

עץ חיים היא למחזיקים בה ותומכיה מאושר;  
דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום.  
(משלי ג יז)

## המחקר בתקנות חז"ל\*

תקנות חז"ל בתקופת המשנה והתלמוד מזמינות, לשם הבנתן, מחקר משפטי-היסטורי, המסתייע בספרות הפרשנית העניפה לשם ליכון הטעמים והמטרות, ההיקף והמניעים, שהוליכו לעיצובה ההיסטורי של המערכת בזמנם. המתעניין בהן אינו זקוק לסיבה נוספת לשם חקירתן. אולם דומני כי מותר להצביע על סיבה עקרונית נוספת לעיסוק בתחומן של תקנות חז"ל ולמאמץ להעמיק בהן ולהבינן. עניין זה טמון בייחודן של תקנות חכמים – בהיותן מעשה חקיקה אנושי, בתוך המסגרת של משפט התורה, שהיא לפי אמונתנו (ואמונתם של החכמים) תופעה של התגלות הטרונומית, אֵלֹהִית.

אותה תורה נצחית, שאמיתותה אובייקטיבית, קרויה גם "עץ חיים" ונועדה להיות תורת חיים למאמיניה, תורה שיש לה כסיס וקיום בחיי יום-יום, ושיש בידה ליתן תשובות חדשות לבקרים על בעיות המתעוררות מתוך סיטואציות שהזמן גרמן. דבר זה הכתוב מעיד עליו כאמרו "דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום", שכן בדרך שהיא מרוכת נועם באה התורה להדריך את מקבלי עולה, ומטרתה להביא שלום לעולם, בין אדם לחברו ובין מדינה ואומה לחברתה – כמטרתו של כל משפט-צדק אנושי, הבא לבנות חברה על אדני צדק ויושר ויחסים מתוקנים בין כל השותפים בה. נראה כי זו לפחות אחת הסיבות העיקריות, שבגללן הסמיכה התורה עצמה את החכמים שבכל דור (עד ש"יפתח בדרור כשמואל בדורו") לתקן תקנות ולגזור גזירות, שעם ישראל באותה שעה

\* קטעים מלוקטים מן המבוא לעבודת המחקר 'תקנות חז"ל ביחוסיו ממון בין בני זוג', חיבור לשם קבלת התואר 'דוקטור לפילוסופיה', שנכתב בהדרכת פרופ' קירשנבאום והוגש לסנט של אוניברסיטת תל-אביב, אלול תש"ס–1980; צירוף הקטעים כאן לרצף אחד והתאמתם זה לזה נעשה בידי המערכת.

צריך להג' ; ובעצם על ידי כך הוסמכה לישראל רשות מחוקקת, שכל דבריה כמצוות ה' ממש<sup>2</sup>. בכואנו לכנות את מדינת ישראל (ומלאכת בניין זו עדיין בעיצומה, ואין 30 שנותיה של המדינה אלא שנים של צעדים ראשונים, מהוססים ומגששים...) ולקבוע בה מערכת משפטית משלנו, עלינו ללמוד ולדעת את המורשת העצומה שהונחלה לנו משך אלפי שנים. בצדק העיר פרופ' אלון<sup>3</sup>, כי כשם שאימצנו לנו את השפה העברית — על אף דלוחה היחסית וארכאיותה — מטעמים של גאווה לאומית ורצון להמשיך את דרכם של דורות קודמים, כך מן הראוי היה, שנאמץ לעצמנו אף את משפטנו המקורי, שעל עומקו ויפיו אין ויכוח<sup>4</sup> ושמידת הצדק שבו אינה צריכה לפנים. הקושי המעכב אימון זה נובע בראש וראשונה מאי־דיעה, ומתוך שפרכי משפטים שלנו אינם לומדים להכירו ואמונים רק על שיטות משפט זרות; מתוך שהמקורות מרובים, הלשון קשה ומעורבת בארמית, דרכי המתשבה אינן נהירות, והעקרונות המנחים אינם ברורים מאליהם.

