יחידה 1 – מבוא

התנאה על מה שכתוב בתורה:

* על דיני איסורים – אי אפשר להתנות (קוגנטיים). על דיני ממונות – אפשר להקל ולהתנות במידת הצורך (דיספוזיטיביים). כך שחכמים יכולים לחרוג מדיני ממונות, כאן נעסוק באנשים הפרטיים ולא בחכמים:
* **מחלוקת:** לדעת ר' יהודה ניתן להתנות על דבר שבממון גם אם הוא כתוב בתורה. לדעת ר' שמעון אסור בגלל שזו התניה על דבר שבתורה – הלכה נפסקה כר' יהודה.
* **דיני השומרים – דוגמה להסדר ממוני שניתן להתנות עליו (בבלי, בבא מציעא).**
  + **ברירת המחדל היא**:
    - שומר חינם: אחריות נמוכה על החפץ (אם לא מוצאים את הגנב השומר צריך להישבע ששמר כראוי ואז יהיה פטור מלשלם. כמובן שאם פשע בשמירתו יהיה חייב).
    - שומר שכר: אחריות בינונית (אם השומר טוען שהבהמה מתה ואין עדים (ללא רשלנות) – יכול להישבע ויהיה פטור, אך אם הבהמה נגנבה ברשלנותו – צריך לשלם).
    - שוכר: אחריות בינונית, דומה.
    - שואל: אחריות גבוהה, כמעט מוחלטת (כי נעשתה לו טובה).
    - נטל הראיה: תמיד מוטל על השומר (יכול לצאת ידי חובה גם ע''י שבועה).
  + **התניה על שבועה**: ניתן להתנות על דיני שומרים כי הם מסווגים כדבר שבממון. ניתן לקבוע שהתשלום או נטל הראיה יהיו שונים מברירת המחדל.
* **ניתן להתנות על ממונות, אך לא על איסורים. דוגמאות:**
  + לא כל דין שקשור בכסף הוא דין בממון. איסור ריבית הוא איסור שאי אפשר להתנות עליו.
  + **תוספתא**: תנאי לקידושין על דבר שבממון (לדוג' שפוטר את הבעל מחובות ממוניות כלפי אשתו) - תקף. תנאי לקידושין על איסור (לדוג' עקיפה של הייבום) – לא תקף.
  + **משנה, כתובות**: האם הבעל יכול לוותר מראש על זכויותיו בנכסי אשתו? (בתק' הנישואין ההלכה היא שפירותיה שייכים לבעל). ככלל כן.
    - אם התנאי כתוב באופן כללי – יש לפרשו בצמצום (כי הוא סוטה מהדין).
    - יש אפשרות גם לוויתור מלא על זכויות הבעל (כולל ירושה) – אם זה במפורש.
    - ר' שמעון בן גמליאל: מתנגד. כי לדעתו התניה על דין תורה (גם בממון) – בטלה.
  + **רמב''ם, שמיטה**: ניתן להתנות של שמיטת כספים בשנת שמיטה, כחלק מדיני הממונות. אך הניסוח: "לא תשמטני שביעית" בטל, כי הוא מקיף מדי. ניסוח על חוב מסוים באופן מפורש וספציפי – תקף.
  + **רמב''ם, מכירה**: אפשר להתנות על אונאה ולאפשר אותה בעצם (סטייה של מעל 20% ממחיק השוק).
    - רק אם זו התניה מפורשת שמתייחסת לעסקה ספציפית, עם מודעות לכל הפרטים.
  + **הרשב''א**: לא ניתן להתנות על תנאי מכללא שמקורו בגויים. הסיפור עם הנדוניה. לא שוללים עקרונית תוקפו של תנאי שהאבא יורש את ביתו ולא בעלה, כי זה תנאי שבממון. אך יש בעיה באימוץ הדין הזר. רצו לשמר את ההלכה היהודית והשיפוט בתוך הקהילות.

תורה שבכתב מול תורה שבעל פה**:**

* **ויקרא**: "אלה החוקים והמשפטים **והתורות** אשר נתן ה' בינו ובין בני ישראל בהר סיני ביד משה".
  + **תורה שבכתב –** 5 חומשי תורה, ניתנו בהר סיני.
  + **תורה שבעל פה** – מכלול הפירושים וההלכות שעברו במסורת או התחדשו ע''י חכמים.
* **מדוע יש צורך גם בתורה שבכתב וגם בתורה שבעל פה?**
  + דרך לשמר את ייחודו של עמ''י, התושב''ע פנימית ועוברת מדור לדור רק בתוך עמ''י.
  + **ספר העיקרים**: לאפשר גמישות, פרשנות והתאמה למציאות המשתנה. התורה שבכתב לא יכולה לכלול את כל הפרטים של כל הזמנים, לכן היא מקנה עקרונות. המבנה הזה מבטיח את נצחיות התורה.
* **מה נכלל בתורה שבעל פה? ע''פ** הרמב''ם**:**
  + הלכה למשה מסיני שיש להם ראיה בכתוב (ניתן היה להסיק אותם מכוח מדרש פסוקי התורה)
  + הלכה למשה מסיני שאין להם ראיה בכתוב.
  + הלכות שחכמים דרשו מפסוקי התורה ע''י י''ג מידות (כללי פרשנות).
  + גזירות שחכמים קבעו כדי לעשות סייג לתורה.
  + תקנות ומנהגים שחכמים קבעו.
* **איפה תיתכן מחלוקת? ע''פ** הרמב''ם**:**
  + לא תיתכן מחלוקת ב2 החלקים הראשונים (''דבר אלוקים'', עבר במדויק).
  + בחלקים 3-5 יכול להיות מחלוקת בעת היווצרותן, כיוון שזו פרשנות סובייקטיבית. אך מרגע שהלכה נקבעה היא מחייבת.
* **איזה חלקים הם מדין תורה (דאורייתא) ואיזה מדרבנן (חכמים)?**
  + יש לזה השלכה מעשית שכן ספק דאורייתא לחומרה, וספק דרבנן – ניתן להקל.
  + חלקים 1 ו2: מהתורה.
  + חלקים 4 ו5: מחכמים.
  + חלק 3 – הלכות שהוסקו ע''י חכמים והן פרי פרשנות ומדרש של התורה, מחלוקת:
    - **הרמב''ם**: ברירת המחדל היא שהן מחכמים, אם נאמר שהן מהתורה, אז מהתורה.
    - **הרמב''ן**: ברירת המחדל היא שהן מהתורה, אם נאמר במפורש שהם מחכמים, אז מחכמים.

יחידה 2 – סמכות חכמים במדרש ובפסיקה

המקור לסמכות חכמים**:**

* **בדין הישראלי**: פרשנות בית המשפט העליון היא המחייבת. נימוקים לכך:
  + חברי הכנסת יכולים לתקן את החוק או את הפרשנות המוטעית.
  + הגוף המחוקק הוא שהסמיך את בית המשפט לפרש את החוק.
  + יש חשיבות בשמירה על אחידות.
* **בדין העברי**: הפרשנות של החכמים היא המחייבת.
* **מקור הסמכות, דברים**: "ועשית על פי הדבר אשר יגידו לך... לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל".

