

משפט עברי

סיכום מאוחד של כרכים: א', ב' ו-ג'.

אלכסנדר יורפולסקי

עריכה והגהה: אילון אקון

אל הלאומי !

מטרת סיכום צנוע זה הוא לאפשר לכם, תלמידים אשר לראשונה נחשפים לנושא המשפט העברי, גישה קלה ופשוטה להבנת המושגים בתחום.

סיכום זה נבנה ע"פ תוכנית הלימודים של אוניברסיטת בר אילן לקראת ההכנה לבחינה למבחן בקיאות במשפט עברי.

כמו הרמב"ם, גם אני ייעדתי מטרה לסיכום זה, להיות מקיף עדכני ומדויק ככל האפשר ולאפשר לכם למצוא בו פתרון מקיף ונוח לכל שאלה שתתעורר במהלך ההכנות לבחינה.

סיכום זה חובר בעיקרו מספרו של פרופ' מנחם אלון ז"ל, "משפט עברי", וכן ממספר מקורות נוספים במקביל במטרה לתת מענה לפירושים והבהרות שמצאתי לנכון לשלבם.

סיכום זה כלול בנוסף, לתוכנית הלימודים, הקדמה כפי שאני קראתי לה "הקדמה לחסרי רקע בלימודי יסוד ביהדות" והיא למעשה מהווה סיכום מתומצת של מושגים והגדרות שמומלץ לדעת וללמוד טרם תחילת קריאת הסיכום – נושאים אלו נלמדים בעיקרם בבתי הספר השונים ומטרתו לתת בסיס יציב להבנת מושגים מורכבים יותר. אין בהקדמה זו משום ניסיון לצמצם פערים באופן משמעותי בין הרמות השונות ומטרתו היא בסך הכול לתת היכרות מקדימה עם מושגים מחיי המשפט וההלכה.

סיכום זה כולל את כל 3 הכרכים שסוכמו ע"י והוא שונה באופן מהותי מסיכומים אחרים תוך מתן דגש על דוגמאות, הסברים, הצגת הנושאים בתרשימים ובטבלאות כדי להקל על הלימוד והשינון של החומר.

לפני היו מונחים, פרט לכרכים של הספר, גם סיכומים משנים קודמות של קרן אור שמואלי וכן סיכומים של סטודנטים נוספים מאוניברסיטת בר אילן (דורון נגרין, ארז נעים ואלון לביא) וכן סיכומים של סטודנטים מאוניברסיטאות אחרים, כמו כן ערכים מתוך ויפיקדה, ספר עזר "מורה דרך במקורות המשפט העברי" – מתוך כל אלה רקמתי את הסיכום אשר מונח לפניכם. כדי לגלות הגינות, כל דבר שלא נכתב בסיכומים משנים קודמות ע"י סטודנטים בעלי ניסיון רב משלי סימנתי, הערתי והדגשתי כדי לתת לכם את האפשרות לדלג או ללמוד.

הסיכום שמונח לפניכם נכתב לחלוטין מחדש.

בסיכום זה ניתן לעיין בצורה אלקטרונית (תוכן העניינים מקושר וכל מושג שנזכר מקושר לעיתים אף הוא למקור שלו) וניתן להתמצא בסיכום בקלות יתרה. מי שייבחר להדפיס אותו, יימצא שהערות בסוף כל עמוד מכוונות במידת הנדרש לעמודים אחרים ע"מ להיזכר במושגים מורכבים במידה ואלה נשכחו.

תודתי ניתנת ל... !

- לחברי, ידידי ועמיתי לספסל הלימודים – טל ברבי, שעמד בגבורה עד לשעות הקטנות של הלילה בייעוץ ובהכוונה בשעה שערכת את הסיכום שלפניכם – על כך אני מודה לו.
- תודתי גם ניתנת לאורן זפראני על כך שסיפק לי את העמודים הסרוקים מתוך הספר – אם כי העמודים היו בסדר הפוך ונאלצתי עוד שעות רבות להשקיע בסידור ומיון – אך בהחלט חסד לי עבודה – על כך אני מודה לו.
- לחגי כהן, שעזר להפך את הסיכום למדויק יותר, קרא את הסיכום במקביל לספר ונתן עצות ורעיונות לשיפור.
- תודה גם לאילון איקון שערך ועשה הגהה למסמך שלפניכם.

שלוחה לכם הצלחתי וברכתי ונושא אני תפילה להצלחתם בבחינה !

איך לקרוא את הסיכום :

ציטוט מתוך מקורות

אינטרפרטציה של המקורות

התייחסות חשובה

סיכום

א	הקדמה לחסרי רקע בלימודי יסוד ביהדות
0	כרך א'
1	תולדות המשפט העברי
1	עמודים 36-41 המשפט העברי לפי תקופותיו
1	החלוקה הכללית
2	תקופת משנה
4	עמודים 202-204 המונח "מקורות המשפט"
4	שלושת המשמעויות של המונח "מקורות המשפט"
4	עמודים 213-209 מקורות המשפט העברי
5	עמודים 260-243 מקורות משפטיים של המשפט העברי (מדרש)
5	מהותו ותפקידו של המדרש
5	מדרש יוצר ומדרש מקיים
6	המדרש כמקור יוצר במשפט העברי
6	הקבלה לשיטות משפטיות אחרות
6	הלכות משפטיות שונות מחמת דרכי אינטרפטאציה שונים
7	מדרש מקיים
8	ה"האסמכתא" במדרש
8	עמודים 344-334 מדרש הלכה
8	מהותו של מדרש ההלכה
9	מדרש ההלכה בתקופה הקדומה ובתקופת התנאים
10	מדרש ההלכה בתקופה האמוראים
11	כרך ב'
12	מקורות רישומיים של המשפט העברי
12	עמודים 839-831 מהותם והגדרתם, תורה שבכתב, נ"ך
12	מהותם והגדרתם של המקורות הרישומיים של המשפט העברי
13	המקורות שממתן תורה שבכתב עד לתקופת התנאים
13	התורה שבכתב
13	ספרי הנביאים והכתובים
14	עמודים 888-856 המקורות בתקופת התנאים
14	קובצי מדרשי ההלכה
15	המשנה
16	המבנה הספרותי של המשנה
17	מהותה הקודיפיקטיבית של המשנה
19	דרך ניסוח המשנה
19	סגנון המשנה
20	התוספתא
20	ביאור מונחים
21	עמודים 904-892 המקורות בתקופת האמוראים
21	התלמוד הבבלי
21	הגולה שבבל
21	לימודים של אמוראי בבל והכלול בתלמוד הבבלי
21	עריכת התלמוד הבבלי וחתימתו
22	הסבוראים
22	עריכת התלמוד – על חלק מהמשנה
23	התלמוד הירושלמי
23	ההבדלים בין התלמוד הירושלמי והתלמוד הבבלי
23	עריכת התלמוד הירושלמי
23	מהותו הספרותית-משפטית של התלמוד ומקומו במערכת ההלכה
24	עמודים 907-905 המקורות הרישומיים בתקופה שאחר התלמוד
24	עמוד 908 מהות הפירושים והחידושים
25	עמודים 933-915 פירושים וחידושים
25	ספרות הפירושים לתלמוד הבבלי
25	בתקופת הגאונים

25.....	פירוש רבנו חננאל.....
25.....	רבנו גרשם מאור הגולה ותלמידו.....
25.....	רש"י ופירושו של התלמוד.....
26.....	ספרות החידושים לתלמוד הבבלי.....
26.....	החידושים האשכנזים. בעלי התוספות.....
27.....	החידושים הספרדיים.....
27.....	ספרות החידושים בתקופת האחרונים.....
28.....	ספרות הפירושים והחידושים לתלמוד הירושלמי.....
28.....	הלימוד בתלמוד הירושלמי והפסיקה על פיו.....
29.....	עמודים 938-940, 944-948 פוסקים וקודיפיקציה.....
29.....	המהות והמבנה של ספרות הפוסקים ובעיית הקודיפיקציה.....
29.....	ספרות הפוסקים ויחסה לספרות הפירושים והחידושים ולספרות השו"ת.....
29.....	ספרי הלכות וספרי פוסקים.....
30.....	מהותה של הקודיפיקציה במשפט העברי.....
31.....	עמודים 949-969 גאונים, רי"ף ונושאי כליו.....
31.....	ספרות הפוסקים בתקופת הגאונים ועד "משנה תורה" לרמב"ם.....
31.....	ספר השאלות לרב אחא משבחה.....
31.....	הלכות פסוקות לרב יהודאי גאון.....
32.....	"הלכות גדולת".....
32.....	המניעים והגורמים למגמת הקודיפיקציה ונגדה (בתקופת הגאונים).....
32.....	חיבורן של מונוגראפיות הלכתיות.....
32.....	ספרי ההלכות של רב סעדיה גאון.....
33.....	ספרי ההלכה של רב האי גאון.....
33.....	המטרה בכתיבת המונוגראפיות ההלכתיות.....
33.....	"ספר ההלכות" לר' יצחק אלפסי (הרי"ף).....
34.....	עמודים 1018-980 הרמב"ם.....
34.....	הרמב"ם ופעלו הקודיפיקטיבי.....
34.....	ריכוזו של החומר ההלכתי.....
35.....	סידורו ומינוו של החומר המרוכז לפי עניינים, נושאים ומקצועות.....
36.....	קביעה ופסיקה של הלכה אחת ויחידה, סתמית וסופית, ללא חילוקי דעות וללא ציון מקורות.....
36.....	סגנונו וניסוחו של הספר "משנה תורה".....
37.....	ניסוח עובדתי – קאזואיסטי.....
37.....	"ספר מחוקק" לאומה.....
37.....	השגות על דרכו הקודיפיקטיבית של הרמב"ם.....
38.....	חליפת אגרות עם ר' פנחס בר' משולם הדיין מאלכסנדריה.....
39.....	חליפת איגרות עם רבי יוסף ברבי יהודה אבן עקנין; הפסיקה עפ"י רמב"ם.....
39.....	השגות הראב"ד.....
39.....	תגובות הרא"ש על דרכו הקודיפיקטיבית של הרמב"ם.....
40.....	סיכום ביניים לשלבי הקודיפיקציה העברית.....
41.....	עמודים 1042 – 1049 ספרי מצוות.....
41.....	ספרי ההלכות לפי סדר מניין המצוות.....
43.....	עמודים 1058 – 1080 רשב"א וטור.....
43.....	ספרי הטורים לר' יערב בר' אשר.....
43.....	דרכו הקודיפיקטיבית של ר' יעקוב בר' אשר.....
45.....	מבנה ספר הטורים.....
46.....	עמודים 1087 – 1185 ר"י קארו, רמ"א, תגובות לשולחן ערוך.....
46.....	פועלם הקודיפיקטיבי של מרן רבי יוסף קארו ורבינו משה איסרליש.....
46.....	רבינו יוסף קארו ופעלו הקודיפיקטיבי.....
47.....	בית יוסף.....
48.....	שולחן ערוך.....
49.....	התגבשות דרך הקודיפיקציה של ההלכה.....
50.....	הרמ"א ופועלו בספרות הפוסקים.....
53.....	תגובות והשגות לשולחן ערוך והתקבלותו של השולחן הערוך.....
53.....	תגובות והשגות לשולחן ערוך.....
54.....	התקבלותו של השולחן הערוך.....
58.....	התקבלותו של השולחן הערוך כקודקס של ההלכה.....

59	עמודים 1213-1225, 1255-1270 ספרות השו"ת
59	ספרות השאלות והתשובות
59	שאלות ותשובות בספרות התלמוד
59	מהותה ותוכנה של ספרות השאלות והתשובות
62	קווים כללים בדרכם של המשיבים, במבנה ובצורה של השאלה והתשובה, ובעריכת קובצי השו"ת
65	כרך ג'
66	המשפט העברי במדינת ישראל
66	עמודים 1347-1329 תקופת ההתעוררות הלאומית
66	חברת "המשפט העברי"
66	משפט השלום העברי
67	המשפט העברי בבתי הדין הרבניים
68	המשפט העברי והשפה העברית
69	עמודים 1356-1350 ביטול האוטונומיה השיפוטית העברית
69	הדיונים בדבר מקומו של המשפט העברי
70	עמודים 1381-1365 המשפט העברי במערכת המשפטית הכללית – חלק א'
70	חקיקה המבוססת על עקרונות המשפט העברי בתחום האזרחי
71	חקיקה המבוססת על עקרונות המשפט העברי בתחום הפלילי
73	עמודים 1443-1420 המשפט העברי במערכת המשפטית הכללית – חלק ב'
76	עמודים 1472-1457 המשפט העברי במערכת המשפטית הכללית – חלק ג'
76	המשפט העברי ומקומו בפרשנותה של החקיקה הישראלית
76	בעיות ושיטות בפרשנות החקיקה הישראלית
76	הדרך לפרשנות החוק הישראלי
77	פרשת הנדלס – הדיון הראשון
79	עמודים 1582-1537 חוק יסודות המשפט, תש"ם - 1980
79	מטרות חוק יסודות המשפט
79	ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו
79	עקרונות מורשת ישראל כחלק מן המשפט הפוזיטיבי של מערכת המשפט הישראלית
79	הענקת נפקות משפטית מלאה לעקרונות היסוד שבמגילת העצמאות
79	דבר חקיקה, הלכה פסוקה, היקש
80	"שאלה משפטית הטעונה הכרעה" - לאקונה
80	עקרונות החירות, היושר, הצדק והשלום של מורשת ישראל
80	עקרונות מורשת ישראל בפסיקת בתי המשפט
84	המשפט העברי ומקומו בפרשנותה של מערכת המשפט הישראלית, לאור חוק יסודות המשפט
84	כאשר מצויה לאקונה
84	ספק בפרשנותה של הוראת חוק – פרשת הנדלס, דיון נוסף
85	פרשנות מושגים משפטיים ערכיים
85	ניב או ביטוי המיוחדים למשפט העברי
85	מוסד משפטי עברי שנקלט במשפט הישראלי פרשת קניג – דיון נוסף
86	עמודים 1626-1594 דת ותרבות והמשפט העברי במדינה
86	מהותה הדתית והתרבותית של בעיית המשפט העברי במדינה עברית
87	משפט עברי במערכת משפטית ישראלית-עצמאית, מבחינת עולמו של המשפט העברי
87	מהות הקליטה של המשפט העברי
87	"הליכה לערכאות"
88	קשיותה של תופעת חקיקה ושיפוט יהודים שאינה מבוססת על המשפט העברי
88	משפט עברי במערכת משפטית ישראלית-עצמאית, מבחינת עולמו של המשפט המדינה
88	הרשות המחוקקת
88	הרשות השופטת
89	מניעים אובייקטיביים וסובייקטיביים בסוגיית ההיזקקות למשפט העברי במשפט המדינה
89	מניעים סובייקטיביים
90	מניעים אובייקטיביים

הקדמה לחסרי רקע בלימודי יסוד ביהדות

התנ"ך

המקרא או **התנ"ך** ראשי תיבות של **תורה**, **נביאים** ו**כתובים**. הוא קובץ הספרים המהווים את כתבי הקודש היסודיים של היהדות. קובץ ספרים זה מהווה ביהדות הרבנית את "התורה שבכתב". מבין כל הספרים המרכזיים ביהדות, ספרי התנ"ך הם העתיקים ביותר, וכתבת המאוחרים שבספרי התנ"ך נסתיימה לפני תחילת הספירה הנוצרית עם זאת, ספרי התנ"ך לא נכתבו בתקופת זמן אחת, ותהליך הקאנוניזציה של התנ"ך החל בתחילת תקופת בית שני והושלם סביב שנת 200 לספירה. שפת ספרי המקרא היא עברית, אולם היא מכילה מיעוט של טקסט בשפה הארמית מקראית.

ספרי התנ"ך חוברו בתקופות שונות ועל ידי מחברים שונים. במקרא עצמו נמצאות קביעות מעטות בלבד לגבי זהותם של מחבריו ברייתא המובאת בתלמוד מייחסת את כתיבת ספרי התנ"ך לדמויות ראשיות במקרא:

- משה - חמשת חומשי תורה ופרשת בלעם ואיוב.
- יהושע - ספר יהושע.
- שמואל - ספר שמואל ושופטים ורות.
- דוד - כתב ספר תהלים על ידי עשרה זקנים.
- שלמה - כתב משלי, שיר השירים וקהלת.
- ירמיה - ספר ירמיה, וספר מלכים וקנינות ומגילת איכה.
- חזקיה וסיעתו - כתבו ישעיה.
- אנשי כנסת הגדולה - כתבו יחזקאל, ושנים עשר, דניאל, ומגילת אסתר.
- עזרא - ספר עזרא ויחס של דברי הימים עד לו.

התנ"ך כולל 24 ספרים בשלוש חטיבות: תורה, נביאים וכתובים. אולם בחלוקה נוצרית מאוחרת יותר, חולקו ארבעה ספרים לשניים – ספר שמואל (א-ב), ספר מלכים (א-ב), ספר דברי הימים (א-ב) וספר עזרא (עזרא-נחמיה) – והתקבלו 28 ספרים. על פי חלוקה מאוחרת זו, המספר הכולל של ספרי התנ"ך הוא 39, כולל תרי-עשר ספרי נביאים קצרים אותם נהוג לאחד לספר אחד.

- **התורה** (או על פי היהדות הרבנית: תורה שבכתב) היא השם שניתן לחמשת הספרים הראשונים של התנ"ך, הקרויים גם חמישה חומשי תורה. מכיוון שעל פי ההשקפה היהודית, כל עקרונות הדת עומדים על המצוות המתוארות בחמשת ספרי התורה, לעיתים נעשה שימוש במונח "תורה" גם כדי לתאר את כלל ספרות הקודש היהודית, או באופן מופשט יותר, כל תוכן או ערך רוחני הנובעים ממצוות התורה.
- **נביאים** הוא שמו של המדור השני בתנ"ך, בו מצויים הספרים המתארים את קורות ישראל לאחר הכניסה לארץ ישראל, וספרי הנביאים. הכינוי נביא מיוחס למי שנושא את דבר האל.
- בחלק **כתובים** של התנ"ך מונים על פי המסורה אחד-עשר ספרים, והם: תהילים, משלי, איוב, שיר השירים, רות, איכה, קהלת, אסתר, דניאל, עזרא-נחמיה (ספר אחד), דברי הימים (ספר אחד, ולא מחולק לשנים).

הרובד הלשוני של השפה העברית שבו נכתב התנ"ך נקרא "עברית מקראית", "עברית תנ"כית" או "לשון המקרא".

באוצר המילים המצוי במקרא ניתן למנות כ-8,000 מילים מילוניות. המילים בחלקן מקבילות למילים בשפות השמיות הקרובות, ויש גם שאילה של מילים משפות אחרות, כגון הארמית והאכדית.

התורה שבעל פה - תושב"ע

תורה שבעל-פה הוא מונח חז"לי למכלול הפירושים וההלכות שאינם כתובים בתורה שבכתב, ואשר עברו במסורת או התחדשו על ידי חכמים. מונח זה הוא המשכו של המונח הפרושי מתקופת בית שני, מסורת האבות, אשר עמד במוקד המחלוקת בינם לבין הצדוקים. החל בתקופת הגאונים, התורה שבעל-פה עמדה במוקד המחלוקת בין היהדות הרבנית לקראית.

על פי חז"ל, משה קיבל את התורה שבכתב בהר סיני, עם פירוש מצוותיה בעל-פה. באופן מסורתי, התורה שבעל-פה הופצה בעל-פה ממש, וסוכמה בכתב רק לצרכים אישיים. בימי חז"ל עברה התורה שבעל-פה תהליך קאנוניזציה, ובשלב מסוים הותר להעלותה על הכתב כדי למנוע את שכחתה. מאז נכתבו המשנה, התוספתא, מדרשי ההלכה והאגדה, התלמודים, פרשנות התלמוד, קובצי שאלות ותשובות וספרי הלכה. ישנה מחלוקת קדומה, ההולכת ונמשכת עד ימינו, בשאלה מתי הועלו על הכתב החיבורים הקנוניים של תקופת חז"ל. מכל מקום, מוסכם שבזמנם, השינון בעל-פה לצורך השגת בקיאות היווה מוטיב מרכזי של הלימוד.

פרשת השבוע

חמשת חומשי התורה נחלקים ל-54 "פרשות". על פי המסורת היהודית, נהוג הן לקרוא בבית הכנסת אחת או שתיים מהן בכל שבת, לפי סדרן, והן ללמוד אותן ולפרשן. הפרשה הנקראת בשבוע מסוים היא פרשת השבוע. בנוסף לקריאת פרשת השבוע בשלמותה בשבת, נקראת תחילתה בתפילת מנחה של השבת הקודמת ובתפילת שחרית של ימי שני וחמישי שלפני השבת.

מצוות

מצווה היא הנהגה המופנית כלפי האדם שיש לנהוג על פיה בהתאם לאמונה היהודית. מקור המצוות בספרי המקרא או במסורת היהודית שבעל פה. מקור המילה מצווה נגזר מהמילה צו, (ציווי). מלשון חז"ל ואילך, המונח "מצווה" כולל את כלל ציוויי התורה כפי שהן מרוכזות בהלכה היהודית, על אף שבלשון המקרא ישנה הבחנה בין סוגי ציוויים שונים שיש לשמור - מצווה, חוק ומשפט: "וְשָׁמַרְתָּ אֶת הַמִּצְוָה וְאֶת הַחֻקִּים וְאֶת הַמִּשְׁפָּטִים אֲשֶׁר אֶנְכִי מְצַוְךָ הַיּוֹם לַעֲשׂוֹתָם." (ספר דברים, ז יא).

תכלית המצוות - להביא את האדם לדבקות באל ולקדושה, כפי שעולה מנוסח ברכת המצוות - "ברוך אתה ה'... אשר קדשנו במצוותיו". בספרות חז"ל חוזרת ונשנית הדרישה מהאדם לעסוק בתורה ובמצוות לשמן - כלומר מתוך אהבת ה' ולא למטרת רווח או שכר.

הלכות

הלכה היא כינוי ביהדות לכלל הדינים והמצוות שעל פיהם מצווה היהודי לנהוג. כאשר מתקיים דיון בין החכמים כיצד יש לנהוג על פי היהדות, הדיון נקרא דיון הלכתי, וההכרעה מכונה "פסק הלכה", "הלכה למעשה" או "הלכה" בסתם.

היהדות התפלגה לזרמים שונים על רקע של פסיקות הלכה. בחלק מהמקרים הפילוג היה על רקע פרשנות שונה למקרא, כמו המחלוקת בין הצדוקים לפרושים, והמחלוקת בין הקראים לרבניים. במקרים אחרים הפילוג היה על רקע התאמת ההלכה לתקופה, כמו המחלוקת בין היהדות הרפורמית, והקונסרבטיבית לאורתודוקסית.

איסור והיתר (דיני איסור, דיני היתר)

איסור והיתר הוא שמן הכולל של ההלכות, העוסקות בדברים המותרים והאסורים לאכילה. מקורן של רוב הלכות איסור והיתר הוא כבר בתורה, אך ישנם פרטי הלכות רבים בנושא, שהם למעשה הרחבות או גזירות של חז"ל. מכיוון שהנושא כולל הלכות רבות, אין מקור אחד בתורה, במשנה, בתלמוד או בהלכה, המרכז את כל ההלכות שבנושא.

חז"ל

חז"ל (ראשי תיבות: חכמינו זיכרונם לברכה) הוא כינוי למנהיגים הרוחניים וההלכתיים של עם ישראל מתחילת תקופת בית שני ועד לחתימת התלמוד הבבלי, בסוף המאה ה-6. חז"ל הניחו את היסודות לכל התורה שבעל פה.

עד אמצע תקופת התנאים בזמן שהיה סנהדרין, היה כוח לחז"ל לגזור גזירות ולתקן תקנות חדשות שלא נכתבו בתורה ולא נמסרו מסיני, בכל עניין שראו בו צורך. דוגמאות למצוות ואיסורים מחז"ל: קריאת מגילת אסתר בפורים, איסור טלטול מוקצה בשבת, חובת נטילת ידיים לפני אכילת לחם, חובת תפילה שלוש פעמים ביום ועוד רבות.

צדוקים

הצדוקים היו אחד הזרמים היהודיים המרכזיים בתקופת בית שני. סמוך לתקופת בית חשמונאי התפצלה היהדות לכיתות שונות - המשתייכים למוכרות שבהן כונו פרושים, איסיים וצדוקים. זהותם האמיתית של הצדוקים נותרת לא ברורה. לא נמצאו כתבים משלהם, לפיכך, הידיעות עליהם שאובות בעיקר מכתבים של יריביהם. בתקופה זו היו בתוך ישראל מחלוקות הלכתיות ורעיוניות רבות ובמיוחד בין הצדוקים לפרושים. מעדויות במקורות נראה שהצדוקים היו עשירים וקרובים לשליטיהם ההלניסטים ולתרבותם. הורגש ריחוק בינם לבין המוני העם - שהביעו מורת רוח מהשלטון היווני ותמכו בפרושים בשל צניעותם ברוח ובממון.

במקורות חז"ל מפורש כי הצדוקים כפרו בהישארות הנפש לאחר המוות. בברית החדשה מוזכר דיון ברוח זו בינם לבין ישו, בו הם גם שוללים קיומם של מלאכים. נכתב כי הצדוקים דבקו בתנ"ך, אך הצדוקים דחו חלקים מהתורה שבעל פה והתבססו בעיקר על זו שבכתב.

יהדות קראית

יהדות קראית היא זרם ביהדות הנקרא גם קראות, ופרטיו ידועים בשם קראים. הופעת הקראות כתנועה דתית קשורה בדמותו של החכם ענן בן דוד הנשיא, במאה ה-8. היהודים הקראים שונים מהיהודים הרבניים בכך שהם אינם מקבלים את פרשנות חז"ל או כל סמכות רבנית למקרא (הנקראת בפי היהדות הרבנית "תורה שבעל פה"), והם מחויבים רק לדברי המקרא המפורשים בלבד (הנקראים בפי היהדות הרבנית "תורה שבכתב").

פרושים

פרושים הם אחד מהזרמים היהודיים בתקופת בית שני. בתקופת בית חשמונאי התפצלה החברה היהודית לכתות דתיות שונות. המוכרות שבהן כונו פרושים, איסיים וצדוקים. מן הפרושים יצאה ההנהגה היהודית לאחר חורבן הבית. מאפייניו של זרם זה משקפים במידה רבה מאוד את מאפייני היהדות האורתודוקסית המקובלת בימינו, שלמעשה צמחה ממנה.

משפט עברי

משפט עברי הוא מונח מודרני הבא להגדיר את מכלול התורה המשפטית המופיעה בהלכה ובמקורות עבריים בכלל, החל ממתן תורה. על מקורות המשפט העברי נמנים המשנה, התלמוד, ספרות השו"ת והפסיקה.

בנוגע לקטגוריות המדויקות הנכללות תחת הגדרה זו קיים ויכוח בין חוקרים ומשפטנים. מנחם אלון סבור כי משפט עברי כולל את התחומים בהלכה שמקובלים כתחומים משפטיים בשיטות משפט אחרות, כמו דיני נזיקין, דיני קניין ודיני עונשין. לדעתו יש להבחין בין הלכות "משפטיות" (Judicial) והלכות "דתיות" (Religious). לעומתו, יצחק אנגלרד סבור כי לא ניתן להפריד בין הלכות משפטיות והלכות דתיות, וחלוקה כזו הינה שרירותית.

בית הלל ובית שמאי

"בית הלל" הוא כינוי לקבוצת תלמידיו של הלל הזקן ו"בית שמאי" הוא כינוי לקבוצת תלמידיו של שמאי הזקן. קבוצות תלמידים אלו היו בנות פלוגתא קבועות שפעלו בסנהדרין בתקופה המקבילה פחות או יותר לתקופת שלהי בית המקדש השני וחורבנו. מונחים אלה מוזכרים היום כדי להצביע על גישות המתאפיינות בהשקפת עולם קיצונית לכאן או לכאן בדומה לניגוד המפורסם בהשקפות שני המנהיגים: הלל בגישתו הפתוחה, הסובלנית והאוניברסלית, לעומת שמאי בגישתו הנוקשה והמסורתית.

סנהדרין

סנהדרין (או סנהדרין גדולה או בית דין הגדול) הוא בית דין של שבעים ואחד דיינים (ויש אומרים: שבעים דיינים) שהיווה ערכאה עליונה לפסיקת הלכה בעם היהודי, בדומה לבית דין של עשרים ושלושה דיינים (המכונה "סנהדרין קטנה"), שפעלו בעם ישראל עד שנת 425 לערך. בכללי פעולתה עוסקת מסכת סנהדרין.

== מקור השם == בת שבע מקור המילה ביוונית: συνέδριον (סינהדרין | Synhedrion), מילה שפירושה "מועצה" או "מקום כינוס" (מילולית: ישיבה ביחד). כך נקראו מועצות ובתי דין שפעלו בשווקים של ערי יוון העתיקה. המילה התקבלה בלשון חז"ל, שהושפעה מהלשון היוונית, ומבחינה דקדוקית נוקטים לגביה לשון נקבה ("הסנהדרין יושבת", "הסנהדרין דנה" וכדומה).

בתקופות מאוחרות השם נדרש כנוטריקון של "שונא הדרת פנים בדין".

כרך א'

המשפט העברי לפי תקופותיו	41-36
המונח "מקורות המשפט"	204-202
מקורות המשפט העברי	213-209
המדרש	344 – 334, 260 – 243

תולדות המשפט העברי

עמודים 36-41 המשפט העברי לפי תקופותיו

החלוקה הכללית

ההיסטוריה של המשפט העברי משתרעת על פני תקופה של למעלה מ-3000 שנה. תקופה עצומה זו נוהגים לחלק ל-2 תקופות.

(א) תחילה תורה שבכתב וסיומה עד חתימת התלמוד.

(ב) מרגע חתימת התלמוד ועד ימנו.

יחד עם זאת, חשוב להדגיש ולהבהיר, שחלוקה זו אין לה קשר לרציפות והתפתחות ההלכה, שכן זו נמשכת ומתפתחת גם לאחר התלמוד ובחלק מהמקרים גם מתעצמת. כלומר התפתחותה של ההלכה אינו תלוי בחלוקה הכללית המוצגת למעלה.

מהי הסיבה לחלוקת התפתחות ההלכה עד חתימת התלמוד ולאחר חתימת התלמוד?

1. ההוראות הנורמטיביות האצורות בספרות התלמודית וחתומים בה **התקבלו בעולם היהדות כפירוש וכמסקנה של התורה שבעל פה**.
2. **התורה שבכתב לא יותר מאשר חוקה של המשפט העברי**, בעת שהדיין בה לפתור סכסוך אין הוא מעיין בתורה שבכתב אלא מעיין בהלכה התלמודית.

נקודות חשובות בעניין החלוקה:

- השלב הגבוה והעליון בסולם הערכים של ההלכה בכל תקופה, היא התורה שבכתב – זו ההתגלות האלוהית.
- הספרות התלמודית היא: משנה, מדרשי הלכה, הברייתות – היו למקורות שמהם בלבד נלמדה ההלכה לאחר חתימת התלמוד.
- המקור המוסמך, הראשי והראשון לכל דבר הלכה ובדיקתה – הוא התלמוד וספרותו, זאת מתוך מעמד שהוא רכש לעצמו כמסמך אמין ומקיף של כל דבר התורה.

סיכום:

בתקופת התלמוד, נולד והתבסס המשפט העברי, בתקופה זו התפתחו המקורות והדרכים שנתנו אפשרות למשפט העברי להמשיך ולהתפתח לאחר תקופת התלמוד. אך ראשיתו, הקורפוס (הבסיס) הוא בתקופה התלמודית. התקופה הזו פיתחה את דרכי החשיבה המשפטית העברית.

תקופת משנה

נהוג לחלק את שתי התקופות הכלליות לתקופה משנה מתוך נוחות הלימוד המחקר של התלמוד:

1. תחילה תורה שבכתב וסיומה עד חתימת התלמוד.

- 1.1. תקופת המקרא עד לימיהם של עזרה ונחמיה (עד אמצע המאה ה-5 לפני הספירה).
- 1.2. תקופת עזרא ונחמיה עד לתקופת הזוגות (160 לפני הספירה).
- 1.3. תקופות הזוגות (משנת 160 לפני הספירה ועד תחילת הספירה 0):
 - תקופה זו נקראת על כך שעמדו חמשת זוגות בראשות ההנהגה, הראשון בכל זוג היה בדרי"כ נשיא והשני היה אב בית דין.
 - ידועים לנו מספר שמות של זוגות אלו מתוך הספרות התלמודית.
 - הראשונים: שמעון הצדיק משיירי כנסת הגדולה ואנטיגנוס איש סוכו.
 - אחרון הזוגות היה: הלל (נשיא) ומנחם (אב בין דין), אך מנחם כיהן זמן קצר. לאחר שהלל פרש החליפו בנו שמעון, אחריו רבן גמליאל הזקן (בנו של שמעון).
- 1.4. תקופת התנאים (מחורבן הבית השני – 70 לספירה - ועד שנת 220 לספירה):
 - בתקופה זו פעלו חמישה דורות של תנאים.
 - **הראשון**: שמעון בן גמליאל. **האחרון**: רבי יהודה הנשיא – **ערך את המשנה ומסדרה**.
 - החל מרבי חייא רבה (הגדול) ובני דורו – החלה תקופת המעבר לתקופת האמוראים. לאחר תקופה זו יש בידינו את החיבור הקודיפיקטיבי של הנשיא¹ של המשנה וגם קבצים של מדרכי הלכה והברייתות².
- 1.5. תקופת האמוראים (משנת 220 עד סופה של המאה החמישית לספירה):
 - פעלו בתקופה של בא"י חמישה דורות של אמוראים.
 - מתקופה זו מצויים בידינו שני התלמודים: התלמוד הירושלמי³ והתלמוד הבבלי⁴ (עוד נעמוד על ההבדלים).
- 1.6. תקופת הסבוראים (סיום בתקופת האמוראים ועד לסוף המאה ה-6 לספירה):
 - בתקופה זו יש השלמה ועריכה של התלמוד הבבלי וקביעת כללי הכרעה ופסיקה.

2. מרגע חתימת התלמוד ועד ימינו.

- 2.1. תקופת הגאונים (מתחילת המאה ה-6 ועד שנת 1040):
 - נקראת כך בשל הביטוי "גאון" היה תואר רשמי של ראשי הישיבות של סורא ופובדיתא (בבל).
 - בתקופה זו לפסיקתם של גאוני בבל היה תקוף מחייב בא"י.
 - שאיפת הגאונים להפוך כל התלמוד הבבלי למקור הלכה מוסמך של יהדות כולה.
 - בסוף תקופת הגאונים, החלה ירידה במעמד של בבל כמרכז רוחני ליהדות. שתי סיבות עיקריות: **(א) קיום חילוקי דעות בין ראשי הישיבות. (ב) השלטון המקומי המוסלמי הקשה על ההתנהלות היהודית התקינה.** מעתה החלה פנייה ישירה של כל מרכז יהודי לרב המקומי, הקשר בין יהדות העולם נקרע, זה פגע אנושות בהתפתחות המשפט העברי לדורותיו.
 - בתקופה זו החלו ניצניה של החלוקה המשולשת במקורות הרישומים של המשפט העברי: **(א) ספרות הפירושים והחידושים. (ב) ספרות השו"ת⁵. (ג) ספרות ספרי ההלכות והפסקים.**

¹ קיצור לרבי יהודה הנשיא – בסיכום זה יהיה שימוש נרחב בכך אלא אם נאמר אחרת.

² ברייתא היא מאמר של תנאים שלא הוכנס לסדר המשניות, ולכן נותרה חיצונית להן.

³ התלמוד הירושלמי הוא התלמוד שנכתב בארץ ישראל. נחתם בתקופה מוקדמת יותר מהתלמוד הבבלי ע"י ר' יוחנן.

⁴ תלמוד הבבלי החל להיווצר במאה ה-3 לספירה על ידי יהודי בבל ונחתם בסביבות שנת 500 לספירה.

⁵ שו"ת = שאלות ותשובות - בסיכום זה יהיה שימוש נרחב בכך אלא אם נאמר אחרת.

2.2. תקופה הרבנית - נהוג לחלק את התקופה לשלוש תקופות משנה – ביניים :

2.2.1 תקופת הראשונים (מתחילת המאה ה-11 עד למאה ה-16) :

- תקופה זו קלאסית, בה חוברו היצירות הקלסיות של המשפט העברי בכל תחומיו העיקריים: **(א) תחום הפירושים והחידושים. (ב) שו"ת.**⁶ **(ג) ספרי ההלכות – הקודיפיקציה של המשפט העברי.**
- תחילתה של תקופה זו מעלה על הנס את המרכז הספרדי וסופה של תקופה זו הוא שקיעתה ובבד, עלייתה של אי"י ומדינות פולין וליטא כמרכז יהודי.

2.2.2 תקופת האחרונים (מתחילה בערך משנת 1488 עד לסוף המאה ה-18) :

- תקופה זו המשיכה היצירה הספרותית והתמקדה בעיקר בספרות השו"ת.
- מבחינה כמותית הגיע היצירה לשיא – תקופה זו השאירה לנו רישומים ניכרים ורחבים של קובצי התקנות הקהילתיים.
- עם סיומה של תקופה זו בא המפנה הגדול בהמשך התפתחותו ויצירתו של המשפט העברי, עקב פרוץ האמנציפציה⁷ ואובדן האוטונומיה השיפוטית.
- דמויות בולטות בתחילת התקופה: **רבינו יוסף קארו** (עורך שולחן ערוך) ובסיומה: **רב משה איסרליס** – מראשי יהדות פולין.

2.2.3 תקופת אובדן האוטונומיה השיפוטית :

- סוף המאה ה-18 ועד תחילת המאה הנוכחית.
- מתחילת המאה הנוכחית ועד להקמת מדינת ישראל.
- מתקומת מדינת ישראל.

⁶ במקרה זה הכוונה לשיטת ה-case law המפורסמת: מקרה ותשובה.

⁷ אמנציפציה (Emancipation) היא מתן שוויון זכויות אזרחיות, חברתיות ומדיניות, לציבור או לעם שלא נהנה מיתרונות ומזכויות אלה קודם לכן.

עמודים 202-204 המונח "מקורות המשפט"

שלושת המשמעויות של המונח "מקורות המשפט"

בכל מערכת משפטית צווים אנו לעיין ולחקור אחר המקורות של אותה מערכת משפטית. זה ניכר גם במשפט העברי, ואת החלוקה שלו נעשה כעת:

- (א) **המקורות הרישומיים של המשפט**: הכוונה למקורות הרשמיים המשמשים כאגד מוסכם להוראות השונות שבאותה מערכת משפט. ספר חוקים – דוגמא לאגד שממנו אנו לומדים על הנורמות השונות של אותה מערכת משפט.
- (ב) **המקורות ההיסטוריים של המשפט**: הכוונה היא למקורות, שמבחינה היסטורית-עובדתית הם המקור לנורמה הספציפית אשר נחקרת. אותם אירועים שיש בהם השפעה על הנורמה שנוצרה. ניתן לכלול גם מצב כלכלי, מוסרי או חברתי של חברה אשר בעקבותיה נוצרה הנורמה המשפטית. גם חלקים היסטוריים שנקלטו משיטות אחרות, כמו השיטה הרומית.
- (ג) **המקורות המשפטיים של המשפט**: מקורות ההתהוות, היצירה, של המשפט. כוונת המונח מקורות במשמעות זו היא לאותם מקורות ודרכים, המוכרים ע"י המערכת המשפטית עצמה לשם הקניית תוקף מחייב לנורמה משפטית מסוימת. יש לעשות הבחנה בין המקורות ההיסטוריים של המשפט ולמקורות המשפטיים. בעת שאנו מחפשים אחר המקורות המשפטיים של המשפט אזי אנחנו מחפשים את העיקרון שנתן גושפנקא לחוק (אפשר גם נורמה) ולא את המקור ההיסטורי לאותו החוק (אפשר גם נורמה).

עמודים 209-213 מקורות המשפט העברי

- (א) **המקורות הרישומיים של המשפט העברי**: מכלילים את כל המקורות המוסכמים שיש בהם הוראות הנוגעות למשפט העברי: המשנה, מדרשי ההלכה, התוספתא, שני התלמודים (בבלי וירושלמי), ספרות הפירושים והחידושים, ספרות שו"ת, ספרי ההלכות ועוד. קיימים גם מקורות נוספים: ספרות משפטית וספרות כללית המכילה מידע משפטי – אולם המקור לספרים אלו לא נשאב ממקור מוסמך המקובל על ביה"מ.ⁱ
- (ב) **המקורות ההיסטוריים של המשפט**: יש קושי בגילוי המקורות של המשפט העברי, הנורמות המשפטיות של המשפט העברי נשאבו ממקורות רבים, לא תמיד המקורות האלו רלוונטיים ולא תמיד יש לסמוך עליהן. נהוג להסתמך על תקנה או מנהג – מאחר שנורמות כאלה מלוות בהנמקת הרקע ולכן אפשר להסתמך. המחקר במקורות ההיסטוריים נעשה בספרים שונים הדנים בתולדות ההלכה בכלל ובמחקרים המוקדשים לכך.
- (ג) **המקורות המשפטיים של המשפט**: בתורה שבכתב מצויה ההכרה והענקת התוקף למקורות המשפטיים של המשפט העברי, בפסוקים הבאים מצאו החכמים את הסמכות הכללית לפתור בעיות מפעם לפעם וגם את הדרכים כלומר, המקורות המשפטיים, שיש לפתור באמצעותם את הסוגיות.ⁱⁱ

פי יפלא ממה דבר למשפט, בין-דם לדם בין-דין לדין ובין נגע לנגע--דברי ריבת, בשערי: יקמת ועלית--אל-המקום, אשר יבחר יהוה אלהיך בו. ט ובאת, אל-הכהנים הלויים, ואל-השפט, אשר יהיה בימים ההם; ודרשת והגידו לך, את דבר המשפט. י ועשית, על-פי הדבר אשר יגידו לך, מן-המקום ההוא, אשר יבחר יהוה; ושמרת לעשות, ככל אשר יורוד. יא על-פי התורה אשר יורוד, ועל-המשפט אשר-יאמרו לך--תעשה: לא תסור, מן-הדבר אשר-יגידו לך--גמין ושמאל.⁸

מקורות 2-6 (אשר מופרטים בעמוד הבא), משמשים כדרכים המוכרות במערכת המשפט העברי, כדי ליצור הוראות משפטיות חדשות וכדי לשנות הוראות משפטיות קימות.

⁸ ספר דברים, פרק כ"ז.

למשפט העברי יש 6 מקורות רשמיים אותם אפרט בסיכום:

1. **הקבלה** – מקור משפטי ראשון, אין הוא נתון להתפתחות ואינו משתנה כלל. הכוונה למקור שנמסר מאיש אל איש, כלומר מדובר לדור.
2. **המדרש** – התרגום של התורה שבכתב.
3. **התקנה והגזרה** – הינו חקיקה של הסמכות הלכתית ולשם גופים ציבוריים מסומים.
4. **המנהג** – חלוקה למנהג ונוהג.
5. **המעשה** – פסיקה שיפוטית או התנהגות של חכם במעשה מוחשי מסוים.
6. **הסברה** – הינו ההיגיון המשפטי האנושי של חכמי ההלכה.

עמודים 243-260 מקורות משפטיים של המשפט העברי (מדרש)**מהותו ותפקידו של המדרש****מדרש יוצר ומדרש מקיים**

ההלכות במדרש שלובות ושזורות בפסוק מפסוקי התורה ולא בצורה של הלכה ברורה העומדת בפני עצמה (כמו במשנה). ישנן שתי גישות להבין זאת, מה תפקידו של הפסוק בהלכה התלמודית, אותם אפרט כעת. הגישה הראשונה היא שזו צורה ספרותית והגישה השנייה שזה מקורה של אותה ההלכה.

- (א) צורה ספרותית: ההלכה שקיימת מזה כבר, נלמדת כשהיא סמוכה על פסוק ונתמכת בו. המסקנה: **אין המדרש מקור ליצירת הלכה, וכל כולו לא בא אלא לשלב את ההלכה הקיימת בפסוקי התורה**.
- (ב) מקורה של אותה ההלכה: ההלכה נולדה מתוך העיון והחקירה בפסוק, ולפסוק במדרש אין עיקר כל. המסקנה: **שהמדרש הוא מקור ליצירת ההלכה**.

המטרה של לימוד המדרש בצורה ספרותית היא כפולה:

- (א) להקל על זכירתן ולימודן של הלכות.
- (ב) להצביע על הקשר הקיים בין התורה שבעל פה לבין התורה שבכתב.

בעניין מדרש יוצר או מדרש מקיים יש חילוקי דעות, החוקרים הבאים מציגים נקודות שונות.

- (א) **החוקר אפשטיין** – מייצג את הדעה שהמדרש אינו אלא מסמיך את ההלכה הקיימת אל פסוק של התורה.
- (ב) **החוקר אלבק** – המדרש הוא לא רק סימוכין להלכות קיימות, אלא גם מקור להסקת הלכות חדשות מתוך פסוקי התורה.

הדעה המקובלת על רוב חכמי ההלכה הינה שהמדרש מילא את שתי הפונקציות גם יחד, יצירת הלכה וקיומה. פונקציות אלו מתחלקות לדעת מספר חוקרים לפי תקופות היסטוריות שונות:

- (א) **החוקר אורבך** - סבור כי בתקופה הקדומה נודעה למדרש פונקציה של הסמכת ההלכה למקרא ואילו התפתחות ההלכה באותה תקופה באה בדרכים אחרות כגון מנהג, מעשה ותקנה. ע"פ דעה זו המדרש נוסף על מקורות יצירת ההלכה עם התרופות השלטון העצמי בסמוך לחורבן הבית.
- (ב) **החוקר נויבואר** - סבור כי דווקא בתקופה הקדומה פעל והשפיע רבות המדרש בתפקידו היוצר ובתקופות מאוחרות היה עיקר תפקידו בשילוב הלכה קיימת במקרא. החוקרים למעשה הפוכים בדעותיהם.

המדרש כמקור יוצר במשפט העברי

בכל דור ודור, נאלצו חכמי ההלכה ליישב קשיים שהתעוררו מתוך עיון בפסוקי התורה. השימוש במדרש הוביל ליצירת הלכות חדשות. במיוחד גדלה היצירה על ידי המדרש, שבאו החכמים להשתמש בו בפתרון בעיות חדשות. השימוש בחקיקה מכוונת או התקנה של תקנות לא התקבל, הרי שזה בא להוסיף או לגרוע או לשנות את ההלכה המקודשת. על ידי שימוש במדרש ההלכה החדשה נובעת מתוך ההלכה הקיימת, איננה באה להוסיף עליה ובוודאי אינה מנוגדת לה.

הקשר שבין ההלכה החדשה ובין התורה שבכתב הוא קשר טבעי של אב ותולדה, ההלכה נדרשת מתוך התורה כאילו הייתה כלולה מאז ומתמיד בתורה עצמה. הרעיון היה שקודם כל פונים למדרש ובאין מענה נפנה למקורות משפטיים אחרים כגון: תקנה.

דוגמא למדרש יוצר במשפט עברי: "זקן ממרא" ממסכת סנהדרין. בירושלים היו שלוש ערכאות: אחת על פתח הר הבית, אחת על פתח העזרה והגבוהה ביותר- בלשכת הגזית. המחלוקת בין הזקן לחבריו הגיעה לראשונה והשנייה- אלו רשאיות לפסוק ע"פ שמועה, דהיינו, ע"פ המסורת. ואילו הערכאה הגבוהה אינה מוגבלת לכך. דוגמא נוספת מובאת מספר במדבר, פרשת נחלות שם נאמר כי בן יורש את אביו אך במשנה שונים כי גם האב הינו נוחל ולא רק מנחיל.

הקבלה לשיטות משפטיות אחרות

גם כאשר נעיין בתופעות מקבילות, נגלה שהפונקציה של המדרש היא פונקציה יוצרת. דוגמא לכך הוא המשפט הרומי. רעיון 12 הלוחות הוא אבן דרך בהתפתחות המשפט הרומי, דיון פורמלי לביטול 12 הלוחות כמעט שלא התקבל על הדעת ברומי העתיקה, גם כאשר לא נותר מהלוחות דבר. למעשה הלוחות נשארו בתודעה והיו לבסיס של קוד יוסטיניאנוס, כאלף שנה לאחר הקמתן לראשונה. מצד אחד היה אסור לשנות אף אות אחת משנים-עשר הלוחות, אך מצד אחר – היה צריך להכניס את הרוח החדשה לתוך האותיות. הרי ההלכה נשארו חוקים אלה מקור הסמכות של כלל המשפט הרומי. אפוא אפשר להניח, כי כשם שמדרש הלוחות פיתח את המשפט הרומי ואף שינה אותו, בלי לנגוע באף אות בלוחות. כך, המדרש גם ביהדות, מילא פונקציה של יצירה של המשפט העברי. אם בעיני המשפטנים הרומים חוקי 12 הלוחות, היה כחוק אשר אין להסיק תוכנו במשורייך מתוך מילותיו, אלא בעקיפין מתוך תוכנו הנסתר, על אחת וכמה שחכמי ההלכה ראו בתורה שבכתב, בדבר אלוהים, התגלות מושלמת ושלמה.

הלכות משפטיות שונות מחמת דרכי אינטרפטאציה שונים

השימוש במדרש היה אמצעי כדי לפתור בעיה מסוימת שעמדה לפני חכמי ההלכה או כדי לקבוע עיקרון הלכתי. נעיין בשתי דוגמאות.

1. דיני הגירושין:

א כִּי-יִקַּח אִישׁ אִשָּׁה, וּבָעֵלָהּ; וְהָיָה אִם-לֹא תִמְצָא-חֵן בְּעֵינָיו, כִּי-מִצָּא בָּהּ עֲרֹת דָּבָר--וְכָתַב לָהּ סֵפֶר פְּרִיִּת וְנָתַן בְּיָדָהּ, וְשָׁלְחָהּ מִבֵּיתוֹ.

היו חילוקי דעות בנוגע לפרשנות – אשר ממחישות לנו, כיצד יצר והסיק כל אחד מחכמי ההלכה עיקרון משפטי-הלכתי שונה על סמך דרך שונה בדרישתו של הפסוק:

- **בית שמאי - פרשנות מילולית:** "ערוות דבר" ← זנות או פריצות.
- **בית הלל - ביאור מושג ע"י אנאלוגיה:** "ערוות דבר" נלקחה מפרשה אחרת בתורה העוסקת בניקיון והיגיינה במחנה צבאי. בפרשה זו "ערוות דבר" ← כל דבר שיש בו משום ביזיון.
- **ר' עקיבא - נקט בדרך פרשנות של הבחנה בין עיקר לטפל:** "והיה אם לא תמצא חן בעיניו" ← כל דבר אשר לא מוצא חן בעיני הבעל הרי שיש בו עילת גירושין, החלק הראשון של הפסוק לעמדתו מיותר.

2. דיני קניין:

יב ואם-איש עני, הוא--לא תשכב, בעבטו. יג השב תשיב לו את-העבוט כבוא השמש, וְשָׁכַב בְּשִׁלְמָתוֹ וּבִרְכָּךְ; וְלֹדֶה תִּהְיֶה צְדָקָה, לְפָנַי יְהוָה אֱלֹהֶיךָ. [...] לא תטה, משפט גר יתום; ולא תחבל, בגד אלמנה.

קיימים חילוקי דעות בעניין הפרשנות, בין ר' יהודה לר' שמעון:

- ר' יהודה - פרשנות מילולית: אישה אלמנה תוגדר כמי שאיבדה את בעלה, מעמדה הכלכלי (עשירה או ענייה) לא משנה את העובדה שיש להשיב לה את משכונה. הוא מפרש בדרך של מובן מילולי של הפסוק – קרי איך זה משתמע.
- ר' שמעון – התכלית של הפסוק: לשיטתו, יש להשיב משכון לאישה ענייה אך לא לאישה עשירה (אלמנה בכל מקרה). הוא דורש את טעמו ונימוקו של הפסוק, ולא את מובנו המילולי.

הרקע לחילוקי הדעות, בין החכמים, שלדעת ר' שמעון עלינו לתהות על ההיגיון, על הנימוק, שמאחורי ההוראה שניתנה, פירוש זה מתקרב לכלל הפרשנות הרומית הלוגית (interpretation logia). אולם, לדעת ר' יהודה עלינו להבין את הביטוי מילולי כפי שהוא, כלומר המשמעות המילולית, פירוש זה מתקרב לכלל הפרשנות הרומית interpretation grammatic – פרשנות מילולית/תחבירית.

מדרש מקיים

בחלק ניכר של מדרש ההלכה אין בידינו להכריע, אם קדם בהם הדרש להלכה, או שההלכה קדמה לדרש. אך יש דוגמאות לא מעטות, שניתן לקבוע בהן שהמדרש לא יצר את ההלכה, אלא רק קיים אותה, נעמוד על שתי דוגמאות שעניינן בהלכות משפטיות:

1. **קניין משיכה** – אחד מדרכי הקניין במשפט העברי הוא קניין משיכה (קונה מושך את החפץ ועל ידי פעולה זה קונה). האמוראים רבי יוחנן וריש לקיש נחלקו בדבר המשפטי הזה האם הוא מדאורייתא⁹ או רק מדרבנן.
 - (א) **רבי יוחנן** – רק כסף 'קונה', משיכה לא עושה קנייה, את זה הוא לומד מהתורה (כלומר זה מדאורייתא). ואילו הפעולה 'משיכה' נוספה ע"י חכמים בעניין חלוקת האחריות על שמירת הממכר בעת המכירה.
 - (ב) **ריש לקיש** – משיכה מפורשת מהתורה, הוא לומד זאת מפרשה אחרת "וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך", לטעמו הביטוי 'מיד עמיתך' משמעות: במסרו את החפץ ליד הקונה – כלומר פעולת המשיכה.

