למשפט העברי היסטוריה מעל 3000 שנה. לרוב בחוסר עצמאות מדינית או בגלות, אך עדיין הייתה אוטונומיה שיפוטית. במשך גלותו הארוכה, נטל את משפטו ובי"ד עמו ושמרם ודווקא רוב בניינו היה בתקופה זו. שינוי גדול היה בסוף המאה ה18 עם האמנציפציה. גידולו של המשפט העברי בכל תקופותיו, לא בא מעיון מופשט, מלימוד תורה לשמה- 'דרוש וקבל שכר', אלא מהיות המשפט העברי משפט נוהג, חי ושימושי. למרות שמחורבן הבית היו הלכות שהיו רק עיוניות. תמיד המשפט העברי המשיך להתפתח. איך ניתן להסביר זאת? 1 גורם חיצוני- מתן אוטונומיה ליהודים ע"י הזרים 2 גורם פנימי- האופי של המשפט העברי- דתי ולאומי. דתי- לפי יסודות האמונה היהודית מקורו של המשפט העברי, בהתגלות אלוהית. וכשם שהחיים הדתיים לא נפגעו כך גם החיים המשפטיים. אותו בי"ד שפסק בענייני איסור והיתר פסק גם בדיני ממונות. אחידות זו התבטאה גם בחינוך היומיומי- הילדים שיננו את מסכת בבא מציעא שעוסקת בדיני ממונות בדיוק כמו את הלכות שבת. כשם שיהודי מצווה לשמור על מצווה דתית כך הוא מצווה לשמור על מצוה המשפטית. לאומי- העם היהודי לכל תפוצותיו ראה את המשפט העברי כמשפטו הלאומי של העם העברי, כחלק מהותי ועיקרי. וכשם שהעם היהודי המשיך להתקיים כאומה כך נזקק למשפטו הלאומי.

כדי שתהיה שיטת משפט שימושית ונוהגת למעשה, יש צורך במערכת של בתי משפט, ומערכת שיפוטית. בימיו של רבן גמליאל (ביבנה)- הוא וכמה מחברי הסנהדרין שלו פעלו כדיינים הלכה למעשה. תקופה זו מהווה אחת התקופות הגדולות של המשפט העברי. וזה גרם בסוף להסכמה של המלכות להכיר באוטונומיה משפטית של יהודים בא"י. לקראת מחצית המאה ה2 לפנה"ס, עם גזירות אדריינוס קיסר, חל משבר באוטונומיה וחכמי ההלכה הגנו על שמירת רציפותה. 'בימי רשב"י ניטלו דיני ממונות מישראל'. אך כבר בסוף המאה ה2 שוב מצויה אוטונומיה שיפוטית רחבה אף בדיני נפשות. מנהיגי המרכזים והקהילות עשו הכל כדי לקבל 'כתבי זכויות' להבטחת עצמאות המשפט העברי. למשל: במחצית ה1 של המאה ה15, כיהן דון אברהם בנבנישתי כרב החצר ושופט עליון ומחלק המיסים של כל קהילות קסטיליה שבספרד. ב1432 הוא כינס את ראשי הקהילות כדי להתקין תקנות: "מאחר שהוא רצונו וחסדו של המלך, שדינינו האזרחים והפליליים יהיו נידונים ע"פ חוקי היהודים, והוא ציווה בכתב הפריבילגיה שלו, שהנכבד והדיינים שימנה במקומו ישפטו אותם. וזה מועיל לקהילות: 1 כך ישמרו את תורתם. 2 יפטרו עצמם מכמה הוצאות ונזקים של ערכאות הגויים. 3 השופטים הגויים לא הורגלו במשפטינו וחוקותינו וכך זה יחסוך מהם טרחה.

במסגרת האוטונומיה השיפוטית היו לבתי הדין סמכויות להטלת סנקציות שהשתנו ממקום למקום ומתקופה לתקופה: עיקול נכסים, קנסות ממון, עונשי גוף, מוות וחרם. לעיתים הם נזקקו לסיוע של השלטון הזר בהוצאה לפועל של הסנקציות.

בגולה הייתה מסורת עתיקת שנים של משפט עברי.

איסור הליכה לערכאות הגויים- החכמים התייחסו לזה בחומרה יתירה. "רבי טרפון: כל מקום שאתה מוצא אגוריאות (מקום אסיפות עם שבו התנהלו משפטים) של גויים, למרות שדיניהם כמו דיני ישראל, אתה לא רשאי להיזקק להם. שנאמר: ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם, לפניהם ולא לפני גויים". קביעה זו הייתה אחת מחומות המגן להמשך קיום בי"ד העברי. הליכה למשפט זר הושוותה לכפירה בה'. ולכן אין הצדדים רשאים להתנות שהם מקבלים את השיפוט של המשפט הזר- וגם אם כן, לא יהיה לזה תוקף. הבעיה התעוררה שבחור חזק סירב להופיע בבי"ד העברי או סירב לקיים את האמור בפס"ד. ואז נקבע באמצע המאה ה9 ע"י רב פלטוי גאון 'שראובן שיש לו תביעה ושמעון מסרב לבוא. רשאים ללכת לערכאות הגויים'. הרמב"ן: "התר זה איני יודע, גאונים הללו איני מכיר, אך לווה שלא רצה לבוא, אסור להביאו לפני גויים. אך הבי"ד יכול להוציא נגדו אדרכתא (שטר הוצאה לפועל) על נכסיו." לדעתו, השיפוט צריך תמיד להיות יהודי ורק ההוצאה לפועל של הפס"ד יכול להיעשות בידי גויים.

רבינו תם, הרשב"ם ושאר גדולי ההלכה שבאותו דור: מתירים ללכת לערכאות הגויים אם הסכימו שני בעלי הדין.

ר' שבתאי כהן, בעל השך, שולל את אפשרות ההסכמה בין הצדדים ללכת לערכאות הגויים אם הסכימו ללכת לערכאות סתם, אך אם התנו בקניין על שופט גוי מסוים, הסכמתם תקיפה כי גוי זה נאמן בעיניהם וסומכים עליו.

