

תמצית משפט עברי בכותרות

מושגים

- תורה שבע"פ - התקבלה בהר סיני, הועלתה על הכתב בתקופת ר' יהודה הנשיא (שנת 200) סודרה בשישה סדרי משנה זמ"נ נק"ט - זרעים, מועדים, נשים, נזיקין, קדשים וטהרות.
- הלכה - כינוי למצוות והדינים שעלפיהם על יהודי לנהוג. דיון הלכתי - בסופו ינתן "פסק הלכה" או "הלכה למעשה".
- אגדה - החלק שאינו הלכתי; סיפורים, משלים, דברי חכמה ומוסר.
- "הלכה כבתראי" - דברי החכם האחרון קובעים.
- מדרש - לדרוש/לפרש. פרשנות התורה בכתב.
- ברייתא - מלשון ברא (חיצוני) למשנה. דברי תנאים שנותרו מחוץ ל6 סדרי משנה. הברייתות מפוזרות, במדרשי ההלכה, בתוספתא ובשני התלמודים.
- תוספתא - אוסף של ברייתות - חולקות על המשנה או מוסיפות לה.
- משנה תורה לרמב"ם, "היז החזקה", מורה נבוכים - קודיפיקציה של הרמב"ם, קורדובה ספרד מאה 12.
- ספרי פסקים - ספרים הערוכים בתמצית "השורה האחרונה" הכרעה להלכה - ללא חילוקי דעות, ללא תאור המקורות ונימוקים.
- "יגע בקצה כבודו" - עובד ציבור שמעלים עין, שלא עושה טוב לעמו.

נושא 1: מקורות ותקופות

תקופת התנאים - 200-30 (תנא = למד שינן את התורה - מעין אנציקלופדיה חיה)

אמוראים - 200-500 (קודיפיקציה)

גאונים - מאה 7 - מאה 11

ראשונים מאה 11 - מאה 15

אחרונים מאה 16 - מאה 18.

נושא 2: חשיבות לימוד המשפט העברי + בוחן ראשון

- גישת השופט ברק - מ"י היא דמוקרטית והיא אינה מדינת הלכה. הכנסת היא הרשות העליונה לא ה'. רוב האזרחים אינם דתיים לא מכירים את המשפט העברי וחלק מהמקורות אינם מקובלים. אין במשפט העברי פתרונות לחיים המודרניים. -זר לחיים חילוניים. בתחום הפרשנות אין מעמדות בכורה. ערכים, תרבות, מורשת ורוח. קולט את המשפט העברי בערוץ הלשוני, התוכן, והערכי.

- גישת השופט אלון- לא אומר בצורה גורפת שצריך להחליף את המשפט בישראל למשפט עברי. למשפט העברי עמדת בכורה פרשנית.

מאמרים בוחן ראשון:

- **למה לנו (ללמוד) משפט עברי/אריה אדרעי-**

- מבחן הזמן- מוכיח כי המשפט העברי לא נקלט כשיטת המשפט בישראל. המ' העברי לא יכול לשמש כמערכת משפטית בעידן המודרני.
- משפט משווה- הכרחי שהמשפטן יהיה חשוף למשפט משווה ושיטות משפט נוספות לשם פיתוח השקפה כללית על המשפט והגברת ההבנה על המשפט. כישראלים, יש לנו פריווילגיה ללמוד משיטת משפט נוספת בשפה העברית- נגישה יותר מכל ספרות משפטית ברחבי העולם- וכן עוסקת בתקופה הסטורית מקבילה.
- חוק יסודות המשפט- נועד לגשר בין המשפט העברי והישראלי וכך השתמש בו הש' אלון בכל מצב של לאקונה בחוק. אלון טען כי חובה לפנות למ' העברי, ואילו ברק רוקן את החוק מתוכן כשקבע שניתן להשלים את הלאקונה על דרך פרשנות והיקש.
- אדרעי מבקר את השופטים על פרשנות לא נכונה- לטענתו חובה היה עליהם לפנות למשפט העברי ולהשתמש בפתרונותיו כהמלצה בלבד- ואז לא היה מתרוקן מתוכן.
- תרבות יהודית וזהות ישראלית- מי יותר יהודי? הפקולטה למשפטים היא המקום הטבעי לחקר התרבות היהודית והוראתה.
- **המשפט העברי איננו הלכה ובכל זאת יש בו ערך/עמית רדזינר- רדזינר מבקר את מאמרו של ד"ר מיכאל אברהם- האם ההלכה היא משפט עברי.**
- ד"ר אברהם טוען כי ההלכה היא אינה המשפט העברי ולכן אין ערך לשלוב את המשפט העברי במשפט הישראלי.
- רדזינר מסכים שההלכה אינה משפט עברי- אך חושב כי יש ערך לשילובו.
- שניהם מדברים על "אנשי המשפט העברי"- אלו שרוצים לשלבו.
- ד"ר אברהם מזהה את המניע כמניע-דתי- ולכן תוקף אותם.
- אין מחלוקת בין רדזינר ואברהם כי מערכת המשפט ההלכתית היא דתית- ולא חופפת למשפט העברי- אולם המחלוקת האם לשלבו או לא.
- רדזינר מתאר סקירה הסטורית ומסביר כי המונח משפט עברי נוצר כדי ליצור הבחנה בין הלכה למשפט. ונוצר דווקא ע"י חילונים. זאת משום שתחייה לאומית (לפני קום המדינה) דורשת משפט לאומי. שאבו מההלכה את התשתית בלבד- כלומר הבחנה בין חלקים משפטיים לחלקים דתיים.-אותה תשתית היא המשפט העברי.
- רדזינר- אנשי המשפט העברי- אינם דווקא אנשים דתיים.

- אברהם מזהה את אנשי המשפט העברי כיום כדתיים. רדזינר מסכים.
- רדזינר טוען שאי השימוש של משפטנים במשפט העברי נעוץ באי ידיעתו והכרתו=בורות- ולא אידיאולוגית.
- מתייחס לשי' אלון- מזהה עם החלת המשפט העברי. אלון מדגיש את הערך הלאומי התרבותי הרבה מעבר לערך הדתי. נכס צאן ברזל של תרבות האומה היהודית.
- סיכום: הטיעון הלאומי-תרבותי- ולא המניע הדתי. אין משקל רב להיות אנשי ההלכה אנשים דתיים. דווקא הדתיים שניסו בכפייה- החמיצו גם את תפיסת המועט.
- ד"ר רדזינר- יש ערך בסמלים- דגל המדינה, מנורה, השבעת חיילים בתנ"ך- וכך גם שילוב המשפט העברי כסמל.
- לפי אברהם- קליטה חלקית של הסדרים יש בה עיוות דתי ועיוות משפטי.
- רדזינר עונה כי המחוקק הבורח סלקטיבית עושה זאת באופן מושכל ואין בכך עיוות.

נושא 3: עובדי ציבור

פרק א': מנהיגים במקרא

- **משה רבנו** המנהיג הראשון של העם- רועה צאן, "כבד פה וכבד לשון".
 - ◀ **רחמים והתחשבות**- מתן עזרה לזולת-בורח להר סיני מציל את בנות יתרו מגולל את האבן מעל הבאר. רועה את הצאן במידת הרחמים- נשא את הגדי העייף על כתפיו.
 - ◀ **תכונת הדין**- מתי להיות רחמן מתי להיות תקיף-רחמים יכולים להטעות.
 - ◀ **שותפות גורל והזדהות**- חי כמו נסיך בין הגויים אבל ידע בנסתר שהוא יהודי. מזדהה עם ע"י. הורג מצרי שמתנכל ליהודי. קשה לו לראות את העם סובל. מניח את הדרגות ועוזר לעם.
 - ◀ **בדידות**- לפי חז"ל תכונה מנהיגותית- מקבל החלטות לבד.
 - ◀ **ענוה**.