2. **דיני אבדה** – מציאה שנמצאה חייבת להיות מוחזרת לבעליה לפי סימנים ולא לפי עדים. הדיון נסוב, סביב השאלה האם מותר להשיב גט אישה לפי סימנים. יש הסבר כי בתקופה שקדמה לרבי יוחנן, ריש לקיש ורבא. נוצרו ההלכות ע"פ הכתוב כשם שייתכן שמקורן בחקיקה או מנהג. לא ניתן להכריע בוודאות כי מדרשם לא בא ליצור הלכה אלא לשלבה בפסוק.
 - (א) **רבא** – לעמדתו מקור ההלכה הוא בפסוק בתורה, לפיכך המדרש לא יצר את ההלכה אלא הסתמך על הפסוק שמן התורה.

⁹ מן התורה.

ה"האסמכתא" במדרש

כאמור, לא תמיד יש באפשרותנו להגיע לידי מסקנה ברורה, מהו – בתוך כלל ההלכה המדרשית – חלקה של ההלכה שנוצרה ע"י המדרש, ומהו חלקה של ההלכה שרק שולבה במדרש. אך לגבי חלק מסוים של הלכות שנשנו בדרך המדרש קבעו חכמים במפורש, שלא המדרש יצר את ההלכה, אלא שאותה הלכה, שכבר הייתה קיימת, נסמכה אל פסוק שבתורה. מקרים אלה נקראים "אסמכתא".

"מ גוטמן עוסק במחקר שלו בעניין זה, הוא מוכיח במחקר מקיף, שהביטוי "אסמכתא" לא בהכרח מציין כי ההלכה מקורה בפסוק, אם כי יכול להיות שמקור ההיווצרות גם בתקנה, מנהג או קבלה. המיוחד שבהסברו של גוטמן הוא, שמושג האסמכתא נובע כל כולו מהבחנה זו שבין הלכה שמקורה במדרש ובין הלכה שאין מקורה במדרש. עמדתו מגובה ע"י בדיקה כפולה:

(א) במדרש קיימות הלכות שבאופן ברור למדי שהן מתוך פסוק – אם זאת קבעו החכמים שמדרש הפסוק אינו אלא אסמכתא.

(ב) במדרש קיימות הלכות שבאופן ברור למדי אינן משתלבות בפסוק בדרך סבירה – אם זאת קבעו החכמים לגבי אותו שאינו אסמכתא אלא מקור ליצירתה של אותה הלכה.

אסמכתא בעלמא – לעיתים קיימים פערים בין הפירוש המקורי של הפסוק לבין המטרה לשמה הוא נועד בעבור החכמים. כלומר, החכמים יכלו לפרש את הפסוק, שיהלום את תקנתם, אך מאחר וידעו את הפירוש המקורי (אשר לא תאם את התקנה לשמה הם ייעדו אותו) קבעו כי השילוב הפסוק הוא אסמכתא בעלמא (כלומר רק מקור).

המושג "אסמכתא" בא אפוא להבחנה בין הלכה, הבאה מן הדרשה, ובין הלכה, נובעת מאחר והמקורות המשפטיים האחרים – כגון הקבלה, התקנה וכיוצא כאלה – ורק נסמכה אל הפסוק על ידי הדרשה.

עמודים 334-334 מדרש הלכה

מהותו של מדרש ההלכה

לראשונה, נעשה הבחנה בין "מדרש הלכה" לבין "מדרש תורה".

(א) **מדרש הלכה** – מדרש הבא לדרוש את ההלכה.

(ב) **מדרש תורה** – מדרש שדנו בו עד עתה – שבא לדרוש את פרשיות התורה ופסוקיה.

ראינו כיצד שימשו מידות המדרש ודרכי הפרשנות של פסוקי התורה כמקור לביסוסה של ההלכה ולהמשך יצירתה והתפתחותה. בתקופה הקדומה היה שימוש כפול במונח "מדרש הלכה" ו"מדרש תורה". למעשה, כל קובץ הלכות, כל תקנה וכל הוראה בתחום המשפט העברי, אשר היו לחלק מהותי מההלכה הפכו ממילא לנושא של מדרש הלכה, שכן היה צורך לבאר ולפרש את ההלכה. מדרש הלכה הוא למעשה פרשנות המקשרת בין הכתוב במקרא לבין ההלכה המעשית. המדרש מקשר בין פסוק לבין הלכה, ובכך מספק ראייה לנכונותה של ההלכה; הבנת הפסוק בדרך מסוימת מספקת את התמיכה להלכה. המדרש אף משמש ליצירה של הלכות חדשות, אם כהסקה ישירה מן הפסוק ואם על פי כללי פרשנות מורכבים.

מדרש ההלכה בתקופה הקדומה ובתקופת התנאים

מתוך עיון במשנתם של החכמים ניתן להסיק על דרכם לדרוש את ההלכה שלפניהם בדרכי מדרש שונים. לפנינו מספר דוגמאות.

1. ישנה תקנה קדומה העוסקת בהתרת נשים עגונות. אישה שהלכה ל"מדינת הים" עם בעלה, אך חזרה לבדה בטענה שבעלה מת, אזי מאמינים לה גם ללא עדים. בית שמאי ובית הלל נחלקו אם יש לפרש את ההלכה שלפניהם בדרך המדרש המרחיב או בדרך המדרש המצמצם, וחזרו והסכימו, שיש לנקוט בדרך ההרחבה - **יש לפרש את הדברים כאילו כתובים בהווה**.

2. בהלכה הקדומה, היה החיוב המוטל על האב למזונות הילדים משום חובה דתית מוסרית בלבד, אך לא חובה משפטית. הדיון נסוב סביב הסוגיה האם העדר החובה המשפטית על בנים חל גם על בנות, הרי שהן זכאיות לעיזבון (זכאות משפטית) או בחיי האב אין הבדל בין בנים לבנות, בכל מקרה לשניהם אין חיוב משפטי (מזונות). ר' אלעזר בן עזריה הסיק אפוא את המסקנה שאין חובה משפטית למזונות הבת בחיי האב, **בהשתמשו בהיקש מתוך תקנה קדומה בדיני ירושה בדור התנאים הקודם**. מכאן ניתן ללמוד, כשם שדין ירושת הבן תקף רק לאחר מות האב כך הדין לגבי מזונות לבנות.

התנאים האחרונים הסיקו מסקנות מדברי התנאים הראשונים לא באותו עניין בלבד, אלא אף מעניין לעניין. היו פרשנויות שונות לתנאים האחרונים והם נהגו להעביר את הפרשנות הקדמונית ואף להרחיבה.

3. ישנה הלכה הקובעת שהבעל קובע את מקום קבלת הגט, ואילו היה וניתן במקום אחר - פסול הוא. עקרון זה נקבע ע"י הדור הראשון של התנאים. הלכה זו קובעת למעשה סגנון על כוונת הפעולה המשפטית - קרי הבעל מחליט. אנו מוצאים את אותו העיקרון, אותה פעולה משפטית, גם בעניין שליחות בקידושין - הבעל מחליט היכן לקדש את האישה (זה נקבע ע"י הדור השני של התנאים). רוצה לומר, **שהעיקרון הפרשני נשנה במקורו לעניין אחת משתי ההלכות, ותנאים מאוחרים יותר העבירו את העיקרון מעניין אחר למשנהו**.

4. דיני הפיקדון - עקרון נוסף שלמדו התנאים המאוחרים ומהקדמונים והחילו אותו בתקופתם.

מדרש ההלכה בתקופה האמוראים

בתקופה זו, היו לאמוראים קבצים ערוכים ומוסמכים של ההלכה, במיוחד קובץ המשנה של הנשיא מה שהביא לתנופה רבה מאוד למדרש ההלכה בתקופה זו. האמוראים השתמשו בשיטות דומות שהשתמשו הקדומניים לביאור התורה, אך אלו הנחילו אותם על ביאור ההלכה. האמוראים אימצו להם כללי פרשנות במשנה בדומה לדרך פרשנותם של התנאים במקרא, והוסיפו עליהם רבים משלהם. בזכות הדיון והפירוט המצויים בידינו מן ההלכה של האמוראים אנו יכולים לעקוב בפירוט אחר ההתפתחות של ההלכה. ההשוואה בין ההלכה בתקופת התנאים להלכה שבתקופת האמוראים מספקת לנו אפשרויות רבות, כדי לעמוד על התפקיד הגדול שנודע למדרש האמוראים – נעיין במספר דוגמאות.

סוגיה	תמצית	תנאים	אמוראים
כשרותו המשפטית של קטין	מציאה שמוצא הבן הקטן שייכת לאביו, המציאה שמוצא הבן הגדול שייכת לעצמו.	1. הקטן לא זכאי משום שאין לו כשרות משפטית (קטין)	מפורשת ע"י ר' יוחנן לפי מדרש : 1. הקטן יכול לזכות אם יושב סמוך לשולחן אביו
		2. גדול, בשל הכשירות המשפטית, זכאי לעצמו.	2. הגדול לא יכול לזכות במציאה אם לא יושב סמוך לאביו.
דיני נזיקין – אחריות על כד	מי שנתקל בכד ושבר אותו פטור מתשלום הנזק בגלל שהכד לא הונח כדין ברשות רבים	1. אם נתקל מישהו בחפץ ושבר אותו – השובר פטור .	נימוק לפי פשוט : 1. האחריות על החפץ חלה על בעל החפץ ולא על עובר אורח פשוט. חובת הזהירות מוטלת על בעל החפץ. נימוק לפי מדרש מדוע הולך רגל פטור מאחריות? 2. האמוראים מצמצמים את האחריות של בעל החפץ, למעשה מעמידים את המזיק כ"אשם תורם" גם כאשר החפץ מונח ברבים – הלכה הפוכה מהקביעה של התנאים.
		2. אם ניזוק מישהו בחפץ – הרי מי שהניח את החפץ ברשות הרבים חייב בתשלום הנזק.	הלכה זו זהה גם בתקופת האמוראים.
דיני נזיקין – אחריות על זכוכית	אדם גרם לתקלה, ע"י כך שהסתיר זכוכית וקוצים בתוך כותל השייך לאדם אחר.	ישנה אחריות מוחלטת על בעל התקלה, ולא על מי שגרם לה להיות ברשות רבים.	ר' יוחנן מפרש לפי מדרש ומצמצם : בדרך כלל האחריות היא על בעל הכותל, לפני שהסתיר א הכותל, היה צריך לבדוק (בעל הכותל) ורק אם הכותל רעוע (לא תקין), ובעל התקלה יכול היה לעלות על דעת דעתו שהכותל עומד לסתירה (כלומר עומדים לטפל בקיר), רק אז חייב בעל התקלה. מסקנה הפוכה לגמרי מזו של התנאים.

כרך ב'

מהותם והגדרתם, תורה שבכתב, נ"ך	839-831
המקורות בתקופת התנאים	888-856 ,852
המקורות בתקופת האמוראים	904-892 ,890-889
המקורות הרישומיים בתקופה שאחר התלמוד	907-905
פירושים וחיידושים	933 – 915 ,908
פוסקים, קודיפיקציה	948-944 ,940-938
גאונים, רי"ף ונושאי כליו	969-949
הרמב"ם	1018-980
ספרי מצוות	1049 – 1042
רשב"א, טור	1080-1058
ר"י קארו, רמ"א, תגובות לשולחן ערוך	1185-1087
ספרות השו"ת	1270-1255 ,1225-1213

מקורות רישומיים של המשפט העברי

עמודים 831-839 מהותם והגדרתם, תורה שבכתב, נ"ך

מהותם והגדרתם של המקורות הרישומיים של המשפט העברי

יש שני סוגים עיקריים של ספרות שהם המקור העיקרי לחקר המשפט.

1. המקורות הרישומיים של המשפט – במונח "מקורות רישומיים" של שיטות משפט מסוימות, הכוונה לפרסומים הרשמיים המשמשים כאכסניה מוסכמת ומוכרת להוראות השונות שבאותה שיטה משפטית, לאותם המקורות שאנו יכולים ללמוד ולהכיר מהם את הנורמות השונות שבאותה מערכת משפטית.
2. ספרות משפטית וכללית – במונח "ספרות משפטית" כלולים המקורות, שבהם נדון או נתפרש החוק, אך מקורות אלה אינם מוסמכים ואינם מוכרים כמקורות אותנטיים, שניתן ללמוד ולהכיר מהם נורמות משפטיות בנות תוקף. אולם, לעיתים נעשה בהם שימוש כדי ללמוד על מצב משפטי של אומה בעתות של משבר כלכלי למשל.
3. במשפט העברי – ההבחנה בין מקורות רישומיים מוסמכים של המשפט לבין ספרות משפטית וכללית מצויה היא גם כשאנו מדברים על מקורות אלה של המשפט העברי. את הדיון במקורות הרישומיים של המשפט העברי נחלק לשלושה חלקים.

- (א) המקורות שממתן תורה שבכתב ועד לתקופת התנאים – חלק ניכר מידיעותינו על המשפט העברי בתקופה זו אנו שואבים מן הסוגים שקראנו בשם ספרות משפטית וספרות כללית.
- (ב) המקורות הרישומיים בתקופת התנאים והאמוראים - בתקופה זו מצויים ספרים רבים, אנו נעמוד רק על מקורות הרישומיים המוסמכים (יש הרבה מקורות בתקופה זו שאינם מוסמכים).
- (ג) המקורות הרישומיים לאחר חתימת התלמוד - בתקופה זו יש מקורות רישומיים מסומכים רבים מאוד ורוב ההתמקדות שלנו תעשה בתקופה זו.

המקורות שממתן תורה שבכתב עד לתקופת התנאים

התורה שבכתב

התורה שבכתב היא המקור הרישומי הראשון, בזמן ובמעלה, של ההלכה, ועליה הסתמכו ספרי הנביאים, הכתובים והתורה שבעל פה.

ספרי הנביאים והכתובים

המקור הרישומי המוסמך לאחר התורה שבכתב הם ספרי הנביאים והכתובים. מתוך ספרים אלה אנו מסיקים על מציאותן של הלכות ומוסדות משפטיים שונים, שאין זכרם בא בתורה שבכתב. נעמוד על דוגמאות אחדות של הלכות ומוסדות משפטיים, המצויים בספרי הנביאים והכתובים.

דין	תמצית	מקור	
		נביאים	כתובים
דיני השבת	בתורה שבכתב מובאות רק מספר פרטים בודדים על דיני השבת – איסור עשיית המלאכות בשבת, אך אין פירוט.	בישעיה ¹⁰ יש פירוט של מה אסור לעשות ביום שבת. בירמיה ¹¹ אנו מוצאים פירוט איסור הוצאה מרשות לרשות בשבת.	בנחמיה ¹² מובא איסור מיקח וממכר בשבת כדבר נהוג וידוע.
דרכי הקניין	כמעט שאין זכור בתורה שבכתב.	בירמיה ¹³ אנו מוצאים תיאור מכירה ע"י כתיבת ספר מקנה, חתימה, שקילת הכסף ומסירתו, מסירת שטר הקניין ועוד שורה שלמה של פרטים מהותיים	ברות ¹⁴ מוצג מנהג קדום מלפני זמנו של כותב הספר הייתה אפוא עריכת קניין ע"י המעשה הסמלי של שליפת נעל ומסירתה מאיש לרעהו.
		תיאור בספר ירמיה שונה מתיאור מספר רות, לפינו אפוא התפתחות בהסדרת דרכי הקניין. בשני המקרים האירוע מכירה חייב להיות פומבי, השוני מתואר למעלה. הדבר בא ללמד על מציאותן של הלכות משפטיות שידיעתנו עליהן קלושות, שונות שאף הן עברו שלבי התפתחות שונים בתקופה זו.	
משפט המלך	בפרשת המלך שבספר דברים מדובר בעיקר על דרך הנהגתו של המלך המסתכמת בחובתו לכתוב לו ספר תורה לעצמו ולקרוא בו כל ימי חייו.	מפרשת נבות ¹⁵ ניתן ללמוד על כלל משפטי שהורגי המלכות נכסיהם למלך, היינו שמי שנדון למוות בעוון פגיעה במלכות רכושו שייך למלך. למלך גם אסור ליטול רכוש אישי, רק אם בעל האדמה מת אזי המלך יכול ליטול רכוש (מכאן הסיפור של איזבל)	
"איש בחטאו יומת"	בספר דברים כתוב שמי חטא חייב לשאת את עונשו, ואין אחר שישא במקומו	אמציה בן יהואחז ¹⁶ , הרג את מי שקשר להרוג את אביו כולל בניהם, אולם ה' ביטל את הפעולה. מכאן אנו לומדים שגם אמציה מלך יהודה אינו ראשי לסטות מעקרונות התורה.	
דיני ערבות	אזכור שולי לערבות, בשיחה בין יעקוב ליהודה, אך חסרים אלמנטים משפטיים בדיני ערבות: הנושה, החייב והערב.		בספר משלי ¹⁷ מצוי תיאור מפורט של דיני הערבות, הספר מתייחס בשלילה לעצם מוסד הערבות. (1) הערבות נוצרה ע"י תקיעת כף בין המלווה לערב. (2) דיה בהתחייבות בע"פ מצב הערב. (3) הנושא לא רשאי להשתעבד בגופו של הערב.

¹⁰ ישעיה נח, יג.

¹¹ ירמיה יז, כא-כב.

¹² נחמיה י, לב.

¹³ ירמיהו לב, ט-יב

¹⁴ רות ד, ז.

¹⁵ מלכים א', פרק כא.

¹⁶ מלכים ב', יד.

¹⁷ משלי ו, א-ה

הערת אגב למונח תנא: iii

מקורה בארמית, והיא בעלת שתי משמעויות:

- א. מייחסת ומשייכת את החכם לתקופה מסוימת דבריו מובאים כרגיל במקורות הרישומיים של אותה התקופה.
 - ב. בעל תפקיד מסוים – אדם שתפקידו לשנות בע"פ משניות וברייתות – תפקידו היה להיות "אנציקלופדיה חיה" לרב ולתלמידים בבית המדרש.
- אם לא נאמר אחרת הכוונה במושג "תנא" היא למשמעות הראשונה – חכם בן תקופת התנאים.**

עמודים 856-888 המקורות בתקופת התנאים**קובצי מדרשי ההלכה**

הצורה הספרותית הקדומה של לימוד ההלכה הייתה לימודה של ההלכה, כשהיא משולבת בפסוק מפסוקי התורה. כאשר למדו חכמי ההלכה ולימדו את העם את ההלכה, שילבו את דיניה אלה בפרשיות המתאימות שבתורה. דרך לימוד זו הייתה דרך "המדרש". היא הייתה נוחה וטובה משתי סיבות:

1. חלק גדול של ההלכות והדינים נהוו ונוצרו על ידי מדרש התורה, כפי שראינו בדברינו על המדרש. הלכות אלה נלמדו ביחד עם אותו פסוק שממנו נדרשו ושבפירושו נוצרו.
2. באמצעות דרך זו יכלו לזכור את ההלכות בצורה נוחה וקלה, הרי בתקופה זו נלמדו ההלכות בע"פ, ולא ניתנו להיכתב, שילובן של ההלכות בפסוקי התורה היה בו כדי להקל על ידיעתן וזכירתן.

דרך זו של לימוד ההלכה כשהיא משולבת במקרא, הלכה ונמשכה עד לסופה של תקופת התנאים, ובמידה מסוימת גם בתקופת האמוראים. **דרך המדרש** – הן כדרך ללימודה של ההלכה והן כמקור משפטי של יצירת ההלכה – הגיעה לשיא פריחתה בימיהם של ר' עקיבא ור' ישמעאל, אשר יצרו שני בתי מדרש – שתי דוקטרינות שונות - **בדרך של מדרש התורה**. משתי בתי אלה מצויים בידינו קבצים של מדרשי ההלכה. אלה העיקרים:

1. **ר' ישמעאל:**

- (א) מכילתא דר' ישמעאל לספר שמות.
- (ב) ספרי, במדבר – מדרשים לספר במדבר.
- (ג) ספרי, דברים.
- (ד) ברייתא דר' ישמעאל – דנה במהות 13 המידות שהתורה נדרשת בהן.

2. **ר' עקיבא:**

- (א) מכילתא דר' שמעון בר יוחאי – לספר שמות.
- (ב) ספרא ("תורת הכהנים") – לספר ויקרא.
- (ג) ספרי זוטא – לספר במדבר.
- (ד) ספרי, דברים.

חלק מקובצי המדרשה אבדו, רק קטעים מהם נשתמרו בשני התלמודים. לא תמיד עולה בידינו לזהות את ראשיתה של הלכה מסוימת שבקובצי המדרש. עריכתם של הקבצים מיוחסת לתקופת עריכתה של המשנה או לדור הסמוך שלאחריה, וההנחה המקובלת היא, שמלאכת העריכה נעשתה בידי אנשים שונים. קובצי מדרשי ההלכה מסודרים על ארבעה מתוך חמישה חומשי תורה. על ספר בראשית אין מדרש מאחר ויש בו רק אגדות ולא הלכות.

המשנה**(א) הצורה הספרותית של ההלכה במשנה לעומת ההלכה במדרשי ההלכה.**

המקור הספרותי הגדול והחשוב ביותר של ההלכה מתקופת התנאים הוא המשנה, שנערכה כמאה ועשרים שנה אחרי החורבן, בידי רבי יהודה הנשיא. שני דברים אופייניים לצורתה של הספרותית של המשנה, לעומת צורתם הספרותית של קובצי מדרשי ההלכה.

1. ההלכות מובאות באופן מופשט העומדת בפני עצמן, ללא שילוב וקשר עם הפסוק שבתורה.
2. המשנה מסדרת ומכנסת, בדרך כלל, את ההלכות השונות לפי נושאים ועניינים.

כאמור, בתקופה מסוימת הפסיק דרך הלימוד המדרשי (שילוב ההלכה בפסוק שבתורה) לדרך הלימוד ה"משנאית" (לימודה של ההלכה בצורה עצמאית ומופשטת). לא ברור מהו הזמן המדויק שהשיטה התחלפה, חוקרי ההלכה מצביעים על שתי סיבות עיקריות:

1. בתורה שבכתב נידון לעתים קרובות נושא הלכתי אחד בכמה וכמה פרשיות וספרים שונים. לפיכך הצורך בריכוז ההלכות הביא ללימודן כשהן עומדות בפני עצמן ללא שילוב בפסוקים המפוזרים.
2. במשך הזמן הלכה ורבתה ההלכה על ידי מקורותיה המשפטיים השונים בנוסף לגידולה שעל ידי המדרש. לעיתים היה קשה לשלבן בפסוקי התורה, הן נלמדו בצורה מופשטת, כהלכות עומדות בפני עצמן.

(ב) התהוות המשנה ועריכתה.

לדעת רוב החוקרים החלה עריכת קובצי משניות עוד בימי הבית השני. ממקורות שונים, מחוץ לספרות התלמודית ומתוך הספרות התלמודית עצמה. אך עוד לפני תקופה זו, הייתה כבר הלכה. כך למשל יש הלכות המצויות במשנה ובתוספתא המכונות "משנה ראשונה", כלומר סידור שהונהג לפני החורבן. תנופה רבה לעריכת קובצי המשניות ניתנה על ידי רבי עקיבא, שבנוסף לפועלו הגדול בתחום מדרש התורה שהביא לקובצי משרדי ההלכה, היה לאחד מקובעי דמותה של עריכת ההלכה בצורה קבצים משנאיים. רבי עקיבא ערך אפוא קבצים שונים: מדרשי הלכה, הגדות, קבצים של הלכות – משניות. תלמידיו: רבי מאיר, רבי יהודה, רבי יוסי, רבי שמעון, רבי נחמיה – ערכו על יסוד קובץ משנתו קובצי משניות נוספים שהיו מבוססים על מו"מ הלכתי בבתי המדרש השונים.

ריבוי הקבצים הביא לחוסר אחידות, ואחד מתלמידיו של ר' עקיבא, רבי יהודה הנשיא, ערך וסידר קובץ משנה אחד המבוסס ובנוי על קובצי המשניות שהיו לפניו. המשנה הייתה מבוססת בעיקר על דבריו של ר' יעקב בן קורשאי, הוא התנא¹⁸, וכן על דבריו של רבי מאיר.

חכמי הדור שלאחר רבי יהודה הנשיא השלימו את המשנה בכמה הוספות, בהן דבריו של רבי יהודה הנשיא עצמו ותקנותיו, וביניהם נחתמה המשנה. משנתו של רבי נעשתה ל"המשנה", וכל קובץ משנאי אחר, הן מאלה שנערכו לפני רבי והן מאלה שנערכו בדורו ובדור שלאחריו, נדחה, והיה ל"ברייתא" – משנה חיצונית.

¹⁸ במובן של חכם השונה משניות בעל פה בבית המדרש.

המבנה הספרותי של המשנה**(א) פירוש המילה "משנה".**

ישנם חילוקי דעות בין חוקרים בנוגע לפירוש המילה. חלק טוענים שהפירוש הוא שינון וחזרה (כלומר ללמוד) וחלק אחר הכוונה לכך "שני", כלומר רבי יהודה התכוון לעשות את המשנה כשנייה לתורה. אנו נסתפק בשני פירושים הבאים:

1. קובץ הלכות השלם של רבי יהודה הנשיא.
2. קטע אחד מתוך פרק במסכת מסוימת.

(ב) חלוקתה של המשנה ותכנה.

המשנה של רבי יהודה הנשיא מחולקת לשישה סדרים:

1. **זרעים** – דינים והלכות התלויות בארץ (מעשר, פאה, שביעית).
2. **מועד** – דני שבת ומועדים.
3. **נשים** – דיני משפחה.
4. **נזיקין** – דיני המשפט האזרחי והפלילי, דיני ראיות וסדרי הדיון השיפוטי.
5. **קדשים** – דיני שחיטה, כשרות וקורבנות.
6. **טהרות** – דיני טומאה וטהרה.

בששת הסדרים היו שישים מסכות, כל מסכת נחלקת לפרקים, כל פרק מתחלק למשניות בודדות, המכונות אף בשם "הלכות", כל משנה בודדת, כשהיא גדולה, מחולקת ל"בבות" (שערים) – שתי בבות: רישא וסיפא, או לשלוש בבות: רישא, מציעתא (אמצעית) וסיפא.

המשנה מקיפה וכוללת את מכלול העניינים של תורת היהדות, לא רק את החלק המשפטי וההלכתי, אלא אף דברי מחשבה והגות.

(ג) סדר הבאת ההלכות במשנה

ריכוז ההלכות השונות לפי תוכן ונושאן הוא אחת ממגמותיה העיקריות של המשנה. מסתבר שהעובדה שכינס רבי לתוך משנתו חלקי קבצים קדומים, על סידורם המיוחד ואופן כינוסם, והרצון שלא לפרק קבצים מיוחדים אלה אלא לשמור על מטבעם המקורי, הביאו לעיתים לחריגה מריכוז הנושאים המקובל. לפיכך, לפעמים מתפצל הריכוז הענייני של נושא הלכתי מסוים.

1. **מכנה משותף** – כאשר יש קשר בין מסקנות משפטיות זהות מתחומים שונים (למשל: מסכת קידושין דנה בדרכי קניין של קידושין אך מהמשנה השנייה ועד המשנה השישית נידונים דרכי קניין בענפים משפטיים אחרים).
2. **קשר חיצוני** – יש תקנות שהותקנו מפני 'תיקון עולם', הן מופיעות בסדר לא סביר ולא במקומם, אך המכנה המשותף להם הוא "תיקון עולם".
3. **קשר עובדתי היסטורי** – כאשר היה ויכוח בין שני חכמים על נושא מסוים, לעיתים הדיון נגרר לנושאים אחרים גם, מתוך הרגע העובדתי ההיסטורי מובאים הנושאים ביחד למרות שאין קשר ביניהם.

מהותה הקודיפיקטיבית של המשנה(א) המשנה – "קורפוס יוריס" של ההלכה.

האם הייתה כל כוונתו של רבי רק ליצור מעין אנציקלופדיה של ההלכה – ובלשונו של אלבק' "ילוקט לתורה שבעל פה" – ללא קביעת הלכה פסוקה? או שמא הייתה מגמתו ליצור קודקס וכביטוי של בלאו "קורפוס יוריס" של ההלכה העברית? בשאלה מהותית זו נחלקו חוקרי ההלכה. מתוך עיון במשנה גופה, בדבריהם של האמוראים ובמהותה של כלל מערכת ההלכה – כי אכן הייתה כוונתו ומגמתו של רבי לערוך את המשנה כקודקס משפטי של ההלכה העברית ושכך נתקבלה משנתו על חכמי התלמוד.

1. השוואת ההלכה שבמשנה להלכה שבמקורות המקבילים:

1.1. **בבריתות ובתוספתא** – אנו מוצאים הלכות שונות, שתנאים חלוקים בהן ומפורש שם, שרבי מכריע "מעין שניהם", במקצת כדברי אחד, ובמקצת כדברי השני, או שהוא מכריע כאחד החולקים, ואתה הלכה עצמה שנויה במשנה על פי הכרעתו של הרבי.

1.2. **ברייתא** – כאשר משווים הלכה שהיא שנויה במחלוקת, אנו מוצאים שלעיתים הרבי השמיט דעה אחת והביא רק אותה דעה שהוא פוסק לפיה.

2. ניסוח ההלכה במשנה בסתם ובלשון חכמים

מן העיון בנוסחה של המשנה אגב השוואה למקורות מקבילים נימצא למדים כי רבי יהודה הנשיא הביע בדרך מיוחדת את דעתו, על ידי הבאת הדעה הנראית בעיניו בצורה סתמית, אנונימית, מבלי לנקוב בשם התנא שאומר אותה, ובדרך זו ביקש לומר, שהדעה הסתמית היא ההלכה המקובלת, והדעה האחרת המובאת בשם התנא האומר אותה היא דעה שאיננה מתקבלת להלכה. ההלכות הובאו בלשון "חכמים" מבלי לנקוט בשם אומריהן.

3. האמוראים על מגמת הפסיקה שבמשנה

האמוראים, מפרשי המשנה, מביעים במפורש את דעתם, כי הכריע רבי בדעות חלוקות וכי פסק במשנה את ההלכה כדעתו. האמוראים הן בני הדורות הסמוכים לתקופת התנאים והן בני הדורות המאוחרים היו שווים בעמדתם זו.

4. ריבוי ואחדות בהלכה

נושא מרכזי זה חשיבות רבה לו לצורך יצירתה והמשך פיתוחה של ההלכה, ובמשך דברי-ימיה הארוכים של ההלכה נמצא בין חכמי ההלכה גישות שונות אליו. נדון כאן בנושא זה, כפי שהוא עולה לפניו בתקופות שאנו דנים בהן עתה.

(א) תקופת הזוגות:

- אחד מקווי האופי של ההלכה הקדומה, היא האנונימיות שבה ואחידותה.
- בתקופת זו ידועים לנו רק מקרים בודדים של חילוקי דעות בין חמים בנוגע להלכות.
- הסיבה לאחדות כמעט מוחלטת של ההלכה, מקורה בכך שבכל בעיה שהתעוררה הוכרעה בסופו של דבר במוסד השיפוטי והמחוקק של העם, בסנהדרין.
- ההלכה שנפסקה בסנהדרין הייתה לרוב סתמית, ולא היה מקום או צורך להזכיר את שמות החכמים שפירשו.

(ב) סוף תקופת הזוגות:

- חילוקי הדעות בעניינים עקרוניים ובתחומים שונים של ההלכה התעצמו בתקופה זו, להלן סיבות:
 - כושר ההכרעה של הסנהדרין ירד משמעותית וסמכותו של המוסד נעלם כמעט.
 - גורמים פוליטיים חיצוניים שונים שפעלו בארץ ישראל ביובל השנים שלאחר החורבן.
 - גורמים פנימיים – התחזקותם של זרמים שונים ומנוגדים בתוך היהדות, חילוקי דעות מהותיים בתוך היהדות עצמה.
- כל אלה נטלו מתחום חיי ההלכה את הסמכות המכוונת והמווסתת ואת כושר ההכרעה, ורק לפרקים יוצאים מן הכלל הוכרעו עניינים בודדים השנויים במחלוקת.
- בתקופה בה לא היו מחלוקות בישראל הייתה מערכת בתי דין שבראשה היה בית הדין הגדול שבלשכת הגזית, בתי הדין בערים, בתי הדין בסמיכות להם, בית הדין שבפתח הר הבית, בית הדין שבפתח העזרה וכערכאה עליונה- בית הדין שבלשכת הגזית. כך נשמרה אחדות כמעט מוחלטת של ההלכה.
- ממקורות תלמודיים שונים אנו למדים, שחלק מן החכמים נהגו למעשה כבית שמאי בעוד שרבים כבית הלל, כיצד פעל דו קיום זה של שני זרמים בתוך עולמה של ההלכה? בתחילה היה עוד אפשר לעמוד בכך.
- אמוראי ארץ ישראל פעלו בשיטה פלורליסטית, כל אחד רשאי לפנות לבית הלל או לבית שמאי ולפעול בהתאם להשקפת עולמו, מציאות זו בעולמה של ההלכה לא הייתה לה עמידה.
- המחלוקת הפכה להיות מרה בין בית הלל ובית שמאי, תחילה לשם שמים, ואחר כך היה פיצול עצום בעולם ההלכה היהודית.

(ג) דור אחד אחרי החורבן (תחילת המאה השנייה):

- התבסס מרכז חדש ליהדות ביבנה, בנשיאותו של רבן גמליאל השני הוחזרה להלכה אחדות בחיי המעשה.
- היה הכרח לפסוק ולהכריע, מהי ההלכה, שיש לנהוג לפיה בחיי המעשה. המחלוקת הייתה בין בית הלל לבית שמאי.
- נקבע עיקרון שיש בהלכה פלורליזם. מבחינה עיונית: "אלו ואלו דברי אלוהים חיים". מבחינה מעשית: הייתה ההלכה כדברי בית הלל.
- תיאור דרמטי לסיום תקופת "הפלורליזם למעשה" בעולם ההלכה מצוי בעניין "תנורו של עכנאי".
- ההכרעה הייתה קשה וכואבת אך חכמי הדור ובראשם רבן גמליאל ראו זאת מחובתם כדי לשמור על המשך קיומה של ההלכה.

אמצעי חיוני לקראת החזרת אחדותה של ההלכה היה בכינוסם וסידורם של דיני ההלכה. ריבוייה והתפתחותה של ההלכה בבתי מדרשים של ר' עקיבא, ר' ישמעאל ובני דורם- הגבירו את מגמת העריכה של קובצי ההלכה השונים. בדור שלאחריהם, נאלצו החכמים לשוב ולפתור מחלוקות בין ההלכות השונות. המשימה הגדולה, שעמדה אפוא לפני הנשיא, תלמיד תלמידיו של רבי עקיבא, הייתה לא רק לכנס ולאסוף את ההלכות המצויות בקבצים השונים שלפניו, אלא בראש ובראשונה להכריע בין חילוקי הדעות בהלכה ולהחזיר פסיקתה הלכה למעשה ואת אחדותה.

בעריכת משנתו ביקש רבי יהודה הנשיא למנוע את הסכנה הצפויה לאחדותה של ההלכה, מתוך כך פעל גם לאחדותה של האומה, מחמת ריבוי המחלוקות. לשם כך סידר את קובץ המשנה, שתימצא בו לא רק הלכה ערוכה, אלא אף מוכרעת.

5. ריבוי הדעות במשנה

אם אמנם ביקש הנשיא לקבוע קובץ חוקים מחייב, משנה ברורה והלכה מוכרעת – משום מה עשה זאת ברמזים ובעקיפין, על ידי סתימת ההלכה, על ידי מסירתה בלשון "חכמים", על ידי הסתמכות על כללי פסיקה ועל ידי דרכים אחרות, ולא בדרך הפשוטה של הבאת דעה אחת, הלכה אחת, סתמית ואחידה?

(א) ההלכה ראשיתה בסולם העליון של הערכים: התורה שבכתב. כל נורמה, תקנה או תוספת שמתווספת להלכה, מקורה בתורה שבכתב. הרעיון של ההלכה הוא רציפות ואחידות, הרי כל ניסוח סתמי של ההלכה, ללא ציון מקורה ושמות מוסריה, יש בו משום הפסקת רציפותה ומשום ניתוקה ממקורות חיותה וכוחה. לפיכך, היה חייב הנשיא, לשמור על ציון מקורותיה של ההלכה, על אופן מסירתה על ידי חכמי ההלכה בשמותיהם ובדעותיהם, זאת כדי להצביע על רציפות ואחידות.

(ב) עריכה מיוחדת זו של המשנה על ריבוי הדעות שבה, מעוגנת היא במהות הפלוראליסטית המיוחדת של ההלכה כפי שראינו ועוד נראה. כשם שההלכה זקוקה להכרעה ולאחדות בחיי המעשה, כך חיוני לה ריבוי הדעות ואפשרויות הגישה השונות בעולם העיון והדיון. מתוך ריבוי הדעות בעת העיון ההלכתי נוצרת ההכרעה הנכונה והאחידה לפתרונה של כל בעיה ממשית.

כעבור אלף שנה, קם גדול הקודיפיקאטורים שידעה היהדות כולה, הרמב"ם. הוא התמודד עם אותן בעיות וסוגיות. בספרו "משנה תורה", הכין למעשה את "הקורפוס יוריס" העברי. אולם ההלכה העברית הייתה זקוקה לעוד 400 שנה, עד לשולחן ערוך של יוסף קארו, עד שנמצאה הדרך לצורה הקודיפיקטיבית המיוחדת התואמת את עולמה של ההלכה.

דרך ניסוח המשנה

לעניין מהותה הקודיפיקטיבית של המשנה עלינו לעמוד על תופעה נוספת בצורתה הניסוחית של המשנה, תופעה שהטביעה אף היא את חותמה על צורתה של המשנה. ניסוח של הורדת דין ייתכן בשתי דרכים (והריג סע' ג):

(א) **דרך הפירוט - קזואליסטית**: מובא הדין המסוים על ידי תיאור של מקרה, על ידי פירוט עובדתי קונקרטי שההלכה המסוימת נקבעת לגביו. ניסוח זה הטביע חותמו על כל הקודיפיקציות של ההלכה (אפילו הרמב"ם). זה לא רק עניין של צורה.

(ב) **דרך ההכללה - נורמטיבית**: מביע הניסוח את הכלל המופשט של רעיון משפטי מסוים ללא המחשה של מציאות ממשית (תום לב, מהירות סבירה). זה מעיד על כושר ההתפתחות על ההלכה. הצורה הקזואליסטית מאפשרת גמישות ע"י דימוי ממקרה למקרה. מידת הדימוי תלויה בעובדות הממשיות וכך הפוסק יכול לדמות או לא לדמות כאשר מקרה בא לפניו. זאת לעומת ניסוח נורמטיבי שהוא כולל, מקיף ומחייב יותר בלי יכולת הבחנה בין מקרה למקרה.

(ג) **תרכובת קזואליסטית-נורמטיבית**: הנורמה באה לסכם ולהסיק את העיקרון המשפטי הנובע מן הדוגמאות המקריות (מלשון: מקרה, אירוע, case) המובאות באותו עניין.

המשנה ברובה מנוסחת בצורה קזואליסטית ובהמחשות קונקרטיות. דרך זו אופיינית להלכה העברית, מראשיתה בתורה שבכתב ועד ימינו ונפסקה ונמסרה כך מדור לדור.

סגנון המשנה

ישנן שתי דרישות יסוד, הנדרשות מכל נסח חוקים: קיצור ובהירות. סגנון תמציתי, מועט המחזיק את המרובה, ומצד שני סגנון צח, היו לעקרון מנחה במשנה, ובאו לידי ביטוי היטב במשנה.

התוספתא

מקור רישומי נוסף של ההלכה מתקופת התנאים הוא "התוספתא". קובצי משניות נוספים חוברו לאחר תקופתו של רבי יהודה הנשיא, אך לא נשתמר לנו חלקים מקובצי משניות אלו, פרט לאחד שנקרא "תוספתא". מסתבר, כי התוספתא נשמרה בשלמותה בגלל הקשר ההדוק שבינה לבין משנתו של רבי יהודה הנשיא, באשר כשמה כן היא, מעין תוספת והשלמה למשנה. להלן דוגמאות לאופן שבו התוספתא משלימה את המשנה:

(א) יש שהתוספתא מפרשת את המשנה על ידי העתקת קטעים ממנה והסברתם, או שהיא נותנת טעם למה שנאמר במשנה על ידי הוספת נימוקים והסברים.

(ב) נוכל לעמוד מתוך התוספתא על מגמתו הפסקנית של רבי יהודה הנשיא במשנה, הלכה השנויה ע"י ר' יהודה הנשיא במשנה בצורה סתמית באה בתוספתא במחלקות בין תנאים שונים, ויש גם שהתוספתא מביאה רק את הדעה החולקת על הדעה שבמשנה.

(ג) לעתים באה ההלכה בתוספתא בתוספת דינים חדשים שאינם שנויים במשנה, אפילו בתוספת עניינים שלמים.

ישנו חוסר תיאום בין המשנה של רבי יהודה הנשיא לבין התוספתא מבחינת פרקים ונושאים. הסיבה לכך – שעורך התוספתא שלפניו השתמש בקובץ קדום של התוספתא, שערך ע"י ר' נחמיה, וסדר ההלכות בקובץ זה קדם למשנה של ר' יהודה הנשיא.

את זמן עריכת התוספתא יש לייחס לדור הסמוך שלאחר רבי יהודה הנשיא, שהוא דור המעבר מתקופת התנאים לתקופת האמוראים. לא ברור מי ערך את התוספתא.

ביאור מונחים

מקור המילה בשורש "אמר", שמובנו בארמית הוא לפרש, לתרגם. החכמים שלאחר עריכת המשנה (מתחילת המאה השלישית) נקראו "אמוראים" מכיוון שעסקו בפירושה של המשנה ובהסברתה. למילה אמורא ישנה משמעות נוספת-זהו גם שמו של המתורגמן שעמד ליד הדרשן בציבור שהשמיע את דבריו לעם. הלכות שהתחדשו ע"י האמוראים מכונות "מימרות".

אמורא

א. דיוני האמוראים במשנתו של רבי יהודה הנשיא.

ב. שם הכולל ביחד את משנתו של רבי יהודה הנשיא ואת דיוני האמוראים בה.

תלמוד

המשמעות השנייה היא המשמעות הרגילה והמקובלת בלשונו כיום.

מובנה של המילה שנוי במחלוקת בין החוקרים. חלקם סבורים כי מקורה מלשון גמר = השלמה. חלקם סבורים כי פירוש לימוד. השם "גמרא" במשמעותו המקובלת בלשונו כיום מציין את לימודיהם, דיוניהם ודבריהם של האמוראים.

גמרא

עמודים 892-904 המקורות בתקופת האמוראים**התלמוד הבבלי****הגולה שבבל**

עד לתחילתה של המאה השלישית היה מרכז התורה העיקרי בארץ ישראל, אולם משבר כלכלי חריף שפקד את הארץ הביא לקץ הלימוד של התורה בארץ. דבר זה הביא, לכך שיהודים רבים נדדו ועברו לבבל, הביטוי "גולה" היה לשמו הקבוע שלב הישוב היהודי בבבל, נראה כי מספרם של הגולים בבבל, עלה כמעט תמיד על כל ישוב יהודי בארץ ישראל. רב ושמואל, היו תלמידו של רבי יהודה הנשיא, כאשר הגיעו לבבל, שיפרו את מעמדה והפכו את בבל למרכז הרוחני להלכה כולה. שני חכמי הלכה אלה, היו מראשוניים של אמוראי בבבל ועמדו בראש שתי ישיבות מרכזיות, רב בישיבה שבעיר סורא, ושמואל בישיבה שבנהרדעא. מרכז זה יצר ופיתח במשך שלוש מאות שנה את המקור העיקרי והגדול שבמקורות הרישומיים של ההלכה.

לימודים של אמוראי בבבל והכלול בתלמוד הבבלי

רב ושמואל, הביאו עמם לבבל את משנת רבם רבי יהודה הנשיא, המשנה הייתה לספר החוקים של ההלכה, בה שנה חכם ההלכה את משנתו, ומפניה נדחו כל המשניות האחרות שהיו "בריתות", חיצוניות. לימודים ועיונים המעמיק של האמוראים הביאו להתרחבותה ולפיתוחה של ההלכה וליצירתן של הלכות חדשות – "מימרות"¹⁹. יחס האמוראים לסמכותה ולסופיותה של ההלכה במשנה היה דומה ליחס התנאים לסמכותו של הדין האמור בתורה, שאין לערער עליה. האמוראים יצרו ופיתחו הלכות חדשות כשהם משתמשים באותם כללים ובאותן מידות של מדרש הלכה כמו התנאים. אלו הם התוספות העיקריות שמצויות בתלמוד הבבלי:

- הוספת חקיקה על ידי התקנת תקנות וגזירת גזרות.
- הוספה שורה ארוכה של "עובדות", של פסי"דים שניתנו על ידי האמוראים והיו למקור לעקרונות והלכות חדשות.
- הוספת שו"ת – שאלות שנשאלו לעיתים באיגרות בין חכמים מא"י לבבל.
- כללי פסיקה – כללים כיצד וכמי יש לפסוק את ההלכה.

בתלמוד הבבלי נמצא הרבה מתורם של אמוראי א"י, כשם שבתלמוד הירושלמי נמצא הרבה מתורם של אמוראי בבבל. נוכח קיומם לש קשרים בין אמוראי בבבל לאמוראי א"י – הביא לכך שדעותיהם (של אלו ואלו) שולבו בתלמודים (הירושלמי והבבלי), הדיונים שניהלו החכמים נרשמו בתלמודים, תרומה זו הביא לצמחיה לפיתוח של ההלכה בכל הענפים.

עמדנו בעבר על מגמתם הרציונלית של האמוראים ועל שאיפתם לגיבוש כללים ועקרונות – כגון דרכי חקיקה, בתוקפו של המעשה, וביחסם המיוחד לכוח יצירתה של הסברה. גישה זו, מצאה ביטוייה גם במגמה של קביעת עקרונות הלכתיים משפטיים כללים ובהסקת עיקרון תיאורטי מופשט מתוך פסיקות והלכות משפטיות דומות.

התלמוד הבבלי כולל אפוא: חלק של דברי אגדה, מוסר והגות, חומר משפטי רבי ומגוון, פירושים וביאורים למשנה ולהלכה של התנאים, מימרות, מנהגים, מעשים, שו"ת, כללי פסיקה, כללי פרשנות ועקרונות הלכתיים משפטיים.

עריכת התלמוד הבבלי וחימתו

חומר רב ממדים ומגוון אשר היה בתלמוד הבבלי לא נערך פעם אחת. לדעת רוב החוקרים התחילה העריכה של החומר אשר בתלמוד הבבלי עוד בעיצומה של תקופת האמוראים. העריכה הגדולה המסכמת נעשתה על ידי רב אשי ורבינא. עריכת התלמוד נעשתה על ידי סידורו וקביעתו של החומר התלמודי שנשנה בישיבות בבבל לפי סדר המסכתות של משנת רבי יהודה הנשיא. לאחר כל משנה הוכנס, כהמשכה, החומר הנוגע לאותה משנה – הדין והדברים והמו"מ, שהתעוררו בישיבות לעניין אותה משנה, המעשים והמימרות הקשורים באותו עניין. חתימת התלמוד נעשתה, לדעת כמה חוקרים, על ידי רבינא האחרון, עם מותו נסתיימה תקופת האמוראים.

¹⁹ כך מכונות ההלכות שנדרשו על ידי האמוראים

הסבוראים

עיקר פעולתם הספרותית של הסבוראים היה בהשלמות שונות תלמוד הבבלי. אף לאחר חתימת התלמוד הוכנסו בו תוספות והשלמות שונות ע"י הסבוראים – אשר היו חכמי הלכה שלאחר תקופת האמוראים. ישנה מחלוקת בין החוקרים באשר לתקופת הסבוראים:

- תחילתה מרב עינא, ראש ישיבת סורא, ורב סימונא, ראש ישיבת פומבדיתא, אחרוני הסבוראים, ועל מותם – בערך באמצע המאה השישית – הסתיימה תקופת הסבוראים.
- נמשכה תקופת הסבוראים עד סוף המאה השישית לספירה.
- לפי הראב"ד – בעל ספר הקבלה, נמשכה תקופת הסבוראים עד לאחר אמצא המאה השביעית לספירה.

כן, מיוחסת לסבוראים קביעתם של כמה כללי הכרעה וספיקה, והשלמות שונות בתחום העריכה והסידור של התלמוד. יש המייחסים לסבוראים את העלאת המשנה והתלמוד על הכתב. עוד בתחילת תקופת הגאונים נכנסו שינויים והוספות טכניות לתוך התלמוד הבבלי, ובכך הושלמו ונחתמו צורתו ונוסחו של התלמוד.

עריכת התלמוד – על חלק מהמשנה

התלמוד הבבלי נערך על 36 מתוך 63 המסכתות שבמשנה. על סדר זרעים (גם מסכת ברכות) ועל סדר טהרות (גם מסכת נידה) – לא נערך התלמוד הבבלי וכן לא נערך על מספר מסכות נוספות (קדשים). דבר זה מבליט את הקשר ההדוק שבין התפתחות ההלכה מבחינה עניינית וספרותית ובין נהיגתה בחיי המעשה והמציאות.

תופעה ספרותית זו – חזקה ברוב ספרי ההלכות והפסקים שלאחר חתימת התלמוד. הרי"ף והרא"ש, בעל הטורים ובעל השולחן ערוך, צמצמו את היקף הספרים רק ל"מצוות הנהגות בזמן הזה" בלבד. הרמב"ם, ביקש להחזיר את היקפה של ההלכה, כפי שהייתה במשנה – ליושנה, וכלל בספרו "משנה תורה" את כל מערכת ההלכה, אך מעשה זה היה ניסיון יחיד, גם לאחריו וגם לפניו נערכה ההלכה הפסוקה במקביל לשימושה בחיי המעשה.

התלמוד הירושלמי

ההבדלים בין התלמוד הירושלמי והתלמוד הבבלי

עיקר עיסוקם ולימודם של אמוראי א"י כמו של אמוראי בבל – היה במשנתו של רבי יהודה הנשיא, אשר הייתה לקובץ החוקים המחייב של ההלכה. אמוראי ארץ ישראל פיתחו ויצרו, במקביל לאמוראי בבל, את התלמוד הירושלמי, הכולל אף הוא את כל אותם הסוגים אשר דנו בהם²⁰, מצוי בו הרבה ממשנתם ומהלכותיהם של התוקפת שקדמו, אשר הובא במשאם ומתנם של אמוראי ארץ ישראל בהלכה. מבחינה ספרותית אלו הם ההבדלים:

- היקפו של משא ומתן ההלכתי: בירושלמי הוא קצר הרבה יותר מאשר בבלי ובלשון ארמית. השונה מן הארמית שבבלי.
- הלכות רבות של התנאים של האמוראים, הובאו בירושלמי בנוסח שונה מאשר הבבלי, ודיוני הלכה רבים בנושאים מקבילים מסתמכים בכל משני התלמודים בדרך ובמסקנה שונה.

להבדלי גישה אלה נודעת חשיבות מרובה גם מבחינת הבנת הגורמים ההיסטוריים, המדיניים והחברתיים השונים, שהשפיעו על התפתחותם של עקרונות משפטיים שונים.

עריכת התלמוד הירושלמי

לדעת ליברמן נערכו שלוש הבבות: בבא קמא, בבא מציעא, ובבא בתרא – בקיסרין, וכשני דורות לפני עריכת שאר הסדרים והמסכתות שבירושלמי. רובו של הירושלמי נערך בטבריה, ולדעת רוב החוקרים כשניים שלושה דורות לפני עריכת התלמוד הבבלי על ידי רב אשי, דהיינו בתחילתה של המאה החמישית. גורמים פוליטיים וכוחות פנימיים גרמו עיכוב בהפצתו ובלימודו של התלמוד הירושלמי, וסמכותו הייתה פחותה משל הבבלי. על אף, שנקבע כי ניתן להסיק גם מהתלמוד הבבלי והירושלמי אבל בעת מחלוקת הבבלי גובר על הירושלמי. מספר המסכתות שנערך עליהן התלמוד הירושלמי הוא 39, היינו שלוש מסכתות יותר מהתלמוד הבבלי, זאת נוכח המצוות שהיו נהוגות בא"י ועל כן נכנסו לתלמוד, אף על פי כן אין התלמוד הירושלמי בכמותו אלא כשליש לעומת התלמוד הבבלי, זאת מחמת הקיצור בסוגיותיו במשאו ומתנו.

מהותו הספרותית-משפטית של התלמוד ומקומו במערכת ההלכה

ישנו ויכוח בין החוקרים מה המטרה של התלמוד, לשמש ספר חוקים לאומה או להיות אבן דרך בהתמצאות בהלכה ובמשנה.

- לדעת בלאו: היה התלמוד לספר החוקים שבא לתפוס את מקום המשנה, והתמצאו בו היטב האמוראים, הסבוראים והגאונים. אמנם המשנה נשארה יסוד לתלמוד, אולם אסור היה לפסוק דין על פי המשנה, אלא רק מתוך ההלכות שנקבעו על ידי האמוראים.
- לדעת גינצבורג: לא נועד התלמוד מלכתחילה לשמש כספר חוקים, אלא כספר טקסטים ופירוש של ספר החוקים, היינו המשנה.

הכול מודים, כי הגאונים פעלו להפוך את הספר לספר החוקים של האומה. הספר שקיבל תוקף מחייב במערכת ההלכה העברית, היה ליתד לכל עיון ודיון בכל תחום של ההלכה, וממנו הנביעה והמוצא לדפוס חשיבתה, לדרכי הגיונה ולצורות הבעתה, למקורותיה הבונים ולדרכיה היוצאים במשך כל התקופות שלאחר מכן.

