בס"ד

**סיכום ספר כבוד השופט והפרופ' מנחם אלון ז"ל**

תוכן

[המשפט העברי – משפט חי ונוהג למעשה 2](#_Toc473142885)

[המשפט העברי לפי תקופותיו 6](#_Toc473142886)

[המונחים "משפט" ו"דין" 9](#_Toc473142887)

[הבחנה בין הלכה "דתית" להלכה "משפטית" – "איסורא" ו"ממונא" 11](#_Toc473142888)

[מהות החקיקה של חכמי ההלכה, מגמותיה וכלליה 14](#_Toc473142889)

[תקנות הקהל 17](#_Toc473142890)

[המקורות והרישומים בתקופת האמוראים 20](#_Toc473142891)

[התלמוד הבבלי: 21](#_Toc473142892)

[התלמוד הירושלמי 23](#_Toc473142893)

[ספרות הפירושים לתלמוד הבבלי 24](#_Toc473142894)

[ספרות החידושים לתלמוד הבבלי 25](#_Toc473142895)

[ספרות הפוסקים 26](#_Toc473142896)

["ספר ההלכות" לר' יצחק אלפסי- הרי"ף 30](#_Toc473142897)

[הרמב"ם ופועלו הקודיפיאקאטיבי 31](#_Toc473142898)

[3. השגות ותגובות על דרכו הקודיפיקאטיבית של הרמב"ם 34](#_Toc473142899)

[פעלם הקודיפיקאטיבי של מרן רבי יוסף קארו ורבינו משה איסרליש 37](#_Toc473142900)

[ההגהות ל"שולחן ערוך" – המפה: 40](#_Toc473142901)

[ספרות השו"ת 41](#_Toc473142902)

[מטרות חוק יסודות המשפט 48](#_Toc473142903)

 **עמ' 3-41**

**מבוא**

ההיסטוריה של המשפט העברי משתרעת על פני תקופה. הייתה זו תקופה של חוסר עצמאות מדינית של העם העברי. בנוסף, האומה העברית הייתה מפוזרת על פני גלויות שונות, ללא מרכז אחיד.

אחת התופעות המאלפות שבתולדות המשפט העברי היא, שאובדן העצמאות המדינית ואובדן הקשר הפיסי עם מקורותיה של האומה, עם ארץ ישראל, לא הביאו עמם לביטול האוטונומיה השיפוטית. בכל התקופות הללו לא רק שלא דעך המשפט העברי אלא הוא התפתח ובנה עצמו.

שינוי גדול בדרך חייו של המשפט העברי בא עם הטלטלה הגדולה שטולטלה החברה היהודית, בסוף המאה ה-18, עם פרוס האמנסיפציה ואובדן האוטונומיה.

## המשפט העברי – משפט חי ונוהג למעשה

כדי להבין את דרכו של המשפט העברי עלינו לעמוד על שתי הנחות יסוד שבמהותו:

1. גידולו והתפתחותו של המשפט העברי בכל תקופותיו, גם לאחר גלות העם מארצו, לא באו כתוצאה מעיון מופשט, אלא כתוצאה מהיות המשפט העברי משפט נוהג, חי ושימושי. המצוות שבין אדם למקום ושבין אדם לחברו הוסיפו להיות מצוות מתוך ההלכה, הפועלות והמופעלות בחיי היום יום.
2. העיקרון השני, הנובע מהראשון הוא התפתחותו המתמדת והבלתי פוסקת של המשפט העברי. ניתן להסביר הנהגת המשפט העברי בחיי המעשה, חרף היות העם גולה ממדינתו בשני גורמים:
3. גורם פנימי: יסודו במהותו ואופיו של המשפט העברי ובמקומו של המשפט בחייו של העם העברי.
4. גורם חיצוני: התפיסה המשפטית מדינית של מושגי שלטון ושיפוט, כפי שהיו מקובלים בהיסטוריה המדינית עד המאה ה-18.
5. **אופיו הדתי והלאומי של המשפט העברי**

נעיין תחילה בגורם הפנימי שהוא המפתח להבנה של תופעה זו. כאמור, יסודו של גורם זה הוא באופיו של המשפט העברי שהוא דתי ולאומי.

דתי – לפי יסודות האמונה היהודית, מקורו של המשפט העברי הוא בהתגלות האלוהית. כשם שהחיים הדתיים (מצוות שבין אדם למקום כגון: שמירת שבת ומועד, דיני תפילה, דיני כשרות) לא נפגעו כתוצאת הליכת העם לגלות, כך גם החיים המשפטיים (מצוות שבין אדם לחברו כגון: יחסי המסחר, העבודה, דיני נזיקין, עניינים פלילים) הלכו ונמשכו, הלכו והתפתחו. לשניהם, גם לחיים הדתיים וגם ליחסים המשפטיים – מוצאים פתרונה של הבעיה בתורה ובהלכה. כשם שמצווה היהודי לשמור על המצווה הדתית, כך מצווה הוא בציווי דתי חמור לא פחות, לשמור על המצווה המשפטית.

לאומי – היה המשפט העברי גם משפטו הלאומי של העם העברי וכל התפתחותו הוא יצירה של העם העברי. העם היהודי לכל תפוצותיו ראה את המשפט העברי כמשפטו הלאומי. כשם שהמשיך העם היהודי להתקיים כאומה, נזקק הוא למשפטו הלאומי.

1. **מערכת שיפוטית עברית והיקף סמכותה**

מערכת שיפוטית עברית הייתה קיימת בעם גם לאחר אובדן עצמאותו המדינית ובכל פזורי גלותו. בית הדין העברי היה היסוד העיקרי לאוטונומיה העברית. מנהיגי הקהילות עשו כל שאפשר כדי להשיג מידי מושלי המדינות שבהן שהו, "כתבי זכויות" להבטחת עצמאותו של המשפט העברי ולמתן סמכויות לבתי הדין ולשלטונות הפנימיים היהודיים. מבנה הקהילה היהודית ומוסדותיה היה מבוסס על דיני הלכה. המשפט העברי האוטונומי הועיל הן לקהילה היהודית והן לחברות נוכריות בהם חיו משתי סיבות עיקריות: האחת היא שהיהודים יכלו לשמור על תורתם ולדון לפי הלכותיהם, השנייה, נחסכה הטרחה מהחברה הנוכרית ומשופטיה בעיסוק בעניינים של יהודים. האוטונומיה שניתנה לקהילות היהודיות הייתה שונה ממקום למקום באופייה ובהיקפה. המשפט העברי נהג למעשה לא רק כמשפט פרטי אלא גם כמשפט ציבורי.

1. **דרכי הכפייה לביצוע החלטות המערכת השיפוטית**

במסגרת האוטונומיה השיפוטית היו בידי בתי הדין העבריים ושלטונות הגופים האוטונומיים סמכויות להטיל סנקציות. דרכי כפייה אלו השתנו ממקום למקום ומתקופה לתקופה. אמצעי הכפייה הנפוצים שהיו: עיקול נכסים, קנסות ממון, עונשי גוף ועוד. בכמה מרכזים היו גם בתי סוהר יהודיים. בנוסף, במקומות אחדים ניתנה לבתי הדין היהודיים אף הסמכות למתן פסק דין של מוות. לעתים נזקקו השלטונות האוטונומיים היהודיים לסיוע השלטון הנוכרי בהוצאה לפועל של סנקציות שהוטלו מטעם בית הדין היהודי (בביצוע פס"ד מוות). הסנקציה החזקה ביותר הייתה הטלת חרם – מהות החרם וחומרתו שונים ממקום למקום ולפי טיב העבירה. מי שהוטל עליו חרם הוצא מכלל חייה הדתיים והאזרחיים של הקהילה היהודית (בשל שאלו תוצאות מרחיקות לכת, רבים מחכמי ההלכה השתמשו בסנקציה זו רק במקרים קשים ביותר).

1. **איסור ההתדיינות לפני בימ"ש נוכריים – ערכאות של גויים**

ביטוי מובהק לאופיו הדתי והלאומי של המשפט העברי נמצא באיסור ההליכה לערכאות של נכרים. אפילו אם דיניהם היו כדיני ישראל היה אסור לפנות אליהם ואף להיזקק להם. קביעה זאת הייתה לאחת מחומות המגן לשמירת המשך קיומו ורציפותו של בית הדין היהודי בכל תקופות הגלות. ההליכה לבתי משפט זרים היו לכפירה בקב"ה ובתורתו ולעבירה של חילול השם. בנוסף, זה נחשב לחתירה תחת האוטונומיה היהודית. הבעיה העיקרית שהתעוררה הייתה כאשר אחד מבעלי הדין סירב להופיע ולהתדיין בבית דין עברי או – לאחר שהתדיין בבית דין עברי וניתן פסק הדין, סירב לקיים את האמור בפסק הדין. כדי לפתור בעיה זו, חכמים פסקו שאם לראובן יש תביעה נגד שמעון וזה מסרב לבוא עמו לדין, רשאי ראובן להביא את שמעון לערכאות של נוכרים. לקביעה זאת התנגד הרמב"ן. לדעתו, השיפוט צריך תמיד להיות לפני בית דין יהודי, ורק ההוצאה לפועל של פסק הדין יכולה להיעשות על ידי השלטונות הזרים. הסתייגותו לא התקבלה וההלכה שנפסקה היא שתחילה צריך להגיש את התביעה לבית הדין היהודי, ואם לא רצה הנתבע לבוא, נוטל התובע רשות מבית הדין ומתדיין עם הנתבע בבית משפט נוכרי כדי לא לאפשר לנתבעים לצאת מידי חובה. סייג נוסף לפנייה לערכאת גויים היא בעניינים שיש בהם לשלטון הכללי עניין מיוחד כגון במשפטי קרקעות ומיסים לשלטון.

1. **הבוררות**

המגמה למנוע הליכה לערכאות גויים הניעה את חכמי ההלכה לעודד ולקיים מוסדות שיפוט ששופטים יהודיים יושבים בהם לדין ופסקי דיניהם לא צריכים להיות מבוססים תמיד על ההלכה או שהם מבוססים עליה במידה קלושה. מוסדות אלה הם: א. הבוררות; ב. בתי הדין של הדיוטות.

תחילתו של מוסד הבוררות היינו במחציתה השנייה של המאה השנייה לסה"נ. במוסד הבוררות הותרו לשבת אפילו רועי בקר שאינם יודעים את ההלכה, ושדנו והכריעו לפי שכלם ואומד דעתם. הבוררות הורכבה משלושה בוררים: כל אחד מהצדדים בחר לו בורר, והבורר השלישי נבחר על ידי שני הצדדים יחד. גם עם חזרת האוטונומיה השיפוטית המשיך מוסד הבוררות למלא תפקיד חשוב בצדם של מוסדות השיפוט הקבועים, תחת פיקוחם של חכמי ההלכה.

1. **בתי דין של הדיוטות**

למושג הדיוטות שתי משמעויות שונות:

1. מובן הלכתי פורמאלי: משמעותו דיין שאינו סמוך מפי סמוך. היינו הדיינים שמחוץ לישראל שלא הוסמכו, או אף אלה שבישראל לאחר ביטול הסמיכה. (אף אם הוא דיין בקי בדין התורה).
2. משמעות המקובלת להדיוט: היינו דיין שלא בקי בדין תורה.

בהקשר למוסדות השיפוט היהודים, המשמעות השנייה היא הנוגעת לעניין. זהו בית דין המורכב בחלקו או כולו מדיינים שאינם יודעים דין תורה. סמכות שיפוטם כללה כל ענייני המשפט האזרחי להוציא ענייני המשפט הפלילי.

המגמה למניעת ההליכה לערכאות של נכרים ולשמירת האוטונומיה השיפוטית העברית הניעה את חכמי ההלכה בתקופה שלאחר התלמוד, להתיר מינויים של שלושה הדיוטות, אפילו אם אין אחד מביניהם שהוא "גמיר" (=אדם שאינו בקיא ושמע מפי חכמים ודיינים דינים והלכות), אם באותו מקום לא מצוי אחד הממלא אחר דרישה מינימאלית זאת.

המציאות החברתית שבאותן עיירות שבסביבת טולידו, העמידה את חכמי טולידו לפני דילמה קשה: האם לקיים שיפוט יהודי בעיירות הללו אף על פי שאין אפשרות להרכיב אפילו בית דין של הדיוטות, הממלא אחר הדרישות שלפחות אחד מהם יהיה "גמיר" או שמצב דברים זה עדיף לפנות לערכאה של נכרי, מאשר לקיים שיפוט שממילא לא יהיה מבוסס על דיני ההלכה, כיוון שאיש מבין "השופטים" אינו יודע את דיני ההלכה. הרשב"א פסק כי יש לבחור בשיפוט יהודי שייעשה על ידי אנשים הגונים וישרים לפי שיקול דעתם ובלבד שתשמר האוטונומיה השיפוטית העברית. במציאות ההיסטורית של רוב המרכזים היהודיים שבתפוצות הגולה, חלק ניכר של הבירורים המשפטיים מתקיים לפני בית דין המורכב משלושה דיינים הבקיאים בדין בתורה. תקנה מיוחדת ומרחיקת לכת אנו מוצאים בספר ההסכמות של קהילת ליטא שהיא מאמצת מערכת שלמה של דיני חוק זר בתחום המסחרי ומאשרת אותם כאילו הוחלטו במפורש בדין תורה.

1. **ביקורת חכמי ההלכה על בתי הדין של הדיוטות**

ישנם חילוקי דעות שבין בתי הדין השונים בדבר תחומי סמכות שיפוטם. הרשב"א ראה במוסד של הדיוטות, גם אם אין בו "גמיר", כדי למנוע את ההליכה לבית משפט נוכרי. היו חכמי הלכה שראו בשיפוטם של הדיוטות, שלא ביססו את פסיקתם על דיני ההלכה, משום איום רציני על התפתחותו התקינה של השיפוט העברי לפי ההלכה. מגמתו העיקרית של מוסד זה שהיא שיפוט יהודי במקום בו אין מצויים דיינים הבקיאים בדיני הלכה – סוכלה, כיוון שבמשך הזמן בתי הדין הדנים לפי ההלכה תפסו מקומם. בנוסף, ר' יהודה ליב התרעם על כך שדיון משפטי של הדיוטות מתבסס על חוסר עקרונות קבועים שנים בו לפי רצונם ואוות נפשם, דבר המביא אתו משוא פנים ועיוות הדין, ומסוכן למערכת המשפט ולחלשים שבחברה.

1. **המשותף לכל סוגי השיפוט העבריים בניגוד לערכאות של נכרים**

ר' שמואל אבוהב, מגדולי רבני איטליה במאה ה-17, אומר ש"כל הדרכים הללו ודומיהם כולם הולכים על פי התורה "כי מקיימים ושומרים על האוטונומיה השיפוטית העברית". הוא אומר כי ודאי שמבחינת יעילות השיפוט העברי והתפתחותו לא כל הצורות שוות אלא יש בהן מעלות זו למעלה מזו. דבריו של ר' שמואל אבוהב מבטאים את הכרתם הדתית והלאומית של חכמי האומה בכל התקופות השונות של הגלות, בדבר ייחודו ועצמאותו של השיפוט העברי, המשמשים יסוד לשמירת שלמותה של האומה, ומגמה מרכזית זו היא אשר הניעה אותם לשלול בחריפות כל פנייה שהיא לבתי המשפט הנוכרי. גם אם הדיינים היהודים לא היו בקיאים בדיני תורה, היו הולכים ומתייעצים עם הרב ושואלים לדעתו. לעומת זאת, הליכה לבתי דין נוכריים היא בגדר חילול שם שמיים וחתירה תחת קיומו של השיפוט העברי. עמדתו של ר' אבוהב מייצגת את החשיבות הרבה שנתנו לשיפוט העברי בקיומה של האומה היהודית, אולם עם פרוץ האמנסיפציה מנגנון זה נחלש, והתבטל כמעט עם חלוף הזמן.

1. **התפיסה המשפטית מדינית של השלטון הכללי והיחסים הפיסיקליים – חברתיים עמו**

האופי הדתי לאומי של המשפט העברי וההכרה כי השמירה על נכס זה יש בה משום ערובה לקיומה ולאחדותה של האומה העברית היו הגורם העיקרי והקובע לנוהגו של המשפט העברי בחיי היום יום של בני האומה העברית גם בהיותה פזורה בגולה. איך הדבר נעשה? מה הניע את השיפוט הזר להסכים לכך? התשובה לכך נמצאת בגורם השני והוא התפיסה המשפטית מדינית של מושגי שלטון ושיפוט כפי שהיו מקובלים עד המאה 18, והיחסים הפיסיקליים והחברתיים שבין השלטון והמעמדות השונים שגרו בתחום שלטונו. משמע, המדינה הכירה במערכות משפטיות שונות של גופים שונים שחיו בתוכה. זה התבטא בכך שלא היה גוף אחד שלטוני מרכזי של שפיטה אלא המון גופים של אצילים, עירוניים, גילדות ועוד ולכל מעמד היה את מערכת השפיטה הייחודית לו. הנכונות של השלטון המרכזי להעניק אוטונומיה לקיבוץ היהודי הייתה מסיבות שונות כמו: סובלנות כלפי דתות אחרות, נתינת זכות ביטוי לאמונות ודעות, ובעיקר השלטון ראה זאת מחובתו ומזכותו להטיל על היהודים מיסים כבדים בעד זכות ישיבתם ומגוריהם ובכך היה להם קל ונוח להטיל את כל המס על הקהילה מכללה ולשם כך התירו לקהילה להיות גוף אוטונומי שמנהיגיו יישאו באחריות להמצאת הסכום הכללי. לרצונה ולדבקותה של כנסת ישראל לשמור על משפטה הדתי לאומי הצטרפו תנאים וגורמים חיצוניים, שאפשרו לה להגשים את רצונה ובכך שמר העם העברי על משפטו כעל משפט חי ונוהג.

1. **סיכום**

יחזקאל קויפמן אומר כי גם בארץ וגם בגולה השאיפה הייתה לחיות לפי המשפט היהודי, ובכך שאפה היהדות בכל דורות הגלות לאוטונומיה משפטית. המערכת השיפוטית הנפרדת היא שהפכה את היהדות לחטיבה מדינית לאומית בפני עצמה, בשונה מדתות אחרות. להודאה זו שהודתה המדינה הנוכרייה בזכותם של היהודים להישפט במשפטיהם היה ערך עצום. האוטונומיה המשפטית היא שעשתה את האומה היהודית בגולה 'מדינה בתוך מדינה'. אוטונומיה זו נבעה בייחוד מתוך השאיפה לקיים את המשפט היהודי, משפט התורה, ולהעמיד עליו את סדרי החיים הפנימיים.

## המשפט העברי לפי תקופותיו

ההיסטוריה של המשפט העברי משתרעת על פני תקופה של למעלה משלושת אלפים שנה. נחלק תקופה גדולה זאת לשתי תקופות כלליות וכל אחת מהן לכמה וכמה תקופות משנה.

**יא. שתי התקופות הכלליות**

1. התקופה הראשונה: תחילה בתורה שבכתב וסיומה עם חתימת התלמוד
2. מרגע חתימת התלמוד ועד ימינו

יש להבהיר כי קביעת תחומים זו שבין ההלכה התלמודית לבין ההלכה שלאחר התלמוד אין לה קשר לעניין רציפותה והתפתחותה של ההלכה שכן זו לא רק הולכת ונמשכת לאחר חתימת התלמוד אלא אף הולכת ומתעצמת בחלק הגדול מתחומי ענייניה ובכמותה.

הסיבה לקביעת תחומים זו שבין ההלכה שעד לחתימת התלמוד לבין ההלכה שאחר התלמוד:

מערכת גדולה זו של הוראות נורמטיביות, האצורה בספרות התלמודית וחתומה בה, נתקבלה בעולמה של היהדות כפירוש וכמסקנה של התורה שבעל פה שעליה אין לערער ואחריה אין להרהר. "כל הדברים שבגמרא...חייבין כל ישראל ללכת בהן.. הסכימו עליהם כל ישראל". הם נקודת המוצא לכל עיון שלאחר חתימת התלמוד. השלב הגבוה והעליון של סולם הערכים של ההלכה לכל תקופותיה, הוא התורה שבכתב, ההתגלות האלוהית של מתן תורה מסיני, התורה שבכתב. **אך הספרות התלמודית – היינו המשנה, מדרשי ההלכה, הברייתות והתלמודים – היו למקורות שמהם בלבד נלמדה ההלכה, ועל פיהם בלבד הורה החכם ודן הדיין למתדייניו. אין הדיין והחכם מעיינים בתורה שבכתב בבואם לפתור בעיה. המקור המוסמך, הראשי והראשון לכל דבר הלכה הוא התלמוד וספרותיו**. גם לאחר שקמו ספרים רבים העוסקים בהלכה, אפילו בצורה מסודרת ובהירה יותר מהתלמוד- עדיין הוא נחשב לחשוב מבין כולם ולמקור המוסמך ביותר.

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

**יב. חלוקת שתי התקופות לתקופות משנה**

נהוג לחלק את שתי התקופות לכמה וכמה תקופות משנה, הן מטעמים עניינים היסטוריים והן מטעמי נוחות המחקר והלימוד.

1. תקופה ראשונה: תחילה תורה שבכתב וסיומה בחתימת התלמוד:
	1. תקופת המקרא עד לימיהם של עזרא ונחמיה (עד אמצע המאה ה-5 לפני הספירה)
	2. תקופת עזרא ונחמיה עד לתקופת הזוגות (בשנת 160 לפני הספירה)
	3. תקופת הזוגות (משנת 160 לפני הספירה ועד לתחילת הספירה 0): תקופה זו נקראת על כך שעמדו חמשת זוגות בראשות ההנהגה, הראשון בכל זוג היה בדר"כ נשיא והשני היה אב בית דין. מספר שמות של זוגות אלו ידועים לנו מתוך הספרות התלמודית. הראשונים: שמעון הצדיק משיירי כנסת הגדולה ואנטיגנוס איש סוכו. אחרון הזוגות היה הלל (הנשיא) ומנחם (אב בית דין), אך מנחם כיהן זמן קצר. לאחר שהלל פרש החליפו בנו שמעון ולאחריו – בנו של שמעון, רבן גמליאל.
	4. תקופת התנאים (מחורבן הבית השני – 70 לספירה – ועד שנת 220 לספירה): בתקופה זו פעלו חמישה דורות של תנאים. הראשון היה שמעון בן גמליאל. האחרון: רבי יהודה הנשיא – שערך וסידר את המשנה. החל מר' חייא רבה (הגדול) ובני דורו, החלה תקופת המעבר לתקופת האמוראים. לאחר תקופה זאת מצויים בידינו, נוסף על חיבורו הקודיפיאקטיבי של רבי – המשנה – גם קבצים של מדרשי ההלכה והברייתות
	5. תקופת האמוראים (משנת 220 עד סופה של המאה החמישית לספירה): בתקופה זאת פעלו בארץ ישראל חמישה דורות של אמוראים. מתקופה זו מצויים בידינו שני התלמודים, התלמוד הירושלמי והתלמוד הבבלי.
	6. תקופת הסבוראים (סיום בתקופת האמוראים ועד לסוף המאה ה-6 לספירה): בתקופה זאת יש השלמה ועריכה של התלמוד הבבלי וקביעת כללי הכרעה ופסיקה.
2. תקופה שניה: מרגע חתימת התלמוד ועד ימינו:
	1. תקופת הגאונים (מתחילת המאה ה-7 ועד אמצע המאה ה-11)
* נקראת כך על שום שהשם גאון היה תוארם הרשמי של ראשי 2 הישיבות שבבבל, שהיתה למרכז הרוחני ליהדות כולה. (סורא ופומבדיתא)
* בתקופה זו לפסיקתם של גאוני בבל היה תוקף מחייב בארץ ישראל.
* שאיפתם של הגאונים, שעלתה בידם, הייתה להפוך את התלמוד הבבלי למקור ההלכה הקובע ליהדות כולה.
* בסוף תקופת הגאונים החלה ירידה במעמד של בבל כמרכז רוחני ליהדות. שתי סיבות עיקריות: **(א)** קיום חילוקי דעות בין ראשי הישיבות. **(ב)** השלטון המקומי המוסלמי הקשה על ההתנהלות היהודית התקינה.

