

קורס זה יעסוק במושג של 'פורמליזם' ובמתח שבין מושג זה לבין 'ערכים' בעולם המשפט העברי. אנו יוצאים מנקודת הנחה שכל מערכת משפטית מבוססת על יסודות של פורמליזם, אין דרך אחרת. מן הצד השני, בכל מערכת משפט ישנם גם ערכים, יעדים, אינטרסים ועקרונות – אותם היא מבקשת להגשים. תמיד עלול להווצר מתח בין היסודות הפורמליסטים לבין היסודות הערכיים-תכליתיים.

חלקו הראשון של הקורס יעסוק בפורמליזם ושאלות של פרשנות. חלקו השני יעסוק פחות בפרשנות ויותר בחקיקה או מקום בו תופסים הערכים מקום מוגדר בהלכה.

1. מבוא: מהו פורמליזם משפטי?

המושג 'פורמליזם' מקורו במונח הלועזי *form*, צורה. פורמליזם פורס חסותו על תחומים רבים, כגון ספרות, משפט ואמנות. בהיבט המשפטי, המונח 'פורמליזם' שימש את הסוציולוגים כדי לאפיין את המשפט. הסוציולוג מקס וובר, בראשית המאה ה-20, אפיין את המשפט בתור "תחום פורמליסטי", כלומר תחום המאורגן מראש עפ"י תבניות וכללים, ובני-האדם פעמים רבות פועלים רק לפי הכללים מבלי להפעיל שיקול-דעת או סטייה מן הכלל.

נסכם: מערכת המשפט היא מערכת הקובעת כללים שבאמצעותם מתנהלת החברה, בין במישור הציבורי או הפרטי.

יש להבחין בין מצב של "תחולת יתר" (הכלל נוקשה חל במצבים שהגיונית אינו צריך לחול), או "תחולת חסר" (מצב בו הכלל מתיר לעשות מעשים שאין זה מוצדק להתיר לעשותם). במקרים אלו נדרש שבעל הסמכות יפעיל שיקול דעת ויבחן את המקרים הבאים לפניו באופן אישי. זוהי בעיה שקיימת כמעט עם כל כלל באשר הוא.

עד כה הזכרנו פורמליזם בהיבט של המכלול המשפטי, אך הפורמליזם גם נוגע לעניינים של פרשנות. ישנן גישות פרשניות-שיפוטיות למשפט שאותם אנו מאפיינים כגישות פורמליסטיות. לעומת זאת, ישנן גישות אותן אנו מאפיינים כגישות שאינן פורמליסטיות – גישות אלו נקראות פעמים רבות כגישה "תכליתית", "ערכית" ו-"אינסטרומנטלית".

מעניין לציין שהמטען שהמונח 'פורמליזם' נושא עימו הוא מטען שלילי. הפורמליזם משמש בשיח המשפטי המודרני, של סוף המאה ה-20, כמילת גנאי. הטבעת התווית 'פורמליסטי' על פרשן או פסק-דין שניתן כמוה כהדבקת תווית של גנאי. המהלך הזה נובע ממהלך תיאורטי שהתחולל במאה ה-20 כולה בכל התיאוריות המשפטיות – כולן דחו בצורה זו או אחרת את הפורמליזם.

פרופ' מנחם מאוטנר אפיין את הפורמליזם במאמרו "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים":

1. ארגון המשפט במערכת בעלת הגיון פנימי: תפיסה לפיה המשפט הוא תחום אוטונומי, מובנה ובעל הגיון פנימי משלו, ואין לערבב בינו לבין תחומים אחרים, כגון פוליטיקה. פתרון לבעיות צריך לנבוע מתוך המערכת עצמה ולא מחוצה לה. דוגמא להגיון זה היא חלוקת המשפט לתחומים, כגון המשפט הפרטי והציבורי, ותתי חלוקות נוספות.
2. ניתוק המשפט מן המימד הערכי: מערכת המשפט קובעת כללים המאפשרים לכל השחקנים להתנתק מערכים ותכליות גדולות, ולפעול במישור הקונקרטי. הפרשן הפורמליסט לא ישאל האם התוצאה אליה

הגיע היא תוצאה העונה על היעדים של המשפט, אלא ישאל האם התוצאה המתקבלת נובעת מתוך הכלל המשפטי.

3. יצירתיות מוגבלת בהליך השיפוט: הגישה הפורמליסטית מבינה את ההליך השיפוטי כהליך של החלה של הנורמות המשפטיות על המקרה הספציפי. השופט אינו רואה עצמו כמי ש'מחפש את ההזדמנות' לחוקק חקיקה שיפוטית.

4. ודאות, צפיות ויכולת תכנון במסגרת החוק: ישנו חוק ברור שהמחוקק קבע, ויש לפרש אותו בצמוד ללשון המחוקק ולהסיק מסקנות לוגיות מתוכו, כך שהתוצאה פחות או יותר ידועה לצדדים מראש. מתן היתר לשופט להפעיל פרשנות שונה, גורמת לאובדן הודאות. כך גם לגבי יכולתו של האדם הפשוט לתכנן את צעדיו במסגרת החוק.

מפורמליזם לערכים – התהליך

התאוריות השונות

לאחר מהפכות רבות, תיעוש ומודרניזציה, החברה המודרנית פיתחה את המערכת המשפטית, העצימה אותה והפכה אותו לכלי שימושי ביותר. המערכת צעדה לאורך לשון החוק, וביטאה עצמה באמצעות פורמליזם נוקשה. באופן הסטורי, התאוריה המשפטית הראשונה שערערה את המערכת המשפטית היא הראליזם.

הגישה הראליסטית הסתייגה מעט מן הפורמליזם וגרסה שהמשפט אינו רק הליך בו מסיקים תובנות לוגיות, אלא שיש לשופטים שיקול-דעת אישי, אינטואיציה ונסיון. אך הראליזם לא הצליח להציג תאוריה אלטרנטיבית למערכת הפורמליסטית, אלא רק הציג קושיות לדילמה.

התאוריה השנייה שהתעוררה במאה ה-19 היא הפוזיטיביזם של ה.ל. הארט. גישה זו ביקשה להתמודד עם הקשיים שהעלו אנשי הגישה הראליסטית. הארט מעורר בספרו *The concept of Law* את השאלה "מהו מקור החוק?". לדידו, פורמליזם קיצוני הוא בלתי אפשרי, אלא שעל הפרשן תמיד להכניס שיקולים תכליתיים ולא להסתפק בלשון החוק. החוק, הוא אומר, בנוי ממילים. שפת בני האדם מוגבלת ותמיד מעוררת שאלות. ממילא יוצרו בעיות עם כל נורמה משפטית המכילה תיאור מילולי (דוגמתו המפורסמת היא איסור הכנסת כלי רכב לפארק). לכן, על הפרשן לבחון את תכלית החוק – מה מטרתו, ולפי זה לפסוק ולפרש. אך הארט אינו מעוניין לתת לשופט חופש מוחלט לפסוק עפ"י נסיון ואינטואיציות מכיוון שזה פותח פתח לשרירותיות. לכן הוא אומר: בגרעין של הכללים יש להיות נאמנים לכלל, אך כאשר מתעוררות שאלות ביחס ליישום והתוצאה הפורמליסטית המתקבלת אינה עולה על הדעת – יש להפעיל שיקול דעת ולהגיע לתוצאה אחרת.

תאוריה נוספת היא הנון-פוזיטיביזם. בזמן שהפוזיטיביזם סבור שיש להפעיל שיקול דעת במסגרת החוק, תאוריה זו גורסת שאין חובה להצמד לחוק ולהגיון הפנימי שלו או לתכליות שלו, אלא שניתן לעשות שימוש בעקרונות גדולים יותר מחוץ לחוק ומחוץ לשיטה. כך אין צורך בחוקה כדי לפסול חוקים, לפי תאוריה זו.

דבורקין מייצג תאוריה נון-פוזיטיביסטית. הוא בעיקר תקף את התאוריה של הארט באומרו שהפוזיטיביסטים מתעלמים מהיבט שלם של המשפט, והוא נורמות שאין מקורם במערכת המשפט. אלו הן נורמות המוגדרות כ"עקרונות המשפט". דבורקין מבחין בתאוריה שלו בין "כללי" ל-"עקרון". הכלל הוא נורמה משפטית ספציפית, ואילו העקרון הוא נורמה משפטית מופשטת. המייחד את הכלל המשפטי הוא שהוא פועל בדרך של "הכל או לא כלום". כלומר: אם מערכת הנסיבות הנדונה מתאימה לכלל המשפטי, נחיל אותו 'עד הסוף'. אך אם אין היא

מתאימה, לא נחיל אותו¹. שונה ממנו העקרון המשפטי. העקרון המשפטי הוא נורמה משפטית מופשטת שאיננה כוללת מערכת נסיבות והיא חלה באופן אחר מאשר הכלל המשפטי. דוגמא לעקרון שכזה הוא "זכות הקניין", "שוויון". לעקרונות, אומר דבורקין, יש משקל. להבדיל מכללים, עקרונות חלים תמיד, אך מידת ההתחשבות בהם ע"י השופט/פרשן תלויה במשקלם.

ביקורתו של דבורקין על תומכי הגישה הפוזיטיביסטית היא שהם עושים שימוש רק בכללים ולא בעקרונות. ביקורתו מעט מרחיקת לכת, מכיוון שהפוזיטיביסטים בכל זאת עושים שימוש בעקרונות אלא שהם מעדיפים עקרונות שניתן ליחס אותם למחוקק. בעניין היחס לפורמליזם, דבורקין מרחיק לכת מהארט, ואינו תולה את שאלת הפעלת שיקול דעת תכליתית בהנתן דילמה, אלא שתכלית היא ברירת-מחדל שיש לקחת אותה בחשבון תמיד.

פורמליזם גופו

מכאן, נבחן את המאפיינים הקונקרטיים של הפרשנות הפורמליסטית.

1. פרשנות לפי כללים, ולא לפי עקרונות או ערכים.
2. פרשנות לשונית, ולא לפי תכלית.
3. שימוש בהיסקים לוגיים, ולא הכרעות ערכיות.

מאפיינים אלו הם הגרעין של פרשנות פורמליסטית. דברים אלו קיימים בכל מערכת משפט, אך כפי שאמרנו לעיל, בשלהי המאה ה-20 החלה התרחקות ממאפיינים אלו תוך שילוב של הכרעות ערכיות ופרשנות תכליתית, עד אשר היום ניכר כי מערכות המשפט המערביות המודרניות הן תכליתיות.

עם עליית הערכים התעוררה גם ביקורת רבה כנגד תופעות הלוואי שלו, ובעיקר כוחה העצום של המערכת המשפטית ושיקול הדעת הרב הנתון בידיה. בימים אלו מתעורר מהלך הבוחן חזרה לפורמליזם מתון.

¹ דוגמא: כאשר הועמד אדם לדין בגין גניבה והתובע לא הוכיח את כל יסודות העבירה, הנאשם יזכה לחלוטין. פורמליזם וערכים במשפט העברי – ד"ר חיים שפירא סוכס ע"י ד.ג.כ (2003-2004) עותק "עולם המשפט"

2. פורמליזם וערכים בהלכה: בעיות מיוחדות

כעת נדגים את התאוריות השונות ובעיקר את התאוריה של הארט באמצעות מספר מדרשי הלכה.

[ספרי דברים פסקא רכט]

זהו מדרש על דברים כב פסוק ח, המחייב לקבוע מעקה בבית חדש לצורך מניעת נפילה ופציעה של באי הבית או אנשים אחרים. הפסוק אינו קובע סנקציה ביצדו, אלא שהוא מגדיר זאת כחובה דתית.

- המדרש פותח בשאלה האם המדובר אך ורק בבית חדש, או האם מדובר גם בבית שניתן לאדם במתנה או בירושה? או במילים אחרות בהיבט של הארט – האם הלשון "בית" היא דווקנית? פרשנות פורמליסטית היתה יכולה לומר "כי תבנה" – רק בית חדש. המדרש קובע שהדגש הוא על המילה "בית", ולא "כי תבנה", אי לכך החובה נוגעת לגג בכל בית שהוא, בין חדש בין ישן.
- ממשיך המדרש ושואל האם החובה חלה על גג של "בית תבן" או "בית בקר", ועונה המדרש שהתכלית היא "לא תשים דמים בביתך", משמע שהעקרון של הפסוק הוא שאדם לא יפול וימות.
- ממשיך המדרש וקובע שאין החובה חלה על גג של "אכסדרה", "בית שער" ו"מרפסת". ממה נובע השוני הנ"ל?

נבחן זאת עפ"י תאוריית הגרעין הקשה של הארט (בדומה למכונית בפארק). ההתלבטות במדרש היא המילה "בית". הגרעין של המילה בית הוא מן הסתם בית מגורים. בטבעת הראשונה ניתן למצוא את בית התבן וכו', ובטבעת השנייה ניתן למצוא את המרפסת וכו'. השאלה היא עד כמה להרחיק מן הגרעין. ניכר שהתשובה נעוצה בהחלטה "למה משמש הגג?". באכסדרה ומרפסת אין אנשים עושים שימוש תדיר ויומיומי או שוהים בהם, ולפיכך אין המדרש מחייב לבנות בראשם מעקה.

באופן לוגי, מציג המדרש שני עקרונות: עקרון של הרחבה מכח "לא תשים דמים בביתך". עקרון של צמצום מכח "בית דירה". אך חשוב לציין שהתכלית עצמה, במקרה זה, מצויה בחוק – מה שמקנה ודאות, הגיון, ומקל על הפרשנים להגיע אליה.

- ממשיך המדרש ושואל האם מדובר רק בגג, שהוא מקום גבוה, או גם "בירות" ו"מערות"? עונה המדרש בחיוב תוך שהוא מרחיב את "לא תשים בביתך" פעם נוספת. בעקבות ההרחבה שואל המדרש מדוע כלל נאמר "גג"? ועונה שהלשון ביקשה להוציא "אולם" ו"כבש".

ניכר שהמהלך העיקרי של המדרש הוא התמודדות עם מונחים תיאוריים כגון "בית" ופועלים כגון "תבנה", והרחבת המונחים עד גבול מסויים תוך כדי זיהוי התכלית הקיימת בציווי המקורי.

[ספרי דברים פסקא קפ]

מדרש זה נוגע לדברים פרק יט בעניין לערי מקלט. המדרש לוקח את המילה "ערים" ושולל את המונחים "טירים", "כרכים" ו"כפרים". משמע, ערי המקלט שהתורה מצווה עליהן הן עיר ולא שאר צורות ההתיישבות שהיו קיימות דאז. הפירוש של המדרש הוא דווקני ביותר.

להבדיל מן הדין הקודם שנוכחנו לראות מהלך מנומק, הרי לפנינו פרשנות דווקנית שאינה סוטה מן הלשון, חסרת כל הסבר. ובכל-זאת ניכר שיש הגיון רב בקביעת המדרש, לדוגמא: כפר הוא בעל אוכלוסיה מצומצמת שלא תוכל להגן על הרוצח בשגגה. כרך הוא גדול מדי ולא ניתן להשגיח על הנכנסים והיוצאים. אם כן, מדוע לא פירט המדרש את ההגיון שבקביעתו? יתכן בגלל שהתכלית לא כתובה במפורש בפסוק, יתכן ואין הפרשן הדווקני זקוק להנמקה.

אך חשוב להבין שבסיס המדרש הוא תכליתי בכל זאת.

פרשנות תכליתית ומשפט עברי

משהדגמנו את התאוריות השונות במשפט העברי, ולפני שנמשיך לדון בסוגיות שונות הנוגעות למשפט העברי, עלינו להשיב על כמה שאלות יסוד.

באיזו גישה נוקט פרשן לא פורמאליסטי?

על אף התייג של מישהו כלא פורמליסט, הרי שפרשן שאינו פורמליסט אינו יכול להתעלם מהחוק ולעשות ככל העולה על רוחו, אלא שהוא פוסע בצעדי החוק. אם לא יעשה כך, הוא חורג מסמכותו – הוא יפעל מחוץ למערכת הערכים של המשפט והדמוקרטיה. לכן יש לתת לו כלים שיאפשרו לו לפרש את החוק באופן ההולם את תכליתו, וזו מטרתה של השיטה התכליתית.

כיצד השיטה התכליתית עושה זאת?

השופט חיים כהן סבור שבפרשנות החוק צריכים לבוא לידי ביטוי שלושה רבדים של משמעות יחדיו:

1. הרובד הלשוני של הנורמה המשפטית.
2. הרובד של תכלית הנורמה המשפטית.
3. הרובד של עקרונות השיטה.

פרשן שאינו פורמליסט אינו יכול להתחשב ברובד אחד בלבד, אלא עליו להתחשב בשלושת הרבדים ובייחוד ברובד התכליתי, כל זאת באופן שעולה בקנה אחד עם עקרונות השיטה. להבדיל, פרשן פורמליסטי מסתפק ברובד המילולי של החוק.

האם אנו יכולים ליישם שיטת פרשנות זו בהלכה?

יישום השיטה הלא פורמליסטית בהלכה מעורר מספר בעיות:

- **תכלית:** אנו מניחים שלכל חוק ישנה תכלית, ואנו מפרשים אותו לפי התכליתו. האם ההנחה הזו נכונה גם כאשר עוסקים בחוק הדתי? עמדה אחת סבורה שאין אנו יכולים תמיד להבין את הרציונאל האלוהי ולכן אסור לנו לנסות להבין את תכלית ההלכה.
- **עקרונות היסוד של השיטה:** האם אפשר לזהות בשיטה ההלכתית עקרונות יסוד שיש להם משקל רב יותר, ואשר הם משפיעים על השיטה?
- **עקרונות המשפט הטבעי:** תאוריית המשפט הטבעי היא תאוריה נון-פוזיטיביסטית, לפיה המשפט מקורו אינו רק בהחלטות האנושיות-מוסדיות, אלא שיש נורמות אוניברסאליות ולהן מעמד מיוחד בכל מערכת משפט, ובאמצעותן ניתן לבקר את המשפט.

הלכה ומשפט טבעי

אם כן :

*האם ההלכה מכירה במקורות סמכות נוספים מחוץ לתורה
אשר מחייבים פנימה לתוך ההלכה, או לא? האם מתן תורה
הוא אקסקלוסיבי, ומוציא מקורות אחרים מתוקף? או שמא
יש הכרה של ההלכה במקורות אחרים בני-תוקף?*

[רמב"ם, הלכות מלכים, ח יא]

הרמב"ם, בהלכה זו, מתייחס לשבע מצוות בני נח ושאלת היותם נורמות-על:

- "כל המקבל שבע מצוות...הרי זה מחסידי העולם" – הרמב"ם קובע שמי שמקיים שבע מצוות בני נח בצורה נאותה, יש לו חלק לעולם הבא, וכמו כן יש לו מעמד "פוליטי" של גר-תושב והוא אזרח שווה זכויות במדינת ההלכה.
- "והוא שיקבל אותן...מפני שצוה בהן הקב"ה" – הרמב"ם מתנה את המעמד שמפורט לעיל בכך שמקיים המצוות יכיר בכך שהן ניתנו ע"י האל, ולא בגלל שהן נראות לו הגיוניות. אנו רואים שהרמב"ם תובע שהגוי יכיר בתורה כמקור הסמכות, ואם הוא אינו מכיר בתורה אלא עושה זאת מטעמים מוסריים, הוא אינו מקבל את אותו מעמד גבוה.

טקסט זה של הרמב"ם שימש את הסבורים שאין כל מקור מחייב מחוץ לתורה, בייחוד לאור העובדה ששבע מצוות בני-נוח יש להן רציונאל מוסרי כביכול חוץ-הלכתי. אך חשוב לציין שישנם פוסקים רבים (כגון: **רבי מנחם המאירי**) שאינם מסכימים עם גישתו של הרמב"ם, ומבחינתם כל מי שמקיים שבע מצוות בני-נוח יש לו חלק בעולם הבא.

[רבינו ניסים גאון, ספר המפתח א ע"ב]

רבינו ניסים גאון קובע ש-"כל המצוות שהן תלויות בסברא" או ברצון הלב, כלומר – מצוות מוסריות ורציונאליות, מקור החיוב שלהן אינו דוקא התורה אלא שמקור החיוב הוא מיום בריאת האדם.

ואכן יש הסבורים שהסקת "סברה" היא בגדר מימוש עקרונות אוניברסאליים שאינם מצויים בתורה, כגון עקרונות ה"יהרג ובל יעבור". בעניין זה דן המקור הבא.

[בבלי, סנהדרין עד ע"א]

התלמוד שואל מה המקור לעקרון יהרג ובל יעבור בכל הנוגע לשפיכות דמים?
"ורוצח גופיה מנא לן" – שואלת הגמרא מנין שאסור לאדם להרוג כדי להציל את עצמו? ועונה שזוהי "סברא". לשם כך מספרת הגמרא סיפור על אדם שתפס אותו מושל העיר ופקד עליו להרוג את פלוני, ואם לא – יהרגו אותו. אותו אדם שאל את רבא בעניין, ורבא אסר עליו לעשות זאת ואמר לו "מי יימר דדמא דידך סומק טפי?", כלומר: האם דמך אדום יותר מאשר חברך?

כלומר, אין איסור מפורש במקרה זה, אך ברור לרבא שאסור לאדם לעשות זאת.

[הרב צ"ה חיות, מבוא לתלמוד, עמ' רצא]

הרב חיות אומר שהעבודה שהסברה משמשת מקור בתוך ההלכה בעצם מחזקת את הדעה שישנה הזקקות למקור סמכות אחר מעבר לטקסט הכתוב, מקור שהוא הגיוני-טבעי.

עקרונות היסוד של השיטה

נעבור לשאלת היסוד הבאה :

*האם ההלכה מכירה בעקרונות יסוד שאנחנו יכולים לראות
אותם כבעלי משקל רב יותר לצורך הכרעה בשאלות
משפטיות?*

דוגמא מעניינת בפתח הדברים היא השוני בגישותיהם של הלל ושמאי ביחס לגיור, כאשר הגיע גוי בפניהם. שמאי דחה אותו מכל וכל, בזמן שהלל קיבל אותו והקל עליו ולימד אותו את כל התורה על רגל אחת ע"י שימוש בעקרון "מה ששנא עליך אל תעשה לחבריך".

כפי שלמדנו לעיל, אחד היסודות של השיטה הלא פורמאליסטית הוא שימוש בעקרונות יסוד של השיטה. את הנושא הזה נבחן לכל אורך הקורס.

3. תכלית (טעמי המצוות)

פרשנות תכליתית למשפט מניחה שהמחוקק הוא מחוקק של טעם, ויש לחוקים שחוקק טעמים רציונאליים הניתנים להבנה בידי בני האדם. הפרשן שמפרש את החוק באופן תכליתי יכול וצריך לקבוע תחילה את תכלית החוק, ובהתאם לתכלית שזיהה וקבע – יפרש עתה את החוק.

כאשר אנו מנסים ליישם את השיטה הזו בהלכה, עלינו לבדוק האם אנו יכולים להניח שלמצוות התורה טעמים מובנים שניתן לפרשם באופן תכליתי.

[בבלי סנהדרין כא ב] [פורמליסטי] 1

שואל רבי יצחק מדוע טעמי התורה לא נתגלו באופן מפורש? ועונה שמקום בו נתנה התורה את טעם המצוות – את התכלית שלה, בכל זאת נכשל בהן "גדול עולם" (שלמה המלך). הראשונה, נכשל באיסור לקיחת נשים רבות. השנייה, באיסור לקיחת סוסים רבים.

