

וכן שנינו<sup>81</sup>: 'המכבה את הנר מפני שהוא מתיירא מפני כותים'<sup>82</sup>; לא אמרו על מי שהוא מתיירא עכשיו מפני כותים, אלא שהוא מתיירא בשעה שהוא מכבה!

זכאן לא נתכוונו אלו אלא על מי שהוא לאותו סך (מי שמשלם אותו סכום) בשעה שהוא מתמנה.

ולשון הכתוב כן: 'אם בעל אשה הוא'<sup>83</sup> — אותו שיהא באותו זמן בעל אשה;

וזה מבואר, אין צריך לפנים".

על סמך השאלה בעניין אותה תקנה קונקרטית, קובע הרשב"א כלל פרשני למונה מסוים, המופיע בהקשר מסוים. הוא מבסס את פרשנותו על לשון המקרא ועל לשון חכמים, שכן בעניין זה יש רציפות של דרך הבנתו ופרשנותו של מושג זה — הדבר 'מבואר ואין צריך לפנים' — אחידות המשלבת את שלושת הלשוניות שביסוד דרכי המדרש והפרשנות שבמשפט העברי: לשון המקרא, לשון חכמים ולשון בני אדם.

## התקנה והגזירה (החקיקה)

פרק שלושה-עשר

מבוא

### 1. המדרש והחקיקה, היחס שביניהם

ועתה נתחיל בעיונו במקור המשפטי השני של ההלכה, הלוא היא התקנה והגזירה.

בדברינו על המדרש והפרשנות ראינו, כיצד השתמשו חכמי ההלכה בדרכי המדרש השונים כדי לפתח את תחומיה השונים של ההלכה וכדי לפתור בעיות חדשות, שנתעוררו מחמת שינויים בנסיבות חברתיות, הכלכליות והמוסריות של חיי הציבור והיחיד. אך לא תמיד ניתן — על-ידי המדרש לבדו — למלא את החסר ולתקן את הדרוש תיקון. הרי כוחו היוצר של המדרש, מעצם מהותו וטבעו, מוגבל הוא למסגרת ולתוכן הכלליים של הדבר הנדרש, בין שהמקור הנדרש הוא פסוק מן התורה, ובין שהוא דין שבהלכה. כיצד הוסדרו ונפתרו אותן בעיות שהועמדו לפני חכמי ההלכה, ושיד המדרש קצרה מלהשיע בפתרון? — בעיות אלה, בחלקן הגדול והניכר, באו על פתרון בדרך התקנה והגזירה, על-ידי החקיקה המכוונת של חכמי ההלכה ושל הגורמים המוסמכים האחרים. בפעולתם בדרך זו בתחום ההלכה, ידעו והכירו חכמי ההלכה, כי תקנותיהם וגזירותיהם אינן בבחינת גילוי התוכן הנסתר של פסוק מן התורה או של דין שבהלכה — כדרך יצירת ההלכה על-ידי המדרש — אלא יצירה חדשה בתחום ההלכה, שאין להוציאה מתוך הוראה מפורשת קיימת. ההלכה הנובעת מן המדרש הרי היא — מבחינת המיון הפנימי בתחום ההלכה — מ"דאורייתא", מן התורה<sup>1</sup>; ולעומתה ההלכה שמקור יצירתה בתקנה או בגזירה — הריהי מ"דרבנן", מדברי סופרים<sup>2</sup>, פרי יצירתם של חכמי ההלכה שבכל תקופה ותקופה. בודאי שאין במיון זה כדי לגרוע מאחדותה ומאחידותה של כלל ההלכה בהתגבשותה, הן שמדאורייתא והן

1 אלא אם המדרש הוא אסמכתא; וזוהי דעתם של רוב חכמי ההלכה; ראה לעיל, עמ' 187.

2 לעיל עמ' 185, והערה 88.

81 משנה שבת ב, ה; שבת כט, ב.

82 מפני גכרים, מפני גוים; סיום הקטע שבמשנה הוא, שהוא פסוק מפני שמותר לכבות את הנר בגלל הסכנה שבדבר כשהנר דולק.

83 שמות כא, ג: "אם בגפו יבא — בגפו יצא; אם בעל אשה הוא — יצאה אשתו עמו".

משנה, ניתנת לביטול לא רק מטעם מחוקק-המשנה, השר שהתקין אותה הוראה מסוימת, אלא גם מטעם המחוקק הראשי, שמכווח ועל פי הרשאתו הותקנה אותה תקנה.<sup>7</sup>

עיון זה במהותה של החקיקה בשיטה משפטית אחרת יעמוד לנו בהבנת מהותה של החקיקה בהלכה ועל הדומה ועל השונה שביניהם. התורה שבכתב, על כל האמור בפסוקיה ובאותיותיה, הריהי החקיקה הראשית של כלל מערכת ההלכה, היא החוקה של המשפט העברי, שמקורה בהתגלות האלוהית.<sup>8</sup> כל הוראה אחרת שבתחום החקיקה שבהלכה, היינו התקנות והגזירות לסוגיהן ולמיניהן, הריהי שייכת לסוג חקיקת-המשנה, שהרי סמכותם של מתקני התקנות וגזירי הגזירות אינה נובעת מכוחם הם, אלא מכוחה של האצלת הסמכות, מכוח ההרשאה, שניתנה להם בחקיקה הראשית, בתורה שבכתב, להתקין תקנות ולגזור גזירות.<sup>9</sup> הבחנה מהותית זו שבין חקיקה ראשית לחקיקת-משנה מצויה אפוא בתחום ההלכה כמו בתחום תורת המשפט בכלל. אך ליד ההקבלה קיים גם הבדל מהותי, הבדל שהמסקנות הנובעות ממנו מגיעות עד לשורש מהותה המיוחדת של ההלכה: בה בשעה שבשיטות משפטיות אחרות פועלים שני סוגי החקיקה — החקיקה הראשית וחקיקת-המשנה — זה ליד זה, הרי בהלכה שני סוגי חקיקה אלה פועלים זה לאחר זה; שכן החקיקה הראשית, מעשה ההתגלות האלוהית, היא חקיקה חד-פעמית, הכוללת בתוכה הענקת סמכות לחקיקת-משנה, שתחילתה לאחר סיום מתן החקיקה הראשית. על מהותה החד-פעמית של החקיקה הראשית, ומתוך כך על נצחיותה, — שהרי אין הוראה שמקורה בחקיקה ראשית יכולה להתבטל או להשתנות אלא על ידי אותה סמכות עצמה שחוקקה את החקיקה הראשית — כבר עמדנו בדברינו הקודמים.<sup>10</sup> משניתנה התורה — שוב לא בשמים היא; ואף הנביא, כמי שמביא את דבר אלהים לבני אדם, אינו רשאי לחדש דבר מעתה, לא להוסיף מצוה על מצוות התורה ולא לגרוע הימנה. וזה לשונו של הרמב"ם<sup>11</sup>: "דבר ברור ומפורש בתורה שהיא מצוה עומדת לעולם ולעולמי

שמדרבנן; לעתים, כפי שראינו<sup>8</sup>, אף עשו חכמי ההלכה חיזוק לדבריהם יותר משל תורה. אך הבחנת מיון זו שבין דאורייתא לבין דרבנן — שעיקרה לענין שני סוגי הלכות אלה שמקורן מן המדרש או מן התקנה — מבליטה את השוני המהותי שבין שני מקורות אלה מבחינת דרך פעולתם ויצירתם.

## 2. החקיקה בהלכה והחקיקה בשיטות משפטיות אחרות

עד שלא נעמוד על מהותה של החקיקה בהלכה, נעיין קמעא בטיבה של החקיקה בשיטות משפט אחרות כיום.

החקיקה, Legislation, מוגדרת כהצהרת עקרונות והוראות, הנעשית מטעם אינסטאנציה מוסמכת, כדי להעניק לעקרונות והוראות אלה תוקף משפטי מחייב.<sup>4</sup> חקיקה זו מתחלקת לשני סוגים מהותיים: האחד זו חקיקה ראשית, Supreme Legislation, והשני — חקיקת-משנה, Subordinate legislation.<sup>5</sup> בחקיקה הראשית אנו כוללים אותם עקרונות או הוראות משפטיות — בין שהן בעלי אופי של חוקה או של חוקי יסוד ובין שהן מסוג החוקים ה"רגילים" — שהצהירה הסמכות המחוקקת הראשית של המערכת המשפטית הנדונה; וכחקיקת-משנה אנו רואים את העקרונות או את ההוראות המשפטיות, שהצהירה סמכות שהיא שנייה<sup>6</sup> במעלה וכפופה לסמכות הראשית. נמחיש את ההבחנה בדוגמה מתוך המציאות המשפטית במדינת ישראל. חוק שנתקבל בכנסת הריהו בבחינת חקיקה ראשית, שהרי הכנסת היא הסמכות המחוקקת הראשית של המשפט הנוהג במדינה; ואילו תקנה שהתקין שר מסוים בתוקף הסמכות שהוענקה לו להתקין תקנות בתחומי של חוק מסוים, הריהי כלולה בחקיקת-משנה, שהרי הסמכות המתקינה אותה תקנה, היינו השר, היא סמכות שנייה במעלה לגבי הכנסת ואף כפופה לה. מתוך דוגמה זו עצמה אנו למדים גם על הדרך, שבאה בה למחוקק המשנה הסמכות להתקין את תקנותיו. סמכות זו באה מכוח עקרון האצלת הסמכות, Delegation of power, היינו הרשאה וייפוי כוח שנותנת הסמכות הראשית לסמכות הנמוכה הימנה להצהיר על עקרונות והוראות מסוימים כעל עקרונות והוראות משפטיים מחייבים.

ומכאן למסקנה אחת נוספת. הוראה משפטית, שמקורה בחקיקה הראשית, אינה ניתנת לביטול או לשינוי אלא מטעם אותה סמכות עצמה שחוקקה אותה, היינו, בדוגמה שלנו, הכנסת עצמה; לעומת זאת — הוראה משפטית שמקורה בחקיקת-

3 לעיל, עמ' 191.

4 ראה סלמונד, עמ' 115 ואילך.

5 סלמונד, שם, עמ' 116—124. וראה Allen, Law in the Making, עמ' 426 ואילך; עמ' 531 ואילך.

6 או שלישית, וכן הלאה; וראה אקצין, תורת המשטרים, כרך א, עמ' 102 ואילך; 120 ואילך; 144 ואילך; סלמונד, עמ' 83 ואילך.

7 סלמונד, שם; וראה אלן (Allen), עמ' 531 ואילך.

8 וראה עוד לעיל, עמ' 206, בתגדרת הנורמה הבסיסית של המשפט העברי והערות, שם.

9 התורה שבכתב היא גם החוקה וגם החקיקה הראשית, ותקנות חכמים יש למיין בסוג של חקיקת משנה — כי חכמים מתקינים וגוזרים מכוח האצלת הסמכות שבתורה שבכתב; ראה להלן. גם החקיקה של גורמים אחרים במשפט העברי — כגון תקנות הקהל — יש למיין בסוג של תקנת משנה במקביל לתקנות חכמים. אמנם תקנות הקהל נתונות הן, לגבי כמה עניינים, לפיקוחם של חכמי ההלכה (ראה להלן עמ' 607 ואילך), אך אין בכך כדי לעשותן בבחינת חקיקת משנה לתקנות חכמים, מאחר שהסמכות להתקין תקנות אלה אינה נובעת מהאצלת סמכות מטעם חכמים. מקור סמכות הקהל להתקין תקנות אף הוא נלמד מתוך אנאלוגיות דיגים שונים, שיסודם בתורה שבכתב (ראה להלן, עמ' 400).

10 ראה לעיל, עמ' 206 ואילך, 215 ואילך.

11 הלכות יסודי התורה ט, א.

עולמים, אין לה לא שינוי ולא גרעון ולא תוספת, שנאמר: 'את כל הדבר אשר אנכי מצוה אתכם אתו תשמרו לעשות, לא תסף עליו ולא תגרע ממנו'<sup>12</sup>; ונאמר: והנגלת לנו ולבנינו עד עולם, לעשות את כל דברי התורה הזאת<sup>13</sup>, הא למדת, שכל דברי תורה מצווין אנו לעשותן עד עולם; וכן הוא אומר: 'חקת עולם לדרתיכם'<sup>14</sup> ונאמר: 'לא בשמים הוא'<sup>15</sup>, הא למדת, שאין נביא רשאי לחדש דבר מעתה... 'הוא ברוך כמו צוה למשה שהמצוה הזאת לנו ולבנינו עד עולם, ולא איש אל — ויכזב', ומכאן — מאחר שכל הוראות החקיקה הראשית, התורה שבכתב, הדי-פעמיות ונצחיות הן — מתחייבת המסקנה, שגם ההוראה שבתורה שבכתב, המעניקה את הסמכות לחקיקת-משנה, אף היא האצלת סמכות חדי-פעמית ונצחית, ששוב אינה ניתנת להחלפה או לשינוי, שהרי האצלת סמכות זו גופה מהווה חלק מן התורה שבכתב, שכל כולה היא, כאמור, חדי-פעמית ונצחית.

סיכומו של דבר: התורה שבכתב — היא החקיקה הראשית שבהלכה; והתקנות והגזירות של חכמי ההלכה ושל גורמים מוסמכים אחרים — הן חקיקת-המשנה. החקיקה הראשית — חוקה קבועה היא ונצחית, לא תשתנה ולא תחלף, והאצלת הסמכות לחקיקת-המשנה, שתחילתה לאחר החקיקה הראשית — האצלה זו אף היא קבועה ועומדת, שהרי היא מהווה הוראה המצויה בחקיקה הראשית. כשאנו מדברים אפוא על החקיקה כאחד המקורות המשפטיים של ההלכה, היינו כמקור המוכר בהלכה עצמה כאמצעי להמשך יצירתה ופיתוחה, הרי אנו מתכוונים, כמובן, לחקיקתם של חכמי ההלכה ושל גורמים מוסמכים אחרים, שמבחינת המיון היא חקיקת-משנה, אבל למען הנוחות והקיצור, נקרא לה "חקיקה" סתם<sup>16</sup>.

### 3. המקור לסמכות החקיקה של חכמי ההלכה בתורה שבכתב

כאמור, סמכות החקיקה של חכמי ההלכה מקורה בהאצלת סמכות שניתנה להם בתורה שבכתב, והיכן מצאו חכמי ההלכה האצלת סמכות זו בתורה שבכתב? בעיה זו נדונה הרבה בדבריהם של חכמי ההלכה וחוקריה, ונעיין בכמה דברים שנאמרו בה.

- 12 דברים יג, א.
- 13 דברים כט, כח.
- 14 ויקרא כג, יד.
- 15 דברים ל, יב.

16 וראה עוד בענין ההבחנה שבין חקיקה ראשית לחקיקת-משנה, להלן עמ' 409, בקשר לשיטת הרמב"ם בעניין איסור בלי-תוסף ובל-תגרע, ולהלן עמ' 439, בעניין בעיית החריגה מסמכות (Ultra Vires) של חקיקת-המשנה ביחס לחקיקה הראשית.

במסכת שבת<sup>17</sup> מצויה סוגיה ערוכה בדיני חנוכה. הברייתא מוסרת לנו את הזמן ואת הרקע לתקנת חכמים, שקבעה את שמונה ימי החנוכה: "תנו רבנן: בכ"ה בכסליו יומי דחנוכה, תמיני אינון, דלא למספד בהון ודלא להתענות בהון (= שמונה הם, שאין להספיד בהם ואין להתענות בהם). כשנכנסו יוונים להיכל, טמאו כל השמנים שבהיכל, וכשגברה מלכות בית חשמונאי ונצחונו, בדקו ולא מצאו אלא פך אחד של שמן שהיה מונח בחותמו של כהן גדול, ולא היה בו אלא להדליק יום אחד; געשה בו גס והדליקו ממנו שמונה ימים. לשנה אחרת — קבעום ועשאוים ימים טובים בהלל והודאה"<sup>18</sup>.

בהמשכה של הסוגיה, בין שאר דיני חנוכה, נאמר, כי יש לברך על גרות חנוכה: "אשר קדשנו במצוותיו וצונו להדליק גר של חנוכה". ועל כך שואלת הסוגיה: "והיכן ציונו? (כלומר, כיצד ניתן לומר, שה' ציונו להדליק גר של חנוכה, והרי ימי חנוכה מקורם בתקנה של חכמים?) רב אויב אמר: מ'לא תסור'<sup>19</sup>; רב נחמיה אמר: 'שאל אביך ויגדך, זקניך ויאמרו לך'<sup>20</sup>.

רב אויב מוצא את המקור לסמכותם של חכמי ההלכה להתקנת תקנות בפרשה שבדברים<sup>21</sup>, שכבר עמדנו עליה כמה וכמה פעמים<sup>22</sup>, ובה ראו חכמי ההלכה את המקור הכללי לסמכותם להמשך יצירתה ופיתוחה של ההלכה. באותה פרשה נאמר<sup>23</sup>: "על פי התורה אשר יורוך ועל המשפט אשר יאמרו לך — תעשה, לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל". פסוק זה מצביע, לדעתם של רב אויב ושל חכמים אחרים<sup>24</sup>, על סמכותם של חכמי ההלכה להתקנת תקנות. רב נחמיה מוצא את מקור הסמכות של חכמי ההלכה להתקנת תקנות בפסוק אחר שבספר דברים<sup>25</sup>, בדרך שאותו פסוק כבר נדרש בספרי<sup>26</sup>: "שאל אביך ויגדך" — אלו נביאים, כענין שנאמר: 'ואלישע ראה והוא מצעק אבי אבי'<sup>27</sup>;

- 17 שבת כא, א — כג, ב.
- 18 שם כא, ב.
- 19 דברים יז, יא.
- 20 דברים לב, ז.
- 21 דברים יז, ה — יא.
- 22 ראה לעיל, עמ' 211, 216, 242 ועוד.
- 23 שם, יא.

24 ראה ברכות יט, ב; וראה עוד מדרש תנאים לדברים יז, יא (עמ' 103); ובפסיקתא רבתי תחילת פסיקתא ג: "לא יאמר אדם איני מקיים מצות זקנים הואיל ואינם מן התורה; אמר לו הקדוש ברוך הוא: לאו בני, לאו בני, אלא כל מה שהם גוזרים עליך קיים, שנאמר: 'על פי התורה אשר יורוך'". וכן הוא בתנחומא (הגדפס), פרשת נשא, כט, ושם נוסח הקטע האחרון כך: "אמר להם הקדוש ברוך הוא: בני, אין אתם רשאים לומר כך אלא כל מה שגוזרים עליכם תהיו מקיימים, שנאמר: 'ועשית על פי התורה אשר יורוך'. וראה לעיל, עמ' 231 ואילך.

- 25 דברים לב, ז.
- 26 ספרי, דברים, פרשת האוינו, פ'סקא ש (עמ' 351).
- 27 מלכים ב' ב, ב.

זקניך ויאמרו לך' — אלו זקנים כענין שנאמר: אספה לי שבעים איש מזקני ישראל<sup>28</sup>. משני מקורות אלה אנו למדים, כי ציוותה התורה שלא לסור, אלא להישמע לתקנתם של הזקנים, חכמי ההלכה, ומשום כך ניתן לברך ולומר "וצונו להדליק נר של חנוכה".

מקור מיוחד בתורה מצאו חכמי ההלכה בדבר סמכותם לגזור גזירות<sup>29</sup>. פרק י"ח שבספר ויקרא קובע את איסורי העריות, כגון אם, אחות, בת וכיוצא באלה; בסופו של פרק זה<sup>30</sup> נאמר: "ושמרתם את משמרת לי לבלתי עשות מחקות התועבת אשר נעשו לפניכם, ולא תטמאו בהם, אני ה' אלהיכם". וכך נדרש פסוק זה בספרא<sup>31</sup>: "ושמרתם את משמרתי" — שמרו לי משמרת, ושמרתם משמרתי — להזהיר בית דין על כך". חכמי ההלכה ראו בפסוק זה הוראה, המחייבתם לפעמים לעשות משמרת למשמרת שנקבעה בתורה<sup>32</sup>, היינו להוסיף איסור<sup>33</sup> על האיסור הקבוע בתורה, אם נראה להם צורך בכך כדי להבטיח את שמירתו של האיסור שבתורה. משום כך, למשל, אסרו חכמי ההלכה גם את החיתון בין קרובים בדרגת קרבה רחוקה יותר ממה שנאסר בתורה (כגון אם-האם, אם-האב ועוד), ואיסורי עריות אלה נקראות "שניות", האסורות מדברי סופרים, ולא מדין תורה<sup>34</sup>.

מעין חילוקי הדעות שבין רב אויא לרב נתמיה בדבר המקור בתורה שבכתב להאצלת הסמכות לחקיקה של החכמים, נמצא גם בדברי הרמב"ם והרמב"ן. לדעת הרמב"ם מקורה של האצלת סמכות זו הוא בפרשה שבספר דברים, פרק יז<sup>35</sup>: "בית דין הגדול שבירושלים הם עיקר תורה שבעל פה, והם עמודי ההוראה ומהם חק ומשפט יוצא לכל ישראל... אחד דברים שלמדו אותן מפי השמועה והם תורה שבעל פה; ואחד דברים שלמדו מפי דעתם באחת מן המידות שהתורה נדרשת בהן ונראה בעיניהם שדבר זה כך הוא; ואחד

דברים שעשאוים סייג לתורה, ולפי מה שהשעה צריכה, והן הגזרות והתקנות והמנהגות<sup>36</sup>, כל אחד ואחד מאלו השלושה דברים, מצות עשה לשמוע להן והעובר על כל אחד מהן עובר בלא תעשה. הרי הוא אומר: 'על פי התורה אשר יורוך' — אלו התקנות והגזירות והמנהגות, שיורו בהם לרבים כדי לחזק הדת ולתקן העולם; 'ועל המשפט אשר יאמרו' — אלו דברים שילמדו אותן מן הדין באחת מן המידות שהתורה נדרשת בהן; 'מכל הדבר אשר יגידו לך' — זו הקבלה שקבלו איש מפי איש<sup>37</sup>.

הסמכות שנתנה התורה לחכמים לחקיקה כלולה אפוא באותה פרשה בתורה, הקובעת הוראות כלליות, כיצד לפתור את הבעיות העתידות להתעורר במשך הזמן. דרכי הפתרון הקבועים בפרשה הם: א. מציאת התשובה בקבלה, במסורת; ב. מציאת התשובה ע"י מדרש התורה, האינטרפרטאציה; ג. מציאת פתרון ע"י תקנה או גזירה מכוונת, כדי "לחזק הדת ולתקן העולם".

לעומת שיטתו זו של הרמב"ם, סבור הרמב"ן, שהאמור בפרשה יז בספר דברים אינו דן אלא ביישובן של בעיות חדשות על-ידי המדרש או הקבלה שבידי בית-הדין, אך לא על-ידי התקנת תקנות; והאצלת הסמכות לדרך אחרונה זו מצויה בספר דברים, לב, ז<sup>38</sup>:

"שאינן הלאו הנה, לא תסור<sup>39</sup>, אלא במה שאמרו בפירוש התורה... לפי מדרש הכתוב או לפי פירושו או הלכה מפי השמועה ממש... זהו מה שאמר הכתוב: 'כי יפלא ממך דבר למשפט בין דם לדם בין דין לדין'<sup>40</sup>, כלומר שנתכסה מהם דבר, ונחלקו במשפטי התורה ואיסוריה ונגעיה; והעובר על דברי בית הדין הגדול שבדורו וסומך על דעתו, עובר על עשה ולא תעשה הללו, ואפילו נחלקו בית דין עצמם בדבר, הולכים בהם אחר הרוב... ומה שהסכימו עליו רובם הוא הדבר שנצטוונו עליו מן התורה... כי התורה ניתנה לנו על ידי משה רבינו עליו השלום בכתב, וגלוי הוא שלא ישתנו הדעות בכל העיקרים הגולדים, ותחך לנו יתעלה הדין שנשמע לבית דין הגדול בכל מה שיאמרו בין שקיבלו פירושו ממנו, או שיאמרו כך ממשמעות התורה וכוונתה לפי דעתם, כי על המשמעות שלהם הוא מצוה ונתן לנו התורה...".

אבל הגזירות והתקנות שעשו חכמים למשמרת התורה ולגדר שלה, אין להם בלאו הנה אלא סמך בעלמא... ועוד אודיעך כי המצוות שחורשו אותן החכמים או הנביאים כגון נר חנוכה ומקרא מגילה אינם באים בסמך

36 על משמעות המונח "מנהגות" שבדברי הרמב"ם, ראה להלן, עמ' 402, ועמ' 404, הערה 78.

37 וראה עוד הקדמת הרמב"ם למשנת תורה, וספר המצוות, שורש א.

38 הרמב"ן על ספר המצוות לרמב"ם, שורש א.

39 דברים יז, יא. 40 שם שם, ת.

28 במדבר יא, טז.

29 על המונחים תקנה וגזירה, ראה דברינו להלן, עמ' 402.

30 ויקרא יח, ל.

31 ספרא, פרשת אחרי מות, פרק יג, כב (עמ' פו, ב).

32 "עשו משמרת למשמרת", דברי רב כהנא, יבמות כא, א.

33 או אמצעי משמרת אחר; ראה למשל מועד קטן, ה, א.

34 יבמות, שם. האמור שם "מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא" אינו בא אלא לומר, שלא נוצר דין שניות לעריות כחוצאה ממדרש הפסוק, שאילו כן, היה זה דין דאורייתא; אך הפסוק יש בו משום מתן הוראה כללית לגזירת גזירות, דוגמת ההוראה הכללית הכלולה ב"לא תסור" שבדברים יז, יא, לדעתו של רב אויא; וכשם שהדלקת נר חנוכה הוא מדרבנן, ואף על-פי כן נאמר בברכת הדלקת הנרות "אשר קדשנו במצותיו וציונו" על יסוד ההוראה הכללית שב"לא תסור", כך דין שניות לעריות הוא מדרבנן, אך האצלת הסמכות מצויה בתורה שבכתב בפסוק "ושמרתם את משמרתי". וראה מקור זה שביקרא יח, ל, לסמכותם של חכמי ההלכה לגזור גזירות, בהקדמתו של הרמב"ם לפירוש המשנה; דברינו מובאים להלן, עמ' 402.

35 הלכות ממרים א, א-ב.

הזה... שאין זה בא בכלל הכתוב שאמר: 'כי יפלא ממך דבר למשפט', אלא בכלל: 'שאל אביך ויגודך, זקניך ויאמרו לך', שהיא צוואה לקבל מן הזקנים על הכלל...".  
 בין כך ובין כך, גם אם נחלקו חכמי ההלכה בדבר הפסוק המסוים, המשמש כמקור של האצלת הסמכות לחקיקה בהלכה, הרי לדעת הכול האצלת סמכות זו נובעת מן התורה שבכתב, היא החוקה של המשפט העברי.<sup>41</sup>

4. סמכות החקיקה של גורמים מוסמכים אחרים, והמקור לסמכותם

סמכות החקיקה הואצלה ל"כהנים הלויים והשפט אשר יהיה בימים ההם"<sup>42</sup>, היינו לחכמי ההלכה ובתי הדין שבכל תקופה ותקופה.<sup>43</sup> בדברינו להלן על החקיקה לתקופותיה השונות נעמוד על תקנות שונות המיוחסות לאבות האומה וגדוליה, ונעיין בפעילות החקיקתית הענפה של הכנסת הגדולה, הסנהדרין, הנשיאים, בתי-הדין וחכמי ההלכה לתקופותיהם השונות.<sup>44</sup>

41 הן לדעת הרמב"ם והן לדעת הרמב"ן האצלת הסמכות מצויה בתורה שבכתב, ואין דבר זה תלוי בחילוקי דעות שביניהם, אם העובר על דין דרבנן עובר על עשה ("על פי התורה... תעשה"), ועל לא-תעשה ("לא תסור") כדעת הרמב"ם (הלכות ממרים, א, א-ב), או שאין כאן איסור עשה ולאן, כדעת הרמב"ן (על ספר המצוות לרמב"ם, שם), כי חילוקי דעות אלה סובבים על מהות דין ואיסור העשה והלאו בהלכה, וראה ג. אלו, מחקרים, ב, עמ' 239, השערתו בעניין דעתם של חכמי ההלכה בתקופה הקדומה בדבר סמכותם להתקנת תקנות; השערתו של ג. אלון טעונה עיון נוסף. יש לציין, שכבר בספר שהבאנו לעיל ראינו, כי מצאו התכמים את סמכותם לגזור גזירות בפסוק שבויקרא יח, ל, ברור על-כל-פנים, שהאמוראים הוציאו את הסמכות להתקנת תקנות ולגזירת גזירות מתוך האמור בתורה שבכתב, כשם שקבעו הנחיות וכללים בסמכות החקיקה בכלל (ראה להלן, עמ' 413 ואילך), וכן נתגבשה ונתקבלה תפיסת יסוד זו במערכת ההלכה.

