

# על כללים וטעמים במשפט ובהלכה: מסגרת מושגית חדשה לעיון בטעמי המצוות וההלכות

יאיר לורברבוים

## הקדמה

בדורות האחרונים הוגים ודרשנים, רבנים ובעלי הלכה, מסתייגים מייחוס טעמים למצוות ולהלכות. הסתייגותם נעוצה בכמה השקפות והלכי רוח רליגיוזיים, הכרוכים לעיתים זה בזה. לפי השקפה אחת, טעמי המצוות נעלים מן ההשגה, כדברי ר' חיים מוולוז'ין ב'נפש החיים': 'טעמי מצוות עד תכליתם, לא נתגלו עדין לשום אדם בעולם, אף למשה רבינו עליו השלום'.<sup>1</sup> לצידה רווח הלך רוח שלפיו טעמי המצוות אינם רלוונטיים מפני שמהותם של החיים הדתיים-ההלכתיים היא שעבוד לקב"ה ('קבלת עול מלכות שמיים'), כלשון ר' יעקב בעל הטורים: 'אין אנו צריכים לבקש טעם למצוות כי מצות מלך הם עלינו [אף לא נדע טעמן]'.<sup>2</sup> לשני אלו מצטרפת ברגיל

\* מחקר זה נתמך על ידי הקרן הישראלית למדע, מענק מחקר מס' 672/19. אני מבקש להודות לחבריי: סימון ארזי, זיו בורר, יובל בלנקובסקי, בני בראון, חיים גנו, לוי קופר, יותם קפלן, חיים שפירא ועדיאל שרמר, וכן לקוראים אנונימיים מטעם כתב העת 'מחקרי ירושלים במחשבת ישראל', על הערותיהם לגרסאות קודמות של המאמר הזה. המאמר זכה בפרס תיגר למאמר מצטיין בחקר המשפט העברי לשנת תש"פ.

1 ר' חיים מוולוז'ין, נפש החיים, שער א, פרק כב (בני ברק תשמ"ט, עמ' עב). את ההשקפה הזאת כיניתי במקום אחר: דתיות הלכתית של מסתורין והשגבה. הראשון ששכלל את ההשקפה הזאת היה הרשב"א, ראו י' לורברבוים, 'האמנם קבלת הרמב"ן היא ידע סגור?' ציון פב (תשע"ז), עמ' 340–347; הנ"ל, 'כתב הוויכוח עם הנוצרים לרשב"א: עיון מחודש', ציון פד (תשע"ט), עמ' 59–86, בעמ' 81–85, ובמיוחד: הנ"ל, "'רחבה מצוותך מאוד", הרשב"א וכינונה של דתיות הלכתית של מסתורין והשגבה', מחשבת ישראל ב (תשפ"א), עמ' 250–333, Y. Lorberbaum, 'The Rise of Halakhic Religiosity of Mystery and Transcendence', *Dine Israel* 36 (2020), pp. 1\*–49\*

2 טור, יורה דעה, סי' קפא, וראו י' לורברבוים, 'על הסתייגות מטעמים בשיח ההלכתי: הפולמוס על אודות טעם האיטורים להשחית את פאת הראש והזקן', מחקרי ירושלים במחשבת ישראל כה

הסברה שטעמים חותרים תחת תוקפן של המצוות וההלכות ועלולים להביא לזלזולן, כלשון מאמר תלמודי ידוע בבבלי סנהדרין: 'שתי מקראות [לא ירבה לו (המלך) נשים/סוסים] נתגלו טעמן, נכשל בהן גדול העולם [שלמה המלך]', שבעקבותיו הטעים הרמב"ם בסוף 'ספר המצוות' כי טעמי המצוות עלולים לגרום ל'הפסד יושר הדת [המצוות]', ולכן 'הסתירים האל יתעלה'.<sup>3</sup>

הנתק שהשקפות והלכי הרוח האלה קובעים, ביחד ולחוד, בין המצוות לבין טעמיהן, מטה את בעליהם, דרך כלל בלי משים, לראיפיקציה (החפצה) של הכללים ההלכתיים. ראיפיקציה היא השקפה ההופכת את המצוות לעצמים (היפוסטוזות). לדידה, הכללים ההלכתיים דומים לחוקי טבע שאין – ולא צריכות להיות – להם תכליות והצדקות. הם בפשטות קיימים.<sup>4</sup> מן ההחפצה הזאת נמשכת הסברה שייחוס טעמים למצוות הוא עניין לפילוסופים בלבד, שהשערותיהם חיצוניות להלכה. במילים אחרות, שהטעמים אינם חלק ממה שהרמב"ם כינה 'מדע ההלכה',<sup>5</sup> אין להם תפקיד בהחלת הכללים ההלכתיים ובפרשנותם. הואיל והטעמים הם מחוץ לגבולות השיח ההלכתי הם אינם מעניינם של בעלי ההלכה. אף יש מהם הרואים בייחוס טעמים למצוות נטייה קלוקלת, שכן הוא מלמד על כוונה לזלזל בהן, כלומר להשתחרר מעולן. לפי ההוגים ובעלי ההלכה האלה, כך נתפסו טעמי המצוות מאז ומתמיד – בתורה, במשנה ובתלמודים, ובספרות ההלכה בימי הביניים.

פילוסופים, וכן משפטנים ובעלי הלכה אחרים, סבורים אחרת. לדידם, כללים

(תשע"ח), עמ' 45–102, בעמ' 74–80.

3 בבלי, סנהדרין כא ע"ב, וספר המצוות לרמב"ם, לא תעשה, שסה (מהדורת העליר, ירושלים תש"ם, עמ' קפט). לדיון בהסתייגויות האלה מטעמי המצוות, שלעיתים הן שלובות זו בזו, ראו 'לורברבוים, 'דתיות הלכתית של מסתורין והשגבה, דתיות הלכתית של ציות ושעבוד, והסתייגויות אחרות מטעמי המצוות וההלכות', דיני ישראל לב (תשע"ח), עמ' 69–114.

4 res בלטינית הוא דבר או עצם, ו־reification היא הפיכת כינוי או מונח לעצם (מוחשי או מופשט). לעיתים החפצה הופכת דבר מופשט לממשי, ולעיתים היא החפצת שם או תכונה. משמעות המונח ראיפיקציה בהקשר המרקסיסטי, הנוגעת להחפצה של יחסי כוח חברתיים, אינה מענייננו כאן. החפצה של חוקים מנותקת לעיתים מן ההסתייגויות מטעמים שמנתי לעיל. להחפצה של כללים זיקה הדוקה לריאליזם הלכתי, ראו 'לורברבוים, 'ריאליזם הלכתי', שנתון המשפט העברי כו (תשע"ב–תשע"ג), עמ' 1–70. עם זאת, לא כל ריאליזם הלכתי יסודו בשלייה של טעמים, ואכמ"ל. הרושם שכללים משפטיים והלכתיים הם כמו חוקי טבע או כמו ישויות פיזיות ריאליזם נתמך במספורות משפטיות והלכתיות שאובות מהעולמות האלה, כגון חלות (של כלל או של איסור [אין איסור חל על איסור]), פקיעה, תפיסה, ניתוק (גט), ועוד. ראו מ' זילברג, כך דרכו של תלמוד, ירושלים תשכ"ד, עמ' 6–7.

5 מורה הנבוכים, פתיחה לחלק א (תרגום שורץ, תל אביב תשס"ב, עמ' 12), עיי"ש ההבחנה בין 'מדע ההלכה' לבין 'חכמת התורה לאמיתה'.

משפטיים שונים שוני קטגורי מחוקי טבע, בין השאר, מפני שהם מושתתים על טעמים, כלומר על תכליות והצדקות.<sup>6</sup> עיונים פילוסופיים, במיוחד מהדור האחרון, הראו כי הגם שנפרדות חלקית של חוקים מטעמיהם חיונית ליעילותם, טעמים הם נשמת אפם של כללים משפטיים. להלן אראה כי התובנות העולות מן הדיונים הפילוסופיים האלה זורות אור חדש על זיקתן של המצוות וההלכות לטעמיהן. זאת ועוד, הן מבהירות כי טעמים הלכתיים שנדמה שהם אינם 'טעמים' אלא נימוקים מסוג אחר, מבליעים טעמים מסוגים שונים. את הטענות האלה אסביר ואדגים בהקשרים הלכתיים וספרותיים מגוונים. לניתוח שאציע חשיבות מכרעת להבנת גלגוליה של ההלכה ולזיהוי תמורות שהתחוללו במבני העומק של השיח ההלכתי במהלך הדורות.

מאמר זה בוחן אפוא בחינה ביקורתית הנחות יסוד לא מודעות, או מודעות למחצה, הרווחות בסוגיית טעמי המצוות וההלכות בדורות האחרונים. הוא מציע לה תשתית מושגית חדשה, שתצביע על הזיקה האמיצה בין המצוות וההלכות לבין טעמיהן בספרות היהודית הקנונית: בפרקי החוק בתורה, במשנה, בסוגיות התלמוד וב'משנה תורה' לרמב"ם. לביסוסה של תשתית זו נדרשים בירורים פילוסופיים שקוראים טיפוסיים של מחקרים במדעי היהדות ובהלכה אינם מורגלים בהם. תקוותי שההמשגות הנוקדניות והמופשטות שאציע בחלקו הראשון של המאמר יצמיחו, בחלקו השני, תובנות על אודות טיבם של טעמים בהלכה בכלל, ובהנמקה ההלכתית בפרט. התובנות האלה עשויות לתרום לדיון הפילוסופי-התורתי-משפטי (היוריספרודנטי) הזה עצמו.<sup>7</sup>

להכרה שכוחם הנורמטיבי של כללים מחייבים נעוץ בטעמים שביסודם חשיבות בכמה מישורים – פילוסופי-מושגי, תיאולוגי, פסיכולוגי, אנתרופולוגי-סוציולוגי ונורמטיבי-מעשי – הכרוכים ברגיל זה בזה. בסעיף א אתמקד במישור המושגי, ודרך הילוכי אעיר על המישור הפסיכולוגי.<sup>8</sup> בחלקו הראשון של הסעיף אציע הערות מקדמיות על אודות טעמים רגילים לפעולה ועל כללים כטעמים לפעולה (א 1–2). מטרתיהן של ההערות האלה הן שתיים: להראות כי כללים מחייבים מושתתים על

6 ההבדל הזה מצטרף להבחנה בסיסית אחרת: חוקי טבע מתארים (דסקריפטיביים), ואילו חוקים משפטיים ומוסריים מצווים (פרספקטיביים). ראו לורברבוים, ריאליזם הלכתי (לעיל הערה 4), עמ' 7–8.

7 בירור היחס בין כללים לטעמים זורה אור על מכלול סוגיות בתורת המשפט, ועל מגוון רחב של תופעות משפטיות והלכתיות. כדי שלא להעמיס על הקוראים מעבר למידה, תובנות שהן צדדיות לקו הטיעון המרכזי הוצעו בקצרה בהערות שוליים.

8 על המישור התיאולוגי, ראו לורברבוים, דתיות הלכתית (לעיל הערה 3).

טעמים, מצד אחד, ולהצביע על המובן שלפיו כללים נפרדים מטעמיהם, מצד שני (א) (3). הערות ראשוניות אלו ישמשו מבוא להסברים עמוקים ומעודנים יותר בחלקו השני של הסעיף. יוסף רו הציע הסבר פורץ דרך לכוחם הנורמטיבי של כללים מחייבים, ולהבדל בינם לבין טעמים רגילים לפעולה.<sup>9</sup> רו רואה בכלל מחייב שילוב של מה שהוא מכנה 'טעם פעולה מסדר ראשון' עם סוג של 'טעם מסדר שני', שאותו הוא מכנה 'טעם מוציא'. חיים גנו, השותף לרעיון שכללים נשענים על טעמים, ביקר את הסברו של רו, ובמיוחד את הרעיון שכללים הם (גם) טעמים מוציאים, לדעתו תאור כלל כטעם מוציא מטשטש הבדל חשוב בין סוגים שונים של כללים. גנו מראה כי כללים מחייבים משלבים טעמים רגילים (מסדר ראשון) בלבד, ברם מסוגים שונים: טעמים הקשורים לפתרון הספציפי שהם מספקים למקרה שהם חלים עליו, וטעמים גלויים, ובכללם טעמים מערכתיים, המסייעים לתפקודם התקין והיעיל של גופי חוק, ולעיתים של מערכת המשפט או ההלכה בכללותה. הם מקדמים, למשל, ודאות ויציבות, והם מגבילים את שיקול הדעת של שופטים ופוסקים. המשותף להסבריהם החלוקים של רו ושל גנו הוא ששניהם מלמדים כי כללים מחייבים עומדים על טעמים מסוגים שונים.

בסעיף ב אתמקד במישור המעשי באמצעות דיון במקרים חריגים (מקרים קשים). מקרים קשים, שהם אתגר הן למחוקקים הן לשופטים ולפוסקי הלכה, ממחישים כי טעמים הם הכוח המפעם בכללים מחייבים. דיון זה מראה כי הוויכוח בין משפטנים לבעלי הלכה בדבר דרך הטיפול במקרים קשים – בין גישה פורמליסטית (הדבקה במקרים האלה בלשון הכללים) לבין גישה נון-פורמליסטית (הסוטה מהם כדי לאזן בין מכלול הטעמים הרלוונטיים לפעולה) – הוא באמת בדבר משקלם של הטעמים הגלויים והמערכתיים של הכללים האלה (ב 1–2). בהמשך סעיף ב אמחיש את הטענות המופשטות שהוצעו בחלקו הראשון בדוגמאות מן ההלכה התלמודית. הן יראו כי יצירת כללים הלכתיים ואופני החלתם מודרכים על ידי טעמים מסוגים שונים (ב 3).

בסעיף ג אדון בטיבם של טעמים מערכתיים של כללים מחייבים וביחסם לטעמיהם הספציפיים, שהם הטעמים להיווצרותם. בסעיף זה גם אתאר גורמים כלליים הקובעים את משקלם של הטעמים המערכתיים (ג 2), ואמחיש אותם בדוגמאות מן ההלכה התלמודית שנדונו בסעיף ב (ג 3).

9 J. Raz, *Practical Reasons and Norms*, Princeton 1990, שראה אור בפעם הראשונה ב-1975. השוו להבחנה בין כללים לעקרונות אצל R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA 1977, pp. 22–23

דתיות הלכתית של מסתורין והשגבה היא ההשקפה שנוכרה בפתח דבריי, ולפיה טעמי המצוות הם מעבר להשגת בשר ודם. בסעיף ד אקשור את ההשקפה הזאת להסברים שהוצעו בסעיפים א ו-ב לטיבם של כללים מחייבים, ואסביר כיצד מתפקד כלל הלכתי שטעמיו הספציפיים נחשבים נעלים מן הדעת.

קודקסים משפטיים והלכתיים הם מערכות מתוחמות של כללים, המותאמות למצבים שכיחים, שטעמיהם ברגיל אינם מפורשים. ואולם יסודם של כללים אלו בטעמים שהקהילה המשפטית וההלכתית – שופטים ומשפטנים, פוסקים ופרשנים – מתחקה אחריהם. בסעיף ה אדגים את התופעה המשפטית-הנורמטיבית השכיחה הזאת בעזרת כללים הלכתיים שבקודקסים היהודיים הקלאסיים, התורה והמשנה (ה, 1–2). בהמשך הסעיף אראה כי במקרים החריגים שבהם לחוקים ולהלכות טעמים מפורשים, הטעמים מנוסחים ניסוח כללי (ה 3) וחלקי (ה 4). בחלקו האחרון של סעיף ה (ה 5) אטען כי הנימוק החשוב להעדרם של טעמים מפורשים לחוקים והלכות בקודקסים משפטיים והלכתיים נעוץ בהסברים לטיבם של כללים מחייבים שהוצעו בסעיף א, ובמיוחד בכך שלבד מטעמים ספציפיים יש להם גם טעמים נלווים ומערכתיים.

בסעיף ו אראה כי בניגוד לסברה הרווחת אצל פרשנים והוגים ובעלי הלכה, ואף אצל חוקרים, טעמי המצוות אינה סוגיה פילוסופית במהותה, וטעמים רגילים המיוחסים למצוות, כגון טעמים מוסריים ותועלתיים, אינם טעמים פילוסופיים. החתירה לתת טעם למצוות ולהלכות אינה רק עניין לפילוסופים אלא לכל אדם נבון, ובוודאי לבעלי הלכה. בסוף הסעיף אטען כי התפיסה הרווחת שטעמים זרים למצוות ולהלכות נמשכת מגישות תיאולוגיות המסתייגות ממתן טעמים למצוות, ובעיקר מדתיות ההלכתית של מסתורין והשגבה שהשתרשה בקרב הוגים ובעלי הלכה בשלהי ימי הביניים והתעצמה במהלך העת החדשה.

#### א. על כללים מעשיים וטעמיהם

הנה הערות ראשוניות על טעמים רגילים לפעולה, ועל כללים מעשיים, אישיים ומחייבים כטעמים לפעולה. הערות אלו ישמשו מבוא להמשגות של כללים מחייבים שיוצעו בהמשך.<sup>10</sup>

10 W. Twining and D. Miers, *ראו*, *לסקירת ספרות פילוסופית ויוריספרודנטית על כללים*, *ראו* F. Schauer, *Playing by the Rules*, וכן *How to do Things with Rules*<sup>5</sup>, Cambridge, MA 2010 *Rules, a Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford 1991

1. טעמים הם נשמת אפם של כללים  
 בני אדם פועלים ברגיל לפי טעמים. בטעמים כוונתי לתכלית הפעולה, למטרתה.<sup>11</sup>  
 תכלית פעולה היא ההצדקה שלה. על כן להלן יתחלפו המונחים: טעם, תכלית,  
 והצדקה זה בזה.<sup>12</sup> כשאדם שוקל טעמים המושכים לכיווני פעולה שונים ומנוגדים  
 הוא מאזן ביניהם, ומחליט לפי הטעמים שהוא מייחס להם משקל רב יותר, כלומר לפי  
 התכליות החשובות יותר בעיניו. לעיתים אדם פועל לפי כללים (practical rules,  
 להלן: כללים מעשיים).<sup>13</sup> כללים המדריכים בני אדם עשויים להיות כללים אישיים  
 ('אני נמנע משתיית אלכוהול במהלך השבוע'), כללי פקחות (כלומר עצות טובות,  
 כגון 'עשה בדיקת דם אחת לשנה'), כללי נימוס ('אכול בפה סגור'), וכמובן – כללים  
 מוסריים, משפטיים, והלכתיים, כלומר נורמות.<sup>14</sup>  
 כמו לפעולות, גם לכללים מעשיים יש ברגיל טעמים, וכמו טעם לפעולה, גם טעם  
 הכלל הוא מטרתו, כלומר תכליתו.<sup>15</sup> תכלית הכלל יכול שתהא תועלתית, מוסרית,

- 11 ראו אריסטו, אתיקה ניקומאכית, ספר א, פרק א (1094a1): 'כל עשייה ועיסוק חזקה עליהם שהם שואפים למשהו טוב' (תרגום מיוונית י"ג ליבס, ירושלים ותל אביב תשמ"ה, עמ' 15), ובמורה הנבוכים ג, לא (תרגום שורץ, עמ' 530): 'האדם הוא אשר אומר ועושה מה שמביא לתכלית כלשהי'. לענייננו להלן לא משנה אם תכלית החוק היא כוונת המחוקק או התכלית האובייקטיבית של החוק (מינוח של אהרן ברק). כך או כך, ענייננו בתכלית החוק, השווה F. Schauer, 'Giving Reasons', *Stanford Law Review* 47 (1995), pp. 633–659, at pp. 638–642
- 12 בספרות המודרנית רווח המונח 'טעם' (reason) החוקי, או 'טעם הפעולה' (reason for action), ברם יש המדעפים את המונח הצדקה (justification). ראו שאוור, כללים (לעיל הערה 10), עמ' 53, ושם, הערה 1.
- 13 כללים מעשיים שונים מכללי לוגיקה או מחוקים מתמטיים, וכמובן מחוקי טבע, ראו להלן. יש המבחינים בין 'כללי אצבע' (rules of thumb), לבין כללים אישיים חזקים וכללים מחייבים. ראו שאוור, כללים (לעיל הערה 10), עמ' 104–111, וטוינינג ומירס, איך לעשות (לעיל הערה 10), עמ' 32, 82.
- 14 מונחים 'כלל מחייב' (משפטי/הלכתי) ו'נורמה' (משפטית או הלכתית) להלן משמעות אחת. יש סוגים שונים של כללים משפטיים והלכתיים. לצד כללים מטילי חובה (כגון 'לא תגנוב', 'שמור את יום השבת לקדשו') יש כללים מעניקי כוחות (power conferring rules). כגון כללים משפטיים והלכתיים לעשיית צוואה, וכללים המעניקים סמכויות לשופטים ולפקידים, וכן כללים מעניקי זכויות. הדיון שלהלן הוא בכללים העומדים במוקד התעניינותם של משפטנים ובעלי הלכה, שהם כללים מטילי חובה. עם זאת, עיקרי הדברים נוגעים גם לכללים מעניקי כוחות, ראו רן, טעמים מעשיים (לעיל הערה 9), עמ' 104–107.
- 15 ראו מ' זילברג, 'דין וטעם', הנ"ל, כך דרכו של תלמוד, ירושלים תשכ"ד, עמ' 60. יש שהבחינו בין 'טעמים פנימיים' של הדין (שהם חלק בלתי נפרד ממנו) ל'טעמים חיצוניים' שלו, שלדעתם 'אינם ממהות הדין', ראו ש' אטינגר, 'על מקומה של הסברה במשנה תורה לרמב"ם', שנתון המשפט העברי יד-טו (תשמ"ח-תשמ"ט), עמ' 1–30, בעמ' 8–9. ההבחנה הזאת נטולת בסיס מושגי. ראו לורברבוים, פולמוס הזקן (לעיל הערה 2), עמ' 72, הערה 78.

חברתית, או רוחנית־דתית. יכול שטעם הכלל יהא מעשי ויכול שיהא סמלי. אפשר שהכלל יהיה אישי, ואפשר שהוא ישרת את החברה, לרבות את מערכת המשפט שלה, כלומר את תפקודה היעיל.<sup>16</sup> במערכות חוק דתיות, ולפי תפיסות תיאולוגיות מסוימות, הכלל משרת את האל. תכליתם של כללים יכול שתהא פנימית או מכשירית (אינסטרומנטלית), קרובה או רחוקה, ישירה או עקיפה. מנקודת מבט של מבקר כלשהו, יכול שתכלית הכלל תהא טובה או רעה, צודקת או מעוותת, רציונלית או אי־רציונלית.<sup>17</sup> יכול שלכללים יהיו כמה טעמים, ומכמה סוגים, ויכול שלאורך חיי הכללים ישתנו טעמיהם, כלומר תכליותיהם.<sup>18</sup> תהא תכלית הכלל אשר תהא, כללים מעשיים, ובמיוחד כללים משפטיים והלכתיים, אינם שרירותיים.<sup>19</sup> לכלל כלל מעשי שבני אדם מאמצים, או שמוסד חברתי מחוקק, יש אפוא טעם כלשהו שהוא תכליתו, ופעולה לפי הכלל נועדה ברגיל לממש את תכליתו.<sup>20</sup> אכן, הבנת החוק אינה רק הבנת מילותיו, אלא ההתחקות אחר תכליתו. העיון בחוק אינו רק ביאור לשונו ומושגיו, אלא חשיפת הטעמים שביסודו.

כשמתבוננים בפעולותיהם של בני אדם לפי כללים קל לראות כי הטעמים הם

- 16 אלו הם, למשל, כללים מסדר שני, כלומר כללים בעניין הכללים, כגון כללים לזיהוי, ביטול, שינוי או יצירה של חוקים. ראו H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1994, pp. 77–96.
- 17 אין לבלבל בין כללים שטעמיהם נראים בעינינו רעים או אי־רציונליים (כגון טעמים מגיים או תיאורגיים), לבין כללים שרירותיים, כלומר נטולי טעמים מכול וכול (כגון תפיסת הוולונטריות התיאולוגית). גם אם נצליח להצביע על כללים שרירותיים לחלוטין במערכת נורמטיבית כלשהי, הם אינם מעניינים כאן.
- 18 האיסור לשאת שתי נשים (ביגמיה) בחברות נוצריות הוא דוגמה לכלל שטעמיו הספציפיים השתנו ברבות השנים שינוי דרמטי. לפי התפיסה העולה מאיגרות פאולוס שבברית החדשה, שהיא הבסיס לאיסור בחברות נוצריות, ביגמיה היא כעין ניאוף, ראו האיגרת הראשונה אל הקורינתיים 16. לעומת זאת, במאות האחרונות הטעם המיוחס לנורמה זו הוא שוויון מגדרי, והוא נעוץ בתפיסת עולם ליברלית. טעמו המקורי של האיסור כמעט שנשכח. כשהקהילה המשפטית מייחסת לאיסור ביגמיה טעם חדש, דרך הפעלתו משתנה, ראו להלן סעיף ב. להלן (בסעיף ג) אראה כי גם טעמים נלווים ומערכתיים של כללים עשויים להשתנות עם השנים.
- 19 יכול שלכללים מעשיים מסוימים, משפטיים או הלכתיים, לא יהיה טעם פנימי (כלשון אריסטו: הם יכלו להיות שונים מבלי שיגרם שינוי בחוק), זוהי קטגוריית ה'פרטים' במורה הנבוכים ג, כו (תרגום שורץ, עמ' 512), וראו Y. Lorberbaum, 'Two Concepts of *Gezerat Ha-Katuv*: A Chapter in Maimonides's Legal and Halakhic Thought, I, *Dine Israel* 29 (2014), pp. 123\*–161\*, at pp. 131\*–133\*. דוגמה בנאלית היא צד הנסיעה בכביש: יש הכרח לקבוע צד מסוים לנסיעה, ברם אפשר שאין טעם המחייב שהנסיעה תהיה בצד ימין דווקא (יצוין כי לצד הנסיעה בכביש במדינות שונות היה טעם ספציפי, ואכמ"ל).
- 20 כך גם בעניין מי שמחזיק בתפיסה קנטיאנית־דאונטולוגית של המוסר. ככלות הכול, לפי קנט, אחד הנוסחים של הצו הקטגורי הוא האדם כתכלית.

נשמת אפם. הטעם שבני אדם מייחסים לכלל הוא שמכונן את פעולתם (לפי הכלל). ראובן סבור שטעם האיסור להבעיר אש בשבת הוא מוסרי-חברתי בלבד – מנוחה. לעומתו, שמעון סבור שטעם האיסור הוא תיאולוגי בלבד – להעיד שהאל ברא את העולם בשישה ימים (ונח בשבת). הגם שתנועות גופם או הימנעויותיהם זהות, כוונותיהם השונות, כלומר התכליות השונות שהם מייחסים למעשיהם, המטענות אותם במשמעות, מכוננות פעולות אחרות (כאן על דרך ההימנעות). דוגמה אחרת: הרמב"ם סבר שטעם האיסור על השחתת פאת הזקן הוא 'שזאת אופנתם של כומרי עבודה זרה', וכדי להתרחק מאמונות זרות יש להתרחק מאופנות עובדי עבודה זרה.<sup>21</sup> מקובלים שללו את הטעם הזה, וסברו כי טעם האיסור נעוץ בהיות האדם צלם אלוהים: לאל יש זקן, יהודי מצווה להידמות לאל, ולכן השחתת הזקן היא השחתת צלם האל.<sup>22</sup> הרמב"ם ראה במעשה שזה טעמו עבודה זרה. שוב, הגם שההימנעויות הגופניות זהות, הרמב"ם והמקובלים עושים פעולות שונות. ההבדל ביניהם הוא בכוונות, הנעוצות בתכליות השונות שהם מייחסים למצווה.<sup>23</sup>

על טעמי החוקים אוסיף שתי הערות. ראשית, חשוב לשים לב כי סמכות המחוקק, אף סמכותו ה'מוחלטת' של האל המחוקק, אינה יכולה להיות טעם לחוק או למצווה. טעמי החוקים, הן מצד המחוקק הן מצד נמעניו, הם תכליתם, ואילו הסמכות לחוקק היא תנאי חברתי-תיאולוגי מוקדם ליצירת כללים מחייבים.<sup>24</sup> אם משמעות הטענה הרווחת: 'אני מקיים מצוות כי האל ציווה', היא שטעם המצוות כולן הוא כוח האל לצוות, זו טענה חסרת שחר. אם משמעותה היא דתיות הלכתית של ציות ושעבוד,

21 מורה הנבוכים ג, לו (תרגום שורץ, עמ' 562); ספר המצוות, לא תעשה, מג 1-לד.

22 ראו זוהר, ג, קל ע"ב, וקמא ע"א, ור' מנחם ריקאנטי, פירוש על התורה, ויקרא-במדבר-דברים, ירושלים תשס"ג, עמ' צו-צז (על ויקרא יט 26-29). בשל הקשר בין עליונים לתחתונים ההשחתה היא אף פגיעה באל. וראו לורברבוים, פולמוס הזקן (לעיל הערה 2), עמ' 63-64.

23 כך אם מקיים המצווה משוכנע בטעם שהוא מייחס לה, שהוא טעם פעולתו לפיה. ואולם אם המקיים סבור כי טעם המצווה (והמצוות בכלל) הוא ציות לאל ('קייבול עול מלכות שמיים'), ואילו טעמה הספציפי הוא משני ושולי, טעמים שונים של מצוות (כמו אלו שתוארו למעלה) אינם מכוננים אצלו פעולות שונות. בדורות האחרונים אימצו רבים מנאמני ההלכה דתיות הלכתית של ציות ושעבוד בשילוב דתיות הלכתית של מסתורין והשגבה, ולכן הם רואים טעמים ספציפיים כ'חיצוניים' למצוות, כעין תבלין בלבד.

24 כך, זכות לפעולה (כגון זכות הביטוי) אינה יכולה להיות הצדקה לפעולה (כגון ביטוי של טענה מסוימת). אפשר שתכלית של חוק מסוים היא להשריש ולחזק את הציות לבעל סמכות, ואולם אין לבלבל תכלית כזאת עם הסמכות לחוקק. הטשטוש בין סמכות האל לצוות לבין טעמי המצוות, והסברה שטעם המצווה נעוץ בסמכות האל (הפטור מטעמים), לוקים במה שכיניתי במקום אחר 'כשל הסמכות', ראו י' לורברבוים, 'גזירת מלך וגזירת הכתוב בספרות התלמודית', תרביץ פב (תשע"ד), עמ' 8-10.



כלומר שמהות החיים ההלכתיים היא 'קבלת עול מלכות שמים' – אזי טעם המצוות כולן הוא סיגול של תודעת שעבוד ל'מלכו של עולם'. אפשר שהטענה הזאת מבליעה את ההנחה שלמצוות יש טעמים נסתרים שרק האל יודעם.<sup>25</sup> כך או כך, טעם המצוות אינו עצם סמכות (כוח) האל לצוות, אלא תכלית כלשהי.

שנית, מנקודת המבט המדעית-הביקורתית של היסטוריון, גם חוקים שהכפופים להם מאמינים כי הם פרי רצון אלוהי טהור בלא תכלית (וולונטריזם תיאולוגי) או פרי חוכמה אלוהית הנעלית מן ההשגה, הם מעשה ידי אדם, ולכן יש להם (או הייתה להם בעת שנחקקו) תכלית כלשהי, שאפשר ברגיל להתחקות אחריה.<sup>26</sup> לדידו של ההיסטוריון, הקטגוריות 'גזרה בלא טעם', שבמסורת היהודית מכונה לעיתים 'חוקה', ו'מצווה שטעמה נשגב' הן הסבר אפולוגטי לאחר מעשה: הן מיוחסות לחוק מן העבר שתכליתו אבדה או שטעמו נעוץ בתמונת עולם זרה, ובשל היותו מושרש ומחייב, כלומר בהעדר רצון או סמכות לבטלו, ובאין טעם אלטרנטיבי, מחליטים חכמים שהוא ביטוי של רצונו החופשי מכול וכול של האל, או של אדנותו, או של חוכמתו העלומה.<sup>27</sup>

## 2. כלל כטעם לפעולה

לשם מה יוצרים בני אדם כללים ואינם פועלים רק לפי טעמים? הנה כמה ממשטרות הכללים המעשיים, האישיים והמחייבים: שקילת טעמים בכל מקרה ומקרה כרוכה בזמן ובמאמץ, וכללים (אישיים ומחייבים) נועדו לחסוך בהם; כללים מסייעים לבני אדם להתגבר על פיתויי יצרים ותשוקות, להימנע מטעויות ומהטיות בשקלול טעמים; כללים, בעיקר כללים מחייבים, נועדו לכוון התנהגות של אחרים, שאינם יודעים בהכרח את טעמיהם (על כך להלן). כדי להדריך התנהגות, במיוחד של ציבור רחב, נדרשת סמכות, ונדרשות ודאות, יציבות וקואורדינציה, היינו תיאום פעולה חברתי, שהן מטרות שאפשר להשיג באמצעות כללים, לא באמצעות טעמים בלבד; כללים מחייבים הם אמצעים יעילים להגבלת שיקול הדעת של שופטים ופקידים, הגבלה שמטרתה לצמצם טעויות באיוון בין טעמים, או לצמצם שימוש לרעה בסמכותם של

25 על דתיות הלכתית של ציות ושעבוד, מסתורין והשגבה, ראו לורברבוים, דתיות הלכתית (לעיל הערה 3), עמ' 73–76.

26 על וולונטריזם תיאולוגי והחוק, ראו לורברבוים, שם, עמ' 77–78. חוקרי מקרא מתחילים אחר טעמי מצוות בתורה שחכמים בדורות מאוחרים טענו שהן גזרות בלא טעם ('חוקה'), או מצוות שטעמן נעלה מן ההשגה, ראו שם, עמ' 95–97.

27 לדין רחב יותר בנקודה זו, ראו לורברבוים, שני מושגים (לעיל הערה 19); הן'ל, דתיות הלכתית (לעיל הערה 3).

מקבלי החלטות.<sup>28</sup> לכללים השייכים לכל אחת ממטרות הכללים האלה יש, כמובן, טעמים ספציפיים, כלומר טעמים הקשורים לפתרון שהם מספקים למקרים שהם חלים עליהם. הטעם הספציפי, הישיר, של כלל מחייב הוא ברגיל טעמו העיקרי. הציפייה העומדת ביסוד חקיקת כלל משפטי או הלכתי היא שבמקרה טיפוסי יתממש הטעם הספציפי שלשמו הוא נחקק.<sup>29</sup> המטרות שנמנו לעיל, ואחרות שלא נמנו, הן הטעמים שבגינם טעמים ספציפיים נעשים כללים. להלן נראה כי לכללים, משנוצרו, מצטרפים תמיד טעמים נוספים.

כללים מחייבים (נורמות) מכוונים התנהגות, ובתוך כך גם משמשים טעם, כלומר הצדקה, להתנהגות. אדם אומר: 'עצרתי את רכבי בשל הכלל המחייב לעצור באור אדום'; 'לא מנעתי מהשור לאכול מגרעיני החיטה שהוא דש בהם בשל המצווה: "לא תחסום שור בדישו" (להלן: לא תחסום)'. לכללים האלה יש, כמובן, טעמים, כלומר תכליות שהציות להם נועד לממש: תיאום פעולה חברתי יעיל ובטוח בענייני תחבורה, ומניעת צער מבעלי חיים בצירוף החובה להכיר להם תודה כשהם עושים למען האדם. כדאי לשים לב כי הגם שכללים מושתתים על טעמים הם מנוסחים ברגיל בלא טעמים מפורשים. כך הוא דרך כלל בקובצי חוק ותקנות, וארחיב על כך להלן.

האם יש הבדל בין הכללים: 'עצור באדום' ו'לא תחסום', לבין הטעמים שביסודם? לשון אחרת, האם הכללים המחייבים האלה הם אך ייצוג של הטעמים שכוננו אותם, או שיש הבדל בין ההצדקה: 'יש טעם לעצור באדום ולא לחסום', להצדקה: 'יש כלל משפטי או הלכתי: עצור באדום ולא תחסום'. ובניסוח כללי יותר: האם יש הבדל בין טעמים רגילים לפעולה, לבין כללים מחייבים כטעמים לפעולה? שאלה זו תידון להלן.

