבע כשהוא מזהה אותו, זוהי מידת חסידות** להשיב את המטבע בכל זאת.

**תלמוד בבלי מסכת חולין דף קל עמוד ב' :** בהלכה קיימת מתנות עניים – **לקט, שחכה, פאה**. **לקט ושכחה** נובעות מסוג של טעות, לעומת זאת – **פאה** זה עניין יזום (חלק בשדה שאדם לא לוקח ממנו אלא משאיר לעניים – ע"פ חז"ל כ-2%). יש גם **מעשר עני** – אדם שיש לו תוצרת חקלאית, בשנים מסוימות האדם מעניק מעשר זה. ע"פ המשנה – מי שאין לו 200 זוז הוא עני, אם אין לו 200 זוז הוא יכול לאסוף עד שיהיה לו 200 זוז (למעט מקרים מסוימים). המשנה עוסקת בסיטואציה שבה בעל בית – אדם שיש לו נכסים והוא עובר ממקום למקום, בעל הבית נותר במקום אחר ללא נכסיו, ולכן בתקופה הזאת הוא עני (זמנית) – והוא יכול לקחת מתנות עניים. האם כשהוא חזר הביתה הוא צריך לקחת את מה שהוא לקח ולתת לעניים ? עניין זה יוצר בעייתיות מפני שזהו "ממון שאין לו תובעים", המתנות לא שייכות לאדם מסוים. **מתוך מידת החסידות – האדם צריך לתת לעניים שבמקומו את מה שהוא לקח** (למרות שכשהוא היה בעיר אחרת הוא לקח מתנות עניים כדין).

במקרים הללו, בית הדין לא מעורב באופן ישיר (שלא כמו בלפנים משורת הדין או בדין שמיים – שבית הדין דוחק וכו'). אבל בית הדין כן מכווין התנהגות. באופן עקיף, בית הדין יכול להיות מושפע מן העובדה שרוח חכמים נוחה או לא נוחה.

**שו"ת תשב"ץ חלק ג', קצ' :** שו"ת לגבי אישה שיש לה נכסים, ככל הנראה היא כנראה ערירית (אין לה משפחה מדרגה ראשונה), אבל יש לה קרובי משפחה רחוקים, אם היא לא תבצע פעולה כלשהי – הם יירשו אותה. מתעוררת השאלה – למי הנכסים האלה יעברו לאחר מותה ? היא רצתה להעביר את הנחלה שלה (הירושה שלה) במקום לקרוב שאמור ע"פ דין לרשת אותה – להעניק את הנחלה לעניים או לבית כנסת. ישנו נתון נוסף – הקרוב שאמור לרשת אותה ע"פ דין, הוא בעצמו גם עני, ויש לו בנים בני תורה ובת שעומדת להתחתן. נשאלת השאלה – לא האם מותר לאישה או אסור לה לעשות זאת, האם זה תקף או לא. אלא, **האם דעת חכמים נוחה או לא ?** ניתן להניח שהוא שואל זאת מפני שהיא עוד לא ביצעה את הפעולה הזאת והיא רצתה להתייעץ. **מחד**, קשה לומר לאישה שרוצה להעניק כסף למטרות טובות שרוח חכמים לא נוחה הימנה. **מאידך**, ישנו קרוב משפחה עני שצריך לחתן את ביתו ולחנך את ילדיו.

**תשובתו של המשיב** – ידוע שהתורה בעד להעביר את הירושה מילד לילד )או אפילו לחלק את הירושה בצורה אחרת), אז בוודאי שאין לשתף פעולה עם מי שרוצה להעביר נכסים למישהו זר (כמו בית כנסת ועניים). בית הכנסת ישתמש בכסף לצרכיו השוטפים – ואם היא לא תעניק כספים לבית הכנסת, הציבור יישא בנטל הזה. ולכן, היא בעצם מעניקה כסף לציבור, שהם לא ראויים לרשת אותה (וכבר ידוע שאין לשתף פעולה עם מי שרוצה להעביר נכסים ממי שראוי לרשת למי שלא ראוי לרשת). גם לגבי עניים – אם היא לא תעניק להם כסף, הציבור לא יישא בנטל של נתינת כסף לקופת העיר (שהציבור חייבים לשים בה כסף), ולכן גם במקרה זה – היא בעצם נותנת את הכסף לציבור. **ולכן המתנה לא ראויה לעשות, אבל לא מבטלים אותה אם היא כבר נעשתה – רוח חכמים לא נוחה הימנו**.

הוא מוסיף ואומר, כשהוא חושב על זה שוב – אם העניין כבר נעשה, והאישה מתה : **אפשר להעביר את הנכס לקרוב שלה.** הוא אומר שניתן לעשות זאת מכוח הסיפור שצוין במשנה – רבי (שהוא גם רבו של רב) הולך עם רב בדרך, הוא מראה לרב שער לבית כנסת שהוא בנה – שעלה המון כסף לו ולמשפחתו. רב הגיב בחומרה – אתה בנית את הבניין ולא השקעת כסף אלא חיים של אנשים – הוא היה יכול לתת את הכסף לזקנים, לחולים, לחינוך וכו' ולא כדי לבנות בניין מפואר. הוא מזכיר ביקורת של הנביא הושע –" וישכח ישראל את עושהו" שאמר שהם שכחו את האל, כביכול כי רבי תרם כסף לבניינים יפים ולא לדברים חשובים יותר. מן הסיפור הזה התשב"ץ מסיק **שאם יש שתי אפשרויות – או לבנות בית כנסת או להשקיע בחינוך, בעניים וכו' – עדיף להשקיע באפשרות השנייה**.

