

**מושגים:**

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

**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.

**הכללים והעקרונות העולים מן המאמר**

## תפילה דאורייתא ודרבנן מבט על סוגים שונים של נביעה הלכתית

### 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 קלון '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):

**וַיַּעֲתָר יִצְחָק לֵיכָן לְנֹכַח אֲשֶׁתּוֹ כִּי עֲקָרָהּ הוּא וַיַּעֲתָר לוֹ יְקֹזֵק וְתַהֲרַר רַבָּקָה אִשְׁתּוֹ:**

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"ב:<sup>1</sup>

**אמר רב: קיים אברהם אבינו כל התורה כולה, שנאמר +בראשית כו+ עקב אשר שמע אברהם בקלי וגו'. אמר ליה רב שימי בר חייה לרב: ואימא שבע מצות! - הא איכא נמי מילה. - ואימא שבע מצות ומילה! - אמר ליה: אם כן מצותי ותורת למה לי? אמר (רב) +מסורת הש"ס: [רבא] + ואיתימא רב אשי: קיים אברהם אבינו אפילו עירובי תבשילין, שנאמר תורתני - אחת תורה שבכתב ואחת תורה שבעל פה.**

אך עדיין מכלל מדרש אנכרוניסטי (ראה מידה טובה, פרשת לך-לך, תשס"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 י"ט+ וישכם אברהם בבקר אל המקום אשר עמד שם, ואין עמידה אלא תפלה, שנאמר +תהלים ק"ו+ ויעמד פינחס ויפלל; יצחק תקן תפלת מנחה - שנאמר +בראשית כ"ד+ ויצא יצחק לשוח בשדה לפנות ערב, ואין שיחה אלא תפלה, שנאמר +תהלים ק"ב+ תפלה לעני כי - יעטף ולפני ה' ישפך שיחו, יעקב תקן תפלת ערבית - שנאמר +בראשית כ"ח+ 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.<sup>2</sup> 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**

<sup>1</sup> עניין זה קשור לשאלת מעמדם 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 דרשים א וב'.

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

יהודה אומר: עד ארבע שעות, שהרי תמיד של שחר קרב והולך עד ארבע שעות. ומפני מה אמרו תפלת המנחה עד הערב - 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 אקרבות. דאי לא תימא הכי - תפלת מוסף לרבי יוסי ברבי חנינא מאן תקנה? אלא: תפלות אבות תקנום, ואסמכינהו רבנן אקרבות.

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.<sup>3</sup> 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 בספיהמ"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 יי' 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 של רבי יוסי הגלילי (פרש' יב עמ' רכח) אמרו מנין לעיקר תפילה בתוך המצות מהכא את יי' אלהיך תירא ואותו תעבד. 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):

הרמב"ם מבין שחובת התפילה היא מדאורייתא, ומקורו הוא ממדרש חז"ל על 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) לענין בעל קרי שקורא קרית שמע ומבדך 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 ובממונו. ומה שדרשו בספרי (עקב) ולעבדו זה התלמוד ד"א זו תפלה אסמכתא היא או לומר שמכלל העבודה שנלמוד תורה ושנתפלל אליו בעת הצרות ותהיינה עינינו ולבנו אליו לבדו כענין 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.<sup>4</sup>

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

<sup>4</sup> 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 זוין 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 שההגדרה הנכונה יותר היא כדברינו כאן: יש כאן 'חפצא של מעשה מצווה', אך לא קיום מצווה. וכן נראה במאמר לפי האזינו לגבי ברכת התורה של נשים.

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

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

נעיר כי בסמ"ק עולה שבניגוד לרוב המצוות שבהן ישנה מחלוקת האם נדרשת כוונה (לצאת ידי חובה) או לא, בתפילה הכוונה היא חלק מהגדרת המצווה עצמה,<sup>5</sup> 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 התורה דכתיב (דברים ד') ובקשת' משם את ה' אלהיך ומצאת כי תדרשנו בכל לבבך ובכל נפשך ולמדנו כמו כן בכל התפלו' שתקנו חכמים מכאן<sup>6</sup>.**

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 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 מעקרונותה 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 תהיינה 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.<sup>6</sup>

**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. אולם לא ברור מה יהיה דין הנשים בתפילות הרגילות? לכאורה יש כאן מצוות עשה שהזמן גרמן (לפחות

<sup>5</sup> 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 בסור 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.