בסוף ההלכה שנפסקה שתחילה צריך לגשת ליהודים ואם הנתבע לא רוצה לבוא, נוטל התובע רשות מבי"ד והולך למשפט זר. לעיתים הותר לפנות לגויים בעניינים שיש בהם לשלטון הכללי עניין מיוחד כמו: במשפטי קרקעות, מיסים לשלטון וכו

הרמ"א: יש בידי בית דין להחרים מי שהולך לבית דין של עובדי כוכבים- אפשר לנקוט בסנקציות נגד מי שעשה כן. רק כשיש לשלטון הגוי הנאה ורווח מהמשפט מותר להתדיין לפני גוי מכוח "דינא דמלכותא דינא". לכן זה לא תופס בסכסוך עסקי בין שני אנשים פרטיים, אלא למשל בעניין גביית מיסים.

רמב"ם הלכות סנהדרין- כתוב "כל הדן בדיני ישראל"- האיסור בערכאות של גויים הוא לא בזהות הדיינים אלא בתוכן הדין. לכן כיום בתי דין ישראלים שדנים דינים זרים זה נחשב אסור.

שו"ע- אסור לדון בפני דיינים גויים ובערכאות שלהם, גם אם הדיינים הם יהודים, וגם אם יש על כך הסכמה של ישראל. הבעיה כשדנים במערכת דין אחרת זה אמירה שמערכת הדינים של התורה לא מספקת- זה כאילו הוא מחרף ומגדף את התורה.

הפתרונות\ המגמה למנוע ללכת לגויים גרמה לחכמים לעודד מוסדות שיפוט יהודיים:

1 הבוררות- התחיל בימי ר' מאיר וחבריו, לאחר מרד בר כוכבא, הבי"ד נהרסו, ולמה שנשאר לא היה כוח כפייה. חכמים כיוונו את העם לבוררות שלעיתים היו 'רועי בקר' שלא יודעים את ההלכה ודנו לפי שיכלם. חכמים נתנו למוסד הבוררות אופי עברי וקבעו שיהיה מורכב מ3 שכל אחד מבעלי הדין בורר לו אחד, ושני בעלי הדין יחד בוררים את השלישי. בדומה לבי"ד עברי שהיה מורכב מ3 דיינים לפחות. בשונה מהמשפט הרומי שהבוררות הייתה מורכבת בד"כ מ ARBITER אחד ורק יוצאי דופן עם יותר.

2 בתי דין של הדיוטות- במובן אחד- בי"ד פורמאלי- דיין שלא סמוך מפי סמוך- הדיינים שמחוץ לא"י שלא הוסמכו או אף אלה שבא"י לאחר ביטול ההסמכה. אף אם הוא דיין 'גמיר וסביר' שבקיא בדין תורה. ברייתא: 'ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם' לפניהם ולא לפני הדיוטות. אביי לרב יוסף: והרי אנחנו הדיוטות אנו'. במובן השני: דיין שלא בקיא. היינו, בי"ד שמורכב בחלקו או כולו מדיינים שלא יודעים דין תורה. 'והנה ודאי, שאף בי"ד אלו יש לראות כקניין לאומי, שאף מסורת ההלכה של תנאים מכירה בהם. אך אין לייחס להם ערך לאומי רוחני כמו בבי"ד של חכמים'. מדברי האמוראים למדים שהם סמכו על בי"ד של 3 הדיוטות בדיני ממונות ובלבד שלפחות אחד יהיה 'גמיר'- ששמע מפי חכמים ודיינים דינים והלכות. והשניים האחרים שיבינו לפחות מה שהסבירו להם. (לעיתים אף הסכימו שלא יהיה גמיר אם אין אפחד שימלא דרישה זו).

\* המציאות החברתית בעיירות בסביבת טולדנו יצרה דילמה קשה: אם לקיים שיפוט יהודי למרות שאין אפשרות להרכיב אף בי"ד של הדיוטות שממלא אחר הדרישות שאחד יהיה גמיר, או שעדיף לפנות לגויים. **הרשב"א- ר' שלמה בן אדרת** פסק שיש לבחור בדרך של שיפוט יהודי שיעשה ע"י אנשים הגונים וישרים לפי שיקול דעתם ובלבד שתישמר האוטונומיה השיפוטית העברית. אך בעניינים פליליים עליהם להיות זהירים יותר. לשיטתו משפט אזרחי יותר קל עבור הדיוטות. הרא"ש כתב שדווקא את העניינים הפלילים היה מקובל למסור להדיוטות שידונו ע"פ מנהגם. **קארו**: כל המעמיד דיין שאינו הגון ואינו חכם בחכמת התורה ואינו ראוי להיות דיין, אע"פ שהוא כולו מחמדים ויש בו טובות אחרות, הרי זה שהעמידו עובר בלא תעשה.

**הרמא** אסור להעמיד עם הארץ דיין על סמך שישאל כל פעם לחכם. ועיירות שאין בהם חכמים הראויים להיות דיינים או שכולם עמי הארץ- שלא ילכו לערכאות הגויים, אלא ממנים הטובים והחכמים שבהם (לדעת אנשי העיר), למרות שאינם ראויים לדיינים. וכיוון שבני העיר קיבלו אותם אין אחד יכול לפוסלן. וכל ציבור יכול לקבל עליהם בי"ד שלא ראוי מהתורה.

**ר' יהודה ליב פוחוביצר** מתאר התפתחות בלתי רצויה של קיומם וניהולם של בי"ד של הדיוטות. מגמתו הראשונה והעיקרית של מוסד זה- קיומו של שיפוט יהודי במקום שאין דיינים שבקיאים בהלכה. כשבמשך הזמן התקיימו גם כשהיו שופטים שדנים ע"פ ההלכה וכתוצאה מכך נשכח מהם לדון דין תורה. הוא כעס על חוסר עקרונות קבועים ושדנים לפי רצונם, דבר שמביא לעיוות הדין. ומבחינה זו אף עדיף כבר ללכת לגויים כי שם לפחות יש סדר. ואף לא נרתע מלהאשים את בעלי התורה בבתי הדין של ההדיוטות שיודעים את הדין ועדיין דנים כרצונם היפך דין התורה. **ר' שמואל אבוהב:** רוב ישראל, מושיבים דיינים לאחר שקיבלו רשות מהשלטון. במעט מקומות הפרנסים דנים אותם שלפעמים מתייעצים עם הרב המרביץ תורה. לעיתים בעלי הדינים בוררים להם אנשים. או שנותנים לפרנס רשות לדון. וכל הדרכים הללו הולכים לפי התורה. ויש גם שנוהגים ללכת במפורש לערכאות הגויים- זה כנגד התורה ממש וחילול ה' בפרהסיה. "יש בהליכה לערכאות משום מניעת תלמוד תורה ותוספת לתפארתם, שבכל המקומות שדנים דין תורה, מעשיהם בכל יום הביאום לעיון ראוי להלכה למעשה וההלכה יוצאת מחוורת ונמצא בידם הלכות חדשות מרובות וברורות בכל יום, ומחלוקת כזו בבעלי דינים עליה יאמר שהיא לשם שמים. "

\* גולת איטליה שהיו הולכים לערכאות, ענייה יחסית ביצירה משפטית.