### 3. על נפרדות כללים מטעמיהם

הגם שכללים מושתתים על טעמים אפשר לקוראם במנותק מטעמיהם. כבר הערתי לעיל כי ברגיל כללים מחייבים, במיוחד בקודקסים משפטיים והלכתיים, אינם

28 כללים מחייבים חיוניים לעיתים למימוש ערכי צדק ושוויון, או מוטב: ליצירת מראית עין של צדק ושוויון.

29 בלי הטעם הפעולה שהכלל מורה עליה היא 'מעשה שווא' ('מעשה שאין לו תכלית כל עיקר', מורה הנבוכים ג, כה [תרגום שורץ, עמ' 508]), ועל כן היא נטולת משמעות. לענייננו מצוות והלכות הן כללים מחייבים (=נורמות). להלן המונח 'מצווה' זהה למונח 'הלכה'. יש שהמונח 'מצווה' מציין מוסד הלכתי שבו כלולות הלכות רבות, כגון מצוות שבת, מצוות הפסח, 'מצוות הנסקלין' (משנה סנהדרין ו-ז). המונח התנאי-התלמודי 'הלכה' קרוב למה שאני מכנה כאן 'כלל הלכתי'. אין לבלבל את המובן הזה של 'כלל הלכתי' עם כלל (וכלולות) כמשמעותו בתלמוד, ראו להלן הערה 164.

מפרשים את טעמיהם. לכן לכללים שהם הוראות פעולה יש מובן עצמי הנפרד מטעמיהם. אכן, אדם יכול להבין כלל מעשי אל-נכון ולפעול לפיו גם בלי שידע את טעמיו אף בלי שיעלה בדעתו שיש לו טעמים, ואף אם הוא סבור שטעמיו שגויים. את המובן של כללים במנותק מטעמיהם אכנה להלן 'נפרדות הכלל'. פילוסופים, משפטנים ובעלי הלכה רבים סבורים כי לנפרדות הכלל חשיבות מכרעת להבנת מהותו ואופן תפקודו של הכלל. הנה כמה היבטים של נפרדות הכללים.

תפקיד מרכזי של מערכות משפט הוא לכוון התנהגות. הן עושות זאת באמצעות הוראות פעולה המנוסחות ככללים המותאמים למקרים השכיחים.<sup>30</sup> כבר הערתי לעיל כי כללים הם כלי חיוני להכוונת התנהגות. הם אינם מצריכים רקע והשכלה, אלא ידיעה של השפה המדוברת בלבד, והחלתם על מקרים המתרחשים תדיר אינה מצריכה הדרכה או פרשנות.<sup>31</sup> יעילותם של כללים להכוונת התנהגות היא, בין השאר, בשל נפרדות הכלל מטעמו.<sup>32</sup> אין צורך להבין את טעם האיסורים 'לא תבערו אש בכל מושבותיכם ביום השבת' ו'לא תשחית את פאת זקנך' כדי לציית להם. די להבין את מילותיהם, כלומר לראות בהם הוראות פעולה.

בדרך כלל כשבני אדם מאמצים כללים או יוצרים אותם לעצמם הם יודעים את טעמיהם. ואולם כשהם פועלים לפי כללים שקבעו עבורם אחרים – מחוקק ורשות, ובמיוחד האל – אין הכרח שידעו את טעמיהם, או אף שייחסו להם טעמים.<sup>33</sup> אפשר שאדם ממוצע אינו יודע את טעמי החוקים: אפשר שיסבור כי הם אינם מענייניו, והוא סומך על מומחיותו של המחוקק-הרגולטור-האל; אפשר שמבחינתו אין לידיעתם כל נפקות, שכן הוא סבור כי הוא כפוי לציית להם בין כה וכה; אפשר שייחשוב שטעם החוק נעוץ בסמכות המחוקק;<sup>34</sup> ואפשר שאדם ידמה בנפשו שכללים מחייבים הם

30 ראו הרט, מושג החוק (לעיל הערה 16), עמ' 122–123, *The Authority of Law*, Oxford 1978, pp. 210–223.

31 הרט מדגיש כי זה יתרום של כללים, שיש להם גרעין משמעות נוקשה, החלתם על מקרים שכיחים אינה מצריכה שיקול דעת, פרשנות או הכוונה, ואין צורך לדעת את טעמיהם כדי לציית להם (מושג החוק [לעיל הערה 16], עמ' 122–123). הרט מבקר גישות (כגון הריאליזם המשפטי) המבטאות ספק בכוח הכללים לכוון התנהגות [rule-scepticism]. לדיון בגישות האלה, ראו שאוואר, כללים (לעיל הערה 10), עמ' 57–58.

32 לכן, כללים מעשיים, ובמיוחד כללים מחייבים, אינם מפרשים את טעמיהם, ראו להלן סעיף ד. הפיקציה שלפיה כל אדם יודע את החוק נוגעת רק להבנת לשון הכלל המשפטי, לא לטעמים שביסודו.

33 ואולם אדם יכול לאמץ לעצמו כלל שיצרו אחרים מבלי לדעת את טעמיו מפני שהוא סומך על שיקול דעתם. עם זאת, כשאדם פועל לפי כללים מעניקי כוחות (להבדיל מפעולה לפי כללים מטילי חובה) הוא ברגיל יודע את טעמיהם.

34 רו, טעמים מעשיים (לעיל הערה 9), עמ' 74.

כעין חוקי טבע, שאין (ולא צריכים להיות) להם טעמים. שכיחותן של השקפות כאלה אצל הדיוטות, ואף אצל משפטנים ובעלי הלכה, היא תלויה הקשר ותרבות. על כל פנים, בנסיבות טיפוסיות, אי ידיעת טעם החוק לא תכשיל את התממשות תכליתו. ומצד המחוקק – בחוקים רבים, במיוחד בכללים המצווים על הימנעות (לא תעשה'), אין זה מעניינו אם הכפופים לחוקים יודעים את טעמיהם אם לאו. די לו בתוצאות הציות, שברגיל, כלומר במקרים השכיחים, אינן תלויות, כאמור, בידיעת הטעמים.<sup>35</sup> זאת ועוד, אפשר שמחוקק אף יבקש להסתיר את טעמי החוקים מנמעניו מפני שהוא חרד כי הם עלולים להשתמש בהם לרעה, או משום שהוא חושש שפרסום טעמים מזמין אי-הסכמה שתגרור אי-ציות. שיקולים כאלה מובעים בכמה מאמרים תלמודיים, למשל, בהכרות האמורא עולא כי חכמי ארץ ישראל מסתירים מן הציבור את טעמי גזרותיהם במשך 12 חודשים 'דלמא איכא איניש דלא סבירא ליה, ואתי לזלוזלי בה' ('שמא יש אדם שאינו סובר [את הטעם] ויבוא לידי זלוזל בה [בגזרה]).<sup>36</sup> משקלם של שיקולים אלו משתנה מתרבות משפטית והלכתית אחת לחברתה, מגוף חוק והלכה מסוים למשנהו, וממצב עניינים חברתי-תרבותי אחד למצב אחר, ואעיר על כך להלן.

היבט נוסף של נפרדות הכללים מטעמיהם נעוץ במטרות הכללים. בשל היתרונות שכללים מעניקים להם, נכונים בני אדם להסכין עם מצבים שבהם מתעורר ספק שמא ציות לכלל לא יביא להתגשמות המטרות שלשמן הוא נוצר. זה טיבם של כללים שעניינם חיסכון בזמן ובמאמץ, ושל כללים שנועדו לצמצם טעויות, ובהם כללים המסייעים במצבים שבהם נדרשת החלטה מהירה. טענה זו היא טענה מושגית וגם טענה פסיכולוגית. היא טענה מושגית מפני שאימוץ כלל שייעודו חיסכון בזמן

35 ההבחנה בין כללים שידיעת טעמם חיונית לקיום הכלל, לבין כללים שציות להם אינו מחייב את ידיעת טעמיהם חורגת ממסגרת הדיון הזה. אעיר רק כי אף אם חשוב בעיני המחוקק שנמעניהם של חוקים מסוימים ידעו את טעמיהם, הרי ברגיל מחוקקים אינם מייחסים לציות בגלל טעם מסוים, ואף לא לידיעת הטעם, חשיבות משפטית. כך גם בהלכה: אף שהתורה מטעימה כי מצווה להימנע מלעשות מלאכה בשבת: 'כי ששת ימים עשה ה' את השמים ואת הארץ וביום השביעי שבת', בעלי הלכה לא יקבעו שאדם שמר שבת מבלי לדעת את טעמה המפורש בתורה (או שהוא קיימה בשל טעם אחר, או שסבר שאין לשבת טעם) לא קיים את המצווה. הסברה ש'מצוות צריכות כוונה' (בבלי, ברכות יג ע"א; פסחים קיד ע"ב) אין פירושה שחובה לדעת את טעם המצוות, אלא שחובה להתכוון לקיימה כמצווה.

36 בבלי, עבודה זרה לא ע"ב. על מאמר זה, ראו ש' ליברמן, יוונים ויוונות בארץ ישראל, ירושלים תשכ"ג, עמ' 253–254. ראו עוד דרשת ר' יצחק בבבלי, סנהדרין כא ע"ב, ולורברבוים, דתיות הלכתית (לעיל הערה 3), עמ' 84–85. לדוגמאות מודרניות, ראו M. Dan-Cohen, 'Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law', *Harvard Law Review* 97 (1984), pp. 625–677

ובמאמץ הוא כעין 'החלטה מראש', הוא פתרון המוכן מבעוד מועד למצבים מעשיים, כוחו המעשי מושתת על ההכרה שהוא הפתרון ההולם לבעיות העולות במצבים כאלה, ופירושו ויתור ב'זמן אמת' על שקילת כל הטעמים הרלוונטיים לפעולה ואיזון מדויק ביניהם. ויתור כזה מאפשר מיניה וביה מצבים שבהם פעולה לפי הכלל לא תביא למימוש מלא, ולעיתים אף לא למימוש חלקי, של התכליות שלשמן הוא אומץ או נחקק. כשראובן מאמץ כלל שלפיו בכביש מהיר אל לו לנסוע במהירות העולה על 100 קמ"ש (הגם שהחוק ותנאי הכביש מאפשרים נסיעה במהירות גבוהה יותר) הוא מוותר בהכרח על שקלול הנתונים והשיקולים הרלוונטיים למהירות הנהיגה הראויה בעיניו בכל נסיעה. באימוץ הכלל הזה הוא חוסך את הזמן והמאמץ הכרוכים באיזונים האמורים, והכלל מסייע לו להתגבר על נטייתו לנהוג במהירות גבוהה יותר. מחיר הכלל הוא שיהיו נסיבות שבהן הוא ייסע במהירות נמוכה מהמהירות ששקלול הנתונים והשיקולים ב'זמן אמת' היה מאפשר לו.<sup>37</sup> היא גם טענה פסיכולוגית מפני שבמידה ידועה בני אדם מודעים למחרם של היתרונות שכללים מעניקים להם. ההכרה המושגית הזאת, אף שאינה בהירה לכולם תמיד, גוררת גם השלמה תודעתית-רגשית. לעיתים יצייתו בני אדם לכללים מסוימים, בעיקר לכללים מחייבים, אף בנסיבות שוודאי להם שציות לכלל לא יביא למימוש המטרות שלשמן הוא נחקק. כל כך מפני שלבד מטעמים ספציפיים, בכללים מחייבים כלולים טעמים נוספים, ובכללם טעמים מערכתיים.

ואולם אם מתברר כי הפער בין הכלל האישי או המחייב לבין טעמיו-תכליותיו נוגע להחלתו במקרה השכיח, הרי, ברגיל, מי שאימץ את הכלל או מי שחוקק אותו ישקול לסגת ממנו, כלומר לבטלו (*cessante ratione legis cessat ipsa lex*, בטל הטעם – בטל החוק). במקרים האלה מי שאימץ כלל אישי יחזור לשקול נתונים וטעמים ולאזן ביניהם, או שינסח לעצמו כלל חדש. אם יתברר לראובן כי כלל המהירות שאימץ אינו מממש את תכליתו, כלומר אינו מגביר את בטיחותו בנסיעה שגרתית, הוא ייסוג ממנו וישקול טעמים, או יאמץ כלל מהירות חדש. ובאשר לכללים מחייבים, אפשר שלעיתים טעמים מסייעים ומערכתיים יעניקו להם ביסוס (ראו דוגמאות להלן), ואולם דרך כלל טעמים שכאלה אינם חזקים דיים כדי לתמוך בכללים (מחייבים) שטעמיהם הספציפיים בטלו או התברר שהם מוטעים.

בהקדמת המאמר הערתי כי ראיפיקציה של דינים והלכות שכיחה אצל משפטנים, וביתר שאת אצל בעלי הלכה, למצער בדורות מסוימים.<sup>38</sup> הם סבורים כי כללים

37 הטענה הזאת נכונה גם למחוקק הקובע כלל תעבורה המגביל את מהירות הנסיעה.  
38 אפשר שבעלי הלכה יכירו שמקור המצוות וההלכות הם טעמים שכונו אותן, אלא שלסברתם,

משפטיים והלכתיים אינם עומדים על הצדקות, ולטיעונים הלכתיים אין ולא כלום עם תכליות. לדידם, הנמקות הלכתיות, ובכללן ביאוריהם ה'קונספטואליים' של מושגי היסוד של ההלכה לענפיה, אינן אלא הנהרות של לשון ההלכות במנותק מתכליותיהן.<sup>39</sup> גישה זו מעצימה את נפרדות הכללים עד שאלה מתנתקים מן הטעמים שכווננו אותם. הם מדמים כי נפרדות החוקים מטעמיהם מוחלטת.<sup>40</sup> השקפות אלו מוטעות. ההיבטים של נפרדות הכלל מטעמיו שצוינו לעיל נוגעים בעיקר לאי-ידיעת הטעמים אצל אחרים, או לטיבם של כללים בהיותם החלטות מראש (החוסכות שקילת טעמים בעת הפעלתם).<sup>41</sup> אולם אין בהם כדי למעט בערכם של טעמי החוקים. עם זאת, עבור מחוקקים ופוסקים, שכיחותן של סברות בדבר הנפרדות הגמורה של חוקים והלכות מטעמיהם בקרב הציבור עשויה לייצר לטעמיהם המערכתיים משקל של ממש. ארחיב בכך להלן.

\*

כללים מעשיים בכלל, וכללים מחייבים, משפטיים והלכתיים בפרט, הם תריס בפני שקילת טעמים רלוונטיים במקרים שעליהם הם חלים. על משמעויותיו השונות של 'תריס' זה אעמוד להלן. יש תיאורטיקנים הסבורים כי נוקשותם הא'קונטקסטואלית של כללים, הנועצה בלשונם ובאופן ניסוחם – כלומר, נפרדות הכלל חוסמת התחשבות

משנוצרו המצוות הן נפרדו לחלוטין מטעמיהן. יש קרבה בין החפצה של כללים לבין ריאליזם הלכתי, ואולם מבחינה מושגית הם נבדלים, ואכמ"ל. על ריאליזם הלכתי, ראו לורברבוים, ריאליזם הלכתי (לעיל הערה 4).

39 ראו עוד להלן הערה 124.

40 ראו רו, טעמים מעשיים (לעיל הערה 9), עמ' 79. אין לבלבל בין ראיפיקציה של מצוות והלכות לבין התפיסה שהטעמים אינם רלוונטיים לקיום המצווה אלא רק הציווי האלוהי, או שטעמיהן נעלים מן ההשגה. ראיפיקציה מדמה כללים משפטיים והלכתיים לחוקי טבע, שאין להם טעמים ותכליות, ואילו גישות המסתייגות מטעמים בשל דתיות הלכתית של ציות ושעבוד או בשל מסתורין והשגבה מכירות בקיומם ברם סברות כי הם אינם צריכים להיות המניע לקיום המצוות, או כי הם נשגבים. עם זאת, גישות אלו עשויות לתמוך בעקיפין בתפיסה שהמצוות הן עצמים. המניעים רבים להחפצה של המצוות והם משתנים מהקשר להקשר ומתקופה לתקופה, ואכמ"ל. שאלה שלא אעסוק בה כאן היא מידת ההשפעה של תפיסת הכללים ההלכתיים כעצמים על דרכי ההנמקה ההלכתית: האם בעלי ההלכה המחוקקים בה נמנעים מטעמים, או שמא בבלי משים, הטעמים מחלחלים לשיח ההלכתי שלהם. ראו לעת עתה לורברבוים, ריאליזם הלכתי (לעיל הערה 4), עמ' 93–106.

41 הנפרדות של כלל מטעמו יכולה לשרת שופטים במצבים מורכבים, למשל, כשחוק המדינה מצווה על בית משפט חילוני להפעיל דין דתי, מצב שקיים בחוק הישראלי בענייני מעמד אישי. אפשר ששופט חילוני יעדיף להפעילו הפעלה מכנית, שכן שקילת טעמים עשויה להיחשב לא לגיטימית בעיני הממסד הדתי, ואולי אף בעיני בית המשפט החילוני.

בטעמים ובעובדות הקשורים לנסיבות שבהן הם חלים.<sup>42</sup> לפי מטפורות רווחות אצל משפטנים, כללים מוחלים על המקרים הרלוונטיים החלה 'מכנית'. כוונתם היא שבני אדם, ובכללם שופטים, מצייתים לכללים ב'עיניים עצומות', כלומר בלא מודעות לטעמיהם, ובוודאי בלי לשקול את מכלול הטעמים הרלוונטיים לפעולה. לפי גישות פורמליסטיות, כללים מופעלים הפעלה מכנית גם במקרים קשים.

אלא שהמטפורה של ההפעלה המכנית מחמיצה את תכונותיו המרכזיות של הכלל המעשי, ובמיוחד של הכלל המחייב. היא יוצרת רושם שציות לכלל מנותק מטעמים. זאת ועוד, אם הציות לכלל 'עיוור' לטעמים, כיצד אדם, ובמיוחד שופט, ידע מתי הכלל חל ומתי אינו חל, כלומר כיצד הוא ידע באיזה מקרה ראוי להימנע מהחלתו הדווקנית? והרי לא די בבדיקת ההתאמה בין לשון הכלל למקרה הנדון? החלטה כזאת מחייבת מודעות לטעמי הכלל ואת שקילתם נגד טעמים רלוונטיים אחרים. ולבסוף, ולענייננו העיקר, מטפורת ה'הפעלה המכנית' העיוורת אינה מסבירה את כוחם הנורמטיבי של כללים מחייבים, שכפי שנראה להלן, נעוץ בטעמיהם.

פילוסופים הציעו הסברים לטיבם של כללים כטעמים לפעולה, ובתוך כך למתח שבין 'נפרדות' הכללים לבין ההכרה שהם מושתתים על טעמים. הנה הסבריהם של יוסף רז ושל חיים גנו.

4. רז: כלל כטעם לפעולה מסדר ראשון וכטעם מוציא

בחיבורו *Practical Reasons and Norms* (1975), הציע יוסף רז הסבר לאופן פעולתם של כללים מעשיים.<sup>43</sup> הסברו בנוי על שתי תובנות השזורות זו בזו. האחת, שלא טעמי הכלל אלא היגד הכלל, הוא הטעם לפעולה. השנייה, שנוסף על היות הכלל עצמו טעם לפעולה (מסדר ראשון) הוא גם סוג מיוחד של טעם – טעם מוציא (exclusionary reason), שהוא טעם מסדר שני.

יאמר מיד, רעיון הטעם המוציא אינו נוכח בשפה הרגילה, ובני אדם אינם מודעים למבנה המחשבה שבו הוא פועל. ברם, כמו כללי דקדוק המבנים שפה שהדוברים

42 ראו, למשל, F. Schauer, 'Formalism', *The Yale Law Journal* 97 (1988), pp. 534–535, at p. 555, מטפורה רווחת אצל משפטנים ושופטים בישראל היא דבקות בלשון החוק, או מה שהם מכנים 'מבחן הלשון', להבדיל 'ממבחן התכלית'. ראו מ' מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי, תל אביב תשנ"ג, עמ' 48–49, וההפניות שבעמ' 82, הערה 89.

43 רז, טעמים מעשיים (לעיל הערה 9). להצגת ההסבר של רז נעזרתי בסיוכום הבהיר של ח' גנו במאמרו 'כללים מחייבים וטעמים מוציאים', המשפט יח (תשע"ג), עמ' 25–43 (= C. Gans, 'Mandatory Rules and Exclusionary Reasons', *Philosophia* 15 [1986], pp. 373–394, בעמ' 25–35).

אותה אינם מודעים להם, הרעיון שהכלל הוא טעם מוציא וטעם לפעולה מנהיר, לדעת רו, את אופן החשיבה שלנו בעניינים מעשיים, במיוחד בתחום המשפט. כפי שנראה להלן, הדגם המושגי שרו מציע, והדגם החלופי של חיים גנו שנוצר מביקורת עליו, מנהירים גם את השיח ההלכתי, כלומר את אופן החשיבה של בעלי הלכה. אתחיל בתובנה השנייה: מהו טעם מוציא? רו מבחין בין טעמים לפעולה מסדר ראשון (first order reason) לבין טעמים לפעולה מסדר שני (second order reason). טעם לפעולה מסדר ראשון הוא טעם רגיל: אישה מכינה ארוחת ערב (הפעולה) כדי להשיב את רעבונה (טעם הפעולה); אדם נוטל תרופה (פעולה) כדי להבריא (הטעם); רשות מקומית הציבה רמזור בצומת (פעולה) כדי להסדיר את התנועה (הטעם), וכל כיו"ב. טעמים לפעולה מסדר ראשון נדונים במונחים של כוח או משקל. כוחם של טעמים בולט במקרים שבהם אדם מתלבט בין טעמים המושכים לכיווני פעולה שונים. או־אז הוא, כאמור, מאזן ביניהם, ומכריע לפי הטעמים שהוא מייחס להם משקל רב יותר (balance of reasons). אלא שרו הסב את תשומת הלב לכך ששיקולים מעשיים של בני אדם אינם מתמצים בטעמים רגילים מסדר ראשון. לעיתים מדריכים אותם טעמים מסדר שני. טעם לפעולה מסדר שני הוא טעם לגבי טעם אחר מסדר ראשון. טעם מוציא הוא סוג של טעם מסדר שני: הוא טעם שלא לשקול טעם מסדר ראשון.<sup>44</sup>

הנה הדוגמאות של רו. רבקה שבה לביתה מאוחר בערב, לאחר יום עבודה מתיש, ומקבלת הצעה עסקית מפתה המחייבת השקעה כספית ניכרת, אלא שהיא פוקעת בחצות. לרבקה היה יום קשה והיא עייפה וחסרת ריכוז, ועל כן מחליטה שלא לשקול את ההצעה כלל; מפקדו של החייל ראובן פוקד עליו להפקיע רכב אזרחי כדי להשתמש בו למטרות צבאיות. ראובן יודע כי יש דרכים טובות יותר להשיג את המטרות הצבאיות האלה, ואולם הוא אומר לעצמו: 'פקודה היא פקודה, ויש לציית לה אפילו היא שגויה ואף שלא ייגרם כל נזק מאי־ציות לה'; רחל מבטיחה לבן זוגה כי בכל החלטה הנוגעת לחינוך ילדיהם היא תשקול רק את טובתם של הילדים, ותתעלם, למשל, משיקולי נוחות. בהגיע עת מילוי ההבטחה רחל מודעת לשיקולי נוחות כבדי משקל שאינם עולים בקנה אחד עם הבטחתה, ואולם בשל ההבטחה היא מתעלמת מהם ורושמת את בנם לבית ספר יסודי פרטי ויקר. רבקה דוחה את ההצעה העסקית לא מפני ששקלה אותה לגופה והבינה שהיא אינה כדאית, אלא בשל עייפותה היא נמנעת מלשקול טעמים בעד ונגד ההצעה; ראובן מפקיע את הרכב לא משום

44 על טעמים מוציאים, ראו רו, שם, עמ' 35–48, וכן J. Raz, 'Reasons for Action, Decisions and Norms', idem (ed.), *Practical Reasoning*, Oxford 1978, pp. 128–139



ששקל את הטעמים הענייניים בעדה ונגדה. לדידו הפקודה עצמה היא טעם שלא לשקול אותם ובה בשעה גם טעם לציית לה; רחל רושמת את בנה לבית ספר פרטי ויקר לא מפני שהיא שקלה את מכלול השיקולים הרלוונטיים בעיניה. הבטחתה היא טעם להתעלם מהם. לפי רז, העייפות של רבקה, הפקודה שקיבל ראובן וההבטחה של רחל הם טעמים מוציאים. הם מסלקים מן הדיון שיקולים רלוונטיים.

טעמים מוציאים, מדגיש רז, שונים מטעמים מסדר ראשון משום שהם אינם טעמים 'לגופו של עניין', הם אינם טעמים ישירים בעד או נגד המעשה, אלא טעמים שעניינם עשייתו או אי-עשייתו של המעשה מטעמים מסוימים. הוא מטעים כי טעמים מוציאים וטעמים רגילים לפעולה מסדר ראשון אינם בקונפליקט זה עם זה, הם אינם לעומתיים כמו שני טעמים רגילים שהאחד מכריע את רעהו. זאת ועוד, טעמים מוציאים גורמים להתעלמות מטעמים מסוימים לא משום שהם טעמים גרועים או קלי משקל. הטעמים 'המוצאים' – כגון הטעמים לטובת העסקה שהוצעה לרבקה, הטעמים המוסריים של ראובן שלא להפקיע את הרכב האורחי, והטעמים של רחל שלא לרשום את בנה לבית ספר פרטי – הם טובים. טעם מוציא 'מביס' טעם רגיל, לפי רז, בשל עיקרון כללי של התבונה המעשית, הקובע כי בנסיבות מסוימות טעמים מוציאים מסלקים טעמים מסוימים מסדר ראשון. כמובן, לטעמים המוציאים עצמם – לעייפות של רבקה, לפקודה שניתנה לראובן, ולהבטחה של רחל – כוח ומשקל. אלא, שכאמור, לא משקלם הוא שמכריע את הטעמים מסדר ראשון. הוא רק מכשיר את הקרקע לסילוקם מהאיזון.

לטעמים מוציאים, טוען רז, חשיבות מכרעת לחשיבתם של בני אדם בעניינים מעשיים. טעמים מוציאים עומדים ביסוד עייפיות, הבטחות, פקודות והחלטות, וגם ביסוד כללים, ובעיקר כללים מחייבים.<sup>45</sup> לפי רז, כלל מעשי למי שמאמץ אותו (כלל אישי) או למי שכפופים לו (כלל מחייב) הוא צירוף של שניים: (א) הכלל עצמו, בנפרד מטעמו, הוא טעם לפעולה מסדר ראשון; (ב) הכלל הוא בה בשעה גם טעם מוציא (מסדר שני), המסלק טעמים רלוונטיים באותן הנסיבות, בעיקר טעמים המכוונים לדרכי פעולה מנוגדות.

פירושה של התבונה הראשונה של רז הוא, כאמור, שטענה לקיומו של כלל מחייב אינה רק טענה לקיומם של טעמים לפעולה שהכלל מייצג, אלא גם טענה שהכלל עצמו הוא הטעם לפעולה. הטענה: 'מן הראוי לא לשקר' מצביעה על טעמים שלא לשקר, ואילו הטענה: 'יש כלל שלא לשקר' משמעה שהכלל עצמו הוא טעם שלא

45 רז, טעמים מעשיים (לעיל הערה 9), עמ' 142.

לשקר.<sup>46</sup> בכך, לפי רוז, כללים דומים לפקודות, להבטחות ולהחלטות, שהן עצמן, בלי קשר להצדקותיהן, הן הטעמים לפעולה.<sup>47</sup>

כלל הוא, כאמור, גם טעם מוציא – הוא מסלק מן האיוון טעמים נגדיים לפעולה שהכלל מורה עליה. כאמור, הכלל אינו מביס את הטעמים האלה אלא מונע את שקילתם. לפי רוז, הכללים המעשיים כולם – כללים שמטרתם חיסכון בזמן ובמאמץ ומניעת טעויות, וכללים שמקורם בסמכויות (במומחיותן או בכוחן לכונן תיאום חברתי) – הם טעמים מוציאים.<sup>48</sup> שתי התובנות של רוז כרוכות, כאמור, זו בזו: הכלל כטעם מוציא מונע שקילת טעמים נגדיים לפעולה, והוא שמאפשר לכלל עצמו, כלומר ללשונו, להיות הטעם לפעולה. הכלל בהיותו טעם לפעולה כאילו מחליף את הטעמים שביסודו, ועל כן מיתר גם את הצורך לשקול אותם.

הנה דוגמאות לכלל אישי, משפטי והלכתי, שתבהרנה את ההסבר של רוז. שמעון אימץ כלל שבכל שנה בחודש אוגוסט הוא יוצא עם משפחתו לחופשה בדרום צרפת. הכלל עצמו הוא: (א) טעם לפעולה, היינו ליציאה לחופשה משפחתית בדרום צרפת, ו-(ב) טעם המוציא אפשרויות אחרות לחופשה, במועד אחר או במקום אחר, וטעמים שלא לצאת לחופשה כלל. הכלל עבור שמעון הוא אפוא טעם להימנע מלשקול שלא לצאת לחופשה או אפשרויות חופשה אחרות. לכלל שאימץ טעמים טובים: סילוק ייסורי התלבטות, חיסכון בזמן ובאנרגיה נפשית, יעילות, ודאות, תיאום מבעוד מועד עם בני משפחתו ועם מקום עבודתו. שמעון נכון לשלם את מחיר אימוץ הכלל: ויתור מראש על אי-יציאה לחופשה והמשך עבודה ושימוש במשאביו הכספיים המוגבלים למטרות אחרות וכיו"ב, או על אפשרויות חופשה אחרות, אולי קוסמות או זולות יותר. אם בכל שנה הוא היה שוקל לצאת או שלא לצאת לחופשה או אפשרויות חופשה אחרות, ועל סמך איוון בין מכלול השיקולים הרלוונטיים היה

46 רוז סבור כי טעמים הם אמיתיים או שקריים, לעומתם כללים הם תקפים או חסרי תוקף, מצייתים להם או מפריים אותם. לטעון לקיומו של כלל משמעו לשנות טעמים (לפעולה) שיש לבני אדם; לטעון לטעם הוא להסב אליו את תשומת הלב ולגרום שהוא יישקל, ברם לא בהכרח לשנות את טעם הפעולה. ראו רוז, טעמים לפעולה (לעיל הערה 44), עמ' 138–139.

47 בעניין הדמיון בין כללים להחלטות, ראו רוז, שם.

48 רוז, טעמים מעשיים (לעיל הערה 9), עמ' 73–74. לטענה שכללים הם טעמים מוציאים רוז מציע כמה טיעונים: אופן הצדקת כללים, השוואת כללים לבקשות, הדמיון בין כללים להחלטות וטיעון פסיכולוגי, ראו גנו, כללים מחייבים (לעיל הערה 43), עמ' 29–32. רוז משתמש בהסברו לטיבם של כללים כדי להצדיק סמכות, ראו J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford 1986, ו-S. J. Shapiro, 'Authority', *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy*, J. L. Coleman & S. J. Shapiro (eds.), 2004, pp. 382–439, esp. pp. 402–415.

מחליט בכל זאת לצאת לחופשה בדרום צרפת, לא היה אפשר לומר כי הוא פועל לפי כלל.<sup>49</sup> כמובן, אימוץ הכלל אין פירושו שהוא אינו יכול לסגת ממנו, כלומר לשקול את מקום חופשתו ואת מועדה, ואם לצאת לחופשה בכלל וכו', לפי טעמים רגילים. ואולם כל עוד הוא מאמץ את הכלל, טוען רו, הרי הכלל עצמו הוא בעבורו טעם לפעולה וטעם מוציא.

בסעיף 1 לחוק הירושה, תשכ"ה–1965 נקבע: 'במות אדם עובר עזבונו ליורשיו'. סעיף 2 לאותו החוק קובע: 'היורשים הם יורשים על פי דין או זוכים על פי צוואה; הירושה היא על פי דין זולת במידה שהיא על פי צוואה'. לפי רו, עבור האזרחים, הפקידים והשופטים במדינת ישראל הכללים האלה הם טעם לפעולה מסדר ראשון – הם עצמם הטעם למסירת רכוש המוריש ליורשים שנקבעו בחוק או בצוואה, ולא הטעמים שביסודם, כגון כיבוד הרצון הממשי או המשוער של הנפטר המוריש, או של יורשים האלה יש מעין זכויות ברכוש; והם בה בשעה גם טעם שלא לשקול טעמים נגדיים, כגון שיקולי צדק חלוקתי, שלפיהם בנסיבות מסוימות ראוי להחזיר את רכוש המוריש לחברה או למוסרו לנצרכים. בהיותם טעמים לפעולה היגדי הכללים האלה מיייתרים את הצורך לשקול את טעמיהם, והם טעמים מוציאים למערך של שיקולים שאלמלא הכלל היו ראויים להישקל, ולמצער אצל אנשים מסוימים, ובנסיבות מסוימות, אולי אף היו מכריעים.<sup>50</sup>

בספר המצוות, לא תעשה מד, כותב הרמב"ם: 'הזהירנו מלגלח את הזקן'. נניח, שוב, כטענת הרמב"ם, שטעם האיסור הוא שגילוח 'היה קישוט כומרי עבודה זרה' (שם).<sup>51</sup> לפי הניתוח של רו, האיסור עצמו הוא הטעם של נאמני ההלכה (ההימנעות מפעולה, ולא טעמו. האיסור הוא גם טעם מוציא, כלומר טעם שלא לשקול טעמים נגדיים, כגון שיקולי אסתטיקה ונוחות ('זקן אינו הולם את פניי' וכיו"ב), ואף לא מקומות או עיתים שבהם גילוח הזקן אינו אופנת עכו"ם או שאופנתם היא לגדל זקן דווקא.

כלל החופשה לשמעון, חוקי הירושה לשופט, לפקיד ולאזרח, והאיסור על השחתת הזקן ליהודי, הם (גם) טעמים מוציאים. לפיכך הם אינם שוקלים לגופם טעמים נגדיים – אפשרויות חופשה אחרות, שיקולי צדק חלוקתי וטעמים הפוגעים באיסור

49 רו, טעמים מעשיים (לעיל הערה 9), עמ' 140.

50 רו מדגיש (שם, עמ' 79) כי כדי לדעת שנורמה תקפה צריך לדעת שיש טעמים המצדיקים אותה, ואולם כדי להחיל את הכלל במקרה הטיפוסי אין צורך לדעת את הטעמים עצמם. כאמור, טעמי הכלל קובעים את משקלו כטעם לפעולה וכטעם מוציא, ואולם במקרה הטיפוסי משקלם אינו נדון ואינו עומד למבחן, ראו לעיל סעיף א.

51 ספר המצוות לרמב"ם, לא תעשה, מד (לעיל הערה 3, עמ' קו–קז).