• **יהשע-שימוש המנהיגים**

- ◀ **שימוש המנהיג**- "משרת משה". מתבטל בפניו- נאמן לו. (ביקורת: קרוב רק להנהגה לא לעם).
- ◀ **חכמת התורה**- השימוש בתורה גדול מהלימוד שלה- צמוד למשה ולומד תורה המון. היה אחד ממוסרי התורה-שבכתב ובע"פ. עלה לגדולה בזכות התורה. אדם שרוצה ללמוד- ה' הבחין בזה. גם בערב הכניסה לכיבוש א"י הוא לומד תורה באוהל למרות שהוא פטור.

- ◀ **במלחמה** - מנהיג במלחמה נגד עמלק - הכשיר אותו לכיבוש הארץ. עמלק=הגנה, ישראל=התקפה. עומד על דעתו-משכנע את העם.
- ◀ **יוצא לפני העם** - הוא יוצא ראשון למלחמה. לא מתחבא בבונקר ומחלק פקודות.
- ◀ **הבחנה "בין קול לקול"** - מנהיג צריך לשמוע את העם, להכיר מה קורה בשטח.
- ◀ **הולך כנגד רוחו של כל אחד - לדעת מה כל אחד מרגיש + לעמוד על שלך מול רוחות שיש בציבור.**

• שאל

- ◀ **אופי** - משכמו ומעלה, נחבא אל הכלים - עניו.
- ◀ **מידת הרחמים** - היה עליו למחוק את זרע עמלק, ריחם - ומתוכם יצא המן הרשע.
- **דוד המלך** - רועה צאן - הוצג אחרון.
- **שלמה המלך** - מבקש לב שומע חכם ונבון. נושא המשפט בארץ מאוד חשוב לו.

פרק ב': מעמד עובד הציבור-עבדות או שררה? גנאי או מעלה?

- מהי **שררה** - גאווה. ביטוי שלילי למנהיגות. רבנות מלשון שררה - מנהיגות. 3 דברים מקצרים חיי אדם: 1. ספר תורה ולא קורא. 2. כוס ברכה ואינו מברך. 3. מנהיג בשררה.
- "עבד לעם קדוש" - זהירות עובד ציבור מהשררה וניצולה
- הגנאי - הבעייתיות שבעבודה הציבורית
- הקדשת זמן מלא לתפקיד - לשלב לימוד תורה וזמן מלא לתפקיד ואז אין זמן להתעסק בעוונות. עיסוק בתפקיד גם שלא בשעות העבודה (מורה). אסור להיות ער בלילות, אסור להיות שכיר בכמה מקומות, אסור שירעיב עצמו או יאכל יותר מידי.
- בשבח עובדי ציבור - שכר רוחני. שכר בעולם הבא. שכר גשמי. תפילתם מתקבלת. השוואת עובד ציבור לעוסק בתורה. כמו תלמיד חכם.

פרק ג': שוחד

- שוחד בעובדי ציבור - שוחד דברים -
 - עזרה לשמואל במעבורת.
 - אמימר - הסרת נוצה.
 - אריס לשמואל - סל פירות.
- קבלת טובת הנאה - רמב"ם - גם לא לצורך פעולה ראויה.
- שוחד מאוחר - לורד צ'נסלור - הטה תוצאות משפט לטובת מתנות שקיבל לאחר פסיקה.

פרק ד': ממונים כדיינים

- רבי ישראל ישרליין - להשוות מעמד עובדי ציבור למעמד הדיינים
- רמב"ם - לעובד ציבור ולדיין אסור לקבל טובת הנאה - השוואה ביניהם.

פרק ה' - ניגוד עניינים

- העיקרון
- בעיית "עובד ציבור כדיין"-בעיית תפקוד בקהילות קטנות-קרובי משפחה-קרבה לעניין הנדון- השוואה בתלמוד הירושלמי והבבלי. כולם מכירים אחד את השני.
- הסתלקות מהעניין האישי/ציבורי- מסתלק מהעניין האישי או מהעניין הנדון.
- הפתרון- תקנות שמתירות פעולה בניגוד עניינים. הסכמה.
- בעיות בפתרון ה"הסתלקות"- יש עניינים שלא ניתן להסתלק מהם- ספר תורה אחד בקהילה- הסתלקות רק כאשר אין דיין אחר שאינו נוגע בעניין.
- דרישה מחמירה- חקירה האם אכן הסתלק "הוא וזרעו לעולם".
- קשה ליישום בפועל- להסתלק מהכפר? קהילה?
- תקנות המתירות ניגוד עניינים- הבעיה שאדם צריך גם שיזהר בניגוד עניינים אך גם שלא יחשדו בו!.
- אישור מראש- בקשת אישור מראש. פנקסי הקהילות, הבחנה בין נבחר למבצע.

