**הבחנה בין דיני איסורים לדיני ממונות**

אין בהלכה הבחנה בין משפט פלילי לאזרחי אך ישנה הפרדה בין דיני ממנות (בין אדם לחברו- עניינים כלכליים) ודיני איסורים (מותר ואסור ע"פ ההלכה). כך שאם ישנו **ספק** בדיני איסורים הנטייה היא להחמיר ואילו בדיני ממונות ישנה נטייה לגמישות והקלה.

בדיני ממנות ישנה מחלוקת אם ניתן להתנות לגביהם – ההלכה הפסוקה היא שכן. לדוגמא האישה יכולה להתנות שהנכסים שלה לא יהיו של הבעל כל עוד מפרטת זאת בהסכם במפורש. אם לא ברור נפרש בצמצום.(ההבדל בין "בנכסיך" לבין "נכסיך ופירותיהן ופירות פירותיהן בחייך ומותך").

דוגמא 2 על ייבום לא ניתן להתנות את הנישואין – מדובר באיסור ולא ממון

דוגמא 3- בדיני הונאה (יכולה לקרות אף בתום לב) הצד הנפגע יכול לקבל החזר/ביטול. נוכל להתנות שלא יהיה אפשרות לביטול/החזר בתנאי ונאמר במפורשות והוסכם ע"י הצדדים שישנו סיכוי להונאה

שמיטה בכדי לבטל את החוק של ויתור החוב בשנת שמיטה צריך להיות הדבר למקרה ספציפי כדי להמשיך לקדם את הערך של השמיטה ולא לבטל איסור

התנייה באמצעות דיני גויים- ניתנת נדוניה ואז נפטרת האישה לפי ההלכה הכסף של הבעל אך לפי נוהג שבא מהגויים הכסף חוזר לאב. אפשר לומר שהנישואים מראש הותנו על המנהג (תנאי מכללא) אז מצד אחד אפשר לקבל זאת בגלל שזה מנהג קיים אך מצד שני מדובר על מנהג שהגיע מדין זר.

ספק אם דיני ממנות או איסורים- מצא חפץ שלא בטוח שלו. אם זה כסף אז ממונות ואם יש ספק מקלים וזה שלו. בכדי לומר שזה גניבה קודם צריך להחליט של מי זה כך שקודם קניין (ממון) ואז בשאלת האיסור. **דיני האיסורים רוכבים על דיני הממונות.**

סיכום בנקודות –

* דיני איסורים יותר נוקשים, אי אפשר להתנות – איסור ייבום לדוגמה ודוגמת איסור בריבית בשטר החוב.

בניגוד, לדיני הממונות שהם גמישים יותר ואפשר להתנות – פירות האישה, אפשר להשאיר לה אך יש צורך בדיוק רב בניסוח. לכן, יש מקום בתקנות חכמים והתניות. בנוסף, פרוסבול – התנייה על דיני ממונות בשנת שמיטה, עקיפה של התקנה. דוגמה נוספת, התנייה בדיני הונאה.

* בדיני איסורים נוטים להקשות ובדיני ממונות נוטים להקל.
* דיני הממונות רוכבים על דיני האיסורים – קודם נקבע אם מדובר בעניין שבממון ולאחר מכן אם לא נקבע שהוא איסור. דוגמה - מצא חפץ שלא בטוח שלו. אם זה כסף אז ממונות ואם יש ספק מקלים וזה שלו. בכדי לומר שזה גניבה קודם צריך להחליט של מי זה כך שקודם קניין (ממון) ואז בשאלת האיסור.

**תורה שבכתב לבין תורה שבעל"פ**

משה קיבל גם את התורה בכתב וגם בעל"פ שבכוונה ניתנה בעל"פ למרות החשש לאי דיוק כדי שתישאר חסויה וכדי שנוכל **להתאים אותה** למציאות המשתנה. מאפשר גמישות.

1. **פירושים מקובלים מפי משה**- הלכות שנאמרו למשה בהר סיני ואפשר למצוא לזה אסמכתא בכתב. דאורייתא לא ניתן לערעור
2. **הלכה למשה מסיני**- הלכות שלא ניתן להן למצוא אסמכתא(עיגון) בכתובים. כמו 1

**החלק הראשון והשני לא ניתנים לערעור/מחלוקת לדעת הרמב"ם. אלא עשויה להיות טעות בהעברת מידע.**

1. **דינים שהוציאו על דרכי הסברא**- הלכות שחכמים מסיקים בעצמם לאחר לימוד של התורה שבכתב. חלק שלא נמסר בהר סיני. חכמים אמרו על התורה אין תשובה חד משמעית
2. **הגזרות שתיקנו הנביאים והחכמים בכל דור ודור**- חקיקה ולא פרשנות. חקיקה של החכמים. דרבנן- ניתן לערעור
3. **הדינים העשויים על דרך החקירה וההסכמה בדברים הנוהגים בין בני אדם**- תקנות של חכמים בין אדם וחברו/ עשייה דתית- לא איסורים. דרבנן- ניתן לערעור

**איך מחליטים? אם אמרו במפורש שזה מהתורה נקשיב(דאורייתא). אך אם לא אמרו- דברי חכמים (דרבנן)- הרמב"ן אומר הפוך כלומר הביררת מחדל היא דין תורה**

סמכות חכמים

נקשיב לדעת הרוב בבית הדין (מקומי ואם לא יודע אז לבית הדין בירושלים).

זקן ממרא- דיין שנתן דעת מיעוט ואז הלך וציווה על העם לנהוג כדעתו – עונש מוות

מה קורה אם אני לא מסכים? **מצד אחד** אומרים תפעל לפיהם טוטאלית (אפילו אם אמרו שימין זה שמאל) אם אתה מאמין בתורה תאמין גם בחכמים שקיבלו סמכות מהתורה שלקחה בחשבון שיטעו לפעמים הכל במטרה להבטיח אחדות- המחיר שווה את זה. דוגמא הכריחו אדם לאכול ביום שלדעתו הוא יום כיפור כדי להראות גם לעם שמקשיבים לבית הדין גם אם לא מסכימים איתו. **מצד שני** הירושלמי אומרים שחובת הציות מותנת בכך שזו לא טעות- מי שמוסמך לקבוע? אם בית הדין גרם לטעיית אנשים הוא מקריב קורבן כי אשמתו. אך אם אדם שידע שזוהי טעות ועדיין עשה זאת הוא שגה בדרכיו וצריך להביא קורבן עצמאי. – הדעה הזאת לא המקובלת. תפקידו של בית הדין היא אף לסטות מהכלל כשצריך - ודיין שלא עושה זאת הוא כמחריב עולם. אדם לא חכם עלול לחשוב שהם טעו בסטייה אך זוהי אינה טעות בנסיבות אלו.

המחלוקת

הפרוצדורה שמנעה מחלוקות פעם. היה סנהדרין (כאשר בדיני נפשות היה צורך ב23 דיינים לפחות ומקסימום 71 של הסנהדרין וכן לפחות אחד היה לטובת הנאשם). כאשר מתעוררת שאלה בדיני ממונות וטהרה יפנה האדם לבית הדין בעירו (אם אין הכי סומך שיש) -אם יש תשובה מוכרת נותנים לו אך אם לא יודעים לא מכריעים אלא שולחים אותו לבית הדין הבא בליווי אחד הדיינים שיודע להסביר את השאלה. וכן הלאה עד שמגיעים לירושלים קודם לבית הדין הכי רחוק מסנהדרין – הר הבית, אם גם הוא לא שמע נפנה לקרוב יותר לבית הדין הגדול – החייל ולבסוף הולכים לבית הדין הגדול (הסנהדרין) ואם אם הגענו לסיטואציה שבה לאף דיין אין מסורת הלכתית בשאלה הזו, עומדים במניין- עושים דיון ומביאים טיעונים ולאחר מכן מבצעים הצבעה על פי רוב. כל שאף אחד חוץ מהסנהדרין לא מכריע משהו חדש אלא מעביר מסורת ומנחיל הלכות קודמות. וכן ככל שמקרבים לירושלים ולבית הדין הגדול יש יותר סיכוי שיכירו מקרה עבר.

בית הדין בעירך 🡨בית דין בעיר הסמוכה🡨 הר הבית🡨חייל🡨בית הדין הגדול (סנהדרין)

איך קרתה המחלוקת? בהתחלה היו מעט מחלוקות (למשל 4) ואז בין בית הילל לבת שמאי נוצרו המון מחלוקות ואז ברגע ש"רכבת המחלוקות" יצאה לדרך אין ממנה חזרה עד שיגיע המשיח ולכן צריך לדעת לחיות איתה. עד כה ראינו את אלו שרואים את המחלוקת כשלילית אך יש הרואים במחלוקת כדבר **חיובי**- דעת המיעוט היא חשובה ואין להשמיט אותה בכדי שאדם יוכל להבין **מהי העמדה המבוטלת הלא נכונה** .   
סיבה נוספת היא מתוקף שיקולים פרקטים, **על מנת לחזק את דעת הרוב** וכן ויש לדעת המיעוט לגיטימציה בכדי שנדע שגם היא לגיטימית על אף שאינה מקובלת כרגע אך **נוכל להשתמש בה במקרים נדירים בעת הצורך**. למשל מקרה של דעת רוב שקבעה שאסור לטלטל נר בשבת גם לאחר שכבה אך הייתה דעת מיעוט שאמרה שאם כבה אפשר. נוצרה בעיה בגלות במהלך חנוכה כאשר במשך השבוע היו היהודים מכניסים את החנוכייה מעבר לעדן החלון לאחר זמן קצר כי הגויים ראו בדבר ככישופים. אך בשבת לא יכלו לעשות זאת לפי דעת הרוב ולכן ניתן להם אישור מיוחד להשתמש בדעת המיעוט ולהכניס את החנוכייה לאחר שכבו הנרות. דעת המיעוט עדיין קיימת ולגיטימית- בדיוק למקרים כמו אלו. בשעות של צורך מיוחד אפשר להשתמש בעמדת המיעוט -כי זוהי **שעת דחק** כרגע אז יש צורך מיוחד ודעת המיעוט היא הפתרון.  
דוגמא יותר מרחיקת לכת אומרת שבמידה ואדם אומר שהוא מעדיף לא ללמוד כלום כי ישנן דעות שונות ואין עמדה אחת קבועה, יש להגיד לו כי את כל הדעות נתן לנו האל. המקור הזה טוען כי כל הדעות לגיטימיות ומקורן מאלוקים. יש לשמוע גם את הטמא וגם את הטהור. **ריבוי הדעות מפרה!**

לפי מי מכריעים בית הלל או בית שמאי? לפי בית הלל (המקלים) מאחר והיו יותר נוחים וצנועים- למדו קודם את של בית שמאי ואז את שלהם והיו מוכנים לנהל דיון אמת ולשקול דעות שונות משלהם.

גישה חיובית נוספת למחלוקת היא שהמחלוקת לא כתקלה או ירידת הדורות אלא שאלוהים בעצמו השאיר את הדברים פתוחים. המחלוקת מהמקור הנ״ל נתפסת לא כתקלה או ירידת הדורות אלא כדבר שנועד לכך מלכתחילה.

לעומת הרמב"ם שרואה במי שחולק על שקיבל משה בהר סיני (בכתב ובעל"פ) זה טעות אצל החולק כי הוא לא חכם מספיק בכדי להבין. אך, זאת לא הדעה המקובלת משום שהרוב רואים במחלוקת באלו כהגיונית עקב טעות בהעברת המידע והמסורת במשך השנים כי יתכנו מקרים שלא הקשיבו כמו שצריך.

סיבות חיוביות למחלוקת:

1. שנוכל להשתמש בדעת מיעוט למקרים מיוחדים ושנדע את המיעוט ונבין מהי הדעה הפסולה.
2. כי ככה אלוהים התכוון – "לא בשמיים היא", "ניצחוני בניי", תנורו של עכנאי. הייתה מחלוקת בין החכמים ואלוהים נתן להם ללכת על פי דעת הרוב שלהם, למרות שטעו – נתן להם להחליט בעצמו כי נתן לחכמים את הסמכות לפתור מחלוקות.
3. לאדם שלא רוצה ללמוד בכלל כי יש המון דעות אומרים לו ש"ריבוי דעות מפרה".

**האם ניתן להכריע במחלוקות ולחדש הלכות בכלים שמימיים(בעזרת נבואה או בת קול)?**

כביבול ישנה בעיה מאחר וההלכות בעל"פ משתנות עם השנים אבל במקור שרואים שכל פעם ששאלו את משה או שמואל או נביאים נוספים לשאול את אלוהים ולומר להם מהי ההלכה שיש בה מחלוקת הם סירבו לעשות זאת ואמרו שהתורה כבר "לא בשמיים היא". הרמב"ם אף אומר שזה שהחכם הוא נביא זה מקרי ולא מחייב( היותם נביאים לא תורמת להכרעתם) וברגע שהוא משתמש בנבואה בשביל לחדש או להכריע במשהו הוא הופך לנביא שקר גם אם במשך שנים רק חיזק את העם בשמירת התורה. כאשר ה' נתן למשה את התורה הוא הבטיח כי לא יהיה תוספת לכך אז מי שטוען שיש לו נבואה שמוסיפה מצוות הוא משקר. התפקיד של נביא הוא לדרבן לקיים את המצוות וכן יש מבחנים בהם מוכיח בעזרת אותות ומופתים את יכולותיו לפני שנחשב נביא אמת. (יכול להתייחס גם לנצרות כי התחילה מנבואה שמוסיפה). דוגמא מקצינה היא כאשר הוסיף משהו הכי קטן (במקום 1999 אמה ל2001 אמה) הוא כבר נביא שקר. **פרשנות חכמים של נביאים היא לגיטימית, אלא אם כן הוא טוען כי הפרשנות נאמרה לו ע״י האל.** היותו נביא לא נותן שום יתרון להכרעה גם אם מדובר במלא נביאים גדולים כל עוד אינם רוב לא נכריע לפיהם.