יש הלכה נוספת – ש**אדם גוסס ועומד למות (=שכיב מרע),** יש לכבד את מה שהוא אמר למרות שהוא לא התעסק עם כל הפרוצדורות של ניתנת מתנה, לא רוצים להטריף את דעתו. **הרמב"ם** אומר שישנו חריג – **שאם הוא מצווה לעשות עבירה בנכסיו, לא מקשיבים לו**. האישה במקרה הזה **– האישה בעצם ציוותה לעשות עבירה בנכסיה, ולכן ניתן להעביר לקרוב שלה את הכסף.**

**במקרה הזה, ישנו דוחק והרחקת לכת בדבריו של התשב"ץ** – האישה לא עשתה עבירה כלשהי, בכך שהיא רצתה לתרום כסף לבית הכנסת וכו'. התשובה של התשב"ץ היא בעצם כלי לפסוקים אחרים – באיזה מקרים ניתן להשתמש בתשובתו ואיזה מקרים לא כדאי להשתמש בה, כמובן שיכול להיות שאדם ישתמש בתשובה הזאת וירחיב אותה יתר על המידה. ניתן לומר שהתשב"ץ לא היה יכול להגיע למסקנה הזו, אילו לא היה ניתן לומר שרוח חכמים לא נוחה עם המעשה של האישה. במקרים כאלו, **בית הדין יכול ללכת צעד נוסף – ולבטל מעשים מסוימים 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.

**מפגש 25/1/18 :**

# מי שפרע ומחוסר אמנה

**הביטוי מי שפרע מתקשר לביטוי חייב בדיני שמיים**

**הביטוי מחוסר אמנה מתקשר לביטוי רוח חכמים לא נוחה הימנו**

**עסקת מכר בהלכה** – הצדדים צריכים לבצע **מעשה קניין** (בלווי לגמירות הדעת), בלעדיו – אין הסכם משפטי מחייב, והצדדים לא כפופים להסכם. אפילו אם הקונה שילם למוכר את מלוא התמורה – אם לא נעשה מעשה קניין הצדדים יכולים לחזור בהם (ואז הכסף יוחזר לבעליו כמובן). **נניח שאירע משהו לחפץ – נגנב, נשרף, התקלקל וכו' בשלב שלפני שבוצע מעשה הקניין – החפץ עדיין שייך למוכר, והוא זה שיפסיד אם לחפץ יקנה משהו**. **אם כבר נעשה מעשה קניין – הקונה הוא המפסיד** (יכול להיות שלקונה תהיה עילה נזיקית מול המוכר – אם הוא לא שמר על החפץ כראוי וכו'). אם מתייחסים לפן של דיני הקניין – **אין חשיבות לזה שהחפץ נמצא אצל הקונה כל עוד לא נעשה מעשה קניין.**

כמובן שמעשה קניין הוא הכרחי גם בעניינים אחרים – למשל בקידושין.

כל עוד לא נעשה מעשה קניין – אין הסכם משפטי מחייב. אין פירוש הדבר שאין משמעות לשלבים הקודמים – שלבי המו"מ, סגירת העסקה וכו', יש בהם עניין מוסרי.

**כאשר התמורה שולמה – עקרונית שני הצדדים יכולים לחזור בהם. מבחינה מוסרית – מי שיחזור בו יקבל מי שפרע.**

**משנה מסכת בבא מציעא פרק ד'** :"כיצד משך הימנו פירות"

אם אדם עשה מעשה קניין, אפילו בלי לשלם – הבעלות עברה מן המוכר לקונה, הקונה חייב לשלם למוכר, זהו חוב כספי שרובץ על הקונה. לעומת זאת, **אם הקונה שילם את התמורה** אפילו את מלא התמורה למוכר – **אבל הוא עדיין לא עשה מעשה קניין, הוא יכול לחזור בו**. אבל, **"מי שפרע" את אנשי דור המבול (מי שהעניש = מי שפרע), הוא עתיד להיפרע – הוא עתיד להעניש ממי שאינו עומד בדיבורו**. בעצם מבחינה משפטית – **האדם יכול לחזור בו, אבל הוא ייענש בשל מעשיו**.

מדובר על שלב מתקדם – התמורה כבר שולמה. סביר להניח שיש גמירות דעת אם התבצע תשלום. גם אם במקור גמירות הדעת היא העיקר – ברגע שיש חובה לעשות מעשה קניין, לא ניתן לומר שהעסקה התבצעה לחלוטין. **מזכיר מעט את עניין חייב בדין שמיים.**

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף מח' עמוד ב'** : הסוגיה בתלמוד מביאה מחלוקת עד כמה מי שפרע זה מרחיק לכת ? **דעה אחת** - האם במי שפרע רק מודיעים לו את השלכות מעשיו ? **ע"פ דעה שנייה** - או שבית הדין מקללים אותו ?

