**מחברת מקוצרת – מבוא למשפט עברי (מ.ב)**

**התנאה על מה שכתוב בתורה**

תוספתא, קידושין: הבחנה בין תנאי מתלה לתנאי מתלה שאינו בממון.

משנה כתובות: רק התנאה מפורשת שאינה משתמעת לשתי פנים, תאפשר לבעל לוותר על כל זכויותיו. (דעת מיעוט, רבן שמעון – לא ניתן להתנות כלל על דין תורה, גם בדין ממון, ולכן התנאה כזו אינה תתפוס).

רמב"ם : התנייה על איסור בטלה, התנייה על ממון תקף. האדם לא יכול להתנער מהדין (גם לא ממוני) – אלא רק להתנות על דין ספציפי.

רשב"א: התנייה תפורש בצמצום, וחייבת להיות ספציפית למקרה. אין לתת תוקף לתנאי שנעשה תוך אימוץ של הדין הזר. יש חשיבות לניסוח ההתניה.

**תורה שבכתב ותורה שבע"פ**

מדרשי הלכה: גם בכתב וגם בע"פ? לשמר את ייחדו של עם ישראל, שמירה על גמישות ההלכה, במקור היה איסור על כתיבה של תורה שבע"פ (נפרץ שלא יישכח).

רמב"ם: הלכות מתחלקות ל5 – פירושים מקובלים מפי משה (ויש רמז), הלכות מפי משה (ואין רמז), הלכות שהסיקו חכמים מפסוקים, גזירות שתקנו חכמים והלכות שמקורם בדברים חכמים המהוות תקנות ומנהגים.

רמב"ם: אם חכמים ציינו במפורש כי מקור ההלכה מהתורה – הלכה מדאורייתא. אם לא אמרו במפורש ברירת מחדל – הלכה מדרבנן.

רמב"ן: ברירת מחדל היא שחכמים הסיקו הלכות מהתורה – דאורייתא, אלא אם צוין במפורש שהן מדרבנן.

סמכות חכמים

**ספרי: חובת הציות היא אבסולוטית, וחלה גם כאשר בעזרת היגיון פשוט נראה שהדברים אינם נכונים (מקור – "ימין ושמאל...").**

**רמב"ן: אפילו תחשוב בליבך שהם טועים, והדבר פשוט בעיניך כאשר אתה יודע בין ימינך לשמאלך, תעשה כמצוותם.**

**ספר החינוך:** שאפילו יהיו הם טועים בדבר אחד מן הדברים, אין ראוי לנו לחלוק עליהם. עדיף לעשות טעות מאשר שיהיו המון תורות.

* סיבות להיקף הציות: 1) אם כל אחד ייבחר פרשנות – המון תורות. 2) היקף חובת הציות נובע מתוך הכרה ביגיעת חכמים. 3) אי ציות יכול להביא לחורבן וחילוק בעם.

מה אם חכמים טעו?

רמב"ן: בהתחלה אומר שיש סיכוי שחכמים יטעו, לאחר מכן אומר שאין סיכוי כי יש להם רוח הקודש.

ספר החינוך והר"ן: חכמים עשויים לטעות אך דבר זה נדיר מאוד.

מדוע בכל זאת לציית גם אם הם טועים?

* כדי למנוע ריבוי מחלוקות ופירוד בעם.
* עדיף "לסבול" טעויות בודדות של חכמים, ולהרוויח אמת לנצח.
* יש להעדיף הפסד מועט עקב טעות לטובת המשך קיום משפט הצדק ע"י חכמים.
* כי המחיר של העדר ציות יהיה כבד ממחיר הטעות. מה עוד שאלוקים ציווה אותנו לפעול על פי הפרשנות של החכמים.

משנה ראש השנה: בכדי לחדד עליונות סמכות בית הדין, ר"ג רצה שהדבר יהיה ברור, שמקבלים את סמכותו לכן דרש מהם לקיים את קביעתו (רב יהושע עשה זאת).

ירושלמי: יש לציית להוראות חכמים רק שדבריהם נכונים, אם טעו אין צורך להקשיב להם.

קצות החושן: התורה ניתנה לבני אדם (ולא למלאכים), יכול להיות שיהיה פער – אך גם אם יש, יש לקיים ציווי.

אגרות משה: ה' נתן את התורה והסמיך את החכמים לפרש אותה. חובת הציות היא מלאה –עד כדי מתן שכר לחכמים הטועים בדומה לחכמים שלא טעו.

ספר העקידה: התבטאות חריפה כנגד דיינים אשר פוסקים אוטומטית לפי הכללים, ולא בוחנים את הנסיבות הפרטניות של המקרה, שמא דווקא בנסיבות אלה אין להחיל את הכלל הרגיל.

רמב"ם :הציות והאמונה בתורה שבע"פ היא חלק בלתי נפרד מקיום התורה.

ספרי: אפילו אם אומרים דבר שהוא לא נכון בבירור, חובת ציות מוחלטת.

רמב"ן: כל עוד זו הכרעה שיפוטית = הכרעה מחייבת. רוב הסיכויים שאתה טועה ולא חכמים.

ספר החינוך: חובת ציות מוחלטת, תוך הבנה שגם חכמים יכולים לטעות.

