

תוכן העניינים

ט	פתח דבר
1	מבוא
11	פרק ראשון: לדמותו של הרב שקופ
12	נקודות ציון ביוגרפיות
19	העמקה, מתינות ורגישות
23	מקורות ויצירת שיח חדש
33	פתיחות להשכלה כללית
40	פרק שני: שיטת הלימוד החדשה
42	חשיבה משפטית
48	חשיבה אנליטית
57	פורמליזם משפטי
60	מקורות שיטת הלימוד החדשה
65	דרך ההבנה ודרך ההיגיון
80	לימוד תאורטי להלכה ולא למעשה
88	פרק שלישי: חשיבה אונטולוגית ונטורליסטיקה משפטית
88	חשיבה אונטולוגית במשפט
98	נטורליסטיקה משפטית
107	רטוראקטיביות, רטרופסקטיביות ומוסד התנאי
123	עוד על מוסד התנאי
127	בעלות: בין דין למציאות
131	הלכת המוכר גוף ופרות ליום אחד
	השלכות הנטורליסטיקה על תפיסת הכוח והמוסר של
134	חכמי ההלכה
138	תפיסת מציאות ותבניות חשיבה

142	פרק רביעי: המושג 'איסור' ומשמעותיותו
142	סוגי האיסורים ההלכתיים
144	טעמי האיסורים הריטואליים
150	דימוי האיסור לרעל
156	השלכות תפיסת האיסור על דיני ממונות
156	'היזק שאינו ניכר' וגדר חיובו של מזיק
160	גדרם של איסורי הנאה
165	אחריותו הנזיקית של האוסר ממונו של אחר באיסור מדרבנן
169	אחריותו הנזיקית של האוסר ממונו של אחר באיסור ספק
173	איסור וחלות איסור
176	איסור גברא ואיסור חפצא
184	פירוש חדש למונחים איסור גברא ואיסור חפצא
196	אזהרה ומעשה איסור
203	אין איסור חל על איסור: אזהרה ללא מעשה איסור
208	ספק איסור: בין אזהרה למעשה איסור
218	איסורים הלכתיים בין דת למשפט
220	פרק חמישי: תורת המשפטים
220	פתיחה
226	תורת המשפטים ומשפט טבעי
232	בין חובות התנהגות לחיובי ממון
235	כללי חובה וכללי הגדרה
238	כללי קניין וכללי חיוב
247	ספק ממון ואיסור גזל
258	'פריעת בעל חוב מצווה'
271	גדרי חוב לנכרי
276	על הסברה כמקור נורמטיבי
285	נספח: כתבי הרב שקופ
302	רשימת המקורות וקיצוריהם
325	מפתח שמות
329	מפתח נושאים

פתח דבר

יסודו של חיבור זה בעבודת דוקטור למשפטים שנכתבה בהדרכתו המסורה של פרופ' ברכיהו ליפשיץ והוגשה לסנט האוניברסיטה העברית בשנת תשס"ה. חלק מפרקי העבודה התפרסמו מאז בשינויים בכתב העת 'דיני ישראל', ועתה, לשמחתי, הגיעה השעה שיצא בשלמותו.

הספר מנסה לחבר בין שני עולמות שונים שגדלתי בהם: עולם הישיבות הליטאי ועולם המשפט והמחקר האקדמי. שני עולמות רחוקים ומנוכרים זה לזה, אך בה בעת קרובים ודומים זה לזה, גם בתכנים משותפים אך בעיקר בהתמסרות ללימוד ולקניית דעת. את הכשרתי בתחומי הידע השונים אני חב למורי ורבותי הרבים בישיבות ובאקדמיה, מהם למדתי תורה וחכמה. אזכיר במיוחד את מורי ורבי, ראש ישיבת חברון, הרב הלל זקס ז"ל, שזכיתי ללמוד עמו בחברותא ולהתברך מסגנונו הייחודי והמקורי; את דודי מורי, פרופ' חנינה בן מנחם; את חברי הטוב פרופ' אריה אדרעי ואת פרופ' יוחנן סילמן ז"ל, חניך ישיבת חברון, שכעוזר מחקר ביליתי בחדר העבודה שלו שעות רבות.

חובה נעימה היא לי להודות ליהושע גרינברג על העריכה הלשונית, לד"ר אילנה שמיר מהוצאת הספרים מאגנס, שליוותה את הוצאת הספר והתקנתו לדפוס, לרם גולדברג אשר על ההפקה, למרכז-על ע"ש צגלה ולמכון למשפט והיסטוריה ע"ש דיויד ברג, שבפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב, על הסיוע במימון הוצאת הספר.

ולבסוף, ברכות אהבה והכרת תודה מעומק הלב לאבי מורי ולאמי מורתי – ר' שמואל הלוי וחמדה וזנר, לאשתי אהובתי, אשת חיל, רחל, ולילדינו האהובים מאוד, נעמה, נתי, חגי, אוריאל, תמר ואילה. יתברכו כולם ממעון הברכות.