המרכזים השונים פנו כל אחד למנהיגיו ומוריו, ההגמוניה המאחדת של מרכז אחד בטלה, והיו לדבר זה תוצאות מרחיקות לכת בדרכי התפתחותו של המשפט העברי.

* בתקופה זאת החלו ניצניה של החלוקה המשולשת במקורות הרישומיים של המשפט העברי: **(א)** ספרות הפירושים והחידושים

**(ב)** ספרות השו"ת. **(ג)** ספרות ספרי ההלכות והפסקים.

* 1. התקופה הרבנית – נהוג לחלק את התקופה לשלוש תקופות משנה – ביניים:
		1. **תקופת הראשונים** (מהמאה ה-11 ועד למאה ה-16, עד לימיו של רבי יוסף קארו- בעל "השולחן ערוך"):

תקופה זו קלאסית בה נתחברו היצירות הקלאסיות של המשפט העברי בכל תחומיו העיקריים:

**(א)** תחום הפירושים והחידושים.

**(ב)** שו"ת(הcase law העברי)

**(ג)** ספרי ההלכות והפסקים – הקודיפיקציה של המשפט העברי.

בתחילתה של תקופה זאת החלה פריחתו של המרכז הספרדי, ובסופה שקיעתו של המרכז הספרדי ועלייתם של מרכזי ארץ ישראל, ארצות מאירופה ומדינות פולין וליטא.

* + 1. **תקופת האחרונים**: (משנת 1488 ועד סוף המאה ה-18, מימיהם של רבי יוסף קארו והרמ"א ועד לתקופת פרוס האמנסיפציה):

 תקופה זו המשיכה את היצירה הספרותית המשולשת תוך התמקדות בספרות השו"ת. תקופה זו הגיעה לשיא היצירות מבחינה כמותית של הש"ות. עם סיומה של תקופה זו בא המפנה הגדול בהמשך התפתחותו ויצירתו של המשפט העברי, עקב פרוס האמנסיפציה ואובדן האוטונומיה השיפוטית. דמויות בולטות בתחילת התקופה: רבינו יוסף קארו. ובסיומה: הרמ"א.

2.2.3 **תקופת אובדן האוטונומיה השיפוטית** (מסוף המאה ה-18 ואילך) גם תקופה זו מחולקת לשלוש תקופות:

(1) סוף המאה ה-18 ועד תחילתה של המאה הנוכחית.

 (2) מתחילת המאה הנוכחית ועד להקמת מדינת ישראל

 (3) מתקומת מדינת ישראל.

 מאז החל אובדן האוטונומיה השיפוטית חלו תמורות רבות, ומתוכם החלו להתעורר בעיות חדשות ושונות לחלוטין מאלו שהמשפט העברי עמד עליהן עד אז.

**94-122**

נפרק את המושג "משפט עברי" ונבין את משמעותו:

## המונחים "משפט" ו"דין"

למושג "משפט" משמעויות אחדות במינוח העברי:

1. פעולת השפיטה, וכן פס"ד שניתן בעקבות כך.
2. **מערכת של חוקים ודינים** – כולל בתוכו הלכות "משפטיות" והלכות "דתיות".
3. זכות חוקית המגיעה לאדם.
4. סדר ונוהג קבועים – מבחינה אישית וכלל חברתית. (לדוגמא – כשבני ישראל הקיפו את החומות 7 פעמים).

מארבע המשמעויות אלה של המושג "משפט", הרלוונטית לעניינו היא משמעות מספר 2 – מערכת חוקים ודינים. מושג זה מתחלק לשני סוגים: דיני ממונות (ממונא) ודיני נפשות (איסורא). מונחים אלה אינם מקבילים לנהוג היום. החלוקה להוראות "משפטיות" והוראות "דתיות", במובנם המושג המקובל היום, זרה היא להלכה העברית שכן גם בהוראה "המשפטית" יש בה משום מצווה שבין אדם למקום (לפי ההלכה העברית).

1. **המונח עברי:**

המושג "עברי" בקשר לחלק המשפטי שבהלכה, תחילתו בראשית המאה הנוכחית עם התעוררות התנועה הלאומית. בטרמינולוגיה של ההלכה מדובר על "דיני ישראל". המונח "משפט עברי" נשתרש מאז תחילת המאה הנוכחית כמונח הכולל אותו חלק של ההלכה, שמקובל לכללו כיום במערכות משפט אחרות.

**המשותף להלכה "הדתית" ולהלכה "המשפטית":**

1. **חשיבה ומינוח משותפים:** בהלכה, דרכי החשיבה וההגדרה – משותפים הם לכל חלקיה.
2. **עקרונות משפטיים משותפים:** לא רק דרכי החשיבה אלא תוכנה של כל מערכת ההלכה מלא בשילוב זה. שורה ארוכה של עקרונות משפטיים משותפים הם לשני חלקי ההלכה גם יחד (למשל דיני השליחות- עיקרון "שלוחו של אדם כמותו").
3. **תלותן של הוראות "דתיות" בהוראות "משפטיות":** תלותן של הוראות נורמטיביות "דתיות" בהוראות נורמטיביות "משפטיות". למשל – התורה מצווה על הבאת ראשית פרי האדמה אל הכהן בירושלים. מצווה זו מורכבת משני חלקים: הבאת הביכורים וקריאת הפרשה הנוגעת לעניין. המצווה של קריאת פרשת הביכורים תלויה בבירור מוקדם של מושג הבעלות, שהרי על הקורא לומר שהאדמה שייכת לו, ואין הוא יכול להצהיר כך עד שלא ברור לו מבחינה משפטית כי האדמה נמצאת בבעלותו. (המצווה תלויה בכך שהביכורים הם מתוך שדהו הפרטי, קניינו האישי. מכאן, שהמצווה "הדתית" תלויה בהוראה "משפטית" (במקרה שלנו קניין).
4. **פיקציות משפטיות:** (פיקציה = בדיה) הפיקציה המשפטית פועלת במידה שווה בשני תחומים אלה של ההלכה. שני דברים אינם ברשותו של אדם אך עשה הכתוב כאילו הן ברשותו: בור שחפר האיש ברשות רבים, שלא בחצר הפרטית שלו, ואיסור הימצאות חמץ מתחילת היום. לפיכך "בעל" הבור חייב בנזקי הבור; ו"בעל" החמץ עובר על מצוות לא תעשה. יצירת "בעלות" בשני מקרים אלה היא פיקטיבית.
5. **"פעולת גומלין" בין חלקי ההלכה השונים:**  המקור המשותף לשני חלקי ההלכה הביא עמו מעין סיוע הדדי בין שני חלקי ההלכה. לא רק שקיימת זיקה הדדית בין שני חלקי ההלכה אלא שלעיתים הוראה שמתחום "ההוראה" הדתית משלימה את החסר בהלכה "המשפטית". לכך כמה דוגמאות:
6. חיוב במזונות ילדים: בעבר, חובת המזונות המוטלת על האב הייתה חובה דתית ולא משפטית. התא המשפחתי היה חזק והחובה הדתית הספיקה להבטיח מתן המזונות. לאחר מרד בר כוכבא ומחמת גזירות אדריאנוס, התגלו בקיעים במשפחה העברית, ולכן, הסנהדרין התקינה תקנות לשם חיזוק התא המשפחתי העברי. אחת התקנות הייתה שהאב יזין את ילדיו כשהם קטנים, והגיל שנקבע לגביו חובה משפטית למתן מזונות היה עד גיל 6 שנים. לגבי ילדים מעל גיל זה לא הייתה נורמה משפטית מחייבת, ומכאן, שלא פעם סירבו אבות לשלם מזונות עבור ילדיהם שמעל גיל זה. כיוון שלא היה ניתן לכפות עליו לשלם כי חובה זו לא הייתה בבחינת נורמה משפטית, הגיע כלל עקרוני מהחלק "הדתי" של ההלכה והשלים את החסר בחלקה "המשפטי". כלל זה הוא מצוות מתן צדקה. לדין זה 2 הוראות: א. כאשר בית הדין משוכנע כי ביכולתו מבחינה כלכלית של פלוני לתת צדקה, ויש מי שזקוק לכספי הצדקה, רשאי בית הדין לכפות עליו מבחינה משפטית ולחייבו במתן צדקה. 2. הוראת דין הצדקה קובעת "עניי ביתו קודמים לעניי עירו". מצירופן של שתי הוראות אלא יוצא כי ניתן לכפות על האב לפרנס את ילדיו. עיקרון דתי זה מילא את החסר שבתחום ההלכה המשפטית.
7. פריעת בעל חוב מצווה:בסוף המאה הרביעית ישנם חילוקי דעות מהותיים בין שניים מאמוראי בבל בדבר החובה האישית המוטלת על הלווה לשלם למלווה את שהלווה ממנו. לדעת הרב הונא חובת תשלום ההלוואה היא חובה משפטית מלאה בדומה להשבת פיקדון. לדעת הרב פפא אין חובה משפטית בדומה לחובת השבת הפיקדון (שבה הפיקדון נשאר בבעלותו של המפקיד, כאן הכסף שמולווה נועד שישתמשו בו ולא נשאר בחזקת המלווה ) אלא טוען שפריעת חוב זה היא מצווה. חובה שיסודה במצווה, בציווי דתי המוטל על הלווה להחזיר את הכסף. מצווה על האדם למלא אחר הבטחתו ולאמת דבריו. שאלו את הרב פפא: ואם אין הלווה רוצה לקיים מצווה זו ואז יפסיד מכך המלווה? על כך השיב הרב פפא: כשם שבית הדין כופה על מצוות עשה כמו קיום מצוות סוכה, כך בית הדין כופה על קיום מצוות פריעת בעל חוב. לדעת הרב פפא תשלום החוב והכפייה לתשלומו מבוססים על החובה הדתית של הלווה לשלם. מכאן משלימה ההלכה הדתית את החסר בהלכה המשפטית.
8. העמדת התחייבות על ידי נדר, חרם ושבועה: דוגמא מן התקופה שלאחר התלמוד לסיוע גומלין זה היא העמדת התחייבות בעסקי משא ומתן על ידי נדר, שבועה או חרם. בנדר, שבועה וחרם – הגוררים אחריהם התחייבות דתית של חובה בין אדם למקום – השתמשו בכדי להעמיד חיובים שמבחינת הדין המשפטי לא היה אפשר להעמידם (לדוגמא דבר שלא בא לעולם). שוב באה אפוא ההלכה הדתית כמסייעת ומשלימה את ההלכה המשפטית.
9. מהות פסק דין גירושין: כאשר באה בפני בית הדין הרבני תביעה לגירושין, ותביעה נכנסו יחד גם ענייני הרכוש של בני הזוג, נתונה לבית הדין הרבני סמכות השיפוט הייחודית לא רק בתביעת גירושין אלא גם בענייני הרכוש שבתביעה זו. שתי גישות בנוגע לפסק הדין: 1. סמכות זו נתונה לו אך ורק אם נתן פסק דין בתביעת הגירושין בלשון מחייבת. כלומר, רק אם נתן פסק דין מחייב בעניין הגירושין ולא נוקט בלשון שלא ברור כי היא מחייבת, רק אז יש לו סמכות לפסוק בעניין רכושם המשותף. זוהי גישת דעת המיעוט. 2. בית הדין הרבני מוסמך להחליט גם בהסדר ענייני הרכוש של בני הזוג כאשר הוא פסק גירושין לפי משמעותו המקובלת במשפט העברי, בין שנאמר בו כי יש לכפות או לחייב מתן או קבלת הגט ובין שנאמר בו כי מצווה או רצוי לתת או לקבל את הגט. זוהי ההלכה לפיה פועלים והדעה הרווחת. גם כאן ההלכה הדתית משתלבת בהלכה המשפטית.

## הבחנה בין הלכה "דתית" להלכה "משפטית" – "איסורא" ו"ממונא"

אחידות מרובה זו שבין חלקי ההלכה, מעמידה לפנינו שאלה מהותית והיא: האם ההלכה העברית הבחינה בין שני סוגים מהותיים אלה הכלולים בה?

נמצא כי למרות אחידותה הכוללת של ההלכה העברית במקור ובעקרונות, בדרכי החשיבה ובסיוע הגומלין של כל חלקי ההלכה, הבחינה הבחנות מהותיות בין שני סוגים עיקריים אלה. ההבחנות:

"ממונא" – דברים של ממון.

"איסורא" – דברים שאינם של ממון.

יש לציין כי שני תחומים אלה אינם זהים למושגים המקובלים כיום בשם דת ומשפט, אף עם זאת השפיעה הבחנה מהותית זו רבות על העניינים הכלולים בתחום המשפט העברי. תחילה של הבחנה זו בין ממון לאיסור מצויה כבר בתקופת התנאים, ולקראת סופה של תקופה זו אנו מוצאים כמה הבחנות מהותיות בין שני תחומים אלה שבהלכה:

1. **חופש ההתנאה – "מתנה על מה שכתוב בתורה":** הבחנה אחת קשורה בבעיית חופש ההתנאה. ישנן שתי דרכים להסדיר יחסים משפטיים בין צדדים בעסקה משפטית:
* בעזרת הוראות משפטיות המחייבות את הצדדים ואין הצדדים יכולים להתנות או לשנות הוראות אלו (jus cogens)
* הוראות משפטיות הבאות להסדיר את היחסים שבין הצדדים לעסקה ורשאים הם להתנות על הוראות אלה ולהסדיר יחסיהם המשפטיים שבניהם כרצונם (jus dispositivum).

 המונח שהתייחד במשפט העברי לבעיה זו של חופש ההתנאה הוא, אם מותר לאדם להתנות על מה שכתוב בתורה – ותנאו קיים, או שאסור לו להתנות על מה שכתוב בתורה – ואם עשה כן, תנאו בטל.

**"הכלל הוא: כל המתנה על מה שכתוב בתורה – דבר שהוא של ממון תנאו קיים, דבר שאינו של ממון, תנאו בטל"**

בהלכה הקדומה חל העיקרון שכל המתנה על מה שכתוב בתורה – תנאו בטל. בין אם ההתנאה היא בעניין ממון ובין אם נעשתה בעניין שבאיסור. בדור הרביעי לתנאים, צמצמו אחדים מחכמי ההלכה את היקף תחולתו של עיקרון זה – שלילת חופש ההתנאה – והעמידו אותו רק בדברים שאינם של ממון. לדוגמא: אם הבעל התנה על כך שלא יירש דבר מנכסיה של אישתו כאשר זאת תמות. רבן שמעון בן גמליאל אומר כי תנאו בטל כיוון שהתנה על מה שכתוב בתורה. בניגוד אליו חושבים החכמים כי תנאו תקף.

ההתנאה הבאה לפטור את האישה מחובת ייבום הקבועה בתורה – בטלה, שכן התנאה זו היא לא על דבר שבממון. לעומת זאת, ההתנאה הבאה לפטור את הגבר מחובת מתן מזונות – תקפה כיוון שזה עניין שבממון.

בתקופת האמוראים הלכה ונתקבלה הדעה המקנה תוקף לתנאי שבממון, גם אם יש בכך משום התנאה על מה שכתוב בתורה, וכדעה זו נפסק הדין בהלכה שאחר התלמוד. (כדעתו של רבי יהודה ובניגוד לדעתם של רבן שמעון בן גמליאל ורבי מאיר).

1. **חוזים אסורים – מעשה שבא בעבירה**

הבחנה אחרת בין ממונא לאיסורא אנו מוצאים בשעה שנעשה מעשה משפטי בעבירה על הלכה דתית.

לפי גישת המשפט העברי אין לבצע חוזה הבא בעבירה, אך אין בה בעבירה על האיסור "הדתי" כדי לשלול מתוקפו החוקי של החוזה ומקבלת סעד בית המשפט לביצועו. כך בהלוואת כסף בריבית: מן התורה אסור למלווה לקחת ריבית וללווה אסור לתת אותה. לא יוכל המלווה לתבוע את הריבית מן הלווה על סמך חוזה שעשה עמו כי יש בכך ביצוע העבירה עצמה. אך הלווה, על אף שגם הוא עבר על האיסור, יכול לתבוע מן המלווה שיחזיר לו את הריבית. לעניין שטר שיש בו ריבית – נפסקה ההלכה כעת חכמים: לא יגבה את הריבית, אך גובה המלווה את הקרן. ורק אם לא ניתן להסיק מתוך השטר מה סכום הקרן ומה סכום הריבית, שכן מופיע סכום אחד הכולל את שניהם – אינו גובה דבר "מפני שיבוא לגבות את הריבית". כך הוא הדין לכל עסקה משפטית, שיש בה גם חלק אסור: העסקה תקפה חוץ מהחלק האסור שבה.

המשפט העברי מבחין בין החלק הממוני לחלק האיסורי שבהלכה ומעניק תוקף חוקי מלא לחוזה שבא בעבירה דתית, כל עוד אין בביצוע החוזה משום ביצוע העבירה עצמה. כך נשמרים חיי משפט יציבים.

1. **תקנות:**

להבחנה זו שבין איסור לממון עניין רב גם לגבי סמכות החקיקה בהלכה. אשר לסמכותם של חכמים: צומצמה הסמכות להתקין תקנות ולגזור גזירות בעניינים שבאיסור ובהיתר, אך נשארה במלוא תוקפה בעניינים שבדיני ממונות. אשר לסמכותו של הציבור וראשיו להתקין תקנות: לא הוענקה מעולם סמכות לעניינים שבאיסור ובהיתר אלא ניתנה סמכות רק בעניינים בתחום המשפט האזרחי ועבירות פליליות- משטרתיות.

1. **מנהג:**

ההבחנה שבין איסור לממון היא גם בכוחו המחייב והיוצר של המנהג. לעניין הכלל העקרוני ש"מנהג מבטל הלכה", חל הוא רק על דבר שבממון אך לא בעניינים שבאיסור ובהיתר.

1. **כללי הכרעה ועקרונות שונים לאיסורא ולממונא:**

בתקופת האמוראים נקבעו כללים ועקרונות רבים המבחינים בין איסורא לממונא. נלמד כי אין לומדים איסור מממון, ואין לומדים ממון מאיסור. נקבע שוני מהותי בין עניינים שבאיסור לבין עניינים שבממון. בשני תחומים אלה נקבעו כללי הכרעה שונים: ספק ממונא – לקולא, ספק איסורא – לחומרה. כלומר, אם מתעורר ספק בעניין של ממון יש להקל, ואילו בעניין של איסור יש להחמיר.

1. **הבחנה בין איסורא לממונא לעניין "דינא דמלכותא דינא"**

להבחנה בין איסורא לממונא נודעת חשיבות רבה גם לעניין היקף תחולתו של הכלל "דינא דמלכותא דינא". כאשר מנוגד הוא לדין שבתחום האיסור וההיתר – אין דינא דמלכותא דין. בתשובתו של בעל התשב"ץ (ר' שמעון בר' צמח) בעניין מינויו של הריב"ש לרב ולדיין בקהילת אלג'יר ע"י השלטונות הכלליים. לדעת בעל התשבץ אין הכלל של "דינא דמלכותא דינא" חל לעניין מתן תוקף למינוי דיין על הקהילה היהודית. הוא מנמק זאת בכך שאומר שהשלטון לא שיער מה יהיו התוצאות של מינוי זה: כיוון שרק הדיין רשאי לדון, לא יהיה מי שיידון בכאלה שאוהבים או שונאים את הדיין, ואלה לא יוכלו לעמוד על זכויותיהם, ומכאן שיש פגיעה בזכות העם. ודין שיש בו משום איבוד זכות העם – לא חל לגביו הכלל של דינא דמלכותא דינא. (משום שיש פגיעה בעקרונות הצדק והיושר במשפט העברי). מתשובתו של בעל התשב"ץ נוכל לעמוד על כמה הבחנות שבין ממונא לאיסורא:

**1.** ההלכה של "דינא דמלכותא דינא" חלה רק בדיני ממונות ולא באיסור ובהיתר.

**2.** בכל עניין של ממון יש בו, לפי עצם מהותו של המשפט העברי, גם עניין של איסור. מכאן עולה השאלה שאם החפץ שייך לראובן ושמעון אינו נותן לו אלא מחזיק לעצמו, הרי עובר הוא על האיסור "לא תגזול". מדוע אם כן, ספק ממונא לקולא? הרשב"ץ שואל: מאחר והכלל של דינא דמלכותא דינא אינו תקף בעניין שבאיסורא, איך הוא תקף בממונא, הרי בכל ממונא יש גם איסורא? והתשובה שהוא נותן היא: שהחלק האיסורי שבדיני ממונות אינו מופעל אלא לאחר שנתברר המצב המשפטי –ממוני של הדבר, ולכן אם מבחינה משפטית ממונית עדיין יש ספק, אם אמנם החפץ שבידי שמעון שייך לראובן או לא – תהיה הכרעה לקולא ומכאן שאין עליו כל איסור בבחינת לא תגזול.

**3.** עניין נוסף הוא כאשר לפנינו בעיה משפטית השזורים בה גם ממונא וגם איסורא, מבחינת מיונו של המשפט העברי. (השאלה אם מותר לשופט לדון מי שהוא אוהבו או שונאו – היא שאלה משפטית ולא דתית). לדעת הרשב"ץ, עניין מינוי הדיין אינו עניין שבאיסורא ומכאן שאין מניעה שיחול עליו הכלל של דינא דמלכותא דינא. אך עניין סמכות השיפוט של הדיין – אם מוסמך הוא לדון את אוהבו או שונאו – הוא עניין שבאיסורא, ולגביו לא ייתכן שיחול הכלל של דינא דמלכותא דינא. למרות שאין זהות בין המונחים המקבילים ל"משפט" ו"דת", הרי במידה ניכרת חלק מהממונא מצוי הוא בתחום "המשפטי" וחלק מן האיסורא נמצא בתחום ה"דתי".

