

הרב אלישע אנצ'לוביץ'  
שימוש נאות בשפה פורמאלית  
בקבלת החלטות הלכתיות\*

*The logical method and form, flatter that longing for certainty and for repose which is in every human mind. But certainty, generally is illusion, and repose is not the destiny of man.*

- Oliver Wendell Holmes, Jr.<sup>1</sup>

*Intellectuals could be said to believe in the representation – literature, theatre, painting – more than in the things represented...*

- Pierre Bourdieu.<sup>2</sup>

יש "מחר" שהוא עכשיו ויש "מחר" לאחר זמן:  
כי ישאלך בנך מחר לאמר מה זאת הרי מחר לאחר זמן,  
מחר יהיה האות הזה (שמות ח) הרי מחר עכשיו,  
מחר אנכי נצב על ראש הגבעה (שמות יז) מחר עכשיו,  
מחר יאמרו בניכם לבנינו (יהושע כב) הרי מחר לאחר זמן.<sup>3</sup>

מאי כדון מדרשות קאמינא, דרוש וקבל שכר.<sup>4</sup>

**בכרכים הקודמים של עלון זה הצגתי צורות שונות לעיסוק בהלכה ומשפט עברי, על פי טעמי ההלכה האנושיים העולים מפרטי ההלכה (בשונה מהעיסוק המוצהר בטעמי המצוות מצד הוגי פילוסופיה ומצד הוגי קבלה).**

\* בשונה ממאמריי הקודמים במעגלים, מאמר זה נכתב בראשונה באנגלית ולכן ברצוני להודות לנתנאל ויינשטיין אשר טרח ותרגם תרגום ראשוני לעברית אשר היווה בסיס למאמר הסופי. מאחר שמאמר זה הוא תרגום של פרק מתוך ספר, הנכתב באנגלית, חסרים בו ההתייחסויות לדוגמאות נוספות המופיעות בפרקים קודמים של אותו ספר.

<sup>1</sup> Oliver Wendell Holmes, Jr., "The Path of the Law" (1897), online at <http://www.gutenberg.org/etext/2373>

<sup>2</sup> Pierre Bourdieu, *Distinction: a social critique of the judgement of taste*, translated by Richard Nice (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1984), 5.

<sup>3</sup> תנחומא (דפוס ורשא), פרשת בא, סימן יג.

<sup>4</sup> ירושלמי, נזיר ז, ב (דף נו, טור ב). הווי אומר הדרשה איננה הסיבה האמיתית להלכה.

השאלה העולה מהצלחת השיטה (לאילו המאמצים חשיבה זו) היא: מה תפקיד הניסוחים הפורמאליים, אם ההלכה אכן מתפרשת ונפסקת על פי הטעמים האנושיים? יתירה מזאת: איך אנו אמורים להתייחס לניסוחים פורמאליים אשר נראים כמנותקים מהשיקולים האנושיים? במאמר זה, נענה על שאלות אלו ונציג קריטריונים לשימוש נאות בשפה פורמאלית בלימוד ופסיקת ההלכה.

## 1. מילים מוגדרות על פי הקשרן

לפני שנפתח את דיוננו בנושא תפקידן של שפה פורמאלית וקטגוריות פורמאליות, הבה ניפטר תחילה מטעות נפוצה: לעתים קרובות, נקודת המוצא של אלו החוקרים ומתעמקים בנורמות הלכתיות בצורה רצינית, היא שההלכה נקבעת על פי ההגדרה העקבית של מונחים ומושגים המופיעים בסוגיות הלכתיות שונות. כלומר: הנחת החוקרים היא, שהפוסק או ה"תלמיד חכם" הקובע את ההלכה, איננו מנסה להעריך מה הם הנושאים והצרכים האנושיים המונחים ביסודה של הסוגיה שבה הוא פוסק, אלא פשוט מגדיר את משמעות המושגים או הקטגוריות בסוגיה שלו, על פי המשמעויות הניתנות למושגים אלה בסוגיות אחרות. כפי שנדגים להלן, הנחה זו אינה נכונה.<sup>5</sup> להבהרת העניין נפתח בדוגמה לא הלכתית, מהחיים היומיומיים, שתוכיח שלמושג יחיד יש בהכרח משמעויות רבות ושונות (בניגוד להנחה המוטעית שצינו לעיל), וזאת בהסתמך על ההקשר שבו המושג נתון.

נבחן את המושג "אהבה": כשאני אומר שאני אוהב את אשתי ושאיני אוהב גלידה, ברור שאינני מתכוון לאותה משמעות של "אהבה". משמעות המושג "אהבה" תלויה בהקשר בו הוא נתון. כל ניסיון לזהות את כל ההשלכות הנובעות מהמשמעות של מילה זו בהקשר הראשון (אהבה לאשתי), במטרה ליישם אותם בהקשר השני (אהבה לגלידה), ייראה מטופש. ברור, שכאשר אני אומר שאני "אוהב" גלידה, אינני מתכוון לכך שאני רוצה לחיות את חיי מתוך הזדהות עם הגלידה שלי. אם כן, מדוע אנו משתמשים באותה המילה כדי לבטא משמעויות שונות? התשובה היא, בפשטות, שמילה זו שגורה בפי כל כמבטאת "תגובה רגשית חיובית חזקה כלפי הזולת או כלפי חפץ". מסקנה: איננו יכולים להגדיר מהי המשמעות המקומית של מושג כלשהו,

<sup>5</sup> אנחנו לא נגיב כלל לאלו המדקדקים במילותיהם של חכמי הדורות קודמים כדי לצמצם את משמעותן בלי לבדוק איך בני אותם הדורות הקודמים עצמם הבינו את משמעות המלים בהן השתמשו [והשווה] את: שו"ת גאוני קדמונים, התחלת סימן מו, בענין הצורך ללמוד בשיחה ישירה במקום בכתב].

מבלי להבין את ההקשר שבו הוא נתון, אך עם זאת, יש לצפות שנמצא מכנה משותף בין המשמעויות השונות, הניתנות לאותו המושג, בהקשרים השונים. באופן דומה, יש לצפות שנמצא מכנה משותף בין המשמעויות השונות הניתנות לאותו מונח משפטי או אותה קטגוריה משפטית בהלכות שונות, אך אין שום הכרח שנמצא שהמשמעויות זהות.<sup>6</sup>

כעת נפנה לדוגמא הלכתית פשוטה. ההלכה, שנתקבלה על ידי הראשונים ונוסחה בשולחן ערוך, קובעת שאם אישה מתקדשת בעל כרחה, הקידושין בטלים (ואין צורך בגט). אולם, במקרה בו הגבר הוא שנכנס לברית נישואין בעל כרחו, מתקיים דיון: האם גבר שנכפו עליו נישואין עדיין נחשב נשוי, אך בגלל שהנישואין "פגומים" (מפני שנעשו בכפייה) הוא רשאי לגרש את אשתו מבלי לשלם לה את "כתובתה"? או שמא הקידושין אינם קידושין והוא אינו נשוי כלל?

אין האשה מקודשת אלא לרצונה. והמקדש אשה בעל כרחה, אינה מקודשת. אבל האיש שאנסוהו עד שקידש בעל כרחו, הרי זו מקודשת, ויש אומרים שאינה מקודשת, הלכך הוה ליה ספק.<sup>7</sup>

נראה לכאורה שהלכה זו, המבטלת קדושין בכפייה, הינה מנוגדת למנהג שהיה מקובל בחברות יהודיות מימי הביניים! המנהג, להלן "שידוכין", היה לסכם מראש, בין שני הצדדים, את הסדרי הנישואין, כאשר ביטול שידוכין אלה גרר קנס. הסכם זה יוצר "כפייה" על הצדדים, שמחויבים להנשא מחשש לקנס!

הדוגלים במתודה המוטעית אותה תיארונו לעיל (legal positivism), ינסו ליישב את המקורות על ידי הגדרת המושג "כפייה", כהכרחת אדם לעשות מעשה גם אם אין רצונו בכך. הם ישיבו כי ההסכמה להנשא כדי להמנע מקנס (כפייה ממונית עצמית), מיסודה אינה נחשבת להסכמה ב"כפייה", משום שבתחילה ההסכמה היתה מרצון (הצעה זו הועלתה בכל שיעור שבו

<sup>6</sup> במלים אחרות, כל אחד מכיר בכך שישנם שמות עצם אשר משמעותם מובנת רק כאשר היא מובאת ביחס לשם עצם אחר, ולכן אין להן משמעות עקבית (כגון המילה "ראשונים" – עיינו ב: שרגא אברמסון, 'סיום על הירושלמי', מכון טל אורות, ירושלים תשנ"ב, עמ' 32-35); כפי שנטען על ידי הפילוסופים קאנט ובייקון "כל טעות נובעת מהדמיון" (Hayden White, *The Content of the Form: narrative discourse and historical representation* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1987), 117).

<sup>7</sup> שולחן ערוך, אבן העזר מב, א.

לימדתי את המקור הנדון). ברם, העמקה במקורות הדנים בביטול גירושין הנעשים על ידי כפיית הבעל, מראה שנושא זה נתון לויכוח:

כתב ה"ר מיימון נואר שנשאל על ראובן שקנס עצמו במאה זהובים לאדון העיר אם יחזיר את אשתו ולא יגרשנה. [...] והשיב: לא אמרינן גט מעושה אלא בשכפוהו שלא מדעתו [...] אבל בנדון זה שהוא חייב עצמו במה שהוא רוצה לעשות אין זו כפייה. [...] ואע"פ שאין בידו להחזירה, אם לא יפסיד לא הוה ליה אונס, שזה רצונו היה מתחלה לגרש...

**בתשובות הרשב"א** (חלק ד, סימן מ) שאלת: **ראובן בעל לאה, וקרובי לאה היו בהסכמה שיגרש ראובן את לאה אשתו, ונאותו זה לזה בקנס אלף דינר, ושיגרש לזמן קבוע. ואחר נתחרט ראובן ומיאן בדבר, והללו מתרין בו מצד הקנס [...]** ומחמת יראה זו גירש ראובן זה. [...] **תשובה:** נראה לי שגט זה מעושה ופסול...

כתב מהר"י קולון, שורש סג (ענף ב): אם הוא השליש ממון ביד שלישי לכך [...] עד שיגרש, לא מיקרי אונס. דלא מיקרי אונס אלא הבא לאדם מחמת אחרים, ולא כשהביא הוא האונס עליו...<sup>8</sup>

1. **אם קבל עליו קנסות אם לא יגרש, לא מקרי אונס**, מאחר דתלה גיטו בדבר אחר, ויוכל ליתן הקנסות ולא לגרש (בית יוסף בשם תשובה וכן הוא במהר"ק שם בפסקים).
2. **ויש מחמירין** אפילו בכהאי גוונא (שם בתשובת הרשב"א), **וטוב לחוש לכתחלה ולפטר מן הקנס**.
3. **אבל אם כבר גירש מפני זה**, ואפילו גירש מכח שבועה שעשה מעצמו לגרש, **הגט כשר**, הואיל ומתחלה לא אנסוהו על כך (תשובת הריטב"א).<sup>9</sup>

כפי שניתן לראות לעיל בתשובת הרשב"א, דעתו היא שגט הניתן כתוצאה מ"כפייה ממונית עצמית" הינו גט מעושה ופסול (זאת למרות שביסודה ההסכמה היתה מרצון), וקיבל הרמ"א את דעתו ש"טוב לחוש לכתחילה ולפטר מן הקנס" בטרם יגרש. מכאן שההסכמה להתגרש כדי להימנע מקנס נחשבת במידת מה לכפייה, וזאת בניגוד לניסיון ההסבר שהעלינו לעיל! ברם, אפשר להסביר למה כפיית קידושין על ידי שידוכין אכן מקובלת אם נתייחס לחילוק בין קידושין לגירושין: כפי שגירושין שנעשו תחת "כפייה

<sup>8</sup> בית יוסף, אבן העזר קלד.

