**מחברת בחינה- משפט עברי**

**התניות באיסורא וממונא**

ישנה אבחנה בין דיני האיסורים(דומה לדיני עונשין-דין פלילי) לבין דיני הממונות(דומה לדין אזרחי) במשפט עברי. מידת הגמישות בנושאי הממונות מועטה אך גדולה יותר מהגמישות בנושאי האיסורים. ההבחנות בין דיני האיסורים לממונות הן: אפשרות ההתניה וקיום מנהג.

אפשרות ההתניה- ע"פ ההלכה אסור לגבות ריבית(האיסור הוא על שני הצדדים), הדבר מוגדר בדיני איסורים, לא ניתן להתנות על נושא זה, גם אם הצדדים הסכימו לריבית, הסכמה זו אינה תקפה- זהו חוק קוגנטי. הסיבה לאיסור היא שהלוואה נתפסת כצדקה לעני.

**דוגמאות התניה:**

דוגמא 1: אם אישה נישאת היא מוגבלת בשימוש בנכסיה בתקופת הנישואין. בתקופה זו הרווחים שמופקים מנכסי המקרקעין שלה(שהגיעו אתה לנישואין או שתוך כדי הנישואים ירשה אותם) שייכים לבעל. עם פקיעת הנישואין (ע"י מוות של הבעל או גירושין) הם עוברים לאישה.

האם ניתן להתנות על כך? אם בכתובה כתב הבעל שאין לו דין ודברים בנכסי האישה וגם לא בפירותיהם לא בחייה ולא במותה יש לכך תוקף וכאשר תמות הוא לא יירשה. אם רק כתב "**דין ודברים אין לי בנכסיך**" הדבר אינו תופס. ניתן לפרש זאת בשתי דרכים: הבעל מסתלק מהכל ולא זוכה לכלום (התניה כללית מידי) ופרשנות שנייה אומרת שהוא מאפשר לה למכור אותם או לתתם במתנה ואם לא עשתה כן הם שייכים לו. נעדיף את הפרשנות השנייה מפני שהיא מקיימת את הדין. אם רוצים לסלק את הזכות שלו לנכסי האישה האמירה חייבת להיות חד משמעית.

אם אנשים לא סיכמו אחרת הדין קובע. אם משנים את מערך הזכויות יש לציין זאת באופן **מפורש**.ע"פ דין **הבעל נוכס את אשתו**.

דוגמא 2: קידושין=אירוסין, כשאיש רוצה לקדש אישה הוא נותן לה טבעת (כל התחייבות בהלכה דורשת אקט פורמלי של מעשה קניין) בנוכחות שני עדים.(חובה גמירות דעת של שני הצדדים). קידושין קודמים לנישואין, בני הזוג לא יכולים לגור ביחד ולא יכולים לנתק את הקשר ללא גט. כעיקרון ניתן להתנות על הדין ולקיים נישואין גם ללא הסכמה דו צדדית.

דוגמא 3: בהלכה אם אדם נשא אישה ומת ואין לו ילדים האישה אמורה להינשא לאחיו(**ייבום**). אם היא לא רוצה יש אפשרות להיחלץ מהייבום ע"י תהליך חליצה כדי שתוכל להינשא למישהו אחר.

אם איש אומר לאישה שהוא מתחייב לה שאם ימות היא לא תצטרך להתייבם- התנאי **בטל** מפני שהוא נוגע ל**תחום האיסורים**. לבעל אין סמכות להתנות על איסורים.

דוגמא 4: לאדם אסור להיות נשוי ליותר מאישה אחת.(ע"פ הדין הישראלי). גם אם הנשים הסכימו להינשא לאיש שיש לו נשים אחרות ההסכם בטל- יש איסור בהלכה.

דוגמא 5: אחריות **שומרים** על חפצים:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | **שומר חינם** | **שומר בשכר** | **שוכר** | **שואל** |
| **תמורה** | לא מקבל | מקבל | נותן | לא נותן |
| **תועלת** | לבעל הנכס | דו צדדית | דו צדדית | לשואל |
| **אחריות** | מאוד נמוכה | בינונית | בינונית | כמעט מוחלטת |
| **באילו מקרים חייב?** | אם פשע/התרשל | אם פשע/התרשל וגם בגניבה/אבדה | אם פשע/התרשל וגם בגניבה/אבדה | אם פשע/התרשל, גם בגניבה/אבדה וגם באונס (לא בשליטתו) |
| **פטור** | כל שאר המקרים- עליו להוכיח שלא התרשל | פטור מאונס | פטור אם “מתה מחמת המלאכה”, אונס | פטור אם “מתה מחמת המלאכה” |
| **נטל ההוכחה** | מוטל על השומרים (בניגוד לכלל “המוציא מחברו עליו הראייה") יצא ידיו חובה ע”י שבועה/עדים | מוטל על השומרים (בניגוד לכלל “המוציא מחברו עליו הראייה") יצא ידיו חובה ע”י שבועה/עדים | מוטל על השומרים (בניגוד לכלל “המוציא מחברו עליו הראייה") יצא ידיו חובה ע”י שבועה/עדים | מוטל על השומרים (בניגוד לכלל “המוציא מחברו עליו הראייה") יצא ידיו חובה ע”י שבועה/עדים |

כעיקרון זהו הדין, אך ניתן להתנות על כך בהסכם מראש, בהתניה ספציפית.

דוגמא 6: ע"פ ההלכה כל שנה שביעית היא שנת **שמיטה**, החובות נשמטים ואין צורך להחזירם. אם אדם עושה הסכם עם אחר שהחוב לא יתבטל בשנת השמיטה - לא קביל. אפשר אבל ליצור תנאי על חוב מסוים, ספציפי שלא תחול עליו שנת השמיטה כי התחום הוא ממוני.

**פרוזבול**- דרך לעקוף את שמיטת החובות, מסבים את החוב לקהילה כביכול בהתקרב שנת השמיטה ולבסוף הנושה זוכה בו. נועד כדי למנוע פחד מלהלוות.

דוגמא 7: **דין הונאה** קובע שיש להחזיר הפרש בין מעל 120% שווי של נכס או פחות מ80% משווי של נכס (תנודות שוק), אם מתנים ספציפית אין חובה להחזיר את ההפרש. מדובר על מיטלטלין בלבד. אין דין הונאה במקרקעין, עבדים ושטרות.

דוגמא 8: דין ההלכה קובע **שהבעל יורש את אשתו** ודין הגויים קובע שהנדוניה חוזרת אל האב, אם רוצים להחיל את דין הגויים על הנושא יש צורך **בהתניה ספציפית**, ואין להתנות כי במקרים אלו יחול דין הגויים.

**תורה שבכתב ותורה שבע"פ**

תורה שבכתב מכילה 5 חומשי תורה, ניתנה למשה בהר סיני. תורה שבע"פ הן תוספות שעברו מדור לדור, מאפשרת גמישות. הרמב"ם בספרו חילק את התורה שבע"פ ל5 חלקים:

החלק הראשון- ההלכות שניתנו למשה בסיני, ויש להן יש רמז בתורה שבכתב.

החלק השני- ההלכות שניתנו למשה בסיני, ולא ניתן למצוא להן ביסוס בהלכה שבכתב.

לשני חלקים אלה אותו תוקף, אין לערער עליהן.

החלק השלישי- מדובר על דינים שהוצאו על דרך ההיגיון, פרשנות של התורה והסקת מסקנות. במקרה של מחלוקת דעת הרוב תקבע. המחלוקת תיווצר כמחלוקת פרשנית(לא נובעת   
מחלקים 1+2).

החלק הרביעי- **גזרות**, לרוב איסורים נוספים שקבעו חכמים שהם סייג לתורה, התורה אוסרת דבר מסוים והחכמים עושים לו סייג(הרחבת איסורים).

החלק החמישי- **תקנות**, (מדבר על חובה) שבד"כ עוסקים בדיני ממונות או הנהגות דתיות(כמו חנוכה שאינו בתורה).(לדוגמא: השבת אבדה ליהודי-כתוב בתורה, החכמים הרחיבו שתהיה חובת השבת האבדה גם למי שאינו יהודי).

המשותף לחלקים הרביעי והחמישי הוא שמדובר בהוראות הלכתיות שנוצרו ע"י החכמים(מוסמכים לפרש, ולהתקין תקנות).

**דאורייתא ודרבנן**

ישנה מחלוקת בין הרמב"ם לרמב"ן בנוגע לחלק השלישי. אם בתלמוד לא נאמר במפורש אם זה מדאורייתא או מדרבנן הרמב"ם יאמר מדרבנן והרמב"ן יאמר מדאורייתא.

הרמב"ם כתב את ספר המצוות בו יש תרי"ג מצוות(עשה ואל תעשה). הוא מכניס מצוות מהתורה והלכות שחכמים קבעו ולמדו בעזרת 13 מידות. הרמב"ן חולק על הסיווג שעושה הרמב"ם וטוען כי כל עוד לא כתוב שמקור המצווה היא בדברי חכמים מקורה מן התורה והרמב"ם אומר ההיפך.

**סמכות חכמים-**

סמכות חכמים מתפצלת לשניים: חכמי התורה, פוסקים ומכריעים, וגם מחוקקים, מתקיני תקנות. החכמים מסיקים את סמכותם מפסוק בספר דברים מפרק יז': "לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל".