3 משפט המלך משפט יוצר שלא נבע באופן ישיר מחכמי ההלכה. משפט המלך בא לעשות סדר לפי צרכי החברה בה לא כולם הוגנים. התורה לא מעמידה את הכלים לטפל באנשים הבוחרים להתנהג בדרך רעה וזה משפט שבא לפתור את הבעיות החברתיות שהתורה לא נותנת להם פתרון וגם לטפל בעניינים הקשורים לציבור כמו מיסים. זה משפט שמגדיר את הסמכות של האומה, בשאלת הנהגת הכלל. פוליטיקה רגילה. לא מדובר על שאלות על הלכתיות.

**הר"ן** ההבדל בין שופט למלך: השופט משועבד יותר למשפטי התורה- ומפני זה הזהיר המלך וצוהו שיהא לו ספר תורה שני ויביא עמו 'לבלתי רום לבבו', כלומר, שמתוך שהמלך רואה שאינו משועבד למשפטי התורה כמו השופט, צריך אזהרה מרובה. אך בשופט לא, לפי שיכולתו מוגבלת למשפט התורה 'ושפטו את העם משפט צדק', 'לא תטה משפט' וכו.

**הראי"ה קוק** בזמן שאין מלך, כיון שמשפטי המלוכה הם גם כן מה שנוגע למצב הכללי של האומה, חוזרים אלה הזכיות של המשפטים ליד האומה בכללה... למה שנוגע להנהגת הכלל, כל שמנהיג את האומה דן הוא במשפטי המלוכה, שהם כלל צרכי האומה הדרושים לשעתם ולמעמד העולם. ואם לראשי גלויות שבבבל הוענקו סמכויות המלך קל וחומר שנשיאים המוסכמים באומה, בזמן שהיא בארצה ובשלטונה, באיזו מדרגה שהיא, שהועמדו להנהגת האומה שאינם גרועים מראשי גלויות שבבבל. ודאי עומד הוא במקום מלך, לענין משפט המלוכה, הנוגעים להנהגת הכלל.

למה השלטון נתן ליהודים אוטונומיה?

1 הפגנת סובלנות כלפי דתות אחרות 2 נימוקים מדעות ואמונות 3 גביית מיסים במרוכז.

**יחזקאל קויפמן** הדומה בין האוטונומיה הגלותית ובין בא"י הייתה השאיפה לחיות ע"פ המשפט היהודי מאידיאל של חיי תורה. היהדות, שידעה רק את המשפט הדתי, לא הכירה במשפט האלילי-החילוני. ולכן שאפה בגלות לאוטונומיה משפטית. השלטון העצמי המשפטי הוא שעשה אותה חטיבה מדינית-לאומית בפני עצמה. להכרת השלטון בזכותם של היהודים לאוטונומיה היה ערך עצום: התורה הייתה גם בארצות הגלות מין חוקה מדינית. לתלמוד התורה היה ערך חברתי גדול, לחכמי התורה הייתה מעלת ראשים ומנהיגים, בתי לימוד התורה היו מכובדים. האוטונומיה המשפטית היא שעשתה את האומה היהודית בגולה 'מדינה בתוך מדינה' באמת".

1 התקופה הראשונה- תורה שבכתב עד חתימת התלמוד: א תקופת המקרא- עד לימי עזרא ונחמיה

ב "תקופת הסופרים"- יש שמתנגדים לקרוא רק לתקופה הזאת כך כי אין לזה סמוכין במקורות התלמודיים ולא במקורות אחרים

ג תקופת הזוגות: הראשון נשיא והשני אב בי"ד: יוסי בן יועזר איש צרדה ויוסי בן יוחנן איש ירושלים. יהושע בן פרחיה וניתאי הארבלי. יהודה בן טבאי ושמעון בן שטח. שמעיה ואבטליון. בני בתירה שלטו תקופה מסוימת ואז העבירו את זה להלל. ואז 'יצא מנחם נכנס שמאי'. [בתקופה זו הייתה פעילות ענפה במדרשי הלכה]

ד התנאים- 5 דורות של תנאים- התחיל ברבן שמעון בן גמליאל ועד לר' יהודה הנשיא שערך את המשנה כ120 אחרי החורבן.

התוספתא- קובץ מקביל למשנה עם מקורות תנאיים שלא נכנסו למשנה, מובאים דעות, מקרים ומקורות נוספים למשנה. נערכה ע"י ר' חייא תלמידו של רבי. ויש גם את הברייתא.

ה האמוראים- 5 דורות של אמוראים בא"י. ו 7 דורות בבבל . (תלמוד ירושלמי ובבלי). גמרא

ו סבוראים- תקופה שהחלה בסוף תקופת האמוראים ונמשכת בין 50 ל150 שנה. הם השלימו את עריכת התלמוד הבבלי וקביעת כללי הכרעה ופסיקה. דבריהם, שעניינם העיקרי היה להכריע בין הדעות בתלמוד, נכנסו לתלמוד בחלקם.

\* חתימת התלמוד זו נקודת זמן חשובה כי כשנחתם התלמוד החלו ללמוד ממנו וזה נקודת המוצא לכל עיון ולימוד.

2 מחתימת התלמוד עד ימינו: א תקופת הגאונים- מהסבוראים עד אמצע המאה ה11. נקראת כך כי התואר גאון היה תוארם הרשמי של ראשי הישיבות של סורא ופומבידתא בבבל. שאיפתם הייתה להפוך את התלמוד הבבלי למקור הלכה הקובע ליהדות כולה. בתקופה זו החלה ספרות השו"ת. ומכאן הקהילות התפצלו.