השחתת הזקן. בדוגמאות האלה, כמו בכללים מחייבים בכלל, טוען רו, הטעמים כולם – הן הטעמים שביסוד הכללים הן טעמים נגדיים (שלא הכריעו לפעולה) – שומרים על שלמותם. כל כך מפני שהם אינם נשקלים לגופם. שוב, אם הטעמים היו נשקלים לגופם, כלומר אם הכללים היו רק ייצוגים של טעמיהם, ולא טעמים לפעולה וטעמים מוציאים בעצמם, הם היו חדלים, לפי רו, לתפקד ככללים.<sup>52</sup>

עם זאת, רו מדגיש כי כללים בהיותם טעמים מוציאים אינם מסלקים כל טעם נגדי. יש טעמים שהם אינם מסלקים. אם אדם מגלה טעמים שכאלה הוא זונח את הכלל כטעם לפעולה וכטעם מוציא וחוזר לשקול את מכלול הטעמים הרלוונטיים ולאזן ביניהם. במקרה כזה הוא עשוי לפעול בניגוד לכלל. למשל, בפרשת ריגס (Riggs, מדינת ניו יורק, 1889), רצה נכד את סבו כדי לרשתו על פי צוואה.<sup>53</sup> באותה העת החוק לא הסדיר מקרה חריג שכזה.<sup>54</sup> האם הכללים שבחוק הירושה מוציאים גם טעם נגדי מן הסוג 'הרצחת וגם ירשת'? בית המשפט שבמדינת ניו יורק קבע כי הנכד הרוצח אינו יורש. במונחיו של רו, בית המשפט בנסיבות האלה נסוג מכללי חוק הירושה – הם חדלו לשמש טעם לפעולה וטעם מוציא – ופנה לשקול טעמים מסדר ראשון. לדידו, הטעם כבד המשקל שנסיבות המקרה הזה יצרו הביס את הטעמים שביסוד כללי חוק הירושה (כיבוד רצון המוריש). זהו אפוא מקרה ('קשה') שבו הכלל המשפטי חדל לתפקד, ובית המשפט שקל את טעמיו עם שאר הטעמים שנסיבות המקרה זימנו והכריע נגד הפעולה שהחלה מכנית של הכלל מורה עליה.<sup>55</sup>

בהלכות עבודה זרה יא, ג הרמב"ם קובע: 'ישראל שהיה קרוב למלכות וצריך לישב לפני מלכיהם, והיה לו גנאי לפי שלא ידמה להן, הרי זה מותר [...] לגלח כנגד פניו כדרך שהן עושין'. ההלכה הזאת באה בתלמוד כ'מעשה', כלומר כעין תקדים למקרה חריג, וכדרכו הרמב"ם ניסחו ככלל.<sup>56</sup> במונחיו של רו, במקרה החריג של קרוב למלכות, הכלל-האיסור 'לא תשחית פאת זקנך' חדל להיות טעם לפעולה וטעם מוציא. בעלי ההלכה שקלו את טעמי האיסור אל מול הטעמים שהמקרה מזמן, והחיוניות של יחסי הקרבה בין השתדלנים יהודים לחצרני המלכות לשם שמירת צורכי הקהילות (לא רק בענייני נפשות) גברה על החשש מהידמות חזותית לעובדי

52 או אז הכלל הוא רק כעין כלל אצבע, שהוא הכללה המסכמת ניסיון מעשי בלבד. ראו רו, טעמים מעשיים (לעיל הערה 9), עמ' 59–62, ושאוואר, כללים (לעיל הערה 10), עמ' 104–111.

53 *Riggs v. Palmer*, 22 N.E. 188 (N.Y. 1889)

54 ראו חוק הירושה, תשכ"ה–1965, סע' 5(א) ו-5(ב), שנחקק בעקבות פרשת ריגס.

55 אין, כמובן, הכרח כי בכל עת ששופט נסוג מן הכלל אל טעמיו הוא יכריע נגד הכלל, כלומר, שתוצאת השקילה תהיה שונה מתוצאת החלת הכלל.

56 בבלי, בבא קמא פג ע"א; סוטה מט ע"ב.

עבודה זרה (העלולה להביא לאימוץ השקפותיהם), ולכן התירו להם 'לגלח כנגד פניהם'.<sup>57</sup>

רו אומנם מדגיש כי ל'נורמות יש עצמאות יחסית (relative independence) מן הטעמים שמצדיקים אותן', וברגיל, כללים, במיוחד כללים מחייבים, מיתרים את הצורך לשקול טעמים.<sup>58</sup> ואולם בה בשעה ניתוחו מבהיר את הזיקה העמוקה ביניהם. ככלות הכול, לפי רו, הכלל עצמו, הן בהיותו טעם לפעולה הן בהיותו טעם מוציא, מושתת על צידוקים.<sup>59</sup> נפרדות הכלל, כלומר עצמאותו היחסית, נוגעת בעיקר להעדר המודעות לטעמיו כשהוא מופעל במקרה הטיפוסי. רו אכן מדגיש כי 'רק בנסיבות יוצאות דופן עליו לדעת מהם הטעמים המדויקים שמאחורי כללים, בכדי לדעת מה לעשות'.<sup>60</sup> לריו מקרים חריגים ('קשים') ממחישים אפוא כי טעמי הכלל נמצאים תמיד ביסוד פעולות שהוא מכתוב. כפי שנראה מיד, מבקרי רו טענו כי מקרים קשים חותרים תחת הסברו שהכללים עצמם הם טעמים לפעולה, ובעיקר שהם טעמים מוציאים.

5. גנו: כללים כמקבץ טעמים מסדר ראשון

במאמר ביקורת נוקב השיג חיים גנו על ההמשגה הזאת של רו. גנו מאמץ את טענתו הבסיסית של רו שכללים מחייבים מושתתים על טעמים, ברם הוא מבקר את הסברו שהכלל עצמו הוא טעם לפעולה וטעם מוציא.<sup>61</sup> גנו טוען כי כלל מחייב הוא אכן מקבץ של טעמים מכמה סוגים, ברם מסדר ראשון בלבד. ביקורתו מצמצמת את הנפרדות היחסית של כללים מחייבים, ומבהירה ביתר צלילות כי טעמים הם אבני הבניין של הכללים. הגנה נקודת הביקורת החשובות לענייננו.

אחד מטיעוניו של רו לביסוס הטענה שהכלל עצמו הוא טעם לפעולה הוא הדמיון

57 לדיון מפורט בדין זה, ראו לורברבוים, פולמוס הזקן (לעיל הערה 2), עמ' 69–71.

58 רו, טעמים מעשיים (לעיל הערה 9), עמ' 79, וכלשונו: 'thus, the norms have a relative independence from the reasons which justify them'. הוא סבור כי העצמאות היחסית של נורמות מסבירה מדוע כלל הוא טעם ולא חלקי (ראו להלן עמ' 60–61), ומדוע בני אדם רואים בכללים ישויות ('why we hypostatize them'), (רו, שם, עמ' 80).

59 רו מסביר כי כוחן של נורמות מחייבות נובע 'מכל הטעמים לנורמה, פרט לאלו המצדיקים את קיומה כטעם מוציא', וכי כללים 'תמיד טעונים הצדקה באמצעות ערכים בסיסיים יותר' (שם, עמ' 77).

60 שם, עמ' 80.

61 גנו, כללים מחייבים (לעיל הערה 43), עמ' 25–43. לכיוון דומה, ראו M. Moore, 'Authority, Law, and Razian Reasons', *Southern California Law Review* 62 (1989), pp. 827–896.

שבין כללים להחלטות. החלטה, טוען רז, היא לא רק גמירת דעת לנקוט פעולה מסוימת, אלא גם אמונה שבא הקץ לשקילת שיקולים על אודות מה שראוי לעשות בעניינים הנוגעים להחלטה. ומכאן, שאם ראובן החליט לעשות א החלטתו היא- היא הטעם לעשות א, והיא בה בשעה גם טעם להתעלם משיקולים (ישנים, ובעיקר חדשים) בעד ונגד ההחלטה הזאת. כללים, טוען רז, כמוהם כהחלטות – הם עצמם הטעם לפעולה (לפי הכלל), והם טעם שלא לשקול טעמים בעד, ובעיקר נגד, הפעולה שהכלל מורה עליה.<sup>62</sup> אלא שמהחלטת ראובן לעשות א, טוען גנו, לא נובע שהוא מאמין מעתה שהחלטתו היא הטעם לעשות א. פירושה של החלטת ראובן היא שהוא מאמין שיש לו טעם לעשות א, שכולל, מיניה וביה, טעם להתעלם מטעמים נוספים בעד ונגד מעשה א.<sup>63</sup> גם היגד הכלל אינו טעם לפעולה אלא הצבעה על, או ייצוג של, הטעמים שכוננו אותו, שכוללים טעמים שלא לשקול טעמים, ובעיקר שלא לשקול טעמים נגדיים.

הטענה שהכלל עצמו הוא טעם לפעולה מעוררת קושי נוסף. כיצד היגד הכלל, שהוא ברגיל נטול טעמים ('עצור באדום', 'לא תשחית פאת זקנך'), יכול בעצמו להיות הצדקה, והרי סתם הוראה לפעולה, תהא זו החלטה או יהא זה כלל, אינה טעם. מבחינה סמנטית, כדי שכלל יוכל להיחשב טעם עלינו להניח שהוא מזמן (מבליע או מצביע על) טעמים כלשהם. לשון אחרת, כשאדם מסביר כי הוא פעל בדרך א בשל כלל מחייב מסוים, כלומר שהכלל הוא הטעם לפעולתו, אין כוונתו ללשון הכלל בלבד, אלא לטעמים שביסודו, ואין זה משנה אם הוא יודעם אם לאו.<sup>64</sup> נפנה עתה לביקורות על הטענה שהכלל הוא גם טעם מוציא. כזכור, רז הטעים כי כללים כטעמים מוציאים אינם מסלקים כל טעם נגדי, שכן יש טעמים שהם אינם מוציאים. גנו תוהה:

אם התנהגות בהתאם לכלל פוגעת במספר טעמים, כיצד נדע אם הכלל מוציא את הטעמים המסוימים האלה ולכן מן הראוי לנהוג לפיו, או אם הוא אינו מוציא טעמים אלה ולכן אין לנהוג לפיו? [...] רז אינו מספק תשובה לשאלות חשובות אלה.

החלטה בשאלה הזאת, טוען גנו, יכולה להתקבל רק 'על בסיס שקילת הטעמים

62 רז, טעמים מעשיים (לעיל הערה 9), עמ' 68.

63 גנו, כללים מחייבים (לעיל הערה 43), עמ' 34–35.

64 כדי לתמוך בטענתו שהכלל הוא טעם לפעולה טען רז כי הוא טעם שלם, ראו רז, טעמים מעשיים (לעיל הערה 9), עמ' 22–25. ואולם לפי ביקורת זו, הכלל כטעם לפעולה הוא טעם חלקי בלבד.

על ההבחנה בין טעם שלם לטעם חלקי ראו להלן עמ' 60–61.

לאימוץ הכלל מול הטעמים שציות לכלל עלול לפגוע בהם'. ואולם 'אם כוחם המוציא של כללים מחושב על בסיס משקל הטעמים להחזקה בהם, האם ישנו הבדל מהותי בין טעמים המוציאים טעמים אחרים לבין טעמים המכריעים טעמים אחרים על בסיס איוון?'<sup>65</sup> 'כדי לדעת מהם הטעמים המוציאים בידי הטעמים המוציאים העומדים על הפרק', מדגיש גנו, 'עלינו לחזור ולדון במשקלו של הטעם שעל יסודו טעמים אלה הם מוציאים'.<sup>66</sup> תובנה זו מערערת את חיוניותו של המושג טעם מוציא, ובתוך כך את הטענה שהכלל הוא גם טעם מן הסוג הזה.

הביקורת הזאת מבליטה את הנקודה שהדגשנו לעיל בעניין מקרים קשים, כלומר שכללים מחייבים לעולם עומדים על טעמיהם. אם הכלל עצמו אינו טעם לפעולה וגם אינו טעם מוציא, הרי הפעלתו מלווה תמיד במודעות מסוימת לטעמיו. אם כך, כללים מחייבים אינם עצמאים אפילו בחלקם.

זאת ועוד, גנו מראה כי הטענה שכללים מחייבים הם טעמים מוציאים, כלומר שכללים מזמנים טעם ש'לא לשקול טעמים', מטשטשת הבחנה חשובה בין כמה סוגים של כללים. יש כללים המכילים טעם שלא לבצע בדיקה עובדתית בדבר קיומם של טעמים נגדיים לפעולה, יש כללים המכילים טעמים שלא לשקול טעמים נגדיים אלו, ויש כללים המכילים טעמים שלא לנהוג על פי טעמים (מסוימים) משנשקלו. לכללים שנועדו לחסוך בזמן ובמאמץ (שהם ברגיל כללים אישיים) נלווים ברגיל טעמים שלא לבצע בדיקות עובדתיות, ושלא לשקול טעמים נגדיים. דרך כלל לא נלווים להם טעמים שלא לפעול לפיהם אם הם בכל זאת נשקלו. לעומת זאת, כללים מחייבים, משפטיים והלכתיים, מזמנים ברגיל גם טעמים שלא לפעול לפי טעמים נגדיים מסוימים, ברם לא בהכרח טעמים שלא לשקול טעמים נגדיים.<sup>67</sup>

חשוב לשים לב כי הטעם שלא לבדוק בדיקות עובדתיות והטעם שלא לשקול טעמים אינם טעמים מוציאים, אלא טעמים רגילים (מסדר ראשון) להימנע מפעולות מנטליות של בדיקה ושקילה. וכך גם הטעם שלא לפעול על פי טעמים

65 גנו, כללים מחייבים (לעיל הערה 43), עמ' 40.

66 ראו גם ביקורתו של שאוואר, כללים (לעיל הערה 10), עמ' 88–91.

67 גנו טוען כי הצירוף 'התעלמות מטעם' – המתאר לפי רז את הרעיון טעם מוציא – הוא רב־משמעי. מקופלים בו, כאמור, כמה מובנים שחשוב להבחין ביניהם, בעיקר בין 'הימנעות משקילת טעם' לבין 'אִי־פעולה לפי טעם'. רעיון הטעם המוציא (כטעם מסדר שני) אינו רגיש להבחנות החיוניות האלה. ראו גנו, כללים מחייבים (לעיל הערה 43), עמ' 41.

משנשקלו, שכמו כל טעם מסדר ראשון הגובר על טעם אחר הוא בהכרח גם טעם שלא לפעול לפי הטעם האחר.<sup>68</sup>

הכלל האישי של שמעון לצאת בכל שנה לחופשה בדרום צרפת נועד לחסוך זמן ומאמץ, ולכן משולב בו טעם שלא לבדוק בדיקות עובדתיות בדבר ויתור על חופשה או בדבר אפשרויות חופשה אחרות, זולות או קוסמות יותר, וכיו"ב, וכן טעם שלא לשקול עובדות כאלה אם הגיעו לידיעתו. ואולם, בכלל של שמעון לא כלול בהכרח טעם שלא לפעול לפי עובדות המייצרות טעמים חזקים לפעולה שנודעו לו דרך מקרה. למשל, אם שמעון שומע מחבר על חבילת נופש אטרקטיבית במיוחד בתאילנד, שיתרונותיה על החופשה שבדרום צרפת מחוורים, אין לו סיבה שלא לפעול בניגוד לכלל שלו.<sup>69</sup> נניח, שטעם הכלל האוסר להשחית את הזקן הוא שלא להידמות לעובדי עבודה זרה. מטרתו אינה לחסוך בזמן ובמאמץ הכרוך בשקילת שיקולים נגדיים, כגון שיקולי נוחות ואסתטיקה (כמו 'אני אצליח בעסקיי, או אני נאה יותר כשאני מגולח'). כלל זה גם אינו מורה שלא לבדוק בדיקות עובדתיות בעניין אפנת הגילוח של בני דת מקומית ואם הם עכו"ם מבחינה הלכתית וכיו"ב ולא לשוקלן. אף שבפועל הכלל גורם להתעלמות משיקולים שכאלה, עיקרו אינו לפעול לפיהם אם הם נשקלו.

לענייננו חשוב הבדל אחר שגנו מציין, ההבדל בין סתם טעמים לפעולה, לבין כללים מחייבים, משפטיים והלכתיים, שהם טעמים לפעולה:

כללים נורמטיביים מזמנים טעמים לעשות את האמור בהם שאינם קשורים בפיתרון הספציפי שהם מספקים לבעיה המעשית שהם חלים עליה. כוחם המעשי לא נשען על תוכנם בלבד. הם קשורים גם בטעמים שבגללם אומצו כללים אלה. יתרה מזו, טעמים לציות לכללים שאינם תלויים בתוכן הכללים כוללים [...] אף טעמים הנוצרים בגלל עצם התקיימות הכללים.<sup>70</sup>

כללים מחייבים הם מקבץ של טעמים רגילים מסדר ראשון, הכוללים טעמים ישירים

68 גנו, שם, עמ' 25. נראה כי הביקורת של גנו היא שאין הכרח לראות בטעם שלא לבדוק בדיקות עובדתיות (ובטעם שלא לשקול טעמים) טעמים מסדר שני, ואולם אין מניעה שהם יהיו כאלה.

69 עם זאת, יכול שיהיו לאדם טעמים אישיים מסוגם של טעמים מערכתיים. למשל, שמעון מיועדנו מכיר את נפשו ויודע שאם פעם אחת לא ייסע לחופשה (או שלא ייסע לצרפת אלא לתאילנד), יתערער אצלו ההרגל לצאת לחופשה. דוגמה אחרת: ראובן מחליט שלא לסטות מכלל שקבע לעצמו כדי שחבריו לא יחשבו שהוא אינו החלטי ובלתי יציב. טעמים מעין-מערכתיים אלו אינם טעמים שלא לשקול טעמים, אלא טעמים שלא לפעול לפי טעמים (מסוימים).

70 גנו, כללים מחייבים (לעיל הערה 43), עמ' 34.



לביצוע הפעולה המצוינת בכלל (להלן: 'טעמים ישירים' או 'טעמים ספציפיים'); וכן טעמים שבגללם הם נקבעו, כגון חיסכון בזמן ובמאמץ, תיאום פעולה חברתי והגבלת שיקול הדעת של פקידיים ושל שופטים. רבים מן הטעמים האלה נוגעים ברגיל לתפקודו היעיל והתקין של גוף החוק שאליו הכלל שייך או לתפקודה של המערכת בכללותה; וכן טעמים הנוצרים בגלל עצם קיומם ככללים. לעיתים אלו הם טעמים הנוצרים אחרי שהכלל כבר אומץ או נחקק. גם הטעמים האלה הם ברגיל סוג של טעמים מערכתיים, שאינם בהכרח הטעמים שבגללם הכלל אומץ או נחקק.<sup>71</sup> כללים מחייבים, משפטיים והלכתיים, מזמנים את כולם. מטעמי נוחות אקרא להלן לכל סוגי הטעמים האלה 'טעמים מערכתיים'.<sup>72</sup> על טעמים מערכתיים בהלכה ארחיב להלן.

נניח, שוב, שהטעם הספציפי של הכלל האוסר על גילוח הזקן הוא האיסור להידמות לעובדי עבודה זרה. האיסור הזה עשוי לחול גם כשמתברר שאין זה מנהגם של עובדי עבודה זרה להתגלח, או שמנהגם לגדל זקן דווקא. כל כך מפני ש'הפרתו' של הכלל במקרים אלו עלולה לגרום לזלזול בהלכה (ערעור המערכת), או מפני שסטייה ממנו פותחת פתח לטעות, או לשימוש לרעה בטעמי האיסור ובטעמים בכלל במקרים אחרים. טעמים מערכתיים שכאלה תומכים בכלל גם כשטעמו הספציפי אינו רלוונטי (או שטעמים נגדיים מכריעים אותו), הם נוצרים מעצם היותו כלל הלכתי. במקרה של 'קרוב למלכות' שנדון לעיל, משקלם המצטבר של טעמי הכלל ההלכתי האוסר את השחתת הזקן – הספציפיים והמערכתיים – אינו עומד מול הטעמים שצורכי הקהילה היהודית מייצרים.

בנקודה זו מועיל להזכיר הבחנה שהציע הרט, בין הצדקות תלויות תוכן לכללים (content-dependent justification of rules), לבין הצדקות לכללים שאינן תלויות תוכן (content-independent justification).<sup>73</sup> הצדקה תלוית תוכן

71 כגון שמירה על עקביות ועל יושרה בכללים אישיים, או הציפיות שקיומו החברתי של הכלל מעורר. ר' כינה את הטעמים האלה 'strength-affecting auxiliary reasons' (טעמים מעשיים [לעיל הערה 9], עמ' 77). על סוגים אחרים של 'טעמי עזר', ראו רו, שם, עמ' 35–39. כמובן, טעמים מערכתיים עשויים להיות הטעמים הספציפיים של כללים מסוימים, ראו להלן.

72 לדעת גנו, הטעמים הישירים הספציפיים של כללים מחייבים הם בעלי מעמד לקסיקלי ביחס לסוגים מסוימים של טעמים נגדיים אפשריים; משקלם עדיף לחלוטין על האחרונים. כך, למשל, הטעם 'כבוד לחיי אדם'/'שולט', כלומר מכריע לחלוטין טעמים של נוחות אישית או של אינטרסים כלכליים ביחס להימנעות מרצח. הוא אינו 'שולט' בטעמים הנוצרים בנסיבות של הגנה עצמית, או במלחמה, או אולי במקרה של המתת חסד. טעמים העולים בנסיבות חריגות, כלומר טעמים שלא נשקלו מבעוד יום, עשויים, לאחר שקילה ואיזון, להכריע את טעמי הכלל. את הרעיון הזה הציע גנו בשיחה בעל פה, ואני מודה לו על כך.

73 ראו J. Raz, H. L. A. Hart, *Essays on Bentham*, Oxford 1982, pp. 254–255, וראו עוד

לכלל היא הצדקה המצביעה על מה שטוב ורצוי בפעולה הספציפית שהכלל מורה עליה. הצדקה שאינה תלויה תוכן לכלל היא הצדקה המנותקת מתוכנו הספציפי; היא אינה נעוצה בטוב שיצמח מהפעולה המסוימת שהכלל מורה עליו, אלא בטוב אחר, למשל, טוב מערכת. זאת ועוד, הטעם (הישיר) לפעולה המצוינת בכלל הוא טעם לביצועה גם בלי שהפעולה מצוינת בכלל, כלומר גם אם לא נעשתה כלל מחייב. ההצדקות הישירות לכללים האוסרים להרוג ולגנוב הן תלויות תוכן במובן זה שהן נעוצות בתכליותיהם הישירות: שמירת חיים והזכות לקניין פרטי. הטעמים הספציפיים להימנעות אלו קיימים גם בלי שהם מצוינים בכללים מחייבים (כלומר גם אם הטעמים לא נהפכו לכללים מחייבים). לכללים לא תרצח ולא תגנוב יש הצדקות נוספות, עקיפות, הנעוצות בטוב הצומח מהפיכתם לכללים ומעצם קיומם ככללים. הטוב הישיר של האיסור להשחית את פאת הזקן הוא הרחקה מעבודה זרה, שהיא התועלת הצומחת מהפעולה (או מההימנעות) שהכלל מורה עליה. הטעם הזה – הרחקה מעבודה זרה באמצעות הימנעות מגילוח הזקן – קיים גם אם הוא לא נהפך לכלל מחייב, היינו להלכה. לעומתו, הטוב שנגרם למערכת ההלכתית מעצם קיום ההלכה, או הרע שנמנע ממנה מאי-ביטולה, הוא הצדקה נוספת, עקיפה, של ההלכה, שאינה נעוצה בתוכנה הספציפי, והיא נוצרת מעצם קיומה כהלכה מחייבת. אם הטוב הישיר (הספציפי) של האיסור להתגלח – הרחקה מעבודה זרה – אינו רלוונטי משום שעובדי עבודה זרה מגדלים זקן, אזי טעמיו המערכתיים שאינם תלויי תוכן, כגון החשש מזלזול בהלכה, החשש לשימוש לרעה בטעמי ההלכה הזאת ובטעמים בכלל – עשויים להמשיך ולתמוך בו. הצדקות כאלה, שאינן תלויות תוכן, הן נחלת כל כלל מחייב. טעמים נלווים, ובהם טעמים מערכתיים, הם הצדקות שאינן תלויות תוכן לכללים מחייבים, ובכללם למצוות ולהלכות.

\*

פתחתי בהסברו של רו לא רק מפני שהוא הניח את היסודות לדיון ביחס שבין כללים לטעמים, אלא גם משום שפירושו נמשך מתחושה רווחת אצל משפטנים, ובמיוחד בקרב בעלי הלכה, שהכללים עצמם הם טעמים לפעולה, ושהם חוסמים בפני שקילת טעמים, לעיתים עד כדי העלמתם.<sup>74</sup> ואולם, גם לפי גישתו של רו הטעמים עומדים

<sup>74</sup> 'Reasoning with Rules', Idem, *Between Authority and Interpretation*, Oxford 2009, S. Sciaraffa, 'On Content-Independent Reasons: It's not in the Name', *Law and Philosophy* 28 (2009), pp. 203–219, esp. pp. 210–212

74 השוו רו (שם). במאמר זה רו טוען ל-"Autonomy Thesis" (שם, עמ' 214), שלפיה כללים

תמיד ברקע הכללים. גזו מבקר את הסברו של רו, ובתוך כך שולל את התובנה הבלתי רפלקטיבית אך הרווחת שבבסיסה. טענתו שכללים מחייבים הם צירוף של טעמים ישירים וטעמים נלווים, ובהם טעמים מערכתיים, מסבירה אף ביתר בהירות כי טעמים הם הרוח המפעמת בכללים, וכי לכללים אין אפילו נפרדות חלקית.

## ב. מקרים קשים

הקשר האמיץ בין כלל לבין טעמיו, הן הספציפיים הן הנלווים-המערכתיים, מתבלט כאמור במקרים חריגים, המכונים בספרות התורת-משפטית המודרנית 'מקרים קשים' (Hard Cases).<sup>75</sup> להלן אנתח דוגמאות למקרים קשים בהלכה, שימחישו את ההסברים שהוצעו לעיל לכללים מחייבים ולסוגי הטעמים שבבסיסם. אקדים להן הערות כלליות קצרות על אודות מקרים קשים ועל הגישות כלפיהן.

לעיל הערתי כי בקובצי חוק מנוסחים כללים המותאמים למקרים שכיחים. התאמה כזאת חיונית ליעילותם. מקרה קשה הוא מקרה לא צפוי, ועל כן המחוקק לא הסדיר אותו. לעיתים המקרה נדיר כל כך עד שיש הסבורים שגם אם הועלה על הדעת, ואף התרחש בפועל, אין הצדקה להסדירו בחוק, כטענתו הידועה של הרמב"ם (מורה הנבוכים ג, לד) כי המחוקק 'אינו שועה אל החריג [...] אלא בכל דעה, מידה או מעשה מועיל שרוצים להשיג, מתכוונים לדברים שעל-פיהם רוב, ואין שועים לדבר הממעט לקרות'. עיקרון זה מכונה 'דרך הרוב'.<sup>76</sup>

ובאשר לשופט – האם גם הוא צריך להתעלם מן המקרה החריג? האם הוא נדרש להחיל על מקרה קשה כלל המתאים למקרה השכיח, ולגרום בכך עוול?<sup>77</sup> משפטנים ותיאורטיקנים חלוקים בשאלה אם במקרים קשים נכון לשלם את מחיר אי-הצדק שבהחלה המכנית-הדווקנית של הכלל המחייב, אם לאו. מדובר בוויכוח בין שתי גישות: בין גישה הדוגלת ב-Jurisprudence of Reasons (יוריספרודנציה של טעמים), שבמקרה קשה נוטה לסגת מן הכלל ולשקול את

נפרדים נורמטיבית מטעמיהם. תכונה זו נעוצה לדעתו בכך שכללים מחייבים הם content-independent, ו"opaque" (אין בהם טעמים מפורשים), עיי"ש. הקשיים שהועלו לעיל על הסברו של רו (בעקבות גזו) אינם נפתרים במאמר הזה.

75 על 'מקרים קשים' ראו, R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA 1977, pp. 131–149.

76 ראו 'לורברבוים, 'הרמב"ם על מוסד החוק, על פורמליזם הלכתי, ועל "גזירת הכתוב", מחקרי משפט כט (תשע"ד), עמ' 351–390. לדיונים ב'דרך הרוב' של הרמב"ם, ראו ח' בן מנחם וב' ליפשיץ (עורכים), דין ויושר בתורת המשפט של הרמב"ם, ירושלים תשס"ד.

77 ראו אריסטו, אתיקה ניקומאכית, ספר ה, פרק י' 1137b20–30 (תרגום ליבס, עמ' 134–135).

מכלול הטעמים הרלוונטיים, לבין גישה הדוגלת ב־Jurisprudence of Rules (יוריספרודנציה של כללים), שבמקרים קשים (מסוימים) נוטה לדבוק ב'נוקשות' הכלל על חשבון עשיית צדק במקרה החריג. תיאורטיקנים מודרניים מכנים אותה <sup>78</sup>.Rulism.

לפי ההסבר של רו, 'רוליסט' רואה בכלל מחייב טעם מוציא אף לטעמים נגדיים שמייצר מקרה קשה, ולכן הכלל עצמו הוא טעם לפעולה אף במקרה הזה. לעומת זאת, לפי ההסבר של גנו, רוליסט מייחס לטעמים הנלווים והמערכתיים של הכלל משקל דרמטי, ולכן אף שהטעמים שיוצרות נסיבות המקרה החריג גוברים על טעמיו הספציפיים, הם אינם גוברים על טעמיו המערכתיים. להלן אראה כי מה שאכן מסתתר מאחורי המטפורות 'דבקות בנוקשות הכלל' ו'החלה מכנית עיוורת של כללים' הוא ייחוס משקל של ממש לשיקולים מערכתיים החיוניים לתפקודה התקין והיעיל של מערכת המשפט, ובהם כינון ודאות ויציבות במערכת המשפט, יראת כבוד לחוק וצמצום שיקול הדעת של שופטים ופקידים. לפי השקפתו הרוליסטית של הרמב"ם, 'דרך הרוב' נוגעת גם לשופטים: עליהם להתעלם מן המקרה החריג, אף אם 'מתחייבים בשל כך נזקים לפרטים', כי 'לו היה זה בהתאם לפרטים היה נגרם קלקול לכול'. ב'קלקול לכול' כוונתו לתפקוד לקוי של החוק, שהוא נזק לציבור כולו.<sup>79</sup>

רוב תורות המשפט בעולם העתיק, בימי הביניים ובעידן המודרני – למרות מחלוקות עמוקות ביניהן בעניינים תיאורטיים ומעשיים – נוטות ליוריספרודנציה של טעמים. זו הייתה השקפתו של אריסטו, שקבע, כידוע, את 'עיקרון היושר', ושל אבן רושד, שנטה אחרי אריסטו.<sup>80</sup> ליוריספרודנציה של טעמים נוטים גם משפטנים ותיאורטיקנים מן הדורות האחרונים, כמו הרט, פולר, רו, הריאליסטים לגוניהם, אנשי הגישה הביקורתית למשפט (CLS), דוורקין, רבים מהדוגלים במשפט טבעי ואנשי משפט וכלכלה. בישראל זו גישתו של השופט אהרן ברק, שנודעת לה השפעה

78 ראו שאור, פורמליזם (לעיל הערה 42), עמ' 534–535.

79 עם זאת, במקרים חריגים קיצוניים גם רוליסט אדוק כמו הרמב"ם יימנע מהחלה מכנית של הכלל, וידון במקרה לפי מכלול טעמיו, מה שעשוי לגרום לו לפעול בניגוד לכלל. ראו לורברבוים, הרמב"ם על מוסד החוק (לעיל הערה 76).

80 אריסטו, אתיקה ניקומאכית, ספר ה, פרק י, 1138a3–1137b1 (תרגום ליבס, עמ' 133–135): החוק נוקט 'במקרה השכיח' ברם 'בלא שיתעלם כלל מן השגיאה הכרוכה בכך' במקרים לא שכיחים; אבן רושד, הביאור האמצעי לספר המידות על שם ניקומאכוס לאריסטו, בתרגום ר' שמואל בן יהודה (מהדורת ברמן), ירושלים תשנ"ט, עמ' 199–200, שו' 527–532.

דרמטית על המשפט הישראלי.<sup>81</sup> בקרב תיאורטיקנים של המשפט הרוליטיסטים הם מיעוט כמעט בטל.<sup>82</sup> לא כן, כפי שנראה, אצל בעלי הלכה.

1. 'לא תחסום שור בדישו' – 'היה הדבר שהיא עושה בו רע לבני מעיה ומזיקה' דברים כה 4: 'לא תחסם שור בדישו'. חוק זה מנוסח ניסוח ספציפי – הוא מציין פעולה מסוימת (דישה) של בהמה מסוימת (שור), ואוסר על פעולה מסוימת (חסימת הפה בשעת הדישה). למצווה זו אין טעם מפורש,<sup>83</sup> אולם דומה כי טעמה מחזור ואין צורך במומחיות מיוחדת כדי להתחקות אחריו: מניעת צער מבעלי חיים, המשולבת בהכרת תודה, כלשון המדרש ב'ספרי דברים' רפז: 'בשעה שהוא [השור] עושה – הרי הוא אוכל', ולא בשעה שהוא רק עובר ליד גרעיני החיטה.<sup>84</sup> לפי מדרש הלכה זה, שכמדומה הולם את פשוטו של מקרא, המצווה כללית יותר: השור מייצג כל בהמה ('שאר בהמה חיה ועוף כיוצא בשור'), ודישה מייצגת עבודות של בהמה למען בני אדם ('בדבר שגידולו מן הארץ, ותלוש מן הקרקע, בשעת גמר מלאכה').<sup>85</sup> המהלך

81 ראו א' ברק, השופט בחברה דמוקרטית, חיפה 2004; הנ"ל, פרשנות במשפט, ירושלים תשנ"ד; הנ"ל, הפרשנות התכליתית במשפט, תל אביב תשס"ג. על השפעת ברק על המשפט הישראלי, ראו מאוטנר, ירידת הפורמליזם (לעיל הערה 42), להערכת תפיסותיו של ברק, ראו R. A. Posner, 'Enlightened Despot', *New Republic*, 23.04.2007, ברם ראו ב' מדינה, 'ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית (תגובה למאמרי הביקורת של רוברט בורק וריצ'רד פונר על האקטיביזם השיפוטי של ברק)', דין ודברים ג (תשס"ה), עמ' 399–426.

82 תיאורטיקן בולט של הגישה הזאת הוא שאוור, שהוא 'פורמליסט רך'. ראו שאוור, פורמליזם (לעיל הערה 42). לסקירה של גישות פורמליסטיות במאות השמונה עשרה–תשע עשרה, במיוחד במסגרת 'מדע המשפט' בגרמניה, ראו מאוטנר, ירידת הפורמליזם (לעיל הערה 42), עמ' 16–18, ושם לספרות נוספת.

83 מצוות 'לא תחסום' באה בדברים כה 4 מחוץ לכל הקשר. עניינו של הפסוק שלפניו הוא עונש המלקות ('ארבעים יכנו [...]), ואילו הפסוק שלאחריו פותח את עניין הייבום (כי ישבו אחים יחדיו), מה שלא מנע מפרשנים לדרוש סמיכות. ראו, למשל, פירוש בעל הטורים על אתר, ובכיוון אחר, פירוש ריקאנטי (לעיל הערה 22), על אתר.

84 אפשר שהטעם הוא צער בעלי חיים בלבד, ו'בדישו' מציין מצב קיצוני של צער הבהמה, שבו היא כפויה לעבוד, ומריחה מקרוב את הדבר הנדוש מבלי יכולת להתרחק ממנו. נראה כי הטעם שבמדרש קרוב יותר לפשוטו של מקרא. לדיון בצער בעלי חיים בתלמוד, ראו B. A. Berkowitz, *Animals and Animality in The Babylonian Talmud*, Cambridge, MA 2018, pp. 89–119, ועיי"ש לספרות נוספת.

85 ספרי דברים, כי תצא, רפז (מהדורת הורוויץ–פינקלשטיין, ניו יורק תשכ"ט, עמ' 305). מדרש ההלכה הוזה מתחקה בהבלעה אחר טעם המצווה, והופך את הדין הספציפי לדין כללי יותר: דישה מייצגת כל עבודה של הבהמה למען אדם (רק 'בדבר שגידולו מן הארץ ותלוש מן הקרקע, בשעת גמר מלאכה', האם הגבלות אלו הן 'פורמליות?'), ושור מייצג כל בהמה, ברם לא אדם, שכן אדם

הפרשני ב'ספרי דברים' רפז, שהוא מדרש הלכה טיפוסי, מושתת על הטעם הלא-מפורש של המצווה. אכן, כך פירשו בעלי הלכה לאורך הדורות את תכלית המצווה ואת פרטי דיניה. על מצווה זו כותב הרמב"ם בהלכות שכירות יג, ג:

היה הדבר שהיא [הבהמה] עושה בו רע לבני מעיה ומזיקה, או שהיתה חולה ואם תאכל מזה מתרזת, מותר למנעה, שלא הקפידה תורה אלא על הנאתה, והרי אינה נהנית.