שתי גישות לציות לבית הדין:

1. **ציות מוחלט:**
   * **ספרי**: חובת ציות מוחלטת, עונש מוות למי שסוטה ממנה (אמנם העונש נאמר במקור על זקן ממרא בלבד, אך מלמד על החשיבות שבציות לבית הדין). זקן ממרא: חכם בדעת המיעוט שממשיך לפסוק לעם על פי עמדתו בלי לקבל את הכרעת הרוב – חייב מיתה. במקרה בו החכם פועל אחרת אך מורה לעם כפי דעת הרוב – זה בסדר.
   * **הרמב''ן**:
     + לא שולל עקרונית אפשרות שחכמים טועים, אך לא סביר שיטעו, כי יש להם השראה מאת ה'.
     + גם במקרה בו האדם חושב שהחכמים טועים – עליו לציית להם. למה?
       - **טעם דתי**: כדי לשמר את התורה כתורה אחת ואחידה לאורך דורות.
       - **טעם חברתי:** אי הסכמה תיצור מסורות פסיקה שונות שילכו ויסתעפו, והעם יתפצל.
     + מחיר הטעות כדאי לעומת חוסר האחידות והפיצול. האלוקים ציווה עלינו לקבל את פרשנות החכמים, לכן גם אם פועלים לפי פרשנות שגויה – לא מפרים את דברי ה'.
   * **קצות החושן והאגרות משה**: התורה ניתנה לבני אדם כדי שילמדו ויפרשו אותה בהתאם לשכלם האנושי, הגם שייתכן שיהיו מקרים בהם האמת האנושית תהיה שונה מזו האלוקית.
   * **רש''י**: בית הדין בד''כ לא טועה, וגם כשכן, הם כנראה מבינים יותר מהאדם שמגיע אליהם. לכן הם כנראה למעשה כן פוסקים נכון ובהתאם לתורה.
   * **רמב''ם**: חובת ציות מלאה לכל חלקי התורה שבעל פה ("על פי התורה אשר יורוך").
   * **ספר החינוך**: כדי להימנע ממצב בו כל אחד מפרש את התורה לפי הבנתו, מה שיגרום לפילוג וחוסר אחידות – נעדיף טעות נקודתית.
   * **בבלי, ראש השנה**: דוגמת רבי יהושוע ויום כיפור, ממחישה את חובת הציות המוחלט כדי למנוע ערעור על הסמכות המוסדית של בית הדין באותו הדור. (גם אם טעה ולא משתווה בחוכמתו לבי''ד מהעבר)
   * **הר''ן**: מכיוון שמכריעים ע''פ רוב, סביר שלא יהיו טעויות. אבל כן אפשרי שיהיו טעויות וגם במקרה זה יש לציית לבית הדין (כי הנזק מאי-ציות גדול יותר מהנזק מציות לטעות).
2. **ציות חלקי:**

* **ירושלמי, הוריות**: חובת הציות מוגבלת לכך שחכמים לא טעו. הקושי: מי יכול להחליט את זה?
* **בבלי, הוריות**: רק אם קיים חכם ("תלמיד הראוי להוראה"), שמודע לטעות ומקשיב לה – יהיה חייב בקורבן. לא כל אדם אלא רק מי שהוא בעצמו תלמיד חכם שראוי לשבת בבית הדין.

**ספר עקידת יצחק**: המדרש בספרי לא מדבר על מקרה שבית הדין טועה, אלא מדבר על מקרה בו מי שמגיע לבית הדין סבור שהוא טועה. אבל האדם הפשוט המתבונן מהצד לא בקיא מספיק בשביל להחליט את זה (לפעמים גם בית הדין צריך לסטות מהכלל ולהתחשב בנסיבות) – לכן, יש להקשיב לבית הדין. זוהי 'טעות מדומה'.

יחידה 3 – המחלוקת

האם המחלוקת רצויה**?**

**נגד המחלוקת:**

* **תוספתא, חגיגה**:
  + המחלוקת אינה רצויה, היא תוצאה של תקלה. כיום אין גוף אחד שיכריע בכל השאלות ההלכתיות לכן נוצרו מחלוקות. המחלוקות התחילו בתקופת תלמידי הלל ושמאי שלא שימשו ת''ח כל צרכם.
  + בעבר לא היו מחלוקות. אדם היה הולך לבי''ד בעירו ואם אין אז לבי''ד בעיר הסמוכה --- אם הדיינים לא ידעו מה ההלכה (לפי שמועה, מסורת) היה ממשיך לבי''ד בירושלים, אולי שמעו מרבותיהם ---- אם גם הם לא ידעו, השאלה מגיעה לבי''ד הגדול (71 חכמים, לפחות 23 בכל הצבעה) שהיו מכריעים ובמידת הצורך עושים הצבעה ע''פ רוב וזה המחייב. רק הוא יכל להכריע ולפסוק ולכן לא תיתכן מחלוקת.
* **ירושלמי, הוריות**: תחילה הייתה מחלוקת רק לגבי השאלה: האם מותר לסמוך על ראשי הקורבנות בבית המקדש ביום טוב? שמאי והלל הביאו להרבה מחלוקות. אין דרך חזרה מכך עד ביאת המשיח.

**בעד המחלוקת:**

* **ברייתא**: המחלוקת לגיטימית ואף יש בה ערך. כל העמדות מקורן ושורשן בה' ויש ללמוד את כולן.
* **עירובין**: המחלוקת נוצרה מלכתחילה ולא בדיעבד. "אלו ואלו דברי אלוקים חיים". כל הדעות נכונות ולגיטימיות, אז למה נקבעה ההלכה כבית הלל?
  + בגלל שהקדימו דברי בית שמאי לדבריהם – היו נוחים, צנועים ומנומסים. ההלכה שלהם הייתה גם יותר מזוככת ולקחה בחשבון את הדעה השנייה ולכן כנראה שיותר נכונה.
  + בית הלל מחוברים יותר לבריות ולכן ההכרעה ההלכתית שלהם יותר מתאימה לחיים בפועל.
* **ריטב''א**: משה קיבל מסיני 49 נימוקים לאסור ולהתיר כל דבר. ריבוי הדעות מקורו בה' – ואת זכות ההכרעה הוא נתן לחכמים. ריבוי הדעות- לכתחילה! כך שנוכל להתאים את ההלכה למציאות משתנה. וגם יש סוד בדבר.

מדוע נזכרת דעת המיעוט**?**

* **תוספתא**: לא מעלימים את דעת המיעוט כי:
  + תנא קמא: רק כדי לבטלה, נוכל לדעת שזו הדעה שלא התקבלה. יוצר וודאות הלכתית.
  + חכמים: דעת מיעוט מוזכרת לצורך מקרים בהם היא תוצג ע"י תלמיד חכם כשמועה שקיבל מרבותיו. דעת המיעוט תדחה, מתוך הבנה שזו דעת מיעוט.
  + ר' יהודה: דעת המיעוט חשובה בפני עצמה, בשעת הדחק ניתן לעשות בה שימוש.
* **מסכת שבת:** בדעת מיעוט ר' שמעון אמר שנר כבוי, מותר לטלטלו בשבת. אך נפסק כר' יהודה – אסור לטלטל. מאוחר יותר, בשעת הדחק נקבע שבחנוכה בשבת, מותר לטלטל את הנרות ולהכניס אותם לבית אחרי שנכבו. הסתמכו על דעת המיעוט של ר' שמעון כי הייתה סכנה להשאיר את הנרות בחוץ באותה תקופה.

