

ש ל ו ם רו ז נ ב ר ג

"על דרך הרוב"

א. מבוא; ב. הוראת-שעה במשנתו של הרמב"ם; ג. הפרדיגמה של הרופא; ד. פורמליזם וסיטואציונליזם; ה. העיקרון התיאולוגי; ו. העיקרון האנתרופולוגי של המוסר; ז. סמכותו של החכם; ח. המקרה הפרטקולרי: אלטרנטיבות עיקריות בעקבות הרמב"ם; ט. הוראת-שעה בהגות היהודית הביניימית; י. הסינתזה של ר' משה אלמושנינו; יא. המקרה הפרטקולרי במשנתו של ר' מנשה מאיליא; יב. אל מול ההיסטוריציון; יג. הוראת-שעה במשנתו של הראי"ה קוק; יד. סיום.

א. מבוא

מחלוקת בהבנת סוגיא במשנתו של הרמב"ם, או אף בפירוש קטע כלשהו בספר המורה היא על-פי-רוב בבחינת מחלוקת שסופה להתקיים. שני הצדדים מתבצרים על דרך הרוב בטקסטים משלהם מבלי שנוכל לקוות לפסוק שלישי חדש שיכריע ביניהם, שהרי הכול מונח לפנינו. מבצרו של היריב לא ייכבש בסערת-קרב, אלא בקול דממה דקה של אבידנציה עצמית, הברירות והשכנוע הפנימיים שאמנם כך יש להבין את הרמב"ם, ולא אחרת¹.

דבר זה נובע מהשיטה המיוחדת שבה השתמש הרמב"ם בספר המורה. לכאורה הברירות העצמית צריכה להיות מלווה בבוחן הקוהרנטיות – הלכידות הפנימית של הטקסטים כיחידה. אולם כוחו של בוחן זה הוא חלקי בלבד, אם אנו מתייחסים במלוא הרצינות לדבריו של הרמב"ם בהקדמה למורה, המזהירים אותנו שהספר מכיל סתירות מכוונות – מהן מהותיות ומהן דידקטיות. הלכידות אכן מוגבלת, והיוצאים-מן-הכלל מכוונים.

בסוגיית "על דרך הרוב" מוצג לפנינו תיאור מסוים. לכאורה, אין שום אפשרות להתחשב במקרה הספציפי יוצא-הדופן. ממהותה של התורה שהיא חייבת להיות אוניברסלית, שלא

* תודותיי נתונות לפרופ' מ' סטון ולמר צבי בקרמן על הערותיהם.

1. ראה מאמרי "ושוב על דרך הרוב" מנהיגות רוחנית בישראל – מורשה ויעד (ירושלים-תל-אביב, א' בלפר עורכת, תשמ"ב) וראה גם יעקב לוינגר "ההלכה והשלמות האישית לפי הרמב"ם" דעת 13 (תשמ"ד), 16-56; אהרון קירשנבאום "דיני היושר במשפט העברי" שם, 43-60; חיים שיין "על דרך הרוב – מחלוקת מדומה?" שם, 56-59. עם הגהת מאמרי זה מצאתי כי הרב שאר"י שוב כהן דן בכל הסוגיה הנידונה על ידינו במאמרו "לפנים משורת הדין" בתוך: ספר הזכרון לאדם נח בראון (ירושלים תשל"ל, ח') ליפשיץ, ש"י כהן וצ' קפלן עורכים, קסה-קפת. לפי שיסתו, תקון הבעיות שהחוק הכללי גורם, נעשה על-ידי העקרון של "לפנים משורת הדין". ראויים הדברים לעיון מעמיק, אם כי במאמרי ניסיתי להצביע על דרך שונה.

ינתנו דבריה לשיעורים. אולם עיון במקומות אחרים מצביע לדעתי – שהדלת פתוחה להתחשבות מעין זו, והיא הוראת-השעה. מנגנון זה הוא חלק אינטגרלי במערכת ההגותית הרמב"מית לאורך כל התפתחותה: בפירוש המשנה, ביד החזקה ובספר המורה גם יחד.

ב. הוראת-שעה במשנתו של הרמב"ם

נקודת המוצא לדיוגנו נעוצה במשמעות אופייה ההתגלותי של התורה. מעמדה של התורה קשור לעיקר השמיני המדבר על מעמדה המיוחד של נבואת משה. זו נבואה השונה לחלוטין מיתר הנבואות, היא ב"תכלית השווי", כלומר: כל סטייה ממנה, הן ליתר והן לחסר, תביא אותנו למצב מושלם פחות:

דבר ברור ומפורש בתורה שהיא מצוה עומדת לעולם ולעולמי עולמים אין לה לא שינוי ולא גרעון ולא תוספת...הא למדת שכל דברי תורה מצוין אנו לעשותן עד עולם...הא למדת שאין נביא רשאי לחדש דבר מעתה. (הלכות יסודי התורה ט, א).

אולם, עם כל ייחודה, אין נבואתו של משה בלעדית באופן אבסולוטי. נבואתם של הנביאים האחרים קשורה אליה.

הרמב"ם מדבר על שלושה תפקידים של הנביא:

(א) "לצוות על דברי התורה ולהזהיר העם שלא יעברו עליה, כמו שאמר האחרון שבהן זכרו תורת משה עבדי".

(ב) לצוות "בדברי הרשות כגון 'לכו למקום פלוני' או 'אל תלכו', 'עשו מלחמה היום' או 'אל תעשו', 'בנו תומה זו' או 'אל תבנוה', מצוה לשמוע לו".

(ג) "וכן למדנו מחכמים ראשונים מפי השמועה, בכל אם יאמר לך הנביא 'עבור על דברי תורה' כאלוהו בהר הכרמל, שמע לו חוץ מעבודת כוכבים, והוא שיהיה הדבר לפי שעה" (שם).

אין ספק בעיני, שמשמעותו של התפקיד השלישי הוא כי בכוחה של הנבואה ל"טפל" במקרה יוצא-דופן, שלא מתנהג "על דרך הרוב". מי שמודע לקבאותו של הרמב"ם בשלילת תפקיד הלכתי כלשהו לנביאים, מבין שיש מעמד מיוחד ל"הוראת-שעה". הנביאים מהווים אמצעי לקביעת החוק במקרה יוצא-הדופן. אולם, יטעה מי שטוען, שאין לומדים מן הנבואה. "הוראת-השעה" היא אפשרות הניתנת גם בידי השופט. אכן, הוראת-השעה איננה בלעדית לנביא. דבר זה לומדים אנו במפורש במשנה תורה – בקטע שאנו נחזור אליו להלן, ובספר המורה. נסכם סמכות זו בדברי הרמב"ם בח"ג, מא (לפי תרגומו של הרב י' קאפח):

וראוי שנעיר על... מה שתלוי בזקן ממרא. אומר, כי כיון שידוע לפני ה' יתעלה שדיני התורה הזו יש צורך בכל זמן ומקום כפי שנויי המקומות והמאורעות וחויבי הנסיבות, לתוספת במקצתן או גרעון במקצת, לפיכך הזהיר על התוספות והגרעון ואמר "לא תוסף עליו ולא תגרע ממנו" (דברים יג, א) מפני שזה היה מביא להפסד חוקי התורה ולסבור בה שאינה מאת ה'. והרשה עם זאת לחכמי כל דור, כלומר בית

דין גדול, לעשות סייג לקיום הדינים התורתיים הללו בדברים אשר יחדשום על דרך סתימת פרצה, ויקבעו לדורות אותם הסייגים, כמו שאמרו "ועשו סייג לתורה" (אבות א, א). וכן הותר להם עוד לבטל מקצת מעשים תורתיים, או להתיר מקצת איסוריה במצב מסויים ובהתאם למאורע מסויים, ולא יהיה זה לדורות, כמו שבארנו בהקדמת פירוש המשנה בהוראת-שעה, כי בהסדר זה תתמיד התורה אחת, ויגוהל כל זמן וכל מאורע כפי הראוי לו. ואילו היה העיון החלקי הזה מותר לכל אחד מן החכמים, היו אובדים בני אדם בריבוי המחלוקות והתפצלות השטות, לפיכך הזהיר יתעלה שלא יגשו לזה שאר החכמים זולתי בית דין הגדול בלבד, וצוה להרוג את החולק עליהם, כי אם יתנגד להם כל בעל עיון תבטל המטרה המכוונת ותתרוקן התועלת.

בפרק מא אכן מעיר הרמב"ם לא רק על איסור הגרעון והתוספת, אלא גם על טעם האיסור. אין הרמב"ם מנמק את האיסור בטעמים מהותיים, אלא בטעם אחר, למנוע "הפסד סדרי תורה" – בלשונו של אבן תיבון – ואת הסכנה שמשום תוספת ומגרעת זו יפקפק העם במקורה האלוקי של התורה. הסכנה האמיתית היא סכנת "רבוי המחלוקת והתפצלות השטות", דהיינו: הפגיעה באחדות התורה. אין כאן התייחסות כלל לטעם שכל חריגה היא פגיעה בחוק האידיאלי. החוק הוא אידיאלי, אך הוא מחייב, למרות אידיאליות זו, התייחסות למקרים הפרטיים. הוראת-השעה אכן מהווה פתרון של מוצא שאיננו פוגע בסמכותה של התורה, אך מאפשר לטפל בבעיות המתעוררות "לפי התחלף המקומות והחדושים ולפי הנראה מן העניינים" (מו"נ ג, מא).

להלן נעמוד על דברי הרמב"ם בהלכות סנהדרין, פרק כד. נזכיר כאן רק את הלכה י המלמדת על ההגבלות לסמכותם של השופטים. אחת ההגבלות היא כבוד הבריות. השנייה – כבוד התורה "ואין כבוד התורה אלא לעשות על-פי חוקיה ומשפטיה". ההיזקקות להוראת-שעה פוגעת במידת מה בכבוד התורה ולפיכך יש להיזהר בה. כאן נסגר המעגל; הקונצפציה האבסולוטית שבספר המורה מקבלת כאן את ממדיה האמיתיים. קיימים יוצאים מן הכלל, אלא שיש למעט בהיזקקות לתיקון החוק ככל האפשר מפני ההשפעה הפוליטית של השימוש בכלי חזק ומסוכן זה של הוראת-השעה, מפני "כבוד התורה".

כפי שהראיתי במאמרי הראשון, הוגים שונים, שהבולט ביניהם היה הר"ן, הדגישו את תפקידו של המלך בתיקון החוק או בהשלמתו. בעיית היחס בין דיני המלך להוראת-השעה במשנתו של הרמב"ם עדיין צריכה בירור².

2. נסתפק כאן בדוגמא אחת. רי"מ גינצבורג, משפטים לישראל (ירושלים, תשט"ז) קלג, סוען שסמכות בית-הדין להטיל עונשים מוגבלת לאותם המקרים שבהם רואים אנו "שפרצו העם בדבר", מה שאין כן המלך. לדין מלכות יש סמכות אבסולוטית לסטות מהחוק הקבוע ללא היזקקות לצורכי הציבור: "ומפורש שכתוב בתשובה לגאון שהביא רבינו הסור ז"ל שפירשו רבותינו דמשום מיגדר מילתא דיחידא לא קנסינן אלא לעשות גדר לדבר שיש בו צורך רבים קנסינן לפי צורך השעה" (חו"מ תכה). אולם למרות זאת, לגבי פושע מועד שעבר ושנה הסמכות בידיהם. אולם הכחנה זו אינה יכולה לשנות מן העובדה שהמדובר הוא בעונש-מוות. לגבי עונשים אחרים הסמכות בידי בית-דין להעניש שלא מן התורה (הלכות רוצח ב, ה).

ג. הפרדיגמה של הרופא

בפרק הדין על "דרך הרוב" (ג, לד) אנו עדים להתייחסות שלילית לפרדיגמה של הרופא ההלכתי: "ולפי זאת הבחינה גם כן אי אפשר שיהיו התורות נתונות לפי עניני האנשים והזמנים המתחלפים, כדמות הרפואה אשר רפואת כל איש מיוחדת לפי מזגו הנמצא בשעתו". הרופא מוצג לפנינו כאן כאלטרנטיבה שיש לדחותה. אולם לא כך אנו מוצאים במבוא לפירוש המשנה. בהציגו לפנינו את תוכנן של מסכתות המשנה הרמב"ם כותב: "ועל דרך כלל צריך שיהיה השופט כרופא בקיא".