בעזה"י, ירושלים עיה"ק, תשע"ו

מבוא

ברבע האחרון של המאה התשע עשרה התחוללה בישיבות ליטא מהפכה אינטלקטואלית. התלמידים הרבים¹ שמילאו את בתי המדרש בישיבות השקיעו את עתותיהם ואת מרצם בלימוד התלמוד ומפרשיו בשיטת לימוד חדשה שהגדירה מחדש את היקפו של חומר הלימוד והתמקדה בתחום המשפטי של ההלכה התלמודית. השיטה החדשה עסקה בפיתוחה של חשיבה אנליטית-מושגית ובחידוד כלי ניתוח אנליטיים שבאמצעותם ביקשה לעמוד ביתר דיוק על הגדרת הנורמות והמושגים ההלכתיים-משפטיים שבספרות התלמודית. המאמץ העיקרי בישיבות ליטא מן הטיפוס החדש לא הוקדש עוד לפירוש הסוגיה התלמודית ברמה הטקסטואלית של השקלא וטריא כפי שהיה מקובל עד אז, אלא להבנת החשיבה המשפטית העולה מהתלמוד ומהראשונים, לבירור המושגים ההלכתיים-משפטיים ולחשיפת היסודות המהותיים של הדין ושל ההסדרים ההלכתיים. השילוב המוצלח של התמקדות בלימוד המשפט התלמודי עם הניתוח האנליטי של המושגים המשפטיים הפך את הישיבות הליטאיות של סוף המאה התשע עשרה למעין אקדמיות ללימודי משפט תלמודי והביא לפיתוחה של חשיבה משפטית אשר לבירור טיבה ומאפייניה מוקדש ספר זה.

הרב שמעון יהודה הכהן שקופ (1859–1939; הרש"ש²) היה מהיוצרים

- 1 שטמפפר, הישיבה הליטאית, עמ' 272, מעריך שבסוף המאה התשע עשרה למדו בישיבות המפורסמות כאלפיים תלמידים. לעומת זאת, במכתב שכתב ר' אליעזר גורדון, ראש ישיבת טלז, בשנת תרס"ז, הוא מעריך את מספר התלמידים בישיבות ליטא בעשרת אלפים (שטמפפר, שם, עמ' 344). לנתונים מספריים מפורטים על מספר התלמידים בישיבות השונות בתקופה שבין מלחמות העולם ראו קליבנסקי, כזור חלמיש. מספרים אלה מתייחסים לישיבות העל־קהילתיות (כמו וולוז'ין, מיר, סלובודקה וטלז), שבהן בעיקר התפתחה שיטת הלימוד החדשה. אך כפי שהראה מרדכי זלקין, עיר של תורה, עמ' 131–161, ברחבי ליטא המשיכו לפעול במהלך המאה התשע עשרה ישיבות קהילתיות רבות שבהן למדו אלפי תלמידים.
- 2 בעולם הישיבות מקובל לכנות את הרב שקופ בראשי התיבות הגרש"ש (הגאון רבי שמעון שקופ), אולי כדי להבדיל בינו לבין הרש"ש (ר' שמואל שטראשון), שהערותיו בשם 'הגהות הרש"ש' נדפסו בש"ס וילנה.

היותר מקוריים ומשפיעים בעולם הישיבות הליטאי וממובילי השיטה החדשה. במשך כחמישים וחמש שנה לימד בישיבות טלז, מאלטש, בריינסק וגרודנה, ובהן הנחיל לתלמידיו הרבים³ את שיטת הלימוד הפילוסופית-אנליטית שפיתח ואת ה'יסודות' המשפטיים החדשים שהציב כהסבר לדרכי פעולתו של המשפט התלמודי. יצירתו של הרש"ש מפגישה אותנו עם העידית של שיטת הלימוד החדשה שהתפתחה בישיבות ליטא, ואף שיש בה מאפיינים ייחודיים לרש"ש היא נותנת גם תמונה טובה של השיח החדש שאפיין את ישיבות ליטא בכללותן. ספר זה מתמקד ביצירתו של הרש"ש, אולם באמצעותה הוא מבקש לפרוס תמונה רחבה יותר של החשיבה המשפטית בישיבות הליטאיות ככלל.⁴

לספר שישה פרקים. הפרק הראשון – לדמותו של הרב שקופ – עוסק בנקודות ציון בביוגרפיה האינטלקטואלית של הרב שקופ ומתאר את תודעת החידוש והמקוריות שרווחה בקרב תלמידיו בנוגע לשיטת הלימוד החדשה שפיתח.

3 אפשר להעריך שבימי חייו הארוכים היו לרש"ש כמה אלפי תלמידים. בישיבת טלז למדו כמאתיים וחמישים תלמידים בשנה (ראו מכתבו של ר' אליעזר גורדון אצל שטמפפר, הישיבה הליטאית, עמ' 313), ומשך זמן הלימוד של רוב התלמידים היה שנים אחדות, כך שניתן להעריך שבכל שנה נוספו לישיבה בין חמישים למאה תלמידים חדשים. נמצא שבמשך שמונה עשרה שנות הוראתו של הרש"ש בטלז למדו בישיבה בין אלף לאלפיים תלמידים. ישיבת טלז הייתה מחולקת לכיתות (מחלקות), והרש"ש לימד באופן קבוע את הכיתה הרביעית, אולם תלמידים רבים מהכיתות האחרות נכנסו אף הם לשמוע את שיעוריו. ישיבת מאלטש הייתה קטנה הרבה יותר, ומסתבר שבארבע השנים שהרש"ש עמד בראשה למדו בה כמאה תלמידים. בישיבת הרש"ש בבריינסק למדו כמאה תלמידים בכל שנה (קליבנסקי, כצור חלמיש, עמ' 64), והיא התקיימה שנים אחדות, כך שבתקופה זו למדו אצלו כמה מאות תלמידים. בישיבת גרודנה למדו בממוצע כמאה וחמישים תלמידים, וניתן להעריך שלאורך התקופה הארוכה שבה עמד הרש"ש בראשה למדו בה כאלף תלמידים. לנתונים מספריים ביחס לישיבת גרודנה בתקופה זו ראו קליבנסקי, שם, עמ' 378.