**עמ' 405-436**

## מהות החקיקה של חכמי ההלכה, מגמותיה וכלליה

**1**.**היקף פעילות החקיקה של חכמי ההלכה:**

היקף הפעילות הוא בשני עניינים עיקריים:

1. מילוי חלל מסוים, Lacuna. בנושאים מסוימים ישנו חוסר, כתוצאה מההתפתחויות החברתיות מתעוררות בעיות שעוד לא דנו בהן או שטרם נמצאו להן פתרונות בהלכה הקיימת. בד"כ החקיקה מסוג זה מוסיפה על ההלכה הקיימת.
2. תיקונים ושינויים בהלכה הקיימת, אם צורכי השעה דורשים ומחייבים שינוי זה- במקרים כאלה לא מדובר בחוסר בהלכה הקיימת, אלא שעקב שינויים בחברה נוצרו קשיים חדשים בנוגע אליה, והיה צורך לפתח אותה.

**2**. **מהות פעילות החקיקה של חכמי ההלכה, מהות האיסור של "בל תוסיף" ו"בל תגרע".** בתורה ישנם איסורים לא להוסיף על מצוותיה- לדוג' לא לשבת 8 ימים בסוכה במקום שבעה. ויש גם איסור לא לגרוע- לא לשבת פחות מ-7 ימים. נשאלת השאלה- איך זה הגיוני והרי כל חקיקה, הוראה ע"י חכמים משתמעת כהוספה או כגירעון. נמצאו לכך כמה תשובות, נדון בשתיים מתוכן:

**א.** הרשב"א (רבי שלמה בן אדרת- מגדולי ההלכה בספרד במאה השלוש עשרה) עונה תשובה מהפכנית שמהותה- הפסוק "לא תסף עליו ולא תגרע ממנו" מתייחס אל הפרט, לאדם יחיד אסור לעשות זאת, אך לחכמי ההלכה- וודאי שמותר ואף זהו תפקידם.

**ב**. רוב חכמי ההלכה נוקטים בפירוש זה, ובראשם הרמב"ם- לא מוסיפים ולא גורעים מדברי דאורייתא (=התורה שבכתב), מהחקיקה הראשית, אלא עושים סייג לתורה, שזוהי חקיקת משנה- דרבנן, כדי להרחיק את עמ"י מהחטא. דוג' לכך: "לא תבשל גדי בחלב אמו"- לכאורה נאסרה רק אכילת חלב עם בשר, אלא שחכמים התקינו גם לא לאכול עוף עם חלב, כדי למנוע עבירות.

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

לאורך ההיסטוריה אנו רואים כי חכמי היהדות חקקו חקיקות שבאו לגרוע וחקיקות שבאו להוסיף, כשמנסים להבין את החוקיות (את הכללים) שבפעולתם מתעורר קושי. לשם ההבנה של החקיקה בהלכה, והמקורות המשפטיים האחרים הפועלים במערכת ההלכה, עלינו לשוב לנק' המוצא העקרונית בדבר סמכותם הייחודית של חכמי ההלכה. חכמי ההלכה ניחנו בסמכות מוחלטת אשר הביאה מחד להזדהותם המוחלטת עם רוחה ומגמתה של התורה, ומאידך אפשרה התקנת תקנות נועזות ומכריעות, כמובן רק בעת שהם היו משוכנעים שזוהי מגמתו של הכתוב. חכמי ההלכה היו הממונים על שלומה ושלמותה של ההלכה, ומתוך כך, כששוכנעו שהשעה צריכה לכך, תיקנו וגזרו, כדי שלא תשתכח התורה, הליכותיה ומצוותיה מישראל.

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

בימי האמוראים גיבשו חכמי הלכה מספר כללים והנחיות יסוד במלאכת החקיקה, שקבעו את היקפה וסמכותה.

1. **"בית דין מתנין לעקור דבר מן התורה ב'שב ואל תעשה' "**

כמו שידוע לנו התורה נחלקת לשני סוגי מצוות- "עשה" ו-" לא תעשה". בא הכלל הזה ואומר, שביה"ד רשאי לקבוע, בדרך תקנה, שלא לעשות מצווה, אשר דין התורה מחייב לעשות, כלומר הוא (בית הדין) מוסמך להורות: **"שב ואל תעשה".** לדוג': לא לתקוע בשופר כאשר ראש השנה חל בשבת או לא ליטול לולב כאשר יום טוב חל בשבת, הסיבה לכך היא החשש שמא האדם שיעביר את השופר/ הלולב לביה"כ יעבור על איסור טלטול- העברת חפץ מרשות היחיד לרשות הרבים שהיא עבירה מדאורייתא.

התעוררה השאלה- **האם ביה"ד יכולים ומוסמכים להורות על "קום ועשה" בשעה שהדבר נאסר מדאורייתא** (להורות בניגוד לצווי "לא תעשה")**?**

לדעת רבה- אסור להם, לדעת רב חסדא-בית הדין רשאי ומוסמך להתקין תקנה, גם אם יש בה משום עקירת איסור האמור בתורה.

ההלכה במחלוקת מהותית זו נקבעה כדעת רבה- שאין בסמכות בית הדין להתקין תקנה שהיא בניגוד למצוות "לא תעשה" שבתורה. אך ההיסטוריה החקיקתית מראה אחרת, לכן כדי ליישב סתירה זו קובעת הסוגיה שלושה חריגים לכלל, וכל אחד מהם יש בו עיקרון חקיקתי נכבד וחשוב לעצמו.

1. **"הפקר בית דין הפקר"**

כלל חקיקה זה

 קובע שבעניינים שבתחום דיני ממונות, ובכל עניין אחר- אף בתחום איסור והיתר (איסורא)- המבוססים על בעלות בממון, חכמי ההלכה מוסמכים להתקין, ואפילו יש בה בתקנה משום עקירת דין מן התורה ב"קום ועשה" (על מצוות "לא תעשה").

1. תחילתו של העיקרון

העיקרון של "הפקר בית דין הפקר", מובא בתלמודם של התנאים כמשמעו הפשוט, היינו שבידי בית הדין הסמכות להפקיר ולהפקיע, בנסיבות מסוימות, את רכושו של אדם.

2."הפקר בית דין הפקר" כעיקרון חקיקתי

סמכות ביה"ד נתפרשה בדברי האמוראים לא רק לעניין הפקרתו והפקעתו של רכוש מבעלותם של הבעלים החוקיים, אלא הורחבה גם לעניין העברת בעלותו של רכוש זה לידי בעלים פרטיים אחרים. הדוג' לכך היא אישה שנתקדשה לבעלה רק מדרבנן (לא על דרך התורה)- בעלה יורשה אע"פ כן (ולא קרובי משפחתה מצד האב). היינו, שבית הדין מוסמך להפקיע את העיזבון מיורשו החוקי ולהעבירו לבעלותו של אדם אחר. בכך היה העיקרון של "הפקר בית דין הפקר" לעיקרון חקיקתי, שניתן על פיו לא רק לבטל זכויות משפטיות קיימות, אלא גם לקבוע זכויות משפטיות חדשות, ממהותה של כל פעילות חקיקתית.

1. מידת השימוש בעיקרון זה

נעשה שימוש נרחב בעיקרון זה, לעיתים מדגישים חכמי ההלכה במפורש, את הניגוד שבתקנם לעומת דין תורה.

1. שימוש העיקרון "הפקר בית דין הפקר" בדין שבאיסור והיתר המבוסס על בעלות שבממון: תקנת פרוזבול (תודו שהתגעגעתם.. ☺ )

כאמור, השתמשו חכמי ההלכה בעיקרון זה כמקור להתקנת תקנות אף מעבר לתחום המוגדר של דיני ממונות, אם אותו דין הלכתי מסוים מבוסס על עקרון של בעלות ברכוש. דוג' בולטת לכך היא תקנתו הידועה של הלל- תקנת הפרוזבול.

התורה מצווה על שמיטת כספים בשנה השביעית (כמו גם על שמיטת קרקעות), ומזהירה במפורש שלא להימנע מלהלוות כסף מחשש שהשביעית תשמט את החוב והכסף לא יוחזר לבעליו, התורה מבטיחה למלווה ברכה במעשיי ידיו ע"י קיום מצווה זו (וחובה..). ואולם, במשנת שביעית כתוב: "פרוזבול אינו משמט, זה אחד מן הדברים שהתקין הלל הזקן, משראה שנמנעו העם מלהלוות זה את זה ועוברין על מה שכתוב בתורה..התקין הלל פרוזבול..". הלל תיקן אפוא שאם כתב המלווה לפני שנת השמיטה שטר פרוזבול, הרשות בידו לגבות את החוב כל אימת שירצה, וגם לאחר שעברה השנה השביעית, ואין השביעית משמטת את החוב. משום שבעלי היכולת נמנעו מלהלוות, כדי למנוע מהעשירים לחטוא, וכדי לעזור לעניים, תיקן הלל את תקנת הפרוזבול.

עולה השאלה- כיצד היה בידו של הלל לתקן את התקנה העוקרת דין מן התורה ב"קום ועשה"? שתי תשובות לשאלה זו (ולמקרה שפספסתם בכיתה- הנה הן לפניכם):

1. אביי אומר שבזמן זה (ימי בית שני) כבר לא הייתה מצוות שביעית מדאורייתא, אלא מדרבנן, ולפיכך היה הלל רשאי להתקין תקנה זו.
2. תשובתו של רבא- גם אם המצווה עדיין היתה מדאורייתא באותה תקופה- ניתן ליישב זאת ע"י שימוש בעיקרון "הפקר בית דין הפקר". כלומר, חכמי ההלכה קבעו, שהכסף בסכום החוב, שנמצא בבעלותו של הלווה, עובר להיות בבעלותו של המלווה, וממילא אין כאן איסור נגישה של חוב כספי שעברה עליו שנת השמיטה, שהרי אין המלווה תובע אלא כסף שכבר הועבר לבעלותו.
3. העיקרון הפקר בית דין הפקר ותקנת הקהל

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

1. **" בית דין מכין ועונשין שלא מן התורה"**

עיקרון זה מסמיך את חכמי ההלכה להתקין תקנות בתחום המשפט הפלילי, בדיני נפשות ואפילו יש בתקנות אלה משום עקירת דין מן התורה ב"קום ועשה", אם צורכי השעה מחייבים תקנה כזו- אם יש בכך, לפי ניסוח אמוראי בבל, משום "מיגדר מילתא" (סייג).

לעיתים לפי דין תורה אסור להעניש על מעשה מסוים (כאשר אדם אינו ראוי לעונש הזה), אולם משום שהיו נצרכים להרתעה מכך באותה תקופה, בגין השינויים שחלו בחיי החברה והתרבות, הותר הדבר. גם הרמב"ם ראה מידה רבה של הצדקה בהפעלת סמכות רחבה זו, ואף חוזה לעיתים.

1. **"הוראת שעה" כדי להחזיר רבים מן העם אל הדת**

כלל חקיקה שלישי מקנה לחכמי ההלכה סמכות להתקין תקנה, אף אם יש בה משום עקירת דין מן התורה ב"קום ועשה", גם בדיני איסור והיתר, אם ראו חכמי ההלכה צורך בכך, כהוראת שעה וכסייג, כדי להחזיר רבים מן העם לשמירה על הדת. במסגרת עיקרון זה הותר לחכמי ההלכה להתיר ציווי לא תעשה או להורות על אי עשייה של מצוות עשה במצב שזה נצרך על מנת להציל רבים מישראל שלא לחטוא בדבר אחר. רמב"ם אף המשיל את הסמכות לרופא שמחויב לקטוע איבר של חולה במקרה של נמק (או כל חולי אחר), כדי שפעולה זו תציל את שאר הגוף. דוג' נוספת לכך היא מעשה אליהו הנביא בהר הכרמל (גגלו- למי שלא זוכר..).

1. **בית דין מתנים לעקור דבר מן התורה, ב"קום ועשה", אף באיסור והיתר בנסיבות מיוחדות ו"במקום שיש פנים, טעם וסמך בדבר"**

**עד כה עמדנו על סמכותם של חכמי ההלכה הן ב"קום ועשה" ובדיני איסור והיתר, אך אין זה כל היקף סמכותם, הוא מתפרס על עוד תחומים:**

1. הפקעת קידושין שנעשו שלא כהוגן:

אישה שנישאה לבעלה בא רצונה מלכתחילה, גם אם בשעת החופה עצמה כבר הסכימה- רשאים חכמי ההלכה לפטור אותה מהנישואין- כאשר הדרך בה נעשו הקידושין נוגדת הגינות אלמנטרית, אע"פ שמבחינה משפטית פורמלית אין בכך פגם, והיו צריכים להיות תקפים.

2.תקנת עגונות:

עניינה של תקנה זו הוא באישה נשואה שבעלה נעדר, בלא שתהא עדות מספיקה הדרושה לפי דין התורה, כדי לקבוע את מות הבעל, ולהתיר לאישה שתינשא לאדם אחר. לפי התורה דרושה לכל קביעת עובדה (בכל נושא שהוא) עדות בעלת תוקף משפטי (2 עדים לפחות), ואין אפוא להתיר לאישה נשואה, על סמך הנימוק של מיתת הבעל, אלא אם יש שני עדים, המעידים על מותו. הבעיה התעוררה כבר בימי קדם במצבים של אסונות טבע ומלחמות שלא היו שני עדים שיעדיו על מצב הבעל, לכאורה האישה הייתה נשארת עגונה לכל ימי חייה, אלא שחכמי ההלכה באו לעזרתה ע"י תקנת עגונות, שלעיתים אף התירו לאישה להינשא לאחר על סמך עדותה האישית בלבד, או עד אחד (במצבים כמו מלחמות היא לא נמצאת שם כדי להיות עדה), כדי שבנות ישראל לא תשארנה עגונות (כדברי הרמב"ם).

3. העברת ההנמקה לתקנה במשפט פלילי:

לעיתים השתמשו חכמי ההלכה בעיקרון זה של עקירת דבר מן התורה "כשיש פנים וטעם לדבר" לעניין דין בדיני עונשין , אע"פ שבתחום הפלילי ניתן להסתמך לשם כך על העיקרון של "בית דין מכין ועונשין שלא מן התורה" (שניזכר מוקדם יותר). כשיש טעם שדומה היטיב שראוי לעקור על ידו" (סוג של וודאות קרובה.. ☺ ), אז מותר להתקין תקנה כזו, שהרי מוטב שתיעקר אות אחת מן התורה מאשר התורה כולה. סייג חשוב ועקרוני נקבע לסמכות חקיקה זו, והוא שאין כוח בידי חכמים לעקור קיומה של מצווה מן התורה לגמרי: "שהרי לא מצינו שבית דין יעקור מצוה אחת לגמרי מן התורה".

**עמ' 558-580**

## תקנות הקהל

**1.חקיקה של "בני העיר" ושל הקהל**

משמעות הביטוי היא חקיקה שמקורה בציבור. שימוש בדרך זו נעשתה כבר בהלכת הקדומות ומצאה ביטוי לכך גם ב"תוספתא". בני העיר (לדוג': סוחרים, בעלי מקצועות כמו צבע, בנאי וכו') רשאים אפוא לחוקק בעניינים שונים, שהם בעיקרם בעלי אופי מקומי וכלכלי, ולכפות על ביצוע דבר חקיקתם. כפי הנראה פעילות חקיקתית זו הוסיפה להתקיים בכל התקופות, אף כי קשה לזהות בוודאות- במשך תקופות ארוכות אלה- אילו הן ההלכות שיסודן בפעילות חקיקה של גופים אוטונומיים מקומיים. שינוי מהותי ומכריע בא בסוף המאה העשירית, עם עליית כוחה של הקהילה היהודית. הקהילה הייתה יחידה חברתית, והקיפה בסמכותה ובפיקוחה את כל תחומי פעילותם של תושביה, ונרקמה בה הווייתם החברתית ודמותם הרוחנית. לקהילה היהודית בתקופה זו הייתה מידה ניכרת מאוד של אוטונומיה, היו לה מוסדות הנהגה פנימיים, שכיהנו בהם נציגים נבחרים וממונים, היא סיפקה את הצרכים החינוכיים והסוציאליים של חבריה, כיהן בה בית דין בעל סמכות שיפוט בתחומי המשפט האזרחי והמנהלי ובמידה מסוימת גם בתחום השיפוט הפלילי, וכן הטילה וגבתה מיסים למימון המס לשלטונות ולמימון שרותיה לבני הקהילה. לעיתים קרובות היה קיים איגוד של מספר קהילות, וכן איגוד זה מילא חלק ניכר מתפקידים אלה שהוזכרו לעיל. קביעתם והסדרם של תפקידים מרובים אלה בא, במידה ניכרת, ע"י תקנות שהתקינה הקהילה ונציגיה. פעילות החקיקה של הציבור מעתה השתרעה על חלקים ניכרים של המשפט הציבורי, כגון: דיני מיסים, בחירות, יחסים בין רשות לעובדיה, מעמדה המשפטי ועוד. שינויים מפליגים אלה בהיקף ענייניה של החקיקה הציבורית הביאו לפני חכמי ההלכה שבתקופה זו ואילך בעיות משפטיות עקרוניות רבות , שלא היו להן מענה מפורש בהלכה הקיימת, לדוג': השאלה בדבר סמכותם של הציבור להתקין תקנות, היקפה, והמקור לכך (אם בכלל). למשל- האם רוב הציבור יכול לכפות את דעתו על המיעוט?. שאלות מסוג זה פתרונן הוא בדרך הטבע, מתחום המשפט הציבורי- חוקתי, אך ההלכה שבתלמוד לא דנה בהם כל עיקר, ואין כל אפשרות להגיע לפתרון ולישוב הבעיה בדרך ההקבלה לנתונים דומים בתחום המשפט הפרטי. זאת ועוד, עם שגשוגה של הקהילה היהודית, דעכה גם יהדות בבל, דבר שהביא לצורך של קיום הסדר בחיי הציבור של הקהילה האוטונומית כפועל יוצא מהשינויים החברתיים כלכליים שחלו. הסדר זה נעשה פעמים רבות ע"י הציבור, ולעיתים קרובות היה מנוגד להלכה המקובלת. תופעה זו עוררה את שאלת מידת הפיקוח המסורה בידי הסמכות ההלכתית על פעילות החקיקה של הציבור. אמנם נמצא כבר פיקוח בהלכה התלמודית, אך הוא היה בעל משמעות נמוכה, וצר בהיקפו. התפקיד שהיה על חכמי ההלכה באותה תקופה למלא הוא ליצור ביקורת שיפוטית-הלכתית, המבוססת על עקרונות כלליים המכוונים לשמור על יסודות כלליים של המשפט העברי, גם אם הותקנה לצורך השעה, תקנה שלא לפי הלכה משפטית מסוימת. כמו כן, חכמי ההלכה נדרשו לקבוע ולגבש כללי ביקורת שיפוטית לבדיקת מידת ההגינות והסבירות (שוב הקריטריונים העמומים האלה.. ☺ ), היושר והצדק שבחקיקת הציבור.

בנוסף לשאלת מקור הסמכות לתקנות הקהל- ומתוך כך למידת היקף פעילותן של תקנות אלה- נידונים במשפט העברי בתקופה זו שני נושאים מרכזיים במסכת זו של תקנות הקהל:

1. תוקפן ומהותן של תקנות הקהל כנורמה מתחום המשפט הציבורי. דבר זה מתבטא בשחרורן של תקנות הקהל- מבחינת תוקפן המשפטי- מן הדרישות ומן ההגבלות שבתחום המשפט הפרטי.
2. היחס שבין הסמכות ההלכתית ובין תקנות הקהל. מצד אחד מתבטא דבר זה בסמכותו של הקהל להסדיר בעיות משפטיות שונות ע"י התקנה שלא לפי ההלכה, ומצד שני במידת התערבותה של הסמכות ההלכתית (של חכמי ההלכה)- בתוכנן ובמגמתן של תקנות הקהל.

נעיין בראשי פרקים העיקריים של כל אחד מנושאים אלה:

**2.מקור הסמכות ותוקף תקנות הקהל**

**א. במשפט האזרחי-**

בתשובתו של ר' חנניה בר ר' יהודה גאון מובאות כמקור הסמכות לתקנות הקהל ההלכות שבתלמוד בעניין חקיקת בני העיר, והפסוק שבספר עזרא, ששימש לחכמי התלמוד מקור לסמכות החקיקה של חכמי ההלכה ע"פ העיקרון של "הפקר בית דין הפקר". כמו כן רבינו גרשום ביסס את הסמכות המשפטית של הקהילה להתקין תקנות, אף שתוכנן נוגד את דין ההלכה, על עיקרון של "הפקר בית דין הפקר", שיש לפרשו ולהחילו גם על "קל שבקלים שנתמנה פרנס על הציבור", ומשום כך קבע, שמה שעשו הקהילות הריהו תקף ומחייב.

**ב. במשפט הפלילי-**

תשובה למקור נוספת נלמדת מהמרכז בצרפת וניתנת ע"י רבי יוסף ברבי שמואל טוב- עלם (זה המושג הקדום ל"עלם חמודות"? ☺ ), מגדולי חכמי ההלכה בצרפת באמצע המאה ה-11: בדומה לרבינו גרשום, גם רבי יוסף טוב- עלם בעיקרון של "הפקר בית דין הפקר" יסוד לסמכות החקיקה של הציבור, ומוסיף הוא לעניין סמכות הקהל גם את עיקרון החקיקה של " בית דין מכין ועונשין שלא מן הדין", שאף הוא מתפרש לא רק לעניין תקנות של בית דין, אלא גם לתקנות הציבור.

יש סמכות לקהל להתקין תקנות לא רק בדיני ממונות אלא גם בחוק הפלילי" הרשות בידי הקהל לקנוס ולענוש על דבר מכוער לפי מה שהוא אדם". סמכות זו נתבססה כאמור, על השימוש בעיקרון של "בית דין מכין.." גם לגבי הקהל, ומתוך כך הוקנתה לקהל סמכות להתקין תקנות בתחום המשפט הפלילי, כשהיה צורך בכך, אף אם הן נגדו את הדין שבהלכה.