בכל סוגיה הלכתית יש לשאול את הסנהדרין. אם מישהו בכוונה לא ממלא אחר ההכרעה של אותם חכמים שיושבים בבית המקדש, ימות.

כביכול אנו מבינים כי מי שלא מציית לחכמים דינו מיתה, אך פרשנות חז"ל היא שעונש המיתה נוגע רק ל**זקן ממרא**(אחד מחכמי הסנהדרין שמתנגד להכרעה ומנסה להסית כנגדה הלכה למעשה).

**היקף חובת הציות-**

רש"י- חובת ציות טוטאלית

רמב"ן- במקרים בהם ברור לך שהחכמים טועים חובה לעשות כדברם. אם יש ספק בליבך, גרש אותו וחשוב שאתה עושה כדברי החכמים(הסנהדרין) ובכך מקיים את הוראת האל.

נימוק דתי: סביר שאתה טעית ולא הם.

נימוק פרקטי: חובת ציות לחכמי כדי שהתורה לא תתפצל למס' תורות.

ספר החינוך- מסכים עם הרמב"ן אך מוכן להכיר בטעותם של חכמים אבל עדיין עדיף שתהיה טעות בנושאים מינוריים מאשר שיפתח פתח לחילוק האומה(בכך יש גם הפסד דתי וגם נזק חברתי).

רמב"ם- במקרה שאדם משוכנע שהחכמים טועים, המקור המחייב הוא האלוהים ולכן **אין הכרח לשמוע לחכמים**.

תלמוד ירושלמי- קובע שאין לשמוע לחכמים כאשר הנך חושב בהם טועים- מסכים עם הרמב"ם.

דוגמא 1: מולד הירח.

דוגמא 2: התלמוד הבבלי מדובר על מעשים ועונשים. אדם שביצע עבירה ב**מזיד** אינו צריך להביא קורבן מכיוון שהקורבן לא יכפר על המעשה שעשה. אדם שעשה מעשה **בשוגג** חייב בהבאת קורבן. במקרה בו הלכת אחר טעות של בית הדין וטעית בעקבותיו, היית **אנוס** ולכן אתה פטור מהבאת קורבן ובית הדין יביא קורבן בשם הציבור- מדובר על **חובת ציות מלאה**. במקרה בו ידעת שבית הדין טועה אינך פטור ועליך להביא קורבן-הכוונה לתלמיד חכם או לאחד מחכמי הסנהדרין, כאן מדובר **על חובת ציות חלקית**. לאדם מן השורה הסייג הזה לא מתייחס כי הוא שומע באופן עיוור לדברי חכמים.

רבי משה פיינשטיין- יכולה להיות טעות, אך אינה נחשב כטעות מפני זו פרשנות חכמים וע"פ התורה הם רשאים לפרש.

רבי יצחק עראמה- עצם המחשבה שיש טעות נובעת מחוסר ידיעה, למעשה בית הדין לא טועה יש להקשיב לו.

**המחלוקת-ע"פ מי ניתנת ההכרעה**

**מעמד המחלוקת-**

לפני תקופת שמאי והלל לא היו מחלוקות בישראל. הייתה הסנהדרין והלכו לפי קביעותיה עד חורבן בית המקדש.

תוספתא-מקור מתקופת התנאים- היחס למחלוקת הוא שלילי, נטען ששמאי והילל לא למדו מספיק מרבותיהם. יש להכריע במחלוקת ע"מ שלא יהיו שתי תורות ולא יתפלג עם ישראל הסיבה לבחירה בבית הילל היא כי היו אנשים נוחים.

תלמוד ירושלמי- מתנגד למחלוקות, טוען שעדיף שלא היו.

קהלת- ריבוי הדעות הוא חיובי.

ריטב"א- כל הדעות לגיטימיות מי שיכריע הם חכמי הדור. "אלו ואלו דברי אלוהים חיים הן"- ה' ברא את שתי העמדות ושתיהן לגיטימיות.

רש"י- אימוץ העמדה הוא ע"פ נסיבות. "אלו ואלו דברי אלוהים חיים הן".

מדוע מציינים גם עמדת רוב וגם מיעוט?-

בתוספתא במסכת עדויות נקבע שההלכה נקבעת ע"פ דעת רוב, הנימוקים לציון דעת המיעוט הם:

נימוק 1: אם לא יציינו את דעת המיעוט, לאחר כמה דורות יתעורר הוויכוח בשנית וחשוב שידעו שדעת המיעוט נשקלה ונדחתה.

נימוק 2: דעת המיעוט גם היא לגיטימית וגם היא חשובה.

דוגמא: טלטול נר בשבת, דעת הרוב הייתה שאסור לטלטל נר בשבת(רבי יהודה) ודעת המיעוט הייתה שמותר(רבי שמעון). הייתה גזרה על היהודים שחייבה טלטול נר שכבה בחנוכה ולכן שינו את ההלכה והלכו לפי דעת מיעוט ואפשרו לטלטל נר שכבה בשבת.

התייחסות **הרמב"ם** לשאלת **המחלוקת** ע"פ החלוקה שבספרו-ספר המצוות:

לגבי החלק הראשון והשני אין מחלוקות מפני שזו הלכה ממשה בסיני. לגבי החלק השלישי-חמישי יכולה להיות מחלוקת מכיוון שאלו דברי חכמים, בגלל עדות השמיעה יכולות להיות טעויות.

שמואל בן-חפני גאון חולק על הרמב"ם, וטוען שבגלל שרשור הדברים לאורך הדורות יכולה להיווצר מחלוקת גם בחלקים הראשון והשני. קיום המחלוקת אינה טעות ויש להכריע בין העמדות.

**כיצד מכריעים במחלוקת?**

* **הכרעה ע"פ רוב(קיים רק בתקופת הסנהדרין)**

במקרה של שאלה הלכתית, אדם היה הולך לבית הדין שבעירו, אם לא שמעו את התשובה מרבותיהם היה הולך בליווי דיין לבית דין בערכאה גבוהה יותר(הר הבית והחומה 23 דיינים) במידה וגם הם לא שמעו היה פונה לסנהדרין בלשכת הגזית(71 דיינים), ההכרעה היא בדעת הרוב.

*ברוב -כיצד מכריעים(בתקופת הסנהדרין-מקום ריכוזי אחד)?*

1. רוב של רבנים-אם רק אחד שמע הולכים לפיו, אם כמה שמעו הולכים ע"פ אלו ששמעו את ההלכה מכמה שיותר **רבנים**, במידה ואין רוב כזה הולכים ע"פ רוב מספרי.
2. רוב של מניין- תלמוד בבלי, כשאין הכרעת רוב ברורה הולכים ע"פ הגדול ביותר בחכמה ובמניין.

מהו מניין?

* + יש הסוברים שמניין הוא גיל החכם
  + מס' התלמידים שהיו לו
  + מניין החכמים מחוץ לסנהדרין שמאשרים את הפסק שלו

* **בהיעדר רוב- כיצד מכריעים?**

1. הכרעה ע"פ העונש המחמיר- אם לא ניתן להכריע ע"פ כל הנ"ל גם בדיני ממונות ניתן להכריע ע"פ המחמיר (מחמיר לנתבע- מקל על המבקש).
2. הלכה כסתם משנה- הלכה אנונימית, מייצגת את דעת הרוב.
3. כלל שמי- כאשר יש מחלוקת בין שני חכמים ספציפיים הכרעה ע"פ רבי מסוים, למעט המחלוקות בין אביי לרבא, שם לרוב מכריעים כרבא למעט שישה מקרים-יע"ל קג"ם.
4. הכרעה ע"פ מקור הלכה- אם מדובר בדאורייתא הולכים ע"פ המחמיר ובדרבנן הולכים ע"פ המקל.
5. רבים מול יחיד- הלכה כרבים.
6. הלכה ע"פ קודם לעומת מאוחר- חכם מאוחר לתלמוד/למשנה לא יחלוק עליהם. במידה ויש מחלוקת שלא הוכרעה ניתן לבחור ע"פ מי הולכים.

לתלמוד ולמשנה יש מעמד מחייב מהסיבות הנ"ל-

רמב"ם- מבחינה היסטורית יש הבדל בין התקופות: בתקופת המשנה היה סנהדרין ובתקופת בבל היה מרכז תורני. לאחר תקופת בבל היהודים התפזרו בגולה ולא הייתה הסכמה נרחבת. הייתה פסיקה עניינית בלבד. יסוד ההסכמה נותן לתלמוד(תקופת בבל) את תוקפו המחייב.

יוסף קארו- כוח המשנה והתלמוד נובע ממוסכמה. הסיבה לאימוץ כדבר מוסכם אינה בהכרח מתוך הנחה של עליונות ודאית אלא מסוג של נוחיות כדי שדורות אחרונים לא יחלקו על הקודמים להם.

חזון איש- מתנגד לרמב"ם- טוען שהסיבה שחכמי התלמוד אימצו את המשנה כדבר שלא חולקים עליו לא נובע מהסכמה אלא מכך שהבינו כי הם פחותים מהתנאים, הקודמים עליונים יותר.