כלומר, לפי מקור זה בגישה התכליתית נעוץ סיכון – המאפשר לבקר אותה.

[בראשית רבה מד א] [פורמליסטי] 3

רב אומר "לא ניתנו המצוות אלא לצרף בהן את הבריות". כלומר, המצוות ניתנו לצורך גיבוש (או טיהור) בני האדם. ועולה השאלה – מדוע בדיני השחיטה חשוב לאל אם היא תהיה מן הצוואר או מן העורף? ועונה שוב שהמצוות ניתנו לצורך גיבוש בני האדם (במובן מעשה צורפות, לגרום לליטושם של הבריות וכפיפתם למקור הסמכות). המקור הזה מדגיש את חוסר הרציונאליות שבמעשה הספציפי, אך שהמעשה מוביל ל"שיפור" או "גיבוש" בני האדם ומקנה להם "נקודות זכות" מול מקור הסמכות.

המקור דן בפסוק "את משפטי תעשו ואת חקתי תשמרו". נשאלת השאלה – מדוע יש צורך בכפילות זו? ועונה הגמרא שבמילה "משפטי" טמונים ציוויים שאף שלא נכתבו, ראוי היה שיכתבו, כגון: עבודה זרה, גילוי עריות, שפיכות דמים, גזל וקללת אלוהים (ת"ל: מדובר בשבע מצוות בני נוח). "חקתי", אומרת הגמרא, הכוונה לקטגוריה אחרת של מצוות שלא ניתנות להבנה והקשורות ליצר הרע (שהשטן שואל מה הטעם של מצוות אלה), כגון: אכילת חזיר ולבישת שעטנז, "ואין לך רשות להרהר בהן".

[מורה נבוכים, חלק שלישי, פרק כו] [תכליתי] 8

- "כמו שחלקו אנשי העיון..." – פותח הרמב"ם ומספר שישנה מחלוקת עתיקת-יומין בשאלה מה הכוח המניע את האל, החכמה או הרצון? שורש השאלה היא האם האל כפוף לכללים גם כן. הרציונאליסטים טוענים שמעשיו של האל הגיוניים וצודקים ויש להם תכלית. החולקים עליהם טענו שהכנסת המעשה האלוהי למסגרת הגיונית בעצם מגבילה את יכולתו.
- כך, ישנו גם ויכוח לגבי תורה ומצוות, אומר הרמב"ם: "שיש מי שלא יבקש לזה סבה כלל... ויש מי שיאמר... שהמצוות כולן יש להם סיבה". אלא שבני האדם אינם יודעים חלק מן הטעמים, בגלל מגבלות שכליות. הדעה הרווחת בישראל ("הוא דעתנו כולנו"), אומר הרמב"ם, היא שמעשי האל נמשכים אחר החכמה.
- "ואלו שנקראים חוקים, כשעטנו..." לגבי חוקים אלו אומר הרמב"ם, שאין המדובר במעשים חסרי טעם או הסבר, אך התכלית המועילה של מעשים אלה נעלמים מאיתנו ומיכולת ההכרה האנושית.
- "והם אשר תועלתם מבוארת אצל ההמון..." – ההבחנה בין חוקים ומשפטים אינה הבחנה מהותית בין מצוות בעלות טעם וכאלו נעדרות טעם, אלא שזו הבחנה סובייקטיבית ע"י בני האדם, ואין זה אומר בשום פנים שאין לאותם חוקים טעם. קוצר הדעת של ההמון אינו נחשב בעיני הרמב"ם.
- הרמב"ם מספר על שלמה המלך שידע את טעמיהן של כל המצוות (משמע: יש טעם למצוות) מלבד פרה אדומה, וקובע כי האל הסתיר את טעמי המצוות כדי שלא יזלזלו בהן בני האדם.
- "אלא שאני מצאתי..." אומר הרמב"ם ומודה ששיטתו אינה תואמת לכל מדרשי חז"ל, ויש מקום בו אמרו חז"ל שאין טעם למצוות (הכוונה למדרש על דיני השחיטה). ההסבר של הרמב"ם היא שמדרש חז"ל הני"ל הוא חריג, אך בכל זאת מצא לו פירוש: "הריגת בעלי החיים", אומר הרמב"ם צריכה להעשות ע"י שחיטה משום שהיא נועדה לתועלת מבוארת (כגון: צער בעלי חיים) – משמע יש לה רציונאל ברור. אך המקום הספציפי להעברת הסכין (בין הוושט לגרגרת) אינה מבוארת. נותן הרמב"ם דוגמא נוספת ליכולת להפריד בין חלקי המצווה – מצוות קרבנות. לקרבן תועלת רבה, אומר הרמב"ם, אך הבחירה של כמה בהמות יש להקריב ואיזה סוג בהמה היא חסרת כל עילה ואין טעם להכנס לזה.

לסיכום, הרמב"ם מציג תפיסה מאד שיטתית לפיה לתורה יש טעמים והיא נמשכת אחר החכמה. מה שנחזה כחסר טעם, יש בו טעם ועל האדם לעשות מאמץ למצוא את אותו הטעם. ניכר שהרמב"ם פותח פתח לפרשנות תכליתית את המצוות.

[ריה"ל, כוזרי] [פורמליסטי]

[מח] לאחר שפירט בפני המלך את החוקים והמצוות, אומר החכם למלך שראשית יש לבצע את החוקים השכליים, שבלעדיהם לא ניתן לנהל אורח חיים תקין.

[ס] אומר החכם כי "אין כל יחס בין שכלנו לעניין האלהי". כלומר, להבדיל מן הרמב"ם, ריה"ל קובע שאין כל בסיס משותף בין השכל האנושי לבין דבר האל, ואין שום טעם שננסה למצוא טעמים למצוות. השכל האנושי אינו מסוגל להבין דברים שאינם רציונאליים עבורו.

[רמב"ם הלכות עבודת כוכבים יב א] [תכליתי + יורה דעה: פורמליסטי] 5
הרמב"ם מסביר את האיסור לגילוח פאתי הראש, מן הטעם שכך היו עושים עובדי כוכבים. [טור יורה דעה קפא] מסביר שהרמב"ם מכניס טעם למצווה ומבקר אותה על כך ואומר שאין הכרח כלל שנדע את הרציונאל למצווה.

5. עיון במדרשי ההלכה

בנושא זה נעניין בסוגיה תיפוסית במדרש ההלכה המדגישה את השוני בין גישות הפרשנות ההלכתית, והטכניקות של כל שיטה ושיטה. הסוגיה היא סוגיית "בן סורר ומורה"¹[דברים כא]². אם נשאל מה תכליתו של דין התורה כפי שאנו קוראים אותו במקור, על אילו ערכים הוא מבקש להגן, ניכר שמדובר בהגנה על עקרון ערכי משפחה, על עקרון כיבוד אב ואם.

כבר עתה ניתן לעלות השאלה האם ישנו שלטון אבסלוטי של ההורים בילדים, כפי שעולה מתוך המקורות? הגישה ההלניסטית מצדדת ב"שלטון האב" (=גישה פטריאכלית) לפיו כוחו של האב אבסלוטי על ילדיו ומותר לו לעשות להם הכל ואף לזנוח אותם באופן מודע. לאב מעמד של ראש המשפחה מחד, ושופט מאידך. כמו כן, ניתן למצוא תמיכה לגישה זו במקרא – כאשר ראובן מביטיח ליעקב שימית את בניו שלו, אם לא ישוב ממצרים יחד עם בנימין בבטחה.

בדברים כא הכתוב אינו תומך בגישה פטריאכלית, מכיוון שראשית האם מוזכרת עלי דף. שנית, מוזכרת כאן ערכאה שיפוטית "זקני עירו", שרק על-פיהם ישק דבר. אין להורים סמכות לעולל לבנם מאומה ללא גושפנקא. התורה בעצם ביקשה להסדיר את כל מוסד שלטון ההורים בבנם ולהכניס אל תוכו בקרה שיפוטית (בדומה לכך גם הוסדר מוסד "גואל הדם" מאוחר יותר).

כבר עתה אנו יכולים לומר שהמקרא רואה באי ציות שיטתי להורים סכנה חברתית חמורה, עד כדי שהיא שוללת מאותו בן סורר ומורה את זכות הקיום שלו.

[מדרש תנאים לדברים פרק כא] [תכליתי] 2

רבי יוסי הגלילי שואל האם רק מפני שהבן אכל בשר ושתה יין (פירוש ל"זולל וסבא") – ראוי הוא להסקל? ניכר שרבי יוסי מבטא אי נחת ביחס לעונש החמור שמטילה התורה על אותו בן סורר. ועונה הגמרא: "אלא הגיעה תורה לסוף דעתו...". כלומר – התורה צופה תהליך שמתחיל במעשים מפורטים אלה ויסייגים במעשים ופשעים גרועים בהרבה, כגון גניבת נכסי אביו, ביצוע שוד. לכן, אמרה התורה "ימות זכאי ואל ימות חייב...".

במדרש זה יש קריאה מסויימת של הפרשה. רבי יוסי הגלילי סבור שקשה מאד להסביר עונש מוות לילד שאינו מצייט להורים שלו. למה בעצם מגיע לו עונש מוות? התשובה היא, שאין מדובר בעונש, אלא ב"מניעה". זוהי התכלית – מניעת הפגע החברתי הפוטנציאלי. כעת עלינו לפרש ולהוכיח את כל הפרשה על הרקע הזה.

[משנה מסכת סנהדרין ח ה] [תכליתי] 3

המשנה בעצם מצטטת את רבי יוסי הגלילה ומציגה את התיזה שלו, כפרשנות המחייבת.

[ספרי דברים פיסקה ריח] [תכליתי] 5

מקור זה דן בשאלת עיקר החטא של הבן. "יכול אפילו אמרו לו אביו ואמו להדליק הנר ולא הדליק?", שואל המקור: האם אי הציות נתפס כלשונו בכל מצב? ועונה המדרש מתוך גזירה שווה: "איננו שומע" אין הכוונה לאי ציות גרידא, אלא אי ציות לנורמות מסויימות. כגון מצב בו ההורים אמרו לילד שלהם להפסיק לזלול ולסבא, והוא סרב. משמע: הילד מסרב לציית לנורמות חברתיות, לא לקול אביו ואימו ספציפית.

ניכר במדרש זה שנעשה "היפוך" לטקסט המקראי, מאי ציות לקול אביו ואימו, לאי ציות לנורמות חברתיות וביצוע עבירות.

[ספרי דברים פיסקה ריח] [גבולי] 6

המדרש קובע כי משמעות "כי יהיה לאיש בן" – הכוונה לבן זכר, ולא בת. ילד צעיר, ולא איש גדול. בר-מצווה, ולא פטור ממצוות.

אנו רואים שהמדרש מגביל באופן משמעותי את אותו בן שיכול להכנס לקטגוריה של "בן סורר ומורה", ותוחם אותו פחות או יותר לתקופת גיל ההתבגרות. מצד אחד, ניתן לומר שהקביעה הזו היא "סופר פורמליסטית" מכיוון שהיא נצמדת ללשון הכתוב בצורה הדווקנית ביותר. מצד שני, ברור שלקריאה הדקדקנית הזו יש תכלית ברורה – צמצום.

[בבלי סנהדרין סח עב] [תכליתי] 7

שואלת הגמרא: "קטן מנלן דפטור?". ועונה, שקטן פטור מכל העונשים שבתורה – זהו עקרון אוניברסאלי ברור. כה ברור שאין צורך אפילו לומר זאת. ומוסיף התלמוד שאם אנו אומרים שבן סורר ומורה אינו עונש אלא "מניעה" של מה שעתיד לצמוח מאותו פרא אדם – אזי צריכים להורגו אף אם הוא קטן!

התשובה לכך, למרות שלא נאמרת במפורש, היא שקטן אכן פטור. יש להסביר את התשובה הזו באמצעות התכלית שמצאנו קודם לכן במקורות. ההסבר הוא שקטן, אישיותו אינה מעוצבת דיה ולכן איננו יכולים לדעת האם באמת יהיה פושע בבגרותו. כך שהתכלית לא תבוא לידי ביטוי בקטילתו. לכן, פטור הוא.

[ספרי דברים פיסקה ריט] 8

רבי מאיר אומר ש-"ותפסו בו אביו ואמו" המשמעות היא שבן סורר ומורה אינו יכול להיות מוכרז אם אין לו בפירוש אב ואם. הטכניקה שוב, כביכול, פורמליסטית. רבי יהודה מוסיף על דברי רבי מאיר ואומר שילד אינו נעשה בן סורר ומורה גם במקרה בו "לא היתה אמו ראויה לאביו". הגישה, מצמצמת.

[ספרי דברים פיסקה ריט] 10

▪ "ואמרו אל זקני עירו בננו זה", אומר המדרש הכוונה היא "זה שלקה בפניכם", כלומר מדובר בבן שעבר פרוצדורה מפורטת יותר מאשר הוזכר קודם לכן – הוא כבר הובא בעבר לבית-דין והולקה בפניהם. מוסיף המדרש ואומר "שאם מת אחד מהם", משמע – אם מת אחד ההורים, "אינו נסקל".

- אומר המדרש שאם אחד ההורים הוא בעל מום – הוא אינו נעשה בן סורר ומורה, תוך שהם דבקים בפרשנות הלשונית המאד טכנית של הכתוב.
- "זולל וסובא", אומר המדרש – הכוונה לזלילת בשר ושתיית יין.

אנו רואים שמה שמאפיין את מדרש ספרי על פסוקי התורה היא מגמת צמצום מאד קפדנית. השאלה היא כיצד צמצום זה מתפרש לאור התכלית, אם בכלל. קודם לכן ראינו את עניין הקריאה לפי "נידון על שם סופו" כפי שהורחב ע"י [משנה סנהדרין ח ה]. כעת נעבור לשתי הבנות שונות של הסוגיה:

[תוספתא סנהדרין יא ו] 4

- אומרת התוספתא שבן סורר ומורה "לא היה ולא עתיד להיות", אך הסוגיה נכתבה בתורה לצורך דרישה ולמידה. זהו טקסט לימודי, ולא הלכה למעשה. זוהי הכרזה מרחיקת לכת, ומובנית איכשהו על רקע הצמצומים שלמדנו קודם לכן.
- מוסיפה התוספתא ומצטטת את דעתו של רבי שמעון בן אלעזר האומר "הבן ולא הבת? אלא גזירת מלך היא". רבי שמעון בן אלעזר תמחה מדוע מדובר בבן ולא בבת, ועונה שהסוגיה של בן סורר ומורה היא בבחינת גזירת מלך – הוראה שאין לנו להרהר אחריה.

אנו רואים בתוספתא שתי דעות (דבר מאד מקובל בתוספתא, לעומת המשנה) קיצוניות זו לזו, ביחס לדין בן סורר ומורה. האחת רואה בסוגיה משהו פיקטיבי. השניה, אינה מעזה להרהר אחר הוראותיה.

[בבלי סנהדרין עא עמ א] 9

שואלת הגמרא "מהי אינה ראויה?"³.

- "אילמא חייבי כריתות" התלמוד מעלה מיד את האפשרות ש"אינה ראויה" היא אכן אינה ראויה לפי הדין ונישואיהם מחייבים מיתה.
- "סוף סוף" אך התלמוד דוחה סברה זו מיד מכיוון שבסופו של דבר, האב הוא האב והאם היא האם, בין אם ראויה ובין אם לא. זאת מתוך עקרון אוניברסאלי שיחסי ההורים והילד אינם מותנים ביחסים שבין ההורים. אם כן מה היתה כוונתו של רבי יהודה?
- "אלא: בשוה לאביו", אומר התלמוד שהכוונה שאשת האב "לא שוה לאביו בקול ובמראה ובקומה". אם אין דמיון בין האלמנטים האלה, אין המדובר בבן סורר ומורה. "ומאי טעמא?", התלמוד מסביר מהיכן למד זאת, מתוך שכתוב בספר דברים "בקלנו", כלומר שווים בקול.
- "כמאן אזלא הא דתניא", שואלת הגמרא: כמי הולכת ההלכה שזה עתה נקבעה? מי מחזיק בשיטה זו? ועונה שזוהי שיטתו של רבי יהודה. ההלכה ה"מוזרה" של רבי יהודה שהאב והאם צריכים להיות שווים בקול, במראה ובקומה, נועדה לשרת תכלית מסויימת! מהי אותה תכלית? שלא היה ולא עתיד להיות. הגמרא הופכת את בן סורר ומורה לאות מתה.
- "איבעית אימא", בנוסף, אומרת הגמרא: ניתן לייחס את ההלכה גם לרבי שמעון.
- רבי יהונתן אומר "אני ראיתי, וישבתי על קברו". רבי יהונתן אינו אוהב את הפרשנות לפיה לא היה ולא עתיד להיות, ויוצא בביקורת כלפיה ואומר שהוא ראה בן סורר ומורה וישב על קברו. ספק אם אכן זה נכון עובדתית, אך האמירה של רבי יהונתן מכוונת לכך שמי שם הפרשנים לדעת מה תמיד היה, ומה יהיה בעתיד.

³ בדרך-כלל אינה ראויה מבחינת הדין, למשל: איסור עריות.

"כל אילין מיליאי", אומר רבי יסא שכל פרטי הדינים של בן סורר ומורה אין בהם כל הגיון. ומפרש: דוקא בת סוררת יכולה להיות מסוכנת יותר מאשר בן סורר, אך בכל זאת חייבה התורה את הבן. ועוד – דוקא הגדול יכול להיות יותר מסוכן מן הקטן, ובכל זאת חייבה התורה את הקטן. עוד – חמור יותר מי שגונב מאחרים מאשר מהוריו, ובכל זאת חייבה התורה את זה שגונב מהוריו. ועונה: "ללמדך שכולן אינן אלא בגזירת מלך". כלומר, כל פרטי הדינים של בן סורר ומורה לא ניתן לנמק אותם באופן רציונאלי, ואין בעצם להתפלא שישנה דיספורפורציה בין המעשה לבין העונש.

נסכם את הסוגיה:

הבעיה המטרידה את הפרשנים היא "וכי מפני שאכל תרטימר בשר ושתה חצי לוג יין אמרה התורה יסקל?". הפרשנים כולם מפגינים אי נחת בסיסי מפני דין שעליו פניו מצויה בו דיספורפורציה בין החטא לבין העונש. מתוך אי נחת זו צומחות שלוש אסטרטגיות. הראשונה, לקבל זאת בהכנעה – "גזירת מלך"⁴.

הגישות האחרות מעניקות יותר סמכות ואוטונומיה לפרשן מול הטקסט – "נדון על שם סופו" – זוהי פרשנות תכליתית הרואה את הצורך במניעה. משניתנה תכלית להלכה, מפרשים את כל פרטי הדין לאור אותה התכלית.

הגישה השלישית, הקיצונית ביותר, סבורה שדין כזה שהוא כל-כך מעורר בנו אי-נחת ופסול מנקודת מבט מוסרית, מפרשים אותו באופן שיעקור אותו – "לא היה ולא עתיד להיות".

אם נקריין את הטכניקות האלה על השיטות הפרשניות בהן דנו בתחילת הקורס, נראה שאנו יכולים להעזר בהן ולהשוות אותם לטכניקות אותן למדנו כעת:

- פרשנות לשונית – "גזירת מלך".
- פרשנות תכליתית – "נדון על שם סופו".
- עקרונית השיטה – "לא היה ולא עתיד להיות". גישה זו בוחנת את הדין לפי הסטנדרטים של העקרונות, כגון עקרון הצדק. דין שאינו תואם את העקרונות, יש לאיין אותו.

⁴ להזכיר: ירושלמי, רבי שמעון בן אלעזר.

4. טעמא דקרא: פרשנות תכליתית בתלמוד

במסגרת נושא זה נבחן מקורות בהן התלמוד שואל באופן ישיר וברור "האם זה לגיטימי לפרש את המקרא בשיטת פרשנות תכליתית?", או במקור "טעמא דקרא", טעמה של ההלכה.

נקודת המוצא של סוגיה זו היא משנה במסכת בבא מציעא. ב[דברים כד] מופיע הדין בדבר איסור פגיעה בגר, היתום והאלמנה בנימוק "כי זכרת כי היית עבד בארץ מצרים". אנו נתמקד באיסור "ולא תחבול בגד אלמנה". היינו, איסור נטילת משכון מאישה אלמנה.

[בבלי בבא מציעא קטו עא] [רבי יהודה – פרשנות מילולית; רבי שמעון – פרשנות תכליתית]

- המשנה קובעת ש"אלמנה", אין זה משנה אם היא עשירה או ענייה.
- על כך מובאת ברייתא המתפרטת את הרקע למשנה הסתמית הזו, ומציגה מחלוקת תנאים בעניין זה: הציטוט לעיל הוא מפי רבי יהודה. על כך חולק ומוסיף רבי שמעון הקובע שהדין שונה בין אלמנה עשירה "ממשכנין אותה" ובין אלמנה ענייה "אין ממשכנין אותה", וזאת מן הנימוק ש"שאתה חייב להחזיר לה אתה משיאה שם רע בשכנותיה" – כלומר, כאשר נלקח הבגד של העני כמשכון, יש להשיב לו אותו בסופו של כל יום כדי שיוכל לישון לבוש. כאשר מדובר באלמנה ענייה, המלווה יבוא אליה בוקר וערב ויקח/ישיב את בגדיה, ויוצא מכך שיצא לה שם רע בקרב שכנותיה.
- אומרת על כך הגמרא שרבי שמעון "דריש טעמא דקרא", ורבי יהודה לא.

ניכר כי לפנינו שני רבדים: מצד אחד – מחלוקת התנאים בין רבי יהודה לרבי שמעון המפורטת בברייתא. הפירוש שניתן לכך בתלמוד – המחלוקת העקרונית ביחס ל"טעמא דקרא".

[דברים יז יז]

פסוק זה הוא חלק מפרשת המלך, המטילה על המלך מגבלות מסויימות, ובין היתר – איסור ריבוי נשים. השאלה המתעוררת היא כיצד מבינים את היחס בין "לא ירבה לא נשים" לבין "לא יסור לבבו". האם זהו הטעם? נראה את המחלוקת על כך.

[בבלי סנהדרין כא עא] [רבי יהודה – נחזה כתכליתי, בסוף – פורמליסטי]

- המשנה מצטטת את רבי יהודה הקובע כי המלך רשאי להרבות נשים ובלבד שלא יהיו מסירות את ליבו, כלומר: רבי יהודה נוקט בפרשנות תכליתית. לעומת זאת, רבי שמעון אומר "אפילו אחת ומסירה את לבו הרי זה לא ישאנה", משמע: פרשנות מילולית לשני חלקי הפסוק, ואין הוא רואה בחלקו השני של הפסוק משום תכלית לאיסור.
- על כך אומרת הגמרא שרבי יהודה "דריש טעמא דקרא". מוסיפה הגמרא שבעניין האלמנה, רבי יהודה אינו דורש את טעם הציווי, אלא נוקט בשיטה של פרשנות מילולית! ועונה: השוני במקרה זה הוא שהתכלית מפורשת ע"י המקרא עצמו.

