

משפט עברי – משפט והלכה

סיכום ההרצאות

נערך ע"י מירי פוזניאקובסקי.

א. מהי נורמה משפטית?

מה המכנה המשותף לכל המשפטים הבאים?

1. מגמת הגופים ליפול רצה בתוקף היותם כבדים (בעלי משקל).
2. המשתתף שלא כדין בתיגרה במקום ציבורי דינו - מאסר שנה אחת.
3. יתגבר כארי לעמוד בבוקר לעבודת בוראו שיהא הוא מעורר השחר.
4. מחלליה (את השבת) מות יומת.
5. בוא אלי פרפר נחמד, שב אצלי על כף-היד...
6. תן טרמפ לחייל.
7. עשה פעולתך כך שהאנושות הן שבך והן שבכל איש אחר תשמש לך לעולם גם תכלית, ולעולם לא אמצעי בלבד.

מה המפריד בין המשפטים הבאים? משפט 1 הוא חוק מתאר (= דיסקריפטיבי), האחרים 2-4, 6-7 הם חוקים שאינם מתארים מציאות אלא מחווים דעה מה ראוי שיהיה (=נורמות). הנורמות לפי הפירוט: 2 – נורמה משפטית אזרחית; 3 – נורמה דתית שאינה משפטית; 4 – נורמה משפטית דתית; 6 – נורמה נימוסית; 7 – נורמה מוסרית. 5 – היא אינה נורמה: אינה מופנית לאדם אלא לבעל חי. גם המונח "נחמד" אינו מוגדר. מלבד זאת אין במשפט כל תועלת חברתית.

ב. ניסוח הנורמה המשפטית

1. שופך דם האדם באדם דמו ישפך (בראשית)
 2. לא תרצח (שמות, כ)
 3. וכי יזיד איש על רעהו להרגו בערמה - מעם מזבחי תקחנו למות (שמות, כא)
 4. סעיף 300(א) לחוק העונשין, תשל"ז 1977:-
העושה אחת מאלה יאשם ברצח ודינו מאסר עולם ועונש זה בלבד...
(2) גורם בכוונה תחילה למותו של אדם
סעיף 301: יראו ממית אדם כמי שהמית בכוונה תחילה אם החליט להמיתו, והמיתו בדם קר, בלי שקדמה התגרות בתכוף למעשה, בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו, ולאחר שהכין עצמו להמית אותו או שהכין מכשיר שבו המית אותו.
- פסוק 1 מנוסח בצורה מוחלטת – שפכת דם דמך יישפך. אין צורך בכוונת הנאשם לא "כוונה תחילה" ואף לא "רשלנות". ניתן להסיק שאף שוגג ואנוס שגרמו למיתה יישפך דמם. פסוק 3 דורש כתנאי להענשה "הזדה". פסוקים 1 ו-3 נוקטים סנקציה, פסוק 2 - רק אזהרה ללא סנקציה. פסוק 4 – הוא החוק הישראלי. בכל הפסוקים למעט פסוק 2, לא נאמר שאסור להמית. הנוסח של הפסוקים הוא שמי שהורג צפוי לעונש, ממילא ניתן להסיק כי המעשה אסור. אך מה יהא אם אדם רוצה להיהרג, המותר לו לרצוח? אדם רוצה לשבת במאסר עולם חובה, היש לו היתר לבצע פשע של רצח בכוונה תחילה? לכאורה לא. אך התורה מחנכת את האדם ורואה צורך לא רק להעניש, אלא גם להטיף: "לא תרצח".

ההבדל בין פסוק 1 לפסוק 3 הוא שפסוק 1 מופנה אל "בן נח" הכוונה לגוי, לנכרי ופסוק 3 שבא לאחר שבני ישראל הפכו להיות עם (מתן תורה ועשר הדברות). הדין ליהודים שונה מאשר דיני הנוכרים. אצל הנכרים ההמתה היא עבירה מוחלטת ואילו אצל היהודים תלויה בכוונה של "הזדה".

האומנם אפליה לטובת היהודים? נראה שלא. לו היה בחוק הישראלי המודרני אבחנה בין יהודים לשאינם יהודים בדרישות המקדמיות להטלת עונש מאסר עולם חובה, היינו בהחלט רואים בכך מדיניות מפלה. חוק העונשין, תשל"ז-1977 הוא טריטוריאלי וחל על כל בני האדם בטריטוריה מסוימת מבלי להבדיל בין גזע לגזע. אך האבחנה בין יהודים לנכרים בתורה אינה אפליה אלא מצביעה על מגמתה של התורה. התורה, לפי השקפת חכמי ישראל, אינה מופנית אלא כל העולם רק אל בני ישראל. רק יהודים כפופים אליה, לנכרים היא אינדפירנטית. בכל אופן התורה מטילה כמה חוקים שהם אוניברסאליים על כל אדם ביקום שמספרן, לפי המסורת היהודית – שבע, ומכונות "שבע מצוות בני נח" (על שם נח ששרד את המבול ויצא מן התיבה). האחד – "שפיכות דמים" (=רצח) השני – "איסורי עריות" (=בעילה אסורה) והשלישי – "דינים" (=שיטת משפט) היינו, העמדת חוקים וטריבונאליים שיפוטיים. מה נחשב "שפיכות דמים" מה הם "איסורי עריות", ומה הם ה"דינים" שעל פיהם יש לשפוט, התורה אינה קובעת אלא נותנת יד חופשית לכל אומה לקבוע את הגדרים. על כן מאחר שבעת העתיקה לא נקבעה העבירה של ההמתה לפי הכוונה אלא לפי התוצאה, כי אז מי ששפך דם אפילו באונס שופכים את דמו. רק אצל היהודים ההמתה תלויה בכוונה. חשיבות הכוונה בעבירות המתה מקובלת היום בכל השיטות המשפטיות בנות ימינו, אך לא הייתה מקובלת תמיד ועד המאה ה-18 עוד היה הדין האנגלי למשל מפריד בין "הריגה" ל"רצח" בשאלה באיזה מקום נרצח אדם האם ברשות הרבים או באחוזתו של בעל האחוז.

ג. הנורמה ופרשנותה

1. הנורמה מופנית כלפי העתיד ולא כלפי העבר, שהרי אין משמעות לחייב אדם לעשות מעשה בעבר.

2. עם זאת ניתן באופן תיאורטי להעניש או לחייב אדם בעתיד על מעשהו או מחדלו בעבר, אף אם באותה עת לא הייה כל איסור או חיוב. לדוגמא: ניתן כיום לחייב מס על העיזבון על כל עיזבון של אדם שנפטר משנת 1981 אף מאז עד להיום אין כל חיוב מס בחוק הישראלי על העיזבון. **פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח – 1948** קובעת כי "כל פקודה תקבל תוקף ביום פרסומה ברשומות, בלתי אם נקבע בה כי תקבל תוקף בתאריך מוקדם או מאוחר מיום הפרסום.

3. אף שניתן, אין הדבר ראוי להטיל חיוב או עונש רטרואקטיביים, כביכול יש לאדם "זכות מוקנית" של להיענש על לשעבר וכן שלא להתחייב בעתיד על משהו שבשעת עשייתו לא ידע ולא יכול היה לדעת שיתחייב בעתיד. יוצא מן הכלל מפורסם אחד הוא חוק עשיית דין בנאצים ובעוזריהם, תש"ל-1950, שהטיל עונש מוות על כל מי שסייע בעבר לנאצים, אף שבשעה שאדם סייע לנאצים לא היה כל חוק ישראלי שיענישו. הסיבה ברורה: השמדת עם היא פשע נגד האנושות שאיסורו טבוע בכל חברה אנושית ולכן לא ניתן לדבר על "זכות מוקנית" שלא להיענש.

4. אם את הנורמה המשפטית מחילים ברובם ככולם כלפי העתיד, הרי שהמצב לגבי פרשנות הנורמה הוא ההפך הגמור. למעשה כל פסיקה המפרשת חוק חלה רטרואקטיבית על הצדדים המתדיינים. לאמור, כשיש מונח שניתן להתפרש לכאן או לכאן והעניין מובא להכרעת השופט הפרשנות מחייבת את האדם הנידון אף אם הוא עצמו חשב בתום-לב כי פרשנות החוק מצדדת בעמדתו. לא תעזור למתדיין כלשהו עם רשויות המס כי בהסתמך על חוות-דעתו של עורך-דינו אין הוא מחויב בתשלום מס. אם יכריע בית המשפט כנגדו יהפוך אותו מתדיין לעבריין מס רטרואקטיבית.

5. לא רק פרשנות חוק חלה רטרואקטיבית אלא גם שאלות עקרוניות יותר, כמו למשל, מה מידת חובת זהירותו של אדם שכתוצאה ממעשהו גרם למותו של אדם אחר. בית המשפט פירש בעבר כי האחריות הפלילית על אדם שגרם למותו של אדם תוטל לא רק לפי כוונתו הפלילית בפועל אלא גם על חוסר כוונתו אם אדם סביר

ממעמדו של הנאשם היה חייב לצפות. מבחן הזהירות נקבע אפוא לפי מבחן "האדם הסביר" - שהוא מבחן נורמטיבי שהשופט קובע האם על אדם ממוצע לצפות כי מעשה שעשה יביא לתוצאה פלילית. קביעת "האדם הסביר" בתור נורמה מחייבת חלה על הנאשם אף אם בשעת מעשהו לא נתן בית-המשפט את דעתו לעניין.

ד. כיצד נוצרת נורמה משפטית?

ישנם שני מובנים לשאלה זו:

האחד - מה הסיבות שהביאה לחקיקתה של הנורמה המשפטית. השאלה היא היסטורית והתשובה נמצאת בעיקר מחוץ למקורות המשפט הפורמאליים (עיתונות, ספרי מלומדים, דברי-הכנסת, דברים שבעל-פה וכדומה. ניתן להסתמך על דברי ההסבר בהצעות החוק ובפרשנות הפסיקה אם כי הפרשנות אין בה תמיד "אמת היסטורית".

האחר - מה תוקפה המשפטי של הנורמה המשפטית? למה היא מחייבת אותנו? השאלה אינה היסטורית אלא משפטית. מדוע אנו חייבים לפעול כך ואין אנו רשאים לפנות אחרת. במובן זה לא מועילה היסטוריה כלום אלא רק ההשתלשלות המשפטית של מקורות המשפט. למעשה כל נושא משרה חייב לערוך לעצמו "חשבון נפש", מה היקף סמכותו? האם רשאי הוא לדרוש דרישה כלשהי מן החוק או לא. גם אדם הנזקק לשירותו של בעל תפקיד בכל מקום שהוא ראוי שיערוך "מעין אנליזה" מדוע הוא חייב לציית, לקבל או להסתמך על דעתו של בעל התפקיד. סמכותו של בעל התפקיד חייב להישען על נורמה משפטית גבוהה ממנו המסכה אותו. הוא הדין שהגוף שהסמך בעל תפקיד מסוים חייב להישען על סמכות גבוהה ממנה, וכן הלאה וכן הלאה. הנורמה הבסיסית ביותר של מדינת ישראל ומקור ההשראה לכל הסמכויות היא הכרזת העצמאות. ממנה נחקקו חוקים המסמיכים את הכנסת לחוקק חוקים. החוקים הסמיכו את השר הממונה להתקין תקנות. התקנות האצילו על גופים מסוימים להוציא נורמות והגופים שמונו מוסמכים להורות לבעלי התפקידים עצמם.

דוגמה: מרצה - הסנאט - מועצה להשכלה גבוהה - חוק ההשכלה הגבוהה - חוק יסוד: הכנסת - הכרזת מדינה. כל אחד חייב לפעול בתחום הסמכותו. מי שפועל בחריגה מסמכותו ניתן שלא לציית לו. ברור שאסור לגוף בלתי-מוסמך להציג עצמו כבעל סמכות.

לעיתים אנשים פועלים מכפל סמכויות שקשה להפריד ביניהם. לדוגמה: האם מסוגל רב לשלול תוקפם של נשואי תערוכות? התשובה לא פשוטה. לגבי רבנים שאינם דיינים ברור שאין בכוחם לעשות דבר לפי חוקי המדינה; אך הרבנים המשמשים כדיינים בבתי-הדין הרבניים הממלכתיים - לעתים כן ולעתים לא, ובעצם יש אפילו מחלוקת בין המשפטנים בעניין. כמובן שהמדובר לפי חוקי המדינה בעוד שלפי חוקי ההלכה התשובה היא ברורה שיש לאיין נישואין שכאלו.

גם בשאלה האם הרבנות יכולה לשלול כשרות מזון בשל מופע לא צנוע, מופע נוצרי, חילול שבת, אינה שאלה של רק לפי הדין הדתי, אלא כיצד גוף ממלכתי כמו הרבנות חייב לפרש את המונח "כשרות". את הפירוש ייתן בג"צ, ובתי הדין הרבניים הממלכתיים יצטרכו אולי לאמץ השקפה אזרחית בעניין סמכותם לשלול תעודת כשרות מעבר לעניין הדתי.

ה. משפט עברי, הלכה, תורה שבעל-פה – ציוני דרך היסטוריים

אחר שהבנו בקווים כלליים מהי נורמה? ומהי נורמה משפטית? ומה בינה לבין נורמה שאינה משפטית, וכן שכל נורמה משתלשלת מנורמה משפטית גבוהה יותר, וגם שנורמה "מתפרשת" רטרואקטיבית, צריכים אנו להיכנס

ללימוד נושא הקורס שלנו: המשפט העברי. אנו נתאר את רבדיו ואת תחולתו. קורס זה ימנע לעסוק בתכנים המהותיים של המשפט העברי כשלעצמם, אלא יעסוק בעיקר במסגרת "המשפטית" של ההלכה היהודית ועל-כן מן הראוי לכנותו: מבוא למשפט העברי.

1. תולדתו של "המשפט העברי"

נקדים ונאמר שמבחינה מסורתית אין כל מקום למונח "משפט עברי", אלפי שנים השתמשו יהודים במשפט העברי ופסקו לפיו מבלי שיכנוהו כך, ואף לא ידעו על קיומו. גם היום אם תשוחחו עם יהודי חרדי שאינו משפטן ותטענו בנושא מסוים "שזאת עמדת המשפט העברי", הוא יגחך עליכם ויאמר "אין חיה כזו". אצלו קיים מונח אחר משמעותי יותר: "הלכה" או "דין תורה". גם החוקים בישראל אינם מאוששים את המונח "משפט עברי". הנה חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953 קובע כי נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה. – לא משפט עברי. חוק הרבנות הראשית לישראל, תש"ם-1980 קובע כי מתפקידה של "מועצת הרבנות הראשית": "מתן תשובות וחוות דעת בעניני הלכה לשואלים בעצתה" - לא "משפט עברי". ואפילו חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980 מתעלם מקיומו של "המשפט העברי" כמונח ומסתפק בכוונה במונח מעורפל של "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" כדרך למילוי לאקונה בחקיקה או בפסיקה.

"המשפט העברי" כמונח מקורו בהוויה הלאומית של שנות העשרים של המאה ה-20, באסיפה שבו התכנסו כמה חוקרים אנשי שם בבית הכנסת במוסקבה והחליטו לייסד בירושלים מוסד למחקר ולחינוך המשפט העברי שישמש הכנה לפתיחתה של "פקולטה למשפטים באוניברסיטה הירושלמית". לשם כך הקימו את "חברת המשפט העברי", ואף הוציאו כתב עת בשם "המשפט העברי".

האנשים שעמדו בראש "חברת המשפט העברי" לא היו נמנים על האדוקים שומרי תורה ומצוות, אך בהגיגיהם חוזר המוטיב הידוע והלאומני במשהו, שכשם שיש לכל עם, והעם היהודי בפרט, זכות "להגדרה עצמית" משלו, כך גם המשפט שינהג במדינה היהודית חייב לקבל את הגדרתו העצמית ממקורות המשפט העתיק שלו. ואכן ברוח זאת פנו אנשי "חברת המשפט העברי" לחקר ההלכה היהודית, לא לשם ה"מחקר הטהור" – מחקר פילולוגי או היסטורי, אלא לשם מחקר יישומי – תכליתי, היינו: עיבודה של היצירה הדתית הגדולה של היהדות והתאמתה לצרכיו המודרניים של עם המתחדש בארצו.

ואכן החייאת המשפט העברי והתאמתו לחיים המודרניים המתפתחים בארץ ישראל, עוררה קושי לא מבוטל: כיצד משלבים משפט עתיק בעל מסורת דתית עמוקה, ואף קנאית, של אלפי שנים עם חיים מודרניים שאינם מנוהלים בתפיסה דתית, לפי אורחות הדת ושופטיה אינם שומרי מסורת? אכן המחייבים מדברים על "פרוצס של הפרדת משפטנו מעל תורת המוסר והדת" ועל הכשרת המשפט הדתי היהודי "לקיום חילוני".

מני אז קיימים בין אנשי המשפט מחלוקת מהותית רבה בדבר הצורך להחיות את ההלכה היהודית ולהופכה ל"משפט עברי" כמשפט הלאומי של מדינת ישראל. מחלוקת זו חוצה מחנות שונים: דתיים וחילוניים. בין המחייבים את השמתה של ההלכה היהודית כ"משפט עברי", היו השופטים מנחם אלון וחיים כהן. בעוד שהשופט אלון בא מרקע ישיבתי ומחקר תלמודי ובאורח חייו הוא דתי, חיים כהן, היה בעברו בחור ישיבה, מזכיר צעירי אגודת ישראל בירושלים, ולאחר השואה, לטענתו, "מרד באלוהים" – שני האישים הללו הם תומכים נלהבים ביישומו של המשפט העברי באופן מושכל כמשפט הלאומי. שניהם לא רואים כל קושי בהפרדת ה"דת" מן ההלכה היהודית. מנגד השופט פרופ' יצחק אנגלרד וכן שופטים ועורכי-דין יראים ושלמים רואים בעיה רבה בהפרדת ה"דת" מן ההלכה היהודית. על הנימוקים בפרוטרוט ראו במאמרים של אלון ואנגלרד ברשימה הביבליוגרפית.

2. משמעות המונח "הלכה"

אם "המשפט העברי" היא המצאה של המאה ה-20, הרי ה"הלכה" או "דין תורה" הם המושגים שרווחו אלפי שנים בין היהודים כמעט בכל תפוצות ישראל. מהי אפוא "ההלכה"?

ההלכה היא אפוא החלק הנורמטיבי של תורת ישראל. כלומר אותו חלק של התורה הקובע מה צריך שייעשה ומה אסור שייעשה, וכיצד צריך לנהוג בסיטואציה מסוימת. וזאת בניגוד לחלק האחר של התורה הכולל סיפורת, דברי חכמה ומוסר, הגות ותוכחה וכמובן היסטוריה ריאלי. חלק גדול זה מכונה פעמים רבות "אגדה".

אם נשאל מה היחס בין ה"הלכה" ל"אגדה", נראה כי ההלכה היא המצומצמת והאגדה – מתפשטת. הנה התנ"ך רובו המכריע אגדה ומיעוטו הלכה: ספר בראשית מכיל סיפורת רחבה ורק שתיים שלוש הלכות, ספר שמות – רובו אגדה; ספר במדבר – רובו המכריע אגדה וספר דברים – למעלה ממחציתו אגדה. ספרי נביאים וכתובים רובם המוחלט ביותר הוא אגדה. אף ההלכות של הכהנים בספר יחזקאל נשמעים כסיפורת ולא כהורָה.

אך אם נשאל יהודי שומר מצוות מה יותר משמעותי בעיניך? הלכה או אגדה? התשובה תהא ברורה ביותר: ההלכה. "אין למדין מן ההגדות" נאמר לא פעם במקורות. כלומר, אין סיפורי הנביאים, הניסים שעשו, התנהגויות שנהגו מחייבים את המאמין, וכמובן שאסור לו ללמוד מהם הנהגה מעשית. "נקמתו" של שמשון בפלישתים; "מעשיו" המשונים של דויד וכן "מתירנותו" של שלמה עם נשיו, ועוד ועוד - לא ניתן ללמוד מהם דבר. בהמשך נראה כי חכמי ההלכה "מתרצים" לא פעם ולא פעמיים את סיפורי המקרא, כמו השאלה כיצד מכרו בני יעקב את יוסף אחיהם? ומדוע לא ספרו לאביהם את האמת כאשר "מאן להינחם"? כיצד אסתר הפכה למלכה במקום ושתי הרי יהודיה אינה יכול להינשא לגוי ואף להיבעל לו אינה רשאית?

אם כבר הזכרנו את אסתר, הרי חג שלם וחשוב בא בעקבות מעורבותה - הוא חג הפורים. בתנ"ך קיימת "מגילת אסתר" שבו מסופרת עלילה שלמה על מלך פלגמט, עוזר אנטישמי ועל "נערה בתולה". הנס מרשים. אך היהודי שומר תורה ומצוות מייחס חשיבות רק לשני פסוקים מתוך המגילה: האחד "הדברים האלה נקראים ונעשים" – חובת מקרא מגילה; "משלוח מנות איש לרעהו ומתנות לאביונים". משני הפסוקים הללו בלבד צמחו הלכות רבות בעניין חג הפורים, כששאר הפסוקים הם רק תפאורה מליצית לעצם החיוב. בתלמוד מובא כי חובת קריאת המגילה לא באה בשל הכרת הטוב על נס ההצלה ועל הסתכנותה של אסתר למען עם ישראל מפני גזרת המן "צורר היהודים", אלא רק בשל קביעת חכמים להלכה כי חייבים לחוג את החג. אסתר המלכה, לפי המסופר שם, לא סמכה על הזיכרון הקולקטיבי של עם ישראל וחששה שמא יצוצו היסטוריונים "חדשים" "מכחישי הנס" ועל-כן כתבה ושלחה לחכמי הסנהדרין שישבו בישראל: "כתבוני לדורות", והם, החכמים, התחבטו אם אין בכך איסור דתי של "בל תוסיף" שמשמעו שאסור להוסיף ציוויים דתיים מעבר לכתוב בתורה, ורק לכשנקבע על ידי הסנהדרין חיוב לקרוא מגילה, לשלוח מנות ולתת "מתנות לאביונים" לדורות הפך חג הפורים למחייב. האמת היא שבדורנו ישנם כמה חוקרי מקרא והיסטוריונים שומרי תורה ומצוות המקיימים את הלכות חג הפורים קלה כבחמורה, אף שהם מפקקים ב"היסטוריה" התנכית.

אך לא רק שהחלק הנורמטיבי בתנ"ך הוא מועט ביחס לחלק ה"אגדה", אלא שהוא סתום ואינו מובן. משל, קבלנו מכשיר חדש מן היצרן ללא הוראות הפעלה. אבל זה לא הכל. לפעמים כשאנו מפעילים את המכשיר מיד מתנצנצת לה הוראה דיגיטלית "נא לפנות למוקד תמיכה" עם מספר טלפון או כתובת אינטרנטית. הנמשל, שגם מתוך פסוקי המקרא מזדקרת ועולה הפנייה לאיזה שהוא "מוקד תמיכה" שיבהיר וינהיר, מה ואיך לעשות.

לדוגמא: בתורה אלוהים מעיד על אברהם (בראשית, יח, יט): "כי ידעתיו למען אשר יצווה את בניו ואת ביתו אחריו ושמרו דרך ה' לעשות צדקה ומשפט" מהי "דרך ה'?" אין לו זכר במקרא עצמו והכוונה לאיזו מסורת חיצונית בעל-פה שמסבירה מהי "דרך ה'".

בספר שמות (כא, ח-יב) מובא עניינה של האמה העבריה. זו אותה בת קטנה שאביה מוכר לשפחות, אבל יכול אדונה לקדשה ולהשיאה או לו או לבנו. וכך נאמר: "...אם לבנו ייעדנה כמשפט הבנות יעשה לה". מהו "משפט הבנות"? לא נזכר זהו נוהג המצוי וידוע בסביבת המקרא.

בספר דברים (כד, א-ד) מוזכר עניינה של אישה שהתגרשה מבעלה ונישאה לאחר. לאחר שבעלה השני מת או גרש אותה "לא יוכל בעלה הראשון אשר שילחה, לשוב לקחתה להיות לו לאישה". אבל כיצד משלח הבעל הראשון את אשתו? בתורה נאמר: "וכתב לה ספר כריתות ונתן בידה ושלחה מביתו". מהו "ספר כריתות"? כלומר יש נוסח ברור של "ספר כריתות" אלא שהיא מסורת המצויה מחוץ למקרא, בסביבותיו, ולא במקרא עצמו.

היגדים שלמים במקרא אינם מובנים: על הרבה נורמות כתוב "מות יומת" (כיצד ממיתים?) "ובערת הרע מקרבך" (כיצד "מבערים"?)? "כי יהיה ריב בין אנשים ונגשו אל המשפט ושפטום והצדיקו את הצדיק והרשיעו את הרשע" (כיצד מצדיקים? כיצד מרשיעים? על סמך מה אדם אחד "צדיק" והשני "רשע"?)? "ועשו להם ציצית על כנף פתיל תכלת" (מהי "ציצית"? מהו "כנף"? "תכלת"?)? "וקשרתם לאות על ידכה ולטטפת בין עיניך" (מה קושרים? באיזה צבע? רק "ריבוע"? מה זה "בין עיניך"?) כל אלו המקראות הסתומים מצביעים בעליל על מסורת פרשנית קדומה שליוותה את הטקסט המקראי.

הנה הציווי בתורה הבא יכול לאלפנו בינה: בתורה נאמר: "ולקחתם לכם ביום הראשון (של חג הסוכות) פרי עץ הדר, כפת תמרים וענף עץ עבות וערבי נחל". זוהי מצוות "ארבעת המינים" שהרבה יהודים מתפרנסים ממנה בשופי. והנה לגבי שלשה מהם – לולב, הדס וערבה – אין בעיה בזיהויים, אך מה זה "פרי עץ הדר"? כמה מחוקרי התנ"ך מזהים שזה "עץ זית" שנקרא בכמה מקומות "הדר". מה עוד שספק אם היו פירות עצי הדר בתקופת התנ"ך הקדומה. והנה חכם מחכמי התנאים שקרוי (שמעון) בן-עזאי, שחי בתקופת תנא ידוע יותר בשם רבי עקיבא (על בן עזאי מסופר שלא נשא אישה כל חייו, וכשהוכיחו אותו אמר: "מה אעשה ונפשי חשקה בתורה") מזהה את "פרי עץ הדר" כאתרוג: והנה הסברו: "אל תקרי הדר, אלא אידור, שכן בלשון יוונים קורים למים אידור (*hydro*). ואיזה הוא שגדל על כל מים? הווה אומר זה אתרוג". הנה הביאור הוא בגלל הדמיון האטימולוגי לשפה היוונית. קשה להניח שהתנ"ך ביצירתו היה מושפע ממילים יווניות, ועל כן באו חכמים מאוחרים יותר וניסו לומר שהדרשה היא רק אסמכתא וכי לקיחת האתרוג היא קבלה קדומה בעל-פה שאין לה עיגון בכתוב במקרא עצמו. מסורת קדומה זו מכונה בהרבה מקומות "הלכה למשה מסיני".

3. "תורה שבכתב", "תורה שבעל-פה" - מהם?

כפי שהבחנו ישנם שני מקורות ראשיים. ספר התורה הכתוב המכיל חמשת חומשי תורה: בראשית, שמות, ויקרא, במדבר ודברים וזוהי – "תורה שבכתב"; והמסורת היהודית שאינה כתובה בספר התורה היא במקורה נמסרה מפה לפה ללא תיעוד בכתב והיא המכונה – "תורה שבעל-פה".

אף שספר התורה נראה לנו אי יציב בתוך המולת החיים, וספר התורה עם ספרי הנביאים (יהושע, שופטים, שמואל, מלכים, ישעיהו, ירמיהו, יחזקאל, תרי עשר [=הושע, יואל, עמוס, עובדיה, יונה, מיכה, נחום, חבקוק, צפניה חגי, זכריה מלאכי]) וספרי הכתובים (תהלים, משלי, איוב, חמש מגילות [=שיר השירים, רות, איכה, קהלת ואסתר] איוב, דניאל, עזרא, נחמיה ודברי הימים) מקיים את ספרי המקרא המכונה תנ"ך - "ספר הספרים הנצחי" של עם ישראל, מבחינה היסטורית היו תמורות רבות בתהליך "הרכבת" ספרי המקרא. לצד הספרים

המכונים "כתבי הקודש" היו ספרים רבים שרווחו בתקופת המקרא ולאחר מכן. הנה בספר במדבר נזכר "על כן יאמר בספר מלחמות ה'" – כלומר יש ספר "מלחמות ה'", ספר זה היכן הוא? בספר דברי הימים מוזכר ספר המכונה "דברי הימים למלך דויד" היכן ספר זה? בתקופת בית שני אנחנו מוצאים ספרים "ספר היובלים" "ספר בן סירא" ואחרים. ספרים אלה שמנינו למרות קדמותם אינם נמנים על ספרי התנ"ך. תהליך "הקדשת" ספרי התנ"ך והפיכתם ל"כתבי הקודש" נקרא "קנוניזציה". כלומר הייתה הכרעה שחלק מן הספרים הם שייכים לתנ"ך, היינו, ל"כתבי הקודש" וחלק – לא. אלו שלא נכנסו ל"כתבי הקודש" הפכו להיות יחד עם ספרים אחרים, מאוחרים יותר, לאוסף של "ספרים חיצוניים". כמובן שחלק מן הספרים שהוצאו מן הקאנון אבדו ואין לנו זכר מהם, חלקם נשתמרו בשפות זרות בלבד, בעיקר ביוונית, ותורגמו במאה הקודמת לשפה העברית. אך גם הספרים שהפכו ל"כתבי הקודש" עצמם לא היו נקיים מספקות ועל חלק מהם, כמו ספר יחזקאל, שיר השירים, קהלת, משלי ואסתר נאמר שההכרעה בהם אם לשייכם לתנ"ך, הייתה קשה והיו מי מחכמי התנאים והאמוראים שקראו שלא לכלול אותם ב"כתבי הקודש". על-כך נעמוד בהמשך.

מעבר למקרא הכתוב אמרנו שהייתה נוכחות של מסורת שאינה כתובה שביארה את הכתוב, תמכה והוסיפה מעבר לכתוב. אך מימיהם של "בני הגולה" בתקופת "עולי ציון" של ראשית הבית השני, אנו מוצאים העצמה של המסורת שבעל-פה. לפי הכתוב בספר עזרא, עלה עזרא הסופר (=סופר, כותב ספרי תורה; =מתורגמן של כתבי הקודש מעברית לארמית) לירושלים "כיד אלוהיו הטובה עליו; כי עזרא הכין לבבו לדרוש את תורת ה' ולעשות וללמד בישראל חוק ומשפט" (עזרא, ז, ט-י). הנה עזרא מכין "חוק ומשפט" באמצעות "דרישה". לאחר מכן קוראים ראשי העם לכל העם לאסיפה התקיימת בירושלים בעיצומו של חג ראש השנה, ושם מצווה עזרא הסופר: "להביא את ספר תורת משה אשר צוה ה' את ישראל". ועזרא הסופר קורא לפני העם: "על מגדל עץ אשר עשו לְדָבָר... היינו, כשהוא עומד על "מגדל עץ" ושם בהמשך מתואר: "ויפתח עזרא הספר (=ספר תורה) לעיני כל העם, וכפתחו (=בשעה שפתחו) עמדו כל העם... היינו, הקריאה, מתוך ספר התורה. אך זו לא הייתה סתם קריאה, אלא הכתוב מבאר: "ויקראו בספר בתורת האלוהים מפורש ושום שכל, ויבינו במקרא". (נחמיה, ח, ח). היינו, עזרא לא רק קורא, אלא "מבין", וכיצד בא לידי בינה במקרא? על ידי טכניקה של "מפורש ושום שכל". כלומר לא הקריאה הפשוטה היא העיקר, אלא הבינה, והבינה באה באמצעות "פירוש". אבל הפירוש אינו טכני או פילולוגי אלא של "דרישה" היינו פרשנות תכליתית לשם השגת מטרה מסוימת, פתרונה של בעיה שהתעוררה ואין בכתוב במקרא כפשוטו משהו שיכול לענות. באמצעות "המדרש" אפוא מפקיעים את הפסוק שבתורה מאופיו הפשטני והלשוני הלאקונית ונותנים בו כוונה פנימית שאינה משתמעת על פניה, והכל בכדי להוציא מהפסוק הלכה חדשה. זוהי בעצם אינטרפרטציה יוצרת.

ואכן מאז עזרא הסופר היה לימוד התורה נעשה באמצעות של "מדרש". היינו, היו קוראים פסוק במקרא, ו"דורשים" אותו, היינו, היו לומדים ממנו כדי "להוציא ממנו הלכות חדשות". מאחר שלא היו אז ספרים במובן של היום כמו "חומשים", היו קוראים את פסוקי התורה מתוך ספר התורה עצמו והיו "דורשים" כלומר מוציאים ממנו "הלכות", כלומר נורמות משפטיות. דרך זו של לימוד ופרשנות נקראה בקיצור "מדרש הלכה". לימוד זה של פסוק מתוך ספר התורה שבכתב היה מלווה תמיד בפירוש יצירתי, לימוד של "דרשות" היה נעשה בעל-פה ולא הועלה בימים קדומים על הכתב. מאוחר יותר משהועלתה התורה שבעל-פה על הכתב הפכו אותם קטעי "דרשות" שנמסרו בעל-פה להיות טקסטים המכונים "מדרשי הלכה". רבים מהם אבדו ואלו שנשארו משמרים בתוכם את צורת הלימוד הזו שה"תורה שבעל-פה" העוקבת באדיקות, פסוק אחר פסוק, אחר ה"תורה שבכתב".

דוגמה אחת המוכרת לרבים שנשתיירה היא הדרשה על הפסוק ב **דברים**, טז, 3: "למען תזכר את יום צאתך ממצרים כל ימי חיידך". וכך מדרש ההלכה המוזכר גם בהגדה של פסח:

"אמר רבי אלעזר בן עזריה: הרי אני כבן שבעים שנה ולא זכיתי שתאמר יציאת מצרים בלילות. עד שדרשה בן זומא: 'מי חייך' – הימים; 'כל ימי חייך' – הלילות. וחכמים אומרים: 'מי חייך' – העולם הזה; 'כל ימי חייך' – להביא לימות המשיח.