דרשות הר"ן: ניתנה רשות לחכמי דורות להכריע גם במחלוקות של דורות קדומים להם, אפילו אם היו גדולים ורבים מהם. אנו מצווים ללכת אחר הכרעתם גם אם יכול להיות שבמקרים מסוימים החכמים טועים.

תלמוד בבלי: אין זה משנה מי שופט אותך, צריך לציית לו (אין זה משנה שבעבר היו חכמים יותר).

חובת ציות מסויגת

קצות החושן: התורה לא ניתנה למלאכים אלא לבני אדם. לפעמים יכול שיהיה פער בין האמת השמיימית להכרעה האנושית.

אגרות משה: יכול להיות שרוב החכמים לא יצליחו לכוון לכוונה האלוקית בהכרעתם ובכל זאת אנו צריכים ללכת לפי הכרעתם ולא נחשב כטועים (לוקחים בחשבון שאולי יהיו טעויות).

בבלי הוריות: אין חובת ציות להקשיב לחכמים, רק תלמיד חכם יכול לא לציית אם חשב שהם טועים.

**מחלוקת חכמים**

תוספתא חגיגה: המחלוקת נתפסת כתקלה. דבר שנגרם עקב אי ביצוע כראוי של התפקיד המוטל על תלמידיהם של הילל ושמאי.

ירושלמי: המחלוקת מציאות של בדיעבד, לעתיד לבוא יגיע משיח ויפתור הכל.

ברייתא אבות: חיובי לריבוי דעות. כולם ממקור אלוהי, יש ערך לכל דעה.

בבלי עירובין: "אלו ואלו דברים אלוקים חיים". ברמה הרעיונית הכל לגיטימי (יש צורך בהכרעה בהמשך..).

תוספתא עדויות: ישנן מספר גישות לדעת יחיד:

* + אין חשיבות לדעת יחיד, מוזכרת רק לצורך ביטולה.
  + יש חשיבות להזכרת דעת מיעוט כשלעצמה, בשעת הדחק ניעזר בהם (ר' יהודה).
  + דעת מיעוט מוזכרת לצורך מקרים בהם היא תוצג ע"י חכם כמסורת שקיבל מרבותיו.

בבלי שבת: שעת הדחק מותר להשתמש בדעת מיעוט, סיפור עם הנר (ר' שמעון).

כיצד נוצרה המחלוקת?

רמב"ם: שולל לחלוטין מחלקות הנובעת מטעות הבנה, שיבוש במסורת או שכחה (מכיר רק במחלוקת מהשכל האנושי).

**"לא בשמים היא"**

בבלי תמורה: שהתורה כבר לא נמצאת בשמים, אלא בארץ, ואין היתר לבקש מאלוקים לגלות לנו דבר ששכחנו.

רמב"ם: נביא שמתבטא בענייני הלכה = נביא שקר.

רמב"ם: אחרי רבים להטות. אלף נביאים מול אלף ואחד רבנים, ההלכה כרבים.

ירושלמי יבמות: אינה רואה בהכרעה שמיימית דבר לא לגיטימי.

ספר הכוזרי: אינו רואה בהכרעה שמיימית דבר בעייתי. הנביא יכול לצוות גם בעייני הלכה, מי שלא רשאי זה המון העם.

בבלי בבא מציעא: \*סיפור עם תנור\*. ר' אלעזר, מנסה להוכיח עם כלים מיסטיים. חכמים כלים אנושיים. [ כל הסיפור עם דואליות של בונה עולם].

תוספות בבא מציעא: **"לא** **בשמים היא**" - לא להסס לפעול ע"פ דעת הרוב של החכמים, הנבואה יכולה לשמש **כתמיכה**. במקרה שלנו בת קול לא יצאה כדי לתמוך בהכרעת חכמים, אלא כדי לכבד את ר' אליעזר ולכן לא נקבל את הכרעתה. ( חיזוק זה טוב, נגד הרוב או טעמי כבוד לא).

הרב קוק: יש חשיבות לנבואה\ בת קול בענייני הלכה. הכלל – כאשר אפשר להגיע בכלים אנושיים להכרעה, ניעזר בהם. כשאי אפשר ניתן להכריע בכלים שמיימיים.

**הכרעה במחלוקת**

תוספתא סנהדרין: להכריע ע"פ רוב --> להכריע ע"פ רוב המסורות, ולא לפי רוב מקבלי מסורת.

בבלי עבודה זרה: כשאין רוב, הכרעה תלך לפי פוסק הגדול בחוכמה ומניין.

במקרה בו קיימת מחלוקת - הכלל המרכזי והבסיסי הוא הכרעה ע"פ רוב.

במקרה בו יש מסורת בנושא - כאשר יש מסורת הולכים ע"פ המסורת. יתרה מכך, אפילו אם רק דיין אחד מכיר את המסורת והרוב אינם יודעים עליה, עדיין יש לפסוק לפיו- **לפי המסורת.**

במקרה בו יש מסורות סותרות- במקרה סתירה בין מסורות בודקים כמה "חזקה" המסורת שכל חכם מייצג. אם חכם אחד אומר כי קיבל את המסורת מ2 מקורות, ולעומתו שני חכמים אומרים שקיבלו את המסורת ממקור אחד- יש ללכת **לפי החכם הבודד** משום שקיבל את מסורתו מ2 מקורות. **הדגש על מספר מעבירי המסורת, והעדפתם על פני מספר מקבלי המסורת**.