בסופו של דבר אנו רואים שרבי יהודה נצמד ללשון החוק וללגיטימציה שהמקרא עצמו נותן למרחב הפרשני. כלומר: רבי יהודה – פורמליסט. אם הטעם ניתן במקרא גופו, אפשר לפעול לפיו. התלמוד עשה כאן מהלך של הרמוניזציה – הוא עשה התאמה בין שני המקורות. בשני המקורות ישנה מחלוקת בין פרשנות מילולית לפרשנות תכליתית, אם כי כזו הנראית הפוכה. בסוף מציג התלמוד הבדל עקרוני בין שני המקרים, מקום בו הטעם מפורש

במקרא (ואז רבי יהודה מודה שמפרשים לפי הטעם), ומקום בו הטעם אינו מפורש (ואז ישנה מחלוקת בין הדעות).

[דברים ז א-ג]

פסוקים אלה נוגעים בשאלת נישואי יהודים לאנשי שבעת העמים מן הטעם של "כי יסיר את בנך מאחרי ועבדו אלהים אחרים".

[בבלי קידושין סח עב]

- האיסור להתחתן בין יהודיה לבין מי שאינו יהודיה כתוב במפורש בתורה שהוא לגבי שבעת העמים. אך "שאר אומות מנלן?", ועונה הגמרא כי כתוב במקרא את הטעם: "כי יסיר את בנך", כלומר בכך כלל המקרא את כל האומות העוסקות בעבודה זרה.
- מוסיפה הגמרא ואומרת שההרחבה הנ"ל מתאימה לשיטתו של רבי שמעון, אך תוהה מניין עשו חכמים את ההרחבה? הגמרא לא נותנת לכך תשובה. אנו רואים שהגמרא מיד מציגה את המחלוקת העקרונית בשאלת טעמא דקרא.

קעת נבחן כיצד הרמב"ם ופוסקים נוספים דנים בשאלה
העקרונית של פרשנות תכליתית:

אלמנה:

[רמב"ם, מלווה ולווה, ג, א] [תכליתית?]

לעניין בגד האלמנה, אומר הרמב"ם: אין ממשכנים בגד אלמנה עניי או עשירה, מן הטעם שכתוב "לא תחבול בגד אלמנה". כביכול, פוסק הרמב"ם לפי רבי יהודה.

השאלה היא האם הרמב"ם פוסק מקומית על-פי דעתו של רבי יהודה, או שהוא מכריע בשאלת המחלוקת בין פרשנות מילולית ותכליתית?

על כך ניתן ללמוד במקור הבא:

[רמב"ם, פירוש המשנה, ב"מ ט] [תכליתית]

"ואסור לחבול האלמנה משום חשש": הרמב"ם מכניס נימוק לשיטת רבי יהודה, הוא נותן לשיטת רבי יהודה טעם ורציונאל. כלומר, הרמב"ם, למרות שהוא היה אנוס ללכת לפי ההלכה הקבועה במשנה, הוא מכניס דרך הדלת האחורית הסבר, ובכך תוחם את המחלוקת לרמה המקומית בלבד, ולא "נכנע" לשאלה העקרונית ביחס לפרשנות מילולית ותכליתית.

במובן מסויים, הרמב"ם אינו מקבל את פרשנות התלמוד למשנה, משמע – הוא אינו רואה סיבה להחיל את ההלכה הזו על יחסי לווה-מלווה רגילים (שצד אחד מהם הוא אלמנה שאינה ענייה). שיטתו העקרונית של הרמב"ם, כך נראה, היא "דרשינן טעמא דקרא".

מלך :

[רמב"ם לא מופיע במקורות]

הרמב"ם פוסק כרבי שמעון: מלך, אסור לו להרבות נשים אף פעם, אף אם הן צדיקות (כאביגיל – דכ).

חיתון עם הגויים :

[רמב"ם הלכות איסורי ביאה פרק יב הלכה א] [תכליתי]

"ישראל שבעל גויה..." : הרמב"ם פוסק שהאיסור על נישואין עם גויים חל על כל האומות, ולא רק על שבעת העמים (שיטת רבי שמעון).

[טור, אבן העזר, סימן טז] [מילולי]

על פרשנותו של הרמב"ם, אומר הטור: "כותית...אע"פ שאין בה לאו אסורה מדרבנן". "ונראה לי שאינו אלא בשבעת עממין דלא קיימא לן כרבי שמעון", כלומר אומר הטור שנראה לו שהאיסור מן התורה אינו אלא על שבעת העמים, בניגוד לפסיקתו של הרמב"ם, וזאת מכיוון שלא הולכים אחר שיטת רבי שמעון, הדורש בטעם המקרא.

הטור בעצם "מכריז" ששיטת הרמב"ם בוססת על שיטתו של רבי שמעון, אך מכיוון שאין הולכים על-פיה, לא ניתן להרחיב את ההיגד המקראי, אלא שההרחבה היא מדרבנן. הטור, מתנגד לשיטה התכליתית.

[בית יוסף, אבן העזר, סימן טז אות א ד"ה גויה אף]

רבי יוסף יוצא "להגנת" הרמב"ם, ומסביר מדוע הוא פסק כרבי שמעון. "ומדחזינא דסתמא דתלמודא כרבי שמעון" – מתוך שאנו רואים שסתם הגמרא הוא כרבי שמעון, "אלמא הלכתא כוותיה" – הלך הרמב"ם עפ"י שיטתו.

כלומר: רבי יוסף "מאשר" את העובדה שהרמב"ם פסק כרבי שמעון. בנוסף הוא אומר שהרמב"ם סבר שהסוגיה הולכת עפ"י רבי שמעון, מכיוון שהיא לא מצאה טעם לרבנן (ראו לעיל), לכן הוא הרשה לעצמו ללכת על-פיו.

! להזכיר: גישת הטור היא שצריכים ללכת עפ"י ההלכה ללא בירור הטעם (ראה דבריו על גילוח שיערות הראש), בין במישור התיאולוגי ובין במישור הפרשני.

--

לסיכום :

עד עתה ראינו מחלוקת תנאים בשאלת בגד אלמנה, האם האיסור נוגע לענייה (רבי שמעון) או גם ענייה וגם עשירה (רבי יהודה)? התלמוד ראה במחלוקת זו מחלוקת עקרונית בין פרשנות תכליתית (טעמא דקרא) לבין פרשנות מילולית. הלתמוד השווה מחלוקת זו למחלוקת אחרת בעניין מלך, שלכאורה נראית הפוך. ואז, התלמוד מציג הבדל עקרוני בין שני המקרים – שהמקרא הציג את הטעם בגוף הטקסט בעניין מלך. ונראה שכאשר הטעם מפורש, גם רבי יהודה מפרש לפי הטעם.

הרמב"ם, פוסק בעל שיטה עקבית ומובהקת בעד טעמא דקרא, בפרשת המלך הוא פוסק כרבי שמעון. בעניין נישואין עם גוי, הרמב"ם פוסק שוב כמו רבי שמעון ואוסר נישואין על כל גוי, מן הטעם של עבודה זרה. בעניין בגד

אלמנה, לכאורה מקרה הפוך, הוא פוסק כרבי יהודה. ההסבר לכך הוא שהרמב"ם אינו פוסק באופן עקרוני בעניין שיטת הפרשנות, והא ראייה הוא הפירוש שהוא נותן לכך ב[פירוש המשנה] (הטעם של רבי שמעון).

לעומת זאת, יש פוסקים מימי הביניים החולקים על הרמב"ם – ובהם הטור. זאת, מכיוון שהטור חולק על הרמב"ם עקרונית בשאלת הפרשנות המילולית והפרשנות התכליתית.
עמוני ומואבי:

[בבלי, יבמות, עו ע"א-עז ע"ב] [תכליתי + מילולי]

מקור זה דן באיסור הבאת (נישואין) עמוני ומואבי בקהל ישראל ב[דברים כג ד], אף אם התגיירו. הבעיה הקלאסית שמתעוררת עם איסור זה היא רות המואביה. כיצד זה מתיישב עם האיסור הטוטאלי הזה?

- המשנה אומרת על כך שעמוני ומואבי אסורים "אך נקבותיהם מותרות".
- ההסבר לדברי המשנה מובא בגמרא המצטטת ברייתא: "עמוני ולא עמונית, מואבי ולא מואבית" דברי רבי יהודה. רבי שמעון אומר שהמדובר בזכר ולא נקבה מכיוון ש"דרכו של איש לקדם ואין דרכה של אשה לקדם". כלומר, שהאחריות על הכנסת אורחים היא על הגברים.

שני הפרשנים לא חולקים זה על זה הלכה למעשה, אלא שההסבר של רבי יהודה הוא מילולי גרידא, בזמן שההסבר של רבי שמעון הוא בעל טעם. הסברים אלה משתלבים יפה עם ההסברים של שני התנאים הללו במקורות האחרים, וגישת התלמוד למחלוקת שלהם – גישה הגורסת שהמחלוקת היא עקרונית ונוגעת לפרשנות.

והנה מקרה דומה נוסף:

עיר הנדחת:

[סנהדרין, טז ע"ב] [תכליתי + מילולי]

מקור זה דן בדין עיר נדחת אשר תושביה הלכו לעבוד אלהים אחרים. המקרא ב[דברים יג ג] מחייב להחרים את העיר כולה.

- המשנה אומרת ש"אין עושין עיר הנדחת בספר" – כזו שנמצאת בגבול. זאת כנראה מן הסיבה שזה אינטרס של המדינה תמיד לחזק את הספר.
- הגמרא שואלת "מאי טעמא?", ומביאה שני הסברים לכך: הראשון, שנאמר בכתוב עצמו "מקרבך" ולא "מן הספר", כלומר פרשנות מילולית. ההסבר השני בא מתוך ברייתא הקובעת שהטעם הוא "שמא ישמעו נוכרים ויחריבו את ארץ ישראל", כלומר אינטרס לאומי.
- הגמרא מבקשת לנמק את הדין, ועונה: "רבי שמעון דדריש טעמא דקרא". על אף שרבי שמעון ורבי יהודה אינם מצויים בטקסט הנ"ל, מתעוררים בגמרא האסוציאציה וההסבר שאחת הגישות המובאות היא תכליתית, ואחת לא.

סוטה:

[סוטה, ח ע"א] [תכליתי + מילולי]

סוגיה זו דנה בדין הסוטה. סוטה היא אישה שבעלה חושד בה שיש לה קשר עם גבר אחר, והוא יכול להתרות בה שלא תתייחד עם אותו גבר. אם לאחר מכן היא בכל זאת התייחדה עם גבר זר, אך אין עדים לכך שהיא עשתה עם

אותו גבר דבר אסור אלא רק שהתה איתו בייחוד, אזי במצב כזה יש פרוצדורה משפילה החלה לגביה, הכוללת שתיית מים מטונפים:

- הגמרא מפרטת ברייתא הקובעת שאם יש שתי תלונות של שני בעלים על שתי נשים, לא עושים את הטקס יחד, "כדי שלא יהיה ליבה גס על חברתה". [רש"י] מפרש שהכוונה היא שאם אחת מעוניינת להודות, ואחת אינה מודה במעשיה, עולה החשש שמא הראשונה תתעודד גם כן לא להודות.
- ממשיכה הגמרא וממצטטת את רבי יהודה האומר "לא מן השם הוא זה אלא אמר קרא 'אותה'". כלומר, רבי יהודה מנמק זאת בצורה מילולית ולא מסכים לפרשנות שהובאה. ושאלת הגמרא: מהיכן נלמד את הטעם שהובא לעניין אי ההשקיה המשותפת של שתי הסוטות? ועונה הגמרא שזוהי תשובתו של רבי שמעון.

לא תחסום שור בדישו:

[בבא מציעא, צ ע"א] [תכליתי]

- הגמרא מבקשת לבחון בדיוק מה אסור לעשות, במסגרת הלכה זו. "בעו מיניה" שאלו את רב ששת: "היתה אוכלת ומתרוזת מהו?" – מה הדין של חיה שאוכלת ומשלשלת, האם מותר לחסום אותה בדישה? האם טעם האיסור הוא משום שהאוכל דרוש לה, אך משפיע עליה כרגע לרעה, ואז מותר לחסום אותה? או האם טעם האיסור נועד למנוע מן החיה את הצער שהיא רואה אוכל ולא נונים לה לאכול אותו?
- עונה על כך רב ששת: "תגיתוה" (=למדנו ש) רבי שמעון בן יוחאי קבע שמותר אפילו להראות לה ירקות שהיא מאד אוהבת ולחסום אותה מלאכול אותם. משמע: לפי רבי שמעון טעם האיסור הוא תועלתי. אסור לחסום חיה אם האוכל מועיל לה, אך אם הוא לא מועיל לה – מותר לחסום אותה.

מקור זה מראה בצורה מעניינת שלשיטה המילולית ישנן מגבלות. מילולית, חל איסור מוחלט לחסום שור בדישו, אך אם נפעיל מעט הגיון נראה שיש מצבים בהם המציאות מחייבת לחסום אותו, אם הדבר אינו מועיל לו.

[שיטה מקובצת בשם הרא"ש]⁵ [תכליתי]

אומר הרא"ש ש"אפילו למאן דלא דריש טעמא דקרא", ההלכה הזו שמותר לחסום בהמה כשזה מועיל לה ו/או כשהאוכל מזיק לה, נכונה גם לשיטה של מי שאינו דורש טעמא דקרא. והוא מנמק: בדין אלמנה, פשט הכתובים אינו מבחין בין ענייה לבין עשירה, ולכן יש הגיון לדבוק בפרשנות מילולית. לעומת זאת, איסור חסימת שור בדישו כאילו מראש יש לו תכלית ברורה – תועלת לבהמה. לכן, מותר לחפש את התכלית ובאמצעותה להגביל את האיסור.⁶

יוצא מכך שהרא"ש אומר שיש מקרים בהם אנו מחוייבים להדרש לתכלית, וגם רבי יהודה מודה בכך. ישנם מקרים בהם לא ניתן להתקדם ע"י פרשנות אלמנטרית. ישנו קושי רב ללכת בצורה עקבית בפרשנות מילולית גרידא.

מודה במקצת:

[בבא קמא קז עא] [תכליתי]

לפי דיני השבועה של התורה, אם אדם כופר בכל – הוא אינו חייב שבועה. אך אם אדם מודה במקצת הדברים, חייב שבועה.

⁵ רבינו אשר הוא אביו של ה[טור]. נולד במאה ה-13. רבו הישיר היה המהר"ם מרוטנבורג.

⁶ ...מזכיר את הארט.

▪ "מפני מה אמרה תורה..." שואלת הגמרא מה הטעם של דין זה? ועונה "חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו", כלומר קשה להניח שלווה ישקר בפניו של המלווה ויכחיש נטילת הלוואה באופן גורף, אלא ינסה להתחמק בתירוצים שונים.

▪ פרשנותו של [מרדכי, שם קלה] ממחישה את העובדה שלא ניתן לדבוק בפרשנות תכליתית באופן שיטתי ועקבי מבלי לסטות לכאן או לכאן במקרים מסויימים.

! להדגיש: המחלוקת בעניין פרשנות מילולית לעומת טעמא דקרא המובאת כאן היא ביחס לפרשנות המקרא.

ויכוח זה הסתיים עם חתימת התלמוד. פרשנים מאוחרים יותר אינם פונים למקרא, אלא למשנה ולתלמוד. משמע, הסוגיה הזו היא בעלת חשיבות הסטורית. היא היתה קריטית עבור רבי יהודה ורבי שמעון. אך בעיני פרשנים מאוחרים יותר, שאלות אלה תפסו מקום קטן בהרבה.

6. דין וטעם: האם בטל הטעם בטל הדין?

עד כה דנו בפרשנות כאשר דנו בטעמא דקרא. כעת נדון ביחס שבין הדין והטעם, והאם ביטול טעם גורר בהכרח את ביטול הדין?

אפשר לחלק את התורה שבע"פ לשלוש קטגוריות: שמועות, פרשנות המקרא והמדרש, וחקיקה שנעשית ע"י חכמים. אנו נדון בקטגוריה השלישית ונסה לברר באיזה מידה הדורות הבאים (מוסדות או פוסקים) רשאים להתחשב בטעם, ויהיו רשאים לבטל את הדין במקרה של ביטול הטעם? לשם כך, עלינו תחילה לבחון את התוקף והסמכות הנתונה לביטול מעשה חקיקה. ברור לכל שאין ביטול "חזיתי" של דין תורה, אף אם הטעם אינו נראה. ההתמודדות עם נקודת פתיחה זו נעשית ע"י פרשנות – צמצומו או אף מאיינת את הדין (דוג: בן סורר ומורה).

חשוב להדגיש שחיבור המשנה הוא חיבור מיוחד ביותר ביחס לחיבורי חקיקה אחרים – הוא מביא בתוכו מחלוקת ומאזכר את דעת המיעוט פעמים רבות מספור.

[משנה, עדויות, א, ה-ו] 1

▪ "אין בית דין יכול לבטל..." המשנה (תנא קמא) פותחת בכלל לפיו בית דין מחוקק (ולא דוקא בית-דין פוסק) שקבע הלכה או תקנה, לא יכול לבוא בית-דין אחריו ולבטל את התקנה שקבע, אלא אם כן הוא גדול ממנו בחכמה⁷ ובמניין.

▪ שואלת המשנה בהתחלה "ולמה מזכירין דברי היחיד בין המרובין?" ועונה: "שאם יראה בית דין...", כלומר – אם יראה בית דין מאוחר בעתיד את דברי היחיד, יוכל לסמוך על דבריו. דעת היחיד יכולה לשמש בעת הצורך את הבסיס לפסיקה הפוכה. הנה לפנינו סייג לעקרונן לפיו החלטת בית-דין מחייבת – על אף שהוא אינו גדול ממנו בחכמה ובמניין.

▪ רבי יהודה אומר בתשובה לאותה שאלה: "שאם יאמר האדם כך אני מקובל...", כלומר שמזכירים את דעת היחיד רק כדי לחזק את דברי הרוב, ולהדגיש שהיא אינה נכונה.

⁷ הפנמה של בית הדין החדש שהוא ראוי לקבל החלטה המבטלת את קודמתה.

פורמליזם וערכים במשפט העברי – ד"ר חיים שפירא
סוכס ע"י ד.ג.כ (2004-2003)
עותק "עולם המשפט"

ההנחה במשנה זו היא שבית-הדין הקודם בחר מרצונו להזכיר את דעת המיעוט כמעין "רמז" לערכאה שתבוא בעתיד שניתן להחליט גם באופן שונה מזה שהתקבל ע"י הרוב.

[תוספתא עדויות, א, ד] 1

וכך מוצגת אותה המחלוקת בתוספתא:

- התוספתא פותחת וקובעת את הכלל לפיו דברי היחיד מוזכרים רק כדי לחזק את דברי הרוב.
- רבי יהודה אומר שדברי היחיד מוזכרים כדי לאפשר לשנות הדברים בעתיד (הפוך מן המוצג במשנה!).
- חכמים חוזרים על הכלל הראשון, זה המובא בשם רבי יהודה במשנה.

ממנה נובע השוני? יש לכך שתי אפשרויות: הראשונה, תוצאה של תקלה תמימה במסירת העדויות והעתקת החומר. השנייה, יש אפשרות שהחילוף אינו תמים כלל ועיקר אלא מכוון. יש לשים לב שמחליפים את דעת הרוב והמיעוט בשני המקורות, והחילוף נעשה בשאלה העקרונית האם ניתן להתסמך בעתיד על דעת המיעוט במקרה הצורך. זהו חילוף שמייצג מחלוקת בין המנסחים של שתי ההלכות האלה.

[תלמוד בבלי מסכת עבודה זרה דף לו עמוד א] 4

במסכת עבודה זרה ישנן הוראות לגבי איסור שימוש ואיסור הנאה מאמצעי עבודה זרה של הגויים.

- המשנה קובעת שישנם דברים שאין לגביהם איסור הנאה, אלא איסור 'נמוך' יותר: חלב, פת ו-שמן (ללא קשר לשאלות של כשרות). איסורים אלו מיוחסים לבית שמאי ובית הלל, כאשר דעת הרוב היתה כדעת בית שמאי (מקרה אחד מתוך 18 שדעת בית שמאי התקבלה – "שמונה עשר דבר").
- המשנה מסיימת ואומרת: "רבי ובית דינו התירו השמן". כלומר, רבי ובית דינו התכנסו כבית-דין וקבעו שמותר להשתמש בשמן של גויים.
- הגמרא מעוררת שאלה: "ורבי יהודה הנשיא הכי מצי...". כיצד רבי יהודה הנשיא התיר (=ביטל) תקנה של תלמידי שמאי והלל? ההנחה המובלעת של הגמרא היא שהם גדולים ממנו במנין וחכמה.
- "וועד... בכל יכול לבטל בית-דין דברי בית-דין חברו", הגמרא מקשה קושיה נוספת וקובעת: אף אם בית הדין הנוכחי גדול בחכמה ובמנין מן הקודם, אין הוא יכול לבטל "שמונה עשר דבר". המהלך של רבי יהודה עדיין לא מובן.
- רבי משרשיא מנסה לענות: "הואיל ופשט איסורו ברוב ישראל...". הסיבה שבגללה אי אפשר לבטל הלכה מוקדמת היא מכיוון שהיא פשטה ברוב ישראל (=התקבלה הלכה למעשה). כלומר, תקנה נכנסת לתוקף ברגע שהיא פושטת ברוב ישראל. משמע – אם היא לא פשטה ברוב ישראל, אין צורך בבית-דין גדול בחכמה ובמנין, וניתן לבטלה.
- הרציונאל, אומרת הגמרא, הוא "שאין גזירים גזירה על הצבור אא"כ רוב הצבור יכולין לעמוד בה".

[תלמוד ירושלמי, שבת, א, ד, ג, ע"ד]

דבריו של רבי יוחנן (לעיל) מובאים בירושלמי בצורה מעט שונה, ששאל כיצד רבי ובית דינו מבטלים את דבריו של דניאל הנביא⁸: ועונה על כך: "מקובל אני שכל גזירה שבית דין גזירין על הצבור ולא קיבלו רוב הצבור עליהן אינה גזירה".

⁸ חקיקה קודמת, הכוונה היא להראות שהאיסור עתיק יומין.

פורמליזם וערכים במשפט העברי – ד"ר חיים שפירא
סוכס ע"י ד.ג.כ (2003-2004)
עותק "עולם המשפט"

[תלמוד בבלי, מסכת עבודה זרה, דף לה עמוד א – בסוף] 3

”דאמר עולא: כי גזרי גזירתא...” בעניין בחינת שיקול הדעת של המחוקק, אומר עולא שלאחר גזירת דין כלשהו ממתניים פרק זמן של 12 חודשים לראות אם הצבור מקבל אותה.

סיכום ביניים: ראינו את הכלל לפיו לא ניתן לבטל מעשה חקיקה אלא אם כן השינוי או הביטול נעשו ע”י בית-דין גדול בחכמה ובמניין. לכלל מצאנו שני יוצאים מן הכלל: הראשון, לפי המשנה: אם התקנה הראשונה נוסחה עם דעת מיעוט יכול ב”ד מאוחר, אפילו קטן, להתסמך על דעת המיעוט ולהפוך ההלכה. השני, אותו למדנו הרגע, אם תקנה לא התקבלה הלכה למעשה, גם כן יכול ב”ד קטן לבטלה.

