**בוחן 1**

**ההיסטוריה מתחלקת לשתי תקופות:**

* התקופה הכללית הראשונה – מתחילת התורה שבכתב עד חתימת התלמוד(סוף מאה 5).
* **המקרא**
* **התקופה בין עזרא לנחמיה עד לתקופת הזוגות**
* **תקופת הזוגות**
* **התנאים**- כתבו את המשנה, מדרשי ההלכה והברייתות.
* **האמוראים**- כתבו את התלמוד הבבלי והירושלמי.
* **מעבר בין האמוראים לסבוראים**- הסבוראים השלימו את עריכת התלמוד הבבלי וקבעו את כללי העריכה והפסיקה.
* התקופה הכללית השנייה – מחתימת התלמוד עד ימנו.
* **גאונים**- מסוף הסבוראים עד אמצע המאה ה-11 ("גאון": תואר לראש ישיבה בבבל). הגאונים הפכו את התלמוד ההבלי למקור ההלכה הקובע ליהדות כולה.
* **התקופה הרבנית**-
* **הראשונים**- כתבו חיבורים בתחום השו"ת, ההלכות והחידושים.
* **האחרונים**- המשיכו את פעולות הראשונים תוך התמקדות בספרות שו"ת.
* **אובדן האוטונומיה המשפטית**- א. המאה ה-18 עד תחילת המאה הנוכחית והתעוררות לאומית. ב. תחילת המאה ה-20 עד הקמת המדינה. ג. מהקמת המדינה.

משקל התלמוד כחוצה תקופות – התלמוד התקבל כספר פירושים לתורה שבכתב, המקובל באופן גורף על עם ישראל והפך למקור הבלעדי ממנו נלמדת ההלכה ונפסקות פסיקות.

**החכמים ראו חובה משפטית למזג את התקופות ההלכתיות לתקופה אחת שכולה הלכה קבועה.**

**משימה כפולה:**

1. התפתחות היצירה בתחום ספרות ההלכה לפי הנוהג למעשה:

המשנה הקיפה את כל המערכת ההלכתית בשישה ספרים. לעומתה, בתלמוד הבבלי כבר החלה התאמה של מקום וזמן להלכות. (לדוג' סדר זרעים שלא קיים בתלמוד הבבלי).

1. שמירה על מגמת המשפט העברי ורציפותו.

**מדרש ופרשנות**

**כרך א' ע"מ 243-263**

**מאמר משפט ותורה:**

מדרש יוצר ומדרש מקיים:

מדרש – הלכה שנלמדת ונסמכת על פסוק מהתורה. בספרות ההלכה יש חלק גדול של הלכות השנויות בצורת מדרש. הלכה בצורת מדרש היא הלכה שלובה בפסוק מפסוקי התורה, ולא בצורה של הלכה מופשטת העומדת בפני עצמה. המחלוקת היא אם המדרש הוא צורה ספרותית בלבד של אופן לימוד ההלכות, הלכה מסוימת כבר קיימת בעולם אך ללא מקור ולכן החכמים חיברו אותה לפסוק מהתורה או שהפסוק הוא המקור של אותה הלכה, מתוך העיון בפסוק נולדה ההלכה.

דוג' – ויקרא ה\א:

*"ונפש כי תחטא ושמעה קול אלה, והוא עד או ראה או ידע, אם לוא יגיד – ונשא עונו". –* משמע, לפי הפשט ניתן ללמוד כי חובת העדות רלוונטית לכל עדות.

בתוספתא (שבועות, ג\ח), מפורש אחרת:

*"והוא עד- הכשר לעדות, ושמעה – להוציא את החרש, או ראה – להוציא את הסומא, או ידע – להוציא את השוטה, אם לא יגיד ונשא עונו – להוציא את האילם"* -דברי הראשונים.

*"ודרשת וחקרת ושאלת היטב – וכי יש דורשין לחרשים ויש חוקרין לשוטים?" –* רבי עקיבא (דברים יג טו).

התוספתא לשני הראשונים, באה ללמד הלכה עקרונית, לפיה יש פסולים לעדות, אך היא לא אומרת זאת באופן ישיר. הראשונים מגיעים למסקנה שיש פסולי דין לפי דרישת הפסוק, בעוד רבי עקיבא יוצא מנקודת הנחה שיש פסולי דין מתוך העובדה שלא ניתן לחקור אותם. מדובר בשילוב של מדרש יוצר ומדרש מקיים.

חוזרים לשאלה הראשונה – האם המדרש הוא צורה ספרותית או שהפסוק הוא מקור ההלכה?

ניתן להסיק שנשענים על פסוקים מהתורה משתי סיבות:

1. יותר קל לזכור.
2. קשר בין התורה שבכתב לתורה שבעל פה.

**מדרש יוצר (אלבק) – הפסוק הוא המקור של אותה הלכה, מתוך העיון בפסוק נולדה ההלכה**. מוצאים תשובה לשאלה הלכתית בפסוקים גם אם לא נאמרת התשובה בפסוק באופן מפורש.

**מדרש מקיים (אפשטיין)** – המדרש הוא צורה ספרותית בלבד של אופן לימוד הלכות, **הלכה מסוימת כבר קיימת בעולם אך ללא מקור ולכן החכמים חיברו אותה לפסוק מהתורה**.

**מדרש יוצר:**

**גם במדרש יוצר** – המשמעות היא שלא כל פעם הוא יוצר הלכה חדשה, לפעמים החכמים הדגישו שהמדרש הוא אסמכתא בעלמא (= נקודת אחיזה שאין בה ממש. בענייננו, לפעמים המקור של ההלכה שנדרשת מן הפסוק הוא לא באמת פסוק אלא בקבלה או במקור משפטי אחר), הוא רק סימוכין להלכות שיש להן מקור אחר.

הדעה המקובלת על רוב החוקרים היא שהמדרש מקיים את שתי הפונקציות ביחד.

**לדעת אורבך**, בתקופות קדומות היה מדרש מקיים ורק בסמוך לחורבן הבית, עם התרופפות השלטון היה מדרש יוצר.

**לדעת נויבואר**, בתקופות קדומות היה מדרש יוצר ובתקופות מאוחרות, מדרש מקיים.

**המדרש כמקור יוצר במשפט העברי:**

הדעה הרווחת היא שהמדרש לכל אורך התקופות היה בעל תפקיד **יוצר**. הנחה זו מתבקשת מתפקיד החכמים בבואם לפתירת בעיות חדשות, בעיות חדשות = הלכות חדשות.

החכמים העדיפו לפתור בעיות דרך מדרש מאשר חקיקה, משום שזו משנה ישירות את ההלכה.

**יתרונות לדרך המדרש:**

1. מתווספת הלכה חדשה להלכה קיימת, או נובעת מתוכה, אך לא מנוגדת לה.
2. קשר הדוק בין התורה שבכתב להלכה החדשה.

**הוכחות לכך שהמדרש פעל כמדרש יוצר גם בתקופות קדומות:**

1. מסכת סנהדרין, נושא "זקן ממרא" – חכם קובע הלכה המנוגדת לדעת הרוב. תיאור הסיפור במשנה: כששלושה בתי דין חלוקים – פונים לבית דין הגבוהה יותר. אם לזה אין תשובה – פונים לגבוה ביותר. אם לזה אין תשובה גם, מחליטים לפי הרוב. אם זקן חוזר לביתו ומורה הלכה כנגד דעת הרוב – הוא נידון למוות. החכמים היו חלוקים בשאלה שנוגעת לפתרון מעשי, וחילוקי הדעות נבעו מדרך הפירוש של הפסוק.(הפסוק שמכווין בדברים, פרק י"ז).
2. הקדמה: במשפט פלילי, הדיינים בוחנים פסוקים בתורה הנוגעים לעבירה הרלוונטית ומכריעים לפיהם.
3. בספר במדבר (כז), פרשת הנחלות – מפורט סדר היורשים של הנחלה. *"ואם אין אחים לאביו, ונתתם את נחלתו לשארו הקרוב אליו ממשפחתו וירש אותה, והייתה לבני ישראל לחוקת משפט כאשר צווה ה' את משה"* – **לא מוזכרת ירושת האב את הבן.**

במשנה אחרת מופיע – *"אלו נוחלים ומנחילין: האב את הבנים והבנים את האב".* – **כאן אב הנפטר - קודם בירושה לאח הנפטר**. איך לומדים זאת? דרך מדרש. "לשארו הקרוב אליו" – ' הקרוב – קרוב, קרוב קודם', והרי קרבת אב לבנו גדולה מקרבת אחים. החכמים מפרשים ומשליכים אותו כעיקרון כללי, שגובר על סדר הירושה לפי הפסוק.

על כך כתב הספרי: *"נתן תורה דעת (רשות) לחכמים לדרוש ולומר – כל הקרוב, קודם בנחלה"* – משמע, התורה נתנה את הסמכות לחכמים ליצור הלכה לפי דרשת הפסוק.

1. הקבלה לשיטות משפטיות אחרות:
* במשפט הרומי היה חוק 12 הלוחות שהיה אסור לבטל/לשנות אותו. עם זאת, בחלוף הזמן עלה צורך לעדכן אותו. הרומים השתמשו בחוק שנים עשר הלוחות כמקור ליצירת ההלכה ובכך השתמשו במדרש יוצר. הם שמרו על ההשקפה השמרנית, אם הרומים לא השתמשו בחוקים ותקנות לצורך יצירת ההלכה אלא בחרו במדרש היוצר, קל וחומר שחכמנו יפנו גם לדרך של מדרש יוצר, שכן אנו יותר שמרניים ביחס לתורה שבכתב מאשר הרומים ללוחות.
* מהות האינטרפרטציה (פרשנות) של המשפט הרומי – לפי דרנבורג, מהות האינטרפרטציה של החוק היא לעשות דרש לפסוק שאופן שישלים את מה שחסר בו- השלמה עצמית, לא חייבים להיצמד למה שנאמר במישרין. חכמנו ראו בתורה שבכתב התגלות מושלמת שיכולה לענות על בעיה חדשה מתוך עצמה, מתוך התוכן הנסתר בה שנגלה ע"י השלמה עצמית.

**סוג נוסף של מדרש יוצר – הלכות משפטיות שונות הנובעות מדרכי אינטרפרטציה שונים:**

1. **דיני גירושין**- דברים (כד\א): *"כי יקח איש אישה ובעלה, והיה אם לא תמצא חן בעיניו כי מצא בה ערוות דבר, וכתב לה ספר כריתות ונתן בידה ושלחה מביתו"* – החכמים נחלקו בנוגע לעילות הגירושין הנלמדות מהפסוק:
* בית שמאי – אפשר לגרש רק מחמת זנות או פריצות – מהמילים "ערוות דבר".
* בית הלל – אפשר לגרש גם אם בישלה לו לא טוב – גם נשענים על אותן מילים.
* רבי עקיבא – מותר לגרש אפילו אם מצא יפה ממנה – "אם לא תמצא חן בעיניו".

משמע, שלוש תשובות שונות לאותה השאלה, מאותו פסוק.

* בית שמאי – הגיוני, ערוות דבר הוא ביטוי הקשור בד"כ לזנות.
* בית הלל – למדים מפסוק הנוגע לניקוי והיגיינה מדיני מלחמה, לפיו ערוות דבר נוגעת לביזוי ומנוגדת לשמירה מקובלת על הניקיון. מכך הקישו, שכל דבר מגונה שיש בו ביזיון הוא עילה לגירושים, אפילו הקדיחה תבשילו (מעשה שביזה אותו).
* רבי עקיבא לומר את תשובתו מהבחנה בין עיקר לתפל בפסוק – עיקר הפסוק היא שלא מצאה חן בעיניו, ערוות דבר היא רק דוגמה למקרה של אי מציאת חן.
1. דברים (כד) – זכות המלווה לקבל משכון. ***"ואם איש עני הוא לא תשכב בעבוטו, השב תשיב לו את העבוט כבוא השמש"***– אסור למשכן את בגדי העני, ואם משכן את בגד הלילה שלו, על המלווה להחזיר לו אותו בלילה שילבש, ולקחת אותו בחזרה בבוקר.