מנגד, יש שרואים בכלים שמימים כבעלי יכולת הכרעה. לדוגמא בת קול שאמרה להכריע בבית הלל (לא משנה הכרעה אלא רק בא מרצונה החופשי לחזק את הרוב). מקור שאומר שהאיסור להוסיף וגרוע מתייחס לפשוטי העם ולא לחכמים ונביאים ואף מוסיף שלנביאים יש יכולות שעוזרת להם להכריע ולכן יש להם את היכולות לעשות זאת.

לכאורה יש בעיה מכיוון שהאיסור אומר שנביאים לא יכולים להוסיף מצוות חדשות (הם הופכים לנביאי שקר) אבל בתנ"ך ישנם מס' לא מבוטל של נביאים שאכן מוסיפים מצוות ומחדשים בעקבות נבואותיהם. הפתרון לכך – נביאים אלו לא חידשו אלא הדגישו והביאו לתשומת ליבנו מצוות שהיו קיימות ונשכחו.

תנורו של עכנאי

הייתה מחלוקת באשר אם כלי שנשבר וחיברו אותו בעזרת חול נחשב שלם ומקבל טומאה? הייתה דעת רוב שאמרה שזה כלי שלם שמקבל טומאה אך רבי אליעזר לא הסכים (דעת מיעוט). הוא הראה באותות ומופתים את שצודק ואף קרא לבת קול שתכריע בעדו. דרך זו לא נכונה כי אסור לעשות זאת גם אם הוא באמת צודק ה' לקח בחשבון שיש פעמים שיכריעו בדרך נכונה משהו שלא התכוון אליו. הוא אמר מראש לא לקבל כלים שמימיים. בכדי להראות לו את הדבר הפסול שעשה הם גם ביטלו את כל ההכרעות העבר שלו למפרע (בניגוד לכללים הרגילים שאומרים שרק שמכריע דיין מיעוט לא נתייחס אך לא נשלול דעות עבר שהיו רוב) כי הוויכוח נעשה עקרוני על איך מכריעים הלכה. וכן נידו אותו אך חששו לספר לו אז נתנו לאדם שמכיר לעשות זאת וכן בא אליו בסימני אבל כי היה לו מצער לבשר לו בשורה כזאת, למרות כעסו הגדול הוא קיבל את זה אך נפגע רבות ונגרם נזק לעולם מדמעותיו. רבי גמליאל שהחליט לפגוע ברבי אלעזר נקלע לסכנה אך אמר שעשה זאת לטובת עם ישראל שלא יהיה מחלוקת ולא יכריע בכלים לא נכונים, מקבלים זאת כי עשה את הדבר הנכון. רבי אליעזר אמנם צדק אך **לא ניתן להשתמש בכוחות שמימיים על מנת לחדש הלכות** ולכן לא ניתן היה לקבל את דעתו כי הייתה דעת מיעוט. כך רואים שכל העמדות לגיטימיות ואין אמת אחת אלא יש כלים שבאמצעותם צריך להכריע.

למה פה בת קול לא התקבל ובבית הלל ובית שמאי כן? בת קול לא יכולה להכריע אלא לחזק. וכן פה רבי אלעזר קרא לה ובא רק כדי לא לבייש אותו ובבית הלל באה מרצונה.

יש מקור **שמיישב בין שתי הדעות** ואומר שכאשר אפשר להכריע לפי כלים שכליים נעשה זאת אך במקום שבו מגיעים לדרך ללא מוצא, אפשר להשתמש בכוחות שמימיים. במקרה של הבת קול הראשון בבית הלל היא הגיעה כי לא היה רוב מוחץ אז היא הגיעה לחזק – יש לה משקל אבל לא יכולה להכריע לגמרי. אבל בתנור היה דרך להכריע בלעדיה לכן לה היה בה צורך.

איזה רוב קובע? **לא מודדים את כמות השומעים את המסורת אלא את כמות מעבירי המסורת.** הרוב המכריע הוא רוב המסורות ולא בהכרח רוב מהאנשים הנמצאים באותה עת בבית הדין. השומעים הם רק צינור, מה שחשוב בהכרעת הלכה זה כמה אנשים העבירו את המסורת. וכן במקום שבו **אין רוב** ויש לקבל הכרעה נבחר את דעתו של מי שחכם יותר ויש לו מנין (יותר תלמידים או חכמים המסכימים איתו) גדול יותר. אם אין רוב בחוכמה עם דין תורה נחמיר ודין חכמים מקלים.

מדוע לא ניתן לחלוק על דורות קודמים(המשנה והתלמוד)?

1. העם והחכמים בתקופת התנאים לפני הפילוג קיבל על עצמו ברובו את התקנות בתלמוד ולא ניתן לחלוק עליו. דבר זה מחייב את כולם. כוחו של התלמוד או המשנה לא נובעים מתפסיה בסיסית שלא אפשרה לחלוק עליהם אלא מסוג של מוסכמה. ייתכן שנעשה כדי למנוע מחלוקות. – **לא בהכרח חייב הלכה כראשונים אלא במקרה זה הייתה סיבה שהיא מוסכמה**. דעה נוספת אומרת שעל גזרות ותקנות של בתי דין קודמים אי אפשר לחלוק אבל על פרשנות קודמת כן. אבל במקרה הזה אמוראים לא חולקים על תנאים כי יש הסכמה אז לא נחלוק למרות שהספרים הם פרשנות.
2. הלכה כראשונים (קמא) כי הייתה ירידת דורות ולכן התלמוד והמשנה לא חלוקים.

השלכה להלכה כראשונים היא בבית דין שטעה- דיין שטעה עשוי פסק דינו להתבטל ואף יצטרך לפצות את הנפגע(אחריות נזיקית). ההבחנה היא בין ״טעות בדבר משנה״ לבין ״טעות בשיקול דעת״.

**טעות בדבר משנה**- פסק הדין מוטעה ועל כן יש לבטלו. טעות בדבר מפורש- יש משנה או תלמוד שאומרים במפורשות אחרת ולכן הוא טעה בהחלטתו.

**טעות בשק״ד**- פסק הדין לא מבוטל אבל הדיין צריך לפצות את הצד שנפגע מכיסו. אין קביעה חד משמעית מהו הדין בהקשר מסוים כך שיתכן ובית הדין יפסוק לפי דעה אחת והפונה יטען כי הדעה השנייה היא הנכונה. לכן בגלל שיכול להיות שטעה הוא יפצה מכיסו אבל לא יבוטל הפס"ד . בגלל שלא ניתן לדעת מתי הטעות היא בשיקול דעת לרוב גם לא ינמקו הדיינים הכרעתם.

הלכה כקמא (מוקדמים) או הלכה כבתראי (מאוחרים)

1. הלכה כאחרונים (בתראי)- לאחרונים הייתה אפשרות להתמודד עם הראשונים אבל לא ההפך (לכן גם תלמוד בבלי ולא ירושלמי). המחשה במשל הגמד והענק – הגמד יושב על גב הענק אמנם יותר קטן אך רואה יותר כך אנחנו קטנים יותר בחכמה אך עם ההסתמכות על הגדולים יש לנו יותר כוח. **סייג** הדבר תקף רק אם האחרון באמת הכיר את הספר של הראשון.

* הלכה כבתראי רק לגבי אמוראים: עד אמצע תקופת האמוראים נעדיף את החכם המוקדם יותר. לעומת זאת אם ניתקל במחלוקת שמעורבים בה אמוראים יותר מאוחרים, נעדיף דווקא את האמורא המאוחר יותר. בגלל שמאז תקופה זו בגלל הרבי רבא החלו לדקדק יותר כלומר לדון ולאמת נימוקים ולא רק לשנן.
* עמדת ביינים פוסק מאוחר צריך להיות חכם יותר מפוסק מוקדם. כלומר להיות מתמצה בכל הנושאים שהיה המאוחר ואך יותר - ככל שהפוסק המאוחר יהיה פחות ברמתו מבחינת היקף, נעדיף את המוקדם. התנאי הזה מבחינה פורמלית מאפשר הלכה כבתראי אבל ברמה הפרקטית אומר כי הראשונים מועדפים.

1. הלכה כראשונים- רק בתקופת התלמוד והמשנה קבעו בזמנם כאחרונים אבל דיברו רק על עצמם ובכללי צריך כראשונים.
2. נייטרלי- אין עדיפות של אחד על השני אלא כל מקרה לגופו

רבי יוסף קארו בספרו בית יוסף (הלכה כראשונים)- בגלל שלא מצופה מכל בן אדם שילמד את כל הספרים שיש לפני שמכריע ואי אפשר רק לקרוא ספרי קיצור כי לא מנמקים דעות. לכן החליט לרכז כל נושא ולהכריע בעזרת 3 גדולים (הרי"ף, הרמב"ם ורא"ש) אם אחד לא הכריע אז ישתמש בפוסקים אחרים ואם אף אחד לא הכריע יפסוק לפי חכמים. לעיתים גם יפסוק לפי מיעוט אם הדעה היא המנהג המקובל.

הרמ"א בספרו דרכי משה- לא הסתפק בקארו כי הקהילה של הרמ"א הייתה אשכנז והם הלכו לפי הלכה כבתראי (אחרונים) ולא כמוהו כראשונים.

**סמכות חכמים כפרשנים**

תקדים מחייב

יש האומרים שאי אפשר לקבל אוטומטית תקדים מחייב בגלל שאי אפשר לדעת מה היו השיקולים הפנימיים של אותו פוסק באותו רגע. אתה יכול לפסוק אחרת ממנו אבל לא לשלול את החלטתו (לא לבטל/למחוק את הפסיקה הקודמת). אף יש המחייבים לקבוע לפי שיקול דעתך גם אם המקרה בדיוק אותו דבר לדעתך. למי שמפחד לקחת אחריות על פסיקתו אומרים שהוא נשפט על האם ביצע את שלו כרואה לנכון ולא האם פסק נכון.

מקור המייחס לתקדים משקל חזק- עדיף ללמוד משו"תים המתייחסים למקרים קונקרטיים ואמיתיים ולא מספרי פסיקה שמדברים על מקרים תאורטיים.

מקור המייחס לתקדים משקל נמוך- לא לקחת אוטומטית את התקדים אלא התקדים חשוב כדי להעשיר ולסייע לשיקול דעתו של הפוסק.

קים לי ="אני סבור"

טענה הקיימת בדיני ממונות. הנתבע, שבאים להוציא ממנו ממון, יכול מכוח טענת קים לי לומר שהוא לא משלם. אפשר לתת פסק דין אבל אי אפשר לקיים אותו. זוהי טענה שיכול לטעון רק הנתבע ולא התובע (וגם לא בית הדין), היא טענה הגנה ואין בכוחה להוציא ממון. חובת ההוכחה היא על האדם שדורש רכוש ממישהו אחר "המוציא מחברו". **הבעיה** היא שוללת את שיקול דעתו ופסיקתו של בית המשפט ולכן שימוש מופרז עלול לפגום בהתנהלות וסמכות ביהמ"ש. לכן נוצרו **הגבלות לצמצום טענת הקים לי**:

* לא ניתן לטעון טענת קים לי כנגד דעתם של השולחן ערוך והרמ״א במידה והם הכריעו באופן מוסכם לגבי עמדה מסוימת. בגלל שאלו ספרים חשובים שלא מרבים לטעות.
* יש צורך בטענה עם אחיזה של ממש בפסיקה ההלכתית ולא עמדה נידחת.

**צמצום ע"י תנאים לקים לי** באשר לעקביות הפוסקים שנסתמכים עליהם:

1. **לא ניתן לפסוק כנגד פוסק אזורי(הרב המקומי)-** הוא המקובל באזור ויש לכבד אותו
2. לא ניתן לטעון טענת קים לי כנגד **המנהג** המקומי.
3. ניתן לטעון קים לי רק במקום בוא יש **מחלוקת בין דעת יחיד לדעת יחיד** (לא ניתן לטעון קים לי כנגד דעת הרוב)
4. הדעות צריכות להיות **זהות מבחינת מעמדן**. אנשים שווים בחוכמתם ושניהם מפורסמים ומוכרים

**סמכות חכמים כמחוקקים(תקנות וגזרות)**

מקור לסמכות: בברכה לחג החנוכה ישנה ברכה לה' אך זהו אינו חג שה' ציווה עלינו לחגוג. הביסוס לכך שאפשר לברך בכל זאת בא לידי ביטוי בשני מקורות:

א. הפס' "**לא תסור**" מדברי חכמים – ציווי **הלכתי**. הסיבה לכך שאפשר לברך את ה' היא כי ה' ציווה עלינו להקשיב לחכמים ולכן הם המקור סמכות שלנו. ה׳ ציווה עלינו לשמוע לחכמים. יש שמתנגדים לנימוק זה בטענה שהציווי מה' הופך את כל הוראות החכמים למצוות התורה. לכן תומכים בנימוק השני.

ב. "**שאל אביך ויגדך זקניך ויאמרו לך**" שהינו פחות חזק מאחר והציווי שם מגיע מתוך צידוק **מוסרי** ולא חובה הלכתית כמו הראשון.