כעת עלינו לשאול מה המשקל של ה”טעם” – של התנאי המהותי, ששינוי בו יאפשר לנו לבטל את החקיקה:

[רמב”ם הלכות ממרים פרק ב, א-ב]

[א] הרמב”ם מסכם את ההלכה התלמודית וקובע שהלכה שמקורה בפרשנות של בית-דין קודם (”שדרשו”) ניתן לשנותה או לבטלה ללא כל מגבלה.

[ב] ”בית דין שגזרו גזירה או תיקנו תקנה” כאשר הותקנה תקנה ע”י בית-דין והיא פשטה בכל ישראל, לא ניתן לשנותה אלא אם בית-הדין הנוכחי גדול בחכמה ובמניין. כל זאת ”אפילו אם בטל הטעם”.

[ג] ”במה דברים אמורים?” הרמב”ם מפרש את דעתו לפיה ”שמונה עשר דברי” (בלשונו): ”בדברים שלא אסרו אותן כדי לעשות סייג” הם גזירה אותה לא ניתן לשנות בשום פנים ואופן.

הרמב”ם קובע שלוש קטגוריות – פרשנות, חקיקה וחקיקה שהיא גזירה לדין תורה. לכל אחת מן הקטגוריות יש (או אין) את המגבלות שלה לשינוי. הרמב”ם בעצם קובע שמעשה הפרשנות אינו גורר לצידו סמכות שממשיכה הלאה.

המקור לרציונאל של דברי הרמב”ם מצוי בסוגיה הבאה:

[תלמוד בבלי מסכת ביצה דף ה עמוד א]

נקודת המוצא במקור זה נוגעת לדין ביצה שנולדה ביום טובי האסורה באכילה ביום טוב. השאלה היא מה הדין של ביצה שנולדה ביום א' של ראש השנה – האם מותר לאכלה ביום ב' של ראש השנה?

▪ ”אמר רבה: מתקנת רבן יוחנן בן זכאי” רבן יוחנן בו זכאי תיקן שמותר לאכול ביצה שנולדה ביום הראשון של ראש השנה, ביומו השני.

▪ עונה על כך רב יוסף: אפילו שרבן יוחנן הפריד את ראש השנה לשני ימים נפרדים, עדיין אסור לאכול ביצה שנולדה ביום הראשון, ביום השני. כלומר, אף אם השתנו הנסיבות וניתן לשער שהתקנה לא חלה, אעפ”כ חייב לבוא ביטול מפורש ע”י הגוף המחוקק – ”מנין אחר צריך להתירו”. וההוכחה של רב יוסף היא מן הפסוק [דברים ה], מעמד הר סיני, שנאסר על ישראל לקיים יחסי אישות לפני המעמד עד אשר האל שלח את משה במפורש להפסיק את האיסור הנ”ל, והאיסור לא חלף כמובן מאליו בסיום המעמד.

מביאה הגמרא הוכחה נוספת לדברי רב יוסף מן המשנה: "כרם רבעי היה עולה לירושלים"⁹. השאלה העומדת על הפרק היא האם כל אחד יכול לפדות פירות שביעית, ונקבע שפירות של אדם הגר מרחק הליכה בן יום אחד מירושלים, אסור לפדותם אלא חובה להעלותם. לאחר חורבן הבית, לכאורה בטל הטעם. ומקשה הגמרא ומביאה סיפור על כך שלרבי אליעזר היתה כרם בלוד (בתחום שחובה להביאו לי-ם), והוא לא ידע מה לעשות עימה ולכן ביקש להפקיר אותה לעניים. אמרו לו תלמידיו שאין צורך, כי אין חובה יותר להעלות הכרם לי-ם "כבר נמנו עליך חבריך והתירוהו" (בית-דין התיר זאת).

קובעת הגמרא "טעמא – דנמנו, הא לא נמנו – לא", כלומר ביטול טעם אינו גורר את ביטול הדין אלא אם מתקבלת החלטה מפורשת על כך.

זהו המקור של הרמב"ם לקביעה "שאפילו בטל הטעם שבגללו גזרו הראשונים או התקינו – אין יכולים האחרונים לבטל עד שיהיו גדולים מהם". הטעם חסר משקל לחלוטין ותמיד צריך בית-דין גדול.

משיג עליו הראב"ד:

[השגת הראב"ד] 8

אומר הראב"ד שרבן יוחנן בן זכאי לא היה "גדול" מן הראשונים שתיקנו את התקנה בדבר העלאת הפירות לי-ם. אך השתנו הנסיבות (הטעם), שינה רבן יוחנן את התקנה בכל זאת.

יוצא מכך שכדי לבטל דין קיים יש צורך בביטול מפורש. אך שלשיטתו של הראב"ד לביטול הטעם יש משקל, וכאשר הוא בטל אף בית-דין קטן יכול לבטל מעשה חקיקה קודם.

--

אם כן נוצר לנו עקרון לפיו ביטול הטעם אינו גורר את ביטול הדין, כל אחד לשיטתו. השאלה היא האם אחרי התלמוד ישנו מוסד מקביל היכול לבצע ביטול הלכות? כיצד מתמודדים עם שאלת ה"טעם" בהנתן הכלל שאנו כבולים למעשה חקיקה קודם? אנו נראה כיצד פוסקים בימי הביניים מצאו דרכים לבטל תקנות על אף העקרונות והכללים.

[רא"ש מסכת ביצה פרק א סימן ג] 9

הרא"ש פותח את דבריו ע"י כך שהוא מסכם את ההלכה התלמודית (למרות שלא מביע דעתו לגבי הפורום המבטל, האם הוא צריך להיות גדול יותר או לא). הוא מקבל את ההלכה אך מוסיף: "ודווקא" – אם נקבע מראש בגזירה הגדרת זמן (לאו דוקא תאריך, אלא גם תקופה) אז כאשר הזמן חולף, הגזירה בטלה מאליה. אך על בסיס טעם, לא ניתן לבטל גזירה.

[רדב"ז] 10

העקרון רלוונטי כל עוד הגזירה נעשתה "סתם", אך אם נאמר טעם מפורש לשמו תוקנה התקנה – אזי כאשר הוא חלף, מתבטלת גם התקנה.

⁹ דיני עורלה – פירות השנה הרביעית מן השתילה צריכים לקחתם למקדש ולאכלם שם, או לפדותם. פורמליזם וערכים במשפט העברי – ד"ר חיים שפירא סוכס ע"י ד.ג.כ (2003-2004) עותק "עולם המשפט"

- מקור זה דן בתקנת בתולה מן המשנה, הקובעת שעם בתולה נישאים רק ביום רביעי.
- אומרת הגמרא: הדין הזה לא נאמר "אלא מתקנת עזרה ואילך" – אלא רק בימים בהם בית-דין התכנסו בימים שני וחמישי, אך לפני תיקון תקנה זו בתולות יכלו להינשא בכל יום.
 - הגמרא מיד עונה שמה שהיה לפני תקנת עזרה הוא עתיק יומין ואין זה משנה כלל!
 - ועונה: הדין הנ"ל מותנה במציאות של בתי דין היושבים בימי חמישי, אך אם ישנה מציאות בה בתי-דין מתכנסים כל יום, אזי בתולה יכולה להינשא בכל יום.
- משמעות הדברים לפי התלמוד היא שמקום בו הטעם מפורש, ניתן לבטל את התקנה – כמו דעתו של הרדב"ז.

- הגמרא מצטטת את רב אשי האומר שמי שמת ביום הראשון של ראש השנה, מותר לעשות לגביו את כל הפעולות הנחוצות ביום השני, אף אם הדבר עולה כדי חילול החג. רבינא אומר שאסור לעשות זאת.
 - [רש"י] מפרש את דברי רבינא: באותה העת היתה אומה שהיתה שולחת את היהודים לעבודות כפייה. היהודים כנראה הצליחו להגיע למצב בו לא ילקחו לעבודות בשבת ויום-טוב, כך שנוצר מצב בו החזירו את האיסור שלא לעשות מלאכה ביום טוב שני, כדי שלא יסברו שהיהודים עושים מלאכה ולכן אין מדובר ביום טוב.
 - התוספות מפרש שבימים אלו – מותר לעשות את מלאכת הקבורה, וזאת מכיוון שמקור הטעם היה בחשש ברור וידוע, אך כאשר החשש פג, גם חלפה התקנה. זאת "אף על פי שהוא דבר שבמניין" – כלומר התוספות מודע לכך שמדובר בדברי חקיקה, אך מכיוון שמקור התקנה הוא חשש קונקרטי ואנו יודעים מהו – בטלה התקנה מאליה.
- פרשנותו של התוספות סוטה הרחק מנקודת המוצא של הסוגיה "בטל הטעם לא בטל הדין". בעניין זה ראינו שישנה מחלוקת בין הרמב"ם והראב"ד – האחד אומר שיש צורך בפרוצדורת ביטול דווקנית, והאחר לא. אך פוסקים בימי הביניים באים ומראים שישנה אפשרות שביטול טעם יביא לביטול מאליו של הדין, אם כי לא במילים מפורשות אלה – אלא תולים זאת בזמן, באזכור טעם מפורש, או פרשנותו מרחיקת הלכת של התוספות האומר שכל מקום בו ניתן לשער שמדובר בטעם קונקרטי – הרי שביטול החשש מבטל התקנה.

הערכים

7. ועשית הישר והטוב

הערכים בעולם המשפט באים להתמודד עם מצב בו הדינים הכתובים אינם תמיד נותנים מענה לבעיות של צדק ויושר. ערכים אלו יושבים לצד הדין הפוזיטיבי ומסייעים למיישמי הדין. על פניו, התפיסה הפורמליסטית בעצם לא היתה צריכה לתת מענה לבעית הצדק המתעוררת בנסיבות מסוימות. אנו נבחן את ההתמודדות של ההלכה עם בעיה זו. הערך של "ועשית הישר והטוב" [דברים פרק ו] מוקבל פעמים רבות לדיני היושר של המשפט האנגלי.

[רמב"ן] 2

מבחינת פשט הדברים, הרמב"ן מציע לקרוא את המקור בצורה כזו, שפסוק יז הוא ההוראה, ופסוק יח הוא התכלית, המטרה – המוטיבציה של מקיים המצוות. "ולרבותיננו בזה מדרש יפה" אומר הרמב"ן שחז"ל דרשו מן הפסוק עקרון כללי של "פשרה" ו"לפנים משורת הדין"¹⁰, ומפרש לפי הבנתו: עקרון-העל של ההלכה בתחום של יחסים של בין אדם לבין חברו הוא "ועשית הישר והטוב", מכיוון שזה בלתי אפשרי שהתורה תכתוב את כל כללי ההתנהגות הראויים לבני-האדם. כך מקום שאין כלל מפורש כיצד להתנהג, יש לנהוג עפ"י כלל העל.

ד"ר שפירא: ניתן לומר שלדעת הרמב"ן, זוהי הוראה כיצד לנהוג במקרים של לאקונה. יש לשים לב שמתעוררת כאן סתירה – כיצד ניתן לומר שישנה חובה לנהוג לפנים משורת הדין? החובה לנהוג לפנים משורת הדין היא חובה מוסרית-חברתית, כך שיכול להיות שקיימות פה שתי חובות מסוגים שונים, האחת חובה משפטית והשניה חובה מוסרית. ניתן להבחין בין החובות אם נבחן לצד מי מהן קיימת סנקציה.

בהמשך נבחן שלוש קטגוריות של דינים:

- הקטגוריה הראשונה כוללת דינים ההופכים להיות דין "מלא", והמושג של "לפני משורת הדין" כבר לא חל לגביהם. דינים שמקורם בעקרון של "ועשית הישר והטוב" אינם מתחייבים מן הלוגיקה הפנימית של הדין הפוזיטיבי, אבל הם נקבעו כבר בידי המחוקק (מחוקק המשנה) ואז הפכו להיות חלק מן הדין.
- הקטגוריה השנייה כוללת מקרים בהם "לפני משורת הדין" לא הופך להיות חלק מן הדין הפוזיטיבי, אלא שמדובר בחובה מוסרית ביסודה, אך לשופט יש בנסיבות מסוימות אפשרות לכפות אותה.
- הקטגוריה השלישית כוללת מקרים בהם הנורמה שמקורה מדיני היושר, היא לחלוטין במישור המוסרי ואין לה שום משקל במישור המשפטי.

חקיקה מכח "ועשית הישר והטוב"

[שומא¹¹ הדר]

[רמב"ם, הלכות מלווה ולוה, פרק כב, הלכה טז]

אדם אחד היה בעל חוב. לא היה בידי הלווה לפרוע החוב, ובית הדין עיקל לטובת בעל החוב נכס של הלווה (נכס המצוי ביד הלווה, או כזה המצוי בידי צד ג'), "ולאחר זמן השיגה ידו של לוה או של נטרף...". – כאשר הלווה, צד ג' או יורשיו משיגים כסף כדי לפרוע החוב, זכותם להביא הכסף למלווה ולהשיב את הנכס. זאת מכיוון שהדין הוא "שהשומא חוזרת לבעלים לעולם". הנימוק – ועשית הישר והטוב.

¹⁰ לפנים משורת הדין הוא ויתור חד צדדי, ופשרה היא מצב בו שני הצדדים "מוותרים" על זכותם כדי להגיע לפתרון. יש בין שני הערכים דמיון, שבא לידי ביטוי בויתור על זכות.

¹¹ דיני מימוש נכסים.

- הדין ב[בבא מציעא קח עא] הוא שאם אדם שהוא בעליה של קרקע, והוא רוצה למכור אותה, קיימת לו חובה להציע אותה קודם כל לשכן שלו, מתוך העקרון של ועשית הישר והטוב. הדין הנ"ל משתלב בדיני הקניין ההלכתיים, כך שאדם שהתעלם מן החובה הזו – יכול שכנו להוציא את הקונה מן הקרקע ולקבל אותה לעצמו.
- אומר על כך הרמב"ם: אין זה משנה באיזה אופן נמכרה הקרקע, ואפילו אם היתה למוכר סיבה טובה שמכר למישהו אחר – עדיין הדין חל, וההעדפה היא של "בן המצר", השכן.

"לפנים משורת הדין"

מקורות 5 ו-6 דנים באופן כללי בחובה לנהוג לפנים משורת הדין. אחד המאמרים המפורסמים הוא ב[בבא מציעא, ל ע"ב] מפי רבי יוחנן שאמר "לא חרבה ירושלים אלא על שדנו בה דין תורה... שהעמידו דבריהם על דין תורה ולא עבדו לפנים משורת הדין".

[תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף ל עמוד ב] 7

- מקור זה דן, כחלק מחובת השבת אבידה, בחובה (המוסרית – דכ) של "הקם תקים" – אם אדם רואה את חברו שרוצה לשים משא על בהמה, חובה לסייע לו.
- פותחת הגמרא בסיפור על רבי ישמעאל שהיה מטייל בדרכים ופגש באדם שנשא עצים. הניח האדם את העצים כדי לנוח, וביקש מרבי ישמעאל שיסייע לו להרים את העצים שוב. שאל אותו רבי ישמעאל – כמה העצים שווים? ענה לו האיש – חצי זוז. נתן לו רבי ישמעאל חצי זוז, והפקיר את העצים. חזר האדם ו"זכה" בעצים שוב, וביקש מרבי ישמעאל את עזרתו שוב, ושוב שילם לו רבי ישמעאל והפקיר העצים. לפני הפעם השלישית, אמר לו רבי ישמעאל – אני מפקיר אותם לכל העולם, אך לא לך.
 - שואלת הגמרא: "והא... זקן ואינו לפי כבודו", ישנו עקרון לפיו איש זקן אינו חייב במצווה זו (ובאופן רחב יותר: אם המלאכה אינה לפי כבודו של מי שהתבקש לעשות אותה, אזי הוא לא חייב לבצעה) ומדוע הוא חש חובה לעשותה? ועונה: "רבי ישמעאל... לפנים משורת הדין הוא דעבד". אכן, מצד הדין הוא היה פטור, אך הוא נהג לפנים משורת הדין וויתר על זכותו שלא לבצע את חובת "הקם תקים".

[תלמוד בבלי, בבא מציעא כד ע"ב] 8

- מספרת הגמרא מעשה על רבי יהודה היה הולך אחרי שמואל בשוק הדייסיים. שאל אותו – אם אמצא ארנק כאן, מה עלי לעשות¹²? ענה לו – הארנק מותר לך. המשיך ושאל – אם יופיע בעל האבידה ויתן בה סימן שהוא אכן שלו? וענה לו – חייב להחזיר. המשיך ושאל – האם אין כאן סתירה? ענה לו – "לפנים משורת הדין".
- ממשיכה הגמרא ומספרת ששמואל מצא חמורים במדבר, והשיבם לבעליהם לאחר 12 חודשים, למרות שלפי דין קמה לו זכות לקחת אותם לעצמו.
- סיפור נוסף: אותו המעשה כמו מקודם, אלא שהפעם רבא הלך אחרי רב נחמן בשוק הרצענים. תשובתו של רב נחמן היא שקמה למוצא הארנק זכות לקחת אותו לעצמו, אפילו בא הבעלים ונתן סימנים. זאת, מכיוון שזה הדין. אם ירצה, ינהג לפנים משורת הדין, אך לא ניתן לכפות זאת.

¹² לפי דיני השבת אבידה אם נמצאה אבידה אפילו יש בה סימנים, במקום שהרבים מצויים בו – כגון שוק, אז רשאי הוא לקחת אותה לעצמו.

אנו רואים שעפ"י רב נחמן, אם המקרה מגיע לביהמ"ש – אין חובה לפעול לפני משורת הדין, אלא שקמה זכות למוצא לקחת הארנק לעצמו. להבדיל, שמואל סבור שחובה להשיב את הארנק מטעמים של לפני משורת הדין.

נעבור למקורות 11, 12, ו-16 ונראה את הפרשנות לגמרא זו:

[הרא"ש, בבא מציעא כד ע"ב] 11

"ולאו דכפיינן ליה" – על פסיקתו של שמואל לעיל, אומר הרא"ש שאין כופים אותה.

[רמב"ם הלכות גזלה ואבדה פרק יא הלכה ז] 12

"אם מצא בסרטיא ופלטיא גדולה" – אומר הרמב"ם שאם נמצאה אבידה ברחוב גדול או בכיכר העיר, או כל מקום שהרבים מצויים שם, הרי המציאה של המוצא. זאת, על אף שיבוא ישראל ויתן בה סימנים (כלומר, הרמב"ם פוסק עפ"י רב נחמן). אבל, "הרוצה לילך בדרך הטוב והישר – ועושה לפני משורת הדין מחזיר האבדה". אין זו חובה, אבל ניתן לנהוג כך.

הרמב"ם עושה שילוב מרומז בין שתי הקביעות בגמרא, אך במקור הבא נראה שילוב מובהק בין השניים:

[שו"ת מהר"ם מרוטנברג חלק ד] 16

המהר"ם, בתשובה לשאלה בעניין אבידה, פוסק עפ"י רב נחמן – שזהו הדין המשפטי לשיטתו, אך הוא מציין מפורשות שהדין המוסרי הולך אחר פסיקתו של שמואל שמחייב לנהוג לפני משורת הדין.

[תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף פג עמוד א] 9

מספרת הגמרא: סבלים שברו חבית של יין לרבה בר בר חנן. כפיצוי, הוא החרים את גלימותיהם. הלכו הסבלים והתלוננו בפני רב. רב אמר לרבה שחובה עליו להשיב להם את אשר לקח. שאל רבה "דינא הכי?", הרי זה הדין ומותר לעשות זאת במישור הנזיקי. ענה לו – כן, מן הנימוק "למען תלך בדרך טובים". השיב להם הגלימות, והסבלים ביקשו ממנו את שכר יומם (למרות הנזק). אמר רב לרבה – תן להם שכרם. שאל אותו רבה – האם זה אכן הדין?! ענה רב – כן, משום "וארחות צדיקים תשמור" (זאת למרות שזכותו היתה להלין שכרם בגלל הנזק).

רב פוסק לרבה בדרך אחרת – מתוך איזשהו עקרון משפטי, ולא מתוך הדין הכתוב. אך נראה כי רב נוטה לכיוון שמדובר בהוראה בעלת אופי משפטי דוקא שהשופט יכול לפסוק לפיה, ולא הוראה מוסרית. כל זאת, בהתחשב בנסיבות העניין (במקרה זה: סוחר אמיד לעומת הפועלים קשיי היום).

[ספר מרדכי לבבא מציעא, כד ע"ב, רנז] 14¹³

מקור זה רואה בהוראה של רב (לעיל) חיוב לנהוג עפ"י לפני משורת הדין, אך בתנאי ש-"אם היכולת בידו לעשות".

אם כן, לפי מקור זה אנו רואים שעקרון לפני משורת הדין ניתן לאכיפה ויכולות לצמוח מתוכו זכויות משפטיות.

¹³ אוסף פסקי דין, בעיקר של חכמי אשכנז. מקור זה דן במקור על השבת אבידה, והמקור הקודם. פורמליזם וערכים במשפט העברי – ד"ר חיים שפירא סוכס ע"י ד.ג.כ (2003-2004) עותק "עולם המשפט"

[ספר בית חדש על הטור] 15

לפי מקור זה ישנו נוהג לכפות את עקרון "לפני משורת הדין", אם נכון וראוי לעשות כן בנסיבות העניין.

[ספר הדרישה על הטור] 17

אומר המקור: "כל דיין שדן דין אמת לאמיתו נעשה שותף לקב"ה...". הכפילות "אמת" ו-"לאמיתו", משמע פסיקת הנורמות בהתחשב בנסיבות הזמן והמקום, ולא רק על-פי דין תורה. זהו מימוש של העקרון לפני משורת הדין.

*עכשיו יש לשאול – על מי מוטלת החובה לנהוג לפני משורת
הדין? האם "המלצה" זו נשארת בגדר נורמה מוסרית, או
שהיא הופכת להיות נורמה משפטית? האם הנורמה חלה על
הצדדים או על השופט?*

אין לכך תשובה חד משמעית. מצד אחד, ה[רמב"ם] (12) וה[רא"ש] (11) סבורים שהעקרון חל רק על הצדדים, ולפיכך – נורמה מוסרית. אך השיטה האחרת, של ה[מרדכי] (14), [הדרישה על הטור] (17) ו[הבית חדש] (15) סבורים שזו עשויה להיות נורמה משפטית שחלה על השופט. ד"ר שפירא: אך יש לתת תשומת לב מירבית לעובדה ש"לפנים משורת הדין" אינו הופך לחלק מן הדין באופן דווקני, אלא שהכפייה של העקרון, גם לפי השיטות הסבורות שכופים אותו, נעשית לפי שיקול דעתו של השופט.

[תלמוד ירושלמי מסכת בבא מציעא פרק ו דף יא טור א] 10

הסיפור במקור 9, מופיע גם בתלמוד הירושלמי בצורה מאד דומה.

מידת חסידות

[משנה בבא בתרא, ה, ה] 18

המשנה קובעת שאדם הכותב צוואה ומחליט לנשל את ילדיו ממנה, "מה שעשה עשוי" – זו זכותו, אך "אין רוח חכמים נוחה הימנו".

[משנה בבא מציעא, ד, ב] 21

לפי דיני המכר של המשפט העברי, המכר חל בשעה שהקניין חל. כלומר: ישנה זהות בין השלב החוזי והשלב הקנייני.

