**מחברת קורס**

**מבוא למשפט עברי**

**לכופרים**

מבוסס על שיעורים מפי:

**ד"ר יעקב חבה.**

סוכם על ידי:

**דיקלה דיארי (תשס"ז).**

**ונערך על ידי הלורד 2009-2010**

\*במקביל לסיכומים מהתקשוב.

**מבוא**

משפט עברי הוא מונח מהמאה שנים האחרונות, לא נמצא אותו בשום ספרות הלכתית.

בד"כ שמדברים על משפט עברי מתכוונים **לחלק מתוך ההלכה היהודית שנושאיו הם נושאים שמקבילים למערכת משפטית רגילה-עכשויות**. אין הפרדה לצורך העניין בין הדינים- אין חלוקה שהיא חלק מעולם ההלכה, אלא **חלוקה חיצונית מלאכותית שאינה קיימת בעולם ההלכה**.

שלומדים משפט עברי מנסים ללמוד נושאים שהם תורת משפטיים כללים.

**הנסיבות ההיסטוריות שבהם התחדש המונח משפט עברי** - תחילת המאה ה-20, מלומדים מרוסיה, החייאה כחלק מתנועה לאומית תרבותית. היה מבוסס על העקרונות אבל לא חייב שימוש בהלכה. התהליך גווע.

**מעמדו של המשפט העברי במסגרת המשפט הישראלי:**

שאלת המשפט העברי במסגרת המשפט הישראלי היא שאלה הנתונה בויכוח יותר במונח המעשי ופחות במונח התאורטי. אם כן מהו מעמדו של המשפט העברי במסגרת המשפט במדינה?

**3 דרכי קליטה של החוק במשפט העברי בהבט הפורמאלי**

1. **חוק יסודות משפט 1980** - עד1980 דבר המלך למועצתו השלים לקונה. החוק קבע שנפנה לעקרונות היושר והצדק של המורשת הישראלי. פשרה. החוק פורש בצמצום. לא נעשה הרבה שימוש. ברק מול אילון.
2. **חוקי היסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק יסוד: חופש העיסוק.** אילון - חובה לפנות למשפט העברי. ברק כמובן נגד ודעתו קבעה.
3. **חקיקה:** ישנם חוקים, ששילבו בתוכם גם עקרונות מתוך המשפט העברי, גם היום כאשר מחוקקים ומשנים חוק עמדת המשפט העברי נשמעת. לעיתים מתקבלת יותר ולעיתים פחות.

יש לציין כי בימ"ש פונים לפסיקה אמריקאית ואנגלית ויש אפשרות גם לפנות למשפט העברי ככלי נוסף להשראה והנחיה לפתרון הנכון והרצוי בעניין מסוים.

**השאלה נשאלת גם במובן ערכי ולה שני פנים**:

**האם בעיניים של ההלכה היהודית ראוי לעשות שילוב כזה ?**

1. מצד אחד שימוש בהלכה במשפט חילוני מהוותה פגיעה בהלכה (כיוון שבוחרים רק מה שרוצים).
2. מצד שני שימוש בהלכה משמר אותה ויש לו ערך לאומי תרבותי.

**אם מבחינת המשפט הישראלי זה ראוי ונכון לפנות למשפט העברי?**

1. המשפט העברי ישן מאוד ואנכרוניסטי.
2. מצד שני הוא חודש במהלך השנים.

**תקופת התנאים** - תקופה שנמשכה כ250 שנה (28-200 לספירה). תנאי מלשון שנה= למד וחזר.

היצירה המרכזית היא **משנה:** ספר שנערך לפני כ- 1800 שנה ונחתם ע"י רבי יהודה הנשיא.

כל סדר מחולק למסכתות שונות, כל מסכת לפרקים, וכל פרק למשניות. נחתמה על ידי רבי יהודה הנשיא.

סדר נזיקין מחולק ל3- בבא= שער- בבא קמא בבא מציעה בבא בתרא.

תוספתא: המשנה נערכת על ידי רבי יהודה הנשיא, ומביאה לידי ביטוי דברי תנאים. התוספתא היא קובץ מקביל לקובץ המשנה, שמביאה הרחבות, מקרים נוספים, הסברים, דעות חולקות והנמקות. דברים שלא נכנסו למשנה.

**תקופת האמוראים** - 200-500 לספירה, היצירה המרכזית היא **התלמוד.** יש תלמוד בבלי ותלמוד ירושלמי זאת משום שבתקופה זו היו 2 מרכזיים תורניים אחד בא"י ואחד בבבל, בפועל מסיבות שונות התלמוד הבבלי נלמד יותר.

**טבלת אישים וזמנים**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **תקופה** | **שנה** | **ספרות עיקרית** | **אישים בולטים** |
|  |  |  | אנשי הכנסת הגדולה |
| **תקופת הזוגות** | 50 לפנה"ס- 28 לספירה | מדרשי הלכה | שמעון הצדיק  אנטיגונוס איש סוכו  יוסי בן יועזר,יוסי בן יוחנן  יהושע, נתאי הארבלי  יהודה בן טבאי,שמעון בן שטח  שמעיה, אבטליון  הלל ,שמאי |
| **חורבן בית שני** | 70 לספירה |  | דור 2,3 לתנאים |
| **תנאים** | 28- 200 לספירה | משנה | 1. רבן גמליאל ,רשב"ג, 2. רבן גמליאל השני, ר' אליעזר בן הורקנוס, ר' אלעזר בן ערך. 3. ר' עקיבא, ר' ישמעאל, ר' טרפון, ר' יוסי הגלילי,ר' שמעון, ר' אלעזר. 4. ר' מאיר, ר' יהודה, ר' יוסי, רשב"י, ר' אלעזר. 5. רבי יהודה הנשיא. |
| **חתימת המשנה** | 200 לספירה |  | רבי יהודה הנשיא |
| **אמוראים** | 200- 500 לספירה | גמרא (תלמוד בבלי ותלמוד ירושלמי) | 1. רב, ר' יוחנן, ר' חייא 2. ר' הונא,ר' חיסדא, ר' יהודה, ר' יוחנן, ריש לקיש. 3. רבה, ר' יוסף,רב ששת. 4. אביי, רבא, ר' אדא. 5. ר' פפא, ר' הונא. 6. ר' אשי, רבינא. 7. מרימר, מר בר רב אשי. |
| **חתימת התלמוד** | 500 לספירה |  | רבינא ורב אשי |
| **סבוראים** | 500- 589 לספירה |  | רב רחומי, רב יוסי, רב עינא, רב סימונא. |
| **גאונים** | 589- 1040 |  | רב האי, רב אחאי, רב יהודאי, רב חופני, רב סעדיה, רב שרירא. |
| **ראשונים** | 1040- מאה ה- 16 | הלכות הרי"ף, היד החזקה, ארבעה טורים, שולחן ערוך. | מאה 11- רי"ף, רש"י  מאה 12- רמב"ם, ר' תם, ראב"ד, ר"י.  מאה 13- רמב"ן, רמ"ה, מהר"ם, מרדכי  מאה 14- רשב"א, רא"ש, ריטב"א, ר"ן, טור.  מאה 15- מהרי"ק, אברבנאל, ברטנורא.  מאה 16- רדב"ז, מהרש"ל, רמ"א, ר"י קארו,מרדכי |
| **אחרונים** | מאה ה- 16 ואילך |  | מאה 17- ב"ח, ט"ז, ש"ך, חוות יאיר.  מאה 18- יעב"ץ, גר"א, חיד"א, נודע ביהודה.  מאה 19- ר' עקיבא איגר,חתם סופר, הנצי"ב. |

**היחס בין האגדה להלכה**:

**מקובל לחלק את מכלול המקורות של התורה שבכתב והתורה שבעל פה לשניים: הלכה ואגדה.**

**ההלכה**: כוללת את החלק הנורמטיבי, הוראות עשה ולא תעשה.

**האגדה** כוללת דברי חכמה ומוסר, הגות ותוכחה, שנלמדות פעמים רבות בצורה של מדרשי אגדה.

**באופן מסורתי מקובל לומר כי אין ללמוד הלכה למעשה מן האגדות** ("אין למדין מן האגדה"), אלא באופן עקיף.

**לעתים מוצאים אנו חכמים שלא רק הסתייעו בפסקיהם על עניינים שהם מתחום האגדה, אלא אף למדו והסיקו הלכות נורמטיביות** ממקורות וממדרשים שהם לכאורה מקורות אגדתיים גרידא.

שתי דוגמאות:

**שו"ת תשב"ץ**

לפי ההלכה מותר לאדם לחלק את נכסיו באופן שונה מהדין הרגיל אם כי ההלכה לא אוהבת את זה. מדובר במתנה לאחר המוות.אישה רצתה לתרום את כסף הירושה שלה לבית הכנסת במקום לאחיה העני.

1. תלמוד: הכותב נכסיו לאחרים מה שעשה עשויה, אין דעת חכמים נוכחה ממנו.
2. הפוסק: קיום בית הכנסת הוא אחריות הציבור ולא נכון לפתור את הציבור מהאחריות הזו.
3. תלמוד ירושלמי: וישכח ישראל את עושו ויבנה היכלות. שימוש באגדה כדי להראות שאת הכסף צריך לתת לפי ההלכה.

**אגדה מול הלכה - דוגמא בענייני ירושה**

1. אישה שיש לה נכסים, אין לה ילדים אך יש לה קרובים אחרים שאמורים לרשת אותה לאחר מותה.
2. האישה חלתה וביקשה מבית הדין להעביר את הנכסים מקרובה הראוי לירושה ולהקדישם לטובת עניים או לטובת בית הכנסת מטרות חיוביות. קרובה האמור לרשת אותה הוא עני ויש לו בנים שלומדים תורה ובת שצריכה להנשא, השאלה היא לא אם מותר או אסור לה שכן אם היא עושה זאת בצורה פרוצדורלית טובה היא יכולה אלא **האם הפעולה מגשימה את רצון החכמים או לאו**.
3. כל השאלה נולדת מהעובדה שברמת העקרון **ההלכה מעדיפה העברת נכסים ליורשים ע"פ דין**.

**דוגמא בענייני קניין**

1. לפי ההלכה יש צורך במעשה קניין כדי להוכיח גמירות דעת. מדובר באקט פורמלי.
2. למרות זאת מעשה קניין לא מספיק ויש צורך גם בגמירות דעת.
3. בהלכה אם המוכר מחזר אחר הקונה כדי לקבל את כספו מדובר שהוא חושש שהכסף לא יגיע ולכן אין לו גמירות דעת.
4. לפי ההלכה, אם המוכר אכן חיזר, הוא יכול לחזור בו מהעסקה, אלא אם מדובר ב-"מוכר שדהו מפני רעתה" כלומר מדובר בסחורה גרועה. הפוסק משתמש באגדה כדי להוכיח שיין הוא סחורה גרועה כי הוא יכול להחמיץ ומכאן שגם אם חיזר לא יכול לבטל את העסקה.

**איסורא וממונה - אבחנה בין דיני ממונות לדיני איסורים**:

**ממונא**: הוא התחום העוסק בהלכות הממוניות.

**איסורא**:הוא התחום העוסק בהלכות שאינן ממוניות, ענייני איסור והיתר.

**במשפט העברי חלוקה כזו היא בעייתית, שכן ישנו עירוב בין שני תחומים אלו**.

**ישנם כמה הבחנות מהותיות בין שני תחומים אלו, איסורא וממונא**:

1. **חופש ההתנאה**:
   1. **בממון**: ניתן חופש התנאה, ונקבע כי: "המתנה על מה שכתוב בתורה, בדבר שבממון תנאו קיים".
   2. **בדיני איסורים**: כל המתנה על מה שכתוב בתורה, תנאו בטל, ומדובר בהסדרים קוגנטיים שלא ניתן להתנות עליהם.
2. **חוזה אסור**:כאשר נעשה חוזה שהוא אסור, כלומר נעשה תוך כדי ביצוע עבירה, כגון אדם שמכר בשבת, **ההלכה מפרידה בין האיסור לבין הממון**, ורואה בחוזה חוזה תקף לכל דבר אע"פ שנעשה באיסור (אלא אם כן ביצוע החוזה יש בו משום מעשה עבירה).
3. **סמכות חכמים**: בנושאי איסור והיתר, סמכותם של חכמים להתקין תקנות ולגזור גזירות היא מוגבלת. ואילו בנושאי ממון סמכותם היא רחבה.
4. **תקנות קהל**: ניתן להתקין רק בנושאים ממוניים.
5. **מנהג**:הכלל: מנהג מבטל הלכה" (ראה הפרק על מנהג) חל רק בענייני ממון, ולא באיסורא.
6. **כללים שונים**:נקבע כי לא ניתן ללמוד מאיסורא על ממונא ולהיפך, כיוון שיש שוני מהותי בין שני התחומים.
7. **"המוציא מחברו עליו ראיה"**: רק בעניני ממון, ובעקבות זאת נקבע העיקרון.
8. **ספק**: במקרה של ספק
   1. בממון פוסקים להקל,
   2. באיסור פוסקים להחמיר.
9. **דינא דמלכותא דינא**: כלל זה קובע כי חוקי המלך ודיניו יש להם תוקף הלכתי:
   1. **בממון**: נקבע כי כלל זה תקף
   2. **באיסורא**: אין המלך יכול לקבוע דין הנוגד את דין התורה.

**התנאה על דין תורה**

**דוגמא מתחום דיני האישות בנושא להבדל בין דיני איסורים ודיני ממונות (משנה)**

מן הדין, נכסי האשה בזמן הנישואין שייכים לבעל, והיא אינה יכולה למוכרם. המשנה דנה בשאלה האם יכול הבעל להסתלק מנכסי אשתו, ומה הנפקות של הסתלקות זו**.**

במסגרת הכתובה רשאים בני הזוג להכניס הסדרים כספיים ששונים מההלכה.

אם הבעל כותב לאשתו "דין ודברים אין לי בנכסייך" זה לא מפריע את זכויותיו בנכסיה אלא זה רק לא מגביל אותה ביכולת למכור ולעשות בנכסים כל מה שהיא רוצה.

**דוגמא נוספת מתחום האישות להבדל בין דיני איסורים ודיני ממונות (תוספתא קידושין)**

1. ע"פ ההלכה האיש צריך לקדש את האישה לפני הנישואין. הקידוש נעשה באמצעות מתן דבר כסף (שווה פרוטה).
2. המשנה (תוספתא): במקרה ואדם אומר לאישה שהיא מקודשת לו. הוא אומר שהוא מקדש אותה כדי שהאבא שלו יסכים לחתונה.
3. מתנה תנאי - אם האב לא רצה אותה, אינה מקודשת. אם רצה היא מקודשת.
4. הסיבה: במקרה שהוא ימות האישה לא תהיה זקוקה לייבום.
5. במשנה: **הייבום מוגדר בתורה כדין איסורים ועל כן לא ניתן להתנות עליו**.
6. מכאן שההסכם ביניהם לא קיים.
7. מקרה נוסף - איש מקדש את האישה אבל רק בתנאי שהאיש אינו משלם לה מזונות. האם ניתן להתנות ? כן, כיוון שמדובר בדיני ממונות. זה כמובן עובד גם להיפך.

**דוגמא מתחום הממונות - (תלמוד בבלי**):

**רקע**: **בדיני שומרים מדברים על 4 סוגי שומרים: שומר חינם, שומר שכר, שוכר ושואל.**

לפי רמת ההנאה ככה גם רמת האחריות על החפץ

שומר חינם - לא מקבל שכר. רק המפקיד נהנה. אחראי רק אם החפץ ניזוק מרשלנות שלו. נטל ההוכחה מוטל עליו. ניתן להרים את הנטל בשבועה.

שומר שכר ושוכר - דינם כמעט זהה לחלוטין. שני הצדדים נהנים. פטורים מאחריות במקרה של אונס. נטל ההוכחה עליהם. ניתן להרים הנטל בשבועה.

שואל -(עושה שימוש במלא בנכס)אחריות כמעט מוחלטת. סייג - כאשר מתה מחמת מלאכה, מתייחס לבע"ח. כאשר אדם השאיל את החפץ והשואל קיבל את החפץ לצורך מלאכה והחפץ ניזוק בזמן וכתוצאה מאותה מלאכה. השואל חייב, גם אם ניזוק מאונס.

משנה:

1. ניתן להתנות על דיני שומרים.
2. אדם בא לשמור על חפץ ללא שכר, אך הוא דורש שאם יקרה לחפץ משהו ללא פשיעה מצדו מספיק שהוא יאמין לו ולא ישבע.

התנאים חלוקים בנושא הזה.

**דוגמא מתחום דיני ההונאה (רמב"ם הלכות מכירה)**

1. אדם קונה חפץ בשווי 100 והוא נרכש במחיר 140 או 60 (בפער של יותר מ-20 אחוז לכל כיוון) על פי ההלכה במקרה הזה יכול דין הונאה והצד הנפגע יוכל לבטל את המכר.
2. אם הפער היה גבוה מ-20 אחוז הצד הנפגע יכול לבטל את העסקה.
3. אך כאשר הצדדים מודעים לפער במחיר אין יכולת לבטל את העסקה. התנאה כללית אינה עובדת (שלט שאומר עלי לא חל דין הונאה).
4. **על הונאה שאיננה תרמית, אלא שנובעת מטעות או הערכה לא נכונה של מחיר ניתן להתנות**.

**דוגמא להבדל בתחום הממונות (רמב"ם שמיטה ויובל)**

שנת שמיטה:

1. אחת ל-7 שנים.
2. הגבלות בעבודות האדמה - לא לעבד אדמה. תוצרת חקלאית היא הפקר.
3. שמיטת כספים - בסוף שנת השמיטה כל החובות הפרטיים נשמטים.

**המקרה**: נניח שאדם מלווה כסף מאדם אחר לפני שנת שמיטה, המלווה אומר לו שהוא מסכים כל עוד הכסף לא ישמט בשנת השמיטה ויחזירו לו את החוב והם מסכימים על כך.

**התשובה**:

1. אם אדם אומר שדין שמיטה לא חל עליו במקרה כללי כזה **התנאי לא יעזור והחוב ימחק**.
2. לעומת זאת - כאשר אומרים **שבמקרה הספציפי הזה והזה זה לא יחול החוב לא ימחק**.
3. כלומר, התניה ספציפית תחול. השתחררות מדין השמיטה היא השתחררות מאיסורא ולכן לא יכול.

