**סיכום מקוצר- מבוא למשפט עברי:**

**מבוא:**

ישנם שני סוגי חוקים:

1. דיספוזיטיבי- חוק ש**ניתן להתנות עליו**. תקף כל עוד הצדדים לא הסכימו אחרת. כשיש פער, לא ניתן להתנות.
2. קוגנטי- חוק ש**לא ניתן להתנות עליו**. גם אם הצדדים הסכימו על כך ביניהם הדבר לא יתאפשר.

בדיני איסורים מובן שלא ניתן יהיה להתנות, עם זאת בדיני ממונות נכנסים לדיון מתי אפשר ומתי לא. על מנת שנוכל להתנות בדיני ממונות יש מספר דברים שצריכים להתקיים.

משנה, מסכת כתובות:

לפי הכתובה הבעל מחוייב בדיני ממונות לאשתו. כחלק מהכתובה נקבע כי כל נכסי האישה שהיא מביאה עמה לנישואין יהיו שייכים לאיש כולל פירותיהם, כל זמן שהשניים חיים יחד. האישה לא תוכל למכור את הפירות ובמצב של גירושין או מות האיש הם יחזרו לאישה.

עם זאת, הזוג יכול להתנות על דין זה. אם האיש יאמר אמירה הנוגעת לנכסים עצמם, הדבר יתפרש כך שאין לו בעלות על הנכסים עצמם אך לא על פירותיהם והמשמעות היא שהאישה תוכל למכרם כל זמן שהם יחד. אם האיש יאמר אמירה מפורטת שנוגעת לנכסים וכן לפירותיהם, הדבר יתפרש כך שאין לו בעלות לא על הנכסים ולא על פירותיהם. ר׳ שמעון בן גמליאל בדעת מיעוט אומר כי תניה שכזו לא תעזור.

מכאן אנו לומדים כי פירוש התניות ייעשה בצמצום. ההנחה היא שאדם לא יוותר על זכויותיו ולכן נשתדל לפרש את כל התניות בצמצום.

תוספתא קידושין:

כלה שמבקשת מהחתן שיסכימו על תנאי לפיו במקרה הצורך היא לא תידרש לבצע ייבום. התנאי לא תקף משום שמדובר באיסור תורה ולא דין ממוני.

לעומת זאת אם האיש אומר לאישה שהוא יסכים לקדש אותה רק אם תוותר על המזונות התניה תהיה תקפה משום שמדובר בדין ממוני.

תלמוד בבלי, מסכת בבא מציעא:

ישנם ארבעה סוגי שומרים שמתחלקים לשתי קבוצות מרכזיות:

1. היוזמה מצד בעלי החפץ- **שומר חינם** (אחריות נמוכה) ו**שומר שכר** (אחריות בינונית).
2. היוזמה מצד השואל- **שוכר** (אחריות בינונית) ו**שואל** (אחריות גבוהה).

נטל הראייה וכן האחריות מוטלים תמיד על השומר. עם זאת, לעניין השאלה האם השומר והבעלים יכולים להתנות על דברים אלו הייתה מחלוקת משום שמקור הדין בתורה. ר׳ יהודה קבע שניתן להתנות על דבר שבממון גם אם מקורו בתורה, בעוד ר׳ שמעון לא מאפשר זאת. הלכה נקבעה כר׳ יהודה ולכן התנייה שכזו בדיני שומרים תתאפשר משום שמדובר בדבר שבממון.

**מתנה על מה שכתוב בתורה:**

כל שבע שנים יש שנת שמיטה, וכחלק ממנה יש גם שמיטת חובות.

רמב״ם, הלכות שמיטה ויובל:

הרמב״ם מסביר שאם המלווה קובע תנאי מתלה להלוואה לפיו שנת שמיטה לא תחול על החוב התנאי לא תקף. זאת משום שמדובר בביטול דין תורה ואדם לא יכול להוציא עצמו מהדין.

לעומת זאת, אם המלווה והלווה מתנים שהחוב הספציפי לא יישמט התנאי תקף. זאת משום שאותו אדם חייב את עצמו בממון שהתורה לא חייבה ותנאי שבממון קיים.

* פיתרון לבעיה שנוצרה לפיה עשירים העדיפו שלא להלוות לעניים כי פחדו שהחוב לא יחזור אליהם היה הפרוזבול (הפיכת החוב לציבורי ומניעת מחיקתו).

רמב״ם, הלכות מכירה:

דין הונאה הוא דין שחל רק במיטלטלין ורק כשתנאי השוק קבועים. לפי דין זה במקרה בו דבר נמכר בפער של 20% כלפי מעלה/ מטה, גם אם נעשה בתו״ל, ייחשב כהונאה.

המשמעות המעשית לקביעה זו היא שהצד הנפגע יוכל לבטל את העסקה או לבקש את הפער בחזרה.

הרמב״ם מסביר כי אדם לא יוכל לקבוע תנאי לפיו לצד השני לא יכולה להיות טענת הונאה. אם הנפגע יסכים לוותר על הפגיעה ולהחשיבה כמתנה הדבר יתאפשר, אך ורק אם שני הצדדים מודעים למהלך, משמעות הוויתור ומסכימים לו.

מכאן ניתן ללמוד כי על התנייה להיות ברורה ומקובלת על שני הצדדים על מנת שיהיה לה תוקף.

תלמוד בבלי, מסכת בבא בתרא:

לפי ההלכה לא ניתן לעשות צוואה. כחלק מדיני הירושה נקבע כי הבן בכור יקבל כפול ושאר האחים יתחלקו שווה בשווה ביתרה. התנייה של אדם על דין זה לא תהיה תקפה שכן היא התנייה על דין תורה. בנוסף, אין הסכמה של שני הצדדים, שכן הבן לא שותף לאמירה.

על מנת שתנאי כזה יהיה תקף שני הצדדים צריכים להיות שותפים לו, בדגש על הצד הנפגע.

שו״ת הרשב״א:

מקרה בו ראובן חיתן את לאה ביתו עם שמעון. לזוג נולדה בת, אך גם היא וגם לאה נפטרו. ראובן דורש משמעון את הנדוניה בטענה שזה הדין במקום מגוריהם (דין גויים). הרשב״א לא מוכן לקבל את הטענה וקובע שהוא לא חל משום שמבוסס על דיני הגויים (אם היו מתנים זאת באופן אישי לפני החתונה הדין היה תקף).

מכאן ניתן ללמוד כי יש חשיבות גם לניסוח התנייה.

שו״ת מהרי״ק:

כאשר מדובר בספק ממונות יש להקל וכאשר יש ספק איסורים יש להחמיר.

במקרים בהם יש נושא ובו שני ספקות מקבילים, נבדוק מה הספק הבסיסי עליו מונח השני ונבחן לפיו (דוגמת הגזלן).

**תורה שבכתב ותורה שבעל פה:**

יש תורה שבכתב שהיא חמישה חומשי תורה ויש תושב״ע שניתנה למשה בסיני בע״פ ועוברת מדור לדור. למה המבנה היה ככה מלכתחילה? ישנם כמה הסברים.

1. לשמר את ייחודו של עם ישראל- בעוד התורה שבכתב גלויה לכולם, התורה שבע״פ עוברת מדור לדור בלבד.
2. ספר העיקרים, ר׳ יוסף אלבו- כדי שתהיה גמישות ויכולת להתאים את כללי ההלכה הנצחיים למציאות המשתנה.

הקדמת הרמב״ם לפירוש המשניות:

הרמב״ם מחלק את התורה שבע״פ ל-5 חלקים:

אין מחלוקת

* חלק ראשון- הלכות שניתנו למשה בסיני וניתן להסיקן מסברא או מדרש.
* חלק שני- הלכות שניתנו למשה בסיני ולא ניתן למצוא להן ראיות בתורה שבכתב.
* חלק שלישי- הלכות שחכמים מסיקים ע״י מדרש הפסוקים.
* חלק רביעי- גזירות שתקנו חכמים ונביאים.

יש מחלוקת

גזירות שמהוות הרחבת האיסורים כדי לשים סייגים וגדרות לחטא.

* חלק חמישי- דינים שקובעים חכמים ע״י חקירה והסכמה

בדברים הנוהגים בין בני אדם. עוסקים בדיני ממונות ותקנות דתיות.

על החלק הראשון והשני ברור שהמקור הוא בתורה ועל החלק הרביעי והחמישי ברור שהמקור הוא מחכמים. המחלוקת נוגעת בחלק השלישי וחשובה על מנת שנוכל לדעת עד כמה ניתן להתגמש עם הדין המדובר (ספק בדין תורה= להחמיר. ספק בדין חכמים= להקל).

המחלוקת המרכזית היא בין הרמב״ם ובין הרמב״ן.

רמב״ם, ספר מצוות:

סופר במניין המצוות רק מצוות מן התורה.

על מנת לדעת מה מדאורייתא ומה מחכמים קובע כלל לפיו כל זמן שאין אמירה מפורשת מצד חכמים מדובר בדין חכמים, ואם ציינו מפורשות יהיה מדובר בדין תורה.

רמב״ן, השגות לספר המצוות לרמב״ם:

קובע כלל הפך.

כל זמן שאין אמירה מדובר בדין תורה, אם ציינו מפורשות יהיה מדובר בדין חכמים.

**סמכות חכמים בפרשנות ובפסיקה:**

דברים פרק י״ז:

כאשר לאדם הייתה שאלה הלכתית שלא ידע מה התשובה עליה היה נדרש ללכת ללשכת הגזית בבהמ״ק שם ישב ביה״ד הגדול. ביה״ד היה נותן תשובה ופוסק הלכה ואותו אדם היה מחוייב לציית להכרעתם. אדם שבכוונה לא הקשיב להכרעה דינו היה מוות.

בסופו של דבר נפסק כי עונש מוות נוהג רק בזקן ממרא, שהוא אחד מחכמי הסנהדרין שחולק על דעת הרוב ומורה לפעול בניגוד להכרעתם.

מכאן ניתן ללמוד כי יש לציית לביה״ד ולסמכות חכמים.

רמב״ם, הלכות ממרים:

הרמב״ם קובע כי יש חובת עשה להקשיב לדברי חכמים ואיסור לא תעשה לסור מדבריהם ימין ושמאל. החובות נוגעות בכל דיני התורה ובכל הפרשנויות והחידושים. הוא מסביר כי הציות להם וההליכה לפי התושב״ע היא חלק בלתי נפרד מהתורה שבכתב.

* האם החובה טוטאלית או מסוייגת?

ספרי, מדרש הלכה:

החובה היא חובה מוחלטת. כלומר גם כאשר אומרים דבר לא נכון באופן מפורש יש לשמוע בקולם.

* איך ניתן להסביר זאת? נימוקים דתיים וחברתיים.

רמב״ן, דברים:

החכמים הוסמכו ע״י ה׳ לפרש את החוקים ועל כן ההלכה תהיה לפי קביעתם. לכן, צריך להקשיב להם גם אם חושבים שטעו. בנוסף, אם לא נקבע הליך ברור לפיו יהיה גוף אחד שמוסמך להכרעה נגיע למצב בו יש כמה תורות שונות ומטרתנו היא לשמור על אחדות התורה.

ספר החינוך:

חוזר על דברי הרמב״ן ומדגיש שיש עדיפות שכולם יטעו יחד כעם אחד מאשר שכל אחד יעשה כרצונו.

דוגמא לחשיבות האחדות מצוייה בתלמוד הבבלי במסכת ר״ה. שם מסופר כי הגיעו לביה״ד עדים לספר שראו את הירח ביום ה-30 אך ביום ה-31 לא ראו אותו. למרות שהדבר היה מוזר רבן גמליאל קיבל את דבריהם. ר׳ דוסא לעומתו קבע כי הם עדי שקר ור׳ יהושע הסכים איתו. בעקבות כך רבן גמליאל דרש מר׳ יהושע לבוא אליו ולחלל את יום כיפור לפי חישובו. ר׳ יהושע הלך לר׳ דוסא ושאל אותו מה עליו לעשות. ר׳ דוסא ענה לו שעליו לחלל את יום כיפור כי אם לא יעשה זאת יווצר מצב בו כל אחד יערער על ביה״ד בימיו ועל בתי הדין הקודמים לו. ודבר זה הוא משהו שרוצים להימנע ממנו. בקטע זה הייתה גם השוואה בין משה ואהרון ובין ירובעל ושמואל כדי להדגיש שעל אף ירידת הדורות אין זה משנה מי השופט ויש לציית לו.

דרשות הר״ן:

לחכמים ניתנה רשות להכריע במחלוקות גם אם הן של דורות קודמים להם ושל חכמים מהם. הסיבה לכך היא מניעת הפיכת התורה לכמה תורות. אנו מעדיפים אחדות בעם גם במחיר טעות נדירה על פני פירוד.

קצות החושן:

יכול להיות מצב בו יהיה פער בין האמת בשמיים וההכרעה האנושית וזאת משום שהתורה ניתנה לאנשים ולא למלאכים. אנו מצווים לפרש לפי ההבנה האנושית.

שו״ת אגרות משה:

ה׳ נתן לנו את התורה וגם הסמיך אותנו לפרש אותה. יש חובת ציות מלאה שלוקחת בחשבון גם טעויות אפשריות משום שאנו מעדיפים את יתרון ההכרעה.

תלמוד ירושלמי, מסכת הוריות:

עוסק בהוראות מוטעות של ביה״ד. במקרה בו חכמים נתנו הוראה מוטעית, כולם הקשיבו ואח״כ כשהבינו שטעו הוציאו על כך הודעה. כשאדם עובר עבירה בטעות עליו להקריב קורבן אישי. במקרים של עבירה שנגרמה עקב טעות של ביה״ד, חכמים הם אלו שיצטרכו להביא קורבן עבור כולם.

כשביה״ד מורה לפעול בצורה לא נכונה לא צריך להקשיב להם. כלומר חובת הציות היא כל עוד הם לא טעו.

* גישה זו מעוררת קושי שכן מי יכול לקבוע זאת?

תלמוד בבלי, מסכת הוריות:

תלמיד חכם שלא היה בביה״ד, ידע שטעו ועדיין נהג לפיהם יצטרך להביא קורבן אישי.

מכאן לומדים שיש חובת ציות גם כשחכמים טועים, ורק מי שהוא תלמיד ראוי להוראה יכול לא לציית להוראה אם חושב שטעו. זה תקף רק לגבי עצמו אך לא לאחרים.

עקידת יצחק:

דיינים שיפסקו אוטומטית לפי הכללים היבשים וללא בדיקת הנסיבות הפרטיות במקרה המדובר הם לא בסדר. יש לבחון כל פעם מחדש את הנסיבות והכללים בהתאם למקרה כדי לראות אם יש לנהוג אחרת מהכלל היבש.