***"ולא תחבל בגד אלמנה"*** - אלמנה אסור למשכן בכלל, ענייה או עשירה לפי רבי יהודה.

*רבי שמעון סובר אחרת* – עשירה מותר, ענייה אסור. למה? *"שאתה חייב להחזיר לה ואתה משיאה שם רע בשכנותיה".-* **גורס שרבי יהודה פירש מילולית ולא מהותית**.

אם מסתכלים על הפסוק מהותית, אין חובה להשיב לאלמנה עשירה את בגדה, על כן אין מקום למנוע משכון מחמת ביוש. **רבי יהודה – אלמנה=אלמנה. רבי שמעון – אלמנה=ענייה.**

לפי ר' שמעון, הפירוש לאלמנה הוא לא אישה שבעלה נפטר, אלא אישה בודדה שנשארה חסרת כל. רבי יהודה מפרש מילולית, אלמנה היא שאיבדה את בעלה, מבלי להתחשב במצבה הכלכלי.

**מדרש מקיים:**

2 דוגמאות מהתנאים והאמוראים לכך שהיה מדרש מקיים (מקרים בהם ההלכה קדמה למדרש):

1. **קניין משיכה** – פעולת הקנייה נעשית על ידי משיכת החפץ. האמוראים, ר' יוחנן וריש לקיש, נחלקו בנוגע למקור ההלכה (מדאורייתא או מדרבנן).
* **לפי ר' יוחנן** –מחכמים (מדרבנן) כי לפי התורה כסף עושה את מעשה הקניין ולא משיכה. לדעתו הסיבה לתקנה היא משום צורך להטיל אחריות לחפץ על הקונה, שמא יזלזל בו ויתן לו להיהרס משום שלא שייך לו. משמע, לפי ר' יוחנן, המשיכה היא תקנת חכמים וההלכה מהתורה נוגעת לקניין בכסף.
* **לפי ריש לקיש** – מהתורה. "מיד עמיתך"= מיד המוכר כשהוא מוסר את החפץ ליד הקונה (פעולת משיכה). ההלכה של ריש לקיש היא הלכה קיימת והוא רק שילב אותה עם פסוק שבתורה- **מדרש מקיים**.

ניתן ללמוד, כי המחלוקת בין החכמים היא לא על עיקרון ההלכה אלא על המקור שלה.

1. **דיני אבידה ומציאה** – בדינים אלו יש הלכה שחייבים להחזיר את האבידה ע"פ סימנים מזהים ואין צורך להביא עדים לאמת זאת. המחלוקת היא על האם הסימנים הם מהתורה או מחכמים. קריטי להבחין כי אם זה מדין תורה, אז אם הגט נאבד אפשר להחזיר אותו ולגרש את האישה. אם זה מדין חכמים, אז לא ניתן להחזיר את הגט כי תקנות חכמים חלים על דיני ממונות וגט שייך לדיני איסורים. נקבע כי הסימנים הם מהתורה- **מדרש מקיים**.
* אמורא רבא – טוען שזה מהתורה – *"והיה עמך עד דרש אחיך אותו" –* לא ניתן להשיב אבידה טרם המאבד דרש אותה. המשמעות הפשוטה של הפסוק היא דיי סתמית, המשמעות האמיתית היא שיש לחקור את האדם שדורש את האבידה עד שיוכיח שהיא שלו. איך חוקרים? ע"י סימנים. – מכאן שניתן להחיל על גט. לא מדובר ביצירת הלכה על ידי המדרש, אלא הסמכת המדרש להחיל הלכה מדין אחר- מדרש מקיים.

**האסמכתא במדרש:**

לגבי חלק מההלכות קבעו חכמים מפורשות שלא המדרש יצר את ההלכה אלא היא הייתה קיימת ונסמכה (הוצמדה) אל פסוק בתורה. מקרים אלה נקראים "אסמכתא". **במקרים אלו, חכמים ידעו בוודאות שהמקור של ההלכה אינו במדרש, אלא ההלכה רק "הוצמדה" מאוחר יותר לפסוק מסויים**. לעיתים נראה הלכות מדרשיות שהיה ניתן להסיק בדרך הגיונית מהפשט של הפסוק, ולמרות זאת קבעו חכמים שהמדרש הוא "אסמכתא", ומהצד ההפוך, יש הלכות מדרשיות שלא משתלבות בצורה סבירה בפסוק ועדיין חכמים לא מכנים אותן "אסמכתא".

דוגמאות:

1. **דוגמה לכך שהמושג אסמכתא לא קשור בקושי לשלב את ההלכה בפסוק אלא במגמה של החכמים לדייק את המקור של יצירת הדין:** בשמות נאמר כי אם בהמה של אדם רעתה בשדה של אדם אחר- על הבעלים לשלם את הנזק במיטב שדהו וכרמו. המחלוקת היא על אם התשלום הוא ממיטב הנכסים של המזיק או לפי טיב הקרקע של הניזוק.
* **ר' עקיבא** – כוונת הפסוק היא לטיב הקרקע של הניזוק, **אבל לבסוף לפיו ולפי חכמים** קובעים שמדובר על הנכסים המשובחים של המזיק למען תיקון עולם.
* בתלמוד הבבלי מנסים להבין איך ר' עקיבא הסיק זאת – הרי הדין הוא מתקנת חכמים, מטרתו לתת לאדם מוטיבציה שלילית לגנוב.
* התופעה שאנו רואים-את הפסוק בתורה ניתן לפרש ב2 שיטות בצורה זהה ושווה. ר' עקיבא חושב שהפירוש המקורי של הפסוק הוא מיטב שדהו של הניזק, אבל היה צריך לשנות את דין התורה בהמשך כדי לתקן את העולם ואז נקבע הפוך. למרות שהיה קל יותר לחכמים לטעון שהם הבינו בניגוד לדעת ר' עקיבא ישר מהפסוק, שהרי זה הגיוני, הם בוחרים להגיד שזו אסמכתא בלבד, הלכה שנסמכת על פסוק והוא לא המקור שלה- אלא תקנת חכמים.
* זו דוגמה לכך שהמושג אסמכתא לא קשור לכמה נוח/קשה לשלב את ההלכה הפסוק, אלא מגמה של חכמים לדייק במקור את יצירתו של הדין.
1. **הלכה שנוצרה בדרך של מדרש אך היא לא קרויה אסמכתא למרות שניתן להבין ישירות מהפסוק:** דברים (כד/טז): *"לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות, איש בחטאו יומתו".* – הפשט אומר שהאב לא ייענש על מעשי הבן וההפך.

התנאים הסיקו הלכה נוספת מהפסוק דרך המדרש, מכוח הכפילות בפסוק, שלא יגרמו האחד לשני למוות בשום צורה, לא חטא ולא עדות. ההלכה אינה מכונה "אסמכתא", למרות שההבנה מהפסוק רחוקה.

כלומר, המושג אסמכתא בא להבחין בין הלכה הבאה מדרשה, להלכה הנובעת ממקורות משפטיים אחרים ורק נסמכה אל הפסוק ע"י דרשה. (אסמכתא – רק כאשר מציינים במפורש, ז"א דומה למדרש מקיים, רק שאסמכתא צריך לציין במפורש).

**השוני הספרותי בין המדרש היוצר למדרש המקיים:**

יש 2 מגמות: מדרש שמגמתו לבאר את הכתוב בתורה וליצור הלכות חדשות מתוכה. השני הוא מדרש שמגמתו קיום ושילוב של הלכה קיימת, בתוך דברי התורה.

משמע, **במדרש יוצר** יש להוכיח את ההיגיון לפיו הפסוק הוא המקור להלכה. **במדרש מקיים**, היות וההלכה עצמה כבר קיימת, הפרשן יכול לשלב אותה בתוך הפסוק לפי ראות עיניו.

הבנה זו חשובה היות ואם נדע להבחין שלפנינו מדרש מקיים, נסתכל בסלחנות על קשר רופף בין ההלכה לפסוק.

השוני הספרותי הוא גם שוני היסטורי, מפסיקת הלכה לפי פירוש לשוני, ענייני, של הפסוק, החלו דרכי מדרש מליציות, מלאות דמיון. הסוג השני התפתח בעיקר בימיו של ר' עקיבא – הסתמכות על רמזים וסימנים בתורה. מקל על הזיכרון בתוך כמות אינסופית של הלכות.

**כרך א' ע"מ 310-312**

**דרכי המדרש של ר' עקיבא ור' ישמעאל:**

ר' ישמעאל:

* השתדל לשמור על דרך הדרש ההגיונית.
* משלב את ההלכה באמצעות 13 מידות (דרכים), שהתורה נדרשת בהן.
* כאשר מתקשה למצוא דרך מדרשית מתאימה לשילוב ההלכה בפסוק, מוותר על כך.

ר' עקיבא:

* מרחיב מעבר למשמעות הלשונית ההגיונית של הפסוק.
* משתמש בטכניקות לשוניות שמהן לומד את ההלכה (ייתור אותיות, מילים וכו').
* כאשר מתקשה למצוא דרך מדרשית, משתמש בטכניקה לשונית על מנת לשלב אותה.

במצבים רבים האסכולות מסכימות על העיקרון המשפטי, אך חלוקות בדרך שילובו בפסוק.

הבדלים בין החכמים:

1. **ר' ישמעא**ל – "דברה תורה כלשון בני האדם" – לעתים יש כפל דברים בתורה מהיותה כתובה בשפה "דיבורית".

**ר' עקיבא** – דורש כל כפל כבא ללמד הלכה או חידוש מסוים.

1. **ר' עקיבא** – המילים "את" ו-"גם" בפסוק באות לסמן על ריבוי, "אך" ו-"רק" מסמנות מיעוט. נתקל בקושי בפסוק "את ה' אלוקיך תירא" – הרי איזה ריבוי יש? ה' יש רק אחד. ר' עקיבא ביקש לשים את כללו שלו בצד במקרה זה, אך משדרשו תלמידיו תשובה, הגיע לתשובה שהריבוי בפסוק מצביע על תלמידי חכמים, גם כלפיהם צריכה להיות לאדם יראה.

**ר' ישמעאל** – לא מייחס חשיבות למילים אלו.

1. **ר' ישמעאל** – מידת המדרש של כלל ופרט (שניתן ללמוד מעקרון כללי על מקרה ספציפי ולהפך).

**ר' עקיבא** – במקום כלל ופרט, לומד "ריבה ומיעט", וכן ההפך. מאפשר לו להרחיב את המסקנות המשפטיות הרבה מעבר **לר' ישמעאל**.

1. באופן עקרוני, התורה לא קובעת עונשים פליליים על עבירות, אלא אם הזהירה מראש שמעשה מסוים אסור.

הכלל הנוגע לנושא העונשים במשפט הפלילי, מגיע במשפט העברי לפי הכלל: "לא ענש אלא אם כן הזהיר" (כמו עקרון החוקיות).

**ר ישמעאל** – מסיק מפסוק המזהיר מפני גילוי עריות (שם התורה מזהירה וקובעת עונש), שכאשר לא ניתן ללמוד עונש של עבירה מהפסוק, אזי לא ניתן להעניש גם דרך המדרש.