<sup>9</sup> רמ"א שם, ה.

ממונית עצמית" תקפים "דה פקטו" (בפועל), נישואין באותם תנאים (כפייה ממונית עצמית) תקפים אפילו "דה יורה" (לכתחילה). וזאת, משום שמבחינה פורמאלית קל יותר להגדיר זוג שחי ביחד כזוג נשוי (למרות כל החובות הנלווים לקביעה זו), מאשר להגדיר זוג כגרוש (בגלל ההיתר להנשא לכל אדם). עם זאת, עדיין נאלץ להצדיק את הבחירה בשיטה בעייתית זאת של נישואין (קידושין בכפייה לכתחילה!).

בכל מקרה, זהו איננו הפתרון שהוצע על ידי הרב אברהם צבי אייזנשטט (בעל ה"פתחי תשובה" על אבן העזר). הוא מצוין כי ה"כפייה", שמפקיעה את הנישואין מתוקפם, היא רק "כפייה" במשמעותה ה"בלתי מוסרית":

שם [בביטול נישואין כפויים] הטעם מחמת שהוא עשה שלא כהוגן, וכאן [בעניין מנהג השידוכין – כפייה ממונית עצמית] לא שייך זה, שהיא קבלה על עצמה הקנס והחרם.<sup>10</sup>

פרשנות זו, לפיה רק "כפייה" במשמעותה ה"בלתי מוסרית" יכולה להפקיע נישואין מתוקפם, אינה מוצגת במוצהר בדברי השולחן ערוך: היא אינה עולה לא מהמלים "בעל כרחה" ולא מהקטגוריה של "כפייה". עם זאת, פירושו של הרב אייזנשטט אכן מבוסס: הוא חזר לנימוק שעמד בבסיס קביעת החוק המקורי בתלמוד, כפי שמובא בגמרא:

ואמר אמימר: תליוה וקדיש - קדושיו קדושין.  
מר בר רב אשי אמר: באשה ודאי קדושין לא הוו, הוא עשה שלא כהוגן, לפיכך עשו עמו שלא כהוגן ואפקענהו רבנן לקידושיה מיניה.<sup>11</sup>

שידוכין סטנדרטיים (כלומר, כאלה המגובים על ידי קנס) הינם צורה פחות חמורה (כלומר, יותר גמישה) של השלב הראשון בנישואין, המוכר בקרב היהודים, לפחות מימי בית שני, כ"קידושין". שלב הקידושין, חיבר בין שני הצדדים לפני שעברו לגור ביחד, היה מצריך גט כדי לבטל את הקידושין, ובעצם כפה עליהם לקיים את הנישואין. משום כך, כפי ש"כפייה" שנוצרת כתוצאה מקידושין ברצון האשה אינה "בלתי מוסרית", כך ה"כפייה" הנוצרת כתוצאה מהשידוכין אינה נחשבת "בלתי מוסרית".

<sup>10</sup> פתחי תשובה, אבן העזר נ, ח.

<sup>11</sup> בבלי, בבא בתרא מח ע"ב.

מתוך הדוגמא לעיל, אנו רואים כי מושג מסוים (כפייה), מתפרש בצורות שונות (כפייה בלתי מוסרית לעומת כפייה "ממונית עצמית" מוסרית) על פי ההקשר בו הוא נתון, על פי הבעיה האנושית או הצורך האנושי העומדים בבסיס קביעת אותה הלכה. שלא במפתיע, נקודה זו שהראינו - העובדה שקטגוריה משפטית אינה זהה בהקשרים שונים - מובאת במפורש בספרות ההלכתית. בחלק הבא, נעיין בדוגמא אחת העולה מתשובות הרב משה פיינשטיין. ההקשר הוא השאלה: האם גר יכול להתמנות לתפקיד של ראש ישיבה.

### הצהרה מפורשת כי קטגוריה משפטית אינה זהה בהקשרים שונים

הרקע לשאלה הבאה הוא איסור של חז"ל על מינויים של גרים לתפקידים המביאים עמם שררה על הציבור,<sup>12</sup> והעובדה שהרב פיינשטיין, אשר קיבל איסור זה בעיקרון,<sup>13</sup> התייחס לרבנות כמעמד המקנה שררה, אשר אינה יכולה להינטל ללא סיבה:

הנה ברור ופשוט, שמי שנתקבל לרב באיזה בית מדרש, וכן ללמד בבית המדרש איזה שיעורים, בין במקרא, בין במשניות, בין בגמרא, בין בהלכה, אי אפשר לסלקו לעולם כשליכא עליו טענה ברורה שיסכימו בית דין של רבנים מומחים, בין מדין שררה בין מדין פועל [...] ואף כשנתנו לו כתב מינוי וכתוב שם שהוא רק על משך איזה זמן, אינו כלום.<sup>14</sup>

עם זאת, בתשובה לשאלה על גר המשמש כראש ישיבה, טוען הרב פיינשטיין במפורש כי ישנן דקויות שונות למושג "שררה" ושלעיתים המושג מתייחס רק לעמדה של כבוד ולא לעמדה של כוח. מאחר שתפקיד של ראש ישיבה הוא עמדה של "שררה" רק בהקשר הראשון (כבוד), הרי הוא מותר לגר:

[...] והנידון שכת"ר [כבוד תורתו] שאל עליו היה בקשר למינוי גר למלמד או מגיד שיעור או משגיח או אפילו ראש הישיבה. [...] אחר ישוב גדול נראה, שאין להחשיב משרות אלו בתקופתנו כענין של מעשה שררה, דעיקר תפקיד של ישיבה הוא ללמד לתלמידים כשהם רוצים. [...] והמושג של שררה שנזכר ב"אגרות משה" חושן משפט ב, לד, לגבי סילוק רב, הוא מושג אחר מהשררה

<sup>12</sup> בבלי, קידושין עו ע"ב; יבמות קב ע"א; ספרי דברים, פיסקה קנז.

<sup>13</sup> הרב משה פיינשטיין, שו"ת אגרות משה, יורה דעה ב, מד.

<sup>14</sup> שם חושן משפט ב, לד, ד"ה: "הנה ברור".

הנדרשת לאיסור "לא תשים עליך" שאינו מחמת שררה דכפייה האסורה בגר, אלא מחמת שררה דכבוד דחייבין לנהוג בו כבוד - שלא מצינו שנאסר בגר.<sup>15</sup>

שוב אנו רואים את הנקודה הברורה (המקובלת על כל הפוסקים<sup>16</sup>) – אי אפשר לפסוק על פי מילים מבלי להכיר את ההגיון הבסיסי המונח ביסוד ההלכה. האדם חייב להבין את העניינים האנושיים העומדים בבסיס אותה הלכה כדי שיוכל לפרש את המילים בצורה נכונה.

### רק השימוש בהקשר יכול להסביר מדוע לעתים מעלים עניינים משפטיים מסוימים ולעתים מתעלמים מהם

עד הנה הראינו כי מושגים חייבים להיות מוגדרים על פי ההקשר בו הם נתונים. בנוסף, מתרצת ההתייחסות להקשר בעיה המביכה את לומדי (ומלמדי) ההלכה: מדוע הלכה X אוסרת משהו מחשש שאדם יחטא בחטא A, כאשר הלכה Y מתעלמת מהחשש? לדוגמה: את הציווי האוסר על רכיבה על סוס בשבת, מסבירה הסתמא בגמרא כנובע מחשש שמא הרוכב ישבור (יקצור) ענף עץ כדי להצליף בסוסו. מאחר שאיסוף פירות וענפים שנשרו מהעץ הוא גם סוג של מלאכה (מעמר<sup>17</sup>), מדוע איננו אוסרים הליכה בשבת מחשש שמא אדם ירים ענף שנפל למטרת שימוש בו כמקל הליכה? התשובה נעוצה בהקשר.

אם נעיין במשנה בביצה (לקמן), נראה שאמנם אסור לאדם לרכב על סוס בשבת, אך הרכיבה אינה נחשבת "מלאכה" (=עבודה<sup>18</sup>). כלומר, לפעמים

<sup>15</sup> שם יורה דעה ד, כו.

<sup>16</sup> לדוגמה: שו"ת ב"ח החדשות, סימן מב.

<sup>17</sup> למשנה הפוסקת ש"המלקט עצים - אם לתקן כל שהן, אם להיסק כדי לבשל ביצה קלה; המלקט עשבים אם לתקן כל שהוא, אם לבהמה כמלא פי הגדי" (משנה, שבת יב, ב), היה אפשר להוסיף "המלקט עצים - אם להוצאה ברשות הרבים כדי השענות"; הרי שהליכה עם מקל יכולה להיחשב משמעותית, בדומה לקוצר זמורה כדי להצליף בסוס, כך שנחייב עליה משום הוצאה על פי הכלל "אמר מר: תוך ארבע אמות עמד לפוש פטור, לכתף - חייב. חוץ לארבע אמות, עמד לפוש - חייב, לכתף - פטור" (בבלי, שבת ה"ב) כל עוד גודלו של הדבר שהוצא הוא שיעור שימושי למטרה נחשבת (משנה שבת ז, ג; ח, ב-ז; ט, ה; ותוספתא, שבת ח).