**מחלוקת בין חכמים:**

חלק מסמכותם של חכמים היא שבמקום בו יש מחלוקת עליהם להכריע בה. אך האם היא מהווה תקלה ממנה רוצים להימנע או שהיא דבר טוב ומקדם?

תוספתא חגיגה:

ר׳ יוסי מתאר כי בעבר לא הייתה מחלוקת, זאת משום שהלכה בכל אחת מהערכאות נפסקה ע״י מסורת שקיבלו אותם חכמים ואם לא הייתה ידועה מסורת היו עולים לערכאה גבוהה יותר. רק ביה״ד הגדול יכול לחדש בהלכה ולכן לא יכולות להיות מחלוקות.

ר׳ יוסי ממשיך ומתאר כי כאשר הגיעו תלמידי הלל ושמאי שלא למדו ברצינות מספיק מרבותיהם על דרכי הפסיקה (״לא שמשו כל צרכן״), הדבר גרם לשחיקה במנגנון ההכרעה שהיה מקובל על כולם וברור.

מכאן ניתן ללמוד כי המחלוקת היא לא דבר אידיאלי אלא דבר שנוצר בעקבות ירידת הדורות.

תלמוד ירושלמי, מסכת חגיגה:

בגמרא זו מתואר כי בעבר היו מחלוקות רק בעניין הסמיכה, אך בתקופת בית שמאי ובית הלל הדבר הגיע למצב שנגרמו מחלוקות רבות. המחלוקת היא לא דבר רצוי, אך ברגע שנוצרה המחלוקת צריך ללמוד לחיות איתה, לא ניתן להחזיר את הגלגל לאחור וזה המצב עד בוא המשיח.

אבות דרבי נתן:

הגענו למצב בו יש הרבה אנשים שדנים בהלכה וכל אחד קובע משהו אחר ומגיע למסקנות אחרות. המצב יכול לגרום לאנשים להגיד שהם אינם מעוניינים ללמוד אך בגלל שכל תלמידי החכמים נבראו ע״י ה׳, כל הדעות מקורן מאלוקים ולכן יש ללמוד את כולם.

* איך יכול להיות שכל הדעות הן דבר אלוקים?

מסכת עירובין והריטב״א:

בגמרא מתואר מצב בו היו מחלוקות רבות בין בית שמאי ובית הלל ויצאה בת קול שאמרה ״אלו ואלו דבר אלוקים חיים״ אך הלכה כבית הלל. למה? זאת משום שהיו נוחים וצנועים יותר. כלומר או מחוברים יותר לאנשים סביבם ולכן מותאמים למציאות בפועל, או שקודם היו שומעים את בית שמאי ואז טוענים את טענותיהם כך ששלהם היו מבוררות ומזוככות יותר.

הריטב״א שואל איך יכול להיות ששתי הדעות יכולות להיות דברי אלוקים? ועונה כי כשמשה קיבל את התורה בסיני ה׳ הראה לו 49 דרכים לאסור ולהתיר את אותו הדבר בדיוק. כלומר, ריבוי הדעות הוא כבר מהמקור וזכות ההכרעה ניתנה לחכמים בהתאם לתקופה.

תוספתא עדויות:

הכלל הוא שכאשר יש מחלוקת הולכים לפי דעת הרוב.

* אם ההלכה היא כדעת הרוב למה צריך להזכיר את דעת המיעוט?

יש שאומרים שזה על מנת שנוכל לסתור את אותה דעת מיעוט ויהיה ברור שהיא לא ההלכה הנוהגת.

יש שאומרים שזה כדי שכאשר תלמיד חכם מסויים יבוא ויציג את אותה דעה כדעה שקיבל מרבותיו נוכל לדעת כי מדובר בדעת מיעוט.

ר׳ יהודה אומר שיש חשיבות לדעת המיעוט בפני עצמה, זאת מכיוון שיכול להיות שנצטרך להיעזר בה בשעת הדחק.

דוגמא לשימוש כזה בדעת מיעוט בשעת הצורך מופיע במסכת שבת.

בשבת ישנם חפצים אשר מוגדרים כמוקצה ובהם אסור לגעת במהלך השבת, אחד מהם הוא פמוט. עלתה השאלה האם ניתן לטלטל פמוט לאחר שכבה נרו?

ר׳ יהודה (המחמיר)- אם נעשה בו שימוש אסור לטלטל. אם לא נעשה בו שימוש, מותר.

ר׳ מאיר (ביניים)- אם נעשה בו שימוש באותה שבת, אסור. אם נעשה בו שימוש בשבת אחרת, מותר.

ר׳ שמעון (מקל)- אם הנר דולק, אסור. אם הנר כבוי, מותר.

בהמשך השאלה הגיעה גם לעניין החנוכייה. בעבר כשהדליקו חנוכייה היו מניחים אותה מחוץ לדלת וכאשר היו הנרות נכבים היו מכניסים אותה חזרה. עם זאת, עלתה השאלה מה יש לעשות בשבת שכן החנוכייה היא מוקצה? האם נכניס אותה כשהנרות יכבו? במקרה זה היה מסוכן להשאיר את החנוכייה בחוץ והסתמכו על דעת המיעוט של ר׳ שמעון.

**לא בשמיים היא- היחס בין נבואה והלכה:**

איך ניתן להתמודד עם המחלוקת? האם ניתן להיעזר בכלים שמיימים?

תלמוד בבלי, מסכת תמורה:

אחרי מותו של משה נשכחו 3,000 הלכות. באו וביקשו מיהושע שישאל מה׳ את אותן הלכות פעם נוספת, אך הוא לא הסכים. יהושע אמר כי התורה ״לא בשמיים היא״, היא כבר ניתנה ולכן הוא לא מורשה לשאול אותה בשנית מה׳. אותו הדבר חוזר גם עם שמואל ועם אחרים נוספים.

מכאן ניתן ללמוד כי התורה ניתנה פעם אחת מהשמיים ולאחר מכן ה׳ לא מתערב ולא מחדש. גם אם יהיו הלכות שנשכחו ולא ניתן לחדשן, אין מה לעשות.

הקדמת הרמב״ם לפירוש המשניות:

הרמב״ם אומר שבעניין פרשנות התורה, הנבואה לא רלוונטית. כדי שנביא ייחשב נביא אמת נדרשים לבחון שני תנאים: 1. מראה לנו כוחות על טבעיים. 2. אדם שמבחינת האישיות ראוי לנבואה.

נביא יכול לפרש את ההלכה לפי שכלו (13 מידות) אך לא לפי הנבואה. לנביא אין יתרון בהכרעה על פני תלמיד חכם רגיל רק מעצם היותו נביא.

אם נביא יבוא ויגיד שיש להוסיף/ לגרוע מצוות, גם אם מדובר בשינוי קטן נוכל לומר כי הוא נביא שקר.

ספר הכוזרי:

דיון על הפסוק ״לא תוסף עליו ולא תגרע ממנו״ ובו השאלה האם חכמים יכולים לשנות מההלכות או לא?

החכם עונה כי האיסור מתייחס לעם ולא לחכמים ולנביאים, להם מותר לחדש דברים בעניין ההלכה. כוחם הוא מה׳ ועליהם להשתמש בו לטובת הכרעת ההלכה.

משני מקורות אלו אנו לומדים שתי גישות באשר ליחס בין נבואה והלכה. גישה אחת ובה תומך הרמב״ם היא גישה לפיה לנביא אין סמכות הלכתית, וגישה שנייה ובה תומך הכוזרי היא גישה לפיה לנביא יש סמכות.

מסכת בבא מציעא:

מתואר סיפור ״תנורו של עכנאי״ ובו הייתה מחלוקת בין חכמים באשר לשאלה האם תנור שבנוי מחוליות הוא חיבור שלם או לא. שאלה זו משפיעה על דיני טומאה וטהרה, האם הכלי יכול לקבל טומאה או לא?

חכמים אמרו שהכלי מוגדר כשלם ועל כן יכול להיות טמא, לעומת זאת ר׳ אליעזר אמר שהכלי מוגדר כשבור ועל כן לא יכול להיות טמא.

כדי לשכנע את חכמים בצדקתו מנסה ר׳ אליעזר לעשות שימוש בסימנים שמיימים; תזוזת עץ החרוב, היפוך המים, נטיית הכתלים (שיש שאומרים שניתן לראות בסימן זה כמציג מסר לפיו יש מקום לשתי הגישות שכן מצד אחד נטו ומצד שני לא נפלו) ובת קול שיוצאת ואומרת שהלכה כמותו.

למרות כל אלו, ר׳ יהושע מזכיר ואומר כי ״לא בשמיים היא״ ועל כן לא פוסקים הלכה לפי סימנים משמיים אלא לפי חוכמת בני אדם והכרעת הרוב.

בהמשך הגמרא פוגש ר׳ נתן את אליהו הנביא ושואל אותו מה ה׳ חושב על המחלוקת? לפי מי יש לפסוק? אליהו הנביא עונה לו שה׳ קובע כי במחלוקת זו חכמים צדקו שלא פסקו לפי ניסים אלא לפי הכרעת הרוב.

החכמים שחוששים כי הציבור יחשוב שר׳ אליעזר צודק, שכן הציג סימנים רבים, מבטלים את כל פסקי הדין שלו גם למפרע. ר׳ עקיבא הולך בעצמו לבשר את הבשורה לר׳ אליעזר ור׳ אליעזר מרוב צער וכאב גורם לנזקים רבים בעולם. רבן גמליאל מתפלל לה׳ ומבקש ממנו שיתקן את הנזקים שגרם ר׳ אליעזר שכן עשו כל מה שעשו בלית ברירה על מנת לא לערער את כללי הפסיקה ההלכתיים. ה׳ קיבל את תפילתו והנזקים תוקנו.

בסיפור זה ה׳ תומך גם בר׳ אליעזר וגם בחכמים, אך עם זאת לומדים מכאן כי לחכמים ניתנה הסמכות לפרש את התורה ומכריעים לפי דעת הרוב, לבת הקול ולסימנים אין כל משמעות בהכרעה.

תוספות בבא מציעא:

במקור זה ממתנים בעלי התוספות את הגישה שהוצגה בגמרא ואומרים כי יש לפסוק לפי דעת הרוב אך הנבואה יכולה לשמש תמיכה. במקרה של ר׳ אליעזר בת הקול הגיעה רק על מנת לכבדו ולכן לא מקבלים את הכרעתה. כלומר יש נסיבות בהן נקבל את הכרעת בת הקול ויש נסיבות בהן לא.

כשבת קול תומכת בדעת הרוב, נקבל. כשבת הקול תומכת בדעת המיעוט או משום כבודו של רב, לא נקבל.

העמדות הסותרות בדבר שימוש בנבואה לא בהכרח סותרות זו את זו, אלא מתיישבות אחת עם השנייה בהתאם לנסיבות המקרה.

אגרות הראי״ה קוק:

הרב קוק מביא עמדה לפיה לנבואה או לבת קול יש חשיבות בענייני ההלכה.

כשבכללים אנושיים יש אפשרות להגיע להכרעה ברורה נפעל לפי הכלים האנושיים בלבד. אבל במקום בו לא ניתן להכריע ע״י הכלים האנושיים אפשר להיעזר בכלים שמיימים כמו בת קול.

שו״ת משפט כהן:

הבחנה אפשרית נוספת היא בין מקרה בו יש דיון הלכתי על חוק קיים בו אין להשתמש בכלים שמיימים ובין מקרה בו יש חידוש הלכתי ואין חוק קיים בו ניתן להשתמש בכלים שמיימים.

**הכרעה לפי רוב:**

תוספתא סנהדרין:

לכתחילה יש לפסוק לפי מסורת. אם יש מחלוקת ובכל זאת אין לאף אחד מסורת פוסקים לפי דעת הרוב.

* מה נעשה אם יש מסורות אך הן סותרות?

נלך לפי רוב מסורות. כלומר מי שקיבל את המסורת בעניין משני חכמים גובר על שניים שקיבלו את המסורת מחכם אחד.

תלמוד בבלי, עבודה זרה:

אם אדם הלך לחכם ושאל שאלה ואותו חכם פסק לו x, לאדם אסור ללכת לחכם אחר שיפסוק לו אחרת. זאת על מנת לשמור על כבודו של החכם הראשון.

במקרים בהם אין מסורות ואין רוב נלך לפי מי שגדול יותר בחוכמה או במניין. אם שניהם שווים, נחמיר. ר׳ יהושע בן קרחה מציע דרך אחרת לפיה בדין תורה נחמיר ובדין חכמים נקל.

הקדמת הרמב״ם ליד החזקה:

בתקופת התלמוד, התלמוד התפשט בכל ישראל ואי אפשר היה לחלוק עליו. אח״כ היו בתי דין שונים וכל גזירה הייתה מקומית. עם זאת, אי אפשר היה לחלוק על קביעות בתלמוד והוא התקבל כמחייב. למה? משום שחכמי ישראל הסכימו לקבל על עצמם את התלמוד כמחייב.

גם הר״ן מסכים עם הרמב״ם ואומר כי התוקף של התלמוד נובע מכך שהתקבל ע״י כלל ישראל.

כסף משנה:

מיום חתימת התלמוד אף אחד לא יכול לחלוק על הנאמר בה.

הכוח הגדול של התלמוד נובע מההסכמה של חכמים שלא לחלוק עליו. הם הסכימו על כך משום שראו בדור שלהם כגדול יותר ולכן יש לשמוע בקולם.

החזון איש:

חולק על הרמב״ם ואומר כי הפער בין הדורות הוא כל כך גדול, לא הייתה להם את אותה רמת הבנה ועל כן הם לא יכולים לחלוק עליהם.

**הלכתא כבתראי:**

במקום בו יש מחלוקת בין פוסקים מוקדמים ובין פוסקים מאוחרים, למי יש לתת עדיפות?

עד לתקופה של רבא הלכה הוכרעה לפי החכם המוקדם יותר, אולם מתקופתו של רבא ואילך ההלכה מוכרעת לפי החכם המאוחר יותר.

שו״ת מהרי״ק:

* למה פוסקים לפי המאוחר?

הפוסק המוקדם מכיר את דבריו בלבד. לעומתו, הפוסק המאוחר מכיר הן את דבריו ואת דברי קודמיו ועדיין חושב אחרת. יכול להיות שאם הפוסק המוקדם היה רואה את דברי המאוחר היה חושב אחרת. אך משום שהמאוחר רואה את כלל הדברים ופוסק מתוכם נעדיף להכריע לפיו.

* למה העיקרון היה נכון רק אחרי תקופתו של רבא?