<sup>6</sup> 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 שנביא להלן.

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.**

המ"ב 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).<sup>7</sup> ונראה כי ביאור הדברים הוא שהמתכונת שקבעו חכמים היא היא קיומה של המצווה דאורייתא. לפי הרמב"ם חכמים לא הוסיפו מצווה נוספת מדרבנן, אלא תקנותיהם נועדו לעצב את המתכונת של קיום המצווה דאורייתא.

אם לפי ר' פרץ ראינו שיש כאן שני מצוות נפרדות, וכשמקיימים אחת לא מקיימים את השנייה ולהיפך, ובדומה לזה ראינו גם בהבנת המ"ב בשיטת הרמב"ם, הרי שלפי דרכנו בהרמב"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.<sup>8</sup> 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. ולפי הרמב"ן שסובר שהכל הוא מצוות עשה שהזמן גרמא מדרבנן, נשים באמת היו אמורות להיות פטורות, לולא הסברא שמביא המ"ב שהתפילה היא בקשת רחמים.<sup>9</sup>

### המשמעות המטא-הלכתית של המחלוקת הללו: סוגי נביעה שונים

ראינו שלפי הסמ"ק יש מצוות תפילה מן התורה, ובכל זאת כותב ר"פ לשיטתו שנשים תהיינה פטורות מהתפילות הרגילות וחייבות רק בתפילות המיוחדות. נראה שכך גם היה אמור לצאת לפי הרמב"ן (לולא סברת המ"ב הני"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, הוא סובר שהמתכונת 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. עד כאן פגשנו שלוש צורות אפשריות של קשר בין הממד דרבנן שבמצווה לבין הממד דאורייתא:

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

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> לא ברור מדוע לפי המג"א ברמב"ם סברא זו אינה קיימת.

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.<sup>10</sup>
  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 את הדאורייתא. הוא 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.
- כפי שנראה להלן המגוון הזה אינו ממצה 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 ראיה? אף הם אמרו לו: אם כן היית נוהג, לא קיימת מצוות סוכה מימין.**

לאיזה משלוש האפשרויות שהבאנו קודם היינו משייכים את הקשר לפי בעלי התוס'! לכאורה יש כאן הלכה מדרבנן לא לשבת בסוכה כששלחנו בבית, והטעם הוא גזירה שמא יימשך 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 דיתיב אפיתחא דמטלתא דגזרי שמא ימשך אחר שולחנו וקאמרי לא קיימת מצוות 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 יימשך אחר שולחנו, ולא פרשנות להגדרות של מצוות ישיבת סוכה מדאורייתא.<sup>11</sup> אם כן, מדוע הוא לא קיים מצוות סוכה דאורייתא?

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> אמנם יש שדייקו ברי"ף שהבין זאת באמת כהגדרת ישיבה מן התורה, אך זוהי שיטת מיעוט, ואכ"מ.

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.<sup>12</sup> 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 התפילה הנכונה (לפחות עבורנו). אי 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, ולסעודם 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 לאחיד 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 לא 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 הרע, אך אם קיים אותם הוא קיים בזה גם את המצווה של "ואהבת".

אז כיצד מקיימים רק את המצווה דאורייתא של "ואהבת"? אם לא באופנים אלו, כיצד היא מתקיימת מדאורייתא? בפשטות המצווה דאורייתא היא מצווה על הלב, לאהוב את הרע, ולא מצווה על פעולה כלשהי.<sup>13</sup> 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 כונתה 'התפרטות': הקיום דרבנן מהווה קיום דאורייתא, אך אין חובה לעשות זאת).

הבעיה 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 מדאורייתא. 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.<sup>14</sup> אין קשר מהותי והכרחי ביניהן. מלשון הרמב"ם עולה בבירור שלא לכך הוא התכוין, שהרי הוא תלה את שתי החובות הללו זו בזו.

<sup>12</sup> השאלה היא מניין להם הכוח לעשות זאת, ואכ"מ. אולי זה מה שגרם לרי"ף (ראה בהערה הקודמת) לטעון את טענתו המיוחדת.

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

<sup>14</sup> נחזק את הדברים על ידי דוגמא: גם לפי ר' פרץ ניתן לקיים את שתי חובות התפילה ביחד, אם אדם שמצוי בצרה יתפלל ויתחנן על הצרה במסגרת 'שומע תפילה'. גם כאן זהו קשר מקרי ולא מהותי ביניהן.