<sup>18</sup> במאמר אחר אוכית, בעזה"י, שחייב מלאכה חל על סוגי עבודה בלבד – ולכן כל שינוי בפעולה, אשר במהותו מהווה שיטת פעולה לא יעילה, פטור משום שהמעשה נעשה בצורה המוכיח אנטי-כוונה לעבודה ממש. לדוגמה: "לקיטת" פרי בפה מוכח כלקיטה למען אכילה ולא כעבודת לקיטת פירות בפרדס. זהו כלל השייך לכל איסור: לכן המוציא שער מהזקן על ידי רהיטני אינו חייב, כי מוכח שאינו מתגלח (בבלי, מכות כא ע"א). יתירה מזו, אנו פוטרים בשבת אפילו מעשה הנעשה בצורה יעילה אם הוא נעשה בבזבז משאבים (מקלקל) או

הרכיבה היא חלק ממלאכת מסחר (כגון מסע מסחרי למרחקים), אבל לא בהכרח. לכן, רכיבה אמנם אסורה בשבת, אבל אינה נתפסת כטאבו מוחלט, ולכן העברייני אינו חייב בקרבן חטאת. יתרה מזאת, הסבר זה הוא הראשון שהוצע על ידי הסתמא, בניסוח יותר פורמאלי:

כל שחייבין עליו משום שבות [...] בשבת חייבין עליו ביום טוב ואלו הן משום שבות: לא עולין באילן, ולא רוכבין על גבי בהמה, ולא שטין על פני המים, ולא מטפחין, ולא מספקין, ולא מרקדין.<sup>19</sup>

ולא רוכבין על גבי בהמה - גזרה שמא יצא חוץ לתחום.<sup>20</sup>

עם זאת, הגמרא ממשיכה ומקשה שגם הנסיעה למרחקים ארוכים בשבת אינה מלאכה אשר לאורה ניתן לאסור פעולות אחרות, כגון רכיבה מקומית, מחשש שמא יעברו על "מלאכת" הנסיעה. לכן, מסקנת הגמרא היא שהחשש הוא שהרוכב עלול לשבור ענף של עץ:

שמע מינה תחומין דאורייתא? - אלא: גזרה שמא יחתוך זמורה.<sup>21</sup>

עכשיו כשראינו את ההקשר, שרכיבה על סוס נאסרה משום שמבחינה יחסית היא מקושרת עם נסיעות למרחקים ארוכים (עסקים), אנו מבינים מדוע לא נאסר עלינו ללכת ברגל. הסבר הגמרא, שאנו חוששים שהרוכב ישבור ענף, נובע מהחשש שאדם ירכב למרחקים ארוכים. לאחר שהתברר שמרחק הרכיבה עצמו אינו יכול לשמש עילה מספקת לאיסור רכיבה בשבת, סיבת החשש נוסחה מחדש כחשש שמא אדם ירכב למרחקים ארוכים וישבור ענף על מנת לאלץ את הבהמה העייפה להמשיך לנוע. במילים אחרות, החשש איננו שהרוכב ישבור ענף מייד. ומאחר שרובם המכריע של האנשים מתהלכים בשבת בתוך העיר ובסביבתה (בתוך תחום שבת), ולא יוצאים ברגל

---

אפילו אם נעשה בהקשר לא-עבודתי (מלאכה שאינה צריכה לגופה) משום שהתורה חייבה על "מלאכת מחשבת" בלבד. כפי שציינו מספר אחרונים וביניהם: הרב אלחנן ווסרמן, קובץ שיעורים, כתובות, סעיף רב: "[...] נראה דהא דפטור בשבת בעושה כלאחר יד אינו דין מיוחד בשבת כמו מקלקל ומלאכה שאינה צריכה לגופה. אלא כן הוא בכל דיני התורה שלא נאמרו

אלא כפי דרך הרגיל".

<sup>19</sup> משנה, ביצה ה, ב.

<sup>20</sup> בבלי, ביצה לו ע"ב.

<sup>21</sup> שם.



למרחקים ארוכים, לא נאסור הליכה בשבת מחשש שמא אדם יתעייף בהליכתו וירם ענף, מקל הליכה, מהקרקע.

## 2. תפקיד ראשון של חוקים פרוצדוראליים: קצרנות

עד עתה הראנו כי מושגים והסברים חייבים להיות מוגדרים על פי הקשרם. עם זאת, אם אכן זהו המצב, השאלה המתבקשת היא מהו תפקידו של חוק הלכתי פרוצדוראלי, חוק שאמור לבסס את תהליך קבלת ההחלטות עצמו? חוק משפטי על פי הגדרתו חל על חלקים שונים בחוק, ואם כן כיצד יכול ההקשר להיות רלוונטי לגביו? מצד שני, כיוון שכל הלכה תלויה בעניינים בהם היא באה לטפל (ערכים או התחשבות בצרכיהם של בני אדם שונים) איך יכול חוק פרוצדוראלי לקבוע את ההחלטה?

התשובה היא שחוקים פרוצדוראליים אינם אלא ביטוי מקוצר להתייחסות לעניינים אנושיים לא-ישירים השייכים ליריעה רחבה של תחומי החיים (= של הלכות) ולכן הם חייבים להילקח בחשבון בכל פסיקה הלכתית; הם אינם מושגים מוחלטים אלא תזכורות. נקודה זו באה לידי ביטוי בכל ספרות השו"ת כאשר חוקים כלל-משפטיים עומדים בעימות עם חוקים מקומיים; כל חוק הינו תזכורת לבעיה אנושית או צורך אנושי אחר הקיים באותו נדון. למען הבהירות, נבחן עתה דוגמא פשוטה בה נקודה זו – שחוק פרוצדוראלי אינו אלא תזכורת מקוצרת לשיקול אנושי כללי – נאמר במפורש.

**הצהרה מפורשת כי חוק פרוצדוראלי הוא תזכורת לדאגה כללית – דיון ב"לא פלוג"**

הרב משה פיינשטיין נשאל האם גבר – אשר אשתו ניאפה עם גוי, ולאחר מכן התגרשה בגירושין אזרחיים ונישאה לאותו מאהב וסירבה לקבל "גט" – חייב לקבל הסכמה של מאה רבנים כדי להינשא מחדש מבלי שיתגרש מאשתו מבחינה הלכתית (תפקידם של מאה חכמים הוא להבטיח שביגמיה תיתפס כאקט ייחודי וכדי להבטיח שבאמת ישנה עילה מספקת לאקט ייחודי זה ולא אפליה נגד האישה או בעד הגבר). הרב פיינשטיין עונה, שלמרות שקיימת עמדה אשכנזית הסוברת שבכל מקרה שהוא, גבר אכן נזקק לאישור של מאה רבנים, העמדה הנכונה היא זו שאינה מחייבת אישור במקרה שחל איסור על הצדדים לשמר או לחדש את הנישואין.

הנקודה הרלוונטית לדיוננו היא שהרב פיינשטיין מכיר בכך שיש עיקרון של "לא-פלוג" (הרצון לאחידות בהלכה נתונה) אשר לכאורה יחייב כל גבר

נשוי לקבל אישור ממאה רבנים לפני שיוכל להינשא מחדש אם לא נתן לאשתו גט, ללא קשר לנסיבות. ברם, למסקנה פוסק הרב פיינשטיין כי למרות הכלל של לא-פלוג, "כאשר אפשרי להבדיל בין מקרים, עלינו לעשות זאת":

1. הנה בדבר אשה שנאסרה על בעלה באיסור סוטה לבד שהיה ידוע זה שגם בערכאות של המדינה פסקו שהילד בן ארבע יחונך אצל האב מחמת הפקרותה, ניסת בפרהסיא זה יותר משנה בערכאות לאותו האינו יהודי ויש ביד כת"ה העתק תעודת נישואין אלו ומאז גרים יחד ככל איש ואשה, שליכא שום ספק על איסורה לבעל מדין סוטה.
2. הנה לענין להתיר להבעל לישא אשה אחרת אף שיש מחמירין להצריך מאה רבנים כדהובא בפתחי תשובה אבן העזר סימן א' סעיף קטן כ"ב מהחתם סופר דאפילו באסורה עליו מדאורייתא לא נהיגי להתיר לישא אחרת בלא מאה רבנים ואפילו גרושה שניסת לכהן בחזקת אלמנה מצריך מאה רבנים, אבל הא איכא כנגדם שיטת הרמ"א שמתיר לישא אשה אחרת בלא גירושי הראשונה וכן הוא בתשובת צמח צדק הובא בבאר היטב סעיף קטן כ"ו ובפתחי תשובה סעיף קטן כ"א הביא שפסק כן הט"ז בלי זיכוי גט וכן הוא דעת עבודת הגרשוני וכרם שלמה בשם זכרון יוסף, ובריש סעיף קטן כ"ב הביא מחמדת שלמה שגם כן מתיר והביא שגם במהרי"ק איתא כן,
3. ומסתבר כהמקילין דאין טעם שיאסור רגמ"ה באסורה עליו מדאורייתא שאסור להחזיקה בביתו כלל והויא לענין המציאות בהכרח כגרושה שלא שייך שוב שיהיה ענין קטטה דבשביל זה תיקן רגמ"ה,
4. ואף ששייך לומר 'לא פלוג' הרי במקום ששייך לפלוגי מ"ט נימא שלא פלוג,
5. בשלמא לענין במקום מצוה { של יבום } שג"כ היה שייך לפלוגי אבל כיון שעצם טעם התקנה איכא כמפורש בהגר"א [...] מפני הקטטה והוא אפילו במקום יבום [...] סוברין [...] שגם במקום מצוה גזר...

6. אבל במקום איסור שאסור לו להיות עמה בבית אחד **שהטעם ליכא ושייך לפלוגי מ"ט יאסור...**<sup>22</sup>

במלים אחרות, הרב פיינשטיין מבין שהעיקרון של 'לא-פלוג' נועד להבטיח שאנחנו נטפל בבעיות שהלכה מסוימת באה למנוע, על ידי השלכת הלכה זו על מקרים *דומים* אך לא רלוונטיים. לכן כאשר מקרה הוא בבירור *שונה לחלוטין* אל לנו להשליך את אותו החוק. שוב, מושג או חוק (כגון 'לא-פלוג') לא מועיד מסקנה, אלא משמש, כמונח, תזכורת לשיקול מסוים.

לסיכום, כאשר השימוש הוא נכון, שפה משפטית היא בעצם שפה סימבולית המאפשרת הבנה ודיון בצדדים שונים של נושא נתון בצורה מהירה יותר. עם זאת, ישנם חוקרים-מדומים הטועים ורואים במושגים ההלכתיים (שהם אך ורק שפה סימבולית) שיח אינהרנטי במושגים עצמם. באופן בוטה ניתן לומר, כי אנשים מסוימים הפכו קונסטרוקציות משפטיות לכלי סיווג המאפשרים לסדר ולתמרן מידע במקום להעריך את הנושאים עצמם. נגד אותם אנשים פתחנו את פרקנו בציטוטים מהולמס ובורדיאו.<sup>23</sup>

ניתן לנסח בצורה חיובית את הנאמר לעיל: תפקידה של שפה משפטית ושל מחקר משפטי הוא לאזן בין רעיונות שונים כדי שרעיון אחד לא יהפוך לרעיון יחיד, אלילי וכוזב.

### 3. שפה הלכתית כשפה מקצועית להצהרת עניינים ושיקולים אנושיים

ברגע שנבין כי חוקים פרוצדוראליים הם תזכורות מקוצרות, נוכל לראות הסבר חשוב יותר לסיבת השימוש במושגים וקונספטים משפטיים: הם מהווים מונחים מקצועיים, בז'רגון ההלכתי-מקצועי, להבעת *ערכים אנושיים* ולהבהרת העובדה שצרכים אלו הוכרו ונידונו בתרבות ההלכתית, ונוסחו כביטויים מקוצרים. נתחיל עם דוגמא פשוטה אשר דרכה נאמת דברים אלו, תשובה של הרב יוסף חיים בן אלישע אל-חכם, הבן איש חי (בגדד 1835-1909).

<sup>22</sup> שו"ת אגרות משה, חלק חושן משפט ב ד.

<sup>23</sup> הערות 1, 2.