42 ראה דברים יז, ט.  
 43 וכן היא משמעות המונח "זקנים" לפי לימודו של הרמב"ן, שם, מדברים לב, ז.  
 44 ראה עוד לעיל עמ' 235 בדבר סמכותם של חכמי ההלכה שבכל תקופה ותקופה.  
 ראה עמ' 447 ואילך, בין חכמי ההלכה וחוקריה נחלקו הדעות, אם היתה סמכות החקיקה מסורה רק לביית-הדין שבכל תקופה ובמקום מושבו של בית-דין זה, כגון הסנהדרין במושבה, ולאחר מכן הנשיא וביית-דינו במקום מגורי הנשיא (מהר"ץ חיות, תורת הנביאים, מאמר 'לא תסור', עמ' צו-קיא; הלוי, דורות הראשונים, חלק ב, עמ' 46 ואילך), או כדעת ת. אלבק, ש"כל חכם ובית דינו יכולים לגזור גזרות ולתקן תקנות, ואם נתפשטו—קבלו תוקף וקיום" (הסנהדרין ונשיאה, ציון, שנה ח, עמ' 169; הנ"ל, משנת עדיית א, ה, והשלמות, עמ' 476), וראה לאחרונה ח.ד. מנטל, מחקרים בתולדות הסנהדרין, עמ' 259-269, וראה להלן, עמ' 410, הערה 31. כאן יש להזכיר הבחנה מעניינת שבדברי רש"י, בבא מציעא, צו, ב, ד"ה נמעלו בית דין, בסוגיה מדובר בענין תקנת אושא, שהאשה שמכרה בנכסי מלוג, בחיי בעלה, הבעל מוציא מיד הלקוחות, שמעמדו של הבעל בנכסי

סמכות החקיקה מצויה במשפט העברי גם בידי גורמים מוסמכים נוספים. שרשיה ותחילתה של סמכות חקיקתית שלא בידי חכמי ההלכה הם בסמכויות המוענקות למלך,<sup>45</sup> הכוללות בין השאר גם פעילות חקיקתית בתחומים אורחיים ופוליטיים שונים.<sup>46</sup> לדעת הרמב"ן הענקת סמכות חקיקתית זו למלך מצויה בפסוק מיוחד בתורה.<sup>47</sup> חקיקה זו יזמתה בשלטון, אך גם באורחות המלך ראו חכמי ההלכה דברים הנעשים בשם הציבור כולו, כי "ראש הדור— כל הדור"<sup>48</sup>, והמלך "לבו הוא לב כל קהל ישראל"<sup>49</sup>.

חקיקה שמקורה בציבור ונציגיו או מוצאים ראשונה בהלכות הקדומות בעניין "בני העיר", וכן אנו למדים על סוג נוסף של חקיקה פנימית של אגודות מקצור עיות שונות.<sup>50</sup> בין החקיקה שמקורה בציבור לבין חקיקת חכמי ההלכה קיים הבדל מהותי הן במידת היקף תחולתו של מעשה החקיקה והן במידת היקף ענייניה. חקיקתם של חכמי ההלכה מכוונת לציבור כולו, לכלל העם, ואילו

45 אשתו כלוקח (ראה על כך להלן, עמ' 465). בסוגיה נידונה השאלה: "בעל בנכסי אשתו— מי מעל". לאפשרות המובאת בסוגיה, שם: "נימעלו בית דין", מפרש רש"י: "נימעלו בית דין של ישראל שבאותו דור (=היינו הדור שבו אירע מעשה המעילה); שכל תקנות משפט תלויה בהן, ועל ידיהן גוהגות חוקות המתקנות לציבור מאז, והוי כמי שתקנו לו הם קניין זה, ונמצאו הם המקניין לנכסי הקדש והוציאום לחולין"; וראה חידושי מהר"ץ חיות, לבבא מציעא, שם, דברים יז, יד—יז; שמואל א, פרק ה.

46 ראה סנהדרין כ, ב; מה, ב; רמב"ם, הלכות מלכים, פרקים ג וד; ה, א—ג; הלכות גזילה ואבידה ה, ט—יח. הלכות רוצח ושמירת הנפש ב, ד; הלכות סנהדרין יד, ב; יח, ו; מהר"ץ חיות, תורת הנביאים, פרק שביעי, דין מלך ישראל (עמ' מג—מט), וראה לעיל, עמ' 49.

47 ויקרא כז, כט: "כל חרם אשר יחרם מן האדם לא יפדת מות יומת", שמפרשו הרמב"ן על התורה שם—חרם שמהרים האדם, והן הסנהדרין או המלך: "כי מן הכתוב הזה יצא להם הדין הזה שכל מלך בישראל או סנהדרי גדולה... אם יחרימו על עיר בהלחם עליה וכן אם יחרימו על דבר, העובר עליו חייב מיתה; ותוא חיובן של אנשי יבש גלעד ושל יונתן שאמר לו אביו: כה יעשה אלקים וכה יוסף כי מות תמות יונתן (שמואל א, יד, מד); ומהיכן נתחייבו אלו מיתת מן הדין חוץ מן המקום (=הכתוב) הזה. וזה היה טעותו של יפתח בבתו, כי חשב כאשר חרם נגיד ישראל חל וקיים להמית אנשים והעובר על חרמו חייב מיתה, כן אם נדר בעת מלחמה לעשות מאיש או אנשים זבת יחול הנדר. ולא ידע (=יפתח), כי חרם המלך והסנהדרין חל על המורדים לכלותם או על העובר גזירתם ותקנתם; אבל לחול לעשות עולה מדר שאין ראוי להיות חס וחלילה". השוה להקבלה זו בסמכות החקיקה של המלך דברי הרמב"ם, הלכות גזילה ואבידה, שם, וכן להלן, עמ' 614 ואילך, בעניין פיקוח חכמי ההלכה על תקנות הקהל, שלא יסטו מעקרונות הצדק והיחוסר.

48 במדבר רבה, פרק יט, יז.  
 49 רמב"ם, הלכות מלכים ג, ו.

50 ראה תוספתא, בבא מציעא יא, כג—כו; חלקים מתוספתא זו מובאים בבבלי, בבא בתרא ח, ב, ובמקומות נוספים; ראה להלן, עמ' 558.

החקיקה של בני העיר—ומכל שכן של האגודה המקצועית—מצומצמת לבני אותה עיר או לתבירי אותה אגודה מקצועית בלבד<sup>51</sup>. יש להניח, שגם היקף ענייניה של חקיקה זו היו מצומצמים להסדרים אזרחיים-פיסקליים בלבד, כגון קביעת מחירי המזונות, שכר הפועלים וכדומה ולעניינים הנוגעים להסדר השירותים שבעיר ולאגודה המקצועית<sup>52</sup>. לעומת זאת חקיקתם של חכמי ההלכה הקיפה את כל מערכת ההלכה על כל ענפיה ותחומיה.

בתקופת התלמוד נודע לחקיקה זו של בני העיר ושל האגודות המקצועיות משקל קטן בלבד לגבי כלל החקיקה העברית<sup>53</sup>; החקיקה בתחומים השונים של ההלכה, גם בתחום דיני הממונות, הוסדרה על-ידי המוסדות המרכזיים המוסמכים. ברם עם ביטולה של סמכות מרכזית אחת לכלל העם העברי למן המאה העשירית ואילך ועם היווסדותם של מרכזים מקומיים בפזורות השונות—וכתוצאה מכך עליית כוחה של הקהילה העברית—עלתה וגדלה חשיבותה של חקיקת הציבור, המכונה מעתה "תקנות הקהל" או "הסכמות הקהל", וחקיקה זו היתה לגורם בעל היקף ועצמה רבה בחקיקה שבמשפט העברי. בהיקף תחולתה השתרעה חקיקה זו לעתים על איגודי קהילות, שכללו מספר ניכר של קהילות מקומיות, ולעתים אף ארצות שלמות<sup>54</sup>, ומבחינת היקף ענייניה פעלה חקיקה זו בכל הענפים של המשפט האזרחי, הפלילי והציבורי, חוץ מן העניינים שבדיני איסור והיתר, שגשגו בסמכות הבלעדית של חכמי ההלכה בלבד<sup>55</sup>. למן תקופה זו גם דגו חכמי ההלכה במפורט בביסוס סמכותה ותוקפה של חקיקת ציבור זו. עיקר ההגמקה הרעיונית-משפטית לסמכות החקיקה של הציבור ניתנה על ידי השוואת מעמדם של "רוב כל עיר ועיר אצל יחידיהם כבית-דין הגדול אצל כל ישראל", ומתוך כך—קביעת עיקרון חקיקתי של "הפקר ציבור הפקר" במקביל לעיקרון של "הפקר בית-דין הפקר"<sup>56</sup>. בדרך זו נמצא המקור להאצלת הסמכות לחקיקת הציבור על-פי אותו עיקרון, ששימש כמקור להאצלת הסמכות לחקיקתם של חכמי ההלכה.

חקיקת הציבור נדונה הרבה בספרות ההלכה למן המאה האחת-עשרה

ואילך, ואחת הבעיות המרכזיות היתה מציאת הדרך לשמירה על תיאום בין מגמתן ורוחן של תקנות הקהל—גם כשהיו מנוגדות להלכה מסוימת בדיני המשפט העברי—ובין מגמותיו ועקרונותיו הכלליים של המשפט העברי<sup>57</sup>. חקיקה זו של הציבור, שנייחוד לה פרק מיוחד בהמשך דברינו<sup>58</sup>, היא אחת התופעות הגדולות בדרכו הארוכה של המשפט העברי, ולצדה של חקיקת חכמי ההלכה, תרמה אף היא לפתרון של בעיות רבות וגדולות, שהועמדו לפני המשפט העברי בתפוצותיו הרבות.

תופעה בכיוון הפוך מסתמנת בחקיקתם של חכמי ההלכה מתקופה זו ואילך. ביטולה של הגמוניה רוחנית מרכזית, החולשת על כל פזורות היהדות—זה היה מעמדה של ארץ-ישראל, ולאחר מכן של בבל, עד רובה של תקופת הגאונים—הביא לכך, שאף חקיקתם של חכמי ההלכה שוב לא היתה מופנית לכלל ישראל אלא ליהודים בני אותו מרכז שבאשכנז, שבספרד וכיוצא בהם; מן המאה העשירית ואילך היתה אפוא גם חקיקתם של חכמי ההלכה חקיקה מקומית, המוגבלת בהיקף תחולתה למרכז מסוים, ולעתים אף לפחות מכך<sup>59</sup>. תהליך דומה של צמצום החל אף לעניין היקף ענייניה של חקיקת חכמי ההלכה. למן סוף תקופת הגאונים החלו להישמע דעות של חכמים מובהקים, סמכות החקיקה של חכמי ההלכה לאחר חתימת התלמוד בתחום דיני משפחה מצומצמת היא לעניינים שבממון בלבד, ואין מסמכותם של חכמים להתקין תקנות, שיש בהם כדי להשפיע על תוקף הקידושין והגירושין. הפיצול הגיאוגרפי למרכזים ולקהילות שונות עורר את החשש, שבעקבות התקנות שונות ומנוגדות במרכזים ובקהילות שונות בתחום רגיש כל כך כתוקף קידושין וגירושין ייפגעו קשה יציבותו וטהרתו של תא המשפחה העברי, ולמן המאה השלוש-עשרה ואילך נתקבלה יותר ויותר דעה מגבילה זו בעניין סמכות החקיקה של חכמי ההלכה בתחום דיני קידושין וגירושין<sup>60</sup>.

עד למאה השמונה-עשרה נמשכה פעילות חקיקתית ענפה של שני הגורמים החקיקתיים הגדולים בתקופה זו—חכמי ההלכה והקהל—שלעתים קרובות פעלו במשותף. עם פרוס האמנציפאציה חל מפנה מהותי גם בתחום החקיקה, כמו בשאר תחומי היצירה של המשפט העברי: ביטולה של האוטונומיה העברית בכלל, ושל האוטונומיה השיפוטית העברית בפרט, גרר ממילא את החלשתה—עד לביטולה כמעט—של החקיקה העברית, ושוב לא נדרשה לפתור בעיות שהתעוררו מתוך חיי המעשה. שינוי מסוים חל במשך התקופה של שנות השלושים עד שנות

51 לא כן הדבר לענין חקיקת המלך, שמיועדת היתה כמובן לכל הציבור.

52 ראה המקורות שבהערה 50. י. בער מפרש שהוראות שונות בעניינים של המשפט האזרחי מקורן בחקיקתם של בני העיר—ראה י. בער, היסודות ההיסטוריים של ההלכה, ציון יז, עמ' 24 ואילך; וראה על כך דברינו להלן, עמ' 880, הערה 151.

53 על המשקל של חקיקת המלך ועל מה שהשאירה חקיקה זו בהלכה העברית הקדומה, קשה לקבוע דברים שלא בבחינת השערה. וראה להלן, עמ' 451 ואילך, בענין תקנות יהושע ודוד.

54 ראה להלן, עמ' 552 ואילך.

55 לעתים קיימת סמכות הקהל להתקנות תקנות גם בעניינים שיש להם השפעה על עניני איסור והיתר. ראה להלן, עמ' 574 ואילך.

56 שו"ת הרשב"א, ח"ד, קמב; ח"ה, קכו; וראה להלן, עמ' 569 ואילך והערה 53.

57 בעיה זו מופיעה לעתים מזומנות ביחסים שבין כוחות יוצרים שונים בתוך מערכת המשפט העברי. ראה עמ' 51, ועמ' 65, ועמ' 764 ואילך.

58 ראה עמ' 558 ואילך.

59 ראה להלן, עמ' 548 ואילך.

60 ראה להלן, עמ' 686 ואילך.

החמישים במאה זו בעקבות התקנות של הרבנות הראשית לארץ-ישראל, אך חקיקה זו שוב פסקה כמעט לחלוטין מזה כעשרים שנה, ועניינים רבים בענפי המשפט האזרחי והציבורי שבמשפט העברי וכן בעיות עקרוניות אחדות בתחום דיני אישות מחכים לפתרון הדחוף בדרך החקיקה שבמשפט העברי.<sup>61</sup>

5. ביאורי מונחים

א. תקנה וגזירה

החקיקה שבהלכה מכונה לעתים "תקנה" ולפעמים "גזירה". מה בין תקנה לגזירה, ומהו תחום פעולתן של כל אחת משתי אלה? בבעיה זו נתלבטו הרבה חכמי ההלכה והוקריה, וקשה לבוא לכלל הבחנה ברורה וחד-משמעית, איו צורה ואיזה סוג עניינים של חקיקה כלולים במונח גזירה, ואיזה — במונח תקנה.<sup>62</sup>

הרמב"ם<sup>63</sup> מגדיר משמעותם של שני מונחים אלה כך:

"והחלק הרביעי הם הדינים שקבעום הנביאים והחכמים שבכל דור ודור על דרך הגדר והסייג לתורה, והם שצוה ה' לעשותם באופן כללי באמרו 'ושמרתם את משמרת' <sup>64</sup> ובא בקבלה 'עשו משמרת למשמרת' <sup>65</sup>, והם שקוראים אותם ח"ל גזרות..."

והחלק החמישי הם הדינים שנעשו בדרך העיון להסדרת העניינים שבין בני אדם, דבר שאין בו הוספה על דברי תורה ולא גרעון, או בעניינים שהם מפני תקון העולם בעיני הדת, והם שקוראים אותם חכמים תקנות ומנהגות.<sup>66</sup> ואסור לעבור עליהם בשום פנים הואיל והסכימה עליהם כל האומה... ותקנות אלה רבות מאד נזכרו בתלמוד ובמשנה, מהם בענייני איסור והתר, ומהם בענייני ממונות..."

לפי הגדרת הרמב"ם, המונח "גזירות" כולל הוראות, שתכליתן להרחיק את האדם מן האיסור, לעשות סייג לתורה, היינו הוראות הבאות לשלול פעולה מסוימת; לעומתו מכון המונח "תקנות" להוראות, שתכליתן להטיל חובת עשייה לשם הסדרת חיי החברה ותיקון העולם, היינו הוראות הבאות לחייב פעולה מסוימת.

61 ראה הלן, עמ' 711.

62 ראה רמ"א בלאר, שערי תורת התקנות, וינה — בודפסט 1879—1900, חלק ראשון, מתברת ראשונה, מבוא, סימן א.

63 הקדמה לפירוש המשנה, לפי תרגומו של ר"י קאפא, ירושלים, תשכ"ג, עמ' יב. הרמב"ם מחלק את הספרות התלמודית להמשה חלקים, ומתוכם החלק הרביעי הן הגזרות והחלק החמישי התקנות. וראה עוד הקדמת הרמב"ם למשנה תורה.

64 ויקרא יח, ל.

65 יבמות כא, א.

66 בענייני המונח מנהגות, ראה הלן, עמ' 404, הערה 78.

והרי דוגמה להבחנה זו<sup>67</sup>:

"שמעון בן שטח תיקן כתובה לאשה<sup>68</sup>, וגזר טומאה על כלי מתכות (= גזר גזרה בדבר איסור טומאה, בתנאים מסוימים, על כלי מתכות)."  
לעניין הדיון בקשר לכתובה נאמר "תיקן", היינו התקנת תקנה, ולעניין איסור הטומאה נאמר "גזר", היינו גזירת גזירה.

אך הבחנה זו אינה נשמרת תמיד. אם נעיין בספרות התלמוד, נמצא כי לא תמיד הקפידו חכמי ההלכה על השימוש במונחים "תקנה" ו"גזירה" לפי מבחן זה<sup>69</sup>, ובמיוחד מצוי היעדר הקפדה זה בדבריהם של האמוראים. דוגמה בולטת לכך נמצא בהמשכה של הסוגיה שבמסכת שבת<sup>70</sup>, שמדובר בה תחילה על שישה ספקות (= בעניינים של טומאה וטהרה) שהתקינו באושא, ובהמשך הסוגיה, באותו עניין עצמו, נאמר עליהם שגזרו באושא<sup>71</sup>.

ניתן אפוא לסכם ולומר, שעל-פי רוב חקיקה המוגדרת במונח גזירה כוללת הוראות הבאות לאסור ולשלול עשיית פעולה מסוימת, שמצד הדיון מותר לעשותה, והמגמה היא לעשות סייג לאיסור הקבוע בתורה; ולעומתן ההוראות המוגדרות כתקנה באות על-פי רוב להטיל חובת עשייה מסוימת, והמגמה היא תועלת ותיקון לציבור או ליחיד<sup>72</sup>; כך הוא על-פי רוב, אך לא תמיד.

67 שבת יד, ב.

68 לעניין פירושה של תקנה זו ראה הלן, עמ' 458.

69 ראה, למשל, משנה גיטין ד, ב: "בראשונה היה עושה בית דין במקום אחר ומבטלו התקין רבן גמליאל הזקן שלא יהו עושין כן, מפני תקון העולם."

70 שבת טו, ב.

71 דוגמאות נוספות ראה קידושין יז, ב: "אמר רבא, דבר תורה עובד כוכבים יורש את אביו... אלא מדרבנן, גזירה הוא דעבוד רבנן שמא יחזור לסורו"; וכן גיטין לו, א: "...ותקינו רבנן דתשמט זכר לשביעית". לעומת זאת, מטבע הלשון "גזירה שמא" "גזירה אטו" המצוי בדברי האמוראים (בבא מציעא מז, ב; עירובין מט, א, ועוד בהרבה מקומות), אינו עניין לכאן, כי במקרים אלה פירוש המלה "גזירה" הוא "שמא". וראה דה"פריזו, תולדות ההלכה התלמודית, עמ' 97 ואילך. על מובן שונה נוסף של המונח גזירות ראה עוד משנה כתובות יג, א, והשלמות אלבק, שם, עמ' 356, וגולאק, יסודי המשפט העברי, ד, עמ' 21—22. וראה עוד במשמעות מונח "גזירה" לעיל, עמ' 295.

72 א. גולאק (יסודי המשפט העברי, א, עמ' 23, הערה 1), בהסתמכו על דברי הרמב"ם שבהקדמה לפירוש המשנה, מסכם ואומר: "משום כך בדיני ממונות נקבעו תקנות, ובדיני איסור והיתר נקבעו גזירות". סיכום זה אינו מדויק, שהרי הרמב"ם גופו (בהקדמה לפירושו למשנה, שם) בהגדירו את המונח "תקנות", אומר במפורש: "ותקנות אלה... מהם בענייני איסור והתר ומהם בענייני ממונות". וראה עוד ברמב"ם, הלכות ממרים, א, ב, ושם, ב, ה, וראה ח. אלבק, מבוא למשנה, עמ' 25, הערה 74.

ב. תנאי בית-דין, מנהג

לעתים מכונה התקנה בספרות התלמודית "תנאי בית דין" או "תנאי" סתם<sup>73</sup>, על שום שבית-דין מתנה על ההוראה המסוימת כתקנה<sup>74</sup>; לעתים מכונה התקנה "מנהג"<sup>75</sup>. לענין תקנות מסוימות נאמר, שהן "תקנה גדולה" והדבר קשור כנראה ברקע מסוים<sup>76</sup>. לפעולת החקיקה משמשים בספרות התלמודית הפעלים "גזר", "תיקן" או "התקין"<sup>77</sup>, ולעתים גם "הנהיג"<sup>78</sup>.

מהות החקיקה של חכמי ההלכה, מגמותיה וכלליה

1. היקף פעילות החקיקה של חכמי ההלכה

היקף תחום פעולתה של החקיקה בכל שיטת משפט, וכן בהלכה, הוא בשני עניינים עיקריים אלה:

א. מילוי חלל מסוים, Lacuna, שנוצר כתוצאה משינויים במציאות החברתית והכלכלית, המעוררים בעיות, שלא נמצא להן פתרון בהלכה הקיימת — בכגון זה באה החקיקה, בדרך כלל, להוסיף על ההלכה הקיימת, אם על ידי הוספת גורמה משפטית חדשה בתחום דיני ממונות ודיני נפשות, בדינים שבין אדם לחבירו ולחברתו, ואם על ידי הוספת איסור חדש או הוראה חיובית נוספת בתחום דיני איסור והיתר, במצוות שבין אדם למקום.

ב. תיקונים ושינויים בהלכה הקיימת, אם צורכי השעה דורשים ומחייבים שינוי זה — בכגון זה אין ההלכה הקיימת לקויה בחסר, אלא קשיים חברתיים, כלכליים או מוסריים, נוצרים לפיה, לרגל שינוי הנסיבות והתנאים, ומגמתה של החקיקה היא יישובם ותיקונם של קשיים אלה.

החקיקה בהלכה — הן הגזירות והן התקנות — פועלת בשתי המגמות גם יחד, בכל תחום מתחומיה השונים של ההלכה, וחלקים גדולים ושלמים של כלל ההלכה העברית מקורם בחקיקה זו. ניתן גם להצביע על תחומים מסוימים שבהלכה, שנתעשרו יותר על-ידי החקיקה, ותחומים אחרים שגדלו פחות על-ידי מקור משפטי זה. תופעה זו תלויה הרבה במידה שניתן להשתמש במדרש לשם פתרון הבעיה שנתעוררה. כך, למשל, חלק ניכר של דיני נזיקין, גזלות וחבלות, מקורם במדרש, משום שתחומים אלה נדונו בפרשיות שלמות בתורה, וניתן לפתח אותם בדרך מדרש התורה, דרך שהיתה עדיפת מן החקיקה, כפי שכבר עמדנו על כך לעיל<sup>1</sup>. לעומת זאת דיני קניין ודיני חיובים, שיסודם במקרא קטן ומועט, התפתחו בעיקרן בדרך החקיקה.

1 עמ' 246 ואילך.

73 ראה למשל משנה כתובות, ד, יב; בבא קמא, פ, ב.  
74 ראה להלן, עמ' 451, הערה 27, ועמ' 471, הערה 128, נימוק נוסף לשם זה. הוראה מסוימת נקראת לפעמים גם "תקנה" וגם "תנאי בית-דין" (לענין אחריות נכסי הבעל לכתובה — כתובות פב, ב; משנה כתובות ד, ז), או גם "תקנה", גם "תנאי בית-דין" וגם "תנאי" (לענין תנאים שהתנה יהושע — עירובין יז, א; תקנתא... תנאים).

75 ראה הערה 78.  
76 ראה למשל גיטין לו, א; בבא קמא קג, ב; שבועות מה, א, ותוספות שם, ד"ה גדולות.

77 ראה מהר"ץ חיות, מבוא התלמוד, סוף פרק יב; הג"ל, אמרי בינה, סימן י; רמ"א בלאך, שם, מבוא, סעיף כב. בלאך משיג על ההבחנה של מהר"ץ חיות בין השימוש במונח "תיקן" או "התקין"; לעתים מובאת אותה תקנה עצמה, במקורות שונים, פעם בלשון "תיקן" ופעם בלשון "התקין". ראה למשל כתובות פב, ב: "...עד שבא שמעון בן שטח ותיקן כל נכסיו אחראין לכתובתה" (וכן הוא בשבת, יד, ב, ו"ט, ב); ובהוספת כתובות, יב, א, הנוסח הוא: "...התקין שמעון בן שטח שתהא כתובה אצל בעלה, וכתב לה כל נכסין די איתאי לי אחראין ומעריבין לכתובתך דא".

78 ראה למשל משנה ראש השנה ד, א: "...משחרב בית המקדש התקין רבן יוחנן בן זכאי...". ובתוספתא ראש השנה, ב, ט: "אמר ר' יהושע בן קרח דברים אילו התקין (ובכ"י ערפורט — הגנה ג) רבן יוחנן בן זכאי משחרב בית המקדש...". משום כך נקראת התקנה לעתים גם "מנהג" — ראה, למשל, ביצה ד, ב: "...משקלקלו הכותים התקינו שיהו שלוחין יוצאין...". ושם בהמשך הדברים: "...הזתרו במנהג אבותיכם בדיכם...". וכן בירושלמי כתובות, פ"א, ה"ה, ב (פ"א, ה"ה; כה, ג): "בראשונה גזרו שמד ביהודה... התקינו שיהא בעלה בא עליה עודה בבית אביה...". ושם בהמשך הדברים "...אף על פי שבטל השמד, המנהג לא בטל". וכך מכוונות לעתים קרובות תקנות בתקופה שלאחר התלמוד. למשל: "ועל פי הגאונים וחכמים גדולים נעשה המנהג, ותקנה יפה היא...". (מובא באוצר הגאונים לרב"ם לוי, פסחים, חלק התשובות, עמ' 6, בהערה ד); וכן מצאנו בדברי הרמב"ם שהובאו לעיל (הקדמתו לפירוש המשנה, שם) ובהלכות ממרים, א, ב: "...והן הגזירות והתקנות והמנהגות". וראה עוד ב, ליפקין, סמכות החקיקה של הציבור, סיני כה, עמ' רלד. וראה להלן, עמ' 714, 717 ואילך, הסברו של מינוח משותף זה לתקנה ולמנהג.



לעתים קרובות פעלו שני המקורות המשפטיים — המדרש והחקיקה — גם יחד, במידה שווה פחות או יותר, לגידולה ולפיתוחה של ההלכה; כך הוא, למשל, בתחום דיני המשפחה, שהרבה מהלכותיה באו דרך מדרש פסוקי התורה, ודינים רבים אחרים בה נוצרו על ידי חקיקה רבה וענפה.

