

הנחות יסוד מהותניות-משפטיות והשפעתן על הכרעת ההלכה במשנתו של האור שמח

יצחק כהן

הרב מאיר שמחה הכהן (רמ"ש) נולד בשנת תר"ג (1843) בעיירה בלטרימנץ, פלך וילנא.¹ בשנת 1888 נתמנה לרב העיר דווינסק, ובמשך כארבעים שנה הנהיג את הקהילה היהודית בעיר עד פטירתו בשנת תרפ"ו (1926).² הוא פעל בעיקר בשלהי המאה התשע עשרה ותחילת המאה העשרים, בעת שדרך כוכבו של עולם הישיבות של ליטא וסביבותיה.³ פעולתו הספרותית של רמ"ש הייתה רבגונית וייחודית. מרבית חייו עסק בכתיבת חיבורו 'אור שמח' ('או"ש') על 'משנה תורה' לרמב"ם. יצירה ספרותית בולטת נוספת מפרי עטו היא 'משך חכמה', פירוש לתורה שיצא לאור בריגא כשנה לאחר פטירתו.

'או"ש', שנתפס כספר פרשנות עיונית-למדנית, מכיל מרכיבים משמעותיים ומובהקים של פרשנות פסיקתית-מעשית. במקום אחר הראיתי כי המגמה המרכזית בחיבורו היא שכלול הקודיפיקציה הראשונה של המשפט העברי, ספר 'משנה תורה' לרמב"ם.⁴ זו מגמה פסיקתית בעיקרה, ואף אם נמקמה במקום נורמטיבי נמוך מספרי שאלות ותשובות,⁵ עדיין היא בעלת משקל מרכזי

* אני מבקש להודות לפרופ' ברכיהו ליפשיץ על הערותיו המועילות, וכן לחברי המערכת על עבודת עריכה מסורה ומושקעת.

- 1 בנציון בן משה אייזענשטאדט, דור, רבניו וסופריו, ניו יורק תרס"ה, עמ' 39.
- 2 נתן גורן ואחרים (עורכים), יהדות ליטא, תל אביב תשכ"ז, ג, הערך 'ר' מאיר שמחה הכהן' עמ' 65.
- 3 שאול שטמפפר, הישיבה הליטאית בהתהוותה, ירושלים 2005, עמ' 12-14.
- 4 ראו מאמרי, יצחק כהן, 'למגמותיו של חיבור ה"אור שמח" ומשמעותיותהן ההלכתיות-משפטיות', שנתון המשפט העברי כה (2008), עמ' 97-138.
- 5 מגמתו המובהקת של ספר שו"ת היא הוראה למעשה. ברור למשיב כי כתיבתו טוביל לפעולה אצל השואל, וממילא הוא מדייק יותר בדבריו ומפעיל בהם כללים מסורים של פסיקה. ראו מנחם אלון, המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו, ירושלים 1988, עמ' 1215. כן ראו ברכיהו ליפשיץ, 'מעמדה המשפטי של ספרות השאלות והתשובות',

ומכריע בחיבור. לפיכך אפשר להוציא את החיבור מכלל ספרות החידושים והפירושים,⁶ ולהחשיבו כחלק מספרות ההלכה והפסיקה במשפט העברי, וייתכן שאפשר גם להוציאו מכלל 'נושא כלים' של הרמב"ם. יעדיו הם מעשיים ולא אינטלקטואליים תאורטיים.⁷

שכלול הקודיפיקציה נעשה בשלושה אופנים עיקריים: הראשון, שאלות יזומות של מקרי גבול. זהו פיתוח אינדוקטיבי שבו מבקש רמ"ש להרחיב את הלכת הרמב"ם ולבחון את חלותה מעבר לגבולותיה העובדתיים המפורשים.⁸ השני, אף הוא בדרך הפיתוח האינדוקטיבי, ובו מוסיף רמ"ש פרטים בדין עצמו, לא בעובדות המקרה.⁹ השלישי, חשיפת הרציונל של ההלכה והעלאת רמת ההפשטה של הנורמה ההלכתית באמצעות שינוי ניסוחה מניסוח קוואיסיטי לניסוח נורמטיבי.¹⁰

שנתון המשפט העברי ט-י (תשמ"ב-תשמ"ג), עמ' 289, המתייחס לממד נוסף, על-מקומי, בכל תשובה קונקרטית.

