

פרק 4

המפגש הסמוי:

שיקולים מוסריים כשיקולים פרשניים מנחים

א. הקדמה

בפרק הקודם עסקנו במקרים שבהם השיקול המוסרי הוא השיקול המפורש והישיר לקביעתה של ההלכה באופן זה או אחר (או שיקול מפורש ליצירת עימות בין ההלכה המתבקשת להלכה הקיימת). במקרים אלו אם נשאל את עצמנו מה מקורה של ההלכה הספציפית, תשובתנו תהיה – העיקרון המוסרי. ואולם דומה כי תפקידם העיקרי של העקרונות המוסריים איננו בכך אלא ברובד עקיף, פרשני, שהוא, פעמים רבות, רובד סמוי. בקבוצה זו אם נשאל את עצמנו מה מקורה של ההלכה, תשובתנו תהיה – מקרא פלוני אלמוני או מקור פלוני אלמוני.⁷⁸ אך ההצדקה להלכה זו, או המניע לפירושו של הכתוב בדרך מסוימת, היא העיקרון המוסרי.

נמחיש הבחנה זו מתחום אחר. התלמוד הבבלי מציע כמה אפשרויות לזיהויים של ארבעת המינים (סוכה, לב ע"א-לב ע"ב):

אמר ליה רבינא לרב אשי: ממאי דהאי כפות תמרים דלולבא הוא?
[מנין ש"כפות תמרים" הוא לולב?...] ואימא כופרא! [נאמר שזהו]

78 כאשר עוסקים בהלכה שמקורה ברברי חז"ל, אזי מקור ההלכה הוא המקרא, ומרובד זה אכן לקוחות מרבית הדוגמאות להלן. עם זאת הדברים נכונים גם לרבדים אחרים של ההלכה. במילים אחרות: פרשנים בתר-תלמודיים מונעים על ידי עקרונות אלו או אחרים, ועל פיהם הם מפרשים את התלמוד ברכים מסוימות (ראו להלן, סמוך להערה 90). כמה דוגמאות בדיוננו להלן יעסקו ברובד הבת-תלמודי. ראו סמוך להערה הנ"ל, וראו גם בעניין הממזר, להלן, סמוך להערות 124-131.

"כופרא"⁷⁹] אמר אביי: "דרכיה דרכי נעם וכל נתיבותיה שלום" (משלי ג) כתיב [רש"י: ואלו עשוין כקוצים, ויוצאין בהן עוקצין הרבה, ומסרטיין את הידים] [...].

תנו רבנן: "ענף עץ עבת" שענפיו חופין את עצו. ואי זה הוא? הוי אומר זה הדס. [...] ואימא הירדוף? אמר אביי: "דרכיה דרכי נעם" וליכא [רש"י: והאי מברז בריז את הידים כקוצים, שראשי עליו עשוין חדין כמחט]. רבא אמר מהכא [מכאן]: "האמת והשלום אהבו" (זכריה ח) [רש"י: וזה אינו לא אמת ולא שלום, שהוא עשוי לסם המות].

עקרון "דרכיה דרכי נועם" איננו המקור לנטילת לולב והדס. אבל עיקרון זה, כמו גם "האמת והשלום אהבו", הם המובילים להכרעה הפרשנית שלפיה "כפת תמרים" הוא לולב ו"ענף עץ עבות" הוא ההדס. אבחן כעת את הדברים בהקשר של דיוננו.

ב. שיקולים מוסריים וההכרעה הפרשנית

במקרים אחדים הראו חוקרים והוגים כיצד שיקולים מוסריים משמשים גורם העומד מאחורי ההליך הפרשני ההלכתי. הווי אומר: לפני הפרשן ההלכתי, משחר ימי ההלכה ועד ימינו עומדות כמה אפשרויות פרשניות. הפרשן בוחר בדרך מסוימת בשל ההנחות המוסריות המנחות אותו. יש שספרות חז"ל גופה (אם הפרשן עצמו, כשהוא מעיד על שיקוליו בנושא המדובר, ואם חכמים ברכדים מאוחרים יותר) מצהירה על השיקולים המניעים את הפרשנות ההלכתית. במקרים אלו הטיעון המוסרי משמש הטעם שבשלו בוחר הפרשן בדרך מסוימת מתוך מגוון אפשרויות העומדות לפניו. ואולם יש שהנחות אלו נותרות סמויות וכותבים מאוחרים מבקשים לאתר אותן כשיקולים פרשניים סבירים ומסתברים המנמקים את ההכרעה הפרשנית של המקור הקדום.

79 כפנית, היינו: תמרים שלא בשלו. ראו עזרא צ' מלמד, מלון ארמי עברי לתלמוד בבלי, ירושלים: המוסד על שם שמואל ואודט לוי, תשנ"ב; רש"י, המצוטט להלן.

משה הלברטל הראה את תפקידם המכריע של שיקולים מוסריים בעיצובן של הלכות בולטות בתורת התנאים. במקרים אלו שימשו השיקולים המוסריים כשיקולים פרשניים והובילו לקביעות הלכתיות מהפכניות למדי, לצד עמדות שדחו את משקלם של השיקולים המוסריים הנזכרים. אתאר לדוגמה את פרשת בן סורר ומורה.⁸⁰ לפי פשוטו של מקרא, הבן נענש משום ש"איננו שומע בקול אביו ובקול אמו" ומתנהג שלא כראוי, "זולל וסובא". בתורת התנאים השתנה מרכז הכובד של ההלכה – מההלכה המתמודדת עם ערעור הסמכות המשפחתית להלכה העוסקת באיום החברתי. שינוי זה משקף שינויים חברתיים שבהם המרכז עובר מהמשפחה הגרעינית לחברה. הם נובעים מהתחזקותן של מגמות משפטיות פורמליות בחברה (או הפיכת החברה לחברה משפטית; "משפטיזציה"). כתחליף לתפיסות טרום-משפטיות שבהן נתונה סמכות השיפוט והענישה למשפחה. אך לצד מגמות אלו מעורב בהלכה זו גם שיקול מוסרי רב חשיבות, שיש לו משקל נכבד בעיצובן של הלכות בן סורר ומורה.

ההלכה התקשתה בכך שזכותו של הנער לחיים ניטלת בגלל התנהגותו: "וכי מפני שאכל זה תרטימר בשר ושתה חצי לוג יין האיטלקי אמרה תורה יצא לבית דין ליסקל?!".⁸¹ דילמה זו היא מוסרית ביסודה ומושתתת על זכותו הבסיסית של האדם לחיים. ערך זה,⁸² לטענת החכמים, גם "המשפט הפלילי" היהודי כפוף לו, ולפיכך עונשו החריף של הנער – נטילת חייו – איננו מובן.

הלברטל מציין שלוש גישות בתשובה לבעיה זו. האחת רואה בהלכת בן סורר ומורה "גזרת מלך" (גזרת הכתוב).⁸³ גישה זו, אף שהיא מכירה בבעיה המוסרית שההלכה מעוררת, איננה דוחה את ההלכה מפני השיקול המוסרי ואיננה מעצבת את ההלכה בהשפעת שיקול זה. השנייה מכירה בבעיה המוסרית ומפרשת את הכתוב כך שיתיישב עם השיקול המוסרי: "בן סורר ומורה נדון על שם סופו".⁸⁴ פרשנות זו משפיעה על פרטי ההלכה בכך שהיא מעצבת דרישות

80 דברים כא, יח-כב. הדין להלן הוא על פי הלברטל (לעיל הערה 51), עמ' 42-68.

81 סנהדרין עב ע"א, ובמקבילות.

82 על המעבר מערך החיים לזכות לחיים ראו להלן, פרק 6.

83 עמדת ר' שמעון בן אלעזר בתוספתא, סנהדרין יא, ו.

84 משנה, סנהדרין ח, ה, ובמקבילות.

הלכתיות שיגבירו את הוודאות שאכן נער זה עתיד "ללסטם את הבריות" ולפיכך ראוי ש"ימות זכאי ואל ימות חייב".⁸⁵ הטקסט המקראי מספק מגוון פרשנויות אפשריות, ודרך זו מכריעה. הכרעה פרשנית זו היא אפשרית אף על פי שיש אפשרויות פרשניות סבירות ממנה, ובד בבד טמון בה צמצום ניכר של ההלכה. המניע העומד בבסיסה הוא המניע המוסרי. גישה שלישית מרחיקת לכת מקודמתה וקובעת: "בן סורר ומורה לא היה ולא עתיד להיות, ולמה נכתב, לומר דרוש וקבל שכר".⁸⁶ דרך זו מכריעה, כך נדמה, על פי עמדתו המוסרית של הפרשן, ומתוך כך בוחרת באפשרות פרשנית שכלל איננה טמונה בטקסט, ואף קשה לראותה כאפשרית בקריאה סבירה שלו. השיקול המוסרי הופך בכך לגורם אקטיבי, רב חשיבות, בעיצובה של ההלכה.