**דגש**: ריבית זה איסורא ולא ממונא ולכן אסורה בכל מצב בין ספציפי ובין כללי.

**שו"ת הרשב"א (רבי שמעון בן אדרת)**

**הרקע**:אב לא רוצה לתת נדוניה מחשש שהבת תמות והכסף יעבור לבעל.

**השאלה**: אב טוען כי דין הגויים הוא שבמקרה וניתנה נדוניה והאישה מתה האב מקבל את הכסף.

**התשובה**:

1. **כל דבר שבממון ניתן להתנות עליו**, ירושה זה דבר שבממון וניתן להתנות עליו.
2. **מקור הדבר הוא בחיקוי מנהגי הגוים ולכן הדבר אסור**.

**דגש**: ההבדל בין איסור לממון הוא ביכולת הגמישות, יכולת להתנות על דבר שבממון שלא קיים באיסורים.

**דוגמא לשילוב בין דיני ממונות לאיסורים**

גזל: להחזיק ממון של אחר שלא כדין (החל משוד וכלה בהחזקת חפץ שלא כדין).

1. אם אדם גרם למישהו נזק האם הוא חייב לפצותו או לא?
2. ע"פ מה תוכרע שאלת הבעלות- **ע"פ דיני הממונות למרות שהאיסור לגזול זה איסור**.

הספק - **שספק בדיני הממונות - להקל, ספק בדיני האיסורים - להחמיר**.

שאלה אדם עושה נזק שלא ברור אם הוא אחראי לו. בדיני הממונות יש להקל ולכן לא צריך לפצות את הניזו. לעומת מי שמחזיק ממון של אדם שלא כדין הוא גזלן (איסור).

התשובה היא שדיני האיסורים מושתתים במובן מסוים על דיני הממונות, מתי אדם ייחשב גזלן יקבע לפי דיני הממונות ולכן ע"פ דיני הממונות במקרה הזה אדם פטור.

**לסיכום -** **דיני הממונות ודיני האיסורים מתחברים וקשורים. יש אבחנות חשובות בעניין אך אין מדובר בעולמות שונים.**

**המקורות הרישומים של המשפט העברי**

**תורה שבכתב ותורה שבע"פ**:

א. התורה שבכתב.

ב. התורה שבעל פה.

**התורה שבכתב**

מורכבת מ- 5 חומשי תורה (בראשית, שמות, ויקרא, במדבר, דברים), והיא ניתנה למשה רבינו בהר סיני [כמתואר בפרשת יתרו, שמות יט].

בצמוד לתורה שבכתב נמסרה למשה גם התורה שבעל פה, שכוללת פרשנות לתורה שבכתב.

**התורה שבעל פה**

היה אסור להעלות אותה על הכתב

הדעה המקובלת היא, שהיא נכתבה בתקופת רבי יהודה הנשיא [דור 6 לתנאים, 200 לספירה] שגם ערך את המשנה: היא ראשית התורה שבעל פה שהועלתה על הכתב, ולאחריה כבר נכתבה כל התורה שבעל פה.

ברור שהסיבה לעלותה על הכתב הייתה הקושי שבזכירת ככל היקף ההלכה, ומסירתה בעל פה, והחשש "שלא תשכח תורה מישראל".

**מדרשי הלכה**

מיוחסים בעיקר לתנאים. המשנה זה על פי נושאים בעוד שמדרש הלכה זה על פי סדר הפסוקים. יש מדרשי הלכה על הספרים שמות, ויקרא (ספרא), במדבר ודברים (ספרי). הוא מנתח את ההלכות של התורה. כאשר חכמים דורשים את החלקים ההלכתיים של התורה ההנחה הבסיסית היא שאין שם דבר מיותר. כל דבר בא ללמד משהו.

**ספרא בחוקותי פרשה ב, ח, יב** (ספרא= מדרש הלכה מתקופת התנאים על ספר ויקרא):

(יב) " **אלה החוקים והמשפטים והתורות אשר נתן ה' בינו ובין בני ישראל, בהר סיני ביד משה**".

"החוקים"-  אילו המדרשות.

"והמשפטים"- אילו הדינים*.*

"והתורות"- כולל את התורה שבכתב ואת התורה שבע"פ (יענו 2)

משה לא קיבל רק את התורה שבכתב אלא קיבל גם תורה שבע"פ. תורה שבע"פ אם כן זה פרשנות של התורה בכתב. למה היא נקראת תורה שבע"פ? היא נמסרה שבע"פ. מדוע נכתבה? חכמים עברו על איסור וזה סוג של הוראת שעה בכדי שהתורה לא תשכח.

נשאלת השאלה - אם זאת ההנחה זה המבנה? האם לא היה עדיף שהתורה תהיה רק תורה שבכתב?

**רבי יוסף אלבז (ספרד מאה 14) ספר העיקרים**:

אם התורה הייתה בכתב, לא הייתה מספיק גמישות. מבנה של תורה בע"פ ובכתב מאפשר גמישות והתאמה לצרכים בכל דור. גם הגמישות קבועה בכללים.

**מתוך הקדמת משנה תורה של הרמב"ם**

התורה שבע"פ כוללת 5 חלקים:

1. **פירושים מקובלים מפי משה ויש להם רמז בכתוב**.
2. **דינים שנאמר בהן "הלכה למשה מסיני" ואין ראיות עליהם**.
3. **הדינים שהוציאו על דרכי הסברא ונפלה בהם מחלוקת**.
4. **הגזרות** - יצירה שהיא כולה של בני אדם. בד"כ הרחבה של איסור התורה.
5. **תקנות** - יצירות שהחכמים יצרו. בעיקר בדיני הממונות בניגוד לגזירות שנוגעות לדיני האיסורים. התקנות והגזירות בד"כ לא מתנגשות עם דין תורה אלא משלימות אותו.

לסיכום: בחלקים ה1-2 לא יכול להיות מחלוקת אך בחלקים ה3-4-5 יכול להיות מחלוקת כי זה פרשנות.

**דאורייתא ודרבנן**:

מערכת המשפט העברי כוללת בתוכה חלוקה נוספת של ההוראות ההלכתיות ע"מ מקורם, והיא החלוקה של דאורייתא ודרבנן.

דאורייתא: משל תורה. הלכות אלו הן הלכות שמקורן התורה עצמה.

דרבנן: משל חכמים. הלכות אלו כוללות הלכות שמקורן בהרחבה של חכמים באמצעות גזירות ותקנות, בכפוף לתנאי סמכותם.

המיון: הלכות שנכתבו בצורה מפורשת בתורה הן מדאורייתא, והלכות שהן במובהק תקנות או גזירות, הן מדרבנן. אך לא תמיד ברור האם אכן מדובר בהלכה שהיא מדאורייתא, האם כל פרטי המצווה נאמרה במפורש או רק חלק וכד'.

רבים מהאנשים לא יודעים אם המצווה היא מדאורייתא או מדרבנן. מדוע? **מבחינת התוקף והחובה לקיים אין הבדל כך או כך**.

מהות ההבדל:

1. **ספק**: בעניין שמקורו בתורה יש להחמיר, ספק בהלכה שבדברי חכמים יש להקל. זה יכול להיות ספק עובדתי או משפטי. ולכן לסיווג יש חשיבות.
2. **ביטול**: בעוד שלא ניתן לבטל דין תורה, בתנאים מסוימים ניתן לבטל דין חכמים.
3. **הקלות**: לעיתים ניתן להקל על דין רבנים.

לפי חלוקת הרמב"מ: החלקים ה1-2 זה מדאורייתא, והחלקים ה4-5 היא מדרבנן, מה לגבי החלק השלישי?

בשאלה הזו יש מחלוקת בין הרמב"ם לרמב"ן (הרמב"ן- רבי משה בן נחמן מאה 13 ספרד)

ע"פ המסורת ההלכתית יש בתורה תרי"ג מצוות, יש ענף שלם בספרות ההלכתית של ספרי מצוות, כולם מסכימים שיש 613 מצוות בתורה השאלה היא מהם המצוות.

**ספר המצוות לרמב"ם בדבר מקומן של המצוות בחלוקה בין דאורייתא לדרבנן**

הרמב"ם כתב את ספר המצוות לפי איך שהוא מונה אותן והרמב"ן נתן הסגות לגבי המצוות.

הרמב"ם נתן 14 כללים (שורשים) שהנחו אותו לפי מה הוא כתב את ספר המצוות.

השורש הראשון אומר שהוא הכניס רק מצוות שהן מהתורה ולא מדברי חכמים.

השורש השני שאין ראוי למנות כל מה שלמדים באחת מ-13 מידות - כלומר לא כל הלכה שלמדו חכמים תכנס למניין המצוות.

מתי כן? מתי לא? הלכה שנלמדה מכוח פרשנות - **אם לא ציינו במפורש שזה מהתורה זה יחשב לדרבנן.**

**הרמב"ן** אומר ההפך כל הלכת פרשנות **אלא אם צוין במפורש תחשב דאורייתה**.

**ההבדל הוא בנושא ברירת המחדל. הרמב"מ מקל והרמב"ן מקשה**.

**סמכות חכמים בתחום המדרש**:

**במערכת המשפט העברי נקבע כי הגוף המוסמך לכך הוא ה"חכמים". הם הוסמכו לפרש את פסוקי התורה, להכריע במקרה של מחלוקת, ואף לחוקק במסגרת במגבלות ההלכתיות.**

1. סמכותם כפרשנים וכפוסקים.
2. סמכותם כמחוקקים.

**ספר דברים, פרק יז, פס' ח-יג**

וּבָאתָ, אֶל-**הַכֹּהֲנִים הַלְוִיִּם**, **וְאֶל-הַשֹּׁפֵט**

**לֹא תָסוּר, מִן-הַדָּבָר אֲשֶׁר-יַגִּידוּ לְךָ--יָמִין וּשְׂמֹאל**.

**דברים ה, כח**

**וּשְׁמַרְתֶּם לַעֲשׂוֹת כַּאֲשֶׁר צִוָּה ה' אֱלֹהֵיכֶם אֶתְכֶם לֹא תָסֻרוּ יָמִין וּשְׂמֹאל**.

שער: בתורה מבטא בימ"ש (כי הוא היה נמצא בשער העיר). שם יושבים הסנהדרין שהם בית המשפט הגדול.

בעלי הדין: הכוהנים והלווים. בהמשך התפקיד עבר לחכמים לאו דווקא משבט לוי (כהנים ולווים) הם החליפו את הלווים בשל נסיבות החיים אין בית מקדש.

חובת הציות: ברגע שהחכמים מכריעים את השאלה ההלכתית חייבים לעשות את מה שנאמר. זוהי חובת ציות מלאה. אדם שבזדון לא ממלא אחר פסיקתם של החכמים דינו מוות (בסקילה, אם שאלתם).

בתלמוד מצמצמים את עונש המוות רק לזקן ממרה כלומר, נדון עניין בסנהדרין, הוכרע כדעת הרוב ואחד מחכמי הסנהדרין שהיה בדעת המיעוט מסרב לקבל על עצמו את דעת הרוב ומורה לאחרים לנהוג כך, רק הוא דינו מוות. עונש המוות כפי שנראה בפסוקים הוא רחב אך חז"ל צמצמו אותו למקרה מיוחד.

זאת בכדי שכולם יהיו מחויבים לאותו פסק דין של בית המשפט הגדול ולא יהיו דעות סותרות.

שורה תחתונה: הציווי בתורה הוא המקור המרכזי לסמכות של החכמים לפרשה בתחום המשפט ובכלל.

את החשיבות של התייחסות לחכמים ניתן לראות בדבריהם של **הרמב"ם והרמב"ן**:

**ספרי (מדרש הלכה על ספר דברים קנד)**:

מפרשים את **לֹא תָסוּר, מִן-הַדָּבָר אֲשֶׁר-יַגִּידוּ לְךָ--יָמִין וּשְׂמֹאל** ואת וּשְׁמַרְתֶּם לַעֲשׂוֹת כַּאֲשֶׁר צִוָּה ה' אֱלֹהֵיכֶם אֶתְכֶם לֹא תָסֻרוּ יָמִין וּשְׂמֹאל בצורה מחמירה:

אפילו אם חכמים יגידו שימין הוא שמאל ושמאל הוא ימין יש לציית להם.

**רמב"ם ממרים פרקים א-ב**:

אדם שמקבל על עצמו את התורה שבכתב, חייב לקבל על עצמו גם את התורה שבע"פ.

כל מי שאינו עושה כך "עובר ולא תעשה" - יש בתורה מצוות עשה ויש מצוות לא תעשה. שאומרים כך מתכוונים לכך שהאדם עובר על איסור.

**הרמב"ן על דברים יז' יא**:

**וּשְׁמַרְתֶּם לַעֲשׂוֹת כַּאֲשֶׁר צִוָּה ה' אֱלֹהֵיכֶם אֶתְכֶם לֹא תָסֻרוּ יָמִין וּשְׂמֹאל:**

1. חכמים כפרשנים: להעביר את התורה במסורת מדור לדור, לפרש אותה מתי שנדרש פירוש ולהכריע במצב בו יש ריבוי פרשניות. (חלקים 1-3 בפירושו של הרמב"מ)
2. חכמים כמחוקקים: תפקידם להתקין תקנות ולגזור גזירות. (חלקים 4-5 בפירושו של הרמב"מ).

בכדי להבין דבר הקשור לעניין נדון בברייתא:

ברייתא= חיצוני, מקור תנאי שאיננו במשנה. תוספתא= תוספת, קובץ שמקביל למשנה ומרחיב אותו.

כל התוספתא זה ברייתא ומלבד זאת יש ברייתות נוספות.

**תוספתא, חגיגה ב,** (נמצא במחלוקת):

לפנינו ברייתא שמתארת את הדרך שבה החכמים בסנהדרין הכריעו בענינים שונים:

כאשר יש עניין משפטי:

1. פונים לבית הדין המקומי (23 דיינים בכל עיר).
2. אם אין בעיר הולכים לעיר הקרובה.
3. אם לבית הדין אין תשובה הולכים לבית הדין שבהר (ירושלים).
4. אם אין תשובה בהר, הולכים לבית הדין שבחיל (אזור הר הבית).
5. אם אין תשובה בחיל, הולכים ללשכת הגזית - בית הדין הגדול, הסנהדרין.

**כלל בתי הדין רק קובעים האם הם מכירים את ההלכה בנושא ואם כן פוסקים לפיה. הם לא קובעים הלכה. בית הדין הגדול הוא גם היחיד בעל סמכות הכרעה**.

**נחזור לדבריו של הרמב"ן**:

מצטט את רש"י שמצטט את הספרי שחובת הציות היא מלאה.

מה פשר אותה חובת ציות שנראית במבט ראשון חובת ציות עיוורת ששוללת כל מחשבה עצמית:

1. יתכן שבית הדין טעה.
2. אבל בכל מקרה על האדם לציית להם גם אם מדובר בטעות.
3. אלוהים שנתן את התורה הוא גם זה שאמר שהפרשנות המחייבת היא של החכמים.
4. למרות שאולי הם טעו "על משמעות דעתם נתן לי את התורה" - גם אם טעו תקיים את התורה כפי שהחכמים פירשו.

לפי הרמב"ן מטבע הדברים יש מצב של ריבוי פרשנויות ואם לא יחליטו על פרשנות אחת ייווצרו מספר תורות. כדי למנוע את הנזק החברתי והדתי ציוותה התורה ציות לדברי החכמים שיושבים בסנהדרין.

לסיכום: יכול להיות שחכמים יטעו מדי פעם אך משלמים את מחיר הטעות בכדי שלא יהיו מספר תורות.

הוא מוסיף ואומר: כנראה שהם לא טועים, רוח האלוהים שורה על החכמים ולכן סביר להניח שהם לא טועים. יש כאן שינוי כיון. ההנחה הבסיסית צריכה להיות שחכמים לא טועים.

**ראש השנה כה, א - (מסכת במשנה)**:

**המקרה**:באו עדים שאמרו - בליל ה-29 (ה-29 בערב) ראו את הירח נולד אך לא הספיקו להגיע ולהודיע, אך לאחר מכן הוא נעלם ובליל עיבורו לא ראו אותו.

רב נדרש לחלל את יום הכיפורים (לדעתו) כיוון שהוא צריך לקבל את דעת הסנהדרין.

נקבע כי: פסק הדין המחייב לפי פסוקים בתורה האומרים כי אנו קובעים את המועדות - מה שמחייב זה הקביעה של החכמים ולא לוח שנה אמיתי שאתה חושב שהוא נכון.

**הסוגיה בדבר סמכות החכמים בגמרא: (ברייתא נוספת תלמוד בבלי)**

למה לא רשמו את שמות החכמים (בשמות) שהרכיבו את הסנהדרין:

זאת בכדי שלא יגידו שהם היו חכמים גדולים שצריך לציית להם והיום הם כבר לא בחיים ואין לציית להם, עצם זה שזה דור מאוחר לא מפחית מערכם.

**חובת הציות היא חובת ציות מלאה בכדי לא לערער על המנהיגות הדתית באותה תקופה**.

**דרשות הר"ן** (הר"ן- רבינו ניסים בן ראובן גירונדי, ספרד, מאה 14):

**רוח אלוהים נמצאת עם החכמים ולכן סביר להניח שהם לא טועים הרבה** (חשוב לראות כי הם לא שוללים טעות) ראוי לסבול טעות אחת קטנה כדי לגרום לאחידות. כמו כן, בגלל שהם חכמים ורוח אלוהים איתם הסבירות שיטעו קטנה יותר (מאשר שכל אדם שמפרש בעצמו).

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

גישה שאינה דורשת ציות מוחלט.

יש חובה לשמוע לכל דברי חכמים אך **בנסיבות מסוימות כאשר אתה משוכנע שחכמים אמרו לך ששמאל הוא ימין וימין הוא שמאל לא להקשיב להם**. **כלומר התלמוד הירושלמי בדעה שונה מיתר החכמים**.

**ספר עקידת יצחק, שער מג** (רבי יצחק הרמה סוף תקופת המאה ה1).

**לחכמים יש סמכות לסטות מהכלל (מהחוק) במקרים שבהם הם רואים לנכון**. **אדם מהשורה יראה שהם עוברים על איסור, אבל בפועל הם חורגים מהכלל במקום שנכון לחרוג בו, מתוך הבנה עמוקה יותר של הדברים**.

**המחלוקת**:

**כיצד מתייחסים לתופעה של מחלוקת**

**תוספא, חגיגה, ב, ט**:

**לסיכום- התייחסות לא חיובית למחלוקת**. מעקב

**ירושלמי, חגיגה ב, עז טור ד/ה"ב**:

**המחלוקת כתקלה שתיפסק עם בוא המשיח**.

**אבות דרבי נתן יח נוסחא א'**:

**תוספתא זו מביאה לידי ביטוי רעיון אחר - רואה במחלוקת דבר בעל ערך, דבר חיובי**.

**אלוהים התכוון שתהיה מחלוקת או שריבוי הדעות הוא דברי האלוהים. למרות שהדעות נראות סותרות זו את זו כולם בתחום המרווח הלגיטימי של הדעות**.