מצוות 'לא תחסום' שבתורה מותאמת למקרה השכיח, שבו הבהמה דשה בדבר שהוא 'הנאתה', כלומר במה שמועיל לה. ומה על מקרה שבו הבהמה עושה בדבר המזיק לה? נסיבות שכאלה יש ניגוד בין לשון הכלל ('לא תחסום שור בדישו') לבין טעמו (צער בעלי חיים והכרת תודה). החלה מכנית של הכלל במקרה זה תגרום לבהמה נזק וצער, ויהיה בכך משום סיכול טעם המצווה. אפשר שכך יכריע רוליסט, הסבור כי בשל שיקולים מערכתיים, אף במקרה קשה במיוחד כגון זה נכון לשמר את 'שלמות' הכלל ההלכתי.<sup>86</sup>

הרמב"ם, בעקבות התלמוד, נוקט במקרה זה ביוריספרודנציה של טעמים. הוא מסייג את תחולת ההוראה 'לא תחסום שור בדישו' למזון המתאים לבהמה. אם הבהמה דשה בדבר המזיק לה, הכלל 'לא תחסום שור בדישו' אינו חל, ומותר לחסום את פיה ('למונעה'). הלכה פשוטה זו מושתתת על הטעם הלא-מפורש של הכתוב, המבליע תנאי סמוי לחלותו. אם התנאי הסמוי אינו מתקיים הדין אינו חל. יתר על כן, חשיפת התנאי הסמוי גורמת לרמב"ם לנסח כלל חדש. נסיבות שכאלה אינן חריגות עד כדי כך שאין הצדקה להסדירן. הגם שטעמים מפורשים אינם רווחים בקודקסים הלכתיים, הרמב"ם מפרש להלכה זו טעם ('שלא הקפידה תורה וכו'), כנראה כדי להצדיק את הסטייה מלשון הכתוב. מקור ההלכה הזאת הוא בבבלי, בבא מציעא, צ ע"א:

בעו מיניה מרב ששת [שאלו את רב ששת]: היתה אוכלת ומתרזת, מהו? משום דמעלי [שמועיל] לה הוא – והא לא מעלי לה, או דלמא דחזיא ומצטערא [אולי שרואה את המזון וסובלת], והא חזיא ומצטערא?  
אמר להו רב ששת: תניתוה: רבי שמעון בן יוחי אומר: מביא כרשנין ותולה לה, שהכרשנין יפות לה מן הכול, שמע מינה: משום דמעלי לה הוא שמע מינה.

נדרש לשלוט בעצמו (ושליטה עצמית אינה 'צער'). השוו תוספתא, בבא מציעא ח, ז (מהדורת צוקרמנדל, ירושלים תשכ"ג, עמ' 388–397).

86 שיקולים אלו יכולים להוביל לפתרון אחר, מחמיר יותר, ולפיו דישה של דברים המזיקים לבהמה אסורה.

הסוגיה התלמודית מתלבטת בין שני טעמים לדין 'לא תחסום' – 'משום דמעלי' או משום 'חזויא ומצטערה'. לפי הטעם הראשון, אם המזון מזיק לבהמה, מותר (ושמא ראוי) לחסום את פיה בשעת הדישה, ואילו לפי הטעם השני, גם אם הבהמה 'אוכלת ומתרות [משלשלת]',<sup>87</sup> היא מתאוה לאוכל (המזיק לה), ועל כן אסור לחסום את פיה.<sup>88</sup> בעקבות רשב"י (המתיר לחסום ברם 'מביא כרשינין ותולה לה') מכריע רב ששת לטובת הטעם הראשון ('משום דמעלי לה'), וקובע חריג לכלל 'לא תחסום שור בדישו'.<sup>89</sup>

טעם הדין 'לא תחסום שור בדישו' אינו מפורש בתורה, ואולם אין בכך כדי למנוע מחכמי ההלכה להתחקות אחריו ולעצב את ההלכה לפיו, כלומר לדרוש טעמא דקרא. הגם שלפי התלמוד רב ששת מודע להיתכנות הטעם 'חזויא ומצטערא', הוא מכריע לטובת הטעם 'משום דמעלי לה'. התלמוד אינו סבור אפוא כי טעם 'לא תחסום' אינו ידוע (מעבר להשגה), והוא גם אינו נוקט גישה רוליסטית. אם כן, אם הדבר שהיא דשה בו רע לבהמה נוצר ניגוד בין לשון הכלל ('לא תחסום') לבין הטעם שביסודו (צער בעלי חיים והכרת תודה). ברור לתלמוד כי מהות הדין הזה נעוצה בטעמו הספציפי – נאמנות למצווה היא נאמנות לתכליתה ולא ללשונה – ובנסיבות האלה טעמיו המערכתיים אינם בעלי משקל, ועל כן הוא קובע הלכה חדשה, ובניסוחו של הרמב"ם: 'היה הדבר שהיא עושה בו רע לבני מעיה [...] מותר למנעה'.

במונחיו של רז, בנסיבות שבהן הבהמה דשה בדבר שרע לה, הכלל 'לא תחסום' חדל להיות טעם לפעולה, שכן בהיותו טעם מוציא הוא אינו מסלק את הטעם כבד המשקל שהנסיבות האלה מייצרות (הנוק שנגרם לבהמה), הגובר מצידו על

87 ראו בבלי, סנהדרין סד ע"א: 'כיון שהגיעה לפעור, שאלה לכוזרים במה עובדין לזו, אמרו לה: אוכלין תרדין ושותין שכר ומתריזין בפניה', ובבלי, בבא קמא מז ע"ב: 'הכניס שורו לחצר בעה"ב [...] ואכל חטין והתריז ומת, פטור', ובבלי, חולין לח ע"א.

88 הפרשנות הזאת של בבלי, בבא מציעא צ ע"א, היא לפי שלב עריכתה הסופית, שהוא אופן התקבלותה בשיח ההלכתי הבר-תלמודי. אפשר שהלשונות: 'משום דמעלי [...] או דלמא [...] והא חזויא ומצטערא', הן משל העורך, ורב ששת מציע לבעיית 'אוכלת ומתרות' פתרון מעשי (כרשינין) מבלי להכריע בין טעמי המצווה המוצעים בסוגיה. כך או כך פסיקתו מבוססת על טעם ההלכה.

89 השו"ת ירושלמי, תרומות ט, ג (מו ע"ג, עמ' 253, שו"ת 19), הדין בברייתא בתוספתא, בבא מציעא ח, יא (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 388): 'דש תרומה ומעשר שיני עובר משום בל תחסום. כיצד עושה? מביא קפופות ותולה בצוארי בהמה, ונותן לתוכו [חולין] מאותו המין, ובירושמי (שם): [הדש בתרומה ובמעשר שני] כיצד הוא עושה? תני בשם רבי שמעון: תולה לה כרשינין והן יפין לה מן הכל. אמר רבי יוסי: זאת אומרת עשה כן בחולין אינו עובר עליו משום בל תחסום(1)'. לפי ר' יוסי, תליית כרשינין, הפותרת את צער הבהמה, מתירה לחסום אף במצב השכיח! לשיטתו, דין זה עומד על טעמו הספציפי, ואין לו טעמים מסייעים, מערכתיים.

הטעמים הנגדיים. במונחיו של גנו, הנסיבות האלה יוצרות טעם הגובר הן על טעמיו הספציפיים של הכלל 'לא תחסום', הן על טעמיו הנלווים והמערכתיים.<sup>90</sup> יש טעמים נגדיים שאפשר שטעמי הכלל 'לא תחסום' יכריעו אותם. הנה דוגמאות היפותטיות: הבהמה דשה בדבר יקר, שאכילתו גורמת לבעליה חסרון כיס ניכר; ימי בצורת, שבהם אכילת הבהמה היא על חשבון לחמם של בני אדם, ברם לא עד כדי פיקוח נפש.<sup>91</sup> אם באחד מן המקרים האלה הכלל חל, הרי במונחיו של רז הכלל עצמו הוא הטעם לפעולה, והוא גם טעם המוציא את השיקולים הנגדיים האלה (חסרון כיס ניכר, עת מצוקה).<sup>92</sup> במונחיו של גנו, הכלל 'לא תחסום' מצביע על טעם עקרוני הגובר על טעמים נגדיים מסוימים, ובכללם חסרון כיס ומצוקה שאינה כדי פיקוח נפש. לשון אחרת, הכרה בהלכת 'לא תחסום' היא סימן שהמכיר בה סבור שהטעם המצדיק את הפעולה המצוינת בה – צער בעלי חיים והכרת תודה – גובר תמיד על טעמים מן הסוג חסרון כיס, מצוקה וכו'. לפי פירושו של גנו, היבטים של הטעם הישיר של הלכת 'לא תחסום' הם: (א) טעם מסדר ראשון שלא לשקול טעמים נגדיים שכאלה (אף שבנסיבות מסוימות הם מועצמיים), משום שהם טעמים מוכרים שהוכרעו מבעוד מועד; ובעיקר – (ב) שלא לפעול לפי טעמים שכאלה אם הם בכל זאת נשקלו. יצוין כי אפשר ששיקולים כמו חסרון כיס דרמטי או עת מצוקה גוברים על הטעם הישיר של 'לא תחסום', ברם לא על טעמיו המערכתיים – כגון השיקול שהיתר במקרים האלה יביא לזלזול בהלכה זו ובהלכות אחרות במקרים שראוי לציית להן (מדרון חלקלק) – או כשהם מצטרפים לטעמו הישיר.<sup>93</sup>

90 'מקרה קשה' אחר, שגם בו יש סטייה מטעם הכלל 'לא תחסום', מופיע במשנה תורה, הלכות שכירות יג, ד (בעקבות בבלי, בבא מציעא פט ע"ב): 'פרה של ישראל שהיה כהן דש בה בתרומה ובתרומת מעשר של ודאי [...] אינו עובר עליהן משום בל תחסום': בהתנגשות שבין קדושת התרומה והמעשר לבין טעם לא תחסום גובר השיקול הראשון. לעומת זאת, 'הדש במעשר שני של דמאי [ספק מעשר] ובתרומת מעשר של דמאי ובגידולי תרומה עובר משום בל תחסום' (שם).  
 91 לדעת ר' יוסי בירושלמי, תרומות ט, ג (מו ע"ג; עמ' 253, שו' 19). תליית כרשינין, שהיא גם חסימת פי הבהמה מלאכול את מה שהיא עושה בו, היא פתרון יעיל לכל המקרים האלה.  
 92 אפשר שלפי ההמשגה של רז, הטעמים הנגדיים במקרה הזה (חסרון כיס ניכר, ימי רעב) נשקלים אך מוכרעים. אם כך, לא הכלל הוא הטעם לפעולה אלא הטעמים שביסודו, שנשקלו אל מול הטעמים הנגדיים וגברו עליהם.  
 93 לפי גנו, אפשר גם שהטעמים הספציפיים של הכלל 'לא תחסום' (צער בעלי חיים וכו') גוברים על הטעמים הנגדיים שמצמיחים המקרים החריגים האלה (חסרון כיס ניכר, ימי מצוקה), גם ללא כוחם של הטעמים המערכתיים.



## 2. על טעמים להחלה 'מכנית' של כללים

הנמקה משפטית והלכתית, כמו כל הנמקה מעשית, מושתתת תמיד על טעם, כלומר על תכלית כלשהי. כך הוא גם כשהפסיקה מבוססת על החלת כללים. לעיתים נדמה כי מפני שמשפטנים ובעלי הלכה עסוקים ביישום טכני-מכני-מושגי של כללים, ואינם עוסקים במפורש בטעמים, כל עצמה של ההנמקה המשפטית וההלכתית היא עסק הכללים, במנותק מטעמיהם. הרושם הזה מקבל חיזוק ממקרים מורכבים שבהם צריך להחליט מתוך סבך של כללים מהו הכלל הרלוונטי, או שנדרש להחיל סדרה של כללים שהחלתם אל-נכון טעונה מומחיות. מכאן קצרה הדרך למה שנדמה כנתק בין ההנמקה המשפטית וההלכתית לבין טעמי הכללים ותכליותיהם. הרושם הזה חזק במיוחד אצל הרוליסטים במקרים קשים. כזכור, אצל מי שאמונים על יוריספרודנציה של טעמים, מקרים קשים מזכירים כי החלת כללים היא החלת טעמיהם, שהרי במקרה חריג הם נוטשים את הכלל ופונים לשקול את טעמיו עם שאר הטעמים הרלוונטיים. לעומתם, משפטנים ובעלי הלכה הנוקטים יוריספרודנציה של כללים, נמנעים משקילת טעמים גם במקרים שכאלה. בכך הם מעצימים את הרושם כי בהנמקה המשפטית וההלכתית הכללים עצמם הם הטעם הבלעדי לפעולה. אכן, נטייתם של הרוליסטים לראות בשיקולים מערכתיים קלף מנצח מסייעת להשכחת הטעמים הספציפיים של הכללים, ובתוך כך להשכחתם של טעמים בכלל. כשטעמים אינם נשקלים נקל להתרשם שהם אינם קיימים. רושם זה מוטעה. כאמור, במקרה השכיח יישום הכלל הוא יישום טעמיו הספציפיים, ובמקרים קשים ההימנעות משקילת טעמים היא העדפת טעמיהם המערכתיים. לשון אחרת, לפי רוליסטים מודעים, מה שגובר במקרים קשים אינה נוקשות לשון הכללים אלא התכליות המערכתיות שביסוד גישתם הפורמליסטית, שהן ברגיל סמויות מן העין.<sup>94</sup> הנה דוגמה מן ההלכה התנאית שתבהיר את הטענות האלה.

## 3. 'השוכר פרה מחברו והשאלה לאחר ומתה כדרכה'

השוכר פרה מחברו והשאלה לאחר ומתה כדרכה, ישבע השוכר שמתה כדרכה

94 בשל כך ההצגה הרווחת של הפורמליזם-הרוליסט המשפטי – למצער אצל משפטנים ותיאורטיקנים מודעים כמו הרמב"ם – כאילו הוא מנותק מערכים, והוא 'פורמלי' כמו הלוגיקה והמתמטיקה, היא מוטעית. לא נכון שאחד מעיקרי הפורמליזם המשפטי הוא שההכרעה השיפוטית נמנעת מלהתמודד במישרין עם שאלות ערכיות. השוו מאוטנר, ירידת הפורמליזם (לעיל הערה 42), עמ' 21–22. על פורמליזם והלכה, השוו עוד ב' בראון, 'פורמליזם וערכים: שלושה דגמים', עיונים חדשים בפילוסופיה של ההלכה, א' רביצקי וא' רוניק (עורכים), ירושלים תשס"ח, עמ' 233–257.

והשואל ישלם לשוכר. אמר ר' יוסי: כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו?! אלא תחזור פרה לבעלים (משנה בבא מציעא ג, ב).

הרקע למשנה זו הוא דיני ארבעת השומרים. הנה תמציתם: 'שומר חנם' הוא מי שהפקידו בידו פיקדון, והוא קיבל על עצמו לשומרו בלי תמורה; 'שומר שכר' הוא מי ששומר על פיקדון תמורת שכר כלשהו; 'שוכר' הוא מי שלקח חפץ מחברו להשתמש בו למשך זמן מסוים ומשלם תמורת השימוש; 'שואל' הוא מי שקיבל דבר מחברו להשתמש בו למשך זמן מסוים בלא תשלום עבור השימוש. 'שומר חנם' אינו חייב אלא על 'פשיעה' (היינו רשלנות חמורה) ופטור באונס ואף בגנבה ואבדה; 'שומר שכר' חייב על פשיעה ואף על גנבה ואבדה ופטור באונס; דין 'שוכר' כדין 'שומר שכר'; 'שואל' חייב בגנבה ובאבדה ובפשיעה, ואף על מעין אונס, למשל, הוא חייב בפצוץ על בהמה 'שמתה כדרכה', ברם אם החפץ התקלקל מחמת המלאכה שעבורה שאל אותו הוא פטור. כדי להיפטור מהחובה לפצות על השומר להשיב עשה חפץ אינו ברשותו, או שהחפץ נגנב או אבד (שומר חנם), או שמדובר במקרה של אונס (שומר חנם, שומר שכר ושוכר) ושלא שלח בו יד, כלומר שלא השתמש בו (שומר חנם ושומר שכר).<sup>95</sup>

יש טעם לכל דיני השומרים האלה: עניינם הוא שיקולי צדק המבוססים על התאמת היקף האחריות של השומר לזכותו. מרחב אחריותו של השומר (שמעבר ל'פשיעה') מותאם להיקף זכותו – שכר תמורת שמירת הפיקדון (שומר שכר), או האפשרות להשתמש בו, בתשלום (שוכר) או בלא תמורה (שואל). הכללים האלה מאזנים בין זכות לאחריות, ונועדו להשיג צדק במקרים השכיחים. אפשר שדינים מסוימים נועדו למקסם תועלת חברתית: הפטור של שומר חנם בגנבה ואבדה והחוב של השואל ב'מתה כדרכה' נועדו לעודד שומרי חנם ומשאילים.

משנת בבא מציעא ג, ב מתארת מקרה חריג, מפני שברגיל אדם שוכר חפץ, כלומר משלם על השימוש בו לפרק זמן מסוים, כדי למלא את צרכיו ולא כדי להשאילו לאחר. לפיכך נראה שלפי העיקרון שהחוק אינו שועה למקרה הממעט לקרות ('דרך הרוב'), לא צריך להסדיר מקרה שכזה בקודקס הלכתי. מלשון המשנה קשה להכריע אם מדובר בדיון בית-מדרשי ('אקדמי') ששולב במשנה בשל העניין שעורר, או שהעורכים ראו בו חלק מן ה'קודיפיקציה' של דיני השומרים. על כל

95 א' גולאק, יסודי המשפט העברי על פי מקורות התלמוד והפוסקים, ב, תל אביב תשכ"ז, עמ' 191: 'שימוש שנעשה שלא כדין הוא שליחות יד בפיקדון, שהיא נחשבת כגזילה, ומגדילה את חיובי הנפקד במה שהיא מטילה עליו אחריות בעד כל אונסי החפץ'.

פנים, על חריגותו מלמד הנימוק המפורש שבפי רבי יוסי, שהרי, כפי שנראה להלן, המשנה אינה רגילה בטעמים מפורשים.

מלשון תנא קמא (ת"ק) עולה כי הוא מחיל את סדרת הכללים דלעיל על נסיבות המקרה: ב'מתה כדרכה' השואל חייב, ברם לא לבעל הפרה אלא למי שהשאל לו, היינו לשוכר, והלה נשבע למשכיר, היינו לבעל הפרה, ונפטר; התוצאה: המשכיר הפסיד את פרתו לשוכר.<sup>96</sup> לעומתו, ר' יוסי מטעים את אי-הצדק (ובמונחי אריסטו, את אי-ההגינות) שבתוצאה הזאת. בעיניו החלה דווקנית של דיני השומרים במקרה הזה אינה עשיית צדק אלא 'התחכמות' בלתי הוגנת, כמעשה הסוחרים ('כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו?!')<sup>97</sup> ר' יוסי סבור כי במקרה חריג זה אין להחיל את הכללים החלה מכנית אלא לחזור לטעמים שביסוד הכללים, ולחזור לתוצאה הוגנת, והוא מכריע: 'אלא תחזור פרה לבעלים'.

ות"ק? – האם הוא אינו רואה את אי-ההגינות שבהכרעתו?<sup>98</sup> אפשר שהחלה דווקנית של הכללים במקרה הזה מובילה לדעתו לתוצאה צודקת. לפי הסבר זה, ת"ק סבור כי אם הכללים צודקים הרי החלתם הדווקנית-המכנית תוביל בהכרח לתוצאה צודקת. קשה להניח שת"ק סבור שדיני השומרים עצמם, כלומר לשונם, במנותק מטעמיהם, היא הטעם לפעולה.

אפשר שהכרעת ת"ק אינה תוצאה של החלה מכנית של כללים אלא של שיקולי צדק: השוכר, בהשאלו את הפרה, העלה את רמת השמירה עליה. בתמורה לזכות השימוש בפרה הוא קיבל מהשואל את הזכות לפיצוי במקרה שמתה כדרכה. הקושי בהסבר הזה הוא העדר ההלימה בין מה שהשוכר נותן לשואל (זכות השימוש בפרה לזמן קצר), לבין מה שקיבל ממנו ב'תמורה' (פרה).<sup>99</sup> יצוין כי אף אם הטלת החובה לפצות ב'מתה כדרכה' היא לעודד אנשים להשאיל, היא לא נועדה לעודד השאלת חפצים שהשוכרו, כלומר חפצים שאינם בבעלות המשאיל.

96 ראו פירוש המשנה לרמב"ם, בבא מציעא ג, ב (תרגום י' קאפה, ירושלים תשכ"ה, סדר נזיקין, עמ' מא).

97 השוו אבות דרבי נתן נו"א, פכ"ה (מהדורת שכטר, וינא תרמ"ז, עמ' 80): 'מת [...] מתוך דברי תורה סימן יפה לו, מתוך דברי סחורה סימן רע לו'. ברם ראו מ' קיסטר, עיונים באבות דר' נתן – נוסח, עריכה ופרשנות, ירושלים תשנ"ה, עמ' 266, הערה 81.

98 התלמוד ופרשני המשנה מפרשים כי לפי ת"ק בעל הפרה (המשכיר) הרשה לשוכר להשאילה, שאם לא כן 'שומר שמסר לשומר חייב'. ראו פירוש המשנה לרמב"ם (לעיל הערה 96), על אר. ספק בעיניי אם זו דעת ת"ק, ועל כל פנים אין בכך כדי לשנות את הניתוח שלהלן.

99 לפי פירוש זה של דעת ת"ק, קובלנת ר' יוסי: 'כיצד הלה עושה סחורה [...] היא שהשוכר נושא ונותן' דיני השומרים כסוחר. הוא מבקר את ת"ק המכיר בכוח השוכר לטעון כטענות האלה ולהתעשר 'שלא כדין'.

אפשר להסביר את הכרעת ת"ק בדרך אחרת. גם הוא יסכים כי יש מקרים שהחלה הולמת של כללים צודקים תוביל לתוצאה לא הוגנת, אלא שלדעתו גם במקרים האלה, למצער בחלקם, ראוי לדבוק בלשון הכללים משיקולים מערכתיים. שלמות מערכת המשפט ותפקודה התקין לטובת החברה ופרטיה מותנית ביציבות ובוודאות ובצמצום שיקול הדעת של שופטים. התכליות האלה מתממשות, כאמור, באמצעות קביעת כללים המתאימים למקרה השכיח ובאמצעות החלתם הדווקנית. בשל שיקולים שכאלה, המעוגנים בעקרון 'דרך הרוב', נכון ת"ק לשלם את מחיר עשיית אי־צדק במקרה החריג הזה.

במונחי משפטיים רוליסטים, במקרה הקשה הזה ת"ק דבק בלשון דיני השומרים ומחיל אותם החלה מכנית. ואולם לא נוקשות הכללים היא טעמו. לפי הסברו של רו לכללים מחייבים, ת"ק סבור שגם בנסיבות המקרה הזה דיני השומרים עצמם הם טעמים לפעולה, ובה בשעה גם טעמים המוציאים טעם נגדי להימנע מלגרורם עוול למשכיר. במונחיו של גנו, ת"ק מייחס במקרה הזה משקל דרמטי לטעמים המערכתיים של דיני השומרים, הגוברים בנסיבות האלה על הטעם הנגדי שיוצר העוול שנגרם לבעל הפרה. יצוין כי לפי הפירוש הזה, ת"ק סבור כי הטעם המערכתי של דיני השומרים אינו טעם שלא לשקול טעמים נגדיים מסוימים – כאן טעמים השוללים התעשרות בלתי מוצדקת של השוכר על חשבון המשכיר – אלא טעם שלא לפעול לפיהם. לפי הפירוש הזה, הוויכוח בין ת"ק לר' יוסי הוא אפוא בשאלה: מהי תכלית חשובה יותר – עשיית צדק במקרה החריג (ר' יוסי), או תפקודה התקין של מערכת דיני השומרים ובתוך כך המערכת ההלכתית (ת"ק)?<sup>100</sup>

הפירוש הזה אינו מחייב לייחס לת"ק את תפיסת 'דרך הרוב' לעומקה התיאורטי, כפי שהיא מוצעת ב'מורה הנבוכים', או לפי אחת מגרסאותיה המודרניות. די שנייחס לו את התובנה הבסיסית, שהיא נחלת משפטיים ובעלי הלכה שאינם תיאורטיקנים, בדבר חשיבות 'הדבקות בלשון הכללים', כלומר ייחוס משקל לטעמייהם המערכתיים. הפירוש שלפיו דעת ת"ק נעוצה ב'דרך הרוב' מראה כי כשהכרעה משפטית־הלכתית

100 השוו: ש' אטינגר, 'בין פורמליזם לערכים בהלכה ובמשפט העברי', הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אלון, בעריכתם של א' אדרעי ואחרים, ירושלים תשע"ח, עמ' 156–157. משנת בבא מציעא, ג, ב המתארת כאמור מקרה חריג, משקפת מעין דיון בית מדרשי במקרה היפותטי. נראה כי משיקולים הנעוצים בדרך הרוב יסבור ת"ק שאין כל צורך לשלב את פסיקתו בחוק החרות, ואולם פוסקים הכריעו כדעת ר' יוסי ושילבו אותה בקודקסים הלכתיים. הרמב"ם הפך את דעת ר' יוסי לכלל, ראו הלכות שכירות א, ו: 'שומר שמסר לשומר אחר והוסיף בשמירתו ומתה, ההנאה לבעלים, כיצד? השוכר פרה מחברו והשאילה לאחר ומתה כדרכה ביד השואל, הואיל והשואל חייב בכל יחזירו דמי הפרה לבעלים, שאין זה השוכר עושה סחורה בפרתו של חברו, וכן כל כיוצא בזה'. וראו גם שו"ע, חושן משפט, הלכות שוכר, סי' שז, ה.

המושגות על החלת כללים מובילה לתוצאה לא הוגנת, מה שעשוי להצדיקה הם הטעמים המערכתיים המקופלים בהם.<sup>101</sup>

פירוש זה מאיר בעיניי את דעת ת"ק באור הטוב ביותר, ברם אין הוא הוכחה ניצחת לנכונותו. אפשר שלאחר עיון מעמיק יותר בלשון המקורות יימצא פירוש טוב ממנו. הצעתי אותו כדי להדגים את הטענה שרוליוזם הלכתי מושתת על טעמים מערכתיים, שהם ברגיל סמויים מן העין. הדיון בדעת ת"ק במשנת בבא מציעא ג, ב משלים את הדיון שלעיל בתחולת דין 'לא תחסום' בנסיבות חריגות, שהמחיש הכרעה הלכתית לא־רוליסטית.<sup>102</sup>

101 השו"י ירושלמי, כתובות ט, ה (לג ע"א; עמ' 999, שו"י 35–37): 'רבי זעורא שאל לרבי אבונא: שאלוה הבעלים ומתה? אמר ליה: כן אנן אמרין! אכלוה? א"ר יוסי בר אבון: אכלו – שלהן אכלו'. שלא כמו המקרה המתואר במשנת בבא מציעא ג, ב, השואל כאן אינו צד שלישי אלא הבעלים. זהו מקרה חריג במיוחד. נראה כי בנסיבות האלה הבעלים־המשכיר מוותר על החלק היחסי של דמי השכירות ואינו ממעמד של שואל. ר' אבונא משיב כי לפי ת"ק אכן הבעלים חייבים! הסבר סביר לתשובת ר' אבונא הוא, שוב, שטעמים מערכתיים מצדיקים, לדעתו, לפי ת"ק, החלה מכנית של הכללים אף במקרה שהשואל הוא המשכיר־הבעלים עצמו. אין, כמובן, כל הכרח כי זו דעת ת"ק. אפשר כי לדעת ת"ק טעמים מערכתיים יצדיקו שצד שלישי יפצה את השוכר (שהיא תוצאה לא הוגנת), ברם לא הבעלים (שהיא תוצאה אבסורדית, המציגה את החוק באור מגוחך). תשובת ר' יוסי בר אבון לשאלה 'אכלוה [הבעלים]' – 'שלהן אכלו' אינה נהירה לי. השו"י לסוגיה המקבילה בירושלמי, בבא מציעא ג, ב (ט ע"א; עמ' 1221, שו"י 24–28): 'ר' אבהו שאל: שאלוה בעלים משוכר, ומתה כדרכה, ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל משלם לשוכר? ואין כיני [ואם כן] אפילו אכלוה. א"ר אבינא: אכלו – שלהן אכלו. א"ר יוסה: היאך הלה עושה סחורה בפרה שלוה, אלא תחזור פרה לבעלים'. את שאלת ר' אבהו אפשר להבין בכמה פנים. אפשר שהיא שאלה רטורית, שנועדה להציג את דעת ת"ק כאבסורדית. אחריה מובאת דעה שכך הוא (לדעת ת"ק) אפילו אכלוה הבעלים, ואילו אבינא סבור (כי לפי ת"ק): 'אכלו – שלהן אכלו' (ולא ברור מה לדעתו הדין אם מתה אצלם כדרכה). ר' יוסי סבור שלעולם 'תחזור פרה לבעלים'. ברם ייתכן כי שאלת ר' אבהו, כשאלת ר' זעורא בירושלמי כתובות (שם), היא תמימה, ונתרה בסוגיה ללא מענה.

102 בדרך דומה אפשר להסביר את מחלוקת חכמים ור' יוסי במשנה, גיטין ה, ה: 'מציאת חרש שוטה וקטן – יש בהן גזל מפני דרכי שלום, ר' יוסי אומר: גזל גמור; מצודות חייה ועפות ודגים – יש בהן גזל מפני דרכי שלום, ר' יוסי אומר: גזל גמור; העני המנקף בראש הזית – מה שתחתיו מפני דרכי שלום, ר' יוסי אומר: גזל גמור'. תוצאת יישום הכללים ההלכתיים של דיני הקניין (והגנבה) על המקרים האלה היא שאין מניעה הלכתית ליטול: מציאה שמצאו חרש, שוטה וקטן (שאינן להם כושר לבעלות), חיות מן המצודה ברשות הרבים (שאינה חצר שקונה לבעליה), וזיתים שמתחת לאילן מן העני שמנקף בראשו (שכן אינם בחזקתו). חכמים נאלצים לגייס כלל הלכתי אחר ('מפני דרכי שלום'), שאינו מתאים לנסיבות האלה, כדי להגיע לתוצאה הרצויה. הכלל 'מפני דרכי שלום' אינו מתאים להן מפני שהרע שבנטילות אלו אינו רק (אף לא בעיקר) יצירת מחלוקות, אלא שהן בלתי ראיות ('גזל'). לעומתם, ר' יוסי אינו כבול לנוקשות הכללים הקובעים מהו קניין, וקובע, מתוך סטייה מהם, כי נטילת או מציאת חרש, שוטה וקטן חיה ממצודה או זיתים מתחת

## ג. טעמים מערכתיים

טעמים נלווים – המצטרפים לטעמים העיקריים, הספציפיים, של כללים מחייבים – משולבים, כאמור, בכל כלל מחייב, הלכתי ומשפטי. מהם שמסייעים לתפקוד היעיל של הכלל או של גוף החוק שאליו הם שייכים, מהם שמסייעים לתקינותה של המערכת בכללותה. את שני סוגי הטעמים האלה אכנה להלן 'טעמים נלווים' או 'טעמים מערכתיים'. טעמים מערכתיים נוגעים, כאמור, לתכליות: ציפיות, ודאות, יציבות, הגבלת שיקול הדעת של מקבלי החלטות (מחוקקים, שופטים, פוסקים, ופקידים), כינון יראת כבוד כלפי החוק או ההלכה, טיפוח אמון הציבור במחוקק ובבתי המשפט או בתי הדין.<sup>103</sup> התכליות האלה כרוכות ברגיל אלו באלו.

טעמים מערכתיים של כללים כרוכים לעיתים בטעמים הספציפיים העיקריים של כללים מחייבים, או של גופי חוק מסוימים. וכאמור, יש מהם הקשורים בטעמים שבגללם הם אומצו לכללים, ויש טעמים מערכתיים הנוצרים מעצם קיום הכללים.<sup>104</sup>

לאילן וכו' הן 'גול גמור'. לשון אחרת, לפי ר' יוסי איי-הצדק שבנטילות האלה גובר על שיקולים מערכתיים המורים לדבוק בכללים. לאמורא רב חסדא (ובעקבותיו לפרשני המשנה בימי הביניים ולפוסקים) היה קשה לקבל את סטיית ר' יוסי מן הכללים (ה'נפרדים') של דיני הקניין, ועל כן פירש: 'גול גמור מדבריהם' (בבלי, גיטין סא ע"א). והתלמוד מוסיף: 'למאי נפקא מינה? להוציא בדיינין'. אלא שנראה כי ר' יוסי שבמשנה סבר 'גול גמור' כפשוטו, ואף לפי חכמים, כלומר, אף 'מפני דרכי שלום', הם יוצאים בדיינים, ואכמ"ל. אציין רק כי אפשר שלשיטת ר' יוסי המושתתת על טעמי הכללים מכוונות המימרות: 'רבי יוסי – נמוקו עמו' (בבלי, גיטין סז ע"א); 'משמת רבי יוסי פסקה הבינה' (ירושלמי, סוטה, ט, טז [ד טו"ג]).

103 על טעמים מערכתיים אלו (ועל טעמים נוספים) של כל חוק הצביע גנו בדיונו בטיעון התוצאות לחובת הציות לחוק. ראו ח' גנו, 'ביסוסי חובת הציות לחוק ואנרכיזם ביקורתית', הנ"ל, ציות וסירוב, אנרכיזם פילוסופי וסרבנות פוליטית, תל אביב 1996, עמ' 48–85, 64–73.

104 הנה דוגמה מן ההלכה התלמודית לטעמים מערכתיים של כללים שהם חלק מן הטעמים הספציפיים שלהם. בבבא קמא כב ע"א מופיעה המחלוקת המפורסמת הזאת: 'ר' יוחנן אמר: אשו משום חציו, וריש לקיש אמר: אשו משום ממונו'. השאלה ה'מושגית' שנחלקו בה האמוראים היא: האם את מקרי נזק הנגרמים מאש יש לדמות לממון המזיק, כמו שור בעלים שהזיק, או שמא יש לדמותם לנזק שאדם גרם בגופו ('חציו')? מצד אחד, אש היא מעשה ידי אדם המבעיר-המעביר, ומצד שני, היא הולכת ומזיקה כבעל חיים-ממון, אלא שאש אינה 'ממשית' כבעל חי. נפקות אפשרית של המחלוקת: אדם המזיק (חציו) חייב על 'ארבעה דברים' (נזק, ריפוי, צער ושבת), ואילו בממון החובה היא על נזק בלבד. אלא שאש אינה זהה לא לזה ולא לזה: מבחינות מסוימות היא דומה לממון המזיק, ומבחינות אחרות לאדם המזיק, ומבחינות מסוימות היא ייחודית. אם כך, מדוע בכלל להעמיד את האש על אבות נזק אחרים ולהסתכן בהסדרה לא צודקת של אירועי נזק? מדוע שלא לקבוע שאש היא אב נזק עצמאי ובו דינים המתאימים לטיבו, כדרך משנת בבא קמא א, א: 'ארבעה אבות נזיקין הן: השור [...] וההבער'? האמוראים אינם משיבים במפורש לשאלה הזאת. תשובה 'דוגמטית' אפשרית: בדיני נזיקין יש בפשטות שני אבות נזק בלבד: 'ממון' ו'אדם', וכל

משקלם של טעמים נלווים ומערכתיים של כללים, או של גופי חוק, עשוי להשתנות לאורך חייהם. כך, למשל, משקלם עשוי להתעצם בשל ערך סימבולי המתוסף להם עם השנים, ערך שלא יוחס להם בעת כינונם.<sup>105</sup> דוגמאות יידונו להלן.