שלוש גישות, אם כן, מצאנו ביחס להלכת בן סורר ומורה. שלושתן מכירות בכך שיש שיקול מוסרי שצריך לתת עליו את הדעת.⁸⁷ ברם מידת השפעתם של שיקולים אלו שנויה במחלוקת: העמדה הראשונה מותירה את הקונפליקט על כנו, מתוך שהיא מצדיקה את העמדה ההלכתית כהלכה ייחודית שטעמה איננו ידוע ("גזרת מלך"). עמדת הביניים מפרשת את הטקסט המקראי כך שהשאלה המוסרית מעומעמת או אף מיושבת. העמדה השלישית מכריעה באופן גורף על סמך השיקול המוסרי ומבטלת למעשה את קיומה של ההלכה.

אכן, הלכת בן סורר ומורה (וכמוה דינה של עיר הנידחת⁸⁸) היא דוגמה מאלפת למשקלם המכריע של שיקולים מוסריים, ולענייננו – ערך החיים. אבל הקביעה שהלכה מסוימת "לא הייתה ולא עתידה להיות" היא קביעה חריגה, שאיננה מצויה כל כך בעולמה של ההלכה. דרך כלל, מפעלם הפרשני של

85 כגון: הדרישות לאכול "בחבורה שכולה סריקין" ו"שיגנוב משל אביו ויאכל ברשות אחרים" ("דשכיח ליה ולא בעית"), ודרישות נוספות. ראו במשניות סנהדרין, פרק ח הנ"ל, ובסוגיות התלמודים על אתר.

86 תוספתא, סנהדרין יא, ו, ובמקבילות.

87 לא מסתרת כאן לפיכך עמדה כעמדת "התלות החזקה", היוצרת זהות בין עקרונות דתיים לעקרונות מוסריים ורואה את האחרונים ככפופים לראשונים, אלא עמדה המכירה בזיקה – אך גם בפער – בין השניים ושואפת ליישבו. ראו לעיל, סעיף ג.

88 דברים יג, יג-יט.

חכמים מתבטא בעיצוב ההלכות באופנים מסוימים שאפשר לאפיינם כמהלכים המושפעים משיקולים מוסריים.

בעניין בן סורר ומורה הובילה הדילמה המוסרית להכרעה פרשנית באשר למטרתה של ההלכה ובאשר לפרטיה. ההלכה הוסברה מעתה כמי שנועדה להתמודד עם האיום החברתי הטמון בבן הסורר והמורה, ופרטי הלכה רבים הוצגו כמי שתכליתם לוודא את קיומה הצפוי – הכמעט דטרמיניסטי – של סכנה זו. לדוגמה: בן סורר ומורה יוכרו רק אם יגנוב כסף מרכוש אביו (או רכוש אביו ואמו לדעה אחרת) ויאכל בשר ויין ברשות אחרים, מאחר שרכוש אביו מצוי וקל לגנבה ("שכיח ליה") ואכילה ברשות אחרים איננה מאיימת על הנער ("לא בעית") ולפיכך מתחזק החשש שהבן יתמיד בדרכו זו גם כשיגדל ("ממשך").⁸⁹ למעשה, פרטי ההלכה האלה מסייגים מאוד את ההלכה ומגבילים אותה למספר קטן של מקרים שבהם האיום החברתי אכן עתיד להתממש. הפרשנות המצמצמת במקרה דנן נובעת מהטעם החדשני שהוצע להלכה, המבקש, כאמור, להגביל את הפגיעה הבלתי מוצדקת בבן.

הדיון עד כה המחיש את משקלם של השיקולים הערכיים מתוך פרשנות חז"ל למקרא. אולם מדובר בפנומנולוגיה פרשנית הנכונה לכל רבדיה של ההלכה: הפרשן של הטקסט הקדום – בין שמדובר בחז"ל, המפרשים את המקרא, ובין שמדובר בפרשן בתר-תלמודי, המפרש מקורות קדומים בספרות חז"ל – מונע פעמים רבות משיקולים ערכיים בבואו להכריע בעד אפשרות פרשנית אחת על פני אחרת.⁹⁰

המקור שלהלן עוסק בהשפעת שיקולים ערכיים על הכרעותיו של פוסק בתר-תלמודי. לדוגמה זו חשיבות נוספת (מעבר להקשר שבו היא מוצבת במסגרת דיוגנו) בכך שהיא דנה בקבוצה שלעתים נדחקת אל השוליים. אלו הם בעלי מוגבלויות, מקומם, מעמדם וזכויותיהם בחברה.

89 פרטי הלכה אלו, כמו גם רבים אחרים, מובאים בסוגיות התלמוד על דין סורר ומורה. להלכה הנקודתית ראו סנהדרין עא, א (וראו רש"י, שם, ד"ה "עד שיגנוב": "ובכי האי גוונא ממשך").

90 ראו לעיל, הערה 78.

בשאלה שהופנתה אל מהר"ם מרוטנברג⁹¹ נשאל מהר"ם אם ראוי שאדם חסר אברים⁹² ישמש שליח הציבור בתפילה: "אדם שפגעה בו מידת הדין ונפלו זרועותיו, אם ראוי להיות שליח ציבור?"⁹³ משיב על כך מהר"ם:

פשיטא דראוי וראוי הוא, ואדרבה, ומצווה מן המובחר, דמלך מלכי המלכים הקב"ה חפץ להשתמש בכלים שבורים, ולא כדרך מלך הדיוט בשר ודם, דכתיב: "לב נשבר ונדכא ה' לא תבזה" (תהלים נא, יט), "ואת דכא ושפל רוח" (ישעיהו נז, טו), דאין נפסל במומין אלא כהנים לעבודה.

הכתובים המצוטטים על ידי מהר"ם משמשים לו כאסמכתה לקביעתו הנחרצת שלפיה "מצווה מן המובחר" שחסרי אברים ישמשו שליחי ציבור. עמדה זו מצויה במדרש ויקרא רבה, ומסתבר שהמדרש שימש מקור למהר"ם.⁹⁴ עם זאת, ההכרעה

91 בשאלה ובהקשרה החברתי וההיסטורי דן בהרחבה אפרים שהם-שטיינר, "בין המנהיג לאחר: גישתם של מנהיגים יהודים באשכנז בימי הביניים להריגים בקהילותיהם", בתוך: גרשון בקון, דניאל שפרבר ואהרן גימאני (עורכים), מחקרים בתולדות יהודי אשכנז, ספר יובל לכבוד יצחק (אריק) זימר, רמת גן: אוניברסיטת בר-אילן, תשס"ח, עמ' 235-251.

92 נשירת אברים היא מסימניה המובהקים של הצרעת, ובחברה הימי-ביניימית הייתה רתיעה עמוקה ממצורעים אלו. ראו שם, עמ' 236-237.

93 נוסח מקוצר של השאלה ותשובתה מופיע בשו"ת מהר"ם מרוטנברג, חלק ג (דפוס קרימונה שי"ז), עמ' רמט. הנוסח המצוטט להלן ארוך מעט יותר וכולל גם את דרשת הכתובים בתהילים ובישעיהו, החסרה בדפוס קרימונה הנ"ל. נוסח זה נמצא בכתב יד לונדון, בית הדין (סיני), אדלר 14 (מצוטט מתוך שהם-שטיינר [לעיל הערה 91], עמ' 235).

94 ויקרא רבה (מהדורת מרגליות), פרשה ז, ב:

אמר ר' אבא בר יודן: כל מה שפסל בבהמה הכשיר באדם. מה פסל בבהמה "עורת או שבור" (ויקרא כב, כב), הכשיר באדם "לב נשבר ונדכה אלהים לא תבזה" (תהלים נא, יט). אמ' ר' אלכסנדר: ההדיוט הזה אם משתמש בכלי שבור גניי הוא לו, אבל הקדוש ברוך הוא כל כלי תשמישו שבורין הן, דכתיב "קרוב ה' לנשברי לב" (תהלים לד, יט), "הרופא לשבורי לב" (שם קמז, ג), "ואת דכא ושפל רוח להחיות רוח שפלים ולהחיות לב נדכאים" (ישעיהו נז, טו), "לב נשבר ונדכה".