לפי התקופה של רבא תלמידים היו לומדים את דברי רבם בלבד, ולא הכירו את כלל העמדות השונות.

לעומת זאת אחריו, תלמידים למדו את כלל המקורות והכירו את כלל הדעות והגישות. לכן, יש להעדיף את מי שפגש יותר דעות ומתוך כך פוסק.

העדפה זו מבוססת על ההנחה שהפוסק המאוחר הכי את דברי הפוסק המוקדם, לכן במקרה בו הפוסק המאוחר לא הכיר את דברי הפוסק הקודם הכלל לא יחול ונלך לפי הפוסק המוקדם וכך אומר גם הרמ״א.

שו״ת הרי״ד:

אמרנו שיש תופעה בשם ירידת הדורות, לפיה הדורות המאוחרים פחות טובים מהדורות שקדמו להם.

* אם כך, איך נוכל להעדיף את דברי האחרונים על הראשונים?

התשובה לכך מובאת במשל של ננס וענק. הענק רואה למרחק רב יותר מהננס שכן הוא גבוהה יותר. אך אם הננס יעמוד על גב הענק, עכשיו הוא זה שיראה טוב יותר. כך גם האחרונים הם ננסים על גבי ענקים ולכן יש להעדיפם שכן הם רואים את כלל הדעות ויכולים לפסוק בצורה טובה יותר. ידע מצטבר עדיף.

הקדמת הרמב״ם למשנה תורה:

אין לתת עדיפות לפוסקים מאוחרים על מוקדמים, אלא לדון כל מקרה לגופו. כל דיין יחליט לפי דעתו.

שו״ת מהר״ם אלשקר:

אומר שהכלל ״הלכתא כבתראי״ נאמר בגאונים רק ביחס לדבריהם של אמוראים שחולקים על תנאים, ולא פוסקים מאוחרים יותר. שכן, לא הגיוני שהפוסק האחרון היה תלמיד חכם גדול יותר מקודמו כך שההלכה תהיה כמותו.

גט פשוט:

הכלל תקף רק כאשר הפוסק המוקדם והמאוחר נמצאים באותה הרמה ואז אפשר לתת עדיפות לפוסק המאוחר. התוצאה של דברים האלו היא שלא ניתנת עדיפות לפוסק האחרון משום שקשה לבדוק האם רמתם של השניים זהה.

שולחן ערוך, ר׳ יוסף קארו והרמ״א בהשגותיו:

ר׳ יוסף קארו מסתמך בעריכתו את הספר השולחן ערוך על שלושה רבנים גדולים והם הרי״ף, הרא״ש והרמב״ם. כשביניהם הייתה מחלוקת, הדבר הוכרע לפי הרוב. כשלא ניתן היה להכריע על פי שלושתם נעזר ברבנים נוספים אחרים והכריע כדעת הרוב.

הרמ״א הסביר כי לא הסכים עם שיטת הכרעה זו של ר׳ יוסף קארו וכי יש ללכת על פי הכלל הלכתא כבתראי.

ניתן לומר כי חכמי אשכנז נטו לאימוץ הכלל הלכתא כבתראי בעוד חכמי ספרד נטו לפסוק כדברי המוקדמים.

**תקדים:**

תקדים דן במקרה קונקרטי ועוסק בשאלה ספציפית. השאלה היא האם כשפוסק נותן תשובה ספציפית האם הדבר הופך למחייב ומכאן ואילך צריך לפסוק לפיו? (האם מדובר בפס״ד של העליון או בפס״ד של בימ״ש השלום?). הדבר קורה בשו״ת ולא בספרי הלכה גדולים.

* למה לא נרצה שהתקדים יהפוך לדבר מחייב?

ניסיון לעשות היקשים והשוואות יכול להביא לטעויות חמורות. התלמוד במסכת יבמות אומר כי דיין שמקיש מתקדימים על דעת עצמו ולא מתייעץ עם רבו לא נוהג כראוי ועושה דבר רע.

כך אומר גם הרמב״ם בהלכות סנהדרין. אם דיין מדמה את המקרה שלו לפסק דין שכבר ניתן קודם מבלי להתייעץ על כך, עושה דבר רע משום שזה יכול להוביל לטעויות.

תלמוד בבלי, מסכת בבא בתרא:

נימוק נוסף מופיע בתלמוד והוא ש״אין לדיין אלא מה שעיניו רואות״. רבא אומר לרב פפא ורב הונא שהיו תלמידיו, שהוא מבקש מהם שכאשר יגיע אליהם פסק דין שלו והוא יהיה בעיניהם מוטעה, לא יבטלו אותו ישר. הוא מבקש שיבואו אליו וישאלו אותו על מנת שיוכל להסביר להם את טענותיו ורק אח״כ יחליטו. לאחר שימות הוא מבקש שלא יבטלו את פסקי דינו אך גם לא ילמדו ממנו ובהכרח יפסקו לפיהם.

מסכת סנהדרין:

הכלל לפיו ״אין לדיין אלא מה שעיניו רואות״ משמעותו שהתקדים לא מחייב זאת משום שהדבר מסיר ממנו אחריות. הדיין חייב להיות עצמאי בהחלטותיו ולא להסתתר מאחורי דברי רבותיו. עם זאת, הדיין בהחלט יכול להיעזר בתקדימים שכן הם חלק מארגז הכלים שמונח לפניו. הדיין לא צריך לפחד שלא יגיע לחקר האמת שכן הוא יעשה כל מה שביכולתו וה׳ יסייע לו שהדין יעשה.

שו״ת מהרי״ל:

לפיו יש מקום לסמוך על התקדים, וזה אפילו עדיף מאשר לסמוך על ספרי הלכה שכן אלו לא עוסקים במקרים ספציפיים וקונקרטיים בניגוד לתקדים. נותן לתקדים משקל משמעותי.

שו״ת ר׳ אברהם בן הרמב״ם:

השימוש בתקדים תלוי בנסיבות. כשאדם כותב ספר הלכה והוא אינו עקבי ניתן לבוא אליו בטענות על כך מכיוון שיש ממנו ציפייה להיות עקבי. לעומת זאת, כשנותנים פסיקה קונקרטית באשר למקרה מסויים הדבר תלוי נסיבות ואפשר לשנות את ההחלטה ממקרה למקרה, לא ניתן לבוא בטענות על חוסר עקביות. עם זאת, התקדים הוא בעל משקל נמוך אך קיים שכן הוא חלק מארגז הכלים שעומד לדיין.

**טענת ״קים לי״:**

טענת קים לי היא טענה שמאפשרת לסתור את פסיקת בית הדין בדיני ממונות. הטענה עוסקת רק במחלוקת הלכתית- משפטית ולא במחלוקת עובדתית. מדובר בטענה אותה טוען הנתבע שאומרת כי לא ניתן לחייבו משום שמצא עמדת רב אחר שפוסקת כי הוא פטור ויש לו על מי לסמוך. טענה זו משתקת את בית הדין מלקבוע כנגדו.

מאחורי טענה זו מקובל לומר כי עומדים 2 טעמים:

1. **ספק בדין-** טענה זו יוצרת ספק בדין שכן היא מציגה אפשרות להבנה אחרת של המצב שהיא לא כדעת בית הדין. יש שמקשרים זאת לכלל ״המוציא מחברו עליו הראיה״ שכן מי שתובע מחברו ממון עליו להוכיח שמגיע לו. העלאת הספק מוכיחה את ההפך.
2. **לשאלה משפטית אין תשובה אחת** ויכולות להיות תשובות שונות ולגיטימיות לא פחות מהאחרות.
* היכן זה בא לידי ביטוי? האם ביה״ד עצמו יעלה טענת קים לי עבור הנתבע.

אם הולכים לפי ההסבר הראשון יכול להיות שביה״ד יעלה טענת קים לי בעצמו עבור הנתבע. לעומת זאת לפי ההסבר השני ביה״ד לא יעשה זאת.

טענה זו יוצרת קושי שכן בדיני ממונות יש אינספור מחלוקות כמעט בכל דבר.

אורים ותומים:

ברוב דיני הממונות יש מחלוקת ולכן שימוש בטענת קים לי יוצר מצב לפיו לכאורה אין כלל טעם לתבוע לכתחילה. לכן, צריך ״יישוב רב״, כלומר להגביל את הכלל. איך הוא מציע לעשות זאת? טענות קים לי לא יוכלו להעלות נגד דברים בהם גם ר׳ יוסף קארו וגם הרמ״א הסכימו וקבעו אותו דבר.

שו״ת רדב״ז:

מציג מספר מגבלות נוספות:

1. **מרא דאתרא-** לא ניתן לטעון טענות קים לי נגד עמדתו של הרב המקובל באותו מקום.
2. **מנהג ברור-** לא ניתן לטעון קים לי נגד מנהגים ברורים לפיהם הולכים באותו מקום.
3. **רוב ברור-** במחלוקות בהן יש רוב ברור לא ניתן להעלות טענת קים לי, אך במקומות בהן מדובר בשתי עמדות יחיד ניתן.
4. **חכמים השווים בחכמתם-** רק כאשר מדובר בחכמים השווים בחכמתם ניתן להעלות טענת קים לי. במקומות בהם מדובר בחכם בכיר מול חכם זוטר לא ניתן.
5. **דיין מומחה-** כשהדיין היושב בדין הוא דיין מומחה שמקובל לא ניתן לטעון קים לי כנגדו.
6. **עקביות בבחירת הפוסק-** על הטוען קים לי להיות עקבי בבחינות הפוסק לפיו הוא בוחר לטעון. כלומר הוא אינו יכול לטעון במקרים שונים לפי דעות של רבנים שונים.
* מדוע?

אם דבר כזה יקרה לא נגיע אף פעם לפסיקה כנגד הנתבע והדבר יעודד קיפוח זכויות וגזל.

שו״ת הלכות קטנות:

בבתי דין בירושלים לא מקבלים טענת קים לי משום ״חילול ממונם של ישראל״. אם כל אחד יבוא ויטען קים לי כל דיני התלמוד יתבטלו וכל אחד יוכל להוציא ממון מחברו שלא כדין.

**סמכות חכמים כמחוקקים:**

נשאלת השאלה מהו המקור לחובה לציית לתקנות ולגזרות אותן קובעים חכמים?

מסכת שבת:

כשמברכים על הדלקת נרות חנוכה מברכים ״ברוך אתה ה׳ אלוקינו מלך העולם אשר קידשנו במצוותיו וציוונו להדליק נר של חנוכה״. נרות חנוכה הם דוגמא למצווה מחכמים ולא מהתורה.

* איך מברכים אשר קידשנו במצוותיו וציוונו? שהרי המצווה היא מחכמים ולא מה׳.

הגמרא מביאה שני הסברים לדבר:

1. **״לא תסור ממנו ימין ושמאל״-** אלוקים ציווה אותנו לא לסור מדברי חכמים וכך באופן עקיף כשאנו מקיימים מצוות מחכמים, כמו נרות חנוכה, אנו מקשיבים לדבר ה׳ ומקיימים את מצוותו.

הרמב״ם מאמץ את הגישה הנ״ל ואומר שאת כל מצוות חכמים עלינו לקבל על סמך פסוק זה.

1. **״שאל אביך ויגדך זקניך ויאמרו לך״-** ציווי מוסרי מהתורה אשר מחייב אותנו לציית לדברי חכמים.

הרמב״ן מאמץ את הגישה הנ״ל. הוא חולק על הרמב״ם ואומר שהפסוק הקודם מדבר רק על דברים שהוסקו מתוך פרשנות התורה או שמשה קיבל בסיני. לעומת זאת, על התקנות והגזרות שקובעים חכמים כמו נרות חנוכה מדבר הפסוק הנ״ל.

* ממחלוקת זו נובע גם שהרמב״ם חושב שלדוגמה כשלא מדליקים נרות חנוכה עוברים על דין תורה, לעומת הרמב״ן שחושב שעוברים על דין חכמים בלבד.

ספר דברים:

בפסוקים, הספר קובע איסור לפיו אסור להוסיף או לגרוע ממצוות התורה.

* איך חכמים יכולים לגזור ולתקן למרות איסור זה?

רש״י- שינוי פנימי מול חיצוני:

האיסור להוסיף או לגרוע לא מתייחס להוספת איסורים או גזירות חדשות, אלא מתייחס לשינוי פנימי בתוך המצווה. כמו הוספת מין חמישי לארבעת המינים. לעומת זאת, ניתן להוסיף משהו חדש.

רשב״א- האדם הפרטי מול חכמים:

האיסור להוסיף או לגרוע חל רק על אדם פרטי שמבקש לעשות זאת עבור עצמו. לעומת זאת, לחכמים יש סמכות לעשות זאת.

ספר הכוזרי- המון העם מול חכמים, שופטים וכהנים:

דומה לדברי הרשב״א. האיסור פונה לכלל העם, בעוד לחכמים יש רשות להוסיף או לגרוע.

רמב״ם- שינוי תמידי מול שינוי זמני:

איסור של דבר מותר יכול לחול לדורות בעוד התרת איסור מותרת רק באופן זמני.

מה שאסור הוא להוסיף או לגרוע ולייחס את הדבר לתורה. כלומר אסור לומר שזה מהתורה אלא יש לציין שזה מחכמים (כנראה נובע מהתפיסה שהתורה נצחית ולא משתנה).

**עקירת דבר מן התורה:**

כשחכמים מרחיבים איסור או מוסיפים מצווה עליהם לדאוג שיהיה מדובר בתקנה שהציבור יכול לעמוד בה והדבר יהיה בסדר. אין התנגשות עם התורה.

לעומת זאת, שכשחכמים מבטלים מצוות עשה מן התורה או מצווים לעשות משהו שאין לעשות, נגביל את כוחם יותר. יש התנגשות עם התורה.

* מתי מותר לחכמים להורות שלא לקיים מצווה או לעבור על איסור?

הכלל הוא ש**לחכמים מותר לעקור דבר מן התורה בשב ואל תעשה ופרט למקרים חריגים אין להם סמכות לעקור דבר מן התורה בקום ועשה.**

ההסבר לכלל הוא שחכמים יכולים לעקור מצווה לפיה התורה מצווה לעשות משהו וחכמים אומרים לא לעשות אותו (לדוגמא לאסור על תקיעת שופר או נטילת ארבעה מינים בשבת מחשש לחילול שבת).

חלק מהחכמים אומרים שגם עיקרון זה מסוייג. חכמים יכולים לעשות זאת רק אם הם אינם אוסרים את הפעולה באופן מוחלט אלא רק זמני או מוגבל (לדוגמא הם לא יוכלו לאסור על תקיעת שופר באופן כללי).