**ג. השוואת מעמד הקהל למעמד בית דין-**

חכמי ההלכה ביססו את סמכות חקיקתו של הקהל על אותם עקרונות שמשמשים יסוד לסמכות חקיקתם של חכמי ההלכה. השימוש באותם עקרונות כיסוד לסמכות החקיקה הן של חכמי ההלכה והן של הקהל בא לכלל ביטוי מלא ע"י הקבלה של שני גורמים אלה. הרשב"א משווה את הציבור (כאשר יש הסכמה של רוב כמובן) לגאונים של העם ואף לסנהדרין (ממש מרחיק לכת..). הקבלת מעמד הקהל למעמדו של בית דין לעניין סמכות החקיקה, היו לה מסקנות רבות לעניין הרשות הציבורית ומנהיגיה בכמה גופי עניינים נוספים. כך למשל נתקבל כהלכה פסוקה , בעניין כשירותם של חברי הרשות הציבורית, העיקרון כי " טובי ה=קהל הממונים לעסוק בצרכי הרבים או יחידים, הרי הם כדיינים ואסורים להושיב ביניהם מי שפסול לדון משום רשעה" (עפ"י פסיקתו של רבי ישראל איסרליין). כמובן שהקבלה זו היא רק בתחום הסמכויות הנתונות להם כמנהיגי הקהל, ולא מעבר לכך.

הקבלת מעמדו של הקהל למעמד בית דין אפשרה למשפט העברי לפתור קשיים שונים ביחסים המשפטיים שבין הרשות הציבורית ליחיד (בענייני קניין לדוג').

**ד. חקיקת הקהל ודיני איסור והיתר-**

הקבלה זו של הציבור לבית דין אינה חלה בתחום איסור והיתר, וסמכות החקיקה בעניינים אלה- כשהחקיקה באה להתיר את האסור- מסורה לחכמי ההלכה בלבד. בתחום ענייני איסור והיתר חוזר דינו של הקהל להיות כדין היחיד, וכשם שהיחידה יכולה להתנות על מה שכתוב בתורה רק בדבר שבממון, אך לא בעניין שבאיסור, כך גם הקהל אינו יכול להתנות על מה שכתוב בתורה בדבר שבאיסור. המחשה מדברי הריב"ש: אין הקהל רשאים להתיר ריבית, שהרי היא אסורה עפ"י התורה. כמו כן, תקנות הציבור לא חלות על עניינים שנכללו במושג של עקרונות צדק ויושר שבמשפט העברי, שהרי הפגיעה בצדק וביושר מוגדרת בהלכה כעשיית דבר שבאיסור. כל לדוג': המשפט העברי מגן על החייב ומורה על אי מאסר בגין אי תשלום החוב, אולם מאוחר יותר נזנחה הוראת הריב"ש, כדי לייעל גבייה של חובות נראה כי כן נקטו במאסר החייב, על אף התנגדותו. לבסוף הריב"ש הסכים משום שהיה בה צורך באותה השעה.

הגבול שבין דבר שבאיסור לדבר שבממון אינו ניתן לקביעה אובייקטיבית ברורה, משום כך יש שנשללת מן הקהל הסמכות להתקנת תקנה בעניין מסוים, שלכאורה נמנה הוא עם עניינים שבממון, ומאידך סבורים חכמים אחרים, שבעניין מסוים , שלכאורה שייך הוא לדבר שבאיסורא, הריהו בתחום סמכותו של הקהל להתקין בו תקנות, אף כשהן נגד הדין. קביעת תחומים זו נעשתה ע"י חכמי ההלכה לגבי כל עניין ועניין גם לפי מהותו וגם לפי נסיבותיו המיוחדות, נסיבות שהושפעו גם מצרכי השעה. סמכות הקהל להתקנת תקנות קיימת לעיתים גן בעניינים שיש להם השפעה על ענייני איסור והיתר, למשל: בקהילות רבות במרכזים שונים הותקנו תקנות קהל, שבכל דבר הלכה יש לפסוק לפי דעת הרמב"ם חוץ מעניינים מסוימים, שפורטו במפורש בתקנה. באופן כזה, לתקנה כזאת הייתה גם השפעה בעקיפין על צורת הפסיקה בעניינים שבתחום איסור והיתר. כמו כן תיתכן גם השפעה ישירה על עניין מובהק של איסור והיתר, דוגמא בולטת: התקנה שתיקן הקהל בדבר קידושי אישה מתוך צחוק או ערמה (רמאות/ עושק/ כפייה), ולכן התקנה דרשה 10 אנשים לפחות, בפני רב וכו'...

1. **תוקף תקנות הקהל-** חכמי ההלכה הקנו לדין שמקורו בתקנת ההלכה תוקף כלדין תורה, עד כדי כך שאם היה קם אדם ונשבע שלא לקיים את תקנת הקהל, שבועתו הייתה מופרת באופן "אוטומטי", והוא היה רשאי להפר אותה ואף חייב (הערה למי שלא בקיא- שבועה הינה דבר שאסור מן התורה, ולכן אם תשימו לב בהשבעות של הצבא דתיים לרוב יאמרו: "אני מצהיר"). כדי לתת לדינים שמקורן בתקנות הקהל את מלוא ההכרה והיעילות הדגישו חכמי ההלכה חזור והדגש כי תקנות הקהל מחייבות כדין תורה.

**כרך ב'**

**889-904**

## המקורות והרישומים בתקופת האמוראים

המקורות הרישומיים של המשפט העברי בתקופה שלאחר התנאים הם שני התלמודים: הירושלמי והבבלי שני מקורות אלה- במיוחד התלמוד הבבלי- הכוללים בעיקרם את תורתם ויצירתם של האמוראים, הריהם עד ימינו אנו המקור המוסמך והחשוב ביותר שבמקורות הרישומיים של המשפט העברי.

**ביאור מונחים:**

1. **אמורא** = מקורה של המילה בשורש "אמר" שמובנו גם לפרש ותרגם בארמית. החכמים שלאחר עריכת המשנה, מתחילת המאה השלישית, נקראו אמוראים על שום שעסקו בפירושה של המשנה והסברתה. ישנה משמעות נוספת למונח והיא מתורגמן.
2. **תלמוד** = שתי משמעויות:
	* + 1. דיוני האמוראים במשנתו של רבי.

2. שם הכולל ביחד את משנת רבי ואת דיוני האמוראים בה. המשמעות השנייה היא המקובלת כיום.

1. **גמרא** = ישנם שני פירושים למושג- "גמר"- השלמה ו"לימוד". השם גמרא במשמעותו המקובלת בלשוננו כיום מציין את לימודיהם, דיוניהם ודבריהם של האמוראים.

**ראשי האמוראים לדורותיהם:**

הקדמה קצרה למקורות הרישומיים- סדר הדורות של חכמי ההלכה בתקופה זו.

תקופת אמוראי בבל משתרעת על כ-300 שנה: משנת 220 עד 500 לסה"נ.

תקופת אמוראי ישראל היא כ-200 שנה: משנת 220 עד 400 לסה"נ.

לאמוראים 7 דורות סה"כ (5 בא"י ובמקביל 7 בבבל).

אזכיר רק שם אחד משמעותי מכל דור:

דור ראשון:

א"י- הלל (שהוא אגב נכדו של רבי יהודה הנשיא), בבל- "רב"

דור שני:

א"י- ריש לקיש, בבל- רב הונא

דור שלישי:

א"י- ר' אסי, בבל- רב חסדא

דור רביעי:

א"י- ר' יוסי, בבל- אביי (אהובו של אטינגר..)

דור חמישי:

א"י- ר' מנא, בבל- רב פפא, רבינא

דור שישי:

בבל- רב אשי (שסידר את התלמוד)

דור שביעי:

בבל- מר בר רב אשי

בסוף הדור השביעי מתחילה תקופת המעבר מן האמוראים לסבוראים. בראשיתה של תקופה זו חי ופעל האמורא רבינא (האחרון) שהשלים את עריכת התלמוד, ובסופה פעל ר' יוסי שהיה מחותמי התלמוד ומראשוני הסבוראים.

### התלמוד הבבלי:

1. הגולה שבבבל: סמוך לחורבן הבית השני היה בבבל יישוב יהודי גדול, שהיה מכונה "הגולה". מלבד הלל שעלה מבבל ועמד בראש הסנהדרין, ידוע כי חכמי הלכה בבליים נוספים פעלו בארץ ישראל. בתקופה שלאחר חורבן הבית השני, פקד את המרכז היהודי בארץ ישראל משבר מדיני וכלכלי קשה – מה שהקשה גם על לימוד התורה והפצתה. עם חזרתם של רב ושמואל, תלמידיו של רבי יהודה הנשיא, לבבל (שבה שפר מעמדם של היהודים) הייתה בבל למרכז התורה וההלכה. שני חכמי הלכה אלה, שהיו מראשוני ומראשי של אמוראי בבל, עמדו בראש שתי ישיבות מרכזיות בבבל- סורא ונהרדעא (שבמרוצת הימים הפכה לפומבדיתא), ואלו הביאו למפנה של ממש במעמדה של בבל כמרכז הלכה – מרכז שפיתח ויצר במשך שלוש מאות שנה את המקור העיקרי והגדול שבמקורות הרישומיים של ההלכה, את התלמוד הבבלי.
2. לימודם של אמוראי בבל והכלול בתלמוד בבלי: רב ושמואל הביאו עמם לבבל את משנת רבם- רבי יהודה הנשיא. המשנה הייתה לספר החוקים של ההלכה. האמוראים התחילו לפרש את המשנה, להסביר את תוכנה ומונחיה, לישב ולתרץ את הסתירות שבין הלכות שונות בתוך המשנה, ובין הלכות במשנה להלכות שבברייתות ובתוספתא. לימודם ועיונם הביאו **ליצירתן של הלכות חדשות, של "מימרות**" (הכינוי להלכות שנתחדשו ע"י האמוראים). ההלכה נוצרה והתרחבה באותה תקופה (האמוראים) כמו התנאים, משמע בדרך המדרש, הפירוש. האמוראים התייחסו להלכה, גם בדומה לתנאים, וראו בה כדין תורה, שאין ערעור עליו.

כדרכם של חכמי ההלכה בתקופות הקודמות (כגון התנאים) המשיכו אף האמוראים לפתח את מערכת ההלכה על ידי החקיקה: היינו ע"י **תקנת תקנות וגזירת גזרות.** בנוסף לאלה, כולל התלמוד – בשיעור גדול יותר מהמשנה – **שורה ארוכה של "עובדות", של פסקי דין שניתנו ע"י האמוראים ושהיו למקור לעקרונות ולהלכות חדשות.** כמה וכמה הלכות בתלמוד הובאו בצורה של **שאלה ותשובה** (שאלה שנשאלה לעיתים בכתב מתוך איגרת בין מקומות בבל ובין ישראל לבבל ומבבל לישראל) תופעה ספרותית – הלכתית נוספת המצויה בתלמוד היא על **כללי הפסיקה**: כללים המסבירים כיצד וכמי יש לפסוק את ההלכה, כגון "רבי מאיר ורבי יהודה- הלכה כרבי יהודה". וכן מצויים בתלמוד הבבלי כללי מדרש ופרשנות מרובים, שנתחדשו ע"י האמוראים. האמוראים נעו (חלק ירדו וחלק עלו) בין א"י לבבל, ולכן ניתן לראות בתלמוד הבבלי פסיקות של חכמי הארץ ולהיפך.

דרך דיוניהם ומשאם ומתנם של האמוראים בהלכה, והשוואת ההלכות השונות שבמשנה, שבברייתות ושבתוספתא, ריכוזן של הלכות אלה ויישוב הסתירה בניהם, הביא לתופעה ספרותית ומהותית בהלכה, שהשפיעה רבות על מקורותיה המשפטיים של ההלכה. בנוסף, ע"י קביעת עקרונות מופשטים, קודמו את דרכי המיון והמינוח של עקרונות שונים במשפט העברי.

התלמוד הבבלי כולל בנוסף חומר משפטי רב ומגוון מבחינת צורתו הספרותית: פירושים וביאורים למשנה ולהלכה של התנאים, מימרות שהן חידושים של האמוראים, תקנות, מנהגים, מעשים, שאלות ותשובות, כללי פסיקה, כללי פרשנות ועקרונות הלכתיים – משפטיים, שגובשו מתוך הלכות למעשה שונות, שנלמדו או נפסקו באותו נושא הלכתי. מלבד אלה, נשמר לנו בתלמוד חלק גדול ממשנתם והלכותיהם של התקופות הקודמות, שנמסרו ע"י האמוראים ונשתלבו לתוך משאם ומתנם.

1. **עריכת התלמוד הבבלי וחתימתו**: חומר רב ממדים ומגוון זה שבתלמוד הבבלי לא נערך בפעם אחת, ונעשו בו שינויים מעת לעת. העריכה הגדולה המסכמת נעשתה על ידי רב אשי ורבינא. עריכת התלמוד נעשתה על ידי סידורו וקביעתו של החומר התלמודי שנשנה בישיבות בבל לפי סדר המסכתות של משנת רבי יהודה הנשיא. לאחר כל משנה הוכנס כהמשכה החומר הנוגע לאותה משנה - הדין והדברים והמו"מ שהתעוררו בישיבות על אותה משנה, המעשים והמימרות הקשורים באותו עניין. עם פטירתו של רבינא (שנת 499) תמה תקופת האמוראים.

חתימת התלמוד נעשתה על ידי רבינא האחרון (לדעת כמה חוקרים).

1. **הסבוראים:**  אף לאחר חתימת התלמוד הוכנו בו הוספות והשלמות שונות ע"י הסבוראים – חכמי הלכה שלאחר תקופת האמוראים. עיקר פועלם הספרותי של הסבוראים היה בהשלמות שונות לתלמוד הבבלי. ישנה מחלוקת בין החוקרים אודות התמשכותה של תקופת הסבוראים. כן מיוחסת לסבוראים קביעתם של כמה כללי הכרעה ופסיקה והשלמות שונות בתחום העריכה והסידור של התלמוד. יש המייחסים לסבוראים את העלאת המשנה והתלמוד על הכתב. עוד בתחילת תקופת הגאונים נכנסו שינויים והוספות טכניות לתלמוד הבבלי ובכך הושלם ונחתם התלמוד.
2. **עריכת התלמוד – על חלק מהמשנה:** התלמוד הבבלי נערך על 36 מתוך 63 המסכתות שבמשנה. על סדרי זרעים (חוץ מברכות) וטהרות (חוץ מנידה) לא נערך התלמוד הבבלי וכן לא נערך על מסכתות נוספות. דבר המבליט את הקשר ההדוק שבין התפתחות ההלכה מבחינה עניינית וספרותית ובין נהיגתה בחיי המעשה והמציאות, אך סדר זרעים למשל המכיל הרבה מצוות התלויות בארץ נלמד בצורה תיאורטית יותר, ללא קשר עם חיי המעשה, לכן חוסר האקטואליות הביא לכך שלא נערכו הלכותיו בצורה מסכמת וסופית. תופעה ספרותית זו –חזרה ברוב ספרי ההלכות והפסקים שלאחר חתימת התלמוד. הרי"ף, הרא"ש, בעל הטורים ובעל שולחן ערוך, צמצמו את היקף ספריהם המכילים חומרים משפטיים רק ל"למצוות הנהוגות בזמן הזה" בלבד. הרמב"ם ביקש להחזיר את היקפה של ההלכה כפי שהייתה במשנה, וכלל בספרו משנה תורה את כל מערכת ההלכה, אך מעשה זה היה ניסיון יחיד וגם לאחריו נערכה ההלכה הפסוקה במקביל לשימושה בחיי המעשה.

### התלמוד הירושלמי

1. **הכלול בתלמוד הירושלמי והבדלים שבינו לבבלי:**

עיקר עיסוקם ולימודם של אמוראי ארץ ישראל – כמו אמוראי בבל – היה במשנתו של רבי יהודה הנשיא, אשר הייתה לקובץ החוקים המחייב של ההלכה. אף הם עסקו בביאור ופירוש משנת רבי. במקביל לאמוראי בבל, פיתחו ויצרו אמוראי ארץ ישראל את התלמוד הירושלמי הכולל אף הוא את כל שמצאנו בתלמוד הבבלי (פירושים וביאורים למשנה, מימרות, מעשים, שו"ת, תקנות וגזירות, מנהגים, כללי פסיקה, וכללי מדרש ופרשנות). כמו שכבר ציינו ישנו קשר בין אמוראי בבל לארץ ישראל ועל ידי כך- לתלמוד הירושלמי.

**הבדלים שבינו לבבלי:**

* הבדלים בהיקפו של המשא ומתן ההלכתי – בירושלמי קצר בהרבה מאשר בבבלי.
* הלשון הארמית שונה בירושלמי מהלשון הארמית שבבבלי.
* שינויים בתוכן ההלכות והדיונים – לעיתים הסוגיה הבבלית שונה במפורש בהבדלי ניסוח, שוני בפירוש או במסקנה ההלכתית מזו שניתנה בסוגיה הירושלמית.

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

1. **עריכת התלמוד הירושלמי:**

אף בירושלמי היו שלבים שונים של עריכה. לדעת ליברמן נערכו שלוש הבבות: בבא קמא, בבא מציעא ובבא בתרא בקיסריה. רובו של הירושלמי נערך בטבריה ולדעת רוב החוקרים נערך כשניים – שלושה דורות לפני עריכת התלמוד הבבלי ע"י הרב אשי, היינו בתחילת המאה החמישית. עריכתו של התלמוד הירושלמי נופלת בהרבה מעריכת הבבלי (התנאים המדיניים הקשים שלהם היה נתון היישוב בארץ ישראל במאה החמישית, לא אפשרו לחכמי ההלכה עריכה מסודרת).

טיב העריכה של הירושלמי, גורמים פוליטיים והשפעות פנימיות – גרמו לעיכוב בהפצתו ובלימודו של התלמוד הירושלמי, וסמכותו הייתה פחותה משל הבבלי.

הסקת ההלכות היא משני התלמודים, אך כאשר הבבלי והירושלמי חלוקים ביניהם – יש להכריע כהלכה שבבלי.

בניגוד לבבלי, נערך התלמוד הירושלמי על סדר זרעים הדן ברובו המכריע במצוות התלויות בארץ, כיוון שלהלכות אלה נודעה חשיבות מרובה בנהיגתן בחיי המעשה בארץ ישראל. מספר המסכתות שנערך עליהן התלמוד הירושלמי הוא 39 (שלוש מסכתות יותר מהבבלי). אע"פ כן, הוא מהווה בכמותו רק שליש מהבבלי בשל הקיצור בסוגיותיו ובמשאו ומתנו.

**מהותו הספרותית – משפטית של התלמוד ומקומו במערכת ההלכה:**

האם שימש התלמוד, בנוסף להיותו המפרש המוסמך של המשנה, גם כספר חוקים של המשפט העברי? – לכאורה קשה להניח שכן שימש התלמוד כספר חוקים ולו רק בשל סידורו המיוחד ותוכנו. עיקר תוכנה של הגמרא הוא דין וחשבון של וויכוחים שהיו בישיבות, של מעשים ותקדימים, של שאלות וחוות דעת, ורק לעיתים מובאות בו הלכות מוכרעות או כללי פסיקה. אולם, **יש חוקרים** הסוברים שלמרות שאינו נראה לפי מושג ימינו כספר חוקים, ייתכן שאכן נועד לשמש כספר חוקים כיוון שכבר מאותה תקופה שימש במטרה זו כהלכה למעשה. כשם שהייתה המשנה לספר מחייב לאותה תקופת אמוראים, היה התלמוד למחייב לתקופות שאחריהם. **לעומת דעה זו של החוקרים**, היה סבור גינצבורג, שמלכתחילה לא נועד התלמוד לשמש כספר חוקים אלא כספר טקסטים ופירוש על ספר החוקים – היינו המשנה היא ספר החוקים.

לא משנה באיזה דעה נבחר: הכול מודים שנתקבל כמקור המוסמך והיחיד של כלל ההלכה העברית.

עם חתימתו של התלמוד הבבלי ניתנה להלכה מקורה המוסמך והמהותי ביותר, וכל הלכה, עיקרון, דעה ואמרה שנכללו בו קיבלו תוקף מחייב מלא ומחייב במערכת ההלכה העברית.

ההלכה שבתלמוד היא התגבשותה של התורה שבעל פה והיא הייתה ליחידה אחת ואחידה עם התורה שבכתב. וכשם שאין לגרוע או להוסיף על התורה שבכתב, וכשם שהמשך של יצירת ההלכה לאחר התורה שבכתב בא בדרך החקיקה הגלויה (התקנות והגזירות), או הנסתרת (המנהג) או המדרש, המעשה והסברא, שבאו לעמוד על התוכן הנסתר שבתורה שבכתב- כך אין להוסיף או לגרוע על ההלכה המסוכמת שבתלמוד והמשך יצירתה של ההלכה מכאן ואילך- יצירה גדולה דינאמית ומקיפה – בא אף הוא בדרך גילויו של התוכן הגלום בהלכה התלמודית או בדרך החקיקה הגלויה והנסתרת. התלמוד היה חשוב במיוחד לדרכי הגיונה ולצורות הבעתה, למקורות הבונים ולדרכיה היוצרים במשך כל התקופות שלאחר מכן.

**915-933**

## ספרות הפירושים לתלמוד הבבלי

**בתקופת הגאונים**

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

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

**פירוש רבנו חננאל**

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

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

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

**רבנו גרשם מאור הגולה ותלמידו**

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

**רש"י ופירושו של התלמוד**

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

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

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

### ספרות החידושים לתלמוד הבבלי

**החידושים האשכנזים- בעלי התוספות**

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

1. התהוות חידושי בעלי התוספות

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

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

להלן אחדים מראשי בעלי התוספות:

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

**938-948**

## ספרות הפוסקים

**המהות והמבנה של ספרות הפוסקים ובעיית הקודיפיקציה**

ענף עיקרי אחר במקורות הרישומיים של ההלכה בתקופה שלאחר התלמוד היא ספרות הפוסקים – ביתר דיוק: ספרי ההלכות וספרי הפסקים. המיוחד בענף זה הוא מגמתו של המחבר – פוסק להביא בספרו את המסקנה הסופית בתחום הלכתי מסוים. כאשר למסקנתו הגיע מתוך עיון מופשט בחומר ההלכתי, המצוי באותו נושא במקורות הרישומיים השונים של ההלכה.

**ספרות הפוסקים ויחסה לספרות הפירושים והחידושים ולספרות השו"ת:**

לענף ספרות הפוסקים כמו לכל אחד משני הענפים הנוספים של ההלכה בתקופה שלאחר התלמוד – אופי ומטרה משלו. ישנו קשר והשפעה הדדית ביניהם בכך שהפרשן ומחדש החידושים מעיינים לצורך פירושם בכל ספרות ההלכה המצויה לפניהם, ואף בשני הענפים הנוספים. במיוחד נזקקים המשיב והפוסק, בבואם להכריע ולפסוק את הדין, לספרות הפירושים ולמסקנותיה, כך שישנו קשר מפרה בין האחד לשניים האחרים. עם זאת שונים הם במהותם:

ספרות הפירושים והחידושים: שונה משני האחרים- מגמתה לפרש ולהסביר נושא הלכתי מסוים, ואופייה הוא בעיקר עיוני, היינו להלכה ולא למעשה.

ספרות הפוסקים: מגמתו של הפוסק בספר הלכותיו ופסקיו הוא לפסוק את הדין ולהכריע בו לא רק להלכה אלא גם למעשה.