**רמב"ם הלכות מכירה פרק ז'** : "מי שנתן הדמים ולא משך הפירות..."

הרמב"ם פוסק שמקללים את מי שחזר בו. אחרי שהוא שמע את כל האיומים והקללות, אם אחרי כל זה הוא עדיין רוצה לבטל את ההסכם – הוא יכול לבטל את ההסכם.

**בפועל, הדרך שבה בית הדין יאמר את הדברים תהיה מושפעת מנסיבות המקרה**. אופן האמירה של "מי שפרע" – תשתנה בין המקרים. בשאר בית הין סובר שיש עניין של עוולה מוסרית חמורה – בית הדין יאמר את "מי שפרע" בצורה יותר עוצמתית. ולכן מי שפרע מתקשר לעניין של חייב בדין שמיים.

**מחוסר אמנה** עוסק בסיטואציה שבה נסגרו כל הפרטים – אך לא שולמה התמורה, ולא נעשה מעשה קניין ("נשאו ונתנו בדברים").

**רמב"ם הלכות מכירה פרק ז', הלכה ח'** : כאשר לא שולמה תמורה ולא נעשה מעשה קניין. הוא לא מחויב לקבל מי שפרע – מפני שזה לא כל כך חמור. אבל הוא כן מחוסר אמנה – ורוח חכמים לא נוחה הימנו. הוא ממשיך ואומר – גם מי שאמר לחברו שהוא ייתן לו מתנה, והוא לא נתן הוא מחוסר אמנה, רק בתנאי שהאדם הבטיח מתנה סבירה (למרות שזו מתנה – ואין יכולת לאכוף את ההבטחה), שהמקבל היה יכול להאמין שהוא באמת היה נותן לו את המתנה.

**שו"ת שבות יעקב, חלק ב', קעח :** התשובה עוסקת בסיפור מעשה קניין, כאשר צד רוצה לחזור בו. **שאלה** – ראובן מכר יין לשמעון בעד 1000 זהובים, שמעון משלם לראובן 100 זהובים. אך שמעון לוקח את היין אליו – מבצע מעשה קניין, אך עדיין לא שולמה מלוא התמורה. המוכר נכנס ויוצא אחר כספו – כלומר, המוכר מתנהג בצורה אובססיבית, שואל את ראובן כל הזמן מה עם כספו. לפני ששמעון השלים את התמורה לראובן, מחיר היין התייקר ב-50%. המוכר רוצה לחזור בו. האם הוא יכול לחזור בו או לא מבחינה משפטית ?

על פניו, המוכר לא יכול לחזור בו – התבצע מעשה קניין. נכנסת העובדה **שהמוכר מחזר אחר כספו**. הגמרא אומרת שיש נסיבות שבהן למרות שהיה מעשה קנין – הנסיבות מלמדות שלא הייתה גמירות דעת. מה שעומד מאחורי האקט הפורמלי של מעשה הקניין היא גמירות הדעת, המעשה מהווה אינדיקציה לכך שהתקיימה גמירות דעת. יש להניח שצדדים לא יעשו מעשה קניין אם הם לא מעוניינים בעסקה. אבל, יש נסיבות שבהן מעשה הקניין היה, אבל ניתן להניח שלא הייתה גמירות דעת – הם לא רצו להשלים את העסקה.

**כיום, אנו מבחינים בין שני שלבים** : שלב ההתחייבות, ושלב העברת הבעלות מהמוכר לקונה. **בהלכה – שני השלבים האלו מתבצעים במקביל**. כאשר המוכר מחזר אחר כספו באופן שהוא חורג מהאופן המקובל – **העובדה שהוא מחזר אחר כספו מעידה על כך שהוא לא היה בטוח בקונה**. מההתנהגות אנו מסיקים שהוא **לא באמת גמר בדעתו** ולמרות שהיה מעשה קניין. **נתון נוסף** – לא כל פעם שהקונה מחזר אחר כספו מעידה על זה שהוא לא גמר את דעתו – יש לבחון את **הנסיבות** : אם הוא מחזר אחר כספו בגלל שהוא חושש שקונה לא ישלם לו את חלקו ולכן הוא לא העביר את הבעלות, ולכן לפעמים מוכר מחזר אחר כספו – לא בגלל העדר גמ"ד, אלא בגלל שהוא חושש המוכר יעשה לו בעיות. למשל במקרה שבו המוכר מכר לקונה שדה שאינו ראוי, הקונה יודע שהשדה לא מביא פירות. המוכר מפחד שהקונה לא יתחרט על מעשיו ויעשה צרות, הוא לא רוצה להיות זה שרודף אחרי הכסף – מפני שהוא מכר סחורה גרועה, הקונה ידע מכך אבל המוכר חושש שהוא לא יוכל לעמוד בכך ויתחרט – ולכן במקרה זה ניתן לצאת מתוך נקודת הנחה שהוא כן גמר את דעתו.

זוהי כנראה טענתו של המוכר במקרה זה – הראיה שלו היא שהוא חיזר אחרי הקונה (הטענה המשפטית של המוכר). האם ניתן לקבל את הטענה הזו?