- המשנה קובעת: כאשר קונה "משך" את הסחורה, אפילו שעדיין לא שילם עליה למוכר – לא ניתן יותר לבטל את עסקה. לעומת זאת – אם הקונה נתן למוכר כסף, אך לא נתן את הסחורה, ניתן עדיין לבטל את העסקה.
- מוסיפה המשנה: "מי שפרע מאנשי דור המבול...", כלומר – ברגע שסוכמה עסקה, ראוי שאדם לא יחזור בו מדיבורו.

[ערוך השולחן, חושן משפט, שד יא] ¹⁴ 13

מקור זה פוסק עפ"י שיטת הרא"ש ושיטת הרמב"ם, לפיה יש להבחין בין ההוראה המחייבת והנורמה המוסרית, אך חובה על השופט היושב בדן לציין באזני הצדדים את החשיבות של התנהגות "לפנים משורת הדין".

¹⁴ מן הנושא הקודם.

- רב מצוטט כמי שאמר: שאני אומר לבני ביתי לתת מתנה לפלוני, אינני חוזר בי. וממשיכה: מעשה באדם שנתן פקדון לסוחר מלח, וכעבור זמן – המלח התייקר והלה לא רצה לספק לו את הסחורה. באו למשפט לפני רב, והוא פסק שהמוכר יכול לספק לו את הסחורה, או להשיב לו את דמי הקדימה – ולחשוף עצמו לקללת המשנה (דור המבול).
- שואל התלמוד: "מחלפא שיטתיה דרב!" – הכיצד פסק באופן שונה? ועונה: כאן פסק רב את הדין המחייב, ולגבי עצמו פסק לפי מידת חסידות.

[שו"ת רבי אברהם בן הרמב"ם סימן צז] 25

שאלה: מעשה בראובן ושמעון שהיו שותפים בבית. ראובן ביקש משמעון למכור לו את חלקו בבית, והלה סרב. כאשר שמעון היה מחוץ לעיר, ניצל זאת ראובן ומכר את חלקו בדירה לצד שלישי (לוי), שרשם החלק בבית על שמה של אשתו. דיין העיר, דחה את תביעתו של שמעון בהסתמך על דעתו של הרמב"ם [הלכות שכנים] (לגבי דינא דבר מצרא – דכ), וכעת מתבקשת חוות דעתו של רבי אברהם.

הבעיות: דין "בר-מצרא" אינו תופס כאשר מדובר במכירה לאישה, ובנוסף – שמעון שהה מחוץ לעיר וכביכול לא ידעו מתי ישוב אם בכלל. האם "עקיפה" פורמאלית שכזו של דין בר-מצרא אכן מבטלת את הדין?

תשובה:

- אם לוי רשם את הבית על שם אשתו בכוונה להמלט מן הדין – "הרי לא הועילתו הקוניא הזאת כלום". זאת מכיוון שלהיות דיין ופוסק טוב אינו רק להיות חכם, אלא גם נבון ובעל שיקול דעת.
- "הואיל ועיקר הדין משום ועשית הישר" – מסביר רבי אברהם מדוע דין בן המצר אינו חל על נשים ויתומים. במקרה בו ניצבת אישה או יתום, מאזנת ההלכה בין תכליות ומעדיפה את טובתם על-פני טובת השכן. אך אם ברור לדיין שכל המהלך נעשה לשם 'עקיפת' הדין, הרי אין בכך ולא כלום.
- "ולפי מה שמורות המסיבות כאן" – לאחר ביאור הטעם, פונה רבי אברהם לנסיבות המקרה לפיהן יצא השכן את העיר. במקרה זה שני השותפים היו מחוץ לעיר יחדיו, ואם האחד היה רוצה באמת למכור לשכנו, היה עושה זאת, ואין טעם להתלות בתירוץ הנ"ל.
- בסופו של דבר פוסק רבי אברהם שדינא דבר-מצרא חל במקרה זה, והחלק צריך לחזור לידיו של שמעון. ומסכם: "דיין שאינו הולך בפסקיו אלא אחר מה שכתוב במפורש הוא חלש ורפה". כל המעשים הרבים בתלמוד, הוא אומר, באים ללמד דיינים שיעור בכיצד לפסוק הלכה למעשה, אך יש להבין את טעמי ההלכה ולא הכללים הפורמאליים, ולפסוק לפי נסיבות כל מקרה ומקרה.

לסיכום:

ראינו שלוש קטגוריות שמקורן בעקרון של "ועשית הישר והטוב". שלושתן נאמדות לפי המרחק שהן מכתבות בין הנורמה המשפטית לנורמה המוסרית. הנורמה הראשונה, עקרון היושר התגבש להיות חלק אינטגרלי מן הדין באמצעות מעשה חקיקה – כללים פורמאליים מלאים. השניה, היא קטגוריה של "לפנים משורת הדין", והנורמה קיימת באופן מובחן מן הדין. השאלה האם הנורמה יכולה להפוך חלק מן הדין עצמו – שנויה במחלוקת. השלישית, היא הקטגוריה הכוללת נורמות שלכל הדעות נמצאות במישור המוסרי, ולעולם אינן מתגבשות לכדי נורמות משפטיות.

8. כבוד הבריות

קודם לכן דנו במקור מן התורה שסביבו נבנו ערכים ותוספות שונות. כעת נדון בערך של כבוד הבריות, שהוא שונה מן הערך הקודם ראשית מכיוון שהוא אינו נמצא בתורה עצמה, אלא חכמים יצרו אותו. לפיכך, עלינו לבחון האם הערך הזה, עצם היותו לבר-תורתי, הופך להיות חלק מן המשפט. לשם הפיכת ערך חיצוני לחלק מן המשפט, עלינו להראות שהערך-ערך מתבקש ונובע בצורה הגיונית מתוך הכתוב – כגון העקרון הידוע של "מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה", שברי לכולם שהוא נמצא בתוך המשפט אף שהוא אינו כתוב בו. מושג "כבוד הבריות" אינו נמצא בכתובים, אך אנו נראה כיצד הוא נמצא מאחורי פרטים רבים ולכן המשגתו היא תוצר של מהלך פרשני.

ביהמ"ש העליון נחלק בשאלת הפירוש למושג "כבוד" בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, עיקר המחלוקת נעה סביב שתי גישות: כבוד במובן הצר – משמע: זכות אופרטיבית וצרה ליחס של כבוד, אי-השפלה וכדומה. כבוד במובן הרחב – משמע: זכות-על המחייבת לנהוג באדם בצורה מוסרית. בהמשך נראה כיצד פותחה ופורשה שיטתו של רבן יוחנן בן-זכאי ביחס ל"כבוד הבריות" (בסוגיית גניבת שור ו-שה בתורה) ונבחן באיזו גישה נוקט המשפט העברי.

במהלך הדיון נראה כי חכמים יוצאים מנקודת הנחה שישנו ערך הקרוי "כבוד הבריות". הם שואלים עצמם מה מקומו של עקרון זה מול נורמות אחרות בשיטה, ואם כן – עד איזה רמה.

[ירושלמי, כלאים, ט, ב] (סוף)

"הרי שהיה מהלך בשוק ונמצא לבוש כלאים": המקור דן בדילמה של אדם ההולך ברחוב ומגלה שהוא לובש בגד עשוי כלאים, שזהו כמובן איסור חמור מן התורה. ההתלבטות בין שני האמוראים היא בין הסרת הבגד והשפלת האדם בפומבי, לבין השארת הבגד שעולה בעבירה. הנימוק של השני הוא מתוך העקרון של רבי זעירא "גדול כבוד הרבים שהוא דוחה המצוה בלא תעשה שעה אחת". כלומר, האיסור מן התורה אינו מתבטל, אלא נדחה, מתוך כבוד לאותו אדם¹⁵.

[עמוד הבא – 6: ירושלמי, ברכות, ג, א]

- "מהו שיטמא כהן לכבוד הרבים": לכהן כידוע אסור להטמא, למשל ע"י ביקור בבית קברות. השאלה היא מה הדין כאשר הדבר נחוץ לשם כבוד הרבים? מצוטטת ברייתא לפיה אם ציבור הולך בדרך כלשהי, וישנה דרך אחת שהיא קרובה – אך עולה בטומאה, ואחת רחוקה יותר שהיא טהורה. קובעת הברייתא: על הכהן ללכת בדרך שהרבים הולכים, אף אם יטמא.
- אומר הירושלמי: יש להניח שהברייתא עוסקת בטומאה שנקבעה מדרבנן. ושואל: "אפילו טומאה של דברי תורה?". עונה הירושלמי – התשובה חיובית, מתוך העקרון שקבע רבי זעירא.

[בבלי, ברכות]

"אמר רב יהודה...המוצא כלאים בבגדו": רב נוקט בעמדה של דעה אחת שהיתה בירושלמי, לפיה על הלושב כלאים לפשוט אותם אפילו אם הוא בשוק. "מאי טעמא?" שואלת הגמרא, ועונה: "...כל מקום שיש חילול השם אין חולקין כבוד לרב"¹⁶.

¹⁵ ניתן לנסח זאת אחרת: מצוי לפנינו "מתח" בין גישה פוזיטיביסטית לפיה החוק גובר על כל דבר אחר, ואם הדין הוא איסור כלאים, הרי שיש לפשוט הבגדים. מן העבר השני מצויה גישה נון-פוזיטיביסטית המדגישה את המשקל שיש לעקרון של כבוד הבריות, על אף שאינו כתוב בתורה.

¹⁶ גישה תאוצנטרית לפיה כל דבר הקשור באדם אינו דוחה את דברי האל.

[תלמוד בבלי מסכת סנהדרין דף פב עמוד א]

"וירא פנחס בן אלעזר": אומרת הגמרא שהדרש לגבי מעשהו של פנחס נחלק לשניים – הראשון, שפנחס קטל את זמרי הכהן על כך שבעל נוכרית לנגד כולם, רק לאחר שביקש רשות ממושה. השני, שהוא עשה זאת באופן עצמאי מתוך כך ש-"כל מקום שיש חילול השם אין חולקין כבוד לרב". כלומר, הויכוח המקומי במקור זה הוא בשאלה האם היה או לא היה צריך ליטול רשות ממורו ורבו לצורך אכיפת דין התורה, ואחת ההנמקות היא שאין צורך לבקש את רשותו של משה (משמע: מותר לפגוע במעמדו/כבודו) במקרה של חילול השם.

נשוב למסכת [ברכות]:

■ "מתיבי":

מקשה הגמרא על העקרון של רב שצוטט מפי רב יהודה, ומצטטת ברייתא שלמדנו קודם מן הירושלמי ביחס להיתר לכהן לטמא עצמו במקרים מסויימים. מתוך כך שואלת הגמרא האם העקרון של רב כביכול אינו מוטעה? ועונה: "תרגמא רבי אבא בבית הפרס" – אם מדובר בשדה שקיים ספק לגביו¹⁷ שקבורות בו עצמות, ואנשים רבים הולכים שם, אזי מותר גם לכהן ללכת בה¹⁸. ניכר שהגמרא מנסה להגן על העקרון של רב, ע"י כך שהיא מסבירה שעקרון כבוד הבריות יכול לדחות טומאה דרבנן, אך לא דאורייתא (שם העקרון של רב נשמר).

■ "תי"ש דאמר רבי אלעזר בר צדוק":

- רבי אלעזר, שהיה כהן, מצוטט על כך שאמר שבזמנו היו מהלכים על ארונות מתים כדי לקדם את פניהם של מלכי ישראל, ואף אפילו לקראת "מלכי עכו"ם".
- ושואלת הגמרא – כיצד הדבר הזה נעשה אם עומד לפנינו העקרון של רב? ועונה: "כדרבא דאמר..." היה טפח בין גופת המת לבין פתח הארון, ולכן הטומאה נחסמה. הסיבה שקבעו שארונות מתים בכלל מטמאים הוא בגלל ספק שהיה קיים באשר לארונות שאין בהם טפח – זוהי גזירת חכמים. הגמרא מתרצת שרבי אלעזר לא עבר על איסור דאורייתא, אלא על גזירה מדרבנן.

■ "תי"ש גדול כבוד הבריות שדוחה לא תעשה שבתורה¹⁹...":

- כאן מצוטטת הלכה השונה מן המקרים האחרים. במקרים האחרים ישנן הלכות ספציפיות שמהן מנסים לגזור את המושג של "כבוד הבריות" ואילו כאן מצוטט העקרון באופן ישיר. אם כך, לכאורה בזה בעצם נפתרות כל הבעיות.
- ואכן שואלת הגמרא: "ולימא אין חכמה אין תבונה...?", הכיצד זה מסתדר עם העקרון של רב? ועונה: פירש זאת רב בר שבה שמדובר בעקרון הנוגע ל-"בלאו דלא תסור". כלומר, אין המדובר בדחיית כל המצוות שבתורה, אלא רק מצווה אחת – מצוות "לא תסור מכל אשר יגידו לך ימין ושמאל" – מצוות דרבנן.

¹⁷ בבית פרס קיים ספק לגבי מה שנמצא בו, להבדיל – בבית קברות אין כל ספק.

¹⁸ זהו תירוץ דחוק, וכזה שנדחה בירושלמי. להזכיר – הירושלמי התיר טומאה דרבנן וגם דאורייתא.

¹⁹ גלגול מעניין של המקור בירושלמי.

- צחקו על רב שבא תלמידי הישיבה ואמרו לו שמצווה זו לכשעצמה היא גם כן מדאורייתא. גער בהם רב כהנא ואמר להם שיש טעם בדברי רב שבא. כלומר, הפסוק הוא פסוק ההסמכה לחקיקה ע"י חכמים, אך מעשה התחיקה שלהם אינו לכשעצמו במעמד של דברי תורה.

■ "ת"ש והתעלמת מהם...":

- מקור זה דן בדיני השבת אבידה – האיסור להתעלם משור טועה של ישראל, אלא חובה לאוספו ולהשיבו. אומרת הגמרא: ישנם יוצאים מן הכלל חובת השבת אבידה, והם: "אם היה כהן והיא בבית קברות", "היה זקן ואינה לפי כבודו" ו-"או שהיתה מלאכתו מרובה משל חברו" [צריך לטרוח יותר בשביל האבידה מכפי ערכה – חש].

- כלומר, תלמיד חכם או כל אדם מכובד שאין זה לפי כבודו להשיב האבידה אינו חייב להשיבה. במילים אחרות: סוג של כבוד הבריות דוחה את לא תעשה שבתורה, ואין חובה להשיב האבידה.

- כרגיל, שואלת הגמרא כיצד זה עולה בקנה אחד עם העקרון של רב? ועונה: "שאני התם", זהו מקרה יוצא מן הכלל מכיוון שהוא כתוב בפירוש בתורה – הדוגמא היא ספציפית. ממשיכה הגמרא ושואלת: מדוע לא ללמוד מכך משהו כללי? ועונה: "איסורא ממונא לא ילפינן", כלומר – אין ללמוד מדיני ממונות על איסורים ודיני נפשות.

לכאורה, ניתן להבין מן הסוגיה שיש מקום ללמוד שמצוות ממון ידחו מפני כבוד הבריות.

■ "ת"ש ולאחותו":

- סוגיה זו דנה בדיני נזירות, ובין היתר באיסור של הנזיר להטמא למת. לשון התורה מעלה שאלה לגבי כלל ופרט, מכיוון שכתוב בפסוק האיסור הכללי מצד אחד להתעסק עם מתים, ובהמשך הפסוק פירוט לגבי בני המשפחה של הנזיר איתם גם כן אסור לו להתעסק.

- "מה תלמוד לומר?" – מדוע פירט המקרא גם את אחות הנזיר למרות האיסור הכללי? ועונה במדרש: כאשר אדם בא להקריב קרבן פסח או למול את בנו (שצריכים לעשות בטהרה) ושומע ש'מת לו מת', אזי אל לו להטמא בשביל זה – כלומר אין הפסח והמילה נדחים מפני קרוב שמת. אך אם מדובר ב'מת מצווה'²⁰, בהתנגשות זו עדיף שיטמא ויתפנה לקבור המת מאשר לעשות המצוות האחרות – משמע, החסד האולטימטיבי דוחה כל מצווה אחרת. מכאן, שכבוד הבריות דוחה את לא תעשה שבתורה.

- ושואלת הגמרא כיצד זה מסתדר עם העקרון של רב? ועונה: "שאני התם", זהו חריג לעקרון של רב מכיוון שהוא כתוב בפירוש בתורה. כלומר, בדרך-כלל הולכים אחר העקרון של רב לפיו כבוד הבריות אינו דוחה את מצוות האל, אך במקרה זה הכתוב מאלץ אותנו לדחות את מצוות האל לשם כבוד הבריות.

- "וליגמר מינה שב ואל תעשה": מוסיפה הגמרא ואומרת שמצוות שהעבירה עליהן היא במחדל (ולא במעשה, כלומר כל מצוות עשה מן התורה) נדחות מפני כבוד הבריות. [רש"י "שב ואל תעשה שאני"]:
ההיתר לכהן גדול ונזיר להטמא בעבור מת מצווה הוא מעשה ממש ולא מחדל, אלא שמלכתחילה אין איסור בתורה על כל שנאסר עליהם להטמא, מפני מת מצווה²¹.

סיכום ביניים: נקודת המוצא היא דין של רב ש"המוצא כלאיים בבגדו בשוק" – פושט אותם. ברור שמה שעומד ברקע זה מצד אחד כבוד הבריות ומצד שני איסור של התורה, ואיסור התורה אינו נדחה מפני כבוד הבריות. החובה כלפי האל, לדידו, תמיד גוברת על החובה האנושית. הגמרא תוקפת את רב באמצעות חמש ראיות

²⁰ הכוונה היא למת שאין לו קוברים. זוהי מידת החסידות הגדולה ביותר שחז"ל מכירים – אחד הביטויים לכבוד הבריות.

²¹ זוהי פיקציה שרש"י בונה, הרי זה לא כתוב בתורה.

שלכאורה לפיהן הדין הוא הפוך. הראשונה – שלכהנים מותר להטמא מפני כבודו של האבל, והתשובה היא שמדובר בטומאה מדרבנן. השניה – דילוג על ארונות מתים כדי לכבד מלכים, והתשובה היא שמדובר טוב בטומאה דרבנן (מתוך הספק לגבי חלל הטפח). שלישית, בה נאמר בפירוש שגדול כבוד הבריות שדוחה לא תעשה שבתורה, והתשובה היא שמדובר בלא תעשה "לא תסור". הרביעית, החריג של חובת השבת אבידה אם זה מתחת לכבודו של האדם, והתשובה שזהו חריג שכתוב בפירוש בתורה. והראיה החמישית והאחרונה מדיני הנזירות והכהונה הגדולה ביחס למת מצווה, והתשובה טוב – שזהו חריג מיוחד הכתוב התורה וקטגוריה מיוחדת של עבירות מחדל.

נבוא חשבון: הדברים ש*כך* נדחים לפי המקורות שלמדנו עד כה הם – כל מצוות דרבנן, מצוות ממונא, מצוות עשה מדאורייתא. מה לא נדחה? מצוות לא תעשה מדאורייתא.

הגמרא מסיימת בסיפור שאינו מתקשר אופן ישיר לסוגיות שלמדנו עד כה:

▪ "אמר ליה רב פפא לאביי":

שאל רב פפא את אביי: מדוע בזמנם של החכמים הראשונים (ובפרט רב יהודה ו-רב) התרחשו ניסים, ובזמנם לא מתרחשים ניסים כלל? האם זה מכיוון שהם חכמים יותר מאיתנו? הרי אנחנו חכמים יותר מהם, מכיוון שאנו לומדים סוגיות נרחבות יותר ממה שהם למדו!

עונה לו אביי: הראשונים היו מוסרים את נפשם על קדושת השם, אבל אנחנו לא מוסרים את נפשינו על קדושת השם. והוא נותן דוגמא לכך: מעשה ברב אדא (אחד מן הראשונים) שראה גויה שהיתה לבושה בבגד מיוחד ולא צנוע ('כרבלתא') וחשב שמדובר בבת ישראל, והוא קם וקרע ממנה את הבגד. מסתבר שהיא היתה גויה, והיא הגישה נגדו תביעה. קבעו נגדו קנס של 400 זוזים.

האם ניתן ללמוד מכך משהו? נראה שכן באופן מרומז. רב אדא פגע בכבוד הבריות – לפי גישתו של רב, המתחזק לנוכח הרציונאל של אביי. ויתור על כבוד הבריות הוא מסירות הנפש שהראשונים היו מפגינים.

כבוד הבריות בהלכה

קעת נבחן מה עשו הפוסקים עם סוגיה זו, לאחר תקופת התלמוד. אנו נבחין כי לא כל הפרשנים והפוסקים מקבלים את הסיכום שנכתב לעיל.

[רשי – "שב ואל תעשה שאני"] (ברכות כ עמ ב)

"דברים רבים התירו לעקור דבר תורה, מפני סייג ופני כבוד הבריות": רש"י מציג את השאלה מעט אחרת, הוא שואל מהן גבולות סמכויותיהם של חכמים לעקור דבר תורה. דילמה דומה עמדה על הפרק בפרשת לאו"ר, שם שאל השופט ברק האם ניתן לבטל חוק ראשי של המחוקק מכח עקרון כללי של השיטה? כך שרש"י אינו מעמיד את העקרון מול החוק, אלא שהוא מציג זאת בהיבט הפרוצדוראלי – היכולת או אי היכולת של הפרשן לבטל חוק.

ובמילותיו של רש"י – "דאינו עוקר במעשה ידים": זה לא שחכמים התירו לבטל את דבר התורה, אלא שהם התירו 'לשבת ולא לעשות' (עקירה פאסיבית של דבר התורה).

"אבל השבת אבידה ופסח": רש"י חוזר לסוגיה, ושואל מדוע נדחו מצוות פסח והשבת אבידה בכל-זאת? להזכיר: תשובתו של התלמוד היא שבענייני ממון מותר לסטות מדין תורה. אך רש"י עונה שהרציונאל הוא משום "שב ואל תעשה" (הוא חזר בו מפרשנותו הקודמת). מדוע הוא מיישב את הגמרא אחרת? כאשר רש"י למד את הגמרא בתחילה, הוא פירש את הסוגיה באמצעות ההבחנה של ממונא ואיסורא. אך ההבחנה הזו אינה מיישבת את ההיתר לסטות ממצוות פסח – שהיא מצוות איסורא מובהקת – והנה רש"י נוכח שעקרון "שב ואל תעשה" מיישב בעצם את כל הסוגיות גם יחד, גם פסח וגם השבת אבידה. לפיכך נקט בפרשנות זו, וזנח את הקודמת.

[רמב"ם הלכות כלאים פרק י הלכה כט] 1

- "הרואה כלאיים של תורה על חברו...": הרמב"ם קובע כי העקרון הוא שאין כבוד הבריות דוחה לא תעשה שבתורה. ושואל הרמב"ם – מדוע נדחתה מצוות השבת אבידה? ועונה: מכיוון שזהו "לאג של ממונ" ²². ומוסיף ושואל למה נדחתה מצוות פסח? ועונה: זה מפורש בכתוב וכן ישנה מסורת שמותר להטמא למת מצווה.
- "אבל דבר שהוא איסור מדבריהם": מצוות דרבנן, אומר הרמב"ם, נדחות מפני כבוד הבריות.

לסיכום: הרמב"ם אינו מקבל את ההבחנה לפיה כל מצוות עשה נדחות מפני כבוד הבריות, אך כן מקבל את ההבחנה של איסורא-ממונא ודרבנן-דאורייתא.