בנוגע למה יכולה להיווצר מחלוקת**?**

* **הקדמת הרמב"ם למשנה: יכולה להיות מחלוקת רק בחלקים 3-5, כיוון שכל אלו נלמדים ע"פ השכל האנושי בצורה סובייקטיבית. לא יכולה להיווצר מחלוקת בהלכות שמקורן הוא הלכה ממשה לסיני (חלקים 1 ו2). כי לדעת הרמב''ם המסורת הזו מדויקת ולא ייתכן שחלו בה שיבוש או טעות או שכחה.**
* **רב שמואל בן חופני גאון: חולק על הרמב"ם. יכולה להיות מחלוקת גם בהלכה למשה מסיני - המסורת יכולה להשתבש \ להישכח כשעוברת מדור לדור.**

יחידה 4 – הלכה ונבואה ("לא בשמיים היא")

האם ניתן להשתמש בכלים שמימיים (נבואה) להכרעה במחלוקת?

* **גישת** הרמב''ם**: לנביא אין סמכות להתערב בענייני הלכה.** 
  + **בבלי, תמורה**: ההעם פונה למנהיגיו (יהושוע, שמואל) בבקשה לחדש את ההלכות שנמסרו מפי משה ונשכחו. העם נענה בשלילה כי התורה "לא בשמיים היא". נביא לא יכול לחדש הלכות ע''י נבואה.
  + **הרמב''ם**: מעמד הנביאים זהה למעמד החכמים חסרי הנבואה. גם נביא שהוכח בעבר כנביא אמת, אם יתבטא בענייני הלכה מכוח הנבואה – יוגדר כנביא שקר! אם נביא הוא גם תלמיד חכם הוא יכול להתבטא בענייני הלכה מכוח חוכמתו ולימודו. משה רבינו קיבל נבואה שלא ניתן עוד לחדש הלכה בעזרת נבואה, לכן מי שיעשה זאת מוגדר כנביא שקר. ייתכן שהמקור להתנגדותו העזה של הרמב"ם להתערבות נבואה בהלכה – על מנת להבהיר שאיננו כמו הנצרות והאסלאם.
* **גישת** הכוזרי**- לנביא יש סמכות להתערב בענייני הלכה.**
  + האזהרה "לא תוסף עליו ולא תגרע ממנו" נאמרה להמון העם, אך החכמים והנביאים יכולים. כי הכוהנים, השופטים ובוודאי גם הנביאים מקבלים סיוע מהשכינה.

תנורו של עכנאי:

* מחלוקת בין **ר' אליעזר לחכמים** – בהתחלה ר' אליעזר מסביר את עמדתו ע''י מקורות וראיות --- משלא מצליח, עובר להוכחות באמצעות כלים שמימיים (אמת המים זורמת הפוך, כותלי בית המקדש נופלים וכו') – ר' יהושוע אומר ש''לא בשמיים היא", אנחנו מכריעים ע''פ דעת הרוב! – בת קול יוצאת מהשמיים ואומרת שהלכה כר' אליעזר – עדיין ר' יהושוע אומר שהכרעות עושים בעזרת השכל האנושי ולא כלים שמימיים, הלכו לפי הרוב.
* ר' אליעזר אח''כ מנודה כי לא קיבל את דעת הרוב וכפר בכללי הפסיקה הרגילים, וגם פוסלים את כל הכרעותיו בדיעבד ומכאן ולהבא.
* העולם 'לוקה' כסימן והגנה על כבוד ר' אליעזר – התבואה לוקה, הים סוער. עד שרבן גמליאל שהיה נשיא בית הדין מצטער על יחסם לר' אליעזר ומדגיש שהכל היה ענייני, ואז הים נרגע.
* בסוף ה' מרוצה מפסיקת החכמים, ואומר "נצחוני בני". התורה נמסרה לעם בנבואה באופן חד פעמי – ומעתה הנבואה לא עוסקת עוד בקביעת הלכה.

יש מפרשים שניסו לגשר בין העמדות השונות:

* **תוספות**: הפער בין בת קול שהכריזה ''הלכה כבית הלל'' (גישת **הכוזרי**) לבין תנורו של עכנאי (גישת **הרמב''ם**):
  + הבחנה בין בת קול שמחזקת את הכללים (בית הלל היו הרוב) או מפרה אותם (ר' אליעזר היה במיעוט).
  + בת קול בתנורו של עכנאי באה רק משום כבודו של ר' אליעזר ובגלל שזימן אותה, ולכן לא סומכים עליה. במקרה של "הלכה כבית הלל" - בת קול באה והכריזה מיוזמתה ועל כן ניתן לסמוך עליה.
* **הרב קוק באגרות הראי''ה**: על אף שלפי שיטת **הרמב''ם** אין מקום לנבואה לעניין הלכה, יש לכלל זה גם יוצאים מן הכלל. כמוצא אחרון, כן יש מקום גם לנבואה בפסיקת הלכה. אבל רק אם לא ניתן להגיע להכרעה ע''פ השכל האנושי בדרכים הרגילות. עובדה שנאמר ''משה קיבל תורה מסיני.. וזקנים לנביאים" – הם היו חלק ממסירת התורה שבעל פה ולכן אי אפשר למחוק את תפקידם.
* **הרב קוק בחושן משפט**: הבדל בין לקבל מסר משמיים (הלכה כבית הלל) לבין לפנות לשמיים (ר' אליעזר). הבדל נוסף: אם יש דיון הלכתי עם ראיות לכאן ולכאן, אפשר להכריע מן השמיים (כמו בת קול בבית הלל). כי הטעמים של 2 הצדדים ידועים לנו, רק ההכרעה הסופית לא. אבל חידוש הלכתי בלי שידוע לנו הטעם שלו – אי אפשר לעשות ע''י נבואה.

יחידה 5 – הכרעה במחלוקת

דרכי ההכרעה האנושיות:

* **תוספתא, סנהדרין**: כשיש מסורת (''שמועה''), גם אם רק אחד מכיר אותה - אין צורך להעמיד את ההחלטה לדין ופוסקים על פיה. במקרה בו אין כלל מסורת – מעלים את הסוגייה להצבעה ומכריעים ע''פ הרוב. (אם יש 2 מסורות סותרות, מכריעים לפי רוב המסורות ולא לפי רוב מקבלי המסורת).
* **ברייתא, ע''ז**: כשאין מסורת ואין רוב – הולכים אחר חכם הגדול בחכמה ובמניין (תלמידים שהעמיד). אם יש שני תלמידי חכמים שווים – תנא קמא: מכריעים לפי הדעה המחמירה. ר' יהושוע: מחלוקת בדברי דאורייתא יש להחמיר, ובדרבנן – ניתן להקל. (כמובן שלכתחילה לא ישאל אדם כמה רבנים רק כדי לשמוע את התשובה שהוא רוצה, אבל אם כבר שאל ויש לו תשובות שונות מרבנים שונים, ילך לפי הדרך הזאת).

תוקפו המחייב של התלמוד:

* כלל ההכרעה ע''פ רוב היה רלוונטי רק בימי בית המקדש כשהייתה סנהדרין. היום העם מפוזר בגלויות, אבל הלכה שהוכרעה במשנה או בתלמוד מחייבת את כולם, ממה נובע מעמדו המיוחד של התלמוד?

1. **הסכמה**:
   * **הרמב''ם**: חכמי ישראל בדור שאחרי התלמוד קיבלו אותו כמחייב ומכאן כוחו.
   * **ר' יוסף קארו**: בחתימת הגמרא והמשנה קיבלו חכמי אותו דור שדורות הבאים לא יחלקו עליו.
   * **הר"ן**: התוקף המיוחד של התלמוד נובע מכך שרוב חכמי ישראל קיבלו אותו באותה תקופה.
2. **פערי חכמה וידע בין הדורות**:
   * **החזון איש**: מעמדו המיוחד של התלמוד נבע מהכרה של החכמים המאוחרים בעוצמת הפער בין חכמי התלמוד לחכמים המאוחרים יותר, ירידת הדורות.