### אכילת כמות קטנה של מצה

הרקע לדיוננו הוא תשובה של החיד"א (הרב חיים דוד אזולאי, ממוצא ספרדי, ישראל 1724-1806). החיד"א מתייחס לשאלה האם אדם אשר אין בידו מספיק מצה לקיים את המצווה (שיעור קטן, כ'זית") יכול לקיים את מצוות אכילת מצה בכמות קטנה מכזית. למרות שרב אחד השיב כי אכילת כמות קטנה מכזית היא חסרת ערך, החיד"א טען כי ההוכחה של אותו רב הייתה מוטעית לחלוטין ושאדם אשר מפאת מצוקה אינו זוכה לאכול את הכמות הנדרשת, עדיין מקיים את המצווה מדאורייתא - רק ברמה פחותה (תפיסה זו, של קיום מצווה ברמה פחותה מבוססת על הקבלה עם העמדה שאדם שאוכל פחות מכזית מזון לא כשר, נחשב לחוטא מדאורייתא למרות שאינו נענש במלקות). עם זאת, החיד"א ממשיך לטעון כי אפילו רב שטוען שאכילת פחות מכזית מצה לא נחשבת כקיום המצווה מדאורייתא, חייב להסכים כי על האדם המסכן לנסות ולהשתתף במצווה, על ידי אכילת כמות כלשהי של מצה, משום שהעיקר הוא ההשתתפות. ברם, החיד"א פוסק כי על אותו האדם לאכול את המצה בלי ברכה:

**תשובת החכם השלם עצום ורב כמהר"ר ראובן בעל מחנה ראובן נר"ו.**

שאלה: מי שאין לו בליל פסח אלא פחות מכזית מצה יש להסתפק אי חייב לאוכלו אף דבצר ליה שיעורא. או דילמא כיון שהוא פחות מכשיעור לאו מצוה הוא כלל.

תשובה: [...] ולי נראה להביא ראיה דלאו מצוה הוא כלל מהא דכתבו התוספות בקדושין, דף לח ע"א, בשם הירושלמי [שבני ישראל לא אכלו מצות בפסח בכניסתם לארץ משום איסור חדש] [...] ואם כן תקשה לריש לקיש דסבר חצי שיעור אסור מדרבנן אמאי לא אכלי כלל הוה להו לאכול פחות מכשיעור דזה נמי קרוי מצווה [...] אלא ודאי דפחות מכשיעור לאו מצווה היא כלל כן נראה לי בזה.

**וזאת תשובתי בס"ד** [...] אין להביא ראיה מזה ולהוציא דין.

[...] ותו דלדידי סברת דיש קצת מצווה כי היכי דחצי שיעור אסור מן התורה. היא סברא אלימת' דמדה טובה מרובה ממדת פורענות ואי ה' מעניש באוכל חצי שיעור איסור קל וחומר שישלם שכר באוכל חצי שיעור דבר מצוה כשאין בידו לקיים המצווה בשלימות.

ועוד אני אומר דאיבעי ליה לאכול חצי זית מצה מידי דהוה אמאי דקיימא לן בסוף סימן תרמ"ט דכל הפסולים לד' מינין בשעת הדחק שאין נמצא כשר נוטלין ואין מברכין וכתב הרב מגן אברהם, סימן קטן כח, דדעת מור"ם

דאפילו שאינם מינם יכול ליטול וכן נראה מדברי הרב אליהו רבה עיין שם והוא הדין הכא אפילו תימא דאין בחצי זית מצוה כלל ראוי והגון שיאכלנו לזכר מיהא. כל שכן שבעניותנו מסתברא לן דאיכא קצת מצוה כמש"ל. כלל העולה דמי שאין לו בלילה הראשונה כזית שלם ממצה או מרור שיאכל מה שיש לו אף שהוא פחות מכזית בלי ברכה. וה' יראה ללבב דאנוס הוא מבילתי יכולת לקיים מצוה כתקנה. והנראה לעניות דעתי כתבתי.<sup>24</sup>

ברור כשמש שהסיבה שהחיד"א אינו מרשה ברכה על שיעור קטן בשעת הדחק, המבטא השתתפות באותה מידה כמו שיעור זית בנסיבות רגילות, היא כדי לשמור על ההבדל בין שיעור וחצי-שיעור; כדי לשמור על החובה במצב נורמלי לבטא השתתפות מלאה במצוות מצה על ידי אכילת מינימום של כ"זית" (ולא אכילת שיעור קטן יותר, המבטאת רצון שלא לאכול או אמביוולנטיות).<sup>25</sup> על רקע זה, נעבור לנתח את תשובת הבן איש חי הדנה במקרה דומה.

הבן איש חי נשאל האם אדם חולה אשר אינו יכול לאכול כ"זית" מצה עודנו מחויב באכילת כמות כלשהי של מצה. הבן איש חי ענה כי אכילה כזו יכולה להיחשב כקיום המצווה מדאורייתא ברמה פחותה אך רק אם החולה אוכל כמות זו בצורה המביעה רצון לאכול את השיעור הנדרש של כ"זית". במילים אחרות, אדם אשר חייב לאכול כמות פחותה מכ"זית", נחשב כמשתתף במצווה רק אם הוא מראה שאילו היה בריא היה אוכל יותר. הבן איש חי מגיע לנקודה זו בעזרת השימוש בעיקרון המשפטי של "חזי לאצטרופי":

**שאלה:** איש אחד חולה שהזהירו הרופא שלא יאכל מצה ולא ישתה יין של ארבע כוסות בליל פסח שאם יאכל וישתה יהיה ניזוק והוא מוכרח לשמוע דברי הרופא בדבר זה כי הוא רופא מובהק ובר סמכה בכל דבריו וחי בהם כתיב, אך שאל את הרופא על מעט מצה דהיינו ערך ב' דרהם או שלש, וכן

<sup>24</sup> הרב חיים דוד אזולאי (החיד"א), שו"ת חיים שאל, חלק א סימנים ג-ד.

<sup>25</sup> אולי החיד"א חשש שאילו היו אנשים מברכים על כמות מצה קטנה מכזית, היתה מתפתחת תופעה בעייתית – עניים היו מקבלים פחות מצה לפסח בטענה שכל כמות מספקת בשביל קיום המצווה; תופעה זו תסתור את קיום המצווה הראויה כי הרי גם העני מרגיש שהוא לא באמת אכל בהשוואה לאכילת לחם בשאר השנה. ניתן גם להעלות סברא אחרת: החיד"א חשש שאנשים יתחילו להקל בשיעור אכילת המצה והחוויה/המצווה הישירה של אכילת מצה תעלם. ברם, החשש הראשון עולה מהעובדה שאכן ארע מקרה בו נותר עני אחד ללא כמות מספקת של מצה, ואילו לחשש השני אין שום סימוכין בתשובה, ואף לא סימוכין היסטוריים.

יין שיעור מועט ואמר הרופא שזה השיעור המועט לא יזיק לו, על כן שואלים הלכו אם מחויב לאכול שיעור המועט הזה, כי אע"פ שאינו מקיים בזה מצוה שלימה כשיעור שלה, מכל מקום יש בזה קצת מצוה, או דלמא מאחר שאינו אוכל שיעור שלם אין בידו אפילו מקצת וכאלו לא אכל ולא שתה כלום. יורינו ושכמ"ה.

**תשובה:** [...] ובדרוש שדרשתי למנוחת עט"ר הרב מור אבי זלה"ה בשנת תרל"ו, זכרתי ספק זה דחצי שיעור במצוות עשה ושם הבאתי ראיות בס"ד דלא אמרינן חצי שיעור במצוות עשה, אך כל הנך ראיות ליתנהו אלא בהיכא דלא חזי לאצטרופי, אבל בהיכא דחזי לאצטרופי ליכא ראייה מהנך, וכבר ידוע דהא דאמרו חצי שיעור אסור מן התורה הוא משום דחזו לאצטרופי וכנזכר בגמרא דיומא, דף עד, וכמו שכתב[ו] [...] כמה אחרונים בענין זה. והנה נידון השאלה הנזכרת נראה דהוא חזי לאצטרופי דהא המצה היא מצויה לפניו, וגברא מצי למיכל ורק הרופא מזהירו שלא לאכול ואם לא יחוש לדברי הרופא הרי זה אפשר שיאכל וישלים כזית, ועוד אפשר שגם הרופא אם רואהו באותה הלילה דפסח בשעה שאוכל המצה יחזור מדעתו ויתן לו רשות להשלים כזית כי יתחדש לו לפי ראות עיניו בדפק שלו ובמיחוש שלו [...] ועל כן יש לומר חצי לאצטרופי אם יבא הרופא ויתן רשות, ואם הוא לא יחוש לדברי הרופא וישלים, וכיון דחזי לאצטרופי אפשר דיש חצי שיעור במצוות עשה שיש בידו קצת מצוה.<sup>26</sup>

בקיצור, הבן איש חי, בעזרת שימוש במושג משפטי, מצהיר בבירור שכמות קטנה יותר מתקבלת בשעת הדחק רק בתנאי שקבלה זו תמשך לשקף את החיוב של האדם הבריא לאכול כמות יותר גדולה ("כזית"); הוא טוען שבעיקרון, אכילת כמות קטנה יותר נחשבת לביצוע עבירה או קיום מצווה מדאורייתא רק כאשר היא מבטאת בפוטנציאל את ביצוע העבירה או קיום המצווה בצורתה המשמעותית המינימלית.<sup>27</sup> יש עיקרון אחד בתשובה זו, ואין שום שימוש או ניצול של שפה פורמלית במטרה להשיג פסק נתון; החשש המניע את הפסק, החשש מהחלפת שיעור-אכילה אמיתי בשיעור קטן ממנו, נחשף בצורה ברורה ביותר בתוך השפה הפורמלית עצמה. הטיעון שלנו הוא שפוסקי ההלכה המובילים במשך כל הדורות פעלו באותה שיטה: שפה משפטית ומושגים משפטיים אינם קונספטים מנוצלים אלא שיקולים אנושיים הנלקחים בחשבון.

<sup>26</sup> הרב יוסף חיים בן אלישע אל-חכם (ה'בן איש חי'), שו"ת רב פעלים ג, אורח חיים לב.  
<sup>27</sup> אם שימוש בכמות קטנה ביותר הוא בבירור שימוש יוצא דופן שלא מתקשר לשימוש משמעותי, אין מעשה זה נחשב מדאורייתא בין אם לעבירה ובין אם למצווה.

כדי להוכיח נקודה זו, היה עלינו לאסוף את כל התשובות של הפורמאליסטים המיומנים ביותר אשר בהן תופעה זו בולטת, ואז להראות כיצד אפילו התשובות אשר נדמות כמפרידות ביו שיקולים אנושיים לבין טיעונים הלכתיים-פורמאליים, ניתנות לקריאה גם בצורה כזו – כמשקפות את העניינים האנושיים במושגים הפורמאליים עצמם. מפאת קוצר היריעה, נצמצם את הדיון למחלוקת הלכתית אחת נוספת אשר בה לכאורה ברור שאין קשר בין השפה הפורמלית לנושא ולעמדה הערכית/האנושית, ונראה שהשפה הפורמלית ניתנת לקריאה כמשקפת את העניינים המהותיים (יבוא הקורא ויטען שדוגמה אחת אינה יכולה להעיד על הכלל; דוגמה זו יכולה להיות אחד ממקרים ספורים אשר בהם השפה הפורמלית ניתנת לקריאה כזו. לטענה זו נשיב, שדוגמה זו, לפחות תוכיח שאפילו בדיון אשר נראה כפורמלי נטו וכאילו שהוא אינו קשור לנושא האנושי הברור בעליל, עדיין אפשר לקרוא את הטענות הפורמליות כמשקפות את העניינים המהותיים ובכך נערער על התפיסה המקובלת המפרידה ביניהם).<sup>28</sup> דוגמתנו לקוחה משורת תשובות של הרב יצחק יעקב ווייס, בעל ספר "מנחת יצחק" (נולד בפולין, 1902– נפטר בישראל, 1989), הדנות בשאלה האם גבר ממזר יכול להתחתן עם אישה גורת-למחצה במטרה להוליד ילדים שלא ייחשבו לשלו, כך שיוכלו בעתיד להתגייר ולהיחשב גרים כשרים ללא פגם ממזרות.