יש לתת תשומת לב לכך שהרמב"ם מנסח את ההלכה כך שעל החבר להסיר את בגדי חברו, אם יש בהם כלאיים. קשה לומר מהיכן הרמב"ם למד זאת. אך הוא גם מחייב על אדם לפשוט את בגדי חברו אפילו "היה רבו שלמדו חכמה" – תוך פגיעה חמורה ביותר בכבודו, וזאת כנראה הוא לומר מתוך ההנמקה לדין של רב בתלמוד "כל מקום... אין חולקים כבוד לרב".

[רא"ש, הלכות כלאי בגדים, ו] 2

הרא"ש אינו מסכים עם הקיצוניות של הרמב"ם, ומסייג אותה – אדם המוצא כלאיים בבגדו, כמובן שחייה לפשוט אותם. אך אם אדם מוצא כלאיים בבגדי חברו, אסור לו אפילו לומר לו עד שיגיע לביתו "דמשום כבוד הבריות ישתקו".

כעת נלמד כמה סוגיות הנוגעות למושג כבוד הבריות גופו:

[תלמוד בבלי מסכת שבועות דף ל עמוד ב] 3

- "האי צורבא מרבנן": רבה בר רב הונא דן בדיני עדות וקובע שאי אפשר לגרור כל תלמיד חכם לתת עדות בכל בית-דין קטן.
- רב שישא מקשה על קביעה זו מתוך דיני השבת אבידה, וקובע שאם העדות קשורה לדיני ממונות אכן כבוד הבריות דוחה העדות, אך אם מדובר בדיון בבית-הדין בעניין דיני איסורא, אז "אין חולקין כבוד לרב".

[תוספות] 4

"מיהו תימה": התוספות שואל שמדובר ב-"שב ואל תעשה", ובסוגיה הנ"ל הוכח שמצוות עשה, אפילו הן מצוות איסורא, ניתן לדחות אותן. עדות היא מצוות עשה, אז מדוע התלמיד החכם אינו יכול להנות מכך? ועונה התוספות "דהתם גנאי גדול", משמע יש להכניס לכל המשוואה הזו אלמנט הבוחן את מידת הפגיעה בכבוד

²² הוא חולק על רש"י בכך שהוא מצביע על כך שחלק ממצוות השבת אבידה היא גם "לא תעשה", מלשון "לא תתעלם". פורמליזם וערכים במשפט העברי – ד"ר חיים שפירא סוכס ע"י ד.ג.כ (2003-2004) עותק "עולם המשפט"

(מידתיות). אם מדובר בעדות בעלת חשיבות גדולה או אם העדות אין בה גנאי גדול – לא יותר לתלמיד החכם לדחות את מצוות העדות, ולהיפך.

[רמב"ם הלכות שבת פרק כו הלכה כג] 6

"מת שהסריח בבית": אם אדם מת במהלך השבת וגופתו מסריחה, מותר להוציאו ל-"כרמלית" (סוג של רשות ביניים שהיא איסור דרבנן בלבד).

הרמב"ם שוב מוכיח שהוא מקבל את הפרשנות לפיה כבוד הבריות דוחה מצוות דרבנן ומצוות ממונא, אך לא מצוות עשה שבתורה. אך פרשני הרמב"ם נחלקו בשאלה מהו אותו "כבוד הבריות" בסוגיה זו – כבוד המת או כבוד החיים?

▪ **[מגיד משנה]:** כבוד החיים.

▪ **[ר מנחם המאירי]:** אין המדובר רק בכבוד החיים, אלא גם בכבוד המת. יש להניח שזוהי הפרשנות הנכונה, שהרי עיקר הסוגיה דנה במת מצווה, ולא סתם מת. ולכן מדובר בכבוד המתים.

[שו"ת פרי יצחק, נג] 5

שתי דעות מובאות במקור זה לשאלה מה טעמו של המושג "כבוד הבריות" (או 'השפלה – מהי?):

1. **ר' נפתלי אמשטרדם:** פגיעה בכבוד האדם היא פגיעה בכל אדם באשר הוא אדם, ולא פגיעה במעמדו המיוחד של האדם. פגיעה מן הסוג הראשון היא זו שדוחה מצווה.

2. **ר' יצחק בלזר:** גם אם לא נוהגים באדם מכובד בכבוד הראוי לו, הרי זהו גנאי – חוסר כבוד.

[רמב"ם הלכות סנהדרין פרק כד הלכה י] 7

מקור זה דן בסמכות הטבועה של בית-דין, כפי שהמשפט העברי מעניק לו, ובין היתר – להכריע שלא עפ"י ראיות, וקביעת הוראות שעה. הרמב"ם חותם הלכה זו במילים: **"ובכל יהיו מעשיו לשם שמים ואל יהא כבוד הבריות קל בעיניו, שהרי דוחה לא תעשה של דבריהם..."**. ובכך מבקש מן הדיין והסנהדרין תמיד לקחת בחשבון את כבוד הבריות בהכריעו את הדין.

[שו"ת הרמ"א סימן קכה] (תשובה מן המאה 16)

▪ אומר הרמ"א שהוא ערך חופה וקידושין בליל שבת, באישון לילה (מה שלא מקובל – חש) ומעשה זה עורר התנגדות גדולה בקרב הציבור. ומסביר הרמ"א מדוע עשה זאת: מדובר בבת עני שהיתתמה לאחר שידוכיה, שאביה מת וגם אימה, וכל קרוביה זנחו אותה למעט דוד אחד שלקח אותה תחת חסותו.

▪ כשהגיעה העת להשיא אותה, הסתבר כמובן שאין לה נדוניה להכניס לבית בעלה לעתיד. למרות זאת, היא הכינה עצמה לחתונה מתוך תקווה שקרוביה יסייעו לה. קרוביה הכזיבו ולא הביאו מאומה. לפיכך, גם החתן נסוג מעמדו וסירב לכונסה.

▪ פנו מנהיגי העיר לחתן ונזפו בו, ובכל זאת סרב. בסופו של דבר התקבלה הסכמתו של החתן, בדיוק בערב שבת. הרמ"א, שלא רצה להפסיד זמן, כינס את כולם והשיא את הזוג. ומכאן התלונות הרבות.

▪ מפרט הרמ"א את הגמרא ממסכת ביצה האוסרת בין היתר על עריכת נישואין בשבת, מן החשש שיגיעו למצב של כתיבה בשבת. כך שניתן באופן עקרוני לבצע קידושין ללא חילול שבת, אך מתוך החשש זה נאסר (אף שזו מצווה להשיא, אומר רש"י). להבדיל, רבינו תם קובע, אומר הרמ"א, האיסור לקדש אישה הוא רק כאשר

מדובר בנישואין שאינם מצווה (כאשר הבעל יצא ידי חובת פרו ורבו כבר). הרמ"א מביא דעה נוספת מתוך הירושלמי שקובע שקידוש אישה בשבת הרי הוא כעשיית מעשה קנייני בשבת – שאסור²³.

- ממשך הרמ"א ואומר שאכן רוב הפוסקים סבורים שאסור לקדש בשבת, כדעת רש"י – גם קידושי מצווה וגם קידושי רשות. "מכל מקום", הוא אומר, מדובר בשעת הדחק שהיתה הכלה מתביישת אם תמתין עד החופה (שהרי טבלה כבר ביום שישי ואינה רוצה להמתין עד יום ראשון), ולכן "כדאי הוא רבינו תם לסמוך עליו בשעת הדחק". לא זו אף זו – הרמ"א סבור שפרשנותו של רבינו תם²⁴ טובה יותר מפרשנותו של רש"י. הרמ"א בעצם מעדיף לעבור על איסור שהמשנה קבעה מאשר לפגוע בכבודה של הכלה המיועדת.
- אומר הרמ"א: "ואין לך דוחק גדול יותר שהיתה יתומה גדולה מתביישת והיה לה לקלון כל ימיה". וחותרם את מסקנתו "וגדול כבוד הבריות שדוחה לא תעשה", וכמו כן "גדול השלום בין איש לאשתו". ומסיבות אלו קידש את הזוג בערב שבת, על אף האיסור.

מעניין להבחין שלמרות שהרמ"א יכול היה להגיע מיד למסקנה שמותר לדחות את האיסור מדרבנן לקדש בשבת מפני כבוד הבריות, הוא בכל זאת בונה מהלך שלם באמצעות גישתו של רבינו תם בשעת הדחק. ובכלל, על אף ההיתר הנורמטיבי לדחות איסור "מדבריהם" מפני כבוד הבריות – עדיין יש פחד רב בלב הפוסקים להשתמש בפתח הזה.

*בהתחשב בתשובת הרמ"א, כעת עלינו לבחון עד היכן ניתן
למתוח את היריעה ונבדוק מהי פגיעה בכבוד מבחינה
חברתית, ולא דוקא פיסית.*

1 [שו"ת מהרשד"ם חלק אה"ע סימן כג]

שאלה:

פותח השואל ומספר על לאה ביתו של ראובן ששודכה לשמעון. ראובן, שהתחייב לתת תמורתה נדוניה בעת החתונה, במסגרת החוזה לקראת הנישואין – "קניין ושבעה". מצידו, התחייב החתן שלא ישא אישה אחרת. יום אחד, נפטרה רחל, ביתו השנייה של ראובן. המנוחה היתה נשואה ללוי. ראובן הרגיש מחוייבות כלפי חתנו הראשון, לוי, וחשב על ביטול ההתחייבות לשמעון ולתת את לאה ללוי. שמעון, התנגד נמרצות ולקח את ראובן לבית-דין בדרישה שיתן לו את ביתו כפי שהתחייב.

ראובן הודה בכך שהוא מעוניין לתת את לאה לחתן הראשון, לוי, אך ציין שהוא גם מוכן לתת לשמעון פיצוי על כל ההוצאות שהוציא על לאה עד כה. אך חששו של ראובן היא ששמעון "יעליל על ביתו שקדשה בהחבא". שמעון התחייב שלא עשה זאת, והשניים ביצעו השבה הדדית זה כלפי זה.

בנוסף, מסתבר שלא התאהבה בשמעון והיא אינה מעוניינת להינשא לגיסה האלמן. השניים סיכמו להפגש בהחבא ושלא תברח מביתה ותבוא לביתו. זאת, על אף הסיכום וההשבה שהתבצעה. האב הזדעזע ותבע את שמעון בערכאות אזרחיות, אך לא קיבלו את תביעתו. לאה, נשארה בבית שמעון.

לאחר מכן באו ראשי הקהילה ושכנעו את ראובן לתת את ביתו לשמעון בכל זאת, מכיוון שנוכחו לדעת שאהבתה אליו חזקה ביותר. ואכן פגש ראובן את שמעון בנוכחות ראשי הקהילה, והבטיח לו שיתן לו שוב את הקניין שהבטיח לו בתחילה ואף יותר. לאה התבקשה לחזור לבית אביה לשם הכנות לחתונה, והיא סרבה. שמעון לא הכריח אותה לעמוד בתנאי הזה שהוכתב ע"י אביה, ולכן הם נישאו בגפם ללא הסכמת ראובן.

²³ כבר עתה ניתן להבין שהרמ"א מבקש לתרץ את מעשהו, כנראה באמצעות דבריו של רבינו תם.

²⁴ כנראה שרבינו תם עמד בסיטואציה דומה מאד לזו שעומד בה כעת הרמ"א. פורמליזם וערכים במשפט העברי – ד"ר חיים שפירא סוכס ע"י ד.ג.כ (2003-2004) עותק "עולם המשפט"

כעת, בא שמעון וביקש מן החותן לקיים את ההסכם הקנייני הראשון שלו. בית-דין חייב את ראובן לשלם לשמעון את אשר סוכם לרבות הוצאות. ראובן טען כמובן שלאחר ההסכם הראשון היה ביניהם הסכם ביטול (ראה לעיל). שמעון טען בתגובה שהסכם הביטול נעשה מתוך אונס, מכיוון שחשש שכל כלי הכסף והזהב שהותיר בביתו של ראובן, ילקחו ממנו (ראובן כמובן הכחיש) בנוסף, טוען שמעון, שהיה אישור מחדש להסכם הראשון בנוכחות המכובדים – והביא עדים שיעידו על המפגש. השואל מבקש לדעת להיכן הדין נוטה – האב או החתן?

תמצית התשובה :

- הערת מבוא 1 : פותח המשיב ומגלה את דעתו מיד שהוא כועס על הבושה שנעשתה לחתן, על כך שביקש האב לבטל את שידוכיה של ביתו אליו לטובת חתנו השני שהתאלמן. הוא מגבה את תחושת הצדק האישית שלו ע"י ציטוט חכמים שאמרו "גדול כבוד הבריות שדוחה לא תעשה שבתורה" – זאת על אף שמדובר פה בהתנהגות אנושית 'רגילה' ולא עניינים הנוגעים לכבוד המת או דוגמאות אחרות שלמדנו קודם לכן. אנו נוכחים מיד שישנה איזשהי קטגוריה חדשה של נסיבות המכניסות התנהגויות מסויימות לגדר המושג של "כבוד הבריות".
- הערת מבוא 2 : "מציינו הלכה רווחת": אומר המשיב שלמרות שכבר שנינו ש"אסמכתא" (חוזה שנעשה ללא גמירות דעת) אינה תקפה, עדיין קבעו הראשונים שפיצויים בחוזה שידוכין, על אף שלא היתה גמירות הדעת, תקפים, זאת מתוך שהם "דמי בושת". בהערה זו אנו מתוודעים לדעתו של המשיב שכל פגיעה במוסד השידוכין כמוה כפגיעה בכבוד הבריות – "מכל זה אתה למד עונש המקל בכבוד הבריות".
- "ועל זה אני אומר שראוי לדון את האיש הזה...בכל צד חומרא שאפשר ולא לבקש קולות".
- אומר המשיב שישנם שני טעמים לחייב את האב. הסיבה הראשונה – "אין לך עניה גדולה מזו" – לאב יש חובה בסיסית לספק לביתו משאבים להתחיל את חייה, ואם לא יעשה זאת הוא יפר את חובתו החברתית. הסיבה השניה, "מן השבועה ומן הקניין" – חובתו הפורמאלית של האב (כלומר – המשיב קובע שלביטול שנעשה אין תוקף).
- על טענותיו הפוטנציאליות (הסכם הביטול, ומגוריה בביתו של שמעון) של האב אומר המשיב: "אין הנדר נותר" – ההתחייבות הראשונית של אבי הכלה, שגובתה בשבועה ובנדר, יצאה מדיני החוזים לדיני הנדרים והשבועות. במקרה זה 'ביטול' מצד הצדדים אינו מעלה ואינו מוריד, אין לו תוקף. לצורך הביטול יש ללכת לחכם או ג' הדיוטות כדי להתיר הנדר.
- מוסיף המשיב ואומר שגם בטעם השני אין ממש מכיוון שלא לא עשתה מה שעשתה "בדרך פריצות", אלא שראתה שכוונת אביה "לעבור על השבועה ועל הקניין", ובעצם לא רצתה שאביה יגיע לידי חטא. התנהגותה מוצדקת, אומר המשיב (להדגיש: זוהי התנהגות החורגת מן הנורמות המקובלת דאז, וגם היום).

בדומה לתשובת הרמ"א, כבוד הבריות מתפקד גם בתשובה זו כשיקול ערכי. כבוד הבריות הוא מה שהכריע את הכף. אך יש לתת דגש לכך שהנימוק המשפטי היה פורמליסטי וטכני לחלוטין – דיני התרת נדרים – והתוצאה ערכית לחלוטין.

9. דרכי שלום

"על שלושה דברים העולם עומד, על הדין ועל האמת ועל השלום", הוא מן העקרונות הידועים ביותר ביהדות, כפי שעולה מן המשנה ב[אבות, א יח]1. ניתן להפליג ולומר שהעקרון הזה מבטא את מטרות החוק והמשפט, בעיני ההלכה. מקורות נוספים מורים על כך שהשלום הוא עקרון מרכזי בתורה [במדבר רבה, פרשה כא]2. כעת עלינו לשאול כיצד הערך הזה מתפקד במערכת המשפטית. אם נפתח את ספרות התלמוד נבחיך ש"דרכי שלום" מופיע כטעם במישור החקיקה – תקנות שקבעו חכמים משום דרכי שלום.

[משנה מסכת גיטין פרק ה משנה ח-ט] 4

[משנה ח]

"ואלו דברים אמרו מפני דרכי שלום": לקט הלכות מתחומים שונים, ולא דוקא ענייני גיטין, ובהן –

1. סדר הקריאה בתורה;

▪ [תלמוד בבלי מסכת גיטין דף נט עמוד ב]6: הגמרא מתחבטת בשאלה מדוע זה מפני דרכי שלום? כל אחד מן התנאים מוצא את המקור לקביעה במשנה מפסוק אחר. מכל הפסוקים יוצא שאין מדובר בתקנה של חכמים, אלא במצווה של התורה – המחייבת לכבד ולקדש את הכהן. יתכן שהניסוח של המשנה מרמז על כך שמנקודת המבט של המשנה – הכהנים אינם כל כך ראויים לכבוד השמור להם בתורה, אלא שהכבוד ניתן להם לצורך מניעת מריבה. ממשיכה הגמרא "אמר ליה אביי לרב יוסף": שואל אביי מדוע הרצינאל הוא דרכי שלום, הרי זו מצווה מן התורה! ועונה: זה גם מתוך החיוב מדאורייתא, וגם משום דרכי שלום. רב יוסף סבור שאין מתח בין שני טעמים אלו. אביי אינו מקבל את הנימוק, ונותן הסבר אחר – "שנים – ממתניין זה לזה בקערה": בכל החובות שאדם צריך לחלוק בהן כבוד, מקבל הכבוד יכול למחול על כבודו עבור חברו, אך לא בבית-כנסת. לשם כך קבעה המשנה שאסור לכהן למחול על כבודו, שלא יוצר מצב שתהא מריבה ובלבול בבית-כנסת משום שמחל על כבודו. הנקודה התחתונה: "דרכי שלום" משמש כטעם לתקנה של חכמים.

2. עירוב חצרות צריך להעשות במקום המקובל על הדיירים;

3. כאשר ישנה אמת מים המוליכה מים ממעין לבורות אגירה, הבור הראשון הקרוב לאמה מתמלא ראשון ולא ניתן לטעון נגד בעליו;

4. מלכודות ללכידת חיות ועופות המפוזרות ברשות הרבים, שללן שייך לבעל המלכודת אף שלא תפס בהן פיסית עדיין. מי שלוקח את השלל – הרי הוא גזלן. רבי יוסי קובע שאין צורך לתרץ זאת מפני דרכי שלום, אלא שזה גזל גמור לכשעצמו;

▪ דעתו מעוררת בעיה בהיבט הקנייני, כי אכן בעליה של המלכודת לא תפס את החיה. הגמרא ב[תלמוד בבלי מסכת גיטין דף סא עמוד א]8 מנסה להסביר מפי רב חסדא: "גזל גמור – מדבריהם" כלומר, שהרצינאל של רבי יוסי במשנה הוא מפני דרכי שלום גם כן. ומסבירה: גזל רגיל עליו דיברו חכמים הוא כזה שאינו מאפשר לתבוע בבית-הדין (להוציאו בדיינין) בגינו אלא שהוא בגדר 'המלצה', אך "גזל גמור" מקנה זכות עמידה בבית-הדין. בכל מקרה, גם לשיטת רבי יוסי, אין מדובר פה בגזל גמור מן התורה, אלא מחכמים בלבד.

5. "חרש, שוטה וקטן" – נעדרי אישיות משפטית, אסור ליטול מהם מציאה שהם מוצאים, על אף שהם כביכול לא יכולים לרכוש בה בעלות מפני מעמדם המשפטי;

6. אדם עני הלוקח מאחת ממתנות העניים – לקט, שכחה ופאה – אסור לקחת ממנו את הזיתים שהוא הפיל מראש העץ (פעולת 'נקיפה'), על אף שלא ירד עדיין לתפוס בהם בעלות בצורה פיסית. מי שנוטל אותם – גזלן. רבי יוסי אומר שזהו גזל גמור;

סיכום ביניים: לפי דיני הקניין, בכל המקרים בהם אין רכישה פורמלית של בעלות, בין מפני שאין אישיות משפטית, ובין אם מפני שלא נעשתה פעולה פיסית – אזי לא נעשה גזל. הערך של "דרכי שלום" מאפשר לתקן את העיוות הפורמליסטי הזה.

7. אם מגיעים עניים של גויים ללקוט בשדות ישראל, לא עוצרים בעדם;

▪ הקביעה הזו מורחבת בצורה קיצונית ב[תוספתא מסכת גיטין (ליברמן) פרק ג הלכה יג-יד]5 המחייבת לבצע את כל המצוות החברתיות גם כלפי הגויים, בעיר שיש בה עירוב של יהודים וגויים וההנהגה בה היא יהודית.

[משנה ט]

8. ביחסים שבין אנשים המקפידים על המצוות לבין אלו שאינם מקפידים, מותר להם להשאיל כלים זה מזה אך אסור להם לעבוד יחד כאשר הם מכינים מזון, לעניין שמיטה ושביעית. לעניין טומאה וטהרה, מותר למקפידים להפגש עם אלו שאינם מקפידים על כך, ומותר להשאיל כלים זה לזה.

אם כן כיצד נסביר את המושג של "דרכי שלום"? בצורה פרגמטית (גויים)? בצורה מוסרית (דיני גזל)? הדברים הובנו בצורה שונה בקרב פרשנים שונים.

[רמב"ם הלכות מלכים פרק י הלכה יב] 11

להדגיש: הרמב"ם מבחין הבחנה ברורה בין גויים העובדים עבודה זרה, לבין אלו שאינם עובדים עבודה זרה (ובהם כאלה המקבלים על עצמם את שבע מצוות בני נח – קרויים גם גר תושב).
"וכן יראה לני": מוסיף הרמב"ם לדברי המשנה שיש לנהוג עם גר תושב בדרך ארץ וגמילות חסדים, כמו כל בן ישראל. לגבי הביטויים השליליים של חכמים כלפי גויים, אומר הרמב"ם שמדובר בעכו"ם ולא בגר תושב. בכל זאת, קבעו חכמים גם לנהוג בגויים בצורה טובה (ללא הבחנה), "מפני דרכי שלום" (הכוונה כמובן למשנה מעלה, במצב בו זו עיר מעורבת בהנהגה יהודית).
לא ברור מתוך קביעה זו של הרמב"ם מה ההבדל הדק שבכל זאת עובר בין ישראל וגר תושב לבין עכו"ם. אך הרציונאל מוצג כאן כעקרון אידיאלי.

[רמב"ם הלכות עבודת כוכבים פרק י הלכה ה-ו] 10

גם במקור זה מפרט הרמב"ם את הצורך לנהוג בצורה ראויה בגויים, מפני דרכי שלום. אך מוסיף הרמב"ם תוספת חשובה – "אין כל הדברים האלו אמורים אלא בזמן שגלו ישראל לבין העובדי כוכבים או שיד עכו"ם תקיפה על ישראל". כך שאם ישראל חזקים, חל איסור חמור לנהוג בגויים בצורה ראויה אלא אם כן יקבלו על עצמם שבע מצוות בני נח.
הלכה זו מדברת בקול אחר לגמרי מאשר ההלכה הקודמת של הרמב"ם, ונוקטת בגישה פרגמטית ביותר.