6 בשונה למשל מהרב חיים מבריסק והרב שמעון שקופ, אשר פיתחו שיטות המעמיקות בנייתו עיוני של הסוגיה תוך ריחוק מסוים מההיבט המעשי שלה וכתבתם משקפת את עולמם הרוחני של ראשי הישיבה, אשר היו מעורבים פחות בהוראה למעשה. עמנואל אטקס, 'בין למדנות לרבנות ביהדות ליטא של המאה הי"ט', ציון נג, ד (תשמ"ח), עמ' 402.

7 הדבר ניכר למשל בטרמינולוגיה שנוקט רמ"ש, טרמינולוגיה פסיקתית של הלכה למעשה. הוא משתמש בביטויים כדוגמת 'זוה ברור להלכה', 'דעתי נוטה להתיר', 'ולפי שאינו נוגע להלכה לא הצגתי', ועוד. באופן כמעט מוחלט הוא מפנה לפוסקים ולא למפרשים. כמו כן הוא מעלה שאלות בלשון השאלה מספר פסיקה: 'ונשאלתי', 'ונסתפקתי', וכיוצא באלה. דומה שגם תודעתו העצמית הייתה פסיקתית מעשית, וכך מצאנוהו כותב בלשון שאינה משתמעת לשני פנים: 'ולכן ביה"כ שחל בשבת וחולה שיש בו סכנה שצריך לאכול – מורה אני דלא מקדש גם על שבת'. רמ"ש, אור שמח, הלכות עבודת יום הכיפורים, ד, א, ועוד.

8 גם מגמה זו, השקולה מבחינת היקף מופיעה למגמה העיונית-למדנית, מלמדת על מגמה פסיקתית מובהקת בכתבתו. רמ"ש אף קובע הכרעות פסיקתיות. ראו למשל רמ"ש, אור שמח, הלכות נזקי ממון, ד, ד: 'ונסתפקתי בשומר אבידה אם מחייב בניזיקין שתזיק האבידה'; שם, הלכות מלווה ולווה, יד, ו: 'מסתפקנא בהא מילתא, היכי שכבר גבה בו ואחרי זה טעין להאי לווה כדרך שכתב רבינו'; וכן שם, הלכות טוען ונטען א, יב: 'יש להסתפק בהא דקי"ל', ועוד.

9 אף מגמה זו בכתבתו ההלכתית של רמ"ש מלמדת על כתיבה פסיקתית. גם כאן בא הדבר לידי ביטוי הן במבנה הפרשנות והן בטרמינולוגיה. ראו רמ"ש, אור שמח, הלכות חובל ומזיק, א, יד: 'ולפ"ד יתבאר לנו דין חדש', וכן שם, הלכות גזילה ואבידה, ט, ב: 'לכן אם נפחתו דמיה אינו משלם רק הדמים שהיא שוה כעת [...] כן מסתברא להלכה [...] ולשונו מזוקק כזהב וכן הועתק בשולחן ערוך ועיין בטור ודוק', ועוד.

10 הרמב"ם כתב בסגנון המשלב את שתי צורות הניסוח, ראו להלן הערה 21. גוטל טוען כי הגישה המאחדת מאפיינת גם את הרב קוק. ראו נריה גוטל, שיקולים הלכתיים ומטא

במאמר זה אני מבקש לברר אם אפשר להצביע על הנחות יסוד מהותניות-משפטיות החולשות על יצירתו ההלכתית של רמ"ש, מניעות אותה ומשפיעות עליה. אנסה גם להצביע על תמות רעיוניות מובילות בכתיבתו ההלכתית.

בין פורמליזם למהותנות

בשיח המשפטי המקובל מתגוששות שתי גישות קוטביות: הפורמליסטית והמהותנית. האחרונה מדגישה את הממד הערכי של המשפט וכזו היא עניינית יותר ופורמליסטית פחות. היא מתחשבת פחות בדרישות פורמליות, טקסטואליות בעיקר, ומבקשת להגשים תחתן את מהות העניין ואת תכלית החקיקה.¹¹ גישה זו מאפשרת ליושב בדין לגלות גמישות בפרשנות החקיקה, תוך מתן דגש על פרשנות תכליתית של הטקסט.¹² זו גישה המבכרת את

הלכתיים בפסיקתו של הרב קוק, עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית בירושלים תשס"א, עמ' 134.

