* הלכות הנלמדות ממדרש – מדאורייתא או מדרבנן

הלכות שמקורן בתקנה או בגזירה – מדרבנן

**התניה על דבר שבתורה**

**קוגנטיות** – אי אפשר להתנות

**דיספוזיטיביות** – הוראות שאפשר להתנות עליהם

**שני סוגים של הלכות:**

* דיני איסורים – **קוגנטי.** עוסקים בשאלות של מה מותר ומה אסור (דומים באופיים למשפט פלילי). דוגמה – אסור להרוג, לגנוב. **לרוב לא ניתן להתנות.**
* דיני ממונות – **דיספוזיטיבי.** יחסים בין בני אדם, במישור הכספי (משפט אזרחי). דוגמה – דיני שמירה, חוזים.

**מחלוקת לגבי ההתניה**:

* 1. **רבי מאיר** טוען שאסור להתנות על כל דבר שבתורה.
  2. **רבי יהודה** טוען שאסור להתנות על דבר שבתורה **מלבד דבר שבממון**. **זו ההלכה.** יש צורך בהסכמת הצדדים, התניה מפורטת ומפורשת ועל מקרה ספציפי בלבד.
* **להבחנה** בין דיני איסורים לדיני ממונות יש מספר השלכות:

1. ספקא דממונא לקולא – **ממון להקל**

ספקא דאיסורא לחומרא – **איסורים מחמירים**

1. מידת הגמישות – **דיני ממונות גמיש יותר** מדיני איסורים **ויש אפשרות להתקין תקנות**.

* **חשוב לשים לב שלא כל דבר שמעורב כסף נחשב לדיני ממונות וניתן להתלות עליו** –

איסור ריבית לא ניתן להתנות עליו כי הוא איסור תורה.

כיום ניתן לשלם לבנק בריבית ע"י היתר עסקה- יש שותפות עסקית שלה הצדדים וכך לא עוברים על איסור ריבית

(הערמה על הדין).

לפי תוספתא בקידושין ג – **קידושין**

**האם הבעל יכול להתנות קידושין ברצון אביו?** התניה לגיטימית מאחר ואינה נוגעת לאיסור.

**האם ניתן להתנות ייבום וחליצה** – אי אפשר להתנות מכיוון וזה דין איסורים.

**התניית הקידושין שלא ייתן לה מזנות לאשתו** - התנאי תקף מכוון שמדובר בדבר שבממון.

שמות פרק כב – **דיני שומרים**

* **דיני השומרים מסווגים כדבר שבממון ולכן אפשר להתנות**
* שומר חינם, שומר שואל, שומר שכר.
* שומר חינם יכול להשתחרר מחובת הנטל ע"י שבועה. אם הצדדים מוכנים להתנות ההתניה תופסת.
* הצדדים יכולים להסכים בניהם על תנאי שמירה שונים מברירת המחדל שהתורה קבעה. לכן הם יכולים להסכים על תנאי שמקל או מחמיר את אחריותו של השומר.

**התניה על דבר שבממון**

**משנה כתובות ט,א**

בעת שמתחתנים לאיש יש כמה זכויות על נכסי האישה:

1. ירושה - במידה ומתה האישה הוא יורש אותה.
2. פירות נכסיה - במהלך חייה זוכה לטובה מהנכסים שלה ולכן היא לא יכולה למכור אותם.

"דין ודברים אין לי בנכסייך" – **הזכויות לפירות וירושה נשארות והוויתור הוא על המכירה.**

"דין ודברים אין לי בנכסייך ופירותייך" – **בחייה לא יזכה בעלה בנכסיה. אך כן במותה.**

"דין ודברים אין לי בפרותיהן ופירי פירותיהם בחייך ובמותך" –- **גם בחייה וגם במותה לא יזכה בעלה בנכסיה**.

ויתור מלא על הזכויות.

**התניה חייבת להיות מפורשת**. רק כאשר הדברים מפורטים ביותר נקבל את ההתניה אבל באופן כללי **הפירוש יהיה מצומצם.**

**רבן שמעון בן גמליאל לא רוצה שיתנו על דיני ממונות בעניין פירות הירושה.** כל המתנה על דברי התורה תנאו בטל. דעה זו לא נפסקה להלכה.

תלמוד בבלי מסכת בבא בתרא קכו,ב – **ירושה של בן בכור**

האם מותר לאב להתנות שאחד הבנים לא יקבל ירושה או שהבכור לא יקבל חלק כפול?

למרות שירושה היא דבר שבממון עדיין לא ניתן להתנות בה. מכוון שזו פעולה חד צדדית ואין הסכמה של שני הצדדים.

באופן כללי ירושה זו זכות על פי דין והאבא לא יכול להחליט שהוא לא נותן את הזכות - הבן לא היה שותף לוויתור.

**מותר להתנות בממון רק כאשר שני הצדדים מסכימים, ברורה לשני הצדדים.**

רמב"ם שמיטה ויובל ט,י – **שביעית**

* אדם התנה שהוא ייתן לחברו הלוואה בתנאי שהשביעית לא תשמיט אותו. **החוב עדיין קיים.** לא יכול להתנות מכיוון שאי אפשר לבטל דין השביעית. לא ניתן להתנות על דבר שבתורה.
* לעומת זאת אדם שהתנה שהוא ייקח הלוואה מאדם אחר אבל התנה שגם בשביעית הוא עדין יהיה מחויב לשלם אותו. **מותר לו להתנות** מכוון שזה נחשב דבר שבממון.
* מה ההבדל?

הניסוח – בנוסח הראשון התנה על השביעית ואילו בנוסח השני התנה על ההלוואה.

במקרה הראשון נראה שבעת הניסוח הוא **הוציא עצמו מן הכלל** וטען הדין של שביעית לא חל עליו ואילו במקרה השני מדובר על מקרה ספציפי בו הוא התנה על החוב הספציפי ויש הסכמה של שני הצדדים.

* מתוך חשש שהעשירים לא ילוו כיוון שחוב לא ישולם נוצר **הפרוזבול**: העברת החוב הפרטי לבית הדין, חוב ציבורי (חוב ציבורי לא נשמט בשמיטה) אך, חכמים מעודדים להחזיר כספים שלוו גם בשנת שמיטה.

**התנאה על דיני ממונות חייבת להיות מפורשת, ספציפית ומצומצמת**

רמב"ם הלכות מכירה פרק י"ג – **דיני הונאה**

מותר למכור דבר רק בשישית יותר ממה שקניתי אותו. גם אם שני הצדדים לא היו מודעים לכך בעת המכירה עדיין קיים על כך דין הונאה. מעל 20% מהמחיר – חלים דיני הונאה. הונאה בהלכה לא קשורה לתרמית, ולכן זה הדין גם אם זה נעשה בתו"ל.

* **מותר להתנות על דין הונאה** רק כאשר ישנה **התניה ספציפית וישנה הסכמה** - מכיוון שזו התניה שבממון.

**מותר להתנות רק בצורה מפורשת וכשברור לצד השני על מה הוא מוותר – צריך הסכמה**

שו"ת הרשב"א חלק ו' רנד – **נדוניה**

אדם בשם שמעון התחתן עם לאה ונולדה להם בת. גם לאה וגם הבת שלהם מתה. שמעון אבא של לאה רוצה לקבל את הנדוניה של לאה וטוען שבדיני הגויים נהוג שהנדוניה חוזרת לאבא של הכלה במידה והיא מתה. ובעיר הזו מקובל שנוהגים לפי דין הגויים הרי זה **תנאי מכללא – תנאי שאנחנו מניחים שהיה ברור שהאבא התנה אותו כאשר נתן את הנדוניה**

האם ניתן להתנות על ענייני ממון בתנאי מכללא שמקורו בגויים?

לגבי תנאי מכללא מדין ישראל – ניתן להכיר בתנאי שהנוהג מוכר לכולם.

תנאי מכללא בדין גויים – לא עומד על מנת לשמור על המשפט ההלכתי ולמנוע התחקות אחר הגויים.

**דיני ממונות לעומת איסורים**

**שו"ת המהרי"ק,** קמט

ההבדל בין דיני הממונות לדיני האיסורים:

**ספק איסור לחומרה ספק ממון להקל –** ספק הלכתי.

**שערי יושר, שער ה פרק א**

**ספק בדיני איסורים רוכב על גבי הספק בדיני ממונות:**

**גזל:**

הבעייתיות היא שכאשר יש ספק בממון פוסקים להקל, וספק באיסור פוסקים להחמיר. מכיוון שכאן יש לנו את שני הסיטואציות לא יודעים כיצד צריך לפסוק- האם להקל או להחמיר? הפתרון הוא שאין לנו כאן שתי שאלות אחד מול השני, אלא יש שאלה על גבי שאלה- קודם צריך לשאול האם האדם חייב לשלם? קודם מבינים גזל בהקשר של דיני ממונות מאחר ומדובר בדיני ממונות בהם מקילים ואז האדם כבר לא נחשב גזלן.

**ההבדל בין התורה שבע"פ לתורה שבכתב**

התורה שבכתב – 5 חומשי התורה.

תושב"ע – הלכות וחוקים שנמסרים בע"פ מדור לדור

משנה מסודרת לפי נושאים, מדרשי הלכה מסודרים לפי סדר הפסוקים בתורה

מדרש הלכה **ויקרא** – **ספרא**

מדרש הלכה **שמות** – **מכילתא**

מדרש הלכה **במדבר** **דברים** – **ספרי**

**בראשית** – **אין** מדרש הלכה כי אין כמעט פסוקים הלכתיים

מדרשי הלכה אצל **רבי ישמעאל ורבי עקיבא** שיש ביניהם הבדלים.

**ויקרא – ספרא בחוקתי**

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

**ספר העיקרים**

**מדוע ניתנה תורה שבע"פ ולא את הכול בכתב?**

המבנה **מאפשר מידה רבה יותר של גמישות, פרשנות והתאמה למציאות במשתנה בכל דור**. ישנו מרחב תמרון לחכמי הדור מכיוון שהדברים לא רשומים. מה שמאפשר לתורה להיות נצחית ורלוונטית

**חמישה חלקים לתורה שבע"פ על פי הרמב"ם**

**חלק ראשון:**

**הלכות למשה מסיני שיש להם עיגון/ראיה בכתוב**

**החלק השני:**

**הלכות למשה מסיני שלא ניתן למצוא להן עיגון בכתוב** - אין לזה השפעה על התוקף שלהן.

\*רמב"ם יוצא מתוך נקודת הנחה **שאין שיבוש או טעות בהעברת המסורת** הוא טוען שמי שחושב שיכולה להיות מחלוקת על החלק הראשון והשני זה דבר מגונה מאוד. (מנגד- **שמואל בן חופני טוען שיכול להיות שיבוש בהעברה)**

**החלק שלישי:**

**הלכות (דינים) שחכמים הוציא אותם על דרך הסברה** - הסיקו אותן מתוך פרשנות לתורה (מתוך 13 מידות לפירוש התורה). **פרשנות לא כתובה** שחכמים שואבים מתוך הפסוקים בעזרת ההיגיון. יכולה להיות מחלוקתמכיוון שיש כאן התערבות של הסברה והשכל האנושי.

**החלק הרביעי:**

**גזרות שקבעו החכמים כדי לעשות סייג לתורה** (=החמרה בהלכה על מנת שלא יעבור עליה**)**

דוגמאות:

1. איסור אכילת עוף מכיוון שזה דומה לבשר.
2. מוקצה - אסור לגעת במשהו שיכול לגרום לחילול שבת.

* גם כאן ישנה אפשרות למחלוקת מכיוון שזה גזרות מחכמים לא מהתורה. אך מהרגע שהגזירה נגזרה והציבור קיבל אותה, לא ניתן לחלוק עליה

**החלק החמישי:**

**תקנות ומנהגים** בין אדם לחברו כמו הדלקת נרות חנוכה, פורים. מאפשר סדר חברתי. אין חובה מהתורה אבל מדובר במנהג מחייב

**דאורייתא ודרבנן – תושב"ע**

1. החלק הראשון והשני – מדאורייתא
2. החלק הרביעי והחמישי – מדרבנן
3. מה לגבי החלק השלישי? לא ברור אם זה מהתורה או לא.

**למה זה משנה אם זה מדאורייתא או מדרבנן?**

1. בעניין ספק – ספק בדין תורה יש להחמיר ואילו ספק בדין דרבנן ניתן להקל
2. בעניין העונש (לא רלוונטי בימנו).
3. מידת הגמישות

**ספר המצוות לרמב"ם VS. השגות הרמב"ן**

מחלוקת לגבי מה הן המצוות. אילו הן התורה ואילו מחכמים (דרבנן).

**הרמב"ם –**

1. **613 מצוות – מצוות מהתורה**.
2. ברירת המחדל היא שהמצוות שפורשו ע"י חכמים מן התורה **הן מחכמים** אלה אם כן צוין אחרת במפורש.

**הרמב"ן –** ברירת המחדל היא שהמצוות שפורשו ע"י חכמים מן התורה **הן מהתורה** אלה אם כן צוין אחרת במפורש. (מחמיר)

\*מדוע החכמים מסתכמים על הפסוקים כדי לפסוק הלכות חדשות? **א. עוזר לזכור הלכות. ב. על מנת שהציבור יקבל את ההלכה ביתר קלות.**

**סמכות חכמים**

**פרשנות והכרעה במחלוקת**

**דברים** פרק י"ז

לאחר שמתקבלת פסיקה מפי חכמים היושבים בסנהדרין יש לפעול לפיה. **מי שסוטה בכוונה מפסק הדין של החכמים ימות**. לפי חז"ל רק זקן ממרא = חכם החבר בבית הדין במיעוט שלא מקבל את הכרעת בית הדין ופוסק לאחרים ההפך.

**רמב"ם הלכות ממרים** פרק א

**הקשבה לסמכות חכמים יש בתוכה שתי מצוות:**

1. **מצוות עשה** - להקשיב למצוות שהם מורים. "על פי התורה אשר יורך".
2. **מצוות לא תעשה** - במידה ולא הקשבת להם עברת על מצוות לא תעשה. "לא תסור ימין ושמאל"

**על פי הרמב"ם צריך לציית לכל מה שהחכמים אומרים:**

1. לתקנות הגזרות והמנהגים.
2. כל מה שהם מורים לפי המידות שהתורה נדרשת להם.
3. וגם הלכות שהם קיבלו מדור לדור מרבניהם.

**היקף חובת הציות לחכמים**

האם יש חובת ציות לפרשנות החכמים גם כשברור לנו שהם טועים בפרשנות שלהם?

אם נקביל לביהמ"ש העליון יש חובת ציות מלאה מהסיבות:

1. אם חברי הכנסת מבקשים לתקן את הפרשנות המוטעית, הם רשאים לתקן את החוק ולהבהיר אותו.
2. המחוקק קבע שביהמ"ש מוסמך לפרש את החוק וכי יש לנהוג בפועל על פי פרשנותו.
3. אם נאפשר לכל אחד לפעול לפי הפרשנות הנכונה בעיניו ייווצר חוסר סדר ואנרכיה

**לפי המסורת, התורה היא אלוקית ונמסרה למשה בהר סיני. כיצד יעלה על הדעת שנפעל בניגוד למה שבעינינו הצו האלוקי?**

**חובת ציות מלאה לחכמים**

**ספרי** דברים קנד

חובת הציות לדברי חכמים היא **מוחלטת** **אפילו במקום בו ברור לנו שהם טועים והם אומרים על ימין שהוא שמאל וכדומה.**

**מדוע יש חובת ציות כזו מלאה?**

* שלא נעשה תורה ככמה תורות
* שלא יתפתחו מחלוקות שילכו ויתרבו והתורה תתפצל (חורבן הדת).
* שלא יהיה פיצול חברתי בעם
* סביר להניח שהם לא טועים
* המחיר של העדר ציות יהיה כבד ממחיר הטעות. בנוסף, אלוקים ציווה אותנו לפעול על פי הפרשנות של החכמים.

פרשנות **רש"י** או **הרמב"ם**

**חובת ציות מלאה,** גם כשברור שבית הדין טועה. **1. בית הדין צודק ויש לשמוע לו. 2. בית הדין בד"כ לא טועה.** חובת הציות לחכמים קיימת משום שבדר"כ **חכמים מבינים יותר ממי שמגיע אליהם לפסיקה** ולכן הפסיקה נכונה ומותאמת לתורה.

**רמב"ן** דברים י"ז י"א

ה' הסמיך את החכמים לפרש את התורה ולכן **ההכרעות שלהם זה רצון האלוקים**. ולכן כאשר אני מציית לדברי החכמים זה רצון האלוקים.

\*גם אתה חושב שהם טועים תניח שהם לא טועים אלא אתה זה שטועה, מכיוון שיש להם רוח אלוקים.

**ספר החינוך** מצווה תצו

עדיף לשלם מחיר טעויות בודדות של בית הדין ושיהיה גוף אחד לעם מאשר שיהיו המון בתי דין **והמון תורות**. גדול בתורה **– סביר להניח שיטעה פחות**. אומר שחכמים יכולים לטעות

**תלמוד בבלי** מסכת ראש השנה דף כד עמוד ב – **ראש השנה**

לא ידעו מתי חל ראש השנה כי לא ידעו אם הירח נולד ב30 או ב31. **רבן גמליאל** (אב בית הדין)- קבע ב30. **רבן הורקנוס** – 31. (**ר' יהושע** מסכים איתו). **ר' עקיבא** אומר לר' יהושע שהוא לא צריך להיות מטורד שכן **הקביעה של בית הדין מחייבת**. (נסמך על "אלה מועדי ה' מקראי קודש אשר תקראו אתם"). ר' יהושע לא מתרצה מההסבר של ר' עקיבא. **רבי דוסא בן הורכינס** – 30. רבי דוסא מסביר לר' יהושע שערעור על קביעה של בית דין עשויה לערער על הסמכות המוסדית ואת הקביעות של בית הדין מאז ימי משה. **בכל דור יש לעשות לפי בית הדין שעומד בדורו.** ר' יהושע קיבל את פסיקתו של ר' גמליאל.

שמותיהם המפורשים של 70 הזקנים לא כתובים כדי שזה יהיה סימן לדורות. **לא משנים שמותם של השופטים, עלינו ללכת אחריהם כך או כך. אין להתרפק על החכמים שבעבר אלא לכבד ולציית לחכמים שבהווה.** אל תערער על סמכות הרבנים בדורך, ברגע שאדם מתמנה לחכם סמכותו שוות ערך לסמכות שהייתה לרבנים בדורות הקודמים.

דרשות **הר"ן**

**יש להקשיב לחכמים בין אם הם קלעו לאמת או לא.** (חכמים יכולים לטעות אבל מוכנים לשאת בנזק הזה) זאת משום:

1. כמעט תמיד חכמים לא טועים. זה יקרה ממש מעט
2. **עדיף שכולם יפעלו לפי אותה טעות מאשר פיצול.** (כמו חינוך וספרי)

**קצות החושן** (מימי האחרונים - פירוש לחלק מהשולחן הערוך).

שכלים נבדלים = אמת אלוקית טהורה

התורה ניתנה לבני אדם ולכן **ה' נתן לנו את התורה ולפעול איתה על פי הבנתנו** ולכן **ניתן לסבול טעויות במידה וכולם פועלים לפיהן**.