ספרות השאלות והתשובות: למרות שיש לה מגמה משותפת לשני הענפים לעיל – לפסוק את הדין ולהכריע בו, שונה היא בנסיבות בהן הגיע כל אחד למסקנתו ולפסקו, ובדרך שהוא מביא את סיכומו ופסיקתו בנושא הלכתי מסוים. בניגוד לכך שהפוסק בספר הפסקים בא למסקנתו מתוך עיון מופשט בחומר ההלכתי ולא מצביע על הדרך בה הלך לשם הגעה למסקנתו, לעומתו, המעיין בשו"ת עומד בעיצומה של מציאות הלכתית ומשפטית חיה, הוא מאזין לעובדות ולטענות שבפי הצדדים לדין, והוא מלווה את גדול ההלכה בכל שלב משלבי עיונו ההלכתי, עד שהוא מגיע לפתרון הבעיה.

**ספרי הלכות וספרי פסקים:**

בתוך ספרות הפוסקים מצויים בעיקר שני סוגים ספרותיים:

1. ספרי ההלכות. 2. ספרי הפוסקים.

**ספרי הלכות –** מביאים את המסקנה הסופית של ההלכה לאחר שהקדימו למסקנה זו משא ומתן הלכתי מסוים. הדיון לרוב קצר ותכליתי והוא בא להצביע על המקורות שמהם שאבו ועל פירושם של המקורות שמהם הסיקו את מסקנתם. המייצג סוג זה הוא הרי"ף (רבי יצחק אלפסי) בספרו "ספר ההלכות".

**ספרי פסקים –** מביאים את המסקנה הסופית של ההלכה מבלי להקדים לכך דיון, בלי להצביע על המקורות ההלכתיים ועל פירושים, שמהם שאבו והסיקו את מסקנתם. המייצג סוג זה הוא הרמב"ם בספרו "משנה תורה" הוא "היד החזקה".

**שוני פנימי:** יש דיון מקדים וציון מקורות = הרי"ף. אין דיון מקדים ולא ציון מקורות = הרמב"ם.

**שוני נוסף הוא: שוני ספרותי חיצוני:**

**ספר ההלכות**: מתוכנן ומסודר בצמוד למקור רישומי כל שהוא שהדיון והמקור לפסיקת הדין מצויים בו. לדוגמא: הרי"ף חיבר את ספרו לפי סדר המסכתות בתלמוד.

**ספר פסקים:** ספר הפסקים בנוי ומסודר לפי עניינים ונושאים הלכתיים, וכל המסקנות ההלכתיות הנוגעות לנושא מסוים מרוכזות במקום אחד. הפוסק ספר זה, המביא רק את המסקנה ההלכתית, בלי להקדים בדיון ובלי להצביע על המקור של אותה מסקנה, מסדר את ספרו בצורה הנוחה והשימושית ביותר, היינו ע"י ריכוז כל החומר הנוגע לנושא מסוים במקום אחד. שוב, הדוגמא היא רמב"ם.

**מהותה של הקודיפיקציה במשפט העברי:**

**מהי קודיפיקציה (הרחבה קצת)**

**בעולם המשפט, קודיפיקציה, הוא תהליך יצירתו של קודקס, כלומר כינוס ואיסוף של חוקים קיימים, עריכתם והתאמתם לזמן ולמצב הנוכחי, או יצירה של מערכת חוקים בתחום מסוים.**

הקודקס בניגוד לקומפליאציה הוא לא רק מקור המוסמך למציאת הדין ולפסיקתו, אלא גם כל דין אחר שקדם בזמן לחיבור הקודקס והוא מנוגד לו- הרי הוא בטל ומבוטל. עיקרון זה לא חל על ההלכה, מדוע? משום שהאופי של ההלכה, כוחה וסמכותה הם ברציפותה, בקבלת איש מפי איש, במסורת הדורות. כלומר, שמשום שכל דין ונורמה המתווספים למערכת ההלכה במהלך יצירתה והתפתחותה על ידי כל מקור – כוחם הוא בכך שהם "יונקו" מן השלב העליון בסולם ערכיה (התורה שבכתב והתורה שבעל פה, ומגופי ההלכות שהלכו והתווספו במשך דורות). אף הרמב"ם כשחיבר את "משנה תורה" לא ביקש שיהיה לספרו מעמד סמכותי המבטל את ההלכה שקדמה לו, ולא הייתה בכוונתו לשנות מן ההלכה המקובלת והמצויה. מטרתו הייתה שחיבורו יהיה למקבץ לתורה שבעל פה, עם כל התקנות, המנהגים והגזירות עוד מימי משה ועד לחיבור התלמוד, שיוכל אדם לקרוא את התורה שבכתב ואז לגשת לקריאת התורה שבע"פ. מסכם הרמב"ם ואומר כי התורה מסיני, הן התורה שבכתב והן התורה שבעל פה, היא מקור סמכותה של ההלכה וראש סולם ערכיה, וכל הדברים האמורים בהם "חייבין כל ישראל ללכת בהם".

ממסקנתו זו ניתן להבין שספרות ההלכה עד ימיו הייתה ידיעת מקורותיה של ההלכה, לשם לימודם והעיון בה. וכמובן שדברי הרמב"ם מכוונים לא למטרה הלימודית בלבד – אלא העיון בספרות התלמודית חיוני כדי לאפשר פתרונן של בעיות חדשות.

מטרת הרמב"ם בספרו הייתה להביא למציאת הדין ופסיקת ההלכה כפי שהתגבשה ביומו מתוך ספרו בלבד, כיוון שהיה בטוח שספרו מכיל את כל דיני ההלכה ולא תיתכן סתירה בינו לבין הספרות ההלכתית המחייבת שלפניו.

אם נסתכל על הקשר בין מקורות ההלכה לקודיפיקציה המושגים שונים- אין מערכת ההלכה יכולה להיכנס תחת אותה קטגוריה של הקודיפיקציה או של הבדיקה מחדש. מהבחינה הזאת ההלכה יכולה ללכת רק בדרך של הליקוט (קומפילאציה, נראלי כדאי להכיר את המילה..)

החידוש השינוי והיצירה במערכות ההלכה והמשפט העברי נעשים ע"י המקורות המשפטיים של מערכת ההלכה, ואין אלה חלק מן המטרה העומדת לפני מחבר ספר ההלכות או ספר הפסקים בעשותו במלאכתו. לעומת זאת, מבחינת התוקף המוקנה לספר הפסקים ואפשרות ההכרעה המשפטית על פיו, ועל פיו בלבד- מבחינה זו מערכת ההלכה יכולה להכיר לא רק ב revision(בדיקה מחדש), אלא אף בקודקס, ואמנם זו הייתה מטרתו של הרמב"ם.

מבחינה זו- ניתן לראות במשנה תורה לרמב"ם משום קודקס במובן המקובל של מונח זה, כי ספר זה מיועד היה לכלול את כלל מערכת ההלכה העברית – "תורה שבעל פה כולה ואינו צריך לקרות ספר אחר ביניהם".

**שאלה עקרונית שעולה לפני העוסקים במלאכת הקודיפיקציה בהלכה היא: האם דרכו של הרמב"ם טובה ורצויה היא למערכת ההלכה? האם אין בקודקס זה משום ניתוקה של ההלכה ממקורות יניקתה?**

הרי שדרך התפתחותו של המשפט העברי היא באמצעות פתרונן של בעיות קונקרטיות המתעוררות בחיי המעשה, ולא על ידי קביעת הוראות עקרוניות מראש.

נימוקים אלה היה בהם כדי להביא למסקנה, שמערכת ההלכה יכולה ואף צריכה לוותר עריכת קודקס של דיניה והלכותיה, ושאין היא זקוקה לקודיפיקציה בכלל. אך היו גורמים שחייבו יצירתה של קודיפיקציה - שדרשו קודיפיקציה של מערכת דיני ההלכה. שתי קבוצות אלה – השוללת את הקודיפיקציה במערכת ההלכה וזו המחייבת אותה – פועלות בהליכים ובשלבים שונים. גורמים שונים ומניעים לעריכת קודקסים מצויים בשלושה תחומים:

1. היסטורי חיצוני – המציאות הפוליטית הקשה של חיי היהודים, קבוצות שפרשו מהעם.

2. לימודי חינוכי – החשש מהקושי בהתמצאות והלימוד של החומר ההלכתי.

3. בתחום ההלכתי – הרצון להחזיר להלכה את אחידותה.

משום שיש את שתי דעות הקיצון, ישנו צורך באיזון. על מי מוטלת המלאכה? על ה"קודיפאקטורים"- של ההלכה העברית.

בגלל חלק מהגורמים שנזכרו לעיל, רבי יהודה הנשיא יצר קודקס שהיה לראשון בתחום התושב"ע. הגורמים לכך היו:

מצד אחד- הרצון להחזיר להלכה את אחידותה, החשש שהתלמידים מתמעטים, משום שהצרות מתחדשות ובאות, ומלכות הרשעה פושטת בעולם, והמגמה להקל על הידיעה והלימוד של ההלכות. ומצד שני- הצורך לשמור על הקשר שבין מערכת ההלכה ומקורותיה ועל רציפות המסורת, הביאו את רבי יהודה הנשיא לציין דעות ופסיקות נוספות.

פתרון זה של רבי יהודה הנשיא בדבר אופן הבאת המסקנה ההלכתית במשנה יפה היה והכרחי לשעתו, אך לא נראה יעיל בהסתכלות עתידית. מאז תקופת הגאונים נצפו ניסיונות שונים למציאת פתרונות שונים לבעיה האחרונה שהוזכרה.

מתוך ניסיונות ודרכים אלו נוצרו שלושה סוגים עיקריים של קודיפיקציה של ההלכה:

1. חיבור ספרי הלכות (שהוזכרו)
2. ספרי פסקים (כנ"ל)
3. שילוב של שני האמורים לעיל

גם בתוך כל אחד משלושת הסוגים נוצרו צורות ספרותיות שונות במשך תקופות שונות.

**עמ' 965-969**

### "ספר ההלכות" לר' יצחק אלפסי- הרי"ף

עם חתימתה של תקופת הגאונים חזרה והתעוררה הדרישה והצורך בחיבור ספרי הלכות, שיהיו גם כוללים את כל מערכת ההלכה וגם תמציתיים ופסקניים. **כמה גורמים לכך:**

1. ריבוי השו"ת והתקנת תקנות בתחומי הלכה שונים הביאו להתפתחות מתמדת של ההלכה.
2. בנוסף, בתי היוצר להתפתחויות אלה היו לא רק בבבל אלא במרכזים נוספים- צפ"א ואירופה. ריבוי המרכזים הביא את תופעת חילופי מנהגים ודינים בתחומי הלכה שונים.

כלל גורמים אלה ומניעים נוספים הביאו לידי חיבורו של אחד הספרים הגדולים והחשובים ביותר במערכת ההלכה, ספר שהטביע את חותמו על לימודה ופסיקתה של ההלכה על כל הדורות שלאחר מכן - ספר זה נקרא ספר ההלכות של הרי"ף.

הרי"ף נולד בצפון אפריקה בשנת 1013 (המאה ה-11), ולמד תורה מאז צעירותו. כעבור זמן מה התיישב בפאס שבמרוקו (בגלל זה קוראים לו "אלפסי"), והרבית תורה לתלמידיו. בחלוף הזמן עבר ברח לספרד ונעשה ראש ישיבה מפורסמת וגדולה שם. רבי יהודה הלוי היה מתלמידיו.

הרי"ף נחשב בדורו לגדול חכמי התלמוד בספרד, והשאיר אחריו מאות תשובות שהשיב על שאלות שהופנו אליו מכל קהילות ספרד וצפ"א.

אך, עיקר פועלו היה ספר ההלכות שלו, אשר היה מסודר כספר "**הלכות גדולות**", לפי מסכתות התלמוד, וכן מקדים הוא דיון קצר לסוגיה ואף מציין מקורות – לפני שהוא מסכם את ההלכה ופוסק את הדין. ספרו כולל אך ורק את החלק הנוהג למעשה בזמן זה. משום כך אין הוא מקיף את כל התלמוד אלא כולל רק שלושה מששת סדרי משנה. הרי"ף מביא בצורה תמציתית את **ראשי הפרקים** של הסוגיה התלמודית , ואת הדיונים בה שניתן להסיק מהם מסקנה הלכתית מסוימת. בצורה כזאת הספר מאד נוח לעיון וסוקר את כל הנושאים בו בצורה תמציתית, כך שהכול פרוס לפני המעיין בו.

לעיתים, כאשר יש חשיבות מבחינת פסיקת הדין – דן הרי"ף בפירושה של סוגיה, מביא דעות אחרות ולרוב מציין הוא את נימוקיו בעד דעות אלה או נגדן. בכך נטל על עצמי הרי"ף תפקיד גדול נוסף בחיבור ספר ההלכות והוא ההכרעה בבעיות הלכה רבות שהיו שנויות במחלוקת.

הרי"ף מרבה לצטט ולהביא מן התלמוד הירושלמי, אך כאשר ההלכה שבתלמוד הבבלי היא בניגוד לזו שבירושלמי – מכריע את ההלכה כפי שהיא מצויה בבבלי. דרך הכרעה זו מסתמך הוא על עקרון הפסיקה, שנקבע עוד בתקופת הגאונים: "הילכתא כבתראי" = הלכה כאחרונים (הרי שהתלמוד הבבלי נערך לאחר התלמוד הירושלמי).

הרי"ף אף הכניס לספרו חלק מסוים מתוך האגדה שבתלמוד. מכאן, נטל על עצמו את המשימה הגדולה והקשה של הבחנה בין אגדה שנודעת לה חשיבות סיפורית בלבד, לבין אגדה המשמשת יסוד ובסיס להוראת התנהגות הלכתית – דתית.

היריעה הרחבה של ראשי הפרקים זיכתה את הספר בשם "**תלמוד קטן**", וככל הנראה מטרתו של הרי"ף אכן הייתה להפוך את הספר למעין כזה, שיקל על הלימוד והעיסוק בתלמוד.

ספר ההלכות של הרי"ף היה לספר ההלכות הקובע במערכת ההלכה העברית. היה הוא גולת הכותרת בסוג זה של ספרי ההלכות שבספרות הפוסקים משום תוכנו והיקפו. הספר קיבל תמיכה מלאה מאת הרמב"ם.

על ההשפעה הגדולה שנודעה לספרו של הרי"ף במערכת ההלכה העברית ניתן להסיק מתוקף העובדה שגם כעבור 500 שנה, כאשר באו ספרי פסקים וספרי הלכות רבים נוספים שחלקם חלקו וסתרו את ספרו של הרי"ף או הגנו והוסיפו עליו- כמו משנה תורה לרמב"ם וספר הטורים לר' יעקב בן הרא"ש, עדיין נשאר "ספר ההלכות" של הרי"ף לאחד הגורמים המכריעים בפסיקת ההלכה העברית. דבר זה נקבע על ידי כלל הפסיקה שקבע יוסף קארו, ביסוד חיבוריו "בית יוסף" ו"שולחן ערוך".

כך מצאו חלק ממסקנות הרי"ף את דרכן אל הקודקס המוסמך של ההלכה העברית עד היום.

**980-1016**

## הרמב"ם ופועלו הקודיפיאקאטיבי

נימוקיו של הרמב"ם על כך שכתב ספר הלכתי מסכם ותמציתי, הערוך בשיטתיות מובהקת הם: בשל ריבוי החומר ההלכתי, הקושי בהבנת המקורות וההתמצאות בהם, והמציאות החברתית וההיסטורית.

כאחת ממטרותיו ביקש וקיווה הרמב"ם, שחיבורו יביא לכך "שיהיו כל הדינין גלויין לקטן ולגדול בדין כל מצווה ומצווה", משום שהתלמוד וספרי התוספתא אינם פשוטים לעיון.

חידושו הגדול של הרמב"ם היה במטרה נוספת, גדולה ומהפכנית, שיעד לספרו "משנה תורה" בהקדמתו לספר, והיא שקרא לספרו משנה תורה על שום שהתכוון לומר כי האדם הקורא תחילה בתורה שבכתב ואחר כך בספרו – יודע ממנו תורה שבעל פה כולה ואינו צריך לקרוא ספר אחר ביניהם. כאמור, בדבריו אלו לא התכוון הרמב"ם לומר שלספרו יהיה המעמד של מקור הסמכות בהלכה, אלא שהרמב"ם היה סמוך ובטוח שאין סתירה בין דיני ההלכה המחייבים לבין ספרו.

מתוך עיון בדברי הרמב"ם בהקדמותיו ובתשובותיו, נמצאים למדים כי הוא קבע לעצמו ארבע הנחיות יסוד בדרך הכנתו וכתיבתו את הספר "משנה תורה" ואלו הן:

1. מציאה וריכוז של כל חומר ההלכה העברית מאז התורה שבכתב ועד לזמנו, ועיבודו של חומר זה.
2. סידור החומר ובירורו (מלשון לברור) לפי עניינים, נושאים ומקצועות.
3. קביעה ופסיקה של הלכה אחת ויחידה, סתמית וסופית, ללא הזכרת חילוקי דעות וללא ציון מקורותיו של הדין.
4. סגנון בהיר תמציתי וברור של לשון התוכן.

**כעת, נפרט ונעיין בדרכי עבודתו של הרמב"ם בכל יסודות אלו:**

1. **ריכוזו של החומר ההלכתי:**

במשימה זאת ראה בה הרמב"ם תפקיד ראשון במלאכתו. בעבודת ריכוז עצומה זו נסתייע הרמב"ם בפירושים ובספרים שכתב וחיבר לפני חיבורו זה (כשהיה צעיר יותר). רק לאחר עבודת הכנה זו, התחיל בשנת 1177, בהיותו בן 42, בחיבור ספר משנה תורה אשר עליו עבד כ-10 שנים.

הרמב"ם לא הסתפק בריכוז החומר ההלכתי אלא בדק טיבן ודיוקן של הלכות שונות שקבעו קודמיו לפי "נוסחאות ישנות", כשהוא מצביע לא פעם על נוסחאות לא מדויקות שגרמו לקביעת הלכה לא נכונה. כאשר הוא צריך להחליט איזה נוסח עדיף, הוא משתמש בשיקול דעת ענייני.

כדי להגיע לריכוז מקסימאלי של החומר, הוסיף הרמב"ם גם עניינים שלא הוסקו מתוך התלמוד – אם אלה היו דרושים כדי להבין ולהסביר הלכות תלמודיות מסוימות. דוגמא לכך הם דבריו בהלכות קידוש החודש. הרמב"ם מונה גם פירושים למצוות שאינן נהוגות בזמנו, בשונה מרוב הפרשנים שקדמו לו, כמו כן הוא מתעסק גם בענייני הנפש והמוסר ולא במצוות הלכתיות בלבד.

דוגמא לכך היא מהלכות חנוכה: הרמב"ם מרחיב את הדיבור על דרך חישובי התקופות והרקע ההיסטורי-דתי של החג ושל דיניו, דבר זה אינו הכרחי. אם כן, מהי סיבתו לכך? משיב הרמב"ם שהטעם לכך הוא ברצון להבהיר עד כמה מצוות החנוכה חשובות ויש להדר בהן, ולהקפיד לקיימן. בהלכות אלו הרמב"ם משלב ומדגיש את הנימוק הדתי- מוסרי של ההלכה, שהוא דן בה, ומסיים ברעיון מוסרי כללי- ערכו של השלום בין איש לאשתו (אור הנר מביא לשלום בית וכו').

ניכר כי אף אותם חכמי הלכה שהיו להם השגות על פועלו של הרמב"ם הכירו והוקירו אותו.

* כידוע, אין הרמב"ם מציין בתוך ספרו את המקור שבספרות התלמודית שממנו הוציא את הדין המסוים. כביכול עמדה לו לרמב"ם זכות מלאכתו הגדולה במציאת החומר של ההלכה וברכוזו.
1. **סידורו ומיונו של החומר המרוכז לפי עניינים, נושאים ומקצועות:**

משימה זאת הייתה ללא ספק אחת הקשות והמסובכות שפניהן עמד הרמב"ם. בהקדמתו לספר כתב הוא: "אז נתברר לי שחלוקתו הטובה ביותר תהיה שיסודר הלכות הלכות במקום המסכתות במשנה" כלומר לפי סדר המסכתות שבמשנה. אולם החלוקה המצויה במשנה שימשה רק במידה מסוימת נקודת מוצא לרמב"ם, אך לא היה בה כדי לתת בידי הרמב"ם סיוע רב במיון החומר וחלוקתו לפי העניינים. עם סיוע מכמה וכמה ספרים וחיבורים שלפניו, היה על הרמב"ם למעשה לחרוש עמוקות בכל החומר ההלכתי שלפניו, לפרקו להלכות בודדות ולהציב כל הלכה והלכה בנושא מרכזי מסוים שקבע. על פי קביעותיו אלה, חיבר הרמב"ם את משנה תורה. החיבור כולל י"ד ספרים ומשום כך נקרא גם היד החזקה. כל ספר מחולק לכמה חלקים – כל חלק נקרא "הלכות" – וסך כל החלקים הוא 83. כל חלק מתחלק למספר פרקים ובחיבור עצמו מצויים 1000 פרקים. כל פרק מחולק לסעיפים ובקודקס עצמו כולו מצויות קרוב ל- 15,000 הלכות.

ספר🡪 חלק- "הלכות"🡪 פרק🡪 סעיפים

ארבעת הספרים האחרונים (מתוך 14) הם: ספר נזיקין, קניין, משפטים ושופטים – אשר כוללים הם את דיני המשפט העברי שבהלכה העברית.

ספר נזיקין – בספר זה כלולות 5 הלכות. הספר כולל את הדינים הקשורים בענייני נזיקין, הן נזקי ממון והן נזקי גוף, מבחינת המשפט האזרחי ומבחינת המשפט הפלילי.

ספר קניין – בספר זה כלולות 5 הלכות. ספר הדן בדינים הכלולים במושג "קניין" בשתי משמעויות עיקריות: 1. מבחינת הדרכים המשפטיות לרכוש נכס. 2. מבחינת הזכויות בנכס לאחר שנרכש.

ספר משפטים – גם הוא מחולק ל-5 הלכות. ספר זה כלל כמה ענפי משפט.

ספר שופטים – גם בספר זה 5 הלכות. דן ברובו בנושאים הקשורים במשפט הציבורי העברי (לדוגמא: כשרות עדים, דיני עונשין של עדות שקר, מובאים גם דיני בן סורר ומורה, הלכות מלכים, דיני מלחמה).

הרמב"ם העמיד למשפט העברי קודקס המצטיין בסידורו השיטתי והענייני. בדרך כלל מובא תחילה תיאור כללי של המוסד המשפטי העומד לדיון, ולאחר מכן נדונים הפרטים השונים שבדיני אותו מוסד משפטי.