ב התקופה הרבנית:

1 תקופת הראשונים- מהמאה ה11 עד המאה ה16. (קארו, הרמ"א)

2 תקופת האחרונים- עד סוף המאה ה18. בעיקר שות"ים.

3 תקופת אובדן האוטונומיה השיפוטית:

* מסוף המאה ה18 עד תחילת המאה הנוכחית
* מתחילת המאה הנוכחית עד הקמת מדינת ישראל. \* מתקומת מדינת ישראל

משפט: 1 סדר ונוהג קבועים- "ויסבו את העיר כמשפט הזה שבע פעמים".

2 פעולת השפיטה והפס"ד שנקבע בעקבות "לא תעשו עול במשפט, לא תישא פני דל ולא תהדר פני גדול"

3 מערכת של חוקים ודינים- LAW "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם (הכי קרוב למשפט עברי)

4 זכות חוקית "את הבכור בן השנואה יכיר לתת לו פי שנים בכל אשר ימצא לו... לו משפט הבכורה"

יש דברים המשותפים לחלק של המשפט העברי ושאר "ההלכה היהודית", ולא ניתן להפריד בין ההלכה לבין המשפט העברי:

1 חשיבה ומינוח משותפים 2 פיקציות משפטיות

3 עקרונות משפטיים משותפים- למשל דיני שליחות- מופעלים באותה מידה לדיני תרומה כמו לענייני קידושין.

4 תלות של הוראות דתיות בהוראות משפטיות. למשל: ביכורים- צריך להביא ביכורים "מארצך"- יש דיון מה נחשב שייך לי בשטח שלי. אם יש שורשים בקרקע של השכן והצמיחה אצלי בבית האם הצמח שייך לי או לא? הנפקא מינא כאן הוא גם למשפט וגם להלכה. המצווה של קריאת פרשת הביכורים תלויה בבירור מוקדם של מושג הבעלות, שהרי על הקורא לומר שהאדמה שייכת לו ואין הוא יכול לומר עד שמבררים זאת מבחינה משפטית.

5 פיקציות משפטיות משותפות הגמרא אומרת: "שני דברים אינם ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו- בור ברשות הרבים וחמץ מ6 שעות". משייכים לאדם את הבעלות כדי לחייב אותו: הפיקציה של החמץ היא לחייב הלכתית והפיקציה של הבור היא לחייב במשפט נזיקין.

6 פעולות גומלין בין חלקי ההלכה השונים. יש הדדיות של זיקה אף בין הלכה למחוץ לה כמו האגדה ועולם המוסר. לעיתים הוראה מתחום ההלכה הדתית משלימה את החסר בהלכה המשפטית:

* חיוב במזונות ילדים- החובה של האב לזון את ילדיו לא הייתה בהתחלה נורמה משפטית אלא חובה דתית. באמצע המאה ה2 לספירה התקין הסנהדרין תקנות וחוקים לחיזוק התא המשפחתי.
* העמדת התחייבות ע"י נדר, חרם ושבועה- השתמשו בעיקר כדי להעמיד חיובים שמבחינת הדיון המשפטי לא היה אפשר להעמידם כמו בדבר שלא בא לעולם. רואים הלכה דתית כמשלימה את המשפטית.

מדרש התורה כשמסתכלים בספרות ההלכה מוצאים חלק גדול של הלכות בצורת מדרש, הלכה שלובה בפסוק מפסוקי התורה, ולא בצורה של הלכה מופשטת שעומדת בפני עצמה. ויקרא ה, א "ונפש כי תחטא ושמעה קול אלה, והוא עד או ידע או לאו יגיד ונשא עוונו": במשפט עברי אדם חייב להעיד ואם הוא כובש את עדותו הוא יישא עוונו. אך בתוספתא שבועות ג, ח: "והוא עד- הכשר לעדות, ושמעה- להוציא את החרש, או ראה- להוציא את הסומא, או ידע- להוציא את השוטה. אם לא יגיד ונשא את עוונו- להוציא את האילם. התוספתא מלמדת הלכה עקרונית שהשוטה, החרש, הסומא והאילם פסולים לעדות. אך היא לא מנסחת בצורה מופשטת. למה? 1 להקל על זכירת ולימוד ההלכות- שנלמדו בע"פ 2 להצביע על הקשר בין התורה לתושב"ע.

לעיתים הדגישו החכמים שמדרש הפסוק אינו אלא אסמכתא בעלמא ויש הלכות מדרשיות רבות שאע"פ שלא נאמר עליהן במפורש שהפסוק שנדרשו ממנו הוא בבחינת אסמכתא, יש להניח שלא נוצרו ע"י המדרש אלא מקורן בקבלה או במקור אחר. אך חלק גדול של ההלכות יצירתן ממדרש הפסוק. לדעת **אורבך**: בתקופה הקדומה נועדה למדרש הפונקציה של הסמכת ההלכה למקרא ואילו התפתחותה של ההלכה באותה תקופה באה בדרכים אחרות כמו בדרך התקנות, המעשה והמנהג. המדרש נוסף על מקורות יצירתה של ההלכה רק עם התרופפות השלטון העצמי בסמוך לחורבן הבית. **נויבואר:** הפוך!

מדרש יוצר- מדרש שדרישתו יוצרת את ההלכה שנדרשת ממנו הלכה חדשה.| בכל דור נאלצו חכמי ההלכה ליישב קשיים שהתעוררו מעיון בפסוקי התורה והשימוש בחקיקה מכוונת או התקנה של תקנות לא התקבל, הרי שזה בא להוסיף או לגרוע או לשנות את ההלכה המקודשת. ע"י שימוש במדרש, ההלכה החדשה נובעת מתוך ההלכה הקיימת, אינה באה להוסיף עליה ובוודאי אינה מנוגדת לה. הקשר שבין ההלכה החדשה ובין התורה שבכתב הוא קשר טבעי של אב ותולדה, ההלכה נדרשת מהתורה כאילו הייתה כלולה בה מאז ומתמיד. הרעיון היה שקודם כל פונים למדרש ובאין מענה נפנה למקורות משפטיים אחרים כמו: תקנה.

למשל: 1 "**זקן ממרא**" כתוב בתורה על דיין שחולק על בית דינו לאחר שהם פסקו. אם הזקן הממרא שב לעירו ולימד ע"פ שיטתו המנוגדת לסנהדרין הוא לא חייב עד שהוא לא בפועל מלמד לעשות את הדין אלא רק מלמד לצורך הלימוד.