2. מהות פעילות החקיקה של חכמי ההלכה; מהות האיסור של "בל תוסיף" ו"בל תגרע"

בטרם נעבור לעיין בדרכי החקיקה וכלליה בהלכה, עלינו לדון בשאלה מהותית אחת, העומדת בפתח נושא החקיקה בכללו: כיצד ניתן ליישב סמכותם זו של חכמי ההלכה להתקין תקנות ולגזור גזירות במגמה להוסיף על דיני התורה, או לשנות ולגרוע מדיניה, למרות הוראת-יסוד שבתורה, הקובעת לאמור: "לא תספו על הדבר אשר אנכי מצוה אתכם, ולא תגרעו ממנו, לשמר את מצות ה' אלהיכם אשר אנכי מצוה אתכם"<sup>2</sup>, וכן "את כל הדבר אשר אנכי מצוה אתכם, אתו תשמרו לעשות, לא תספו עליו ולא תגרעו ממנו"<sup>3</sup>? הרי כל הוראה, המתקבלת בתוך כלל ההלכה באמצעות החקיקה, יש בה או משום תוספת על דיני התורה או משום גירעון מדיניה, ודבר זה הוא, לכאורה, בניגוד לצו המוחלט שבפסוקים האמורים<sup>4</sup>. שאלה זו נדונה הרבה בדבריהם של חכמי ההלכה וחוקריה, ונעניין בשניים מפתרונותיה.

2 דברים ד, ב.

3 שם יג, א.

4 דאי, יישובה של שאלת יסוד זו קשור בפירושה של מידת ההוספה התגריעה האסורים. בספרי, דברים, פרשת ראה, פסקא פב, עמ' 148, נאמר: "לא תוסף עליו — מנין שאין מוסיפים לא על הלולב ועל הציצית? תלמוד לומר: לא תוסף עליו; ומנין שאין פוחתים מהם? תלמוד לומר: ולא תגרעו ממנו; מנין שאם פתח לברך ברכת כהנים שלא יאמר: הואיל ופתחתי לברך, אומר ה' אלהי אבותיכם יוסף עליכם? תלמוד לומר: 'הדבר', אפילו דבר לא תוסף עליו, ועל פי הספרי פירש רש"י: "לא תוסף עליו — חמשה טוטפות בתפילין, חמשה מינין בלולב, ארבע ברכות לברכת כהנים" (דברים יג, א. ד"ה לא תוסף עליו). וראה סנהדרין פח, ב, וראש השנה כח, ב. ייתכן שפירוש זה להוספה ולגריעה, היינו שאסור להוסיף במצוה עצמה או לגרוע ממנה, יש בו כדי להשיב על שאלתנו, כי אין האיסור חל על הוספת מצוה חדשה לגמרי. ולכאורה משתמע כך מדברי מהר"ל מפראג (גור אריה על דברים ד, ב, ד"ה לא תוסיפו): "לא תוסיפו כגון חמש וכו'; כלומר שאין לפרש, כמו שהוסיפו חכמים שניות לעריות, שבות לשבת וכל אסור דרבנן, דאם כן 'לא תגרעו' גם כן שלא יפחות מצוה אחת שלא יקיים אותה, דזה לא ייתכן, דלא נקרא 'תגרעו', אלא נקרא זה שאינו מקיים המצוה, ודבר זה ההויר עליו פעמים הרבה לקיים המצוה כולם, ולמה לי 'לא תגרעו'? אלא שלא יוסיפו על המצוה עצמה, לעשות ה' ציצית או ה' בתים בתפילין, דאף על גב שלא כיון להוסיף, אפילו הכי כיון שד' ציצית הם מצוה, אם יעשה ה' ציצית הוא מוסיף עליה, וכן אם

את הפתרון האחד, שהוא בדרך שלילת כל התמיהה מעיקרה, נתן ר' שלמה בן אדרת, הרשב"א, מגדולי ההלכה בספרד במאה השלוש-עשרה. דברי הרשב"א מוסבים על האמור בסוגיה שבמסכת ראש השנה<sup>5</sup>, ש"תוקעין ומריעין (= בשופר) כשהן יושבין, ותוקעין ומריעין כשהן עומדין, כדי לערבב השטן"<sup>6</sup>. בעלי התוספת שואלים על כך, כיצד מותר להרבות בתקיעות למעלה מן הדין, הרי יש בכך משום 'בל תוסיף'. על שאלה זו משיב הרשב"א<sup>7</sup> לאמור:

"ומסתברא דלא קשיא כלל; דלא אמרו התם דאיכא משום 'בל תוסיף', אלא במה שהוא מוסיף מדעת עצמו, כגון כהן שהוסיף ברכה משלו<sup>8</sup>, ואי נמי ישן בשמיני בסוכה<sup>10</sup> במתכוון למצוה וכיוצא באלו; אבל במה שעמדו חכמים ותקנו לצורך, אין כאן בל תוסיף, דכבר נאמר: 'על פי התורה אשר יורוך'<sup>11</sup>; ותדע לך, דהא שמיני של סוכה בזמן הזה, מצוה של דבריהם, ואוכלים וישנים בה למצוה, ואף על גב דבקיאינן השתא בקביעא דירחא (= למרות שאנו בקיאים עכשיו בקביעת החדשים, ושוב אין ספק מתי חל היום המדויק שבו מתחיל החג); והוא הדין ל'בל תגרע' לצורך,

מוסיף ברכה אחת בברכת הכהנים, עובר משום 'בל תוסיף'. אמנם פירוש זה מצמצם את שאלת היסוד שהעמדנו, אך אין הוא עונה עליה, כי חלק ניכר מתקנותיהם וגזירותיהם של חכמים הוא הוספה במצוה עצמה (ואמנם אף מהר"ל מפראג, בהמשך דבריו, נזקק ליישובו של הרמב"ם והסוברים כמותו; ראה דברינו להלן). ועוד: שיטת הספרי אינה הפירוש המקובל על הכול. יש שפירשו את איסור 'בל תוסיף' ו'בל תגרע' כפשוטם, שהוא חל גם על הוספת מצוה חדשה לגמרי: "לא תוסיפו על הדבר, ולא תגרעו. מה גורע שמחלל מצוה, אף מוסיף שמחלל מצוה, כגון שעשה ירבעם בן נבט בחודש שבדא מלבו" — מלכים א' יב, לג; מדרש לקח טוב, פסיקתא זוטרותא, על דברים, שם. וכן הוא ברמב"ן, על דברים, שם, ד"ה לא תוסיפו: "ולפי דעתי, אפילו בדא לעשות מצוה בפני עצמה כגון שעשה חג שבדא מלבו כירבעם, עובר בלאו (= של 'בל תוסיף')". בעית החקיקה בהלכה, לאור האיסור של 'בל תוסיף' ו'בל תגרע', חוזרת אפוא למלוא היקפה (על דעות נוספות בפרשה זו — ראה רצ"ה חיות, תורת הנביאים, מאמר בל תוסיף; אנציקלופדיה תלמודית, כרך ג, עמ' שכה—של, הערכים בל תגרע, בל תוסיף).

5 ראש השנה טו, א—ב.

6 "שלא ישטין, כשישמע ישראל מחבבין את המצוה, מסתמין דבריו" — רש"י, שם טו, ב, ד"ה כדי לערבב.

7 תוספות, שם, ד"ה ותוקעין ומריעין כשהן עומדין.

8 חידושי הרשב"א, ראש השנה טו, א, ד"ה למה תוקעין ומריעין.

9 בברכת כהנים; ראה הערה 4.

10 ראש השנה כח, ב; דין סוכה מן התורה הוא שבעת ימים. חכמים תיקנו, שבחוג לארץ יש לשבת בסוכה שמונה ימים, משום שלא הגיעה לשם בעוד מועד הידיעה בדבר קביעת ראש חודש. שמירת שני ימים טובים של גלויות נשארה גם כיום, על אף שידועים את מועד ראש החודש, משום "מנהג אבותיכם בידיכם" — ביצה ד, ב. וראה המשך דברי הרשב"א.

11 דברים יז, יא.

כגון יום טוב של ראש השנה שחל להיות בשבת, אף על גב דאמרה תורה 'תקעו', גזרו שלא לתקוע<sup>12</sup>; וכל זה לצורך. והכא נמי לצורך ראו לתקוע ולחזור ולתקוע, ומצוה לשמוע דברי חכמים מלא תסור<sup>13</sup>; כנ"ל (= כן נראה לי)."

תשובת הרשב"א מרחיקה לכת במהפכנותה, ואולי מחור כך אף בפשטותה: הוא מפרש<sup>14</sup> את כל האמור בתורה, שלא להוסיף על דיניה ולא לגרוע מהם, כמכוון כלפי היחיד המקיים את דיני התורה, שהרי התורה פונה אל כל אחד ואחד מישראל; יחיד זה אסור לו להוסיף או לגרוע מדעת עצמו על האמור בתורה. אך חכמי ההלכה, אשר תפקידם לפרש ולהמשיך את יצירתה של ההלכה, אין הוראות ההוספה והגרועה מכוונות כל עיקר אליהם; להפך — להם נאמרה פרשה מפורשת וערוכה בדברים יז, ח—יא, שהם מצווים לפתור בעיות חדשות שתתעוררנה, בדרכים קבועות, ואחת מהן היא החקיקה, אשר מעצם טבעה ומהותה היא באה להוסיף או לגרוע. ולא רק שמותרים הם בחקיקה זו, אלא אף מצווים הם עליה, וכל יחיד ויחיד מישראל מצווה שלא לסור מהוראות חקיקתם<sup>15</sup> של חכמי ההלכה<sup>16</sup>.

שונה היא דרך הפתרון השנייה, שנוקטים רוב חכמי ההלכה. לדעתם חל האיסור של 'בל תוסיף' ו'בל תגרע' הן על היחיד והן על הציבור, ובכלל זה חכמי ההלכה ובתי-הדין, והפתרון לבעיתנו הוא על-ידי עמידה על הצורה ועל הדרך שנוקטים חכמי ההלכה במעשה חקיקתם, שדווקא בכך טמונה אותה הבחנת יסוד שבין החקיקה הראשית שבתורה שבכתב לבין חקיקת-המשנה של חכמי ההלכה.

12 ראה להלן, עמ' 414.

13 דברים שם, שם.

14 וראה רצ"ה חיות, תורת הנביאים, מאמר בל תוסיף, שמפרש כך גם את דעתו של ר' יוסף אלבו, בעל ספר העיקרים (ספר שלישי, פרק יד) ושל הראב"ד (בהשגתו על הרמב"ם, הלכות ממרים ב, ט). ראה בעמ' עט, ועמ' צו, הוצאת כל ספרי מהרי"ץ חיות, ירושלים, תשי"ח, כרך א. יש לתמוה על רצ"ה חיות, שאינו כולל בסיכומו, בעמ' צו, את דעת הרשב"א, שדבריו הם המפורשים ביותר שאיסור 'בל תגרע' ו'בל תוסיף' אינו מכוון לתקנות חכמים.

15 וראה עוד דברי הרשב"א בהידושו לנדרים צ, ב, ד"ה חזרו לומר: "... כל היכא דאיכא למיגדר (=מילתא) בהא בית דין מתנין לעקור דבר מן התורה; ולא שחכמים עוקרין דבר מן התורה מדעתן, אלא אחת ממצות התורה היא לשמוע אל דברי השופט אשר יהיה בימים ההם, וכל שכן רואין להתיר לצורך — מותר מן התורה".

16 ייתכן, שלכך גם מכוונים דברי הספרי, דברים, פרשת ראה, פיסקא פב (עמ' 148), המביא כדוגמה לאיסור 'בל תוסיף' ו'בל תגרע' מצוות לולב וציצית, שלא יחליט היחיד על דעת עצמו להוסיף עליה; כך משתמע במידה מסוימת מן הנוסח: "ומנין שאם פתח לברך ברכת כהנים, לא יאמר: הואיל ופתחתי לברך...". היינו שהן כדי ברכתו מחליט הכהן, על דעת עצמו, להוסיף עוד ברכה. והדבר צריך עיון.

בראש חכמי הלכה אלה נמצא את הרמב"ם, שמעמיד בעיה זו במפורט, בדונו בספר 'משנה תורה' במהותן של התקנות והגזירות<sup>17</sup>:  
"הואיל ויש לבית-דין לגזור ולאסור דבר המותר ויעמוד איסורו לדורות, וכן יש להז להתיר איסורי תורה לפי שעה, מהו זה שהזהירה תורה: לא תוסיף עליו ולא תגרע ממנו?".

והוא משיב:

"שלא להוסיף על דברי תורה, ולא לגרוע מהם, ולקבוע הדבר לעולם בדבר<sup>18</sup> שהוא מן התורה, בין בתורה שבכתב ובין בתורה שבעל פה<sup>19</sup>. כיצד? הרי כתוב בתורה<sup>20</sup>: 'לא תבשל גדי בחלב אמו'; מפי השמועה (= המסורת, הקבלה) למדו שזה<sup>21</sup> הכתוב אסר לבשל ולאכול בשר בחלב, בין בשר בהמה, בין בשר חיה<sup>22</sup>; אבל בשר העוף — מותר בחלב מן התורה<sup>23</sup>. אם יבוא בית דין ויתיר בשר חיה בחלב — הרי זה גרע<sup>24</sup>, ואם יאסור בשר העוף ויאמר שהוא בכלל הגדי והוא אסור מן התורה — הרי זה מוסיף; אבל אם אמר (= בית-הדין): בשר העוף מותר מן התורה, ואנו (= בית-הדין) נאסור אותו ונדיע לעם שהוא גזרה, שלא יבוא מן הדבר חובה (= תקלה) ויאמרו: העוף מותר מפני שלא נתפרש, כך החיה מותרת שהרי לא נתפרשה; ויבוא אחר לומר: אף בשר בהמה מותרת הוץ מן העז; ויבוא אחר לומר: אף בשר העז מותר בחלב פרה

17 הלכות ממרים ב, ט.

18 בדפוס רומי ר"מ אין התיבה "בדבר".

19 גם בדברים שנאמרו למשה מסיני בעל פה אסור להוסיף עליהם ולגרוע מהם. וראה דבריו בהקדמה לפירוש המשנה: "ואין הבדל בין שיוסיף ויגרע במקראות או שיוסיף ויגרע בפירוש המקובל" (פירוש המשנה, הוצאת ר"י קאפח, זרעים, עמ' ד, חרגום עברי בלבד; עם תרגום ערבי — עמ' ו), וכן הוא בהקדמתו לפירושו על פרק חלק במסכת סנהדרין (לקראת סוף ההקדמה, ד"ה ויסוד התשיעי; הוצאת הר"י קאפח, נזיקין, עמ' רטו; וראה הערה 77 להר"י קאפח, שם); וראה השגת הראב"ד כאן.

20 שמות כג, יט.

21 חולין קטו, ב.

22 נושאי כליו של הרמב"ם ומפרשים וחכמים רבים עמדו על הסתירה שבין דברי רמב"ם אלה לדבריו בהלכות מאכלות אסורות, ט, ד, שבשר חיה בחלב אינו אסור באכילה מן התורה (ראה רדב"ז, כסף משנה ולחם משנה על הרמב"ם, כאן). וראה לאחרונה דברים מדויקים מאת רא"ש רוזנטל ("על דרך הרוב", פורסם בפרקים, ספר השנה של מכון שוקן למחקר היהדות ליד בית המדרש לרבנים באמריקה, א, ירושלים, תשכ"ז—כ"ח, עמ' 185, הערה 10), שמוכיח, כי לפנינו נוסח ראשון ונוסח שני של הרמב"ם עצמו, שתחילת פסק שלא כר' עקיבא בחולין, ה, ד, ולאחר מכן פסק כמוהו משנה חולין ה, ד; בבלי חולין קיג, א, משום שנאמר "בחלב אמו" — יצא עוף שאין לו חלב אם.

24 מתורה שבעל-פה (ראה הערה 19), שלפיה גם בשר חיה בחלב אסור.

או הכבשה שלא נאמר אלא אמו שהיא מינו; ויבוא אחר לומר אף בחלב העז שאינה אמו מותר, שלא נאמר אלא אמו, לפיכך נאסור כל בשר בחלב אפילו בשר עוף—אין זה מוסיף אלא עושה סייג לתורה וכן כל כיוצא בזה".

ובהקדמתו למשנה תורה<sup>26</sup> מוסיף הרמב"ם ומסביר את שיטתו:

"ויש מצוות אחרות שנתחדשו אחר מתן תורה, וקבעו אותן נביאים<sup>27</sup> וחכמים ופשטו בכל ישראל, כגון: מקרא מגילה, ונר הנוכה, ותענית תשעה באב, ועירובין וידיים<sup>27</sup>, ויש לכל מצוה ומצוה מאלו פירושים ודקדוקים, הכל יתבאר בחיבור זה. כל אלו המצוות שנתחדשו, חייבים אנו לקבלם ולשמרם, שנאמר: 'לא תסור מן הדבר' וכו'<sup>28</sup> ואינן תוספת על מצוות התורה. ועל מה הוזהרה תורה: 'לא תסף עליו ולא תגרע ממנו?'<sup>29</sup> שלא יהא נביא רשאי לחדש דבר ולומר, שהקדוש ברוך הוא צוהו במצוה זו להוסיפה למצוות התורה, או לחסר אחת מאלו השש מאות ושלוש עשרה מצוות; אבל אם הוסיפו בית דין עם נביא שיהיה באותו הזמן מצוה דרך תקנה או דרך הוראה או דרך גזירה—אין זו תוספת, שהרי לא אמרו שהקדוש ברוך הוא צוה לעשות עירוב או לקרות מגילה בעונתה—ואלו אמרו כן הוי מוסיפין על התורה—אלא כך אנו אומרים: שהנביאים עם בית-דין תקנום וצוו לקרות המגילה בעונתה, כדי להזכיר שבחיו של הקב"ה ותשועות שעשה לנו והיה קרוב לשוועתינו, כדי לברכו ולהללו וכדי להודיע לדורות הבאים, שאמת מה שהבטיחנו בתורה: כי מי גוי גדול אשר לו אלקים וכו'<sup>30</sup>. ועל דרך זו היא כל מצוה ומצוה שהיא מדברי סופרים, בין עשה ובין לא תעשה"<sup>31</sup>.

תשובתו של הרמב"ם—וחכמים אחרים שהולכים בדרכו<sup>32</sup>—על השאלה

25 הקדמת הרמב"ם למשנה תורה לאחר מגילת המצוות.

26 היינו בתפקידם כחכמים ולא כנביאי דבר ה'. ראה דברי הרמב"ם לעיל, עמ' 216, ועמ' 234.

27 ראה שבת טו, א, ועירובין כא, ב. וראה ר"ח אלבק, משנה טהרות, עמ' 473, מבוא למסכת ידים.

28 דברים יו, יא.

29 דברים יג, א.

30 דברים ד, ז.

31 וראה עוד דברי הרמב"ם במורה נבוכים, חלק ג, פרק מא; הרמב"ם, שם, מוסיף שכדי שלא להרבות במחלוקות וריבוי דעות מסרה התורה סמכות חקיקה זו לבית דין המוסמך שבדור, וזהו ענין דינו של זקן ממרא. וראה בענין זה במפורט לעיל, עמ' 398, הערות 43 ו-44.

32 ראה למשל הרמב"ן, בסוף דבריו על דברים ד, ב, ד"ה לא תוסיפו: "ומה שתיקנו חכמים משום גדר כגון שניות לעריות וכיוצא בהן, זו היא מצוה מן התורה, ובלבד שידע שהם משום הגדר הזה, ואינן מפי הקדוש ברוך הוא בתורה"; וכן הם דברי המהר"ל מפראג, בספרו גור אריה, על דברים, שם, סוף ד"ה לא תוסיפו: "וכל

שהעמדנו יורדת לשורש מהותה של החקיקה בהלכה העברית: על החקיקה הראשית, היינו על התורה שבכתב, אין להוסיף וממנה אין לגרוע, כי מעשה החקיקה הראשי קיים לעולם במתכונתו שבשעת מתן התורה, וכל תוספת הוראה וכל גירעון בדין, המתיימרים להוסיף על התורה שבכתב או לגרוע ממנה, אסורים הם. ברם, אם ההוספה או הגריעה נעשים כחלק חקיקת-המשנה ובמסגרתה, והמת"קין או הגזור קובעים ברורות שלפי דין התורה מעשה מסוים מותר או אסור, ואינם באים לשנות בדין התורה עצמה, אלא לאסור או להתיר מכוח הסמכות, שהתורה עצמה האצילה להם, והם מודיעים את הנימוק שהביאם להתקנת התקנה או לגזירת הגזירה—זו חקיקה מותרת, שהרי אינה פועלת בתחום החקיקה הראשית, אלא בתחום חקיקת-המשנה<sup>33</sup>.

סיכומו של דבר: בין שנפתור את הבעיה שהעמדנו לפי דרכו של הרשב"א, ובין שנענה עליה בדרכם של הרמב"ם וחכמי ההלכה האחרים—פעולתם המתוקנת של חכמי ההלכה לא רק שאינה נוגדת את האמור בתורה, אלא היא מבצעת את הסמכות, שהאצילה התורה לחכמי ההלכה, סמכות עם הוראה בצדה, שלא לסור מן התקנות והגזירות, שראו חכמי ההלכה להתקין ולגזור. ואם אמנם, להלכה, חלק מחקיקת-המשנה של חכמי ההלכה פועל כהוראת-שעה, כפי שגראה בדברינו להלן, הרי למעשה 'שעה' זו ארוכה היא מאוד, וכל החומר הרב והעצום של התקנות והגזירות בכל תחומי ההלכה השונים היה לחלק מהותי של כלל מערכת ההלכה העברית לכל פרקיה ולכל תקופותיה.

### 3. מגמת היסוד בפעולת החקיקה של חכמי ההלכה

משאנו באים לעיין בפעולת החקיקה של חכמי ההלכה, נימצא למדים, כי היא כוללת בתקופותיה השונות פעולת חקיקה מקיפה ורחבה ביותר, הן חקיקה שבאה להוסיף ולהשלים, והן חקיקה שבאה לשנות ולגרוע, ולא תמיד יעלה בדינו לבסס ולהסביר את תופעותיה השונות על-פי כללים ועקרונות קבועים מראש. לשם הבנתה והסברתה של החקיקה בהלכה, וכן לשם הבנתם של המקורות

מצוות דרבנן, כגון נר הנוכה, אין הכוונה להוסיף על התורה רק לעשות זכר לנס, ואין הוספה על מצוות התורה. וכן כל מצוות דרבנן אינם הוספה על התורה, דלא הוי 'לא תוסיפו' רק כאשר מוסיף על התורה להיות שות עם התורה; אבל לעשות גדרים וסייגים אין זה תוספת, שלא ישוו עמהם".

33 נוסף להבחנה העיונית לדרך התקנת התקנות והגזירות, מצויה גם ההבחנה המעשית בין החקיקה הראשית לחקיקת-המשנה בתבדלים שבין דין שהוא מדאורייתא לבין שהוא מדרבנן, הבחנה שנקבעה בראש ובראשונה לענין דינים והלכות שמקורם בתקנות ובגזירות. ראה דברינו לעיל, עמ' 391. וראה מהר"ץ חיות, תורת הנביאים, מאמר בל תוסיף, פרק שני, ורבי משה חיים לוצאטו, מאמר העיקרים, בסופו "בענין התורה שבעל פה והש"ס".

המשפטיים האחרים הפועלים במערכת ההלכה<sup>34</sup>, עלינו לחזור ולשוב לנקודת המוצא העקרונית בדבר סמכותם הייחודית של חכמי ההלכה בפירושה של התורה ובקביעתה, לאותו עקרון יסודי, שעל דעתם של חכמי ההלכה ניתנה התורה<sup>35</sup>. סמכות מוחלטת זו הביאה להודעות מלאה של חכמי ההלכה עם רוחה ומגמתה של התורה, הודעות שמצד אחד הטילה וחיבת זמירות ואחריות גדולה במלאכת החקיקה, ומצד שני — איפשרה התקנת תקנות נועזות ומכריעות, כשהיו חכמי ההלכה משוכנעים, שאמנם זו היא מגמתה ורוחה של התורה. רק מתוך הרגשת אחריות זו של רופא הממונה על שלומה ושלמותה של ההלכה, כדוגמה שנמצאה להלן בדברי הרמב"ם<sup>36</sup>, נאמרו מפי חכמי ההלכה אמרות חודרות ומרחיקות לכת, כגון דרישתם את הפסוק<sup>37</sup> "עת לעשות לה' הפרו תורתך" — "מוטב תיעקר [אות אחת מן] תורה<sup>38</sup> ואל תשתכח תורה מִישראל"<sup>39</sup>, וכיוצא בזה: "פעמים שביטולה של תורה — זהו יסודה"<sup>40</sup>; "מוטב שתעקר אות אחת מן התורה, ואל תחלל שם שמים בפרהסיא"<sup>41</sup>; או כללי יסוד כגון "וחי בהם ולא שימות בהם"<sup>42</sup>, "חלל עליו שבת אחת, כדי שישמור שבתות הרבה"<sup>43</sup>, וכיוצא באלה.

ראייה כוללת זו של חכמי ההלכה את סמכות החקיקה שבידם תסביר לנו, מדוע עד סופה של תקופת התנאים אין אנו מוצאים כל דיון וכל משא ומתן לא בדבר מידת הסמכות להתקנת תקנות ולגזירת גזירות ולא בדבר הכללים המגחים בסמכות החקיקה של החכמים. ההסבר היחידי הנלוו להרבה תקנות שעד תקופה

34 ראה לעיל, עמ' 210.

35 ראה לעיל, עמ' 216.

36 ראה להלן, עמ' 425; רמב"ם הלכות ממרים, ב, ד.

37 תהלים קיט, קכו.

38 כן הוא בדפוס, תמורה יד, ב; ובכתב יד מינכן, שם: "שתעקר אות אחת מן התורה"; וראה שיטה מקובצת, שם, ס"ק ה.

39 תמורה, שם; וראה משנה ברכות ט, ה: "ואומר: 'עת לעשות לה' הפרו תורתך'; רבי נתן אומר: הפרו תורתך עת לעשות לה"; וראה אלבק, שם, ובהשלמות, עמ' 340, ותוספתא ברכות ו, כג—כד, וליברמן, תוספתא כפשוטה, ברכות, עמ' 124—125. וראה ברכות סג, א; יומא סט, א, רש"י, ד"ה עת לעשות לה' — "כשבא עת לעשות דבר לשמו של מקום מותר להפר בו תורה". וראה רש"י, המאירי ופירושי עובדיה ספורנו (תהלים עם פירוש ר' יוסף יעבץ ור' עובדיה ספורנו, מהדרת ש. י. היילפרין, תשי"ב) לתהלים קיט, קכו.

40 מנחות צט, א—ב.

41 יבמות עט, א.

42 סנהדרין עד, א; יומא פה ב, ועוד. וראה להלן, עמ' 808.

43 יומא שם, שם. רעיון דומה ראה, למשל, עירובין לב, ב: "רבי סבר נוחא ליה לחבר דליעבד הוא איטורא קלילא ולא ליעבד עם הארץ איטורא רבה"; גיטין לח, ב: "מצוה שאני" (שתרור עבד כדי להשלימו לעשרה); וראה מהר"ץ חיות, תורת הגביאים, מאמר הוראת עשה (כד, ב).

זו הוא ברקע העובדתי ובנסיבות שהביאו להתקנת התקנות. טומאת השמנים בידי היוונים מובאת כרקע לתקנה בעניין ימי חנוכה<sup>44</sup>; אסונות טבע ומלחמות — כרקע לתקנת עגונות<sup>45</sup>; ההימנעות ממתן אשראי — כרקע לתקנת פרוזבול<sup>46</sup>; או הנמקה כללית של תיקון העולם<sup>47</sup> או דרכי שלום<sup>48</sup> וכיוצא באלה, כרקע לתקנות רבות אחרות<sup>49</sup>. הדבר המתחדש בחקנות קדומות אלה מובא עד לתקופה זו, ללא הנמקה וביסוס משפטיים-הלכתיים, הן בעניינים שבממוץ והן בעניינים שבאיסור והיתר, בין שיש בהם — בתקנה או בגזירה — משום עקירת דין מן התורה בישב ואל תעשה' ובין ב'קום ועשה'. חכמי ההלכה היו הממונים על שלומה ושלמותה של ההלכה, ומתוך כך, כששוכנעו שהשעה צריכה לכך, תיקנו וגזרו, כדי שלא תשתכח התורה, הליכותיה ומצוותיה מישראל.

#### 4. כללים והנחיות בפעולת החקיקה של חכמי ההלכה

בימי האמוראים גיבשו חכמי ההלכה מספר כללים והנחיות יסוד במלאכת החקיקה, שקבעו את היקפה וסמכותה; רוב כללים אלה הם מיסודם של האמוראים, ומקצתם הובאו כפי שנקבעו קודם לכן<sup>50</sup>. גם עתה המשיך העיקרון היסודי, שהתורה ניתנה על דעתם של חכמי ההלכה לשמש כקו מנחה של החקיקה בהלכה העברית<sup>51</sup>; אך מעתה התגבשו מספר כללים, שהיו, בדרך כלל, להנחיות בדרכי החקיקה של חכמי ההלכה. נעניין בכללים והנחיות אלה.