ההלכתית של מהר"ם איננה מובנית מאליה. הכתובים המצוטטים אינם מקור הלכתי פוזיטיבי אלא משקפים אמירה ערכית-מוסרית. לפי פירושו הפשוט הם עוסקים בהקשר אחר מדיונו של מהר"ם,⁹⁵ ויש מקורות אגדיים אחרים בספרות חז"ל שאכן דורשים אותם בהקשרים אלו.⁹⁶ יתר על כן, דומה שהאנלוגיה ההלכתית המתבקשת היא דווקא זו הנדחית על ידי מהר"ם: כוהנים בעלי מומים פסולים לפולחן הציבור, ומכאן שמא נאמר שלאחר חורבן הבית עבודה שבלב זו תפילה⁹⁷ ונפסול בעלי מומין מלשמש כשליחי ציבור? אף ההקשר החברתי הלא יהודי תומך במסקנה זו, שכן בכנסייה הנוצרית בת הזמן נדרשו בעלי מומים לפנות את משרותיהם.⁹⁸

הכרעתו של מהר"ם מרוטנברג מנוגדת בתכלית לשיקולים שהוזכרו לעיל. את האנלוגיה לכוהנים דוחה מהר"ם מתוך שהוא מגביל את פסילת בעלי המומים לתחום המצומצם של עבודת בית המקדש ("דאין נפסל במומין אלא כהנים לעבודה"),⁹⁹ ולהקשר החיצוני – כצפוי – אין הוא מתייחס. קביעתו ההלכתית

95 הכתוב מתהילים עוסק בתפילה ומדבר בפשטות בשבחו של שברון הלב (ראו אצל פרשני המקרא על אתר). הכתוב מישיעיהו עוסק בגאולת ישראל, הנדכאים והמושפלים (ראו ישעיהו טו ואצל הפרשנים על אתר).

96 למשל, תלמוד בבלי, סוטה ה ע"ב: "מי שדעתו שפלה, מעלה עליו הכתוב כאילו הקריב כל הקרבנות כולם, שנאמר: 'זבחי אלהים רוח נשברה'; ולא עוד, אלא שאין תפלתו נמאסת, שנאמר: 'לב נשבר ונדכה אלהים לא תבוה'".

97 בבלי, תענית ב ע"א. התפילה היא תחליף לעבודת הקרבנות בגלות. ראו ירושלמי, ברכות ד, א (ז ע"א): "וכי יש פולחן בכבל? ואי זו – זו תפילה".

98 שהם-שטיינר (לעיל הערה 91), עמ' 237 והערה 7. מידת ההשפעה של החברה הלא יהודית על פוסקי ההלכה נתונה בוויכוח עמוק במחקר. ראו על כך ישראל מ' תא שמע, הספרות הפרשנית לתלמוד באירופה ובצפון אפריקה, ירושלים: מאגנס, תש"ס (מהדורה שנייה), חלק ראשון, עמ' 76-81; וכן שם, ההפניות לעמדותיהם של אורבך, כ"ץ וחוקרים נוספים.

99 מהר"ם איננו דוחה את המגבלות המוצבות על בעלי מומים, אלא מציב אותן בגבולות המוגדרים של דיני עבודת הכוהנים בבית המקדש. התוצאה המתקבלת היא שהשוויון של בעלי המומים איננו ערך מוחלט אלא נתון למבחן איוונים, שהרי גם לשיטתו של מהר"ם כוהנים בעלי מומים פסולים לעבודה בבית המקדש. ייתכן שעומד כאן ערך ייצוגי, אסתטי, הנוגע לעבודת בית המקדש, הגובר במקרה זה על עקרון השוויון של בעלי המומים. לחלופין ניתן לראות זאת כשימוש מכורח האילוץ במתודת הפרשנות המצמצמת. ראו להלן, סעיף ד.

נובעת מתפיסתו באשר למעמדם השווה, ובעניינים מסוימים – העדיף, של בעלי מומים. אופקיה של עמדה זו רחבים, והיא מתבטאת גם בענייני ממון, שבהם מכריע מהר"ם כי לבעלי מומים זכויות שוות.¹⁰⁰

והאומר מצורע חשוב כמת לענין ירושה, מעשה צדוקין הוא ושטות לישאל דבר זה. ודברי האפוטרופים כינים, ולית דין צריך בשש.¹⁰¹

לפני מהר"ם עומדות אפוא אפשרויות אחדות להכרעה ההלכתית. מקצתן אף עשויות היו למצוא עיגון באנלוגיות הלכתיות ובהקשרים חיצוניים. אבל מהר"ם מונע מתפיסה ערכית באשר למעמדם של בעלי מומים במשפט ובפרקטיקה הדתית המעוגנת במדרש ומוצאת אסמכתה במסר העולה מכתובי המקרא כלפי עדיפותם של "דכא ושפל רוח". תפיסה ערכית זו בדבר מעמדם השווה או אף העדיף של בעלי המומים היא שמובילה את מהר"ם להכרעה חד-משמעית בדרך אחת על פני הכרעה בדרך האחרת.¹⁰² הדילמה הפרשנית מקבלת אפוא את פתרונה גם בדוגמה זו על בסיס שיקולים ערכיים.¹⁰³ תוצאתם של שיקולים אלו היא שלבעלי מומים מעמד שווה לכל אדם ואדם.

אינני מבקש לטעון לאור מקור זה כי לחסר האברים זכות, במובן המודרני של המושג,¹⁰⁴ לשוויון, או קונקרטי – לשמש שליח ציבור. אמירה זו אפשרית (ואולי

100 שו"ת מהר"ם מרוטנברג, חלק ג (דפוס קרימונה, שי"ז), עמ' קטו. בשו"ת מהר"ם הזה נשתמרה רק תשובתו, אולם ההקשר מתברר מתוך הדברים (ככל הנראה האפוטרופוס רצה לתת את הירושה למצורע, אולם קרובים אחרים ערערו על כך). עמדתו של מהר"ם בעניין זה ברורה, נוקבת וחד-משמעית ("מעשה צדוקין", "שטות לישאל", "ולית דין צריך בשש").

101 דהיינו: הדברים ברורים וכלל אין צורך להתעכב עליהם (ראו בבלי, ברכות מ ע"א).

102 עמדה זו מאפיינת גם מנהיגים יהודים אחרים בימי הביניים. ראו במאמרו של שהם-שטיינר הנזכר לעיל (בהערה 91).

103 בהקשר הנוכחי השיקולים הערכיים נתפסים בעיני מהר"ם כחלק בלתי נפרד מההלכה ואינם מזהים כנובעים ממקור חיצוני כדוגמת המוסר. ראו לעיל, הערה 65, וההפניות שם.

104 ראו לעיל, סעיף א2.

גם מסתברת), אולם לצורך דיוננו אין היא נצרכת. דיינו לעת עתה בטענה שישנם שיקולים ערכיים המנחים את פרשנותה של ההלכה וכך מעצבים אותה. במקרה הנוכחי מסתבר כי שיקולים אלו נובעים מעקרונות כדוגמת כבוד הבריות או "צלם אלוקים", שיקולים שבשיח המערבי התפתחו לכדי הזכות לשוויון ודומותיה. אכן, איתור המניע הפרשני העומד מאחורי ההלכה איננו מלאכה קלה. לפעמים המניע סמוי ולפעמים הוא אף איננו חד-משמעי. השיקולים הערכיים המתוארים פועלים בצד שיקולים אחרים, ועל כן לא תמיד אפשר לאתר אותם, ומידת השפעתם גם היא לא ברורה בכל מקרה ומקרה. במקרים אחדים (כאלו שנסקרו לעיל וכדוגמת הלכת הממזר, שתידון בהמשך פרק זה) קל אכן לאתר ערכים אלו, אך לעתים, כאמור, המלאכה מורכבת יותר. נבחן דוגמה אחת. השולחן ערוך פוסק (בהתבסס על דברי התלמוד ופוסקים קדומים) כי מותר לחלל שבת עבור יולדת "לכל מה שצריכה"¹⁰⁵. בד בבד ביחס ליולדת שאיננה יהודייה קובע השולחן ערוך כי אין ליילד אותה בשבת, "אפילו בדבר שאין בו חילול שבת"¹⁰⁶. הלכה זו מעוררת דילמה לא פשוטה, ומסתבר שרבים לא נהגו למעשה כהוראת השולחן ערוך. כנגד הפרקטיקה שהתנגדה לפסק השולחן ערוך יוצא ר' ישראל מאיר הכהן מראדין, "המשנה ברורה", בצורה נחרצת:¹⁰⁷

ודע דהרופאים [שהרופאים] בזמנינו, אפילו היותר כשרים, אינם נזהרים בזה כלל, דמעשים [שמעשים] בכל שבת שנוסעים כמה פרסאות לרפאות עובדי כוכבים, וכותבין ושוחקין סממנים בעצמן, ואין להם על מה שיסמוכו. דאפילו אם נימא דמותר [שאפילו אם נאמר שמותר] לחלל שבת באיסור דרבנן משום איבה בין העו"ג [הגויים] [...] איסור דאורייתא בודאי אסור לכו"ע [לכולי עלמא]; לדעת הכול ומחללי שבת גמורים הם במזיד, השם ישמרנו.