הדיון בתלמוד והחקר נעשה ממנו והלאה, כמו ההתייחסות לתורה שבכתב, הסקת מסקנה מהתוכן הגלום בתוכו, בסתר, כך גם התפתח הדיון בתלמוד לא על ידי שינוי התלמוד, אלא ע"י הסקת מסקנות מהדברים שמובאים בו.

²⁰ ראה עמוד 24 כותרת: לימודים של אמוראי בבל והכלול בתלמוד הבבלי

עמודים 905-907 המקורות הרישומיים בתקופה שאחר התלמוד

1. גאונים, ראשונים ואחרונים

המונחים "ראשונים" ו"אחרונים" מקובלים בעולם ההלכה בכל תקופותיה, ויש בהם משום מתן ביטוי לאחד מקווי אופייה של מערכת ההלכה – מעמד מיוחד והערצה יתרה לחכמי ההלכה הראשונים מאשר לחכמי ההלכה שבאו אחריהם.

- (א) תקופת הראשונים – מאמצע המאה האחת עשרה עד המאה השש עשרה.
 (ב) תקופת האחרונים – מהמאה השש עשרה ואילך.

2. שלושת ענפי המקורות הרישומיים, וסוגים נוספים של ספרות הלכתית ומשפטית.

גם עתה, בתקופה שלאחר התלמוד נותר המקור הרישומי המרכזי התלמוד עצמו, ומסביבו גדלה ספרות עצומה, רבת ממדים עמקות תוכן בצורת שלושה ענפים עיקריים של המקורות הרישומיים במשפט העברי, אשר הם:

- (א) פירושים וחידושים למשנה ולתלמוד.
 (ב) ספרי הלכות ופסקים.
 (ג) ספרות שאלות ותשובות (שו"ת)

בנוסף לשלושה הנ"ל קיימים שני סוגי מקורות נוספים:

- (ד) קובצי שטרות – טופסי מסמכים המסדירים בכתב יחסים שבין אדם לחברו בתחומים משפטיים שונים – שטרי מכירה, שטרי חוב, שטרי נישואין, שטרי שכירות ועוד.
 (ה) קובצי תקנות – קבצים המכילים אוסף של תקנות ובמיוחד "תקנות קהל" – אותו חלק של התקנות שהוא פרי חקיקת הציבור.

כמו כן ישנם סוגים ספרותיים נוספים שהתחברו בתקופה זו בתחום ההלכה והמשפט העברי. ניתן לחלק ספרות זו לשישה סוגים:

1. ספרי מבואות לתלמוד או להלכה בכללותה.
2. ספרות אנציקלופדיה של ההלכה.
3. ספרות ביוגרפית של חכמי ההלכה.
4. ספרות ביבליוגרפית של ספרי ההלכה.
5. ספרות המילונים.
6. ספרות מחקר במשפט העברי בכלל ובנושאים משפטיים מוגדרים.

עמוד 908 מהות הפירושים והחידושים

ענף הפירושים והחידושים מסתעף לשני סוגים:

(א) פירושים – ספרות ההלכה שבאה לפרש את המשנה, את שני התלמודים ואת המקורות האחרים מתקופת התלמוד כדי להקל על הבנתם ועל לימודם.

(ב) חידושים – ספרות ההלכה שבאה להתחקות אחר היסודות והכללים המשתמעים מסוגיית התלמוד וממקורות אחרים שבספרות התלמוד, ושעניינה ליישב סתירות העולות מתוך עיון ומהשוואת מקורות שונים בספרות התלמוד, ולהעלות מתוך כך חידושי פירושים והלכות.

לא תמיד ניתן לקבוע בבירור את התחום שבין שני סוגי ספרות אלה ועד כמה ספר מסוים שייך לסוג האחד או השני. ניתן לומר בגדול שמבחינה כרונולוגית באו שני הסוגים הללו זה לאחר זה – תחילה ספרות הפירושים (שהגיעה לשיאה במאה האחת עשרה), ולאחריה באה ספרות החידושים, שנמשכת עד היום.

עמודים 915-933 פירושים וחיידושים**ספרות הפירושים לתלמוד הבבלי****בתקופת הגאונים**

תחילתה של ספרות הפירושים בתקופת הגאונים הייתה מצומצמת בעיקר לפירושי מלים וביטויים קשים, ולא לפירוש כולל של סוגיות בתלמוד, גם פירושים אלה היו מגוונים בעיקר לשואלים מחוץ לבבל. הגאונים התכוונו בפירושים בעיקר לאלה העומדים מחוץ לישיבה, יותר נכון לבני הארצות האחרות. בני בבל עצמה כמעט שלא היו זקוקים לפירושים על התלמוד.

פירושי הגאונים לתלמוד הגיעו אלינו במפוזר, הם נמצאים באלפי שו"ת, כפי שנשאלו, ולא לפי סדר המסכתות. חלק ניכר מפירושי הגאונים עוסק בפירושי המלים הקשות והזרות ובפירושים של מושגים שונים. לעיתים הגאונים מפרשים גם סוגיות שלמות לפרטיהן ולדקדוקיהן, אך פירושים אלה לא השתלבו עם סוגיות התלמוד, אלא השתרעו הרחק מעבר להן. בימינו רוכזו פירושי הגאונים לפי סדר המסכתות השונות על ידי ר' בנימין מנשה לוי, בספרו "אוצר הגאונים" הספר נתחבר על חלק ניכר של מסכתות התלמוד, ורם הושלם כולו.

פירוש רבנו חננאל

במשך הזמן הפכה הפרשנות על התלמוד מפרשנות של תרגומי מלים והבהרת מושגים משפטיים לפרשנות כוללת של תוכן הסוגיה. פירוש זה חובר במחצית הראשונה של המאה ה-11 ע"י רבנו חננאל בן חושיאל ברבי אלחנן. רבנו חושיאל היה מחכמי איטליה הדרומית והיגר לקירואן שבצפון אפריקה. פירושו מתבטא בעיקר:

- פירוש בהיר ופשטני.
- אינו מפרש צעד אחר צעד, אלא נותן תמצית של תוכן הסוגיה.
- בולטת מגמת הפסיקה הוא ופסק רק בסוף הסוגיה את ההלכה.
- עומדת על מקומות קשים ומדלג כל מה שנראה פשוט.

ככל הנראה, מגמה זו הביא את פירושו של רבנו חננאל להיות המקיף ביותר, לא רק את החלקים הנוגעים להלכות האקטואליות הנהוגות בזמן ההוא, גם הלכות שאינן היו נהוגות.

רבנו גרשם מאור הגולה ותלמידו

פרשנות התלמוד הגיעה לשיא שכלולה דווקא בארצות אשכנז וצרפת. בסוף המאה העשירית ובראשית המאה האחת עשרה התפתח מרכז התורה באשכנז. לרבנו גרשם מאור הגולה, גדול חכמי אשכנז, היו הרבה תלמידים ובאמצעותם הגיעו לידינו הרבה מפירושי התלמוד.

רש"י ופירושו של התלמוד

פועלו הגדול של רש"י הוא פירושו על המקרא ועל התלמוד הבבלי, ובזכות פירושו על הבבלי היה התלמוד לספר שלמדו ולומדים בו כולם, גם חכמים וגם מי שרק מתחיל לעיין בתלמוד. פירושי קצרים וקולעים, מילותיו מדויקות וברורות, הוא מדריך את הלומד בסוגיות המסובכות ביותר ביד נאמנה ובקלות מפליאה. משום כך גם מי שאינן לו הכנה מספקת בלימוד התלמוד אף הוא מוצא עזר וסיוע רב בפירושו של רש"י, והפירוש משמש אף מדריך תלמידי חכמים מובהקים.

פירושו של רש"י היה לחלק בלתי נפרד מתן התלמוד, ודבר זה הקנה לו השפעה מכרעת גם על ענף השו"ת וספרי ההלכות ופסקים. מאחר שכל שלושת הענפים מבוססים על התלמוד, הרי מובן, שהפירוש שעשה את התלמוד לספר פתוח לפני כל אחד ואחד משפיע ממילא על כל שאר ענפי ספרות ההלכה שבהלכה העברית.

התהוות פירושו של רש"י: באותם ימים היו התלמידים רושמים את דבריו ופירושו של רש"י בקונטרסים. בשיבות התהלכו קונטרסים, שביסודם הונח פירושו של רבנו גרשם מאור הגולה וכל תלמיד היה מוסיף ממה שמע. רש"י ניסח ועיבד, השלים וסידר קונטרסים אלה, וכך נתהווה פירושו של רש"י לתלמוד. רש"י מברר בפירושו את הגרסאות הנכונות לדעתו שבתלמוד. פירושו של רש"י נתקבל כפירוש הקלאסי של התלמוד, וכל הפירושים שלפניו עשו טפלים לו, ואחריו לא עלה בידי איש, עד היום, לכתוב פירוש מקיף ואמנותי כזה לתלמוד כולו.

ספרות החידושים לתלמוד הבבלי

החידושים האשכנזים- בעלי התוספות

בעלי התוספות יצרו ופעלו במשך תקופה של כ-200 שנה, במאות ה-12 וה-13. הייתה זו יצירה קולקטיבית של גדולי ההכלה באשכנז ובצרפת, ובשיעור מצומצם מזה גם באנגליה, באיטליה ובארצות הסלאביות. היה קיים דימון רב בין בעלי התוספות לבין אמוראי התלמוד לא רק במידת השקידה והרעיון בהלכה שבתלמוד, אלא בעיקר בדרך לימודם של אלה ושל אלה ובצורה הקולקטיבית. בעלי התוספות המשיכו את יצירת התלמוד מהמקום שבו פסקה במאה השישית. אולי משום כך הם זכו לדבר שרק רש"י זכה לו – מאז ראשית הדפסת התלמוד מעטרים חידושיהם של בעלי התוספות את דף הגמרא בצד העמוד המופנה כלפי חוץ, למול פירוש רש"י המופיע כלפי פנים, דבר שלא זכה לו שום חיבור אחר על התלמוד, מלבדם. מטרתם הייתה להוסיף הערות וחידושים לפירושו, מאחר ובעיניהם עצם פרשנות התלמוד נסתיימה עם פירושו של רש"י והם לא באו אלא להוסיף הערות וחידושים לפרשנותו. ואולם במשך הזמן תוספות אלו התרחבו וגדלו עד שהפכו לתוספות לתלמוד ומעתה אין לראותם כתוספות לפירושו של רש"י בלבד.

(א) התהוות חידושי בעלי התוספות

בבית המדרש ישבו התלמידים וחכמי הישיבות עם מוריהם, ודנו והתווכחו בתלמוד ומפרשיו. התלמידים עברו משיבה לישיבה, ובבואם הביאו עמם את חידושי בית המדרש שלהם, וחידושים אלה צוינו כתוספת של בית המדרש פלוני או אלמוני. בצורה זו, למעשה, הופיעו קבצים רבים של תוספות, כשכל קובץ נשא את שם בית מדרשו.

ברשימותיהם של בעלי התוספות מצוי אפוא דמיון רב לצורת חיבורו וכתירתו של התלמוד: גם התלמוד וגם הקבצים של בעלי התוספות משקפים את הויכוח ואת הדיון שבבתי המדרש בשאלות ההלכה ופירושה. בעלי התוספות היו משווים סוגיות שונות שבתלמוד הבבלי זו לזו, את הבבלי לעומת הירושלמי, את הברייתות, התוספתא ומדרשי ההלכה, דנו ועיינו בהן, ואף היו בודקים את הנוסחאות השונות וקובעים עמדה לגביהן.

להלן אחדים מראשי בעלי התוספות:

1. ר' שמואל בן ר' מאיר (רשב"ם) – מלבד העובדה שהיה אחד מראשי בעלי התוספות בצרפת הוא חיבר פירושים למסכתות התלמוד. אחד מגדולי פרשני פשוטו של המקרא.
2. רבנו יעקב בן ר' מאיר (רבנו תם) – אחיו של הרשב"ם גדול חכמי צרפת בדורו.
3. ר' יצחק בן ר' שמואל – ר' יצחק הזקן, יצחק מדמפיר (שבצרפת).
4. ר' שמשון בר' אברהם משנץ – יש להזכיר במיוחד את פירושו לשני סדרי משנה שאין עליהם תלמוד בבלי (סדר זרעים וסדר טהרות) עלה ב-1211 לא"י וזכה לתואר "איש ירושלים".
5. ר' מאיר בן ר' ברוך (=מהר"ם מרוטנברג) – מאחרוני בעלי התוספות ואחד מגדולי מעצביו של המשפט העברי (במיוחד בתחום המשפט האזרחי ציבורי). עודד את יהודי אשכנז לברוח ממקום מושבם בגלל גזירות ורדיפות ונאסר כאשר הוא עצמו ניסה לברוח. מנהיגה של יהדות אשכנז ומגדולי חכמיה.

(ב) פסקים וש"ת בתוספות

בקבצים השונים של בעלי התוספות מפורזות שו"ת והרבה פסקי הלכה ודינים, שהסיקו אותן בעלי התוספות מדיוניהם לא רק להלכה, אלא גם למעשה. אך בעלי התוספות לא ראו לנכון לקבץ א פסקי דיניהם לספר הלכות מיוחד בפני עצמו. התלמוד היה בעיניהם המקור המכריע והקובע, שעל פיו וממנו יש להסיק את ההלכה, וכדי לשמור על הקשר שבין המקור למסקנה הכלילו את פסקי ההלכה כחלק מהותי של הדיונים והמשא ומתן, שקדמו להסקת המסקנה.

כעבור תקופה מסוימת נתחבר הספר "פסקי התוספות", המוציא את המסקנה והתמצית מכל "דיבור" ו"דיבור" של התוספות. זהות מחברו של ספר זה שנויה במחלוקת. יש המייחסים אותו לר' אשר בן רק יחיאל – הרא"ש. ויש לר' יעקב בנו, בעל הטורים, ויש לפוסק אלמוני אשר שמו לא ידוע לנו. הספר נדפס בסוף כל מסכת במהדורות הגדולות של הש"ס, ומובאים בו הפסקים שיש להסיקם מן התוספות שבאותה מסכת.

החידושים הספרדיים

נוכיר אחדים מגדולי המפרשים ובעלי החידושים הספרדיים:

- (א) ר' יוסף אבן מיגאש – תלמיד מובהק של הרי"ף שזכה להערכה רבה מהרמב"ם.
- (ב) ר' אברהם מפושקייך – הראב"ד. סגנונו מפורט ונוח לעיון. גדולי פרשני התלמוד, הרשב"א והמאירי, הביאו רבות מדבריו.
- (ג) ר' מאיר אבולעפיה – הרמ"ה. עמד בראש ישיבה גדולה. חיבר ספר חידושים על התלמוד – פרטי פרטין. עמד על פרטי הפרטים של כל נושא שהתעורר. לשונו ארמית-תלמודית וזה גרם לעיתים קשיים בהבנת דבריו.
- (ד) רבנו משה בן נחמן – הרמב"ן. כתב חידושים כמעט על כל מסכתות הש"ס והם ידועי בשם "חידושי הרמב"ן". בחידושי בולטת מגמה של פסיקה (הוצאת המסקנה ההלכתית מתוך הסוגיה).
- (ה) ר' שלמה בן אדרת – הרשב"א. ראשה של יהדות ספרד במחצית השנייה של המאה ה-13. מתלמידיו המובהקים של הרמב"ן. חידושיו על רוב מסכתות התלמוד מצטיינים בנייתו ובהבנה מעמיקים. הלך בדרכו של הרמב"ן בחידושיו.
- (ו) ר' יום טוב ר' אשבילי – הריטב"א. תלמידו המובהק של הרשב"א. חידושיו יצאו על רוב מסכתות הש"ס. הצטיין בניסוח בהיר, מפורט ומעמיק.
- (ז) ר' ניסים גירונדי – הרי"ן. ראשה של יהדות ספרד באמצע המאה ה-14. כמו הרשב"א, היה גם הוא ראש ישיבה. כתב חידושים-פירושים לכמה מסכתות בתלמוד והבולטת בהן היא מסכת נדרים.
- (ח) ר' מנחם המאירי – בספרו, "בית הבחירה", שנכתב בעברית צחה ובהירה, תחילה פירש את המשנה, אח"כ את הסוגיה התלמודית ובהמשך את כל העניינים שהובאו אגב אותו עניין בתלמוד. חיבורו לא היה רק פירוש שיטתי של התלמוד כי אם גם אינציקלופדיה של דעות חכמי ההלכה שקדמו לו ואחד הספרים השימושיים והפופולאריים ביותר להבנתו.
- (ט) ר' בצלאל אשכנזי – אחד מגדולי חכמי התורה במצרים ובירושלים. חיבר את הספר "אסיפת הזקנים" או "שיטה מקובצת", שמטרתו לכנס ולסדר חלק ניכר מעיקרי הפירושים והחידושים של הראשונים (כמו גרשום, חננאל, יוסף אבן מיגאש) על מסכתות הש"ס. היה תלמידו של הרדב"ז וכאשר זה עלה לא"י, מילא את מקומו.

ספרות החידושים בתקופת האחרונים

בתקופה של המאה ה-16, התפתחה ספרות החידושים במרכז אירופה בעיקר. ספרות זו שונה מהתקופה שלפניה. חידושי הראשונים התרכזו בעיקר על סוגיות התלמוד גופו, ולעומתם נסב חלק גדול וניכר של ספרות חידושיהם של האחרונים על דברי המפרשים מתקופת הראשונים. בתקופה זו גם חל שינוי בדרך הלימוד והחידוש של רבים מן האחרונים: אצל הראשונים, ואפילו אצל הפרשנים המובהקים שבהם, מציאת הפשט היא המטרה המרכזית, והם דנים סביב הנושא העיקרי שבסוגיה, ואילו אצל רבים מהאחרונים, שכבר מצאו לפנייהם את פירושי הראשונים, מרובה החלק של ניתוחים דקים ומפושטים, שיש בהם לא מעט מן הפלפול, ולא פעם עיקרי דבריהם נוטים הרחק מעבר לנושא המרכזי שבסוגיית התלמוד. נתרכזו בשני ספרים, שחיברו שניים מגדולי האחרונים וכל מהם אב טיפוס לגישה ספרותית שונה, שני ספרים אלה משמשים ספרי יסוד בספרות ההלכה של האחרונים, והם, כאמור, רק דוגמה לשתי צורות ספרותיות שונות.

(א) **"חידושי הלכות"** מאת: רבי שמואל אליעזר (בן רבי יהודה) הלוי אידלס (מגדולי חכמי ההלכה בפולין) מהרש"א.

המרש"א היה מגדולי חכמי ההלכה בפולין, בספרו הוא מסביר בהבנה מרובה בדייקנות את דברי רש"י ובלי התוספות, ולעיתים מתייחס באופן ישיר לתלמוד עצמו. הפירוש בעיקרו מוסב על דברי הראשונים. מפרש את הסוגיה מתוך החומר המצוי בסוגיה עצמה ולא מפליג למרחקים. ספרו מצוי כמעט בכל מהדורה של תלמוד מודפס ונתחבר על חלק גדול ממסכתות התלמוד. ספרו היה לספר מקובל ונפוץ הנלמד עם הגמרא, רש"י והתוספות.

(ב) **"פני יהושע"** מאת: ר' יעקב יהושע (בן ר' צבי הירש פאלק).

ר' יעקב יהושע פאלק שימש ברבנות ובקהילות רבות ועמד בהן בראש ישיבה גדולה. בספרו הוא דן בעמקות מפליאה ובסוגיות השונות של התלמוד. דבריו מוסבים, בדרך כלל על דברי הראשונים, ומתוך כך הוא הולך ומסביר את הסוגיה התלמודית עצמה. אינו מסתפק בפירוש העניינים המקומיים בסוגיה התלמודית אלא מקיש מסוגיה לסוגיה ומעניין לעניין ואוצר החידושים בו רב מאד. ספר זה נתחבר על רוב מסכתות התלמוד ונתקבל בחוג לומדי התלמוד כאחד הספרים הקלאסיים.

ספרות הפירושים והחידושים לתלמוד הירושלמי

הלימוד בתלמוד הירושלמי והפסיקה על פיו

ספרות הפירושים והחידושים נכתבה בתחילה בעיקר על התלמוד הבבלי. אמנם לעתים קרובות מובאות בענף ספרותי זה – כמו בענפי ספרות אחרים גם אמירות והלכות מתן התלמוד הירושלמי, ויש חכמים שהרבה לצטטו, ויש שמיעטו בהבאתו. את הגורם לתופעה זו יש לראות בגורלו המיוחד של התלמוד הירושלמי, כבר עמדנו על הסיבות לאי קבלתו כגורם מוסמך. שני חכמים נתנו סיבות למה התלמוד לא נקלט לדעתם.

(א) רב האי הגאון: נוכח התנאים שהיו בארץ עת כתיבתו, נמצאים חוסרים רבים בו. הגאונים העניקו לתלמוד הבבלי את המסכות המכרעת בקבעם, שבכל מקום שיש חילוקי דעות בין התלמוד הבבלי ובין הירושלמי. יש לספוק על פי התלמוד הבבלי.

(ב) הרי"ף: אמוראי בבל קבעו את תלמודם ואת מסקנותיהם לאחר אמוראי א"י, ויש לפסוק לפי דעת האחרונים, לפי כלל הפסיקה "הלכתא כבתראי".

ברבות הימים, דחה את התלמוד הבבלי את הירושלמי. הסיבה לתופעה זו, שעם עלות שושלת עבאס למלוכה (שנת 747) באימפריה המוסלמית, הייתה בבל למרכז המדיני, כי בגדד נעשתה למושבו של החליף (השליט המוסלמי), הדרכים היו פתוחות ממנה ואליה. לעומת זאת א"י הייתה מנותקת והקשר איתה אבד – כמו גם הקשר עם התלמוד הירושלמי. כל השאלות הופנו, מכל קצוות תבל, לבבל והפסיקה הייתה על פי התלמוד הבבלי.

גורלו זה של התלמוד הירושלמי הביא לכך, שלא נכתב עליו פירוש מקיף ומתאים, ודבר זה גרר עמו ממילא קשיים רבים וגדולים בהבנתו ובלמודו. מאות על מאות בשנים היה התלמוד הירושלמי נתון במעגל קסמים – לא למדוהו, ולא פרשוהו, לא פרשוהו, ולכן לא למדוהו. מעגל זה נפרץ בעקבות התחייה הגדולה של היישוב היהודי בארץ ישראל במאה ה-16 ומתקופה זו ואילך החלה ספרות מקיפה של פירושים וחידושים על התלמוד הירושלמי.

עמודים 940-938, 944-948 פוסקים וקודיפיקציה**המהות והמבנה של ספרות הפוסקים ובעיית הקודיפיקציה**

ענף עיקרי אחד במקורות הרישומיים של ההלכה בתקופה שלאחר התלמוד היא ספרות הפוסקים. המיוחד שבענף זה היא מגמתו של המחבר הפוסק להביא בספרו את המסקנה הסופית בתחום הלכתי מסוים, כשלמסקנתו הגיע מתוך עיון מופשט בחומר

ספרות הפוסקים ויחסה לספרות הפירושים והחידושים ולספרות השו"ת

כל שלושת ענפי המשפט: פירושים וחידושים, פוסקים, ושו"ת מקימים ביניהם אינטראקציה של הדדיות ושיתוף פעולה: כולם מעיינים בכל ספרות ההלכה כשבאים לפסוק בנושא מסוים ובמיוחד נזקקים לכך המשיב והפוסק בבואם להכריע ולפסוק את הדין. מבחינה זו מפרה ומפרנס כל ענף את רעיו. ואולם הענפים שונים הם במהותם ואופיים:

- (א) **ספרות הפירושים והחידושים**: אין מגמתה אלא לפרש ולהסביר נושא מסוים ואופייה עיוני בעיקרו. להלכה ולא למעשה.
 (ב) **ספרות הפסיקה וההלכה**: מגמת המשיב והפוסק להכריע את הדין לא רק להלכה אלא אף למעשה.
 (ג) **ספרות השו"ת**: גם כאן נפסק הדין ומוכרע אך השוני הינו בנסיבות בהן מגיע כל אחד למסקנתו, ובדרך שהוא מביא לפני המעיין את פסיקתו בנושא ההלכתי המסוים. המעיין בשאלה ותשובה מאזין לטענות ולעובדות שבפי הצדדים לדין והוא מלווה את גדול ההלכה בכל אחד משלבי עיונו ההלכתי עד ההגעה לפתרון הבעיה.

ספרי הלכות וספרי פסקים

בתוך ספרות זו, מצויים בעיקר שני סוגים ספרותיים, ביניהם יש הבחנה צורנית-ספרותית, וגם יש חילוקי דעות מהותיים בעיית הקודיפיקציה בהלכה העברית. שני סוגים אלו הם:

(א) ספרי הלכות:

ספרים המביאים את המסקנה הסופית של ההלכה, לאחר שהקדימו למסקנה זו משא ומתן הלכתי מסוים. הדיון לרוב קצר ותכליתי, בא להצביע על המקורות שמהם שאבו ועל פירושים של המקורות שמהם הסיקו את מסקנתם. המייצג המובהק של סוג זה הוא הרי"ף, רבי יצחק אלפסי, בספרו: ספר ההלכות.

(ב) ספרי פסקים:

ספרים שבספרות זו, מביאים את המסקנה הסופית של ההלכה מבלי להקדים לכך דיון, בלי להצביע על המקורות ההלכתיים ועל פירושים, שמהם שאבו והסיקו את מסקנתם. המייצג המובהק של סוג זה הוא הרמב"ם, בספרו: משנה תורה. הוא "היד החזקה", במשך הזמן נוצר סוג ספרותי שלישי, שיהווה שילוב בין ספר ההלכות וספר הפסקים.

(ג) לאחר שנים נוצר שילוב בין שני הספרים האלו.

יש שוני מובהק בין שני הספרים האלו:

ספרי הלכות	ספרי הפסקים	השוני
ספר זה מקדים כאמור למסקנתו דיון קצר במקור ופירושו ועל כן מחויב ההיגיון הוא שיסודר ויתוכנן באופן שיהא צמוד למקור רישומי כלשהוא שהדיון והמקור לפסיקת הדין מצויים בו. לכן חיבר הרי"ף את ספרו לפי סדר המסכתות שבתלמוד. בדרך זו נשמר גם הקשר עם אוצר ההלכה הקיים שממנו ועל פיו הוצאו המסקנות והכרעות הדין.	ספר הפסקים מסודר ובנוי לפי עניינים נושאתיים והלכתיים – כל המסקנות הנוגעות לנושא מסוים מסודרות בו באותו מקום אף על פי שבמקורן הינן מפוזרות במקורות רבים ושונים של התנאים, התלמוד ושאר התלמוד. סידור זה הינו הנוח והשימושי ביותר מאחר ומובאת רק המסקנה ההלכתית מבלי להקדים לה דיון.	שוני ספרותי-חיצוני שוני מהותי-פנימי

מהותה של הקודיפיקציה במשפט העברי

במה שונה ההלכה משאר חוקי היסוד? אופייה ומהותה של ההלכה, כוחה המחייב וסמכותה הם ברציפותה, בקבלתה איש מפי איש, במסורות הדורות, משום שכל דין ונורמה שמתווספים למערכת ההלכה במהלך יצירתה והתפתחותה על ידי כל מקור ממקורותיה המשפטיים אין כוחם אלא ביניקתם מן השלב העליון בסולם הערכים - התורה שבכתב ושבעל פה – ומגופי ההלכות שהלכו והתווספו במשך הדורות, ומהותה זו של ההלכה הרי היא בבחינת אקסיומה שאין לערער ולהרהר אחריה. אף הרמב"ם לא ביקש שיהא לספרו המעמד של מקור הסמכות של ההלכה, המבטל את ההלכה שקדמה לו, ולא העלה על דעתו לשנות – על ידי חיבור ספרו "משנה תורה" – מן ההלכה המקובלת והמצויה.

כָּלֵל שֶׁל דָּבָר, כִּדְּי שֶׁלֹּא יִהְיֶה אָדָם צָרִיךְ לְחַבֵּר אַחֵר בְּעוֹלָם בְּדִין מְדִינִי יִשְׂרָאֵל; אֲלֵא יִהְיֶה חֲבוּר זֶה מְקַבֵּץ לְתוֹרָה שְׁבַעֲל פֶּה כְּלָה, עִם הַתְּקִנּוֹת וְהַמְּנַהֲגוֹת וְהַגְּזִירוֹת שֶׁנַּעֲשׂוּ מִימֹת מֹשֶׁה רַבֵּנוּ וְעַד חֲבוּר הַתְּלָמוּד, וְכִמוֹ שֶׁפָּרְשׂוּ לָנוּ הַגְּאוּנִים בְּכָל חִיבוּרֵיהֶן, שֶׁחֲבָרוּ אַחֵר הַתְּלָמוּד. לְפִיכֵן קָרָאתִי שֵׁם חֲבוּר זֶה מְשֻׁנָּה תוֹרָה-- לְפִי שֶׁאָדָם קוֹרָא תוֹרָה שְׁבַכְתָּב תַּחֲלָה, וְאַחֵר כִּדְּ קוֹרָא בְּזֶה, יוֹדֵעַ מִמֶּנּוּ תוֹרָה שְׁבַעֲל פֶּה כְּלָה, וְאֵינוֹ צָרִיךְ לְקִרְוֹת סֵפֶר אַחֵר בִּינֵיהֶם

זו היא הקדמה למשנה תורה, בא נאמרו דברים מרחיקי לכת, פותח הרמב"ם באופן השתלשלות הקבלה, ממתן תורה בסיני, ומפרט את שמות מוסריה, והרמב"ם מסכם ואומר:

אָבֵל כֹּל הַדְּבָרִים שֶׁבְּתְלָמוּד הַבְּבִלִי – חִיבִין כֹּל יִשְׂרָאֵל לְלֶכֶת בָּהֶם. וְכּוֹפִין כֹּל עִיר וְעִיר, וְכֹל מְדִינָה וּמְדִינָה, לְנַהוֹג בְּכָל הַמְּנַהֲגוֹת שֶׁנִּהְיָו חֻקִּים שֶׁבְּתְלָמוּד, וְלִגְזֹר גְּזֵרוֹתָם וְלְלֶכֶת בְּתַקְנֹתָם. הוֹאִיל וְכֹל אוֹתָן הַדְּבָרִים שֶׁבְּתְלָמוּד – הִסְפִּימוּ עֲלֵיהֶם כֹּל יִשְׂרָאֵל. וְאוֹתָן הַחֻקִּים שֶׁהִתְקִינוּ, אוֹ שִׁנְּנוּ, אוֹ שֶׁהִנְהִיגוּ, אוֹ שֶׁשִּׁנְּנוּ דִין, וְלַמְדוֹ שֶׁהִמְשִׁפֵּט כִּדְּ הוּא – הֵם כֹּל חֻקֵי יִשְׂרָאֵל אוֹ רֶבֶן, וְהֵם שֶׁשִּׁמְעוּ הַקְּבָלָה בְּעִקְרֵי הַתּוֹרָה כְּלָה אִישׁ מִפִּי אִישׁ עַד מֹשֶׁה.

התורה מסיני, הן התורה שבכתב והן התורה שבעל פה, היא מקור סמכותה של ההלכה וראש סולם ערכיה, וכל הדברים האמורים בהם מחייבים את בני ישראל. מקביעה זו ברור, שספרות ההלכה עד ימיו תעמוד אפוא לשם ידיעת מקורות של ההלכה, לשם לימודם והעיון בהם. בוודאי מכוונים דברי הרמב"ם לא למטרה הלימודית בלבד.

מבחינת הקשר עם מקורות ההלכה ומבחינת הסמכות לשנות דין מדיני ההלכה על ידי יוצר הקודיפיקציה אגב עשייתו במלאכת הקודיפיקציה – אין מערכת ההלכה יכולה אפוא לדור בכפיפה אחת לא רק עם המונח "קודיפיקציה", ומבחינות אלה אין ההלכה יכולה להכיר אלא בדרך הקומפילציה. החידוש, השינוי והיצירה במערכות ההלכה והמשפט העברי נעשים על ידי המקורות המשפטיים של מערכת ההלכה, ואין אלא חלק מן המטרה עומדת לפני מחבר ספר ההלכות או ספר הפסקים בעשותו במלאכה זו.

השאלה הגדולה העומדת בדיון אפוא, האם יש מקום לקודיפיקציה בהלכה, שהרי היא ניוונה ממקורות העבר. דרך התפתחותו של המשפט העברי היא באמצעות פתרון של בעיות קונקרטיות המתעוררות בחיי המעשה, ולא על ידי קביעת הוראות עקרוניות מראש.

נימוקים אלה, היה בהם כדי להביא למסקנה, שמערכת ההלכה העברית יכולה ואלי אף צריכה לוותר על עריכת קודקס או קומפילציה של דינה והלכותיה ושאין היא זקוקה ואולי אף אינה ניתנת לאיגוד בקודקס.

ואולם, קודקסים קמו והיו, זו המשנה של רבי יהודה הנשיא או "משנה תורה" של הרמב"ם, גורמים ומניעים שונים, הביאו לעריכת קודקסים, גורמים ומניעים אלה מצויים בשלושה תחומים:

- היסטורי חיצוני ופנימי של העם היהודי – המציאות הפוליטית הקשה של חיי היהודים.
- לימודי-חינוכי – קושי התמצות והלימוד של החומר ההלכתי.
- בתחום הלכתי – אחידותה של ההלכה.

עמודים 949 - 969 גאונים, רי"ף ונושאי כליו**ספרות הפוסקים בתקופת הגאונים ועד "משנה תורה" לרמב"ם****ספר השאלות לרב אחא משבחא**

הספר הראשון, שנתחבר אחרי חתימת התלמוד ונקרא על שם מחברו, הוא הספר שלהלן. החוקרים דנו רבות במהותו ובמגמתו של ספר השאלות. בעיקרו, הוא ילקוט של דרשות לפני הנוסח והצורה שדרשו ראשי החכמים עד בתקופת התלמוד, בשבתות ובהזדמנויות שונות אחרות. ספר השאלות מיוחד בצורתו הספרותית בכך, שאינו מוסדר לפי נושאים, ולא לפי סדר מסכתות שבתלמוד, אלא לפי סדר הפרשיות שבתורה, כדרך סידורה של ספרות המדרשים.

בכל שאילתה ושאלתה דן המחבר בנושא הלכתי מסוים, ואת השאלתה הוא מסמיך לאותה פרשה בתורה, שנמצא בה עניין, הדומה או נוגע לנושא הלכתי שבשאלתה. המעניין הוא, שהנושא ההלכתי של השאלתה אינו תמיד דווקא לאותה פרשה בתורה, שנמצא בה המקור ההלכתי לאותו נושא, אלא לעתים היא מובאת בסמוך לפרשה שבתורה שהעניין מובא בה בצורת סיפור.

השאלתה מורכבת מארבע חלקים:

1. הקדמה להלכה.
2. בעיה הלכתית שקשורה בנושא (פותח במילים "ברם צריך את למילף" = אבל צריך אתה ללמוד)
3. דרשה - בחלק זה הנושא נידון בהרחבה על כל פרטיו (פותח במילים "ברוך שמייה דקודשא בריך הוא..") - ברוך שמו של הקב"ה..")
4. פסיקה לגבי הבעיה ההלכתית שהוצגה בתחילה (פותח במילים "ולעניין שאילתא דשאלנא קדמיכון" על סמך פתיח זה נקרא הספר ספר השאלות).

יש להקדים את הדיון בספר השאלות לדיון בספרי ההלכות שבתקופת הגאונים משתי סיבות:

1. הספר מביא במקובץ מספר בעיות ודינים בנושאים הלכתיים שונים ומגמתו, בין השאר, פסיקת הדין וקביעת מסקנתו.
2. הספר שימש מקור חשוב ובעל סמכות רבה לשורה של ספרי הלכות שנתחברו אחריו.

ישנה מסורת האומרת שהרב אחא חיבר את הספר עבור בנו שלא היה "שקדן". ממסורת זו אנו למדים שהמטרה היא לחבר ספר הלכתי מסכם השווה לגדול ולקטן, לתלמיד החכם ולהדיוט. מגמה זו חוזרת אצל כמה וכמה ממחברי ספרי ההלכות והפוסקים והיא טבועה בעצם רעיון סיכום ההלכה וחיבור קודיפיקציה, רעיון אשר נמצא אצל יוזמי הקודיפיקציות במערכות משפטיות שונות במאה ה-18.

הלכות פסוקות לרב יהודאי גאון

סמוך לחיבורו של ספר השאלות נתחבר הספר הראשון, שהוא דוגמא מבוהקת של ספר הלכות, הוא הספר "הלכות פסוקות" המיוחס לרב יהודאי גאון, הוא אחד האישים הגדולים שפעלו בתקופת הגאונים, הראשון שבא בקשרים עם קהילות ישראל שבאפריקה הצפונית, וכן היו לו דין ודברים בשאלות הלכתיות שונות עם חכמי א"י, שראה אותם כפופים להנהגתם של חכמי בבל מבחינת סמכות ההכרה בהלכה. הוא גם הגאון הראשון שהגיעו ממנו תשובות רבות - כ-100 תשובות, אשר מצטיינות בקיצור מופלג, ודבר זה מעיד על סמכותו הגדולה בהכרעת הדין.

הספר מוסדר לפי נושאים, הוא מקיף את כל חלקי ההלכה הנוהגים בזמן הזה, אך אינו כולל את ההלכות שאינן נהוגות בזמן הזה, ואינן נהוגות בחוץ לארץ. בכך קבע רב יהודאי גאון דוגמה מנחה לכל ספרות הפוסקים שלאחריו, שהצטמצמה זולת יוצאים מן הכלל לקודיפיקציה של ההלכה הנוגות באותו הזמן בלבד.

ספרו מאופיין כשאר ספרי ההלכות מבחינה חיזונית ופנימית. פנימית: על שום שלמסקנה ההלכתית הסופית קודמים בדרך כלל, בקיצור ובתמציתיות, המקורות התלמודיים המשמשים את הבסיס למסקנה ולספיקת הדין. חיזונית: על שום שהנושאים שבספר מסודרים על פי רוב, לפי סדר מסכתות הלמוד, ודבר זה גרם, שלא תמיד כל החומר באותם נושאים, באו במרכז.

הספר התפשט במהרה בשל הפשוטות שבמציאת הלכה ובשל העבודה שהמחבר קיבל סמכות גדולה.

”הלכות גדולת”

ספר הלכות זה חובר על ידי ר' שמעון קירא, לדעת רוב החוקרים. זהו ספר ההלכות הגדול ביותר שקיים. נמנה על סוג ספרי ההלכות-קודם למסקנת ההלכה מובאים המקורות וכן הוא מסודר לפי סדר מסכתות התלמוד. בספר נכללות אף מצוות שאינן נהוגות בזמן הזה. נוסף על התלמוד שימש הספר ”הלכות פסוקות” מקור חשוב לספר זה.

זהו הספר העברי הראשון בו מצויה הקדמה המחולקת ל-2:

- (א) מדבר בשבח התורה ולומדיה על פי מקראות ומאמרי אגדה שונים.
 (ב) מביא את מניין תרי”ג מצוות, הכולל שס”ה (365) לאוין, ורמ”ח (248) עשין.

המניעים והגורמים למגמת הקודיפיקציה ונגדה (בתקופת הגאונים)

רעיון הקודיפיקציה נולד מתוך הצרכים שהיו לעם ישראל בעתות השונות, ניתן לסכם את הבעיות באופן ובסדר הבא:

- (א) השעה חייבה את חיבורו של ספר הלכתי מסכם, קצר ותמציתי, מציאת כל דין והלכה כרוך בעיון בלימוד מקיפים בחומר הרב והעצום שבתלמוד, שעלו ניתוסף בתקופה שבין ספר ההלכות של רבי יהודאי גאון לבין חיבור ספר ההלכות של ר' שמעון קירא. חומר הלכתי שמקורו בתקנות, בתשובות וכיוצא בזה.
 (ב) נוסדה כת הקראים, אשר כפרה בתורה שבע”פ, נגדם נלחמו הגאונים, מלחמת תנופה שנמשכה כ-200 שנה. מסתבר שאחד האמצעים לגיבושה של עמדת היהודית המסורתית המבוססת על דיני התורה שבע”פ במיוחד למתן התקופה שבה גברה מלחמת העדות בקראים – היה חיבורם של ספרים, אשר יבהירו ויסכמו בצורה נוחה ותמציתית את הלכות התורה שבעל פה.

מצד אחר עוררה מגמה קודיפיקטיבית זו מחדש את החשש הגדול שהזנחת הלימוד והעיון במרחבי הספרות התלמודית גופה עלולה להביא לניתוקה של ההלכה ממקורותיה. אך דומה, כי העם קיבל בברכה את הדרך של הקודיפיקציה, המאפשרת לבוא למסקנה הלכתית בצורה נוחה וקלה על ידי עיון בספר ההלכות. במאה 9- נשאלה שאלה לרב פלטוי בעניין עמדתו של הרב בנוגע לספרי קודיפיקציה, הרב קבע כי הספר צריך לשמש כספר עזר בלבד, ככל ספר בעל אופי פרשני, אשר מעיינים ומשתמשים בהם במקרה של ספר בהבנת עניין מסוים שבמקורות התלמודיים.

חיבורן של מונוגראפיות הלכתיות

ייתכן כי השלילה של רב פלטוי בנוגע לרעיון הקודיפיקציה של ההלכה, הוביל לכך שלא חוברו ספרי פסוקים במאה שנים שלאחריו. רוב הספרות הסתכמה בספרות השו”ת. אולם, בתחילת המאה ה-10 אנו עדים להתפתחות בספרות חדשה: מונוגראפיות. אלה נכתבו ברובן הגדול באותו חלק של ההלכה, הכלול בתחום המשפט העברי, והן שימוש לצורכיהם של קהילות ישראל ובתי דיניהן, שדנו על פי המשפט העברי. מונוגראפיות אלה נכתבו בעיקר על ידי שלושה גאוני בבל: רב סעדיה, רב שמואל בן חפני ורב האי.

ספרי ההלכות של רב סעדיה גאון

רס”ג (רב סעדיה גאון) היה אחד היוצרים הפורים ביותר בתחומים שונים ומגוונים: בהלכה, בפרשנות כתבי-קודש, בפילוסופיה, בחקר הלשון העברית ועוד. נוסף על פעילותו הספרותית הענפה היה אחד המנהיגים הרוחניים הגדולים שקמו בתקופת הגאונים. בהלכה חיבר רב סעדיה פירושים ומבואות לתלמוד ולהלכה, אך עיקר יצירתו בהלכה התרכזה בכתיבת מונוגראפיות בענפי הלכה שונים. לא הגיע אלינו בשלומם אלא רק ספר אחד, ספר הירושות. הוא היה הגאון הראשון, שכתב ספרי הלכה בערבית – וכנראה היה דבר זה אחד הגורמים העיקריים למיעוט השימוש בהם, ובמשך זמן אף הם אבדו, לאחר שפסקה זו להיות השפה המדוברת בתפוצה היהודית. ספרי ההלכות אלה כתב רס”ג ובדרכו הלכו אחריו שמואל בן חפני ורב האי – בהרצאת דברים מפורטים ובהירה, בסידור ומיון הגיוניים, כשהוא מקדים לכל נושא מבוא וכללים. סידור ומיון שיטתי וממצה זה, היה בו כעבור זמן משום סיוע רב לרמב”ם בפועלו הקודיפיקטיבי בחיבור ”משנה תורה” לדעת החוקר מילר. בזה סלל את הדרך לפי הרמב”ם ושימש לו דוגמה נאה.

ספרי ההלכה של רב האי גאון

בדרך זו של חיבור מונוגרפיות בנושאי הלכה המשיך רב האי גאון, שהיה אחרון הגאונים ומן הגדולים והמפורסמים שבהם. עם מותו של רב האי מסתיימת תקופת הגאונים, ועמה ההגמוניה של המרכז הבבלי על שאר מרכזי היהדות. רב האי, כרב סעדיה ורשב"ח, עסקו ויצרו הרבה תחומים שונים, אך עיקר גדולתו הייתה בהלכה. מסך הכול תשובות הגאונים שנשלחו משיבות בבל, במשך כארבע מאות שנה ושהגיעו לידינו – מספר תשובותיו של הרב האי עולה ליותר משליש. המונוגרפיות בנושאי הלכה שונים נכתבו ברובן ככולן שייכות לתחום המשפט העברי. אף רב האי גאון כתב ספרים אלה בערבית, אך חלק גדול מהם ניצל מאבדן, הואיל ותורגמו תקופה קדומה לעברית.

המטרה בכתיבת המונוגרפיות ההלכתיות

- להמציא בידי הדיין ספר ממצה ומקיף, ועם זאת תמציתי ונוח לעיון, בעניינים המשפטיים השונים המובאים לפניו לביור ולחכמה.
- להקל על העיון והלימוד השיטתיים כדי לאפשר למעיין במקורות התלמוד לסדר ולסכם את משנתו.

כמו כן, כפי שאמרנו, המונוגרפיות דנו בנושאים משפטיים מוגדרים ולא במערכת ההלכה כולה כשכל נושא ממוין ומוסבר היטב הן בנימוקיו והן במקורותיו (בניגוד לספרות הפוסקים), דבר הנותן מענה לחשש שהעלה רב פלטוי הגאון שתישכח תורה מישאל ותנותק ההלכה ממקורותיה.

"ספר ההלכות" לר' יצחק אלפסי (הרי"ף)

עם חתימתה של תקופת הגאונים חזרה והתעוררה הדרישה והצורך בחיבור ספרי הלכות, שיהיו גם כלולים את כל מערכת ההלכה וגם תמציתיים ופסקניים. כמה וכמה גורמים היו לדבר: ריבוי השו"ת והתקנת תקנות בתחומי הלכה שונים הביאו להתפתחות מתמדת ביצירתה של ההלכה. בתי היוצר ליצירה והתפתחות אלה היו זה זמן ניכר לא רק במרכז הבבלי, אלא גם במרכזים שבארצות צפון אפריקה ואירופה. כלל גורמים אלה, ונוספים שעליהם נעמוד בהמשך, הביאו לידי חיבורו של אחר הספרים הגדולים והחשובים ביותר במערכת ההלכה, ספר שהטביע את חותמו על לימודה ופסיקתה של ההלכה על כל הדורות שלאחר מכן. חיבור זה הוא "ספר ההלכות" של רבי יצחק ברי' יעקב הכהן אלפסי, הידוע בכינוי הרי"ף.

הרי"ף נחשב בדורו לגדול חכמי התלמוד בספרד, והשאירו אחריו מאות תשובות שהשיב על שאלות שהופנו אליו מכל קהילות ספרד ואפריקה הצפונית. עיקר יצירתו של הרי"ף הוא "ספר הלכות", בצורתו הכללית מסודר ספר זה במתכונות "הלכות גדולות"²¹ אך שונה הוא ממנו בכמה דברים חשובים: ספרו של הרי"ף כולל אך ורק אותו חלק של ההלכה הנהוגה למעשה בזמן הזה – משום כך אין הספר מקיף את כל התלמוד, אלא כולל רק שלושה מששת סדרי המשנה.

בחומר ההלכתי המצוי בתוך שלושת הסדרים שהו דן בהם הלך בעקבות רבה בדרכו זו. הרי"ף מביא בצורה תמציתית את ראשי הפרקים של הסוגיה התלמודית, ומביא מתוכה גם את הדיונים שניתן להסיק מהם מסקנה הלכתית מסוימת. משום כך נשמר בספרו של הרי"ף, בדרך כלל, עיקר ההבנה הכללית של הסוגיה, וכל הלומד ומעיין בספר ההלכות של הרי"ף – כאילו חוזר הוא על ראשי הפרקים שבסוגיות התלמוד, הנוגעים למסקנה ההלכתית.

בכך נטל על צמו רבי יצחק אלפסי תפקיד גדול נוסף בחיבור ספר ההלכות, והיא הכרעה בבעיות הלכה רבות שהיו שנויות במחלוקת, משחר ההיסטוריה היהודית.

הרי"ף מרבה לצטט ולהביא מן התלמוד הירושלמי, אך כאשר ההלכה שבתלמוד הבבלי היא בניגוד לזו שבירושלמי – אף אם הניגוד אינו מפורש, אלא משתמע בלבד, מכריע הרי"ף את ההלכה כפי שהיא מצויה בתלמוד הבבלי.

הרי"ף אף הכניס לספרו חלק מסוים מתוך האגדה, יש אגדה שמשלתבת עם החלק ההלכתי שבסוגיות התלמודית, הוא נטל על עצמו את המשימה הגדולה והקשה של הבחנה בין אגדה, שנודעת לה משמעות הגותית וספירות בלבד, לבין אגדה המשמשת יסוד ובסיס התנהגות הלכתית-דתית, והבחנתו הדקה וחידירתו העמוקה עלה הדבר בידו.

ספר ההלכות של הרי"ף היה גולת הכותרת בסוג זה של ספרי הלכות בספרות הפוסקים, והן בזכות תוכנו והיקפו הן בזכות אישיות מחברו וסמכותו היה לספר ההלכות הקובע במערכת ההלכה העברית. ספר ההלכות הזה דחה מפניו כמה וכמה ספרי הלכות שחברו בימיו ולאחריו, ומסביבו חוברו ספרות שלמה נושאי כלים, שמקצתם באו לפרש ולהשלים את דבריו, וקצתם באו להשיג או להגן עליו.

²¹ מכונה ספר זה גם: תלמוד קטן.

עמודים 980-1018 הרמב"ם**הרמב"ם ופעלו הקודיפיקטיבי**

הרמב"ם, אשר ספריו ידועים בעריכה שיטתית מובהקת, הבהיר לנו ולעצמו, את המניעים לחיבור ספרו ואת המטרות אשר דרש להשיג. בהקדמות לספריו, בתשובות לשאלות, הבהיר הרמב"ם מדוע דרוש לנו ספר הלכתי מסכם ותמציתי: ריבוי החומר ההלכתי, הקושי בהבנת המקורות והתמצאות בהם, המציאות החברתית וההיסטורית.

מההקדמה לספר "משנה תורה" אנו לומדים כי התורה מסיני, הן התורה שבכתב והן התורה שבעל פה, היא מקור סמכותה של ההלכה וראש סולם ערכיה, וכל הדברים האמורים בהם מחייבים את בני ישראל. מקביעה זו ברור, שספרות ההלכה עד ימיו תעמוד אפוא לשם ידיעת מקורות של ההלכה, לשם לימודם והעיון בהם. בוודאי מכוונים דברי הרמב"ם לא למטרה הלימודית בלבד. כלומר, לא רצה הרמב"ם להפסיק את חקר ההלכה. הוא קבע כי חיפוש הדין יעשה מספריו בלבד, מאחר והאמין שספרו כולל ומכיל את כלל דיני ההלכה, ולא תיתכן שתירה בינו לבין הספרות ההלכתית המחייבת שלפניו.

באיזו דרך ועל פי איזו צורה מיוחדת עלה בידי הרמב"ם להכין את חיבורו, שיעד לו מטרה גדולה כל כך ותלה בו תקוות מרחיקות לכת כאלה? מתוך עיון בדברי הרמב"ם בהקדמותיו ובתשובותיו, נמצא כי הוא קבע לעצמו ארבע הנחיות יסוד ודרך הכנתו וכתבתו את הספר משנה תורה:

- (א) מציאתו וריכוזו של כל חומר ההלכה העברית – מהתורה שבכתב ועד לזמנו ועיבודו המדעי והשיטתי של חומר זה.
- (ב) בירורו וסידורו של החומר המרוכז לפי עניינים, נושאים ומקצועות.
- (ג) קביעה ופסיקה של הלכה אחת ויחידה, סתמית וסופית, ללא הזכרת חילוקי דעות וללא ציון מקורותיו של הדין.
- (ד) סגנון בהיר מצד ההבעה.

ריכוזו של החומר ההלכתי

משימה זו ראה הרמב"ם כתפקיד ראשון במלאכתו. בעבודת ריכוז עצומה זו נסתייע הרמב"ם בפירושים ובספרים שכתב וחיבר עד שלא ניגש לחיבור ספרו משנה תורה. הרמב"ם כתב מספר רב של ספרים העוסקים בפרשנות התלמוד, ספרי חוקים, פירוש של המשנה וכו'. רק לאחר עבודות הכנה אלו (כתיבת ספרים מקדמים), בהיותו בן 42, החל בכתיבת הספר משנה תורה. אשר עליו עבד כעשר שנים. במשך כל התקופה הזו, נדד הרמב"ם, מעיר לעיר בספרד, וממדינה למדינה, ואף ליבשת אחרת, צפון אפריקה. וגם לא"י עד שהגיע לקהיר אשר במצרים.

הרמב"ם לא הסתפק בריכוזו של כל החומר ההלכתי שלפניו, אלא בדק טיבן ודיוקן של ההלכות שונות שקבעו קודמיו על פי "נוסחאות ישנות", כשהוא מצביע פעם בפעם על נוסחאות לא מדויקות, שגרמו לקביעת הלכה לא נכונה.

כדי להגיע לריכוז מקסימלי של החומר הוסיף הרמב"ם לספרו גם עניינים, שלא הוסקו מתוך ספרות התלמוד, אם הם דרושים כדי להבין ולהסביר הלכות תלמודיות מסוימות. למשל, השתמש הרמב"ם בספרות זרה, בעיקר של חכמי יוון. הטעם אפוא ברצון ובצורך לרכז ככל האפשר את כל החומר הנוגע לאותה הלכה, אף אם העניין מקורו בחכמת חכמי אומות העולם, כדי שלא ישוטט המעיין לבקשו בספרים אחרים.