1. טעמים מערכתיים כטעמים נלווים של כללים הטעמים הספציפיים של כלל מחייב, כלומר הטעמים הנוגעים לפתרון הבעיה המעשית של המקרים הטיפוסיים שהכלל חל עליהם, הם טעמיו העיקריים. הם הסיבה שבגינה הוא נחקק. טעמיו המערכתיים של כלל מחייב, שהם, כאמור, הצדקות שאינן תלויות תוכן, הם דרך כלל טעמים נלווים ומשניים לטעמיו הספציפיים. לכן, אם הטעם הספציפי העיקרי של הכלל בטל או התברר שהוא מוטעה, הרי ברגיל נכון לבטלו. ואולם בנסיבות מסוימות טעמים נלווים – מערכתיים ואחרים – עשויים לתמוך לבדם בכללים אף אם טעמיהם הספציפיים בטלו. או אז הם הופכים לטעמם העיקרי.

דוגמה מן ההלכה לתופעה הזאת היא הלכת יום טוב שני של גלויות. הטעם הספציפי שכונן את ההלכה הזאת הוא הספק בדבר יום קידוש החודש בארץ ישראל, ובתוך כך היום שבו חל החג בקהילות היהודים בפזורות מרוחקות, וכמובן, ההכרח לקיים את החג במועדו המדויק. 'אבל היום', כותב הרמב"ם, 'שבני ארץ ישראל סומכין על החשבון ומקדשין עליו [את החודש]', והיום הראשון לחודש ידוע מראש

---

אירועי הנוק צריכים ליפול תחת אחד מהם, שאם לא כן 'אין חיוב'. תשובה שתאיר את המחלוקת באור הגיוני יותר תייחס לר"י ולר"ל שיקולים מערכתיים, שלפיהם בעיצוב דיני הנוזיקין (וגופי חוק בכלל) רצוי לצמצם את הקטגוריות הבסיסיות למספר מינימלי (או אופטימלי), והכול בשל שילוב של שיקולים מערכתיים נלווים: ציפיות, ודאות וצמצום שיקול הדעת של שופטים. מטרה מרכזית של דיני הנוזיקין היא להקיף את המגוון העצום של מקרי הנוק המתרחשים באמצעות 'אבות נזק' חתוכים, שמספרם מצומצם. חכמי משפט וההלכה מודעים לכך שקביעת אבות נזק 'נוקשים' עלולה לגרום לאי־צדק במקרים חריגים, ברם הם נכונים לשלם את המחיר הזה. האלטרנטיבות – קביעת עקרונות מופשטים מדי (כגון אב נזק רשלנות), מצד אחד, וריבוי של אבות נזיקין, מצד שני, טומנות בחובן אי־צדק (נזק) גדול יותר. אכן, חכמים מתוכחים על טיבם ומספרם האופטימלי של האבות, והכול כדי שדיני הנוזיקין יתפקדו היטב. משנה בבא קמא א, א: ארבעה אבות (ובכללם אש) ועליהם נוסף אדם; תוספתא, בבא קמא ט, א (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 391): שלושה עשר אבות נזיקין; האמורא קרנא: ארבעה אבות ובכללם אדם (בבלי, בבא קמא ד ע"א); ר' חייא: עשרים וארבעה אבות נזיקין (שם). ר"י ור"ל חלוקים אומנם בשאלה לאיזה אב נזק אש דומה יותר, ותשובתיהם נעוצות בטעם הספציפי של כל אחד מהם, ואולם חשוב לשים לב שהשאלה 'כלואה' במסגרת של שיקולים מערכתיים. דוגמה זו ממחישה שוב כי טעמים מערכתיים הם סמויים מן העין.

105 ראו לעיל הערה 18, שם הערתי כי יכול שגם טעמים ספציפיים של כללים ישתנו לאורך חייהם.

לכול, סר הספק. טעם ההלכה בטל, וביטולה של הלכת יום טוב שני של גלויות נתבקש כאילו מאליו.

אלא שההלכה לא בטלה, כל כך בשל הטעם 'מנהג אבותיכם בידכם'.<sup>106</sup> לשון זו סובלת כמה משמעויות, ברם כאן היא מבטאת טעם מערכתי, כפי שטען יעקב כ"ץ: 'דפוס החג בסדרי בתי הכנסת, בקריאת התורה ובהפטרות, נתגבשו כבר בימי התנאים (בבלי, מגילה לא ע"א–ע"ב). במישור ההלכי נתגבשה מערכת שלמה של דינים [...] נוצרה אפוא מערכת מקודשת, שלא על נקלה פקע כוחה על יסוד שיקול רציונאלי'.<sup>107</sup> יודגש, יותר משהלכת יום טוב שני של גלויות התקדשה בעיני חכמים, שידעו שטעמה פג, ואף הכירו בחסרונותיה, היא התקדשה אצל הציבור במנותק מטעמה המקורי, שכמעט ונשכח אצלם. בעלי ההלכה סבורים כי יש להמשיך ולשמור את החג השני בשל החשש שביטול גוף הלכות שהשתרש בציבור והתקדש בעיניו תערער אצלו את ערך ההלכה כולה. משמעותו של הטעם 'מנהג אבותיכם בידכם' כאן הוא שיש לקיים 'מנהג אבות' (יום טוב שני) אף שטעמו בטל כדי שישתמרו מנהגי האבות שטעמיהם טובים, היינו שתשמר ההלכה כמערכת. הטעם המערכתי בהקשר הזה נעוץ ביציבות החוק ובשימור יראת הכבוד כלפיו.<sup>108</sup> במונחיו של הרט, הטעם המערכתי הזה של הלכת יום טוב שני אינו תלוי תוכן, מפני שהוא אינו מצביע על הטוב שיצמח מהפעולה הספציפית שהוא מורה עליו. הוא נוצר מעצם קיומה של הלכת יום טוב שני, שברבות השנים הלך מעמדה והתעצם, ואף התווסף לה, כלומר לטעמה המערכתי, ערך סימבולי. שהרי יום טוב שני של גלויות אינו סתם הלכה, אלא יסוד המעצב את לוח השנה היהודי בפזורה, שבה ישב לאורך שנים רוב העם היהודי. אין להתפלא אפוא שחכמים חוששים כי ביטולה יצטייר בעיני הציבור כערעור מערכת ההלכה כולה.

אלא שלטעמים מערכתיים, שהם, כאמור, נלווים ומשניים לפי מהותם, חולשה מובנית, ונראה כי בעיני בעלי הלכה מסוימים הם גם אינם נחשבים נימוק הלכתי. לכן יש מהם שביססו את הלכת יום טוב שני על טיעון הלכתי המבטא, או מבליע, טעם ספציפי. רב האי גאון הציע להלכה טעם נסתר: 'הנביאים [יחזקאל ודניאל, ששהו בחו"ל] ציוו את ישראל שבחוף לארץ, ואין אנו יודעים אמיתת עילת הדבר

106 בבלי, ביצה ד ע"ב, וראו גם ירושלמי, עירובין ג, ט (כא עמ' ג; עמ' 470, שו" 11–14).

107 'כ"ץ', 'ההגנה האורתודוקסית על יום טוב שני של גלויות', תרביץ נו (תשמ"ח), עמ' 385–434 (=הנ"ל, ההלכה במיצר, ירושלים תשנ"ב, עמ' 73–122), בעמ' 386. מובן אחר של הנימוק 'מנהג אבותיכם בידכם' הוא שביסוד המנהג עומד טעם נסתר.

108 בניגוד לדעת כ"ץ, הטעם המערכתי הזה (מסורות מקודשות המעצבות את לוח השנה היהודי) אינו אי-רציונלי.



בוודאי.<sup>109</sup> ואילו רש"י טען כי אף ש'סומכין על החשבון', הלכת יום טוב שני עדיין נעוצה בטעמה הספציפי המקורי: '[החשש] "דגזרי המלכות גזרה": שלא יתעסקו בתורה, וישתכח סוד העיבור מכם, ותעבדו נמי חד יומא ואתי לקלקולי ולעשות חסר מלא ומלא חסר, ותאכלו חמץ בפסח' (בבלי, ביצה ד ע"ב). 'חשש זה לגבי העתיד', כותב כ"ץ, 'התוסף לנימוק המקורי של הנאמנות למנהג האבות על מנת לאוששו'.<sup>110</sup> אלא שטיבם הרטורי של הנימוקים האלה גלוי לעין, שכן מה שמכונן את ההלכה באמת הוא הטעם המערכתית.

טעמים מערכתיים (מסוגים שונים) עשויים להיות הטעמים הספציפיים, העיקריים, של כללים מחייבים מסוימים. או אז, בשל הפיכתם של הטעמים האלה לכללים, יצטרפו אליהם טעמים מערכתיים נלווים.<sup>111</sup>

## 2. שיקולים כלליים

טיבם ומשקלם של טעמים מסייעים ומערכתיים משתנה ממערכת משפט מסוימת לרעותה, מתקופה אחת לתקופה אחרת, מגוף חוק, ואף מכלל מחייב, מסוים לחברו, ולעיתים ממקרה למשנהו.<sup>112</sup> הנה כמה שיקולים כלליים המשפיעים על טיבם ומשקלם של טעמים מערכתיים.

אצל הוגים מסוימים טעמים מערכתיים של כללים מחייבים מעוגנים בתפיסותיהם את טבע האדם והחברה. על פי הרמב"ם, למשל, האדם הממוצע הוא אי־רציונלי והציבור הוא 'המון' שהדמיון והיצרים שולטים בו. לדידו טעמים מערכתיים הכלולים בחוקים הם כלי חיוני להתגבר על הגיוון האנושי, ובתוך כך על נטייתו של האדם לפרוק עול ולהפר חוק. בתורת המדינה והמשפט ששכלל בכתביו הפילוסופיים הוא מייחד להם מקום של כבוד, למשל, בתפיסתו את 'דרך הרוב', בכתביו ההלכתיים

109 מובא אצל כ"ץ, שם, עמ' 387. כ"ץ מפרש את דברי הגאון כאילו הלכת יום טוב שני היא 'מעין הלכתא בלא טעמא', אלא שכוונת רב האי היא שזאת הלכה שטעמה נשגב. לרב האי טעם ספציפי נוסף הקרוב לטעמו של רש"י: 'כי גם עכשיו פעמים שיהיה שמד שם, ויצטרכו לשנות ויתקלקל הדבר'. לפי כ"ץ, שם.

110 כ"ץ, שם.

111 דוגמה לכללים כאלה יש במשנה תורה, הלכות ממרים, ב. יתר על כן, הלכות אלו (ומקורותיהן התלמודיים) הן כעין הכרזה על משקלם הדרמטי של טעמים מערכתיים בהלכה. דיון בהן חורג ממסגרת המאמר הזה, ואני מקווה לדון בהן במאמר נפרד.

112 לדיון אנתרופולוגי ביחסן של תרבויות שונות לכללים, ראו R. B. Edgerton, *Rules, Exceptions, and Social Order*, Berkeley 1985. החיסרון של חיבור זה הוא שאין בו מודעות להמשגות שפילוסופים הציעו לכללים, שהן חיוניות גם לדיונים אנתרופולוגיים, ואכמ"ל.

ובתשובות הוא מייחס להם משקל של ממש.<sup>113</sup> לעומתו, אריסטו, שפיתח את עיקרון היושר, והוגים ומשפטנים ליברליים, המחזיקים בהשקפות אופטימיות יותר בדבר טבע האדם הממוצע והחברה, נוטים להמעיט בערכם של טעמים מערכתיים של חוקים. לתכליות כגון יציבות, ודאות, צמצום שיקול הדעת של מקבלי החלטות ועוד, הם מייחסים משקל פחות.<sup>114</sup>

טיבם ומשקלם של טעמים מערכתיים תלוי גם במעמסה הנורמטיבית שהמערכת מטילה על נמעניה. ככל שהעול הנורמטיבי כבד יותר והחשש מפריקתו בשל חולשות רצון ומדוחי היצר גדול יותר, ייטו קברניטי המערכת – מחוקקים, שופטים ופוסקים – לייחס לשיקולים מערכתיים כוח רב יותר. המעמסה הנורמטיבית של משטרים משפטיים ליברליים, שהם כ'שומר לילה' (לוק), או שמטרתם היא בעיקר 'למנוע נזק מאחרים' (מיל), מוגבלת. בשל כך ייחסו מערכות משפט ליברליות לתכליות שנמנו לעיל משקל מוגבל למדי. ההלכה היהודית, לעומתן, תובענית הרבה יותר. מטרתיה, נוסף על סדר חברתי ומניעת נזק, אם למנות רק חלק ממטרות המצוות שציינו הוגים, הן שלמות המידות והנפש, שעבוד לאל ('קבלת עול מלכות שמיים'), קרבת אלוהים, תיקון העליונים והשראת שכינה בתחתונים. לשם כך היא ממשטרת את חיי הפרט והקהילה בכל תחום ועניין. בשל הנטל הנורמטיבי הכבד של ההלכה, המעורר חשש מפריקת עול, מרבים בעלי ההלכה להיזקק לטעמים מערכתיים ונוטים לייחס להם משקל רב.

משקלם של טעמים מערכתיים תלוי גם בהערכה של מחוקקים ושופטים את תגובת הציבור והקהילה המשפטית או בעלי ההלכה למה שנתפס בעיניהם כחריגה מהחלה מכנית של כללים מחייבים. השופט והמחוקק שואלים את עצמם אם סטייה מלשון החוק כדי לעשות צדק במקרה חריג נדמית בעיני הציבור כהפרתו. אם בתרבות משפטית-הלכתית מסוימת הציבור והקהילה המשפטית מחזיקים בנפרדות הכללים כולם, או בנפרדות גופי חוק מסוימים, עד כדי ראיפקציה שלהם, סטייה מהחלה דווקנית של כללים מחייבים תצטייר בעיני הציבור (והקהילה המשפטית) כחריגה מסמכות וולוזל בחוק. לשון אחרת, עצם השתרשותה של התפיסה שחוקים הם כעין חוקי טבע ושאי-החלתם באורח דווקני נדמית כהפרתם, מאלצת מחוקקים

113 ראו לורברבוים, הרמב"ם על מוסד החוק (לעיל הערה 76).

114 כוונתי למשפטנים ליברליים כמו הל"א הרט, יוסף רוזוונולד דוורקין, ובישראל: חיים כהן ואהרן ברק. חיים כהן כותב, למשל, כי מעמדו של בית המשפט בעיני הציבור אינו טעם (מערכתית) בעל משקל ויש להעדיף על פניו שיקולי צדק. ראו הנ"ל, 'הרהורי כפירה באמון הציבור', ספר שמגר, מאמרים חלק ב, תל אביב תשס"ג, עמ' 365–390, וראו ברק, השופט בחברה דמוקרטית (לעיל הערה 81).

ושופטים מודעים לדבוק בלשונם הנוקשה, כלומר לייחס לטעמיהם המערכתיים משקל של ממש.

שכיחותן ועוצמתן של השקפות מן הסוג הזה הן תולדה של פעילות חינוכית-אידיאולוגית של משפטנים ובעלי הלכה שמרנים. אלו מתאמצים להשרישן ולטפחן בקרב הציבור ובקהילת המשפטנים או בעלי ההלכה מפני שזאת תפיסת עולמם, או מפני שהן 'אמונה הכרחית', כלומר, מיתוס נאצל, המסייע להתגבר על נטיית ה'המון' לפרוק עול.

שיקולים מערכתיים קשורים גם לערך הסימבולי של חוק. חוק ומצווה רוכשים ערך סימבולי אם חשיבותם חורגת מערך טעמיהן הספציפיים והם נתפסים כמסמלים את המערכת כולה, או למצער חלקים מרכזיים ממנה או את ערכי היסוד שלה.<sup>115</sup> הערך הסימבולי המתווסף לנורמות הוא תוספת משקל לטעמיהם המערכתיים. ערך סימבולי מיוחס לחוקים מסוימים במערכת מסיבות מגוונות ובנסיבות שונות, והוא עניין של מידה. מערכות נורמטיביות דתיות, כגון ההלכה, נוטות לייחס לחוקים ערך סימבולי יותר ממערכות חוק חילוניות.

להלכת יום טוב שני של גלויות מיוחס, כאמור, ערך סימבולי משום שהיא מעצבת את לוח השנה היהודי בפזורה, ובתוך כך את אורח החיים היהודי. ערכה הסימבולי מעניק לה תוקף אף כשבטל טעמה הספציפי. לאיסור השחתת הזקן נודע בתקופות מסוימות ערך סימבולי החורג מערך טעמו הספציפי. נניח, שוב, עם הרמב"ם, שתכלית האיסור היא הרחקה מאופנת כומרי עבודה זרה. משהשתרש האיסור הזה הוא עיצב את הדיוקן היהודי, ומעתה הזקן מסמל יהודים ואת אורח החיים היהודי, למצער בעיני היהודים עצמם. אין זו החלפת הטעם המקורי בטעם אחר, אלא הפיכת מצווה או הלכה לסמל, המשפיעה על טעמיה המערכתיים. ואם כך, אף אם בטל טעמו הספציפי העיקרי של איסור השחתת הזקן – נניח שאופנת עובדי עבודה זרה כבר אינה להתגלה אלא דווקא לגדל זקן – יתמוך בו ערכו הסימבולי המערכתי. הזקן, בהיותו סמל, הוא טעם מערכתי משום שפגיעה בו מעוררת חשש לפגיעה בזהות היהודית, ובתוך כך במערכת ההלכה. ההגנה על הזקן אינה הגנה על תכלית ספציפית אלא על ערכי המערכת. לפי חכמי התלמוד, נסיבות פוליטיות של שמד גורמות לעלייה דרמטית בערכן הסימבולי של ההלכות כולן. בבבלי, סנהדרין עד ע"א, נאמר: 'ר' יוחנן אמר: בשעת השמד אפילו מצווה קלה יהרג ואל יעבור', וכשבא רבין הוסיף 'ר' יוחנן: 'אפילו שלא בשעת השמד, לא אמרו אלא בצינעא, אבל בפרהסיא – אפילו מצווה קלה יהרג ואל יעבור'. על השאלה: 'מאי מצווה קלה?' השיב רבא בר יצחק בשם

115 אין לבלבל בין ערך סימבולי המיוחס למצווה, לבין פרשנות או טעם סימבוליים המיוחסים לה.

רב: 'אפילו לשנויי ערקתא דמסאנא' (אפילו לשנות את שרוך הנעל). כשאדם נדרש לעמוד במבחן הדתי האולטימטיבי בפרהסיה, כל נורמה – אפילו נורמה שאינה הלכה פורמלית אלא 'מנהג בעלמא'<sup>116</sup> – נטענת בערך סימבולי ומייצגת את המערכת כולה, ועל כן 'הרג ואל יעבור', ובשעת השמד אפילו בצנעה.<sup>117</sup>

בשולי הצעת השיקולים הכלליים האלה אעיר שלוש הערות. ראשית, הגם שמבחינה מושגית השיקולים הכלליים האלה בדבר משקלם של טעמים מערכתיים מובחנים זה מזה, דרך כלל הם שלובים זה בזה. תפיסת החברה כהמון היא סיבה להגברת הנטל הנורמטיבי, וכאמור, גם מניע להשרשת האמונה ההכרחית בדבר נפרדות החוקים, וגם לייחס לחלקם ערך סימבולי.

שנית, למרות ההבדלים בין תפיסת עולם שמרנית לבין תפיסות עולם ליברלית, ובין מערכות חוק דתיות למערכות משפט חילוניות, חשוב לזכור כי טעמים מערכתיים נכללים בכללים של כל מערכת משפט. גם במערכות משפט ליברליות וסקולריות, טעמים מערכתיים של כללים גורמים לעיתים לדבוק בלשון הנוקשה של החוק, ובמקרים חריגים במיוחד, גם במערכות חוק דתיות ובמערכות סקולריות שקברניטיהן שמרנים יסטו בתי משפט ובתי דין ופוסקים מלשון החוק וההלכה.

שלישית, שיקולים כלליים אינם מכתיבים את טיבם ואת משקלם המדויק של טעמים מערכתיים. סוגי הטעמים המערכתיים והמשקל שמייחסים להם משפטיים ובעלי הלכה בפועל תלוי בנסיבות ובהקשר, ובגורמים ובסיבוכים מגוונים ובלתי צפויים שהם מזמנים. אין כל אפשרות למיינם. להלן אסתפק בהמחשה באמצעות הדוגמאות שנדונו לעיל.

3. 'לא תחסום' ו'השוכר פרה מחברו והשאיילה לאחר': טעמים מערכתיים כזכור, כדי למנוע מהבהמה צער במקרה הקשה שבו בהמה דשה בדבר המזיק לה, סטו חכמים מהכלל 'לא תחסום' וקבעו שבנסיבות האלה מותר לחסום אותה. לעומת זאת, במקרה החריג של 'השוכר פרה מחברו והשאיילה לאחר ומתה כדרכה', ת"ק, לפי הפירוש שהצעתי לעיל, דבק בדיני השומרים ('ישבע השוכר שמתה כדרכה, והשואל ישלם לשוכר') למרות אי-הצדק הנגרם למשכיר. אפשר שההבדל בהכרעותיהם – כאן סטייה מן הכלל, כאן דבקות בכללים – נעוץ במשקל השונה שהם מייחסים

116 רש"י, סנהדרין עד ע"ב: 'שאם דרך הנכרים לקשור כך ודרך ישראל בענין אחר, כגון שיש צד יהדות בדבר ודרך ישראל להיות צנועים, אפילו שנוי זה, שאין כאן מצוה אלא מנהג בעלמא, יקדש את השם בפני חבריו ישראל, והאי פרהסיה מדבר בישראל'.

117 להעצמתם של טעמים מערכתיים תורם גם הצורך להתגונן מפני תחרות מבית ומפני מערכות נורמטיביות עוינות מבחוץ.

לטעמים שיוצרות נסיבות המקרים החריגים הנדונים: חכמים מייחסים לנוק שייגרם לבהמה אם היא תאכל דבר המזיק לה משקל רב, הגובר על הטעם המערכתי של הלכת 'לא תחסום', ואילו ת"ק מייחס לאי-הצדק שנגרם למשכיר משקל מועט, שאין בו כדי לגבור על הטעמים המערכתיים של דיני השומרים. ואולם אפשר שהכרעותיהם השונות נעוצות במשקל שחכמים ות"ק מייחסים לטעמים המערכתיים של ההלכות הנדונות. כיצד? חכמים מיעטו במשקל הטעם המערכתי של איסור 'לא תחסום' מפני שלהערכתם הציבור ובעלי ההלכה מזהים אותו עם טעמו הישיר, הספציפי (צער בעלי חיים והכרת תודה), ולכן כשהבהמה דשה בדבר המזיק לה 'הפרתו' מתקבלת ב'סלחנות'. אפשר שמפני שהם אינם רואים ב'לא תחסום' הלכה נפרדת, הם אינם רואים בחסימה במקרה החריג הזה סטייה ממנה.<sup>118</sup> זאת ועוד, נראה לחכמים כי להלכת 'לא תחסום' אין בעיני הציבור ערך סימבולי, והיא גם אינה איסור הקובע זהות, אולי מפני שהיא רק צורך של בעלי חיים, לא של בני אדם ולא 'צורך גבוה'.<sup>119</sup> לכן הטעם המערכתי של 'לא תחסום' חלש למדי, והטעמים המיוצרים מצער הבהמה שעושה בדבר המזיק לה יגברו עליו.<sup>120</sup> ואילו בעניין 'השוכר פרה מחברו' וכו' –

118 בשיטה מקובצת, בבא מציעא צ ע"א, מובא בשם הרא"ש: 'אפילו למאן דלא דריש טעמא דקרא לקמן, היינו משום דפשטא דקרא משמע בין ענייה בין עשירה, אבל הכא [בסוגיית 'לא תחסום'] פשיטא דרחמנא לא אזהר אלא לטובתה של בהמה' (לפי פרויקט השו"ת, אוניברסיטת בר אילן). לפי הרא"ש, טעם ההלכה הזאת מחוור עד שהוא מוסכם גם על מי שאינו דורש טעמא דקרא, כלומר גם לפי הסבורים שאין לעצב את הכללים ההלכתיים לפי טעמי המצוות. לשון אחרת, הכול (חכמים ושמוא גם הציבור) מזהים את הלכת 'לא תחסום' עם טעמה. ההנחה המובלעת בדברי הרא"ש היא שההשקפה שלא דרשינן טעמא דקרא נעוצה בתפיסה שטעמי המצוות אינם ידועים (או שהם מסופקים), וכי רק במקרים חריגים, כמו 'לא תחסום', הטעם מחוור שאז 'דרשינן'. השקפה זו מתאימה לפרשנות הימיי-ביניימית לסוגיית דרשינן טעמא דקרא. ראו לורברבוים, הרמב"ם על מוסד החוק (לעיל הערה 76), עמ' 42–44, וראו להלן הערה 197. רוליסט נבדל מלא-רוליסט באי-נכונותו להסתמך על טעמים שהוא סבור כי הם מחוורים.

119 כך נתפס האיסור 'לא תחסום' בעיני חז"ל. אפשר שברבות הימים ייחסו הוגים ובעלי הלכה ל'לא תחסום' (כמו לכל מצווה) טעמים חדשים שיטעינו אותו בערך סימבולי, והוא יהיה למצווה מייצגת וכו'. כך אירע למצוות שילוח הקן, שמקובלים (בראשית הקבלה) ייחסו לה טעמים תיאוסופיים עמוקים, שאף השפיעו על מובנה ההלכתי-המעשי, ראו י' תבורי, 'שילוח הקן – על יחס בין טעם המצווה לבין דיניה', מ' בר (עורך), מחקרים בהלכה ובמחשבת ישראל, מוגשים לכבוד הרב פרופ' מנחם עמנואל רקמן, רמת גן תשנ"ד, עמ' 121–142.

120 השו"ב בבל, בבא מציעא צ ע"א: 'פרות המרכסות בתבואה והדשות בתרומה ומעשר – אינו עובר משום בל תחסום, אבל מפני מראית העין מביא בול מאותו המין ותולה לה בטרסקלין שבפיה'. לפי דעה זו הציבור אינו נכון לסבול סטייה גם מן הכלל 'לא תחסום', ועל כן השיקול המערכתי ('מראית עין') – לא צער בהמה – גובר על קדושת התרומה והמעשר. הפתרון אינו בחסימת פיה אלא בתליית שק על צוואר הבהמה ובו הדבר שהיא דשה בו (בכמות 'בול', היינו אגרוף).

אפשר שת"ק מעריך כי הציבור אינו בקי בפרטי דיני השומרים ולא בטעמיהם, והם בעיניו, ואולי גם בעיני בעלי הלכה, כללים נפרדים, שסטייה מהם, אפילו כדי להימנע מגרימת עוול, מצטיירת כהפרתם. רושם זה עלול לכרסם (בעיני הציבור ובעיני בעלי הלכה) בציפיות, ביציבות ובוודאות של ההלכות האלה, ובתוך כך לפגוע ב'מוסד השומרים' החיוני לחברה. לפי פרשנות זו, ת"ק סבור כי הטעמים המערכתיים שבדיני השומרים, החזקים למדי, גוברים על הטעמים הנוצרים מהעוול הנגרם לבעל הפרה (המשכיר).<sup>121</sup> ר' יוסי ('תחזור פרה לבעלים') חולק על ההערכה הסוציולוגית הזאת של ת"ק בעניין דיני השומרים: הוא אינו חושש ש'הפרת' הכללים או פירוטם בקודקסים ההלכתיים תגרום לדיני השומרים ולהלכה בכלל נזק מערכת. מנימוקו ('כיצד הלה עושה סחורה [...]') עולה חשש הפוך: החלה מכנית של הדינים שתוביל לתוצאה בלתי הוגנת תצייר את מוסד השומרים כלא הוגן, ועל כן פגום.

#### ד. על כללים שטעמיהם הספציפיים נעלים מן ההשגה

דתיות הלכתית של מסתורין והשגבה היא התפיסה שטעמי המצוות וההלכות הם מעבר להשגת בשר ודם. לפי דתיות הלכתית זו, טעמים פשוטים וארציים, אף אם עניינם הוא תיקון החברה ושלמות המידות והשכל, עוקרים מן המצוות את ממד העומק והמסתורין, כלומר מפקיעים את יסודן הדתי. לדידה לא רק האל הוא בלתי מושג, אלא גם טעמי גזרותיו. בחיבור אחר הראיתי כי דתיות הלכתית של מסתורין והשגבה השתכללה במסורת היהודית בשלהי המאה השלוש עשרה. בהדרגה היא השתרשה גם אצל הוגים ובעלי הלכה, ובמאות האחרונות היא קנתה לה שביתה ברחבי העולם היהודי.<sup>122</sup>

כיצד מתפקד כלל מחייב אם טעמו העיקרי נחשב נעלה מן ההשגה? כיצד פועלת מערכת חוקים אם הטעמים הישירים-הספציפיים של הנורמות שלה נחשבים מסתוריים? להלן אקשור את ההשקפה שטעמי המצוות וההלכות כולן נעלים מן

121 דוגמה לפסיקה המבוססת על הערכה סוציולוגית מפורשת נמצאת בבבלי, ביצה ב ע"ב: 'אמרי: שבת דחמירא ולא אתי לזלוולי בה – סתם לן כרבי שמעון דמיקל [בעניין מוקצה]; יום טוב דקיל ואתי לזלוולי ביה – סתם לן כרבי יהודה דמחמיר'.

122 לורברבוים, דתיות הלכתית (לעיל הערה 3), עמ' 42–47; הנ"ל, האמנם קבלת הרמב"ן (לעיל הערה 1), עמ' 340–347, והנ"ל, עלייתה של הדתיות ההלכתית (לעיל הערה 1). חשוב להבחין בין השגבת טעמים לבין דתיות הלכתית של ציות ושעבוד, שלפי גרסתה הרכה, כללים מושתתים על טעמים, ברם לא הם המניע לציית להם אלא רק ציווי האל, ולפי גרסתה הקשה, אין למצוות טעמים ספציפיים, עיי"ש. יסודה של דתיות הלכתית של מסתורין והשגבה בהשקפתו הקבלית של הרשב"א, ראו הנ"ל, רחבה מצוותך מאוד (לעיל הערה 1).

ההשגה להסברים שהצעתי לעיל לטיבם של כללים מחייבים, ואעיר בקצרה על השלכותיה התורת־משפטיות והמעשיות.

(א) בפתח המאמר הערתי כי מי שמסתייגים מייחוס טעמים למצוות, ובמיוחד מי שנוטים לדתיות הלכתית של מסתורין השגבה, נוטים בלי משים לראיפיקציה שלהן. ואולם מי שמאמצים את ההשקפה שטעמי המצוות נעלים מן ההשגה – ומודעים למשמעויותיה – יסתייגו מן התפיסה שהמצוות וההלכות הן כחוקי טבע שאין להם טעמים. אדרבה, הם מאמינים כי טעמים, אומנם נשגבים, אך הם נשמת אפן של המצוות. העובדה שכשהם מקיימים מצווה הם לעולם לא ידעו אם תכליתה מתממשת אם לאו, אין בה כדי לכרסם באמונתם שמהותה היא התכלית הנשגבת שביסודה.<sup>123</sup>

(ב) ההשלכות המשפטיות או ההלכתיות של ההשקפה שהטעמים הספציפיים של המצוות וההלכות נעלים מן ההשגה הן במקרים קשים. בנסיבות השכיחות ציות להלכות שטעמן נתפס כנעלה מן ההשגה אינו שונה מציות לכללים מחייבים רגילים (שטעמם ידוע), המתפקדים בעצמם כטעמים לפעולה (או כטעמים שלא לשקול טעמים ושלא לפעול לפיהם). לא כן במקרים קשים, שבהם טעמי הכללים לסוגיהם נשקלים עם מכלול הטעמים הרלוונטיים לפעולה. אלא שבהלכות שטעמיהן הישירים נשגבים, מקרים קשים הם סמויים מן העין. אם תכלית ההלכה אינה ידועה לא נוכל לדעת באילו נסיבות היא תתממש ובאילו נסיבות לא תתממש. לכן הלכות שטעמן נשגב מוחלות כמעט תמיד החלה מכנית־דווקנית.<sup>124</sup>

ייתכנו מצבים שבהם בעלי הלכה ימנעו מהחלה מכנית של כלל שטעמו נשגב. למשל, במצבי פיקוח נפש, שבהם נקבע כי: 'אין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש [אלא עבודת כוכבים וגילוי עריות ושפיכות דמים בלבד]' (בבלי, כתובות יט ע"א). עיקרון זה מייתר את הצורך לשקול את טעמו הספציפי־הנשגב של כלל נגדי בנסיבות שבהן תיווצר סכנת נפשות. למשל, גם מי שסבורים כי טעם איסור גילוח הזקן הוא מעבר להשגת בשר ודם, יתירו לקרוב למלכות להתגלח בשל פיקוח נפש. כך גם במצבים שבהם מתגלעות סתירות בין הלכות שנקבעו להן כללי הכרעה פורמליים, הלוכדים גם כללים שטעמיהם נתפסים כנשגבים. למשל, כלל ההכרעה: 'כל מקום

123 עם זאת, דתיות הלכתית של מסתורין והשגבה, במיוחד בגרסאותיה הקבילות, נוטה לריאליזם הלכתי. ראו לעיל הערות 4, 38, 40.

124 גישה זו עשויה לפתח דרכי הנמקה משפטיות נוספות, כגון ניתוח מושגי של מרכיבי הכלל שלא נדרש לכאורה לטעמי־תכליתיות. ואולם דרך זו מוטעית, שכן ניתוח מושגי של כללים משפטיים (והלכתיים) מושתת בהכרח על טעמי הכלל. לשון אחרת, דיון 'מושגי' בכלל או בהלכה כלשהי, המנותק מתכליותיהם, הוא ריק מתוכן.

שאתה מוצא עשה ולא תעשה, יבוא עשה וידחה את לא תעשה.<sup>125</sup> הלכה פורמלית זו חוסכת את הצורך לשקול את הטעמים הספציפיים של הכללים הסותרים, והיא יעילה גם כשטעמיהם נשגבים. אלא שבמקרים אלו לא מדובר בחריגה מכלל אלא בפעולה לפי כלל אחר.

(ג) במקום אחר תיארתי גרסה רווחת של דתיות הלכתית של מסתורין והשגבה, היא גרסת 'קצה הקרחון', ולפיה לצד טעמים נשגבים יש למצוות גם טעמים ידועים. לצרכים מעשיים הטעמים הידועים האלה אינם יעילים. ראשית, מפני שטעם נסתר הוא מכשול בפני שקילת טעמים ידועים זה כנגד זה, הוא גורם נעלם בתוך האיזון ועל כן חותר תחתיו. שנית, בעיקר מפני שהטעם הידוע של המצווה נתפס כטיפה בים בהשוואה לעומקו ולרוממותו של הטעם הנשגב. בעיני מאמיניו, טעם נשגב של מצווה מאפיל על טעמה הידוע עד שהטעם הזה, הפשוט, 'אינו תכלית' (לשון רשב"א).

(ד) בקהילה שאימצה אל ליבה דתיות הלכתית של מסתורין והשגבה, שבה ההלכות מוחלות תמיד באורח מכני, סטייה מהחלה דווקנית של כלל הלכתי נחשבת חתירה תחת המערכת בכללותה. מן ההיבט הזה היא דומה לקהילה שבה המצוות וההלכות הן כחוקי טבע שאין להם טעמים. לשון אחרת, השתרשותה של ההשקפה שטעמי המצוות וההלכות הם נשגבים – שהחלתן באורח לא-דווקני נדמית אצל הציבור ואצל בעלי הלכה כהפרתן – היא אילוץ על פוסקים שאינם מחזיקים בהשקפה הזאת לדבוק בלשונם הנוקשה, כלומר, לייחס לטעמיהן המערכתיים משקל של ממש.

(ה) לא הרי יוריספרודנציה של כללים המושתתת על שיקולים יוריספרודנטיים (פוליטיים וחינוכיים), כהרי דבקות בלשון הנוקשה של ההלכות בשל דתיות הלכתית של מסתורין והשגבה. אף אם בעלי הלכה נטו מימנים ימימה לפורמליזם הלכתי נוקשה בשל שיקולים יוריספרודנטיים-פוליטיים-חינוכיים, כמו 'דרך הרוב' של הרמב"ם, כינונה של ההשקפה שטעמי המצוות נעלים מן ההשגה והשתרשותה, מקצינות את הפרקטיקה הזאת הרבה יותר, משתי סיבות. ראשית, יוריספרודנציה של כללים אינה שוללת את ידיעת טעמי המצוות וההלכות, ומאחר שהיא עניין של מידה ודרגה, במצבים קיצוניים היא תסטה מלשון הכללים ותשקול את מכלול הטעמים הרלוונטיים לפעולה. שנית, מה שאופייני לעיתים ליוריספרודנציה של כללים הוא פער בין מה שנדמה כדבקות בנוקשות הכללים, לבין ההנמקה הסמויה המניעה באמת את ההכרעה ההלכתית. משפטנים פורמליסטיים דבקים אומנם בשיח

125 הלכות יבום וחליצה ו, י, בעקבות בבלי, מנחות מ ע"א: 'כל מקום שאתה מוצא עשה ולא תעשה, אם אתה יכול לקיים את שניהם – מוטב, ואם לאו – יבוא עשה וידחה את לא תעשה'.