שו"ת אגרות **משה** **פינשטיין**

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

**חובת ציות חלקית לחכמים**

**תלמוד ירושלמי הוריות** א, מה טור ד\ה"א:

**מסקנה הפוכה מהרמב"ם/ ספרי:** צריך לציית לחכמים רק כשהם צודקים וכאשר הם טועים אין לציית להם.

נובע מכך שהחכמים הם רק צינור והמטרה היא בסוף לציית לה'.

עולות שתי בעיות:

1. כל אחד יעשה מה שהוא רוצה
2. כדי להחליט שמישהו טועה אתה צריך להיות מספיק חכם כדי להבין שהוא טועה.

**משנה הוריות א,א**

* **אדם שעבר עבירה לא בכוונה**- **יש להביא קורבן לבית המקדש** כיוון שהיה צריך להיות אחראי למעשיו.
* **מקרה בו בית הדין טעה בהוראה שלו וקבע שמשהו מותר**. כעבור זמן, מגלה את הטעות וקובע שמעתה הדבר אסור. לגבי מי שעבר את העבירה בזמן שבו היא הייתה מותרת, האם עליו להביא קורבן. הפתרון הוא **שבית הדין מביא קורבן בשם הציבור** ע"מ לכפר על מי שעבר את העבירה בזמן בו האיסור הותר.
* **במקרה בו יש הוראה של בית דין שמכילה טעות אבל קיים חכם שמודע לטעות**. **אם החכם יבצע את הפסיקה, הוא חייב בקורבן – מהיותו חכם לא היה חייב בציות מלא**, עליו לעשות את הדבר הנכון לדעתו. **מי ראוי להחליט? מי שראוי להוראה** (לא נמנע עם הסנהדרין מחוסר מקום אך חכם מספיק). **אסור לו להורות לאחרים** (זקן ממרא).

**ספר עקידת יצחק**, שער מג

תפקיד בית הדין הוא לפרש את החוק ולהבין האם הוא חל על מקרה קונקרטי. בית הדין עשוי לקבעו שמקרה שונה מהמוכר. מה שעשוי להשתמע כאילו בית הדין טעה אך בפועל הכלל המוכר לא מתאים למקרה הספציפי. **דיין שפוסק רק לפי הדין ולא על עובדות המקרה נחשב כמחריב את העולם.**

אדם פרטי לא בהכרח יודע את החריג לכללים ולכן עלול לחשוב שחכמים טועים כאשר הם לא

**סמכות חכמים**

**מחלוקת**

**תוספתא חגיגה**  – מחלוקת זה שלילי

**בעיה הלכתית לאן ניגשים:**

1. בית הדין בעירו (או סמוך לעירו אם אין בית דין בעירו)
2. בית דין בירושלים
3. בית הדין בלשכת הגזית - בית הדין הגדול. שאם גם הוא אינו יודע את הפתרון, עומד למניין, להצבעה ומכריע על פי רוב
   * זה יצר מצב בו אין כמעט מחלוקת בישראל מכיוון שהיה רק את בית הדין הגדול שמוסמך להחליט במחלוקת וזאת גם רק במידה ולא הייתה הלכה.

יצירת המחלוקת החלה כאשר התלמידים לא שימשו את רבותיהם כמו שצריך - **תלמידי בית הלל ושמאי, לכן נוצרו בישראל 2 תורות.**

**תלמוד ירושלמי מסכת חגיגה** – מחלוקת זה שלילי

בעבר לא היו מחלוקות, הן התחילו רק בתקופת בית הלל ושמאי – נוצרו 4 מחלוקות, ולאט לאט הן התרבו. **הסיבה היא שהעם לא למד כמו שצריך, ולא בחן כראוי**. אך אין דרך לחזור חזרה ויש ללמוד לחיות עם 2 התורות, עד שהמשיח יגיע. **מצב של חוסר ברירה, מחלוקת זה דבר שלילי**.

המחלקות על הסמיכה, תקופת הזוגות, לא הוכרעה. **האם מותר לסמוך על ראשי הקורבנות שמקריבים בבית המקדש ביום טוב?**

האוסרים – שימוש בבעלי חיים ואסור ביו"ט

המתירים – הסמיכה היא חלק מהשחיטה ועל כן היא מותרת.

**דעת מיעוט ודעת רבים**

**ריטב"א** מסכת עירובין**–** מחלוקת זה חיובי

נאמר על דברי הלל ושמאי **שאלו ואלו דברי אלוקים חיים**. אז מדוע הלכה כבית הלל?

בת קול – כי הם נוחים ועלובים. דהיינו מתנהגים בצניעות ומקדימים את דברי בית שמאי לדבריהם. לא נעולים על דעתם, אלא פתוחים לשמוע את דברי בית שמאי ולדון בהם. היו יותר מחוברים לבריות ולכן דעתם יותר התאימה לחיים בפועל

**איך הגיוני שדברים סותרים יהיו אלה ואלה דברי אלוקים חיים?**

כול הדברים לגיטימיים, יש מקום לשתי העמדות מכיוון שהקב"ה לא נתן דבר אחד ברור אלא נתן כלים להכריע ולכן יש צורך בשמיעת כל הדעות.

**תוספתא עדויות**

במקרה של מחלוקת יש ללכת ע"פ רוב. אז **למה יש צורך להעלות את דעת המיעוט?** מספר גישות:

1. עמדת חכמים: **הזכירו את דברי המיעוט רק כדי לבטל אותם.**
2. עמדת רבי יהודה: דעת המיעוט חשובה, מראה שהיא עמדה לגיטימית **ויכול להיות שבעתיד יהיה בה שימוש**
3. דעת המיעוט נשמרת כדי שבמחלוקת בהמשך **ידעו שמדובר בדעת מיעוט ולא יהיה ויכוח מה המסורת.**

**מסכת שבת מד,א**

האם מותר לטלטל פמוט בשבת? **רבי יהודה ומאיר**- הפמוט נחשב למוקצה ולא ניתן לטלטלו. **רבי שמעון-** מותר.

התעוררה השאלה לגבי **הדלקת נרות בחנוכה בשבת:** ניתן בשעת הדחק לסמוך על דעת המיעוט של ר' שמעון.

**מראה בעצם שעמדת המיעוט נאמרת לא כדי להראות על בטלותה אלה כדי שבמקרים מסוימים יהיה אפשר לסמוך על דעת המיעוט.**

**אבו דרבי נתן** – מחלוקת זה חיובי

כל הדעות חשובות כי כולן ניתנו מה'. **כולן דברי אלוקים חיים**. מבחינה מעשית תהיה שורה תחתונה אבל **בתהליך חשוב ללמוד את כל הדעות.**.

משה קיבל את התורה וההלכה ככזו שמלכתחילה מכילה בתוכה את המחלוקת

**הקדמת הרמב"ם** לפירוש המשניות

הרמב"ם טוען שלא יכולה להיות מחלוקת של הלכות ממשה מסיני ואסור לחשוב שעלול היה להיות שיבוש.

לא יכולה להיות מחלוקת בחלק הראשון והשני. בחלק השלישי הרביעי והחמישי יכולה להיות מחלוקת מכיוון שיש התערבות אנושית. מחלוקת תיתכן רק ביחס להלכות בהן מעורבת **החשיבה האנושית**. הוא שולל אפשרות של מחלוקת שנובעת מטעות בהבנה, משיבוש של מסורת או משכחה.

מבוא לתלמוד - **שמואל בן חופני**

בשונה מהרמב"ם שטוען שלא יכול להיות שיבוש בהלכות אלו (מבסס על מסכת שבועות), בן חופני נותן 10 סיבות להיווצרות מחלוקת:

1. טעות בהעברת המסורת.
2. שכחה בין העברת המסורת מדור לדור.
3. טעות בהבנה

**לא בשמיים היא**

המקום של אמצעיים שמיימיים בהכרעה במחלוקת

**תלמוד בבלי מסכת תמורה** דף טז עמוד א

**נביא לא רשאי לחדש שום דבר בתורה מרגע קבלת התורה**

הייתה בעיה שהמון הלכות נשכחו ולא הייתה דרך לשחזר אותן (ואסור לשחזרם באמצעותם נבואה). הקריטריון של לא בשמים עומד גם כאשר יש סכנה של אובדן הלכות. לכן **אין לשחזר הלכות מנבואה!**

**תלמוד בבלי מסכת עירובין** דף יג עמוד ב

מסופר על מקרה בו בת קול מכריעה במחלוקת בין בית הלל לבית שמאי –

**למה במקרה הנ"ל נראה שניתן להכריע בעזרת כלים שמימיים דברי הלכה?**

**הרמב"ם** לפירוש המשניות

**דעת הרמב"ם בנוגע לנבואה במחלוקת:**

**לנבואה אין חלק בפירוש התורה וקביעת הלכות**. נותן לכך דוגמא - **יהושע ופנחס** (נביאים) שווי ערך **לרבינא ורב אשי** בכל הנוגע להלכה.

**נביא אשר יוסיף או יגרע מהתורה מאותו יום יחשב נביא שקר ודינו מוות**. בגלל שמשה גדול הנביאים אמר שאין יותר נבואות בדבר הלכה. לכן אם יגיע נביא ויסתור אמרה זו הוא נביא שקר.

* **תפקידו של הנביא** הוא להוכיח אותנו לקיים את המצוות ולהזהיר אותנו מפני סכנות ולדון בעיניי רשות. כלומר במצוות הוא יכול רק לנסות לשכנע אותנו לבצע מצוות אבל להכריע בהלכות ולקבוע מצוות אסור בעזרת נבואה.

אין שום משקל לנבואה בהכרעה במחלוקת: 1000 נביאים מול 1001 חכמים, אסור להניח שפער כזה קטן הנבואה עוזרת. וצריך תמיד אחרי רבים להטות.

**ספר הכוזרי**

**בניגוד לרמב"ם:**

**רקע**: ספר הגות יהודית שכתב **רבי יהודה הלוי**- הכוזרי הוא המלך והחבר הוא החכם היהודי.

לכאורה לא ניתן להוסיף ולגרוע על התורה. האיסור תקף רק לפשוטי העם, אך **לחכמים – נביאים, כהנים ושופטים, יש אפשרות להוסיף/ לגרוע, מכוח הכוחות השמיימיים שקיבלו מאלוהים. לפי מקור זה – נביא כן יכול לחדש בענייני הלכה לפי נבואה.** דעתו היא בסתירה לדברי הרמב"ם.

**תנורו של עכנאי** – טהור או טמא?

**רבי אליעזר** חושב שטהור

**חכמים (רבן גמליאל בראשם)** חושבים שהתנור טמא

ר' אליעזר מנסה באמצעות אמצעיים שמימיים להוכיח שהוא צודק (עץ החרוב זז; המים זרמו בכיוון ההפוך; קירות בית המדרש נפלו ועמדו באלכסון; בת קול אומרת בצורה ישירה שההלכה כמותו).

וחכמים אומרים לו שזה לא משנה מכוון שאחרי רבים להטות ו"לא בשמיים היא", אין להקשיב לבת הקול. אפשר להבין שגם אלוקים תומך בגישה זו "ניצחוני בני".

חכמים טוענים שכל ההלכות שרבי אליעזר פסק עד כה יש לבטלן בדיעבד וכל מה שאמר טהור טמא ומנדים אותו. היו צריכים לעשות מעשה קיצוני כדי שידעו שההלכה לא כמותו.

רבי עקיבא הולך לספר לרבי אליעזר על החלטת חכמים. רבי אליעזר קורע בגדיו ובכך מראה שמקבל את דין החכמים.

גם בשמיים קיימת מחלוקת לגבי דרך ההתנהלות הנכונה – הנחשול בא להטביע את רבן גמליאל ונסוג לאחר שטען שהגלה את ר' אליעזר לטובת העם וצמצום המחלוקות

בסיפור יש מתח בין שני העמדות ואף אחת לא מוצגת כטובה לחלוטין - גם לגבי הקירות שנטו (לא נפלו ולא קמו). יש תמיכה גם ברבי אליעזר וגם בחכמים. גם לגבי הים שסער עקב הנידוי. אבל בסופו של יום חכמים גברו על רבי אליעזר וההלכה נפסקה שהתנור טמא.

**מסקנות –**

* **גם אלוקים כפוף לחוקים שהוא קבע**
* **הסמכות הבלעדית לפרשנות התורה ולהכרעה במחלוקת נמסרה לחכמי הדור**
* **אותות ומופתים אינם כלים לגיטימיים בהכרעת הלכה**

**בעלי התוספות** בבא מציעא נט,ב

למה במקרה הלל ושמאי מתקבלת בת הקול ובתנורו של עכנאי לא מתקבלת?

1. **בת קול מתקבלת כאשר היא פעולות לפי הכללים של התורה ולא כאשר יש היא סותרת אותן** 
   * בית שמאי ובית הלל - למה בכל זאת התערבה בת קול אם זה היה ברור? כי המיעוט לא היה בהפרש גדול יותר ובית שמאי היו חריפים יותר לכן היה נטייה לחשוב שאולי בגלל זה יש לפסוק לפי שמאי. אבל התערבות בת הקול הייתה כדי להגיד שאחרי רבים להטות ולכן היא לא סתרה את דעת התורה.
   * במקרה של תנורו של עכנאי היא סתרה את הכלל אחרי רבים להטות ולכן אין להקשיב לה.
2. בת הקול במקרה של רבי אליעזר יצאה רק **כדי לשמור על כבודו** ולא להכריע הלכה ולכן לא היה צריך להתחשב בה ובמקרה של בית הלל בית הקול יצאה מעצמה.

אגרות הראי"ה – **הרב קוק**

הרב קוק מבחין בין שני מצבים לגבי סמכות הנבואה:

1. **מקום בו פשוט להגיע להכרעה בכלים רגילים** - לא נכריע באמצעות נבואה (כמו בתנורו של עכנאי).
2. **מקום בו אי אפשר להכריע את ההלכה באמצעות כלים אנושיים**- יש מקום לנבואה (כמו בין הלל לשמאי. שם באמת לא היה ברור וגם שמאי היו חריפים יותר).

שו"ת משפט כהן – **הרב קוק**

1. אפשר להתחשב בבת קול כאשר היא **לא סותרת את הכללים ורק אם היא הגיעה מעצמה וללא בקשה** מאיתנו. לא ייתכן לבקש מבית קול להכריע וזה מה שלא היה בסדר בדרכו של רבי אליעזר אשר ביקש שבית קול תכריע. לעומת זאת במקרה של בית הלל בית הקול הגיעה לבד בלי שהתבקשה להכריע.
2. **מה לגבי הלכות שנשתכחו**? אסור לבת קול להכריע מכיוון שזה כמו להביא הלכה חדשה.

**סיכום**

**הרמב"ם** – אסור לנבואה להתערב בהכרעה במחלוקת

**הכוזרי** – לנביאים יש מקום בהכרעה במחלוקת והם יכולים לחדש הלכות ולאדם הפרטי אסור.

**בעלי** **התוספות** – בת קול מתקבלת רק כאשר היא פועלת לפי הכללים ההלכתיים ולא כאשר היא סותרת אותן.

**הרב קוק** – שימוש בכלים שמיימיים אפשרי רק כאשר אי אפשר להכריע בכלים רגילים וגם רק אם הכלים השמיימיים הגיעו מעצמם ולא בבקשה מאיתנו. אי אפשר לחדש הלכות בכלים שמיימיים.

**הכרעה על פי רוב**

**תוספתא** סנהדרין ז,ב

הכרעה בעניין הלכתי מתבצעת **רק כאשר אין מסורת הלכתית** (שמועה) ויש דעות שונות. דרך קביעת העניין ההלכתי היא ע"י רוב.

**הרוב יהיה לפי רוב מעברי המסורת ולא לפי מקבלי המסורת.**

**בבלי מסכת עבודה זרה** ז,א

מה קורה במקום שאין רוב אלא אחד כנגד אחד?

צריך לבחור את **מי שגדול מחברו בחוכמה ובמניין**. אם אתה לא יודע מי יותר גדול במניין ובחוכמה תלך לפי **דעת המחמיר** (האוסר ולא המתיר).

1. מניין - ככל הנראה הכוונה במניין למניין התלמידים שהעמיד או למניין התלמידים המסכימים איתו.
2. חוכמה - שאלה בעייתית קשה להגיע לזה.

**רבי יהושע בן קרחה** אומר: תחמיר בדברים של התורה תקל בדברים של דרבנן.

 יותר תאורתי מאשר מעשי כי בעייתי לדעת את מי חכם וגדול.

**סמכות חכמים**

**תוקפו המחייב של התלמוד**

**מבוא**

**תנאים – משנה.**

**רבינא ורב אשי** - סוף תקופת התנאים.

**אמוראים – תלמוד/גמרא (הגיעו אחרי התנאים)**

**כלל – דברי תנאים תמיד גוברים על דברי האמוראים.**

**כך גם חכמים מאוחרים יותר לאמוראים לא יכולים לסתור את האמוראים.**

לכן הרבה פעמים הדיונים בגמרא הם שאמוראי אומר משהו וסותרים אותו ע"י תנא ולעיתים הוא ינסה ליישב את דבריו עם דעת התנא.

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

* 1. **הקדמת הרמב"ם לספר היד החזקה**

**רוב העם קיבל את הכתוב בתלמוד כשהיו כולם באותו מקום**. כיום העם מפוזר ולכן קשה לקבל הכרעה שמקובלת על כולם. **לא מדובר בהיררכיה/ חכמה אלא על מה שרוב העם קיבל**. עקרונית ניתן לחלוק על אמורא, אך מכיוון שכל עמ"י קיבל את התלמוד אסור לחלוק עליו.

באופן כללי תוקף של גזרה של חכמים מושפע מ:

* החלטת החכמים.
* קבלה ע"י הציבור.
  1. **הר"ן**

מסכים עם הרמב"ם

* 1. **קארו – כסף משנה ממרים** ב,א פירושו על הרמב"ם בהלכות ממרים

**מעמדו של התלמוד נובע מכך שהוסכם לא לחלוק על מה שנאמר** שם לאחר החתימה.

אפשר לחלוק על בית דין קודם לך אבל אי אפשר לחלוק על התלמוד והמשנה.

*בגלל שהתפשט כבר במדינה*

* 1. **החזון איש**

**נותן הסבר אחר:**

לא מדובר בהסכמה חברתית אלא במחויבות לקבל את דבריהם **כתוצאה מחוכמתם של האמוראים והתנאים.** **בגלל ירידת הדורות**. לעומת זאת בדורות המאוחרים יותר פער הדורות בחוכמה לא גדול ככ לכן הגיוני שבית דין אחד יסתור בית דין קדום.

