

מצוות פעולה ומצוות תוצאה

הנקודות הנדונות:

- דיון בנושא הנדון, מתוך עיון במצוות פריה ורביה
- סוגים שונים של מצוות תוצאה
- השלכות הלכתיות להגדרת המצווה כ'פעולה' או כ'תוצאה'
- סוגים שונים של מצוות תוצאה
- סוגיית טעמא-דקרא בזיקה לנושא הנדון
- ההקבלה בין מצוות ב'חפצא' וב'גברא' למצוות 'פעולה' ו'תוצאה'

תקציר

במאמר זה אנו יוצאים מתוך עיון במצוות פרייה ורבייה, שלדעות רבות היא מצוות תוצאה, ומציעים את ההבחנה הכללית בין מצוות פעולה ומצוות תוצאה. יסוד הדברים הוא בכך שבמצבים אלו התוצאות אינן בשליטתנו, ולכן ייתכן שעל אף שהתורה מעוניינת בתוצאה ולא בפעולה, בכל זאת היא מטילה עלינו כמצווה דווקא את מעשה המצווה.

אנו מבחינים כאן בין כמה סוגים של מצוות תוצאה: בחלקן מוטלת עלינו רק ההשתדלות להשגת התוצאה ובחלקן אנו מצויים לעשות מעשה בכדי להשיג אותה. בסוג האחרון יש להבחין בין מעשים שיהוו קיום של המצווה, לבין השגת התוצאה באופן עקיף כך שאמנם המצווה לא התקיימה אך הגענו למצב בו אנו פטורים ממנה. במאמר זה אנו נוגעים בכמה היבטים שבהם ישנה השלכה הלכתית לכך שהמצווה מוגדרת כמצוות פעולה או תוצאה (כגון: מצווה הבאה בעבירה, קיום המצווה בעת הפטור, עשה דוחה לא תעשה, כוונה בעת עשיית המצווה ועוד).

אנו דנים במאמר בהשלכות של ההבחנה הזו על סוגיית טעמא דקרא. הטעם הוא בדרך כלל המצב שמושג על ידי מעשה המצווה. מצוות שבהן מטרת התורה היא התוצאה אך הציויי הוא על הפעולה הן דוגמא לעיקרון שלא דורשים טעמא דקרא, גם אם אין לנו ספק שהטעם הוא נכון ואמיתי.

מטבע הדברים התורה בדרך כלל מצווה אותנו על פעולות, שהרי רק הפעולות מסורות לשליטתנו. אולם בסוף דברינו אנו מביאים כמה דוגמאות נוספות למצוות תוצאה: מילה, הטבת הנרות, זריעה ובישול בשבת, ואף דנים בקצרה במהותה של מצוות צדקה. אנו מחלקים את מצוות התוצאה לשני סוגים, שנבדלים זה מזה בשאלה האם בכל זאת ישנה משמעות לפעולה.

בסוף המאמר אנו דנים בקצרה ביחס בין ההבחנה בה עסקנו כאן, בין מצוות פעולה ותוצאה, לבין ההבחנה הרווחת באחרונים בין מצוות בחפצא ובגברא. ההבחנות הללו דומות מאד, אך כנראה לא ממש זהות.

מבוא

אדם מישראל מצווה שיהיו לו לפחות שני צאצאים: בן ובת. על פניו נראה שמצווה זו היא מצוות תוצאה מובהקת. מסתבר שהתורה מעוניינת בהמשכיות שלנו, ולא דווקא בפעולות שמביאות לאותה המשכיות.

אמנם לכאורה הדבר אינו בידינו. אנו יכולים רק להשתדל שיהיו לנו ילדים, אבל התוצאה היא בידי שמים. אם כן, גם אם התורה אכן רוצה בקיומו של מצב, מה שנתון בידי של האדם הוא רק הפעולה שמובילה לאותו מצב. ייתכן שבמצב כזה התורה תגדיר את המצווה דווקא כמצוות פעולה ולא כמצוות תוצאה, וזאת על אף שמה שהיא באמת רוצה הוא המצב ולא הפעולה.

האם יש הבדל הלכתי בין שתי האפשרויות הללו? לכאורה בכל מקרה רק הפעולה היא בידי האדם, והמצב שנוצר ממנה אינו מצוי בשליטתו, ולכן נראה לכאורה שבכל המקרים רק הפעולה היא המוטלת עלינו בפועל.

במאמר זה ננסה להבין את החלוקה המטא-הלכתית בין מצוות פעולה לבין מצוות תוצאה ואת השלכותיה ההלכתיות, מתוך דיון הלכתי במצוות פרייה ורבייה.¹

א. מצוות פרייה ורבייה: בין פעולה לתוצאה

מצוות פרייה ורבייה כמצוות תוצאה: שיטת בעל ה'מנחת חינוך'

כמה פרטים במצווה זו מעידים כי זוהי מצוות תוצאה. לדוגמא, קיום המצווה תלוי בתוצאות שונות: שיהיו לו בן ובת, ושיהיו להם בנים. ויתירה מזו כתב במנ"ח מצווה א סק"ה שגם אם הבן נעשה לאחר לידתו פצוע דכא או כרות שפכה, כלומר אדם שאינו ראוי להוליד, כי אז אביו לא יצא ידי חובת המצווה.

הבית יוסף אבהע"ז סי' א הביא בשם כמה ראשונים שגם אם הוליד ממזר קיים את המצווה. ומוכיח **המנ"ח** (שם, רסק"ח) שהמדובר גם אם הביאה נעשתה בעבירה. ועל כך הוא מקשה (שם, ד"ה 'זוה זמן') כיצד אדם יוצא ידי חובת מצוות פרייה ורבייה בהולדת בנים ממזרים, והרי זוהי מצווה הבאה בעבירה. והרי כתבו כמה ראשונים שבמצווה הבאה בעבירה לא יוצאים ידי חובת המצווה, או מדאורייתא (ראה תוד"ה 'משום' סוכה ל ע"א, ועוד), או לפחות מדרבנן (ותוד"ה

¹ יש לדיון הזה גם פנים פילוסופיות, שאליהן לא נוכל להיכנס כאן. על כן נסתפק בהפניית הקוראים לאסופה **פילוסופיה**, ליאו ראוך (עורך), יחדיו, תל-אביב 1983, בעיקר בפרק הרביעי - 'פילוסופיית הפעולה'.

'ההוא' סוכה ט ע"א, ועוד).

המנ"ח מיישב את הקושי על פי סברת האחרונים שמצווה מוגדרת להיות באה בעבירה רק אם בשעת קיום המצווה נעברת העבירה.² לדוגמא, אם אדם מכניס מצה מרה"ר לרה"י בשבת, אזי אכילת המצה אינה נחשבת מצווה הבאה בעבירה, שכן המצווה מתקיימת באכילה ואילו העבירה נעברה קודם לכן, בשעת ההכנסה. לאור זאת, כותב **המנ"ח**, ניתן ליישב גם את הדין שמצוות פרייה ורבייה מתקיימת גם בבן ממזר. במקרה זה העבירה נעברת בשעת הביאה האסורה, ואילו המצווה מתקיימת בשעה שנולד הילד. הוא ממשיך ומוסיף לאור זאת שמעשה הביאה אינו מצווה אלא רק הכשר מצווה*, דאי אפשר זה בלא זה. הוא מביא לכך ראייה מן הדין שאם לא הוליד כלל, או אם הוליד ומתו הבנים (ראה ב**שו"ע** אבהע"ז סי' א ה"ו), לא יצא יד"ח המצווה. וכך כתב גם שם בסקי"ד.³

שם בסקי"ד הביא את קושיית **הטורי אבן** ר"ה כח ע"א. שם בסוגיא מבואר שאם כפאוהו ואכל מצה יצא יד"ח מצוות אכילת מצה. הגמרא שם מתלבטת מי היה הכופה, ומעלה אפשרות שכפאו שד (=נכפה), ודוחה שבמקרה זה הוא אינו יוצא יד"ח כי שוטה אינו בר מצווה, וקיום המצווה בעת שהוא פטור ממנה אינו מועיל. ועל כך מקשה **הטור** כיצד גוי שהוליד בנים ונתגייר יוצא יד"ח פרייה ורבייה, והרי בעודו גוי הוא כלל אינו חייב בפו"ר. וכותב **המנ"ח** שם שלאור דבריו לעיל אין כל קושי, שכן מצוות פו"ר היא מצוות תוצאה, ולכן אם עובדתית יש לאותו אדם בנים הוא יוצא יד"ח. הכלל שקיום מצוות בעת הפטור אינו מועיל, נאמר רק על מצוות פעולה (כמו אכילת מצה) ולא על מצוות תוצאה. במקרה שלנו רק הכשר המצווה נעשה בזמן הפטור. ולהלן נבאר זאת מעט אחרת.

ובסק"ה הוסיף וכתב שאם חרש ושוטה הולידו בנים ונתפקחו אחר כך יצאו יד"ח מצוות פו"ר, בדומה לגוי שנתגייר. אם כן, שיטת בעל **המנ"ח** היא ברורה: מצוות פו"ר היא מצוות תוצאה. כעת נביא ראייה שהדבר אינו מוסכם, ויש שיטות החולקות עליו.

² ראה **שער המלך** הל' לולב פ"ח ה"ה, ומחלוקת ר"י ור"ת בתוד"ה 'אמר עולא' ב"ק סז ע"א.
³ יש להעיר שלפי זה ייתכן שאין צורך לתירוץ, שכן האחרונים כתבו שבמצוות תוצאה אין כלל פסול של מצווה הבאה בעבירה. ראה על כך בעונג **יו"ט** סי' ל וסי' מא בהג"ה, ו**שפת אמת** שבת קה ע"ב, ו**קובץ הערות** סי' יא.

מצוות פרייה ורבייה כמצוות פעולה: שיטת בעלי התוס'

ראשית, מדברי הטו"א הנ"ל עולה כי הוא כנראה אינו מקבל את דעת המנ"ח, ולשיטתו מצוות פרייה ורבייה היא מצוות פעולה ולא מצוות תוצאה. לכן לדעתו אם המצווה התקיימה בעת שהאדם פטור ממנה הוא אינו יוצא בה יד"ח (וראה שם מה שיישב את הקושיא מסוגיית ר"ה לגבי כפאוהו ואכל מצה).⁴

מקור החולק בבירור על המנ"ח אנו מוצאים בתוד"ה 'כופין' ב"ב יג ע"א.⁵ הגמרא בב"ב שם מביאה את מחלוקת ב"ש וב"ה לגבי מי שהוא חציו עבד וחציו בן חורין:

מיתבי: מי שחציו עבד וחציו בן חורין, עובד את רבו יום אחד ואת עצמו יום אחד, דברי ב"ה; ב"ש אומרים: תקנתם את רבו, את עצמו לא תקנתם, לישא שפחה אינו יכול, לישא בת חורין אינו יכול, יבטל? והלא לא נברא העולם אלא לפריה ורביה, שנאמר: (ישעיהו מה) לא תהו בראה לשבת יצרה! אלא כופין את רבו ועושין אותו בן חורין וכותבין שטר על חצי דמיו, וחזרו ב"ה להורות כדברי ב"ש!

הדין הוא שעבד כזה אינו יכול לישא שפחה וגם לא בת חורין, ולכן הוא אינו יכול לקיים מצוות פ"ד. ב"ש טוענים שבמצב כזה כופים את רבו לשחרר אותו, וב"ה חזרו להודות להם ולהורות כדבריהם.

והנה, כידוע, הכלל בהלכה הוא שעשה דוחה לא תעשה. לאור זאת התוס' שם מקשים:

כופין את רבו - וא"ת אמאי כופין ליתי עשה דפרו ורבו וידחה לא תעשה דלא יהיה קדש? ואומר רבינו יצחק חדא דבעידנא דמיעקר לאו לא מקיים עשה דמשעת העראה קא עקר ללאו ועשה דפרו ורבו לא מקיים עד גמר ביאה.

תוס' מקשים מדוע לא יבוא עשה של פרייה ורבייה וידחה את ל"ת של "לא יהיה קדש"? ועונים שעשה דוחה ל"ת רק כאשר העשה מתקיים באותו זמן שבו גם עוברים על הלאו. הלאו כאן נעבר בשעת ההעראה, ואילו העשה מתקיים בגמר הביאה.⁶

⁴ מקור זה אינו לגמרי חד משמעי, שכן אפשר היה להבין שאמנם המצווה היא מצוות תוצאה, ובכל זאת אם הפעולה נעשתה בעת שהיה פטור הוא אינו יוצא יד"ח. ומכאן שגם ראיית המנ"ח משם אינה כה חד משמעית. אמנם סברא זו כבר מקרבת אותנו מאד להבנה של מצוות פעולה ולא מצוות תוצאה, וראה על כך להלן.

⁵ וראה גם בתוד"ה 'לישא' השני, חגיגה ב ע"ב.

⁶ נתבונן על שני העקרונות אותם ראינו כאן: 1. מצב של מצווה הבאה בעבירה הוא רק כאשר

העולה מדברי התוס' שהם מבינים שהמצווה בפר"ר היא בפעולה ולא בתוצאה, שהרי לשיטתם זמן ביצוע המצווה הוא גמר הביאה ולא לידת הילדים.⁷

כוונה: שיטת הרצ"א מדינוב

כידוע, נחלקו תנאים האם מצוות צריכות כוונה או לא (ראה עירובין צה סוע"ב). בעקבותיהם נחלקו בכך גם האמוראים (ראה ברכות יג ע"א, ר"ה כח ע"ב ועוד), ולבסוף גם הפוסקים (ראה שו"ע או"ח סי' ס ה"ד). מהם מכריעים להלכה שמצוות אינן צריכות כוונה ומהם מכריעים שכן (וכ"פ השו"ע).

והנה המנ"ח שם בסק"ט מסביר לאותן דעות שמצוות צריכות כוונה, שלפי התוס' יוצא שבפר"ר גם כן יש צורך בכוונה כדי לצאת יד"ח, ככל מצוות הפעולה. אך לשיטתו שלו הוא כותב שאין צורך בכוונה. הסיבה לכך היא שהביאה היא רק הכשר מצווה, והכשר מצווה אינו טעון בכוונה (כמו עשיית סוכה, או אפיית המצה). אמנם הוא מוסיף שלכאורה תידרש כוונה כשייולדו לו הבן והבת. אך בסופו של דבר הוא מצדד שבמצווה שאינו עושה בה דבר, וקיומה הוא בדרך של ממילא אין צורך בכוונה כדי לצאת יד"ח. אם כן, לפי טענתו לכל הדעות מצוות תוצאה אינן טעונות כוונה לצאת יד"ח.

בספר **דרך פקודיך** (סי' א ריש חלק המעשה ובהקדמה א)⁸ הביא הרצ"א מדינוב את לשון ה**טור** והשו"ע אבהע"ז סי' א שכתבו: "חייב כל אדם לישא אישה כדי לפרות ולרבות", ודייק מכך שאדם צריך לכוין בנושאו אישה לקיים מצוות

הם מתרחשים באותו זמן. 2. עשה דוחה ל"ת רק כאשר שניהם מתרחשים באותו זמן. ברור שנוצרת בעייה במצב בו יש עשה ול"ת באותו זמן: האם נאמר כאן שהעשה ידחה את הלאו, או להיפך - שהעבירה תבטל את המצווה. שאלה זו נשאלת על ידי כמה ראשונים ואחרונים, ואכמ"ל בה (ראה חי' ר' דוד פסחים לה ע"ב, ועוד).

⁷ המנ"ח שם גם תמה כיצד מתקיימת המצווה בגמר הביאה, הרי כלל לא ברור שהאישה תתעבר ושייצא ממנה ילד בעקבות ביאה זו, ובודאי לא סביר להניח שייצאו ממנה שני ילדים. לעניין השאלה השנייה נראה כי אין כאן קושי של ממש, שהרי אם התפיסה היא שזוהי מצוות פעולה, אזי גמר הביאות של כל הילדים ביחד מהווים את ביצוע המצווה. המצווה מתקיימת ברגע גמר הביאה של שני הילדים הראשונים.

אמנם גם הקושיא הראשונה אינה ברורה: הרי תוס' טוענים שלא ניתן להתיר לו את איסור 'לא יהיה קדש', בגלל שהעשה אינו מתקיים באותו זמן כמו הלאו. אמנם נכון שלא כל גמר ביאה ייחשב כזמן ביצוע המצווה, אולם ברור שהמצווה מתקיימת בגמר ביאה כלשהי, ולכן בכל מקרה היא אינה מתרחשת בעת ביצוע העבירה, ולכן אין מקום להתיר אותה מצד עשה דוחה ל"ת.

⁸ ראה בהערות למנ"ח מהדורת מכון ירושלים, מצווה א הערה יח, וב**טור השלם** אבהע"ז סי' א בהערות ה' ול' שיובאו להלן.

פר"ר.⁹

עוד כתב שם במ"ע א (וע"ש גם בסי' כה):

דהנה איפסקא הלכתא דמצוות עשה מדאורייתא צריכה כוונה. והנה איכות הכוונה הוא לכוין לקיים במעשה הלזו מצוות הבורא יתברך. וצורך הכוונה הלזו היא תיכף בנשאו אישה לעזר ובכל פעם בעת החיבור. והנה במצווה שמפורש בה טעם בתורה מחוייב לכוין גם הטעם, ובזולת זה אינו יוצא. והנה גם במצוה הזאת נאמר "פרו ורבו ומלאו את הארץ", וזה אינו ביד האדם למלא את הארץ, ואין בבחירתו רק להשתדל בחיבור עם העזר.

והנה נראה הדבר לטעם מפורש בתורה שאני מצוכם הדבר הזה בכדי למלאות פני תבל עובדי הש"י. וגם מתיבות 'פרו ורבו' ג"כ נראה כן, דאפקיה רחמנא למצוה הזאת בלשון 'פרו ורבו', וזה אינו בכוח האדם. כי הרבה פעמים יתעסקו בחיבור ויהי יגע לריק. והציווי היתה מהראוי להיות "קח לך אישה ובה עליה", כי זה ביכולת האדם ובחירתו. ומדאפקיה בלשון 'פרו ורבו' הנה הוא טעם מפורש בתורה וצריך כוונה לטעם הזה.

טענתו היא שהציווי של התורה 'פרו ורבו' אינו אלא טעם ולא ציווי, שהרי התוצאה הזו (=הלידה) כלל אינה ביד האדם. אם כן, ברור ש'פרו ורבו' אינו ציווי, אלא טעם למצוות הקידושין. והוסיף שם שבכל מקום שהטעם מפורש בפסוק יש לכוין את הטעם הזה במצווה, ולכל הדעות הכוונה מעכבת.¹⁰ ולכן הוא מסביר שהכוונה של פו"ר מעכבת במצוות הקידושין לכל הדעות (גם לפי אלו הפוסקים שמצוות אינן צריכות כוונה).¹¹ יש לשים לב לכך שהנחתו היא שמצוות פו"ר היא מצוות פעולה ולא תוצאה (כתוס', נגד המנ"ח), זאת על אף שגם הוא מסכים לכך שהתורה מעוניינת דווקא בתוצאה. מסיבה זו הוא גם כותב להדיא שהכוונה הדרושה בעת

⁹ ובספר **דרך המלך** הביא בשם מחותנו, בעל המנ"ח, שבסדרו חופה וקידושין היה נוהג להזהיר את החתן שיכוין למצווה לצאת ידי השיטות שמצוות צריכות כוונה. אמנם נראה שכונתו למצוות קידושין, ולא למצוות פו"ר שלפי שיטתו היא כלל אינה צריכה כוונה. ובאמת יש לדון האם קידושין היא מצווה בפנ"ע, או שהיא רק דין שמכשיר את האופן בו עושים פרייה ורבייה (הכשר מצווה, או מכשירי מצווה). מדיוק לשון ה**טושו"ע** שהובאה כאן למעלה נראה שזהו רק אמצעי לפו"ר. אך מלשון הרמב"ם בתחילת הל' אישות, וב**ספהמ"צ** שלו בעשה ריג, וכן מלשון ה**חינוך** נראה שזוהי מצווה עצמאית. וכבר דשו בזה רבים.

¹⁰ וכעין זה כ' ה**טור** בריש הל' סוכה, שצריך לכוין 'למען יידעו דורותיכם', וראה גם ב**משנה ברורה** שם.

¹¹ אמנם כאן מדובר בכוונה ספציפית הנוגעת לתוכן המצווה, ולא בכוונה הכללית לצאת ידי חובה (שבה עוסקת המחלוקת האם מצות צריכות כוונה), כמו במקרה של סוכה.

ביצוע המצווה היא כוונה בפעולה (בקידושין ובביאה). הוא ממשיך ומקשה שם מכוח העיקרון הזה (ראה **טור השלם** שם, הערה ל) על הדין שגר שנתגייר והיו לו בנים בגיתו שקיים מצוות פו"ר (לפחות אם גם בניו נתגיירו), בדומה לקושיית ה**טו"א** הנ"ל. הוא טוען שבעודו גוי הוא לא התכוין למצווה, ולכן לא יכול היה לצאת יד"ח לשיטות שמצוות צריכות כוונה.¹² הוא מסביר שהכוונה הנוספת הזו, מעבר לכוונה לצאת ידי חובה (שהיא כוונת המצוות הרגילה), אינה מעכבת.¹³ על קושיית ה**טו"א** הנ"ל הסביר המנ"ח שמכיון שהמצווה היא מצוות תוצאה ניתן לצאת יד"ח גם אם הכשר המצווה נעשה בזמן הפטור. גם על קושי זה שבכאן ניתן לענות באופן דומה: מצוות תוצאה אינן צריכות כוונה, כמו שכתב המנ"ח הנ"ל (שהרי הביאה היא רק הכשר מצווה שאינו דורש כוונה, ולידת הילדים אין בה מעשה ולכן גם היא אינה טעונה כוונה). אולם תפיסתו של הרצ"א מדינוב היא שפו"ר היא מצוות פעולה ולא מצוות תוצאה, ולכן הוא נותר עקבי לשיטתו.

סוגיות בכורות מז ע"א ויבמות סב ע"א

לכאורה ישנו מקור בגמרא לתפיסה של מצוות פו"ר כמצוות תוצאה. הגמרא בבכורות מז ע"א מביאה שתי הלכות שנוגעות ליחס בין גוי שהתגייר לילדיו: **איתמר, היו לו בנים בהיותו עובד כוכבים ונתגייר, רבי יוחנן אומר: אין לו בכור לנחלה, ור"ש בן לקיש אומר: יש לו בכור לנחלה. רבי יוחנן אומר: אין לו בכור לנחלה - דהא הוה ליה ראשית אונו, ור"ש בן לקיש אומר: יש לו בכור לנחלה - גר שנתגייר כקטן שנולד דמי. ואזדו לטעמייהו, דאיתמר, היו לו בנים בהיותו עובד כוכבים ונתגייר, ר' יוחנן אומר: קיים פריה ורביה, ור"ש בן לקיש אומר: לא קיים. ר' יוחנן אומר: קיים (ישעיהו מה) לא תוהו בראה לשבת יצרה, ור"ש בן לקיש אומר: לא קיים פריה ורביה - גר שנתגייר כקטן שנולד דמי.**

ההלכה הראשונה עוסקת בדיני ירושה לבניו לאחר גיורו, וההלכה השנייה עוסקת בדיני פרייה ורבייה. מייד לאחר מכן הגמרא עושה צריכותא בין שתי המחלוקות הללו:

וצריכא, דאי איתמר בהא קמייתא - בהא קאמר רשב"ל, משום דבהיותו

¹² הוא טוען שגם אם התכוין זה אינו מועיל, כי עדיין לא היה מחוייב במצווה כישראל. בהנחה זו יש לדון, ואכ"מ.

¹³ אמנם למעלה ראינו הוא כותב במפורש שכוונה זו מעכבת לכל הדעות, וצע"ק.

עובד כוכבים לאו בני נחלה נינהו, אבל בהא - אימא מודה ליה לרבי יוחנן דלא תוהו בראה לשבת יצרה, והא עבד ליה שבת; ואי איתמר בהא - בהא קאמר רבי יוחנן, אבל בהא - אימא מודה ליה לר"ש בן לקיש, צריכא.

הגמרא אומרת שאם היתה מובאת רק המחלוקת הראשונה היינו חושבים שהבן הגוי לא היה בן נחלה בעודו גוי, ולכן כשהאב מתגייר בנו שנולד לו כיהודי אכן יירש כפליים כבכור (הבן הגוי שקדם לבן זה לא נחשב כבנו לעניין זה), אבל לגבי מצוות פו"ר היינו חושבים שר"ל יודה לריו"ח שקיים מצוות פו"ר, שהרי סו"ס כבר עשה 'שבת' (בשני סגו"לים. כלומר יישב את העולם).

לכאורה הגמרא אומרת שגוי שהתגייר יצא יד"ח פו"ר מפני שכבר בגיותו הוא קיים מצווה זו. אמנם תוד"ה 'והא' כותבים על כך:

והא עבד ליה שבת - בפ' הבא על יבמתו (יבמות דף סב) קאמר בלשון אחר דמעיקרא נמי בני פריה ורביה נינהו ולא בני חיוב קאמר דבפ' ד' מיתות (סנהדרין דף נט) מוכח דלא מיפקדא אפריה ורביה אלא כלומר דזרעו מתייחס אחריו והיינו עבד ליה שבת דקאמר הכא וגבי עבד קאמר ביבמות (דף סב) דהכל מודים דאין לו חייס.

תוס' מעיר שגוי אינו חייב בפו"ר, ולכן כוונת הגמרא היא שזוהי מצוות תוצאה, כפי שכתב המנ"ח הנ"ל: הוא קיים מצוות פו"ר מפני שסו"ס בפועל יש לו בנים שמתייחסים אחריו, גם אם יצירתם היתה בשעת הפטור.

ובסוגיית יבמות סב ע"א הנוסח הוא מעט שונה:

איתמר: היו לו בנים בהיותו עובד כוכבים ונתגייר, ר' יוחנן אמר: קיים פריה ורביה, וריש לקיש אמר: לא קיים פריה ורביה. רבי יוחנן אמר קיים פריה ורביה, דהא הוה ליה; וריש לקיש אמר לא קיים פריה ורביה, גר שנתגייר - כקטן שנולד דמי. ואזדו לטעמייהו, דאיתמר: היו לו בנים בהיותו עובד כוכבים ונתגייר, רבי יוחנן אמר: אין לו בכור לנחלה, דהא הוה ליה ראשית אונו; וריש לקיש אמר: יש לו בכור לנחלה, גר שנתגייר - כקטן שנולד דמי. וצריכא, דאי אשמעינן בההיא קמייתא, בההיא קאמר רבי יוחנן, משום דמעיקרא נמי בני פריה ורביה נינהו, אבל לענין נחלה דלאו בני נחלה נינהו - אימא מודי ליה לריש לקיש; ואי איתמר בהא, בהא קאמר ריש לקיש, אבל בההיא - אימא מודה ליה לר' יוחנן, צריכא.

בסוגיא זו ריו"ח אומר מפורשות שהטעם מדוע הוא קיים מצוות פו"ר הוא מפני שבעובדה יש לו בנים (ומשמע שזה על אף אין מצוות פו"ר בגויל). הצריכותא נעשית כאן הפוך, והנימוק שעולה לטובת דינו של ריו"ח הוא שכבר מעיקרא הוא

היה בן פו"ר. נזכיר כי אין הכוונה לחיוב במצוות פו"ר, כפי שהעירו התוס', אלא לכך שבפועל הוא קיים את המצווה: בפועל התוצאה קיימת. יש להעיר כי הנימוק בשתי הסוגיות משתמש במקורות שונים: בסוגיית בכורות מובאת המצווה מדברי קבלה (ישעיהו מ"ה) 'לא תהו בראה לשבת יצרה', ואילו בסוגיית יבמות מובאת המצווה של פו"ר עצמה. היחס בין שתי המצוות הללו הוא עמום וסבוך מאד, ובכמה מקומות בחז"ל ובראשונים נראה שמחליפים אותן זו בזו. ייתכן שכאן ישנו רמז כלשהו ליחס ביניהן: מצוות 'לא תהו בראה' היא מצוות תוצאה (=ליישב את העולם), ואילו פו"ר היא מצוות פעולה שתכליתה היא התוצאה. לכן כאשר הגמרא בבכורות רוצה לומר שהושגה התוצאה הרצויה היא משתמשת דווקא במונח 'שבת'.¹⁴ והדברים עדיין צריכים עיון.

השלכה הלכתית: התעברה באמבטיה¹⁵

בספר חלקת מחוקק אהע"ז סי' א סק"ח כותב שאישה אשר התעברה באמבטיה מזרע של איש וילדה בן או בת, האיש קיים מצוות פרייה ורבייה בכך. הוא מביא ראייה לכך מספר היחוד (המיוחס לרב חמאי גאון) שכתב שבן סירא היה בנו של ירמיה הנביא מאישתו שהתעברה ממנו באמבטיה. כאן לא היתה כוונת מצווה, ואף לא היה מעשה ביאה (העיבור היה בגרמא). וכן כתב הבית שמואל (שם, סק"י), והוכיח זאת מדברי הב"ח יו"ד סי' קצה בשם סמ"ק. וראה בט"ז אהע"ז סי' א סק"ח שחולק על הראייה מחותנו (=הב"ח).

דוגמא זו של עיבור באמבטיה היא דוגמא מובהקת של תפיסת מצוות פו"ר כמצוות תוצאה. כאן כלל לא נעשה מעשה, ואף לא היתה כוונה, ובכל זאת האב יצא ידי חובה. הסיבה לכך היא שסו"ס בפועל יש לו בן, וזו הגדרת המצווה.

ב. אופן שלישי: בין קיום מצווה לבין הגעה למצב של פטור

הקדמה

כפי שראינו במבוא למעלה, המצב במצוות פרייה ורבייה הוא בעייתני: מחד, התוכן של המצווה נראה בעליל כמו מצוות תוצאה. די ברור שהתורה מעוניינת בכך שיהיו לנו ילדים ולא בעצם פעולת הביאה. יתר על כן, לכל הדעות קיום המצווה

¹⁴ ישנו כאן חידוש נוסף שכאשר קיימת התוצאה התקיימה גם מצוות הפעולה. כעין מי שנולד מהול וכדו' (וראה על כך להלן).

¹⁵ ראה על כך בשו"ת באהלה של תורה, לרב יעקב אריאל, אבהע"ז סי' טו.

תלוי בתוצאה. לדוגמא, אם אדם הוליד ילדים שלהם עצמם אין ילדים (מתו בלי ילדים), הוא לא יצא יד"ח. זוהי קביעה מרחיקת לכת, שכן קיום המצווה אינו תלוי רק בתוצאות שהן בידי שמיים, אלא גם בפעולות של בני אדם אחרים. אם בניו החליטו, או שלא הצליחו, להביא ילדים לעולם, גם הוא לא יצא יד"ח.¹⁶ מאידך, מה שמסור ביד האדם הוא רק הכשר המצווה, פעולות הקידושין והביאה, ולכן לכאורה רק לגביהם התורה יכולה לצוות אותנו. משיקול זה נראה שמצווה כזו צריכה להיות מצוות פעולה ולא מצוות תוצאה. נראה שבמצב כזה עומדות בפני התורה שתי אפשרויות, והן אשר שנויות במחלוקת שסקרנו למעלה:

1. להגדיר את הפעולה כחובה ההלכתית (למרות שמה שהיא באמת רוצה הוא דווקא המצב). בדרך זו בחרו בעלי התוס' בפרק הקודם, שהבינו את מצוות פו"ר כמצוות פעולה.
2. להגדיר את המצב כחובה ההלכתית, והחובה לבצע את הפעולה תיגזר ממילא כהכשר מצווה. בדרך זו בחר המנ"ח.

הסבר שיטת התוס' והרצ"א: המצב כתנאי לקיום במצוות פעולה

לכאורה המנ"ח מביא כמה טענות חזקות לטובת עמדתו. הרי אדם לא יוצא יד"ח המצווה אם לילדיו אין ילדים. אם כן, לכאורה ברור שזוהי מצוות תוצאה ולא מצוות פעולה. קיום המצווה הוא בעת היווצרות המצב, ולא בעת ביצוע פעולה כלשהי. לשיטות החולקות עלינו להניח שאמנם המצווה היא מצוות פעולה, אולם זה בדיוק בגלל העובדה שהתוצאה אינה מסורה בידינו. בסופו של דבר התורה מעוניינת בתוצאה ולא בפעולה. כיצד התורה יכולה להכניס את התוצאה לתוך הגדר ההלכתי שנוגע אלינו? בדרך כלל מסבירים זאת בצורה של תנאי לקיום המצווה. אמנם המצווה עצמה היא פעולה (קידושין וביאה), אך קיום המצווה מותנה בכך שייווצר המצב הרצוי (=שיהיו ילדים בני ילדים).

זוהי אפשרות שלישית להבין את גדרה ההלכתי של מצווה: מצוות פעולה שקיומה מותנה בהיווצרותה של תוצאה כלשהי. כאן הצענו את האפשרות הזו כפתרון אפשרי למצב בו התורה מעוניינת בתוצאה, אך מה שנתון בשליטת

¹⁶ יש שרצו לטעון שלידת הנכדים דרושה רק כאינדיקציה לכך שילדיו הם בעל יכולת הולדה, אך בסופו של דבר מה שקובע את קיום המצווה הוא רק איכות הילדים שהוא עצמו הביא לעולם. לפי זה, אם ילדיו בני הולדה ורק בוחרים שלא ללדת הוא כן קיים את המצווה (אף שאולי הוא לא יכול לדעת זאת כל עוד הם לא הולידו בפועל). קשה ליישב שיטה זו עם רוב המקורות, ואכ"מ.

האדם הוא הפעולה בלבד. אמנם יש להעיר שלא נראה כי הגדרה זו פותרת את הבעייה המהותית: אם התורה אינה מצווה עלינו דברים שאינם בידינו, כי אז מסתבר שגם הכנסת תנאים לקיום שאינם בשליטתנו אינה טובה יותר. סו"ס התורה מגדירה כאן מטרות שלא מצויות בהישג ידינו, ומאי נפ"מ האם זה תנאי לקיום או שזהו עצם הקיום?

בין קיום המצווה לבין הגעה למצב של פטור

הרב אריאל בתשובתו הנ"ל מביא את דברי הרצ"פ פרנק, בשו"ת **הר צבי**, על ה**טור** אהע"ז סי' א. הרצ"פ מיישב את קושיית המנ"ח דלעיל, כיצד יוצא אדם ידי חובה בבן ממזר, והרי יש כאן מצווה הבאה בעבירה. הרצ"פ מסביר שהמוליד ממזר אמנם לא קיים את מצוות פרייה ורבייה, ואין לו שכר על קיום המצווה, אך בכל זאת הוא נפטר ממצוות פרייה ורבייה. בפועל יש לו בן שמתייחס אחריו, ולכן אין מקום לחייבו להביא ילד נוסף לעולם.

הוא משווה זאת לגוי שהיו לו בנים בגיותו והתגייר. כפי שהזכרנו, לרוב הפוסקים גוי אינו חייב בפו"ר, ובכל זאת לאחר הגיור הוא קיים את המצווה. למעלה הוכחנו מכאן שזוהי מצוות תוצאה, אך הרצ"פ מגדיר זאת באופן שונה: אמנם אין כאן מעשה מצווה, והוא לא יקבל שכר על קיום המצווה, אך סו"ס בפועל יש לו ילדים שמתייחסים אליו, ולכן אין מקום לחייבו להביא עוד ילדים לעולם.

הרב אריאל מיישב בצורה כזו גם את שיטות הבית שמואל והחלקת מחוקק הנ"ל, שבנתעברה באמבטיה יוצא יד"ח מצוות פו"ר. הוא שואל היכן היתה כאן כוונה, והרי חסרה כאן אפילו מודעות לכך שנוצר העיבור.¹⁷ לפי הצעתו ההסבר הוא כדברי הרצ"פ הנ"ל, שאמנם לא התקיימה כאן מצוות פו"ר, אך בפועל מכיון שהתוצאה הושגה אין מקום לחייבו להביא עוד ילדים לעולם.

דומה כי זהו הסבר מתבקש ללשון הגמרא שראינו למעלה 'דעבד לה שבת'. כלומר אנו פוטרים את הגוי שהתגייר מהבאת ילדים נוספים לעולם שכן הוא כבר עשה שבת לעולם. אמנם קיום מצווה אין כאן, אך המצב הרצוי כבר נוצר.

במה אפשרות זו שונה מקודמותיה?

לכאורה ישנה כאן הגדרה חדה יותר של מצוות תוצאה. אולם עד כאן הבנו

¹⁷ למעלה הסברנו שמצוות תוצאה אינן טעונות כוונה. והבאנו שהמנ"ח העלה אפשרות שיתכוין כאשר ייולדו לו הילדים, אך לבסוף הוא דחה זאת.

שאם מצווה מסויימת מוגדרת להיות מצוות תוצאה אזי כאשר התוצאה מושגת המצווה קויימה, ואף יש שכר על כך (אולי שכר פחות, שהרי לפום צערא אגרא). כעת אנחנו מבחינים בין שתי רמות שונות של קיום: קיום המצווה (וקבלת שכר). יציאה ידי חובה. ישנם מצבים שבהם המצווה לא קויימה, אך הפעולה של האדם הביאה אותו למצב שבו הוא נפטר מן המצווה. את הקיום משיגים אך ורק באמצעות הפעולה, אך ניתן להגיע לפטור מן המצווה באמצעות השגת המצב, שהרי סו"ס רצון התורה התקיים. זהו ניסוח טוב יותר של התפיסה לפיה המצווה היא הפעולה, והמצב הוא תנאי לקיום המצווה.