הפרדיגמה של הרופא פותחה על-ידי אלפאראבי. בספרו "אחצא אל עלום" אלפאראבי מדבר על שני כשרים הנצרכים למדינאי: האחד הוא הכושר התבוני לתפוש עקרונות כלליים; והשני הוא הבנת הסיטואציה הקונקרטית. זה האחרון הוא הכושר, שבו משתמש הרופא, והוא נרכש רק בעקבות ניסיון ארוך. להלן אביא שורות מספר מקטע זה, בתרגומו של ר' שם-טוב אבן פלקירה ב"ראשית חכמה"³:

כי הרופא יהיה רופא בשתי כוחות, האחד על הכללים והסדרים אשר למדם מספרי הרפואה, והשני הכח אשר יגיע לו באורך הניסיון וראותו לגופים החולים. ובזה הכח אפשר לרופא שישער הסמים והרפואות כפי כל גוף וגוף, כמו כן המלאכה המלכיה איפשר לה שתשער הפעלים כפי מה שיקרה [וכפי] כל ענין וענין ומדינה בכל עת ועת בזה הכח והוא הניסיון.

התייחסות מלאה חיובית לפרדיגמה של הרופא מצויה בהלכות ממרים (ב, ד). כאן ברור לחלוטין שמדובר בהתערבות בדרך של שפיטה ולא של חקיקה:

ויש לבית דין לעקור אף דברים אלו לפי שעה... כדי להחזיר רבים לדת או להציל רבים מישראל מלהכשל בדברים אחרים עושין לפי מה שצריכה השעה, כשם שהרופא חותך ידו או רגלו של זה כדי שיחיה כולו, כך בית דין מורים בזמן מן הזמנים לעבור על קצת מצות לפי שעה.⁴

כאן אנו רואים שהרמב"ם דוגל במפורש בשיטה מעין "אוטיליטריסטית" וקובע שהאינטרס הכללי הוא תכלית מכרעת, והיא אשר עומדת בבסיס הזכות להוראת-שעה. על-כל-פנים, מיותר להדגיש שהוראת-שעה אינה חלה על דיני עונשים בלבד, אלא על כל תחומי ההלכה, כשהאינטרס הציבורי – כפי שהוגדר על-ידי הרמב"ם – מחייב זאת.

3. אחצא אל עלום (מהד' קהיר, 1948) עמ' 301-401; בטקסט העברי, ברלין, תרס"ב, 75. הקטע הראשון על החוכמה המדינית משובש בנוסח הדפוס.

4. למרות הדמיון הרביש הבדל קל בין שני האזכורים של דגם הרופא. במורה נבוכים הוא קשור לבעיית היחסים שבין כללי מדע הרפואה והמקרה הספציפי, בעוד שבהלכות ממרים מתייחס הוא לצורך בהתערבות שלילית כדי למנוע רע חמור יותר. למרות הבדל זה, נראה לי שיש להקיש בין המקרים וליצור תיאוריה שתאחד ביניהם.

ד. פורמליזם וסיטואציונליזם

כדי לקבוע בצורה ברורה יותר את גבולות חלותה של הוראת-השעה אתיחס לדוגמא אחת שהובאה באחת הביקורות למאמרי הראשון – דוגמא המפריכה לכאורה את עמדתני. כוונתי למקרה של מרי בר איסק.

מקרה זה הוא אחת הדוגמאות שבהם יש התנגשות בין ההלכה הפורמלית לבין תנאיו המיוחדים של המקרה הקונקרטי (בבא-מציעא לט, ע"ב):

מרי בר איסק אתא ליה אחא מבי חוזאי. א"ל פלוג לי. אמר ליה: לא ידענא לך. אתא קמי דרב חסדא... א"ל זיל אייתי סהדי דאחיה את. אמר ליה: אית לי סהדי ודחלי מיניה דגברא אלימא הוא. א"ל לדידיה: זיל אנת אייתי סהדי דלאו אחוך הוא. א"ל דינא הכי? המוציא מחבירו עליו הראיה? א"ל הכי דיינינא לך ולכל אלימי דחברך.

מעניין לבדוק את עיבודו של הרמב"ם למקרה הספציפי הזה. הרמב"ם הופך את המקרה הפרטי לכלל (הלכות עדות ג, יב):

כל מי שיש לו ראיה בעדים מטפל בעדים עד שיביאם לבית דין. ואם ידעו בית דין שבעל דינו אלם וטען התובע שהעדים מתפחדים מבעל דינו שיבואו ויעידו לו, הרי בית דין כופין את בעל דינו שיביא הוא העדים.

אשתמש בסיכומי של הפרופ' אהרן קירשנבאום כדי לסכם את העמדה האלטרנטיבית: "הרמב"ם אינו רואה כל סטייה מכוונת מההלכה 'המוציא מחבירו עליו הראיה' אלא מן הסתם שעל דעת כן ניתן 'הכלל גדול בדין' מעיקרו: שאם יהיה התובע אלם עד כדי הטלת אימה ופחד על ידי הנתבע יועבר נטל ההוכחה אליו"⁵.

אכן, דוגמא זו מוכיחה, אליבא דפרופ' קירשנבאום – שפסיקתו של הרמב"ם אינה מתבססת על דחיית החוק הכללי בעקבות תנאיה של הסיטואציה הקונקרטית, אלא להיפך – על יישום מלא של החוק על תנאיו המפורשים והמובלעים. הפוסק אכן מודרך על-ידי המטרה להפוך למפורש מה שקודם היה מובלע. וכך הפרופ' יעקב לוינגר מסכם את הסוגיא הזאת כשהוא רואה בה "דוגמא מצויינת לעמדתו המרמאליסטית... של הרמב"ם":

הרי שלפי פשוטם של הדברים בגמרא נקט כאן רב חסדא בתהליך שאינו כדין בשל הסיטואציה המיוחדת של נתבע תקיף ומסוכן, שהעדים מתייראים ממנו. ברם הרמב"ם שאינו מוכן להודות באפשרות שניתן לדיין להכריע במקרה קונקרטי מסוים שלא כדין הכללי, תופש את דינו המיוחד של רב חסדא כאילו היה בעצמו דין כללי, ופוסק...⁶

5. אהרן קירשנבאום, (לעיל, הערה 1) 50.

6. יעקב לוינגר, (לעיל, הערה 1) 64.

כדי להבין את משמעותה של דעת הרמב"ם, יש לדעתה – לדייק קודם כל בקביעת האלטרנטיבות השונות. נעמיד זו מול זו שלוש אפשרויות שונות, שאותן נתפוש כמוציאות זו את זו. נתעלם מעמדות אקלקטיות, דוגמת עמדתו של הר"ן, שיצרו סינתיזות בין העמדות השונות.

(א) תורת היושר: החוק אינו מושלם. על השליט המחוקק לתקן את החוק כפי הצרכים המתחדשים.

(ב) סיטואציונליזם: החוק מושלם. אך יש ליישם אותו על פי נסיבות המקרה הקונקרטי, פעמים אף תוך כדי התעלמות ממנו בסיטואציה מסוימת.

(ג) פורמליזם: החוק מושלם. אין לסור ממנו, אף אם יישומו יגרום במקרה הקונקרטי עוול. זהו "מחירה של תורה".

אין ספק שהרמב"ם אינו מקבל את השיטה הראשונה. דחייה זו מפורשת בח"ב, לט. התורה היא "הדבר השלם בתכלית מה שאפשר במינו" ולפיכך כל שינוי מהווה פגיעה בשלימות "אם בתוספת או בחסרון במזג השווה אשר הוא תכלית שווי המין ההוא". אולם אין טענה זו מספיקה. אין אמנם תורת יושר אבל יש קונצפציה מקבילה. התורה איננה רק מערכת מצוות; היא גם מערכת תכליות. ואכן, אם כי אין תורת יושר שלאורה ניתן לדון את החוק ההלכתי הפוזיטיבי, יש בהלכה עצמה מערכת תכליות המשלימה את הנורמות ההלכתיות. לאור דברים אלה ניתן לחזור ולדון בשאלה הקודמת: האם יש לתאר את הרמב"ם לפי העיקרון השני, הסיטואציונליסט, או השלישי, הפורמליסט. טענתי היא שהרמב"ם הוא במובהק סיטואציונליסט. דבר זה נכון לא רק בדיני עונשים, דהיינו: במשפט הציבורי, אלא גם בתחום המשפט הפרטי וההלכה הדתית⁷. ניתן להווכח בכך דווקא מאותה סוגיא שנדונה קודם. עיון בה ילמד אותנו שאין להביא כלל ראיה ממקרהו של מרי בר איסק. הסיטואציונליזם מוצע במפורש על-ידי הרמב"ם בדיני ראיות, בהלכות סנהדרין כד, א:

יש לדיין לדון בדיני ממונות על-פי הדברים שדעתו נוטה להם שהם אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן אף-על-פי שאין שם ראיה ברורה, ואין צריך לומר אם היה יודע בודאי שהדבר כן הוא, שהוא דן כפי מה שידוע.

דיונו של הרמב"ם בהתחלת פרק כד מתבסס על דברי הגמרא במסכת כתובות, בפרק הכותב (פה, ע"א-ע"ב). לפנינו מקבילות לסיפור מרי בר איסק, אלא שבהסתמך עליהן – דווקא בפרק כד הכוללני – ניסח הרמב"ם על בסיס מקבילות אלו כמה עקרונות חשובים ביותר הנוגעים ליחסים שבין הצדדים הפורמליים והתוכניים. קיימת מערכת פרוצדורלית

7. ובוה אני חלוק על דעתו של ד"ר חיים שיין, המבחין בין משפט ציבורי ובין משפט פרטי. ראה מאמרו (לעיל, הערה 1). כשהוא מדבר על סמכותם של החכמים, הרמב"ם כולל במפורש גם דיני עונשים וגם מצוות: "וכן אם ראו לבטל מצות עשה או לעבור על מצות לא תעשה... לפי מה שצריכה השעה" (הלכות ממרים ב, ד). במבוא למשנה הרמב"ם משווה במפורש את סמכותו של הנביא לסמכותו של בית-הדין. מבחינתנו, זו השוואה הבאה ללמד ונמצאת למדה.

שלימה, אך פסק הדין איננו תוצאה של יישום מיכני של כללים אלה. המטרה היא להגיע ל"דין אמת לאמיתו". אך כאן יש לנו להבחין בין שלוש רמות: (א) האמת האובייקטיבית; (ב) הוודאות הסובייקטיבית של השופט; ו-(ג): האמת המוכחת לפי משחק הכללים הפרוצדורליים שאותה נכנה בקיצור: האמת הפרוצדורלית.

הרמב"ם קובע שבמקרה של התנגשות בין אמיתויות אלו, העדיפות צריכה להינתן לאמת הסובייקטיבית: "שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן אף-על-פי שאין שם ראייה ברורה"; "ומצא הדבר חזק ונכון בלבו"; "וכן כל כיוצא בזה שאין הדבר מסודר אלא ללבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת" (כד, א). הוודאות הסובייקטיבית – "סמיכות הדעת" בלשון חז"ל – היא מטרתו האמיתית של המשפט. אסור לחרוץ דין אם קיים ספק, "אם היה לבו נוקפו שיש בו רמאות או שאין דעתו סומכת על דברי העדים, אף-על-פי שאינו יכול לפסלן או שדעתו נוטה שבעל דין זה רמאי ובעל ערמה והשיא את העדים אף-על-פי שהם כשרים ולפי תומם העידו וזה הטעם" (שם, ג).

האמת הפרוצדורלית היא אמת "כפי מה שיראה". יש לסמוך עליה במקרה של ספק, כשאין ודאות סובייקטיבית נגדה: "אם כן למה הצריכה תורה שני עדים, שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים ידון על פי עדותן אף-על-פי שאינו יודע אם באמת העידו או שקר" (כד, א). דין קבלת העדים היא אכן על-פי חזקה, בעקבות הנחת-יסוד שלנו בנכונות דבריהם, עד שמצאנו הוכחה נגדית⁸. האמת הסובייקטיבית צריכה להדריך את השופט החייב להתגבר על אינטרסים אחרים שיייתכן כי הם מקננים בתוכו.