במקרה בו אין רוב- ילכו אחר החכם **הגדול במניין** הכונה במניין כנראה (ולא בטוח) למספר התלמידים שהעמיד הפוסק, או למספר התלמידים שמסכימים אתו)

במקרה בו אין רוב, ואין חכם אחד שגדול מהחכם האחר - יש ללכת לפי **הדעה המחמירה**.

**תוקפו המחייב של התלמוד**

הר"ן: תלמוד מחייב, בזמן ההוא היו המון חכמים ישראל בישיבות, וכולם הסכימו עם הגמרא אז גם אנחנו (טעמי נוחות).

כסף משנה: על בסיס קבלה והסכמה של חכמים, נקבע שאין רשות לאף אדם לחלוק על הגמרא.

חזון איש: "ירידת דורות", הדורות מאוחרים לא קיבלו את התלמוד כמחייב, אלא מתוך הכרה שהם גדולים מהם לכן הם מחייבים.

**הלכתא כבתראי**

שו"ת מהרי"ק: מה הטעם? משום שאחרונים ידעו והכירו את דברי הראשונים, ואילו הראשונים לא הכירו את דברי האחרונים. לכן עיין בהם ודחה אותם.

רמ"א: דומה למהרי"ק.

שו"ת הרי"ד: [משל הננס והענק]. "ירידת דורות" אך דורות מאוחרים על הכתפיים של המוקדמים לכן יש להעדיף אותם.

רמב"ם: כל מקרה לגופו, לא נותנים עדיפות לשום דור.

שו"ת מהר"ם: נאמר רק לגאונים, הלכתא כבתראי. לכן יש עדיפות לדבר פוסקים מוקדמים שהיו חכמים ובקיאים יותר.

גט פשוט: מציב גבולות לכלל. רק שהפוסקים נמצאים באותה רמה, אז אפשר לתת עדיפות לפוסק מאוחר.

ר' יוסף קארו: אידאל צריך לקחת את כל הפוסקים ואת כל הנימוקים ולהכריע, אך אנחנו לא ברמה גבוהה, וזה לוקח המון זמן. לכן הבית יוסף פוסק לפי 3 עמודי הוראה.

רמ"א: מכיר בכלל, רק אם הפוסק המאוחר עיין והכיר את דברי מי שקדם לו.

**תקדים**

* יתרונות התקדים המחייב: וודאות, יציבות, אחידות.
* חסרונות התקדים המחייב: מצמצמם את מרחב שיקול הדעת של השופט, מנציח טעויות, נותן מעמד של מעין חוק ומחוקק – לשופט ולפסק הדין.

רמב"ם: מי שפוסק בעניין מסוים ויש לפניו פסיקה אחרת באותו עניין והוא **לא הולך להתייעץ** עם מי שנתן את הפסיקה הקודמת **עושה רעה ונחשב רשע**.

בבלי בבא בתרא: [סיפור רבא ורב פפא ורב הונא]. מצד אחד תבואי להתייעץ איתי ואם אצליח לשכנע אותכם סלאמתק, אולם אל תסיקו מזה למקרים דומים אחרים, "אין לדיין אלא מה שעיניו רואות".

שו"ת מהרי"ל: מקנה לתקדים מעמד בכורה.

שו"ת רבי אברהם: גם הוא מציע לעשות שימוש בפסיקה קודמת, אולם מדגיש כי על הדיין להכריע באופן עצמאי וכי אינו כפוף לתקדימי העבר.

**טענת קים לי**

* טענה זו משתקת את בית הדין, ולא יהיה בכוחו להוציא ממון מהנתבע, אף שלסברת בית הדין יש מקום לחייב את הנתבע.
* טענה זו רלוונטית רק לדיני ממונות.
* הצדקות לקים לי: המחלוקת יוצרת ספק בדין. מאחר שהנתבע מעלה את טענת הספק, אין יכול להכריע עוד הדיין על פי העמדה המנוגדת. ולשאלות משפטיות אין בהכרח תשובה אחת.
* קושי לקים לי: אין משמעות ממשית להכרעותיו של בית הדין.

אורים ותומים: צמצום טענת זו. אם יש עמדה שמוסכמת על מדת ר' יוסף קארו (מחבר ה"שולחן ערוך" וה"בית יוסף") וכן עמדת הרמ"א, כאשר הם לא הזכירו את העמדה החולקת על עמדתם, לא ניתן יהיה לטעון טענת "קים לי" כנגד עמדתם.