על אף דעתו המפורשת והבוטה של "המשנה ברורה", עמדה זו לא התקבלה על דעתם של פוסקים רבים. בדרך כלל השיקול העיקרי שפוסקים אלו מתבססים

105 ראו שולחן ערוך, אורח חיים, סימן של סעיף א.

106 שם, סעיף ב.

107 שם, סעיף קטן ח.

עליו הוא החשש מסכנה עתידית שתצמח ליהודים אם רופאים יהודים יימנעו מטיפול בגויים בשבת.¹⁰⁸ טיעון זה הוא אינסטרומנטלי ואיננו מרמז על שיקול ערכי המסתתר מאחורי הדברים. טיעון מעניין המפתח את ההנמקה הנזכרת מביא הרב אליעזר וולדנברג:¹⁰⁹

ישנה עצה מחוכמת מבוססת על דברי גדולי הפוסקים, שעל פיה יצא שגם כשיחללו שבת עבור עכו"ם [גויים] במלאכה דאורייתא [וכן עבור מומרים לחלל שבת בפרהסיא] בכל זאת לא יחשב לו כעובר על חיוב דאורייתא, והיא שמדי הגישם הטיפול הרפואי לחולי עכו"ם שיש בהם סכנה יחשבו שכל כוונתם בזה היא לא עצם רפואת העכו"ם כי אם בכדי להציל את עצמו שלא יענש חמורות על כך וגם להציל כלל ישראל שלא יגיע להם על ידי כן סכנה כללית. באופן שיוצא דהו"ל [דהוי ליה, שנעשה] מלאכה שאינה צריכה לגופה. ועל איסור דרבנן הרי מותר לעבור עבורם אליבא דרוב הפוסקים [לפי רוב הפוסקים].

הנמקה זו מתבססת על העיקרון "מלאכה שאינה צריכה לגופה". לפי עיקרון זה, כאשר מלאכה נעשית בשבת אך עושה המלאכה איננו מעוניין בתוצאה הרגילה שלה אלא נזקק לה לצורך תוצאה אחרת, המלאכה איננה אסורה מן התורה. כך גם כאן, טוען הרב וולדנברג: הרופא יכול את פעולת ההצלה לא להצלת הגוי אלא להציל את עצמו מעונש או למנוע נזק עתידי ליהודים. בכך יהפוך המעשה למלאכה שאינה צריכה לגופה, האסורה מדרבנן בלבד, ובמקרה שכזה תהיה מותרת "משום איבה".

הנמקתו של הרב וולדנברג מוסיפה קושי על קושי. הטיעון לא רק הופך את הצלת הגוי לאינסטרומנטלית, כאשר הרופא אדיש לכאורה להצלה עצמה, אלא אף הופך את האדישות להצלת הגוי לעיקר, קרי לטעם ההיתר. שהרי העובדה שהרופא איננו מעוניין בהצלה היא ההופכת את המעשה למלאכה שאינה צריכה

108 ראו למשל ר' משה סופר, שו"ת חתם סופר, חלק ב, יורה דעה, קלא; הנ"ל, חלק ה, השמטות, קצר; הרב ישראל מאיר לאו, שו"ת יחל ישראל, סב.

109 הרב אליעזר וולדנברג, שו"ת ציץ אליעזר, חלק ח, סימן טו (קונטרס משיבת נפש, פרק ו).

לגופה, המותרת מן התורה. מן הצד האחר, קשה להתעלם מכך שהמהלך ההלכתי נועד לתכלית אחת – מתן היתר להצלת גוי בשבת. ואם כך, נוצר פער דרמטי בין תכלית המהלך ההלכתי ומסקנתו – הצלת הגוי – לבין הרטוריקה ההלכתית המלווה אותו – חוסר עניין בהצלה זו. האם קונפליקט זה ניתן ליישוב? קשה להכריע במקרה זה הכרעה חד-משמעית. דומני, עם זאת, שנימת דבריו של הרב וולדנברג רומזת לנטייתו להיבט המהותי שבהצלת הגוי. היבט זה משתמע מהצגת השאלה הכוללת – לצד הסבת תשומת הלב לסכנה במקרה שרופאים לא ימלאו את תפקידם ביחס לגויים – גם את הדגשת מחויבותו של הרופא "שכתנאי קודם להכנסם בתפקידם עליהם לקבל עליהם בקבלה גמורה שיטפלו במסירות גמורה עם כל חולה הבא לידם בלי הבדל דת וגזע". בד בבד ההנמקה מוצגת כמחשבה טכנית, המבקשת להתבסס על היבטים פורמליסטיים של ההלכה (כדרכה של ההלכה, בפרט המאוחרת, בתחומים רבים, הנעשים מעין "לצאת ידי חובה" אגב התעלמות מההיבט המהותי שבדבר). אין הכרח לפיכך שהנמקה זו תשפיע על מהותה של ההלכה: "יחשבו שכל כוונתם בזה היא לא עצם רפואת העכו"ם". דהיינו, מחשבה (מלאכותית) על "כוונתו" (הטכנית) של עושה המעשה שכל תכליתה להצילו מסכך ידיה של ההלכה ולאפשר לו לעשות את המעשה הראוי בעיניו.

המקרה המתואר הוא, אפוא, מקרה מורכב. הרטוריקה שבו מתרחקת משיקולים ערכיים, ובמידה רבה נוגדת אותם. ואולם מהותה, תכליתה ותוצאתה של ההכרעה ההלכתית נובעות משיקולים שכאלו. זאת ועוד, הקונפליקט במקרה זה איננו רק פנימי – בין המהות לצורה שבתוך השיח ההלכתי של הפוסק המכריע את ההלכה – אלא גם בין הפוסק לבין הכרעות של פוסקים שקדמו לו, אשר יצרו פער של ממש בין היחס לחייו של יהודי לבין היחס לחייו של גוי. מורכבות זו, כך נראה, היא חלק מעולמה של ההלכה, וכל דיון העוסק במפגש בינה לבין שיח מוסרי איננו יכול להתעלם מהדבר.¹¹⁰

אכן, אין לכחד שיש בהלכה פער תאורטי ומעשי בין יהודים לגויים, ואף בין יהודים לבין ה"אחר" היהודי. בפרט בענייננו, הפער משפיע על כוחו של ערך החיים, המסתמן כערך לא מוחלט וככזה שאיננו גובר תמיד על ערכים

110 על הפער בין הרטוריקה האינסטרומנטלית למהות המוסרית בהכרעות המודרניות בעניין טיפול בשבת בחולה שאיננו יהודי ראו שיפמן (לעיל הערה 48), עמ' 79-81.

אחרים. בהקשר זה יש לבחון את השאלה מהו גבול הלגיטימיות של הפגיעה בערכים ששיח זכויות האדם (ובמידה רבה אף ההלכה עצמה) רואה בהם ערכים מרכזיים, ואעסוק בכך להלן, בפרק 5. ומכל מקום, לצורך הדיון כעת ביקשתי להצביע על מגמות אחרות, היוצאות בדרכים פרשניות אף נגד עמדות הנחשבות מחייבות מנקודת המבט ההלכתית הנורמטיבית ואשר ניתן בהן משקל מכריע לשיקולים ערכיים. מגמות דומות, מן הראוי לציין, יש גם בהקשרים הלכתיים אחרים הנוגעים ליחסה של ההלכה אל מי שאיננו יהודי.¹¹¹

עיקרם של הדברים, המורכבות המתוארת איננה גורעת מהטענה המועלית כאן. אינני טוען להשפעה אבסולוטית של שיקולים ערכיים, גורפת בעוצמתה (בכל מקרה) ובהיקפה (בכל מקום ובכל זמן). ההלכה לא עשויה מעורר אחד, ומשקלם של ערכים מסוימים יכול שיבוא לידי ביטוי במקום ובזמן מסוים יותר מבאחרים. טענתי היא שלשיקולים הערכיים יש תפקיד חשוב בעיצובה של ההלכה ושהם באים לידי ביטוי כגורם העומד בבסיסה. בכך, כפי שנאמר, אנו מציבים תבניות לבחינת היחס בין שיח זכויות האדם לבין היהדות, שמידת מימושו ומשקלן משתנה מזמן לזמן, ממקום למקום, ומהוגה להוגה.