כיצד ניתן להכריע בשאלות הלכתיות שלא הוכרעו \ נידונו בתלמוד?

* **לשם כך נוצרו כללי פסיקה והכרעה נוספים:**
  + הלכה כסתם משנה (כדעה המצוינת ללא שם החכם).
  + יחיד ורבים – הלכה כרבים.
  + בדיני תורה – מחמירים. בדיני דרבנן – מקילים.
  + הלכה כבתראי – כחכם המאוחר יותר.
  + כללי פסיקה שמיים – כללים שונים למחלוקת בין שני חכמים ספציפיים (אביי ורבא – הלכה כרבא).

יחידה 6 – הלכתא כבתראי

התומכים בהלכה כבתראי:

* **בתקופת הגאונים**, נקבע שבכל מקום שנחלקים שני תנאים או אמוראים:
  + עד תקופת רבא: מעדיפים את החכם המוקדם (עד הדור הרביעי של האמוראים).
  + החל מתקופת רבא (ואביי): מעדיפים את החכם המאוחר.
* **מהרי''ק**:
  + קובע את הכלל הלכתא כבתראי, יש להעדיף את הפוסק המאוחר.
  + הסיבה לכך היא שהפוסק המאוחר הכיר את שיקולי הפוסק המוקדם וחלק עליהם במכוון. אם דברי הפוסק המוקדם לא היו מוכרים לפוסק המאוחר (כשאין ידע מצטבר) – אין להעדיף את המאוחר.
  + במחלוקת בין התלמוד הבבלי לתלמוד הירושלמי, פוסקים לפי הבבלי בין היתר כי הוא האחרון.
  + כלל זה אינו חל עד לתקופת אביי ורבא כי עד ימיהם, התלמידים רק שיננו את דברי הרבנים ולא חלקו עליהם (לכן כנראה שהקודם ביותר הוא המדויק ביותר). אבל משלב זה והלאה – התלמידים התחילו להקשות ולתרץ (לכן מכירים את כל המקורות ועדיף להקשיב להם).
* **רמ''א**: מאמץ גם את כלל הלכתא כבתראי, במידה ודברי הראשונים כתובים ומפורסמים והאחרונים חלקו עליהם.
* **שו''ת** **הרי''ד**: משל הננס על גבי הענק מסביר את העמדה לפיה המוקדמים אמנם חכמים יותר, אך יתרון האחרונים הוא הידע המצטבר.

התומכים בדיון כל מקרה לגופו:

* **הרמב''ם**: "למי שהדעת נוטה אחריו – בין ראשון ובין אחרון".

התומכים בהעדפת הראשונים:

* **המהר''ם**: הכלל הלכתא כבתראי תקף רק ביחס לחכמי התלמוד אך לא ביחס לבאים אחריהם, בגלל ירידת הדורות. לא ייתכן שהגאונים קבעו מראש כלל נצחי שמעדיף את האחרונים, בלי שהכירו אותם. לכן יש לתת עדיפות לפוסקים מוקדמים שהיו בקיאים וחכמים יותר.
* **ר' משה חביב**: סבור שגם **המהרי''ק** התכוון לתת קדימות רק לאחרונים בעלי ידע נחרב, שווים בידע שלהם לראשונים. נוהגים ע"פ כלל הלכה כבתראי רק בתנאי שהפוסק המאוחר שווה ערך לפוסק המוקדם (נניח אם כתב חיבור המקיף את כל התלמוד). תוצאה מעשית: כמעט תמיד הלכה תהיה כראשונים.

מחלוקת בין ספרדים לאשכנזים?

* יש דעות שתלו את המחלוקת במסורות פסיקה: אשכנזים נטו לאמץ את הכלל "הלכה כבתראי", והספרדים נטו להעדיף את הראשונים.
* **ר' יוסף קארו (ספרדים)**: הכריע בין כל הדעות על מנת לייצר הלכה אחידה. מכיוון שאי אפשר ללמוד את כל דברי הראשונים והאחרונים הוא יצר משוואת פסיקה: ע''פ דעת הרוב מבין הרי''ף הרמב''ם והרא''ש. אם לא הייתה הכרעה עדיין (לא היה רוב לדעה מסוימת) – פוסק לפי חכמים מקובלים אחרים שדנו בנושא. במילים אחרות: לא מקבל את הכלל הלכתא כבתראי.
* **הרמ''א (אשכנזים)**: כן נוהג לפי הלכתא כבתראי, לכן נוצר פער בין הפסיקה שלהם. הוא קיבל את הכלל הלכתא כבתראי מרבו, ר' שלום שכנו, שסרב לכתוב ספר פסיקה מכיוון שהיה עניו ולא רצה שכולם יסתמכו עליו בתור פוסק מאוחר.

סיכום - האם כלל "הלכתא כבתראי" תקף גם ביחס למחלוקות מאוחרות יותר?

* הגאונים הציגו את הכלל הזה ביחס למחלוקות בתלמוד, אך האם הוא תקף גם ביחס למחלוקות מאוחר יותר?
  + **סיבה להעדפת הראשונים:** ירידת הדורות, הראשונים היו גדולים יותר בתורה והיו קרובים למסורת.
  + **סיבה להעדפת האחרונים:** האחרונים ראו את נימוקי הראשונים, התעמקו בדבריהם וסתרו אותם. יתכן שהראשונים היו מסכימים איתם אם היו חיים בתקופה זו.מכאן, גם מי שמעניק העדפה לאחרונים: מתנה זו בכך שהאחרונים ראו את דברי קודמיהם. הידע והחכמה מצטברים.

יחידה 7 – התקדים המחייב

עד כמה התקדים ההלכתי מחייב?

* **תקדים** – פסק דין במקרה קונקרטי, לא ספר הלכות.
* **במשפט הישראלי**: תקדימים מהעליון מחייבים.
* **יתרונות לתקדים**: וודאות, יציבות, אחידות בפסיקה.
* **חסרונות**: מצמצם את שיקול-הדעת של השופט, מנציח טעויות והופך את השופט למעין מחוקק.
* **נקודת המוצא**: במשפט העברי אין מושג של תקדים מחייב, ''אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות". התקדימים שניתנו הם חלק מהכלים והחומרים שיש לפני הפוסק והוא יכול להשתמש בהם, אבל מידת השימוש היא משתנה.