לעומת זאת כשהתורה מצווה לא לעשות משהו וחכמים אומרים לעשות אותו, עקרונית הם לא יכולים לעשות דבר כזה. עם זאת, ישנם מקרים חריגים בהם יוכלו לעשות כן כמו בפיקוח נפש. ישנם ארבעה מקרים בהם נרחיב: **1. הפקר בית דין. 2. הוראת שעה. 3. ענישה כהוראת שעה. 4. הפקעת קידושין.**

1. **הפקר בית דין:**

תוספתא שקלים:

שדות כלאיים הם שדות בהם גדלים גידולי כלאיים (2 זנים מסויימים יחד), דבר שאסור מן התורה. האיסור עוסק בגידול אך לא באכילה. בחודש אדר היה בית הדין שולח שליחים שיגיעו לאותם שדות ויפקירו את אותם גידולי וכך המון העם יכול היה להגיע ולקחת מהם.

* נשאלת השאלה איך ביה״ד יכול לעשות זאת? שכן הדבר יכול להיות עבירה על גזל.

הכלל הוא שהפקר בית דין הפקר. כלומר לביה״ד יש סמכות לעשות זאת והדבר לא ייחשב כגזל.

יבמות:

עזרא משתמש בסמכות ביה״ד להפקיר ממון על מנת לתמרץ את העם ולהרתיע את מי שלא יגיע לאסיפה ע״י ענישה ולא כדי לייצר סדר כלכלי- חברתי חדש.

1. **הוראת שעה:**

רמב״ם, הלכות ממרים:

הרמב״ם מסכם את הכלל כ-״עת לעשות לה׳ הפרו תורתך״. כשעושים דבר כזה על מנת לחזק את התורה ושמירת המצוות ולא על מנת לשנות את הכלל לתמיד, הדבר מותר ומהווה הוראת שעה. כמו כתיבת התורה שבע״פ.

מלכים א:

המקור בו מופיע ההיתר לחכמים בהוראת שעה לעבור על איסור תורה בקום ועשה.

אליהו הנביא מקיים מבחן מול נביאי הבעל. הם הולכים להר הכרמל שם כל אחד בונה מזבח ומקריב קורבן. מי שתרד לו אש מהשמיים שתאכל את הקורבן ״ינצח״ וכך יגלו של מי האלוקים האמיתי.

האש יורדת על קורבנו של אליהו בלבד.

בתורה יש איסור לבניית במות, כלומר איסור להקריב קורבנות מחוץ לבית המקדש בירושלים מרגע בנייתו. אליהו לכאורה עובר על האיסור, שכן בימיו כבר היה בהמ״ק הראשון. אך משום שהדבר היה הוראת שעה על מנת להחזיר את עם ישראל להאמין בה׳ ולהפסיק עם עבודה זרה אליהו לא עבר על איסור.

1. **ענישה כהוראת שעה:**

סנהדרין:

עקרונית חכמים לא יכולים לקבוע עונש מוות למי שעבר על איסור חכמים ולא על איסור תורה. למרות זאת, אנו רואים מקרים בהם חכמים קבעו עונש מוות לאדם שעבר על איסור מחכמים. לדוגמא, אדם שרכב על סוס בשבת והוענש בסקילה. הסיבה היא שיש צורך לחזק את אותה מצווה, בענייננו שבת, בעם ישראל.

חכמים לעיתים גם נותנים עונש מקל יותר, כמו מלקות, גם כשמדין תורה אותו אדם לא חייב בעונש זה. לדוגמא, איש שקיים יחסי אישות עם אשתו בפומבי והוענש במלקות. הסיבה כפי שהצגנו קודם היא חיזוק המצווה.

רמב״ם סנהדרין:

הרמב״ם קובע כי חכמים יכולים לתת עונש שלא חייבים בו מדין תורה משום הוראת שעה. עם זאת, הוא מזהיר מפני שימוש מוגזם ומרחיק לכת באפשרות זו ודורש משנה זהירות.

1. **הפקעת קידושין:**

כשאיש ואישה מתחתנים הדרך לפירוק הנישואים היא רק ע״י מות אחד הצדדים או מתן גט.

קיימת אפשרות למנות שליח לתת את הגט במקום השולח, שכן מדובר בפעולה משפטית שתוצאתה היא גירושין בין בני הזוג. במקרה בו האישה מתחתנת ומביאה ילדים ללא גט מהאיש, הילדים יהיו ממזרים.

משנה מסכת גיטין:

אם אדם שלח גט עם שליח לאשתו, כל זמן שהשליח לא הגיע לאישה, האיש יכול לבטל את הגט ע״י הליכה לשליח ובקשה שלא ייתן את הגט או שיילך לאישה ויגיד לה שאינו רוצה לגרשה. אם הגט הגיע לידי האישה הבעל כבר לא יכול לבטלו.

בהתחלה האיש יכול היה גם ללכת לביה״ד בעיר ולפני הגעת השליח לאישה היה אומר להם שאותו גט מבוטל. הבעיה בדבר הייתה שפעמים רבות השליח והאישה לא היו יודעים על ביטול הגט בפני ביה״ד ואז האישה הייתה מתחתנת ומביאה ילדים שנחשבו ממזרים. לכן, רבן גמליאל ביטל את האפשרות לביטול בביה״ד.

תלמוד בבלי, גיטין:

מה הייתה משמעות אותה תקנה של רבן גמליאל?

**רבי יהודה הנשיא-** התקנה אומרת שביטול מרחוק בביה״ד אסור. אך אם מישהו עשה זאת למרות התקנה הביטול יהיה תקף ואין גט. בגלל שזהו דין תורה ורבן גמליאל לא רצה לעקור אותו.

**רבן שמעון בן גמליאל**- אם אדם עבר על התקנה הביטול לא יכול גם לא בדיעבד ולא יהיה גט למרות דין התורה. לפי דבריו רבן גמליאל בעצם התיר את איסור אשת איש שהוא איסור תורה!

* איך יכול היה לעשות זאת? (שמי שמדין תורה נחשבת אשת איש, נחשבת מדין חכמים כגרושה).

כל המקדש על דעת חכמים מקדש- כלומר מן תנאי המתלה את הנישואין בהסכמת חכמים וחכמים מבטלים את הקידושין כאילו לא נתנו את הסכמתם. יוצרים מצב בו הנישואין מתבטלים למפרע.

תלמוד ירושלמי, גיטין:

מביאים את הפקעת הקידושין ללא התנאי המתלה.

* מה זה משנה האם יש או אין תנאי מתלה?

העניין משנה לקביעה האם הקידושין בטלים גם למפרע או רק מכאן ואילך?

**הערמה על הדין:**

הערמה היא עשיית שימוש בדין כדי לעקוף דין אחר.

דוגמא לכך היא **תקנת הפרוזבול** לפיה במקום להשאיר את שמיטת החובות שקורית בשנת שמיטה, החוב יועבר לביה״ד וכך לא יישמט גם בשנת השמיטה. דוגמא נוספת היא הריבית. על פי הדין אסור להלוות בריבית אך ע״י **היתר העסקה** ההלוואה הופכת למעין עסק משותף, כך הריבית נחשבת לרווח מותר.

מקרים אלו מהווים תקנות כלליות אך יש מקרים בהם ההערמה היא אישית ופרטנית.

תלמוד ירושלמי, יבמות:

על אדם שיש לו תוצרת חקלאית מוטל ציווי להפריש תרומה לכוהנים ולבני משפחתם ממנה רק הם יכולים לאכול. ר׳ טרפון שהיה כהן עשה שימוש בציווי ובתקופה בה היה רעב גדול קידש 300 נשים כך שיוכלו לאכול מהתרומה. ר׳ טרפון משתמש בכלים ההלכתיים על מנת לעקוף את האיסור ולהיטיב.

משנה מסכת מעשר שני:

כחלק מהפרשת התרומות והמעשרות אדם צריך להפריש מעשר שני בשנים מסויימות ובו יצטרך לעלות עם הפירות לירושלים ולאכלם שם. אפשרות נוספת שעומדת בפניו היא לפדות את הפירות בכסף, להוסיף חומש ואת הכסף לקחת לירושלים. כדי להערים על מעשר שני ולהימנע מתוספת החומש המשנה נותנת פיתרון לפיו הפירות ינתנו לבן/ לבת הגדולים/ לעבד העברי שיפדו את הפירות ולאחר מכן יחזירו לאב. כך הוא לא יצטרך להוסיף חומש שכן הוא צד ג׳ שלא מחוייב בחומש.

עוד דרך היא מתנה מלאכותית לחבר שגם היא פוטרת מחומש.

תלמוד בבלי, מסכת שבת:

בתורה יש כלל לפיו אסור לשחוט את הפרה והעגל שלה באותו היום. הגמרא דנה במקרה בו פרה ועגל נופלים לבור ביום טוב. הדרך היחידה לחלץ אותם מהבור היא רק אם זה יהיה מתוך מטרה לשחוט אותם.

* איך זה אפשרי לעשות זאת למרות האיסור לשחוט את שניהם באותו יום?

ר׳ יהושע מציע שנוציא את אחד מהם, מתוך כוונה לשחוט את אותו אחד. אך לאחר ההוצאה נתחרט ונרצה לשחוט את השני. נוציא אותו ונשחט אותו במקום. כך לא נעבור על האיסור אך גם נחלץ את שניהם.

בניגוד למקרים הקודמים שהוצגו שנבעו מטעמי רווחה אישית- כלכלית כאן המניע הוא מניעת צער בע״ח.

פעולת ההערמה צריכה להיערך באופן מדוייק לפי כל הכללים המשפטיים.

מסכת נדרים:

במשפט העברי אדם יכול לידור נדר ולקבל על עצמו מגבלה מסויימת שהפרתה תגרור ענישה.

לדוגמא אדם שנדר נדר שלא לקבל טובות הנאה מחברו, אך עכשיו הגיע למצב של רעב והוא נזקק לקבל מחברו. איך יוכל לעשות זאת? החבר ייתן את האוכל כמתנה לצד ג׳ ואותו צד ג׳ ייתן לנודר את האוכל. כדי שזה יצליח למתנה חייבת להתלוות גמירות דעת של ממש, כלומר שהדבר לא ייעשה למראית עין בלבד.

הגמרא מביאה דוגמא לפיה אבא נדר נדר שלא להנות מרכוש בנו. הבן מחתן את הנכד ועכשיו האבא רוצה להגיע לחתונה ולהנות ממנה. איך יוכלו לעשות זאת מבלי להפר את הנדר? הבן הולך לשכן ואומר לו שהוא מעביר לו את החצר והאוכל בהם יערכו החתונה כך שאביו יוכל להשתתף גם כן. על מנת לבחון את רצינותו השכן אומר שיקדיש את הדברים לבהמ״ק. הבן אומר לשכן שלא עשה זאת כדי שיקדיש את הדברים אלא רק כדי שאביו יוכל להשתתף בחתונת הנכד. המתנה לא תקפה.

יש מקרים בהם חכמים שוללים הערמה באופן מוחלט.

מסכת ביצה ורש״י:

במסכת ביצה דנים בדיני יו״ט. ביו״ט מותר להכין אוכל רק לאותו היום בניגוד לשבת בה אסור. מותר לבשל ע״י עירוב תבשילין. בנוסף, אם הוכן בטעות אוכל מעבר לנדרש האוכל לא יהיה אסור לאכילה ביום הבא. עם זאת, אם האדם מערים על הדין ומכין מראש כמות גדולה יותר הדבר אסור. רש״י מסביר שלפעמים הערמה היא חמורה וגרועה יותר ממי שעובר על האיסור במזיד. שכן מי שעובר במזיד יודע כי הוא עובר על איסור ואחרים לא ילמדו ממנו, לעומת זאת מי שפועל בהערמה חושב שהוא פועל כדין ואחרים יכולים ללמוד ממנו ולעבור על האיסור גם כן.

מכאן לומדים כי מצד אחד ניתן להערים על הדין אך מצד שני הדבר צריך להיעשות באופן מבוקר וזהיר.

אדם לא יכול להערים על הדין אם הדבר מזיק לאחר.

שו״ת הרא״ש:

כשאדם חייב כסף לאדם אחר ולכן מעביר את כל כספו לצד ג׳ בכדי להימנע מתשלום חובו, ההערמה לא תופסת.

שולחן ערוך, חושן משפט:

אדם מתכנן מראש ונותן את רכושו במתנה למישהו ואח״כ הולך ללוות ממישהו אחר על מנת שכשיבואו לגבות את החוב לא יוכל לבוא ולומר הנושה שפעם היה לו רכוש. אם ההעברה היא פורמאלית בלבד הנושה יוכל לחייב את האדם לשלם את החוב כי ברור שהמטרה של ההערמה היא פגיעה באחר.

מכאן לומדים שכשההערמה נעשית כדי לפגוע באחר הדבר לא תקף, אך כשההערמה נעשית כדי לעקוף איסור דתי הדבר תקף.

**ביטול תקנות:**

השאלה בה אנו מתמקדים האם מתייחסים לתקנות חכמים כדין תורה שלא ניתנות לביטול אלא בתנאים שלמדנו? או שמשום שמדובר בתקנות שנקבעו מכוח השכל האנושי ע״י חכמים יש הבדל וניתן לבטלן ע״י חכמים בדור מאוחר יותר?

רמב״ם, הלכות ממרים:

הרמב״ם אומר שביטול התקנה מתאפשר רק כאשר התקנה לא נועדה לעשות סייג (כלומר להרחיב את איסור התורה). אם התקנה נועדה לעשות סייג לתורה היא לא ניתנת לביטול.

יש להפריד בין תקנות שטעמן ידוע ותקנות שטעמן אינו ידוע.

מספר דוגמאות לתקנות שטעמן ידוע:

1. **פידיון שבויים** (משנה גיטין)- אסור לפדות אנשים ביותר מהשווי שהם שווים והסיבה לכך היא מפני תיקון עולם. מהו תיקון עולם? אפשרות אחת היא כדי לא להכביד כלכלית על הציבור. אפשרות נוספת היא לא לעודד חטיפה של שבויים נוספים.
2. **סיוע לבריחת שבויים** (משנה גיטין)- אסור לסייע לשבויים לברוח מהשובים שלהם כדי שלא יתעללו ויחמירו עם השבויים העתידיים או אלו האחרים שעדיין שם.
3. **בור שקרוב לאמה-** אמת מים שיוצאת מנהר ומשקה את השדות בדרכה. מחשש להתייבשות האמה כל בעל שדה היה חופר בר בקצה השדה שלו כדי שיהיה לו מאגר. מחשש למריבה שתיגרם ע״י ניסיון להטיית האמה מצד חלק מהבעלים. לכן, למרות שהאמה היא הפקר ולכאורה זה ניתן, חכמים תיקנו שהבור שקרוב לאמה הוא שמתמלא ראשון.
4. **רשתות ציד** (משנה גיטין)- לכאורה הדין הוא שמי ששם רשת ברשות הציבור על מנת לתפוס חיות, כל מה שנלכד הוא הפקר וכל אדם יכול לבוא ולקחת. עם זאת, חכמים תיקנו שדבר כזה ייחשב כגזל על מנת שלא יהיו ריבים.
5. **לקיחה מלא ברי דעת-** לאנשים חירשים, אילמים, שוטים וקטנים אין קניין לפי דין תורה ולכן לכאורה כל אחד יבוא ולקחת מהם והדבר לא ייחשב גזל. עם זאת, חכמים תיקנו שלקיחה מהם תיחשב גזל על מנת שלא תהיה פגיעה בהם.