כהסבר לחינויותו של "מדרש ההלכה" נביא דוגמא מודרנית מעין "מדרש חקיקה" ישראלי שנעשה על ידי שופטי בית המשפט העליון. מאז תחילת שנות השישים עסקו רבים בשאלה מי הוא הזכאי לפי חוק השבות, התש"י-1950, לעלות ארצה ולקבל אזרחות "אוטומטית", האם רק מי שההלכה מכריזה עליו כיהודי או גם מי שבעיני ההלכה האורתודוקסית אינו נחשב כיהודי. לאחר מספר פרשות שנידונו בבית המשפט, שאין עניינן כאן, נקבע "כי לעניין חוק זה, "יהודי" - מי שנולד לאם יהודיה או שנתגייר, והוא אינו בן דת אחרת". הסיפא מלמדת אותנו אפוא כי ייתכן ש"יהודי" לפי ההלכה לא יהא זכאי לעלות לפי חוק השבות, אם הוא "בן דת אחרת". הדבר היה מקובל אז על הציבור בישראל כי אדם כמו האח דניאל רופאיין, יהודי מלידה שהמיר דתו בנסיבות מיוחדות של השואה, לא יהיה זכאי אפוא לאזרחות מכוח חוק השבות, בשל הצטרפותו לכנסייה הקתולית. אך בפרשת שליט נ' שר הפנים התעוררה השאלה בדבר זכאותה של אישה הנשואה ליהודי מלידה ושילדה לו ילדים. אישה זו התגיירה שלא לפי ההלכה האורתודוקסית. דעת המיעוט למדה "גזירה שווה" מחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953 שקבע כי "עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם הייחודי של בתי דין רבניים" והרי שם ברור כי כוונת המחוקק היא להקנות סמכות לבתי הדין הרבניים רק על אותם אנשים המוכרים לפי ההלכה האורתודוקסית כיהודים, וכי כל מי שאינו "יהודי" לפי ההלכה האורתודוקסית לא תהא לבית הדין הרבני האורתודוקסי כל סמכות לדון בעניינו. המחוקק מונע אפוא "השלטת" בית הדין הרבני האורתודוקסי על מי שאינו יהודי לפי ההלכה האורתודוקסית, כשם שהוא מונע השלטת סמכות בית הדין הרבני על מי שאינו יהודי כלל. מאחר שכך, גם חוק השבות יפרש את המונח "יהודי" באותו אופן. זו הייתה דעת המיעוט, אך הרוב מבין השופטים בהרכב המורחב, סבר לחלק בין המובן ה"יהודי" של חוק שיפוט בתי דין רבניים שמטרתו להחיל את דיני הנישואין והגירושין הדתיים על כל מי שבא בשעריו, כפי שנאמר שם: "נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה", לבין חוק לאומי שמטרתו להכיר בזהות יהודית ללא עניין דתי בהכרח ועל-כן גם אדם שהתגייר בגיור קונסרוטיבי או ריפורמי נחשב כ"יהודי". ניתן אפוא לראות בפרשנות היצירתית של המונח "יהודי" בחוק השבות מעין "מדרש הלכה" היינו הסקת משמעות שונה מהמילה המפורשת. לדעת הרוב בפרשת שליט, ניתן להוכיח כי "יהודי" בחוק השבות אינו רק "יהודי" לפי ההלכה האורתודוקסית מסעיפי חוק השבות עצמם המעניקים אזרחות אוטומטית, גם לילד ולנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבן-זוג של ילד ושל נכד של יהודי" אף על פי שהם בוודאי אינם יהודים.

"דרישת" הפסוקים כדי להסיק ממנה הלכה חדשה יוחסה לפי חכמים, כבר לפני עזרא הסופר, ממש כהלכה מקראית. הנה הפסוקים בספר דברים, טז, ח - י:

"כי יפלא ממך דבר למשפט, בין דם לדם בין דין לדין ובין נגע לנגע, דברי ריבת בשעריך, וקמת ועלית אל המקום אשר יבחר ה' אלהיך בו. ובאת אל הכהנים הלויים ואל השפט אשר יהיה בימים ההם, ודרשת והגידו לך את דבר המשפט. ועשית על פי הדבר אשר יגידו לך מן המקום ההוא אשר יבחר ה' ושמרת לעשות ככל אשר ירוך."

נדרשה במשנה סנהדרין, יא, ב:

...שלושה בתי דינים היו שם: אחד יושב על פתח הר הבית, ואחד יושב על פתח העזרה, ואחד יושב בלשכת הגזית. באים לזה שעל פתח הר הבית, ואומר: כך דרשתי וכך דרשו חברי, כל למדתי וכך למדו חברי. אם שמעו אומרים להם; ואם לאו, באין להם לאותן שעל פתח העזרה, ואומר: כך דרשתי וכך דרשו חברי, כך למדתי וכך למדו חברי. אם שמעו, אומרים להם; ואם לאו, אלו ואלו באים לבית דין הגדול שבלשכת הגזית, שממנו יוצאת תורה לכל ישראל ...

4. התפתחותה של התורה שבעל-פה

מסורת הלימוד שהתעצמה בתקופת עזרא הסופר הלכה ונמשכה מאז והייתה אבן הראשה במה שנקרא "לימוד התורה". אם רצה אדם או ציבור לדעת את צו אלוהים הכתוב בתורה היה הולך לחכם התורה והוא היה "דורש" את הפסוק כעין חומר ומוציא ממנו הלכות חדשות. חיי הדת נוהלו בקהילה היהודית של תחילת ימי בית שני על-ידי שלטון אוליגרכי באמצעות "מועצת הזקנים" בראש מועצת הזקנים עמד הכהן הגדול ממשפחת צדוק. לאט לאט התפתחו פה בארץ ישראל שלוש מסורות של תורה שבעל-פה. יוספוס פלאוויוס (הוא יוסף בן מתתיהו ממשפחת כוהנים שנמנה בהתחלה מראשי המורדים, ולאחר מכן מסר עצמו לרומאים והפך להיות סופר חצר רומי הכותב על היהודים) כותב בספרו "מלחמות היהודים" כי היו כאן שלוש כתות: הצדוקים, הפרושים והאיסיים. כדי לקרב את עולם היהדות לקוראיו הרומאים וההליניסטים שָׁוה יוספוס פלאוויוס את הכתות הללו לאסכולות פילוסופיות שפעלו היוון העתיקה.

לענייננו, לכל כת הייתה מסורת משלה. הצדוקים היו המיוחסים בעם והשתייכו למעמד הכוהנים. בני אותה כת טענו כי הם המסורת האמיתית של היהדות, אם כי רבים מהם נמשכו אחר תורת יוון ולסמלים החיצוניים של תרבותם. לדעתם היה צריך לכתוב כל חוק שהוא מחוץ למסגרת המקראית. חוק שהוא "בעל פה" בלתי כתוב – אינו מחייב. כך היה נהוג במושבות ההליניסטיים, לכתוב חוקים ולאייין תוקפו של כל חוק שאינו כתוב. מסורת שלהם שהועלתה על כתב נקראת "ספר הגזרות".

כנגדם, הפרושים היוו את רוב המעמד הבינוני והנמוך נוהלו על-ידי חכמי הפרושים. מסורתם הייתה בעל-פה ואפילו היה איסור דתי להעלותו על הכתב. רוב העם נהה אחריהם, ויוספוס פלאוויוס מתאר את כוחם של החכמים והשפעתם על רוב העם. הם היו "דורשים שלום לכל העם" לעומת הצדוקים ש"קשים לאחיהם ומקבלים את פני חבריהם בכעס כאלו היו נוכרים עליהם". יוספוס מציין ש"כל כך גדול כוחם אצל ההמון שאפילו אומרים דבר שהוא נגד המלך ונגד הכהן הגדול מיד מאמינים להם".

האיסיים, היו קבוצות של מתבודדים, הם פרשו מפולחן בית המקדש וראו עצם "בני אור" הנלחמים עם "בני החושך". – הם הרשעים מכתות אחרות.

נביא כמה מסורות חלוקות של הכתות הללו.

1. **שאלת הבחירה החופשית:** בעוד שהצדוקים כפרו בתחיית המתים ובמושג של הישארות הנפש כחלק מן השכר והעונש, הפרושים ראו באמונה בעולם הבא ובהישארות הנפש עיקר העיקרים. בתלמוד נזכר שמי שכופר בתחיית המתים ובעולם הבא הוא עצמו נחשב כופר בעיקר ואין לו חלק בעולם הבא. מתוך התלמודים אנו מבינים את הפולמוס העקרוני בעניין. כך גם עולה מכתבי הברית החדשה.

יוער כי התלמודים הם דבריהם ותורתם של חכמי ישראל הפרושיים ותורתם – התורה שבעל-פה היא לפי המסורת הפרושית. דא עקא, לפעמים מופיעים כתבי פולמוס שונים בין צדוקים לפרושים ומתוך הדברים ניתן ל"שחזר" את עמדת הצדוקים.

2. **"וספרתם לכם ממחרת השבת" – מה זה? בתורה אין תאריך קלנדרי לחג השבועות אלא תאריך תלוי נעלם "חמישים יום מיום הביאכם את עומר התנופה".** אך חמישים יום מתחילים "ממחרת השבת" והשאלה למה הכוונה האם למחרת החג הראשון של פסח, כפי שסברו הפרושים, או – כפי שסברו הצדוקים – למחרת השבת (הרגילה) הבאה לאחר חג הפסח (כמו שנהוג כיום בארצות מערביות יום א' הראשון לחודש מסוים). מחלוקת זו לא נפתרה ומאחר שהחגים הלכו לפי תיארוך השנה היהודית שהוא לפי מולד הירח, עליו מעידים עדים לפני

הסנהדרין בטקס המכונה "קידוש החודש" - היו הצדוקים עושים כל דבר כדי לשכנע את חכמי הפרושים לקבוע את חודש ניסן ביום שמוצאי החג יהא מ"מחרת השבת". כשראו חכמי הסנהדרין הפרושיים את מעשי הרמאות התקינו תקנה שאין מקבלין עדות אלא מפי המכרים. ואם לא מכירים את העד, הוא העד, חייב להביא עדים מוכרים שיעידו על כשרותם.

3. ניסוך המים בחג הסוכות: בתורה נזכר כי ליד מעשה הקורבנות יש חובה להקריב "נסך יין" (למעט קרבנות חטאת) את הנסך היו שופכים בתוך חור מיוחד ברחבת המזבח. אך חכמי הפרושים הביאו מסורת שבעל-פה שבחג הסוכות יש להקריב "נסך מים". הצדוקים לא ראו בזה כל מצווה אלא בקשה טורדנית. מאחר שהכוהנים היו צדוקים היה חשש שהכהן לא יעשה נסך מים ולכן כל כהן שעמד לנסך מים על המזבח היו אומרים: הגבה ידך, שפעם אחת ניסך אחד על הגליו ורגמוהו כל העם באתרוגיהם".

4. ריבוי נשים: בתורה אין איסור על אדם לשאת יותר מאישה אחת. רק המלך מוגבל לשאת עד שמונה-עשרה נשים, אך ההדיוט, שאינו מלך, יכול לשאת כמה נשים שהוא רוצה ובלבד שיספק לכל אישה את "שארה כסותה ועונתה". בכלל זה חייב לספק לכל אישה מנשיו מדור (=מגורים) נפרד (אסור לגור בהרמון). צריך ל"אזן" את התמונה כי לפי ההלכה היהודית המלך מותר בפילגשים, ואילו ההדיוט, לפי רוב שיטות הראשונים, אסורות לו בכלל. הפילגש היא אישה המיועדת לאיש מסוים אך מבלי ה"זכויות הסוציאליות" שלה, היינו חיובי המזונות והכתובה למיניהן.

מהיכן נלקח המספר שמונה עשר? מדויד המלך. כלומר, במקרא אין אנו מוצאים אישים רבים שיש להם יותר מאישה אחת. במדרש אף נאמר, שכשם שלאדם הראשון הייתה אישה אחת היא חווה, כך צריך לנהוג כל בן-אנוש. הבעיה מתחילה עם אישים מפורסמים שהמקרא מעיד עליהם שנשאו כמה וכמה נשים. על יעקב מאבות האומה, שנשא ארבע נשים שתיים מהן אחיות (דבר שהוא לפי התורה בספר ויקרא באיסור כרת) כבר נאמר ש"אין למדין קודם מתן תורה". היינו ההתנהגות של אבות האומה לא הייתה על-פי ההלכה היהודית ממש, שכן עד אז לא ניתנה התורה. במדרשים מדגישים כי לכל בן של יעקב, שלימים היה שבט מישראל, נולדה אחותו עימו ולה נישא. גם דינה שנולדה עצמאית ושנאנסה על ידי שכם בן חמור, נישאה לשמעון אחיה. לעומת אבות האומה שמלפני מתן תורה, מלכי ישראל, השופטים והנביאים כולם נהגו כיהודים מאמינים ושמרו את התורה כולה, על-כן אם דויד המלך נשא בימי חייו שמונה עשרה נשים סימן שהדבר מותר על-פי ההלכה. התלמוד מביא דרשות שונות שאין להם מקום בכתובים כפשוטם. אך חכמי הלכה הפרושים לא ראו בנשות דויד המלך המרובות כל מכשלה (אחת מהן הייתה אשתו של מלך נכרי שנלחם בישראל ודויד המלך שכבש אותו ואת ארצו לקח אותה ממנו בתורת "אשת יפת תואר" והוליד ממנה בת בשם תמר). אפילו מעמדה של אבישג השונמית שיעצו לדויד לקחתה שתהיה עימו "וחם לאדוני המלך", דן התלמוד האם הייתה נשואה לדויד או פילגש עימו ותולה את הפיתרון לשאלה בשאלה אחרת: האם כשאבישג שימשה את המלך היו לו 18 נשים או שכבר התאלמן מאחת מהן? עד כאן המסורת הפרושית באשר לריבוי נשים ומעמד המלך

אך חיבור אנונימי בשם "באי הברית החדשה בארץ דמשק" המכונה בלשון החוקרים "ברית דמשק", שנתגלה בגניזה הקהירית ולימים נתגלו לו מקבילות במגילות הגנוזות בקומראן ובנחל חבר, מייצג את ההלכה שרווחה בכתות ים המלח לגבי "תורת משה". לדעת מחבר "ברית דמשק" מתנגדיהם של בני כיתתו (הכוונה לפרושים) "נתפסים בעוון זה" – היינו בחטא של ריבוי נשים. "ועל הנשיא?" ממשיך בעל ברית דמשק ושואל: האיך דויד נשא יותר מאישה אחת הרי כתוב "לא ירבה לו נשים"? עונה הוא: "ודויד המלך לא קרא בספר התורה החתום אשר היה בארון, כי לא נפתח בישראל מיום אלעזר ויהושע".

אם ניקח בחשבון שכתות ים המלח השפיעו על כתות שונות איזוטריות כמו של יוחנן המטביל שהשפיע על ישו והנוהים אחריו, הרי לנו מקור בלתי אמצעי למונוגמיה הנוצרית.

ו. מקורותיה הספרותיים של התורה שבעל-פה

שם התקופה	זמנה	מקומה	אישים בולטים	ספרות התקופה	פרטים מידעיים נוספים
משה רבנו	?	מדבר סיני	משה, אהרון ו-70 הזקנים	תורה שבכתב	בראשית, שמות, ויקרא, במדבר, ודברים
נביאים	מתקופת משה עד שיבת ציון	בעיקר ארץ ישראל	יהושע בן נון שופטים, מלכים ונביאים	ספרי נביאים	יהושע, שופטים, שמואל, מלכים (נ. ראשונים) ישעיהו, ירמיהו, חזקאל, תרי עשר (ג. אחרונים)
אנשי כנסת הגדולה חכמי הזוגות	משיבת ציון עד 200 לפנה"ס	ארץ ישראל	עזרא הסופר, נחמיה ושמעון הצדיק	כתובים, ספרים חיצוניים ותרגום השבעים	עזרא, נחמיה, דניאל, דברי הימים, המקבים, היובלים, בן סירא, יהודית וכדומה
התנאים	200 - 30 לפנה"ס	ארץ ישראל	אנטיגונוס איש סוכו, שמעיה ואבטליון, הלל ושמאי	מדרשי הלכה משנה ברייתא (חיצונית) תוספתא	הראשון מ"הזוג" כיהן כנשיא והאחרון כאב"ד. סוף ימי בית שני.
האמוראים	0 - 250 לספירה	ארץ ישראל ובבל	ר' יוחנן בן זכאי, ר' שמעון בן גמליאל, רבן גמליאל, ר' אליעזר בן הורקנוס, ר' עקיבא ר' שמעאל, ר' יהודה הנשיא (רבי)	תלמוד ירושלמי תלמוד בבלי	מכילתא (שמות) ספרא (ויקרא) ספרי (במדבר דברים) קבצים (סדרים): זרעים, מועד, נשים, נזיקין, קדשים וטהרות (זמ"ן נק"ט).
הגאונים	250 - 475 לספירה	ארץ ישראל ומצרים	ר' יוחנן וריש לקיש, רב ורבא, רבינא ורב אשי	ספרות הגאונים נמצא בקבצים חלקם מקוטעין. חלק גדול מן ה"גניזה".	הלכות תנאיות שלא נכנסו למשנה. משוקעים בתלמודים. קובץ הלכות תנאיות העוקב אחר סדרי המשנה ומשלים אותם. כל הספרות הנ"ל כתובה עברית עם השפעה חזקה של יוונית וארמית.
הראשונים	589 (657) - 1040 לספירה	בבל, ארץ ישראל ומצרים	רב סעדיה גאון, רב שרירא גאון ורב האי גאון	פירושים למקרא ולתלמוד, תשובות לשואלים בהלכה, קבצי הלכה (הלכות קצובות, הלכות גדולות) וספרי עזר (ספר השטרות)	עוקב לסדרי המשנה. ארמית סורית בלולה בעברית כנ"ל, ארמית בבלי
הראשונים	1040 - 1492 בערך	ספרד, פרובאנס, אשכנז	ר' יצחק אלפסי (הרי"ף), ר' משה בן מיימון (רמב"ם), ר' אב"ד, המאירי, רבנו גרשם מאור הגולה, ר' שלמה יצחקי (רש"י), בעלי התוספות (כמו רבנו תם), ר' שלמה בן אדרת (הרשב"א), רבנו אשר (רא"ש), ר' יעקב בר אשר	ספרי פירושים וחידושים ספרות פסיקה ספרות התשובות ספרי עזר מוני המצוות	פירוש משניות לרמב"ם, בית הבחירה למאירי, תוספות ותוס' הרא"ש. הלכות הרי"ף, משנה תורה לרמב"ם, פסקי הרא"ש, ארבעה טורים. תשובות הרי"ף, תשובות פאר הדור (רמב"ם), תשובות הרא"ש. ה"ערוך", ספרות המנהגים. ספר המצוות לרמב"ם, החינוך, ספר מצוות גדול, ספר היראים
האחרונים	1492 - עד היום	השתייכות אתנית: ספרד, אשכנז, מזרח, איטליה וישראל	ר' יוסף קארו, ר' משה איסרליש (רמ"א), ר' אליהו מזרחי, ר' שבתאי כהן (ש"ך) ר' אליהו מילנא (הגר"א) ר' עקיבא אייגר, ר' משה סופר. ר' יצחק אלחנן ספקטור, הנצי"ב מוולוז'ין, ר' ישראל מאיר	ספרי פירושים וחידושים ספרות הפסיקה ספרות התשובות	על המקרא, על התלמודים ועל ספרות הפסיקה. "בית יוסף" ו"דרכי משה" (על הטור) ביאורי והגהות הגר"א (על הש"ס וש"ע). ובדורנו "דברות משה" (לר"מ פיינשטיין על הש"ס), "חזון איש". שולחן ערוך עם ה"מפה", "חיי אדם" קיצור שולחן ערוך, שולחן ערוך הרב (לרש"ז מלאדי) "ערוך השולחן", "כף החיים". תשובות רע"ק אייגר, "חת"ם סופר" ובדורנו: "הר צבי", "ישכיל עבדי", "אגרות משה", "יביע אומר", "ציץ אליעזר", פסקי הדין של בתי הדין הרבניים (פד"ר).

<p>אנציקלופדיה תלמודית, תורה שלמה (לר' מנחם כשר), אוצר הפוסקים (על שר"ע אבן העזר) דקדוקי סופרים (על הש"ס), קוקורדנציות ומילונים פרויקט השו"ת (המאגר הממוחשב) ש"ס מבואר (שטיינזלץ, בן שמן), רמב"ם לעם (רבינוביץ).</p>	<p>ספרות עזר</p>	<p>הכהן מראדין ה"חפץ חיים" כיום: הרא"ה קוק, ר' אברהם ישעיהו קרליץ (ה"חזון א"ש) ר' עובדיה הדאיה, ר' עובדיה יוסף, ר' משה פיינשטיין, ר' פסח צבי פרנק ר' שלמה זלמן אויערבך, ר' אליעזר וולדנברג,</p>
<p>בימינו: משנה מהד' אלבק ילון, תוספתא מהדו' ר"ש ליברמן, פירוש המשניות לרמב"ם מהד' קאפח, תשובות הרמב"ם מהד' בלאו</p>	<p>הוצאות מדעיות של ספרות ההלכה</p>	

ז. מקורותיה המשפטיים של התורה שבעל-פה

כל שיטת משפט יש לה מקורות ספרותיים מיוחדים לה. אם ניקח את שיטת המשפט הישראלית הרי שהמקורות הספרותיים שלה (רשומות, פד"י, מאמרי מלומדים, תקליטורים) אינם זהים כלל מבחינת תוכנם וצורתם לשיטת המשפט האנגלי ואלה שונים מן שיטת המשפט במדינת ניו-יורק, למשל. אך כאשר מדובר במקורות המשפט יש כמעט זהות בין שיטות המשפט השונות: בישראל כמו באנגליה או בארצות הברית יש חקיקה, פסיקה, מנהגים, תקדימים וכן היגיון משפטי. אך גם שיטת המשפט העברי המבוססת על הלכות עתיקות קיימים מספר מקורות הזיהם לשיטות המשפט המודרניות שמנינו. המקורות הם:

1. המדרש
2. הקבלה
3. התקנות והגזירות
4. המנהג
5. המעשה והתקדים
6. הסברא

1. המדרש

סוג היצירה הראשון במעלה ודיברנו לעיל על התפתחותו בימי עזרא הסופר. המדרש אינו ביאור מילולי או לקסיקוני אלא דומה למושג *interpretatio* המוכר והחביב מן המשפט הרומי. היינו, חדירה לתוכן הפנימי של הכתוב כדי להוציא משם פתרונות לבעיות חדשות המתעוררות שאין להם פתרון בטקסט הגלוי. אמרנו שמאז עזרא הסופר והמשך בימי חכמי בית שני, ולאחריהם בימי התנאים והאמוראים נהגו להתבונן בפסוקי התורה ו"לדרוש", אך חכמי ישראל ייחסו את ה"דרישה" בפסוקים למצווה הכתובה בגלוי בתורה. את הפסוק בספר דברים (טז, ז): "כי יפלא ממך דבר למשפט, בין דם לדם ובין נגע לנגע דברי ריבות בשעריך. וקמת ועלית אל המקום אשר יבחר ה' בו ונבאת אל הכהנים הלוויים ודרשת והגידו לך את דבר המשפט" ביארו כך במשנה (סנהדרין, יא, ב): שלשה בתי דינים היו שם (בירושלים). אחד יושב על פתח הר הבית; ואחד יושב על פתח העזרה; ואחד יושב בלשכת הגזית. באים לזה שעל פתח הר הבית ואומר: כך דרשתי וכך דרשו חברי. אם שמעו אומרים להם, ואם לאו באים להן לאותן שעל פתח העזרה... היינו על-ידי "הדרישה" פותרים ספקות הלכתיים.

ה"דרשנות" של הפסוק אינה קפריזה אלא לפי מתודות מסוימות הנקראות "מידות", "דרישת" התורה היא לפי "המידות שהתורה נדרשת בהן". "מידות" הכוונה לדרכי פרשנות. כמה "מידות" הן שהתורה נדרשת בהן? ישנן כמה אסכולות הן לגבי מספר המידות והן לגבי תוכנן. שני בתי מדרש מפורסמים היו בזמן התנאים: דבי רבי ישמעאל (=בית רבי ישמעאל) ודבי רבי עקיבא (=בית רבי עקיבא). בכל אחת מהן דרשו את התורה, אבל יש הבדלים בין המתודות של הדרישה. למשל, רבי ישמעאל ובית מדרשו סברו ש"דברה תורה בלשון בני אדם". כלומר לא כל אמירה בתורה יש לה משמעות מיוחדת, לפעמים מילה חוזרת ומודגשת ללא שום כוונה מיוחדת. זהו הוא טיב השיח האנושי, לחזור ולכפול מה שכבר נאמר. על-כן אלוהים שנתן את התורה לבני האדם נתן

בלשון שיבינו אותה גם הוא חזר על מילים ללא כל צורך אמיתי. לא כן רבי עקיבא, הוא היה סבור שהתורה היא מדברת לא בלשון בני אדם ויש להבין כל מילה ומילה. הוא, רבי עקיבא, דרש כל אות ואות, כל תג ותג וכל קוץ וקוץ, כלומר, חיפש משמעות מיוחדת לכל מילה ומילה. גם מספר "המידות" שנוי במחלוקת: לפי רבי ישמעאל יש "שלוש עשרה מידות שהתורה נדרשת בהן" ולפי רבי עקיבא יש מעבר לכך (שלושים ושתיים). אך מעבר לטכניקה של "המידות" יש כאן רצון להגיע באמצעות "הדרשנות" לפיתרון מעשי של בעיה. אחת הדוגמאות הידועות (מסעודת ליל הסדר שם קוראים את ה"הגדה") היא אמירתו של רבי אלעזר בן עזריה שאמר:

"הרי אני כבן שבעים שנה ולא זכיתי שתיאמר יציאת מצרים בלילות עד שדרשה בן זומא: שנאמר 'למען תזכר את יום צאתך ממצרים כל ימי חיך': 'ימי חיך' – הימים; כל ימי חיך הלילות. וחכמים אומרים: 'ימי חיך' – העולם הזה; כל ימי חיך' – להביא לימות המשיח".

נראה אפוא שהדרשנות באה לפתור ספק שהתעורר במציאות דרך "דרישת הפסוק". אך השאלה היותר עמוקה מה קדם למה? או במילים אחרות האם המדרש "יוצר" (=קונסטיטוטיבי, בלשון משפטית) נורמה חדשה? או שמא המדרש "מקיים" "מצהיר" (=דקלרטיבי) על נורמה קדומה שרווחה בעם ומאושש אותה מן הפסוק? האם חכמי ישראל נשאלו שאלה ואז הלכו לפתור בעיה ותוצאת הדרשה היא יצירת נורמה משפטית מחייבת שלא הייתה קיימת עד אז; או שמא הייתה מסורת קדומה בעל-פה ובאו חכמים ו"גילו" לה מקור מפסוק בתורה? בעניין זה יש מחלוקת בין חכמי ההלכה וכן בין חכמי המחקר התלמודי והרבני: דעתם של מרבית הרבנים וחלק נכבד של החוקרים כי "המדרש יוצר", אבל חכם הלכתי בשם ר' יצחק אייזיק הלוי, בעל ספר "דורות ראשונים" סבור כי כל הדרשות הן רק "אסמכתאות" להלכה קדומה שרווחה אז, הא ותו לא מידי. היו חוקרים אחרים שראו את מקומה של הדרשה כעניין של תקופה. הייתה תקופה שהמדרש אכן "יצר" הלכות חדשות, והייתה תקופה שהמדרש רק העניק "אסמכתא הגונה" להלכה רווחת שהייתה שגורה בעם.

נלמד על "מידה" אחת, היינו מתודה שבה משתמשים:

הרי זה בא ללמד ונמצא למד (=היקש דו-צדדי)

דברים, כב, כה - כז:

ואם בשדה ימצא האיש את הנערה המארסה והחזיק בה האיש ושכב עמה ומת האיש אשר שכב עמה לבדו. ולנערה לא תעשה דבר אין לנערה חטא מות כי כאשר יקום איש על רעהו ורצחו נפש כן הדבר הזה. כי בשדה מצאה צעקה הנערה ואין מושיע לה.

בבלי סנהדרין, עג, ע"א:

'כי כאשר יקום איש על רעהו ורצחו נפש' וכי מה למדנו מרוצח. מעתה - הרי זה בא ללמד ונמצא לְמַד- מקיש רוצח לנערה המאורסה: מה נערה המאורסה ניתן להצילה בנפשו אף רוצח ניתן להצילו בנפשו. ונערה מאורסה גופה מנלן (= מנין לנו)? כדתנא (= כמו ששנה) דבי ר' ישמעאל. דתנא דבי ר' ישמעאל: 'ואין מושיע לה' הא יש מושיע לה - בכל דבר שיכול להושיע.

ספרי דברים, פרשה רמג (פינקלשטיין, 273):

... מלמד שכל אנוסים שבתורה פטורים ומצילים אותם בנפשם. אין לי אלא זה (רודף אחר נערה המאורסה - י.צ.ג.) מנין אף הרודף אחר חברו להרגו ואחר הזכור? תלמוד לומר: 'כן הדבר הזה'. יכול אף הרודף אחר אחר הבהמה והמחלל את השבת והעובד עבודה זרה? תלמוד לומר: 'הזה' - זה בסקילה ואין כל אלו בסקילה.....'צעקה' - פרט לשאמרה הנח לו...

דרך מדרש ההלכה מבוארות הסוגיות הבאות:

בא במחותרת, רודף וקנאים פוגעין בו

1) שמות, כב, א – ב: אם במחותרת ימצא הגנב והפה ומת אין לו דמים: אם זרחה השמש עליו דמים לו

2) פירוש של. גורדון: אם במחותרת ימצא הגנב – בלילה, אין לו דמים – אין על הורגו עוון שפיכת דמים כי שודד לילה מוכן גם לרצוח נפש, ו"הבא להרגך השכם להרגו. אם זרחה השמש עליו – אם נתפס ביום, בשעה שהשמש זורחת ויכול בעל הבית לקרוא לעזרה, דמים לו – יש להרגו חטא שפיכת דמים, רוצח הוא ...".

3) תוספתא סנהדרין פרק יא, הלכה ט: "הבא במחותרת: אם בא להרוג מצילין אותו בנפשו. בא ליטול ממון – אין מצילין אותו בנפשו. ספק בא להרוג ספק בא ליטול ממון אין מצילין אותו בנפשו, שנאמר 'אם זרחה השמש עליו דמים לו'. וכי עליו בלבד חמה זורחת והלא על כל העולם כולו זורחת? אלא מה זריחת השמש שלום הוא לעולם, כך הן כל זמן שאתה יודע שיש שלום הימנו, בין ביום ובין בלילה, אין מצילין אותו בנפשו".

4) בבלי סנהדרין, עב, א (תרגום): אמר רבא: מה הטעם של 'מחותרת'? חזקה אין אדם מעמיד עצמו על ממונו, וזה (הבא במחותרת) אמור אמר: 'אם אלך יעמוד נגדי ולא יניח לי, ואם יעמוד נגדי אהרגנו', והתורה אמרה: אם בא להרגך השכם להרגו'.

5) ירושלמי סנהדרין, פרק ח, הלכה ח (תרגום): שנה רבי חייא: במחותרת- אין לו דמים, חוץ למחותרת – יש לו דמים. שנה ר' שמעון בן יוחאי: אפילו חוץ למחותרת – אין לו דמים, לפי שממונו של אדם חביב עליו כנפשו, יתחמם וכשהגנב הולך רוצה בעל הבית לקחת הממון הגנוב ממנו ואז עומד הוא בפני הגנב. ואז הגנב הורגו. רב הונא אמר: נטל הכיס והפך את פניו לצאת והלך לו ועמד עליו והרגו – אין ההורגו נהרג. מה הטעם של רב הונא? 'כי יחס לבבו'.

6) בבלי סנהדרין, עב, ב: "תניא אידך: 'מחותרת' אין לי אלא מחותרת, גגו, חצירו וקרפיו מנין? תלמוד לומר 'מצא הגנב' מכל מקום. אם כן, מה תלמוד לומר 'מחותרת'? מחותרת זו התראתו.

7) פירוש רש"י, שם (תרגום חופשי): מחותרת זו היא התראתו. שאין צריך התראה אחרת אלא הורגו מיד מכיוון שטרח (הגנב) ומסר נפשו לחתור על דעת כן חתר ש'אם יבוא נגדי אהרגנו'. ואמרה תורה כיוון שרודף הוא אין צריך התראה אלא מצילין אותו בנפשו. אבל נכנס לחצרו וגגו דרך הפתח אינו הורגו עד שיתרו בו בעדים 'ראה (בעל הבית) רואה שאתה עומד נגדו ולכן הוא עומד להרגך' וזה (הגנב) יקבל עליו התראה ... אבל בלא התראה לא. שאולי לא בא הגנב על מנת להרוג אלא מצא פתח מזדמן לפניו ונכנס על דעת כן שאם בעל הבית יעמוד נגדו ינוס ויצא.

8) רמב"ם, הלכות גניבה, פרק ט הלכה ח, יא – יב: "ואחד הבא במחותרת או גנב שנמצא בתוך גגו של אדם או בתוך חצרו או בתוך קרפיו בין ביום ובין בלילה. ולמה נאמר 'מחותרת'? לפי שדרך רוב הגנבים לבוא במחותרת בלילה.

וכן הגנב שגנב ויצא, או שלא גנב ומצאו יוצא מן המחותרת הואיל ופנה עורף ואינו רודף – יש לו דמים. וכן אם הקיפוהו בני אדם או עדים אע"פ שעדיין הוא ברשות זה שבא עליו – אינו נהרג. ואין צריך לומר אם בא לבית דין שאינו נהרג. וכן הבא לתוך גינתו או לתוך שדהו או לתוך הדיר והסהר – יש לו דמים".

9) בבלי סנהדרין, שם, א – ב (תרגום): שנו חכמים: " ... 'אם זרחה השמש עליו' וכי השמש עליו בלבד זרחה? אלא אם ברור לך הדבר כשמש שאין לו שלום עמך הרגהו, ואם לא אל תהרגהו. תניא אידך: ... וכי השמש עליו בלבד זרחה? אלא אם ברור לך כשמש שיש לו שלום עמך אל תהרגהו, ואם לא – הרגהו.

קשה סתם על סתם?? לא קשה. כאן באב על הבן. כאן בבן על האב. אמר רב כל מי שיבוא עלי במחותרת אני הורגו חוץ מרב חנינא בן שילא. מה הטעם? אם משום שצדיק הוא, הרי בא במחותרת?! אלא משום שברור לי שמרחם עלי כרחם אב על הבן. (בירושלמי משיבים לרב: אמר רב יצחק: מכיוון שבריא ליבו לעשות מעשה כזה (לבוא במחותרת), אין זה חנינא בן שילא).

10) פירוש רש"י, שם, ב, (תרגום): באב על הבן במחותרת מספק אל יהרגהו בנו שודאי רחמי האב על בנו ואפילו הוא מציל ממנו – לא יהרגהו. לכן 'דמים לו' עד שיוודע לך כשמש שהוא אכזרי

עליך ושונאך. בן על האב, וכל שכן כל אדם אחר הרגוהו מספק ... עד שיודע לך כשמש שהוא רחמני עליך כאב על הבן.

(11) **משנה סנהדרין, ת, ז:** ואלו הן שמצילין אותם בנפשן: הרודף אחר חברו להרגו, אחר הזכור ואחר הנערה המאורסה. אבל הרודף אחר הבהמה, והמחלל את השבת, והעובד עבודה זרה – אין מצילין אותן בנפשן.

(12) **רש"י, שם, ואלו שמצילין אותן מן העבירה. בנפשן** ניתנו ליהרג לכל אדם כדי להצילן מן העבירה. אבל הרודף אחר בהמה לרבעה והרוצה לעבוד עבודת כוכבים ולחלל שבת וכל שכן שאר כריתות ומיתות ב"ד שאינן עריות דלא ניתן להצילו בנפשו אלא מדבר שהוא ערווה ויש בה קלון ופגם לנרדף כגון זכר ונערה המאורסה

(13) **רמב"ם, רוצח ושמירת הנפש, א, ז:** ... ואם יכולים להצילו באבר מאברי הרודף כגון שיכו אותו בחץ או באבן או בסיף ויקטעו את ידו או ישברו את רגלו או יסמו את עינו – עושין. ואם אינן יכולין לכוון להצילו אלא אם כן הרגוהו לרודף – הרי אלו הורגין אותו אף על פי שלא הרג

(14) **משנה סנהדרין, ט, ו:** ... והבועל ארמית – קנאין פוגעין בו.