רדב"ז: מגבלות נוספות:

1. לא ניתן לטעון "קים לי" **אם העמדה המנוגדת היא של הרב המקובל באותו מקום**.
2. לא ניתן לטעון "קים לי" **כעמדה הנוגדת מנהג ברור שנהוג במקום**.
3. לא ניתן לטעון "קים לי" **כעמדה שיש רוב ברור נגדה -** מחלוקת של יחיד מול רבים.
4. בהמשך למגבלה הקודמת, גם כאשר יש מחלוקת של יחיד מול יחיד, לא ניתן לטעון "קים לי" **כעמדה של פוסק זותר בניגוד לעמדתו של פוסק בכיר** (אלא הפוסקים צריכים להיות שווים בחכמתם).
5. בהמשך למגבלה הקודמת, לא ניתן לטעון "קים לי", במקרה של מחלוקת בין יחידים, אף אם הם שווים בחכמתם. **נדרש שיהיו מפורסמים באמצעות חיבוריהם (בישראל) באותה מידה – שיהיו דעותיהם בעלות תפוצה באותה מידה**.
6. **אם הדיין היושב בדין הוא בגדר** "**דיין מומחה**" (דיין מומחה שמקובל על הציבור), לא יוכל לטעון "קים לי" כנגד ההכרעה שלו

שו"ת הלכות קטנות: אין מקבלים טענת "קים לי" בירושלים.

**סמכות חכמים כמחוקקים**

* "**לא תסור ימין או שמאל**" – מקור זה מהווה (בנוסף לחיוב לציית לפרשנות חכמים את התורה, שלמדנו לעיל) גם חובת לציית לתקנות חכמים (דעת רב אויא).
* "**שאל אביך ויגדך**" – דרך נוספת ללמוד על מקור הציות לתקנות חכמים (דעת רב נחמיה).

רמב"ם: "לא תסור" המקור.

רמב"ן: פסוק שני.

יש איסור מפורש להוסיף או לגרוע?

רש"י: האיסור להוסיף ולגרוע לא מתייחס לאיסור להוסיף איסורים חדשים או גזירות חדשות, אלא לשינוי פנימי בתוך המצווה.

רשב"א: האיסור להוסיף מופנה לאדם הפרטי, אך לא מונע מחכמים להוסיף.

ספר כוזרי: חכמים נביאים רשאים להוסיף, ואולי אף לגרוע.

רמב"ם: איסור דבר מהתורה יכול לחול לדורות, אבל התרת איסור מותרת רק זמנית.

האתגר המשמעותי יותר הינו ביטול של מצוות לא תעשה – אפשר או אף להורות לנו לבצע עבירה. ככלל, הדבר אינו אפשרי. אולם יש לכך חריגים, אנו נתייחס ל-4 קטגוריות:

1. הפקר בית דין.
2. הוראת שעה.
3. הוראת שעה בתחום הענישה.
4. הפקעת קידושין.

תוספתא שקלים: יש לב"ד סמכות להורות על הפקעת רכוש, יש להם סמכות להפקיע ממון מאחד ולמסורו לאחר.

רמב"ם: [אליהו בהר הכרמל]. אליהו עובר על מצוות לא תעשה, כהוראת שעה בכדי להשיב את עם ישראל בתשובה. הדגש – הוראת שעה ולא קביעה לדורות.

ברייתא סנהדרין: [סיפור הסוס בימי יוונים]. היה צורך בחיזוק הדת, לכן החמירו עם הענישה (הוראת שעה).

רמב"ם: אין סמכות כוללת לסתור דברי תורה, אלא להוסיף סייג.

1. להתקין תקנות ולגזור גזירות המרחיבות איסורים.
2. במקרים מסוימים, הורות שלא לקיים מצוות עשה (אך לא רשאים לבטלה לחלוטין).
3. לקבוע הוראה שמשמעותה לאפשר או להורות (לחייב) לעבור על איסור. דיברנו על 4 קטגוריות:
4. הכלל "הפקר בית דין הפקר" מאפשר לחכמים להתקין תקנות ממוניות מבלי שהזוכה מכוחן יחשב גזלן.
5. הוראת שעה כללית
6. הוראת שעה ספציפית בתחום הענישה
7. הסמכות להפקיע קידושין – או כסמכות ישירה, או מכוח הרעיון של "כל המקדש – על דעת החכמים מקדש".

**הערמה על הדין**

דוגמאות: 1) פרוזבול 2) היתר עסקה 3) היתר מכירה.

תלמוד ירושלמי: [ר' טרפון 300 נשים]. במקרה זה לא מדובר בהוראה או תקנה של חכמים, **אלא פעולה של הפרט**, שבמסגרת הנסיבות חכמים רואים אותה בעין יפה.

משנה מסכת מעשר שני: שני אפשרויות להערים על מעשר שני, עם הבן או פירות לחבר במתנה. מניסוח המשנה נראה שאין שלילה סוג זה של הערמה.

תלמוד בבלי שבת: [פר ועגל בבור]. צער בעלי חיים. יש פרצה בחוק ההלכתי המאפשרת לעקוף אותו.

משנה נדרים: [נדר נדר לא להנות מחברו]. ברור שהמתנה ניתנה כדי לאפשר עקיפה של הנדר, ובכל זאת הדבר אפשרי. עם זאת, כדי שהערמה תצליח, חייבת להתלוות למתנה (לאחר) גמירות עין של ממש. אם המתנה ניתנת רק למראית עין, הדבר לא יתפוס.

בבלי מסכת נדרים: [קידושין ונדר לא להנות]. האפשרות להערים על הדין ניתנת בתנאי שהפעולה המשפטית תעשה כדין.