נושא 4: לפנים משורת הדין

- על העיקרון: "ודל לא תהדר בריבו" + מאמר ד"ר מיכאל ויגודה- לא תעדיף עני על פני עשיר בדיון- לא תהדר= לא תרחם. פס"ד גוטסמן- סטודנט עבריין חנייה- לא מרחמים כי אין לו כסף. לא מרחמים כאשר מדובר במס/קנס.
- על העיקרון: "אין מרחמים בדיון" + השופט רפאל יעקבי- שורת הדין ולפנים משורת הדין לשאלת כפיית לפנים משורת הדין- ירושלים חרבה כי דנו בה לפי הדין. פס"ד כיתן נגד וייס - שמגר- אין קש"ס. אלון- אין קש"ס אבל ממליץ לכיתן לפנים משורת הדין לשלם לוייס. הבחנה בין דיני אדם ודיני שמיים. "פטור בדיני אדם חייב בדיני שמיים". לא כופים אבל מסור לרצון הטוב והיוזמה של בע"ד.
- שמגר חושש שאלון עלול להרוס את המשפט, אלון- רק בנסיבות מיוחדות.
- לפנים משורת הדין בפסיקה הישראלית= הקלות דיוניות, הקלה בהוצאות.
- מתי "לפנים משורת הדין" ו"רחמים" כלולים בדיון?

נושא 5: מידת הרחמים

- "מה הוא רחום, אף אתה היה רחום"
- רחמים בדיני צער בעלי חיים
- רחמים בשיקולי ענישה
- רחמים בדיני מלחמה
- רחמים ב"דיני הסגרה"
- רחמים ב"משפט" + מאמר עו"ד שלמה מאיר רבינוביץ

נושא 6: סוגיית פדיון שבויים

ערך מרכזי ועליון.

חשיבותה של מצוות פדיון שבויים-

- **רמב"ם - פדיון שבויים חשוב יותר מצדקה.** מי שלא פודה שבויים עובר על כל המצוות.
- **שולחן ערוך -** מי שמעכב פדיון שבויים - ממש כאילו הרג את השבוי.
- **מותר למכור ספר תורה על מנת לפדות שבויים.**
סייגים למצוות פדיון שבויים - האם בכל מחיר?
בית שני חרב בשי' 70 - באותה תקופה יש המון שבויים וחטופים. חכמי התקופה מתקנים תקנה קשה: **"אין פודין את השבויים יותר על כדי דמיהם"**. (מדד שוק העבדים)
- **מסכת גיטין -** אין פודין יותר כדי דמיהם + לא לחלץ = **מפני תיקון עולם.**
- **רבי שמעון בן גמליאל - מפני תקנת השבויים -** תנאים יורעו לשבויים שלא חולצו.
מה ההבדל בין תקנת השבויים לתיקון עולם?
כאשר יש שבוי אחד - < אין תקנת השבויים אבל כאשר יש יותר - **דוחק הציבור - העלאת סכומי הכופר ופגיעה בבטחון הציבור.**
סייגים למצוות פדיון שבויים - הטעם הבטחוני
1. תלמיד חכם. יכול להעביר את התורה.
2. ממילא ממשיכים לשבות ולחטוף.
התקנה לא חלה במצב בו השבוי הוא תלמיד חכם
- **רשב"א -** אין תחליף לתלמיד חכם. (פודים אותו פי מיליון)
- **המהר"ם נשבה - מתנגד לפדיונו האישי! אם ישלמו כסף כה רב - ישבו את כל חכמי ישראל עד שלא יהיה איך לפדותם ואז באמת תשכח תורה מישראל!**
התקנה אינה חלה לגבי אדם הפודה את עצמו
הבעל צריך לפדות את אשתו אם נפלה בשבי - חלק ממערך החובות-זכויות בנישואין..
הסוגיה כיום!
- **עסקת גיבריל -** שחרור 1150 מחבלים עם דם על הידיים תמורת 3 שבויים חיילי צה"ל.