(15) **רמב"ם, אסורי ביאה, יב, ד:** כל הבועל כותית בין דרך חתנות בין דרך זנות אם בעלה בפרהסיא אם פגעו קנאין והרגוהו הרי אלו משובחין וזריזין. ודבר זה הלכה למשה הוא. ראייה לדבר זה, מעשה פנחס בזמרי.

(16) **במדבר פרק כה וישב ישראל בשטים ויחל העם לזנות אל בנות מואב: ויתקראן לעם לזבחי אלהיהן ויאכל העם וישתחוו לאלהיהן: ויצמד ישראל לבעל פעור ויחר אף ה' בישראל: ויאמר ה' אל משה קח את כל ראשי העם והוקע אותם לה' נגד השמש וישב חרון אף ה' מישראל: ויאמר משה אל שפטי ישראל הרגו איש אנשיו הנצמדים לבעל פעור:**
והנה איש מבני ישראל בא ויקרב אל אחיו את המדינית לעיני משה ולעיני כל עדת בני ישראל והמה בכים פתח אהל מועד: וירא פינחס בן אלעזר בן אהרן הכהן ויקם מתוך העדה ויקח רמח בידו: ויבא אחר איש ישראל אל הקבה וידקר את שניהם את איש ישראל ואת האשה אל קבתה ויתעצר המגפה מעל בני ישראל: ויהיו המתים במגפה ארבעה ועשרים אלף:
וידבר ה' אל משה לאמר: פינחס בן אלעזר בן אהרן הכהן השיב את חמתי מעל בני ישראל בקנאו את קנאתי בתוכם ולא כליתי את בני ישראל בקנאתי: לכן אמר הנני נתן לו את בריתי שלום: והייתה לו ולזרעו אחריו ברית כהנת עולם תחת אשר קנא לאלהיו ויכפר על בני ישראל: ושם איש ישראל המכה אשר הכה את המדינית זמרי בן סלוא נשיא בית אב לשמעוני:

(17) **בבלי סנהדרין, עה ע"א: ויקם מתוך העדה ויקח רמח בידו** – מיכן שאין נכנסין בכלי זיין לבית המדרש. שלף שננה, והניחה באונקלו, והיה נשען והולך על מקלו, וכיון שהגיע אצל שבטו של שמעון ... אמרו: הניחו לו, אף הוא לעשות צרכיו נכנס, התירו פרושין את הדבר. אמר רבי יוחנן: ששה נסים נעשו לו לפנחס: אחד – שהיה לו לזמרי לפרוש ולא פירש, ואחד – שהיה לו לדבר ולא דבר, ואחד – שכוון בזכרותו של איש ובנקבותה של אשה, ואחד – שלא נשמטו מן הרומח, ואחד – שבא מלאך והגביה את המשקוף, ואחד – שבא מלאך והשחית בעם. בא וחבטן לפני המקום, אמר לפניו: רבונו של עולם, על אלו יפלו עשרים וארבעה אלף מישראל? שנאמר ויהיו המתים במגפה ארבעה ועשרים אלף, והיינו דכתיב (תהלים ק"ו) ויעמד פינחס ויפלל, אמר רבי אלעזר: ויתפלל לא נאמר, אלא ויפלל – מלמד כביכול שעשה פלילות עם קונו.

(18) **בבלי סנהדרין, פב, א:** אמר רבה בר בר חנה אמר ר' יוחנן: הבא לימלך אין מורין לו. ולא עוד, אלא שאם פירש זמרי והרגו פנחס – נהרג עליו. נהפך זמרי והרגו לפנחס – אין נהרג עליו שהרי רודף הוא.

הערה: יש להתמצא בהבנת המקורות הללו (אין צורך לזכור את לשונן במדויק, רק הרעיונות שנלמדו מהם בשיעורים. לפירוש אלה היעזרו בנספח, הרצ"ב.

”...כי כאשר יקום איש על רעהו ורצחו נפש כן הדבר הזה...” - על הסימביוזה הדרשנית שבין עבירת הרצח לעבירת האונס

בפרשת הנערה המאורסה מבדיל המקרא בין הענשת האונס לבין חפותה של הנערה המאורסה הנאנסת, וכך נאמר¹:

”...ומת האיש אשר שכב עמה לבדו. ולנער' לא תעשה דבר אין לנער' חטא מות, כי אשר יקום איש על רעהו ורצחו נפש כן הדבר הזה. כי בשדה מצאה צעקה הנער' המארשה ואין מושיע לה.”

על פניו, אין כאן אלא הסבר לדבר שהוא די ברור בזמננו, אך לא היה מקובל בהרבה חברות עתיקות שאין אישום ללא כוונה פלילית. המקרא מנמק את פטורה מן העונש של האישה הנאנסת בהשוואה לעבירת הרצח, וכשם שבעבירת הרצח רק הרוצח חטא ומחויב בעונש, כך האונס את הנערה המאורסה בלבד מחויב בעונש. השוואת עניינה של הנערה המאורסה לעבירת הרצח היא פרשנית בלבד, דוגמת הפרשנות המקראית למצוות הסוכה, שביתת העבד בשבת, איסור אכילת גיד הנשה, איסור “לא ירבה לו נשים” המוטל על המלך, ועוד. גם הנימוק המשלים “צעקה הנער' המארשה ואין מושיע לה” אינו אלא נימוק המפריד בין דינה של הנערה הנאנסת “בשדה” לבין הפרשה הקודמת ש“מצאה איש בעיר ושכב עמה”. ששם נסקלת הנערה “על דבר אשר לא צעקה בעיר”.

ברם חכמי התורה החל מתקופת התנאים, דרשו מקרא זה שלא כפשוטו “כמין חומר” והוציאו מ”טעמא דקרא” זה הלכות עקרוניות רבות. אכן זו דרכם של חכמים בהרבה מקומות להוציא מקרא מדי פשוטו ולחדש באינטרפרטציה יוצרת הלכות חדשות. אך נראה שבפסוק זה, נשוא דיוננו, הגדילו עשו והפכוהו לאבן יקרת של “יסודות העבירה הפלילית” במשפטי התורה.

הכיכד?

ראשית, נקבע כי האונס את הנערה המאורסה לא רק שמחויב הוא בעונש מיתה מן התורה, אלא “ניתן להצילה בנפשו”, כלומר, מותר ואף מצווה לכל אדם הצופה מן הצד להמית את הזומם לאונס בכדי למנוע ממנו לבצע את זממו. קביעה זו היא מעשה אומנות של “דרשנות” ההופכת את הנימוק “צעקה הנערה ואין מושיע לה”² להוראה נורמטיבית של היתר לכל אדם להרוג את הזומם לאונס לפני שביצע האונס, וכלשונם: “ואין מושיע לה” - הא יש מושיע לה בכל דבר שיכול להושיע”.

אך חכמים הפליגו משם וקבעו שההיתר להרוג את את ה”רודף” אינו מיוחד לנערה המאורסה אלא הוא רחב וכולל גם עבירות אחרות. לעניין זה אין תימוכין כלל במקרא וחכמים “דרשוהו” מפסוק זה באחת מן המידות המכונה בלשונם: “הרי זה בא ללמד ונמצא למד” שתוכנה הוא היקש דו-צדדי, כפי שמנוסח בכמה מקומות:³ דבי רבי תנא: היקשא הוא ‘כי כאשר יקום איש על רעהו ורצחו נפש’ וכי מה למדנו מרוצח? מעתה הרי זה בא ללמד ונמצא למד. מקיש רוצח לנערה המאורסה. מה נערה המאורסה ניתן להצילה בנפשו אף רוצח ניתן להצילו בנפשו.

דרשנויות תנאיות נוספות העולות ממידה זו משוות בין יכולתה של הנערה המאורסה לגונן על עצמה לבין יכולתו של בעל-הבית לגונן על עצמו מפניו של “הבא במחתרת”⁴. הנה בעל המכילתא דבי ר’ ישמעאל

¹ דברים, כב, כה-כו.

² ועיינו מה שמסיק הירושלמי מפסוקים אלו בכתובות, פרק ג הלכה ט; סנהדרין, פרק ז הלכה יא.

³ בסנהדרין עג ע”א; שם, עד ע”א; פסחים, כה ע”ב; יומא, פב ע”ב. בספרי על ספר דברים, פסקא רמג (פינקלשטיין, 273) הגרסא שונה: “כי כאשר יקום איש על רעהו ורצחו נפש”, מלמד שכל אנוסים שבתורה פטורים ומצילים אותם בנפשם. אין לי אלא זה מניין אף הרודף אחר חברו להרגו ואחר הזכור? תלמוד לומר: ‘כן הדבר הזה’... ועל משמעות שינויי הגרסא כאן ולהלן נרחיב במקום אחר.

⁴ אף כי ה”בא במחתרת” הוא כביכול “מקרה פרטי” של דין “רודף אחר חברו להרגו” בו הנרדף עצמו לוקח חלק בהצלתו, ולא אדם שלישי אין לבלבל ביניהם. לאדם מן החוץ מותר להרוג את “הרודף אחר חברו להרגו” רק אם המעשה גלוי וברור, ה”בא במחתרת” כוונתו גלויה מעצם מעשהו - “מחתרתו זו היא התראתו”. את הרודף מותר להרוג רק אם התרה המציל בו והזהירו לבל ימשיך במעשהו, ורק אם

מרחיב את ההשוואה בין פרטי דיניהם של ה"בא במחותרת" ושל הנערה המאורסה על סמך ההיקש הדו-צדדי. וזה לשונו⁵: "רבי ישמעאל אומר, אתה אומר לכך בא [או לא בא אל] לחלק בין יום ללילה, לומר, אם הרגו ביום חייב, ובלילה יהא פטור? תלמוד לומר 'ולנערה לא תעשה דבר'...מה להלן לא חלק בו בין יום ללילה אף כאן לא תחלוך בין יום ללילה⁶. מה כאן אם קדמו והרגו פטור, אף להלן אם קדמה והרגתו - פטורה. ומה להלן היו לה מושיעין הימנו והרגתו חייבת, אף כאן היו לו מושיעין הימנו והרגו - חייב". במכילתא דר' שמעון בן יוחאי נאמר⁷: "...וכן הוא אומ' 'כי כאשר יקום איש על רעהו' וגומ' הרי זה כזה. מה זה ספק נפשות אף זה ספק נפשות...". אמור מעתה, כי אין ההיקש פרשני בלבד - לתת טעם לפטורה של הנאנסת - כפי העולה מהמקרא עצמו, אלא יוצר דוקטרינות כלליות של "הגנה עצמית" ושל "כוונה קונסטרוקטיבית" הנכונות הן לגבי נערה המאורסה והן לגבי עבירות רצח.

מעבר למפורש בספרות התלמודית עצמה, דומני שקיימים קשרים סמויים בין הרצח לבין הנערה המאורסה המבוססים על הסימביוזה הדרשנית נשוא דיוננו. ניקח את גבולותיה של הלכת רודף. במשנה נאמר⁸: "ואלו שמצילין אותם בנפשן: הרודף אחר חברו להרגו, אחר הזכור ואחר נערה המאורסה. אבל הרודף אחר הבהמה, והמחלל את השבת, והעובד עבודה זרה - אין מצילין אותם בנפשן". הפרדה זו אינה מובנת. שכן, אם כוונת הפגיעה ברודף היא בכדי להציל את הרודף עצמו מחטא דתי חמור, מדוע לא ניתן להרוג אדם שעומד לעשות מלאכה בשבת או לעבוד עבודה זרה או למשכב בהמה, שהרי כולן עבירות שעונשן מיתות בית-דין. ושמה תאמר, כי הכוונה בהיתר הפגיעה ברודף היא בכדי להציל את הנרדף מיד רודפו, מדוע מותר להרוג את הרודף אחר נערה המאורסה לאונסה שהרי היא אם תיאנס תהא פטורה מן העונש, ולא זו בלבד, לדעת רבי יהודה בתוספתא "אם אמרה הניחו לו - אין מצילין אותו בנפשו" אף-על-פי שבכך היא מעידה על עצמה כי עומדת היא לחטוא בניאוף ולהחטיא את "הרודף"?⁹ דומני אפוא שההפרש בין "הרודף אחר חברו להרגו", הרודף אחר נערה המאורסה וכן הרודף אחר הזכור לבין הרודף לעבור על עבירות חמורות אינו בשל חומרת העבירות עצמן אלא בשל הסכנה הנשקפת לנרדף. אם ברודף אחר חברו להרגו הסכנה של שלילת נפשו של הנרדף ברורה, הרי ההיתר לפגוע ברודף אחר הנערה המאורסה היא בשל החשש שהנערה תמסור עצמה למיתה ו"משום צנועות דמסרי נפשיהו" (שנאמר בהקשר אחר¹⁰). משום כך הקישו חכמים בין הרשות לפגוע ב"הרודף אחר חברו להרגו" לבין הרשות לפגוע ברודף אחר נערה המאורסה או אחר הזכור¹¹.

אך ההיקש הדרשני המפורסם ביותר העולה מפסוק זה הזה הוא כי הנאנס בגילוי עריות "י'הרג ואל יעבור". בבבלי סנהדרין מסר האמורא הארץ-ישראל ר' יוחנן משום רבו ר' שמעון בן יהוצדק כי "בעליית בית נתזה

לא היה "ניתן להצילו באחד מאבריו". בעל הבית המתגונן אינו חייב להתרות או להשתדל לפגוע רק באחד מאבריו, אם מפני שאדם בהול להציל עצמו, ואם מפני החשש לאיבוד יתרון ההפתעה מול ה"בא במחותרת". ועיינו בספרו של א' אנקר, **לעיל** הערה 115, 217-218 ובמאמרי **לעיל** הערה 47, 234-235; 251-253. ועיינו עוד: ד' הנשקה, "הבא במחותרת" ליחסו של המדרש לפשט "מגדים ז (תשמ"ט) 9 שבין היתר העביר את דעותיהם של גדולי התורה בנקודה זו תחת שבט ביקורתו והציע פתרון מקורי משלו.

⁵ פרשה יג (האראוויטץ-רבין, 293). מובא גם במדרש תנאים לספר דברים, כב, כו (הופמן, 143)

⁶ בעוד שבתורה קיים חילוק בין בעל הבית שמצא גנב "במחותרת" לבין "אם זרחה השמש עליו" שלפי פשוטו בין הימצאות הגנב בלילה לבין הימצאותו באור יום, דרשו חז"ל את השמש כמטפורה ל"שלום": וכך אמרו: "וכי השמש עליו בלבד זרחה והלא על כל העולם כולו זרחה? אלא מה שמש שלום בעולם, אף זה אם ידוע הוא שבשלום עמו והרגו - הרי זה חייב". לאמור, כל עוד אין וודאות ב"נקיין כפיו" של ה"בא במחותרת" מותר לנרדף להורגו. ועיינו עוד בבבלי סנהדרין, עב ע"ב.

⁷ אפשטיין-מלמד, 192

⁸ סנהדרין ח, ז.

⁹ זו בעצם שאלת התוספות, סנהדרין, עד ע"א, ד"ה "להצילו בנפשו" שלא יישב אותה.

¹⁰ עיינו בבלי כתובות, ג ע"ב.

¹¹ מאותה סיבה נקבע בתוספתא סנהדרין פרק יא, הלכה יא, (צוקרמנדל, 432) כי "אם הייתה אלמנה לכהן גדול גרושה וחלוצה לכהן הדיוט - אין מצילין אותו בנפשו". בירושלמי סנהדרין, פרק ח הלכה ט מוסף על אלה "...ממזרת ונתניה לישראל, בת ישראל לנתין וממזר - אין מצילין אותו בנפשו" שהרי כל אלה אינן עבירות חמורות בעיני עושיהן ואין סכנה לחייה של האישה. באותו מובן ניתן לפרש "נעשה המעשה - אין מצילין אותו בנפשו...ר' יודה אומר: אם אמרה הנח לו - אין מצילין אותו בנפשו, שאם ממחין הן על ידיו נמצאו באין לידי שפיכות דמים" מאחר שבכל אלו מתברר כי אין חשש שהאישה הנאנסת תמסור נפשה. יצוין שבבבלי סנהדרין עג ע"א מובאת מסורת סתמית שאינה מיוחסת לתנאים בו נלמד היקפו של דין רודף ממדרש המילים, בזה הלשון: "ולנערה לא תעשה דבר אין לנערה חטא מוות' נער - זה זכור; 'נערה' - זו נערה המאורסה; 'חטא' - אלו חייבי כריתות; 'מות' - אלו חייבי מיתות ב'ד. כל הני למה לי? צריכי. דאי כתב רחמנא 'נער' משום דלאו אורחיה אבל נערה דאורחא - אימא לא. ואי כתב רחמנא 'נערה' משום דקא פגים לה, אבל נער דלא קא פגים ליה - אימא לא. ...ולכתוב רחמנא 'חטא מות' ולא בעי נער ונערה? אין ה"ו, ואלא נער נערה? חד למעוטי עובד עבודת כוכבים וחד למעוטי בהמה ושבת... כפי שיראו המעיינים שם אין דרשות אלו תואמות דעות תנאים שונות בדבר היקפה של הלכת רודף. בליקוטי הדרשות שבליקוט שמעוני דברים רמז תקלג ובמדרש הגדול, דברים, כב, כו (מרגליות, עמ' תקז) מיוחסת דרשנות זו במפורש למר שמואל. עיינו בפירוש המשניות לרמב"ם, סנהדרין, ח, ז (קאפח, עמ' קל) כיצד שילב דרשה זו עם דרשת תנא דבי רבי.

בלוד נמנו וגמרו כל עבירות שבתורה אם אומרים לאדם עבור ואל תהרג יעבור ואל יהרג חוץ מעבודת כוכבים וגילוי עריות ושפיכות דמים". לפי ניסוחה של המסורת עולה במעורפל כי היא תנאית¹² מימים שבהם היה ניתן להכריע מחלוקות חכמים בנוסח של "נמנו וגמרו", אך כנראה לא הייתה לפני עורכי התלמוד מסורת ברורה מדוע "נמנו וגמרו" בשלוש עבירות אלו דווקא, והם מאששים את הכרעתם של חכמים בעליית בית נתזה בנימוקים מפורצים. את סיבתה של עבודת כוכבים תלו עורכי התלמוד במסורת המופיעה בבבלי תנאית בשם ר' אלעזר - בניגוד למסורת נוגדת בבבלי בשם ר' ישמעאל המצדדת "שיעבור ואל יהרג". לגבי עבירת שפיכות דמים תלו בסברא שאמר רבה לאותו אדם שבא לפניו "ואמר ליה: אמר לי מרי דוראי זיל קטליה לפלניא ואי לא - קטלינא לך. אמר ליה (רבה) לקטלוך ולא תיקטול מי יימר דדמא דידך סומק טפי, דילמא דמי דהוא גברא סומק טפי". ואילו את סיבתה של עבירת "גילוי העריות" תלו בתנא דבי רבי שדרש פסוק זה במידה של "הרי זה בא ללמד ונמצא למד", בזה הלשון: "ומקיש נערה המאורסה לרוצח: מה רוצח יהרג ואל יעבור, אף נערה המאורסה תהרג ואל תעבור" היקש זה מלבד היותו חלקי בלבד רק לגבי נערה המאורסה ולא לכל "גילוי עריות", כפי שיראה המעיין, אינו עומד בפני עצמו ונזקק להישען על סברה מאוחרת של האמורא רבא, סברא שאין לה כל זכר במשנת התנאים¹³.

דומה כי הראשונים לא עצרו מלכת ועל סמך המידה הדרשנית הזו של היקש דו-צדדי הרחיבו את הסימביוזה שבין עבירת הרצח לאונס והסיקו כי אין הציווי "יהרג ואל יעבור". אלא רק כאשר האילוץ הוא במעשה אך לא במחל. הרחבה זו כנראה הייתה נדרשת מאוד, תרתי משמע, בימיהם של בעלי התוספות שבם נשים נשואות היו נאנסות בצוק העתים. בין יתר השאלות נשאלו חכמי התקופה האם נשים אלו עברו על חטא דתי בכך שלא מסרו עצמם למות¹⁴. גם אסתר המלכה "גויסה" לדיון זה שלפי כמה מסורות בבבלי מגילה לא היתה באומנה אצל מרדכי ככת אלא כ"בית", כלומר כאשתו, וכפי שאומר רבה בר לימא "שהיתה עומדת מחיקו של אחשוורוש וטובלת ויושבת בחיקו של מרדכי (מחמת נקיות שלא תהא מאוסה לצדיק משכיבתו של אחשוורוש - רש"י)¹⁵. ופה שואלים בעלי התוספות¹⁶: כיצד לא מסרה אסתר את עצמה למיתה שהרי במעשיה עם אחשוורוש היה אפוא גילוי עריות שדינם "יהרג ואל יעבור"?

תימה דהוי ליה לאקשווי עריות הואי (=היה לו להקשות ש(אסתר) עריות היה? דרוצח ונערה המאורסה לכולי עלמא יהרג ואל יעבור? דקים להו דמהני טעם דקרקע עולם (=שברור להם שמועיל הטעם ש(אסתר) קרקע עולם) לעניין דלא מיחייבא למסור עצמה משום עריות דהא מרוצח ילפינן (=שהרי מרוצח למדנו) ורוצח גופיה (=גופו) כי מחייב למסור עצמו הני מילי קודם שיהרוג בידיים אבל היכא דלא עביד מעשה (=אבל היכן שלא עשה מעשה) כגון שמשליכין אותו על התינוק ומתמעך מסתברא שאין חייב למסור עצמו. דמצי אמר (=שיכול לומר), אדרבה, מאי חזית דדמא דחבראי סומקי טפי, דילמא דמא דידי סומק טפי כיוון דלא

¹² מתוך השוואת המקורות עולה כי הכרעת חכמים בעליית בית נתזה דורשת עיון מיוחד: בירושלמי סנהדרין פרק ג, הלכה ה מובאת שמועה זו כך: "...אמר זעירא ורבי יוחנן בשם רבי ינאי, רבי ירמיה ר' יוחנן בשם ר' שמעון בן יהוצדק: נמנו בעליית בית נתזה בלוד, על התורה מניין אם אמר עובד כוכבים לישראל לעבור על אחת מכל מצות האמורות בתורה, חוץ מע"א וגילוי עריות ושפיכות דמים יעבור ואל יהרג? ...". זאת ועוד, בעוד שהזיקה התנאית בסנהדרין שבבבלי ובירושלמי סנהדרין היא אנונימית לגמרי מופיעה ההכרעה בעליית בית נתזה בבבלי קידושין מ, ע"ב כעדות מימי התנאים: "וכבר היה רבי טרפון וזקנים מסובין בעלית בית נתזה בלוד נשאלה שאילה זו בפניהם: תלמוד גדול או מעשה גדול? ובתוספתא שבת, פרק ב, הלכה ה (ליברמן, 7): "אמר ר' יהודה כשהיינו שרויין בעלית בית נתזה בלוד, היו נוקבין שפופרת של ביצה... והיו שם זקנים ולא אמר אחד מהם דבר". אך עיין במקבילה לקידושין בספרי על ספר דברים, פסקא מא (פינקלשטיין, 85) שם מוזכר "...שהיו מסובים בבית עריס בלוד" ועל זהו המקום "בית נתזה בלוד" עיין ר"ש ליברמן, תוספתא כפשוטה, שם, שם בע' 29, הערה 35; ב"צ רוזנפלד, "חכמים ובעלי בתים בתקופת יבנה" סיני קג (תשמ"ט) עמ' ס, פג-פה.

¹³ יושם אל לב שדרשת תנא דבי רבי מובאת בבבלי בלבד ובכמה גרסאות. (השווה הגרסה בסנהדרין עג ע"א; עד ע"א; פסחים, כ"ה ע"ב. יומא, פב ע"א). ועיין גם שינוי הגרסא בין המובא בהלכות הרי"ף על יומא, פב ע"ב (בדפוס: ד ע"א) לבין המובא בבבלי יומא. כבר הבאנו את המסורת השונה של הירושלמי בדבר ההכרעה בעליית בית נתזה. יצוין שבבבלי פסחים, כה ע"א, בירושלמי שבת פ"ד ובעבודה זרה פ"ב ה"ב מביא רבי יעקב בשם ר' יוחנן הלכה נוספת: "בכל מתרפין חוץ מעבודה זרה וגילוי עריות ושפיכות דמים". ועל ההקשר בין שתי המסורות הללו של ר' יוחנן והשתלבותן זו בזו עיין ד' הלבני, מקורות ומסורות פסחים עמ' שמג-שמד. שם בהמשך נאמר "לא סוף דבר שאמר לו הרוג את איש פלוני אלא אמר לו חמוס את איש פלוני..." שלכאורה מרמז על עבירה נוספת שדינה "יהרג ואל יעבור", אך עיינו במפרשי הירושלמי שם על אתר. כמו כן עיינו בגישתו של בעל דורות ראשונים (רי"א הלוי) בכל הנוגע לסוגייתנו, חלק ב, כרך ה, 158-156.

¹⁴ עיין, למשל במרדכי כתובות, סימן רפו.

¹⁵ מגילה, יג ע"ב. ועיינו גם שם, טו ע"א מימרת רבי אבא: "כאשר אבדתי אבדתי" כשם שאבדתי מבית אבא כך אובד ממך", וקושיית ותירוץ התוס' שם, ד"ה "כשם שאבדתי"

¹⁶ סנהדרין, עד, ע"ב, ד"ה "והא אסתר".

עביד מעשה (=מה ראית שדם חברי אדום יותר אולי הדם שלי אדום יותר, שהרי לא עושה מעשה)....

במקום אחר מרחיבים בעלי התוספות את ביאורם וקובעים על סמך הסימביוזה הדרשנית שבין עבירת הרצח לנערה המארשה כי הפטור של "אסתר קרקע עולם" אינו עניין של "מגדר המינים" ואינו הכשר רטרופקטיבי לאסתר המלכה דווקא אלא הוא עיקרון פלילי המוחל בשוויוניות על כל הנשים הנאנסות כמו שחלה על הגברים המאוימים למוות אם לא יבואו על הערווה. את מימרת רבא בבבלי יבמות¹⁷ כי "אין אונס לערווה שאין קישוי אלא לדעת", המפרידה לכאורה בין גברים לנשים, מבארים הם כדלהלן¹⁸:

...איירי כשעובדי כוכבים מדביקים אותו על הערווה וא"א (=ואי אפשר) לו להשמט אם לא ע"י שיהרג וקאמר רבא דיש לו למסור עצמו ליהרג אם יודע שאי אפשר לו אם לא יתקשה דאין קישוי אלא לדעת וחשיב כעושה מעשה. אבל אם יש קישוי שלא לדעת או שהיה כבר מקושה או שידוע שלא יתקשה אין חייב למסור עצמו כיוון שהוא אינו עושה מעשה והוי כקרקע עולם"

ולהפך, כלפי הנערה המאורסה עצמה מפרש הר"י מבעלי התוספות את ההיקש "מה רוצח יהרג ואל יעבור אף נערה המאורסה תיהרג ואל תעבר": "דהכי קאמר תיהרג קודם שתעשה מעשה ותביא עליה את הערווה". הסמביוזה הדרשנית משווה בדיוקנות, לפי בעלי התוספות, בין הלכת "ייהרג ואל יעבר" שבעבירת הרצח לבין הלכת "תיהרג ואל תעבר" המופנה כלפי הנערה המאורסה המאוימת בחייה אם לא תעבור על גילוי ערוות¹⁹.

2. הקבלה:

סוג שני של מקורות הוא - הקבלה, הקבלה היא המסורת שנתקבלה מדורי דורות, לא תמיד על אדני היגיון האנושי. כבר הרמב"ם מבדיל בין המדרש לבין הקבלה במילים הללו: "אחד (=בין) דברים שלמדו אותם מפי השמועה (ששמעו איש מפי איש עד למשה מסיני...) ואחד (=ובין) דברים שלמדום לפי דעתם באחת מן המידות שהתורה נדרשת בהן". כלומר הקבלה, בניגוד למדרש, אין לה עוגן כלל בפסוקי התורה.

הקבלה היא המקור הסטאטי ביותר, היא מבוססת על שמועה ואף אינה "יצירתית" כמו המדרש. ישנו ביטוי חזק באגדות חז"ל לפיהן עולה משה בשעת קבלת התורה מסיני והוא רואה את רבי עקיבא לוקח את "התורה שבכתב" ודורש ממנה "כל תג ותג וכל קוץ וקוץ". כלומר, רבי עקיבא דרשן "יצירתית". משה רואה זאת ונחלשה דעתו. מה זה קשור אליי? שואל עצמו, אילו כוונות "דרשניות" שמו בדבריי? אך לאחר מכן הוא רואה שרבי עקיבא נשאל קושיה על-ידי תלמידיו והוא עונה להם "דבר זה הלכה למשה מסיני" ואז "נתישבה דעתו" של משה.

להלן נעמוד על גישתו הייחודית של הרמב"ם בעניין חוסר המחלוקת כסימן מובהק לקדמות המסורת ועוצם תוקפה.

הקבלה היא המסורת הקדומה מכונה הרבה פעמים: "הלכה למשה מסיני", "גמרא", "מפי השמועה", "הלכתא גמירי לה" ולעיתים סתם "הלכה" (אם כי בהרבה פעמים ההלכה היא נורמה נוהגת מבלי לראות בה מסורת קדומה). דוגמאות ל"הלכה למשה מסיני" הם שיעורי התורה. כלומר, בתורה נאמר שצריך לאכול מצה בפסת,

¹⁷ נג ע"ב.

¹⁸ שם, ד"ה אין אונס. על פירושים אחרים עיין למשל בית הבחירה למאירי שם, שם (דיקמן, 210-211)

¹⁹ אך עיינו בית הבחירה למאירי, סנהדרין, עד ע"ב, ד"ה "ויש גורסין" (סופר, 277) המפרש את הביטוי "תיהרג ואל תעבור" שבנערה המאורסה: "...ודברינו אינן אלא למי שאומרין לה לכה מעצמך להיבעל לפלוני ואם לאו אנחנו הורגין אותך. אבל מי שמוליכין אותו(ה) על כורחו אינו ממין זה... והוא אצלי שאמר קרקע עולם היתה... אבל באיש אפילו הוליכוהו על כרחו הואיל ומעשה בידו יהרגו ואל יעבורו". לדברי המאירי "אסתר קרקע עולם הוזה" הוא עניין של "מגדר המינים". שתי הגישות השונות אולי עולות גם מדעת הרמב"ם בהלכותיו, איסורי ביאה, פ"א ה"ט מול השגת הראב"ד, שם, אך עיינו בנושאי הכלים ה"מנקים" את דעת הרמב"ם מהשגת הראב"ד בפנים אחרות. חילוקי דינים אחרים בעניין "אסתר קרקע עולם" ימצאו המעיינים בים של שלמה, יבמות, פרק ו, סימן ג; תשובות עין יצחק (למרחן ר' יצחק אלחנן ספקטור), סימן לג, ס"ק ד.

צריך לשבת בסוכה בסוכות, אסור להוציא חפצים מרשות היחיד לרשות הרבים בשבת. אז מהם השיעורים והמידות שממנה נחשבת "אכילה" בפסח? איזה "שיעור" נחשב כהוצאה בשבת? מהו הגודל המינימאלי של הסוכה? כל אלו הן – הלכות למשה מסיני. גם שצבע התפילין הוא שחור ושהוא בנוי מריבועים – הן הלכות למשה מסיני. גם זיהוי "פרי עץ הדר" כאתרוג, עליו עמדנו לעיל, נראה לראשונים, כמו הרמב"ם כ"הלכה למשה מסיני" וזאת בשל הדוחק של הדרשה.

בדרך כלל ה"קבלה" משלימה את הכתוב בתורה בפירוש ואינה סותרת אותה. אבל חכמים מנו שלושה דברים ש"הלכה עוקרת מקרא". ניתן דוגמא אחת: בתורה נאמר שאדם הרוצה לגרש את אשתו צריך לכתוב לה "ספר כריתות" היינו שטר גירושין. אבל המסורת בעל-פה אמרה שניתן לכתוב על כל חפץ שניתן למסור אותו לידי האישה כמו "כתב לה על העל"ה". ואכן זו ההלכה שהתקבלה, למרות דברי התורה המפורשים.

3. התקנות והגזירות

המקור המשפטי השלישי הוא התקנה או הגזירה. זהו סוג מקור הדומה ביותר לחקיקה. התקנה פירושה חיובית (לתקן = ליישר) והגזירה היא שלילית, לסייג (= "ועשו סייג לתורה"), להרחיק. אך כל זה סמנטיקה. ישנן תקנות הנושאות ניסוח שלילי, וישנן "גזירות" חיוביות. התקנות והגזירות הן החלק הדינאמי של ההלכה, ניתנים לשינוי ולעיבוד מחדש באמצעות חכמי התורה שבכל דור ודור. לא פלא שפרופ' מנחם אלון שקידש את מחקריו למען החייאת המשפט העברי ראה בפעולות החקיקה של "תקנה וגזירה" כמעט חזות הכול. אין התקנה או הגזירה מבוססת על מסורת קדומה, ומצד שני אין היא זקוקה להתקבל פה אחד. אין צורך לכל עיגון בפסוקי המקרא כפי ש"המדרש" מצריך, ועל-כן תחום התפרסותו הוא מעבר להלכות הכתובות בתורה. על אף הדמיון בין ה"תקנה" או ה"גזירה" שבהלכה היהודית ל"חקיקה הראשית" ו"החקיקה המשנית" שבמשפטים המודרניים קיימים מספר הבדלים משמעותיים:

a. בעוד שהחקיקה הישראלית מופיעה ברשומות בקבצים המסוימים, במועדים הנדרשים וכן בהליכים מסודרים, הרי שהתקנה נעשית באותה דרך שנעשה הלימוד הדרשני – בבית המדרש. הם הרבה פעמים בעל-פה ומתקבלים באופן בלתי פורמאלי. התקנות המכוננות במשנה "שמונה עשרה דבר" שנתקבלו בדעת רוב היו לפי עדות המשנה כך: "ואלה מן ההלכות שאמרו בעליית חנניה בן חזקיהו בן גוריון כשעלו לבקרו, נמנו ורבו בית שמאי על בית הלל, ושמונה עשרה דברים גזרו בו ביום". כלומר ה"מחטף הפרלמנטרי" לא היה במקום ישיבה קבוע ובזמן מסוים, אלא בביקור פרטי בבית פרטי. בתוספתא פירטו על מה שכתוב במשנה וסיפרו כי בית הלל המובסים היו בתחושה קשה מאוד: "והיה אותו היום קשה להם לישראל כיום שנעשה בו העגל".

b. בעוד שהחקיקה המודרנית יש לה שם קבוע והתנסחות קבועה: לא הרי חוק כמו חוק יסוד; ולא זה וזה כהרי תקנה בת פועל תחיקתי, ולא דין תקנה כדינו של צו מנהלי, בהלכה היהודית מצב מעורפל. יש לפעמים שהתקנה נקראת על שם העניין שתוקן "תקנת השבים". יש לעתים שהתקנה נקראת על שם מקום התקבלותה "תקנת אושא". לפעמים קוראים לגזירה "חרם", כמו "חרם דרבנו גרשום" ולתקנה "תנאי בית-דין". ולפעמים לא מזכירים כי הלכה מסוימת זוהי תקנה, אלא הנימוק עליה מבוססת ההלכה מצביעה בעליל כי זו תקנה כמו "אין פודין את השבויים יותר מכדי דמיהן... מפני תיקון העולם". הרבה פעמים בסוגיות תלמודיות נראה כי ההבנה היסודית של עורך הסוגיה בתלמוד הייתה שהלכה מסוימת היא "מדרש" ולאחר פלפול מתברר שזו "הלכה למשה מסיני". באותה מידה הרבה הלכות שעורך הסוגיא חשבן מלכתחילה "מדרש" או "גמרא" התבררו לבסוף כתקנת חכמים.

c. בעוד שהחקיקה המודרנית נעשית ברובה על-ידי גוף נבחר במשמעותו הדמוקרטית. התקנה אינה נעשית על-ידי גוף נבחר, ותוקפם המחייב של התקנות הוא בשל התקבלותן באומה. כלומר לא "הריבון" קובע את תקפות התקנה אלא ה"כריזמה" של חכמי ההלכה. במשך הדורות אנחנו רואים כי תקנות שהנהיגו גדולי ישראל, שהיו עלובים מאוד באורחות חייהם, עניים מרודים של ממש, הפכו ללא כל מנגנון ריבוני של אכיפה, להנהגה מקובלת על העם היהודי על כל שדרותיו, ומנגד, תקנות הרבנות הראשית שהתקבלו בעבר ב"מועצת הרבנות הראשית" – היו הרבה פעמים למושא של לעג והרבה משומרי התורה והמצוות ראו בתקנות אלה "נטע זר".