רש"י למסכת ביצה: [עירוב תבשילין]. יוצא, שלעיתים היחס להערמה חמור מהיחס כלפי מי שפעל מתוך כוונה לעבור על הדין.

רשב"א: אין לעשות הערמה אם המטרה שלו היא לגרום נזק לאחר, או להשיג יתרון שלא כדין.

**ביטול תקנות חכמים**

משנה עדויות: כדי לבטל תקנה, צריך שב"ד יהיה גדול בחכמה ומניין.

רמב"ם: **אינך חייב ללכת אלא אחר בית דין שבדורך"** (**הלכה א**). כבר בשלב בו ב"ד מתקין את התקנה, עליו לשקול האם זו תקנה שהציבור יוכל לעמוד בה. אם התברר בסמוך להתקנתה שהציבור לא עמד בה, לא ניתן לכפותה על הציבור והיא למעשה בטלה (**הלכה ו**).

אם התקנה או הגזירה החזיקה מעמד שנים ארוכות מתוך הנחה שהציבור כולו קיבל אותה ונוהג על פיה, אך לאחר זמן הסתבר לב"ד שהיא לא התקבלה ע"י כל הציבור, ויש כאלה שלא קיימו אותה כבר מזמן התקנתה, הרי שתקנה כזו ניתנת לביטול ע"י ב"ד המאוחר, גם אם איננו גדול בחכמה ובמניין מב"ד שהתקין את התקנה. (**הלכה ז**).

כאשר התקנה פשטה בכל ישראל, היא לא ניתנת לביטול אלא ע"י ב"ד הגדול בחכמה ובמניין מבית הדין שחוקק אותה (**הלכה ב**).

כאשר מדובר בגזירה, שהיא למעשה הרחבה של איסור תורה, היא לא ניתנת לביטול כלל (לפי הרמב"ם), גם לא ע"י ב"ד גדול בחכמה ובמניין (מבית הדין שתקנה). יהיה ניתן לבטל אותה זמנית במסגרת הוראת שעה, כמו שניתן להורות לעבור על איסור תורה בהוראת שעה (**הלכות ג-ד**).

תלמוד בבלי, מסכת ביצה: למרות שהטעם לא רלוונטי (ירושלים חרבה), התקנה לא התבטלה מאליה, ועדיין היה צורך שב"ד יתיר את התקנה במניין.

ראב"ד: כאשר הטעם ידוע וכבר אינו רלוונטי, לא צריך בית דין שגדול בחוכמה ובמניין.

מאירי: כאשר הטעם ידוע ואינו רלוונטי עוד, ניתן לבטל את התקנה ע"י כל ב"ד, ולא צריך דווקא ב"ד שגדול בחכמה ובמניין (אם הטעם רלוונטי, צריך שב"ד יהיה גדול בחכמה ומניין).

רא"ש: כאשר הטעם ידוע וברור, והתבטל הטעם לאיסור, לא צריך בית דין שיבטל את התקנה והיא מתבטלת מאליה.

רדב"ז: תלו תקנה בבירור בטעם מסוים, ונתבטל אותו הטעם, אף התקנה מתבטלת מאליה**.**

**תקנות קהל**

תשובות גאונים: בהקשר זה, זקנים אינם (ככל הנראה) דווקא תלמידי חכמים, אלא גם המנהיגים**, אשר רשאים להתקין תקנות ולכפות את הציבור לפעול על פיהם.**

**שו"ת יכין: גם הציבור רשאי להתקין תקנות, רק אם זה היה בעצת אדם חשוב.**

רשב"א: **1**) הציבור בעל סמכות להתקין תקנות, ויש לזה תוקף כמו לדין תורה.

1. כמו כן הציבור יכולים לקנוס (קנס/עונש) כל מי שעובר על דבריהם.
2. על התקנה להתקבל בציבור פה אחד, וללא חולקים.

קבוצה מוגדרת של בעלי מלאכה (כמו החמרים, הצבעים וכו') נחשבים כעיר בפני עצמה, ורשאים לתקן תקנות **שמחייבים את כל בני הקבוצה.** זאת, גם ללא הסכמת יתר בני העיר.

רבינו גרשום: [סיפור ספינה]. קבע שהתקנה מחייבת, ומחייב את השבת החפץ לבעליו. הוא פוסק כי תקנת הקהל הממונית שנקבעה שם יכולה לסתור את דין התורה, ועומדת בעינה. על אף תקנה ממונית יכולה לסתור דין תורה, ככל שמדובר באיסורים אין בכוח תקנת קהל לאפשר לעבור על איסור**.**

ריב"ש: ריבית אסורה ע"פ תורה ואי אפשר להתירה מכוח תקנת קהל.

רשב"א:שולל תוקף מתקנה שבאה להתיר משחקי הימור, שכן הדבר אסור על פי ההלכה, ויש בו חשש גזל.

רשב"א: [ סיפור נישואים ב10]. עומד על 2 תנאים כדי שהייה תוקף לתקנת הקהל: הסכמה רחבה, ואישור אדם חשוב.