[הרב איסר יהודה אונטרמן, דרכי שלום, אור המזרח, טו] 12

הרב אונטרמן אומר ש"דרכי שלום" אינו עניין של מידת חסידות או אמצעי הישרדותי, אלא שהמדובר "מעצם המוסר של תורתנו הקדושה". הוא מנסח באופן חד משמעי את דעתו לפיה "דרכי שלום" הוא עקרון אידיאלי מובהק, ולא פרגמטי.

[שו"ת הרמב"ם סימן תמט ד"ה תשובה אמנם]²⁵ 13

"אלה הקראים...ראויים הם לחלקם מחלקי הכבוד...כל זמן שגם הם ינהגו עמנו בתמימות..." הרמב"ם אומר שאנו יכולים להתנהג עם הקראים בכבוד, בשלום ובאמת, בתנאי שגם הם ינהגו עימנו כך. לא רק זה – מותר אפילו לומר להם שלום בביתם, ולמול את בניהם בשבת²⁶. הראיה שלו לכך – הגמרא במסכת גיטין (לעיל) בעניין "דרכי שלום".

על רקע מקורות אלו, יש לבחון פנימה את יחסי היהודים והגויים. ולראות כיצד היחסים האלו מצטיירים לאור העקרון של דרכי שלום.

יחסי יהודים-גויים: רפואה ולידת נוכרי

[תלמוד בבלי מסכת עבודה זרה דף כו עמוד א] 16

- המשנה קובעת איסור על בנות ישראל לסייע בלידה והנקה של העובדות כוכבים, אך ההיפך מותר.
- הגמרא מקשה על כך ומביאה מקור הקובע שמילדת יהודייה יכולה לילד בשכר אך לא בחינם. ומסביר זאת רב יוסף: "בשכר שרי משום איבה"²⁷, כלומר אם זהו המקצוע שלה אזי היא אינה יכולה לסרב שכן זה יביא לשנאת יהודים.

[רמב"ם, הלכות ע"ז, י, ב] 17

על הגמרא לעיל, אומר הרמב"ם: "מכאן אתה למד שאסור לרפאות עכו"ם אפילו בשכר", אלא אם כן קיים אלמנט של פחד מפני הגוי או חשש מפני התפתחות שנאה כלפי יהודים. כאשר קיים החשש מותר לבצע מטלות אלה בשכר, אך לא בחינם.

הערה: העקרון של דרכי שלום עולה בשני מקורות אלו כאמצעי לצמצם את האיסור על מתן עזרה לנוכרים עובדי כוכבים. הפרשנות היא פרגמטית ביותר – מניעת שנאה כלפי יהודים.

עד כה ראינו את ההלכה הפורמאלית, כעת נראה מה היתה הפרקטיקה שנהגה בעניין:

[שו"ת הרשב"א חלק א סימן קכ] 18

שאלה: האם רופא יהודי מותר לו לעשות טיפולי פוריות לאשה נוכרית? האם זה לא דומה לאיסור המיילדת? תשובה: עונה הרשב"א שבעניין המיילדת הסקנו שמותר לעשות זאת בשכר, "וכל שכן רופא שמרפא לכל" – אם לא ירפא את הנוכריות, הרי תתעורר איבה רבה כלפי היהודים. הראיה שלו היא שהוא חזה ברמב"ן (רופא גם כן) עושה זאת בנשים נוכריות תמורת שכר (כלומר, בהתאם להיתר של הגמרא).

²⁵ זוהי תשובה מפורסמת של הרמב"ם ביחס לקהילת הקראים.

²⁶ זוהי תוספת שהרמב"ם מוסיף על דברי הגמרא והתוספתא שלמדנו קודם לכן, ונבחן אותה בהמשך.

²⁷ ניסוח פרגמטי לעקרון "דרכי שלום".

[ר' מנחם המאירי, בית הבחירה, ע"ז, כו ע"א] 19

המאירי פותח את תשובתו ומעיד על כך שבזמנו אנשים אינם נזהרים באיסורים אלו כלפי הגויים כלל. "ואנו כבר ביארנו" ממשיך ומוסיף – האיסורים הללו כווננו כלפי עובדי עבודה זרה. אך הגויים החיים בזמננו, המוסלמים והנוצרים, אינם עובדי עבודה זרה ולכן לא חלים עליהם איסורים אלו – ומותר לרפא אותם אפילו בחינם. כלומר, תפיסתו של המאירי היא אידיאלית.

עד כה ראינו שעקרון "דרכי שלום" עוצב כעקרון המעצב, בין היתר, את היחס לגויים. זאת מכמה סיבות: הקביעה הנגטיבית לפיה התורה ניתנה לבני-ישראל ומתייחסת אל בני-ישראל, משמע – כל הקביעות לגבי מצוות שבין אדם לחבירו נתפסות כאלו החלות בין יהודים לבין עצמם (ע"ע השבת אבידה, ריבית וכיוצ"ב). הבעיה שמתעוררת לפי סיבה זו, היא האם דין רצח גם כן מבחין בין גויים ליהודים? התשובה לכך שלילית, אך היא אינה מובנת מאליה כלל וכלל. דוגמא נוספת היא דין גזל. **על רקע הנתונים האלה, העקרון של "דרכי שלום" פועל כגורם מרכזי בתוך המערכת.**

*כעת עלינו לבחון עד היכן העקרון משתרע ועד היכן הוא פורץ
את הפורמליסטיקה של ההלכה... נבחן זאת באמצעות
שאלת טיפול רפואי לנוכרי בשבת (העולה בחילול שבת).*

[תלמוד בבלי מסכת עבודה זרה דף כו עמוד א] (16)

קודם לכן למדנו שהגמרא מתירה לבת ישראל לסייע בלידת גוי בשכר – "משום איבה".

- "אולודי עובדת כוכבים בשבתא": רב יוסף סבור שמותר להוליד עובדת כוכבים בשבת בשכר, גם כן "משום איבה". כך שאנו רואים שעקרון זה, לשיטתו, מתיר לחלל שבת עבור נוכרי.
- תלמידו של רב יוסף, אביי, אומר: על המיילדת לומר ליולדת שהיא לא מוכנה לסייע לה בשבת, ואם היא תשאל מדוע היא עוזרת ליהודיה במצב דומה, תענה לה – שהיא מסייעת לאישה שתוליד אדם שישמור שבת.

ניכר שלמעשה ישנה הסכמה, באופן עקרוני, שכוחו של הנימוק "משום איבה" יכול להתיר חילול שבת. אלא שלדעתו של אביי לא צריכים להגיע למצב הזה כלל, אלא להסביר את הסירוב.

[תוספות מסכת עבודה זרה דף כו עמוד] (22)

התוספות תוהה מדוע רב יוסף ואביי כלל מוכנים לשקול חילול שבת עבור נוכרי, על אף שישנו איסור דאורייתא²⁸? ועונה: "דהכא ביושבת על המשבר" – כלומר, מדובר ביולדת בשלב הלידה שלה והמיילדת רק 'מסייעת' לה. כלומר, חילול שבת לנוכרי מן הטעם של "משום איבה" יהיה מותר רק באיסורי דרבנן ולא איסורי דאורייתא.

זו למעשה הקביעה ההלכתית שעיצבה את ההלכה מכאן ואילך.

[שו"ת ב"ח החדשות סימן ב] (23)

הבית חדש נשאל לגבי הפרקטיקה של רופאי ישראל בפולין של המאה ה-16, לסייע לחולים נוכריים בשבת. הוא עונה על כך: אם מדובר במצב המכניס את היהודי לסכנה, כגון מצב בו ראש העיר או מכובד מזמין אותו לטיפול,

²⁸ או במילים אחרות: כיצד עקרון יכול לבטל דין תורה? האם לא נדרש עקרון הכתוב מפורשות בתורה לשם כך?
פורמליזם וערכים במשפט העברי – ד"ר חיים שפירא
סוכס ע"י ד.ג.כ (2003-2004)
עותק "עולם המשפט"

הרי שמותר לסייע לו – משום איבה. בנוסף, אם הסיוע הוא בעל-פה או דבר שאינו עולה כדי חילול שבת, גם כן מותר. אך חל איסור לבצע פעולות חילול שבת מובהקות כגון – סיכה, מישוש, ואפיקטוזין. ניכר שהבית-חדש 'דוחה' את ההסבר של אביי, ומקבל את פרשנותו של התוספות באופן מלא – דרבנן מותר, דאורייתא אסור.

[שו"ת חתם סופר חלק ב סימן קלא] (24)

שאלה:

היה חוק באימפריה העותמנית שהתיר שימוש במיילדות מוסמכות בלבד, ולא כאלה בעלות נסיון 'פרקטי' בלבד. באחד מן הכפרים, המיילדות המוסמכות היחידות – היו יהודיות. נדרש מהן באופן רשמי לילד נוכריות בשבת.

תשובה:

■ עונה החתם סופר שיש ללכת עפ"י הרמב"ן (למדנו לעיל שהרמב"ן יילד נוכריות). בנוסף – מותר אפילו להתעסק במעשה היילוד גם בשבת, כל עוד אין בכך איסור דאורייתא. כך, שאם נדרש לחתוך את חבל הטבור, יש לתת לנוכריה לעשות כן.

■ ואז הולך החתם סופר צעד אחד קדימה וקובע: "ואם יש באיבה זו חשש סכנת נפשות, יש להתיר אפילו מלאכה דאורייתא".

[משנה ברורה סימן של] (25)

"כותית אין מילדין – ואפילו בשכר": המגן-אברהם מקבל את פסיקתו של הבית-חדש, לפיו התירוץ של אביי אינו ישים בזמנם, ולכן מותר לילד נוכרי אפילו בשבת אם אין בכך חילול שבת. וממשיך ואומר שהרופאים המדקדקים ביותר, גם הם, נוהגים בימנו לא להקפיד בדבר כלל²⁹ – "ואין להם על מה שיסמוכו... ומחללי שבת הם במזיד".

הנה אנו רואים שבעיני ההלכה העקרון של "דרכי שלום" או "משום איבה" מוגבל הוא בעיני ההלכה, אך במציאות נהגו אנשים אחרת, ובביחוד רופאים יהודים שומרי תורה ומצוות שבכל זאת נהגו אחרת כאשר היה מדובר בעניין רפואי.

[שו"ת ציץ אליעזר חלק ח סימן טו – קוני' משיבת נפש פרק ו] (26)

■ הכותב יוצא בביקורת חריפה נגד פסיקתו של המשנה ברורה: "המה דברים כחרבות צורים כלפי רופאים".

■ [ג] למנהג הרופאים לטפל בכל חולה ללא הבדל דת, גזע ומין – יש משקל הלכתי לשיטת הכותב – "...הוא מתקנות ארצות להתיר להם".

ספק רב אם ניתן לגבות את דבריו בתקנת הארצות, ואף ד"ר שפירא סבור שזו המצאה של הכותב. אך ללא כל קשר, ציץ אליעזר פשוט רוצה לתת גיבוי למנהג של הרופאים. הוא אינו מוכן לקבל מצב בו הם לא יושיטו יד לעזרה רפואית, אף אם מדובר בנוכרי, ואף אם מדובר בשבת.

לסיכום הסוגיה, נעיין במאמר של הרב אונטרמן:

²⁹ אנו רואים את הפער הגדול שבין ההלכה לפרקטיקה הנוהגת, אפילו מדובר בשומרי מצוות כשרים. פורמליזם וערכים במשפט העברי – ד"ר חיים שפירא סוכס ע"י ד.ג.כ (2003-2004) עותק "עולם המשפט"

"דרכי שלום" והגדרתם – מרן הרב יוסף יהודה אונטרמן]

- [227] המאמר מבקש להתמודד עם הטענה שאמנם ההלכות, באופן פרקטי, קובעות יחס של שוויון וחיבה כלפי נוכרי אך הן מן הטעם של "דרכי שלום" ולא "משורת הדין". התזה שהכותב רוצה לקדם הוא שהמושג "דרכי שלום" אינו עקרון פרגמטי, אלא אידיאלי: "נובע מעצם המוסר של תורתנו הקדושה".
- [229] לפיכך, הכותב מעמיד את המושג של "דרכי שלום" כתקנה אידיאלית של חכמים, ולא כתקנה של הגנה.
- [231] לשיטתו, תנאי החיים השתנו וטעונויים רגישות בכל בקשור לחיי אדם – "וממילא מותר לעשות כפי שדרוש".

[משנה מסכת סנהדרין פרק ד משנה ה] (20)

"...ללמדך שכל המאבד נפש אחת מעלה עליו הכתוב כאילו איבד עולם מלא": לפי משנה זו אנו למדים שלעקרון של חיי האדם יש קדושה אונברסאלית. בנוסחים מסויימים הוספה המילה "ישראל" למשנה זו, אך מתברר שזוהי תוספת מימי הביניים (מחקר של הרב אורבך ז"ל שהתחקה אחר מקור המשנה). ניתן כמובן להוכיח זאת מתוך הכתוב במשנה עצמה, הפותחת במילים "לפיכך נברא אדם יחיד". לא יתכן שמשפט זה נוגע לישראל ולישראל בלבד.

אם כן, מדוע חכמים ופוסקים לא עשו שימוש בעקרון זה, אלא נעשה שימוש בכללים פורמאליים (כגון הנימוק של פיקוח נפש של ישראל) והרחבות נוספות? אין לכך תשובה.

"דרכי נועם"

עקרון משלים ל"דרכי שלום", הוא עקרון "דרכי נועם".

[תלמוד בבלי מסכת סוכה דף לב עמוד א] (1)

במקור זה דנים בשאלה מדוע לשון התורה בעניין "כפות תמרים" היא דוקא "לולב". עונה על כך אביי באמצעות העקרון "דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום" – [רש"י] מפרש את אימרתו של לולב אינו קוצני. ההכרעה בשאלה באה מתוך עקרון של "דרכי נועם" – עקרון פרשני המכוון לנוחות. מקום בו אפשר לפרש דין בצורה אחת נוחה, וצורה אחרת פחות נוחה – הולכים אחר הנוחה.

[תלמוד בבלי מסכת סוכה דף לב עמוד ב] (2)

במקור זה נדונה השאלה הוא הו "ענף עץ עבות" (הדס). גם במקרה זה מוכרעת השאלה באמצעות עקרון "דרכי נועם" – כל הצמחים שהוצעו הם קוצניים ואינם נוחים, אך ההדס אינו כזה, הוא 'נוח'.

עד כה אנו רואים שלא כמו העקרון הקודם, עקרון "דרכי נועם" פועל כעקרון פרשני במצב בו ישנן שתי ברירות. אך מיד נראה שמבחינת תוכנו, אין הכוונה רק לנוחות פיסיית, אלא שהוא מכיל יותר מזה – גם סבל בכלל.

[תלמוד בבלי מסכת יבמות דף פז עמוד א-ב] (3)

מקור זה דן בדין יבום, ובמצבים בהם יש לאלמנה ילד (ולכן לא טעונה יבום), אך בשלב כלשהו מת הילד? עונה הגמרא שהסטטוס של האישה לא משתנה, על אף שמת בנה, וזאת מתוך העקרון של "דרכי נועם". זיקת הייבום שלה לא מתעוררת מחדש. יוצא מכאן שעקרון "דרכי נועם" בא לפטור את האישה או מי שייבם אותה מן האי-ודאות לגבי הסטטוס שלה.

הנה מצב בו המושג "נועם" חורג מעבר למונח הפיסי, ומכוון לעבר סבל חברתי כלשהו.

[תרומת הדשן א (שו"ת) סימן רכג] (4)

שאלה:

מה הדין כאשר יהודי שהמיר את דתו נקרא לבצע ייבום? האם אכן האישה זקוקה לייבום/חליצה מצידו?

תשובה:

- עונה הכותב שישנה תשובה עתיקה לפיה מקום בו אדם היה מומר בשעת הנישואין של האישה ואחיו, לא נוצרת בינהן זיקת ייבום. לפי פירוש רבינו חננאל, אומר הכותב, אף מקום בו היה ישראל בשעת הנישואין אך מומר בשעת המוות של אחיו – עדיין אין צורך בייבום.
- הוא מסביר את ההלכות: הכתוב בתורה "ישבו אחים יחדיו" (לעניין ייבום), הכוונה לשני יהודים. ומדוע הוא מפרש זאת כך? מתוך העקרון של "דרכיה דרכי נועם" – כלומר, מניעת סבל האישה. אילו לא היינו נוהגים כך, היה נוצר מצב בו האישה עגונה ("תקלה").

[שו"ת רשב"א חלק א סימן תקפא, תשובה בעניין הזכרת שם התורם בבית הכנסת] (5)

במקור זה מדובר באדם שתורם כסף לביהמ"ד והוא מבקש ששמו יוזכר. ועונה: מבחינה קניינית, התרומה הזו היא של התורם, ולכן אין יכולת להתנגד לכיתוב השם. ובנוסף, בקהילות מסוימות הזכרת השם נהוגה. "ומדת התורה שהיא כותבת ומפרסמת עושה מצוה, ואם התורה עשתה כן צריכין אנו להלך אחר מדותיה... שהן דרכי נועם".

מעבר מעקרון של נוחות או מניעת סבל, לעבר הגינות נעשה
במקור זה:

[שו"ת מהר"ם מרוטנברט חלק ד סימן תתקכ"ו] (7)

מדובר באמא שתורמת כסף לקבורת בנה, ואלמנתו אינה רוצה להשתמש בכסף לשם הקבורה, אלא לשם פריעת החוב המגיע לה מן הכתובה.

עונה המהר"ם מרוטנברג: אם אדם ציווה לפני מותו שלא יוציאו מכספו לצורך קבורתו, קבעו חכמים שלא שומעים לו ועושים בניגוד לרצונו, שכן כבוד המת גדול מרצונו. אכן יש שעבוד על נכסי הבעל לצורך פרעון חובותיו לאשתו, אבל קודם לכן עליה לדאוג לקבורת בעלה – וההנמקה היא "דרכי נועם".

סיכום ביניים: אנו רואים שמצד אחד יש לאישה שעבוד על עזבון בעלה לשם מימוש הכתובה, מן הצד האחר יש זכות למת להקבר מכספי העזבון שלו – אפילו ציווה לא להוציא מן העזבון כסף על קבורתו. הואיל וכך צריך קודם כל להוציא עבור הקבורה, ורק אח"כ יכולה האישה לזכות בכתובה. עקרון "דרכי נועם" משמש כערך של הגינות וכבוד המת.

[שו"ת מהרשד"ם חלק חו"מ סימן רנט ד"ה תשובה נראה] (8)

המשיב נשאל שאלה הנוגעת לתקנה בעניין תעשיית סוחרי הבדים באותה העת. המשיב תומך בהסדר שנקבע בין הסוחרים בעיר, ועונה בעניין: "...שהסכמת הרבים דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום". מה תפקיד ההנמקה במקרה זה? לכאורה ניתן להבינו בשני מובנים: ראשית, כעקרון המקנה תוקף משפטי להחלטה של בני העיר או הגילדה ('בני אמנות'). שנית, כעקרון לפיו הכרעת הרוב היא שיטה ראויה המביאה לשלום.

10. קידוש השם: איגרת השמד לרמב"ם

איגרת השמד היא תשובה של הרמב"ם המשלבת דיונים הלכתיים הלכה-למעשה, אך יש בה גם מימד רטורי-רעיוני-חברתי, ולכן עמדה היא במרכזו של ויכוח בין חוקרים בשאלה באיזו מידה מייצגת האיגרת פסיקה הלכתית פורמלית, ובאיזו מידה היא מהווה טקסט תעמולתי-רטורי ולא הלכה של ממש.

"איגרת" נבדלת מבחינת הז'אנר שלה מתשובה הלכתית, הן מבחינת השם והן מבחינה צורנית. התשובה היא פסק-הלכה פר אקסלנס, ואיגרת יש מהן שעסקו בעניינים רעיוניים ויש מהן שעסו בשילוב, כמו האיגרת הזו.

הרקע

מדובר בתקופה של אונס מצד המוסלמים על היהודים. כת מוסלמית קיצונית בשם "אל-מוחידון" שפעלה בדרום ספרד וצפון אפריקה במאה ה-12 וחתרה להקמתה של חברה מוסלמית טהורה שאין בה מי שאינם מוסלמים. מי שלא הסכים להתאסלם (ע"י שינון אימרת ה-"עדות") במצוות הכת, נאלץ לנוס מפניהם. השאלה שהתעוררה היא האם צריך למסור את הנפש כדי לא לעשות את הדבר הזה – שכן זה נכנס במסגרת האיסור החמור של עבודה זרה?

נוצרה מציאות בה יהודים רבים התאסלמו, ברחו על נפשם או היו אנוסים.

הקהילות היהודיות, כאשר קרה הדבר הזה, פנו אל חכם גדול ושאלו אותו כיצד לנהוג. הרב הזה, שהיה מחוץ לאיזור השמד, פסק להם שאסור להם בשום פנים ואופן להצהיר את ה"עדות", אפילו למראית עין, והם חייבים למסור את הנפש, שכן זה יהרג ובל יעבור. יתרה מזאת, מי שלא עושה את הדבר הזה ונכשל בו – צריך לראות אותו כעובד עבודה זרה, גוי, אסור להכניסו לביהכ"ס, עדותו פסולה, וכהנה וכנהנה.

איגרתו של הרמב"ם היא תגובה לפסיקה זו, והוא מבקר אותה בצורה חריפה ביותר תוך שהוא מציע תשובה אחרת. אנו נקרא מספר קטעים נבחרים מן האיגרת.

[אגרת השמד]

[עמוד 19]

[פסקה 1]

פותח הרמב"ם ומספר שאנשי הקהילות שאלו חכם אשר היה מחוץ לתחום הגזירות את השאלה בעניין קבלת הנביא מחמד כדי להציל את עורם – "האם יודה האדם בזה בשביל שלא ימות ויטמעו בניו ובנותיו בגויים, או אם ימות...?". הרמב"ם מפרט את השיקולים לכאן ולכאן: סכנה מפני הטמעות בגויים ועזיבת המצוות, לבין מוות ועזיבת המצוות גם כן.

[פסקה 2]

הרמב"ם מצטט את החכם: "מזה שהוא אומר שמי שהודה לו בשליחות כבר כפר בה' אלוהי ישראל". ומעיר הרמב"ם: "ולא היה אצלו ההיקש הזה..." – מבחינת החכם אין הבדל בין מי שעובד עבודה זרה מרצון חופשי, לבין מי שמודה שאדם כלשהו הוא נביא אמת מפני אונס וחשש³⁰. אך הרמב"ם לא "מנפח" את העניין כדי לא לטשטש חס-וחלילה את ההבדל בין היהדות לבין האסלאם – שלא יוצר מצב בו יהודים יקלו ראש ויצהירו את האמונה במחמד בנקל. הרמב"ם מהלך על שביל דק ביותר.

[פסקה 3]

ומוסיף לצטט, למען הסדר הטוב: "שמי שאומר את הדבר ההוא, אפילו קיים את התורה כולה בסתר ובגלוי – הרי זה גוי". ומוסיף ומצטט: "כי כשיכנס אחד מהאנוסים בבית תפלתם" – הסנקציה השלישית של החכם היא שאין להכניס את מי שנאנס להתאסלם לבית הכנסת, אלא לגרשו. גם כאן מדגיש הרמב"ם שההבדל בין מעשים מרצון לבין מעשים של אונס נעלמו מתשובת החכם.