עד כאן צד אחד של היחסים. הצד השני הוא פרובלמטי יותר, בהתייחסו לקשר שבין האמת הסובייקטיבית לבין האמת האובייקטיבית. זו סגורה בפנינו, ולמרות הסכנות הכרוכות בזה, אין לנו להישען אלא על הוודאות הסובייקטיבית ("מה שענינו רואות"):

וכל דיין שדן דין אמת לאמתו אפילו שעה אחת כאילו תקן את כל העולם כולו וגורם לשכינה שתשרה בישראל שנאמר "אלקים נצב בעדת אל". ושמא יאמר הדיין מה לי ולצרה הזאת תלמוד לומר "ועמכם בדבר משפט" אין לדיין אלא מה שענינו רואות (הלכות סנהדרין כג, ט).

עד כאן מערכת המשפט האידיאלית. התנאי ליישומה היא שלימותם הכפולה של השופטים, החייבים להיות (א) "הגונים" ו-(ב) "חכמים כראוי ובעלי בינה" (שם כד, ב). שני תנאים אלה מתאימים בהחלט להצעת הרמב"ם בשמונה פרקים (וביחוד בפרק השני) המדבר על "מעלות המדות" ו"המעלות השכליות". היות שתנאי כפול זה אינו מתקיים על-פירוב, "הסכימו רוב בתי דיני ישראל" להגביל את סמכותו האישית של הדיין לשפוט לפי אמת-המידה הסובייקטיבית. רק בדיעבד ניתנת העדיפות לסמכותם הפורמלית של דיני הראיות. אולם למרות הכול, הרמב"ם משאיר שריד למערכת הראשונה, בדרישה שלישית, דהיינו שאם תהיה אי-התאמה בין האמת הסובייקטיבית ובין האמת הפורמלית על הדיין להסתלק

8. הרמב"ם משתמש במושגים אלה גם בדיונו על הנבואה, ראה הלכות יסודי התורה פרק ח'.

מהדין. אם ברור לו לשופט שהדין מרומה, "אסור לו לחתוך אותו דין אלא יסלק עצמו מדין זה וידינגו מי שלבו שלם בדבר. והרי הדברים מסורים ללב והכתוב אומר כי המשפט לאלקים הוא" (שם כד, ג).

כדי להבין את משמעותו של הסיטואציונליזם, אשתמש בדוגמא תלמודית נוספת שנדונה במחקר לפני שנים מועטות (כתובות ג, ע"ב):

ר' אלעזר סבר למיזן ממטלטלין. אמר לפניו ר' שמעון בן אליקים: רבי, יודע אני שאין מדת הדין אתה עושה אלא מדת רחמנות, אלא שמא יראו התלמידים ויקבעו הלכה לדורות?⁹

דוגמא זאת מלמדת אותנו על הבעייתיות האמיתית הכרוכה בסטייה מההלכה, כוונתי לסכנה שסטייה זו תהווה תקדים לקבוע הלכה. מכאן אנו יכולים להסיק שתי מסקנות הנוגעות לסוגייתנו: האחת – פרדוכסלית. דווקא פעילותו הקודיפיקטורית של הרמב"ם שביטלה סכנה זו בקובעה באופן חד-משמעי את ההלכה, מאפשרת במשנה-כוח את הסטייה מההלכה בפסיקה הקונקרטיית. דבר זה מאפשר לנו להבין פן נוסף של ההבדל בין הסיטואציונליזם לבין ההיסטוריציזם. אחת הטענות הנשנות וחוזרות ונשנות בגד הפעילות הקודיפיקטורית היא ההאשמה, שהיא "קובעת" את ההלכה ומפריעה להתפתחותה לאור הנסיבות המשתנות. מבלי להיכנס לסוגיא זו, עלינו לקבוע שלעומת זה, איפשרה הקודיפיקציה הרמב"מית התייחסות למקרה יוצא-הדופן.

דבר זה מתקשר היטב עם המקרה של מרי בר איסק. באותו מקרה הרמב"ם הופך את התקדים להלכה, כי יש אפשרות לנסח אותו באופן של כלל חדש – כפי שנאמר במפורש על-ידי רב חסדא: "הכי דיינינן לך ולכל אלימי דחברך". דברים אלו עשויים להעיד שאכן יש כאן קביעת הלכה ולא רק יוצא-מן-הכלל¹⁰.

ה. העיקרון התיאולוגי

אין ספק שהביטוי החשוב ביותר לסיטואציונליזם בחוק המוסרי הדתי בא לידי ביטוי בדבריו של הרמב"ם במבואו לפרקי אבות¹¹.

9. על דוגמא זו ומקבילותיה ראה מאמרו של ח' בן-מנחם "סטיית שופט מן הדין בתלמודים" שנתון המשפט העברי ח (תשמ"א) 113-134.

10. הרמב"ם הסב את תשומת לבנו למצבים שבהם אין אנו יכולים לקבוע במדויק את סיבת ההחלטה המשפטית. כך הרמב"ם כותב בהלכות סנהדרין (יח, ו) "שאינן ממתין בית דין... בהודאת פיו... וזה שהרג יהושע עכן ודוד לגר העמלקי בהודאת פיהם – הוראת שעה היתה או דין מלכות היה".

11. רעיון הסיטואציונליזם במוסר מצוי הרבה במקורות שונים לאורך כל התקופות. כך אנו מוצאים אותו, למשל, בספריו של נפתלי הירץ וייל הסוען כי הצורך להתייחס לאדם ולסיטואציה הקונקרטיית היא חלק עקרוני במוסר (ספר המדות, ח"א, פ"ג, ד; מהד' ברלין דף יא, ע"ב). מכאן הקושי למצוא את פתרון הבעיות המוסריות. התוכמה הגמורה, המוסר המוחלט, ידוע רק לה', ועליה נאמר "והחכמה מאין תמצא" ייחוד בגין העובדה שהפרטים הם אינסופיים (שם, פ"ג, ב). על ההבדלים בין פרוססטנטים וקתולים

כדי להסביר עיקרון זה בהקשר שלפנינו אשתמש בדוגמא אחת בלבד. הרמב"ם הורה שכאשר לומדים אנו על התנהגותם של חז"ל, עלינו להיות מודעים שהיא מודרכת לפעמים על ידי העיקרון הרפואי: "אבל מה שעשו אותם החסידים בקצת הזמנים, וקצת המקומות וקצת אנשים מהם... לא עשו דבר מזה אלא על דרך רפואות". התנהגות זו יכולה להיות אמצעי לחזור לדרך האמצע הנורמטיבי. בהקשר זה הרמב"ם מסביר לנו את המושג "לפנים משורת הדין" (פרק ד):

ולזה הענין לא היו החסידים מניחים תכונת נפשותיהם תכונה ממצעת בשוה, אך היו נוטים מעט לצד היתר או החסר, על דרך הסייג והשמירה... ואל זה הענין רמזו באמנם "לפנים משורת הדין".

גישה זו מגיעה לשיאה בסיומו של הפרק החמישי:

וכבר הזהיר הנביא עליו השלום על זה גם כן ואמר "בכל דרכך דעהו" (משלי ג, ו), ופרשו החכמים זכרונם לברכה (ברכות סג, ע"א) ואמרו "אפילו לדבר עבירה" ורצונם לומר שתשים לפעל ההוא תכלית, והיא האמת, אף על פי שיש בו עבירה מצד אחד. וכבר כללו החכמים ז"ל זה הענין כולו בקצרה... "וכל מעשיך יהיו לשם שמים" (אבות ב, יב).

נושא זה מצוי גם בפירוש הרמב"ם למשנה ברכות (ט, ה): "בכל לבבך, בשני יצריך... ר"ל אפילו בעת המרי והכעס והרוגז שכל זה הוא יצר רע, כאמרם בכל דרכך דעהו אפילו לדבר עבירה". הדגש בברכות בפירוש "שני יצריך" הוא פסיכולוגי, כמו שנאמר בשמונה פרקים: "בכל לבבך... כלומר בכל חלקי נפשך, שתשים תכלית כל חלק מהם תכלית אחת והיא לאהבה את ה' אלקיך". הדיון על "דבר עבירה" באבות מוסיף רובד אובייקטיבי על זה הפסיכולוגי.

דברים אלה מאפשרים בידנו לסכם את הסוגיא מפרספקטיבה אחרת. אנו חייבים להבחין בין שני מצבים דומים וקרובים, אך לחלוטין לא זהים. הבחנה זו לא תמיד אפשרית, אך מן הראוי לעמוד על עקרונותיה.

(א) המצב שהוא תוצאה מהקונפליקט הקיים בין נורמות שונות, או מבעיית היישום של נורמה כללית לסיטואציה קונקרטית מסוימת. אם יורשה להשתמש במונחים בחופשיות מסוימת, הרי שאנו נכנסים כאן לבעיית ההבחנה שבין "הלכה" ובין "הוראה".

בתחום זה ראה James M. Gustafson, *Protestant and Catholic Ethics*, (Chicago and London, 1978). הכומר המודה מתייחס למקרה הקונקרטי כשהוא מטיל כפרה על החוטא. אולם הפוסק אחריותו שונה, כי הוא מורה לפני המעשה. העיקרון המרכזי בשמונה פרקים הוא התיליאולוגי. כפי שהעיר בצדק פרופ' א' שבייד, מדברי הרמב"ם במבוא זה נובע, ש"האמצע בהנהגה המוסרית איננה פשרה בין קצוות, אלא מה שמהווה תנאי הכרחי לקיום האדם ושלמותו. צריכת פחות מן ההכרחי משמעה הצבת מכשול בדרך התפתחותו של האדם. צריכת יותר מן ההכרחי משמעה הצבת אמצעי כתכלית" (א' שבייד, עיונים בשמונה פרקים לרמב"ם (ירושלים, תשכ"ט) צח).

(ב) פתרון הקונפליקט או בעיית היישום בהתאם לסיטואציה הקונקרטית. אין כאן התנגשות בין נורמות, אלא פער בין נורמה לבין תכליתה או תכליותיה של המערכת כולה. זו היא בעייתה של "הוראת-השעה". זהו אותו מצב שניתן לסכמו עם דבריו של ריש לקיש: "פעמים ביטולה של תורה זהו יסודה, דכתיב 'אשר שברת', אמר לו הקב"ה יישר כחך ששברת" (מנחות צט, ע"א), וכדברי רש"י: "שמע מינה הסכימה עמו דעת השכינה כשביטל תורה ושיברן כיון דנתכוון לטובה".

לאור העקרונות שנותחו עד כה, נוכל לנסות ולהציע שתי הבחנות חשובות. "עבירה לשמה" היא מעין הוראת-שעה הנעשית מבלי הסמכות הפורמלית לכך. "הוראת-השעה" הרי היא מעין פתח מילוט, אלא שהמפתח מצוי בידי בית-הדין, או מי שמוסמך לכך. "עבירה לשמה" היא יצירת פתח מילוט מעין זה על-ידי פריצת גדר. מצד שני, "מצווה הבאה בעבירה", הוזהר לכאורה ל"עבירה לשמה", נבדלת ממנה לפי התכלית. התכלית ב"עבירה לשמה" היא לשם שמים. לעומת זאת, "מצווה הבאה בעבירה" היא מצווה המתלווה למעשה הנעשה לתכלית שלילית, לעבירה. "הוראת-השעה" איננו הביטוי היחיד לתופעה הזו. ביטויים אחרים הם "עת לעשות לה'" ¹², "פעמים שביטולה של תורה זהו ייסודה" (מנחות צא, ע"ב) וכדומה. כך במקרה של הוקעת בני בית שאול כנגד הדין, רש"י מסכם (שמואל ב כא, י): "ולא כתיב לא תלין נבלתו (דברים כא, כב) אלא אמרו מוטב תיעקר אות אחת מן התורה ויתקדש שם שמים בפרהסיא שהיו עוברין ושבין אומרים מה סיבן של אלו אומרים להם מבני מלכים הם ומה עשו פשטו ידם בגרים גרורים אומרים אין לך אומה ראויה לידבק בה כאומה זו". בשמונה פרקים מצאנו הסבר חשוב של המושג "לשם שמים". מושג זה אינו מבטא את התכוונות הנפש אל ה' או אל מצוותו המתלווה למעשה – התכוונות החייבת להיות נקייה ממטרות אנוכיות. "לשם שמים" מציין את הצורך לברור את המעשה הנכון וזהו אותו המעשה הנעשה לקראת התכלית האחרונה והאמיתית של האדם באשר הוא אדם או כמשרת תכלית אחרת שהיא "לשם שמים". בלשון תרגומו של הרב קאפח: "מתבונן וחושב בכל פעולה ותנועה ורואה אם היא מביאה לאותו תכלית...ואחר כך יעשנה". זה שוב הרעיון המצוי בדיון הרמב"ם בהלכות סנהדרין (כד, ו): "כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה, ובכל יהיו מעשיו לשם שמים" ¹³.