**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 – וכך ניתן להגיע למסקנה שהוא כן גמר את דעתו והוא לא יכול לחזור בו. ולכן החיזור אחרי הכסף לא מלמד על חוסר גמ"ד. **הוא מגיע למסקנה שיין הוא סחורה גרועה – מתוך הגמרא במסכת פסחים** : החלק האגדי של המסכת מספר שהאב אמר לבנו שהוא טורח בו בלימוד, אבל הוא לא מצליח ללמוד – האב מנסה אבל הוא לא מצליח. ולכן הוא מנסה ללמד אותו על עולם המסחר – הוא אומר לו : כל דבר שאתה מוכר ומתחרט, זה אפשרי בכל דבר חוץ מאשר ביין – ביין אל תתחרט, אם מכרת יין תשמח בכך תמיד ואל תתחרט, מפני שהיין עלול להחמיץ. מכאן ניתן ללמוד **שהגמרא מתייחסת ליין כסחורה גרועה – אם כן יש לומר שהסיבה שבגללה המוכר חיזר אחר כספו היא בגלל שהוא מכר חיזר אחר כספו, ולכן המוכר לא יכול לחזור בו**. המשיב חוסם למוכר את הדרך, אין לו עילה משפטית – 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.**

המבחן כולל שני חלקים : החלק הראשון עוסק בחומרים של הספר של מנחם אלון 25% : שאלת בחירה אחת 3/4, 4/5 וכו'. חלק אינפורמטיבי – לכתוב את מה שאנחנו יודעים, לוודא שבאמת למדנו את החומר. שאלות לא מאוד נקודתיות

חלק שני : חומר שנלמד בכיתה, לא תהיה בחירה (בין 2-4 שאלות):

שלושה סוגים : אירועון קצר – יש לנתח לפני החומר ההלכתי שנלמד, לשים לב לכל מה שכתוב. לא צריך להכריע אלא להעלות את השני הצדדים – ליישם את מה שנלמד באופן מהותי ולא יבש.

סוג שני – ציטוט מתוך מדרש ועליו תישאל שאלה.

**מפגש 1/1/18 (הלל ברק) :**

# ספרו של מנחם אלון "המשפט העברי" :

**המשפט העברי לפי השופט אלון** – החלקים בהלכה שמשותפים גם לשיטות משפט אחרות. למשל – שמירת שבת לא קיימת בשיטת משפט אחרת ולכן זהו עניין של הלכה ולא משפט עברי. אבל לעומת זאת, דיני נזיקין למשל כן קיימים בשיטות אחרות מודרניות (אמנם בצורה אחרת), ולכן זה כן חלק מהמשפט העברי.

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

1. חשיבה ומונחים משותפים - הלוגיקה התלמודית היא זהה גם במחלקים שנוגעים למשפט העברי וגם בחלקים שאינם.
2. עקרונות משפטיים משותפים – למשל שליחות.
3. תלות של הוראות דתיות בהוראות משפטיות – יש מצוות ביכורים, בתורה כתוב "להביא מארצך", אדם נוטע למשל בשדה שלו ומוציא את השורשים ברשות הרבים. השאלה לגבי הבעלות – יש לתשובה בסוגיה השפעה גם ההלכה.
4. פיקציות משפטיות משותפות – למשל בור וחמץ. שני דברים אינם ברשותו של אדם אבל כתובים כאילו שהם ברשותו – בור שאדם חופר ברשות הרבים, אם אדם רוצה לומר שמי שנפל לתוך הבור יש צורך לומר שמי שחפר את הבור הוא בעל הבור כדי לתבוע ממנו כספים על נזקיו.
5. פעולות גומלים בין חלקי ההלכה השונים (חיוב האב במזונות ילדיו בדין צדקה, פעילת בעל חוב מצווה – כפייה לקיים מצוות, נדר ושבועה בהתחייבות עסקית, פסק דין של גירושין במשפט הישראלי.

**ייחודיותו של המשפט העברי :**

1. משפט חי ונוהג למעשה
2. משפט מתפתח
3. משפט דתי ולאומי שחובר ע"י לאום אחד שלא כמו המשפט הקתולי והמוסלמי שחובר ע"י בני לאומים שונים – ללאום הישראלי יש יותר זיקה למשפט עברי לעומת, למשל המשפט הנוצרי וכו'.

**משפט עברי בגולה :**

1. **אזרחי** – בעבר היה אישור מהממשל המרכזי שבתי הדין של היהודים היו יכולים לכפות על הציבור להתדיין בבתי הדין הקהילתיים.
2. **פלילי** – רק במקומות שליהודים הייתה אוטונומיה גם לגבי עניינים פליליים ולא רק אזרחיים.
3. **ציבורי** (ברמת הקהילה היהודית) – למשל בענייני מסים וכו'. ברמת הקהילה – הייתה אפשרות לקהילה לקבוע תקנות לציבור בשביל לבנות בתי ספר, לקבוע כללי תחרות וכו'.

**הפנייה לערכאות של גוים :**

נוצרה עקב סירוב מתדיינים חזקים לבוא בפני בית דין של ישראל או לקיים את פסקי הדין שלו, חלק מהאנשים לא רצו להתדיין בפני בתי הדין היהודים.