[עמוד 20]

[פסקה 1]

סנקציה נוספת מצד החכם שמצטט הרמב"ם – שעדותו של מי שנאנס, פסולה מדאורייתא.

...

[פסקה 4]

עתה מגיע הרמב"ם לבסס את עמדתו שלו. תחילה במישור הרעיוני – "ועתה אתחיל לתאר את גודל הטעות". הרמב"ם אומר שאנו רואים שגם אנשים שהשחיתו את דרכם נחשבו ראויים, ומי שגינה אותם זכה לביקורת. הראיה הראשונה היא בני-ישראל במצרים שעסקו בעבודה זרה יחד עם בני המקום, ובכל זאת האל רצה לגאול אותם. משה שהיה ספקן, זכה לביקורת מצד האל. ראייה נוספת היא אליהו הנביא שספג ביקורת מצד האל על כך שהוא אמר לו שבני-ישראל עזבו את בריתו. הרמב"ם מביא ראיות נוספות לתימוכין.

[עמוד 21]

[פסקה 3]

"...יתיר לשונו על קהלות ישראל...לקרוא אותם פושעים...": הרמב"ם שואל כיצד מי שיושב מחוץ לתחום הקהילות הללו מעז לבקר אותן ולפסוק להן הלכות שכאלה?

[פסקה 4] + [עמוד 22][פסקה 1]

³⁰ חשוב להבין שהרמב"ם לא סתם כתב את אשר כתב בפסקה זו, שכן הרמב"ם אינו סבור שהאסלם הוא עבודה זרה. לא "סתם" הוא פישט את שני הקצוות – עבודה זרה, לבין הודאה שמישהו הוא אמיתי.

הרמב"ם מביא ראיות מסיפורי התלמוד לכך שכאשר חכמים נאנסו, הם לא התנגדו לגזירות באופן חזיתי, כדוגמת רבי מאיר שעשה עצמו אוכל חזיר כדי לרצות את הרומאים.

סיכום ביניים: עד כה הרמב"ם הביא ראיות לכך שאסור לקטרג על ישראל, וכן שההסטוריה מלמדת שניתן לקבל למראית עין את גזירות הגויים ובסתר להמשיך לקיים את אמונתך. יש לשים לב שהמקורות אותם ציטט הרמב"ם הם מקורות אגדיים (סיפורי מקרא), וישנו ויכוח ענף בשאלה האם ניתן ללמוד הלכה ממקורות כאלה.

[עמוד 23]

בפרק ג' מביא הרמב"ם ראיות נוספות ממקורות אגדיים. הנקודה שהוא נותן לה דגש כאן הוא בתשובה לקביעתו של החכם לכך שמי שהצהיר את ה"עדות" – אין מעתה ואילך ערך למעשיו הדתיים.

[פסקה 2]

הדוגמא הראשונה היא אחאב, שהיה עובד עבודה זרה, ומגונה מאד בעיני התנ"ך, אעפ"כ כן כאשר הוא צם שעתיים וחצי והתפלל, האל קיבל את תפילתו – זאת למרות שהיה חוטא גדול.

[פסקה 3]

בפסקאות הבאות, הוא מביא דוגמאות מדמויות כגון עשו, עגלון מלך מואב ונבוכדנצר. דמויות שחורות ביותר שבכל זאת מעשיהם נחשבו.

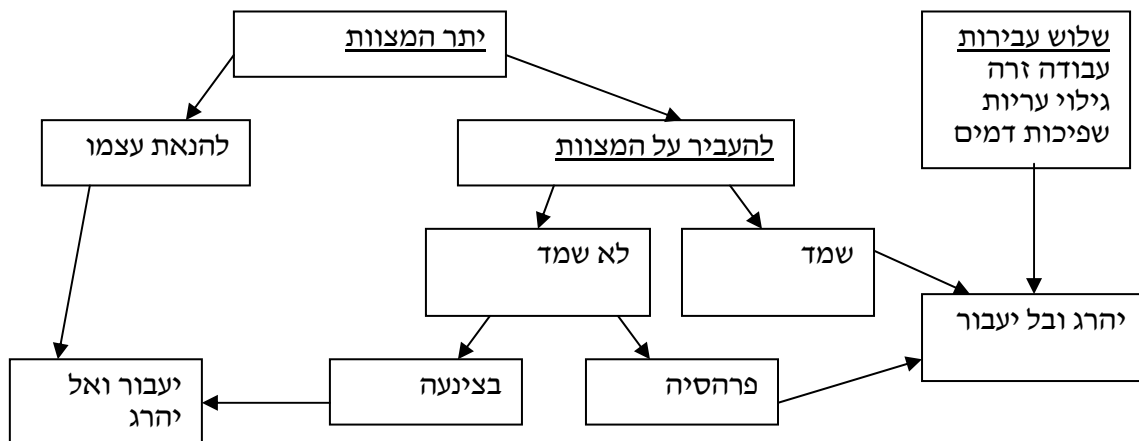
עד כאן ה"התקפה" על החכם. כעת נעבור לתשובה ההלכתית של הרמב"ם, המציע את דיני קידוש ה' :

[עמוד 24]

[פסקה 2]

"וראיתי לחלק דברי בענין זה לחמשה סוגים". הרמב"ם מצהיר על כוונתו לתת תשובה נורמטיבית שמציעה תמונת מצב באשר למוסד קידוש ה' באופן כללי, ובמצב הזה באופן ספציפי (כלומר: השמד הזה).

ראשית, הרמב"ם מחלק את כלל סוגי המצוות לשלושה חלקים:



[עמוד 25]

הרמב"ם קובע שהמושגים "חילול ה'" ו-"קידוש ה'" אינם נוגעים רק למסירת הנפש, אלא גם קידוש ה' לחיים.

[עמוד 26] + [עמוד 27][פסקה 5]

[פסקה 4]

החובה למסור את הנפש בתנאים האמורים בטבלה, היא חובה פרטית למסור הנפש. אך אם אדם לא מסר את הנפש, ועשה העבירה, הוא ביצע "חילול ה'" ולא עבירה מהותית. משמע, אם אדם רצח בגלל שהצמידו לו אקדח לרכה, דינו – פטור מחמת אונס. זאת למרות שלכתחילה הוא נדרש להרג ולא לעבור. כנ"ל אם מדובר בגילוי עריות או עבודה זרה. אין דינו של מי שעבר על איסור עבודה זרה לקבל יחס של גוי, אלא דינו שעבר על חילול ה'.

[פסקה 6]

"אבל מי שיאמר או יעלה בדעתו מפני שאמרו חכמים ז"ל יהרג ובל יעבור, שאם עבר שהיה חייב מיתה, זו טעות גמורה".

[פסקה 7] + [עמוד 28][פסקה 1]

▪ "והסוג הרביעי. בעניין השמד הזה מיתר השמדות, ומה צריך האדם לעשות בו": מכאן, הרמב"ם עובר מן הכלל אל הפרט, הלכה למעשה. מה שמיוחד בשמד הזה, הוא אומר, זה שהדרישה שלהם מתמצית בכך שנצהיר הצהרה מילולית, ואין עימה שום מעשה. ובנוסף, "והם יודעים היטב שאין אנו מאמינים באותו הדבור": גם האנשים יודעים שהיהודים מעוניינים רק להציל את עורם. בכך ממצה הרמב"ם את האבחון בין השמד הנוכחי לבין יתר השמדות שהוא דן בהן עד עתה (בייחוד בטבלה).

▪ "וכל מי שנהרג כדי שלא יודה בשליחות אותו האיש...ומעלתו במעלה עליונה...אבל מי שבא לשאול אותנו אם יהרג או יודה אומרים לו שיוודה ולא יהרג...כי מעולם לא נשמע כמו זה השמד הנפלא, שאין כופין בו אם כי על הדיבור בלבד": הרמב"ם משחרר הוראה לחכמים ולשואלים – מאחר שהייחוד של השמד הזה הוא אותה הצהרה ריקה מתוכן חסרת מעשה, כך שעל אף שמדובר ב"שמד", הרי שאין חובת יהרג ובל יעבור. אך אסור לאותו אדם להשאר באותו מקום, אלא לעשות הכנות לשם עזיבת המקום.

זאת למעשה הפסיקה של הרמב"ם, המבוססת על ההבחנה בין דיבור ומעשה.

[פסקה 2] + [פסקה 4]

הרמב"ם מפרט כמה עצות פרקטיות לאנשים שעוברים את השמד: צריך להשתדל לקיים מה שאפשר³¹; לצאת מן המקום בו מצוי השמד ולברוח.

[עמוד 29]

[פסקה 3]

הרמב"ם חותם בקביעה כיצד אדם צריך לראות עצמו, מבחינת דימוי עצמי, בימי שמד: מי שהיה צריך להרג ולא לעבור, אך לא עשה זאת, חייב לראות עצמו "מחלל שם שמים לא ברצון ממש אבל קרוב הוא להיות ברצון", אם יכול היה לברוח ולא עשה זאת.

³¹ אמנות הרטוריקה של הרמב"ם – להבדיל ממה שכתב בפסקה הקודמת, הרמב"ם מבין היטב שהשמד הנוכחי אינו עניין של דיבור בלבד, אלא שהיהודים אנוסים ונמצאים ביראה מתמדת מפני קיום אמונתם.

אומר הרמב"ם שאין להרחיק את אותם אנשים שנאנסו להתאסלם מן הקהילה ומבתי הכנסת, שכן אף פושעים מתקבלים בבית כנסת.

--

לסיכום:

האיגרת של הרמב"ם מערבת עניינים הלכתיים, אגדיים ורטוריים. מבחינה הלכתית עלינו להבחין בשני חלקים: לכתחילה כיצד לנהוג, ובדיעבד כיצד להתייחס למי שנהג אחרת.

- לכתחילה, פסיקת הרמב"ם היא חד משמעית, יש לעבור ולא לההרג – האבחון היסודי בין פסיקה זו לבין ההלכה הנוהגת כביכול נעוצה בעובדה שהגזירה היא דיבור ולא מעשה.
- בדיעבד, מי שנהרג – נאמר עליו שעשה הישר והטוב. מי שעבר ולא נהרג, כפי שמורה הרמב"ם, יש להתייחס אליהם כראוי ולקרבים. אך הרמב"ם מוסיף המלצה אישית לברוח מן המקום כדי לא לחלל ה'.

התשובה מעט מתפתלת, הן ביחס להלכה התלמודית (הוא יוצר אבחון שלא קיים בתלמוד בין דיבור למעשה), הן ביחס לפרטים הלכתיים אחרים (כגון מוסד "קידוש ה'"), ובכלל תשובתו אפופה בנוף רטורי. לכן, תשובה זו עוררה דיון ומחלוקת בקרב חוקריו של הרמב"ם, ובייחוד בין שני חוקרים בשנות ה-80 שנחלקו בשאלה האם מדובר במסמך הלכתי או רטורי, דעתו פרופ' חיים סולוביצ'יק. במאמרו על האיגרת הוא כותב שהאיגרת מלאה סתירות הלכתיות, והיא איננה תשובה כלל, אלא "כתב תעמולה" שנועד להתמודד עם איגרת אחרת שאימה לעורר אנדרלמוסיה בקהילה היהודית במרוקו. מאמר זה מעורר עניין מבחינת תורת המשפט – מצב בו פוסק פוסק בניגוד להלכה, באופן בו הוא חושב שראוי לפסוק. ההבחנה שהרמב"ם מייצר נעדרת כל בסיס, הוא אומר, שכן החלת הכללים ההלכתיים היו צריכים להוביל למסקנה "יהרג ואל יעבור" – זוהי גישה פוזטיביסטית. **לכן יש להניח שהרמב"ם במקרה זה לא פעל כפוסק, אלא כמנהיג חברתי**, דעת סולוביצ'יק.

מן העבר השני, פרופ' דוד הרטמן שכתב תגובה למאמר של פרופ' סולוביצ'יק, מציג את ההלכה בצורה שונה. לדידו, ההלכה אינה רק כללים הלכתיים אלא כוללת גם שיקולים אחרים – חברתיים ורעיוניים – שהם חלק מן השיקול ההלכתי. תפיסתו היא נון-פוזטיביסטית. לנגד הרמב"ם עמדה דילמה, הוא אומר, לא רק שאלה הלכתית, האם על אנשים לעמוד על אמונתם ולמות, או לשמור על חייהם. בשני המקרים קיים סיכון של התפוררות הקהילה.

פורמליזם וערכים בסדרי-הדין

באופן כללי ניתן לומר שהמשפט העברי, בהיבט של סדרי הדין, הוא פחות פורמליסטי והוא מגלה גמישות רבה יותר. אנו נעסוק בכמה היבטים ומקורות המבליטים גישה פחות פורמליסטית זו, כיוון שקצרה היריעה מלפרט הכל.

*במקור הבא, עוסק הרמב"ם בשיקול הדעת של דיין היושב
בדין.*

[רמב"ם הלכות סנהדרין פרק כד]

[הלכה א]

פותח הרמב"ם ואומר שהדיין צריך לדון לפי מה שהוא משוכנע בו, אף אם אין לו ראיה ברורה לדבר.

"כיצד?": נותן הרמב"ם דוגמא שאם נודע לדיין שעומד לפניו מישהו שנתפס על שבועת שקר בעבר, מותר לו להפוך את נטל השבועה מן הצד החשוד אל הצד הנאמן במקרה זה, אף אם עפ"י הדין הצד שכנגד הוא זה שחייב שבועה. "הואיל ומצא הדבר חזק ונכון בלבו סומך עליו ודן".

הרמב"ם מפרט דוגמאות נוספות הנתונות לשיקול דעתו הבלעדי של הדיין, שלא במסגרת הדין – שינוי כללי הפרוצדורה כאשר לדיין ידיעה אישית שאין בראיה די כדי לבסס תביעה או להודפה, יכול הוא לשנות את נטל הראיה ולהטילה על הצד שכנגד (או להוסיף ראיה).

[הלכה ב]

- *"כל אלו הדברים...": הרמב"ם מפרט מה הן תכונותיו של הדיין כפי שהוא רואה אותן – הוגן, חכם ונבון. דיינים שאינם בעלי תכונות אלו, אין להם סמכות להפעיל שיקול דעת ולפסול שטרות ושבועות כמו בהלכה לעיל.*
- *אך אם בכל זאת מצויה מול הדיין עדות מהימנה שהוא מאמין לה ומביאה אותו להשתכנע באופן פנימי – "אינו דוחה עדותו ונותן עם בעלי דינין עד שידו לדברי העד או יעשו פשרה או יסתלק מן הדין [הדיין – דכ]."*

[הלכה ג]

"ומניין לדיין שהוא יודע בדין שהוא מרומה...": דיין אשר סבור שמרמים אותו בדין אך כל הראיות מחזקות את השקר/תחבולה, אסור לו לפסוק עפ"י ראיות אלו בשום פנים מפני שנאמר "מדבר שקר תרחק", או לחילופין שישתלק מן הדין ויתן למישהו אחר לפסוק תחתיו.

פסיקתו של הרמב"ם מכוונת ליושרה של הדיין, אך היא נעדרת פתרון מלא מבחינת החלת הצדק על המקרה בו נתגלה או התעורר השקר.

הרא"ש מספר על ויכוח חריף בין שני גבירים יהודים – רבי שלמה ורבי ישראל, אשר הגיע עד טולדו והרא"ש התבקש ע"י מלכת ספרד לפתור אותו – "ממה שיראה לי מקו היושר והאמת".

הסיפור העובדתי

- רבי שלמה טוען שהוא מחזיק שטר של 12,000 זהובים, בו רבי ישראל ואשתו קלארה חייבים לו, בעניין שותפות שעשו לשם הלוואת כספים בריבית לגויים. והנה הגיע יום ובו האפיור, קלמנס ה-5, הורה לכמרים שלו לאסור לשלם חובות ריבית ליהודים. לאחר 'משבר' זה ערכו ביניהם שלמה וישראל חשבון, והסכום שהסכימו עליו כאמור.
- השניים החליטו כי רבי ישראל יברח מן העיר, מחמת החייבים הגויים, והוא היגר לעיר אלמעדן (הנמצאת בקסטיליה). רבי שלמה עצמו נאסר ע"י הגויים ימים רבים. לאחר ששב מן המאסר, לא מצא את שטר החוב של רבי ישראל כלפיו. התברר לו ששטר החוב הנעלם הגיע לידיו של רבי ישראל (כנראה באופן זדוני. ההודיה בכך שהשטר מצוי אצלו ניתנה לאחר שהיה איום בחרם מצד אנשי הקהילה).
- רבי ישראל מצידו, טען שפרע את החוב. אך כאשר נדרש להשיב אודות פרטי הפרעון, הוא התחמק ממתן תשובות לעניין.

הבעיה

רבי שלמה זקוק לראיה כדי להוכיח שהחוב כלפיו לא נפרע. הבעיה היא שרבי ישראל טוען שפרע את החוב, וכן הוא טוען שהשטר שהיה בידו – נקרע. כך שאין לרבי שלמה ראיה. בעיני הדיינים, שדנו במעשה, ברור לכולם שהרמאי הוא הנתבע, רבי ישראל. זאת מכיוון שהוא מתחמק מלהשיב מתי פרע בדיוק את החוב, ושאלות פרטניות נוספות. אין לדיינים כל ראיה כדי לפסוק עפ"י נטיית ליבם, וזאת בין היתר הסיבה שהדיינים בערכאות אחרות הסתלקו מן הדין. הם חסרי אונים, שכן הם 'כבולים' לדיני הראיות.

תשובה

- הרא"ש פותח את דרך הפתרון שלו ע"י ציטוט "דין מרומה" של ה[רמב"ם]³³, וקובע שהנתבע חייב להשיב לשאלות שמפנה אליו בית-הדין, ולא לשתוק כפי שעשה רבי ישראל. ומצטט את המהר"ם מרוטנברג שפירש את ההלכה ככזו המחייבת את הדיין להסתלק מן הדין רק כאשר התובע הוא הרמאי. אך כאשר הנתבע הוא הרמאי, על הדיינים להוסיף ולחקור בעיקשות ולא להסתלק מן הדין עד אשר האמת תצא לאור.
- כאשר הדיין משוכנע שהנתבע הוא רמאי, ואינו מסוגל לענות על השאלות שהוא נשאל, מותר לו לדיין לפנות לסוג ראיה חדשה הקרויה "אומדנא דמוכח" = השלמת המסקנה למרות שאין ראיות ישירות, והכרעה עפ"י אַמְדָן. במקרה זה, רבי ישראל נשאל בעניין התביעה שאלות קשות וסרב להשיב עליהם. הואיל וזה לא סביר שהנתבע אכן השיג סכום גדול כל-כך של כסף שלא במעשה רמייה, והואיל וזה לא סביר שלא יהיה בפיו הסבר לאופן השגת הכסף, יכול הדיין להכריע את הדין על סמך חוסר סבירות זה (נקרא גם "שודא דדייני" בלשון הגמרא = החלטת הדיינים).

³² יליד גרמניה, תלמידו של המהר"ם מרוטנבורג. היגר לספרד, והתיישב בעיר טולדו.

³³ הרמב"ם מחייב את הדיין להוסיף ולחקור עד אשר האמת תצא לאור, או שישתלק מן הדין. לעיל. פורמליזם וערכים במשפט העברי – ד"ר חיים שפירא סוכס ע"י ד.ג.כ (2003-2004) עותק "עולם המשפט"

עיקרו של דבר: הרא"ש מבסס את העקרון שבמקרים מסויימים שבהם דיני הראיות לא מביאים לתוצאה ראויה, ויש כנגד הפרוצדורה אומדנא דמוכח – הערכה המבוססת על נתונים אובייקטיביים – רשאי הדיין להשתמש בכלי הזה כדי להכריע את הדין.

[שולחן ערוך, חושן משפט, הלכות דיינים, טו]

[ג.]

רבי יוסף מצטט את הלכת הרמב"ם בעניין דין מרומה, ואז מוסיף: "וכשהיה רואה הרא"ש באומדנא דמוכח..." – כאשר הדיין סבור שהתובע רמאי והוא מתכוון להסתלק מן הדין, רשאי הוא לתת לנתבע פתק ולפיו לא ניתן לתבוע אותו יותר בפני אף דיין (שקול לזיכוי, אך לא בדיוק זהה).

[ד.]

ההלכה הקודמת נכונה כל עוד מדובר במצב בו התובע רמאי, אך כשהנתבע רמאי – אין הדיין יכול להסתלק מן הדין ועליו להגיע לחקר האמת... "ואם נראה לו באומדנא דמוכח שהוא חייב [הנתבע הרמאי – דכ] יחייבנו אם הוא דיין מומחה ויחיד בדורו".

סיכום ביניים: אנו רואים שהרא"ש סלל דרך להשתמש בדוקטרינה של אומדנא דמוכח, כנגד דיני הראיות. אם נלך עם עקרון זה 'עד הסוף' נגיע למצב שיהיה לבתי-הדין חופש רב, וזהו מדרון חלקלק. לכן, הרא"ש עורך הבחנה בין התובע לנתבע בעניין זה.

- אם התובע רמאי – ניתן להסתלק מן הדין, והשולחן-ערוך מציע לתת לנתבע פתק שלא יאפשר לתבוע אותו שנית. אין מקום לעקרון אומדנא דמוכח במקרה שכזה.
- אך אם הנתבע רמאי, לא ניתן להסתלק מן הדין, ואם אפשר יש לחייבו לפי עקרון אומדנא דמוכח. זאת, רק כאשר הדיין הוא מומחה גדול.

[שולחן ערוך, חושן משפט, הלכות דיינים, יב]

[ב.]

- כאשר הליך שיפוטי מתחיל, מצווה לומר לבעלי הדין "הדין אתם רוצים הפשרה?"³⁴.
- "ואם חייבו בית דין שבועה...": במצב בו אחד הצדדים אינו מעוניין להשבע, מפני חרדת מוסד השבועה, רשאי הוא לעשות ביניהם פשרה כדי ליפטר מעונש השבועה (הדעות חלוקות בעניין האם הפשרה יכולה להיות כפויה, או חייבת להיות בהסכמה).

[ד.]

"יש כח לדיין לעשות דין כעין הפשרה": לדיין יש סמכות תבועה להכריע בדין שלא מכח הדין אלא מכח פשרה, בלי הסכמת הצדדים, פשרה שהיא כפויה, מקום בו הוא אינו יכול לברר את הדין כראוי (בין היתר בגלל דיני הראיות או מכל סיבה אחרת). להדגיש: שולחן ערוך לא נותן דעתו כלל לעקרון אומדנא דמוכח.

סיכום לעניין הפשרה: אפשר ללכת בדרך הפשרה משלושה טעמים. הראשון, פשרה נחשבת כמשפט שיש בו שלום (כשהצדדים מסכימים). השני, החשש של הדיינים מלעוות את הדין (פשרה כעין בוררות). השלישי, העדר אפשרות

³⁴ פשרה זו – מהי? פרשנים רבים נחלקו בעניין זה. יש לכך שתי אפשרויות: (א) הסכמה בין הצדדים באשר להכרעה; (ב) מעין בוררות – המפקיעה את שליטתם של הצדדים באשר לתוצאה.

להכריע את הדין בדיני הראיות. טעם אחרון זה, נשמע מדברי הרמב"ם שהיא מוסכמת. מאידך, ניכר שהשולחן-
ערוך מוכן לקחת בחשבון גם מצב בו היא נעשית בכפיה.