רשב"א: ניתן לתקן תקנות בהתאם לקהל אשר יחייבו גם את היחידים שלא קיבלו על עצמם את התקנה. מוסיף וקובע כי אף כאשר מיעוט של קהל מתקן תקנה על הציבור, התקנה תחייב את כלל הציבור, ככל ואותו ציבור היה נוכח במעמד תיקון התקנה, ולא מיחה ביד המתקנים, או הוציא עצמו מהם.

רא"ש: מסביר, כי אין ברירה אלא חייב להסתפק בהחלטת רוב לצורך תיקון תקנות. אחרת (אם נדרוש הסכמה של כל הקהל), לא ניתן יהיה לתקן תקנות, כי תמיד יהיה מי שיתנגד.

מרדכי: מצטט את רבינו תם, כי לפחות ביחס לחלק מהתקנות ניתן לאכוף רק ביחס למי שהסכים לה מראש.

**פיקוח הלכתי**

בבא בתרא: שמדובר בהסדר של אגודה מקצועית נדרש גם להסכמת אדם חשוב. כמו כן גם כאשר מדובר בתקנת קהל רגילה שנוגעת לכלל הציבור.

ירב"ש: הסכמה של בני הקהילה, המתאפשרת רק באישור של אדם חשוב, נדרשת **רק** במקרה של "בני אומנויות".

למה צריך אישור אדם חשוב:

1. פיקוח הלכתי – להבטיח שההסדר או התקנה **אינם חורגים מכללי ההלכה**.
2. מניעת קיפוח – להבטיח שההסדר שהתקבל אינו מקפח אחרים.
3. אדם חשוב – מפאת כבודו של האדם החשוב, אין זה ראוי שייקבעו הסדרי שלא בתיאום איתו.

**המנהג**

הבחנה בין שני סוגים של מנהגים:

1. מנהג המבטא הלכה קיימת (ולא יוצר הלכה חדשה).
2. מנהג היוצר הלכה שהינה כביכול חדשה.

מסכת פסחים: [פסח בשבת האם לדחות או לא]. במקרה זה אמנם ייחסו חשיבות למנהג, אלא שהמנהג לא יצר הלכה חדשה, אלא ההנחה הייתה כי המנהג משקף נורמה שנכחה.

שו"ת הרא"ש: אם יש רפיון בהלכה, לך אחרי המנהג. [מנהג מקום, גם הקונה חפץ גנוב צריך להחזיר לבעלים]. במקרה זה המנהג יוצר הלכה, אפילו שהיא כזו שנוגדת את הדין ההלכתי.

מקור החובה לציית

משלי: "אל תסג גבול עולם אשר עשו אבותיך", הסבירו על דרך הדרש שאין לשנות ממנהג אבות.

מאירי: על החובה לכבד מנהגים ולא לסטות מהם עמדו פוסקים רבים, אשר הדגישו שהמנהג יכול לעיתים גם לסטות מדין תורה ובלבד שלא יתנגש עם איסור.

שו"ת תשב"ץ: עומד אף הוא על חשיבות ושל המנהג כל עוד הוא לא מתנגש עם איסור תורה.

שו"ת רשב"א: לא שולל באופן עקרוני את תוקפו של המנהג. אלא שהוא לא מקבל מנהג שנעשה מתוך כוונה לאמץ דין זר.

דיני עבודה

בבא מציעא: המשנה בפרק השביעי של בבא מציעא, מתייחסת לשעות העבודה של פועל ולזכויותיו למזונות. לפי המשנה מה שמחייב בעניינים אלה הוא מנהג המדינה.

ירושלמי: המנהג יכול לבטל הלכה.

דיני קניין

בבא מציעא: חותם של הקונה, על חביות יין. הסוגיה קובעת שאם מנהג הסוחרים להחשיב זאת כמעשה קניין, יש למנהג תוקף והמכירה תקפה.

**דינא דמלכותא דינא**

מסכת נדרים: כלל מחייב אך יש חריגים.

1. מדובר במוכס ש"אין לו קצבה" – אין לו קריטריונים אותם הוא מפעיל על כולם באופן שווה, אלא נוטל מס כראות עיניו, ועל כן יש במעשהו משום גזל. **גבייה לא שוויונית.**
2. לחלופין, מדובר במוכס העומד מאליו מוכס הגובה בחוסר סמכות מבלי שקיבל לכך הסמכה מהמלך. **גבייה בחוסר סמכות.**

נימוקים לכלל

הר"ן: הארץ שלו, ויכול לומר להם: אם לא תעשו מצוותי אגרש אתכם מן הארץ.