* **ר' פלטוי גאון** : אם אדם מסרב לבוא לדין לפני דייני ישראל, מותר להביאו לפני דייני עכו"ם. הוא לומד את זה מתוך סיפור בגמרא – אם אתה קורא לחבר שלך והוא לא עונה, אתה יכול לקחת אותו לערכאות של גוים.
* **הרמב"ן** : חולק על פתרון זה, קובע שרק הוצל"פ מותרת ע"י בתי דין של עכו"ם ולא ההתדיינות עצמה, רק אם יש פס"ד של בית דין כשר ביד ניתן לעשות את ההוצאה לפעול שלו בערכאות של גוים.
* **רשב"א ור"ת** : מקום שבו הצדדים הסכימו להתדיין בפני ערכאות של גויים, הש"ך מגביל את העניין הזה : כתב שההסכמה תקיפה רק על שופט גוי מסוים ולא על "ערכאות" ככלל.
* **היתר נוסף (הרמ"א ונוספים)** : כאשר יש לשלטון הנאה מהמשפט מותר להתדיין לפני גויים מכוח "דינא דמלכותא דינא", אם יש רווח לשלטון מההתדיינות לפניו מותר להתדיין בבתי הדין שלו מתוך הכלל "דינא דמלכותא דינא".

**מוסדות חלופיים לערכאות של גוים :**

1. בוררות בפני שלושה דיינים – אחד לוקח שופט אחד, השני לוקח שופט נוסף ושני השופטים בחורים שופט שלישי. העדיפו שופטים לא מקצועיים כדי שלא יפנו לערכאות של גוים.
2. בתי דין של הדיוטות – בתי דין קבועים, מתחלקים לשניים :
3. **לא "סמוכים**" – אנשים שיודעים את ההלכה אבל לא הוסמכו כדיינים (הסמכה לדון – צריך להיות "סמוך איש מפי איש").
4. **לא יודעים את הדין** – שופטים לפי כללי נימוס וכו'.

עניין זה הפחית את העומס בבתי הדין הרגילים.

הערה : הדעת המקובלת : הסכמות כי במשפט האזרחי בלבד, ויהא חלק ממגמה שמטרתה מניעה מן האנשים לפנות לערכאות של גוים, הפתרון הוא "הרחבת השורות" של בתי הדין.

* **הרשב"א** הרחיב את הסמכות כל שתכלול גם במשפט פלילי, אם כי דרש זהירות מוגברת יותר מבתי הדין של ההדיוטות בגל הנוגע למשפט פלילי.
* **הרא"ש** כתב שדווקא העניינים הפליליים מקובל היה למוסרם להדיוטות שידונו ע"פ מנהגם.

**ביקורת על בתי הדין של הדיוטות :**

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

**המשפט העברי לפי תקופות :**

ישנן שתי תקופות הכלליות **ע"פ השופט אלון**:

1. עד חתימת התלמוד – תקופת המקורות, מה שלא ניתן לחלוק עליו.
2. אחרי תקופת התלמוד ועד ימינו – המקורות בתקופה זו אינם מחייבים.

הערה : ישנן גם תקופות משנה.

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

**תקופות המשנה של התקופה הראשונה (תקופות המשנה) – תקופות המקורות/התלמוד :**

1. תקופת המקרא עד תקופת עזרא ונחמיה
2. מעזרא ונחמיה עד תקופת הזוגות (תקופת הסופרים).
3. תקופות הזוגות (מתחילה בשנת 160 לפני הספירה).
4. תקופת התנאים (70 שנה לספירה – חורבן הבית).
5. תקופת האמוראים (משנת 220 לספירה).
6. תקופת הסבוראים (סוף המאה החמישית עד סוף השישית) – תקופת חתימת התלמוד.

**תקופת המשנה של התקופה השנייה (תקופות המשנה) – תקופת התלמוד :**

1. תקופת הגאונים (עד שנת 1040).
* בשלב זה מתחילת התקופה הרבנית :
1. הראשונים (עד סוף המאה ה-16).
2. אחרונים (עד סוף המאה ה-18).
* תקופת אובדן האוטונומיה הרבנית :
1. עד התעוררות הלאומית (סוף המאה ה-19)
2. עד הקמת המדינה.
3. מקום המדינה ועד ימינו.

**משפט המלך :** זהו פתרון נוסף לבעיית הערכאות של גוים. משפט שלא כפוף לכללי התורה, אלא מטרתו לעשות סדר. ההנחה היא שמשפט התורה הוא לא מיועד למי שלא רוצה לשמור אותו, באופן עקרוני הדינים מיועדים למי שרוצה לשמור אותם. נוצרת בעיה עקב כך – משפט המלך בא לטפל בעניין זה, התורה לא מעמידה כלים לטפל באנשים שבוחרים לעבור על ההלכה באופן תמידי (למשל – אדם שמתפרנס מגניבה). בנוסף לכך, משפט המלך נועד לטפל בענייני ציבור (למשל – מיסים, שכר מינימום וכו').

1. משפט יוצר שלא נבע באופן ישיר באופן ישיר מחכמי ההלכה.
2. המשפט שמגדיר את הסמכות של האומה, בשאלת הנהגת הכלל.
* תקף גם למנהיגים בארץ וגם לראשי הגולה בחו"ל.
* "מלך" – לא חייב שיהיה בעל כתר, ההנהגה נהנית מהדין של מלך לעניינים אלו (למשל – ראש עיר יכול להיות מלך לעניינים מסוימים).