111 לעיון נוסף, מעבר לדינונו כאן, ולהתוויית כיווני חשיבה בשאלת הפער התאורטי והמעשי בין יהודים לגויים ובין יהודים ל"אחר" היהודי והדרכים ההלכתיות-הפרשניות לצמצומו ראו "A Jewish Perspective on Human Rights," Suzanne L. Stone, *Society* 41 (2004), pp. 17-22.

קשת הדיון רחבה למדי ונפנה למעט מזעיר: לשאלת ההגנה על חייו של הגוי בהלכה ראו דניאל ב' סינגלר, "הזכות לחיים: ההגנה על חייהם של החולה אנוש, העובר והגוי בהלכה", בתוך: גידי פרישטיק (עורך), *זכויות האדם ביהדות: חובות האדם וזכויותו במשפט העברי*, ירושלים: מכון סנהדרין, תשנ"ב, עמ' 33-55.

הפער בין יהודים לגויים מתבטא גם בפער משפטי בדיני ממונות (כגון, הדיון על נזקי גוי וגזל הגוי, בבלי, בבא קמא, לו ע"ב-לח ע"א), אך גם ביחס אליו יש מגמות המצמצמות את הפער או אף מבטלות אותו למעשה. כך היא עמדתו המפורסמת של ר' מנחם המאירי (ראו בית הבחירה להמאירי, בבא קמא, לו ע"ב, ד"ה "שור של ישראל": "כל ששבע מצות בידם דינם אצלנו כדינו אצלם ואין נושאים פנים בדין לעצמנו, ומעתה אין צריך לומר שכן באומות הגדרות בדרכי דתות ונימוסים"); ובדרך שונה וייחודית – עמדת הרב שמעון י' שקאפ, *שערי יושר*, שער חמישי, פרק א (כרך שני, 1959), עמ' א. על עמדת הרב שקאפ ראו שגיאי (לעיל הערה 41), עמ' 97-101; 335-349; והשוו ש' ע' וזנר, "בין חובות התנהגות לחיובי ממון: לבירורה של 'תורת המשפטים' במשנתו של הרב שמעון שקופ", *דיני ישראל*, כד (תשס"ז), עמ' 13-26.

בהמשך הדיון אדון בשאלה אם מורכבות זו היא לגיטימית מנקודת המבט של שיח זכויות האדם, ואברר מהם הגבולות שלאחריהם לא יהיה אפשר עוד לקבלה. אולם בטרם אעסוק בדברים אלו, ברצוני להציג את ההצדקה התאורטית (מנקודת המבט הפילוסופית, התורת משפטית) למורכבות (אולי – דינמיות) במשקלם של השיקולים המתוארים. אבחן זאת באמצעות דיון בטיבם של עקרונות משפטיים.

ג. עקרונות וגבולותיהם: צלם אלוקים

הדיון הקודם הציג את ההלכה כמושפעת מערכים מוסריים, המעצבים אותה באמצעות תהליכים פרשניים, גלויים או סמויים. מטבעם של דברים, השפעה שכזו באה לידי ביטוי בצורה דינמית ובמידה משתנה. הטרימינולוגיה שאני משתמש בה – עקרונות משפטיים (להבדיל מכללים משפטיים) – מבהירה את הדברים: עקרונות משפטיים מצטרפים למערך השיקולים המובא בחשבון בבואנו להכריע בשאלה משפטית. הם אינם נמדדים בערכים מוחלטים אלא נבחנים לפי משקלם וחשיבותם. המשקל והחשיבות משתנים ממקרה למקרה. פעמים העיקרון יובא בחשבון ופעמים לא; פעמים משקלו של העיקרון יהיה רב ופעמים מועט.¹¹² עקרונות מוסריים פועלים בהלכה באופן דומה.¹¹³ בהתאם לכך, עקרונות שונים משפיעים על ההכרעה ההלכתית בדרכים שתוארו בסעיפים הקודמים אך משקלם משתנה: יש שהשפעתם רבה, יש שהיא מועטת, ויש שהם נדחים מפני עקרונות אחרים.

אמחיש את הדברים. העיקרון "צלם אלוקים" הוא עיקרון-על בהלכה ובאגדה וימיו כימי עולם: "וַיִּבְרָא אֱלֹהִים אֶת הָאָדָם בְּצַלְמוֹ בְּצַלְם אֱלֹהִים בָּרָא אֹתוֹ זָכָר וּנְקֵבָה בָּרָא אֹתָם" (בראשית א, כז). חשיבותו מובעת בדברי ר' עקיבא המפורסמים: "חביב אדם שנברא בצלם, חבה יתירה נודעת לו שנברא בצלם" (משנה, אבות ג, יד). מהעיקרון "צלם אלוקים" נגזרים כמה וכמה עקרונות משנה, כדוגמת זכות

112 Dworkin (לעיל הערה 32).

113 ראו יאיר לורברבוים, צלם אלוקים: הלכה ואגדה, ירושלים: שוקן, תשס"ד, עמ'

האדם לחיים, שלמות הגוף,¹¹⁴ כבוד הבריות¹¹⁵ ועוד. ואולם למרות מרכזיותו של העיקרון "צלם אלוקים" השפעתו איננה מוחלטת, ולעתים הוא נדחה מפני עקרונות אחרים. כבמקרים אחרים, הדברים משתקפים במקרי הגבול, מצבים קיצוניים, שבהם תפקידם ומשקלם של העקרונות השונים מתחדד. לענייננו נראה את הדברים בסוגיות ההלכתיות העוסקות באופני עונש המוות בהלכה.

עונש מוות הוא מצב שבו החברה נוטלת את חייו של העבריין. זהו מקרה קיצון שבו הזכות הבסיסית לחיים ניטלת בידי החברה. ברם גם במצב שכזה יש השפעה לעיקרון "צלם אלוקים" ולעקרונות המשנה הנגזרים ממנו, המשמשים עקרונות מנחים בעיצובן של הלכות הנוגעות לעונש המוות.¹¹⁶ לדוגמה: ההלכה קובעת כי יש למנוע פגיעה בגוף הנידון למוות ("מיתה שאין בה רושם") גם בעונשים שבמובחם פוגעים בגוף האדם, למשל עונש השרפה. שרפה בהתאם לכך פורשה בדברי חז"ל במילים "שריפת נשמה וגוף קיים".¹¹⁷

מבין עונשי המוות עונש הסיף הוא עונש חריג, שכן מתרחשת במסגרתו פגיעה ממשית וניכרת בגוף האדם, הכוללת שפיכת דמו של הנידון למוות: "מצות הנהרגים, היו מתיזין את ראשו בסיף כדרך שהמלכות עושה" (משנה, סנהדרין ז, ג).

114 על ערך החיים ראו גם להלן, פרק 6. על עקרון שלמות הגוף ראו בדבריי כעת. במקרים אלו ההשפעה של עקרון צלם אלוקים היא עקיפה, כעיקרון פרשני מנחה.

115 בלידשטיין (לעיל הערה 61). במקרה זה מדובר בהשפעה ישירה של העיקרון על ההלכה.

116 עקרון צלם אלוקים הוא ההצדקה לעונש מוות על עברת רצח: "שִׁפְךָ דַם הָאָדָם בְּאָדָם דָּמוֹ יִשְׁפָּךְ כִּי בְצַלְמֵ אֱלֹהִים עָשָׂה אֶת הָאָדָם" (בראשית ט, ו), ובר כבד הוא משמש עיקרון המסייג את השימוש בעונש המוות. ראו להלן.

117 ראו משנה, סנהדרין ז, ב; בבלי, סנהדרין נב ע"א. מעניין כי פרשנות זו נותרה בעינה על אף עדות מפורשת שלא כך נהגו בתקופה קדומה. וכך, חכמים דוחים את ראייתו של ר' אליעזר בן צדוק לשרפה ממשית ("מעשה בבת כהן אחת שזינתה והקיפוה חבילי זמורות ושרפוה") בטענה שהדבר נעשה באופן זה, "מפני שלא היה בית דין של אותה שעה בקי" (שם). ובבבלי מובאת ברייתא המציגה טעם אחר או מתארת מקרה נוסף: "אמרו לו: קטן היית, ואין מביאין ראייה מן הקטן". יש במקורות אלו כדי ללמדנו כי ההלכות הנזכרות לא היו מוסכמות (בבלי, שם), ובהתאם לכך משקלו של העיקרון הנידון משתנה בדעת החכמים בדורות שונים. יותר מזה: יש בדברים כדי ללמד על כוחם הפרשני הרב של חכמים ועל אי־דתיעתם ממהפכות פרשניות (ראו גם דברי הריטב"א המצוטטים להלן, סמוך להערה 138).