**ר' עקיבא** – מתעלם מהמילה "לא" במשפט: "אין עונשין מן הדין", ומסיק שניתן ללמוד עונש על ידי לימוד דרך מדרש, אם לא נקבע העונש בתורה.

**מקורות רישומיים של המשפט העברי: מתורה שבכתב ועד התנאים**

**כרך ב' ע"מ 834-848**

**המקורות שממתן תורה שבכתב עד לתקופת התנאים:**

* **התורה שבכתב** – המקור הרישומי ההלכתי הראשון – גם כרונולוגית וגם מעמדית.
* **ספרי הנביאים והכתובים** – המקור הרשמי המוסמך לאחר התורה שבכתב. נמשכים לאחר מתן תורה ועד תחילת בית שני. מספרים אלו מסיקים על הלכות ומוסדות משפטיים שלא הוזכרו בתורה. חומר משפטי מועט בעקבות מלחמות. אך אין זה אומר שלא היו הסדרים משפטיים, אלו היו קיימים גם אם לא הועלו רבות על כתב.

**דוגמאות להלכות ומוסדות משפטיים מספרי הנביאים והכתובים:**

1. דיני שבת – יש צורך גדול בתורה שבע"פ כיוון שבקושי מוזכר בתורה שבכתב. בספר ישעיה (נביאים), מוזכר פסוק על השבת. בירמיה (נביאים), מפורשת איסור ההוצאה מרשות לרשות בשבת. נחמיה (כתובים), איסור מקח וממכר כדבר שבשגרה. כך רואים שספרי הנביאים והכתובים שופכים אור על האיסור שבקושי ידענו פרטים עליו.
2. דיני קניין – בספר רות (כתובים) קונים שדה באמצעות שליפת נעל- פעולה פשוטה וסמלית. בספר ירמיה (נביאים) יש התפתחות, קונים שדה באמצעות חתימה, שקילת הכסף ומסירתו- פעולות מורכבות יותר. מה שדומה בין השניים- שניהם צריכים להיעשות בפומבי, אל מול עדים. הדוגמה הזו מלמדת שיש מציאות של הלכות משפטיות שונות, שגם הן עברו שלבי התפתחות.
3. משפט המלך – **פרשת המלך בספר דברים מציגה את חובת המלך לכתוב לו ספר תורה לעצמו ולעיין בו כל ימי חייו, ע"מ שלא יתנשא על העם ובכדי שישמור על המצוות- זה כל מה שידוע על דרך הנהגת המלך מהתורה שבכתב**. לא ידוע לנו על חובות העם אליו ולהפך.

בשמואל (נביאים), מפורט היחס בין העם למלך ישירות. העם ילווה את מרכבתו, יחרוש את השדות, יכין כלי נשק. הנשים טבחות ורוקחות. היבול צריך להינתן לעבדי המלך וכו'.

* **מעשה אחאב ונבות היזרעאלי** – (תקציר: אחאב מלך ישראל, רצה את הכרם של נבות שהיה קרוב לארמונו. נבות לא היה מעוניין למכור. איזבל, אשתו של אחאב, ארגנה משפט ראווה **שבסופו נבות יצא להורג ואחאב יכל לקחת את הכרם. בהמשך נענשו על כך**).

ניתן ללמוד מהסיפור הנ"ל כלל משפטי נוסף בדיני מלך-  **נכסיהם של הרוגי מלכות הולכים למלך.** אך ניתן להבחין במגבלה על המלך-  **מלך לא יכול לקחת לעצמו רכוש של אחר.**

1. איש בחטאו יומת – מלכים ב (נביאים), המלך אמציה בן יהואחז חס על ילדיהם של רוצחי אביו, זאת בשל הפסוק "לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות". ניתן ללמוד שהמלך עצמו גם מצווה לשמור על עקרונות היסוד של המשפט העברי- למרות שהוא מלך, הוא מחויב לא לסטות מהם.
2. דיני ערבות – בתורה מוצג פעם אחת, כאשר יהודה התחייב ליעקב אבינו על השבת בנימין ממצרים. מדובר בחריג של ערבות, לא מצב רגיל של נושה, חייב וערב, אלא יהודה הוא גם החייב וגם הערב. בספר משלי (כתובים), נוספים כללים: א. הערבות נוצרת על ידי תקיעת כף בין המלווה לערב. ב. מספיקה התחייבות בעל פה מצד הערב.

כותב ספר משלי מתייחס בשלילה למוסד הערבות, היא מוגדרת רעה ויש להימנע ממנה. לפי מקור נוסף במשלי, ניתן להסיק כי הוצאה לפועל נגד ערב שלא מילא ערבותו, מצטמצמת רק לגבולות רכושו של הערב ולא לגופו.

**ספרות משפטית כללית:**

דברים כלליים:

ימי עזרא ונחמיה ועד סוף בית שני, אין מקור רישומי מוסמך של ההלכה. במשנה מוצגות הלכות רבות שמקורן בתקופה זו, אך ללא מסמך רשום. לעומת זאת, **יש שפע של ספרות משפטית וכללית, שזו לפעמים זהה להלכות בתלמוד ולעתים מנוגדת להן**.

מה ההסבר לתופעה זו?

1. התפתחות ההלכה ועל כן ההלכה המוקדמות והמאוחרת עלולות לסתור.
2. התיאור של ההלכה אינו מדויק, משום שאלו שכתבו אותה לא היו בקיאים דיו.
3. הספרות מגיעה בתרגום ולא במקורה, לכן יכול להיות שהשתבשה בדרך.
4. ההלכה בתלמוד אינה שלמה, ישנן הלכות שאבדו ולא נשמרו.

הפאפירוסים (פאפירוס – סוג של נייר):

שם כולל למסמכים המלמדים על הספרות המשפטית והכללית. ידועים בתור "מסמכי יב", כתעודות הכתובות על גבי פאפירוסים ושייכות לראשית בית שני. התעודות כתובות בארמית ומלמדות על חיי המושבה היהודית הצבאית באותה התקופה. **ניתן למצוא בתעודות חומר משפטי חשוב, דיני ממונות, אישות וירושה. מופיעות הלכות רבות שנמצאות בתלמוד והיו נהוגות בחיי היהודים אז.**

תרגום השבעים:

שמו של תרגום התורה ליוונית, ממנו ניתן ללמוד על הנורמות במשפט העברי בתקופה זו. היתרון נובע מהעובדה שהתרגום אינו תרגום מילולי, אלא ענייני, מהותי, לפי המושגים באותו הזמן.

דוגמאות:

1. **אדם המוציא שם רע לאשתו** – ספר דברים: "ולקחו זקני העיר ההוא את האיש ויסרו אותו". תרגום השבעים: "וילקו אותו". כך פורשה המילה "יסרו" כ"מלקות". עונש המוכר בתלמוד (אחד העונשים המוגדרים שביה"ד יכול להטיל).
2. **פרשת ייבום** – בתורה: "כי ישבו אחים ידו ומת אחד מהם ובן אין לו". תרגום השבעים: "וזרע אין לו". משמע, לאו דווקא בן זכר פוטר מייבום, אלא גם בת ובעצם כל שושלת, פוטרת את האישה מייבום – זו אכן ההלכה בספרות התלמודית.
3. **מצבים בהם התרגום לא תואם את ההלכה התלמודית** – דוג' לגבי שומרים. ספר שמות: "אם לא ימצא הגנב, 'ונקרב בעל הבית'(שבועה) אל האלוקים, אם לא שלח ידו במלאכת רעהו". תרגום השבעים: על בעל הבית להתקרב לפני ה' ולהישבע. ההלכה מפרשת את המילה אלוקים כדיין, שופט, בעוד התרגום מפרש אותה כאלוקות ממש.

כתבי פילון האלכסנדרוני:

פילוסוף יהודי שחי במצרים ורוב ספריו הם פירושים לתורה, בהם נמצא חומר משפטי רב שלעתים תואם להלכה ולעתים מנוגד לה.

**דוג' לפירוש תואם – אונס אישה מאורסת**: ספר דברים: אישה שנאנסה בעיר – עונש מוות, נאנסה בשדה – פטורה. ההנחה היא שאם היא בשדה, לא יכולה לקרוא לעזרה. אם נאנסה בעיר, לא קראה לעזרה, אחרת היו מצילים אותה.

פילון: הפירוש של התורה מאפשר לאישה למסור עצמה מרצון בשדה ולהיות פטורה מעונש.

התורה דייקה: "צעקה הנערה ואין מושיעה לה" – אם לא צעקה והלכה ברצון לשדה, חייבת בעונש, כן שנסמכה על מקום המעשה כראיה לאונס, למרות שזנתה. כנ"ל לגבי העיר, אם זעקה ולא היה מי שיעזור במקום, דינה כמי שנאנסה בשדה, אין עונש.

פילון: דין הנערה לא נחרץ לפי המקום אלא לפי הרצון, פירוש זה נמצא גם בספרי (מדרש הלכה).

כתבי יוסף בן מתתיהו (יוספוס) – חומר רב על המשפט העברי בתקופת חורבן הבית השני:

* **דין עבד**- בתורה: אם העבד הקים משפחה ולא רוצה לצאת לחופשי בסוף שש שנים – "ורצע אדונו את אזנו במרצעו ועבדו לעולם", משמע צריך לחורר לו את האוזן כאות לעבדות עולם. יוספוס: נקודת מילוט נוספת – גם בשנת היובל(50, שבה משוחררים כל מיני דברים: חובות, אדמות וכו'). מפרש את המילים "עבדו לעולם", לפרק זמן מוגבל, וכך באמת פורשה המילה בהלכה התלמודית.
* ניתן למצוא מגמה ברורה בתיאורים ההיסטוריים וההלכתיים שלו. מעיד על עצמו כנשאר נאמן למקור, לתורה. אבל ניתן לראות שפעמים רבות הוא שואב הלכות ממקורות שאינם התורה. דוג': איסור ועונש מוות למי שמחזיק סם מוות (רעל). דבר שלא מוזכר בתורה כלל. דברי יוספוס מתאימים למה שהיה מקובל ברומי, שם היה נפוץ החזקת רעל, ולא נאמן לתורה במקרה הזה.

הספרים החיצוניים:

יצירות שלא השתלבו בכתבי הקודש משום שחכמי ההלכה לא הכירו בהם, לכן הם נגנזו. ספרים אלו בנויים מסיפורים, אגדות, היסטוריה, מוסר, חכמה וכו, כאשר גם פה לעתים ההלכה דומה להלכה התלמודית, ולעתים שונה. השוני נובע מחילוקי דעות באותם זמנים או משום שההלכה המתוארת הייתה של כתות דתיות ספציפית ולכן לא הייתה נהוגה באופן גורף על כל העם.

דוגמאות: ר"ת- אם בטי

1. **ספר היובלות**: המשנה בסנהדרין – מי שדינו מוות, צריך להיות מוצא להורג בסיף.

בספר היובלות – מי שרצח ולכן דינו מוות, יש להורגו באותו הכלי ששימש אותו לרצח. הם לומדים זאת מסיפורם של קין והבל, שקין רצח את הבל באבן ומצא את מותו לבסוף גם ע"י אבן. היה דיון בתלמוד הירושלמי באם לקבל את ההלכה של ספר היובלות, אך לבסוף הוחלט לא.