אנו יכולים לעמוד עתה על פן נוסף של הדיון ולמקדו בהבדל שבין שיטות המוסר העומדות בבסיס תורת המשפט. האם המוסר הרמב"מי הוא דיאונוטולוגי או תיליאולוגי?

12. ברכות נד, ע"א (נראה רש"י, שם); גיטין ס, ע"א; מכות כג, ע"ב.

13. לכאורה לפנינו שינוי רדיקלי במשמעותו של הביטוי, אולם לא מן הנמנע למצוא במקורות התלמודיים אסמכתא לפירוש 'מוזר' זה, למשל במסכת קידושין (פא, ע"ב; פכ, ע"א): "אנא כאידך דשמואל סבירא לי דאמר שמואל הכל לשם שמים". תוך עיון בהקשר, אנו לומדים שהכוונה בביטוי זה, שם, היא שאין אנו דנים את המעשים אלא את התכלית המתלווה למעשים. אין שם התייחסות כלל להתכוונות לשם קיום מצווה, לשם עבודת הבורא או לשם מטרה דתית אחרת, אלא פשוט לתכליות חיוביות כדברי רש"י: "ואין דעתי אחריה לחיבת אישות אלא לחיבת קורבה ולעשות קורת רוח לאמה כשאני מחבב את בתה".

האם הוא מערכת-נורמות, או מערכת-תכליות? תשובתו של הרמב"ם היא – לדעתי – חד-משמעית: היא מערכת תכליות – ליתר דיוק: מערכה היררכית של תכליות. הפועל לפי תכליות אלו הוא הפועל "לשם שמים".

אולם לפני שאנסה להוכיח את התיזה הזאת, עלי להדגיש שהצגת האלטרנטיבה בין המוסר התיליאולוגי לבין המוסר הדיאונטולוגי איננה שלימה. כדי שהחלוקה תהיה פורייה צריך להבחין בין שני סוגי מוסר דיאונטולוגי: האוטיליטריסטי והאנתרופולוגי – הבחנה שעליה אחזור במקום אחר. חלוקה זו מתאימה להבחנה שבין "תיקון הגוף", כלומר: תיקון החברה לבין "תיקון הנפש" – הגעת האדם למטרתו האינדיבידואלית¹⁴.

ו. העיקרון האנתרופולוגי של המוסר

אין ספק שהרמב"ם מעמיד מעל לחוק הפורמלי, *Equity*, שהוגים שונים קראו לה "אמת". ההולך לאורה הוא הדן "דין אמת לאמתו". אלא שכדי להבין במלוא עומקו את משמעותה ומגבלותיה של מערכת זו נצטרך להבחנות הטרמינולוגיות פילוסופיות החשובות שהרמב"ם ערך בספר המורה (ח"ג, נג). הרמב"ם מפרש שם את המונחים: "חסד", "משפט" ו"צדקה", שעליהם הנביא ירמיהו מדבר בקטע המהווה בסיס לדיון בפרק האחרון של ספר המורה – כשמולם מעמד ה"צדק".

ה"צדק" הוא "היושר...להגיע כל בעל חוק לחקו ולתת לכל נמצא מן הנמצאות כפי הראוי לו" למשל "כשתפרע לשכיר שכרו או תפרע חובך". הצדק הוא דיסטריבוטיבי, המאפשר לכל אחד מהשותפים והאזרחים לקבל את המגיע להם. לעומת זה, המשפט הוא רטריבוטיבי, מתקן: מטרתו היא "לדון במה שראוי על הנדון יהיה חסד או נקמה"¹⁵.

כדי להבין את משמעות המושג "צדקה" אנו צריכים לחזור לעקרונותיה של תורת המוסר להרמב"ם. הזכרנו לעיל את המוסר האנתרופולוגי, הרואה במרכזה את פיתוח אישיותו ומימושו העצמי של האדם. במרכז השיטה האוטיליטריסטית עומדת החברה, ובמרכז השיטה האנתרופולוגית עומד האדם. החוקים נובעים לא מזכויותיו של הזולת, זכותו של "בעל חוק לחוק" – בתרגומו של ר' שמואל אבן תיבון – אלא מחובותיו של האדם לעצמו. החובה היא חובה של אדם לעצמו:

14. כאן נעוץ פירוש טענתו ה"מוזרה" של הרמב"ם שלפיה עדיפה צדקה הניתנת בסכומים קטנים במעשים רבים על פני צדקה השקולה לה מבחינה כספית, הניתנת בפעם אחת. אף אם נניח כי מבחינה תיליאולוגית קיימת כאן שקילות, הרי שיש עדיפות למעשה השני בשינוי הנגרם על-ידו בנפש האדם.

15. למושג ה"צדק" שתי הוראות שונות: (א) הצדק היא מעלה כשלעצמה, המעלה השלמה והמושלמת (אתיקה, ספר חמישי, פרק ג, 9א1130); (ב) מצד שני הצדק מאפיין את המעלות כולן. הוא מזוהה כאן עם שווי-המשקל של כל המעלות אשר יש לשמור אותן שלא תיפולנה לא לידי יתר ולא לידי חסר (ספר שני, פרק ב, 27א1106 ואילך; ספר חמישי, פרק ו, 9א1131 ואילך). זהו ה"יושר" – בתרגומו של אבן תיבון. לאור הבחנות אלה אנו יכולים להבין את הסבר המושג "צדק" בהלכות סנהדרין. כמו שהוא כותב בהרחבה בפרק כא: "מצוות עשה לשפוט השופט בצדק שנא' בצדק תשפוט עמיתך. אי זהו צדק המשפט? זו השויית שני בעלי דינים בכל דבר" (כא, א). הצדק פירושו נתינה לכל אדם המגיע לו גם כאן שוויון לפני המשפט: "ואם לא היה מכיר את אחד מהם ולא מעשיו אין לך דיין צדק כמוהו" (כג, ו).

כי כשתפרע לשכיר שכרו או תפרע חובך לא יקרא צדקה, אבל החוקים הראויים עליך לזולתך מפני מעלות המידות, כרפואת מחץ כל לחוץ יקרא 'צדקה' ומפני זה אמר בהשבת המשכון "ולך תהיה צדקה" כי כשתלך בדרך מעלת המידות, כבר עשית צדק לנפשך¹⁶.

ז. סמכותו של החכם

הרמב"ם ראה את פרקי אבות כחיבור המכוון בעיקרו של דבר לשופטים, ורק באופן חלקי – לעם, כדי שזה ילמד נכונה על אופיים ותפקידם של השופטים. המשנה הראשונה מדברת על הקבלה המתמשכת, כדי לשלול את השפעת אופיו האישי של השופט:

ולפיכך ראוי לכבד החכם מהם ולהושיבו במעלה נכבדת, בשביל שהגיעה קבלה אליו, שהוא בדורו כמו אלו בדורם... שלא יאמרו מדוע נקבל משפט פלוני או תקנת דין פלוני – ואין הדבר כן. שהמשפט אינו לפלוני השופט – אלא להקדוש-ברוך-הוא שצווה אותנו בו, כמו שנאמר "כי המשפט לאלקים הוא" (דברים א, יז) אבל הכל משפט אחד וקבלוהו איש מפי איש על הדורות החולפים¹⁷.

הסכימה ההיסטורית של הקבלה הבלתי-נפסקת פירושה, לכאורה, שלילת סמכותו האישית של החכם. אין כוחו נעוץ בו, אלא בהיותו שלב בשרשרת בלתי-נפסקת של מקבלים ומוסרים של התורה שבעל פה. זו היא משמעות דברי חז"ל "יפתח בדורו כשמואל בדורו" (ראש השנה כה, ע"ב). אולם בפירושו לפרקי אבות הוא מעמידנו בפני עובדה משלימה: סמכותו הרבה של החכם. וכאן חוזר הרמב"ם על הרעיון שניתחנו לעיל. האמרה "הוו מתונים בדין" היא ציווי להימנע מלדון "דין מרומה", דהיינו: כאשר "אפשר שיהיה בדין ההוא ענין נסתר". מאחורי חוסר-הסמכות מסתתר כוח רב הצריך להיות מנוצל לשם שמים, לקראת התכלית האחרונה.

ח. המקרה הפרטקולרי: אלטרנטיבות עקרוניות בעקבות הרמב"ם

כמו במאמרי הקודם, הבאתי כאן דוגמאות שונות ובהן התייחסות חיובית לשאלת המקרים יוצאי-הדופן. אני רוצה להצביע עתה על קיומם של חילוקי-דעות בספרות ההלכה ובספרות המחשבה.

אם נעמוד על משמעות הדברים, נוכל לקבוע שלפנינו שלוש מגמות כלליות. כפי שנראה להלן נוכל להתעקש ולטעון שהחוק הוא מושלם ואיננו זקוק ליוצאים-מן-הכלל.

16. לפי הרמב"ם, יש להרחיב את המושג צדקה מעבר למקובל. אם צדקה היא מילוי חובת האדם לעצמו, הרי שגם האמונה היא צדקה, ולפיכך נאמר באברהם: "זהאמין בה" ויחשבה לו צדקה". צדקת האמונה אינה מתארת מעשה שבין אדם לקב"ה, אלא פעולה, יחס שבין האדם לעצמו.

17. הקדמה למשנה, מהד' רמב"ם לעם, עמ' נד.

מצד שני, אם נכיר בבעיית הסיטואציה הקונקרטית, עומדת בפנינו אלטרנטיבה אפשרית. מצאנו, אפוא, שתי גישות שונות.

האחת קבעה שבמסגרת השיטה קיים הפתרון לבעיות הסיטואציה הקונקרטית, בעוד שהשנייה גרסה כי הפתרון יוכל להיות מושג אך ורק בסטייה ארעית מהחוק תוך היצמדות למטרותיו. העמדה הראשונה השתמשה בקטיגוריה המקובלת של "לפנים משורת הדין", בעוד שהשנייה דיברה על תריגה מהחוק, על "עת לעשות לה' הפרו תורתך" ואף על "עבירה לשמה".

נוכל להדגים את ההבדל בין גישות אלה תוך השוואת דעותיהם של הרשב"א והמגיד משנה.

כך כותב הרשב"א (שו"ת ח"ה, רלח) על "הנהגת המדינה וייסור העוברים":

דע כי לשון רכה תשבור גרם... ואחר כוונת הלב הדברים אמורים. כבר ידעת מ"ש בנזיר (כג, ע"ב) "גדולה עבירה לשמה ממצוה שלא לשמה".

הרשב"א משתמש במושג "לפי צורך השעה" כדי לדון בדיני עונשין. אף פעולותיו של ר' שמעון בן אליעזר היו מכוונות למטרה זו: "והנה ר"ש בן אלעזר שהיה גדולם של ישראל היה הורג ברשעי ישראל בהורמנא דמלכא ושלא בעדים והתראה, כמוזכר בפ' השוכר את הפועלים" (פג, ע"ב). על כל פנים, אנו מוצאים כאן התייחסות לצורכי השעה, ולקטיגוריה של "עבירה לשמה!" ניתן להעמיד דברים אלו אל מול דבריו הקלסיים של בעל המגיד-משנה, ר' וידאל די טולווא (הל' שכנים יד, ה) הן בבעיה דומה, אך משתמש במושגים אחרים לחלוטין. וכך הוא כותב על זה ש"תורתנו התמימה" קבעה גם במוסר האישי וגם בהנהגת הכלל "כללים" דוגמת "קדושים תהיו" וכן "ועשית הישר והטוב", בעקבות דבריו של הרמב"ן.

אלא שלדעתו, לא הודגשה מספיק העובדה, שהמגיד-משנה שזר בתוך דבריו גם התייחסות לבעיית הסיטואציה הקונקרטית, ועל-ידי-זה שיווה לדברי הרמב"ן כיוון שונה (הלכות שכנים יד, ה):

שתורתנו התמימה נתנה בתיקון מדות האדם ובהנהגתו בעולם כללים באמירת "קדושים תהיו" ... "ועשית הישר והטוב". והכוונה שיתנהג בהנהגה טובה וישרה עם בני אדם. ולא היה מן הראוי בכל זה לצוות הפרטים, לפי שמצוות התורה הם בכל עת ובכל זמן ובכל עניין ובהכרח חייב לעשות כן, ומדות האדם והנהגתו מתחלפות לפי הזמן והאישים, והחכמים ז"ל כתבו קצת פרטים מועילים נופלים תחת כללים אלו ומהם ולזה אמרו חביבין דברי דודים יותר מיינה של תורה, שנא' כי טובים דודך מיין.