**מדרש התורה :** התורה היא כמו החוקה, התנאים התחילו בפירוש שלה ויצרו הלכות. מתחלת לשני חלקים :

1. **מדרש יוצר** – משרד שדרישתו יוצרת את ההלכה שנדרשת ממנו (זקן ממרא, התייעצות הדיינים במשפט). כתוב בתורה שהדיינים כשהם פוסקים הם לא מפרסמים את השמות בפסק דין.
* פרשנות שונה של הלכות המופיעות במדרש יוצרת הלכות אחרות (גירושין, מתי יגרש אדם את אשתו).
1. **מדרש מקיים/אסמכתא** – מדרש שדרישתו היא רק דרך לזכות הלכה שהייתה ידוע עוד קודם המדרש ("סימנים", "מיטב", "לא יומתו אבות על בנים" – לא הורגים את האב בגלל עדות של בנו / לא הורגים אב על חטא של בנו).

**מדרשי הלכה :**

מקורם בשני בתי מדרש עיקריים – בית המדרש של ר' עקיבא ושל ר' ישמעאל. נוצרו מהסיבות הבאות :

1. נוצרו הלכות רבות ע"י מדרש התורה והן נלמדו בסמיכות לפסוק שממנו נוצרו.
2. 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.
* ברייתי דרבי ישמעאל (שלוש עשרה מידות).

ר' עקיבא -

* מכילתא דרבי שמכון בר יוחאי לספר שמות.
* ספרא (תור מכהנים) – ויקרא.
* ספרי זוטא – במדבר.
* ספרי – ספר דברים.

**מפגש 7/1/18 (מתרגל) :**

**המשנה** : בשונה ממדרשי ההלכה, המשנה אינה מקושרת לפסוק בתורה בד"כ, והיא מביאה את ההלכות באופן מופשט. בנוסף, כתיבת המשנה מסודרת לפני נושאים ועניינים ולא לפי סדר הפסוקים. הסיבות לכתיבת המשנה מתחלקות ל-2 :

1. ריבוי הלכות מפסוקים המצויים במקומות שונים בתורה, היה צורך בכינוסם למקום אחד.
2. ריבוי ההלכות ניתק כבר את היכלות להסמיך כך אחת לפוסק ולכן הוחלט להציגם כקוצץ של הלכות.

המשנה נכתבה ע"י ר' (ר' יהודה הנשיא) והושלמה ע"י תלמידיו.

יש מחלקות האם המשנה היא קודקס או לא, בספרו השופט אלון נוטה לומר שכן. החוק הישראלי מנוסח כקודקס, הוא מפרט את החוק באופן נורמטיבי (למשל – חוזה נכרת בהצעה וקיבול, לעומת פירוט של מקרה מסוים).

ניסחוה של המשנה הוא קצר ובהיר. לרוב, המשנה מנוסחת בצורה קזואיסטית (מקרה בלי אמירה נורמטיבית ברורה).

* **משנה מסכת בבא בתרא פרק ב' משנה א'** : "לא יחפור בור סמוך לבורו של חברו..." – במקום לפרט את הנורמה (אל תעשה מעשה שעלול להזיק לחבירך), הניסוח הוא מלא בדוגמאות שמהם אנו אמורים להסיק מהי הנורמה.

לעיתים מנוסחת המשמה באופן קוזואיסטי נורמטיבי – כלומר, לאחר כתיבת הדוגמאות, תוסיף המשנה את הכלל הנורמטיבי המופשט.

* **משנה מסכת בבא בתרא פרק א' משנה ו'** : "אין חולקין את החצר עד שיהא ארבע אמות...זה הכלל כל שיחלק ושמו עליו חוקים ואם לאו.." – במקרה זה ישנן דוגמאות, ובסוף מצוין הכלל.

ניסוח נוסף במשנה הוא ניסוח "נורמטיבי טהור" (דומה לחוק הישראלי).

* **משנה מכסת בבא בבא קמא פרק א' משנה ב'** : "כל שחברתי בשמירתו הכשרתי את נזקו הכשרתי מקצת נזקו חבתי בתשלומין כהכשר כל נזקו נכסים שאין בהן מעילה..." – במקרה זה המשנה נותנת כלל נורמטיבי.

**התלמוד והאמוראים :**

1. ישנם תלמוד בבלי ותלמוד ירושלמי (גמרא).
2. התלמוד הבבלי נכתב על 36 מסכתות של השמנה והירושלמי על 39.
3. חכמי התקופה נקראים אמוראים – אמורא הוא מפרש/מתרגם והאמוראים ביאתו את המשנה באמצעות התלמודים השונים.
4. התלמוד הירשולמי נחתם לפני הבבלי.