44 שבת כא, ב; לעיל, עמ' 395.

45 משנה יבמות טו, ז; משנה עדיות א, יב; יבמות קטו, ב; וראה להלן, עמ' 428 ואילך.

46 משנה שביעית י, ג—ד. ראה להלן, עמ' 418.

47 משנה גיטין ד, ב—ג; ה, ג; ועוד. ראה להלן, עמ' 486.

48 משנה גיטין ה, ח—ט; ועוד; ראה להלן, עמ' 516.

49 דוגמאות נוספות ראה תוספתא עירובין, ג, (כ"ע פ"ד), ו, ועירובין מה, א; שבת ס, א; משנה ברכות ט, ה; משנה ראש השנה, ב, א.

50 כונת הדברים היא לכללים והנחיות בחקיקה, שנקבעו על יסוד דיון בהיקף סמכותם של החכמים להתקין תקנות ולגזור גזירות. דיון מפורט כזה אנו מוצאים ראשונה אצל האמוראים, והם קבעו כללים בתחומי הסמכות. רובם של כללים אלה — ככללי חקיקה — קבעו האמוראים, כפי שנראה להלן; בחלקם הובאו כפי שנקבעו עוד קודם לכן, כגון הכלל ש"בית דין מכין ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה אלא כדי לעשות סייג לתורה", שאמר ר' אליעזר בן יעקב. גם בניסוחו של עיקרון זה יש מקום לשער, שהמלים "לא לעבור על דברי תורה וכו'" נאמרו מפי האמוראים כתוספת ביאור לעיקרון "בית דין מכין ועונשין שלא מן התורה" שמובא משם ר' אליעזר בן יעקב. וראה על כך להלן, עמ' 422, הערה 94.

51 עיקרון זה המשיך לשמש יסוד במיוחד לאותן תקנות, שהיה בהן משום עקירת דבר מן התורה ב'קום ועשה', גם בענייני איסור והיתר; ראה להלן, עמ' 426 ואילך.

## א. "בית-דין מתנין לעקור דבר מן התורה

ב' שב ואל תעשה"

כידוע, גחלוקת מצוות התורה לשני סוגים: האחד — מצות עשה, היינו הוראה שבתורה, המחייבת עשיית פעולה מסוימת, כגון תקיעת שופר בראש-השנה ונטילת לולב בחג הסוכות; והסוג השני — מצות לא-תעשה, היינו הוראה שבתורה, האוסרת, המצווה שלא לעשות פעולה מסוימת, כגון איסור עריות (אם, בת, אשת-איש וכיוצא בהם)<sup>52</sup>. בא הכלל הזה ואומר, שבית-הדין רשאי לקבוע, בדרך תקנה, שלא לעשות מצוה, אשר דין התורה מחייב לעשותה, כלומר הוא מוסמך להורות — "שב ואל תעשה"<sup>53</sup>. בספרות התלמוד מצויות דוגמאות רבות להפעלתו של כלל זה<sup>54</sup>. דוגמה שכיחה היא תקנתם של חכמים, שלא לתקוע בשופר ביום ראש-השנה שחל בשבת, ושלא ליטול לולב ביום מימי חג הסוכות שחל בשבת, מתוך החשש, שמא יעביר את השופר או את הלולב ארבע אמות ברשות הרבים, ונמצא עובר על איסור שבת מדאורייתא.

בשאלה, אם בית-דין מתנין לעקור דבר מן התורה ב'קום ועשה', היינו אם רשאי בית-הדין להתקין תקנה, שעל פיה הם מתירים לעשות פעולה שנאסרה בתורה — קום ועשה, כאשר יש כאן מצוות לא-תעשה<sup>55</sup> — בכך נחלקו אמוראי בבבלי של הדר השלישי: לדעת רבה "אין בית דין מתנין לעקור דבר מן התורה ב'קום ועשה'", אך לדעת רב חסדא בית-הדין רשאי ומוסמך להתקין תקנה, גם אם יש בה משום עקירת איסור האמור בתורה, היינו אם נאמר בתקנה זו 'קום ועשה' בעניין שנאמר לגביו בתורה 'לא תעשה'<sup>56</sup>.

ההלכה במחלוקת מהותית זו נקבעה כדעת רבה, שאין בסמכות בית-דין להתקין תקנה שהיא בניגוד למצוות 'לא תעשה' שבתורה. אך הסוגיה ביבמות, אגב דיונה בשתי שיטות אלה, מביאה שורה ארוכה של הוכחות מתוך גופי הלכות שעד לתקופת האמוראים, שמשחמע מהן, שיש בסמכותם של חכמי ההלכה להתקין תקנות, אף כשיש בכך משום עקירת דבר מן התורה ב'קום ועשה'. כדי ליישב ולתרץ כל אותם הלכות שניתן להסיק מהן, שבית-דין מוסמך להתקין תקנה אף ב'קום ועשה'<sup>57</sup> קובעת הסוגיה שלושה חריגים<sup>58</sup> לכלל, וכל אחד מהם יש בו עיקרון חקיקתי נכבד וחשוב לעצמו.

52 ראה לעיל, עמ' 396 ולהלן, עמ' 456.

53 משום שכאן "לאו עקירה בידים הוא אלא ממילא היא מיעקרא"; רש"י, יבמות ז. א. ד"ה שב ואל תעשה. 54 ראה למשל, יבמות ז. א—ב.

55 ותקנה כזו "עקירה ממש היא" — רש"י, שם. 56 יבמות פט, א—ז, ב.

57 מפשוטן של הלכות קדומות שונות ניתן להסיק כדעת רב חסדא שאמנם בית-דין מתנין לעקור דבר מן התורה אפילו ב'קום ועשה'. וראה י. ד. גילת, "בית דין מתנין לעקור דבר מן התורה", ספר השנה, בריאלו, תשכ"ט—תשל"א, עמ' 118 ואילך. ולהלן, עמ' 518, 521 ואילך.

58 את העיקרון, שכל המקדש אדעתא דרבנו מקדש ואפקעינהו רבנו לקידושין מיניה,

## ב. "הפקר בית-דין הפקר"

כלל חקיקה זה קובע, שבעניינים שבתחום דיני ממונות, ובכל עניין אחר — אף בתחום איסור והיתר — המבוסס על גורם של בעלות בממון, חכמי ההלכה מוסמכים להתקין, ואפילו יש בה בתקנה משום עקירת דין מן התורה ב'קום ועשה'.

## 1. תחילתו של העיקרון

העיקרון של "הפקר בית-דין הפקר" מובא בתלמודם של התנאים כמשמעו הפשוט, היינו שבידי בית-הדין הסמכות להפקיר ולהפקיע, בנסיבות מסוימות, את רכושו של האדם. וכך אנו גורסים בתוספתא<sup>59</sup>:

"בתמשה עשר בו (= באדר), שלוחי בית דין יוצאין ומפקירין את הכלאים, שהפקר בית דין הפקר, ופטור מן המעשרות".

כפי שאנו למדים מן המשנה<sup>60</sup> היתה זו תקנה של בית-הדין נגד מי שקיימו כלאים בשדותיהם, לאחר שלא הועילו אמצעים אחרים<sup>61</sup>; שלוחי בית-הדין היו מפקירים את התבואה שבשדה. והתוספתא משמיעתנו, שגם אם בעל השדה עצמו חזר וזכה בתבואה, אינו מפריש ממנה מעשר, כדין הזוכה בתבואה מן הפקר<sup>62</sup>. תוצאותיה של הפקעה זו פועלות אפוא גם לעניין של איסור והיתר — הפרשת מעשר — שהוא מבוסס על גורם של בעלות בממון.

משמעות זו של העיקרון "הפקר בית-דין הפקר" מצויה עוד בספר עזרא, כפי

המובא בסוגיה ביבמות ז, ב, לא הבאנו כעיקרון חקיקתי בפני עצמו, באשר הוא מהות, בעיקרו, הסבר הגיוני-הלכתי לאפשרות הפקעת הקידושין על ידי חכמי ההלכה על יסוד הרעיון הכללי שבתחום דיני תנאים במשפט העברי, היינו שהקידושין נעשו על דעתם, ולכן הם מוסמכים להפקיעם; בעיקרון זה גזון להלן בדברינו על החקיקה בתקופת האמוראים, עמ' 518.

59 תוספתא שקלים א, ג.

60 משנה שקלים א, ב.

61 ראה שם משנה שקלים א, א: "באחד באדר משמיעין... ועל הכלאים (משמיעים) שיצאו לשדות ולכרמים לעקור צמחי כלאים — עיין ויקרא יט, יט; דברים כב, ט); בתמשה עשר בו... ויוצאין אף על הכלאים" (שלוחי בית-דין יוצאים אף לבקר, אם עקרו את צמחי הכלאים שהכריזו באחד באדר על עקירתם); ושם, משנה ב: "אמר רבי יהודה בראשונה היו עוקרין ומשליכין אותם לפניהם (שליחי בית-דין שמצאו כלאים בשדות, היו עוקרים ומשליכין אותם לפניהם, ולא טרחו להשליכם בתוך); משרבו עוברי עבירה (שלא לקחו מוסר ורעו וקיימו כלאים, ואת הצמחים שעקרו שלוחי בית-דין היו מאכילים לבתמם). היו עוקרין ומשליכין על הדרכים; התקינו שיהיו מפקירין כל השדה כלה (בסוף התקינו תקנה להפקיר את השדה, לפי שגם ההשלכה על הדרכים לא הועילה, ולא עוד, אלא שהיו שמחים שמנכשים להם שדותיהם)". לפי פירושו של אלבק, שם.

62 ראה ליברמן, תוספתא כפשוטה, מועד, עמ' 659.

מהות החקיקה של חכמי ההלכה, מגמותיה וכלליה

פעולתם של חכמי ההלכה, של בית-הדין, שוה היא אפוא לפעולה המשפטית של הנחלת הרכוש על ידי האב לבניו: כשם שבהנחלה מועברת בעלות הרכוש מן האב לבן, כך על ידי תקנתם של חכמי ההלכה מועברת בעלות מזה לזה.<sup>72</sup> בכך היה העיקרון של "הפקר בית-דין הפקר" לעיקרון חקיקתי, שניתן על-פיו לא רק לבטל זכויות משפטיות קיימות, אלא גם לקבוע זכויות משפטיות חדשות, כמהותה וכדרכה של כל פעילות חקיקתית.

### 3. מדת השימוש בעיקרון

העיקרון של "הפקר בית-דין הפקר" היה למקור רב-עצמה לסמכותם של חכמי ההלכה, בכל תקופותיו של המשפט העברי, להתקנת תקנות בכל התחום הנרחב של דיני ממונות, גם אם על-ידי תקנתם הופקעה ובוטלה הזכות הקניינית שנקבעה בדין מדיני התורה.<sup>73</sup> חלק גדול וניכר של המשפט האזרחי בהלכה — בתחום דרכי הקניין, החיובים, דיני גזיקין, ירושה וצוואה — מקורו בתקנות שהותקנו בידי חכמי ההלכה, המוסברות ומבוססות על העיקרון של "הפקר בית-דין הפקר".<sup>74</sup> לעתים מדגישים חכמי ההלכה במפורש, במטבעות לשון

72 על מגמת הרחבה זו של העיקרון "הפקר בית דין הפקר" על-ידי מדרשו של ר' אלעזר עמדו היטב הראשונים. וזו לשון הרשב"א (בחדושי לגיטין לו, ב, ד"ה רבא אמר הפקר בית דין הפקר): "...ומינה שמעינן, דכח בית דין יפה להפקיר ממון לזה ולזכותו לזה, אפילו קודם שבאו לידו, וכן מוכח מקרא דאלה הנחלות אשר נחלו, דמה אבות מנחילין ואומרים שדה פלוני לפלוני וזכה לו מיד, ואף קודם שבא לידו, אף ראשים מנחילים לכל מי שירצו, ואומרים ממון ראובן יהא לשמעון, וזוכה בו מעתה שמעון". וראה דברי מהרש"ל (ים של שלמה, יבמות, פרק עשירי, סימן יט): "אמר ר' יצחק: מגיין שהפקר בית דין הפקר... ר' אלעזר אמר מהכא... ונראה דהא דרבי אלעזר עדיף, דילפינן מיניה שיוכלו להפקיע ממון של אחר ולהחליט לחבירו, ולא תימא דדווקא שיכולים להפקיר אותו או להתרימו...". וראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך י, בעמ' צט-ק (ערך "הפקר בית דין הפקר").

73 מבחינה עיונית יש ברעיון סמכות ההחרמה שבידי בית-הדין, הנלמד מן הפסוק שבעזרא, משום עקיפה על הצורך בעקירה ישירה של דין התורה. כי כאשר תקנה מסוימת קובעת, שזכות הבעלות על הפץ מסוים תהא ביד ראובן, כשפלי דין תורה זכות הבעלות בידי שמעון, אין כאן קביעה ישירה, שהזכות המשפטית שקבעה התורה לשמעון אינה זכות, אלא התקנה כאילו מבטלת היא את זכות הבעלות שבידי שמעון על-ידי החרמת רכושו — סאנקציה המסורה לבית-הדין — ומעבירה את זכות הבעלות שהוחרמה לידי ראובן. וראה רש"י, יבמות פט, ב, ד"ה הפקר בית דין היה הפקר: "וכל מידי דממונא לאו עקירה היא"; ורש"י, גיטין לו, ב, ד"ה רבא אמר: "...דבדבר שבממון אין כאן עקירת דבר מן התורה במקום סיג וגדר, דהפקר בית דין בממון היה הפקר".

74 ראה אנציקלופדיה תלמודית, שם, שם, עמ' צז-צט. בדיוגנו בפרקים הבאים על התקנות השונות בתקופות השונות, יובאו תקנות רבות, המבוססות על העיקרון של "הפקר בית דין הפקר".

שכך הסיקו החכמים<sup>68</sup>: "מגיין שהבקר בית דין הבקר? כתיב: וכל אשר לא יבוא לשלשת הימים בעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו והוא יבדל מקהל הגולה"<sup>64</sup>. פסוק זה נאמר לעניין הירישה שדרש עזרא והשרים והזקנים מבני-הגולה להתקבץ בירושלים, כדי לקבל עליהם להוציא את הנשים הנכריות אשר נשאו; כסאנקציה על אי-ציות להוראה זו נקבע, שכל מי שלא ייענה לה — יוחרם רכושו, ומכאן הסיקו חכמי ההלכה, כי בידי בית-הדין הסמכות להפקיע את זכויות קניינו של הפרט בממונו וברכושו.<sup>66</sup>

### 2. "הפקר בית-דין הפקר" כעיקרון חקיקתי

סמכות בית-הדין, הכלולה בעיקרון של "הפקר בית-דין הפקר", נתפרשה בדברי האמוראים לא רק לעניין הפקרתו והפקעתו של הרכוש מבעלותם של הבעלים החוקיים, אלא הורחבה גם לעניין העברת בעלותו של רכוש זה לידי בעלים פרטיים אחרים. על-פי משמעות מורחבת זו מסבירה סוגיית האמוראים<sup>68</sup> את הדין האמור בברייתא, שהבעל יורש את אשתו הנשואה לו רק מדרבנן<sup>67</sup>, אף על-פי שמדין תורה אין היא נשואה לו, וירשיה החוקיים הם קרובי האב<sup>68</sup>. דין זה שבברייתא, העוקר את דין התורה (שפיו יורשיה הם קרובי האב) ומעביר את הירושה לבעל — שהיא נשואה לו רק מתקנת חכמים — ניתן להסבר על-סמך העיקרון של "הפקר בית-דין הפקר", היינו שבית-הדין מוסמך להפקיע את העיבון מיורשו החוקי ולהעבירו לבעלותו של אדם אחר. משמעות מורחבת זו הוסקה לא רק מן הכתוב בעזרא<sup>69</sup>, אלא גם בדרך מדרשו של כתוב בספר יהושע: "ר' אלעזר אמר מהכא: 'אלה הנחלת אשר נחלו אלעזר הכהן ויהושע בן נון וראשי האבות למטות בני ישראל'<sup>70</sup>, וכי מה עניין ראשים אצל אבות (הוי ליה למכתב 'וראשי מטות בני ישראל' — רש"י)? אלא לומר לך, מה אבות מנחילין בניהם כל מה שירצו, אף ראשים מנחילין את העם כל מה שירצו"<sup>71</sup>. מהות

63 ירושלמי שקלים פ"א, ה"ב; ג, א-ב (פ"א, ה"ב; מו, א). וראה ירושלמי פאה פ"ה, ה"א; כה, א (פ"ה, ה"א; יח, ד).

64 עזרא י, ה.

65 וראה ירושלמי פאה ושקלים, שם, בעניין הפקרת הרכוש, שמועילה אף לעניין פטור ממעשרות. בעניין החרמת הרכוש אצל עזרא ראה עוד ה. כהן, הפקר בית דין: לשיטתם של רבי יצחק ושל רבי אלעזר, דברי הקונגרס העולמי הרביעי למדעי היהדות, א, עמ' 185 ואילך.

66 יבמות פט, ב.

67 קטנה שאין לה אב והשיאות אמה או אחיה; מדין תורה אין לאם או לאחים רשות להשיאה, וחכמים תיקנו שיוכלו להשיאה, כדי שלא ינהגו בה מנהג הפקר. יבמות, שם, וכן יבמות ק"ב, ב.

68 ראה רש"י, יבמות פט, ב, ד"ה מדאורייתא אבוא ירית לה.

69 מקור זה מובא ביבמות שם, בשם ר' יצחק.

70 יהושע יט, גא. 71 יבמות, שם.

קבועות<sup>75</sup>, את הניגוד שבתקנתם לעומת דין התורה. למשל, ר' יוחנן אומר: "דבר תורה מעות קונות, ומה טעם אמרו משיכה קונה? גזירה שמה יאמר לו: בשרפו חיטיך בעלייה"<sup>76</sup>. כלומר, לדעת ר' יוחנן דרך הקניין של מיטלטלין, מדין תורה, הוא במתן כסף, היינו שהקונה נותן מעות למוכר, ועל-ידי כך עוברת בעלות החפץ מן המוכר אל הקונה. ומהו הרקע לתקנת חכמים? שאם החפץ עובר לבעלות הקונה משעת מתן המעות גם אם נשאר החפץ עדיין ברשותו ובהחזקתו של המוכר, יש לחשוש שהמוכר לא ידאג כראוי לשמירת החפץ — למשל, אם תפרוץ שריפה בבית המוכר — מאחר שהחפץ כבר אינו שלו. לכן תיקנו חכמים, שאין החפץ נקנה לקונה, ואין בעלותו עוברת אל הקונה, עד שימשוך ויקח אליו את החפץ<sup>77</sup>. וזוהי דוגמה של התקנת תקנה בדיני ממונות, העוקרת דין מן התורה ב'קום ועשה'. לפי התורה אין במשיכת החפץ תוקף להעביר בעלות אלא במתן מעות בלבד; באו חכמים והתקינו, שאפילו ניתנו מעות — עדיין המוכר הוא הבעלים, ולא הקונה; ואם היתה משיכה — אפילו לא ניתנו מעות — עברה הבעלות מן המוכר אל הקונה.

4. שימוש העיקרון "הפקר בית-דין הפקר" בדין שבאיסור והיתר המבוסס על

בעלות שבממון; תקנת פרוזבול

כאמור, השתמשו חכמי ההלכה בעיקרון של "הפקר בית-דין — הפקר" כמקור להתקנת תקנות אף מעבר לתחום המוגדר של דיני ממונות, אם אותו דין הלכתי מסוים מבוסס על העיקרון של בעלות ברכוש.

נענין בדוגמה אחת, בתקנתו הידועה של הלל, היא תקנת הפרוזבול.

בספר דברים<sup>78</sup> אנו קוראים: "מקץ שבע שנים תעשה שמטה. וזה דבר השמטה שמוט כל בעל משה ידו אשר ישה ברעהו לא יגש את רעהו ואת אחיו, כי קרא שמטה לה". ולהלן<sup>79</sup> מוסיפה התורה לאמור: "השמר לך פן יהיה דבר עם לבבך בליעל לאמר: קרבה שנת השבע שנת השמטה, ורעה עינך באחיד האביון, ולא תתן לו, וקרא עליך אל ה' והיה בך חטא. נתן נתן לו ולא ירע לבבך בתתך לו, כי בגלל הדבר הזה יברכך ה' אלהיך בכל מעשך ובכל משלח ידך".

התורה מצוה על שמיטת כספים בשנה השביעית, ומוזהירה במפורש שלא להימנע מלהלוות כסף מחשש שתשמט השביעית את החוב; המלוה מצווה

75 כגון — "דבר תורה... ומה טעם אמרו...". קידושין כח, ב; גיטין נה, א—ב; בבא בתרא קעה, ב; סנהדרין לב, א. וראה גולאק, יסודי המשפט העברי, א, עמ' 26, הערה 24.

76 קידושין כח, ב, ועוד.

77 ראה עוד לעיל, עמ' 254. ולהלן, עמ' 477, בענין קנין משיכה.

78 דברים טו, א—ב.

79 שם, טו, ט—י.

להלוות, השנה השביעית תשמט את החוב, והתורה מבטיחה למלוה ברכה במעשיו ובמשלח ידו.

והנה, במשנת שביעית<sup>80</sup> אנו שונים: "פרוזבול אינו משמט; זה אחד מן הדברים שהתקין הלל הזקן, משראה שנמנעו העם מלהלוות זה את זה ועוברין על מה שכתוב בתורה: 'השמר לך פן יהיה דבר עם לבבך בליעל' וגומר<sup>81</sup> — התקין הלל לפרוזבול. זהו גופו של פרוזבול: 'מוסר אני לכם איש פלוני ופלוני הדיינים שבמקום פלוני, שכל חוב שיש לי, שאגבנו כל זמן שארצה'; והדיינים חותמין למטה, או העדים".

הלל תיקן אפוא שאם כתב המלוה לפני שנת השמיטה שטר פרוזבול<sup>82</sup>, הרשות בידו לגבות את החוב כל אימת שירצה, וגם לאחר שעברה השנה השביעית, ואין השביעית משמטת את החוב.

הרקע החברתי והכלכלי לתקנה זו נמסר במשנה גופה. בעלי היכולת לא עמדו באזהרה שהזהירה התורה, שלא להימנע מלהלוות זה את זה בגלל שנת השמיטה, ועל-ידי כך סבלו מי שהיו זקוקים לאשראי ולא קיבלוהו. כדי למנוע את העשיריים מלעבור על אזהרת התורה שלא להימנע מלהלוות, וכדי להמציא לגזרעים את האשראי הדרוש להם, תיקן הלל את תקנת הפרוזבול, שאם מילאו אחריה, שוב לא שימטה השביעית את החוב<sup>83</sup>.

בדור הרביעי לאמוראים נתעוררה השאלה העקרונית, כיצד היה בידו של הלל לתקן תקנה, העוקרת דין מן התורה ב'קום ועשה': לפי התקנה זכאי המלוה לדרוש את תשלום החוב והייתב הלווה לשלם את החוב, והרי לפי דין התורה אסור לו למלוה לדרוש את החוב, והלווה פטור מלשלם את החוב. "ומי איכא מידי דמדאורייתא משמטא שביעית, והתקין הלל דלא משמטא?"<sup>84</sup>

לשאלה זו ניתנו בסוגיה שתי תשובות<sup>85</sup>: האחת, תשובתו של אביי — שהלל סבר, כפי שגם חכמים אחרים סוברים, שבזמנו, ימי בית שני, כבר לא נהג דין שביעית מדין תורה אלא מדרבנו, ולפיכך היה הלל רשאי להתקין תקנה, העוקרת

80 משנה שביעית י, ג—ד.

81 דברים טו, ט.

82 מקורה של מלה זו ביוונית. ראה אלבק, משנה זרעים, שביעית, השלמות, עמ' 383. וראה גיטין לו, ב. על תקנת פרוזבול ראה עוד אלבק, שם, עמ' 382—383, וזילברג, כך דרכו של תלמוד, עמ' 41—43.

83 בתקנת פרוזבול מובעת ההנמקה להתקנת תקנה שיש בה עקירת דין אחד מהתורה, דין שמיטת החוב — כדי לשמור על דין אחר, האזהרה שלא להימנע מלהלוות. ביסודה וזה הנמקה זו עם אמרותיהם של חכמי ההלכה שציינו בתחילת הדברים, כגון "מוטב שתיעקר אות אחת מן התורה ואל תשתכח תורה בישראל" ועוד; ראה לעיל, עמ' 411 ואילך.

84 גיטין לו, א.

85 ראה שם, רש"י, ד"ה בשביעית בזמן הזה, רשב"א שם, ד"ה רבא אמר הפקר ב"ד הפקר, וראשונים אחרים.

תקנה קודמת של חכמים. התשובה השנייה, תשובתו של רבא, מנמקת את תוקפה של תקנת הלל גם לשיטת הסבורים, ששביעית בזמן הזה מדאורייתא, וזאת על סמך העיקרון של "הפקר בית-דין הפקר". כלומר, חכמי ההלכה קבעו, שהכסף בסכום החוב, שנמצא בבעלותו של הלווה, עובר להיות בבעלותו של המלוה, וממילא אין כאן איסור נגישתו של חוב כספי שעברה עליו שנת שמיטה, שהרי אין המלוה תובע אלא כסף שכבר הועבר לבעלותו.<sup>86</sup>

הנה הוסברה תקנת הפרובול, על ידי האמוראים, על-פי העיקרון של "הפקר בית-דין הפקר", ולפיו הועברה בעלותו של סכום החוב מידי הלווה לידי המלוה, וממילא אין המלוה עובר על איסור התורה לנגוש כסף מאת הלווה.

בהלכה התלמודית מצויות דוגמאות נוספות להפעלתו של העיקרון "הפקר בית-דין הפקר" גם בתחום דיני איסור והיתר, כשאלה מבוססים על גורם של בעלות ברכוש. דוגמה מובהקת לכך היא הפקעת כסף הקידושין על-ידי חכמי ההלכה על יסוד עיקרון זה — בכל מקום שהפקיעו חכמים את הקידושין מתוך נימוקים שונים.<sup>87</sup> גם כאן תחום פעולת התקנה הוא בעניין מובהק של איסור והיתר — התרת אשת איש — המבוסס על גורם של בעלות האיש המקדש בכסף הקידושין.<sup>88</sup>

5. העיקרון "הפקר בית-דין הפקר" ותקנות הקהל

כלל החקיקה של "הפקר בית-דין הפקר" היה לעיקרון המקיף והרחב ביותר שבכללי החקיקה בהלכה העברית, הן מבחינת תוקפו המוחלט<sup>89</sup>, והן מבחינת היקף העניינים שהותקנו על-פיו. וכעבור תקופה מסוימת, עם הופעתן והתרבותן של תקנות הקהל במערכת החקיקה של המשפט העברי, חלה הרחבה מהותית נוספת במשמעותו של עיקרון זה ככלל מנחה בחקיקה.<sup>90</sup>

ג. "בית-דין מכין ועונשין שלא מן התורה"

עיקרון חקיקתי נוסף מסמיך את חכמי ההלכה להתקין תקנות במשפט הפלילי, בדיני נפשות, ואפילו יש בתקנות אלה משום עקירת דין מן התורה בקום ועשה, אם צורכי השעה מחייבים תקנה כזו — אם יש בכך, לפי ניסוח אמוראי בבל, משום "מיגדר מילתא".<sup>91</sup>

על עיקרון חקיקתי זה אנו שומעים מפי התנא ר' אליעזר בן יעקב<sup>92</sup>: "תניא:

רש"י, שם ד"ה גיגית"ו" והסוגיה משיבה: "דמפקר להו אפקורי". תשובה זו קשה מאוד להסבירה מכמה בחינות (ראה תוספות, ד"ה דמפקרא להו אפקורי, רשב"א ומפרשים אחרים, שם), ומתוך כך מסביר הרשב"א כך: "ול"י נראה דמשום הפקר בית דין נגעו בה, דלב בית דין מתנה עליהם להפריש העם מאיסור; אי לא תימא הכי, ודאי כולי עלמא לא דבית שמאי ידעי, וכל שכן במקום בית הלל". בית-הדין מפקיר אפוא את הכלים, וממילא אין הם בבעלותו של מי שהכלים הם "שלו". ואין הוא מצווה על שביתתם.