אכן אנו רואים את ההבדל בקטיגוריות המחשבתיות. אם אצל הרשב"א מצאנו התייחסות מפורשת ומגוונת לעובדה שעלינו להתעלם ולפגוע לפעמים בחוק, הרי שאצל ר' וידאל אנו

מוצאים את יישום הרעיון הקלטי המצוי בוואריאציות שונות בספרות הפילוסופית, שלפיו החכמים רק מיישמים את הכללים ומוציאים מהם פרטים חדשים, מבלי לשבור אותם. נוכל להשוות דברים אלה עם דבריו של הרשב"א הכותב (בתשובה שנזכרה לעיל):

ואתה דע לך כי אי אפשר לנהוג בכל האנשים במידה אחת. וזכר נא ענין אדונינו מלכינו אשר נהג להעלים עין מיואב ושמעי ואע"פ שהיו בני מות. והטענה שאמר, "כי הלא ידעתי כי היום אני מלך על ישראל" (שמ"ב יט, כג) כי לכל זמן מזומן, והעלמת עין מן העובר לעתים מצוה, והכל לפי צורך השעה.

דברים אלה נכתבו במסגרת הדרכתו של הרשב"א ב"הנהגת המדינה ויסוד העוברים". מעניין שהם מתקשרים עם דברי הגמרא במסכת נזיר (כג, ע"ב): "גדולה עבירה לשמה ממצוה שלא לשמה". פירוש אמרה זו היא ש"אחר כוונת הלב הדברים אמורים", כלומר: לפי העיקרון התיליאולוגי, מטרתו של האדם העושה אותם. ושוב יש להדגיש הבחנה חשובה: הסמכות ניתנת בידי המנהיג, אולם תוכנו של התחום הנידון איננו דווקא בתחום הציבורי, אלא בכל תחומי החיים, גם בפרטיים ביותר. כאשר אין המנהיג מעניש במקרה כזה, הרי הוא מתחשב במצבם של בני-אדם פרטיים¹⁸.

ראינו שדבריהם של הרשב"א והמגיד-משנה מצביעים על שתי גישות מנוגדות לבעיית המקרה החרגי. לפי האחת אנו זקוקים להוראת-שעה או לקטיגוריה מקבילה אחרת. לעומת זאת, השנייה סוברת שניתן לעשות זו באמצעות הקטיגוריות המשפטיות הרגילות. הרמב"ם שייך, לדעתי, לגישה הראשונה¹⁹.

ט. הוראת-שעה בהגות היהודית הביניימית

מיוחדת במינה היא דעתו של הרלב"ג בפירושו לתורה:

והוא מה שצונו לשמוע לדברי הנביא... אם יצוה בהם לפי שעה... והנה התועלת בזאת המצוה מבואר כי תמשיך ההשגחה הפרטית לישראל תמיד, והנה התועלת בה

18. דבריו אלה של הרשב"א אינם רחוקים מעמדתו של הרמב"ן, הרואה במעמדה של מלכות שלא מבית-דוד, הוראת שעה: "ולפיכך אף על פי שישראל מקימים עליהם מלך משאר השבטים כפי צורך השעה אין מושחים אותן שלא יהיה עליהם הוד מלכות, אלא כמו שופטים ושוטרים יהיו" (פירושו לבראשית מט, ה, מהד' שעוועל, עמ' רסט); והשווה הלכות מלכים א, י, על פי הוריות יא, ע"ב.

19. ראוי להזכיר בהקשר זה את דבריו של בעל ספר העיקרים, ר' יוסף אלבו (מאמר שלישי, פרק כג): "ועוד לפי שאי אפשר שתהיה תורת הש"י שלמה באופן שתספיק בכל הזמנים לפי שהפרטים המתחדשים תמיד בעניני האנשים כמשפטים והדברים הנפעלים הם רבים מאד משיכללם ספר על כן נתנו למשה בסיני על פה דברים כוללים נרמזו בתורה בקצרה כדי שעל ידם יוצאו החכמים שבכל דור ודור הפרטים המתחדשים". למרות הקרבה הרבה, קונצפציה זו איננה קשורה לבעיית המקרה החרגי. למרות הכול, עיון בהמשך דבריו של ר' יוסף אלבו בגנות המלמדים זכות על הגונב בגין מחסור באוכל ולא יכוזו לגנב כי יגנוב למלא נפשו כי ירעב) מלמדים במידת-מה על הסתייגותו מחריגות אף כמצבים קריטיים. והשווה מאמר ראשון פ"ח ההבדל הרביעי בין הדת הנימוסית והדת האלוקית.

עוד בשיצווה לעבור במקצת העיתים על קצת המצות כי התורה למה שתעיין באופן כולל בהנהגה השלמה המישרת האומה אל הטוב, הנה אפשר שיקרה בעת מהעיתים שיהיה יותר טוב לסור מקצת מצוותיה, ולפי שרצה השם יתעלה שיגיע הטוב בכללות בכל הזמן לעמו אשר לקח לו לנחלה... אלא מה שצריך שישתנה לפי שעה בעת ועת על ידי נביאיו, כי אי אפשר שיושם בתורה זה.

הרלב"ג תופש את המושג "הוראת-שעה" בקונטקסט פילוסופי כללי, דיון שבאופן חלקי היה ודאי זוכה להסכמתו של הרמב"ם.

והנה זה הענין דומה לענין המופתים שיחדש השם יתעלה על ידי הנביאים. וזה כי הטבע הוא מסודר מהש' יתעלה בשלם שבפנים להגיע אל הטוב בדבר מהדברים הטבעיים באופן כולל ולפי שבעת מהעיתים יהיה יותר טוב שיסור קצת הסידור ההוא השגיח השם ית' שיעשה זה על ידי נביאו בעת הצורך.

לפנינו הקבלה בין הוראת-השעה לבין הנס. אין ספק שהרמב"ם לא היה מקבל את האפשרות כי חוקי הטבע יבוטלו כליל. אין אף בימות-המשיח שינוי סדרי הקוסמוס. אולם יתכן להשהות את חלותם לזמן-מה, זה הוא הנס הפועל כנגד חוקי הטבע. המקבילה לגם בחוקי בתורה היא הוראת-שעה. שניהם הם ביטוי להשגחת ה' על העולם. בשני מקרים אלה גם יחד הנביא הוא הצינור המתרגם את החוקים הכלליים למקרים הספציפיים.

כפי שהערנו לעיל, הפסוק בספר תהלים: "עת לעשות לה' הפרו תורתך" היווה מוקד לדיון בהוראת-שעה. פרשנים שונים תפשו את הפסוקים הסמוכים כתפילה, למען הבן נכונה מתי ואיך להשתמש בהוראת-השעה.

ר' יוסף יעבץ רואה בפסוקים אלה (קיט, קכה-קכח) התייחסות לסוגיא בכללותה:

הבינני ואדעה עדותיך...	שאמרת לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך, שאל אביך ויגדך, אשר עצותיך כאלה
עת לעשות לה'	שהיתה השעה צריכה לכך,

הפרו תורתך
וחכמי הדורות, הוסיפו וגרעו בגזרותיהם, ואראה גם אני אז
כדת מה לעשות, כפי צורך השעה כי אמנם על כן אהבתי
מצותיך בזה שצוית לשמוע לחכמי הדורות.

ר' משה אלשיך עומד על הקושי הגדול בהבנת מהותה של השעה "המחייבת הוראת שעה":

והנה בדברים אלו צריך שיקול דעת גדול מאד שאפשר שיראה לאדם שהשעה צריכה לכך וטועה בדבר. או שעושה הדבר והוא טוב בעיני אלוקים, ירא מפני הרואים שיהפכו הדבר.

בשני המקרים האלה נשפט האדם לפי כוונתו ולא לפי מעשיו, ולפיכך מעשה כזה

ו"כיוצא בזה שאדם עושה לצורך השעה שהקב"ה מעיד למעלה ונכתב ונחתם על ידו יתברך" שרק הוא יודע מצפוני האדם. כך מפרש האלשיך את המלים "ואדעה עדותך", שרק אתה מעיד עליהם²⁰. אביא עוד שני קטעים בהם מוצאים אנו פיתוח רעיונות דלעיל, עליהם עמד כבר אליאב שוחטמן²¹.

הראשון – מדברי ר' יהושע ולק כ"ץ (ודרישה לטור חו"מ, סי' א, ב):

כל הדין דין אמת לאמתו, כאילו נעשה שותף להקב"ה במעשה בראשית...נ"ל לפרש שכוונתם במ"ש "דין אמת לאמתו" ר"ל שדין לפי המקום והזמן בעניין שיהא לאמתו ולאפוקי שלא יפסק תמיד דין תורה ממש כי לפעמים שצריך הדין לפסוק לפנים משורת הדין לפי הזמן והענין, וכשאינו עושה כן – אף שהוא "דין אמת", אינו "לאמתו". וע"ד שאמרו חז"ל "לא נהרבה ירושלים אלא שהעמידו דיניהן על דין תורה ולא לפנים משורת הדין". וע"ז נאמר "לא תסור מכל הדברים אשר יורוך ימין ושמאל" שדרשו חז"ל "אפילו אומרים לך על ימין שמאל כו' וכל שכן שאומרים לך על ימין ימין וכו'" שפי' בע"י עד"ז שאומרים לך לפעמים על הדין שהוא נוטה לפי הדעת כך והוא פוסק להיפך וזהו ימין שלו לפי הענין. והשתא א"ש לשון "כל שכן שאומרים לך כו'" דלכאורה הול"ל "כל שכן אם אומרים לך כו'" ועוד אם כ"ש מאי קמ"ל? אבל השתא א"ש.

הקטע השני הוא מדברי המלבי"ם (התורה והמצווה, קדושים יט, כב):

המשפט הוא מה שיעשה כפי שורת הדין לבד מבלי ישקיף על הנדונים ועל העת והמקום, רק יקוב הדין את ההר. והצדק הוא מה שיטה מן הקו המשפטי אל חוקי הצדק, להביט אל העניין והנידון וכפי צורך העת והמקום והיושר וכדומה.

כ'לשון הזהב' של מ' זילברג המצוטט על-ידי שוחטמן: "כל נורמה משפטית ואפילו הצודקת ביותר עלולה להביא במקרה מיוחד, לידי עיוות דין...מכאן השוועה הנצחית אל היושר המווסת, לאותו "תבלין" גמיש העשוי לכפר וליישר את ההדורין, מחוייבי המציאות של החוק"²².

י. הסינתזה של ר' משה אלמושנינו

הדוגמא הבולטת ביותר להדגשת הכרח החריגה מדרך הרוב מצויה במשנתו של ר' משה אלמושנינו (ידי משה, פירוש קהלת, פרשה כג).

ששומר מצוה אין צריך לומר שלא יעמוד על דבר רע אלא שאינו יודע כלל הדבר הרע ההוא כלל (!) והוא החסיד והשלם במעשיו... ואינו כן לב החכם שהוא יודע עת

20. ראה פירושו לתהלים קיט, קכג-קכה.

21. א' שוחטמן, מעשה הבא בעבירה (ירושלים, תשמ"א) 262 ואילך.

22. מ' זילברג, כך דרכו של תלמוד (ירושלים, תשכ"ד) 134.

ומשפט וירצה באומרו "עת" כאלו אמר שהחכם ידע העת שראוי לפעול הרע כמ"ש בגמרא על מי שראה אשת איש טובעת בים ויכול לתופשה ולהצילה ואו' שאסור להסתכל בה, הגה זה הבלתי יודע הרע כלל והוא החסיד שוטה אך החכם ידע שאז היא העת לפעול הרע ההוא... וכן כל כיוצא בזה שהוא רע מצד הפעולה והוא טוב מוחלט מצד התכלית ואז יקרא משפט וצדק לפעול הדבר שהוא רע ומגונה מצד עצמו מופשט מהזמן וז"א "ועת ומשפט ידע לב חכם" (ריה, ע"א).