דוגמא: סוכה גזולה

ישנן דוגמאות נוספות בהקשרים הלכתיים נוספים להבחנה זו, ובמהלך השנה כנראה נגיע לכמה מהן. רק כדי לחדד את הדברים נביא כאן דוגמא ידועה אחת: סוכה גזולה. בתוד"ה 'ההוא' בסוכה ט ע"א, הקשו מדוע נדרש מקור ("חג הסוכות תעשה לך") לפסול סוכה גזולה, והרי בין כה וכה לא יוצא בה ידי חובה מכיון שזוהי מצווה הבאה בעבירה. המנ"ח, במצווה שכה סק"י, מיישב את הקושיא הזו בהסתמך על כך שאין מצווה לאכול בסוכה (מעבר ללילה הראשון). אם כן, כשאדם יושב בסוכה פסולה הוא אמנם לא מקיים מצווה, אך אין מצווה כזו. מאידך, ודאי שיש איסור לאכול מחוץ לסוכה גם בשאר ימי החג, אך אכילה בסוכה גזולה אינה נחשבת אכילה חוץ לסוכה. כלומר מצד מצווה הבאה בעבירה, לולא המקור המובא בגמרא, היינו חושבים שהאוכל בסוכה גזולה אמנם לא קיים מצוות סוכה, אך הוא גם לא אכל חוץ לסוכה. לכן נדרש מקור שפוסל את הסוכה הזו מכל וכל. לענייננו, זהו מצב של פטור מן המצווה ללא קיום שלה, וכמובן גם ללא נטילת שכר על קיום המצווה.¹⁸

¹⁸ במהדורת מכון ירושלים, בהערה טו שם, מובאים כמה אחרונים שהקשו על ההבחנה הזו, אשר יוצרת ממוצע בין מצווה לעבירה, והדברים עתיקים. בכל אופן, לפי דברינו הבחנה כזו קיימת במקומות נוספים.

ג. טעמא דקרא: בין פעולה לתוצאה

הקשר לסוגיית טעמא דקרא

למעלה העלינו שתי אפשרויות שעומדות בפני התורה להגדיר את החובה ההלכתית: החובה היא הפעולה (ואולי התוצאה היא תנאי), או שהחובה היא התוצאה עצמה והפעולה היא רק הכשר מצווה.

שתי האפשרויות הללו משקפות מתח בין טעמה של הלכה מסוימת לבין הגדר ההלכתי שלה. הן מצביעות על אפשרות ששני אלו לא יהיו תואמים זה לזה. לפי אפשרות 1 ההגדרה ההלכתית משקפת את הערך ההלכתי, כלומר טעמא דקרא מתלכד עם הגדר ההלכתי. אך לפי אפשרות 2 ההגדרה ההלכתית אינה משקפת את הערך המהותי. כאן נוצר הבדל בין הטעם לבין הגדר ההלכתי.

דרישת טעמא דקרא במינוח ההלכתי היא הסקת מסקנות הלכתיות מתוך טעמה של מצווה כלשהי. והנה, כידוע, נחלקו תנאים האם אנו דורשים טעמא דקרא או לא (ראה בסוגיית ב"מ קטו ע"א, ועוד): לפי ר' שמעון אנו דורשים טעמא דקרא, ולפי ר' יהודה לא, והלכה כר' יהודה.

התפיסה המקובלת לכך שלא דורשים טעמא דקרא היא שאין לנו יכולת לרדת לעומק טעמן של מצוות התורה. אולם בסוגיית סנהדרין כא ע"א, לפחות לפי הבנת הרמב"ם, אנו מגלים עובדה מפתיעה: לפעמים התורה עצמה מגלה לנו במפורש את טעם המצווה, ובכל זאת, על אף שהטעם הוא בודאי נכון, אנו לא דורשים אותו.¹⁹ הסוגיא שם עוסקת בציווי על מלך לא להרבות לעצמו נשים. התורה עצמה מפרשת את טעם העניין 'ולא יסור לבבו'. והנה על אף זאת הרמב"ם פוסק (הן בפייהמ"ש שם, הן בשורש החמישי, והן בהלכות מלכים) שלא דורשים טעמא דקרא גם במקרה זה, ולכן הריבוי אסור (מעבר לשמונה עשרה נשים) בלי כל קשר להסרת הלב. יש לכך שתי השלכות הלכתיות שעולות שם בסוגיא (ושנויות במחלוקת תנאים): לקיחת אישה אחת שמסירה את לבבו אינה אסורה מדין זה (=איסור ריבוי נשים). ולקיחת יותר נשים צדקניות שלא יסירו את לבבו, גפם היא אסורה באיסור זה. לפי הרמב"ם הגדר ההלכתי הוא שאסור למלך לקחת לו מעבר לשמונה עשרה נשים, בלי תלות באופיין.

כיצד ייתכן שאנו לא דורשים טעמא דקרא במצב שבו התורה עצמה אומרת לנו את הטעם?²⁰ כאן ודאי אין חשש שאנחנו טועים בפרשנות, שהרי התורה

¹⁹ ראה על כך במאמר מידה טובה לפרשת מטות-מסעי, תשסו.

²⁰ במאמרנו הנ"ל הצענו הסבר אפשרי, ואכ"מ.

עצמה מוסרת לנו את הטעם. הדוגמא שלנו לגבי פרייה ורבייה מציעה מנגנון מעניין להסביר את הכלל התמוה הזה. לפעמים טעם המצווה אינו יכול לקבוע את גדרה, מסיבות צדדיות. לא בגלל שהטעם אינו נכון, אלא בגלל שהגדר ההלכתי מתחשב גם בשיקולים נוספים מעבר לטעם. ובמקרה של פו"ר ראינו שלכל הדעות הטעם הוא יישוב העולם. לכן ברור שמטרת הציווי, כלומר טעמה של המצווה, היא התוצאה הסופית (=שיהיו לו ילדים). ובכל זאת ראינו שיטות שגדרה ההלכתי של המצווה הוא שונה. במקרה של פו"ר ראינו שהדבר נובע כנראה מאילוץ שהתוצאה אינה בידי האדם, ולכן אי אפשר לצוות עליו להגיע לתוצאה זו. במקרים אחרים ייתכן שייכנסו שיקולים נוספים שיגרמו להבחנה בין טעם המצווה לבין גדרה ההלכתי.

הכללה: מדוע לא דורשים טעמא דקרא?

למעלה ראינו שהרצ"א מדינוב טען כי כאשר התורה קובעת תוצאה כלשהי שלא מסורה בידי האדם, היא כנראה מתכוונת לומר טעם למצווה ולא את גדרה של המצווה.²¹ לכאורה ניתן להעלות טיעון דומה כמעט ביחס לכל מצווה למעשה, טעם של מצווה הוא בעצם מהותו מצב, ולא פעולה. אנו מצויים לעשות משהו כדי להשיג תוצאה, או מצב כלשהו. אם כן, היינו מצפים שבדרך כלל טעם המצווה יהיה המצב שנוצר כתוצאה מביצוע הפעולה. בנוסף לכך, בדרך כלל התוצאות אינן מעשה ידי האדם. מה שהאדם יכול לעשות הוא בדרך כלל פעולה. התוצאה שיוצאת ממנה היא תוצאה של ממילא, ולא מעשה ידיו באופן ישיר.

התורה רוצה להשיג תוצאה כלשהי ולכן היא מצווה עלינו מצווה מסויימת. התוצאה בדרך כלל אינה בידינו, שכן אנחנו יכולים רק לבצע פעולות, והתוצאות הן נגזרות טבעיות של הפעולות הללו. לכן התוצאות תמיד תהיינה טעם המצווה, והגדר ההלכתי יהיה הפעולה.

השיקול שהוצג כאן מראה לכאורה כי המנגנון אותו הצענו להבנת הכלל שלא דורשים טעמא דקרא אינו מקרה פרטי, או דוגמא בלבד, אלא הסבר כללי יותר לכלל הזה: כפי שראינו, פעמים רבות הטעמים הם מצבי התוצאה, בעוד שגדרי המצוות הן הפעולות. לכן תמיד אנחנו לא דורשים טעמא דקרא כי התוצאות אינן בידינו אלא רק הפעולות, ולכן לא ניתן לגזור את גדרי החובה ההלכתית

²¹ כמובן יש לכך השלכה הלכתית לגבי החובה להתכוין לטעם בנוסף לכוונה הרגילה (לצאת יד"ח).

מתוך טעמי המצוות.

דוגמא למצוות פעולה היא אכילת מצה, שכבר למעלה ראינו כי זוהי מצוות פעולה.²² מה יכולה להיות התוצאה במקרה זה? אולי הזכירה של יציאת מצרים ושל החיפזון, שנוצרת בעקבות האכילה. אף אחד לא יעלה בדעתו להחליף את מצוות אכילת מצה במצווה לזכור את החיפזון (גם בצורות אחרות). הרי לנו השלכה של ההלכה שלא דורשים טעמא דקרא. הזיכרון הוא מצב שנוצר (אם כי לא באופן דטרמיניסטי) מן הפעולה של האכילה. גם כאן הכוונה שמלווה את הפעולה קשורה לטעמא דקרא, כמו שראינו למעלה לגבי סוכה ופ"ד. במובן זה יש כאן השלכה הלכתית לטעמא דקרא (וכשהוא מופיע במפורש בתורה תמיד תהיה השלכה כזו, כפי שראינו לעיל). אולם כפי שהזכרנו ישנן בתורה גם מצוות תוצאה. אם כן, השאלה הבסיסית חוזרת כעת: מהו הקריטריון לקביעה מתי מצווה כלשהי היא מצוות תוצאה ומתי היא מצוות פעולה? השיקול של הרצ"א מדינוב היה צריך להוביל אותנו למסקנה שכל מצוות התורה הן מצוות פעולה, והתוצאות הן לכל היותר טעמי המצוות. נזכיר כי להלכה אנחנו לא דורשים טעמא דקרא.

האם התוצאות לעולם אינן תלויות באדם הפועל?

הטיעון שהעלינו למעלה, לפיו תוצאות הן תמיד נגזרות של מעשה האדם, ולעולם לא מה שהוא עוסק בו בפועל, הוא אולי נכון פורמלית, אך בפועל הוא נראה מעט מלאכותי. לדוגמא, אדם מצווה לעשות מעקה לגגו. הוא יכול לבנות את המעקה, אולם הוא עוסק בפעולה ולא בתוצאה. התוצאה נוצרת ממילא מתוך פעולתו. לכאורה גם כאן ניתן לראות בתוצאה פעולה של הטבע ולא של האדם. חוקי הטבע קובעים שאם תוקעים מתכת בצורות מסוימות יעמוד על הגג מעקה כנדרש. אך הבחנה זו היא מלאכותית. המעקה הבנוי כן נראה כמשהו שבשליטת האדם, בניגוד לפו"ד. הסיבה לכך היא כנראה שבמקרה זה התוצאה היא הכרחית וצפויה מראש (בבחנית 'פסיק רישא ולא ימות'*). זאת בניגוד למצוות פו"ד, שם התוצאה אינה הכרחית. בפו"ד היחס בין הפעולה לתוצאה הוא מורכב ומפותל, ובהחלט לא דטרמיניסטי.

נתבונן בדוגמא נוספת, והפעם במצוות הישיבה בסוכה. גם שם אדם נמצא במצב ולא עוסק בפעולה. ובכל זאת, נראה כי נכון לומר שהדבר מסור לידינו. הוא יכול להחליט לשכון בסוכה או לצאת ממנה. זה נראה מלאכותי לומר שהאדם

²² ניתוח דומה אפשר לעשות למצוות נטילת לולב.

מצווה להיכנס לסוכה, והשהייה בתוכה היא רק תוצאת ממילא של הפעולה הזו. דוגמא נוספת היא מצוות תענית ביום הכיפורים, או שביתה ממלאכה בשבת ויו"ט. מצוות אלו הן מצוות עשה, אך משמעותן המעשית היא אי עשייה (לא לאכול, לא לשתות, לא לסוך, לא לעשות מלאכות וכדו'). במקרה זה קשה אפילו להבחין בין פעולה לבין תוצאה. יש המגדירים את התענית, או את השביתה, כפעולה של האדם, אך במציאות נראה כי זוהי תוצאה של אי עשייה גרידא. בכל אופן, במקרה זה המצב בהחלט נתון בידיו של האדם, שכן אי אכילה מביאה בהכרח למצב של עינוי, וכך גם אי עשייה מובילה בהכרח למצב של שביתה.²³

ד. דוגמאות למצוות תוצאה

מבוא

ראינו שהקביעה כי המצוות הן בהכרח מצוות פעולה אינה הכרחית. בכל אופן, התפיסה הפשוטה של המצוות, בהיעדר נסיבות ייחודיות היא שהמצוות אכן מטילות עלינו פעולות, והמצבים הם רק פועל יוצא של הפעולות הללו. אך בכל זאת ישנן בתורה כמה וכמה מצוות תוצאה, כמו פו"ר לשיטת המנ"ח. ההבנה שאלו הן מצוות תוצאה יכולה להבהיר כמה וכמה נקודות עמומות הנוגעות אליהן. בפרק זה נדגים את הדברים על קצה המזלג. אנו נביא שתי דוגמאות שבהן נערך דיון כזה במפרשים, ועוד אחת שונה. בהמשך השנה כנראה נרחיב עוד בכמה מצוות כאלו.

זריעה ובישול בשבת

איסורי מלאכה בשבת הם דוגמאות מובהקות לאיסורי פעולה. אין איסור שמשהו יתבשל או ייבנה בשבת. גוי שעושה זאת לא עשה שום דבר רע. האיסור מוטל על האדם שלא יעסוק במלאכות אלו. יש מן האחרונים שהסיקו מן העיקרון הזה מסקנות הלכתיות (לדוגמא: שאי אפשר לעבור על האיסור הזה באופן של שליחות, שכן זהו איסור מנוחה על האדם ולא איסור של פעולה על החפץ הנדון).²⁴

²³ כאן לא מדובר על דטרמיניזם בקשר בין סיבה לתוצאה, אלא על קשר הרבה יותר חזק: קשר לוגי. גם אם תענית אין פירושה אי אכילה, והיא רק תוצאה של אי האכילה, הרי לגבי שביתה ממלאכה הקשר ללא ספק מצוי במישור הלוגי: שביתה אינה אלא אי עשיית מלאכה.

²⁴ ראה שו"ת חת"ם סופר או"ח סי' פד וחור"מ סי' קפה, וכן בישועות יעקב או"ח סי' רסג סק"ו,

ישנן שתי דוגמאות בולטות בין איסורי המלאכה בשבת, שבהן האדם למעשה אינו עושה מאומה. הערך המוסף של המלאכה טמון בתוצאה שעולה בדרך של ממילא מפעולתו:

1. מבשל. במלאכת מבשל, האדם אינו עוסק כלל בבישול אלא אך ורק בהכנות שמאפשרות אותו. אדם מניח קדירה על האש, ולאחר מכן האש מבשלת את האוכל שבתוכה. מלאכת מבשל היא הנחת הקדירה על האש, על אף שזוהי פעולה טכנית שאינה קשורה באופן ישיר לתוצאה: המזון המבושל. את התוצאה משיגה האש ולא האדם.

2. זורע. במלאכת זורע המצב הוא דומה למדיי: האם מניח זרע בקרקע, ותו לא. לאחר מכן הזרע נקלט ומתחיל לצמוח. הקליטה והצמיחה הן תוצאה של פעולת האדם, אך בהחלט לא נעשות על ידו. האדם לא עושה מאומה מעבר להנחת הזרע במקום כלשהו. התוצאות הן נגזרת של הימצאות הזרע באותו מקום.

המפרשים אכן דנים מה יסוד האיסור במלאכות אלו: האם במבשל האיסור הוא על התוצאה שהתבשיל התבשל או על מעשה ההנחה על האש. וכן דנים האם האיסור בזריעה הוא על ההנחה בקרקע או על הקליטה וההשרשה. הרש"ש בשבת עג ע"א כתב שהחיוב הוא על ההשרשה, והסיק שאם ליקט בחול את הזרע מהקרקע הוברר למפרע שהוא פטור על מעשה הזריעה. הוא משווה זאת לאופה שגם שם ההנחה היא המעשה המחייב, אף שכדי להתחייב נדרשת תוצאה. לעומתו **המנ"ח** במצווה רצ"ח²⁵ סובר שהחיוב בזורע הוא על ההנחה בקרקע, שהרי ההשרשה נעשית בחול (ולגבי זריעה בשביעית הדין כנראה שונה), וכן דעת **החיי אדם**.²⁶ והרש"ש שם בע"ב דן גם במי שהניח סיר על האש בשבת והתבשיל התבשל במוצ"ש, וביחס למי שהניח סיר בערב שבת והתבשיל התבשל בשבת. והסתפק בזה גם **הפמ"ג** בפתיחה כוללת להלכות שבת. אמנם בעל **הלכות קטנות** כתב לחלק בין זורע למבשל.²⁷ לכאורה המלאכות הללו הן איסורי תוצאה ולא איסורי פעולה. אמנם הדבר אינו מתיישב עם הטענה הקודמת לפיה כל מלאכות

ובית מאיר אבהע"ז סי' ה. כל או סברו שלא שייכת שליחות במלאכות שבת. לעומתם, ראה **בשו"ע הרב** (סי' רמג ס"א ובקו"א לסי' רסג סק"ח, ובסי' שה סק"ט) שסובר ששייך גדר שליחות במלאכות שבת. וראה בספר **מי טל** על מלאכת הוצאה, סי' א שהסביר בזה את המחלוקות בהסבר העיקרון שהוצאה היא מלאכה גרועה, ואכ"מ.

²⁵ ראה גם את דבריו במצווה ל"ו, 'מוסך השבת', בתחילת מלאכת זורע.

²⁶ וראה **פרי משה** – **בענייני לט מלאכות**, סי' יב, וכן **אפיקי-ים**, ח"ב סי' ד.

²⁷ ראה גם **במנ"ח** 'מוסך השבת' שם, ובשור"ת **חת"ס** ח"ז סי' ל, ו**פרי משה** הנ"ל סי' יט.

שבת הן איסורי גברא. ונראה שהמסקנה היא שאיסורי המלאכה הללו (לפחות בישול) מוגדרים כאיסורי פעולה שמותנים בהשגת תוצאה.²⁸

מילה

הדוגמאות הקודמות היו מצוות ל"ת. ביחס למצוות כאלו אין מקום להגדרת הביניים שראינו למעלה, לפיה ישנה הבחנה בין קיום המצווה לבין הגעה למצב של פטור. כעת נדון בדוגמא שהיא מצוות עשה.

במצוות מילה ישנם דיונים מפורטים בשאלה האם היא מצוות תוצאה או מצוות פעולה. ראשית, ידועים דברי הגרי"ז בהל' חנוכה וסבו בשו"ת **בית הלוי**, ח"ב סי' מז, שדנו במחלוקת הרמב"ם והטור לגבי חזרה על ציצין שאינם מעכבים את המילה. לפי הטור לא חוזרים עליהם בשבת אבל בחול כן, ולפי הרמב"ם לא חוזרים עליהם גם בחול. לפי הסברי האחרונים הנ"ל, מחלוקת זו תלויה בשאלה האם המצווה במילה היא למול, ולאחר מעשה המילה תמה פעולת המצווה ואין יותר אפשרות לבצע הידור למצווה, או שמא המצווה היא להיות מהול, ואז ניתן להמשיך את פעולת המילה גם אחרי שתמה פעולת המילה על מנת להדר יותר את המצב שנוצר, ע"ש בדבריהם. עוד מצינו בשו"ת מהר"ח או"ז סי' יא שכתב שהמצווה על האב היא לדאוג שבנו יהיה מהול, ולא למול אותו. ההשלכה היא שהאב אינו צריך למנות את המוהל כשלוחו, שכן המצווה כלל אינה צריכה להתבצע על ידו.²⁹

שני סוגי מצוות תוצאה

בהקשר זה נראה שההגדרה היא עוד יותר קיצונית לכיוון התוצאה מאשר בפו"ר. ביחס למילה החובה היא לדאוג שבצורה כלשהי הוא יהיה מהול, גם אם האב כלל לא עושה שום מעשה עבור כך. ואילו בפו"ר (לפחות לדעת הרצ"פ פרנק) גם אם נגדיר אותה כמצוות תוצאה, עדיין ברור שישנה חובה כלשהי אשר מוטלת עליו. במונחי החילוק של הרצ"פ פרנק נאמר כי ביחס למצוות מילה אם האב לא מינה את המוהל כשלוחו או לא נאמר שהוא לא קיים את המצווה אלא רק נפטור ממנה. כאן ישנו ממש קיום, שהרי כל מה שהוטל עליו הוא ההשתדלות להשגת התוצאה הרצויה. אולם במצוות פו"ר כפי שראינו, גם אם נגדיר את המצווה כמצוות תוצאה, לפעולה עדיים יש תפקיד. השגת התוצאה ללא פעולה לא תהווה

²⁸ כך כמעט מפורש בסוגיית רדיית הפת, שבת ד ע"א.

²⁹ וראה גם במהרש"א סוטה י ע"ב, **דבר אברהם** ח"ב סי' א, **זכר יצחק** סי' א וה', **פרי יצחק** ח"ב סי' לו, **חלקת יואב** חו"מ סי' ד, ועוד.

מעשה מצווה, אף שהמצב שנוצר פוטר את האדם מן המצווה.

הטבת הנרות

בשולי הדברים נעיר כי מצוות הטבת הנרות גם היא כנראה מצוות תוצאה מן הסוג של מצוות מילה, ואולי עוד נעסוק בה במהלך השנה. ראה על כך בכלי **חמדה** בתחילת פ' תצוה, שלומד זאת ממדרש פליאה אשר משווה את מצוות ההטבה למצוות מילה.

צדקה

גם לגבי מצוות צדקה דנו כמה אחרונים האם היא מצוות פעולה או מצוות תוצאה. האם המצווה היא פעולת נתינת הצדקה לעני, או שמא המצווה היא לדאוג לכך שלעני יהיה כסף. כמה אחרונים כתבו שזוהי מצוות תוצאה, ולכן לא שייך לגביה הפסול של מצווה הבאה בעבירה (ראה על כך במקורות שהובאו לעיל בהערה 1). והנה ניתן לשאול שאלה דומה לגבי צדקה: האם הצדקה מיועדת עבור העני או עבור הנותן? האם מטרתה היא שיפור מצבו של העני, או שמא מטרתה היא שיפור מידותיו של הנותן?³⁰ ניתן לראות בזה סתירה בסוגיית הבבלי בפרק ראשון של ב"ב. בסוגיית ט ע"ב מופיע הקטע הבא:

ואמר רבי יצחק, מאי דכתיב: (משלי כא) רודף צדקה וחסד ימצא חיים צדקה וכבוד? משום דרודף צדקה ימצא צדקה? אלא לומר לך: כל הרודף אחר צדקה - הקדוש ברוך הוא ממציא לו מעות ועושה בהן צדקה. רב נחמן בר יצחק אמר: הקדוש ברוך הוא ממציא לו בני אדם המהוגנים לעשות להן צדקה, כדי לקבל עליהם שכרו. לאפוקי מאי? לאפוקי מדדרש רבה; דדרש רבה, מאי דכתיב: (ירמיהו יח) ויהיו מוכשלים לפניך בעת אפך עשה בהם? אמר ירמיה לפני הקדוש ברוך הוא: רבונו של עולם, [אפילו] בשעה שכופין את יצרן ומבקשין לעשות צדקה לפניך, הכשילם בבני אדם שאינן מהוגנין, כדי שלא יקבלו עליהן שכר.

המקרה של ירמיהו שמבקש מהקב"ה להכשיל את אנשי ענתות בעניים שאינם מהוגנים מציג באופן ברור תפיסה של הצדקה כמצווה עבור המקבל. אם המקבל לא היה ראוי לא קויימה המצווה, גם אם הנותן עשה זאת בלב שלם וביד נדיבה. מאידך, כמה שורות אחר כך, מופיע שם הקטע הבא (י ע"א):

³⁰ ראה במאמרו של מ. אברהם, **מישרים** ג, ישיבת ההסדר ירוחם, ירוחם תשסד, שם הוא עוסק בשאלה מדוע החקירות הישיבתיות נוטות להציג את שתי האפשרויות באופן דיכוטומי? לשון אחר: מדוע לא ייתכן ששתי התשובות גם יחד הן נכונות?

תניא: היה רבי מאיר אומר, יש לו לבעל הדין להשיבך ולומר לך: אם אלהיכם אוהב עניים הוא, מפני מה אינו מפרנסן? אמור לו: כדי שניצול אנו בהן מדינה של גיהנם. וזו שאלה שאל טורנוסרופוס הרשע את ר"ע: אם אלהיכם אוהב עניים הוא, מפני מה אינו מפרנסם? א"ל: כדי שניצול אנו בהן מדינה של גיהנם.

כאן מופיעה תפיסה לפיה הקב"ה ברא את העניים כדי שאנו ניתן להם צדקה וכך ניצול מדינה של גיהנום. זוהי תפיסה ברורה של צדקה עבור הנותן, ולא עבור המקבל. פתרון אפשרי לסתירה זו יכול להימצא ברמב"ם. עיון בדבריו, הן בספר המצוות והן ביד החזקה מעלה שהוא רואה הבדל בין הלאו על העלמת עין מצדקה לבין העשה. במצוות ל"ת רלב כותב הרמב"ם כך:

והמצוה הרל"ב היא שהזהירונו שלא למנוע צדקה והרחבה מהאביונים מאחינו אחר שנדע חולשת ענינם ויכלתנו להחזיק בהם והוא אמרו יתעלה (שם) לא תאמץ את לבבך ולא תקפוץ את ירך מאחריך האביון. וזה אזהרה מלקנות מדת הכילות והאכזריות שתמנע מעשות הראוי:

כאן הדגש הוא על הנותן, שלא יקנה את מידת הכילות. לעומת זאת, במצוות עשה קצ"ה הוא כותב:

והמצוה הקצ"ה היא שצונו לעשות צדקה ולחזק החלשים ולהרחיב עליהם. וכבר בא הצייוי במצוה זו במלות מתחלפות. אמר יתעלה (ראה טו ח) פתוח תפתח את ירך וכו' ואמר (בהר לה) והחזקת בו גר ותושב וכו' ואמר (שם לו) וחי אחיך עמך. והכוונה באלו הלשונות כולם אחת והיא שנעזר עניינו ונחזקם די ספקם. וכבר התבארו משפטי מצוה זו במקומות רבים רובם בכתובות (מח-נ ע"א, סו ע"ב-סח ע"א) ובתרא (ח-יא ע"א, מג ע"א) ובאה הקבלה (גטין ז ע"ב) שאפילו עני המתפרנס מן הצדקה חייב במצוה זו, כלומר הצדקה, אם למי שלמטה ממנו או לדומה לו ואפילו בדבר מועט:

כאן לא מוזכרות בכלל התועלות עבור הנותן, אלא רק שיפור מצבם של העניים. מקורו של הרמב"ם הוא הגמרא דלעיל, שכן המקרה של ירמיהו מדבר על העשה, שהרי מדובר על קבלת שכר ולא על עונש. לכן שם מבוטאת תפיסה של הצדקה למען העניים. לעומת זאת, המימרא של ר"ע לטורנוסרופוס עוסקת בלאו, שהרי היא מדברת על עונשי גיהנום, ולכן היא מבטאת תפיסה של הצדקה למען הנותן. והן הן דברי הרמב"ם. ניתן להביא לכך ראיות רבות מפסקי הרמב"ם ואכמ"ל בזה. האם החלוקה הזו פירושה שהעשה הוא מצוות תוצאה והלאו הוא מצוות פעולה? לכאורה כן. אם הצדקה היא למען הנותן הדגש הוא על הפעולה, ואם

הצדקה היא למען המקבל אזי הדגש הוא על התוצאה. אולם הבחנה זו היא שגויה. בהחלט ניתן להבין שבשני המקרים מדובר על תוצאות, והשאלה היא רק איזו תוצאה מגדירה נכון את מצוות צדקה: האם שיפור מידותיו של הנותן או שמא שיפור מצבו של המקבל. כאן נכון יותר יהיה להגדיר את השאלה האם צדקה היא דין בחפצא* (=העני המקבל) או דין בגברא* (=האדם הנותן, זה שמקייים את המצווה). הבחנה זו מביאה אותנו להערה שבסעיף הבא.

הערה אודות היחס לחלוקה בין דין בחפצא לבין דין בגברא

לסיום דברינו נשוב לעסוק בחלוקה שבין פעולה לתוצאה בעצמה. לכאורה החלוקה הזו מקבילה לחלוקה בין דין בגברא לדין בחפצא. לדוגמא, במלאכות שבת ראינו שהשאלה הנדונה לגבי זורע ומבשל היא האם האיסור הוא הפעולה שעושה האדם, או התוצאה - שהיא השינוי בחפץ. כאן ניתן היה לבטא את אותה דילמה עצמה כשאלה האם מלאכות אלו הן דין בגברא או בחפצא, ולא כמו שאנחנו ניסחנו זאת: האם זהו איסור פעולה או איסור תוצאה.

מהו היחס הכללי בין שתי החלוקות הללו? האם אכן שתי אלו הן אותה חלוקה עצמה בשני ניסוחים שונים, או שמא מדובר כאן בחלוקות שונות? ראינו בסעיף הקודם שלגבי שני הצדדים בהבנת מצוות צדקה היה עלינו להבחין בין שני הניסוחים: הניסוח שרואה את החקירה הזו על הציר של גברא-חפצא היה נכון, בעוד שהניסוח שרואה בה חקירה בציר 'פעולה-תוצאה היה שגוי. אם כן, לא מדובר כאן באותה חלוקה ממש, על אף הקשר בין השתיים. אין כאן המקום לפרט בשאלה זו, אך סביר שאנו עוד נגיע אליה בעז"ה במהלך השנה מכיוונים שונים.

מסקנות

1. רוב מצוות התורה הן מצוות פעולה, שכן הפעולה היא שמצויה בשליטת האדם.
2. אמנם ישנן גם מצוות תוצאה (פרייה ורבייה – **מנ"ח**, בניגוד ל**טו"א ותוס'**. מילה – **מהר"ח או"ז**, **הטור**, בניגוד ל**רמב"ם**).
3. מצוות תוצאה מתקיימת גם ללא פעולה, או עם פעולה בגרמא (**חלקת מחוקק ובית שמואל**).
4. יש חולקים וסוברים שאין כלל מצוות תוצאה, אלא לכל היותר מצוות פעולה שצריכות להביא להשגת תוצאה (**הר צבי**, **באוהלה של תורה**).
5. לשיטות אלו כאשר מושגת התוצאה אך ללא פעולה (או ע"י גרמא) אין קיום של המצווה, אך יש פטור. שיקול דומה מופיע במנ"ח על ישיבה בסוכה גזולה.
6. מצוות תוצאה ניתן לבצע גם בעת שפטורים מהן (**מנ"ח**).
7. גם לדעת הסוברים מצוות צריכות כוונה, מצוות תוצאה אינן טעונות כוונה (**עונג יו"ט**, **שפת אמת**, **קובץ הערות**, בניגוד ל**מנ"ח והרצ"א מדינוב**).
8. לפעמים לא דורשים טעמא דקרא גם אם ברור שהטעם נכון (**רמב"ם**). הצענו הסבר אפשרי: גדר המצווה נקבע על פי הפעולה בעוד שטעמה הוא התוצאה.
9. תוצאות הכרחיות נחשבות כנתונות לשליטת האדם שמבצע את הפעולה (ולכן אפשר להגדיר אותן כמצוות תוצאה).
10. החלוקה בין מצוות פעולה למצוות תוצאה אינה זהה עם החלוקה בין מצוות חפצא למצוות גברא, אם כי יש קירבה רבה בין שתי החלוקות הללו.

יהודי ובן נוח

הנקודות הנדונות:

- מצוות בני נוח וערכים אוניברסליים
- הרכבה 'שכונית' והרכבה 'מזגית' של מושגים: 'בכלל מאתים מנה'
- מוטיבציה דתית לקיום מצוות אוניברסליות
- 'דיני המשפטים' וחובות חוץ-הלכתיות
- משפט בינלאומי פרטי בהלכה
- חובות הלכתיות המוטלות על קטנים

תקציר

במאמר זה אנו מציגים שאלה שמעלה הרב קוק: האם יהודי הוא בן נוח עם תוספת, או שמא הוא ברייה בפני עצמה? אנו נראה כי מבחינה מושגית קשה להגדיר את השאלה הזו (כיון שהקריטריון לכך שמושהו נעשה שונה ממושהו אחר הוא עמום במהותו), אך יש לה השלכות די ברורות במישור הנורמטיבי-הלכתי.

אנו נביא כאן מקורות שתומכים במודל שתי הקומות, ונראה שאמנם יש הבדלים בפרטי ההלכות בין בני נוח לישראל, אך ככלל, המצוות שמוטלות על בני נוח מחייבות גם את ישראל. בין היתר, נעסוק בחיוב קטנים במצוות האוניברסליות, ונבחן את 'דיני המשפטים' הקודמים להלכה ממשנתו של ר' שמעון שקאפ, וגם את הכלל בגמרא שכל מה שניתן לבני נוח ולא נשנה בסיני מחייב רק את ישראל.

על אף המודל הזה, אנו נראה כי המוטיבציה לקיום הערכים האוניברסליים הללו אינה הסברא הפשוטה (כפי שהניח קאנט), אלא גם היא קשורה למתן תורה ולעבודת ה'.

בתוך ולאור הדברים, אנו נשאל מדוע החברה נוטה להתייחס ליהודי שרצה, או גנב, כיהודי שהוא עדיין דתי, אך מי שאוכל מאכלים לא כשרים, שזוהי עבירה פחותה בהרבה בחומרתה, נתפס כמי שאינו דתי. אנו נטען כי זוהי טענה לוגית שאינה נוגעת לחומרת העבירות הנדונות.

מבוא

על פי ההלכה המקובלת, מצוות התורה מתייחסות ברוב ענייניהן ליהודים בלבד. אולם ישנן בתורה מצוות שפונות גם לגויים, או במינוח ההלכתי: 'בני נוח'. במאמר זה ננסה להבין את טיבן של המצוות הללו, ואת משמעותן מבחינתנו. ואולי רקע נוסף כמוטיבציה לדיון שנערוך כאן. בדרך כלל ההגדרה החברתית לזהות יהודית של אדם מבוססת על מצוות שמעיות שבין אדם למקום, ופחות על מצוות שכליות שבין אדם לחברו. מי שגנב, או אפילו רצח, עדיין נתפס בעיני הציבור בכלל, דתי או חילוני, כיהודי דתי, זאת על אף חומרתו הטוטלית של איסור רצח בהלכה. ואילו מי שמחלל שבת, או אוכל לא כשר, נתפס כמי שאינו מקיים מצוות. השאלה היא מדוע באמת זוהי ההתייחסות? בשנים האחרונות ישנה ביקורת רבה על גישה זו, שכן היא מובילה ללגיטימציה, לפחות חלקית, למעשים לא מוסריים. מאידך, קשה להתעלם מהתחושה האינטואיטיבית שיש בסיווג הזה אמת. כאמור, החומרה ההלכתית אינה יכולה להיות הפרמטר הרלוונטי שביסוד ההבחנה הזו, שכן רצח הוא העבירה החמורה ביותר, ובכל זאת הוא אינו נתפס כמכונן זהות יהודית. מהו, אם כן, הפרמטר שעומד בבסיס הסיווג הזה?¹

מקורות ראשוניים

המקור העיקרי לדיני בני נוח הוא בסוגיות סנהדרין נו ע"א – ס ע"א. הגמרא בסנהדרין נו ע"א כותבת:

תנו רבנן: שבע מצוות נצטוו בני נח: דינין, וברכת השם, עבודה זרה, גילוי עריות, ושפיכות דמים, וגזל, ואבר מן החי.

ויש המוסיפים עוד כמה:

רבי חנניה בן (גמלא) (מסורת הש"ס: גמליאל) אומר: אף על הדם מן החי. רבי חידקא אומר: אף על הסידוס. רבי שמעון אומר: אף על הכישוף. רבי יוסי אומר: כל האמור בפרשת כישוף - בן נח מוזהר עליו. (דברים יח) לא ימצא בך מעביר בנו ובתו באש קסם קסמים מעונן ומנחש ומכשף וחבר חבר ושאל אוב וידעני ודרש אל המתים וגו' ובגלל התועבת האלה ה' אלהיך מוריש אותם מפניך, ולא ענש אלא אם כן הזהיר. רבי אלעזר אומר: אף על

¹ שאלה זו עלתה במאמרו של אשר כהן, באקדמות י. המאמר לוקה בכמה וכמה בעיות מתודולוגיות ותוכניות חמורות ביותר. תגובה של מ. אברהם, מסיבה כלשהי, לא התקבלה שם לפרסום, ולכן קשה לנו לפרט יותר. מטבע הדברים, הבעיות המתודולוגיות לא יידונו כאן, אך להלן נביא את אחת הטענות העיקריות ביחס לתוכן הדברים.

הכלאים. מותרין בני נח ללבוש כלאים, ולזרוע כלאים, ואין אסורין אלא בהרבעת בהמה ובהרכבת האילן.