נימוקים לשלילת עקרון התקדים המחייב:

* **הניסיון להשוות בין מקרים שונים, להקיש ממקרה למקרה, עלול להוביל לטעויות.**
  + **בבלי, יבמות**: דורש את הפסוק "רע ירוע כי ערב זר ושונא תקועים בוטח". "רעה אחר רעה" תגיע בגלל "תוקע עצמו לדבר הלכה". התוקע זה מי שפוסק מתוך דימוי דבר לדבר, בלי להתייעץ עם רבו. יש סכנה בהיקש מתקדימים.
  + **רמב''ם**: בעד פסיקה קונקרטית כדי להימנע מטעויות. לפסוק סתם ע''פ היקש בלי להתייעץ עם הרב – ''גסות רוח''.
* **אין לדיין אלא מה שעיניו רואות. עצמאות הפסיקה של הדיין לפי הבנתו ושיקול דעתו.**
  + **בבלי, בבא בתרא**: אין לבטל פסק דין שנראה שגוי אלא לשאול את מי שנתן אותו (אם הוא חי), אך לאחר מותו, לא ללמוד ממנו לפעמים הבאות. (נלמד ממה שאמר רבא לר' פפא ור' הונא).
  + **סנהדרין**: "לא תגורו מפני איש" – לא לפחד להגיד את הדעה ולחלוק על דעות קודמות, עצמאות בהכרעות. אין לחשוש מהאחריות הכרוכה בפסיקה או מהעונש על פסיקת טעויות כיוון שאין לדיין אלא מה שעיניו רואות.
  + **תוספתא**: אל תגיד בשעת הדין "דיי שאראה כרבי", אלא אמור מה שבדעתך

יש פוסקים שנתנו לתקדים מעמד מרכזי יותר:

* **מהרי''ל**: יש מקום לסמוך על תקדים, והוא מקור עדיף על ספרי הלכה, כיוון שתקדים הוא הלכה למעשה (בפועל) ולכן יותר מהימן. אנו קטנים מהראשונים בחכמה לכן ראוי שנסתמך על תשובותיהם.
* **שו''ת רבי אברהם בן הרמב''ם**: השימוש בתקדים תלוי בנסיבות, יחס מסוייג יותר. ראוי כי הדיין יהיה חשוף לתקדימים ויעיין בהם בפסיקתו, אך הוא אינו כפוף להם. על הפוסק להיעזר בשו''תים כדי לסגל כוח שיקול דעת ודרך טובה לפסיקה.

יחידה 8 – טענת קים לי

מהי טענת קים לי?

* **קים** **לי**: ''אני מוחזק'' \ ''אני סבור''. זו טענה שרק הנתבע יכול להעלות כשיש מחלוקת הלכתית הנוגעת לדין בענייני ממון והוא מחויב לדעתו שלא כהוגן. הטענה לא נוגעת לשאלות עובדתיות, אלא הלכתית־משפטית.
* מהרי"ק: הראשון שהתייחס לאפשרות 'קים לי'. מצמצם את טענת קים לי לענייני ממונות בלבד (ולא איסורים).

הנימוקים (ההצדקות) לטענת קים לי:

* עצם זה שהנתבע מעלה את הטענה, מגלה מחלוקת שיוצרת למעשה ספק בדין. אם יש דעה סותרת – התשובה אינה חד משמעית (בדומה ל''המוציא מחברו עליו הראיה").
* לשאלה משפטית אין בהכרח רק תשובה אחת נכונה. לא ניתן לחייב את התובע בניגוד לעמדה הלגיטימית שלו.
* **נפקות לדוגמא** **בין ההסברים**: היא בשאלה האם בית הדין יכול להעלות מיוזמתו טענת קים-לי עבור הנתבע. לפי המודל הראשון כן. לפי המודל השני, לא. בית הדין נתן פסק דין נכון, לכן לא צריך לטעון עבור הנתבע טענת קים-לי.

הקשיים בטענת קים לי:

* **אורים ותומים**: ברוב המקרים בדיני ממונות יש מחלקות, כמעט תמיד הנתבע יוכל לטעון 'קים לי' וכך לא תישאר משמעות להכרעת בית הדין! "לשווא עמלו בונים" – אין טעם לעבודת בתי הדין והחכמים. כי ''כל דאלים גבר''.
  + מצמצם את טענת קים לי: אם יש עמדה שמוסכמת על **השו''ע** ועל **הרמ''א**, ושניהם לא הזכירו טענה חולקת– לא ניתן לטעון קים לי (כי הם הפכו למחייבים בכל ישראל).
* **רדב''ז**: עומד על כך שטענת קים לי היא בעייתית, אם לא נצמצם אותה לא יהיה ניתן לחייב אף נתבע בממון וזה יעודד גזל וקיפוח זכויות של אחרים, אין התרעה. לכן הוא מצמצם את טענת קים לי בכל מיני דרכים:
  + לא ניתן לטעון אם הדיין שישב והכריע בדין הוא מומחה לרבים – דיין מומחה שמקובל על הציבור.
  + באותו דיון אי אפשר לטעון קים לי כעמדת פוסק אחד לשאלה אחת וכפוסק אחר בשאלה אחרת. הנימוק לכך הוא חוסר תום לב, טענה של דבר והיפוכו רק כדי להשיג יתרון בדין. יש צורך בעקביות!
  + לא ניתן לטעון ''קים לי'' אם העמדה הנוגדת היא של הרב (הפוסק) המקובל באותו מקום.
  + לא ניתן לטעון ''קים לי '' נגד מנהג ברור שחל באותו מקום.
  + לא ניתן לטעון ''קים לי'' כעמדה שיש כנגדה רוב ברור.
  + במחלוקת של יחיד מול יחיד, ניתן לטעון קים לי רק אם שתי הדעות נאמרו ע''י פוסקים ששווים במעמדם.
* **לסיכום הבעייתיות**: פוגע בתפקיד בית הדין, כל אחד יתחמק מהדין, לגיטימציה לגניבה.
* **הלכות קטנות**: מתנגד לחלוטין לטענת קים לי, כי אם יקבלו אותה יתבטל עם השנים כל המשפט העברי.

יחידה 9 – סמכות חכמים כמחוקקים (תקנות וגזירות)

המקורות לסמכות החכמים:

* המקור לסמכות חכמים כפרשנים: "לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל". מהו לסמכותם כמחוקקים?
* **מסכת שבת**: איך נברך ''קידשנו במצוותיו וציוונו'' על נרות חנוכה אם הן תקנת חכמים? מהו המקור שלהם?
  + ר' אויא: ''לא תסור''. אותו מקור כמו של ציות לפרשנות חכמים. ה' ציווה לקיים את תקנות החכמים.
  + ר' נחמיה: "שאל אביך ויגדך וזקניך ויאמרו לך", על עמ"י לשמוע לדברי החכמים.
* **הרמב''ם**: מאמץ את מקור ''לא תסור''. קיום תקנות החכמים הוא קיום עקיף של ציווי ה'.
* **הרמב''ן**: חולק על הרמב''ם, כי כך נהפוך את כל תקנות חכמים למצוות מהתורה. מאמץ את המקור השני.

קושי בסמכות חכמים:

* כיצד רשאים החכמים להוסיף תקנות? הרי כתוב: "לא תוסיפו על הדבר אשר אנוכי מצווה אתכם"?
* **רש"י**: האיסור מתייחס רק לשינוי בתוך הלכה קיימת (3 מינים).
* **הכוזרי והרשב''א**: האיסור ניתן לאדם הפשוט, חכמים יכולים להוסיף.
* **הרמב''ם**: מותר לחכמים להוסיף על התורה ולהדגיש שהתוספת מדרבנן (זה אף רצוי).