הרמב"ם בספריו, כלל את כל דיני המערכת ההלכה העברית בכל חרג מן ההנחה שהונחה ביסודם של הרוב המכריע של ספרי ההלכות שלפניו שלא כללו בספריהם את המצוות שאינן נוהגות בזמן הזה. ולא זו בלבד: בספרו הגדול הוא כולל גם גופי הלכות במחשבת היהודיות בעיקרי אמונות ודעות בהליכות אדם בעניינים שבגוף ובנפש. גם את אלה הכניס כחלק בספר הפסיקים וניסחם בדפוסים סעיפים ובסגנון הקודיפיקטיבי מובהק. שילוב זה של עולם המחשבה האמונה והמוסר בעולמה של ההלכה בא לידי ביטוי בספרו של הרמב"ם גם בחלק ההלכתי הטהור. לעיתים הוא מקדים לנושא הלכתי מסוים פתיחה היסטורית, שהיא מעין אותו נושא, מטרתה של פתיחה זו, המבוסס בחלקה הניכר על מקורות תלמודיים, אינה הכרחית בשביל ההוראות ההלכתיות, אך הוא בא להציג את הרקע ההיסטורי-דתי, כעין רמז ללקח שניתן להסיק מכך.

הרמב"ם משלב ומדגיש את הנימוק הדתי מוסרי של ההלכה, שהוא דן בה, ומסיים ברעיון מסורי כללי בדבר ערכו של השלום בין איש לאשתו בין אדם לחברו ובין באי עולם בכלל.

משימה קשה ואחראית זו של מציאת כל החומר ההלכתי וריכוזו, הוכרה והוקרה גם על ידי אותם חכמי ההלכה שהשיגו קשות על הנחיות יסוד אחרות שלפיהם פעם הרמב"ם. עמדה לו לרמב"ם זכות מלאכתו הגדולה במציאת החומר של ההלכה ובריכוזה.

סידורו ומינון של החומר המרכזי לפי עניינים, נושאים ומקצועות

משימה זו הייתה ללא ספק אחת הקשות והמסובכות, שהועמד הרמב"ם במהלך כתבית הקודקס. החלוקה המצויה במשנה שימש אפוא, רק במידת מה נקודות מוצר לרמב"ם, אך לא היה בה גדי לתת בידי הרמב"ם סיוע רב במיון החומר וחלוקתו לפי עניינים. חוסר המיון הענייני הלך וגדל גם בתלמוד כמו במשנה, וכן החומר הנידון בו לעיתים קרובות אינו קשור אפילו למשנה הנידונה. ידוע לנו על מונוגרפיות על נושאים הלכתיים ומשפטיים שונים שכתבו קודמיו²², היה בו משום סיוע רב לרמב"ם במלאכת המיון והחלוקה, אך אלו הקיפו רק מקצת הנושאים שבהלכה. עם הסיוע שיכול הרמב"ם להסתייע מכמה וכמה ספריו וחיבורים שלפניו, היה עליו למעשה לחרוש עמוקות בכל החומר ההלכתי שלפניו, לפרקו להלכות בודדות ולהציב כל הלכה והלכה בנושא מרכזי מסוים שקבע.

"החיבור" – כך נקרא הקודקס בלשון הרמב"ם, כולל 14 ספרים, ומשום כך גם נקרא בשם "היד החזקה", על שם הפסוק שהמשילו עליו: "ולכל היד החזקה ולכל המורא הגדול אשר משה לעיני כל ישראל". כל ספר מחולק לכמה חלקים – כל חלק נקרא "הלכות" – וסך הכול כל החלקים שבחיבור כולו הוא 83. ושוב כל חלק מתחלק למספר פרקים, ובחיבור כולו מצויים 1000 פרקים! כל פרק מחולק לסעיפים, ובקודקס כולו מצויות קרוב לחמישה עשר אלף הלכות (15,000)!

הרי שמותיהם ונושאים של 14 הספרים:

1. **ספר המדע** – מחולק לחמש הלכות, דן בעיקרי אמונת היהדות.
2. **ספר אהבה** – עיקרו בדיני תפילה וברכות.
3. **ספר זמנים** – עניינו בדיני שבת ומועדים.
4. **ספר נשים** – (ע"פ השם סדר נשים שבמשנה). דן ב-5 הלכות בענייני משפחה: הלכות אישות, גירושין, ייבום וחליצה, נערה ובתולה, סוטה. רוב הדינים בתחום האזרחי, אולם ישנם גם הוראות של המשפט הפלילי (אונס).
5. **ספר קדושה** – עניינו באיסורי עריות ודיני שחיטה וכשרות.
6. **ספר הפליאה** – כול דיני שבועה, נדרים וניזירות, והלכות ערכין וחרמים.
7. **ספר זרעים** – עניינו במצוות התלויות בארץ (דיני כלאיים, מעשרות, מתנות עניים, שמיטה ויובל וכו').
8. **ספר עבודה** – עבודת בית המקדש.
9. **ספר קורבנות** – דיני קורבנות בבית המקדש.
10. **ספר טהרה** – דן בדיני טומאה וטהרה.
11. **ספר נזיקין** – דן ב-5 הלכות: נזקי ממון, גניבה, גזלה ואבדה, חובל ומזיק, רוצח ושמירת הנפש. בספר זה ישנן הן נזקי ממון והן נזקי גוף – הן משפט אזרחי והן פלילי.
12. **ספר קניין** – דן ב-5 הלכות: מכירה, זכייה ומתנה, שכנים, שילוחן ושותפים, עבדים. ספר זה דן בדינים הכלולים במושג "קניין" בשתי משמעויותו העיקריות: (א) מבחינת דרכי הקניין – הדרכים המשפטיות לרכישת נכס. (ב) מבחינת הזכויות בנכס לאחר שכבר נרכש – לאחר שהיה לקניינו של אדם.
13. **ספר משפטים** – דן בהלכות: שכירות, שאלה ופיקדון, מלווה ולווה, טוען ונטען, נחלות.
14. **ספר שופטים** – דן ב-5 הלכות: סנהדרין-העונשין המסורים להן, עדות, ממרים, אבל, מלכים ומלחמותיהם. ספר זה דן בעיקרו במשפט הציבורי העברי. דיני שני החלקים הראשונים מיוסדים על דיני ארבעת השומרים שבמשפט העברי: שומר חנם, שומר שכר, השוכר והשוואל. החלק האחרון של הספר, הלכות מלכים, דן במכלול הדינים הנוגעים לרשות המבצעת, המלך, וכולל דיני מלחמה ודינים נוספים השייכים למשפט הציבורי ולמשפט ביני"ל פומבי.

ארבעת הספרים האחרונים: נזיקין, קניין, משפטים ושופטים וכן ספר נשים כוללים את דיני המשפט העברי שבהלכה העברית.

הרמב"ם העמיד למשפט העברי קודקס המצטיין בסידורו הענייני והשיטתי. בד"כ מובא תחילה תיאור כללי של המוסד המשפטי העומד לדיון, ולאחר מכן נידונים הפרטים השונים שבדיני אותו מוסד משפטי. לעיתים נהוג הרמב"ם להגדיר בתחילת ההלכות או בסופן מושגים משפטיים שונים המופיעים בחלק שבו הוא דן. לעיתים ניתן להיתקל בספר בתופעות תמוהות מבחינת סידור העניינים והקשרם הקודיפיקטיבי, כמו מציאתן של הלכות אבל בדיני שופטים, קרי הלכות שאינן קשורות או רלוונטיות לתחום אשר דן בו הרמב"ם. הסיבות לכך נעוצות בעובדה שהרמב"ם הושפע מסדר המצוות שבפרשיות התורה, המשנה והתלמוד, והמיון במשפט העברי אינו דומה למיון בשיטות משפט אחרות. הודות למלאכה גדולה זו של הרמב"ם בעריכת קודקס משוכלל ושיטתי עלה בידי הבאים אחריו, כגון בעל הטורים כעבור כ-150 שנה ורבי

²² ראה עמוד 37 והלאה.

יוסף קארו כעבור כ-400 שנה - להמשיך ולמייין בשינוי זה או אחר את החומר ההלכתי שהלך והתווסף עם השנים לפי עניינים ונושאים ברורים ומתחמים.

קביעה ופסיקה של הלכה אחת ויחידה, סתמית וסופית, ללא חילוקי דעות וללא ציון מקורות

אם השיג הרמב"ם את שתי המשימות הקודמות על ידי כישרון מופלא של ריכוז החומר, עיבודו ומיוונו, הרי שהמשימה השלישית הושגה על ידי התעוזה והנכונות לחרוג מן המקובל, כפי שניתן לצפות מאיש בשיעור קומתו של הרמב"ם. נסבה בעיית הקודיפיקציה בהלכה על בעיה יסודית ומרכזית עליה עמדנו בעבר והיא רציפותה ומקורותיה. מספרות הפוסקים שסקרנו עד כה, מצאנו, שעד לרמב"ם לא נמצאו כאמור, ספרי הלכות המסכמים את דיני ההלכה העברית בלי לציין את שמות מוסריהם ואת מקורם בספרות התלמוד. לדעת הרמב"ם יש בכך כדי לסרב את סיכומה ומסקנתה של ההלכה. ממילא להקשות על ההבנה ועל השימוש היעיל והנוח בספר הלכות. משום כך יצר בספרות הפוסקים צורה חדשה של ספר הלכה מסכם, והיא הבאת ההלכה כשהיא סתמית, סופית וללא ציון מקורותיה.

חיבורו של הרמב"ם מופיע לפנינו נאמן לשיטתו זו, כשהוא מביא ברובו המכריע הלכה סתמית, סופית ואחידה. רק לעניין אותן הלכות שהוסיף הרמב"ם מעצמו – הן מצוינות במילים "נראה לי", "אני אומר", "קרוב בעיני", וכדומה. ומספרן עולה על 120 וכן בכ-50 הלכות שהכריע מדעתו מתוך דיון בדברי הגאונים והראשונים שלפניו. רק לעניין הלכות אלה אנו לומדים מתוך הספק עצמו על מקורן ודרך יצירתן.

דרך זו של הרמב"ם הייתה ממהפכנית ביותר בחיבורו, היא הביאה עמה התנגדות החזקה ביותר לקודקס שחיבר. הראב"ד שהיה מן המשיגים החריפים ביותר על הרמב"ם סבר כי הוא טעה טעות מרה.

בעצם הקידוש הקודיפיקטיבי במערכת ההלכה – להביא הלכה סופית וסתמית – נמצא, דורות לאחר מכן, כי הרמב"ם סבר לתקן ואמנם תיקן, ובכך סלל את הדרך, במידה ניכרת לאחריו בתור, כעבור 400 שנה, הלוא הוא השולחן ערוך לרבנו יוסף קארו.

סגנונו וניסוחו של הספר "משנה תורה"

בעיית הסגנון והניסוח של הוראות משפטיות, ובמיוחד כשמדובר בקודקס המקיף מערכת משפטים שלמה, הרי היא שאלה בעלת חשיבות ממדרגה ראשונה, והרמב"ם נתן את דעתו גם על כך בגשתו למלאכת חיבורו הגדול. אמנם סגנון המשנה משמש יסוד לסגנונו של משנה תורה, אך מכלול המבנה הסגנוני הוא יצירה משפטית עברית מקורית משל הרמב"ם, יצירה בעלת שתי תכונות:

1. סגנון משפטי, בהיר וערב לאוזן.
2. ניסוח משפטי ברור, מדויק ונוח לקריאה והבנה.

יצירה זו של סגנון משפטי עברי היא אחת מנוקות השיא בפועלו של הרמב"ם, וכמוה לא נוצרה עד היום הזה. כאשר אנו משווים בין משנה תורה לספרו של לרבנו יוסף קארו "שולחן ערוך", הרי שאנו מוצאים 2 שכבות הפילולוגיות²³.

1. סגנונו של הרמב"ם, הנמצא באותן הלכות, שרבינו יוסף קארו קיבלן מן הרמב"ם והעתיקן בלשון המקור.
2. סגנונו של רבנו יוסף קארו, המצוי בכל אותן ההלכות, שהוסיף וסגן בעצמו או שהעתיק מסגנונו של אחרים שקדמו לו.

לפני הרמב"ם היה מונח: התלמוד הבבלי, התלמוד הירושלמי, מדרשי הלכה קודמים, משנה והברייתות, ספרות הלכה שבימי הגאונים – כל אלו נכתבו בשפות **שוניות ובניבים שונים**. ליל לשוני וסגנוני זה עבר את כל כור ההיתוך של המעבדה הפילולוגית של הרמב"ם, וממנו יצר סגנון אחד ואחיד, אשר לא ניכר בו, כי הורתו בכמה וכמה לשונות וניבים. הספר משנה תורה כתב הרמב"ם בעצמו בעברית. ועל ידי כך נתן בידינו נכס יקר ערך זה לש סגנון משפטי עברי, נפלא ביופיו ובדייקנותו.

לעיתים מכניס הרמב"ם שינוי מסוים בנוסחה של ההלכה, לעומת נוסחה שבמקור, וזאת כדי להבהיר את משמעותה הנכונה וכדי להוציא כל אפשרות של דו משמעות בהבנתה.

²³ בלשניות.

ניסוח עובדתי – קזואיסטי

משאנו מעיינים במשנה תורה לרמב"ם, נמצא, כי אך הרמב"ם כמו קודמיו, פעם בצורה של ניתוח מקרים, והכניס לקודקס שחיבר את כל הפירוט העובדתי במערכת ההלכה שמצא לפניו. בניסוח הלכותיו אין הרמב"ם מסתפק בהבאת העיקרון המשפטי המונח ביסוד דוגמאות קונקרטיות שונות, המובאות בספרות התלמודית, אלא הוא חוזר ומביא אומנם בסגנונו ובניסוחו את הדוגמאות הקונקרטיות גופן, והשינוי שהכניס הרמב"ם הוא רק בכך, שהוא נוטה להרבות בצורה של ניסוח שיש בו משום תרכובת קזואיסטית – נורמטיבית.

מדוע שמר הרמב"ם על דרך ניסוח זו?

- (א) הרמב"ם לא יכול ליטול על עצמו אחריות גדולה כל כך של ניסוח בצורה של עיקרון בלבד ולקבוע, שהעיקרון לבדו מקיף דיו וכולל את כלל העובדות המשפטיות הקיימות כבר בהלכה.
- (ב) על ידי כך שמר הרמב"ם על קשר פנימי חזק בין ספרו ובין ההלכה התלמודית.
- (ג) הדרך הזו מהותית היא לדרך המשך התפתחותו של המשפט העברי – דרך זו של קביעת הלכות שקשורה "אל עבודות משפטיות" מעניקה למשפט העברי גמישות רבה בפתרון של בעיות חדשות.

"ספר מחוקק" לאומה

הרמב"ם השלים את 4 הדרישות שהציב לעצמו בחיבורו של סוג ספרותי חדש בפסרות הפוסקים: ספר הכולל את כל דיני מערכת ההלכה העברית, כשדינים אלה ממוינים לפי נושאים ומקצועות, מנוסחים בסגנון עברי מקורי, ברור, קל ונוח, ועל הכול – בצורה סתמית, סופיה ואחידה. ואכן, הכין הרמב"ם לאומה "ספר מחוקק", ספר הפוסקים הכולל והמשוכלל ביותר שקם להלכה העברית.

השגות על דרכו הקודיפיקטיבית של הרמב"ם

חידושו המופלג של הרמב"ם בדבר צורת חיבור ספר פוסקים של ההלכה הביא לוויכוחים נוקבים ולהשגות קשות. בעמודים הבאים אתאר כפי שאלון ניסח, את הוויכוחים שבין החכמים ודרכי התגוננותו של הרמב"ם.

1. [חליפת אגרות עם ר' פנחס בר' משולם הדיין מאלכסנדריה.](#)
2. [חליפת איגרות עם רבי יוסף ברבי יהודה אבן עקנין; הפסיקה עפ"י רמב"ם.](#)
3. [השגות הראב"ד.](#)
4. [תגובת הרא"ש על דרכו הקודיפיקטיבית של הרמב"ם.](#)
5. [סיכום ביניים לשלבי הקודיפיקציה העברית.](#)

המעיינים בסיכום זה כספר אלקטרוני (באמצעות תוכנת WORD או תוכנה אחרות) יכולים להשתמש ברשימה מעלה כקישורים לניווט בתוך העמודים.

חליפת אגרות עם ר' פנחס בר' משולם הדיין מאלכסנדריה.

הערת מסכם: החלקים האפורים, הם תקצירים של חילופי הדברים בין החכמים, בעברית מדוברת כפי שהבנתי מתוך הספר של אלון, הם מסמכים בקצרה את עיקרי הדברים שהחליפו החכמים ביניהם.

כתב ר' פינחס לרמב"ם ותיאר את התנגדותו, בין היתר טען ר' פינחס כי:

אם העיון יהיה רק מתוך ספרו של הרמב"ם, הרי זה תישכח המסורת, המקורות, ישכחו שמות האמוראים והתנאים שהעבירו את המסורת.

על דברים אלה, שהיה בהם כדי לשלול מספר משנה תורה את עיקר ייעודו כספר פסקים, שממנו, ועל פיו לבד ניתן לפסוק את הדין, משיב הרמב"ם בדברים חד משמעיים וברורים:

לא אומר שלא להתעסק בגמרא ובהלכות הרי"ף וזולתו. כמו כן, בתחילת ספרי מסביר אני כי כתוב הוא לטובת מי שאין לו זמן או את היכולת לרדת לעומק התלמוד ולהבין מה אסור ומה מותר.

הרמב"ם ממשיך ומסביר את ההבדל המהותי לדעתו, בין הצורה הספרותית של "חיבור", היינו ספר פסקים, לבין הצורה של "פירוש", היינו ספר עזר שבה לפרש ולנמק:

"חיבור" = ספר פסקים [כמו המשנה] ואילו הצורה של "פירוש" = ספר עזר שבה לפרש ולנמק [כמו התלמוד]. ספרי הוא חיבור ולא פירוש.

כסימוכין לדבריו, מביא הרמב"ם את משנתו של רבי יהודה הנשיא, אשר גם בא הייתה השמטה של שמות החכמים:

ר' יהודה הנשיא גם הוא השמיט את שמותיהם של חלק ממוסרי הקבלה קרי, קבע הלכה סתמית.

מבחינה עקרונית ודאי צדק הרמב"ם, יחד עם זאת הרי משנתו של הנשיא, מלאה היא שמותיהם של תנאים ומצויים בה חילוקי דעות שונים בהלכה, לעומת זאת בשמנה תורה של הרמב"ם בתוך ההלכות החיבור עצמו – לא נמצא כל זר לשמותיהם של מוסרי הקבלה. לכך מבין הרמב"ם נימוק מעניין הקשור לרקע ההיסטורי היהודי שבימיו:

אותה עת, הייתה מלחמה עם הקראים, שטענו נגד תקופה וסמכותה של התורה שבעל פה, רצוי ואף הכרחי בעתות מצוקה כאלו, הוא שספר הפסקים יעיד על סתמיותה ואחידותה של ההלכה, לא כהלכה הנמסרת על ידי יחידים, אלא כהלכה שמקורה באלפים ורבבות אלפים שקיבלו מפי אלפים ורבבות.

בהמשך דבריו, מכיר הרמב"ם בטעות אחת: ספרו ממיין את כל מערכת ההלכה לפי נושאים ועניינים, וזה מביא לכך, שלעיתים בפרק אחד ממשנה תורה מקובצות הלכות פסוקות מעשרה מקומות או יותר מתוך התלמודים ומן הברייתות, ייתכן שיהיה כך קשה לדעת אם לשם עיון ולימוד ואם לצורכי פסיקה במקרים אחרים מה מקור ההלכה הזו. הפתרון לדעתו של הרמב"ם – אינו על ידי שינוי צורתו של ספר הפסקים עצמו, אלא בדרך של חיבור מחוצה לו בנוסף עליו:

לא ייתכן לעשות קודקס ולהביא בתוכו את מקורות הדינים, אלא יש לציין בספר נפרד מהקודקס.

דבריו חוזרים ומבהירים את מעמדו של הספר - שממנו ועל פיו בלבד יהיה ניתן לדעת כיצד לנהוג וכיצד לפסוק. וכדי לקנות לספר מעמד כזה הוא עשה אותו בצורה של חיבור שמובאת בו הלכה סתמית וסופית ללא חילוקי דעת. נוסף על כך סתמיותו של הפסק בחיבורו לא רק שלא פוגמת ברציפות ההלכה ובשמירה על מקורותיה, ההפך הוא הנכון, ההלכה מוצגת כסתמית ומקובלת מפי כל חכמי ישראל ועל דעתם (זאת כאמור בניגוד לדעת הקראים שהציגו אותה כדעות של יחידים בלבד).

עם זאת, בתחום הלימוד והעיון בהלכה לא ביקש הרמב"ם להתערב ולא עלה בדעתו שיחדלו לעיין בספרות התלמוד (מה גם שלעיתים לצורך פסיקת הדין יש לעיין בתלמוד - כאשר מתעוררת בעיה חדשה ואין לה פתרון בהלכה הקיימת). החידוש בפועל הוא בתחום הקודיפיקטיבי בלבד - בתחום החיבור ולא בתחום הלימוד.

חליפת איגרות עם רבי יוסף ברבי יהודה אבן עקנין; הפסיקה עפ"י רמב"ם

הערת מסכם: החלקים האפורים, הם תקצירים של חילופי הדברים בין החכמים, בעברית מדוברת כפי שהבנתי מתוך הספר של אלון, הם מסמכים בקצרה את עיקרי הדברים שהחליפו החכמים ביניהם.

הרמב"ם צפה לביקורת קשה על ספרו, והוא עמד על כך בדברים ברורים באיגרתו לתלמידו המובהק רבי יוסף ברבי יהודה אבן עקנין:

רשעים קנאים שיראו עצמם כמי שאינם זקוקים לספר, עם הארץ פתי שלא יכיר בערך המפעל ויחשיבו חסר תועלת, טירון שאינו מכיר כמה ממקורות החיבור או שתקצר דעתו מלרדת לסוף הדיוקים בספר, חסיד הקופא על שמריו שיתקוף יסודי האמונה הכלולים בו. וכן כותב שיהיו גם אנשי צדק ויושר ושכל טוב שיעריכו את הספר.

ומאחר שהרמב"ם רואה בנימוקים אלה את סיבות הביקורת על ספרו, הריהו מסיים את דבריו לתלמידו באופטימיות גדולה המתלווה לכל יוצר גדול הבטוח באמיתות יצירתו ובהכרח שבה:

מתנגדים לספר יהיו רק במהלך החיים שלי, לא לאחר מכן. אז הוא יתקבל.

במידה מסוימת נתמלאה משאלה זו ועוד בימיו פסקו ברוב הישיבות שבבבל לפי חיבורו. וכן בימיו ולאחר ימיו נתקבל הספר בכמה וכמה ארצות וקהילות כספר הפסקים הקובע ואף הסכימו שינהגו רק עפ"י הספר בדינים מסוימים.

אך הפולמוס העיקרי סביב הספר לא נסב על הנקודות שהעלה הרמב"ם באיגרת שהוזכרה. רבים מחכמי ההלכה, אף שהבינו העריכו והתפעלו מגודל פועלו של הרמב"ם, התנגדו נמרצות לדרכו הקודיפיקטיבי של הרמב"ם בחיבור ספר פסקים אשר ההלכה בו סתמית ואחידה ללא ציון המקורות שהוסקה מהם וללא הזכרת דעות חולקות, ואשר ייעודו להיות מקור יחיד להכרעת הדין.

השגות הראב"ד

המבקר החריף ביותר קם עוד בחיי הרמב"ם, הלא הוא רבנו אברהם בן דוד מדרום צרפת, חכם הלכה. הוא העריך כמה מן הסגולות המיוחדות לחברו של הרמב"ן משנה תורה, ולעיתים אף הסכם במפורש להלכות המצויות בו. המחלקות לא נבע מתוך קנא, או כעס או רוגז. המחלקות יצאה על דרכו של הרמב"ם בקביעת הלכה סתמית. הוא פנה לרמב"ם בעניין זה:

אם היה דיין יושב להכריע בסוגיה, ומעיין הוא במשנה תורה, ורואה הלכה פסוקה, אך לו ידעה על דעה המנוגדת לו, לא ידע איך לפסוק כי לא יודע מה הסמכות של זה שהביא את הפסיקה בספר משנה תורה.

לדעת הראב"ד, סתמיותה ואחידותה של ההלכה בספר משנה תורה, שוללת את שיקול דעתו העצמאית ויכולת הכרעתו של השופט. משום שיתכן שידועה לדיין דעה הנוגדת את הדעה הסתמית שבמשנה תורה, אך מאחר שהדעה שבמשנה תורה מובאת באופן סתמי, אין הוא יודע, אם עליו לדחות את הדעת הידועה לו בגלל גדלותו וסמכותו של בעל הדעה המובאת במשנה תורה.

כן, הוא חושש, שיצירה שלמה ומשכוללת כל כך ונוחה כל כך לעיון ולהבנה תדחה פניה אט, אט את העיון והעיסוק בכל הספרות ההלכתית האחרת. על כל ספרו של הרמב"ם כתב הוא השגות, בלשון חריפה, ומבקש להצביע על חוסר תיאום ועל סתירות שבין ההלכה שברמב"ם לבין המקורות התלמודיים. בכוונתו לאלץ את המעיין בספרו של הרמב"ם לבדוק את נכונות פסקיו והלכותיו לאור המקורות התלמודיים ולאור ספרות הגאונים אשר קדמה לו.

תגובת הרא"ש על דרכו הקודיפיקטיבי של הרמב"ם

רבינו אשר בר' יחיאל, תלמידו המובהק של ר' מאיר מרוטנבורג ומנהיגה של יהדות אשכנז לאחר פטירת רבו, הביע התנגדות לדרך שבה פעל הרמב"ם. הוא מתאר סיפור של דיין, שטעה בדין לאחר שעייין בספרו של הרמב"ם, הרא"ש מעמיד אותו על טעותו מתוך כל שהוא מפנה למקור ממנו לקח הרמב"ם את ההלכה ומתאר כי קיימים פערים בין התלמוד לבין ההלכה של הרמב"ם, בכך סתר את מעמדו של הרמב"ם. לדעת הרא"ש אין הדיין כפוף באופן מוחלט אלא ל-"ש"ס שסידר רב אשי ורבינא", ומותר לו לדיין לחלוק על הוראה שהביאו חכמי הלכה שאחר התלמוד (ובכלל זה הגאונים), שאין מקורה מפורש בתלמוד גופו, ויש בידו ראיות ברורות ומשכנעות כנגדה. עצם רעיונו של הרמב"ם, שספרו ישמש כספר פסקים מחייב, מנוגד למהותה של ההלכה העברית שריבוי עדות בה הוא תופעה חיובית וחיונית ושאינה מכירה בשום החלטה שניתנה לאחר התלמוד כחלטה סופית שאין לערער עליה. שום ספר פסקים לא יוכל לשמש מקור יחידי לפסיקת הדין, ייחודיות זו שמורה לתלמוד עצמו בלבד.

סיכום ביניים לשלבי הקודיפיקציה העברית

שלושה שלבים ליחסם של חכמי ההלכה שאחר התלמוד לצורתה ולמהותה של הקודיפיקציה העברית:

1. רבי פלטוי (מאה תשיעית לספירה):
מתנגד בחריפות להענקת מעמד עצמאי לספר ההלכות. העיון הראשוני לצורך מציאת הדין והכרעתו צריך להיות מופנה לתלמוד גופו. ספר ההלכות משמש רק כספר עזר למקרה של קושי במציאות פתרון לבעיה מסוימת בתלמוד.
2. הר"י מיגאש (כעבור 300 שנה) קבע ייעוד הפוך לספר ההלכות:
ספר ההלכות נועד להיות המקור העיקרי לפסיקת הדין. הכרעת ההלכה על פיו עדיפה ממצאת הפתרון מתוך הסוגיות הסבוכות בתלמוד שדווקא מתוך עיון בהן ניתן לטעות. עמדה זו הגיעה לשיא בספר הפסקים של הרמב"ם "משנה תורה" (קרא כך לספרו מכיוון שלשם ידיעת הדין אינו זקוק לשום ספר מלמד התורה ו"משנה תורה").
3. הראב"ד (עוד בימיו של הרמב"ם), הרא"ש (כעבור מאה שנה):
חזרו לעמדה בה דגל רב פלטוי גאון- פסיקת הדין צריכה להיעשות קודם מתוך העיון במקורות התלמודיים והעיון בספר ההלכות אינו אלא מכוון ומנחה לקראת מציאת ההלכה מתוך הספרות התלמודית עצמה. דעה זו נתקבלה יותר ויותר על דעתם של חכמי ההלכה בדורות שלאחר הרא"ש- במיוחד בין חכמי ההלכה שבספרד צרפת ואשכנז.
נראה בהמשך כי חכמי ההלכה חיפשו דרכי קודיפיקציה שונות וחדשות כדי למצוא את הדין ולהגיע להלכה פסוקה. הם ביקשו לשמור על קו מהותי באופייה של ההלכה - שיהיה ריבוי דעות שבה ידוע לדין, דבר חיוני לצורך פסיקה נכונה.
גם אם לא נתקבלה מגמתו הקודיפיקאטיבית של הרמב"ם להביא את מסקנת ההלכה בצורה סתמית ואחידה הטביע ספרו "משנה תורה" את רישומו העמוק על הקודיפיקציה העברית- הרמב"ם היה "העמוד השני" שהרב יוסף קארו מבסס עליו את פסקיו "בבית יוסף" ובשולחן ערוך. כמה וכמה מגישות יסוד בדרכו הקודיפיקאטיבית נתקבלו בחיבורי הקודיפיקציה שלאחריו, ובמיוחד בשולחן ערוך.

עמודים 1042 – 1049 ספרי מצוות**ספרי ההלכות לפי סדר מניין המצוות**

אחת הצורות הנפוצות בתקופה זו לסדור ספרי ההלכות הוא ספר ההלכות הנערך לפי סדר מניין המצוות. בטרם כתיבתו של הספר "משנה לתורה" כתב הרמב"ם ספר מצוות, בו הוא מתאר בקצרה כל אחת מרמ"ח מצוות עשה ושס"ה מצוות לא תעשה, כשהוא מציין פעם בפעם ליד המצווה את מקורה, במיוחד כפי שהיא מפורשת מהתורה. הרמב"ם לא הגדיר ספר זה כספר פסקים (קרי, לא הגדירו כקודקס) אולם חכמים קיבלו צורה ספרותית זו, מתוך הנחה, שצורה הקודיפיקטיבית זו מקילה על ידיעת מצוות התורה וההלכות הקשורות בכל מצווה ומצווה. עתה נסקור בקצרה כל ספר כזה.

1. ספר יראים לר' אליעזר בר' שמואל מן העיף מיץ (METZ) שבצרפת (הרא"ם).

מטרת המחבר היא אפוא ספר הלכה, המסכם את כל מצווה ומצווה על דינה ופרטיה, כדי לדעת כיצד לקיים את החוקים והמשפטים. את ספרו חילק לשבעה עמודים, כל עמוד מחוק לווים, כל וו לסימנים. דן בקצרה בסוגיות התלמודיות, מביא דבריהם של רש"י, רשב"ם, רבינו תם ואחרים. להלן תקציר של שבעת העמודים:

(א)	מצוות הנוגעות לדיני עריות ואיסורי נישואין.
(ב)	אכילות או הנאות אסורות.
(ג)	
(ד)	דיני ריבית, דיני גניבה וגזלה, הלנת שכר שכיר, שוחד, הסגת גבול, דיני משכון, דיני הענקת עבד עברי ודיני יחסי הממון שבין בני זוג, דיני תרומות ומעשרות, שכחה ופאה צדקה.
(ה)	חלק מדיני המשפט הפלילי, דיני רצח, גנבת נפשות, הטיית משפט רמאות במידות ובמשקלות.
(ו)	איסורים שמיים, איסור גידוף, שבועת שקר, חילול שבת ומועדים, דיני קרבנות, קדושה וטהרה.
(ז)	

2. ספר מצות גדול לר' משה בר' יעקב מקוצי.

סמ"ג (ספר מצוות גדול), מחולק לשני חלקים: חלק ראשון דן בשס"ה מצוות לא תעשה, חלק שני ברמ"ח מצוות עשה. ליד כל מצווה מביא המחבר את הכתוב בתורה ואת דרישת חז"ל לכתוב, את המקורות התלמודיים הדנים באותה מצווה, וכן דברי חכמים נוספים כגון הרמב"ם. אם כי העריך מאוד את הרמב"ם והרבה לצטט ממנו, הוא חולק על דרכו של הרמב"ם לחבר קודקס ההלכות.

ספרו מחולק לא לפי פרשיות התורה, אלא לפי סדר העניינים שבמשנה תורה לרמב"ם. אגב עשיית שינוי:

(א) הוא הקדים את ההלכות הכלולות בספרים: נזיקין, קניין, משפטים ושופטים. להלכות שבספרים, זרעים, עבודה, קרבנות וטהרה.

(ב) הבאת החומר ההלכתי שבכל מצווה ומצווה שהמצווה מובאת, כמעט, לפי סדר העניינים שבמשנה תורה לרמב"ם ולא לפי סדר המצוות כפי שהן מופיעות מפורשות בתוך הפרשיות שבתורה.

הקדים המחבר לכל אחד משני החלקים מפתח של המצוות שהן דן בהם שנקרא על ידיו בשם "רמזים". מפתח המסייע במציאת הדין המבוקש.

חכמים אשכנזי נהגו להכריע על פי ספר מצוות הגדול, בעת שהייתה מחלוקת ביניהם לבין האופן שבו הרמב"ם פסק. רבי יוסף קארו, נשען על ר' משה כאחד מחמשת הפוסקים הגדולים, כאשר לא הצליח להכריע את הדין לפי שלושת עמודי ההוראה.

3. ספר "עמודי גולה", הנקרא גם "ספר מצוות קטן".

חובר ע"י ר' יצחק מקורבל, הספר "עמודי גולה" אף הוא ספר הלכות המסודר לפי מעניין המצוות. הספר נמסך לספר מצוות גדול, מביא את ההלכה התלמודית וקצת מדעות חכמי ההלכה בקיצורו נמרץ ובלשון פשוטה ללא מו"מ הלכתי, בדומה לדרכו של בעל הסמ"ג (המחבר הקודם).

מיון ההלכות וחלוקתם בספר מכבידים ביותר ההתמצאות בו ועל מציאת הנושא שבו מעוניין המעיין. החלוקה לשבעת החלקים לא נעשתה על פי קנה מידה של נושאים, אלא על פי נימוקים שונים. רוצה לומר, המחבר חילק את הספר לשבעת חלקים כנגד שבעת ימי השבוע.

הספר אינו ספר הלכות רגיל. המחבר גם התכוון לחברו בשביל פשוטי עם, לא מיועד למי שיכול לברר את העניין מתוך התלמוד. לפי רצון מחברו היה זה אפוא כעין ספר לימוד לכל איש מישראל, שממנו יוכל לדעת את המצוות ואת קיומן. אולם למעשה עושהו לשונו והרצאתו הפשוטה לספר, שבעיקרו הוא נמנה עם סוג ספרי הפסקים.

4. ספר החינוך.

המחבר חי במאה ה-13 בספר, אך זהותו לא נתבררה והרבה נחלקו בכך החוקים. כיסוד לסיכום ההלכה קבע המחבר את דעותיהם של הרי"ף, הרמב"ם והרמב"ן. כמו כן, מובאות אצל המחבר דעותיהם של רש"י, הראב"ד, בעלי התוספות וראשונים אחרים. אף המחבר מציין, שחיבר את הספר בשביל "הנערים", כדי שידעו את ההלכה ויעיינו בה, אך וודאי היה לנגד עיני המחבר לחבר ספר הלכות קצר ומסכם שימש גדולים כקטנים בידיעת הדין.

ספר החינוך מונה את המצוות לפי סדרן בפרשיות התורה, ובכל פרשה מובאות תחילה מצוות עשה שבה ולאחר מכן מצוות לא תעשה שבאותה פרשה. הדיון בכל מצווה מתחלק לארבע חלקים עיקריים: יסוד המצווה, שורשי המצווה, דיני המצווה, תחולת המצווה.

עמודים 1058 – 1080 רשב"א וטור**ספרי הטורים לר' יעקב בר' אשר****דרכו הקודיפיקטיבית של ר' יעקב בר' אשר**

ראינו את הבעייתיות שביצירת קודקס להלכה העברית. היו כאמור, ניסיונות בעבר לחבר ספר פוסקים מסוג ספרי הלכות, כל הניסיונות נעשו במסגרת לשמר את הקשר שבין ההלכה למקור שלה.

ניסונו של הרשב"א בחיבור ספר פוסקים לצדו של ספר הלכות ומקביל – היה ניסיון להביא את בעיית הקודיפיקציה לחוף מבטחים, נשאר, לצערנו רק ניסיון חד פעמי, לא השאיר אותה שעה רישומו בספרות הפוסקים. צורות קודיפיקטיביות שונות אלה היה בהם אמנם כדי לשמור על הקשר עם מקורות ההלכה וריבוי הדעות שבה, אך ברובם הגדול לא מילאו אחר הדרישות הקודיפיקטיביות של חיבור, שהוא נוח לעיון בלשונו הפשוטה, קל לשימוש ולהתמצאות בחיפוש הדין המבוקש. ברור וחד משמעי בפסיקתו, ועם זה מקיף את כל ההלכה הנהוגות.

דרך אחרת בתחום הספרות הפוסקים, דרך שעלתה ונתקבלה יפה, הלוא הוא חיבור ארבעת הטורים של ר' יעקב בר' אשר, המכונה על שם חיבורו זה "ר' יעקב בעל הטורים", או "בעל הטורים" סתם. המחבר היה בנו השלישי הרא"ש – הזכור לנו בהתנגדותו החריפה לדרכו של הרמב"ם וכן בחיבורו הגדול "פסקי הרא"ש".

היו מספר גורמים שהגבירו את הצורך ביצירת קודקס הלכה מוסכם:

1. במאות ה-13 וה-13 נוצרה ספרות רבת הכמות והאיכות של בעלי התוספות, ואם יצירתם התרכזה בעיקר בתחום ספרות החידושים.
2. יצירתם של בעלי התוספות כוללת אוצר גדול של ספיקי הלכות, ששולבו לפי שיטתה של אסכולת בעלי התוספות – בתוך מו"מ הלכתי.
3. ריבויים של ספרי הלכות הביא עמו לתופעה שעמדנו עליה בעבר – חילוקי דעות במספר רב מאוד של דינים והלכות, וקשה היה לדיין להתמצא ולהכריע במגוון הלכות.

חילוקי דעות אלו (סעי' 3 למעלה) הלכו ורבו על רקע השגשוג והפריחה הגדולים בספרות ההלכה והתפתחותה של יהודית אשכנז ויהדות ספרד. כתוצאה מכך, היו חילוקי דעות בין הספרדים לאשכנזים, כאשר אלה ואלה קבעו פסיקות שונות, למרות שהיה תיאום מסוים בין האשכנזים ותיאום מסוים בין הספרדים, אך העדר התיאום בין שניהם הוביל לשלל תקלות בענייני פסיקה.

סיבה זו, של העדר הסכמה כיצד הדיין צריך לקבוע, הולידה את הצורה בקביעת קודקס יהודי. רבינו יעקב בר' אשר, מתאר בהקדמה שלו לספר, סיבה היסטורית הלכתית: העדר ריכוז ההלכה וההכרעה בה פוגעים בראש ובראשונה בחלק המשפטי שבהלכה. בעניינים שבדיני ממונות – יותר מאשר בדיני תפילה (למשל). השוני הוא בכך, כפי שהמחבר מציין, שהדעות השונות והחלוקות בשטח הנרחב של המשפט האזרחי מאפשרות לנתבע, הרואה שהוא עלול לצאת נפסד, לטעון כי מוחזר לו כדעה פלונית, אשר לפיה יצא זכאי בדינו (מיד אסביר!).

טענה זו היא הטענה הידועה בטרמינולוגיה המשפטית העברית בשם "קיס ליי", שלדעתם של חכמי הלכה רבים העלתה בספרות ההלכה בתחום דיני ממונות מתחילת המאה ה-13. קבילותה של טענה זו מבוססת על העיקרון היסודי שבתחום דיני ממונות, עיקרון זה במשמעותו המקורית בהלכה התלמודית, פירושו: שעל התובע להוכיח את העובדות המזכות אותו לתבוע את תביעתו. כאשר יש שתי דעות חלוקות, שלפי האחת זוכה התובע, ולפי השנייה זוכה הנתבע, ראשי הנתבע לטעון, שלדעתו נכונה אותה דעה, שלפיה הוא זוכה בדין ופטור מלשלם, ואין להוציא מחזקתו ממון כל עוד לא הוכח, כי הדעה ההלכתית זו אינה נכונה. האפשרות לטעון טענה מעין זו ובמשמעות זו מקורה במציאותה של הלכה, שיש בה ריבוי דעות שאינן מוכרעות, ומיותר להוסיף, כי יש בה בטענת "קיס ליי" משום חתירה תחת אישיותו של שיפוט סביר וסדיר.

רבינו יעקב עמד אפוא לפני שתי משימות:

1. להחזיר להלכה את הכרעתה, משנה ברורה והלכה פסוקה.
2. למצוא דרך ליצר קודקס עברי הראוי, לאור חילוקי הדעות הנוקבים בדבר בצורת ספר הלכות והפוסקים, שמצד אחד יאפשר הבאת הלכה סופית, סתמית ומוכרעת, ומצד שני תשמור על רציפותה של ההלכה, על הקשר עם מקורותיה, ועל ידיעת מגוון הדעות שבה.

מילוי המשימה הראשונה - להחזיר להלכה את הכרעתה, משנה ברורה והלכה פסוקה:

בעל הטורים לקח אפוא כיסוד לקביעת ההלכה את פסיקתו של **רבי יצחק אלפסי** (הרי"ף), כאשר הרמב"ם או פוסקים אחרים (שורה נכבדה של חכמי אשכנז, ספרד וצרפת) חולקים על פסיקתו של הרי"ף, הריהו דן בדעותיהם ובדעת אביו הרא"ש, ומכריע את הדין, בדר"כ, על פי הכרעתו של הרא"ש, לא רק משום שהיה אביו, אלא על יסוד העיקרון הפסיקתי "הילכתא כבתראי"²⁴. הרי הרא"ש היה אחרון הפוסקים, והכרעתו היא, אפוא ההכרעה הקובעת.

מילוי המשימה השנייה - למצוא דרך ליצר קודקס עברי הראוי:

מבחינה זו נקט רבינו יעקב דרך ביניים, מעין תרכובת של ספר הלכות וספר פסקים, לא בצורה של שני ספרים נפרדים שעשה הרשב"א ב"תורת הבית" הארוך והקצר – אלא בתוך חיבורו של ספר אחד. וזו דרכו: מביא בספר הטורים את עצם ההלכה שהוא דן בה בצורה קצרה וסתמית העיקרון ההלכתי היסודי מובא בלשון המקור התלמודי בשינויים קלים, מבלי לציין, בדר"כ, את המקורות התלמודים ואת שמותיהם של חכמי התלמוד באותה הלכה. מבחינה זו נמנה הטור עם ספרי הפוסקים אולם לאחר שהוא מביא את עצם ההלכה בצורה סתמית וללא ציון מקורותיה התלמודיים, מיד הוא מביא, בקיצור ובתמציתיות מבחר הדעות השונות אגב ציון שמותיהם שבלי הדעות, בקשר לפרטיה של הלכה זו – הגאונים או גדולי הראשונים והפוסקים מאשכנז, צרפת או ספרד, שקדמו לו ולאחר הכן הוא קובע, כמי מבלי דעות אלה הוא פוסק את הדין. קביעה זו נעשית לעיתים קרובות לא בצורה מפורשת, אלא בצורה משמעת ובעקיפין.

סיכום

בדרך ביניים זו מצא רבינו יעקב את הפתרון הרצוי לבעיית הקודיפיקציה בהלכה העברית. מצד אחד – העיקרון היסודי של הדין בתור הלכה סתמית ללא ציון המקורות התלמודיים ושמות חכמי התלמוד. ומצד שני – דעות שונות של חכמי הלכה מלאחר תוקפת התלמוד בקשר לפרטיה של אותה הלכה, אגב קביעה, כיצד להסיק את הכרעת הדין.

יש דמיון, בין הפעילות של רבי יהודה הנשיא למחבר של ספר הטורים, כשם שלא הביא רבי יהודה הנשיא – לעניין כל הלכה והלכה את מקורה ואת שלשלת חכמי ההלכה, אלא הביא את פרטי הדעות השונות בציון שמותיהם של התנאים. כך, רבי יעקב בעל הטורים אינו מביא את מקורותיה של ההלכה ואת מקורותיה התלמודיים ושמות חכמי התלמוד, אלא הוא מסתפק בציונה של עצם ההלכה, כשהוא מוסיף, על כך את חילוקי הדעות השונים שהתעוררו בפרטיה מצד חכמי ההלכה שלפניו ושבדורו. וכדרכו של רבי יהודה הנשיא בהכרעת הדין, שלעיתים הביע דעתו במפורש, ולעיתים בעקיפין בלבד, כך נהג גם רבינו יעקב בהכרעת הדין בספרי הטורים.

יש דימון רב בין הקודקסים, בגישה אך לא בסידור (שכן המשנה מסודרת בהרבה מספר הטורים).

²⁴ היינו הלכה כאחרונים.

מבנה ספר הטורים

אחת ממטרותיו העיקריות של רבינו יעקב בעל הטורים הייתה להכין קודקס שהשימוש בו הוא נוח ושיהא קל למצוא את הדין המבוקש. משום כך לא חיבר את ספרו לפי סדר מסכתות התלמוד כפי שחיבר אביו, לא לפי קווי קודקס אחרים. הוא חילק את הספר לארבע טורים, כל טור מחולק לכמה וכמה חלקים, הקרויים "הלכות", כל חלק מחולק ל"סימנים", וכן מחולק בטורים שבידינו כל סימן לסעיפים.

ואלה שמות ארבעת הטורים ועיקרי נושאים:

1. **אורח חיים**: כולל את ההוראות הקשורות להנהגתו של האדם בחיי יום – יום, כגון הלכות הנהגות בבוקר, הלכות ברכות, הלכות ציצית והלכות תפילין.
2. **יורה דעה**: בטור יורה דעה מובאות כמה הלכות שאמנם נמנות הן עם דיני איסור והיתר²⁵ שבהלכה, אך מבחינת הגדרתנו הן שייכות לעניינים הכלולים במשפט העברי.
3. **אבן העזר**: דן בדיני המשפחה שבמשפט העברי. ההלכות בטור זה מחולקת בסדר כרונולוגי. תחילה – ברור הדינים השונים הכרוכים בקידושין ובנישואין ובעריכתן, לאחר מכן – הדינים השונים שביחסי בני הזוג, ולבסוף דיני גירושין.
4. **חושן משפט**: טור זה כולל את הרוב המכריע של המשפט האזרחי, וכן חלקים מסוימים מתוך המשפט הפלילי. אלון מביא בספרו הבדלים בין האופן שהרמב"ם הציג את הדברים לפי האופן שאלון, דלהלן הסיכום של הדברים:

נושא	תמצית	בעל הטורים	הרמב"ם
סדר הנושאים	פתיחה	בהרכב בתי המשפט	חלק פתולוגי של המשפט העברי: דיני כניבה, נזיקין וחבלה.
	תוכן	סדרי הדין ודיני הראיות	סדרי הדין ודיני הראיות
	סיום	חלק פתולוגי של המשפט העברי: דיני כניבה, נזיקין וחבלה.	בהרכב בתי המשפט
שאיפת השראה	קבע סדר עצמאי	שאף השארה מתוך התלמוד	
אופן החלוקה הפנימי	לפיו נקבעו היחידות השונות של החלקים שבתוך חושן משפט	החלק המשפטי מחולק לחמישים ושמונה חלקים! פי 3 ממספר החלקים ברמב"ם. דבר זה נגרם על ידי פיצול יתר של הנושאים.	חלק המשפט העברי שבהלכה כלל הרמב"ם בארבע ספרים: נזיקין, קניין, משפטים ושופטים.
אוגדן ההלכות	הלכות מיוחדות	הלכות הלוואה, הלכות שטרות, הלכות כתב יד, הלכות מלווה ולווה, הלכות נאמנות, הלכות המלווה על המשכון, הלכות גביית מלווה, הלכות גביית חוב מהיתומים, הלכות גביית חוב מנכסים משעובדים, הלכות אופתיקי, הלכות החזרת חוב, הלכות ערב.	הלכות מלווה ולווה.
הלכות שכירות	הלכות שומר שכן, הלכות חוכר ומקבל, הלכות פועלים.	ספר אחד: שופטים חלק הלכות שכירות.	
הלכות שכנים	נזקי שכנים, הלכות שותפים בקרקע, הלכות מצרנות,	ספר אחד: קניין.	

בעיונו בספרי הלכות שונים ובשמנה תורה לרמב"ם ראינו, כי לעיתים משלב מהחבר מאמרי אגדה בדברי ההלכה, וגם בעל הטורים מוסיף על כך, הוא פותח בהקדמה ארוכה מאוד ומפורטת מאוד לטור חושן המשפט. בהקדמה הוא מתאר את חשיבות המשפט ולאחר מכן מתחיל לדון בסמכויות בתי הדין לסוגיהם, הרכבם, כשירותם וכיצא באלה.

רבינו יעקב כולל בארבעת הטורים רק אותו חלק של ההלכה הנוהג למעשה, היינו המצוות הנהוגות בזמן הזה. מן הראוי לציין, כי טור חושן משפט הוא הטור המקיף והגדול שבין ארבעת הטורים ומכאן כי נימצא כי השימוש בו היה תכופ בתקופה בה נכתב.

²⁵ ראה הקדמה לחסרי ידע ביסודות היהדות.

עמודים 1087 – 1185 ר"י קארו, רמ"א, תגובות לשולחן ערוך**פועלם הקודיפיקטיבי של מרן רבי יוסף קארו ורבינו משה איסרליש****רבינו יוסף קארו ופעלו הקודיפיקטיבי****המציאות ההיסטורית והפנים הלכתית**

בתקופה שבין רבנו יעקב בעל הטורים לבין התקופה של רבנו יוסף קארו התרחשו אירועים מהותיים ומכריעים. המרכז שבאשכנז קרס כמעט לגמרי עד לפרוץ המגיפה השחורה ב-1348. גם המרכז בספרד טולטל קשות עד שזה הגיע לשיא עם גירוש ספרד ב-1492. כתוצאה מכך קמו מרכזים חדשים ברחבי אירופה וצפון אפריקה, ובית הדין הגדול שבצפת הפך למרכז ההלכתי הגדול של כל תפוצות היהדות.

רבנו יוסף קארו (הר"י קארו) נולד ב-1488 בספרד, כעבור ארבע שנים הוא גורש עם משפחתו ונדד עמם בצפון אפריקה עד שהגיע לצפת. בצפת נתמנה הר"י להיות חבר בית דינו של ר' יעקב בי רב, שחידש את הסמיכה, ועם מותו של ר' בי רב עבר הר"י לעמוד בראש בית הדין של צפת.

הנדודים של מרכזי קהילות ישראל הביאו לכמה תופעות הלכתיות וחברתיות: התעוררה מערכת שלמה של בעיות הלכתיות, של ניגודי מנהגים. כתוצאה מכך נוצרה ספרות הלכתית ענפה בעלת דעות מנוגדות, והלך וגדל הקושי להתמצא בספרות זאת. התעוררה כמיהה לגאולה ולהחזרתה של סמכות הלכתית עליונה שתלכד את העם.

הר"י קארו נטל על עצמו משימה זו, והוא מביא את ההקדמה למציאות ההלכתית-חברתית בספרו "בית יוסף".

קודקס המורכב משני חלקים: ספר הלכות וספר פסקים

כיצד ביקש רבינו יוסף קארו לעמוד במילויה של משימה זו, ומהי הדרך שבחר בפתרונה של בעיית הקודיפיקציה בהלכה? הדרך שהועיד לדרך חיבורו של קודקס הלכה העברית הייתה דרך חיבורה של יצירת אחת, המורכבת משני ספרים – חלקים, אשר מבחינת צורתם ותוכנם אמנם נבדלים ושונים הם זה מזה, אך מבחינת עניינם ומגמתם הם משלימים זה את זה. עצם רעיונו של הר"י לא היה בבחינת חידוש גמור, עמדנו, כי **הרמב"ם תכנן לעשות**²⁶ כן אולם לא הספיק, וכך ראינו את הפעילות של הרשב"א (חיבר שני ספרים של פירוט, אולם רק בענייני איסור והיתר). אולם רק רבינו יוסף קארו הצליח להפוך את הרעיון שבדרכו של הרשב"א לדרך המלך של הקודיפיקציה בהלכה, ועל פיו יצר את יצירתו הגדולה יצירה אחת המורכבת משתיים, הלוא הם: בית יוסף, שולחן ערוך.

²⁶ ראה עמוד 47 חליפת אגרות עם ר' פנחס בר' משולם הדיין מאלכסנדריה.