לאחר מכן נדונים בהרחבה המקורות בתורה לחיובים אלו:

מנהני מילי? - אמר רבי יוחנן: דאמר קרא (בראשית ב) ויצו ה' אלהים על האדם לאמר מכל עץ הגן אכל תאכל. - ויצו - אלו הדינין, וכן הוא אומר (בראשית יח) כי ידעתיו למען אשר יצוה את בניו וגו'. ה' - זו ברכת השם, וכן הוא אומר (ויקרא כד) ונקב שם ה' מות יומת. אלהים - זו עבודה זרה, וכן הוא אומר (שמות כ) לא יהיה לך אלהים אחרים. על האדם - זו שפיכות דמים, וכן הוא אומר (בראשית ט) שפך דם האדם וגו'. לאמר - זו גילוי עריות, וכן הוא אומר (ירמיהו ג) לאמר הן ישלח איש את אשתו והלכה מאתו והיתה לאיש אחר. מכל עץ הגן - ולא גזל, אכל תאכל ולא אבר מן החי. כי אתא רבי יצחק תני איפכא: ויצו - זו עבודה זרה, אלהים זו דיני.

ויש חולקים על שתים מתוך המצוות הללו:

אלא אמר רבא: האי תנא - תנא דבי מנשה הוא, דמפיק ד"ך ועייל ס"ך. דתנא דבי מנשה: שבע מצוות נצטוו בני נח: עבודה זרה, וגילוי עריות, ושפיכות דמים, גזל, ואבר מן החי, סירוס, וכלאים. רבי יהודה אומר: אדם הראשון לא נצטווה אלא על עבודה זרה בלבד, שנאמר ויצו ה' אלהים על האדם. רבי יהודה בן בתירה אומר: אף על ברכת השם, ויש אומרים: אף על הדינים. כמאן אזלא הא דאמר רב יהודה אמר רב: אלהים אני - לא תקללוני, אלהים אני - לא תמידוני, אלהים אני - יהא מוראי עליכם. כמאן - כיש אומרים.

סיכום הדברים מופיע ברמב"ם, אשר כותב בתחילת פ"ט ממלכים כך:

על ששה דברים נצטווה אדם הראשון: על ע"ז, ועל ברכת השם, ועל שפיכות דמים, ועל גילוי עריות, ועל הגזל, ועל הדינים, אע"פ שכולן הן קבלה בידינו ממשה רבינו, והדעת נוטה להן, מכלל דברי תורה יראה שעל אלו נצטווה, הוסיף לנח אבר מן החי שנאמר אך בשר בנפשו דמו לא תאכלו, נמצאו שבע מצוות, וכן היה הדבר בכל העולם עד אברהם, בא אברהם ונצטווה יתר על אלו במילה, והוא התפלל שחרית, ויצחק הפריש מעשר והוסיף תפלה אחרת לפנות היום, ויעקב הוסיף גיד הנשה והתפלל ערבית, ובמצרים נצטווה עמרם במצות יתירות, עד שבא משה רבינו ונשלמה תורה על ידו.

שני סוגי הרכבות בהלכה: שכונית ומזגית²

מקובל על כל הפוסקים, כי כל מצוות בני נוח מחייבות גם את ישראל, אלא שיש להם עוד מצוות רבות אחרות.³ דבר זה מרמז שבעצם באופן מטפורי ניתן לומר שבכל ישראלי חבוי גם בן נוח.

במהלך דברינו בהמשך השנה נעמוד על כך שישנם שני סוגי הרכבה, ושני סוגי מושגים מורכבים, בהלכה: 'הרכבה מזגית' * ו'הרכבה שכונית'*.⁴ מושגים שמורכבים באופן 'מזגי', ממוזגים את שני המרכיבים שלהם ליישות חדשה אחת, ואילו מושגים שמורכבים באופן 'שכוני' מותירים את שני המרכיבים בצורתם כשכנים זה לזה. לדוגמא, ניתן לשאול האם כהן גדול הוא כהן הדיוט עם תוספת, או שהוא יישות מסוג אחר. ההשלכה היא לדיני כהן הדיוט. הגמרא קובעת שבכל שור מועד יש גם שור תם ('צד תמות במקומה עומדת'. ראה ב"ק). כלומר זוהי הרכבה שכונית. במינוח הזה, נוכל לומר כי ישראל הוא 'הרכבה שכונית' של בן נוח עם הרובד העליון יותר, ולא 'הרכבה מזגית'.

שתי תפיסות של מערכת דיני בני נוח

אמנם הרב קוק, בספרו **אורות ישראל** (עמ' קנה-קנו) מתחבט בשאלה זו: **צורתם של ישראל צריכה להתברר: אם האנושיות הכללית של תוכן האדם עומדת היא בה בצביונה כמו שהיא אצל כל העמים, ועליה נבנתה הצורה הישראלית המייחדתה, או שמעקב ועד ראש הכל הוא מיוחד? לביור זה צריך להשתמש במקורות שונים, תורניים, שכליים, הסתוריים, רזיים, הופעיים, שיריים, ולפעמים גם פוליטיים ואקונומיים.**

השאלה היא האם ישראל היא צורה חדשה לגמרי (= 'הרכבה מזגית'), או שמא היא מורכבת משתי קומות: קומה הראשונה היא קומת בני נוח, הקומה האוניברסלית, ואילו הקומה השנייה היא הקומה הייחודית לנו (= 'הרכבה שכונית')? ברקע הדברים יש לזכור כי עם ישראל גם הם חלק מבני נוח (הם צאצאי שם).

בסופו של דבר הרב קוק מסיק את המסקנה הבאה:

נראה הדבר שמקודם נערך הדבר שצורת האדם תשתלם בכללותה, ובתור תוספת ויתרון יגלה על האומה המיוחדת רוחה המפואר בהדרת קודש.

² ראה על כך גם בספרו של מיכאל אברהם, **שתי עגלות וכדור פורח**, בהארה 10.

³ לא מדובר ב-606 מצוות, שכן השבע של בני נוח כוללות הרבה יותר מצוות שמתפרטות בהלכה שלנו. ראה על כך מעט גם להלן.

⁴ המושגים הללו שאובים ממשנתו של הרוג'ובר. ראה על כך בהרחבה בספר **מפענח צפונות**, לרמ"מ כשר.

אבל נתקלקלו העניינים ורוח האדם שקע כל כך בכלל, עד שלא היה החול יכול להיעשות בסיס לקודש אלא א"כ יקלקל אותו, והוכרחה גלות מצרים לבוא בתור כור הברזל שצירפה את צד האדם שבישראל, עד שנעשה לבריה חדשה, וצורתו החולית נתטשטשה לגמרי. והוחל גוי פעם אחת ע"י הגרעין האנושי לצורה שמראש ועד עקב כולה ישראלית, יעקב וישראל.

ומקורו נראה בסוגיית ב"ק לח ע"א, מהפסוק "עמד וימודד ארץ, ראה ויתר גויים", ע"ש היטב. אנחנו כאן נטען לטובת העמדה האחרת, השכונית, לפיה יש כאן מודל של שתי קומות: קומה ראשונה של בן נוח, ועל גביה קומה פרטיקולרית-ישראלית. לשם כך עלינו לחזור לדברי הרמב"ם שהבאנו לעיל.

שני חידושים בדברי הרמב"ם: מודל שתי הקומות

בדברי הרמב"ם שהובאו למעלה ישנן שתי תוספות עיקריות שנוגעות לנושא שלנו:

1. הוא קובע שהדעת נוטה למצוות אלו. כלומר בני נוח הצטוו רק במצוות שכליות.⁵
 2. הוא מביא את שבע מצוות בני נוח כחלק אינטגרלי מהתפתחות מערכת המצוות המלאה של ישראל. בשלב הראשון העולם הצטווה על שבע המצוות הללו, ולאחר מכן נוספו עוד מצוות, עד שמשה הביא את המערכת להשלמתה.
- ברצוננו לטעון כאן ששני החידושים הללו קשורים זה לזה. מדברי הרמב"ם הללו עולה כי מערכת המצוות משקפת מבנה בן שתי קומות: קומה ראשונה היא קומת המסד האוניברסלית, שמכילה את שבע מצוות בני נוח. ואילו הקומה השנייה היא הקומה היהודית הפרטיקולרית, שמכילה את שאר המערכת התורנית.⁶ ומכאן נובעת גם עמדתו של הרמב"ם לגבי האופי של מצוות בני נוח: אלו הן מצוות שהדעת נוטה להן, שכן הן מהוות את התשתית המאפיינת את צלם האלוקים שבאדם בכלל. אלו מצוות שכל בר דעת מחוייב בהן, והן מהוות תשתית ראשונית שעל גביה נבנית המערכת היהודית-תורנית הייחודית. לכן סביר שכל בר דעת גם יבין את מחוייבותו זו. אם כן, נראה כי הרמב"ם סובר שישראל זוהי הרכבה שכונית.

⁵ אמנם הוא אומר זאת על שש המצוות הראשונות, אך נראה שכוונתו לכולן. וראה על כך גם בדברי ר' ניסים גאון שיובאו להלן.

⁶ לא סביר שהרמב"ם מתאר כאן רק את התוכנית המקורית, כפי שמציג אותה הרב קוק. מסתבר שכך הוא גם ראה את המצב בפועל.

דברי בעל ה'בית ישי' בדרשותיו

ר' שלמה פיישר בספריו מתייחס לשאלה זו בכמה מקומות. בספר **בית ישי – דרשות**, בסי' ט ובסי' כו הוא מביא שנחלקו בשאלה זו חכמי ישראל:

1. יש שהבינו את בחירת ישראל מן העמים בבחינת בכורה בעלמא, כמו שכתוב:

”בני בכורי ישראל”. מקור עיקרי לכך הוא המשנה בפרקי אבות פ”ג מי”ד:

הוא [ר”ע] היה אומר: חביב אדם שנברא בצלם, חבה יתרה נודעת לו שנברא בצלם. שנאמר (בראשית ט): ”בצלם אלוקים עשה את האדם”. חביבין ישראל שנקראו בנים למקום, חבה יתירה נודעת להם שנקראו בנים למקום, שנאמר (דברים יד): ”בנים אתם לה’ אלוקיכם”.⁷

אם כן, כל אדם נברא בצלם, כמו אדם הראשון. מתוך כלל בני האדם בני ישראל חביבים יותר, שנקראו בנים למקום.

בעל ה**תוי”ט** על המשנה הזו, מביא שהמפרשים הוציאו אותה מפשוטה, ופירשו אותה על ישראל, ונסמכו על דרשת חז”ל:⁸ ”אתם קרויים ‘אדם’ ואין עובדי אלילים קרויים ‘אדם’” (שנאמרה על פסוק ביחזקאל, ”אדם אתם”). בעל ה**תוי”ט** חולק עליהם וקובע שאין להוציא את המשנה מפשוטה ואת הפסוקים מפשטם (שהרי הפסוק ”בצלם אלוקים עשה את האדם” מדבר על אדם הראשון), ובודאי ר”ע במשנה מדבר על כלל בני האדם.⁹

אם כן, המשנה הזו מכניסה את כל בני האדם תחת צלם אלוקים, ומתוכם יש חיבה יתירה לישראל, כעין בן בכור.

ב**בית ישי** מביא כאן גם את הפסוקים בתהילים קיז, אשר מתחילים בכל הגויים, ואח”כ עוברים לישראל, ואח”כ לבית אהרן. גם שם רואים מעבר הדרגתי מבני נוח לישראל, ואח”כ לכהנים.

2. כנגד עמדה זו עומדים ה**כוזרי** והמקובלים, אשר רואים בישראל צורה מיוחדת וברייה בפני עצמה, ולשיטתם ישראל כלל אינם שייכים לסוג של שאר האומות, בבחינת ”הן עם לבדד ישכון ובגויים לא יתחשב”. ה**כוזרי** במאמר א (לא-מג) כותב שצורת היהודי היא שונה באיכותה מצורת בן האדם, כמו האדם מן החי והחי מן הצומח והצומח מן הדומם.

⁷ וראה בתוי”ט ומדרש שמואל שהסבירו מדוע לא הובא הפסוק ”בני בכורי ישראל”, אף שהוא קודם.

⁸ ראה ילקוט שמעוני, פ’ כי-תשא רמז שפח, ד”ה ‘תניא רבי יהודה’, ויחזקאל רמז שעג, ד”ה ‘לד ואתן צאנ’.

⁹ גם ה**תוי”ט** שם, וגם בבית ישי שמיישב את דעות המפרשים שדחה ה**תוי”ט**, מסבירים בדומה לרב קוק, שבני נוח איבדו את מעמדם כבנים בעקבות חטאיהם.

ענייננו כאן, כמו במאמרי 'מידה טובה' בכלל, הוא לבחון את השאלה הזו מאספקטים הלכתיים.

דברי הרב קוק ב'עץ הדר'

הרב קוק, בתחילת ספרו **עץ הדר**, מביא את שיטת ה**לבוש** שפוסל אתרוג מורכב מפני שנעברה בו עבירה (עבירת הרכבה, שלטענת בעל ה**לבוש** גם בני נח מצווים בה). הרב קוק טוען כנגדו שהדבר אינו מוכרח מפני הבדלים כלליים בחיוב במצוות שישנם בין בני נח לבין ישראל.¹⁰

הרב קוק קובע עיקרון כללי שפרטי הלכותיהם של בני נח נקבעים על פי הטבע ולא על פי ההלכה. לדוגמא, הגמרא בחולין לג ע"א קובעת שאבר מן החי אסור בבן נח אפילו במפרכסת, שכן סו"ס במציאות היא חיה. ואילו אצל ישראל אסור אבר מן החי תלוי במעשה ההלכתי של שחיטה, ולא במציאות של חיים. לכן במפרכסת, מכיון שהיא נשחטה, אף שהיא עדיין חיה, מותר לישראל לאכול אבר שלה.¹¹ אצל ישראל ההבחנות ההלכתיות מצויות בספירה ההלכתית ונקבעות על פי מעשים הלכתיים (כמו מעשה שחיטה), ואילו אצל בן נח הן נגזרות ממצבי מציאות (כאן: מציאות של מיתה). ניתן לראות זאת גם בדיני ייחוסו של בן נח, שכן הוא הולך אחר האם ולא אחר האב, בעוד שייחוסו של ישראל נקבע על פי האב. הרב קוק מסביר גם את זה באותו אופן: ההורות של האם היא בטבע, ואילו ההורות של האב היא מכוח חזקה הלכתית.

דוגמא נוספת שהוא מביא היא מנושא השיעורים. כידוע, הגמרא אומרת שהשיעורים נמסרו לנו הלמ"מ (ראה סוכה ה ע"ב, ומקבילות). הרב קוק מסביר שבגלל זה הם לא ניתנו לבני נח (ראה רמב"ם מלכים פ"ט ה"י). **החת"ס** בתשובות ש"י וקפד בחיו"ד דן בדין הגדלות של בן נח, ומסיק (בעקבות תשובת הרא"ש) שהגדלות היא כמו כל שיעור אחר, ולכן אין בבני נח שיעורים לגדלות, כמו שני סימנים, או גיל שלוש עשרה. מסקנתו היא שחיובם במצוות הוא החל מהשלב בו הם מגיעים להבנה. אם כן, גם בדברים שבהם נוח מצווה בהם כישראל ישנו הבדל בינו לבין ישראל: לגבי בן נוח לא קיימים דיני השיעורים.

¹⁰ ישנם כמה וכמה הבדלים כאלה, גם במצוות שבני נוח מצווים בהן (הרבו לדון באיסורי עריות, עבודה זרה וכדו'. ואפילו בעניין האמונות הנכונות ישנן דעות שני נוח אינם מוזהרים על השיתוף). וראה ברמב"ן בסוף השגותיו לשרש הי"ד, הבדל עקרוני לעניין מניין המצוות. אמנם כאן הרב קוק מתייחס רק לאותם הבדלים שמבטאים את הקריטריון של התייחסות למציאות הטבעית.

¹¹ ראה דיון ארוך בגמרא זו ב**בית ישי** סי' קז, ד"ה 'והנה בחולין ל"ג' והלאה.

אם כן, אצל בן נח הולכים אחר המצב המציאותי (האם הוא בעל הבנה או לא), ואצל ישראל הולכים אחר השיעור ההלכתי.

האם ניתן להסיק מכאן מסקנה חד משמעית?

לכאורה המסקנה העולה מכאן היא שישראל הוא ברייה חדשה, ואין לה שום רובד דומה לשאר בני האדם, זאת בניגוד לעמדתנו כאן. הרי גם ברובד שבו לכאורה יש דמיון, ישנו שוני בפרטים. לשון אחר: אם אכן כל ישראל היה מכיל בן נוח בתוכו, היינו מצפים שכל דיני בן נוח יחולו ככתבם וכלשונם גם על ישראל, מעבר לדינים הספציפיים שתקפים רק לגבי יהודים. תמונה זו נראית עקבית עם מה שהסיק הרב קוק בקטע הנ"ל מאורות ישראל.

אולם ניתן לראות את הדברים גם מזווית שונה, כך שהם יתאימו גם לתפיסה המנוגדת. גם אם המודל הנכון הוא השכוני, עדיין לפעמים הקומה השנייה תשפיע על הראשונה, גם בלי להתמוזג עמה.¹²

העיקרון שקובע הרב קוק לפיו בבני נוח אזלינן בתר המציאות הטבעית ואצל ישראל בתר המצב ההלכתי, יכול גם להיגזר מן ההבדלים שראינו לעיל. ראינו למעלה ששבע מצוות בני נוח הן הבסיס האוניברסלי שמהווה תשתית לחיים האנושיים. הקומה היהודית-תורנית היא קומה נוספת על גבי הקומה האנושית-אוניברסלית. הרמח"ל בספרו דרך ה', ח"ב פ"ד פיסקא ט, כותב:

ואולם במעשיהם של ישראל תלה האדון ברוך הוא תיקון כל הבריאה ועילויה כמו שזכרנו, ושעבד כביכול את הנהגתו - לפעלם, להאיר ולהשפיע, או ליסתר ולהתעלם חס ושלום על פי מעשיהם.

אך מעשה האומות, לא יוסיפו ולא יגרעו במציאות הבריאה ובגילוי יתברך שמו או בהסתרו, אבל ימשיכו לעצמם תועלת או הפסד, אם בגוף ואם בנפש, ויוסיפו כח בשר שלהם או יחלישוהו.

אם כן, בני נח מצווים לחיות במציאות טבעית מתוקנת, ותו לא (בפיסקה הקודמת הרמח"ל מסיק מכך גם לגבי אופי הציוויים שלהם, שהם כלליים ולא מפורטים)¹³. מכאן שגם ההלכות הנוגעות אליהם ייקבעו על פי המציאות ולא על פי הלכות, שהן נורמות מופשטות. לעומת זאת, ישראל מיועדים גם להשפיע על כלל המציאות, הגשמית והרוחנית. לכן ישראל מצווים במצוות יתירות, וגם אופי המצוות שלהם הוא שונה. ועדיין יש להם קומה א של בני נוח, שהיא קומה

¹² ומכאן שגם דעתו של הרב קוק בנדון דידן אינה יכולה להתפרש באופן ברור, שכן ייתכן שהוא מתכוין לומר שיש הרכבה שכונית עם השפעה ולא הרכבה מזגית.

¹³ וזה תואם את דברי הרמב"ן הנ"ל בהשגות לשורש י"ד, ע"ש היטב.

אוניברסלית, אולם גם היא מושפעת מעט מקיומה של קומה ב.

שיטת ר' ניסים גאון

כך גם ניתן ללמוד מדברי ר' ניסים גאון בהקדמתו לש"ס (נדפסה במהדורות התלמוד שבידינו, בתחילת מסכת ברכות), אשר מקשה כיצד אנו מוצאים עשרות מצוות שבני נוח חייבים בהן, על אף שהגמרא קובעת שיש רק שבע כאלו? ועוד, הוא שואל, כיצד ניתן להעניש אותם ללא ציווי מפורש (הרי 'אין עונשין אלא אם כן מזהירין')? הוא עונה על כך ואומר:

כי כל המצוות שהן תלויין בסברא ובאובנתא דליבא כבר הכל מתחייבים בהן מן היום אשר ברא אלוקים אדם על הארץ, עליו ועל זרעו אחריו לדורי דורים. והמצוות שהן נודעות מדרך השמועה...

כלומר גם הוא עושה חלוקה בין מצוות מסברא שמחייבות כל אדם, יהודים ובני נוח, לבין מצוות שמדרך השמועה אשר מחייבות רק את מי שנצטווה.¹⁴ אמנם מדבריו שם משתמע שלא כל המצוות של בני נוח הן מסברא, וחלקן מדרך השמועה ולכן נדרש ציווי על חלקן. לדעתו גם התשתית הבסיסית יש בה ממד שמעי, ולא הכל עולה מסברא אנושית פשוטה.

הערה מתודולוגית כללית

למעשה, החלוקה הדיכוטומית, כפי שמציע אותה בעל הבית ישי, אינה חד משמעית. ממתי ייקרא יצור מסויים איכות שונה מיצור אחר? אם אכן ישנה השפעה של קומה ב על קומה א שעדיין מותירה אותה מוגדרת בנפרד מקומה ב, אז מתי ההרכבה בין שתי הקומות כן מתחילה להיות מזגית? אילו מאפיינים צריכים להיות שונים, ועד כמה, כדי שיהיה מדובר כאן במציאות שונה בתכלית? כל הבדל שנמצא יכול להתפרש גם כהבדל בסוג, אך גם כהבדל בין מינים ששייכים לאותו סוג. להלן נראה, שאמנם קשה לענות על השאלה התיאורטית שהעלינו, אולם ישנן השלכות הלכתיות-מעשיות שבהן תבואנה שתי התפיסות הללו לידי ביטוי. נוכל אם כן להסיק לפחות ברובד הנורמטיבי, שאמנם ישראל מחוייבים גם בקומה השנייה, אך ברור שהם צריכים גם לחיות במציאות חומרית מתוקנת. לכן ברור שיש דמיון בחיובים שלהם ושל בני נוח, על אף ההבדלים שנובעים מהאופי המיוחד שלהם ומתפקידם השונה (=מקומה ב). נראה כעת

¹⁴ נראה מדבריו שבמצוות שישודן בסברא אין תוקף לכלל 'אין עונשין אלא אם כן מזהירין'. כלומר לא רק שיש חובה ללא ציווי, אלא צפוי גם עונש (אולי רק בידי שמים, אך מדבריו לא משמע כן) למי שאינו מקיים את חובתו.

כמה השלכות כאלו.

סוגיית ישראל וגוי שבאו לדון¹⁵

הגמרא בב"ק ק"ג ע"א מביאה את הברייתא הבאה:

דתניא: ישראל וכנעני אנס שבאו לדין, אם אתה יכול לזכהו בדיני ישראל -

זכהו ואמור לו: כך דינינו, בדיני כנענים - זכהו ואמור לו: כך דינכם,

במסורת הש"ס על אתר מובאת גירסא שונה: במקום 'כנעני אנס' יש לכתוב 'גוי'. מהו ההבדל בין שתי הגירסאות? לכאורה בגירסא שלפנינו נראה כי ההיתר להוליך את הגוי שולל ולבחור באופן מגמתי את המערכת המשפטית בה אנו דנים הוא רק כלפי אנס גוי, ולא כלפי כל גוי. ומה יקרה כאשר סתם גוי בא לדון עם ישראל? על כך פוסק הרמב"ם (הל' מלכים פ"י הי"ב):

שני עכו"ם שבאו לפניך לדון בדיני ישראל, ורצו שניהן לדון דין תורה דנין,

האחד רוצה והאחד אינו רוצה אין כופין אותו לדון אלא בדיניהן, היה

ישראל ועכו"ם אם יש זכות לישראל בדיניהן דנין לו בדיניהם, ואומרים לו

כך דיניכם, ואם יש זכות לישראל בדינינו דנין לו דין תורה ואומרים לו כך

דינינו, ויראה לי שאין עושין כן לגר תושב אלא לעולם דנין לו בדיניהם

הרמב"ם אומר שהדין לבחור באופן מגמתי את המערכת המשפטית נאמר כלפי עכו"ם. אבל בדין בין ישראל לגוי שקיבל עליו שבע מצוות בני נוח (=גר תושב. ראה שם, סופ"ח), דנים לו בדיניו.

לגויים יש מערכת דינים משלהם (אחת משבע המצוות שלהם היא להקים מערכת של דינים. ראה להלן), ולישראל יש מערכת משפטית משלהם. כאשר יש דין בין ישראל לגוי, זוהי בעיה קלאסית של 'משפט בינלאומי פרטי' (במינוח משפטי בן ימינו): באיזו מערכת משפטית נדון בדין זה? הרמב"ם פוסק שלפחות ביחס לגר תושב אנו דנים את הדין הזה דווקא לפי מערכת הדינים של בני נוח.

השאלה שמתעוררת כאן היא: מדוע? לכאורה יש לדון את הדין במסגרת המשפטית המשותפת לשני הצדדים. אם אין מסגרת כזו, אזי אין כל אפשרות לדון את הדין הזה במסגרת ההלכה. וגם אם אנו מחליטים לדון את הדין הזה לפי אחת משתי המערכות המעורבות, מדוע עדיף דווקא הדין של בני נוח על ההלכה הרגילה? מדוע לא לדון זאת על פי המערכת ההלכתית הרגילה, שלפיה דן הבי"ד ההלכתי בכל שאר המקרים (ומכוחה הוא בעצם יונק את סמכותו)?

בשאלה זו עוסק ר' שלמה פיישר בספרו (ההלכתי) **בית ישי**, סי' קז. הוא

¹⁵ ראה בעניין זה את מאמרו של הרב מאיר ברקוביץ, תחומין יד.

מסביר שם שמערכת דיני בני נוח היא מערכת אוניברסלית, שכן עניינה הוא דיני הצדק והיגיון האנושי. מערכת כזו קיימת גם כלפי ישראל, שהרי גם הם מצווים לנהוג על פי הצדק והיגיון, ולכן הדין בין ישראל לגוי ייערך במסגרת המערכת של הגויים, שכן היא מהווה בסיס משותף לשתי המערכות. וזה ממש כדברינו לעיל, שישראל הוא קומה נוספת מעבר לקומה האוניברסלית של בני נוח, ולא תחליף לה.

מחלוקת הרמב"ם והרמב"ן לגבי מצוות דינים

הבאנו למעלה שאחת המצוות שבהן מצווים בני נוח, היא הדינים. הרמב"ם בסופ"ט מהל"מ מלכים כותב כך:

וכיצד מצווין הן על הדינים, חייבין להושיב דיינין ושופטים בכל פלך ופלך לדון בשש מצוות אלו, ולהזהיר את העם, ובן נח שעבר על אחת משבע מצוות אלו יהרג בסייף, ומפני זה נתחייבו כל בעלי שכם הריגה, שהרי שכם גזל והם ראו וידעו ולא דנוהו, ובן נח נהרג בעד אחד ובדיין אחד בלא התראה ועל פי קרובין אבל לא בעדות אשה ולא תדון אשה להם.

משמע מדברי הרמב"ם שמצוות הדינים שמוטלת על בני נוח היא להעמיד דיינים בכל מקום לדון את העם על קיום שש המצוות האחרות. מהם הדינים שלפיהם דנים באותם בתי דין? זה לא ברור מדברי הרמב"ם.

הרמב"ן בפירושו לפרשת וישלח (על מעשה בעלי שכם), כותב שמצוות הדינים כוללת גם ציווי על הדינים (המערכת המשפטית האזרחית – דיני ממונות) שהצטוו ישראל. אותם בתי דיינים ינהגו בדיוק כמו בי"ד של ישראל ביחס לדיני הממונות. יהיו שם דיני אונאה, וגניבה וכדו'.

ומה דעת הרמב"ם בעניין (ראה שם בלח"מ על אתר, שכתב שפשט הסוגיא הוא כרמב"ן)? כמה מפרשים מסבירים שהרמב"ם מתכוין לומר שהדינים שחלים על בני נוח אינם בהכרח מערכת המשפט של התורה, אולם הם חייבים לחוקק לעצמם מערכת חוקים להסדיר את המשפט האזרחי שלהם כפי שייראה להם, על פי הצדק והיגיון (ראה בשו"ת הרמ"א סי' י, ובחזו"א ב"ק סי' י סק"א).¹⁶

לכאורה לפי הרמב"ן יוצא שבאמת ישנו מסד משותף למערכת המשפט של ישראל ולזו של בני נוח, אך לפי הרמב"ם אלו הן שתי מערכות משפט שונות. מאידך, דווקא לפי הרמב"ם עולה כי מערכת המשפט של בני נוח היא מערכת של

¹⁶ ובשו"ת חת"ס ח"ו סי' יד כתב שאמנם הציווי על הדינים מכיל רק חובה להקים ולמנות בתי דיינים, אבל ישנה גם חובה לחוקק משפט אזרחי, והיא מסתעפת מאיסור גזל. וראה בזה בדברי ר' שמעון שקאפ, להלן.

צדק ויושר (=ערכים אוניברסליים), והמערכת הישראלית-תורנית היא מערכת שונה.

מסקנה זו הולמת באופן חלקי את מה שראינו למעלה בשיטת הרמב"ם: מחד, באמת ראינו שהרמב"ם סובר שמערכת המשפט של בני נוח היא מערכת של עקרונות צדק ויושר, וזה מתאים למה שראינו כאן. מאידך, המערכת ההלכתית נראית שונה, והיא אינה משותפת לנו ולבני נוח. ובזה נראה שהרמב"ם סותר את מה שראינו בדבריו למעלה. מעבר לכך, עלינו לשאול את עצמנו שאלה נוספת: האם ישראל אינם מצווים על חוקי הצדק והיושר? מדוע חוקים אלו לא תקפים לגביהם?

שיטת בעל 'דרשות הר"ן'

נראה שהדברים אינם סותרים, ואכן גם ישראל חייבים לנהוג על פי הצדק והיושר. כדי להבין זאת, נשים את ליבנו להיבט נוסף של ההלכה. הר"ן בדרשותיו, דרוש יא, כותב שיש בהלכה שתי מערכות משפט מקבילות: משפט המלך, שאחראי על הצדק והיושר והתיקון החברתי, ומשפט ההלכה, שאחראי על חלות האור האלוקי על ישראל, ממש בהקבלה לדברי הרמח"ל שראינו למעלה. וזו לשונו (עמ' קצא, במהדורת פלדמן):

שכמו שהחוקים שאין להם מבוא כלל בתקום הסדר המדיני, והם סיבה עצמית קרובה לחול השפע האלוקי, כן משפטי התורה יש להם מבוא גדול... ואפשר שהם היו פונים יותר אל הענין אשר הוא יותר נשגב במעלה ממה שהם היו פונים לתקן קיבוצנו. כי התקון ההוא המלך אשר נעמיד עלינו ישלים ענינו, אבל השופטים והסנהדרין היה תכליתם לשפוט את העם במשפט אמיתי צודק בעצמו, שימשך ממנו הדבר הענין האלוקי בנו. ישלם מנו לגמרי סידור ענינו ההמוני, או לא ישלם. ומפני זה אפשר שימצא בקצת משפטי ודיני האומות ממה שהוא קרוב יותר לתיקון הסידור המדיני מה שימצא בקצת משפטי התורה. ואין אנו חסרים בה, כי כל מה שיחסר מהתיקון הנזכר היה משלימו המלך... ונמצא שמינוי השופטים היה לשפוט משפטי התורה בלבד, שהם צודקים בעצמם... ומינוי המלך היה להשלים תקום הסדר המדיני, וכל מה שהיה מצטרך לצורך השעה... וכאשר לא יהיה מלך בישראל, השופט יכלול שני הכוחות: ¹⁷ כוח השופט וכוח המלך...

אם כן, מערכת המשפט ההלכתי לא תמיד מתאימה לצדק האוניברסלי, אבל

¹⁷ כוונתו להלכה לפיה ב"ד מכין ועונשין שלא מן הדין. ראה שו"ע חו"מ סי' ב ועוד.

הסטיות הללו מתוקנות בפועל על ידי משפט המלך. כאשר ההליכה על פי משפט התורה מובילה אותנו לעיוות, מסתבר שנוצרה כאן התנגשות בין הסדר הרוחני שאליו מובילה אותנו ההלכה, לבין הסדר המוסרי-חברתי, שכפוף לחוקים האוניברסליים. תפקידו של המלך הוא לתקן את המעוות. לפי אילו קריטריונים פועל המלך? איזו מערכת משפטית מנחה אותו? מסתבר שזוהי המערכת של הצדק והיושר האנושי, כלומר משפט בני נוח.

נביא כאן רק דוגמא אחת כדי לחדד את העניין.¹⁸ ר' מאיר דן פלאצקי, בספרו **חמדת ישראל**, קונטרס 'נר מצוה' דף ק, דן בשאלה האם במשפט של בני נוח ישנו כלל שאדם לא נאמן בהודאת עצמו. בתוך דבריו שם הוא כותב כך:

והנה...כתבנו להכריח דהר"מ ז"ל גם כן סבירא ליה כשיטת החינוך [שבן נוח נהרג בהודאת עצמו] והוא ממה שכתב בהלכות סנהדרין הנ"ל דמה שהרג יהושע לעכן בהודאת עצמו היה מדין מלך, ובררנו שם דמלך...אין לו יותר כוח לדון מדיני בני נוח, ומי שאינו מתחייב בדיני בני נוח, גם המלך אינו יכול להענישו...

הוא מביא ראיה לכך שבמערכת המשפטית של בני נוח אדם נהרג בהודאת עצמו (=אדם משים עצמו רשע. ראה סנהדרין ט ע"ב ומקבילות), מכך שהרמב"ם כותב שבמשפט המלך אדם נהרג בהודאת עצמו (וראייתו היא מעכן שנהרג בהודאת עצמו. ראה ברמב"ם הל' סנהדרין פי"ח ה"ו). בתוך דבריו הוא משווה באופן מפורש את משפט המלך למשפטם של בני נוח, וטוען שכל מה שמצוי בדיני המלך חייב להיות בדיני בני נוח.

ובכל זאת שתי קומות

נשוב כעת לבאר את הסתירה שהבאנו בדברי הרמב"ם. מחד, הרמב"ם אומר שדיני בני נוח שונים מדיני ישראל גם בחלקים המשפטיים. כלומר המערכת האוניברסלית אינה משותפת לבני נוח ולישראל, וזה לכאורה מתאים לגישה שישראל הם ברייה בפני עצמה. אולם ראינו שהרמב"ם בסופ"ח מהל' מלכים אינו תופס זאת כך. כעת נוכל להבין שהמערכת האוניברסלית אכן קיימת גם ביחס לישראל, אולם היא מסווגת תחת משפט המלך. ההלכה הטהורה אינה מחוייבת לסידור החיים החברתיים-מדיניים, ולכן ייתכנו במסגרתה סטיות מהצדק והיושר. אולם בפועל אין לסטות מהם, ועל כך אמון המלך ומשפטו. אם

¹⁸ דוגמא זו מובאת במאמרו של מ. אברהם, 'האם ההלכה היא משפט עברי', **אקדמות** טו. ראה שם במאמר השלכה חשובה של דברינו כאן, בדבר אפשרות שילוב של אלמנטים מהותיים מן המשפט העברי במשפט המדינה.

כן, כללי הצדק והיושר אכן מחייבים גם את ישראל, שכן גם הם אמורים לנהל חיים חברתיים ומוסריים תקינים. אמנם יש להם מטרות נוספות (=חול העניין האלוקי), ולכן לפעמים משפטם סוטה מן המשפט האינסטרומנטלי של בני נוח, שכל עניינו הוא תיקון החיים החברתיים. נמצאנו למדים שגם אם המערכת המשפטית של ישראל אינה זהה לזו של בני נוח, הדברים אמורים רק כלפי ההלכה הטהורה. אולם בפועל הצדק והיושר מחייבים גם את ישראל. אם כן, ישראל אכן מהווים קומה שנייה, אך הם מחוייבים גם לקומה הראשונה, האוניברסלית, של משפט בני נוח. כעת ברור מה שפוסק הרמב"ם שישראל וגוי שבאים לדין, דנים להם לפי דיני בני נוח, שכן אלו הם דינים שמשותפים לשתי המערכות, ולכן מוצדק לדון אותם דווקא במערכת הזו.

מצווה שנאמרה לבני נוח ונשנית בסיני

הגמרא בסוגיית סנהדרין נט ע"א דנה במצוות שנצטוו בני נוח, ובתוך הדיון על אבר מן החי היא שואלת מדוע התורה היתה צריכה לחזור ולתת בסיני מצוות שניתנו כבר לבני נוח:

למה לי למיכתב לבני נח ולמה לי למשני בסיני? - כדרבי יוסי ברבי חנינא. דאמר רבי יוסי ברבי חנינא: כל מצווה שנאמרה לבני נח ונשנית בסיני - לזה ולזה נאמרה. לבני נח ולא נשנית בסיני - לישראל נאמרה ולא לבני נח. ואנו אין לנו אלא גיד הנשה ואליבא דרבי יהודה.

אמר מר: כל מצווה שנאמרה לבני נח ונשנית בסיני לזה ולזה נאמרה. אדרבה, מדנשנית בסיני - לישראל נאמרה ולא לבני נח! - מדאיתני עבודה זרה בסיני, ואשכחן דענש נכרי עילוה - שמע מינה לזה ולזה נאמרה. לבני נח ולא נשנית בסיני לישראל נאמרה ולא לבני נח. אדרבה, מדלא נישנית בסיני לבני נח נאמרה ולא לישראל! - ליכא מידעם דלישראל שרי ולנכרי אסור.