של כללים, ובטיעונים 'טכניים' ו'קונספטואליים', ואולם לעיתים הרטוריקה הזאת מכסה על הכרעות שהמניע להן הוא איזון בין טעמים לתכליות. במקרים כאלה הם מחילים הלכות מסוימות ולא אחרות, מפרשים אותן פירוש 'מגמתי' ומציעים טיעונים קונספטואליים מפולפלים רק כדי שיתאימו לתוצאה שתכליות הכללים ומכלול הטעמים הרלוונטיים לפעולה מצביעים עליה. שיקולים סמויים מן הסוג הזה אינם אפשריים אצל מי שמאמצים דתיות הלכתית של מסתורין והשגבה. פוסקים אלו סבורים שטעמי המצוות וההלכות נעלים מהשגתם, ולכן אין ביכולתם להתאים את שיח הכללים שהם אמונים עליו לתוצאה העולה משקלול מכלול הטעמים, היינו התכליות, הרלוונטיות לפעולה.

### ה. כללים וטעמים בקודקסים

לעיל הערתי כי כללים משפטיים והלכתיים הם הוראות פעולה שברגיל אינם מציינים במפורש את טעמיהם. חוקים חרותים, כלומר חוקים שמקורם במעשה חקיקה, הם גילוי מובהק של כללים מחייבים שאין להם ברגיל טעמים מפורשים.<sup>126</sup> הצירוף 'טעמים מפורשים' יציין להלן טעמים מפורשים של חוקים בקודקסים משפטיים והלכתיים.<sup>127</sup> כך במערכות משפט המושתתות על קודקסים, להבדיל, למשל,

126 על ההבחנה בין לשון החוק לבין רקעה – הטעמים, הסטנדרטים ושיקולי המדיניות המכוננים אותם, ראו J. Waldron, 'Did Dworkin Answer the Crits?', S. Herskovitz (ed.), *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, Oxford 2006, pp. 155–181

127 להצעות חוק בישראל מצורפים דרך כלל 'דברי הסבר' שעניינם, בין השאר, טעמי החוק, והם מתפרסמים ברשומות ('החברות הכחולות'). ואולם אלו אינם חלק פורמלי מהחוק. השמטתם מן החוק מלמדת על דרכו של המחוקק הישראלי להימנע מטעמים מפורשים. זאת ועוד, משום שהם נועדו לשמש בסיס לדיוני המחוקקים בוועדות הכנסת ובמליאה, לא ברור מהי זיקתם לנוסח הסופי של החוק. על תהליך החקיקה בכנסת, ראו א' רובינשטיין וב' מדינה, המשפט החוקתי של מדינת ישראל, רשויות השלטון ואחרות, ירושלים ותל אביב תשס"ה, עמ' 731–745. על דברי הסבר לחוקים באופן כללי, ראו שאור, לתת טעמים (לעיל הערה 11), עמ' 636. חוקים מכילים לעיתים מעין מבוא, המכונה 'סעיף מטרה' (Preamble), ובו הצהרה כללית וקצרה על אודות מטרות החוק. במדינות המשפט הקונטיננטלי (בלגיה, צרפת, שווייץ, גרמניה) וגם באנגליה, הקדמות כאלה נדירות. לעומתן בהולנד נדרש סעיף מטרה בכל חקיקה. בחוקי מדינת ישראל למרבית החוקים אין מבואות, ובחוקים שבהם מבוא, הוא ברגיל קצר ותמציתי, ואינו טעם לסעיפי החוק. ראו, למשל, סעיף 1, סעיף המטרה, של החוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח–1998: 'חוק זה מטרתו לאסור הטרדה מינית כדי להגן על כבודו של אדם, על חירותו ועל פרטיותו, וכדי לקדם שוויון בין המינים'. יש הסבורים כי המבואות לחוקים משמשים בעיקר לתעמולה, והם כלי בידי משטרים לא דמוקרטיים. לפי עמדתם, משטרים ליברליים-דמוקרטיים צריכים להימנע

ממערכות משפט ממשפחת ה־Common Law, המושתתות על פסיקות בתי משפט (Case Law), שבהן הטעמים מפורשים ומודגשים.<sup>128</sup> ברם, שוב, אין לטעות: לכללים משפטיים בקודקסים משפטיים יש טעמים,<sup>129</sup> ומשפטנים מתחקים אחריהם.<sup>130</sup> כך הוא גם בקודקסים הלכתיים: להלכות המנוסחות בהם יש טעמים, ובעלי הלכה, למצער בדורות מסוימים, חותרים לגלותם. כפי שהובהר בסעיף הקודם, לכללים מחייבים, משפטיים והלכתיים, יש ברגיל כמה סוגים של טעמים: ספציפיים ונלווים, ובכללם טעמים מערכתיים. הדיון להלן בטעמי הכללים שבקודקסים משפטיים והלכתיים – המפורשים, ובעיקר הלא־מפורשים – יתמקד בטעמיהם הספציפיים, וימחיש תובנות מופשטות שהוצעו בסעיפים הקודמים. בסוף הסעיף, כשאשיב לשאלה מדוע

K. Waaldijk, 'Can we Require Legislatures to State the Reasons for their Legislative Decisions?', *Argumentation: Analysis and Practices* 3 (1987), pp. 110–118

J. Postema, 'The Philosophy of the Common Law', J. L. Coleman, K. E. Himma, ראו 128  
S. J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*,  
Oxford 2012, pp. 590–591. לענייננו מעניינת לשונו של קוק (Coke), אחד מראשי דוברי  
ה־Common Law, המובאים אצל פוסטימה, שם: '[R]eason is the life of the law, nay the  
'not "natural" reason' but the "artificial reason" of the trained common lawyer, an artificial  
perfection of reason gotten by long study, observation, and experience, and not  
every man's natural reason' (The First Part of the Institutes of the Laws of England  
[1628], bk. 2, ch. 6, sect. 138, p.97v)

129 בעניין הטעמים המפורשים יש ניגוד מעניין בין חקיקה לפסיקה – חקיקה נעדרת ברגיל הנמקה  
מפורשת, ואילו משפטנים מדגישים את חובת ההנמקה של השופטים בפסקי הדין (בעניינים  
משפטיים, להבדיל משאלות שבעובדה). ראו א' ברק, שיקול דעת שיפוטי, תל אביב תשמ"ז,  
עמ' 46, והשוו שאורא, לתת טעמים (לעיל הערה 11).

130 איני טוען לאוניברסליות של הטענות האלה, אלא רק שהן רווחות היום ורווחו בעבר. בהקשר  
זה אעיר כי כמה אסכולות מוסלמיות נחלקו בשאלת מעמדם של הטעמים. יש מהם שהסתייגו  
מאנלוגיה (קיאס), מפני שהיא מבוססת על טעם הדין, שבעיניהם הוא נעדר ודאות, ראו  
A. Zysow, *The Economy of Certainty: An Introduction to the Typology of Islamic  
Legal Theory*, Atlanta 2013, pp. 159–253. שאלת הביטחון בדיעת הטעמים (העשויה  
להתעורר במקרים מסוימים) לא הטרידה משפטנים במסורות משפטיות אחרות, ובכללם תנאים  
ואמוראים. כידוע, הרמב"ם כותב במורה הנבוכים ג כו (תרגום שורץ, עמ' 515), כי הטעמים  
שהציע למצוות התורה הם ודאיים, 'אין בהם ספק ולא מקום לדחייה' (וראו עוד, שם, מט). ספק  
המתעורר לעיתים בשאלת טעם החוק אינו חותר תחת הטענה שכללים מושתתים על טעמים,  
ומחלוקות בין משפטנים ובעלי הלכה על טעמי חוקים אינן הופכות בהכרח את טעמיהם  
למסופקים, לא בעיניהם ולא בעיני אחרים.

כללים מחייבים מנוסחים ברגיל ללא טעמים מפורשים, אעיר על טעמיהם הנלווים והמערכתיים.

עיון בקובצי חוקים מרכזיים של החוק הישראלי יגלה שהם עשויים מכללים שלא נלווים להם טעמים מפורשים. בכל מאות הסעיפים של חוק העונשין, תשל"ז–1977, אין טעמים מפורשים,<sup>131</sup> וכך גם בכל סעיפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]. חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973 מכיל שישים וארבעה סעיפים, ולשום סעיף לא הובא טעם מפורש.<sup>132</sup> סעיף 1 לחוק זה קובע: 'חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול לפי הוראות פרק זה'; סעיף 2: 'פנייתו של אדם לחברו היא בגדר הצעה אם היא מעידה על גמירת דעתו של המציע להתקשר עם הניצע בחוזה, והיא מסוימת כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבול ההצעה; הפניה יכול שתהיה לציבור'. לשונות אלו הן כללים, והמחוקק לא פירש להם טעמים שיצדיקו אותם. כך מנוסחים מרבית חוקי מדינת ישראל.<sup>133</sup> לכל הכללים האלה שבחוק החוזים ולכל הכללים שבחוק העונשין ובפקודת הנזיקין יש טעמים; לכל הכללים שבחוקי מדינת ישראל יש טעמים, ברם הם אינם מפורשים. טעמי החוקים אינם עניין אוטורי, ובוודאי לא עניין נשגב. ההתחקות אחריהם דורשת לעיתים מומחיות, ברם ברגיל הטעמים מובנים מאליהם, או למצער פשוטים, כלומר קלים להסבר ולהבנה. משפטנים מתחקים אחריהם, ושופטים ומשפטנים אינם נרתעים מלתת להם ביטוי מעשי.

1. כללים וטעמים בפרקי החוק בתורה

גם המצוות וההלכות הבאות בקודקסים הקנוניים של המסורת היהודית, כמו התורה

131 הפרק היחיד בחוק העונשין שבו יש 'סעיף מטרה' הוא: 'הבנית שיקול הדעת בענישה', סע' 40–44 (תיקון 113) לחוק העונשין, תשע"ב–2012. ואולם, כמו כל סעיף מטרה, הסעיף הזה הוא הסבר כללי ולא טעם לכל סעיפי הפרק, ראו לעיל הערה 127.

132 חוק החוזים הוא חוק מעניק כוחות. לענייננו אין הבדל בינו לבין חוקים מטילי חובות, שהם רוב כללי חוק העונשין ופקודת הנזיקין.

133 עם זאת, לא כל הכללים בחוקי מדינת ישראל הם חתוכים. בחקיקה האזרחית משלב המחוקק מונחים עמומים, שמלומדים כינו: 'סטנדרטים' ו'מונחי שסתום', כגון 'צדק', 'סביר', 'דרך מקובלת', 'מוסרי' ו'תום לב'. ראו מ' מאוטנר, 'כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה', משפטים יז (תשמ"ח), עמ' 321–352, וראו א' פרוקצ'יה, 'כללים וסטנדרטים בספר הברית – תמרוור אוהרה לחקיקה בעידן המודרני', מחקרי משפט כג (תשע"א), עמ' 660–732. לענייננו, גם סעיפי חוק המנוסחים כסטנדרטיים הם נטולי טעמים מפורשים. גם אם בעשורים האחרונים המחוקק הישראלי ומחוקקים מודרניים נוטים לחוקק סטנדרטים, בכל זאת הרוב המחלט של סעיפי החוק (לרבות בחקיקה החדשה) הם כללים ספציפיים.

והמשנה, מנוסחות ברגיל ככללים.<sup>134</sup> באות בהן הלכות, דרך כלל חתוכות, ללא טעמים מפורשים.<sup>135</sup> כך, למשל, בשמות כ 1–6, שהוא תחילתו של מה שחוקרי מקרא מכנים 'ספר הברית', או 'ספר החוקים הראשון',<sup>136</sup> מובאים דיני עבד עברי. בפסוקים האלה באים כללים בלא נימוקים מפורשים:

כי תקנה עבד עברי – שש שנים יעבד, ובשבעת יצא לחפשי חנם.  
אם בגפו יבא – בגפו יצא, אם בעל אשה הוא – ויצאה אשתו עמו.  
אם אדניו יתן לו אשה וילדה לו בנים או בנות – האשה וילדיה תהיה לאדניה  
והוא יצא בגפו.

מבנה הפסוקים האלה הוא של תיאור מקרה וקביעת דין בלא טעם מפורש בצידו. כך הוא לכל אורך הפרשה ולאורך רבים משאר החוקים הבאים בפרק הזה, כמו –

מכה איש ומת – מות יומת.  
ואשר לא צדה [...] – ושמתי לך מקום [...]  
וכי יוד איש על רעהו להרגו בערמה – מעם מזבחי תקחנו למות.  
ומכה אביו ואמו – מות יומת.  
וגנב איש ומכרו ונמצא בידו – מות יומת.  
ומקלל אביו ואמו – מות יומת. (כא 12–17)<sup>137</sup>

לכל החוקים המקראיים האלה יש טעמים. שום חוק במקרא אינו שרירותי או טעמו

134 לענייננו אין צורך להידרש לשאלות שהעסיקו חוקרים בדבר טיבם של פרקי החוק בתורה ושל המשנה בהיותם קודקסים משפטיים (מחייבים), ואופני התהוותם. על המקרא והתורה ראו, למשל, מ' הרן, 'ספר הברית', אנציקלופדיה מקראית, ה, עמ' 1087–1091; ש' שבל, 'הספרות המשפטית שבמקרא', צ' טלשיר (עורכת), ספרות המקרא, מבואות ומחקרים, ירושלים תשע"א, עמ' 227–272, ולספרות נוספת ראו: שם, עמ' 269–272. התפיסה הרווחת בעת האחרונה היא שחוקים מצויים במקורות התורה המכונים: ס"א, ס"ב, וס"ד, ברם לא בס"י, עיי"ש, עמ' 235. על המשנה, ראו ח' אלבק, מבוא למשנה, ירושלים ותל אביב תשי"ט, עמ' 99–115. להלן אניח את מה שמקובל על מרבית החוקרים, כי הן התורה הן המשנה מכילות קבצים כאלה.

135 על העדר טעמים מפורשים למצוות רבות בתורה, ראו י' היינמן, טעמי המצוות בספרות ישראל (א–ב), ירושלים תשי"ד, עמ' 20.

136 W. C. Propp, *The Anchor Bible: Exodus 19–40*, New York 2006, pp. 304–305, והשוו פרוקצ'יה, כללים וסטנדרטים (לעיל הערה 133).

137 פרוקצ'יה (שם, עמ' 670) סבור כי הלשון 'ואשר לא צדה [...]' הוא החוק היחיד בספר הברית שאינו כלל אלא סטנדרט, וזאת בשל שיקול הדעת ששופט צריך להפעיל כדי לקבוע אם נאשם רצח או הרג בשגגה, ואולם דומה בעיניי שגם הוא כלל. על כל פנים, לענייננו, גם לחוק הזה אין טעם מפורש. ב'ספר הברית' חוק שנראה כסטנדרט הוא: 'זגר לא תונה ולא תלחצנו כי גרים הייתם בארץ מצרים' (שמות כב 2), שהוא חריג גם משום שטעמו מפורש, ראו להלן.

נשגב. זאת ועוד, מנקודת המבט של הסופר המקראי הטעמים הלא־מפורשים של החוקים הם ידועים, לרוב אף קלים להבנה.<sup>138</sup> אם היום אנו מתקשים לייחס לכמה מחוקי התורה טעמים אין זאת אלא בשל פער הזמן והעדר רקע והקשר. לנמענים בני הזמן היו טעמי המצוות נהירים.<sup>139</sup> מצד העדרם של טעמים מפורשים, דרך המלך של התורה בפרקי החוק אינה שונה אפוא מדרכם של מחוקקים אחרים בעת העתיקה ובתקופה המודרנית.<sup>140</sup>

אכן, לעיתים מוצע בכתובים טעם, או שמופיעה בו לשון החורגת מנוסח של כללים.<sup>141</sup> לאחר עשרות מצוות המנוסחות ככלל חתוך מופיעה בשמות כב 2 הלשון הזאת: 'וגר לא תונה ולא תלחצנו כי גרים הייתם בארץ מצרים'. כלל (או שמא סטנדרט), זה שונה מכל הכללים שלפניו משום שמצורף לו לכאורה טעם ('כי גרים הייתם'). לא ברור מהו מובנה המדויק של לשון זו, ואם היא אכן טעם הדין.<sup>142</sup> על כל פנים, יש כאן חריגה מלשון הכללים. חריגה נוספת, שהיא בוודאי טעם, יש בהמשך הפרק. לאחר הקביעה: 'אם חבל תחבל שלמת רעך, עד בא השמש תשיבנו לו' (שם כב 24), בא נימוק שבסופו גם תמריץ: 'כי הוא כסותו לבדה, הוא שמלתו לערו, במה ישכב, והיה כי יצעק אלי ושמעתי כי חנון אני' (שם 26). מיד לאחר מכן חוזר הכתוב לדרך המלך, כלומר לניסוח כללים בלא טעמים: 'אלהים לא תקלל ונשיא בעמך לא

138 במאמר תיאולוגי־מדיני (תרגם ח' וירשובסקי), ירושלים תשכ"ב, פרק יג, עמ' 141, טען שפינוזה כי: 'כתבי הקודש מוסרים ומלמדים את העניינים באופן שהם עשויים להיתפס בקלות גמורה על ידי כל איש ואיש'. בפרק ד: 'על החוק האלוהי' (שם, עמ' 48) הוא מטעים כי 'החוק האלוהי הטבעי [...] אינו דורש טקסים כלומר פעולות שכשלעצמן הן שוויוניות (indifferens), ואינן קרויות טובות אלא משום שנתקנו [...] או פעולות שטעמן נעלה מעל השגת בני אדם'.

139 השוה, למשל, י' טברסקי, מבוא למשנה תורה לרמב"ם, ירושלים תשס"א, עמ' 297–298. טברסקי סבור כי העדר טעמים מפורשים בתורה מלמד כי האל הסתירם. לדעתו חז"ל והרמב"ם סברו כי טעמי המצוות הם 'תרי תורה' במובן המהותי, לא רק החינוכי־הפוליטי. לא זו בלבד שאין לטענה הזאת בסיס של ממש בדבריהם, אלא שהם מושתתים על א־הבנה של דרכי הניסוח של חוקים.

140 כך הוא גם בקובצי החוק של המזרח הקדמון. ראו מ' מלול, קובצי הדינים ואוספים משפטיים אחרים מן המזרח הקדום, חיפה 2010. יש בחז"ל שהיו ערים לכך שכלל התורה נמנעת מלפרש טעמים למצוות, ראו בבלי, סנהדרין כא ע"ב.

141 ראו הסקירה אצל היינמן, טעמי המצוות (לעיל הערה 135), עמ' 17–18.

142 הלשון 'כי גרים הייתם' מופיעה בתורה ארבע פעמים: שמות כב 20; כג 9; ויקרא יט 24; דברים י 29. רש"י (שמות כב 20) מפרשה כטעם ('אם הוניתו, אף הוא יכול להונותך ולומר לך אף אתה מגרים באת'), וכך גם רשב"ם (שם): 'ולפי שצרתו מרובה עונשו מרובה'. לעומתם הרמב"ן (פירוש התורה, שם) סבור כי לשון זו אינה טעם אלא עונש: 'זהנכון בעיני כי יאמר, לא תונה גר ולא תלחצנו, ותחשבו שאין לו מציל מידך, כי אתה ידעת שהייתם גרים בארץ מצרים [...] ואני מציל כל אדם מיד חזק ממנו'.

תאר' (שם 27–29). בסוף הפרק הוא חוזר לציין טעם: 'אנשי קדש תהיון לי [ועל כן] ובשר בשדה טרפה לא תאכלו' (שם 30).

בפרקי החוק בויקרא יז–כו ('ספר הקדושה' או 'חוקת הקדושה') ובדברים יב–כה משולבים טעמים מפורשים יותר מבפרקי החוק שב'ספר הברית' (שמות כא–כג). אכן, 'ספר הקדושה' רצוף טעמים:

בפרק יז: 'דם יחשב לאיש ההוא דם שפך', 'למען אשר יביאו בני ישראל את זבחייהם', 'ולא יזבחו עוד את זבחייהם לשעירים [...]...', 'כי נפש הבשר בדם הוא [...]...' על כן אמרתי לבני ישראל, ועוד.

כך גם בפרקים יח ו-יז, שעניינם איסורי עריות ואיסורים מיניים אחרים: 'אמך הוא', 'ערות אביך הוא', 'כי ערותך הנה', 'אחותך הוא', 'כי שאר אמך הוא', 'שארה הנה זמה הוא',<sup>143</sup> 'ובכל בהמה לא תתן שכבתך לטמאה בה [...]...' 'תבל הוא', 'כי בכל אלה נטמאו הגוים אשר אני משלח מפניכם [...]...', 'כי את כל התועבת האל עשו אנשי הארץ אשר לפניכם ותטמאו הארץ. ולא תקיא הארץ אתכם [...]...'.

בפרק כא כמעט לכל מצווה מפורש טעם, למצער טעם חלקי: 'לא יקרחו קרחה בראשם [...]...' 'כי את אשי ה' לחם אלהיהם הם מקריבם והיו קדש', 'אשה זנה וחללה לא יקחו [...]...' 'כי קדש הוא לאלהיו [...]...', 'את אביה היא מחללת', 'כי נזר שמן משחת אלהיו עליו', 'כי מום בו ולא יחלל את מקדשי'.

בדברים יב–כה למעלה משישים לשונות שהן טעמים לחוקים ולמצוות, לרוב אחרי המילים: 'כי' (במובן 'בגלל'), 'למען', ו'פן'.<sup>144</sup>

עם זאת, גם בפרקי החוק האלה בויקרא ובדברים רוב המצוות מנוסחות ככללים בלא טעמים מפורשים.<sup>145</sup> יש שהתורה מצרפת למצוות הערות שאינן טעמים, כגון תמריץ חיובי או שלילי לציית בדמות שכר או עונש, שלהבדיל מטעמים הם חלק בלתי נפרד מהחוקים, או הכרזה על סמכות האל לצוות, כגון הלשון: 'אני ה'.'<sup>146</sup>

143 על לשונות הנמקה (טאוטולוגיים) כגון 'אמך הוא', 'ערות אביך הוא', 'כי ערותך הנה', 'אחותך הוא', 'כי שאר אמך הוא', ראו ב' שורץ, תורת הקדושה, עיונים בחוקה הכוהנית שבתורה, ירושלים תשנ"ט, עמ' 327, ובמיוחד בעמ' 213–217.

144 הטעמים שהתורה נותנת למצוות אינם חותרים תחת סמכותה וכוחה לצוות. מלשון הטעמים המפורשים האלה ומסגנונם ברור כי למחוקק המקראי חשוב להודיע לנמעני החוק את טעמי החוקים, כדי שהם יצייתו להם מתוך מודעות לטעמיהם.

145 הטעמים המפורשים שבתורה מעוררים שאלות: מה מובן הטעם או התוספת? מדוע הוא בא במצוות מסוימות ולא באחרות? חריגות אלו משוות לקובצי החוק שבתורה אופי שונה מזה של קובצי חוק במזרח הקדום שאין בהם טעמים מפורשים (ראו לעיל הערה 129).

146 דוגמאות לתוספות שהן שכר או עונש: 'כבד את אביך ואת אמך למען יארכון ימך' (שמות יב 19); 'שבעת ימים שאר לא ימצא בבתים כי כל אכל מחמצת ונכרתה הנפש ההוא מעדת ישראל'

הטענה שלמצוות התורה יש טעמים שהיו ידועים לנמעניה נוגעת לא רק למצוות החברתיות והמשפטיות ולמצוות שעניינן 'אורח חיים', ובכללן לענייני שבת והגים, וכן למצוות התלויות בארץ, אלא גם לאיסורים, כגון מאכלות אסורים לפרטיהם, כלאיים לענפיו, איסורי השחתת הגוף (פאת הראש והזקן, שריטה וגדידה), וכל כיו"ב (היינו מצוות הכלולות בסדרי המשנה: זרעים, מועד, נשים, ונזיקין), וכן לכל החוקים הפולחניים-הריטואליים, שעיקרם בספר כהונה, ובכללם ענייני הקורבנות לסוגיהם ואופני הקרבתם, ענייני כהונה ומקדש לפרטיהם, וענייני תומאה וטהרה למיניהן (כלומר מצוות שבסדרים: קודשים וטהרות). אפשר שטעמי חלק ממצוות התורה האלה לא היו ידועים לנמען הממוצע בן הזמן אלא רק לכוהנים ולסופרים, שאף שמרו אותם בסוד. ואולם, לענייננו, די בידיעתם כדי שנייחס להם טעמים. זו הנחת עבודה מובנת מאליה של היסטוריונים וחוקרים.<sup>147</sup>

בשל פער הזמן מקצת החוקים האלה עשויים להיראות לנו היום, ואף לחכמים בעבר, תמוהים. חוקי מקרא שכללו מתודות שבאמצעותן הצליחו להתחקות אחרי טעמי המצוות האלה על פרטיהן. הם מציעים להם טעמים ממגוון סוגים: מוסריים, חברתיים, מגיים-אפוטרופאיים, סימבוליים, אסתטיים ומערכתיים.<sup>148</sup> לענייננו, לא משנה אם המחוקק המקראי אימץ מצוות מסוימות מן הסביבה האלילית וסיגלן לתמונת עולמו המונותיאיסטית או המונולטרית, ובתוך כך ייחס להן טעמים חדשים, השונים במעט או בהרבה מטעמיהן המקוריים.<sup>149</sup> גם אם יש פרט או עניין מסוים

(שם כ 11). התוספת 'אני ה' היא אחד מסימני ההיכר של 'תורת הקדושה'. על משמעויותיו של הביטוי, ראו שורץ, תורת הקדושה (לעיל הערה 143), נספח, עמ' 378–380, ושם, עמ' 272–277. שורץ סבור כי מובנו של 'אני ה' בכמה מקומות הוא כי לצד, או למרות, טעמה המוסרי-חברתי של המצווה, למשל, במצוות מתנות העניים בשדה ובכרם (ויקרא יט 10), 'יש לקיים את הצו מתוך ידיעה ברורה שזוהו קיומן רצון המצווה ולא תקנה חברתית בלבד' (שם, עמ' 379, וראו גם שם, 299–301). ספק בענייני אם הצירוף 'אני ה' מבטא שם (ובמקומות אחרים בתורה) דתיות הלכתית של ציות ושעבוד. נראה כי הוא אזהרה מפני כוח המצווה להעניש. 'ציון כי לעיתים התוספות הן הטעמה רטורית (במדבר ז 9: 'כי עבודת הקודש עליהם בכתף ישאו'; שם ה 15: 'כי מנחת קנאות היא', שמות כ 21: 'כי חרבך הנפת עליה ותחללה').

147 לכללים מעשיים, ובמיוחד לכללים מחייבים (בכל קובץ חוקים), יש טעמים, בין השאר מפני שהסתייגות מטעמים משיקולים תיאולוגיים היא לעולם 'לאחר מעשה'. לדיון מפורט ראו לורברבוים, שני מושגים (לעיל הערה 19). הטענה שלכל המצוות טעמים היא ברירת המחל גם למי שסבורים כי המצוות הן מהאל, ראו לורברבוים, דתיות הלכתית (לעיל הערה 3).

148 לדוגמה מהתורה לטענה שלענייני הקורבנות יש טעמים שהיו ידועים לכוהנים, ראו ההתדיינות בין משה ואהרן בויקרא י 16–20.

149 ראו, למשל, J. Milgrom, *Leviticus 1–16, A New Translation with Introduction and Commentary* (The Anchor Bible), New York 1991 מלגרום מציע טעם לכל פרטי המצוות והחוקים שבויקרא (א–טז), המחזיקים חלק ניכר מן המצוות הפולחניות בתורה, וסוקר את

שטעמו עדיין נעלם מאיתנו, אין זה משום שהוא מסתורי או משום שהוא גזרה בלא טעם, אלא בגלל העדר רקע וידיעות.<sup>150</sup>

הנה דוגמה. חוקת פרה אדומה, שאפרה הוא יסוד חיוני להיטהר מטומאת מת (במדבר יט 11–29), נחשבה בעיני חכמים מסוימים גזרה בלא טעם או מצווה שטעמה נעלה מן ההשגה. בימי הביניים היו שקבעו: 'חוק [כלומר, מצווה בלא טעם (ידוע)] זה פרה אדומה'.<sup>151</sup> גם אם לאורך השנים התקשו חוקרי מקרא להציע טעם למצוות פרה אדומה, ברור היה להם כי לא מדובר במצווה שרירותית או בחוק שטעמו מסתורי ונשגב. ואכן, משהתגלו מקורות חתיים התברר טיבה או רקעה המגיי־האפוטרופאי של המצווה הזאת, ושל מצוות אחרות כיוצא בה.<sup>152</sup>

ההצעות לביאורם. לצבא החוקרים שעסק בפרקים האלה, ובכללם מלגרום, משותפת ההשקפה כי לכל פרטי חוקי הכוהנים יש טעם. אין צריך לומר כי המונחים 'חוק' ו'חוקה' במקרא אינם מציינים מצווה בלא טעם (ידוע), אלא הם מקבילים למונח 'משפט' ולמונחים כלליים אחרים. חוק מצייין דבר חרות, ובהשאלה – גזרה מוחלטת (כמו הסדר הקבוע והבלתי משתנה בטבע). ראו עוד שורץ, תורת הקדושה (לעיל הערה 143), עמ' 325, ושם, הערה 3, לספרות נרחבת, וראו עוד ש"ז הבלין, 'חוקים ומשפטים בתורה, בחז"ל, ובמשנת הרמב"ם', ספר בראיילן כו–כו, רמת גן תשנ"ה, עמ' 135–166.

150 הרמב"ם היה מחלוצי המחקר ההיסטורי־האנתרופולוגי של החוק הדתי, ראו, למשל, דבריו במורה הנבוכים ג, כט (תרגום שורץ, עמ' 525), וראו י' לורברבוים, 'הרמב"ם על אגדה, הלכה, ו"חוק אלוהי" בכתבי הרמב"ם', דיני ישראל כו–כו (תשס"ט–תש"ע), עמ' 253–297. בעמ' 264, הערה 37.

151 ראו פסיקתא דרב כהנא, פרה אדומה ד (מהדורת מנדלבוים, ניוארק תשכ"ב, עמ' 71). במקורות תנאיים פרה אדומה אינה גזרה בלא טעם. על הלשון: 'חוק זה פרה אדומה', ראו ח' מיליקובסקי, 'פרה אדומה לפני סיני – מסורת קדומה או טעות סופרים', י"ד גילת ואחרים (עורכים), עיונים בספרות חז"ל במקרא ובתולדות ישראל, מוקדש לפרופ' ע"צ מלמד, רמת גן תשמ"ב, עמ' 268–276, בעמ' 274.

152 ראו מ' ויינפלד, 'דברים שהשטן/יצר הרע/אומות העולם משיבין עליהן', ד' בויארין ואחרים (עורכים), עטרה לחיים, מחקרים בספרות התלמודית והרבנית, לכבוד פרופסור חיים זלמן דימיטרובסקי, ירושלים תש"ס, עמ' 105–111, וההפניות לספרות שם, עמ' 105, הערה 1. מההשוואה בין הטקסטים של החתים לבין הטקסט המקראי בענייני פרה אדומה, השעיר המשתלח (ויקרא טז 21–22) וטהרת המצורע (שם יד 1–22) הסיק ויינפלד 'שבטקסים הישראלים הטקס מעורטל מן המגיה והמיתוס, ונשאר המעשה בלבד ללא הסבר, ללא לחשים וללא השבעות שאנו מוצאים אצל העמים' (הנ"ל [שם], עמ' 105). מההשוואה המאלפת למקורות החתיים הסיק ויינפלד כי מצוות פרה אדומה בתורה היא חוק בלא טעם (ובמינוח התלמודי: 'חוקה')! ואולם האם סביר שהמקרא אימץ ריטואל אפוטרופאי של השכן החיתי אך ראה בו גזרה בלא טעם? אפשר שלפי ויינפלד מדובר בטקסטים שרווחו בישראל מקדמת דנא, ובשל התעוררות המונותאיזם (האנטי־מיתית־מגיה) הם איבדו את טעמם המקורי, ברם בשל מושרשותם לא היה אפשר לעקור אותם, והם נותרו 'גזרות'. זו גישתו של י' קויפמן, תולדות האמונה הישראלית, ירושלים ותל אביב תשכ"ה, ת, עמ' 545–551. וראו עוד י' קנוהל, מוקדש הדממה, ירושלים תשנ"ג. ההסבר



כבר הערתי לעיל כי מנקודת המבט המדעית-הביקורתית של ההיסטוריונים, חוקים מעשיים לעולם אינם פרי של 'רצון אלוהי' בלא תכלית, וגם לא תוצר של חוכמה עלומה, אלא מעשה ידי אדם.<sup>153</sup> לדידם, הקטגוריות 'גזרה בלא טעם' או 'חוק שטעמו נשגב' (כלומר, גזרת הכתוב במובן התיאולוגי) הן, כאמור, הסבר אפולוגטי שלאחר מעשה.<sup>154</sup> כך הוא, וביתר שאת, בדתיות הלכתית של מסתורין, המשגיבה טעמים של כל המצוות, גם של מצוות מחזורות.

## 2. חוקים אפודיקטיים וחוקים קזואיסטיים

חוקרי מקרא הבחינו, כידוע, בין חוקים המנוסחים כציווי החלטי, כגון 'מקלל אביו ואמו מות יומת', לבין חוקים המנוסחים ניסוח מותנה, המתחילים במילים כגון 'כי' [גח/ תראה ...] 'איש אשר'. את הראשונים הם כינו 'חוקים אפודיקטיים' ואת האחרונים 'חוקים קזואיסטיים'.<sup>155</sup> לענייננו חשוב לשים לב לשניים. חוקים קזואיסטיים בפרקי החוק בתורה אינם מקרים פריטיים-קונקרטיים אלא מקרים טיפוסיים, כלומר דפוס התנהגות שכיח, כגון 'כי ימצא בקרבך [...] איש או אשה אשר יעשה את הרע בעיני ה', 'כי יפלא ממך דבר למשפט', 'כי יהיה לאיש בן סורר ומורה'. לכן הם ראוים, לענייננו, להיחשב כללים.<sup>156</sup> בעניין טעמי החוקים, ובכללם טעמים מפורשים – אין

לגזרות בלא טעם מתקופות מאוחרות (מצוות התורה איבדו את טעמן, ברם אי אפשר, או אין רצון, לבטלן) נסב כאן על מצוות של התורה עצמה. הגם שהסבר זה אינו בלתי אפשרי, הוא אינו סביר בעיניי. הדעת נותנת שגם בתורה יש לפולחנים האלה טעמים, כנראה מגיים.

153 לתפיסה שגם לכל החוקים שמקורם בהתגלות יש טעמים שותפים פרשנים מסורתיים רבים, שלא הסתייגו מטעמים בשל שיקולים תיאולוגיים, ראו להלן סעיף ה.

154 לדין מפורט יותר, ראו לעיל סעיף א. על גזרת הכתוב במובן התיאולוגי ובמובן היוריספרודנטי, ראו לורברבוים, שני מושגים (לעיל הערה 19), פרק ראשון, סעיף א. אפשר אומנם לדמיין מצב שבו מנהיג שבט או קבוצה מתנסה ב'התגלות' שבה ניתן לו 'חוק' או 'תורה' שאינה מובנת לו, והוא משכנע את הסרים למרותו לקבל אותה על עצמם, ואולם לא ידועה לי דוגמה היסטורית לכך.