יאיר לורברבוים טוען כי עונש הסיף עוצב בדרך זו בשל עיקרון אחר, הנגזר אף הוא מעקרון צלם אלוקים.¹¹⁸ העיקרון ה"מתחרה" הוא העיקרון "מיעוט הדמות", כלומר שפיכת דם הרוצח כעונש על שפיכת דמו של הנרצח, שכן בכך מיעט הרוצח את הדמות, כלומר צלם אלוקים שייצג הנרצח, כדברי הכתוב: "שִׁפְךָ דָם הָאֵדָם בְּאֵדָם דְּמוֹ יִשְׁפֹךְ, כִּי בְצַלְמֵ אֱלֹהִים עָשָׂה אֶת הָאָדָם" (בראשית ט, ו). עקרון צלם אלוקים נחלק לפי זה לשני ענפים – הענף המוסרי והענף התאוסופי – הפועלים בכיוונים מנוגדים. עונש הסיף משקף את גבולותיו של הפן המוסרי של עקרון צלם אלוקים: עקרון שלמות הגוף נדחה מפני עיקרון חשוב יותר – הענישה על "מיעוט הדמות". ברם, כפי שציניתי לעיל, היישום של עקרונות במערכת המשפטית איננו בינרי, ולפיכך גם בעונש הסיף נותרה השפעה מסוימת לעקרונות המוסריים הנגזרים מעקרון צלם אלוקים. בהתאם לכך, במשנה (סנהדרין ז, ג) נחלקו חכמים ור' יהודה ביישום עונש הסיף כאשר השיקול המנחה הוא איזו דרך גורמת פחות "ניוול" לנידון.¹¹⁹ אף התלמוד קובע כי גם בעונש הסיף יש לשמר את הכלל "ואהבת לרעך כמוך" – ברור לו מיתה יפה", ולפיכך הוא דוחה דרכים חלופיות ליישום עונש הסיף (ראו סנהדרין נב ע"ב). אם כן, בתוך גבולות מצומצמים למדי – שהרי עקרון "מיתה שאין בה רושם" נדחה במקרה של עונש סיף – יש משקל לעקרונות המוסריים העומדים בזיקה לעקרון צלם אלוקים.

סוגיית "צלם אלוקים" ממחישה כיצד עקרונות הלכתיים פועלים – בדרך דינמית, תלוית הקשר, משקל וחשיבות. השפעתם של העקרונות הללו איננה מוחלטת. לעתים הם נדחים מפני עקרונות אחרים, ולעתים השפעתם תתוכם לגבולות מסוימים, הנקבעים מתוך שיקולים המונחים על ידי עקרונות אחרים. זו הסיבה שבכיוונים הקונקרטיים בשאלת מעמדם של הערכים ביהדות יש לתת את

118 לורברבוים (לעיל הערה 113), עמ' 212-234.

119 לפי מסורת אחרת (בבלי, סנהדרין נב, ב), ר' יהודה מסכים לכך שעונש המוות לפי שיטתו ("מניחין את ראשו על הסדן וקוצץ בקופיץ") מנוול את הגוף. אולם לדעתו, מניעת הניוול נדחית במקרה זה מפני עיקרון אחר, הלכתי: "אף אני יודע שמיתה מנוולת היא, אבל מה אעשה, שהרי אמרה תורה 'ובחקתיים לא תלכו'". מסורת זו ממחישה אף היא את הדרך שבה פועלים העקרונות ההלכתיים, ובמקרה הנידון – דחייתו של עיקרון אחד מפני עיקרון אחר הנתפס לדעת ר' יהודה כחשוב יותר.

הדעת למורכבות זו, הנוגעת לתפקידם הגלוי או הסמוי של הערכים המוסריים, כמו גם למשקלם, שאיננו ניתן לקביעה ברורה ומוחלטת. לערכים אלו יש לפיכך עמדה מורכבת, המושפעת בין השאר מהמפגש עם עקרונות אחרים בהלכה וממשקלם של העקרונות הללו.

ד. פרשנות מצמצמת

בסעיף זה נשוב לדיון העיקרי – השפעתם של ערכים מוסריים על השיח ההלכתי. בסעיפים הקודמים ראינו כי במקרים אחרים אכן המתח המוסרי מוביל להכרעה פרשנית חדשנית, אם באשר לעקרון העומד ביסודה של ההלכה ואם באשר לפרטים האחרים שלה. ברם יש שננקטת מתודה של פרשנות מצמצמת, גם בלא "מהפכה פרשנית" כלשהי או הצגת פרשנות זו כהכרעה בין אלטרנטיבות פרשניות. בפרשנות המצמצמת אעסוק כעת.

פעמים – בגלל הקונפליקט המוסרי המתעורר בהלכה מסוימת – בוחרים חכמים לפרש את ההלכה באופן מסויג ומגמה זו ממצה את התמודדותם עם הבעיה. הפרשנות המצמצמת איננה נסמכת על טעם חדשני המוצע להלכה, אלא הקונפליקט המוסרי – הוא עצמו – הוא ההצדקה המספקת לקיומה של הפרשנות המצמצמת. אכן, יש מגוון רב של הלכות שכלפיהן חכמים בוחרים בפרשנות המצמצמת. מהלך פרשני זה מתבאר – אם במפורש ואם בפרשנות מסתברת – כמהלך המושפע משיקולים מוסריים בלא שהפרשנות המצמצמת תעוגן בהסבר חדשני להלכה גופה.¹²⁰

120 לדוגמאות הלכתיות נוספות על האמור להלן ראו ברקוביץ (לעיל הערה 56), עמ' קמא-קנח. פרשנות מצמצמת היא מתודה שימושית ונפוצה גם במשפט האזרחי (בהקשרים שונים: עקרונות הדין הפלילי, צמצום פגיעה בזכויות אדם ועוד), כעדותו של השופט חשין (בג"ץ 9098/01 ילנה גניס ואחרים נ' משרד הבינוי והשיכון ואח', פסקי דין נט (4), 241, 267):

פירושו ה"אובייקטיבי" של החוק מחייב אותנו אפוא לפרשו בצמצום, קרא כחוק שאין ככוונתו להחיל עצמו על אותם זכאים. כלי זה של פירוש מצמצם עושים אנו בו שימוש מעשה יום-ביומו, ולא ידעתי במה נשתנה עניינינו מעניינים אחרים; מה טעם בעניינים אחרים מקבלים אנו את הפירוש המצמצם בסבר פנים יפות, ואילו בעניינינו נגרש אותו מעל פנינו.

מגמה פרשנית זו מאפיינת את ההלכה עד ימינו אנו. היא משתקפת בראש ובראשונה ברבדים הצהרתיים, שמקורם בספרות התלמודית והם מוסיפים ומתקיימים בדבריהם של פרשנים והוגים מאוחרים. המשנה בכתובות, למשל, בדונה בזכויותיה הממוניות של האישה דוחה הלכה מסוימת הפוגעת בזכויות האישה בטענה ש"על החדשים אנו בושין אלא שאתם מגלגלין עלינו את הישנים" (משנה, כתובות ח, א).¹²¹ לשון אחר, די לנו בגבולותיה המצומצמים של ההלכה, שאף בהם אנו "בושין", ולפיכך אין לקבל הרחבת הדברים לתחומים נוספים. בניסוח אחר, מוכר יותר, משתמשים חכמי התלמוד בטענה שדין פלוני חידוש הוא ועל כן "ואין לך בו אלא חידושו".¹²² מדיניות פרשנית זו משמשת בהקשרים רבים, בכל תחומיה של ההלכה, לאיסור אבל גם להיתר.¹²³ המניע לפרשנות

121 עניינה של המשנה הוא בנכסים שנפלו לאישה – האם זכאית היא לשאת ולתת בהם ולמוכרם לאחרים. המשנה מבחינה בין נכסים שנפלו לה לפני האירוסין ("ישנים") לנכסים שנפלו לה לאחר האירוסין ("חדשים"), ובהתאמה (בסיפא של המשנה) – בין נכסים שנפלו "עד שלא נישאת ונישאת" לנכסים שנפלו "משנישאת". זכויותיה של האישה ביחס לאחרונים בשתי הקבוצות הללו מוגבלות, וחכמים ביקשו לצמצם גם את זכויותיה ביחס לקבוצה הראשונה. על כך משיב רבן גמליאל כי "על החדשים אנו בושין אלא שאתם מגלגלין עלינו את הישנים?!"