סמכות החכמים להוסיף על הוראות התורה מתנגשת על פניו עם הפסוק שאומר שאסור להוסיף או לגרוע על ההוראות של התורה עצמה. **כיצד זה מתיישב עם סמכות חכמים?**

1. האיסור להוסיף ולגרוע אומר לא להתערב בתוכן מצווה קיימת- לא להתערב בתוכן הפנימי של מצווה (לתפילין יש ארבע חלקים ולא ניתן לשנות זאת)
2. האיסור להוסיף ולגרוע קיים רק עבור העם, לחכמים מותר להוסיף ולגרוע. לדוגמא: במקרה של חג שלא יודעים מתי לחגוג אותו ולכן מוסיפים יום (יום שני של גלויות) בכדי למנוע מצב שלא נחגוג. יכלו להוסיף גם בתוך הפנימי של הציווי מכיוון שהם חכמים ולא פשוטי עם. התייחסות לשני הנימוקים.

**המשותף לכל ההסברים הוא שנמצאה דרך ליישב את האיסור להוסיף ולגרוע עם סמכותם של החכמים.**

היקף הסמכות של החכמים: מותר להוסיף ולגרוע בתנאי שלא ייחסו לתורה. לדוגמא מותר להם לאסור לא לאכול עוף עם חלב למרות שהתורה מתירה אך לא לומר שזה אסור בגלל שזה מהתורה. **יש הגבלה שחכמים רשאים ״לעקור דבר מן התורה״ ב-״שב ואל תעשה״ ואינם רשאים ב-״קום ועשה״ אלא בהוראת שעה**. אם התורה אמרה לקיים מותר לחכמים להגיד אל תעשה (לא לקיים חובה דתית). חכמים אינם רשאים להורות על עשייה של דבר אסור. החכמים מבטלים מצווה רק שיש צורך בכך בכדי לחזק את שמירת המצוות או לא לעבור על איסור בסופו של דבר. לדוגמא: אסור לתקוע בשופר אם יצא החג בשבת כדי שלא יוביל הדבר לעשיית פעולות נוספות שאסור לעשות. דוגמא נוספת היא בנטילת ארבעת המינים- אם סוכות חל בשבת לא נוטלים את ארבעת המינים. בדוגמאות אלו חכמים **לא ביטלו לחלוטין** את המצווה, בשנה שבה החג חל ביום חול, יש אישור לתקוע בשופר ולנטול את המינים.

נסיבות שבהן חכמים יהיו מוסמכים להורות לעבור על איסור מהתורה

1. הפקר בית דין
2. הוראת שעה
3. הוראת שעה בענישה
4. הפקעת קידושין
5. **הפקר בית דין**

דוגמא: איסור לנטוע כלאיים, שי זנים שונים אחד ליד השני. אך אם כבר נזרעו, מותר לאכול מהם. בגלל שאין סנקציה נגרמה מציאות שבה אנשים היו זורעים כלאים ומתרצים את העניין. כדי למנוע את המצב הזה, בחודש אדר (מתחילה הנביטה) היו יוצאים שליחי בית דין ובודקים את השדות ומפקירים את השדה של מי שגידל כלאיים. מתירים אותה לכולם על מנת לפגוע בפרנסה של הזורע ולהרתיע אנשים מלגדל כלאים. הסמכות לעשות זאת הייתה כי יש לחכמים סמכות להפקיר רכוש של אדם ומי שלוקח לא ייחשב גזלן (החזקה של אחר לא כדין) מאחר והם הפכו את השדה לרכוש של כולם. הסמכות של החכמים להפקיר את רכושו של בעל השדה מתגברת על איסור גזל. בנסיבות רגילות לקיחה של הפירות נחשבת כגזל אך לא במקרה הנ״ל מאחר **והפקר בית דין- הפקר**.

הסמכות לעשות הפקר בתנ"ך: מקור בו אדם אומר שמי שלא הגיע לאספה מפקירים את רכושו- נראה שיש סמכות לעשות את הדבר. וכן הנחלת נחלות – הפקעה של נחלה והתירה לכולם להשתמש בה- כמו שאב יכול להחליט למי לחלק את הקרקע בבעלותו ולהעביר לאחר כך גם הם יכולים.

הפקרה של ממון אם לא התנהג האדם כשורה- ילד אשר אין לו כשרות משפטית לשייך לעצמו ממון אם מצא ברחוב שטר, אך אדם שלקח מהילד עשה דבר לא מוסרי למרות שמשפטית לא היה איסור ולא יחשב גזלן. לכן מאחר ולא רוצים לעודד התנהגות כזאת הם הופכים את האדם שחטף לגזלן ומשייכים את השטר לילד ומשפחתו. הם לכאורה מעבירים את הרכוש מאחד לשני (מהחוטף למשפחת הילד).

דוגמה א – עם הכלאיים, דוגמה להפקר לציבור. בנוסף, דוגמא ב עם הילד והחוטף - לחכמים סמכות להעביר מאחד לאחר.

בשתי הדוגמאות הללו בהפקר בית דין השתמשו כאמצעי ענישה או סנקציה. זה אומנם היה השימוש המקורי אבל בפועל השימוש היה הרבה יותר רחב. חלק גדול מהתקנות בדיני ממונות מבוססים על הפקר בית דין הפקר.

לדוגמא: בשנת שמיטה בה נמחקים חוקות לפרטיים ולא לרשות ציבורית. זה גרם להימנעות להלוות לעניים ולכן הגדירו את **הפרוסבול**- **הפיכת חוב פרטי לחוב ציבורי**. במקום למחוק את החוב מעבירים אותו לבית הדין כך שהוא הופך להיות האדם שצריך לשלם לו אך הוא לא באמת יגבה את החוב אלא לאחר שנת השמיטה יחזיר את הזכות לגבייה חזרה לאדם שהלווה. פורמלית לא ביטלו את דין שמיטת החובות אבל מעשית כמעט כולם עשו פרוסבול.

1. **הוראת שעה**

לא ביטול לדורות אלא צורך זמני. הוראת שעה יכולה להימשך גם זמן רב אבל ברמת התפיסה העקרונית האיסור לא מבוטל. פורמלית האיסור עדיין קיים ולא מבוטל.

לדוגמא כדי לעצור את העבודה הזרה אליהו הנביא עושה להם מבחן לראות מי האלוהים האמיתי. כל אחד מנסה לגרום לאל שלו להצית את הקורבן שהניחו. הם לא מצליחים והוא מצליח בקלות אפילו שהכל מוצף במים. המזבח שהקים היה מחוץ לבית המקדש- איסור כשיש בית מקדש לעשות במות. אך אליהו עובר על האיסור אך באופן זמני- הוראת שעה בכדי שעדיף לעבור על איסור אחד עכשיו ואז למנוע עבירה על איסורים רבים ובמקום זה לגרום לחיזוק שמירת המצוות.

כך אפשר לבטל מצוות עשה וגם מצוות לא תעשה פשוט בהוראת שעה. כמו לדוגמא שהתירו לכתוב את התורה שבעל"פ מהחשש שישכחו אותה. הוראת שעה שנמשכת עד היום. יש משהו סמלי ברצון שהאמירה שתישאר זמנית.

1. **הוראת שעה בענישה**

העונשים בתורה הם קשים- מלקות, עונש מוות וכאלה אך בפועל ישנן הגבלות רבות על ניתנת עונשים אלו כך שכמעט ולא באים לידי ביטוי.

דוגמא לענישה בהוראת שעה: אדם שרכב על סוס בשבת (דבר המותר בתורה אך אסור לפי תקנות) והחליטו לסקול אותו. הקושי הוא שלפי ההגיון לא ניתן להעניש אדם אם לא אזהרת אותו קודם שיהרגו אותו על כך אך במקרה חריג זה ישנו צורך מיוחד. וכן לרוב אנשים לא יודעים להבדיל בין איסורים מהתורה או מחכמים. אך במקרה זה מדובר בתקופה בה היה מאבק מיוחד על שמירת השבת מחשש שאנשים יתרחקו מהדת ולכן במקרה זה כדי שלא יגרור הדבר עבירות אחרות הטילו את העונש הכבד בכדי להרתיע את השאר.

מקרה נוסף אדם שביצע קיום יחסי אישות עם אישתו (דבר מותר) אך במקום פומבי. ולכן בית הדין הלקו אותו. יש כאן הוראת שעה למרות שזה לא דבר אסור לקיים יחסים עם אשתו, מכיוון שהדבר שהוא לא צנוע נתנו לו עונד מלקות.

בשני המקרים בית הדין מעניש ונותן עונש למי שלא מגיע לו. גם לבית דין אסור לחרוג ממסגרת הענישה של התורה, אך הוא עושה את זה במסגרת של הוראת שעה. הוא לא משנה את הכלל אלא חורג ממנו חד פעמי להבעת תועלת.

דוגמא נוספת הוצאה להורג של 80 אנשים שעסקו בכישופים למרות שאסור להוציא להורג בצורה זו ויותר מאחד בכל פעם. אך במקרה זה היה צורך לטפל במצב, לכן הסיבה צריכה להיות טובה מספיק אך כעיקרון ניתן לחרוג מהכלל. במקרה הזה הסמכות לענישה עברה לחכמים למרות שאינם בעלי הסמכות במקור (רק לבית מקדש וסנהדרין יש). הסמכות שלהם לענישה של עונש מוות לא קיימת אלא הגיעה מהוראת שעה.

**הסמכות להעביר ממון מאדם אחד לשני הגיע מהפקר בית דין כפי שהסמכות לתת עונש גופני הגיעה מהוראת שעה**.

1. **הפקעת קידושין**

אחד האיסורים בתורה הוא איסור אשת איש. אישה נשואה יכולה להיפרד מבעלה רק כאשר מת או ע"י גט שמוסר לה. ניתן לשלוח שליח בשם הבעל אך עשויות להתפתח בעיות מאחר שברגע שנמסר לה הגט היא מגורשת.

מה קורה אם התחרט? הוא יכול לנסות להחזיר את השליח או לעקוף את השליח עם שליח אחר שיגיע קודם להזהיר אותה שהגט שתקבל לא נחשב. אך אם לא הצליח ישנה אופציה אחרת שהיא ללכת לבית הדין בעירו ולמצאו 3 דיינים שיבטלו את הגט- הבעיה במקרה זה היא שהאישה יכולה להמשיך את חייה ולהינשא בשנית בלי לדעת שהיא עוד נשואה ושילדיה ממזרים. לכן התקינו תקנה שאומרת לא לעשות דבר זה מפני "תיקון עולם" (תקנת ציבור) – למנוע היווצרות של תוצאה קשה ובעייתיות.

מחלוקת בנושא- דעה אחת אומרת שביטול גט מרחוק היא דרך תקפה למרות שלא יפה. דעה נוספת אומרת שאם רוצים למנוע מאנשים לנהוג כך צריך לעשות את התקנה אפקטיבית בכך ש**מונעת** אפשרות לעבור עליה – כלומר מי שמסר גט ולא הצליח לבטל את המסירה אז אשתו מגורשת. **הבעיה** פה היא שהיא עדיין נשואה לפי ד**ין תורה** כי מתירה לבטל מרחוק ע"י דיינים אך לפי **תקנת החכמים** היא לא נשואה אלא מגורשת – נוצר מצב של ביטול הציווי לקחת אשת איש. היא תתחתן ותלד ילדים אשר יחשבו ממזרים בעיני התורה ולא בעיני החכמים. יש כאן תקנת חכמים שמשמעותה לעבור על איסור- לאישה נשואה אסור לחיות עם איש אחר. ע"פ דין תורה היא עדיין אמורה להיות אשת איש, אך יש כאן סמכות של חכמים המגדירים אותה כאישה גרושה היכולה להינשא לכל אחד.

איך יכול להיות שמתירים איסור חמור כזה? הגמרא עונה שכאשר אדם מקדש אישה הוא מקדש אותה על דעת חכמים. כלומר, כביכול אדם מקדש אישה בתנאי שחכמים יסכימו.- תנאי מתלה. אין עקירה של דבר מהתורה כי הנישואין היו תלויים באישור החכמים ואם מחליטים יכולים במקרים חריגים לבטל את הנישואין בדיעבד(למפרע)- לומר שלעולם לא היו נשואים לכן הילדים שלה לא ממזרים. נוצר מצד שכביול חיה עם גבר שאינה בעלה כל השנים האלו אך מעדיפים את המצב הזה על השני. עדיף שיחשב שנעשה קיום יחסי אישות שלא כדין מאשר אשת איש.

**הם לא התירו איסור אלא ביטלו בדיעבד את הנישואים כי כל קידושין דורש את האישור שלהם.**

מנגד דוגמא לכך שחכמים כן יכולים לעקור דיו תורה- יש מעשר שצריך לתת לכהן בתרומה- החכמים אומרים שאם הוא בלבל בין ענבים לשמן אפשר לאכול למרות שהתורה אומרת שאסור. החכמים מתירים איסור. כלומר הם יכולים להתיר את האיסור של אשת איש.

לחכמים יש אפשרות להפקיע קידושין למפרע למרות שיכלו גם לעקור מדין תורה- לבטל את איסור אשת איש.

דוגמא נוספת להפקעת קידושין- כפייה של אישה להתחתן היא מעשה לא מוסרי ולא נכון לכן למרות שלפי דין תורה נחשבים הנישואים החכמים מבטלים את הנישואין או בגלל שעוקרים דין תורה או ביטול למפרע. שינהם נחשבים הפקעת קידושין אחד לפי הירושלמי נחשב מהרגע והלאה ואחד לפי הבבלי בדיעבד למפרע. בדר"כ פוסקים למפרע- לפי הבבלי. אם הנישואים לא התקיימו מעולם, אז הילד לא ממזר. אם הנישואים לא תקפים רק מכאן ולהבא, הילד עדיין ממזר כי נולד תוך כדי הנישואים.

**הערמה-** הערמה כדי רישמית לא לעבור על איסור תורה

דוגמאות להערמה על דין תורה כמו בפרוזבול. דוגמא ראשונה **באיסור ריבית על הלוואה** לפי ההלכה: החכמים ייצרו "היתר עסקה" ההופך את ההלוואה למעין עסק משותף בו מותר לגבות ריבית מאחר שאתה בתור משקיע והרווח הוא בעצם רווח ממאמץ משותף. התהליכים הם לא עוברים על החוק אך משתמשים בחוק כדי להפר את החוק.