עיון מחקרי דווקא בתקנות, שהיו מעשה של חקיקה מתחדשת, שהרי באו, כאמור, להשיב על בעיות מתחדשות, ועשו כן אף מתוך התנגשות עם המשפט הקדום (האמור בתורה) — לפי הכלל "יש כוח ביד חכמים להפקיע דבר

1. רמב"ם פרק א מהלכות ממרים, הלכה ב: "אחד דברים שלמדו אותם מפי השמועה והם תורה שבעל פה, ואחד דברים... שלמדום באחת מן המדות שהתורה נדרשת בהן... ואחד דברים שעשאוים סייג לתורה ולפי מה שהשעה צריכה והן הגזירות והתקנות והמנהגות — כל אחד ואחד מאלו השלושה דברים מצות עשה לשמוע להן — הרי הוא אומר 'על פי התורה אשר יורוך', אלו התקנות והמנהגות שיוורו בהן לרבים כדי לחזק את הדת ולתקן העולם"; וראה ב'מדרש תנאים' (מהד' הופמן) לדברים יז ע' 11, 103, שהביא דברי הרמב"ם (ואל תתמה על כך, שהרי מקורו של מדרש זה ב'מדרש הגדול לר' רוד העדני, ומדרש זה ידוע בהבאותיו מן הרמב"ם אף בלשון "חנו רבנו"), וע"ע ב'ערוך השולחן העתידי' להלכות ממרים ע' מז.
2. ראה ככלי שבת כג א: "והיכן ציונו (בנו חנוכה, שהוא מורבנו)? — רב אויא אמר מ'לא תסור". דיון שלם בסמכותם של חכמים ראה אצל מנחם אלון 'המשפט העברי — תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו', ירושלים תשל"ג, ע' 223 ואילך.
3. מ' אלון, שם, ע' 90; וראה מה שכתבתי בכיקורתי על הספר בשלוש רשימות ב"עמודים" (כטאון הקבוץ הדתי): ניסן תשל"ד, אלול תשל"ד, מרחשון תשל"ה.
4. ראה "שילה" הבנו לנו משפט עברי", 'הפרקליט' סיון תשכ"ח, ותגובתו של א' ידן שם, אלול תשכ"ח; לסיכום הויכוח (על החלת המשפט העברי במקרה של לאקונה) — ראה אצל אלון, שם, ע' 98. דבריהם של שילה (עם אחרים הקשורים לדיון זה) הובאו גם ע"י "בוק בקובץ 'המשפט העברי ומדינת ישראל', ירושלים תשכ"ט, ע' 135, עיי"ש.

מן התורה<sup>5</sup> – מתווה דרך לחקיקה יהודית מקורית, שנמצא לה המשך בתורתם של גאונים וראשונים בימי הביניים ('תקנות הקהל'), ורוצים היינו ללמוד מהם לצרכנו כיום הזה.

### הערות מתודולוגיות

ארבעה כיווני עיון עיקריים מונה בועז כהן<sup>6</sup> במחקר המשפטי: הדוגמתי, היינו תיאורו של התוק בצורה סטטית ושיטתית (ספרו של א' גולאק 'סודי המשפט העברי' משמש דוגמא טובה לכיוון זה); ההיסטורי, המתאר את דרכי התהוותו הדינמית של החוק, ובלשונו של ב' כהן<sup>7</sup>: "תפקיד החוקר המודרני הוא לבחון בכנות ובעמקות שיטתית את הנושא המשפטי מתוך ראיית המכלול ההיסטורי של המקורות ולאור הרקע שלהם, כאשר כל המערכת ממוקדת היטב ללא עיוותו של היבט זה או אחר"; הפילוסופי, המציע לחוק מטרה, מבהיר את טיבו, מעמיד על עקרונותיו ועל המניעים המביאים להכרעות שיפוטיות וחקיקיות (דוגמא לכיוון זה הוא עיונו המופתי של הרב יוסף רוזן, העילוי הרואציובי, ב'משנה תורה' להרמב"ם<sup>8</sup>); ההשוואתי, היינו השוואתן של מערכות משפטיות שונות ובדיקת הדמיון והשוני ביניהן, בין בכלל ובין בפרטים (דומה כי מחקריו של פרופ' כהן עצמו משמשים דוגמא טובה לעיון מסוג זה).

עד היום שלט במחקר המשפט העברי הכיוון הדוגמתי<sup>9</sup>. אף במחקרים של אסכולת ירושלים, החל בפרופ' א"ח פריימן ('סדר נישואין וגירושין') ועד פרופ' מ' אלון ('חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי') ותלמידיו (כשמואל שילה – 'דינא דמלכותה דינא' ונחום רקובר – 'שליחות והרשאה במשפט העברי'), שתיארו את שיטתם כמחקר 'דוגמתי-היסטורי'<sup>10</sup> – לא בא הפן ההסטורי במשמע העיוני אלא במשמע התיאורי, כיון שלדעתם (ובצדק רב!)