נביא דוגמאות לתקנות ולגזירות:

היתר מלחמה בשבת

בספר מקבים א, ב, 29 – 37 מובא הסיפור הבא על מלחמות החשמונאים:

אז ירדו רבים מבקשי צדק ומשפט אל המדבר לשבת שם. הם ובניהם ונשיהם ומקניהם כי רבו הרעות עליהם. ויגד לאנשי המלך ולחיל... כי ירדו אנשים אשר עברו על מצות המלך למחבואים במדבר. וירדפו אחריהם וישיגום ויחנו עליהם ויערכו עליהם מלחמה ביום השבת. ויאמרו להם רב לכם צאו ועשו כדבר המלך וחיו. ואמרו לא נצא ולא נעשה דבר במלך לחלל את יום השבת, וימרו לעשות איתם מלחמה ולא ענו להם ולא השליכו עליהם אבן ולא סתמו את המחבואים. באומרם נמות כולנו בתומנו... וידע מתתיהו ואוהביו ויתאבלו עליהם עד מאד. ויאמרו איש אל רעהו אם נעשה כולנו כאשר עשו אחינו ולא נילחם בגויים על נפשנו ועל תורתנו עתה מהרה ימחו אותנו מעל פני הארץ. ויועצו ביום ההוא לאמור כל אדם אשר יבוא אלינו למלחמה ביום השבת נלחם בו ולא נמות כולנו כאשר מתו אחינו במחבואים.

הנה נראה כי ההלכה הקדומה אסרה מלחמה בשבת ומימי חשמונאים מלחמה בשבת הותרה. והנה מה שכתוב בספר המקבים מוזכר גם במקורות הלכתיים מובהקים בתוספתא עירובין, פרק ג, הלכה ה - ו (מהד' ליברמן, 99 - 100):

גויים שבאו על עיירות ישראל, יוצאין עליהן בזיין ומחללין עליהן את השבת. אימתי, בזמן שבאו על עיסקי נפשות, לא באו על עיסקי נפשות, אין יוצאין עליהן בזיין ואין מחללין עליהם את השבת. באו לעיירות הסמוכות לספר, אפילו ליטול את התבן, ואפילו ליטול את הפת, יוצאין עליהן בזיין ומחללין עליהן את השבת. בראשונה היו מניחין זינן בבית הסמוך לחומה. פעם אחת חזרו עליהן והיו נדחקין ליטול את זינן, והרגו זה את זה, התקינו שיהא כל אחד מחזיר לביתו.

הנה שוב יש "התפתחות" בצורה של "התקינה", היינו באמצעות "תקנה".

החזרת גזילה

האם יש מקום לדרוש מהגנב או הגזלן להשיב בעין או להסתפק בהחזרת השווי. בתורה נאמר כי תנאי לכפרה על חטא הגזילה (שהיא חטא דתי) יש מצווה "והשיב את הגזילה אשר גזל או את העושק אשר עשק" (ויקרא ה, כג). היינו החזרה בעין. אך בבבלי גיטין, נה, א הותקנה תקנה לטובת אלו המעוניינים לשוב בתשובה:

"תנו רבנן: גזל מריש (קורה) ובנאו בבירה (בנין גדול) – בית שמאי אומרים: מקעקע כל הבירה כולה ומחזיר מריש לבעליו. ובית הלל אומרים: אין לו אלא דמי מריש בלבד מפני תקנת השבין."

עשרה תנאים שהתנה יהושע בן נון - תקנות של התנהלות כלכלית

בבבלי בבא קמא, פ, ב - פא, ב נאמר:

תנו רבנן עשרה תנאים התנה יהושע... ומעין היוצא בתחילה בני העיר מסתפקין ממנו. ומחכין בימה של טבריא ובלבד שלא יפרוס קלע ויעמיד את הספינה. ונפנין לאחורי הגדר ואפילו בשדה מלאה כרכום. ומהלכים בשבילי הרשות עד שתרד רביעה שניה... ומת מצוה קונה מקומו.

דתניא רבי יהודה אומר: בשעת הוצאת זבלים, אדם מוציא זיבלו לרשות הרבים וצוברו כל שלושים יום כדי שיהא נישוף ברגלי אדם וברגלי בהמה שעל מנת כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ. ...

תנאי בית דין הוא שיהא זה יורד לתוך שדה חברו וקוצץ שוכו של חברו להציל נחיל שלו. ותנאי בית דין שיהא זה שופך יינו ומציל דובשנו של חברו ונוטל דמי יינו מתוך דובשנו של חברו.. שעל מנת כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ ...
עשרה תקנות התקין עזרא: ...ושיהו רוכלין מחזרין בעיירות ...

תקנות אלה באו לסטות מדיני התורה. לפי דיני תורה לא ברור למי שייך המעיין ואולי היה מקום לתת לפי הנצרכות ולא לפי קרבת העיר; לפי דיני תורה ימה של טבריה שייך רק לשבט נפתלי; כמו כן אסור להשתמש בשדה של הזולת ללא רשות; אדם המוציא זבל לרשות הרבים הוא נחשב בהרבה מובנים כורה בור וחייב לשלם דמי נזק. כמו כן אם אדם הציל ממון רב של חברו, מדעתו, בהתנדבות, ונגרמו לו הפסדים אין לו יכולת לתבוע את ההפסדים. אך יהושע בן נון התקין אלו התקנות. ובעצם התנה תנאי עם חלוקת הארץ. בין אם יהושע בן נון התקין בעצמו ובין אם התקנות הללו "מיוחסות" בשמו – אלו תקנות הסוטות מדיני התורה כפשוטה.

חרם דרבנו גרשום

מכל דבר מפחד אדם מאמין או כופר, משכיל או בור, מ"חרם", ברוב המקרים הפחד מלעבור על "חרם" הוא יותר מלעבור על חוקי התורה עצמה. הרבה אנשים יחללו שבת, יאכלו לא כשר, יגזלו (=ישלימו ציוד), אך על "חרם" חס וחלילה. זה מפחיד ביותר. כך קורה באשר למודעות ל"חדר"ג" הוא חרם דרבנו גרשום. מבחינה אנליטית "חרם" זו תקנה כמו כל תקנות חכמים. והנה נוסח תקנות רבנו גרשום מאור הגולה (מתוך כתב יד ארחות חיים, חלק ג):

[ג] והחרם ששם רבינו גרשון שלא לישא שתי נשים, אין להתירה רק במאה אנשים מג' קהילות ומג' ארצות, כגון ארגוב ונורדמנדיאה וצרפת, גם הם לא יסכימו עד שיראו טעם מבואר להתיר, וגם בענין שתהיה מבורר [יח] שלא ליתן גט לאשתו בעל כרחה, ותקנו שאין הגט כלום.

לפי דיני התורה מותר לאדם לשאת כמה נשים שהוא רוצה ובלבד שיספק לכל אחת מן "שאר כסות ועונה", אך מאז אמצע ימי הביניים הדבר נאסר ב"חרם". כאמור, ה"חרם", כמו כל תקנה יכול להיות "מותר" במקרים מיוחדים. תנאי להיתר על ה"חרם" לשאת אישה שנייה היא ב"טעם מבואר" – צידוק מספיק, שיקבל היתר מ"מאה אנשים מג' קהילות ומג' ארצות". בפי המון העם נקרא: "היתר מאה רבנים".
עוד "חרם" הוא האיסור לגרש אישה נגד רצונה. לפי דיני תורה יכול אדם לגרש אישה בעל כורחה ואפילו בלא ידיעתה. אין צורך לריב ניתן לפטור את האישה ללא אומר וללא דברים. כמובן, שחייב הבעל המגרש לשלם לאישה את כסף כתובתה. והנה בא "חרם" המיוחס לרבנו גרשום שאסור לגרש אישה נגד רצונה.
בשאלות הנוספות, על מי חל החרם? האם בימינו המודרניים יש לחרם זה תוקף? האם על כל בגידה באישה יש "חרם"? מתי מתירים את ה"חרם" בישראל? באיזו דרך? וכמובן, מה יקרה אם הבעל יצפץ על החרם ויישא אישה שנייה, או יתיר אשתו ללא רצונה האם מעשיו בטללים או שהוא סתם עבריין? כל אלה אינן לעת עתה במסגרת השיעור.

והנה כמה תקנות מודרניות

הנה תקנה תקנות הרבנות הראשית לארץ ישראל (משנת תש"ד):

"כשם שמאז ומעולם עד היום הזה היה כוח בית דין של ישראל יפה לחייב את האב בחיוב משפטי ברור, ולכופו בממונו ובכל הכפיות האפשריות...לפרנס את בניו ואת בנותיו עד גיל שש שנים, כך יהא מעתה ואילך כחם יפה...לפרנס את בנין ואת בנותיו עד הגיל של חמש עשרה שנה."

זו הרחבה של תקנת אושא. חיוב האב הוא עד גיל 15. בשאלה למה האם לא מחויבת? האם החובה לזון עד גיל 15 היא ממש כמו החובה עד גיל 6, אינה מעניינו של קורס זה.

עוד תקנות מודרניות: **תקנות קבועות לגידרי אישות בישראל** (מכינוס הרבנים הארצי, תש"י):

הננו גוזרים לאסור על כל איש ורב בישראל לסדר קידושין, נישואין, אם לא שהוסמך והתמנה לתפקידים אלה על פי כתב ידם של הרבנות הראשית שבערי א"י. וכל העושה זאת שלא ברשות, הרי הוא פורץ גדרם של ראשונים כמלאכים.

הסבר. לפי דיני תורה אין צורך "להירשם לנישואין" כדי לשאת אישה. נשיאת אישה היא טקס פרטי, כאשר ה"קידושין" היא פעולת מקח וממכר בין הבעל לאישה, כפי שביארנו לעיל, והנישואין הם "הבאה לתוך ביתו", כלומר הכנסת האישה לביתו של הבעל. נכון שנאמר במקורות התלמודיים שרק מי שמכיר את דיני הנישואין והגירושין "יהא לו עסק עמהן", אך המימרה מכוונת כלפי רבנים שלא יפסקו הלכות לשואלים בעצתם אם לא למדו היטב "דיני נישואין וגירושין". אדם פרטי יכול לקיים נישואין פרטיים תוך סיכון מרובה שהוא עלול להסתבך בשאלת כשרות פעולותיו. כדי להימנע גזרו כבר מזמן בתפוצות ישראל שיש לערוך טקסי נישואין בפני רב מורה הוראה. באופן מסורתי הפך הרב את מקצוע "סידור חופה וקידושין" לחלק מפרנסתו (בהרבה עיירות הרב היה חי כמעט רק מ"טיפים" שחלקו לו בעלי השמחה, משכורת - אם הייתה לו - ועומה). עם הקמת מדינת ישראל היה צורך לצקת תוכן בהפיכת העם בישראל לקהילה דתית. מאחר שבאו רבנים שונים עם מסורות שונות החליטה הרבנות הראשית לישראל בשנת 1950, להועיד כנס רבנים מכל העדות שבסיומו הוטל "חרם". ברור ש"חרם" מודרני מפחיד פחות מ"חרם דרבנו גרשום" וישנם גם חרדים שנישאים בנישואין פרטיים מטעמים אידיאולוגיים, ללא רישום ועריכה במשרדי הרבנות.

הפקר בית דין הפקר

אך התקנה החשובה ביותר היא התקנה הכוללנית שבעצם מהווה מסגרת "יישומית" לשאר התקנות. כלומר, לפי דין תורה כל מה שקניתי בכספי שייך לי, ואין לאף אחד אחר רשות להוציא זאת ממני ללא הסכמתי. והנה באים חכמים ומתקינים תקנה שצריך לעשות כך וכך או שצריך להימנע מדבר זה או אחר, כיצד ניתן להעניש את מי שעובר על התקנה או הגזירה? הנה הפיתרון: קיימת תקנת חכמים שיכולה להפקיר את רכוש העבריין, אם לטובת הקהילה או לטובת מישהו אחר. ובאמת איזה כוח יש לחכמים לתקן תקנה "גזלנית" כנגד אדם שטוען שלפי דין תורה הכסף שייך לו? התשובה מצויה באמור **בירושלמי שקלים פרק א, הלכה ב:**

מנין שהבקר (הפקר) בית דין הבקר? כתיב: 'וכל אשר לא יבוא שלשת הימים בעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו והוא יבדל מקהל' (עזרא י, 8).

כלומר מזמנו של עזרא אנו שומעים כי הפקירו את רכוש העבריין שלא נשמע "בעצת השרים והזקנים" ועוד מקור **מבבלי יבמות, פט, ב** במקביל:

"ר' אלעזר אמר ...: 'אלה הנחלות אשר נחלו אלעזר הכהן ויהושע בן נון וראשי האבות למטות בני ישראל (יהושע, יט, 51) וכי מה ענין ראשים אצל אבות? אלא לומר לך, מה אבות מנחילין בניהם כל מה שירצו, אף ראשים מנחילין את העם כל מה שירצו'."

בהמשך נראה, כי "הפקר בית דין הפקר" הוא מכשיר רב עוצמה בביסוס חייה הציבוריים של הקהילות יהודיות הרוצות להתקין תקנות קהילתיות, לחלק את נטל המיסים, לממן בנייה של פרויקטים נצרכים: ביטחון, תפילה וביטוח עסקי. כיצד יכולים לחייב את הפרט אם הוא טוען ש"זה לא כתוב בתורה"? התשובה: "הפקר בית דין הפקר".

4. המנהג

המקור הרביעי הוא המנהג. המנהג בניגוד לחקיקה אינו מותקן בצורה גלויה של החלטה של שינוי ממקור בעל אוטוריטה, אלא הוא מוכרז כהצהרה על משהו שהתקיים מאז תקופה מסוימת באופן רציף, ממושך וקבוע וללא כל התנגדות ועל-כן יש לו תוקף מחייב. הנוהג המוכר לא היה של אדם פרטי, ולא של חוג מצומצם אלא נהג על-ידי קבוצת אנשים גדולה במודע כי הם פועלים לפי נהג. דוגמאות למנהג נביא מהלכות הפועלים, היינו מתחום היחסים שבין העובדים למעבידים.

מהן "שעות עבודה"?

שאלה זו אינה חוזית בלבד. גם היום התניה חוזית על יום עבודה מעבר להוראות חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 אינה תופסת בכמה מובנים. גם בזמן התנאים והאמוראים לא הוסדר דבר זה בחוק אלא הוא תלוי המנהג.

מספר **תהלים**, קד, 22 – 23 עולה שיום עבודה נמשך כל שעות האור : תזרח השמש... יצא אדם לפעול ולעבודתו עדי ערב. בהקשר ליחסי עבודה מוסבר בספר **נחמיה**, ד, 15 כיצד נבנה בית המקדש: "...ואנחנו עושים במלאכה וחציים מחזיק ברמחים מעלות השחר עד צאת הכוכבים."

והנה עדות המשנה **בבא מציעא**, ז, א

השוכר את הפועלים ואמר להם להשכים ולהעריב: מקום שנהגו שלא להשכים ולא להעריב - אינו רשאי לכופן; מקום שנהגו לזון - יזון, לספק במתיקה - יספק; הכל כמנהג המדינה. מעשה ברבי יוחנן בן מתיא שאמר לבנו: צא ושכור לנו פועלים. הלך ופסק להם מזונות; וכשבא אצל אביו, אמר לו: בני, אפילו אתה עושה להם כסעודת שלמה בשעתו, לא יצאת ידי חובתך עמהן, שהם בני אברהם יצחק ויעקב. אלא עד שלא יתחילו במלאכה צא ואמור להם: על מנת שאין לכם עלי אלא פת וקטנית בלבד. רבן שמעון בן גמליאל אומר: לא היה צריך לומר; הכל כמנהג המדינה."

פיצויי פיטורין

פיצויי פיטורין היו שנים רבות בישראל "נוהג מוסכם ומחייב" ללא הוראת חוק מפורשת. רק בשנת 1963 נחקק חוק פיצויי פיטורין, התשכ"ג-1963 שעיגן את הנוהג בחוק. נעיין במשפט העברי. בתורה יש חובה לתת "מענק" רק לעבד עברי, אותו אדם שנמכר לעבדות שעובד את אדונו במשך 6 שנים (ללא זכות שביתה וחופשות). עם צאתו בשנה השביעית נאמר בספר **דברים**, טו, 12 - 14:

כי ימכר לך אחיך העברי או העבריה ועבדך שש שנים ובשנה השביעית תשלחנו חופשי מעמך. וכי תשלחנו חופשי מעמך לא תשלחנו ריקם. העניק תעניק לו מצאנך מגורנך ומיקבך אשר ברכך ה' אלוהיך.

ומה עם השכיר? בהנחה שעבד עברי לא נוהג היום ולא נהג אפילו בימי בית שני? מה זכותו של אדם שהיה אריס, חוכר או סתם פועל או שומר. בתורה לא נאמר דבר. לא נתקנה כל תקנה בעניין בזמן התנאים או האמוראים, אך הנה החכם הספרדי בעל **ספר החינוך**, מצוה **תפב** כותב:

ונוהגת מצוה זו בזמן הבית, שאין דיני עבד עברי נוהג אלא בזמן שהיובל נוהג... ומכל מקום אף בזמן הזה ישמע חכם ויוסף לקח שאם שכר מבני ישראל ועבדו זמן מרובה או אפילו מועט שיעניק לו בצאתו מעמו מאשר ברכו השי"ת"

אם נשים לב, אין הבדל אם השכיר פוטר או התפטר מעצמו. גם היום בישראל כשחוק פיצויי פיטורין מחייב פיצויים רק על פיטורין (או אף על התפטרות הנחשבות פיטורין) קיים נוהג, לא כתוב בחוק ולא בפסיקה, נוהג שהוא כמעט מחייב לפצות גם את המתפטר (בסכום מופחת).

5. התקדים

בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית מקובלת מאוד שיטת התקדים. העיקרון הנעלה ביותר של המשפט המקובל האנגלי מימים ימימה הוא *stare decisis* (=הידבק בפסקים). מאז כיבוש אנגליה על ידי ויליאם הכובש במאה ה-11 עד סוף המאה ה-19 התנהל המשפט האנגלי בעיקר באמצעות פסיקות דומות. כלומר, אם נפסקה פעם לבעלי דין מסוימים הלכה משפטית בעניינם, גם לבעלי דין אחרים המתדיינים בסוגיה משפטית דומה יפסקו בצורה זהה. הרעיון הגדול הוא שהתקדים מחייב וכי ניתן לסטות מן התקדים רק באמצעות אבחון ו"חילוק" מהמצאים של התקדים לממצאים של התיק שבדין.

שני רעיונות גדולים טמונים בהלכת התקדים:

עיקרון השוויון: התקדים מונע כי שופט יפעל באופן שונה מחברו לאותה אינסטנציה, שהוא עצמו ינהג באופן שונה ממקרה למקרה על-אף זהות הבעיה המשפטית.

יציבות: צדדים לסכסוך, יועצים משפטיים יכולים לנהוג בבטחה מסוית בהסתמך על תקדימים.

אכן מאז המאה ה-14 פסקי הדין האנגליים מפורסמים בסדרות מיוחדות וכמעט שלא היו דברי חקיקה עד סוף המאה ה-19. ההלכה היא שתקדים מחייב את כל הערכאות כולל את אותה אינסטנציה. גם בית הלורדים כפוף לתקדימו.

לא כל דבר משמש תקדים: לא שמות הצדדים ושמות עורכי-הדין המייצגים, לא מספר ההליך והפרוצדורות שבו. גם התוצאות המעשיות אינן מהוות תקדים, אלא רק ההלכה הנובעת מפסק הדין. ההלכה הזו היא הרציונאל שלפיו הגיע השופט לתוצאה זו. התוצאה יכול שתהיה מפרשנות דבר חקיקה (חוק, תקנה, הוראת מינהל) ויכול שתבוא מסברא, מהיקש וכדומה. ההלכה שבית המשפט מכוון לה מהווה תקדים, ומכונה בשם: "הלכה פסוקה".

לא כל הלכה מהווה "הלכה פסוקה" אלא רק ה-*ratio decidendi* ולא ה-*obiter dictum* (בשפת הקיצור: רק "הרציון" ולא ה"אוביטר"). כלומר, רק ההיגיון שמביא לתוצאה המשפטית הוא מהווה תקדים. אך כאשר המסקנה נובעת מכמה הנמקות ניתן לומר שלמעט הנמקה אחת אין ההנמקות מהוות תקדים. ההנמקות הובאו כאמרת אגב ואין לקחתן בחשבון בסכסוך דומה בעתיד בין צדדים אחרים.

בישראל נתקבל רעיון התקדים במשפט הנוהג: "ההלכה שנפסקה בבית משפט עליון מחייבת אותו וכל בית משפט אחר זולת אם ראה בית המשפט העליון לסטות ממנה למען עשיית צדק".

חסרונה של שיטת התקדים היא שהיא גורמת לסטגנציה וחוסר דינאמיקה במשפט. יכול שתוצאה צודקת בעבר תהיה לא צודקת בהווה ואלי לא תצדק בעתיד. גם בהיסטוריה המשפטית הקצרה של בית המשפט העליון ידועים מקרים שבית המשפט העליון חזר בו ממסקנותיו הקודמות. (כך פסיקותיו של אגרנט באשר לחופש הביטוי, וכך בשאלת היותו של בעל שאשתו עזבה אותו "דייר מוגן" לפי החוק).

בכל אופן את השפעת התקדים ניתן לפתור בהרשאה לסטייה ממנו בגלוי. וניתן לעשות זאת באבחון, שהיא סטייה בסתר באמירה כביכול, שהעובדות אינן זהות וכי שוני זה מביא לתוצאות שונות. לפעמים האבחון הוא אמיתי ולפעמים מלאכותי מאוד. האבחון דורש מאמץ אינטלקטואלי רב עד כדי "לוליינות" לשמה. המשפט הרומי, ובעקבותיו שיטות המשפט הקונטיננטלית, שללו את תוקפם של התקדימים כמחייבים.

עמדת המשפט העברי בנושא זה היא מורכבת. מצד אחד מצאנו כי למדו ממעשים שאירעו בבתי המדרש של חכמים ונהגו בהם בדרך מסוימת כ"תקדים מחייב".

הנה מופיע בבבלי בבא בתרא, קל, ב - קלא, א העדות באה:

אמר להו (=להם) רבא לרב פפא ולרב הונא בריה דרב יהושע: כי אתא פסקא דדינא דידי לקמייכו וחזיתו ביה פירכא (=כשיבוא פסק דין שלי לפניכם ואתם רואים שהוא מופרך), לא תקרעוהו עד דאתיתו קמאי (=לא תקרעוהו עד שתבואו לפניי), אי אית ליה טעמא - אמינא לכו, ואי לא הדרנא בי (=אם יש לי נימוק - אומר לכם, ואם לא אחזור בי).

לאחר מיתה (=אם יבוא פסק דין משלי לאחר מותי, ותמצאו בו פירכא) – לא מיקרע תיקרעוהו ומיגמר נמי לא תגמרוהו מיניה (= לא תקרעוהו, ואף לא תלמדו ממנו): לא מיקרע תיקרעיניה - דאי הואי התם, דילמא הוינא לכו טעמא (=לא תקרעוהו - שאם הייתי שם אומר לכם טעם, והיה זה מתרץ את קושייתכם); מיגמר נמי לא תגמרו מיניה (= ואל תלמדו ממנו לדינכם) - דאין לדיין אלא מה שענינו רואות. הסבר הרשב"ם, שם: ואל תגמרו לדון מיניה אלא כפי שדעתכם נוטה, דאין לו לדיין אלא מה שענינו רואות... לדבר התלוי בסברא, דאין לו אלא מה שליבו רואהו.

פירוש: אומר רבא לרב פפא ולרב הונא בריה דרב יהושע, שהיו מתלמידיו, כי כשיבוא פסק דין שלי (שהוא רבא כתב) ואתם רואים שהוא מופרך, אל תקרעוהו עד שתבואו לפני. אם יהיה לי נימוק להגן על פסק הדין אומר לכם; ואם לא – אני אחזור בי. אבל אם יבוא פסק דין שלי לאחר מותי אל תקרעוהו – שמא מה שאמרתי נכון, אך אינכם חייבים לפסוק לפיו אך אתם פטורים ללמוד ממנו "דאין לדיין אלא מה שענינו רואות". הנה נראה בעליל הפרש גדול בין גישת התקדים של ההלכה התלמודית לבין הגישה כיום במשפט הנהוג בישראל.

6. הסברא

כשאנו מעמידים את המקור המשפטי של הסברא הוא ההיגיון, אין כוונתנו לומר ש"המדרש" אינו הגיוני או ש"הקבלה" אינה מתקבלת על הדעת. גם התקנות והגזירות יש בהן הרבה שכל וניסיון אנושיים. אלא שהסברא היא מיוחדת שהיא מבוססת רק על היגיון, ללא צורך בפסוק מן המקרא, במסורת קדומה, במוסד מחוקק ושופט.

נביא שתי דוגמאות להלכות המבוססות על הסברא:

המוציא מחבירו עליו הראיה: זהו כלל יסודי במשפט העברי שכאשר יש טיעונים בין שני צדדים על זכות משפטית מסוימת, כמו קניין או חיוב, זה שמחזיק בקניין, זה שהזכות נמצאת ברשותו אינו צריך להרים את "נטל ההוכחה" כי החפץ שלו, כי "יד המוחזק על העליונה", אלא בעל-הדין שכנגד הרוצה להוציא את הזכות הקניינית או האובליגטורית מרשותו של הראשון.

מה ההגיון העומד מאחורי סברא זו? אומר רב אשי סברא היא: "מי שכואב לו כאב הוא הולך לבית הרופא" בתרגום חופשי נראה כי כוונת רב אשי לומר, כי ניסיון החיים מכתוב כי מי שמחזיק בנכס הוא בדרך כלל הבעלים החוקי. אחרת, כיצד חפץ זה עומד בהחזקתו? על-כן מי שמפקפק בדבר וטוען שהמחזיק אינו הבעלים, הוא "חשוד" וצריך להביא הוכחה לטענתו. יצוין שכלל זה שהתקבל כבר בימי האמוראים על כולם, ובעקבותיהם עד לחכמי ההלכה בדורנו, לא היה מקובל על כל התנאים, וחכם בשם סומכוס סבר כי "ממון המוטל בספק חולקין". גם בשיטות משפט אחרות, כמו שיטת המשפט בישראל, אינן מקדשות תמיד את הכלל הזה ויש סטיות לעתים רחוקות מן הכלל הזה.

ייהרג ואל יעבור: כלל גדול הוא שאם אדם נאנס לעבור על מצוות ה', ואפילו הן חמורות שעונשן הוא מיתה בידי אדם – אין צורך לעבור על המצוות וליהרג על כך אלא "יעבור ולא ייהרג". יוצאים מן הכלל הם שלוש עבירות שבהן "נמנו וגמרו (חכמי ישראל) בעלית בית נתזה בלוד" ש"ייהרג ואל יעבור" והם עבודה זרה, גילוי עריות ושפיכות דמים". את הסיבה מדוע שלוש עבירות אלה מיוחסות פירוט בצורה "דיפרנציאלית". את הסיבה לשפיכות דמים הסמיכו למימרת רב שבא אליו יהודי וסיפר שאדון העיר רוצה שירצח את פלוני היהודי, אם לא יירצח הוא בעצמו" והשיב לו רבא: "יהרגוך ולא תיהרג. מי אמר שדמך סמוק יותר מדם חבירך? אולי דמו סמוק מדמך?

נספח לסברא:

על ההגיון המחייב בהלכה היהודית ועל השלכותיו בדיני נפשות

1. **בבלי סנהדרין, עד, א:** אמר רבי יוחנן משום רבי שמעון בן יהוצדק: נמנו וגמרו בעלית בית נתזה בלוד, כל עבירות שבתורה אם אומרים לאדם 'עבור ואל תהרג' - יעבור ואל יהרג, חוץ מעבודה זרה, וגילוי עריות, ושפיכות דמים.

רוצח גופא - מינא לן (= רוצח עצמו מניין לנו)? סברא הוא, דההוא דאתא לקמיה דרבא, אמר ליה (= שבא אחד לפני רבא ואמר לו): אמר לי מרי דוראי (= אדון העיר) זיל קטליה לפלניא, ואי לא - קטילנא לך (= לך הרוג את פלוני, ואם לא אהרוג אותך. אמר ליה (רבא): ליקטלוך ולא תיקטול (=יהרגוך ולא תהרוג); מי ימר דדמא דידך סומק טפי, דילמא דמא דההוא גברא סומק טפי (=מי יאמר שדמך אדום יותר, שמא דמו של פלוני אדום יותר).

2. **רש"י, שם, ד"ה סברא:** סברא הוא שלא תידחה נפש חבירו - דאיכא תרתי (=שיש שני דברים), איבוד נשמה ועבירה - מפני נפשו, דליכא אלא חדא (=שאינן אלא אחת), איבוד נשמה והוא לא יעבור; דכי אמר רחמנא (= כי התורה אמרה) לעבור על המצוות - משום 'וחי בהם', משום דיקרה בעיניו נשמה של ישראל; והכא (=וכאן) גבי רוצח, כיוון דסוף סוף איכא (=יש) איבוד נשמה, למה יהא מותר לעבור? מי יודע, שנפשו חביבה ליוצרו יותר מנפש חבירו?

3. **טור שולחן ערוך, יורה דעה סימן קנז:** דווקא כשאומרים לו להרוג בידיים. אבל אם אומרים לו: הנח לזרוק עצמך על התינוק ויתמעך אינו חייב למסור את עצמו.

4. **חידושי ר' חיים סולוביצ'יק מבריסק על הרמב"ם, ע"ב:** ...איהו לא הוי רוצח כלל ולא עבר על שפיכות דמים, דהא לא הוי רק כאבן ועץ ביד הרוצח שמשליך אותו, דמי שמשליך אותו הוא הרוצח, ולהכי לא חייב למסור את עצמו ...

5. **בבלי סנהדרין עב, ע"ב:** "איתביה (=הקשה) רב חסדא לרב הונא: 'יצא ראשו ורובו - אין נוגעין בו' ואמאי? רודף הוא! - שאני התם דמשמיא קא רדפי לה (=שונה [הדבר] שם שמן השמיים רודפים אותה).

6. **בבלי בבא מציעא, סב, ע"א:** שניים שהיו מהלכים בדרך וביד אחד מהם קיתון של מים. אם שותין - שניהם מתים; ואם שותה אחד מהם מגיע למקום ישוב. דרש בן פטורי: מוטב שישתו שניהם וימותו ואל יראה אחד במיתתו של חברו. עד שבא רבי עקיבא ולימד 'וחי אחיך עמך' - חייך קודמים לחיי חבירך.

7. **משנה תרומות, ח, יב:** נשים שאמרו להם עובדי כוכבים ומזלות: 'תנו לנו אחת מכן ונטמאה, ואם לאו אנו מטמאים את כולכן', יטמאו את כולן ואל ימסרו להם נפש אחת מישראל.

8. **תוספתא תרומות, פרק ז, הלכה כג:** סיעה של בני אדם שאמרו להם גויים: 'תנו לנו אחד מכם ונהרוג אותנו, ואם לאו הרי אנו נהרוג את כולם', יִהרגו כולם ולא ימסרו נפש אחת מישראל. ואם ייחדוהו להם, כגון שייחדוהו לשבע בן בכרי, יתנוהו להם ואל יִהרגו כולם.
9. **ספר שמואל, פרק כ, א:** ושם נקרא איש בליעל ושמו שבע בן בכרי איש ימיני. ויתרע בשופר ויאמר 'אין לנו חלק בדוד ולא נחלה לנו בבן ישי איש לאהליו ישראל'
10. **שם, שם, כ-כא:** ויען יואב ויאמר חלילה לי אם אבלע ואם אשחית. לא כן הדבר כי איש מהר אפרים שבע בן בכרי שמו נשא ידו במלך דוד תנו אותו לבדו ואלכה מעל העיר. ותאמר האישה הנה ראשו מושלך אליך בעד החומה...
11. **ירושלמי תרומות, פרק ח, הלכה ד:** אמר רבי שמעון בן לקיש: והוא שיהא חייב מיתה כשבע בן בכרי. ורבי יוחנן אמר: אף-על-פי שאינו חייב מיתה כשבע בן בכרי.
12. **ר' יוסף קארו בעל כסף משנה על הרמב"ם הלכות יסודי התורה, פרק ה, הלכה ה:** (בשם הרמ"ך)... [בתרגום] איני יודע מהו הטעם (האמור בתוספתא) שהרי התלמוד הסיק שמשום כך אומרים בשפיכות דמים ייהרג ואל יעבור שהרי סברא היא 'מדם חברך, ואילו כאן אין לסברא זו מקום שהרי כולם ייהרגו והוא עצמו (הכוונה למי שהגויים ייחדוהו למיתה) ומוטב שייהרג הוא עצמו ואל ייהרגו כולם ואני אומר שאין טענתו (של הרמ"ך) טענה שהרי שם בסיפא מדובר שייחדו אדם מסוים ואמרו לאחר קטול אותו... אבל ברישא שלא ייחדוהו שלא אמרו אלא תנו אחד מכם ונהרוג אותו בכל אחד מהם שירצו למסור אותו, יש לטוען לטוען: מה ראיתם למסור את זה תמסרו אחד מכם ותצילו את זה... ועל-פי טענה זו אי אפשר להם למסור אף אחד מהם...
13. **מנחת חינוך, מצוה רצ"ו:** ודבריו (של ר' יוסף קארו) צריכים עיון: כיוון שחבירו אינו ניצל, ואם כן כל אחד יכול להציל עצמו מפני פיקוח נפש והיה ראוי להיות כל דאלים גבר. שהרי כל אחד למה ימסור את נפשו בחינם בלא הצלת חבירו
14. **טורי זהב על שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קנז, א:** [תרגום] נראה שלכך ציינו (התלמוד והפוסקים) 'כשבע בן בכרי' אף-על-פי שלפי דין תורה לא היה חייב מיתה אלא מצד חוק מלכות שמרד בדוד, מכל מקום מוסרים אותו אם ייחדוהו. ומכאן נלמד לזמננו, מי שפושע ומורד במלכות שלו מוסרים אותו. והוא הדין בשאר עבירות שאחד מוחזק בהם, כגון שעוסק בזיופים או שאר דברים שיש בהם סכנה, פשוט הדבר שמוסרים אותו ומן הראוי למסור אותו אפילו אם לא ייחדוהו כיון שהוא כמו 'רודף' לשאר ישראל על-ידי מעשיו הרעים שעושה בפשיעה.
15. **חזון אי"ש (לר' אברהם ישעיה קרליץ) סנהדרין, סימן כה:** ויש לעיין באחד שרואה חץ הולך להרוג אנשים רבים ויכול להטותו לצד אחר, ואלו שבצד זה יצולו ואם לא יעשה כלום ייהרגו הרבים והאחד יישאר בחיים. ואפשר שאין זה דומה למוסרים אחד להריגה, שהרי שם (בתלמוד) המסירה היא פעולה אכזרית של הריגת נפש ובפעולה זו (של המסירה) אין הצלה לאחרים בטבע של הפעולה, אלא המקרה גרם עכשיו הצלה לאחרים. ועוד דבר גם הצלת האחרים קשורה במה שמוסרים להריגת נפש מישראל. אך בהטיית החץ מצד זה לצד אחר היא בעיקרה פעולה של הצלה ואינה קשורה כלל בהריגת יחיד שבצד אחר, רק עכשיו, במקרה נמצא אחר נפש מישראל ואחרי שבצד זה ייהרגו נפשות רבות, ובזה האחד, אפשר שיש עלינו להשתדל למעט אבדת ישראל כל כמה שאפשר.