בית יוסף

הבאת כל החומר ההלכתי וריכוזו ודרך פסיקת ההלכה והכרעת הדין²⁷

הספר הראשון בזמן ובהיקף ובתוכן – הוא הספר "בית יוסף", שסמכו הר"י קארו אל ספר הטורים לרבינו יעקב ברבי אשר. שתיים הן המשימות שהועיד לספרו "בית יוסף":

משימה מספר	תיאור	אופן הביצוע
ראשונה	לכלול בו את כל החומר ההלכתי שעד ימיו – היינו המצוות הנהוגות בזמן הזה בציון מקורותיה של ההלכה המסוימת בספרות התלמודית	כדי לחסוך לעצמו את החזרה על דעות חכמי ההלכה, שכבר הובאו במקובץ ביצירה ספרותית הלכתית שקדמה לו, הסמיך אפוא הר"י קארו את ספרו אל ספר הטורים ²⁸ .
שנייה	פסיקת ההלכה והכרעה בין הדעות השונות והמרובות של חכמי ההלכה ופסוקיה	קביעה מתמטית טכנית לפי שלוש רמות: 1. אם הר"י, הרמב"ם, והרא"ש דנים באותו עניין, ההלכה היא כדעת הרוב שבהם, היינו כדעת שניים כנגד אחד. 2. אם אחד או שניים מתוך שלושה אלה דנו בבעיה מסוימת, והשניים חולקים ביניהם – יצורפו אליהם דעותיהם של רמב"ן, הרשב"א, הר"ן, המרדכי והסמ"ג, ואף כאן תוכרע ההלכה לפי דעת הרוב משישה או משבעה אלה. 3. אם אף אחד משלושת הראשונים – הר"י, הרמב"ם, והרא"ש – לא דן בבעיה – יוכרע הדין לפי דעתם של חכמי הלכה "מפורסמים" שנשאו ונתנו באותו עניין.

לאחר שהר"י מאתר את דרך ביאורו והשגתו על ספרי הטורים (קרי – נותן מענה לבעיה הראשונה) מביא רשימה מפורטת של למעלה מ-30 יצירות ספרותיות הלכתיות מגדולי ההלכה שלפניו.

האופן שבו מכריע הר"י הוא מעניין ויוצא דופן (קרי – נותן מענה לבעיה השנייה). הכרעת ההלכה בחילוקי הדעות שבין חכמי ההלכה צריך שתיעשה על ידי הבאת הוכחות וראיות מתוך המקורות התלמודיים ובדרך של משא ומתן עיוני. אך דרך זו אומר רבינו יוסף קארו אמנם נכונה עקרונית, אך כמעט שאינה ניתנת לביצוע מבחינה מעשית. ועל כך מעמיד שתי סיבות:

1. הראשונים ביססו כל אחד ואחד את דעותיהם על פי הוכחות וראיות.
2. מצביע על חוסר היעילות שבדרך זו, הברור הארוך של הוכחות נכונותה של הדעת האחת לעומת האחרת, הוא עניין לזמן רב, יגיעה ועיון ממושך ביותר עד שאין כל סיכוי סביר להגיע לתכלית, היינו להלכה סופית ומוכרעת בכל הדינים שבמערכת ההלכה.

לאחר שיקולים אלה קובע הר"י שיטה טכנית שהיא כאמור מוצגת בטבלה. למעשה קבע הר"י מעין "הרכבים שיפוטיים" מוכנים מראש לבעיות השונות השנויות במחלוקת.

שיטה מתמטית זו יכולה גם להביא לעתים לחוסר אחידות פנימית בהכרעתן של הלכות שונות, ואף הר"י מסכים שאין זו דרך המלך, אולם אין בעינו ברירה טובה יותר.

²⁷ מתוך נוחות ויעילות חוברו הסעיפים 1 ו-2 שבספרו של אלון לכדי סיכום מאוחד מתוך מטרה לסייע ללומד להבין את החומר טוב יותר.
²⁸ ראה עמוד 43.

שולחן ערוך

בחיבור זה ראה הר"י קארו רק חלק אחד מפתרונו בבעיית הקודיפיקציה של ההלכה. הר"י קארו ידע, שאם הכרחי הוא חיבור ספר הלכות, שמובאים בו כל המקורות התלמודיים ודעותיהם השונות של חכמי ההלכה בצירוף הכרעה בין הדעות ופסיקת הדין – הרי אין בספר מעין זה בלבד כדי לספר את צורכי הקודיפיקציה של ההלכה העברית. אך עמד על הנחת היסוד של הרמב"ם, כי תנאי הכרחי לקודקס נוח ויעיל הוא קיצורו בהירותו, הבאת הלכה אחת, הלכה שהיא ברורה, סתמית וספית, ומשום כך העמיד להלכה העברית לאחר חיבורו "בית יוסף" ובנוסף עליו ספר פסקים מובהק ה"שולחן ערוך".

הר"י קארו מביא אפוא את דעתו, כי דרכו של הרמב"ם – ספר פסקים שמובאת בו רק הלכה אחת, סופית וסתמית ללא ציון המקורות התלמודיים – היא דרך שיש בה "תיקון לכל העולם", פרט ליחיד סגולה שיש להם את היכולת ללמוד תלמוד ולהרביץ תורה.

אפשר אפוא לסכם את הרעיון המרכזי שהעמיד הר"י קארו בגישתו:

1. חיבור שמובאים בו כל המקורות על כל חילוקי הדעות שבה לגבי ההלכה.
2. חיבור שמובא בו רק הדין האחד, הסופי והמוכרע, ללא ציון מקורותיו.

נסכם אם כן, כי זו דרכו הקודיפיקטיבית של הר"י. בספר "בית יוסף" כולל את כל הדינים על הדעות השונות (רעיון 1 למעלה) ובספר "שולחן ערוך" ספר הכתוב בקצרה כדי שהדין או תלמיד חכם, כאשר ישאל דבר הלכה, יוכל למצוא אותו בקלות (רעיון 2 למעלה).

יצירה זו בת שני חלקים של ספר הלכות וספר פסקים הריהו הקודקס המושלם התואם את אפיה וצרכיה של ההלכה העברית.

הבאת כל החומר ההלכתי וריכוזו ודרך פסיקת ההלכה והכרעת הדין

ה"שולחן ערוך" מחולק לארבעה חלקים, כמתוכנת החלוקה של ספרי הטורים ואף שמות חלקיו הם כשמות ארבעת הטורים:

1. אורח חיים
2. יורה דעה
3. אבן העזר
4. חושן משפט

גם ב"שולחן ערוך" סדר הבאת ההלכות השונות הוא לפי נושאים, אך אופן החלוקה של הנושאים השונים – היינו ההלכות שבתוך כל חלק וחלק שונה הוא, במידה מסוימת בשולחן ערוך מאשר בטור. עמדנו על [השוני בין הטור לרמב"ם](#)²⁹. ב"שולחן ערוך" חזרו ורוכזו במידה ניכרת עניינים שונים לתוך נושא אחד.

אף מבחינת המיון הפנימי הכניס רבינו יוסף קארו שינויים ב"שולחן ערוך" לעומת ספרי הטורים. יש שהוא מוציא דינים מסוימים מתוך חלק זה ומעבירים לחלק אחר לגמרי, אם שם מקומם ההגיוני, ויש שהוא מוסיף נושא שלם, שאינו מובא כל עיקר אצל רבינו יעקב בעל הטורים ולא משום שנושא זה נתחדש לאחר חיבורו של הטור אלא משום לדעת הר"י קארו מן הראוי להכליל גם נושא זה בספר הפסקים.

ניסוח וסגנון ב"שולחן ערוך"

מבחינת הפסקנות והקיצור עולה ה"שולחן ערוך" על כל אלה שקדמו. הר"י קארו, לא רק שאינו מציין ב"שולחן ערוך" את מקור של ההלכה, את ההוכחות לנכונות הכרעתו או את שמות העלי אותה הלכה, אלא הוא משמיט כל תוספת שאינה הכרחית לגוף ההלכה ולקביעתה. הר"י קארו בבקשו להביא את ספר הפסקים לפסקנות ולקיצור מופלגים – השמיט תוספות אלה ובנוסף לכך קיצר במידת האפשר, גם בניסוח עצם הדין.

²⁹ ראה עמוד 45.

התגבשות דרך הקודיפיקציה של ההלכה

דרכו של יוסף קארו בתהליך יצירת הקודקס העברי של ההלכה התגבשה מתוך כמה וכמה לבטים ושלבם שקדמו לו:



האבחנה בצורך לחבר קודקס להלכה העברית הוחקע לחיבורו שווים הם לרמב"ם, לרשב"א, לבעל הטורין ולר"י קארו: קושי ההתמצות במקורותיה של ההלכה, פיזורם של דיני וריבוי חילוקי הדעות בפרטיה. וכל משאלה אחת לכולם: לחבר קודקס שיאפשר למצוא כל דין ודין בדרך נוחה ויעילה והכרעתו הברורה של כל דין.

המשותף לרמב"ם ולקרינו יוסף קארו הוא הקושי וההתמצאות בחומר ההלכתי ועל ריבוי חילוקי הדעות שבו, תופעה שהביאה אותם לחיבור הקודקס – תמציתי ונהיר. לעומתם עמד הר"י קארו שהכיר בניסיון זה ככושלף אומנם האמין שזו דרכה של ההלכה, אולם מבין גם את החשיבות שיש למקור לכל הלכה. על כן מצא דרך ביניים ע"י חיבור שני ספרים שאחד הלכתי הכולל מקורות ודיונים ואילו השני רק הלכה פסוקה וסתמית.

המשנה, הקודקס הראשון של ההלכה לאחר התורה שבכתב, נתחברה על ידי רבינו יהודה הנשיא, שמקומות מגוריו היו בית שערם וציפורי שבגליל התחתות. כעבור למעלה מ-1350 שנה! נסתיים חיבורו של הקודקס האחרון שקם להכלה העברית, ה"שולחן הערוך" למרן הר"י יקארו, בבירא ובצפת שבגליל העליון. התורה חזרה לאכסניה שלה, וממכורתה, מארץ ישראל, חזרה והתפשטה בכל תפוצות היהודית.

הרמ"א ופועלו בספרות הפוסקים

תוכן עניינים לנוחיותכם:

50	הגולה שבפולין
50	רבי יעקב פולאק ורבי שלום שכנא, ויחסם לבעיית הקודפיקציה.
50	הרמ"א
51	"דרכי משה" – המניעים לחיבורו ועקרונות הקודפיקציה שבו
51	ה"תורת חטאת" ודרכו הקודפיקטיבית
52	ההגות ל"שולחן ערוך" – המפה – מסרת חיבורה ודרכה
52	ה"שולחן ערוך" כקודקס של ההלכה העברית.

הגולה שבפולין

על התיישבותם של יהודים בפולין ידוע לנו עוד מסופה של המאה ה-10, ומסעי הצלב, החל מסופה לש המאה ה-11, הביאו בעקבותיהם גלים של מהגרים יהודים לארץ פולין.

רבי יעקב פולאק ורבי שלום שכנא, ויחסם לבעיית הקודפיקציה.

בסופה של המאה ה-15 בא לפולין רבי יעקב פולאק, מגדולי ההלכה שבדור, ועמו התחילה תקופה חדשה בלימוד ההלכה בחיי הרוח של הידות פולין. בימין של רבי יעקב הייתה קראקא שבפולין, מרכז לתורה, ומישיבתו, אשר באותה העיר והוא עמד בראשה, יצאו גדולי התורה וההוראה למרכז היהודי שבפולין ולמרכזים יהודיים אחרים.

תלמידו הגדול של רבי יעקב פולאק היה רבי שלום שכנא, רבה של לובלין שבפולין וראש הישיבה שבה. עם תורתם של האחרונים, התחילה תקופת הזוהר של יהדות פולין, והם הכשירו אותה לתפוס את מקומה במרכז העולם היהודי. עם תנופה גדולה בהתפתחותה הרוחנית של תפוצות ישראל שבפולין באה לה התפתחות בחיי כלכלתה ומסחרה והתגבשות מוסדות הקהילתיים והאוטונומיים.

שני מייסדים אלה של מרכז התורה שבפולין לא השאירו אחריהם ספרות הלכה בכתב, זולת פסקים בודדים. ענין רב לנו מבחינת בעיית הקודפיקציה בהלכה ובדרכו של הרמ"א בנושא זה ומניעים ובגורמים של תופעה מיוחדת זו.

רבי יעקב פולאק ורבי שלום שכנא, שללו אפוא את עצם הרעיון של חיבור פסק פסקים למערכת ההלכה, ונימוקיהם כמו של קודמיהם: על הדין לחפש את הפתרון בכל המקורות העומדים לרשותו. אולם ר' ישראל מביא לפנינו טענה חדשה, אותה טרם שמענו: עצם העלאת פסיקת הדין על הכתב יש בה כדי לצמצם, לפחות באותה שעה, את חופש ההכרעה של הדיינים. שהרי לפי עקרון הפסיקה "הילכתא כבתרא" ירה עצמו הדיין כפוף לפסיקתו של הגדול בהלכה, ומתוך כל יימנע מלהשתמש במידה מספקת בכללי פסיקה של אחרים. לפיכך הגיעו רב יעקב פולאק ורבי שלום שכנא למסקנה הקיצונית, שלא רק אין לכתוב ספר הלכות או ספר פסקים אלא לא העתקו שם תשובה משובותיהם לאספן ולשמרן בתוך ספר, שהרי גם בתשובה נפסק הדין, וההכרעה זו עשויה לחייב, מכוח העיקרון "הילכתא כבתרא".

הרמ"א

גישה שונה לחלוטין לבעיית הקודפיקציה בהלכה אנו מוצאים אצל אחד מבחירי תלמידו של רבי שלום שכנא, הלוא הוא ר' משה איסרליש, הידוע בכינויו הרמ"א. בישיבתו של ר' שלום שכנא למד עד שהגיע לגיל 19 בערך, בהיותו בן 20 נבחר לרבה של קרקא, למרות גילו הצעיר הלך שמו לפניו כאחד מגדולי ההלכה. חיבור בתקופה שהיה ראש הרבות ספרים רבים והעמיד תלמידים רבים.

שונה הייתה דרכו של הרמ"א בבעיית הקודפיקציה של ההלכה מדרכם הקיצונית של הקודמים (ראה מעלה). לא רק שלא קיבל הרמ"א את הדעה הקיצונית, שיש להימנע אף מהעלאת הפסיקה שבתשובות על הכתב – בכמה וכמה הזדמנויות מקפיד הרמ"א על שמירת העתק מן התשובה שהריץ לשואלים אותו – אלא ראה כחשוב וכחיוני חיבורם של ספרי הלכות וספרי פסקים במערכת דיני ההלכה. ויעידו על כך שלושת הספרים שחיבר הרמ"א בתחום ספרות הפוסקים: דרכי משה, תורת חטאת, המפה. עליהם נדון עתה בהרחבה.

”דרכי משה” – המניעים לחיבורו ועקרונות הקודיפיקציה שבו

הרמ”א היה עד כי הדישה מכל דיין ודיין לקבוע פסיקה נכונה רק לאחר עיון בדעותיהם של כל החכמים הקודמים, הייתה מלאכה מרובה ורשה כל כך, עד שאין לדעת בכל הכרעת דין שהיא אמנם היו לנגד עיני הפוסק הדעות השונות הנוגעות לאותו עניין מסוים שהוא דן בו. משום כך העמיד הרמ”א לספרו שתי מטרות עיקריות:

1. לקבץ את הדעות השונות השייכות לנושא הלכתי מסוים.
2. ריכוז הדעות השונות בדרך נוחה וקצרה.

אולם, לאחר שהגיע לידי הרמ”א הספר, ”בית יוסף” גילה כי נכתב ספר הדומה למה שתכנן הרמ”א לכתוב. החומר ההלכתי [בבית יוסף](#)³⁰ מקובץ היטב כפי שכבר עמדנו על כך. למרות זאת המשיך הרמ”א בכתובתו ספרו, ועל כך מעמיד שלושה נימוקים:

1. לדעת רמ”א, דרך הבאת הדעות השונות בספרו עדיפות מיוחדת לה, באשר אלה מובאות בו בקצרה ובתמציות הרבה יותר מאשר בבית יוסף בדומה להבאת הדברים ברמב”ם ובספרי הטורים.

2. הר”י קארו לא הביא בספרו ”בית יוסף” חלק ניכר [מספרות החידושים, השו”ת וספרות הפוסקים](#)³¹ של חכמי אשכנז. נמצא אפוא, כי הספר ”בית יוסף” אינו כולל את כל הדעות השונות שבספרות ההלכה, דבר שהוא פגם רציני בספר שמטרתו לקבץ אל תוכו את כל החומר ההלכתי, במיוחד שהשמטת דעותיהם של חכמי ההלכה אלה עלולה להשפיע על הכרעתו ופסיקתו של הדיין.

3. הרמ”א חולק מכול וכול על [כלל הפסיקה של הר”י קארו](#)³², משום שכלל פסיקה זה נוגד את העיקרון ”שהילכתא כבתרא” עיקרון שהר”י עצמו קיבלו ונהג לפיו. קבלת הכלל של הר”י קארו סותרת לכל הדינים הנהוגים ומקובלים במרכז התורה שבפולין. ומשום כך, אין אפשרות לקבל את הכרעתו של הר”י קארו. הרמ”א לא החיל כלל זה לעניין צורתה של ספרות הפוסקים, כמסקנת רבותיו, אבל שמר עליו מכל משמר לעניין תוכן ההכרעה בדיני ההלכה. הרמ”א מוכיח שאף הר”י קארו עצמו לא תמיד שמר על פסיקה שלו. הרמ”א מזהיר אף על הכרעתו שלו – אין לקבל אותה כהכרעה סופית.

הספר ”דרכי משה” המודפס היום בהוצאות הרגילות של ספרי הטורים מכונה ”דרכי משה הקצר” ואינו אלא קיצור מקוצר של הספר המלא הנקרא ”דרכי משה הארוך”. ב”דרכי משה הארוך” הביא הרמ”א את דברי ה”בית יוסף” ודעות רבות נוספות שהושמטו ב”דרכי משה הקצר” שבדפוסים שלפניו.

ה”תורת חטאת” ודרכו הקודיפיקטיבית

על שלושת עיקרים אלה שביסוד הספר ”דרכי משה” חוזר הרמ”א גם בספר השני הגדול שחיבר בתחום ספרות הפוסקים, הוא ספר ”תורת חטאת”. ספר פוסקים זה כולל חלק ניכר [מדיני איסור והיתר](#)³³. בהקדמה ל”תורת חטאת”, דן הרמ”א בצורך לעמוד על דעת חכמי ההלכה אחרונים, על פי עיקרון ”הילכתא כבתרא”, אלון מביא את ההקדמה לספרו, סיכום ענייני זה של עיקרי הדברים בהקדמה, מובא אפוא לפניכם:

חוזר הרמ”א ומדגיש את הצורך בחופש ההכרעה, שיש להשאיר בידי כל דיין לפי נסיבות המקרה שלפניו. מדגיש כי הוא מייסד את דבריו על הפוסקים האחרונים שהאשכנזים נוהגים לפיהם, ואשר לא נזכרו בבית יוסף. קרי – כאשר מצד הדין הדבר מותר, אך האחרונים החמירו ואסרו, אזי כאשר קיימות נסיבות מיוחדות – יש לספוק להקל. נסיבות מיוחדות אלו (ללא פירוט): כאשר האיסור יש בו כדי לגרום להפסד מרובה, או כאשר העניין נוגע לאדם עני בדבר חשוב או כאשר הדבר דרוש לכבוד שבת. מוסיף לדבר על העדר הצורך בהפרזת קיצורים המובאים, כי גם הפרזה מעין זו טומנת בחובה את הסכנה שהדברים לא יהיו ברורים ומבונים, ממילא יבאו לפסיקת הדין שלא כהלכה.

הרמ”א מביא דוגמה לספר שנקרא ”שערי דורא” – הספר נכתב בקיצור מרובה, לפיכך גרם להמון בלבול אצל הלומדים, מתוך מסקנה זו, מגיעה הרמ”א להבנה כי יש צורך בהרחבה אך לא בהפרזה של ההרחבה ומצד שני לא לקצר יותר מידי. דרך המלך לעמדתו של רבי [רבי יעקב בן רבי אשר בעל הטורים](#) (ראה עמוד 45).

³⁰ ראה עמוד 55.

³¹ ראה עמוד 13.

³² ראה עמוד 36 טבלה.

³³ ראה הקדמה לחסרי רקע בלימודי יסוד ביהדות.

ההגות ל"שולחן ערוך" – המפה – מטרת חיבורה ודרכה

הרמ"א השלים את יצירתו הגדולה בתחום ספרות הפוסקים בחיבורו השלישי הלוא הן הגהותיו ל"שולחן ערוך"³⁴, אשר פירש אותן, דבריו, כמפה על ה"שולחן", שערך מרן הר"י קארו להלכה העברית. מסתבר, כי כאילו חיבר הר"י קארו את ספר הלכותיו בית יוסף, לא היה הרמ"א מוסיף ומחבר יצירה שלישית נוספת זו. הרי המטרות, שהציב לעצמו הרמ"א בתחום הקודיפיקציה בהלכה, כבר השיגן היטב בשני ספריו הקודמים. לקיצור מופלג יותר – דוגמת ההלכה הפסוקה ב"שולחן ערוך" לא שאף מלכתחילה, ואף לא הייתה דעתו נוחה מכך, כפי שראינו לעיל. אך העובדה, שהר"י קארו העמיד יצירתו על שני ספרים³⁵, היה בה כדי להביא גם את הרמ"א, שיעסוק בשתי יצירות אלה, כל אחד ואחת על פי תוכנה ודרכה.

הגותו של הרמ"א על ה"שולחן ערוך" מבוססות, מבחינת תוכנו, על אותם עקרונות שביסוד ספריו "דרכי משה" ו"תורת חטאת" בהגותו הוא מוסיף על הדין אשר ב"שולחן ערוך" את המסקנה העולה מדבריהם של חכמי ההלכה, שלא הובאו בחשבון הפסיקה על ידי הר"י קארו, ובמיוחד דעותיהם של חכמי אשכנז וצרפת. וכן מוסיף הרמ"א על ההלכות בספרו של הר"י קארו, מנהגים הנהוגים באשכנז ובכך נטל מהשולחן הערוך את אופיו הסתמי והאחיד.

לדעת הרמ"א יש להמציא ביד הדיין ספר – גם אם הוא סתמי וללא מקורות שיהיו בו, בקיצור נמרץ ביותר, הדעות השונות של חכמי ההלכה, כדי שיוכל לפסוק את הדין בכל בעניין שיובא לפניו לפי כללי הפסיקה של "הילכתא כתבראי", ולא לפי מה שנהוג, ולפי מה שעיניו רואות באותו עניין מסוים.

נוסף על התיקונים האמורים, מוסיף הרמ"א תיקונים שונים בנוסח דברי "שולחן ערוך", במיוחד באותם מקומות, שברור שלשונו של ה"מחבר"³⁶ נשתבשה בידי המעתיקים והמדפיסים. לעתים באה הגותו של הרמ"א לפרש ולהסביר את דברי המחבר, ושי שהרמ"א מצביע על סתירות שבין פסיקותיו השונות של מרן הר"י קארו ב"שולחן הערוך". ויש גם שהגהה מסוימת שולבה על ידי המדפיס שלא במקומה הנכון. לפעמים מוסיף הרמ"א הלכה מסוימת, לא משום שהיא שנויה במחלוקת ולא מקובלת על דעתו של הר"י קארו, אלא כדי לשכלל את תוכנו של השולחן ערוך כספר פסקים שלם ומושלם.

נמחיש את האמור בדוגמא שמביא אלון על פתיחות השונות שבספרים: שולחן ערוך וחושן משפט.^{iv}

הרמב"ם ורבינו יעקב ברבי פותחים את הלכות שולחן ושתופין באופן שונה: בעל הטורים (רבינו יעקב ברבי) מקדים בדוגמא (תיאור קצר של מקרה שלוחין ושותפין) ורק לאחר מכן דן בהלכה הקונקרטיית. הרמב"ם לעומת זאת מביא רק הלכה קונקרטיית.

תיאור מקרה ← הלכה קונקרטיית

רבינו יוסף קארו, משמיט את העיקרון המובא בתחילת דברי הטור, ומתחיל כדרכו של הרמב"ם – בהלכה קונקרטיית. ברור ומובן שהשמטה זו אין פירושה שלילת עצם העיקרון, אלא יסודה במגמתו של הר"י קארו לקצר ככל האפשר בהבאת הלכה ב"שולחן ערוך" בסגנון הרמב"ם.

ה"שולחן ערוך" כקודקס של ההלכה העברית.

עד ימינו "שולחן ערוך" הוא הקודקס המחייב של ההלכה העברית, שפסיקו והלכותיו מתפרשים ונבדקים לאור מפרשיו ונושאי כליו ולאור ספרות ההלכה העשירה שנוספה מאז הר"י קארו והרמ"א ועד ימינו. הרמ"א ראה את הר"י קארו כ"נר ישראל וראש הגולה", ואת "שולחנו" כמוכח וערוך שאין לו אלא לפרוש עליו "מפה" – להגיה בתוספת דינים מנהגים והסברים. והגהות אלו לא רק שלא דחו את יצירתו הקודיפיקטיבי של הר"י קארו, אלא אף סייעו בידה והכשירו אותה להתקבל כספר הפסקים המוסמך והמחייב של ההלכה העברית לכל המוני בית ישראל, על תפוצותיו ופזורותיו.

³⁴ ראה עמוד 37.

³⁵ ראה עמוד 35.

³⁶ כך נקראים דברי הר"י קארו ב"שולחן ערוך".

תגובות והשגות לשולחן ערוך והתקבלותו של השולחן הערוך

תגובות והשגות לשולחן ערוך

פועלם הקודיפיקטיבי של הר"י קארו ושל רבי משה איסלרס נתקבל אמנם בעולמה של היהדות בהערכה ובהערכה מרובה, אך הוא נתקל גם בתגובות ובהשגות מצד הגדולים ורבים מחכמי ההלכה שבאותו הדור ושבדור אחריו. חזרו ועלו אותם ספקות שעליהם עמדנו בעבר. אולם המציאות ההיסטורית הכריע, כעבור זמן, על קבלתו של השולחן הערוך.

עתה נסקור את ההשגות ודרך הקבלה של הספר "שולחן ערוך".

בתפוצות יהדות המזרח

בפזורות היהדות שבארצות המזרח נסבו עיקר ההשגות והדיונים על מידת הדיוק והנכונות שבפסיקת השולחן ערוך.

מהריב"ל – רבי יוסף אבן לב

המהריב"ל היה מגדולי חכמי טורקיה, התנגד לספר נחרצות, מאותן טענות של רב פלטוי בר רב אבני³⁷. המהריב"ל העלה אפוא את החשש, שהקלות היחסית במציאת דיני ההלכה בספר מסכס כ"בית יוסף", יביא עמו התרשלות בעיון ובלימוד ההלכה במקורותיה, היינו בספרות התלמודית עצמה, על מפרשיה ופסוקיה. אך מעשה שהיה (כך מתאר אלון) הביא את המהריב"ל לחזור בו, שעה שהיה בבית המדרש חיפש אחר נושא מסוים ונראה כאילו בקיאותו נעלמה ולא הצליח למצוא את אשר חיפש, פנה לספר "בית יוסף" ומשם מצא את המקור להלכה שאותה חיפש. מקרה זה גרם לו לחזור בו והוא אף טען שה' רוצה שהספר יתפוס תאוצה ויתפרסם.

הסכמת 200 רבניים לכלל הפסיקה הר"י קארו

אפילו אם התקבל רעיון הקודיפיקציה של הר"י קארו, חכמי ההלכה התלבטו לא מעט בקשר לנכונות כללי הפסיקה שקבע הר"י קארו (פסק כדעת הרוב) שנגד את עיקרון "הילכתא כבתראי". לבעיה זו נמצא פתרון - ע"פ דבריו של החיד"א מאתיים רבנים בימיו של הר"י קארו הסכימו לכללי הפסיקה שהוא קבע, ומכאן ניתן לומר שהם ה"בתראי" ולכן "הילכתא כבתראי". יוצא אפוא שבתראי הם שקיבלו עליהם לפסוק כקמאי, כשלושת עמודי ההוראה.

השגות על הלכות ופרטים שונים שבשולחן ערוך

כאמור, נסבו עיקר ההשגות והדיונים של חכמי תפוצות המזרח על מידת הדיוק והנכונות של הלכות ופרטים שונים שבשולחן ערוך, לעניין ולגופן. במיוחד עמדו כמה מגדולי ההלכה על סתירות המצויות, לדעתם, בין האמור ב"בית יוסף" לבין המובא ב"שולחן ערוך", ומתוך כל פקפקו במידת הסמכות שהר"י קארו עצמו ביקש להעניק.

³⁷ ראה עמוד 40 סעי' 1.

התקבלותו של השולחן הערוך

למרות הכול, רוב חכמי ספרד קיבלו עליהם, עוד בדורו של הר"י קארו, את הוראותיו ופסיקתו של "בית יוסף", וכעבור שנים מעטות "בית יוסף" ו"שולחן ערוך" הפכו לספר ההלכות והפסקים המוסמך והמחייב לכל תפוצות יהדות המזרח.

בתפוצות יהדות המערב

שלא כבתפוצות המזרח, נשאה ההתנגדות ליצירתם הקודיפיקטיבי של הר"י קארו והרמ"א בגולה אשר במערב אופי הרבה יותר עקרוני. אמנם הרמ"א השכיל למצוא דרך ביניים בין מגמה זו של **רבותיו**³⁸ לבין הצורך בחיבור ספר להכות וספר פסקים, אך רבים מגדולי של פולין לא הייתה דעתם נוחה גם מדרכו של הרמ"א. במשך תקופה של קרוב למאה שנה אנו עדים לדיונים נוקבים וחריפים על מקומה של הקודיפיקציה בהלכה ובכלל, על מידת האסור המותר בהזקקות לספר הלכות או ספר פסקים, בהלכה בכלל, על מידת האסור והמותר ההלכה ושאלות רבות דומות.

את נימוקי ההתנגדות ודרכיה ניתן לחלק לשלושה סוגים עיקריים:

1. נמנים החכמים ששלו את פועלם של הר"י קארו והרמ"א, ולא הציעו דרך שונה. חכמים אלה יש מהם ששלו בכלל את הרעיון של הקודיפיקציה, ויש ששלו אותה כפי שנתגבשה ע"י הר"י קארו והרמ"א.
2. חכמים שחלק על דרכם של הר"י קארו והרמ"א, ובעצמם עשו קודקס על פי הכללים שנראו להם או שחיברו פירוש לקודקס קיים, הערוך בדרך שנראתה להם.
3. חכמים שהיו להם השגות על הפסיקה מתוך השולחן ערוך של הר"י קארו והרמ"א, אבל לא הגיעו מהשגותיהם לידי שלילת עצם היצירה של קודקס עברי. אלא לידי השלמת יצירה לחיבורים של הר"י קארו והרמ"א.

התנגדות לשולחן ערוך ללא הצעת חיבור קודיפיקציה שונה

ר' חייב בר' בצלאל (1520-1588)

ר' חיים, שהיה מגדולי רבני אשכנז במאה ה-16 היה תלמידו של רבי שלום שכנא, שמפיו למד תורה יחד עם חבירו רבי משה איסרליש. את הרמ"א כיבדו הוקיר מאוד, אך משהגיע אליו הספר "תורת חטאת", כתב עליו חיבור שנקרא "ויכוח מים חיים", ובו השגות על הרמ"א. בהקדמה לחיבור הוא מפרט את הסיבות, שאותן אציג דלהלן, בנקודות.

- יש לספר הפסקים השפעה שלילית שיש לספרים המסמכים את ההלכה על לימוד ההלכה והתעמקות. ההקלה במציאת החומר אינה מביאה עמה תופעה של התעמקות ויגיעה – דבר שמתבקש על ידי החיסכון בזמן אלא להפך, גורמת לעצלות והזנחת הלימוד. אך אין זו עדיין הצרה כולה, עיקר הצרה היא בכך, שהמפרנס רק מספרי ההלכות נדמה לו שאכן הוא מבין את הדברים לעומקם ולאושרם!
- רבינו חיים חולק על עצם המגמה שביסוד אותם ספרים הבאים לסכם את ההלכה כדי להביא לידי אחידותה. דעתו של אדם אינה שווה עליו בכל עת, ולכן מותר אפוא שיהיו חילוקי דעות.

מהר"ל מפראג – ר' יהודה ליווא בר' בצלאל (1525-1609)

התנגדותו של המהר"ל מפראג לפסיקת הדין מתוך ספר פסקים שההלכה הסופית מובאת בו ללא מקורות ונימוקים, נעוצה בשיטתו הכללית בדבר דרך לימודה של ההלכה ובהשקפתו על מהותה של פסיקת ההלכה. הוא התנגד נחרצות לשיטת ה"פלפול" שהייתה נהוגה בזמנו – הוא טען שהיא הפכה במשך הזמן לפלפול לשמו ולא לשם מציאת אמיתה של הסוגיה. הלימוד הנכון הוא ע"פ סדר: מקרא – משנה – תלמוד, למסקנה יש להגיע בדרך השכל וההבנה, באמצעות הגיון והכרעה. המהר"ל מפראג למעשה מצהיר כי הוא מעדיף פסק "לא נכון" המוסק כתוצאה מעיון מעמיק במקורות ההלכה, מאשר פסק "נכון" המוסק מתוך ספר פסקים.

³⁸ ראה עמוד 50 תחת: רבי יעקב פולאק ורבי שלום שכנא, ויחסם לבעיית הקודיפיקציה.

ר' שמואל אליעזר (בר' יהודה הלוי) אידיש מהרש"א (1555-1631); ור' מאיר בר' גדליה מלובלין (מהר"ם מלובלין) (1558-1616)

המהרש"א היה רבם של כמה קהילות גדולות בפולין, הכיר בחשיבות הניתוח המעמיק של סוגיות התלמוד, אך התנגד ל"פלפול של הבל". הוא חיבר את הספר "חידושי הלכות" – אחד הפירושים הידועים והמקובלים ביותר לתלמוד, ובמיוחד לפירושו של רש"י ולחידושי בעלי התוספות. הוא ראה את התלמוד כמקור יחיד לפסיקת ההלכה. המהר"ם היה מגדולי חכמי ההלכה שבפולין. הוא הביע עמדה שלילית זו אף בצורה חריפה יותר. גם הוא חיבר פירוש על התלמוד – "מאיר עיני חכמים", שמודפסים אף הם כמעט בכל מהדורות התלמוד.

התנגדות לשולחן ערוך עם הצעת חיבור קודיפיקציה שונה

ר' שלמה בר' יחיאל לוריא (מהרש"ל) – "ים של שלמה" (1510-1574)

ר' שלמה לוריא, המהרש"ל, מגדולי חכמי ההלכה שבגולת פולין ומספוריה המעמיקים והפוריים ביותר, מתנגד בחריפות לדרך שנקט הר"י קארו בספרו "בית יוסף", והעמיד להלכה העברית אחד מספרי ההלכות המסכם את ההלכה ומכריע בה. המהרש"ל מתאר כיצד הגיע לידי הכרה בצורך בחיבור ספר הלכות: ריבוי חילוקי הדעות. ספרים רבים חוברו במטרה לתת מענה לכך (המשנה), משנה תורה לרמב"ם ועוד) תוצאה זו הביאה למחלוקת נוספת עוד יותר בין החכמים השונים ונוצרו דיוני הלכות נוספים. מציאות זו של חוסר אחידות בהלכה – חוסר אחידות לא רק בגלל שיקולים עניינים, אלא אף בהשפעת מקום מוצאו ולימודו של חכם ההלכה – הניעה את המהרש"ל לגשת לחיבור ספר הלכות, שנקרא "ים של שלמה", שכמותו וגודלו אין רבים בספרות הפוסקים שלפניו ושלואחריו.

מקורותיו ועצמאותו של המהרש"ל מתגלית בדרך פסיקתו והכרעתו בין הדעות השונות. הוא אינו נושא פנים גם לגדולי ההלכה, הוא חוקר ובודק כל דבר ועניין שהוא כותב בספרו, הוא מכריע לפי מסקנת שיקול דעתו בלבד על פי מה שעולה לו מן המקורות התלמודיים.

דרכו של המהרש"ל היא אפוא לרכז בספרו את כל הדעות המצויות באותו עניין הלכתי, ולבחון את הדעה הנכונה עלפי התלמוד ורק על פיו.

דרך פסיקתו של המהרש"ל סותרת אפוא בהחלט את דרך כרעתו של הר"י קארו³⁹ ושונה היא מדרך הפסיקה של בן דורו ומוקמו הרמ"א⁴⁰. המהרש"ל אינו מייחס כל חשיבות מיוחדת לעקרון הפסיקה "הילתכא כבתראי", כשמדובר בגאונים ובפוסקים שלאחר התלמוד, והדעות של החכמים שקדמו לו הביא בספרו לא כדי לפסוק על פי האחרונים שבהם – אלא כדי שלא יבוא בעל הדין ויאמר, שפסק המהרש"ל מה שפסק, משום שלא ידע דעה פלונית או אלמונית, ואילו ידע דעה זו היה פוסק לפיה.

סידור ההלכות בספרו אינו לפי נושאים ועניינים אלא לפי סדר הדברים שבתלמוד. בכל נושא ונושא הוא מביא את כל החומר הלכתי הנוגע לאותו עניין, והוא מכריע את ההלכה על פי עיון ושיקול בפירושה הנכון של הסוגיה התלמודית. חלוקה זו, מאוד מכבידה על מציאת הדין המבוקש, אבל המהרש"ל ביקש להבליט את פסיקתו לפי התלמוד, ולכן חיבר את ספרו לפי סדר התלמוד ולא לפי סדר הנושאים.

המהרש"ל מתנגד לדרכו של הר"י קארו, מוצא שלוש מגרעות בספר "בית יוסף" מבחינת תוכנו ודרך פסיקתו. לעמדתו השיטה של הר"י קארו אין בה משום חיפוש אחר האמת הנכונה אלא התפשרות ותו לא.

המהרש"ל לא משלב את ספרו יחד עם "בית יוסף" (בדומה להרמ"א שעשה כן עם ספרו "דרכי משה" ו"בית יוסף"), לכך יש שתי נימוקים:

- השוני שבצורה בין "ים של שלמה" לבין ה"בית יוסף". הר"י קארו ערך ספרו לפי סדר הטורים, היינו לפי סדר נושאים לעומתו ערך המהרש"ל את ספרו לפי סדר המסכתות שבתלמוד ואין אפשרות לשלב שתי צורות שונות אלה זו בזו.
- השוני המהותי שבין דרך הפסיקה שנקט המהרש"ל לבין דרך ההכרעה בירורו של כל דין על פי הראיות שבספרות התלמודית.

אולם הכרעתו של המהרש"ל לא נתקבלה, באשר נוגדת היא את דעתו של הרמ"א, וספרו הגדול זכה למהדורות מעטות בלבד, ואין בפוסקים מרבים להביאו. כנראה, גרם לכך קושי ההתמצאות בספרו בגלל סידור הלכותיו לפי מסכתות התלמוד, ושמה גם הביאה לכך עצמותו בפסיקת הדין.

³⁹ ראה עמוד 56.

⁴⁰ ראה עמוד 58.

ר' מרדכי יפה – בעל הלבושים (1530-1612)

ספר הלכות גדול אחר, שבקשר לחיבורו נידונה בעיית דרך לימודה של ההלכה ורעיון הקודקס העברי, הוא הספר "לבוש מלכות" מאת ר' מרדכי ברי אברהם יפה.

ר' מרדכי יפה השאיר בידינו סיבה מדוע הוא מבקש לכתוב קודקס עברי, סיבה זו נסבה סביב הבעיה בלימוד ההלכות, בימיו, לטענתו הלימוד הוא בחיפוש אחר האמת. חיבור ספר שמסוכמת בו כל ההלכה בנימוקיה ובטעמיה, בדרך קצרה וברורה, על ידי כך יוחזר חיפוש האמת כמגמת יסוד בלימודה של ההלכה.

ר' מרדכי יפה מקבל לעת עתה את הכרעתו של הר"י קארו. מטרתו הייתה לקצר את הספר "בית יוסף" (הוא לא ידע כי הר"י קארו שוקד על כתיבת שולחן ערוך), מטרתו להביא גרסה קצרה מאוד של הספר "בית יוסף". אולם כאשר הגיע אליו "שולחן ערוך" מצא בו פגמים וביקש לתקן אותו, לכך היו לו שתי נימוקים:

1. יש לקצר בספר נוסף, ללא טעם וללא נימוק.
2. רוב הדינים הם על דעת הרמב"ם ז"ל ולא הובאו הדינים שבארצות אשכנז ופולין.

ר' מרדכי יפה עיין גם בהגות של רמ"א ומצא בו גם פגמים בעיקר בכל שהרמ"א השמיט חומרים רבים רלוונטיים לדעתו. לאחר שעיין בספרות של הר"י קארו והרמ"א מצא ר' מרדכי יפה, כי החלוקה לשני ספרים נפרדים, כשהאחד, בית יוסף, הוא ארוך ומפורט מידי, והשני, השולחן ערוך, הוא תמציתי וקצר מידי, אינה הולמת את הצרכים המתבקשים מאת ספר הלכות, כי השימוש בספר המפורט אינו נוח, והשימוש בספר הקצר אינו יעיל.

החיבור מחולק ל-8 "לבושים". חמשת הלבושים הראשונים כוללים את יצירתו הקודיפיקטיבית במערכת ההלכה.

חמשת "הלבושים" הראשונים עוסקים בקודיפיקציה:

1. "לבוש התכלת" – הלכות תפילה, דיני "סדר היום".
2. "לבוש החור" – דיני שבת, מועדים...
3. "לבוש עטרת זהב גדולה" – כולל את הדינים הכלולים בטור יורה דעה.
4. "לבוש תכריך בוך וארגמן" – דיני נשים.
5. "לבוש עיר שושן" – המשפט האזרחי והציבורי.

בהקדמתו לספר ר' מרדכי יפה מכנה את עצמו "תופר" ואת מלאכת יצירתו בשם "מלאכת התפירה". בכל דין ודין הוא מביא בקיצור נמרץ את טעמה של ההלכה, את מקורה בתורה וכמה מדברי חז"ל שנאמרו לגביה, וכן הוא מביא גם את הדעה החולקת כשהיא מוסברת ומנומקת. הדרך בה ביקש ר' מרדכי יפה להנחות את ספינת הקודיפיקציה בהלכה הייתה ספר, שאמנם הוא מביא את המסקנה הסופית בלבד, ללא המשא ומתן התלמודי אך מסקנה זו מובאת כשהיא מנומקת ומבוארת בדרך קצרה ונוחה.

בכך ביקש לבוא לכלל שתי מטרות:

1. למנוע אפשרות תקלה של טעות בפסיקת ההלכה ולאפשר דימוי לדין הקיים כדי לפתור בעיות חדשות.
2. להמציא דרך נכונה ונוחה ללימוד ההלכה וידעתה.

עוד בימי חייו התפשט הספר בתפוצות, אך גם היו עליו הרבה השגות, והספר לא תפס את המקום שהועיד לו מחברו במערכת ספרות הפוסקים שבהלכה.

ר' יום טוב ליפמן העליר (1654 – 1579)

הניסיון האחרון שנעשה להחזיר את דרך הקודיפיקציה של ההלכה למתכונת ספרי ההלכות כפי שנקבעה ע"י הר"י והרא"ש (שהייתה מנוגדת לדרכם של הר"י קארו והרמ"א) נעשה ע"י ר' יום טוב ליפמן. חיבר ר' יום טוב ליפמן את "תוספות יום טוב" על שישה סדרי המשנה. מגמתו הייתה לא רק פירוש המשנה, אלא גם שילוב של הסקת המסקנה ההלכתית בלימודה. ר' יום טוב ליפמן סבר (בניגוד לכל ההצהרות הידועות לנו) כי אפילו הרמב"ם לא התכוון ש"משנה תורה" יהיה ספר הפסקים היחיד של ההלכה (ומכאן שגם בעל הטורים והר"י קארו). ר' יום טוב ליפמן מעדיף את צורת ספר ההלכות שבו יוכל המעיין לחזור אל המקורות שמהם הוסקה ההלכה, וע"י העיון במקורות יוכל לדעת ולהבחין בעצמו בין המסקנות הנכונות והלא נכונות. משום כך טוען ר' יום טוב ליפמן כי ספר פסקי הרא"ש הוא ספר ההלכות המתאים בצורתו ובתוכנו, אך מכיוון שגם הוא טעון פירוש ועדכון הוא חיבר עליו ספר פירושים. הפירוש שהוא כתב לרא"ש מקיף ביותר, ומברר כל סוגיה וסוגיה בנפרד.

התנגדות לשולחן ערוך ע"י השלמת חיבור קודיפיקציה שונה

גדולי הלכה אחרים בתקופה זו – התנגדו אומנם לפסיקה מתוך השולחן ערוך בלבד – נקטו בדרך שונה לתיקון התקלות העלולות לצאת מפסיקה כזו, ודרכם זו לא זו בלבד שלא הוסיפה לדחייתו של השולחן ערוך, אלא אף הייתה אחד הגורמים העיקרים לסלילת הדרך להתקבלותו של השולחן ערוך, בסייגים מסוימים, כקודקס של ההלכה. דרך זו הייתה השלמת היצירה הקודיפיקטיבית על ידי חיבור, שיהא נושא כלים לשולחן ערוך וחלק מהותי ממנו. נסקור עתה את החכמים שפעלו כך:

ר' יהושע ולק בר' אלכסנדר כ"ץ – בעל הסמ"ע (1555-1614)^v

1. ר' יהושע ולק היה תלמידם של המהרש"ל והרמ"א. השגותיו לגבי "בית יוסף" אינן לגופה של דרכו הקודיפיקטיבית של הספר, אלא הן בעיקר נסבות על פרטים ענייניים ופירושים. לעומת זאת הוא שולל באופן נחרץ את הפסיקה מתוך "שולחן ערוך" ו"המפה" בלבד. ולדעתו אף הרמ"א והר"י קארו לא התכוונו כי יפסקו על-פי "שולחן ערוך" בלבד, אלא רק לאחר עיון ב"בית יוסף".
2. כדי לתקן את הטעויות שמצא ב"בית יוסף" וכדי להפוך את "שולחן ערוך" לספר פסקים שניתן ומותר יהיה לפסוק על-פיו את הדין, נטל על עצמו ר' יהושע ולק לחבר יצירה המתחלקת ל"ארבעה ראשים":
 - (א) שלושה הם למעשה פירושים וחידושים על ספרי הטור – "הפרישה", "הדרישה" ו"הגהות" (מתייחס גם ל"דרכי משה"). בשלושת הספרים הללו ר' יהושע ולק מפרש ומוסיף על בעל הטורים ועל "בית יוסף".
 - (ב) ובכדי לפתור את בעיית הפסיקה מתוך "שולחן ערוך" הוא כתב את החלק הרביעי – "ספר מאירת עיניים" (סמ"ע). כדי למנוע טעות בהבנה מפאת קיצורו של "שולחן ערוך", ר' יהושע ולק הוסיף לו פירוש שמטרתו להיות חלק מהותי ובלתי נפרד ממנו.
3. מעתה יהיו "שולחן ערוך" ו"המפה" ספר הפסקים המחייב, אך הפסיקה מתוכם תתאפשר רק לאור העיון בפירושו שנמצא בצד כל סעיף וסעיף. בדרך זו הוא התגבר על בעיה של פסיקת פסק מתוך "שולחן ערוך" מבלי עיון מקדים בנושא ב"בית יוסף" (יסודה של הבעיה היה לא רק בכך שמדובר בשני ספרים נפרדים, אלא גם בחומר המרובה המובא באריכות ב"בית יוסף").
4. ר' יהושע ולק החל בפירוש לא לפי סדר "שולחן ערוך", אלא דווקא מהחלק האחרון – "חושן משפט", דבר המעיד על חשיבות דיני המשפט העברי האזרחי והציבורי בחיי המעשה באותה תקופה. הוא התכוון להמשיך ולפרש כך את כל חלקי "שולחן ערוך", אולם הוא לא הספיק.
5. למרות שהוא פירש רק את "חושן משפט", תרומתו הייתה מכרעת לבעיית הקודיפיקציה העברית והיא עזרה רבות בסלילת הדרך להתקבלותו של "שולחן ערוך" כספר פסקים מוסמך.

רבנו יואל סירקיס (1561-1640)^{vi}

גם רבנו יואל סירקיס, מגדולה ומנהיגיה של יהדות פולין, ביקש לאפשר בדרך זו את התקבלותו של "שולחן ערוך" כספר פסקים מוסמך. גם הוא התרעם נגד שיטת "הפלפול", וגם הוא התנגד חריפות לפסיקת ההלכה אך ורק מתוך "שולחן ערוך". כמו ר' יהושע ולק גם ר' יואל סירקיס סבר כי יש לפרש תחילה את ספרי הטורים, ורק לאחר מכן את "שולחן ערוך". לפירושו לספר הטורים הוא קרא "בית חדש". גם הוא התכוון לאחר מכן לכתוב פירוש ל"שולחן ערוך" אולם הוא לא הספיק לסיימו, ואף מה שהתחיל לכתוב לא הגיע לידינו.

התקבלותו של השולחן ערוך כקודקס של ההלכה

נושאי כלים – השלמת הצורה הקודיפיקטיבית של ההלכה

בפירוש "ספר מאירת עיניים" הכין ר' יהושע ולק כ"ץ לא רק את אחד מנושאי הכלים הגדולים והחשובים ביותר של השולחן ערוך, אלא אף עשה בכך להתקרב לותו של השולחן ערוך על דעת גדולי ההלכה, כספק הפסקים המחייב והמוסמך של ההלכה העברית. בדרך זו של כתיבת פירוש מוסמך ובלתי נפרד מההלכה הפסוקה שבשולחן ערוך, הושלם סוף סוף הפתרון לאותה בעיה "נצחית", שצפה ועלתה כל אימת שנתחבר ספר הלכות או ספר פסקים, הלוא היא: כיצד תישמר רציפותה של ההלכה, הקשר עם מקורותיה והבאת הדיון שבה.

הדרך היחידה שנמצאה מתאימה לכך הייתה הוספת פירוש מוסמך אשר יופיע לצד כל הלכה ושהדיין יהיה חייב לעיין בו טרם מתן פסק הדין. כך נעשה גם לארבעת חלקי השולחן ערוך וזה מה שאפשר את התקבלותו על דעת גדולי ההלכה והפיכת הלכותיו למוסמכות ומחייבות, כאשר בלעדי עיון בנושאי כלים אלה לא ניתן לפסוק מתוך השולחן ערוך.

המציאות ההיסטורית כגורם בהתקבלותו של השולחן ערוך

מסתבר שהשולחן ערוך לא בהכרח היה מתקבל לולא אותם מאורעות היסטוריים קשים, שהתרחשו באותה שעה בעולמה של היהדות. בדורם של נושאי הכלים של השולחן ערוך אירעו גזירות ת"ח ות"ט, שהביאו לחורבנם של יישובים וקהילות בארצות אירופה ולהריסת מרכזי תורה גדולים. ימי הפורענות הביאו תמיד לעידודה של המגמה הקודיפיקטיבית בהלכה וכך קרה גם הפעם. רק שכעת הספר כבר היה מוכן וכל שהיה צריך הוא שגדולי ההלכה יסמכו עליו את ידם. וכך היה. יתר על כן, גם נושאי הכלים זכו לסמכות הכרעה. בכך שהרמ"א הביא גם את הדעה החולקת על דעת ר"י קארו כדבר שהיה נהוג בארצות אחרות (יהדות המערב), נמנעה גם המחלוקת בין המנהגים בארצות השונות.

עמודים 1213-1225, 1255-1270 ספרות השו"ת**ספרות השאלות והתשובות****שאלות ותשובות בספרות התלמוד**

עצם התופעה של **שאלות ותשובות**⁴¹ שנשלחו ממקום למקום מצויה כבר בספרות התנאים והאמוראים. בתקופתם מצויה חליפת שאלות ותשובות ערה בין שני המרכזים, בבל וא"י ובין כל מרכז לתפוצות אחרות של הגולה.

השו"ת שנשאלו והושבו עד לחתימת התלמוד שובצו בתוך התלמוד כחלק מהותי ממנו לפי נושאי המסכתות והפרקים, ואינם מופיעים כענף ספרותי נפרד, ורק מתקופת הגאונים מופיעות השו"ת כענף ספרותי בפני עצמו. גם מבחינת היקפם, תוכנם ודרך כתיבתם שונות השו"ת שמתקופת הגאונים ואילן מן השו"ת שבספרות התלמודית. משום כל אלה מדובר על ספרות השו"ת כעל ענף מיוחד בספרות ההלכה רק למן תקופת הגאונים ואילך.

מהותה ותוכנה של ספרות השאלות והתשובות

נעמיד מספר עקרונות חשובים לעניינו מדוע הספרות השו"ת ייחודית:

1. במהותה לעומת הענפים האחרים של ספרות ההלכה
2. בתוכנה וחשיבותה למשפט העברי ולהלכה בכלל
3. בתרומתה הגדולה לתולדות המקורות הרישומיים של ההלכה לתקופותיה השונות
4. באוצרות המשוקעים בה לתולדות דברי ימי האומה במרכזיה השונים.

ייחודה של ספרות השו"ת ביחסה לפירושים וחיידושים ולספרי ההלכות והפסקים

נהוג אפוא לומר כי דומה מגמת ספרות השו"ת למגמת ספרות הפוסקים – קביעת ההלכה והכרעת הדין, וזאת להבדיל מענף הפירושים והחיידושים שמטרתו לעיין בחומר ההלכתי לשם הבנה והסברה ולא דווקא למעשה.

אך ישנו הבדל: מחבר ספר ההלכות והפסקים מגיע למסקנתו דרך העיון המופשט בחומר ההלכתי המצוי לפניו, אשר ממנו הוא מסיק את מסקנתו, וספרי ההלכות מציינים תמצית של שקלא וטריא ומסקנת ההלכה – ומכאן שבספר הפסקים ישנה רק מסקנת ההלכה. לעומת זאת, בשו"ת עומד המעיין בעיצומה של מציאות משפטית חיה, כשהוא מאזין לעובדות ולטענות שבפי הצדדים לדין וכשהוא מלווה את חכם ההלכה בכל שלב משלבי עיונו המשפטי.