טיבם של המעשים תלוי בהתאמה לתכליתם ולתכלית הכללית של התורה: "ואין טוביות ושלמות הפעולה מצד עצמה רק מצד התכלית המכוון בה כנודע ולא כל הזמנים שוים". הסיבה לכך נעוצה בעובדה, שבעולם מתרחשים גם מקרים – במשמעות האריסטוטלית – החורגים מן החוקיות, "מפאת חומרו" (ריו, ע"א) והאדם פועל בו פעולות רעות:

"כי רעת האדם רבה עליו" (קהלת חו, יר') להיות רעת האדם רבה הבאה עליו בהמשך הזמן על כן ראוי לשנות הפעולות כפי הצורך וכפי הזמן ואין ראוי להחליט הפעולה הטובה שתהי' טובה בכל זמן וביאר עוד הענין על שאין ראוי לומר בהחלט על שום פעולה שהיא טובה בכל עת יען אין האדם הנ"ל יכול לדעת מה שיהיה בהמשך הזמן כי מי יודע אם יצטרך בזמן מה דבר שיראה לו עתה בלתי ראוי לעשותו וז"א "כי איננו ידע מה שיהיה" (ח, ז) ועל כן אם יאמרו לאדם שיפעל פעולה טוב' בכל זמן אם כן כשיצטרך שיפעל הפכה מי יגיד לו אז שיפעל הפכה.

ר' משה אלמושנינו מדגים מצב זה במשל האפלטוני הקלסי:

כמו שהמשילו הקדמונים משל נאות לזה והוא למי שהפקיד חרב ביד אדם אחד ואם יאמרו לו שהוא טוב שלא יכחיש בשום זמן [בפקדון] שהפקד אתו הגה אם יבא המפקיד החרב ההוא בחימה להרוג את חברו וישאל מהנפקד החרב אשר הפקיד בידו הגה אם יתנה לו הוא בלתי צדק וראוי אז באותו העת להכחיש הפקדון כדי שלא יהרוג את חברו ועל כן אין ראוי שיאמר לו בהחלט לכל נפקד שלא יכחיש בפקדון כי כאשר יצטרך להכחישו מי יגיד לו אז שיכחיש וז"א "כי כאשר יהיה מי יגיד לו" (ח, ז)...אשר על כן השלם הוא החכם שידע עת ומשפט שאם לא ידע עת ומשפט אין מי שיגיד לו מה שראוי לפעול כפי הצריך בכל זמן כאמור.

באופן פרדוקסלי אנו לומדים מהפסוקים:

ששומר מצוה אינו פועל כלל הפועל שהוא רע מצד עצמו לעולם אף שיהיה לתכלית טוב יען אינו יודע לשער העת והזמן שראוי לפעול הרע והוא מ"ש ששומר המצות אינו יודע כלל הדבר הרע רק לפעול הפעולה הטובה תמיד בכל זמן ולברוח מלפעול הפעולה הרעה בכל זמן ולא יותר אצלו לשנות אפילו מפני השלום וזהו אומרו "שומר מצוה לא ידע דבר רע" (ח, ה) והוא הפועל המצוה לא בדעת ולא בהשכל. אמנם לב חכם ידע להשכיל לפעול הפעולות הטובות כפי הזמן והמקום עם כל שאר

תנאי המעלה וז"ש "ועת ומשפט ידע לב חכם" יר' שהחכם ידע בקרב לבו היות הראוי והנאות לכל פעולה וכן ידע המשפט השכלי מפאת השכל הישר לפעול הפעולות השלמות.

הניתוח הזה מביא את קהלת "לגנות לשומר המצוה בלתי ידיעה כלל רק מצד מצות אנשים מלומדה". "מצות אנשים מלומדה" זו היא אותה מצווה הנעשית על ידי האדם מבלי להתחשב בתנאי הזמן והמקום.

ר' משה אלמושנינו חוזר על רעיון זה פעמים מספר. על הפסוק "אל תהי צדיק הרבה" (ה, טז) מובאת שוב הדוגמא על האשה הטובעת בים, כשהוא מוסיף "ע"ד שארז"ל טובה עבירה לשמה וכו' כי קראה עברה עם היותה לשם שמים מצד היו' הפעולה רעה בעצמה אף שיהי' לתכלית טוב ושלם" (רז, ע"ב). ואם בהלכה כך, קל וחומר במידות: "טוב כעס משחוק שנראה כי הכעס הוא טוב בזמן הראוי" (רג, ע"א).

"שומר מצוה לא ידע דבר רע", כלומר שומר המצווה לא יעשה את "הרע מצד עצמו לעולם אף שיהיה לתכלית טוב". הוא אינו יודע "לשער העת והזמן הראוי לפעול רע". לעומת זאת, "ועת ומשפט ידע לב חכם". כלומר: החכם ידע "לפעול הפעולות הטובות כפי הזמן והמקום עם כל שאר תנאי [המעשה]". החכם יודע בקרב לבו את הפתרון לבעיה, את המעשה הראוי בכל עת וזמן, וזהו סודו של הפסוק המלמד "כי לכל חפץ יש עת ומשפט". פסוקים אלה באים אכן "לגנות לשומר המצוה בלתי ידיעה כלל רק מצד מצוות אנשים מלומדה". היישום הבלתי-מבוקר של החוק הוא המאפיין של "מצוות אנשים מלומדה". שינויים הכרחיים אלה הנולדים בעקבות השתנות הסיטואציות הם תוצאה של מעמד האדם כבעל יצר-הרע וחוטא, "כי אם היו כל האנשים שלמים לא היה צורך כלל לשנות הפעולות הטובות והיה ראוי לאדם לפעול אותם בכל זמן... אך היות שרעת האדם רבה עליו מצד חומרו על כן יצטרך לפעול הפעולות כפי העת והזמן". פעולותיהם של המלאכים אינן פונקציה של הזמן. לא כך האדם, והבנת קשר זה הוא תפקידו של החכם. הקשר שבין ניתוח זה ובין תורת היושר מפורש בספרו הספרדי על "הנהגת החיים", שפרק ממנו מובא ומתורגם בנספח. שם הוא נזקק במפורש למושג *prudencia, phronesis* בלשונו, ולמונח *epieikeia* (או *epiqueia* בתעתיק)²³.

על משמעותם וחשיבותם של דברים אלה נוכל לעמוד כשנשווה אותם לדבריו של רבי שמואל יפה אשכנזי בעל ה"יפה-תואר" בפירושו לויקרא רבה יט, ב. כאן מצאנו ביטוי לעמדה השוללת את הצורך להיזקק לסיטואציה הקונקרטית, בהיותה מושלמת שלימות אינסופית:

לעקור דבר מן התורה: קשה מהי תיתי שיוכלו לעקור דבר מהתורה וכי בידם התורה מסורה לעקור ממנה, ואם לעבור עליה פשיטא שיכולים לעבור על כולה שהרשות ביד האדם. וי"ל שלפי שקצת מן המתפקדים אומרים שדיני התורה ישתנו כפי שינוי הזמנים, כענין הרפואות שמשתנות בהשתנות הזמנים. אבל טענתם הבל כי התורה

²³ על דבריו בפירוש ספר המידות אעמוד א"ה במקום אחר.

נימוס ישר שלם כולל כל הזמנים. לכן אמר שאם מתכנסים כל אומות העולם לא יוכלו לעקור דבר אחד עם היות שינוי בדורות. והביא דוגמא ממקרי דברים הטבעיים כשחרות העורב שעם שהגוון דבר מקרי הנה נשמר טבע זה ולא נשתנה בחילוף הזמנים ואיך תקצר יד ההשגחה מתת ההנהגה תוריית כוללת כל הזמנים מבלי שיצטרך להשניא זמנין ודת. ומענין זה היה ענין שלמה שחשב שלפי חכמתו לא היה צריך ליוהר מריבוי הנשים והסוסים בחשבו כי הוא ירבה ולא יסור ולא עלתה לו נראה מזה שמשפט התורה צדקו יחדיו בכל הזמן.

אין אני יודע מי הם אותם ה"מתפקרים", אולם ללא ספק יש כאן ניצול של המוטיבים שעליהם דיברנו עד כה, ובייחוד ההשוואה עם תורת הרפואה וההדגשה על המקרים שאינם נשמעים לחוק הכללי²⁴. מורגשת כאן הבעייתיות המיוחדת הקשורה בסוגיה שלנו – מעמד הגבולות שבין הסיטואציונליזם לבין ההיסטוריציזם. סוגיא זו תתעורר במלוא חריפותה בתקופה החדשה. בעיה זו תודגם להלן.

יא. המקרה הפרטקולרי במשנתו של ר' מנשה מאיליא

במאמרי הראשון כבר עמדתי על רעיונותיו של הר"ן המוסיף לדין תורה, דין מלכות. בתקופה החדשה חזר לרעיון זה ר' מנשה מאיליא בספרו "אלפי מנשה"²⁵. ר' מנשה חוזר לדון בסוגיית 'שהעמידו דבריהם על דברי תורה':

כתוב בתורה "כי יהיה ריב בין אנשים ונגשו אל המשפט ושפטום", ודקדקתי בו, שהיה לו לומר "אל השופטים", וביארתי שענין המשפט הכללי, הוא ענין מופשט מהחומר, כעין כל דרכי החשבון בכמות ריבוי הדברים, במספר ובמדה... יהיה החומר אבנים יקרות או חול ועפר. וכן הוא הענין בדינים הכוללים, שבין אדם לחבירו... ואילו אמר "אל השופטים" הייתי אומר שהשופטים ידיינו כפי ראות עיניהם לפי איכות הבעל דין, אבל המשפט בעצמו לא ידע משום איכות הבעל דין, על כל פנים משפט הכללי אינו משפט אמיתי לתכלית הטוב, רק להשוות הדיעות ולעשות שלום בעולם.

ועתה אשוב לבאר הפסוק "כבוד אלקים הסתר דבר וכבוד מלכים חקור דבר" (משלי כה, ב) הנה כפי שכתבתי שמשפט הכללי אינו אמיתי לתכלית הטוב ועכ"ז לא ניתן רשות לדיינים, לשפוט הענינים לפי איכותיהם, שע"ז יצא משפט מעוקל, ונתת תורת כל אחד בידו, ואם יאמרו לאיזה דין "למה הטית הדין נגד דעת תורה?" יאמר "כך נראה בעיני לפי איכות הענין שכעת", אבל לשפוט לפי העת נמסר למלכים ושרים, שחכמת אלקים בקרבם לעשות משפט ודינא דמלכותא בזה וכיוצא בו דינא. ועתה נמשיל שאם בא לפני דיינים איזה דין שאחד נותן לחבירו במתנה, למשל אלף

²⁴ קסע זה הושמט מהנדפס במהדורת וילנא אך הוא מובא על ידי הענף יוסף. כידוע, סבלו פירושי המדרש מהשמטות שונות.

²⁵ דפוס ווילנא 1822 (מהד' צילום ירושלים, תשל"ס) מו, ע"א.

דינרי זהב, ולאחר שעה גזל הנותן מהמקבל המתנה שווה פרוטה בוודאי הדין הוא שחייב להחזיר לו... ואם היה בא התובע הזה, לפני איזה מלך ושר, בוודאי יעניש את התובע עונש גדול בעבור העזת פניו... וזהו פירוש הפסוק "כבוד אלקים", שהם דיינים הוא "הסתר דבר" היינו שיעלימו עיניהם מעיקר הענין, רק יפסקו לפי משפט הכללי ו"כבוד מלכים חקור דבר" היינו לחקור אחרי הדברים והתחלותיהם²⁶.

ר' מנשה מאיליא מדגיש שההבחנה בין הפרטי ובין הכללי מקורה אפיסטמולוגי והיא מקבילה להבחנה שבין החושים ובין השכל. על ההבחנה הזו מיוסד העיקר הראשון של השיטה: "ענין טוב ורע", שלפיו "אין דבר בעולם שהוא טוב או רע בהחלט, אלא כל דבר במקומו ושעתו הוא טוב, ושלא במקומו ובשעתו הוא רע" (ח, ע"ב). הוא הדין במידות: כל מידה ראויה היא לשעה מסוימת. מכאן מהותם כ"מידות", כלומר: כנמדדות, ולפיכך "כל עניני העולם הם כאלו תלויים על המשקל, שהטוב האמיתי הוא כשתלוי על מרכז הכובד" והנטייה לצדדים היא הרע.

יב. אל מול ההיסטוריוציזם

את העמדה הסיטואציונליסטית יש להבדיל באופן ברור ומוחלט מהעמדה ההיסטוריוציסטית. את ההבדל הזה אדגים בשימוש שעשה בטקסט הרמב"מי אהרון חורין, ממבשרי הרפורמה הדתית המודרנית. בחיבורו על עיקרי הדת (עמק השוה, חלק ראש אמנה, לז, ע"א) הוא כותב, שהתורה לא השגיחה רק על התיקון הכולל על הרוב, ואם לפעמים בזמן מן הזמנים לא יספיק התיקון הכולל, אשר נמנע שישקיף כל המקריים החלקיים, מסרה התורה לחכמי זמן וזמן לתקן הפרטים.