1. **ספר טוביה**: דיני קידושין וכתובה. תיאור של נישואי טוביה עם שרה בת רעואל, שם נאמר כי לקח לו לאישה לפי תורת משה, ברך אותם וכתבו כתובה. התיאור מזכיר כמה הלכות המקובלות בהלכה התלמודית בענייני נישואין (כתובה, ברכות נישואין וכו').
2. **ספר בן סירא**: כולל בעיקר דברי חכמה, מוסר, הלכות ורמזי הלכות. דוג': על קונה לדרוש מהמוכר לנקות את המאזניים טרם שקילת הסחורה, כדי שלא יפסיד בגין אבק וכו'. מוזכר גם במשנה – על המוכר פעם בשבוע לנקות את המשקל.

גם נושא הערבות מוזכר, על אדם לקחת ערבות בסכום שיכול לעמוד בו (נושא משפטי).

1. **ספר המקבים**: התפתחות בדין עשיית מלחמה בשבת. מוזכר כי הלכה קדומה הקובעת שאסור להילחם בשבת, גרמה לאויביי ישראל להשתמש בזה נגדם ולתקוף דווקא בשבת. מספרי מקבים למדים שבימי מתתיהו והחשמונאים, למרות שמיאנו לעשות כן, בחרו היהודים להגן על עצמם גם בשבת. מאז ועד היום זה הנוהג (הורחב גם להתקפה ולא רק הגנה במקרים מסוימים). בתוספתא – אין להתחיל מלחמת רשות שלושה ימים לפני שבת, אך מהרגע שהתחילה מלחמה, אין להפסיק, גם בשבת.
2. **איגרת אריסטאס**: מתארת את התהוות תרגום השבעים. מזכירה מצוות מזוזה ותפילין, תיאור תואם להלכה.

**סיכום המאמר**:

מסקירת הספרות המשפטית מימי עזרא ונחמיה ועד תקופת התנאים, ניתן ללמוד כי לעתים ההלכה בספרות תואמת את ההלכה בספרות התלמודית, אך לעתים סותרת אותה. ישנם מצבים בהם זו מהווה שלב בדרך של התפתחות הלכתית או מהווה דעה מסוימת בתוך שלל דעות. בזמן סקירת הספרות הזו יש לנהוג במשנה זהירות, היא לוקה בחוסר אמינות, כן שאינה בהכרח מייצגת את ההלכה הנהוגה בפועל ויש שהוכנסו בה יסודות משפט זרים ( השפעה מהדין המצרי או שמא הפאפירוסים הם כלל לא דין עברי וכנ"ל לתרגום השבעים, שלא ניתן לדעת בוודאות שלא הוכנסו יסודות משפט זרים וכנ"ל על פילון בעל ידע מועט ביהדות).

**מקורות רישומיים של המשפט העברי: מקורות מתקופת התנאים**

**כרך ב' ע"מ 856-868**

**קובצי מדרשי ההלכה:**

בתקופה קדומה, נהגו חכמים לשלב בהלכות פסוקים מהתורה, על מנת ללמד את העם. דרך זו נקראה "המדרש" והיו לה שני יתרונות: 1. המקור של חלק מההלכות היה הפסוקים, לכן נלמדו ביחד. 2. יותר קל לזכור בעל פה. הסיבה השנייה הביאה את החכמים לשלב בפסוקים גם הלכות שלא נלמדו מהמדרש, אלא ממקורות אחרים. דרך זו הייתה רלוונטית בערך עד תקופת האמוראים.

נקודת המפנה הייתה בימיהם של ר' עקיבא ורק ישמעאל, שיצרו שני בתי מדרש בעלי אסכולות שונות. משני בתי מדרש נולדו מדרשי ההלכה - קבצים המכילים הלכות שנלמדו בדרך מדרש.

 **בית מדרשו של רבי ישמעאל בית מדרשו של ר' עקיבא**

 מכילתא דר' ישמעאל – מדרש הלכה שמות מכילתא דר' שמעון בר יוחאי – שמות

 ספרי – מדרש הלכה במדבר ספרא (תורת כהנים) – על ספר ויקרא

 ספרי – מדרש הלכה דברים (עד פרשת ראה) ספרי זוטא – על ספר במדבר

 ברייתא דר' ישמעאל – ספרי דברים (מפרשת ראה)

 עוסקת ב13 מידות שהתורה נדרשת בהן

החומר ההלכתי במדרשים אלו מתייחס לתקופות שונות ולעתים קדומות מאד. עריכתם הייתה בתקופת עריכת המשנה או קצת אחריה, והיא התבצעה על ידי אנשים שונים. על ספר בראשית אין מדרש הלכה כיוון שהוא נעדר פרשיות הלכתיות.

**המשנה:**

הצורה הספרותית של ההלכה במשנה לעומת ההלכה במדרשי הלכה:

1. ההלכות במשנה מובאות **בנפרד** מפסוקי התורה (לימוד דרך הלכה ולא דרך מדרש).
2. המשנה מסודרת לפי **נושאים**.

מדובר בדרך נוספת ללימוד הלכה בצורה עצמאית ומופשטת, מבלי להישען על פסוקי התורה. יש קושי להצביע על נקודת הזמן המדויקת לשינוי זה – אך הוא ודאי החל לפני תקופת הזוגות.

שתי סיבות עיקריות למעבר משיטת הלימוד "המדרשית" לשיטת הלימוד "המשנאית":

1. **יותר קל** לרכז את כל ההלכות בנושא מסוים באותו המקום, כאשר לא מתאמצים לשלבן בפסוקים הרבים והשונים (לעתים נושא מסוים יכול להופיע ב10 פרקים שונים בתורה).
2. **דינים ממקורות משפטיים חיצוניים למדרש**. הגיעו מעולמות התקנה, הגזירה, המנהג, המעשה והסברא – היה קושי בשילובן בפסוקי התורה, לכן נלמדו כהלכות בפני עצמן.

סיכום ההבדלים:

* **ההלכה במדרש** – משולבת פסוק, ההלכות נלמדו ביחד עם הפסוק שצורף אליהן, יותר קל לזכור בעל פה (גם הלכות שלא נלמדו ספציפית מהמדרש).
* **ההלכה במשנה** – עומדות בפני עצמן, מרכזות הלכות הנוגעות לנושא אחד, משלבות הלכות ממקורות חיצוניים כהלכות בפני עצמן, מסודרות לפי נושאים.

התהוות המשנה ועריכתה:

* צורת הלימוד של ההלכה במשנה התפשטה עד שהפכה לקבצים של משניות.
* ר' עקיבא – ערך את ההלכה בקבצים משנאיים. עליו נכתב: "ר' עקיבא, עשה כל התורה טבעות טבעות" – כלומר סידר, ערך ולימד כל תחום בהלכה בנפרד. יצר קבצים של הגדות וקבצים של הלכות משניות.
* תלמידי ר' עקיבא – יצרו על קובץ המשניות שלו קובצי משניות נוספים, שאיגדו התפתחות הלכתית בבתי מדרש שונים – יצרו **בלבול וחוסר אחידות בהלכה.**
* ר' יהודה הנשיא – תלמידו של ר' עקיבא, **ערך וסידר קובץ משנה אחד שהורכב מקבצי משניות רבים.** העיקרי שבהם היה של ר' יעקב בן קורשאי, משנתו הייתה המשנה הרשמית של הנשיא ובני דינו.
* חכמי הדור שאחרי ר' יהודה הנשיא – השלימו את המשנה והוסיפו את דבריו של ר' יהודה הנשיא עצמו, ואז היא נחתמה.
* המשנה של ר' יהודה הנשיא (בקיצור "רבי") – הפכה להיות ה-משנה. **כל שאר קבצי המשניות הפכו להיות "ברייתא" – משנה חיצונית**.
* סיכום – עד רבי יהודה הנשיא, היו ניסיונות לייצר משנה מסודרת, אך אלו עלו בתוהו. רבי איחד מספר קבצי משניות של חכמים שונים ויצר קובץ מוגמר – שהיה מקובל על כולם.

המבנה הספרותי של המשנה:

פירוש המילה משנה – **חלק גורסים** שמדובר בלחזור וללמוד, **אחרים סבורים** שהמקור במילה "שני", מטרתו של רבי הייתה ליצור יצירה שתהיה **שנייה** לתורה.

2 משמעויות למושג "משנה":

1. קובץ ההלכות השלם של ר' יהודה הנשיא.
2. קטע אחד מתוך פרק במסכת מסוימת. (כך החלוקה הפנימית של קובץ ההלכות של הרבי. הפנייה לדוג': מסכת נזיר, פרק ב', משנה ה').

חלוקת המשנה ותוכנה: ר"ת לזכור- זמן נקט.

1. סדר זרעים – הלכות שקשורות לאדמה ורלוונטיות רק בארץ ישראל.
2. סדר מועד – דיני שבת ומועדים.
3. סדר נשים – משפחה.
4. סדר נזיקין – משפט אזרחי ופלילי.
5. סדר קודשים – דיני שחיטה, כשרות וקורבנות.
6. סדר טהרות – דיני טומאה וטהרה.

סדר -> מסכתות -> פרקים -> משניות בודדות.

משנה ארוכה – מחולקת ל"בבות" (בבא = שער), רישא, מציעתא וסיפא.

המשנה נוגעת בנושאים הלכתיים, משפטיים, דברי מוסר, תוכחה והגות. המסכתות נקראות בד"כ לפי הנושא בו הן עוסקות ובעברית. חריגים שלא כתובים בעברית אלא בארמית מאחר וניתנו בבבל: בבא קמא, בבא מציעא ובבא בתרא, מסכת אחת שחולקה ל3.

**סדר הבאת ההלכות במשנה:**

אחת המגמות של המשנה היא ריכוז ההלכות לפי התוכן שלהן. הדבר גורם לעתים למשנה לצאת מהקשרו המקורי של מקום מסוים. דוגמאות:

1. **מסכת קידושין** – עוסקת בנושאים הקשורים לחתונה. אך, משנות ב עד ו נוגעות לדיני קניין, ענף שלא קשור לקידושין. המכנה המשותף של הקובץ הוא דרכי הקניין השונות, נושא הקניין מתחלף ממשנה למשנה.
2. **מסכת גיטין** – מובאות במשנה ב, פרק ד, שתי תקנות של רבן גמליאל בנושא ביטול וכתיבת גט, שנעשו לשם "תיקון עולם". בהמשך מובאות משניות בנושאים שונים ומגוונים, שהמשותף להם הוא שכולן תקנות שתוקנו מפני תיקון עולם.
3. **מסכת טהרות** – מסכת ידיים, הנוגעת לטומאה וטהרה. פרק ד, משנה ו, מובא ויכוח בין צדוקים לפרושים, בנוגע להאם\מתי חייב אדון לשלם על נזק שעשה עובדו. במשנה שלאחריה, מובא ויכוח אחר בין שני הצדדים, הפעם לגבי כתיבת תאריך בגט. **המשותף - ממד ההיסטורי, ויכוח ההיסטורי בין הכתות.**

מכאן שלמרות הסדר שניסה רבי ליצור, משום שהתעקש לשמור יחד על קבצים שהיו מאוגדים יחד במקור, פעמים רבות המשנה נוטה לחרוג מהנושא המקורי של המסכת בה היא ממוקמת.

**מהותה הקודיפיאקיטיבית (כינוס ואיסוף חוקים, ליצירת מערכת חוקים) של המשנה:**

חוקרים רבים נחלקו בשאלה, האם רבי ביקש ליצור אנציקלופדיה הלכתית – מבלי לפסוק הלכה, או שמא רצה ליצור קודקס (ספר חוקים מחייב), נקרא גם "**קורפוס יוריס**".