ח: גבורה יהודית – מצוה, חובה או איסור?

לצד המשמעות הפשוטה של "לא תרצח" - האיסור ליטול את חיי הזולת, דרשו חז"ל משמעות חבויה ודקדקנית יותר של איסור זה והוא: איסור לגרימת מוות עצמית. כך נאמר כברייתא המובאת בבבלי²⁰: "דתניא: 'ואך את דמכם לנפשותיכם אדרוש'²¹ ר' אלעזר אומר: מיד נפשותיכם אדרוש את דמכם". איסור זה נדרש גם מפסוקנו²²: "לא תרצח - לא תרצח" - "שלא תהא נרצח על-ידי אותו ששפכת דמו"²³. מבין שתי דרשות אלו עולה כי לא דיי שאסור לאדם לשלול את חייו של זולתו, אלא כל נטילת חיים, אפילו עצמית, אסורה: הן במישרין - על-ידי התאבדות המכוונת לקירוב קץ החיים, והן בעקיפין - בדרך של נטילת סיכון עצמי מרובה מתוך תקווה לצלוח אותה בשלום.

ברעיון זה שאין אדם רשאי לגזור כליה על עצמו פותר בעל המכילתא דרשב"י²⁴ בעיה שמתחבטים בה מלומדים העוסקים ביוריספרודנציה של המשפט הפלילי: כלום יש באיסור החוקי לרצוח ערך עצמי מעבר לפחד מן העונש הצפוי? ומה אם, חלילה, יחפוץ אדם להתיר עצמו למיתה בביצועה של עבירה שעונשה מוות האם "הותרה לו"? והרי התשובה מנקודת מבטו של בעל המדרש: "מניין אמר הרי זה רוצח על מנת ליהרג, הרי זה מותר? תלמוד לומר: 'לא תרצח'. מניין ליוצא ליהרג ואמר הריני רוצח, הרי זה מותר? ת"ל: 'לא תרצח'...מניין אמר הריני נואף על מנת ליהרג, הרי זה מותר? ת"ל: 'לא תנאף'...". הווה אומר הרוצח והנואף נידונים בדיני התורה על הפגיעה בזולתם, אך בד בבד עברו איסור דתי שלא להירצח. דרשה זו נשענת בוודאי על ההשקפה "שאינן נפשו קניינו" של האדם ולכן אין הוא סוברני להחליט מה יעשה בגופו²⁵. פתרון זה מנוגד אפוא לכלל השקפה אזרחית-ליברלית ה"מקדשת" את חירות הפרט ואת ריבונותו על גופו²⁶.

אלא שהדרשות ההלכתיות האוסרות כל פגיעה עצמית אינן נקיות מספק. מצד אחד מופיעות במקרא, בספרות החיצונית, ואף בין כותבי ההיסטוריה של חורבן בית שני והמרדות שלאחריו, דמויות מופת ששמו קץ לחייהן מרצונן, אם בהתאבדותן גרידא ואם בנפילתן בקרב "יש ברירה" כמו שמשון הגיבור, שאול המלך, חנה ושבעת בניה, לוחמי מצדה, ועוד²⁷. ולא זו בלבד, אלא "יש מרבותינו דורשים אותו לשבח"; ומצד שני מעורר איסור גורף זה פולמוס נכבד מאוד בין חכמי ההלכה החל מימיהם של הראשונים כלום ההמתה העצמית אסורה אף כלפי מי שנאנס לעבור עבירה שדינה "ייהרג ואל יעבור"? האם אסור לאדם שכזה לקדם פני הרעה ולהמית עצמו "אם הוא ירא שלא יוכל בעצמו לעמוד בניסיון" כלשונם של בעלי התוספות? או שמא, להיפך, "אז הוא מצוה לחבל בעצמו" כדעה המיוחסת לרבנו תם? ושמא לא זה ולא זה, והעניין נתון לשיקול דעתו של המתחבט?²⁸

²⁰ בבא קמא, צ ע"ב.

²¹ בראשית, ט, ה.

²² פסיקתא רבתי, שמות, פרשה כד.

²³ פירוש מאיר עין, שם, למאיר איש שלום.

²⁴ מכילתא דרשב"י, כ, יג (אפשטיין - מלמד, 152)

²⁵ עיינו רדב"ז בפירושו לרמב"ם, סנהדרין, פי"ח ה"ו.

²⁶ על ההשקפות האזרחיות עיינו בקצירת האומר במאמרו של פרופ' ל' שלף "בין קדושת החיים לכבוד האדם - על יסורי הגוף, הקידמה הרפואית, רגישות אנושית והמשפט הפלילי", משפטים כד 207-240.

²⁷ סיפורים מצויים גם באגדות חז"ל, כמו ברוריה אשתו של ר' מאיר שחנקה עצמה בבבלי עבודה זרה, יח ע"ב, ורש"י שם, ד"ה "ואיכא דאמרי"; יקום איש צוורות שהיה בן אחותו של ר' יוסי בן יועזר איש צרידה ש"הלך וקיים בעצמו ארבע מיתות בית-דין" בבראשית רבה, תולדות, פרשה סה (כב). עליו אומר דודו שם: "בשעה קלה קדמני זה לגן עדן". על חנניה מישאל ועזריה אין מסורת ברורה דייה. לפחות בעלי התוספות, פסחים, נג ע"ב, ד"ה "מה ראו" סבורים בתירוצם השני כי הם "נמסרו למיתה" היינו אחרים השליכום לכבשן האש, אך הם עצמם לא השליכו עצמם לכבשן האש.

²⁸ תוס' ע"ז, יח ע"א, ד"ה "ואל יחבל"; תוס' ב"ק, צא ע"ב, ד"ה "החובל בעצמו"; תורת האדם לרמב"ן ועיינו גם ים של שלמה (למהרש"ל), בבא קמא, פרק ח, נט

ברצוני להעיר את לב הקורא כי בשאלות אלו לא רק שאין "התורה חתוכה" הלכה למעשה אלא שעל גבן של דמויות המופת "חרשו חורשים האריכו למעניתם"²⁹. הנה שאול המלך המכונה במקרא "בחיר ה'" שאל מאשת בעלת האוב להעלות את שמואל הנביא באוב. שמואל, לפי המסופר הוכיח את שאול ומסיים דבריו:³⁰ "ויתן ה' גם את ישראל עִמְךָ ביד פלישתים ומחר אתה ובניך עִמִּי...". ולמחרת בקרב³¹ "...וימצאוהו המורים אנשים בקשת ויָקָל מאוד מהמורים. ויאמר שאול לנשא כליו שלף חרבך ודקרני בה, פן יבואו הערלים האלה ודקרוני והתעללו בי. ולא אבה נשא כליו ... ויקח שאול את החרב ויפל עליה". הכיצד קיפד שאול את פתיל חייו?

גישה אחת הרווחת בין חכמי ישראל היא ששאול לא חטא, "לפי שהיה יודע שאול כי סופו היה למות במלחמה כי כן אמר לו שמואל"³². כלומר, מעשהו של שאול נבע מידיעתו הוודאית כי ימות באותה מלחמה. מכאן שכל אדם אחר שסופו אינו ידוע אין לו ליטול את חייו הוא. דעה זו מבוססת על המדרש האומר³³: "...שמואל נתנבא בחייו ולאחר מיתתו. שאמר שמואל לשאול: אם אתה שומע לעצתי ליפול בחרב - תהא מיתתך כפרה עליך ויהא גורלך במקום שאני שרוי שם ושמע שאול לעצתו ונהרג הוא ובניו עמו". בעקיפין, נראה שמעשהו רב-ההוד של שאול אינו הלכה לדורות אלא הוראת שעה - בתורת כפרה על חטאיו - לפי דברי נביאות שקיבל.

הסבר אחר המצוי בין הפרשנים כי מעשהו של שאול לא נחשב כאיבוד עצמו לדעת "כי מצאוהו המורים אנשים בקשת ולא היה יכול להימלט מידם טוב היה שיהרוג הוא עצמו ולא שיתעללו בו הערלים". אף הסבר זה בנוי על מיוחדותו של שאול כמלך ישראל או משום "שסבר אם יפול בידם חי ויתעללו בו ויענו אותו ומסתמא בני ישראל לא יכולים לראות ולשמוע בצרת המלך ולא יעמדו על נפשם מלנקום נקמתו ולהצילו ויפלו כמה רבבות מישראל". או, כלשונו של המהרש"ל: "...וגם אפשר משום כבוד מלך משוח ה', שאין ראוי שימות בידי ערלים ויעשו בו מיתת עינוי ובזיון והוא חילול ה' בדת אמונתנו". מתוך דבריהם של פרשנים אלה עולה כי אין מעשהו הנמהר של שאול בא להקיש על כל אדם אחר³⁴.

מנגד מצינו חבל פוסקים הסבורים שאין שאול יוצא מגדרה של ההלכה הצרופה, ואין מעמדו מקנה לו "חסינות מפני המתה עצמית". הנה הרמב"ן ובעקבותיו הרא"ש סבורים כי היתרו של שאול נבע מהיותו נרדף "לפיכך לא היה בכלל מאבד עצמו לדעת"³⁵. קיצוני מהם

²⁹ על המקורות ההלכתיים עיינו בהרחבה: י' ליכטנשטיין, איסור ההתאבדות - עיון הלכתי היסטורי להשתלשלותו של איסור ההתאבדות במהלך הדורות (עבודת גמר לשם קבלת תואר מוסמך במחלקה לתלמוד, אוניברסיטת בר-אילן, תשנ"א); איסור ההתאבדות בהקשר לתופעת קידוש השם באשכנז של ימי-הביניים עיינו: מאמרו של חיים סולוביצ'יק "Religious Law and Change: The Medieval Ashkenazic Example" *A.J.S. Review*, XII, 205 וכן מאמרו של א' גרוסמן, "שורשיו של קידוש השם באשכנז הקדומה" *קדושת החיים וחירוף הנפש* (קובץ מאמרים לזכרו של אמיר יקותיאל) 99; "בין 1012 ל-1096: הרקע התרבותי והחברתי לקידוש השם בתתנ"ו" יהודים מול הצלב: גזרות תתנ"ו בהיסטוריה ובהיסטוריוגרפיה 55; מאמרו של י"י יובל, "הנקם והקללה, הדם והעלילה: מעלילות קדושים לעלילות דם" ציון נח (תשנ"ג), 33 ודברי הפולמוס שנתפרסמו על-ידי חוקרים אחרים על מאמר זה. בציון נט (תשנ"ד)

³⁰ שמואל א, כח, יט.

³¹ שם, לא, ג - ד

³² בניסוחו של מפרש התנ"ך, ר' דוד קמחי שמואל א, לד, ד.

³³ ילקוט שמעוני, שם, רמז קמא.

³⁴ המהרש"ל ים של שלמה, בבא קמא, פרק ח, נט. כל הציטוטים בקטע זה הם מדבריו שם.

³⁵ הרמב"ן תורת האדם, שער ההספד (שעוועל, ע' פד); הרא"ש מועד-קטן, פרק ג, סימן צד. שניהם מבארים את דברי המדרש בראשית רבה, פרשה לד: "אך את דמכם לנפשותיכם אדרוש" - מיד נפשותיכם אדרוש את דמכם. יכול אפילו נרדף כשאול? ת"ל: 'אך'. יצוין כי המילה 'נרדף' אינה מוזכרת במדרש עצמו, אלא היא תוספת ביאורית של הראשונים.

הוא ר' יוסף קארו השוזר בחיבורו בית יוסף³⁶ את מעשהו של שאול בימי הביניים בפולמוס אם "היכא שיראים פן יעבירו עובדי כוכבים לעבירה כגון על-ידי יסורין שלא יוכל לעמוד בהם אז הוא מצוה לחבל בעצמו" כהכרעתו של רבנו תם³⁷ או שמא אין הדבר כן. וזו לשונו: "...פירוש שבשעת השמד יכול למסור עצמו למיתה ולהרוג את עצמו אם הוא יודע שלא יוכל לעמוד בנסיון... ומכאן מביאין ראיה השוחטים התינוקות בשעת השמד. ויש אוסרין ומפרשים... שאינו יכול להרוג עצמו וחנניה מישאל ועזריה מסרו עצמם ביד אחרים אבל הם לא פגעו בעצמם. ושאל בן קיש שלא ברצון חכמים עשה.³⁸" העולה אפוא מדבריו כי אף לדידו אין התנהגותו של שאול יוצאת מגדרי ההלכה ועל-כן אינה חסינה מביקורתם של חכמי ההלכה.

אף בדורות מאוחרים יותר נתפס מעשהו של שאול כמקום להתגדר בו על פי ההלכה ואף ניתן להבחין בחילוקי דינים בין פוסקי ההלכה בתשובותיהם. הנה בתשובות חיים שאל (לחיד"א) נשאלה השאלה: "מעשה בישראל בעוה"ר שנתפס למשפט ויתנוהו במשמר מקום אשר אסירי המלך, אך היה בחדר לבדו ואחר ימים אמרו שומרי בית הסוהר כי מצאוהו חנוק וסודר על צוארו. ויש להסתפק אם יש לו דין מאבד עצמו לדעת שלא להתאבל עליו או מתאבלין עליו".

והרי התשובה: "... ברם יש לצדד בנידון דידן דאפשר דכיון דנתפרסם שהוא הרוצח, חש העני הזה שמא יתעללו בו ויגזרו עליו יסורין ומיתה ומשום הכי בחר מות לחוד בלתי יסורין. וכתב הרב בית לחם יהודא... אם ממית עצמו שירא שלא יבוא לידי עינויים גדולים כדרך משפטי עכו"ם שתחילה מענין בעינויים בודאי אינו מאבד עצמו לדעת³⁹... והיינו דאמרינן בבראשית רבה 'אך את דמכם לנפשותיכם' יכול אפילו כשאול? ת"ל 'אך'. ושאל כתב קרא בהדיא דהיה ירא פן יתעללו בו העמלקים. ומינה דמי שהרג עצמו לפי שהוא ירא מיסורין אינו מאבד עצמו לדעת...". ניתן אפוא להסיק מדעתו כי החשש מפני התעללות היא סניף מיוחד להיתר אף שאין כרוכה בו עבירה שדינה "יהרג ואל יעבור"⁴⁰. מנגד רוצה ראי"ה קוק בספרו משפט כהן ללמוד ממעשהו של שאול כמו מכל שאר המעשים של אנשי המופת שסיכנו עצמם למות כי שאול לא חשש מהתעללות גרידא בשל מעמדו כמלך אלא "שהיה חושש פן יבואו הפלישתים הערלים ויתעללו בו בענין עריות... שאם חושש שיטמאו אותו בעריות מותר לו להקדים ולאבד את עצמו". מדבריו אולי ניתן להסיק כי אין לאדם ליטול את חייו אם חושש הוא רק מיסורי גוף ללא כל אונס לעבור עבירה.⁴¹

³⁶ יורה דעה, סימן קנז, ד"ה "והרמב"ם".

³⁷ תוס' עבודה זרה, יח, ע"א

³⁸ המשך דבריו: "...ומעשה ברב אחד ששחט תינוקות הרבה בשעת השמד שירא שיעבירו על דת והיה עמו רב אחד וכעס עליו וקראו רוצח, והוא לא חש לדבריו. ואמר הרב המונע: אם כדברי יהרג אותו רב במיתה משונה. וכן היה שתפסוהו עכו"ם והיו פושטין עורו ונותנין חול בין העור והבשר. ואחר כך נתבטלה הגזירה ואם לא שחט אותם אפשר שהיו ניצולין ולא היו הורגים אותם." דבריו אלו של בית יוסף הם העתק של כתבי הראשונים: עיינו פירוש 'דעת זקנים' על התורה, (י' גליס), תוספות השלם: אוצר פירושי בעלי התוספות, א (ירושלים, תשמ"ב) עמ' רסב. ועיין הכרעתו של מהרש"ל, שם, שם.

³⁹ ספר בית לחם יהודא ושער אפרים לר' צבי הירש ב"ר עזריאל, יורה דעה, סימן שמה, ס"ק ג. שם מביא המחבר שלל דינים שענינם אחד: "ומי שגנב ועל ידי זה נהרג בדין מלכות מתאבלים עליו... ולא מקרי מאבד לדעת... אם קיבל על עצמו משום תשובה דין ד' מיתות ביד להטביע עצמו בנהר – אינו כדין מאבד עצמו לדעת. ונראה לי ה"ה אם ממית עצמו שירא שלא יבוא לידי עינויים גדולים כדרך המשפט של עכו"ם שתחילה מענין עינויים גדולים בודאי אינו מאבד עצמו לדעת. וזה פשוט ממה שכתבו התוספות (הכוונה לתוס' בגיטין נז, ע"ב, ד"ה "קפצו" – יצ"ג): קפצו ונפלו לתוך הים שיראים היו מיסורים".

⁴⁰ ניתן אולי לומר שאין דברים אלו אלא צידוק למפרע של מעשה התאבדות בבחינת "אחרי מות קדושים אמור", אך אף מעשה שאול נידון כעניין של צידוק למפרע, האם ראוי היה להספידו בשל מעשהו זה או לא. וכמה מן הפוסקים מדגישים שאין שאול מנוע הספד בגלל נפילתו על חרבו.

⁴¹ שם, סימן קמד (ע' שכו). ראי"ה קוק סומך דבריו על הרא"ש אך המעיין יראה שאין הסתמכות זו פשוטו של הרא"ש. הרא"ש כתב "מחמת שמפקירין אותו" וראי"ה קוק פתר זאת "כלשון 'מנהג הפקר נהגו בה'". גם קביעתו כפי שהבאנו בפנים ששאול חשש ש"יתעללו בו בענין עריות" ולא סתם התעללות מנומקת כך: "כהא דפלגש בגבעה... שיש שם ג"כ לשון עריות". בכך רוצה הוא ליישב את הלכת הרמב"ם, יסודי התורה, פ"ה,

דיון במעשהו של שאול זכה לרוויזיה אקטואלית מחודשת בפולמוס בין שניים מחכמי דורנו. עיקר דבריהם נסובו בשאלה אם גבורתם של לוחמי מצדה היא נורמטיבית על-פי אמות מידה הלכתיות או לא.⁴² ר' שלמה גורן, שהיה אז הרב הראשי לצה"ל ולימים כיהן כרבה הראשי של ישראל וכנשיא בית הדין רבני הגדול, קבע נחרצות כפסק הלכה⁴³: "מעשה הגבורה של לוחמי מצדה היה בהתאם להלכה המקובלת בידינו..." וזו הנמקתו:

"א. הנופל ביד אויב אכזרי שעומד להורגו בזמן מלחמה, וירא שיכופו אותו תוך כדי ייסורים, לעבור על סוג עבירות כאלה שנצטוונו עליהם ליהרג ולא לעבור, כגון: עבודה זרה, גילוי עריות ושפיכות דמים, מצווה למות מיתת עצמו ולא ליפול בידי האויב...ג. כאשר נפילתו בשבי האויב יביא לידי חילול השם ויתן ביד האויב אמצעי להתפאר ולהתגדל בו, ובסופו של דבר יהרגו אותו, מצווה גם-כן למות בידי עצמו ולא ליפול בידי האויב, מעין מה שקרא לשאול המלך ולאנשי מצדה".

ובכדי לאשש את קביעתו כי התאבדות אנשי מצדה היא נורמטיבית נזקק ר' שלמה גורן לנפילתו של שאול:

"מעשהו של שאול לא היה על דעת עצמו שכן מצינו בילקוט שמעוני... 'שאמר שמואל לשאול, אם אתה שומע לעצתי ליפול בחרב תהא מיתתך כפרה עליך'... - הרי מפורש שזאת הייתה עצתו של שמואל ליפול על החרב, ושמואל אמרה כמתנבא מפי הגבורה".

מהלך הוא אפוא ר' שלמה גורן בדעתו של רבנו תם כי איבוד עצמי לדעת בתנאי קרב כשיש חשש שהאויב אכזרי ויעביר את השבוי על דתו בעבירות שדינן "יהרג ואל יעבר", ואפילו כאשר אין החשש מפני העבירה על הדת אלא כי השבי "יביא לחילול השם...ובסופו של דבר יהרגו אותו", אינה רק עניין של היתר בדיעבד אלא מצווה לכתחילה⁴⁴. אלא שר' שלמה גורן מחדש מדעתו כי אף "מעשהו של שאול המלך בנופלו על חרבו היה על פי צו נבואה".

כנגד פסק-הלכה זה ומקורותיו יצא חוצץ דודי הדגול ר' משה צבי נריה בקונטרס זעיר שפרסם בשם "התאבדות אנשי מצדה בהלכה", ואלו דבריו⁴⁵:

ה"ד הקובע: "כל מי שנאמר בו 'יעבור ואל יהרג' ונהרג ולא עבר - הרי זה מתחייב בנפשו..." עם מעשה שאול שהקדים מיתתו. אך לאחר מכן הוא רומז על פיתרון אפשרי אחר של "היתר המסירה לסכנה במלחמות, אם לדעתי שהוא ענין מיוחד ומהלכות מלכים..."

⁴² על היבטים אקטואליים אחרים הנלמדים על-ידי חכמי זמננו ממעשהו של שאול, כמו הפסקת הנשמה מלאכותית, עיינו נ' גוטל, "התאבדותו של שאול - הדגמת פרשנות הלכתית", נתיבי מרחבים ד (תשנ"ו), 43, 52-54.

⁴³ רבעון אור המזרח (תמוז-אלול, תש"ך)

⁴⁴ יצויין כי כאשר החשש רק מפני "ייסורים נוראים ביותר בנופלו בידי האויב" כשאין מלווה אליה העברה על הדת או "חילול השם" והאויב הוא אכזרי שבודאי ימיתו בסופו של דבר, תוך כדי ייסורים שאין לעמוד בהם" נזהר ר"ש גורן לפסוק בלשון הזאת: "יש מתירים גם בזה למות בידי עצמו ע"מ למנוע נפילתו בידי האויב" - היתר כן, מצווה - אין. בנוסף פוסק ר"ש גורן כי "כאשר קיים חשש שלפני המוות תוך כדי ייסורים ינסה האויב לסחוט ממנו ידיעות בטחונות חשובות, שגם על אי-מסירתם לידי האויב אנו מצווים לשמור על הנפש, כי המוסר ידיעות כאלה נידון כרודף אחר חברו להורגו וכמוסר נפש מישראל לידי הגויים, שמצווה על כל אדם להורגו, לכן ההימנעות מזה היא גם כן מצווה, וחייבים להיהרג על כך ולא לעבור".

⁴⁵ קונטרס "התאבדות אנשי מצדה בהלכה" (קיץ, תשכ"א) (=צניף מלוכה - בירווי הלכות ועיוני הלכות, כפר הרו"ה, תשנ"ב, 196-198).

"...אכן פרשנות זו מוזרה היא ביותר: היכן מצינו בדבריו של שמואל - שהובאו בילקוט - שאמר לשאול ליפול על החרב, והרי לא נאמר שם אלא ליפול בחרב, שהכוונה היא לצאת למלחמה וליפול בה".

שנית, מקשה רמ"צ נריה, אם שמואל ציווה על שאול "ליפול על החרב" מדוע ציווה שאול על נושא כליו: 'שלוף חרבך ודקרני בה? ושלישית, אם מעשהו של שאול ליפול על חרבו היה "על-פי צו הנבואה" הרי כאן "מעשה לסתור" את הנורמטיביות בהתאבדותם של לוחמי מצדה, ש"הרי כלל גדול ש'אין נביא רשאי לחדש דבר', והוראתו אינה אלא הוראת שעה, ואין למדין ממנה לדורות"?

אך דודי, הפליג משם וטען באותו קונטרס כי פסק-דינו של ר' שלמה גורן בעניין לוחמי מצדה אינו משקף את דרכם של רוב הראשונים וראשוני האחרונים ואף רבנו תם הובא במקורות אחרים בפנים אחרות כמתיר התאבדות, אך לא כמצווה, והדברים ארוכים.

מעבר ל"מלחמתה של תורה" בין שני תלמידי חכמים שהיו בדורנו, מאלפת הסתייגותו של דודי מהסקת מסקנות הלכתיות מן המקורות ההיסטוריים עצמם, מבלי להסתמך על פרשנותם הנאמנה של חכמי ההלכה האמיתיים. ואלו דבריו של רמ"צ נריה:

"המאורע העתיק במרומי מצדה, עודנו טעון עיון ובירור, מצד תנאי השבי הרומאי, ומה היה נשקף באמת ללוחמים אילו נכנעו... ואף אם נניח שהמצב הצדיק את המעשה שלהם, חייבים אנו להסתייג במפורש מהנמקותיו של מפקדם אלעזר בן יאיר, אשר לדעתו ההתאבדות הכרחית היא לא רק לגיבורי מצדה אלא לעם כולו 'כי מימי קדם הוציא אלוקים את המשפט הזה על כל זרע היהודים - ואין לנו עצה למצוא ישועה ממנו' וכי 'האלוקים פקד עלינו את הגזירה הזאת' ו'ככה צוו עלינו [?] תורתנו'....מיותר להוכיח שדברים אלו אין בהם ממש, וכי חוקי תורתנו ציוו עלינו לשמור על קיומנו ועל חיינו, גם בתנאי כניעה ושבי וכו' וחיי עולם נטע בתוכנו

ט. היחס שבין התורה שבכתב לתורה שבעל-פה

1. מה מההלכה היהודית בא מאלוהים ומה מחכמי התורה?

דיברנו על המקורות המשפטיים של התורה שבעל-פה, אך עתה ניגש לעיקר העיקרים מה היחס בין המקורות המשפטיים של התורה שבעל-פה לתורה שבכתב. אין ספק כי זו השאלה המרתקת ביותר מאחר שהיא אינה שאלה משפטית-הלכתית טהורה אלא, בעיקרה, תיאולוגית. למה מכוון אחד מאמונות היסוד של היהדות כי "תורה מן השמיים"? או שהתורה "ניתנה במעמד הר סיני"? האם הכוונה לתורה שבכתב בלבד כששאר הפירושים המהווים חלק מן התורה שבעל-פה הם התפתחות מאוחרת יותר מעשה ידי חכמים? או שמא הכל ניתן מן השמיים גם התורה שבעל-פה ו"כל מה שתלמיד ותיק עתיד לחדש בסוף כל הדורות" כבר ניתן למשה בהר סיני מן השמיים? האם גם התקנות, הגזירות והמנהגים כולם הורתם במעמד הר סיני?

לא נתייחס כאן לממד ההיסטורי הריאלי, האם התורה באמת ניתנה מן השמיים? האם באמת משה קיבל תורה מסיני? זו שאלה נכבדה ראויה להידון, אך לא במסגרת קורס זה. אנחנו עוסקים בשאלות אלה מבחינה דוקטרינרית יהודית אורתודוקסית, האיך הגישה האורתודוקסית מבארת את המושג "תורה מן השמים"? כיצד

ההלכה היהודית משקיפה על קדמותה של התורה שבעל-פה? כיצד היא מקבלת את התקנות הגזירות והמנהגות, האם כאקוויוולנטיים למדרשי התורה? האם כשלב מאוחר?

אכן כפי שאמרנו, התורה עצמה מעידה כי התורה מן השמים. בספר שמות מסופר כי משה יורד מהר סיני בכלות מעמד הר סיני וארבעים הימים שלאחריהם בהם משה שוהה עם האלוהים "ארבעים יום וארבעים לילה" ומקבל את התורה "ויתן ככלותו לדבר עימו שני לוחות העדות (הם לוחות הברית) לוחות אבן כתובים באצבע אלוהים". יתר על-כן בתורה מוצאים את התערבותו של אלוהים במעשי האדם, חלק מן ההוראות הן הוראת שעה, (כמו קריאת אלוהים לאדם המסתתר עם חוה בגן עדן: "אייכה"? כמו קריאת אלוהים למשה בשעה שיצאו ממצרים וחנו על ים סוף כשהמצרים רודפים אחריהם: "מה תצעק אלי דבר אל בני ישראל ויסעו. ואתה הרם את מטך ונטה את ידך על הים ובקעהו..."; "פנו וסעו לכם ובאו הר האמורי ואל כל שכניו...") וחלק הן הוראות לדורי דורות (כמו, "ואל בני ישראל תדבר לאמור איש כי ימות ובן אין לו...והייתה זאת לכם לחוקת עולם"). אבל האמונה הייתה שלא רק עשרת הדברות הכתובים על "לוחות הברית" הם מן השמים, ולא רק הציוויים האלוהיים במקרא, אלא כל התורה - סיפורי המקרא המכילים תיאורים על מעללי פרעה, על תלונות בני ישראל וחטאייהם, על שיחות ודברים שנאמרו מפי אנשים לאנשים אחרים, ציוויים ואזהרות שנאמרו מפי משה, אהרן ובעלי שררה אחרים - כל אלו נכתבו בספר התורה על ידי משה שקיבלם מפי אלוהים. כל כך חזקה הייתה האמונה שכל התורה מ"בראשית ברא" עד סיומה, שבו מתוארת מיתתו של משה, כולה נאמרה על-ידי אלוהים, ונכתבה על ידי משה. ועל האבסורד כיצד משה כותב על מיתתו בשעה שהיה עדיין חי, כבר נאמר ש"משה כותב בדמע", כלומר הוא כותב מפי האלוהים את סופו העתידי (המהרש"א סבור שב"דמע" זה כתב סתרים שאינו נראה, ורק לאחר מות משה הפך סיפור המיתה לשחור. אחרים מפרשים ששמונת הפסוקים ניתנו ב"תפזורת" של אותיות ורק לאחר מות משה נהפכו האותיות לקבוצות מילים). מיתתו הריאלית של משה היא אפוא "שחזור" של הכתוב בתורה.

אבל חכמים הוסיפו עוד נדבך, שלא רק התורה הכתובה בחמישה חומשים ניתנה מפי הגבורה (כינוי תלמודי לאלוהים, לצד ביטוי רווח אחר: הקדוש ברוך הוא = הקב"ה), אלא גם כללי פרשנותה. ועל הפסוק שהבאנו שמשוה יורד מהר סיני עם התורה, תמה המדרש "וכי כל התורה למד משה? הרי התורה היא "ארוכה מארץ מידה ורחבה מני ים" - ולארבעים יום למדה משה? והתשובה: "אלא כללים למדהו הקב"ה למשה". הווה אומר שלפי אמונת חכמים לא רק התורה הכתובה נמסרה למשה בהר סיני, אלא גם כללי הפרשנות ודרשנות הפסוקים, כמו המידות שהתורה נדרשת בהן, ניתנו כבר למשה בהר סיני.

אבל ממדרש אחר משמע שלא רק כללי פרשנות ניתנו למשה בהר סיני, אלא הרבה יותר מזה. ועל הפסוק המסיים את חומש ויקרא (חומש העוסק בהלכות קורבנות, עבודת המשכן, טומאה וטהרה, שמיטה ויובל ומצוות שבין אדם לחבירו): "אלה החוקים והמשפטים והתורות אשר נתן ה' בינו ובין בני ישראל בהר סיני ביד משה" נדרש על ידי חכמים כך: "החוקים" - אילו המדרשות; 'המשפטים' - אילו הדינים; 'התורות' - מלמד ששתי תורות ניתנו להם לישראל אחד בכתב ואחד בעל פה; 'בהר סיני ביד משה' - מלמד שניתנה התורה הלכותיה ודקדוקיה ופירושיה על-ידי משה מסיני".

ואכן גם הרמב"ם מגדולי חכמי הראשונים שלאחר התלמוד שניסח את "שלוש-עשרה עיקרים" הן אמונות היסוד (=הדוגמות) של היהדות המאמינה, כותב: "והיסוד השמיני הוא 'תורה מן השמים' והוא שנאמין שכל התורה הזו הנמצאת בידינו היום היא התורה שניתנה למשה, ושהיא כולה מפי הגבורה, כלומר שהגיעה אליו כולה מאת ה'...וכן פירושה המקובל גם הוא מפי הגבורה. וזה שאנו עושים היום צורת הסוכה, והלולב והשופר,

והציצית, והתפילים וזולתם – היא עצמה הצורה שאמר ה' למשה ואמר לנו. והוא (משה) רק מוביל שליחות נאמן במה שהביא".

כלומר לא רק פירושי המילים הקשות קיבל עם ישראל בהר סיני "במתן תורה" עם התורה הכתובה אלא יחד עימה "תורה שבעל-פה". ה"תורה שבעל-פה" היא ה"פירוש המקובל" הכוונה, הפירוש המחייב אותנו בגלל קדושתו "מקובל" = קבלה, והוא בעצם מכיל גם מסורת אוטונומית שאין לה כל סימוכין בתורה. כפי שכתבנו לעיל, צורת התפילין, הסוכה והלולב, השופר, שיעורי המידות של מצוות התורה – אין להן סימוכין בכתוב בתורה, אבל הן "הלכה למשה מסיני".

אבל האם אמונת הרמב"ם היא שכל התורה שבעל-פה המוכרת לנו היא כולה מן השמים? מתברר שאף הרמב"ם עושה חלוקה בין הרבדים השונים ביצירה המוכרת לנו כ"תורה שבעל-פה" ומבדיל בין כמה וכמה רבדים. לדעתו כמה רבדים הם ממש ניתנו למשה בהר סיני עם רדתו מן ההר, ומאז הם מושרשים עמוק עם התורה שבכתב ואינם משתנים כלל, וחלק אחר – הם התפתחות מאוחרת לאחר מעמד הר סיני, במשך הדורות ויכולים אפוא להשתנות מדור לדור. החלק הראשון הוא החלק "הסטאטי" והשני – הוא "דינאמי". נפרט את הרבדים: הרמב"ם לוקח את "כל הדינים הקבועים בתורה" – "תורה שבעל-פה" - ומחלקם לחמישה חלקים. החלק השני שהם הדינים שעליהם נאמר "הלכה למשה מסיני" ואין להם כל ראייה מן הכתוב בתורה שבכתב – זהו החלק הסטאטי המובהק ביותר.

מנגד, החלק הרביעי, הם הדינים המכונים "גזרות", והחמישי הם הדינים המכונים "תקנות ומנהגות" הם החלקים הדינאמיים שלא ניתנו למשה מהר סיני אלא התחדשו במרוצת הזמן.