11 ראו מנחם מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי, תל אביב 1993, עמ' 13-31; משה לנדוי, 'מגמות בפסיקתו של בית המשפט העליון', עיוני משפט ה, 3 (1982), עמ' 502-503; וכן דברי השופט ברק בע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פד"י לה(4) 421, 427: 'מילותיו של החוק אינן מבצרים שיש לכובשם בעזרת מילונים, אלא עטיפה לרעיון חי, המשתנה על-פי נסיבות הזמן והמקום, לשם הגשמת מטרתו הבסיסית של החוק'. וכן דבריו בע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פד"י לט(2) 74, 70.

12 וזאת בשונה, למשל, מגישתו של הרב חיים מברסק (תרי"ג [1853]-תרע"ח [1918]). ראו בנימין בראון, החזון איש: הלכה, אמונה וחברה בפסקי הבולטים בארץ ישראל (תרצ"ג-תשי"ד), עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית בירושלים תשס"ג, עמ' 473. בראון טוען כי במאבק בין פרשנות מילולית לפרשנות ערכית מעמדם של הבריסקאים עם הפרשנים המילוליים; וכן מאוטנר, שם, עמ' 41. כך גם מתאר הרב אהרון ליכטנשטיין את שיטת הלימוד הבריסקאית הנוטה למיין, להגדיר וליצור כלים משפטיים לשם הבחנה בין המקרים השונים. ראו אהרון ליכטנשטיין, 'כך היא דרכה של תורת "הרב": לדרך לימודו של הגרי"ד סולובייצ'יק', עלון שבות בוגרים ב (תשנ"ד), עמ' 105. דעתו של הרב אליקים קרומביין שונה במאמרו, 'מר' חיים מברסק והגרי"ד סולובייצ'יק ועד שיעורי הרב אהרון ליכטנשטיין: על גלגוליה של מסורת הלימוד, נטועים ט (תשס"ב), עמ' 51-94. הוא חולק על גישות פורמליסטיות-מילוליות אלה וטוען כי ביסוד השיטה הבריסקאית ישנה גם גישת לימוד קונצפטואלית, הנוטה למיפוי מושגי כולל ואינה מסתפקת בפתרון הקושי. תיאור זה של שיטת בריסק קרוב לתיאורו של הרב שלמה יוסף זיין, אישים ושיטות: שורת מאמרים על אישי הלכה ושיטותיהם בתורה, תל אביב תשכ"ז, עמ' 46. לביקורת על מאמרו של הרב קרומביין ראו אברהם ולפיש, 'השיטה הבריסקאית

כוונת המחוקק על פני לשון החוק,¹³ מעדיפה לדגל מעל פגמים פרוצדורליים ופורמליים בהליך המשפטי ולא תפסלהו כל עוד לא נגרם עיוות דין. כלומר, מעדיפה מהות על פני פרוצדורה.¹⁴

במצב של היעדר פתרון משפטי (לקונה) יפעיל הפרשן המהותני הנמקה (Legal Reasoning) בדרך של שכנוע ולא בדרך של הוכחה,¹⁵ וכך בכך קני מידה ערכיים אשר אינם מגובשים בנורמות משפטיות ספציפיות.¹⁶ בעלי הגישה המהותנית מפעילים שיפוט לשם מתן משקל לשיקולים מתחרים שונים. לעומת זאת הפורמליזם המשפטי גורס כי לכל בעיה משפטית קיים פתרון אחד נכון, וכי ההכרעה ההלכתית היא למעשה מיונו של כל מקרה עובדתי בקטגוריה המשפטית המתאימה לו.¹⁷ זו, באופן כללי, התיאוריה העומדת מאחרי הגישה המהותנית-ערכית. להלן אראה מהו הביטוי המעשי של תאוריה זו בכתיבתו ההלכתית של רמ"ש, וכיצד אפשר לגבשה לתפיסת עולם משפטית במשנתו.¹⁸

והקריאה הצמודה; תגובה למאמרו של הרב אליקים קרומביין, נטועים יא-יב (תשס"ד), עמ' 95-137.

13 נילי כהן, 'דפוסי חוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק', הפרקליט לו, א-ב (תשמ"ז), עמ' 38 ואילך, וכן בראון, שם, עמ' 94.