89 בנגיד כללי החקיקה שנעמוד עליהם להלן, שמופיעים בהם הסייגים הפורמליים של "לשעה", "למיגדר מילתא" וכד' — "הפקר ממון אפילו לעולם יש יכולת בידם, כדאמרן לעיל דהפקר בית דין הפקר" (נימוקי יוסף על הרי"ף, יבמות, פרק עשירי, ז, ב, בתלמוד); וכן חידושי הריטב"א, יבמות שם, ד"ה ונגמר מיניה; שו"ת הריטב"א, קפ; ויש חולקים. ראה במפרשים על הסוגיה בגיטין לו, א—ב, ופסקי הרא"ש (סימן יג), וקרבן נתנאל (ס"ק ד), שם. וכן לא חל לעניין "הפקר בית דין הפקר" הכללי, שאין בית דין יכול לבטל דברי בית דין חברו אלא אם כן גדול ממנו בחכמה ובמניין (תוספות, יבמות עט, ב, ד"ה בימי רבי ביקשו להתיר נתינים; וראה עוד דברים מפורטים בנדון בפני יהושע, גיטין לו, ב, ד"ה גמרא אלא אי אמרת).

90 סמכותם של רוב בני הקהל לגבי יחיד הקהל הושוותה לסמכות בית-הדין לגבי כל ישראל לעניין התקנת תקנות בתחום דיני ממונות ובתחום דיני העונשין; "שרוב כל עיר ועיר אצל יחידיהם הם כבית דין הגדול אצל כל ישראל" (שו"ת הריטב"א, ח"ה קכו). ומתוך כך נתקבל מטבע לשון "הפקר צבור הפקר" על משקל "הפקר בית דין הפקר" (שם, ח"ד, קמב). וראה לעיל, עמ' 400, ולהלן, עמ' 564 ואילך.

91 ראה יבמות ז, ב. על משמעותו של מונח זה, ראה להלן, עמ' 436.

92 סנהדרין מו, א; יבמות, שם.

86 וראה עוד ירושלמי שביעית פ"י, סוף הלכה א וראשית הלכה ב; כט, א—ב (פ"י סוף הלכה ב וראשית הלכה ג; לט, ג): "ואשר יהיה לך את אחיך תשמט ירך" (דברים טו, ג) ולא המוסר שטרותיו לבית דין; מיכן סמכו לפרובול שהוא מן התורה". ועל כך ממשיך הירושלמי ושואל: "ופרובול דבר תורה (וכי מקורו של הפרובול בדין התורה, והרי ידוע שמקורו בתקנה)?" והירושלמי משיב: "כשהתקין הלל סמכוה לדבר תורה (היינו מקור הפרובול הוא בתקנה של הלל, אלא הסמיכו את התקנה לפסוק שבתורה). ראה לעיל, עמ' 256 ואילך, והערה 50. וראה להלן, עמ' 431, הערה 140. בתקנת פרובול חלו במשך הזמן הקלות נוספות. ראה גולאק, יסודי המשפט העברי, ב, עמ' 115—116. נוסח שטר הפרובול ראה גולאק, אוצר השטרות, עמ' 215—216. וראה עוד להלן, עמ' 527, הערה 66 בקשר לדברי שמואל ורב נחמן בדבר ההצדקה לעצם תקנת פרובול.

87 רשב"ם, בבא בתרא מז, ב, ד"ה הינח דקדיש בכספא — "יכולין חכמים להפקיע הקידושין, דהפקר בית דין הפקר גבי ממון, וכאילו קדשה בגזל ובחמס דמיא, דלא הוו קידושין...". ותוספות, שם, ד"ה הינח דקדיש בכספא. וראה עוד להלן, עמ' 518 ואילך, ועמ' 686 ואילך.

88 על השימוש בעיקרון של "הפקר בית דין הפקר" גם אם התקנה באה להפקיע מצוות ואיסורים. ראה עוד אנציקלופדיה תלמודית, ערך "הפקר בית דין הפקר", כרך י, עמ' ק—קה. עד היכן הגיע השימוש בעיקרון של "הפקר בית דין הפקר" גם בעניינים מובהקים של איסור והיתר, המבוססים על גורם של בעלות ברכוש, נלמד מדברי הרשב"א בחידושו על מסכת שבת יח, ב, ד"ה גיגית נר וקדרה. הסוגיה שם שואלת, אם בית שמאי סבורים, ששביעת כלים דאורייתא: "...גיגית ונר וקדרה ושפוד, מאי טעמא שרו בית שמאי (בכל אלה אין הכלי שובת בשבת, והרי זה איסור מלאכה בשבת, שהרי אדם מצווה גם על שביתת כליו — וראה



תקנה קודמת של חכמים. התשובה השנייה, תשובתו של רבא, מנמקת את תוקפה של תקנת הלל גם לשיטת הסבורים, שביעית בומן הזה מדאורייתא, וזאת על סמך העיקרון של "הפקר בית-דין הפקר". כלומר, חכמי ההלכה קבעו, שהכסף בסכום החוב, שנמצא בבעלותו של הלווה, עובר להיות בבעלותו של המלוה, וממילא אין כאן איסור נגישה של חוב כספי שעברה עליו שנת שמיטה, שהרי אין המלוה תובע אלא כסף שכבר הועבר לבעלותו.<sup>86</sup>

הנה הוסברה תקנת הפרובול, על ידי האמוראים, על-פי העיקרון של "הפקר בית-דין הפקר", ולפיו הועברה בעלותו של סכום החוב מידי הלווה לידי המלוה, וממילא אין המלוה עובר על איסור התורה לנגוש כסף מאת הלווה.

בהלכה התלמודית מצויות דוגמאות נוספות להפעלתו של העיקרון "הפקר בית-דין הפקר" גם בתחום דיני איסור והיתר, כשאלה מבוססים על גורם של בעלות ברכוש. דוגמה מובהקת לכך היא הפקעת כסף הקידושין על-ידי חכמי ההלכה על יסוד עיקרון זה — בכל מקום שהפקיעו חכמים את הקידושין מתוך נימוקים שונים.<sup>87</sup> גם כאן תחום פעולת התקנה הוא בעניין מובהק של איסור והיתר — התרת אשת איש — המבוסס על גורם של בעלות האיש המקדש בכסף הקידושין.<sup>88</sup>

86 וראה עוד ירושלמי שביעית פ"י, סוף הלכה א וראשית הלכה ב; כט, א—ב (פ"י סוף הלכה ב, וראשית הלכה ג; לט, ג): "ואשר יהיה לך את אחיך תשמט ירך" (דברים טו, ג) ולא המוסר שטרותיו לבית דין; מיכן סמכו לפרובול שהוא מן התורה. ועל כך ממשיד ירושלמי ושואל: "ופרובול דבר תורה (וכי מקורו של הפרובול בדין התורה, והרי ידוע שמקורו בתקנה)?" והירושלמי משיב: "כשהתקין הלל סמכוהו לדבר תורה (היינו מקור הפרובול הוא בתקנה של הלל, אלא הסמיכו את התקנה לפסוק שבתורה). ראה לעיל, עמ' 256 ואילך. הערה 50. וראה להלן, עמ' 431, הערה 140. בתקנת פרובול חלו במשך הזמן הקלות נוספות. ראה גולאק, יסודי המשפט העברי, ב, עמ' 115—116. נוסח שטר הפרובול ראה גולאק, אוצר השטרות, עמ' 215—216. וראה עוד להלן, עמ' 527, הערה 66 בקשר לדברי שמואל ורב נחמן בדבר ההצדקה לעצם תקנת פרובול.

87 רשב"ם, בבא בתרא מה, ב, ד"ה תינת דקדיש בכספא — "יכולין חכמים להפקיע הקידושין, דהפקר בית דין הפקר גבי ממון, וכאילו קדשה בגזל ובחמס דמא, דלא הוה קידושין...". ותוספות, שם, ד"ה תינת דקדיש בכספא. וראה עוד להלן, עמ' 518 ואילך, ועמ' 686 ואילך.

88 על השימוש בעיקרון של "הפקר בית דין הפקר" גם אם התקנה באה להפקיע מצוות ואיסורים. ראה עוד אנציקלופדיה תלמודית, ערך "הפקר בית דין הפקר", כרך י, עמ' ק—קה. עד היכן הגיע השימוש בעיקרון של "הפקר בית דין הפקר" גם בעניינים מובהקים של איסור והיתר, המבוססים על גורם של בעלות ברכוש, נלמד מדברי הרשב"א בחידושו על מסכת שבת יח, ב, ד"ה גיגית נר וקדרה. הסוגיה שם שואלת, אם בית שמאי סבורים, ששביעת כלים דאורייתא: "...גיגית ונר וקדרה ושפור, מאי טעמא שרו בית שמאי (בכל אלה אין הכלי שובת בשבת, והרי זה איסור מלאכה בשבת, שהרי אדם מצווה גם על שביעת כליו — וראה

5. העיקרון "הפקר בית-דין הפקר" ותקנות הקהל

לכל החקיקה של "הפקר בית-דין הפקר" היה לעיקרון המקיף והרחב ביותר שבכללי החקיקה בהלכה העברית, הן מבחינת תוקפו המוחלט<sup>89</sup>, והן מבחינת היקף העניינים שהותקנו על-פיו. וכעבור תקופה מסוימת, עם הופעתו והתרבותו של תקנות הקהל במערכת החקיקה של המשפט העברי, חלה הרחבה מהותית נוספת במשמעותו של עיקרון זה ככלל מנחה בחקיקה.<sup>90</sup>

ג. "בית-דין מכין ועונשין שלא מן התורה"

עיקרון חקיקתי נוסף מסמיך את חכמי ההלכה להתקין תקנות במשפט הפלילי, בדיני נפשות, ואפילו יש בתקנות אלה משום עקירת דין מן התורה ב'קום ועשה', אם צורכי השעה מחייבים תקנה כזו — אם יש בכך, לפי ניסוח אמוראי בבל, משום "מיגדר מילתא".<sup>91</sup>

על עיקרון חקיקתי זה אנו שומעים מפי התנא ר' אליעזר בן יעקב<sup>92</sup>: "תניא:

רש"י, שם ד"ה גיגית)?" והסוגיה משיבה: "דמפקר להו אפקורי". תשובה זו קשה מאוד להסבירה מכמה בחינות (ראה תוספות, ד"ה דמפקרא להו אפקורי, רשב"א ומפרשים אחרים, שם), ומתוך כך מסביר הרשב"א כך: "ולי נראה דמשום הפקר בית דין נגעו בה, דלב בית דין מתנה עליהם להפריש העם מאיסור; אי לא תימא הכי, ודאי כולי עלמא לא דבית שמאי ידעי, וכל שכן במקום בית הלל". בית-הדין מפקיר אפוא את הכלים, וממילא אין הם בבעלותו של מי שהכלים הם "שלו". ואין הוא מצווה על שביעתם.

89 בניגוד לכללי החקיקה שנעמד עליהם להלן, שמופיעים בהם הסייגים הפורמליים של "לשעה", "למיגדר מילתא" וכד' — "הפקר ממון אפילו לעולם יש יכולת בידם, כדאמרן לעיל דהפקר בית דין הפקר" (גימוקי יוסף על הרי"ף, יבמות, פרק עשירי, ז, ב, בתלמוד); וכן חידושי הריטב"א, יבמות שם, ד"ה ונגמר מיניה; שו"ת הריטב"א, קפ; ויש חולקים. ראה במפרשים על הסוגיה בגיטין לו, א—ב, ופסקי הרא"ש (סימן יג), וקרבן נחנאל (ס"ק ד), שם. וכן לא חל לעניין "הפקר בית דין הפקר" הכללי, שאין בית דין יכול לבטל דברי בית דין חברו אלא אם כן גדול ממנו בחכמה ובמניין (תוספות, יבמות עט, ב, ד"ה בימי רבי ביקשו להתיר נתינים; וראה עוד דברים מפורטים בנדון בפני יהושע, גיטין לו, ב, ד"ה גמרא אלא אי אמרת).

90 סמכותם של רוב בני הקהל לגבי יחיד הקהל הושוותה לסמכות בית-הדין לגבי כל ישראל לעניין התקנת תקנות בתחום דיני ממונות ובתחום דיני העונשין: "שרוב כל עיר ועיר אצל יחידיהם הם כבית דין הגדול אצל כל ישראל" (שו"ת הרשב"א, ח"ה, קכו). ומתוך כך נתקבל מטבע לשון "הפקר צבור הפקר" על משקל "הפקר בית דין הפקר" (שם, ח"ד, קמב). וראה לעיל, עמ' 400, ולהלן, עמ' 564 ואילך.

91 ראה יבמות ז, ב. על משמעותו של מונח זה, ראה להלן, עמ' 436.

92 סנהדרין מו, א; יבמות, שם.

ר' אליעזר בן יעקב אומר: שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה<sup>98</sup>; ולא לעבור על דברי תורה אלא כדי לעשות סייג לתורה<sup>94</sup>. בהמשך לדברי ר' אליעזר בן יעקב מובאים שני מעשים<sup>96</sup>, שנהגו חכמי ההלכה לפי עיקרון חקיקתי זה.

"ומעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יונים והביאוהו לבית דין וסקלוהו, לא מפני שראוי לכך<sup>98</sup>, אלא שהשעה צריכה לכך (מפני שהיו

93 מכין — היינו עונש מלקות, ועונשין — היינו עונש מות, שניתן להטילם גם במקרה שלפי דין תורה אין להרשיע את הנאשם ולגזור עליו עונש. וראה רש"י, סנהדרין, שם, ד"ה שב"ד, וההערה הבאה.

94 המלים "ולא לעבור על דברי תורה" קשה פירושם, וכבר עמדו על כך המפרשים. ראה ביבמות וסנהדרין, שם. וראה שיטה מקובצת, בבא קמא צו, ב, ד"ה כתב הר"ף ז"ל, וד"ה וזה לשון הר"מ מסקסטה ז"ל, ובכסף משנה על רמב"ם, ב, ד: "אמר רבי אליעזר בן יעקב: שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן הדין, ולא לעבור על דברי תורה, כלומר לקבוע הלכה כן, אלא לעשות סייג לתורה, כלומר לפי שעה". במקורות המקבילים לא מצויה תוספת זו. בירושלמי חגיגה פ"ב, ה"ב; יא, ב (פ"ב, ה"ב: עת, א) הנוסח הוא: "תני אמר רבי אליעזר בן יעקב: שמעתי שעונשין שלא כהלכה ועונשין שלא כתורה", ונראה לפרשו הן בניגוד לדין הכתוב מפורש בתורה והן בניגוד לדין שיסודו בתורה שבעל-פה (דומה לפירוש זה נתפרש גם הנוסח שבבבלי, בשיטה מקובצת, שם, שם). במגילת תענית מצוי נוסח זה: "בעשרין ותרין ביה תבו לקטלא משמדיא (=בעשרים ושנים בו (=של חודש אלול) שבו להרוג משומדים). מפני שהיו גוים שרויים בארץ ישראל ולא יכלו ישראל לשלוח יד ברשעים שבהם, עד שיצאו משם. וכיון שיצאו משם המתונו להם שלושה ימים אם יעשו תשובה. כשראו שאין עושין תשובה נמנו עליהם והרגום. יום שהרגום עשאוהו יום טוב. אמר ר' אליעזר בן יעקב: שמעתי שבית דין מלקין והורגין שלא מן התורה. דבית לוי אמר רבי שמעון: שמעתי שבית דין עונשין ממון ומכים שלא מן התורה, לא מפני שכתוב בתורה אלא משום שנאמר 'וערת הרע מקרבך'". (H. Lichtenstein, Die Fastenrolle, HUCA, VIII—IX, 1931—2, p. 305—306, 336). בנוסח זה בדברי ר' אליעזר בן יעקב נאמר במפורש 'הורגין' במקום 'עונשין' שבבבלי ובירושלמי. מעניין הוא גם המקור, שהוסמך לעיקרון חקיקתי זה בהוראת הכללית שבתורה שבכתב — 'וערת הרע מקרבך'. ויתכן שהאומר בבבלי "ולא לעבור על דברי תורה וכו'" היא תוספת מאוחרת של האמוראים על דברי ר' אליעזר בן יעקב, שבמקורם הכילו רק את העיקרון, שמכין ועונשין שלא מן התורה. תוספת זו תואמת את הסייג שקבעו האמוראים ביבמות צ, ב, ובעוד מקומות, שסמכות זו של ענישה שלא לפי דברי תורה היא רק 'לימגדר מילתא'. ואולי זה המשפט "ולא לעבור על דברי תורה, אלא כדי לעשות סייג לתורה" עם האמור במגילת תענית "לא מפני שכתוב בתורה, אלא משום שנאמר 'וערת הרע מקרבך'?" והדבר צריך עיון.

95 לביאורו של המושג "מעשה" ראה עמ' 768 ואילך.

96 איסור רכיבה בשבת אינו מן התורה, אלא מדרבנן "משום שבות" (משנה ביצה ה, ב), ולכן אין כאן מקום לעונש מיתה. מן הירושלמי משמע, שברכיבה עוברים על מצוות עשה דאורייתא (ירושלמי ביצה, פ"ה, ה"ב; כ, א (פ"ה, ה"ב; סג, א),

פרוצים בעבירות, שהיו רואין לוחצן של ישראל, שהיונים הם גוזרים עליהם בגזירות, והיו מצות בויות בעיניהם — רש"י, סנהדרין, שם). "שוב מעשה באדם אחד שהטיח את אשתו תחת התאנה (בא על אשתו במקום גלוי), והביאוהו לבית-דין והלקוהו, לא מפני שראוי לכך, אלא שהשעה צריכה לכך (אין על מעשה זה עונש מלקות לפי דין תורה, אלא היתה זאת תופעה מוסרית שלילית שביקשו לבלמה)"<sup>97</sup>.

בהטלת עונשים פליליים אלה יש משום עקירת דין מן התורה ביקום ועשה, שהרי לפי דין תורה אסור להטיל עונש מלקות על אדם שאינו ראוי לעונש זה<sup>98</sup>, ובוודאי אסור להרוג אדם שאינו צפוי לעונש מיתה לפי דין תורה, ויש במעשה זה, כדברי ר' דוד בן זמרה, משום עבירה על "לא תרצח"<sup>99</sup>. אך חכמי ההלכה ראו מסמכותם להוסיף ולשנות בדרך החקיקה במשפט הפלילי העברי, כדי לעמוד בפני השינויים שחלו מפעם לפעם במצב החברתי, הדתי והמוסרי של העם<sup>100</sup>. בדור הרביעי לאמוראי ארץ-ישראל נדונה מדת תיקפו של עיקרון זה<sup>101</sup>: "עד איכן (עד היכן מותר לענוש שלא לפי דין תורה) ? ר' לעזר בי רבי יוסי אמר עד כדי זימוזם (גם אם אין עדות גמורה אלא עדות נסיבתית, ריגון, בלבד)<sup>102</sup>; רבי יוסה אומר: בעדים אבל לא בהתרייה (יש צורך בעדות גמורה,

וכן הוא בספר היובלות וכן דעת הקראים. ראה ג. אלון, מחקרים, א, עמ' 104; אלבק, משנה מועד, השלמות, עמ' 484. וראה ירושלמי חגיגה, המובא בהערה הבאה. 97 ובירושלמי חגיגה, שם, הנוסח הוא: "מעשה באחד שיצא לדרך רכוב על סוס בשבת והביאוהו לבית דין וסקלוהו; והלא שבות היית? אלא שהיתה השעה צריכה לכן. שוב מעשה באחד שיצא לדרך ואשתו עמו, ופנה לאחורי הגדר ועשה צרכיו עמה, והביאוהו לבית דין והלקוהו; והלא אשתו היית? אלא שנהג עצמו בביוויו". ובמגילת תענית, שם, הסיום למעשה האחרון הוא: "אלא שהיתה השעה צריכה לכך, כדי שילמדו אחרים, מפני שנהגו מנהג זנות". וראה עוד ג. אלון וליכטנשטיין, שם.

98 ראה רמב"ם, הלכות סנהדרין טז, יב; ספר המצוות, לא תעשה, שלוש מאות. רדב"ז על הרמב"ם, הלכות ממרים ב, ד.

100 בדרכים שונות יישוב חכמי ההלכה את הסתירה שבין סמכותם לדון בזמן הזה דיני נפשות וקנסות לבין ההוראות שבתלמוד, שארבעים שנה קודם החורבן בטלו דיני נפשות, שאין דיני קנסות בבבל ועוד. ראה על כך גינצבורג, משפטים לישראל, עמ' יד ואילך; עמ' יט, עמ' פא והערה ו, שם. יש מן החכמים, שצמצמו סמכות זו מבחינה עקרונית, אף כי לא למעשה. ראה חידושי הר"ן לסנהדרין מו, א, ד"ה בית דין מכין ועונשין, שהסמכות המלאה בתחום השיפוט הפלילי מסורה היא רק ל"בית-דין מומחין" וסמוכין כשמעון בן שטח והבירוי, והסמכות בזמן הזה היא רק מכות הורמנא דמלכא. וראה עוד דברינו להלן, והערה 105.

101 ירושלמי חגיגה, פ"ב, ה"ב; יא, ב (פ"ב, ה"ב; עת, א).

102 פירוש המלה 'זימוזם' הוא "ריגון" — ראה ש. ליברמן, תיקוני ירושלמי, תרביץ כרך ה (תרצ"ז), עמ' 97, בעמ' 99. ומסתבר שהכוונה היא, שאין עדות ישירה אלא נסיבתית בלבד.

אבל ניתן להענישו גם ללא התראה, הנדרשת לפי הדין<sup>103</sup>." ואכן מצויות בידינו כמה תקנות ונוהגים בדיני העונשין בתקופת התלמוד, שנהגו בה לפי עקרונות גמישים אלה, כשהיתה השעה צריכה לכך<sup>104</sup>.

עיקרון חקיקתי מרחיק לכת זה בדיני העונשין ובסדרי הדיון הפלילי, שימש בידי חכמי ההלכה בכל התקופות מכשיר רב-ערך ורב-חשיבות בהסדרת חיי החברה העברית, ומכוונו התפתחה במשפט העברי — ככל שאפשרה האוטונומיה השיפוטית שהוענקה למרכזים היהודיים השונים — חקיקה מרובה בתחומים השונים של דיני העונשין וסדרי הדיון הפלילי<sup>105</sup>. חקיקה זו העניקה סמכות נרחבת בקביעת עונשים פליליים ובהסדרת דרכי דיון התואמים את צורכי השעה והחברה, אגב אזהרה כפולה ומכופלת, שלא לקפח על-ידם, יותר מן ההכרח, את צלם האדם וכבודו. וכך מסכם הרמב"ם, לאחר שהוא קובע תחילה סמכות נרחבת זו שבידי חכמי ההלכה בתחום המשפט הפלילי<sup>106</sup>, את חובתם בהפעלת סמכות זו:

"כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה; ובכל יהיו מעשיו לשם שמים ואל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו, שהרי הוא

103 משנה סנהדרין ה, א; בבלי סנהדרין מא, א, ועוד.

104 למשל דין ההכנסה לכיפה, משנה סנהדרין ט, ה (ראה במפורט על כך מ. אלון, המאסר במשפט העברי, ספר היובל לפנחס רוזן, עמ' 176-178); שמעון בן שטח שתלה שמוגים נשים באשקלון ביום אחד, אף על-פי ש"אין דנין שנים ביום אחד — אלא שהשעה צריכה ללמד בה את האחרים" — ספרי, דברים, פרשת כי תצא, פיסקא רכא (עמ' 253); סנהדרין, מה, ב, ורש"י שם, ד"ה אין דנין שנים ביום א' — "שהיו בנות ישראל פרוצות בכשפים"; ירושלמי חגיגה שם; במגילת תענית, שם, הנוסח הוא: "שמעון בן שטח תלה שמוגים נשים באשקלון; וכי חיבות הריגה ותלייה היו? אלא שהיתה השעה צריכה לכך, כדי שילמדו ממנו אחרות, וכל ישראל ישמעו וייראו"; וראה עוד מאירי, סנהדרין נב, ב (מהדורת סופר), עמ' 212; שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, רעט; ושו"ת הרא"ש, יח, יג; וטור ושו"ע חו"מ, סימן ב.

105 ראה דברי ר' יהודה בן הרא"ש בשו"ת זכרון יהודה, עט: "...ודבר ידוע הוא שכל המקרים המתחדשים בזמנים הם בלא מספר, אי אפשר לחקותם על ספר ולפרש כל דיניהם, ועל כן כתבו לנו רז"ל כלל אחד שכולל ענינים רבים, ונתנו כח לבית דין לגדור גדר בכל זמן לצורך השעה, כדגריסינן בפרק נגמר הדין: תניא אמר רבי אלעזר בן יעקב, שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן הדין, ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה...". על חלק מחקיקה פלילית מסועפת זו ראה ש. אסף, העונשין אחר התמימת התלמוד, ירושלים, תרפ"ב; י. מ. גינצבורג, משפטים לישראל, במיוחד עמ' כב ואילך; מ. אלון, המאסר במשפט העברי, ספר היובל לפנחס רוזן, עמ' 171-201; אנציקלופדיה תלמודית, כרך ה, עמ' תקכא-תקכה, ערך "הוראת שעה"; וראה לעיל, עמ' 11, עמ' 43, עמ' 400, ועמ' 423, הערה 100; ולהלן פרק יט, עמ' 566.

106 רמב"ם, הלכות סנהדרין, כד, ד-ט.

דוחה את לא תעשה של דבריהם<sup>107</sup>, וכל שכן כבוד בני אברהם יצחק ויעקב, המחזיקין בתורת האמת, שיהיה זהיר שלא יהרס כבודם, אלא להוסיף בכבוד המקום בלבד; שכל המבזה את התורה, גופו מחולל על הבריות, והמכבד את התורה, גופו מכובד על הבריות; ואין כבוד התורה אלא לעשות על פי חוקיה ומשפטיה<sup>108</sup>.

ד. "הוראת שעה" כדי להחזיר רבים מן העם אל הדת כלל חקיקה שלישית מקנה לחכמי ההלכה סמכות להתקין תקנה, אף אם יש בה משום עקירת דין מן התורה בקום ועשה, גם בדיני איסור והיתר, אם ראו חכמי ההלכה צורך בכך, כהוראת שעה ולמיגדר מילתא, כדי להחזיר רבים מן העם לשמירה על הדת.

סמכות חקיקה זו של חכמי ההלכה מסוכמת בדברי הרמב"ם, על יסוד המקורות התלמודיים, בלשון זו<sup>109</sup>:

"וכן אם ראו (= בית דין) לפי שעה לבטל מצות עשה או לעבור על מצות לא תעשה כדי להחזיר רבים לדת או להציל רבים מישראל מלהכשל בדברים אחרים — עושין לפי מה שצריכה השעה. כשם שהרופא חותך ידו או רגלו של זה כדי שיחיה כולו, כך בית דין מוריים בזמן מן הזמנים לעבור על קצת מצות לפי שעה כדי שיתקומו כולם<sup>110</sup>, כדרך שאמרו חכמים הראשונים<sup>111</sup>: 'חלל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה'<sup>112</sup>.

107 היינו דברי חכמים המבוססים על הלא תעשה של "לא תסור" (דברים, יז, יא; ראה לעיל, עמ' 395), שנדחים מפני כבוד הבריות; ראה ברכות יט, ב; רמב"ם, הלכות אבל ג, יד.

108 י. וראה שמות רבה, פרשה ל, פיסקא כג: "שלא נתן לכם הקדוש ברוך הוא את התורה, אלא על מנת שתעשו את הדינים". וראה שו"ת הרשב"א, ת"ה, רלה: "...וצריך מתון והסכמה והמלכה, ומתוך כך יסור הרבים לשם שמים, כי כל שהמעשה גדול וחוקת היד רצה (רבה?), צריך יותר השגחה והסרת הכעס; וצריך שיהא הדיין חושש את עצמו שמא אש קנאתו לשם יתברך תבער בו ותהיה גורמת להעלם הדרך הטוב והנכון מעליו. על כן, כי תבוא הנקימה לפניו בעודה בכפו לא יבלענה שמא יאכלנה פגא, אלא יבשלנה וימתיקנה בסוד הזקנים וישרים בלבותם".

109 רמב"ם, הלכות ממרים ב, ד.