גבולות סמכות חכמים כמחוקקים – עקירת דבר מהתורה:

* הוספת תקנה (סייג) בד''כ לא יוצרת קושי – כשאין התנגשות עם התורה. כשיש התנגשות, אז הכלל הוא:
  + **החכמים רשאים לעקור דבר מן התורה, בשב ואל תעשה**. (לבטל מצוות עשה, להורות לאדם לא לעשות דבר שהתורה ציוותה אותו). רק במקרים מיוחדים של חיזוק שמירת ההלכה (לולב בשבת). הסמכות לבטל מותנית בכך שלא מדובר על ביטול מוחלט אלא חלקי (רק לולב בשבת, לא בכללי).
  + **החכמים אינם רשאים לעקור דבר מן התורה, בקום ועשה** (לבטל מצוות לא תעשה. אסור להתקין תקנה שמשמעותה לקום ולעבור על איסור, אלא בנסיבות מיוחדות). החריגים:

1. הפקר בית דין: בית דין יכול להפקיר רכוש. הוכר **בתוספתא** (התרה של איסור גזל כדי למנוע כלאיים, ענישה והרתעה). מקורות: **עזרא** (אסיפת העם) או **יהושוע** (ראשי מטות).
2. הוראת שעה: ישנן נסיבות בהן ראוי לעבור עבירה כדי לקיים מצוות בהמשך, למען שמירה על הדת (**הרמב''ם**). דוג': כתיבת התושב''ע. **יבמות**: אליהו בהר הכרמל כמקור לסמכות זו.
3. הוראת שעה בתחום הענישה: **סנהדרין**: בית דין רשאי להעניש גם ללא סנהדרין ובית המקדש, כהוראת שעה. אם צרכי השעה מחייבים זאת – סוס בשבת, חוסר צניעות. **הרמב''ם**: אלו סייגים לתורה, יש להיזהר איתם ולשמור על כבוד הבריות. רק כהוראת שעה זה מותר.
4. הפקעת קידושין ע''י חכמים. **משנה, גיטין**: נתינת גט ע''י שליח, רבן גמליאל: תקנה לפיה אי אפשר לבטל גם מרחוק לצורך תיקון העולם. **בבלי**: עד כמה זה מחייב? ר' יהודה: מלכתחילה יש להקשיב לתקנה אבל בדיעבד הגט בטל. ר' שמעון: הגט לא בטל, התקנה הזו מחייבת מראש! איך זה מתאפשר? במקרים חריגים כשהבעל פעל שלא כהוגן - החכמים יכולים לבטל קידושין למפרע כי "כל המקדש על דעת חכמים מקדש". לפי דעה אחרת, אפילו מכאן ולהבא אפשר לבטל.

יחידה 10 - הערמה על הדין

תקנות שמערימות על הדין, לא מתנגשות עם דין תורה:

* **פרוזבול** – העברת החובות שמועד פרעונים הוא בשמיטה לבית הדין, כדי שלא יישמטו.
* **היתר עסקה** – הופכים הלוואה לעסק משותף כדי לאפשר ריביות (כדי שלא יימנעו מלהלוות).
* **מכירת קרקע בשנת שמיטה לגוי**.
* **מקרים ספציפיים של הערמה על הדין**:
  + **ירושלמי**: ר' טרפון שקידש 300 נשים כדי לעקוף את דין התרומה.
  + **משנה, מעשר שני**: הבאת הכסף/הפירות לילדים או לעבד העברי או לחבר כדי שהם לא יפדו חומש מהם.
  + **בבלי, שבת**: הערמה על דין יו''ט לצורך מניעת צער בעלי חיים.

מגבלות על היכולת להערים:

* יש להקפיד על כך שהפעולה המשפטית תתבצע במלואה ובאופן תקין.
* **בבלי, נדרים**: אפשר לעקוף נדר ע''י נתינת מתנה לצד ג', אם התלוותה למתנה גמירות דעת (לא מתנה למראית עין).
* **הרשב''א**: הערמה על הדין והכנת יותר מדי אוכל בחג, לצורך השבת הסמוכה – אסורה. הערמה יותר גרועה ממזיד במקרה הזה! אסור לאכול מהאוכל הזה בשבת! בגלל שלמראית עין יכולים לחקות אותו (לפי רש''י).
* **הרמב''ם**: הערמה היא מותרת, מרמה היא אסורה. אין קריטריונים ברורים להבחנה הזו.
* **הרשב''א**: לא ניתן להשוות בין מקרים שונים וללמוד מהערמה אחת על אחרת כי אין קריטריונים ברורים.

הערמה על מנת לגרום נזק לאחר:

* על אף שלפעמים מותר להערים על הדין, אין לעשות זאת במטרה לגרום נזק לאחר או להשיג לעצמי יתרון שלא כדין.
* **הרא''ש**: אם מישהו מנצל את זה שאין שטר חוב ולא יכולים לשעבד את נכסיו, ולכן הוא מעביר במתנה את כל נכסיו לצד ג' – זוהי הערמה על הדין שלא תופסת. כנראה גם לא הייתה גמ''ד במתנה כי מי נותן את כל נכסיו במתנה?
* **השו''ע**: פסק כך להלכה, הערמה לא קבילה שהיא מזיקה לאדם אחר. **הרמ''א**: מוסיף שאם בית הדין יסיק שהמתנה ניתנה באמת, צד ג' יכול להחזיק בה.

יחידה 11 – ביטול תקנות חכמים

**הרמב''ם**: איך מסתכלים על תקנות? כאל דין תורה? (ואז הביטול אפשרי רק כהוראת שעה, ובנסיבות החריגות כמו שראינו) או שמתייחסים אליהם בצורה שונה ואפשר לבטל אותם בדור שלאחר מכן?

**האם טעם התקנה ידוע?**

**לא,** כי חששו שהציבור לא יקבל את התקנה אם יפורסם הטעם

**כן,** כמו פדיון שבויים או תקנות אחרות שתוקנו משום דרכי שלום

**הרמב''ם:** כמו שהטעם לא ידוע (צריך בית דין גדול בחכמה ובמניין).

**המאירי והראב''ד:** חולקים על הרמב''ם, לפי הסיפור על נטע רבעי, כל בית דין יכול לבטל תקנה שטעמה ידוע וכבר לא רלוונטי.

**הרא''ש והרדב''ז:** האם הטעם ידוע ונכתב במפורש והוא כבר לא רלוונטי, התקנה בטלה מאליה.

אם התקנה לא תלויה בטעם מפורש – צריך בי''ד.

**אם הטעם ידוע וכבר לא רלוונטי**

**אם הטעם ידוע ורלוונטי**

תקנה שלא התקבלה מלכתחילה בציבור: בטלה מאליה.

תקנה שהתברר שלא התקבלה: כל בית דין יכול לבטלה.

\* יש 18 תקנות שאפילו אליהו הנביא לא יכול לבטל

\* גזרה שהיא סייג לאיסור תורה – אי אפשר לבטל

**הכלל**: בית הדין יכול לבטל תקנה של בית דין קודם אם הוא **גדול** מבית הדין שקדם לו, **בחכמה ובמניין**. (כמעט ולא קורה).

תקנה 12 – תקנות הקהל

מקור הסמכות לתקנות הקהל:

* תקנות הקהל מותקנות ע"י הציבור או נציגי הציבור, ולא על ידי חכמים.
* **תוספתא**: מקור ראשוני לעניין תקנות הקהל. בני העיר רשאים לקבל החלטות על עצמם ולכפות אותן על הכלל. הציבור יכול לאכוף את הכללים באמצעות הטלת קנסות על המפרים. (תקנה ולא הסכם, כי זה מחייב גם את מי שלא הסכים לה). גם בעלי מקצוע יכולים לקבוע לעצמם כללים מסויימים.
* **תשובות הגאונים שערי צדק**: מקור מרומז לתקנות הציבור.
* **שו"ת יכין ובועז ב, כ-** מקור מפורש יותר לתקנות הציבור, מהמאה ה-15. הציבור יכול לתקן, לקנוס ולהפקיר תקנות ממוניות, כמו בית הדין. מכאן שמעמד הציבור שווה למעמד החכמים! (אך בתנאי שיהיה בעצת אדם חשוב).
* **הרשב''א**: הציבור רשאי לתקן תקנות שמעמדן יהיה כדין תורה. הציבור מחויב לציית לקנות הקהל, וניתן להטיל סנקציות על מי שלא נוהג כך. ובלבד שההסכמה הייתה פה אחד (כמו חוזה רק משתתפים). מוסיף שקבוצה מוגדרת של בעלי מלאכה יכולה לקבוע לה תקנות גם בלי הסכמה של כל בני העיר.