דוגמא נוספת **באיסור לאכול מתרומות הכהנים.**  במקרה זה למרות שהחכמים אסרו להינשא ליותר מאישה אחת כאשר היה מקרה של מצוקה כלכלית ולחכם היה מלא אוכל ורכוש מתרומות. רק לכוהנים וממשפחותיהם מותר להשתמש בתרומות ולכן קידש 300 נשים כדי להקל על המצוקה הכלכלית. מעשה מסיבות יפות אבל תקף עדיין משפטית כמו נישואים רגילים. מערימים על דין תורה שאומר לא לאכול מהתרומות כי זה רק לכהן ומשפחתו.

דוגמא להערמה על **הקנס בפידון פירות למעשר**. במעשר שני אומר שצריך לאכול את הפירות בירושלים ולמי שקשה יכול לפדות את הפירות בכסף אבל לשאת בקנס. כדי להתחמק מהקנס שחל רק על מי שפודה את הפירות שלו יש שתי הערמות. אחת היא לתת לבן שלך במתנה את הפירות והוא יפדה אותם ללא קנס(כי הוא צד ג ואין לו קנס) והשנייה היא לתת את הפירות ב"מתנה" לאחר ואז לפדות אותם בעצמך אך ללא קנס כי הם לא שלך. כביכול התחמקות מהקנס אך הדבר משפטית עדיין נחשב מתנה. פה לעומת הקידושין אין כוונה טובה.

**איך יודעים שזה לא באמת מתנה?** מקרה של אדם שנדר נדר (מוסיף לעצמו איסורים) לא ליהנות מרכוש של שמעון. אבל אז נקלע למצוקה ורוצה לאכול מהאוכל שלו אז כדי לא לעבור על הנדר שמעון יתן את האוכל במתנה לאחר ואז תאכל ממנו. הבעיה מתעוררת במקרה בו אב נדר לא לאכול מבנו אך רצה לבוא לסעודה של החתונה של הנכד (בן הבן). אז נתן הבן את הסעודה והחצר לשכן כדי שלא יחשבו שלו, אבל כאשר השכן אמר שמחליט להביא אותם לבית המקדש כעס הבן. לכן רואים שהמתנה שנתן לא הייתה באמת מתנה כי אם זה לא שלך אתה לא יכול להחליט מה יעשו עם זה.

דוגמא נוספת אסור לשחוט ביום טוב יותר ממה שתאכל לאותו יום. לכן במקרה שנפלו שני חיות לבור אך אתה יכול רק להוציא את זה שאתה חייב בשביל לאכול. איך תוציא את שניהם? תגיד שאתה לא בטוח איזה מהם אתה רוצה לשחוט ואז תוצא לאחר הראשון את השני בשביל להחליט. מטרה חיובית בגלל צער בעלי חיים.

למה הערמה יכולה להיות גרועה יותר מעבירה על איסור? ביום טוב אסור לבשל יותר ממה שתאכל באותו יום. אם אחד עובר על האיסור אבל מבין שעשה מעשה פסול. והשני בישל יותר בתירוץ שזה בשביל אורחים. הראשון הבין שעשה משהו פסול ולא נכון וילמד ממנו לעומת השני שביצע הערמה ולא חשב שעשה דבר פסול לכן לא למד ממנו ועלול לגרור אחרים אחריו. **הערמה יותר חמורה ממי שעושה עבירה בכוונה**

דוגמא נוספת כדי לא לבזבז שנשאר בפסח מוכרים לגויים אך יש טקס בו לכאורה מוכרים אך התשלום יהיה יותר מאוחר. ואז אחרי פסח אומרים שהתשלום לא הגיע בזמן לכן המכירה מתבטלת. לא באמת מוכרים אלא מושכים זמן שלא יחשב החמץ בבעלותם. הערמה שנודעה למנוע קריסה כלכלית ובזבוז רב של חמץ.

**החכמים משתמשים בסמכות והכלים שניתנו להם בכדי לפתור את הקשיים האלו ומתפקידם לדעת מתי לתעל ולהשתמש בכלים אלו.**

מקוראומר שניתן להערים כל עוד לא קיפחת זכות של אחר. אדם שצריך להחזיר הלוואה (שלוקחים ברכוש אם אין כסף) ונותן את כל רכושו לאחר, הנסיבות מוכיחות שלא התכוון לזה מאחר שהדבר לא הגיוני. ברור שכל המטרה הייתה לא להחזיר את ההלוואה ללווה. גם תרגיל שעשית כדי שלאשתך לא יהיה ממי לגבות כתובה (כסף שהתחייבת לתת לה) לא יתאפשר. החכמים מאפשרים הערמה שעוקפת את הדין אך לא מאפשרים כל הערמה שעשית שמטרתו היא לפגוע באחר היא אסורה ולא תתאפשר (ואף השתמשות שלא בתום לב).

**ביטול תקנות חכמים**

האם יש סמכות לחכמים מאוחרים לבטל תקנה של חכמים מוקדמים?

למה התלבטו? כי כשמדובר באיסור או תקנה של דברי חכמים זה אנושי, לכן ניתן לבטל את זה באופן רחב יותר מאשר ביטול של דין תורה.

יש להבדיל בין שתי סוגי תקנות:

1. **תקנות שאנו יודעים מה הסיבה בתיקנו אותם חכמים.** דוגמאות:

* אסור לפדות שבויים (כדי לא להרגיל את החוטפים לדרוש יותר וכדי לא ליצור עומס כלכלי על הציבור). זאת דוגמה לתקנה שאנחנו יודעים מה הטעם שלה.( אפשר שהמשפחה תממן את ההשבה של השבויים ולא הציבור).
* מעשה קניין- אקט פורמלי שמעיד על הבעלות, משיכת החפץ/הגבהת החפץ ועוד. חכמים **חששו** שאנשים יריבו על העניין הזה ועל כן קבעו שבעל חיים שנלכד ברשת שייך לבעל הרשת מכוח תקנת חכמים. חכמים קבעו את זה למרות שברמת העיקרון זה לא שייך לו אלא לציבור.
* מפני **דרכי שלום** היא שאם חרש (גם חירש וגם אילם- אין לו תקשורת עם הסביבה) שוטה וקטין מצאו דבר זה לא שייך להם כי אין להם כשרות משפטית ולכן עקרונית אם הוא הרים 100 שח אפשר לקחת לו את זה וזה לא יהיה גזל. חכמים קבעו כי זה כן נחשב גזל למרות שלפי דין תורה זה מותר. הטעם הוא משום דרכי שלום- אנחנו יודעים את הסיבה.
* סכסוכים על מים: אנשים היו רבים על בורות מים והיו עוצרים את הזרימה. החכמים קבעו שמי שהבורות שלו יותר קרובים למקור המים יש לו עדיפות לאסוף אותם. **מונע בלגאן וסכסוכים**.

**ביטול התקנה**

דוגמא: כאשר ישנו אישור לפדות את הפירות של המעשר השני ולקחת את הכסף לירושלים ולא את הפירות. האישור ניתן רק לאדם שאינו גר בירושלים וקרוב לה**.** אנו יודעים שהסיבה לתקנה היא בכדי לגרום לשפע של פירות בירושלים, אך מאחר שכבר אין צורך בגרימת שפע ראינו שהתקנה בוטלה. (לא מפורט איך בוטלה בדיוק)

**האם צריך בית דין גדול בחכמה ומניין? דעות חלוקות**

1. כן, צריך תמיד.
2. לא צריך בית דין גדול יותר אבל כן צריך לבטל
3. בטלה מעצמה אם בטל הטעם
4. בטלה מעצמה כי תקנה מוגבלת מראש למתי שהנסיבות שלה חלות

רק אחד אומר שצריך את הבית דין הגדול לעומת השאר שלא רואים צורך בכך אם יודעים שהטעם בטל.

1. **תקנה שטעמה לא ידוע**

הסיבה: חכמים קובעים את התקנה ו**לא** מסבירים מה הנימוק שעומד מאחוריה. למה החכמים לא אמרו לנו מה הטעם להחלטה?

למה לא מספרים? חכמים הסתירו את הטעם במשך שנה (או לתמיד בכוונה) כדי לגרום לציבור למלא אחר התקנה ולא לבצע חישובים (שלא יעברו על זה כי לא מצא חן בעיניהם). תקנה שהעם לא קיבל אותה תוקפה נחלש. אף ישנם מקרים בהם הנימוק היה אחד ולציבור סיפרו אחר.

מקור שאומר שיש צורך בדעת המיעוט מכיוון שאולי בשעת צורך ישתמשו בה ואז יוכלו לבטל את התקנה הקודמת. בכדי לבטל צריך בית דין שגדול במניין וחכמה (תנאים מצטברים) אשר בפועל לא יקרה כי אף בית דין לא יטען שהוא גדול יותר מקודמו. גדול במניין יכול להיות גדול מהסנהדרין (71) כי כולל את החכמים שמחוץ לבית הדין והסכימו לתקנה. דעת המיעוט מאפשרת להתבסס עליה לצורך ביטול. **החמרה** יש מקור שאומר שיש 18 תקנות שלא ניתנות לביטול בכלל (גם עם שני התנאים). וכן שאין לגזור גזרה מראש אם הציבור לא יוכל לעמוד בה.

**הציבור** משפיע **לפני** תקנת הציבור כאחד משיקוליה וכן **לאחר** שהותקנה אם הציבור מקיים אותה ואם תפסה אחיזה בו. אם לא עשה זאת היא מתבטלת. אף אם הציבור לא דחה אותה אך לא לגמרי קיבל אותה היא תתבטל לאחר בדיקה ולא מעצמה אך בקלות.

**איך מבטלים תקנה?** (מהקל אל הקשה)

1. אם הציבור לא קיבל את התקנה- מתבטלת מראש
2. אם הציבור קיבל את התקנה, אבל בפועל נראה שהיא לא התקבלה (נעשתה הערכה שגויה)- ניתן לביטול אצל כל בית דין (גם בית דין קטן בחוכמה ובמניין).
3. אם זו תקנה רגילה שהתפשטה ברחבי העם אז רק בבית דין גדול גם בחכמה וגם במניין
4. אם זו הרחבה של איסור תורה - לא ניתן לבטל כלל.

**אם הטעם ידוע נוכל לבטל יותר בקלות כי ניתן לראות שהטעם שלה כבר לא רלוונטי היום. אך טענה שטעמה לא מוכר הפרוצדורה של ביטולה יהיה קשה יותר כי לא יודעים מה השיקולים ואם עדיין רלוונטיים ולכן נתבסס על אם התקבלה בציבור.**

**תקנות קהל**

פרוצדורה נוספת שבכוחה להתקין תקנות - **"תקנות הקהל" (תקנות הציבור).** נזקקים לזה בעיקר כשאין בית דין ולכן זו פרוצדורה חלופית. כפשוטן, תקנות הציבור הן אסיפת עם- אוספים את הציבור והתקנות האלה מחייבות את כלל הציבור. לציבור ישנה דרך לתקן תקנה שאינה דין תורה ולאכוף- סמכות דומה כמו שיש לבית דין בתקנות חכמים אפשרות להפקיע נכסים ולתת זכות לנכס שלפי דין תורה אין. אף יש הרואים בתקנות כמחייבות כמו דין תורה.

קהל / ציבור – יכול להיות כל הציבור ויכול להיות קבוצה מסוימות בתור נציגי הציבור. 7 טובי העיר. נבחרים של הציבור שעליהם סומך למרות שלא חייבים להיות חכמים עשירים או מכובדים. בסמכותם לפעול מטעם הציבור אך אם מונו פחות מ7 ישנה סמכות מוגבלת. **הרעיון שהסמכות הייתה לחכמים ואז לקהל ועכשיו לנציגי הקהל כך שמנהיגות דתית הפכה למנהיגות חברתית.**

דוגמאות לתקנות:

**יש סמכות** **גם לקבוע כלל וגם לאכוף אותו.**

* השתתפות בכפייה להקמת בית כנסת למען הקהילה. למען כולם לכן כולם ישתתפו בתשלום, גם מי שלא רוצה.
* אם בע"ח של אחר נכנס לכרם שלי, ניתן לקנוס אותו גם אם אין נזק- הכוונת התנהגות

**הסכמים רבי משתתפים שמחייבים אבל לא נאכפים מבחוץ.**

* הסכמה מראש בין הספנים והחמרים (בעלי החמורים) מסכימים בינם לבין עצמם שאם למישהו נאבד ספינה או חמור השאר מתחייבים לשלם לו על חדש. כך מכוסים למקרה שלהם יאבד.
* חפץ שאבד-בעל חפץ שהתייאש מהחיפוש והחפץ נשטף בים – כבר לא שלו. אבל אם מישהו יהודי מהקהילה מצא את החפץ ויודע מי הבעלים המקוריים עליו להחזיר. מקרה בו מצא אדם זר את החפץ (לא צריך להחזיר) אך מכר אותו ליהודי שידע של מי הסחורה במקור -ישנה **תקנת קהל** שמחייבת אותו להחזיר **אלא** אם קנה בתום לב.
* בכדי לקדש אישה אחד התנאים היא 2 עדים והגיל הכשר הוא 12. נוצרה בעיה של ניצול נערות שנחשבות בוגרות אך לא הבינו את משקל הטקס. לכן תיקנו תקנה שהקידושין תקפים רק אם היו 10 עדים (לא מספיק 2). מקרה חמור כי התקנה סותרת דין תורה כי כל עוד אין גט האישה נחשבת אישה אסורה. מי שעבר על התקנה יקבל קנס והאישה לא תחשב נשואה וילדיה יהיו ממזרים.