**השולחן ערוך והרמ"א**

בית דין שטעה, שני סוגים של טעויות:

1. **טעות בדבר משנה** – **יש הלכה מופרשת ולא נדרש שיקול דעת.** פס"ד מבוטל.
2. **טעות בשיקול דעת** – **הלכה לא מפורשת, נדרש שק"ד והדיין טעה בו**. פס"ד לא מבוטל.

מוסכם על **ר' יוסף קארו והרמ"א** שכשמדובר בהלכה שאוזכרה בגמרא ובמשנה, לא ניתן לחלוק עליה, ואם כן חולקים עליה- דינו של פסק הדין להתבטל.

**קארו** אומר שאם זה דבר מפורש במשנה, בגמרא או בדברי פוסקים- גם אז אי אפשר לחלוק עליהם והפס"ד מתבטל.

**הרמ"א** אומר שמדובר רק בגמרא ובמשנה, אבל בדברי חכמים מאוחרים יותר, אפשר לחלוק.

המחלוקת ביניהם נוגעת לשאלה **האם יש מעמד מיוחד לפוסקים מאוחרים או לא**

**הלכה כסתם משנה**

ההנחה היא שההלכה הסתמית שלא מובאת בשם חכם מסוים משקפת את **הדעה הרווחת וההלכה הנהוגה בפועל**, והדעות האחרות מובאות רק כדי שתהיה מודעות לכך שישנן דעות אחרות, אך הלכה כסתם משנה.

**הלכה כבתראי**

**סדר תנאים ואמוראים** סימן כה (מחבר לא ידוע)

הלכה כראשונים עד דורו של רבא.

הלכה כבתראי (כאחרונים) מדורו של רבא.

**בעלי התוספות** קידושין מה,ב

**למה יש הבדל בין התקופה עד רבא לזו שאחריה?**

אחרוני האמוראים **דקדקו יותר** מהדורות שקדמו להם ולכן יש להעדיף אותם.

דעת שו"ת **המהרי"ק** סימן פד

**הרי"ף**: **הפוסק המאוחר ראה את דברי הפוסק המוקדם אבל הפוסק המוקדם לא ראה את דברי הפוסק המאוחר**. ראה את דברי קודמו והתגלו לפניו דברים נוספים ולכן פסק אחרת.

**שאלה:** אם כך למה הלכה כבתראי נכונה רק לאחר תקופת רבא?

**תשובה:** החלו להיות שינויים בדרכי הלימוד:

* לפני תקופת רבא **היה שינון של תלמיד על פי רבו** ולא היה לימוד ממקורות נוספים ולכן אם כל מה שהתלמיד יודע זה מה שרבו אמר לו עדיף את מה שהרב אומר כי הוא מקור הידע.
* אבל מתקופת רבא ואילך **החלו ללמוד מעוד מקורות מלבד הרב שלהם**.

שו"ת **הרי"ד**, סב – **רבי ישעיהו דיטרני**

1. הראשונים היו גדולים מאיתנו אבל לנו יש **יתרון של ידע מצטבר – משל הננס על הענק**
2. המחלוקת בין דורות קודמים איך נכריע אם לא ניתן לסתור גדולים ממך? **נחקור ונדון בדבריהם ובכך נוכל להכריע.**

הקדמת **הרמב"ם** למשנה תורה

לא הלכה כבתראי ולא הלכה כראשונים. **בכל דבר יש להכריע לפי העניין** ולא להכריע אוטומטית.

שו"ת **המהר"ם** אלשקר, סימן נד – **רבי משה אלשקר** – נגד

דוחה את דבריו של המהרי"ק

1. לגבי חכמי התלמוד יש לפעול על פי הכלל הלכה כבתראי (מכיוון שזה כלל שהגאונים קבעו לאותה התקופה בלבד).
2. לגבי האחרונים אין לפעול על פי הלכה כבתראי ויש לבחון כל מקרה לגופו ולתת משקל גדול לדעות הראשונים.

**שו"ת גינת ורדים** – נגד

מסכים עם דברי המהר"ם אין לפסוק הלכה כבתראי.

הדורות הקודמים חכמים בהרבה ולכן לא ניתן להגיד שאפשר לפסוק הלכה כבתראי.

**גט פשוט**, כללים, ג' – **מהר"ם אלשקר**

מפרש את המהרי"ק בצורה מצומצמת, לדעתו המהרי"ק מתכוון שהלכה כבתראי **רק כאשר הפוסק המאוחר והמוקדם שווים בגודלם ובחוכמתם.**

כלומר ברמה העיונית מקבל את דבריו אבל ברמה המעשית זה לא קורה כי אין האחרונים מגיעים לרמתם של הראשונים.

**הקדמת הבית יוסף** – רבי יוסף קארו – נגד

יוסף קארו מסביר כיצד הוא הכריע במקום בו יש מחלוקת, בצורה פרקטית ופשוטה. **הוא פוסק הלכה על בסיס שלושה פוסקים חשובים – רמב"ם, הרא"ש והרי"ף.** אם יש מחלוקת של שניים מול אחד, הולכים לפי **דעת הרוב**. במקום שבו לכל אחד מהפוסקים יש דעה אחרת, או אם יש סוגייה שהם לא דנו בה – הוא יפסוק לפי הרמב"ן, והרשב"א, והר"ן, והמרדכי, וסמ"ג. **לא מקבל את הלכתא כבתראי.**

שו"ת **הרמ"א** כה

**פוסק לפי הלכה כבתראי**. חולק על קארו.

האחרון ראה את דבריו של הפוסק המוקדם והגיע למסקנה שהוא טועה ואילו הראשון לא ראה את דבריו של האחרון.

\*רבי שלום שכנה – רבו של הרמ"א, לא רצה לכתוב ספר הלכה, כיוון שלא רצה שיסתמכו על דבריו בקביעת הלכה.

**הקדמת הרמ"א לדרכי משה**

היה צורך בהגות הרמ"א על מנת שהספר יתאים גם לפסיקה של אשכנז.

**אשכנז** – הרמ"א – **הלכה כבתראי.** דברי הראשונים היו גלויים למאוחרים והם התעמקו בדבריהם וסתרו אותם

**ספרד** – קארו – **ראשונים**. התפיסה של ירידת הדורות

**אחד הסיבות לפער בין ההלכות של אשכנזים וספרדים נוצר עקב חילוקי הדעות בנוגע לכלל של ההלכה כבתראי.**

**סמכות חכמים כמפרשים**

**מבוא**

**לרוב יש הבדל בנסיבות של המקרה הקונקרטי לבין המקרה של התקדים**. לכן פסיקה לפי תקדים מחייב היא בעייתית והיא עלולה לגרום לפסיקה מוטעית.

**כאשר מובאת בפני דיין/פוסק שאלה שכבר הכריע בה מישהו לפניו נשאלת השאלה עד כמה הכרעה התקדימית מחייבת אותו? או שמא, רשאי לסטות ממנה?**

**ככלל אין בהלכה תקדים מחייב**

**תקדים מחייב בהלכה?**

**יבמות**

הסכנה שבהיקש מתקדימים. מעדיפה שהדיין יתייעץ עם רבו במקרה הקונקרטי שבפניו ולא יעשה היקשים על דעת עצמו. אמנם נכון שזה נאמר רק על מי שיש לו רב, ובכל זאת מביא לידי ביטוי את **הבעייתיות שיש בדימוי והיקש בין מקרה למקרה**

**רמב"ם סנהדרין** כ,ח

אין איסור להקיש ממקרים קודמים אבל עדיף להתייעץ עם אדם שגדול ממך או אם האדם שפסק את ההלכה.

* **יש חשש שהניסיון להקיש ממקרה למקרה עלול להיות לא מדויק ולכן להוביל לטעויות.**

**"אין לדיין אלא מה שעיניו רואות" – להפעיל שק"ד**

**בבלי בבא בתרא** קל, ב

**רבא אמר לר' פפא ור' הונא** אל תבטלו את פסק הדין שלי אם הוא לא נכון בעיניכם עד שתדברו איתי. אולי אשכנע אתכם ואולי תשכנעו אותי ואז אני אבטל אותו.

לאחר שאמות אל תבטלו את הפסק שלי פשוט אל תלמדו ממנו. כי הדיין צריך ללמוד רק ממה שהוא רואה.

**ניתן להסיק מדברי רבא שאין לטעמו תקדים מחייב בהלכה.**

**\*** שמירה על סמכות בתי הדין- שומר על פסיקה אחידה ולא יוצר המון פסקי דין שונים.

**פירוש רש"י על סנהדרין** ו,ב

הדיין חייב להיות עצמאי בהחלטותיו הכרעתו ולא להסתתר מאחורי דברי רבותיו.

**רבי יעקב מולין** שו,ת מהרי"ל סימן עב

**צריך לתת משקל גדול לשו"ת ולתקדים** ואולי לתת להם משקל גדול יותר מספרי פסיקה.

**עם זאת הוא עדיין לא אומר שהתקדים או התשובה הם מחייבים.**

**ר' אברהם בנו של הרמב"ם בתשובתו** בסימן צז'

בתשובה לא מציפים לעקביות מכיוון שכל מקרה יש לשפוט לגופו, לעומת זאת בספר פסיקה תאורתי יש צורך בעקביות **ולכן ספרי פסיקה הם בעלי חוזק גדול יותר.**

1. התקדימים הם לא כדי להגביל אלא **להוסיף עוד חומר לימוד** ועוד דברים ללמוד מהם.
2. לדעת איך לפסוק לראות **כיצד מתבצע תהליך הפסיקה הלכה למעשה**.

**נותן משקל נמוך יותר לתקדימים ותשובות**. ורואה בכוח של העקביות בספרי פסיקה דבר חשוב.

**קים לי**

**מבוא**

**הנתבע יכול לטעון שפסיקת בית הדין לא תואמת מקור, שלפי דעתו הוא הצודק**

טענת קים לי עומדת לזכות **הנתבע** (יכול להשאיר את הכסף אצלו). התובע אינו יכול להשתמש בטענה זו מצידה ההפוך על מנת לחייב את הנתבע (קים לי לא תופס על מנת להוציא כסף מנתבע כלל "המוציא מחברו עליו הראיה").

**הצדקה לטענת קים לי היא שבעולם ההלכות והמשפט לאו דווקא קיימת אמת אחת מוחלטת.**

**הסכנה בקים לי –** יכול גרום לייתור של בתי הדין כי בכל דיני הממונות יש המון מחלוקת וכמעט תמיד יהיה ניתן למצוא טענה סותרת.

**המהרי"ק** – **לגבי ממונות בלבד (לא ניתן באיסור והיתר)**.

**אורים ותומים** חו"מ קנ"ד – **רבי יהונתן איבשיץ**

**יש צורך לצמצם את טענת הקים לי כדי שהיא לא תרוקן מתוכן את מערכת המשפט:**

1. דין שהוסכם ע"י הרמ"א והשולחן ערוך אי אפשר לטעון טענת קים לי. אבל אם יש מחלוקת בניהם יהיה אפשר לטעון קים לי.
2. אי אפשר לטעון טענת קים לי כנגד לרוב הפוסקים הגדולים.

**מגבלות הרדב"ז** על טענת קים לי:

1. **אדם צריך להיות עקבי לגבי הפוסק כאשר הוא מעלה טענת קים לי** ולא לשנות לפי מה שנוח. אם ינהג כך הוא מעלה קים לי שלא בתו"ל.
2. **רק** **נתבע** יכול לטעון קים לי
3. אי אפשר לטעון טענת קים לי אם זה **כנגד הרב המקומי** (אתריה דמר)
4. אי אפשר לטעון טענת קים לי **שסותרת את המנהג המקומי**
5. ניתן לטעון קים לי רק כאשר זו דעת יחיד כנגד דעת יחיד. אי אפשר לטעון כנגד דעת הרוב. **מהרי"ק.**
6. **יחיד מול יחיד אשר שווים בחוכמתם וברמתם**.
7. יחיד מול יחיד **ששניהם שווים** **רק במידה ושכתביהם מפורסמים באותה מידה**. כלומר ניתן לטעון קים לי רק עם דעת הקים לי מוכרת ומפורסמת. לא פוסק זוטר מול פוסק בכיר

**רבי יעקב חג'יז** – שו"ת הלכות קטנות חלק א סימן קפב

לא מקבלים בירושלים טענת קים לי מכיוון שזה **ייתן יד לגזלנים וגנבים** ולא יהיה אפשרי לפסוק הלכה בגלל טענה כזו.

**סמכות חכמים כמחוקקים**

**שבת כג,א**

סוגייה במסכת שבת על **הדלקת נרות חנוכה**. האם צריך לברך "ציוונו" מכוון שזו תקנת חכמים ולא באמת ה' ציווה.

למרות שזה תקנת חכמים ישנו ציווי:

1. "**לא תסור"** (**רב אויא**) - מדובר **בציווי עקיף של ה' כיוון שאלוקים ציווה אותנו להקשיב לדברי חכמים**. נוגע ישירות להלכה, מקור חזק – הרמב"ם
2. "**שאל אביך ויגדך זקניך ויאמרו לך**" (**רב נחמיה**)- לשאול את החכמים והם יענו לך. זקנים הכוונה לחכמים ולאו דווקא זקנים בגיל. (מקור חלש יותר כיוון שהוא לא נוגע ישירות להלכה, בשונה מ"לא תסור") – הרמב"ן

הקדמת **הרמב"ם** למשנה תורה

כל תקנות שהותקנו ע"י חכמים **והתקבלו** על ידי כל ישראל מקורן ממצוות לא תעשה של "לא תסור" (**רב אויא**)

חכמים רשאים לגזור גזירות אבל הם צריכים לציין שזה מחכמים ולא מהתורה כדי להתמודד עם האיסור להוסיף ולגרוע מהתורה

כדי שתקנת חכמים תקבל תוקף היא צריכה להתקבל ע"י הציבור.

אין הבחנה בין החובה לציית לחכמים כפרשנים של החוק לבין חובת הציות לחכמים כמחוקקי משנה

השגות **הרמב"ן** לספר המצוות שורש א

הפסוק **"לא תסור"** **מתייחס רק להוראות של החכמים כמפרשי התורה או כמעבירי המסורת ולא לתקן תקנות (להמציא חוקים**). יש צורך לציית לחכמים לפי הפסוק "שאל אביך ויגדך זקניך ויאמרו לך" (**רב נחמיה**), אבל אם אני לא אציית להם, זה לא נחשב שעברתי על דין תורה. (בניגוד לתפיסת הרמב"ם).

**"לא תוסיף עליו ולא תגרע ממנו" – אך זה מסתדר עם סמכות חכמים להתקין תקנות?**

**רש"י**

הכוונה היא **אסור להוסיף או לגרוע ממצווה קיימת** (שינוי בתוכן פנימי של המצווה. כגון במקום ליטול בסוכות ארבעת המינים, ליטול רק 3 או 5 וכיוצא בזה )אך **מותר לצוות מצווה חדשה.**

**ספר הכוזרי – רבי יהודה הלוי**

"לא תוסיף" לדעתו מדבר רק על המון העם, האדם הפשוט ואילו **לכוהנים, הנביאים והחכמים מותר להוסיף לגרוע.**

**הרשב"א** ראש השנה טז,א

**כאשר מדובר על לא תוסיף במצווה עצמה זה מכוון לאדם הפרטי ואילו לחכמים מותר להוסיף במצוות עצמן אם זה תקנה לכלל העם.**

**רמב"ם ממרים, ב,ט**

**אסור להוסיף ולייחס זאת לתורה. אבל כאשר החכמים מבהירים שהתוספת היא פרי יוזמתם הדבר אפשרי** (לעשות סייג לתורה).

**תוספת לעומת גריעה – עקירת דבר מהתורה**

**תוספת** על התורה היא יותר פשוטה מכיוון שהיא לא סותרת את התורה (לא מתנגש חזיתית).

לעומת זאת **גריעה** מן התורה היא הרבה יותר בעייתית כי יש פה סתירה גמורה של התורה.

מתי יש התנגשות חזיתית?

1. כאשר יש ציווי תורה וחכמים אומרים אל תעשה אותו - לא לקיים מצוות עשה. **רשאים!** לדעת חלק מהראשונים מותר שב ולא תעשה רק כאשר זה לא מבטל את המצווה לגמרי.

לדוג: **לולב ושופר** צריך לקיים גם בשבת ע"פ התורה אין מגבלה- חכמים חששו שהדבר הזה יגרור חילול שבת ולכן אסרו את זה. יש פה הוראה לא לקיים מצוות עשה. מסתדר עם דעת הראשונים מכיוון שזה לא ביטל את המצווה כי הביטול הוא רק במקרים מסוימים ולא באופן קבוע.

1. כאשר חכמים אומרים תעשה משהו שאסור מן התורה - לעבור על מצוות לא תעשה. **אסור! פרט לחריגים**

**כלל – חכמים רשאים לעקור דבר מן התורה בשב ואל תעשה (בלבד שלא יבטלו את המצווה) והם לא רשאים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה (פרט לחריגים).**

מקרים חריגים בהם מותר לבית דין להורות לעבור על איסור:

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

**הפקר בית דין –** עונש ממון

**תוספתא** שקלים א,ג

כלאיים – בגדול אי אפשר לזרוע שני סוגים של זרעים\עצים באותה ערוגה אם אין מרחק. ברוב המקרים אסור לזרוע אבל מותר לאכול (חוץ מכלאיי הכרם). **גרם לכך שאנשים פחות הקפידו.**

פקחים של בית הדין חיפשו שדות כלאיים והיו קובעים שהתבואה שם הפקר. המשמעות היא שבעל השדה מפסיד את התבואה שלו.

ככל הנראה הפקר בית דין שימש **כענישה ואמצעי הרתעה**.

**כשחכמים מחליטים ששדות הכלאיים הם הפקר הם מתירים כביכול גזל.**גזל = החזקת ממון שלא שייך לו.

**איך חכמים יכולים להפקיר רכוש שלא שייך להם? הרי זה גזל**

**יבמות פט,ב**

תשובה: מכוח **הכלל הפקר בין דין הפקר**. לחכמים יש סמכות להרות על הפקרת רכוש.

1. **עזרא** - עזרא קורא לאספת עם ואומר שמי שלא יגיע לאסיפה נחרים לו את הרכוש (הפקרת רכוש).
2. **יהושע** - לא רק מפקירים יכולים לקחת מאחד ולתת לאחר. כמו שאבות מנחילים לבנים כך גם ראשי השבטים מנחילים לעם.

**דוגמה:** ילד מצא שטר של 100 שקלים על הרצפה (בן 12) הגיע אדם מבוגר שחטף ממנו את הכסף. הכסף שייך למבוגר על פי דין תורה כי ילד מתוך גיל 13 לא יכול לזכות בנכס. תקנת חכמים קובעת שהכסף יהיה שייך לילד מכוח כלל הפקר בית דין הפקר - הם מפקירים מהמבוגר ומעבירים לילד.

**הוראת שעה –** עונש גוף ומאסר

**רמב"ם ממרים ב,ד**

לכל בית דין יש אפשרות לעשות הוראת שעה אבל **אי אפשר לקבוע את זה לדורות**.