4 אף שהספר עוסק בישיבות ליטא של סוף המאה התשע עשרה ותחילת המאה העשרים, מסקנותיו תקפות במידה רבה גם בנוגע לשיטת הלימוד בישיבות הליטאיות בנות זמננו. בשונה מהחשיבה המשפטית הכללית, שידעה תמורות ושינויים עמוקים במאת השנים האחרונות, לא חלו בתקופה זו שינויים משמעותיים בדרך הלימוד הישיבתית-ליטאית. לאחר חרבנן של ישיבות ליטא בשואה שוקמו שרידי ההריוט מתוך ניסיון לשחזר ולשמר את העולם שחרב, והישיבות הליטאיות, המונות כיום תלמידים רבים בארץ ובחו"ל, ממשיכות בעיקרו של דבר את מסורת הלימוד הליטאית שהתפתחה בסוף המאה התשע עשרה.

הפרק השני – שיטת הלימוד החדשה – סוקר את מאפייניה העיקריים של החשיבה המשפטית שהתפתחה בישיבות ליטא בזמנו של הרש"ש ועומד על ההקשרים ההיסטוריים שהביאו לעלייתה בסוף המאה התשע עשרה. המאפיינים העיקריים הנדונים בפרק הם: ההתמקדות בתחום המשפטי שבתלמוד, פיתוחה של צורת חשיבה אנליטית, הניסיון 'להבין' את הכללים (שיטת ההבנה), התמקדות בהעלאת שאלות חדשות ואופיו התאורטי והלא-מעשי של הלימוד בישיבות ליטא. הנקודה האחרונה מכוונת לכך שהעיסוק האינטנסיבי במשפט התלמודי בישיבות ליטא, שכלל לימוד ופיתוח של המשפט, היה תאורטי במהותו ולא נועד להכשיר את הלומדים לעיסוק במשפט הלכה למעשה. לימודים בישיבה ליטאית לא הקנו לתלמידים תעודת הסמכה כלשהי ואף לא התיימרו להכשיר את התלמידים לכהן בעתיד כרבנים, כפוסקים או כדיינים בבתי דין. יתרה מזאת, שיטת לימוד המשפט בישיבות התפתחה תוך התעלמות כמעט מוחלטת מתפקידיו של המשפט במציאות על כל המשתמע מכך, ומשום כך אין בחשיבה הישיבתית משקל רב לשיקולים פרגמטיים. כאשר תלמידי הישיבה הליטאית חשבו ודיברו על מושג ה'משפט' הם לא ראו לנגד עיניהם פרקטיקה הנוהגת הלכה למעשה, מכוונת התנהגות ועוסקת בפתרון סכסוכים, והם גם לא שאפו להפוך את המשפט לפרקטיקה כזו. הם חשבו על המשפט כעל מושג אידאלי השייך למעין עולם אידאות אפלטוני, ואת עיסוקם בלימוד המשפט הם תפסו בעיקר כאתגר אינטלקטואלי במסגרת מצוות תלמוד תורה. הם העצימו את תפקידו ואת חשיבותו של המשפט כנרטיב, כשיח תרבותי וכעולם פנימי הנוצר ומתהווה בתוך קהיליית לומדי המשפט.

הפרק השלישי – חשיבה אונטולוגית ונטורליסטיקה משפטית – דן בנטייה לכיווני חשיבה אונטולוגיים ונטורליסטיים בשיטת הלימוד הליטאית. חשיבה אונטולוגית תופסת מוסדות הלכתיים ומשפטיים שונים – כגון קניין, נישואין, קדושה, טומאה ואיסורים – כמצבי עניינים שקיימים בעולם, ולא רק כאגד של כללים נורמטיביים. בעלות, לפי תפיסה זו, אינה מתמצה בזכויות הקניין של הבעלים, אלא נתפסת קודם כל כחלק מה'יש', כמצב עניינים בעולם שמתבטא בקשר, בלתי נראה לעין, שמתקיים בין האדם לרכושו. נישואין, בדומה לכך, לא רק מכניסים את בני הזוג למערכת של חובות וזכויות הדדיות, אלא מכוננים ביניהם קשר מיוחד שקיים במציאות הממשית ואינו רק נורמטיבי. כך גם הטומאה נתפסת כמעין אנרגיה שלילית ומזיקה שנדבקת בעצמים ובבני אדם, המובחנת מכללי ההתנהגות השונים, האיסורים וההרחקות, אשר מנחים את נמעני החוק כיצד לנהוג ביחס לטומאה. נטורליסטיקה משפטית רוכבת על

התפיסה האונטולוגית ומחילה את חוקי הטבע על אותם מוסדות הלכתיים אונטולוגיים. כך למשל, השיבה נטורליסטית תטען שעמדתו של המשפט התלמודי אשר אינו מאפשר לרכוש בעלות על נכס באופן רטרואקטיבי אינה מבוססת על שיקולים משפטיים של צדק או תועלת, אלא על שיקולים הלקוחים מהתחום של חוקי הטבע: הבעלות היא מצב עניינים בעולם, וחוקי הטבע בעולמנו אינם מאפשרים לשנות את האירועים ומצבי העניינים שהתרחשו והתקיימו בעבר. שורשיה של החשיבה האונטולוגית והנטורליסטית מצויים כבר בתלמוד, אך היא באה לידי ביטוי בולט במיוחד בשיטת הלימוד הליטאית ובדרך שבה הבינו ראשי ישיבות ליטא את המשפט התלמודי.