הודות למלאכה גדולה זו של הרמב"ם בעריכת קודקס משוכלל ושיטתי, עלה בידי הבאים אחריו להמשיך ולמיין בשינוי זה או אחר לפי נושאים ועניינים ברורים ומתוחמים. (קל יותר למצוא חומר הלכתי). לולא פועלו זה לא כיום החומר המצטבר היה בכמויות עצומות, ולא היינו יכולים למצוא את דרכנו בתוך החומר הרב, היינו הולכים "לאיבוד", ומשום כך פועלו של הרמב"ם הוא כה משמעותי.

1. **קביעה ופסיקה של הלכה אחת ויחידה, סתמית וסופית, ללא חילוקי דעות וללא ציון מקורות:**

משימה זו הושגה על ידי תעוזה ונכונות של הרמב"ם לחרוג מן המקובל. מספרות הפוסקים שסקרנו עד כה נמצאנו למדים, שעד לרמב"ם לא נמצא ספר הלכות המסכם את דיני ההלכה העברית בלי לציין את שמות מוסריהם ואת מקורם בספרות התלמוד. לדעת הרמב"ם, ואף לאמיתו, זה מסרבל את סיכומה ומסקנתה של ההלכה. חיבורו של הרמב"ם מופיע לפנינו נאמן לשיטתו זו – כשהוא מביא ברובו המכריע **הלכה סתמית, סופית ואחידה (= בלי ציון המחלוקות בעניין), ללא ציון מקורותיה**. רק בהלכות שהרמב"ם הוסיף מעצמו הוא כתב: "נראה לי" "אני אומר" וכיוצא בזאת. דרך זו של הרמב"ם הייתה מהפכנית ביותר והביאה עמה התנגדות חזקה לקודקס שחיבר, הראב"ד היה מתנגדו המובהק של הרמב"ם.

הרמב"ם היה ער לכך שהשמטת המקורות מעוררת קשיים וחשב על דרך לפתור קשיים אלה, הוא ניסה לתקן, ואמנם עלה בידו, כפי שניתן לראות לאחר מותו. בעצם חידושו במערכת ההלכה, הקודקס שהוא יצר סלל את הדרך ל"שולחן ערוך" של רבי יוסף קארו לאחר 400 שנה.

1. **סגנונו וניסוחו של הספר משנה תורה:**

בעיית הסגנון והניסוח של הוראה משפטית, הרי היא שאלה בעלת חשיבות ממדרגה ראשונה. הרמב"ם נתן את דעתו על כך, ובבסיס ייחוד יצירתו היו שתי תכונות: 1. סגנון עברי משפטי בהיר. 2. ניסוח משפטי ברור, מדויק ונוח לקריאה ולהבנה. יצירה זו של סגנון משפטי עברי היא אחת מנקודות השיא בפועלו הקודיפיאקטיבי של הרמב"ם וכמוה לא נוצרה עד היום. עלה בידי הרמב"ם לשפץ ולשכלל כל פסקה ופסקה ולעצבה בניסוח משפטי בהיר וברור, שאינו משאיר מקום לדו-משמעויות, ומביע את כוונתו של הכותב המבקש להביע בו. את ספר משנה תורה כתב בשפה העברית ועל ידי כך נתן בידינו נכס יקר ערך – סגנון ברור, דייקני ומרהיב . (שאר הספרים היו כתובים בשפות שונות: ארמית שונה, ערבית..). לעתים הכניס הרמב"ם שינוי מסוים בנוסחה של ההלכה, לעומת נוסחה שבמקור, וזאת כדי להבהיר את משמעותה הנכונה וכדי למנוע אפשרות של דו משמעות בהבנתה. לדוג'- במשנת קידושין כתוב: האישה נקנית בשלושה דרכים: בכסף, בשטר ובביאה", לכאורה ניתן להבין הן שהיא נקנית באחת מן הדרכים והן שהיא נקנית בשלושתן יחד, לכן הוסיף ותיקן בספרו הרמב"ם: "ובאחד משלושה דברים אלו..". בנוסף יש את דוגמת "שניים אוחזין בטלית", שהרמב"ם גם שם מתקן את לשון הכתוב וגורם לה להיות בהירה ומובנת יותר.

1. **ניסוח עובדתי – קזואיסטי:**

מעיון בדרך ניסוח המשנה של רבי יהודה הנשיא, נראה כי הצורה הרגילה שרוב המשניות מנוסחות היא בדרך הפירוט, היינו הדרך הקזואיסטית – שהדין המסוים מובע על ידי פירוט עובדתי קונקרטי שלגביו נקבעת הלכה מסוימת, ולא בדרך ההכללה היינו, הדרך הנורמטיבית, שבה מובע כלל מופשט של רעיון משפטי מסוים ללא המחשה של מציאות קונקרטית. כשמעיינים במשנה תורה לרמב"ם נמצא כי אף הרמב"ם הולך בדרך זו – הוסיף את כל הפירוט העובדתי במערכת ההלכה. בניסוח הלכותיו הוא מביא בסגנונו ובניסוחו את הדוגמאות הקונקרטיות.

הסיבות לכך ששמר הרמב"ם על דרך ניסוח קזואיסטי ולא חידש לעניין זה, כמו החידוש בקודיפיאקטיביות, הן:

1. הרמב"ם לא יכול ליטול על עצמו אחריות גדולה כל כך של ניסוח בצורה של עקרון בלבד ולקבוע שעקרון לבדו מקיף וכולל את כל העובדות המשפטיות הקיימות בהלכה. הרי רמב"ם לא רצה להיות מקור החוק, אלא רק פרשן. אם הוא לא היה מפרט את הבסיס העובדתי- יש חשש שהוא ישמיט משהו בלא כוונה.
2. באמצעות שמירה על דרך ניסוח זו, שמר הרמב"ם על קשר פנימי בין ספרו ובין ההלכה התלמודית.
3. הדרך הקזואיסטית מהותית להמשך התפתחותו של המשפט העברי- מעניקה למשפט העברי גמישות בפתרון בעיות חדשות ע"י דימוי מקרה אחד למקרה אחר.
4. **"ספר מחוקק" לאומה:**

הרמב"ם השלים את 4 הדרישות שהציב לעצמו בחיבורו של סוג ספרותי חדש בספרות הפוסקים: ספר הכולל את כל דיני מערכת ההלכה העברית, כשדינים אלה ממוינים לפי נושאים ומקצועות, מנוסחים בסגנון עברי מקורי, ברור, קל ונוח ובעיקר – בצורה סתמית, סופית ואחידה. הרמב"ם כותב לתלמידו מכתב בו הוא מספר לו כי כתב את ספריו לכבודו של ה' ולא בשביל להתרברב בו. ואכן, הכין הוא לאומה "ספר מחוקק", ספר פסקים הכולל והמשוכלל ביותר שקם להלכה העברית.

### 3. השגות ותגובות על דרכו הקודיפיקאטיבית של הרמב"ם

כפי שניתן לצפות מראש – הביא חידושו המופלג של הרמב"ם בדבר צורת חיבור ספר פסקים של ההלכה לוויכוחים נוקבים ולהשגות קשות. כבר בימי חייו הופנו נגדו ביקורות נוקבות והתשובות שהחזיר מלמדות על ההכרה העמוקה שלו בצדקת דרכו. אולם עיקרן של התגובות באו לאחר מותו, נעיין בכמה מהדברים הקשורים בכך:

1. **חליפת איגרות עם ר' פינחס בר' משולם הדיין מאלכסנדריה:**

בין דבריו שכתב לרמב"ם, טען ר' פנחס שאם העיון יהיה רק מתוך ספרו של הרמב"ם, מבלי לעיין קודם בתלמוד, הרי שישכחו שמותיהם של התנאים והאמוראים שהם מוסרי הקבלה – מעבירי המסורת, וכן שמי שלא בקיא מספיק בתלמוד יכול להבין את כתבי הרמב"ם בצורה לא נכונה ואז עלול להיגרם חילול שם שמיים. דברים אלה שאמר יש בהם כדי לשלול מספר משנה תורה את עיקר ייעודו כספר פסקים – שממנו ועל פיו בלבד ניתן לפסוק את הדין.

על דברים אלו השיב הרמב"ם בדברים חד משמעיים וברורים: הוא טוען שלא אמר לא להתעסק בגמרא ולא בהלכות הרי"ף או זולתו, אלא ציין הוא הקדמותיו לספר שחיבר אותו בשביל כאלה הקצרים בזמן ולא יכולים להתעמק בתלמוד ולהסיק את המותר והאסור. זה לא שכתבי ההלכה שהיו לפני ספרו מתייתרים, פשוט נועד ל"קצרים בזמן". בנוסף אמר כי בהקדמתו גם הזכיר שמות תנאים ואמוראים. ממשיך הוא ומסביר את ההבדל המהותי לדעתו שבין צורת ספרותית של "חיבור" שהוא ספר פסקים לבין הצורה של "פירוש" שהוא ספר עזר שבא לנמק ולפרש. הוא אומר כי דרך החיבור היא להזכיר דברים נכונים בלבד בלי קושיא ובלי ראיה – כמו שעשה רבי יהודה הנשיא בחיבור המשנה. ודרך הפירוש היא להזכיר את הדברים הנכונים והסותרים אותם, את הקושיות על כל דבר ולהביא את הראיות שזה הדבר הוא אמת וזהו שקר, שזה ראוי וזה לא ראוי – וזוהי דרכו של התלמוד – התלמוד הוא פירוש המשנה. הרמב"ם מציין כי הוא עשה "חיבור" ולא "פירוש".

באשר להשמטת שמות החכמים מוצא הרמב"ם סיוע מדרך חיבורה של משנתו של רבי יהודה הנשיא: הוא טוען **שגם רבי יהודה עשה כך עוד לפניו**, קרי קבע הלכה סתמית מבלי להצביע על מקורות. מוסיף ואומר שכשם שהתנאים והאמוראים לא הקפידו על שמות כל החכמים שמימי משה ועד ימיהם, כך לא נקפיד אנו על שמותיהם.

מבחינה עקרונית צדק הרמב"ם – שאף רבי יהודה הנשיא השמיט חלק משמותיהם של מוסרי הקבלה, קבע הלכה סתמית. אך עדיין אין הקבלתו זו עונה על כל הבעיה: הרי שמשנתו של רבי יהודה הנשיא, על אף דרכו במסירת וקביעת ההלכה, עדיין מלאה היא בשמות של תנאים ומצויים בה חילוקי דעות שונים בהלכה, ולעומת זאת במשנה תורה לרמב"ם – בתוך הלכות החיבור עצמו, לא נמצא כל זכר לשמותיהם של מוסרי הקבלה והספר כולו הלכה סתמית ואחידה. **על שוני זה משיב הרמב"ם נימוק חדש שרקעו המציאות ההיסטורית בתקופתו:** אותה העת הייתה מלחמה עם הקראים, שלא סמכו על דעות יחידים אלא על דברי אלפים. ולדעתו, הכרחי בזמן כזה שיהיה ספר פסקים עם הלכות סתמיות ולא עם ציון מקורות ומכאן שציין כי הקבלה היא מרבים רבים ולא מיחידים. כדי שלא יבטלו בדברי חכם שבדעת יחיד, הוא הכניס את פסיקתו, אולם בלי לציין מי אמר או מי צידד בו.

**בהמשך דבריו מכיר הרמב"ם בהשגה אחת שהועלתה נגדו**: שספר משנה תורה ממיין את כל מערכת ההלכה לפי נושאים ועניינים, דבר הגורם לכך שלעיתים בפרק אחד מקובצות הלכות פסוקות מכמה מקומות שונים מן התלמוד הירושלמי ומן הברייתות, וייתכן שבגלל זה, בין אם לשם עיון ולימוד ובין אם לצורכי פסיקה, יהיה קשה לדעת מה מקור ההלכה. **פתרונו לבעיה זו הוא לא על ידי שינוי צורתו של ספר פסקים זה אלא בדרך של חיבור חיצוני לו ובנוסף אליו.**

דבריו המפורטים של הרמב"ם חוזרים ומבהירים לנו מחדש את מגמתו בספרו משנה תורה והיא – שבתחום הפסיקה והכרעת הדין בהלכה, יהא לספרו מעמד ייחודי שממנו ועל פיו בלבד יהא ניתן לדעת כיצד לנהוג וכיצד לפסוק. וכדי להקנות לספרו מעמד שכזה ראה לנכון לעשותו בצורה של חיבור, שמובאת בו הלכה סתמית וסופית ללא חילוקי דעות. הרמב"ם לא ביקש כלל להתערב בתחום הלימוד והעיון במערכת ההלכה, ומעולם לא ביקש שיחדלו לעסוק ולעיין בספרות התלמוד שלפניו. החידוש בפועלו הוא בתחום הקודיפיאקטיבי בלבד בתחום ה"חיבור", אך לא בתחום הלימוד, בתחום "הפירוש".

1. **חליפת איגרות עם רבי יוסף ברבי יהודה אבן עקנין:**

אעפ"י שהרמב"ם הבהיר את מגמת חיבור ספרו התעורר סביבו פולמוס חריף, בדורו ובדורות שלאחריו. הרמב"ם צפה לביקורת קשה על ספרו והוא עמד על כך בדבריו לתלמידו רבי יוסף ברבי יהודה אבן עקנין: הוא כותב לו שידע עוד בשעת כתיבת החיבור שאין ספק כי יקום רשע קנאי שיגנה את דבריו המשובחים, ויראה בספר כמי שאינו זקוק לו או כמי שמזלזל בו. הוסיף ואמר – שאין לו ספק שהספר יגיע גם לאנשים הצדק, היושר והשכל הטוב, שיעריכו את מה שעשה (ותלמידו אחד מהם).

ומאחר שהרמב"ם ראה בנימוקים אלה את הסיבות לביקורת על ספרו, הוא מסיים באופטימיות את דבריו לתלמידיו: **הוא טוען שכל אלה שלא מקבלים את ספרו – זה בימיו בלבד. אולם בעתיד, יסתפקו בני ישראל בו לבדו בלי ספק. ואכן, נתמלאה במידה מסוימת משאלתו של הרמב"ם – הוא עצמו מעיד כי עוד בימיו פוסקים ברוב הישיבות שבבבל לפי חיבורו, וכך הדין גם בדורות שלאחריו**.

אך הפולמוס העיקרי מסביב לספרו של הרמב"ם לא נסב על אותן נקודות שהעלה הרמב"ם באיגרתו. רבים מחכמי ההלכה, **אף שהבינו והעריכו את גודל פועלו של הרמב"ם התנגדו נמרצות לדרכו הקודיפיקאטיבית של הרמב"ם בחיבור ספר פסקים אשר ההלכה בו סתמית ואחידה, ללא ציון המקורות שהוסקה מהם וללא הזכרת דעות חלוקות, ואשר ייעודו להיות מקור יחיד להכרעת הדין ולפסיקתו**. התנגדות זאת הלכה והתגברה ואף התקבלה.

1. **השגות הראב"ד:**

המבקר החריף ביותר קם עוד בחיי הרמב"ם והוא רבנו אברהם בן דוד. הראב"ד נודע כאחד מגדולי חכמי ההלכה. הוא העריך כמה מהסגולות המיוחדות לחיבורו של הרמב"ם משנה תורה, ולעיתים אף הסכים במפורש להלכות המצויות בו. **מחלוקתו התקיפה של הראב"ד הייתה על דרכו של הרמב"ם בקביעת הלכה סתמית, ללא ציון המקורות וללא הבאת הדעות השונות שנאמרו** לעניין כל דין ודין – ואלו חיוניים לעצם מהותה של ההלכה ולדרך פסיקתה. לדעת הראב"ד סתמיותה ואחידותה של ההלכה בספר משנה תורה שוללת את שיקול דעתו העצמאית ויכולת הכרעתו של השופט. למה כך הדבר? ייתכן כי ידועה לו לדיין דעה הנוגדת את הדעה הסתמית שבמשנה תורה, אך מאחר שהדעה מובאת שם באופן סתמי אין הוא יכול לדעת אם יכול הוא לדחות את דעתו משום שאינו יודע מה גדלותו וסמכותו של בעל הדעה המובאת במשנה תורה.

הראב"ד לא הסתפק בהבאת התנגדות עקרונית כוללת לדרכו של הרמב"ם. הוא אומר כי בדין היה עליו לחשוש שיצירה שלמה ומשוכללת ונוחה כל כך לעיון והבנה, תדחה מפניה את העיון והעיסוק בכל הספרות ההלכתית האחרת. משום כך עבר על כל ספרו של הרמב"ם וכתב על חלק ניכר מהלכותיו השגות. **הראב"ד מבקש בהשגותיו להצביע על חוסר תיאום ועל סתירות שבין ההלכה שברמב"ם לבין המקורות התלמודיים.** הוא מתכוון לאלץ את המעיין בספרו של הרמב"ם לבדוק את נכונות פסקיו והלכותיו.

1. **תגובת הרא"ש:**

התגובה החריפה ובעלת התוצאות הרבות ביותר באה כעבור כמאה שנה מאחד מגדולי הפוסקים והמפרשים של ההלכה, הוא רבינו אשר בר' יחיאל. את התנגדותו מביע הרא"ש בקשר לפסק דין שהובא לפניו במעשה מסוים. הוא מספר על דיין אחד שפסק בבעיה הלכתית מסוימת על יסוד ההלכה באותו נושא במשנה תורה לרמב"ם – והרא"ש קובע שהפסק דין מוטעה והדיין לא הבין נכון את ההלכה הפסוקה של הרמב"ם. להוכחת דבריו ציין הרא"ש את המקור התלמודי ששימש את הרמב"ם בקביעת הלכותיו. עובדה זו, **שטעה הדיין בהבנת דברי הרמב"ם משום שלא עיין במקור התלמודי, שממנו הסיק הרמב"ם את הלכתו הניעה את הרא"ש לשלול מכול וכול את עיקר מגמתו של הרמב"ם**. ייעודו של ספר המסכם את ההלכה, אינו כפי שסבר הרמב"ם, להיות ספר שממנו בלבד יסיקו את הדין ויפסקו על פיו. העיון בו בלבד עשוי להטעות את המעיין בהבנתה של ההלכה הסופית והסתמית.

גישה זו של הרא"ש לייעודו ולסמכותו המוגבלת של ספר ההלכות משתלבת עם דעתו בנוגע לאופן פסיקת הדין. לדעתו הדיין כפוף באופן מוחלט רק לתלמוד הבבלי, ומותר לו לדיין לחלוק על הוראה שהביאו חכמי ההלכה שלאחר התלמוד שאין מקורה בתלמוד גופו. **לדעתו, הדיין צריך אפוא, לצורך פסיקה נכונה, שיהיו לפניו כל הדעות בנושא מסוים כדי שיוכל להכריע ביניהם. עצם רעיונו של הרמב"ם שהספר משנה תורה ישמש כספר פסקים מחייב באופן ייחודי – מנוגד למהותה של ההלכה העברית, שריבוי הדעות בה הוא תופעה חיובית וחיונית, ושאינה מכירה בשום החלטה שניתנת לאחר התלמוד כהחלטה סופית שאין לערער עליה.**

**עמ' 1087-1099**

## פעלם הקודיפיקאטיבי של מרן רבי יוסף קארו ורבינו משה איסרליש

**1. רבינו יוסף קארו ופועלו הקודיפיקאטיבי:**

1. **המציאות ההיסטורית הפנים הלכתית:**

תפוצות היהדות (הן המרכז באשכנז והן המרכז בספרד שנרדפו וטולטלו), על חכמיהם ומנהיגיהם, נדדו והקימו מרכזים חדשים בצפון אפריקה, במזרח התיכון- ארץ ישראל בינהם, ואיטליה. גלויות ונדודים אלה היו מנת חלקם של רבים מגדולי ישראל, ביניהם רבנו יוסף קארו. (נולד בשנת 1488 בספרד). הנדודים והגלויות, עקירתן של קהילות ממקום אחד ושתילתן במקום אחר – עוררו מערכת שלמה של בעיות הלכתיות של ניגודי מנהגים, ודינים בין התושבים הוותיקים לבין אלה שנצטרפו אליהם מחדש, וע"י כך נתחברה יצירה רבה וגדולה בתחום ספרות השו"ת, בהתקנת תקנות, ובחיבור ספרי הלכות ופסקים. עם ריבויה של היצירה ההלכתית הלך וגדל הקושי להתמצא במה שנכתב בספרות זאת, התעצמו חילוקי הדעות, ורבו הכרעות דין נוגדות וסותרות – תיאורה של מציאות היסטורית-הלכתית זו מצויה בהקדמתו של רבי יוסף קארו לחיבורו "בית יוסף".

פגעי הגלות השאירו תוצאות קשות במערכת ההלכה העברית: מרוב המחלוקות וריבוי הדעות- התורה נעשתה לא כשתי תורות אלא כתורות אין מספר, "וישראל לפי הדור היו צריכים לספר זה שיקבץ את כל הדינים". יוסף קארו מגדולי ההלכה באותו הדור, נטל על עצמו משימה גדולה זו.

1. **קודקס המורכב משני חלקים- ספר הלכות וספר פסקים:**

כיצד ביקש רבינו יוסף קארו לעמוד במשימה זו, ומהי הדרך שבחר בפתרונה של בעיית הקודיפיקאציה בהלכה?

הר"י קארו בחר בדרך של חיבור קודקס הלכה עברית דרך חיבורה של יצירה אחת המורכבת משני חלקי ספרים, אשר מבחינת צורתם ותוכנם אמנם נבדלים ושונים הם זה מזה, אך מבחינת עניינם ומגמתם הם משלימים זה את זה. רעיונו הקודיפיקאטיבי לא היה חידוש גמור כיוון שרמז לכך מצאנו אצל הרמב"ם בתשובתו לר' פנחס, אשר בדעתו היה להוסיף ספר נפרד שיבואו בו המקורות לחלק מפסקיו שבספר משנה תורה – אך זה היה רמז בלבד, והרמב"ם התכוון לכלול בספר הנפרד רק את מקורה של אותה דעה שנתקבלה על דעתו. כידוע לנו, הוא לא הספיק ליצור ספר כזה. ר' יוסף קארו הצליח להפוך את הרעיון שבדרכו של הרשב"א (שחיבורו עסק רק בדינים מסוימים) לדרך המלך של הקודיפיקאציה בהלכה, ועל פיו יצר את יצירתו הגדולה: יצירה אחת המורכבת משתיים – ה"בית יוסף" וה"שולחן ערוך".