110 "ומדברי רבינו נראה שהמשל הוא על המצות, שהם כגוף אחד, ובית דין מבטלים מקצת כדי לקיים השאר" (רדב"ז על הרמב"ם, שם).

111 יומא, פה, ב.

112 וראה רמב"ם, הלכות שבת, פרק ב, ושם, הלכה ג: "ואסור להתמהמה בחילול שבת לחולה שיש בו סכנה, שנאמר (ויקרא יח, ה): 'אשר יעשה אתם האדם והי' בתם, ולא שימות בהם; הא למדת, שאין משפטי התורה נקמה בעולם אלא רחמים וחסד ושלוש בעולם". וראה עוד להלן, עמ' 808.

חכמי התלכה הסיקו סמכות חקיקה זו ממעשה אליהו הנביא בהר הכרמל. אליהו הנביא הקריב קרבן על הר הכרמל, כדי להחזיר לב העם מעבודת הבעל לעבודת ה' <sup>118</sup>. לפי התורה <sup>114</sup> אסור להקריב קרבנות אלא בבית הבחירה בירושלים, והשוהט בחוץ עובר על שני איסורים שבתורה <sup>115</sup>; אך אליהו התייר להקריב את הקרבן בהר הכרמל, כי בדרך זו היה בידו באותה שעה להחזיר את הפוסחים על שתי הסעיפים לעבודת ה' <sup>116</sup>, וממעשה זה של אליהו למדו על סמכותם של חכמי התלכה לעקור דבר מן התורה לצורך השעה ולמיגדר מילתא <sup>117</sup>.

ה. בית-דין מתנים לעקור דבר מן התורה, ב'קום ועשה', אף באיסור והיתר, בנסיבות מיוחדות ו"במקום שיש פנים, טעם וסמך בדבר" בדברינו עד כאן עמדנו על ההבחנה המהותית שבין חקיקתם של חכמי התלכה

113 מלכים א' יח, יט—מו.

114 דברים יב, יג—יד.

115 ראה רש"י יבמות ז, ב, ד"ה כגון אליהו בהר הכרמל.

116 ראה ספרי דברים פרשת שופטים, פיסקא קעה (עמ' 221). וכן יבמות ז, ב: "אליו תשמעון (דברים יח, טו: 'נביא מקרבך מאחריך כמני, יקים לך ה' אלהיך, אליו תשמעון') — אפילו אומר לך עבור על אחת מכל מצות האמורות בתורה, כאלהיו בהר הכרמל, לפי שעה — שמע לו".

117 ביבמות שם מקשה רב חסדא לרבה מדברי ספרי אלה, שבית-דין מתנין לעקור דבר מן התורה אפילו ב'קום ועשה'. והסוגיה משיבה: "שאני התם דכתיב: אליו תשמעון (כלומר, שונה הוא הדבר אצל הנביא, כי לגביו נאמר במפורש 'אליו תשמעון', שמשמעו גם במקרה של עקירת דין מן התורה לפי שעה)". והסוגיה ממשיכה לשאול: "וליגמר מיניה" (נלמד מהנביא לסמכות דומה לחכמי התלכה), ועל כך באה התשובה: "מיגדר מילתא שאני" (לעשות גדר ותקנה כי התם, שהשיבן על ידי כן מעבודת כוכבים—רש"י). על שאלת הגמרא, שנלמד על סמכותם של חכמי התלכה מסמכות הנביא, שואלים בעלי התוספות (שם, ד"ה וליגמר מיניה), כיצד ניתן ללמוד מן הנביא, המתנבא על פי הדיבור הדבריו בחזון מאת ה', על תקנת חכמי התלכה, שאינה עליפי הדיבור? והם משיבים: "דכיון דעל פי הדיבור שרי (= מותר) משום צורך שעה, הוא הדין שלא על פי הדיבור, שהרי אין נביא רשאי לחוש דבר מעתה...". (על הסמכות המסורה גם לנביא לעקור דבר מן התורה לפי שעה—וזהו הסמכות היחידה מתוך סמכויות חכמי התלכה בתחום יצירת ההלכה, המסורה גם לנביא—ראה עוד רמב"ם, הלכות יסודי התורה ט, ג; וראה עוד לעיל עמ' 215). וכן מתפרשת הסוגיה בחידושי הרמב"ן, יבמות, שם, ד"ה הכל לפי השעה; חידושי הרשב"א, שם, ד"ה ונגמר מינה מגדר מלתא שאני; חידושי הריטב"א, שם, ד"ה ונגמר מיניה; המאירי שם; תוספות סנהדרין פט, ב, ד"ה אליהו בהר הכרמל וכו' (בתוספות סנהדרין שם, מובאת שיטה שאף בענין עקירת דין מן התורה לצורך שעה אין הנביא פועל על-פי הדיבור אלא מדעתו); ברשב"א ובריטב"א, שם, מצוי פירוש אחר לסוגיה. מדברי הראב"ד על הרמב"ם, הלכות ממרים ב, ט, משמע, שמקורו של עיקרון

ב'קום ועשה' לחקיקתם ב'שב ואל תעשה', הבחנה שיסודה בתקופת האמוראים <sup>118</sup>, ועל שלושה עקרונות חקיקה המהווים כללים מנחים בחקיקתם של חכמי התלכה אף ב'קום ועשה'. מתוך עיון בתלמודם של האמוראים גופם ובתקנותיהם של חכמים נימצא למדים, שאין בהם בעקרונות וכללים אלה כדי למצות את כל מידת סמכותם של חכמי התלכה בהתקנת תקנות, אף ב'קום ועשה' ובדיני איסור והיתר. דוגמאות מובהקות לכך הן מתחום דיני קידושין ונישואין. פעם הדגישו האמוראים במפורש את סמכותם של חכמים להפקיע את הקידושין מכוח סמכות החקיקה; ופעם—אמנם לא נאמרו הדברים במפורש בתלמודם של האמוראים אך סביר להניח, כפי שפירשו מקצת גדולי הראשונים—שיסודות של התקנה בעניין זה הוא בסמכותם של חכמים לעקור דבר מן התורה אף ב'קום ועשה' ובעניין של איסור והיתר, אם מצויות סיבות ונימוקים מיוחדים לכך.

1. הפקעת קידושין "שנעשו שלא כהוגן"

הסוגיה התלמודית קובעת לעניין מי שכפה אשה שתסכים להינשא לו—אף על-פי שבשעת הקידושין כבר ניתנה הסכמת האשה, ומבחינת הדרישות הכלליות שבמשפט העברי לעניין רצון ואונס אין כאן פגם המבטל את תוקף הקידושין מבחינה משפטית—שבכל זאת הקידושין בטלים ומבוטלים, משום שהחכמים הפקיעו אותם <sup>119</sup>. והוא הדין בקידושי בטלים ומבוטלים, משום שהחכמים הפקיעו אותם <sup>120</sup>. והוא הדין בקידושי אשה שנעשו לאחר שחטפה המקדש, אף על-פי שבשעת הקידושין עצמם כבר הסכימה האשה להם <sup>120</sup>. ההנמקה שניתנה להפקעת הקידושין בשני המקרים היא—משום ש"נעשו שלא כהוגן", היינו לאחר כפייה או חטיפה, ויש כוח לחכמים להפקיע קידושין שנערכו בדרך הנוגדת להגינות אלמנטרית, אף על-פי שמבחינה משפטית-פורמלית אין בהם פגם, והיו צריכים להיות תקפים. בפרטי מקרים אלה גודן במפורט כשגודן בחקיקה שבתקופת האמוראים—מאחר שקשורים הם בעיון בעיקרון אחר בדיני קידושין שנתחדש בתלמודם של אמוראי בבל—<sup>121</sup> אך כבר כאן עלינו לציין מקרים

זה, שנלמד מאליהו בהר הכרמל, אף הוא בהוראה הכללית של "עת לעשות לה' הפרו תורתך" (תהלים קיט, ככו).

118 ראה לעיל, עמ' 414, הערה 57. וראה להלן, עמ' 521, שגם אמוראי ארץ-ישראל סברו, שעוקרין דבר מן התורה, אף ב'קום ועשה', בנסיבות מסוימות. סיכומם של הנחיות חקיקה אלה כפי שנתגבשו בתלמודם של אמוראי בבל ראה חידושי הריטב"א, יבמות זא, ב, ד"ה ונגמר מיניה, וגימיקי יוסף על הרי"ף, שם, ד"ה תניא אמר ר"א בן יעקב.

119 בבא בתרא מח, ב; וראה במפורט להלן, עמ' 522—523.

120 יבמות קי, א. וראה במפורט להלן, עמ' 524.

121 צורה זו של הפקעת קידושין על-ידי החכמים קשורה בדיוגן של הסוגיות התלמודיות בעיקרון של "כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, ואפקעינהו רבנן לקידושין מיניה". היינו כשהפקעת הקידושין אינה מבוססת על סמכות החקיקה של החכמים, אלא על הרעיון, שהקידושין נערכים על דעתם של החכמים ותלויים בהסכמתם,

אלה של הפקעת קידושין על-ידי חכמים משום "שנעשו שלא כהוגן" כדוגמה לחקיקה ב'קום ועשה'—התרת אשת איש, שלפי הדין אסור לה להינשא—בעניין שהוא אחד התחומים הרגישים שבענייני איסור והיתר.<sup>122</sup>

2. תקנת עגונות

העניין השני הוא התקנה בעניין עגונות, אחת התקנות המהותיות והחשובות ביותר בתחום ההלכה העברית, הן מבחינת עניינה החברתי-אנושי והן מבחינת המסקנות ההלכתיות הנובעות ממנה למהותה של החקיקה בהלכה. עניינה של תקנה זו הוא באשה גשואה שבעלה געדר, בלא שתחא בידינו עדות מספיקה, הדרושה לפי דין התורה, כדי לקבוע את מות הבעל, ולהתיר לאשה שתינשא לאדם אחר. לפי התורה דרושה לכל קביעת עובדה בעלת תוקף משפטי עדות של שני עדים לפחות<sup>123</sup>, ואין אפוא להתיר אשה גשואה, על סמך הנימוק של מיתת הבעל, אלא אם יש שני עדים, המעידים על מותו. קשיותו של דין זה בחיי המציאות התעוררה עוד בתקופת הקדומה, כאשר לא אחת נוצר מצב, שלרגל אסונות שבטבע או מלחמות מת הבעל, ולא היו בגמצא שני עדים שיכלו להעיד ולאשר את מותו. לפי ההלכה המקורית היה על אשה זו להיות מעוגנת לכל ימי חייה, וחכמי ההלכה באו לעוררה בדרכים שונות של המקורות המשפטיים של ההלכה, ובראש ובראשונה על-ידי החקיקה, היא התקנה.

לפתרון בעיית עגינותה של האשה הותקנו כמה תקנות, ומסתבר מן המקורות, שהקדומה שבהן היתה להתיר לאשה להינשא על סמך עדותה בלבד, ללא צורך בעדויות אחרות.<sup>124</sup> הרקע העובדתי לתקנה זו נשתמר לנו במסורת מתחילת תקופת האמוראים<sup>125</sup>:

ולפעמים אין החכמים מסכימים לקידושין, ולכן מכוח תורת התנאים הכללית שבמשפט העברי הקידושין מופקעים (כגון הפקעת הקידושין מחמת ביטול הגט שלא בפני האשה). ראה על כל זה במפורט להלן, עמ' 518 ואילך.

122 לדעתם של אמוראי ארץ-ישראל אף הפקעת הקידושין מחמת ביטול הגט שלא בפני האשה יסודה בסמכות החקיקה של החכמים להפקעת הקידושין. ראה להלן, עמ' 521, וכן שם בקשר לתקנה בעניין התורם מן הויתים על השמן.

123 דברים יט, טו; גיטין ב, ב.

124 גוף ההלכה, שהאשה בעצמה נאמנת לומר 'מת בעלי' אינה שנויה במחלוקת—מה שאין כן דין התרת האשה על-פי עד אחד, שעוד בדור השני לתנאים שנוי היה במחלוקת, כפי שגראה להלן—ורק בפרטים שונים נחלקו החכמים (אם בבואה מן הקציר בלבד, שלום בינו לבינה, שלום בעולם, באת בוכה ובגדיה קרועין—משנה יבמות טו, א—ב; משנה עדיות, א, יב; תוספתא עדיות א, ו); מכאן שהיתה זו תקנה קדומה שלא נחלקו עליה. וכן משמע מהירושלמי, יבמות פט"ו, ה"א; ע"א (פט"ו, ה"א; יד, ד): "לא סוף דבר כמשנה האחרונה שעד אחד מתירה, ואפילו כמשנה ראשונה שאין עד אחד מתירה—היא מתרת עצמה. מה בינה לעד אחד? עד אחד חשוד לקלקלה, והיא אינה חשודה לקלקל את עצמה".

125 יבמות קטז, ב.

"מאי מעשה שהיה? דאמר רב יהודה אמר שמואל: שילפי (סימס, סוף) קציר חטין חין, והלכו עשרה בני אדם לקצור חטין, ושכו נחש לאחד מהן ומת, ובאת אשתו והודיעה לבית דין, ושלחו ומצאו כדבריה; באותה שעה אמרו: האשה שאמרה 'מת בעלי'—תנשא, 'מת בעלי'—תתיבם".

מעשה זה, שיש ליחסו לתקופה קדומה הרבה יותר, כפי שגראה זאת להלן, הוכיח לחכמים, שהאשה מדייקת במסירת הפרטים בדבר מות בעלה. שכן במקרה מסוים זה בדקו אחר דבריה—והיתה אפשרות לכך, כי נכחו שם אנשים אחרים—ומצאו, שדבריה נכונים. על סמך גיסוין עובדתי-משפטי זה תיקנו תקנה כללית<sup>127</sup>, שהיתה דרושה מאוד כדי לפתור בעיות אחרות ומסובכות יותר של עגינות אשה—שהאשה עצמה נאמנת לומר 'מת בעלי'<sup>128</sup>. בהיקף תחולתה של תקנה זו נחלקו תחילה בית שמאי ובית הלל, עד שחזרו בית הלל להורות כדברי בית שמאי. וכך אנו שונים במשנה<sup>129</sup>:

"אלו דברים שחזרו בית הלל להורות כדברי בית שמאי. האשה שבאה ממדינת הים, ואמרה: מת בעלי—תנשא, מת בעלי—תתיבם; ובית הלל אומרים: לא שמענו אלא בבאה מן הקציר בלבד (היינו, כאותו מעשה שהוזכרו לעיל). אמרו להם בית שמאי: אחת הבאה מן הקציר, ואחת הבאה מן הזיתים, ואחת הבאה ממדינת הים; לא דברו בקציר אלא בהוות. חזרו בית הלל להורות כבית שמאי".

מאחר שהתקנה התקנה על רקע מעשה שהיה, נחלקו הדעות בין חכמי ההלכה, אם תחום חלותה של התקנה דומה למתכונת העובדתית של המעשה שהביע אותה,

126 מוסב על משנה יבמות טו, ב: "בית הלל אומרים: לא שמענו אלא בבאה מן הקציר ובאותה מדינה וכמעשה שהיה; אמרו להן בית שמאי: אתה הבאה מן הקציר...".

127 הלשון "באותה שעה אמרו" מקובלת להלכה שמקורה בתקנה. ראה למשל: "... באותה שעה אמרו: אל יצא אדם בסנדל המסומר" (שבת ס, א); "כשצרו מלכי בית השמונאי... באותה שעה אמרו: ארור אדם שיגדל חזירים...". (סוטה מט, ב; בבא קמא פב, ב).

128 ראה תוספות יבמות קטז, ב, ד"ה באותה שעה אמרו: האשה שאמרה מת בעלי וכו', ומפרשים, שם. וראה עוד שו"ת בנימין זאב, סימן א, בסופו. הבחנה מעניינת נוספת ראה לר' אליהו קלאצקין, ספר דבר הלכה, עמ' ט: "ידהגם שהיו עשרה בני אדם לא בא אחד מהם להודיע לבית דין ורק אשתו הודיעה; מזה נתברר לחכמים דאיכה עיגונא טפי אם לא היו מאמינים אותה, ומשום שלא יתברר הדיבר על ידי אחרים ויהיו כל הנשים מתעגנות". וראה כהנא, ספר העגונות, עמ' מה, ובבירורים והערות שם.

129 משנה עדיות א, יב; ומקבילה במשנה יבמות טו, ב, בשינוי נוסח. ראה שינויי גירסאות ואלבק, שם. מסתבר, שהנוסח בעדיות הוא הקדום יותר. במשנה יבמות כבר נכנסו הבחנות נוספות, וכן דברי ר' יהודה, במשנה א, שם.

עד שהסכימו כאחד שהתקנה כללית ורחבה היא, גם מעבר לפרטים העובדתיים שבאותו מעשה שקדם ליצירתה<sup>130</sup>.  
תקנה זו בדבר נאמנות האשה המעידה על מות בעלה לא סיפקה את דרישות השעה. הרי לעתים קרובות, במיוחד בשעת מלחמות, אין האשה נלווית לבעלה, ואין היא יכולה להעיד על מותו. בכגון אלה מצויה לעתים קרובות רק עדותו של עד אחד, והיה צורך לאפשר את קבלתה של עדות כזו, כדי להתיר את האשה מכבלי עגינותה. ואמנם נוספה תקנה נוספת זו למכלול ההלכה כדיני עגונות. וכך שונה המשנה<sup>131</sup>:

”אמר רבי עקיבא: כשירדתי לנהרדעא לעבר השנה (בשעת השמד, כשגזרה מלכות רומי על המצוות ולא היו מעברים השנים בארץ ישראל)<sup>132</sup>, מצאתי נחמיה איש בית דלי<sup>133</sup>, אמר לי: שמעתי שאין משיאין את האשה בארץ ישראל על פי עד אחד אלא רבי יהודה בן בבא; ונחמיה (ואמרת) לו: כן הדברים. אמר לי: אמר להם משמי: אתם יודעים שהמדינה משובשת בגיסות<sup>134</sup>, מקבלני מרבן גמליאל הזקן, שמשיאין את האשה על פי עד אחד. וכשבאתי (= המשך דברי ר' עקיבא) והרציתי הדברים לפני רבן גמליאל, שמח לדברי ואמר: מצאנו חבר לרבי יהודה בן בבא. מתוך הדברים נזכר רבן גמליאל, שנהרגו הרוגים בתל-ארזה<sup>135</sup>, והשיא רבן גמליאל הזקן נשותיהם על פי עד אחד. והחזוק להיות משיאין על פי עד אחד.”

- 130 וראה עוד בבלי יבמות קטו, ב: תניא אמרו להם בית שמאי וכו'. על מחלוקת זו שבין בית שמאי לבית הלל ראה עוד עמ' 335.
- 131 משנה יבמות טז, ז.
- 132 ראה אלבק, שם, ובהשלמות, שם, עמ' 344: לדעת ג. אלון (תולדות היהודים בארץ ישראל, א, עמ' 153—154) אין הסיבה לירידתו של ר' עקיבא לבבל כדי לעבר השנה משום שעת חירום, אלא העיבור בחוץ לארץ על-ידי חכמי ארץ ישראל נעשה לתקנתה של הגולה ולשם הידוק קשרים בינה ובין הארץ. אך ראה ח. ד. מנטל, מחקרים בתולדות הסנהדרין, עמ' 209—212.
- 133 החוקרים נחלקו, היכן מקומה של בית-דלי, מקום מושבו של ר' נחמיה בארץ ישראל לפני שירד לבבל. יש השערה שזוהי דלית אל כרמל. ראה ש. קליין, Zur Ortsnamenkunde Palästinas, MGWJ, 1920, s. 188—189; וראה עוד J. Neusner, A History of the Jews in Babylonia (1965), Volume I, p. 50 note 1; Encyclopaedia Judaica, (Berlin), Vol. 4, s. 398.
- 134 ר' עובדיה מברטנורא, שם, ד"ה משובשת בגייסות, מפרש: "ואיני יכול לילך אצליהם לארץ ישראל ולהעיד לפני החכמים שם". בעל מלאכת שלמה מפרש (שם, סוף ד"ה ונמתי לו): "המדינה הזאת משובשת בגייסות ואי אפשר למצוא בכל פעם שני עדים". יסוד לשני הפירושים ראה יבמות קטו, א; וראה עוד ג. אלון, שם; מנטל, שם, עמ' 210, והערה 60.
- 135 על טיבה של מלחמה זו ראה ש. קליין, שם, עמ' 189, הערה 1.

לפנינו תיאור מאלף ומפורט בעניין תקנה מהותית נוספת בפרשת העגונות שבהלכה. הבעיה עמדה בכל חריפותה על סדר יומם של חכמי ההלכה במאה שלאחר חורבן הבית, שעת מלחמות וגזירות שמד של הרומיים. בעלים רבים מן הלוחמים והמורדים נעדרו, ולא תמיד היו מצויים שני עדים להעיד על מותו של הבעל כדי להתיר את האשה מכבלי עגינותה. רק חכם אחד, ר' יהודה בן בבא, סבר (כנראה בעקבות התקנה הקדומה של רבן גמליאל הזקן) שיש מקום להתיר את האשה גם על פי עד אחד בלבד<sup>136</sup>. רבי עקיבא מביא עמו, עם חזירתו מבבל לארץ ישראל, מסורת חשובה המתייחסת לרבן גמליאל הזקן, שלפיה משיאין את האשה על-פי עד אחד<sup>137</sup>; מסתבר, שיש ליחס מקור התהוותה של הלכה זו לתקנת רבן גמליאל הזקן, שהרבה לתקן תקנות מהותיות בשטח דיני המשפחה<sup>138</sup>. ואף הרקע והצורך לתקנה זו בימי רבן גמליאל הזקן נמסר לנו במשנה זו: היתה זו שעת מלחמות, היו הרוגים בתל-ארזה, ולא היה אלא עד אחד שהעיד על מותם כדי להתיר את נשותיהם להינשא. ייתכן שמאז ימי רבן גמליאל הזקן חזרה ונשכחה תקנה זו, וייתכן שלא הכול הסכימו לה. על כל פנים, מחכמי ארץ-ישראל בדורו של רבן גמליאל דיבנה הסכים לתקנה זו רק רבי יהודה בן בבא, ואילו רבי אליעזר ורבי יהושע חלקו עליה במפורש<sup>139</sup>. כאשר הביא ר' עקיבא מסורת זו לרבן גמליאל דיבנה, נזכר רבן גמליאל גם במעשה שהיה. בעניין הרוגי תל-ארזה, שהתיר זקנו את נשותיהם על-פי עד אחד; ומתוך צירוף שני מקורות משפטיים אלה — התקנה והמעשה — חזרה ונתקבלה התקנה הקדומה שמשיאין את האשה על-פי עד אחד, ולכן "הוחזקו להיות משיאין על פי עד אחד"<sup>140</sup>.

- 136 וכן הוא במשנה עדיות ו, א: "רבי יהודה בן בבא העיד חמשה דברים: שממאנים את הקטנות, ושמשיאין את האשה על פי עד אחד...".
- 137 וכן מצויה עדותו זו של ר' עקיבא במשנה עדיות, ח, ה: "העיד רבי עקיבא משום נחמיה איש בית דלי שמשאיים את האשה על פי עד אחד".
- 138 ראה למשל משנה גיטין ד, ב—ג. וראה הלן, עמ' 461 ואילך.
- 139 משנה יבמות טז, ז.
- 140 בנוסח המשנה שבירושלמי פט"ו, ה"ז; פד, ב (פט"ו, ה"ח; טז, ג), ובכמה גירסאות שבבבלי לא מצויה פיסקא זו. אך ראה במלאכת שלמה, שם, ד"ה והשיא ר"ג הזקן, שמוכיח נכונותה של גירסא זו, ומובאת היא על ידי הרבה ראשונים. כדי לחזק את ההלכה שמקורה בתקנה, הסמיכוה לאחר מכן לפסוק שבתורה: "לא יקום עד אחד באיש" — לכל עון ולכל חטאת אינו קם, קם הוא באשה לזכות. מיכן אמר ר' עקיבא: משיאין את האשה על פי עד אחד" (מדרש תנאים, דברים יט, טז, עמ' 115; מטבע הלשון 'מכאן אמרו' רגיל הוא גם במשמעות של 'מפני כך אמרו'; ראה למשל פסחים צט, א: "מכאן אמרו חכמים — יפה שתיקה לתכמים" וכו' ורש"י, שם, ד"ה מכאן אמרו; וכן משנה אבות, א, ה: "מכאן אמרו חכמים כל זמן שאדם מרבה שיחה עם האשה" וכו'). וכמדרש זה מצוי בספרי דברים פרשת שופטים, פיסקא קפח (עמ' 228), בשם ר' יהודה: "לא יקום עד אחד באיש" — אין לי אלא לעדות איש, לעדות אשה מגין? תלמוד לומר: לכל עון

מהות החקיקה של חכמי ההלכה, מגמותיה וכלליה

התורה בקום ועשה — במקום שיש פנים וטעם בדבר (ובמקום אחר <sup>146</sup> — "שבדבר שיש קצת טעם וסמך") — ודאי לכולי עלמא יש כח לעקור" <sup>147</sup>.  
דיני תקנת עגונות הלכו וגדלו, עד שהיו לתחום גדול ומרובה פנים בדיני המשפחה העבריים. עוד בתקופת התנאים <sup>148</sup>, ולאחר מכן בתקופת האמוראים <sup>149</sup> ובכל התקופות שלאחריהם ועד ימינו אנו <sup>150</sup>, הרבו והוסיפו, אם בדרך המדרש, אם על פי מעשים, הקלות גוספות שונות כדי לאפשר גישואיה של האשה העגונה. וכך מסוכמת תקנה גדולה זו בדברי הרמב"ם בספרו משנה תורה. לעניין עדות בדרך כלל הדין הוא:

"אין חותכין דין מן הדינים על פי עד אחד, לא דיני ממונות ולא דיני נפשות... בשני מקומות האמינה תורה עד אחד...; וכן מדבריהן (= מתקנת חכמים — די בעד אחד) בעדות אשה שיעיד לה שמת בעלה; וכל מקום שעד אחד מועיל, אשה ופסול כמו כן מעידים" <sup>151</sup>.

146 יבמות פת, א, תוספות ד"ה מתוך חומר שהחמרת עליה בסופה וכו'.

147 וכן ראה תוספות, יבמות, פט, ב, ד"ה כיון דלא ירחי לה קרי ולא ענו לה. כמה מן הראשונים מבקשים להסביר את תקנת עגונות על סמך העיקרון של "כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, ואפקעינהו רבנן לקידושין מיניה" — ראה רשב"א, מובא בשיטת מקובצת, כתובות ג, א, ד"ה והרשב"א ז"ל כתב; מאירי, יבמות פו, ב, וכן רש"י, שבת, קמה, ב, ד"ה לעדות אשה, לעניין קבלת עד מפי עד. אמנם ניתן להסביר בכך את הסמכות לתקנת עגונות בתקופת האמוראים, מאחר שבתקופה זו גקבע עיקרון זה (ראה להן, עמ' 518); אך מאחר שההלכה שבתקנת עגונות היא, שאם מתברר שהבעל הראשון חי, תצא מזה ומזה, אין כל אפשרות לגמק תקנה זו בהפקעת הקידושין של הבעל הראשון, שאם כך — מדוע היא חייבת לצאת מן הבעל השני, והרי גישואיה עם הראשון הופקעו, ואינם קיימים כל עיקר? גם הרשב"א, בכתובות שם, עמד על קושי זה, ומיישבו בדוחק רב. גימוקים נוספים לחוסר האפשרות להסביר תקנת עגונות — גם בתקופת האמוראים — על סמך העיקרון של "כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש" ראה בחידושי הריטב"א, יבמות פח, א, ד"ה מתוך חומר, ולהלן, עמ' 526, הערה 65. מתוך כלל גימוקים אלה אין סוגיות הגמרא מבססות את תקנת העגונות על סמך העיקרון של "כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, ואפקעינהו רבנן לקידושין מיניה".

148 משנה יבמות טז, ז: "ההתזקו להיות משיאין עד מפי עד, מפי עבד, מפי אשה, מפי שפחה" וכו'; ושם טז, ה; תוספתא יבמות יד, ז — אפילו שמע קול מקוננת ובעדות גור מסית לפי תומן; ומשנה שם, טז, ו: "מעידין לאור הנר ולאור הלבנה; ומשיאין על פי בת קול" ועוד.