לפעמים שווה לשלם מחיר של לעבור על איסור אחד כדי שבעתיד יהיה שמירת הלכה. **חלל שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה.**

**יבמות צ,ב**

אליהו בהר הכרמל:

המלך אחאב, העם עובד עבודה זרה ואליהו אומר שיהיה רעב ובצורת בגלל זה. הקורבן שיישרף הוא הקורבן של העבודה שיש לדבוק בה.  **יש איסור בתורה להקריב קורבן מחוץ לבית המקדש מרגע שנבנה בית המקדש ואליהו עובר על כך ומקריב בהר הכרמל**. מכיוון שזו **הוראת שעה, הוא מנסה להחזיר את העם בתשובה** והוא יכול להגיד לנו לעבור על איסור. זה קורה כאשר יש אירוע חריג שמצריך את זה באופן חד פעמי.

דוגמה נוספת להוראת שעה:

את תורה שבע"פ היה אסור לכתוב. בשלב מסוים כתבו תורה שע"פ. "עת לעשות לה' הפרו תורתך" - היה פחד שהתורה שבע"פ תישכח ולכן היה שווה לשלם את מחיר האיסור הזה. **אילוץ דתי**

**הוראת שעה בתחום הענישה –** עונש גוף ומאסר

**הברייתא** סנהדרין מו,א

**בית דין רשאי להעניש גם מי שאינו מחויב בעונש על פי דין תורה כאשר צרכי השעה מחייבים זאת:**

1. **אדם שרכב על סוס בשבת** - המעשה שלו הוא לא חלק מחילול שבת לפי דין תורה, אך כן לפי חכמים. למרות זאת נתנו לו עונש מוות עקב הוראת שעה. מכיוון שבאותה תקופה חילול השבת היה נרחב (בתקופת היוונים). כדי להדגיש את החשיבות של השמירה על השבת.
2. **אדם שקיים יחסי אישות עם אשתו בפומבי** - לא איסור מהתורה. בית הדין הביאו לו מלקות. כי היה צריך לחזק היבטים של צניעות בעקבות התקופה.

**במקרים של ענישה מדובר בהוראת שעה ספציפית ולא הוראת שעה כללית.**

**רמב"ם סנהדרין כד, ד-ט**

יש לבית דין סמכות להעניש כשאין היתר מהתורה בכמה מקרים: לעשות סייג לתורה, הוראת שעה, במקרה של שמועות עקשניות שלמעביר השמועה אין אינטרס. למרות שיש סמכות רחבה לבית הדין, **הוא צריך להיות זהיר שהמעשים שלו יהיו לשם שמיים ושיהיה לו כבוד לבריות.**

**הפקעת קידושין**

**כללי**

2 דרכים לקטוע נישואין: מוות או גט. ניתן למסור גט ע"י שליח כיוון שמדובר בפעולה משפטית.

**משנה גיטין** ד, א-ב

במידה ושולח הגט מתחרט יש לו 2 אופציות לפי דין תורה:

* 1. להשיג את השליח לפני שהגיע ליעדו.
  2. לפנות לבית הדין בעירו ולמסור הודעת ביטול או אפילו להכריז על ביטול בפני כמה עדים. מצב זה יוצר בעיה כיוון שהאישה חושבת שהגט מבוטל והיא עלולה להינשא מחדש ולהביא ילד ממזר. ולכן לפי **רבן גמליאל** **לא ניתן לבטל בהודעת ביטול מרחוק מפני "תיקון עולם", למנוע היווצרות של תוצאה קשה ובעייתית.**

**בבלי מסכת גיטין לג, א**

מה קורה אם אדם עובר על התקנה של חכמים ובכל זאת אחרי שהוא שלח גט לאישה הלך לבית דין בעירו וביטל את הגט:

1. **רבי יהודה הנשיא** - התקנה אומרת שלא לעשות זאת (לבטל גט בבית דין) אבל אם מישהו בכל זאת עושה את זה **הגט עדיין בטל ודין תורה קובע**. כלומר זו דרך לא מומלצת אבל אם מישהו עשה הביטול של הגט תקף. תקנה בלי שיניים.
2. **רבן שמעון בן גמליאל** - התקנה חזקה הרבה יותר ולכן גם אם **מישהו עובר על תקנת חכמים הגט לא בטל.** כדי שהתקנה תהיה אפקטיבית היא לא רק צריכה לאסור את זה אלא גם למנוע את זה במידה ומישהו עבר על האיסור.עם שיניים.

יוצא מצב שאישה שאמורה להיות נשואה על פי דין תורה אינה נשואה בעקבות תקנת חכמים. זו בעצם תקנת חכמים שאומרת לעבור על איסור.

הסוגייה בבלי פותרת את הבעיה בכך שהיא טוענת שאין התנגשות כי הוא **מחתן אותה בתנאי מתלה כלומר בתנאי שהחכמים יסכימו,** כלומר מתנה את הקידושין בהסכמת חכמים.

ולכן כאשר אדם מבטל את הגט בבית דין ולא תופס את השליח, הקידושין **בטלים למפרע** (כלומר מעולם לא היו נשואים) כי חכמים קובעים שלא הייתה להם הסכמה על הקידושין.

מבחינת ילדים אין בעיה מאחר שילד שנולד לאישה נשואה מאדם אחר הוא ממזר אבל ילד שנולד לזוג לא נשוי לא נחשב ממזר.

ההבדל בין התלמוד הירושלמי לבבלי:

בבלי - תנאי מתלה. ביטול קידושין למפרע (מההתחלה).

ירושלמי - לחכמים יש אפשרות לעקור דבר מן התורה. הקידושין בטלים מכאן והלאה

**הערמה על הדין**

**מבוא**

**שימוש בכלים מן הדין על מנת לעקוף את הדין.**

1. **תקנת הפרוזבול של הלל הזקן** – עוקפת למעשה את דין שמיטת החובות. ההלכה קובעת שרק חובות פרטיים נמחקים. פרוזבול זה ההעברת הזכות של הכסף שלי לבית הדין ובית הדין יעביר אליי את הכסף. ובכך החוב שלי לא נשמט. אמנם הלל הזקן תיקן זאת מנימוק שאנשים לא היו מלווים כספים. מכשיל את העשירים שהיו צריכים להלוות ומזיק לעניים שזקוקים לכסף. אך ברור כי מדובר בפיקציה ועקיפה
2. **איסור ריבית** – על פי ההלכה אסור לגבות ריבית. היתר עסקה בא לעקוף את האיסור על ידי פיקציה לפיה הלוואה או חלקה מהווים כביכול השקעה במעין עסק משותף
3. **מכירת קרקע לגוי** – בשנת שמיטה יש מגבלות על עבודות הקרקע. חששו בפגיעה בקרקע שלא יעבדו אותה לכן מכרו את הקרקע לגוי. ובכך יהיה אפשר לעבוד את הקרקע.

**הערמה היא לא בדיוק תקנת חכמים אלא פשוט מקרה בו חכמים מאפשרים לעקוף את הדין (בהיבט המהותי או המעשי) באמצעות הדין.**

**תלמוד ירושלמי** (וילנא) **מסכת יבמות** פרק ד הלכה יב

**רבי טרפון** היה כהן ועשיר מאוד. הייתה תקופה כלכלית קשה וכדי לפתור את המצוקה התחתן עם 300 נשים כדי שיכלו לאכול מהתרומה שניתנת רק לכוהנים. הוא השתמש במוסד הנישואין על מנת לעקוף את הדין של אכילת תרומה - כי הרי הוא לא באמת רצה להתחתן איתם למען זוגיות.

**מבחינת הדין הוא פעל לפי הכללים אבל לא מהמניעים שהדין התכוון אליהם.**

**משנה מסכת מעשר שני** פרק ד משנה ד-ה

**רקע:** אם קשה לקחת את הפירות של מעשר שני לירושלים אתה יכול לפדות את הפירות בכסף ואת הכסף צריך לקחת לירושלים ולבזבז שם. אבל יש קנס - אם אתה פודה את הפירות בכסף אתה צריך להוסיף לכך חומש (רביעית). אם אדם פודה פירות של אדם אחר בכסף, הוא לא צריך להוסיף חומש.

חכמים תיקנו שאפשר להביא את פירות המעשר לילדיו הגדולים/ לעבד או לחברו, וכך אין חיוב להוסיף חומש.  **ברור לכל הצדדים שלא מדובר במתנה אמיתית של הפירות אלא ניסיון "הערמה" על הדין כדי להימנע מחומש.**

**תלמוד בבלי מסכת שבת** דף קכד עמוד א

אסור לשחוט פרה ואת העגל שלה באותו היום.

פרה והעגל שלה נפלו לתוך בור ביום טוב- ביום טוב מותר להעלות את הבהמות מהבור רק לצורך אכילה (מוקצה). **ר' יהושע** אומר שכדי להוציא את שניהם - נעלה קודם אחד מהם כדי "לשחוט" ואז נאמר שהוא לא "מוצלח" ולכן נעלה את השני.

**"הערמה" זו נועדה למנוע צער בעלי חיים, ולא נובעת מאינטרס אישי.**

**תלמוד בבלי מסכת נדרים** דף מח עמוד א

אדם הנודר נדר מחויב לקיימו, ואם הוא מפר את נדרו הוא עובר עבירה.

* אדם נודר שלא ייהנה מרכוש שכנו. אותו אדם מגיע למצב שאין לו מה לאכול והאופציה היחידה שלו היא לבקש אוכל משכנו, על אף שנדר שלא ייהנה מרכושו. **במקרה זה ניתן "להערים" על הנדר כך שהשכן ייתן את האוכל במתנה לאדם אחר, וכך הנודר יוכל לאכול ממנו, כי זה כבר לא רכוש השכן.**
* אבא נדר לא ליהנות מרכוש בנו, ואז בנו חיתן את בנו (נכדו של הנודר). האב לא יכל להגיע לחתונה מבלי להפר את הנדר. כדי "להערים" על הנדר, הבן נתן לשכן במתנה את החצר והסעודה, ואמר לו שהוא עושה זאת כדי שאביו יוכל להשתתף. השכן הקדיש את ה"מתנה" לשמים, וכשנשאל למה עשה זאת, הרי זו לא הייתה כוונתו של הבן, ענה השכן שהוא עשה את זה כדי שלא תהיה עליו עבירה שהערים על הדין.
* מסקנה **– אפשר להערים על הדין בתנאי שעושים את הפעולה המשפטית בצורה מלאה ואמיתית.** כדי שהערמה תצליח חייבת להתלוות למתנה גמירות דעת. אם המתנה נעשית רק למראית עין הדבר לא יתפוס

**לא תמיד ברור מתי לגיטימי להערים על הדין מתי לא**

**תלמוד ביצה** יז, ב

ביום טוב מותר לבשל אוכל לאותו יום ואסור לבשל אוכל שמיועד ליום שאחריו. במצב בו האדם כבר שבע ולא יאכל אסור לבשל, ולא ניתן להערים על איסור זה. במידה ואדם "הערים" כדי להכין אותו (אמר שזה לאורחים), האוכל אסור באכילה. לעומת זאת, אדם שבישל במזיד אוכל שלא מיועד לאותו היום, על אף שגם הוא עובר על איסור, האוכל יהיה מותר באכילה.

**רש"י – הערמה חמורה מחוטא במזיד, כיוון שלמזיד וסביבתו ברור שהוא חוטא, ויש סיכוי שהוא יחזור בתשובה. לעומת זאת, מי שעובר על הדין ב"הערמה" נותן לגיטימציה לעקיפת הדין וזלזול בהלכה, וסביבתו עלולים ללמוד ממנו.**

**הרמב"ם בפירושו למשנה במסכת תמורה** – יש הערמות מותרות ויש האסורות ואז הן בגדר מרמה. רק שהוא לא נותן לנו קריטריונים להבחים בינהם.

**הרשב"א** – סבור שאין קריטריונים ברורים להבחנה ולכן לא ניתן להשוות בין מקרים שונים "אין אומרים בהערמות זו דומה לזו". אם כי בהמשך דבריו הוא כן מנסה להבחין בין מצבים שונים.

שו"ת **הרא"ש** כלל עח סימן א

ראובן חייב כסף לשמעון והוא לא רוצה להביא את הכסף לשמעון אז הוא נותן את כל כספו ללוי.

הנסיבות מוכיחות שהוא לא באמת רצה להביא את הכסף ללוי אלא רצה להתחמק מתשלום (היה בעל"פ בלי שטר חוב). ולכן אין תוקף להעברת הכספים והמלווה רשאי לדרוש את מימוש הנכסים כדי לקבל את כספו

כמו בנדר – לא הייתה ללווה גמירות דעת לתת את כל נכסיו במתנה לתת לאותו צד ג'. כי לא סביר שלא הותיר לעצמו אפשרות להתקיים. ועל כן המתנה כביכול נפסלת

**שולחן ערוך** חושן משפט סימן צט

**גם במקום שבו אפשר להערים ניתן לעשות זאת כל עוד זה לא בא על חשבון מישהו אחר.**

תשלום חוב לאדם אחר וניסיון מעקף:

1. אדם שמעביר את כל נכסיו לאדם אחר כדי לא לשלם חובות - אם ברור שהעברת הנכסים לא הייתה אמיתית אלא רק ניסיון מעקף לחובות לא ניתן לעשות מעקף.
2. אדם שמביא את כל נכסיו לאדם אחר ואז לוקח הלוואה מעקף כזה לא ייחשב אם יראו שהביא את כל כספיו לפני שלקח הלוואה על מנת שלא יהיה לו איך לשלם אחר כך את ההלוואה (לא בדיוק מעקף אלא יותר שימוש בזכות שלא בתום לב).

**הרמ"א** – אם בית הדין יסיק שהמתנה אמיתית הוא כן יאשר אותה.

**ביטול תקנות**

**תקנות שיש הסבר לטעם שלהן:**

**משנה גיטין ד,ו**

אין פודים שבועיים יתר על כדי דמיהן - הטעם:

1. **רבן שמעון בן גמליאל** מפני תיקון העולם שמא מתוך כך התנהגו השובים באכזריות עם שבויים בעתיד.
2. יש גבול כמה אפשר להעיק כלכלית על הציבור (תשלום הציבור על הפדייה).

**משנה גיטין ה, ח**

תקנות חכמים על גזל מפני דרכי שלום:

1. חפירת בור בשביל מאגר של מים. כדי למנוע סכסוכים תיקנו חכמים שהבור שהכי קרוב לאמה מתמלא ראשון וכן הלאה.
2. הפורש מלכודת לתפיסת חיה אם אדם ייקח את החיה שנתפסה נחשב גזל לפי חכמים (לא גזל לפי תורה לפי דיני קניין).
3. חרש, שוטה או קטן שמצא מציאה שאין בה סימן ואדם לקח לו את זה נחשב גזל מפי חכמים (למרות מדין תורה גם אם חטפתי להם זה שלי).

**תקנות שאין להן נימוק:**

**תלמוד עבודה זרה** לה, א

**לא מגלים את הטעם של תקנה אלא לאחר שנה**. כיוון שלא רצו שהציבור יחשוב שהטעם לא סביר או לא תקף לגביו ולכן לא יקיים אותה.

**כיצד ניתן לבטל תקנות**

**משנה עדויות** א, ה

למה מזכירים את דברי היחיד אם גם ככה מכריעים כדעת הרוב? **כדי שאם יראה בית דין את דברי היחיד יוכל בסיטואציה מסוימת לסמוך על** **היחיד**.

מכיוון שבית דין לא יכול לבטל את דברי בית דין חברו אלא אם כן בית הדין המבטל גדול בחכמה וגם במניין (2 תנאים מצטברים).

למעשה, אפילו תקנות שכבר לא רלוונטיות לא מתבטלות ע"י חכמים מאוחרים בדרך כלל.

**התלמוד במסכת שבת ומסכת עבודה זרה**

מותר לבטל גזרות חכמים מלבד 18 גזרות שאותן אסור לבטל לעולם גם אם יבואו אליהו ובית דינו (דוגמה לבית דין גדול בחוכמה ובמניין).

ככל שהגזרה יותר פשטה בישראל יותר קשה לבטל אותה. אפילו כמעט בלתי אפשרי.

**הרמב"ם ממרים** ב, ב-ז

ישנן גזרות שאי אפשר לבטל: **גזרות שהן סייג לאיסורי תורה ופשט איסורם בכל ישראל אי אפשר לבטל** -כלומר לא מגביל את הגזרות שאי אפשר לשנות ל18 ולדעתו ככול הנראה יש יותר (לדוג' עוף וחלב)

\* בית הדין גוזר גזירה רק אם סובר שרוב הציבור יוכל לקיים אותה.

**דברי הרמב"ם בתקנות שהטעם לא מוכר לנו:**

ארבע דרגות:

1. התקנה לא פשטה בכל ישראל - **אין לה תוקף** (בטלה מאליה).
2. נכנסה לתוקף ובסוף הסתבר שהעם לא באמת קיבל אותה - **ניתן לבטל אותה גם לא ע"י בית דין גדול בחוכמה ובמניין.**
3. גזרה שנתקבלה בכל ישראל באמת - **ניתן לביטול רק ע"י בית דין יותר גדול בחוכמה ובמניין.**
4. גזרה שהיא סייג לאיסור תורה ופשטה בכל ישראל - **אי אפשר לבטל בכלל**.

**משמעות פרקטית:** אי אפשר באמת לבטל תקנות. כי יהיה קשה מאוד לבית דין להגיד שהוא גדול בחוכמה ובמניין מבית דין אחר.

**ביטול תקנה שעבר טעמה:**

**מסכת ביצה** ה,א

**כל דבר שהתקבל במניין (בהצבעה) צריך מניין כדי לבטל אותו.**

כרם רבעי - הפירות של השנה הרביעית של העץ (הפעם הראשונה שמותר לאכול לאחר עורלה).

ניתן להמיר את הפירות בכסף וללכת עם הכסף לירושלים.

**תקנת חכמים: אנשים שגרים קרוב לירושלים לא יכולים להמיר את הפירות בכסף. הטעם - שיהיה בשוקי ירושלים שפע של פירות.**

**לר' אליעזר** היה כרם רבעי והוא רצה להפקיר את הפירות של השנה הרביעית שלא יצטרך לטרוח ללכת לירושלים עם פירות (הוא היה גר קרוב לירושלים). הטעם חלף בגלל שירושלים בתקופה שאין בית מקדש לא עיר גדולה. אך התקנה לא התבטלה מאליה אלא היה צורך בהצבעה מחודשת.

**רמב"ם ממרים** ב, ב

**לדעת הרמב"ם העובדה שהטעם בטל היא לא רלוונטית. תקנה יכולה להתבטל רק ע"י בית דין גדול בתורה ובמניין.**

**איך זה מסתדר עם מסכת ביצה?**

השגות **הראב"ד**

טוען שהסוגייה במסכת ביצה סותרת את דברי הרמב"ם. מכיוון שמוסבר שם שבגלל שהטעם עבר היה אפשר לבטל את התקנה למרות שבית הדין לא גדול בחוכמה ובמניין.