1. **ה"בית יוסף":**
2. **הבאת כל החומר ההלכתי וריכוזו**: הספר הראשון בזמן, בהיקף ובתוכן הוא "בית יוסף" שסמכו ר"י קארו אל ספר הטורים של רבינו יעקב ברבי אשר. **שתי משימות שהועיד לספרו בית יוסף**: מטרתו הראשונה היא לכלול את כל החומר ההלכתי שעד ימיו – "ספר הכולל את כל הדינים הנוהגים", היינו המצוות הנוהגות בזמן הזה בציון מקורותיה של ההלכה המסוימת בספרות התלמודית, והבאת הדעות השונות בכל הלכה והלכה. איך עמד למלא משימה זאת? – כדי לחסוך לעצמו את החזרה על דעות חכמי ההלכה, שכבר הובאו במקובץ ביצירה ספרותית הלכתית שקדמה לו, הסמיך אפוא הר"י קארו את ספר בית יוסף אל ספר הטורים וכך בעצם מציין את המקורות התלמודיים להלכות שבספרי הטור, מבאר את הדעות השונות המובאות בו ואף מבצע הגהות ומתקן את הטעויות שחלו בו לאחר שהוא מתאר את דרך ביאורו והשגתו על ספרי הטורים, הוא מביא רשימה מפורטת של למעלה משלושים יצירות ספרותיות מגדולי ההלכה שלפניו – מתחום הפירושים והחידושים, מספרות השו"ת ומספרי ההלכות והפסקים – שהובאו דבריהם ודעותיהם ונידונו בספרו בית יוסף.

**שורה תחתונה: ריכוז כל ההלכה הנוהגת על פרטיה ומקורותיה, אך לא מ-0 אלא ע"י התבססות על חיבורים ופירושים שקדמו לו.**

1. **דרך פסיקת ההלכה והכרעת הדין:** לאחר תיאור ממצה של משימתו הראשונה בחיבור ספר בית יוסף, עובר הוא לדון במגמתו השנייה של חיבורו, הלוא היא פסיקת ההלכה והכרעה בין הדעות השונות והמרובות של חכמי ההלכה ופוסקיה. וכיצד תיעשה הכרעה זו? – לפי שורת ההיגיון היה מסתבר כי הכרעת ההלכה בחילוקי הדעות שבין חכמי ההלכה צריך שתיעשה על ידי הבאת הוכחות וראיות מתוך המקורות התלמודיים ומתוך משא ומתן עיוני. אך על כך אומר קארו כי דרך זו היא אמנם נכונה מבחינה עקרונית אולם לא ניתנת לביצוע מבחינה מעשית **משתי סיבות**: הראשונה היא שהראשונים ביססו כל אחד ואחד את דעותיהם על פי הוכחות וראיות. והסיבה השנייה מצביעה על חוסר היעילות שבדרך זו – כיוון שדרך ארוכה היא, הבירור של הוכחת נכונותה של דעה אחת לעומת אחרת יהיה ארוך ולמשך זמן רב.

לאור שיקולים אלה בחר קארו בדרך שונה ומקורית לאופן קביעתה והכרעתה של ההלכה והדרך הינה טכנית- מתמטית של מספר הדעות מתוך גדולי חכמי ההלכה שנקבעו מראש:

 1. אם הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש דנים באותו עניין, ההלכה היא כדעת הרוב שבהם, היינו כדעת שניים נגד אחד.

 2. אם אחד או שניים מתוך השלושה אלה דנו בבעיה מסוימת, והשניים חלוקים ביניהם – יצורפו אליהם דעותיהם של הרמב"ן, הרשב"א, הר"ן, המרדכי והסמ"ג, ואף כאן תוכרע ההלכה לפי דעת הרוב מתוך שישה או שבעה אלה.

3. אם אף אחד משולשת הראשונים (הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש) לא דן בבעיה, יוכרע הדין לפי דעתם של חכמי הלכה "מפורסמים" שנתנו דעתם באותו עניין.

מודע קארו לחסרונות דרכה של הכרעתו – שלעיתים לא תיקבע ההלכה כאותה דעה שאולי ניתנת היא להוכחה מתוך המקורות התלמודיים אלא כדעה שתומך בה הרוב מבעלי הסמכות. יתרה מזו, שיטה מתמטית זו יכולה לגרום גם לחוסר אחידות פנימית בהכרעתן של הלכות שונות.

אך שיטה זו של הדין, על אף המגרעות האפשריות שבה, עדיפה מן השיטה של הכרעה עניינית וזאת בשל **הקושי** הכרוך בהכרעה העניינית בין הדעות השונות ומשום שזוהי מלאכה בעלת "**דרך ארוכה**".

למעשה קבע קארו מעין "הרכבים שיפוטיים" מוכנים מראש לבעיות השונות השנויות במחלוקת, כשבהרכב הראשון כלולים הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש, ובהרכב השני – אחד או שניים מהם, ונוסף עליהם הרמב"ן, הרשב"א, הר"ן, המרדכי ובעל הסמ"ג. כל בעיה מובאת בפני ההרכב הראשון ואם אין הרכב זה יכול למלא תפקידו, תובא לפני ההרכב השני וההחלטה המתקבלת היא לפי דעת הרוב. שיטה זו טובה היא ויעילה. רק לפי קביעת שיטה זו מתאפשר לו לגשת למלאכת חיבור ספר הלכות, שתהא בו הכרעה חד משמעית וסופית בכל נושא ונושא במערכת דיני ההלכה. ספר הלכות שמובאים בו כל המקורות התלמודיים ודעותיהם השונות של החכמים בצירוף הכרעה ופסיקת הדין (שזוהי מטרתו העליונה בעצם).

1. **ה"שולחן ערוך":**

קיבוצם של כל דיני ההלכה – על חילוקי הדעות שבה – לתוך חיבור אחד וההכרעה בין חילוקי דעות אלה לפי דרך ההכרעה שקבע לו – אלה היו המשימות המרכזיות שייעד קארו לחיבורו "בית יוסף". אך בחיבור זה ראה קארו רק חלק אחד מפתרונו בבעיית הקודיפיקאציה של ההלכה. אמנם הכרחי הוא חיבור ספר הלכות שמובאים בו כל המקורות התלמודיים ודעות שונות של חכמי הלכה אך הוא לבדו אינו מספיק. **הוא עמד על הנחת היסוד של הרמב"ם, כי תנאי הכרחי לקודקס יעיל ונוח הוא קיצורו ובהירותו, הבאת הלכה סתמית וסופית ומשום כך העמיד להלכה העברית, לאחר חיבורו "בית יוסף" ובנוסף אליו, ספר פסקים מובהק הוא ה"שולחן ערוך".** **רבינו קארו מביע את דעתו**, כי דרכו הקודיפיקאטיבית של **הרמב"ם** – ספר פסקים שמובאת בו רק הלכה אחת, סתמית וסופית ללא ציון המקורות התלמודיים – **היא הדרך שיש בה "תיקון לכל העולם",** הוא טוען שיחידי הסגולה שירצו לעיין בספרי הגמרא והמחברים- הדרך סלולה בפניהם ואף אחד לא עוצר בעדם. לדעתו, על הקודיפיקאציה העברית להיות מורכבת משתי יצירות: האחת, שמובאים בה כל מקורות ההלכה על כל חילוקי הדעות שבה, והשנייה – שמובא בה רק הדין האחד, הסופי והמוכרע, ללא ציון מקורותיו.

הרי לפנינו דרכו הקודיפיקאטיבית של קארו במערכת ההלכה: בספר בית יוסף כלל את כל הדינים על הדעות השונות לגביהם ועל מקורותיהם. הוסיף הוא וחיבר ספר פסקים, היינו "שולחן ערוך", "אשר כולו...הלכה פסוקה, באין אומר ובאין דברים". ספר הכתוב "בדרך קצרה, בלשון צח וכולל, יפה ונעים" כדי שהדיין או תלמיד חכם, כאשר יישאל על דבר הלכה "לא יגמגם בה אלא יהיה ברור לו כל דין שישאלו עליו הלכה למעשה". יצירה זו בת שני חלקים – של ספר הלכות וספר פסקים – הרי היא הקודקס המושלם התואם את אופייה וצרכיה של ההלכה העברית.

**עמ' 1131-1138**

### ההגהות ל"שולחן ערוך" – המפה:

**מטרת חיבורה ודרכה:**

לרבי משה איסרליש יצירה גדולה בתחום ספרות הפוסקים והיא בהגהותיו לשולחן ערוך, אשר פירש זאת כמפה על ה"שולחן" שערך ר' יוסף קארו. שני נימוקים העלה לחיבור ספרו על אף ספרי הר"י קארו: **האחד**- קארו אינו עוסק בחלק ניכר מדבריהם של חכמי ההלכה, במיוחד באלה שבאשכנז, ושפסקיו סותרים את המנהגים שנתקבלו באשכנז ובפולין. **השני** – שהוא מסיק את הכרעתו ופסיקתו מתוך רוב דעות של הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש ולא על פי העיקרון "הילכתא כבתראי" (הסבר = הלכה כאחרונים. הוא כלל בפסיקת הלכה, הקובע שבמחלוקת הלכתית בין פוסקים שלא פעלו במקביל, ההלכה נקבעת כדעת הפוסק שפעל בזמן מאוחר יותר). בהגהותיו על השולחן ערוך, מביא **הרמ"א** את מסקנת הלכותיו בדברים "סתומים וחתומים" – בקיצור וללא מקורות, הוא בעצם **עורך הגהות לספר ה"שולחן ערוך"**, לפי דרכו. לכאורה הוא מסכים עם העובדה שאין ליצור ספר סתמי וחתום- ספר פסקים, משום שהוא עלול להביא לטעויות, אך בכל זאת לקח חלק במפעל הזה , **מכורח המציאות- "כתגובה" לחיבורו של ר"י קארו שלא תאם את המנהגים והפוסקים לפיהם יהודי אשכנז הולכים.** בהגהותיו הוא מוסיף על הדין שבשולחן ערוך את המסקנה העולה מדבריהם של חכמי ההלכה שלא הובאו בחשבון הפסיקה על ידי קארו, ובמיוחד דעותיהם של חכמי אשכנז וצרפת. וכן מוסיף הרמ"א על ההלכות שבשולחן ערוך את המנהגים הנהוגים באשכנז. ע"י הוספת דעות ומנהגים אלה ניטל אמנם מן השולחן ערוך אופיו הסתמי והאחיד, אבל זו הייתה גם כוונתו ומגמתו של הרמ"א. לדעתו, יש להמציא ביד הדיין ספר – גם אם הוא סתמי וללא מקורות – שיהיו בו, בקיצור נמרץ ביותר, הדעות השונות של חכמי ההלכה כדי שיוכל לפסוק את הדין בכל עניין שיובא לפניו על פי כללי הפסיקה של "הילכתא כבתראי", ולפי מה שנהוג, ולפי מה שעיניו רואות לנכון באותו עניין ובאותן נסיבות. לדעתו, אין לוותר בכל מקרה ומשום סיבה על הבאת ריבוי הדעות לפני הדיין והפוסק, שכן ידיעת הדעות השונות הוא תנאי הכרחי בעצם התהליך של פסיקת הדין. בנוסף לדעתו ומנהגיו שהוא מביא, עושה הרמ"א גם תיקונים שונים בנוסח דברי השולחן ערוך במיוחד באותם מקומות שברור שלשונו של המחבר נשתבשה בידי המעתיקים והמדפיסים. לעתים באה הגהתו לפרש ולהסביר את דברי המחבר, ויש שהרמ"א מצביע על סתירות שבין פסקיו השונים של קארו בשולחן ערוך. יש גם שהגהה מסוימת נשתרבבה על ידי המדפיס שלא במקומה הנכון. לפעמים מוסיף הרמ"א הלכה מסוימת לא משום שהיא שנויה במחלוקת ולא מקובלת על דעתו של קארו, אלא כדי לשכלל את תוכנו של השולחן ערוך כספר פסקים שלם ומושלם. זוהי תופעה קודיפיקאטיבית מעניינית בהגהות הרמ"א.

**השולחן ערוך כקודקס של ההלכה העברית:**

עם הגהותיו על השולחן ערוך השלים הרמ"א את יצירתו שלו בתחום הפוסקים שבהלכה ואת יצירת ספר הפסקים של מערכת ההלכה כולה. מעתה כלל שולחנה הערוך של היהדות את כל מכלול ההלכה הנהוגה, על גווניה ודרכי התפתחותה השונים שבארצות המזרח ושבמדינות המערב, על חילוקי מנהגים ועקרונות פסיקתם. ברור מאליו שמאז ועד היום יש כל הזמן התפתחות בהלכה, ומשום כך אין דיון ובירור בהלכה יכולה להסתכם במסקנה שב"שולחן ערוך". אך עד ימינו אנו ה"שולחן ערוך" – כולל את הגהות הרמ"א – הריהו הקודקס המוסמך והמחייב של ההלכה העברית.

אם נשווה את ייחסו של הרמ"א לר"י קארו לעומת יחסו של הראב"ד לרמב"ם- נגלה כי הרמ"א רכש כבוד רב, והכיר בפועלו החשוב של ר"י קארו, בניגוד לראב"ד שביקר בצורה קשה מאד את חיבורו של הרמב"ם, דבר שהוביל לדחיית הספר "משנה תורה" של הרמב"ם, ואף גרם לעיכוב חיבורם של ספרי פסקים אחרים.

**עמ' 1213-1226**

## ספרות השו"ת

הענף העיקרי השלישי במקורות הרישומיים של ההלכה בתקופה שאחרי התלמוד הוא ספרות השו"ת. בתוך המונח שו"ת נכללות כל ההחלטות והמסקנות הכתובות, שניתנו מחכמי ההלכה ומורי ההלכה לשאלות שנשלחו אליהם בכתב. בענף זה כלול רוב החומר המוגדר כמשפט עברי- הן בכמותו והן באיכותו- שבתקופה שאחרי התלמוד.

**1. שאלות ותשובות בספרות התלמוד**

עצם התופעה של שאלות ותשובות מצויה כבר בספרות התנאים והאמוראים. דוגמא לכך היא תקנת רבן גמליאל בבעיית כתיבת הגט שנשלחה אליו מיהודי הגולה- יש לכתוב את כל השמות שניתנו לאדם מאז היוולדו וכך לא ייוצר בלבול. בתקופת האמוראים היתה נהוגה חליפת שו"ת ערה בין שני המרכזים- בבל וארץ ישראל, ובין כל מרכז לתפוצות אחרות של הגולה. שו"ת רבות נשלחו גם ממקומות שונים בבבל עצמה, מעיר לעיר ומישיבה לישיבה. השו"ת שנשאלו והושבו עד לחתימת התלמוד שובצו בתוך התלמוד כחלק מהותי ממנו לפי נושאי המסכתות והפרקים, ואינם מופיעים כענף ספרותי נפרד, ורק מתקופת הגאונים והלאה מופיעות השו"ת כענף ספרותי בפני עצמו. גם מבחינת היקפם, תוכנם ודרך כתיבתם שונות השו"ת שמתקופת הגאונים לאילך מן השו"ת שבספרות התלמודית. **בגלל סיבות אלה מדובר על ספרות השו"ת כעל ענף מיוחד בספרות ההלכה רק מתקופת הגאונים ואילך.**

**2. מהותה ותוכנה של ספרות השאלות והתשובות**

**סממנים ייחודים:**

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

נעיין קצת בדברים.

1. **ייחודה של ספרות השו"ת ביחסה לפירושים וחידושים ולספרי ההלכות והפסקים**

ספרות השו"ת במגמתה דומה לספרות הפוסקים, והיא- קביעת ההלכה והכרעת הדין. מבחינה זו שני ענפים אלו שונים ונבדלים מענף הפירושים והחידושים שמטרתם היא העיון בחומר ההלכתי לשם הבנתו והסברו, בעיקר להלכה, ולאו דווקא למעשה. **אמנם ספרות השו"ת דומה לספרות הפסקים, אך שונה היא מבחינה מהותית בדרך שהיא מגיעה בה לאותה מגמה.** מחבר ספר ההלכות והפסקים מגיע להכרעה בדרך של העיון המופשט בחומר ההלכתי, ואילו בשו"ת הפוסק נמצא בעיצומה של "מציאות משפטית חיה"- כשהוא מאזין לכל צד בדין ומלווה את חכם ההלכה בכל שלב משלבי עיוני המשפט. לפיכך, בספרות השו"ת הלומד והחוקר לוקח חלק פעיל בעיצוב ההלכה.

1. **הערך הסגולי המיוחד של הפסיקה בתשובה**

משום שהעקרונות המשפטיים המוסקים מתוך השאלות ותשובות נובעים מתוך עיון ודיון **בבעיות משפטיות קונקרטיות- מציאותיות**, חשיבות מרופה נודעה לה גם מבחינת ערך הפסיקה הסגולי של עקרונות אלה. ההכרעה שיש לנהוג לפיה ואין לפקפק בה היא- אם "שאל ואמרו לו הלכה למעשה- ילך ויעשה מעשה". אופי זה של **ההלכה למעשה** שהוא ביסודה של כל שו"ת, העניק לעיקרון הלכתי משפטי, שהוסק מתוך השו"ת, **מעמד ותוקף מיוחדים**, העולים לא רק על תוקף העיקרון ההלכתי (שיסודו בפירושים והחידושים), אלא גם על **מסקנה והכרעה**. אפילו אם יש סתירה בין המסקנה בספר הפסקים לבין המסקנה בספרי השו"ת יש להיצמד למסקנה שבספרות השו"ת. לכאורה היה נכון להעדיף את המסקנה מספרי הפסקים- שם ישנו היקף ועיון רב יותר בסוגיה, אולם משום שמדובר בהלכה למעשה ספרות השו"ת מקבלת מעמד מיוחד, שהרי מי שהשיב תשובה דייק מאד בכתיבתו והעמיק יותר. מי שנוטל על עצמו לפתור את הבעיות המתעוררות בחיי המציאות זוכה לסיעתא דשמיא (= עזרה משמיים), וכל הסיבות האלה שהוזכרו מביאות לכך שמסקנת ספרות השו"ת מכוונת לאמת ההלכתית.

1. **המשיב כמוסד שיפוטי עליון**

מאז ומתמיד היה במערכת המשפט העברי מוסד שיפוטי עליון שהובאו לפניו בעיות שבי"ד נמוכים התקשו בפתרונן, או שמלכתחילה הובאו בפניו משום אופיין או בנסיבות מסוימות.

בתקופת הגאונים המרכזים בישראל ובבבל ראו עצמם כמוסד השיפוטי העליון. במרכז שהיה בישראל ראו עצמם "כבית דין של ישראל", והיו פוסקים גם הלכה לגולים.

עם ירידת סמכותם והשפעתם של מרכזים אלה, **ממלא המשיב**- שהיה מבני הסמכא התלמודיים הרוחניים שבאותו דור- יותר ויותר **תפקידים של ערכאה שיפוטית עליונה**. כאמור, בעיות סבוכות, שלא נמצא להן פתרון בערכאות קודמות וכן בעיות עקרוניות הגיעו בסופו של דבר אל אחד מהמשיבים המוכרים שבאותו דור, שפעלו במרכזים השונים של התפוצה היהודית. משיבים אלה היו מעין בית משפט עליון בלתי-רשמי ובלתי מוסדי של המשפט העברי. בכך תרמו המשיבים גם לשמירה על מידה מסוימת של אחידות בפסיקתו של המשפט העברי, וכן על קיום קשרים הדוקים בין הקהילות השונות שבתוך המרכז היהודי ובין מרכז אחד למשנהו.

1. **השו"ת והתפתחות המשפט העברי**

לספרות השו"ת נודעת גם חשיבות מרובה מבחינת התפתחותו של המשפט העברי והעמידה על דרכי התפתחות אלה. השאלה שהופנתה אל המשיב בד"כ הציגה סיטואציה אמתית, ועליו היה לענות עליה לפי הנתונים של אותה תקופה. נושאי השאלות השתנו מתקופה לתקופה וממקום למקום, אבל נעו סביב: המציאות החברתית, הכלכלית, הטכנולוגיה והמוסריות. אם לא נמצא פתרון מפורש במשפט העברי הקיים, או שהפתרון היה בלתי הולם- חכמי ההלכה פנו למקורות המשפטיים של המשפט העברי- המדרש, התקנה, המנהג, המעשה והסברה. בשל כך, ספרי השו"ת מעלים בפנינו בעיות רבות והדרך לפתרונן.

1. **החלק העיקרי בהלכה שבספרי השו"ת- ענייני המשפט העברי**

ספרות השו"ת מכילה כמות עצומה של חומר בכל תחומי היהדות, אך עיקר חשיבותה ועליונותה הוא במטרה שלשמה נוצרה: בירורים של הלכה והכרעת הדין בבעיות המתעוררות בה. עובדה מאלפת היא ש80%-70% מכלל ספרות השו"ת הענפה (שהתפתחה במשך 1300 שנה) מכילה את אותו חלק של ההלכה הכלול במשפט העברי, משמע כל תחומי המשפט האזרחי וחלק גדול וניכר של המשפט המנהלי, הציבורי והפלילי, ורק 30%-20% הכילו עניינים בעלי אופי דתי יותר (ברכות, מועדים, מאכלות אסורים, נידה מקוואות ועוד). תופעה זו מקורה בקיומה של אוטונומיה שיפוטית עברית, עד לפרוץ האמנסיפציה בסופה של המאה ה-18. כאמור הבעיות העיקריות היו דווקא בחלק המשפטי ולא בחלק הדתי של ההלכה. המיוחד, הקושי והחדש בבעיות אלה- נוסף על ניגוד האינטרסים הטבעי שבין שני הצדדים לדין (גורם שבד"כ לא קיים במשפט הדתי- כי זה מול הקב"ה)- כל אלה גרמו לכך שבעיקר בעיות אלה הן אלו שהובאו בפני גדול ההלכה.

1. **היקפה הכמותי של ספרות השו"ת**

רובו וכמותו של חומר המשפט העברי בתקופה שאחרי התלמוד מתרכז בספרות השו"ת. מספרם של המשיבים גדול בהרבה יותר ממספרם של מחברי ספרי הפסקים והפירושים, ולפי התיעוד נראה כי ניתנו כ300,000 תשובות, היינו כ300,000 פסקי דין, המצויים ביותר מ3,000 ספרים של מחברם שונים! עובדה זו תואמת את אופיו של המשפט העברי- הצורך בהכרעת דין, מתוך מכלול הדעות והגישות. את הפונ' המרכזית ממלא חכם הלכה שבכל דור ודור, הבוחן את הדעות השונות ומכריע בהן עפ"י המקורות התלמודיים, ולפי שיקול דעתו לאור צרכי השעה. תפקיד זה ממלא בשלמות בראש ובראשונה המשיב, הרבה יותר מהמפרש והמחדש. ראייה זו של חכם ההלכה את תפקידו העירי במערכת ההלכה, והעובדת שהמשפט העברי התרחב והתפתח מאז ומתמיד מתוך בעיות קונקרטיות ממשיות, פרנסו ביד רחבה את ענף ספרות השו"ת והפכו אותו לענף העיקרי- גם בכמותו – של המקורות הרישומיים בתקופה שלאחר התלמוד.