**הלכתא כבתראי**(הלכה כאחרונים)-רלוונטי רק במחלוקת פוסקים כשאין הכרעה.

סדר תנאים ואמוראים- עד דורו של רבא(דור רביעי לאמוראי בבל) פוסקים ע"פ הקודם ומדורו והלאה ההלכה היא כאחרון. הסיבה לשינוי הוא שהיה שינוי בסדרי הלימוד, בהתחלה הלימוד היה מבוסס על שינון ולאחר הלימוד התבסס על עיון עצמאי. בצורת לימוד זו יש משקל רב לדברי המאוחר שהכריע בצורה מושכלת לאחר עיון מעמיק בכל הדעות שקדמו לו.

שו"ת הרי"ד- חולק על הרי"ף לא מכיוון שחכם ממנו אלא בגלל דוגמת הננס והענק.

**הכרעה ספציפית**-

רבי יוסף קארו-מכריע בשולחן ערוך ע"פ הרי"ף רא"ש ורמב"ם(פוסקים ספרדים).

רמ"א- הכריע ע"פ פוסקים מאוחרים אחרים כדי ששולחן ערוך יתאים לאשכנז, באשכנז הלכו ע"פ הלכתא כבתראי ממחיש זאת ע"י הנימוק של רבו(שכנא) מדוע לא כתב ספרים(מפני שלא רצה שילכו לפיו כאחרון).

* **"לא בשמיים היא"-**

ישנן גישות שונות האם יש לתת משקל לכלי ההכרעה הנבואית, אמצעים שמימיים-

*מתנגדים לשימוש בכלים שמימים-*

תלמוד בבלי תמורה- לנבואה אין משקל בענייני הלכה, מביא לדוגמא את מה שאמר יהושע(זה לא בשמיים-זה נגיש) ושמואל(אין להיעזר בנבואה) התורה היא לבני ישראל.

תלמוד בבלי- בבא מציעא- סיפורו של תנורו של עכנאי-יש לקבל את ההלכה ע"פ כלים רציונליים, לא שמימיים. אלוהים מקבל את העובדה שהחכמים יכולים לטעות מכיוון שהתורה מכתיבה שהרוב קובע וע"מ למנוע מחלוקות מקבל את טענתם.

רמב"ם- אם נביא עושה ניסים ומופתים הוא נביא שקר, מכך מבינים שכלים אלה אינם מקובלים.

רמב"ם2- ליהושוע ופנחס גם (חכמים וגם נביאים) אין עליונות על רבינא ורב אשי(חכמים בני הדור אחרון לאמוראי בבל) כלומר הנבואה בהלכה אינה פונקציה. הרמב"ם מתאר דוגמה מתחום השבת שאם הנביא מוסיף או משמיט הלכה אומר שהוא נביא שקר.

בנוסף יכולותיו של הנביא אינן רלוונטיות כי קובעים ע"פ דעת הרוב.

*בעד השימוש בכלים שמימיים-*

תלמוד בבלי-מסכת עירובין- בת קול קבעה שההלכה ע"פ בית הילל, מכאן ניתן לראות שמקבלים את הכלי השמימי.

הכוזרי(המלך)- הרמב"ם קבע שמי שמוסיף/מחסיר הלכות הינו נביא שקר ואז נשאלת השאלה מהיכן סמכות החכמים להוסיף תקנות, רבי יהודה הלוי עונה היא שהכוונה היא לאדם פרטי שאסור לו להוסיף ולגרוע אך לחכמים והנביאים(שתפקידם שווה לחכמים) כן ניתנה הרשות להוסיף ולגרוע, כמובן לאחר שהתברר כי מדובר בנביא אמת. הסיבה היא העזרה שמקבלים הנביאים/חכמים מהשכינה.

* **"קים לי"(טענת הגנה-אני סבור)-**

טענה הרלוונטית בדיני ממונות, כאשר ישנה מחלוקת אם אני צריך לשלם ובית הדין פוסק כי אני חייב, אני יכול לטעון טענת "קים לי", אני חולק על בית הדין וסבור כדעת פוסק אחר, חיצוני, שמצדד בזכאותי. במובן מסוים זה מייתר את בית הדין. מספיק שיש פוסק אחד שיש לו דעה מסוימת ניתן לטעון טענת קים לי בהסתמך על דעתו. ההיגיון לכך הוא כי לא בהכרח לכל סיטואציה יש פתרון אחד נכון, שתי הדעות לגיטימיות. בתלמוד ניסו לצמצם טענה זו.

סייגים:

אורים ותומים(פירוש על שולחן ערוך)- השולחן ערוך והמפה הפכו להלכה מחייבת צמצמו את מס' הדעות שניתן היה להסתמך עליהן כדי לטעון טענת קים לי.

שו"ת רדב"ז- אין לטעון טענת קים לי שנוגדת את דעת הרב המקומי והמנהג המקומי(תנאים מצטברים). אסור לטעון טענת קים לי כאשר מדובר בין דעת יחיד לדעת רבים רק כאשר מדובר בדעת יחיד נגד דעת יחיד(יש צורך בשופטים מאותה דרגה). אם במקום נוהגים לפסוק כדעה אחת לא נוכל לטעון "קים לי" בדעה האחרת. שאלת מי החכם הגדול יותר לעיתים נקבעת לפי עמדת הציבור, ואם יש שני שופטים שמבחינת גדלותם הם זהים אך אחד מקובל יותר בציבור והשני אנונימי – אז אי אפשר לטעון טענת "קים לי" כמו דעתו של השופט שהינו פחות מפורסם. כלומר ניתן לטעון רק כאשר פסק ההלכה לא ברור.

העמדה המקובלת היא שטענת קים לי תטען רק ע"י הצדדים, אך יש גם עמדה שגורסת כי בית הדין יכול לטעון זאת בשבילך כי הוא משמש גם כפרקליט.

**סמכות חכמים בתחום החקיקה-**

1. מהיכן הציויי לציית לחכמים? האם מותר לחכמים להוסיף תקנות?

מתוך הפסוק "לא תסור"(ספר דברים) אנו מסיקים כי יש לציית לדברי חכמים(יש שתי סמכויות: דרישת התורה וחקיקת תקנות)-דוגמת חנוכה- חנוכה אינו חג דתי, חכמים קבעו אותו יש להדליק בו נרות מכוח תקנת חכמים, בעקיפין מקבלים את רצון האל.

רב נחמיה- הצווח מגיע מ"שירת תאזינו" מדובר בפרשה שמטיפה מוסר ואינה הלכתית-בעייתי.

רמב"ם- מסכים עם 1- המקור הוא "לא תסור" בהקדמה לספרו-"משנה תורה". צריך לגדר גדרות כדי שאדם לא יתקרב לאיסורי התורה. דוגמת עוף וחלב.

רשב"א מסכים עם הרמב"ם.

כוזרי(רבי יהודה הלוי)- האיסור להוסיף ולגרוע הוא רק להמון העם, לחכמים מותר.

רש"י- אסור להוסיף ולגרוע אם זה משנה את התוכן הפנימי של המצווה, אם זה מרחיב מותר.

מצוות עשה- חכמים יכולים להגביל ב"שב ואל תעשה"- דוגמת תקיעה בשופר וארבעה מינים(שבת).

לגבי מצוות "אל תעשה" באופן עקרוני החכמים לא מוסמכים לעקור דבר מן התורה אך יש מס' דוגמאות לכך שעושים זאת-

* **הפקר בית דין**

מדובר על הפיכת חפץ עם בעלים לחסר בעלות או לבעלות של מישהו אחר, מדובר על מצוות עשה לאיסור "לא תגזול".

דוגמת החצי שקל מתוספתא שקלים, דוגמת שתילת כלאיים, דוגמת חיה ברשת.

מקור נוסף לסמכות כלל בית דין הפקר הוא מהתלמוד-מסכת שמספרת על ראשי החוזרים לא"י, היה רצון לעשות אסיפת עם כדי לחזק מצוות ונאמר בכרוז שמי שלא יבוא עוד 3 ימים לאסיפה יוחרם רכושו- מכאן ומעוד פסוקים מוצאים החכמים אסמכתאות להפקיר ממונו של אדם.

דוגמת הפרוזבול- ע"פ החכמים בשנת שמיטה יש שמיטת חובות, ואז הנושה בהתקרב שנת השמיטה יכול "לעבוד" על ההלכה ולחתום על שטר פרוזבול בפני בית דין ולומר שהחוב הוא עבור הציבור ואז אינו נשמט. הנושה מקבל את כספו בחזרה, יש שתי רמות: מבחינה מהותית יש אי קיום משהו שההלכה רצתה שיקרה, מבחינה פורמלית יש כאן עקיפה של התורה, על סמך מה התקינו החכמים תקנה זו?-ע"פ "הפקר בית דין-הפקר".

* **הוראות שעה**

החכמים יכולים באופן זמני וספציפי להתיר איסור- ע"פ תקופה ונסיבות.

דוגמת אחאב(ספר מלכים)- אסור היה להקריב קורבן מחוץ לבית המקדש אך אליהו עשה זאת כדי להוכיח לעם שנביאי הבעל טועים ההסבר לכך היא הוראת שעה.

רמב"ם- קובע שלעבור על מצוות עשה או אל תעשה בצורת הוראת שעה זה בסדר אם המטרה היא להחזיר את העם לדת, שלא תישכח -דוגמת הכתיבה של התורה שבע"פ ע"י רבי יהודה הנשיא ועד היום.

\*\*פיקוח נפש בשבת אינו הוראת שעה הוא מדאורייתא.