אמנם בסופו של דבר צריך להכריע אך ברמה העיונית **זה דבר בעל ערך כי הוא עוזר ללימוד הדברים התוצאה הסופית תהיה מבוססת, מעודנת, תקח בחשבון את היתרונות שבדעה ההפוכה**.

**הריטב"א**:

בתלמוד: "אלו ואלו דברי אלוהים חיים". כלומר כל דעות המחלוקת הם רלוונטיות.

כאשר משה קיבל את התורה בסיני הוא קיבל גם את המחלוקות (כלומר את שתי הדעות). אלוהים קבע שבכל דור ודור יחליטו באיזו דרך לבחור.

**מכאן שתופעת המחלוקת היא מהאלוהים**.

**תוספתא עדויות א,ד**:

**במקום בו יש רוב ומיעוט ההלכה כדעת הרוב**.

רבי יהודה: בד"כ נפסוק כדעת הרוב אך בנסיבות מסוימות שהמצב יחייב לסטות מן הכלל נוכל לפסוק כדעת המיעוט - זה מראה שהיא גם היתה לגיטימית.

**יש מקומות וזמנים בהם המחלוקת לגיטימית (משל הנרות בחנוכה)**.

**מבוא התלמוד, ה**:

כזכור הרמב"מ חילק את הדינים לחמישה חלקים.

1. בחלק הראשון והשני - אין מקום למחלוקת.
2. בחלקים 3-5 יכולה להיות מחלוקת כי אלו דעות של בני אדם.

**כלומר טוען שמחלוקת אפשרית אבל בחלק מהמקומות**

בפרק החמישי למבוא התלמוד, מביא הרב שמואל בן חופני גאון 10 סיבות להיווצרות סתירות ומחלוקות במשנה ובתלמוד:

**כלומר מקבל טעות מצטברת כתוצאה מהעברת הידע בין הדורות. ת"ל להבדל מדעתו של הרמב"מ: הרמב"מ טוען כי המחלוקת (היכן שהיא לגיטימית) היא דעות שונות. לעומת זאת חופני טוען שהמחלוקת היא בכלל תוצאה של טעות.**

**כללי ההכרעה במחלוקת: "לא בשמים היא"**:

האם בעזרת נבואה או כלים שמימיים כאלו ואחרים ניתן להכריע מחלקות הלכתית שיש בין חכמים שונים ? שאלת היחס בין הכלה ונבואה היא עצמה פונה לגישות שונות, נפתח בגישה ששוללת שימוש באמצעים שמימיים (נבואה).

**בבלי תמורה טז, א**:

**דברים פרק ל'** **לא בשמיים, היא**

**"לא בשמים היא**: כלומר, הביטוי מופיע בתורה במשמעות הבאה: אדם לא יכול לומר שהוא לא מסוגל ללמוד תורה, כיוון שהתורה קרובה אליו ואפשרית להבנה לבני אדם.

השימוש בפועל במשפט הוא אחר: **מאז שהתורה ניתנה לעם ישראל, הנבואה היא לא כלי להוציא ממנו הלכות**.

דברי שמואל: **"אין נביא רשאי לחדש דבר מעתה"** -אין על נביא לחדש הלכות. אין לנביאים רשות לקבוע הלכה כי סמכות זו נמסרה לחכמים, כהנים ושופטים.

**תלמוד, בבא מציעא, נט, ב**:

**עמדה ששוללת שימוש בכלים נבואיים לצורך הכרעה הלכתית**.

תנורו של עכנאי.

**רבי יהושוע אומר "לא בשמים היא" - ברגע שניתנה תורה בהר סיני לא מקשיבים יותר לבת קול אלא מכריעים ברוב דעות.**

**הפרשה ממשיכה, זה לא מעניין. המסר הוא שאין שימוש במעשים נבואיים במעשי הלכה**.

**רמב"ם יסודי התורה, ט, א**:

**ע"פ הרמב"מ לנבואה אין מעמד בכל הנוגע לפירושי התורה**.

נביא שקר: **מתנבא בשם האלוהים וקורא להמון להאמין בו. הוא אומר לנו גם שהקדוש ברוך הוא הוסיף מצווה או גרע**. נביא כזה הוא נביא שקר למרות שיכול להיות שהוא יעשה גם אותות ומופתים. זאת, על בסיס מה שאמר משה בנבואתו הראשונית.

**מתבסס על הפסוק של ויפלא ממך דבר, תפנה לכוהן וללווים**.

**תלמוד בבלי עירובין יג' ב**:

בתלמוד אנו מוצעים גם דעה שונה, ביחס למחלוקת בין בית הלל לבית שמאי.

**ההלכה הוכרעה כדעת בית הלל לפי בת קול שזהו כלי נבואי. כך רואים שכבר בתלמוד לא נטרלו לחלוטין כלים שמימיים ובת קול**.

**ספר הכוזרי- מאמר שלישי אות מא**:

מעלה פסוק מהתורה - **"לא תוסיפו על הדבר שאנוכי מצווה אתכם ולא תגרעו ממנו"**.

איך זה מתיישב עם תקנות החכמים ?

החכם היהודי - האזהרה הזו נאמרה **להמון העם** (אדם רגיל מהשורה לא יכול להוסיף). החכמים והנביאים יכולים להוסיף וליצור תקנות.

**כלומר בספר כוזר יש מקום לנביאים להוסיף הלכות**.

**אגרות הראי"ה א, קג:** (הראי"ה= ר' אברהם יצחק קוק מאות 19-20).

הוא מנסה להסביר את התנהגותו של ר' אליעזר בפרשת חמוסו של עכנאי - במקום בו מוסכם כי לפי כלים פרשניים כי ההלכה צריכה להיות אחת אי אפשר לטעון אחרת.

**במקום בו יש ספק ממשי ניתן להיעזר גם בכלים שמימיים בכדי להכריע באותו עניין הלכתי**.

**"שות מהשמיים"** בו המחבר טוען כי את התשובה הוא קיבל מידי שמיים.

**הכרעה ע"פ רוב**:

**כאשר אין מסורת או קבלה ידועה, ההכרעה היא על פי הרוב, וזאת גם כאשר מדובר בשאלה הלכתית**. שמות כג: *"אחרי רבים להטות".*

לא תמיד מדובר על רוב כמותי רגיל, ולעתים יש להתחשב בקריטריונים נוספים שבוחנים גם את איכות הרוב.

**תוספתא סנהדרין ז,ב**:

תוספתא זו מפרטת את סדרי הדין בבית הדין.

כל הכרעה הלכתית מוכרעת באמצעות מנין - ספירה של הדעות.

לא בכל מקרה מביאים את המקרה להכרעה. כבר בתקופת הסנהדרין עולה חשיבות לעניין השמועה בתחום של דין מיתה.

רק חכם אחד שמע על הפתרון והאחרים לא - לא מעמידים את העניין להצבעה אלא הולכים לפי המסורת שאותה הוא זוכר.

יש מסורות הלכתיות מתנגשות - אחד מחכמי הסנהדרין אומר ששמע מ-2 מרבותיו שזו ההלכה לעומתו יש 2 מחכמי הסנהדרין ששמעו מרב אחד אחר את ההפך - ההלכה תהיה כדעת האחד שאומר משום 2.

**כלומר, במקרה של מחלוקת (שנים שזוכרים הלכה שונה): מה שחשוב זה רוב מעבירי המסורת ולא רוב שומעי המסורת. במקום בו יש הלכה שעברה בשמועה יש חשיבות למה שקיבלו מרבותיהם ולא לדעתם העצמאית ולכן הרוב יקבע לפי רוב מעבירי המסורת**.

**בבלי עבודה זרה ז, א**:

כיצד מתבצעת ההכרעה כאשר אין מסורת הלכתית:

1. גדול: מי שגדול בחוכמה הולכים אחריו.
2. בלי שטויות: לאחר שנשאל חכם אחד, לא נכון ללכת לחכם אחר כדי לקבל עמדה אחרת.
3. במנין: מי שיותר מבוגר ולו יש יותר ניסיון ולכן עמדתו תגבר / מספר החכמים שהסכימו לדעתו - מי שמגייס יותר תומכים לדעתו.
4. מחמיר: במקרה והלכו לכמה חכמים - הולכים אחרי המחמיר. לפי ר' יהושע- בשל תורה מחמירים, בשל מצוות דרבנן מקלים.

**כללי הכרעה**:

במצב בו אין סנהדרין והעם מחולק לקהילות רבות - כיצד ניתן להכריע בשאלות הלכתיות שלא הוכרעו בתלמוד, או בשאלות שלא נידונו כלל בתלמוד, ויש בהם מחלוקת פוסקים.

לשם כך, נוצרו כללי פסיקה והכרעה נוספים, ונזכיר את חלקם בקצרה.

1. הלכה כסתם משנה. כלומר, כאשר נאמרה הלכה בלא להזכיר את שמו של החכם, היא ההלכה.
2. יחיד ורבים הלכה כרבים.
3. בדאורייתא, הלוך אחר המחמיר. בדרבנן, הלוך אחר המיקל.
4. כללי פסיקה קבועים, כלומר כאשר יש מחלוקת בין שני חכמים ספציפיים יש כלל במי נבחר.
5. כלל נוסף הוא הכלל "הלכתא כבתראי", ובו נדון בפרק הבא.

**הלכתא כבתראי**:

מעדיפים את הדעה המאוחרת מאשר את הדעה המוקדמת.

מתח בין הכבוד למסורת מול הצורך לחדש.

**רמב"מ בהקדמה למשנה תורה**

לתלמוד יש מעמד מחייב לכל עם ישראל, מכוח הפרשנות, התקנה או המנהג, כיוון שההלכות שבו נקבעו על ידי רובם המכריע של חכמי ישראל באותם הזמנים.

**חכמים אלו היו קרובים יותר למתן תורה ולכן דעתם קובעת**.

הר"ן: שטוען כי רוב החכמים בתלמוד הסכימו על הלכות (אחרי רבים להטות) ולכן דבריהם קובעים.

**כסף משנה (קארו)**

**חכמי התלמוד קיבלו על עצמם מהסכמה שהם לא חולקים על התנאים. אותו דבר קרה בחתימת הגמרא**.

**יש צורך ליישר קו כללי**.

דומה קרה עם שולחן ערוך, לאחר שנוספו לו הפירושים של רבי איסרליש שהוסיף אליו את הפסיקה האשכנזית ואז נהייה מוסכם על כולם.

**כלומר קארו קובע שהסתמכות על העבר היא הדרך הנכונה וההגיונית מבחינה פרקטית**.

**סדר תנאים ואמוראים, סימן כה**:

**אם יש רב החולק על תלמידו, אין הלכה כתלמיד במקום רבו** (אלא הלכה כרב).

**אך מדורו של רבא ואילך (= דור רביעי לאמוראי בבל, 360-330 לספירה), הלכה כאחרון" (תרגום).**

מדוע חל שינוי מדור מסוים? מדוע לפניו החליטו כך ואחריו אחרת?

**היה שינוי בשלב מסויים ועברו מהכרעה לפי הקודם להכרעה לפי החדש.**

**מהרי"ק פ"ד**:

המהר"יק מייחסים את השינוי **לשינוי בשיטת הלימוד**.

מתקופת רבא יש שינוי בצורת הלימוד: **התלמיד לא רק שומע מרבותיו אלא גם מרבנים שונים ומקורות שונים, ניתוח עצמו וכו'**. הידע שלו הוא לא רק המסורת ששמע מרבותיו אלא צירוף של המקורות יחד. **במקרה כזה יש עדיפות לתלמיד על פני הרב כי הוא זה שמשקף הצטברות רבה יותר של ידע**.

**תשובות הר"יד סימן סב:**

משל הפילוסופים - יעמוד **ננס ולידו ענק**, מי יראה יותר טוב למרחק? בוודאי שהענק כי הוא גבוה יותר. החכמים האחרונים למדו את מה קודמיהם והוסיפו עליהם תוספת קטנה, הידע מצטבר על הדיעות של החכמים הקודמים. התוספת הקטנה היא זו שמכריעה נותנת לראות תמונה מלאה ושלמה יותר.

**רא"ש סנהדרין ד,ו**:

**הרא"ש לא מקבל את הדעה הזו ואומר שאפשר גם לסתור את דברי הגאונים אבל בתנאי שראית את דברי הגאונים ואת הנמקותיהם**. יש להכיר את ההנמקות של הגאונים ולהתמודד איתם.

**לא רק שהאחרונים יכולים לחלוק על דברי הראשונים יש עדיפות לדברי האחרונים**.

**אשכנזים: נטיה לקבל את הכלל.**

**הספרדים: יש אפשרות לתת לאחרון לחלוק על הראשון אך אין עדיפות על כך ואפילו להפך - יש עדיפות לדברי הראשונים**.

**שו"ת הרמ"א סימן כה**:

**כלל ההלכה כבתראי היה כה מושרש בהלכה האשכנזית שנמנעו מלכתוב ספרי הלכה** **מתוך חשש לבטל דברים קודמים**.

**תוקפו המחייב של התלמוד**

**בנושאים שהוכרעו בתלמוד, בדרך כלל לא תהיה מחלוקת לאחר מכן**.

**העקרון של הלכה כבתראי לא חל על ענינים שהוכרעו במשנה/תלמוד ואף אחד לא יכול לחלוק עליהם**.

**בנוסף במקום שאין מחלוקת במשנה האמוראים לא יחלקו עליו**.

**הקדמת הרמב"ם למשנה תורה**:

**מדוע התלמוד הפך לדבר מחייב? כי כל ישראל קבלו אותו כמחייב והסכימו על כך**.

סוג של ישור קו, חולקים על השו"ע אך בזהירות מאחר והשו"ע נחשב ליישור כל ההלכות עד אליו.

**קים- לי (לא הסינית מהמלאכיות של צ'ארלי)**:

אילון: הטענה הועלתה לראשונה במאה 13.

בן מנחם: מאה 15.

פירוש:

1. אני סבור אחרת.
2. כאשר ישנה מחלוקת פוסקים בסוגיה הנידונה, טוען הנתבע - אני מכיר הלכה לפיה אני זכאי, ובכך להימנע מפס"ד כנגדו, או להוכיח שהיא לא נכונה = משימה קשה.
3. המקור הוא מ"המוציא מחברו עליו הראיה".
4. רק המחזיק בנכס יכול לטעון קים לי.

צמצום:

1. צמצום עקב בעיית תפיסה.
2. רק המחזיק יכול לטעון קים לי. קים לי היא טענה חזקה משפטית.
3. על כן אנשים היו שמים יד בכוח על הנכס כדי שיוכלו לטעון קים לי.
4. כלומר הטענה עודדה אנשים לעשות דין בעצמם (כל דאלים גבר).

**אורים ותומים חו"מ קנ"ד**:

בכל מקרה שהשו"ח והרמ"א הכריעו בנושא מסוים לא ניתן לטעון "קים לי". זה לא מבטל את טענת הקים לי אך בהחלט מצמצם אותה.

**שו"ת רדב"ז ב, תתנ"ה**:

גם מעלה את הבעייתיות של טענת הקים לי ומצמצם בצורה שונה (מלשונו מדובר בתנאים מצטברים):

1. אם הרב המקומי פוסק בצורה מסוימת, הנתבע לא יוכל לטעון קים לי בניגוד לטענה זו.
2. קים לי מותנית בכך שהיא לא נוגדת את המנהג המקומי.
3. טענת קים לי ניתן להעלות רק כאשר החולקים בדבר הם יחיד נגד יחיד ולא יחיד נגד רבים. לא ניתן לטעון טענת קים לי כדעת יחיד נגד הרוב. גם כאשר זה ויכוח של אחד מול אחד ניתן לטעון רק אם הצדדים שווים בכוחם.

האם הדיין יכול לקבוע קים לי: יש דיון בפסיקה האם הדיין מיוזמתו יכול לטעון קים לי. אם טענת קים לי היא טענה משפטית נכונה במקרה הזה והדיין הוא דיין אאמת לכאורה הוא אמור לטעון קים לי.

גם בשאלה זו יש מחלוקת בין הדעות השונות - יש הסוברים כי מאחר ותפקיד הדיין הוא להעלות את הטיעונים המשפטיים הוא צריך גם לטעון קים לי. מנגד, יש החושבים כי אין על הדיין לטעון טענה כזאת אלא רק על הצדדים.

האם הדיין מחוייב לפסוק לפי קים לי

**הסבר לקיום קים לי**

ח' בן מנחם מדובר בכלל מחייב, כלומר כלל שהדיין מחויב לפסוק על פיו, אך אם התעלם ממנו, **אין הפסק בטל** (אם כי יש פוסקים שסברו שאם התעלם מהכלל, הפסק בטל).

מדוע מנוע הדיין מלפסוק לטובת התובע?

בן מנחם מציע שני הסברים, המבוססים על מחלוקת אותה פגשנו לעיל, והיא שאלת האמת ההלכתית:

1. גם אם ברור מהי ההלכה, הספק הקל ביותר מטיל נטל של המוציא מחברו עליו הראיה.
2. העובדה ששני חכמים טוענים אחרת מעידה שיש הסבר משפטי נוסף / שונה. שני ההסדרים יכולים להיות נכונים.

**סמכות החכמים בתחום החקיקה**:

**כללי**:

גזירות - בדרך כלל מדובר בהרחבה של איסורי התורה, שמטרתם להרחיק את האדם מן האפשרות שייכשל.

תקנות - בדרך כלל הכוונה להסדרים ממוניים בין אדם לחברו או בין אדם לציבור ולקהילה, בהתאם

**כל עוד חכמים מוסיפים על מה שהתורה אסרה, מסדירים עניין שהתורה לא הזכירה וכד' אין בעיה עם הסמכות שלהם. נשאלת השאלה:**

**האם חכמים רשאים במצבים מסוימים לגזור גזירה או לתקן תקנה שלא מסתדרת אם נוגדת את הוראות התורה**.

**תלמוד שבת, כג,א**:

המצווה העיקרית בחנוכה היא לברך. חג החנוכה לא מופיע בתורה ולכן אין תמימות דעים לגבי איך לברך.

**הבעיה**: הרב חייא אומר שמי שמדליק נרות בחנוכה צריך לברך. הרב ירמיה אומר שמי שרואה נרות חנוכה צריך לברך. נשאלת השאלה - מאחר ולא כתוב בתורה שצריך לברך איך הם אומרים שחייבים לברך?

הרב אויא: הפסוק "לא תסור" משמש גם מקור לחובה לציית למה שחכמים אומרים. כאשר מקיימים את דברי החכמים מקיימים את התורה.