### ממזר ושפחה כנענית

הרקע לדיוננו זה הוא העובדות שילד הנולד מיחסי עריות או ניאוף נחשב לממזר, ולממזר אסור להתחתן עם אף אישה מלבד אישה ממזרת או גורת. יתירה מזו, ילדיו של הממזר עצמו הם גם כן ממזרים לעולמי עד (אלא אם כן מעמדם נשכח). עם זאת, התנא רבי טרפון הציע פתרון לבעיה השנייה: ממזר יכול להוליד ילדים עם שפחה (שיש לה מעמד של גורת-למחצה, ולא של יהודייה). אותם ילדים לא ייחשבו ממזרים מכיוון שהם אינם יהודים, והממזר יוכל לשחררם מעבדות כדי שיהפכו לגרים כשרים:

רבי טרפון אומר: יכולין ממזרים ליטהר. כיצד? ממזר שנשא שפחה - הולד עבד. שחררו - נמצא הבן בן חורין.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> דברים אלו הנם תגובה גם כנגד ההיסטוריונים הטוענים ששפה פורמלית מנוצלת כדי להגיע למסקנה הראויה העומדת בנפרד מן ההוכחות, וגם כנגד הלמדנים הטוענים שדיון פורמלי הוא דיון טהור במושגים מופשטים אשר אינו מבטא את הצדדים האנושיים.  
<sup>29</sup> משנה, קידושין ג, יג.

הדיון עצמו, אשר החל באימפריה העותומאנית במאה השש-עשרה ושב ועלה במאה העשרים, נסב סביב השאלה האם ממזר יכול מבחינה הלכתית לרכוש שפחה לאישה בחברה אשר אינה מתירה ליהודים - או לשום אדם - לרכוש עבדים. במילים אחרות, האם מערכת יחסים שמבחינת המדינה נתפסת רק כגרות ונישואין, יכולה להיתפס כרכישה אישית של בן אדם מבחינת ההלכה למרות המחסור באכיפה משפטית של אדנות היהודי הממזר על האשה ה"משתעבדת" (מלבד אדנות של נישואין)? אם רכישה כזו אינה תקפה, האישה תישאר גויה ולגבר יהודי יהיה אסור להינשא לה.

בשנת 1965, הרב מרדכי יעקב ברייש (נולד בפולין 1896) טען שלמרות המחלוקת בנושא זה, העמדה הנכונה היא שרכישה הלכתית תקפה כאשר הנושא ההלכתי העקרוני הרלוונטי אינו תלוי בבעלות ריאלית (שליטה ממשית על הזולת) אלא ביצירת סטטוס הלכתי פנים-יהודי. מכיוון שהממזר אינו באמת נזקק לכך שאשתו תהיה שייכת לו כשפחה לאדונה, אלא רוצה שתיעשה גיורת-למחצה, החוק החילוני בנושא העבדות איננו רלוונטי. יתירה מזאת, כאשר חוק חילוני סותר חוק הלכתי והופך אותו לחסר תוקף, הוא נחשב לחסר תוקף מדרבנן בלבד אבל עדיין חל מדאורייתא. אם כן, כל המחלוקת סביב אופציה זו יוצרת ספק דרבנן בלבד, ולגבי ספקות מסוג זה אנו מקילים:

1. בשאלתם אצל הרב על גורלם [של ממזרים] מה לעשות - לינשא עם ישראלים, גם האיש גם האשה יתמידו באיסור של לא יבא ממזר בקהל וגם ירבו ממזרים בישראל -
2. ישא נכרית בגויותה, יהני לבנים הנולדים שלא יהיו ממזרים, אבל הוא עצמו יעבור בכל ביאה על איסור דנשג"ז [נידה שפחה גויה זונה] איסור חמור מאוד, כמבואר ברמב"ם ושו"ע,
3. ודרך חתנות יש גם איסור תורה -
4. ישא גיורת דמותרת לממזר דקהל גרים לא נאסר לממזר כמבואר בשו"ע סימן ד, כב, גם כן לא מהני מידי להבנים לטהרם מממזרות...
5. ואם כן מה יהיה גורלם של האומללים האלו, ולשבת כך בלי אשה בודאי יבאו לידי עבירות חמורות וכמובן.
6. ועלה בדעת הרב עצה להתיר להם שפחה וכמבואר באבן העזר סימן ד, סעיף כ. והוא בשאלתו, אם היתר זה מועיל גם בזמן הזה, דלפי דינא דמלכותא ליכא היום במדינות האלו סוג עבד או שפחה.



7. **תשובה:** [...] (ב) אכן השאלה בזמן הזה דעל פי דינא דמלכותא לא שייך לקנות היום שפחה או עבד - אי מהני זה לענין דיננו, דאם ישראל יקנה בקנין המועיל מן התורה שפחה, אם קנין זה חל לענין איסורא השייך לגבי עבד ושפחה. ואף דזה פשוט דאם עכו"ם אחד יתגייר במלכות שאסור להתגייר על פי דין מלכות, אפילו הכי דינו כישראל לכל דבר אף שעשה נגד דד"מ [דינא דמלכותא], דהא דשמואל בגיטין, דף י ע"ב, ובכמה מקומות בש"ס הוא רק לענין דיני ממונות ולא לענין איסורא (המעשיה המפורסמת עם הנסיך פוטוצקי, גר צדק וקדוש שנהרג על ידי המלכות מפני שנתגייר בימי הגר"א יוכיח)...
8. אכן יש לחלק, דבקונה עבד או שפחה העיקר לענין עבודה ושירות, וזה דררא דממון וכיון דלא חל הקנין לענין הממון מטעם דד"מ, ממילא גם לענין איסור לא חל עלי' שמא עבד או שפחה...
9. ז) מהאמור רואין אנו דשפחה הקנויה על פי דרכי הקנינים והוטבלה לשם עבדות ובקבלת מצות אף נגד דד"מ על כל פנים במחלוקת שנוי אם דינה כשפחה לענין דין תורה, ועייין בבית שמואל אבן העזר סימן כח, סימן קטן ג, דעתו דדמ"ד הוא רק דרבנן דמן התורה לא אמרינן דדמ"ד, ואף שהחתם סופר, יורה דעה סוף סימן שיד, תפס עליו וכן באבני מילואים שם, אכן בבנין ציון החדשות, סוף סימן טו, החזיק בדבריו וכתב כן נראה גם מתשובת רמ"א, סימן פז,
10. וכבר הבאתי כ"פ לדברי הגט פשוט סוף כלל ו בסוף הספר וזה לשונו ובאיסורא דרבנן גם אנחנו יתמי דיתמי סומכין בשעת הדחק ביחיד נגד רבים וכל שכן במיעוט נגד רבים עיין שם, באופן שבנידון דידן שעת הדחק גדול כזה, יש סברא לומר דדינה כשפחה ולטהר בניו של הממזר...
11. י) ועוד יש סברא לומר בנידון דידן, כיון דאנן סהדי דאין כונתו כלל לקנותה לשם עבדות רק להפקיע איסורא בכדי שיוכל לישא אותה, ולעובדא דמילתא לא יעבוד כשפחה עמה,
12. ואין בזה משום איסורא דלעולם בהם תעבודו כדקחזינן בהאי דגיטין מ' מי שאמר בשעת מיתתו פלונית שפחתי אל ישתעבדו בה דמצוה לקיים דברי המת...
13. ואף דהקנינה צריכה להיות ממש קנוי קנין עולם בכדי להפקיע איסורא, אבל המציאות תהיה שלא יעבוד עמה כלל,
14. ובכהאי גוונא אפשר לא שייך לומר איסורא בתר ממונא גריר, דהא המציאות היא שאין לו שום נפקא מינה לענין הממונא, ולענין איסור גרידא אין מתחשבין כלל עם הדד"מ לכל השיטות וכמו לענין גירות...

15. ואף מי שירצה לפקפק בזה ולמצא קצת נדנוד איסור שזאת לא מקרי שפחה, וכידוע שכל אחד יש לו שכלו והבנתו בלימוד תוה"ק, ולא יתנאה לפניו מה שכתבתי להיתר ברור, בכל אופן עדיף טפי מלישא נכרית ממש בלי טבילה וקבלת מצוה שזה ודאי אסור משום נשג"ז ובדרך חתנות אף מן התורה, וכמבואר בהרמב"ם וש"ע, ולישא גיורת או ממזרת הבנים יהיו ודאי ממזרים, והרי בחצי עבד וחצי בן חורין בגיטין מ"א דכפינן ליה לרבים לעשותו בן חורין ומפסידין לו דמיו [...] כל שכן בנידון דידן דלהמחמיר היותר גדול בדינא דד"מ, בכל אופן לא הוי רק איסורא דרבנן לדעת הבית שמואל, אבן העזר סימן כח, וסייעתיה דד"מ אינו רק דרבנן ומיקרא איסורא זוטא
16. דהא אפילו איסור תורה העשה דלעולם בהם תעבודו אנו מתירין בכדי שלא לרבות ממזרים, אם כן כל שכן איסור דרבנן דלא הוי רק איסורא זוטא,
17. ומצינו [...] כמה חתרו רבנים שבכל דור להתיר בנות ישראל שלא ישארו עגונות, וסמכו כמה פעמים אף על דברי יחידים עיין בית שמואל, סימן יז, סימן קטן מז, וכל שכן {הכא} [...] דצערא דגברא קשה מדאיתתא ושלא יבוא לידי עברות חמורות.
18. דא ודאי שבארץ ישראל הדבר קילא הרבה יותר בענין דד"מ ולא ארצה להאריך בזה.<sup>30</sup>

עם זאת, המחותן שלו, הרב וייס, טען שלמרות שמבחינה אישית הוא מסכים עם העמדה לפיה אין לחוק החילוני שום השפעה בנושא הלכה זה, אין להתיר נישואין אלו בין יהודי ממזר ו"שפחה כנענית" של ימינו. הוא טען כך משום שמשמעותה של העמדה הסוברת שהרכישה חסרת תוקף היא שהאישה נשארת גויה ועל כן אסורה לממזר באיסור דאורייתא. על כן, קבע הרב וייס, על מנת להסתדר עם כל העמדות, חייבת האישה לעבור שני שלבים: קודם כל להירכש כשפחה ואז לעבור גיור מלא כאילו הייתה גויה חופשייה המתגיירת ליהודייה. אם היא נחשבת לנרכשת (על פי ההלכה), הגיור שיבוא לאחר מכן יהיה חסר משמעות מכיוון שהיא לא שוחררה, והילדים יהיו יהודים-חלקיים שיכולים להשתחרר ללא כתם. אם היא נחשבת לאישה חופשייה אשר לא נרכשה, הגיור יחול והיא תהיה גיורת, שהממזר יכול להינשא לה, והילדים יהיו ממזרים-יהודים. מאחר שנראה לרב וייס שהעמדה הנכונה היא זאת הסוברת שהרכישה תקפה, והמצב של הילדים הוא מצב

<sup>30</sup> הרב מרדכי יעקב ברייש, שו"ת חלקת יעקב, אבן העזר כג, ד"ה: "לאחר המלחמה".