מהו קו המידה המפריד בין החלק הסטאטי לחלק הדינאמי, הרמב"ם מבדיל בין החלק השני הסטאטי "שאינו בו שום מחלוקת" לבין החלק הרביעי ש"גם בהם יש שתהיה מחלוקת". לדעת הרמב"ם הלכה שאין בה מחלוקת היא הוכחה לקדמותה. הלכה או דין שיש בהם מחלוקת מצביעה כמאה עדים על חדשנותה, שכן אם ניתנה למשה מסיני, האיך יש בה מחלוקת. אין זאת אומרת ש"התקנות והמנהגות" אינם מחייבים את היהודי לדבוק בהן. היהודי מחויב בקיום החלקים הדינאמיים משום ש"הסכימה עליהם כל האומה".

לפי הדברים שאמרנו, נבין את חלוקת הרמב"ם בין החלק הראשון לחלק השלישי. שני החלקים הללו עוסקים בפירושי התורה שבכתב, או ליתר דיוק בדרשנותם, באחת מן המידות "שהתורה נדרשת בהן", אלא שיש דרשנות שהיא סטאטית ויש שהיא דינאמית. ההבדל בין הדינים הנובעים מדרשנות סטאטית ונחשבים שניתנו למשה בהר סיני עם רדתו מן ההר, היא כהגדרת הרמב"ם "שיש להם רמז בכתוב או שאפשר ללמדם באחת מן המידות וזה אין בו מחלוקת כלל, אלא כל זמן שיאמר אדם קיבלתי כך וכך – מסתלק כל וויכוח". לעומת זאת "הדינים שנלמדו באחת מן המידות, ובהם נופלת מחלוקת...ונפסק הדין כדעת הרוב" – לא ניתנו למשה ממש מהר סיני והם מאוחרים יותר. ושוב חוזר הרמב"ם על ההסבר שמחלוקת בדרשה מסוימת מעידה כי הדרשה אינה קדומה, אלא מאוחרת.

יצוין כהערת-אגב כי ההיגיון של הרמב"ם אינו עומד במבחן המציאות. חכם בשם ר' יאיר חיים בכרך, מונה למעלה ממאה וחמישים הלכות המכונות "הלכה למשה מסיני" שיש בהן מחלוקת.

2. מה המשמעות "מדאורייתא" "מדרבנן" ומה ביניהם?

נחזור לעיקר, מה המשמעות המעשית לחלוקה בין החלקים הדינאמיים של התורה שבעל-פה לחלקים הסטאטיים? לדעת חכמי ההלכה המשמעות היא לא בעצם שאלת החיוב האם לקיימו או לא, אלא בתוקף החיוב ובהיקפו. וזה הסבר הדברים:

בתורה נאמר: "ודרשת והגידו לך את דבר המשפט ועשית על פי הדבר אשר יגידו לך מן המקום ההוא (סנהדרין היושבת בלשכת הגזית) ושמרת לעשות ככל אשר ירוך". כלומר, יש מצווה לקיים לא רק את החלקים הסטאטיים אלא כל מה שמורים חכמים לעשות. כמו כן קיים איסור של "לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל". ומי שכן סר מהוראת סנהדרין נאמר "והאיש אשר יעשה בזדון לבלתי שמע את הכהן...או אל השופט ומת האיש ההוא ובערת הרע מקרבך". כלומר אותו איש הוא ממרה ויש לדונו למוות. ומה הוא ממרה? על כך אומר הרמב"ם: "אחד (=בין) דברים שלמדו מפי השמועה (=קבלה) והם תורה שבעל-פה; ואחד דברים שלמדו מפי דעתם באחת מן המידות שהתורה נדרשת בהן ונראה בעיניהם שדבר זה כך הוא; ואחד דברים שעשאו סייג לתורה ולפי מה שהשעה צריכה והן הגזירות והתקנות והמנהגות". כלומר החובה לקיים את התורה אינה רק מה שנמסר ממש למשה מהר סיני אלא כל מה שהסנהדרין, המורכבת מחכמי ישראל מורים לעשות "מדעתם" – היינו לפי עומק שכלם. ואין הדבר נובע אלא ממצוות התורה לשמוע בקול הכהן או השופט.

אך אם עצם החיוב לקיים את דברי החכמים – פירושיהם, תקנותיהם וגזירותיהם – הוא מן ציווי התורה ויש איסור מן התורה להמרות את פיהם, עדיין יש הבדל עצום בין ההלכות הסטאטיות שהן, לדעת חכמים באמת נמסרו למשה עם התורה שבכתב, המכונה בעגה התלמודית "מדאורייתא (=משל תורה) לבין החלק שהתחדש אצל חכמים, המכונה בעגה התלמודית "מדרבנן" (=משל חכמים). נביא שני הבדלים עיקריים:

בעוד שהעונשים הכתובים בתורה הם רק למי שמפר מצווה מדאורייתא, הרי שמי שמפר מצווה מדרבנן פטור מן העונשים הללו, ולפעמים לוקה בעונש שהוא "מדרבנן". כך למשל, אומרים שמי שעושה מלאכה בשבת חייב מיתה – סקילה, אך אם עושה אותה בשינוי "כלאחר יד" – אינו חייב מיתה מן התורה.

הכלל הוא ש"ספק דאורייתא לחומרא" ואילו "ספק דרבנן להקל". כלומר כל ספק אם עשיתי דבר בצורה הנכונה, כל חשש שאם אעשה אעבור על מצוות התורה – אני צריך לנהוג ב"חומרא" (=להחמיר) לעשות שנית אם צריך או להימנע לחלוטין. לעומת זאת אם הספק הוא על מצווה מדרבנן אני צריך לנהוג "לקולא" (=להקל).

אך מהו דאורייתא ומהו דרבנן? נראה שהדבר לא פשוט כלל. קיימת מסורת עוד מזמן האמוראים בתלמוד שישנם תרי"ג מצוות (=613), מהן רמ"ח מצוות עשה (=248) ושס"ה מצוות לא-תעשה (=365). והנה לאחר התלמוד התעוררו כמה חכמים למנות את המצוות הללו, ואף קמה לה ספרות עניפה של "מוני המצוות". מתברר שישנן מחלוקות מרובות מהן המצוות. אנחנו לא ניכנס לדבר, אך נביא כמה מכלליו של הרמב"ם איזו מצווה ראוי למנות אותה כמצווה שבין תרי"ג המצוות? הרמב"ם מביא ב"הקדמה לספר המצוות" שלו כי הוא אינו מונה מצוות זמניות. למשל, את הציווים של הקמת המשכן, הציווים של אלוהים שיסעו ממקום למקום, שיכבשו את סיחון או שלא לאכול מעץ הדעת. כל אלו המצוות היו לשעתן ולא לדורות. עוד דבר לא מונים אלא רק מצוות מדאורייתא ולא מצוות מדרבנן. למשל, מצוות הדלקת נרות חנוכה, מצוות קריאת המגילה ומשלוח מנות בפורים הן מצוות מדרבנן. אך לא רק הן, שמעצם ברייתן באו לאחר חתימת התורה, אלא גם מצוות שהן כביכול נדרשות באחת משלוש עשרה המידות שהתורה נדרשת בהן, לא בהכרח הן מדאורייתא. נאמן לשיטתו, מבדיל הרמב"ם בין מצוות הבנויות על "דרשות" סטאטיות שבהן "לא נפלה כל מחלוקת" לבין מצוות הבנויות על מדרשי הלכה דינאמיים שיש בהן מחלוקת. הרמב"ם כותב שבמצוות הנלמדות מדרשות רק "אם פירשו הם בעצמם ואמרו שזה גוף תורה או שזה מדאורייתא – הרי זה ראוי למנותו". ר' משה בן נחמן, חלוק עליו וסבור "שכל דבר הנדרש בתלמוד באחת מכל "ג מידות הוא מדאורייתא – עד שנשמע אותם (=את חכמים) שיאמרו שהוא אסמכתא". (=דרשה נחזית).

גם היחס המספרי בין המצוות שהן "מדאורייתא" למצוות שהן "מדרבנן" הוא שונה ממה שנחזה להיות. החכם ר' יאיר חיים בכרך מחכמי אשכנז במאה ה-16 כותב כי "פירושי המקראות ודברים הנידונים במידות שהתורה נדרשת בהן הם חלק פחות ממאה מן הדינים הנזכרים במשנה ובגמרא". כלומר למעלה מ-99% של לימוד התורה

המסורת בישיבות, בבתי המדרש ושל כל יהודי בינו לבין עצמו הוא בכלל לא במה שהוא "מן התורה" אלא בעיקר בחלק הדינאמי של מה שמכונה "של חכמים".

אם נעמיק נראה שההבחנה בין "מדאורייתא" לבין "דרבנן" אף הוא עצמו קביעה של חכמים. גם מה שנחשב מן התורה ממש הוא לפי ייחוסם של חכמים, ולא בשל כך שהמקרא עצמו מעיד שהוא מן התורה. לדוגמא, בתורה נזכר שהבעל מחויב לזון את אשתו, ואף על פי כן חלק מן החכמים קבעו שחיוב המזונות של הבעל הוא "מדרבנן". בתורה נזכר כי ישנה חובה של שמיטת קרקעות וחלק מן החכמים מצמצמים את תחולתה רק לזמן קיומו של בית המקדש.

אך לא זו בלבד, חכמי ישראל הם שקובעים את קדושת ספרי המקרא. כלומר תהליך הקנוניזציה הוא תהליך מודע של חכמים הקובעים מהו ספר קודש שבגלל קדושתו גזרו חכמים בעליית בית נתזה בלוד ש"כתבי הקודש מטמאין את הידיים" מאחר ש"לפי חיבתן קדושתן" (כדי שהעם יימנע מלהניח אוכל ליד ספרי קודש ועכברים יכרסמו את כתבי הקודש גזרו חכמים טומאה על מי שנגע בספר קודש שאסור לו בשל-כך לאכול תרומה) לעומת "ספרי המירס (=הומרוס) שאינן חביבין אין מטמאין את הידיים". שאלה שהתעוררה האם מגילות שיר השירים וקהלת "מטמאות את הידיים". כידוע, ספר שיר השירים דומה כשירי עגבים וספר קהלת יש פקפוק בו לכאורה בתובנות של הישארות הנפש, שכר ועונש. הדבר הזה היה במחלוקת כל ימי בית שני, כולל בימי הלל ושמאי ובתי המדרשות שלהם, עד שבתקופת חכמי יבנה, בדור שלאחר חורבן הבית, "ביום שהושיבו את רבי אלעזר בן עזריה בישיבה, ששיר השירים וקהלת מטמאות את הידיים" – היינו הם ספרים קדושים. את ספר שיר השירים פירשו כאלגוריה ליחסים בין הקב"ה – הזכר לבין "כנסת ישראל" – הנקבה וכל ביטויי החשק כמו "שני שדיך" – "זה משה ואהרן", ואלו את ספר קהלת תירצו בכמה אופנים ודרשום. על ספר משלי היה הפקפוק אם ראוי להיות ספר קודש משום שהיו אומרים: "משלות ואינן מן הכתובין" ולבסוף הכריעו לקבלו. גם על מגילת אסתר (עליה דיברנו בפרק הראשון) היו פקפוקים עד לתקופת האמוראים בבבל והיו שסברו שמגילת אסתר "אינה מטמאה את הידיים". על ספר יחזקאל כתבו בתלמוד שחכמים חשבו לגנוז, משום שיש בו הלכות הסותרות לכאורה את דברי התורה. למשל, לפי הכתוב בתורה אסור לכל אדם מישראל לאכול נבילה וטריפה ואילו בספר יחזקאל נאמר: "כל נבלה וטרפה לא יאכלו הכהנים" (יחזקאל, מד, לא) ואף על פי כן לבסוף יישבו הסתירות וספר יחזקאל נשאר "ספר קודש".

מכל העניינים נראה כי ההכרעה מה הם הספרים המהווים את "כתבי הקודש" היינו המקורות העתיקים הרשומים של עם ישראל, נפלה על-ידי חכמים שתורתם היא התורה שבעל-פה. הווה אומר ההכרעה לגבי מהותה של הקנוניזציה – היא בידי חכמים ולא שאלה היסטורית לגמרי. אכן חכמים במודע הפרידו בין הספרים שחשבו ספרי קודש לבין הספרים "החיצוניים" ותבעו את גניזתם. רבי עקיבא קבע: "שכל המכניס בתוך ביתו יותר מכ"ד ספרים, כגון בן סירא וספר בן תגלא – מהומה הוא מכניס בביתו". חכמים קבעו למשל, לא לקרוא בספר בן סירא, למרות שכמה פעמים מצוטטים ממכתמיו של ספר זה. נראה אפוא כי החשש מספרים "חיצוניים" נבע מהכתות שייצרו "כתבי קודש" נוספים, כמו, מאוחר יותר, ספרי הבשורה הנוצריים.

אך לא רק מספר ספרי הקודש הוא בשל הכרעת חכמים, אלא גם נוסחם. ישנו סיפור בתלמודים שבזמן הסופרים מצאו שלושה ספרים בעזרה שעל הר הבית: ספר "מעון"; ספר "זעטוט" וספר "היא". והמדרש מסביר שהיו שלושה ספרים בשניים מהם היה כתוב הפסוק, (כפי שכתוב בספרי התורה בימינו) "מעונה אלוהי קדם" ובאחד "מעון אלוהי קדם" ואז קבלו ה"סופרים" (אלו מן החכמים שהיו ממונים על קביעת הנוסח המדויק) כי הנוסח הנכון יהא "מעונה" ולא "מעון". ועוד, בשניים מן ספרי התורה היה כתוב "ואל אצילי בני ישראל לא שלח את ידו" ובספר תורה אחד במקום "אצילי" הופיעה המילה "זעטוט" ואז קיימו הסופרים, (כפי שנהוג עד היום) את גירסת "רוב" ספרי התורה שבעזרה ודחו את גירסת ה"מעוט" של ספר התורה האחד. אם נשיל את הקליפה האגדתית נראה שיש פה בעצם אמירה חריפה שקדושת הנוסח של התורה שבכתב היא הכרעתם של

חכמי התורה שבע-פה. אנחנו מוצאים בתלמודים עדויות על גרסאות שונות דחיות. מסופר כי "בתורתו של רבי מאיר מצאו כתוב 'והנה טוב מאוד' – והנה טוב המוות". היינו במקום הנוסח המקובל של "טוב מאוד" יש נוסח שונה. ההכרעה הייתה כנראה עלפי דעת הרוב. גם לפי המסופר אצלנו שאלוהים הלביש את אדם וחווה "כתנות עור" היה כתוב בתורת רבי מאיר "כתנות אור".

עניין שינוי הנוסחאות העסיק מאוד את חז"ל. לצד הנוסחה שהתקדשה ונחשבת לנוסח "המסורה", יש גרסה אגדתית כיצד תרגמו שבעים מחכמי ישראל את התורה ליוונית ושינו בו כמה שינויים מכוונים. תרגום זה כונה "ספטואגינטה", שעד היום בשינויים מועטים מקובל על הכנסיה היוונית האורתודוקסית. ברור שספר תורה שיש בו שינוי אחד מן השינויים בספטואגינטה, הוא נחשב פסול ואסור לקרוא בו. הכנסיה הקתולית מסתמכת על תרגום ה"וולגטה" שייסדו הירונימוס אחד מאבות הכנסייה, שלפי הידוע גר בבית לחם למד עברית ותרגם מתוך המסורה. הכנסייה הסורית המזרחית מסתמכת על תרגום יהודי לתנ"ך בשפה הארמית שנקרא "פשיטתא" ואילו הכנסייה הפרוטסטנטית מסתמכת על תרגומו של מרתין לותר והיה הספר הנדפס הראשון בעולם. התרגום הלותרני הסתמך על כתבי התנ"ך היהודים האורגינליים בשפה העברית ועל כן השתבחו הפרוטסטנטים בתרגומם וטענו לבכירותו מעל תרגום הוולגטה שאומץ על-ידי הכנסייה הקתולית.

לא רק הנוסח של המקרא, אלא גם התייחסות כלפיו בתור "ספר הספרים" נקבע על ידי חכמי התורה שבעל-פה. כל מנהגי הקריאה והלימוד, קדושת ספר התורה – הכל נקבע על-ידי חכמי ההלכה. להלכה ולמעשה ה"תורה שבכתב" אצל היהודים סמוכה על שולחנה של "התורה שבעל-פה". אז אם התכנים הכתובים בתורה שבכתב מתפרשים בצורה מחייבת על ידי ה"תורה שבעל-פה"; ואם הצורה וההלכות האופפות את התורה שבכתב נקבעות על-ידי התורה שבעל-פה, בשביל מה ללמוד את התורה שבכתב? התשובה הפשוטה של היהודי המאמין היא כך ציוו עלי חכמי ההלכה לקרוא פעם בפעם בסדר מסוים. כלומר אנחנו כיהודים חיים את התנ"ך רק מפיה של התורה שבעל-פה. יצוין שדבר זה היה מאוד מוקשה על המשכילים היהודים הראשונים, על "אחד העם" וגם על דויד בן גוריון, שניסו להפוך את היהדות על-פיה ולהעמידה בראש ובראשונה על "מוסר הנביאים". הם נלחמו בתורה שבעל-פה וניסו להמעיט בחשיבותה כ"תוצר גלות". ברור שהמשפט העברי רואה ב"מוסר הנביאים" רקע בלבד להלכות המגוונות של התורה שבעל-פה.

י. סמכות שפיטה פלילית לפי דיני תורה בימינו, האומנם?

בניגוד לסמכויות החקיקה שנמשכות בעיקרו עד להיום, ביחס לסמכויות שפיטה חל פחות משמעותי מאז חורבן בית שני או אפילו קצת לפניו.

נתחיל מן הנקודה ההיסטורית: בעוד שהתנ"ך והמקורות של ימי בית שני מלאים בסיפורי עלילות דברים, מעשי חקיקה וצווי מלך לרוב, כמעט שאין כל סיפור על משפט פלילי שנערך כדת וכדין, כהליך מסודר. דומה כי אין כל עדות ששפטו וענשו לפי דין תורה מי שחילל שבת, מי שרצח, מי שאנס. הענישה המוזכרת בסיפורי התנ"ך היא לרוב שלא לפי ההליך המסודר והראוי כפי שחכמי התנאים והאמוראים העמידו בתלמודים או כפי שסיכם הרמב"ם בהלכותיו.

1. אפסותו של "משפט שלמה" בעיני חכמי התלמוד

נפתח במשפט המפורסם המדווח בתנ"ך הוא "משפט שלמה". משפט זה שערך אותו שלמה המלך שעליו מעיד הכתוב "ויחכם מכל אדם" ומובא בספר מלכים כהמחשה לחכמתו הרבה כפי שמעיד מחבר ספר מלכים:

"וישמעו ישראל את המשפט אשר שפט המלך ויראו מפני המלך כי ראו כי חכמת אלוקים בקרבו לעשות משפט" לא עשה "רושם" רב על חכמי ההלכה וראו בו סטייה מן ההליך הראוי עד כדי עיוות דין. באותו משפט הופיעו "שתיים נשים זונות" שכל אחת מהן ילדה בן, ואיתרע המזל ובן אחד מת. האחת טענה: "לא כי בני החי ובנך המת" והשניה טענה: "לא כי בנך המת ובני החי". ואז המלך מצווה "קחו לי חרב" ואז "גזרו את הילד החי לשנים ותנו את החצי לאחת ואת החצי לאחת". אישה אחת מבין שתי הנשים צעקה "בי אדוני, תנו לה הילוד החי והמת אל תמיתוהו" והשניה אמרה: "גם לי גם לך לא יהיה. גזורו". שלמה המלך מכריע כי האם האמיתית היא זו ש"ויתרה" על "גזירת" התינוק לשניים. והנה חכם אחד בשם ר' יהודה בר אילעאי מתבטא בחריפות כנגד שלמה ואומר: "אילו הייתי שם פוקרין הייתי מניח על צוארו (=הייתי חונק אותו למוות – יצ"ג) ולמה? הנה נימוקו: "כשהוא אומר 'קחו לי חרב אילולא שנתמלאת עליו רחמים כבר נהרג, ועל אותה שעה הוא אומר 'אי לך ארץ שמלכך נער". ומה "חטאו" של שלמה? קראתי פעם מה שכתב פרופסור דגול לחכמת המשפט על "משפט שלמה" שהוא משפט פרימיטיבי, שהרי לא ניתן לחזור על ה"חוכמה" שלו. בפעם הבאה תדע האם "המזויפת" כיצד לחמוק מ"שנינותו" של שלמה. דומה שגם חכמי התלמוד התכוונו להוקיע את שלמה בגלל יומרנותו "לדון דינין שבלב שלא בעדים ושלא בהתראה" ועל-כך מסופר: "יצתה בת-קול ואמרה לו 'וכתוב יושר דברי אמת' – 'על-פי שנים עדים...'. כלומר, אם התורה מצווה שכל דיון יהיה בהוכחות של עדים ושיעידו על הכוונה "בהתראה" אסור היה לשלמה לפסוק ב"קיצור דרך" על פי אינטואיציה שיפוטית.

2. ההליכים הפליליים בתלמודים קוריוזיים בלבד

גם בספרות התלמודית אין תיאור מסודר של הליכים פליליים. התיאורים היחידים של משפטים פליליים הם יוצאים מן הכלל, כפי שמעיד חכם אחד בברייתא: "שמעתי שבית-דין מכין ועונשין שלא מן התורה... כדי לעשות סייג לתורה" כמו "מעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יוונים והביאוהו לבית דין וסקלוהו, לא מפני שראוי לכך אלא שהשעה צריכה לכך. שוב מעשה באדם אחד שהטיח את אשתו (=פירוש רש"י: בא עליה) תחת התאנה (=רש"י: מקום גלוי) והביאוהו לבית-דין והלקוהו, לא מפני שראוי לכך אלא שהשעה צריכה לכך". גם הסיפור במשנה על שמעון בן שטח, מגדולי חכמי בית שני שתלה שמונים נשים באשקלון ביום אחד (על עבירות כישוף למיניהם) לא היה לפי הליך תקין אלא כ"הוראת שעה". שהרי אין לתלות אלא רק אדם אחד ביום ולא יותר.

3. חוסר ההתאמה בין סיפור משפטו של ישו ומותו לבין דיני התורה העונשיים

אפילו המשפט המפורסם ביותר בספרות הקנונית הוא משפטו של ישו, שבגינו נרצחו רבבות יהודים במשך כל ההיסטוריה של העת העתיקה ושל ימי הביניים, הוא מעורפל מבחינת הפרוצדורה הפלילית שנהגה בו. ראשית נעיר, כי אין כל עדות היסטורית ריאלית או היסטורית אובייקטיבית למשפטו של ישו מעבר לספרי האוונגליונים ועוד שתי עדויות חיצוניות שמקורותם מוטלת על-ידי חוקרי ההיסטוריה בספק (כמו כתבי יוספוס פלאוויוס). אך לא האמת ההיסטורית עומדת נגד עיננו, אלא השאלה המשפטית, האם משפטו של ישו הוא דוגמה להליך שיפוט פלילי לפי דיני התורה? פרופ' חיים כהן חיבר את ספרו המפורסם "משפטו ומותו של ישו הנוצרי" שיצא בכמה מהדורות ובשפות שונות. פרופ' חיים כהן, שכידוע ידיו רב לו בספרות התלמודית, בחכמת המשפט ובכתבי המלומדים חוקרי הברית החדשה הגרמניים, האנגליים והאמריקניים, פיתח תזה לפיה גם אם כל האמור בספרי הבשורה הם אמת לאמיתה (והוא מצביע על סתירות מרובות הקיימות בין הספרים השונים) עדיין אין בכך להצביע על הליך פלילי הנערך לפי דין תורה. נסכם את דבריו בראשי מילין:

- א. בברית החדשה מסופר שישו נידון בערב פסח או בפסח עצמו, לפי ההלכה היהודית לא דנים דיני נפשות בחגים ובערבי חגים.
- ב. לפי המסופר דן הכהן הגדול את ישו בלילה וערך לו אז בירור הדין. לפי ההלכה היהודית אין דנים דיני נפשות בלילה.
- ג. בברית החדשה מסופר שהכהן הגדול ערך את המשפט בביתו והרי דיני נפשות דנים רק בלשכת הגזית שהוא בפירוש אינו מעונו של הכהן הגדול.
- ד. לפי הברית החדשה חטאו של ישו היה שהכריז על עצמו מלך המשיח. אין עבירה כזו לפי ההלכה היהודית. יכול אדם להכריז על עצמו כמלך המשיח ועדיין לא יומת (רק ינודה).
- ה. לפי הברית החדשה הודה ישו בגידוף השם. לפי ההלכה היהודית אין דנים אדם על סמך "הודאת עצמו". רק "על-פי שנים עדים... יומת המת".
- ו. לפי הברית החדשה נענש ישו על גידוף השם, לפי ההלכה היהודית אין גידוף אלא בפורמולה המכונה "יכה יוסי את יוסי"
- ז. לפי המסופר בברית החדשה ישו נצלב. אין עונש כזה בדיני התורה.
- ח. אבל, עיקר העיקרים, לפי המקובל במסורת ישראל ארבעים שנה קודם חורבן בית שני הפסיקה הסנהדרין לדון דיני נפשות. הבבלי קושר זאת ברצונה של הסנהדרין לגלות ממקום מושבה הראוי בלשכת הגזית "לחנאות". ומה הטעם? מסביר הבבלי מכיוון שראו חברי הסנהדרין שמתרבים הרוצחים, אמרו 'מוטב שנגלה ממקום למקום כדי שלא נחייב רוצחים. להזכיר, משפטו של ישו נערך שנים ספורות לפני חורבן הבית.

4. מדוע התחמקו חכמים מעשיית דין פלילי לפי דיני התורה?

- כאמור, אנחנו לא ניכנס לבעיות תיאולוגיות, היסטוריות ופילולוגיות בקורס קצר בשם "מבוא למשפט העברי" וחלילה לנו לחרוץ דין אם היהודים הרגו את ישו או לא, אנחנו רק נשאל מה באמת הגיונה של הימנעות חכמים מלדון דיני נפשות בגלל שהתרבו הרציחות. לו היה הדבר תלוי בנו היינו אומרים, להיפך כשמסתובבים רוצחים חייבים "להגדיל את מספר התקנים" של שופטים, שוטרים, פרקליטים ואפילו של הסנגוריה הציבורית. פה אנחנו צריכים להתעכב על כמה הבדלים משמעותיים בין הפרוצדורה הפלילית בת-זמננו, לבין ההליכים הפליליים שלפי דיני התורה:
- במשפט הנוהג בימינו לא כל חשוד בביצוע עבירה עומד לדין, בראש ובראשונה הדבר מסור לשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה (באמצעות פרקליט המדינה, פרקליטי המחוזות), האם להעמידו לדין. בהרבה מקרים "נסגרים" תיקים בתואנה של "חוסר ענין לציבור", כלומר, מעבר לשאלת כמות ההוכחה המצויה להוכיח את קיומה של ביצוע העבירה. גם שאלת כמות ההוכחות בתיק היא שאלה של "מדיניות" הפרקליטות שלא להעמיד לדין חשודים ש"תיקיהם" אינם "תפורים 100%". הרבה קיתונות של ביקורת נשפכו לאחרונה על ראשה של פרקליטת המדינה שאינה שוקלת כראוי את העמדתם של "נבחרי הציבור" לדין וממהרת להעמידם לדין אף שבסוף ההליך "נבחר הציבור" יוצא זכאי ולו רק מחמת הספק.
 - אף שאדם עומד כבר לדין בבית המשפט אין זה בהכרח שהוא יורשע. השופט עצמו יכול בסוף ההליך - בנפרד מהקביעה הפסקנית כי פלוני אלמוני הנאשם ביצע את העבירה - להשית על הנאשם "מבחן ללא הרשעה" וכמובן יכול להרשיע ולקבוע "מאסר על-תנאי" "שירות לתועלת הציבור". אך גם אם

השופט מרשיע וחורץ דינו של נאשם לחובה, העונש המוטל בספר החוקים היא לרוב "תעריף מקסימלי" שמחומרתו יכול השופט רק לרדת, לפי שיקול דעת מירבי. מאחר ש"ישראל רחמנים בני רחמנים" אנו רואים כי רוצחים ואנסים "יוצאים בזול" לעיתים די קרובות. גם העונש "מאסר עולם חובה" מתפרש כיום כנתון לשיקול דעת השופט להפחית מחומרתו "במקרים צודקים" (די נדיר).

■ עוד אינסטנציה העומדת בין הנאשם לבין עונשו המיוחל הוא מוסד החנינה המופעל על-ידי נשיא המדינה (בחתימת קיום של שר המשפטים). החנינה באה להקל מעונשם של מורשעים שוודאות ביצוע העבירה החמורה אינו מוטל בספק. שלא לדבר על "וועדת שלישי" הפועלת ללא ליאות הן לגבי עבירות רגילות שעונשן פחות מ"מאסר עולם חובה" והן בעבירות שעונשם "מאסר עולם חובה" לאחר שהנשיא "קצב את עונשם" (כלומר, הקל בעונשם והעמידו על מספר מסוים שאז ניתן להתחיל ב"ניכוי שלישי").

■ העונשים היום הם עונשים הדירים. עונש מוות ניתן רק בעבירות של פשע עם, בגידה ועריקה מול פני אויב, עונש מלקות – נאסר. שאר העונשים המותרים הם הדירים. מאסר הוא הדיר וכמובן הקנסות למיניהם. רוצח סדרתי, אנס קבוצתי, פדופיל – אינם בכלל עונשי מוות.

■ נהוג לומר שהמשטרה חוקרת בכדי "לשבור" את הנאשם ולגבות ממנו הודעה שתשמש, במגבלות מסוימות, "הודאה" שהיא המעולה שבראיות. עדים חפצים ומסמכים נדרשים רק בליט ברירה, כשאינן "הודאה". אפילו בשעת "גזר הדין" מתחשבים אם הנאשם "שיתף פעולה" והודה או אם הכחיש מכל וכל את מעורבותו.

כל אלה אינם בנמצא במשפט העברי

ראשית, עונשם של העבירות הפליליות לפי דין תורה הוא קבוע ולא ניתן לשינוי. העונשים ברוב רובם הם בלתי הדירים – מוות או מלקות. הרבה עבירות עונשם – מוות, המתת העבריין, שהוא עונש מקסימליסטי, כמעט טוטאלי.

שנית, אין לשופטים כל שיקול דעת להפחית את העונש, "עונש על תנאי" "מבחן ללא הרשעה" אין בכלל תפקיד של "יועץ משפטי" שבסמכותו שלא לפתוח בהליך פלילי. ברגע שבאים שני עדים לבית-דין ומעידים על פלוני כי חילל שבת, רצח, שתה דם וכדומה מחויבים הדיינים לחרוץ את דינו למוות ו"להוליכו לבית הסקילה". אין צורך לומר, שאין שום יכולת למלך, לנשיא, אפילו לא למשה רבנו (ואולי אף לבת-קול מן השמים) להעניק חנינה.

שלישית, ההעמדה לדין כמו השפיטה אינם עניין של "שיקולי מדיניות" אלא מצווה דתית של "ובערת הרע מקרבך" "ובערת הרע מישראל". כדרך כל המצוות "כל המרבה בהן – הרי זה משובח".

אך החובה האמורה בתורה להעניש את החוטא העובר על חוקי התורה, לעתים עד כדי המתתו, הבאה לידי ביטוי בפסוקים: "ובערת הרע מישראל" (דב' יז ו ועוד) "ובערת הרע מקרבך" (דב' יג ו ועוד), נתפרשה על ידי חז"ל באופן כזה שהגביל מאוד את המוסדות המופקדים על ביצוע צווי ענישה.

מגבלות-מוסרות אלו התנסחו בתוספתא סנהדרין (פ"א) ובבלי שם (ח, ע"ב) כדלהלן: "כל חייבי מיתות שבתורה, אין ממיתין אותם אלא בעדה ועדים והתראה". כלומר חכמים פירשו את פסוקי התורה לא כפשוטם אלא באופן שיכביד מאוד על הפרוצדורה הפלילית, ובכך כמעט "ינטרל" את ההליך הפלילי

וזו כוונת הדברים :

אין להעניש עבריו, על פי דין תורה, אלא על יסוד פסק דין שניתן בעדה, בבית דין סמוך. בתורה אין רמז כמה דיינים צריכים להיות, אך חכמים קבעו על סמך דרשות הפוסקים, שלא כפשטם, שעונשי מיתה נידונים בסנהדרין קטנה, היינו, בסנהדרין של עשרים ושלושה זקנים, ועונשי מלקות – בבית דין של שלושה. בהרבה עבירות חמורות וציבוריות יש צורך בסנהדרין של שבעים ואחד זקנים אך לא זו בלבד אלא שאת הפסוק הפשוט "וכי יזד איש על רעהו להרגו בערמה מעם מזבחי תקחנו למות" המזהיר לפי פשוטו על עונשו של רוצח שלא ניתן לו לחמוק במנוסה למזבח, דרשו חכמים: "...נמצינו למדין שסנהדרין בצד המזבח". כלומר, לא ניתן לערוך דין פלילי אלא רק כאשר בית המקדש קיים, וישנו מזבח וסנהדרין לידה פועלת. והנה גם כשבית המקדש קיים לא דנו דין פלילי כפי שכתוב בבלי סנהדרין: מ' (40) שנה עד שלא חרב הבית גלתה סנהדרין וישבה לה בחנות... שלא דנו דיני נפשות. {תרגום} מה הטעם? כיוון שראו שהרוצחים מתרבים ולא יכלו לדון, אמרו, מוטב שנגלה ממקום למקום כדי שלא יתחייבו (הרוצחים) ככתוב: 'עשית על-פי הדבר אשר יגידו לך מן המקום ההוא' (דברים, יז 10) – מלמד שהמקום גורם. נמצינו למדים שההגליה העצמית של הסנהדרין לא נבעה מ"לחץ חיצוני" אלא מהפעלתה של "מדיניות ענישה", מאחר שרבו רוצחים רצו להימנע מהפעלת דיני התורה, ועל ידי "גלותם" ל"חננויות" היו פטורים מלדון דיני התורה. אך כדרך "מדיניות" אומרים בעלי התוספות "דמכל מקום כשהיו רואין צורך שעה היו חוזרין אל הלשכה ודנין שם".