ישנן תקנות שהטעם שלהן לא ידוע לנו.

עבודה זרה:

כאשר חכמים היו גוזרים גזירה בארץ ישראל הם לא היו מגלים את טעמה של הגזירה ב-12 החודשים הראשונים, כדי שאף אחד לא יוכל לומר שהתקנה לא נוגעת אליו וכולם יקיימו אותה. כלומר, אי גילוי הטעם חיזק את כוחם של חכמים ואת הסיכוי שאנשים ישמרו את אותן תקנות.

כשטעם התקנה לא כתוב, יותר קשה לנו לבטל אותן. זאת משום שאנו חוששים לבטל תקנה מהטעם שהיא לא רלוונטית אם לכאורה יכול להיות שהטעם עודנו רלוונטי.

משנה, מסכת עדויות:

במשנה זו נאמר שבית דין לא יכול לבטל תקנה של בית דין קודם לו סתם ככה. אם יש דעת מיעוט הוא יכול להיעזר בה, להסתמך עליה ולבטל את התקנה לפיה. לעומת זאת, אם אין טעם על ביה״ד המבקש לבטל את התקנה להיות גדול מביה״ד שיצר אותה במניין ובחכמה.

עם זאת, במסכת שבת נאמר כי גזרות שהתפשטו והתקבלו בכל ישראל לא ניתן לבטל כלל.

רמב״ם, הלכות ממרים:

תוקף של תקנה שהותקנה מושפע מהתשובה לשאלה האם עם ישראל קיבל אותה על עצמו או לא?

מראש אי אפשר לגזור גזירה שעם ישראל לא יכול לעמוד בה, אך אם כבר נגזרה גזירה ובדיעבד התברר שהעם לא עומד בה, התקנה מתבטלת.

אם התקנה החזיקה זמן רב בהתחלה אך בהמשך הסתבר שזה לא באמת היה כך ובפועל עם ישראל לא עמד בה, ניתן לבטלה גם ללא צורך בבי״ד שגדול בחכמה ובמניין.

אם מדובר בתקנה שמטרתה היא עשיית סייג לתורה (הרחבת איסור) ניתן לבטל זמנית אך לא תמידית.

אם התקנה התפשטה בעם ישראל וכבר התקבלה יש צורך בהליך עליו דיברנו קודם. ניתן לומר כי מדובר בדרישה מאיינת שכן אף בי״ד לא יגיד על עצמו שהוא גדול מקודמיו וכך אף תקנה לא תתבטל.

לעניין תקנות שטעמן ידוע לנו,

אם הטעם רלוונטי נלך לפי אותם כללים של תקנות שטעמן לא ידוע.

לעומת זאת, במסכת ביצה מתואר מה עושים כאשר הטעם עדיין רלוונטי. כל דבר שהתקבל בהצבעה צריך מניין אחר על מנת להתיר אותו. דוגמא המובאת היא עניין נטע רבעי. בשלוש השנים הראשונות לנטיעת העץ פירותיו נחשבים ערלה ואסורים באכילה. בשנה הרביעית ניתן לאכול אותם אבל רק בירושלים. אם אדם לא יכול היה להביא את הפירות הוא יכול היה לפדות את הפירות ואת הכסף לקחת לירושלים ואיתו לקנות מאכלים שונים. חכמים תיקנו שאדם שגר קרוב לא יוכל לפדותם על מנת לעטר את שווקי ירושלים. אחרי חורבן בהמ״ק ר׳ אליעזר שלא רצה להעלות את הפירות הפקיר אותם לעניים, תלמידיו באו ואמרו לו שהוא יכול לפדות את הפירות למרות התקנה שכן הטעם כבר לא רלוונטי עקב החורבן. עם זאת ר׳ אליעזר לא היה מוכן שכן למרות שהטעם לא היה רלוונטי היה צורך בהתרת התקנה במניין.

ראב״ד:

מקשה על הרמב״ם ע״י הסיפור על ר׳ אליעזר ושואל איך הוא יכול לומר שתקנות שטעמן אינו רלוונטי צריכות ביטול פורמלי ע״י בי״ד גדול יותר אם ביה״ד של ר׳ אליעזר לא היה גדול יותר? מגיע למסקנה כי כשהטעם לא רלוונטי ניתן לבטל גם ע״י בי״ד שלא גדול יותר מביה״ד שתיקן את התקנה.

המאירי:

אומר שכאשר הטעם כבר אינו רלוונטי ניתן לבטל ע״י כל בי״ד ולאו דווקא כזה שגדול בחכמה ובמניין.

הרא״ש:

לוקח את הדברים צעד קדימה ואומר שכאשר הטעם ידוע והתבטל התקנה מתבטלת מאליה ואין צורך בבי״ד שיקיים הליך פורמלי. במקרה של ר׳ אליעזר הטעם עדיין היה קיים במידה מסויימת ועל היה צריך ביטול מצד ביה״ד.

רדב״ז:

אומר שהתקנה מתבטלת מאליה כי התקנה הותנתה מראש בתנאי של נסיבות מסויימות, ומאחר שהתנאי בטל, בטלה גם התקנה.

**תקנות הקהל:**

מעבר לתקנות של חכמים, יש דרכים נוספות באמצעותן ניתן ליצור נורמות משפטיות במשפט העברי, אחת מהן היא **תקנות הקהל**. תקנות אלו הן תקנות שהציבור מתקין ומחוקק ולא החכמים. כלומר, הציבור מתאסף, מקבל החלטה משותפת ומחליט לתקן תקנה. ברגע שהתקנה התקבלה ברוב היא הופכת למחייבת.

תוספתא בבא מציעא:

בני העיר יכולים לכפות אחד על השני לבנות בית כנסת או לקיים צורך ציבורי מכספי הציבור. גם אם מישהו לא רוצה להיות שותף, ניתן לכפות זאת עליו. גם חלק מן הציבור, כמו בעלי מקצוע מסויים, יכולים להתקין תקנה שתהיה תקפה רק לגביהם.

מכאן אנו לומדים שהתקנת תקנות מצד העם אפשרית לצרכי ציבור.

תשובות הגאונים שערי צדק:

כמו בתקנות חכמים, גם בתקנות הקהל התקנה צריכה להיות שוויונית ולא מקפחת את דעת המיעוט.

שו״ת יכין ובועז:

כמו שלבי״ד יש כוח ורשות לקבוע הפקר כך גם לציבור.

שו״ת הרשב״א:

הציבור יכול להתקין תקנות, לקנוס והעניש גם לפי דינים שהם לא דיני תורה ויש לדברים אלו תוקף כמו לדין תורה. על מנת שהתקנה תהיה בעלת תוקף עליה להתקבל פה אחד ללא חולקים.

תקנה שעוסקת בדיני ממונות יכולה לסתור דין תורה מכוח הכלל ״הפקר בית דין הפקר״ שיוחס גם לציבור.

דוגמא לכך נמצאת בדברי רבינו גרשום:

כשספינה מלאת חפצים טובעת יש הנחה שבעלי החפצים התייאשו מהם והם הופכים להפקר. עם זאת היה מקרה בו ספינה עם סחורה טבעה ובני הקהילה במקום קבעו שלמרות הדין הזה אם חפץ מהספינה יגיע למישהו מהקהילה הוא יצטרך להשיבו לבעליו למרות דין התורה. במקרה המדובר החפץ נמצא ע״י גוי ונמכר לבן הקהילה. בעלי החפץ דרש אותו מאותו בן קהילה או את הפער במחירים. אותו אדם סירב בטענה שהכלל סותר דין תלמודי ועל כן לא ניתן לאוכפו. רבנו גרשום נותן תוקף לתקנה ומחייב את ההשבה.

בדיני איסורים לתקנות הקהל אין כוח לאפשר לעבור על איסור.

דוגמא לכך היא בדברי הריב״ש:

הכשרת שטר שנעשה ע״י דיני גויים אך שני הצדדים יהודים. התקנה תקפה אך אם יש סעיף שמחייב ריבית בתוך אותו שטר התקנה לא תהיה תקפה שכן איסור ריבית הוא איסור תורה שאותו אי אפשר להתיר ע״י תקנת קהל.

רשב״א:

שלילת תוקף של תקנה שמתירה הימורים. שכן הם דבר שאסור באיסור תורה משום חשש גזל.

במקרים מסויימים תקנת קהל יכולה להתיר איסור תורה.

דוגמא לכך היא דברי הרשב״א בשאלה שהובאה לפניו:

מדין תורה קידושי אישה תקפים בנוכחות שני עדים כשרים. קהילה שבה הייתה בעיית פריצות וניצול נשים צעירות על מנת לקדשן, התקינה תקנה לפיה קידושין שלא נעשו במניין (10 גברים) בטלים למפרע.

לכאורה מדובר בתקנה שמתנגדת עם איסור תורה. אך הרשב״א אומר שזה אפשרי כל עוד בני העיר הסכימו ולא היה תלמיד חכם שהתנגד לכך.

כלומר על מנת שתקנת קהל תתיר איסור תורה יש צורך בהסכמה רחבה של בני העיר ואישור תלמיד חכם.

רשב״א:

גם אין הסכמה פה אחד, מספיקה הסכמה רחבה והתקנה תקבל תוקף. משום שדרישה להסכמה פה אחד תהווה דרישה מאיינת.

תקנות קהל מחייבות גם את המיעוט שהתנגד וגם את מי שלא היה נוכח (מכל סיבה שהיא).

המרדכי על בסיס רבנו תם:

לפחות ביחס לחלק מהתקנות ניתן לאכוף אותו רק על מי שהסכים להן מראש. כלומר הוא נותן לתקנות הקהל אופי הסכמי ופחות חקיקתי.

רשב״א:

גם 7 מטובי העיר שנבחרו ע״י הציבור יכולים לשמש כאפוטרופסים עבור בני העיר והחלטות שהם יקבלו יחשבו כאילן כל הקהל קיבלן.

תלמוד בבלי, מסכת בבא בתרא:

שוחטים שהסכימו להסדר ובו נקבעה שחיטה לפי ימים. שוחט שלא ישחט ביום שלו ייקנס ויקרעו את עור הבהמה שהיה בעצם שכר הטרחה שלו. היה מקרה ששוחט שחט שלא ביומו ועור הבהמה הושחת. אותו שוחט הלך לרבא ותבע אצלו בנזיקין את המשחית. רבא פסק פיצויים.

* איך זה מתיישב עם מה שראינו קודם שבעלי מקצוע יכולים להגיע להסדרים, גם עונשיים ביניהם?

התשובה של התלמוד לכך היא שהדבר נאמר כשאין אדם חשוב בעיר. אם יש אדם חשוב ההסכמה בין בעלי המקצוע לא מקבלת תוקף כל עוד אין את אישורו.

* נשאלת השאלה האם הסכמת האיש החשוב נדרשת בבעלי מקצוע או שנדרשת גם בתקנות כלל הציבור?

יש בעניין מחלוקת.

הרא״ש והרשב״א:

תקף לכל תקנות הקהל. כלום לא יתקבל ללא הסכמת האיש החשוב.

הריב״ש:

תקף רק לתקנות בעלי מקצוע. אצל כלל הקהל אין צורך בהסכמת אותו אדם חשוב.

ישנם מספר נימוקים ללמה יש בכלל צורך בהסכמתו:

1. **מניעת חריגה מכללי ההלכה-** אותו אדם חכם שמכיר את כל הכללים יוכל לוודא שהתקנה לא חורגת מכללי ההלכה ואין איתה בעיה.
2. **הבטחה שאחרים לא יקופחו-** כשקבוצה מסויימת מקבלת החלטה יכול להיות שהיא לא מתחשבת באחרים והאדם החכם ידאג לכך שלא נגיע למצב כזה.
3. **כבוד האדם החשוב-** על מנת לכבדו לא ראוי שלא תתקבל החלטה ללא הסכמתו ולכן יש לפנות אליו.

**מנהג:**

דרך נוספת ליצירת נורמות משפטיות במשפט העברי היא **המנהג**. המנהג צומח מהציבור עד שהופך למחייב ומקבל תוקף רק בדיעבד. ישנם שני סוגי מנהגים:

1. **מנהג המבטא הלכה קיימת-**

תלמוד בבלי, מסכת פסחים:

יש ציווי להקריב קורבן בערב פסח בבהמ״ק. ערב פסח חל שנה אחת בשבת ונשאלה השאלה האם ניתן להקריב בשבת את הקורבן או שמדובר בחילול שבת? כלומר האם לראות בפסח קורבן ציבור שכן כל הציבור מחוייב בו ואז נוכל להקריבו בשבת? או שמא יש לראות בקורבן פסח קורבן יחיד שכן כל אדם מביא יחיד עם בני משפחתו את הקורבן ואז לא נוכל להקריבו בשבת?

הלל הובא מבבל אמר שמותר להקריב את הקורבן בשבת ואמר ששמע זאת משמעיה ומאבטליון. לאחר שהשיב על כך נשאל גם מה יעשה אדם אם שכח להביא את סכין השחיטה מבעוד מועד? משום שלא זכר את התשובה הציע שיחכו לראות מה יעשה העם וכך ידעו. יום למחרת ראו שאנשים מביאים את הסכין ״בשינוי״ כלומר בצמר או בקרניים של הבהמה לשחיטה. הלל נזכר ואמר זו באמת ההלכה ששמע משמעיה ואבטליון. מכאן נלמד שניתנה חשיבות למנהג והוא שיקף הלכה קיימת.

תלמוד ירושלמי, מסכת פאה:

כל הלכה רופפת שלא יודעים מהי יש לצאת לעם ולראות איך הם נוהגים.

הרא״ש אומר דבר דומה ואומר כי אם לא ברור לפי מי נוהגים בודקים מה המנהג בקרב העם והולכים לפיו.