הפרק הרביעי – 'איסור' ומשמעויותיו – כולל ניתוח מדוקדק של מושג האיסור מצדדיו השונים בעקבות ההבחנות השונות שהועלו בכתבי הרש"ש ומזווית ראייה אנליטית ותורת-משפטית. בין השאר נדונות בו ההבחנה בין האיסור במשמעותו הנורמטיבית כחובת התנהגות (במעשה או במחדל) ובין האיסור במשמעותו האונטולוגית כמצב עניינים המתאר את תכונתו של הדבר האסור; ההבחנה התלמודית בין איסור גברא לאיסור חפצא וההסבר החדש שנתן לה הרש"ש, וניתוח מדוקדק של הסוגיה העוסקת ב'ספק איסור'.

הפרק החמישי – תורת המשפטים – עוסק באחד מחידושי החשובים של הרש"ש בנוגע למשפט התלמודי האזרחי. הרש"ש הבחין בין התחום הדתי של ההלכה לבין התחום המשפטי שלה (אותו כינה: 'תורת המשפטים'), וטען שיש הבדלים עמוקים בין שניהם. לפי פרשנות רווחת, הן בעולם הישיבתי הן במחקר, ההבדל העיקרי שבין שני התחומים נעוץ במקור הנורמטיבי שלהם: המקור של המצוות ה'דתיות' הוא הציווי האלוהי, ואילו המקור של המשפט התלמודי הוא המשפט הטבעי המתאים גם לסברה האנושית. בפרק זה מוצע כיוון אחר, שלפיו ההבחנה העיקרית שעושה הרש"ש בין תחום המצוות ל'תורת המשפטים' הוא אחר: מצוות דתיות מטילות על הנמענים חובות התנהגות, בעוד שחיובי ממון הם מצבי עניינים משפטיים שאינם מטילים בהכרח חובת התנהגות על החייב.

זרעיו הראשונים של חיבור זה נטמנו בשנות לימודי בישיבת חברון שבירושלים,⁵ כאשר נמשכתי אחר שיטת לימודו ו'יסודותיו' של הרש"ש.

5 שמה המלא: 'ישיבת כנסת ישראל – חברון', ניתן לה בשנת תרפ"ה, כשראש הישיבה, ר' משה מרדכי אפשטיין, עלה לארץ ישראל בלוויית כמאה מתלמידי ישיבת המוסר 'כנסת ישראל' שבסלובודקה (פרבר קובנה שבליטא) כדי לייסד סניף של הישיבה הליטאית בעיר

כבר אז ניסיתי להתחקות אחר טיבו של מהלך המחשבה הישיבתית, המבקש לחדור למהותם של המושגים ולהגדיר את החוקיות הפנימית של המוסדות המשפטיים. חוקיות זו מבוססת בעיקרה על קשרים סיבתיים, ולכן יש בעולם הישיבות נטייה לזלזל לעתים בשיקולים תועלתניים ופרקטיים ובסברות 'השכל הישר', בטענה שהסברים כאלה אינם חודרים למהותם של הדברים. החשיבה הישיבתית בונה עולם אידאות אפלטוני של המושגים ההלכתיים-משפטיים, דוגמת 'חיוב', 'שעבוד', 'בעלות', 'חלות קידושין', 'אדם המזיק', 'שטר' וכיוצא באלו, ומבקשת לעמוד על החוקיות הפנימית השוררת באותו עולם. מאוחר יותר, כשהגעתי ללימודי המשפטים הכלליים באוניברסיטה העברית, העסיקה אותי ההשוואה בין החשיבה ודרכי ההנמקה הישיבתיות לבין החשיבה ודרכי ההנמקה בשיח האקדמי שבפקולטה למשפטים. מצאתי שלמרות הבסיס התוכני המשותף – שהרי הבעיות הנדונות במשפט התלמודי דומות במקרים רבים לבעיות הנדונות בשיטות המשפט הכלליות – השיח ודרכי החשיבה שונים.

החשיבה המשפטית הכללית, בעיקר כפי שהתפתחה בעשורים האחרונים,⁶ מתמקדת בשיקולים תועלתניים הצופים פני עתיד, ואילו החשיבה הישיבתית מתמקדת בשיקולים סיבתיים הצופים פני עבר; החשיבה הכללית מתמקדת בעיקר בצדק חלוקתי ואילו זו הישיבתית – בצדק מתקן; הדיונים בפקולטות למשפטים עוסקים רבות ברצוי ובראוי, ואילו הדיונים הישיבתיים מתמקדים במצוי הנורמטיבי, שאותו הם מנסים לפרש בצורה הטובה ביותר; החשיבה הכללית רואה במערכת המשפטית מערכת של כללי התנהגות שנקבעו בידי בני אדם כדי להסדיר את החיים החברתיים וכדי לפתור סכסוכים ובעיות חברתיות, ואילו החשיבה הישיבתית נוטה לצמצם את הפער שבין הפיזיס

חברון. לאחר מאורעות תרפ"ט, שבהם נרצחו עשרות מתלמידי הישיבה, עברה הישיבה לירושלים. על ההיסטוריה של הישיבה ראו בין השאר טיקוצ'נסקי, העתקת הישיבה, עמ' 273-314.