רש"י לגיטין: 7 מצוות בני נח, אחת מהן היא משפט. *מאחר והגויים מצווים בהסדרת מערכת דינים, הרי שהדינים שלהם מעוגנים בסמכות התורה, ועל כן גם אנו מצווים להישמע לדינים אלו.*

*רשב"ם בבא בתרא: שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו, והלכך דין גמור הוא.*

*רשב"ם גזלה ואבדה: שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן שהוא אדוניהם והם לו עבדים.*

*שו"ת בלי תוספות: תקנות שתיקנו על מנת להקל על העבריינים לשוב בתשובה, ומפני תיקון העולם ומפני דרכי שלום.*

*סיכום המגבלות על הכלל:*

1. ***חוק*** *(=דין המלכות)* ***המתנגש עם******איסור הלכתי****, ההלכה לא תכיר בו.*
2. *ככל שהמלך קובע* ***כלל שאינו שוויוני****, אין חובה הלכתית לציית לו.*
3. *דין המלכות* ***תקף רק לגבי חוקים שקשורים למיסים ומקרקעין*** *(דבריו של הרמ"א להלן).*
4. *רק* ***חוק שצומחת ממנו תועלת ישירה למלך, או שהוא לתקנת בני המדינה*** *(דבריו של הרמ"א להלן).*
5. *דין המלכות יהיה* ***תקף רק בנוגע לחוקי מלכות קדומים****, שהיו נהוגים מימים ימימה (דבריו של הריטב"א להלן).*
6. *דין המלכות תקף רק* ***כשלא מתנגש עם הוראה הלכתית מפורשת. המגבלה רלוונטית גם לדיני ממונות ולא רק איסורים*** *(דבריו של הש"ך להלן).*
7. *דין המלכות יהיה* ***תקף כאשר פועל ביחס לכלל, ולא כשהחוק אישי*** *(להלן).*
8. *דין המלכות יהיה תקף רק כאשר מדובר* ***במלך ולא בשלטון נבחר****.*
9. ***דין המלכות תקף רק ביחס*** *למלך מאומות העולם ולא מלך ישראל****.***

*שו"ת תשב"ץ: אם המלך עשה דין רק בקצה מלכותו, אין דינו דין.*

ש"ך חושן משפט: תקף כל עוד אין סתירה חזיתית בין דין המלכות לבין דין התורה. אולם כאשר יש להלכה עמדה ברורה בנושא, יש לפעול ע"פ ההלכה ולא ע"פ דין המלכות.

מיהו מלך?

רמב"ם גזילה ואבידה: כאשר המטבע עם דמותו של המלך נסחרת בקרב הציבור הרחב, מלמדת על כך שהציבור קיבל על עצמו את המלך כ'מלך'.

שו"ת רשב"א: מציע הגדרה רחבה יותר למלך, כולל גם מושל או שר מקומי.

שו"ת מהרי"ק: עוד יותר מרחיב, הינו הבעלות בקרקע, אז חל על כל בעלים על הקרקע, ואפילו הדיוט יכול להכתיב כללים באשר לקרקע שלו.

רמב"ם ספר נזיקין: אין זה משנה מלך גוי או מלך ישראל.

מאירי: פוסק כדעת האמורא שמואל, ומסיק מכאן שיש חובה לציית למלך ישראל מכוח המתואר בפרשה זו. לכן, הכלל "דינא דמלכותא דינא" מתייתר ככל שמדובר במלך ישראל.

**משפט מדינת ישראל**

רמב"ם: מדבר כל סמכויות הענישה של המלך בעבירה של רצח, ובעבירה של מורד במלכות (מפר צו אישי של המלך). לא ברור מדבריו אם יש סמכות ענישה כזו גם בעבירות אחרות.

הר"ן: מלך רשאי לפעול לפי שיקול דעתו, ובלבד שהמטרה תהיה חברתית ולא דתית.

פרופ' אליאב: החברה היהודית ככלל מחויבת להתאים את אורחות חייה הציבוריים על בסיס התורה. מכאן שהמדינה היהודית-ריבונית צריכה לאמץ לה את התורה כבסיס משפטי.

בשו"ע: נפסק כי מי שממנה דיין שלא בקיא בחכמת התורה עובר עבירה.

הרמ"א: מוסיף שם את דין "ערכאות שבסוריא": עיירות שאין בהם דיינים חכמים, ימנו אנשים פשוטים כדי שלא ילכו לערכאות גויים. כיוון שבני העיר קבלו אותם עליהם, אי אפשר לפסול אותם מלדון.

הרשב"א: מקור דבריו של הרמ"א הוא ברשב"א, שמתייחס במקור לעיירות של אנאלפביתים. מדובר **בהוראת שעה** נוכח המציאות- חכמים העדיפו דיינים יהודים גם אם הדיוטות ואנאלפביתים, מאשר ערכאות של גויים.

הר"ן: ערכאות שבסוריא הם דיינים שלא יודעים דין תורה, והם ממונים רק במקום בו אין בני תורה. לפי הר"ן דיינים אלו דנים על פי **שיקול דעתם,** ולא ע"פ מערכת חוקים מחייבת של דין זר.

החזון איש: ערכאות שבסוריא הם דיינים שדנים ע"פ שכלם המוסרי, ולא רשאים לדון ע"פ חוקי עמים או לחוקק חוקים חדשים. הם דנים ע"פ שיקול דעתם כבוררים.

רמב"ן: איסור פנייה לערכאות גויים נובע ממתן העדפה למערכת משפט זר על פני דין תורה- דבר הגורם חילול השם. תפיסה זו רואה **בדין הזר - פסול, ולא בדיין הזר.**

האם מותרת התדיינות בבתי משפט מכוח הסכמת הצדדים?

שולחן ערוך: הסכם בין הצדדים לא יכול לבטל את איסור ההתדיינות בערכאות גויים.