אין להעניש אדם על פי הודאת עצמו, ורק על פי עדותם של שני עדים, הכשרים להעיד, יקום דבר. עניין העדים נאמר בפירוש בתורה "והגד לך ושמעת, ודרשת היטב והנה אמת ונכון הדבר נעשתה התועבה הזאת בישראל ... על-פי שנים עדים או שלשה עדים יומת המת, לא יומת על-פי עד אחד", כלומר אין אפשרות להעניש אדם על-פי עד אחד אלא על-פי שניים או שלשה עדים. ברם "שניים או שלשה" עדים אינם מהווים בהלכה אוסף של יחדים אלא "כת עדים". כלומר, חכמים פירשו שכל אדם הבא להעיד עם חבריו הוא "כת עדים" ועל-כן כמו שאם יש שני עדים שאחד מהם נפסל, גם חבריו, בליט ברירה נפסל, כך גם כאשר ישנם שלשה או יותר עדים ואחד מהם נפסל, לא אומרים עדיין יש הרבה עדים כשרים, אלא "עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה". בנוסף, קבעו חכמים את דרך הבדיקה באופן דווקני. במשנה בסנהדרין מובא סדר חקירות העדים. יש שם רשימה של "שבע חקירות": "היו בודקין אותן בשבע חקירות: באיזה שבוע? (=הכוונה באיזו שמיטה; כל שבע שנים הוותה יחידה של "שבוע") באיזה שנה? באיזה חודש? בכמה בחודש? באיזה יום? באיזה שעה? באיזה מקום?... העובד עבודה זרה: את מי עבד ובמה עבד?". חקירות העדים הם שלב הכרחי כאשר מדובר בשיטת משפט אינקוויזיטורית שאינה מנוהלת על-ידי בעלי-הדין עצמם. אין משמעות אפוא ל"חקירה שכנגד" אלא לשלב התשובות הזהות. כלומר אם באה כת עדים שניים, שלשה, מאה או יותר חייבים כל עדי הכת להשיב תשובה פוזיטיבית אחידה. ואם אחד מהם הכחיש את חבריו לכת, ואפילו טען ש"אינו זוכר" נפסלו כל עדי הכת. אך מלבד החקירות הקבועות היה ניתן לעשות לעדים "בדיקות", כלומר לשאול אותם כל מיני שאלות בנוגע לאירוע העבירה. "הבדיקות" בניגוד ל"חקירות" אינן שאלות חובה אלא פרווילגיה של בית-הדין לשאול ולהרבות ולשאול. והמשנה אומרת ש"כל המרבה בבדיקות הרי זה משובח". ומדוע? המשנה ממשיכה ומביאה "מעשה ובדק בן-עזאי בעוקצי תאנים. (=כלומר, שאל את העדים האם עוקצי פירות התאנה שמתחתיה בוצעה העבירה) היו שחורים או לבנים. ומה בין חקירות לבדיקות? חקירות אחד אומר איני יודע, עדותן בטלה; בדיקות – אחד אומר: איני יודע, ואפילו שנים אומרים: אין אנו יודעין – עדותן קיימת. אחד חקירות ואחד בדיקות, בזמן שמכחישין זה את זה עדותן בטלה".

כלומר, סיבת הימשכות השאלות ודקדוק בפרטים שנראים "לא רלוונטיים" הייתה מתוך מטרה "למסמס" את הענישה החמורה. כך יצא מצב עליו מעידה המשנה שההליך הפלילי היה נדיר ביותר: "סנהדרין ההורגת אחד בשבוע, נקראת חבלנית, רבי אלעזר בן עזריה אומר: אחד לשבעים שנה. רבי טרפון ורבי עקיבא אומרים: אילו היינו בסנהדרין, לא נהרג אדם מעולם". והבבלי על המקום מבאר: היכי הוּו עבדי (=האיך היו עושים)? ...ראיתם טריפה הרג? שלם הרג? אם תמצא לומר שלם הוה, דילמא (=אולי) במקום סייף נקב הוה? בבוועל את הערווה: ...ראיתם מכחול בשפופרת?... "מובן מאליו שלא כולם הסכימו לדבר ושנינו במשנה כי "רבן שמעון בן גמליאל אומר: אף הם מרבים שופכי דמים בישראל". היינו, מרוב להיטות שלא להעניש יוכלו עבריינים מועדים להמשיך ולשפוך דם נקי.

כהערת אגב נעיר כי חיוניותם של העדים במשפט העונשין העברי... היא מעבר למשפט הכללי שבה "הודאת" הנאשם היא המעולה שבראיות, במשפט העברי היא, כלשון הרמב"ם, "גזירת הכתוב היא שאין ממיתין בית-דין ולא מלקין את האדם אלא על-פי שנים עדים... שמא נטרפה דעתו בדבר זה, שמא מן העמלין מרי נפש הוא המחכים למות שתוקעין החרבות בבטנם ומשליכין עצמן מעל הגגות, שמא כך זה יבא ויאמר דבר שלא עשה כדי שיהרג. וכללו של דבר גזירת מלך היא. אחד ממפרשי הרמב"ם מביא בלשונו נימוק רציונלי כלשהו: "ואפשר לתת קצת טעם לפי שאין נפשו של אדם קנינו אלא קנין הקב"ה, שנאמר 'הנפשות לי הנה' (יחזקאל, יח) הילכך לא תועיל הודאתו בדבר שאינו שלו ומלקות פלגו דמיתה הוא (=חלק של מיתה הוא) אבל ממונו הוא שלו ומשום הכי אמרינן: 'הודאת בעל-דין כמאה עדים דמי'. וכי היכי דאין אדם רשאי להרוג את עצמו, כן אין רשאי להודות על עצמו שעשה עבירה שחייב עליה מיתה לפי שאין נפשו קנינו...".

אך ה"מוסרה" הרצינית ביותר שבשמה כמעט שאי-אפשר היה להעניש לפי דין תורה הייתה דרישת "ההתראה". היינו, אין להעניש אדם על עברה, מבלי שתוכח בצורה מוחלטת כוונתו הפלילית של העבריין. הכוונה הפלילית חייבת להיות מוכחת על פי עדים, המעידים שהעבריין הותרה בפניהם, עובר לביצוע המעשה האסור.

חובת ההתראה בעיני חז"ל איננה רק אזהרה (warning) לעבריין הפוטנציאלי, כפי שמקובל הדבר בשיטות משפט מודרניות, אלא היא גם דורשת שהעבריין יקבל את ההתראה לפני עשיית העברה שיתיר עצמו למיתה ("והוא שיאמר בפירוש יודע אני שכך הוא, ועל מנת כן אני עושה"). כן נדרש, שהעברה תיעשה בתכיפות, "תוך כדי דיבור" של התראה.

נקל להבין, שלנוכח תנאיה המיוחדים של ההתראה, לא במהרה ימצא עבריין בר-עונשין, שיתיר עצמו למיתה ויעבור על הציווי תכופ לקבלת האזהרה-ההתראה.

תנאים ואמוראים התאמצו למצוא סימוכין לחובת ההתראה בכתובים שבתורה. כך, למשל, נמסר בירושלמי סנהדרין (פ"ה ה"א): "מניין להתרייה... תני ר' שמעון בן יוחאי 'על פי שני עדים או שלשה עדים יומת המת' (דב' יז ו), המת מת, אלא להודיעו באיזו מיתה מת" (דיומת המת כתיב, וכי המת מת? אלא ללמדך שצריך להתרות בו ולהודיע באיזה מיתה הוא מת אם יעבור ויעשה זאת" – פירוש פני משה). ובבבלי סנהדרין (מא ע"א) משיב רבא על שאלת התלמוד, מניין שאין העבריין חייב, אלא אם כן התיר עצמו למיתה: "אמר קרא 'יומת המת' עד שיתיר עצמו למיתה" (ורש"י מבאר: "משמע כבר הוא כמת קודם שבא לבית דין, שחייב עצמו מיתה בפיו"). וראה בבבלי ובירושלמי שם דרשות נוספות מכתובים אחרים.

המעייין במקורות התלמודיים יראה, שאין דעה אחידה בין החכמים בדבר מקורה של חובת ההתראה במקרא. הפסוקים שמהם למדו חכמים את חובת ההתראה נדרשים בתלמודים גם באופנים אחרים ולעניינים אחרים. והמקראות שמהם לומדים חכמי התלמוד על חובת ההתראה אינם עוסקים כלל, לפי פשוטם, בחובה זו. יתר על כן, מהספרות התלמודית עולה, שלא בכל העברות קיימת חובה להתרות בעבריין. ישנן עברות, כגון זקן ממרא, גואל הדם ועדים זוממים, שבהן אין כל צורך בהתראת העבריין כתנאי להענשתו. בדרך כלל אין חז"ל מבארים את הנימוקים "לפטורם" של עבריינים אלה מחובת ההתראה. יוצאים מן הכלל עדים זוממים, שבהם יש דיון נרחב בתלמוד, המשתדל לנמק את ה"פטור". אולם גם בזה אין דעה אחת מוסכמת על הכל. מהו אם כן היסוד לחובת ההתראה? ומדוע בעברות מסוימות אין כלל צורך בהתראת העבריין לשם הענשתו? נראה, שלפי דין תורה הכתובים "ובערת הרע מקרבך" ו"בערת הרע מישראל" הם ציווים מוחלטים. אין בהם כל מקום לשיקול דעת הדיינים באשר לחובת הפעלתם. כלומר, אם יבואו שני עדים כשרים ויעידו בפני הסנהדרין תהיה חייבת להמית את העבריין. אין הסנהדרין רשאית לשקול את הפחתת העונש המקסימלי הכתוב בתורה, וכל שכן שאין היא מוסמכת להחליט על אי העמדת העבריין לדין וביטול משפטו. בניגוד לדין תורה, בשיטות משפט בנות זמננו מקובל, כי ערכאת השיפוט המוסמכת לדון יכולה היא לשקול ברוב המקרים הטלת עונש, שהוא פחות מן העונש המקסימלי, הנקוב בספר החוקים, ובכל מקרה יכולה המדינה לחון את העבריינים ולהקל בעונשם. כמו כן המדינה סוברנית להחליט באמצעות פקידה או מוסדותיה, שלא להעמיד עבריין לדין. כל האמצעים הללו הם יסוד מוסד של שלטון החוק בזמננו, ואין עליו עוררין. אולם, כאמור, זרים הם לדיני התורה. בעקבות העובדה שאין הסנהדרין רשאית להתחשב בנסיבות מיוחדות כדי להקל בעונשו של העבריין או להימנע מלהעמידו לדין לפי שיקול דעתה, קבעו חכמים את חובת ההתראה על תנאיה המכבידים, שישמש מעצור בפני הענשה נרחבת ולצמצם ככל שניתן את עונש המיתה, עד למינימום האפשרי. אלא שבמקרים מסוימים סברו חכמים, שאין לדאוג להצלתו של העבריין – ששני עדים מעידים על אשמתו – מעונש מיתה המגיע לו, ולא החילו עליהם את חובת ההתראה. נבחר את הדבר בעזרת שתי עבירות "זקן ממרא" ו"נביא שקר". זקן ממרא, הממרה את פי בית דין הגדול שבירושלים ומורה לאחרים כדעתו, אין צורך להתרות בו כדי להענישו. ואילו נביא שקר, "המתנבא מה שלא שמע ומה שלא נאמר לו" (משנה סנהדרין, יא, ה), או המתנבא בשם עבודת כוכבים, אין מענישים אותו ללא התראה כדת וכדין. מה ההפרש בין הזקן הממרא לבין נביא השקר, הרי שניהם עבריינים חמורים, המסיתים ומדיחים את העם? על כורחנו נמצאנו למדים, כי לא על חומר המעשה תקום או תיפול חובת ההתראה, אלא על מידת השפעתו. הזקן הממרא הוא המופלא שבבית דין, שהוסמך להורות לעם הלכות ודינים. אם הוא חוזר למקומו ומורה בניגוד להכרעות בית הדין הגדול שבירושלים, רבים ישמעו בקולו וילמדו ממעשיו. לכן חכמים נמנעו מלהתנות את עונשו בהתראה על כל דקדוקיה, שהרי השפעתו מרובה וסכנתו גדולה. ואם יקבעו לו חובת התראה לפרטיה ודיוקיה כתנאי להרשעתו בדין, עלול הוא להינצל מדין ומעונש, וימשיך לעמוד במריו, ורבים מישראל יתעו וילכו בעקבותיו. ואילו נביא המתנבא לשקר, איננו חכם היושב בדין, איננו משמש בהוראה, אין בסמכותו לחדש הלכה ואין סכנתו מרובה כסכנת הזקן הממרה. משום כך דנו אותו חז"ל ככל עבריין, והחילו עליו חובת התראה, עד שיקבל עליו ויתיר עצמו למיתה.

5. צמצום דיני הענישה התורתיים והרחבת דיני ענישה אלטרנטיביים

מדוע לא "חששו" חכמים מאיונם של דיני העונשין לפי דיני התורה? שתי תשובות בדבר:

האחת, הייתה להם אמונה עמוקה בהשגחת אלוקים. כך שאם עברין נחלץ בעור שיניו ממיתת בית-דין הוא יקבל עונשו מן השמיים ישירות. ביטוי מובהק הוא המדרש על הפסוק: "ואשר לא צדה והאלהים אנה לידו ושמתו לך מקום אשר ינוס שמה." "...כאשר יאמר משל הקדמוני 'מרשעים יצא רשע' במה הכתוב מדבר? בשני בני אדם שהרגו את הנפש אחד הרג בשוגג ואחד הרג במזיד, לזה אין עדים ולזה אין עדים, הקב"ה מזמין לפונדק אחד. זה שהרג במזיד יושב תחת הסולם, וזה שהרג בשוגג יורד בסולם ונפל עליו והרגו. זה שהרג במזיד – נהרג, וזה שהרג בשוגג – גולה."

השנית, חכמים לא "ויתרו" על הענשת הפושע הפלילי, אלא בעצם חפצו להענישו שלא לפי דיני תורה. כך למשל, אדם שלא נמצאו עדים להרשעתו, או שלא התרו בו כדת וכדין היו מענישים אותו בעונש עקיף. כך נאמר: "מתרין בו ושותק, מתרין בו ומרכין בראשו (כלומר, אינו מתיר עצמו למיתה), מתרין בו פעם ראשונה ושנייה ובשלישית כונסין אותו לכיפה. אבא שאול אומר: אף בשלישית מתרין בו וברביעית כונסין אותו למיתה ומאכילין אותו לחם צר ומים לחץ." ההענשה שלא לפי דיני תורה היה בה כבר מקום ל"שיקול הדעת" והיה ניתן להפעילה רק במקום שהייתה נצרכת. על-כן חכמים שקדו במקביל לבטל את ההענשה לפי דיני התורה שאין בה כל מקום ל"מדיניות ענישה", שאין בהם כל שיקול דעת שלא "לפתוח בהליכים", ומנגד לאמץ ענישה מושכלת שיש מקום לפתח בה "מדיניות ענישה".

יא. סמכויות השפיטה בתחום המשפט האזרחי בימינו

1. דיני הממונות – חי הנושא את עצמו

על דיני הממונות, בניגוד לדיני נפשות יש תיעוד רב בספרות התלמודית והרבנית. הרבה מסוגיות התלמוד הם "עדות חיה" של משא-ומתן הלכתי מסביב להתדיינות משפטית מעשית. כבר אמרנו שאין חלוקה בתולדות המשפט העברי בין "בית הדין" לבין "בית המדרש" ועל-כן התדיינותיהם של התלמידים ורבותיהם נסבה על כל מיני אירועים שקרו להם, קרו להם בעבר, קרו לחכמים בשכנותם, וכדומה. בתלמודים מובאות הפסיקות באופן מעורב ולא דידקטי, אך בספרות הרבנית שלאחר התלמוד קיימת ספרות "השאלות והתשובות" שהיא בעצם כתיבה עצמית של ההתדיינות על-ידי הרב החכם הנותן את תשובתו המנומקת. בכלל היהודים נחשבו בכל תקופת ימי הביניים כיצורים "דימוניים" של סכולסטיקה משפטית, של "שכל עקום", של אנשים העומדים על "קוצו של יוד". עד היום עורכי דין מפורסמים בעולם מתגאים להציג את היותם "יהודים" ולא בגלל הקפדתם על שמירת המצוות, או האמונה ב"נצח ישראל", אלא יותר כ"מותג" של שכלתנות ושום שכל. גם בישראל קיימות ערכאות שיפוט הפועלות לפי דיני התורה: בתי הדין הרבנים הממלכתיים, בתי הדין הפרטיים בירושלים ובבני-ברק ובכל מקום שיש בו ציבור ניכר של יהודים החפצים בכך. על פעולותיהם על-פי החוק בישראל נעמוד בהמשך, אך כעת נדון בשאלה נשוא דיוננו: האם השפיטה בענייני "ממונות", היינו במשפט האזרחי, דומים, זהים או שונים מההליכים המתקיימים בבתי משפט אזרחיים?

2. ההבדלים בין הפרוצדורה האזרחית בישראל לבין הפרוצדורה הממונית בדיני התורה

נראה שאף שיש סמכות לדון בענייני ממונות לפי דיני התורה בישראל יש הבדלים מושגיים בין ההליכים ה"אזרחיים", בערכאות שיפוט אזרחיות, לבין התדיינות "ממונית" לפי דיני התורה.

1. בעוד שבתי המשפט האזרחיים אין התובע יכול לבחור לו את ערכאת השיפוט ולא את הדין שישב בדין ובוודאי שאין הנתבע יכול לומר לתובע כי הוא מעוניין בבית משפט אחר או בהרכב אחר, הסמכויות הן אכיפתיות על שני הצדדים, בדיני תורה הכלל הוא "הלך התובע אחר הנתבע". כלומר, הנתבע יכול לסרב להתדיין בערכאה בה בחר התובע עבורו, אלא אומר אני מעוניין בדין פלוני דווקא.
2. בעוד שבבית משפט אזרחי הערכאה קבועה השופטים קבועים והם בעלי מומחיות משפטית. ברוב המקומות יש צורך במשפטן מומחה. וגם כאשר יש "נציג ציבור" אין זה מינוי אינדוידואלי אלא מעין "מומחה קבוע", וברור שלא תישמע טענה שאני מעוניין להתדיין בהרכב מסוים; ב"דיני תורה" ההרכב האידאלי הוא זבל"א (= זה בורר לו אחד). כלומר כל צד בורר לו אדם שהוא מחשיבו כנאמן, ושני "הבוררים" ממנים להם עוד מומחה על שניהם. זוהי לא רק אלטרנטיבה כ"בוררות" אזרחית, אלא זהו "דין-תורה" בטרתו. יכולים הצדדים לברור להם גם אנשים שאינם מומחים כמו "רועי בקר" או אנשים "מוטים" כמו "נאמן עלי אבא ואבין".
3. בהלכה היהודית הדיונים אינקוויזיטוריים ולא אדברסריים. משמע שעורך הדין למעשה אינו מנהל הדין, אלא הדיין. ולא זו בלבד, אלא שעצם נוכחותו מפריע לדיינים לחקור את בעלי הדין, שהרי כיצד ניתן להפעיל את הכלל: "חזקה אין אישה מעיזה בפני בעלה" או "כל דאלים גבר" אם עורך הדין טוען בשם האישה ועורך הדין שכנגד מפריע לטיעון שאומר שהוא עוד לא חקר "חקירה שכנגד"? יתר על-כן לפעמים בתי הדין הרבניים יכולים להוסיף עילה אף שלא נכתבה בכתבי הטענות. ההקפדה על מסמכים בכתב דווקא אינה נחלת בית הדין הרבני.
4. מאחר שהשיטה אינקוויזיטורית, אין משמעות לכללי החקירה הראשית חקירה נגדית אלא לכל צד מותר לשאול בכל עת ובכל שעה. גם לקליינט מותר להתפרץ והדיינים למדים על כך יותר מאשר הטענות "המלוקקות" של עורכי הדין. האיום שעורכי דין מסוימים משמיעים ש"יתפטרו מן התיק" אם לא יתנו להם לחקור בשקט "כפי שצריך" אינה אפקטיבית. הדיינים רק מחכים לכך.
5. ההלכה היהודית אינה מכירה ב"סופיות הדין" וכל עת שבא לאיזה צד לטעון טענה חדשה או להביא ראיה חדשה, יכול גם יכול ובתנאי שהראיה החדשה לא תהא נראית "כבושה" או שבאה "זה מקרוב".
6. כפי שלבטח הנכם יודעים בית הדין הרבני הגדול היא המצאה יהודית משנות העשרים של המאה ה-20. בהלכה היהודית אין מקום לערער על פסק הלכה, מאחר שאין "סופיות הדין". ואם דיין טעה בדין ופסק נגדי שלא כהלכה אני פשוט יכול לתבוע אותו על רשלנות בחריצת הדין. הדיין בהלכה היהודית אינו יותר מאשר, עד מומחה, של ההלכה היהודית, וגילוי פנים שלא כהלכה היא רשלנות. רק כאשר היתנה הנציב העליון את הסכמתו להקמת "עדה יהודית" והכרה באוטונומיה שיפוטית של בתי הדין הרבניים, בכך שיוקמו מוסדות ערעור, המציאו את מתן פסק הדין בבית הדין הרבני "על תנאי" שיאושר על ידי בית הדין הרבני הגדול. אישור פסקי דין לשם הוצאתם לפועל הייתה מקובלת בקהילות היהודיות באירופה אבל נעשתה על ידי פרנסי הקהלה שלא התעטפו ב"אצטלא דרבנן" ומהם היו רחוקים מריחה של תורה. זו הסיבה שבית הדין בשונה מבית המשפט העליון, שולח בהרבה מקרים את התיק שערעורו נתקבל ל"דין מחודש" בבית הדין הרבני האזורי ולא מכריע בעצמו.
7. עוד דבר הנובע מחוסר הפורמאליות הוא שהדין כמו מומחה יכול להגיע להכרעה שאינו יודע את האמת ולכן הוא מסלק עצמו מן הדין. הדבר מנוגד לתפיסה הקלאסית של המשפט האזרחי שהשופט דן לפי חומר הראיות שהובא בפניו ו"למד לשונך לומר איני יודע" - אינה מימרה המופנית אל השופט".
8. עניין אחר המוזר לכשעצמו, הוא שלמעשה אין הדין יכול להכריע את הדין אלא במידה שהדין מוכרע. כלומר, בעוד שבמשפט האנגלי מקובל לחשוב ש"השופט יוצר את הדין" במשפט העברי הוא רק מגלה. אז אם יש בהלכה הכרעה ברורה, ברור שהדין יוכל להכריע. אך אם יש מחלוקת הפוסקים ואין הכרעה אין הדין יכול להכריע אם בעל הדין יאמר שהוא סובר כמו הפוסקים שתומכים בעמדתו. זה נקרא "קים לי" (=קיים לי).

הבעיה שהרבה שנים כבר אין הכרעה מוסמכת אלא יש מסורות של פסיקה והדבר תלוי בהסכמת הצדדים. הדיינים לרוב אינם כותבים ומבארים את פסקי דיניהם. אך אם תעינו במה שכבר פורסם תראו כמה ענווה קיימת אצלם כלפי הפוסקים החלוקים בדעותיהם וכמה נמנעים להכריע כמו מי ההלכה ביניהם. הסיבה היא שבעוד שבמערכת המשפט האזרחית מתקיים הפסוק "כי לכלב החי טוב מן הארי המת", בהלכה היהודית אין הדבר כך. למעשה כוחם וגדולתם של הדיינים אינו בחידושי ההלכה שלהם אלא בגילוי ההלכה במקרה המובא בפניהם. איני אומר שאין ביניהם בין הדיינים כיום גדולי תורה, אבל זהו "ערך מוסף". גדולי התורה מעמדם לא בא מתפקידם אלא מסגולתם האישית וכך דעתו של החזון אי"ש, אדם שלא תפס מעולם עמדה רשמית של רב, דין, או ראש ישיבה, והתפרנס מעבודת אשתו בחנות המכולת היא משמעותית יותר מפסיקתם של הרבנים הראשיים בהווה ובעבר.

מכל הדברים שאמרנו עולה שהדיינים אינם נחפזים להכריע הלכתית בין צדדים הטוענים "קים לי" ובייחוד אינם ממהרים לכפות על הבעל לתת גט אם אין הכרעה ברורה אצל פוסקי ההלכה, אלא מנסים להגיע להסכמה. הדבר לוקח זמן ומכאן דחיית הדיונים. שלא לדבר שהמסורת היא להחמיר מאוד בכפיית הבעל לתת גט רק בעילות ברורות ומוכחות כדת וכדין.

8. לא רק סדרי הדין משונים בבתי הדין הרבניים, אלא גם דיני הראיות. אין העדות אלא על ידי עדים כשרים ואין עדים כשרים אלא אנשים שנאמנותם נתונה מראש. הנשים פסולות לעדות ברוב המקרים, אך ישנם כמה עניינים שעדות אשה להתיר עגונה נאמנת, הקרובים מדרגות רחוקות פסולים, השונאים פסולים; האוהבים פסולים (אני זוכר שפעם דיין בבית הדין הרבני שישב לדין פסל עצמו לאחר שהובאו בפניו ראיות מרובות לאחר ש"נזכר" שחותנו של בעל הדין מתפלל באותו בית כנסת שהדיין מכהן כרב). גם מחללי שבת פסולים לעדות ובכלל, כל מיני "עבריינים", למשל אוכל פת בשוק וכדומה. אבל אין זאת אומרת שדבריהם של הפסולים אינם נשמעים. לעיתים בית הדין הרבני מבאר לאדם שבא להעיד שהוא אינו עד לפי ההלכה אלא מתחשבים "בטענותיו" כלומר הוא לא מעיד אלא טוען. כך שהחטא במסירת עדות שקר בבית דין רבני הוא אינו חטא דתי אלא רק עבירה פלילית לפי חוק העונשין הישראלי.

העדים הם לעיתים "עדי קיום" ולא תועיל כל הודאה של בעל דין במקומם. למשל לא ניתן לישא אשה ללא עדים; לא ניתן לגרש אשה ללא עדים כשרים; לא ניתן לאסור אישה על בעלה באמצעות צילומי וידיאו, אם הבעל מסרב להאמין בדבר. וגם אם האמין אין האישה מפסידה אם החליט לגרשה. ברור גם ברור שאין כל משקל ראוי לצילומים שנעשו בליל שבת קודש.

ועוד דבר. אין העדות אלא בעל פה. לפי ההלכה אין תצהירים. גם סדרי הדין הרבניים לא מכילים הגשת תצהירים. כמה מעורכי הדין הדתיים משיבים לדיינים שהם נאלצים לפנות בתביעת מזונות לאזרחי כדי לדעת בבירור כמה כסף מרוויח הבעל.

9. לעיתים שתי הערכאות, האזרחית והדתית, מחילים את הדין האישי כלפי בעל-הדין שהוא בהרבה מקרים "דין תורה". כך למשל אישה התובעת מזונות מבעלה היהודי, זכאית במצוות המחוקק לקבל לפי "הדין האישי" הוא הדין הדתי של בעלה. תביעה זו יכולה להגיש הן בבית-דין רבני והן בבית המשפט לענייני משפחה. אלא ששונה ה"דין האישי" המוחל בבית הדין הרבני ל"דין האישי" המוחל בבית משפט אזרחי. הדין האישי בבית הדין הרבני מבוסס על הכרעתו של ההרכב. מאחר שהתקדים אינו מחייב, עולה שאין כל מניעה שבדין אחר בהרכב אחר התוצאה תשתנה. פסיקת בית הדין הרבני הגדול אינה מחייבת, ויכול שבית הדין האזורי יעמוד במריו אם יסבור כי בית הדין הרבני הגדול "סטה" מן ההלכה היהודית השורשית. הפיתרון שבית הדין הרבני הגדול מצווה על הרכב אחר לדון בעניין. לא כן בביהמ"ש האזרחי, הדין הדתי "כפי תוקפו במדינה". מתפרש כמו שמתפרש חוק של הכנסת. וכשם שפסיקת בית המשפט העליון המפרשת את החוק מהווה תקדים מחייב כך הלכה דתית בענייני המעמד האישי שנתפרשה בבית המשפט העליון מחייבת את הערכאות האזרחיות הנמוכות. למשל, אם

ישנה מחלוקת בין הרמב"ם ובעל השולחן ערוך. יכול השופט בבית משפט אזרחי להכריע ביניהם לפי הבנתו, אף אם מעולם לא למד בחייו בישיבה שהרי ה"דין הוא מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה". אפילו אם לכאורה מסורת הפסיקה מזה מאות שנים היא כמו בעל השולחן ערוך. יתירה מזו, אם בית המשפט העליון קבע שההלכה כרמב"ם הכרעתו היא מהווה תקדים מחייב, ואין לשופט בבית המשפט לענייני משפחה להכריע אחרת בעניין זה אפילו אם למיטב ידיעתו פסיקת בית המשפט העליון סותרת את המסורת המקובלת בעולם ההלכה היהודי.

לפי כל הסימנים נראה שההליך ההלכתי בדיני ממונות הוא פורמלי פחות מאשר בשיטת המשפט האזרחית בישראל. הזכרנו גם את חוסר הפורמליות במקום הדין. מקומו של השופט הוא באולמו או בלשכתו. לעתים נדירות יוצא השופט מחדריו אלו ומקיים ישיבה מחוץ לאולם בית המשפט. ואילו "דיני תורה" נערכו לרוב במקום ששם אנשים למדו תורה. והתלמידים השתתפו באופן פעיל בדין, הציעו הצעות, מתחו ביקורת ולא ראו בהתדיינות הזאת "זילות". נאמר עוד הבדל שבבתי הדין הרבניים אין סדר ואיפוק כבבתי משפט אזרחיים. הצדדים מתכתשים מילולית ביניהם ונראה שהדיינים "נהנים" מן האווירה "החמה". בבית משפט אזרחי יש רק דרך אחת בה הלקוח מתבטא והיא - עורך דינו. את גירסתו הוא מוסר כעדות, כמו כל עד אחר.

3. סיבת ייחודם של ההליכים הממוניים בדיני התורה

את ההבדלים ניתן להסביר בשני אופנים:

פרופ' אשר גולאק ממיסדי המקצוע "המשפט העברי" באוניברסיטה העברית בירושלים נותן הסבר היסטורי: מאחר שרוב רובו של העם היהודי לדורותיו לא היה ריבון לעצמו לא הייתה יכולת אכיפה כמו בבתי משפט אזרחיים. החתירה להגיע ל"הסכמת הצדדים" נבעה מן הפחד שההליך יעבור לערכאות נכרים שיכפו דין שרירותי. על-כן ההליך הוא פחות פורמאלי, פחות רוצים להכריע ויותר "לפשר" "לגשר", מנסים שלא לגרום מראית עין של פסלות כמו פסול "אוהב" או "שונא" יותר מערכאה אזרחית רגילה וכן הדין רשאי להסתלק אם אינו משוכנע שהגיע לחקר האמת.

אך אנחנו נביא פיתרון אחר, דוגמאטי, לסיבת חוסר הפורמליות של ההתדיינות המשפטיות. הסבר זה כתב פרופ' שלום אלבק מאוניברסיטת בר-אילן בספריו. הדברים קצת מורכבים ואנחנו נלקט במקצת למה ששייך לענייננו.

כדי לבאר היטב נזדקק לכמה הנחות יסוד:

ראשית התורה הקדושה ניתנה לכל עם ישראל ולא רק לשופטים או לחכמי הדור. בניגוד לדעת ההמונים אין אדם מישראל זקוק ל"מתווך" או ל"מדיה" "רבי" כדי להבין את ההלכה. כל אחד רשאי ללכת לארון הספרים ולהבין את דברי התורה בעצמו לפי מיטב הבנתו.

שנית, מאחר שהתורה ניתנה לכל עם ישראל בכלל ולכל יהודי בפרט, כל אחד מחויב לשמור את התורה בכל מאודו. אדם שלא קיים מצוות עשה - עבר עבירה דתית וזקוק לכפרה, ומנגד אדם שעבר על מצוות לא-תעשה, גנב, גזל, הלן שכר שכיר, כמו שלא צם ביום הכיפורים, עבר ועשה מלאכה בשבת - יקבל את עונשו.

שלישית, ההקפדה במצוות התורה אין משמעה רק קריאת פסוק בתורה. חובה על כל יהודי (ויהודי בלבד) לקיים יחד עם התורה שבכתב גם את התורה שבעל-פה. כפי שהסברנו בסמסטר הראשון, מצוות התורה היא

רק לפי פירושים על-ידי חכמים. כמו כן יש חובה דתית לשמוע בקול דברי חכמים, תקנותיהם וגזרותיהם ממש כמו על מצוות התורה.

רביעית, החובה לשמור על התורה אינה רק בתחום האינדוידואלי אלא גם בתחום הקהילתי. למעשה קיים חובה דתית על כל יהודי למנוע מזולתו היהודי מלעבור עבירה. חובה זו של הפרשת כל אדם מאיסור פנים רבות לה ויש לה כמה מקורות כמו: "הוכח תוכיח את עמיתך ולא תישא עליו חטא (ויקרא), ערבות, "לפני עוור לא תתן מכשול". בניגוד לשיטות משפט אנגלו אמריקניות וקונטיננטליות אין האכיפה עצמה מסורה רק לשופטים, לרשויות הביצוע, כמו משטרה, הוצאה לפועל, אלא על כל יהודי ויהודי.

חמישית, גם גזל הוא איסור מן התורה כמו שמירת שבת וצום ביום-הכיפורים, ואם אני רואה שחברי גזל, גנב, "השלים ציוד" אני חייב למנוע ממנו מלעבור עבירה, אחרת אני עצמי אעבור עבירה דתית שלא מנעתי את חברי.

שישית, אם אני מרגיש כי חברי גזל ממני, לקח שלא ברשות חפץ השייך לי, בניגוד לשיטת המשפט בישראל שאני חייב לפנות לבית המשפט ולבקש סעד, לפי המשפט העברי אני רשאי ללכת ולעשות דין לעצמי. זוהי הממרה המפורסמת של בן-בג (תנא שחי בתקופת הלל הזקן ולפי שמו היה בבלי שהתגייר) "אל תיכנס לחצר חברך שלא ברשות שמא תיראה עליו כגנב, אלא שבור את שיניו, ואמור לו: שלי אני נוטל".

שביעית, מאחר שדיני התורה מסועפים ומפותחים ומאחר שיש לשמור לא רק על חוקי התורה "מדאורייתא" אלא גם גזירות ותקנות "מדרבנן", אני עלול להיכשל, שמא אולי טעיתי בדין ושברתי שיניו של אדם שזכאי להחזיק ברכושי, ונמצא שאני עבריין, על-כן אני הולך לחכם התורה משום שעליו אני סומך שבחוכמתו יאיר את עיני ויגלה לי מה הוא הדין האמיתי.

שמינית, אז אם אני כבר יודע מה הוא רכושי ומה הזכויות שלי בחפץ מסוים שחברי מחזיק בו, שלא כדין, עדיין אין אני יודע מה דינו של חפץ ששני בני-אדם מתדיינים עליו. פרעון הלוואה היא גם מצווה ואם אשמע שחברי מסרב להחזיר הלוואה הוא עבר עבירה דתית ויש לי מצווה דתית לאלצו לפרוע את הלוואתו. אך מאחר שלחברי יש טענות שהוא טוען לזכות אי-הפרעון, אני בעצם לא יודע כיצד להחליט, ייתכן שחברי צודק, ואז אם אכפה עליו שלא כדין לפרוע הלוואה שהוא פטור מלפרועה, נמצא שאני גזלתי ממנו רכוש ואני עברתי עבירה דתית, ואני צריך לפצות אותו. על-כן, אני הולך לחכם התורה, היודע את ההלכה על בוריה, הוא יידע לנתח את הסיטואציה מבחינת ההלכה והוא יקבע לי האם באמת יש פה כשלון של פרעון בניגוד להלכה. נמצאנו למדים שההזדקקות שלי לדיין, אינה בגלל מינויו כשופט, אלא בגלל חכמתו יודע להורות לי מה שאני איני יודע.

תשיעית, כאשר אני מתדיין עם חברי על אי קיום חוזה שערכת עימו, על חפץ ששייך לי והוא מסרב לתת לי, אני בעצם יכול לכפות עליו לתת לי. אך מאחר שחברי חזק ממני והחפץ שלו ואצלו, איני יכול להשתמש בכוח הזרוע. מה עוד שחברי מנמק את סירובו בטעמים הלכתיים ועובדתיים. הכלל הוא ש"המוציא מחברו עליו הראיה" על-כן עלי לשכנעו שהוא פועל בניגוד לדין. כיצד אשכנעו? על-ידי שאבקש ממנו להתדיין אצל חכם התורה. מאחר שהוא המוחזק בחפץ אני חייב ללכת ולהתדיין אצל חכם תורה שהוא מקובל עליו וזה שורש הכלל: "הלך התובע אחר הנתבע".