* **הוראות שעה בתחום הענישה**

בתחום הפלילי כדי שתתקיים ענישה יש לקיים מס' תנאים פרוצדורליים: 2 עדים, 23 דיינים, יש צורך להתריע בעבריין לפני מעשיו ועוד.. מרגע שהסנהדרין פסקה מלפעול כביכול לא ניתן לבצע ענישה זו ולכן נקבעה הוראת שעה בתחום הענישה.

ברייתא סנהדרין- דוגמת רכיבה על סוס בשבת וקיום יחסי אישות בציבור- מדובר בעבירה שאינה ע"פ דין תורה והחכמים קבעו הוראת שעה.

מקרה נוסף- אסור היה לתת יותר מעונש מיתה אחד ליום, מכשפות היו חייבות במיתה וכאשר תפסו 60 ביום יצרו הוראת שעה והענישו את כולן באותו יום.

כל עונש מוות/מלקות ניתן אך ורק ע"י הסנהדרין בלשכת הגזית, אך עם הזמן ניתנה הרשות לבתי דין נוספים(סמכות פורמלית) לעסוק בפלילים ולתת עונשים כאלה. בזמנים שבהם הייתה סמכות לקהילה להעניש בפלילים היה צורך בהסמכה הלכתית, והדבר נעשה בהוראות שעה.

* **הפקעת קידושין**

ביטול גט למפרע-

קיימת בעייתיות כאשר נשלח גט למקום מרוחק והבעל מבטל אותו בבית דין מקומי(הנישואים השניים בטלים והילדים נחשבים לממזרים). רבן גמליאל הזקן התקין תקנה שאין לבטל גט מרחוק ע"מ להגן ילדים שלא יהיו ממזרים.

במשנה במסכת גיטין יש לתקנה שתי דעות: רבי יהודה הנשיא קובע שאסור לבטל מרחוק אך אם מישהו ביטל הביטול תקף- אין תמריץ למלא אחר התקנה. רבן שמעון בן גמליאל(רשב"ג) טוען כי ביטול מרחוק לא נחשב והאישה תהיה גרושה.

התוקף לתקנתו של רבן גמליאל הזקן הוא שלחכמים יש סמכות להפקיע נישואים(הביטול הוא לאחור-כאילו לא היו נישואים) מכיוון שהם אלה שבסמכותם לאשר קידושין. מתייחסים ליחסי האישות של האישה עם בעלה הראשון לזנות כאילו לא הייתה נשואה.

מהלך נוסף להפקעת הנישואין בא לידי ביטוי באמצעות הפקעת הטבעת(שווה פרוטה)- משתמשים בתהליך זה גם כאשר בעל כופה נישואין על אשתו.

קידושין לא תופסים-כפייה-

דוגמת כשרות ילדה לנישואין- אם לילדה אין אבא, מתחת לגיל 12.5(מגיל זה נחשבת נערה והיא כשרה לנישואין), אחיה ואימה יכולים להשיא אותה לאישה למישהו אך יכולה לטעון שזו כפייה ולהשתחרר מזה.

הגמרא מביאה דוגמת לחטיפת ילדה בגיל 12.5 ושואלת מה מעמד הקידושין, החכמים קבעו שאינם תקפים כי הבעל נהג שלא כהוגן והם יפקיעו את הקידושין.

1. **ביטול תקנות-**

ישנה הבחנה בין שני סוגי תקנות:

* + **תקנות שטעמן ידוע**- החכמים הסבירו מה הנימוק לתקנה. דוגמא: מחיר מופקע עבור שבויים, חטיפת שטר כסף משוטה וחובת השבה לגויים. כשיש טעם לתקנה ניתן להתמודד לאחר מס' דורות עם רלוונטיות התקנה(קל יותר לביטול).

דוגמא: תלמוד-נטע רבעי- החכמים התקינו שבאזורים הקרובים לירושלים אסור לפדות את הפירות, חייבים להביאם לירושלים לשם עיטור.

כאשר ירושלים חרבה נשאלה השאלה האם עדיין יש לקיים את התקנה. ע"פ סיפור אליעזר האמורא, נדרש ביטול פורמלי של התקנה.

רמב"ם- בין אם הטעם ידוע או לא ידוע יש צורך בבית דין גדול בחכמה ומניין כדי לבטל.

ראב"ד- חולק על הרמב"ם וטוען כי כדי לבטל תקנה שטעמה ידוע לא צריך בית דין גדול בחכמה ומניין ומביא לדוגמא את ביטול תקנת נטע רבעי ע"י בית דינו של יוחנן בן זכאי.

המאירי- חולק על הרמב"ם, תקנה שטעמה לא רלוונטי יותר צריך לבטל פורמלית בבית דין, אין צורך בבית דין גדול בחכמה ומניין.

רא"ש- ברגע שמתבטל הטעם מתבטלת התקנה.

רדב"ז- מסכים עם הרא"ש.

* + **תקנות שטעמן אינו ידוע**- החכמים לא הסבירו מה הנימוק לתקנה.

דוגמא מהגמרא: לא סיפרו את הטעם לתקנה מסוימת במשך שנה מכיוון שפחדו שהציבור לא יסכים ויזלזל. דוגמא2: נתנו נימוק לא נכון כי פחדו שהנימוק האמיתי לא ישכנע את הציבור.

ציות הציבור חשוב מכיוון שברגע שהתקנה תתפשט תוקפה יהיה חזק יותר.

כאשר אין טעם לתקנה לא יודעים את הנסיבות ולא יודעים את זה רלוונטי(מקשה על אפשרות הביטול).

* + - מתי ניתן לבטל?

1. ע"פ המשנה יש צורך בבית דין גבוה בחכמה ובמניין מהמתקין. גדול במניין: מניין החכמים מחוץ לסנהדרין שקיבלו אותה.

מעשית: אף בית דין לא רואה עצמו כחכם מקודמיו (אם עם מניין ניתן להתמודד מספרית, עם חכמה כמעט לא ניתן). משמעות: באותם מקרים בהם נדרש התנאי הזה – המשמעות המעשית שכמעט ולא ניתן לבטל את התקנות הללו שטעמן לא ידוע.

1. כאשר התקנה פשטה בכל ישראל יהיה קשה לבטלה.
   * + - יש תקנות שאינן ניתנות לביטול כלל.

הרמב"ם טוען שאם בית הדין עשה סייג לתורה וגזרות אלו פשטו בכל ישראל אינן ניתנות לביטול. אם לא פשטו אז התקנה בוטלה מאליה ללא צורך בבית דין. אם התקנה החזיקה מס' שנים היא ניתנת לביטול ע"י בית דין שאינו נדרש להיות גדול בחכמה ובמניין.

**תקנות קהל**

ישנו גוף נוסף שיכול להתקין תקנות וזה הקהל- אסיפת העם. לקהל יש סמכות מקבילה לחכמים. תקנות קהל יכולות להיות של אגודה שיתופית או ע"י הקהילה ומיועדות לצרכי הקהילה וכוללות אמצעי אכיפה.

מקורות:

1. תנאים-המקור הראשוני לתקנות קהל מופיע בתוספתא בבבא מציעא שם מסופר על מספר מקרים בהם השתמשו בתקנות קהל:

* תקנת מס צורך ציבורי בבית כנסת
* תקנת עונש למי שפרתו תתרוצץ בחופשי, ללא קשר לנזק יש צורך בקנס.
* אגודה מקצועית יכולה לקבוע מי מקבל איזה עבודה ע"מ למנוע תחרות.
* תקנת ביטוח לחמור-אם חמור מת מפצים אותו בחמור אחר, אם רוצה הבעלים במקום חמור כסף, לא מפצים אותו.

1. גאונים- יש עדות לתקנות קהל כאגודה בעלת מס' חברים.
2. שו"ת יכין ובועז- מביאים לראיה תוספתא שממנה למדים שלציבור יש את אותה סמכות כמו לחכמים.

האם ניתן לאכוף את התקנה על מי שלא נכח בהתקנתה?

רשב"א- אם הציבור יכול לעמוד בתקנה יש לאכוף אותה. ע"פ הרשב"א ניתן להתקין תקנות קהל גם ע"י שבעה נציגי קהל, שהחלטותיהם יחייבו את כלל הציבור, לא חייבים להיות חכמי העיר(הנוהג היה שההחלטות מתקבלות ע"פ רוב רגיל).

רא"ש- מסכים עם הרשב"א. אם רוצים לאפשר לרוב לקבוע תקנות יש לדאוג לאכוף זאת גם על המיעוט. אם נותנים למתנגדים אפשרות לצאת מהחובה, מהתקנה אין תוקף לתקנה.

ע"פ הרא"ש והרשב"א תקנת קהל חלה גם על מי שלא השתתף בקביעתה- זו העמדה שהתקבלה!

רבנו תם- תקנת קהל היא סוג של הסכם ולא תקנה, מי שלא היה בקביעת ההסכם, ההסכם לא חל עליו.

תקנת קהל לא יכולה לסתור דין תורה במקום בו תקנת חכמים לא יכולה לסתור דין תורה, ועקרונית תקנת קהל גם לא יכולה לסתור תקנת חכמים. כדי להבטיח פיקוח בנוגע לזה יש צורך באישור אדם חשוב.

האם אישורו של אדם חשוב נחוץ ביחס לכל תקנת קהל או רק כאשר מדובר על תקנה של אגודה שיתופית?