122 בבלי, שבועות כה, ב; תמורה יג, ב. המקור המוכר שבקשר אליו נאמרים הדברים הוא לעניין פסילת עד זומם לעדות (בבא קמא עב, ב): לפי רבא, עד זומם נפסל "מכאן ולהבא", כלומר לכל העדויות שהעיד משעה שהזום. אמנם צריך היה לפוסלו רטרואקטיבית, לכל העדויות שהעיד משעת העדות המוזמת ואילך (כדעת אביי: "למפרע הוא נפסל"), שהרי אם קובעים אנו שהעד הוא עד זומם, הפסול חל מהרגע שבו העיד את העדות המוזמת. ברם לדעת רבא, מאחר שעצם פסילתו היא חידוש, יש לצמצם את החידוש לגבולותיו המפורשים ("אין לך בו אלא משעת חידושו ואילך"). יש לציין כי עמדת רבא לא נתקבלה להלכה, אולם העיקרון הפרשני שבדבריו – "אין לך בו אלא חידושו" – מוסיף ומשמש בהקשרים הלכתיים רבים.

123 ראו הערך "חידוש", אנציקלופדיה תלמודית, כרך יב, עמ' תרטו-תרכא, ובפרט סעיף ג. לעתים פרשנות מצמצמת מוסבת כלפי ההיתר. ראו למשל שו"ת ציץ אליעזר, חלק יא, סימן נט (בהקשר של הסברו של "הלבוש" לכך שדבש "גיוזן וצירעין" אסור באכילה): התורה התיירה ב"גזירת הכתוב" דבש באכילה, אף שיוצא משרץ טמא, האסור באכילה. לפיכך יש לפרש היתר זה בצמצום: "לכן אמרינן דכל מה שאפשר לפרש לצימצום ההיתר מפרשינן". לפרשנות המצמצמת את האיסור ראו להלן, דוגמת הלכות הממזר.

המצמצמת, בין כך ובין כך, אחד הוא: סברתו, ואולי נטייתו, של הפרשן היא לכיוון המנוגד להלכה, ולפיכך הוא מפרש את ההלכה פרשנות מצמצמת כך שהקונפליקט עם תפיסתו יהיה מוגבל ככל האפשר.

פרשנות מצמצמת ננקטת גם במקרים שההלכה מוגדרת חידוש בעקבות הקונפליקט המוסרי הטמון בה.¹²⁴ ההלכה שלהלן ממחישה את השימוש בפרשנות מצמצמת מספרות חז"ל ועד ימינו אנו: ממזר או ממזרת, לפי ההלכה, אסורים להינשא בתוך קהל ישראל. ענישתם על חטאי הוריהם טרדה את מנוחתם של חכמים, כמדרשו של חנינא חייטא:¹²⁵

"ושבתי אני ואראה את כל העשוקים", אילו הממזרים. "והנה דמעת העשוקים", אימותיהן שלאילו עברו עבירה ואילין עליביא מרחקין להון [ועלובים אלו, מרחיקים אותם]. אביו שלזה בא על ערוה זה מה עשה וזה מה איכפת לו?! "ואין להם מנחם", אלא "ומיד עושקיהם כוח", זה סנהדרין גדולה של ישראל, שהיא באה עליהן בכוח התורה ומרחקתן, על שם "לא יבא ממזר בקהל ה'".

124 כך מוסברים כמה פרטים הלכתיים בדין בן סורר ומורה. ראו לחם משנה, ממרים ז, יא, לעניין ההלכה שלפיה בת איננה כלולה בדין בן סורר ומורה. הרמב"ם קובע (שם) שדין בן סורר ומורה הוא "גזירת הכתוב" אך נותן טעם לכך שהבת איננה כלולה בהלכה זו: "שאין דרכה להמשך באכילה ושתייה כאיש". על כך תמה "הלחם משנה", שהרי הטעם המובא ביחס לבת מיתר את הצורך בפרשנות ההלכה כגזרת הכתוב ומיישב:

בודאי שמן הדין ראוי היה שהבת תידון כבן סורר ומורה. ואף על פי שיש בה קצת טעם לחלק בין בת לבן, דבת אין דרכה להמשך באכילה וכו', לא היה טעם זה מספיק. אלא, דכיון דבבן עצמו הוי גזירת הכתוב, דמן הסברא ודאי אין ראוי לענשו בשביל שגנב וקנה בשר ויין, אלא שהתורה גזרה כך וכו', אם כן אין לך בו אלא חדושו, וכיון שיש קצת טעם לחלק בין בן לבת מחלקיגן, ונאמר דבן ולא בת.

125 ויקרא רבה לב, ח (בנוסח אחר – דניאל חייטא). הדרשה הקודמת במדרש עוסקת בשאלה אם ממזרים טהורים לעתיד לבוא. בשאלה זו נחלקו ר' מאיר, הסבור שממזרים אינם טהורים לעתיד לבוא, ור' יוסי, הסבור שממזרים טהורים. רב הונא מסכם את הדברים באמירה הנוקבת: "אם אין הלכה כר' יוסי עלובין הן הדורות", ומדרשו של חנינא חייטא שלאחריו מוסיף ומעצים את אמירתו.

"ואין להם מנחם", אמר הקדוש ברוך הוא עלי לנחמן, לפי שבעולם הזה יש בהן פסולת, אבל לעתיד לבוא אמר זכריה: אנא חמיתיה אולוכרוסון [אלו כורסוון, כסאות אלו] דדהב נקי [ש(הם) זהב נקי].

לא פלא אפוא שמגמה דומיננטית בשיח ההלכתי מן התלמוד ועד ימינו היא לצמצם את החלתו של דין ממזר.¹²⁶ כלים אחדים משמשים את פוסקי ההלכה: שימוש בחזקות רחוקות, לא מציאותיות לעתים,¹²⁷ התעלמות מנתונים עובדתיים ברורים¹²⁸ או הפעלת כלים הלכתיים רחוקים ביותר להתרת ממזרים.¹²⁹ באמצעות כל אלו נעשית הלכת הממזר להלכה נדירה, שיש רתיעה בסיסית של חכמים מיישומה הלכה למעשה. השיקול המוסרי הנזכר לעיל מנחה לפיכך את פוסקי ההלכה לאורך הדורות, אם בגלוי ואם בסמוי, ויש שהוא קרוב להכללתו של דין

126 לפרטי הלכה שונים בעניין (שאינם, מטבעם של דברים, מוסכמים על הכול), כדוגמת השאלה אם חובה על בית הדין להתחקות אחר שמועות בדבר פסול יוחסין, ראו בחוות הדעת של המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים שהוגשה לבית הדין הרבני הגדול במסגרת ערעור 621/תש"ס שהוגש לפניו בתיק 1/99009: מיכאל ויגודה, "בירור חשדות לכשרות יוחסין בבתי הדין", משרד המשפטים, תשס"ג: www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/3C0698FD-F349-42AE-A8DA-6D51DA80ED96/7130/39berureimamzerut.doc

127 כגון: שימוש בחזקת "רוב בעילות אחר הבעל" או הסתמכות על האפשרות שהאישה התעברה מיחסי אישות עם בעלה, גם אם אלו התקיימו (או ספק התקיימו) עד שנים עשר חודש מלידת הילד. ראו שם, סעיף 4.

128 כגון: סירוב לקבל ממצאי בדיקות אבהות לשם הכרזה על ממזרות. ראו למשל בית הוראה בראשות הרב שמואל הלוי ואזנר, "זיהוי הלכתי על פי בדיקות DNA", תחומין כא (תשס"א), עמ' 121.

129 כגון: שימוש בהפקעת קידושין באמצעות "גט מהרש"ם" לצורך היתר ממזרים. ראו למשל דבריו של הרב דוד מלכא, שחרף התנגדותו הנחרצת לשימוש בהפקעת קידושין לצורך התרת עגונות מכיר בכך ש"בשעת דחק גדול עושים בו [בגט מהרש"ם] שימוש להסיר חשש ממזרות", שכן "לצורך גדול זה של מניעת הבאת ממזרים לעולם, עליהם נאמר 'הנהגה ראיתי דמעת העשוקים ואין להם מנחם', הפקיעו קידושין". ראו הרב דוד מלכא, "אין הפקעת קידושין למסורבות גט": www.psakdin.co.il/fileprint.asp?FileName=/Mishpaha/Public/art_ccaa.htm

הממזר בתוך קבוצת "דרוש וקבל שכר".¹³⁰ מעיד על כך דיין בית הדין הגדול לשעבר הרב שלמה דיכובסקי:¹³¹

ההלכה כי ב'אישתהי' י"ב חודש, נחשב העובר כבן בעלה של האשה משמעותה, שאין להתיחס בדין ממזרות לעובדות ההגיוניות, אלא לכללי ההלכה. כידוע השתהות העובר י"ב חודש במעי אמו, רחוקה ביותר מבחינה רפואית, ולמעשה לא נשמע הדבר הזה עידן ועידנים. ואף על פי כן, מבחינה הלכתית, די בזה בכדי להתיר את העובר. [...]