הרב נחמיה: "שאל אביך ויגדך זקנך ויאמרו לך" פסוק זה הוא פסוק של העברת מסרים חינוכיים ומוסריים ולא מצוי בפרשה הלכתית. עם זאת הרב נחמיה רואה בו מקור לכך.

**כלומר המקור לציווי שאיננו בתורה יכול להיות כפול, מחד הציווי הכולל בתורה לשמוע לדעת חכמים, מנגד כללים חינוכיים-מוסריים.**

**הקדמת הרמב"ם למשנה תורה**:

***כל אלו המצוות שנתחדשו, חייבים אנו לקבלם ולשמרם. שנאמר: "לא תסור מן הדבר אשר אני מצווה אתכם..".***

**כלומר גם הרמב"מ מקבל את הסמכות מהציווי לא תסור**.

**השגות** [**הרמב"ן**](javascript:void(null)) **לספר המצוות שורש א**:

**כלומר לא מסכים עם הרמב"מ וטוען שהפסוק לא תסור מתייחס רק לפרשנות אבל לא לקביעות שאין להם אחיזה בתורה**.

**התנגשות לא תסור מדעת חכמים עם הפסוק לא תוסיף ותגרע**

**דברים יג, א, דברים ד, ב**:

דברים יג,א : אֵת כָּל הַדָּבָר אֲשֶׁר אָנֹכִי מְצַוֶּה אֶתְכֶם אֹתוֹ תִשְׁמְרוּ לַעֲשׂוֹת לֹא תֹסֵף עָלָיו וְלֹא תִגְרַע מִמֶּנּוּ:

דברים פרק ד,ב: **לֹא תֹסִפוּ** עַל הַדָּבָר אֲשֶׁר אָנֹכִי מְצַוֶּה אֶתְכֶם **וְלֹא תִגְרְעוּ** מִמֶּנּוּ לִשְׁמֹר אֶת מִצְוֹת ה'

איך האיסור להוסיף ולגרוע מתיישב עם סמכות חכמים להתקין תקנות ולגזור גזירות (ובנסיבות מסוימות אף לגרוע מהתורה)? הפרשנים מעלים גישות שונות.

**כוזרי ג, מא (לא בשמים היא)**

הכוזרי שואל: איך אפשר ליישב זאת עם האזהרה הנ"ל?

החכם היהודי ענה לו - **אדם מיוזמתו אסור לו להוסיף ולגרוע אך לחכמים בנסיבות מסוימות מותר להוסיף ולגרוע**.

**הרשב"א, ראש השנה טז,א**:

הרשב"א שואל איך חכמים החליטו על יום טוב שני של גלויות? הרי התורה קבעה את מועדי החגים.

**הוא משיב כמו הכוזרי- לאדם הפשוט אין סמכות אך לחכמים יש**.

**רש"י**:

גישתו של רש"י מסתמכת על המדרש בספרי (= מדרש הלכה מתקופת התנאים על הספרים במדבר ודברים. נקרא גם ספרי דבי רב). הוא מביא דוגמאות למצוות שבהם חל האיסור להוסיף או לגרוע.

[**רש"י**](javascript:void(null)) **יג** - **"לא תוסף עליו"-** חמשה טוטפות (= תפילין), חמשה מינין בלולב, ארבע ברכות לברכת כהנים.

אין ליטול פחות או יותר מינים וכך לשנות את המצווה.

[**רש"י**](javascript:void(null)) **ד,ב**-  **"לא תוסיפו"-** כגון חמש פרשיות בתפילין, חמשת מינין בלולב, וחמש ציציות. וכן ולא תגרעו.

**כלומר, אסור לשנות את הרכב המצווה אך מותר להוסיף מצוות**.

**רמב"ם ממרים סוף פרק ב'**:

**חכמים יכולים להוסיף ולגרוע ובתנאי שהם מייחסים זאת לעצמם ולא לתורה**.

**הבעיה העיקרית מתעוררת כאשר הוראה של חכמים מתנגשת עם הוראה של התורה**

**לחכמים יש סמכות לעקור דבר מהתורה "בשב ואל תעשה"**

התורה אמרה לעשות משהו - חכמים אומרים שב ואל תעשה.

לדוגמא - התורה קבעה לתקוע בשופר בראש השנה גם אם ראש השנה נופל בשבת. חכמים קבעו שהם אוסרים על תקיעת שופר בראש השנה הנופל בשבת. לפי רוב הראשונים חכמים לא יכולים לבטל לחלוטין את מצוות השופר אלא רק מניעה חלקית- בהיקף או בזמן- להגביל אותו למקרים מסוימים.

**האם חכמים יכולים לעקור דבר מהתורה** **"בקום ועשה"**.

התורה אמרה לא לעשות וחכמים אומרים לעשות. האם יש סמכות כזאת? הכלל הוא שלמעט חריגים חכמים אינם רשאים לעקור דבר מהתורה בקום ועשה. הם לא רשאים להורות על איסור דבר מהתורה. להלן החריגים:

**הוראת שעה**:

**יבמות צ,ב:**

מסכת שעוסקת בדיני הייבום. מונה את החריגים בהם כן אפשר לעקור דבר מהתורה "בקום ועשה".

**מלכים א, יח, יז-מ:**

אליהו בונה במה (למרות שאסור), כחלק מהוראת שעה להוכיח לעם שאסור לעבוד עבודה זרה.

**הרמב"ם** אומר שאם מדובר בהוראות שעה מותר לחכמים לעבור עליה ובתנאי שלא יקבעו הלכה לדורות.

**האיסור לכתוב תורה שבע"פ** **שהותר** כהוראת שעה (בהתחלה עם רבי יהודה הנשיא שהיה הראשון) ונמשך כבר למעלה מ-2000 שנה ועד ימינו.

**בית דין מכין ועונשין שלא מן התורה**:

ע"פ התורה יש מקרים מסוימים בהם אדם עשוי להיות חייב בעונש מוות או בעונש מלקות. יש הגבלות רבות על עונשים כאלו, דבר שהופך אותם לכמעט בלתי אפשריים.

אם נניח ע"פ דין תורה אדם לא ראוי לעונש מיתה או מלקות ובית דין עדיין מלקים אותו או ממיתים אותו בית הדין עובר עבירה. לבית הדין אסור להוסיף אפילו מכה אחת על מה שהתורה קבעה.

בית דין שנתן במקום 39 מלקות 40 מלקות הוא עבריין.

**סנהדרין מו, א**:

אחד מהאיסורים בתורה הוא האיסור על חילול שבת. רכיבה על סוס בשבת איננה חילול שבת. יחד עם זאת חכמים משיקולים שונים גזרו גזירה שמשמעותה היא שאסור לרכב על סוסים בשבת. אדם שחלל שבת עונשו מוות.

אדם רכב על סוס בשבת בימי היוונים, בית הדין נתן לו עונש מיתה. לכאורה מדובר בחריגה מסמכות ועבירת עבירה של בית הדין. **הברייתא קובעת שבמסגרת של הוראת שעה מותר לבית הדין לתת עונש מוות למרות שהוא לא היה ראוי לכך ע"פ דין תורה**.

**רמב"ם סנהדרין כד, ד-ט**:

**מסכם את הדברים. במסגרת הוראת שעה חכמים יכולים לעבור על איסור גם במסגרת הענישה**.

**הפקעת קידושין**:

**משנה גיטין ד, א-ב**:

פעם היה מצב בו הגבר יכל לבטל את הגט מבלי שהאישה תדע זאת. האישה בינתיים חושבת שהיא גרושה ויכולה להתחתן עם אחר וללדת ילדים. האפשרות לעשות ביטול מרחוק של הגט יצרה מצבים קשים.

רבן גמליאל התקין תקנה שמשמעותה ביטול האפשרות לבטל גט מרחוק בכדי לא ליצור מצב של ממזרות מבלי שהאישה יודעת.

**נשאלת השאלה - מה קורה אם בית הדין יודיע על ביטול גט מרחוק למרות זאת ?** בשאלה זו נחלקו תנאים מאוחרים לרבן גמליאל.

ר' יהודה הנשיא - אם אדם בכ"ז מבטל גט, ועובר על דברי חכמים (על הציווי של גמליאל) הוא אולי לא בסדר אך פעולתו תקפה כי ע"פ דין תורה הגט הוא לא גט.

אומרים בתגובה: כדי שלתקנה הזו יהיה שיניים ואנשים לא יבטלו סתם ביטול גט מרחוק צריך להגיד שהגט תקף בכל זאת.

באיזו סמכות אומרים זאת החכמים ? יש לחכמים סמכות להפקיע קידושין כי הם קידושי כסף והם מפקירים את כסף הקידושין ולכאורה האישה מעולם לא הייתה מקודשת.

החכמים קובעים שיוצאים מתוך נקודת הנחה שמי שמתחתן, מתחתן בתנאי של דעת חכמים (כלומר החכמים מאשרים לו את הקידושין על תנאי). אם רוצים גט פשוט הם מבטלים את הסכמתם בדיעבד.

לדעת חכמים אין צורך להחזיר גם את כסף הקידושין כי יש סמכות לחכמים להפקיר כסף של אדם.

משתמשים בפרוצדורה זו גם במקרים אחרים- אדם שכופה על אישה להתחתן איתו בכוח.

**הפקר בית דין**:

**כלאיים**:נתייחס לכלאי השדה - אדם שזורע בשדה שני מיני שדה בסמיכות. ע"פ ההלכה אסור לזרוע כלאיים בשדה. ע"פ דין אם בכל זאת עשו זאת זה לא אוסר את הפירות באכילה אבל אותו אדם עבר איסור:

**תוספתא שקלים א,ג**:

מקום שהתגלה גידולי כלאיים הם היו קובעים שהתוצרת החקלאית הזו הפקר - אין לה בעלים וכל אחד יכול לבוא ולקחת לאכול אותם.

**זה יצר מוטיבציה ואכיפה לדיני הכלאיים. זה המקום הראשון שאנו מוצאים שיש לחכמים סמכות להפקיר ממון של אדם.**

מי שמחזיק בידו ממון שלא כדין נחשב כגזלן. פירות הכלאיים שייכים לפי דין תורה לבעל השדה. באים חכמים וקובעים שהם הפקר ולכן כל אחד יכול לבוא לקחת אותם. ע"פ תורה זה שייך לבעל השדה ולכן מי שבא לקחת אותם הוא גזלן.

מאחר ולחכמים יש סמכות להורות שממון ששייך ע"פ דין לאדם אחר יהיה שייך לאדם אחר, זה לא ייחשב כעברה על איסור גזל למרות שע"פ דין תורה זה כן נחשב גזל**.**

**לחכמים יש סמכות להפקיר ממון ולכן הם יכולים להעביר את הממון לאחר במצבים מסוים. "הפקר בין דין הפקר".**

**יבמות פט, ב**:

כל שנה שביעית מוגדרת כשנת שמיטה שלה 2 משמעויות:

1. הגבלה על עבודות אדמה.
2. שמיטת חובות - כל החובות בין אדם לחברו נשמטים.

כבר בתקופת הלל הזקן הדבר עורר קושי - אנשים לא הלוו כסף כי הם ידעו שבשנת שמיטה הכסף לא יחזור אליהם - תקנה שהיתה אמורה להועיל לעניים הזיקה להם.

לכן תיקנו **"פרוזבול"** - חובות ציבוריים לא נשמטים בשנת שמיטה. שטר פרוזבול יוצר פיקציה מסוימת בו אותו אדם לא חייב לחברו אלא לבית דין.

מכח דין תורה חוב פרטי צריך להימחק והלל שינה זאת- מצב של התערבות בסמכויות הממוניות.

**אחת התשובות לכך היא** **"הפקר בין דין הפקר" חכמים יכולים לקבוע תקנה ממונית שכסף ששייך לאחד יהיה שייך לאחר מתוקף תקנת חכמים**.

**לסיכום סמכות חכמים**:

כל עוד לא סותר דין תורה אין בעיה.

בסתירת דין תורה יש לחכמים סמכות מוגבלת - למשל את הקף סמכות קום ואל תעשה.

הסמכות לקום ועשה עולה במספר חריגים: הוראת שעה, דיני ממונות - הפקר בית דין הפקר, הפקעת קידושין וכו'.

**ביטול תקנות חכמים קודמות**:

ברור שבמסגרת הסייגים שמאפשרים מעבר על התורה ניתן לעבור גם על תקנות חכמים.

יש להבחין בין תקנות שטעמן ידוע ומוכר לתקנות שחכמים לא אמרו לנו מה הטעם לתקנה - הנימוק אינו ידוע. יש תקנות שחכמים נימקו למשל:

**משנה גיטין ד,ו, ה,ח**:

פדיון שבויים: אין פודים את השבויים יותר על כדי דמיהן.

נגיד שפורשים רשת ותופסים חיה: החיה לא שייכת לאדם עדיין כי היא הפקר ויש צורך לעשות הפקר בית דין. נימוק: כדי למנוע מריבות אם אדם אחר לקח משהו מהרשת הוא נחשב גזלן לפני תקנות חכמים מפני דרכי שלום.

**עבודה זרה לה, א**:

מקרים אותם לא נימקו - כאשר גזרו גזירה בישראל חכמים השמיטו במיוחד את הנימוק במשך 12 חודשים בשביל שאנשים יצייתו לתקנה. אחרת אם הם ידעו את הסיבה יכול להיות שהם לא יצייתו לגזירה. לאחר שנה התקנה כבר התפשטה בציבור ולא ניתן היה לבטלה. היו מקרים שחכמים גם לא נתנו את הנימוק הנכון.

**השאלה האם יש טעם לתקנה או לא עונה על השאלה האם יש סמכות לבטל את התקנה או לא. אם יודעים את הטעם האמיתי ונסיבות החיים השתנו אז אפשר לבטל את התקנה ביתר קלות.**

**משנה עדויות א,ה**:

המשנה קובעת **"שאין בית דין יכול לבטל דברי בית דין חברו עד שיהיה גדול ממנו בחכמה ובמניין"**. יש דילמה לגבי מה משמעות הביטוי גדול בחכמה ובמניין. מניין ניתן לספור, חכמה לא ניתן לכמת.

\*\*יש גם סוג מסוים של תקנות שלא ניתנות לביטול בכלל.

**רמב"ם ממרים ב, ב-ג**:

1. **תקנה שלא פשטה** - בטלה מעליה.
2. **תקנה שחשבו שפשטה אבל לא פשטה** - ניתן לבטל בקטן בחכמה ובמניין.
3. **תקנה שלא באה לעשות סייג לתורה, פשטה** - ניתנת לביטול רק בבית דין גדול בחכמה ובמניין.
4. **תקנה שהיא מרחיבה איסורי תורה (סייג)** - לא ניתנת לביטול.

**תקנות שטעמן ידוע**

**מסכת ביצה (יום טוב)** - הדין הוא שתקנה שטעמה ידוע אבל היא אינה רלוונטית כיום ונקבעה במניין, יש צורך במניין (בית דין) כדי שיבטל אותה (לא כתוב איזה בית דין, האם הוא גדול בחכמה ובמניין או רק אחד מהם). מדוע ? כדי לא לתת את סמכות הביטול לכל אחד.

**רמב"מ** - אין הבדל בין תקנה שהטעם שלה ידוע לזו שהטעם שלה לא ידוע. גם לתקנה שידוע הטעם שלה והיא כבר לא רלוונטית בית הדין המבטל צריך להיות גדול בחכמה ובמניין.

**הראב"ד** - לא מסכים עם הרמב"מ. טוען שדבריו של הרמב"מ בנוגע לכך שגם כאשר הטעם ידוע יש צורך בבית דין שגדול בחכמה ובמניין לא מסתדרים עם ביטול התקנה של הפירות שבפועל בוטלה ע"י בית דין שלא היה גדול בחכמה ובמניין. מכאן למדים שאם הטעם ידוע כל בית דין יכול לבטל.

**המאירי (פרשני התלמוד, בצרפת, מאה 13)** - כל דבר שנעשה במניין, הטעם ידוע ובטל עם השנים, ויש להניח שגם אלו שגזרו את הגזרה לא היו גוזרים אותה עכשיו (עקב השוני בנסיבות), ניתן לבטלה ע"י בית דין שאיננו גדול בחכמה ובמניין.

**הרא"ש (רבי אשר)** - אם התבטל הטעם בטל האיסור ממילא. עמדה יחסית קיצונית. מניח שהתקנה הותקנה בכל מקרה לזמן מוגבל. התקנה נוצרה לצורך מסויים וכאשר הצורך בטל התקנה מתבטלת בעצמה.

**הרדב"ז (ספרד מאה 15-16)** - כאשר הטעם לתקנה ידוע והטעם כבר לא קיים אין צורך בביטולה, היא בטלה מעליה. אין הבדל בין הרא"ש לרדב"ז.

**סיכום תקנות**

1. ניתן לבטל גזרות חכמים במקרים בהם ניתן לבטל דין תורה.
2. יש גם מקרים נוספים. השיקולים:
   1. **האם טעם התקנה ידוע או לא**. לפי חלק מהראשונים יש הבדל. תקנה שטעמה ידוע ניתן לבטלה בקלות רבה יותר.
   2. **האם הטעם בטל** ?
   3. **האם התקנה פשטה**. ככול שפשטה יותר יהיה קשה יותר לבטל אותה.
   4. **מי בית הדין שברצונו לבטל** ?
   5. **האם התקנה היא סייג לתורה (הרחבה) ?** לפי הרמב"מ לא ניתן לבטלה.

**תקנות קהל**:

תקנות קהל זה פיתוח של סמכות חכמים שעברה לקהל ומאוחר יותר גם לנציגי הקהל - ראשי הציבור לאו דווקא חכמים. למושג תקנות הקהל (תקנות שמתוקנות ע"י הציבור) יש יסוד מסוים כבר בתקופת התנאים בתוספתא.

גם כאשר בית דין מתקין תקנה יש משמעות בעמדת הציבור:

1. יש להתחשב מראש ביכולת הציבור לעמוד בתקנה.
2. לאחר התקנת התקנה יש לבדוק האם היא פשטה או לא.

יש אפשרות לציבור לפעול באופן ישיר - תקנה שתיווצר באופן ישיר ע"י הציבור ולא על ידי בית דין.

כאשר אין בית דין שמתקין תקנה, הציבור עושה שימוש תכוף יותר בסמכותו להתקין תקנות.

מה קורה כאשר חלק מהאוכלוסייה לא רוצים להחיל את הכלל (70 בעד 10 נגד). האם אפשר לאכוף גם על המיעוט את הכלל ?

**תוספתא** - בני העיר רשאים לקבוע כללים ואף לקנוס בתחומים מסויימים (ענייני נזיקין מסויימים, קביעת מחיר בגילדות מקצועיות וכו').