**המאירי** ביצה ה,א

מסכים עם הראב"ד וטוען שתקנה שהטעם שלה בטל ניתן לבטל אותה גם ע"י בית דין רגיל.

**הרא"ש**

תקנה שבטל טעמה בטלה באופן אוטומטי (הטעם היה תנאי מתלה לתקנה)

**הרדב"ז**

**כאשר הטעם הוא תנאי לתקנה ולא רק סיבה נוספת, התקנה תיהיה בטלה מאליה.**

במקרה של נטע רבעי נזקקו לביטול בבית דין כי הטעם לא התבטל לגמרי (עדיין היה יישוב בירשולים)

**תקנות הקהל**

תקנת קהל - פרוצדורה חליפית לתקנת חכמים.

ישנה סמכות מסוימת לקהל לתקנת תקנות (בדר"כ נציגי הציבור הקרויים שבעת טובי העיר).

תקנה מחייבת את כלל הציבור – מעין חוק שכולם כפופים לו, בין הסכימו מראש ובין אם לא

**תוספתא** בבא מציעא יא

מקרים בהם הקהל יכול להחליט על פיצויים ממוניים (קנס) על התנהגויות מסוימות.

לא מדובר על מסלול נזקי רגיל אלא על פיצוי נוסף לא משנה אם ואיזה נזק נגרם

* 1. אנחנו כקהילה החלטנו שלפרות אסור לרעות בציבור ולכן מי שיעבור על כלל זה יהיה חייב לתת פיצוי כספי.
  2. מקרה על קבוצה קטנה יותר מן קהילה. הצבעים או הצמרים מחליטים שכל מקח שיגיע לעיר יתחלק בין כולם במקום לריב על הסחורה. החמרים גם עשו ביטוח שיתופי – במידה ולאחד מהם ימות החמור, כל השאר יקנו לו חמור חדש.

**לא ברור אם יש הסכמה של כולם או שיש פה אופי יותר של תקנה.**

המשמעות: **אם זה הסכם צריכה להיות פעולה מסוימת שמעידה על כך לדוג' הגבהה ואם לא אז אין צורף בפעולה.**

**תשובות הגאונים** שערי צדק ח"ד ש"ד, טז

"**זקנים" (חכמים) יכולים להתקין תקנות. מכאן שהעם יכול להתקין תקנות** ולאכוף אותן.

שו"ת יכין ובעוז – **הרב צמח בן שמעון דורן**

כמו שיש **לבית דין** את הרשות להפקיר ולהתקין תקנות ממוניות אז **גם לציבור יש כוח ורשות להפקיר ולהעניש** (סומך עצמו על המקור בתוספתא).

שו"ת **הרשב"א** ד, קפה

* מסמיך את הציבור להתקין תקנות ואף קובע שיש להם **תוקף כשל דין תורה**
* הציבור גם מוסמך לאכוף את התקנות באמצעות קנס או עונש על מי שעובר עליהם
* הוא דורש שהתקנה תתקבל בציבור פה אחד ללא חולקים
* קבוצה מוגדרת של בעלי מלאכה רשאית לקבוע תקנות לעצמה גם ללא הסכמת יתר בני העיר

**רבנו גרשום מאור הגולה**

ספינה עם סחורה שטבעה והייתה תקנה של הציבור שצריך להחזיר לבעלים את הרכוש. הבעיה היא שזה נוגד את דין תורה שאומר שכל מה שנסחף לים דינו הפקר. אדם קנה מגוי סחורה מהספינה – הציבור אומר שעליו להחזיר את הסחורה והוא טוען שהוא לא מחויב מכוון שזה לא מדין תורה.

רבנו גרשום אומר **שיש תוקף להחלטת הקהילה והיא מחייבת** את האדםשקנה את הסחורה הטבועה מהגוי.

**ריב"ש**

**הקהל יכול לתקן בדיני ממונות אך לא יכול לעבור על איסורי תורה.**

בהלכה היהודית יש כללים ברורים איך נראה שטר, והם שונים מכללי הגויים. הקהל התקין תקנה ששטר בין יהודים שהוא לפי דיני הגויים – תקף. זאת משום שכל מי בחר להשתמש בשטר של גויים קיבל על עצמו את תקנת הציבור. **אולם במידה ובשטר יש ס' של ריבית, האסור ע"פ דיני תורה -הס' בטל**

**רשב"א**

שולל תקנה שבאה להתיר משחקי הימורים, שכן דבר כזה אסור על פי ההלכה ויש בו חשש גזל.

שו"ת **הרשב"א** א, א-רו

רקע: מספיק שני עדים כדי לערוך טקס קידושין.

הקהל קבע שכדי לקדש את האישה צריך עשרה עדים. (על מנת למנוע קידושי מחטף) **החידוש הוא ברצון לשנות איסורים**

לדעת **הרשב"א** יש תוקף לתקנת הקהל, אך חייבת להיות **הסכמה ע"י אנשי העיר** **ואם יש בעיר תלמיד חכם שלא הסכים אז אין תוקף לתקנה.**

**האם תקנת קהל היא הסכם רב משתתפים או חקיקה על ידי רוב?**

שו"ת **הרשב"א** ג, תיא

**גם מה שרוב הקהל מסכימים עליו תקף, לא צריך פה אחד**. **התקנות חלות גם על מי שלא נכח, שנולד אחרי קבלת ההחלטה ומי שהיה בדעת** **מיעוט אלא אם הוציא עצמו מהכלל במפורש.**

כשהקהל מתקין תקנות אלו הוא צריך לקחת בחשבון שהציבור יוכל לעמוד בתקנה.

חובה לכל אדם להקשיב לתקנן הקהל. כמו שכל ישראל כפופים לחכמים או מלך הם גם כפופים לקהל. **בכך הוא מכריע שיש לתקנת הקהל אופי של תקנה ולא הסכם.**

שו"ת **הרא"ש**

אין ברירה אלא להסתפק ברוב שכן המשמעות לדרישה פה אחד היא שלא יהיה ניתן להתקין תקנות כי תמיד יהיה מי שיתנגד

**מרדכי** בבא קמא, קעט

**מנגד: תקנות הקהל הן יותר הסכם מורכב מאשר תקנה** ולכן היא **לא מחייבת** את מי שנולד לאחר התקנה של הקהל ומי שהגיע לעיר לאחר התקנה.

מחייבת רק את מי שהסכים מראש

**מיהו הקהל?**

שו"ת **רשב"א** א, תרי"ז

לא באמת כל העם מחליט מכיוון שזו קבוצה מאוד גדולה ופרקטית זה בעייתי.

אלא ע"י **נציגי הקהל- שבעה טובי העיר** משמשים כאפוטרופוסים של העיר

מסייג - חייבים להיות שבעה לפחות מתחת לכך לא מחייב ויש צורך בהסכמה של אנשי העיר כל פעם לפי העניין הספציפי.

**אישור של אדם חכם**

**בתלמוד בבא בתרא** ט, א

**על מנת שיהיה לתקנות קהל תוקף צריך חכם שיאשר אותן בתנאי שקיים באותה עיר (רא"ש + רשב"א)**

תלמיד חכם, שיש לו מעמד בעיר, מנהיג בעירו.

**שוחטים** עשו ביניהם הסדר של חלוקת עבודה לפיה כל אחד שוחט ביום אחר בשבוע- מי שמפר קורעים לו את עור הבהמה שקיבל מהשחיטה. אחד השוחטים שחט ביום לא שלו וקרעו לו את עור הבהמה. השוחט הגיע בפני דיין ודרש פיצוי בעוד שהשוחטים האחרים טענו שהיה הסדר ביניהם. הדיין חייב את השוחטים לשלם.

מקרה זה סותר את העקרון לפיו אגודות מקצועיות מוסמכות לקבוע הסדרים בתוך עצמן. עם זאת, באותה עיר היה אדם חשוב שלא נתן את אישורו על הסכם זה ולכן הוא לא תקף.

**שו"ת הריב"ש** שצט

צורך **באישור של אדם חשוב רק בהסדרים של** **בעלי מקצוע (בעלי אומנויות)**, אך תקנות של כלל הקהל אינן נזקקות לאישור כזה.

**ולכן ככל הנראה תופס את החשיבות של אישור של אדם חשוב כדי להבטיח שההסדר לא מקפח אנשים.**

מדוע צריך הסכמה של תלמיד חכם?

1. **פיקוח הלכתי** - ככל הנראה זה נכון גם בבעלי מקצוע וגם בכל בני העיר.
2. כדי להבטיח שההסדר הזה **לא מקפח אנשים** - סביר ורלוונטי יותר למקרים של בעלי מקצוע ולא לכל העיר. מכיוון שבעלי מקצוע עלולים להעלות את המחירים
3. **כבוד** - למה שתחליטו דברים בלי לשמוע את דבריו של התלמיד החכם.

**מקור המנהג**

מנהג – יצירת נורמה מכוח התנהגות. המנהג לכאורה **צומח מן הציבור, עד שהופך למחייב** (מקבל תוקף רק בדיעבד)

שני סוגים של מנהגים: מנהג כביטוי להלכה קיימת (מנהג מקיים) ומנהג היוצר הלכה שהיא כביכול חדשה (מנהג יוצר).

**פסחים** סו,א

האם ניתן להקריב קורבן כשפסח נופל על שבת. מאחר שבפסח כולם צריכים להקריב מדובר למעשה בקורבן ציבורי ולכן דוחה שבת. נלמד מתוך הביטוי בפסוק "במועדו".

האם מותר להביא סכין לשחיטת הקורבן בשבת (אסור לטלטל סכין בשבת)? במקרה **הלל** שכח מה ההלכה ואמר שנחכה לראות מה העם עושה. העובדה שהציבור נהג כפי שנהג מלמד שזאת ההלכה. ראו שבשבת הציבור קושרים את הסכין בין הקרניים או הצמר של השה. **המנהג לא ייצר הלכה חדשה אלא הזכיר הלכה קיימת בפני חכמים – מנהג מקיים**

**ירושלמי פאה** ז, ה

במידה ובית הדין שכח את הנורמה יראה מה נהוג וייזכר בה. (מקור **למנהג מקיים**)

**ציות למנהג**

**בעל הטורים בטור חושן משפט** סימן שסח

ההלכה עושה **הפרדה בין גנב לגזלן**. גנב מגיע בסתר מבלי שבעלי החפץ יודע מי הוא, לכן הוא מתייאש "ומוותר" על הבעלות שלו. גזלן גוזל בגלוי והבעלים יודעים מי הוא. לכן הם לא מתייאשים, הם יודעים איפה הרכוש שלהם. אם קניתי מגזלן אני צריכה להחזיר לבעלים.

היה מנהג באותה העיר **שלא עשה הבחנה בין גנב לגזלן** כל מי שקונה חפץ גנוב/גזול מחזיר את החפץ לבעלים אך זכאי לקבל מהבעלים מה ששילם.

* ביחס מי שקונה מגנב - החמירו עליו (על פי הדין הוא יכול להשאיר את החפץ אצלו).
* ביחס מי שקונה מגזלן - הקלו עליו (כי עכשיו מגיע לו פיצוי על מה ששילם).

**בעל הטורים אומר שהמנהג מחייב למרות שהוא שינה את ההלכה – מנהג יוצר.**

**תלמוד מסכת תענית** כו, ב

1. הלכה כרבי מאיר – מלמדים את העמדה של רבי מאיר.
2. נהגו העם – לא נלמד אבל אם שואלים נענה לו שכך עושים.
3. מנהג – לא מלמדים ולא עונים שכך נוהגים. אבל לא נמנע ממנו לעשות את זה כי הרבה עושים כך.

**מקור החובה לציית למנהג והיקפה**

1. ספר משלי – "אל תשג גבול עולם אשר עשו אבותיך" – אין לשנות מנהג אבות.
2. ספר משלי – "שמע בני מוסר אביך ואל תטוש תורת אמך"
3. מאירי פירוש למסכת אבות – "אל תבוז כי זקנה אימך" – חייב לציית למנהג

שו"ת **הרא"ש**

**המנהג יכול לעיתים גם לסטות מדין תורה ובלבד שלא יתנגש עם איסור.**

**אי אפשר להוציא ממון ע"פ מנהג אלא רק על פי תקנת חכמים.**

כלומר לדעת הרא"ש **מנהגים שמקלים בדיני ממונות זה מנהג טעות** וגם אם קיימים המון שנים צריך לבטלם.

**בעל הטורים (בנו של הרא"ש!) המאירי והירושלמי בבא מציעא** – מנהג יכול לסתור דין תורה רק בדיני ממונות אך לא בדיני איסורים (ההלכה)

**שו"ת התשב"ץ**

למנהג יש תוקף כאשר הוא **סייג והחמרה** ואז יש חובה לקיימו – כל עוד הוא לא מתנגש עם איסור תורה.

מוסיף גם שככל שהמנהג ישן יותר יש לו תוקף גדול יותר.

**אם המנהג מהתלמוד - גם אם הוא טעות אי אפשר לבטלו.**

שו"ת **הרשב"א** ו, רנד

**עקורנית יש לכבד מנהג. אולם, מנהג שמקורו בחיקוי דין זר יש לפוסלו**

אדם שאשתו ובתו נפטרו, דורש את הנדוניה של אשתו, דבר לו הוא זכאי ע"פ דין תורה. אבי הכלה רוצה את הנדוניה חזרה בטענה המתבססת על מנהג הגויים. **מתנגד לרעיון של קבלת מנהג גויים**

**התלמוד הירושלמי** מגיב על **משנה בבא מציעא** ז,א

מסופר **רבי יוחנן בן מתיה** שאמר לבנו לשכור פועלים ולספק להם אוכל. הבן שכר את העובדים אך לא סיכם עמם מה יספק להם מבחינת האוכל (סוג אוכל).

**ר' שמעון בן גמליאל** אומר שלא היה צריך להגיד להם איזה מזונות הוא יספק **מכיוון שהולכים אחר מנהג המדינה**.

**המנהג גובר על ההלכה** – ניתן משקל גבוה למנהג ככל שמדובר **בדיני עבודה** ובעיקר ביחס לזכויות וחובות של עובדים.

**בבא מציעא עד, א**

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

קונה קנה **חביות יין** שהיו ואכסן אותן אצל המוכר. כדי להבטיח שהחביות שמורות לקונה היו מטביעים סימן שמסמן כי החביות הללו נמכרו (**סיטומתא**). נשאלת השאלה האם החותמת מחליפה מעשה קניין רגיל או לא. **אם המנהג מחשיב את החותמת כמעשה קניין זה מחייב.**

**השולחן ערוך** חושן משפט סימן רא

בסוגית קניין ה**סיטומתא**. אם יש מנהג בין הסוחרים שמעשה הקניין נעשה בדרך אחרת זה תופס והעסקה התבצעה.

בפסקי דין רבניים שונים הכירו מכוח כלל זה במזל וברכה בענף היהלומים כמעשה קניין מחייב, הוא הדין בתקיעת כף ועוד.

**דינא מלכותא דינא**

אימוץ של כללים מהדין הזר. הקשרים ממוניים בלבד. אם דין המלכות מתנגש עם איסור הלכתי, ההלכה כמובן לא תכיר בו.

**אינו יוצר נורמות המחייבות את כולם ולדורי דורות, אלא הוא תלוי מקום וזמן** ובכך הוא שונה מתקנות חכמים

יש מקרים קלים בהם ברור שההלכה תכיר בכך שיש צורך לציית לחוקי המדינה:

1. דיני תעבורה - מנקודת מבט דתית, אנחנו מכירים בסמכות השלטון הזר לחוקק חוקים.
2. תשלום מס - מנקודת מבט הלכתית דתית לא לגיטימי להשתמט ממיסים. ההלכה מכירה בסמכות השלטון להטיל מיסים- וכשיהודי לא משלם הוא עוקף גם את ההלכה.

**תלמוד בבלי מסכת נדרים** דף כז עמוד ב

מוכס = אדם שהשלטון מינה אותו לקחת מס.

משנה: אדם לא רוצה לתת מס אז חכמים אומרים לו תגיד למוכס שזו תרומה למרות שזה לא תרומה. איך אפשר לשכנע את המוכס שזו אכן תרומה? תנדור נדר שזה תרומה.

הדיון בגמרא:

עקרונית אי אפשר לא לשלם מס מכיוון שיש דינא דמלכותא דינא לפי **שמואל האמורא**. עם זאת יש מקרים מיוחדים בהם כן מותר.

1. מוכס שאין לו קצבה - מוכס שפעול בצורה לא הוגנת ולוקח כמה שבא לו בלי הבחנה.
2. מוכס העומד מאליו - מוכס שחורג מסמכותו, אדם שלא הגיע באופן רשמי מטעם המלך.

**בבא בתרא דף נה עמוד א**

הכלל דינא דמלכותה דינא מוזכר בתלמוד גם ביחס לחזקה במקרקעין ולשטרות, אולם הוא לא בהכרח מוגבל לתחומים אלה.

**מדוע דין המלכות צריך להיות דין?**

הלכה היא מערכת שלמה וסגורה שמחייבת את היהודים, למה שמערכת חוקית אחרת תחייב יהודים הלכתית.

**הר"ן** בפירושו **למסכת נדרים**

**המלך הוא בעלים על הקרקע**, ולכן הוא יכול להציב תנאים למי שגר בארצו. מי שלא יקבל את התנאים יגורש, ולכן אין ברירה אלא לציית לו.

\* זו לא גישת ההלכה ביחס לא"י אשר שייכת לתפיסתה לעם ישראל ולא למלך

**הרא"ש** מסכים עם הר"ן- ומרחיב את הפירוש: **גם אדם פשוט יכול להכתיב כיצד התנהגו אצלו** על הקרקע לכן ברור שגם המלך יכול.

**רש"י גיטין** ט,ב

מצוות דינים היא אחת **משבע המצוות בני נוח** האוניברסליות. לפי מצווה זו יש להם חובה להקים מערכת משפט. ממילא כאשר המלך מחוקק דיני שטרות וכו' הוא עושה זאת מכוח הסמכות שגם התורה נתנה לו, ולכן גם יהודים שחיים תחת שלטונו צריכים לציית.

החיוב של דינא דמלכותא תקף בבית דין של גויים (מלבד גיטין ושחרור עבדים) בגלל שגם הם מחויבים בדברים האלו (מצוות דינים) ולכן יש להם סמכות לשפוט בנושא.

**ההלכה מכירה בשטר ממוני שנעשה בערכאות של גויים, זאת להבדיל מגט של אישה** שקשור לדיני האיסורים ולכן לא רלוונטי לדינא מלכותא דינא.

**רשב"ם מסכת בבא בתרא** דף נד עמוד ב

**מי שיושב תחת המלך מקבל עליו מרצונו את חוקי המלך ומצוותיו**. למה האנשים מקבלים את החוקים? כי זה סדר חברתי שאנשים רוצים בו.

מאחר שניתן להתנות על דיני ממונות, בני המלכות מקבלים על עצמם את חוקי המלך לרבות תשלומי מס ועוד, **וההסכמה הזו לחוקי המלך** מחייבת אותם. ממילא מי שמקבל ממון מאחר על פי דין המלך, אינו גזלן שכן הוא הסכים לזה ולו בעקיפין.