הגמרא קובעת כלל שמצווה אשר ניתנה לבני נוח ונשנתה בסיני מכוונת לכל באי עולם, ומצווה שניתנה רק לבני נוח נאמרה רק לישראל. כמו שהגמרא עצמה מקשה, הסיפא היא קשה מאד: מדוע מצוות שלא נשנו בסיני נאמרו רק לישראל? להיפך: לכאורה נראה סביר יותר שהן יפנו רק לבני נוח. נראה בעליל שהגמרא רואה את ישראל כקומה נוספת מעבר לבני נוח: המצוות האוניברסליות שניתנו לבני נוח, ודאי נאמרו גם לישראל, וחלק מהן נאמרו רק לישראל.

הגמרא אף קובעת כלל שאין דבר שאסור לבני נוח ולישראל מותר. כלומר כל

ההלכות של בני נוח רלוונטיות גם לישראל, בבחינת 'בכלל מאתיים מנה'.¹⁹ ואכן, כך כותב שם רש"י על אתר: "שכשיצאו מכלל בני נח - להתקדש יצאו, ולא להקל עליהם". כלומר ישראל הם בני נוח, עם קומה נוספת, ולא ברייה חדשה ממש. בהקשר זה יש לציין את שני הדרושים הראשונים בספר **פרשת דרכים** (לר' יהודה רוזאניס, בעל **המשנה למלך**), אשר דנים בשאלת מעמדם של האבות (ושל ישראל בכלל לפני מתן תורה, ולפני הגרות שעברו ביציאת מצרים): מובאת שם מחלוקת בין המפרשים האם האבות יצאו מכלל בני נוח והפכו לישראל, או שמא הם רק החמירו על עצמם כישראל (קיבלו על עצמם קומה שנייה בלבד), אבל בפועל היו בני נוח. לפי דברינו כאן, שאלה זו נוגעת רק לקומה השנייה, שכן הקומה הראשונה נותרת בעינה גם אצל ישראל גמור (פרט לכמה שינויים בפרטים).²⁰

חיובי קטנים

כמה אחרונים מציגים סתירה בין סוגיית סנהדרין נה ע"א (סוגיית 'תקלה וקלון', אשר עוסקת ברביעת בעלי חיים) לסוגיית יבמות לו ע"א (אשר דנה באיסור שבת ומצוות המקדש, בסוגיית 'אין איסור חל על איסור'). בסוגיית סנהדרין מתברר כי גם אם קטן עובר עבירה, פעולה זו מוגדרת כעבירה. לעומת זאת, בסוגיית יבמות עולה כי הקטן מתחייב במצוות בגדלותו, ולפני כן מעשיו אינם נחשבים כעבירה.

ביחס לקושיא זו עולים באחרונים כמה תירוצים. כמה מהם כותבים ליישב את הקושי באותו סגנון (**אור שמח**, איסורי ביאה פ"ג ה"ב. **נחל יצחק** ח"ב, סי' פט ס"ב). לעומת זאת, בעל **חלקת יואב** בסי' א, מעלה את האפשרות הזו ודוחה אותה): לטענתם כל המצוות שבני נוח חייבים בהן, ברור שגם קטן ישראל

¹⁹ ר' שלמה פישר בסי' קז מאריך להוכיח שישנה מחלוקת האם הכלל הזה הוא סימן או סיבה, שכן ישנם יוצאי דופן (כמו במקרה של אבר מן החי שהוזכר לעיל).

²⁰ שם עיקר עיסוקו הוא דווקא בפרטים הללו, שכן ההבדלים בין השיטות נוגעים להלכות שלגביהן בן נוח חמור מישראל. לגבי הלכות אלו עולה השאלה האם האבות יצאו מכלל בני נוח גם לקולא או רק לחומרא. לכאורה העובדה שיש בבן נוח גם חומרות ולא רק קולות לעומת ישראל, מצביעה על כך שהוא יצור שונה במהותו. אם בכל ישראל היה גם רכיב של בן נוח, אזי היינו מצפים שכל מה שיימצא בבן נוח יהיה גם בישראל. אמנם ישנן חומרות אצל בני נוח שאינן מצביעות בהכרח על שינוי מהותי. לדוגמה, לבן נוח אסור ללמוד תורה. אם כן, לכאורה בזה הוא חמור יותר מאשר ישראל. אך ברור שאין להביא מכאן ראיה שישראל הוא יישות אחרת לגמרי, שהרי זה אינו הבדל הלכתי פרטי, אלא הבדל שבעצמו נגזר מאי השייכות לקומה ב.

חייב בהן. הסיבה לכך היא דברי החת"ס שהובאו לעיל, לפיהם חיובים של גוי מתחילים מגיל שהוא מבין את חובתו ולא מגיל הבגרות ההלכתית. נוסיף לכך את מאמר הגמרא שהובא לעיל "ליכא מידעם דלישראל שרי ולבן נוח אסור". ומשתי ההנחות הללו נגיע מייד למסקנה שאם בני נוח חייבים על רביעת בהמה משעה שהם מבינים את האיסור ואת חובתם כלפיו, הרי ישראל אינם יכולים להיות פחותים מבני נוח. לכן ברור שספציפית לגבי מצוות בני נוח גם בישראל החובה מתחילה מהגיל שהוא מבין את חובתו ולא מגיל בגרות.

די ברור שמעבר להוכחה הפורמלית ישנה כאן גם טענה מהותית: בתוך כל ישראל כביכול יש בן נוח ('בכלל מאתים מנה'), ולכן כל ילד יהודי חייב גם בחיובים של ילד גוי. לכן כל דבר שמוטל על בן נוח מוטל ממילא גם על יהודי. ניתן להרחיב ולומר שכפי שראינו החובות של בני נוח הם חובות שמסברא, ולכן אין צורך שיהיה גיל סף פורמלי שקובע את החיוב בהן, אלא הכל נקבע על פי מידת ההבנה. אם כן, בחובות כאלו, גם כאשר אנו מתייחסים ליהודי, אין אפשרות לקבוע גיל סף, שהרי בחובות שמסברא חייב כל מי שמבין את הסברא שביסוד החיוב. שאלה זו נוגעת לסוגיית הסברא בהלכה, שתידון בעז"ה במאמרים נוספים בהמשך השנה.

מערכת 'דיני המשפטים'

ר' שמעון שקאפ, בספרו **שערי יושר**, לכל אורך שער ה, מחדש חידוש גדול מאד ביחס לחלק המשפטי של התורה. בתחילת פ"א שם הוא מביא קושיא חזקה של מהר"י באסן: על פי ההלכה כשיש דיון משפטי בדיני ממונות ואין לתובע ראייה, הממון נותר אצל הנתבע, כלומר במצב של ספק ממון הולכים לקולא לנתבע (ולחומרא לתובע). ובלשון ההלכה (ב"מ ב ע"ב, ומקבילות): "המוציא מחברו עליו הראייה". כידוע, על פי ההלכה במצב של ספק חלים כללי הכרעה בספיקות: בספק דאורייתא הדין הוא שיש ללכת לחומרא, ובספק דרבנן לקולא. כעת מקשה מהר"י באסן: הרי המצב שתואר לעיל הוא מצב של ספק, שכן אין ראייה לאף צד. אם כן, כל אחד מהצדדים נמצא במצב של ספק איסור גזל, ובמצב כזה עליו לנהוג על פי דיני ספיקות, ולכן ללכת לחומרא (איסור גזל הוא איסור דאורייתא). החומרה במצב כזה היא לא לקחת את הכסף, או שהנתבע ישלם מספק. אם כן, כיצד ההנחייה ההלכתית לנתבע במקרה זה היא ללכת לקולא?²¹

²¹ כדי להעמיד את הקושיא הזו על מכונה, יש לדקדק בה הרבה יותר. ראשית, הרי אין פתרון אחר, שכן גם אם הנתבע יתן את הכסף המצב הוא שזוהי הליכה לקולא לתובע, וכעת הוא יעבור על 'לא תגזול'. מעבר לכך, אם הנתבע יודע שהאמת אתו, מדוע עליו להחמיר בדיני

על קושיא זו ר' שמעון משיב שאיסור גזל שונה משאר איסורי התורה. בכל איסור הלכתי היסוד לאיסור הוא הציווי עליו בתורה. אבל בגזל היסוד לאיסור הוא ההסכמה החברתית שקובעת בעלויות ממוניות של אנשים על רכוש. התורה רק נותנת גושפנקא לקביעה המשפטית הזו, וקובעת שמי שעובר על הכללים החברתיים הללו (שקרויים אצל ר' שמעון 'דיני המשפטים') עובר על לאו של 'לא תגזול'. ולפי זה, אם יש מצב שבו ההסכמה המשפטית היא שבמצב נתון אין חוב ממוני, כי אז ההחזקה בממון הזה אינה עבירת גזל. אם כן, במצב שבו אין ראיות לתובע, המערכת המשפטית האנושית קובעת את הכלל 'המוציא מחברו עליו הראיה' (גם בהלכה יסודו של הכלל הזה הוא מסברא. ראה ב"ק מו ע"ב). ממילא במצב כזה הנתבע הוא הבעלים ברובד המשפטי, ולכן גם אם הוא יחזיק בממון הוא לא יעבור על איסור גזל.²² השלכה אחת שמביא ר' שמעון שקאפ לדבריו היא לגבי גזל גוי. כידוע, בגמרא ובפוסקים חלוקות הדעות האם בגזל הגוי יש איסור 'לא תגזול' או לא (ראה **אנציק"ת** ע' 'גזל הגוי'). והנה ר' שמעון שקאפ טוען בכמה מקומות לאורך השער (ראה בסופ"א, בפ"ה ועוד) שאמנם מן הבחינה ההלכתית יש דעות שאין איסור דאורייתא של גזל גוי, אך מבחינת דיני המשפטים ודאי יש איסור כזה. הרי גם לגבי גויים מוגדרות בעלויות, ולכן הפגיעה בהן מהווה איסור משפטי. אמנם לפי חלק מן הפוסקים התורה אינה מטילה על הנורמות הללו את הקומה ההלכתית הנוספת של 'לא תגזול', אך עדיין קיים לגביהם האיסור המשפטי.

זוהי דוגמא מובהקת למודל שתי הקומות שהצגנו למעלה. אמנם ישנה כאן הנחה נוספת, שבה נדון בסעיף הבא.

ספיקות ולמסור את הכסף? לשם הפשטות נעמיד את הקושיא במצב שבו התובע טוען ברי שמגיע לי כסף, והנתבע משיב לו בשמא (=הוא אינו יודע, או אינו זוכר). במצב כזה עדיין ההלכה קובעת שהממון נותר אצל הנתבע (לא אומרים ברי ושמא להוציא ממוחזק. ראה ב"ב קג ע"א, ומקבילות). כאן הנתבע אינו יודע את האמת והוא מצוי בספק בעצמו ולכן עליו להחמיר, ואילו התובע אינו מצוי בספק, ולכן אינן לו מניעה לקבל את הכסף.

²² לכל אורך שער ה הוא מביא השלכות של הקביעה המחודשת הזו, וישנן עוד השלכות שהוא אינו מביא. על חלקן ודאי נעמוד במאמרינו במהלך השנה. ראה בעניין זה את מאמרו של אבי שגיא, 'המצווה הדתית והמערכת המשפטית' – פרק בהגותו ההלכתית של הרב שמעון שקאפ, **דעת** 35, תשנ"ה, עמ' 114-99. מיכאל אברהם עסק בשיטתו זו של ר' שמעון שקאפ, ובהשלכה מעניינת שלה, במאמרו 'מה אקוב לא קבה א-ל ומה אזעום לא זעם ה" – דיון בדיני ממונות בגטו קובנא', **צהר** כ.

האם יש בהלכה הכרה באיסור משפטי?²³

ההסבר אותו מציע ר' שמעון בתחילת השער (בכרך ב, דף א) לעיקרון הזה הוא הבא:

כשם שסוג הקניינים וחוקי הבעלים בנכסים הוא דבר משפטי, גם בלי אזהרת 'לא תגזול', וכמו שביארנו לעיל דלא ייתכן בשום פנים לומר דהעניין מה שאנו מייחסים החפץ לראובן הוא מחמת ששמעון מוזהר עפ"י התורה שלא לגזול ממנו. אלא הדבר הוא בהיפוך, דאיסור גזילה הוא לאחור החלטת העניין בחוקי גבולי הבעלים...

לכאורה ישנו כאן שיקול פרשני: התורה מצווה אותנו על איסור 'לא תגזול'. אולם גזילה היא פגיעה בבעלות ממונית, ולכן האיסור הזה מניח במובלע את קיומן של קטגוריות משפטיות אשר קובעות את הבעלויות הממוניות, שהפגיעה בהן מהווה עבירת גזל. אך מהשיקול הזה עולה רק שהרובד המשפטי-קנייני מגדיר את הבעלויות שעליהן חל איסור 'לא תגזול'. משיקול זה לא עולה שיש איסור משפטי לגזול גם במקום שבו יש בעלות אך אין איסור 'לא תגזול', כמו המצב שתיארנו לגבי גזל הגוי. להיפך, מכאן נראה דווקא שאין כל איסור מעבר לאיסור ההלכתי, אלא שהאיסור ההלכתי זוקק הגדרות משפטיות קודמות. אך בפיסקה אחרת (שם בפ"ד ד"ה 'ונלענ"ד') מעורר ר' שמעון שאלה על חידושו:

ואף דבהשקפה ראשונה הוא דבר תמוה, איזה הכרח וחיוב על האדם יהיה לעשות דבר בלי ציווי ואזהרת התורה? אבל כשנעמיק בעניין היטב יש להבין עניין זה. דהרי גם החיוב וההכרח לעבודת ה' ולמלאות רצונו ית', הוא גם כן עניין חיוב והכרח עפ"י משפט השכל וההכרה, כמו"כ הוא חיוב והשעבוד ממון הוא חיוב משפטי, שנתחייב עפ"י דרכי הקניינים...

ר' שמעון מקשה כיצד אנו מחוייבים לחוקים שאינם מעוגנים בתורה שבכתב ובע"פ (=נורמות חוץ-הלכתיות)? הוא עונה שגם החובות ההלכתיות מבוססות על הכרעה שלנו להיות מחוייבים אליהן, ולכן אין להתפלא שחובות אחרות שישודן בסברתנו ובהכרעתנו מחייבות אותנו גם הן.

עלינו לשים לב לכך שגם הקושיא וגם ההסבר מניחים במובלע שהרובד המשפטי אינו רק הגדרות מטא-נורמטיביות, אלא ישנו ממש איסור גזל ששייך לרובד המשפטי. ברור שלפי הגרש"ש ישנה חובה שלא לגזול שאינה נובעת מן

²³ בשאלת מעמדן של נורמות חוץ הלכתיות נעסוק בעז"ה גם בעוד שבועיים, במאמרנו לפרשת וירא.

האיסור ההלכתי של גזל אלא מדיני המשפטים.²⁴ על כך הוא מקשה כיצד אנו מחוייבים להישמע לו, ומסביר שהחובות שנובעות מן הסברה מחייבות גם הן. אם היתה כאן רק הגדרה מטא-הלכתית ותו לא, לא היה מקום לא לקושיא ולא לתירוץ.

כעת נוכל להרחיב את היסוד של הגרש"ש לכל האיסורים השייכים לתשתית האוניברסלית. לגבי כולם החובה נובעת מן הסברה וההכרה האנושית, ובכל זאת היא מחייבת אותנו כמו דיני התורה.²⁵

בחזרה להגדרת הזהות היהודית

במבוא למעלה שאלנו מדוע אנו נוטים לזהות את היהדות עם המצוות הפרטיקולריות, ולא עם המצוות האוניברסליות (שחלקן חשובות וחמורות יותר, כמו איסור רציחה). אמנם הניסוח באופן כזה כבר נותן רמז לתשובה: כבר אריסטו עמד על כך שכאשר אנו רוצים להגדיר מושג, או עמדה, עלינו לתאר אותם דרך הסוג העליון שמכיל אותם, ולייחד אותם בצורה של מין ייחודי באותו סוג. לדוגמא: האדם הוא חי מדבר. הסוג הכללי שבתוכו כלול האדם הוא החי, והמאפיין הייחודי בתוך הסוג הזה (המין) הוא - המדבר. לכן, בדיוק באותו אופן, ההגדרה לזהות יהודית צריכה להיות מורכבת מהסוג הכללי (=בן נוח, או אדם), ולאחר מכן מן המאפיינים הפרטיקולריים שלו במובחן משאר בני האדם (או בני נוח). אם כן, ברור שכאשר מישהו ירצה לבחון את יהדותו של אדם או חברה כלשהם, עליו לבחון את קיומם של המאפיינים הייחודיים ליהדות. אין טעם לבחון את יהדותו של מישהו דרך המאפיינים שמשותפים ליהדות ולשאר האנושות (=מצוות בני נוח, או הערכים האוניברסליים), כמו שאין טעם לבחון את היותו של ראובן אדם דרך השאלה האם יש לו רגליים, או דרך העובדה שהוא נושם. אין בכך כדי לומר שהמאפיינים הייחודיים הם חשובים יותר. הם פשוט מאפיינים את המושג 'יהודי' בצורה חדה יותר.²⁶ מסיבה זו מי שרצח נחשב עדיין כיהודי

²⁴ השלכה של נקודה זו מצויה במאמרו של מיכאל אברהם, 'בעיית היחס בין הפרט והכלל ודילמת 'חומת מגן', צהר יד, אביב תשסג. שיטת רש"י בב"ק ס ע"ב שאסור לאדם להציל עצמו בממון חברו ולשלם, מבוססת בהכרח על תפיסה כזו (וע"ש ברפ"ג שהערתי שאמנם כל הראשונים חולקים על רש"י בזה, אולם גם מדבריהם עולה בבירור תפיסה עקרונית דומה).

²⁵ שאלה זו נוגעת בטבורה בשאלת מעמדם של הסברות בהלכה. אנו נעסוק בעז"ה בנושא זה במאמרינו בעתיד.

²⁶ ניתן אולי לומר שהמאפיינים האוניברסליים הם בסיסיים יותר, והפרטיקולריים הם

(אף שקומת האדם האוניברסלית שלו היא פגומה מאד), אך מי שחילל שבת או אכל לא כשר, על אף שאלו איסורים קלים יותר מרצח, אינו נתפס כיהודי. זוהי אבחנה לוגית פשוטה ונכונה, שאינה נוגעת לחומרת העבירות הנדונות, ובצדק.

הכוונה בעת עשיית מצווה אוניברסלית

עד כאן עמדנו על כך שההלכה מכירה בחובות אוניברסליות כמחייבות גם את היהודי, ובפיסקאות שלפני זו האחרונה ראינו שזה נכון אפילו לגבי חובות שכלל אינן מופיעות במפורש בהלכה.

והנה אנו מוצאים ברמב"ם דרישה שעומדת לכאורה בניגוד לדברינו אלה. הרמב"ם כותב בסופ"ח מהל' מלכים את הדברים הבאים:

כל המקבל שבע מצות ונזהר לעשותן הרי זה מחסידי אומות העולם, ויש לו חלק לעולם הבא, והוא שיקבל אותן ויעשה אותן מפני שצוה בהן הקב"ה בתורה והודיענו על ידי משה רבינו שבני נח מקודם נצטוו בהן, אבל אם עשאן מפני הכרע הדעת אין זה גר תושב ואינו מחסידי אומות העולם אלא [וי"ג: ולא] מחכמיהם.

בהלכה קודמת הרמב"ם קובע שאם גוי מקבל על עצמו שבע מצוות בני נוח הוא נקרא 'גר תושב'. אולם בהלכה זו הוא מסייג את דבריו ואומר שאם אותו אדם עושה את המצוות הללו מפני הכרע הדעת (=סברתו שלו) ולא מפני שהקב"ה ציווה אותן בתורה שניתנה למשה בסיני, הוא אינו גר תושב ולא מחסידי אומות העולם, אלא מחכמיהם.

לכאורה דבריו אלו של הרמב"ם שומטים את הקרקע מתחת לטענתנו העיקרית. אם המימד האוניברסלי מחייב כל יהודי, שכן בתוך כל יהודי מצוי אדם רגיל, בבחינת 'בכלל מאתים מנה', אזי היינו מצפים שהחובה לעשות את המצוות האוניברסליות לא תהיה חובה הלכתית וגם לא חלק מן התורה, אלא חובה שיסודה בכך שהדעת נוטה לה (כמו שכתב הרמב"ם עצמו ברפ"ט). ברור שזוהי תפיסה שגויה. הרמב"ם אמנם אומר שמצוות בני נוח הדעת נוטה

'גבוהים' יותר. לשון אחר: מי שעובר על נורמה אוניברסלית (לדוגמא, מי שרצח) עשה משהו חמור יותר (כי הוא עבר על משהו בסיסי), אך מי שמקיים אותה (= מי שלא רצח) קיים משהו נמוך ואלמנטרי יותר. כעין זה אומר הרמב"ן בפירושו לפרשת יתרו על היחס בין מצוות עשה (שקשורות לאהבת ה') ומצוות לא-תעשה (שקשורות ליראתו). גם שם הקושי עליו הוא בא לענות הוא דומה: מחד, עשה דוחה לא תעשה. מאידך, עלינו להוציא את כל ממוננו שלא לעבור על מצוות ל"ת, ואילו ביחס למצוות עשה אין לנו חובה אלא להוציא שלישי, או חומש. וראה גם בשדי חמד, ע' 'עשה דוחה לא תעשה' שדן בדברי הרמב"ן.

להן, אולם הוא אינו אומר שהסיבה לקיומן היא הסברא השכלית לבדה. כאן הוא מוסיף ומסביר שהמוטיבציה לקיום והכוונה שמלווה את הקיום צריכה להיות מוטיבציה של עבודת ה', ולא רק מוטיבציה אוניברסלית להיות אדם טוב. אם כן, אמנם בכל יהודי טמון בן נוח, והקומה היהודית אכן בנויה משתי קומות: אוניברסלית ופרטיקולרית, אך שתי הקומות הן חלק מעבודת השם, והמחוייבות לנהוג לפיהן היא מחמת עבודת השם.

אמנם דברי הרמב"ם נאמרו על גר תושב, אך רוב מפרשיו הבינו שכוונתו היא גם ליהודי (ראה בספר **המפתח** במהדורת פרנקל על הלכה זו). גם יהודי צריך לעשות את המצוות מפני שנצטווה עליהן בתורה, וגם את המצוות השכליות.²⁷ **בפירוש המשנה**, חולין פ"ז מ"ו, הרמב"ם חוזר על טענה דומה, והפעם ביחס ליהודים (הוא רומז לסוגיית סנהדרין הנ"ל על מצוות שניתנו לבני נוח ונשנו בסיני):

ושים לבך לכלל הגדול הזה המובא במשנה זו והוא אמרם מסיני נאסר, והוא, שאתה צריך לדעת שכל מה שאנו נזהרים ממנו או עושים אותו היום אין אנו עושים זאת אלא מפני צווי ה' על ידי משה, לא מפני שה' צוה בכך לנביאים שקדמוהו, דוגמא לכך, אין אנו אוכלים אבר מן החי לא מפני שה' אסר על בני נח אבר מן החי, אלא מפני שמשא אסר עלינו אבר מן החי במה שנצטווה בסיני שישאר אבר מן החי אסור. וכן אין אנו מלים בגלל שאברהם מל את עצמו ואנשי ביתו, אלא מפני שה' צונו על ידי משה להמול כמו שמל אברהם עליו השלום, וכן גיד הנשה אין אנו נמשכים בו אחרי אסור יעקב אבינו אלא צווי משה רבינו, הלא תראה אמרם שש מאות ושלוש עשרה מצות נאמרו לו למשה בסיני, וכל אלה מכלל המצות.

אנו רואים שהרמב"ם דורש מכל יהודי לקיים מצוות רק מפני שנצטוונו על כך בסיני. אמנם הניגוד אותו הוא שולל הוא קיום מצוות מפני שניתנו לאבות לפני מתן תורה, ולא קיומן מחמת הסברא, אך העיקרון דומה מאד.

סיכום

המסקנה העולה מדברינו היא שהשאלה האם ישראל הוא ברייה חדשה או קומה שנייה על גבי הקומה של בני נוח היא שאלה שאינה מוגדרת היטב מבחינה מושגית. אך מבחינה נורמטיבית די ברור שהמודל של שתי הקומות הוא המודל הנכון. לפי מודל זה מצוות בני נוח מחייבות את ישראל, אולם החובה לקיימן

²⁷ ראה על כך במאמרו של מיכאל אברהם, 'בענין הכשלת חילוני בעבירה', **צהר** כה.

אינה מפני שיש להן הסבר מסברא אלא מפני שנצטוונו עליהן בתורה. ראינו שישנם הבדלים בפרטים בין ישראל לבני נוח גם במצוות אלו, אך הם אינם בהכרח סותרים את מודל שתי הקומות. מה בדבר החובות להישמע למערכת המשפטית? חובות אלו אינן חובות של בני נוח, אלא חובות חוץ תורניות וחוץ הלכתיות בכלל. לפי הגרש"ש חובות אלו אכן מוטלות עלינו מכוח סברא, כמו החובה לעבוד את השם במצוות שבתוך ההלכה. אמנם לאחר שאנו מכירים בקב"ה, ומבינים את חובתנו לעובדו, ברור שגם חובות אלו מצטרפות למכלול החובה לעבודה מן החובה לעובדו. אין פעולה יכולה להיכלל בעבודת השם ללא מודעות לכך שזוהי עבודת השם, ועשייה מתוך מוטיבציה של עבודת השם.²⁸ הסברא שמחייבת אותנו במצוות האוניברסליות יסודה גם הוא במחוייבות לעבודת השם. אין כאן מוסר אוניברסלי ואנושי נוסח קאנט.²⁹ אנו חייבים לפעול כך מפני שהקב"ה מצפה מאיתנו. אין כאן שתי קומות בעלות מהות שונה. שתיהן מהוות חלקים מאותו מכלול של עבודת ה'.

²⁸ ראה במאמר המובא בהערה הקודמת.

²⁹ ראה על כך במאמרו של מיכאל אברהם, 'האם ההלכה היא 'משפט עברי'', **אקדמות** טו.

מוסקנות

1. על פי מונחי הרוגצ'ובר נראה שישראל היא 'הרכבה שכונית' של בן נוח עם הרובד העליון יותר.
2. שני חידושיו של הרמב"ם בעניין בני נוח קשורים זה לזה. שבע המצוות עליהם הצטוו בני נוח הן מצוות שכליות והן קומת המסד האוניברסלית. עליהן נוספה הקומה השנייה, היא הקומה היהודית הפרטיקולרית שמכילה את כל שאר המצוות.
3. על אף העקרון שקובע הרב קוק לפיו בבני נוח אזלינן בתר המציאות הטבעית ואצל ישראל בתר המצב ההלכתי, אין להסיק מכאן בהכרח שישראל היא ברייה חדשה. ההבדלים הנובעים מעקרון הרב קוק נגזרים מן ההבדלים (ברמה השכונית) שבין בני נוח לישראל. על פי הרמח"ל בני נוח מצווים לחיות במציאות טבעית מתוקנת ותו-לא ולכן גם אופי הצווים שלהם אוניברסלי, כללי ונקבע על פי המציאות. לעומת זאת, ישראל נוצרו כדי להשפיע על המציאות הגשמית והרוחנית ולכן הם מצווים במצוות יתירות ומכאן שאופי המצוות עליהן הצטוו שונה.
4. נראה שהמערכת האוניברסלית המאפיינת את מצוות בני נוח אכן קיימת גם ביחס לישראל אולם היא מסווגת תחת 'משפט המלך'.
5. על פי הגמרא קיים יחס של 'הכלה' בין המצוות שהצטוו בני ישראל לאלו שהצטוו בני נוח. כל ההלכות שעליהן הצטוו בני נוח רלוונטיות גם לישראל בבחינת 'בכלל מאתיים מנה', על אף שישראל מקיימים מצוות אלו בהחמרות נוספות.
6. על פי הסברו של ר' שמעון שקאפ, בכל האיסורים הנובעים מן הסברא האוניברסלית (כמו גזל למשל) יש חובה הנובעת מן הסברא וההכרה האנושית ובכל זאת היא מחייבת אותנו כמו דיני התורה.

הסתעפות חוקים והלכות ממקורותיהם

הנקודות הנדונות:

- 'חפצא של מעשה מצווה', בניגוד למצווה קיומית
- קשרי הסמכה: דינאמי וסטטי
- התפרטות והסתעפות של הלכות דרבנן ממצווה דאורייתא
- עובדה הלכתית

תקציר

במאמר זה אנו יוצאים מעיסוק הלכתי במצוות תפילה, שלפי הרמב"ם היא מדאורייתא ולרמב"ן היא מדרבנן, ושואלים את עצמנו מהו הקשר (=קשר הנביעה) בין הרובד דאורייתא של המצווה לבין רבדי דרבנן שבה. אנו מציגים כמה אפשרויות לקשר נביעה בין השורש מדאורייתא לבין הענפים שהם מדרבנן: רבנן מעצבים את המצווה דאורייתא. רבנן מוסיפים רובד שני, בלתי תלוי. הרובד דרבנן מהווה קיום של הדאורייתא, אך לא אופן הכרחי (ניתן לקיים את הדאורייתא גם לא בצורה שחכמים קבעו מדרבנן). ולבסוף אנו מציעים מנגנון חדש שקרוי 'הסתעפות', לפיו הדרבנן צומח מן הדאורייתא כענפים משורשיהם.

מובאות בדברינו כמה דוגמאות נוספות, רובן ככולן מדברי הרמב"ם, לקשר כזה: דברי הרמב"ם לגבי מצוות "ואהבת לרעך כמוך", ולגבי "למען ינוח" כטעם לאיסור מוקצה, וכן דבריו בשורש הראשון והשני לגבי ההסתעפות של החובה לציית לחכמים בפרשנותם ובחקיקתם, מתוך המצווה של "לא תסור".

בכל המקרים הללו דברי הרמב"ם מעוררים מבוכה בין הפרשנים, ומודעות לקיומו של מכניזם נביעה נוסף יכולה להבהיר את התמונה.

אנו רומזים לקשר אפשרי לסוגיות בתורת המשפט, ועוסקים ב'קשרי הסמכה' במינוח של 'קלזן', כמו גם רמז ליחס בין חקיקה-שיפוטית לבין פרשנות, שמחמת קוצר היריעה לא יכולנו להתייחס אליו בפירוט.

מבוא

נקודת המוצא שלנו במאמר זה היא מצוות התפילה לפי שיטת הרמב"ם. אנו נראה כי לשיטת הרמב"ם יש במצווה זו שתי קומות: דאורייתא ודרבנן, אשר מהוות ביחד בפועל את מצוות תפילה בכללותה. במאמר זה נעמוד על צורות הקשר השונות בין שתי קומות מן הטיפוס הזה, ונראה את המבנה הלוגי של הקשרים הללו.

סוגי קשר כאלו מופיעים גם בתורת המשפט, כאשר היא דנה בקשר בין חקיקה ראשית לבין חקיקה משנית. חקיקה ראשית נעשית על ידי הגורם המחוקק (הרשות המחוקקת), ואילו חקיקה משנית נעשית על ידי גורמים אחרים (בדרך כלל מהרשות המבצעת) אשר מקבלים מן הרשות המחוקקת סמכויות לתקן תקנות בתחומים שנוגעים אליהם, או בתחומים ספציפיים שהוגדרו על ידי המחוקק. הקשרים בין החקיקה הראשית לבין חקיקת המשנה קרויים על ידי ההוגה המשפטי האוסטרי קלזן 'קשרי הסמכה'.

במאמר זה אנו נראה את הופעתם הייחודית של קשרי הסמכה בהלכה, לא רק ביחס לעצם הסמכות של חכמים (והקשר שלה לאיסור דאורייתא של "לא תסור"), אלא גם בנוגע ליחס בין רבדים דאורייתא ודרבנן של מצוות ספציפיות. כפי שנראה, אי שימת לב להבחנה בין צורות הקשר, או הנביעה, הללו עלולה להוליך לטעויות בפרשנות ההלכתית.

תפילתם של האבות

בתחילת הפרשה מתוארת תפילתו של יצחק (בראשית כה, כא):

וַיַּעֲתֵר יִצְחָק לִיקְוֹק לְנֶכַח אֲשֶׁתוֹ כִּי עֲקָרָה הוּא וַיַּעֲתֵר לוֹ יְקֹוֹק וַתֵּהֵר רִבְקָה אֲשֶׁתוֹ:

זהו חלק ממכלול תפילות שאנו מוצאים בספר בראשית, הרבה לפני שחכמים תקנו לנו את מצוות התפילה במתכונתה הנוכחית (שלוש תפילות ביום, בנוסחים ובזמנים מוגדרים וכדו').

לכאורה יש להתייחס לתפילות של האבות כאל פעולות חסרות משמעות הלכתית. לכל היותר, יש כאן הטרמה של הציווי שיינתן בהר סיני, בבחינת מה שמצאנו בסוגיית יומא כח ע"ב¹:

אמר רב: קיים אברהם אבינו כל התורה כולה, שנאמר (בראשית כו) עקב

¹ עניין זה קשור לשאלת מעמד האישי של האבות: האם הם היו יהודים לכל דבר ועניין, או שמא רק בני נוח. בשאלה זו עסק ר' יהודה רוזאניס (בעל המשנה למלך), בספרו **פרשת דרכים**, בעיקר דרושים א וב'.

אשר שמע אברהם בקלי וגו'. אמר ליה רב שימי בר חייא לרב: ואימא שבע מצות! - הא איכא נמי מילה. - ואימא שבע מצות ומילה! - אמר ליה: אם כן מצותי ותורתי למה לי? אמר (רב) (מסורת הש"ס: רבא) ואיתימא רב אשי: קיים אברהם אבינו אפילו עירובי תבשילין, שנאמר תורתי - אחת תורה שבכתב ואחת תורה שבעל פה.

אך עדיין מדרש אנכרוניסטי (ראה מידה טובה, פרשת לך-לך, תשסה-ו, ועוד) לא יצאנו.

והנה מתברר שביחס לתפילה המצב הוא שונה. חז"ל עצמם רואים את תפילותיהם של האבות כמעשה הלכתי, ואולי אף תקנה הלכתית של ממש. וכך מצינו בסוגיית ברכות כו ע"ב:

איתמר, רבי יוסי ברבי חנינא אמר: תפלות אבות תקנום; רבי יהושע בן לוי אמר: תפלות כנגד תמידין תקנום. תניא כוותיה דרבי יוסי ברבי חנינא, ותניא כוותיה דרבי יהושע בן לוי. תניא כוותיה דרבי יוסי ברבי חנינא: אברהם תקן תפלת שחרית - שנאמר (בראשית יט) וישכם אברהם בבקר אל המקום אשר עמד שם, ואין עמידה אלא תפלה, שנאמר (תהלים קו) ויעמד פינחס ויפלל; יצחק תקן תפלת מנחה - שנאמר (בראשית כד) ויצא יצחק לשוח בשדה לפנות ערב, ואין שיחה אלא תפלה, שנאמר (תהלים קב) תפלה לעני כי - יעטף ולפני ה' ישפך שיחו, יעקב תקן תפלת ערבית - שנאמר (בראשית כח) ויפגע במקום וילן שם, ואין פגיעה אלא תפלה, שנאמר (ירמיהו ז) ואתה אל תתפלל בעד העם הזה ואל תשא בעדם רנה ותפלה ואל תפגע - בי.

הגמרא מביאה דעה שהתפילות הן תקנות של האבות. כלומר האבות לא הטרימו כאן ציווי מסיני, או תקנות מאוחרות מדרבנן, אלא תקנו תקנה בעצמם. זה אינו אנכרוניזם, אלא הבסיס אשר מחייב אותנו במצוות תפילה עד ימינו אלה.² אמנם היה מקום לתפוס זאת כאמירה אגדית גרידא, אך מעיון בסוגיא שם עולה כי זו נתפסת כאמירה עובדתית (היסטורית) והלכתית של ממש, אמירה שיש לה השלכות הלכתיות:

ותניא כוותיה דרבי יהושע בן לוי [=הסובר שתפילות כנגד הקרבנות, ולא אבות תקנום]: מפני מה אמרו תפלת השחר עד חצות - שהרי תמיד של שחר קרב והולך עד חצות; ורבי יהודה אומר: עד ארבע שעות, שהרי תמיד של שחר קרב והולך עד ארבע שעות. ומפני מה אמרו תפלת המנחה עד הערב

² לא ניכנס כאן לשאלה האם הבסיס הזה הוא בהכרח היסטורי, או שמא יש כאן פיקציה הלכתית. לנושא הפיקציות, בהלכה ובכלל, נתייחס בעז"ה בעתיד.

- שהרי תמיד של בין הערבים קרב והולך עד הערב; רבי יהודה אומר: עד פלג המנחה, שהרי תמיד של בין הערבים קרב והולך עד פלג המנחה. ומפני מה אמרו תפלת הערב אין לה קבע - שהרי אברים ופדרים שלא נתעכלו מבערב קרבים והולכים כל הלילה; ומפני מה אמרו של מוספין כל היום - שהרי קרבן של מוספין קרב כל היום; רבי יהודה אומר: עד שבע שעות, שהרי קרבן מוסף קרב והולך עד שבע שעות...נימא תיהוי תיובתיה דרבי יוסי ברבי חנינא! אמר לך רבי יוסי ברבי חנינא: לעולם אימא לך תפלות אבות תקנום, ואסמכינהו רבנן אקרבנות. דאי לא תימא הכי - תפלת מוסף לרבי יוסי ברבי חנינא מאן תקנה? אלא: תפלות אבות תקנום, ואסמכינהו רבנן אקרבנות.