1. **מנהג היוצר הלכה חדשה-**

בעל הטורים:

ההבדל בין גניבה ובין גזל הוא שגניבה נעשית בהסתר, הגנב פועל בלילה וקשה לגלותו. לעומת זאת גזל נעשה בגלוי והגזלן פועל באור יום כך שקל לגלותו.

אחרי הגניבה בעל החפץ מתייאש שכן יודע שלא יימצא, בעוד אחרי גזילה בעל החפץ לא מתייאש שכן יודע שיש סיכוי שיימצא. עניין הייאוש חשוב שכן ייאוש= ויתור על הקניין.

מי שקונה מגנב לא חייב בהשבה לעומת הקונה מגזלן שחייב.

הייתה עיר ובה מנהג שגם מי שקנה מגנב יחזיר את החפץ לבעליו בניכוי מה ששילם. בעל הטורים מכיר במנהג שכן מדובר במנהג ראוי והדבר יצר הלכה מחייבת.

המנהג מסייע גם בפסיקת הלכה:

תלמוד בבלי, מסכת תענית:

אם נקבעה הלכה לפי חכם x היא מחייבת ויש ללמד אותה.

אם יש מנהג כמו חכם x אז לא מלמדים אותו אבל אם מישהו שואל יורו לו לעשות כך.

אם נהגו לפי אותה עמדה לא מעירים למי שנוהג כך אך גם לא מורים ללכת לפיה.

מהיכן לומדים על ערך המנהג והחובה לפעול לפיו? ישנן מספר תשובות אפשריות:

1. **״אל תשג גבול עולם אשר עשו אבותיך״** (משלי)- אין לשנות מנהג אבות.
2. **״שמע בני מוסר אביך ואל תיטוש תורת אמך״** (משלי)- דומה לקודם.
3. **״ואל תבוז כי זקנה אמך״-** המאירי בפירושו לכך באבות אומר כי יש מעלה בשמיעה למנהג.

חכמים אומרים כי המנהג יכול לסטות מדין התורה אך בלבד שלא יתנגש עם איסור.

הרא״ש:

מנהגים שיש ללכת אחריהם הם אלו שנועדו לעשות סייג והרחקה. מנהגים שעניינם איסור והיתר יש ללכת לפיהם רק אם הם נועדו לעשות סייג והמנהג לא נוגד את ההלכה. אם המנהג מורה לעבור עבירה אין לו תוקף וכן אם המנהג נוגע בדיני ממונות.

תשב״ץ:

כל מנהג שאין איסור בדבר בו הוא עוסק לא נתנגד לו ואין צורך לבטל אותו, אם העם נוהג לפיו.

הרשב״א:

מנהג שמקורו בחיקוי דין זר, יש לפוסלו.

משנה, מסכת בבא מציעא:

שעות עבודת פועל וזכויותיו למזון נקבעים לפי מנהג המדינה והוא זה שמחייב.

בדיני קניין על מנת שהסכם יהיה בעל תוקף יש צורך בעשיית מעשה קניין לצד גמירות דעת. מעשה קניין ללא גמירות דעת לא תקף, אך הוא יכול להעיד או ליצור אותה.

ישנה רשימה של פעולות שנחשבות כעונות על הצורך במעשה קניין כמו הגבהה, משיכה ועוד. בתלמוד הבבלי במסכת בבא מציעא הובא לדיון מעשה שלא היה חלק מהרשימה אך היה מקובל בין הסוחרים באותו מקום והוא עשיית חותם על חביות יין שנרכשו והשארתן אצל המוכר. מכיוון שזה מנהג הסוחרים ניתן לכך תוקף על אף שלא הופיע ברשימה.

שולחן ערוך:

כל דבר שהוא מנהג סוחרי המקום יהיה תקף (כך לדוגמא האמרה ״ברכה והצלחה״ אצל יהלומנים הוכרה כמעשה קניין משום מנהג).

**דינא דמלכותא דינא:**

דרך נוספת ליצירת נורמות משפטיות במשפט העברי היא אימוץ דין זר למערכת המשפט העברי- **דינא דמלכותא דינא**. אימוץ זה אינו יוצר נורמות שמחייבות את כולם ולדורות אלא מדובר בנורמות שתלויות במקום ובזמן. לא עוסק בדיני איסורים אלא בדיני ממונות בלבד.

משנה, מסכת נדרים:

במשנה נאמר שאדם יכול להיעזר בנדר על מנת להתחמק מגביית מיסים. כלומר כאשר המוכס של השלטון הזר ומבקש לקחת את המיסים האדם יכול להתחמק ולומר כי הוא הקדיש את אותה תבואה לתרומה ולחזר זאת ע״י נדר. הנדר לא יחייבו משום שהוא נעשה על מנת להציל את עצמו ואת נכסיו.

* התלמוד הבבלי במסכת נדרים שואל איך זה הגיוני שהמשנה נותנת לגיטימציה לדבר שכזה? שהרי יש את הכלל דינא דמלכותא דינא שנותן תוקף לכללי המדינה האזרחיים ומחייב לציית להם.

התשובה שניתנת היא שלא מדובר במשנה על היתר כללי אלא היתר בשני מקרים מסויימים והם שהמוכס הוא מוכס שאין לו קצבה, כלומר לא לוקח סכום מסויים וקבוע אלא לוקח כמה שנראה לו. ומוכס שעומד מאליו, כלומר שלא מונה מטעם השלטון אלא מינה את עצמו.

בשני מצבים אלו המוכס לא פועל מכוח השלטון, לכן הכלל דינא דמלכותא דינא לא חל והמשנה אפשרה התחמקות מתשלום המס.

תלמוד בבלי, מסכת בבא בתרא:

הכלל נאמר גם בהקשר של דיני מקרקעין.

חכמים שונים נותנים נימוקים שונים לקיומו של הכלל דינא דמלכותא דינא:

הר״ן:

מסביר שהכלל תקף רק באשר למלכי הגויים (בלשונו, עובדי כוכבים) זאת משום שאם עם ישראל שיושב באותה ארץ יגיד כי הוא אינו מוכן לשמוע לדבר המלך, יוכל אותו מלך לגרשם משם (מכיוון שאותה ארץ שייכת לו ויש לכבדו כ״בעל הבית״). לעומת זאת, הכלל אינו תקף לגבי מלכות ישראל, שכן מלך ישראל לא יוכל לגרש את עם ישראל אם לא ישמע בקולו. זאת משום שארץ ישראל שייכת לכל עם ישראל באופן שווה ולא למלך בלבד.

הרשב״ם:

מסביר כי היקף תחולת הכלל ״דינא דמלכותא דינא״ הוא בכל הקשור למיסים אותם קובעים המלכים. הנימוק אותו הוא נותן הוא שמכיוון שבני אותה מדינה בחרו באותו מלך, וכפועל יוצא מכך קיבלו על עצמם גם את חוקיו, הרי שאין בדבר משום גזל ולכן יש לציית לחוקים הנקבעים בנושא (סוג של הסכמיות).

הרמב״ם:

קובע כי הכלל תקף רק באשר למלכים אשר נבחרו ולשלטונם הוענקה לגיטימיות. שכן אז אין מעשיו נחשבים בגדר גזל ויש לציית לחוקים. דבריו מזכירים את דברי הרשב״ם אלא שההבדל נמצא בכך שהרמב״ם מסתמך על העובדה כי לא שקיבלו על עצמם את החוקים אלא הסכימו להיות עבדיו ועל כן יש לציית לדבריו (הסכמה מסוג יחסי עבד ואדון).

רש״י:

במשנה מתקיים דיון מהו היקף הכלל ״דינא דמלכותא דינא״ בהקשר של שטרות. חכמים קובעים שכל השטרות תקפים מלבד אלו העוסקים בגט ובשחרור עבד. לעומת זאת, ר׳ שמעון סובר שהכלל תקף גם על מקרים אלו ובעצם על כל השטרות כולם. רש״י בפירושו לדברי המשנה מסביר כי הסיבה לתוקף הכלל היא מתוך שבע מצוות בני נוח והקשר של עם ישראל להן. אחת המצוות בהן מצווים הגויים (כלל האנושות) היא להקים מערכת דינים, כלומר להקים מערכת משפט. מאחר ומקור הציווי להם הוא בתורה, הרי שמערכת הדינים שיקימו מעוגנת בתורה. מכאן שעם ישראל שמצווה לקיים את מצוות התורה מצווה לשמוע גם לחוקי וכללי מערכת הדינים אותה יקימו הגויים.

רבנו תם- בעלי התוספות:

קובע כי מקור הכלל אינו בחובה לציית למלך אלא דווקא לחכמים. כלומר, הסיבה בגללה אנו נציית לדברי המלך היא הקביעה של חכמים שיש לעשות זאת. העניים בדבריו הוא שיכול להיות שמדובר בכלל שנקבע עבור אותה תקופה, בה ישבו חכמים בדקו את חוקי המדינות ולכן קבעו כלל זה, ובתקופה זו כאשר החוקים השתנו יכול שכלל זה אינו תקף עוד ויש לברר זאת מול החכמים.

ישנן מגבלות שונות שעולות מדברי פוסקים שונים וביניהם:

1. **חוק שמתנגש עם איסור הלכתי-** לא נכיר בו ולא יהיה בעל תוקף מכוח דינא דמלכותא דינא.
2. **כלל לא שוויוני-** אין חובה לציית. תשב״ץ- הנהגה של כלל מסויים רק בחלק מהממלכה מהווה דבר לא שוויוני ולכן לא יהיה תקף. רמב״ם ור׳ יוסף קארו- כללים פרסונליים לא מחייבים מכוח דינא דמלכותא דינא שכן הם אינם שוויוניים.
3. **רק חוקים שקשורים במיסים ומקרקעין-** הרמ״א אומר שרק בכללים שנוגעים בנושאים אלו יעמדו מכוח הכלל ואלו שנוגעים בנושאים אחרים לא.
4. **דברים שאין בהם תועלת ישירה למלך-** כללים שהם לטובת המלך או לטובת הציבור יהיו בעלי תוקף מכוח הכלל. לעומת זאת כללים שהם במשפט הפרטי לטובת אדם פרטי, דינים שבין אדם וחברו לא עומדים מכוח כלל זה.
5. **רק חוקי מלכות ישנים ולא חדשים**- ריטב״א.
6. **לא מתנגש עם הוראה הלכתית מפורשת-** גם אם נוגע למשפט הפרטי יכול להיות בעל תוקף, כל זמן שלא מתנגש עם איסור תורה מפורש.

מהי הגדרת מלך? | מיהו מלך?

רמב״ם:

כאשר מטבע עם דמות המלך עובר לסוחר, הדבר מעיד על קבלת העם את המלך. לכן רק מי שמטבעו עובר לסוחר עונה להגדרת מלך. גרסה אחרת של הרמב״ם, אומרת כי זה לאו דווקא המטבע אלא פשוט קבלת העם באותו המקום את המלך עליהם.

מהרשד״ם:

רק מלך קבוע ממש, לא שלטון מתחלף.

רשב״א:

מלך יכול להיות גם שר או מושל מקומי ולא מלך ממש בהכרח.

מהרי״ק:

תקף גם לגבי מושל מקומי, שכן הסמכות תלויה לדעתו בבעלות המלך בקרקע וגם הדיוט יכול להיות בעל קרקע.

הרב קוק:

שלטון נבחר עדיף שכן כך יסוד ההסכמה בא לידי ביטוי בצורה הטובה ביותר.

נאמר ביחס למלך ישראל אך ניתן לתת לכך תוקף גם ביחס למלך גוי.

כפי שאמרנו בהתחלה הכלל בא על מנת לפתור את בעיית השלטון הזר המחוקק חוקים ופועל שלא לפי ההלכה והקונפליקטים שבאים עימו. לעומת זאת, לכאורה כשמדובר בשלטון ישראל בעיות לא אמורות להתעורר שכן על השלטון לחוקק וללכת לפי ההלכה. עם זאת השאלה עדיין מתעוררת.

הר״ן:

הכלל לא חל על מלך ישראל שכן הארץ שייכת לכל עם ישראל.

הרשב״א:

על מלך ישראל בחו״ל חל דינא דמלכותא דינא, אך על מלך ישראל בא״י לא.

רמב״ם, הלכות גזילה ואבידה:

חל גם על מלך ישראל (דן בעיקר בסמכות להטיל חיוב במס).

שמואל א׳, פרק ח׳:

עם ישראל בא לשמואל הנביא וביקש ממנו שימנה עליהם מלך. שמואל לא היה מרוצה מהבקשה מסיבות שונה אך לבסוף נענה להם והציג להם את משפט המלך. משפט המלך מתאר את זכויותיו של המלך.

* מה משמעות דברי שמואל הנביא?

בבלי, מסכת סנהדרין:

שמואל- משפט המלך משקף את עמדת ההלכה באשר לסמכויות המלך.

רב- התיאור נועד רק כדי להפחיד את העם ולא לתאר את סמכויותיו האמיתיות של המלך.

המאירי מסכים עם דעתו של שמואל ואומר כי ההלכה מתירה למלך ישראל לחוקק חוקים בתחום האזרחי ויש חובה לציית להם. וזאת מכוח משפט המלך בספר שמואל ולא מכוח דינא דמלכותא דינא.

**משפט מדינת ישראל:**

מכיוון שחוקי מדינת ישראל לא הולכים לפי המשפט העברי, יש שאלה בנוגע למעמדם לפי ההלכה. האם יש חובה דתית לכבד את חוקי מדינת ישראל? התשובה נובעת גם מהשקפות עולם.

מי שרואה במדינת ישראל הגשמת חזון דתי ייטה להכיר בחוקיה של המדינה יותר ולהעניק להם מעמד מחייב. לעומת מי שלא מאמין בכך ויסתייג יותר.

ישנן אפשרויות להכרה ישירה או עקיפה בחוקים.

**הכרה ישירה:**

ניתן להכיר בדיני המדינה מכוח דינא דמלכותא דינא. אך הדבר תלוי בשאלה האם זה חל גם על מלך ישראל ורלוונטי לשלטון נבחר? יש מגבלות ולכן ההלכה לא מכירה בהכרח בכל החקיקה כמחייבת אלא רק בנושאים מסויימים.

ניתן להכיר בדיני המדינה מכוח תקנות קהל. כלומר, שחברי הכנסת מהווים נציגי הקהל שרשאים להתקין תקנות. הקושי עם זה הוא הצורך בהסכמת איש חשוב לתקנות הקהל.

**הכרה עקיפה:**

ניתן להכיר בדיני המדינה מכוח מנהג. אין הכרה הלכתית לגופי השלטון כגופים בעלי חקיקה מחייבת הלכתית. החיסרון הוא שההכרה לא מיידית אלא בדיעבד.