**פועלם של האמוראים** :

1. פירוש המשנה
2. דרישת הלכות חדשות מתוך המשנה
3. קובעים כללי פסיקה בין התאנים
4. שו"ת בתוך התלמוד.
5. ריכוז ההלכות שבתוספתות ובברייתות (מקורות שלא נכנסו למשנה עצמה)
6. יצירת מושגים מופשטים ("אין ברירה" – מלשון לברור, לבחור כלומר אין אפשרות בחירה, "אסמכתא" - התחייבות, "הזמנה מילתא" – האם הכנה של משהו נחשבת כשימוש בו) – המשנה הרבה פעמים מתנסחת בצורה של דוגמאות, האמוראים יצרו מושגים מופשטים.
7. תקנות ומנהגים – האמוראים מחוקקים / קובעים תקנות ומנהגים ומתייחסים אליהם כמחייבים.

**הבדלים בין התלמוד הבבלי לירושלמי :**

1. מו"מ ארוך לעומת קצר (בבלי ארוך, ירושלמי קצר),
2. טיב העריכה.
3. עיסוק במסכתות של מצוות התלויות בארץ (בירושלמי).

**סבוראים** :

תקופה שהחלה בסוף תקופת האמוראים, נמשכה בין 50-150 שנה. דבריהם של הסבוראים, שעניינם העיקרי היה להכריע בין דעות המובאות בתלמוד, נכנסו לתלמוד בחלקם.

**פירושים על התלמוד בתקופת הגאונים :**

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

**ספרות החידושים של הראשונים לתלמוד הבבלי :**

1. בעלי התוספות – שיטת פרשנות שמביטה של התלמוד באופן קולקטיבי ופחות על הסוגיה הנקודתית, הסגנון הוא כמו המשך של התלמוד עצמו, הפירוש נוצר מתוך מו"מ מתוך בתי המדרש של בעלי התוס' שהיו מורכבים מאנשים רבים (בניגוד לרש"י). לעיתים בתוך דברי בעלי התוס' מצויים שאלות ותשובות "הלכה למעשה".
2. החידושים הספרדיים.

**האחרונים** :

אלון מגדים את תקופת האחרונים עד המאה ה-18.

**ספרות החידושים של האחרונים לתלמוד הבבלי :**

1. מהראש"א – חידושי הלכות וחידוש אגדות : זהות פירוש נקודתי יותר.
2. "פני יהושע" – דן בדברים ממבט רחב יותר מאשר המראש"א.

**ספרות הפוסקים :**

1. ספרי ההלכות – שו"תים/רי"ף (כל דבר שהוא לא ספר פסקים – ישנה השתלשלות, מצוינים מקורות וכו').
2. ספרי פסקים – משנה תורה לרמב"ם (ספרים שהם ההלכה מובאת בצורה נורטיבית, שורה תחתונה פרושה למשל – השולחן ערוך).
3. ספרים המשלבים את ההלכות והפסקים – למשל : בחיבורו של ר' יוסף קארו "בית יוסף" ישנה השתלשלות ואת ההכלה עצמה).
* הערה : בין הסוגים קיים שוני לשוני, כלומר ספר הפסקים ישנה רק הסמקנה וכן שוני מבניף שכן לרוב ספר הפסקים מסודר לפני סדר הנושאים וההלכות.

מהותה של הקודפיקציה 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 (קומפלציה), יחד עם זאת, מבחינה נורמטיבית, החיבור ההלכתי החדש אירי שהכריע יכול להיחשב לקודקס לעניין זה שהוא המכריע ולא עלה שקדמו לו. הקודקס לא חולק על מה שבא לפניו, אלא הוא מגיע על מנת לסדר אותו. למרות ההחלטה לא לעקור את מה שהיה קודם, עדיין ניתן להתעלות על ספרים קודמים, ספר חדש יכול להכריע בין דעותיהם של פוסקים שונים (למשל- השולחן ערוך שהכריע בין הדעות השונות שהיו בזמנו, מבחינה פרקטית הוא הנכון ביותר – הוא לא ביטל שום דבר אלא ביצע הכרעה).

**הרי"ף** – ספר ההלכות של הרי"ף :

1. דומה בסגונו לספר "הלכות גדולות" לר' יצחק קירא.
2. עוסק במסכתות הנוגעות לזמנו (ללא רוב סדרי קדשים טהרות וזרעים). ביחס להלכות הנוהוגות מסדר קשדים 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 החומר מהתורה עד ימיו + הכרעה בין נסחים שונים.
2. בירור וסידור לפי עניינים
3. הלכה חאידה סתמית וסופית (ללא ציון מקור ודעות חולקות)
4. סגנון בהיר
5. ניסוח קזואיסטי נורמטיבי (כמו המשנה, לרוב)
* **הערה** : הרמב"ם כתב גם את פירוש המשנה, מורה נבוכים, ספר המצוות וספר שאלות ותשובות.