**האם חלות התקנות על מי שלא הסכים?** דעה אחת אומרת שכן סייג שזוהי תקנה שהציבור יוכל לעמוד בה, זוהי ההבדל בין תקנה להסכם- תקנה מחייבת גם את המיעוט (כולל מי שלא הצביע)

**האם הודעה מראש על חוסר הסכמה פותרת ממנה?** לא כי אם כל מי שלא מסכים יוצא את עצמו מהחיוב אין שום טעם בתקנה. כן אם מי שלא בהצבעה לא יחויב – מי שלא מסכים פשוט לא יבוא.

**האם חלות על מי שלא היה בזמן שתוקנה (נולד אחרי או לא היה נוכח)?** בפועל כן אך יש המתנגדים ואומרים שאם היית בהצבעה אתה מחויב (גם אם לא הסכמת) אך לא ניתן לחייב את מי שלא היה חלק מהפרוצדורה. כך תקנה אינה תקנה אלא "הסכמה"

**הסכם-** מחייב רק את אלו שהסכימו

**תקנה-** מחייבת את כולם

הסכם בין שוחטים שכדי לא לריב כל יום שוחט אחר אחראי על השחיטות. (מי ששוחט שומר לעצמו את העור) ומי שלא פועל כך לוקחים לו את העור. היה אחד שעבר על ההסכם ואז התלונן לרב שלקחו לו את העור. נאמר שיש להם אפשרות לעשות סנקציה להסכם אך צריך אישור של אדם חשוב(לא יודעים בדיוק מה ההגדרה אך אדם חכם) – אם אין כזה בעיר לא צריך.

סיכום בנקודות –

דעה אחת, התקנה מחייבת את כולם - אם יתנו לכולם לחלוק על תקנות יהיה אי סדר וחוסר אחידות. עם זאת, כוחה מוגבל – לדוגמה: לא יכולה להתיר איסורים.

יותר מפורט - את מי שהיה באספה, מי שלא נכח, מי שטרם נולד / לא היה בקהילה, מי שהביע מראש את חוסר הסכמתו.

דעה מנוגדת – תקנת קהל מותנת בהסכמה ולכן אם אין הסכמה אי אפשר להכריח.

יותר מפורט - לא ניתן לחייב את מי שלא היה חלק מהפרוצדורה – "הסכמה ולא תקנה"

**למה צריך אישור של אדם חשוב?**

1. **כבוד לאדם החשוב**- לא מכובד שהם יעשו ביניהם הסכם בעל השפעה גם על כלל הציבור ומן הראוי שבמקרה כזה אדם חשוב ייתן את אישורו
2. **פיקוח הלכתי**- לוודא שהם לא מגיעים להסכמה שנוגדת את ההלכה.
3. **לוודא שהם לא פוגעים בצד ג**׳- כששני בעלי מקצוע עושים ביניהם הסדר או קרטל הוא עלול לפגוע בצדדי ג׳.

מחלוקת

דעה אחת אומרת שההסכמה של איש חשוב חשובה רק בבעלי מקצוע בעיקר כדי לוודא שלא פוגעת בשאר בני העיר. ומנגד דעה שאומרת שבכל הסכמה צריך אישור (גם שנוגע לכל העיר).

**באופן כללי תקנת קהל לא יכולה לסתור דין תורה באיסורים אלא רק בדיני ממונות ומקרה קידושין.**

דוגמא הסכמה בקהילה שמחשיבה שטרות זרים גם בין שני יהודים **סייג שאם יש ריבית הריבית לא תחשב עקב האיסור ההלכתי לריבית.** השטר הוא דיני ממונות לכן ניתן לשנות אותו אבל הריבית הוא בדיני איסורים לכן לא ניתן יהיה לבטל את האיסור.

דוגמא תקנת קהל שלא משחקים משחקי קובייה- קיים גם איסור כזה בהלכה (כדי שלא יתחרט על ההימור). אם הקהל אישר להתיר איסור זה הדבר לא תופס כי לא יכולים להתיר לעבור על איסור הלכתי.

**ראינו שיש פרוצדורה נוספת ליצירת נורמות בהלכה, התקנות לא חייבות להיות תקנות של החכמים אלא גם תקנות של קהל**. זה לא חייב להיות כל הציבור ביחד, אלא נציגים (שבעה). ראינו שתקנה כזו לא יכולה להיות סותרת איסור. בנוסף, כדי שהתקנה תהיה תקפה צריך אישור של אדם חשוב? אם אין אדם חשוב בעיר אז לא צריך, אבל אם יש אדם חשוב בעיר יש מחלוקת.

**מנהג**

דרך שלישית ליצירת נורמות מחייבות. בתקנות חכמים יש חשיבות לדעת הציבור לפני ואחרי התקנה אך כאן החשיבות אף גדולה יותר כי הציבור מייצר את הנורמה ולא רק מממש אותה.  
בחלק מהמקורות יש ערבוב בין תקנה לבין מנהג. לא תמיד ברור שישנה הבחנה מאוד חותכת מתי נורמה נסמכת על מנהג ומתי המקור שלה הוא מתקנה.

1. מנהג שהוא ביטוי להלכה קיימת

* לא ידעו אם מותר להקריב קורבן של פסח בשבת- לא יודעים אם זה קורבן פרטי או ציבורי. שאלו מישהו שאמר שלפי ההלכה אפשר כי פסח עולה על שבת. שאלו שאלה נוספת איך מביאים את הסכין (אסור לסחוב אותו מותר רק את הקורבן) לא ידעו אז חיכו למחרת ואז ראו שזקני העם מביאים את הסכין על הקורבן- ישנה הלכה שאנחנו לא זוכרים והמנהג יזכיר מהי ההלכה

1. מנהג שהוא יוצר נורמה חדשה

* הדין ההלכתי אומר שמי שקנה מגנב/גזלן צריך להחזיר לבעלים. יש מנהג בקהילה מסוימת שמוסיף שצריך לפצות את האדם שקנה מהגזלן על שהפסיד את שקנה. כל אדם מחויב למנהג בעל היגיון למרות שהוא במידה מסוימת מעט סוטה מן ההלכה.

**מאיפה מגיעה החובה לציית?** פסוקים שאינם הילכתים אלא מראים שמאמצים במקומות רבים את הרעיון שיש חובה ומקום לציית למנהגים ("אל תנטוש תורת אמך"."אל תבוז כי זקנה אמך"..)

**על פי חכמים** בדיני ממונות לתקנה יש תוקף ולמנהג לא. משמעות מוגבלת למנהגים – **כל עוד לא עובר על איסור.** יש החושבים הפוך שלמנהג יש תוקף אפילו אם משנה הלכה וכי ככל שעתיק ורחב יותר הוא יותר חזק.

דוגמא- לשים על ראשי ילדים עיטורים של חג- לא משהו רצוי אבל אם קיים מנהג והוא לא עובר על איסור לא נמנע אותו

דוגמא צריך להביא מזון לעובדים ולא צריך להגדיר להם מראש איזה אוכל. זה לא משנה כי ארוחת הצהריים אמורה להיות הסטנדרט המקובל כמנהג המדינה. כמו שמנהג המדינה מחייב לשעות העבודה ותנאי העבודה כך גם במזון. המנהג מבטל את ההלכה- כפשוטו, אם יש מנהג מול הלכה המנהג הוא זה שגובר לפי התלמוד הירושלמי.- אמירה קיצונית בהקשר ממוני השאלה היא האם התכוון שנכון לכל הדינים. בדר"כ מניחים שלא נוגע להכל אלא רק בדיני עבודה

מי שאומר **הלכה** כרבי מאיר- אומרים ומלמדים.

מי שאומר **מנהג** כרבי מאיר- לא מלמדים באופן יזום, אבל אם מישהו שואל עונים לו מה המנהג

מי שאמור **נהגו** כרבי מאיר- לא מלמדים באופן יזום, ולא עונים למי ששואל אבל אם עושה כך לא מעירים לו (מנהג שחלף)

**למרות שישנה היררכיה יש חשיבות למנהג**. יכול להיות שהמשמעות לא חזקה כמו הלכה אבל גם למנהג נותנים משקל.

דוגמא- אדם חיתן את ביתו אך היא נפטרה ואין ילדים אז הנדוניה מורשת לבעל. האב לא יכול לדרוש אותה לפי ההלכה אך יש מנהג שבא מהגויים שהאב מקבל את הירושה. לא מרוצה שזה מהגויים אבל בגלל שזה כבר נטמע בהם הוא לא מבטל אותו. לא מקבל בגלל שהוא זר אלא בגלל שהוא כבר הפך למנהג בקהילה – לא אוהבים לאמץ מהגויים מהפחד של התערבבות

דוגמא למנהג סוחרים- כדי שלעסקת מכר יהיה תוקף משפטי מלא יש צורך בטקס סימלי הנקרא מעשה קניין(הגבהה/ משיכה..) בנוסף לצורך בגמרות דעת. אך פה מדובר על סוחרים שיש להם מנהג שברגע שעושים עסקה למכירת יין הקונה משאיר את היין בחנות ובא מידי פעם לשלם עוד ולקחת בחלקים. בכדי להראות את ההבטחה הטקס הוא הטבעת חותמת הקונה בחבית- לא מעשה קניין לפי הגדרתו אבל במשנה רשום שמנהג סוחרים מתקבל (קניין סיטונתא). בית דין יראה בעסקה כמשפטית ומחייבת כי כמו שמכירה ההלכה במנהג סוחרי יהלומים כך בכל סוחרים. דוגמא נוספת בני זוג שקונים בית אך לא שניהם רשומים או ששניהם רשומים אבל לא שניהם שילמו האם תכיר ההלכה ברישום? כן כי זה נחשב מנהג סיטונתא בסחר מסוג זה. **לא ברור אם מכירים במנהג אם אומר שלא צריך בכלל מעשה קניין.**

המנהג בכוחו לייצר נורמות על אף שישנן מחלוקות בין החכמים באיזה משקל. זה מתחבר במעמד של הציבור גם בתקנות- הכל צומח מלמטה- מהעם.

**דינא דמלכותא דינא**

לעם אין ריבונות אלא גר תחת שלטון זר בגלות. הכלל נועד לפתור את המתח בין שימור ההלכה היהודית כהלכה רלוונטית גם משפטית ולא רק דתית, תוך שימור הרצון להתנהל בתקינות במדינה הזרה שגרים בה. השאלה **האם ישנו משקל והכרה מסוימת בהלכה לדין השלטון הזר?** ברור שאם יש התנגשות שנושאים דתיים(איסור והיתר) נקשיב להלכה. אך במקרים שיש חיובים מהשלטון אבל לא מההלכה האם ההלכה אומרת שצריך לציית למערכת חוקים זו?

דוגמא שעונים לאדם שלא רוצה לתת מס ושואל אם אפשר לנדור לא לשלם. התשובה היא שלא כי הגמרא אמר שיש לתת מס כי דין המלכות דין **סייג בנסיבות מיוחדות** כמו למשל מוכס (גובה מס) שלא פועל כמו שהדין אומר באופן שוויוני- לוקח כמה שרוצה מכל אחד. **דין המלך מחייב יש מחלקות באיזה היקף.**

**מאיפה הסמכות?** חשוב לדעת כי הנימוק יכול להשפיע על היקף הכלל

1. הר"ן (+הרא"ש)- בגלל שהמלך הוא **בעל הקרקע**. כמו שבעל הקרקע שולט על שבקרקע שלו כך גם המלך. תקף רק למלך גוי כי בישראל המדינה שייכת לכל העם ולא רק למלך
2. רשב"ם- העם קיבלו **מרצונו למען הסדר- הסכמה לחוקים.** אינטרס ציבורי לקבל את החוקים בשבילם ולא משהו שנכפה עליהם – תקף גם למלך ישראל
3. רמב"ם- **הסכמה להיות עבדי המלך-** היקף רחב יותר מהקודם.
4. רש"י- הסמכות באה מתוך **7 מצוות בני נוח**. 7 מצוות אוניברסליות שמחיבות את מי שרוצה לחיות עם היהודים. אחת מהמצוות היא **מצוות דינים-** במובן הרחב צריך כל עם להקים לעצמו מערכת משפט, במובן המצומצם- כל עם צריך לפקח רק על 7 המצוות. לכן מחייב השלטון הזר מתוך מצוות דינים(המצווה להקמת מערכת משפט שתסדיר את החברה)לכן שטר זר בין שני יהודים עדיין יתקבל **חוץ מגט** של אישה שהוא שטר בדיני איסורים.
5. רבינו ת"ם- הכלל דינא דמלכותא דינא הוא **תקנת חכמים**. החכמים אמרו להקשיב לדין המלך. **מגביל** את ההיקף רק למה שהיה דין המלך גם בעבר ולא לדינים חדשים שמחליט המלך- לא דיברו לעתיד שלא יכלו לדעת אלא רק על מה שהכירו בימיהם בתקופת שמואל. **ההלכה לא נתנה סמכות למלך אלא לחכמים שתיקנו שיש להקשיב למלך.**

**מהו מלך?**

1. **אם מוטבע חותמו** של המלך על המטבע שמשתמשים בו באזור
2. לא חייב להיות מלך אלא **השליט המקומי (ראש עיר/שר מקומי)**
3. **בעל הקרקע** (מהנימוק של בעל הקרקע בסמכות) – לא חייב להיות מלך אלא מי שבעל הקרקעדינו מחייב
4. **מנהיג קבוע-** מנהיג קבוע לא מנהיג זמני (מצומצם יותר מ2). למלך צריך להיות שלטון יציב.
5. **כל שלטון-** גם כשאין מלך והתחליף הוא הציבור. **כל מי שמנהיג את האומה מוגדר כמלך.** הכרנו בסמכות המלך בוודאי שנכיר בסמכות של שלטון אשר נבחר ע״י העם.