דוגמא לביטוי של הדרכים השונות מופיעה בפס״ד רבני של גננות אגודת ישראל נ׳ אגודת ישראל בו הן תבעו את זכויותיהן לפי החוק וכללי משרד החינוך.

הרב דייכובסקי- יש להכיר בכללי משרד החינוך מכוח היותם דין מדיני והכלל דינא דמלכותא דינא. פסק שיש להעניק את כלל הזכויות.

הרב שרמן- יש להכיר בכללים מכוח היותם מנהג. אך משום שבאגודת ישראל אומץ המנהג, לא ניתן לחייבם לפיו. פוסק שאין להעניק את הזכויות.

בדין הפלילי הדבר פשוט יותר שכן כבר מדברי ראשונים עולה שלמדינה יש סמכות להעניש גם שלא לפי דין תורה כדי ליצור סדר. הסיבה לכך היא בעיקר כי חייבים לשם ענישה פלילית סנהדרין ואין לנו אותם בימינו.

רמב״ם, הלכות רוצח:

גם מי שלפי המשפט העברי לא חייב בדין מיתה, אם לפי דין מקום יהיה חייב, ניתן להענישו.

רמב״ם, הלכות מלכים:

למלך יש רשות להרוג כל מי שמרד, הפר את פיו או ביזה אותו. זאת מפני תיקון עולם.

הר״ן:

כל חברה זקוקה לגוף שיפוטי שישפוט בין הפרטים וידאג לסדר החברתי. עם ישראל גם זקוק לכך. נוסף על כך, עם ישראל צריך גם גוף שיפוטי שידאג לשמירת חוקי התורה. לכן הוא מציע מבנה לפיו הולכים ראשית לסנהדרין. אם הם יחליטו שמדובר בדבר שראוי לעונש לפי דין תורה הם ישפטו את המקרה. אם יגיעו למסקנה שלא ראוי לעונש לפי דין תורה, המקרה יעבור לשיפוט אזרחי.

לכן, יש לשלטון בישראל סמכות ואולי חובה להשליט סדר ולהעניש גם אם לא לפי חוקי התורה.

מהי ההתייחסות לבתי משפט אזרחיים בישראל? האם מותר או שיש חובה לפנות אליהם? או שמא אסור ויש לפנות רק לדין תורה?

שוחטמן במאמרו:

1. ההלכה מכירה באפשרות למנות **בתי דין של הדיוטות**. כלומר דיינים שאינם בקיאים בדין התורה. יש שאומרים שקיים רק כשאין בקיאים בדין תורה בכלל.
2. בתנאי שביה״ד **ידון על סמך שק״ד** ולא מערכת חוקים מובנית.
3. **קבלת הציבור דיינים שאינם מומחים.** מסתייגים מזה שכן גם אם זה אפשרי צריך עבור זה תקנות קהל שמצריכות הסכמת אדם חשוב.
4. **איסור להתדיין בערכאות גויים.** יש שאומרים שבתי המשפט בישראל אינם ערכאות גויים שכן השופטים יהודים. הרוב טוענים כי האיסור אינו קשור בזהות הדיין כי אם בזהות הדין. ומשום שהדין הוא אינו המשפט העברי מדובר בערכאות גויים.
5. **הסכמת הצדדים** במקרים אלו עשוייה להתגבר על האיסור או לכל הפחות להחלישו.
6. **אין בכוחו של מנהג** לפנות לערכאות כדי **להתגבר על האיסור.**
7. אם הצד שני מסרב להתדיין לפי ההלכה ניתן **לקבל היתר** ולפנות למערכת האזרחית.

**משפט ומוסר- ועשית הישר והטוב:**

עוסק ביחס בין חיובים ממוניים משפטיים ובין חיובים ממוניים מוסריים. אחד ההבדלים בין הוראה משפטית ובין הוראה מוסרית היא שמשפטית היא הוראה אכיפה בעוד הוראה מוסרית אינה אכיפה.

פס״ד כיתן נ׳ וייס:

מה קרה? תביעת נזיקין בה וייס תבע את כיתן. בערכאה הראשונה הפסיד וערער. בית המשפט ניסה להביא לפשרה בה כיתן ישלמו חלק מסכום הפיצויים. למרות הסכמתה של כיתן לפשרה וייס לא הסכים והתעקש לעריכת משפט.

מה אמר השופט אלון? בסוף החלטתו המשפטית הוא פונה לכיתן ומבקש מהם לפנים משורת הדין לשלם לוייס את הפיצוי לו הסכימו בפשרה. הוא ביסס זאת על המשפט העברי והכלל של עשיית הישר והטוב.

מה אומר השופט שמגר? הסכים עם פסקי דינו המשפטי של אלון אך הסתייג מקריאתו לנהוג לפנים משורת הדין. זאת משום שתפקיד ביהמ״ש הוא לעשות דין ולא לערב שיקולים של לפני משורת הדין.

* גם לדבריו של השופט שמגר ניתן למצוא ביסוס במשפט העברי במדרש על דוד המלך.

במדרש סופר כי דוד המלך היה עושה משפט רק לפי הדין ללא עירוב כל שיקול זר. וכך, גם אם היה עומד בפניו אדם עני, אם היה זה מהדין היה מחייבו. הוא לא עירב שיקולים של לפנים משורת הדין בתוך הדין עצמו אלא עשה צדקה מחוץ לביה״ד באופן עצמאי ופרטי.

התימוכין לדבריו של אלון נמצאים בספר דברים, פרק ח שם מוזכרים שני פסוקים.

הפסוק הראשון- מצווה לשמור על כללי וחוקי התורה.

הפסוק השני- מצווה לעשות את הישר והטוב בעיני ה׳.

* אנו יוצאים מנקודת הנחה שאין חזרות מיותרות בתורה. אם כן, מדוע יש צורך בשני פסוקים שלכאורה אומרים אותו דבר?

הרמב״ן מביא לכך הסבר לפיו, פשט הפסוק מתכוון להורות על שמירת מצוות מתוך כוונה לעשות את רצון ה׳ ולא מתוך כוונה לשיקולים תועלתניים. בתמורה לכך, ה׳ יטיב איתך.

דרש הפסוק לעומת זאת, מתייחס לשאלה מה עושים כאשר אין ציווי מפורש כיצד לנהוג בסיטואציה מסויימת. העיקרון המנחה הוא עשיית הישר והטוב בעיניי ה׳ ע״י מעשים כמו נהיגה לפנים משורת הדין וכו׳.

* למה יש בכך צורך?

התורה לא באמת יכולה להכיל את כל הכללים שיתאימו לכל מקרה, שכן התורה היא תורת נצח והחיים הם דינמיים ומשתנים ואי אפשר להתאים את הכללים לכל ההתפתחויות האפשריות אם יהיו מדוקדקים. על כן, צריך עקרונות כלליים שלתוכם נוכל ליצוק את התוכן שמתאים לשעה.

גם מהפסוק ״קדושים תהיו כי קדוש אני״ בספר ויקרא הרמב״ן לומד עיקרון כללי לפיו אין להיות נבל ברשות התורה.

בשני ציווים אלו ישנו עיקרון שמורה כיצד להתנהג במצבים משתנים. הראשון עוסק בדברים שבין אדם לחברו בעוד השני עוסק בדברים שבין אדם למקום.

הכלל בא לידי ביטוי ב-3 מישורים:

1. **חכמים-** שיתקינו תקנות ממוניות שיביאו לידי ביטוי את העיקרון הנ״ל.
2. **ביה״ד-** שמעבר ליישום הכללים הפורמליים ישאף להגשים גם את היעד של עשיית הטוב והישר.
3. **האדם הפרטי-** כשאין הוראה מפורשת מה לעשות, על האדם לנהוג לפי עיקרון עשיית הישר והטוב.

כפי שראינו, תקנת חכמים מחייבת ואכיפה. תקנות רבות מיישמות את עיקרון עשיית הישר והטוב ואנו נעסוק בשתיים כאלו. תקנות אלו מנומקות גם ע״י העיקרון הנ״ל אך גם מוגבלות על ידו ורק כל עוד הוא מוגשם הן מחייבות.

**1. דינא דבר מצרא- זכות קדימה בין שכנים:**

במשפט העברי קיימת זכות קדימה בין כל שכנים ששדותיהם גובלות זו בזו. משמעות הזכות היא שצד ג׳ לא יוכל לקנות את השדה כל עוד השכן לא ויתר עליה. השכן יכול לאלץ את אותו צד ג׳ להעביר לו את הנכס על אף שנקנתה.

תלמוד בבלי, מסכת בבא מציעא:

סוגייה ובה בעל שדה שמוקף מכל צדדיו בשדות של יורשים או שותפים. כל עוד מחזיק בשדה אי אפשר לגרשו, אך משמכרה לצד ג׳ האם ניתן לגרש את אותו צד ג׳?

רב- צד ג׳ אמנם חצוף, אך לא ניתן לסלקו.

רב נחמן- ליורשים יש זכות לדרוש את סילוקו והעברתה אליהם בתנאי שיחזירו לצד ג׳ את מה ששילם. לא תקף אם לא מדובר בשותפים או יורשים.

חכמי נהרדעא- גם במקרה של שכן רגיל תינתן לו זכות קדימה הוא יוכל לתבוע את סילוקו של צד ג׳ ולהעביר אליו את השדה בתנאי שיחזיר לו את מה ששילם. מיישם את עיקרון הישר והטוב.

התוצאה היא שהבעלים המקורי אינו ניזוק, הקונה לא ניזוק שכן כספו הוחזר והוא יכול לקנות בו קרקע חילופית והשכן שהוא בעל ערך מוסף בקרקע יהיה בעל תועלת מכך.

כל זמן שכל הצדדים מרוויחים- יש לפעול לפי עיקרון עשיית הישר והטוב.

אם לאחד מהצדדים עלול להיגרם נזק כלכלי- לא נפעל לפי הכלל. שכן אסור שהטוב של האחד יבוא על חשבון האחר.

אם הקרקע ניתנה לצד ג׳ במתנה עיקרון דינא בדבר מצרא לא יחול שכן הוא יפסיד מתנה. אלא אם כן נוכל לפצותו על לקיחת הקרקע.

אם השדה חזר לבעליו המקוריים לא יחול הכלל גם כן, שכן הוא יהווה פגיעה בבעלים המקורי שיש לו קשר מיוחד לשדה שלו.

וכן גם אם הוא מוכר מספר שדות.

**2. שומא הדר- שמאות חוזרת:**

כשמלווה נותן הלוואה הוא רוצה להבטיח שיוכל להיפרע מהחייב בהמשך. לכן, כל נכסי החייב משועבדים כך שהמלווה יוכל להיפרע מהם במקרה הצורך, זאת בתנאי שביה״ד משאיר לו את צרכי הקיום המינימליים שלו.

יש חשש שבמועד הפירעון החייב יישאר ללא נכסים כלל ולכן כל הלוואה שיש בה שטר חוב כוללת את שיעבוד הנכסים. לפי זה, זכות המלווה להיפרע קודמת לזכות צד ג׳ לקנות את אותו הנכס או לקבלו. אם בכל זאת נמכרו הנכסים בין ההלוואה ובין הפירעון המלווה יכול ללכת לקונה האחרון ולקבלם, וחוזר אחורה.

* למה יש צורך בשטר?

לשטר יש פרסום. אנשים יכולים להגיע ולבדוק לפני הקנייה האם הנכס משועבד (כמו במרשם המקרקעין).

תהליך ההוצאה מידי הקונה כולל 3 שלבים:

1. **שטר חיפוש-** המלווה מחפש את נכסי החייב.
2. **שטר אדרכתא, דריסת רגל**- ביה״ד מעביר לחזקתו את הקרקע ששייכת לחייב או לצד ג׳ אליו הועבר כך שבינתיים יהיה בידו משהו.
3. **שומא הדר-** הערכה מדוייקת, שמאות. ביה״ד מעריך את ערך הקרקע על מנת להעביר למלווה ואז הקרקע הופכת להיות שלו לכל דבר.

בין כל אחד מהשלבים יש 30 ימים בהם החייב יכול לפרוע את חובו כך שאם יצליח התהליך יפסק.

תלמוד בבלי, מסכת בבא מציעא:

תקנת שומא הדר של חכמי נהרדעא אומרת שלאחר סיום שלושת השלבים לחייב יש תקופה של שנה בה הוא יכול להגיע למלווה עם הכסף אותו היה חייב ולפדות את הקרקע בחזרה.

חכם אומימר טען שהדבר לא מוגבל לשנה אלא החייב יכול לעשות זאת תמיד משום עיקרון עשיית הישר והטוב.

רמב״ם, הלכות מלווה ולווה:

אם המלווה העביר את הקרקע לצד ג׳ אין שומה חוזרת וניתן לפדות את הקרקע רק אם היא בבעלות המלווה.

במקרה בו המלווה השקיע בקרקע והשביח אותה החייב יצטרך להחזיר לו גם את הוצאות ההשבחה.

איך ביה״ד יכול ליישם את עיקרון עשיית הישר והטוב?

**1. לפנים משורת הדין-**

ביה״ד יכול לחייב לנהוג לפנים משורת הדין. דוגמא לכך מצוייה בהשבת אבידה שהיא בעלת מספר כללים:

1. חובה להשיב את האבידה לבעליה לפי סימנים.
2. אסור להתעלם מהאבידה אלא יש חובה לנסות ולאתר את הבעלים.
3. במקרים מיוחדים יש פטור מהחובה כך שניתן להתעלם מהמציאה, לדוגמא אם מדובר באדם זקן שלא מכבודו לאסוף את אותה האבידה.
4. אם הבעלים התייאש המוצא יכול לקחת את האבידה לעצמו. כשאין סימנים באבידה נצא מנקודת הנחה שהיה ייאוש מצד הבעלים.
5. כשאדם מוצא אבידה הוא צריך להכריז על מציאתה כדי שהבעלים יוכל לבוא לאסוף אותה. משך ההכרזה הוא שנה ונעשה במקום מיוחד בבהמ״ק או בכל מקום פומבי מספיק.
6. גם אם אחרי ההכרזה לא נמצאו הבעלים המציאה אינה בבעלות המוצא אלא היא נשמרת עד שיבוא אליהו הנביא ויתגלו הבעלים.
7. כשמדובר בדבר שעשוי להתקלקל המוצא צריך למכור אותו ולשמור את הכסף עבור הבעלים. אם רוצה לקנות בעצמו על מנת שהדבר יתאפשר יש לקבל אישור מביה״ד שיוודא שנעשה באופן הוגן.
8. מציאה שדורשת טיפול- אם מדובר בדבר שדורש הוצאות טיפול ומניב רווח יש לשמור שנה ואחרי שנה למכור. אם מדובר בדבר שדורש הוצאות טיפול אך אינו מניב רווח יש לשמור חודש ואח״כ למכור.