**רמב"ם הלכות גזלה ואבדה** פרק ה הלכה יח

לדעת הרמב"ם לא מדובר בהסכמה לחוקי המלך **אלא הסכמה להיות עבדים למלך** ומתוקף היותנו עבדים של המלך אנחנו מחויבים לכללים שהוא מכתיב.

אם המלך מחוקק כללים לא הגיוניים:

הסכמה היא להיות עבדי המלך – חובת ציות לכל הכללים שלו, בלי קשר לתוכנם,

בהסכמה לחוקי המלך – אולי היא לא ניתנת לחוקים מקפחים.

שו"ת **בעלי התוספות** סימן יב **– רבינו תם**

**לא מחייב מתוקף היותו דין מלכות אלא מתוקף העובדה שחכמים אימצו אותו כתקנה.** כך שיש חובה לציית לדינים אלה כמו לכל **תקנות חכמים**.

**היקף הכלל דינא דמלכותא דינא – מגבלות**

**אנחנו עוסקים רק בהיבט של דיני הממונות וברור שבכל הנוגע לאיסורים אין דין המלכות יכול לסתור אותם.**

**רשימות המגבלות:**

**אדום – מתקשר לנימוקים לעיל**

**ירוק – מי אומר את המגבלה להלן**

* **חוק שמתנגש עם איסור** – רלוונטי לכולם כי דמ"ד חל רק בממונות ולא באיסורים. ר"ן, רשב"ם, רמב"ם, רש"י, ר"ת
* **חוק אישי ולא כללי ; לא שיווני** – **התשב"ץ + הרמב"ם + השולחן ערוך** רלוונטי לכולם זה סייג שהסוגייה עושה. ר"ן, רשב"ם, רמב"ם, רש"י, ר"ת
* **רק חוקים שקשורים למיסים ומקרקעין** – **הרמ"א**
  + לר"ן יכול להיות רלוונטי, כי הבעלות בקרקע מאפשרת ליצור כללים שתלויים בקרקע או מיסים שהם מעין דמי שימוש.
  + לרשב"ם על פניו אין סיבה להגביל, כי אנו מקבלים מרצוננו גם כללים אחרים.
  + הרמב"ם כמו הרשב"ם.
  + רש"י - מצוות דינים לא עוסקת דווקא במקרקעין אלא בכלל במשפט פרטי.
  + ר"ת על פניו אין סיבה להגביל כי יש להניח שהיו בתקופת התלמוד גם כללים שנגעו לנושאים אחרים.
* **רק חוק שצומחת ממנו תועלת ישירה למלך** – **הרמ"א**
  + ר"ן - אם אין הנאה למלך אז למה שיכפה, גם אם הוא בעל הקרקע.
  + רשב"ם - אין סיבה שיקבלו על עצמם כללים אחרים.
  + רמב"ם יכול להיות רלבנטי כמו הרשב"ם, מצד שני אם הם עבדים אז זה אולי לא מוגבל.
  + רש"י אין תשובה חד משמעית.
  + ר"ת הגיוני שהתקנה עסקה דווקא בזה אבל לא הכרחי.
* **רק חוקי מלכות ישנים –** **הריטב"א** ; על פניו אין סיבה להגביל לרוב הפרשנים. לר"ת רלוונטי כי התקנה כנראה התייחסה למה שהיה ידוע אז.
* **חוק שלא מתנגש עם הוראה הלכתית מפורשת** – **הש"ך** ; ר"ן, רשב"ם, רמב"ם, רש"י, ר"ת
* מלך ולא שלטון נבחר
  + לר"ן סביר שזה רלוונטי. לרשב"ם שלטון נבחר ההסכמה לחוקיו יותר ברורה ולכן אין סיבה שהכלל לא יחול. לרמב"ם סביר שרלבנטי. לרש"י ור"ת אין פניו אין סיבה להגביל.
* מלך מאומות העולם ולא מלך ישראל ר"ן, רשב"ם, רמב"ם, רש"י, ר"ת

**שו"ת התשב"ץ** א, קנח

כדי שההלכה תכיר בדין המלכות הדין צריך להיות שיווני וכללי.

**אם הדין הוא רק על חלק מהעם אין הוא נמצא תחת היקף הכלל של דינא דמלכותא.**

**רמב"ם הלכות גזלה ואבדה** פרק הלכה יד

רק כאשר החוק הוא על כולם. **אם החוק הוא פרסונלי (אישי) אין חובה לעמוד בו.**

אם הדין לא שוויוני ואדם לקח עקב הדין הלא שוויוני זה גזל.

**השולחן ערוך** חושן משפט סימן שסט סעיף ח

אם המלך פועל לפי החוקים שקבע אין זה גזל, אבל אם המלך פועל ללא סמכות וללא שוויון זה גזל או קנייה מגזלן.

הגהות **הרמ"א**

**דינא דמלכותא חל רק בהקשר לדברים שיש בהם הנאה למלך או שהם לתקנת בני המדינה כולם**. ככל שמדובר **בוויכוח פרטי בין אנשים לא ניתן להחיל את הכלל ונלך לפי ההלכה**. (לדוגמה – במקרה בו זוג נישא, האישה מתה ויש ויכוח על הירושה, מקרה פרטי ולכן יידון לפי ההלכה).

למה?

1. הסוגיות בגמרא שמדברות על דינא דמלכותא דינא הן על מיסוי במקרקעין.
2. בגלל הטעם של דינא דמלכותא דינא לפיו התוקף של הדין הוא בגלל הבעלות של המלך על הקרקע.

**רמ"א - שולחן ערוך** חושן משפט סימן שסט סעיף יא

הסיפור: האבא שמבקש חזרה את הנדוניה של ביתו שמתה.

טענות האב:

1. **תנאי מכללא** כי כולם יודעים שזה מה שנהוג בעיר שלנו - הרשב"א נפסל בגלל שלא ניתן לעשות תנאי מכללא על דין זר.
2. **מנהג המקום** - **הרשב"א**: אי אפשר להגיד שמנהג הגויים מתקבל כמנהג ישראל.
3. **דינא דמלכותא דינא** - **הרשב"א** אין כאן דינא דמלכותא דינא מכיוון היקף הכלל הוא רק לדברים שהם לטובת המלך או הציבור. אבל דברים בין אדם לחברו לא נחשב דינא דמלכותא.

**היקף הכלל הוא רק לדברים שהם לטובת המלך והציבור ולא לדברים שבין אדם לחברו.**

**ריטב"א** בבא בתרא נה, א

חכמים קיבלו על עצמם את הכלל כתקנה, ולא סביר שחכמים קיבלו על עצמם חוקים עתידיים שטרם נחקקו. **לכן, הכלל דינא דמלכותא דינא חל רק על החוקים המוכרים (הישנים) של המלכים שקדמו לתיקון התקנה.**

**הש"ך חושן משפט**

תקף רק למקרים בהם יש לקונה בהלכה, וניתן לאמץ את דין המלכות כדי להשלים את הפער הקיים. במקרה בו ההלכה מפורשת ואין פער- לא ניתן לאמץ את דין המלכות על חשבון דין התורה.

**הגדרת המלך**

**רמב"ם**

**מלך הוא אדם שאנשים מכירים בסמכותו,** שהמטבע שלו התקבל בקרב העם. רק אם מדובר במלך גדול ומוכר ע"י רוב העם יש חיוב של דינא דמלכותא דינא.

**מהרשד"ם**

לדעתו הדין מחייב רק במקרה בו יש מלך קבוע ולא מקום בו מחליפים מנהיג כל חודש.

**הרשב"א**

בשונה מהרמב"ם, הרשב"א טוען שלא רק במלך ששולט בכל הארץ, **אפילו שר או שליט מקומי דינו מחייב.**

**המהרי"ק**

מרחיב את הגדרת המלך עוד יותר ולטענתו כל אדם שהוא **הבעלים של קרקע** הדין שהוא קובע בקרקע שלו מחייב את מי שנמצא על הקרקע שלו. אפילו הדיוט יכול להכתיב כללים

**הרב קוק**

שלטון נבחר עדיף על מלך. שכן יסוד ההסכמה בשלטון נבחר, בא יותר לידי ביטוי.

ברגע שאין מלך כל מה שנוגע למצב הכללי של האומה, חוזרים לזכות האומה בכללה (כלומר הציבור הוא תחליף למלך). ואם מתמנה מנהיג מטעם הציבור הוא מקבל את סמכויותיו של המלך (לדוג' שבעת טובי העיר).

**מלך ישראל**

כאשר נקבע דינא דמלכותא דינא לא הייתה מחשבה שיהיה מלך על ישראל שלא פועל על פי דיני התורה.

**הר"ן**

דינא דמלכותא דינא **לא רלוונטי במלך ישראל** מכיוון שהוא **לא שליט על הקרקע.** הקרקע שייכת לכל עם ישראל. מתיישב עם דעתו שהתוקף לדין המלכות הוא הבעלות על הקרקע.

**הרשב"א – באופן כללי ככל הנראה הכלל שקובע שדין המלכות הוא בגלל השליטה על הקרקע לא רלוונטי היום - כי כיום אין כמעט מקומות שבהם יש שליט אחד שהוא הבעלים המוחלטים של הקרקע.**

**הרמב"ם** הלכות גזלה ואבדה

**הכלל דינא דמלכותא דינא רלוונטי גם למלך ישראל**. מתיישב עם דעתו כי היסוד לתוקף הדין הוא הסכמה של העם להיות עבדי המלך. עוסק בעיקר במיסוי.

**המאירי – ספר שמואל**

יש אולי מצב בו ניתן להגיד שמיותר לתת תוקף לדינים של מלך ישראל מתוקף "דינא דמלכותא דינא" מכיוון ש**יש מקום אחר בתורה שנותן סמכות למלך ישראל** – משפט המלך:

העם מבקש לשים עליו מלך ושמואל הנביא מזהיר אותם שהמלך ישלוט בהם ביד חזקה ומפרט את כל הדרכים בהם המלך ישלוט בהם.

**תלמוד בבלי - מסכת סנהדרין** דף כ

על פרשת המלך בספר שמואל יש סוגייה בגמרא:

האמורא שמואל – **כל מה שנאמר בפרשת המלך למלך יש סמכות לעשותו.** **המאירי פוסק כעמדת שמואל**- **למלך ישראל יש סמכות כמעט זהה למלך זר לא מתוקף דינא דמלכותא אלא מתוקף סמכויות מלך ישראל לפי ספר שמואל**

האמורא רב לעומתו אומר – **אין לו סמכות לעשות דברים אלו אבל הוא עלול לעשות זאת.** כלומר דברי שמואל היו איום של דברים העלולים לקרות.

**מה הדין במדינת ישראל?**

בית הדין הרבני יכול להתחשב בחוקי המדינה תוך שימוש באחד משלושה כללים:

1. **דינא דמלכותא דינא** (הכרה ישירה) **–** כלל זה רלוונטי **רק לפי הדעה שהכלל חל גם על מלך ישראל**. בכל אופן הכלל מוגבל לא יהיה שייך בכל המקרים.
2. **תקנת קהל –** **חוקי הכנסת זהים לתקנות קהל, וההגבלות עליהן זהות** - אפשר לראות בכנסת גוף שנבחר ע"י הציבור (מקביל לשבעת טובי העיר) ומכיוון שהכנסת מייצגת את הציבור, לחוקים שהם קובעים יש סוג של מעמד של תקנת קהל. (קושי – הצורך באישור אדם חשוב)
3. **מנהג** (הכרה עקיפה) **–** יש לקבל את חוקי הכנסת מכיוון שזה **המנהג שהתפשט בעם**. (חיסרון – ההכרה לא מידית, רק לאחר שהוכח שהציבור באמת נוהג על פי אותו חוק שהפך להיות מנהג רווח).

**פסק דין רבני לגננות באגודת ישראל** שדרשו לקבל את הזכויות של גננות כמו בשאר המדינה:

**הרב שרשבסקי**: צריך לתת להן את הזכויות בגלל דינא דמלכותא דינא. זכויות שמגיעות ע"פ חוק

**הרב שרמן**: אפשר לקבל אולי מתוקף מנהג (לא מוכן לקבל דינא דמלכותא מעיקרון של לא לקבל חוקי המדינה). ניתן לראות שאין מנהג כי שבקהילה הזו לא נוהגים לשלם לגננות את הזכויות.

**ההבדל בביסוס הוא חשוב ומשפיע: אם זה מתוקף מנהג צריך להוכיח שמנהג מתקיים ואם זה מתוקף דינא מלכותא אין צורך להראות שהעם אכן נוהג ככה ויש תוקף לדין.**

**הדין הפלילי** – יש סמכות למלך/לשלטון להעניש עבריינים לאו דווקא ע"פ דין תורה, זאת כדי ליצור סדר בחברה. בעיקר על רקע העובדה שענישת התורה מחייבת סנהדרין בירושלים שאין כבר 2000 שנים. חכמי ההלכה שבדורנו הסכימו להפקדת סמכות הענישה בידי בתי המשפט מכוח חקיקת הכנסת

**הרמב"ם** בהלכות רוצח והלכות מלכים

מדבר על **סמכויות הענישה של המלך** **בעבירה של רצח ובעבירה של מורד במלכות**, דהיינו מפר צו אישי של המלך. לא ברור מדבריו אם יש סמכות ענישה כזו גם בעבירות אחרות

**הר"ן**

* עוסק באריכות במבנה השלטוני האידיאלי על פי ההלכה וביחס שבין בית הדין של הסנהדרין לסמכויות השיפוט של המלך
* עם ישראל זקוק לגוף שיפוטי, בין היתר גם בשביל להעמיד חוקי התורה על תילם ולהעניש חייבי מלקות וחייבי מיתות בית דין העוברים על חוקי התורה
* **למלך קיימת סמכות לפעול רק בעניינים חברתיים** ולא הלכתיים.

**מערכת בתי המשפט האזרחיים במדינת ישראל**

משפט פרטי ולא ציבורי! המדינה מאפשרת ומעודדת פתרון סכסוכים מחוץ לבתי המשפט.

**פרופ' אליאב שוחטמן** –

* **ערכאות שבסוריא** הן מוסדות משפט יהודי שדייניו אינם מומחים בדין תורה (**רש"י**), בתי דין שהשופטים בהם הם הדיוטות (**הברייתא בגיטין**), הם פועלים ע"פ שיקול דעתם כבוררים (**הר"ן**).
* **הרמ"א** מתייחס ל"ערכאות שבסוריא" באופן מקל. במקום שאין בו דיינים חכמים, אפשר ללכת אליכם כי העם קיבל אותם
* **הרשב"א** שמתייחס במקור לעיירות של אנאלפביתים. הוא מדבר על הוראת שעה. חכמים העדיפו דיינים יהודים גם אם הדיוטות ואנאלפביתים, על מנת למנוע פניה לערכאות של גויים.
* **הר"ן** – ערכאות שבסוריא ימונו רק במקום בו אין בני תורה. זאת מאחר והם דיינים שלא מומחים בדין תורה ופועלים ע"פ שיקול דעתם ולכן עדיפים על חוקים של דין זר.
* לעומת זאת, **החזון איש** מאמין כי מאחר וערכאות שבסוריא דנים לפי שכלם המוסרי, הם לא רשאים לדון ע"פ חוקי עמים או לחוקק חוקים חדשים.
* **התשב"ץ** – תוקף התקנה מותנה בקבלת אישור של אדם חשוב, אם ישנו כזו. לכן מותר למנות דיינים שהם אינם מומחים מאחר והם גם ככה מתייעצים עם מומחים לאחר מכן.
* **המאירי** – רשאים לדון על פי "נימוסים" – דין זר, **שוחטמן** דוחה הסבר זה.
* לא ניתן להתיר בימינו פניה לערכאות אזרחיות – דין זר + יש בארץ בתי דין הבקיאים בדין תורה ודנים על פיו. אמנם יש מי שממנו נשמע לכאורה שניתן להסכים על דיינים שאינם בקיאים גם כשיש בנמצא בקיאים, אולם לדעת שוחטמן זה רק אם זה ייעשה בדרך של התקנת תקנה.
* ביהמ"ש בישראל הן ערכאות של גויים ­כי הם לא דנים על פי ההלכה (לא משנה שהם יהודים, מנה מהי מהות הדין)
* בהנחה שהפניה לערכאות של גויים אסורה אין בהסכמת הצדדים תועלת, שכבר ראינו שלא ניתן להתנות על איסור. אולם **שוחטמן** סבור שהם רק באים לקבוע שאין להעניש את הפונים בהסכמה, אך לא להתיר את האיסור.

**משפט ומוסר**

**מבוא**

חיובים ממוניים משפטיים מחייבים, לצד חיוביים ממוניים מוסריים (מה שנקרא לפנים משורת הדין). נבחן האם ניתן לחייב מישהו לנהוג במוסר, גם כאשר לא מדובר בהוראה משפטית אכיפה.

פס"ד **קיטן נ וויס** –

**השופט אלון** בהכרעתו: למרות שחברת קיטאן זכתה בתביעה, אלון מבקש ממנה לשלם למשפחה את הסכום שהוצע בהסכם פשרה (הביא סימוכין מהמשפט העברי, על חשיבות התנהגות של לפנים משורת הדין – ספר דברים להלן).

**השופט שמגר** לא הסכים שצריך לפעול לפנים משורת הדין (תפקיד של בית המשפט לעשות צדק – תלמוד, דוד המלך שחייב את העני כשהדין דרש זאת ורק אחרכ עזר לו. לא עירב שיקולים של לפנים משורת הדין בתוך הדין).

ככל הנראה, הסיבה לכך היא שיש בהלכה חיובים גם מוסריים ולא רק חיובים משפטיים.

**מקור התוקף למשפט ומוסר**

**דברים פרק ו – הרמב"ן בפירושו**

*(יז****)" שמור תשמרון את מצות******ה'... אשר ציווך****" –* ציווי לעשות את דבר ה' לפי דין

*(יח****)" ועשית הישר והטוב בעיני******ה'****" –* לפנים משורת הדין, לפעול לפי הטוב והישר- לא תמוך ציווי. לפעול לפי עקרון העל (הנחיית סל) בגלל שהמציאות משתנה והתורה היא ניצחית אי אפשר לצוות את הכל.

**הרמב"ן** מסביר שאין חזרתיות.

לפי הפשט של הפסוק – יש לעשות את המצוות מתוך רצון לעשות הישר והטוב בעיני ה'.

לפי מדרש חז"ל – הפסוק בא להנחות כיצד יש לנהוג בנושאים שה' לא ציווה עליהם בפירוש.

המבנה של פירוט המצוות לצד עיקרון על הוא לא זר למשפט העברי, כן שיש דוגמאות לכך גם בדיני איסורים (להלן).

**ויקרא פרק יט** – **מה הכוונה בציווי קדושים תהיו?**

פסוק עמום – לא ברור מה זה אומר **קדושים תהיו**.