התשבה היא מורכבת היות ולעתים ניתן להבין מהכתוב במשנה שמדובר בקובץ מחייב של הלכות פסוקות – כך גם התייחסו אליה חכמי התלמוד. מנגד, ישנם חלקים רבים במשנה בהם מובאים חילוקי דעות – דבר היוצר תחושה שלא מדובר בהלכה מחייבת, אלא הצגת וריכוז המחלוקות.

דוגמאות:

1. ישנה הלכה לפיה בשנת שמיטה, כל חוב של הלוואה מושמט. **מנגד**, במשנה כתוב שחוב שנוצר "בהקפה" (תשלום דחוי), לא נשמט אלא אם המוכר החשיבו כהלוואה.

בתוספתא (קובץ הלכות חיצוני למשנה), מוזכרים חכמים הנחלקים בשאלה זו.

**בפועל רבי הכריע במחלוקת, הביא במשנה את ההלכה הפסוקה, מבלי לציין את המחלוקת**.

1. "מחיקת" דעות מסוימות במחלוקת – במשנה "ברכות" דנים בזמני קריאת שמע בתפילת ערבית. התשובה - "משעה שכוהנים נכנסים לאכול בתרומתן" – בערך זמן שקיעת השמש.

בתוספתא "ברכות" – מוצגת מחלוקת בתשובה בין ר' מאיר לחכמים.

**שוב, רבי יהודה הנשיא הביא במשנה רק את דעת החכמים וככה הכריע כדבריהם**.

ניסוח ההלכה במשנה בסתם ובלשון חכמים:

דרכו הייחודית של רבי בניסוח ההלכות מאפשרת לקורא להבין מה ההלכה הנכונה, גם במצב בו מובאות כמה דעות שונות במשנה. את הדעה הקובעת מביא רבי בצורה אנונימית, סתמית לכאורה, מבלי לציין את שם החכם. כך בוחר רבי בדרך הראויה, בה לא נותנים ייחוס לחכם שההלכה נפסקה לפיו **ואילו בדעה המנוגדת יהיה ייחוס לחכם שאמר אותה**. דוג' לכך מעדותו של רבי יוחנן, לפיה כאשר רבי ביקש לפסוק הלכה כרבי מאיר וכדעת רבי שמעון, הביא את דבריהם באנונימיות.

**ע"מ 879-887**

מושגים:

* קזואיסטי – שיטה של בחינת כל מקרה לגופו.
* נורמטיבי – עקרון משפטי כללי – ניסוח מתומצת וחד.

יש להבין את המושגים היותר והמאמר בנוי בצורה בה הוא מביא דוגמאות לשני סוגי הניסוחים מהמשנה. כותב המאמר גורס באופן עקרוני כי השיטה הנהוגה במשנה היא הקזואיסטית.

דרך ניסוח המשנה:

כדי להבין את המהות הקודיפיאקטיבית של המשנה, יש לשים לב לתופעת הניסוח המיוחד שלה.

הוראת דין במשנה יכולה להיות מנוסחת בשתי דרכים: הקוזאיסטית או הנורמטיבית.

**בניסוח הקזואיסטי** – הדין מובא בצורת קייס, פירוט עובדתי וקונקרטי שבעקבותיו נקבעה הלכה.

**הניסוח הנורמטיבי** – מובעת הנורמה, הכלל המופשט של רעיון משפטי מסוים, ללא המחשה.

כיום, אני רגילים לניסוח של חוקים בצורה נורמטיבית, ללא דוגמאות קזואיסטיות ספציפיות (חוקים יבשים). לעומת זאת, המשנה מנוסחת ברובה בצורה קזואיסטית (כמו פסיקה). דרך זו אופיינית להלכה מתחילתה ועד ימנו, היות וזו התפתחה בד בבד עם התקדמות הדורות, תוך הכרעות במחלוקות ספציפיות ומסירת ההלכה מדור לדור.

לעתים ניתן למצוא במשנה גם ניסוחים מעורבים או נורמטיביים לחלוטין, אך זה נדיר למדי.

ניסוח קוזאיסטי:

במסכת בבא בתרא נקבע שאדם לא יחפור בורות מים ותעלות בצמוד לבורות או תעלות של אחר, ומגדירה את המרחק הראוי. (בהמשך, מפרטת סוגי פסולת ומזיקים שצריך להרחיק מבור של אחר).

המשנה מונה רשימה של סוגי בורות ותעלות אליהם הדין מתייחס. בנוסף, קובעת עיקרון מהותי בדיני נזיקין – גם כשאדם פועל מתוך השטח הפרטי שלו, חובה עליו להיזהר מפני גרימת נזק לשכן.

**אנו עדים להסקת נורמה משפטית מתוך הניסוח הקזואיסטי**: אסור לאדם להזיק לחברו, גם מתוך שטחו הפרטי. המשנה מביאה דוגמאות מחיי המציאות הממשיים, למרות שיכלה לחסוך אותן.

תרכובת של ניסוח קזואיסטי ונורמטיבי:

קורה כאשר הנורמה באה לסכם ולהסיק עיקרון משפטי הנובע מהדוגמאות הקוזאיסטיות.

דוגמאות:

1. **במשנה בבא בתרא** מוזכרות שתי תקופות לעניין חזקת נכסים: "חזקת הבתים והבורות והשיחין... וכל שהוא עושה פירות תדיר, חזקתן שלוש שנים מיום ליום. שדה הבעל חזקתה שלוש שנים ואינה מיום ליום".

מדובר בהוכחת בעלות על נכס. "עושה פירות תדיר" – משתמש בנכס באופן קבוע. לפי ההלכה הזו, יש לשמור את שטר הנכס שלוש שנים מיום רכישתו. לאחר שלוש שנים, מספיק שיש עדים לכך שהנכס שלו.

**נכס שעושה פירות תדיר** – תקופת החזקה שלוש שנים, מיום ליום.

**נכס שאינו עושה פירות תדיר** – תקופת החזקה שלוש שנים, לא מיום ליום.

בסוף המשנה כתוב העיקרון בצורה מפורשת, ולמרות זאת בהתחלה יש רצף דוגמאות קזואיסטיות שמדגימות את העיקרון.

1. **משנה נוספת בבא בתרא**: אם שני אנשים שותפים במגרש, ניתן לכפות את חלוקתו על השותף, רק אם ישארו לכל הפחות ארבע אמות לאחר החלוקה. בשדה – עד שנשאר שטח לזריעת תשעה קבין כל אחד (ר' יהודה סובר שזה תשע וחצי). גינה – חצי קב לכל אחד. רשימת הדוגמאות ממשיכה (טרקלין, שובך, טלית וכו'), ואז המשנה מסכמת: "זה הכלל: כל שיחלק ושמו עליו – חולקין, ואם לאו, אין חולקין". שוב, דוגמאות רבות בהתחלה ובסוף הכלל באופן ברוב – לא ניתן להכריח אדם לחלק את נכסו, אם החצי שישאר בידו לא ראוי לשימוש המקורי בנכס.

הויכוח בנוגע לתשע או תשע וחצי מיותר, כאשר מבינים את העיקרון המהותי של ההלכה.

ניסוח נורמטיבי( נדיר) - דוגמאות:

בבא קמא: "כל שחובתי בשמירתו – הכשרתי את נזקו. הכשרתי במקצת נזקו, חבתי בתשלומין כהכשר כל נזקו" – **על השומר מוטלת האחריות לחפצים שהוא שומר עליהם ועל הנזקים שאותם חפצים יגרמו, באם יהיו כאלה**. נלמדים שני עקרונות נזיקיים מהותיים:

* על אדם ששומר על חפץ, מוטלת האחריות לשמור עליו והוא יישא בתשלום לנזק.
* אין אחריות חלקית, השומר חייב בכל הנזק גם אם אחראי לחלקו. דוג': לפי הגמרא, אין לחפור בור בעומק עשרה טפחים, אדם שחפר בור עמוק יותר יעמוד אחראי לנזק. לפי העיקרון במשנה, גם אם פלוני חפר בור בעומק תשעה טפחים, פלוני שני הגיע והוסיף טפח אחד. אם יפול שור לבור וימות, יהיה השני חייב בכל עשרת הטפחים כאילו חפר את כולם.

**במשנה זו אין קזואיסטיקה בכלל – מדובר בשני עקרונות משפטיים המובעים בצורה נורמטיבית, שמהם ניתן לפסוק כל מקרה לגופו**.מאוחר יותר, יקחו האמוראים בתלמוד את המשנה הזו ויצקו לתוכה דוגמאות מחיי היום יום, ידונו במקרי קצה בהם אדם "הכשיר במקצת" את הנזק שנגרם (**לדוג':** חמישה אנשים יושבים על ספסל, בא שישי ומתיישב, הספסל נשבר, השישי חייב במלוא הנזק. 10 אנשים היכו אדם ופצעו אותו, בא האדם ה-11 והמכה שלו הרגה את האיש והוא אחראי על המוות שלו).

**לסיכום – שלוש צורות לניסוח המשנה:**

1. הצורה הרווחת – ניסוח קזואיסטי בלבד.
2. צורה שנראה לעתים, ניסוח משולב – קזואיסטי-נורמטיבי.
3. צורה נדירה – ניסוח נורמטיבי בלבד.

**הניסוח הקזואיסטי הוא המקובל**. דרך זו מביעה את התפתחות ההלכה ע"י פתרונות מיוחדים לכל בעיה ממשית ולה פתרון ספציפי. שיטה זו נותנת גמישות להלכה בבואה לפתור בעיות חדשות. כשההלכה נתקלת בבעיה חדשה, היא מדמה אותה לבעיה שנפתרה בעבר, וע"י הדימוי מפעיל הפוסק את שיקו"ד אם הדין יחול על הבעיה החדשה. הגמישות הזו אפשרית יותר בהלכה הקזואיסטית שקובעת דין למקרה ספציפי, מאשר הלכה שנקבעת כעיקרון נורמטיבי שקשה לחלוק עליו והוא רעיון משפטי כללי בצורת נורמה מחייבת.

סגנון המשנה:

מאפיין נוסף מיוחד הוא סגנון העריכה, מצד אחד תמציתי ומצד שני מאד ברור (בניגוד לציפייה מתמציתיות שתביא לעמימות, המשנה ידועה בבהירות הגדולה שבה).

הרמב"ם מסביר למה בחר בסגנון המשנה לכתיבת החיבור הגדול ביותר שלו, "משנה תורה", משום שלטענתו זו הלקון הקלה לרוב בני האדם (בניגוד לתורה או ללשון התלמוד הארמית).

התוספתא:

**מקור הלכה נוסף מתקופת התנאים, תוספת למשנה ובעל אותו מעמד הלכתי מחייב**.

דוגמאות להוספות והשלמות של התוספתא על המשנה:

1. העתקת קטעים והסברתם או הוספת נימוקים במשנה – לדוג': במסכת בבא קמא כתוב: "שום כסף ושווה כסף, בפני בין דין, ועל פי עדין בני חורין בני ברית, והנשים בכלל הנזק, והנזק המזיק בתשלומין" – **משנה קצרה, עם כללים לא ברורים**. פירוש התוספתא: "שום כסף-אין אומרין תצא פרה בטלית ולא טלית בפרה, אלא שמין אותם בכספים" – משמע, יש לאמוד את הנזק בכסף ולא לעשות "החלפות" (השבה העין).