## הסתעפות: סוג חמישי של קשר

אין מנוס מן המסקנה שיש כאן סוג חמישי של קשר נביעה בין הדאורייתא לדרבן. אם הפרטים היו הקיום היחיד האפשרי של המצווה דאורייתא, אזי המתכונת מדרבן 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. כפי ראינו כעת, גם נביעה מסוג 2 אינה מתארת אל נכון את מה שפגשנו כאן (שכן באופן בסיסי אין שם קשר של ממש בין הדאורייתא לדרבן).

נראה כי עלינו להסיק שמדובר כאן בקשר של 'הסתעפות', ולא של 'התפרטות'. המצוות דרבן מסתעפות מן המצווה דאורייתא, כמו ענפים שצומחים מן השורשים (ראה ביטוי דומה בשורש השני לרמב"ם: 'ענפים 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.<sup>15</sup>

לפי הצעתנו כאן, מי שאוהב את רעו בלב ללא כל ביטוי מעשי אכן מקיים מצווה דאורייתא. אולם מי שמנחם אותו מאבלו מקיים מצווה דרבן שמסתעפת מן המצווה דאורייתא. הרי הפעולות הללו הן בד"כ ביטוי של אהבה, ולכן רוח הציווי של 'ואהבת' באה לידי ביטוי הולם במעשים אלו. לכן חכמים תיקנו חובה לבצע פעולות כאלו שמסתעפת מן החובה דאורייתא לאהוב את הריע. אך 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 דרבן מסתעפות מן המצווה דאורייתא אך לא מהוות ביטוי שלה עצמה. ישנו קשר ביניהם אך הוא אינו הרמטי. מי שקיים את המצוות דרבן לא בהכרח קיים בכך את המצווה דאורייתא (שזה מה שקורה בהתפרטות), אלא כביכול הוא קיים 'חצי' (באיכות) של המצווה דאורייתא. לכן אלו הן הלכות מדרבן (שלא כמו בהתפרטות מסוג 1), אך יש להן שורש בדאורייתא.

אל לנו להיות לכודים בדיכוטומיה הבינארית, של כן או לא. השאלה האם ההלכות מדרבן 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 לפניה 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"ם בפירושו לפרשת אמור רואה במצב כזה איסור תורה, שנלמד מהמילה "שבתון" (וראה גם בריטבי"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 דרבן.

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 סייז, מסביר שכוונתו היא שזה נגד רצון התורה אף שאינו עושה ציווי מפורש (נעיר כי ללא ספק איסור הלכתי מדרבן 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 דרבן, אך הן מסתעפות מן הדאורייתא. כביכול, זוהי 'חצי' (באיכות) מצווה.

## "לא תסור"

דוגמא טובה לעניין זה ניתן לראות מתוך עיון במעמדן של מצוות דרבן בכלל. כידוע, הרמב"ם סובר בכמה מקומות (ראה בריש הל' ממרים, בשורש הראשון ועוד) שגם החובה לקיים את המצוות דרבן נובעת ממצוות "לא תסור". הרמב"ם 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 דרבן (כשהם מתקנים תקנות או גוזרים גזירות).

הסיבה לחלוקה שעושה הרמב"ם היא קושייתו על שיטת הרמב"ם: לפי הרמב"ם יוצא שכל העובר על איסור דרבן עבר למעשה על איסור דאורייתא. לדוגמא, מי שאוכל עוף בחלב למעשה עבר על

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



'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.<sup>16</sup>

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.

במחיי"כ 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 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 לרבנן, 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 החשיפה 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. 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).<sup>17</sup>

### השלכה על תורת המשפט: קשרי הסמכה<sup>18</sup>

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

<sup>16</sup> ראה בספר הרביעי הנ"ל, בשער הראשון.

<sup>17</sup> ראה על כך במאמרינו לפרשיות יתרו ומשפטים, תשסה, ועוד הרבה. וביתר פירוט בספר הרביעי הנ"ל, בעיקר בשער השני.

<sup>18</sup> 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.

הזה נבנית ונגזרת כל הפירמדה 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:<sup>19</sup>

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 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 שמסמך את הרשות המקומית לחוקק חוקים? לכאורה יש כאן עבירה על חקיקה ראשית. התשובה היא בדיוק כפי שראינו לגבי המניח 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.<sup>20</sup>

### שוב: 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 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.

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

<sup>20</sup> 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.

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.