בד"כ כשאומרים "קדושים", הכוונה היא לפריקות והימנעות מדברים מסוימים, לא סביר כי מדובר רק בהימנעות מאיסורי התורה, שכן הם כבר מפורשים במקומות אחרים.

**רש"י**

הכוונה להיות זהיר באיסורי עריות, שמופיעים בפסקים שקדמו לפסוק זה.

**הרמב"ן – איסור להיות "נבל ברשות התורה":**

בדומה לפירוש שלו בפירוש ל"ועשית הישר והטוב", גם פה גרס כי "קדושים תהיו" מהווה **ציווי סל**, גם בדברים אשר מותר לעשות צריך להיזהר ולשים גדרות. (מותר לשתות יין, אך אסור להפריז. מותר לאכול, אך לא להיות גרגרן)

**משמע, ישנן תאוות גופניות שמותרות לנו על פי התורה, אך אסור להפריז בהן.**

הבדלים:

* **קדושים תהיו קשור לדברים שבין אדם למקום (איסורים דתיים)**
* **הישר והטוב הוא יותר במקרים של בין אדם וחברו.**

**עשיית הישר והטוב (בדיני ממונות), פועלת בשלושה מישורים**

* 1. ציווי **לחכמים עצמם** – למען יתקנו תקנות תחת עיקרון זה.
  2. ציווי **לבית הדין** – מעבר ליישום הכללים הפורמליים, יש לשאוף להגשים יעד זה.
  3. ציווי **לאדם הפרטי** –
  + כשאין הוראה מפורשת – יש לעשות הישר והטוב, למרות שמדובר בציווי עמום.
  + כאשר יש הוראה מפורשת ואף היתר – לעתים יש לחרוג (להימנע או לעשות מעבר), בצורה שתגשים את עקרון העל.

**תקנת חכמים – דינא דבר מצרא**

**תקנת חכמים היא מחייבת ואכיפה.**

**ישנן תקנות בהן נכתב במפורש כי הן נגזרות מעקרון עשיית הישר והטוב, בהן נעסוק להלן.**

**דוגמה ראשונה – דינא דבר מצרא**

**תלמוד בבלי בבא מציעא** דף קח

**דינא דבר מצרא - זכות קדימה לגבי דברים מסוימים.**

**זכות קדימה** במשפט הישראלי – קיימת היום בד"כ בין יורשים של משקים חקלאיים ובין בני זוג.

במשפט העברי – צד ג לא יכול לרכוש שדה, כל עוד לא וויתר השכן הגובל בשדה על רכישתה. במידה ורכש, מחויב לפי ההלכה להעביר את הנכס לשכן, בתמורה לסכום ששילם תמורתו.

*הסוגיה התלמודית*: מספר שותפים להם בעלות על קרקעות, ובין הקרקעות יש קרקע ששייכת לאדם חיצוני. אותו אדם חיצוני מעוניין למכור את הנכס שלו לצד ג'.

**רב יהודה** – **אם צד ג' קנה את הקרקע מאותו המוכר הקונה הוא חצוף אך לא ניתן לסלק אותו,** אין כנגדו טענה משפטית.

**רב נחמן** – במקרה של **אחים ושותפים יש להם זכות קדימה משפטית, ניתן לחייב את צד ג' למכור להם את השדה**. אך, במקרה של **שכן רגיל אין זכות קדימה משפטית לשכן וניתן למכור לצד ג.**

**חכמי נהרדעי** – **גם ביחסי שכנות רגילים יש זכות קדימה משפטית. לאור עקרון הישר והטוב**. (אף צד לא מפסיד) – **הלכה לפיהם**. מכירה לשכנים לא תפגע בצד ג' שימשיך בחיפוש אחרי קרקע, אך כן תפגע בשכנים המעוניינים להרחיב את שטחם. בנוסף – למוכר זה לא משנה למי הוא מוכר.

למה דינא דבר מצרא זה דבר מוסרי? מכיוון **שהשכן יכול להרוויח מהקרקע הזו הרבה יותר ממה שצד ג' יכול להרוויח ממנו**. (נראה כי אם למשל השכן ירצה למכור את המגרש ולא להשתמש בו, לא בטוח שתהיה לו זכות קדימה)

למה הדבר מותנה על הקונה ולא על המוכר? הרי ההיגיון אומר להגיד למוכר שעליו למכור לאחים, במקום לצד ג'.

1. מכירה לצד ג' תאפשר **לדעת מה המחיר** של הקרקע (למנוע גזל).
2. **למנוע בעיה של גמירות דעת**- המוכר מוכר את הנכס למי שהוא רוצה ולא חייב למכור לאחים.

**בבא מציעא**, קח, ע"ב

במקרה בו הקרקע ניתנת לצד ג' במתנה, לא תחול זכות הקדימה. למעט במצב בו הבעלים התחייב לפצות את מקבל המתנה, במקרה שזו תילקח ממנו.

בנוסף, אם מדובר במכירת מספר שדות לקונה אחד, אין זכות קדימה לשכן, שכן זה עלול לפוצץ את העסקה.

**רש"י**

כאשר מכר הבעלים את השדה למי שהיה הבעלים שלו בעבר, לא קיימת זכות קדימה.

**בעל הטורים – טור חושן משפט** סימן קעה

אין דינא דבר מצרא כאשר יש **פגיעה במישהו**. דוגמאות:

1. **הפסד למוכר**: אדם שמוכר את כל קרקעותיו לאדם אחד (כאמור לעיל, בבא מציעא)
2. **הפסד לקונה** (קשר לקרקע): מכירה לבעלים לשעבר (כאמור לעיל, רש"י)

**דוגמה שנייה – "שומא הדר" (שמאות חוזרת)**

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף לה, א**

מה עושים במקרים בהם לווה לא מחזיר את החוב:

1. אם הוא לא מוכן להחזיר את החוב, ייקחו לו מכוח בית הדין.
2. אם אין לו כסף ייקחו לו מנכסיו או מהמקרקעין או מהמיטלטלין (רק אם זה לא משאיר אותו חסר כל).

בעיה: קיים חשש כי במועד פירעון ההלוואה לא יהיו כל נכסים בידי הלווה.

הפתרון:

סוגי ביטחונות:

1. ערבויות
2. בטוחות של קרקע (שיעבוד, קצת מזכיר את הדרך בה משכנתא עובדת).

הכלל: **כל הלוואה שנכתב בגינה שטר חוב, כוללת את שיעבוד נכסי המקרקעין של החייב.**

מכיוון שהשעבוד הוא לפני המכירה השעבוד גובר.

אם הלווה בכל זאת מכר את הנכסים, יוכל המלווה לפנות למי שרכש את הנכסים. על המלווה לפנות קודם לרוכש האחרון, במידה והנכס לא מספיק לכסות את החוב, לזה שאחריו וכן הלאה. הסיבה לכך היא שאם ילך לראשון מלכתחילה, זה עשוי לטעון שבזמן שהוא רכש את הנכס עוד היו ללווה מספיק נכסים להחזיר את החוב.

שלבי פעולה במימוש השיעבוד על ידי המלווה:

* 1. כתיבת שטר חיפוש נכסים ע"י בית דין. המטרה: לאפשר לבית הדין לקבוע אם ואיזה נכס ימומש.
  2. שטר "אדרכתא" – דריסת רגל. ניתנת למלווה חזקה על המקרקעין, טרם העברתם לבעלותו.
  3. שלב השומה – העברת בעלות. בית הדין מעריך את שווי המקרקעין ומעביר לבעלותו של המלווה

**בין שלב לשלב יעברו לפחות 30 יום, כדי לאפשר ללווה לפרוע את החוב.**

עקרונית, מדובר בשלב סופי שלאחריו אין ללווה יותר זכות על הקרקע.

מועד מימוש משכון – 30 יום לאחר מועד ההלוואה אלא אם כן סוכם אחרת בין הצדדים

**הסוגייה בגמרא – בבלי, בבא מציעא**

לדעת **חכמי נהרדעי** – למרות שהקרקע עברה לבעלות המלווה אם הלווה הצליח להשיג את הכסף תוך שנה, המלווה חייב להחזיר לו את הקרקע. **שומא חוזרת תוך שנה.**

**אמימר** אומר: לדעתו **שומא חוזרת לעולם** (לא מוגבלת בזמן) אם הלווה הצליח להשיג את הכסף.

**הלכה: שומא חוזרת לעולם מדין "ועשיית הישר והטוב"**

**רמב"ם הלכות מלווה ולווה**

צמצום זכות השומא החוזרת – רק במקרה בו אין נפגעים (כמו בדינא דבר מצרא).

* אם המלווה מכר \ נתן במתנה \ הוריש את הקרקע לצד ג', אין זכות השבה.
* במידה והמלווה השביח את הקרקע, יהיה זכאי לכל הפחות להחזר הוצאותיו.
* יש להניח שגם אם מחיר המקרקעין התייקר, גם אז תוגבל זכותו של הלווה לפדות את הקרקע.

זכות הפדיון של הקרקע (שומא הדר) עומדת גם ליורשיו של בעל הקרקע (הלווה), ולכן אם היורשים שלו השיגו כסף יכולים לדרוש פדיון הקרקע מהמלווה.

ההנחה היא שהמלווה מתעניין בכסף ולא בקרקע ואילו הלווה מעוניין בקרקע ולא בכסף (ערך סנטימנטלי)

**לפנים משורת הדין (יישום של "ועשית הישר והטוב")**

ההנחה היא שלפנים משורת הדין הוא לא דין ועדיין, יש מקרים בהם אפשר לכפות לפנים משורת הדין.

ארבעה מקרים בהם יש לפנים משורת הדין:

* + - 1. השבת אבידה – החזרת הארנק
      2. חובת הטענה
      3. הסבלים והיין
      4. הדינר ורב חייא

**השבת אבידה**

עקרונות של מצוות השבת אבידה:

* יש להשיב לפי סימנים – אסור להתעלם, יש חובה להרימה ולנסות לאתר את הבעלים האמיתיים.
* מקרים בהם ניתן להתעלם ולהשאיר למוצא אחר שיטפל בה:
  + 1. "זקן ואינה לפי כבודו" – אדם מכובד שהרמת החפץ תפגע בכבודו, או שזמן ההתעסקות שלו באבידה עולה על שוויה.
    2. כשיש הנחה אובייקטיבית כי הבעלים התייאש, רשאי המוצא לקחת לעצמו.
       - כאשר אין כל סימן זיהוי, הבעלים לא יוכל להוכיח כי החפץ שייך לו.
       - אבידה שערכה נמוך ואנשים בדרך כלל מוותרים עליה.
       - האבידה נמצאה באזור שבו אין רוב יהודים – החובה היא רק על יהודים, לכן בעל האבידה יתייאש מתוך הנחה שלא תחזור אליו. שאלה לגבי מקרה בו גם הדין הזר מחייב החזרת אבידה.
* כשאדם מתייאש הוא בעצם מפקיר את הדבר ומתיר אותו לעולם, לכן זה לא גזל.
* חובת הכרזה – על המוצא להכריז על מציאתו, במשך שנה (בית המקדש, לאחר מכן מקומות ציבוריים)
* המוצא לא מקבל בעלות על האבידה, עליו לשמור עליה עד לביאת אליהו הנביא. חלים עליו חיובי שומר חינם, עד שיתגלו הבעלים.
* מציאה שעלולה להתקלקל – על המוצא למכור את הדבר ולשמור את הכסף למאבד. אם מבקש לרכוש בעצמו, עליו לקבל אישור של בית דין כדי לוודא שנקבע מחיר הוגן.
* מציאה שדורשת טיפול –

1. אוכל ועושה (הוצאות והכנסות) – להחזיק שנה
2. אוכל ולא עושה (הוצאות ללא הכנסות) - להחזיק 30 יום ואז ניתן למכור אותו ולשמור את הכסף למאבד או לקנות לעצמו באישור בית דין.

על פי התורה חפץ שאדם לא התייאש ממנו לעולם לא יועבר לבעלותו של המוצא - אך המוצא לא יהיה חייב להמשיך להכריז ולחפש את המאבד.

**סיפור הארנק**

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא** דף כד עמוד ב

**סיפור 1:**

רב יהודה שואל את רב שמואל מה קורה אם מצאתי ארנק (עם סימנים), בשוק שבו רוב הנמצאים במקום אינם יהודים. **רב שמואל** עונה: אין חובת הכרזה והשבה בגלל ייאוש.

אם אדם גילה שהארנק אצלי ומגיע ומוסר לי סימנים על הארנק. **רב שמואל** עונה: אתה חייב להחזיר לו.

רב יהודה משיב לו כי הדברים סותרים זה את זה.

תשובת רב שמואל: **אתה חייב להחזיר לפנים משורת הדין.**

**סיפור 2:** שמואל לומד זאת מאביו (שהחזיר חמור לאחר יותר משנה). ההבדל הוא שאביו של שמואל נהג לפנים משורת הדין **מרצונו** בעוד ששמואל טוען שקיימת **חובה** לנהוג לפנים משורת הדין.

**חובת הטעינה** תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא

**ר' ישמעאל הולך בדרך. הוא פוגש סבל שמבקש ממנו לעזור לו להרים שק כבד**. ר' ישמעאל לא רוצה להתעסק עם הסל ולכן קונה ממנו אותו ומפקיר אותו לכולם. לאור ההפקרה הסבל עושה מעשה קניין ומבקש שוב עזרה. ר' ישמעאל משלם לו שוב ומפקיר אותו שוב, הסבל עושה זאת שוב ושוב אז **ר' ישמעל מפקיר לכולם חוץ ממנו**. רבי ישמעאל יכול היה להשתחרר מהסבל באמצעות "**זקן ואינה לפי כבודו"** **הוא לא עשה זאת משום לפנים משורת הדין**. למעשה אין הפקר שהוא לא לכולם אך כיוון שהסבל לא הבין בדין רבי ישמעאל ניצל זאת על מנת שלא יתעשר על חשבונו

**הסוחרים והיין** תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא

**רבא בר חנן** שוכר סבלים שיעבירו לו חבילות יין ממקום למקום **ואחת החביות נשברת.** רבא מבקש פיצוי אך הם לא מפצים אותו. הוא לוקח את הגלימה שלהם במקום. הסבלים הולכים לרב שאומר לרבא להחזיר את הגלימה שלהם ולשלם להם משכורת עבור עבודתם בשל היותם עניים. כיוון שזהו הדין ומסתמך על פסק במשלי "למען תלך בדרך טובים ואורחות צדיקים תשמור", משמע **הדין אומר שעליו לנהוג לפנים משורת הדין.**

המקרה הזה שונה מהמקרה של רבי ישמעאל מכיוון שכאן **רב מחייב את רבה לנהוג לפנים משורת הדין** ואילו במקרה של ר ישמעאל הוא **בוחר** לפעול ככה מעצמו.

**הדינר ורב חייא** תלמוד בבלי מסכת בבא קמא

אישה הלכה לשולחני **רבי חייא** שיגיד לה האם המטבע שקיבלה טוב. **רבי חייא טעה ואמר לה שהמטבע מעולה.** לפי ההלכה, אם אדם מגיע להתייעץ עם מומחה והוא נתן חוות דעת מוטעית המומחה יהיה פטור מפיצוי. **רבי חייא נוהג לפנים משורת הדין ומפצה את האישה למרות שאינו חייב.**

**האם ישנו חיוב לפעול לפנים משורת הדין?**

**מרדכי**

אפשר לכפות לפעול לפנים משורת הדין והוא מעגן את פסיקתו במקרה הארנק.

**הכפייה לנהוג לפי משורת הדין היא רק על מי שביכולתו לפעול כך – על העשירים.** זו כפייה סלקטיבית שמתחשבת במעמד הכלכלי. יש שחולקים על המרדכי

**רמב"ם** הלכות גזלה והרא"ש בבא מציעא

**לא כופים על אדם לפעול לפנים משורת הדין.**

אם האדם התייאש מהאבידה, יכול להחזיר לו אותה בשביל ללכת בדרך הישר והטוב, אך זו לא חובה.

**פתחי תשובה** – **עמדת ביניים**

**כופים אבל לא מפעילים את כל אמצעי הכפייה הרגילים** - משתמשים באמצעי כפייה מוחלשים (כפייה ע"י נידוי ולא ע"י מלקות או כוח), אולי ניתן להגיד שמדובר בכפייה חלקית.

השיקולים לפנים משורת הדין:

* 1. הפער הכלכלי בין הצדדים – ככל שיש פער גדול יותר, תהיה יותר נטייה להפעיל את הכלל.
  2. ציפייה גדולה יותר מתלמידי חכמים (לפי הרמב"ם, חכם המתנהג בחסד עושה קידוש השם)

**מחלוקת בית הראשונים האם אפשר לכפות\ לחייב לפנים משורת הדין:**

**בעד – המרדכי:** אפשר לחייב

**נגד – הרא"ש, הרמב"ם והשו"ע:** אי אפשר לחייב מדובר בחובה מוסרית\דתית ולא ניתן לכפות.

**ביניים – פתחי תשובה:** ניתן להשתמש באמצעי כפייה מוחלשים.

**בעלי התוספות** מסכת בבא מציעא דף כד עמוד ב – **הרחבת עמדת הביניים**

מוסיפים שני שיקולים נוספים להפעלת הכלל של לפנים משורת הדין:

1. **לכל היותר ימנע רווח** – האם ההתנהגות לפנים משורת הדין תגרום להפסד או לכל היותר נמנע רווח. כאשר היא ככל היותר תמנע רווח יש צפייה יותר גדולה לפעול לפנים משורת הדין.
   * **ארנק** – אין הפסד, רק אין רווח. ציפייה גבוהה יותר.
   * **הסבלים והיין** – רבה הביא להם שכר ולא לקח להם את הגלימה – היה הפסד בעקבות לפנים משורת הדין. ציפייה נמוכה יותר.
2. **פטור אישי** – האם לנהוג לפנים משורת הדין פירושו לוותר על פטור אישי או לעשות משהו שאחרים לא חייבים - תהיה צפייה גדולה יותר לפעול לפנים משורת הדין כאשר מדובר בפטור אישי.
   * **רבי ישמעאל והטעינה** – וויתר על פטור כי הוא זקן, התנהגותו מלפנים משורת הדין הוא לא ניצול הפטור והתנהגות כמו "אדם רגיל". ציפייה גבוהה יותר.
   * **רב חייא והדינר** – ויתר על פטור, לא חייב לפצות את האישה מתוקף היותו מומחה אבל למרות זאת הוא פיצה. ציפייה גבוהה יותר.
   * **הסבלים והיין** – התבקש לנהוג מעל הנורמה המקובלת ולוותר על פיצוי שכל ניזוק זכאי לו. ציפייה נמוכה.

**סיכום השיקולים להפעלת לפנים משורת הדין**

1. מעמד כלכלי.
2. מעמד דתי – חברתי.
3. שאלת ההפסד.
4. השאלה האם מדובר בפטור מיוחד.