**התוספתא לעיתים מעתיקה קטעים מהמשנה ומפרשת אותם.**

1. הוספת מחלוקות ודעות מיעוט –הלכות שמוזכרות במשנה בצורה סתמית, ניתן למצוא בתוספתא בתוך הקשר – בתוך מחלוקת בין תנאים שונים. **כך התוספתא מלמדת על מגמת הפסיקה של הרבי אל מול פסיקות/דעות אחרות.**
2. הרחבת הלכה והוספת דינים – דוג' במסכת בבא מציעא: מי ששומר על פירות של אדם אחר, גם אם הם נרקבים ונהרסים, אין לו זכות למכור אותם. **רבן שמעון בן גמליאל** אומר שימכור אל מול בית הדין, בגלל שהוא כמו מי שמחזיר אבדה לבעליה (אם לא ימכור, הם צפויים "להיאבד" כי יהרסו). בתוספתא: אותה הלכה בדיוק עם תוספת, בעל הבית רשאי להפריש את הפירות האלה, שנרקבים, כתרומה (מעשר), על פירות אחרים שיש לו, כי חברו לא ישתמש בהם. אותה הלכה מופיעה בנוסח אחר בתוספתא, מה שמצביע על היות ההלכה ממקור אחר. **מכך משתמע שיש הלכות בתוספתא שאינן נמצאות כלל במשנה**. **דוג' נוספת**: מסכת כתובות, המשנה מביאה נוסח של כתובה. בתוספתא הובאו נוסחים של מסמכים מגוונים – כתובה, שטר משכון וכו'.

לעתים יש חוסר תיאום סידורי בין המשנה והתוספתא, חלוקת הפרקים עשויה להשתנות וכך גם סדר ההלכות בכל פרק. הסיבה נוגעת לכך שמי שערך את התוספתא השתמש בקובץ קדום, שהיה קשור לקבוץ משניות אחר מזה שחילק וסידר רבי. **זמן עריכת התוספתא מיוחס לדור שמיד לאחר רבי – דור המעבר מתקופת התנאים לתקופת האמוראים**.

**מקורות רישומיים של המשפט העברי: מקורות מתקופת האמוראים**

**כרך ב' ע"מ 889-904**

**הקדמה:**

אנו עוברים מתקופת המשנה, בה החכמים נקראו תנאים – לתקופת הגמרא , מיצירת התלמוד ועד חתימתו. **התלמוד מכונה בארמית גמרא**.

סדר החכמים בתקופת הגמרא: אמוראים -> סבוראים -> גאונים -> ראשונים -> אחרונים.

**המקורות הרישומיים בתקופת האמוראים:**

שני התלמודים: הירושלמי והבבלי. שני אלו ובעיקר הבבלי, כוללים בעיקר את יצירתם של האמוראים – עד ימנו הם המקור המוסמך החשוב ביותר במקורות הרישומיים של המשפט העברי.

**ביאור מונחים:**

1. אמורא – מארמית, "אמר" = לפרש, לתרגם. האמוראים עסקו בעיקר בפירוש והסברת המשנה. משמעות נוספת היא מתורגמן שעמד ליד הדרשן בדרשה בציבור (פירקא).
2. תלמוד – יש כמה משמעויות, 2 רלוונטיות לנו: 1. דיוני האמוראים במשנה של רבי יהודה הנשיא. 2. שם שכולל את משנת רבי ואת דיוני האמוראים – המשמעות המקובלת היום.
3. גמרא – מחלוקת בין חוקרים בנוגע למקור המילה. חלק מהפירושים: 1. "גמר"-השלים. 2.לימוד. 3. קבלה ומסורת. **המשמעות המקובלת היום היא הלימוד, הדיון והדברים של האמוראים.**

**ראשי האמוראים לדורותיהם:**

* אמוראי **בבל** – 7 דורות - 300 שנים. במהלך שנים 220-500 לספירה.
* אמוראי **א"י** – כתבו את התלמוד הירושלמי, 5 דורות - 200 שנים. במהלך שנים 220-400 לספירה.

מסוף הדור ה7 של אמוראי בבל – מתחילה תקופת המעבר מאמוראים לסבוראים.

בתחילת התקופה הזו פעל האמורא רבינא, שהשלים את עריכת התלמוד. ובסוף התקופה הזו פעל ר' יוסי, מחותמי התלמוד וראשוני הסבוראים.

\*\*\*שמות ראשי האמוראים לדורותיהם מצוינים במאמר עצמו ע"מ 891.

**התלמוד הבבלי:**

אחרי שבני ישראל הוצאו לגלות, הגיע לבבל המון יהודי. חלק השתקעו בה וחלק עלו לארץ ישראל בתקופות שונות. הכינוי "גולה" הפך לכינוי היישוב היהודי בבבל, ושם היה המרכז היהודי הגדול ביותר מחוץ לישראל.

עד תחילת המאה השלישית, מרכז התורה העיקרי היה עדיין בארץ ישראל. בתקופה זו פקד את המרכז היהודי בארץ משבר מדיני וכלכלי, אשר השפיע רבות על לימוד התורה והפצתה.

התלמידים של רבי, רב ושמואל, ראשוני אמוראי בבל, חזרו לבבל והפכו אותה למרכז התורה וההלכה: רב עמד בראש ישיבה בעיר סורא, שמואל בעיר נהרדעא. הם היוו את נקודת המפנה במעמדה של בבל כמרכז ההלכה – שממנו יוצא לאחר 300 שנים המקור העיקרי במקורות הרישומיים של ההלכה – התלמוד הבבלי.

**לימודם של אמוראי בבל והכלול בתלמוד הבבלי:**

רב ושמואל הביאו איתם לבבל את משנתו של רבי, שהייתה ל"מתניתין" – "משנתנו" (מארמית), של אמוראי בבל. המשנה הפכה לספר החוקים של ההלכה, בעוד המשניות שלא הוכנסו לתוכה הפכו לברייתות חיצוניות.

האמוראים החלו לפרש ולבאר את המשנה, לתרץ את הסתירות בתוכה או בין הלכות בה להלכות אחרות בברייתות ובתוספתא. הלימוד המעמיק של האמוראים הביא לעיתים ליצירת הלכות חדשות – "מימרות" (= הלכות שנתחדשו ע"י האמוראים), הם עשו זאת בדרכם של התנאים, בצורת המדרש, האינטרפרטציה והתייחסו למשנה כסמכות סופית ומחייבת שאין לחלוק עליה. בנוסף, המשיכו לפתח את ההלכה ע"י חקיקה- תקנות וגזירות.

בנוסף, הוסיפו לתלמוד המון עובדות, פס"דים שניתנו ע"י האמוראים, שהיו מקור לעקרונות והלכות חדשים- שאלות שנשאלו ותשובות האמוראים עליהם היו למקור להלכות חדשות.

תופעה ספרותית נוספת – **כללי הפסיקה**. כיצד וכמו מי צריכה להיפסק ההלכה. משפטים כגון: "רבי יהודה ורבי יוסי – הלכה כרבי יוסי. "

ישנו קשר בין אמוראי א"י לאמוראי בבל, זאת משום שהם נטו לנדוד מפה לשם, תוך שהם מביאים איתם את התורה מהמקום ממנו באו. קשרים אלו מתבטאים בכמה דברים:

1. הבאת שאלות ותשובות – שנשלחו מ"הכא להתם" – משם לפה, ולהפך.
2. הבאת דעות של חכמי א"י בתלמוד הבבלי ודעות של חכמי בבל בתלמוד הירושלמי.
3. חלק גדול מ"השקלא וטריא" (=מו"מ) – המו"מ של האמוראים סבבו סביב דבריהם של מקביליהם.

דרך הדיונים, מו"מ וההשוואות של ההלכות השונות- נוצרה תופעה ספרותית מהותית בהלכה:

מגמתם של האמוראים הייתה גיבוש **כללים ועקרונות.** האמוראים עסקו בקביעת כללים הלכתיים ומשפטיים כלליים ובהסקת מסקנות מתוך פסיקות דומות.

בעקבות ניסיון האמוראים לבאר את המשנה, בעיקר במקומות בהם כתובה בצורה קונקרטית-קזואיסטית, נולדו מושגים רבים. מטרת מושגים אלו הייתה ליצור סדר ברצף המקרים הקזואיסטי כפי שמובא בהלכה, על כן ניתן לראות בגמרא רצף של עקרונות, היגיון, חשיבה משפטית הלכתית – בשונה מהמשנה.

לסיכום, התלמוד משלב בתוכו חומר משפטי רב, פירושים וביאורים למשנה, מימרות, תקנות, מנהגים, מעשים, שו"ת, כללי פסיקה ופרשנות ועקרונות משפטיים רבים. בנוסף מכיל בתוכו המון מההלכה שקדמה לו - ברייתות, מאמרים, תקנות ומעשים שנמסרו ועברו מדורות קודמים והשתלבו בדבריהם. **המשקל הרב לצורה זו ניתן בשל היותה מסדרת ומקבעת עקרונות משפטיים מנחים.**

**עריכת התלמוד הבבלי וחתימתו:**

* בעקבות החומר הרב, עבר מספר עריכות ובנוי משכבות של תקופות ומחברים שונים.
* הדעה הרווחת בקרב החוקרים – עריכת התלמוד החלה באמצע תקופת האמוראים.
* העריכה הגדולה והמסכמת נעשתה ע"י רב אשי ורבינא – הם היום "סוף הוראה".
* רש"י, פירש את המושג "סוף הוראה" – שעד סוף ימיהם של רב אשי ורבינא לא הייתה גמרא מוסדרת, אלא כל חכם היה אומר את ההלכה שהוא מכיר.
* רב אשי ורבינא – סידרו את דעות החכמים, שיבצו לפי סדרי המסכתות, התאימו הלכה למשנה המתאימה – וקבעו הכל בגמרא, לפי סידורה של משנת רבי יהודה הנשיא.
* לאחר כל משנה הוכנס החומר הנוגע לאותה משנה – דיון האמוראים בנושא, מעשים ודוגמאות קשורות וכו'.
* הרמב"ם מציג 4 מטרות שעמדו לנגד רב אשי:
1. ביאור המשנה וכל הפירושים השונים, תוך בירור הטענה הצודקת. – המטרה העיקרית.
2. פסיקת הלכה כדברי אחד החולקים במשנה או כאחד הפירושים.
3. הצגת החידושים שחכמי כל דור חדשו מן המשנה – הגזירות והתקנות.
4. דרשות המתאימות לעניין כל פרק.
* חוקרים סבורים שחתימת התלמוד נעשתה ע"י רבינא(השני). **חתם את תקופת האמוראים.**

**הסבוראים:**

חכמי ההלכה שלאחר האמוראים, הכניסו תוספות והשלמות לתלמוד. הכרעות ופירושים שונים שלהם נכנסו לתלמוד ומיוחסת להם קביעה של כמה כללי פסיקה והשלמות שונות בעריכת וסידור התלמוד. יש אף שמייחסים להם את העלאת המשנה והתלמוד על הכתב. (נגיעות מהותיות)

בתחילת הגאונים (אחרי הסבוראים), נכנסו שינויים טכניים קלים לתוך התלמוד הבבלי **וכך נחתם.**

כך שהסבוראים היו נגיעות **תוכניות מהותיות** בתלמוד הבבלי, ולגאונים **נגיעות אחרונות טכניות**.

**עריכת התלמוד – על חלק מהמשנה:**

* התלמוד הבבלי נערך רק על 36 מתוך 63 המסכתות במשנה.
* לא הוכנס: סדר זרעים (חוץ מברכות), סדר טהרות (חוץ מנידה), חלק מקדשים ועוד.
* **תופעה זו מבליטה את הקשר ההדוק בין התפתחות ההלכה מבחינה עניינית וספרותית – לבין חיי המעשה במציאות.**
* לדוג': זרעים לא רלוונטי לבבל, כי מדובר בדינים הרלוונטיים רק לא"י.
* כך המשיכו הפוסקים הגדולים (הריף, הראש וכו'), לצמצם את היקף הקודיפיקציות שלהם ל"**מצוות הנהוגות בזמן הזה" – מצוות הרלוונטיות מבחינת מקום וזמן.** הם התמקדו בחצי מהמשנה של רבי ולא התעסקו בכל ההלכה בתלמוד- אלא רק במה שרלוונטי: סדר מועד, נשים ונזיקין.
* הרמב"ם – ביקש לתקן את התופעה האמורה, לכן בקודקס שלו "משנה תורה" כלל את כל מערכת ההלכה – מדובר בדוג' יוצאת דופן והוא **היחיד** שעשה את זה.