2 **ספר במדבר פרק כז**, פרשת נחלות, נאמר שבן יורש את אביו אך במשנה נאמר כי גם האב הינו נוחל ולא רק מנחיל. "ונתתם את נחלתו לשארו הקרוב אליו"- הקרוב- קרוב קרוב קודם'. ואב קרוב לבנו יותר מקרבת אח לאח.

הקבלה לשיטות משפטיות אחרות גם כשנעיין בתופעות מקבילות, נגלה שהפונקציה של המדרש היא פונקציה יוצרת. למשל: המשפט הרומי. רעיון 12 הלוחות הוא אבן דרך בהתפתחות המשפט הרומי, דיון פורמלי לביטול 12 הלוחות כמעט שלא התקבל על הדעת ברומי העתיקה, גם כשלא נותר מהלוחות דבר. למעשה הלוחות נשארו בתודעה והיו לבסיס של קוד יוסטניאנוס, כאלף שנה לאחר הקמתן לראשונה. מחד היה אסור לשנות אף אות אחת מ12 הלוחות, אך מאידך היה צריך להכניס את הרוח החדשה לאותיות. הרי להלכה נשארו חוקים אלה מקור הסמכות של כלל המשפט הרומי. כשם שמדרש הלוחות פיתח את המשפט הרומי ואף שינה אותו, בלי לנגוע באף אות בלוחות. כך, המדרש גם ביהדות, מילא פונקציה של יצירה של המשפט העברי. אם בעיני המשפטנים הרומים חוקי 12 הלוחות, היה כחוק אשר אין להסיק תוכנו במשוריין ממילותיו, אלא בעקיפין מתוכנו הנסתר, על אחת וכמה שחכמי ההלכה ראו בתורה שבכתב, בדבר אלוהים, התגלות מושלמת ושלמה.

1 דברים כד, א "כי יקח איש אישה ובעלה, והיה אם לא תמצא חן בעיניו כי מצא בה ערות דבר, וכתב לה ספר כריתת ונתן בידה ושלחה מביתו". מפסוק זה למדו הלכות שונות בדיני גירושין. בית שמאי: "לא יגרש אדם את אשתו אלא אם מצא בה דבר ערווה (זנות או פריצות). בית הלל: אף הקדיחה תבשילו. רבי עקיבא: אף מצא אחרת נאה יותר. | למה כל אחד חושב משהו אחר?

מדרש בית שמאי פשוט שהרי בפסוק נאמר במפורש 'כי מצא בה ערות דבר' היינו סתם עניין של זנות, וזוה הסיבה לגירושין.

בית הלל לקחו מפרשה אחרת בתורה שמדובר על חובת ההקפדה על הניקיון וההיגיינה במחנה הצבא.

מדרש מקיים/ אסמכתא- מדרש שדרישתו היא רק דרך לזכור הלכה שהייתה ידועה עוד קודם המדרש. למשל:

1 השבת אבידה לפי סימנים כי כתוב בפסוק "עד דרוש אחיך". הלכה קיימת שהסמיכו לפסוק.

2 "לא יומתו אבות על בנים"- הכוונה היא לא שהורגים את האב על החטא של הבן אלא המטרה לפסול עדות של אבות על בנים ושל בנים על אבות.

מדרשי ההלכה:מקורם בשני בתי מדרש תנאיים עיקריים: של רבי עקיבא ושל רבי ישמעאל. ההבדל בינים: בבית מדרשו של רבי ישמעאל- מכילתא על ספר שמות, ספרי על ספר במדבר, ברייתא דרבי ישמעאל- שלוש עשרה מידות. בבית מדרשו של רבי עקיבא- מכילתא דרשב"י על ספר שמות, ספרא תורת כהנים- ויקרא, ספרי זוטרא- במדבר, ספרי- ספר דברים. למה?
1. נוצרו הלכות רבות ע"י מדרש התורה והן נלמדו בסמיכות לפסוק שממנו נוצרו.

2. הזיכרון של ההלכות נוח יותר באמצעות הצמדת ההלכה לפסוק.

משנה: 1 לחזור ולעשות, להורות 2 שנייה לתורה

3 קובץ ההלכות השלם של רבי יהודה הנשיא 4 קטע אחד מתוך פרק במסכת מסוימת

המשנה ריכזה את ההלכות לפי נושאים ולא לפי סדר הפסוקים (כמו שהיה קודם). המשנה נכתבה ע"י רבי- רבי יהודה הנשיא והושלמה ע" תלמידיו בדור שאחריו. 6 סדרים (זרעים, מועד, נשים, נזיקין קדשים טהרות) -- מסכת-- פרק— משניות- בבות.

במקור היה 60 עכשיו יש 63 כי חילקו את נזיקין. ועוד מסכת אחת סנהדרין ומכות פוצלו לשתיים.

הייתה מחלוקת אם המשנה היא קודיפיקציה, איסוף לקודקס של חוקים- קודקס מיוחד. או שהוא אסף מעין אינציקלופדיה?

קודיפיקאציה במשפט העברי המשפט העברי שונה משיטות אחרות, שכן מבחינה מהותית אין הכוונה כי הקודקס עוקר כל מה שהיה לפניו, אלא הוא מהווה סיכום קצר והכרעה הבנוי על טקסטים קודמים (קומפליציה). מבחינה נורמטיבית, החיבור ההלכתי החדש אחרי שהכריע יכול להיחשב לקודקס לעניין זה שהוא המכריע ולא אלה שקדמו לו.

סגנון עריכה של המשנה: מחד תמציתי ומאידך צח וברור.

ההבדל בין המשנה למדרש הלכה: 1 המשנה לא מקושרת לפסוק בתורה בד"כ והיא מביאה את ההלכות באופן מופשט.

2 המשנה מסודרת לפי נושאים ועניינים ולא לפי סדר הפסוקים.

הסיבות לכתיבת המשנה: 1 ריבוי ההלכות ניתק את היכולת להסמיך כל הלכה לפסוק ולכן הוחלט להציגם כקובץ של הלכות

2 עקב ריבוי הלכות מפסוקים המצויים במקומות שונים בתורה, היה צורך בכינוס כל המקורות למקום אחד.