בפועל, בית הדין יאזן בין השיקולים

**חובת השבת אבידה – הבדלים בין המשפט העברי לדין הישראלי**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **הדין הישראלי** | **הדין העברי** |
| **מהי אבידה – הגדרה זהה** | מיטלטלין שאבדו לבעליהם, או שבנסיבות הענין יש להניח שיצאו משליטתם | חפצים שאבדו לבעליהם בלבד. |
| **בעלי האבידה** | בעליה לרבות מי שזכאי להחזיק בה | בעליה בלבד (ביחיד בעל היכולת להתייאש ממנה) |
| **חובת המוצא אבידה** | חובה חלה רק ברגע שנטל את האבידה.  חובת השבה או הודעה למשטרה | חובה חלה מרגע שנמצאה, וכלל אסור להתעלם.  חובת השבה בלבד, הכוללת פרסום וחובת שמירה שלרוב יקח שנה. |
| **סייגים לחובת המוצא** | למעט מקרים בהם יש להניח שבעל האבידה התייאש ממנה מחמת מיעוט שוויה | יש הנחה אובייקטיבית לגבי ייאוש במקרים הבאים:  - חפץ ללא כל סימן זיהוי  - אבידה שאינה שווה פרוטה (דומה לדין הישראלי)  - החפץ נמצא במקום בו רוב העוברים ושבים אינם יהודים |
| **אבידה שלא נתגלה בעליה** | במקרה בו ניתנה הודעה למשטרה על האבידה - סופרים 4 חודשים מרגע ההודעה. מרגע זה ואילך, הבעלים המקורי מוחזק כמי שהתייאש והפקירה, והמוצא הופך לבעליה החדש.  במקרה בו ניתנה האבידה למשטרה – סופרים 4 חודשים, ומאותו רגע ואילך המדינה תהפוך לבעלים של החפץ. | יש למכור את האבידה (לרוב רק לאחר שנה), ולהחזיק בשווי הכספי שלה עד שבעליה ידרוש אותה, או עד בוא אליהו הנביא |
| **מכירת האבידה** | נכס שעלול להתקלקל או לאבד שיעור ניכר משוויו, או שהוצאות שמירתו אינן סבירות לעומת שוויו, או אבידה שהיא בעל חיים, המוכר/המשטרה רשאים למוכרה | ניתן למכור אבידות כאלה . אם קונה לעצמו צריך אישור בי"ד. בבעל חיים ההלכה מבחינה בין אם יש הכנסות או לא. אם יש ימכור רק אחרי 12 חודשים. אם לא אז כעבור 30 יום. |

**חיוב בדיני שמיים**

חיוב בדין שמים הוא כלי נוסף, באמצעותו ניתן להגשים את היעד של עשיית הישר והטוב.

דיני הנזיקין – ההלכה מבחינה בין נזק שנעשה באופן ישיר, לנזק שנגרם בעקיפין (נקרא **"גרמא").**

בניגוד למשפט הישראלי, שם יש חיובים על נזקים עקיפים (דרך עוולת הרשלנות), בהלכה **לא מחייבים את המזיק העקיף לשלם לניזוק,** אלא בית הדין יטיל עליו חיוב בדיני שמיים

הגדרת הנזק כ"גרמא" **אינה קשורה לשאלת היסוד הנפשי, אלא לאופן בו נגרם הנזק**

**תלמוד בבלי מסכת בבא קמא** דף נה עמוד ב:

* אדם מרעיל את בהמת השכן שלו.

1. מקרה של זדון במעשה – פיתיתי את החיה ונתתי לה מהרעל. חייב בדיני אדם
2. מקרה של זדון אבל עקיף – הנחתי בשדה של השכן רעל והחיה הגיעה לרעל לבד ומתה. מדובר בגרמא על פי ההלכה. לכן פטור מדיני אדם אבל חייב מדיני שמיים.

* היודע עדן לחברו ואינו מעיד – אדם שנמנע מלהגיע לבית דין ולתת עדות, אשר יכלה לעזור לחברו לזכות בתביעה, גרם נזק בעקיפין.
* הפורץ גדר בפני בהמת חברו – מזיק פרץ גדר ללא רשות, הבהמה ניזוקה או השתחררה והזיקה לאחר, גרם נזק בעקיפין.

**רש"י על מסכת גיטין**

מתייחס אל החיוב בדין שמיים כאל ענישה משמיים. אם המזיק יבחר לשלם לניזוק בכל זאת, אפילו בפשרה על חלק מהנזק, זה יקל או יפטור אותו מהעונש.

**יש לזכור כי מדובר במשפט דתי, לכן לאיום וענישה בדין שמיים יש משמעות.**

**ראב"ן**

בית הדין במקרה של פטור מדיני אדם וחייב מדיני שמיים צריך להודיע למזיק שהם לא יכולים לכפות עליו, אבל עליו **לשלם את הנזק כחובה דתית על מנת לצאת ידי חובת שמיים**.

**ים של שלמה**

מצטט **עמדה עוצמתית יותר** (למרות שהוא מסתייג ממנה), לפיה לבית דין יש תפקיד גם במקום של חייב בדיני שמיים, בית הדין לא כופה אבל הוא **דוחק** ומזהיר על העונש בידי שמיים.

מטרת בית הדין היא שתשלם את הכסף שמגיע לאדם שהזקת לו.

מידת הלחץ שתופעל תהיה תלויה בנסיבות במקרה – האם המזיק פעל במכוון/רשלנות, המעמד הכלכלי של הצדדים.

ההנחה היא שככל שהלחץ שיופעל על **המזיק** יהיה חזק יותר, **כך החשש שלו מעונש יהיה גדול יותר**. מנגד, **האינטרס של הניזוק לוותר על חלק מהפיצוי**, קטן יותר.

בית הבחירהל**מאירי** מסכת בבא קמא דף נו עמוד א

**מי שנקבע שהוא לא חייב בדיני אדם אבל חייב דיני שמיים, הוא נקרא גזלן ולכן עדיין פסול לעדות.**

במקרה של גזלן מדין שמיים בית הדין לא יכול להכריח אותו להחזיר את הגזלה אך אם הוא לא מחזיר הוא עדיין נחשב גזלן ופסול לעדות.

**מידת חסידות \ רוח חכמים נוחה –** עיקרון עשיית הישר והטוב אצל **האדם הפרטי**

ברמה של האדם הפרטי מבלי קשר לבית הדין. מקרים בהם הדין מנסה להכתיב התנהגות ולא אדיש לגמרי, אבל הוא **לא** **מעורב באופן ישיר.** **לא נורמות אכיפות**

**רוח חכמים לא נוחה הימנו** – חכמים כמייצגים את דעתו של האלוקים או התורה. **מופנה לכל אדם.**

**מידת חסידות –** התנהגות שאתה לא מחויב בה אבל אם אתה רוצה לנהוג מעל הנורמה הרגילה אז יש צפייה שתנהג כך. **מופנה ליחידים שנוהגים מנהגי חסידות.**

**רוח חכמים נוחה הימנו**

**מסכת בבא בתרא**

חוק הירושה מסדיר מה עושים עם הנכסים בעת מותו של אדם. אם אדם בחייו מחליט שהוא רוצה שהנכסים יתחלקו באופן שונה, עקרונית הוא רשאי והוא עושה צוואה והצוואה גוברת על חוק הירושה.

בהלכה אין צוואה מכיוון שכאשר האדם מת הנכסים לא שייכים לו, ולכן לא יכול לצוות על העברת הנכסים לאחר מותו. הפתרון הוא נתינת **מתנה רגע לפני המוות**. לכן צוואה נקראת בהלכה מתנה.

**בסוגייה בגמרא נאמר שאדם אשר מעביר את נכסיו במתנה לפני מותו, אין רוח חכמים נוחה איתו.**

המשנה גורסת כי יש תוקף לשטר מתנה (צוואה) שכותב אדם לאחרים, על אף שהדיר את בניו, אבל החכמים לא מרוצים ממעשיו כי פועל בדרך שונה ממה שהתורה אומרת. **רבן שמעון בן גמליאל** מסייג זאת מעט ואומר, שאם בניו אינם נוהגים כשורה יש לו לגיטימציה לעשות זאת.

**הרשב"ם** (ממשיך את פירושו של רש"י)

מפרש את הפסוק "אין רוח חכמים נוחה הימנו", כך שרוח חכמים מייצגת את תפיסת התורה.

**ברייתא: תלמוד בבלי מסכת בבא קמא דף צד עמוד ב**

חלק מן החזרה בתשובה של גזלן או מלווה בריבית היא השבת הגזלה או הריבית.

במקרה של אדם שגזל והוא רוצה להחזיר את הגזלה, ניתן למחול לו ולא לקחת את הכסף.

הברייתא אומרת שאם גזלן ומלווה בריבית באים להחזיר – אין להסכים לקבלם ואם הסכים, רוח חכמים לא נוחה איתו (מותר לקחת ממנו אבל ראוי לא לקחת ממנו).

מדובר במקרה בו הריבית או הגזל הם סכום קטן. ההנחה היא שההפסד שנגרם לנגזל במקרה זה אינו גדול, ואילו את הגזלן זה יעודד לשינוי דרכיו.

**משנה מסכת שביעית פרק י משנה ט**

* + 1. מחזיר חוב בשביעית רוחה חכמים נוחה עימו – חכמים מעודדים לווים שפטורים מהחזרת ההלוואה להחזיר אותה
    2. ירושת הגר – לפי ההלכה, כשאדם התגייר הוא כאילו נולד מחדש. בשל כך רואים אותו כמי שאין לו קרובי משפחה. אדם שלווה מגר והגר הולך לעולמו, אין חובה להחזיר את החוב לבניו, אבל רוח חכמים לא נוחה עם זה. הסיבה לכך היא בעיקר על רקע הזהרות רבות בתורה מפני פגיעה בגר.
    3. עמידה מאחורי הסכמה למכר מיטלטלין בעל"פ, טרם ביצוע העסקה בפועל (נדון **להלן**).

**למה לא להתקין תקנה?**

* בעניין שביעית מתוך הנחה שיש הגיון מאחורי השמטת חובת בשביעית כלפי אנשים שאין להם הרבה כסף.
* למקרה של הגר - אולי בגלל שלא מתקינים תקנות למקרים יחסית נדרים.

**מידת חסידות**

**\*תזכורת:** רלוונטי רק למי שנוהג מנהג חסידות בחייו.

**משנה, בבלי בבא מציעא**

דין הונאה - מכירת דבר יותר מ20 אחוז ממה שקניתי אותו (גם אם נעשה בתו"ל). קיים גם במטבעות.

המשנה עוסקת בפרקי הזמן בהם ניתן יהיה לבטל את העסקה, ומסווגת אותם ל2:

* + - 1. בעיר – פרק הזמן שלוקח להגיע לשולחני (אדם שתפקידו להעריך את שווי המטבע).
      2. בכפר – עד ערב שבת, שכן לא בהכרח יש שולחני קרוב.

מה קורה במידה ואדם איחר את המועד לטעון את הטענה? **מתוקף הדין הוא לא צריך לפצות אותו אבל אם האדם מזהה שאכן זה המטבע שהוא הביא לו מידת חסידות לפצות אותו.**

**רב חסדא** מבהיר **בסוגיה התלמודית** (שדנה אחרי המשנה), שמדובר במידת חסידות.

**ברייתא תלמוד בבלי מסכת חולין**

אדם שיש לו תוצרת חקלאית, חייב להפריש מתנות לעניים: לקט (שיבולים שנפלו), שכחה (עומר שנשכח), פאה (קצה השדה) ומעשר עני (רק בשנה השלישית והשביעית).

מי מוגדר עני -מי שאין לו 200 זוז.

בעל בית הגיע לעיר אחרת ולא היה לו כסף - יכול לקחת ממתנות העניים, כי כרגע הוא נחשב עני.

כשהוא חוזר הביתה לא צריך להחזיר על פי דין כי היה מותר לו לקחת וזה ממון שאין לו תובעים

אבל – **מידת חסידות** להפריש לעניים מהסכום שאכלתי בעיר האחרת.

**תשובות התשב"ץ –**

אישה בעל נכסים חלתה. יש לה קרוב משפחה שאמור לרשת אותה על פי דין. קרוב המשפחה עני בעצמו וצריך כסף עבור בניו וכדי להשיא את בנותיו. היא מעדיפה לתת את הנכסים לטובת בית כנסת ולטובת עניים. התשב"ץ נשאל אם רוח חכמים תהיה נוחה ממעשה זה של האישה או לא.

אין שאלה לגבי התוקף מכיוון שברור שמותר לה ויש לזה תוקף.

מביא סוגייה בגמרא שמתארת מצב בו אומרים שלא ראוי לשתף פעולה עם אדם שמעביר את הירושה שלו מבן רע לבן טוב או מבנו לביתו. אפילו במקרה בו יש העברה בין היורשים נחשבת למגונה, אז קל וחומר שמגונה להעביר את הירושה מאדם המגיע לו לרשת על פי דין לצד שלישי (בית כנסת או עניים).

איך ניתן להגיד שבית כנסת זה צד שלישי?

בעיה בהקדש לבית כנסת – ברגע שהיא נותנת לבית הכנסת את הכסף, היא מפחיתה מהצורך של שאר הציבור לתת לבית הכנסת. בכך היא מעבירה את הירושה ממי שראוי לרשת, להמון צדדים שלישיים.

מה הבעיה בלתת לעניים?

גם פה זה בעצם העברת הכסף שלה לאנשי העיר. כי אם היא נותנת לעניים, אז אנשי העיר של אותם עניים לא צריכים לתרום לעניים.

עוד סיבה היא "עני מהפך בחררה" - עני היה אמור לרשת אותה ועכשיו ייקחו לו את הירושה עניים אחרים.

**תשובת ביניים - אם נתנה את המתנה לא ניתן לבטל את זה אבל אין ראוי לעשות זאת ורוח חכמים לא נוחה איתה.**

התשב"ץ לאחר מחשבה נוספת אומר **שניתן לבטל את מתנת הירושה של האישה** (אומר זאת למרות שלא נשאל על הביטול).

המשיב מביא סיפור מהתלמוד הירושלמי סיפור המצדיק את עמדת הביטול:

סיפור בירושלמי על רב שמבקר את רבי על בית כנסת מפואר שבנה. לדעת רב היה עדיף שהכסף יושקע בחינוך ובסיוע לחולים. מכאן שסיוע לחלשים עדיף על השקעה בבניית בית כנסת. לכן האישה שמעדיפה בית כנסת על קרובה העני מבצעת מעשה עבירה. על כן **אין חובה למלא את רצונה.**

**למה התשובה הזו חשובה?** באופן כללי רוח רחמים לא משפיעה על ביצוע אלא רק מעודדת, אבל במקרה הספציפי הזה נלקח הביטוי רוח חכמים ובעזרתו הרחיק לכת כדי להגיע לתשובה שלו. השפעה עקיפה לרוח חכמים לא נוחה ימינו

יש כאן חשיבות רבה לפוסק אשר יכול להשתמש בחריגים לכלל, על מנת להגיע לתשובה שראויה במקרה הספציפי. מעבר לכך ברור שלא מדובר בתקדים שמחייב מכאן והלאה, אבל התשובה כן נותנת כלי לפוסקים לאחר מכן להסתמך עליה ולבטל מתנת ירושה במידת הצורך.

**מי שפרע ומחוסר אמנה – עסקת מכר שלא הושלמה**

**מעשי קניין**

**מי שפרע** – חיוב בדין שמיים. חזר בו מהקניין בשלב **מאוחר**, לאחר התמורה

**מחוסר אמנה** – אין בו אמון - רוח חכמים לא נוחה – פחות עוצמתי. חזר בו מהקניין בשלב **מוקדם**, לפני התמורה.

יש להניח שהיישום של הכלל יהיה בהתאם לנסיבות, ככל ויש הצדקה סבירה לחייב את האדם לקיים.

שלב הדיבורים, שלב ההסכמה אך בלי תשלום, שלב התשלום בלי מעשה קניין, שלה מעשה קניין. ההבחנה היא שמי שחוזר בו מהעסקה אחרי השלב השני הוא מחוסר אמנה (מקביל לרוח חכמים לא נוחה הימנו), ומי שחוזר בו אחרי השלב השלישי הוא "מי שפרע"

**משנה מסכת בבא מציעא**

**רקע:** כדי לקנות דבר על פי ההלכה צריך לבצע מעשה קניין וגמירות דעת (הגבהה, משיכה).

מתן תמורה זה לא מעשה קניין.

במידה ולא היה מעשה קניין כל צד יכול לחזור בו.

אם החזרה היא בשלב מוקדם של העסקה זה בסדר אבל אם בשלב מאוחר זה לא מוסרי אך מותר מבחינה משפטית.

משנה-

אם משך את הפירות ועדיין לא שילם תמורה לא יכול לחזור בו כי היה מעשה קניין.

אבל אם שילם תמורה אבל לא משך את הפירות יכול לחזור בו כי לא הייתה משיכה.

הדיון על כך בגמרא -

אביי ורבא נחלקים לגבי מה קורה לאדם שחוזר ממעשה קניין בשלב מאוחר.

**אביי** אומר שמודעים לו שעלול להיענש משמיים.

**רבא** אומר מקללים אותו, יותר קיצוני מאביו.

**הרמב"ם הלכות מכירה פרק ז**

הרמב"ם מתייחס למקרה בו השלב של החזרה יותר מוקדם - לא רק שלא היה מעשה קניין גם לא הייתה תמורה אבל היה הסכם בדברים – יחשב כמחוסר אמנה

גם מי שהבטיח לחברו מתנה ולא נתן לו הוא מחוסר אמנה.

עושה הבדל בין מתנה מועטת למתנה גדולה - כאשר הסכום קטן האדם **סומך** על המתנה וכאשר המתנה גדולה האדם לא סומך על כך שהוא יקבל מתנה כזו.

לפי הרמב"ם מקללים את אותו אדם שחזר בו מהעסקה.

**משנה, מסכת שביעית**

מצב היה משא ומתן בע"פ, אך העסקה לא בוצעה (תו"ל במשא ומתן) – אין רוח חכמים נוחה הימנו.

**שו"ת שבות יעקב**

**רקע:** לפי התלמוד, גם כאשר בוצע מעשה קניין, ניתן לראות בחיזורו האובסיסיבי של המוכר אחר הכסף שלו, כחוסר גמירות דעת לעסקה.

עסקת מכר של יין, שלאחריה מחיר היין התייקר ב50%. המוכר הסתמך על הסוגיה התלמודית לעיל.

הדיין לא היה שלם עם ביטול העסקה, כן שהיה ברור שהסיבה היא רק כלכלית.

הדיין מסתמך על סיפור מהתלמוד, לפיו **כאשר אדם מוכר סחורה פגומה, ההנחה היא שהייתה לו גמירות דעת, שכן הוא מבקש להיפטר מהסחורה**. גם אם חיזר אחר הכסף, זה ככל הנראה מחשש שמא הקונה יתחרט. מזה הוא מסיק על המקרה, שכן לטענתו יין הוא סחורה גרוע היות ועלול להחמיץ. לכן קובע כי המוכר במקרה שלנו, לא יוכל להיתלות בכך שחיזר אחר כספו ולבטל את העסקה.