**התלמוד הירושלמי:**

התפתח במקביל לתלמוד הבבלי ועיקר עיסוקים- כמו של אמוראי בבל- הייתה משנתו של רבי. משנתו הייתה קובץ החוקים המחייב של ההלכה וקבצי המשניות האחרים שימשו אותם להבהרה של משנת רבי. הירושלמי כלל את אותם הסוגים הספרותיים של הבבלי (פירושים למשנה, תקנות, מעשים, שו"ת...) וגם פה היה שימוש בהלכות מתקופות קדומות שהובאו בדיון של אמוראי א"י. ישבו בעיקר בטבריה, ציפורי, קיסרין ולוד.

ההבדלים בין התלמודים לפי החוקרים – העיקרי הוא היקף המשא ומתן והדיון. בירושלמי הדיון הרבה יותר קצר ותמציתי. הבדל נוסף הוא הלשון- השפה הארמית הא"י שונה מהארמית הבבלית. שינוי תוכני – מסקנות שונות לאותן סוגיות ולעיתים נוסח שונה לאותה הלכה.

עריכת התלמוד הירושלמי:

* רוב העריכה נעשתה בטבריה.
* שלבים שונים של עריכה, פחות טובה מזו של הבבלי (תנאים קשים בא"י).
* עכב כוחות פוליטיים וטיב העריכה – גרמו לעיכוב בהפצתו ולימודו ואי לכך, **סמכותו פחותה משל הבבלי**.
* **כאשר יש מחלוקת בין התלמודים – הכרעה לפי הבבלי.**

מבנה:

* ארבעת הסדרים הראשונים של המשנה – זרעים, מועד, נשים ונזיקין, ופרקים הראשונים של מסכת נידה. בירושלמי כן הייתה מסכת זרעים מאחר והוא נכתב בא"י והלכות חקלאיות אלה היו חשובות בחיי היהודים בא"י.
* נערך על 39 מסכתות (לעומת 36 בבבלי), אבל קצר מהבבלי ב2\3, בגלל ניסוח קצר.

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

* החוקרים דנו בשאלה האם שימש התלמוד, בנוסף להיותו פרשן המשנה, גם כספר חוקים של המשפט העברי?
* לכאורה קשה להניח שהתלמוד מהווה ספר חוקים, היות והוא בנוי בצורה של הצגת "ויכוחים" רבים, כאשר רק לעיתים מובאות הלכת מוכרעות או כללי פסיקה. אולם, חלק מהחוקרים טוענים שאף שהתלמוד לא נראה בעניינו כספר חוקים, כפי שאנו מכירים, אך ייתכן שמטרתו המקורית הייתה לשמש כספר חוקים באותה תקופה.
* לדעת בלאו (חוקר), התלמוד תפס את מקומה של המשנה כספר החוקים המחייב. למרות שהמשנה נשארה יסוד לתלמוד – **פסיקת דין תיעשה רק על ידי התלמוד**.
* גנצבורג (חוקר), סובר שהתלמוד נועד להיות ספר טקסטים ופירוש לספר חוקים – המשנה.
* כך או כך, ישנה הסכמה גורפת שהתלמוד הפך להיות המקור המוסמך והיחיד של כל ההלכה העברית.
* הגאונים – הם היו שהפכו את מעמדו של התלמוד מספר פירוש לספר חוקים.
* לפי הרמב"ם – כל מה שכתוב בתלמוד הבבלי, חייבים כל ישראל לציית לו. עם ישראל הסכים לא להוסיף עליו ולא לגרוע ממנו ממש כמו שאין להוסיף ולגרוע על התורה שבכתב. **מכאן ואילך התלמוד הוא מקור לכל עיון ודיון הלכתי.**

**מקורות רישומיים של המשפט העברי: פירושים וחידושים.**

**ע"מ 915-933**

**ספרות הפירושים לתלמוד הבבלי:**

* בתקופת הגאונים:

בתקופה זו ספרות הפירושים החלה כפירוש מילים וביטויים קשים, כשהם מכוונים בעיקר לאנשים מארצות אחרות. בני בבל לא היו זקוקים לפירושים, התלמוד היה כתוב בשפתם וגם שנים לאחר מכן, תלמידים חכמים ידעו לקרוא ולא נזקקו לפירוש. פירושי הגאונים הגיעו כתשובה לבקשת חכמים מחוץ לבבל שביקשו פירוש מילים, מושגים ותוכן התלמוד. פירושי הגאונים הגיעו במפוזר ולא מסודרים לפי סדר המסכתות.

* בתקופת הראשונים:
* פירוש רבנו חננאל (צפון אפריקה): הפרשנות הפכה מפרשנות מילולית (תרגומי מילים והבהרת מושגים) לפרשנות על תוכן הסוגייה. ניצנים ראשונים של פרשנות זו מופיעים בסוף תקופת הגאונים **בצפון אפריקה**, רבינו חננאל פירש פירוש זה. פירושו בהיר ופשוט, לעתים מביא את דברי הירושלמי ומתאפיין בתמצות תוכן הסוגייה. מבאר את החלקים הקשים יותר ומדלג על חלקים ברורים. **מגמת הפסיקה שלו חריגה,** היות ולעיתים רבות **קובע את ההלכה בסוף הסוגייה**, אולי בגלל זה פירושו מקיף רק חלקים אקטואליים - סדרי מועד, נשים ונזיקין בעיקר.
* רבינו גרשום מאור הגולה (אשכנז): הפרשנות הגיעה לשיא דווקא בארצות אשכנז וצרפת, למרות שאלו לא היו בקשרים מדיניים ומסחריים עם בבל. בסוף המאה ה10 התפתח מרכז תורה באשכנז, שם עמד רבינו גרשום מאור הגולה – גדול חכמי אשכנז.
* רש"י ופירושו על התלמוד: ראש מפרשי ההלכה והיהדות ואולי הגדול שבהם. עסק בעיקר בפירוש התורה והתלמוד הבבלי. **בזכותו הפך התלמוד הבבלי נגיש לכל אדם, לתלמידים חכמים וגם ל"פשוטי העם".** יכולתו המיוחדת הייתה להכניס את פירושו בין שורות הסוגייה, כך שנראה כאילו היה חלק ממנה במקור. פירושו קצר וקולע. פירושו הפך לחלק בלתי נפרד מהתלמוד.

התהוות פירושו של רש"י:

בתקופה ההיא, היה נהוג שתלמידים ישבו וכתבו את דברי רבם, תוך הוספת הערות על דבריהם. כך גם רש"י, כתב ניסח ועיבד לפי פירושים שהיו מבוססים על פירושו של רבינו גרשום (רש"י היה תלמיד של תלמידו). כך שניתן לראות בפירושו של רשי פירושים שונים של מספר חכמים, אך בחוכמתו הרבה הצליח רשי לסדר אותם כך שיראו כיצירה אחידה, שלמה ובהירה. פירושו התקבל כפירוש הקלאסי של התלמוד ותמיד מודפס לצידו.

**ספרות החידושים לתלמוד הבבלי:**

החידושים האשכנזים – בעלי התוספות:

* השתמשו בשיטה המנתחת והביקורתית של רש"י, היוו את תחילת ספרות **החידושים**.
* בדומה לחכמי התלמוד, נהגו ללמוד בדרך הקולקטיבית – **שקידה ועיון מעמיק בהלכה**.
* המשיכו בעצם את יצירת התלמוד וזכו, כמו רש"י, להיות מודפסים בצמוד לגמרא.
* **הגמרא, רש"י ותוספות – הפכו ליחידה אחת בעולם ההלכה.**
* המשיכו את דרכו של רש"י בהנגשת התלמוד ויצרו יצירה של גדולי ההלכה באשכנז.
* ראשוני בעלי התוספות היו תלמידי רשי, החלו כתוספות פרשניות לפירושו של רש"י ובהמשך התרחבו לכדי תוספות לתלמוד עצמו.

התהוות חידוש בעלי התוספות:

* "תוספות פלוני התלמיד שנכתבו לפני אלמוני הרב" (למשל, תוספות הרשב"ם שנכתבו לפני רש"י) – תוספות לתלמוד שנכתבו ע"י תלמידי וחכמי ישיבות. התלמידים עברו מישיבה לישיבה והפיצו את חידושי בית המדרש שלהם- בתוספות יש קבצים רבים שכל אחד נשא את השם של בית המדרש שלו.
* דמיון לתלמוד: שניהם משקפים את הוויכוח והדיון בבית המדרש בשאלות ההלכה ופירושה.
* שוני מהתלמוד: בתלמוד הדיון מופיע בצורת דו שיח, בעוד שבתוספות הוא מובא בד"כ בלשון קושיא ותירוץ ("קשה לרבינו.. ויש לומר"). שוני טכני, לא מהותי - בעקבות ריבוי חומר הלכתי שהיה זמין לבעלי התוספות, הדיונים בתוספות היו גדולים יותר מהתלמוד.

**חלק מבעלי התוספות**:

* **הרשב"ם**- מחבר פירושים למסכתות בתלמוד ואחד מגדולי פרשני המקרה.
* **רבנו תם**- אחיו של הרשב"ם, גדול חכמי צרפת וממנהיגיה הגדולים.
* **רבי יצחק (ר"י) הזקן**- מכונה בעל התוספות.
* **ר' שמשון משנץ**- תלמידו של ר"י הזקן. חיבר פירושים לשני סדרי משנה שאין עליהם תלמוד בבלי: סדר זרעים וטהורות.
* **המהר"ם מרוטנברג**- מאחרוני בעלי התוספות ומגדולי מעצבי המשפט האזרחי והציבורי העברי.

פסקים ושו"ת בתוספות:

* בנוסף לחידושים, יש בספרות שו"תים רבים וגם ספרות פוסקים.
* אין קובץ אחד של שו"ת, מפוזר בקבצים שונים של תשובות והכרעות הלכתיות.
* ראו את התלמוד כמקור המחייב והמכריע ולכן **הכלילו את פסקי ההלכה כחלק מהדיון טרם הסקת המסקנה ההלכתית**.
* כך דמה החיבור של בעלי התוספות למעין "תלמוד" חדש – לא רק פירוש, תשובה ופסק הלכה, אלא כולל את הויכוח, הדיון והמקור בתשובתם. דומה מאד למהלך יצירת התלמוד עצמו.
* "פסקי התוספות" – מוציא את התמצית מכל "דיבור"(פירוש) של התוספות. נכתב כעבור זמן מה וזהותו של מחבר ספר זה לא ידועה.