הגמרא תולה את ההלכה של זמני התפילות במחלוקת האם התפילות הן תקנה של האבות או שהן כנגד הקרבנות, ומקשה על הדעות ההלכתיות השונות מכוח הטענה שהתפילות לא האבות תקנום.³ כך עולה גם ממקורות נוספים בחז"ל ובראשונים, ואכ"מ.

תפילה דאורייתא או דרבנן

מקובל לחשוב שמצוות תפילה היא מצווה מדרבנן. אך להלכה מצינו שנחלקו בכך הרמב"ם והרמב"ן. הרמב"ם בספהמ"צ, עשה ה' (וראה גם בחינוך מצווה תלג), כותב כך:

והמצוה החמישית היא שצונו לעבדו יתעלה וכבר נכפל צווי זה פעמים, אמר (משפטים כג כה) ועבדתם את י"י אלהיכם ואמר (ראה יג ה) ואותו תעבדו ואמר (ואתחנן ו יג) ואותו תעבדו ואמר (ס"פ עקב) ולעבדו. ואעפ"י שזה הצווי הוא גם כן מן הציוויים הכוללים כמו שביארנו בשרש הרביעי הנה יש בו יחוד שהוא צוה בתפילה. ולשון ספרי ולעבדו זו תפילה. ואמרו גם כן ולעבדו זה תלמוד. ובמשנתו של רבי אליעזר בנו שלרבי יוסי הגלילי (פרש' יב עמ' רכח) אמרו מנין לעיקר תפילה בתוך המצות מהכא את י"י אלהיך תירא ואותו תעבדו. ואמרו (מדרש תנאים ממדרש הגדול פ' ראה) עבדהו בתורתו עבדהו במקדשו. כלומר ללכת שם להתפלל בו ונגדו כמו שבאר שלמה עליו השלום (מ"א ח דה"ב ו):

הרמב"ם מבין שחובת התפילה היא מדאורייתא, ומקורו הוא ממדרש חז"ל על

³ יש לדון מדוע בכלל שתי האפשרויות הללו נתפסו כמנוגדות זו לזו. ואכן למסקנת הגמ' מוצע חיבור ביניהן.

הפסוק "ולעבדו בכל לבבכם".

הרמב"ן בהשגותיו למצווה זו חולק עליו, ומביא כמה וכמה ראיות לכך שחובת התפילה היא מדרבנן. בתוך דבריו הוא כותב כך:

ואין הסכמה בזה. שכבר בארו החכמים בגמרא תפלה דרבנן כמו שאמרו בשלישי שלברכות (כא א) לעניין בעל קרי שקורא קרית שמע ומברך על המזון לאחריו ואינו מתפלל והעלו הטעם בזה אלא ק"ש וברכת המזון דאורייתא תפלה דרבנן. ואמרו עוד (שם) ספק קרא ק"ש ספק לא קרא ק"ש חוזר וקורא ק"ש ספק התפלל ספק לא התפלל אינו חוזר ומתפלל דק"ש דאורייתא תפלה דרבנן...

ולכן הוא מסיק:

אלא ודאי כל ענין התפלה אינו חובה כלל אבל הוא ממדות חסד הבורא ית' עלינו ששומע ועונה בכל קראינו אליו. ועיקר הכתוב ולעבדו בכל לבבכם מצות עשה שתהיה כל עבודתינו לאל ית' בכל לבבנו כלומר בכוונה רצויה שלימה לשמו ובאין הרהור רע, לא שנעשה המצות בלא כונה או על הספק אולי יש בהם תועלת. כענין ואהבת את יי' אלהיך בכל לבבך ובכל נפשך ובכל מאדך שהמצוה היא לאהוב את השם בכל לב ולב ושנסתכן באהבתו בנפשנו ובממוננו. ומה שדרשו בספרי (עקב) ולעבדו זה התלמוד ד"א זו תפלה אסמכתא היא או לומר שמכלל העבודה שנלמוד תורה ושנתפלל אליו בעת הצרות ותהייה עינינו ולבנו אליו לבדו כעניי עבדים אל יד אדוניהם. וזה כענין שכתוב (בהעלותך י) וכי תבאו מלחמה בארצכם על הצר הצורך אתכם והרעותם בחצוצרות ונזכרתם לפני יי' אלהיכם והיא מצוה על כל צרה וצרה שתבא על הצבור לצעוק לפניו בתפלה ובתרועה.

הרמב"ן קובע שדרשת הספרי היא אסמכתא בעלמא, או לכל היותר חובה להתפלל בעת צרה, אך לא מקור לחובת תפילה הרגילה.⁴

⁴ עוד משתמע מדבריו שהתפילה היא מושג דאורייתא, ורק החובה להתפלל היא מדרבנן. כלומר שאם האבות התפללו היתה כאן 'חפצא של תפילה' (ראה על מושג זה במאמרו של הרב זיון על ר' חיים מבריסק, בספרו **אישים ושיטות**), אף שהם לא היו חייבים לעשות זאת. נציין כי לא היתה כאן אפילו מצווה קיומית, אך כעובדה היתה כאן תפילה. ניתן לראות בזה דרגה שלישית (אחרי מצווה חיובית וקיומית, יש עובדה הלכתית מדאורייתא). יש מקום לדמות זאת לקיום מצוות עשה שהזמן גרמן על ידי נשים. יש המגדירים זאת כמצווה קיומית, אך דומה שהגדרה הנכונה יותר היא כדברינו כאן: יש כאן 'חפצא של מעשה מצווה', אך לא קיום מצווה. וכן נראה במאמר לפ' האיזו לגבי ברכת התורה של נשים.

והנה גם בסמ"ק מצווה יא מביא את המצווה הזו:

להתפלל בכונה בכל יום שנאמר (דברים יא) ולעבדו בכל לבבכם. ודרשו רבותינו ז"ל (ספרי פר' עקב לה' ובירושל' דתפיל' השחר ותענית דף ב') איזוהי עבודה שהוא בלב הוי אומר זו תפילה בכוונה.

נעיר כי בסמ"ק עולה שבניגוד לרוב המצוות שבהן ישנה מחלוקת האם נדרשת⁵ כוונה (לצאת ידי חובה) או לא, בתפילה הכוונה היא חלק מהגדרת המצווה עצמה, וכנראה שמקורו הוא מהפסוק עצמו, אשר מצווה אותנו: "לעבדו בכל לבבכם" (לפי הרמב"ן הנ"ל, זהו כל תוכן הציווי).

כיצד ליישב את השיטות הללו עם הקביעה שתפילה היא מדרבנן בסמ"ק שם דן בשאלה כיצד קביעה זו מתיישבת עם ההלכה שתפילה היא חובה מדרבנן, וכותב:

פי' אף על פי שעקר תפלות דרבנן מכל מקום יש תפלה שהיא מן התור' דכתיב (דברים ד) ובקשת' משם את ה' אלהיך ומצאת כי תדרשנו בכל לבבך ובכל נפשך ולמדנו כמו כן בכל התפלו' שתקנו חכמים מכאן^א.
הניסוח הזה לא לגמרי ברור, וניתן לפרש אותו בשתי צורות שונות, שאותן נפרט כעת. הצורה הראשונה מופיעה בהגהות ר' פרץ שם, אשר כותב:

א) ואומר הר' פרץ מיהו מדחשיב זה במצות עשה ש"מ תפלה מן התורה היא לעולם והכל לפי העת בעת צרה שלא תבא או שיוציאנו המקום מהצרה ואף בזמן שבית המקדש קיים שהיו ישראל שרויים על אדמתם שקטים היו מתפללין על קרבנות צבור שיתקבלו ברצון כמו שתקנו חכמי' מעמדות שהיו מתענין ד' ימים בשבוע ודרשוה בספרי מדכתיב תשמרו להקריב לי במועדו, פי' במעמדו.

מדבריו עולה כי התפילות הקבועות הן אכן מדרבנן, אך ישנן נסיבות מיוחדות שבהן יש חובה מדאורייתא להתפלל (בעת צרה, או תפילה על קבלת הקרבנות

⁵ וידועים דברי ר' חיים מבריסק בספרו על הרמב"ם בהל' תפילה, שכותב כך גם בשיטת הרמב"ם. הוא מבאר שם שהכוונה עליה מדובר כאן היא אינה הכוונה הרגילה (=לצאת ידי חובה) אלא כוונת המילות. נציין כי מדברי הסמ"ק נראה שהוא גורס כך במדרש עצמו. נעיר כי אנו מוצאים כוונות ספציפיות שמהוות חלק אינהרנטי מקיום המצווה, גם ביחס לקריאת שמע, וביחס לסוכה (ראה בטור ריש הל' סוכה). בדברי הסמ"ק ייתכן להבין שהחיוב הוא על הכוונה הרגילה ולא על כוונה חריגה כלשהי (וזה לא כדברי ר' חיים הנ"ל). התפילה היא חריגה מכל המצוות בכך שהכוונה שמצויה במחלוקת כתנאי צדדי בכל המצוות, במצוות תפילה היא נדרשת כתנאי מהותי, ולכל הדעות.

וכדו'). לפי גישה זו ישנם שני סוגים שונים של תפילות: בעת צרה - זו תפילה דאורייתא, ותפילות החובה הרגילות - שהן רק מדרבנן. נציין כי טענה זו כבר מתקרבת מאד לאחת ההצעות שראינו לעיל ברמב"ן, שגם הוא כותב שתפילות בעת צרה הן מדאורייתא. עוד נעיר כי מדברינו אלה עולה שלכל הדעות תפילתו של יצחק שהובאה בתחילת דברינו היא תפילה דאורייתא. הוא התפלל וביקש ישועה מעקרונה של רבקה, ותפילה בעת צרה היא תפילה מן התורה לכל הדעות. בכל אופן, לפי הצעה זו אין קשר של ממש בין שתי החובות בתפילה: החובה דאורייתא היא על תפילה בעת צרה, ותפילות החובה הן תוספת מדרבנן שמופיעות בנסיבות אחרות. לפני שנראה את התפיסה השנייה אודות הקשר בין שני הממדים הללו בתפילה, נקדים דיון קצר על חיוב נשים בתפילה.

חיוב נשים: שיטת ר' פרץ

מסקנה שמתבקשת מן הגישה שהוצגה למעלה מופיעה בהגה"ה בר' פרץ שם: **עוד מצאתי הג"ה: נשים ועבדים חייבים בתפילה שאין לה זמן קבוע מן התורה ואינה מצות עשה שהזמן גרמה עכ"ה.**

ר' פרץ כותב שעל אף שנשים פטורות ממצוות עשה שהזמן גרמן, בתפילה המצב הוא שונה. מכיון שיש חובת תפילה מן התורה, שאין לה זמן קצוב, גם נשים חייבות בה. ואכן בלשון הרמב"ם שהובאה לעיל באמת לא מופיע פטור לנשים ממצווה זו.

אמנם זה נאמר לגבי התפילות המיוחדות (בעת צרה) שחובתן מדאורייתא, שבהן גם נשים חייבות. מה באשר לתפילות הקבועות מדרבנן? אולי שם נשים תהינה פטורות, שהרי שם ודאי ישנה תלות בזמן (התפילות הקבועות הן מדרבנן, וקצוב להן זמן). אמנם הדבר תלוי בשאלה האם במצוות עשה מדרבנן שהזמן גרמן נשים פטורות, או לא.⁶

חיוב נשים: שיטת הרמב"ם

אך מה יהיה לשיטת הרמב"ם עצמו? החובה מדאורייתא לפי הרמב"ם אינה להתפלל בעת צרה, אלא להתפלל תפילת חובה פעם ביום, אך גם זה אינו תלוי בזמן, ובודאי נשים חייבות בזה. מה אם כן יהיה דין הנשים בתפילות הרגילות?

⁶ זוהי כנראה מחלוקת בין רש"י ותוס' בכמה מקומות בש"ס. ראה, לדוגמא, בתוד"ה 'שאף', פסחים קח ע"ב ועוד. וראה גם בשו"ע ומ"ב שביא להלן.

לכאורה יש כאן מצוות עשה שהזמן גרמן (לפחות לדעת התוס', הסוברים שגם במצוות עשה דרבנן שתלויות בזמן נשים פטורות), ונשים תהיינה פטורות מהן. אך נראה כי זה אינו כה פשוט. בשולחן ערוך או"ח סי' קו ה"א, כותב:

ונשים ועבדים, שאע"פ שפטורים מק"ש חייבים בתפלה, מפני שהיא מ"ע שלא הזמן גרמא;

השו"ע קובע שנשים חייבות בתפילה. אמנם הוא אינו מפרט באיזו תפילה וכמה תפילות מדובר. מפשט לשונו נראה שהן חייבות במצוות תפילה על כל פרטיה, כמו גברים. מאידך, הרי תפילות החובה הזמן כן גרמן. והנה המשנה ברורה שם בסק"ד כותב:

שהיא מ"ע וכו' - כ"ז לדעת הרמב"ם שרק זמני התפלה הם מדברי סופרים אבל עיקר מצות תפלה היא מן התורה שנאמר ולעבדו בכל לבבכם איזו עבודה שהיא בלב הוי אומר זו תפלה אלא שאין לה נוסח ידוע מן התורה ויכול להתפלל בכל נוסח שירצה ובכל עת שירצה ומשהתפלל פ"א ביום או בלילה יצא י"ח מן התורה וכתב המ"א שע"פ סברא זו נהגו רוב הנשים שאין מתפללין י"ח בתמידות שחר וערב לפי שאומרות מיד בבוקר סמוך לנטילה איזה בקשה ומן התורה יוצאות בזה ואפשר שאף חכמים לא חייבו יותר.

אבל דעת הרמב"ן שעיקר מצות תפלה היא מד"ס שהם אנשי כה"ג שתיקנו י"ח ברכות על הסדר להתפלל אותן שחרית ומנחה חובה וערבית רשות ואע"פ שהוא מ"ע מד"ס שהזמן גרמא והנשים פטורות מכל מ"ע שהזמן גרמא אפילו מד"ס כגון קידוש הלבנה אעפ"כ חייבו אותן בתפילת שחרית ומנחה כמו אנשים הואיל ותפלה היא בקשת רחמים.

המשנה ברורה כותב שלפי הרמב"ם המצווה להתפלל היא מן התורה, ורק הזמנים והנוסח הם מדרבנן, ולכן נשים חייבות לפחות בתפילה אחת. נראה שהוא תופס את היחס בין החובה דאורייתא לחובות דרבנן בדומה לר' פרץ: אלו הן שתי חובות נפרדות, ולכן יש להתייחס לחיוב בהן בנפרד. אך בפשטות נראה כי כוונת השו"ע והרמב"ם היא אחרת. מדבריהם נראה כי נשים חייבות בכל התפילות (אולי למעט ערבית שהיא רשות).⁷ ונראה כי ביאור הדברים הוא שהמתכונת שקבעו חכמים היא קיומה של המצווה דאורייתא. לפי הרמב"ם חכמים לא הוסיפו מצווה נוספת מדרבנן, אלא תקנותיהם נועדו לעצב את המתכונת של קיום המצווה דאורייתא.

לפי ר' פרץ ראינו שיש כאן שתי מצוות נפרדות, וכאשר מקיימים אחת

⁷ לדיון ומקורות רבים בשאלה זו, עיין יביע אומר ח"ו, או"ח סי' יז.

לא מקיימים את השנייה ולהיפך. בדומה לזה ראינו גם בהבנת המ"ב בשיטת הרמב"ם. ברם, לפי פשט דברי הרמב"ם הצורה דרבנן אינה אלא המתכונת הנכונה לקיים את המצווה דאורייתא. לכן אם נשים חייבות במצווה דאורייתא, אזי עליהן לעשות זאת במתכונת שקבעו חכמים. ומכאן שאין להן פטור בגלל התלות בזמן, שהרי המתכונת הזו כולה היא מימוש החובה מדאורייתא שבה הנשים חייבות.⁸ אמנם המג"א כותב שלפי הרמב"ם נשים חייבות רק בתפילה מן התורה, ולא בשלוש התפילות שחיובן מדרבנן, ולכן הן פטורות מהן כי החיוב הזה תלוי בזמן, אך לענ"ד זה אינו פשט השו"ע והרמב"ם.

אך לפי הרמב"ן הסובר כי תפילה היא מצוות עשה שהזמן גרמא מדרבנן, נשים באמת היו אמורות להיות פטורות, לולא הסברא שמביא המ"ב שהתפילה היא בקשת רחמים.⁹

המשמעות המטא-הלכתית של המחלוקת הללו: סוגי נביעה שונים

ראינו שלפי הסמ"ק יש מצוות תפילה מן התורה, ובכל זאת כותב רבינו פרץ לשיטתו שנשים תהיינה פטורות מהתפילות הרגילות וחייבות רק בתפילות המיוחדות. נראה שכך גם היה אמור לצאת לפי הרמב"ן (לולא סברת המ"ב הנ"ל). הסיבה לכך היא שהוא רואה את החובה מדאורייתא ומדרבנן כשתי חובות בלתי תלויות, שיש לדון בכל אחת מהן לחוד. אולם לפי דרכנו ברמב"ם, נראה שהוא סובר כי המתכונת דרבנן היא הצורה לקיים את החובה מדאורייתא, ולכן יוצא בפשטות שלשיטתו נשים חייבות בכל התפילות.

יש לציין כי הרמב"ם גם תולה את מצוות תפילה כביטוי למצווה הכוללת (שאינה נמנית. ראה בשורש הרביעי), והיא המצווה לעבדו (=עבודת ה'). לשיטת הרמב"ם התפילה היא הביטוי ההלכתי הפורמלי והקונקרטי של החובה לעבוד את ה', וחכמים עיצבו את החובה הזו באופן יותר מפורט. אם כן, לא פלא שלפי הרמב"ם החובה להתפלל שלוש תפילות ביום היא כעין חובה דאורייתא, שהרי חכמים הודיעונו שבצורה זו עלינו לקיים את המצווה דאורייתא עצמה.

⁸ אפשר היה לנסח זאת בלשון אחרת: שלוש התפילות הקבועות אינן שלוש חובות שונות שכל אחת תלויה בזמן, אלא חובה אחת של תפילה ביום, שהאופן לעשות אותה פרוש על כל היום לפי המתכונת שקבעו חכמים. סברא כעין זו אומר בעל השאגת אריה על מצוות ק"ש. הוא טוען שהיא אינה מצוות עשה שהזמן גרמא. ההסבר שהוא מציע הוא שק"ש בוקר וערב אלו לא שתי מצוות שונות שכל אחת מהן תלויה בזמן, אלא שני חלקים של מצווה אחת שאינה תלויה בזמן.

⁹ לא ברור מדוע לפי המג"א ברמב"ם סברא זו אינה קיימת.

עד כאן פגשנו שלוש צורות אפשריות של קשר בין הממד דרבנן שבמצווה לבין הממד דאורייתא:

1. קיום המצווה דרבנן הוא למעשה צורת הקיום של המצווה דאורייתא. חכמים רק מסבירים לנו מה התורה דורשת מאיתנו. כעין זה (אף שכאן המישור המתפרט אינו מדרבנן), התורה מצווה עלינו לשבות בשבת, אך היא אינה מפרטת. חכמים אומרים לנו שאסור (אמנם מדאורייתא) לעשות לט אבות מלאכה ותולדותיהן באופן מפורט. הפירוט הזה אינו אלא פירוש של חובת השביתה שהטילה התורה עצמה. אם יהודי שובת באופן שונה, כלומר עושה מלאכה בשבת, הוא לא קיים כלל את מצוות השביתה. זהו הקשר שנכנה מכאן והלאה 'התפרטות' של המצווה דאורייתא. אמנם זוהי התפרטות שהיא פעולה של חכמים, אך כולה מצויה במישור דאורייתא. כאן חכמים הם פרשנים ולא מחוקקים.¹⁰
2. המצווה מדרבנן היא אמנם קיום של המצווה דאורייתא, אך גם אם קיים אותה שלא במתכונת שקבעו חכמים עדיין קיים את החובה דאורייתא ועבר רק על דרבנן. לדוגמא, אם אדם התפלל בנוסח חופשי פעם אחת ביום, הוא יצא ידי חובת מצוות תפילה דאורייתא, אך לא יצא את החובה דרבנן. לעומת זאת, אם הוא התפלל בנוסח שקבעו חכמים הוא יצא מדאורייתא, והוא אינו צריך להתפלל עוד תפילה אחרת כדי לצאת ידי הדאורייתא. במצב כזה יש חובה מדרבנן להתפלל במתכונת שהם קבעו. אמנם אם עושה זאת יוצא ידי החובה דאורייתא, אך החובה לעשות זאת היא רק מדרבנן. מדאורייתא היה יכול להסתפק בתפילה כלשהי פעם אחת ביום. גם זוהי התפרטות, אך מסוג שונה. כאן הפרטים שייכים למישור דרבנן, אך הם יכולים להחביא מאחוריהם ממדים דאורייתא.
3. המצווה מדרבנן היא נפרדת לגמרי מן החובה דאורייתא. לדוגמא, לפי ר' פרץ תפילה בעת צרה היא חובה מדאורייתא, ותפילה קבועה היא חובה מדרבנן. מי שקיים את זה לא קיים את זה ולהיפך.

¹⁰ חלק ממנגנון זה הוא מה שקרוי 'מסרן הכתוב לחכמים'. כאן אמנם חכמים משמשים כמחוקקים, שכן הפרטים אינם יוצאים מתוך שיקולי פרשנות או מדרש אלא מדעתם, אך התוצר הוא הלכה דאורייתא (כי התורה עצמה נתנה להם את התפקיד לעצב את דין התורה). על דוגמאות למנגנון זה, ראה **התקנות בישראל**, הרב ישראל שציפנסקי, מוסד הרב קוק, ירושלים תשנ"א, כרך א', עמ' נ"א והלאה. וליתר פירוט ראה במאמרו של הרב יונה עמנואל, **המעין**, טבת-ניסן תשל"ה, והשלמה שם, ניסן תשל"ז, שאוסף דוגמאות רבות מאד לעניין זה.

כפי שנראה להלן ההבחנות הללו אינן ממצות את כל האפשרויות.

"לא קיימת מצוות סוכה מימין": מחלוקת תוס' והר"ן בריש סוכה
הגמרא בברכות דנה בשאלה מה דינו של מי שנהג כב"ש במקום שנפסקה הלכה כב"ה. בתוך הדברים היא מביאה את המקרה הבא (ברכות יא ע"א):

תני רב יחזקאל: עשה כדברי בית שמאי - עשה, כדברי בית הלל - עשה. רב יוסף אמר: עשה כדברי בית שמאי - לא עשה ולא כלום, דתנן: מי שהיה ראשו ורובו בסוכה ושלחנו בתוך הבית - בית שמאי פוסלין, ובית הלל מכשירין. אמרו להם בית הלל לבית שמאי: מעשה שהלכו זקני בית שמאי וזקני בית הלל לבקר את רבי יוחנן בן החורנית. מצאוהו שהיה ראשו ורובו בסוכה ושלחנו בתוך הבית, ולא אמרו לו כלום. אמרו להם: משם ראייה? אף הם אמרו לו: אם כן היית נוהג, לא קיימת מצות סוכה מימין.

לאיזה משלוש האפשרויות שהבאנו קודם היינו משייכים את הקשר לפי בעלי התוס'? לכאורה יש כאן הלכה מדרבנן לא לשבת בסוכה כשולחנו בבית, והטעם הוא גזירה שמא ימשך אחר שולחנו (ויאכל מחוץ לסוכה). לכאורה זהו מקרה רגיל מסוג 2, כלומר שהיושב עם שולחנו בסוכה קיים מצווה דאורייתא ודרבנן, אך החובה לעשות זאת היא רק מדרבנן. מי שישב בסוכה ושולחנו בבית קיים את הדאורייתא ועבר רק על הגזירה דרבנן.

והנה בעלי התוס' (ד"ה 'דאמר לך', סוכה ג ע"א) דנים במקרה הזה, מקשים עליו, ולבסוף קובעים:

וצ"ל דאיצטריך התם לאיתויי היכא דב"ה מחמירים מדרבנן וב"ש מוקמי לה אדאורייתא ולא גזרינן אם עשה כדברי ב"ש לא יצא ידי חובתו אפי' דאורייתא כדאשכחן לב"ש היכא דיתב אפיתחא דמטלתא דגזרי שמא ימשך אחר שולחנו וקאמרי לא קיימת מצות סוכה מימין דאפי' מדאורייתא לא קיים ומדבית שמאי נשמע לב"ה.

כלומר הכלל הוא שאם אדם קיים את מצוות ישיבת סוכה באופן שמנוגד למה שקבעו חכמים מדרבנן, לא יצא גם ידי חובת הדאורייתא.

לכאורה בעלי התוס' מחזירים אותנו לסוג 1, כלומר שחכמים רק קובעים את צורת הישיבה שתובעת התורה עצמה. אבל בגמ' מבואר במפורש שלא זהו המצב, שהרי הטעם להלכה להכניס את השולחן לסוכה הוא גזירה מדרבנן שמא ימשך אחר שולחנו, ולא פרשנות להגדרות של מצוות ישיבת סוכה מדאורייתא.¹¹ אם

¹¹ אמנם יש שדייקו ברי"ף שהבין זאת באמת כהגדרת ישיבה מן התורה, אך זוהי שיטת מיעוט,

כן, מדוע הוא לא קיים מצוות סוכה דאורייתא?
 לכאורה אין מנוס מהמסקנה שמדובר כאן בהפקעה מיוחדת של חכמים. הוא
 אמנם קיים את המצווה דאורייתא, אך כדי לחזק את תקנתם חכמים קבעו שמי
 שעבר על דבריהם נעקר קיום המצווה שלו גם בדאורייתא.¹²
 לפי הרמב"ם בהחלט יש מקום לומר זאת גם לגבי תפילה: אם אדם לא
 התפלל את התפילה בצורה שקבעו חכמים, ייתכן שהוא לא יצא גם ידי החובה
 מדאורייתא. כאן זה אפילו סביר יותר מאשר בסוכה, שכן בתפילה בהחלט
 יש מקום לראות את הקביעה של חכמים כדפוס שהם קבעו לביצוע החובה
 דאורייתא עצמה. מתכונת התפילה אינה תוצאה של חשש או גזירה, אלא ראיית
 צורת התפלה הנכונה (לפחות עבורנו). אין צורך לומר שלפי ר' פרץ ודאי שאין
 לראייה כזו מקום.

הדוגמא של תוס' בסוכה מהווה למעשה סוג רביעי של קשר בין דאורייתא
 לדרבנן. התקנה דרבנן אינה עיצוב של הדאורייתא, ובכל זאת בשורה התחתונה
 היא קובעת דה-פקטו את צורת הקיום של המצווה דאורייתא. כעת נעבור לראות
 סוג חמישי, שונה מהותית מכל קודמיו, של קשר בין דאורייתא ודרבנן.

"ואהבת לרעך כמוך"

הרמב"ם בתחילת פי"ד מהל' אבל כותב את הדברים הבאים:

**מצות עשה של דבריהם לבקר חולים, ולנחם אבלים, ולהוציא המת, ולהכניס
 הכלה, וללוות האורחים, ולהתעסק בכל צרכי הקבורה, לשאת על הכתף,
 ולילך לפניו ולספוד ולחפור ולקבור, וכן לשמח הכלה והחתן, ולסעדם בכל
 צרכיהם, ואלו הן גמילות חסדים שבגופו שאין להם שיעור, אע"פ שכל
 מצות אלו מדבריהם הרי הן בכלל ואהבת לרעך כמוך, כל הדברים שאתה
 רוצה שיעשו אותם לך אחרים, עשה אתה אותן לאחריך בתורה ובמצות.**

דברי הרמב"ם הללו מעוררים קשיים לא פשוטים, ורבים ממפרשי התחבטו
 בהם, ודומה כי הם לא העלו דבר ברור. מחד, הרמב"ם קובע כי מצוות ביקור
 חולים וניחום אבלים והוצאת המת וכדו' הן מצוות מדברי סופרים. מאידך, הוא
 מסיים וקובע שמצוות אלו הן בכלל המצווה דאורייתא של "ואהבת לרעך כמוך".

האם אלו מצוות דאורייתא או דרבנן?

יש ממפרשי הרמב"ם שסברו כי אלו מצוות דאורייתא, ודבריו ברישא הם

ואכ"מ.

¹² השאלה היא מנין להם הכוח לעשות זאת, ואכ"מ. אולי זה מה שגרם לרי"ף (ראה בהערה
 הקודמת) לטעון את טענתו המחודשת.

לאו בדווקא (ואולי הם נאמרו לשיטתו בשורש השני שם הוא מרחיב את המושג 'דברי סופרים'), ויש שנקטו להיפך: שהרישא היא העיקרית, ודבריו בסיפא הם רק כמליצה והצבעה על רוח הדברים. אולם פשט דבריו מורה שהוא מתכוין ברצינות לשתי האמירות גם יחד. כיצד ניתן להבין זאת?

על פניו נראה שהמקיים את המצוות הללו אכן קיים את המצווה דאורייתא, אך מדאורייתא אין חובה לעשות זאת. אם לא ליווה את המת או הכניס כלה הוא עדיין יכול לקיים את המצווה דאורייתא של אהבת הריע, אך אם קיים אותם הוא קיים בזה גם את המצווה של "ואהבת".

כיצד אם כן מקיימים רק את המצווה דאורייתא של "ואהבת"? אם לא באופנים אלו, כיצד היא מתקיימת מדאורייתא? בפשטות, המצווה דאורייתא מכוונת ללב, לאהוב את הריע, ולא מצווה על פעולה כלשהי.¹³ כמובן שמי שמבטא את האהבה הזו בצורה מעשית על ידי המעשים הללו, מקיים בכך גם את המצווה דאורייתא.

עד כאן החלוקה לא נראית בעייתית, עד כדי כך שלא לגמרי ברור מדוע בכלל המפרשים ראו קושי בדברי הרמב"ם. לכאורה זהו קשר מסוג 2 עליו עמדנו למעלה (שגם היא כוננת 'התפרטות': הקיום דרבנן מהווה קיום דאורייתא, אך אין חובה לעשות זאת).

הבעייה שהטרידה את מפרשי הרמב"ם היא כנראה בעיית הקשר בין שני המישורים. הרי אם אדם יכניס כלה ללא כל רגש אהבה אליה, או ילווה מת ללא אהבה אליו, או ינחם את האבלים ללא אהבה אליהם, נראה כי הוא אמנם יקיים את המצווה מדרבנן, אך בהחלט לא את המצווה דאורייתא. מאידך, אם הוא יאהב את חברו ללא כל מעשה כלפיו, הוא יקיים את החובה מדאורייתא ללא קיום של המצווה מדרבנן.

לפי הצעה זו, התמונה המתקבלת היא הבאה: המצווה דאורייתא מתקיימת על ידי האהבה שבלב, ללא כל קשר למעשה המצווה, ואילו המצווה דרבנן מתקיימת על ידי המעשים ללא קשר לכוונה. אם כן, נראה שיש כאן 'קשר' מסוג 3, שהוא למעשה היעדר קשר: אלו הן שתי מצוות שונות שאין כל קשר ביניהן. נכון שלפעמים ניתן לקיים את שתי המצוות הללו ביחד, אך זהו מקרה.¹⁴ אין קשר

¹³ זו אינה הבחנה בין מצוות פעולה למצוות תוצאה, עליה עמדנו במאמרנו לפרשת בראשית, תשסז. כאן השאלה היא האם המצווה היא על נפשו של הגברא או מצווה על פעולה מעשית. הדיון כאן דומה לדיון שערכנו שם לגבי מצוות צדקה (האם מטרתה לתקן את נפש הנותן או לשפר את מצבו של המקבל).

¹⁴ נחדד את הדברים על ידי דוגמא: גם לפי ר' פרץ ניתן לקיים את שתי חובות התפילה ביחד,

מהותי והכרחי ביניהן. מלשון הרמב"ם עולה בבירור שלא לכך הוא התכוין, שהרי הוא תלה את שתי החובות הללו זו בזו.

הסתעפות: סוג חמישי של קשר

אין מנוס מן המסקנה שיש כאן סוג חמישי של קשר נביעה בין הדאורייתא לדרבנן. אם הפרטים היו הקיום היחיד האפשרי של המצווה דאורייתא, אזי המתכונת מדרבנן היא 'התפרטות' של המצווה דאורייתא. חכמים רק פירטו את החובה דאורייתא לפרטים מעשיים קונקרטיים, והאופן לבצע את המצווה דאורייתא הוא אך ורק בצורות שקבעו חכמים. זהו קשר מסוג 1 שראינו למעלה, אך כפי שראינו לא זה המצב כאן. גם נביעה מסוג 2 אינה מתארת אל נכון את מה שפגשנו כאן (שכן באופן בסיסי אין שם קשר של ממש בין הדאורייתא לדרבנן).

נראה כי עלינו להסיק שמדובר כאן בקשר של 'הסתעפות', ולא של 'התפרטות'. המצוות דרבנן מסתעפות מן המצווה דאורייתא, כמוענפים שצומחים מן השורשים (ראה ביטוי דומה בשורש השני לרמב"ם: 'כענפים היוצאים מן השורשים'), אך לא מהוות קיום שלה. הקשר אינו קשר של התפרטות, שמצוי בספירה הלוגית, אלא קשר של צמיחה של האחד מתוך השני. בנוסח אחר ניתן לומר שהיחס בין השורש לענפים בנוי על אנלוגיה, או הרחבה, ולא על דדוקציה.¹⁵

לפי הצעתנו כאן, מי שאוהב את רעו בלב ללא כל ביטוי מעשי אכן מקיים מצווה דאורייתא. אולם מי שמנחם אותו מאבלו מקיים מצווה דרבנן שמסתעפת מן המצווה דאורייתא. הרי הפעולות הללו הן בד"כ ביטוי של אהבה, ולכן רוח הציווי של 'ואהבת' באה לידי ביטוי הולם במעשים אלו. בשל כך תקנו חכמים חובה לבצע פעולות כאלו שמסתעפת מן החובה דאורייתא לאהוב את הריע. ברם, עשיית הפעולות הללו כשלעצמה אין בה קיום של המצווה דאורייתא (אלא אם בו בזמן הוא גם אהב את ריעו בליבו).

קשר של הסתעפות פירושו שההלכות דרבנן מסתעפות מן המצווה דאורייתא אך לא מהוות ביטוי שלה עצמה. ישנו קשר ביניהם אך הוא אינו הרמטי. מי שקיים את המצוות דרבנן לא בהכרח קיים בכך את המצווה דאורייתא (שזה מה שקורה בהתפרטות), אלא כביכול הוא קיים 'חצי' (באיכות) של המצווה דאורייתא.

אם אדם שמצוי בצרה יתפלל ויתחנן על הצרה במסגרת 'שומע תפלה'. גם כאן זהו קשר מקרי ולא מהותי ביניהן.

¹⁵ מ. אברהם, בספרו הרביעי (טרם פורסם) בקוורטט **שתי עגלות וכדור פורח**, עומד על מנגנון זה בהרחבה, הן בהקשר ההלכתי והן בתורת המשפט הכללית.

לכן אלו הן הלכות מדרבנן (שלא כמו בהתפרטות מסוג 1), אך יש להן שורש בדאורייתא.

אל לנו להיות לכודים בדיכוטומיה הבינארית, של כן או לא. השאלה האם ההלכות מדרבנן מהוות ביטוי למצווה דאורייתא מקבל כאן מענה שונה מאשר כן (=התפרטות. סוג 1) או לא (=סוג 3). ישנו כאן סוג אחר של קשר נביעה אל המישור דאורייתא, בעוצמת ביניים: הסתעפות.

דוגמא נוספת: "למען ינוח"

הרמב"ם בפכ"ד מהל' שבת הי"ב כותב:

אסרו חכמים לטלטל מקצת דברים בשבת כדרך שהוא עושה בחול, ומפני מה נגעו באיסור זה, אמרו ומה אם הזהירו נביאים וצוו שלא יהיה הילוכך בשבת כהילוכך בחול ולא שיחת השבת כשיחת החול שנאמר ודבר דבר קל וחומר שלא יהיה טלטול בשבת כטלטול בחול כדי שלא יהיה כיום חול בעיניו ויבוא להגביה ולתקן כלים מפניה לפינה או מבית לבית או להצניע אבנים וכיוצא בהן שהרי הוא בטל ויושב בביתו ויבקש דבר שיתעסק בו ונמצא שלא שבת ובטל הטעם שנאמר בתורה (דברים ה) למען ינוח.

לכאורה הרמב"ם מפרט כאן את איסור מוקצה, או גזירת כלים (ראה שבת קכב, "בימי נחמיה..."). הוא מסביר את טעם הגזירה בכך שאנשים יבואו לחלל את צביונה של השבת. כידוע, הרמב"ן בפירושו לפרשת אמור רואה במצב כזה איסור תורה, שנלמד מהמילה "שבתון" (וראה גם בריטב"א ר"ה לד שהביאו). הרמב"ם, לאחר שהוא מביא את טעמי הגזירה, הוא תולה אותם בפסוק "למען ינוח". אמנם בתחילת דבריו הוא כותב "אסרו חכמים", כלומר שזה איסור דרבנן.

כאן הביטוי ברור יותר מאשר בדוגמא הקודמת, שכן הוא אינו מדבר על ביטול עשה רגיל, אלא על ביטול טעם המצווה, כלומר רוח המצווה. ר' אלחנן וסרמן בקובץ **שיעורים**, 'קונטרס דברי סופרים', סי' א סי"ז, מסביר שכוונתו היא שזה נגד רצון התורה אף שאינו עושה ציווי מפורש (נעיר כי ללא ספק איסור הלכתי מדרבנן יש ויש).