נושא 7: פורמליזם וגמישות-

- **השופט בנימין כהן**
- **ניסוח החוק - "סביר"/"תוך X ימים"**
- **יתרונות/חסרונות**

- מקרי מבחן:
 1. הצבת גבול לחיוב דתי- סיוע לאויביך (ברייתא, חכמים)
 2. הצבת גבול לחיוב משפטי-
 - מבחן חזקת השנים (3 שנים) תלמוד בבלי רבא (אמוראים) מול אביי
 - תביעה כתובה ע"י אלמנה- עד מתי ניתן לגבות כתובה? מסכת כתובות 2 דעות:
 - רבן שמעון בן גמליאל- חזרה לבית אביה לא תהיה התיישנות. נשארה בבית בעלה- עד 25 שנים להתיישנות (כביכול לקחה הלוואה מהכתובה לצרכים).
 - חכמים- להיפך! בית אביה- 25 שנה (כביכול ויתרה), בבית בעלה- לעולם.
 - אביי- כתובות שונות זו מזו- איך דווקא מתקזז אחרי 25 שנים? לפום גמלא שיחנא- כל אחת לפי רמת מחייתה.
 - רב יוסף- כל הקביעות הן פורמליסטיות (ארבעים סאה במקווה- גם לטובל שמן וגם לרזה).
 - הקושי בשיטה הפורמליסטית במקרי הגבול- הבדל בין אבידה עם סימן בעלות לכזאת שלא.
 - משל הגוזל- במרחק 50 אמה מהשובך מניחים כי הוא שייך לשם. אין עליו סימן- יהיה של מוצאו. במרכז- חצי חצי בשווי. (מסוגל לדדות מקסימום 50 אמה)
 - רבי ירמיה על משל הגוזל- רגל כאן רגל שם- מורחק מבית המדרש מאחר וזו מתיחת ביקורת על המשפט העברי ולא לגבי הגוזל.
 - מקרים חריגים בהם ננקטת גמישות- אש מתפשטת (תשא רק בנזק שיכולת לצפות- "אומדן בית כור" רדיוס 68 מ')
 - רבי אליעזר- 8 מטרים (פורמליסט).
 - רבי עקיבא- 25 מטרים (פורמליסט).
 - רבי שמעון- תלוי בדליקה (גמישות). גם ההלכה מצדדת בגישתו הגמישה!
- מדוע המשפט העברי מאמץ גמישות?**

1. מערכת דתית זקוקה לגבולות שכן הם "משחררים" את האדם. מרגיע את נקיפות המצפון הדתיות (אסור לבשל בשבת- תיון במים מותר, אכילת קטניות ע"י ספרדים בפסח, השבת אבידה, התרת נישואין בין אשכנזים וספרדים).
2. המשפט העברי מיועד לאנשים ולא לשופטים. (מראה התנהגות- גם ללא שיפוט)
 - אבחנה בין כללי התנהגות וכללי הכרעה-
 - התנהגות = "לא תגנוב"
 - הכרעה = "הגונב- דינו מאסר שלוש שנים"- מיועדים לפסיקה (מלמדים התנהגות)
 - המשפט העברי מכוון התנהגות קדימה- אך תמיד יופיע גם כלל התנהגות וגם הכרעה
 - ◀ דוגמא דיני חוזים- תו"ל+ תרופה על הפרת חוזה באנגליה=פיצוי, בישראל=אכיפה (חוזים יש לקיים- התווית התנהגות)

◀ ספר החינוך - מאה ה-14 – הדגש על איך לנהוג ולא על הסנקציה-או אז אנשים יבחרו להיענש אם כדאי להם (צייזבורגר ©).

• פורמליזם במשפט הישראלי

◀ בג"ץ אוריאל מינצר - בוגר משפטים עשה סטאז' ולאחר שנה החליף מאמן שלא דיווח ללשכה. בפועל לא נרשמה לו ההתמחות.