14 על הקשר בין פורמליזם משפטי והקפדה נוקשה על כלליהם של דיני הראיות ראו מקס ובר, על הכאריזמה ובניית המוסדות: מבחר כתבים, ירושלים, 1980, עמ' 71-72; וכן אהרון ברק, פרשנות במשפט, ירושלים, 1993, עמ' 189: 'נראה לי כי שיטת המשפט הישראלית מתאפיינת במגמות מהותניות ולא פורמאליות. חופש החוזים והאוטונומיה של הרצון הפרטי שולטים במשפט הפרטי ולא דרישות נוקשות של צורה [...] וכאשר דרישת הצורה מתנגשת בתום הלב יד תום הלב על העליונה. כך גם פגם בהליך שאין בו כדי לגרום לעיוות דין אינו עילה לפסילת הליך'.

15 מאוטנר (לעיל הערה 11), עמ' 37: 'הנמקה בדרך של הוכחה היא הנמקה המנביעה מסקנה בדרך של יציאה מהנחות יסוד והפעלתם של כללי חשיבה מסוימים. הדבר המאפיין הנמקה כזו הוא שבמידה שכללי החשיבה המקשרים בין הנחות יסוד לבין המסקנות הופעלו נכון, חייבת ההנמקה, כדבר שבהכרח, להוביל למסקנה אחת בלבד היכולה להיחשב נכונה'.

16 Aaron Kirschenbaum, *Equity in Jewish Law: Halakhic Perspectives in Law*, New Jersey 1991

17 מאוטנר (לעיל הערה 11), עמ' 47.

18 ייתכן שרמ"ש לא ניסחה לעצמו בדרך זו ובלשון זו, ואולי גם לא העריך כך את מפעלו. מכל מקום, מבחינת פעולתו בעולם המשפט דומה שזו תוצאת חיבורו של רמ"ש, גם אם הוא עצמו לא כיוון אליה מפורשות. ויפים לעניין זה דבריו של יצחק טברסקי: 'שהרי לאו כל אדם ואפילו אדם גדול המחשב את חשבון יצירתו בדייקנות רבה מצליח להעריך את עצמו ואת מפעלו הערכה נכונה. כלל נקוט אצל היסטוריונים ופילולוגים כי אין לסמוך על הערכה עצמית של פלוני אלמוני – יהא שיעור קומתו אשר יהא'. יצחק טברסקי, 'ספר

נטיית האַחֲדָה־הַכְּלָלָה : סינתזה

הרמ"ש נוטה לאחד מקרים שונים תחת דין אחד על פני עריכת חילוקים ואבחנות. במקרים שיש תשתית עובדתית שונה הוא מעדיף את הסינתזה על פני האנליזה.¹⁹ הוא בוחר להתרומם ולדלג מעל שינויים כאלה ואחרים בנסיבות העובדתיות ולכלול את המקרים תחת 'כותרת דינית' אחת במקום לפתח קטגוריות משנה נוספות, דבר המאפיין את בעלי החילוק והחקירה. להלן כמה דוגמאות.

מה בין מנתק החי ממקור חיותו לבין מנתק מקור החיות מהחי?
גישתו המאחדת של רמ"ש באה לידי ביטוי, למשל, בהלכות שבת. וכך כותב הרמב"ם: 'החונק את החי עד שימות הרי זה תולדת שוחט, לפיכך אם העלה דג מספל של מים והניחו עד שמת חייב משום חונק'.²⁰ הרמב"ם פותח את הלכתו בניסוח של נורמה (rule), אך מסיימה בניסוח קוואיסיטי (case).²¹ לניסוח השני, לדוגמה כביכול, יש משמעות בעולם המשפט.²² האם התכוון הרמב"ם

משנה תורה לרמב"ם: מגמתו ותפקידו, דברי האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים, ה' 1 (תשל"ב-תשל"ו), עמ' 7. כשם שאין שיטת משפט שאינה נזקקת בה בעת גם להנמקות פורמליסטיות וגם להנמקות לא פורמליסטיות, כך אפשר שנמצא אצל רמ"ש הלכות בעלות אופי פורמליסטי, אולם כוונתי היא לנטייה ולמשקל יחסי.