ולדברינו נראה שדוגמא זו היא בדיוק כמו הדוגמא הקודמת שהבאנו. רוח התורה היא שיהיה צביון כלשהו לשבת. חכמים יצקו את הרצון ההיולי הזה לדפוסים הלכתיים. אלו הן הלכות דרבנן, אך הן מסתעפות מן הדאורייתא. כביכול, זוהי 'חצי' (באיכות) מצווה'.

"לא תסור"

דוגמא טובה לעניין זה ניתן לראות מתוך עיון במעמדן של מצוות דרבנן בכלל. כידוע, הרמב"ם סובר בכמה מקומות (ראה בריש הל' ממרים, בשורש הראשון ועוד) שגם החובה לקיים את המצוות דרבנן נובעת ממצוות "לא תסור". הרמב"ן חולק עליו, ולדעתו המצווה של "לא תסור" נותנת סמכות לחכמים אך רק בהלכות דאורייתא (למשל כשהם דורשים את התורה, או מפרשים אותה), אך לא בהלכות דרבנן (כשהם מתקנים תקנות או גוזרים גזירות).

הסיבה לחלוקה שעושה הרמב"ן היא קושייתו על שיטת הרמב"ם: לפי הרמב"ם יוצא שכל העובר על איסור דרבנן עבר למעשה על איסור דאורייתא. לדוגמא, מי שאוכל עוף בחלב למעשה עבר על 'לא תסור' מדאורייתא. אחת ההשלכות שמעלה הרמב"ן היא שלכאורה היה עלינו להחמיר גם בספיקות דרבנן, שכן בכל ספק דרבנן טמון ספק באיסור דאורייתא. לא נאריך בסוגיא זו, שכן כאן היא מהווה רק דוגמא לענייננו.¹⁶

די ברור שגם הרמב"ם אינו סובר שבכל פעם שאדם עובר על איסור דרבנן הוא למעשה עובר על איסור דאורייתא. טענתנו היא שהרמב"ם רואה את הקשר בין האיסור דרבנן לבין הלאו דאורייתא של 'לא תסור' שממנו הוא נגזר, כנביעה של הסתעפות ולא של התפרטות. האיסור לאכול עוף בחלב אינו איסור דאורייתא שהוא התפרטות של 'לא תסור', אלא הוא מסתעף מאיסור 'לא תסור'.

נביא כאן השלכה אחת, דווקא במישור שמוסכם גם על הרמב"ן, כלומר ביחס להלכות שנלמדות מדרשות. בעל **המנ"ח** במצווה תצה-ו סק"ב-ג קובע קביעה בעייתית מאד: אם אדם עומד בפני מצב שבו הוא חייב לאכול איסור (למשל, כשהוא חולה מסוכן), עדיף שיאכל איסור שמפורש בתורה מאשר שיאכל איסור שנלמד מדרשה. הסיבה לכך היא שבאיסור שכתוב במפורש בתורה יש רק איסור אחד, ואילו במעבר על איסור שנלמד מדרשה יש שני איסורים: איסור של 'לא תסור' והאיסור הנדרש עצמו.

במחילת כבודו של בעל **המנ"ח**, זהו דבר שלא ניתן להיאמר, ולא נאריך כאן בהוכחות (יש רבות כאלה). מה שהוביל אותו לקביעה הבעייתית הזו הוא כשל בהבנת מהות הלאו ד'לא תסור'. הוא הבין שהאיסור שנלמד מדרשה מהווה איסור כשלעצמו, ואיסור המרידה בסמכות חכמים היא איסור נוסף. אך האמת היא שרק האיסור הנדרש הוא איסור של ממש. הלאו ד'לא תסור' אינו איסור עצמאי אלא רק גילוי שמגלה לנו שדרשות חכמים יוצרות הלכות שעלינו להישמע

¹⁶ ראה בספר הרביעי הנ"ל, בשער הראשון.

להן. אמנם אם הוא עובר על האיסור שמדרשה והוא גם עושה זאת מתוך מרידה בסמכות חכמים הוא אכן עבר על שני האיסורים. אבל במעבר רגיל על איסור שמדרשה יש רק איסור אחד, והוא לכל היותר שווה בחומרתו לאיסור תורה (ואולי אף קל ממנו).

והן הן דברינו למעלה. הלאו ד'לא תסור' אינו לאו רגיל. עבירה דרבנן או עבירה שנלמדת מדרשה אינה התפרטות של הלאו הזה, אלא הסתעפות שלו. 'לא תסור' מהווה מקור לכך שיש איסור בציוויים הנגזרים, אך מעבר עליהם אינו מהווה מעבר עליו (אא"כ מתלווה אליה גם מרידה בסמכות חכמים, בדיוק כמו שראינו במצוות 'ואהבת לרעך כמוך' שרגש האהבה המתלווה למעשה הוא הקיום של המצווה דאורייתא, והיעדר הרגש הזה הוא ביטולה).

הערה: מישור דיון כפול

יש לשים לב לכך שמושג ההסתעפות מצוי בתווך בין הדאורייתא לדרבנן, בשני מישורים שונים: 1. ההסתעפות מתארת נביעה של המחוייבות העקרונית לדיני דרבנן מתוך מצוות 'לא תסור'. 2. היא מתארת גם את הנביעה של תכני מצווה ספציפית מדרבנן מתוך השורש של המצווה בדאורייתא (כמו במקרה של "ואהבת לרעך כמוך").

המישור הראשון עוסק בשאלת הסמכות העקרונית, ואילו המישור השני עוסק בנביעה של התכנים. כפי שראינו, במצוות 'לא תסור', עקב אופייה המיוחד, התכנים הם הסמכות שהיא מעניקה. מצוות 'לא תסור' אינה מצווה ספציפית אלא האצלת סמכויות לחקיקת משנה. לכן לגביה מתלכדים שני המישורים הללו לכלל הנביעה ההלכתי שכינינו כאן 'הסתעפות'.

דוגמא דומה: דרשות לפי הרמב"ם

אין כאן המקום להרחיב, אך נעיר כי קשר נביעה דומה אנו מוצאים בדברי הרמב"ם בשורש השני, בין הלכות שנלמדות מדרשות לבין מקורן המקראי. רוב הראשונים רואים את הדרשה כחשיפה של מה שמצוי בכתובים עצמם, ולכן רואים בהם הלכות מדאורייתא. לעומת זאת, לדעת הרמב"ם הקשר בין שני המישורים הללו אינו התפרטות, ולכן הן אינן הלכות דאורייתא. לשיטתו המדרש הוא מנגנון מרחיב ולא חושף. זהו קשר שאינו דדוקטיבי במהותו, אלא קשר של אנלוגיה או אינדוקציה, ולכן אין בענף את כל מה שיש במקור (בניגוד לקשר דדוקטיבי).¹⁷

¹⁷ ראה על כך במאמרינו לפרשיות יתרו ומשפטים, תשסה, ועוד הרבה. וביתר פירוט בספר

השלכה על תורת המשפט: קשרי הסמכה¹⁸

נסיים את המאמר בהצבעה על כך ששני סוגי הנביעה אותם הגדרנו למעלה, ההתפרטות וההסתעפות, מופיעים בצורה מאד דומה גם בהגות המשפטית הכללית.

ההוגה המשפטי האוסטרי קלזן, היה מאבות הפוזיטיביזם המשפטי. כמו כל הוגה פוזיטיביסטי, גם הוא תפס את עולם החוק כמערכת של נורמות אשר קשורות ביניהן במה שהוא כינה 'קשרי הסמכה' (קשרים בין נורמה מסמיכה ונורמה מוסמכת). בראש הפירמידה כולה עומד כלל יסודי, 'כלל האב' (במינוח של דבורקין), שהוא בעל אופי שונה מכל שאר הנורמות המשפטיות. מן הכלל הזה נבנית ונגזרת כל הפירמידה של המערכת הנורמטיבית. במשנתו של קלזן זוהי 'הנורמה הבסיסית', ואצל הארט זהו 'כלל הזיהוי' (לא ניכנס כאן להבדלים ביניהם). המבנה בנוי בצורה לוגית דדוקטיבית של קשרים בין הנורמות השונות: מנורמת האב לנורמות הנמוכות ממנה בהיררכיה, וכן הלאה.

והנה קלזן מחלק את קשרי ההסמכה לשני סוגים עיקריים:¹⁹

1. **קשרי הסמכה דינאמיים.** קשרי הסמכה אלו אינם מבוססים על קשר תוכני-לוגי בין הנורמות, אלא על קשרים מוסדיים של האצלת סמכויות. תוקפה של הנורמה אינו מוכח באמצעות הצבעה על נורמה אחרת, שממנה היא נגזרת או מוסקת, אלא על-ידי הצבעה על נורמה אחרת, תקפה ומוסמכת כשלעצמה, אשר הסמיכה את יצירתה. לדוגמא, נורמה כללית אשר קובעת כי שר הפנים אשר מקים מועצה מקומית, יקבע את תפקידיה, סמכויותיה וחובותיה. נורמה זו מסמיכה את הנורמה הספציפית שהיא צו של שר הפנים אשר קובע הוראות בדבר ניקיון הרחובות. זהו קשר דינאמי במהותו, שכן הוא אינו קובע את התוכן המוסמך, אלא את אפשרות יצירתו. השאלה התוכנית (איזו נורמה ליצור), מסורה לרשות הנסמכת. נעיר לדוגמא כי יש הרואים בחוקי הירושה (=זכות האדם להוריש את רכושו) סוג של קשרי הסמכה דינאמיים, שכן הם מסמיכים את המוריש לקבוע את הסטטוס המשפטי של רכושו לאחר מותו.
2. **קשרי הסמכה סטטיים.** קשרי הסמכה כאלו מבוססים על קשר תוכני-לוגי בין הנורמה המסמיכה לנורמה המוסמכת. הקשר ביניהן הוא קשר של

הרביעי הנ"ל, בעיקר בשער השני.

¹⁸ ראה על כך בקצרה בספר **תורת המשפט והמוסר**, רון דלומי ומנשה כהן, הוצאת 'משפטים', בני-ברק תשס"ג, פרק ג' סעיף 3. וראה גם בספר הרביעי הנ"ל, בעיקר בשער השלישי.

¹⁹ אצל הארט מקובלת החלוקה בין כללים ראשוניים, לבין כללים משניים, שאינה זהה לחלוקה זו. לא נעסוק בכך כאן.

דדוקציה וגזירה לוגית. לדוגמא, ישנה נורמה כללית שאין לפגע בקניינם הפרטי של אחרים ובזכויותיהם לעשות בו כרצונם. נורמה זו מסמיכה את הנורמה הספציפית שאסור לגנוב. קשרים אלו הם סטטיים, שכן בניגוד למקרה הקודם כאן הנורמה המוסמכת מכתובה גם את התוכן הנסמך. הוא קבוע ועומד מראש במסגרת הנורמה המסמיכה, ואינו נתון לבחירתו של מישהו.

שני סוגי הקשרים הללו מגדירים גם שני סוגי מערכות נורמות, לפי אופיים של קשרי ההסמכה הנהוגים בהן. כאן לא נעסוק בכך.

ניתן לראות מייד שהחלוקה הזו שקולה בדיוק לחלוקה אותה עשינו בין שורש א (העוסק במעמדם ההלכתי של דיני דרבנן) לבין שורש ב (העוסק במעמדן ההלכתי של הדרשות) ברמב"ם. כפי שראינו, שורש א עוסק בקשר הסמכה דינאמי, בעוד שורש ב עוסק בקשרי הסמכה סטטיים.

ניתן לשאול כעת: על מה עבר מי שפעל בניגוד להוראה של מועצה מקומית? האם הוא עבר על חוקי המדינה, או על חוקיה של אותה רשות? לכאורה הוא עבר על חוקי המדינה, שכן יש חוק שיש לפעול לפי הוראות הרשות המקומית. אולם העבירה הזו נחשבת כעבירה קלה יותר מאשר עבירה ישירה על חוקי המדינה (חקיקה ראשית תוקפה גבוה יותר מזה של חקיקה משנית). כיצד יכול להיווצר הבדל כזה, כאשר יש חוק שמסמיך את הרשות המקומית לחוקק חוקים? לכאורה יש כאן עבירה על חקיקה ראשית. התשובה היא בדיוק כפי שראינו לגבי המנ"ח לעיל: הנביעה של החקיקה המשנית מהחקיקה הראשית אינה התפרטות אלא הסתעפות.

קשרי ההסמכה הדינאמיים הם באופן מהותי בעלי אופי של הסתעפות. אך את קשרי ההסמכה הסטטיים ניתן לחלק לשני סוגים. גם שם ישנם קשרים של התפרטות, כלומר שעבירה על סעיף מסויים של חוק הגניבה תהווה גניבה ממש, ויש מצבים שבהם העבירה היא על משהו שנגזר מהרחבה של חוק הגניבה, ולכן אין כאן גניבה ממש. כאן זוהי הסתעפות במסגרת קשרי ההסמכה הסטטיים.²⁰

ושבו: תפילות אבות תקנום

פתחנו את המאמר בגמרא שמבינה את התפילות כתקנות של האבות. אם יש כאן מצווה מן התורה, כפי שכותב הרמב"ם, על כורחנו עלינו להסיק שהאבות

²⁰ ומכאן טעותם של פוזיטיביסטים רבים שמתייחסים לנביעה שבקשרי ההסמכה הסטטית כדדוקציה. הם אינם מכירים בהסתעפות אלא רק בהתפרטות. נקודה זו עומדת ביסודה של הבעיה הידועה בשם 'חקיקה-שיפוטית', ואכ"מ.

תקנו את הצורה הראויה של קיום המצווה הזו, כפי שהתורה עצמה היתה רוצה שנעשה אותה. לאחר קביעת הצורה זהו הקיום של המצווה דאורייתא. הדעה המנוגדת היא שצורת התפילות מעוצבת לאור דיני הקרבנות. אם כן, המחלוקת היא בשאלה מהי הצורה הראויה להתפלל, ויסודה הוא בהבנת משמעות המצווה מדאורייתא להתפלל. התקנה של האבות, או של חכמים לאור דיני הקרבנות, אינה אלא ניסיון להבין מה התורה עצמה היתה רוצה שנעשה בתפילתנו. אמנם מעמדן של אלו הוא כשל דיני דרבנן, ולכן הן אינן התפרטות של המצווה דאורייתא, אך ניתן לומר כי הן מסתעפות מן החובה דאורייתא, כענפים היוצאים מן השורשים.

וב'קונטרס דברי סופרים' שם, סקכ"א-כב ר' אלחנן תמה כיצד מצינו תקנות חכמים לפני מתן תורה (לגבי עכו"ם הבא על בת ישראל, מבית דינו של שם), כאשר מקור הסמכות של חכמים הוא הפסוק 'לא תסור'. כך גם ניתן לשאול לגבי תקנת התפילות על ידי האבות.

לפי דברינו יש לומר שאכן לא היתה להם סמכות, אבל הם היו אלה שיכולים לפרש את רצון התורה עצמה, ולכן עלינו לציית לתקנה, מפני שהיא היתה הביטוי הנכון לצביון שהתורה עצמה דורשת מאיתנו. מעשי האבות מהווים אינדיקציה לצורה הנכונה של התפילה, ולכן גם חכמים כשהם הופכים זאת להלכה פורמלית שומרים על הצביון שנוצר על ידי האבות.

מוסקנות

- קיימים לפחות חמש צורות אפשריות של קשר בין המימד דרבנן שבמצווה לבין המימד דאורייתא:
1. 'התפרטות' - קיום המצווה דרבנן הוא למעשה צורת הקיום של המצווה דאורייתא. חכמים במקרה זה מקיימים פונקציה של פרשנות ולא של חקיקה.
 2. 'התפרטות' מסוג שונה - הפרטים שייכים כולם למישור דרבנן, אך הם יכולים להחביא מאחריהם מימדים דאורייתא. גם אם המצווה מקויימת שלא במתכונת שקבעו חכמים, עדיין חובת הדאורייתא מקויימת אך לא החובה מדרבנן.
 3. 'התפרדות מוחלטת' - המצווה דרבנן נפרדת לגמרי מן החובה דאורייתא.
 4. 'עיצוב דבפקטו' - התקנה דרבנן אינה עיצוב של הדאורייתא, ובכל זאת בשורה התחתונה היא קובעת בפועל את צורת הקיום של המצווה דאורייתא.
 5. 'הסתעפות' - המצוות דרבנן מסתעפות מן המצווה דאורייתא כמו ענפים שצומחים מן השורשים (כביטוי של הרמב"ם בשורש השני), אך לא מהוות קיום שלה. זהו קשר של 'צמיחה' אחד מן השני הבנוי על אנלוגיה או הרחבה ולא על דדוקציה.

על מצוות ועובדות

הנקודות הנדונות:

- גזירה, או ציווי
- אזהרה: הגדרה (טכסטואלית ומהותית) לאיסור לא תעשה
- הבחנה בטקסט המקראי בין מצווה (=צווי) לבין תיאור (=לא מצווה)
- מקורה של מצוות גיד הנשה (יעקב אבינו או מסיני?)
- היחס בין מצוות נח לתרי"ג מצוות
- שלילות, אזהרות, ומניעות בתורה
- האם אזהרה במקרא היא תנאי לאיסור או לעונש?

תקציר

במאמר זה אנו יוצאים מתוך האיסור של גיד הנשה, ומראים שישנה דרישה שבכל איסור לא תעשה תהיה אזהרה מפורשת בכתוב. עיקרון זה מעורר קושי לגבי גיד הנשה, שכן אין פסוק שמזהיר עליו בצורה ברורה. אנו מציעים שתי צורות לקרוא את הפסוק על גיד הנשה, ומראים ששתיהן מופיעות בראשונים.

מתוך הדיון הזה אנו מרחיבים את היריעה לשאלת תפקידה של האזהרה, ויחסה של זו למונחים כמו 'מצווה', או 'גזירה'. נושאים אלו נדונים בדברי הרמב"ם בשורש השמיני, ובהשגות הרמב"ן שם (שגם מזכיר את הדוגמא של גיד הנשה).

מסקנתנו היא שההלכה בנויה בצורה של כמה ספירות זו בתוך זו. ישנו אוסף המעשים השלייליים (=מזיקים ופוגמים) והחיוביים (=מתקנים). בתוך הספירה הנורמטיבית הכללית הזו ישנה תת-ספירה הלכתית שמוללת מצוות (עשה ולא תעשה). ובתוך הספירה ההלכתית ישנה תת-ספירה של איסורי לאו, שלגביהן דרושה אזהרה. האזהרה היא המגדירה מעשה כלשהו כשייך לספירה הפנימית הזו. אנו קושרים את הדיון הזה למאמרי 'מידה טובה' שונים, שעסקו ויעסקו בנושא זה מזוויות נוספות.

מבוא כללי

בפרשתנו מתואר המאבק בין יעקב למלאך (בראשית לב, כה-לג):

וַיִּתֵּר יַעֲקֹב לְבַדּוֹ וַיֹּאבֶק אִישׁ עִמּוֹ עַד עֲלוֹת הַשָּׁחַר: וַיֵּרָא כִּי לֹא יָכַל לוֹ וַיִּגַע בְּכַף יָרְכּוֹ וַתִּקַּע כַּף יָרֵךְ יַעֲקֹב בְּהֶאֱבָקוֹ עִמּוֹ: וַיֹּאמֶר שְׁלַחֲנִי כִּי עָלָה הַשָּׁחַר וַיֹּאמֶר לֹא אֶשְׁלַחְךָ כִּי אִם בְּרַכְתָּנִי: וַיֹּאמֶר אֵלָיו מָה שְׂמִיךָ וַיֹּאמֶר יַעֲקֹב: וַיֹּאמֶר לֹא יַעֲקֹב יֹאמֶר עוֹד שְׂמִיךָ כִּי אִם יִשְׂרָאֵל כִּי שָׂרִית עִם אֱלֹהִים וְעַם אַנְשֵׁים וַתּוֹכַל: וַיִּשְׁאַל יַעֲקֹב וַיֹּאמֶר הַגִּידָה נָא שְׂמִיךָ וַיֹּאמֶר לָמָּה זֶה תִּשְׁאַל לְשְׁמִי וַיִּבְרַךְ אֹתוֹ שָׁם: וַיִּקְרָא יַעֲקֹב שֵׁם הַמָּקוֹם פְּנִיאֵל כִּי רָאִיתִי אֱלֹהִים פְּנִים אֶל פְּנִים וַתִּנְצַל נַפְשִׁי: וַיִּזְרַח לוֹ הַשֶּׁמֶשׁ כַּאֲשֶׁר עָבַר אֶת פְּנוֹאֵל וְהוּא צָלַע עַל יָרְכּוֹ: עַל כֵּן לֹא יֵאָכְלוּ בְנֵי יִשְׂרָאֵל אֶת גִּיד הַנֶּשֶׂה אֲשֶׁר עַל כַּף הַיָּרֵךְ עַד הַיּוֹם הַזֶּה כִּי נִגַע בְּכַף יָרֵךְ יַעֲקֹב בְּגִיד הַנֶּשֶׂה:

המלאך נוגע הכף ירך יעקב ונוקע אותה. הפרשה מסתיימת בתיאור שבני ישראל אינם נוהגים לאכול את גיד הנשה כיון שהמלאך נגע בה. חז"ל הבינו שמדובר כאן באיסור הלכתי רגיל. לדוגמא, במדרש שמתאר את השתלשלות מתן המצוות לעולם, מאדם הראשון עד מתן תורה, חז"ל אומרים (ראה שיר השירים רבה פרשה א, ד"ה 'ה ר' עזריה', ומקבילות):

ר' עזריה ואמרי לה ר' אליעזר ורבי יוסי ברבי חנינא ורבנן ר' אליעזר אומר משל למלך שהיה לו מרתף של יין בא אחד אורח ראשון מזוג לו את הכוס ונתן לו, ובא השני ומזוג לו את הכוס ונתן לו, כיון שבא בנו של מלך נתן לו המרתף כולו, כך אדם הראשון נצטווה על שבע מצוות... נח ניתוסף לו אבר מן החי דכתיב אך בשר בנפשו דמו, אברהם נצטווה על המילה, יצחק חנכה לשמונה ימים, יעקב על גיד הנשה שנאמר (בראשית לב) על כן לא יאכלו בני ישראל את גיד הנשה, יהודה על היבמה שנא' (שם, בראשית לח) ויאמר יהודה לאונן בא אל אשת אחיך ויבם אותה, ישראל אכל מ"ע ומצוות ל"ת... כלומר חז"ל הבינו זאת כציווי ליעקב ובניו שלא לאכול את גיד הנשה, ובעקבותיהם גם מוני המצוות, כמו החינוך במצווה ג (וכן הוא בספהמ"צ להרמב"ם, ל"ת קפג):

ונוהגת מצוה זו בכל מקום ובכל זמן, בזכרים ובנקבות. והעובר עליה ואכל גיד אחד אפילו הוא פחות מכזית, או שאכל כזית מגיד הנשה גדול, לוקה. זהו איסור גמור, והעובר עליו חייב מלקות ככל לאו רגיל אחר בתורה. אכן עד ימינו אנחנו מנקרים את הגיד כחלק מהכשר הבהמה לאכילה.

א. גיד הנשה

לעצם הבעייתיות

ראינו שחז"ל והפוסקים רואים בגיד הנשה איסור לאו שיש עליו מלקות. אך כפי שאנחנו יודעים חז"ל קבעו קריטריון חד וברור לאבחנה של פסוקי לאו מפסוקים אחרים (ראה מנחות צט ע"ב, ומקבילות):

דאמר רבי אבין אמר ר' אילעא: כל מקום שנאמר 'השמר', 'פן' ו'אל' - אינו אלא לא תעשה.

הגמרא רואה בלשונות אלו (והראשונים הוסיפו עליהן גם את הלשון הרביעית: 'לא') מדד לקיומו של לאו. היה מקום לומר שאם יש לשון כזו יש לאו, אך אין הכרח שבהיעדר לשון כזו לא יהיה לאו. אך התפיסה המקובלת במפרשים היא שזהו תנאי הכרחי, ולא רק מספיק. כך גם משתמע מדברי הגמרא בהמשך הסוגיא הנ"ל, אשר מסיקה שאם יש כפל של לשונות יש שני לאוין:

רבינא אמר: השמר ופן שני לאוין נינהו. רב נחמן בר יצחק אמר: בשלשה לאוין, שנאמר: השמר לך ושמור נפשך מאוד פן תשכח את הדברים;

אם כן, בפסוק לגבי גיד הנשה, שכלל לא נאמרה בו לשון ציווי, לא ברור כיצד ניתן לראות את קיומו של לאו. והנה בעל החינוך כותב על כך במצווה ג:

והאי לא יאכלו לא נאמר על דרך סיפור, כלומר מפני שאירע דבר זה באב נמנעים הבנים מלאכול אותו הגיד, אלא אזהרת השם יתברך שלא יאכלוהו.

נראה שבעל החינוך מבין את הלשון 'לא יאכלו' שבפסוק כלשון ציווי. אמנם זה אינו פשט הפסוק, אך ייתכן שהוא רואה בכך סוג של דרשה. ומקורו כנראה בסוגיית חולין ק ע"ב. במדרש **שיהש"ר** שהובא למעלה ראינו שזמן התחלת החיוב הוא מיעקב אבינו, אך למעשה הדבר שנוי במחלוקת תנאים במשנה בסוגיית חולין הנ"ל:

מתני'. נוהג בטהורה ואינו נוהג בטמאה, רבי יהודה אומר: אף בטמאה, אמר ר' יהודה: והלא מבני יעקב נאסר גיד הנשה, ועדיין בהמה טמאה מותרת להן! אמרו לו: בסיני נאמר, אלא שנכתב במקומו:

התנאים חלוקים בשאלה האם איסור גיד הנשה נוהג גם בהמות טמאות או רק בטהורות, ויסוד המחלוקת נעוץ בשאלה האם יעקב הוא שנצטווה על כך, ואז עדיין לא היה הבדל בין בהמה טהורה וטמאה, או שציווי זה ניתן בסיני (כשכבר היתה ההבחנה בין בהמות טהורות וטמאות) ורק בתורה כתבו אותו במסגרת

הסיפור על יעקב והמלאך. בגמרא קא ע"ב (ומקורו מהתוספתא פ"ז ה"ד) מובא שגם הביטוי 'בני ישראל' שמופיע בפסוק, מרמז שהאיסור התחיל בסיני ולא אצל יעקב.¹

בדעת חכמים נראה שהפסוק הזה הוא עצמו ציווי, והוא הוזה ממקומו כדי לבאר לנו את טעם האיסור (זכר למאבק של יעקב עם המלאך, והחינוך במצווה הנ"ל כותב שטעם הציווי הוא כדי שלא נתייאש גם במצבים שנראים לנו אבודים, כמו במקרה של המאבק בין יעקב למלאך). כנראה שזה היה מקורו של החינוך הנ"ל שהבין את הפסוק הזה כציווי ולא כתיאור. כך גם מפרש הרשב"א בחידושי אגדות לחולין צא ע"א:

איננו הודעה... שאילו כן היה מתחייב שאם נגף יעקב ברגלו שלא יאכלו בניו רגל וכו', רק מצווה נצטוו עליה מפי הקב"ה.

אם כן, הפסוק הזה אינו 'הודעה' (=תיאור), אלא פסוק ציווי, ונראה כי לפי הראשונים הללו הוא עומד בקריטריון של 'השמר, פן ואל'.

הצעה אלטרנטיבית

נמצא שלפי חכמים הפסוק הזה הוא ציווי שהוזה ממקומו, אך הוא ניתן לנו בסיני, ולא ליעקב אבינו. ואילו לפי ר' יהודה הפסוק הזה הוא הציווי, אשר ניתן ליעקב עצמו.

דעת חכמים היא בעייתית מבחינת נוסח הפסוק. הפסוק מתאר מנהג והוא לא מנוסח בלשון ציווי. אין כאן רק הזזה של ציווי (ממקומו בסיני לספר בראשית), אלא פסוק בסגנון של תיאור ('הודעה', בלשון הרשב"א) ולא של ציווי. אמנם באמת לפי הפסוק המנהג הזה רווח אצל בני ישראל ולא יעקב עצמו, מה שמתאים לדעת חכמים שרק בני יעקב התחייבו באיסור זה בהר סיני. ולפי ר' יהודה נוסח הפסוק הוא בעייתי, שכן הוא אינו מתאר ציווי אלא מנהג, ועוד צריך להבין מדוע הפסוק כותב שרק בני יעקב נהגו באיסור זה.

מתוך דברי חז"ל עולה האפשרות לפרש את הפסוק אחרת: הציווי שניתן ליעקב כלל לא מופיע בפסוק. הוא סמוי מאחורי הדברים, ורק התוצאה של אותו ציווי נעלם מתוארת בפסוק: שיעקב (לפי ר' יהודה) או (גם) בניו, לא אוכלים את גיד הנשה, עד היום הזה. אם כן, הפסוק הזה מתאר מצב שהוא רק אינדיקציה לקיומו של ציווי, ולא את הציווי עצמו. לפי הצעתנו הלשון 'לא' שמופיעה בפסוק אינה לשון ציווי אלא בהחלט לשון הודעה.

¹ ראה גם בתוד"ה 'קדשים', חולין צ ע"א, שדן לפי זה בתחילת זמן האיסור ובנמעניו (רק ישראל, או גם בני נוח). וראה גם בתורה שלמה, על אתר, אות קס.

נפקא מינא הלכתית לדברינו

הגמרא בפסחים כב ע"א דנה ביחס בין איסורי אכילה לבין איסורי הנאה. בתוך הדיון מובאת השלכה לעניין גיד הנשה:

דאמר רבי אבהו: כל מקום שנאמר לא יאכל לא תאכל לא תאכלו - אחד איסור אכילה ואחד איסור הנאה (משמע) +מסורת הש"ס: [במשמע] +עד שיפרט לך הכתוב כדרך שפרט לך בנבילה...

דעת ר' אבהו היא שלשון 'אכילה' בתורה מתפרשת תמיד כאיסור אכילה וגם איסור הנאה (חזקיה חולק עליו בסוגיא שם). הגמרא שם מאריכה להקשות עליו מכמה וכמה מקומות. בתוך הדברים היא מקשה מגיד הנשה:

מתב רבי יצחק נפחא: והרי גיד הנשה, דרחמנא אמר (בראשית לב) על כן לא יאכלו בני ישראל את גיד הנשה, ותנן: שולח אדם ירך לנכרי, וגיד הנשה בתוכו, מפני שמקומו ניכר! - קסבר רבי אבהו: כשהותרה נבילה - היא וחלבה וגידה הותרה. - הניחא למאן דאמר יש בגידין בנותן טעם, אלא למאן דאמר אין בגידין בנותן טעם, - מאי איכא למימר? - מאן שמעת ליה דאמר אין בגידין בנותן טעם - רבי שמעון, דתניא: האוכל מגיד הנשה של בהמה טמאה, רבי יהודה מחייב שתיים, ורבי שמעון פוטר. רבי שמעון הכי נמי דאסר בהנאה. דתניא: גיד הנשה מותר בהנאה, דברי רבי יהודה, ורבי שמעון אוסר.

רש"י על אתר מסביר שמכאן עולה שגיד מותר בהנאה, שהכתוב קראו 'נבלה'. אמנם אנו מוצאים במהר"א פולדא וקרובן העדה על הירושלמי ערלה פ"ג ה"ב ופסחים פ"ב ה"א שהותר בהנאה גיד של נבילה אך לא כל גיד (ועי' בתורה שלמה אצלנו אות קנח).

בכל אופן, גם לפי רש"י וסיעתו יוצא מהסוגיא שהיתר הגיד בהנאה תלוי בתפיסה לפיה יש בגיד בנותן טעם. אם אין בגיד בנותן טעם, אז הוא אינו מקבל את טעם הנבילה (הגמרא בחולין קא ע"א מתייחסת לגיד כ'עץ', כלומר משהו קשה שאינו בולע ואינו מהווה בשר) ולכן אינו נחשב בעצמו כחלק מהנבלה. ממילא התורה לא התירתו בהנאה. רק לצד שיש בגיד בנותן טעם, התורה התירתו בהנאה. כך הניחו רוב הראשונים.

אך ברמב"ם אנו מוצאים שפסק שאין בגיד בנותן טעם (מאכלות אסורות פט"ו הי"ז, וראה גם שם פ"ד הי"ח), ובכל זאת הוא מתיר אותו בהנאה (שם פי"ד הי"ד והט"ז). ורבים מן המפרשים האריכו להקשות עליו (ראה רא"ש פ"ז בחולין סי' יז בשם חכמי לונל, ובמנ"ח מצווה ג סקי"א ועוד הרבה). אמנם אנו מוצאים

עוד שיטות כאלה, לדוגמא הרמב"ן בתשובה שמובאת בתורת הבית לרשב"א, בית שלישי שער שלישי, והסביר שהתלייה שמצאנו בגמרא בין שני הדינים הללו אינה תלייה אמיתית, אלא רק לרווחא דמילתא.

אנו מציעים שההסבר בדעת הרמב"ם והרמב"ן הוא שהפסוק אינו מהווה ציווי על איסור גיד הנשה, אלא רק רמז עקיף לקיומו של איסור. לכן אין ליישם לגביו את הכלל של ר' אבהו בפסחים שכל שנאמר לגביו לשון 'אכילה' הכוונה היא לאיסור אכילה וגם איסור הנאה, שהרי אין כאן ציווי שאוסר אכילה, אלא תיאור שישראל לא אוכלים גיד הנשה. הכלל של ר' אבהו מדברר אך ורק על פסוקי ציווי, ולא מפרש את המונח 'אכילה' עצמו.

אם כן, יוצא שהגיד מותר בהנאה גם לדעת ר' אבהו, ולפי כל הדעות. המו"מ בגמרא נאמר בהנחה שהפסוק מצווה על איסור אכילה, אך הרמב"ם לומד ופוסק לא כך. לכן ההיתר בהנאה אינו מבוסס על כך שאין בגיד בנותן טעם ועל המקור מנבילה, אלא על כך שאין מקור לאיסור בהנאה, שהרי התיאור מדבר רק על אכילה.²

מדברינו עולה שאופן קריאת הפסוק מקרין על שאלות הלכתיות. חכמי לונל הבינו את הפסוק כדעת החינוך והרשב"א, ולכן הם מניחים שיש לשון ציווי על איסור אכילה בגיד הנשה, ואילו הרמב"ם והרמב"ן הבינו כהצעתנו הנ"ל.

השלכה על דבר שנאמר ונשנה בסיני

ישנו כלל שציווי שנאמר לפני מתן תורה ולא חזר בסיני, נאמר רק לישראל. ואם הוא חזר בסיני, אז הוא נאמר גם לישראל וגם לבני נוח (ראה במאמרנו לפ' נח, תשסז). מה יהיה הדין לגבי גיד הנשה? אנו מוצאים בסוגיית הבבלי סנהדרין נט ע"א:

דאמר רבי יוסי ברבי חנינא: כל מצוה שנאמרה לבני נח ונשנית בסיני - לזה ולזה נאמרה. לבני נח ולא נשנית בסיני - לישראל נאמרה ולא לבני נח. ואנו אין לנו אלא גיד הנשה ואליבא דרבי יהודה.

אם כן, מכאן עולה בבירור שלפי ר' יהודה הציווי נאמר לבני יעקב, ולפי חכמים הוא נאמר רק למשה בסיני והועתק לשם. אך גם לפי ר' יהודה הדברים מעלים קושי. לכאורה מהמימרא הזו יוצר שהסיבה מדוע הציווי מחייב רק את ישראל לפי ר' יהודה היא שהוא נאמר ליעקב ולא נשנה בסיני (זוהי הדוגמא היחידה

² ייתכן שבכך ניתן ליישב קושיא נוספת שהקשו האחרונים על הרמב"ם (ראה במנ"ח שם סק"ג), ואכ"מ.

שהש"ס מוצא לתופעה זו). אבל הייחוד של האיסור לבני ישראל עולה מלשון הציווי עצמו, ולא מן העובדה שהוא נאמר רק לפני מתן תורה. הרי בפסוק עצמו כתוב ש'בני ישראל' לא אוכלים את גיד הנשה (ראה על כך ברש"י כאן). אם כן, כיצד הגמרא מוצאת בגיד הנשה לפי ר' יהודה דוגמא למצווה שנאמרה לבני נוח ולא נשנתה, ולכן היא תקפה רק לישראל?

ולפי דרכנו הדברים קלים יותר. הרי אנו הצענו שהפסוק הזה כלל אינו פסוק ציווי. לכן גם לפי ר' יהודה המצווה לא בהכרח נאמרה לבני יעקב. הפסוק רק מתאר שבני ישראל שומרים על האיסור הזה, אבל בהחלט ייתכן שהציווי לגביו נאמר לכל בני נוח. ובאמת בחולין צא ע"א מבואר שיש מ"ד שגיד הנשה נאסר גם לבני נוח. אמנם רש"י שם מפרש שהכוונה היא שנאסר לבני יעקב כשעוד היו בני נוח (וראה גם בתוד"ה 'קדשים', שם צ ע"א),³ ולדברינו אין צורך לכך ואפשר לפרש את הגמרא כפשוטה.