תלמוד בבא בתרא- מובאת דוגמת השוחטים שכרתו הסכם ביניהם, אחד לא עמד בהסכם ולא קיבל תשלום, הלך לרב והוא ציווה לפצות אותו מכיוון שהתקנה של השוחטים לא עברה אישור אדם חשוב. במקום בו יש אדם חשוב יש צורך בקבלת אישורו.

מתי יש צורך באישור אדם חשוב?

ריב"ש- יש צורך באישור אדם חשוב רק כשמדובר על אגודה מקצועית. אך אם מדובר באסיפת העם אין צורך. אם אגודה מקצועית עושה הסכם ועושים מעשה קניין מסיקים מכך שהכוונה היא להסכם ולא לתקנה, אך אם עשו הסכם ללא מעשה קניין אנו מסיקים שהתכוונו להתקין תקנה ואז יש צורך באישור אדם חשוב.

אישור אדם חשוב הוא סוג של פיקוח שיבטיח שתקנת האגודה המקצועית לא יפגע באינטרס הציבורי אך אם מדובר בתקנה שהותקנה ע"י כלל בני העיר אין צורך בפיקוח זה.

רא"ש- סובר שאישור אדם חשוב נדרש תמיד מכיוון שהפיקוח הוא הלכתי.

**מנהג**

המנהג יכול ליצור הלכה, כשעוסקים במנהג הוא יכול להיות בכמה רמות- מגלה הלכה או יוצר הלכה. המנהג לא יכול לסתור דין תורה באיסורא. ניתן לבטל מנהג כמו שניתן לבטל תקנת חכמים.

* מגלה הלכה- מדובר בהלכה שאינה ידועה, באמצעות המנהג מגלים אותה. דוגמת העברת סכין מרשות יחד לרבים (הלל הזקן).
* יוצר/סותר הלכה- מנהג יכול להיות שונה מדין תורה ותוקפו של המנהג יגבר על ההלכה כפי שנלמדה מהתורה-רלוונטי לממונא.

יש מס' דעות-

רא"ש- אם יש מנהג שעושה סייג לתורה וכביכול סותר הלכה יש לקיימו. אבל אם המנהג סותר את ההלכה באופן שהוא מהווה עבירה יש לשנותו. יש מצבים שהסיבה שההלכה לא ברורה היא לא כי נשכחה אלא מכיוון שיש מחלוקת שלא הוכרעה או שלא יודעים איך הוכרעה. הרא"ש אומר שיש להסתכל על המנהג וסביר להניח שזו ההלכה.

תוקפו של מנהג- דוגמאות-

1. תלמוד ירושלמי- בבא מציעא- מדובר על סיפור במשנה -אדם שעושה חוזה עם פועל בנוגע לשעות עבודה מסוימות אך למרות ההסכם המנהג במקום הוא שונה, לא ניתן לסטות מהמנהג הוא גובר.

הגמרא והרשב"ג- בדיני עבודה יש לתת תוקף לדין המנהג.

1. למי שייכת הנדוניה במות האישה?

רשב"א- האב טוען כי ע"פ מנהג המקום יש להחזיר את הנדוניה אליו ושמתוך ידיעה זו נתן את הנדוניה. למנהג יש כוח על פני ההלכה. אם מדובר במנהג שמסתמך על דיני הגויים ומשנה הלכה אין לתת לו תוקף.

1. קניין, מקרה ספציפי של דיני סוחרים- ע"פ ההלכה כדי שהסכם יהיה מחייב יש צורך במעשה קניין(הגבהה או משיכה של חפץ). כל עוד לא נעשה מעשה הקניין אחד הצדדים יכול לחזור בו. ע"פ המנהג ניתן היה ניתן להחליף את מעשה הקניין בסיטומתא(רישום/חותם), הדבר יהיה תקף.
2. דירה- אישה קנתה דירה ורשמה במנהל המקרקעין על שמה ושם בעלה, נשאלת השאלה של מי הדירה. למרות שלא היה מעשה קניין שנדרש ע"פ ההלכה, הפסיקה הרבנית קובעת כי יש ללכת ע"פ המנהג של מנהל המקרקעין.

**מעמדם של חוקי הכנסת**

בד"כ יש מתח בין ההלכה לשלטון זר, בישראל זה לא קיים, אין מניעה ליישב סכסוכים ע"פ ההלכה. הייתה יכולה להיווצר בעיה אם המדינה הייתה מתערבת בדיני איסור והיתר.

דוגמאות: פיצויי פיטורים ומס. ההלכה מכירה בדין המדינה כל עוד לא סותר את ההלכה.

**דרכי אימוץ ההלכה את הדין הזר-** תקנות קהל, מנהג, דינא דמלכותא דינא ודין המלך.

**מנהג-**

ניתן לחלק את דרכי האימוץ למנהג ולכל השאר. כשמכירים בדין הכנסת מכוח מנהג בעצם לא מכירים בסמכותה של הכנסת לחוקק חוקים אלא הכרה עקיפה. קשה להכיר בכנסת כי אינה גוף הלכתי. הכרה בחוקי הכנסת מכוח הדרכים האחרות תהווה הכרה בסמכותה.

**תקנות קהל-**

ניתן להכיר בסמכות הכנסת כמתקיני תקנות, הסמכות היא מהיותם נציגי הקהל. בתקנת קהל נדרש אישור אדם חשוב ומכיוון שחוקי הכנסת לא קיבלו יש קושי להכיר בהם ככאלה.

**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. דינא דמלכותא דינא רלוונטי לדיני ממונות.

דוגמאות לכלל-

1. דוגמת חקלאי ומוכס- המשנה מאפשרת "לעבוד" על המוכס ע"י נדירת נדר, מדוע? התשובה ניתנת בגמרא.

גמרא- שמואל אומר שחייבים לשלם את המס וטוען שהמשנה מאפשרת זאת במקרים מיוחדים. 1- הנוכס הוא ללא קצבה- גובה ע"פ כללים לא שוויוניים. 2-המוכס עומד מאליו- אין לו סמכות לגבות מס.

1. דוגמא מתחום המקרקעין- אם יש סכסוך על בעלות קרקע, הפולש צריך להביא ראיה כלשהי כמו שטר מכירה או עדים. במידה ואדם יושב 3 שנים על הקרקע ובעל הקרקע לא מחה, נטל ההוכחה עובר לבעל הקרקע המקורי להוכיח כי לא התקיימה מכירה. ע"פ הדין הפרסי מי שישב על קרקע 40 שנה זוכה בבעלות עליה(זה לא חזקה). במקרה זה ההלכה אימצה דין זה.

הסיבה לאימוץ ההלכה את דיני הזרים- הסיבה לכלל-

הר"ן- ביהדות אם אדם נכנס לשטח לא שלו נחשב גזלן, אם מדובר בארץ זרה המלך הוא הבעלים של הקרקע ואם לא אעשה משהו על פיו יגרשני ואחשב גזלן. ההלכה מכירה בסמכותו של המלך לא מתוקף עליונותו אלא מתוקף בעלותו על הקרקע(לא חל על מלך ישראל).

רשב"ם- יש לקבל את הדין הזר מכוח קבלה מכללא, מעצם הישיבה במקום כל העם מקבל עליו את הדין הזר. בהלכה כל דבר שבממון ניתן להתנות עליו ולכן אין בעיה לקבל את הדין הזר בנושא זה. דעת הרשב"ם הכי מתאימה למצב כיום.

רמב"ם- הכלל חל כאשר מדובר על מלך שדמותו הייתה חקוקה על המטבע ושיש שימוש באותו מטבע. השימוש במטבע מעיד על הסכמה של הנתינים למרות המלך. גם כאן מדובר על יסוד הסכמה כמו בדברי הרשב"ם. מדובר על יחסי מלך-עבד.

רש"י- ההלכה לא שואפת שכל אנשי העולם יקיימו את כל תרי"ג המצוות אלא קובעת 7 מצוות אוניברסליות-7 מצוות בני נוח: איסור עבודה זרה, שפיכות דמים, גילוי עריות, איסור גזל, איסור אבר מן החי ומצוות דינים. המצווה האחרונה היא זו שנותנת את הסמכות לדין הזר לקבוע את הפרוצדורה של דיני השטרות ולכן תהיה הכרה בכך. ההלכה מתייחסת לשטר שנעשה ע"פ כללי הדין הזר. יש שני סוגים של שטרות שלא יהיו כשרים ע"פ הדין הזר: גיטין ועבדות.

רבנו תם- התוקף להכרה בדין הזר הוא מכוח תקנת חכמים. החכמים אימצו הלכה ספציפית בדין הזר והפכו אותה להלכה. שוב, ההכרה בדין המלך לא נוגעת להכרה ישירה בסמכותו אלא מהכרה עקיפה.