- הש' נתניהו - דוחה למרות חוסר הצדק.
- הש' אלון - יש מחיר לפורמליזם.

• התמודדות המשפט העברי עם הבעיות בפורמליזם

1. ערמה - במשפט העברי מושג חיובי ולגיטימי. לא מדובר ברפורמים אשר בונים מגרש שונה, אלא מציאת פרצה במגרש ההלכתי.
שני סוגי ערמות:

1. שימוש בכלל אחד כדי לעקוף כלל אחר -

- קידושים "פיקטיביים" - כהן, לוי, וישראל; כהנים וליוויים לא מקבלים נחלות חקלאיות-מקבלים תרומות ומעשרות. בשוק קיים פער בין ביקוש והיצע - מופרשים הרבה תרומות שרק ללויים והכהנים מותר להנות מהם, וכל השאר רעבים! רבי טרפון טנא וכהן - קידש 300 נשים (פקטיבית) שיהנו גם מהפירות!
- מכירת חמץ - איסור אכילת חמץ בפסח. האיסור על "בעלות" חמץ. *מסכת פסחים - אדם שעולה למסע בים לפני פסח וצידתו חמץ אם יזרוק אותה מה יאכל לאחר החג? מציעים שימכור לגוי או יתן אותו כמתנה גמורה. *המהפכה התעשייתית - ליהודים היו מבשלות שיכר ומשקאות על בסיס חמץ - ההלכה מתקדמת ומרחיבה את פתרון מכירת החמץ. *יש פלגים שמבקרים את מכירת החמץ בטענה שהיא פיקטיבית מידיי => רכישת מוצרים "שנאפו לאחר הפסח".
- פרוזבול - ספר דברים. כל 7 שנים שמיטה. הנחיה סוציאלית שהעם ייהנה מהפירות. כמו כן שנת שמיטה מפסיקה גם חובות. התורה מזהירה מלהמנע מלהלוות כספים, חז"ל פותרים באמצעות "פרוזבול" = מסירת החובות לבית הדין למשמורת.

2. הסתמכות על הכוונה האובייקטיבית - למרות שלא תואמת את הסובייקטיבית.

- הצלת מזון מדליקה בשבת - סכנת נפשות - ניתן לכבות דליקה, סכנה לרכוש - אסור! פתרון חז"ל - ניתן להוציא רק מה שהכרחי מהבית הבוער, וכן להניח כדי חרס עם מים שיתפוצצו במגע האש. *משנה במסכת שבת: מזון לשלוש ארוחות - תנו רבנן - הוציא את המזון המשובח לא יוכל לחזור-ולהיפך. שולחן ערוך הרב - "יכול להערים ולומר" למרות שידוע שהתכוון לקחת חלה ולא לחם שחור!

- **התרת אשת כהן שנאנסה לשוב לבעלה**-ויקרא.* מופיעה הנחיה הלכתית-אלו נשים מותרות לכהן לשאת. לאור מעמדו אסור לו להכנס לבית קברות וכן אסור לו לשאת:
 - זונה- גם בוגדת או אישה שקיימה יחסים עם ממזר או גוי.
 - חללה- בת שנולדה לאיסורי כהונה.
 - גרושה.

■ **מסכת כתובות: "נתפשה"-נאנסה היא מותרת אבל לא לכהן!**

- קיימה יחסים מרצון עם ממזר/גוי=>אסורה לכהן
- נאנסה=> אין איסור, אבל אסורה על בעלה הכהן;**
- **משנה במסכת נדרים- 3 טענות נשים לקבלת גט+כתובה:**
 1. "טמאה אני לך"- אשת כהן שנאנסה.
 2. "שמים בניי לבינד"- חסר כוח גברא/עקר
 3. "נטולה אני מן היהודים"- נדרה נדר.
- מקבלות מיד גט וכתובה, לכן **חכמים** הוסיפו "שלא תהא אישה נותנת"- צריכה להביא ראיה-דבר מה נוסף.
- בעיה פורמאלית: לא מאמינים לנשים שנאנסו.**
- פתרון שולחן ערוך אבן עזר: מאמין לה-חי איתה, לא מאמין- מגרש.