המעיין בשו"ת נתון בעולם היצירה – הוא שותף לניסיון, הוא נוטל חלק בניתוח המשפטי, הוא נחשף לתיאור אובייקטיבי של רקע חברתי-כלכלי והוא מאזין לרמזים שקופים או סמויים על לבטיו וחיפושיו של חכם ההלכה למציאת הכרעה ופתרון משפטי הבנוי על יסוד העבר, ועם כל זה הוא משמש את הצרכים המרובים של בני הדור.

הערך הסגולי המיוחד של הפסיקה בתשובה (הערך החשוב שיש לספרי השו"ת-מקרה ופתרון)

עובדה זו, שהעקרונות המפשטים המוסקים מתוך שאלות ותשובות נובעים מתוך עיון ודיון בבעיות משפטיות המעוררות מתוך חיי המעשה, חשיבות מרובה נודעת לה גם מבחינת ערך הפסיקה הסגולי של עקרונות אלה. בדברינו על המעשה כמקור משפטי של המשפט העברי עמדנו על חשיבות המיוחדת, שמייחס המשפט העברי לעיקרון משפטי שהורתו בחיי המעשה, והלכה שבאה לעולמו של המשפט העברי באמצעות מקור משפטי אחר, אף היא משעה שנהגו לפיה ונבחנה בכור חיי המעשה – נודע לה תקוף ומשקל מיוחדים.

אופי זה של הלכה למעשה, שהוא ביסודה של כל שאלה ותשובה, העניק לעיקרון הלכתי ומשפטי – שהוסק מתוך השאלה והתשובה – מעמד ותוקף מיוחדים, העולים לא רק על תוקף העיקרון ההלכתי, שיסודו בענף הפירושים והחיידושים, אלא –

⁴¹ ראה עמוד 33.

לדעת רוב חכמי ההלכה – גם על מסקנה והכרעה, במקורם בענף ספרי ההלכות והפסקים, ואפילו אם יש סתירה בין המסקנה שבספר פסקים למסקנה שבשאלה ובתשובה.

המשיב כמוסד שיפוטי עליון

מאז ומתמיד היה במערכת המשפט העברי מוסד שיפוטי עליון שהובאו לפניו בעיות, שבתו דיין הנמוכים התקשו בפתרון, או שמלכתחילה הובאו לפניו בירורים משפטיים בעלי אופי מסוים או בנסיבות מסוימות.

בתקופת הגאונים ראו עצמם המרכזים בארץ ישראל ובבל כמוסד שיפוטי עליון. הישיבה הארץ ישראלית ראתה עצמה כ"בית הדין של כל ישראל", והנשיא והגאון שבארץ ישראל מודיע, שהוא שופט לכל ישראל וגם לבני המרחקים, וכי השופטים שבכל מקום הם תחת ידיו, במיוחד היה הדבר כך, להלכה ולמעשה, לעניין הישיבות שבבל, שראו עצמן כממלא מקום בית הדין הגדול בירושלים.

עם ירידת סמכותם והשפעתם של מרכזים אלה, ממלא המשיב – שהיה מבני הסמכות התלמודיים והרוחניים שבאותו דור יותר ויותר תפקידים של ערכאה שיפוטית עליונה. בעיות סבוכות, שהתקשו בפתרון בתי הדין המקומיים שבקהילות, וכן בעיות עקרוניות, שנגעו לציבור הרחב ולא ליחידים בלבד, הגיעו בסופו של דבר אל אחד המשיבים המוכרים שבאותו דור, שפעלו במרכזים השונים של התפוצה היהודית. משיבים אלה היו מעין בית משפט עליון בלתי רשמי ובלתי מוסדי של המשפט העברי. משיבים אלה היו מעין בית משפט עליון בלתי רשמי ובלתי מוסדי של המשפט העברי. בכך תרמו המשיבים גם לשמירה על מידה מסוימת של אחידות בפסיקתו של המשפט העברי, וכן על קיום קשרים הדוקים בין הקהילות השונות שבתוך המרכז היהודי ובן מרכז אחד למשנהו.

השו"ת והתפתחות המשפט העברי

לספרות השו"ת נודעת גם חשיבות מרובה מבחינת התפתחותו של המשפט העברי והעמידה על דרכי התפתחות אלה. השאלה שהופנתה למשיב התעוררה, בדרך כלל, על רקע העובדתי שבאותו זמן, ועל המשיב היה לענות ולהסדיר אתה בעיה הנדונה לפי הנתונים של אותה תקופה. נושאי השאלות היו, בדרך כלל, מתחום המציאות החברתית, הכלכלית, הטכנולוגית והמוסרית – הכול לפי התקופה והזמן. ומציאות זו השתנתה כמובן מתקופה לתקופה.⁴²

גדולי ההלכה שבכל דור נדרשו לקבוע את עמדת המשפט העברי לשאלות שהתעוררו בזמנם, ואם לא נמצא פתרון מפורש במשפט העברי הקיים חיפשו ומצאו את הפתרון באמצעות המקורות המשפטיים של המשפט העברי – המדרש, התקנה, המנהג, המעשה והסברה. ספרות השו"ת מעבירה אפוא לפנינו בעיות חדשות לא ספור, שהתעוררו במשך מאות בשנים והיא מדגימה ולמעשה את אופן השימוש בדרכי היצירה של המשפט העברי לפתרון של בעיות אלה.

החלק העיקרי בהלכה שבספרי השו"ת – ענייני המשפט העברי

עיקר עניינה וחשיבותה של ספרות השו"ת שלמה נוצרה: בירורה של ההלכה והכרעת הדין בבעיות המתעוררות בה. תופעה מעניינית, שברוב המכריע מתוך אלף ושלוש מאות שנה של קיום ענף השו"ת תפס אותו חלק של ההלכה הכלול במשפט העברי – היינו כל תחומי המשפט האזרחי וחלק ניכר וגדול של המשפט הפלילי והמנהלי משבעים עד שמונים אחוזים מכלל התשובות. ורק שלושים עד עשרים אחוז עניינים בדיני "אורח חיים" ו-"יורה דעת"⁴³. תופעה זו מקורה בקיומה של אוטונומיה שיפוטית עברית בכל מרכזי היהדות עד לפרוס האמנציפציה בסופה של המאה ה-18.

חיי החברה, המסחר והכלכלה של היהודים, התארגנותם הציבורית במסגרת הקהילה ומסודותיה – כל אלה עוררו פעם אחרי פעם בעיות, שחלקן לא נמצא פתרון מפורש במשפט העברי הקיים ובחלקן זה היה צורך למצוא פתרון אחר ושונה. המיוחד, הקושי והחדש שבעיות אלה – נוסף על ניגוד האינטרסים הטבעי שבין שני הצדדים לדין (גורם שאינן קיים, בדרך כלל, בדינים שבאורח חיים) כל אלה גרמו לכך, שבעיקר הובאו בעיות אלה לפני גדולי ההלכה, שהוכר כסמכות הלכתית מרכזית, כדי לבקש מידו את הפתרון וכדי לקבל את הכרעתו.

הקיפה הכמותי של ספרות השו"ת

מספרם של המשיבים גדול בהרבה ממספרם של מחברי ספרי הפירושים וספרי ההלכות והפסקים. לפי ההשערות יש בידינו כיום כשלוש מאות אלף שו"ת, שזה למעשה שלוש מאות אלף פסקי דין, המצויים ביותר משלושת אלפים ספרים של מחברים שונים. תופעה זו מובנת מתוך אופיו ומהותו של המשפט העברי – המשפט העברי מאוד נוהר מקודיפיקציות, ולעומת זאת רואה בחכם ההלכה כבעל התפקיד העיקרי במערכת ההלכה (עליו להכריע לפי שיקול דעתו ובהתאם לצורכי השעה). ומאחר שהמשפט

⁴² אלון מביא דוגמאות כיצד השתנתה המציאות – אולם לענין ברור לסטודנטים שמציאות היהודית הייתה שונה בכל מאה ומאה. ואין צורך להכביר בתיאורים ארוכים ומייגעים.

⁴³ ברכות, מועדים, מאכלות אסורות, נידה, מקוואות ועוד.

העברי מאז ומתמיד התפתח מתוך בעיות ממשיות העולות מתוך חיי המעשה, הפך ענף השו"ת לענף העיקרי (גם מבחינה כמותית) של המקורות הרישומיים בתקופה שלאחר התלמוד.

ספרות השו"ת כמקור לתקנות ומנהגים, מסמכים משפטיים שונים וחוקים זרים

בנוסף לדיונים ההלכתיים והמשפטיים שיש בספרות זו, מובאות בה לרוב תקנות ומנהגים שונים, ולעיתים קרובות משמשות השו"ת כמקור היחידי לידעתנו את התקנות והמנהגים הללו. אף ניתן למצוא בספרות זו חומר רב של נוסחאות של שטרות שונים (קניין, נישואין, צוואות), נוסחאות של גביית עדויות ופסקי דין של בתי דין של קהילות. חומר נוסף המצוי בספרות השו"ת הוא תוכנם של חוקים זרים המובאים אגב דיון בשו"ת.

שאלות ותשובות בענייני פרשנות, פילוסופיה, דברי הגות

כדרכה של תורה שבעל פה – המשלבת בתוכה הלכה ואגדה, משפט ומוסר, אורח חיים ואורח מהשבה – מצויים כל אלה גם בספרות השו"ת, ולא אחד עובר המשיב מתוך דיון בענייני הלכה מובהקים לדון בדברי אגדה ומוסר. אף מצוי מספר קטן של שו"ת, שכל עיקרה של השאלה והתשובה מיוחד הוא לא לעניין הלכתי או משפטי מסוים, אלא לפרשנותו של פסוק בתורה או של דין במשנה או בתלמוד, בין אומות העולם, לענייני מלאכים, רוחות ואסטרולוגיה וכיוצא באלה. גם ניתן לציין תקופות מסוימות, שבהם מרובה חומר זה או אחר, כגון תקופת הגאונים, שהרבה מן השו"ת שבהן ענייני פרשנות של מלים או סוגיות בתלמוד, עניינים שבאמנה וכיוצא באלה.

ספרות השו"ת כמקור לתולדות ספרות ההלכה

דיונו המפורט של המשיב וחתימתו למציאת ההכרעה בשאלה שהובאה לפניו מביאה אותו לשימוש רב בחומר המצוי במקורותיה הרישומיים של ההלכה – היינו המקרא, מדרשי ההלכה, המשנה, התוספתא, שני התלמודים ושאר הספרות התלמודית, מדרשי אגדה, ספרי הלכות ופסקים, ספרי פירושים וחיידושים ועוד. בדרך זו נשתמר בספרות השו"ת חומר רק בדבר נוסחאות שונות של מקורות רבים מן התלמוד ושאר התלמוד, מן הספרות הרבנית שעוד לא ראתה דפוס, ולעיתים אף לא נשארה בדיניו בכתב יד עוד. וכן מצוי בספרות השו"ת חומר רב של מסורות בעל פה בדבר פסיקותם של גדולי ההלכה, דרך חיבור ספריהם והתפשטותם וידיעות ספרותיות היסטוריות רבות.

ספרות השו"ת כמקור היסטורי

לספרות השו"ת נודעת חשיבות רבה גם כמקור לידיעת ההיסטוריה. המשיב דן בפרטי העובדות שלפניו ואגב כך הוא מוסר תיאורן של עובדות היסטוריות שונות בדבר מעמדם המדיני והמשפטי של היהודים: מידת האוטונומיה, שירותם במשרות ציבוריות, עלילות וגירושים, יחסי היהודים עם הנוכרים בענייני כלכלה וחברה, מבנה הקהילה ומוסדותיה, ענייני שיפוט ומסים, מוסד המשפחה, ענייני חינוך, ניבי לשון, פולקלור, מדע (רפואה פגעי טבע) וגיאוגרפיה (מבנה ערים).

השו"ת וצורות מקבילות בשיטות משפט אחרות

הצורה של השו"ת דומה במקצת ל- Responsa Prudentium שבמשפט הרומי, ובמיוחד דומה היא לפתוא שבמשפט המוסלמי. למעשה קובצי השו"ת שבמשפט העברי דומים לקבצים של פסקי דין שבמערכות משפטיות אחרות. אמנם ישנו הבדל פורמאלי – פסקי הדין נוצרו כתוצאה מדין ודברים שהביאו בעלי הדין להכרעה בפני שופט, ואילו השאלה אשר בקובץ שו"ת לא הובאה בפני ערכאה שיפוטית פורמאלית – המשיב היה אישיות הלכתית מרכזית ומקובלת, והפונים אליו על-פי רוב לא היו בעלי הדין עצמם אלא הדיינים המקומיים שבעלי הדין הופיעו בפניהם.

אך הבדל זה הינו פורמאלי בלבד, הצד השווה הוא שבשניהם מובא תיאור של כל החלק העובדתי, טענות הצדדים, הראיות והדיון המשפטי, בשניהם מצויה הכרעת הדין ופסיקתו, ולשניהם יש כוח מחייב ומכריע.

קובצי השו"ת דומים במיוחד ל- Law Reports שבמשפט האנגלי – עיקר יצירתו של המשפט העברי הוא בפסיקה ממשית בשאלות שהתעוררו מתוך חיי המעשה (Case Law), ולא בקביעת עקרונות כלליים מופשטים, וזו גם דרכו של המשפט האנגלי. וזאת בניגוד למשפט הקונטיננטלי שהוא בעיקרו משפט קודיפיקטיבי, שיסודו ותמורתו בקודיפיקציה של החוק.

לסיכומו של דבר ...

מהותה ותוכנה של ספרות השו"ת על קווי האיכותיים והכמותיים המיוחדים – והעובדה שספרות זו, המשרעת על תקופה של כ-1300 שנה בקירוב, מכילה את החלק הניכר של בניינו והתפתחותו של המשפט העברי, כל אלה עושים את העיון והדיון בספרות השו"ת למשימה מרכזית במחקרו של המשפט העברי.

קווים כללים בדרכם של המשיבים, במבנה ובצורה של השאלה והתשובה, ובעריכת קובצי השו"ת

נעיין בקווים עיקרים אחדים במבנה ובצורה של השאלה והתשובה, כפי שהם מצויים בדיניו בעיקר מתקופת הראשונים:

תוכן עניינים לנוחיותכם:

62	סוגי השואלים, פנייה ליותר ממשיב אחד
63	השאלה והתשובה – מבנה, צורת וסגנון ומשולח השו"ת והעתקן
63	שמות אנונימיים ופיקטיביים של בעלי הדין ומקומות גיאוגרפיים
64	שאלות ותשובות היפותטיות ותרומתן

סוגי השואלים, פנייה ליותר ממשיב אחד

השואלים היו, בדר"כ, חכמי הלכה, שבני קהילתם הביאו לפנייהם שאלות בדבר הלכה, או דיינים שישבו לדין בבירורים משפטיים שבין יהודי לחברו. כשהופיעה בעיה קשה לחכמי הלכה ולדיינים אלה לפתרה, או שביקש אחד הצדדים, שמחמת הקושי או החידוש תובא לבירור נוסף, חזר הדיין והביאה לפני הסמכות ההלכתית המרכזית שבאותה פזורה. לעיתים הובאו שאלות גם לפני סמכות הלכתית שבמרכז אחר.

לעיתים פנה השלטון הכללי או בית המשפט הנוכרי אל המשיב בעניין בירור משפטי שבין בעלי הדין יהודים. אף מצויות תשובות שנשלחו לקהל ולפקדי הציבור, בלי שנשאל המשיב, ובהן הוראות ותגובה על תופעות שליליות מסוימות.

עוד מתקופה קדומה אנו שומעים, שהקפידו חכמי ההלכה, שלא להשיב אלא לשאלות שהופנו אליהם מאת הדיינים או אם יש כאן עניין משפטי שיש בו יותר מצד אחד – מאת כל הצדדים שבמשפט.

מה סיבה לכך?

(א) נימוקו של רש"י לכך הינו כדי שלא ישמש המשיב כעורך דין, היינו מלמד טענות לאחד הצדדים.

(ב) הריב"ש- טען כי המשיב העונה לצד אחד בלבד- איולת וכלימה היא, אם אינך שומע את טענות שני הצדדים ייתכן שלא יובאו בפנייך כל העובדות ותמצא שלא תתאים תשובתך לעובדות ומתוך כך תהא מוטעית. נימוק זה נשמע גם מפי הרב שמואל די מדינה שמספר שהשיב פעם תשובה מוטעית על סמך שאלה שהוצגה לפניו על ידי אחד הצדדים בלבד והצטער על כך רבות.

(ג) נימוק נוסף משתמע מתוך תקנה המובאת ע"י המהר"ם מפאדובה והוא שהשגת תשובה מחכם הלכה לטובת אחד הצדדים יש בה משום השפעה בלתי הוגנת על בית הדין המקומי שהעניין עתיד לבוא בפניו ואתו צד אף עלול לטעון "קים ליי" כמסקנה שבתשובה שקיבל ונמצא שמתרבות המחלוקות בין "הרבנים ובעלי הבתים".

לעיתים הובאה אותה שאלה עצמה לפני יותר מחכם אחד, ויש שנתקבלה תשובה דומה משני המשיבים ויש שניתנו תשובות חולקות ושונות. לעתים - במיוחד בעניינים חמורים של התרת אשת איש - היו המשיבים עצמם מבקשים שתובא תשובתם גם לפני חכמים אחרים או שהיו משתפים במתן התשובה חכמים נוספים, כדי שלא תהיה הכרעה על דעת יחיד.

השאלה והתשובה – מבנה, צורת וסגנון ומשולח השו"ת והעתקתו

הדבר העיקרי והחשוב ביותר שנדרש מן השואל שבשאלה יפורטו במדויק כל הנתונים העובדתיים, נוסח התקנות, השטות והמסמכים האחרים הקשורים בעניין, טענת הצדדים, פרוטוקול מדויק של דברי העדים וכיוצא באלה, והמשיב נוהג לציין לעתים קרובות, שעיין בכל אלה עד שלא נתן את תשובתו. דברי העדים וטענות הצדדים מובאים לעיתים בלשון שבה נאמרו והמשיב מדייק במשמעות הדברים בלשון המדוברת. לעיתים קרובות המשיב מעמיד את השואל על חוסר הבהירות שבשאלה ועל חוסר הנתונים והפרטים הדרושים. במקרה כזה יש שהמשיב מסרב להשיב, עד שלא יקבל מתא השואל הפרטים הנוספים הדרושים, ויש שהוא משיב תשובה עקרונית לעצם הדין שהוא משלים את הפרטים החסרים מתוך החומר שלפניו או משיב גם תשובה אחרת על יסוד אפשרויות עובדתיות שונות, שהיו עשויות להיות באותה מקרה אשר לפניו.

בדרי"כ הקפידו המשיבים להתייחס רק לטענות שהשמיעו הצדדים – כדי שלא להיכשל בשמיעת הטענות מפי צד אחד ולהיות עורכי דין. לפעמים דן המשיב גם בעניין שלא נזכר בדברי השואל, אם העניין קשור ישירות עם השאלה, ויש צורך בכך. לעומת זאת כשהצדדים מרבים להביא טענות ארוכות וחסרות קשר – נוהג הוא להתעלם.

מבנה התשובה תלוי באישיותו ובדרכו של המשיב:

- יש משיבים, שמקדמים לעצם התשובה דברי הקדמה קצרים, מסכמים טענות הצדדים ובוחרים את התשובה לפי סדר מסוים.
- לעתים מדגיש המשיב, שבמיוחד יש לדאוג לעיון מלא ומפורט, כאשר אחד הצדדים הוא הציבור.
- יש שהמשיב מדגיש את תשובתו בצירוף מפורט, אם יש צורך בכל לשם הבנת העניין.

הלשון שנכתבו בה השו"ת היא בדרך כלל עברית משולבת בארמית, סגנון התלמוד. בתקופות מסוימות נכתבו חלק מהשו"ת גם בלשונות אחרות, במיוחד ערבית (שו"ת הגאונים, שו"ת הרי"ף, הרמב"ם ועוד). הדבר הביא לשתי תוצאות קשות:

- חלק ניכר מתשובות אלה אבדו, לאחר שהקיבוצים היהודיים עברו למרכזים בהם לא דובר ערבית, ושוב לא יכלו להיזקק לתשובות אלה.
- תרגום התשובות לעברית לא תמיד היה ברמה הדרושה והדבר הכביד על הבנת הדברים.

התשובות נכתבו בידי המשיב עצמו או לפחות מפי המשיב על ידי אחד מתלמידיו או בני משפחתו. לא פעם נגרמו שיבושים בזיהוי של המשיב או בתוכן התשובה על ידי העתקה לא נכונה. השאלות והתשובות הועברו לעיתים על ידי שליחים מיוחדים וגורל התשובה והגעתה בזמן היה תלוי לא מעט בשליח. לעיתים השתהה השליח זמן ניכר לרגל מחלה או טרדות של המשיב מה שהביא לעיתים גם לכך שתיכתב התשובה בקצרה כדי שלא להשהות השליח זמן רב. קשיי התחבורה גרמו שלעיתים נשלחה במרוכז קבוצה של שאלות אחדות והתשובות עליהן ניתנו גם הן במרוכז.

שמות אנונימיים ופיקטיביים של בעלי הדין ומקומות גיאוגרפיים

עובדה אופיינית לספרות השו"ת מבחינה צורנית היא, שבניגוד למקובל בקבצים של פסקי דין בשיטות משפטיות אחרות, לא הובאו בה, בדרך כלל, שמות בעלי הדין הקשורים לנושא הדין. הדברים בדרי"כ מכונים באחד משות האבות או השבטים.⁴⁴ והנשים בשמות האימהות⁴⁵. תופעה זו ידועה לנו עוד בספרות השו"ת שבתקופת הגאונים והיא תופעה קבועה ב שו"ת לכל תקופותיהן.

מהי הסיבה לאנונימיות זו של בעלי הדין? לדעת החוקים יש שני נימוקים:

- משום שעניינים של העורכים היה רק בפרסום הבירור המשפטי והכרעת הדין על ידי המשיב, ולא ייחסו להזכרת שמות בעלי הדין כל חשיבות.
- משום שהזכרת שמותיהם של בעלי הדין ופרסומם יש בהם כדי לפגוע בכבודם, וחכמי הלכה נזהרו בכל מאוד.

אמנם ייתכן שהיו אלה הנימוקים להשמטה בידי העורכים, אך מפיהם של כמה משיבים אנו לומדים, שכבר השואל שלח למשיב עצמו את השאלה כאשר שמות בעלי הדין האמתיים הוחלפו בשמות בדויים. לכך אנו מוצאים שני נימוקים:

⁴⁴ אברהם, יצחק, ראובן, שמעון וכיוצא בזה.

⁴⁵ שרה, רבקה וכו'.

(א) כדי שיינתן פס"ד עצמו, מבחינה פורמלית, ע"י בית הדין המקומי שהצדדים הופיעו לפניו והתשובה אינה כביכול חוות דעת בלבד.

(ב) מניעת מושא פנים מחמת הכרה אישית של הצדדים.

יש לציין, שנוהג זה של הסוואת שמות הצדיים קיים גם היום בפרסום קובצי פס"דים, של בתי הדין הרבניים, שבהם שמות בעלי הדין מסומנים באותיות. כאן נימוק כנראה שלא לפגוע בכבודם של הצדדים.

החלפת שמות מקומות בשמות פיקטיביים היה גם הוא שכיח ונבע ככל הנראה מחמת חשש של עינא בישא מטעם השלטון הכללי, כשמדובר בענייני מיסים וכו'. הרבה שמות מקומות הושמטו לגמרי מתוך השו"ת בידי המעתיקים ועורכי קבצים של השו"ת, כנראה מאותם נימוקים בשלם הושמטו שמות אנשים.

שאלות ותשובות היפותטיות ותרומתן

הרוב המכריע של ספרות השו"ת מקורה בבעיות שנתעוררו בחיי המעשה ושהובאו לעיונם ולהכרעתם של חכמי ההלכה המוסמכים שבתקופות השונות ובמרכזים השונים. נוסף לכך מצויות גם שאלות שאמנם הן דנות בעניינים מתחום ההלכה אך לפי עניין ותוכן הן שאלות עיוניות טהורות. לעיתים השואל מדגיש במפורש, בעניין שכשלעצמו עשוי היה להתעורר בחיי המעשה ובמקרה של ממש - ש"אין מעשה לפנינו, רק הדין אני חפץ לדעת", או שאלות שנשאלו למקרה שיהא צורך בתשובה עליהן בעתיד להלכה ולמעשה.

את בעיית מציאותן של שו"ת פיקטיביות עוררו גדולי האחרונים לעניין ספר תשובות שלם הוא ספר "תרומת הדשן" לר' ישראל איסרליין. חכמים אמרו על ספר זה שהתשובות בו אינן אלא תשובות שכתב הוא עצמו ולא שאלוהו אחרים. בדרך זו הוכיחו חוקרים אחרונים על מקבילות רבות נוספות אשר ב"תרומת הדשן" לתשובות אחרות של ר' ישראל איסרליין ומכאן ניתן להסיק שגם תשובות מסוימות אלו אשר ב"תרומת הדשן" ניתנו על סמך שאלות שהתעוררו במציאות ולמעשה. יש לציין שבתקופה האחרונה מתחברים לעיתים ספרים שהם עיוניים טהורים אך נקראים בשם "שאלות ותשובות". הבעיה אם תשובה מסוימת ניתנה על שאלה שהתעוררה מתוך מעשה שהיה או לאו, יש בה לא רק עניין ספרותי בלבד, אלא גם חשיבות מבחינת הפסיקה ההלכתית.

כרך ג'

ביטול האוטונומיה השיפוטית העברית	1356-1350 ,1347-1329
המשפט העברי במערכת המשפטית הכללית	1472-1457 ,1443 -1420 ,1381-1365
חוק יסודות המשפט	1582-1537
מהותה הדתית והתרבותית של בעיית המשפט העברי במדינה העברית	1626-1594

המשפט העברי במדינת ישראל

עמודים 1329-1347 תקופת ההתעוררות הלאומית

חברת "המשפט העברי"

סמוך לאחר הצהרת בלפור⁴⁶ נוסדה באולם בית הכנסת במוסקבה, חברת "המשפט העברי", ששמה לה למטרה לייסד בירושלים מוסד למחקר ולחידוש המשפט העברי, שישמש כהכנה לפתיחת פקולטה למשפטים באוני' העברית, להעסיק משפטנים הבקיאים גם במשפט העברי – בחקירתו ובהכנתו של המשפט העברי, להקים ספרייה משפטית כללית ועברית, ולהוציא עיתון מדעי משפטי, ספרים משפטיים בשפה העברית ותרגומי ספרי יסוד משפטיים לעברית.

בתוך כך, אנו לומדים על המפנה הגדול שחל בגישתם של רבים וטובים בחברה היהודית, גם מבין אלה שלא נמנו עם שומרי המצוות שבה, בדבר מקומו של המשפט העברי בחיי העם העברי. גישה עקרונית זו, שהיה בה כדי להחזיר את המשפט העברי לחיי המעשה, טמונה בחובה – כבר בראשית הדרך אחת מבעיות היסוד של הנהגת המשפט העברי במציאות הרוחנית: האופן שבו יש להנהיג את השיטה המשפטית הזו.

היו אנו יודעים עד כמה תהליך זה היה מורכב, במיוחד לאחר קום המדינה ולאחר שהתעוררה בעיית הנורמה הבסיסית של החוק שבה.

משפט השלום העברי

ביטוי מעשי חזק להתעוררות המחודשת להחדרת המשפט העברי בחיי המעשה בראשיתה של המאה הזאת, היה ביסודו של משפט השלום העברי. ביזמת ראשי המדרש הארתי ישראלי של ההסתדרות הציונית.

במשך הזמן נוסדו סניפים שונים של משפט השלום העברי במקומות שונים בארץ, ועם סיום מלחמת העולם ה-I, באספת ההתארגנות של מוסדות הישוב, נתקבלה החלטה לחייב אזרחים עבריים להישפט בבית משפט זה. במקומות שונים בארץ הוקמו בתי משפט מחוזיים, ומעליהם – בית המשפט העליון. כן הוצאו תקנות וסדרי דיון וכללו הוראות בדבר מוסדות השיפוט.

משפט השלום העברי פעל לצדם של מסודות שיפוטיים אחרים. מצד אחד מסודות השיפוט של הקיסרות העות'מאנית (והמנדטורית) ולאחר מכן לצד בתי הדין הרבניים, שעד הקמתה של הרבנות הראשית היו מפוצלים ומפורדים ביניהם לבין עצמם.

אין ספק שמאמץ זה להחדרת המשפט העברי לחיי המעשה ראוי הוא להערכה, אך לא השיג את מטרותיו, וזאת בעקבות הנימוקים הבאים:

(א) מנהיגי היהדות הדתית-לאומית וחוקים נכבדים כשי' אסף, שללו את קיומם של מסודות שיפוט קבועים במסגרת שיפוטם של בתי הדין הרבניים ובניגוד להם.

(ב) לא קיבל משפט השלום העברי על עצמו לפסוק לפי ההלכה הקיימת בשולחן ערוך חושן משפט ובספרות ההלכה שלאחריו.

(ג) לא הייתה לפני משפט השלום העברי מערכת נורמות של משפט עברי או של איזה משפט שהוא, שלפיו ידונו שופטיו.

למעשה התנהל הדיון במשפט השלום העברי כדיון של הדיוטות, שדנים לפי עקרונות כללים של צדק ויושר, מוסר וטובת הציבור, השופטים היו בדר"כ אנשים בעלי השכלה כללית ולא משפטנים.

פי' דיקשטיין מתאר את הבעייתיות שבמשפט העברי, בין היתר העדר ספר חוקים. הוא גם מצביע על הבעיה שחלק ניכר מהציבור לא ראו בעין יפה חופש מוחלט זה (חקיקה ללא ספר חוקים).

לאור כל אלה נכשל משפט השלום העברי.

⁴⁶ הצהרת בלפור היא הכינוי המקובל למסמך שנחתם בידי שר החוץ הבריטי, הלורד ארתור גיימס בלפור, ב-2 בנובמבר 1917 (י"ז בחשוון תרע"ח) ועיקרו הכרזה ולפיה בריטניה תתמוך בהקמת בית לאומי לעם היהודי בארץ ישראל. מתן ההצהרה היה הישג מדיני חסר תקדים של התנועה הציונית: מעצמה עולמית כמו בריטניה הסכימה למעשה לפרוש את חסותה על התנועה הציונית ולסייע לה במימוש מטרותה העיקריות.

המשפט העברי בבתי הדין הרבניים**יסודה של הרבנות הראשית והכוונת פעולה בתחום המשפט העברי**

מצבם הארגוני והפנימי של בתי הרבניים בא"י בתחילתה של המאה ה-20 לא הניח מקום, כי יהיה תפקידים להמשיך ליצור את המשפט העברי.

בראשית ימי המנדט הבריטי, עם תחילת כינון מוסדותיו הארגונים של היישוב היהודי בארץ, נתכנסו נושאי דבר ההלכה ונציגי הציבור בארץ לדיונים ולהחלטות בדבר יסודה של הרבנות הראשית ובדבר הענקת הסמכות החוקית לבתי הדין הרבניים בענייני המעמד האישי אותה שעה הורכבה ועדה מיוחדת, כדי להכין ולבחור את חברי מועצת הרבנות הראשית ונשיאה, ובראש הוועדה עמד נורמן בנטוויטש, שכהן כיועץ המשפטי לממשלת המנדט. הוא הביע משאלה שבתי הדין של הרבנות ימלאו תפקיד היסטורי בחיי האומה המתחדשת, יפתור את הבעיות המשפטיות העומדות לפניו בתקופה החדשה, ויהיה למוסד שיכירו בו יהודי העולם לקובע הלכה בדיני ישראל.

הרב קוק⁴⁷ ביקש לראות את המשך יצירתו של המשפט העברי בבתי הדין הרבניים באמצעות שני המקורות המשפטיים העיקריים, שעל ידם התפתחה ההלכה בכל תקופותיה:

1. המדרש – היינו האינטרפרטציה, כשהיא משולבת במעשה, שעל ידה ההלכה ממשיכה ביצירתה ב"צורה של דין"⁴⁸.
2. התקנה – חקיקה, שעל ידה ההלכה פותרת מציאות משפטית חדשה בהתקנת תקנה חדשה המתוספת למערכת ההלכה.

כשאנו מעיינים בדרכם וביצירתם של מועצת הרבנות הראשית ושל בתי הדין הרבניים שעד קום המדינה, נמצא, שבתחום הנוהל המשפטי ודיני המעמד האישי – שבהם נמסרה לבתי דין אלה סמכות של שיפוט וכפייה מכוח חוק המדינה – פעלו מקורות היצירה אמורים, אם כי בהפסקות ובצורה מקוטעת ואיטית מדי, ולא במלוא התנופה, כפי שיש ובכוחם ובסמכותם של נושאי ההלכה לעשות וכפי שחייבו זאת צורכי השעה. לעומת זאת, בכל התחומים האחרים של המשפט העברי – וכוונתנו בעיקר לענפים השונים של המשפט האזרחי – כמעט שלא נעשה דבר.

סדרי דין ודיני המעמד האישי

תקנה אחת חשובה ועקרונית מתחום סדי הדין, שהותקנה מיד באותה שנה עצמה, היא הקמת בית דין רבני עליון לערעורים, מוסד שלא נמצא בהלכה התלמודית, אף כי בדומה לו כבר קיים למעשה בתקופה הרבנית. במשך תקופה של למעלה מעשרים שנה לא השכילו בתי הדין הרבניים – שחסרו הרציפות של קיומם מזה תקופה ניכרת בגולה – להתארגן כבתי משפט מסודרים עם סדרי דין קבועים. שינוי לטובה במצב דברים זה חל בשנת 1943, עם פרסום תקנות הדיון בבתי הדין בארץ על ידי מועצת הרבנות הראשית לא"י. תקנות אלה הכילו הוראות מפורטות בדבר אופן הגשת המשפט, סדר הדיון, דיני ראיות, סדרי הגשת ערעור ומהלך בירורו בו ועניינים נוספים. החידוש המהפכני שבאותן תקנות היה באותן תקנות, שבהן קיבל עליו בית הדין הרבני לחלק את העיזבון לפי הוראות של פקודת הירושה המנדטורית משנת 1923, המשווה את הבת לבן ואת האישה לבעל בקבלת חלק ירושת העיזבון.

מתקופה זו ואילך, היינו לאחר שנת 1944, כמעט שנפסקה פועלם היוצרת של מסודות ההלכה בא"י בדרך התקנת התקנות. שלוש תקנות נוספות בלבד הותקנו בשנת 1950, והעיקרית שבהן היא בעניין איסור נישואי בוסר למטה מגיל 16. מאידך, בתקופה זו ואילך חלה התקדמות בהתפתחות ההלכה בדיני המעמד האישי על ידי האינטרפרטציה המשולבת בפסיקה. נסתפק בהזכרת מוסד משפטי מהותי בדיני הגירושין, שחודש בפסיקתם של בתי הדין הרבניים, והוא זכותה של האישה לקבל בעת הגירושין, בנוסף לכתובה, סכום מסוים הנקרא פיצויים. סכום זה משתנה לפי הנסיבות בכל מקרה ומקרה, ואחד השיקולים החשובים בקביעתו הוא לתת לאישה חלק ברכוש שנוצר בשנות הנישואים על ידי מאמץ משותף של שני בני הזוג.

⁴⁷ הרב אברהם יצחק הכהן קוק (ט"ז באלול ה'תרכ"ה - ג' באלול ה'תרצ"ה; 7 בספטמבר 1865 - 1 בספטמבר 1935. מכונה גם הראי"ה [1]). היה הרב הראשי האשכנזי הראשון בארץ ישראל, פוסק, מקובל והוגה דעות. נחשב לאחד מאבות הציונות הדתית.

⁴⁸ כלומר על ידי מציאת הפתרון ההלכתי החדש בדרך פרשנותו מתוך הדין הקיים.

המשפט האזרחי בבתי הדין הרבניים

כאמור, בשאר התחומים מלבד המעמד האישי לא נעשה אלא מעט מאוד. נכון הדבר, כי בשאר התחומים לא ניתנה לבתי הדין הרבניים סמכות שיפוט על פי חוק והיזקקותם לענפים משפטיים אלה, לא יכלה להיעשות אלא בתורת בוררות. אך, ההתעוררות הגדולה שעברה באותה שעה על היישוב היהודי בארץ ישראל, לחזרה למשפט העברי, הייתה צריכה להעמיד בראש דאגתם, של נושאי ההלכה, שיעשו למען הכנתה של מערכת משפטית עברית, שתתאים לצרכיהם של חיי הכלכלה והחברה של היישוב היהודי שבאותה שעה. למרבה הצער, מלבד שלילתו של משפט השלום העברי לא נעשתה כל פעולה בדרך פוזיטיבית להכנת מערכת מתאימה של משפט אזרחי עברי, שיהא בה כדי להשפיע על אזרחי היישוב העברי שיביאו את בירורי תביעותיהם האזרחיות לפני בתי הדין הרבניים. מבין אוסף פסקי הדין של בית הדין הגדול לערעורים, שמכיל כ-50 פסקי דין מן השנים 1943-1950, ישנם 10 בלבד שאינם עוסקים בענייני המעמד האישי. יש להצטער צער רב כי המוסדות הרבניים לא השכילו להרבות באלו פי כמה וכמה ולא עשו דבר למען המשימה העיקרית שעמדה לפניהם: הכנה מתאימה של כלל מערכת המשפט העברי לקראת שימושה בחיי היישוב היהודי המתכוון לעצמאותו המדינית.

המנהיגות הדתית והמשפט העברי

גם המנהיגות הדתית-לאומית לא עסקה מספיק בתחום המשפט העברי האזרחי, והתרכזה בסוגיות חינוך, ענייני איסור והיתר (כגון שבת וכשרות) וענייני נישואין וגירושין.

לראשונה דנה היהדות הדתית במקומו של המשפט העברי במשפט המדינה רק סמוך להקמת המדינה, אך אותה שעה כבר לא הספיקה להכין את מערכת המשפט העברי לקראת תפקידה הטבעי במערכת המשפט של המדינה.

המשפט העברי והשפה העבריתהחזרת הלשון העברית לחיי המעשה

גורל טוב מגורלו של המשפט העברי נפל בחלקה של הלשון העברית, וזאת אף על פי שמבחינה אחת קשה הייתה החזרת הלשון העברית כלשון דיבור מהחזרת המשפט העברי לחיי המעשה. השימוש בלשון העברית בחיי המעשה בכל אותה תקופה אורכה נהג או מתוך קדושת הלשון – היו יהודים שאסרו על עצמם בשבת לדבר בלשון חול – או כאמצעי תקשורת בכתב או מתוך נסיבות דומות אחרות. זאת ועוד: רבים וטובים מנאמני התנועה הציונית בראשיתה, הרצל בכללם, פקפקו באשר לאפשרות השימוש בלשון העברית כלשון, שניתן להתבטא וליצור בה במציאות המודרנית.

בשנת 1913 – בעת "מלחמת השפות"⁴⁹, נפלה ההחלטה הנחושה לטובת השימוש בלשון העברית כשפת ההוראה שבמוסדות היישוב, ובשנת 1919 הוכרזה הלשון העברית מפי הנציב הרברט סמואל כאחת משלוש הלשונות הרשמיות של א"י – מאז נקשרה לשום זו עם המציאות והחיים. כתוצאה מעמל ללא ליאות של גופים ציבוריים ויחידים קנאיים – ובראשם מחייה הלשון העברית כלשון דיבור, אליעזר בן יהודה. נוצרו ביטויים ומנחים, סגנון וניסוח, שבשיעור ניכר נדלו מן האוצרות הקדומים של הלשון, כשמצד אחד היה בהם כדי להיענות לצרכים המודרניים. ומצד שני כדי לשמור על המשכיותה ורציפותה של הלשון העברית הקדושה בת אלפי השנים עם הלשון הלאומית שבימינו.

כיון אין כל אפשרות לתאר את חיי החברה והתרבות של המדינה ללא השפה העברית.

גורלו של המשפט העברי

מה שזכתה לו הלשון העברית, לא זכה לו המשפט העברי באותה שעה. בתקופה שלפני קום המדינה, הייתה התחלה של ריבונות יהודית, מבחינות רבות דמתה המציאות היהודית של תקופה זו, מבחינת האוטונומיה הפוליטית, למציאות של אוטונומיה פנימית שנהנו ממנה המרכזים היהודים בארצות הגולה שבמערב עד לתקופת האמנציפציה. קיבוץ יהודי גדול, בעל תודעה לאומית ערה ומפותחת, זכה שוב לאוטונומיה פנימית עם מסודות נבחרים לאוטונומיה שיפוטית מלאה בתחום דיני המעמד האישי ואף כי בתחום המשפט האזרחי לא הוענקה ליישוב היהודי אוטונומיה שיפוטית, הרי הייתה בזמן הראשון התעוררות חזקה לקראת החזרת המשפט העברי לחיי המעשה אף בתחום זה, ואף נראו דרכים לתרגומה של התעוררות זו לשפת המעשה. אך הפעולות שנעשו בכיוון זה כולן הכזיבו עד מהרה. הכללים בדבר המערכת המשפטית המחייבת בארץ ישראל בתקופת ממשלת המנדט הבריטית נקבעו בסימן 46 (פנייה ל-common law) של דבר המלך במועצתו.

⁴⁹ מלחמת השפות הייתה סערה ציבורית שהתרחשה בארץ ישראל ב-1913 סביב מקומה של העברית המתחדשת במערכת החינוך היהודי בארץ. מאבק זה, שהתנהל כנגד חברת "עזרה" ליהודי גרמניה, היה חריג בהשפעתו, ומשמש כסמל לניצחון ההתחדשות היהודית הלאומית ותחיית הלשון העברית.

לאור כללים אלה התגבשה ערב הקמתה של מדינת ישראל מערכת משפטית, היונקת ממקורותיהן של כמה מערכות משפטיות שונות.

עמודים 1350-1356 ביטול האוטונומיה השיפוטית העברית

הדיונים בדבר מקומו של המשפט העברי

עם התקרב מועד הקמתה של מדינת ישראל חזרה והתעוררה בעיית מקומו של המשפט העברי במדינה העברית הריבונית העתידה לקום.

שם	אמצעי	עמדה
א.ח. פריימן	מאמר שנקרא: <u>דיני ישראל בארץ ישראל</u>	עיקר הדיון נסוב על אופן הכנת מערכת המשפט העברי, ועל דרכי פתרון ל בעיות ונושאים לפי צרכיה של מערכת משפטית בימינו.
ד"ר יצחק ברויאר – משפטן והוגה דעת באגודת ישראל	מאמר שנקרא: <u>תכנית לחוקה במדינה היהודית</u>	עיקר דבריו: התורה היא המשפט של עם ישראל, תוקפה אינו תלוי בקבלתה או אי קבלתה על ידי העם. על פיה יש להסדיר את על תחומי החיים, לרבות צורת המשפט וענייני המשפט. לשם כך יש להכין הצעות מפורטות בשטח החוק הקונסטיטוציוני, הציבורי והפרטי לפי משפט התורה. בעקרונות אלה מתנגד המחבר להפרדת דת מהמדינה.
הרב משה בלויא – מנהיגה של אגודת ישראל בירושלים	מאמר שנקרא: <u>יסודות לחוקה במדינה היהודית</u>	בתכנית זו נקבע העיקרון, שהמדינה היהודית מתבססת על יסוד הכרה בסמכות התורה בחיי הציבור. עיקרון זה נכנס בחוקה היסודית. בתורת "חוק ולא יעבור". דיני אישות צריכים להיות בסמכות שפיטתם הבלעדית של בתי הדין הרבניים. ואשר לכל יתר תחומי המשפט האזרחי הרי הם יהיו בתחום סמכותם של בתי המשפט הכללים לצדם של בתי המשפט הכללים אלה יהיו קיימים בתי דין רבניים שיוכלו לדון בכל יתר תחומי המשפט האזרחי על סמך שטר בוררות אם שני הצדדים לדיון מסכימים לכך.
הנהלת הסוכנות היהודית	מכתב שנשלח על ידי הסוכנות ביוני 1947 להסתדרות אגודת ישראל העולמית.	נקבעו ארבע עקרונות: 1. קביעת השבת כיום המנוחה הרשמי של המדינה העברית. 2. הבטחת מאכל כשר בכל מטבח ממלכתי המיועד ליהודים. 3. עשיית כל הדרוש שענייני אישות ידונו על פי דין תורה. 4. הבטחת חינוך דתי לכל המעוניין בכל. במכתב אין התייחסות למעמדו של המשפט העברי בכלל.
הרב הרצוג – הרב הראשי לישראל	מאמר: <u>התחיקה והמשפט במדינת ישראל</u> .	עומד הרב על הקשיים הכורכים בביצועה של דרישה זו, שמערכת המשפט במדינה תהא מבוססת על עקרונות המשפט העברי, ועל הדרושים שיש לנקוט בהם כדי לפתור בעיה זו. ישנה בעיה עם שופטים ועדים שאינם שומרי מצוות לפי הדין פסולים הם לדון ולהעיד. הוא טוען שיש להתיר את הברירה היכן להתדיין: בבתי הדין הרבניים או הכללים.
הרב מ. בר-אילן – מנהיגה של היהדות הדתית הלאומית.	אלון לא מציין בספרו	עומד על הצורך לגשת להכנה מידית של המשפט העברי, בכל תחומיו, כדי שימש יסוד למשפטה של מדינת ישראל, להתקין את התקנות המתאימות ולנסחו בצורה ההולמת את המציאות המשפטית כיום. מסתייג משתי מערכות משפט לחילונים ולדתיים.

מה עלה בגורלם של כל הדיונים וההצעות השונות בדבר החייאתו של המשפט העברי במשפטה של המדינה? בסוף שנת 47', מי אחרי החלטת האומות המאוחדות בדבר הקמתה של מדינה יהודית, הקימו המוסדות הלאומיים העליונים של הישוב מועצה משפטית, והטל עליה להכין את כל הדרוש למערכת המשפטית של המדינה העברית העתידה לקום. בראש וועדה זו הועמד א.ח. פריימן המנוח, איש שהיה ראוי ללא ספק לתפקיד נכבד זה, ולפני הישוב העברי עמדו בעיות מדיניות וביטחוניות קשות ודחופות יותר. א.ח. פריימן נרצח ואף זה גרם ללא לספק לכך שלא היו תוצאות מעשיות לעבודתה של וועדה זו.

עמודים 1365-1381 המשפט העברי במערכת המשפטית הכללית – חלק א'**חקיקה המבוססת על עקרונות המשפט העברי בתחום האזרחי**

תוכן עניינים לנוחיותכם:

70	דיני עבודה
71	מאסר על חוב
71	חוק לתיקון דיני עונשין (שוחד)
72	חוק איסור לשון הרע
73	חסינות שופטים
73	חוק השומרים
74	חוק עשיית עושר ולא במשפט
74	החוק לאזהרת עדים וביטול השבעתם
75	חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים
75	עשיית דין עצמית – חוק המקרקעין

דיני עבודה

בתחום משפטי זה חלו, כידוע, שינויים רבים וגדולים בתקופה האחרונה בעולם בכלל, וחשיבות מיוחדת נודעת לו בישוב היהודי שלפני קום המדינה ושלאחר מכן. מדהים כיצד חקיקה מודרנית זו מצאה את ביסוסה ושרשרה בעקרונות המשפט העברי כמפורט להלן:

(א) **חוק הגנת השכר, תשי"ח 1958** – בא להסדיר את איסור הלנת שכרו של עובד:

" לא תלין פְעֵלַת שְׂכִיר אֶתְּךָ עַד בֶּקֶר "50.

" ביומו חתן שכרו "51

חברי הכנסת מכל הסיעות ראו בחוק זה נאמן למסורת ישראל.

(ב) **פיצויי פיטורן של העובד:**

בעניין זה חלה התפתחות מעניינית, שכן אין הוראה מפורשת בתורה בעניין זה, אולם חכמים הצליחו למצוא בכל זאת:

פי-יִמְכֹר לְךָ אֶחִידָה הָעֶבְרִי, או הָעֶבְרִיָּה--וְעָבָדְךָ, שֵׁשׁ שָׁנִים; וּבִשְׁנָה, הַשְּׁבִיעִת, תִּשְׁלַחְנוּ חֲפָשִׁי, מֵעִמְךָ. יג וְכִי-תִשְׁלַחְנוּ חֲפָשִׁי, מֵעִמְךָ--לֹא תִשְׁלַחְנוּ, רִיקָם. יד הַעֲנִיק תַעֲנִיק, לוֹ, מִצֹּאֲנֶךָ, וּמִגִּרְנֶךָ וּמִיִּקְבֶּךָ: אֲשֶׁר בִּרְכָךָ יְהוָה אֱלֹהֶיךָ, תִּתֶן-לוֹ.52

בתוך כך, נקבע בתלמוד כזכאי להענקה כל מי שנסתיימה תקופת עבודתו או שנפסקה עבודתו באמצע, ובלבד שההפסקה לא באה מצד העבד עצמו. כמה בעיות עקרוניות בדין הענקה עברו שלבי התפתחות שונים. כך, דרך משל, בתקופת התנאים נחשבה הענקה כזכות אישית של העבד המשתחרר, שאינה עוברת בירושה. אך בתקופת האמוראים נקבע שהענקה היא חלק משכר העבודה, ומשום כך עוברת בירושה. בתקופה הבתר תלמודית מצויות שתי השקפות מנוגדות ביחס לטיבה של הענקה. לדעתם של כמה מן החכמים, אין הענקה חלק מן התמורה המשתלמת בעד עבודה, אלא היא "מדין צדקה" או "מתורת ויתור מתנה". לעומתם סוברים חכמים אחרים – בעקבות ההלכה מתקופת האמוראים שלפיה עוברת זכות הענקה בירושה. עיקרון אחר שנקבע עוד בתקופת התלמוד הוא שהזכות להענקה אינה ניתנת לעיקול על ידי הנושה של העבד. כמו כן נקבע, לדעת רוב החכמים, שחובת מתן הענקה היא בלתי תלויה במידת הרווחים שאדוניו של העבד הפיק מעבודתו. לעומת זאת נקבע שיעור מינימלי כדמי הענקה, ולעניין גובה שיעור זה נחלקו החכמים: מעל לסכום זה יש להוסיף לפי שנתברך בו בית האדון, ומן הראוי להעניק התוספת ברחוב יד.

50 ויקרא יט, יג.

51 דברים כד, טו.

52 דברים טו, יב - יד

רישומים ראשונים מהעברה משפטית מעניינת זו אנו מוצאים עוד בסוף המאה ה-13, בדבריו של בעל ספר "החינוך"⁵³. פיתחו במשפט העברי של מוסד פיצויי פיטורים לכל עובד מתוך העיקרון הקודם של ההענקה, ומתוך שעצם העיקרון הוסק מתוך דין ההענקה, הוחלט גם הוראות המשפטיות האחרות שבדין הענקה = כגון מהותה כחלק משכר העבודה, שאינה ניתנת לעיקול, שיעורה המינימאלי ועוד – כל זאת אנו לומדים מתוך ספר זה.

מוסד פיצויי הפיטורין התפתח בישוב עוד בשנות העשרים של המאה ה-20. אך חוסר חוק ברור ומפורט גרם לקשיים רבים בהפעלת מוסד פיצויי הפיטורים, בהוכחת המנהג בעל ענפי העבודה ובעיות מקרוניות נוספות.

מאסר על חוב

דוגמה מעניינת לקליטת דרכו של המשפט העברי בחקיקת הכנסת, וזאת אף בניגוד להצעה המקורית שהוצעה ע"י הממשלה, היא בעיית המסר על חוב. בשנת 1957 הציעה הממשלה הצעת חוק פסקי דין (הוצאה לפועל), שמטרתה הייתה להחליף את החוק העות'מני הקיים בשורה של הוראות מפורטות. כמה מן ההוראות וההצעות תאמו את עמדת המשפט העברי, אך נתעכב במיוחד על הסדרה של בעיית המאסר על החוב. ההצעה מבטחת לגמרי את האפשרות של מאסר על חוב. הנימוק שניתן לכך הוא שמצויות בהצעת החוק מספיר דרכים לשם הקלת הביצוע של פסק הדין ומשום שהוא נוגד את מורשת ישראל, הביאו דבריו של רמב"ם כסימוכין לכך.

מסתבר כי אין זה מדויק להסתמך על דברי הרמב"ם, אומנם בתקופת הרמב"ם עדיין שלל המשפט העברי לחלוטין את השימוש במאסר החייב, אך כ-200 שנה לאחר מכן, החל מן המאה ה-14, חל שינוי בעמדתו זו של המשפט העברי לרגל נסיבות חברתיות וכלכליות – ואפשר מאסרו לש חייב, כשידוע שיש לו כדי לפרוע את החוב אלא שהוא משתמט מלעשות כן.

ביולי 1960 חזר והביא שר המשפטים את הצעת החוק האמורה לפני הכנסת לקריאה ראשונה, ואם כי גם הפעם הציע לבטל את המאסר על חוב לחלוטין, הביא לידיעת הכנסת, בפירוט רב את העמדה הנכונה והמדויקת של המשפט העברי, כפי שהצגתי בפסקה הקודמת, לביסוס תיאוריה זו הסתמך שר המשפטים על מחקר מיוחד שנערך בנושא זה. עמדת המשפט העברי נתקבלה על דעת רוב המשתתפים בוויכוח בעת הקריאה הראשונה. הרוב מבניהם הסתמך במפורש על המשפט העברי, ואחרים דגלו בעמדה זו מבלי להסתמך עליו.