6 השוואת החשיבה של הרש"ש לחשיבה המשפטית המודרנית מדלגת על פער של כמאה שנים, שבהן חלו שינויים מפליגים בחשיבה המשפטית הכללית. ואכן, אם נשווה את החשיבה הישיבתית לתפיסות משפטיות שרווחו באירופה ובארצות הברית בסוף המאה התשע עשרה ובתחילת המאה העשרים, כמו החשיבה הפורמליסטית והניסיון לחשוב על המשפט באופן מדעי, יצטמצמו הפערים בין השיטות השונות. אולם גם ההשוואה לחשיבה המשפטית בת זמננו אינה לוקה באנכרוניזם, שכן מדובר בהשוואה מושגית שאינה כפופה לתחום ההיסטורי. זאת ועוד, בחשיבה הישיבתית לא חלו שינויים משמעותיים מזמנו של הרש"ש ועד ימינו, כך שגם מנקודת מבט היסטורית ניתן להשוות בין החשיבה של הרש"ש כפי שהיא משפיעה על החשיבה הישיבתית בת זמננו לבין החשיבה המשפטית המודרנית.

לנומוס ותופסת חלק מהנורמות המשפטיות כמעין חוקי טבע המשקפים סוג של מציאות נורמטיבית; החשיבה הכללית מדגישה את השיקול הערכי ומקדמת שיח של ערכים, ואילו החשיבה הישיבתית מבחינה בין הנורמות המשפטיות לבין השיקולים הערכיים ונוטה לראות את החוקיות ואת המציאות המשפטית כנקיות מערכים, כאשר התביעות הערכיות מורות לאדם כיצד עליו לנהוג במסגרת המציאות המשפטית וההלכתית.⁷ מטבע הדברים לא יכולתי לעסוק במסגרת חיבור זה בכל ההבדלים שמניתי לעיל אלא רק בחלקם, ואני מקווה שבעקבות דיון זה יבואו דיונים ומחקרים נוספים שיעמיקו עוד בבירור היחס שבין החשיבה הישיבתית לחשיבה המשפטית המודרנית.

בירור אופייה של החשיבה המשפטית שהתפתחה בישיבות ליטא נושק לכמה תחומי ידע ומחקר. בראש ובראשונה הוא קשור לחקר תולדות ההלכה והמשפט העברי, הן מבחינה היסטורית וסוציולוגית הן מבחינה עיונית ומושגית, הנוגעת גם לפילוסופיה של ההלכה. שיטת הלימוד הליטאית יצרה דפוסים חדשים של חשיבה ושיח בלימוד הטקסטים התלמודיים וההלכתיים, בעיקר אלו הנוגעים לתחום המשפטי שבהלכה. בתקופה זו חלה תמורה עמוקה במעמדו של המשפט העברי, שנבעה בין היתר מביטול האוטונומיה השיפוטית של היהודים בארצות אירופה במאה התשע עשרה.⁸ ממשפט נוהג, חי ודינמי, שהעוסקים בו פועלים מתוך שיקולים הנובעים מהחיים עצמם, הפך המשפט העברי בעיקרו לגוף ידע תאורטי שנלמד בבתי מדרש ובישיבות. ההתפתחויות העיקריות שהתחוללו במשפט העברי במשך מאה וחמישים השנים האחרונות, לא התחוללו בשדה הפסיקה הלכה למעשה אלא בשדה הלימוד התאורטי בישיבות, ובעיקר בישיבות ליטא. מחקר מקיף של תולדות המשפט העברי צריך אפוא להקדיש דיון להתפתחויות אלה.

הרש"ש וראשי ישיבות אחרים תרמו תובנות חשובות בכל הנוגע להבנת החשיבה המשפטית של התלמוד. הם נגעו בבעיות היסודיות של המשפט התלמודי ופעלו במידה רבה כחוקרים של המשפט העברי, המנסים להתחקות

7 אדגים את הדבר באמצעות סוגיה העומדת כיום על סדר היום הציבורי: בעיית מסורבות הגט. בעוד השיח המודרני תוקף את הכללים ההלכתיים ומתמקד בעוול הנגרם לאישה עקב אותם כללים המאפשרים לבעלה לעגנה בשרירות לב, החשיבה הישיבתית מדגישה את העוול הגורם הבעל הטרבן לאישה באמצעות ניצול לרעה של הכללים ההלכתיים, שכשלעצמם נתפסים כמצבי עניינים בעולם שאינם נתונים לשיפוט מוסרי.

8 ראו אלון, המשפט העברי, עמ' 1319–1329.

אחר תבניות החשיבה של המשפט העברי ולהציע מודלים משפטיים תאורטיים. ההבדל העיקרי בין ראשי הישיבות לחוקרים הוא שהאחרונים משקיפים על מושא המחקר (המשפט העברי) מנקודת מבט חיצונית, בעוד שהראשונים ראו עצמם כחלק משרשרת המסירה של ההלכה והמשפט העברי. גם במקרים שבהם גישה ביקורתית לא תקבל את ההסברים הישיבתיים כתיאור מהימן ומשכנע של כוונתם המקורית של בעלי הסוגיה התלמודית, יש להם ערך עצמאי הן מבחינה מושגית הן כחוליה חשובה במסורת החשיבה המשפטית של ההלכה. יתר על כן, לעתים יכולות התובנות המשפטיות שהעלו ראשי ישיבות ליטא לתרום להבנה מחודשת של מושגי יסוד בחשיבה המשפטית הכללית.⁹