19 בהקשר זה ישנה הבחנה ברורה בינו לבין הרב חיים מברסק שעיקר כוחו היה בנייתו תאורטי של ההלכה. דרך עיונו, המכונה 'דרך ההבנה', עיקרה הוא העדפה קיצונית של העומק בלימוד על פני היקפו; שימת לב לעקרונות התאורטיים העומדים ביסוד כל הלכה, במקום השיטות הקלסיות שמטרתן הסקת המסקנות המעשיות ממנה, ובדרך כלל העדפת האנליזה על הסינתזה. גישתו הפקיעה את הלימוד מכל תכלית של הלכה למעשה. את תפקידי ההוראה המעשית העביר לדיין מוסמך. ראו האנציקלופדיה העברית, כה, 'סולוביצ'יק', עמ' 501, וכן זרין (לעיל הערה 12), עמ' 39-85.

20 משנה תורה, הלכות שבת, פרק יא, הלכה א. השוחט עצמו חייב משום נטילת נשמה, והחונק הוא תולדת השוחט.

21 סגנון הכתיבה של הרמב"ם הוא כסגנון המשנה, כלומר סגנון קוואיסיטי, ראו הקדמת הרמב"ם עצמו למשנה תורה. אולם מנחם אלון (לעיל הערה 5), עמ' 883, מציין כי סגנון כתיבתו לעתים משלב את שני הסגנונות, כבמקרה דנן. וכן ראו יצחק טברסקי, מבוא למשנה תורה לרמב"ם (מאנגלית: מ"ב לרנר), ירושלים תשנ"א, עמ' 108, המציין אף הוא את הסגנון המשולב בחיבור משנה תורה: 'יש במשנה תורה איזון פדגוגי נאות בין הכללה משפטית לפירוט של מעשים שהיו, בין עקרונות חוקתיים כלליים להדגמת יסומם במקרים פרטיים. מה שקובע לעניננו באמת היא המזיגה המיומנת והיעילה של הכלל המופשט והפרט המדגים.'

22 ניסוח קוואיסיטי זה מסתמך, כמו גם ברבות מההלכות של הרמב"ם, על המקרה המובא בבבלי, שבת קז ע"ב.

לצמצם את תחולת הנורמה הכללית רק למקרים הדומים לדוגמה שנתן, או שמא נתכוון להדגים את הנורמה בלי להסדיר הסדר שלילי בשאר המקרים? רמ"ש על אתר מוסיף להלכתו של הרמב"ם את הפרט הבא: 'דהוא הדין אם שפך המים מן הספל חייב דמאי שנא. אין לראות, לדעת רמ"ש, מדוע לא יהא חייב – אם הוציא את המים מן הכוס והותיר את הדג מנותק ממקור חיותו. לדידו אין הבדל בין ניתוק היצור החי ממקור חיותו לבין ניתוק מקור החיות מהיצור החי. אף על פי שפורמלית מדובר במקרים שונים, במהותם זהים הם. לדעת רמ"ש, תכלית החקיקה של הרמב"ם היא לחייב את מי שמנע חיים, ולכן בין שעשה זאת בדרך ישירה או בדרך עקיפה – הוא חייב. לו היה פורמליסט מובהק היה נצמד ללשון ההלכה ותופס אותה כמסדירה הסדר שלילי במקרים שאינם מוסדרים בה. כלומר היה יכול לקבוע כי דינו של מנתק מקור החיות לא יהיה כדינו של מנתק החי בידיים. ייתכן, למשל, לדונו כגרמא בלבד, כדרגה פחותה ממעשה בידיים, ולפוטרו, אך נטיית ההאחדה של רמ"ש, שהיא ביטוי לגישה המהותנית, מביאה אותו לגזור דין שווה בשני המקרים ולחייב בשניהם. אף ההנמקה לדין אינה בדרך של הוכחה כי אם בדרך של שכנוע, האופיינית לבעלי הגישה המהותנית.