שאינן לו פיתרון אחר (בשונה למצב האב ששם היתרנו נישואין מ'מה נפשך'), כללי הלכה דורשים נקיטת עמדה מקילה והילדים ייחשבו למשוחזרים (גרים) שמותרים להינשא לכל יהודי אחר (חוץ מכהן).

1. בנדון דאין להתיר בזמן הזה שפחה לממזר לטהר בניו.
2. **תשובה:** (א) הנה אחרי העיון ראיתי דאין להורות הלכה למעשה בזמן הזה כעצת חכמינו ז"ל במתני' (קידושין ס"ט ע"א) [...] (ג) והנה בנוגע אם שייך בזמן הזה דינא דעבדים ושפחות כנענים, כיון דהוי כנגד דינא דמלכותא, יש בזה פלוגתא דרבוותא [...] (ד) [...] ומכל מקום כיון דיש פלוגתא דרבוותא, **ובמידי דאורייתא** כנ"ל [של איסור אשה נכרית לגבר יהודי], בודאי יש לילך לחומרא...
3. (ז) אמנם לעניות דעתי אם היה לנו הרשות להכריע בין אשלי רברבי הנ"ל, היה נראה להצדיק שיטת הסוברים, דלא אמרינן בזה דד"מ דינא...  
4. ואף דמתשובת המהרשד"ם שם (בסימן קצד), נראה דבנדון דידן, אין צריך לדד"מ דינא, מצד הלכה, אלא כיון דמצד המציאות, לא נכנסו ברשות ישראל, מפני שהמלכות מקפדת, שוב אין להם דין עבדים עיין שם, מכל מקום משאר פוסקים לא נראה כן, אלא תלוי בהלכה אם דינא דמלכותא דינא כנ"ל...
5. (י) וכיון דאתאן לזה, אפשר להתחכם בהמצאה נכונה, שלהממזר בעצמו, יהיה מותר לכתחילה מטעם 'ממה נפשך', והבנים יהיו מותרים מטעם דיעבד,
6. והיינו, שיקנה נכרית שברצונה ליכנס לדת ישראל, בתורת שפחה, ולהטבילה בקבלת עול מצוות לשם עבדות הכל במבואר (ביורה דעה סימן רסז),  
7. ואחר כך תקבל השפחה בעצמה עול מצוות, ותטבול לשם גירות, בלא רשות האדון שלה, אבל תעשה הכל כדת וכדין לפני בית דין כמבואר שם (סימן רסח).
8. והנה אם חל עליה שם עבדות, וגופה קנוי להאדון, הגירות אינה כלום, שאי אפשר לה להתגייר בלא רשות אדונה. ואם אין גופה קנוי להאדון, שוב מהני הגירות שלה,
9. אם כן הרי הממזר יכול לישא אותה לכתחילה בלי שום חשש, מטעם 'ממה נפשך', דהרי היא אחת מתרתי, או שפחה או גיורת, ומותר בשתייהם,

10. ובנוגע להולדות, אם יש לאמם דין שפחה, מותרים לבוא בקהל אחרי השחרור, ואם יש לה דין גיורת, אסורים לבוא בקהל, ותלוי בפלוגתא הנ"ל,

11. אבל כיון דבנוגע לדידהו שוב הוי דיעבד ומקום עגון, ומסתבר טעמייהו דהמתירים, שפיר יש לסמוך על המקילים.<sup>31</sup>

12. [...] מה שהעיר כהד"ג מחותני (באות ט), לקנות שפחה רק לעבדות דתשמיש המטה, ולא לשם שאר עבדות ושירות, הנה לעניות דעתי בכהאי גוונא לא הוי קנין הגוף, ואינו דומה לכל המקומות שהביא מחותני, דכבר חל על העבד קנין הגוף, על כן אף שפטר אחר כך אותו מלהשתעבד, לא פקעה שם עבדות מיניה בלא שטר שחרור.<sup>32</sup>

הרב וייס ממשיך להוכיח את עמדתו בשש תשובות. במהלך תשובות אלו הוא מוסיף כי:

- העובדה שהממזר לא מתכוון לרכוש את האישה כשפחה ממש, הופכת את ההסתמכות לצורך היתר הנישואין על הרכישה בלבד (ללא גיור) לבעייתית אפילו יותר, מאחר ורבי טרפון התיר אופציה זאת רק במצב של שפחה ממש. לכן יש יותר מקום לדרוש גיור רגיל נוסף.
- מכיוון ששפחות אינן חייבות לקבל את התורה ברצינות שווה לנשים חופשיות, צריכים אנו לדרוש גרות רגילה כדי שלא ניצור בתים בישראל של גברים יהודים הנשואים לנשים אשר לכל דבר ועניין לא קיבלו עליהן את היהדות.

הרב וייס מסמן את הטיעון הראשון כ"הלכתי" והשני כ"מדיניות":

- (א) דהנה יש לומר דטעמא רבה איכא בדבר, מה שנתבטל עצה זו, דבודאי לא נעלם מעיני גדולי הדור שלפנינו, גם ההמצאה שכתבנו, אלא שיש לומר שחששו לב' חששות גדולות, א' מצד ההלכה, וב' מצד מכשול.
- (ב) מצד ההלכה: דבודאי לא יצאנו בכל זה מידי הערמה, שכל ענין של השפחות בזה, לא נעשה רק להערמה, כדי שתהיה לו לאשה, ותקנת הבנים, והוי הערמה בודאי, או לו או להבנים, דאם אין כאן שפחה, יש

<sup>31</sup> הרב יצחק יעקב וייס, שו"ת מנחת יצחק, חלק ה, סימן מז.

<sup>32</sup> שם, סימן מט.

- כאן משום גויה, ונוגע לו לאיסור דאורייתא, ואם יעשה כהמצאה דידן, אז להבנים נוגע באיסור דאורייתא, דאם אין כאן שפחה, אז יש כאן גיורת, והבנים ממזרים, ואסורים לבוא בקהל מדאורייתא,
1. ולכמה פוסקים הערמה בדאורייתא אסור [...] ואף אמנם שבמקור חיים שם (ביאורים סימן קטן יא) והחיי"א בנשמת אדם (ה"פ מכירת בהמות שאלה ח) ותשובת חתם סופר (אורח חיים סימן סב ו-קיג), השיגו על הבכ"ש, וסבירא להו דגם במילי דאורייתא, התירו הערמה,
2. מכל מקום גם יש מקומות שאסרו הערמה, ובזה כתב החיי"א שם, דאין לדמות מילתא למילתא בזה, והיכא דאמרו אמרו עיין שם,
3. ואם כן כיון שלא ניתן לנו הרשות לדמות מילתא למילתא בזה, אין לנו לחדש ענין של הערמה גם בנדון דידן.
- (ג) מצד מכשול: בנשואי התערובת, דלא ליתי מיניה חורבא, בגירי עריות, שבאים להתגייר רק לפנים בעוה"ר, אבל מחמת שבודקים אותם כד"ת, ורובם אי אפשר להם להתקיים בקבלת עול מצות, שמאריכין ומסבירים להם כל הקושיים שיש בזה ופורשים,
4. אבל בהתודע ששייך ענין עבדים ושפחות בזמן הזה, ימצאו בית דין של הדיוטות, שילמדו אותם הערמה, שיקנו אותם לעבדים ושפחות, אשר מצד עיקרא דדינא נשתנה דינם בנוגע לקבלת מצות, וכנודע פלוגתת הראשונים בזה, דלרש"י טבילת עבדים על כרחן היא [...] וכן סבירא להו להר"ן והנמוקי יוסף והסמ"ק כרש"י...
5. אבל הר"ף והרא"ש והרמב"ם (פרק יד מהלכות איסורי ביאה, הלכה ט) ועייין מגיד משנה שם, והרשב"א, סבירא להו דאין נימולים, ואין מקבלים עול מצות על כרחן, וכמ"ש בבית יוסף שם (סימן רסז), וכ"פ בש"ע שם (סעיף ה), אמנם הש"ך שם (סימן קטן יא), הביא על דברי הש"ע הנ"ל, את שיטת רש"י, בשם יש פוסקים, ומשמע דסבירא ליה, דיש לחוש לשיטתו על כל פנים לחומרא,
6. והנה גם לשיטת הר"ף והרמב"ם וכו' וכפסק הש"ע, מכל מקום נשתנה דין קבלת מצות בעבדים ושפחות לקולא מלגבי גרים [...] דמחזירין עליו שיתרצה.
- (ד) ואם כן יש לחוש לעורכי דין, שילמדו תועים בינה, לעשות קנינים של עבדים ושפחות, כדי להקל מעליהן ענין חומר קבלת מצות, הנהוג בגירות, ואחר כך ישחררו אותם, ובשחרורן אין צריכים כלל לקבלת מצות.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> שם, סימן נ.

(יא) ולכל זה אנו צריכין אף באם הפסולי קהל, המה שומרי תורה ומצות, ומדקדקים ליקח שפחה שתקבל עליה עול מצות באמת, דאם לא כן עוד שייך בזה, מה שכתב הרדב"ז (חלק ב, סימן אלף שס) וזה לשונו, ותו שאני רואה כל השפחות בזמן הזה, אינם מקבלים מצות כלל מדעתן, ואף על פי שאומרת הן מן השפה ולחוץ וכו' עד כאן לשונו.<sup>34</sup>

(א) שם (באות א) העיר מחותני הגאון שליט"א על דברינו בענין הערמה, הנה לעניות דעתי בודאי הוי הערמה גמורה, ואינו דומה לגירות, דאף דנעשה על פי סיבה, מכל מקום רצונם בגירות ממש, מה שאין כן בשפחות, אין כוונתם שתהיה לו שפחה ממש פשוטו כמשמעו, שגופה קנוי לו לצמיתות עולם, לעבוד בה עבודת עבד, ושאף אם ישלחה ממנו, תהיה נצרכת גט שחרור וכו' וכו'.<sup>35</sup>

עד כאן, נראה כי הדיון הוא דיון ערכי במסווה של שפה פורמלית. נראה כי הדיון בשאלה האם לאפשר תהליך יותר פשוט של רכישה ונישואין או שמא לחייב "גיור כפול" (גיור מלא בנוסף לרכישה וגיור לעבדות) עקב החשש שבתים אלו לא יהיו יהודיים, מעוגן בדיון פורמאלי תלוש בנושא תוקפן של רכישות אלו.