בחקר המשפט העברי נוהגות שיטות מחקר שונות. אני שותף לדעה שיש להרחיב את מחקר המשפט העברי אל מעבר לביירוים פוזיטיביים ודוקטרינריים המתמקדים בתיאור משפט זה על השיטות השונות שבו, אם דרך ההתפתחות ההיסטורית אם בדרך הדוגמטית. על המחקר לבחון את רבדיה העמוקים של צורת החשיבה של המשפט העברי מנקודת מבט של תורת המשפט, את מגמותיה ואת הדומה והשונה בינה לבין שיטות משפט אחרות, לא רק מבחינת הסדר זה או אחר אלא בעיקר מבחינת הנחות היסוד וכיווני החשיבה הרוחשים מתחת לפני השטח והסמויים לעתים מן העין. מחקר השוואתי-מושגי מסוג זה מעורר אתגרים מתודולוגיים שונים. אעמוד כאן על אחד מהם. הרש"ש עסק בבעיות שונות מתחום תורת המשפט ומתחומי המשפט המהותי שנדונו בספרות הכללית, אבל כמו רוב ראשי ישיבות ליטא הוא לא היה מודע לחשיבה המשפטית הכללית ולא היה מצוי בספרות המשפטית ובמינוח הכללי שהתפתח בתחומים אלו. הוא סלל לעצמו דרכים חדשות והעניק משמעויות משלו למונחים המשמשים בחלקם גם בספרות המשפטית הכללית (כמו למשל המונח 'זכות משפטית'¹⁰). מצב זה מעמיד את החוקר בפני דילמה, האם לדון בתורתו של הרש"ש באופן סגור ועל פי הטרימנולוגיה שלו, או לנתח אותה במונחים חיצוניים לה, הלקוחים מתורת המשפט הכללית? דומה

9 כך למשל, הניתוח שהציע הרש"ש למושג 'חיובים כספיים' (שיידון בפרק החמישי) רלוונטי במידה רבה להבנת המושג גם בשיטות משפט אחרות. על חשיבותו האפשרית של המשפט העברי כהצעה חלופית מעניינת ושונה מזו של שיטת המשפט המערבי המודרני ראו דגן, עשיית עושר, עמ' 165-168, 188-190; אדרעי, מדוע לנו, עמ' 467-487. הדברים נכונים לדעתי גם בנוגע לחשיבה התאורטית של ראשי ישיבות ליטא, שכמעט לא נדונה במחקר.

10 ראו להלן עמ' 245-246.

שאינן בעניין זה נוסחה מדויקת. על החוקרים למצוא בסופו של דבר את האיזון הנכון בשילוב שבין החשיבה האורגנית של המשפט העברי לבין החשיבה המשפטית הכללית.¹¹

בירור שיטת הלימוד הישיבתית נוגע גם למחקר התלמוד, שהרי ראשי הישיבות בליטא עסקו במשפט תלמודי ובסוגיות תלמודיות. אכן בשונה מחוקרי התלמוד באקדמיה, ראשי הישיבות התמקדו בהיבטים המשפטיים והמושגיים של הסוגיה התלמודית ולא התעניינו בצדדים פילולוגיים ובביקורת הטקסט של הסוגיה התלמודית,¹² וככלל הם היו רחוקים מהנעשה בתחום מדעי היהדות וחכמת ישראל.¹³ חוקרי תלמוד, לעומתם, נוטים פעמים קרובות להזניח את ההיבט המשפטי של הסוגיה התלמודית ולעסוק בעיקר (ולעתים רק) בשאלות פילולוגיות וטקסטואליות. אך מחקר תלמודי שאינו מודע

11 לעתים היעדר ההשכלה בתחום המשפט הכללי יכול להיות דווקא יתרון בשדה המחקר של המשפט התלמודי. החשיבה המשפטית בישיבות ליטא התפתחה מתוך מסורת הלימוד התלמודית, בעוד שמחקר המשפט העברי עלול להיכשל לעתים בהשלכה מלאכותית של קטגוריות משפטיות שמקורן בשיטות משפט אחרות על המשפט התלמודי. ראו למשל הצהרתו של גולאק, 'יודי המשפט, עמ' 10: 'במקצוע זה [חקר המשפט העברי] יש לו לחוקר האמצעים המשוכללים והמתודות השונות של הירויספרודנציה הכללית, והם בודאי יקלו את עבודת המחקר וינהלוה באורח מישורי'. ואכן, בארגון המשפט התלמודי הלך גולאק בעקבות החלוקות וההבחנות הקלסיות של המשפט הרומי, כפי שעולה בין השאר משמות השערים והפרקים של חיבורו, גם כאשר ייתכן שהלכי מחשבה אלה זרים לרוחו של המשפט העברי. וראו קפלן, בעקבות היראה, עמ' 10-11, רשימת ביקורת מעניינת שכתב הרב אברהם אליהו קפלן, חניך ישיבות ליטא שעמד בראש בית המדרש לרבנים בברלין עד פטירתו בדמי ימיו בשנת תרפ"ד, על חיבורו של גולאק. את הרשימה פותח הרב קפלן בשאלה 'מי ומי ההולכים וחודרים חדירה גמורה ואמתית לתוך היכל המשפט העניקי של ההלכה התלמודית?' האם 'אנשי המדע המודרני' או 'תלמידיו המובהקים של בית מדרשו הישן?' (עמ' 10). לעניין 'החשיבה האורגנית' המאפיינת את המסורת ההלכתית והמאפשרת סוג של שיח בין חכמי הלכה שונים שמפרידות ביניהם מאות ואלפי שנים ראו גם הולץ, בעולם המחשבה.

12 ביחס בין הלימוד הישיבתי למחקר התלמודי עסקו כמה חוקרים ומחברים. ראו למשל כהנא, מחקר התלמוד; שפרבר, לימוד ישיבתי; וולפיש, בית המדרש; פייסט, חקירה. חלק מחכמי בית המדרש האחרונים בליטא ובפולין היו מודעים לשאלות של נוסח, כמו למשל הגר"א, ר' חיים מוולוז'ין, הרד"ל, ר' צדוק הכהן מלובלין ועוד (ראו פוקס, הערות ביקורתיות), אולם מודעות זו כמעט אינה מצויה בשיטת הלימוד האנליטית שהתפתחה בישיבות ליטא, המתעניינת יותר במושגים ההלכתיים-משפטיים ופחות בטקסט ובשאלות הטקסטואליות.