 3 נוסחים של המשנה:

1 לרוב המשנה מנוסחת בצורה קזואיסטית- בלי אמירה ברורה. מביאה את ההלכות מתוך מקרים רבים ומפורטים של דוגמאות ולא קובעת את ההלכה כעיקרון מופשט. למשל: משנה מסכת בבא בתרא פרק ב משנה א

2 מנוסחת באופן קזואיסטי נורמטיבי, כלומר, לאחר כתיבת הדוגמאות, תוסיף המשנה את הכלל הנורמטיבי המופשט. למשל: מסכת בבא בתרא פרק ג משנה א

3 לעיתים רחוקות תנוסח המשנה באופן נורמטיבי 'טהור': למשל: מסכת בבא א ב

אמוראים "אמר" בארמית זה לפרש, לתרגם כי עסקו בפירוש המשנה ובהסברתה. 2 כך נקרא המתורגמן שעמד ליד הדרשן בדרשה בציבור והשמיע את דבריו לעם.

תלמוד: 1 דיוני האמוראים במשנה 2 שם כולל למשנה ולדיני האמוראים שכלולים בה.

גמרא: 1 גמר, השלמה 2 לימוד 3 קבלה ומסורת 4 מציין את לימודיהם, דיוניהם ודבריהם של האמוראים.

פועלם: 1פירוש המשנה 2דרישת הלכות חדשות מתוך המשנה (מימרות) 3שו"ת בתוך התלמוד 4 ריכוז ההלכות שבתוספתות והברייתות 5 תקנות ומנהגים- יש מנהגים שהם מתייחסים אליהם כמנהגים מחייבים 6 קביעת כללי פסיקה

7 יצירת מושגים מופשטים: 'אין ברירה'- מלשון לברור, לבחור, אין בחירה. למשל: חובה להפריש תרומות ומעשרות אך האם אדם יכול לקחת חבית של יין עם מאה ליטר וצריך להפריש X ואני כרגע לא יכול להפריש מכל מיני סיבות. האם אפשר לשתות קודם ואז להפריש? הדבר הזה הוא ברירה. 'אסמכתא'- התחייבות

'הזמנה מילתא'- האם הכנה של משהו נחשבת כאילו השתמשתי בו? למשל: אדם שאורג בגד למת זה אסור בהנאה קוברים את זה יחד איתו. מה קורה אם רק הכנתי ולא שמתי. האם זה גם אסור בהנאה?

הבדלים בין התלמוד הבבלי לירושלמי: 1 טיב העריכה

2 מו"מ ארוך בבלי לעומת הירושלמי שהוא קצר יותר- קשה להבין את הירושלמי איפה הפסיק ואיפה הנקודה.

3 התלמוד הבבלי נכתב על 36 מסכתות של המשנה ונערך ע"י רבינא ורב אשי שהיו 'סוף הוראה'. אין בו את סדר זרעים ומצוות שקשורות לארץ למשל כי הם היו בגלות. \* הירושלמי על 39

פירושים על התלמוד בתקופת הגאונים שבעיקר פירשו בשביל לאלה במחוץ לישיבה בארצות אחרות.

1 תשובות הגאונים- התייחסות לגמרא אגב שאלות ותשובות.

2 רבנו חננאל (ראש ישיבת קירואן)- פירוש הסוגיה בתמצית ובפשטות ולעיתים גם קובע את ההלכה בסוף הסוגיה.

3 ר' גרשום מאור הגולה, גדול חכמי אשכנז העמיד תלמידים הרבה ועל ידם הגיעו לידינו הרבה מפירושיו לתלמוד.

הסגנון שלהם הוא לא להתעכב על מילה אלא לקחת את זה בגדול. רשי כן מתמקד במילים.

4 רש"י (אחרי התקופה)- פירוש קצר וקולע לסוגיות. מילותיו מדויקות וברורות.

ספרות החידושים של הראשונים לתלמוד הבבלי 1 בעלי התוספות- שיטת פרשנות שמביטה על התלמוד באופן קולקטיבי ופחות על הסוגיה הנקודתית, הסגנון הוא כמו המשך התלמוד עצמו, הפירוש נוצר מתוך מו"מ מבתי המדרש של בעלי התוספות שהיו מורכבים מאנשים רבים (בניגוד לרש"י). לעיתים בדבריהם מצויים שו"ת "הלכה למעשה". רשב"ם: ר שמואל בן ר' מאיר. רבנו תם: ר יעקב בן מאיר (אח של רשבם). ר יצחק בן רבי שמואל, בן אחותם ותלמידם, מכונה גם בעל התוספות. כעבור תקופה מסוימת התחבר הספר 'פסקי התוספות' שמוציא את המסקנה והתמצית מכל דיבור ודיבור של התוספות.

2 החידושים הספרדיים: ר יוסף אבן מיגאש- תלמידו של הריף, ראב"ד: ר אברהם בן דוד מפושקייר בעל ההשגות

רמב"ן פעל בגירונה. יש מגמה של פסיקה והוצאת המסקנה ההלכתית מתוך הסוגיה.

רשבא: ר שלמה בן אדרת (תלמידו של הרמבן).

ריטבא: ר יום טוב בן אברהם אשבילי (תלמיד של הרשבא)

הרן: ר ניסים גירונדי- ראש ישיבה בברצלונה

ספרות החידושים של האחרונים (עד המאה ה18) לתלמוד הבבלי:

למשל: הפני יהושע= יעקב יהושע פלק והמהרש"א= שמואל אליעזר הלוי איידלס. מגדולי חכמי ההלכה בפולין

ההבדל ביניהם: מהרש"א- 'חידושי הלכות' וחידושי אגדות. הוא יותר נקודתי מהפני יהושע שדן בדברים ממבט רחב יותר

ספרות הפוסקים: 1 ספרי הלכות 2 ספרי פסקים 3 ספרים המשלבים את ההלכות והפסקים

ספרי פסקים- ספרים שההלכה מובאת כמו ניסוח של החוק, בצורה נורמטיבית רק עם שורה אחרונה כמו משנה תורה לרמב"ם. בלי לדון במקורות ואיך הגיעו למסקנה. לעומת זאת בספרי הלכות רואים את ההשתלשלות ואת מקורות ההלכה ואיך הגיעו לאותה מסקנה. למשל: ספרי שות"ים והרי"ף- הספר שלו 'ספר ההלכות' שנקרא גם התלמוד הקטן. שהוא מביא את המקור להלכה ואז מכריע.