**גרשום** - מה שעשתה הקהילה הוא גזרה לכל דבר.

**בן התשב"צ (שו"ת יכין ובועז)** - הסמכות של הציבור זהה לסמכות של בית הדין. תקנות בית דין מתבססות על "הפקר בית דין הפקר" ועל כן גם הציבור יכול ומוסמך ל"הפקר בית דין הפקר" (תופס רק בדיני ממונות). כמו שבית דין רשאי להעניש שלא על פי דין תורה, במסגרת הוראת שעה, כך גם לציבור (מכוח בית דין מכים ועונשין).

**הרשב"א** - ברור שהציבור רשאים לתת תקנות. תקנות אלו הן כדין תורה. העוצמה של תקנות הקהל נבעה מכך שלא היה בית דין.

**מהו הגבול של סמכות תקנות הקהל ?**

**רשב"א** - קהל שהתקין תקנה שהקידושין צריכים להיות לפני עשרה (כדי למנוע התנהגות לא הגונה) וקבעו שקידושין שלא נעשו מול עשרה אין להם תוקף - זה סותר דין תורה (שאומרת שצריך 2). מכאן שמשמעות תקנת הקהל היא להחמיר על האיסור של התורה. לפי הרשב"א **רשאים**. אותה סמכות שיש לבית דין להתקין תקנה שמחמירה את דין התורה, קיימת גם לציבור.

**למרות הסייג הגבול הוא סתירת דין תורה**.

**האם מדובר בהסכם (חוזה) או תקנה**

**רשב"א** - ההחלטה של הרוב (לא כלל הציבור), כמוה כהחלטה של בית הדין הגדול. ניתן לאכוף אותה על המיעוט. מדובר בתקנה ולא בהסכם רב משתתפים.

**הרא"ש** - התורה אמרה "אחרי רבים להטות". יש ללכת אחרי הרוב. היחידים צריכים ללכת אחרי הרבים (גם אם לא הסכימו). אחרת כל אחד ילך ויעשה את הטוב בעיניו. אין מציאות שבה כולם מקבלים דעה מסויימת על כן יש להשליט את דעת המיעוט על הרוב.

**רבנו תם** - סבור שלא מדובר בתקנה אלא בהסכם. על כן חל רק על מי שהסכים לכך במקור. ניתן לאכוף רק על מי שנקשר בהסכם המקורי ועכשיו מפר אותו.

**כיצד בפועל מייצרים את התקנות ?**

**רשב"א** - אין צורך ברוב הקהל אלא בנציגי הקהל - שבעת טובי העיר. הם לא חייבים להיות התלמידים הגדולים אלא גדולי העיר באופן כללי - מנהיגות שהייתה ממונה או נבחרת. האם ההחלטה במסגרת שבעת טובי העיר צריכה להתקבל ברוב ? איזה רוב ? כמות מינימלית של נוכחים ועוד (אין מענה מדוייק).

**כדי שלתקנות הקהל יהיה תוקף יש הסוברים כי יש צורך שלתקנות אלו יהיה אישור של אדם חשוב:**

**תלמוד בבלי בבא בתרא ט ע"א**:

שוחטים חילקו ביניהם את הימים של השחיטה. מי ששוחט לא ביומו משמידים לו את העור (יקר ערך). אחד שחט לא ביומו וקרעו לו את העור. תבע אותם בנזיקין.

גמרא: לא היה חייב לציית. אסור היה לקרוע לו את העור, כי החוק שעשו היה צריך אישור אדם חשוב.

אדם חשוב: כנראה בקיא בתורה.

תמיד?: לא בטוח. יתכן רק באגודות מקצועיות - פיקוח הלכתי.

**שו"ת הריב"ש, שצט** - רק באיגוד מקצועי.

**רא"ש בבא בתרא א, לג** - אי אפשר להתקין תקנה בלי אישור של אדם חשוב. זה בא להבטיח פיקוח הלכתי ולו חלקי על אותה תקנה.

**לסיכום: במהלך השנים השימוש בתקנות קהל נהיה משמעותי ביותר, במגוון רחב של תחומים**.

**המנהג**:

יצירה שאין מקורה בדברי חז"ל אלא בהתנהגות הציבור. התנהגות זו יכולה להשפיע גם בדיני ממונות וגם לעיתים בדיני איסורים.

ישנם 2 סוגים של מנהגים:

1. **מנהג שיוצר הלכה** - עניין שקודם לכן לא הוסדר בהלכה ובאמצעות המנהג הוא מוסדר. עניין שהוסדר בהלכה בדרך אחת ובעקבות המנהג הוסדר בדרך אחרת - זה נכון רק לדיני ממונות.
2. **המנהג לא יוצר הלכה אלא רק מגלה את ההלכה**.

**דוגמא למקרה בו המנהג מגלה הלכה קודמת**:

**קורבן פסח:** כל משפחה בערב פסח צריכה להעלות לירושלים ולהקריב קורבן. נשאלה שאלה - מה קורה כאשר ערב פסח חל בערב שבת. האם ניתן להקריב קורבן פסח בשבת? השאלה לא הייתה ידועה עד שהלל הזקן אמר שמותר.

יש מגבלה לטלטל דבר ממקום למקום בשבת. האם ניתן בשבת שזה ערב פסח להביא את הסכין כדי שניתן יהיה לשחוט את הקורבן. תשובת הלל הזקן הייתה שהוא אינו זוכר ולכן הוא הציע שיחכו למחר ואז יראו את התנהגות האנשים ויסיקו מכך אם אסור או מותר.

התנהגות הציבור היא זו שהזכירה את ההלכה.

[**טור**](http://hl2.biu.ac.il/upload/52328/library/140786/140794/I116167/מנהג-ביוגרפיה.htm)**חושן משפט סימן שסח**:

**השאלה:** אדם קונה סחורה גזולה. של מי הסחורה. של הקונה או של הבעלים?

**ההלכה** במקרה כזה היא שהקניין של הקונה (שקנה מהגזלן) הוא לא קניין ולכן הקונה צריך להחזיר את הסחורה לבעלים.

הטור אומר שיש מנהג ששונה מן ההסדר ההלכתי: אותו קונה שקנה את החפץ מאת הגזל צריך להחזיר את החפץ לבעלים אך את סכום הכסף ששילם בעבורו הוא יכול לדרוש מן הבעלים. כמובן שלבעלים יש זכות תביעה מהגזלן.

המנהג היה שונה מההלכה במקרה הזה. **הטור מכשיר את המנהג הזה**. הוא מצטט גם פסוק שלכאורה מכשיר את המנהג:  *"לא תסיג גבול רעך אשר גבלו ראשונים"* (דברים יט,יד ).

**רא"ש כלל נה, י**:

מלאכה בערב פסח.

הרא"ש: מדובר במנהג, הוא בעל תוקף. אם סותר את ההלכה יש לבטלו.

תלמוד ירושלמי: כאשר יש רפיון בהלכה ולא ברור, המנהג מכריע.

בממון: חכמים יכולים להתקין תקנות שסותרות דין תורה מכוח הפקר בית דין. דווקא בממון אין תוקף למנהג שסותר הלכה, כיוון שכנראה מקורו בטעות (החכמים יגידו מה צריך לעשות).

בבית הדין: צד שיסתמך על מנהג בממונות לא יזכה.

**תלמוד בבא מציעא עד, א**:

ע"פ ההלכה כדי שהסכם מכר יכנס לתוקפו צריך שהצדדים יעשו מעשה קניין. התלמוד מזכיר סוגים שונים של מעשי קניין. למשל במקרקעין הקניין יכול להיות כסף (לא תמורה - כמו בקידושי אישה).

דוגמא: היה נהוג שכאשר אדם רוכש חביות יין היו עושים קניין סיטומתא - מעין רישום/חותמת על חבית היין ואז מבינים שאותם חביות שייכות לקונה. לא היו נוהגים לעשות מעשה קניין אחר. האם הסיטומתא "קונה או לא קונה"? כאשר זה מעשה הקניין היחיד, האם הסכם המכר יהיה תקף במבחינה משפטית?

**במקום שנוהגים כך, זה אכן מעשה קניין**.

**שולחן ערוך חושן משפט סימן רא**:

אם הקונה עשה את אותו רישום על גבי הסחורה **ומנהג המדינה הוא שזה נחשב כמעשה קניין גמור נקנה המקח ואף אחד מהם לא יכול לחזור בו**. הקונה חייב לתת את התמורה בעבור הסחורה. "*והוא שרשם בפני המוכר, או שאמר ליה המוכר: רשום מקחך"-* זה צריך להיות בהסכמת המוכר.

השו"ע מוסיף בסעיף ב': הדוגמא שהתלמוד מביא היא לא דוגמא יחידה. כל דרך הנהוגה במנהג הסוחרים מחייבת.

**תלמוד ירושלמי בבא מציעה, ז, א**:

כאשר אדם שוכר פועלים, עליו להעסיק אותם לפי מנהג המקום. גם אם סיכם איתם משהו אחר.

הירושלמי: **שלמרות שיש הלכה שאומרת למשל כי שעות העבודה של הפועל יהיו מסוימות והמנהג אומר אחרות הולכים לפי המנהג. *"זאת אומרת, המנהג מבטל את ההלכה"****.*

**שו"ת הרשב"א רנד**:

מנהג גויים.

דנים במקרה בו אב חושש לתת לבתו נדוניה שמא תמות לאחר החתונה (או בלידה) והכסף יעבור לבעלה כי הבעל יורש את אשתו. האב אומר כי מנהג הגויים אומר כי הנדוניה לא עוברת לבעל אלא חוזרת לאב ולכן אומר האב שהכסף צריך לחזור אליו.

הרשב"א אומר שלפני שנתן האב את כספו הוא היה צריך לקבוע הסדר מסוים עם חתנו שאם הבת תמות הכסף יחזור לאב (התניה). אך לחקות את הגויים אסור.

**מעמדם של חוקי הכנסת ע"פ ההלכה**:

1. **מקרה בו החוק הישראלי סותר הלכה בדיני איסור והיתר**: ברור שההלכה לא הייתה נותנת תוקף לדבר זה. מקרים אלו נדירים והשאלה כמעט לא מתעוררת. רוב החוקים אולי מתירים דבר שאסור אך לא מחייבים לעשות אותו.
2. **מקרה בו החוק הישראלי סותר הלכה בדיני ממונות:** למשל - דיני המדינה קובעים דיני שומרים שונים מההלכה. פה יכולה להיווצר כביכול התנגשות. אולם, דין המדינה מאפשר לצדדים לפתור את הבעיה בצורה אחרת (בוררות). מתעוררת השאלה כיצד ההלכה תתייחס לחוק המדינה?

השאלות התעוררו כאשר העם היהודי היה בגולה, כלומר תחת שלטון זר.

ההלכה יכולה להכיר לפעמים בדין הזר (במקרה שלנו הדין הישראלי) ע"פ 4 פרוצדורות עיקריות:

1. תקנת קהל.
2. המנהג.
3. "דינה דמלכותא דינא"- דין המלכות הוא דין.
4. דין המלך - חריג משום שהוא מיועד למצב בו מלך ישראל שולט.

**תקנת קהל**:

האם בנסיבות מסיומות ניתן לראות בחוקי מדינת ישראל סוג של תקנות קהל וההלכה תכיר בהם.

מובן שמדובר רק בדיני ממונות.

האם צריך אישור אדם חשוב או לא? אם אין צורך באישור אדם חשוב אז עברנו את המשוכה אולם אם יש צורך נוצרת בעייתיות.

האם ניתן לראות בכנסת את 7 טובי העיר?

**המנהג**:

דרך המנהג שונה מדרך של תקנות קהל בכך שאם מקבלים חוק דרך מנהג זה משום שהציבור נוהג בו ולא בגלל שהכנסת חוקקה אותו.

אם החוק בפועל נהוג בציבור ניתן להכיר בו כמנהג.

**דינא דמלכותא דינא**:

הכלל דינא דמלכותא דינא (=דין המלכות דין) קובע כי **חוקי השלטון וסדריו מחייבים מבחינה הלכתית את תושבי המדינה. במקור, נאמר דין זה לגבי שלטון של גויים**.

**מקור הכלל מצוי בתלמוד ב-2 סוגיות**:

**נדרים כז, ב**:

**אם הנדר נעשה בכפייה ובאונס, הוא בטל גם ללא שאלת חכם**.

התלמוד אומר שניתן לנדור נדר שיקרי, להגיד שהפירות הן הקדש כדי שהמלך לא יקח אותם כמס.

אומר שמואל: דינא דמלכותא דינא. כלומר - כל מה שקובע המלך הוא חוק ואם מוכס בא לקחת מכס אין מדובר באונס אלא במעשה מותר לפי דין. אי אפשר להתחמק מתשלום המס.

**מדוע אם כן ההלכה מתירה להתחמק מתשלום מס? היא עסקה בנסיבות מיוחדות, ברמה העקרונית יש לשלם מס אולם ניתן להתחמק ממנו בנסיבות מסוימות:**

1. מוכס שאין לו קצבה- מוכס שלא לוקח בצורה שיוונית בין כולם.
2. במוכס העומד מאליו- מוכס שלא קיבל רישיון ומאת המלך וחורג מסמכותו.

**מכאן אנו מבינים שיש חובה לציית לדברי המלך לפחות בכל הקשור בדיני מיסים.**

**תלמוד בבא בתרא נה, א**:

סוגיה המתעסקת בדינא דמלכותא דינא **בהקשר של מקרקעין** - **יש לכבד את דין המלכות**.

**מדוע ההלכה מחייבת לציית לדין המלכות?**

**משנה גיטין א, ה**:

לדעת רש"י - כל מסמך משפטי כתוב נקרא שטר. גם אם שטר נעשה לא ע"פ הכללים של דיני השטרות של ההלכה אלא לפי דיני השטרות המקומיים השטר תקף. חוץ מאשר גט של אישה וגט של שחרור עבד. אם נכתב גט על פי כללים של הדין הזר, ההלכה לא תיתן לו תוקף. **השטר תקף כי דינא דמלכותא דינא.**

מדוע גט של אישה לא תקף? יש בתורה הרבה מצוות המצוות מיועדות לעם ישראל ולא לגויים.

ההלכה היהודית היא לא דת מיסיונרית - לא שואפת לכך שכל אנשי העולם יקיימו את תרי"ג מצוות של ההלכה. יחד עם זאת, התורה קובעת 7 מצוות שהן מצוות אוניברסאליות - מחייבות כל אדם באשר הוא. הן נקראות - **"7 מצוות בני נוח":** איסור עבודה זרה, שפיכות שמים, גילוי עריות, גזל, ברכת השם (אסור לקלל את האלוהים), איסור אבר מן החי, מצוות דינים.

מצוות דינים - **לפי הרמב"ן** מצוות דינים פירושה להקים מערכת משפט שתסדיר את היחסים בין בני האדם. **לפי רש"י כאשר הגויים קובעים דיני שטרות הם פועלים במסגרת הסמכות שההלכה נתנה להם כי ההלכה היא זו שהסדירה את הדין הזר לקבוע דיני שטרות ולכן ההלכה תכיר במה שהוא קבע.** לגבי גיטין דיני הנישואים והגירושים לא נוגעים לגויים ולכן גט של אישה לא יכול להתבצע על ידי גויים.

**רשב"ם בבא בתרא נד, ב**:

נותן נימוק אחר מדוע הדין מחייב - **כל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם את חוקי המלך ומשפטיו**. (לדעת ד"ר חבה- יש הסכמה כזאת מהצורך של כל אחד בסדר חברתי). כאשר אדם מחזיק בממון בהסתמך על חוק המלך הוא לא נחשב לגזלן למרות שזה לא בהסתמך על דין תורה.

**רמב"ם, גזלה ואבידה ה,יח**:

מביא נימוק דומה עם שינויים קלים - **הרמב"ם מבסס זאת על עניין ההסכמה - הסכמה למלך כמלך** (ולא הסכמה לחוקי המלך כמו הרשב"ם).

**הר"ן (נדרים)**:

מדוע דין המלכות דין? **מפני שהארץ שלו ויכול לומר להם שאם לא יעשו כדברו הוא יגרש אותם.**

היתה תפיסה שהארץ שייכת למלך ומי שיושב במקום מסוים יושב שם מתוקף הסכמתו של המלך לשבת שם. אם לא יתנהגו לפי דברי המלך לא זכאי לגור שם- המלך יגרש אותו.

**האם הכלל של דינא דמלכותא דינא חלק רק על מלך זר או גם על מלך ישראל ?**

**לפי הר"ן** **- מדבר על מלך זר**. ארץ ישראל - כל ישראל שותפים בה. אם מבססים את הכלל דינא דמלכותא דינא על הבעלות של המלך בקרקע מדובר רק על מלך זר כי שם התפיסה היא שמלך זר הוא בעלים על הקרקע בניגוד למלך ישראל.

**לפי הרמב"ם -** **בין שהיה מלך ישראל בין שהיה מלך גוי.** אם מבססים את הכלל על עקרון ההסכמה אין הבדל אם זה מלך ישראל או מלך גויים.

**מי מוגדר מלך ? האם מלך זה מלך או סוג אחר של שלטון ? האם אפשר שזה יהיה גם שליט מקומי ?**

חלק מקבלתו של המלך כמלך ע"י הציבור הוא בעובדה שמשתמשים במטבעות שעליו דמותו חקוקה. ולכן **לפי הרמב"ם מלך מוגדר כמלך מתי שמשתמשים במטבעותיו באותם הארצות.**

**מה קורה כאשר מדובר בשלטון נבחר ?** כמובן שאם מדברים על בעלות המלך בקרקע זה לא רלוונטי. אם מאמצים את הנימוק שמדבר על הסכמה זה כן אפשרי. בשלטון נבחר הציבור שותף לבחירתו של השלטון ולכן נימוק זה בא יותר לכדי ביטוי. **לפי הרב קוק -** שלטון נבחר יותר טוב ממלך.

**מהם התחומים בהם אנו משתמשים בדינא דמלכותא דינא**

בתלמוד זה מופיע במיסוי ומקרקעין. האם אפשר להרחיב את זה ? ברור שככל שמדובר שבדיני איסור והיתר זה לא רלוונטי.

הבעיה מתעוררת בדיני ממונות. יש ראשונים ופוסקים שמרחיבים ואומרים שזה חל מעבר למיסוי ומקרקעין - כל דבר שהוא לתועלת או הנאת המלך - תועלת ישירה לא במובן של סדר חברתי.