5. במצוות עשה בדרך כלל; ראה בבלי יבמות דף צ ע"ב ובעוד מקומות הרבה, ואכמ"ל בזה יתור.
6. פרופ' בועז כהן, בהקדמתו לספרו 'משפט יהודי ורומי' (אנגלית), נ"י 1966; Cohen, Jewish and Roman Law, New York 1966 pp. VIII.
7. שם ע' IX; בהרנום חופשי שלי.
8. כוונתו לספר 'צפנת פענח', וארשא תרס"ג (1902).
9. ראה בדבריו של ב' כהן לעיל ובפרק על "מחקרו המדעי של המשפט העברי" בספרו הגדול של אלון ע' 129-142.
10. ראה אצל אלון, שם, בסוף הפרק.

אין התיאור של משפט התלמוד לבדו מספיק כדי לתאר את המשפט העברי ככוללותו, וצריך לצרף אליו את התיאור עפ"י הזמנים והמקומות לכל אורך תקופת התפתחותו של המשפט העברי.

במחקר שאנו מציעים לא התיאור עיקר. אנו מבקשים מחקר שיהיה בו מעין שילוב של הכיוון ההסטורי-דינמי עם הכיוון המשפטי-פילוסופי. אנו מבקשים לעיין בתקנות חז"ל, לבדקן מכל הצדדים האפשריים, להבין את הגורמים להן וטעמיהן ולברר יסודות עקרוניים בצד חריגות וסייגים (כאשר מקרים חריגים מלמדים לא פעם על התקנה ומהותה יותר מאשר עצם הנוסחה הכללית<sup>11</sup>); מעצם טיבו, עיון כזה הוא 'עיון סוגייתי' — כלומר, הוא בא לברר נושא מסוים בחתך לרוחב הספרות התלמודית כולה, ולא בדרך 'העיון המקומי', הבא ללמוד, לגופה, סוגיה במקום מסוים בספרות זו<sup>12</sup>.

המחקר הזה לא יהיה הסטורי, שכן הפן ההסטורי לא יבוא בו אלא כדי להאיר את ההיבט המשפטי; המחקר ההסטורי-משפטי (בהדגשת ההיבט הראשון) צופן בעיות משלו, ובין השאר חשוב בו גם האלמנט ההשוואתי עם משפטי העמים, שכן החוקר חייב לברר אם נודעה השפעה כזו או אחרת למשפט הנדון על המשפט שמסביב או להיפך, וכבר עמדו על בעייתיות זו חוקרים אחדים<sup>13</sup>. עם זאת הדגש יושם על ההתפתחות הפנימית-דינמית האימננטית למערכת עצמה. יותר משהיה בה הסטוריה בראי המשפט — תהיה בה הסטוריה של המשפט גופו.

יתר על כן: הבנת דרכי התקיקה של חז"ל מחייבת שלא להתפרש על ההסטוריה המשפטית כולה, ולצמצם את הדיון למקורות ספרות חז"ל לבדם. אמנם, כיון שאין להעלות על הדעת הבנת המקורות הללו ללא הספרות הפרשנית העניפה (בתקופה

11. ראה, למשל, דיונונו בגוף החיבור בדין פירות לאלמנת כהן גדול או דין הירושה בקטנה ממאנת שנישאה לכהן.

12. הבדל זה יורגם יפה ע"י ההשוואה בין השיטה הבריסקאית-ליטאית מיסודו של הרב חיים הלוי סולובייצ'יק ('עיון מקומי') לבין שיטת ישיבות הונגריה מיסודו של ר' משה סופר בעל 'חתם סופר' ('חידושי סוגיות').

13. ראה בהקדמתו של ב' ס' ג'קסון: B.S. Jackson, Essays In Jewish and Comperative Legal History, Leiden (Brill) 1975. הדן במחקר ההסטורי-משפטי של המשפט היהודי ומעמיד על הקשיים כנ"ל, ובין השאר מזכיר את התיאוריה שפיתח מאין (Main), שבתקופה הקדומה הזוהו דת ומשפט זו עם זה; לביקורת שיטתו של מאין והמשתמע ממנה ראה גם אצל ד' דאובה I. D. Daube, Studies In Biblical Law, 2nd od., New-York (ktav) 1969, pp. 1. כן מעמיד ג'קסון על הקשיים באיתור השמות, הזמנים והמקומות למימי התנ"ך ועד לימי בית שני ואחריו, וראה שם כל אריכות דבריו.

הבתר-תלמודית) — ובהקשר זה גם ספרות הפוסקים יכולה להיחשב כפרשנות<sup>14</sup> — קיימים צורך והכרח לבדוק את ספרות הגאונים והראשונים, ולעתים אף ממה שהעלו אחרונים עד עצם ימינו ממש.