הרב אליעזר ולדנברג, בעל ה'ציץ אליעזר', שעסק הרבה בשאלות של רפואה והלכה, נשאל מה דינו של המנתק מכונת לב-ריאה מן החולה בעת הניתוח וכתוצאה מכך מת החולה; ומה דינו של המשבר לב מלאכותי (שתל) של אדם ובעקבות כך חדל הלב מלפעול. האם הוא רק גורם למיתה ופטור, או שדינו הוא כרוצח בידיים?²³ לשון אחר: היכן קו הגבול שבו נגמר גדר הגרמא, שם פטור אדם בנזיקין, ומתחיל גדר המזיק בידיים, שבו חייב אדם בנזיקין? מדובר בשאלה חדשה (ובתחום שונה), אשר התעוררה בעקבות המציאות הטכנולוגית המתפתחת והמאתגרת את הפוסק. הפוסק בזמננו מתקשה למצוא תשובה לשאלה זו במקורות קודמים. במקרה של לקונות אלה ודומותיהן מנסה הפוסק לערוך אנלוגיות והיקשים למקרים שכבר נדונו. ה'ציץ אליעזר' נוטה לחייב את המנתק והמשבר. לדעתו, פעולת נזק זו היא בגדר 'גירי דיליה', קרי חציו שלו, מזיק בידיים. הוא מבסס את דבריו על רמ"ש. רמ"ש מספק את החוליה המקשרת והחסרה בין הלכת משנה תורה ובין השאלה שניצבה בפני ה'ציץ אליעזר'. מכאן קצרה הייתה הדרך לחייב את משבר הלב המלאכותי כ'רוצח בידיים' ולא כגורם בלבד.

23 אליעזר יהודה ולדנברג, שו"ת ציץ אליעזר, ירושלים תשנ"ח, חלק יז, סימן יא (תשובה מיום ו' כסלו תשמ"ו).

מה בין הרודף להרוג בגרמא לרודף ההורג בידיים ממש?
הלכה נוספת שבה ניכרת גישתו המאחדת של רמ"ש עוסקת בענין רודף.
הרמב"ם בהלכות רוצח ושמירת הנפש כותב: 'עניין הכתוב, שכל החושב
להכות חברו הכייה, הממיתה אותו, מצילין את הנרדף בכפו של רודף. ואם
אינן יכולין מצילין אותו אף בנפשו, שנ[אמר]: לא תחוס עיניך'.²⁴ רמ"ש על
אתר כותב, ויש לשים לב למטבע הלשון החוזרת בחיבורו: 'הנה ברודף אחר
חבירו להסית בו נחש, דבר דפטור אם המית בו, כיוון דרצונו להרוג ישראל
ודאי ניתן להצילו בנפשו, כיוון דהכוונה להציל נפש ישראל מה לי אם רוצה
לאבדו באופן שיהיה פטור ממיתת ב"ד'. כלומר מותר לפגוע גם ברודף להרוג
בגרמא, זה המבקש לפגוע באופן עקיף ולא באופן ישיר, כגורם אחד מתוך
שרשרת אירועים ולא במעשה בידיים ממש.²⁵

רמ"ש מסיק זאת לאור הרציונל העומד ביסוד הדין, התכלית החקיקתית:
הצלת נפש מישראל. לפיכך, אף במקרה שבו רוצה אדם לאבד נפש באופן
שהוא עצמו פטור ממיתת בית דין, בכל זאת מחויב הצופה להציל את הנרדף
בנפשו של רודף. כלומר, מותר לפגוע ברודף אף על פי שאם הרודף היה
מצליח במזימתו והורג את הנרדף לא היה הוא חייב מיתה. אף כאן, היצמדות
פורמלית למילות ההלכה הייתה יכולה להצדיק פגיעה רק ברודף המבקש
להרוג במיתה המחייבת אותו בדיני אדם.²⁶

ייתכן שתפיסתו המוסרית-מהותנית של רמ"ש לפיה יש להחמיר עם כל
המבקש ליטול נפש מישראל, אם בדרך ישירה ואם עקיפה, היא שהביאה אותו
להחיל את הגישה המהותנית ולכלול בדין הרודף גם את המבקש להרוג בגרמא.
תפיסה מוסרית-מהותנית זו עשויה להסביר גם את הדין הקודם המשווה את
גיתוק היצור החי ממקור חיותו לגיתוק מקור החיות מהיצור החי. מנגד אפשר
לומר כי התהליך הוא גם הפוך, כלומר הגישה המהותנית, המבקשת לכנס
מקרים שונים תחת דין אחד, היא שהביאה אותו לכלול בדין רודף גם את
המבקש להרוג בגרמא. לפי פרשנות זו אפשר לומר כי עמדתו המחמירה בדיני
נפשות נובעת משילובן של הגישות המוסרית והמהותנית, שהאחת משפיעה
על חברתה במשנתו הכוללת.