13 המצב היה שונה לגמרי באורתודוקסיה הגרמנית, שרבניה היו מצויים בספרות מדעי היהדות וחכמת ישראל ובחלקם אף נטלו חלק פעיל במחקר. ראו למשל ברויא, עדה ודיקנה, עמ' 157-190; ידידיה, ביקורת מבוקרת.

להיבטים המשפטיים ולחקר המשפט העברי מחמיץ ממד חשוב של החשיבה התלמודית, והוא דומה למחקר שידון בחוק הישראלי או בפסקי דין של בתי המשפט מנקודת מבט ספרותית ופילולוגית גרדא בלי להתייחס לתכנים המשפטיים הגלומים בהם. שומה עלינו לעמוד על טיבו המשפטי של התלמוד ועל אופיה של החשיבה המושגית והמשפטית של חכמי התלמוד,¹⁴ ולשלב במחקר התלמוד את שתי המתודות, זו המדעית-פילולוגית וזו המושגית-משפטית.

למרות הקשרים התוכניים ההדוקים בין יצירתם של ראשי ישיבות ליטא לבין תחומי המחקר העוסקים במשפט העברי, בפילוסופיה של ההלכה ובתלמוד, החשיבה המשפטית שהתפתחה בישיבות הליטאיות כמעט לא זכתה להתעניינותם של חוקרי מדעי היהדות עד לשנים האחרונות. רוב מניינו ובניינו של מחקר המשפט העברי התמקד במשפט התלמודי, בספרות הגאונים והראשונים ובספרות הפסיקה והשו"ת.¹⁵ תורתם של האחרונים ואחרוני האחרונים, לעומת זאת, נזנחה במחקר,¹⁶ ובפרט נכון הדבר בנוגע ליצירתם של ראשי ישיבות ליטא שאינה מתמקדת בפסיקה הלכה למעשה אלא בתאוריה של המשפט. גם בתחומים אחרים של מדעי היהדות, כגון היסטוריה של עם ישראל, תלמוד ומחשבת ישראל, לא נכתב הרבה על הצד הלמדני ועל החשיבה ההלכתית-משפטית שהתפתחו בישיבות ליטא. בשנים האחרונות אנו עדים לעלייה בהתעניינות המחקרית בהיבטים שונים הקשורים

14 השוו לדברי השופט זילברג (חניך ישיבות ליטא) בפסקה הפותחת את ספרו כך דרכו של תלמוד: 'יסוד היסודות ושורש כל השגת סגולותיו המיוחדות של התלמוד הוא לידע להודיע ולהודיע, כי התלמוד הוא יצירה קולקטיבית בעלת אופי משפטי מובהק, זילברג, כך דרכו, עמ' 1. ראו עוד זילברג, באין כאחד, עמ' 160. מטעם זה אין לקבל את הביקורת המושמעת מדי פעם על ידי חוקרי תלמוד וספרות חז"ל בדבר האנכרוניזם שבעצם ייחוס הבחנות משפטיות לאמוראי התלמוד. ראו למשל ביקורתו של א"א אורבך על הניתוח המשפטי של מחלוקת האמוראים בעניין גדרה של 'פריעת בעל חוב', עמ' 261 הערה 95.

15 ראו בעניין זה אלון, המשפט העברי, עמ' 72-82.

16 השוו תא-שמע, זרמים חדשים, עמ' 181: 'חקר הספרות הרבנית של מאות השנים האחרונות, הלא היא תקופת "האחרונים", הוזנח כליל במחקר המודרני'. עם זאת יש לציין שחידושו של הרש"ש (ושל ראשי ישיבות ליטאים אחרים) נזכרים, ולעתים אף נדונים, במחקרים העוסקים בסוגיות מוגדרות במשפט העברי. אולם מחקרים אלה אינם מוקדשים לבדיקה שיטתית של החשיבה הליטאית עצמה. מאמר חשוב המתייחס כולו לשיטתו של הרב שקופ הוא מאמרו של שגיא, המצווה הדתית.

לעולם הישיבות הליטאיות,¹⁷ ואני מקווה שספרי יוסיף נדבך לתחום מחקר חשוב זה.

17 אזכיר רק כמה חיבורים שהתפרסמו בשנים האחרונות: שטמפר, הישיבה הליטאית; טיקוצ'נסקי, דרכי הלימוד; בראון, חזון איש; כהן, אור שמח; קליבנסקי, חלמיש צור; ברויאר, אוהלי תורה (הספר מוקדש לתולדות מוסד הישיבה מימי התלמוד עד לעת החדשה וכולל התייחסות לשיבות ליטא. ראו בעיקר עמ' 206–214). קדם לכל אלה ספרו החלוצי של נורמן סולומון, התנועה האנליטית, המוקדש לתיאור וניתוח דרכי החשיבה של ר' חיים סולובייצ'ק וחוג תלמידיו. לצד ספרות המחקר האקדמית הנוכרת ראוי לשים לב גם לחיבורים רבי חשיבות הממוקמים בגבול שבין ספרות תורנית-ישיבתית לספרות מחקר אקדמית, דוגמת ספרו המונומנטלי של הרב משה עמיאל, תלמידו של הרש"ש, המידות לחקר ההלכה, שנכתב מתוך התבוננות רפלקטיבית ביקורתית מעמיקה על החשיבה הישיבתית, וספרו של הרב זוין, אישים ושיטות, אשר בו הוא מנתח דרכי לימוד של כמה דמויות מעולם הישיבות הליטאי (מצער הדבר שהיא לא הקדיש מאמר מיוחד לדרכו של הרש"ש). לסוגה חשובה זו שייכת גם מסתו הידועה של הגרי"ד סולובייצ'ק, איש ההלכה (התפרסמה לראשונה בשנת תש"ד), שיש בה תיאור מעמיק של שיטת הלימוד הבריסקאית. בשנים האחרונות התפרסמו על ידי תלמידי הגרי"ד סולובייצ'ק בארץ ובארצות הברית מאמרים שונים העוסקים בשיטת הלימוד שלו ובניסיון לברר את ההבדלים בינה לבין השיטה הבריסקאית הקלסית מבית מדרשו של סבו הגדול, ר' חיים סולובייצ'ק. מאמרים אלה מצטרפים לעדויות נוספות המלמדות על עניין גובר והולך בתחום זה בזמן האחרון.