תנאים וסייגים (ערמה)

- **נדר**- יוצר מציאות חדשה של איסור דתי.
- הלכה לא אוהבת נדרים- 1. יש מספיק איסורים (לא לעודד סגפנות) 2. חשש שלא יוכל לעמוד בנדרו.
- א. הערמה חייבת לקיים את כל התנאים- **התרת נדרים**- היכן לא היתה גמירות דעת. לא ניתן להתיר- **מעבירים לצד ג'**. הערמה עובדת רק אם מקיימת תנאים פורמאליים.
- ב. אין להניח היתר גורף של הערמות- צורך בסמכות הלכתית אשר תיצור את הערמה.
 - * **הראש-רבינו אשר**- צריך להבחין בין הערמות השונות.
 - * **רשב"א**- אסור להקיש.

נושא 8: דיני היושר-

- **אריסטו**- פילוסוף יווני במאה-4 תלמידו של אפלטון, מחנך ומורה רוחני לאלכסנדר מוקדון. בין הוגי מושג האתיקה.
- **במקרים שנופלים מחוץ לחוק**- נעזרים באתיקה, מוסר ופרשנות. **דיני היושר הם פתרון למקרים פרטיים שנפגעים מכלליותו של החוק.**

1. יש לראות את התמונה בכללותה

2. להעדיף בורות

- **דיני היושר במשפט האנגלי – EQUITY** מבוסס על ה common LAW שיטת התקדימים. הלורד צ'אנסלור- תחילה פסקו הלורדים לפי מצפונם- בהמשך התפתחו בתי משפט ליושר. יש הטוענים שמרעיון זה צמח בישראל הבג"ץ.

גישור בן הצדק הפורמאלי לדיני היושר- במשפט העברי

- **רמב"ם**- רבי משה בן מימון, מאה ה12, קורדובה ספרד- כתב את "היז החזקה" משנה תורה=> יצירת קודקס במקום התורה שבע"פ. חיבר גם את "מורה נבוכים".
 - הקודיפיקציה לא מביאה לצדק אצל כל אדם כי אין תשובה אחידה התורה איננה תרופה המרפאת את כולם=> **דיני היושר הם הפתרון.**
 - ביהדות עצמה יש דרישה להיות אדם ישר.
 - **דברים**- "ועשית הישר והטוב בעיני ה' למען יטיב לך".
- **הרמב"ן**- רבי משה בן נחמן, מאה ה14, ברצלונה ספרד- גם כשאין הנחיה איך לנהוג בסיטואציה ספציפית תנסה לכוון למה שהאל רואה כטוב וישר. "הרעיון הכללי".

החשיבות בהגמשת הדין

- **תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא**- "לא חרבה ירושלים אלא על שדנו בה דין תורה". רבי יוחנן- **בית המקדש חרב משום שלא פעלו לפני משורת הדין.** בלי גמישות אין לחברה קיום.

נורמות היושר הניתנות לאכיפה= הקצה החוקי

1. **ועשית הישר והטוב**- 2 תקנות משפטיות שנוצרו על בסיס זה:

- ◀ **דינא דבר מצרא**- **דין בין המיצר**- שדה א' ושדה ב' אדון א' רוצה למכור את הקרקע שלו. ההלכה אומרת שלבן המצר יש זכות קדימה (שדהו צמוד לשל אדון א'). **זכות הקדימה לבן המיצר, למי שנמצא על הגבול של הקרקע שלך.** הלכה יוצאת דופן, משום שהיא פוגעת בזכות המקובלת של בעל הנכס (קניינית). נותנים עדיפות לאינטרס של המצרן- שאדם רוצה שהמקרקעין שלו יהיו צמודים.
- ◀ **שומא הדר לעולם= שומה חוזרת לעולם**- בית דין ששמו את נכסי הלווה, והעבירו את הנכסים למלווה כפירעון החוב - **הלווה זכאי בכל עת, ואפילו אם חלף זמן רב, להשיב את הלוואה ולקבל חזרה את הנכסים שניתנו למלווה.**

2. **כופין על מיטת סדום**- **ההלכה מאפשרת לכפות אדם לעשות מעשה שאינו חייב בו,**

אם אין לו שום נזק מהמעשה, ולחברו יש תועלת ממנו.