155 ראו ש' פאול, 'דגמי ניסוח של החוק בישראל ובמסופוטמיה', לשוננו לד (תש"ל), עמ' 257–266; ש"א ליונשטם, 'חוק', אנציקלופדיה מקראית, ה, עמ' 625–628. אלט (Alt) טען כי חוק אפודיקטי הוא צורה ישראלית מקורית המבטאת את הכפיפות לאל, ואילו מוצאם של חוקים שצורתם קזואיסטית היא בבתי דין כנעניים. חוקרים רבים חלקו על הצעותיו, ראו פאול, שם. צורתם העיקרית של חוקי המזרח הקדום היא קזואיסטית, והם נטולי טעמים מפורשים, ראו מלול, קובצי הדינים (לעיל הערה 140).

156 חוקרים משתמשים במונח קזואיסטי בכמה אופנים. חוקרי מקרא משתמשים בו כדי לתאר סגנון ודרכי ניסוח של חוקים (ראו פאול [לעיל הערה 155]), ואילו חוקרי תלמוד משתמשים בו כדי להבחין בין כללים ספציפיים לבין חוקים שהם הכללות והפשטות, ראו L. Moscovitz, *Talmudic Reasoning: From Casuistics to Conceptualization*, Tübingen, 2002,

הבדל בין הסגנונות: הן לחוקים אפודיקטיים הן לחוקים קזואיסטיים יש טעמים; בשניהם התורה נמנעת ברגיל מטעמים מפורשים, וכשהיא חורגת מדרכה ונותנת טעמים היא עושה כן בשני הסגנונות.<sup>157</sup>

\*

קודם שאפנה למשנה אציע שתי הערות־הבחנות שיסייעו להבהרת היבטים של טעמי המצוות וההלכות, ובמיוחד של טעמים מפורשים. הערה אחת נוגעת להבדל בין טעם הניתן 'בצורה כללית' לבין טעם 'מפורט ומוגדר היטב'. ההבחנה השנייה היא בין טעם חלקי של חוק, מצווה או הלכה, לבין טעם שלם.

pp. 1–8, 47–50. בעיני חוקרי מקרא 'לא תחסום שור בדישו' הוא חוק (שסגנונו) אפודיקטי, ואולם אצל מוסקוביץ 'לא תחסום' הוא חוק קזואיסטי, שכן הוא מסדיר מצב ספציפי־ריאלי (שור ודיש) ולא סוג וקטגוריה (בהמה, שעושה למען אדם). אפשר שברגיל חוקים שסגנונם קזואיסטי (כמובנו אצל חוקרי מקרא) הם ספציפיים יותר מחוקים אפודיקטיים, ברם אין זה הכרחי. יש חוקים שסגנונם קזואיסטי, המכוונים לקטגוריות ולסוגים (מוסקוביץ', שם, עמ' 3), כשם שיש חוקים אפודיקטיים ספציפיים, כמו 'לא תחסום', שגם הוא מכוון, כנראה, לקטגוריות.

157 השו D. Weiss Halivni, *Midrash, Mishnah, and Gemara: The Jewish Predilection for Justified Law*, Cambridge, MA and London 1986. המגמה שאפיינה את המסורת ההלכתית היהודית מן המקרא דרך מדרשי ההלכה ועד לשכבת הסתמא שבתלמוד – להבדיל ממגמת חוקי הגויים – היא הסברת החוק וההלכה. לשיטתו, בשל סיבות פוליטיות (רדיפות, מצוקות וגלות) המשנה היא חריגה. עורכיה יצרו חוק קצר ותמציתי בלא נימוקים, שהלבני מכנה 'אפודיקטי'. ה'סתמאים', שיצרו את סוגיות הבבלי, חזרו לנמק את ההלכה, ובעקבותיהם בעלי הלכה בתר תלמודיים. מי שחרג, לדעתו, מדרך הטעמים ונטה לדרך המשנה היה הרמב"ם במשנה תורה. ואולם דרכו, טוען הלבני, לא צלחה. המסורת ההלכתית לדורותיה דבקה בהלך הרוח התלמודי המושתת על טעמים והצדקות. לענייננו, ההמשגות שעליהן מבוססת התזה של הלבני מוקשות. הטענה הבסיסית שחוקים המנוסחים בקודקסים בצורת כללים בלי הנמקות מפורשות, כמו מרבית החוקים בעולם העתיק, הם מבוססי סמכות ולא מבוססי הצדקות היא אי־הבנה של מושג הכלל המחייב. כפי שהטעמתי לאורך הפרק הזה, מצוות וכללים הלכתיים ומשפטיים – בתורה, במשנה, במשנה תורה, בחוקי המזרח הקדמון, בחוק הרומי וכו' – הם מבוססי טעמים. אין בהם ברגיל טעמים מפורשים, לא משום שהם מושתתים על כוח וסמכות בלבד, אלא משום שהם כללים (ראו להלן). הדיון של הלבני סובל מ'כשל הסמכות'. לשיטתו, אם לריבון יש סמכות לחוקק אין לו צורך להצדיק את חוקיו. ואולם הפעלת סמכות אינה משחררת מן הצורך לנמק, כשם שהנמקה אינה מבטלת את הצורך בסמכות. ראו לורברבוים, גזירת מלך וגזירת הכתוב (לעיל הערה 24). גם ההבחנה של הלבני בין חוק אפודיקטי לחוק קזואיסטי, שעליה הוא מבסס את הצעותיו, שגויה. ההבדל ביניהם אינו נעוץ בהבחנה בין סמכות (אפודיקטי) להצדקה (קזואיסטי) אלא רק בצורה ובסגנון (אצל חוקרי מקרא), או ברמת הפשטה (אצל אחרים), ראו הערה קודמת.

3. טעם הנאמר 'בצורה כוללת' וטעם 'מפורט ומוגדר' במורה הנבוכים ג, כח הרמב"ם מבחין בין 'דעות נכונות', 'אשר בהם מושגת התכלית האחרונה', והידועות 'בצורה כוללת',<sup>158</sup> לבין אותן 'הדעות' כשהן 'מתבררות בפירוט ובאופן מוגדר'. ב'דעות נכונות' אלו כולל הרמב"ם את 'מציאות האל יתעלה, ייחודו, ידיעתו, יכולתו, רצונו וקדמותו'. אלו הן האמיתות העמוקות ביותר של התיאולוגיה הפילוסופית, שידיעתן המנומקת – כלומר כשהן 'מתבררות בפירוט ובאופן מוגדר' – מקנה לאדם שלמות שכלית. 'דעות נכונות' אלו, הוא כותב, 'התורה קראה [מצווה] להאמין בהן' רק 'בצורה כוללת', כלומר לראות בהן הצהרות כלליות ושטחיות ביחס. הרמב"ם מטעים כי ידיעת 'הדעות הנכונות' האלה 'בפירוט ובאופן מוגדר', כלומר הכרה מטפיוזית עמוקה ומנומקת, היא רק 'לאחר הכרת דעות רבות', כלומר לאחר לימוד ארוך של מבואות ועיון ממושך, המתאים רק למעולים. על דרגת ידיעה נעלית זו, שאינה לפי כוחם של מרבית בני האדם, התורה אינה מצווה. את ההבחנה הזאת אפשר להעתיק לידיעת טעמי המצוות: דבר אחד הוא לתת למצווה טעם 'בצורה כללית', ודבר אחר הוא לדעת את טעם המצווה ידיעה 'מפורטת ומוגדרת', כלומר כשהוא מפותח לעומקו העיוני.

טעם המנוסח 'בצורה כוללת' (להלן: 'טעם כללי') הוא, למשל, הטעם המובא בתורה למצוות השבת: 'כי ששת ימים עשה ה' [...] ' (שמות כ 10); 'כי אות היא ביני וביניכם [...] כי ששת ימים עשה ה' [...] ' (שם לא 13–17). לפי לשונות קצרות ביחס אלו, מצוות השבת היא עדות ('אות') של המקיימים כי האל ברא את העולם. לפי מובנו 'המפורט והמוגדר' יתרחב הטעם הזה לפירושים ולטיעונים על אודות האל הבורא, על אודות בריאת העולם ולעניינים רבים ועמוקים הכרוכים בהם. טיעונים ופירושים אלו אכן מחייבים 'הכרת דעות רבות' ומחזיקים ספר עב כרס.<sup>159</sup> ההבחנה בין טעם המנוסח 'בצורה כללית' לבין טעם המנוסח ניסוח 'מוגדר ומפורט' אינה עניין להבדלי נוסח וסגנון בלבד, אלא לתוכן הטעמים. היא נוגעת לטעמים של חוקים רבים, אם לא של כולם. כך, למשל, הטעם הכללי של האיסור לגנוב הוא הגנה על הרכוש הפרטי, ואילו אותו הטעם כשהוא מפורט ומוגדר יכול לתיאוריה (חברתית, מוסרית, כלכלית וכו') של הקניין הפרטי. לעיל הערתי כי בעיקרון התורת-משפטי בדבר דרך הרוב, שעניינו שיקולים מערכתיים (התומכים בהחלה מכנית של כללים),

158 בערבית: 'עלי אלתג'מיל', תרגום קאפח: 'באופן כללי', תרגום פינס: 'in a summary way'. בהקדמת פרק חלק (מהדורת שילת, מעלה האדומים תשנ"ב, עמ' קמב), דעות הנכתבות 'בצורה כוללת' נאמרות 'על דרך ההודעה בלבד' (בערבית: 'עלי ג'הה אלכ'בר פקט').

159 הדוגמה הזאת מובאת בתשובת הרשב"א ה"א, סי' צד.

מחזיקים משפטנים ובעלי הלכה רבים ב'צורה כוללת'. רק פילוסופים של המשפט, כמו הרמב"ם, הציעו את העיקרון הזה באורח 'מפורט ומוגדר'. ככל שטעם החוק נוגע לאפשרות שהוא יצוין במפורש בלשון החוק החרות (להבדיל אולי מפסקי דין) הרי הוא ברגיל טעם כללי.<sup>160</sup> טעמי החוקים שבתורה, כמו 'דעות נכונות' בעניינים תיאולוגיים, כגון אחדות האל, המיועדות להמון, מנוסחים ב'צורה כללית' בלבד. ההבחנה הזאת מסבירה מדוע טעמי החוקים קלים להסבר ולהבנה: טעם כללי הוא באופן טיפוסי שווה לכל נפש, ואילו אותו הטעם כשהוא מפורט ומוגדר מתאים למומחים ולמלומדים.

#### 4. טעם חלקי וטעם שלם

לענייננו, חשובה, כאמור, הבחנה נוספת: בין טעם חלקי לבין טעם שלם. יוסף רוז העיר כי בשפה היום-יומית איננו מציעים מפרשים טעמים מלאים לפעולה, אלא רק טעמים חלקיים. הבחירה שלנו מה לומר במפורש ומה שלא לומר, כלומר מה להבליע או להסתיר, מבוססת על שיקולים פרגמטיים הנוגעים להערכתנו את רקעם ואת טיבם של הנמענים: מה הם יודעים? מה הם רוצים לדעת? מה אנו רוצים שיידעו? מה הם מסוגלים לדעת או להבין? וכיו"ב.<sup>161</sup> כך, למשל, בתשובה לשאלה: 'מדוע אתה הולך הערב למסעדה יקרה?' עונה יעקב: 'היום יום הולדתה של רחל'. זו תשובה חלקית, שהשומע משלים אותה בתוספות, כגון (א) רחל היא בת זוגו של יעקב. (ב) יעקב ורחל הולכים למסעדה לחגוג את יום הולדתה. (ג) יעקב רוצה לשמח את בת זוגו ואת עצמו ביום הזה. (ד) ארוחה במסעדה משמחת אותם. ברגיל תשובה מפורשת לא תכלול את כל אלו. שומעים טיפוסיים משלימים את א–ד מדעתם.

כמו בדרכי דיבור וכתובה רווחים, גם טעמי המצוות המפורשים שבתורה אינם שלמים אלא חלקיים. למשל, בדברים יב 23, במסגרת ההיתר לאכול בשר 'בכל שעריך' (כלומר מבלי להקריבו במקדש), מזהיר הכתוב: 'דק חזק לבלתי אכל הדם כי הדם הוא הנפש ולא תאכל הנפש עם הבשר'. זהו טעם חלקי הטעון השלמה שתסביר באיזה מובן 'הדם הוא הנפש'? מדוע אסור לאכול את הנפש? ועוד. כך גם נימוקים בענייני עריות בויקרא יח–כ שנזכרו לעיל, כגון 'תבל הוא', 'חסד עשו'. סביר להניח שהקורא המלומד בן הזמן, ואולי גם הקורא ממוצע, השלימו את הטעם המפורש הזה

160 לעיתים טעם החוק אינו אלא מובנו ה'כללי', ואילו מובנו 'המוגדר והמפורט' אינו באמת טעם החוק. למשל, הטיעונים הפילוסופיים הדקים לביסוס רעיון הבריאה, או הביאור הפילוסופי לפרקי 'מעשה בראשית' (בראשית א–ה) אינם טעם מצוות השבת.

161 לדיון בהבחנה בין טעם לפעולה חלקי לבין טעם שלם, ראו רוז, טעמים מעשיים (לעיל הערה 9), עמ' 22–25.

מדעתם, ואילו אנו, בשל פער הזמן, איננו מסוגלים לכך. פרשנים וחוקרי מקרא מתאמצים לגשר על הפער הזה ומציעים לנו השלמות.<sup>162</sup>

הנה דוגמה אחרת. בדברים יד 1–2 נאמר: 'בנים אתם לה' אלהיכם, לא תתגודדו ולא תשימו קרחה בין עיניכם למת'. דומה כי יש לקרוא את הפסוקים אלה כך: 'לא תתגודדו' מפני ש'בנים אתם לה' אלוהיכם'. גם הטעם 'בנים אתם לה', המתפרט כנראה בפסוק הבא: 'כי עם קדוש אתה [...]', הוא חלקי, ועל הקוראים להשלימו. הוא צריך להסביר את מובנה של ההכרזה 'בנים אתם' – האם היא מילולית או מטפורית, ואם היא מטפורה, מטפורה למה? וכן את הקשר בינה לבין האיסור להתגודד ולשים קרחה ('בין עיניכם למת').<sup>163</sup> גם כאן נראה כי השומעים בני הזמן השלימו מדעתם את טעם האיסורים, אבל עלינו פער הזמן מקשה. כמו טעמי פעולה בדיבור רגיל, גם הטעמים המפורשים בחוק, ולענייננו בתורה ובקודקסים היהודיים הקנוניים האחרים, הם לעולם חלקיים. ואף ביתר שאת, שכן קודקסים של חוק, יותר מדוברים רגילים, מבקשים לחסוך במילים ולקצר ככל האפשר.

ההבחנה בין טעם כללי לבין טעם מפורט ומוגדר היטב שונה מן ההבחנה בין טעם חלקי לטעם שלם. ההבחנה הראשונה נוגעת, כאמור, לתוכני הטעמים, ואילו השנייה נוגעת לאופני ניסוחם. טעם מפורט ומוגדר הוא ברגיל טעם חלקי, שהקוראים המיומנים משלימים אותו מדעתם. גם טעם כללי הוא ברגיל טעם חלקי, ברם לא מפני שהוא טעם המנוסח ניסוח כללי. לשון אחרת, לא ההפרש בין טעם כללי לטעם מפורט ומוגדר הופך טעם כללי לטעם חלקי. אכן, טעם כללי שבניסוחו כלולים כל מרכיביו הוא גם טעם שלם.

##### 5. כללים וטעמים במשנה

גם המשנה נוקטת ברגיל לשון כללים.<sup>164</sup> לדוגמה, הפרק הראשון במשנת גיטין:

162 ראו כ' ורמן, 'דין כיסוי דם ואכילתו בהלכה הכוהנית ובהלכת חכמים', תרביץ סג (תשנ"ד), עמ' 173–183; שורץ, תורת הקדושה (לעיל הערה 143), עמ' 102–120.

163 אפשר שהשלמה מסוימת, חלקית, באה בפסוק הבא: 'כי עם קדוש אתה לה' אלהיך' וכו'. הלשון 'קדשים תהיו', הרווחת ב'ספר הקדושה', היא טעם חלקי וכללי; ראו, למשל, ויקרא, יא 44: 'כי אני ה' אלהיכם והתקדשתם והייתם קדשים כי קדוש אני ולא תטמאו [...]', וראו גם שם, יא 45; כא 8–7, ושורץ, שם, עמ' 348; 'לורברבוים, צלם אלהים – הלכה ואגדה, ירושלים ותל אביב תשס"ד, עמ' 473. דוגמה אחרת לטעם חלקי היא הלשון החוזרת בספר דברים: 'זוכרת כי עבד היית [...] על כן אני מצוך', שם כד 18, 22, 24; ה 15. ברם, ראו טו 15.

164 במונח 'כלל' אין כוונתי למונח בספרות התלמודית, שהוא כעין עיקרון או הכללה של כללים ספציפיים יותר, כגון תוספתא, בבא קמא, א, ט (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 347): 'ארבעה כללים היה ר' שמעון בן אלעזר אומר בנוקין'; ספרי דברים, האיננו שו (מהדורת הורוויץ–פינקלשטיין,

המביא גט ממדינת הים – צריך שיאמר בפני נכתב ובפני נחתם.  
 רבן גמליאל אומר: אף המביא מן הרקם ומן החגר.  
 רבי אליעזר אומר: אפילו מכפר לודים ללוד.  
 וחכמים אומרים: אינו צריך שיאמר בפני נכתב ובפני נחתם, אלא: המביא  
 ממדינת הים, והמוליך והמביא ממדינה למדינה במדינת הים – צריך שיאמר  
 בפני נכתב ובפני נחתם.  
 רבן שמעון בן גמליאל אומר: אפילו מהגמוניא להגמוניא (משנה גיטין א, א).

משנה זו מנסחת דין בלשון כלל חתוך. ת"ק מציין נסיבות קונקרטיות (המביא גט  
 ממדינת הים) וקובע הלכה ('צריך שיאמר [...]') בלי הצעת טעם. רבן גמליאל חולק  
 או מוסיף עליו ('אף המביא מן הרקם'), אף הוא בלי הצעת טעם.<sup>165</sup> חולק עליהם ר'  
 אליעזר, ועליהם חכמים, ועליהם רשב"ג. הכול מנסחים הלכה בלא הצעת טעם.  
 צורת המשנה הזאת, המציעה דעות חלוקות ללא טעמים מפורשים, אופיינית למשנה.  
 גם במשניות ב-ה שבמשנת גיטין פרק א מוצעות נסיבות ולצידן נקבעות הלכות  
 בלא ציון טעם.<sup>166</sup> פרק ב במשנת גיטין מהלך גם הוא בדרך המלך:

המביא גט ממדינת הים ואמר: בפני נכתב אבל לא בפני נחתם, בפני נחתם  
 אבל לא בפני נכתב, בפני נכתב כולו ובפני נחתם חציו, בפני נכתב חציו ובפני  
 נחתם כולו – פסול.  
 אחד אומר בפני נכתב, ואחד אומר בפני נחתם – פסול.  
 שנים אומרים בפנינו נכתב ואחד אומר בפני נחתם – פסול, ור' יהודה מכשיר.

גם משנה זו מציעה רשימת נסיבות, כלומר מקרים, וקובעת את דינם בלי לציין

עמ' 336): 'לעולם הוי כונס דברי תורה כללים', וראו גם שמות רבה, כי תשא מא (מהדורת וילנא,  
 סט ע"ב). וכמוהו המונח 'כללות', כגון תוספתא, זבחים יג, ז (שם, עמ' 499): 'ארבע כללות הורה  
 ר' שמעון בקדשים', ראו מוסקוביץ', הנמקה תלמודית (לעיל הערה 156), עמ' 52–59, ושם  
 לספרות נוספת. המונח 'כלל' (מעשי מחייב) המשמש אותי כאן קרוב למונח התנאי-התלמודי  
 'הלכה' (וראו כהנא, הדרשות במשנה [להלן הערה 174]). יצוין כי הניתוח המושגי שפילוסופים  
 כמו רו וגנו הציעו לכללים מעשיים ומחייבים הוא ביסודו א־היסטורי, השוו מוסקוביץ', הנמקה  
 תלמודית (לעיל הערה 156), עמ' 3–5, המטעים כי טענותיו הן היסטוריות-טקסטואליות בלבד,  
 ברם גם דיונו ומסקנותיו מבליעים מכלול של הנחות א־היסטוריות.

165 דעת רבן גמליאל ('אף מן הרקם ומן החגר') ור' אליעזר ('אפילו מכפר לודים ללוד') אינה פסיקה  
 במקרה פרטי אלא טענה כללית בעניין הקרבה המחייבת את המביא גט לומר 'בפני נכתב ובפני  
 נחתם'.

166 במשנה ה אף מובא מעשה שבו הכשיר רבן גמליאל עדי כותים שהעידו על כשרות גט אישה, וגם  
 כאן בלא ציון טעם.

טעמים. גם בסופה מובאת על מקרה מסוים דעה חולקת, של ר' יהודה, גם היא בלא טעם מפורש. גם כאן ברור כי לכל דעה יש טעם. כך הוא גם בהמשך הפרק, במשניות ב–ג ובתחילת משנה ד. ניסוח כללים בלי טעמים מפורשים הוא אפוא דרך המלך של המשנה.<sup>167</sup> בהשוואה לתורה, המשנה ממעטת בטעמים מפורשים.

מחלוקות הלכתיות עשויות לשקף מסורות נבדלות, ואולם הרוב המוחלט של המחלוקות ההלכתיות במשנה, ובכללן המחלוקות במשנת גיטין א–ב שהובאו לעיל, נעוצות בהבדלים שבטעם ובסברה. מחלוקות החכמים במשנה מבליטות אפוא כי ביסוד כל דעה יש טעם. זאת ועוד, במצבי מחלוקת הטעמים שביסוד הדעות השונות אינם מובנים מאליהם, שהרי אם טעם הדין מדבר בעד עצמו מדוע יש מחלוקת? אף על פי כן, ברוב המוחלט של המחלוקות שבמשנה העורך אינו מצרף טעמים לדעות השונות. נראה שסבר כי הקוראים המיומנים לא יתקשו להתחקות בעצמם אחר הטעמים שביסוד הדעות החלוקות.<sup>168</sup>

רש"י היה ער לעובדה שהמשנה מנוסחת ככללים בלא טעמים מפורשים. בפירושו לתלמוד הוא מרבה להעיר כי התלמוד הוא 'סברת טעמי המשניות', וכי הטעמים חיוניים הן לידיעת התורה הן לפסיקת הלכה.<sup>169</sup> הנה דבריו:

ברכות ה' ע"א: 'זה מקרא' – חומש, שמצווה לקרות בתורה. 'זו משנה' – שיתעסקו במשנה. 'זה גמרא' – סברת טעמי המשניות, שממנו יוצאה הוראה. אבל המורים הוראה מן המשנה (כלומר ללא ידיעת הטעם – י"ל) נקראו מבלי העולם במסכת סוטה (כב ע"א).  
סוטה כ ע"א: 'אתא לקמיה דר"י וגמר גמרא' – המשניות סתומות כמו שהן,

167 הגם שמשנה תורה הוא קודקס של כללים שהדגם שלו היא המשנה, שילב בו הרמב"ם טעמים, אף יותר ממה שיש בפרקי החוק בתורה, כלשונו: 'כוונתי בכל החיבור הזה [משנה תורה] לקרב הדינין אל השכל', תשובות הרמב"ם, סי' רנב (מהדורת בלאו, ירושלים תש"ך, עמ' 460), וראו לזרברבוים, הרמב"ם על מוסד החוק (לעיל הערה 76), עמ' 384–386.

168 הטענה שלכל ההלכות שבמשנה, שרובן כאמור נטולות טעם מפורש, יש טעם היא, כמובן, קונספטואלית, לא טקסטואלית-היסטורית. בטענה הזאת אינני מאפיין את טיבם של הטעמים של החכמים ואת דרגת ההמשגה וההפשטה שלהם. את אלו אפשר לקבוע רק על סמך מחקר טקסטואלי-היסטורי, השוו מוסקוביץ', הגמקה תלמודית (לעיל הערה 156), עמ' 96–97. דיונו בקוואיסיטיקה התנאית (במשנה) אינו מבחין בין כללים לטעמים, ובין טעמים לטעמים מפורשים. 169 בשאלות התלמוד על דין במשנה: 'מאי טעמא?' לא מובלעת ההנחה שהטעם נסתר או קשה להבנה. שאלות מן הסוג הזה נועדו לפתוח דיון בטעם שברגיל אין קושי להתחקות אחריו. דרך כלל הדיון התלמודי נועד להפוך טעם למפורט ומוגדר יותר. יצוין שבסוגיות התלמוד טעם הדין הוא לעיתים מקור הדין בכתובים ולא תכליתו.

כדגמיר להו מרבו, ורבו מרבו.<sup>170</sup> 'והדר אתא לקמיה דר' ע' למיסבר סברא' – לעמוד על עיקר טעמי המשנה, מפני מה זה טמא וזה טהור, זה אסור וזה מותר, ועל מה כל דבר נסמך ועל איזה מקרא, וזה תלמוד שהיה בימי התנאים, ולהבין דבר מתוך דבר כשהיה דבר חדש נשאל בבית המדרש מהיכן ילמדוהו ולא יזה משנה ידמוהו.<sup>171</sup>

סוטה כב ע"א: 'ששונין הלכות' – שלא שימשו לתלמידי חכמים ולא הקפידו על טעמי המשניות. "הלכות" – משניות. 'שמורין הלכה מתוך משנתן' – קאמר שמבלין עולם בהוראות טעות, דכיון דאין יודעין טעמי המשנה פעמים גורמין שמדמין לה דבר שאינו דומה.

מגילה כח ע"ב: 'הי צנא מלא סיפרי' – אינו אלא כסל שמילאוהו ספרים, ואין מבין מה בתוכה, אף שונה הלכות ולא שימש תלמידי חכמים ללמוד שיבינוהו טעמי משנה.<sup>172</sup>

כמו בתורה, גם במשנה יש מקרים חריגים שבהם מובאים טעמים או תוספת מסוג אחר. חריגה היא, למשל, המשנה האחרונה, משנה ו, במשנת גיטין פרק א:

האומר: תן גט זה לאשתי ושטר שחרור זה לעבדי, אם רצה לחזור – בשניהן יחזור, דברי ר' מאיר,

וחכמים אומרים: בגיטי נשים אבל לא בשחרורי עבדים, לפי שזכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לו אלא בפניו, שאם ירצה שלא לזון את עבדו רשאי, ושלא לזון את אשתו אינו רשאי.

אמר להם: והרי הוא פוסל את עבדו מן התרומה כשם שהוא פוסל את אשתו.

אמרו לו: מפני שהוא קנינו.

170 יכול שהלשון 'המשניות סתומות' תצוין כי הכללים עצמם סתומים, ברם לנוכח ההמשך הכוונה כאן היא לטעמי המשניות.

171 רש"י מבחין כאן בין טעם במובן תכליתי ('מפני מה זה טהור'), לבין טעם במובן מקור הדין בטקסט מחייב ('ועל מה נסמך' וכו').

172 ראו עוד, בבא מציעא לג ע"ב, ד"ה אלו תלמידי חכמים; סוטה מט ע"ב, ד"ה: 'זרועי תורה', וסוכה כח ע"כ, ד"ה: 'ומשנן בסוכה', ב"מ לג ע"א, ד"ה: 'שלמדו תורה'. בכמה מקומות רש"י כותב על טעמי תורה שהם 'מסותרין', ברם לא ברור אם מדובר בענייני הלכה, ראו שבת דף קב ע"א: "'דברים שאין אדם עומד בהן" – על בוריין, לאומרן כהלכתן. "אלא אם כן נכשל בהן" – עד שאומרן שנים ושלשה פעמים בשיבוש, דהיינו טעמי תורה המסותרין'. כתובות קיא ע"א: "'שלא יעלו בחומה [...] ושלא יגלו את הסוד" – אמרי לה סוד העבור, ואמרי לה סוד טעמי התורה'. על 'טעמי תורה' ראו בבלי, פסחים קיט ע"א; סנהדרין כא ע"ב.



האומר: תנו גט זה לאשתי ושטר שחרור זה לעבדי, ומת – לא יתנו לאחר מיתה, תנו מנה לאיש פלוני, ומת – יתנו לאחר מיתה.

במשנה זו, שלא כמו בכל המשניות שקדמו לה, יש משא ומתן, טיעונים וטעמים. חריגה זו ושכמותה נדונו הרבה במחקר.<sup>173</sup> מתונה יותר היא החריגה שבסוף משנה ד בפרק ב. הרישא של המשנה הזאת הולך בדרך המלך: 'אין כותבין במחובר לקרקע. כתבו במחובר, תלשו וחתמו, ונתנו לה – כשר. רבי יהודה פוסל עד שתהא כתיבתו וחתמתו בתלוש'. ואולם בסיפא מובאת דעה שמתוסף לה טעם: רבי יהודה בן בתירא אומר: 'אין כותבין לא על הנייר המחוק ולא על הדיפתרא מפני שהוא יכול להזדייף'.

כמו בדוגמאות מן התורה שנדונו לעיל, גם התוספת הזאת מעוררת שאלות: מדוע דווקא במחלוקת תנאים זו – ולא במרבית המחלוקות האחרות במשנה – בא נימוק? האם בלי הנימוק לא הייתה דעת ר' יהודה בן בתירא, להבדיל מהדעות שקדמו לה, מובנת? כאמור, מטרתי כאן אינה להשיב על השאלות האלה, ובוודאי שלא לקבוע מסמרות בדבר טיבם של הטעמים המפורשים במשנה. מיקדתי אותן כדי להצביע על חריגותם של טעמים מפורשים, ובתוך כך להטעים כי בדומה לקודקסים נורמטיביים רבים, גם דרך המלך במשנה היא לנסח הלכות מבלי לפרש טעמים.<sup>174</sup>

173 דרך המלך של המשנה והחריגות ממנה תוארו כבר אצל ז' פראנקעל, דרכי המשנה, ברלין תרפ"ג, כלל כד (שקלא וטריא במשנה), עמ' 283, וכלל כה (ראייה להלכה במשנה), עמ' 284, שם הוא מעיר: 'המשנה יוצאת מן הגבול אשר גבלו הראשונים, כי עיקר המשנה להורות ההלכה בקיצור ולא בדרך שקלא וטריא [...] ונראה שלזה התכוון הירושלמי סוף הוריות באומרו: לעולם הורה רץ אחר המשנה יותר מן התלמוד'. ראו גם ח' אלבק, מבוא למשנה, ירושלים ותל אביב תשכ"א, עמ' 88, ושם, בעמ' 90–93. המונח 'משנה' מופיע במדרשי הלכה ובמקורות תנאיים, ומובנו דרך כלל 'הלכות', שהן כללים חתוכים (ונוסח שקל לזכור). ראו, למשל, המדרשים האלה (דבי ר' עקיבא): "'חקתי תשמרו' – זו משנה", "'ושמרתם" – זו משנה'; "'תשמרו" – זו משנה' (ספרא, אחרי מות ט, פה ע"ד [מהדורת וייס, וינה תרכ"ב]; ספרי דברים, נח [מהדורת הורוויץ – פינקלשטיין, עמ' 125], נט [שם, עמ' 145], וספרי זוטא, קרח יח, ד [מהדורת הורוויץ, לייפציג תרע"ו, עמ' 292]). ראו עוד מכילתא דר"י: "'ושמרת את כל חקיו" – אלו הלכות' (בשלח א [מהדורת הורוביץ-רבין, עמ' 157]), וראו א' רוזנטל, 'תורה שעל פה תורה מסיני – הלכה למעשה', מחקרי תלמוד ב, י' ווסמן וד' רוזנטל (עורכים), ירושלים תשנ"ב, עמ' 448–467. השוו עוד J. Neusner, *A History of the Mishnaic Law of Purities, Part 21, The Redaction and Formulation of the Order of Purities in Mishnah and Tosefta*, Leiden 1977, pp. 318–330

174 השאלות האלה על אודות הטעמים המפורשים (והסמויים) בקודקסים ההלכתיים של המסורת היהודית (התורה, המשנה, משנה תורה, שולחן ערוך ועוד) כמעט שלא נדונו במחקר. כל כך מפני שחוקרים אינם מודעים ליחס (המושגי) המורכב בין כללים לטעמים, ומשום שהלכות מנוסחות

מהנתיחות המוצע לעיל מתברר כי בעיני הסופר המקראי ואצל עורך המשנה ההבדל בין כלל שאין לו טעם מפורש, לבין כלל שצורף לו טעם, אינו שהראשון נעדר טעם או שטעמו אינו ידוע, ושהאחר טעמו ידוע שכן החוק גילהו. ברגיל ההיפך הוא הנכון. טעמו של כלל מן הסוג הראשון, הגם שאינו מפורש, הוא מחזור, ואילו כלל מן הסוג השני היה אולי מעורר תמיהה אלמלא הטעם שהתווסף לו. למותר לציין כי העדר טעמים מפורשים אינו מלמד כי ביסוד פרקי החוק בתורה וביסוד ההלכות במשנה עומדת תיאולוגיה המסתייגת מטעמים. ראשית, שילובם של טעמים מפורשים בתורה מעיד ש'המחוקק האלוהי' פועל לפי טעמים. שנית, ולענייננו העיקר, כמו מחוקקים אחרים בני הזמן ולאורך הדורות, גם התורה מנסחת חוקים בצורת כללים נטולי טעמים מפורשים. העדר טעמים מפורשים אינו מלמד אפוא על וולונטריוזם תיאולוגי, גם לא על דתיות הלכתית של ציות ושעבוד, ובוודאי שלא על דתיות הלכתית של מסתורין והשגבה.

6. מדוע קודקסים משפטיים אינם מסמיכים לכללים טעמים מפורשים? מדוע, ברגיל, קודקסים משפטיים אינם מסמיכים לכללים טעמים מפורשים, למצער טעמים כלליים ובלתי שלמים? אם טעמים הם נשמת אפם של כללים, והם חיוניים לצרכים מעשיים במקרים קשים, מדוע לגרוע אותם מנוסח החוקים?<sup>175</sup> בספר ד של החוקים ביקר אפלטון את הגישה שרווחה כבר בזמנו שלא לכלול בחוקים טעמים. הוא סבר כי נימוקים הם כלי חיוני להקניית 'סגולה טובה' לאזרחים,

---

ברגיל בלא טעמים מפורשים, ושהן מושתתות על טעמים (סמויים) מסוגים שונים. תרומת הדיון הזה היא כבר בעצם העלאתן. אכן, 'תוספות' להלכות שבמשנה שהם טעמים בלבד שונות מ'תוספות' כגון דרשות, משא ומתן בין חכמים, וציון מקורות בכתובים. הן מעוררות סוג אחר של בעיות. על דרשות במשנה ראו בעת האחרונה מ' כהנא, 'הדרשות במשנה וההלכות במדרש: בחינת זיקות גומלין', תרביץ פד (תשע"ו), עמ' 17-76, ועיי"ש לסקירת מחקר מפורטת. בדיקה מדגמית של כמאה פרקי משנה מכמה מסכתות בכמה סדרים (הבבות, סנהדרין ומכות בנויקין; שבת, ביצה, ראש השנה ומגילה במועד; גיטין, קידושין ויבמות בנשים; זבחים בקודשים; כמה מסכתות בסדר טהרות) מראה כי הטעמים המפורשים במשנה מועטים למדי, במיוחד בהשוואה לתורה: בממוצע פחות משתי לשונות הנמקה בפרק משנה טיפוסי. יש פרקים חריגים: בבא מציעא ג, למשל, שבו כשמונה לשונות הנמקה 'מפני' (בפרקים שלפניו ואחריו יש פחות משתי הנמקות בממוצע), אלא שגם בפרק זה מרבית ההלכות הן ללא נימוק; בגיטין ד-ה כ-35 הנמקות, 30 מהן 'מפני תיקון עולם/דרכי שלום' (ראו לעיל הערה 102), ו'מפני תקנת השבים'. ברם אלו הם פרקים חריגים במשנה. בפרקים שלפניהם ושלאחריהם יש פחות משתי הנמקות בממוצע, ואכמ"ל.

175 לא מצאתי בספרות הפילוסופית המודרנית דיון של ממש בשאלות האלה, לדיון ראשוני ראו ולדייק, האם נוכל לדרוש (לעיל הערה 127).