היקף הכלל ומגבלותיו-

1. שו"ת תשב"ץ- אם הדין אינו שוויוני והונהג על קבוצה מסוימת ולא על כולם אין לקיימו.
2. הרמב"ם- מסכים עם התשב"ץ ומביא דוגמא מתחום המיסים(מוכס).
3. שולחן ערוך והרמ"א- יש פוסקים שקובעים כי הכלל יחול בהגבלה, בהיקף מצומצם, על מיסים התלויים בקרקע. אם מבססים את הכלל דינא דמלכותא דינא על יסוד ההסכמה(רשב"ם ורמב"ם) אין הגיון בהגבלה זו, אך אם מבססים אותו על היות המלך בעל הקרקע(הר"ן) יש הגיון במגבלה.
4. רמ"א- הכלל חל בדבר שיש בו הנאה למלך או בעניינים לטובת המדינה. הגבלה זו נעשית כדי שלא נאמץ את כל הדין הזר ואז נבטל את ההלכה בדיני ממונות.
5. ש"ך- הכלל חל רק כאשר יש לקונה בהלכה, הוא בא להשלים אותה, אם יש התנגשות ההלכה גוברת. הוא מביא את דוגמת המשכון, אם מפרשים בצורה מצומצמת את הכלל הוא אינו חל על משכון(רק על מיסוי ומקרקעין) ואם נפרש את זה בצורה רחבה הכוללת את המשכון יש לבדוק שהדין הזר לא סותר את דין ההלכה אחרת היא מיותרת. בדוגמת המשכון יש לפסוק ע"פ ההלכה.

איך מגדירים מלך זר ומתי מחילים את הכלל דינא כיום?

ע"פ הר"ן- אם מלך נתפס כבעלים של הקרקע הדבר אינו רלוונטי לשלטון דמוקרטי, הקרקע היא של המדינה והציבור.

ע"פ רמב"ם ורשב"ם-יסוד ההסכמה- שלטון דמוקרטי הוא יותר ממלך.

כאשר מדובר במלך ישראל סביר להניח שיהיה כפוף להלכה. מה קורה כאשר יש מלך/שלטון שדינו אינו הלכתי, האם הכלל חל בסיטואציה זו?

הכלל חל בתחום הממונות. אם מסתמכים על הרשב"ם הכלל יחול- מתוקף הסכמה, הכי מתאים להיום.

הנפקות של סיפור שמואל בעניין של הטעמים לדינא דמלכותא דינא:  
האם סיפור שמואל הנביא מתאר את מה ששמואל חושב שאלו סמכויות המלך ע"פ ההלכה או שמא שמואל מתאר את הדברים שהמלך עלול לעשות. הדבר משמש לוויכוח בתלמוד:

שמואל האמורא- מה שהובא ע"י שמואל הנביא הוא סמכויות המלך.

רב האמורא- כל הנ"ל נאמר ע"מ לאיים על עם ישראל ואין הוא מתאר את הסמכויות.

יש מחלוקת כדרך מי פוסקים-

המאירי- אם הולכים ע"פ שמואל האמורא לא נזקקים לדינא דמלכותא דינא כאשר מדובר במלך ישראל כי הוא ממילא הולך ע"פ ההלכה וברור שאלו סמכויותיו. אם הולכים ע"פ דעתו של רב אז זו שאלה של איזו גישה מאמצים-הר"ן, רשב"ם, רמב"ם, רבנו תם, ורש"י, יש לבדוק האם יש להחיל את הכלל או לא.

**דין מלך-**

עד כה דיברנו על דינא דמלכותא דינא בהקשר של אימוץ הדין הזר, וכעת נעסוק בפן ספציפי יותר של אימוץ דין המלך עצמו. יש בעייתיות במימוש הענישה הפלילית ע"פ ההלכה בגלל התנאים הפרוצדורליים(הודעת התרעה, תגובה ועדות התרעה). לא ניתן ליצור חיי חברה תקינים כאשר אין מערכת ענישה שמרתיעה מביצוע עבירות ולכן ההלכה נותנת סמכות ענישה גם למלך, הוא רשאי להעניש לעיתים לא ע"פ דין תורה(דומה לבית דין בהוראת שעה).

דוגמאות לדין מלך-

הרמב"ם- המלך יכול להורות רק על עונש מוות לרוצח שלא הורשע בדין תורה.

הר"ן- סמכות המלך היא לכלל העבירות. המערכת הדתית והמערכת החברתית של המלך משלימות זו את זו. הדין הפלילי כולו יוחל ע"פ דין המלך ולא ע"פ דין ההלכה הפלילי.

במצב אידיאלי יש סנהדרין שאוכפת את הסדר הדתי ומערכת מקבילה של מלך/שלטון שאמורה לאכוף את הסדר החברתי. אם אין שתי מערכות מקבילות המלך ישמש בשני התפקידים. המסקנה מכך לפחות בהקשר הפלילי היא שההתמודדות של ההלכה עם חוקי מדינת ישראל היא פחות מסובכת, נראה אותה כסוג של דין מלך.

**האם מותר לפנות לערכאות גויים?**

רמב"ם- אסור לפנות לערכאות גויים-קוגנטי-לא ניתן להתנות. יש שתי גרסאות: אחת גורסת שהסיבה היא זהות הדיין. גרסה שנייה תולה את האיסור במהות הדין.

החלת דבריו על המצב בישראל כיום-

אם נתייחס לגישה הראשונה, אין זה רלוונטי בהתייחס לבתי המשפט בארץ, שכן בישראל הרוב – אם לא כולם – הם יהודים. אם הגרסה היא מהות הדין אז אי אפשר להישפט בישראל כי מדובר בדין זר להלכה.

**שולחן ערוך**- אסור להישפט בפני דיין שלא בקיא בתורה.

**רמ"א**- מסכים עם שולחן ערוך ומוסיף שאם הדיין לא בקיא בדין תורה יפנה לחכם הבקיא בתורה, דבר זה מגביל את עצמאות השופטים. אם יש מקומות בהם אין אנשים הבקיאים בתורה ולא רוצים שהקהילה תפנה לערכאות של גויים ימונו אנשים מתוך הקהילה שראויים מבחינת האישיות. לא רלוונטי בארץ.

**בפס"ד רבני** התייחסו לערכאות בארץ כערכאות של גויים שאסור לפנות אליהן. אלא אם: אתה הנתבע ואינך יכול לבחור היכן תישפט, או אם אתה התובע והנתבע מסרב להישפט בבית דין רבני. בכל אופן מדובר רק על דיני ממונות.

**חזון איש**- במקום בו יש בקיא בתורה אין להקים בית דין של הדיוטות.

**משפט ומוסר**

משפט הוא נורמות אכיפות שפונות לאזרח. מוסר הוא נורמות שאינן אכיפות ופונות לאדם.

בפס"ד אתא השופט איילון טוען כי על חברת אתא לפעול לפנים משורת הדין ולתת פיצוי למשפחתו של ההרוג ואילו שמגר חולק עליו וטוען כי אין זה מתפקידו של ביהמ"ש לאכוף פיצוי מוסרי אלא רק לאכוף חיוב משפטי.

בהלכה, מיחסים למקור האלוהי הן את הנורמות המוסריות והן את הנורמות המשפטיות. כיום, חלק מהנורמות המוסריות שקיימות בהלכה מקבלות יחס של נורמות משפטיות(תום לב, תקנת ציבור).

**"ועשית הישר והטוב"-**

העיקרון של ועשית הישר והטוב נלמד מספר דברים-

יז' - " שמור תשמרון את מצות ה' ..."

יח' – "ועשית הישר והטוב בעיני ה'.."

מדוע יש חזרה על ההוראה?

ע"פ הרמב"ם- הפס' הראשון מסביר את הדין והפס' השני מסביר שיש לפעול לפנים משורת הדין. גם מקום בו אין ציווי מהאל יש לפעול כישר והטוב בעיני ה'.

ע"פ הרמב"ן- הפס' הראשון הוא העיקרון המנחה- הכוונה היא לתת כיוון כללי להתנהגות בכלל המקרים. הפס' השני בא להרחיב מה לעשות במקרה בו התורה לא מפרטת- זהו למעשה, משמעות העיקרון של ועשית הישר והטוב. אפשר לראות שעקרון זה משמש כעקרון-על הדומה לעקרון תום הלב הנכון בשיטת המשפט של ישראל כיום.

פרוש הרמב"ן על ויקרא י"ט א'-ב': מקור נוסף בתנ"ך שמנחה את האדם בהתנהגותו היומיומית ואת החכמים בבואם לגזור גזרות ולהתקין תקנות. ע"פ מקור זה יש לנהוג לא רק ע"פ הכללים הפורמליים שקובעת ההלכה לקדושה אלא גם ע"פ כיוון הדרך הכללי "עשיית הישר והטוב".

הציווי לעשות הישר והטוב מופנה לשלוש רמות-

1. פונה לחכמים בשעה שהם מתקינים תקנות.
2. פונה לבית הדין שכלל זה ינחה אותו בפסיקה ופרשנות.
3. פונה אל האדם הרגיל בהתנהגות יומיומית.

דוגמא להחלת העיקרון ברמה 1: תקנת חכמים המבטאת את העיקרון ועשית הישר והטוב

* **דינא דבר מצרא**(דין בן גבול)-

מדובר בזכות קדימה.

שאלה שעולה בתלמוד הבבלי בבא מציעא: מי שמחזיק קרקע בין אחים/שותפים הוא חצוף. האם כאשר מדובר על קבוצת שותפים/אחים שיש להם מס' קרקעות ובמרכזן ישנה קרקע של צד ג', האם צד ג' יכול למכור את הקרקע למי שרוצה או שיש לתת זכות קדימה לאחים/שותפים?