**האם נחשב הכלל למלך ישראל?**

מציאות שונה ממה שנועד לו הכלל.

1. לפי הנימוק של בעלות הקרקע לא כי הקרקע של העם. אם הולכים לפי זה אז בכל מדינה דמוקרטית לא תקף הכלל כי המדינה היא הריבון.
2. לפי הנימוק של הסכמת העם לקבל את סמכות המלך אז תקף הכלל.

**האם ישנה מצווה למינוי המלך?** לא ברור, מופיע לראשונה כשהעם מבקש משמואל מלך.

תשובת שמואל לעם- לא מצא חן בעיניו הבקשה אבל מסכים לשאול את ה'. ה' מסכים אבל כשעונה להם הוא מספר שהמלך ישלוט להם בהכל והם יהיו עבדים שלו. לא ברור האם זה באמת הסמכויות של המלך או שהוא רק מנסה להפחיד? הדעות חלוקות ואין החלטה קונקרטית. זה לא משנה אם דינא דמלכותא דינא תקף למלך ישראל כי מבינים משמואל שיש דבר כזה מלך לישראל ומה סמכויות המלך.

**מתי הכלל רלוונטי? מה המגבלות?**

1. צריך להיות **שוויוני** (לא שווה בהכרח)- לא מקפח
2. רק דברים **שתלויים בקרקע**- הנימוק שהסמכות באה **מבעלות הקרקע** (לא תקף אם רואים שהסמכות באה מהנימוק של ההסכמה)
3. הכלל תקף רק למה **שיכול להפיק ממנו המלך תועלת**
4. רק על מה שהיה דיני המלך בתקופה **שתיקנו את התקנה**- לא כולל דינים חשדים של המלך. בא מנימוק **תקנת חכמים**
5. כולם מסכימים שלא יאומץ הכלל אם יש אמירה מפורשת בנושא בהלכה- כדי לא לבטל את ההלכה

פירוט המגבלות:

כדי שההלכה תכיר בדין מלכות, היא צריכה להיות דין שיווני, דין כללי, שלא חל על קבוצה ספציפית וכן שלא עובר על איסור הלכתי. (חוקי המס לא גורמים לכך שכולם משלמים את אותו סכום, אבל חוקי המס בכללותם הם שיוויים- לכן הם שיוונים גם אם הם לא שווים).

**בנוסף** מלך שלא פעל פי הדין של המדינה הוא גזלן. כן אם רואים בכלל כמנומק מבעלות הקרקע- יש הגבלה רק לדברים שתלויים בקרקע, אבל אם לפי הנימוק של ההסכמה- מקבלים את כל הדינים של המלך.

מגבלה נוספת- בשאלה אם אב ירש את הנדוניה של ביתו שנפטרה או הבעל. כאן נאמר שהכלל תקף רק על מה שמעניין את המלך- רק מה שממנו יכול להפיק תועלת. לכן במקרים של וויכוח בין 2 פרטיים לא חל הכלל כי לא ירוויח מזה המלך. **הרחבת הסמכות מעבר למיסים וקרקע אלא לכל מה שניתן להפיק ממנו תועלת.**

מגבלה נוספת- אדם שלקח פיקדון כנגד הלוואה. השאלה כמה זמן צריך לחכות מאז שחלף מועד הפירעון עד שיכול למכור את החפץ. לפי **ההלכה** המכירה של החפץ נעשית אחרי 30 יום אך לפי **דין המלכות** נעשית המכירה לאחר שנה, כדי לאזן בין אינטרס המלווה לבין הרצון לפגוע כמה שפחות בחייב. האם צריך במקרה זה ללכת לפי הכללים של השלטון הזר (דינא דמלכותא דינא) או לפי ההלכה? לא משנה לפי איזה נימוק הולכים כולם מסכימים שבמקום שבו יש אמירה הלכתית מפורשת, לא יעלה על הדעת לאמץ דינא דמלכותא מאחר ואימוץ דין מלכות גם בעניינים שבהם ההלכה מתייחסת- המשמעות המעשית היא ביטול ההלכה.

מה דעת ההלכה על מדינת ישראל

באופן פורמלי צריכה המדינה להתנהל לפי ההלכה בדיני מממונות אך בפועל לא קורה הדבר. כיום אין באמת סתירה מאחר ואף אחד לא כופה לחלל את השבת או אוסר לשבת בסוכה בסוכות (כנ״ל לגבי החיוב). אם אדם רוצה לקיים את ההלכה אין מניעה. ישנה התלבטות האם לאמץ את הכלל בבתי הדין הרבניים או לא. **המדינה מאפשרת לפתור סכסוכים של 3משפט פרטי בדיני ההלכה- בתי דין רבנים נחשבים מוסד בוררות.** האם בית דין הרבני ייתן משקל לדין המדינה?

מה יחליט בית הדין ההלכתי שאליו הלכנו לבוררות? אפשרות אחת שיאמר שלא מוצא משהו בנושא שאומר אחרת בשולחן ערוך (בהלכה) או שיאמר שככה אמרה המדינה ולכן צריך לעשות זאת- למה?

כיצד יוכל אותו בית דין של ההלכה להחליט שהוא מאמץ את דין המדינה?

1. דרך אחת: נאמץ זאת **כדינא דמלכותא דינא**, מותנה בכך שזה רלוונטי גם למלך ישראל ואולי מותנה גם בזה שזה לא סותר הלכה.
2. דרך שנייה: נאמץ זאת מכוח **תקנת קהל**. הציבור מתאסף ומתקין תקנה (שבעה טובי העיר) – נציגי הציבור הם חברי הכנסת. לא מקבלים בהכרח את החוקים של הכנסת אלא את העובדה שההלכה מחייבת לקבל את מה שמחליטים נציגי הציבור כחלק מתקנות הקהל.
3. דרך שלישית: נאמץ זאת מכוח היותו **מנהג**. הדרך הכי נוחה מאחר ויש הכרה עקיפה. מקבלים את מה שהחוק אומר בגלל שזה הפך למנהג בעם אז לא מקבלים את חוקי הכנסת אלא את מה שהעם עושה- ומה שעושה זה מה שהכנסת אומרת. **נפקויות-** מה קורה שהמנהג הוא לא משהו נכון. מקרה של גנים של דתיים שפעלו כנגד החוק ולכן תבעו בבית דין רבני, אך בית הדין לא יכול לאמץ את החוק של תנאי עבודה נוחים מאחר שזהו לא המנהג בגנים של דתיים. בעיה כי המנהג הוא עבירה. בעיה נוספת היא שמנהג נחשב רק לאחר זמן כי צריך להיטמע בעם לעומת דינא דמלכותא שתקף מרגע שחוקק החוק.

משפט פלילי במקרה זה יש פחות בעייתיות מאשר מדיני ממונות מכיוון שהענישה לפי ההלכה היא מוגבלת נורא וכמעט ולא ניתנת ליישום ולכן אם נסתמך רק עליה לא יהיה סדר במדינה – אין אפקט הרתעה. לאור זאת התחליף לחוסר הוא דין המלך.

משפט ומוסר

עוסק בשאלה האם יש לתת מקום במשפט לפן מסוים של חיובים מוסריים או שתפקיד ביהמ"ש לעשות דין ושיקולים מלפנים משורת הדין יסתרו זאת? במשפט העברי שיקולים אלו קיימים ואילו במשפט הישראלי רבים מתנגדים לדעת אלון שאפשר להפעיל שיקולים של צדקה. לדוגמא בפס"ד כיתן נ' וייס הגיע אלון להכרע לפי מקורות של המשפט העברי לעומת שמגר שמגיע לשם משיקולים נזיקיים ומתנגד לדרך של אלון.

**מקור השיקולים המוסריים במשפט העברי**

מקור לדבר מופיע כאשר לאחר ציווי לשמור על המצוות והחוקים ישנו פסוק נוסף שאומר לעשות הטוב בעיני השם. על פניו אותו הדבר אך החזרה מכוונת ובאה להוסיף שיש לנהוג בנוסף לדין גם מלפנים לשורת הדין. כלומר גם בסיטואציות שבהם התורה לא מחייבת לנהוג בדרך מסוימת עליו לחשוב ולעשות את הישר והטוב בעיניו- בכוונה מעורפל כי החיים דינמיים לכן רצו לתת רווח פתוח לתמרון וגמישות. כך **שיש לעשות את הישר והטוב בעיניך גם כאשר אי עשיית המעשה לא יחשב עבירה פורמלית**. לדוגמה, תקנת חכמים המבוססת על עשיית הישר והטוב- **דינא דבר מצרא**.

מקור נוסף המצווה להיות קדושים. האחד מפרש באופן פרטני ביחס לאיסורי עריות שעליהם דובר בפרק הקודם. אילו השני מפרש את הציווי ככללי **יש דברים שהתורה אמרה לא לעשות, גם בתוך מה שמותר עדיין אדם צריך לשים לעצמו מגבלות**. ואף אם לא יעשה זאת יחשב כנבל ברשות התורה. למשל מותר בחוק להתמכר לאלכוהל אבל זה לא התנהגות נאותה. קדוש=לשים על עצמך מגבלות גם במה שמותר עקרון על.

את ההתמקדות בעשיית הישר והטוב נעשה ב-3 רמות

1. **תקנות חכמים**- מופנה לחכמים כמתקיני תקנות. החכמים מתקינים תקנות שבעיניהם מגשימות את העיקרון של עשיית הישר והטוב. ברמה הזאת הדבר חוצה את הרף והופך ממוסרי למשפטי מאחר והדבר נקבע ע״י חכמים.
2. **בית הדין**- מהם הכלים של בית הדין לצורך הגשמת הרעיון (לפנים משורת הדין + חיוב בידי שמיים)
3. **האדם הפרטי**- גם בהקשר הזה נראה שהדין מתערב אבל לא כופה (מידת החסידות).

תקנות חכמים

דוגמא ״**דינא דבר מצרא**״(דינו של בן הגבול) מזכיר את המינוח זכות קדימה- אם אתה מוכר קרקע יש לתת זכות קדימה לשכן. בחוק בישראל הייתה זכות קדימה די רחבה אך צמצמו אותה כדי לא לפגוע בזכות לבעלות (הזכות לקניין). לעומת המשפט העברי שלפיו כל קרקע שייכת קודם לה' ולכן אין בעיה להרחיב את הזכות. השאלה אם מותר לי לעשוק את השכן כי אני יודע שיש לקרקע ערך מוסף בשבילו?

דוגמא אדם שיש מסביבו שותפים השאלה אם הוא חייב לתת להם זכות קידמה? אומרים שאדם חיצוני שקנה את המקום הוא חצוף (לא מוסרי). האם ניתן לגרש אותו?

1. אומרים שאין זכות קדימה משפטית אפילו לא בסיטואציה מיוחדת של שותפים אך יש זכות מוסרית. לא ניתן לגרש אותו למרות שזה דבר לא מוסרי לעשות, מבחינה משפטית אין זכות אבל מבחינה מוסרית כן.
2. במקרה של שכן רגיל אין זכות קדימה משפטית(רק מוסרית) אך בשכן מיוחד כן.
3. יש זכות קדימה משפטית גם ביחסי שכנות רגילים עקב הציווי לעשות את הישר והטוב- **הדעה שנפסקה בהלכה**

מדוע לפעול עקום? למה לא לתת לשכן לקנות ואז אם לא רוצה למכור לאחר?

1. **דרך אמיתית לבחון מהו שווי הקרקע**- מה שהוא מכר לצד ג זה המחיר האמיתי.
2. **להתגבר על גמירות דעת**- כדי לא להכריח למכור לשכן ואז לא תהיה גמירות דעת. אז הפתרון הוא שהשכן ישלח שליח מטעמו שיקנה.

הרעיון מאחורי זה הוא שהכלל מותנה בכך שהדבר הוא באמת עשיית הישר והטוב. **אם נתינת זכות הקדימה תפגע במוכר או כל צד ג לא יחול הכלל**. למשל אם מוכר מספר קרקעות כחבילה לא ניתן לשכן לקנות אחד מהם ולהרוס את שלמות החבילה. או אם האדם החיצוני ירש או קיבל במתנה את הקרקע.

שומא הדר

תמיד צריך לבחון האם יש פה עשיית הישר והטוב לשכן, אם עשיית הישר והטוב יכולה לפגוע באחד הצדדים לא תתקיים זכות הקדימה. אם במועד הפירעון של ההלוואה אין כסף להחזיר ללווה הוא יכול לקחת את נכסיו. השאלה אם הבנק שיעבד את הנכסים אם זכות הלווה גוברת? כיום התנאי הוא שצריך **שהשיעבוד יהיה מפורסם** (היום ברישום המקרקעין) ואז זכותו תגבר על כל קנייה מאוחרת. אותו דבר אם הבנק משעבד את הנכס, זכותו גוברת על קנייה מאוחרת אם דאג לרישום.

**בהלכה** ישנו דבר דומה- אדם שלווה קרקע אוטומטית נכסי הקרקע משתעבדים למלווה כלומר אם לא יוכל להחזיר כסף יהיו שייכים ללווה. גם אם מכר לאחר המלווה יכל לקחת את זה ממנו. כל זאת בתנאי שנכתב **שטר חוב עם עדים** (כמו הרישום יש דרישה פה לשטר). מלווה בשטר יש לו קול (יש לו זכות כי פורסם הדבר). כך שמי שיבוא בטענה למכור הוא האדם החיצוני שממנו לקחו ולא המלווה. בזמנו לא כולם ידעו לכתוב אז סופר העיר היה עושה את הרישום ודרכו ניתן היה לבדוק אם הנכס משועבד.