כלומר שלמות מוסרית ושכלית, ולכן חוקי המדינה המעולה צריכים לפרש טעמים.<sup>176</sup> ואילו סנקה מצטט את הפילוסוף היווני פוסידוניוס שכתב: 'מגנה אני את אפלטון מפני שהוסיף על חוקיו נימוקים כלליים. על החוק להיות קצר כדי שהנבערים יבינוהו בנקל. ידמה החוק לקול המגיע אלינו מן השמים! יצווה, לא יתוכח! אמור לי מה עלי לעשות! לא אלמד אלא אציית! אין בעיני דבר טיפשי כמו חוק שמצורף בו טעם [מפורש]'.<sup>177</sup> לפי פוסידוניוס, נימוקים מפורשים חותרים תחת כוחו של החוק לצוות. חוקים מנוסחים כ'ציוויים' בלי טעמים כדי לכונן סמכות. גרסאות של סברה זו מצויות במקורות תלמודיים, ובעקבותיהם אצל הוגים ובעלי הלכה יהודיים בימי הביניים, וכן אצל מחברים מודרניים.<sup>178</sup> היא מושתתת על הערכה פסיכולוגית-רגשית כי טעמים מזמינים ויכות, אי-הסכמה ואי-ציות. מקור תלמודי ידוע מעלה את החשש שטעמים פותחים פתח לעקוף את החוק.<sup>179</sup> לפי סברה אחרת, נתיני החוק עשויים לחשוב כי בנתינת טעם המצווה-המחוקק כאילו אומר: אם תשתכנעו בטעם, פעלו לפי ההוראה, כלומר שחוקיו הם הוראות פקחות ולא הוראות מחייבות. ואולם טעמים, כלומר תכליות, אינם מחלישים בהכרח את כוחם של הציוויים שהם מצדיקים. נתיני החוק יודעים היטב כי כשם שאין להם כוח לבטל את תוקף הציוויים שבחוק, כך אין בכוחם לכרסם בתוקף הטעמים המפורשים בו. אם הכללים מנוסחים כציוויים, טעמיהם המפורשים אינם מעוררים בכפופים בהכרח את הרושם כי הם עצות טובות ותו לא.

176 אפלטון, החוקים ד 720–722. את גישתו לפרש טעמים בחוקים מתאר אפלטון כאמצעי 'שידול', ומכנה אותה (שם) 'השיטה המכופלת' (כתבי אפלטון, תרגום י"ג ליבס, ד, ירושלים ותל אביב תשמ"ד, עמ' 150). אפלטון היה מודע היטב למקוריותו: 'נראה ששום מחוקק בעולם לא שם לבו לכך, שבשעה שניתן לסמוך לצורך החקיקה על שני כלים, דהיינו – על שידול [טעמים] וכפייה [העדר טעמים מפורשים], – במידה שבורות ההמון אינה מונעת דבר זה, בכל זאת אין הם נוקטים אלא לאחד מן השניים. שכן הם נותנים את חוקיהם בלא שימתיקו תקיפותם בשידול, והולכים בדרך הכפייה שאינה מהולה בכלום' (שם, עמ' 151). בכיוון דומה כותב הרמב"ם כי מטרתו במשנה תורה היא 'לקרב הדינין לשכל' (תשובות הרמב"ם, סי' רנב [מהדורת בלאו, ירושלים תש"ך, עמ' 460]). דיונו השיטתי בטעמי המצוות ב'מורה הנבוכים', שאין כדוגמתו בספרות היהודית בימי הביניים, מושתתת על ההשקפה האפלטונית ששאב מאל-פראראבי.

177 ראו: Seneca, *Moral Letters to Lucilius*, trans. Richard Mott Gummere, London: 1917–1925, vol 3, letter 94, sec. 38. נעזרתי בתרגום היינמן, טעמי המצוות (לעיל הערה 135), עמ' 12. סנקה, שמסכים עם אפלטון, כותב (שם): 'אלא שחוקים המנוסחים בדרך זו [עם טעמים מפורשים] הם לעזר רב'. ראו עוד: Cicero, *On the Laws*, in *The Treatises of M. T. Cicero*, trans. C. D. Yonge, London 1953, book 2, section 6, pp. 433–434

178 ראו בבלי, סנהדרין כא ע"ב; ובבלי, ע"ז לא ע"א; שאוואר, לתת טעמים (לעיל הערה 11), עמ' 637.

179 ראו בבלי, סנהדרין, שם.

גם אם בנסיבות מסוימות יש משהו בהערכה שבעיני הציבור טעמים מכרסמים בסמכות המצווה-המחוקק, או שהם מטשטשים בעיניו את המובן המחייב של החוק, חשוב לשים לב לשניים. ראשית, כשם שאפשר לצוות על פעולות אפשר גם לכפות טעמים. כמובן, הציוי, כלומר החקיקה המחייבת, אינה משכנעת בנכונותם. היא רק קובעת את תקפותם. אכן, כשם שיש הבחנה בין הצדקתו של כלל משפטי לבין תוקפו, כך ראוי להבחין בין נכונותו של טעם לבין תוקפו המשפטי. אדם יכול לייחס לטעם מפורש – ואף לטעם לא מפורש – תוקף משפטי או הלכתי אף אם הוא שולל את נכונותו. שופט יכול, ולעיתים אף מחויב, לפרש חוקים על פי טעמיהם התקפים גם אם הוא סבור כי הם מוטעים.

שנית, חשיבותם של טעמים מפורשים בעיני מחוקקים, בעיקר בעיני מחוקקים אידיאולוגיים, היא למען ידעו כי החוק הוא בגינם. לעיתים למצווה חשוב לא רק הציות המעשי אלא גם שהמצווה ידע את טעם המצווה, ישתכנע בנכונותו או לא ישתכנע. מן ההיבט הזה חוק שטעמיו מפורשים לא רק כופה פעולות אלא גם מעצב תודעה. נראה שמגמה זו היא מגמתם של כמה מחוקקי התורה. כך, למשל, הדיבר הרביעי, שנראה כי הוא היחיד בעשרת הדיברות שטעמו מפורש: 'זכור את יום השבת לקדשו. ששת ימים תעבד [...] ויום השביעי שבת לה' אלהיך לא תעשה כל מלאכה [...] כי ששת ימים עשה ה' את השמים ואת הארץ [...] וינח ביום השביעי, על כן ברך ה' את יום השבת ויקדשהו' (שמות כ 7–10). הלשונות 'כי ששת ימים' ו'על כן ברך ה'' מלמדים כי למחוקק המקראי חשובה לא רק מנוחת הגוף ביום השבת, אלא גם שהמצווה ידע את טעם המצווה. חיוניות ידיעת הטעם נרמזת במילה הפותחת את הדיבר: 'זכור את יום השבת לקדשו'. קשה לראות כיצד הטעם המפורש הזה של מצוות השבת מביא לידי זלזול בה. כך הוא במרבית טעמי המצוות המפורשים בתורה. סיבה מרכזית להעדר טעמים מפורשים נעוצה, לדעתי, במושג הכלל המחייב, כלומר בטיבו של כלל מחייב כטעם לפעולה. ההמשגה של רז – המאירה את זיקתם של כללים לטעמיהם הספציפיים מצד אחד, ואת נפרדותם היחסית מצד שני<sup>180</sup> – מסבירה גם מדוע כללים מחייבים נעדרים ברגיל טעמים מפורשים. כזכור, לפי רז, כללים מחייבים הם עצמם טעמים לפעולה וטעמים מוציאים. טעם מפורש חותר תחת כוחו של הכלל עצמו להיות טעם לפעולה, ובתוך כך הוא מונע ממנו להיות טעם מוציא. אם לכלל מפורש טעם, הכופים לו שואלים את עצמם: מה מחייב – הכלל או הטעם? ומה קורה במקרה שטעם הכלל אינו מתממש?<sup>181</sup> כזכור, לפי רז, כל עצמו של הכלל

180 ראו לעיל סעיף א.

181 השוו רז, טעמים מעשיים (לעיל הערה 9), עמ' 76. מצבים כאלה מתרחשים, כמובן, גם בהעדר

הוא למנוע שקילת טעמים. כדי שהכלל עצמו יתפקד כטעם לפעולה אל לו לכלול טעמים מפורשים.<sup>182</sup> לשון אחרת, כדי שכללים יהיו יעילים בהכוונת התנהגות, יש להסיג את הטעמים מחזית החוק, כלומר מלשון הכללים, אל רקעו.

לפי גנז, לבד מטעמיו הישירים, הספציפיים, הכלל המחייב מִזְמַן גם טעמים נוספים, נלווים ומערכתיים.<sup>183</sup> טעמים נלווים ומערכתיים אינם מפורשים לפי מהותם. טבעם של טעמים מערכתיים נלווים להיבלע בתשתית הנורמטיבית של הכלל המחייב. זאת ועוד, מחוקק נבון יודע כי לכללים מחייבים עשויים להצטרף טעמים – מערכתיים ואף ישירים – לאחר היווצרותם ולאורך חייהם. אם הכלל היה מציין במפורש את טעמיו היה מתקבל הרושם שאלה הם טעמיו ואין זולתם. לשון אחרת, טעמים מפורשים (ספציפיים) חותרים תחת הטעמים הנלווים והמערכתיים החבויים בכללים.<sup>184</sup>

שני ההסברים האלה של כללים מחייבים מבהירים, כל אחד בדרכו, מדוע הגם שכללים מחייבים מושגות על טעמים, מחוקקים נמנעים ברגיל מטעמים מפורשים. לפי שניהם, טעמים מכרסמים ביעילותם של כללים לא מפני שהם מערערים את סמכות המצווה, ולא מפני שהם מטעים לחשוב שהכללים אינם מטילים חובות אלא רק ממליצים, אלא מפני שהם עלולים לפגום ביעילותם.<sup>185</sup>

טעמים מפורשים, ואולם כשהטעמים הם מפורשים יש חשש שהכללים יאבדו כליל את כוחם כטעמים לפעולה (במונחיו של רוז), כלומר במקרים שבהם נעדיף לדבוק בכלל גם אם יש חשש שמטרותיו לא יתמשו (ראו לעיל סעיף א).

182 רוז סבור כי כללים הם טעמים שלמים לפעולה (ראו לעיל הערה 58), והכול משום שהכלל עצמו, בנפרד מטעמיו, הוא הטעם לפעולה.

183 ראו לעיל סעיף א.

184 נראה כי מחוקקים המפרשים טעמים מוכנים לשלם את מחיר הטעמים. מה שמסייע לכללים שטעמיהם מפורשים לפעול ככללים הם הכללים הרבים שלצידם, הנעדרים טעמים מפורשים. מערכת נורמטיבית יכולה לשאת שיעור מסוים של כללים עם טעמים מפורשים, מבלי שיפגע תפקודם של כלל החוקים ככללים.

185 ההסברים האלה להעדר טעמים מפורשים בקודקסים מתאימים פחות למשנה, שבשל המחלוקות שבה (בלא הכרעות מפורשות) לא נועדה לכוון התנהגות. במונחיו של רוז, הכללים שנוסחו בה לא נועדו להיות טעמים לפעולה וכו', ולפי גנז הם אינם כוללים בהכרח טעמים מערכתיים. זאת ועוד, אם המשנה נוצרה בעיקר לצורכי לימוד, טעמים שיסבירו את המחלוקות הרבות הם חיוניים. העדר טעמים במשנה נעוץ, כנראה, בהיותה טקסט שנועד לשינון על פה הדורש קיצור ותמציתיות, ואולי גם בשל רצונם של עורכיה לעשותה דמוית חוק.

### ו. טעמי המצוות – סוגיה פילוסופית?

בהקדמת המאמר הערתי כי יש הסבורים כי טעמי המצוות היא סוגיה פילוסופית במהותה. לדעתם, הטעמים, הן מן הצד העיוני הן מן הצד המעשי, חיצוניים להלכה וזרים לה. הם מחוץ לאופקיהם של בעלי הלכה ושל נאמניה, למצער אצל מי שאין להם עניין בעיונים פילוסופיים. כך, למשל, כותב ישעיה תשבי:

המניע הראשי לחקירת טעמי המצוות, שהפילוסופים היהודיים עסקו בה הרבה, היה בהכרה שהתורה האלוהית היא רציונלית ביסודה. לפיכך ראו הוגי הדעות העיוניים צורך ואפילו חובה דתית לגלות טעמים שכליים, רעיוניים-דתיים או מוסריים או תועלתיים למצוות התורה.<sup>186</sup>

לפי תשבי טעמי המצוות הם בעיקר עניין ל'חקירה' פילוסופית. ההכרה שהתורה רציונלית היא לדעתו המניע להצעת טעמים ('שכליים') למצוות, ובכללם טעמים מוסריים ותועלתיים. תשבי מוסיף מיד:

אולם בפרשה זו [של טעמי המצוות] הם [הפילוסופים היהודים] נתקלו לא רק בקשיים ענייניים מבחינת טיבן של רוב המצוות, שלכאורה מנוגדות הן להבנה שכלתנית, אלא מצאו לפניהם במקורות קדומים, בתלמוד ובמדרשים, הוראות מפורשות בניגוד למגמתם.

ניגודה של הגישה הפילוסופית-הרציונליסטית כלפי המצוות, לפי תשבי, היא ההשקפה שרוב המצוות אינן רציונליות, ובעיקר עמדת ספרות המדרש הקדומה-הקנונית, השוללת מן המצוות טעמים ורואה בהן גזרות בלא טעם. הסברה הזאת משותפת לחוקרים רבים, ודומה שהיא משקפת הלך רוח רווח בציבור נאמני ההלכה.<sup>187</sup>

הטענות האלה של תשבי שגויות. טעמי המצוות וההלכות אינם סוגיה פילוסופית לפי מהותה, ואינם עניין לפילוסופים דווקא. כפי שהדגשתי לכל אורכו של הדיון עד

186 י' תשבי, משנת הזוהר, ירושלים תשל"א, ב, עמ' תכט.

187 התפיסה הזאת עומדת ביסוד ספרו הקלסי של יצחק היינמן, טעמי המצוות (לעיל הערה 135), ראו, למשל, בעמ' 11–13. היינמן פותח את ספרו כך: 'מה הביא חוקרים [פילוסופים] להתעמק בטעמי המצוות?', התפיסה הזו עוברת כחוט השני לאורך רבים מדיוניו המלומדים. לא בכדי היינמן מצטמצם לטעמים שהציעו פילוסופים, ונמנע מלדון בטעמים קבליים. ראו גם טברסקי, מבוא למשנה תורה לרמב"ם (לעיל הערה 139), עמ' 291–292. השוו א"א אורבך, חז"ל – פרקי אמונות ודעות, ירושלים תשל"ח, עמ' 320.

כה, טעמים הם החומר שממנו עשויים כללים מעשיים (מחייבים), ובכללם המצוות וההלכות. טעמי המצוות וההלכות אינם טעמים 'פילוסופיים' אלא ברגיל טעמים פשוטים, ואף מובנים מאליהם. הם מעניינו של כל אדם נכון, ובוודאי שהם מעניינם של פרשנים ובעלי הלכה.

אכן, גם מחברים ובעלי הלכה שלא היו פילוסופים עסקו בטעמי המצוות. התורה מפרשת, כאמור, טעמי למצוות, אבל אצל הסופר המקראי לרוב המצוות טעמים פשוטים שאין צורך לפרשם, למצער לא עבור בני הזמן. חז"ל הרבו להציע טעמים למצוות: במדרשי ההלכה, באגדה ובסוגיות התלמודים. סוגות אלו לא תמיד מציעות טעמים במוצהר. לעיתים הן מבליעות טעמים דרך הילוכם, ובנכחי השיעונים המובאים בהן. הערת לעיל כי כך הדבר בהרבה מדרשי הלכה המושגתים על קל וחומר ועל גזרה שווה (במובנה המקורי – אנלוגיה).<sup>188</sup> דרכי לימוד אלו מניחות ברגיל בין השיטין את מהות הדין, כלומר את תכליתו-טעמו.<sup>189</sup> כך הוא גם בסוגיות תלמודיות, המדמות דבר לדבר ומקישות מדין למשנהו. גם פרשני התורה בימי הביניים שלא היו פילוסופים נתנו במצוות טעמים, דרך כלל טעמים פשוטים – תועלתיים, מוסריים וחינוכיים-רוחניים, ובהם הרשב"ם, בכור שור ור' יעקב בעל הטורים.<sup>190</sup> הרמב"ן, שהתנגד כידוע לפילוסופיה, הרבה להציע בפירושו לתורה ובכתביו האחרים טעמי מצוות על דרך הפשט, היינו טעמים תועלתיים, מוסריים וחינוכיים, לצד טעמים מגיים וקבליים (סימבוליים ותיאורגיים).

188 ראו י' גילת, 'להשתלשלותה של הגזירה שווה', מלאת ב (תשמ"ד), עמ' 85–92. עם זאת, הגזרה השווה הטכנית-המילולית (המאוחרת) מנותקת ברגיל מטעם המצווה או ההלכה. גם דרשות המבוססות על קל וחומר יכול שיהיו טכניות.

189 מדרשי הלכה מגלים מודעות לתכליות המצוות שהתורה מציינת. למשל, הלשון המופיעה למעלה מ-15 פעמים במדרשי ההלכה: 'להגיד מה גרם', שהיא פירוש ל'כי' במובנו כסיבה, ומציינת את תכלית המצווה לפי התורה. למשל, ספרא, אחרי מות ח, "כי נפש הבשר בדם הוא" להגיד מה גרם; ספרא, אמור א: "כי את אשי ה' לחם אלהיהם הם מקריבים והיו קודש", להגיד מה גרם, וראו עוד שם, ב, ו; ספרא, בהר ד (לפי פרויקט השו"ת, אוניברסיטת בר-אילן); ספרי דברים, עו, קח, רעב (מהדורת הורוויץ-פינקלשטיין, עמ' 141, 169, 292); מדרש תנאים יז, ח (מהדורת הופמן, ברלין תרס"ח-תרס"ט, עמ' 102).

190 השוו היינמן, טעמי המצוות (לעיל הערה 135), עמ' 47–48. לדעתו, מה שהגיע את הרשב"ם לתת טעמים לא היה 'צורך מדעי' אלא 'הצורך להשיב לנוצרים או "לדחות בקנה" (שם). אלמלא הצורך הזה לרשב"ם לא היה עניין בטעמים; מ' לוקשין, 'האם היה יוסף בכור שור פשטני?' ב"י שורץ ואחרים (עורכים), איגוד – מבחר מאמרים במדעי היהדות, א, ירושלים תשס"ח, עמ' 161–172. על גישת הטור ראו י' גלינסקי, 'ארבעה טורים והספרות ההלכתית של ספרד במאה הארבע עשרה: אספקטים היסטוריים, ספרותיים והלכתיים', עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, תשנ"ט, עמ' 179–181.

אכן, בהגות היהודית, בעיקר בימי הביניים, היו המצוות מושא לעיון פילוסופי.<sup>191</sup> יתר על כן, 'חקירת' המצוות, כלומר עיון בטעמי החוקים, היא סוגיה ייחודית למחשבת ישראל,<sup>192</sup> משתי סיבות: ראשית, בשל מרכזיות המצוות והיקפה של ההלכה במסורת היהודית. שנית, ולענייננו עיקר, פילוסופים יהודים ניסו להציג את המצוות כרציונליות. כמו עניינים מרכזיים אחרים במסורת היהודית שנדמה שהם נוגדים את השכל – נבואה, השגחה, בריאה, ניסים, עלילות ודמויות 'מופת' שבכתבי הקודש – גם המצוות, ובמיוחד המצוות הדתיות-הריטואליות. כשם שפילוסופים יהודים הציגו פירוש רציונלי לעקרונות האמונה היהודית ('יסודי התורה') ולפשטי הכתובים, כך הם הציגו טעמים שכליים למצוות. הרמב"ם, שדיונו בטעמי המצוות הוא היסודי, השיטתי והמתחכם ביותר, סבר כי מבוכת נמעני חיבורו הפילוסופי נעוצה, בין השאר, באי-רציונליות לכאורה של המצוות, ולכן הצעה שיטתית ומפורטת של טעמים הגיוניים חיונית כדי שתשמש 'מורה הנבוכים'.<sup>193</sup> לשם כך הוא הציג פרקי מבוא מושגיים ומתודולוגיים,<sup>194</sup> ולאורם פירש טעמים למצוות כולן. הוא הרחיב והעמיק במצוות שטעמיהן נראים מנוגדים להגיון או שהמסורת הרבנית-התלמודית פירשה פירוש אי-רציונלי.

191 ראשיתו של העיון הפילוסופי במצוות היא בספרות היהודית ההלניסטית, במיוחד אצל פילון. ראו היינמן, טעמי המצוות (לעיל הערה 135), עמ' 36–46. להבדל בין פילון ויוספוס לבין חז"ל, ראו שם, עמ' 44. ואולם, כפי שמעיר היינמן (שם, עמ' 46): 'זכר ההלניסטים היהודיים כמעט שאבד מלב עמנו במשך מאות שנים'. לענייננו חשוב העיון הפילוסופי במצוות בימי הביניים, שראשיתו ברב סעדיה גאון.

192 אין לסוגיית טעמי המצוות מקבילה בפילוסופיה היוונית-הרומית, הערבית-המוסלמית והנוצרית, ראו ע' פונקשטיין, טבע, היסטוריה ומשיחיות אצל הרמב"ם (האוניברסיטה המשודרת), תל אביב תשמ"ח, עמ' 20.

193 הנמען של 'מורה הנבוכים' הוא, כידוע, אדם 'דתי' [...] שלם בדתו [בקיום מצוות], ש'עיון במדעי הפילוסופים' [...] והשכל האנושי משכו והביאו לתת לו את מקומו הראוי לו, אך מנעוהו מכך פשטי התורה, ומה שהבין או הוסבר לו' מהם 'וכתוצאה מכך הוא נשאר נבון ונדהם' (מורה הנבוכים, פתיחה [תרגום שורץ, עמ' 14]). הרמב"ם מתמקד שם בעניין השמות המשותפים והמשלים, ואולם המבוכה כוללת גם את המצוות, ראו לורברבוים, הרמב"ם על משלים ומצוות (בהכנה).

194 הנחות היסוד הפילוסופיות-המתודולוגיות שבייחוס טעמים למצוות, שהן מבוא לדיון בטעמי המצוות, נידונות במורה הנבוכים ג, כו–לה: המצוות נמשכות מחוכמת האל ולא מרצונו; יש 'פרטים' שאין (ולא יכול להיות) להם טעם (כו); תכליות המצוות – תיקון הגוף והנפש (כו), ההבחנה בין מצוות המבוססות על 'אמונה אמיתית' לבין מצוות המושתתות על 'אמונה הכרחית' (כח); שלילה של דתיות הלכתית של מסתורין והשגבה (לא); עורמת האל בעניין מטרות ישירות ועקיפות של המצוות (לב); 'דרך הרוב' (לד).



ואולם, כאמור, המצוות נעשו נושא לעיון פילוסופי בימי הביניים, ולפני כן אצל מחברים והוגים יהודים הלניסטיים בעת העתיקה, לא בתגובה להסתייגות של המסורת היהודית מטעמים.<sup>195</sup> כפי שהראיתי לעיל, לפי התורה המצוות הן 'חוכמתכם ובינתכם', ובניגוד לדברי תשבי, התפיסה השלטת בספרות המדרש והתלמוד היא ש'דרשינן טעמא דקרא', כלומר חז"ל פירשו טעמים למצוות ועיצבו לפיהם הלכות.<sup>196</sup> רק במדרשים ספורים ומאוחרים התקשו חכמים בטעמן של כמה מצוות, וטענו כי הן גזרות בלא טעם.<sup>197</sup> פרשנים ומחברים בימי הביניים, שלא השתייכו לחוגי הפילוסופים, נתנו למצוות טעמים מוסריים, תועלתיים, חינוכיים ורוחניים ('פשוטים'). טעמי המצוות הם הסוגיה היחידה שבה רמב"ן מצהיר על הסכמה עקרונית עם רמב"ם. כל כך מפני שסבר שחוקים, ובכללם המצוות וההלכות, מבוססים על טעמים לא רק אצל פילוסופים אלא אצל כל בר-דעת.<sup>198</sup> למותר לציין כי חז"ל וחכמים בימי הביניים סברו כי 'טעמי תורה', היינו טעמי המצוות, הם חלק בלתי נפרד מתלמוד תורה.

אצל רבים מהחכמים והפרשנים האלה אין שיטתיות, ובוודאי שלא דיון בהנחות יסוד ובמתודולוגיה, כמו הדיונים שב'מורה הנבוכים'. ואולם אין בגישתם (הלא-רפלקסיבית-פילוסופית) כדי לפגום בהכרח באיכות הטעמים שהם מציעים. אכן, טעמי המצוות הטיפוסיים – טעמים מוסריים, תועלתיים, חברתיים, ורוחניים

195 במורה הנבוכים ג, כו יריבתו של הרמב"ם בסוגיית טעמי המצוות היא גישת הכלאם האשרעי, שלפיה המצוות נמשכות אחר הרצון, ועל כן אין להם טעמים כלל, ואולם כפי שהעירו חוקרים, לא ידועים לנו הוגים יהודים שאימצו את ההשקפה הזאת. הרמב"ם מדגיש כי חז"ל סברו כי לכל המצוות טעמים. אפשר שבימיו היו מי שהציעו למצוות טעמים אירציונליים (פרוטו-קבליים), ראו, M. Kellner, *Maimonides' Confrontation with Mysticism*, Oxford 2006, pp. 18–33

196 ראו לורברבוים, הרמב"ם על מוסד החוק (לעיל הערה 76), עמ' 42–44, והג"ל, פולמוס הזקן (לעיל הערה 2), בנספח. במאמרים האלה הראיתי כי התנאים (וכנראה גם האמוראים) דרשו את טעמי המצוות ועיצבו הלכות לפיהם. עורכי הבבלי הציגו מחלוקות הלכתיות בין ר' שמעון לר' יהודה כמחלוקת עקרונית בשאלה: האם דרשינן טעמא דקרא? לר' שמעון הם ייחסו את הסברה: 'דרשינן טעמא דקרא', ולר' יהודה: 'לא דרשינן טעמא דקרא'. אלא שהתנאים האלה לא נחלקו בשאלה הזאת. בכל מקום שבו התלמוד מייחס לר' יהודה את ההשקפה ש'לא דרשינן' דעתו אינה מבוססת על קריאה דווקנית של הכתוב אלא על טעם שהוא מייחס לו, שהוא שונה מטעמו של ר' שמעון. עורכי הבבלי, שאימצו את כלל הפסיקה: 'רבי יהודה ורבי שמעון – הלכה כר' יהודה', יצרו אפוא מחלוקת תנאים מלאכותית וייחסו את ההשקפה החביבה עליהם ('לא דרשינן') למי ש'הלכה כמותו'.

197 לורברבוים, דתיות הלכתית (לעיל הערה 3), עמ' 87–88.

198 רמב"ן, פירוש התורה, דברים כב 6 (מהדורת שעוועל, ירושלים תשל"ל), עמ' תמח.

(סמליים) – אינם 'טעמים פילוסופיים'. הטעמים האלה, המשמשים גם פילוסופים, הם פשוטים, שווים לכל נפש. הנה כמה דוגמאות: טעם האיסור 'לא תחסום שור בדישו', המשלב, כזכור, צער בעלי חיים והימנעות מכפיות טובה, הוא מוסרי (רמב"ם) או חינוכי (רמב"ן); הטעם המפורש בתורה למצוות השבת: 'למען ינוח' הוא טעם מוסרי-חברתי, והטעם המפורש האחר: 'כי ששת ימים עשה ה' [...]' הוא כעין עיקר אמונה המנוסח 'ניסוח כללי', לא פילוסופי; טעמם של אבן עזרא והרמב"ם לאיסור השחתת הזקן – להרחיק אדם מעבודה זרה ('זו אופנת כמרי/עובדי ע"ז') – הוא חינוכי-דתי. בטעמים הפשוטים, הרציונליים, האלה, ובטעמים אחרים כיו"ב, אין כל היבט פילוסופי.

יש טעמי מצוות שהכינוי 'פילוסופי' הולם אותם. כאלה הם טעמים השאובים ממבנה מחשבה פילוסופי מובהק. הנה דוגמה. לפי בעל ההלכה וההוגה הפרובנסלי (בן המאה הארבע עשרה), ר' דוד הכוכבי, מטרת בית המקדש היא להביא את הבאים בו להתבוננות מטפיזית ('תכלית המקדש הוא להערה שכלית'), ולזאת הכוונה נצטווה משה מפי הגבורה בצורת הכלים, כי בצורת הבית וכליו יש הערה גדולה בידעת מציאות עולם השכלים, ומציאות עולם הגלגלים, ומציאות עולם המלאכים.<sup>199</sup> מבנה המקדש, תבנית כליו ואופן סידורם, משקפים אצל הכוכבי את מבנה העולם השמימי לפי התמונה האריסטוטלית, שאת ידיעתו הם נועדו לקדם. הטעם הסמלי הזה של המקדש וכליו הוא 'טעם פילוסופי' מפני שהוא נעוץ בתמונת עולם מטפיזית מסוימת.<sup>200</sup> כמו 'הטעמים הפילוסופיים' יש גם טעמים קבליים, השאובים מתמונת עולם הספירות הקבלית, ויש טעמים מגיים הנמשכים מתמונת עולם אסטרלית, כמו טעמי מצוות שמציע אברהם אבן עזרא. שונים מהם הטעמים הפשוטים, השווים לכל נפש, שכמוהם נזכרו לעיל, שהציעו הוגים ופרשנים, ובכללם פילוסופים ומקובלים.

עם זאת, טעמי המצוות אינם בהכרח רציונליים, וחקירת הטעמים שניתנו למצוות ולהלכות לאורך הדורות אינה מצומצמת לטעמים שכליים. יש מצוות שטעמיהן

199 ר' דוד הכוכבי, מגדל דוד – ספר מצוה (מהדורת הרש"ר, ירושלים, תשמ"ג), עמ' צט, וראו מ' הלברטל, בין תורה לחכמה – רבי מנחם המאירי ובעלי הלכה המיומנים בפרובנס, ירושלים תשנ"ט, עמ' 193, ועיי"ש לדוגמאות נוספות.

200 הנה דוגמה אחרת. את פרטי מצוות התפילין מסביר הרשב"א בפירושי ההגדות כך: 'כשם שהתפילין מונחים בראשית המוח ורצועות יוצאות מהן ומתקשרין באחרית המוח ומתעגלות ומקיפות כל הראש, ככה הוא יתברך שורש הכל, ומחפצו משתלשלות כל הנבראים, מהקודם במדרגת השכליים עד המאוחר בנבראים הגשמיים הארציים, והוא יתברך תכלית כל דבר' (ברכות ו ע"ב [מהדורת פלדמן, ירושלים תש"ל, עמ' יג-יד]). מצוות התפילין על פרטיה מתבארת כאן באמצעות התמונה המטפיזית הנאופלטונית. השוו להצעת הכוכבי, שם, עמ' סד.

המקוריים, או הטעמים שייחסו להן פרשנים, הם מגיים, תיאורגיים, או טעמים סימבוליים המסמלים תפיסות מיתיות.<sup>201</sup> אני נדרש לטענה הטריטוריאליזם הזאת מפני שחוקרים טועים בה. טענת פילוסופים (ובעקבותיהם חוקרים) שטעמי המצוות הם רציונליים מבליעה את ההנחה שטעמים אי-רציונליים אינם טעמים, וכמוהם כשליט טעמים.<sup>202</sup> ואולם אין לבלבל בין טעמים הנראים לחוקרים לא-הגיוניים, לבין הסתייגות מטעמים בשל השקפה כמו דתיות הלכתית של מסתורין והשגבה. לשון אחרת, מוטעה לזהות מצווה שטעמה הוא אי-רציונלי עם גזרה בלא טעם או עם מצווה שטעמה נשגב.

התפיסה שטעמי המצוות היא סוגיה פילוסופית אינה טעות תמימה. מקורה בפולמוסים על אודות לימוד הפילוסופיה וכתבי הרמב"ם לאורך המאה השלוש עשרה ובתחילת המאה הארבע עשרה. אויבי הפילוסופיה, שהתנגדו, בין השאר, לדרכו של הרמב"ם בסוגיית טעמי המצוות, זיהו את הטעמים עם 'חכמת ההגיון והטבע' – מה אלו 'שיחה בטלה' אף אלו 'שיחה בטלה' (שו"ת הרא"ש, כלל נה, סעיף ט). רבים ממתנגדי הפילוסופיה בתקופה זו אימצו אל ליבם את ההשקפה שטעמי המצוות הם מעבר להשגת בשר ודם, ושילבו בה דתיות הלכתית של ציות ושעבוד בגרסתה הקשה. השתרשותה של דתיות הלכתית של מסתורין והשגבה יצרה אצל רבים את הרושם שטעמים, ובמיוחד טעמים פשוטים ('רציונליים'), זרים לפי מהותם למצוות ולהלכות, ושבקשת טעמים היא עניין לפילוסופים רדיקלים העונים את המסורת. הם סבורים כי זו דרכה של החשיבה ההלכתית מאז ומתמיד. את ההשקפה הזאת – למצער כתיאור הולם של המסורת היהודית לדורותיה – אימצו גם חוקרים.<sup>203</sup>

פרופ' יאיר לורברבוים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן 5290002  
yair.lorberbaum@gmail.com

201 ראו לורברבוים, דתיות הלכתית (לעיל הערה 3), עמ' 73–76.

202 השוו שאואר, לתת טעמים (לעיל הערה 11), עמ' 635.

203 בעז הוס הראה לאחרונה כי מלומדי חכמת ישראל במאה התשע עשרה טענו כי שורר ניגוד יסודי בין קבלה – שהייתה בעיניהם היסוד הרוחני והחינוכי של היהדות – לבין ההלכה, שאותה הם תיארו כלגליסטית וכמאובנת, וכי ההנגדה הזו, שהוצעה לראשונה על ידי הבראסיסטים ומקובלים נוצרים בתקופת הרנסנס, אומצה על ידי הוגים יהודים נאו-רומנטים וציונים, ובעקבותיהם על ידי חוקרי קבלה במאה העשרים, בהם גרשם שלום ותלמידיו. הוס הטעים כי הזיהוי הרווח בין קבלה לבין מיסטיקה, והנגדתן ('מהותנית') להלכה הפורמליסטית והקפואה, היא גרסה יהודית-מודרנית של הדיכוטומיה הפאולינית בין החוק הממית לבין הרוח המחייה, ראו: B. Huss, "For the Letter Kills, But the Spirit Gives Life": Halakha Versus Kabbalah in the Study of Jewish Mysticism', *Modern Judaism* 40 (2020), pp. 1–24.

האלה הן הזמנה לדין ביחס שבין הלכה לבין הגות ו'רוחניות' בהקשר רחב יותר. מחברים לאורך הדורות סברו שיש ניגוד בין הלכה לבין מה־שאינו־הלכה, ובכללו: אגדה, פילוסופיה וקבלה. מהם שמיקדו את ההנגדה הזו בביקורות שונות של מה־שאינו־הלכה (למשל ביקורת האגדה של הגאונים), ומהם שמיקדוה בתפיסות ובביקורות שונות של ההלכה. הביקורת הפאולינית – שקיבלה בחילופי הזמנים פירושים שונים – היא רק אחת (או כמה) מהן. הנתק שהתחולל בימי הביניים המאוחרים בין המצוות לבין טעמיהן, שתואר לעיל, היה גורם מרכזי לתיאור ההלכה כלגליסטית וכפורמליסטית (יש שדרשו זאת לשבח, למשל הרי"ד סולובייצ'יק, במסה: 'איש ההלכה'). לענייננו אעיר כי התובנה הפשוטה העומדת במוקד המאמר הנוכחי – שטעמים הם נשמת אפם של חוקים ומצוות והלכות – לא רק מפוררת את הניגוד ה'מהותני' בין הלכה לבין אגדה/פילוסופיה/קבלה אלא שהיא מראה כיצד השקפות מוסריות, פילוסופיות, ותיאוסופיות מיושמות ('מותגשמות') בכללים ובחיי המעשה ההלכתיים.