בכך אנו מגיעים לנקודה מכרעת מן הבחינה המתודולוגית: העיון בסוגיות התלמודיות בעזרת הפרשנות הקלאסית שמור לכאורה לעולמה של הישיבה, בבית-יצר-זה לנשמת האומה (ובדאי למערכת המשפטית-תלמודית!) עסקו דורות של תלמידי חכמים בבירורים מעמיקים, דנו בדברי חכמים ראשונים ואחרונים, ובנו בניין מפואר של חשיבה הגיונית-הלכתית, שמן הדין היה לכנותה אף בתואר 'משפטית' — אילולי לשונה ומונחיה, שאינם מובנים בדרך כלל לבעל המקצוע המשפטי בן ימינו.

אך מחקרו המדעי של המשפט העברי — ובמיוחד מחקרו המדעי של משפט חז"ל — אינו יכול להסתפק בבירורים ההגיוניים הללו. לא פלפול של בעל קצות החושן חשוב כאן (על אף חשיבותו הסגולית, שאין לזלזל בה בשום פנים!), או של ר' עקיבא איגר, אלא הבנתם האמיתית של חז"ל, ולצורך זה נתפתחו בדורותינו כמה וכמה כלי מחקר פילולוגיים-הסטוריים, שאי אפשר להתעלם מהם<sup>15</sup>.

במקום הראשון, כך נראה לי, חייבת לבוא השוואה מדוייקת של כל הערויות שבידינו לנוסח הטקסט; הכוונה הן למקבילות בכל הספרות (במשנה, בקובצי הברייתות ומדרשי ההלכה, בשני התלמודים ובמדרשי האגדה), והן לנוסחאות

14. על ההבדל שבין סוגי הפרשנות האמורים, ראה אצל אלון, המשפט העברי, פרקים לא-לב (ע' 908, 938, בהתאמה); ברור שמן העיון בנוסח הפסק בספרות הקודיפיקטיבית ועם השוואתו למקורו בספרות התלמודית, יכול המעיין להסיק על הבנתו ופרשנותו של הפוסק בסוגיא.

15. למעשה אפשר להראות, כי ברכים מכלי מחקר אלה — כולל הביקורת הספרותית(!) — כבר נשתמשו גאונים וראשונים. דוגמאות בולטות אהדות: הגאון בשו"ת הרכבי סימן רעב לסוגיית הבבלי כ"ק דף גג ב (והובא באוצה"ג מהד' לרין לשם); רש"י לסוגיית קניין משיכה בנכרי בבבלי ע"ז דף ע"ב; רבינו זרחיה הלוי בספר המאור לפסחים כ"ט ב; הדוגמא הבולטת והמפתיעה שבימשנה תורה' לרמב"ם, בפט"ו מהלכות מלוה ולוהו ה"ב, בה חולק הרמב"ם על פסק הגאונים מכוח "גוילים עתיקים" בני כחמש מאות שנה, שמצא במצרים (מן המאה השביעית בראשית תקופת הגאונים) ובהם גירסה ההופכת את ההלכה, ע"ש; ואולי באמת כבר הגיעה השעה לכנס דברי ראשונים בשאלות אלה ולהביאם אל מקום אחד. כידוע עמרו גם אחרונים וגדולי הרבנים על חשיבות הגירסאות ושינויי הנוסחאות, ודי לנו אם נזכיר הסכמותיהם של גדולי הדור לידקדוקי סופרים' של הרנ"ן רבינובין' והקדמתו של הרש"י זיין לידקדוקי סופרים השלם' על מסכת כתובות (ירושלים תשל"ג); וראה גם מה שכתב הרב מנחם כשר בהקדמתו ליגמרא שלימה' על מסכת פסחים וייכחו עם החזו"א ב"נועם" כך טז, ואכמ"ל.

כתבי היד, דפוסים ישנים וקטעי הגניזה, ובמקום האחרון (אך בעל ערך רב כשלעצמו) — בנוסחאות הגאונים והראשונים. דבר שאין צריך לומר, שעיון רציני חייב להתבסס על הטקסט המדויק והאוטנטי — ככל שידינו אמנם מגעת לקבוע אותו. בירורו של נוסח כזה דומה לשחזורו של אירוע הסטורי כלשהו עפ"י העדויות ששרדו לנו — הן הארכיאולוגיות, הן התיעודיות והן הסיפוריות-כרונוגרפיות.