התחלת הקטע מתאימה לדברים שראינו עד עכשיו. הסיפא של הדברים שונה לחלוטין. היא מודרכת מהרעיון שהפרטים אינם חלק של ההתגלות, אלא תוצאת קביעתם של החכמים. מכאן שהפרטים הם בעלי חלות יחסית לחלוטין וחייבים להיות מותאמים לרוח התקופה. מכאן קריאתו לבני ישראל "ליסד בציון אבן בוחן פנת יקרת מוסד במשפט לקו וצדקה למשקולת לפי צורך הזמן והמקום והדור" (דבר בעתו, עמ' 75). וכך הוא מזהה ב"ילד זקונים" בין ההתייחסות למקרה הקונקרטי החריג לבין סמכות החכמים לשנות את ההלכה לאור הזמנים המשתנים. למותר להדגיש את המרחק הרב הקיים בין הרעיון המקורי של הרמב"ם

26. הרבה מהמוטיבים שמצאנו קודם חוזרים בדינו של ר' מנשה. נתוסף עליהם רעיון היסטוריוציסטי שלפיו קביעת ההלכה במחלוקת בין שתי גישות תלויה לפעמים בנסיבות היסטוריות: "שהיה יכול לטהר את השרץ בק"ן טעמים... שבכל ענין שיאמר עליו שהוא רע אינו בהחלט ובוודאי יש לזה עת או עתים לטובה, אך הם רעים ומזיקים לרוב הנהגת העולם, וכפי זה התלמיד שהראה ק"ן אופנים לטהר את השרץ, היינו מקומות שהשרץ הוא טוב ומועיל, עכ"ז ידע שהוא טמא ומשוקץ ברוב הזמנים והעתים". שוב מובא פה דגם הרופא המשתמש בסמים שבדרך כלל מזיקים (אלפי מנשה, מס ע"א). דבר זה נכון לגבי המשפט, אך גם לגבי המצוות השמעיות, והמידות: "בשם הגאון זללה"ה מוילנא... שבכל מדה, יש בה עתים לטובה". לפי העיקרון הסיטואציונליסטי מוסברת עצם קיומה של מחלוקת בהלכה מסביב לאופציות האפשריות או "שני חלקי הסותר" - לשון הלקוח מתורת ההגיון בימי הביניים.

לבין השימוש ההיסטורייסטי הנעשה על-ידי אהרן חורין. אך על זה אעמוד אי"ה במקום אחר.

יג. הוראת-שעה במשנתו של הראי"ה קוק

סכנה זו הובנה יפה על-ידי הראי"ה קוק. הראי"ה מדגיש חזור והדגש את נחיצותה של הוראת-השעה. הוא הדגיש בכתביו ההלכתיים שיש הוראות-שעה תמידיות החלות עלינו בענייני כלל ישראל: "מיהו הדבר מצד עצמו מסתבר, דאין לך הוראת-שעה כ"כ נחוצה ראוי' להורות לעבור על דברי תורה כמו הצלת כלל ישראל"²⁷. אנו חייבים אפוא להיזקק לעיקרון של הוראה-השעה, אך להיות מודעים לתוצאות הטרגיות של אי-ההיזקקות לה. אלא שאז העם פותר את אי-ההתאמה בין המעשים לבין התכליות בדרך אחרת:

לפעמים כשיש צורך בהעברה על דברי תורה, ואין בדור מי שיוכל להראות את הדרך, בא הענין על ידי התפרצות. ומכל מקום יותר טוב לעולם שיבוא ענין כזה על ידי שגגה. ובזה מונח היסוד של "מוטב שיהיו שוגגין ואל יהיו מזידין". רק כשהנבואה שרויה בישראל אפשר לתקן ענין כזה על ידי הוראת שעה, ואז נעשה תיקון בדרך היתר ומצוה בגלוי. ועל ידי סתימת אוד הנבואה, נעשה תיקון זה על ידי פרצה ארוכת זמן, שמדאבת את הלב מצד חיצוניותה, ומשמחת אותו מצד פנימיותה²⁸.

יד. סיום

אסיים את סקירתי זו בהערה המתבססת על טקסט מתחום אחר לחלוטין, בבחינת "ממרחק תביא לחמה". ואם כי אין אני יכול לטעון לבסיס פילולוגי-היסטורי להערת זו, נדמה לי שהיא יכולה ללמד אותנו משהו. בספר "חיי הנביאים" האפוקריפי מסופר שנתן

27. משפט כהן, סימן קמג, עמ' שח.

28. ערפלי טוהר (ירושלים, תשמ"ג) סו. תיקנתי את הטקסט על פי המהדורה הראשונה.

הראי"ה אכן מסביר את דבריו של הרמב"ם לאור העקרונות החינוכיים-פוליטיים שעליהם עמדנו לעיל: "אמנם עיקר הכל תלוי לדבריו בהכרת אלהיותו של התורה. והיה אפשר לשנות איזה דבר אם רואים שהזמן מרשה או מכרית, אבל הדבר יביא לחשוב שהתורה אינה אלקית. וזה עוקר יסוד הכל. על כן הכל קיים לעד, והשינוי הוא אפשרי רק על פי תנאים מיוחדים. הוראת שעה שבאה מגביא או בית דין וכיוצא בזה. אלה התנאים ערבים הם שלא יצויר על ידי ביטול חלקי ושינוי פרטי שאין התורה אלקית, ותשפיע תמיד באור חייה על האומה והעולם". (שם, עמ' כב-כג). דברים אלה משלימים את הבנת שיטתו של הראי"ה, שהיא היסטורית אך אנטי-היסטורייסטית. בקטע הקודם הסביר הראי"ה שאם כי הקורבנות נולדו בסיטואציה היסטורית מסוימת, בזמן מתן-תורה, אין לגזור מכאן מסקנות היסטורייסטיות ואנטינומיסטיות. הבריאה היא תופעה היסטורית, אך היא קובעת את החוקיות הטבעית; הוא-הדין למתן תורה ונבואתה של משה: "מפני שהנצח התורי במאורע של מתן תורה בעצמו הוא תלוי, ומה שהיה אז - מחויב, חוק הוא ולא יעבור" (שם, עמ' כב).

הנביא צפה ברוח הקודש את חטאו של דוד עם בת-שבע, ויצא מביתו בגבעון כדי להניא את המלך מחטאו²⁹.

אולם השטן (בליעל) מנע ממנו את זאת. היאך? נתן מצא בדרכו גופתו הערומה של הרוג, ובהיותו עסוק במילוי חובתו, נודע לו – בכוח נבואתו – שהמלך כבר חטא. דרכו היתה כבר ללא תכלית, ובפחית-נפש חזר לגבעון. לאחר-מכן, כאשר דוד גרם כבר למותו של אוריה החתי, נתן חוזר לירושלים בשליחות הקב"ה, כדי להאשים ולהרשיע אותו.

אין אנו יכולים לדעת בבירור את ייחוסו של הספר, אם כי ייתכן שעריכת הספר כשם שהיא לפנינו היא נוצרית, ללא ספק נשתמרו בו מסורות יהודיות קודמות; ולבי אומר לי שאגדה זו על נתן הנביא נולדה דווקא במסגרת יהודית. המעשה שלפנינו מתבסס, ללא ספק, על מצוות "מת מצווה" שחשיבותה ומרכזיותה היא מן המפורסמות שאינן צריכות ראיה. היא מבטלת מצוות רבות אחרות, קלות כחמורות. הסיפור אכן מלמד אותנו, שלפעמים השטן איננו יכול ללכוד אדם על-ידי אחד מפיתוייו היצריים המקובלים, ואזי הוא משתמש במצווה, כשם שהיה הדבר עם ענוותנותו של ר' זכריה בן אבקולס שלפי דברי ר' יוחנן "החריבה את ביתנו ושרפה את היכלנו והגלתנו מארצנו" (גיטין נו, ע"א). נסיונו זה של נתן הנביא היה אחת מאותן ההזדמנויות, שבהן האדם חייב לסטות מדרך הרוב ולעשות "עבירה לשמה" – לקיים מה שנאמר "בכל דרכיך דעהו".

²⁹ ראה C. Ch. Torrey, *The Lives of the Prophets, Greek Text and Translation* (Philadelphia, 1946) 45.

נספח: ר' משה אלמושנינו
 על הנהגת החיים – מאמר שלישי פרק שלישי

DEL REGIMIENTO DE LA VIDA

Tratado Tercero – Capítulo Tercero

Se declara el medio en quanto a la justicia legal,
 en sus extremos.

En la justicia legal está tambien visto como sea virtud, y medio entre sus extremos, por que siendo la justicia legal justicia universal, como tenemos dicho, la qual comprehende todas las otras fuentes de justicia, y aun todas las otras virtudes que todas estan comprehendidas en la Ley luego los extremos de todas las virtudes, y de las otras partes desta virtud se podrá dezir ser sus extremos della, por que la Ley es medio, y igualdad de todos los extremos, y todas las virtudes como tenemos dicho.

Y de otra suerte se pueden tambien conciderar todos sus extremos, sabiendo la essencia de la Epiquea, la qual no difiere en genero de lajusticia, mas antes se puede con razon dezir ser la mayor, y másexcelente parte della; por que la justicia es conciderada, y tomada contodas sus circunstancias.

Y para que la entiendas has de saber, que como sean las particularidades que estan debaxo de razon de justicia, que se inovan continuamente, infinitas, que no basta ingenio humano para comprehenderlas, por tanto ninguna Ley pone las cozas en particular, que seria un nunca acabar, salvo enseña reglas universales, por cuya cauza nos encomendó la S.S. quando se encubriere de ti coza a el juizio ec. vendrás a los sacerdotes, y a el juez que fuere en aquellos dias ec.(Deut.17) viendo que no bastan las reglas universales para juzgar con ellas la cozas particulares, y no solo esto, si no que quando escriviesen, tostos los juezes que succedieron depues de la data de la Ley, no seria bastante para quel quier cazo particular que se inova, si el juez del mismo tiempo que se inova no la comensura bien, y la juzga conforme a el tiempo, y sugeto, con todas las circunstancias que se requieren, por esto encomendó que fuesen a el juez que prezidiere en aquellos dias, que se inova la tal coza; que por fueren las particularidades infinitas las dexó a la estimatiba del juez.

Y a las vezes succederá que paresca que el juez juzga contra las reglas univer-

sales que estan escriptas en la Ley, que bien conciderado no se déve dezir ser aquel jugado contra la Ley, mas antes seria contra la Ley el dexarlo de hazer, como por exemplo, uno que viere a otro que blasfema, es licito el matarlo, y qual quier que lo matare tendrá premio, y aun que la Ley dize expresamente **Nó mates**, conciderando el acto que aquel haze, es licito matarlo. De la misma manera nos enseñan N. S. que conviene hazer algunas cozas en algunos tiempos que la Ley en universal no permite que se hagan pero segun el tiempo, y el lugar que conviene hazerlo no se entendió en aquello la dicha regla, como vemos que la Ley nos ordena, y con grandes penas protesta la observancia del Sabath, y N. S. nos enseñan, que conviene que no lo guardemos quando fuere para asistir a algun enfermo, o a alguno que esta en peligro de muerte, mas antes ordenan, que se le haga todo lo que le fuere necesario por mano de los mayores de Israel, que en todo se deve de hazer segun el tiempo, y el lugar que conviene. De manera que aun que a el hombre le parezca que el Juez vá contra las reglas universales, no deve dexar de seguir lo que el juez, conforme el tiempo, jugare, que por todo esto dixo nuestra Ley, por la Ley que te enseñaren y por el juicio que te diran, no te apartes de lo que te dixeren, a derecha ni a esquierda. (Deut.17) Y declaran N. S. que quiere dezir aun que te digan que la derecha es esquierda, y la esquierda que es derecha. Y és digno de ponderar, por onde sacaron N. S. esta gloza, que por el literal del texto parece que quiere dezir, que no nos apartemos del camino que nos enseñaren a una ni a otra parte.