תלמוד בבלי, מסכת בבא מציעא:

במסכת מובאים מספר סיפורים שעוסקים בהשבת אבידה וקיום הכלל עשיית הישר והטוב.

רב יהודה היה הולך אחרי רבו, שמואל בשוק בבבל שם הרוב היה לא יהודי. תוך כדי ההליכה רב שאל את שמואל מה היה עושה אם היה מוצא במקום ארנק? מהו הדין? שמואל ענה לו כי ניתן לקחת שכן יוצאים מנקודת הנחה שהבעלים התייאש. רב מקשה ושואל מה עושים אם לקחתי את האבידה אך כעת בא מישהו ונותן סימנים? לכאורה לפי הדין התשובה אמורה להיות שלא צריך להחזיר שכן מבחן הייאוש הוא אובייקטיבי ומרגע שהתממש המוצא פטור. אך שמואל ענה לו שהוא חייב להחזיר. זהו מעשה שנעשה לפנים משורת הדין ששמואל מגדיר כחובה ואותו למד מאביו שעשה כך עם חמורים שמצא.

סיפור נוסף, הוא על רבי ישמעאל. רבי ישמעאל ראה אדם שנושא שק עצים ונח והניח את השק על הרצפה. הוא רצה להמשיך בדרך וביקש עזרה מר׳ ישמעאל, ר׳ ישמעאל שהיה לבוש נקי וחגיגי לא רצה להתעסק עם השק ולכן קנה אותו בחצי זוז והשאיר אותו שם כהפקר כך שאם מישהו ייקח אותו לא יעבור על איסור גזל. הסבל לקח את השק ועשה זאת שוב כך שר׳ ישמעאל שילם לו שוב. הפעם אמר לו הפקרתי לכל העולם מלבדך. איך יכול להיות שדבר זה מסתדר שכן הפקר משמעותו איבוד זכות קניינית בדבר? ומדוע ר׳ ישמעאל לא פשוט השתמש בפטור שהיה לו משום זקנתו וכבודו? ר׳ ישמעאל נהג לפנים משורת הדין ולעזור לסבל למרות הפטור שהיה לו.

סיפור אחר, עוסק ברב חנן. סבלים שברו לרב חנן חבית של יין והוא לקח מהם את הגלימה שלהם כעירבון מה שהפסיד. הסבלים הלכו ותבעו אותו אצל רב שפסק כי על רב חנן להחזיר את הגלימה. רב חנן שאל מדוע עליו היה לעשות זאת? ורב ענה לו שמשום הפסוק ״למען תלך בדרך טובים״ אותו רש״י מפרש כמורה לנהוג לפנים משורת הדין. רב חייב אותו לשלם להם על עבודתם למרות הנזק וזאת משום שיש לנהוג לפנים משורת הדין. רב מחייב את רב חנן לנהוג לפנים משורת הדין.

סיפור נוסף, עוסק ברבי חייא שהיה חלפן כספים מומחה. אל רבי חייא הגיעה אישה ששאלה אותו האם המטבע שיש בידה הוא מטבע ראוי שעובר לסוחר. ר׳ חייא אמר כמומחה אמר לה שכן. אחרי זמן מה האישה חזרה לר׳ חייא ואמרה לו שאמרו לה שהמטבע מזוייף ובגלל חוות הדעת שנתן לה הפסידה. למרות שהדין הוא כי חוו״ד של מומחה גם אם התגלתה כטעות לא מהווה רשלנות ואין חיוב לפצות בגינה, ר׳ חייא פיצה אותה ושילם לה לפנים משורת הדין.

* ממקרים אלו עולות שתי שאלות:

1. האם יש חובה לפעול משורת הדין או שמדובר בחובה מוסרית בלבד?

2. מה הקריטריונים לפיהם קובעים שבמקרה מסויים יש לנהוג לפנים משורת הדין.

המרדכי אומר כי ניתן לכפות לנהוג לפנים משורת הדין כמו שלמדנו מהמקרה של רב שמואל. עם זאת, הכפייה תיעשה רק אם יש לו יכולת לנהוג כך, כלומר הוא עשיר.

הרא״ש והרמב״ם:

אי אפשר לכפות לנהוג לפנים משורת הדין ומדובר בחובה מוסרית בלבד.

הפתחי תשובה:

אומר שניתן לכפות ולביה״ד יש מספר דרכים לעשות זאת:

1. ע״י כל האמצעים הרגילים שעומדים בפניו.

2. לכפות רק ע״י אמצעים קלים יותר.

הקריטריונים לחיוב הם:

1. **שיקול כלכלי-** ככל שיש פער כלכלי גדול יותר בין הצדדים תהיה נטייה לפעול לפנים משורת הדין.

2. **קידוש ה׳-** אם מדובר בתלמיד חכם עליו להתנהג מעבר לנורמות בדברים שבין אדם לחברו על מנת שייעשה קידוש ה׳.

3. **הפסד-** אם התנהגות של לפנים משורת הדין תגרום הפסד לא נצפה מהאדם לפעול לפנים משורת הדין.

4. **ויתור על פטור-** האם זה מחייב את האדם לוותר על פטור מיוחד שיש לו אישית או על פטור שניתן לכולם.

**2. חיוב בדין שמיים:**

נאמר בעיקר בדיני הנזיקין. יש הבחנה בין נזק שאדם עושה באופן ישיר, בידיו ממש. ובין נזק שאדם גורם לו בעקיפין, גרמא.

כשאדם מזיק באופן ישיר הוא יחוייב לפצות את הניזוק גם אם לא התרשל. כשאדם מזיק באופן עקיף, הוא יהיה פטור מחיוב ע״י ביה״ד אך יהיה חייב בדיני שמיים.

תלמוד בבלי, מסכת בבא קמא:

ישנן מספר דוגמאות למקרים כאלו:

1. **נותן סם מוות בפני בהמת חברו-** אדם שמרעיל את בהמת חברו. אם האכילה בידיו ממש מדובר במעשה ישיר והוא יהיה חייב בבי״ד. לעומת זאת, אם רק פיזר את הרעל, גם מתוך כוונה שהבהמה תמות, מדובר בגרמא והמזיק יהיה חייב בדיני שמיים.
2. **היודע עדות לחברו ואינו מעיד-** כדי להוכיח טענה על אדם להביא שני עדים כשרים שיתמכו בדברים. עד מחוייב להעיד. אם אדם שיודע שהוא עד יימנע מלהעיד וכתוצאה מכך החבר הפסיד בתביעתו, הוא ייחשב כמי שגרם נזק בעקיפין, גרמא, ולמרות שלא יחויב ע״י בי״ד יחוייב בדיני שמיים.
3. **הפורץ גדר בפני בהמת חברו-** מזיק שפורץ גדר מאחוריה יש את הבהמה של מישהו ללא רשות, ואותה בהמה ניזוקה או הזיקה הפורץ יחשב כמזיק בגרמא. ולמרות שלא יחויב ע״י בי״ד יחוייב בדיני שמיים.

מה המשמעות של הכלל?

רש״י, מסכת גיטין:

חיוב בדין שמיים משמעותו ענישה משמיים. בי״ד לא כופה לשלם אך משמיים יענישו את המזיק.

אם המזיק ישלם זה יקל על עונשו או יפטור אותו ממנו.

ראב״ן:

גם כשמדובר בחיוב בדיני שמיים, ביה״ד חייב להודיע למזיק כי הוא עתיד להיענש בידי שמיים אם לא ישלם על מה שעשה למרות שהם לא חייבוהו.

ים של שלמה:

ביה״ד לא מחוייב להודיע בלבד אלא מחוייב גם לדחוק במזיק שיעשה כן, ללחוץ עליו. מידת הלחץ של ביה״ד יכולה להשפיע על הפשרה בין הצדדים שכן ככל שהלחץ גדול, חשש המזיק גדול והניזוק לא יוותר בקלות ולהפך.

המאירי:

במקרים של גרמא אם המזיק לא יפצה את הניזוק הוא יחשב גזלן ויהיה פסול לעדות.

עיקרון זה של עשיית הישר והטוב בא לידי ביטוי גם בהתנהלות המצופה מהאדם הפרטי. יש מקרים בהם ביה״ד מכתיב התנהגות של ממש.

**1. רוח חכמים אינה נוחה הימנו:**

חכמים מייצגים את ה׳. כלל המופנה לכל אדם.

דיני ירושה וצוואה בישראל קובעים שהמוריש יכול לעשות צוואה ואם תהיה לפי הכללים נכבד אותה. במשפט העברי יש ירושה לפי דין והמוריש יכול לחלק את הירושה בין יורשיו ע״י פרוצדורה לפי ייתן אותה כמתנה בחייו שתהיה בעלת תוקף רק ממותו.

משנה, מסכת בבא קמא:

יש תוקף למתנה גם אם האדם הדיר את בניו והעדיף זרים על פניהם. עם זאת, רוח חכמים אינה נוחה ממעשיו. רבן שמעון בן גמליאל מסייג ואומר שאם בניו לא נוהגים כשורה יש לו לגיטימציה לנהוג כך. (תשובת התשב״ץ בדף העבודה מראה עמדה אחרת).

רשב״ם:

רוח חכמים מייצגת את תפיסת התורה. ביה״ד לא יפסול מתנה כזו אך לא יראה בה דבר רצוי.

תלמוד בבלי, מסכת בבא בתרא:

אם גזלן או מלווים בריבית שלקחו מעט כסף מהרבה אנשים רוצים לחזור בתשובה ורוצים להחזיר את הכסף לנגזל, מצד הדין אפשר לקחת מהם את הכסף. אך רוח חכמים לא נוחה עם מעשה כזה שכן זה יגרום לתמריץ שלילי שלא יחזרו בתשובה.

משנה, מסכת שביעית:

1. **שמיטת חובות-** בשנת שמיטה נמחקים החובות, עם זאת מי שמחזיר את חובו על אף השמיטה רוח חכמים נוחה הימנו.
2. **ירושת הגר-** ילדיו של גר שנולדו לפני הגיור לא נחשבים פורמלית כילדיו ולכן לא יורשים אותו. לכן, אם לא נולדו לו ילדים לאחר גיורו נכסיו הם הפקר והראשון שיזכה בהם שלו הם. כך אם נתן הלוואה לכאורה הלווה לא צריך להחזירה. עם זאת, מי שיחזיר את ההלוואה נוח חכמים תהיה נוחה הימנו.

ביה״ד לא יתערב, אך התורה מעודדת לנהוג כך.

* למה לא הותקנו תקנות שמחייבות את דברים אלו?

ככל הנראה משום שמדובר בדברים שקורים בנסיבות נדירות.

**2. מידת חסידות:**

משנה, בבא מציעא:

דין הונאה- משהו שנמכר ב-20% יותר או פחות ממחירו גם אם בתו״ל נחשב הונאה והצד הנפגע יכול לקבל את ההפרש או לבטל את העסקה. הדין חל גם במטבעות. נשאלת השאלה עד מתי מי שקיבל את המטבע יכול לטעון להונאה?

מי שגר בעיר- עד שיראה את השולחני, מומחה הכספים, שזה בערך זמן של 5 שעות.

מי שגר בכפר- עד ערב שבת.

אם נותן המטבע קיבלו בשלב מאוחר יותר והבין כי מדובר היה במטבע מזוייף, אם ירצה לנהוג במידת החסידות יחזיר את ההפרש גם לאחר שנה.

ברייתא, מסכת חולין:

אדם בעל תוצרת חקלאית צריך להפריש לקט, שכחה, פאה ומעשר עני.

בעל בית שנסע מחוץ לביתו ואין לו מה לאכול באותו מקום, יכול לאכול ממתנות העניים הנ״ל. מצד הדין אין לו חיוב להחזיר את מה שאכל אך אם ירצה לנהוג במידת חסידות ייתן לעניים את מה שאכל באותו מקום.

כדי שעסקת מכר תושלם צריך מעשה קניין לצד גמירות דעת של שני הצדדים. תפקיד מעשה הקניין הוא ליצור גמירות דעת או להעיד עליה. כל עוד לא בוצעה מעשה קניין, העסקה לא הושלמה וכל צד יכול לחזור בו. עם זאת, יש פגם מוסרי בחזרה שכזו בעיני חכמים. ככל שמדובר בשלב מתקדם יותר כך הפגם המוסרי חמור יותר ולהפך.

**מי שפרע-** מזכיר את הביטוי מי שחייב בדיני שמיים. מדבר על מי שחזר בו אחרי שהייתה הסכמה על פרטי העסקה ושומה תמורה כך שהיה חסר להשלמת העסקה רק מעשה הקניין.

משנה, בבא מציעא:

האם ביה״ד רק מיידע את מי שפרע שהוא חייב בדיני שמיים או שגם מקללו שה׳ יעניש אותו? הרמב״ם אומר שמקללים אותו ממש.

**מחוסר אמנה-** אדם לא אמין שלא ירצו לעשות איתו עסקים בעתיד. מזכיר את הביטוי מי שרוח חכמים אינה נוחה הימנו. אדם שחזר בו אחרי ההסכמה על הפרטים אך טרם שולמה התמורה ולא היה מעשה קניין.

משנה, מסכת שביעית:

מחוסר אמנה הוא מי שאין רוח חכמים נוחה הימנו. הרמב״ם אומר כי גם מי שהבטיח מתנה אך רק אם היא בלתי סבירה.

שו״ת שבות יעקב:

ראובן מוכר לשמעון יין בתמורה ל-1,000 זהובים אך שמעון נתן לו רק 100. בזמן שראובן מחזר אחריו כספו מחיר היין עולה ב-50% והוא רוצה לחזור בו.

לכאורה מצד הדין לפי התלמוד, מוכר שצריך לחזר אחרי כספו יכול לחזור בו מן העסקה ולבטלה ולכן לראובן יש כאן את האפשרות לבטל. עם זאת, משום שלרב המשיב יש תחושה שהסיבה לביטול היא התייקרות היין והרצון לעשות רווח גדול יותר הוא בונה קונסטרוקציה בעזרתה העסקה מתקיימת. הוא משווה זאת למי שמוכר דברים גרועים בטענה שיין יכול להחמיץ, ולכן לא ניתן לבטל את העסקה.

כמו אצל התשב״ץ, הפגם המוסרי ברצונו של המוכר משפיע על המשיב שרוצה לעזור לקונה ולהיעזר בכלל עשיית הישר והטוב. וכך ניתן לראות את השפעתו העקיפה של הכלל של עשיית הישר והטוב על הפסיקה.