לאחר מכן צריך החוקר גם לנסות לשחזר את מבנה הסוגיא או הקטע הספרותי בדרכי הביקורת הספרותית; לבדוק את שמות המביאים, את המבנה הפנימי ואת הקשרים עם הסוגיות המקבילות, כדי לחשוף במידת האפשר את השכבות השונות והרובדים הנפרדים שבטקסט הנערך לפנינו, הן כדי להעריך את הדברים אל נכון, ובודאי כדי לעמוד על ההתפתחות הפנימית-הסטורית של הנושא הנרוך. העולה מן האמור הוא, כי חוקר המשפט העברי צריך להיות מצויד במערכת כפולה של כלי מחקר: בוז הישיבתית-למדנית, ובוז האוניברסיטאית-פילולוגית<sup>16</sup>.

כדוגמא להבדל האמור למעלה רצוני לציין כאן שני ספרים, שעסקו במישורין וביסודיות יחסית בתקנות חז"ל. הראשון הוא ספרו החשוב והגדול של הרב מ"א בלאך 'שערי תורת התקנות'<sup>17</sup>, בו סיכם המחבר את תקנות חז"ל לתקופותיהן (לפי המיותם במסורת על מתכריהן וזמנן), והביא עם התקנות גם עיקר דברי הראשונים בעניינן; השני הוא 'חולדות הכתובה בישראל' לרב א"ל אפשטיין<sup>18</sup>, ובו סוקר המחבר את הכתובה ותנאיה סקירה הסטורית-ביקורתית, ומציע תיאוריית התפתחות לחלק ניכר מן ההלכות המגובשות סביב נושא זה.

הרב בלאך איננו עוסק בפילוסופיה משפטית, בדרך כלל, ולא בלמדנות אנליטית, וממעט להביא מדברי האחרונים; היקף ספרו (הדן בכל התקנות המפורשות!) גדול בלאו הכי, ואין ספק שהוא ספר יסוד לכל העוסקים במקצוע התקנות — אך בין

16. בלא להתיימר כי המחקר 'תקנות חז"ל ביחסי ממון בין בני זוג, שכתבתי כעבודת דוקטור בשנת תש"ם-1980, ממצה את השילוב שבין שתי דרכי מחקר אלה, דומה עלי כי זהו עיקר חידושה המתודולוגי — שילוב החופף במידה מסויימת את השילוב שבין המחקר ההסטורי-משפטי לבין המחקר הפילוסופי-משפטי, כאמור למעלה: בעוד שהשיטה הפילולוגית הולמת להפליא את המחקר ההסטורי, הרי שהמחקר הפילוסופי מתאים ביותר ללמדנות הישיבתית (אם גם אין להתעלם מן התרומה ההדרית שכל אחת מן הדיסציפלינות יכולה לתרום לחברתה).

17. 'שערי תורת התקנות' לרב משה-אריה בלאך, בוראפשו תרל"ט (ד"צ ירושלים תשל"א) בששה כרכים.

18. יהודה אריה לייב אפשטיין, 'חולדות הכתובה בישראל' (מתורגם מאנגלית, מהדורת 1928), הוצאת האקדמיה האמריקנית למדעי היהדות, נ"י תשי"ד.

היסוד לטפחות רבה עדיין הדרך, ומקום רב הותיר לנו להתגדר בו (אפילו מנקודת ראותו הרוגמתית); לעומתו הולך הרב אפשטיין בדרך החתחתים של ביקורת והתפתחות הסטורית — ללא ביקורת עצמית מספקת ועל־פי הנחות יסוד שלא תמיד הן מוכחות מראש; שימוש בפילולוגיה ובכתבי היד נדיר, ואין הוא עושה כלל שימוש באוצרות המחשבה הלמדנית.

ולאחרונה: במדעי הטבע מוכרת האבחנה בין מחקר בסיסי ('טהורי') לבין מחקר שימושי ('יישומי'), והשוואה למדע המשפטי עשויה להיות בעלת ענין. אף שהמחקר הבסיסי אינו בא לתת תשובות ולפתור בעיות כחיי המעשה וכולו שרוי בספירות העליונות של המחשבה האנושית, מכל מקום פיתוחן של תיאוריות חדשות ממציא לחוקרים השימושיים — בפער ידוע של זמן — כלים בעלי ערך יישומי. כיוצא בדבר לפנינו: אף שמחקר התקנות בדרך האמורה נוטה לכיוון הבסיסי (שהרי הוא דן בשאלות הסטוריות ופילוסופיות כמעט 'ארכאיות') — מכל מקום דומה, כי הכירור והחשיפה של עקרונותיו ודרכי התפתחותו יאפשרו בירור מעשי והסקת מסקנות יישומיות; במלים אחרות — מכוחו של המחקר הבסיסי במשפט העברי אנו עומדים על האפשרות ליישם מעקרונותיו, רעיונותיו ופתרונותיו בתחום האקטואלי.