כאשר מדובר בממזרות, יש לעשות כל מאמץ, אפילו כשמדובר בסדק קל ובאפשרות לא הגיונית, על מנת להציל את הילד. על כן, גם אם הסבירות וההגיון מצביעים לכיוון האיסור, יש להעדיף את הפתח הצר להיתר.

מהי ההצדקה ההרמנויטית למתורת הפרשנות המצמצמת? בדיונו בעניין משקלם של שיקולים מוסריים בעיצוב ההלכה ניתח משה הלברטל את אפשרויות ההצדקה השונות למהפכנות פרשנית הנובעת משיקולים מוסריים.¹³² ואולם אסטרטגיית הפרשנות המצמצמת קשה יותר להצדקה, שכן אין היא מציעה פרשנות סדורה אלטרנטיבית לטקסט אלא קובעת באופן שרירותי את גבולותיו. הפרשן, לפי דרך זו, מכיר בקושי העומד לפניו וכלל איננו מבקש ליישבו. בה בעת הוא פועל באמצעים פרשניים לסיוג ולהגבלת תחולתו. בכך מכיר הפרשן בעובדה שמגמתו של הטקסט שונה ממגמתו שלו ומקבל את סמכותו הנורמטיבית של הטקסט אף על פי שלמעשה הוא פועל נגדו.

במשפט האזרחי הפער המתואר קל יותר להצדקה, שהרי הבדלי השקפות בין הפרשן לבין המחוקק הם דבר מובן ומקובל, וההתמודדות עמם ניתנת להצדקה בכלים הרמנויטיים. לצורך הדיון אציג בקצרה שתי גישות המבססות הצדקה שכזו.

130 ראו ברקוביץ (לעיל הערה 56), עמ' נז-נח.

131 פסק דינו של בית הדין הגדול, תיק נח/515 (מצוטט אצל ויגודה [לעיל הערה 126], עמ' 8).

132 הלברטל (לעיל הערה 51), עמ' 168-203.

הראשונה היא גישת הפרשנות התכליתית שפיתח והמשיג השופט אהרן ברק.¹³³ לדברי ברק, בפרשנות המשפטית משולבים שני סוגים של תכליות – תכלית אובייקטיבית ותכלית סובייקטיבית. בעוד התכלית הסובייקטיבית משקפת את פירושו המקורי של הטקסט, התכלית האובייקטיבית משקפת את עמדותיו של הפרשן, וליתר דיוק – את ערכיה של החברה שבה הפרשן פועל בזמן הנתון. מאחר שלפרשנות המשפטית יש תכלית נורמטיבית – הסדרת החיים החברתיים, שמירה על הדמוקרטיה ושמירה על זכויות האדם – אזי שילוב הערכים כפי שהם נתפסים כעת במהלך הפרשנות המשפטית מוצדק (ודאי כשעוסקים בפרשנות של חוקה, שהיא משקפת את העבר אך גם מניחה את היסוד להווה ו"מכוננת תוך מבט לעתיד").

הגישה השנייה המצדיקה את הפרשנות המצמצמת, למרות ההכרה הטמונה בה בפער בין הפרשן לבין הטקסט, היא גישתו של דבורקין.¹³⁴ לפי דבורקין, פירוש הוא קביל אם הוא מפרש את היצירה היטב (ולא "נכון").¹³⁵ לכן שינויים פרשניים הם לגיטימיים, שכן הם משקפים שינויים בהערכה האסתטית של היצירה. באופן קונקרטי, פרשנות משפטית היא ביטוי להערכה של מהי פרשנות משפטית טובה, כלומר איזו פרשנות תישם טוב יותר את מטרות המשפט.¹³⁶ פרשנות טובה מצדיקה, לענייננו, גם פרשנות מצמצמת. שהרי כאשר יש פער בין עמדותיו של הפרשן, או העמדות החברתיות (המעצבות את הערכת הפרשנות המוצלחת), לבין – נניח – משמעותו המילולית המרחיבה של הטקסט, אזי על הפרשן לבחור בפרשנות המצמצמת, המאירה את הטקסט באור הטוב ביותר האפשרי.

133 אהרן ברק, "פרשנות", שופט בחברה דמוקרטית, שריגים-ליאון: נבו, 2004, עמ' 180-213, בייחוד עמ' 185.

134 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986, pp. 45-55; הלברטל (לעיל הערה 51), עמ' 186-190.

135 הפרשנות הופכת את האובייקט המתפרש "לדוגמה הטובה ביותר האפשרית של התבנית או הסוגה שהוא משתייך אליה" ("Roughly, constructive interpretation") is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong". ראו Dworkin [לעיל הערה 134], עמ' 52.

136 שם, עמ' 87-113.

ההנמקה ההרמנויטית מבארת גם את הפרשנות המצמצמת בהלכה כתופעה פרשנית-משפטית. עם זאת, כשיטת משפט דתית יש צורך ברובד נוסף שייתן לגיטימציה לפרשנות המצמצמת מנקודת המבט ההלכתית התאולוגית. שתי גישות קוטביות עשויות לבסס הצדקה שכזו. אחת מהן היא הכרה בפער בין הפרשן למחוקק האלוקי וראיית הציווי האחרון כמחייב אבסולוטי. עמדה זו מתמצה בתפיסה "גזרת הכתוב" – ההלכה הנוגדת את עמדותיו של הפרשן היא ציווי המוחלט של הקב"ה. אולם ציווי שכזה, בלא טעם ואף בניגוד לכל טעם, מוגבל לדבריו המפורשים של ה"מחוקק", ומכאן – אין לך בו אלא חידושו.¹³⁷ גישה אחרת מכירה בפער בין הפרשן למחוקק האלוקי אך מעצימה את הלגיטימציה למעורבותו של הפרשן. דהיינו, ההלכה נותנת לחכמים את הסמכות לפרשה בהתאם להשקפותיהם באותה עת אף אם הפרשנות משקפת מגמה מנוגדת למקובל עד זמנו של הפרשן ואף אם היא מגבילה ומסייגת את ההלכה. פרשנות זו לגיטימית כקודמותיה שהרי – כדברי התלמוד המפורסמים בסוגיית תנורו של עכנאי – "לא בשמים היא" (בבא מציעא נט ע"ב). רעיון דומה מופיע בדברי הריטב"א, המבקש להצדיק את הפלורליזם הפרשני הטמון בעקרון "אלו ואלו דברי אלוקים חיים".¹³⁸

שאלו רבני צרפת ז"ל: האיך אפשר שיהיו שניהם דברי אלוקים חיים, וזה אוסר וזה מתיר? ותרצו, כי כשעלה משה למרום לקבל תורה, הראו לו על כל דבר ודבר מ"ט פנים לאיסור ומ"ט פנים להיתר. ושאל להקב"ה על זה, ואמר שיהא זה מסור לחכמי ישראל שבכל דור ודור, ויהיה הכרעה כמותם.

ובמילים אחרות: הפער בין הפרשן לבין המחוקק, וכן בין הפרשן בדור אחד לבין חברו בדור אחר, הוא פער לגיטמי, הטמון בתורה מעצם טיבה. ככלי להתמודד עם פער זה הכירה התורה בכך שפרשנותו של החכם המאוחר היא כפרשנותו של

137 ראו הערך "חדוש", אנציקלופדיה תלמודית, כרך יב, עמ' תריח, הערה 123: "אין למדים מחידוש למקום אחר, שגזרת הכתוב היא", בהתבסס על רש"י, חולין לד, א, ד"ה "דחידוש"; ועוד.

138 חידושי הריטב"א, עירובין יג ע"ב, ד"ה "אלו ואלו".

חברו – "דברי אלוקים חיים", ומכוח הכרה זו נתונה לפרשן המאוחר הסמכות לסייג את ההלכה העומדת לפניו.

שתי ההצדקות הנזכרות לפרשנות המצמצמת בהלכה הן הצדקות מנוגדות. הבחירה ביניהן היא במידה רבה בחירתו של הפרשן, על פי תפיסת עולמו והנחותיו.¹³⁹ ולמרות הפער שתיהן מובילות לדעתי לתוצאה זהה: פתרון הקונפליקט המוסרי באמצעות פרשנות מצמצמת הוא מתודה לגיטימית בעולמה של ההלכה.

139 ראו דני סטטמן, "אוטונומיה וסמכות בתנורו של עכנאי", מחקרי משפט כד (תשס"ט), עמ' 639-662.