**רמ"א שסט יא**:

**ההסדר חל בדיני ממונות גם מעבר למיסוי, בכל דבר שהוא תועלת והנאת המלך.**

*דלא אמרינן [שאין אומרים] דינא דמלכותא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך, או שהוא לתקנת בני המדינה, אבל לא שידונו בדיני עובדי כוכבים. דאם כן בטלו כל דיני ישראל.*

**שולחן ערוך חושן משפט עג**:

ע"פ דין תורה מותר לממש את המשכון תוך 30 יום. ע"פ הדין הזר רק אחרי שנה.

**התעוררה השאלה האם המלווה רשאי לממש את המשכון לאחר 30 יום לפי מה שההלכה קבעה או שמא מאחר והדין הזר קובע פרק זמן של שנה צריך להמתין פרק זמן שכזה.**

**מדוע בכלל מתחשבים בדין הזר? הטיעון היה דינא דמלכותא דינא.**

שו"ח משיב - **אם נרחיב את דינא דמלכותא דינא לכל נושא ונבוא ונאמר שגם במקום שזה סותר את ההלכה הדין הזר גובר המשמעות היא שאין צורך יותר בהלכה ולא לזה התכוון התלמוד.**

הכלל בא להתמודד עם בעיות נקודתיות, להשלים חוסרים וכו', הוא לא בא ליצור מערכת חילופית למערכת של ההלכה. **בכל מקום בו יש סתירה בין דין מלכות להלכה - ההלכה גוברת.**

**דין המלך**:

**ספר שמואל פרק ח'**

מוצג לעם קונספט המלוכה וסמכויותיו הדרקוניות. חכמים שאלו עצמם האם הסמכויות המתוארות הם אמיתיות או הגזמה במטרה להרתיע את העם.

בדברים יז' מתוארות המגבלות על המלך וחובותיו.

קאסוטו טוען שיש לבחון את החוקים של התורה בהקשר המלך בפרספקטיבה של המזרח הקדום. מכאן שסמכויות המלך היו ידועות והתורה רק שמה להם סייגים.

למרות זאת, אין בפרשת מלך או בספר דברים ביטוי מפורש לסמכויות המלך בתחום המשפט.

ניתן להיאחז בביטוי של העם: "ושפטנו ככל הגויים". כלומר שלמלך הייתה סמכות שיפוט מובנית בעולם העתיק.

**רמב"ם רוצח ושמירת נפש ב,ד**:

התורה קובעת עונש מוות לרוצח. העונש הזה מאוד קשה ליישום בגלל שורה של מגבלות פרוצדוראליות ומהותיות שחכמים קבעו לעונש המיתה. בפועל הרבה מקרים הרוצח לא יהיה חייב מיתה.

הרמב"ם - למרות שהרוצח לא חייב מיתה על פי דין תורה ולכן הסנהדרין לא ייתן לו מוות. אם המלך ירצה להורות על מותו הוא רשאי.

יש פה בעצם הליך שיפוטי מקביל - של הסנהדרין ושל המלך. למלך יש סמכות להעניש את הרוצח.

**הרמב"ם מלכים ג,י**:

הרמב"ם - גם בהלכות רוצח וגם בהלכות מלכים שהרמב"ם מדבר על סמכות המלך הוא מזכיר רק את סמכות המלך להעניש עבריינים הוא מדבר רק על רוצחים. יכול להיות שלפי הרמב"ם הסמכות של המלך להעניש עבריינים נוגעת בעיקרה לעבירות המתה (וגם מורד במלכות - צו שמופנה ישירות מהמלך לאדם מסוים ואותו אדם לא מקיים את צו המלך).

**דרשות הר"ן, יא**:

**כל אומה שמתאגדת לחיות ביחד צריכה שיהיה מערכת משפט ושולט שיטפל בסדר החברתי.**

**זה הדין גם בישראל. בישראל גם יש צורך נוסף - להעמיד את חוקי התורה על תילם ולהעניש את העבריין שעובר על חוקי התורה.**

יש מקרים בהם יש צורך כפול - לדוגמא: אדם שהורג גם עובר על הסדר החברתי וגם פוגע בדיני התורה.

גם במצב האידיאלי שיש את הסנהדרין יש את מערכת השיפוט של המלך שאמורה לאכוף את הסדר החברתי. המצב הטוב ביותר הוא שיש 2 מערכות מקבילות. אם אין אז המלך צריך לשבת בשני התפקידים- גם סדר חברתי וגם דתי.

**המסקנה- לפי הר"ן, לפחות בהקשר הפלילי ההתמודדות של ההלכה עם חוקי מדינת ישראל היא פחות מסובכת, אפשר לראות בה סוג של דין מלך ולכן הבעיה תיפתר.**

**סיכום שאלת היחס בין ההלכה לחוקי המדינה**:

מנקודת מבט הלכתית אולי היה נכון יותר אם חוקי מדינת ישראל יראו עצמם ככפופים להלכה. ההלכה לעולם לא תראה את עצמה כפופה לחוק שמראה לעבור על איסור. השאלה היא רק בעניינים ממוניים בהם למלך יש סמכות.

ככל שמדובר **בהקשר הפלילי** הבעיה פחות חריפה מ-2 סיבות:

1. היא פחות מתעוררת ברמה הפרקטית - המדינה לא נותנת סמכות פלילית לאף אחד חוץ מהמדינה.
2. גם לפי ההלכה - ככל שמדובר בעניינים פלילים יש סמכות כלשהיא למלך.

**בדין האזרחי** ההלכה יכולה להכיר בדיני המדינה ב-2 מובנים:

1. הכרה עקיפה - הכרה בחוק כמנהג (יותר קל להכיר בהכרה עקיפה).
2. הכרה ישירה - נותנים לזה תוקף כי חוק המדינה מחייב במקרה הזה גם לפי ההלכה.

ההנחה היא שהפרוצדורות הללו: **דין מלכות, מנהג, תקנות קהל** לא באו להחליף את ההלכה. זה מאפשר לפתור בעיות נקודתיות.

בכל מקרה, יש לעמוד בקריטריונים ובמגבלות שבכל כלל, כגון: **אישור** **אדם חשוב(תקנות הקהל), חקיקה בתחומים מסויימים בלבד (מלך, תקנות הקהל), נורמה ידועה ומקובלת (מנהג), ועמידה בכללי צדק, שויון, ועקרונות יסוד של המערכת ההלכתית**.

בתחום הפלילי - הבעיה פחות חריפה בשל השימוש בסמכותו של המלך.

בדיני ממונות - הבעיה קשה יותר.

ככל שמדובר בנושא שאינו מופיע בתורה (דיני מיסים וכד', (ראו למשל תשובתו של הרב עובדיה יוסף שו"ת יחווה דעת ה, סד לעניין השאלה האם מותר להישמט מתשלום מיסים)), ושקשור בשינויי זמן ומקום, ההכרה בו תהיה קלה ורבה  יותר.

במקרים בהם יש התנגשות ישירה עם ההלכה הבעיה היא קשה יותר.

יש להדגיש כי בכל מקרה, הפתרונות הנ"ל באו למלא חוסרים או לפתור בעיות נקודתיות ולא להוות תחליף למערכת ההלכתית כולה.

נקודה רגישה זו היוותה את הנימוק העיקרי לחשש של חלק מהפוסקים משימוש נרחב בפתרונות אלו על מנת להכיר בחוקי המדינה.

**משפט ומוסר**:

בשיטת משפט רגילה ישנם כללי משפט מחייבים אבל תמיד יש גם עניינים מוסריים. יש יותר כללים מוסריים שאינם משפטיים. במערכת אידיאלית היה רצוי שכל כלל משפטי יהיה גם מוסרי.

משפט - נורמות אכיפות, פונות לאזרח.

מוסר - נורמות שאינן אכיפות, פונות לאדם.

בהלכה, מייחסים למקור האלוהי הן את הנורמות המוסריות והן את הנורמות המשפטיות. כיום, הנורמות המוסריות שיש בהלכה, מקבלות יחס של נורמות משפטיות (חלקן). כגון: כבד את אבין ואת אמך.

**ועשית הישר והטוב**:

**דברים, פרק ו**:

(יז) שָׁמוֹר תִּשְׁמְרוּן אֶת מִצְוֹת ה' אֱלֹהֵיכֶם וְעֵדֹתָיו וְחֻקָּיו אֲשֶׁר צִוָּךְ:

(יח) וְעָשִׂיתָ הַיָּשָׁר וְהַטּוֹב בְּעֵינֵי ה' לְמַעַן יִיטַב לָךְ וּבָאתָ וְיָרַשְׁתָּ אֶת הָאָרֶץ הַטֹּבָה אֲשֶׁר נִשְׁבַּע ה' לַאֲבֹתֶיךָ:

**רמב"ן דברים ו' יח**:

**עשיית הישר והטוב בא לומר שיש לעשות יותר ממה שאלוהים ציווה**.

**הפסוק הראשון הוא עקרון מנחה (בדומה לחוק יסודות המשפט) והפסוק השני, בא להרחיב את מה לעשות במקרה שהתורה אינה מפרטת.**

הרמב"ן אומר שאי אפשר להזכיר בתורה את הכול. ניתן, אבל אין סיבה.

**העקרון מופנה ראשית כל לחכמים, כאשר הם באים לקבוע הסדרים. העיקרון הזה הוא שצריך להנחות אותם "העשית הישר והטוב". יתכן שזה אף עקרון פרשנות**.

כלומר - העקרון הזה מופנה גם לאדם הפרטי כאשר צריך להחליט כיצד לנוהג בעניין מסויים, כאשר הדבר אינו מפורט במקורות. העקרון מופנה לחכמים כאשר אלו מתקינים תקנות/גזרות, או כאשר הם מפרשים הוראות שונות.

**ויקרא פרק יט**

 (א) וַיְדַבֵּר ה' אֶל מֹשֶׁה לֵּאמֹר:

(ב) דַּבֵּר אֶל כָּל עֲדַת בְּנֵי יִשְׂרָאֵל וְאָמַרְתָּ אֲלֵהֶם קְדֹשִׁים תִּהְיוּ כִּי קָדוֹשׁ אֲנִי ה' אֱלֹהֵיכֶם:

**רמב"ן ויקרא יט ב**:

להיות קדושים כלומר - התורה קובעת כלים פורמאליים, היא מכוונת אך לא נותנת פרטים כיצד על אדם להתנהג. להיות קדוש על פי הרמב"ן זה לא דבר מדיד, זה תלוי בהרבה גורמים. יש כללים שהתורה קבעה והסדירה. כך הרמב"ן אומר שאי אפשר להסתפק בכללים הפורמאליים. אסור לדבוק רק בכללים הפורמאליים אלא ללכת גם לפי כיון הדרך הכללי - עשיית הישר והטוב.

הרמב"ן מוסיף ואומר כי משמעות הביטוי "אי אפשר להזכיר" - חוסר אפשרות מהותית ולא טכנית. זה לא נכון לתת פתרונות מראש בעניינים שבין אדם לחברו. צריך להשאיר גמישות. יש למלא את עקרון העל "ועשית הישר והטוב" בתוכן.

הקדושה (=פרישה) אינה דווקא מן העריות. הפרישה היא מן המותרות, התורה קבעה איסורים, ומעמידה את האדם ברמה גבוהה יותר. אך היא לא קבעה איסורים רבים (לדוגמא, אסרה על אכילת חזיר, אך לא אמרה כמה מותר לאכול). הכוונה של הפסוק היא שמירה על פרופורציה. לא נקבעים קני מידה, משום שאלו יקבעו לפי הזמן והמקום.

הרעיון של "קדושים תהיו" - חוץ מהדברים שהתורה אסרה, נקבע כלל כללי יותר שמתייחס לכל מה שלא נקבע. זהו עקרון מנחה בכל שאר הדברים. לנהוג באופן קדוש: גם האדם הפרטי וגם החכמים כאשר הם באים לגזור גזירות ולהתקין תקנות.

**כלומר - יצירת כלל על**, **במטרה להעמיד את האדם ברמה גבוהה**. **ראשית עבור החכמים ואח"כ עבור העם**.

**מגיד משנה שכנים יד, ה**:

**לו היו מפורטים הפרטים, הייתה נוצרת נוקשות רבה, ולא הייתה מתאפשרת גמישות**. צריך להתאים את התורה למקום ולזמן על פי דרישה. נכתבו קצת פרטים כלליים, בשביל שימולאו בתוכדן באופן חלקי. (הפסוק הראשון זהו כלל כללי, והמילוי בתוכן על פי הפסוק השני.)

נלמד בהקשר זה את הדינים: "דינא דבר מצרא" ו"שומא הדר".

**דינא דבר מצרא - דין בן הגבול**:

**תלמוד בבלי בבא מציעה קח א-ב**:

**הסיטואציה:** לאדם יש קרקע, ומסביבו חלקות אדמה השייכות לכמה אחים/שותפים, וזה לא נוח להם שהוא נמצא באמצע. (כמובן שאי אפשר לסלק אותו משם.) אותו אדם מציע את הקרקע למכירה. האם האדם שקונה את קרקע בסדר ? או שמא צריך לסלקו משם ולתת זכות קדימה לאחים. קידוש חופש הקניין מחזק את העבירות של הקרקע. התקנה נוגעת לזה שקנה את הקרקע.

**רב יהודה:** האדם הוא חצוף/לא מוסרי, אך לא מסלקים אותו. קודם יש לאפשר לאחים/שותפים לרכוש את הקרקע. אך העקרון של עשיית הישר והטוב אינו בר אכיפה. הזכות הקדימה היא מוסרית, אך לא משפטית.

**רב נחמן:** הזכות של האחים לא רק מוסרית אלא גם משפטית. הסכום ישולם חזרה לאדם שקנה (וכך לא ינזק כלכלית), והאדמה תועבר לאחים/שותפים. אין זכות קדימה כאשר מדובר בשכן רגיל.

**נהרדעי:** גם בשכן רגיל יש זכות קדימה משפטית ומוסרית.

**ההלכה נפסקה לפי נהרדעי**.

כלל הזכות הקדימה מבוסס על "עשית הישר והטוב". במקרה זה, חכמים קבעו את ההסדר הזה, תוך שהם רואים למול עיניהם את כלל. ההסדר מותנה בכך שעשיית הישר והטוב לאחד, לא ירע עם האחר.

זכותו של בעל המצר אינה אינסופית. בהזדמנות הראשונה הוא צריך לערער, ואם לא ערער הוא מאבד את זכותו. (על מנת לאפשר יציבות).

**המשמעות המעשית בארץ - לפני שאתה מוכר לצד ג' תציע קודם לשכנך**.

מבחינה פורמאלית יש פה סיבוך מסוים. צד ג' רואים אותו כשלוחו של השכן. מבחינה מעשית סביר שלא יקנה עד שיברר עם השכן.

**שומא הדר**:

שומא הדר= שומה חוזרת.

הכלל: אדם המלווה כסף לחברו, רוצה בד"כ להבטיח את פירעון החוב. אחת הדרכים היא שעבוד נכסים. במשפט העברי, שעבוד זה נקרא "אחריות נכסים". המשמעות היא, **שאם מדובר בהלוואה עם אחריות נכסים, כל קרקעותיו של הלווה משועבדות לפירעון החוב, כך שגם אם אינן ברשותו בשעת מועד הפירעון, כגון שנמכרו לצד ג', רשאי המלווה "לטרוף" (=לגבות) את הקרקע מידי הקונה, שכן הקרקע היתה משועבדת למלווה משעת ההלוואה.**

הגבייה נעשית בשלב ראשון מהנכסים שנמצאים בידי הלווה, ורק לאחר מכן ניגשים לנכסים שבידי צד ג', כאשר הסדר הוא, שתמיד פונים לנכס האחרון שנמכר, ואח"כ לזה שנמכר לפניו, וכן הלאה, עד לגובה ההלוואה. בכל מקרה, על המלווה להותיר בידו של הלווה אמצעי מחיה מינימליים, המוגדרים בהלכה.

**מדרבנן, נקבע שהשיעבוד יחול רק בהלוואה שנעשתה בשטר ולא בהלוואה שנעשתה בע"פ**. הסיבה היא שלשטר יש "קלא" (= קול), כלומר, ההלוואה נעשית בד"כ בפני עדים, ונכתבת בידי סופר העיר, ועל כן יש פרסום להלוואה, והקונים היו צריכים לוודא שאכן מדובר בקרקעות שאינם משועבדים. (מעין רישום בטאבו). לעומת זאת, הלוואה בע"פ נעשית בין שני הצדדים בלבד, ואין לה פירסום. ועל מנת לאפשר חיי מסחר תקינים, עשו רבנן "תקנת שוק", וקבעו שבהלוואה כזו, אין שעבוד נכסים.

מקרה לדוגמא: שמעון לווה כסף מראובן, ונקבע מועד פירעון, אז חייב שמעון לראובן. מה קורה כאשר הוא אינו מחזיר את הכסף, או כי הוא מתחמק או כי אין לו? כעקרון נאמר, שכל נכס שיש ללווה משועבד למלווה. הבעיה מתעוררת כאשר ללווה אין נכסים.

נניח שעד עת פירעון החוב, שמעון מוכר את הקרקע ללוי. מה יעשה ראובן? אם ההלוואה נעשתה בעל פה, ראובן אינו יכול לגבות את הקרקע הזו, אלא רק מנכסים אחרים. אם ההלוואה נעשתה בכתב, אנו מניחים באופן אוטומטי שהנכסים שהיו לשמעון בעת ההלוואה, משועבדים להחזרת החוב. משמע, שראובן יכול לחזור ללוי, ולטרוף ממנו את הקרקע כדי לפרוע את החוב. לוי יצטרך להפרע כעת משמעון.

השעבוד במקרה זה, הוא על **כל** הנכסים שהיו ללווה, ולא על קרקע ספציפית.

נניח שבמועד ההלוואה היו לשמעון 3 מגרשים. ראשית, מוכר את המגרש הראשון ללוי, מאוחר יותר מוכר את המגרש השני ליהודה, ובמועד שלישי, מוכר מגרש לגד. אחרי שנה, מגיע מועד הפרעון של ההלוואה שלו מראובן. כל מגרש שווה 100 וגם ההלוואה הייתה 100. ממי יגבה ראובן את הקרקע? יהודה, לוי או גד? הוא יגבה מהאחרון בזמן: זאת משום שהראשון והשני בזמן בבואם לקנות את הקרקע דאגו שתישאר מספיק קרקע, על מנת שראובן יוכל לגבות את חובו. (השאירו 100). בהנחה שההלוואה הייתה 150, הגבייה תעשה מהאחרון והלפני אחרון.

מימוש השעבוד של הקרקע נעשה בשלושה שלבים, בליווי ובאישור בית הדין. (חשוב: בין שלב לשלב, צריכים לעבור 30 יום, ובנוסף, גביית קרקע אינה דבר רצוי בהלכה.)