מפתח נושאים

בעלות אונטולוגית לעומת בעלות משפטית 128 (ראו גם: חיובי ממוזן)	אבדה 244-245
בעלי חיים - העמדתם לדין 151	אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ראו: דבר שלא בא לעולם
גזל הגוי 242-244	אזהרה 196-218
גזרת הכתוב 45, 73	איסור
גטה וידה באין כאחד 105-107	אין איסור חל על איסור 104-105,
דבר שאין בו ממש 104, 174, 183-179	207-203
דבר שלא בא לעולם 67, 101-104	איסור גברא ואיסור חפצא 33, 168,
דינא דמלכותא דינא 252	174, 176-196
היזק שאינו ניכר 156-160, 162-163,	איסורי הנאה 160-166, 189-190
172	איסורים מדאורייתא ומדרבנן 146-
הכשל הנטורליסטי 148-149, 174, 224	147, 165-168
הלכה והיסטוריה 137	איסור ספק 169-172
הלכה והלכה למעשה 84-86	דימויו לרעל 146, 150-156
השכלה כללית ותנועת ההשכלה בעולם	ההבחנה בין איסור קטגורי לאיסור היפוטטי 149
השיבות 33-38, 45, 57, 62-64,	ההבחנה בין mala in se ל- mala
90, 74	147-148 prohibita
התגלות והמקור האלוהי של החוק 228	תוקפו של מעשה אסור 109,
התפסה בנדר ובשבועה 182-184	136-137
זכות (ממוזן) 7, 31, 47, 94, 234	אשם תלוי 209-214
חוב לגוי 271-275	ביקורת הנוסח אצל הרש"ש 51
חובה וחיוב 232-233	בית דין - סמכות הכפייה שלו 267-
חוק, תפקידו הנרטיבי 84-87	268
חוקי הטבע 66, 73-74, 84, 88, 90,	בעלות (קניין)
	גדרה 94-96, 103, 127-134,
	238-244
	בנכס גזול 243
	של גוי 242-243

- כללי התנהגות, כללי הכרעה 202, 131, 111, 108-105, 99-97, 94
 250, 234, 212, 208 חידושי תורה 27-24
 כללי חובה וכללי הגדרה 232, 233
 238-235 חיובי ממון, גדרם 235-232
 כללי קניין וכללי חיוב 240-238, 133-131, 96-95, 71-70 חלות
 251-250 חלות איסור 93-92, 105, 162,
 כשרות, ראו: מאכלות אסורות 173-176, 183-180
 לא תסור מכל אשר יורוך 147, 153, 98 חקירה
 280, 229, 216-215, 169, 166 חשיבה אונטולוגית במשפט 88-98
 לולב הגזול 243 חשיבה אנליטית 48-57
 לצאת ידי חובה 233 חשיבה משפטית 41-42
- מאכלות אסורות 145, 153-150, 266, 234 טבלת הופלד
 156-155 תומאה 89-94, 96-98, 127, 105-128,
 מחלוקת על הקדמונים 31 137, 139-138, 146, 151-150, 155
 מחקר התלמוד 8-9, 44 185, 187, 197, 204-203, 218-216
 מטפורות בחשיבה ההלכתית 138-139, 238-237
 178, 173 טעמי המצוות 72, 146-144
- מכאן ולהבא למפרע 107, 111, 146-144
 מכירה לזמן 131-134, 244, 130, 74 יאוש בעלים
 ממונא ואיסורא 45-48, 17 ישיבת בריינסק
 ממזרות 135-136; 203, 211-210, 19-17, 15, 11, 2 ישיבת גרודנה
 מצוות מדרבנן, מקור תוקפן 216-215, 28, 23, 16, 14-13 ישיבת וולוז'ין
 230-229 35, 40-42, 53-54, 56, 60, 63, 65
 מצוות שבין אדם למקום / להבירו 193, 80
- מקוריות 11, 19, 24-26 ישיבת חברון 4
 משפט טבעי 4, 96, 226-231, 275, 21-20, 16, 15, 2, 1 ישיבת טלז
 278 29, 26-25, 32, 35-36, 38, 42-45
 משפט עברי 6-9, 34, 43-45, 59-56, 290, 81, 76, 67, 65, 56-53
 60, 76-77, 83, 85, 87, 98-99 ישיבת מאלטש 16
 222-220, 224, 262-263, 282-283 ישיבת סלבודקה 30
 מתנה 79-80, 95-96 ישיבת ר' יצחק אלחנן (בניו יורק) 18
- נטורליסטיקה משפטית 98-107, 127 כוונה ורצון