גם **בפיהמ"ש** לרמב"ם על משנת סנהדרין כותב לחלוק על רש"י, ולדעתו גם חכמים מסכימים שנצטווה על כך כבר יעקב, אלא שאנו נוהגים איסור זה מפני הציווי בסיני, ולא מפני הציווי ליעקב (וראה בתורה **שלמה** כאן אות קס, שהקשה עליו מכמה סוגיות שמפורש לא כדבריו). ולדברינו אפ"ל שכוונתו היא שהציווי לא ניתן ליעקב בתורה, אלא רק נרמז בתורה, ולכן מה שהוא מחייב אותנו זה רק מפני שהוא חזר ונאמר בסיני (לפי חכמים שם נכתב הפסוק המתאר הזה).

ב. האם יש איסור ללא מקור מפורש?

מבוא

בפרק הקודם העלינו אפשרות לפיה הציווי על גיד הנשה כלל לא מופיע בתורה בפירוש, אלא רק מתואר בה בדרך עקיפין. האם ייתכן מצב שבו יש לנו איסור הלכתי מחייב ללא מקור מפורש בתורה? האם הכלל של 'השמר, פן ואל' אינו קריטריון הכרחי לקיומו של לאו? בפרק זה ניגע בקצרה בשאלה היסודית והחשובה הזו.

כיסוי ראש

אנו מכירים דוגמאות נוספות לאינדיקציות עקיפות לקיומם של איסורים. לדוגמא, בפרשת סוטה התורה אומרת (במדבר ה, יח): "ופרע את שער ראש

³ והאריך בזה בתורה **שלמה** כאן, באות קס.

האישה". ומכאן לומדים חז"ל שיש חובה על נשים נשואות לכסות את שער ראשן (כתובות עב ע"א):

ואיזוהי דת יהודית? יוצאה וראשה פרוע. ראשה פרוע דאורייתא היא! דכתיב: (במדבר ה) ופרע את ראש האשה, ותנא דבי רבי ישמעאל: אזהרה לבנות ישראל שלא יצאו בפרוע ראש!

כאן כלל לא מופיעה מילת אזהרה ('השמר', 'פן', 'לא', או 'אל'), ובכל זאת לומדים מכאן איסור תורה לצאת בשער פרוע.

נדגיש כי הדוגמא הזו קיצונית הרבה יותר מזו של גיד הנשה, שכן בגיד הנשה מתואר באופן ברור איסור אכילה, אלא שהוא נאמר בנוסח של תיאור ('הודעה', בלשון הרשב"א) ולא של ציווי. כאן אין אפילו רמז לחובה לכסות את הראש, פרט לכך שאולי נשים היו נוהגות לכסות את ראשן.⁴ עלינו לשים לב לכך שבמהלך הסוגיא פונה הקושיא מהפסוק הזה כלפי הטענה בגמרא שפריעת ראש של אישה היא 'דת יהודית', שאותה מפרש רש"י על אתר:

דת יהודית - שנהגו בנות ישראל ואע"ג דלא כתיבא.

כלומר הפסוק מוכיח שזה אינו סתם מנהג שאינו כתוב אלא דין תורה. וכי באמת יש כאן הוכחה לכך?

והנה ההוכחה מהפסוק מתפרשת אצל רש"י בשני אופנים:

אזהרה - מדעבדין לה הכי לנוולה מדה כנגד מדה כמו שעשתה להתנאות על בועלה מכלל דאסור א"נ מדכתיב ופרע מכלל דהוא שעתא לאו פרועה הות שמע מינה אין דרך בנות ישראל לצאת פרועות ראש וכן עיקר.

כיוון ראשון הוא שלומדים זאת מתוכן המעשה, ואז יש כאן דרשה ללא אזהרה מפורשת בפסוק: מכך שעושים לאישה שסטתה פריעת ראש מוכח שפריעת ראש היא בבחינת סטייה. הכיוון השני, שנראה לרש"י עיקרי, הוא שזה נלמד מדיוק, כפי שהנחנו למעלה.

הכללה: דברי הרמב"ם בשורש השמיני

אנו מוצאים התייחסות עקרונית ללשוניות הציווי וללשוניות מקבילות להן בשורש השמיני של הרמב"ם, בו הוא עוסק בשלילות. נביא כאן קטעים מתוך דבריו, ולאחר מכן נדון במחלוקות עם הרמב"ן בהשגותיו שם. ההגדרה הבסיסית של הרמב"ם מחלקת את הציוויים למצוות עשה ול"ת:

⁴ וגם זה לא לגמרי ברור, שהרי ניתן היה לפרש את הפסוק באופן שאם במקרה השיער שלה מכוסה יש לפרוע (=לגלות) אותו. ואולי בכלל מדובר על אופנה ולא על נוהג הלכתי.

השרש השמיני שאין ראוי למנות שלילת החיוב עם האזהרה: דע שהאזהרה היא אחד משני חלקי הצווי. וזה כי אתה תצוה למצווה שיעשה דבר אחד או שלא יעשהו. כמו שתצוהו לאכול ותאמר לו אכול או תצוהו להרחיק מן האכילה ותאמר לו לא תאכל... והמלה המפורסמת בלשון הערבי המונחת לאזהרה היא מלת לא. וזה הענין בעצמו נמצא בלא ספק בכל לשון. כלומר שאתה תצוה למצווה שיעשה דבר או לא יעשה. אם כן הוא מבואר שמצות עשה ומצות לא תעשה שניהם צווי גמור, דברים צונו לעשותם ודברים הזהירנו מעשותם, ושם המצווה לעשותם מצות עשה ושם המוזהר מהם מצות לא תעשה. והשם שיכללם יחד בלשון העברי הוא גזירה. וכן החכמים קראו כל מצוה בין עשה (עמ"ע קט ולג מת"כ אח"מ פרש' ה ופ"ח) בין לא תעשה (עי' תוספת' הוב' לק' עמ' רב) גזירת מלך.

מצוות ל"ת נאמרת בדרך כלל בלשון 'לא'. אך כעת הרמב"ם מראה שבעברית מילה זו מופיעה גם במשמעות אחרת, לא נורמטיבית, אשר אינה שייכת למושגים של מצוות וגזירות (בתוך דבריו הוא מזכיר שבערבית יש מילה שונה לשלילה לא נורמטיבית):

אמנם שלילת החיוב הוא ענין אחר והוא שתשלול נשוא מנושא ואין בו מענין הצווי שום דבר כלל. באמרוך לא אכל פלוני אמש, ולא שתה פלוני היין, ואין ראובן אבי שמעון והדומים לזה, הנה זה כולו שלילת החיוב, אין ריח צווי בו. והמלה שישללו בה בערבי על הרוב היא מלת מא. וישללו גם כן במלת לא ובמלת ליס. אמנם העברים רוב שלילתם במלת לא בעצמה שבה יזהירו. וישללו גם כן באין ומה שיתחבר בו מן הכנויים כמו אינו אינם ואינכם וזולתם. אולם השלילה בעברי במלת לא כאמרו (ס"פ ברכה) ולא קם נביא עוד בישראל כמשה, לא איש אל ויכזב (בלק כג), לא תקום פעמים צרה (נחום א), ולא עמד איש (ויגש מה), ולא קם ולא זע ממנו (אסתר ה) ורבים כאלה. והשלילה באין כאמרו (בראשית ב) ואדם אין, והמתים אינם יודעים מאומה (קהלת ט) וזולתם רבים.

כעת הוא עובר להסיק מסקנות מן ההבחנה הזו לעניין מניין המצוות:

הנה כבר התבאר לך ההפרש שבין האזהרה והשלילה. וזה שהאזהרה מענין הצווי ולא תהיה אלא בפעולת הצווי בשוה, רצוני לומר שהוא כמו שפעולת הצווי לעולם עתידה כן האזהרה, ולא יתכן בלשון שיהיה הצווי בעבר וכן האזהרה. ואין פנים להכניס הצווי בספור. כי הספור צריך לנשוא ונושא והצווי מאמר שלם כמו שהתבאר בספרים המחוברים לזה. והאזהרה גם כן

לא תכנס בספור. ואין כן השלילה. כי השלילה תכנס בספור ותשלול בעבר ובעתיד ובעומד. וזה כלו מבואר בעצמו עם ההשתדלות. וכשהיה זה כן אין ראוי שיימנו הלאוין שהם שלילה במצות לא תעשה בשום פנים. וזה ענין מופת לא יצטרך עליו עד זולת מה שזכרנוהו מהבנת עניני המלות עד שיבדיל בין האזהרה והשלילה.

העיקרון שפסוקים שעניינם הוא שלילה ולא אזהרה אין למנות אותם נראה לרמב"ם מובן מאליו, וכלל אינו טעון הוכחה והנמקה. ובכל זאת הוא מוצא שבה"ג טעה בעיקרון הזה, והוא מביא כמה דוגמאות שלא היו צריכות להימנות, ועוד כמה שגם בה"ג עצמו לא מנאן:

וכבר נעלם זה מזולתנו עד שמנה לא תצא כצאת העבדים (ר"פ משפטי'), ולא ידע כי זה שלילה לא אזהרה. ובאור זה כמו שאספר... ואין הפרש בין אמרו לא תצא כצאת העבדים או אמרו (תזריע יג) לא יבקר הכהן לשער הצהוב טמא הוא שהוא שלילה לבד לא אזהרה. וזה שהוא מספר לנו שלא יצטרך עם הסימן הזה הסגר ולא יספק בו כי הוא טמא.

וכן אמרו (קדושים ט) לא יומתו כי לא חופשה, זה גם כן שלילה לא אזהרה. כי הוא אמר אינו מתחייב להם המות אחר שלא נשלם החרות. ואין ראוי שיפורש זה בשנאמר לא יומתו ויצא מענין השלילה לענין האזהרה... וכן אמרו (קרח יז) ולא יהיה כקרח וכעדתו הוא שלילה. ובארו החכמים שהוא שלילה ופירשו ענינו ואמרו שהוא יתעלה ספר לנו שכל מי שיחלוק על הכהונה ויעורר בה לא יחול בו מה שהגיע בקרח ובעדתו מן הבליעה והשריפה אבל אמנם יהיה ענשו כאשר דבר י"י ביד משה, ר"ל הצרעת והוא אמרו ית' אליו (שמות ד) הבא נא ידך בחיקך, והביאו ראיה במה שקרה בעוזיה מלך יהודה (דה"ב כו)...

כעת הוא מסכם וקושר את העיקרון שבשורש הזה לכלל החז"ל של 'השמר, פן ואל', אותו הבאנו לעיל:

וכבר בארנו זה הענין תכלית הבאור עד שאומר שלא נשאר ספק ולא אפילו על מי ששכלו יותר עב שבכל האנשים. ואחר שדברנו בכוונה הזאת דע כי המלות שתבוא בהן האזהרה בתורה ארבע מלות. וכל מה שיזהיר ממנו באחת מאלו הארבע ייקרא מצות לא תעשה, והם: השמר, פן, ואל ולא. ובבאור אמרו כל מקום שנאמר השמר פן ואל אינו אלא לא תעשה.

אם כן, עד כאן הרמב"ם קובע באופן קטגורי ששלילות אינן יכולות להימנות על תרי"ג המצוות, שכן אלו הם תיאורים ולא ציוויים. ולכאורה מכאן סתירה

ברורה למה שראינו למעלה לגבי גיד הנשה, שהפסוק הוא תיאור (או 'הודעה'), ובלשון הרמב"ם כאן: שלילה, ובכל זאת הוא נמנה במניין המצוות. למען האמת, יש מקום עיון בעצם העובדה שהרמב"ם כלל אינו מתייחס לגיד הנשה כדוגמא שנוגעת לדבריו בשורש הזה.

ובכל זאת: 'לא' שהוא תיאור אך אינו שלילה

והנה בפסקה המסיימת את השורש הרמב"ם כותב את הדברים הבאים:

ונשאר עלינו לבאר דבר אחד כדי שתשלם בו כוונת השער הזה. וזה כי כשספר בתורה וגזר עלינו שנקה נפשותינו בשנשלול ממנו הפועל הפלוני והפלוני הנה אותו הפועל יימנה מכלל מצות לא תעשה. ואעפ"י שהלאו שבא בו הוא שלילה לא אזהרה. מאחר שצוינו שנשלול אותו מנפשותינו ונאמר אני לא עשיתי כך ולא עשיתי כך ידענו בהכרח שהפועל הכך והכך מוזהר ממנו. וזה כמו צוות הכתוב לנו (ר"פ תבוא) שנאמר לא אכלתי באוני ממנו ולא בערתי ממנו בטמא ולא נתתי ממנו למת, זה הורה על היות כל פועל מאלו מוזהר ממנו. והנה יבא ביאור זה במקומו (ל"ת קנ - ב) בדברינו על אלו המצוות:

הרמב"ם מביא כאן כמה דוגמאות של מילות שלילה שמופיעות במשמעות של שלילה ולא של אזהרה, ובכל זאת הן מעידות באופן עקיף על קיומה של אזהרה. לדוגמא, "לא אכלתי באוני ממנו", שמביא הביכורים מתוודה ואומר בבית המקדש על אכילת בטומאה, מעיד שיש איסור לאכול בטומאה, או לבער בטמא, או לתת למת. אם כן, אמנם אין כאן לשון אזהרה, אך התיאור השולל מעיד באופן עקיף על קיומו של איסור, ובכך הוא מהווה אזהרה.

דומה כי אין כוונת הרמב"ם לומר שמילת השלילה עצמה היא האזהרה. גם תיאור שאינו כולל מילות שלילה יכול להוות אינדיקציה עקיפה לקיומו של איסור. והן הן דברינו בהצעה דלעיל לגבי פירוש הפסוק של איסור גיד הנשה.

השגת הרמב"ן ושיטתו העקרונית

הרמב"ן בהשגתו על השורש השמיני, מסכים לעיקרון שקבע הרמב"ם, ואף מביא לו מקור מחז"ל:

העיקר השמיני אמר הרב ז"ל שאין ראוי שימנה השלילות עם המניעה. ביאר הרב ז"ל העיקר הזה ועניין השלילות שנשלול נשוא ממונח ואין בו מעניין הצווי כלום. ואמר [עמ' קמון] וכבר העידו עליהם השלום על זה העניין במחלוקת שנפלה ביניהם בלאו מן הלאוין וזהו במאמרו בחטאת העוף

ומלק את ראשו ממול ערפו ולא יבדיל שדרש תנא דידן שאם הבדיל פסל ולדעתו היא מניעה ודרש רבי אלעזר בר' שמעון אינו צריך להבדיל. והנה לדעתו הוא שלילות לא מניעה. וכל אלה דברים ברורים לא נעלמים מכל מבין עם תלמיד.

מייד אח"כ הוא קובע שהתורה אינה נוקטת לשון שלילה במשמעות שאינה נורמטיבית, למעט במקרים חריגים שבהם ישנו ייתור כלשהו:

אבל נצטרך בהם עוד להתנות כי לדעת רבותינו ז"ל אין בתורה דבר נאמר בלשון לאו או בלשון עשה שיהיה שלילות מצוה כלומר רשות ולא שלילות דין מן הדינים אלא אם כן היה הכתוב צריך לשלילות ההוא, וכך הזכירו באותו המחלוקת לדעת זה החכם הרואה בולא יבדיל שהוא שלילות אמרו (זבחי' סו א) מכדי כתיב והקריבו חלק הכתוב בין חטאת העוף לעולת העוף לא יבדיל למה לי שמע מינה אין צריך להבדיל.

הרמב"ן קובע שפסוק יתפרש כשלילה אך ורק אם גם בלי השלילה לא היינו חושבים שהדבר אסור. מתוך העיקרון הזה הוא מסביר את מניינו של בה"ג, שכל השלילות שהוא מונה כמצוות הן מילות שלילה שכיון שאין בהן ייתור יש לפרשן כמניעות (=אזהרות), ולא כשלילות.

נציין כי הרמב"ן הולך כאן לשיטתו, שכן גם בשורש החמישי הוא אינו מוכן לפרש פסוקים כטעמים למצוות אלא במקרים חריגים. בדרך כלל, אם אין אילוץ מיוחד, התורה עוסקת אך ורק במצוות. גם בשורש התשיעי אנו מוצאים מחלוקת דומה ביניהם לגבי משמעותן של חזרות בתורה: הרמב"ם רואה בהן לפעמים רק אמצעי ספרותי, ואילו הרמב"ן רואה הכרח שתהיה משמעות הלכתית לכל אחת מן ההופעות של מצווה כלשהי בתורה.

דעת הרמב"ן על אינדיקציות עקיפות לאיסורים: אין ענישה ללא אזהרה בהמשך הוא מביא את פיסקת הסיום של הרמב"ם שמדברת על אינדיקציות עקיפות לקיומם של איסורים, ומציין שנראה כי גם בה"ג מסכים לעיקרון הזה, אך הוא עצמו חולק על שניהם באופן חד משמעי:

אבל מה שכתב הרב כי כשנצטוינו בתורה שנשלול מנפשותינו המעשה הפלוני והפלוני שימנה המעשה ההוא בכלל מצות לא תעשה ואע"פ שלא הבא בדבר ההוא שלילות לא מניעה כגון הכתוב לא אכלתי באוני ממנו ולא בערתי ממנו בטמא ולא נתתי ממנו למת, וגם בעל ההלכות (אות רעח - פ) הודה כן, ואני לא באתי לידי המדה הזאת כי מן הנראה מדברי רבותינו ז"ל

בתלמוד אין מניעה בתורה שלוקין עליה באה מן הכלל. אבל אלו וכיוצא בהן לאו הבא מכלל עשה הן שנצטוינו אנחנו החיים לאכלו בטהרה לפני י"י ובשמחה לא באנינות ולא בטומאה ולא לתת ממנו למת.

לשיטת הרמב"ן אין בתורה אף אזהרה עקיפה (= "אין מניעה בתורה באה מן הכלל"). בכל מקום שיש לאו, התורה צריכה לצוות ולהזהיר אותנו עליו באופן מפורש, בפסוק שהוא מניעה, ולא בפסוקי שלילה. נראה כי הרמב"ן רואה את הכלל הזה כהרחבה של העיקרון שאין עונשין אלא אם כן מזהירין. ללא אזהרה מפורשת בתורה לא ניתן להעניש. לכן בכל מקום בו ישנה רק אינדיקציה עקיפה לאיסור ללא אזהרה, בהכרח שזו אינה אזהרה אלא רק לאו הבא מכלל עשה. לדוגמא, מדליק שמן של מעשר שני שנטמא אינו לוקה, שכן זה אינו לאו, אלא זהו לאו הבא מכלל עשה, שהוא בעצם עשה. לאחר מכן הוא מאריך להוכיח את טענתו זו, ואכ"מ.

אם כן, לפי הרמב"ן לא ייתכן איסור לאו הלכתי שאין לנו לגביו אזהרה באחת מן הלשונות המקובלות בחז"ל לאזהרות לאו. אם אין אזהרה, לא ייתכן שיש לאו. ייתכן שיש איסור שאיו כרוך בעונש, כמו לאו הבא מכלל עשה, אך לא איסור לא תעשה. איסור לאו דורש אזהרה, שכן הכלל המקובל אצלנו הוא 'אין עונשין אלא אם כן מזהירין'.

הסבר הרמב"ן לאזהרת גיד הנשה

הבעיה שמתעוררת לאור דברי הרמב"ן היא כיצד עלינו להבין את הפסוק של גיד הנשה. לכאורה שם זוהי שלילה ולא אזהרה, ולשיטתו היה עלינו להתייחס לכך לכל היותר כלאו הבא מכלל עשה, שהוא עשה (כלומר שלא לוקים עליו), אם בכלל. למעשה ייתכן שיאן כאן כלל מקום להבין איסור, שהרי זהו רק תיאור של מנהג. ובכל זאת, כפי שראינו, להלכה מוסכם על הכל שאנו מתייחסים לזה כלאו, ואף מלקים את מי שעובר ואוכל את גיד הנשה.

והנה, בתוך דבריו, כאשר הרמב"ן דן בשאלה האם "לא יהיה כקרח וכל עדתו" היא אזהרה או מניעה, הוא מזכיר כבדרך אגב את הפסוק של גיד הנשה, וכותב:

אבל פשט הכתוב ועיקרו שצוה ברקועי פחים צפוי למזבח זכרון לבני ישראל בשני דברים, שלא יקרב איש זר להקטיר ולהקריב קרבן ושלא יחלוק גם כן שום אדם על כהונת אהרן לאמר כי לא היתה מאת י"י. ושני אלה עם היותם אמורים בדרך הזכרון הם מניעות, כדרך (וישלח ל) על כן לא יאכלו בני ישראל את גיד הנשה, וכדרך (ס"פ שופטי') אשר לא יעבד בו ולא יזרע.

ולא ימנה לא יקרב איש זר בעבור היות בו לאו אחר מפורש בכל עבודות שבמקדש שנאמר וזר לא יקרב אליכם וימנה ולא יהיה כקרח וכעדתו כמו שבארנו.

לא לגמרי ברור למה הרמב"ן מתכוין בדבריו אלו. לכאורה כוונתו היא לומר שזהו פסוק אזהרה ולא שלילה, אלא שהוא נאמר בניסוח היסטורי. אך מתוך לשונו עולה כי הפסוק נאמר 'בדרך הזיכרון', כלומר יש כאן פסוק שהוא שלילה ולא אזהרה. מאידך, על אף שהוא אמור 'בדרך הזיכרון', בפועל זוהי מניעה, כלומר לאו הלכתי גמור.

לכאורה נראה שכוונתו היא כדברינו למעלה: הפסוק הזה אינו מהווה פסוק אזהרה, אלא רק אינדיקציה לקיומה של אזהרה. כאשר יש אינדיקציה ברורה בפסוק לקיומה של אזהרה, די בכך כדי להוות אזהרה ולהעניש. אך כעת עולה כאן השאלה מדוע השלילות האחרות, כמו "לא אכלתי באוני ממנו", אינן מספיקות כדי ליצור לאו? הרי גם שם ישנה אינדיקציה עקיפה לקיומו של איסור. מדוע אזהרה כזו היא שונה, ובמה היא שונה מן האזהרה העקיפה שמצינו בגיד הנשה?

אינדיקציה לאזהרה ואינדיקציה לאיסור

על כורחנו עלינו להסיק מכאן שלפי הרמב"ן באכילת מעשר שני בטומאה ישנה רק אינדיקציה עקיפה לקיומו של איסור אך לא לקיומה של אזהרה. לעומת זאת, בגיד הנשה יש אינדיקציה עקיפה (= 'הודעה') לקיומה של אזהרה, ולכן ניתן ללמוד משם על לאו הלכתי, ואף לענוש את העובר עליו במלקות.

ההנחה הטמונה בדברינו היא ש'אזהרה' ו'איסור' אינן מילים נרדפות. אנו רואים זאת כבר בדברי הרמב"ן עצמו, שהרי הוא מוכן לאסור דברים מדאורייתא גם ללא קיומה של אזהרה ברורה, אבל לא כאיסור לא תעשה אלא רק כאיסור לאו הבא מכלל עשה וכדו'. אם כן, הרמב"ן אינו דורש אזהרה מפורשת כתנאי לכינונו של איסור הלכתי מדאורייתא. זהו תנאי לענישה, כלומר תנאי לכינונו של לאו, ולא לכינונו של איסור.

אם כן, כאשר התורה רוצה להזהיר אותנו על קיומו של לאו, דרושה לכך אזהרה, ולא די להודיע לנו שהדבר אסור. אזהרה היא דרישה פורמלית שונה מאשר הודעה על קיומו של איסור. החידוש בדברינו הוא שגם הרמב"ן אינו דורש אזהרה מפורשת במקרא, אלא רק שיהיה ברור שקיימת אזהרה. לדעתנו בירור שקיים איסור אינו שקול לביורור על קיומה של אזהרה.

"לא אכלתי באוני ממנו", מעיד שיש כאן איסור כלשהו, אך אין לנו כל

אינדיקציה שזהו לאו. ייתכן שזהו לאו הבא מכלל עשה, או איסור קל אחר. לכן אין די בפסוק ההוא כדי להגדיר לאו. אך הפסוק לגבי גיד הנשה הוא עדות לקיומה של אזהרה, ולא רק לקיומו של איסור. מדוע באמת יש כאן עדות לקיומה של אזהרה? ניתן להבין זאת בשתי צורות:

1. מבחינה תוכנית. כאשר התורה מתארת איסור אכילה של גיד הנשה, ברור שזה איסור לאו, שכן לא סביר שיש עשה לחטט אחרי הגיד שהאכילה היא רק לאו שנגזר ממנו. מוך תוכן האיסור ברור שהמצב הוא הפוך: החובה לחטט ולהוציא את הגיד נגזרת מאיסור האכילה. לכן זה אינו לאו הבא מכלל עשה, אלא לאו רגיל.

2. מבחינת ההקשר הטכסטואלי. "לא אכלתי באוני ממנו" הוא תיאור שבא מפיו של העולה לרגל. לעומת זאת, "על כן לא יאכלו בני ישראל את גיד הנשה" הוא תיאור של התורה עצמה. תיאור כזה נתפס אצל הרמב"ן כאינדיקציה לקיומה של אזהרה, ולא רק של איסור.

שני ממדים בכל מצווה ועבירה

מהו באמת ההבדל בין איסור לאזהרה? מה יש בלאו שאין באיסור מסוג אחר? מדוע כדי לאסור משהו בלאו הבא מכלל עשה לא דרושה אזהרה אלא רק הודעה שזה אסור, ואילו כדי לאסור בלאו נדרשת אזהרה? מה יש באותה 'אזהרה', מעבר להודעה על קיומו של איסור? ניתן כאן רק הקדמה לדיון החשוב הזה.

במאמרנו לפרשת לך-לך, תשסז (בדיון על אשם תלוי), הבאנו את דברי ר' אלחנן וסרמן, במאמרו 'התשובה' (בתוך **קובץ מאמרים**), אשר עומד על כך שבכל מצווה או איסור הלכתיים יש שני ממדים שונים: הציות/מרי, והתיקון/קלקול. מי שעובר עבירה עושה בכך שני דברים: הוא מורד נגד ציווי התורה, והוא מקלקל או פוגם משהו בעולם, או באדם (שהרי בדיוק לשם מניעת הפגם הזה ניתן לנו האיסור). הוא הדין למי שעושה מצווה: הוא מציית לציווי התורה, והוא מתקן משהו בעולם, או באדם (שהרי לשם כך ניתנה לנו המצווה הזו).

כאשר התורה מודיעה לנו שפעולה מסויימת היא מזיקה, לנו או לעולם, אזי ברור שהיא מצפה מאיתנו לא לעשות זאת. אולם אין כאן ציווי. לכן במצב כזה מי שיעבור על הלאו הזה, לא ימרוד נגד ציווי של התורה, שהרי לא היה כאן ציווי. כאן יהיה רק ממד הפגימה, בעולם או באדם. אם כן, כדי לכונן איסור הלכתי לא די בכך שהתורה תודיע לנו שמעשה כלשהו פוגם בעולם או באדם, אלא עליה להזהיר אותנו לא לעשות זאת.

לכאורה האזהרה אינה אלא הציווי. 'הודעה' אינה אלא גילוי עובדתי שפעולה כלשהי היא בעייתית, או להיפך: שפעולה כלשהי היא מועילה וטובה. אולם כדי להיכנס לספירה ההלכתית נדרש גם ציווי, ולא רק הודעה עובדתית. הציווי מכונן חיוב לציית ואיסור למרוד, שהוא הממד השני שיש בכל מצווה או עבירה הלכתית.

בין ציווי (= 'גזירה') לאזהרה

אך הסבר זה אינו מספק. הקריטריון של הציווי נדרש כדי להגדיר פעולה כלשהי כשייכת לספירה ההלכתית בכלל (ראה על כך במאמרנו לפרשת וירא, תשסז). אך כאן אנחנו עוסקים בהבחנה שכל כולה מצויה בתוך הספירה ההלכתית: בין איסור הלכתי שיש עליו אזהרה, לבין איסור הלכתי שאין עליו אזהרה. אנו מחפשים ספירת-משנה לספירה ההלכתית, שהיא הספירה של האזהרות: מה מאפיין אותה, ומה ייחודה של זו מול שאר סוגי האיסור. האם העובדה שנענשים עליה, או שמא כל הלאוין שייכים לספירה הזו. מדברי הרמב"ן שהבאנו למעלה משתמע כי אזהרה נדרשת כדי לכוון לאו, ולא רק כדי להעניש. שאם לא כן, היינו יכולים להגדיר אכילת מע"ש בטומאה כלאו שלא לוקים עליו כי אין עליו אזהרה. הרמב"ן אומר שזהו לאו הבא מכלל עשה, כלומר הוא דורש אזהרה לכל לאו, ולא רק ללאו שנענשים עליו.

אם כן, הניתוח של רא"ו הגדיר לנו את המושג 'ציווי', אך לא את המושג 'אזהרה'. יש במושג 'אזהרה' משהו מעבר למה שיש במושג 'ציווי'. נראה שזו כוונת הרמב"ם בדבריו בשורש השמיני שהובאו למעלה, שם הוא כותב שהמונח 'גזירה' משותף למצוות עשה ולא תעשה (ובערבית יש מונחים נפרדים לשני אלו). 'גזירה' היא הרובד שעליו מדבר רא"ו בניתוח הנ"ל. אנחנו כאן מצויים בתוך הספירה ההלכתית, ומנסים להגדיר את ההבדל בין לאו לעשה, שיבחין בין הספירה של הציווי לבין תת-הספירה של האזהרה.

במאמרנו לפרשת ויצא, תשסז, עמדנו על דברי הרמב"ן שמנסה להבחין בין לאו לעשה, ועל כמה השלכות הלכתיות של ההבחנה היסודית הזו. לא היה שם דיון ממצה ביחס בין לאו לעשה, ובהגדרה ההלכתית והמטא-הלכתית של לאו מול עשה. את הברור בסוגיא עמומה זו, לאור דברי הרמב"ן הנ"ל ושאר ראשונים, נמשיך בעז"ה במאמר אחר בעתיד, ורק שם יושלם הדיון אותו ערכנו במאמרנו הזה.

נעיר כי גם במאמרנו בשבוע הבא נצמד צעד חשוב לקראת הבחנה בין כמה

סוגי ציווי ומחוייבות, ולקראת הבנת המושג 'מצווה'. גם שם נגדיר כמה ספירות-משנה לספירה ההלכתית הכללית.

סיכום

מסקנתנו היא שהעולם הנורמטיבי בנוי בצורה של כמה ספירות זו בתוך זו: ישנו אוסף הנורמות, כלומר המעשים השליליים (=מזיקים ופוגמים) והחיוביים (=מתקנים). בתוך הספירה הנורמטיבית הכללית הזו ישנה תת-ספירה הלכתית, אשר כוללת מצוות (עשה ולא תעשה). הציווי (או 'גזירה', במינוח של הרמב"ם) מגדיר את הספירה הזו. בתוך הספירה ההלכתית ישנה תת-ספירה של איסורי לאו. האזהרה היא המגדירה מעשה כלשהו כשייך לספירה הפנימית הזו. היא מאפשרת ענישה של העובר על הנורמה הזו, אך כפי שהערנו תפקידה של האזהרה מתייחד לעצם הגדרת האיסור כלאו, ולא רק לענישה עליו.

מסקנות

1. בעל ספר החינוך מבין שהלשון 'לא יאכלו' שנאמרה בגיד הנשה היא לשון צווי, ולא לשון תיאור.
2. יסוד מחלוקת התנאים בדבר החלות של 'גיד הנשה' (בהמה טהורה בלבד, או גם בבהמה טמאה) נעוץ בשאלה האם צווי זה ניתן ליעקב, ואז לא היה הבדל בין בהמה טהורה לטמאה, או שהוא ניתן בסיני, אך בתורה הוא שובץ במסגרת הסיפור על יעקב והמלאך.
3. אנו מציעים שההסבר בדעת הרמב"ם והרמב"ן הוא שהפסוק אינו מהווה צווי על איסור גיד הנשה אלא רק רמז עקיף לקיומו של האיסור. בשל כך אין ליישם לגביו את הכלל של ר' אבהו בפסחים. (= שכל שנאמר לגביו לשון אכילה הכוונה היא לאיסור אכילה וגם איסור הנאה) שהרי אין כאן איסור אכילה אלא תיאור.
4. על פי רבי יוסי ברבי חנינא: כל מצווה שנאמרה לבני נח ונשנית בסיני לזה ולזה נאמרה. לבני נח ולא נשנית בסיני - לישראל נאמרה ולא לבני נח.
5. פרשת סוטה בה נאמר - "ופרע את שער ראש האשה" היא דוגמה לאינדיקציה עקיפה של אסור ללא מקור מפורש בתורה.
6. הרמב"ם קובע בשורש השמיני באופן קטגורי ששלילות אינן יכולות להימנות על תרי"ג מצוות, שכן הם תיאורים ולא ציוויים.
7. הרמב"ן קובע שפסוק יתפרש כשלילה אך ורק אם גם בלי השלילה לא היינו חושבים שהדבר אסור. על בסיס הכלל העקרוני הזה הוא מסביר את מניינו של בה"ג, שכל השלילות שהוא מונה כמצוות הן מילות שלילה שכיון שאין בהן ייתור יש לפרשן כמניעות (= אזהרות) ולא כשלילות. הוא חולק בהקשר זה על הרמב"ם באופן חד-משמעי וסובר כי בתורה אין אף אזהרה עקיפה. לדבריו, בכל מקום שיש לאו, התורה צריכה לצוות ולהזהיר אותנו עליו באופן מפורש, בפסוק שהוא מניעה ולא בפסוק שהוא שלילה.
8. הרמב"ן אינו דורש אזהרה מפורשת כתנאי לכינונו של איסור הלכתי מדאורייתא. זהו תנאי לענישה, כלומר תנאי לכינונו של לאו, ולא לכינונו של איסור. מכאן שלדבריו 'אזהרה' ו-'איסור' אינם מילים נרדפות.
9. העולם הנורמטיבי בנוי בצורה של כמה ספירות זו בתוך זו. אוסף הנורמות (= מעשים שליליים וחיוביים). בתוך זו מצויה תת ספירה הלכתית (= מצוות עשה ולא תעשה), הקרויה בלשון הרמב"ם 'גזירה'. בתוך הספירה ההלכתית מצויה תת-ספירה של איסורי לאו, האזהרה היא המגדירה מעשה כלשהו כשייך לספירה פנימית זו.

על מוסר והלכה

הנקודות הנדונות:

- המוסר בהלכה
- קפיטליזם וסוציאליזם בהלכה ובמוסר
- טעמי התקנות ותקפן
- רבדי ההלכה שבתקנות חז"ל
- האם הנורמות המוסריות מחייבות יותר בארץ ישראל?

תקציר

במאמר זה אנו עוסקים בפעולותיו של יוסף במצרים, בשנות הרעב. לכאורה הוא עוסק בהפקעת שערים ומביא לדרדור מצבם של תושבי מצרים, עד שהוא מאלץ אותם למכור את שדותיהם ואף את עצמם לפרעה.

מתוך כך אנו מגיעים לעסוק באיסור הפקעת שערים ואצירת פירות, שמובא להלכה בפוסקים. אנו רואים בו שתי בחינות שונות: איסור מוסרי-חברתי ואיסור הלכתי משום יישוב ארץ ישראל. חלק מן המקורות הם עמומים בגישתם, וחלקם נוקטים עמדה ברורה בשאלה זו.

אנו דנים ביחס בין שני המישורים הללו, ובוחנום מתוך כך כמה אפשרויות בדבר היחס בין הלכה ומוסר בכלל. מתוך דברינו עולה אפשרות שגם דרישות מוסריות שבדרך כלל נותרות מחוץ להלכה המחייבת, בארץ ישראל הן נכנסות לתוך ההלכה עצמה.

בתוך הדברים אנו בוחנים את היחס בין פרשנות לתקנות דרבנן לבין העיקרון שלא דורשים טעמא דקרא. אנו דנים בשאלת נימוקיהן של התקנות, ומתוך כך האם כאשר בטל הטעם של תקנה התקנה עצמה גם בטלה.

מבוא

בפרשתנו מתוארות פעולותיו של יוסף בתחילת שנות הרעב במצרים (בראשית מז, יג-כו). הוא שולט על מחסני המזון וממגורות התבואה שנאספו בימי השבע, וכעת תושבי מצרים קונים ממנו את התבואה בכסף. לאחר שתם הכסף הם נותנים את מקניהם ובהמותיהם, ולאחר מכן את אדמותיהם, ולבסוף הוא קונה אותם עצמם (ראה בפס' כג וכ"ה).

תיאור זה מעורר מייד את האסוציאציה לשאלות של הפקעת שערים, וניצול הרעב כדי להרבות רכוש. ואכן ר' אחאי, בעל **השאלות**, דן בנושא זה בשאלתא לב, השייכת לפרשה זו.

מקור ראשוני

הבבלי ב"ב צ ע"ב, בתוך הסוגיות שעוסקות באונאה והפקעת שערים והתנהגות בארץ ישראל בימי רעב (ההיתר והאיסור לעזוב אותה במצב כזה), מביא את הברייתא הבאה:

תנו רבנן: אוצרי פירות, ומלוי ברבית, ומקטיני איפה, ומפקיעי שערים - עליהן הכתוב אומר: (עמוס ח) לאמר מתי יעבור החדש ונשבירה שבר והשבת ונפתחה בר להקטין איפה ולהגדיל שקל ולעות מאזני מרמה, וכתוב: (עמוס ח) נשבע ה' בגאון יעקב אם אשכח לנצח כל מעשיהם.