Pero N. S. vieron que si el texto se huviese solo de entender por la superficie, no necesitava dezirlo; por que ya en las primeras palabras por la Ley que te amostraren, estava comprehendido; y más que en dezir no te apartes de la coza que te dixeren, bastava; por que en no apartandose de ella és cierto que nó inclinarian a ninguna parte; por cuya cauza tuvieron lugar de glozár, que lo que dize, **derecha, y esquierda, quiere dezir, aun que te digan que és esquierdo lo que a ti te parece derecho etc.** que todo lo que el Juéz dixere, siendo jugado conforme a el tiempo, y la particularidad de la coza, con todas sus circunstancias, como conviene, aquello es la verdad; y esto se puede dezir que sea lo que dixeron N. S. que se haze compañero de D. B. **jugando la verdad a su verdad;** que en segunda intencion podrá ser que sea el conformar el juicio particular, que es la verdad, conforma a el tiempo, con la regla universal, que es su verdad universal.

Y por esto acriminan N. S. el pecado del juez que se pone a jugar sin haver alcanzado la suficiencia que para ello se requiere, a tanto que dizen; que el

que deputa en una republica un juez que no és suficiente, és como si plantase un arbol de idolatria;(Sent. de N. S.) y dizen más que lo que dize el texto, muchos matados hizo caer etc, esto es el principiante que no tiene suficiencia para juzgar, y juzga; por que como és necesario que el juez tenga grande prudencia para saber conciderar la verdad particular de la coza, con todas las circunstancias que se requieren el que no fuere sabio, y prudente, y quiziere juzgar por solas las reglas universales, con este juzgado destruye el mundo, pues no sabe juzgar lo que se requiere, y conviene juzgar en el tiempo en que se halla; y a este llaman N. S. חסיד שוטה, hassid soté, y ponen un exemplo muy conforme a lo que tenemos dicho, diciendo, que es como el que ve ahogar una muger en la mar, que dandole la mano la puede escapar, y no lo quiere hazer, por que tiene por regla universal ser prohibido tocar, o mirar la cara de una muger, lo qual es yerro manifesto; por que el verdadero juez déve conciderar que a quella regla universal no se deve entender en aquel tiempo, y juzgará con prudencia que de los dos inconvenientes se deve escojer el menór; por donde verá que mayor pecado será dexar de escapar aquella muger, pues estava en su mano el hazerlo, que el mirarle la cara, ni tocarla; pues héra a fin de darle la vida.

En abono de todo esto dixo el Rey David; hora para hazer a A. baldaron tu Ley; que quiere dezir, quando baldaron la Ley de Dios, que son aquellas reglas universales, que en ella nos estan encomendadas, no se dirá a la verdad que se quebrantan, mas antes que es hazer la voluntad de Dios, pues la ocazion assi lo requiere; y és como si dixese, quando baldan a tu Ley, hora es para hazer por A.

Y con esto que tenemos dicho, acerca de la Epiquea, aun que muy brevemente, más de lo que se requiere, está bien visto que conforme a ella, en segunda concideracion se dir ser la Justicia legal medio entre dos extremos, de demazia, y falta; el qual medio es juzgár conforme a el tiempo particular; y segun esto seran los extremos demazia, y falta; que la demazia será dar la pena, o castigo a el delinquente, más de lo que conviene, conforme al tiempo, y el pecado, con todas las otras circunstancias. Y la falta será el dar menos pena de lo que conviene, segun la regla particular; y de la misma manera lo que conviene saber tocante al conocimiento desta virtud, conforme a lo que tenemos dicho sobre las otras virtudes, que con esto podras bien comprehender todo quanto sobre esta materia se puede dezir; por que con lo que havemos dicho está visto ser esta virtud tan sublimada que no seria posible que el mundo se pudiese sustentar sin ella, por que no pueden dos hom-

bres vivir uno en compañía de otro, aun que sean los más malos del mundo, sin ella, quando todas las otras faltaren, que aun los que son conformes a hazer con otros injusticia, no se pueden conformar sin justicia; y es tan necesaria en el mundo, que dizen N. S. que Mosseh Nuestro Maestro entregó su vida por la justicia, y otras muchas cozas escribieron mostrando las utilidades que de ella se siguen a una republica, por cuya cauza no me dilatare más aqui, por que con lo que havemos declarado es bien notoria ¹¹

על הנהגת החיים

מאמר שלישי, פרק שלישי

בו מוסבר האמצע בצדק החוקי, בקצוותיו.

גם הצדק החוקי נראה כמדה טובה ואמצעי בין קצוותיו. בהיות הצדק החוקי – כפי שאמרנו – צדק אוניברסלי הכולל את המקורות האחרים של הצדק ואף את כל המידות הטובות, שהרי כולן מוכללות בחוק, ניתן לומר שקצוותיהן של המידות ושל חלקיו האחרים הם גם קצוותיו של הצדק. החוק הוא אמצע ושוויון בין כל הקצוות וכל המידות כפי שאמרנו. גם מבחינה אחרת ניתן לדון על הקצוות, ביודעינו את מהותה של האפיקיאה, שאינה שונה בסוג מהצדק. זאת ועוד, בצדק ניתן לומר עליה [על האפיקיאה] שהיא החלק הגדול והמעולה, שהרי [על ידה] הצדק נידון ונלקח בכל תנאיו. כדי שתבינה, עליך לדעת שכל הפרטים [הכלולים] מתחת למושג הצדק, מתחדשים ללא הרף, [והם] אינסופיים מבלי [שיהא סיפק] בידי המצאה אנושית לכוללם יחד. אי לכך שום חוק לא יוכל להניח את הדברים בפרטיותם, דבר שאין לו סוף, [ונזקק] ללמדנו כללים אוניברסליים. מסיבה זו פקדו עלינו כתבי הקודש "כי יפלא ממך דבר למשפט... ובאת אל הכהנים הלויים ואל השפט אשר יהיה בימים ההם" וכו' (דברים יז, ח-ט). לא זו בלבד שהכללים האוניברסליים אינם מספיקים לדון על הדברים הפרטיים, אלא שאף אם יכתבו כל [המשפטים] שארעו זה אחר זה מאז מתן תורה, לא היה זה מספיק [לדון] בכל מקרה פרטי מתחדש, אם השופט אשר יהיה בזמן בו הדבר מתחדש לא ישקול נכונה, ולא ישפוט בהתאם לזמן, לנושא, ולכל התנאים המקריים הנדרשים. לפיכך הופקד בידי השופט אשר יהיה ממונה בימים ההם שיחדש דבר זה. בהיות הפרטים אינסופיים השאיר אותם לכוח המשער של השופט.

לעתים נראה שהשופט שופט כנגד הכללים האוניברסליים הכתובים בחוק, אולם בשיקול נכון אין לומר שאכן נשפט נגד החוק. להיפך, ניגוד לחוק היה אילו חדל מלעשות זאת. כך לדוגמא, דמו של המגדף הותר למי שיראנו, והשבח להורגו, אף אם התורה אמרה במפורש "לא תרצח". בדומה לזה למדונו חז"ל שמן הראוי לעשות דברים מסויימים למרות שהחוק באופן כללי איננו מרשה לעשותם, אלא שראוי לעשותם, מכיוון שבגין המקום והזמן לא הוכללו באותו החוק. כך רואים אנו שהחוק, בעונשים חמורים מצווה על שמירת שבת, אך חז"ל הורו שלא נשמרה, אם עלינו לסעוד חולה או אדם הנמצא בסכנת נפשות. לא זו בלבד, אלא שמצווים אנו לעשות כל מה שיהיה הכרחי לעשות, דווקא על ידי גדולי ישראל, שהרי הכל יש לעשותו לפי הזמן והמקום המתאימים. מכאן שאף שיראה שהשופט הולך כנגד הכללים האוניברסליים, לא ימנע האדם מלהמשך אחרי מה שהשופט שופט, בהתאם לזמן. בגין כך אמרה התורה, "על פי התורה אשר יורוך ועל המשפט אשר יאמרו לך תעשה לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל" (דברים יז, יא). ואמרו חז"ל שרצונה לומר, אפילו אומר לך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין.

מן הראוי לשקול מנין הוציאו חז"ל פירוש זה, שהרי לפי פשט הכתוב נראה שרצונו לומר שלא נסור מהדרך לצד זה או אחר. אולם ראו חז"ל שאילו היה עלינו להבין את הכתוב [ימין

ושמאל] בשטחיותו, לא היה כלל צורך לאומרו, שהרי דבר זה מובן כבר ברישא "על פי התורה אשר ירוך", קל וחומר בהמשך: "לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך". שהרי כשאין אנו סרים ממנה אין אנו נוטים לצד כלשהו. לפיכך היה עליהם לפרש "ימין ושמאל" כלומר אפילו אם יאמרו לך שמאל, על מה שנראה לך ימין. כל מה שיאמר השופט, ישפט בהתאם לזמן ולפרטיות הדבר על כל תנאיו המקריים, כראוי. זהו האמת. על [ענין] זה ניתן לומר מה שאמרו חז"ל [שהדיין] נעשה שותף לקב"ה בהיותו דן דין אמת לאמיתו (שבת י, ע"א). שהרי בכוונה שנייה יוכל להיות שהמשפט הפרטי שהוא אמת בהתאם לזמן, יותאם אל הכלל האוניברסלי, שהוא 'אמיתו' האוניברסלית. לפיכך מגנים חז"ל את חטאו של השופט שאינו ראוי להוראה ומורה, עד כדי אמרם שכל המעמיד דיין על ציבור שאינו הגון כאילו נוטע אשירה בישראל (סנהדרין ז, ע"ב), ומוסיפים על הכתוב באמרם 'כי רבים חללים הפילה' וכו' (משלי ז, כז), זה תלמיד חכם שלא הגיע להוראה ומורה (סוטה כב, ע"א). מן ההכרח שהשופט ינקוט זהירות רבה לשקול את האמת הפרטית שבדבר על כל תנאיו המקריים הדרושים. מי שלא יהיה חכם וזהיר וירצה לשפוט על פי הכללים האוניברסליים בלבד, הריהו מחריב את העולם, שהרי אינו יודע לשפוט מה שנדרש, לפי הזמן בו הוא מצוי. על כגון זה אמרו חסיד שוטה, והמשילו על זה בדומה למה שאמרנו, מי שראה אשה טובעת בים ויכול לתפוש בידה ולהצילה ואינו עושה זאת, היות וכלל אוניברסלי הוא בשבילו שאין להסתכל בפניה של אשה. וזו טעות ברורה, כי השופט האמיתי ישקול את הכלל האוניברסלי אם [אמנם ראוי] שיוקח בחשבון באותו הזמן, וישפוט בזהירות כך שמשתי [התוצאות] הבלתי מתאימות תבחר הקטנה ביותר. או אז יראה שחטא חמור יותר יהיה להמנע מלהציל אותה אשה. בידו היה לעשות זאת, [אף אם היה עליו] להסתכל בפניה ולנגוע בה, שהרי היה זה כדי לתת לה חיים. לסמוך כל זה אמר דוד המלך "עת לעשות לה' הפרו תורתך" (תהלים קיט, קכו), כלומר: כאשר "הפרו תורתך", דהיינו: אותם הכללים האוניברסליים שעל ידה נצטוונו, לא יאמר אליבא דאמת שהופרו, אלא שזה לעשות רצון ה'.

כך, אמרנו על האפיקיאה, למרות הקיצור, יותר מן הראוי. מכאן שעל פיה בכוונה שנייה, יאמר שהצדק החוקי הוא אמצע בין שתי הקצוות, יתר וחסר. האמצע ישפט בהתאם לזמן הפרטי. היתר יהיה להעניש פושע יותר מהמתאים לזמן ולחטא וליתר התנאים המקריים. החסר, להעניש פחות מהראוי, על פי עקרון פרטי. כך, מן הראוי לדעת בנוגע לידיעת המידה הזו, מה שאמרנו על המידות האחרות. מתוך כך תוכל להבין כל מה שניתן לומר על נושא זה. שהרי במה שאמרנו הוכח כבר, שמידה זו כה מעולה היא, שבלעדיה אין לעולם קיום. אפילו שניים לא יוכלו לחיות איש עם רעהו, ואף אם יהיו אלה הרעים שבתבל. אף כאשר יתר המידות יחסרו, ואף אם יהיו מוכנים לעשות עוול איש לרעהו, לא יוכלו אלה לוותר על הצדק. אמרו חז"ל שמששה רבינו מסר עצמו למיתה (ברכות לב, ע"א) כדי ללמדנו שהכרחית היא לעולם. דברים רבים נוספים כתבו להורות הכרחיות הצדק למדינה, מסיבה זו לא ארחיב את דברי כאן. מעלתו הובלטה היטב בנאמר.