היקף הסמכות לתקנות הקהל:

* **תקנת ציבור יכולה לסתור את דין התורה רק בדיני ממונות, אך לא באיסורים!** לכן תקנת הקהל שמכשירה שטר שנעשה ע''פ הגויים תקפה, עם סעיף ריבית – בטל, כי זה איסור. גם תקנת הקהל שמתירה הימורים – בטלה.
* **תקנה העוסקת בדיני ממונות יכולה לסתור דין תורה מכוח הכלל "הפקר בית דין הפקר" שמיוחס גם לציבור.** 
  + **שו''ת רבינו גרשום**: ניתן תוקף מחייב לתקנה לפיה יש להחזיר ספינה אבודה, גם אם היא עומדת בסתירה לדין תורה. (כמובן שסותרים דין תורה רק במקרים המותרים, רק כשבית דין יכול (לדוג' כאן – הפקר בית דין הפקר) אז גם הציבור יכול).
* **במקרים מיוחדים יש בכוח תקנת הקהל להתיר איסור תורה.** תקנת הקהיל שהתנתה את הקידושין בעשרה עדים תקפה, כי היא נעשתה לצורך תיקון העולם (**הרשב''א**). מצריך הסכמה רחבה של בני העיר ואישור אדם חשוב! כנראה מסתמך על היכולת של בית דין וחכמים להפקיע קידושין – אך סובר שיש אותה גם לקהל.
* **האם צריך הסכמה של רוב הציבור או של כל הציבור?**
  + בתשובות קודמות, **הרשב''א** פסק שצריך הסמכה פה אחד.
  + בתשובה אחרת הוא קובע: מספיק רוב. (התקנה חלה גם על מי שלא היה חלק מההחלטה, כמו: מי שלא נכח, מי שנכח והצביע נגד, מי שנולד אחרי).
  + **הרא''ש** מסביר שאין ברירה, לא ריאלי לדרוש הסכמה פה אחד. "אחרי רבים להטות".
  + **המרדכי**: ניתן לאכוף את התקנה רק על מי שהסכים לה מראש (הסכם רב משתתפים).
* **כשהקהילה גדלה וזה לא ריאלי** – שבעה טובי העיר (נציגי הקהילה) מצביעים עליה (**הרשב''א**). הם אינם בהכרח החכמים/המכובדים אלא מנהיגים חברתיים, אפוטרופוסי העם. ההחלטות שלהם ייחשבו לתקנות הקהל.

פיקוח הלכתי על תקנות הקהל:

* **בבא בתרא**: מותר להתקין תקנות לקבוצת עובדים מסוימת, רק אם אין אדם חכם בעיר. אם יש אדם חכם חייבים את הסכמתו. (תלמיד חכם שיש לו מעמד בעיר).
* **הריב''ש**: תקנת הקהל לא צריכה אישור של ת''ח, רק אגודה מקצועית צריכה אישור שלו.
* **הרא''ש והרא''ש**: תמיד צריך, גם אם זה על הקהל.
* **פיקוח הלכתי וכבוד החכם**: רלוונטיים ל2 הקבוצות. **ההבטחה שההסדר לא מקפח אחרים:** נדרש יותר באגודה מקצועית. אצל הקהל לא צריך.

יחידה 13 – המנהג

מנהג מקיים:

* ביטוי להלכה קיימת (מגלה הלכה קיימת באמצעות הסתכלות על התנהלות העם הנוכחית).
* ראו שהעם סוחב את הסכין בשינוי, הבינו שאסור לטלטל אותה בשבת. חשיבות למנהג. (**פסחים**)
* **פאה**: כל הלכה שמתבלטים עליה: יש לצאת ולבדוק מה העם עושה. מה שנהוג בציבור הוא שיקוף של הלכה קיימת.
* **הרא"ש**: מסביר גם את העניין הזה. יש ללכת אחרי המנהג ואפשר לסמוך על זה שגדולים פסקו את ההלכה הזו ולכן היא נהוגה.

מנהג יוצר:

* בעל הטורים: כשיש מנהג, כולם מחויבים לו ויש לאמץ אותו (אך לעיתים המנהג רק מסייע לפסיקת ההלכה).
* להלכה, מי שקונה מגנב לא חייב להשיב את החפץ המקורי לבעליו, כי יש הנחה שהבעלים התייאש, כי גניבה היא בלילה. אך פשט המנהג שגם במקרה זה יש להחזיר לבעלים – לכן המנהג מחייב. יצירת הלכה חדשה בניגוד לדין.
* **בבלי**: "הלכה כ" (מחייב, מורים כך ברבים) --- "מנהג כ" (לא מורים ברבים, רק ביחיד) --- "נהגו כ" (לא מורים כך ברבים ולא ביחיד, אבל עשה כן בדיעבד, לא מעירים לו על זה).

מקור החובה לציית למנהג:

* "אל תסג גבול עולם אשר עשו אבותיך" / "שמע בני מוסר אביך ואל תטוש תורת אמך" / "ואל תבוז כי זקנה אמך".
* **הרא''ש**: בדיני איסור והיתר מנהג יכול להרחיב איסור אבל לא לבטל אותו. משמע המנהג יכול לסטות מדין תורה אבל לא להתנגש איתו (קטניות בפסח).
* אם הציבור נוהג מנהג מוטעה שיש בו עבירה - יש לבטלו, אפילו אם גדולים הורו את המנהג.
* **הרא''ש** מסוייג מהיכולת של הציבור להשתית מנהגים הקשורים בדיני ממונות. סובר שבית דין הוא זה שאמור לעשות זאת, ע"י תקנה. ואילו **התשב''ץ**: כל מנהג שאין בו איסור, אם העם נוהגים כך יש לקיימו.
* **הרשב''א**: לא שולל את תוקף מנהג הנדוניה בכלל, אך הוא לא מקבל מנהג שנעשה מתוך כוונה לאמץ דין זר.
* **בבא מציעא**: מעמד מיוחד למנהג בנוגע לדיני פועלים. תנאי העבודה של הפועלים הם לפי מנהג המקום ולא לפי מה שהשוכר רוצה. לטוב ולרע. מכאן הגמרא לומדת שאם יש פער בין המנהג להלכה – המנהג מבטל את ההלכה! כמובן רק בהקשר ממוני (אי אפשר מכוח מנהג לעבור על איסורים).
* המנהג קיבל מקום משמעותי גם בדיני הקניין (הרשימה של מעשי הקניין נותרה פתוחה כדי להתאימה למנהג המקום). כל דרך אחרת שמנהג הסוחרים לקנות באמצעותה, תהיה תקפה!

יחידה 14 – דינא דמלכותא דינא

* **תלוי מקום וזמן**. הכלל נוצר מכך שהיהודים חיו בתוך סביבה לא יהודית, ונוצר מתח בין הדין המקומי לדין היהודי.
* נקבע ש**"דינא דמלכותא דינא**" - דין המלכות, דין הוא (כמובן רק בדיני ממונות ולא איסורים).
* **משנה נדרים**: הדין הזר מחייב מבחינה הלכתית, אבל אם המוכס נוטל כראות עיניו (עובר על גזל) – אדם לא חייב לשלם לו מבחינה הלכתית.
* הכלל מוזכר בהלכה גם בנוגע לחזקה במקרקעין ולדיני שטרות, אך חל גם בתחומים נוספים.