1. המלווה פונה לבית הדין שמוציא היתר לחפש אחר נכסי החייב: (מוציא היתר זה לאחר שהשתכנע שהדבר מוצדק) לעשות מחקר אילו נכסים היו לו, מה מכר, ומה תמונת נכסיו כרגע.
2. שטר אדרכתא - מלשון דריכה, דריסת רגל: בית הדין נותן היתר/זכות לדרוך/לתפוס נכס שהיה שייך ללווה (או ששייך לו בהווה, אם נשארו לו נכסים אחרים). התפיסה תעשה בפרופורציה לגובה החוב (הערכה ראשונית). **במועד פרעון ניתן לגבות כל סוג של נכסים של החייב (כולל מטלטלין**), אך אם פונים לגבות מצדדים שלישיים, רק מקרקעין שנמכרו אחרי ההלוואה.
3. שלב השומא - בית הדין עושה שמאות מדוייקת למקרקעין שנתפסו, ובהתאם מעביר למלווה קרקע בשווי ההלוואה. ברגע זה, שייכת הקרקע למלווה, היא הופכת להיות שלו.

שלב השומא הוא שלב סופי. לאחר פרק זמן שהקרקע עברה למלווה, הלווה פונה למלווה שיחזיר לו את החוב תמורת הקרקע. כעקרון, על פי דיני הקניין, לא ניתן הדבר אלא אם יסכים המלווה.

**חכמי נהרדעי: (בבא מציעא לה,א)**

**אם יבוא המלווה וירצה לפדות את הקרקע בכסף, יש לאלץ את המלווה לאפשר זאת, מתוך עקרון "עשיית הישר והטוב".** זאת משום שקרקע נתפסת כאמצעי מחייה, ואינה זמינה. קבלת הקרקע לא הייתה המטרה הראשונית של המלווה. אם הקרקע הושבחה, יצטרך הלווה לשלם לו את שווי ההשבחה.

בכל מקרה, קודם גובים את החובות מהנכסים שקיימים בידיו של הלווה. אם אין לו נכסים (כי הוא מכר אותם), ניתן לפנות לצדד ג' לאחר מכן.

תמיד פונים לנכס האחרון שנמכר לצ' ג' ופודים אותו ראשון. כאמור, אם ההלוואה נעשתה בע"פ, לא ניתן לגבות מצד שלישי. אם היא נעשתה בכתב, זאת אומרת שמי שקנה את השטח מהלווה ידע שהוא משועבד ולכן ניתן לדרוש אותה לפדיון.

הויכוח בין החכמים הוא כמה זמן אחרי יכול הלווה המקורי לדרוש להחזיר את הקרקע. **נהרדי** אומרים שתמיד ניתן לדרוש אותה חזרה מעקרון הישר והטוב.

**רמב"ם**: **ניתן להעביר את השומא לאחור, מתוך עקרון "עשית את הישר והטוב".**

**המשותף לדין שומא הדבר ודינא בר מצרא הוא שמדובר בתקנות של חכמים, כיישום של עקרון ועשית הישר והטוב.**

**לפנים משורת הדין**:

לפנים משורת הדין כלומר לעשות מעבר לכתוב בחוק.

חובה זאת נלמדת גם מעקרון "עשית הישר והטוב", אך ניתן ללמוד אותה גם מתוך שמות י"ח, כ - המעשה הוא לנהוג לפנים משורת הדין.

**וְהִזְהַרְתָּה אֶתְהֶם אֶת הַחֻקִּים וְאֶת הַתּוֹרֹת וְהוֹדַעְתָּ לָהֶם אֶת הַדֶּרֶךְ יֵלְכוּ בָהּ וְאֶת הַמַּעֲשֶׂה אֲשֶׁר יַעֲשׂוּן:**

**הקדמה:** כיום, חוק השבת אבידה: מצאת דבר ברשות הרבים, יש להשיבו לבעליו. ההשבה נעשית על ידי פניה למשטרה. אם נמצא המאבד, הוא יקבל חזרה את האבידה, ואם לא המוצא יקבל אותה.

בהלכה קיימים דינים דומים. עושים אבחנה בין סוגי מציאות: יש מציאות שאדם רשאי לקחת אותם לעצמו, וקיימות מציאות שהמוצא **חייב** להחזיר.

שאלת החובה אינה נקבעת על פי שווי החפץ אלא על פי השאלה אם מניחים שהבעלים המקוריים של החפץ התייאשו ממנו, או לא. על פי השאלה, אם מניחים שהבעלים התייאש, ממילא ויתרו על בעלותם, אדם מצא, ורכש את החפץ לעצמו. אם הבעלים לא התייאשו, לא ניתן לרכוש את החפץ.

איך עושים את ההנחה?

1. אם זה חפץ פחות משווה פרוטה, מניחים שאדם התייאש ממנו. הוא הדין
2. בדבר שאין בו סימנים (עט, תפוח, תפוז וכו'). הסימן לא חייב להיות בגוף החפץ, הוא יכול להיות באופן ההנחה (לדוגמא, מטבעות שנערמו בערימה, הונחו ולא נשכחו (נפלו), ולכן יש סימן או מיקום, או מספר, או כמות ועוד. אם יש סימן, מניחים שהבעלים לא התייאש.
3. כאשר נמצא חפץ במקום שאין בו רוב יהודי. זאת משום שדין השבת אבידה אינו חל על מי שאינו יהודי. לכן, בעלים שאיבד מניח שמי שמצא אינו יהודי, ולכן לא יחזיר את החפץ.

כיצד מאתרים בעלים במקרה של מציאת אבידה?

בימי בית המקדש היה אגף שם התרכזו כל המאבדים והמוצאים. הייתה חובה להכריז על מציאה שנמצאה. ההגעה הייתה בשלושת הרגלים (פסח, שבועות, סוכות). לאחר שנה של הכרזות אין צורך להמשיך להכריז, אך החפץ אינו של המוצא. הוא ממשיך להיות מונח אצלו עד שיתגלו הבעלים.

מה אם יש הוצאות טיפול (מדובר בבעל חיים)?

המאבד עלול להיות חייב לשלם על הטיפול. על פי המשנה, אם בעל החיים עושה ואוכל - שומרים אותו 12 חודשים. אם אוכל ואינו עושה, שומרים אותו 30 יום. אחר כך מוכרים אותו ושומרים את הכסף.

המאבד לא יוכל לחזור את הקונה, הוא יוכל לחזור רק אל המוצא ולקבל את הכסף.

ניתנת למוצא האפשרות לקנות את הנכס בעצמו **באישור בית הדין.**

**בבא מציעא כ"ד,ט**:

הסיפור: הרב יהודה הלך עם רבו שמואל (דור אמוראים) לשוק של חיטין. בשוק זה רוב המצויים אינם יהודים. הרב יהודה שואל את רבו שמואל שאלה - אם אדם מצא ארנק בשוק, מה יהיה הדין. (ארנק נתפס כדבר עם סימנים). מצד אחד - יש סימנים, מצד שני - המקום של לא יהודים. הרב שמואל אומר שניתן לקחת לעצמו. אם יבוא אדם שמזהה את ארנקו, האם חייב להחזיר את הארנק? כן חייבים להחזיר.

קיימת כאן סתירה: מצד אחד, לא חייבים להחזיר, והארנק הוא שלו (ההנחה היא שהבעלים התייאש), מצד שני, אם יתגלה מישהו חייבים להחזיר לו.

הנימוק: לפנים משורת הדין: על פי דין, לא חייב, לפנים משורת הדין, כן.

שמואל ממשיך את שנעשה לפניו. אביו של שמואל מצא חמורים, ולאחר 12 חודשים הוא החזיר אותם לבעלים המקורי. זאת על פי נהיגה לפנים משורת הדין. (למרות שהיה יכול לקנות אותם לעצמו, או למכור אותם).

**בבא מציעא ל,ב**:

רבי ישמעאל יכול היה להתחמק מהעזרה מבלי לשלם לסבל וכו', משום שיש לו פטור מתוקף "זקן ואינה לפי כבודו"- היה חכם בסנהדרין ולא היה חייב לעזור.

**הגמרא - רבי ישמעאל היה יכול להפטר מהסבל מתוקף הפטור, אך לא עשה זאת מטעמים של לפנים משורת הדין**.

**בבא קמא צט עמוד ב**:

**הרקע:** המקרה הבא עוסק בשולחני= חלפן כספים שבין היתר היה מעריך את שווים של מטבעות.

הכלל הוא שאדם שנותן חוות דעת רשלנית חייב לפצות את האדם כלפיו הוא התרשל. עם זאת, אם מדובר במומחה גדול, לא סביר שהוא יטעה, מדובר באונס ולכן הוא לא חייב בנזיקין על רשלנותו.

**המקרה:** אישה באה לר' חייא שהיה "שולחני", בכדי שיעריך לה מטבע. הוא אמר לה שהמטבע טובה לשימוש. לאחר פרק זמן מסוים היא באה אליו שוב, ואמרה לו שהסוחרים אמרו לה שהוא חסר ערך, והיא לא מצליחה להשתמש בו. היא תובעת אותו על חוות דעת מוטעית.

נגרם לה נזק, משום שלפני שהסכימה לקבל את המטבע מאחר, היא באה אליו שיבדוק את המטבע. כעת, אינה יכולה לחזור לאותו אדם שנתן לה את המטבע.

ר' חייא הורה לתלמידו לפצות את האישה על המטבע, ולכתוב בפנקסיו שהפסיד על העסקה.

מדוע עשה זאת אם הוא היה מומחה גדול בעניין ולכן פטור מרשלנות?

**הגמרא:** רבי חייא פעל לפנים משורת הדין. הוא לא חייב היה לפצות אותה, אך בחר לעשות זאת לפנים משורת הדין.

**בבא מציעא פ"ג,א**:

הסיפור: לרבה בר חנן שברו סבלים חבית של יין. הוא רוצה פיצוי על הנזק מהם. כדי להבטיח את הפיצוי, הוא לקח את מעילם (כמשכון). הסבלים התלוננו בפני הרב, וזה הורה להחזיר את הגלימה. זאת משום שבפסוק בספר משלי כתוב: *"למען תלך בדרך טובים וארחות צדוקים תשמור"*. מתוקף פסוק זה, הוא צריך להחזיר את הגלימה. רב החזיר את הגלימה, והסבלים לא הסתפקו בכך. הם טענו שהם עניים, ועבדו כל היום, והם רעבים, ואין להם אוכל. הם רוצים שכר טרחה. הרב הורה לשלם את השכר. רב שאל אם זהו הדין, למרות שגרמו לו נזק. הרב אומר לו שכן. וזאת מתוקף "וארחות צדוקים תשמר". רש"י: "בדרך טובים - לפנים משורת הדין".

במקרה זה, רבה לא פעל רק מיוזמתו, הוא לא רצה לנהוג כך, הוא מתקומם אך **כופים ומחייבים אותו לנהוג לפנים משורת הדין.**

בתוך קבוצת המקרים בהם מורה רב לאדם לנהוג לפנים משורת הדין (מקרה הארנק ומקרה המעיל) יש הבדלים. (במקרה הראשון דובר במקרה היפותטי, ושאלה תיאורטית. המקרה השני, התעורר בפועל, אירוע מעשי). אך בשני המקרים ההתנהגות לפנים משורת הדין מוצגת כחובה. במקרים האחרים (שהציווי לא בא מבחוץ) הפעולה נעשתה מתוך רצון האדם לפעול לפנים משורת הדין.

**האם כופים התנהגות לפנים משורת הדין?**

**מרדכי בבא מציעה, רנ"ז**:

כופים התנהגות לפי משורת הדין לפעמים. הכפייה היא רק על אדם שיש ביכולתו לעשות (כלכלית).

הכפיה היא סלקטיבית – כלומר לא מופעל תמיד ולכן לא מדובר בדין.

על שאלת הכפייה חולקים ראשונים אחרים:

**רמב"ם גזילה ואבידה יא' ז:**

**לא כופים לפנים משורת הדין**, מי שרוצה לנהוג לפנים משורת הדין יעשה זאת, וישיב אבידה. זה תלוי ברצונו של המוצא - רוצה יחזיר, לא רוצה לא יחזיר. זה נתון לשיקול דעתו.

**אף על פי שהיא שלו, הרוצה לילך בדרך הטוב והישר, ועושה לפנים משורת הדין, מחזיר את האבדה לישראל כשייתן את סימניה"**.

**הרא"ש בבא מציעא ב,ז**:

אומר דברים דומים *- "... ולא דכייפינן ליה* [שכופים לו], *דאין כופין לעשות לפנים משורת הדין".*

**בית יוסף חו"מ יב'**:

פוסק כדרך הרמב"ם והרא"ש שלא כופים.

**רמ"א חו"מ יב' ב**:

מביא גם את הדעה החולקת: *ואין בית דין יכולים לכוף ליכנס לפנים משורת הדין, אף על פי שנראה להם שהוא מן הראוי (בית יוסף בשם ר"י ובשם הרא"ש). ויש חולקין. (מרדכי).*

**פתחי תשובה חו"מ יב'**:

**יש כפייה חלקית, כפייה באמצעות חרם או דברים: הפעלת לחץ, שכנוע. אמצעי כפייה קלים**.

כשרוצים לחייב אדם לשלם מלפנים משורת הדין לא כופים כפייה משפטית רגילה אלא כופים כפייה בדברים - לחץ שבית הדין מפעיל עליו עד שלבסוף יסכים.

**מתי אנו מצפים מאדם לנהוג מלפנים משורת הדין?**

1. מרדכי: מעמדו הכלכלי של האדם. כשאדם עשיר אנו מצפים ממנו לנהוג מלפנים משורת הדין ולוותר לעני.
2. דבריו של הרמב"ם בנושא קידוש השם - אדם שהוא בבחינת תלמיד חכם שנוהג מלפנים משורת הדין מקדש את השם.

**תוספות בבא מציעא כד ב'**:

1. מה מידת הנזק שיגרם לאדם הנוהג מלפנים משורת הדין?
2. האם ההתנהגות לפנים משורת הדין משווה אותך לאחרים (בהתנהגות) או מעלה אותך מעל אחרים.

אם לא יגרם נזק וזה ישווה לאנשים אחרים, הציפייה לנהיגה לפנים משורת הדין היא הגבוהה ביותר.

לפנים משורת הדין אינו כלל משפטי/תקנה. זהו כלל ברמה המוסרית, אך גם לא נשאר לשיקול דעתו העצמאי של האדם.

**התפיסה של ההלכה היא שעל בית הדין להיות מעורב ברמה כזאת או אחרת גם בעניין של מלפנים משורת הדין**. זה יוצר קושי - אין הפרדה ברורה בין הדין לבין מלפנים משורת הדין. השאלה מה מידת הלחץ שבית הדין ישקיע תלוי במקרה הספציפי- האם זהו מקרה מובהק שיש בו צורך לנהוג מלפנים משורת הדין.

**חיוב בדיני שמיים**:

ישנם סוגים שונים של חיובים מוסריים מלבד החובה לנהוג מלפנים משורת הדין. חיוב בדיני שמיים הוא אחד מהם. זהו חיוב שהוא בין משפטי למוסרי. בית הדין מעורב בו, אך אינו מחיל אותו כחיוב משפטי רגיל. למונח חייב בידי שמים יש כמה משמעויות:

1. כאשר אדם ביצע עבירה/עשה מעשה לא הגון, הוא חייב בדיני שמיים - ענישה שמיימית: אלוהים ידאג להענישו.
2. חיוב ממוני - מקרים בהם אדם פטור מתשלום, אך חייב בדיני שמיים. משמע, רוצים תשלום, אך לא ;

**המושג בהקשרו הממוני נמצא בעיקר בתחום הנזיקין.**

"גרמא" - לגרום.

ישנה אבחנה בין אדם שגורם נזק, ואדם שעושה נזק.

"גורם" - בעקיפין. (מעשה שכתוצאה ממנו נגרם נזק). כל מקרה המסווג כגרמא, הדין שהוא פטור מדיני אדם, וחייב בדיני שמים.

פטור מדיני אדם- אין חיוב משפטי רגיל.

מקרים אלו אינם בודדים ונדירים, זהו חלק מרכזי מתוך המקרים הנזיקיים בלבד.

**משנה בבא קמא ו**:

*"השולח את הבערה ביד חרש שוטה וקטן, פטור מדיני אדם, וחייב בדיני שמיים."*

שוטה וקטן= חרש ואילם, כינוי לאנשים שאינם ברי דעת ואי אפשר לסמוך עליהם.

במקרה זה, מדובר באדם שיש לו בערה (מקור של אש) והוא לא שומר עליה כמו שצריך והאש מזיקה. כעקרון, יהיה חייב לפצות את הניזוק בגין הנזק שגרם לו.

אם שמר על האש כראוי, וקרה מקרה לא צפוי, והאש התפשטה והזיקה, הוא יהיה פטור משום שנחשב אנוס (כי לא יכול היה למנוע).

כאשר מדליקים אש, ניתן לתת לאדם אחר להשגיח עליה. **בהנחה שזה שקיבל את האש לשמירה הוא בר דעת, בעל האש יצא ידי חובתו** (אם לא ישמור כראוי, הוא (השומר) יהיה זה שצריך לפצות).

[יש הבדל בין אדם שהצית את האש ברכוש של אחר (בכוונה תחילה), אז יחשב האדם כמזיק, ולא האש משום שהוא זה שבגללו התחילה האש ברכוש של אחר, ובין אש שהתפשטה ושרפה.]

**אדם שמסר את השמירה לחרש/שוטה/קטן, לא יהיה פטור מאחריות, במקרה שהאש מתפשטת**. אך במקרה זה, **מדובר באש שניתנה למשמרת, והחרש/שוטה/קטן הצית אש ברכוש של אחר (בכוונה). את החרש/שוטה/קטן לא ניתן לחייב, משום שהוא אינו נחשב בר דעת**.

מי שנתן את האש לקטן, הוא זה שגרם את הנזק באופן עקיף, ונכנס להגדרה של גרמא, והוא פטור מדיני אדם, וחייב בדיני שמיים.