דוגמא- האדם שחייב כסף מכר את כל הנכסים שלו לכמה קונים. למי יבוא בטענה המלווה לקחת את הנכס שחייבים לו? לקונה האחרון מאחר ושקנה את הכס מהחייב לקח את הסיכוי האחרון להחזיר את ההלוואה ולכן אין תירוץ לקנייה. שאר הקונים קנו כשעוד נשאר נכסים (נשאר מאיפה לתת למלווה). **הסדר תמיד יהיה מהקונה האחרון לקונה הראשון**.

**איך ממשים שיעבוד?**

ברגע שהגיע מועד הפירעון ואין כסף להחזיר למלווה יכול המלווה לקחת את הנכסים של החייב אך ישנו תהליך.

**שלב ראשון-** המלווה צריך לצייר **"שטר חיפוש נכסים**" כלומר שטר שמתאר את תמונת הנכסים שיש ללווה. כדי שיוכלו לדעת איזה קרקע ניתן לממש.

**שלב שני**- בית הדין דורש "**שטר אדרכתא**" – שטר שמראה שיש לך את הזכות לנכס. ואז מעביר את הנכס לחזקתו של המלווה כלומר יש לו זכות לנכס אבל אין לו עדיין בעלות עליו.

**שלב שלישי**- שלב השומה בו בית הדין בודק את שווי הנכס. מעריך את השווי שידע מה לתת למלווה קרקע כנגד ההלוואה (בשווי שלה). ואז מעבירים לו את הבעלות(אם היו כמה קרקעות שנמכרו המלווה לוקח מהקונה האחרון) – פירעון ההלוואה הסתיים

**בין שלב לשלב צריכים לעבור לפחות 30 יום כדי לתת ללווה הזדמנות להשיג את הכסף**. מה קורה אם השיג את הכסף לאחר שהועבר הנכס? ככלל לא ניתן לכפות אך כאן נכנס המקור של שומא הדר

מקור אחד אומר שכל עוד בא תוך 12 חודשים צריך להחזיר- שומא חוזרת עד שנה מקור שני אומר ששומה חוזרת לעולם.

**לפי ההלכה הדבר הישר והטוב לעשות הוא להחזיר את הקרקע.** הקרקע נתפסת לא רק כנכס אלא כמקור פרנסה וכן מלכתחילה היו חייבים למלווה כסף ולא קרקע. **כל זאת בלבד שלא יגרם נזק למלווה** למשל אם השקיע/מכר/נתן במתנה את הקרקע ואי אפשר להחזיר את המצב לאחור הלווה יפצה אותו על כך.

בית דין

מהם הכלים שיש בידי בית הדין לשאוף ליישם את עיקרון עשיית הישר והטוב. האחד מלפנים משורת הדין והשני חיוב מידי שמיים.

1. **לפנים משורת הדין**- דבר שלא מובא מהדין עצמו. מקור בו יש דרך לפעול ומעשה לעשות חז"ל פירשו שהדרך היא הדין והמעשה הוא הלפנים משורת הדין.

מצוות השבת אבדה- תורה מצווה שאם מוצאים אבדה לא ניתן להתעלם ממנה אלא אם כן המאבד התייאש- מבחן הייאוש.

**מתי מניחים שהמאבד התייאש (הנחה אובייקטיבית)?**

1. **אם נמצא חפץ שאינו שווה פרוטה-**אם השווי נמוך סביר להניח שהאובד התייאש. יכול להיות ערך סנטימנטלי אבל זו ההנחה.
2. **חפץ שאין בו סימנים-** מאתרים בעזרת סימנים לכן אם אין סימנים יתייאש האדם מהחיפוש. סימנים- איפה נאבד, איך נראה, איך היה מונח...
3. **אם נמצאה מציאה במקום שבו רוב העוברים ושבים אינם יהודים-** החובה היא על היהודים לכן אם נאבד דבר במקום שבו הרוב לא יהודים סביר להניח שהמוצא לא יהיה יהודי לכן מתייאש האובד. יחד עם זאת על יהודי להשיב אבדה גם ללא יהודי.

איך מחזירים? יש להכריז על המציאה ואז הבעלים יאמר לי את הסימנים כדי להוכיח ששלו **חובת ההחזרה באה עם חובת ההכרזה**. בבית המקדש היה מקום מרוכז בירושלים למציאת אבדות וכן פעולת ההכרזה הייתה נמשכת 3 רגילים (בערך שנה) וכשלא היה בית מקדש היו מפרסמים בבית כנסת או בית כינוס (מקום פומבי).

**חפץ לא דומם שלא התייאשו ממנו:**

1. **אם הוא אוכל ולא עושה** (דורש הוצאות ולא מביא תוצרת)- לשמור 30 יום ואז למכור למשל כלב
2. **אם אוכל ועושה** (יש ממנו גם תוצרת)- למכור אחרי שנה ולהנות מהתוצרת שהייתה -למשל תרנגולת
3. **אם חפץ מתכלה**- אפשר למכור ולפדות בכסף שישמרו למאבד אבל צריך אישור בית דין כדי לוודא שהשווי נכון למשל פירות

**אם לא הנחנו שהבעלים התייאש לעולם לא יעבור החפץ לבעלות המוצא.**

דוגמא- אדם מצא בכספת הבנק איגרות חוב (שטר כסף) ומסר את האיגרות חזרה לבנק. הבנק לאחר זמן לוקח בעלות עליהם אך הוא טוען שזה לא של הבנק אלא של המוצא. דעות חלוקות

מתי **פטור אדם מהשבה** ויכול להתעלם מהמציאה(אסור לקחת אותה לעצמו)- אם שווי זמן הטיפול עולה על שווי החפץ ואם מדובר באדם מכובד ומציאה מלכלכת שלא לכבודו.

דוגמא- ארנק הוא חפץ שנחשב שאדם התייאש ממנו. סיפור בו מצאו ארנק בשוק שהרוב בו אינם יהודים לכן הייאש האדם והמוצא יכול להשאיר אצלו. יש המתנגד וטוען שאם יתן הבעלים סימנים יצטרך להחזיר למה? כי זהו מעשה **לפנים משורת הדין** הוא אומר שזה הדבר הראוי לעשות אך **מחייב** בכך. את הרעיון לקח מסיפור בו אדם מצא חמור במדבר והחזיר אותו. אלו דברים **לא מוסכמים** וכן בסיפור דומה אומרים שגם אם אדם בוכה וצועק זה לא אומר שלא התייאש כמו למשל אדם שספינתו טבעה בים צר לו על הדבר אבל עדיין התייאש. אומר שלא קשור הדבר ללפנים משורת הדין לכן אם ירצה יחזיר אם לא לא.

דוגמא- רב שהלך ופגש אדם שסוחב סל ורוצה לעזור לו. במקום לסחוב את זה בשבילו נתן לו כסף בשווי השק וקנה את זה ממנו אך לא רצה להרים לכן הפקיר את השק. ויתר על הבעלות ועכשיו כל אחד יכול לקחת אותו- הסבל לוקח חזרה את השק (מרים ועושה מעשה קניין) ומבקש שוב שיעזור לו. הוא עוזר לו שוב אך כדי לעצור את העניין אמר לו שמפקיר את השק לכולם חוץ ממנו- לא ניתן לעשות זאת, להפקיר לחלק אבל הסבל לא ידע זאת והרב רצה לעצור את הדבר ללא שימוש בפטור שיש לו מכיוון שהוא אדם מכובד. יכל היה להתחמק מהסבל בדרך אחרת- זקן ואינה לפי כבודו. אך בכל זאת לא התעלם **ועזר לו כי הוא רצה לנהוג לפנים משורת הדין ולא לפטור את עצמו על פי דין.** בשונה מהמקרה השני אין חיוב לעשות זאת אלא עשה מרצונו.

דוגמא- אדם שכר סבלים שיסחבו לו חביות והם שבר חבית, לא היה להם כסף לפצות אז לקח להם את הגלימה (פעם היה נחשב קריטי כי לכל אדם היה מעיל אחד). סיפרו את הדבר לרב והרב כעס ואמר לו להחזיר את הגלימה למה? כי זה **הדין שצריך לנהוג מלפנים משורת הדין**. הוא מחזיר את הגלימה אבל הם גם רוצים משכורת והרב מחייב אותו לשלם את המשכורת מאותה סיבה. לא נימק מהמסכנות שלהם אל**א אילץ אותו לנהוג מלפנים משורת הדין.**

מקרה נוסף- מקרה בו אישה באה להתייעץ עם רב מומחה לכספים על מטבע לא מזוהה. הוא אמר לה שהוא מטבע טוב אבל לא הצליחה להשתמש בו כי כולם חשבו שהוא מזויף ולכן באה בטענה לרב. הוא מפצה אותה למרות שלא חייב כי הוא נחשב אנוס- מומחה לעבדתו שהטעות שלו לא נחשבת רשלנות ולא מחויבת בפיצוי. עושה זאת לפנים משורת הדין. (יכול להיות כדי להצטייר כאמין ללקוחותיו).

עולה השאלה האם **יש חובה** לפעול לפנים משורת הדין?

מחלוקת:  
צד אחד- אומר שבתי הדין עשויים ויכולים לחייב לפעול לפנים משורת הדין **כל עוד** האדם מסוגל לעמוד בכך (לא עני). לכאורה **בעייתי** כי אסור לתת עדיפות לפי מצב כלכלי אך לא מדובר בדין אלא בדבר שהוא לפנים משרות הדין. **עמדה לא מוסכמת.**

עמדת ביניים- יכולים לכפות ומי שכופה ישתמש באמצעי כפייה חלשים מהרגיל- לא בכוח אלא בלחץ

צד שני- טוענים שאין לכפות לפנים משורת הדין אלא זה תלוי ברצון האדם (ציפייה אך לא חובה)

הקריטריונים לנהיגה לפנים משורת הדין (בין אם בחובה ובין אם בצפייה)

1. **מצבו הכלכלי של האדם**- מאדם עשיר מצפים ליותר.- רלוונטי רק שיש פער
2. **המעמד הדתי חברתי**- ככל שאדם נמצא במעמד דתי חברתי גבוה יותר הציפייה ממנו תהיה גבוה יותר. הסיפורים בתלמוד שראינו היו על אנשים לא רגילים. יש נטייה לראות כאשר מדובר באדם גדול בתורה לצפות ממנו ליותר כי התורה הביאה אותו להתנהגות זו
3. **האם ההתנהגות גורמת להפסד או לכל היותר מונעת רווח**- לדוגמה, הסיפור עם הארנק, מהחזרת הארנק לא נגרם למוצא הפסד אלא רק נגרע רווח. לעומת זאת, במקרה החביות ישנו הפסד של ממש. כאשר ההתנהגות לפנים משורת הדין לא גורמת להפסד הציפייה/חובה גבוהה יותר.
4. **האם ההתנהגות פירושה שאדם יתנהג כרוב בני האדם או שהיא דורשת משהו מעבר**- לדוגמה, העזרה לסבל, אם הוא היה אדם רגיל ולא ״זקן״ הוא היה חייב לעזור לסבל. ההתנהגות לפנים משורת הדין אמרה שהוא לא מנצל את הפטור המיוחד ומתנהג כמו שאר בני האדם. לעומת זאת, אם ההתנהגות לפנים משורת הדין אומרת **שכל אדם** פטור הציפייה לנהוג כך יותר נמוכה.

חבה אומר שבעזרת כלים אלו ניתן יהיה להתגמש בדיני ממנות מאחר ולא חייבים לכפות אלא להמליץ וללחוץ לבצע לפנים משרות הדין. כך מאפשר הדבר מקום תמרון לדיין.

1. חיוב בדיני שמיים

כלי הדומה ללפנים משורת הדין אך יותר עוצמתי. נאמר בהקשר של חיובי נזיקין כך שיש הבחנה בין נזק עקיף לנזק ישיר. לדוגמא- מקרה שילד הצית רכוש של אחר כי לא שמרו עליו, האדם שלו שמר עליו לא שרף בידיו ולכן לא חייב מבחינה משפטית אבל רשלנותו גרמה לנזק לכן חייב מבחינה הלכתית מוסרית ההלכה אומרת "**פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמיים**".

דוגמא נוספת של אדם שאף ניסה להרעיל כלב של אחר אבל לא נתן לו את זה ישירות אלא פיזר את הרעל מחוץ לבית. למרות הכוונה והקשר הסיבתי הוא עדיין פטור כי נעשה הדבר בעקיפין. משגרם לנזק פטור מדיני אדם אבל חייב בדיני שמיים. דבר שכיום לא מוכר כי היום רוב המקרים הם אירועי רשלנות של גרמא (גרימה). בהלכה במקרים של גמרא אין חובה משפטית – ביהמ"ש לא יכפה לשלם אך ברור שהאדם יהיה חייב בדיני שמיים.

יש המדגישים את הענישה שתיגרם למי שלא יעשה זאת ויש שמדגישים את הצורך והכדאיות לעשות זאת כדי להימנע מעונש בידי שמיים. אחד לוקח לפן שלילי- ענישה והשני מדבר בפן חיובי- כדאי וצריך לעשות זאת

**ההבדל בין דיני אדם לדיני שמיים** – בית הדין לא יכפה בדיני שמיים אלא דוחק ולוחץ (כל פעם במידה שונה בהתאם לנסיבות) לשלם על מנת לרצות את הניזוק.

לאמירה של חיוב בידי שמיים אין כוח על חילוני אך יש לה משקל לאדם מאמין לכן לרוב תמלא את המטרה של בית הדין היא לגרום לאדם לשלם מה שאפשר.