ר' יוסף קארו (בנו של רבנו אפרים) למה ריכז הכל? 1 גירוש ספרד 2 המרכז באשכנז סבל מרדיפות ומהמגיפה השחורה

1 הבית יוסף- הוסמך לספר הטורים. (ספר הלכות)

2 השו"ע (ספר פסקים) [מחולק ל4 חלקים כמו ספר הטורים].

למה לא מכריע ע"פ הבאת ראיות? 1 הראשונים כבר ביססו את דעותיהם על ראיות 2 חוסר יעילות. כללי פסיקה:

1 הריף, הרמב"ם, והרא"ש דנים באותו עניין, ההלכה היא כדעת הרוב.

2 אם אחד או שניים מתוכם דנו בבעיה מסוימת והשניים חלוקים ביניהם- יצורפו דעותיהם של הרמבן, הרשבא, הרן, המרדכי והסמג. ומכריע ע"פ הרוב מבין 6\7 אלה

3 אם אפחד מהשלושה לא דן- מכריע לפי דעתם של חכמי ההלכה המפורסמים שדנו בעניין

נושאי כלים: הש"ך, המגן אברהם, הט"ז. גם פוסקים נוספים ומאוחרים יותר גרמו להתקבלות דברי השו"ע (חוות יאיר)

הרמ"א 'דרכי משה' למה כתב? 1 לקבץ את הדעות השונות בדרך נוחה וקצרה, מביא את הדעות השונות בתמצית.

2 קארו לא הביא בבית יוסף חלק ניכר מספרות החידושים, השו"ת וספרות הפוסקים ובמיוחד של חכמי אשכנז

3 חולק על איך השו"ע מכריע, כי זה נוגד את הלכה כבתראי. ולכן אין לקבל את הכרעתו של קארו.

'תורת חטאת' (ספר פסקים על דיני איסור והיתר). ו'המפה': בסגנון דומה לשו"ע, למרות שלכתחילה לא רצה לכתוב ספר כה מקוצר. המפה הפכה את השו"ע לספר מקובל בכל תפוצות ישראל. (נר ישראל וראש הגולה)

הרי"ף- ר' יצחק בן יעקב אלפסי- 'ספר ההלכות'

1 דומה בסגנונו לספר 'הלכות גדולות' של ר' שמעון קיירא

2 עוסק במסכתות הנוגעות לזמנו (ללא רוב סדרי קדשים טהרות וזרעים). ביחס להלכות הנוהגות מסדר קדשים וטהרות חיבר את 'הלכות קטנות'. 3 מבנה הספר דומה מאוד לתלמוד עצמו 4 מביא דברי אגדה שיש מהם מסקנות הלכתיות.

הרמב"ם: 'משנה תורה' 14 כרכים של נושאים שונים, 'היד החזקה'- יש 83 חלקים, הלכות-פרק-סעיף

(מדע, אהבה, זמנים, נשים, קדושה, פלאה, זרעים, עבודה, קורבנות, טהרה, נזיקין, קניין, משפטים ושופטים)

1 ריכוז החומר מהתורה עד ימיו + הכרעה בין נסחים שונים. (ניסה להחזיר עטרה ליושנה וכלל גם מצוות שלא בזמן הזה) וגם מכניס הלכות במחשבת היהדות, בעיקרי אמונות ודעות. 2 בירור וסידור לפי עניינים- לא לפי סדר הסוגיות בגמרא.

3 ספר פסקים: הלכה אחידה סתמית וסופית (ללא ציון מקור ודעות חולקות)

4 סגנון בהיר, עברי-משפטי, ערב לאוזן, ברור, מדויק ונוח להבנה. (כל דאלים גבר= כל המתגבר יטול, טעונא=טעון)

הרמב"ם בחר בסגנון ניסוח קזואיסטי נורמטיבי כמו המשנה לספרו 'משנה תורה'. לא בחר בלשון המקרא כי זה מתומצת מידי ולא בחר בתלמוד כי ארמית היא זרה לרוב הציבור. למה? 1 לא יכל לקחת אחריות כל כך גדולה של ניסוח בצורה של עיקרון בלבד ולקבוע שהעיקרון לבדו מקיף וכולל את כלל העובדות המשפטיות

2 כך שמר על קשר פנימי חזק בין ספרו ובין ההלכה התלמודית

3 הדרך הקזואיסטית מהותית להמשך התפתחות המשפט העברי: זה מעניק גמישות בפתרון בעיות חדשות שיווצרו.

* הרמב"ם כתב גם את פירוש המשנה, מורה נבוכים, ספר המצוות וספר שו"ת.
* הרמבם לא ביקש שלספרו יהיה מעמד של מקור הסמכות בהלכה אלא מציאת הדין ופסיקת ההלכה כפי שהתגבשה ההלכה עד זמנו תיעשה רק מתוך הספר שלו כי הוא היה בטוח שספרו מכיל הכל ולא תיתכן סתירה.

השגות על דרכו הקודיפיקטיבית של הרמב"ם:

1 מכתבים ששלח הרמב"ם לאנשים כמו: רבי פנחס ורבי יהודה אבן ועקנין. ובהם מופיעה הביקורת שספג הרמב"ם.

2 השגות הראב"ד (רבי אברהם בן דוד) ומחלוקתו העקרונית עם הרמב"ם ששינה מדרך המחברים שהיו לפניו וקבע הלכה סתמית בלי ציון המקורות והבאת הדעות השונות.

3 התנגדותו של הרא"ש לפסיקה מהרמב"ם מבלי ללמוד את דברי התלמוד- כי הרמב"ם אמר שאפשר לפסוק מתוך הספר שלו.

ארבעה טורים- רבינו יעקב בן אשר (הבן של הרא"ש- ר אשר בן יחיאל)

1 החזרת ההכרעה להלכה, משנה ברורה והלכה פסוקה. 2 שמירה על רציפות ההלכה (הבאת הדעות השונות)

3 הכרעה בבסיס לפי הרי"ף וכשפוסקים אחרים כמו הרמב"ם חלקו על דעתו, הביא דעות נוספות והכריע ע" אביו, הרא"ש.