**בבא קמא נב,ה**:

דוגמאות למקרים בהם כלל חייב בדיני שמיים יחול:

* הפורץ גדר בפני בהמת חברו: אם בעל החיים מזיק, הבעלים ששמר עליו כראוי, יהיה פטור מנזקיו. במקרה זה, מדובר בכך שבעל החיה שמר עליה כראוי, ובא מישהו אחר, ופתח את הכלוב/מכלאה, והחיה הזיקה לרכוש של אדם אחר. מדובר במקרה של גרמא. את פותח הכלוב ניתן להאשים לא מתוקף אחריות שניתנה בידיו, אלא על היותו המזיק, ולכן גרמא יחול.
* הכופף קומתו של חברו בפני הדליקה: יש אש דולקת (באחריות ראובן) ובאופן טבעי לא היתה אמורה להתפשט לכיוון התבואה של לוי אך בא שמעון והסיט את הסחורה/תבואה לכיוון האש וכתוצאה מכך האש הדליקה את אותה תבואה. את ראובן אי אפשר לחייב כי ללא התערבותו של שמעון התבואה לא היתה נשרפת. שמעון יטען כי הוא לא שרף את הסחורה אלא רק קירב אותה. לכן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמיים.
* השוכר עדי שקר להעיד: לדוגמא: ראובן תובע את שמעון ל100 שקלים. אם ראובן שוכר עדי שקר, ותופסים אותם, ניתן לגרום להם לפרוע את החוב. מה קורה אם לוי שוכר את עדי השקר עבור ראובן ללא ידיעתו? ולא ניתן להחזיר את הכסף? מבקש שמעון לתבוע את לוי על כך שגרם לו נזק, בשכירת עדי השקר. לוי יהיה פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמיים. ההיזק הייתה בגרמא, בעקיפין.
* הנותן סם המוות בפני בהמת חברו: אם פוזר רעל, במקום בו יכולים להמצא בעלי חיים (לאו דווקא מתוך כוונה להזיק לבעלי החיים), ועבר בעל חיים, ואכל מהרעל וניזוק, אותו המפזר פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמיים.

חשוב להדגיש! לא מדובר בתופעה שולית בדיני הנזיקין, אלא בתופעה מרכזית!

אם נשווה זאת לדיני הנזיקין המודרניים, נראה שמדובר ברוב המקרים - התנהגות רשלנית שכתוצאתה נגרם נזק.

מה המשמעות של הפטור מדיני אדם וחיוב בדיני שמיים ?

* הפטור - פטור מלשלם.
* החייב - (רש"י) העונש: יבוא משמיים. "פורענות לשלם לרשעים שנכון להפסיד את ישראל"

**ניתן להניח, על פי רש"י, שאם אדם יבחר לפצות כספית את הנפגע, יתכן שהוא יהיה פטור מדיני שמיים**.

נניח מקרה שבו אדם גנב משניים, והוא לא יודע ממי הוא גנב. אם תפסו אותו אי אפשר לחייב אותו לשלם לשניהם, כנראה שהם יתחלקו חצי חצי.

למרות שבית דין לא יכול לאכוף עליו תשלום לשניהם (רק לאחד), אם אתה רוצה להיפטר מעונש דתי-שמשמיים לא יענישו אותך גזלת מחברך אז תשלם לשניהם.

לפי רש"י אן הכוונה שבית דין לוקח ממנו את התשלום, אלא הכוונה שאם לא יעשה כן הוא יענש, ביה"ד לא יכפה עליו לשלם. העובדה שיש עליו איום בידי שמיים עשויה לשמש זרז לשלם את הכסף - בסופו של דבר מדובר במשפט דתי.

**רש"י בבא קמא, קד,א**:

מדובר במקרה של אדם שגנב סחורה ולא יודע ממי הוא גנב (מתוך שני אנשים אפשריים). אם זה היה מגיע לביה"ד היו אומרים לגנב שישלם פעם אחת לשני האנשים, והם יחלקו בניהם. אבל אם אותו גנב רוצה לצאת ידי שמיים - הוא ישלם לשניהם. כלומר, **מבחינה משפטית, הוא יצא ידי חובתו כשישלם פעם אחת - כי גנב פעם אחת. אבל כדי לצאת ידי החובה הדתית - עליו לשלם לשניהם, כדי שמי שאכן נגנב ממנו יזכה לקבל את מלוא כספו.**

ביה"ד יאמר: אם תשלם פעם אחת לא תיענש על ידינו - אבל **ירבוץ על ראשך האיום של ענישה דתית -** ולכן ראוי שתשלם לשניהם.

לסיכום: לא תמיד אדם יודע מה גנבו לו באותו הרגע. אם הוא רוצה לצאת בידי שמיים- ישלם לשניהם.

**ראב"ן בבא קמא סימא יא' נה**:

פה צועדים צעד נוסף - בית הדין לא רק שאומר לו שכדאי שישלם **אלא אומר לו בפירוש ומכוון שישלם**.

אם העניין הגיע לבית הדין, לא אומרים לאדם שהוא פטור מדיני אדם ותו לא. אלא יש לומר לו שהוא צריך לצאת חובה בחיוב/בדיני שמיים.

**ים של שלמה בבא קמא ו,ו**:

**ביה"ד בעניין זה איננו ניטראלי - עליו להפעיל לחץ במטרה להביא לכך שהמזיק ישלם לניזוק גם כשמדובר בגרמא**.

**מאירי בבא קמא**:

אחד מראשוני פרובנס: **הפירוש של חייב בדיני שמיים משמע, שהוא חייב להשיב, אחרת הוא יחשב גזלן**. גזלן בהלכה הינו פסול עדות, וזה נחשב לאדם לא אמין.

ההלכה קובעת שגזלן פסול לעדות - במשפט הישראלי אין כמעט מצב שאדם פסול מלהעיד.

לעומת זאת במשפט העברי יש הרבה אנשים שפסולים מעדות - כמו גזלן, או אחד שמהמר.

המאירי - אם הוא פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמיים, אם הוא לא משלם הוא גזלן ופסול עד.

זהו החידוש: גם אם לא לא חייב בדיני שמיים הוא גזלן ופסול עד - החיוב בדיני שמיים נתפס כמי שחייב, **זהו חיוב ללא אכיפה משפטית**.

במקורות התנאיים מופיע הביטוי "הרוצה לצאת ידי שמים" ולא "חייב בדיני שמיים". זהו ביטוי פחות חריף.

**רמב"ם: גזילה ואבידה ד,י**:

אדם גנב, והוא לא זוכר ממי, ומאוחר יותר ורוצה לחזור בו. במקרה האמור, גם השניים שפונים אליהם לא יודעים שנגנב מהם. הם ניזונים מפיו. אף אחד מהם לא יכול לתבוע אותו, והוא, כדי לצאת ידי חובת הגזלה, חייב להחזיר. מצד הדין הוא יחזיר את הגזלה והם יתחלקו ביניהם.

אם בא לצאת ידי שמיים, הוא צריך לשלם את הגזילה לכל אחד ואחד. (ישלם את הסכום פעמיים).

חייב בדיני שמיים - סיכום

ניתן לראות שהחיוב בדיני שמיים נתפס כחיוב לכל דבר - הדין מעורב בו, הדיין מעורב בו - אבל הוא עדיין לא חיוב משפטי רגיל שנכפה ע"י ביהמ"ש - אלא יותר חיוב מוסרי.

המציאות החברתית שההלכה עוסקת בה שונה מהמציאות החברתית כיום. כיום, ברוב המקרים הנזיקיים המזיק לא יפצה מכיסו - כי אם חברת ביטוח או גוף מפזר נזק אחר יפצה - הנטל הכלכלי לעיתים רחוקות נופל כולו על המזיק ולכן ניתן להטיל אחריות רחבה. **בהלכה, כל הנטל נופל על כיסו של המזיק**.

מידת הלחץ והמעורבות של ביה"ד תשתנה ממקרה למקרה - ברשלנות רבה יהיה הרבה לחץ, וברשלנות קלה – הוא יתערב פחות. כלומר, **יש היגיון פנימי במבנה זה של פטור מדיני אדם וחיוב בדיני שמיים - מה גם שמדובר במשפט דתי - ובעלי הדין מייחסים חשיבות רבה לנושא של דיני שמיים ופחד מענישה דתית (מידי ה')**.

**מידת חסידות**:

כללים הנקראים: "מידת חסידות", וכן דברים שמי שעושה אותם -  "רוח חכמים אינה נוחה הימנו".

**הכוונה היא לכללים שבעזרתם חכמים מכוונים את האדם להתנהגות רצויה, ומרחיקים אותו מהתנהגות שאינה רצויה**. יתכן שיש הבדל מסויים בין שני כללים אלו (ראו על כך במקורות שבתחילת הפרק), אך המשותף לשניהם הוא שמדובר בחיובים לא משפטיים, שאין בהם כל מעורבות ישירה של בית הדין, אלא רק הכוונה כללית להתנהגות ראויה. נראה להלן מספר דוגמאות לכללים אלו.

**בבא בתרא קלג, ב**:

מדובר כאן על אדם המבקש לנשל את בניו מן הירושה שמגיעה להם על פי דין [להרחבה בנושא הירושה ראה שו"ת התשב"ץ ג, ק"צ]. על פי חכמים, מבחינה משפטית יש לצוואה תוקף, ולא ניתן לבטלה, אלא שאין רוח חכמים נוחה ממנו, שכן התורה רואה בעין לא יפה אדם המנשל לחלוטין את בניו ומשאירם בחוסר כל.

**משנה:**  הכותב את נכסיו לאחרים והניח את בניו - מה שעשה עשוי, אלא אין רוח חכמים נוחה הימנו.

**רשב"ג אומר:** אם לא היו בניו נוהגים כשורה - זכור לטוב. (חולק על חכמים).הסייג: אם בניו אינם נוהגים כשורה, זה בסדר.

לכאורה, לשיקול אין משקל בבית הדין, אך בפועל, יש לזה משמעות. מאחר שחכמים לא מרוצים, בית הדין יבנה קונסטרוקציה שתאפשר במקרה הספציפי לבטל את הצוואה. (התשב"ץ הסתמך על כך במקרה של האישה הענייה והקרוב העני, מתחילת השנה..)

**בבא קמא צד, ב**:

אדם שגזל, גם אם יחזור בתשובה, שום דבר לא עוזר, אלא אם מחזיר את מה שגזל. הוא הדין של המלווה בריבית (כסף ריבית נחשב גזל). (ההלכה מאוד מחמירה בעניין הריבית). יחד עם זאת, מי שלוקח מהם (כלומר מקבל חזרה) **רוח חכמה אינו נוחה הימנו.** הוא חייב להחזיר, אך ניתן מבחינה מוסרית לתת לו את זה מתנה. חכמים מעדיפים, שזה שגזלו ממנו, יוותר. כמובן שהדבר **תלוי בנסיבות.** (הויתור הוא למרות שהדין הוא לצידו).

**משנה שביעית י, ט**:

1. **המחזיר חוב בשביעית, רוח חכמים נוחה ממנו.** כל שנה שביעית מוגדרת כ**שנת שמיטה**. המשמעות של שמיטה היא בין היתר גם שמיטת חובות - כלומר כל החובות נמחקים. מי שמחזיר חובות, למרות שנשמטו בשנת שמיטה, רוח חכמים נוחה הימנו. חכמים מעודדים החזרת חובות גם אחרי שנת השמיטה.
2. **הלווה מן הגר שנתגיירו בני עמו לא יחזיר לבניו, ואם החזיר רוח חכמים נוחה ממנו.** אדם שהתגייר והפך להיות יהודי. אם נולדו לגר ילדים לפני הגיור, מבחינת הדין, לא מתייחסים אליהם כילדיו (גם אם הם התגיירו) וזאת משום שאדם שהתגייר מתחיל מחדש.

בנים אלו אינם זכאי לרשת אותו על פי דין, (ואם אין לו אחר שירש אותו) נכסיו הופכים הפקר. (אם ילדיו נולדו לאחר הגיור, הם יחשבו יהודים ואין שום בעיה).

אם קיים אדם שחייב לגר כסף, הוא לא חייב להחזיר את הכסף לבניו של הגר, אך אם בוחר לעשות זאת, רוח חכמים נוחה ממנו.

1. **כל המטלטלין נקנין במשיכה, וכל המקיים את דברו רוח חכמים נוחה ממנו.** ע"פ דין בכדי שהסכם מכר יכנס לתוקפו צריך שהקונה יעשה מעשה קנין. משיכה זה אחד מהסוגים של מעשה קניין. אם מוכר וקונה סיכמו בינם את פרטי המכר בע"פ טרם בוצע מעשה קניין (נניח שגם טרם שולמה תרומה) זה עדיין לא תופס וכל אחד מהם יכול לחזור בו מההסכם. יחד עם זאת- כל המקיים את דברו (כלומר לא מתחרט ומקיים את ההסכם) רוח חכמים נוחה ממנו- חכמים מעודדים את ההסכם אף שהוא רק הוסכם בע"פ וטרם בוצע מעשה קניין.

**משנה - בבא מציעא נא, ב**:

קיים דין הונאה - בכל עסקת מכר, אם אחד הצדדים הונה את אחד הצדדים (לא בהכרח במזיד, גם טעות)- אם יש פער של יותר מ20 אחוז בערך החפץ בין מחיר השוק למחיר העסקה הצד הנפגע רשאי לבטל את העסקה. דין הונאה נוגע למטלטלין ולא למקרקעין, משום שההנחה היא שלמקרקעין אין שווי שוק.

דין הונאה אינו עוסק בטווח ה- 20%, רק מחוצה לו. (קביעת המחיר הוא עניין לצדדים).

מאחר והמטבע עוברת מיד ליד קשה לעקוב אחריה. לכן המשנה דנה בשאלה עד מתי אפשר להחזיר- עד מתי אדם יכול לבוא בטענה של דין הונאה בכל הקשור למטבע.

עד מתי מותר להחזיר מטבע ששווה פחות משנחשב ?

בערים - עד כדי שיראה שולחני (סניף בנק או חלפן כספים), וזאת משום שיש גישה יותר מהירה אליהם.

בכפרים - עד ערבי שבתות. לתת אפשרות לאנשי הכפר ללכת לעיר עד השבת לבדוק את שוויה של המטבע.

בגלל שכסף מתגלגל במהירות, עניין המהירות הוא קריטי.

אם היה המוכר מכירה (מכיר את המטבע) - אם הצד שנתן את המטבע מזהה אותו (חד משמעית) אפשר להחזיר אותה מאוחר יותר (עד 12 חודשים).

**כיצד מתיישבת הסתירה?** (זמן קצר מול זמן ארוך)?

גמרא - מבחינת הדין פרק הזמן שבו חייב האדם לפצות את בעל המטבע הוא עד שהמטבע הגיע לשולחני.

**החלק השני (12 חודשים) עוסק במידת חסידות. אין חובה או כפייה, אך מידת חסידות מחייבת פעולה זו**.

**חולין קל, ב**:

מסכת חולין דנה בהלכות שחיטה ומאכלות אסורים. היא נקראת כך משום שהיא נמצאת אחרי מסכתות שעוסקות בנושא הזה בהקשר קודש.

יש במשנה דבר הנקרא **מתנות עניים**, כל אותם דברים שאדם חייב לתת לעני:

* פאה - השארת חלק מהיבול בקצה השדה (כ-2% מהשדה שלא נקצר/נאסף ונותר לעניים שיכולים לאסוף).
* לקט - אדם שאוסף את התבואה, והיא נופלת לו (אחת או שניים) אסור להרים, כדי שעניים יוכלו לבוא ולקחת.
* שכחה - חבילה שנשכחה להכנס למחסן תשאר בשדה.
* מעשר עני - צריך להפריש בשנים השלישית והשישית 10% מהתוצרת לעניים.

הגדרת עני? מה קורה אם **אדם יוצא למשא, ונגמר לו הכסף באמצע, למרות שאינו עני? מותר לו לקחת מהשדות בעיר בו היה. על פי דין, האם חייבים להחזיר? על פי הדין לא, אך על פי מידת חסידות כן, להפריש מעט יותר לטובת עניי המקום**. (לא לחזור להחזיר לעניים בעיר אחרת).

אמר הרב חסדא - הכלל הנ"ל זה מידת חסידות - מצד הדין הוא לא חייב להשיב כי באותו רגע היה עני, יחד עם זאת, מידת חסידות זה לתת את אותו הסכום לעניים.

**"מי שפרע" ו"מחוסר אמונה"**:

**משנה בבא מציעא ד, א-ב**:

המשנה עוסקת בדין של מעשה קניין ועוסקת בקניית פירות תמורת כסף. אם הקונה משך את הפירות- עשה מעשה קניין - אבל התמורה לא שולמה. הבעלות עברה לידי הקונה, היה מכר ולכן לא יכול לחזור בו. אם הקונה שילם את התמורה ולא ביצע משיכה הוא יכול לחזור בו מבחינה משפטית ועליו לעשות השבה. המשנה אומרת: "אבל אמרו" אמנם מבחינה משפטית אם נתת תמורה ולא ביצעת מעשה קניין אתה יכול לחזור בך, אבל כמו שהענישו את אנשי דור הפלגה (מגדל בבל) **יעניש גם אותו משום שהוא אינו עומד בדיבורו**. הדבר הזה מפחיד ומרתיע- לאמירה יש עוצמה. התלמוד בעניין הזה מביא מחלוקת (בנוגע לאמירה מי שפרע)

**בבא מציעא מח ב**:

יש מחלוקת מה המשמעות של "מי שפרע". דעה אחת אומרת שבית הדין מודיעים לו - אם בא אותו אדם (המוכר) ומבקש לבטל את ההסכמה למרות ששולמה תמורה, אך לא נעשה מעשה קניין, זה אפשרי מבחינה משפטית, אך הוא יענש בידי שמים.

דעת אחרת היא שבית הדין מקללים לו - יאמרו לו שהוא יענש ממי שפרע מאנשי דור המבול ודור הפלגה (אלוהים). זו אמירה הרבה יותר חריפה. בדרך זו, הרבה אנשים יעדיפו לבצע את העסקה ולא לקבל את הקללה.

**כלומר שמי שפרע מקבל עליו איום בקללה**.

**רמב"ם מכירה - ז-ט**:

"מחוסר אמנה" - לפי רמב"ם: אף על פי שלא חייב לקבל מי שפרע, הוא נתפס כמחוסר אמנה (סטיגמה שלילית). זהו פחות נוקשה מ"מי שפרע". אדם צריך עד כמה שהוא יכול לעמוד בדיבורו, אך משפטית אין טענה במקרה שלא עומד בדיבורו. הוא רק נתפס כמחוסר אמנה. (זה מתקשר ל"רוח חכמים אינה נוחה הימנו"). זה סוג של סנקציה ציבורית מוסרית על אותו אדם.

**הלכה ט'**: אפילו שאדם שמבטיח למישהו מתנה צריך לעמוד בדיבורו. אמנם אין לזה תוקף משפטי אבל עדיין צריך לעמוד בדברים. אדם שלא עומד בדיבורו נחשב מחסר אמנה.

עם זאת, הרמב"ם מסייג את דבריו- הדבר לא רציני וגם השומע לא יתיחס ברצינות לדבר.