בפעם השלישית שהובאה הצעת החוק לדיון חל שינוי עקרוני בהצעת הממשלה – עמדת המשפט העברי התקבלה בוועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת ובנוסח החדש נקבע כי אם החייב לא שילם את החוב או שיעור משיעוריו במועד שנקבע ע"י ראש ההוצאה לפועל לאחר שערכה בירר את יכולתו של החייב לשלם רשאי הוא לתת צו מאסר נגד החייב לתקופה של 21 יום אם אין דרך אחרת לאלץ את החייב לבצע את פסק הדין. כמו כן נקבע בחוק שהחייב לא ייאסר שנית בשביל אותו חוב או שיעור. בהוראות אלו היה משום קבלה שלמה של עקרון המאסר על חוב במשפט העברי, כפי שהתגבש בדרכו הארוכה.

חקיקה המבוססת על עקרונות המשפט העברי בתחום הפלילי

גם בתחומי המשפט הפלילי וציבורי ניתן להצביע על חוקים שונים המבוססים, אם בכללותם ואם בפרטים שבהם על עקרונות המשפט העברי. נעיין במספר דוגמאות:

חוק לדיני עונשין שוחד

ביסוס נושא שלם מתחום המשפט הפלילי על עקרונות המשפט העברי ומקורותיו אנו מוצאים בהצעת החוק לתיקון דיני עונשין (שוחד ושלמונים), תשי"א 1950. שם הצעת החוק הוא כאמור "שוחד ושלמונים", בדבריו בעת הקריאה הראשונה של החוק מבסס שר המשפטים שני מונחים אלה אל האמור בישעיהו שבו מוכיח הנביא את העם של שסטה מדרך הישרה: שְׁרִיף סוֹרְרִים וְחֶבְרֵי גִבְבִים, כְּלוּ אֶהָב שְׂחָד וְרָדַף שְׁלֵמוֹנִים. עבירת השוחד מוגדרת בהצעת החוק כמתן כסף או טובת הנאה אחרת בעד פעולה מסוימת, ועבירת שלמונים – כמתן כסף או טובת הנאה אחרת שלא בעד פעולה מסוימת – זוהי עמדת המשפט העברי.

הצעת החוק קובעת דרגות עונשין בעבירת שוחד, השופטים ובעלי מעמד ציבורי נענשים בחומרה רבה יותר מאזרח פשוט. החמרה מיוחדת זו לעניין שופט מקורה במשפט העברי. עיקרון אחר שבהצעת החוק הוא, שלא רק מקבל השוחד אשם בעבירה הפלילית, אלא גם נותן השוחד – אף זו עמדת המשפט העברי.

⁵³ ראה עמוד 42 סעי' 4.

עיקרון נוסף בהצעת החוק קובע, שעבירת השוחד קיימת בין כשהשוחד ניתן בעד מעשה כשר שבעל התפקיד מחויב ממילא לעשותו, ובין שהוא ניתן בעד מעשה בלתי כשר, היינו כדי לעוות את הדין וכיוצא בזה. שיטות משפטיות אחדות מבחינות בין שני מקרים אלה, שיטת המשפט העברי לא מבדילה בין המקרים האלה.

ברוב ענייניה הולכת הצעת החוק בעקבות המשפט העברי, אך שני דברים היא סוטה ממנו:

1. החזרת ערך השוחד למשחד.
2. רשאי בית המשפט להרשיע את נותן השוחד על סמך עדותו של הלוקח בלבד, וכן א הלוקח על סמך עדותו של הנותן בלבד.

בדיון בהצעת החוק בעת הקריאה הראשונה בכנסת עמדו כל המשתתפים על העובדה שהוראות החוק – שבחלקן הניכר באו לשנות מהמצב החוקי הקיים – תואמת את עמדת המשפט העברי. מעניין לציין שאחד לא מבין חברי הכנסת חלק על כך שהצעת החוק לא מקבלת את עמדת המשפט העברי שיש להחזיר את השוחד למשחד. לעומת זאת הובעו היסוסים רציניים בקשר להוראה שניתן להרשיע על עבירת שוחד על יסוד עדותו של השותף לעבירה בלבד.

סופו של יום התקבל החוק בכנסת ישראל, חוק שעוסק בנושא נכבד ואשר ינק את המקורות מתוך המשפט העברי.

חוק איסור לשון הרע

והרי דוגמא אחרת של קליטה בתחום המשפט הפלילי, שבו שימשו עקרונות המשפט העברי כמקור למגמה הכללית החוק, אך פרטי הוראות החוק מעוגנים במציאות החברתית של היום. לראשונה, פורסמה ההצעה בשנת 1962 בשם "חוק לשון הרע, תשכ"ב – 1962". המונח לשון הרע הרי הוא מונח עברי מקורי, הצעת החוק מבוססת על האיסור בהלכה העברית, והיקפו והסנקציות האזרחיות והפליליות נלקחו מתוך ההלכה גם.

שורשים קדומים לה במסורת המשפט העברי: "לא תִּלְךְ רֵכֶל בְּעַמֶּיךָ"⁵⁴.

הצעת החוק עוררה תגובה ציבורית חריפה על שיש בה משום בלימת חופש העיתונאות ואפשרות ביקורת ציבורית. משום כך חזרה ופרסמה הממשלה, כעבור למעלה משנה, נוסח אחר של הצעת החוק לשון הרע, שבו הובאה בחשבון מרבית הביקורת שהושמעה על הנוסח הקודם. בדברי הפתיחה בעת הקריאה הראשונה בהצעת חוק זו, חזר שר המשפטים ומדגיש מקורם של כמה מעקרונות החוק במשפט העברי. ואשר לשאלה המרכזית של מציאת איזון בין איסור לשון הרע מצד אחד לבין חופש ביקורת ציבורית מצד שני הוא מביא הוכחה מתוך הכתוב בספר ויקרא: "לך תִּלְךְ רֵכֶל בְּעַמֶּיךָ", "הוכח תוכיח את עמך", הראשון משני צווים אלה נעשה במשפט העברי יסוד האיסור של הוצאת לשון הרעה, והשני – יסוד החופש של ביקורת ציבורית.

החוק התקבל בשנת 1956 בשם "חוק לשון הרע, תשכ"ה 1956".

לפנינו דוגמא של מסוג הלכתי נכבד שימש כמקור השראה לקיקה בתחום דיני העונשין, במקרה כגון זה זו דרך הקליטה הנאותה, כי פרטי ההלכה – ובמיוחד החומרות הרבות שבפרטי איסור לשון הרע – אינם נושא לחקיקה משפטית, אלא לאיסורים דתיים שאין להלביש להם מחלצות משפטיות עם סנקציות באמצעות משרד ההוצאה לפעולה והמשטרה.

⁵⁴ ויקרא יט, טז.

חסינות משפטית

דוגמא מעניינת אחרת היא החוק בדבר חסינות השופט בפני כל תביעה שהיא, בין פלילית ובין אזרחית, שיסודה במעשה שעשה תוך כדי מילוי תפקידו השיפוטי.

לפי החוק המנדטורי נהנה שופט שלום – לעניין אחריות אזרחית – מחסינות מסויגת שעה שחסינותם של שופטים חברי אינסטנציות יותר גבוהות הייתה מוחלטת. בהצעה לתיקון פקודת נזיקין האזרחיים הוצע להעניק גם לשופט שלום חסינות מוחלטת, לכך הציע שר המשפטים 3 נימוקים מתוך המשפט העברי:

- (א) כאשר הדיין הוא מומחה ונתמנה כדין על ידי הרשות המוסמכת לכך.
 (ב) כאשר הטעות היא טעות בדבר משנה, כלומר: בסעיף מפורש בחוק או בהחלטה מפורשת של תקדים מחייב, או כאשר הדיין טעה בשיקול דעתו.
 (ג) כאשר הדיין נתן את פסק הדין, או שלא הסתפק בכך, אלא גם ביצע את פסק הדין.

סיכומה של ההלכה היא שכאשר הדיין מומחה ונתנה על ידי הרשות המוסמכת – היינו הנשיא ובית דינו שבארץ ישראל או ראש הגולה בבל – הרי פטור מאחריות לנזיקין שנגרמה כתוצאה מטעות בפסק דינו. לחסינות זו נתנו חכמי ההלכה שני נימוקים:

- א. נימוק מעשי: אם נחייב את הדיין לא ימצא אדם שיסכים להיות שופט.
 ב. נימוק עיוני – משפטי: הדיין חייב בתוקף תפקידו לדון ולפסוק את הדין, ואין הוא יכול שלא לתת פסק דין, ולכן כל טעות שבפסק הדין הרי הוא כאילו "לבו אנס אותו לטעות".

עמודים 1420-1443 המשפט העברי במערכת המשפטית הכללית – חלק ב'חוק השומרים

אחד החוקים הראשונים אשר חוקק בתחילת הקודיפיקציה האזרחית הוא חוק השומרים 1967, והוא בא להסדיר עניינים הנגעים לסוגי ואופן השמירה, אחריות השומרים ודינים נוספים בסוגיה זו.

החוק בא בעקבות הסדר דומה המצוי במשפט העברי (משנה שבועות, פרק ח' הלכה א': ארבע שומרים הן – שומר חנם והשואל נושא שכר והשוכר). ולא רק לעניין תוכן נושא מרכזי זה שבחוק – עניין אחריות השומרים – הולכת ההצעה בעקבות המשפט העברי, אלא גם מבחינת המינוח שמרה הצעת החוק על המונחים שבמשפט העברי – שומר חנם, שומר שכר ושואל. בשעת הדיון בכנסת הודגשה העובדה שהצעת החוק מבוססת על המשפט העברי, שואבת ממנו וחלק ניכר של הדיון נסוב על דיונים במקורות המשפט העברי בסוגיות שהחוק דן בהן.

החוק כולל 16 סעי' מפורטים המבוססים ברובם המכריע על עקרונות המשפט העברי. הסתייגות מעניינת הובאה בשעת הקריאה ה-2 וה-3 בכנת בקשר לשמו של החוק. כאמור, נקרא החוק בהצעה בשם "שמירת נכסים". לשם זה אין כל משמעות טרמינולוגית מיוחדת במקורות המשפט העברי. לעומת זאת, המושג "שומרים" הוא מונח מקובל וידוע במשפט העברי. בו מדובר על "ארבעה שומרים" וכיוצא בזה.

נעיין בסעיף המשנה הראשון של הסעיף הראשון של החוק מוגדרת שמירת נכס כי החזקתו כדין שלא מכוח עליו:

- (ב) השומר נכס שאין לו בשמירתו טובת הנאה לעצמו, הוא שומר חנם.
 (ג) השומר נכס המקבל תמורה בעד השמירה או שיש לו בשמירתו טובת הנאה אחרת לעצמו, ואיננו שואל, הוא שומר שכר.
 (ד) השומר נכס כדי להשתמש בו או ליהנות ממנו בלי ליתן תמורה, הוא שואל.

שמותיהם של שלושת סוגי השומרים – מקורו בפרשת השומרים שבתורה. גם שאר הסעי' יונקים את המקורות מתוך ההלכה העברית. בדומה להוראות אלה, מבוססות רוב ההוראות בחוק על המשפט העברי.

חוק עשיית עושר ולא במשפט

חוק זה הוא דוגמה נהדרת נוספת לקליטה מקיפה של המשפט העברי בתוך החוק האזרחי. חוק זה שנתקבל בשנת 1979, כולל מונחים רבים המקובלים בסוגיה זו במערכת המשפט העברי כמו: "יורד לנכסי חברו", "זה נהנה וזה אינו חסר" ועוד.

החוק לאזהרת עדים וביטול השבעתם

חוק אחר שבא לעולמו של המשפט הישראלי בשלהי התקופה החקיקתית השנייה, מבוסס כל כולו, על כלליו ופרטיו, על דיני המשפט העברי. כוונת הדברים לתיקון דיני הראיות (אזהרת עדים וביטול שבועה) תש"מ 1980. ההכנות לחוק זה, כפי שהוא מצוי בנוסח הסופי שבפנינו, נעשו שלבים שלבים שנמשכו קרוב ל-30 שנה. מפאת חשיבותו וייחודו של חוק זה מבחינת קליטתו השלמה של דיני המשפט העברי, נעמוד בקצרה על שלבים שונים אלה:

מתן עדות שקר הריהו אחד האיסורים החמורים במשפט העברי, ואיסור מצוי הוא בעשרת הדיברות: "לא תענה ברעך עד שקר"⁵⁵, ומתוך כך קבע המשפט העברי, שאין כל טעם וכל היגיון להשביע את העד, בטרם מוסר הוא את עדותו, שיעיד אמת, שהרי כבר "מושבע ועומד הוא מהר סיני" שלא לענות ברעהו עד שקר.

לפי המשפט העברי, עד שחשוד לעבור על הדיבר של לא תענה ברעך עד שקר⁵⁶, חשוד הוא באותה מידע שיעבור על הדיבר: "לא תשא את שם ה' אלקיך לשוא"⁵⁷, שאף הוא מצוי בעשרת הדיברות, ומה טעם ומה תועלת יש בהשבעתו.

אם העד ידוע כי שהוא הולך לשקר, אזי אסור להשביעו כליל, כי יש כאן משום הזכרת שם שמיים לבטלה.

רוצה להבהיר! ההלכה מכירה במוסד השבועה, אך בתחום המשפט שבהלכה משמשת השבועה, בעיקר, כאחת מדרכי הראיות, שעל ידה מוכיח הטוען את נכונות טענותיו. כן קיים במשפט העברי מושג משפטי ושמם "שבועת העדות", אך אין לו למוסד זה ולעניין השבעת עדין כדי לאמת עדותם ולא כלום. המושג הזה פירושו שאדם משביע את פלוני, שבידו מידע על עניין מסוים הועמד לביורר בבית המשפט, שיופיע לפני בית המשפט כדי למסור את עדותו ולא ישתמט מכך.

המשפט העברי ידע שמן הראוי ומן הנכון להעמיד את העד על כך, בטרם ימסור עדותו, להעיד אמת. כדי להשיג מטרה זו קבע שעובר למסירת העדות היו מאימים, היינו מזהירים אותם על הצורך להעיד אמת, על האיסור החמור שמתן עדות שקר ועל העונש הצפוי על כך. אזהרה זו שונה הייתה בעדות בעניין שבדיני ממונות מעדות בעניין דיני נפשות, הכול לפי חומרת העניין, ועל ניסוחה מצוי דיון מפורט במשנה ובתלמוד. עד הבא להעיד אין משביעין אותו שידבר אמת, שהרי הוא מושבע ועומד על כך – לא תענה ברעך עד שקר. ובמקום השבועה היו מזהירים אותו באזהרה שתוכנה הכללי הוא להעמידו על מהותה של עדות, שהיא דבר שהוא בידיעתו האישית של העד ולא מפי השמועה, על חומרת האיסור שבעדות שקר ועל העונש הצפוי למי שמוסר עדות שקר.

בתחילת המאה החמש-עשרה, בספרד ובצפון אפריקה חל שינוי מהותי בעמדתו של המשפט העברי בסוגיית השבעת עדים, אשר נבע מתמורות מוסריות חברתיות ופסיכולוגיות. במילים אחרות, אנשים לא חששו מעדות שקר אך נרתעו מעדות שקר בשבועה ולכן, עלתה הדרישה לחייבם בשבועה. שינוי זה הלך ונתקבל במערכת המשפט העברי ומצא את סיכומו בדבריו של הרמ"א שקבע כי לבית דין יש רשות להשביע עד. את העמדה הזו של המשפט העברי אימץ משרד המשפטים, עוד בשנת 1952, בהצעת חוק הראיות, שקבעה כי על בית המשפט להזהיר את העד להעיד את האמת כולה וכי בית המשפט רשאי להשביע את העד, אם יש לו יסוד להניח כי השבעתו עשויה לסייע בגילוי האמת. כמו כן, ב-1955 נחקק חוק שקבע כי הצהרה בכתב, כשרה גם כן כראיה ובעצם שהוראות החוק הפלילי חלות גם על הצהרה כזו. אך הצעת החוק בדבר השבועה שונתה. מצד אחד נתקבל עיקרון אזהרת העד להעיד עדות אמת, אך בעוד שבמשפט העברי, השבעת עד נעשתה רק במידת הצורך כדי לשמור על האפקטיביות שבה, התקנה הנחתה (בדין האזרחי ובהמשך בדין הפלילי) כי כל עד יישבע, בכל מקרה ומקרה, ובכך הפכה את השבועה לדבר שבשגרה. בשנת 1978 חזרה ועלתה הסוגיה בפני בג"צ, כאשר נידונה עתירתו של עד שבית משפט שלום לא קיבל את עדותו בשל סירובו להישבע על התני"ך מטעמי מצפון ובקשתו להצהיר בהן צדק. בג"צ קיבל את עתירתו בטענה כי אכן הזהירו חכמים תיהפך השבועה למלמול ולזלזול וכי מספיקה אזהרת המושבע. בשנת 1980 התקבלה הצעת חוק פרטית שאלו עיקריה:

- (א) ביטול השבעת העד, בצורה אוטומטית.
- (ב) אזהרת העד שעליו להעיד אמת וכי יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן.
- (ג) בית המשפט רשאי להשביע עד אם יש לו יסוד להניח כי הדבר עשוי לסייע לגילוי האמת.

⁵⁵ שמות כ, טז.

⁵⁶ שמות כ, טז.

⁵⁷ שמות, כ, ז.

(ד) העד רשאי להצהיר בהן צדק (ולא להישבע), מטעמי דת או מצפון (אלא אם בית המשפט משוכנע שטעמי העד ניתנו שלא בתום לב).

חוק זה יש בו משום קליטה מלאה של עמדת המשפט העברי, כפי שהתפתחה במרוצת הזמן בסוגיה נכבדת זו של הבטחת אמירת אמת במתן עדות (עיקרון 1 ו-2 הופיעו במשפט העברי במקורו ועיקרון 3 הפך להלכה בפסקו של הרמ"א).

חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א 1981

דוגמה מעניינת אחרת של ביסוס התוכן המרכזי של החוק על עקרונות המשפט העברי, הפעם בתחום המשפט הפלילי, הוא חוק המרשם הפלילי ותקנות השבים, התשמ"א 1981. חוק זה בא להסדיר את ניהול המרשם של הרשעות, עונשים והחלטות אחרות במשפטים פליליים, ואת דרכי מסירת המידע מן המרשם. בציידן של ההוראות הטכניות אלה כולל החוק – בשורה חברתית מתוך מגמתו לקדם בעל תשובה בשיקומו, והיא אפשרות של איסור מסירת המידע על הרשעותיו הקודמות של אדם, ומחיקת הרשעותיו הקודמות, לאחר תקופות מסוימות הקבועות בחוק. אפשרות זו של מחיקת הרשעה – כאילו לא הורשע – יסודה בעקרון התשובה שבעולמה של היהדות, כפי שכבר שמו של החוק מרמז עליו "תקנת השבים" – שם שנתייחד בעולמה של הלכה למעשה סיוע לשיקום ועשיית תשובה של עבריין בפלילים.

עשיית דין עצמית – חוק המקרקעין, תשכ"ט 1969

חוק זה שנחקק ב-1969 בא לקבוע משפט מקרקעין ישראלי חדש ומקיף במקום חוק הקרקעות העותומאני וחוקים עותומאניים ומנדטוריים עתיקים. הצעת החוק מ-1964 קבעה כי ראשית על מוציא המקרקעין להחזיר את הקרקע למחזיק בה גם אם זכותו של התופס עדיפה על זכותו של המחזיק (במילים אחרות, אפילו אם היה המחזיק גזלן), בעוד גישת המשפט העברי, אשר גם נתקבלה בחוק, היא כי בית המשפט מוסמך לדון ולהכריע בזכויות שני הצדדים, מבלי להחזיר תחילה את הקרקע ולהשיב את המצב לקדמותו. נקבע אם כן, שבית המשפט רשאי לדון בזכויות שני הצדדים בעת ובעונה אחת ולהסדיר את בעיית ההחזקה, בתנאים שימצא לנכון, עד להכרעה. אך יו"ר ועדת החוקה ביקש להבהיר כי על בית המשפט לדון בנושא בדחיפות ולהסדיר את ההחזקה כבר בשלב הראשון של ההתדיינות. הכלל שנתקבל בחוק המקרקעין הוא שאין אדם עושה דין לעצמו ויש להחזיר את המצב לקדמותו ורק לאחר מכן לברר את זכויות הצדדים לגופן, אך כאשר על פני הדברים זכותו של מי שעשה דין לעצמו עדיפה מזכותו של מי שמחזיק בפועל במקרקעין, יכריע בית המשפט מבלי להורות על השבת המצב לקדמותו תחילה, תוך הסדרת עניין ההחזקה בפועל, כפי שיראה לנכון. גישה זו נוגדת את המשפט הרומי והחוק העותומאני, אך תואמת את גישת המשפט העברי. עם זאת, אין המשפט העברי מתעלם מן החשש הקיים בעשיית דין עצמית גם בסייגים האמורים, להפרת הסדר ושלום הציבור והוא מתיר זאת לאדם רק לשם הוצאת הנכס מידי מי שברור שגזלו ממנו, אחרת "כל דאליס גברי". רק כאשר מדובר ברכושו של אדם שנגזל ממנו, מכיר המשפט העברי בזכותו של אדם להשיבו והדבר עדיף מהחשש שמא עשיית הדין העצמי תביא להפרת שלום הציבור.

עמודים 1457-1472 המשפט העברי במערכת המשפטית הכללית – חלק ג'**המשפט העברי ומקומו בפרשנותה של החקיקה הישראלית**

כפי שראינו בדברינו לעיל, עלתה שאלת מקומו של המשפט העברי בפרשנותה של החקיקה הישראלית, כבד בדיוניה של הכנסת תוך כדי הליכי החקיקה, שאלה זו חזרה ונדונה רבות, במשך הזמן, בפסיקתם של בתי המשפט ובספרות המחקר המשפטי. נושא זה קיבל משמעות מיוחדת עם היכנס חוק יסודות המשפט, תש"ס – 1980. נעמוד, אפוא, על עיקרי הדברים שנאמרו בעניין חוק זה.

בעיות ושיטות בפרשנות החקיקה הישראלית

הקודיפיקציה של המשפט האזרחי, ובמיוחד ההוראה שנלוותה לחלק מהקודיפיקציה זו בדבר ביטולו של סימן 46 לדבר המלך במועצתו לגבי העניינים הנדונים בחוקים מסוימים, קירבה אמנם - מצד אחד - את מערכת המשפט הישראלי לעצמאות ולניתוקה ממערכת המשפט האנגלית, אך ניתוק זה גופו הביא - מצד שני - להחרפה ניכרת של כמה בעיות בקשר לפרשנותו של המשפט הישראלי. כמה וכמה טעמים לכך. הקודיפיקציה האזרחית לא הוכנה בבת אחת, ביחידה שלמה כקודקס של כלל החוק האזרחי, כפי שכך נעשה, דרך משל, במערכת המשפט של ה-common law. סיבות שונות לא אפשרו משימה גדולה זו. הכנסת קיבלה במשך תקופה של למעלה מחמש עשרה שנה, חוקים בודדים בתחומים שונים של המשפט האזרחי, אשר במשך הזמן הסדירו את רובו המכריע, על תחומיו השונים. החוקים השונים נחקקו שלבים שלבים, כל חוק הוכן, בדרך כלל, על ידי וועדה ציבורית שעל חבריה נמנו מכובדי הקהילה. אמנם בסופו של דבר עבר כל חוק אותם שלבים של דיון בכנסת ובוועדת החוקה, חוק ומשפט של כנסת ישראל, אבל הפיצול שבמלאכת הכנסת הקודיפיקציה הביא לידי כך שמצויות מפעם לפעם סתירות ענייניות בין חוק לרעהו, ואף בהגדרתם של מונחים זהים המופיעים בחוקים השונים. נוסף לכך מצויים בחוקים אלה מושגי יסוד שאין בידינו כל הנחיה כיצד לפרשם, כגון המושגים "פעולה משפטית". כן מצויים בחוקים אלה, לעתים קרובות, מונחים שמעצם מהותם אין המחוקק יכול להגדירם מראש, ובית המשפט הוא אשר צריך לצקת בהם תוכן. פתרון של בעיות אלה קשה במיוחד במערכת המשפט הישראלית, גם לולא מעשה החקיקה בשלבים.

אך בכל מערכת משפטית פונים השופט והמשפטן, במקרה של צורך ובשעת הספק, לתורת המשפט שבאותה מערכת - היינו ליודי קטורה של פסיקת בתי המשפט ולמחקרים של מלומדים וחוקים - שהתפתחה במשך שנים רבות והעוסקת במשמעותם של מונחי יסוד ושל משוכלות ראשוניים המונחים כיסודה של אותה מערכת משפטית. אך תורת משפט כזו כמעט ואינה קיימת עדיין במערכת המשפט הישראלית, הצעירה לימים והנמצאת בראשית דרכה, ולא ממנה יוכל השופט לבקש עזרתו והשראתו.

לפתרון של מכלול בעיות אלה הוצעו על ידי משפטנים וחוקרים דרכים שונות. יש הסוברים שהחוק צריך להתפרש אך ורק מתוכו ומתוכנו, בתוספת בהיקש ופניה למנהג. אחרים סוברים שמן הראוי שבת המשפט יקבל את השראתו בכל מקרה ומקרה מן המקור ההיסטורי שממנו נלקחה הוראה מסוימת. דעה שלישית גרסה, גם לאחר שהפניה למשפט האנגלי שוב אינה בבחינת חובה, מן הראוי שהשראת הפרשנות תבוא בראש ובראשונה ממערכת המשפט האנגלי, אלא אם כן משתמע מהחוק שעל הכנסת שאין לפסוק לפיו. ההנחה שניתן לפתור כל בעיה מתוך החוק גופו, ולא בעזרת ההיקש, היא אשליה.

הנימוק העיקרי של בעלי השיטה, הגורסים כי ההשראה הפרשנית צריך שתבוא ממערכת המשפט האנגלית, לא מקובל על אלון בעליל, הטענה שהם מעלים היא הרקע המשפטי תרבותי של מערכת המשפט בישראל, זה למעלה מ-50 שנה, הוא המשפט האנגלי ועל רקע זה נוצרה החקיקה, לפיכך מן הראוי לפנות למשפט האנגלי. אלון סובר שאין להכיר בתיאורה של קיום רקע משפטי תרבותי כשכל ימיו של רקע זה אינם אלא כ-50 שנה בלבד, ובמיוחד כאשר מדובר במערכת משפטית של מדינה יהודית, אשר להם היושב בה רקע משפטי תרבותי של קצת יותר משנות דור וחצי.

הדרך לפרשנות החוק הישראלי

מהי אפוא הדרך הנכונה לפרשנותו של החוק בישראל בכל אותם מקרים שאין להסיק מן החוק עצמו על פירונו של הבעיה, ואיזוהי המערכת המשפטית היכולה וצריכה לשמש כמקור השראה של מערכת המשפט הישראלית? נראה לנו כי מערכת המשפט העברי היא אשר צריכה לשמש כאותה מערכת משפטית אשר אליה, בראש ובראשונה, יפנה בית המשפט למציאת פתרון של אותן בעיות שנבצר ממנו לפתור אותן על פי הוראות החקיקה הישראלית.

מושגים משפטיים ערכיים

כפי שכבר אמרתי הלכו בדרך זו כמה שופטי בית המשפט העליון מימים ימיה לעניין פרשנותם של מושגים משפטיים ערכיים, כגון תקנת הציבור וצדק, שצריכים להתפרש מתוך השקפות יסוד המושרשות עמוק, עמוק בתודעה היהודית מתוך השקפות המוסר והתרבות שלנו. בדרך זו פירש אלון מושגים אלה ומושגים משפטיים אחרים. ונציין שניים מהם:

לעניין מושג תום הלב, המופיע בחוק החוזים. בבואנו לפרש בחוקיה של מדינת ישראל מושגי יסוד כגון תום לב, השאיפה היא אוניברסלית והם מחלתה של חשיבה ערכית ומשפטית של כל מערכת משפט תרבותית, שומה עלינו לעיין בראשו בראשונה במשמעותם של מושגים אלה לאור עקרונותיו של המשפט העברי ומורשתה של ישראל.

עקרון ההכנה הפרטית במקרה של הכנה על הזולת, בסוגיי האחריות הפלילית לפי סעי' 22 לחוק העונשין. עקרון הגנת הזולת עניינו במושגים שיסודם בתקנת הציבור בהשקפת עולם מוסרית חברתית בדבר היחלצות לעזרתו של הזולת המצוי בסכנה של פגיעה וגופו. כך מחויב הוא על פי הגיונם וטיבם של חיי חברה מתוקנים, וכך הוא במקורות המשפט העברי שבו מהווה הכלל של לא תעמוד על דם רעך עיקרון יסוד בהשקפת עולמה של היהדות. לדעתי, מן הראוי שנפרש מושגי יסוד שיסודם במערכי מוסר וערכי תרבות, לאור מורשת המוסר והתרבות שבעולמה של היהדות.

המשפט העברי – כמקור ראשי להשראה

הענקת מעמד בכורה למערכת המשפט העברי כמקור להשראה פרשנית של המשפט הישראלי – בטרם פניה, בשעת ספק, בעניין פלוני למערכת משפטית אחת ובעניין אלמוני למערכת משפטית אחרת – יש בה כדי ליצור תשתית אחידה, כדי לפתח תורת משפט עשירה והומוגנית למערכת המשפטית הישראלית. זאת ועוד, הפנייה למערכת המשפט העברי כמקור השראה ראשי וראשון במעלה לפרשנותו של המשפט הישראלי – שהיא מערכת משפטית ללא שורשים היסטוריים משלה, בבחינת אדם ללא צל, כאשר פניה כזו נעשית בעיון הראוי ובהירות הדרושה לפי צרכי השעה וענייניו של החוק, ייתכן שתעניק למשפט הישראלי שורשים היסטוריים משלו ותפתח סינתזה שיפה ודרושה היא למערכת המשפטית של המדינה היהודית.

פרשת הנדלס – הדין הראשון

על דרך זו בפרשנות החוק הישראלי עמד אלון בשורה של פסקי דין, נציין דוגמא אחת כאן, שממנה ניתן לעמוד על חילוקי הדעות שבין שופטי בית המשפט העליון בשאלה זו בדרך פרשנותו של המשפט הישראלי. וזהו עיקרו של המעשה, המכונה פרשת הנדלס:

וזהו הרקע:

מעשה באדם שמצא מעטפה, ובה איגרות חוב, על רצפת אולם הכספות שבבנק. המוצא פנה למנהל הבנק וביקש לבדוק אם ניתן לזהות את בעל האיגרות כדי להחזיק את האבדה לבעליה. בעל האיגרות לא זוהה והבנק ביקש מן המוצא למסור את האיגרות לידו, כדי להחזיר לבעל האבדה כאשר זה יבוא לבקשן. המוצא סרב למסור לבנק ומסרן למשטרה. משעברה תקופה של ארבעה חודשים הנקובה בחוק השבת אבדה, שבה יש לחכות להופעת בעל האבדה, פנה המוצא אל המשטרה וביקש ממנה למסור לו את האיגרות, כאמור בסעיף 4(א) לחוק שאם "לא נתגלה בעל האבדה תוך ארבעה חודשים, יראו כאילו התייאש והמוצא יהיה לבעל האבדה". הבנק התנגד לכך וטען שהאיגרות שייכות לו. לטענת הבנק חל על המקרה זה סעיף 3 שבחוק, שבו נאמר "המוצא אבדה ברשותו של אדם אחר חייב להוגיע עליה לבעל הרשות ולמסרה לו לפי דרישתו, קיבל בעל הרשות את האבדה לידו יראו אותו כמוצא", היינו, שאדם עברה תקופה של ארבעה חודשים שייכת האבדה לבעל הרשות ולא למוצא.

ואלו הן הבעיות המתעוררת מעיון בסעיף:

בפסק הדין נחלקו השופטים. ואלה הספקות שעלו בפרוש הסעיף. המלים "ברשותו של אדם אחר" ניתנות לפירושים שונים: המונח "רשות": (א) בעלות (ב) חזקה (ג) שליטה.

בירורן של ספקות אלה תלוי בשאלה נוספת והיא: מהי כוונת אמור בסעיף 3 של החוק, ומה בא להסדיר?

- (א) האם בא לקבוע את הדין למי שייכת האבדה במקרה שבו נמצאה האבדה ברשות היחיד, ובעליה לא נתגלו, היינו שבעל הרשות זכה באבדה מכוח רשותו, לפני שנתגלתה למוצא, והאבדה שייכת אם כן לבעל הרשות ולא למוצא.
- (ב) אין מטרתו אלא לקבוע, שאם אבדה, אבדה במקום כזה, יש להניח שמי שאבדה לו יפנה לכתובת זו ויבקש אותה – ולכן צריך המוצא למסרה לאותה כתובת, כדי שהלה ישמור עליה.

הסעיף מוסיף וקובע, שבעל הכתובת – ולא המוצא – יזכה באבדה כאשר הבעלים לא יבואו לבקש אותה. לפי הפירוש השני עיקרו של הסעיף הוא קביעת כתובת היכן יחפש בעל האבדה ובמקרה שזו נמצאה ברשותו של אחר, שאז היא של בעל הרשות ולא של המוצא.

לפי כל אחת משני גישות אלה בפרשנות החוק נבוא למסקנה שונה במקרה הקונקרטי שנדון בפסק הדין. אולם הכספות, אשר בוא נמצאו האיגרות, נמצא אמנם בבעלותו של הבנק, אך הוא לא נמצא בשליטתו מאחר והיוצאים ונכנסים לשם אנשים רבים ולבנק לא היה כל פיקוח או שליטה עליהם.

מסקנות:

מה דעת הרוב? או כיצד פירשו השופטים ברק ולנדוי:

פירוש את סעיף 3 שכוונתו לקבוע כתובת – היינו שיש להניח, בדרך סבירה. שבעל האבדה המחפש את אבדתו יפנה אליה – ואין הוא בא לקבוע שבעל הרשות נחשב למחזיק באבדה עוד בטרם תתגלה למוצא, ואשר על כן סעיף זה חל גם על רשותו של אדם שפתוחה לרבים באין מפריע, והוא למעשה מקום ציבורי, כגון האולם הראשי של הבנק. בכל מקרים האלה צריך המוצא למסור את האבדה לבעל המקום, אף שהוא מקום הפתוח לציבור, מתוך הנחה שבעל האבדה יבוא לחפש שם את האבדה שאבדה לו, ולפי האמור בסעיף הנ"ל, אם לא יתגלה בעל האבדה שייכות האיגרות לבנק.

סימוכין לדברים:

מתוך מאמרים של מלומדים אמריקאים.

דעת אלון:

מפרש את סעיף 3 בצורה שונה, הסעיף חל במקרה של אבדה שנמצאה ברשותו של אחר כשיש לאחר שליטה על המקום, והסעיף בא להוראות שבמקרה כזה זכותו של בעל המקום באבדה קודמת לזכותו של המוצא, כמובן במקרה שלא נתגלו בעליה של האבדה, ומאחר שלבנק לא הייתה שליטה על חדר הכספות, שהרי אנשים היו יוצאים ונכנסים בו, נמצא שסמכותו באיגרות לא קדמה לזכותו לש המוצא בהן, ולכן חלות ההוראות הכלליות של החוק, הנמצאות בסעיפים 2 ו-4, שלפיהן יש למסור את האיגרות למי שמצא אותן ולא לבנק. גישה זו נראית למחבר כמעוגנת היטב בפירושו של החוק ובמטרתו, וגם צודקת ונכונה היא במסקנתה, כי לפיה יעברו האיגרות למוצא הישר ולא לבנק שלא עמד כלל בניסיון ולא טרח כלל בהשבתם, וכן יש בכך כדי ל עודד את המוצא הישר להודיע על מציאת אבדה ולא להתפתות ליצרו ליטול אותה לעצמו.

הרקע למשפט עברי:

לאחר שאלון עיין בחוק השבת אבדה, עולה מתוכו כמה וכמה עניינים וסעיפים המבוססים על דיני המשפט העברי, נדונים בפסק הדין דיני הבת אבדה כאשר זו נמצאת ברשותו של אדם אחר, כפי שדינים אלה משתקפים במשפט העברי בסוגיית מציאת האבדה בחנות, אצל השולחני, ובמקומות אחרים שהם בבעלות פלוני ואלמוני אך הרבים מצויים שם. מתוך עיון זה עולה, כי אם רשותו של אותו אדם אחר היא בבחינת "חצר המשתמרת", היינו שלבעל הרשות חצר שיש עליה שליטה ועל אותו מקום והוא נמצא בפיקוחו, הרי הוא זכה באבדה קודם שנתגלתה למוצא, אך אם רשותו של האדם האחר היא בבחינת "חצר שאינה משתמרת", היינו שלבעל הרשות אין שליטה על אותו מקום והוא אינו נמצא בפיקוחו, משום שהרבים נכנסים ויוצאים ומצויים שם, לא זכתה לו רשותו באבדה, והיא שייכת למי שמתא אותה (כל זה כמובן, כאשר בעל האבדה אינו ידוע).

פסק הדין מוסיף ומציין, כי הקשר בין המונח "רשות" לבין המושג של שליטה ופיקוח על רשות זו מקובל הוא בעולמם של המשפט העברי והלשון העברית, ואשר על כן פירוש המושג "רשותו של אדם אחר" שבסעיף 3 מתיישב יפה עם המשמעות של רשות הנמצאת בשליטתו בפיקוחו של אותו אדם אחר. הפתרון המתקבל כתוצאה מפנייתנו למערכת המפט העברי כדי לפתור בעיית פרשנות המתעוררת בפנינו, עולה אפוא, יפה עם המשמעות המקובלת במשפט העברי למושג רשות במשמעות של רשות הנמצאת בשליטתו ובפיקוחו של בעל הרשות.

בפסק דין האמור מביע השופט ברק נכונות לפנות למשפט העברי בעת הצורך, ואף בית המשפט המחוזי בא למסקנה שעל פי המשפט העברי חדר הכספות בחינת חצר שאינה משתמרת שאינה קונה לבעליה ולכן האיגרות שייכות למי שמוצאן. יחד עם זאת, סבר השופט ברק שאין ליישם את הבקשה של בית המשפט החוזי בדבר קבלת חוות דעת משפטית ממוחה למשפט עברי, בית המשפט המחוזי נזקק לשלוש חוות דעת הלכתיות של חכמי הלכה ידועים בימינו – לטענתו של ברק אין להגזים, מותר לעיין בספרים וברישומים שונים אך לא להסתמך על חוות דעת הלכתיות – אלון מתנגד בתוקף וטוען שמותר ורצוי. חילוקי דעות בנושא זה חזרו ועלו גם בדיון נוסף שנערך באותה פרשה, לאחר חקיקת חוק יסודות המשפט.

עמודים 1582-1537 חוק יסודות המשפט, תש"ם - 1980**מטרות חוק יסודות המשפט**

התקופה החקיקתית השנייה – היא תקופת הקודיפיקציה האזרחית – הגיעה לשיאה עם חקיקת חוק יסודות המשפט, תש"ם – 1980. חוק זה קבע את עצמאותה של מערכת המשפט הישראלית. עצמאות זו נקבעה בשתי דרכים: בדרך השלילה – על ידי ניתוק מכוחו המחייב של המשפט המקובל. ודיני היושר האנגליים: ובדרך החיוב – על ידי יצירת קשר מחייב והענקת מעמד רשמי למשפט העברי כמקור משלים וכחלק של המשפט הפוזיטיבי במערכת המשפט הישראלית. מבחינה זו מהווה חוק יסודות המשפט, כפי שאמרנו במקום אחר – אחד החוקים הבסיסיים וקובעי התשתית של מדינת ישראל.

ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו

ביטולו של סימן 46 לא היה בו כדי להשפיע על המשך קיומו של אותו חלק מן המשפט העות'מני שהיה קיים עם קום המדינה ושהמשיך לעמוד בתוקפו מכוח סעיף 11 לפקודות סדרי השלטון והמשפט, תש"ח 1948, במידה שלא בוטל מכוח חקיקתם של החוקים השונים בתקופת הקודיפיקציה האזרחית. מספרם של סעיפים אלה שבמגילה הגיע לכמה מאות, שנוצרו באופן פורמלי מאחר שלא בוטלו במפורש אם כי בפועל לא היו נזקקים להם. ביוני '84 הגיעה גם שעתן של הוראות אלה להתבטל ממשכת החקיקה של המשפט הישראלי.

עקרונות מורשת ישראל כחלק מן המשפט הפוזיטיבי של מערכת המשפט הישראלית

עיקרו של חוק יסודות המשפט, ה"מצוות עשה" שבו, מצוי בסעיפו הראשון. סעיף זה קובע את "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" בתורת "מקורות משפט משלימים" למערכת המשפט הישראלית – לאחר קיומם של תנאים מסוימים, שנעמוד עליהם להלן – במקומו של סימן 46 המתבטל לפי הוראות הסעיף השני לחוק. בכל בא לכלל הגשמה מאמץ בלתי נלאה, שתחילתו עוד ערב הקמת המדינה, להעניק למערכת המשפט העברי, בצורת זו או אחרת, מעמד רשמי במערכת המשפטית במדינה היהודית. עובר לקבלתו של סעיף זה התנהלו חילוקי דעות נוקבים בדיונים ובמאמריהם של חוקרים ומשפטנים, וביטוי לכך מצוי גם בשורה של הסתייגויות לחוק שהוגשו על ידי מספר חברי כנסת והיזקקות למערכת המשפט העברי ויש שביקשו לצמצמה.

הענקת נפקות משפטית מלאה לעקרונות היסוד שבמגילת העצמאות

לעובדה, שעם קבלת חוק יסודות המשפט היו "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" לחלק מן המשפט הפוזיטיבי של המערכת המשפטית של המדינה נודעת משמעות חוקתית עקרונית מבחינה נוספת.

עד לחקיקת חוק יסודות המשפט, פורשו הביטויים והעקרונות במגילת עצמאות מתוך רעיונות לאומיים, אוניברסליים, עקרון חופש הביטוי, הדת והמצפון וכל אלה היו שייכות למשהו לאומי-טבעי. ומתוך כך ביררנו בפרשות שונות עקרונות היסוד של חירות האדם, של חופש הדעות וחירות הביטוי, של כבוד האדם, זכויותיו ושוויונו, ושל חוסר הפליה לפי מיעוטים לאומיים או דתיים, כפי שעקרונות יסוד אלה התגבשו מורשת ישראל. מעתה, היזקקות לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל אינה רק עניין של שימת לב ולימוד באספקלריא של מערכת החיים הלאומיים, כפי שכך היה המצב בטרם חוקק חוק יסודות המשפט, מערכת החיים הלאומיים – קרי "מורשת ישראל" – הפכה לחלק מן המערכת המשפטית הכתובה עלי ספק חוקיה, וההיזקקות אליה חובה משפטית מלאה ומובהקת היא.

דבר חקיקה, הלכה פסוקה, היקש

חובת הפנייה של ביהמ"ש אל עקרונות אלו מותנית היא בקיומם של שלושה תנאים, ע"פ החוק.

- (א) **חקיקה**: נדרש שלשאלה החוקתית הטעונה הכרעה לא תמצא תשובה בדבר חקיקה (לקונה).
 (ב) **הלכה פסוקה**: מושג זה מצוי בס' 33 לחוק בתי המשפט ולפיו הלכה מחייבת הינה הלכה שנפסקה בביהמ"ש העליון בלבד, ורק אותו חלק ששימש יסוד להכרעת הדין, היינו, הראציו- לא אוביטר, ולא דעת המיעוט.
 (ג) **היקש**: נדרש שלא תימצא תשובה בדרך של היקש. חלק זה נראה מיותר. הלא האנאלוגיה היא לחם חוקו של כל שופט.

"שאלה משפטית הטעונה הכרעה" - לאקונה

חובת ההכרעה לאור עקרונות מורשת ישראל היא כאשר בפני בית המשפט מצויה "שאלה משפטית הטעונה הכרעה". מה טיבה של שאלה כגון זו? בעיה זו נדונה בבית המשפט העליון בדיון נוסף בפרשת הנדלס, ונספק כי הכוונה למקרה שבית המשפט אינו מוצא במקורות המשפט הקיימים, תשובה לשאלה משפטית מסוימת באופן שנוצר מצב של "שטח ריק", לאקונה בלועזית, ואין הכוונה למקרה – כאשר בשאלה המשפטית המתעוררת אין משום שטח ריק אלא ענינה בפרשנותה של הוראה משפטית הקיימת ומוסדרת בחוק, אך המתפרשת בדרכים אפשריות שונות, העומדת לפני בית המשפט היא איזוהי פרשנותה הנכונה של הוראה זו.

בסוגיית הלקונה נחלקו הדעות בין משפטנים - אימתי יש לקבוע כי נושא מסוים הוא בבחינת לקונה? לית מאן דפליג שכאשר נושא משפטי מסוים אינו מוסדר כל עיקר במערכת המשפטית הישראלית, הרי לפנינו מקרה של לקונה. אך בכך רחוקים אנו מלמצות כל הכלול בסעיף החוק הראשון. ע"פ אלון גם ביאור מושגים כללים כגון "תקנת הציבור", "תום לב" וכו' הם בגדר חלל ריק, לאקונה. מסכים איתו גם השופט אגרנט - מלאכת פירוש הכלול במושגי משפט כללים, כגון רשלנות, אף היא בבחינת מילוי לאקונה. אגרנט הגדיר זאת "כאשר המחוקק נזקק בהוראתו למונח מפתח, בלי להגדירו". לתיאור המושג "לאקונה" אין המחוקק משתמש במונח "חסר", "שטח ריק" או "מילוי חלל". הניסוח הינו "שאלה משפטית הטעונה הכרעה". הגדרה זו וניסוח זה כוללים לא רק מקרה בו הנושא המשפטי אינו נדון כל עיקר במערכת המשפטית, אלא גם כאשר הנושא מובא בצורה כה כוללת שאין בה כל משמעות סובסטנטיבית-תוכנית. לדעת השופט ברק עניינו של הסעיף הראשון אינו אלא במקרה שהמערכת המשפטית אינה מתייחסת כל עיקר לנושא מסוים. לדידו, מקום שדבר חקיקה ישראלי נזקק למושגי יסוד כגון "צדק", "תום לב", "תקנת הציבור" וכיוצא באלה, תפקידו של ביהמ"ש הוא ליצוק תוכן קונקרטי במושגים אלו על פי מטרות של החוק ובהתחשב בתנאי החיים, המצויים והרצויים בישראל.

עקרונות החירות, היושר, הצדק והשלום של מורשת ישראל

המושג "מורשת ישראל" חדש הוא במינוח משפטי של מערכת המשפט הישראלי, ומתוך שטרם בא לכלל שימוש הרי הוא מוגדר פחות מן המונח "משפט עברי". במקורות היהדות מתפרש מונח זה כמכוון לתורה ולכלל עולמה של תורה שבע"פ. יש להניח שבחירת מונח בלתי מוגדר זה היא חלק מנוסח הפשרה אליו הגיעו מנסחי החוק. ברור שעיקרו של הכלול במושג זה הוא המשפט העברי- כפי שעולה מנוסח הצעת החוק בה משמשים המונחים "משפט עברי" ו"מורשת ישראל" כשמות נרדפים. על בתי המשפט יהיה לצקת תוכן למושג זה ולהחליט מה כלול בו בנוסף למשפט העברי (לדוגמה דברי הגות ומחשבה שבמורשת ישראל לדורותיה ובמורשת הקשורה לתחייה הלאומית). עם זאת על בתי המשפט לשוות לנגד עיניהם כי המדובר בסוגיות משפטיות מחיי המעשה ולא מחיי המחשבה והעיון המופשט.

עקרונות מורשת ישראל בפסיקת בתי המשפט

במספר פסקי דין הובאו עקרונות-על אלה לכלל שימוש לאור הוראות חוק יסודות המשפט. נעיין בסעיפים נבחרים (בעמודים הבאים).

תוכן עניינים לנוחיותכם:

81	זכויות יסוד של עצורים
81	חירות ממעצר
82	חופש הדעות וחירות הביטוי
82	כבוד האדם ושוויונו
83	יחס כלפי מיעוט לאומי או דתי
83	דרך היזקקות למקורות מורשת ישראל

זכויות יסוד של עצורים ואסורים

באחת הפרשות⁵⁸ שנדנו בבית המשפט העליון, התעוררה שאלה של הצבעתם של אסירים ועצירים בבחירות לכנסת. בדיון שנערך בעניין זה, קבע בית המשפט העליון גם כאשר נתון אדם במעצר או במאסר, ואין בעובדת המאסר בלבד כדי לשלול זכותו להצביע. כלומר, עומדת זכותו של האסיר או העציר להצביע בבחירות, זאת נקבע מכוח עקרונות חירות וצדק שנקבעו לפי המשפט העברי:

על פי האמור בדברים כה, ג: "ונקלה אחיך לעינד" קבעו חכמים כלל גדול בתורת הענישה העברית: "משקלה – הרי הוא כאחיד". וכלל גדול זה יפה הוא לא רק לאחר שריצה את עונשו אלא גם בעת ריצוי העונש, שאחיד ורעך הוא, וזכויותיו וכבודו כאדם שמורים עמו לעומדים לו. ואם כך הוא לעניין כל זכות שהיא, על אחת כמה וכמה שכך הוא לעניין הזכות לבחור לכנסת, שזכות יסוד מבהקת היא במשטר דמוקרטי, ושלגביה קיימת הוראה מפורשת בחוק, שמצויה היא בידי כל אזרח בישראל מבין שמונה עשרה שנה ומעלה, אם בית המשפט לא שלל ממנו זכות זו על פי חוק.

חירות ממעצר

השאלה העקרונית בדבר אפשרות והסמכות לעצור נאשם בטרם משפט עברה שלבים שונים בפסיקה הישראלית. לפי הוראות סעיף 34 לחוק סד הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב – 1982, משקיים חשד סביר נגד אדם כמעורב בעבירות רצח ועבירות חמורות בענייני ביטחון המדינה שעונשן מאסר עולם, יש בכך בלבד כדי לאפשר את מעצרו ולמנוע את שחרורו עד לגמר בירור דינו. לעניין חשוב על ביצוע עבירות אחרות אין לעצור את החשוב אף כאשר קיימות ראיות לכאורה בדבר ביצוען על ידו, אלא אם מעצם מהותה של העבירה ונסיבותיה נובע מאליו החשש של סכנה לציבור באם יתהלך חופשי, כפי שהוא לעתים תכופות בעבירות שהחשוד יימלא ולא יעמוד לדין או ישבש הליכי משפט על ידי איום על עדים והדחתם, השמדת ראיות וכיוצא באלה. כללים אלה מקובלים על דעת כל שופטי בית המשפט העליון. במשך הזמן נפסק בבית המשפט העליון, שכאשר מצויות ראיות לכאורה כי אדם בעל מעמד ציבורי חשוב בלקיחת שוחד בסכומים גדולים או עבירה כיוצא בזה, כי בכך כדי להצדיק מעצרו עד גמר ההליכים במשפטו. וכן הלכה ונתקבלה הדעה, כי לעתים די בחומרת העבירה בלבד – אם הוכחה לכאורה – כדי לעצור את החשוד בביצועה עד תום ההליכים במשפטו, גם אם אין קיימים סכנה לציבור או חשש לשיבוש הליכי משפט באם יתהלך הנאשם חופשי.

בסוגיה זו הייתה דעת השופטים בבתי המשפט העליון, כי אין לשלול חירותו של אדם, שהוא בחזקת כשרות, בטרם התברר דינו, רק משום שהוא בעל מעמד ציבורי או בגלל חומרת העבירה בלבד.

עם זאת חוק יסודות המשפט, תש"ם – 1980, מצאו שופטי העליון סימוכין משפטיים נוספים לעמדה, כי חומרת העבירה בלבד אין בה כדי להצדיק מעצר עד תום ההליכים, וכן שהעובדה שהחשוד הוא בעל מעמד ציבורי אינה יכולה לשמש נימוק למעצרו יותר מאשר אילו היה אדם מן השווה, וכי הדין צריך שיחול לגבי שניהם.

ב"ש 15/86 – פרשת אבי צור^{vii}

הכלל הגדול שבמערכת משפטנו ובעולמה של היהודית כי כל אדם חף מפשע עד שלא יורשע בדין וכי כל אדם בחזקת כשרות – כל אדם, ואף אדם חשוב במשמע! השופטים ציינו כי, מעמדו של אדם, מקצועו ועיסוקו, ייתכן גם ייתכן, כי שיקול חשוב הם לעניין מדידת העונש שיושט עליו באם יורשע בדין, כפי שהמחוקק גם קבע מעשים מסוימים כעבירות כאשר נעשים על ידי בעל מעמד פלוני או אלמוני. אך בטרם הרשה בדין כאשר עולה החשד ואדם מצפה לבירור דינו – אין מקום, ואין הצדקה, להפלות לרעה בין חשוב לחשוד ובין נאשם לנאשם – אלא דין אחד וכללים אחידים לחשוד 'סתם' ולחשוד 'חשוב'.

ב"ש 290/76^{viii}

זכותו של אדם לחירות אישית מאבני היסוד היא במשפט העברי, וכלל גדול בו הוא כי כל אדם בחזקת כשרות עד שלא יוכח ההיפך ותורע חזקתו. וכן ראינו כי לפי המשפט העברי אין לעצור נאשם אלא אם הוא חשוב בעבירות חמורות ביותר, או כאשר קיים חשש שישב הליכי משפט. ועוד יסוד גדול הוא בתורת ישראל: "לא תעשו עוול במשפט, לא תישא פני דל, ולא תהדר פני גדול, בצדק תשפוט עמיתך". וכשם שעיקרון גדול זה שבמשפט העברי שימש סימוכין בפסיקתו של בית המשפט בב"ש שלא להדר פני גדול ולהקל עמו בשחרור ממאסר לאחר שהורשע בדינו, כן צריך הוא לשמש סימוכין לכך שלא לעשות עוול במשפטו של 'גדול', ולהחמיר עמו, לעומת 'הדל', לעניין מעצרו בטרם משפט. כך נתפרש פסוק זה, וכך נפסק, בדבריו של הנשר הגדול, רבינו משה בן מימון: "מצוות עשה לשפוט השופט בצדק, שנאמר: בצדק תשפוט עמיתך. אי זהו צדק המשפט? זו השווה בין שני בעלי דין בכל דבר".