4 החיבור של הטור הוא תרכובת של ספר הלכה עם ספר פסקים, כלומר הבאת ההלכה הסתמית ולאחריה, יש הבאה של הדעות השונות והפרשנויות השונות של הראשונים.

* לא חיבר את ספרו לפי סדר מסכתות התלמוד (כמו למשל הראש אביו) אלא לפי חלוקה לנושאים.

5 מחולק לארבעה טורים: אורח חיים, יורה דעה, אבן העזר וחושן משפט. כל טור מחולק לחלקים-הלכות-סימנים-סעיפים

6 טור חושן משפט מתחיל מהלכות דיינים- מי מתאים להיות שופט, איך דנים וכו' ואז כל ההלכות שנוגעות לכל מיני דינים.

לעומת זאת אצל הרמב"ם זה הפוך: ביד החזקה קודם כל יש לו את נזיקין, קניין וכו. ובסוף את הלכות דיינים.

ספרות השו"ת- התחיל בימי הגאונים, נערכה ע"י כל בני הישיבה ולא רק בידי הגאון שהשיב את התשובה. עסקה בכל תחומי ההלכה, המשפט והמחשבה. בתקופת הראשונים יש מעבר מתשובות קצרות יותר בסגנונם של הגאונים לתשובות ארוכות יותר, ומרכזי ההלכה הם רבים יותר (אין מרכז אחד בבל).

השואלים: בד"כ שלחו ליותר מחכם אחד. וגם חכמי הלכה שאלו שאלות שהגיעו אליהם מקהילתם או שאלות שהופנו מבתי המשפט האזרחיים. לעיתים היה רק תשובות ללא שאלות- הוראות לציבור.

כללים בתשובות: עונים רק לדיין או כששני הצדדים נוכחים כדי שלא להיות עו"ד של אחד הצדדים או כדי לא לטעות בעובדות. ולא לגרום לבעל דין להסתמך על 'קים לי' שלא במקום.

מבנה צורה וסגנון: עברית עם שילוב ארמית בסגנון תלמודי. התשובות בעברית שימרו את השפה, תשובות שנכתבו בשפות אחרות, בעיקר ערבית, רובן השתכחו כשעברו למקומות שלא דיברו ערבית. התשובות הועברו ליעדן ע"י שליחים, מסיבה זו, לעיתים המענה לקח זמן רב. שמות בדויים ומקומות בדויים לעיתים. למשל: בדוי לגמרי: תרומת הדש"ן- ר ישראל איסרליין.

המשפט העברי במדינת ישראל חוק יסודות המשפט: מחליף את סעיף 46 לדבר המלך במועצתו.

הענקת משמעות לעקרונות מגילת העצמאות מקבלתו של חוק יסודות המשפט ובתוכו עקרונות המורשת היהודית והישראלית. ("מדינת ישראל תהיה מושתת על יסודות החירות הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל").

מחלוקת 1: מה זה מורשת ישראל? אלון: מורשת ישראל=המשפט העברי. ברק: ביאליק

מחלוקת 2: לדעת אלון לאקונה היא לא רק חסר מלא בחוק אלא גם פרשנות של מושג קיים תיעשה ע"י שימוש בחוק יסודות המשפט, זאת לאור הביטוי "שאלה משפטית הטעונה הכרעה". לברק יש 2 מנגנוני הגנה: 1 אין חסר- תמיד אפשר לפרש איכשהו את החוק. 2 כשיש לאקונה נפרש לפי השיטה הדמוקרטית

מורשת ישראל בפס"ד: \* פרשת הוקמה- היתר לאסירים להצביע בבחירות.

* פרשת אבי צור-כליאתו של נאשם בטרם הורשע גם אם הוא איש ציבור או בשל חומרת העבירה הוגבלה.
* פרשת "כך" ו"הרשימה המתקדמת לשלום" ופס"ד ניימן- חופש הדעות וחירות הביטוי-ריצת רשימות לכנסת.

הגישה לחוק יסודות המשפט: 1 פרשנות מצמצמת- החוק תקף רק למקרים שהחוק לא התייחס אליהם- לאקונה.

2. גישה אמצעית- גם במקרים שבהם קבע המחוקק מושגים סתומים, ניתן להיזקק למורשת ישראל, אך זו איננה בהכרח המשפט העברי.

3. גישת אלון (המרחיבה)-לאקונה היא כמו בגישה האמצעית ולמשפט העברי יש מעמד ש ל"ראשון בין שווים" כשנזקקים לפרשנות של לאקונה.

קליטת המשפט העברי אלון רואה בקליטת המשפט העברי במסגרת החוק דבר חיובי, הוא מתווכח עם השיטות שרואות בקליטתו פגיעה בהלכה ובמשפט העברי. הוא גם טוען כי אין בהליכה לבתי המשפט של מדינת ישראל משום איסור ערכאות של גויים אלא יש לראותם כבתי דין של הדיוטות. (מבלי לפגוע בחומר העניין שהחוק איננו ע"פ המשפט העברי).

משפט עברי במערכת שלטונית מדינת ישראל יצרה לעצמה קודקס ולא קיבלה משפט קודם בשינויים, כמו שעשו מדינות אחרות באמצעות משפט זר בשינויים קלים, זאת משום שהמשפט הוא חלק מהזהות. בפסיקה נקלט המשפט העברי ככל שנקלט באמצעות חוק יסודות המשפט. הקשיים הסובייקטיביים לקליטת המשפט העברי:

1 חוסר רצון לתת למשפט העברי דריסת רגל מחשש לדתיותו ולעיתים חוסר אקטואליות של המשפט העברי וטענה בדבר חוסר יכולת של השופט להכניס את הראוי ולא את המצוי ממנו.

2 התפשטות שלטון דתי. 3 פגיעה בזכויות האזרח-"אני מאמין" פוליטי.

הקושי האובייקטיבי העיקרי הוא חוסר יידע וחוסר נגישות של רבים מהשופטים.

חשש מאימוץ המשפט העברי אלון: החוק החריג ממילא את מה ששלל בו את המשפט העברי והתייחס בעצמו. המורשת היא חלק מרכזי בזהותנו ולכן אין מקום לחשוש ממנו (צו הדורות). יהודים חיו ע"פ עקרונות המשפט העברי מאות שנים והסתדרו.