הנימוקים לכלל:

* **בעלות המלך על הקרקע:** אין ברירה, כדי שלא יגרש אותם. לא שייך בא''י. (**הר''ן**)
* **הסכמה לחוקי המלך:** לא כפיה, אלא הסכמה מרצון לחוק המלך (שהם הוגנים). ניתן להתנות על דיני ממונות ובעצם העם מתנה ומקבל עליו את חוקי המלך. ההסכמה הזו מחייבת אותם. (**רשב''ם**)
* **הסכמה להיות עבדי המלך:** גם כשהחוק לא הוגן. (**רמב''ם**)
* **סמכות מכוח שבע מצוות בני נוח:** ההלכה מכירה בשטר שנעשה בערכאה של גויים, שכן זהו חלק ממצוות בני נוח להקים מערכת משפט. מצוות דינים. (**רש''י**)
* **תקנת חכמים:** הכלל לא חל היום, אלא רק בתקופת האמוראים הייתה תקנה כזו להקשיב לדין הזר. זאת אומרת שההכרה בסמכות הדין הזר היא עקיפה, ע''י התקנת חכמים. וחוקים שלא היו תקפים בתקופה זו – לא מחייבים את היהודים. (**רבנו תם**)

היקף הכלל ומגבלותיו:

* חוק שמתנגש עם איסור – לא תקף.
* חוק לא שוויוני – לא תקף (אם הוא בחלק מהמקומות או פרסונלי לדוגמה) (**התשב''ץ, הרמב''ם, השו''ע**).
* תקפים רק חוקים שקשורים למיסים ומקרקעין תקפים. ייתכן שזה נובע מכך שהתלמוד מזכיר את הכלל דד''ד בעיקר בנושאים אלו. (**הרמ''א**).
* תקפים רק חוקים שצומחים מהם תועלת ישירה למלך או לתקנת בני המדינה (מה שבמשפט הפרטי – לא תקף). אם ניתן תוקף גם למשפט הפרטי, נאמץ את כל הדין הזר!! וזה לא רצוי. (**הרמ''א**).
* הכלל חל רק על חוקי מלכות ישנים. (**הריטב''א**).
* חוק שמתנגש עם הוראה הלכתית מפורשת – לא תקף. (גם אם זה לא איסור אלא הוראה ממונית). כמובן שזה כאשר ההתנגשות היא חזיתית. (**הש''ך**).
* **האם הכלל עוסק במלך דווקא או בכל שלטון נבחר?** לפי בעלות המלך בקרקע – לא רלוונטי בשלטון נבחר. ואילו יסוד ההסכמה רלוונטי מאוד בדמוקרטיה.

מיהו מלך**?**

* **הרמב''ם**: מי שמטבעו התקבל ושימש בעם, ברור לכולם שהוא המלך. (מתחבר עם ההסכמה).
* **מהרשד''ם**: רק מלך קבוע, לא על שלטון נבחר ומתחלף.
* **הרשב''א**: הגדרה רחבה יותר למלך וכלל בה גם שר או שלטון מקומי.
* **המהרי"ק**: מרחיב גם את הגדרת המלך, ותולה אותה בבעלות על הקרקע. גם אם הוא הדיוט. הכלל דד''ד לא חל רק על המלך אלא על כל מי ששולט בקרקע.
* **הרב קוק**: שלטון נבחר עדיף על מלך, יסוד ההסכמה.

דינא דמלכותא דינא ביחס למלך ישראל:

* **הר"ן**: ארץ ישראל שייכת לעמ''י ולכן מלך לא בעל הקרקע עליה והכלל לא חל! לא משנה אם המלך גוי או יהודי. מתבסס על בעלות המלך בקרקע.
* **הרמב''ם**: הכלל חל גם בארץ (מלך יהודי או גוי) כי הוא מתבסס על יסוד ההסכמה.
* **מאירי**: מכיר בסמכות מלך ישראל לחוקק חוקים מכוח משפט המלך **בספר שמואל**. לפי הדעה של רב יהודה בשם שמואל שאלו אכן סמכויות המלך ע''פ הלכה ולא סתם דרך להפחדה.

יחידה 16 – ועשית הישר והטוב

**מקור לחובת לעשות הישר והטוב**: הכפילות בדברים י''ח. (1) לכוון לעשות הישר והטוב בעיני ה' ולא להרוויח שכר או תועלת (2) עיקרון מנחה גם כשאין דין ברור. לא להיות נבל ברשות התורה. בא לידי ביטוי ב3 מישורים:

א) ציווי לחכמים עצמם, להתקין תקנות שיביאו עיקרון זה לידי ביטוי

העיקון המנחה של עשיית הישר והטוב הוא גם קובע את התקנות הבאות וגם משפיע על גבולותיהן. זאת אומרת שהן מחייבות, אבל רק כל עוד הן מגשימות את העיקרון הזה:

1. **דינא דבר מצרא:** חובה משפטית מחייבת ולא מוסרית בלבד, רק כשלא פוגע באחרים.
2. **שיעבוד נכסים בהלוואה**: שומה חוזרת, תמיד יש לקבל בחזרה את הכסף מהלווה בתמורה לרכוש.

ב) ציווי לבית הדין, שמעבר ליישום כללי הדין הרגילים עליו לשאוף להגשים את עשיית הישר והטוב

הכלים שיש בידי בית הדין ליישם את העקרון:

1. **לפנים משורת הדין -**  לדוגמה בהשבת אבידה, שמואל מחייב כך, למד זאת מאביו. כך גםרבא בר חנן, חויב לפנים משורת הדין. ר' ישמעאל ור' חייא נהגו כך בעצמם באופן עצמאי ובחירי.
2. **חיוב בדיני שמיים-** לדוגמה בנזקי גרמא.המשמעות היא ענישה בידי שמיים \ איום ואף דחיקה מטעם בית הדין. בנוסף אם לא יפצה, יהיה נחשב לגזלן ופסול עדות.

ג) ציווי לאדם הפרטי

מידת חסידות ורוח חכמים נוחה ממנו – די דומה. לא נורמות אכיפות!

**רוח חכמים לא נוחה**: במקרה של ירושה לא לבנים \ אי ויתור לגזלן בריבית השב בתשובה.

**רוח חכמים נוחה**: החזרת חובות בשנת שמיטה ע''י אדם עמיד \ החזרת הלוואה לילדי הגר שנפטר \ מוכר שעומד במילותיו ויקיים את עסקת המכר גם אם לא התבצעה פעולת קניין, משיכה.

**מידת חסידות**: במקרה של אונאה, גם אחרי יותר משנה, אם המוכר מזהה את המטבע ראוי שישלם עליה את ההפרש \ מקרה בו אדם עשיר נזקק למתנות עניים בעיר אחרת, ראוי כי יביא צדקה לעניים בעירו.

**מי שפרע:** חיוב בדין שמיים, קללה (חזר מעסקה אחרי ששולמה התמורה, אך לא נעשה קניין).

**מחוסר אמונה**: אין רוח החכמים נוחה ממנו (חזר מעסקה אחרי שהייתה הסכמה על הפרטים). הוא יחשב לאדם בלתי אמין ויתכן שלא ירצו לעשות איתו עסקים.

*כמובן לא מקיף את כל החומר, רק קצת לעשות סדר😊*