הברייתא לומדת מהפסוקים בספר עמוס, שיש מעשים רעים שאותם הקב"ה אינו שוכח לנצח: מלווי בריבית (= "להגדיל שקל"), מוכרים במחירים מופקעים (= "יעבר החדש ונשבירה שבר"), אלו שמשנים את מידות המדידה (= "להקטין איפה"), ואוצרי פירות (= "השבת ונפתחה בר"). ומפרש הרשב"ם על אתר:

אוצרי פירות - שקונין בשוק לאצרים למכור ביוקר וגורמין שמתייקר השער ואיכא הפסד עניים. ונראה לי דבעיר שרובה ישראל מיירי.

מדברי הרשב"ם נראה כי ההפסד הוא רק לעניים. על אף שלכאורה כשמוכרים ביוקר ההפסד הוא לכולם! ניתן להבין זאת בשתי צורות: 1. מדובר בשנות רעב, ואז יש מחסור רק לעניים (שכן לעשירים יש מזון במחסניהם). 2. מדובר בשנות בצורת כאשר בפועל אין תבואה, ולכן הוא פוגע בכולם. ברם, האיסור לעשות זאת הוא רק ביחס לעניים, שהרי העשירים יש להם ממון ואין מניעה להרוויח מהם תמורת פירותיו.

הגמרא בהמשך מביאה כדוגמא לאוצרי פירות את שבתי אוצר הפירות. ורשב"ם שם מפרש:

כגון שבת יאוצר פירי - כדי למכור לעניים ביוקר אבל כגון דאצר פירי בשעת הזול ומוכרן בזול לעניים בשעת היוקר כדלקמן אע"פ שגורם יוקר השער מותר.

ומשמע שהוא היה מוכר ביוקר רק לעניים. כלומר מדובר במצב שיש פירות, ולעשירים יש במחסניהם, ולכן יוצא שהיוקר פוגע רק בעניים. ובגמרא מבואר שמדובר במי שקונה בעת שזול ומוכר בעת היוקר (ומשמע: אפילו בשנה רגילה).¹

בהמשך הגמרא מובאת הסתייגות נוספת:

אמר רב: עושה אדם את קבו אוצר. תניא נמי הכי: אין אוצרין פירות דברים שיש בהן חיי נפש, כגון יינות וסלתות, אבל תבלין כמון ופלפלין - מותר; במה דברים אמורים - בלוקח מן השוק, אבל במכניס משלו - מותר. אם כן, האיסור לאצור פירות הוא רק על הסוחרים שקונים פירות כדי למכורם ביוקר. אבל למגדלים עצמם מותר לאצור את הפירות על מנת למכרם ביוקר.² בהמשך הגמרא מובא שמותר לאצור פירות סביב השביעית מחשש שלא יהיה לו מה לאכול. אחר כך הגמרא מוסיפה:

ובשני בצורת - אפי' קב חרובין לא יאצור, מפני שמכניס מארה בשערים. מהו ההבדל בין המצב הקודם לבין שני בצורת? לכאורה מוכח שעד כאן הגמרא עסקה בשנים רגילות (כפי שדייקנו לעיל), ואז בעיית הפקעת המחירים היא רק כלפי העניים. כעת הגמרא עוסקת בשנות בצורת, וכאן האוצר פוגע בכלם.

בין א"י לחו"ל

בהמשך מובאות בגמרא שלוש הלכות נוספות (ראה שו"ע חו"מ סי' רלא):
ת"ר: אין מוציאין פירות מא"י דברים שיש בהן חיי נפש, כגון יינות שמנים וסלתות; ר' יהודה בן בתירא מתיר ביין, מפני שממעט את התפלה.
ת"ר: אין משתכרים בארץ ישראל בדברים שיש בהן חיי נפש, כגון יינות, שמנים וסלתות.

¹ הנצי"ב בהעמק שאלה שם סק"ד מחלק בין בצורת, שבה יש תבואה אלא שהיא יקרה, ולכן היא חסרה רק לעניים, לבין שנות רעבון, שבהן חסרה תבואה בשוק, וכולם מצויים במחסור. הוא מוכיח את ההבחנה הלשונית הזאת מכמה מקורות, אך עניינו שם הוא לא באיסור אצירת פירות, אלא בחובה לא לפרוש מהציבור (כלומר להזדהות עמם. לא לאכול הרבה כשאין לציבור מה לאכול וכדו').

² ובריטב"א שם מביא פירוש נוסף: שמדובר על מי שהותיר מפירותיו בבית, ולפי זה אין היתר לאצור פירות אפילו משדותיו.

ת"ר: אין יוצאין מארץ לחו"ל - אא"כ עמדו סאתים בסלע. א"ר שמעון: אימת? בזמן שאינו מוצא ליקח, אבל בזמן שמוצא ליקח, אפי' עמדה סאה בסלע - לא יצא. וכן היה ר"ש בן יוחאי אומר: אלימלך, מחלון וכליון, גדולי הדור היו ופרנסי הדור היו, ומפני מה נענשו? מפני שיצאו מארץ לחוצה לארץ, שנאמר: (רות א) ותהם כל העיר עליהן ותאמרנה הזאת נעמי. מאי הזאת נעמי? א"ר יצחק, אמרו: חזיתם, נעמי שיצאת מארץ לחו"ל מה עלתה לה?

הלכות אלו נוגעות אך ורק לארץ ישראל, וכנראה שהן נועדו לבסס ולייצב את הישיבה בה (לא לגרום ליהודים לעזוב אותה).

ומה באשר להלכות הקודמות? מסתבר שהן נוהגות בכל מקום שיושבים בו יהודים, וכך באמת כתב הרשב"ם שהבאנו לעיל, שהלכות הפקעת שערים נוהגות בכל עיר שרובה ישראל (וכן הוא ברא"ש ב"ב, פ"ה סי' ט). כך אכן פוסקים **השו"ע** (חו"מ, סי' רלא, הכ"ה), והרמב"ם (מכירה יד, ו):

מותר לאצור פירות שלש שנים ערב שביעית ושביעית ומוצאי שביעית, ובשני בצורת אפילו קב חרובין לא יאצור מפני שמכניס מארה בשערים, וכל המפקיע שערים או שאצר פירות בארץ או במקום שרובו ישראל הרי זה כמלוה ברבית.

אמנם יש לשים לב לכך שהשו"ע והרמב"ם מביאים באופן מיוחד ובנפרד את האיסור בארץ ישראל, לכאורה אין לכך טעם, שהרי מדובר בכל מקום שרובו ישראל (כמו שכתב הרשב"ם הנ"ל). נראה מדבריהם שבארץ ישראל יש איסור מיוחד לעשות זאת, גם אם אין רוב ישראל (וכ"כ הנצי"ב **בהעמק שאלה** סק"ו). הסיבה לכך היא כנראה הדאגה ליושבי הארץ, ואולי אף לשמור שלא ייצאו לחו"ל. תפיסה זו קושרת את ההלכות הללו להלכות המובאות בהמשך הגמרא, שכפי שראינו הן נוהגות רק בארץ ישראל.

ומקור לדברים אנו מוצאים בתוספתא (צוקרמנדל) ע"ז פ"ד ה"א:

אין אוצרין בארץ ישראל דברים שיש בהן חיי נפש כגון יינות שמנים וסלתות פירות אבל דברים שאין בהן חיי נפש כגון כמון ותבלין הרי זה מותר ועוצרין שלש שנים ערב שביעית ושביעית ומוצאי שביעית במה דברים אמור' בלוקח מן השוק אבל בכונס מתוך שלו אפילו עשר שנים מותר לאצר בשנת בצורת אפילו קב חרובין ולא יעצור מפני שמכניס מאירה בשערים אין משתכרין בתבואה אבל משתכרין ביין ושמן וקטניות אמרו עליו על ר' אלעזר בן עזריה שהיה משתכר ביין ושמן כל ימיו:

האם יש כאן שני דינים שונים?

מנוסח התוספתא עולה כי איסור אצירת פירות הוא אך ורק לגבי ארץ ישראל (וכן הביא הרי"ף בב"ב שם). ולכאורה כאן הדין מתפרש לגמרי אחרת: זה אינו דין מוסרי-חברתי, שלא להפקיע שערים ולהרוויח על חשבון החלשים, אלא דין מדיני ישיבת ארץ ישראל. ולפי זה, הרמב"ם והשו"ע כנראה רואים כאן שני דינים: הן דין מוסרי-חברתי והן דין מדיני ישיבת א"י.³ כך לומר הנצי"ב (שם סק"ו) גם בדעת השאלות.

אמנם הנצי"ב בהעמק שאלה (שם סק"ו) מציע הסבר אחר, מטפיזי באופיו: בחו"ל אם יש רוב גויים אז הישראל נגררים בפרנסתם אחרי הגויים, אבל בא"י ישראל במקומו הוא העיקר, ונראה שהוא מפרש שיש משקל סגולי שונה לישראל בא"י, ולכן כאן הם אינם נגררים אחרי האומות. כלומר, אין כאן תפיסה של שני דינים בעלי אופי שונה, אלא זהו דין אחד של דאגה מוסרית לחברה, וההבדל בין א"י לחו"ל הוא רק בשאלה מי קובע את הסטטוס הכללי: בחו"ל – הרוב, ובא"י – החלק החשוב יותר.⁴

בהמשך הוא מביא את דברי השו"ע (חו"מ סי' תט) לעניין איסור גידול בהמה דקה בא"י, בימינו (=המאה ה-16) שאין מצוי שיהיה לישראל שדות בא"י, איסור זה אינו נוהג. הנצי"ב טוען לאור דבריו לעיל, שכוונת השו"ע היא שהמציאות היא שאין ליהודים בכלל שדות בא"י, אבל אם יהיו להם מעט שדות האיסור בהחלט חל גם כיום.

לדברינו אין הכרח לדוחק זה, הדין של אצירת פירות נוהג בא"י משום יישוב א"י, ולכן הוא נוהג גם במקום שיש מיעוט יהודים. אין כאן עיקרון כללי שיהודים בא"י נחשבים תמיד הרוב, ולכן אפשר שלגבי גידול בהמה דקה הדין ייקבע על פי זהותם של רוב התושבים.

הנצי"ב שם מביא את רש"י שכתב לגבי גידול בהמה דקה בא"י (ב"ק עט"ב): "וכל שדות ארץ ישראל דישראל". ומשמע שאפילו אם יש מיעוט מהשדות אצל גויים אין איסור. בכפתור ופרח מביא בשם רש"י את הנוסחה הבאה: "וכל שדות ארץ ישראל דישראל הן", כלומר שזהו דין ולא הערכת מציאות. הדין הזה יכול

³ ומכאן עוד ראיה, למי שבכלל צריך כזו, שלפי הרמב"ם והשו"ע יש מצוות יישוב הארץ (ומוהופעת הדין בשו"ע עולה בבירור שהיא נוהגת גם בזמן הזה).

⁴ לקראת סוף דבריו הוא מזכיר שם פעמיים את מצוות יישוב א"י, ולכאורה זה ממש כדברינו. אך לאור דבריו הקודמים נראה כי אין זו הכוונה. טענתו היא שיישוב ארץ ישראל הוא הסיבה מדוע המיעוט היהודי נחשב כחשוב יותר בא"י, אך תפיסתו בסוגייתנו היא שיסוד האיסור של אצירת פירות אינו משום יישוב א"י אלא משום דאגה מוסרית-חברתית.

לנבוע מהבנת הנצי"ב (שישראל בא"י הם החלק החשוב), או מהצעתנו (שדואגים אפילו למיעוט משום יישוב א"י).

דו-משמעות במקור המקראי

מתוך ההקשר בנביא נראה לכאורה שיסוד האיסור שעליו מדובר כאן הוא מוסרי-חברתי, לפגוע בדלים ואביונים ולרמות במידה ובמשקל, ולא איסור טכני מפני יישוב א"י. עיון בתוספתא שהבאנו למעלה מראה כי בניגוד לגמרא בב"ב כלל לא מובא שם המקור לאיסור מספר עמוס. ייתכן שהתוספתא באמת מבינה את איסור אצירת פירות כאיסור מדיני יישוב א"י ולא כאיסור מוסרי-חברתי, ולכן היא אינה יכולה להביא לו מקור מספר עמוס.

אך בחינה נוספת מעלה אפשרות לפרש גם את המקור מספר עמוס כנוגע ליישוב הארץ. כדי לראות זאת, נביא כעת את הפרק (עמוס פ"ח) במלואו:

כֹּה הִרְאֵנִי יְקוֹק וְהִנֵּה כְּלוֹב קִיץ: וַיֹּאמֶר מָה אַתָּה רֹאֶה עֲמוֹס וַאֲמַר כְּלוֹב קִיץ וַיֹּאמֶר יְקוֹק אֵלַי בָּא הַקֶּץ אֶל עַמִּי יִשְׂרָאֵל לֹא אוֹסִיף עוֹד עֲבוֹר לוֹ: וְהִלִּילוּ שִׁירוֹת הַיֵּכָל בַּיּוֹם הַהוּא נֶאֱמַר אֲדֹנָי יְקוֹק רֵב הַפָּגֹר בְּכֹל מְקוֹם הַשְּׁלִיךְ הַסֵּ: פ שָׁמְעוּ זֹאת הַשֹּׁאֲפִים אֲבִיוֹן וְלִשְׁבִּית [עֲנוּי] עֲנִי אֶרֶץ: לֵאמֹר מִתִּי יַעֲבֹר הַחֹדֶשׁ וְנִשְׁבְּרָה שֶׁבֶר וְהִשְׁבַּת וְנִפְתַּח בֵּר לְהַקְטִין אִיפָה וְלִהְגְדִיל שְׁקָל וְלַעֲוֹת מֵאֲזֵנֵי מִרְמָה: לְקִנּוֹת בְּכֶסֶף דָּלִים וְאֲבִיוֹן בְּעִבּוֹר נְעָלִים וּמִפֶּל בֵּר נִשְׁבְּרָה: נִשְׁבַּע יְקוֹק בְּגִאוֹן יַעֲקֹב אִם אֶשְׁכַּח לְנֶצַח כֹּל מַעֲשֵׂיהֶם: הֵעַל זֹאת לֹא תִרְגַּז הָאֶרֶץ וְאָבֵל כֹּל יוֹשֵׁב בָּהּ וְעֹלְתָה כְּאֹר כָּלָה וְנִגְרָשָׁה [וּנְשָׁקָה] וְנִשְׁקָעָה כִּיאוֹר מִצְרַיִם: ס וְהָיָה בַּיּוֹם הַהוּא נֶאֱמַר אֲדֹנָי יְקוֹק וְהִבֵּאתִי הַשֶּׁמֶשׁ בְּצַהָרִים וְהַחֲשַׁכְתִּי לְאֶרֶץ בַּיּוֹם אֹר: וְהִפַּכְתִּי חֲגִיכֶם לְאָבֵל וְכָל שִׁירֵיכֶם לְקִינָה וְהִעֲלִיתִי עַל כָּל מְתָנִים שֶׁק וְעַל כָּל רֹאשׁ קִרְחָה וְשִׁמְתִּיהָ כְּאָבֵל יְחִיד וְאַחֲרֵיתָה בַּיּוֹם מֵר: הִנֵּה יָמִים בָּאִים נֶאֱמַר אֲדֹנָי יְקוֹק וְהִשְׁלַחְתִּי רֶעִב בְּאֶרֶץ לֹא רֶעִב לְלַחֵם וְלֹא צָמָא לַמַּיִם כִּי אִם לְשִׁמְעַת אֶת דְּבַר יְקוֹק: וְנָעוּ מַיִם עַד יָם וּמִצְפּוֹן וְעַד מִזְרַח יִשׁוּטְטוּ לְבַקֵּשׁ אֶת דְּבַר יְקוֹק וְלֹא יִמְצְאוּ: בַּיּוֹם הַהוּא תִתְעַלְפֶנָּה הַבְּתוּלוֹת הַיְּפוֹת וְהַבַּחֲרוּרִים בְּצָמָא: הַנִּשְׁבָּעִים בְּאִשְׁמַת שְׁמֵרוֹן וַאֲמָרוּ חֵי אֱלֹהֶיךָ דָּן וְחֵי דָרְךָ בְּאֵר שֶׁבַע וְנִפְּלוּ וְלֹא יִקְוּמוּ עוֹד:

הפרק נפתח בכך שבא הקץ על עם ישראל. זה יכול להתפרש כעונש על עוול מוסרי, אך ניתן גם לפרש זאת כהיעדרות מארץ ישראל כתוצאה ממעשיהם (אצירת פירות, הלוואה בריבית, רמאות במשקלות וכדו', שבגללם יישוב הארץ אינו מתאפשר). באמת, מייד אח"כ מופיעה התייחסות למקום, שבכל מקום

מושלכת דומיה. ארץ ישראל דוממת, שכן בניה גלו מעליה. לאחר מכן מופיעים כל האיסורים הללו, שעל פניהם נראים כאיסורים מוסריים. מייד אח"כ, הדבר מוצג ככעס של הארץ ששוקעת כיאור מצרים (וקצת משמע שהארץ היא א"י ולא כל העולם, אך ראה בפרשנים). וכשיהיה רעב בארץ לדבר ה' במקום הרעב בארץ שאנחנו גרמנו לו במעשינו, דבר ה' לא יימצא, שכן הארץ שוממה. שאריות אלילים מן ומבאר שבע עדיין מושלכים בארץ, ותו לא.

יש כאן כפל משמעות: מחד, 'הארץ' הוא במשמעות של העולם כולו. מאידך, יש כאן רמזים למשמעות פרטיקולרית, לפיה 'הארץ' היא ארץ ישראל (ראה ברד"ק פס' יא-יב, ובאבע"ז פס' יב). הגמרא לומדת זאת במשמעות הראשונה, ולכן היא מציגה את האיסורים כאיסורים חברתיים-מוסריים. ואילו התוספתא מציגה זאת במשמעות השנייה, ולכן היא רואה את האיסורים כקשורים ליישוב א"י.

ההשוואה לאיסור ריבית

הברייתא משווה את האיסור הזה לאיסור ריבית. והנה, פרופ' סולובייצ'יק, במבוא לספרו הלכה, כלכלה ודימוי עצמי,⁵ מאריך להוכיח שאין כל מקור לכך שאיסור ריבית הוא איסור מוסרי, והוא מראה שם שלדעת רוב הפרשנים זהו איסור הלכתי-פורמלי. אם כן, מתוך ההשוואה של הברייתא בין האיסור הזה לבין איסור אצירת פירות, ברור שהשבועה של הקב"ה נוגעת לשני האיסורים גם יחד. ומכאן ניתן אולי ללמוד שאיסור אצירת פירות גם הוא אינו איסור מוסרי.

ההשוואה ליוסף

הפסוקים בעמוס מתארים מצב דומה מאד לזה ששרר במצרים, ואפילו הביטויים מזכירים את מעשי יוסף ('בר נשביר', 'נשבירה שבר', 'לקנות בכסף דלים'). המפרשים על אתר מרחיבים עוד יותר את הדברים, ובאמת קשה להתעלם מן ההשוואה למעשי יוסף. נביא לדוגמא את דברי הרד"ק על הפסוקים בעמוס:

ונשבירה - ונמכור כי מוכר התבואה יקרא משביר כמו המשביר לכל עם הארץ אוכל בכסף תשבירי והתבואה נקרא' שבר לפי ששורת הרעב וכן אמר שבר רעבון בתיכם על דרך ישברו פראים צמאם, להקטין איפה מקטינים האיפה שמוכרים בה ומגדילים השקל שלוקחים שאסף במשקל גדול מלוקחי התבואה והאבן ששוקלים בה את הכסף מגדילים אותה ועוד

⁵ פרופ' חיים סולובייצ'יק, מאגנס, תשמה.

מעותים המאזנים שהם מאזני מרמה אחר שיעותו אותם וכן ובגדי ערומים תפשיט וכן וטחני קמח והדומים להם הנה כי בשלשה פנים מרמים את העניים במכרם להם התבואה:

(ו) לקנות - הם מתנכלים אליהם במה שיעשו להם שיקנו אותם כלומר שיקנו שדותיהם וכרמיהם בדמים קלים לרוב דחקם והם מביאים אותם לזה הדוחק במרמותיהם גם חושבים לקנותם הם עצמם לעבדים כמו שאמר כי ימוך אחיך עמך ונמכר לך ואביון בעבור נעלים אפילו בעבור נעלים שהוא דבר קל חושבים לקנותם בנכליהם אשר ינכלו ויונתן תרגם בעבור נעלים בדיל דיחסנון וכבר כתבנו פירושו למעלה:

יש כאן תיאור שהוא דומה למדיי למעשי יוסף במצרים. אמנם אם נבין שאין במעשים אלו בעייה מוסרית אלא רק משום יישוב א"י, אזי הקושי לגבי יוסף אינו כה בעייתי, שהרי מעשיו נעשו במצרים ולא בא"י, והאנשים היו גויים ולא יהודים. יש כאן לכל היותר ביטוי לגישה קפיטליסטית שנותנת לאדם חופש לסחור בשוק כפי אפשרויותיו.⁶

בכל זאת, הנפש אינה מתמלאת מן ההסבר הזה. לגבי הבעייה ההלכתית היינו יכולים להביא תירוצים נוספים, הן בהסתמך על פרטי ההלכה (שלו רובם לא נכנסו), והן באמצעות דרשת הפסוקים (ראה, למשל, בתורה שלמה כאן במדרשים מא-מב, שמהם עולה כי יוסף נהג כהלכה, ואולי אף בצדק).⁷ קשה להימנע מגינוי מוסרי כלפי מעשים של ניצול שעת מצוקה כגון אלו. גם קפיטליסט אידיאולוגי מכיר בבעייתיות שקיימת בניצול בוטה של מצוקת הזולת.⁸ נוסף כי גם אם ההלכה הזו מבוססת על דיני יישוב א"י ולא על חובות מוסריות, אין זה אומר שאין מימד מוסרי להלכה (ולו כחובות לא הלכתיות, לפנים משורת הדין. ראה על כך עוד להלן). נראה כעת דוגמא נוספת שבה עולה

⁶ נעיר כי הפסוק שלפני תחילת התיאור של מעשיו כמשנה למלך ברעב, עוסק בפרנסת אחיו (בראשית מז, יב): **וַיַּכְלֵל יוֹסֵף אֶת אָבִיו וְאֶת אַחֵיו וְאֶת כָּל בֵּית אָבִיו לֶחֶם לְפִי הַטָּף**: לפי דברינו יוצא שיוסף נהג כלפי אחיו באופן אחר, ואולי יש כאן רמז לחובה המוסרית כלפי יהודים מאחיו.

⁷ מעניין לציין שעל אף הקשר הברור בין איסור הפקעת שערים לבין הפרשייה הזו, לא מצאנו מי שהתייחס לכך (פרט למיקום השאילתא בפרשתנו, שמרמז על כך. אך גם בשאילתות אין טיפול ישיר ומפורש בקשר למעשיו של יוסף). גם במדרשים שמובאים בתורה שלמה יש לכל היותר הד לבעייתיות הזו, אך המושגים 'הפקעת שערים' או 'אצירת פירות' אינם מוזכרים בהם, ולו ברמז.

⁸ וגם אם ניתלה במשטר המושחת שהיה במצרים, ובהתעללות שלהם ביוסף עצמו, עדיין נראה כי אין זה מצדיק התייחסות כזו לכלל הציבור שם.

דילמה דומה.

דוגמא: תקנת ההקראה של וידוי ביכורים⁹

התורה מחייבת אותנו בעת הבאת הביכורים לקרוא את הפרשה של וידוי ביכורים. פרשה זו נקראת רק בלשון הקודש (ראה משנה ר"פ בתרא דסוטה), דבר שעורר בעייה אצל אלה שלא ידעו לקרוא את הפרשה. המשנה מתארת שחכמים תקנו בגלל זה את התקנה הבאה (משנה ביכורים ג, ז):

בראשונה כל מי שידע לקרות קורא וכל מי שאינו יודע לקרות מקרין אותו

נמנעו מלהביא התקינה שיהו מקרין את מי שידע ואת מי שאינו יודע:

לכאורה יש כאן תקנה שלא לבייש את מי שאינו יודע (ואנו מכירים דוגמאות נוספות לתקנות כאלה). אך בספרי אנו מוצאים תיאור מפורט יותר של העניין, ושם מבואר (ספרי דברים, פיסקא שא ד"ה (ה) וענית', ומקבילות):

וענית ואמרת, נאמר כאן עניה ונאמר להלן עניה מה עניה האמורה להלן בלשון הקדש אף עניה האמורה כאן בלשון הקדש מיכן אמרו בראשונה כל מי שהוא יודע לקרות קורא ושאינו יודע לקרות מקרים אותו נמנעו מלהביא התקינה שיהו מקרים את היודע ואת מי שאינו יודע סמכו על המקרא וענית אין עניה אלא מפי אחרים.

מכאן עולה בבירור שהנימוק לתקנה אינו מוסרי. הבעייה עמה מתמודדים חכמים היא שבגלל הבושה אנשים נמנעו מלהביא ביכורים. כלומר מטרת התקנה אינה מניעת הבושה כשלעצמה, אלא מניעת ביטול העשה של הבאת ביכורים. חכמים דאגו לקיום המצווה ולא לכבודם של אלו שאינם יודעים.

כפל פנים בהלכה

ומה עם הבושה? האם היא כשלעצמה אינה סיבה לתקן תקנה כזו? האם חכמים אינם דואגים לכבודם של ישראל? הרי מקובלנו מחז"ל עצמם (ראה בבבלי ברכות יט ע"ב, ומקבילות): "גדול כבוד הבריות שדוחה את לא תעשה שבתורה".

ייתכן להסביר זאת בשני אופנים: 1. העובדה שנמנעו מלהביא היא אינדיקציה לעוצמת הבושה, אך טעם התקנה הוא הבושה ולא רק הדאגה לקיום המצווה. 2. חכמים נוקטים טעם הלכתי-פורמלי לתקנה, אך מאחוריו עומדים גם טעמים מוסריים.¹⁰

⁹ ראה על כך בפ"ג של מאמרנו לפרשת כי-תבוא, תשסה.

¹⁰ לפעמים ישנו מנגנון שלישי אפשרי: בגלל הבושה אנשים לא יביאו ביכורים, וממילא הם לא יעמדו במצבים מביכים. לכן אין כאן בעיה של בושה אלא רק בעיה של ביטול מצוות עשה.

לכאורה אפשר היה לומר דבר דומה גם ביחס לאיסור אצירת פירות. לפי הטעם 1, אולי היה אפשר לומר שהעובדה שהארץ תתרוקן היא אינדיקציה לבעייתיות שישנה בחיים כאלו ובחברה כזו, ולמעשה זוהי הסיבה האמיתית לאיסור של אצירת פירות. אך זהו דוחק. ולפי טעם 2 הדבר יותר מובן: האיסור לאצור פירות מנומק אצל חכמים במצוות יישוב א"י, אך למעשה הוא מחביא מאחוריו גם עיקרון מוסרי.

אולי זוהי הסיבה לכך שמתוך התוספתא, שלכאורה מדברת רק על יישוב א"י, הגמרא, ובעקבותיה גם הפוסקים, מרחיבים את האיסור גם למקומות בחו"ל (לפחות כאלו שיש בהם רוב יהודים), ומכניסים לתוכו את הממד המוסרי-חברתי.

הערה: בטל טעם לא בטלה תקנה"

מדברינו עולה שלא תמיד הטעם שניתן להלכה כלשהי הוא הטעם הנכון, או הבלעדי. לפעמים התורה, או חכמים, נוקטים טעם אחד אך מתכוונים (גם) למשהו אחר. אנו מכירים תופעה דומה לגבי מצוות התורה. להלכה מקובלנו שלא דורשים טעמא דקרא. כפי שראינו במאמר לפרשת בראשית, תשסז, הרמב"ם פוסק שלא דורשים טעמא דקרא גם במקום שהטעם מפורש בכתוב.

אנו מכירים עיקרון דומה ביחס לתקנות חכמים. כידוע, תקנות חכמים אינן תלויות בטעמיהן (כעין העיקרון שלא דרשינן טעמא דקרא, ביחס למצוות דאורייתא). לכן גם אם בטל טעם התקנה לא בטלה התקנה עצמה. יש התולים זאת בשאלות של סמכות גרידא, כלומר הדין הזה נועד לשמר את מעמדם וסמכותם של חכמים. אך יש המסבירים זאת במונחים מהותיים. לדוגמא, ידוע שהגר"א היה מסביר שלכל תקנה ישנם גם טעמים נוספים, מעבר לאלו שנראים לנו במבט ראשון, ולכן גם כשהטעם השטחי בטל התקנה עדיין בתוקף, זאת בגלל הטעמים הנסתרים.

אמנם כמה פוסקים העירו כי במקום שהטעם מפורש בנוסח התקנה, שם מותר לנו להסיק מהטעם מסקנות הלכתיות (בפ"ג של מאמרנו לפרשת בראשית, תשסז, ראינו תופעה דומה לגבי דרישת טעמא דקרא במקום שהטעם מפורש בפסוק).¹²

אך כאן זה לא נראה סביר, שהרי ודאי היה עלינו לדאוג לאותם צדיקים שיתגברו על הבושה ויביאו בכל זאת.

¹¹ ראה התקנות בישראל, להרב שציפנסקי, כרך א עמ' עח והלאה.

¹² ראה שם בספר הנ"ל הערה 5 ו-16, ושם עמ' ח הערה 38. וראיה פשוטה לזה אפשר להביא מן

ואכן לפי דברינו יוצא דבר דומה גם ביחס לתקנות חכמים: גם כאשר הטעם מפורש בנוסח התקנה עדיין אי אפשר להסיק ממנו מסקנות, שכן לא בהכרח זהו הטעם הנכון (לדוגמא, כשאנו לא בא"י, לכאורה לא שייך הטעם לאיסור הפקעת שערים שהוא משום יישוב א"י, ולכן אם נלך לאור הטעם אזי צריך להיות מותר להפקיע שערים).¹³

מוסר והלכה

למעלה בכיוון השני הערנו שיתכן שהטעם לתקנת ההקראה בידוי ביכורים הוא מוסרי (חשש מבושה), אף שבפועל הוא מוסבר ברובד הלכתי (חשש מאי קיום מצווה). מדוע באמת מובאים טעמים שאינם היסודיים? ייתכן שההסבר לכך הוא שההלכה אינה עוסקת במישור המוסרי. אם רוצים לנמק הלכה כלשהי, עושים זאת ברובד ההלכתי. אם כן, מובלעת כאן תפיסה שהמוסר הוא קטגוריה חוץ-הלכתית.¹⁴ בהקשר זה נוכל לומר שההלכה עצמה היא קפיטליסטית, אך ישנה חובה מוסרית לכיוון הסוציאליסטי (המתון, ככל הנראה).¹⁵

לאור ההבחנה הזו נוכל אולי להציע הסבר לסתירות שראינו למעלה ביחס לשורשו של איסור אצירת פירות. ייתכן שהאיסור במקורו הוא אכן איסור מדיני יישוב ארץ ישראל. ההרחבה המוסרית נעשית על בסיס הפסוקים בספר עמוס, אך היא אינה שייכת לעיקר הדין, שכן המוסר אינו קטגוריה הלכתית. לאחר ההרחבה האיסור כבר נכנס להלכה, אך מקורה של ההרחבה ההלכתית הוא בתחום המוסר.

לפי תפיסה זו, ההלכה אינה משקפת בהכרח אמות מידה מוסריות, ובודאי לא רק אותן. ישנן נורמות שמחייבות אותנו אף שהן אינן כלולות בהלכה הפורמלית. ההלכה רוצה לכתחילה להשאיר אותן ברובד המוסרי ולא להכניס אותן כחובה מחייבת (ראה מאמרנו לפרשיות נח, לך-לך ווירא, תשסז, והשווה

התקנה שלא יקרא לאור הנר, שם מובא הסבר בנוסח התקנה: שמא יטה. ובגמרא מתואר שר' ישמעאל בן אלישע בכל זאת קרא, שכן הוא חשב שלא יטה (ראה בבלי שבת יב ע"ב).
¹³ וראה עוד בכל זה במאמרו של הרב ז"נ גולדברג, בתוך **מבשטי תורה** – יו"ט, על תלותה של התקנה בטעמיה ובנוסחה.

¹⁴ ראה בהקשר זה את מאמרו של מ. אברהם באקדמות טו' האם ההלכה היא משפט עברי, ואת תגובתו של הרב יעקב אריאל בגיליון שאחריו, ואת התגובה לתגובה שם.

¹⁵ למעשה, דווקא הקפיטליזם מאפשר פיתוח רגישות לגמילות חסד וצדקה, שהרי הסוציאליזם עושה זאת באמצעות ההסדרים החוקיים הפורמליים. הצדקה והחסד נעשים בעיקר על ידי המדינה ופחות על ידי האדם הבודד.

למאמר בפרשת וישלח, תשסז).

זהו כיוון נוסף להבין את היחס בין הפסוקים בספר עמוס לפסיקת ההלכה. לפי הצעתנו כאן ניתן להבין את הפרק בעמוס כפשוטו, כלומר כעוסק בבעייה המוסרית (ולא ביישוב א"י), ובכל זאת לראות את הנאמר שם כהרחבה (ליתר דיוק: כנזיפה למי שאינו מרחיב) מוסרית של האיסור ההלכתי הפורמלי. לחילופין ניתן לפרש את הפסוקים בעמוס ברובד ההלכתי ששייך רק לא"י, ולהבין את פסיקת ההלכה לאור הבבלי כהרחבה הלכתית של מה שעולה מן הפסוקים עצמם.

בארץ ישראל המוסר הוא הלכה

עד כאן הנחנו כי שני הכיוונים בהבנת איסור הפקעת שערים ואצירת פירות הם מנוגדים זה לזה. הכיוון המוסרי הוא אוניברסלי והכיוון של יישוב א"י אינו שייך לתחום המוסר. ייתכן שניתן לקשור בין שני המישורים הללו. לפי התוספתא בארץ ישראל אנו מצווים גם במישור ההלכתי על התנהגות מוסרית וחברתית נאותה. גם בחו"ל קיימת הבעייתיות המוסרית, אך ההלכה מותירה אותה במישור מוסרי ואינה נותנת לה מקום במסגרת ההלכות המחייבות. שם זהו לפני משורת הדין. אם כן, בארץ ישראל ישנה בהלכה עצמה מידה מחייבת של סוציאליזם, מה שלא נמצא בחו"ל.

לפי הצעה זו, התוספתא אמנם מדברת רק על א"י, אך עדיין עניינה הוא מוסרי. היא קובעת שבא"י הנורמה המוסרית מחייבת מבחינה הלכתית. הפסוקים בספר עמוס יכולים להתפרש ברובד המוסרי הכללי, ואז אין כאן הלכה מעיקר הדין, או ברובד של א"י (כהצעתנו לעיל), ואז הם עוסקים בעיקר הדין (הרי בא"י המוסר הוא מעיקר הדין). בכל אופן, הפוסקים כבר מכניסים גם את הרובד המוסרי של אסור הפקעת שערים לתוך ההלכה הפורמלית.

ישנן עוד דוגמאות לעניין זה. למשל, איסור גידול בהמה דקה או הסגת גבול. ברור שבשני המקרים יש היבטים מוסריים (בבהמה דקה יש איסור רק אם אינו מקפיד על כך שלא יגזלו את שכניו, אך ההנחה היא שבד"כ לא מקפידים), ובכל זאת בשניהם העוגן ההלכתי הוא בכך שזה פוגע ביישוב א"י, ולכן זה אסור מבחינה הלכתית רק בא"י.

גם כאן ישנו כפל פנים: איסור מוסרי שמעוגן בטעם של יישוב א"י. ניתן היה להסביר זאת בכך שההלכה לא תמיד מעגנת את האיסור בטעמיו האמיתיים, אך כאן לא מדובר בהנמקה בלבד, שהרי חלות האיסור בפועל היא רק בא"י. לכן

סביר יותר להסביר זאת כפי שביארנו כאן: בא"י החובות המוסריות הן מחייבות מבחינה הלכתית. כמובן שכעת נוכל להבין שהתשתית המוסרית שלהן קיימת גם בחו"ל, ושומר נפשו ירחק מעבירות כאלו גם שם.

מסקנות

1. מנוסח דברי התוספתא נראה כי אסור אצירת פירות, נוגע רק לארץ ישראל, והנימוק אינו מוסרי-חברתי כיוצא מן הברייתא שבבבלי. מן הפוסקים (רמב"ם ושו"ע) רואים שיש כאן שני דינים הנוגעים לשני תחומים הלכתיים שונים: דיני מוסר וצדק חברתי ודיני ישיבת ארץ ישראל.
2. עיון במקור בספר עמוס (פ"ח) מראה כי יש בדברי הנביא כפל משמעות מחד 'הארץ' הוא במשמעות של העולם כולו, ואז מקור האיסורים הוא חברתי-מוסרי. מאידך יש בדבריו רמזים למשמעות פרטיקולרית לפיה 'הארץ' היא ארץ ישראל. אפשר שכפל משמעות זה מסביר את ההבדל שבין התוספתא לברייתא שבבלי.
3. מתוך ההשוואה בבריתא בין איסור אצירת פירות לבין ריבית, אפשר להסיק שסוג האיסור בשני המקרים אינו מוסרי.
4. אפשר ש'הסתירות' שבין המקורות נובעים מהתפתחות ההלכה. האיסור במקורו שייך לדיני יישוב ארץ ישראל. לאיסור זה התבצעה הרחבה השייכת לדיני המוסר והיא נכנסה לקטגוריה ההלכתית.
5. אנו מציעים, להבין את דברי התוספתא כקביעה, שבארץ ישראל הנורמה המוסרית מחייבת מבחינה הלכתית, מה שאין כן בחו"ל, שם זהו 'לפנים משורת הדין'.