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

בספרות השו"ת מצוי חומר חשוב נוסף מבחינת העיון והדיון במשפט העברי. בנוסף למו"מ המשפטי שבשו"ת מובאות בה לרוב תקנות, שהותקנו ע"י חכמי ההלכה או ע"י הקהל, ומנהגים שונים. **לעיתים קרובות משמשות השו"ת המקור היחידי לידיעתנו את התקנות והמנהגים האלה.** כמו כן מצוי בספרות זו נוסחאות של שטרות שונים- שטרי קניין, נישואין צוואות וכו', שלהם משמעות משפטית ממדרגה ראשונה. חומר מעניין נוסף שמובא בספרי השו"ת הוא תוכנם של חוקים זרים המובאים, אגב הדיון בשאלה או בתשובה. בחומר זה נודעת חשיבות רבה הן למשפט העברי והן לחקר המשפט הכללי שבאותה תקופה ובאותה תפוצה.

1. **שו"ת בענייני פרשנות, פילוסופיה ודברי הגות**

כדרכה של תושב"ע- המשלבת בתוכה הלכה ואגדה, משפט ומוסר, אורח חיים ואורח מחשבה- כל אלה מצויים גם בספרי השו"ת, וקורה שעובר המשיב לדון בענייני מוסר כאשר הנושא הוא בענייני הלכה מובהקים. כמו כן בספרי השו"ת היה מוקדש גם מקום לענייני אמונה ופרשנות של מונחים וסוגיות בתלמוד.

1. **ספרות השו"ת כמקור לתולדות ספר ההלכה**

עיסוקו המעמיק של המשיב בסוגיה שהובאה לפיו הביאה לשימוש רב בחומר במקורות הרישומיים של ההלכה- כלומר המקרא, מדרש ההלכה, המשנה התוספתא ועוד. בדרך זו נשתמר בספרות השו"ת כמויות אדירות של חומר, אפילו חומר שלא יצא לדפוס, ואין לנו זכר אחר לקיומו. כמו כן, בספרות השו"ת נמצא חומר רב של מסורות בע"פ בדבר פסיקתם של גדולי ההלכה, דרך חיבור ספריהם והתפשטותם וידיעות ספרותיות רבות.

1. **ספרות השו"ת כמקור היסטורי**

ספרות השו"ת נודעה בחשיבותה כמקור להיסטוריית המשפט העברי, וכמקור להיסטוריה הכללית. המשיב דן בפרטי הסוגיה, וע"י כך הוא מוסר לנו (בלי כוונה) את תיאור על אותה תקופה בה חיו, ומידע על היהודים בה (מעמד, יחסי חוץ עם נוכרים, כלכלה, דרכי הנהגה, מוסדות הקהילה ועוד). מי שמסתכל בשאלה ובתשובה מגלה פריטים רבים, חשובים ומהימנים לגבי אותה תקופה היסטורית.

1. **השו"ת וצורות מקבילות בשיטות משפט אחרות**

הצורה של ספרות השו"ת דומה במקצת לחלק **במשפט הרומי**, ובמיוחד היא דומה לחלק במשפט **המוסלמי.** **למעשה קובצי השו"ת שבמשפט העברי דומים לקבצים של פסד"ים שבמערכות משפט אחרות.** אמנם יש הבדל פורמלי עובדתי לגבי התהליך שהפסקים האלה עברו: אצלנו- הם עברו דרך המשיב ואילו בשיטות משפט אחרות- הובאו בפני שופט, דרך ערכאה שיפוטית פורמלית. המשיב היה אישיות סמכותית ומכובדת, ובד"כ אלו שגוללו בפניו את הבעיה לא היו בעלי הדין, אלה הדיינים שהופיעו בעלי הדין לפניהם. אולם כאמור, הבדל זה חיצוני-פורמלי בלבד, מה שמקביל הוא לשיטות משפט אחרות הוא שבשניהם מובא תיאור כל החלק העובדתי, טענות הצדדים, הראיות והדיון המשפטי. בשניהם גם מצויה הכרעת הדין ופסיקתו, ולשניהם כוח מחייב ומכריע- בשיטות משפט אחרות: בגלל סמכותו הפורמלית-שיפוטית של השופט, וביהדות: בגלל סמכותו הרוחנית- הלכתית של המשיב. **במיוחד דומים קובצי השו"ת שבמשפט העברי לחלק במשפט האנגלי.** כמו שהזכרנו, הדרך של ספרות השו"ת היא הכרעה בסוגיות מחיי המציאות, כך גם במשפט האנגלי . גם במשפט האנגלי וגם במשפט העברי עיקר החומר שבמערכת המשפט הוא פסקי הדין.

סיכומם של דברים: **מהותה כמותה, ותכולתה הייחודיות של ספרות השו"ת והעובדה שהיא מתפרשת על כ- 1,300 שנים, ומאגדת חלק ניכר של המשפט העברי- כל אלו עושים את העיון והדיון בספרות השו"ת למשימה מרכזית במחקרו של המשפט העברי.**

1. **ספרות השו"ת לתקופותיה**

כאמור, תחילתה של ספרות השו"ת כענף ספרותי נפרד הייתה בתחילה של תקופת הגאונים, והיצירה בו הולכת ונמשכת עד עצם היום הזה. במשך תקופה ארוכה זו ניתן להבחין בענף ספרותי זה- כמו גם בענפים אחרים של ספרות ההלכה- בתמורות שחלו בו, בתוכנו, סגנונו, מבנו, בהתאם לתקופת כתיבת השו"ת. לעיתים ניתן לעמוד על שינויים אלה גם בתוך התקופות ולא רק בין תקופה לתקופה.

**עמ' 1255-1270**

**קווים כלליים בדרכם של המשיבים, במבנה ובצורה של השו"ת, ובכריכת קובצי השו"ת**

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

1. **סוגי השואלים: פנייה ליותר ממשיב אחד**

השואלים היו בדרך כלל חכמי הלכה שבני קהילתם הביאו לפניהם שאלות בדבר הלכה, או דיינים שישבו לדין בירורים משפטיים שבין יהודי לחברו. כשהופיעה בעיה קשה לחכמי הלכה ולדיינים לפתרה, או כשביקש אחד הצדדים שמחמת קושי או חידוש שתבוא לבירור נוסף, חזר הדיין והביאה לפני הסמכות ההלכתית המרכזית שבאותו פזורה. עניינים מסוימים, במיוחד בקשר ליחסים בין היחיד לבין הציבור ומוסדותיו, ולעיתים אף עניינים משפטיים רגילים, הובאו ישירות לפני גדולי ההלכה. לפעמים פנה בית המשפט הנוכרי לבירור אצל המשיב כשצדדי המשפט היו יהודים. עוד מתקופה קדומה אנו שומעים שהקפידו חכמי ההלכה שלא להשיב אלא לשאלות שהופנו אליהם מאת הדיינים או מאת כל הצדדים שבמשפט (במידה ויש עניין משפטי שיש בו יותר מצד אחד). כמה נימוקים לכך:

1. **נימוק מרש"י** – כדי שלא ישמש המשיב כעורך הדין, היינו כמעלה טענות לאחד מן הצדדים.
2. **נימוק מהריב"ש** – אם אינך שומע את שני הצדדים, ייתכן שלא הובאו לפניך כל העובדות החשובות לדין ומכך שלא תתאים את תשובתך לעובדות ותהא היא מוטעית.
3. נימוק נוסף משתמע מתוך תקנה המובאת ע"י **המהר"ם מפאדובה** – ייתכן שגם נימוק זה משתלב בנימוק הקודם – שלא הובאו כל הפרטים לפני המשיב ועל ידי כך יצא פסק דין שהוא נוח לצד אחד. אך **נראה שיש נימוק נוסף** בדבריו והוא שהשגת תשובה מחכם הלכה לטובת אחד הצדדים יש בה משום השפעה בלתי הוגנת על בית הדין המקומי, שהעניין אמור לבוא לפניו. אותו צד ששאל את חכם ההלכה עוד עלול להגיד שצריך לקיים את בקשתו בגלל המסקנה שהסיק מתשובתו של חכם ההלכה.

למרות כל הנימוקים הללו, אנו רואים שכן היו גדולי הלכה שהשיבו לצד אחד בלבד, וכשהמצב קורה המשיב מסביר ומנמק מה הביא אותו לפעול כך, ואף מתנצל.

לעיתים הובאה אותה שאלה עצמה לפני יותר מחכם אחד, ויש שנתקבלה תשובה דומה משני המשיבים ויש שנתנו המשיבים תשובות שונות וחולקות זו על זו. לעתים, במיוחד במקרים חמורים של התרת אשת איש, היו המשיבים עצמם מבקשים שתובא תשובתם גם לפני חכמים אחרים, על מנת שלא תהיה ההכרעה על דעת יחיד.

**ב. השאלה והתשובה – מבנה, צורה וסגנון; משלוח השו"ת והעתקן:**

הדבר העיקרי והחשוב ביותר שנדרש מן השואל היה שבשאלה יפורטו במדויק כל הנתונים העובדתיים, נוסח התקנות, השטרות והמסמכים האחרים הקשורים בעניין, טענות הצדדים, פרוטוקול מדויק של דברי העדים וכיוצא באלה, והמשיב נוהג לציין לעיתים קרובות שעיין בכל אלה לפני שנתן תשובתו. ע"י כך נשתמרו נוסחאות רבות לכתיבת שטרות (כפי שהזכרנו לעיל). טענות הצדדים מובאות לעיתים בשפות זרות ונראה כי המשיב עשה שימוש במונחים של שפתם ועמל רבות על דיוק במשמעותם. לעיתים קרובות מעמיד המשיב את השואל על חוסר הבהירות שבשאלה ועל חוסר הנתונים והפרטים הדרושים. במקרה כזה יש שהמשיב מסרב לענות עד שלא יקבל מאת השואל כל הפרטים הנוספים הדרושים, ויש שהוא משיב תשובה עקרונית לעצם הדין או שהוא משלים את הפרטים החסרים מתוך החומר שלפניו.

לעיתים קרובות, במיוחד כאשר באה שאלה מדיין, מצוי בשאלה גם דיון הלכתי – שהוא מפורט מאוד – כשהשואל מציע דרך אחת או יותר לפתרון השאלה ומבקש את אישורו של המשיב לפתרון הנכון.

יש מקרים שלא נשתמרו בידינו השאלות כפי שניסח אותן השואל במקורן, ומכאן שצריך להשלים את תוכן השאלה מתוך עיון בתשובה. והיו לכך גורמים שונים: שאלות רבות קוצרו ותומצתו בידי המעתיקים או בידי עורכי הקבצים, ולעיתים אף תמצת המשיב עצמו את השאלה. נראה שהסיבה לקיצור ולתמצות השאלה היא בכך שהמעתיקים והמשיבים לא ראו צורך מיוחד בהבאת כל השאלה בלשונה, שהרי עיקר העניין הוא בבירור ההלכתי ובהכרעת התשובה, אך לעיתים המשיבים הם אלה שמספקים את הנימוק לקיצור השאלה.

**מבנה התשובה**, פירוטה וסגנונה תלויים הרבה באישיותו ובדרכו של המשיב המסוים, בתקופות השונות ובגורמים נוספים. **בתחילה היו התשובות קצרות ופסקניות יותר, ועם הזמן הפכו לדיון עמוק, תוך הבאת סימוכין.** לעתים מדגיש המשיב שבמיוחד יש לדאוג לעיון מלא ומפורט, כאשר אחד הצדדים הוא הציבור שכן יש להקפיד על זכויות הרבים. לעתים לא הסתפק השואל בקבלת התשובה וחזר ושאל את המשיב באותו עניין. יש שאחד מבעלי הדין פנה מחדש אל המשיב לשם עיון מחדש בפסק הדין. **הלשון שנכתבו בה השו"ת הוא בדרך כלל עברית משולבת בארמית כסגנון ספרות ההלכה מאז התלמוד**. בתקופות מסוימות נכתבו חלק מהשו"ת גם בלשונות אחרות, במיוחד בערבית (שו"ת הגאונים, שו"ת הרי"ף, שו"ת הרמב"ם ועוד), וזה הביא לשתי תוצאות קשות: ראשית – חלק ניכר מתשובות אלה אבדו לאחר שהקיבוצים היהודיים עברו למרכזים שלא דובר בהם בערבית. שנית – תרגום התשובות לעברית לא תמיד היה ברמה הדרושה וזה הכביד על הבנת הדברים. משום שבמשך כל הדורות הוסיפו חכמי ההלכה להשתמש בשפה העברית, הצליחה השפה להשתמר כלשון חיה, שהולכת ומתפתחת בתחום המונחים המשפטיים וכיוצא בהם.

התשובות נכתבו בידי המשיב עצמו או לפחות מפי המשיב, על ידי אחד מתלמידיו או מבני משפחתו. לא פעם נגרמו שיבושים בזיהויו של המשיב או בתוכן התשובה על ידי העתקה לא נכונה. השו"ת הועברו לעתים על ידי שליחים וגורל התשובה, מה שגרם לעיתים לכתיבת תשובה קצרה, כדי לא לעכב את השליח ביציאתו. הגעתה בזמן היה תלוי לא מעט בשליח. קשיי הניידות גרמו לא פעם לשליחה מרוכזת של מספר תשובות, שהתשובה אליהן הייתה תשובה דומה.

**ג. שמות אנונימיים ופיקטיביים של בעלי הדין ומקומות גיאוגרפים:**

עובדה אופיינית לספרות השאלות ותשובות מבחינה צורנית היא **שלא הובאו בה בדרך כלל שמות בעלי הדין הקשורים לאותו לנושא הדיון.** הגברים מכונים בדרך כלל באחד משמות האבות או השבטים, והנשים מכונות בשמות האימהות. תופעה זו ידועה עוד מתקופת הגאונים והיא תופעה קבועה בשו"ת לכל תקופותיהן. תופעה זו יכולה להתפרש גם כמצערת, משום שאותם שמות היו יכולים לשמש עדות היסטורית רבת עניין. לדעת חוקרים שונים הושמטו שמות אלה בידי העורכים של קובצי השו"ת משום **שתי סיבות**:

1. משום שעניינם של העורכים היה רק בפרסום הבירור המשפטי והכרעת הדין על ידי המשיב, ולא ייחסו חשיבות לשמות בעלי הדין.
2. משום שהזכרת שמותיהם של בעלי הדין ופרסומם יש בהם כדי לפגוע בכבודם.

אך מפיהם של כמה משיבים אנו למדים, שכבר השואל שלח למשיב עצמו את השאלה כאשר שמות בעלי הדין האמתיים הוחלפו בשמות בדויים. בדבריהם של משיבים אלה אנו מוצאים שני **נימוקים לכך**:

1. כדי למנוע משוא פנים מחמת הכרה אישית של הצדדים.
2. כדי שיינתן פסק הדין עצמו, מבחינה פורמלית, על ידי בית הדין המקומי שהצדדים הופיעו לפניו. כביכול התשובה היא חוות דעת בלבד ולא פסיקה משפטית.

גם היום בתי הדין הרבניים לעיתים לא כותבים את שמות הצדדים כדי למנוע פגיעה בכבודם.

בדומה לשמות הצדדים, מובאים לעתים גם המקומות המוזכרים בשו"ת בשמות פיקטיביים כגון "ציפורי ו"טבריה" לשמות מקומות באירופה ועוד. החלפת שמות המקומות היא לעיתים מחמת חשש על "עינא בישא" (עין הרע) של השלטון הכללי, כשמדובר בענייני מסים וכיוצא בזה. גם בשלב עריכת הספרים הושמטו שמות, כנראה מאותן סיבות שהוזכרו לעיל.

**ד. שאלות ותשובות היפותטיות; שו"ת תרומת הדשן:**

הרוב המכריע של ספרות השו"ת מקורה בבעיות שנתעוררו בחיי המעשה ושהובאו לעיונם והכרעתם של חכמי ההלכה המוסמכים שבתקופות השונות. נוסף על כך מצויות שאלות, שאמנם דנות בעניינים מתחום ההלכה אך לפי תוכנן הן שאלות **עיוניות טהורות**. לעיתים השואל מדגיש "שאין מעשה לפנינו, רק הדין אני חפץ לדעת", או שנשאלו השאלות למקרה שיהא צורך בתשובה עליהן בעתיד להלכה ולמעשה. את בעיית מציאותן של שאלות ותשובות פיקטיביות עוררו גדולי האחרונים לעניין ספר תשובות שלם – ספר "תרומת הדשן" לר' ישראל איסרליין. חוקרים הוכיחו על מקבילות רבות שב"תרומת הדשן" לתשובות של ר' ישראל איסרליין. מכאן ניתן להסיק, שגם תשובות מסוימות אלה שב"תרומת" הדשן ניתנו על שאלות שהתעוררו במציאות ולמעשה. הבעיה, אם תשובה מסוימת ניתנה על שאלה שהתעוררה מתוך מעשה או שלא, יש בה לא רק עניין ספרותי בלבד אלא גם חשיבות מבחינת הפסיקה ההלכתית.

**1537-1582**

## מטרות חוק יסודות המשפט

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

**ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו**

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

**עקרונות מורשת ישראל כחלק מן המשפט הפוזיטיבי של מערכת המשפט הישראלית**

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

**הענקת נפקות משפטית מלאה לעקרונות היסוד שבמגילת העצמאות**

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

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

**דבר חקיקה, הלכה פסוקה, היקש**

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

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

**"שאלה משפטית הטעונה הכרעה" - לאקונה**

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

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

**עקרונות החירות, היושר, הצדק והשלום של מורשת ישראל**

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

**עקרונות מורשת ישראל בפסיקת בתי המשפט**

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

זכויות יסוד של עצורים ואסורים

באחת הפרשות[[1]](#footnote-1) שנדנו בבית המשפט העליון, התעוררה שאלה של הצבעתם של אסירים ועצירים בבחירות לכנסת. בדיון שנערך בעניין זה, קבע בית המשפט העליון גם כאשר נתון אדם במעצר או במאסר, ואין בעובדת המאסר בלבד כדי לשלול זכותו להצביע. כלומר, עומדת זכותו של האסיר או העציר להצביע בבחירות, זאת נקבע מכוח עקרונות חירות וצדק שנקבעו לפי המשפט העברי:

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

חירות ממעצר

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

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

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

ב"ש 15/86 – פרשת אבי צור[[2]](#endnote-1)

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

ב"ש 290/76[[3]](#endnote-2)

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

חופש הדעות וחירות הביטוי

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

חילוקי דעות בחברה הוא דבר מבורך והמשפט העברי עסק בכך לדורותיו. ודומה שאין לכך ביטוי יותר קולע וממצה לחופש הבעת דעה ולחשיבותה של כל דעה ודעה – ואף זו שדעת יחיד היא – מהכלל שתבעו חכמים לעניין [מחלוקת בית שמאי ובית הלל](file:///C%3A%5CUsers%5CUser%5CDocuments%5C%D7%AA%D7%99%D7%A7%D7%99%D7%94%20%D7%97%D7%93%D7%A9%D7%94%5C%D7%9E%D7%A1%D7%9E%D7%9B%D7%99%D7%9D%5C%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98%D7%99%D7%9D%5C%D7%A2%D7%91%D7%A8%D7%99%5C%D7%A1%D7%A4%D7%A8%D7%99%D7%9D%5C%D7%A1%D7%99%D7%9B%D7%95%D7%9D%20%D7%90%D7%9C%D7%95%D7%9F%202.docx#ריבוי_ואחדות_בהלכה)[[4]](#footnote-2) – "שאלו ואלו דברי אלוהים חיים". לצורכי המעשה, כהתנהגות מחייבת, ההלכה היא כבית הלל, אך דעת בית שמאי ממשיכה להוות דעה לגיטימית ומהותית בעולמה של ההלכה. גישה זו הייתה לאחד מקווי אופייה של ההלכה. ה"[זקן ממרא](file:///C%3A%5CUsers%5CUser%5CDocuments%5C%D7%AA%D7%99%D7%A7%D7%99%D7%94%20%D7%97%D7%93%D7%A9%D7%94%5C%D7%9E%D7%A1%D7%9E%D7%9B%D7%99%D7%9D%5C%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98%D7%99%D7%9D%5C%D7%A2%D7%91%D7%A8%D7%99%5C%D7%A1%D7%A4%D7%A8%D7%99%D7%9D%5C%D7%A1%D7%99%D7%9B%D7%95%D7%9D%20%D7%90%D7%9C%D7%95%D7%9F%202.docx#זקן_ממרא)"[[5]](#footnote-3), גם לאחר [שהסנהדרין](file:///C%3A%5CUsers%5CUser%5CDocuments%5C%D7%AA%D7%99%D7%A7%D7%99%D7%94%20%D7%97%D7%93%D7%A9%D7%94%5C%D7%9E%D7%A1%D7%9E%D7%9B%D7%99%D7%9D%5C%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98%D7%99%D7%9D%5C%D7%A2%D7%91%D7%A8%D7%99%5C%D7%A1%D7%A4%D7%A8%D7%99%D7%9D%5C%D7%A1%D7%99%D7%9B%D7%95%D7%9D%20%D7%90%D7%9C%D7%95%D7%9F%202.docx#הקדמה)[[6]](#footnote-4) – בית הדין העליון של האומה – פסק כנגדו, יכול הוא להמשיך ולבדוק בצדקת דעתו, 'וללמד כדרך שהיה למד' ובלבד שלא יפסוק כך למעשה. יתרה מזו: דעת המיעוט יכול ותבוא שעתה ותיהפך לדעה המקובלת שינהגו לפיה. ר' יהודה אומר: "לא הוזכרו דבר יחיד בין המרובים (הרבים בכוונה לדעה בודדת מול דעה שולטת), אלא שמא תיצרך להן שעה וסיכמו עליהן (רק בעת מסוימת יכול להיות שיסכמו לדעה הבודדת והיא תהפוך להיות השולטת)", וממשיך הוא "ואף על גב שלא נתקבלו דברי היחיד בזמן ראשון ולא הסכימו רבים עמו, כשיבוא דור אחר ויסכימו רבים לטעמו, יהיה הלכה כמותם, שכל התורה נאמרה כן למשה, פנים לטמא ופנים לטהר, ואמר לו: עד מתי נעמוד על הבירור? ואמר להם: אחרי רבים להטות, מיהו – אלו ואלו דברי אלוהים חיים"[[7]](#endnote-3).

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

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

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

כבוד האדם ושוויונו

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

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

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

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

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

יחס כלפי מיעוט לאומי או דתי

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

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

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

דרך היזקקות למקורות מורשת ישראל

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

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

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

1. בג"צ 337/84 [↑](#footnote-ref-1)
2. בספרו של אלון יש תיאור ארוך של המקרה אולם בקיצור מופלג: אדם רם דרג נעצר. [↑](#endnote-ref-1)
3. בספרו של אלון אין לפס"ד הזה. [↑](#endnote-ref-2)
4. ראה עמוד 18. [↑](#footnote-ref-2)
5. ראה עמוד 6. [↑](#footnote-ref-3)
6. ראה הקדמה לחסרי רקע בלימודי יסוד ביהדות. [↑](#footnote-ref-4)
7. בשל פשטות הדברים החלטתי שלא לתמלל את החלק השני בדבריו של רבי יהודה. [↑](#endnote-ref-3)