עשירית, כאשר יש ביננו התדיינות ואיננו מוצאים שפה משותפת אפילו על זהות החכם, הפרקטיקה היא "זבל"א", כלומר, אנחנו יוצרים טכניקה של מציאת חכם תורה שיוסכם על דעת שנינו שיגלה לנו מה אומרת התורה.

האחת-עשרה, מאחר שחכם התורה "מגלה" מה אומרת התורה, הוא דומה יותר לרופא "המגלה" מחלה, מאשר לשופט ה"יוצר את הדין". על-כן כשם שרופא המתרשל בתפקידו ולא בדק את סממני המחלה לעומק יכול להיתבע ברשלנות נזקית, כך גם חכם התורה אם יפשע במלאכתו ולא יעמיק בדיני התורה ניתן לתבוע את הדיין עצמו שיפצה על הנזק שגרם.

השתים-עשרה: כשם שרופא יכול לומר בסוף הבדיקה שהוא אינו מסוגל לתת דיאגנוזה ממצה לבדו, וכי הוא מוותר על שכרו ומסתלק מן האבחון, כך גם יכול דיין בהלכה להסתלק מן הדיון אם הוא מרגיש שהראיות "מרומות" שהוא אינו יודע את הדין, או שיש לו ידידות עם אחד מבעלי הדין. כל אלה הפסולים אינם מקובלים על שופט ממלכתי בישראל שאינו יכול להסתלק מן הדיון אלא רק בנסיבות נדירות.

השלוש-עשרה הדיין הוא המגלה את הדין ואינו כופה את ההלכה. כאשר רופא מגלה את המחלה ללקוחו, יכול הוא לסרב להאמין וללכת לרופא אחר, או להכחיש מחלתו. כאשר הדיין מגלה את אוזנו של הנתבע כי יש מחלוקת הפוסקים בעניינו, למשל, הרמב"ם אומר כך, והרשב"א אומר אחרת, יכול הוא לטעון "קים לי" אני סבור כמו החכם התומך בי. למעשה לא ניתן להכריח נגד רצונו של מתדיין, אלא רק לשכנעו. טכניקה ידועה כדי למנוע טענת "קים לי" לבקש מהמתדיינים להסכים להתדיין "לפי דין פשרה" בו החכם חופשי יותר להכריע לפי שיקול דעתו.

הארבע-עשרה: מאחר שהדיין כמוהו כרופא אין מקום לטענות "סופיות הדין" "התיישנות" "מעשה בי-דין" כמו שאדם לא יכול לטעון לפני רופא מומחה מבית חולים שעליו להתחשב במומחיותו של רופא המשפחה.

יב. קליטת המשפט העברי בחוקי מדינת ישראל

יג.

1. הקונפליקט בין משפט אזרחי ישראלי למשפט דתי הלכתי

עד כה דנו במשפט העברי במנותק מהמשפט הישראלי. דיוננו בהלכה היהודית לשכבותיה היו במנותק לגישה המשפטית הנוהגת בישראל. גם אם הזכרנו דינים שמחוץ לדיני התורה כמו תקנת הקהל, "דינא דמלכותא דינא" לא התכוונו אלא לשיטות משפט נכריות (לרוב מימי הביניים) אזרחיות-חילוניות או סמי-דתיות אבל לא לשיטת משפט ישראלית מודרנית המנוהלת על-ידי יהודים מהם שומרי תורה ומצוות.

בזעיר אנפין יחסים בין דיני התורה לדיני האזרחיים בישראל הם פרשת יחסים מוכרת יותר בציבור של הדת והמדינה או בניסוחה המודרני: "יהדות ודמוקרטיה".

הפרובלמטיקה היא ששתי השיטות הללו תובעות "ריבונות" על אותם "נתינים" ששיטות אלו מנכסות לעצמן. המשפט האזרחי הישראלי בתוקף היותו הדין הריבוני על הטריטוריה של מדינת ישראל; ודיני התורה: מתוקף חלותם על כל יהודי. מבחינת השקפתם של שיטות משפט אלו אין חשיבות כלל לרצונו של הפרט למידת זיקתו המשפטית. כשם שאין אזרח ישראלי יכול להתנות את תחולת המשפט הישראלי במידת רצונו הסובייקטיבי, נאמנותו למדינה וערכיה; כך אין השתייכותו של יהודי לדיני התורה אינה תלויה בהרגשתו הסובייקטיבית לערכיה של היהדות, למידת הקפדתו בשמירת מצוות התורה או באמונתו בהישארות הנפש.

דיוננו יעסוק בשתי נקודות חיכוך:

1. כיצד מביט המשפט העברי על המשפט האזרחי הנוהג בישראל?
2. כיצד מסגל הדין הישראלי את דיני התורה?

=====

3. השקפתו של המשפט הישראלי על תחולתם של דיני התורה בישראל

- ניתן לומר כי ישנן ארבע נקודות השקפה בהן מביט המשפט הישראלי על המשפט העברי
1. הדין האזרחי מאמץ את הדין הדתי והופך אותו לחלק מחוקי המדינה (תוקפם של נישואין וגירושין שנערכו בישראל בין יהודים - לפי דין תורה; מזונותיה של אישה מבעלה היהודי הגר בישראל - לפי הדין האישי - דין תורה). במקרה זה ידעת השופט האזרחי היא כידיעת כל דין אחר שהוא "מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה".
 2. הדין האזרחי מאמץ לא רק את הדין הדתי אלא קובע כי ערכאת השיפוט הדתית היא המוסמכת (דיון בתוקף הנישואין בין יהודים ובהתרתם בסמכות הייחודית של בתי הדין הרבניים; הסמכות להתדיין בענייני מזונות בסמכות מקבילה גם בבתי דין רבניים).
 3. הדין האזרחי מתיר לצדדים להתדיין בהסכמה לפי הדין היהודי וכן מתיר בהסכמה לפנות לבוררות לפי דיני התורה. בתוספת לחוק הבוררות, תשכ"ח-1968 נאמר כי "הבורר יפעל בדרך הנראית לו מועילה ביותר להכרעה צודקת ומהירה של הסכסוך ויפסוק לפי מיטב שפיטתו על פי החומר שבפניו; הבורר לא יהיה קשור בדין המהותי, בדיני הראיות או בסדרי-הדין הנוהגים בבתי-המשפט." הצדדים אפוא יכולים באמצעות הסכם בכתב לפנות לבורר הפוסק לפי דיני תורה. בתי-הדין הפרטיים מיישמים את חוק הבוררות על שלל סעיפיו ולמעשה, בכל אינסטנציה חרדית, קיצונית ככל שתהא, לא נפתחת שום התדיינות עד שהצדדים חותמים על "שטר בוררין לפי חוקי הקומפרומייס של הממשלה"
 4. הדין האזרחי מתפרש על-ידי הדין הדתי או בהשראתו (עיין: **בנק קופת-עם נ. הנדלס** בדעת השופט אלון; מושג ה"שכיב מרע" שבחוק הירושה, תשכ"ה-1965 ועוד).
- בסוגיה זו נכתב כה רבות שיקצר המצע מהשתרע, אך כמה נקודות מרכזיות:
1. בס' 46 לדבר המלך במועצתו 1922-1947 נקבע כי במקרה של לאקונה בחוקים העות'מאניים, בדברי המלך המנדטוריים, הפקודות המנדטוריות והתקנות "ישפטו בתי המשפט האזרחיים בהתאם ליסודות החוק המקובל ולעיקרי הצדק הנוהגים באנגליה".
 2. הסדר זה המשיך גם לאחר קום המדינה עד 1980 לפי פקודת סדרי שלטון ומשפט, תש"ח-1948 במקרים של לאקונה בחוקים הישראליים ובפסיקה האזרחית. הרבה הלכות פסוקות נקבעו אז בהתאם לשיטת המקובל ודיני היושר האנגליים ואנגליים דווקא. רק לעתים נדירות פנו השופטים לשיטות משפט קונטיננטליות ואחרות, בעיקר מחוסר הנחת מהפתרון "המקובל".
 3. בשנת 1980 נחקק חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980 שקבע בקצרה שני עניינים חשובים: אחד פוזיטיבי ואחד נגטיבי.
- הנגטיבי: בוטל ס' 46 לדבר המלך הנ"ל. כלומר, כיום במקרה של לאקונה - אין לפנות למה שנחשב "צינור היבוא" שלנו וממילא אין להזדקק למשפט האנגלי על שני ענפיו - משפט מקובל ועיקרי הצדק.
- הפוזיטיבי: נקבע קטגורית שאם "ראה בית-המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה, או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק היושר והשלום של מורשת ישראל".
4. דעתם של אנשי המשפט העברי האקטיביסטים הינה כי קיימת בחוק זה הכוונה ברורה למשפט העברי. לא להלכה הדתית כשלעצמה, אלא להיבטים האוניברסליים שבה, המתיישבים עם "עקרונות החירות, הצדק והשלום". גם האקטיביסטים מודים שאין להחיל את המשפט העברי "על קרבו ועל כרעיו" אלא באופן סלקטיבי, מתוך דגש על אינטרפרטציה יישומית לבעיות בנות-זמננו.
 5. בניגוד אליהם טוענים מומחים אחרים של המשפט העברי כי אין להפריד את הדת של ההלכה היהודית מן ההיבט המשפטי. לא ניתן לדבר על עקרון השבת אבדה או כיבוד הזולת מבלי להפריד בין אלו שההלכה

היהודית מחייבת את כבודם ואת הצלת רכושם, ואלו שההלכה הדתית שוללת מהם. ניתן לומר שחוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח1998- שונה במהותו ובאופיו מהאזהרה ההלכתית המבוססת על "לא תעמוד על דם רעך".

6. מחוץ לזה טוענים אחרים כי "מורשת ישראל" הוא מושג רחב דיו גם להחיל ערכים דמוקרטיים ביותר מבלי זיקה דתית כלשהי למשפט העברי. גם הגיגיו של הנשיא פרופ' ברק של הפילוסוף הנודע פרופ' מרטין בובר ואולי אפילו של מרקס, פרויד ואיינשטיין גם הם חלק מ"מורשת ישראל" לא פחות מספרות ההלכה התנאית והאמוראית, הגאוניקה, של חכמי הראשונים בימי הביניים וספרות חכמי ההלכה בעת החדשה.

7. מחלוקת נכבדה התגלעה בין השופט ברק לשופט אלון: מה גבולותיה של ההסתמכות על "מורשת ישראל"? האם היא מורה רק למקרים בהם יש לאקונה, כלומר, שאין פתרון בלשון החוק, או שמא מורה היא להזדקק ל"מורשת ישראל" גם כדרך ביאור למונחים חיקוקיים? כך נשאלה שאלה בפרשת בנק קופת עם נ' הנדלס האם המונח "רשות" המופיע בחוק מתפרש על-פי תובנת המשפט העברי, ושמה בהשראה אחרת. על דברי פלוגותיהם ונימוקיהם עיינו שם ובמאמרים השונים שבחומר הביבליוגרפי.

8. אין צורך לומר שהשאלה אם קיימת לאקונה בחוק או החוק מתפרש לפי כוונתו - כוונת המחוקק" היא בסוברניותו של בית המשפט, ולפי שיטת השופט ברק, יכול שופט להימנע מהזדקקות ל"מורשת ישראל" בהפעילו "דרך של היקש" שהיא בעצם בחירה אקלקטית של שיטות משפט לפי העדפת השופט.

4. על תלת תפקידיה של הרבנות הראשית לישראל: מחוקקת, מבצעת ושופטת ישראל צבי גילת

אם מעיינים אנו באורחות חייה של הרבנות הרשמית בישראל, שעליה עומדת מועצת הרבנות הראשית לישראל ושראשה עומד מיודענו כב' הרב הראשי לישראל כנשיאה, הננו מגלים כי סמכויותיהם של מועצת הרבנות הראשית לישראל, והרבנים הראשיים לישראל אינן סובלות מ"הפרדת רשויות" וספק אם "ביזור רשויות" נהוג בהם. אם לפרט: מועצת הרבנות הראשית לישראל ממונה על מתן תעודות כושר, הכשר וכשרות למיניהן שמכוחן עולה אחריותה המנהלית לביצוע בתחומי דת שונים. נשיא מועצת הרבנות הראשית הוא כעת חבר בית הדין הרבני הגדול ובעוד שלוש שנים ומחצה ישמש כנשיא בית הדין הרבני הגדול. חלק מחברי מועצת הרבנות הראשית מכהנים בה רק בשל היותם רבני הערים הגדולות: ירושלים, תל-אביב, חיפה ובאר-שבע, ומתוקף כך הם משמשים בתורת "ראש אבות בתי-הדין הרבניים" באזורם. בנוסף לסמכויות הביצוע והשיפוט, רשאים הרבנים הראשיים לישראל להוציא מתחת ידם כללים פרוצדוראליים בתחום השיפוט, שיש להם תוקף רשמי ומחייב את בתי-הדין הרבניים השונים. הכללים מפורסמים בילקוט הפרסומים והם בבחינת "דין". כך היה בשנת 1993, בה הוציאו הרבנים הראשיים דאז: אברהם שפירא ומרדכי אליהו "תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים – תשנ"ג". וכך לפני כחודשיים הוציא, הרב הראשי לישראל ונשיא בית הדין הרבני הגדול "כללי הדיון בבקשות לגיור – תשס"ד". מעבר לסמכותם על-פי דין המדינה, נהוג היה כי הרבנות הראשית לישראל יוזמת תיקונים דתיים בהלכה היהודית עצמה, בתחומים משפטיים ולבר-משפטיים. כך היה בזמנם של הרבנים: הרצוג ועוזיאל בעניין איסור הייבום, העצמת מזונות הילדים הקטנים עד לגיל של חמש-עשרה שנה; כינונם של טקסי דת ביום העצמאות, והוראות בעניין כשרותם של עדות שלמות מפזורי ישראל.

"ריכוז סמכויות" זה, שנראה מוזר למשפטן המודרני, אינו דבר חדש בעולמה של היהדות. בשיטה זו כוננו בעבר הרבנויות המפוארות שכיהנו בקהילות היהודיות באירופה במאה

התשע-עשרה ותחילת המאה העשרים. הרבנות, בדמותו של רב הקהילה, איחדה את שלוש הפונקציות השלטוניות: החקיקה, הביצוע והשפיטה, ללא כל חלוקה מבנית ביניהם. הרב היה מלמד תורה, "מורה הוראה" (היא ה"חקיקה") "דיין" (השפיטה) ואחראי "מנהלית" על השחיטה, על המקוואות ועל ההנהגה הדתית בבתי הכנסת. נכון כי לצד רב הקהילה היו פרנסים שהיו את "שבעת טובי העיר", או במונח אחר "עיני העדה", שהיו אף הם מנהלים את חיי הקהילה, אך בענייני הלכה במובנה הנוקשה וכן בקביעת הצביון הדתי של הקהילה, הרב היה "שליט בעירו" וכונה אף בשם "מרא דאתרא".

ופה מתעורר הספק הגדול בעולמה של היהדות: על שום מה זכה הרב בערים ובעיירות לכבוד הגדול הזה? האם בשל החוזה שנכרת בין הרב לקהילה לפיו הם מקבלים את הדרכותיו? או בשל הכריזמה האישית של גדלות בתורה, שכל טוב ופאראדיגמה חינוכית? ספק זה מובנה עד היום בתקופתנו. מצד אחד ישנה הערצה רבה לאיש התורה שנקרא לא רב ולא רבן אלא "חכם התורה" שבשל "פרסומיו" היינו חידושי התורה שהוציא, חוות דעת שנתן לשואליו, מהווה מעין "סמכות עליונה". במאה התשע-עשרה אנו נתקלים בדמותו הסוחפת של רבי משה סופר שהיה רב בקהילת פרשבורג. הוא לא היה שם הרב הראשי אלא אחד משנים עשר "מורי הוראה" שהיו תחת מרותם "המנהלית" של פרנסי הקהל. אך השפעתו של רבי משה סופר הייתה רבה ביותר על כל הקהילות היהודיות של הקיסרות האוסטרו-הונגרית וכן על קהילות נסיכויות גרמניה. רבני הקהילות היו מריצים אליו שאלות, לא רק כ"חוות דעת" נוספת, אלא כתהליך התדיינות מתמשך של הצדדים. היינו, הצד שהתדיין בבית הדין המקומי שרב הקהילה עמד בראשו "המשדך" להתדיין אצל רבי משה סופר, מבלי שהצד שזכה יטען ל"סופיות הדין" ל"חוסר סמכות בינלאומית" או ל"חוסר סמכות מקומית", טענות שנשמעות היום מפי עורכי-דין וטוענים רבניים על כל צעד ושעל. גם בדורות מאוחרים יותר עמדו גדולי תורה עצומים מחוץ למערכת רבנות מקומית או רבנות ראשית ו"הכתיבו" את דרכם של הרבנים הממסדיים ללא שום קבלת מרות מהם. כך היו גם ר' חיים עוזר גרודזינסקי שפעל בוילנה לפני מלחמת העולם השנייה ור' אברהם ישעיהו קרליץ בעל ספר ה"חזון אי"ש" מבני ברק במלחמת העולם השנייה ולאחריה עד לפטירתו. ר' חיים עוזר גרודזינסקי שכונה על שם ספרו בעל ה"אחיעזר" לא היה רבה של וילנה, כפי שנהוג לחשוב אלא "ראש הרבנים" היינו איגוד עצמאי של רבנים שפרשו מן הקהילה היהודית הרשמית. ואף על פי שלא היה רב הקהילה הגדולה וילנה כונה בשם השמור ליחידים: "רבן של כל בני הגולה". פסקיו היו שמים קץ להתדיינות מקומיות שנידונו בבתי דין של רבני עיר שונים, מארצות שונות מרוסיה, ליטא ופולין ומקהילות המהגרים של אז בארצות הברית של אמריקה, אך לא סיפקו את הצד שהפסיד בהם. השני, ר' אברהם ישעיהו קרליץ שהיה בעל חנות מכולת מבני ברק (ובעצם מעולם לא קיבל סמיכה לרבנות ואף לא למד תורה בישיבה או בכולל אלא רק בעצמו עם עצמו). פסקיו, הדרכותיו היו מרעישו עולם. כמו בשאלה המפורסמת מתי צריכים יהודים, ששהו בתור פליטים בשנחאי בזמן מלחמת העולם השנייה, לצום את יום הכיפורים האם לפי קו התאריך של ירושלים או יום לפניו. עד היום ישנם כמה דיינים מבתי הדין הרבניים הממלכתיים בישראל הרואים עצמם כפופים להוראותיו של ה"חזון אי"ש" ולהכרעותיו בכתב ובעל-פה יותר מאשר להכרעות הרבנות הראשית לישראל ולתקנותיה. גם אלו מן ההיסטוריונים המגמתיים שמנסים לכתב את דמותו הנערצת של הרב הראשי השני לארץ ישראל ר' יצחק אייזיק הלוי המכונה ד"ר הרצוג לא יכולים להתעלם מחכם תורה אחר שחי כמעט בשכנות להרב הרצוג ושלמעשה לא היה אלא אחד מרבני השכונות בירושלים. אותו חכם בשם ר' פסח צבי פרנק שכונה אומנם "ראש הרבנים בירושלים" מעולם לא קיבל מינוי כזה (מטעמים פוליטיים) אבל פסקיו והכרעותיו היו נשמעות יותר מאשר אלו של הרב הרצוג עצמו. גדולה הייתה בו ברב הרצוג שהיה שואל בעצתם ולא ראה עצמו כ"בית דין הגדול" שרק ממנו "הוראה יוצאת", או כ"פוסק הלכה" אחרון. גם בזמננו עומדים גדולי תורה וקובעים עמדה מבלי להתחשב בעמדתם של הרבנים הראשיים, ולהפך להגיד בשבחם, הרבנים הראשיים הנוכחיים, אינם מחזיקים לטיבותא לנפשם ורואים עצמם חובה להיוועץ עם גדולי התורה האמיתיים ר' יוסף שלום אלישיב ור' עובדיה יוסף.

מן הצד השני אנו נתקלים במקורות ההלכה החל מימי בית שני בהעצמת כוחה של הרבנות הממסדית: כך בימי בית שני, הכהן הגדול משמש מורה דרך ועומד בראש בית הדין הגדול; המשך בתקופת חכמי "הזוגות" שהראשון הוא נשיא והשני "אב בית הדין" שניהם

חכמי התורה, אך לאו דווקא המופלגים ביותר שבהם. ידועה המחלוקת במשנה של מסכת ראש השנה בין רבן גמליאל שהיה "נשיא ישראל" לבין רבי יהושע שהיה זקן ומופלג בחכמתו, ושוב בעניין תיארוכו של יום הכיפורים. ורבן גמליאל פונה לרבי יהושע ואומר: "גוזרני עליך שתבוא אצלי במקלך ובמעוטיך ביום הכיפורים שחל להיות בחשבוןך" ורבי יהושע "מִצֵּר", היינו, נקרע בסבך הנאמנות לשיטתו ולתורתו מחד גיסא, לבין צו ההסתמכות על הסנהדרין שבראשה עומד רבן גמליאל. בהמשך משכנעו חברו רבי דוסא בן הרכינס שיש עליו להישמע לרבן גמליאל מבלי להרהר אחריו שכן "אם באים אנו לדון אחר בית דינו של רבן גמליאל, צריכין אנו לדון אחר כל בית דין ובית דין שעמד מימות משה ועד עכשיו". לבסוף נכנע רבי יהושע ובא לרבן גמליאל בעצם יום הכיפורים שחל "להיות בחשבוננו" ורבן גמליאל אומר לו: "בא בשלום רבי ותלמידי! רבי בחכמה, ותלמידי שקבלת את דבריי".

בהמשך בתקופות ה"אמוראים" ו"גאונים", היינו ראשי הישיבות הגדולות בבבל: סורא ופומבדיתא רואים עצמם מקור הסמכות להלכה שיש להישמע להם ללא כל סייג, אף שבתקופת "מלוכתם" היו חכמים גדולים בחכמה כמותם ואף מופלגים מהם. גם בימי הביניים ובעת החדשה אנו מוצאים במקורות חובה דתית המוטלת להישמע לרב הקהילה שבעיר ולהנהגותיו לא רק לתושבי העיר שמינהו אלא על כל אורח או תושב ארעי הגר בעיר. "מרא דאתרא" לא הייתה אפוא מליצה ריקה.

אך הרבנות הראשית בדמותה ובצלמה היום, היא מורשת האימפריה הטורקית שנתנה מעמד של "עדה" למיעוטים האתניים וביניהם ליהודים, והעמידה את ה"חכם באשי" כראש העדה. היהודים אפוא לכל קהילותיהם (הרומניוטים, הספרדים והאשכנזים) היו כפופים ל"חכם באשי" כחלק מחובתם האזרחית שנכפתה עליהם על ידי השולטן הטורקי. כך גם היה בקיסרות האוסטרו-אונגרית שבראש המיעוט היהודי במחוזות מסוימים עמד "הרב הראשי" שהיה "ממונה מטעם".

והנה עם כניסתם של הבריטים לארץ ישראל והקמת "הבית הלאומי" לעם היהודי שכונה "כנסת ישראל", התעוררה שאלה פנימית וחיזונית, האם ראוי שהנהגת "כנסת ישראל" שנשלטה על-ידי מנהיגים אזרחיים מן "הציונים הכלליים" וממפלגות הפועלים - תקים אפוא מסגרת דתית מחייבת לכל חברי כנסת ישראל? אף בין חכמי התורה של אז התעוררו חילוקי דעות: כלום ראוי להקים באופן וולונטרי מסגרת רבנית ממסדית הנשענת על הנהגה אזרחית שאינה רואה עצמה כפופה לדיני התורה? הרב יעקב מאיר, שהיה לימים הרב הספרדי הראשון הצהיר: "אי אפשר לרבנות בתור מוסד דתי להסכים בשום אופן להיות כפוף תחת איזה מוסד שהוא" ואילו הרב אברהם יצחק הכהן קוק, שהיה הרב האשכנזי הראשון כתב: "אני רואה את הדבר הזה, בעזרת השי"ת לפתח תקווה לתשועת ישראל לתחיית הקודש ולחיזוק התורה וכבודה על אדמת הקודש ובכל העולם כולו...". הרב קוק עוד התפלמס עם המתנגדים הנחרצים שהכריזו בכרוזים על יום צום והפגנה "לרגל שמועות מרגיזות ומבהילות" ומהן השמועות? הקמתה של הרבנות הראשית לארץ ישראל. ומה נימוקם? "הבאת ח"ו שינויים (רעפארס) בחוקי וגופי משפט התורה והדינים לפרוץ פרצות בחומת דת ישראל". הרב קוק מתנגד אפוא נחרצות לחששות אלו בנימוק כי כל רבני הרבנות הראשית "עומדים חזקים מצור נגד מי שרוצה לנגוע בדין ובמשפט תורה" ובמנהגי ישראל הקדושים אפילו כמלוא נימא".

במבט רטרוספקטיבי: האומנם צדק הרב קוק? האומנם הרבנות הראשית הייתה מקור "לפתח תקווה לתשועת ישראל לתחיית הקודש ולחיזוק התורה וכבודה על אדמת הקודש ובכל העולם כולו"? הרבה היסטוריונים והוגי דעות דשו, חזרו ודשו בסוגיה זו ואני הקטן איני יודע להכריע בדבר. אך בשאלה אם צדקו החוששים שבעקבות הקמת הרבנות הראשית יחולו "שינויים בחוקי וגופי משפט התורה והדינים לפרוץ פרצות בחומת דת ישראל", התשובה הברורה היא, כן. ואין הדבר נובע מהתכוונותם של הרבנים הראשיים לדורותיהם אלא בשל היותה של הרבנות הראשית גוף ממסדי שתורת המשפט המנהלי חלה עליו. נפתח בדוגמא אקטואלית מן העיתונות. הנה בידי כותרת מתריסה מעתון "הארץ" גיור הוא מצב זמני בכותרת המשנה מצוי ההסבר הבא: "המחטף של הרב

הראשי: שלמה עמאר פרסם ברשומות כללים מחמירים, המחייבים גר באורח חיים דתי ומאפשרים לבטל גיור בדיעבד. במזכירות הממשלה חוקרים איך זה קרה". כוונת העתון ל"כללי הדיון בבקשות לגיור, תשס"ד שפרסמו ב"פ, תשס"ד, 3958 (מיום 13.9.2004). כפי שאמרתי לעיל מתוקף תפקידו רשאי הרב הראשי להתקין תקנות וכללים, אלא שמתברר מן העיתון כי יש הגבלה על הרבנים הראשיים להתחשב ברצונו של ראש הממשלה להפוך את הגיור כ"יעד לאומי" ולהעמידו תחת אחריותו הבלעדית תחת ראש מערך הגיור במשרד ראש הממשלה. לא הייתי נזעק מעצם הכתבה אלא מן הרוח הנושבת בכותרתה. "גיור הוא מצב זמני". אכן לפי ההלכה הצרופה המסורה מדור דור, גיור או כניסה ליהדות אינו טקס, וההטבלה אינה סקרמנט כמו בדוקטרינה הקתולית. ההטבלה היא שלב נלווה לדבר העיקרי: קבלת עול תורה ומצוות. על כן לפי ההשקפה היהודית הטהורה, גיור שבו לא הייתה קבלת עול תורה ומצוות באופן מושלם הוא *ab initio* בטל ואינו קיים. ההטבלה ליהדות במקווה אינה אלא אחד השלבים. למיטב הבנתי ויש רגלים לדבר גם מפסיקת בית המשפט העליון בעבר, כי בעתיד עלולה הביקורת השיפוטית להתערב בעניין הלכתי כה רגיש הנוגע לכשרות היוחסין, בבת עינה של היהדות הנאמנה.

ולא רק בענייני גיור שראש הממשלה רואה בו "יעד לאומי" בלבד. מצוי אני בפסיקת בית המשפט העליון בכל הנוגע לדיני המשפחה, ויכול אני להעיד כי בית המשפט העליון עוקר דיני תורה מושרשים מדור דור ושבתי הדין הרבניים בישראל נהגו בהם מאז היווסדם בטכניקה של "התקפה ישירה". לאחרונה מתגבר "זרם" של שופטים מבתי המשפט לענייני משפחה שמתעלמים מפסקי דין רבניים בטכניקה של "התקפה עקיפה" בתואנה כי פסקי הדין הרבניים מבוססים על הלכות ש"אבד עליהן הכלח". חוששני, ולוואי שאתבדה, שלא רק פסקי הדין הרבניים אלא אף תקנותיה לעתיד של הרבנות הראשית לישראל וכלליהם של הרבנים הראשיים לישראל, יעברו אף הם את אותה מסכת הביקורת הכפולה של "ההתקפה הישירה" של בית המשפט העליון ושל "ההתקפה העקיפה" מבתי משפט אזרחיים שיעסקו בשאלות הסמוכות ונראות לכל עניין הקשור בדת ובהלכה.

עניין נוסף. חוק הרבנות הראשית לישראל, תש"ם-1980, עוסק בסמכויותיה המגוונות של מועצת הרבנות הראשית לישראל, בין שלל התפקידים "מתן תשובות וחוות דעת בענייני הלכה לשואלים בעצתה".

כמה פעמים עלתה בפסיקת בית המשפט העליון מה היקף סמכותה של הרבנות הראשית לישראל. ברוב המקרים השאלה התעוררה מצד "שואלים בעצתה" של הרבנות, כלום רשאים הם? ועל-כך אמר בית המשפט העליון בכמה פסקי הדין כי גוף מנהלי הכפוף לחוקי המדינה האזרחיים אינו רשאי לקבל את ההכרעה ההלכתית באופן מושלם. אך בד בבד עלתה בשני פסקי-דין שאלה מצידה של הנשאלת, היינו מועצת הרבנות הראשית, כלום מותר לה "להתערב" בכל עניין הנשאל? בשאלה זו דן בית המשפט בעליון בפרשת **בילט נ' הרב שלמה גורן, הרב הראשי לישראל**, פ"ד כט(1) 98 שם עתר אדם כנגד הרב גורן והרבנות הראשית וביקש שיורה להם להימנע מלהשיב תשובה הלכתית למפלגה דתית שביקשה את חוות דעתם. בית המשפט העליון קבע פה אחד כי "הסמכויות שהוענקו למועצת הרבנות הראשית או לרבנים הראשיים אינן באות לפגוע במעמדם כרבנים ובסמכותם המצפונית הדתית כרבנים, מורי הוראה ומנהיגים רוחניים, שהרי כל חברי הרבנות רבנים המה." ועל השאלה היכן הכלל הידוע של "עיקרון החוקיות המנהלית"? ענה השופט שמגר, כתוארו אז, בדברים הנחרצים הבאים:

"שוב חוזרים אנו לשאלה מהם תפקידיו הרגילים והמקובלים של רב בישראל. שום חיקוק לא עשה זאת ומסתבר שלא היה צורך בכך. הלא הדת והדין הדתי אינם יצורים של המחוקק החילוני, לכן אין לצפות מן המחוקק החילוני שיתערב בשאלה מה יהיו תפקידיהם של מנהיגי הדת בשטח הדתי."

סימן 83 לדבר המלך במועצתו על ארץ-ישראל קובע בחלק הראשון שבו את העיקרון של חופש הדת והמצפון ובחלקו השני - אוטונומיה לעדות דתיות בכפוף לכל פקודה. בעקבות סימן זה נחקקה פקודת העדות הדתיות (ארגון), ולפיה ניתנה לממשלת פלשתינה-א"י סמכות להוציא תקנות. לפי חוק זה הוצאו תקנות כנסת ישראל, שמטרתן לקבוע ארגון היישוב היהודי כעדה דתית, וכן נמסרו

סמכויות משפטיות לרבנים ולמועצת הרבנות הראשית בעניינים שונים, ובשטח שלא נמסרה סמכות משפטית לרבנים פועלים הרבנים רק בסמכותם הדתית והמצפונית. גם הרבנים הראשיים עוסקים באותם תפקידים ובוודאי שרשאים הם לענות תשובה לכל מי שיפנה אליהם בשאלה, ובוודאי יענו אם השאלה היא בעניין שהוא בהיקף ארצי ולא מקומי בלבד. וכפי שאפשר לשאול כל רב, כך מותר לשאול מפי חבר רבנים, המהווים ביחד את מועצת הרבנות הראשית, ובמיוחד כאשר הרבנים הראשיים רוצים להיוועץ בהם."

דומני, כי לאחרונה נתפוגגה והלכה לה ההבנה היסודית הזאת, וכי בית המשפט העליון עלול לעתיד להורות בשם "עיקרון החוקיות המנהלית" כי אל לה למועצת הרבנות הראשית ואל לרבנים הראשיים, חלילה, לחוות דעתם בעניין הלכה. וכל זאת למה?

כמה פסקי דין של בית המשפט העליון היה עניינם בעתירות שהוגשו נגד בתי דין רבניים אזוריים שלא במסגרת סמכותם הייחודית, ואף אינם עניין מובהק של הדין האישי, אלא בית הדין הרבני פסק מכוח הסמכות הדתית שלו והוציא אף "כתבי סירוב" כלפי מי שסרב לבוא להתדיין בפניו. בפסקי הדין בדעת הרוב נקבע כי אין דינם של בתי הדין הרבניים הממלכתיים כדינם של בתי הדין הרבניים הפרטיים. בעוד שהאחרונים רשאים להוציא "כתבי סירוב" ולתת צווים לפי חומר ההלכה, אין הדבר כן באשר לבתי הדין הרבניים הממלכתיים. כך ביאר פרופסור פנחס שיפמן בספרו דיני המשפחה בישראל (מהדורה שניה, תשנ"ה-1995) כרך א סעיף 13 (בעמ' 42-43):

"... יש להדגיש כי בפעילותו השיפוטית, לא יוכל בית-הדין הדתי להישען על סמכותו הדתית, כדי ליטול לעצמו שיפוט בענין החורג מגדר הסמכות המשפטית הנתונה לו בחוק המדינה... כאשר 'בית-הדין' כלל איננו יציר כפיו של החוק, פסיקתו אינה נחזית, אף למראית עין, כפסיקה חוקית וכשרה, ואין חשש של ממש להטעיית הציבור והרשויות המנהליות. אך בית-דין דתי המוכר על פי החוק, צפוי להתערבותו של בית-המשפט-הגבוה-לצדק, אם יחרוג מהסמכות שניתנה לו בחוק. התערבות זו דרושה כדי להסיר את המסווה החוקי מעל פניה של הפסיקה חסרת הסמכות של אותו בית-דין. במקרה זה לא תישמע הטענה שההיזקקות לבית-הדין הדתי נועדה רק לשם קבלת חוות-דעת בעלמא. אדרבא, דבר זה ייחשב כשימוש לרעה בהליכי בית-הדין."

בפרשת **אמינוף נ' אלטלף** (בג"צ 816/98) בהתייחסו לפרשת **בילט** רמז השופט חשין כי לדעתו אין התוצאה משביעה רצון וכי יש מקום לאסור על כל גוף מנהלי, כולל הרבנות הראשית לישראל ש"כתר מלכות" על ראשה להשתמש ב"כתרה של תורה" אם יש בו כדי להשפיע על הליכים שלטוניים שאינם בסמכותם על-פי הדין האזרחי.