תשובה מפי רב יהודה בשמו של רב: אומר כי צד ג' הוא חצוף אך לא ניתן לסלקו כי אין זכות קדימה לאחים/שותפים. אין זכות קדימה משפטית יש רק זכות קדימה מוסרית.

רב נחמן- אומר שיש לתת זכות מוסרית וגם זכות קדימה משפטית רק כשמדובר באחים/שותפים.

חכמי נהרדעא- אומרים כי גם במקרה של שכן רגיל אז יש זכות קדימה משפטית, מדובר על הגשמת העיקרון של "ועשית הישר והטוב".

כשכן יש ערך מוסף לשדה הצמוד אליו כי קל יהיה לעבד את השדות ביחד.

החובה לעשות הישר והטוב מוטלת על ד', הקונה מכיוון שלא ניתן לאלץ אדם למכור למי שלא רוצה-חופש החוזים, הקניין. כדי להתגבר על חוסר גמירות הדעת(ג' לא רוצה למכור לשכן) יצרו פיקציה, אנו רואים את צד ד'-הקונה כשלוחו של השכן וזה נותן הכשר לעסקה, ועל הקונה להעביר את השטח לשכן תמורת הכסף. מעשית אין הדבר משנה, סביר שתתפתח פרוצדורה שלפני הקנייה הקונה יבדוק עם השכן.

תקנת חכמי נהרדעא הפכה לתקנה מחייבת, היא תיאכף ע"י בית דין.

שאלה נוספת שעולה בתלמוד, אם יש עסקה למכירת מס' קרקעות יחדיו יש חשש שהעסקה תתפרק אם אחד השכנים ירצה זכות קדימה לגבי אחת הקרקעות ואז יכול להיות שהמוכר יתקשה למצוא קונה מחשש שהעסקה תתפרק.

תשובה של רש"י שמובאת בתלמוד- אם מדובר בעסקת מכירה של כמה נכסים יחד לקונה אחד לא עושים דינא דבר מצרא.

סייג נוסף להחלת דינא דבר מצרא מובא ע"י רש"י-אם לקונה צד ד' יש מזומן ולשכן אין מזומן ורוצה לקחת הלוואה הכלל לא חל כדי לא לגרום נזק למוכר. זוהי דוגמא לכך שכאשר החלת הכלל דינא דבר מצרא פוגעת במוכר לא נשתמש בו.

עד שנת 69 –חקיקת חוק המקרקעין היה שימוש בזכות קדימה(זיכרון גם מהאימפריה העות'מנית) ומאז זכות זו בוטלה מתוך תפיסה של חופש הקניין/בעלות.

* **שומא הדר**(שמאי חוזר)-

ישנה תקנה נוספת המתייחסת לפירעון הלוואות. אם מגיע מועד הפירעון של ההלוואה וללווה אין כסף/שווה כסף, המלווה יכול למכור (או להחזיק) בקרקע המשועבדת או אם הקרקע נמכרה, יכול "לטרוף" את הקרקע מידי צד ג'. החידוש הוא שזכותו של המלווה קודמת לזכותו של הקונה. ע"מ לטרוף את הקרקע המלווה ייגש לבית הדין כולל שלושה שלבים(חיפוש נכסים, תפיסת חזקה-שטר אדרכתא, ושומא), בין השלבים צריכים לעבור לפחות 30 יום כדי להעניק ללווה הזדמנות להשיג את הכסף להחזרת החוב. כמה זמן לאחר סוף תהליך זה כאשר הקרקע כבר בבעלות המלווה יכול הלווה לפדות את הקרקע בחזרה?

בימינו לא ניתן! אך ע"פ ההלכה אומרים חכמי נהרדעא שלמרות שהייתה כבר שומא, תוך שנה עדין יכול הלווה להחזיר את חובו ולפדות חזרה את הקרקע.

אמימור(מחכמי נהרדעא)- טוען כי שומא חוזרת לעולם ע"פ העיקרון של "ועשית הישר והטוב".

חכמי נהרדעא-מסבירים שהסיבה לכך היא שמלווה הלווה כסף ולכן אם מציעים לו את כספו בחזרה עליו לקחת זאת ולהחזיר את הקרקע כי זו לא הייתה מטרתו מההתחלה. אם המלווה כבר מכר את הקרקע של הלווה לצד כלשהו לא יחול העיקרון של "ועשית הישר והטוב" כי הצד שקנה את הקרקע ייפגע. במצב כזה לא יתקיים "שומא הדר".

דוגמא נוספת-

אם ללווה היו מס' קרקעות והוא מכר את כל קרקעותיו, יכול המלווה ל"טרוף" את הקרקע האחרונה שנמכרה. אם יש מס' קרקעות בעלות שווי שונה יכול המלווה לקחת את הקרקע ע"פ גובה ההלוואה בלי קשר למתי נמכרה הקרקע, אך עליו להתחיל מהאחרונה עד שמגיע לכיסוי ההלוואה. הסיבה היא שמניחים שכל קונה היה זהיר ובדק את התחייבויותיו של הלווה והשאיר אותו עם קרקע ששוויה לפחות בגובה החוב וכך בעצם שם את עצמו במצב שיינצל מאיבוד הקרקע שרכש.

דוגמא להחלת העיקרון ברמה 2: פסיקה של בית דין שמתבססת על העיקרון של "ועשית הישר והטוב".

אלו מקרים בהם העניין נשאר מוסרי כעיקרון מנחה בפסיקה- בית הדין לא יאכוף אך ימליץ.

1. קיימת חובה לנהוג "**לפנים משורת הדין**"- אם זו חובה מדוע לא ניתן לאכוף זאת?

המקור המקובל שממנו נלמדת החובה לנהוג לפנים משורת הדין מופיע בשמות י"ח, כ.

מקרה מהתלמוד לנהוג לפנים משורת הדין-

יש מקרים בהם אדם מצא אבדה והוא יכול לקחת אותו לעצמו ויש מקרים בהם הוא חייב להחזירו לבעליו. את פעולת האיתור מבצעים במקום בבית המקדש שנקרא אבן הטוען. בשלושת הרגלים כולם היו עולים לרגל ושם היו נפגשים. אך לאחר חורבן בית המקדש כיצד מכריזים על אבדה? בבית כנסת/בית כינוס. איך קובעים אם צריך להשיב או לא? אם המאבד התייאש(הפקיר את האבדה) החפץ הוא של המוצא, אם לא התייאש המוצא יכול לקחת לעצמו את החפץ. המבחן הוא אובייקטיבי על בסיס האדם הסביר. מניחים שאדם התייאש כאשר מדובר בחפץ בו אין סימן, אך אם בחפץ יש ייחוד מניחים שלא התייאש. אם מדובר בחפץ בעל ייחוד לעולם לא יעבור לבעלותו של המוצא(בדין הישראלי יש הגבלה ל4 חודשים) אך את פעולת האיתור יש לבצע רק למשך שנה. לאחר שחלפה שנה אין צורך להמשיך באיתור הבעלים. מקרה בו אנו מניחים שבעל החפץ התייאש הוא כאשר מדובר בסביבה שבה אין רוב יהודי, מי שאינו יהודי לא חב בהשבה.

חז"ל התקינו תקנה שעל יהודי חלה חובת השבה לגוי ואילו לגוי אין חובת השבה לגויים.

מקרה נוסף: אם האבדה היא בע"ח, השאלה היא האם הוא מעניק תמורה או לא. אם מעניק תמורה על המוצא להחזיקו במשך שנה ולאחר יכול למוכרו או לקחתו לעצמו. אם אינו מעניק תמורה יש להחזיקו 30 יום ואז ניתן למוכרו/באישור בית הדין לשמור אותו. אם מכרת יש לשמור את הכסף למקרה שהבעלים יבוא לדרוש אותו.

* + - חריג לחובת ההשבה: "זקן ואינה לפי כבודו"- אם מדובר במציאה שלא בכבודי להתעסק אתה יש אפשרות להתעלם ממנה, במקרה זה יש פטור מחובת השבה.

דוגמא1: הגמרא: רב יהודה ורב שמואל הולכים בשוק שרובו גוי, נשאלת השאלה אם נמצא ארנק יהודי, האם יש להשיבו? ע"פ דין אין חובת השבה אך יש לפעול לפנים משורת הדין ולהחזיר לבעלים כשמבקש.

שמואל לומד על כך מאביו שמצא חמורים במדבר והחזיר אותם.

דוגמא2: רבי ישמעאל הולך בדרך ופוגש סבל, הסבל מבקש ממנו לעזור לו להרים את ערימת העצים על גבו, ע"פ ההלכה יש חובת סיוע. רבי ישמעאל קונה ממנו את ערימת העצים ומפקיר אותה, הסבל רואה זאת ולוקח את הערימה ומבקש בשנית מישמעאל לעזור, רבי ישמעאל קונה ממנו שוב ואז אומר לו שמפקיר את הערימה לכל העולם ולא לו. הגמרא תוהה מדוע רבי ישמעאל שילם, הוא יכל לטעון ל"זקן ואינה לפי כבודו", אך השתמש בפטור כלומר: נהג לפנים משורת הדין.

דוגמא3: אישה באה לרבי חייא כדי לדעת אם מטבע מזויף, הוא נתן לה חו"ד שגוי, ע"פ ההלכה טעותו היא בגדר אונס(היעדר רשלנות- מדובר במומחה גדול שטעה וקשה להחליט לכן רואים כלא היה בכוונה) ולכן אינו צריך לפצות אך פיצה אותה לפנים משורת הדין.