המהר"ם מרוטנברג: מביא תקנה המיוחסת לרבינו תם, ממנה משתמע כי כאשר יש הסכמה בין בעלי הדין להתדיין בערכאות גויים, מותר.

רב עובדיה יוסף: אין רשות לנהוג מנהג המתיר איסור.

לסיכום: משמעות האיסור להתדיין במערכת המשפט הכללית לא שוללת לגמרי את ההכרה ההלכתית במערכת הזו, אלא שלילת הכרה במקרים בהם ניתן היה לדון בדין תורה. בנסיבות בהן לא ניתן לדון בדין תורה- בין בשל אי הסכמה של הצדדים או בין בשל התנגדות המחוקק- ההלכה מכירה בפסיקת בתי המשפט של המדינה.

ביחס לעו"ד:

הרב עובדיה יוסף: עו"ד שנדרש לייצג תובע בענייני ממון חייב להימנע מלעשות זאת בבית משפט שכן הוא מסייע ביד עוברי עבירה. אבל מותר לו לייצג נתבע שנאנס לבוא כיוון שהתובע מסרב להתדיין בדין תורה.

**משפט ומוסר**

פס"ד כיתן, לפנים משורת הדין.

רמב"ן: בעוד ש"ועשית הישר והטוב" מתמקד ביחסים בין אדם לחבירו, הציווי "קדושים תהיו, כי קדוש אני ה' אלוקיכם" מתמקד במישור שבין אדם לאלוקים.

דוגמאות בהן נאמר במפורש כי הן נגזרות מעשיית ישר וטוב:

1. דינא דבר מצרא
2. שומא הדר
3. השבת אבידה

בבא קמא: [רבי חייא ומטבע]. רבי חייא יכול היה לדחות את האישה בטענה שהוא מומחה גדול. למרות זאת, הוא פיצה את האישה שכן **ביקש לנהוג לפנים משורת הדין.**

מרדכי: כפייה ועשית ישר והטוב תחול רק על מי שבידו לעשות, דהיינו מצבו הכלכלי מאפשר לו.

רא"ש: אי אפשר לכפות לעשות לפנים משורת הדין.

רמב"ם + בעלי תוספות: א. למי יגרם יותר הפסד מהדין? ככל שלא יגרם הפסד, החובה שינהג כך גבוהים יותר. ב. האם התנהגות לפנים משורת הדין משמעותה היא שדורשים מהאדם נורמות שהן מעל הנורמות רגילות, או שהמשמעות היא הימנעות מפטור מיוחד שיש לו.

סיכום השיקולים:

1. המעמד הכלכלי.
2. המעמד הדתי-חברתי.
3. שאלת ההפסד.
4. השאלה האם מדובר בפטור מיוחד.

חיוב בדין שמיים

[רעל ופרה]. לעומת זאת, אם פיזר את הרעל בחצר, אפילו מתוך כוונה שהבמה תאכל אותו ותוזק, ואכן הבהמה אכלה אותו וניזוקה, המקרה יוגדר כגרמא. היודע עדות חברו ואינו מעיד, הפורץ גדר מפני בהמת חברו.

רש"י: מדובר במשפט דתי, ולכן לאיום וענישה בדין שמיים יש משמעות.

ראב"ן: לאמירה כזו של ב"ד בחברה דתית יש משמעות. גם אם התוצאה לא תהיה בהכרח תשלום של מלוא הנזק, יש להניח שהצדדים בעקבות אמירה כזו יגיעו להבנה ולו על תשלום חלק מהנזק.

ים של שלמה: ככל שהלחץ שיופעל על המזיק חזק יותר, כך החשש שלו מעונש גדול יותר, והאינטרס של הניזוק לוותר על חלק מהסכום קטן יותר; והפוך. נדגיש (שוב) – למזיק יהיה אינטרס לרצות את הניזק שכן לחיוב דתי יש השפעה משמעותית

בית בחירה: אם המזיק לא יפצה את הניזקו במלוא הנזק, או חלקו – **בהסכמת הניזוק** הוא יחשב כגזלן. כגזלן, הוא יהיה פסול לעדות, ככל גזלן שחייב כסף ולא משלם.

רוח חכמים נוחה הימנו

ירושה וצוואה, גזלנים ומלווים בריבית. , אך רוח חכמים אינה נוחה **ממי שמקבל את הכסף**. ההנחה היא שההפסד שנגרם לנגזל במקרה זה לא גדול, ואילו את הגזלן זה (הויתור על הדבר הקטן שלקח), ואילו את הגזלן זה יעודד לשינוי דרכיו.

מידת חסידות: 1) דיני הונאה 2) לקט שכחה ופאה

מי שפרע ומחוסר אמנה

הביטוי "מי שפרע..." מזכיר ענישה בידי שמים, ומתייחס למי שחוזר בו מין העסקה, אחרי שהייתה הסכמה על כל פרטי העסקה, ושולמה התמורה, כך שהיה חסר רק מעשה קניין.

הביטוי "מחוסר אמנה" מתייחס למי שחזר זו לאחר שהייתה הסכמה על הפרטים, אך טרם שולמה תמורה, ובנוסף היה חסר מעשה קנין.