24 משנה תורה, הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק א, הלכה ח.

25 להרחבה ראו אנציקלופדיה תלמודית, ו, 'גרמא בנויקין', עמ' תסא.

26 ואכן הרשב"א (שלמה בן אברהם אבן אדרת) טוען כי לסוברים אִשׁוּ מִשׁוּם מִמוֹנוּ אֵין כֵּאֵן דִּין רֹדֵף וְלֹכֵן לֹא נִיתָן לִפְגוּעַ בּוּ. להרחבה ראו אברהם שיינפלד, נויקין (חק לישראל), ירושלים 1991, עמ' 110.

כשות שהוחלפה בכשות של בעל הבית דוגמה נוספת לגישה מאחדת זו היא בבעל שיכר שהורה לשלוחו להכניס כשות לתוך השיכר שלו לשם השבחתו.²⁷ טעה השליח, ובמקום להכניס לשיכר את כשותו של בעל השיכר הכניס כשות של אדם אחר. אם בעל הכשות שהוכנסה לשיכר יתבע מבעל השיכר תשלום עבור הכשות, חייב הזוכה בתשלום הכשות מדין 'משתרשי ליה' (קרי: בעל השיכר השתכר והרוויח).²⁸ גילוי דעתו של בעל השיכר בהוראתו לשלוחו להכניס כשות לשיכר מוכיח בוודאות שהוא חסך הוצאה זו בעקבות טעות של השליח. מכאן מוכח שבמקרים אלה נדון הזוכה כאילו הוא מחזיק בידו את נכסי המזכה בעין. כך מסביר גם רמ"ש את דין הכשות, ושוב באותה מטבע לשון: 'כיוון שמשתרשי ליה, דשלו נשאר תחת ידו, הוי כאילו הנך כשותא איתנהו בעין, דמה לי אם התמורה נשאר תחת ידו, או גוף הדבר ישנו בידו'.²⁹ כלומר, בעל הבית חייב לשלם לבעל הכשות, מכיוון שאם השליח לא היה טועה הרי כשותו של צד ג הייתה כאן בפנינו. אין הבדל אפוא אם כשותו של בעל הבית בתוך השיכר או כשותו של צד ג, ועל בעל הבית לשלם על הנאה זו. שוב מגלה רמ"ש גישה מעשית, מהותנית, מאחדת ולא פורמלית שהייתה יכולה לאבחן בין כשות זו לכשות האחרת, ובחרה שלא לעשות כן.

חשיבות התוצאה והמהות על פני התהליך והפרוצדורה

קטגוריית משנה נוספת החוסה בצלה של גישתו המהותנית־תכליתית של רמ"ש היא בחינת מהות הדברים ואי־שעבוד או כפיפות להגדרות הפורמליות או המילוליות, ובאותה מידה התמקדות בתוצאת הדברים אף אם ההליך עצמו פגום.

דינו של מלווה הגובה הלוואתו האמתית בעזרת שטר מזויף בהלכות מלווה ולווה כותב הרמב"ם:

הוציא עליו שטר מקויים ואמר הלוה מזויף הוא ומעולם לא כתבתיו או שטר אמנה הוא, ואמר המלווה: כן הדברים, אבל שטר כשר היה לי

27 מין צמח הנקרא בלעז הומלוין. ראו, למשל, רש"י, בבא מציעא, דף מב, עמ' ב. וכן אנציקלופדיה תלמודית, א, 'כשות', עמ' תקלא.

28 להרחבה ראו רש"י, חולין, דף קלא, עמ' א.

29 רמ"ש, אור שמח, הלכות נזקי ממון, ג, ב; וכן ראו יהונתן בלס, עשיית עושר ולא במשפט (חק לישראל), ירושלים 1991, עמ' 12; וכן עמ' 81, הערה 24.