149 ירושלמי יבמות פט"ז, ה"ז; פד, ב (פט"ז ה"ז; טז, א): "מצאו כתוב בשטר: מת פלוני, נהרג פלוני, ר' ירמיה אומר משיאין את אשתו" וכו'; בבלי ראש השנה כב, א: "אמר רב אשי: זאת אומרת, גולן דדבריהם כשירין לעדות אשה".

150 ראה ספרו של י. ז. כהנא, ספר העגונות, ירושלים, תשי"ד; וכן הנ"ל, לתקנת עגונות, ירושלים, תש"ז.

151 רמב"ם, הלכות עדות, ה, א-ג.

לפנינו דוגמה לתקנה העוקרת דבר מן התורה בדיני איסור והיתר ב'קום ועשה', שהרי תקנת עגונות מתירה לאשה, שהיא אשת-איש מדין התורה, שתינשא לאחר. בתקופת האמוראים נתלבטו הרבה בהנמקה המשפטית של תקנה זו. הרקע והטעם הכללי לתקנה מתפרש בדברי האמוראים בנימוק ש"משום עיגונא אקילו בה רבנן" <sup>141</sup>, וההסברים המשפטיים השונים מתבטאים בהנמקה ש"אשה דייקא ומינסבא" <sup>142</sup>, היינו שחוקה על האשה, כי מדייקת היא היטב שלא להינשא לאחר אלא אם בטוחה היא שאמנם בעלה מת; שאם יתברר שבעלה חי, תהיה היא הסובלת, מאחר שתתחייב לצאת גם מבעלה הראשון וגם מן השני, וילדיה מן השני יהיו ממזרים <sup>143</sup>. ובהנמקה נוספת, כללית, מתחום דיני הראיות — "מילתא דעבידיא לאיגלווי לא משקרי בה אינשי" <sup>144</sup>, היינו דבר שעומד להתגלות אין לחשוש שישקרו בו בני אדם, וכאן הרי עתיד להתגלות במשך הזמן, אם הבעל קיים אם לאו. אך גימוקים אלה אינם שלמים ומכריעים כשלעצמם, כדי להתיר על פיהם את האשה להינשא על פי דין תורה; לפי פשוטם והגיגונם של דברים ההנמקה ההלכתית לסמכותם של חכמי ההלכה להתקנת תקנות עגונות היא כסיכומם של בעלי התוספות <sup>145</sup>: "ואף כי אין כח ביד חכמים לעקור דבר מן

ולכל חטאת, בכל חטא אשר יחטא. אם סופנו לרבות אשה, מה תלמוד לומר איש? לעון אינו קם, אבל קם הוא באשה להשיאה, דברי רבי יהודה". תופעה דומה של הסמכת תקנה לפסוק ראינו לעיל לעניין תקנת פרוזבול, עמ' 420, הערה 86.

141 יבמות פח, א.

142 שם כה, א; צג, ב; קטז, א; קטז, ב. חלק מן הראשונים ראו בכך הסבר מספיק להאמין לאשה כנאמנות שני עדים: "שראו חכמים דאשה דייקא ומנסבא מהני שפיר כשני עדים דדאי לא משקרי"; תוספות ישנים, יבמות פח, א. וכן הוא בחידושי הריטב"א, שם, ד"ה מתוך חומר. הקושי הגדול הוא — נוסף לעצם החידוש שבהנחה זו — שהסוגיה מדגישה במפורש שוהי תקנת חכמים — "משום עיגונא אקילו בה רבנן" ואין כאן נאמנות מדין תורה. וראה בחידושי הריטב"א, שם, שעמד על קושי זה. וראה עוד להלן, הערה 144 והערה 152.

143 שם פו, ב, ואילך.

144 שם צג, ב; קטז, א; קטז, ב. חלק מחכמי ההלכה שלאחר חתימת התלמוד ביקשו לראות בנימוק זה משום הסבר מספיק, שגם לפי דין תורה מספיקה עדותו של עד אחד — ראה למשל חידושי הריטב"א, יבמות פח, א, ד"ה מתוך חומר שהחמרת עליה בסופה, וים של שלמה, יבמות, פרק עשירי, סימן א; אך ראשונים אחרים חולקים על דעה זו — ראה למשל חידושי הרשב"א, יבמות פח, א, ד"ה הא דאמרינן אלא סברא היא, ותוספות, יבמות פח, א, ד"ה מתוך חומר שהחמרת עליה בסופה וכו', וכן התוספות שוביאן להלן — והסוגיה התלמודית, כפשוטה, רואה בנאמנותו של העד האחד תקנה מפורשת של דברי חכמים: "עד אחד אומר מת הימנות רבנן כבי תרי" (כתובות, כב, ב); גם לדעת הריטב"א הסוברים כמותו מוסברת בכך רק התקנה בדבר נאמנותו של עד אחד, אך לא מוסברת בכך נאמנותו של עד מפי עד ועוד. וראה עוד הערה 142.

145 גזיר מג, ב, ד"ה והאי מת מצוה הוא.

ולענין עגונות מנמק הרמב"ם הלכה מיוחדת זו <sup>162</sup>:

"אל יקשה בעיניך שהתירו חכמים הערוה החמורה בעדות אשה, או עבד, או שפחה או עובד כוכבים המסית לפי תומו, ועד מפי עד, ומפי הכתב ובלא דרישה וחקירה — כמו שבארנו; שלא הקפידה תורה על העדת שגי עדים ושאר משפטי העדות אלא בדבר שאין אתה יכול לעמוד על בוריו אלא מפי העדים ובעדותו, כגון שהעידו שזה הרג את זה או הלוח את זה. אבל דבר שאפשר לעמוד על בוריו שלא מפי העד הזה ואין העד יכול להשמט אם אין הדבר אמת, כגון זה שהעיד שמת פלוני — לא הקפידה תורה עליו, שדבר רחוק הוא שיעיד בו העד בשקר. לפיכך הקילו חכמים בדבר זה והאמינו בו עד אחד, מפי שפחה, ומן הכתב ובלא דרישה וחקירה, כדי שלא תישארנה בנות ישראל עגונות." והראב"ד, בהשגותיו על הרמב"ם, מוסיף ואומר: "אי נמי, דאיהו דייקא ומינסבא" <sup>163</sup>.

152 רמב"ם, הלכות גירושין, יג, כט, והשגות הראב"ד, שם. מדברי הרמב"ם אנו למדים, כמה התלבט גאון ההסבר התנייני-רציונלי במקורה המשפטי של תקנת עגונות, הבאה להתיר את הערוה החמורה: בהלכות עדות, וכן בתחילת סוף דבריו בהלכות גירושין, הוא מדבר על "מדבריהן", על חכמים שהתירו והקלו; אך באמצעותם של דבריו בהלכות גירושין — שלא הקפידה תורה; וראה לחם משנה, שם; וכבר עמדו על כך ראשונים ואחרונים — ראה כהנא, ספר העגונות, עמ' טו—יט, באריכות בבירורים, שם.

153 דברים רבים וגדולים נאמרו על ידי חכמים בתקופות השונות בענין הרקע והנימוקים להתקנת תקנות עגונות. מאלפים הם דבריו של המהרש"א בחידושי הלכות ואגדות מהרש"א, סוף מסכת יבמות, לענין תקנות שונות בדיני אישות בכלל, ובעניני עגונות בפרט. נצטט קטעים אחדים מהם. מסכת יבמות מסיימת לאמור: "אמר ר' אלעזר אמר ר' תנינא: תלמידי חכמים מרבים שלום בעולם, שנאמר (ישעיה, נד, יג): וכל בניך למדי ה', ורב שלום בניך" (יבמות, קכב, ב). המהרש"א מסביר על שום מה מסתיימת מסכת יבמות בדבריו אלה של ר' אלעזר בשם ר' תנינא, ואומר, בין היתר: "לפי שיש במסכת זו דברים תמוהים לכאורה, כאלו עוקרים דבר מן התורה. דבפרק האשה (יבמות, פט, ב) פריך וכי בית דין מתנין לעקור דבר מן התורה בכמה דברים ומשגי לה, התוספות שם בריש פירקין (יבמות פה, א, ד"ה מתוך חומר שתחמרת) גבי עיגונא הקילו בה רבנן, כתבו: ואין זה עקירת דבר מן התורה כיון שדומה הדבר הגון להאמין בו עיני שם; והוא דחוק. גם בשמעתין (יבמות, קכב, ב) — היאך הקילו באשת איש לעקור דבר מן התורה, דהא מן התורה בעי דרישה וחקירה (ראה להלן עמ' 500). גם בפרק קמא (יבמות, טו, א) דאמרינן: הגך צרות לבית הלל היכי ניעבד, יתחלצו — נמאסו אגובריהו, וכי תימא לימאסן, דרכיה דרכי נועם. וכן בסוף פרק יש מותרות (יבמות, פז, ב): ולא געשה מתים כתיים מקל וחומר וכו' — תלמוד לומר דרכיה וגו'; והוא תמוה לכאורה, וכי משום דלא נימאסן נימא דפטורה מחליצה? ... (= וראה על כך לעיל, עמ' 325).

ולזה סיים במסכת זו בדרש הזה, תלמידי חכמים מרבים שלום בעולם... ורצה לומר, דאין זו עקירה מן התורה, אבל דברים אלו נוגעים במדת השלום... דלא אתיא לידי חליצה ויבום, דזה מביא קטטה, דשמא הוא לא יחלוץ והיא לא תחפור

3. העברת ההנמקה לתקנה במשפט פלילי

לעתים השתמשו חכמי ההלכה בעיקרון זה של עקירת דבר מן התורה "כשיש פנים וטעם לדבר" לענין דין בדיני עונשין, אף על-פי שבתחום הפלילי ניתן להסתמך לשם כך על העיקרון של "בית-דין מכין ועונשין שלא מן התורה". דוגמה מעניינת לכך נמצא בתשובתו של אחד מגדולי בעלי התוספות, ר' יצחק בר' שמואל (הר"י הזקן) לר' אשר בר' משולם בענין דינו של מסור <sup>154</sup>:

"... שאדוני תמה על איבוד נפש של מסור מישראל בשביל ממון... אין תמה, דטעמא רבה איכא, שפעמים שהוא פקוח (לנפש) כמה נפשות, כגון אותו שידוע שאינו חס על חיי חבירו וחשוד ללסטם ולהרוג כשהוא יכול, ואפילו כשאינו ידוע בו בבירור, כיון שרוב העושים כמעשיו חשו" דים בכך — מותר, ואפילו שלא בשעת רדיפתו, ואפשר שיש שום פסוק על זה;

ואפילו אין שם שום פסוק, יש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה, ואפילו בקום ועשה, (לדברי הכל כשיש טעם קצת להתיר) (למתיר) שאז אינו דומה עקירה. ומה שיש מי שאומר בהאשה רבה <sup>155</sup> שב ואל תעשה שאני אבל בקום ועשה אין להם כח לעקור — היינו בדבר שאין טעם שיהיה דומה היטב שראוי לעקור על דיו.

כך אני מפרש ובא, שבדבר הדומה יפה יש לעקור לכולי עלמא, ויש ראיות רבות; וטעמא הוי משום דבכי האי גוונא לא חשיבא עקירה".

דברים אלה, שאמנם נאמרו לענין הוראה מסוימת בתחום המשפט הפלילי, ענין רב בהם להבנת הנמקתו של עיקרון חקיקתי זה. כשיש "טעם שיהיה דומה היטב שראוי לעקור על דיו", אז מותר להתקין תקנה כזו "משום דבכי האי גוונא לא חשיבא עקירה". הנמקה זו ניתן להבינה רק על יסוד הנחיות-יסוד, שמוטב שתיעקר אות אחת מן התורה ואל תיעקר התורה כולה, וכיוצא בהן, שעמדנו עליהן בתחילתם של דברינו.

חכמי ההלכה מעמידים אותנו על דוגמאות נוספות לחקיקה מרחיקה לכת זו אף בתחום איסור והיתר שבהלכה, ומתוכן נוכל לעמוד על המשמעות הנרחבת ועל היקפו הרב של המונח "כשיש פנים וטעם לדבר" המשמש כהנחיה בפעולתם

בו ותבא לידי עיגון ואין זה שלום... ואמר שלום רב לאותבי תורתך — דאין זה עקירה, אלא ממדת שלום שלא תעגן האשה, וכתוב דרכיה דרכי נועם... ומסיים (תהילים, כט, יא): ה' עוז לעמו יתן, שאין זה עקירת דבר מן התורה, כי הקדוש ברוך הוא נתן עוז וכת לעמו, שהם תלמידי חכמים, בדבר הזה להיות מקילין בדבר, שהרי ה' יברך את עמו בשלום, כמ"ש: וכל נתיבותיה שלום, ואין כאן שלום, אם תתעגן. ובדרך הזה יתפרש המקרא (במדבר, ו, כו): ישא ה' פניו אליך, גם לעקור דבר מן התורה, לפי שישים ה' לך שלום".

154 תמים דעים, רג; ראה בסוף התשובה בדבר התייחסותה של התשובה לר"י הזקן. 155 יבמות פט, א — צ, ב.



זו של חכמי ההלכה בהתקנת תקנות<sup>156</sup>. אך סייג חשוב ועקרוני נקבע לסמכות חקיקה זו, והוא שאין כוח ביד חכמים לעקור קיומה של מצוה מן התורה לגמרי: "שהרי לא מצינו שבית-דין יעקור מצוה אחת לגמרי מן התורה"<sup>157</sup>.

5. המונחים "מיגדר מילתא", "לפי שעה", "הוראת שעה" וכיוצא בהם

מתוך עיונו בעקרונות והתנחיות בפעולת החקיקה של חכמי ההלכה נמצאו למדים, כי חכמי ההלכה מצווים ומוסמכים לפעול על-פי עקרונות והתנחיות

156 למשל: בעבודה זרה, יג, א, אנו גורסים: "הנושא ונותן בשוק של עבודת כוכבים, בהמה תיעקר, פירות כסות וכלים ירקבו, מעות וכלי מתכות יוליכם לים המלח"; הסוגיה, שם, שואלת ומשיבה: "בהמה תיעקר, והא איכא צער בעלי חיים? אמר אבבי אמר רחמנא: את סוסייהם תעקר (יהושע יא, ו)". ועל כך נאמר בתוספות, שם, ד"ה אמר אבבי אמר קרא את סוסייהם תעקר: "הקשה הר"ר אלחנן, למאן דאמר (שבת קכח, ב) צער בעלי חיים דאורייתא, מאי ראיא מייתי מיהושע דלמא שאני התם דעל פי הדבור הוה, אבל הכא בקנס דרבנן, איו כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה? ויש לומר, דודאי שיש כח בידם לעקור היכא דנראה טעם קצת לעקור, כדמוכח פרק האשה רבה (יבמות פט, ב) גבי משיאין האשה על פי עד אחד. דוגמה מאלפת נוספת נמצא בעניין הבא. הרמב"ם, בהלכות גדרים, ג, ט, פוסק: "הגודר שיצום בשבת או ביום טוב, חייב לצום, שהגדרים חלים על דברי מצוה, כמו שביארנו; וכן הגודר שיצום יום ראשון או יום שלישי כל ימיו, ופגע בו יום זה והרי הוא יום טוב או ערב יום הכפורים — הרי זה חייב לצום. ואין צריך לומר ראש חדש; פגע בו הנוכה ופורים — ידחה נדרו מפני הימים האלו, והואיל ואיסור הצום בהם מדברי סופרים, הרי הן צריכין חזוק, וידחה נדרו מפני גזירת חכמים". רבי יוסף קארו, בכסף משנה, שם, ד"ה ולענין, תמה על הלכה זו ברמב"ם, שבהנוכה ופורים ידחה נדרו ואסור לצום: "דאסיקנא בפ' האשה רבה (יבמות, צ, ב), דדוקא במידי דשב ואל תעשה מצו רבנן עקרי מידי דאורייתא, אבל לא מידי דהוא בקום ועשה, והכי (נמי אמרי ד) לדעת רבינו אין נדרים ושבועות חלים על הנוכה ופורים — וקום עשה הוא, שהרי אנו אומרים — קום אכול!" ועל כך הוא משיב בתשובתו השנייה (על התשובה הראשונה נעמד להלן, עמ' 439, הערה 177): "ועוד יש לומר, שכתבו התוספות בפ' ג' מינים (גזיר מג, ב, ד"ה והאי מת מצוה הוא), אף כי אין כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה, במקום שיש פנים וטעם בדבר, ודאי לכלי עלמא יש כח לעקור, והכא מאחר שדברי חכמים צריכין חזוק, שפיר יש פנים וטעם לדבר". עד היכן נרחב הוא המונח "שיש פנים וטעם לדבר", שגם אותו רעיון כללי שדברי חכמים צריכים תיזוק — שהוא בעצם תוצאה הנובעת מעצם היות הדין מדרבנן — יש בו משום "פנים וטעם לדבר", כדי לעקור דבר מן התורה ב'קום ועשה'. וראה עוד בגליון הש"ס לר' עקיבא איגר, יבמות פה, א, ד"ה תוס' ד"ה מתוך; תוספות רבי עקיבא איגר למשנה גיטין, פרק ד, אות לה; מהר"ץ חיות, תורת הנביאים, מאמר הוראת שעה (עמ' מ ואילך); הנ"ל, מבוא התלמוד, פרק שלושה עשר (עמ' שח—שט); העמק שאלה לנצי"ב, שאילתא נח, אות יד.

אלה<sup>158</sup>, כאשר יש צורך בכך "למיגדר מילתא"<sup>159</sup>, משום ש"השעה צריכה לכך"<sup>160</sup>, וחקיקתם היא "לפי שעה"<sup>161</sup>, כ"הוראת שעה"<sup>162</sup>, ו"לא שיקבע הלכה לדורות"<sup>163</sup>.

עיון במהותן של תקנות חכמי ההלכה בכל תחומיה וענפיה של ההלכה יעמידנו על כך, כי בדרך כלל לא ייתכן לפרש מונחים אלה — כפי שאולי עשוי להש-תמע מהם — כאילו מכוונים הם להגביל את תמידותן של תקנות חכמי ההלכה מבחינת תוקפן ומהותן. תקנות העגונות, למשל<sup>164</sup>, הנמנות עם התקנות המרחי-קות לכת ביותר מבחינת סמכותם של חכמי ההלכה, געשו נכסי צאן-ברזל של ההלכה העברית, ומאות מהלכותיהן ודיניהן מהווים חלק מהותי בדיני המשפחה העבריים. וכן התקנה בדבר היתר כתיבת התורה שבעל פה, כזכור<sup>165</sup>, מקובל היה בהלכה המקורית ע"דברים שבעל פה אי אתה רשאי לאומרו בכתב"<sup>166</sup>, אך משראו חכמי ההלכה שאין הציבור יכול לעמוד בכך, שרבו הצרות והתורה עלולה להשתכח מ"ישראל"<sup>167</sup>, עמדו והתקינו שגם תורה שבעל-פה ניתנת להיכתב, ודרשו: "עת לעשות לה' הפרו תורתך"<sup>168</sup> — מוטב תיעקר אות אחת מן התורה ואל תשתכח תורה מישראל"<sup>169</sup>. תקנה זו שהותקנה משום שהשעה היתה צריכה<sup>170</sup>, היתה להלכה ולמצואות קיימת לעניין כל דברי התורה שבעל-פה עד היום הזה. כיוצא בזה, העבירה שבאותו מעשה המובא לעניין העיקרון, שבית-דין מכין ועונשין שלא מדין תורה — באחד שהטיח את אשתו תחת התאנה — שנענש בעונש מלקות משום "מיגדר מילתא" ומכיון

157 פרי חדש על שו"ע אורח חיים, תקפת, סעיף ה; וראה מגן אברהם, שו"ע, שם, ס"ק ד.  
158 חוץ מן העיקרון של "הפקר בית-דין הפקר", שלדעת רוב חכמי ההלכה לא נאמרו לגבינו הסיגים של 'מיגדר מילתא' וכיוצא בזה, אף מבחינה פורמלית. ראה לעיל, עמ' 421, והערה 89.  
159 יבמות צ, ב, לענין תקנה — הנלמדת מאליהו בהר הכרמל — להחזיר רבים לדת — ולענין "בית-דין מכין ועונשין שלא מדין תורה".  
160 שם, שם, במעשים המובאים לענין "בית-דין מכין ועונשין שלא מדין תורה".  
161 שם, שם, לענין תקנה — הנלמדת מאליהו בהר הכרמל — להחזיר רבים לדת; רמב"ם, הלכות ממרים ב, הלכה ד, והלכה ט.  
162 רמב"ם, שם שם, ד; הלכות סנהדרין כד, ד, לענין "בית דין מכין ועונשין שלא מדין תורה".  
163 רמב"ם, הלכות סנהדרין שם, שם; הלכות ממרים שם, שם, הלכה ד, והלכה ט.  
164 ראה לעיל, עמ' 428 ואילך.  
165 ראה לעיל, עמ' 199.  
166 גיטין ס, ב; תמורה יד, ב.  
167 ראה רש"י גיטין ס, א, ד"ה כיון דלא אפשר, והקדמת הרמב"ם למשנה תורה. תהלים קיט, קכו.  
169 תמורה יד, ב, וראה לעיל, עמ' 201 ועמ' 412.  
170 ראה לעיל, הערה 167; וראה רש"י גיטין ס, א, ד"ה עת לעשות לה' — ואם בא עת לעשות תקנה לשם שמים, הפרו דברי תורה לשעה הצריכה".

"שהשעה היתה צריכה לכך"<sup>171</sup>, עבירה זו גופה נקבעה, כהלכה קבועה, כעבירה שמלקין עליה מכות מדרות<sup>172</sup>. וכך מופיע לפנינו כל אותו חומר עצום ורב-ממדים של תקנות בתחום המשפט הפלילי ובתחום דיני איסור והיתר, שהותקנו בכל הדורות ובכל התקופות על רקע של נסיבות דתיות, חברתיות, כלכליות ומוסריות שונות, כחלק מהותי של כלל ההלכה העברית, בספרי הלכותיה ופסקיה. מהו אפוא אותו "לשעה" שבתקנתם של חכמים? על כורחנו אנו חוזרים לדב-רים, שעמדנו עליהם בתחילת דיוננו בפרשה גדולה זו<sup>173</sup>: סמכותם של חכמי ההלכה היא לפעול בתחום חקיקת-המשנה בלבד, ואין הם רשאים להתקין ולגזור, כהוספה או גריעה, בתחום החקיקה הראשית, כדין מדיני התורה שבכתב. כל דין ומצוה שבתורה שבכתב "עומדת לעולם ולעולמי עולמים, אין לה לא שינוי ולא גרעון"<sup>174</sup>, היא נצחית ולא לשעה. ואילו תקנתם של חכמים, למעשה קבועה היא אמנם ותמידית, אך אסור להם "לקבוע הדבר לעולם שהוא מן התורה"<sup>175</sup> וחיובים הם "להודיע לעם שהוא גזירה, שלא יבא מן הדבר חובה"<sup>176</sup>. "למיגדר מילתא" ו"לשעה" אינם אפוא בתמידותה למעשה של ההלכה שמקורה בתקנה, אלא במעמדה ובמקומה, מבחינה עיונית, בסולם הערכים של כלל דיני התורה שבכתב ושב"על-פה: הדינים שהם מדאורייתא שורשם בתחום החקיקה הראשית, שלגביה לא קיים המושג "למיגדר מילתא" או "לשעה"; לעומתם, הדינים שמקורם בתקנות ובגזירות-חכמים מקומם בתחום חקיקת-המשנה, שהרקע להתקנתם היה משום "מיגדר מילתא" ומשום צורכי השעה; אך "מיגדר מילתא"

171 יבמות צ, ב.  
 172 רמב"ם, הלכות איסורי ביאה כא, יד: "ואסור לאדם לבא על אשתו בשווקים וברחובות או בנגות ובפרדסין, אלא בבית דירה, שלא יראה כזנות וירגילו עצמם לידי זנות; הובועל את אשתו במקומות אלו מכין אותו מכת מדרות". וכן הוא בטור אה"ע כה, כ; ש"ע אה"ע כה, ד. גם בהמשכה של הלכה זו ברמב"ם אנו נתקלים בתופעה דומה: "וכן המקדש בביאה והמקדש בשוק והמקדש בלא שידוך — מכין אותו מכת מדרות". הלכה זו, התוורת ונשנית בדברי הרמב"ם, הלכות אישות ג, כא, מקורה בדברי רב (יבמות נב, א; קידושין יב, ב): "דרב מנגד (=הלקה) מאן דמקדש בביאה, ומאן דמקדש בשוקא ומאן דמקדש בלא שידוכי". קידושין עליידי ביאה הן מן התורה (דברים כד, א; משנה קידושין א, א; בבלי קידושין, ד, ב; ט, ב; רמב"ם הלכות אישות ג, כ—כא), ודברי רב, שקבע דרך זו כעבירה שמלקין עליה, ניתנים להתפרש, שנעשו משום 'מיגדר מילתא' וצורך שעה, אך עבירה זו היתה להלכה קבועה (כמובן שאם עבר וקידש בביאה, קידושין קידושין גמורים — רמב"ם שם, שם, הלכה כא). וכן נקבעה הלכה זו בטור אה"ע כו, ז; ש"ע אה"ע כו, ד.

173 לעיל, עמ' 393 ואילך; עמ' 408 ואילך.

174 רמב"ם, הלכות יסודי התורה ט, א.

175 רמב"ם, הלכות ממרים ב, ט; ראה לעיל, עמ' 409, בדבר הנוסח ברמב"ם.

176 שם, שם.

זה קבוע הוא<sup>177</sup> וה"שעה" ארוכה ותמידית היא, והחקיקה הראשית גופה מצווה שלא לסור מהם<sup>178</sup>.

6. החקיקה בהלכה ובעית ה"חריגה מסמכות"

(Ultra Vires)

מתוך עיוננו במהותן של התקנות והגזירות ובסמכותן המרחיקה לכת של חכמי ההלכה בהתקנתן ובגזירתן של תקנות וגזירות אלה, גם כשהן נוגדות דין מן התורה, מתעוררת מאליה השאלה — האם אין בכל אלה כדי לערער את הבנתנו, שהנחנו בתחילת דברינו, כי מבחינת המיזן המשפטי יש לראות בתקנות במשפט העברי משום חקיקת-משנה? הרי מן המקובלות היא, שחקיקת-משנה אסור לה שתחרוג מהוראה שבחקיקה הראשית, וחקיקת-משנה הנוגדת הוראה שבחקיקה הראשית הריהי Ultra Vires, ולכן היא בטלה ומבוטלת?

שאלה זו תשובתה בצדה, אמנם נכון הוא, שבשיטות המשפט האחרות, בדרך כלל<sup>179</sup>, אין ההוראות שיסודן בחקיקת-משנה רשאיות לסטות מן ההוראות הקבו-עות שבחקיקה הראשית, ולמעשה קיים שוני זה בין חקיקת-המשנה שבשיטות

177 משמעות מרחיקת לכת ביותר — גם מבחינת הקביעות שבדבר — למונח 'מיגדר מילתא' נמצא בדבריו של רבי יוסף קארו, שעל עיקרם עמדנו לעיל (עמ' 436, הערה 156). רבי יוסף קארו תמה על דינו של הרמב"ם, שמי שנהדר שיצום כל יום ראשון או יום שלישי במשך כל ימיו, ויום הראשון או השלישי חל ביום טוב ובשבת חייב לצום, אך אם חל בחנוכה ובפורים אסור לו לצום — שיש בכך משום עקירת דבר מן התורה ב'קום ועשה'. כתשובה ראשונה על תמיהה זו משיב רבי יוסף קארו: "יש לומר, דהא אמרינן התם דבמיגדר מילתא מצו עקרי מידי דאורייתא אפילו ב'קום ועשה', וחיווק דברי חכמים בכל מה שדברו בו, אף על גב דלא ליהוי ביה מיגדר מילתא, גורם לקיים דבריהם במיגדר מילתא, שאם היו מולולים באחד מדבריהם, אתו לזולולי בכלהו, הלכך כל מידי דהוי חיווק לדבריהם, הני כמו מיגדר מילתא". בנוסף לעצם החידוש שבמונח 'מיגדר מילתא' — שכולל גם את הרעיון של גדר וחיווק לדברי חכמים — הרי יש בכך גם משמעות חדשה למונח זה מבחינת הקביעות שבו, כפי שמסיק מהר"ץ חיות (תורת הנביאים, מאמר הוראת שעה, עמ' מ), מדבריו אלה של רבי יוסף קארו: "הנה חידש לנו מרן דין חדש, דאף על גאז דמגדר מילתא אינו רק לשעה, מכל מקום אם הסיבה שהגיעה לחול' בתחילת עקירת עדיין במקומה עומדת בלי הפסק, שוב גם המסובב חולך בלי הפסק".