השגות של דרכו הקודיפיטיבית של הרמב"ם :

1. מכתבים ששלח הרמב"ם לאנשים שהתכתב עימם (ר' פנחס הדיין ור' יהודה אבן עקנין), ובהם מופיעה הביקורת שספג הרמב"ם).
2. השגות הראב"ד ומחלוקות העקרונית עם הרמב"ם ששינה מדבר 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 ההכלה (הבאת הדעות השונות).
3. הכרעה בבסיס ע"פ הריף, וכאשר פוסקים אחרים כמו הרמב"ם חלקו על דעתו, הביא דעות נוספות והכריע ע"פ אביו, הרא"ש.
4. החיבור של הטור הוא תרכובות של ספר הלכה עם ספר פסקים – הוא מביא את ההלכה הסתמית ולאחריה ישנה הבאה דל הדעות הושנות והפרשנויות השונות של הראשונים.
5. מחולק לארבעה 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 והבית יוסף :**

1. נכתב עקב פגעי הגלות וסכנת הפיכת התורה ל"שתי תורות".
2. הבית יוסף – ספר הלכות והשולחן ערוך – ספר פסקים. בדומה לעצה שנתם ר' פנחס הדיין לרמב"ם, לכתוב ספר הלכת שממנו נובע ספר הפסקים.
3. הבית יוסף הוסמך לטור – נכתב לפי הסדר שבו הטור נכתב.
4. הכרעה ע"פ 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 את הדרכי משה ו"המפה" על השולחן ערוך, וכן את הפסר תורת חטאת (ספר פסקים על דיני איסור והיתר – מקביל לבית יוסף ולשולחן ערוך).
* 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 לחבורת של ה"דרכי משה", למרות קיומו של ה"בית יוסף".
1. קיצור הבאת הדעות.
2. להביא דברים שהבית יוסף לא הכיר מתורת חכמי אשכנז.
3. אופן ההכרעה של הבית יותר הוא לפי שלושת עמודי ההוראה, הרמ"א אומר כי הכלל שצריך להיות הוא הכרעה לפי "הלכה כבתראי" (ההלכה צריכה להיות ע"פ האחרונים וע"פ דעת האדם עצמו, למעשה הוא הכריע כפי דעתו).

**נושאי ההלכה של השולחן ערוך :**

* נושאי כלים שכתבו על השולחן ערוך, בדומה לרמ"א גרמו להתקבלותו הרחבה של השולחן ערוך.
* בין נושאי הכלים ניתן לציים את ה"שך, הסמ"ע, המגן אברהם וט"ז.
* גם פוסקים נוספים ומאוחרים יותר גרמנו להתקבלותם של דברי השולחן ערוך (חוות יאיר).

**ספרות השו"ת :**

* החלה בימי הגאונים, נערכה "י כל בני הישיבה ולא רק בידי הגאון שהשיב את התשובה.
* עסקה בכל תחומי ההלכה, המשפט והמחשבה (פילוסופיה).
* החלפת שומת השואלים בשמות בדויים.
* בתקופת הראשונים ישנה מערב במהלך התקופה מתשובות קצרות יותר בסגנונם של הגאונים לתשובות ארוכות יותר, ומרכזי ההלכה הם רבים יותר (אין מרכז אחד בלבד בבבל).

**השואלים :**

* בדרך כלל הופנו שאלות ליותר מחכם אחד (כדי לקבל תשובה כמה שיותר מהר).
* שאלות של חכמי הלכה ששאלו שאלות שהגיעו אליהם מקהילתם – שאלות שלא הוכרעו ברמת הקהילה, הרב לא ידע להכריע.
* שאלות שהופנו מבית המשפט האזרחיים – לפעמים בתי המשפט רצו לדעת כיצד הדין היהודי נוהג באותו המקרה.
* תשובות ללא שאלות – הוראות לציבור, לפעמים בתשובות היו הלכות לציבור וכו'.

**כללים בתשובות :**

* עונים רק לדיין, או כאשר שני הצדדים נוכחים.
* 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" – שאדם יפנה לכמה אנשים כדי לקבל את התשובה שהוא רוצה לשמוע).

**מבנה צורה וסגנון של השאלות והתשובות :**

* עברית עם שילוב ארמית בסגנון תלמודי. התשובות בעברים שימרו את השפה, תשובות שנכתבו בשפות אחרות, בעיקר ערבים, השתכחו בחלקן הניכר כאשר ערבו היהודים למקומות שבהם לא דבירו עברית.
* התשובות הועברו ליעדן "י שליחים, מסיבה זו, לעיתים המענה לקח זמן רב.
* שמות בדויים ומקומות בדויים לעיתים.
* שאלות בדויות מובהקות (לדוגמא הדש"ן).

**המשפט העברי במדינת ישראל :**

* חוק יסודות המשפט, מחלקים את ס' 46 לדבר המלך ומועצתו.
* עקורות המשפט העברי כחלק מהמשפט הפוזיטיבי הישראלי.
* הענקת משמעות לעקרונות מגילת העצמאות אדם קבלתו של חוק יסודות המשפט ובתוכו עקרונות המורשת היהודית והישראלית ("מדינת ישראל תהיה משותת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל").
* לדעת השופט אלון – לאקונה היא לא רק חסר מלא בחוק אלא גם פרשנות של מושג קיים ע"י שימוש בחוק יסודות המשפט, זאת לאור הביטוי "שאלה משפטית הטעונה הכרעה" – יש בין ברק לאלון שתי מחלוקות : האם המורשת הישראלית היא המשפט העברי, לעומת ברק שהוא בעל דעת רפורמית יותר. שאלה נוספת היא מה עושים כאשר ישנו חסר ? ברק אומר שיש להשתמש בהיקש וכו', לעומת אלון שאומר שניתן להשתמש במשפט העברי.
* מורשת ישראל = המשפט העברי.