עם זאת, הבה נסקור את הטיעונים הפורמליסטיים, נוסיף את הטיעונים השייכים לתחום המדיניות, ואז נוסיף את הפיתרון המקורי של בעל המנחת צחק. נראה כי הם כולם מרכיבים של אותו טיעון:

א. הרב וייס טען פורמלית:

- כי ממזר אינו יכול לרכוש "שפחה" מכיוון שייטכן כי רכישה כזאת תהיה חסרת תוקף - למרות עמדתו הנחרצת כי החוק החילוני הוא לא רלוונטי, והטיעון של בעל החלקת יעקב שברור שרכישה זו תקפה מדאורייתא.
- שפיקציות חוקיות אולי אינן תקפות - אולם הוא מודה כי אנו מקבלים אותן כתקפות (אך הוא טוען כי אנו לא מחדשים פיקציות).

<sup>34</sup> שם, סימן מח.

<sup>35</sup> שם, סימן נב.

בקיזור, ישנו חשש שהקניין אינו תקף מאחר שהיהודי אינו קונה אישה בה הוא יכול לשלוט על ידי ענישה גופנית (ואשר ניתן למכרה לזולת אם יהודי זה אינו מסוגל לשלוט בה).

ב. השיקול המדיניות היה:

- שנשים המתגיירות לשפחות, לא תהיינה שומרות תורה.
- וכפתרון מדיניות הוצע תהליך גרות רגיל ומלא, כתוספת לקניין.

במלים אחרות, הגרסה ה"חלקה" של טיעונו של המנחת יצחק היא כך: רבי טרפון התיר לממזר "להינשא" לשפחה שהיא רק מעין יהודיה "להלכה" (ואינה אישה שומרת תורה) בתנאי שהוא יכול לשלוט בה. לכן, בחברה אשר אינה מעניקה לאדם שליטה כזאת, אנו דורשים גיור מלא ליהדות; אין מקום לטעון טענה בדויה כי גבר חי עם שפחה שהיא יהודיה-מינימלית כאשר הוא באמת חי עם אישה חופשייה אשר אינה תורנית. הנה, השפה הרשמית לא באה אלא לבטא עניינים שהם קריטיים לטיעון המדיני/האנושי. פעם נוספת, אנו רואים כי השפה הפורמלית היא שפה מקצועית המתארת עניינים אנושיים ומראה כי שיקולים אלו קיימים כבר בתרבות ההלכתית והם אפילו הותכו לביטויים מקוצרים.

#### 4. חוסר היכולת של מילים לבדן להכריע

עד עתה ראינו כי מושגים מוגדרים על פי הקשרם וכי הם לא יותר מתזכורות מתוקצרות לעניינים כלליים. במילים אחרות, הראינו כי מושגים ועקרונות הלכתיים הם במהותם מעורפלים ביחס לשאלה איך להשליכם (pragmatic vagueness), וכי מושגים אלו משמשים בצורה מכוונת כקטלוג של שיקולים-אנושיים רלוונטיים. עכשיו עלינו להתקדם עם רעיון זה צעד אחד נוסף על ידי אזכור ההבנה שהלכות מורכבות מהתחשבות בצרכים אנושיים שונים ומנוגדים הנוגעים באותו תחום חיים.

מאחר שכל הלכה מורכבת מאיזון של צרכים שונים ונוגדים, כל מחלוקת אינה כי אם חילוקי דעות באשר לאיזון שבין הצרכים. לכן, בשינוי הנסיבות, עמדות שבעבר נדחו (פסקנו כדעה החולקת) חוזרות ומופיעות בדיון ההלכתי: "מר מדמי מילתא למילתא הכי ומר מדמי ליה בעניינא אחרינא ואיכא למימר אלו ואלו דברי אלהים חיים הם זימנין דשייך האי טעמא

וזימנין דשייך האי טעמא שהטעם מתהפך לפי שינוי הדברים בשינוי מועט".<sup>36</sup> בהתחשב במטרה זו של קיום והשלכה של ההלכה – כניסיון להתמודד עם פנים שונים של החיים, איננו מופתעים מכך שאפילו תיאורים-עובדתיים (כמו גודל, צבע, וכו') אינם נשארים בהכרח יציבים בהגדרתם; כדי שנוכל להשליך את ההלכה בצורה חכמה לאור כל ההיבטים שלה, מושגים עובדתיים חייבים להיות נתונים לקריאה מחודשת (semantic vagueness). כעת נדגים זאת בכך שנראה איך הגדרתו של צבע דם נדה לא נשארה עקבית בהלכה למרות ניסוחו הבהיר (לאור רגישות הנושא, לא ננסה לדחוס לקטע זה את הפנים האנושיים הקשורים לנידות, אלא רק נראה שהגדרת צבע דם נדה אכן משתנה ובזאת נביא עדות לתופעה שבה אנשים משנים את פירושן של מלים לאור תפיסתם את הנושא, במקום לקבל את הנושא על פי המילים).

הרקע לדוגמא זו הוא הציווי האוסר על יחסי אישות בין בני זוג נשואים במשך (ולאחר) הוסת. התנאים דנו בשאלה הבאה: איזה דימום-רחמי נחשב לווסת משמעותית מבחינה הלכתית? בית הלל טוענים כי דם חום חסר גוון אדום ורוד לא נחשבים משמעותיים (מכיוון שברור כי המחזור הולך ומסתיים), ורק דימום בגווני של אדום-ממש נחשבים לווסת. עם זאת, בית שמאי טוענים כי כל עוד הדימום לא פסק לחלוטין, אישה נחשבת לבעלת ווסת:

חמשה דמים טמאים באשה

1. האדום
2. והשחור
3. וכקרן כרכום {הכרכומים (הגדלים בקור, באזורי הספר הגבוהים - הר הנגב, הגולן והחרמון) הם בדרך כלל סגולים-וורודים<sup>37</sup>}
4. וכמימי אדמה
5. וכמזוג

<sup>36</sup> רש"י, כתובות נז ע"א, ד"ה: "הא קמ"ל".

<sup>37</sup> **CYCLAMEN: Persian violet, alpine violet** [...]

*Cyclamen coum*. Bulgaria, Turkey, Caucasus, Lebanon, Israel. A widespread and extremely variable species. [...] Flowers short and broad, pink to crimson.

[...] **Subsp. caucasicum**, pink, dark pink or white "eye" at base of petals.

עייין: <http://www.timberpress.com/books/excerpt.cfm/9780881927252>.

וכן אפשר לעיין תחת "saffron flower" ב-"google images".



בית שמאי אומרים אף כמימי תלתן {הארגמן}, וכמימי בשר צלי  
ובית הלל מטהרין.<sup>38</sup>

כמי אדמה כיצד מביא אדמה בבקעת בית כרם ומצא עליה מים דברי  
רבי מאיר.

רבי יהודה אומר מבקעת סכני.

רבי יוסי אומר מבקעת יטבת.

רבי שמעון בן אלעזר אומר משום רבי מאיר אף של בקעת גינוסר.<sup>39</sup>

עם זאת, כאשר פונים למקורות ימי הביניים מתברר כי יהודים הפסיקו  
להבדיל בין גוונים שונים של דם, אלא החשיבו את כולם לווסת מבחינה  
הלכתית.<sup>40</sup> כל זה מנוסח בשולחן ערוך:

כל מראה אדום, בין אם היא כהה הרבה, או עמוק, טמאים.  
וכן כל מראה שחור.

ואין טהור אלא מראה לבן וכן מראה ירוק, אפילו כמראה השעווה או הזהב,  
וכל שכן הירוק ככרתי או כעשבים.<sup>41</sup>

במילים אחרות, ניתן לומר כי המשיכו בשיטת בית שמאי בפועל (למרות  
שמבחינה רשמית פסקו כבית הלל) והחשיבו כל דימום כווסת שלא  
הסתיימה.

עם זאת, כאשר אנו פונים למאות השמונה-עשרה עד המאה העשרים אנו  
מוצאים דיון חדש בקשר למראה חום. העמדה הצפויה היא זו של הפוסקים  
(המובאים בדרכי תשובה<sup>42</sup>) הטוענים כי אישה המוצאת דם חום נחשבת  
לבעלת וסת. עם זאת, אחרים דוגמת הרב יעקב עמדין טענו כי אפילו דם  
שהוא בצבע חום כהה לא נחשב להפרשה וסתית מבחינה הלכתית, מאחר  
שאינו דומה לאדום ולא לשחור<sup>43</sup> – למרות שהפרשה זו בבירור אינה  
דומה להפרשות שאינן-דמיות כגון אלו שבצבע לבן, ירוק, או ירוק-צהוב אשר

<sup>38</sup> משנה, נדה ב, ו.

<sup>39</sup> תוספתא (צוקרמאנדל), נדה ג, יא (מובא בבבלי, נדה כ ע"א).

<sup>40</sup> כמובן, הם עדיין התעלמו מההפרשה הצהובה-לבנה של הביוץ, וכן גם מהפרשות בגוונים  
המעידים על זיהום חיידקי כגון Trichomorias, gardnerella vaginalis ו-candida  
albicans.

<sup>41</sup> שולחן ערוך, יורה דעה קפח, א.

<sup>42</sup> דרכי תשובה קפח, ג.

<sup>43</sup> הרב יעקב עמדין, שו"ת יעב"ץ א, מד.

השו"ע טיהר. יתרה מזו, הרב משה פיינשטיין, השייך לאסכולה המקלה בדם חום<sup>44</sup>, בעצם משלים את השיבה לשיטת בית הלל בכך שהוא פוסק כי ניתן להתעלם גם מדם בצבע וורוד בהיר (rosé).<sup>45</sup>

במילים אחרות, למרות שבמשך דורות רבים המילים הצביעו על כך כי כל דם מחזורי נחשב לדם נדה, שיטת בית הלל המקלה נקראה מחדש לתוך המילים של שיטת בית-שמאי/ימי-הביניים. קביעה זו מביאה אותנו מעבר לקביעה כי מושגים מוגדרים על פי הקשרם של הלכות שונות. עתה ראינו כי דיונים עתיקים חוזרים אפילו כשהיה נראה כי הדיון הסתיים וההלכה נקבעה במילים ברורות; מושגים הם פשוט תזכורות של הבחנות הראויות לציון – העניינים האנושיים הם המכריעים, לא המושגים.<sup>46</sup>

### 5. מסקנה:

במאמר זה ניסינו לחשוף את האשליה המקובלת בחוגים מסוימים בין אלו העוסקים בהלכה ובין אלו העוסקים במשפט עברי; חוגים מסוימים אשר אינם לומדים הלכה כדרך גדולי הפוסקים אלא בשיטה בירוקרטית.<sup>47</sup> חלקם מנסים להתעלם מהתכנים הערכיים של המקורות<sup>48</sup> ולהפוך את מערכת

<sup>44</sup> אלא אם כן האישה באמת הייתה באמצע או התחלת הווסת [= דם שנמצא עם הרגשה].

<sup>45</sup> הרב שמעון איידר, ספר הלכות נדה, פרק א הערה נב, עמ' 12.