דוגמא שמראה שיש משקל ללחץ בית הדין- גזלן פסול עדות- אדם שהיה צריך להחזיר ולא עשה זאת לא גנב או אדם שבית דין אמר לו לפצות ולא עשה זאת נחשב כגזלן וכל גזלן הוא פסול דין. יש משקל לדיני שמיים למשל בכך שהופכים אדם לפסול עדות.

מידת חסידות (האדם הפרטי)

מצב בו הדין אומר איך הוא רוצה שהאדם יתנהג באופן רגיל בלי שבית הדין יתערב בזה. לא משהו שאתה חייב לעשות אלא מה מצופה ממך וההתנהגות שמנסה להכתיב אך לא יהיו השלכות מבית הדין אם לא תנהג כך. בית הדין לא מעורב באופן ישיר ישנם 2 ביטויים במקורות:

1. רוח חכמים נוחה ממנו (חכמים כמייצגים את רצון התורה)- חיובי/שלילי (איננה נוחה)
2. מידת חסידות (מעל הנורמה הרגילה)

דוגמא- בחוק כיום יש אפשרות לירושה לפי הדין וירושה לפי צוואה (העדפה שונה מהדין לפי רצון האדם). בהלכה יש דבר דומה יש חוקים של מי זכאי לרשת וניתן לשנות אותם לפי רצון אך מאחר שההלכה לא מאמינה בתפיסה שאדם יכול להיות בעל נכסים לאחר שמת לכן הפתרון הוא לתת מתנה כשעוד עדיין בחיים. אדם נותן את המתנה כשגוסס ואז יכול להינות עד שמת ולהוריש למי שרוצה. מדובר באדם שינה את היורשים שלו ממה שבדין ולכן נאמר **שרוח חכמים לא נוחה ממנו**. לא אומרים שאסור לו ולא כופים או לוחצים לפעול אחרת אך מראים שלא מרוצים ולרוב הוא יקשיב לזה כי לא ירצה שהשמים לא יהיו מרוצים ממנו. – **הכוונת התנהגות**

דוגמא- **אדם שמלווה בריבית** – גזלן. אם הוא מתחרט וטוען ששינה את דרכיו צריך גם להחזיר את כל שלקח. נאמר שאם גזלן בא להחזיר לך את הריבית שלקח אל תיקח כי אם תיקח רוח חכמים לא נוחה ממך. אין חיוב או כפייה אך מאחר שרוצים לעודד לוותר על כך כדי לעזור לו לשנות את דרכיו שלא יראתה מהניסיון. לך לא יעשה הוויתור שינוי אך בשבילו זה יצא תשלום רב במצטבר ויכול להרתיע אותו מלחזור לדרך הטובה.

מקרים של אמירה מראש של מה מצופה ממך ובמקרים שלא נאמר מראש אתה צריך להחליט מה טוב אך קח בחשבון את השיקול הזה.

דוגמא- לווה שבאופן פורמלי החוב שלו נמחק אבל אם ישלם בכל מקרה למרות השנה השביעית- **רוח חכמים נוחה.** ההיגיון הוא רצון למנוע חוסר הגינות כלפי אנשים שיכולים להרשות לעצמם להחזיר את החוב. חכמים **מעודדים**(לא מחייבים) התנהגות כזו אבל בית הדין לא יתערב בנושא. לא להחזיר יכול להיות מוצדק ולכן כדי לא לפגוע נתיר לעשות כרצונך.

דוגמא- אדם שמתגייר "נולד מחדש" והמשפחה הקודמת שלא כבר לא משפחתו גם אם התגיירו כל אחד שמתגייר פותח שושלת חדשה. אך במקרה שאין לו יורשים כי הם לא נחשבים משפחתו אז נכסיו- הפקר. אדם שחייב לגר שמת לפי החוק לא מחויב להחזיר את החוב יותר כי אין לו פורמלית משפחה אך אם יחזיר את שחייב לבניו- רוח חכמים נוחה ממנו. יש רצון לקבל ולקרב את הגר, לא נותנים לבנים זכות משפטית אבל מעודדים את הלווה להחזיר את החוב.

**מדוע לא התקינו תקנה שמחייב לעשות זאת**? מאחר ומדובר במקרה ספציפי אין טעם לתקן תקנה בשבילו. לא מטריחים את המערכת להתקין תקנה בשביל מקרה נדיר, בשביל זה הפתרון הוא האמרה.

דוגמא- שעקרונית כדי שעסקת מכר תהיה תקפה עפ״י ההלכה, צריך מעשה קניין. אומנם ישנה מחלוקת האם הדרישה למעשה קניין היא מהתורה או מחכמים, עדיין אפשר לחזור מהרכישה אם לא בוצע מעשה קניין כמו משיכה. למרות ש למרות שמשפטית אי אפשר לכפות עליו אבל רוח חכמים לא תהיה נוחה ממנו (כי לא עמדת במילה שלך)- **אדם חסר אמנה**. אין משמעות פורמלית לכינוי אבל אם אדם מוגדר כמחוסר אמנה כולם יזהרו לא לעשות עמו עסקים.

דוגמא למידת חסידות- לפי ההלכה אדם עני הוא אדם שאין לו כסף לשנה. במקור מדובר בבעל בית(לא עני) שעובר ממקום למקום וכשלא בבית אין לו כסף לשנה אז מוגדר עני באותו רגע ולכן הוא יכול במקרים אלו שלא בביתו ואין לא ממה לאכול ממתנות עניים. השאלה האם צריך להחזיר שחוזר לביתו? לא חייב כי היה מגיע לו אז ואם לא הוא היה לוקח עני אחר אבל אם רוצה להיות להיות מעל הנורמה כלומר ממידת חסידות תפריש 20 אחוז לטובת עניים.

דוגמא נוספת למידת חסידות- כאשר חל דין הונאה (נמכר דבר ביותר או פחות מהשווי) הצד הנפגע יכול לבטל או לבקש פיצוי. דין הונאה חל גם על מטבעות, שערכם היה נקבע (בין השאר) על פי משקלם. מטבעות שונים משאר הממכרים מכיוון שעוברים מיד ליד בצורה מהירה יותר מכל מוצר אחר, ולכן ככל שאפנה מהר יותר אל מי שמכר לי כך גדל הסיכוי שאאתר את הרמאי. יש חשיבות למהירות הפנייה אל המוכר - **בכרך** (עיר) פרק הזמן שניתן הוא כמה זמן שלוקח ללכת "לשולחני" (אדם שמעריך את שווי המטבע) ולבדוק מה שוויה האמיתי של המטבע. **בכפר**- עד ערב שבת כי אין שם סניף בנק ועד ערב שבת בכל מקרה אותו אדם יגיע לעיר. אם אדם בא מאוחר מידי (מעבר לנהוג) וביקש החזר על ערך המטבע והאדם שנתן את המטבע מזהה אותו הוא לא חייב לפצותו **אך יפצה אותו מתוך מידת חסידות.**

במקרים בהם רוח חכמים נוחה/ לא נוחה בית הדין לא מתערב אך **באופן עקיף** הדבר כן יכול להשפיע על התוצאה של בית הדין:

ישנה אישה ערירית וחולה שיש לה נכסים והיא רוצה להעביר אותם לטובת עניים/ לטובת בית כנסת למרות שיש קרוב משפחה רחוק שאמור לרשת את נכסיה. קרוב המשפחה שאמור לרשת אותה הוא **מאוד עני** (ברמה של מקבץ נדבות). מבחינה משפטית האישה יכולה להעביר את ירושתה לציבור, אך מצד אחד הירושה אמור לעבור לפי דין והיורש הינו עני (זקוק לכסף) ומצד שני מדובר במטרות ציבוריות חשובות. השאלה האם זה ראוי (דעת חכמים נוחה מזה). התשובה היא שאין לשתף פעולה עם חלוקה שאינה לפי דין - אסור לקחת חלק בהעברות ירושה ובמיוחד בהעברות לצד ג' (הציבור) שלא ראוי לרשת. ברגע שהאישה מעבירה את הנכסים לבית כנסת / לעניים (קופת צדקה) זו בעצם העברה לציבור (כי האישה משלמת בעקיפין במקום הציבור לבית הכנסת או לעניים). נק' נוספת – ברגע שלקחה את ירושתה מקרוב משפחתה העני, נוצר מצב שבו האישה גורמת לעניים (להם תרמה) לחטוף את רכושו של העני, קרוב משפחתה ("עני מהפך בחררה"). אמנם הדבר לא אסור משפטית אך אינו מוסרי. בפועל היא לא באמת נותנת לבית כנסת או לעניים אלא להרבה צדדי ג׳ ולכן המסקנה היא שזה לא ראוי אבל זה גם לא אסור. אם עשתה – לא צריך לבטל, אך אם טרם עשתה - יש לייעץ לה לעשות אחרת.

הרחקת לכת בחלק השני של התשובה, **אפשר לבטל את הצוואה הזו** מתוקף הסיפור הבא - רבי יהודה הנשיא מראה לרב תלמידו את השער שהוא בנה ומצפה לתגובת שבח והתפעלות, אך בתגובה הרב אומר שלא הושקע בשער כסף אלא חיים של אנשים - בניית בניינים מפוארים לא עדיפה היא על תרומה לעניים או לחינוך. צריך להיות סדר עדיפויות נכון - המצווה של טיפול בעניים/ חולים גובר על בית כנסת מפואר ומי שלא חושב ככה עובר עבירה כמו עובד אלילים. במעשה של צוואה יש דרישה לפעולות קניין בכדי לתת תוקף **ובצוואה של גוסס** יש הקלות בדרישות, אבל אם אדם לפני מותו ציווה לעשות בנכסיו עבירות סביר להניח שלא התכוון לכך והוא אינו בעל שיקול דעת תקין, כך גם עם האישה – כביכול ציוותה להעביר את כספה לעבודה זרה (בית כנסת) זוהי עבירה וניתן **לבטל את הצוואה.**

ביקורת תשובה מוגזמת כי האישה לא באמת גוססת. ההנמקה שבונה המשיב כדי להגיע לאפשרות לביטול הצוואה היא מעט חלולה אך **זהו כוחו של פוסק הלכה/שופט**. הנימוק אמנם חלש, אך מדובר במחשבה על עשיית הטוב (המטרה הראויה שבלעדיה רוח חכמים לא נוחה) והמשיב הרגיש שזה יהיה לא נכון לא לתת כסף לקרוב. לא ניתן מכאן להניח כי כל פעם שאדם מצווה להעביר את נכסיו לבית כנסת היא בהכרח בטל ויש לקבל את בקשת הגוסס אך ניתן לבטלה במקרים מיוחדים – **יש לפוסק יכולת תמרון בכדי להגיע לפסיקה מסוימת.**

**מי שפרע ומחוסר אמנה**

1. מי שפרע - מתקשר לחייב בדין שמיים ("ענישה משמיים").
2. מחוסר אמנה - מתקשר ל"רוח חכמים נוחה".

שניהם נאמרו בהקשר לעסקאות מכר (מעשי קניין). בעסקאות מכר יש צורך במעשה קניין וגמירות דעת (במצטבר). אם הצדדים הסכימו ביניהם ואחד נתן תמורה (שילם) אך לא עשה עדיין מעשה קניין עקרונית (ברמה המשפטית) כל צד ראשי לחזור בו (ולהחזיר את הכסף). **למעשה קניין בפני עצמו אין תוקף משפטי מלא**, ועל סמך מעשה קניין בלבד יכול אדם לחזור בו מן העסקה ולא יהיו לכך השלכות משפטיות.

ברמה המוסרית, הסוגייה אומרת שזה לא בסדר לסגת מן עסקה שכבר נרקמה בין הצדדים. אמנם אין לכך חיוב משפטי, אך ההתנהגות הזו לא ראויה. כמה לא ראויה? תלוי כמה הרחקתם לכת עם העסקה. אם הגענו כבר לשלב מתקדם בעסקה (לדוגמה, אחרי שכבר שולמה תמורה) גמירות הדעת יותר חזקה ולסגת מן העסקה יהיה מאוד לא מוסרי. גם בשלב יותר מקדים, אומנם פחות חמור אך עדיין לא מוסרי.

כלומר, **"מי שפרע"** (ה' שהעניש את אנשי דור המבול – סיפור תיבת נוח) יעניש גם את האנשים שלא עומדים במילתם. **ברמה המהותית מדובר במעשה לא מוסרי, וה' יעניש אותך (דין בידי שמיים)**. הסוגייה אומרת שאם עשית מעשה קניין לפירות ועדיין לא שילם - אי אפשר לחזור. אבל אם שילם ולא עשה מעשה קניין- יכול לחזור בו כל צד (ברור ששניהם גם יכולים) אך הדבר לא מוסרי לכן אם יבחר לעשות זאת ה' יעניש אותו. יש שמודיעים לאדם שיענישו אותו ויש שיקללו אותו שייענש.

מחוסר אמנה בניגוד לביטוי "מי שפרע", אנו מדברים הפעם על מקרה בו היה סיכום פרטי עסקה בעל פה בין שני הצדדים אך טרם ניתנה תמורה ולא בוצע מעשה קניין.

למרות שלא שולמה התמורה ולא בוצע מעשה קניין, ראוי מוסרית שהוא יעמוד בדבריו **ואם לא יעמוד בכך מחוסר אמנה אמנם פחות חמור מ"מי שפרע" ולא ייענש לפי זה, אך ישנה הנחייה מוסרית מתוקף "רוח חכמים לא נוחה").**

דעה מרחיקת לכת ביחס למחוסר אמנה גם למתנות - גם אם הבטחתי למישהו מתנה ולא נתתי לו, ראוי שאני אעמוד בכך ומכך אני מחוסר אמנה. חשוב לציין שבמתנה הכוונה למתנה שצד ב' (מקבל המתנה) מצפה ותלוי בה, ולא מתנה כללית שצד ב' לא לוקח אותה ברצינות ולא תלוי בה.