178 על בעיה זו של 'למיגדר מילתא' ולשעה, ראה עוד מהר"ץ חיות, שם, עמ' מ — מג; י. מ. גינצבורג, משפטים לישראל, עמ' מה — גה ועמ' צ, סעיף יד, וביאורים והערות שם.

179 גם בכלל זה יש יוצאים מן הכלל. לא אחת מורה חוק מסוים שהתקנה המותקנת על-פיו יכולה לסטות מהוראות אותו חוק, או אפילו מהוראותיהם של חוקים בכלל. ראה אקצין, תורת המשפטים, א, עמ' 139 והערה 22; וראה עוד Allen, Law in the Making, עמ' 563 ואילך.

המשפט האחרות לחקיקת-המשנה שבמשפט העברי; אך אין בו בהבדל זה כדי לשלול מן התקנות והגזירות שבמשפט העברי את מהותן ואופיין כחקיקת משנה. קנה-המידה היסודי הקובע, אם לסווג הוראה מסוימת לסוג חקיקת-המשנה הוא, אם הסמכות להתקין אותה הוראה נובעת מהוראה המצויה בחקיקה הראשית, הלוא הוא עקרון האצלת הסמכות<sup>180</sup>; העובדה שההוראה שבחקיקה הראשית, המאצילה סמכות זו, רחבה היא ומאפשרת לסטות מן האמור בהוראות האחרות שבחקיקה הראשית, אין בה כדי לשלול ממהותן של התקנות המתוקנות על-פי האצלת סמכות זו את עובדת היותן תקנות של חקיקת-משנה. ושאמנם כך הוא, נימצא למדים מן המציאות שלמעשה בחקיקת-המשנה שבשיטות המשפט האחרות. בשיטות אלה נמצא, שלא רק תקנות רגילות יש שהן סוטות — על-פי הוראה מפורשת של החוק המאציל את סמכות התקנת התקנות — מהוראות אותו חוק ואפילו מהוראותיהם של חוקים בכלל<sup>181</sup>, אלא שמצוי בהן סוג מסוים של תקנות ש"מלכתחילה" ו"בסיטונות" ניתנת להן ההרשאה, על-ידי הוראה בחוק או בחוקה, לסטות מן החוק בסייגים או גם ללא סייג<sup>182</sup>. כוונתנו לתקנות המכוננות בשיטת המשפט הישראלית תקנות לשעת חירום. והרי מה שנאמר בנידון בפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח—1948, סעיף 9:

"(א) אם ייראה הדבר למועצת המדינה הזמנית, רשאית היא להכריז כי קיים במדינה מצב של חירום, ומשנתפרסמה ההכרזה בעתון הרשמי, רשאית הממשלה הזמנית למלא את ידי ראש הממשלה או כל שר אחר להתקין תקנות לשעת חירום ככל אשר ייראה לו לטובת הגנת המדינה, בטחון הציבור וקיום האספקה והשרותים החיוניים.

(ב) תקנה לשעת חירום, כוחה יפה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים, וכן להטיל או להגדיל מסים או תשלומי חובה אחרים."

בסעיף זה נאמר אפוא, כי הכנסת (בשעתו מועצת המדינה הזמנית) — היינו המחוקק הראשי — מרשה לממשלה — היינו למחוקק-המשנה — להתקין תקנות לשעת חירום — היינו לחוקק חקיקת-משנה — לאחר שהיא, הכנסת עצמה, קבעה שקיים מצב של חירום — וחקיקת-משנה זו יכולה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים. עובדה זו, שהתקנה לשעת חירום יכולה לשנות חוק שבחקיקה הראשית, אין בה, כמוכח, כדי ליטול מן התקנה לשעת חירום את אופייה ומהותה כחקיקת-משנה, משום שעצם הסמכות הניתנת לממשלה להתקין תקנה לשעת חירום, אף אם תשנה תקנה זו את החוק שבחקיקה הראשית, עצם

180 ראה לעיל, עמ' 392.

181 ראה לעיל, הערה 179.

182 אקצין, שם, שם.

## מהות החקיקה של חכמי ההלכה, מגמותיה וכלליה

סמכות זו נובעת מן החקיקה הראשית, מפקודת סדרי השלטון והמשפט, שחוקקה הכנסת<sup>188</sup>.

סיכומו של דבר: התקנות והגזירות שבהלכה העברית, גם המרחיקות לכת ביותר מבחינת סטייתן מדין התורה, תוקפן בא להן מן ההרשאה שנמסרה לחכמי ההלכה מטעם התורה שבכתב, שהיא החקיקה הראשית, ומשום כך הן נמנות, ללא יוצאת מן הכלל, על סוג חקיקת-המשנה. ואופי זה של חקיקת-משנה טבוע הוא גם במגמה של האצלת הסמכות לחקיקה זו מטעם חכמי ההלכה: הרי כל עיקר מגמתה של הסמכות הרחבה שבתקנות לשנות מדין התורה היא, כדי שלא תשתכח תורה מישראל, ועקירת האות האחת שבתורה באה כדי שלא תיעקר התורה כולה. מגמתן של התקנה והגזירה, של חקיקת-המשנה היא אפוא לשמור על החקיקה הראשית, על התורה כולה, ולא תותר שינוי האחת, הפרט, אלא אם הוא נעשה כדי לשמור על החקיקה הראשית בתור כלל.

## 7. הציבור כגורם בפעולת החקיקה של חכמי ההלכה

מדברינו על הרשויות המחוקקות במשפט העברי נמצאנו למדים, כי יזמת החקיקה ופעולתה היתה מסורה בראש ובראשונה לגורמים ההלכתיים, שהנהיגו את האומה וקבעו את דרכה בהלכה ובמעשה; במידה מסוימת, שהלכה וגדולה למן המאה האחת-עשרה ואילך, היתה סמכות החקיקה מסורה גם לגופים שלטוניים — למלך, לבני העיר ולקהילה. בחקיקתם של בני העיר ושל הקהל, מופיע הציבור ביוזמתו ובכוחו. ונשאלת השאלה: מה הוא המקום שנועד לציבור בחקיקה שמקורה בחכמי ההלכה? האם תפקידו של הציבור בחקיקה זו הוא פאסיבי בלבד, תפקיד של ציות לתקנות ולגזירות כפי שהן מותקנות ונגזרות מטעם חכמי-מנהיגיו, או שמא יש בכוחו של הציבור גם משום השפעה על עצם קבלתן ותוקפן של התקנות והגזירות הנחקקות למענו?

לכשנעייין בדבר נמצא, כי גם לחקיקה שמקורה בחכמי ההלכה, נודעת לציבור השפעה מכרעת על מקור חשוב וגדול זה ביצירתה ובהתפתחותה של ההלכה, אך מועד השפעתו זו של הציבור שונה בחקיקה זו מן החקיקה שבשיטות משפ"טיות אחרות. בשיטות משפט אחרות פועל הציבור כגורם שקודם בזמן למעשה

183 בסעיף 9 הנ"ל מצוי גם סעיף קטן (ג), האומר: "תקנה לשעת חירום, תוקפה יפקע כעבור שלושה חדשים מיום התקנתה, בלתי אם הוארך תוקפה או נתבטלה התקנה קודם לכן על ידי פקודה של מועצת המדינה הזמנית, או נתבטלה על ידי הרשות המתקינה". ברור, שסעיף קטן זה אינו הכרחי לשם השלמת סעיפים קטנים (א) ו-(ב), ומבחינה משפטית-עיונית היה יכול לבוא בנוסח ובתנאים שונים או אף שלא להופיע בכלל. לשון אחרת: אין קשר הכרחי בין מהותה של התקנה לשעת חירום לשנות כל חוק, כפי שנקבעה בסעיף קטן (ב). לבין הצורך בהארכת תוקפה כעבור שלושה חדשים על-ידי הכנסת, כפי שנקבע בסעיף קטן (ג). להלכה יכול לעמוד סעיף קטן (ב) גם ללא סעיף קטן (ג).

החקיקה, ואילו בחקיקה מטעם הסמכות ההלכתית השפעתו של הציבור על תוקפה של החקיקה מופיעה רק לאחר מעשה החקיקה. בשיטות משפט אחרות הציבור — אם במישור כבאסיפות העם ברומי, ואם באמצעות נציגיו — הוא המחוקק, והחקיקה מקורה בציבור; וכן הוא גם בתקנות הקהל שבמשפט העברי. לעומת זאת במעשה החקיקה של הסמכות ההלכתית, המחוקקים הם בתי-הדין וחכמי ההלכה, אך לאחר שבא מעשה החקיקה לעולם הציבור הוא הקובע והמכריע בדבר המשך תוקפה של החקיקה. למעשה, קיימת כתוצאה מכך, השפעת הציבור גם קודם מעשה החקיקה, שהרי בית-הדין, קודם שהוא בא להתקין ולגזור, חייב הוא לבדוק היטב, אם יוכל הציבור לעמוד במעשה החקיקה שיעשה למענו; אך הצורך בבדיקה זו של חכמי ההלכה קודם מלאכת החקיקה נעוץ בהשפעה המכריעת המסורה לציבור לאחר התקנת התקנה וגזירת הגזירה.

תפיסה מהותית זו בדבר תפקידו של הציבור בחקיקתם של חכמי ההלכה, מובעת בעיקרון שקבעו שניים מראשי החכמים בדור הרביעי של תקופת התנאים. עיקרון זה מובע בשתי נוסחאות:

בתלמוד הבבלי<sup>184</sup> אנו גורסים: "רבן שמעון בן גמליאל (הנשיא, היינו ראש הרשות המחוקקת בדור הרביעי של התנאים) ור' אלעזר בר' צדוק היו אומרים: אין גזרין גזירה על הציבור אלא אם כן רוב הציבור יכולין לעמוד בה".  
ובירושלמי<sup>185</sup> מובע עיקרון זה בשינוי נוסח מסוים: "אמר ר' יוחנן: מקובל אני מרבי אלעזר בי רבי צדוק, שכל גזירה שבית דין גזרין ואין רוב הציבור מקבלין עליהן — אינה גזירה".

מעיקרון זה, על שתי נוסחאותיו, נמצאנו למדים:

- א. על המחוקק לעיין ולבדוק, עד שלא ניגש למעשה החקיקה, אם רוב הציבור יכולים לעמוד בדבר החקיקה.
- ב. געשה מעשה החקיקה ומתברר, שאין רוב הציבור מקבלין עליהם חקיקה זו — בטל מעשה החקיקה<sup>186</sup>.

עיקרון מהותי זה היה כלל מנחה ומדריך בכל פעולת החקיקה<sup>187</sup> של חכמי

184 בבלי עבודה זרה לו, א.

185 ירושלמי עבודה זרה פ"ב, ה"ה; טו, א (פ"ב, ה"ט; מא, ד).

186 ראה רמ"א בלאך, שערי תורת התקנות, מבוא, סימן ז, שעמד על הכתנה זו כמקור לדינו של הרמב"ם שנביאו להלן. וכן הוא בשו"ת קול מבשר לר' משלם ראטה, חלק א, סימן ג.

187 המונח "גזירה", המופיע בעיקרון זה, מהוה ביטוי לכלל פעולת החקיקה של חכמי ההלכה, הן לגזירות והן לתקנות, ואינו מיוחד לגזירה בלבד. וראה בדוגמאות המובאות בהערה הבאה, ובלשון הירושלמי והתוספתא. וראה דברי הרמב"ם שנביאם להלן.

ההלכה<sup>188</sup>. וכך מסוכם עיקרון זה, על-פי כמה מקורות תלמודיים, בדברי הרמב"ם<sup>189</sup>:

"בית דין שנראה להן לגזור גזירה או לתקן תקנה או להנהיג מנהג — צריכין להתיישב בדבר ולידע תחלה אם רוב הציבור יכולין לעמוד בהן או אם אין יכולין לעמוד; ולעולם אין גזרין גזירה על הציבור אלא אם כן רוב הציבור יכולין לעמוד בה.

הרי שגזרו בית דין גזירה ודימו שרוב הקהל יכולין לעמוד בה, ואחר שגזרו פקפקו<sup>190</sup> העם בה ולא פשטה ברוב הקהל — הרי זו בטלה, ואינן רשאין לכופ את העם ללכת בה.

גזרו ודימו שפשטה בכל ישראל ועמד הדבר כן שנים רבות, ולאחר זמן מרובה עמד בית דין אחר ובדק בכל ישראל וראה שאין אותה הגזרה פושטת בכל ישראל — יש לו רשות לבטל, ואפילו היה פחות מבית דין הראשון בחכמה ובמנין"<sup>191</sup>.

8. "אין בית דין יכול לבטל דברי בית דין חבירו עד שיהיה גדול ממנו בחכמה ובמנין"

כהמשך לדבריו האחרונים של הרמב"ם שעמדנו עליהם זה עתה, נעיין בקצרה<sup>192</sup> בעוד עיקרון אחד בתחום חקיקתם של חכמי ההלכה, הוא הכלל, שאין בית דין יכול לבטל דברי בית דין חבירו, עד שיהיה גדול ממנו בחכמה ובמנין.

במשנה אנו שוגים<sup>193</sup>: "ולמה מזכירין דברי היחיד בין המרובין, הואיל ואין הלכה אלא כדברי המרובין? שאם יראה בית דין את דברי היחיד ויסמך (נוסח

188 דוגמאות שונות של שימוש בכלל זה, שאין גזרין גזירה על הציבור אלא אם כן רוב הציבור יכולין לעמוד בה, ראה עוד בבא בתרא ס, ב, ותוספתא סוטה טו, י; בבא קמא עט, ב, ותוספתא שביעית ג, יג (בתוספתא זו הנוסח הוא: "שלא גדרו אלא גדר שיכול לעמוד"); ירושלמי שביעית פ"ד, ה"ב; י, ב (פ"ד, ה"ב; לה, ב); אף בירושלמי הנוסח הוא: "שלא גזרו אלא על הגדר שהוא יכול לעמוד בה". וכן ראה תוספתא סנהדרין, ב, יג. וראה עוד תוספתא שביעית ג, יא, יג, ור"ש ליברמן, תוספתא זרעים, תוספתא כפשוטה, עמ' 518. על תחולת עיקרון זה בתקנות הקהל, ראה להלן, עמ' 616.

189 רמב"ם, הלכות ממרים ב, ה-ז.

190 הטילו בה ספק וזלזלו בה; הושה משנה עדיות ה, ו: "שפקק בטירת ידים".

191 וראה מפרשי הרמב"ם, שם, וריטב"א בחידושו, עבודה זרה לה, א, ד"ה מכלל דאיכא מאן דשרי, וראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך א, עמ' רפא-רפב.

192 חכמי ההלכה ותוקריה דנו ארוכות בעיקרון זה, ואנו לא נעמד אלא בקצרה על כמה מעיקרי ענייניו. ראה רמ"א בלאך, שערי תורת התקנות, מבוא, סימן ח; ווייס, דור דור ודורשו, ב, עמ' 57-61; אנציקלופדיה תלמודית, כרך א, עמ' רעט-רפא.

193 משנה עדיות א, ה.

מהות החקיקה של חכמי ההלכה, מגמותיה וכלליה

ב. אם נדמה, שפשט מעשה החקיקה בכל ישראל, אך לאחר זמן נתברר, שהתקנה או הגזירה לא פשטו ברוב ישראל<sup>200</sup>;  
 ג. אם בטל הטעם והנימוק<sup>201</sup>, שגרם להתקנת התקנה או לגזירת הגזירה בשעתו<sup>202</sup>.  
 עיקרון חקיקתי זה שאין בית-דין יכול לבטל דברי בית-דין חבירו, עד שיהיה גדול ממנו בחכמה ובמניין, לא בא אלא לשוות לחקיקתם של חכמי ההלכה יציבות ותוקף כדין מדיני התורה, אך לא יותר מלדיני התורה עצמה; משום כך

ד"ה אתא איהו ותיקן אפילו לדברי תורה. וייתכן שכן יש לפרש בגיטין לו, ב: "לדריה הוא דתקין", היינו שכל הרוצה לבטל יבוא ויבטל. וראה מאירי, גיטין, שם (מהדורת שלזינגר, עמ' 159); ווייס, שם, עמ' 59. הערה 2. וראה עוד תוספות, ביצה ה, א, ד"ה כל דבר שבמנין צריך מנין אחר להתירו, וים של שלמה, ביצה, פרק ראשון, סימן ט, וכן שו"ת הריב"ש, קיט.

200 ראה לעיל, עמ' 442.  
 201 ביצה ה, א—ב: "כרם רבעי היה עולה לירושלים" וכו', וכפירוש הראב"ד, בהשגתו על הרמב"ם הלכות ממרים ב, ב, והמאירי ביצה ה, א, ד"ה כל דבר שנאסר במנין, וכן רש"י שם, ד"ה מנא אמינא לה. וכן בירושלמי שבת פ"ה, ה"ב; לד, א (פ"ו ה"ב; ה, א), בענין גזירת סנדל המסומר: "ולא בשעת השמד גזרו, מכיון שעבר השמד יהא מותר? לא עמד בית דין וביטל", היינו שמאחר שלא ביטל בית-הדין במפורש את הגזירה, אין הגזירה מתבטלת מאליה, גם אם בטל הטעם והנימוק; אבל אם יבטלנה בית-הדין במפורש, רשאי הוא לעשות כן. וראה עוד ראטנר, אהבת ציון וירושלים על הירושלמי, שם (עמ' 73). וראה ירושלמי שביעית פ"ד, ה"ב; י, ב (פ"ד, ה"ב; לה, ב); ירושלמי שבת פ"ב, ה"א; כה, ב (פ"א, ה"א; ד, ג); תוספות יום טוב, מעשר שני ה, ב, ס"ק ה; גולאק, יסודי המשפט העברי, א, עמ' 27—28; אלבק, משנה עדיות, שם, השלמות, שם. וראה במגן אברהם, שו"ע או"ח ט, ס"ק ז, בענין ציצית של פשתן בטלית של פשתן, שאם טעם האיסור ידוע—אם נתבטל הטעם, נתבטל האיסור ממילא. לדעת הרמב"ם, גם אם בטל הטעם, רק בית-דין הגדול בחכמה ובמניין יכול לבטל את התקנה—הלכות ממרים, ב, ב. וראה עוד ראשונים אחרים ודין גרוב בענין באנציקלופדיה התלמודית, כרך ו, עמ' תרצח—תשה.

202 שאלה מעניינת הובאה לאחרונה בפני הרצ"פ פרנק, אם מותר כיום לגדל בהמה דקה בארץ-ישראל, מאחר שנפסק, שהאיסור בתקופת התלמוד לגדל בארץ-ישראל—וכן בבבל—בהמה דקה, כי היוקה מצוי, אינו חל אלא כאשר רוב השדות הם משל ישראל (טור, חו"מ, תט); ומאחר שכיום רוב שדות בארץ-ישראל הם משל ישראל "לכאורה יש לומר דחזר האיסור למקומו". הרצ"פ משיב, שהתקנה הראשונה שוב אינה חלה "דכיון שבמשך הזמן נתבטל האיסור, והותר לישראל לגדל בהמה דקה בארץ-ישראל, שוב אין חזר הדבר לאיסורו, דהנאיל ופעם אחת נתבטלה גזירת חכמים, כבר נפקע האיסור לגמרי ונתבטלה התקנה לעולם, וצריך מנין חדש לאיסורו; וכל זמן שלא נגזר מחדש, הרי הוא כגזירה חדשה, שאין עושין מעצמנו גזירות חדשות"; הרצ"ב על הטור, סימן תט. וראה שם ראיותיו וקושיחו מסוגית ראש השנה יח, ב, בענין ארבעה צומות.

אחר: יסמך) עליו; שאין בית דין יכול לבטל דברי בית דין חבירו עד שיהיה גדול ממנו בחכמה ובמנין<sup>194</sup>. היה גדול ממנו בחכמה אבל לא במנין, במנין אבל לא בחכמה—אינו יכול לבטל דבריו, עד שיהיה גדול ממנו בחכמה ובמנין<sup>196</sup>. מתוך עיון במקורות התלמודיים מסתבר, שעיקרון זה— שאין בית-דין יכול לבטל דברי בית-דין חבירו עד שיהיה גדול ממנו בחכמה ובמנין—נתפרש לענין פעולת בית-הדין בתחום החקיקה בלבד<sup>196</sup>. הלכה שנוצרה בתקופה מסוימת באמצעות המדרש, היה בית-דין אחר מוסמך לבוא לידי מסקנה שונה על ידי אינטרפרטציה אחרת לפסוק שבתורה או להלכה הקדומה<sup>197</sup>. ואין הדבר כך בהלכה שמקורה במעשה חקיקה; הלכה זו, שהצטרפה לכלל מערכת ההלכה על-ידי פעולת חקיקה של בית-דין מוסמך, שוב אינה יכולה להיבטל על-ידי מעשה חקיקה של בית-דין אחר, אלא אם אותו בית-דין אחר גדול הוא, בחכמה ובמנין, מבית-הדין הקודם שחוקק אותה הלכה. על-ידי כך ניתן להלכה שמקורה בחקיקה מדרבנן, בחקיקת-משנה, מלוא היציבות והתוקף, שיש לדין שמקורו בתורה בחקיקה הראשית.

אגב דין ועיון בשינויים ובהתפתחות שעברו על כמה וכמה הלכות שמקורן בחקיקה של חכמי ההלכה, עמדו האמוראים לפני התופעה, שהלכות שונות שמקורן בחקיקה בתקופה קדומה, נתבטלו במשך הזמן מכוחה של חקיקה לאחר מכן. כדי ליישב את הסתירה שבין תופעה זו לבין העיקרון, שאין בית-דין יכול לבטל דברי בית-דין חבירו עד שיהיה גדול ממנו בחכמה ובמנין, נקבעו מספר חריגים, שבית-דין יכול לבטל חקיקת בית-דין אחר, אף אם אינו גדול ממנו בחכמה ובמנין. חריגים אלה הביאו גמישות ניכרת לכלל, שאין בית-דין יכול לבטל חקיקה של בית-דין אחר, ונוכזר כאן את עיקרם<sup>198</sup>:

א. אם בשעת מעשה החקיקה הראשון קבע בית הדין במפורש, שכל בית-דין שירצה לבטל את התקנה או הגזירה יבוא ויבטלנה<sup>199</sup>;

194 פירושו של "גדול בחכמה" ו"גדול במנין"— ראה רמב"ם בפירושו למשנה שם, והלכות ממרים ב, ב; ראב"ד בפירושו למשנה שם; אלבק, עדיות א, ה, והשלמות, שם, עמ' 475—476; אנציקלופדיה תלמודית, כרך א, רעט.

195 וראה דברי ר' יהודה, משנה ו, שם. אם יש בעובדה, שהתקנה נתקבלה בניגוד לדעת היחיד כדי לאפשר לבית-דין מאוחר, אף אם אינו גדול מבית-הדין הקודם בחכמה ובמנין, להצטרף לדעת היחיד כדי לבטל התקנה— ראה דעות שונות בפירושו הרמב"ם, הראב"ד והר"ש משני, שם. וראה להלן, עמ' 877—878.

196 ראה ירושלמי שביעית פ"א, ה"א; א, א (פ"א, ה"א; לג, א); ירושלמי עבודה זרה פ"ב, ה"ח; טו, א (פ"ב, ה"ט; מא, ד); ירושלמי שבת פ"א, ה"ד; י, ב (פ"א, ה"ח; ג, ד); בבלי גיטין לו, ב; מגילה ב, א; מועד קטן ג, ב; עבודה זרה לו, א; ירושלמי שבת פ"ו, ה"ב; לד, א (פ"ו, ה"ב; ח, א). בכל המקומות האלה מובא העיקרון של "אין בית דין וכו'" רק לענין הלכה שמקורה בתקנה.

197 רמב"ם, הלכות ממרים ב, א.

198 ראה עוד לעיל, הערה 195.

199 משנה מעשר שני ה, ב; בבלי מועד קטן ג, ב; וכן ראה תוספות בבא קמא פב, ב.

כל אותם כללים והנחיות בדבר סמכותם של חכמי ההלכה בפעולת החקיקה בדין מן התורה חלים ממילא גם על סמכותם בפעולת החקיקה בדין שנקבע בחקיקה קודמת של חכמי ההלכה. ועל כך מעמידנו הרמב"ם<sup>208</sup>:

"ויש לבית דין לעקור אף דברים אלו (=תקנות וגזירות של בית דין אחר) לפי שעה, אף על פי שהוא קטן מן הראשון, שלא יהו גזירות אלו חמורין מדברי תורה עצמה, שאפילו דברי תורה יש לכל בית דין לעקור הוראת שעה".

\*

בפרקים אלה ביקשנו לעמוד על מגמתה, מהותה וכלליה של החקיקה במשפט העברי, וראינו, כיצד היוותה החקיקה אחד ממקורות ההתהוות העיקריים של ההלכה, בכל חלקיה וענפיה. חכמי ההלכה ומנהיגי העם ידעו יפה את גודל סמכותם, ומכאן גם את כובד אחריותם, בפיתוחה ויצירתה של ההלכה עליידי מכשיר רב-ערך וגדול-חשיבות זה של התקנה והגזירה. סמכותם ואחריותם זו עמדו להם, שהחקיקה בהלכה היתה לאמצעי, אשר לשעתו היה בו אמנם משום הוספה או שינוי או ביטול אות אחת בתורה, אך לדורות — הוא שמר על קיומה, על המשכה ועל רציפותה של התורה כולה. על כך נעמוד מתוך עיוננו בפרקים הבאים בפעילות החקיקה הענפה והגדולה במערכת המשפט העברי לתקופותיו השונות.

## החקיקה עד סוף תקופת התנאים

### 1. החקיקה לתקופותיה השונות

החקיקה במשפט העברי תחילתה מיד לאחר מתן תורה<sup>1</sup>, ומעולם לא פסקה מישראל. אמנם היו לה לחקיקה תקופות של עלייה ותקופות של ירידה; תקופות שגברה והלכה והעשירה את מערכת המשפט העברי, ותקופות שנמנעו חכמי ההלכה מלהרבות בחקיקה; תקופות שנעשה רובה של החקיקה עליידי בית-הדין וחכמי ההלכה, ותקופות שגברה החקיקה שנעשתה במישרין בידי הציבור ונציגיו, בידי הקהל.

פראנקל מחלק את פעילותם ההלכתית של דורות חכמי ההלכה עד לסוף תקופת התנאים לשתיים, בזו אחר זו: "דורות חכמי המשנה והברייתא נחלקים בכלל לחכמים מתקני תקנות וגזירות, ולחכמי ההלכה. חכמי התקנות הם הדורות הראשונים עד הלל ושמאי אשר תקנו תקנות וגזירות... וחכמי ההלכה הם דורות התנאים מתלמידי הלל ושמאי — הנקראים בית הלל ובית שמאי — ואילך, עד ר' יהודה הגשיא ודורו. אלה הדורות בחנו וחקרו ההלכה על פי הלימוד והסברא... ובין אלה הגבולות אשר הצבנו, הלל ושמאי בתוך יעמודו ונחשבים לחכמי התקנות ולחכמי ההלכה. וגם אחריהם קמו פרנסי הדור אשר רוב עסקם היה בתקנות"<sup>2</sup>.

בדין מעיר גולאק<sup>3</sup>, שגם אם יש בהבחנתו של פראנקל יסוד היסטורי מסוים, אין מקום לחלוקה מכרעת כזו לשתי תקופות, לתקופה של מתקני תקנות ולתקופה של חכמי מדרש וסברה. אמנם תקופת החכמים הראשונים שהייתה בה סמכות מכרעת לסנהדרין, שהיו המוסד המחוקק העליון, היתה ללא ספק תקופה של תקנות מהותיות רבות, אך גם בה עסקו חכמי ההלכה הרבה במדרש

1. המסורת התלמודית מייחסת תקנות מסוימות אף לאבות האומה; ראה להלן, עמ' 450.

2. פראנקל, דרכי המשנה, עמ' 29; וכן ראה אורבך, הדרשה, תרביץ כרך כז (תשי"ח), בעמ' 168, 171.

3. גולאק, יסודי המשפט העברי, א, עמ' 24.