החידושים הספרדיים:

1. **הר"י מיגאש** – תלמידו של הרי"ף. חיבר חידושים על התלמוד, אך בידנו קיימים רק החידושים למסכת בבא בתרא ושבועות.
2. **הראב"ד** (בעל ההשגות) – סגנונו מפורט ונוח, לא מפרש פירוש מלא של הסוגייה אלא יותר משווה מקורות הלכה שונים ומציג משא ומתן הלכתי.
3. **הרמ"ה** – מפרש פרטי פרטים של כל נושא המתעורר בסוגיה התלמודית. לשונו ארמית וקשה.
4. **רמב"ן** – כתב חידושים על כל המסכתות, ידועים בתור "חידושי הרמב"ן". בחידושיו בולטת מגמה של פסיקה- הוצאת המסקנה ההלכתית מתוך הסוגיה.
5. **רשב"א** – חידושיו מתאפיינים בניתוח והבנה מעמיקים, גם הוא פוסק בסוגיות כמו הרמב"ן.
6. **הריטב"א** – ניסוח בהיר ומפורט, ניתוח מעמיק בנושאים. חומר רב על המשפט העברי.
7. **הר"ן** – ידוע בעיקר בפירושו במסכת נדרים, מודפס לצד פירוש רש"י. (הקלאסי במסכת זו)
8. **המאירי** – כתב את הספר "בית הבחירה". כינס את כל המאמרים וההלכות השייכים לנושא הסוגייה, מכל המקורות בעולם. היחיד שכתב בעברית בהירה.

סדר פירושו: פירוש המשנה🡨פירוש הסוגייה התלמודית בענייני המשנה ישירות🡨 פירוש שאר העניינים המופיעים🡨דבריהם של חכמים קודמים. פירושו מעין אנציקלופדיה של דעות חכמי ההלכה.

1. **ר' בצלאל אשכנזי** – חיבר ספר שנועד לכנס ולסדר את פירושי הראשונים על הש"ס (6 סדרי משנה) – מעין אוסף אנציקלופדי של הפירושים, הספר נקרא "שיטה מקובצת".

ספרות החידושים **בתקופת האחרונים**:

האחרונים הגיעו לאחר הראשונים. אופייה של ספרותם שונה מספרות החידושים שלפניה.

1. ספרות הראשונים התרכזה בסוגיות התלמוד עצמן ואילו האחרונים חידשו את דברי הראשונים. עסקו בעקיפין בסוגייה התלמודית וישירות בדברי הראשונים.
2. הראשונים מצאו את הפשט- פירוש פשוט וישיר. מאחר והפשט כבר נמצא, עיקרי דבריהם של האחרונים מפלפלים את הסוגייה ורחוקים מנושאה הישיר.

שני ספרים המהווים אב טיפוס לגישה ספרותית שונה:

1. "**חידושי הלכות**" – של המרש"א: מסביר את דברי רש"י והתוספות. נקודת המוצא היא דברי הראשונים, מפרש את הסוגייה באופן ענייני מתוך החומר המצוי בה.
2. **הפני יהושע** – ר' יעקב יהושע: לא רק מפרש, אלא גם מקיש מסוגיה לסוגיה, מתוך כל התלמוד.

שני ספרים אלו הם ספרי יסוד בספרות ההלכה של האחרונים.

ספרות פירושים וחידושים לתלמוד הירושלמי:

* רוב ספרות הפירושים והחידושים נכתבו על התלמוד הבבלי, זאת בשל התנאים הקשים ששררו בא"י בשעת עריכת התלמוד הירושלמי.
* מי שנתן לבבלי את הסמכות המכרעת במקרה של התנגדות הם הגאונים.

סיבות להפיכת הבבלי לבעל סמכות עליונה:

* **רב האי גאון** – המצב בא"י גרם להפסקת לימוד התורה ולכן ההלכות לא בוררו עד הסוף.
* **הרי"ף** – משום שאמוראי בבל קבעו את מסקנתם אחרי א"י, הלכה לפי אחרונים.
* בנוסף, בבל הפכה להיות מרכז העולם, היה קל יותר להעביר שאלות ותשובות לחכמי בבל, על כן הירושלמי הלך ונדחק.
* בא"י נהגו לפי הירושלמי, כל עוד היה ישוב יהודי. אך כאשר נחרב במסעות הצלב, פסק "שלטונו" ואלו שיתיישבו בא"י מחדש, הביאו עימם את התלמוד הבבלי.

בעקבות כל אלו, לא נכתבו על הירושלמי פירושים, דבר שמקשה על הבנתו ולמידתו.

* במאה ה16 חזרו ללמד, לפרש ולחדש את התלמוד הירושלמי.

**מקורות רישומיים של המשפט העברי: פוסקים**

**ע"מ 938-940**

המהות והמבנה של ספרות הפוסקים ובעיית הקודיפיקציה:

* ענף הפוסקים – ענף חדש במקורות של ההלכה אחרי התלמוד.
* ייחודו הוא מגמתו של הפוסק. הבאת המסקנה הסופית בתחום הלכתי מסוים, לפי סדר ספציפי, אליה הוא מגיע לאחר עיון בחומר ההלכתי במקורות הרישומיים של ההלכה.

השוואה בין שלושת ענפי ההלכה שלאחר התלמוד:

* הענפים הם: 1. **ספרות הפוסקים**. 2. **ספרות הפירושים והחידושים**. 3. **ספרות השו"ת**.
* קשר והשפעה – הפרשנים והמחדשים משתמשים אלו בכתבי אלו, על מנת להכריע.
* ההבדלים בניהם:
1. הפירושים והחידושים - דנה בנושאים הלכתיים בצורה עיונית, להלכה ולא למעשה.

שו"ת והפסיקה– מתמקדת בהכרעה, בהלכה בפועל, למעשה.

1. הפירושים והחידושים והפוסקים – מעיינים בחומר רב ומגיעים לידי הכרעה.

שו"ת – נמצאים מול סיטואציה קונקרטית, מבררים את העניין הקונקרטי עד תומו ורק אז מגיעים לפתרון הלכתי.

סוגים ספרותיים לספרות הפוסקים:

1. **ספרי הלכות**: מביאים את המסקנה הסופית של ההלכה, לאחר הצגת המשא ומתן ההלכתי. דיון קצר ותכליתי, מעוגן במקורות. הרי"ף דוגמה קלאסית לזה, בספרו "ספר ההלכות".
2. **ספרי פסקים**: רק מסקנה, מבלי להראות את הדיון והמקור. הרמב"ם הוא הדוגמה הקלאסית בספרו, "משנה תורה".
3. **נוצר עם הזמן** – שילוב בן ספרי ההלכות לספרי הפוסקים.

חלוקה ספרותית חיצונית:

נוספת לחלוקה הספרותית הפנימית וקשורה אליה.

* ספר הפסקים: מסודר לפי נושאים, המסקנות מרוכזות ביחד, למרות שבמקור הן מפוזרות במקורות רבים.
* ספר ההלכות: סידורו של הרי"ף, לפי סדר המסכתות בתלמוד, כך נשאר הקשר עם אוצר ההלכה שהיה קיים ושממנו ינקו את הדיון ולבסוף המסקנה ההלכתית.

הקודיפיקציה במערכות משפטיות אחרות:

**קודיפיקציה פירושה העלאה על כתב של חוק שהיה קיים רק בע"פ (אין הבדל בין המנוח לבין המונח "חקיקה").** משמעות זו השתנתה ובמשמעותה המאוחרת **חקיקה** פירושה קביעת הוראה נורמטיבית הנעשית ע"י גוף בעל סמכות חקיקה. מגמתה לשנות/לתקן נורמה משפטית קיימת. במערכת ההלכתית, פעולה זו נקראת תקנה/גזרה. לעומת זאת, **קודיפיקציה** מבקשת לעשות משהו רחב יותר- לתקן פגמים בתחומים שונים- היסטוריים, לאומיים, כלל משפטיים. בעוד המחוקק רואה בעיה משפטית ספציפית ומחפש פתרון, הקודיפיקטור משקיף על כלל המערכת המשפטית וע"מ לפתור צרכים כלליים הוא מכין את המפעל הקודיפיאקטיבי.

הקודיפיקציה בארצות הקונטיננט האירופי:

הוגי הקודיפיקציות הגדולות במאה ה19 - מטרתם הייתה לקבץ את כל ההוראות הנורמטיביות שבענף משפטי מסוים, בצורה מסודרת ובסגנון בהיר וברור, בקובץ אחד. הם קיוו ליצור קובץ שיאפשר לאזרח הפשוט להבין אותו, תוך שהוא מלווה בהוראות המזהירות את השופטים מאקטיביזם קיצוני. את מטרתם השיגו רק בצורה חלקית.

**ע"מ 944-948**

מהותה של הקודיפיקציה במשפט העברי:

* אופי ההלכה וכוחה הגדול טמון במסורת הדורות, על כן לא יכלה לקבל על עצמה את מטרת הקודיפיקציה לפיה יהיה קובץ אחד ברור, אשר ימחק את כל מה שקדם לו.
* מהות הלימוד מדור לדור בהלכה היא אקסיומה. אף שהרמב"ם בקודקס שלו, "משנה תורה", הגדיר שזהו החיבור היחיד שיש בו צורך, **גם הוא לא ראה בספרו מקור הסמכות**. מטרתו הייתה לאחד בספרו את כל הדינים, מבלי שתיתכן סתירה בינו לבין התורה מסיני.
* התורה מסיני (בכתב ובעל פה), היא מקור הסמכות של ההלכה וראש סולם ערכיה.
* ההלכה לא מאפשרת לקודיפיקטור (עורך חוקים ומחבר תקנות וצווים) לשנות דין מדיני ההלכה, אך היא כן מאפשרת ליצור ספר אשר יאפשר הכרעה משפטית על פיו בלבד – לכך כיוון הרמב"ם.
* ניתן לראות ב"משנה תורה" מעין קודקס – ספר המיועד לכלול את כל מערכת ההלכה.

קושי ביצירת קודקס – ניתוק ההלכה ממקורה:

התפתחותו של המשפט העברי היה באמצעות פתרון בעיות קונקרטיות, ולא באמצעות קביעת עקרונות מראש. **נשאלת השאלה באם למערכת ההלכתית יש מקום למגמה קודיפיאקטיבית**?

אכן ישנו קושי ביצירת קודקס (אוסף חוקים במסמך) הלכתי, אך היו מספר גורמים שדרשו קיום של אחד כזה; התחום ההיסטורי (החיצוני והפנימי של העם היהודי), בתחום החינוכי ובתחום ההלכתי. נולד הצורך לגשר בין אלו התומכים ביצירת קודקס לבין אלו שלא.

**במשנת רבי יהודה הנשיא**, ראינו ניסיון ראשון ליצירת קודקס של התורה שבעל פה. מצד אחד, רצון להחזיר להלכה את אחידותה, תלמידים שמתמעטים ומגמה להקל על ידיעה וזיכרון ההלכות.

מנגד, רבי נהג לציין גם דעות שונות, על מנת לשמור על הקשר בין מערכת ההלכה לרציפות המסורת.

פתרון זה של רבי היה נכון לתקופת המשנה, אך לא היה יעיל לקודיפיקציה העתידית.

**מתקופת הגאונים** ניתן לראות ניסיונות רבים למצוא פתרונות לקודיפיקציה של ההלכה, מתוך ניסיונות אלו עלו שלושה סוגי חיבורים עיקריים: **ספרי הלכות**, **ספרי פסקים** **ושילוב של השניים**.

זהו דף גמרא.

בכחול- המשנה כמו שהיא במקור. כך מתחילה כל סוגיה.

בסגול- דיונים, התפלפלויות ומו"מ הלכתי של האמוראים כפירוש והרחבה של הסוגייה המובאת במשנה.

באדום- פירושו של רש"י. קצר ותמציתי- עוקב כמעט מילה במילה את המנה והגמרא ולכן פירושו נוח, נראה כחלק מהטקסט עצמו.

בירוק- פירושם של בעלי התוספות. ניתן לראות הבדל בין פירושם לפירוש רש"י- התוספות ארוך יותר ומפולפל יותר.