⁵⁸ בג"צ 337/84

חופש הדעות וחירות הביטוי

בפרשה אחרת, הידועה בציבור כעניין "הרשימה המתקדמת לשלום", ורשימת "כך", נדונו – בין היתר – בעיות עקרוניות כגון חופש הדעות וחירות הביטוי, שוויון בני אנוש וחוסר הפליה מטעם השלטון כלפי מיעוטים לאומיים המתגוררים בחסותו. שתי רשימות אלה נפסלו על ידי ועדת הבחירות המרכזית מלרוץ לבחירות של הכנסת ה-11. הראשונה – משום שלפי תוכן מצעה מתכוונת היא לחסל את מדינת ישראל או לפגוע בשלמות גבולותיה, השנייה – משום שלפי תוכן מצעה מתכוונת היא לחתור תחת אושיות היסוד של המשטר הדמוקרטי בישראל. בית המשפט העליון החליט, על דעת כל חבריו, לבטל את פסילתן של שתי הרשימות. לעניין "הרשימה המתקדמת לשלום" היה הנימוק, שלא הוכח שאכן מתכוונת היא לחתור תחת קיומה של מדינת ישראל או לפגוע בשלמות גבולותיה. ולעניין רשימת "כך" היה הנימוק, שלגביה אמנם הוכח שתוכן מצעה חותר תחת אושיות היסוד של המשטר הדמוקרטי בישראל נחלקו הדעות והמנמקות. לדעת רוב מבין חמשת השופטים שישבו לדין אין בית המשפט – ומכל שכן ועדת הבחירות – מוסמכים, לפי החוק הקיים, לפסול רשימה בכלל תוכן מצעה פרט למקרה האחד והיחיד שכאשר הוכח שהיא מבקשת לחתור תחת עצם קיומה או שלמות גבולותיה של מדינת ישראל, שאז מצווה כל רשות מרשויות המדינה למנוע מרשימה כזו להשתתף בבחירות לכנסת מכוח ציווי העל של ו"חיי בהם – ולא שימות בהם". בית המשפט העליון המליץ בפני הכנסת לקבוע בחוק, בצורה מפורשת וברורה, איזהו העיקרון מתוך עקרונות הדמוקרטיה שההתעלמות ממנו יכולה שתשמש עילה לפסילתה של רשימה על ידי בית המשפט או ועדת הבחירות, ומה שיעור ההפרה וסבירות הסכנה לביטולו של עיקרון זה הדרושים לצורך פסילה זו.

חילוקי דעות בחברה הוא דבר מבורך והמשפט העברי עסק בכך לדורותיו. ודומה שאין לך ביטוי יותר קולע וממצה לחופש הבעת דעה ולחשיבותה של כל דעה ודעה – ואף זו שדעת יחיד היא – מהכלל שטבעו חכמים לעניין מחלוקת בית שמאי ובית הלל⁵⁹ – "שאלו ואלו דברי אלוהים חיים". לצורכי המעשה, כהתנהגות מחייבת, ההלכה היא כבית הלל, אך דעת בית שמאי ממשכה להוות דעה לגיטימית ומהותית בעולמה של ההלכה. גישה זו הייתה לאחד מקווי אופייה של ההלכה. ה"זקן ממרא"⁶⁰, גם לאחר שהסנהדרין⁶¹ – בית הדין העליון של האומה – פסק כנגדו, יכול הוא להמשיך ולבדוק בצדקת דעתו, וללמד כדרך שהיה למד' ובלבד שלא יפסוק כך למעשה. יתרה מזו: דעת המיעוט יכול ותבוא שעתה ותיהפך לדעה המקובלת שינהגו לפיה. ר' יהודה אומר: "לא הוזכרו דברי יחיד בין המרובים (הרבים בכונה לדעה הבודדת מול דעה שולטת)", אלא שמא תיצרך להן שעה וסיכמו עליהן (רק בעת מסוימת יכול להיות שיסכמו לדעה הבודדת והיא תהפוך להיות השולטת)", וממשיך הוא "ואף על גב שלא נתקבלו דברי היחיד בזמן ראשון ולא הסכימו רבים עמו, כשיבוא דור אחר ויסיכמו רבים לטעמו, יהיה הלכה כמותם, שכל התורה נאמרה כן למשה, פנים לטמא ופנים לטהר, ואמר לו: עד מתי נעמוד על הברור? ואמר להם: אחרי רבים להטות, מיהו – אלו ואלו דברי אלוהים חיים"^{ix}.

דעתו של עקיבא בן מהללאל שדעתו שונה הייתה מדעת חבריו החכמים: "עקיבא בן מהללאל העיד ארבעה דברים. אמרו לו: עקיבא, חזור בך בארבעה דברים שהיית אומר, ונעשך אב בין הדין לישראל. אמר להן: מוטב לי להיקרא שוטה כל ימי, ולא לעשות שעה אחת רשע לפני המקום: שלא יהיו אומרים: בשביל שררה חזר בו".

ריבוי דעות זה אין בו משום תופעה שלילית או פגם, אלא מהותי הוא לעולמה של ההלכה. ואין בזה שום השתנות או חסרון, לומר שנעשית התורה על ידו כשתי תורות, אדרבה – כך דרכה של תורה, אלו ואלו דברי אלוהים חיים. ולא זו בלבד, אלא יש בריבוי הדעות והגישות כדי יצירתה של הרמוניה, של אחדות מתוך שוני.

ואכן תפיסת יסוד זו של "אלו ואלו דברי אלוהים חיים" הייתה לה השפעה מכרעת על דרכה ומהותה של הקודיפיקציה של ההלכה בכל תקופותיה, ועל דרכי פסיקתה והכרעתה. וכבר סיכמתי בכך במקום אחר, ולא כאן המקום להאריך בכך.

כבוד האדם ושוויונו

כאמור, המליצו שופטי העליון למחוקק לחוקק חוק מפורש המוסר סמכות פסילה כזו בידי בית המשפט לפי עקרון מתוך עקרונות הדמוקרטיה שההעלמות ממנו יכול שתשמש עילה לפסילתה של רשימה. עקרון שההתעלמות ממנו צריך שתיקבע על ידי המחוקק כעילה לפסילתה של רשימה שחבריה מבקשים להיבחר הוא עקרון כבוד האדם ושוויונו באשר הוא אדם, וחוסר ההפליה מטעם השלטון כלפי מיעוטים לאומיים או דתיים המתגוררים בו.

יסוד מוסר בעולמה של יהדות הוא רעיון בריאת האדם בצלם אלוהים. בכך פותחת תורת ישראל, וממנו מסיקה ההלכה עקרונות יסוד בדבר ערכו של האדם – כל אדם באשר הוא – שוויונו ואהבתו. ר' עקיבא אומר: חביב אדם שנברא בצלם, חובה יתרה נודעת לו שנברא בצלם, שנאמר: "בצלם אלוהים עשה את האדם", ובכך מנומק בפסוק זה איסור שפיכת דמים לבני נוח, עוד בטרם מתן תורה.

⁵⁹ ראה עמוד 18.

⁶⁰ ראה עמוד 6.

⁶¹ ראה הקדמה לחסרי רקע בלימודי יסוד ביהדות.

טוב לעיין בחילוקי הדעות שבין שניים מגדולי התנאים בדבר סדר העדיפות בסולם הערכים שביחסי אדם לאדם: ואהבת לרעך כמוך – ר' עקיבא אומר: זה כלל גדול בתורה. בן עזאי אומר: זה ספר תולדות אדם (ביום בו ברא אלוקים את האדם בדמות אלוקים עשה אותו) זה כלל גדול מזה. אליבא ר' עקיבא, הערך העליון ביחסי אדם לאדם הוא אהבת האדם והבריות. ואליבא דבן עזאי – הערך העליון והעדיף הוא שוויון האדם, באשר כל אדם ואדם נברא בצלם אלוקים. ושני הערכים גם יחד – שוויון ואהבת הבריות – היו לאחדים בידה של האומה העברית, ושניהם כאחד מהווים יסוד היסודות של היהודית, לדורותיה ולתקופותיה.

הכלל הגדול של "ואהבת לרעך כמוך" אינו עניין לדברים שבלב בלבד, לאהבה ערטיאלית שאינה מחייבת דבר, אלא לאורח חיים שבעולם העשייה. וכך מובע עקרון זה בדבריו של הלל: "דעלך סני – לחברך לא תעביד" (מה ששנוא עליך, לחבריו אל תעשה). וכבר עמדו פרשנים על כך שניסוח זה שבדרך השלילה, נתן לעקרון זה משמעות שטבע האדם יכול לעמוד בו: כי לא קיבל לב אדם שיאב את חברו כאהבת את נפשו. ועוד שכבר בא ר' עקיבא ולימד: חייך קודמים לחיי חבריך. ר' עקיבא שקבע, כאמור, כי הכלל הגדול והעדיף הוא "ואהבת לרעך כמוך", הוא גופו לימד כי בשעת סכנה – ליחיד ולציבור – יש ש"חייך קודמים לחיי חברך".

עם ישראל מצווה להילחם על קיומו ולרדוף את אלה המבקשים להתנכל לו ולנשלו מריבונותו ומאוצו. אך גם האויב – ערך אדם וכבוד לו. בניצחון יהושפט מלך יהודה על העמונאים והמואבים שר העם: "הודו לה' כי לעולם חסדו". ועל כך נאמר בדבריהם של חכמים: "אמר רבי יוחנן: מפני מה לא נאמר כי טוב בהודעה זו? לפי שאין הקדוש ברוך הוא שמח במפלתן של רשעים. ואמר רבי יוחנן: מרי דכתיב: ולא קרב זה אל זה כל הלילה? ביקשו מלאכי השרת לומר שירה: אמר הקדוש ברוך הוא מעשה ידי טובעין ביס, ואם אומרים ישרה?"

יחס כלפי מיעוט לאומי או דתי

תפיסת עולם יסודיות ובסיסיות אלו (למעלה) קבעו גם את היחס שבמקורות היהודית למיעוט לאומי המתגורר תחת שלטון יהודי. שורה של מצוות יסוד בעולמה של היהדות מנומקות בתורה בזיכרון ההיסטורי של האומה וסבלה כמיעוט תחת שלטונם של אחרים: "כי גרים הייתם בארץ מצרים". ולא זו בלבד, אלא אף: "לא תתעב מצרי, כי גר הייתה בארצו". הגזענות, שכה רבים חלליה בהיסטוריה האנושית עד עיצומם של ימים אלה, מקומה לא יכירנה בעולמה של היהודית והיא נדחתה על ידה באופן מוחלט. בן אומה אחרת המצטרף לאומה העברית – הופך להיות לאחד מבניה של אומה זו, לכל זכות ולכל חובה: "חוקה אחת יהיה לכם ולגר ולאזרח בארץ", "ואל יאמר בן הנכר הנלווה אל ה' לאומר, הבדל יבדילני ה' מעל עמו... כי ביתי בית תפילה יקרא לכל העמים". ולא רק מאן ואילך, אלא אף לגבי העבר.

אין האומה העברית "עושה נפשות" כדי לצרף בני לאומים אחרים לשורותיה. עובדה זו באה לבטא, בין היתר, את ההגנה שהיהדות העניקה לבן המיעוט לחיות לפי מורשתו ותרבותו. הנוהג המקובל העולם העתיק והפחות עתיק – לבולל את בני המיעוטים על ידי הרוב השולט במדינה – לפי העיקרון המקובל של *cujus regiona ejus religio* היינו השליט, הוא בעל הדת, שלפיו ומכוחו נרדפו המיעוטים עד שהיו אנוסים לקבל עליהם את דת הרוב השליט – אסור היה בתכלית האיסור בעולמה של ההלכה.

עקרונות היסוד המנחים בסוגיית יחסה של המדינה העברית לכלל תושביה עם עקרונות היסוד שבכלל עולמה של ההלכה, כדבריו של הרמב"ם: הרי נאמר: טוב ה' לכל ורחמיו על כל מעשיו, ונאמר: דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום.

דרך היזקקות למקורות מורשת ישראל

בפסק הדין ניימן מובאים הדברים דלהלן על דרך היזקקות למקורות מורשת ישראל לפי חוק יסוד המשפט:

"מן המפורסמות הוא כי גם עולמה של הגות ישראל לדורותיה – ואף מערכת ההלכה גופה, כפי שנעמוד על כך להלן – מלאה היא דעות שונות וגישות מנוגדות... כך הוא בכל סוגיה וסוגיה, וכך הוא גם בסוגיית חופש הבעת הדעות וחירות הביטוי... אך המעיין המבקש לדעת, שומה עליו להבחין בין דברים שנאמרו לשעתם ולזמנם ולבין דברים שנאמרו לדורות... מתוך אוצר עצום ועשיר זה, על המעיין לשאוב מלוא חופנים לצרכי דורו וזמנו".

דוגמה זו מהעליון יש בה כדי להמחיש אופן היזקקות – כפי שמצוים אנו על פי חוק יסודות המשפט – לעקרונות החרות, היושר, הצדק והשלום של מורשת ישראל.

המשפט העברי ומקומו בפרשנותה של מערכת המשפט הישראלית, לאור חוק יסודות המשפט

כאמור, ישנן בעיות שהתעוררו בדבר פרשנותה של החקיקה הישראלית. במיוחד מאז החל התהליך הקודיפיקטיבי האזרחי בתקופת החקיקה השנייה, ועל גישות השונות שבפסיקת בית המשפט העליון ובספרות המחקר בפתרון של בעיות אלה.

איזהו הפתרון המוצע לבעיות פרשנות אלה בהוראות חוק יסודות המשפט? האם הוראות חוק יסודות המשפט דנות בעניין כלל הבעיות שעמדנו עליהן או רק לגבי חלק מהן? האם לגבי בעיות פרשנות שלא נדונו במפורש בחוק יסודות המשפט ניתן להסיק על הפתרון הרצוי בעקיפין, בחינת לימוד דבר מתוך דבר? נעיין בעיקרי הדברים שנאמרו בסוגיה זו.

כאשר מצויה לאקונה

כפי שראינו, במקרה של לאקונה לית מאן דפליג כי מחובתו של בית המשפט להכריע על פי עקרונות מורשת ישראל, אם כי נחלקו הדעות לאוקנה מהי ויש אף תוהים אחר תאריך לידתה של הלאקונה. לעומת זאת נחלקו שופטי בית המשפט העליון לעניין הבעיה המרכזית, שעמדנו עליה בדברינו הקודמים והיא בדבר מקומו של המשפט העברי בפרשנות החקיקה הישראלית כאשר הספק בפרשנות מתעורר שלא במקרה של לאקונה. וזו הבעיה שעמדה במרכז הדיון הנוסף שבפרשת הנדלס, שהתקיים לאחר היכנס חוק יסודות המשפט לתוקפו, ומן הראוי שנעיין בדעות השונות שנאמרו בה.

ספק בפרשנותה של הוראת חוק – פרשת הנדלס, דיון נוסף

כיצד יש לפרש הוראת חוק המסדירה נושא מסוים כשהמדובר הוא שלא במקרה של לאקונה, ומתעורר ספק בדרך פרשנותה של אותה הוראה.

פרשת הנדלס: "מה יעשה שופט במקרה דנן ואיזו דרך יבחר לו במלאכת פרשנותו? לעיתים מחפש הוא בחוק, נעזר בהיקש מסעיף לסעיף. לשון אחרת, מתחקה הוא אחר מהות החוק ומטרתו. לעיתים אין הבור מתמלא מחוליותיו ולא מסעיפיו. כשזה קורה מביא השופט ממערכות משפט אחרות או מהאקדמיה, לפעמים בגלוי ולפעמים שלא בגלוי. כאשר ישנו שטח ריק, במקרה זה יעניק המחוקק מעמד של מקור משפטי משלים ל"עקרונות החירות הצדק היושר והשלום של מורשת ישראל".

כאשר השאלה המשפטית היא בדבר פרשנות הוראה משפטית והשופט צריך לבחור בין אפשרויות הפרשנות. דוגמא לכך בנושא לפנינו: כיצד לפרש את ההוראה המצויה בסעיף 3 בדבר "רשותו של אדם אחר". במקרה כזה, הפנייה למערכת משפטית אחרת אינה אלא פנייה כאל מקור של השראה.

אלון (לפי דעת מיעוט) – כאשר מדובר בדרך השראה, על בית המשפט לבחור דרכו בראש ובראשונה מעקרונות המשפט העברי. שני נימוקים עיקריים לכך:

- מהסברים להצעות חוק לקראת קבלתם בכנסת מודגש כי מערכת המשפט העברי שימשה בין היתר מקור ראשי לעקרונות אותם חוקים, דוגמא לכך הוא חוק השבת האבדה.
- חשיבות מרובה וגדולה. כאשר נדרש השופט ליישב בין שני סעיפים המתנגדים זה לזה, אחד התפקידים המוטלים על המשפט הוא הענקת מעמד בכורה למערכת המשפט העברי כמקור השראה פרשני של המשפט הישראלי. זאת מאחר ולמשפט הישראלי אין עבר רב והוא יכול לפרש לפיו.

משנתקבל חוק יסוד המשפט התחזקו שני נימוקים אלה. לפי הפירוש לפי חוק יסוד המשפט בחרו במורשת ישראל המכוונת בראש ובראשונה למשפט העברי. לדעת רוב השופטים בפרשת הנדלס אין להעניק למערכת המשפט העברי מעמד בכורה, אף לא כמקור של השראה, ברק: "מלאכת הפרשנות קשה... אין לומר כי ההשראה הפרשנית צריכה לבוא בראשונה מהמשפט העברי, תהא זו טעות להחליף את המשפט האנגלי במשפט העברי כמקור לפרשנות דברי חקיקה. את דבר החקיקה יש לפרש מתוכו על רקע מציאות החיים שלנו."

לנדו: אין לתת מקום בראש ובראשונה למשפט העברי, בחוק יסוד המשפט נתן המחוקק את דעתו על סוגיית הזיקה אל המשפט העברי בכך שהוא נמנע מלהזכיר בשמו המפורש ובחר במושג לא מפורש של "מורשת ישראל". חיים כהן: אילו היה בכוונת המחוקק להחיל את דין המשנה היה צריך להביא דבר זה לידי ביטוי במפורש. עם זאת רואה לנכון להשתמש במשפט העברי לעזר. אלון: "במקרה זה (פרשת הנדלס) בחר ברק לצורכי השראה למאמרים של מלומדים אמריקאים, ואני פניתי למערכת המשפט העברי, שבמקרה מיוחד זה, גם עולה בקנה אחד עם הפסיקה האנגלית והאמריקאית".

פרשנות מושגים משפטיים ערכיים

בדברינו על משמעות מושג הלאקונה בחוק יסודות המשפט ראינו שלדעת מלומדי משפט שונים, פרשנותם של מושגים משפטיים ערכיים כגון: צדק, תום לב, תקנת הציבור וכיוצא באלה הם בבחינת מילוי לאקונה: וכך גם דעתי לעניין משמעות המושג "שאלה משפטית הטעונה הכרעה" שבסעיף הראשון לחוק יסודות המשפט: ואשר על כן על בית המשפט לפרש מושגים אלה ולצקת בהם תוכן על פי עקרונות מורשת ישראל. ועוד ראינו שאף לפני היכנס חוק יסודות המשפט לתוקפו, סברו ופסקו מספר שופטים בבית המשפט העליון שמושגים משפטיים ערכיים כאלה צריך שיתפרשו על השקפות היסוד מורשת במערכי המוסר והתרבות שבמשפט העברי. מתוך כל אלה מצאנו כי הדעה שעקרונות משפטיים ערכיים, כגון צדק, תקנת הציבור, תום לב וכיוצא באלה יימלאו תוכן ויפרשו על פי עקרונות מורשת ישראל, יש להם תימוכין חזקים.

אהרון ברק טוען שפירוש מושגים אלה חייב להיעשות מתוך החוק ובהתחשב בתנאי החיים המצויים והרצויים בישראל, הוא מתנגד לשאיפה מתוך מורשת ישראל מושגים אלו. לדעתו של אלון יש בכך משום טעות ומותר ואף רצוי לפנות למשפט העברי כאשר נדרשת פרשנות של החוקים.

ניב או ביטוי המיוחדים למשפט העברי

בעיה אחרת שנדונה בדיון הנוסף שבפרשת הנדלס היא אופן פרשנותו של מונח המצוי בחוק כאשר אותו מונח מצוי ומקובל במערכת המשפט העברי.

החוק מתפרש כפי כוונתו המשוערת של המחוקק: גילה המחוקק דעתו, שיש לפרש חוקו על פי המשפט העברי, על ידי שבחר לו ביטוי או ניב, המיוחדים למשפט העברי דווקא, ואשר אינם שגורים על פיהם של משפטנים עד היום, כי אז ישתדל בית המשפט להגשים כוונת המחוקק ולדלות דרכי פרשנותו ממקורות המשפט העברי. מה שאין כן כשהמחוקק בחר להשתמש במונחים משפטיים, השגורים בפי כול: כוונתו המשוערת היא, שיש לפרש לשונו פשוטה כמשמעה ועל פי כללי הפרשנות המקובלים, כפי שהם נוהגים בבתי משפט אלה מימים ימימה. גישה פשוטה זו אינה משתנית גם עם תחילתו של חוק יסודות המשפט, הצורך בזיקה למקורות מורשת ישראל אינו מתעורר כלל, כל עוד ניתן לחפש ולמצוא תשובה לשאלה הטעונה הכרעה בדבק חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש.

הבחנה זו מקובלת על אלון, ואפשר להביא לכך דוגמא, הביטוי "גמירות דעת" המצוי בחוק החוזים הכללי, זהו ביטוי שהורתו במשפט העברי ומיוחד לו, ואף קשה לתרגמו כראוי לשפה אחרת כלשהי, ולאור ההבחנה האמורה יש לפרשו לפי המשפט העברי.

מוסד משפטי עברי שנקלט במשפט הישראלי פרשת קניג – דיון נוסף

אמרנו כי במידה ודבר חקיקה שאוב מהמשפט העברי חזקה עליו להתפרש על פיו כאשר בעיה מתעוררת בקשר ליישומו. במקרה לפנינו מדובר באישה אשר התאבדה וכתבה צוואה בסמוך לפטירתה ובכתב ידה אך ללא תאריך וחתומה (כמו שמבקש החוק ס' 19 לחוק הירושה).

לדעת השופט ברק ניתן להכשיר צוואה בכתב יד כאשר אין ספק באמיתותיה גם ללא חתימה, ניתן להסיק כך מס' 25 לחוק. לדעת אלון ניתן לקבל הצוואה מסעיף 23 (שכיב מרע, העומד למות רשאי לצוות בע"פ בפני שני עדים צוואה) בפסק הדין נאמר: "מן הראוי לעמוד על מהותה של צוואה זו במשפט העברי [...] סוג זה של צוואה נקלט בחוק הירושה מהמשפט העברי" לפי המשפט העברי: צוואת שכיב מרע יכול שתיערך בע"פ ויכול בכתב [...] עדיף בכתב.

הנשיא לנדוי והשופט שלמה לוין חולקים על אלון, לדעתם המרת הדרישה לשני עדים בצוואת שכיב מרע בצוואה שנכתבה ללא עדים וללא חתימה בבחינת "הסגת גבולו של המחוקק" ואין הוראות ס' 25 חלות. לדעת לנדוי, אומנם המחוקק שאב את סעיף שכיב מרע מהמשפט העברי אך בחר לכתוב במפורש כי ההתייחסות היא כלפי צוואה בע"פ בפני שתי עדים, זהו הבדל יסודי אותו רצה המחוקק.

עמודים 1594-1626 דת ותרבות והמשפט העברי במדינה**מהותה הדתית והתרבותית של בעיית המשפט העברי במדינה עברית**

השתת המערכת המשפטית של מדינה ריבונית, באמצעה של המאה העשרים, על מערכת המשפט העברי, משימה זו כשלעצמה אינה מן הקלות, והרבה עיון, יצירה ותעוזה דרושים לשם ביצועה ויישומה.

מערכת המשפט העברי עומדת הייתה במשימה גדולה זו גם במציאות ההיסטורית חדשה-ישנה זו של ריבונות עברית ומערכת משפטית עצמאית. היה זהו תהליך ממושך, מלווה בדיונים וחילוקי דעות נוקבים, על מקומו של המשפט העברי במדינה.

כפי שראינו, נתונים ענייני המעמד האישי בסמכות שיפוטית – אם ייחודית ואם מקבילה – של בתי הדין הרבניים. עובדה זו של החזרת חלק של המשפט העברי לחיי המעשה הביא עמו מאליו וכבדבר שבהכרח, ליצירה משפטית, אם על ידי הוספה של ההלכה הקיימת, ואם על ידי שינוי, אם בדרך פרשנות ואם בדרך התקנת תקנות.

אולם הבעיות המתעוררות השתנו עתה עם שינוי המציאות, ואם תפיסה חברתית רוחנית חדשה בימינו, הבעיה החדשה לא עוסקת באופן שבו יש לשלב את המשפט העברי, לראשונה בדברי ימייה של האומה העברית, והיא – משימה של קליטת מערכת המשפט העברי במערכת המשפטית של מדינה עברית שאינה מקבלת עליה את עולה של ההלכה. עיקרון של הדיון, אינו, אפוא, דיון ומאמר פנים הלכתי בדבר אופן השימוש ומידת השימוש, במקורות היוצרים של מערכת המשפט העברי, בדומה לדיונים שהתנהלו בעולמו של המשפט העברי בכל תקופותיו. הנושא המרכזי עתה הוא, האם מן הראוי ומן הרצוי לשלב את מערכת המשפט העברי במערכת ההיסטורית של המשפט העברי ושאינה שואבת את סמכותה מכוחה וסמכותה של זו, כיצד ייעשה שילוב זה ומה הן דרכי ביצועו.

על בעיה זו ועל בעיות רבות נוספות תוהים דורשי "עצמאותה" של המערכת המשפטית הישראלית. "עצמאות" זו של מערכת המשפט במדינה – והפעם אין הכוונה לעצמאות כלפי חוץ, כלפי מערכות משפטיות אחרות וזרות, אלא כלפי פנים, כלפי המערכת המשפטית ההיסטורית העברית – האם מאפשרת היא יצירת "יחסים" מיוחדים עם המערכת המשפטית העברית ההיסטורית, ואם כן – מה טיבם של יחסים אלה ומה שיעורם? ואולי אין צורך ביחסים כלשהם בין מערכת המשפט הישראלית למערכת המשפט העברי וההיסטורית?

בדיונו עד כמה עמדנו על דעות שונות של מחוקקים ושופטים, משפטנים ומלומדי משפט, ובהן באות לידי ביטוי מקצת מן הבעיות והגישות המצויות בסוגיה זו של המשפט העברי במשפט מדינת ישראל. עקרון של דעות אלה מצאנו בלבושן המשפטי – היינו כחילוקי דעות בדרך פרשנותו של דבר חוק והוראת משפט – אם בדבר שופטים בפסיקת בתי המשפט ואם בדברי משפטנים במאמריהם ומחקריהם, ורק מקצתם עליו בפנינו דרך יון הגותי פילוסופי, החקיקה הראשונה, ובמקצת בפסיקת בית המשפט העליון. נעמוד על חלק מחילוקי הדעות והדברים ועל אופן קליטתו של המשפט.

משפט עברי במערכת משפטית ישראלית-עצמאית, מבחינת עולמו של המשפט העברי

מהות הקליטה של המשפט העברי

יש הטוענים שקליטת המשפט העברי – גם אם תיעשה בצורה מסודרת ומלאה במערכת מפתה של מדינה עברית שאינה מקבלת עליה את עולה של ההלכה כמחייבת מבחינה דתית, נוגדת את עולמו הרוחני של המשפט העברי, ויש בכך משום "חילונה של ההלכה". טיעון זה מתבסס על כך, שמבחינתה של המדינה קבלת העיקרון של המשפט העברי אינה מבוצעת מתוך הכרה בתוקפו המחייב מבחינה דתית, אלא מתוך אינטרסים אנושיים, לאומיים או אחרים. ועוד נאמר בפיהם של טוענים אלה, כי לא הכנסת, ולא בתי המשפט, בעלי כשירויות מתאימות – מבחינת הדרישות המחויבות במערכת ההלכה – לפסוק ולהכריע בדין מדיני ההלכה. טענות אלה, וטענות נוספות שבפיהם של אלה הרואים בקליטת המשפט העברי במשפטה של המדינה משום ניגוד לעולמו של המשפט העברי, וודאי שאין להקל ראש בהם. אך דומה שגישתם לוקה בשתי טעויות, שעליהם נעמוד עתה ברחבה:

1. השקפת עולמה של ההלכה:

מבחינה זו אין קדושתו ודתיותו של עיקרון מעקרונות המשפט הערי נפגעות, על שום שמבחינת התיאוריה של המשפט הכללי משתנים הנורמה הבסיסית של עיקרון זה ותקפו המחייב על ידי קבלתו על ידי הכנסת. כל כולו של שינוי זה בסולם הערכים הוא פרי רעיון, שמקרו במערכת משפטה של המדינה, וההלכה עצמה – לפי השקפתה – אינה יכולה כלל להיפגע ולרדת מקדושתה בשל כך. ואכן הרוב המכריע של הוגי הדעות מתן המחנה הדתי של חברי הכנסת הדתיים – לרבות אלה שמסיעת אגודת ישראל – חוזרים ודורשים בכל חוק אזרחי ופילילי המובא בפני הכנסת לבססו על המשפט העברי. זו הייתה, דרך משל, גם משאלתו של הרב הרצוג, רבה הראשי של מדינת ישראל, בדונו בנושא זה עם קום המדינה.

2. מהות קליטת המשפט העברי במשפט המדינה:

הטעות הזו שבגישה השוללת את קליטת המשפט העברי במשפט הישראלי מבחינת עולמה של ההלכה הוא בכך, שנתחלף לה בין מעשה הכנסת ובית המשפט בקליטה לבין מעשה חכם ההלכה בפסיקה. שעה שהכנסת או בתי המשפט באים לקלוט עיקרון מעקרונות המשפט העברי, אין הם מתיימרים – ואינם יכולים להתיימר – לפסוק הלכה באותו ין מדיני המשפט העברי, כמשמעות המיוחסת למושג ההלכתי המוסמך מטעם מערכת ההלכה ולפסוק את דינה, ואין הכנסת ולא בתי המשפט מתיימרים להיות אוטוריטה שכוז. אך מאימתי נתייחד לימודה של תורה, מחקרה והליכה על פיה לפוסקי ההלכה בלבד? הרי מן המפורסמות הוא, שכם בעולמה של ההלכה גופה מצוי הלומד והפוסק, ולא אחת דעותיהם ומסקנותיהם שונות זו מזו ואף סותרות זו את זו. בוודאי ובוודאי ששונה היא דרכו של החוקר מדרכו של הפוסק, הדין הפוסק את הדין – כדרכו של שופט בכל מערכת משפטית שהיא – אין ענייניו אלא בבדיקה וקביעה דוגמתית של אותו דין שבהלכה של אותו נושא בכל שלביו ההיסטוריים בתקופותיה השונות של ההלכה, במגמה של מציאת העיקרון המשותף שבכל תקופות אלה.

הרעיון, אפוא, לשלב את ההלכה במערכת המשפט באמצעות חקר ההלכה ודרך לימדו, לא בכדי שאלה יוסיפו הלכה נוספת לשולחן ערוך המחייב מבחינה דתית, אלא כדי שאלה ימשיכו לשזור את הרעיון המשפטי העברי למערכת משפטה של מדינת ישראל המחייב את אזרחיה מבחינה משפטית. זו קליטה נאה, טובה ורצויה של המשפט העברי, אף על פי שאין פסק הלכה במובנו של מושג זה מן הבחינה הדתית.

דומה שגישה זו השוללת את קליטת המשפט העברי במשפט במדינה, מעוגנת היא בגישה שוללת מקיפה יותר במכלול היחסים הרוחניים ההדדיים שבין שני המחנות שבעם היהודי לאחר פרוס האמנציפציה – המחנה השומר תורה ומצוות והמחנה שאינו רואה עצמו מצווה על שמירת התורה והמצוות – ושיסודה הוא בטענה המפליגה, שההלכה אינה מכירה על עיקר בהווייתה היהודית של מדינה עבירת, שאינה מקבלת עליה את עול ההלכה, ושכל חוקיותה של זו אינה נובעת אלא מן האספקט השלטוני בלבד.

"הליכה לערכאות"

בהקשר זה יש להעיר על טענה אחרת העולה לפעמים אגב דיון בבעיית דרכו של המשפט העברי במשפט המדינה, והיא הנסת האלמנט של איסור הליכה לערכאות בהתדיינות לפני בתי משפט שיושבים בהם שופטים יהודים הדנים שלא לפי ההלכה. מתוך דיונו המפורט באיסור הליכה לערכאות קשה ותמוהה היא העלאת טענה זו. בסימן ח' שבשולחן ערוך חושן משפט, אשר אין לו דבר עם איסור הליכה לערכאות של גויים, ואיסור הליכה לערכאות של גויים נדון – על פרטי חומרותיו, איסוריו והיתריו – בזימן כו' שבשולחן ערוך. כפי שראינו מודגש אופי מיוחד זה של שילוב האיסור והסכנה שבהליכה לערכאות של גויים בכל המקורות ההלכתיים, אגב הדגשת החתירה חתחת האוטונומיה העברית שיש בהליכה למוסדו השיפוט של השולחן הזר. נכון, שההבחנה זו הייתה קיימת בחברה יהודית שבה הציבור, בתורת כלל, ראה בהלכה הערך העליון והמחייב. ולכן אף בתי הדין של הדיוטות שלא דנו לפי ההלכה דנו, בדרך כלל, לפי מערכת חוקים קבועה אחרת, אלא לפי אומר הדעת ולפי כללים של צדק ויושר. ולעומת זאת בית המשפט של המדינה העברית. שגן שלא לפי ההלכה, דן לפי מערכת חוקים אחרת, שבחרו וקבעו המוסדות הנבחרים והמוסמכים של המדינה.

ואף זאת מן הראוי להעיר. טענה זו בדבר קיום איסור הליכה לערכאות בהתדיינות לפני בתי משפט שיושבים בהם שופטים יהודים הדנים שלא לפי ההלכה כשהיא נטענת ומושמעת בימינו, תמוהה היא, לאור השינוי המופלג שחל בשמירת איסור ההליכה לערכאות של גויים מאז ביטולה של האוטונומיה השיפוטית העברית. כיום פונים יהודים שומרי תורה ומצוות, קלה כבחומרה, לבתי המשפט של מדינת מגוריהם, בכל מרחבי התפוצה היהודית. יותר מתוהה הוא, אפוא, להעלות טענה של איסור "הליכה לערכאות" בקשר לבתי משפט יהודיים של המדינה העברית דווקא, אשר בה המשפט העברי הוא בן בית או לפחות אורח מצוי. ואף מציאות היסטורית זו על שני מרכיביה – היינו הליכת יהודים לערכאות של גויים בכל פזורי הגולה מצד אחד ושילוב מסוים של מערכת המשפט העברי במערכת המשפטית של המדינה העברית מד שני – שיקול הלכתי הוא שמן הראוי היה לתת עליו את הדעת.

קשיותה של תופעת חקיקה ושיפוט יהודים שאינה מבוססת על המשפט העברי

אי קיומו של איסור הליכה לערכאות בהתדיינות לפני בתי משפט שיושבים בהם שופטים יהודים הדנים שלא לפי ההלכה, אין בה כדי ליטול מקשיותה וחומריתה של תופעה זו בדברי ימיו של המשפט העברי. מערכת חקיקה ושיפוט יהודיים, שאינה מבוססת על המשפט העברי, מציאות קשה היא בעולמה של היהודית בכלל ובעולמה של ההלכה בפרט. הקושי שבמציאות זו אינו מבחינת האיסור הפורמלי שבדבר: על כך מצויים היתרים פורמליים שונים, הן בתחום המשפט האזרחי והן בתחום המשפט הפלילי. הקושי הוא בהרגשה המדכא של ניתוק מערכת משפטה של מדינה עברית ריבונית מאוצר משפטי תרבותי גדול ועשיר ומפותח, שדורות על גבי דורות טופו על ידי בניה של האומה העברית, ששמרו על קיומה של אוטונומיה שיפוטית עברית גם בהיותם נטולי ריבונות מדינית. הרגשה קשה ומדכא זו אינה באה על תיקונה, ואינה יכולה לבוא על תיקונה, על ידי היתר פורמלי איזה שהוא: וניתוק זה הוא הדבר החמור והקשה מבחינת עולמו של המשפט העברי.

משפט עברי במערכת משפטית ישראלית-עצמאית, מבחינת עולמו של המשפט המדינה

הרשות המחוקקת

המחוקק הישראלי סבר - ובדין סבר - שמערכת משפטית של עם יש בה משום אחד מגילויי תרבותו המובהקים, דרכה מביאה החברה לכלל ביטוי השקפותיה על צדק ויושר, על דין ולפנים משורות הדין, על הזכות לפרטיות ועל החובה כלפי הציבור, ומתוך כל נטל המחוקק הישראלי על עצמו את המשימה להכין קודיפיקציה משלו. דרך חקיקה בשלבים נתמסכה על פני תקופה ארוכה: הקודיפיקציה הישראלית הושתתה על עקרונות שבמערכות משפטיות שונות. וכמקור ראשי שימש המשפט העברי, שהוא אחד מנכסי תרבותנו הלאומית ועלינו לחדשו ולהמשיך בו. ניתוק המערכת המשפטית הישראלית מחובת ההיזקקות למשפט האנגלי נעשה אף הוא טיפין, טיפין. כמו כן, במשך זמן רב מאוד – הרבה מעבר למה שדרשו וסביר היה – חששה הכנסת מקשירת קשר רשמי פורמלי בין מערכת משפטה של המדינה העברית לבין מערכת המשפט העברי הלאומי, עד אשר "הריבה עוז", ובשנת 1980, יחד עם ביטול הקשר המחייב שבין המשפט הישראלי לבין דיני היושר והמשפט המקובל האנגלי, הכירה בעקרונות הצדק, החירות, היושר והשלום של מורשת ישראל כמקור משלים ומחייב של המשפט הישראלי. ועל כל אלה עמדתי בפירוט רב.

הרשות השופטת

תהליך זה של הרשות המחוקקת לקראת עצמאות המערכת המשפטית הישראלית והידוק קשריה של מערכת זו עם המערכת המשפטית הלאומית העברית, לא מצא את ההד הדרוש אצל הרשות השופטת. אמנם כן, עוד טרם עברו עשר שנים מהקמת המדינה נפסק בבית המשפט העליון שאין לפסיקה האנגלית שניתנה אחר קום המדינה כוח מחייב כפסיקה שלפני 1948, אך לא הייתה להחלטה זו השפעה כל שהיא על היזקקות למעשה המשפט ולפסיקה האנגליים. אכן, תמיד היו ונמצאו שופטים יחידים בבית המשפט העליון – וכן בבתי משפט אחרים – שנוקקו גם לדיני המשפט העברי. בתקופה הראשונה לצורך השוואה בלבד, ולעניין עקרונות משפטיים ערכיים, ובמשך הזמן גם כמקור לפסיקת הדין. אך לא כך היא דרכם של רובם המכריע של שופטי ישראל במעשי פסיקתם. היזקקות למשפט האנגלי – ונוסף עליו לאחרונה המשפט האמריקאי – הייתה והינה מעשה יום, יום, ונעשית היא כדבר המובן מאליו, כאילו כך הוא טבעם של דברים. כל אותן הכרזות ואמרות שיש להכריע בכל עניין מתוכו ומתוכנו של החוק, ושהמערכת המשפטית במדינה עצמאית היא ושוב אינה סמוכה לשולחנה של מערכת משפטית אחרת כלשהי, יפות וחגיגיות הן, אך כמעט ואין להן משמעות בפסיקה היומיומית. ודאי כן, שופט לא יצהר כי חייב לפנות למשפט האנגלי, אבל למעשה פונה הוא למשפט האנגלי – ולמשפט האמריקאי – בכל שאלה המתעוררת לפניו בעניין פרשנות החוק כאשר אין לשאלה תשובה ברורה בחוק, ושתי מערכות משפט זרות אלה מהווה למעשה עיקרה של תשתית ותורת המשפט, שאליה פונים שופטי ישראל והימנה הם מתפרנסים. חזיון תמוה ומתמיה זה – שנמשך גם לאחר שחוקק חוק יסודות המשפט, עולה בפני המעיין ברובם המכריע של כרכי פסקי הדין של בית המשפט העליון ובתי המשפט המחוזיים. השופט חשין מונה שלוש סיבות מדוע זה קרה והמשיך לקרות גם לאחר חקיקת חוק יסודות המשפט:

1. שיגרה ואינרציה – מימים ימיה העושות בנו את שלהן.
 2. רצונם של בתי המשפט לייפות עצמם באהיליו של יפת.
 3. יש קשיים מרובים הכרוכים בידיעת דיני המשפט העברי ומציאתם, ריבוי הדעות והכוונים שבו, חוסר הכנה נאומה ואי קיומה של ספרות מתאימה – במידה מספקת – שתאפשר את העיון וההתמצאות בו, וכתוצאה מכך, החשש הגדול שציבור השופטים והמשפטנים, שברובו המכריע אין לו את הידע המינימלי במשפט עברי ולא רכש את הכלים והאמצעים לנתב את דרכו בים התלמוד באוצרות הפוסקים והתשובות, לא ימצא דרכו בהיזקקות למערכת המשפט העברי.
- לדעת אלון זהו אכן טיעון כבד משקל. ואולם בסופו של דבר התקבל חוק יסודות המשפט שלא גרם לכל רעידת אדמה. הפנייה למערכות משפט אחרות היא עדיין לחם חוקם של השופטים ופרט לפרצה קטנה ודקה אי אפשר להבחין בכל שינוי מהותי בפסיקתם של רוב שופטי ישראל בנוגע לפנייה למשפט העברי ומורשת ישראל.

מניעים אובייקטיביים וסובייקטיביים בסוגיית ההיזקקות למשפט העברי במשפט המדינה

דומה שמניעים שונים משמשים בסוגיית המשפט העברי במשפט המדינה ומכוחם בא מצב הדברים עליו עמדנו לעיל. מקצתם של המניעים אובייקטיביים הם, ודרושה מידה מרובה של עיון, מאמץ וחזון כדי להתגבר עליהם, אך מקצתן של המניעים סובייקטיביים הם, ויסודם בתגובות אמוציונליות ולא רציונליות, בחשדנות מופרזת וחששנות בלתי מוסברת, ובחוסר הנב נכונה ותחושה עמוקה בדבר מקומה של מערכת המשפט העברי בעולמה הרוחני והתרבותי של האומה העברית. נעין תחילה בטיבם של המניעים שהזכרנו לאחרונה, מתוך דברים שעלו בפסיקתם של בתי המשפט.

מניעים סובייקטיביים^x

1. בדיני העונשין בישראל, במשפט הפלילי, קיים עיקרון של הגנה עצמית, היינו שלמותקף מותר לתקוף אם זו הגנה עצמאית של המותקף. בפרשת אפג'יר נדונה שאלת היקף ההגנה הפרטית, במקרה של הגנה על הזולת, לפי חוק העונשין, האם מוגלת היא דווקא לעניין נתקף שלגביו קיימים יחסי קרבה או חובה מיוחדים בינו לבין מי שמבקש להצילו, או שקיימת היא לעניין הצלת כל אדם אחר, אף ללא יחסי קרבה או אחריות מיוחדת כאמור. אלון, מוצא לנכון לזכות את האשם, מתוך עיון במשפט העברי, בסוגיית הצלת הנרדף מיד הרודף – הכלל הגדול הוא שמצווה להציל כל אדם מיד מי שרודפו בנפשו של הרודף, מקורה של ההלכה זו הוא בפסוק: "לא תעמוד על דף רעד" (אפשר גם "לא תחוס עינד"), דין זה קיים גם במשפט העברי וגם במשפט האנגלי ואף במשפט האמריקאי.

השופט זוסמן מסכים עם אלון, אך מסייג את דבריו, לטענתו אין לקבל את המשפט העברי כמקור לעניינים פלילים, מאחר וקיימת הלכה לפיה יש להוציא להרוג אישה שבגדה בעלה בסקילה ואם זו בת כוהנים אזי בשריפה. אלון מתנגד לדבריו, הוא אינו מבין מה עניין דינה של אישה נואפת לסוגיית הגנה על הזולת במשפט הפלילי? מבין אני לטענה שבתחילת דבריו של השופט (החסרתי מחוסר עניין), שמאחר ועקרון ההגנה הצמית בחוק הפלילי הישראלי אינו לקוח מן המשפט העברי, יש לפרש עיקרון על מקורו ההיסטורי ולא על פי המשפט העברי. טענה זו מובנת היא, אם כי אינו מסכים לה. אלון גם לא מבין מדוע הוא מטיל פסלות גורפת על היזקקות לכלל המשפט העברי, משום שמצויה בו הוראה מסוימת שאינה מקובלת על דעתו של רוב מניינו ובניינו של הציבור? גם לגופו של דבר אין לטענה זו עמידה, שהרי משגלטה סנהדרין בטלו ארבע מיתות בית דין, ומזה כאלפיים שנה בטלו הוצאות פסקי דין מוות בשיפוט העברי. פרט למקרים חמורים, כגון של מלשינים, שסיכנו את קיומו של הציבור היהודי. אלון גם מביא נימוק כי דווקא במשפט האנגלי יש הוצאה להרוג בצורה ברוטלית וגם במשפט האמריקאי.

2. בפרשת הנדלס – הדיון הנוסף⁶², הביע אלון את עמדתו כי כאשר קיים ספק בפרשנות דבר חקיקה ישראלי – ולספק אין תשובה במשפט הקיים והשופט פונה לקבלת השראה ממערכת משפטית – מן הראוי שיפנה בראש ובראשונה, כמקור של השראה, למערכת המשפט העברי. השופט לנדוי מתנגד לכך, לדעתו אין להעניק למערכת המשפט העברי מעמד של מקור ראשי וראשון, אף כאשר מדובר בפנייה אליו לצורך השראה בלבד – נימוקו כי הדבר מכריח מהאדם הסביר הכרה ללא סייג במשפט העברי. השופט ברק מוסיף גם, כי על השופט להיזקק רק לספרים פתוחים לציבור ולא להשתמש בדעת מומחים מיוחדים כמו מומחי משפט עברי. אלון מסייג דבריהם ולטענתו יש מקום למשפט העברי כבסיס לפרשנות של נורמות וחוקים, לשיטתו מותר להיעזר במומחים בסוגיית הנוגעות למשפט העברי כי פסק הלכה של גדולים וחכמים בני דורנו הופכים בסופו של דבר לספרים והם זמינים ונגישים. באשר לשופט לנדוי, מוסיף אלון, כי לא מבין את טענת דבריו, מדוע המשפט העברי מחייב הכרה מהאדם הסביר במשפט העברי ללא סייג, אלון מציע לפנות למשפט העברי לא בתור חובה! בתור השראה בלבד, כלומר לא חייב את כל בני ישראל לחיות תחת המשפט העברי אלא רק לחייב שופטים לפנות למשפט העברי בעת הצורך (ואף לא לחייב להפוך את המשפט העברי לנומרה במערכת המשפט הכללית).

⁶² ראה עמוד 84.

3. ישנו גורם סובייקטיבי נוסף, שבאורכו לא נשמע עליו דבר או חצי דבר בפסיקתן של בתי המשפט, אך עולה הוא, כפעם בפעם, אם מתוך דיוני הכנסת ואם מתוך הגיגי חוקרים. אך אנו שומעים כי היזקקות למורשת ישראל על פי חוק יסודות המשפט יש בה משום פלישה ראשונה של מערכת המשפט הדתית אל מערכת המשפט שהייתה בעבר חילונית ומשם תתפשט ההשפעה הדתית. ויתרה מזו אנו שומעים בדבריה של מחברת מלומדת, פרופ' רות גביון, חוק יסודות המשפט לא רק משום חשש לכפייה דתית יש בו אלא אף משום חשש לפגיעה בזכויות אזרח, הטענה הראשית שלה היא במדינה שלנו גרים, זה לצד זה, אזרחים יהודים ולא יהודים כאחד, ואי אפשר לחייב אותם לפנות בעת הצורך למורשת ישראל, שהיא כאמור אינה מורשתם. אלון מעלה טענת נגד, כי גישה סובייקטיבית זו, שיסודה בהשקפת עולם פוליטית, יש בה כדי להשפיע, שלא במודע, על דרכי הפרשנות המשפטיות של החוק, לפחות מבחינתם של אלה הדולים בגישה זו.
4. טענה אחרונה, מדוע לא נקלט המשפט העברי, נושאי ההלכה לא עשו דיים לפתרון של בעיות משפטיות שונות העולות במציאות החברתית – כלכלית של היום. בצורך פתרון של בעיות שונות על ידי נושאי ההלכה נודמן לנו לדון במקומות שונים בסיכום זה, ופנים מרובות יש לסוגיה זו. אך מה עניינה של טענה זו לנושא שלפנינו? והרי דנים אנו בהיזקקות המערכת השיפוטית של בתי המשפט הכלליים לעקרונות המשפט העברי לפי זומתם והבנתם של המכונים במערכת זו, ומדעו מנועים הם מלהשתמש במשפט העברי בגלל חוסר מש בשאלה זו או אחרת מצד נושאי ההלכה? הרי היזקקותם של שופטי ישראל לדיני המשפט העברי אינה זקוקה לרשותם של נושאי ההלכה, וסמכות השיפוט בכל תחומי משפט אלה מסורה בידיה של המערכת השיפוטית הכללית, ובידיה בלבד, וכיצד זה ניתן לתלות ולהצדיק חוסר מעש זה מטעם המערכת השיפוטית בחוסר פתרון של בעיות שונות מצד נושאי ההלכה, כשלגבהים רובן של בעיות אלה הן תיאורטיות בלבד ולא הלכה למעשה?

מניעים אובייקטיביים

בצדם של מניעים סובייקטיביים שונים המביאים – במודע או שלא במודע – לכלל פרשנות מצמצמת וחוסר היזקקות לדיני מערכת המשפט העברי, קיימים גם גורמים אובייקטיביים, שעלינו להתייחס אליהם בכובד ראש.

חוסר ידע של המשפט העברי

הגורם המערים קשיים רציניים בפני בתי המשפט במשימה זו של היזקקות לדיני מערכת המשפט העברי הוא המצב הקשה והחמור של חוסר ידיעת המשפט העברי מצד שופטים והמשפטים, וקושי מציאתו והתמצאות בו. מציאות קשה ומדאיגה זו הינה חלק מבעיה יותר כללית וחמורה של חוסר ידע במקורות היהדות בכלל, בעיה הנובעת, למרבית הצעד, מתוכני הלימוד וההוראה של מערכת החינוך במדינה בשני הדורות האחרונים. בפני חלק ניכר מראשי העם, סופריו והוגיו, בעלי מקצועות חופשיים ואנשי מעשה, ורבים רבים אחרים – אוצרות תרבותו של חם זה הם כמעט בבחינת ספר חתום. לא רק שאינם מצויים ומתמצאים באוצרות אלה אלא לעתים קרובות גם אינם יודעים על צם קיומם. יש לקוות – ומצויים סימנים לכך – שמציאות כללית חמורה זו תבוא בעתיד על תיקונה, ומתוך כל יצא נשכר גם עניינו של המשפט העברי. בינתיים מציאות זו קשה היא במיוחד לציבור השופטים והמשפטים, שמנדרשים הם לעיין בסוגיה מסויות המשפט העברי. שהרי בתחום חכמת המשפט עיון זה מתבקש ודרוש לא רק כדי להתבשר באוצרות רוח אלה, אלא גם כדי לדעתם ולהבינם, כדרך עיונו של משפטן שבא לדון בסוגיה משפטית שבפניו.

ⁱ הערה: יהיה סיכום על כל אחד מהנושאים.

ⁱⁱ הערה: לא ברור אם יש לשנן את הפסוקים אבל ייתכנו שאלות עליהם (לדוג' מה המשמעות של הפסוק להתפתחות המשפט העברי -> מקור מלמד על דרך לפתרון סוגיות).

ⁱⁱⁱ מצאתי לנכון שלא לייחס לכך חשיבות יתרה מידי.

^{iv} כך דומה, כי בסיכומים משנים קודמות, בחרו סטודנטים המסכמים לדלג על דוגמא זו, פסלתי אפשרות זו אך בחרתי לציין זאת בפניכם, שכן יש לעניין לניסיון העבר משמעות ומי שיבחר לדלג יוכל לעשות זאת.

^v החלטתי לחרוג ממנהגי ולסכם את האמור בדברו של אלון, בפסקות ממוספרות וענייניות בשל המורכבות של הדברים בספרו ומתוך ניסיון להקל על הקריאה והרצף – אני מודה לסיכום שלקחן או שמואלי שהנחה אותי הבנת הדברים בספרו של אלון לחלק זה.

^{vi} תעתיק ערוך ומתוקן מסיכומה של קרן או שמואלי.

^{vii} בספרו של אלון יש תיאור ארוך של המקרה אולם בקיצור מופלג: אדם רם דרג נעצר.

^{viii} בספרו של אלון אין לפס"ד הזה.

^{ix} בשל פשטות הדברים החלטתי שלא לתמלל את החלק השני בדבריו של רבי יהודה.

^x בספרו של אלון חלק זה לא ממוספר כמו שאני עשיתי, אבל החלטתי למען הנוחות הקריאה וההבנה למספר את הסוגיות.