<sup>46</sup> תופעה זו גם קיימת במקביל במלים מושגיות אשר גם בהן ישנה תקווה לשימוש במלה יציבה כדי שהמושג לא ישונה; עיינו לדוגמה ב: שרגא אברמסון, 'מאמר חז"ל ופירושו' מולד ד (תשל"ב): 421-429; שרגא אברמסון, "תוספת למילון", לזכרו של מאיר מדן, ירושלים: האקדמיה ללשון העברית, התש"נ, עמ' 20-47 (ברור שמשמעותן של מלים סתמיות משתנות על ידי השפעות שונות כגון שפה זרה [עיינו לדוגמה בשימוש 'ערבית' במלה "לכן" על ידי הבקי בדקדוק עברית, יהודה אבן בלעם, שלשה ספרים של רב יהודה בן בלעם; יוצאים לאור על ידי שרגא אברמסון, ירושלים: קרית ספר, תשל"ו, עמ' 187]).

<sup>47</sup> להצגת מספר פנים בעייתיות בשיטה הביורוקרטית עיינו ב'אורות הקדש' ג, עמ' ט, "ראש דבר". [וכן: Robert K. Merton, "Bureaucratic Structure and Personality," in Eric and Mary Josephson, eds., *Man Alone: Alienation in Modern Society* (New York: Dell Books, 1962), 126-128, 130. "a man [who] feels responsible to the authority directing him but feels no responsibility for the content of the actions that the authority describes." Stanley Milgram, *Obedience to Authority: An Experimental View* (New York: Harper and Row, 1974), 145-146.

<sup>48</sup> עיינו לדוגמה בבלי, סנהדרין יז ע"א-ע"ב, בקל וחומר בעניין טומאה אשר הופך מאחר שהתייחס לטומאה כמציאות בפני עצמה במקום כהגדרה שהולבשה (בדבר ה') על דברים לפי ההתייחסות להם במסגרת החיים והחברה.

ההלכה לשיטה מדעית,<sup>49</sup> חלקם הופכים את ההלכה הספציפית כפי שהיא – הצורה – לערך במקום להתייחס אליה כהחלטה המבטאת שיקול ערכי,<sup>50</sup> וחלקם מתייחסים למקורות כחלקי פאזל הניתנים להרכבה שרירותית על פי ערכי האישיים<sup>51</sup> של המומחה (מאמר זה גם עומד נגד אלו המודדים הלכה מסוימת על פי ערך אחד, אם כדי לעגנה היטב ואם כדי לשוללה<sup>52</sup>).

במקום שיטות אלו, אנו מציעים שפסיקת הלכה היא נטילת אחריות בפני האלוקים ליישום בפועל של אמיתות סותרות,<sup>53</sup> ליישם את ה"עיקרים" [עקרונות] של כל ההלכות<sup>54</sup> בהתאם למציאות החברתית.<sup>55</sup> אין בה מקום

<sup>49</sup> בין אלו העוסקים בהלכה בשיטה פוזיטיביסטית ובין אלו המנסים להציג את משפט העברי כדבר מוגדר.

<sup>50</sup> "עיקר ידיעת התורה לא בקיאות וצורת הדברים, אך עיקר הידיעה היא סברת והבנת הדברים, וכמאמר חז"ל בברכות איגרא דשמעתא סברא. אם אחד בקי בהלכה אחת ואינו יודע סברת והרגש הדברים, לא נוכל לומר כי חסר לו מקצת הדבר אך כל הדבר חסר לו. כי עיקר הדבר הוא סברת הדבר." ברם, כפי שהראנו במאמר זה, "בלא בקיאות, לא תועיל כלל ידיעתו". (רבי משה-מרדכי אפשטיין, בהקדמה לספרו *לבוש מדכי*, מובא ב: הרב שלמה יוסף זרין, *אישים ושיטות*, ביתן הספר, תל-אביב, תשי"ב, עמ' 258).

<sup>51</sup> שיטה זו מנסה להתעלם מהאתגר שהמקורות מציבים לדעות ועמדות ראשוניות ושטחיות: "עוצמתם והארותיהם משותקים מתחת לפני השטח הצפוף, הדחוס ומחזיר האור של הטקסט". (בהשאלה מסוף הספר *Toni Morrison, Playing in the Dark*, בעברית: טוני מוריסון, *משחקים באפלה: לובן-עור והדמיון הספרותי*, תרגם מאנגלית: עמנואל לוטם, הוצאת הקיבוץ המאוחד, 1997, עמ' 99).

<sup>52</sup> ביקורת זו שייכת גם לחוגים מסוימים המתימרים לפסוק על פי ידיעה מדעית בהשתלשלות ההלכה. כמורה שאכן משלב לימוד ביקורתי והיסטורי כרקע לפסיקה (בניגוד לשיטת העבודה במאמר זה), אני מבקר אנשים המשלבים לימוד היסטורי של הלכה בתוך פסיקת הלכה בלי לנסות להבין את כוונת המקורות הקודמים.

<sup>53</sup> ולא די בכך שאדם בא ליישם אמת אחת הקיימת בהלכה, למרות שהוא מוכיח את פירושו שאמת זו נמצאת ביסוד הלכה מסוימת – כל עוד שהוא לא לוקח בחשבון את האמיתות הסותרות המעורבות בהלכה זו. זאת הטעות בשיטת זכריה פרנקל המסתפקת בפתיחת ההלכה על ידי הבנת עיקרון אחד בהלכה מסוימת (זכריה פרנקל, *דרכי המשנה*, עמ' 18-19).

<sup>54</sup> ספר העיקרים, מאמר שלישי, פרק יג וכן סוף פרק טז. דבר זה בולט בשיטת הגאונים המיישמים את ההלכה על פי עקרונות מנחים המפורשים בתלמוד (אבל עוד לא מצאתי מאמר הדן בנקודה זו).

<sup>55</sup> תוספות שאנן על המשנה, עדיות א, ה. ולניסוח קבלתי השווה/י את דברי השל"ה, חלק א, עמ' קח-קי.

בניסוח חריף: "קיום החק אחרי שנוי המצבים, נקרא שנוי בדת אחרי כי החק לא נחק רק לפי "המצב", והוא קרוב לכפירה בעיקר התשיעית "שהתורה לא תשתנה" [...] [כי] השנוי על ידי שנוי המצבים לא יקרא שנוי כלל [...] (חיים הירשענזאהן, "חלופי מכתבים", מכתב יד (דף כב ע"א). (לניסוח עדין עייני/י ב-*ספר העיקרים*, מאמר שלישי פרק יג: [...] איננו מחויב שלא תשתנה הדת האלוקית) [...] כי אף אם לא ישתנו הדעות בעצמן ולא הנותן כבר אפשר שיפול בה שנוי מצד המקבל לפי שמשלמות כל פועל שיפעל פעולתו כפי הכנת המקבלים ולפי השתנות הכנת המקבל תשתנה פעולת הפועל בלי ספק. וזה לא יחייב שנוי בחק הפועל

להתעלמות מאמיתות שונות (העולות מתקדימים) שנוגדות את נטיית ליבנו הראשונית מחד, <sup>56</sup> וגם לא להשלכת אחריות להחלטותינו מעלינו על ידי אחיזתנו בתקדימים כפשוטם מאידך. <sup>57</sup>

כי כמו שהרופא יתן הנהגה אל החולה עד זמן משוער אצלו שלא יגלהו אל החולה וכשיגיע הזמן הוא שנתחזק כבר החולה מחליו ישנה הרופא הנהגתו ויתיר מה שאסר ויסור מה שהתיר, ואין לחולה להפלא מזה כי אין זה ממה שיחייב שנוי בחק כונת הרופא הראשונה ולא ממה שיחייב חסרון בחק הרופא לומר שלא נתן בתחלה הנהגה מספקת לכל הזמנים". <sup>56</sup> במשפט אחד: "We, the questioners, are ourselves questioned by the subject matter of the text." (David E. Linge, "Editor's Introduction," in Hans-Georg Gadamer, *Philosophical Hermeneutics*. translated and edited by David E. Linge (Berkeley : University of California Press, 1976),xxi. בתוכנו את הקולות ואמיתות המטושטשות עייני: Gottfried Leibniz, *Philosophical papers and letters. A selection*. Translated by Leroy E. Loemker (2<sup>nd</sup> ed. Dordrecht, D. Reidel, 1970), 320.

<sup>57</sup> כפי שנאמר בפרק ב של אליהו זוטא: "מה בין מקרא למשנה [...] משלו משל [...] הפקח שבהן נטל את הפשתן וארג מפה יפה, ונטל את החטין ועשאן סלת ובררה וטחנה ולשה ואפאה וסדרה על השלחן." אמירה זו מקבילה לאמירה: "אין לך כל יום ויום שאין הקדוש ברוך הוא מחדש הלכה בבית דין של מעלה." (בראשית רבה, מט ב). שתי אמירות אלו צריכות להיקרא על רקע דבריו של הרמב"ם: "אין משפטי התורה נקמה בעולם, אלא רחמים וחסד ושלוש בעולם" (הלכות שבת ב, ג). בניסוחו של הרב אברהם יצחק הכהן קוק: "אורות הקדש" ג, עמ' כז: "אסור ליראת שמים שתדחק את המוסר הטבעי של האדם, כי אז אינה עוד יראת שמים טהורה. סימן ליראת שמים טהורה הוא כשהמוסר הטבעי – הנטוע בטבע הישר של האדם – הולכת ועולה על פיה במעלות יותר גבוהות ממה שהוא עומד מבלעדה. אבל אם תצויר יראת שמים בתכונה כזאת שבלא השפעתה על החיים היו החיים יותר נוטים לפעול טוב, ולהוציא אל הפועל דברים מועילים לפרט ולכלל, ועל פי השפעתה מתמעט כח הפועל ההוא, יראת שמים כזאת היא יראה פסולה." וכן: 'אורות התורה', יב, ה: "התורה ניתנה לישראל, כדי ששערי-אורה יותר בהירים, יותר רחבים, יותר קדושים מכל שערי האורה של הבינה הטבעית ושל רוח המוסר הטבעי אשר לאדם, יפתחו לנו, ועל ידינו לכל העולם כולו. ואם אנחנו אוטמים את אזנינו משמע לקול ד' הפשוט הקורא בכח על ידי כל שערי-האורה הטבעיים, שהיא נחלת כל האדם, מפני שאנו חושבים, שנמצא את אור התורה בתורה הקרועה מכל אור החיים הפרושים בעולם, בפנימיותו ובנשמת האדם בהדרה, אין אנו מבינים בזה את ערכה של תורה. ועל זה נאמר 'עם נבל ולא חכם', כדמתרגם אונקלוס 'עמא דקיבלו אורייתא ולא חכימו'".

יש לזכור שאפילו אם אנחנו תופסים את עצמנו כגמדים, הרי אנו גמדים העומדים על כתפיהם של ענקים (ש"ת הרי"ד, סימן סב, ד"ה: "תחלת כל"; שו"ת יביע אומר, אורח חיים א, א, יב). לטענה יותר קיצונית, עייני/י בהקדמת הרב יצחק די ליאון לספרו מגלת אסתר, ד"ה: "ולכן גם אנכי", וב: Richard A. Posner, *Frontiers of Legal Theory* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001), 15.