דוגמא4: ההתנהגות של לפנים משורת הדין נכפית ע"י רב ואינה עצמאית: שבירת חבית היין של רבה ע"י הסבלים.

יש דיון בין הפוסקים האם נכון לכפות על אדם בעזרת בית דין לנהוג לפנים משורת הדין-

המרדכי- יש לכפות זאת רק על אדם בעל אמצעים, ע"פ שיקול שנוגע למצבו הכלכלי של אדם.

הרמב"ם ושולחן ערוך- אין לכפות אך יש ציפייה מאדם חזק כלכלית לנהוג לפנים משורת הדין.

בעלי התוספות- יש מס' פרמטרים:

1. נזק כספי(לא מניעת רווח)-אם נגרם לאדם נזק אין לכפות עליו לנהוג לפנים משורת הדין.
2. ניצול פטור-אם ההתנהגות של לפנים משורת הדין תשווה את מעמדו לאנשים רגילים אין ציפייה לנהוג לפנים משורת הדין.

הלחץ והכפייה באים לידי ביטוי בבית המשפט, זה לא יהיה בכפייה משפטית רגילה אלא בכפייה חברתית כמו נידוי או חרם או הגבלות במסחר. השופט נתפס כאובייקטיבי ובעל מעמד גבוה ולכן דעתו תהיה חשובה לאדם הפשוט.

1. החיוב "**לצאת ידי שמיים**"/רוצה לצאת ידי שמיים(מופיע במקורות תנאים –ביטוי פחות חריף)-

מדובר על חיוב מוסרי ולא משפטי, מופיע בעיקר בדיני הנזיקין. יש לבדוק שני תנאים: א- האם האדם אחראי לנזק, ב- מהו הנזק ומהו הפיצוי עבורו. בהלכה מבחינים בין 2 סוגי נזקים: נזק ישיר ונזק גרמא(עקיף), הגרמא הוא תופעה מרכזית בדיני הנזיקין כיום.

דוגמא לישיר: האכלת כלב ברעל במו ידיי.

דוגמא לגרמא: פיזור רעל בסביבת הכלב של שכני.

ע"פ המשפט הישראלי אין חשיבות לכך(ישיר או עקיף) ובהלכה מקרים שמסווגים כגרמא, ההלכה היא כי "פטור מידי אדם חייב בדיני שמיים".

מה המשמעות של חייב בדיני שמיים?

רש"י- למרות שבדיני אדם אתה פטור מלשלם, יש דגש על הפן הדתי ואולי המזיק **יעדיף** לשלם מאשר לקבל את העונש מידי שמיים.

ראב"ן- מביא דעה שמוסיפה על הרש"י וטוען כי בתי דין לא פוטרים את המזיק מדין אדם הם **ידחפו אותו** כן לפצות את הניזוק על מלוא הנזק או לפחות על סכום חלקי.

ים של שלמה- מרחיב את הדעה שמובאת ע"י הראב"ן בכך שהלחץ של בית הדין לתשלום לא מגיע רק מטעמי צדק אלא גם מטעמי יעילות(כדאי לך כי אם לא –תיענש ע"י שמיים).

המאירי- אם לא תהיה חייב בדיני אדם אלא תהיה חייב בדיני שמיים זה תלוי ברצונך אם לשלם או לא, אם לא תעביר את הפיצוי תחשב כגזלן ותהיה פסול עדות, תהיה לכך השלכה גם על דיני האדם.

דוגמא להחלת העיקרון ברמה 3:

ברמה זו אנו מצפים מהאדם במקום בו הדין לא מחייב שינהג באופן של "ועשית הישר והטוב". יש שני ביטויים הלכתיים שמבטאים את אותו הרעיון:

* רוח החכמים נוחה/אינה נוחה מהתנהגות זו.
* מידת חסידות

דוגמאות לרוח חכמים נוחה-

דוגמא המובאת מהמשנה על אדם המבקש לנשל את בניו מהירושה באמצעות צוואה ורוח חכמים אינה נוחה ממנו. בהלכה מי שיורש את האדם אלה בניו או מעגלי הקרבה הראשונים, אך אדם רשאי לעשות פעולה בצוואה כדי לשנות את חלוקת הנכסים כלומר: מתנה שנכנסת לתוקף לפני המוות. החכמים לא רואים זאת בעין יפה למרות שזה אפשרי משפטית. על אלה שמשתתפים במעשים אלה להתחמק ולא לקחת חלק בתהליך.

הרשב"ם טוען שהחכמים יכעסו.

דוגמא נוספת מ-התלמוד- מסופר על אדם שהלווה כסף ולקח ריבית עליו, כשרצה לחזור לדרכים טובות חששו החכמים שהמחיר הכספי הכרוך בהחזרת הריבית ירתיע אותו. לכן רוח חכמים אינה נוחה מהלווה שהתעקש לקבל חזרה את הריבית ששילם בחזרה. אם אדם חוזר בתשובה כמסווה אין לוותר לו, כי הוא ימשיך לגזול.

דוגמא נוספת מהמשנה- מי שמחזיר חוב בשביעית רוח חכמים נוחה ממנו למרות שאינו חייב.

דוגמא נוספת מהמשנה- ע"פ תפיסת ההלכה אדם שהתגייר כאילו נולד מחדש. אם יש לו ילדים וכל המשפחה התגיירה עמו הם לא נחשבים ילדיו מבחינה הלכתית ולא יורשים אותו. אם האדם הלווה כסף לפני שהתגייר ועכשיו מת הלווה כביכול פטור מלהחזיר את החוב לילדיו. אם כן יעשה זאת רוח החכמים תהיה נוחה מממנו.

דוגמאות למידת חסידות-

דוגמא מהברייתא- ישנה מצווה על נתינה לעניים. המשנה מגדירה עני כאדם שיש לו פחות מ200 זוז, הוא רשאי ליהנות ממתנות העניים(לקט, שכחה, פאה, מעשר). מסופר על אדם שהוא בעל בית שנסע לעיר אחרת, צידתו נגמרה וכרגע הוא מוגדר כעני ויכול להשתמש במתנות העניים ואינו חייב להחזירם ע"פ דין. הברייתא אומרת שמידת החסידות היא שכאשר חוזר הביתה יכך את סכום הכסף של מה שאכל ויתרום לעניים.

**"מי שפרע"-**

מתייחס למקרה בו שולמה תמורה ולא היה מעשה קניין.

רמב"ם- אדם שרוצה לחזור בו לאחר ששולמה תמורה לא כופים עליו את ההסכם אך מקללים אותו שייענש בידי אלוהים. דומה ל"חייב בידי שמיים" רק ייחודי לעסקת מכר.

**"מחוסר אמנה"-**

מתייחס למקרה בו לא שולמה תמורה ולא היה מעשה קניין.

רמב"ם- החכמים מצפים מאדם לעמוד בדיבור ואם לא כך יקרה רוח החכמים לא נוחה מכך. אם לא עמד בדיבורו לאחר שהבטיח מתנה(מועטה) בית הדין לא יכפה עליו את ההסכם אך חכמים מצפים שיקיים זאת כי הסתמכו על הבטחותיו כלומר הוא מחוסר אמנה- לא ניתן לסמוך עליו, אינו אמין. אם המתנה מופרזת אין הסתמכות ולכן אין ציפיית חכמים.

בנסיבות מסוימות מחוסר אמנה ומידת חסידות זה כאילו ללא מעורבות בית דין, אבל לפעמים זה כן ישפיע בעקיפין על פעולות בית הדין:

התשב"ץ- מספר על אישה עם נכסים ללא ילדים שקרובה העני אמור לרשת אותה, אך היא החליטה לעשות צוואה ולתת את נכסיה לבית הכנסת או לקופת הצדקה של העניים. למרות שהמטרות הללו נראות חיוביות רוח חכמים אינה נוחה מהן. אם היא תיתן את התרומה לבית הכנסת המשמעות היא שהציבור לא צריך לשלם השנה וכך היא נותנת את הכסף בעצם לציבור. אך כל זה לא גורע מתוקף הצוואה. אם האישה עשתה ומתה יש חובה ליישם את הצוואה. כיצד ניתן לעקוף זאת בכל זאת? התשב"ץ מביא סיפור מהתלמוד הירושלמי על רבי יהודה הנשיא שהולך עם תלמידו ברחוב ומראה לו שער שהוא תרם לבית כנסת. התלמיד עונה לו כי עדיף היה להשקיע את הכסף במטרות נעלות יותר. התלמיד מביא פסוק מהתנ"ך בו הנביא מבקר את בנ"י שבנו בית לעבודה זרה, כלומר: ניתן להסיק על המקרה שלנו שאם אדם לפני מותו כותב צוואה מקיימים את דבריו, אך אם אומר לעשות עבירה בנכסים לא שומעים לו ומניחים שהשתבשה דעתו. האישה כביכול מצווה לעשות עבירה בנכסיה ולכן אין לשמוע לה, אבל התוצאה דחוקה אבל הגיונית כי בנסיבות העניין מדובר על מצב שיש לה קרוב עני ואלי זו הזדמנותו היחידה לקבל כסף. מכאן ניתן לראות כי התשב"ץ בשם בית הדין אינו אמור להתערב אך מוצא דרך עקיפה לעשות זאת.