- ◀ **תלמוד בבלי**- מיטה בסדום עליה "מותחים" נמוכים ו"מקצצים" גבוהים- פורמליסטיקה של השוויון.

4 מידות של אדם במשנה: <

- שלי-שלי שלך-שלך - מידה בינונית או מידת סדום
- שלי-שלך ושלך-שלי - עם הארץ- אין לו הבנה למשמעות הקניין
- שלי-שלך ושלך-שלך - חסיד.
- שלי-שלי ושלך-שלי - רשע.

רבי עובדיה מברטנורא- צפון איטליה מאה 16- פורמליסטיקה מביאה למצב אבסורדי המסרב שחברו יהנה, גם אם הוא אינו חסר.

נושא 9: טעות ותנאי ובפרט בקידושין-

- מוסד הטעות- לא מעלים על הדעת שזו המציאות
- מוסד התנאי- ידוע שחלק מהמציאות נסתר מעיניך.

טענת טעות טובה:

1. גמירות דעת- הוכחה טעות=אין גמ"ד.
2. הטעות צריכה להתקיים כבר בזמן ההתקשרות.
3. הטעות היא חמורה ויסודית

דרישות לגבי תנאי:

תנאי כפול- מה יקרה אם כן ומה יקרה אם לא.

לא נאמר מפורשת= תנאי מכללא.

הטעות והתנאי במוסד הקידושין

משנה במסכת כתובות- 2 מציאויות בהן הגבר שנשא אישה עלול להתבאס:

1. מומים- רק לגבי מומים נסתרים.
 2. נדרים.
- התרת נדרים- חקירת המצב הנפשי וגמ"ד בעת נדירת הנדר.
 - קטינה נודרת- אביה/בעלה יכולים להתיר באותו יום.

קידושין בהתנאה מפורשת

מסכת כתובות: "המקדש את האישה...אינה מקודשת"

התנאת תנאי-

1. מומים נוראיים בעיני האדם הסביר.

2. כל מום ונדר.

פרשנות התנאי לפי האמוראים : רב פפא ורב אשי ;

- **רבי אשי**- האדם הסביר, הפסיקה המקובלת.
- **רב פפא**- כל מום.

קידושין בתנאי מפורש

מה מוגדר כמום? רק פיזי או גם נפשי?

- **אופי כפייתי, סגפנות, ריח רע, קול עבה, חוסר סימטריה וכו'...**

משנה קבעה : כל המומים הפוסלים בכהנים- פוסלים בנשים.

כהן שיש בו מום לא משרת בבית המקדש.

רשימה סגורה?

קיימת גישת פוסקים הקובעת כי הרשימה כן סגורה!

סיבה : הרחבת הרשימה **מסכנת את מוסד הקידושין**- כלי קיצוני- **ישחררו נשים בלי גט.**

הגישה הרווחת בין הפוסקים : **האדם הסביר.**

- **הרב דוד פרידמן**- מצדד באדם הסביר- **אפילפסיה- כיום ניתן לטפל.**

תנאי מפורש בקידושין ואין תנאי מפורש בנישואין

בעבר הפרדה בין נישואין וקידושין.

הקידוש עם תנאי בנישואים כבר לא.

תנאי בקידושין ובנישואין

אם התגלה מום/נדר אין צורך בגט.

קידושין בלא תנאי מפורש- לא בקידושין ולא בנישואין

מוסד הטעות במשפט העברי לעומת דיני החוזים :

1. במשפט העברי צריך שזה יפריע לו סובייקטיבית.
2. התאמה בין מה שחשבו ומה שהיה בפועל- גם בחוזי וגם בעברי.
3. עקב הטעות-נכרת החוזה.
4. טעות משמעותית.

שימוש כיום

- חזקת טב למיטב- חזקה ראייתית לגבי אומדן דעת האישה- חזקה הלכתית שהאישה תעדיף תמיד להשאר נשואה מאשר לבדה. רלוונטי לגמ"ד של האישה.