ואבד: אע"פ שהמלוה הוא ששבר את שטרו ואילו רצה אמר אינו מזויף שהרי נתקיים בב"ד – אינו גובה בו כלום אלא נשבע הלוה היסת ונפטר שהרי זה השטר כחרס הוא חשוב.³⁰

מלווה המציג שטר הלוואה שקיים בבית הדין זכאי לגבות את ההלוואה מהלווה. טענת הלווה כי השטר מזויף לא תועיל לו. אולם אם המלווה יודה ביוזמתו כי השטר מזויף וימשיך ויטען כי הוא זייף את השטר רק משום שהשטר הכשר אבד לו – הוא לא יוכל לגבות את ההלוואה מהלווה, אף על פי שאם היה שותק היה מצליח לגבותה. הודאתו של המלווה לא תסייע לו בגביית ההלוואה ולא יהיה 'מודה נשכר'. רמ"ש, כדרכו, ביקש לבחון מקרה גבול להלכה זו, וכך כתב:

מסתפקנא בהא מילתא [מסופק אני בעניין]: היכי שכבר גבה בו ואחרי זה טעין ליה הלווה כדרך שכתב רבינו לעיל שעל טענה אמנה א"צ [אין צריך] לישבע רק משלם ואחר זה תובע אותו הלווה – מה דינו? [...] ולכן דייק רבינו שהרי השטר הוא כחרס – זה דווקא כשנודע לבי"ד קודם שהוציא ממון, אבל אחרי שהוציא הממון בב"ד בטענה השקרית, היינו ע"פ שטר שאינו ואח"ז [ואחרי זה] הודה, נאמן כדין מיגו להחזיק.³¹

רמ"ש מתמודד עם מקרה גבול שבו המלווה כבר הספיק לגבות את חובו בבית דין, אלא שלאחר מכן התברר כי השטר שבעזרתו גבה את ההלוואה היה מזויף, אף על פי שאין מחלוקת עובדתית על כך שהייתה הלוואה. רמ"ש קובע כי במקרה זה, בניגוד למקרה שהביא הרמב"ם, הכסף יישאר בידי של המלווה אף על פי שגבה אותו בדרך רמייה, וכמובן שלא כדיני הראיות. לנוכח העובדה שלא נגרם עיוות דין מכשיר רמ"ש את הליך הגבייה, למרות פגמיו הפורמליים השורשיים.³²

עמדתו זו של רמ"ש עשויה ללמדנו על גישה מהותנית שממנה עולה כי היעד של גילוי האמת גובר על הדבקות הנוקשה כדיני הראיות. תוצאת ההליך מכשירה אפוא את פגמיו הפרוצדורליים-פורמליים.³³ אף כאן ייתכן שהגישה

30 משנה תורה, הלכות מלווה ולווה, פרק יד, הלכה ו. הלכה זו מסתמכת על מעשה בבבלי, בבא בתרא לב ע"ב.

31 רמ"ש, אור שמח, הלכות מלווה ולווה, יד, ו.

32 ודוק, השארת המלווה בידי של המלווה אינה נובעת רק מכך שהוא מוחזק כעת והמלווה בידי. זאת אני מסיק מהמשך דברי האו"ש: 'אם הלווה טוען איני יודע דחייב לשלם [...] ואח"ז הודה להשטר אינו – הדר דינא ומפקינן מניה ממונא'.

33 ראו דברי השופט ברק בע"פ 951/80 קניר נ' מד"י, פ"ד לה(3) 505, 516: 'עם זאת יש ועמידה פורמלית על סדר הכללים בענין מיוחד יהיה בה כדי לגרום לעיוות דין'.

המהותנית השתלבה עם תפיסת עולם המחשיבה ומבכרת את גילוי האמת, ומוכנה להקריב על מזבחה את דיני הראיות, ובלבד שהתוצאה הסופית תהא צודקת.

השואל מחברו ספר לראות בו: האם חייב הוא באונסין?
 הרמב"ם עוסק בהלכות שאלה ופיקדון באיסור החל על שומר לשלוח יד (להשתמש) בפיקדון, ומנגד – על חובת השומר לשמור על ערכו. תוך כך הוא דן בנסיבות שבהן החפץ המופקד הוא ספר תורה, ומבקש להעמידנו על חובת השומר לדאוג שלא יאבד הספר מערכו בתקופת ההפקדה: 'המפקיד ספר תורה אצל חבירו גוללו פעם אחת ל"ב חדש, ואם כשהוא גוללו פותחו וקרא בו מותר, אבל לא יפתח בגלל עצמו ויקרא. והוא הדין שאר ספרים, ואם פתח וקרא וגלל בגלל עצמו הרי שלח יד בפיקדון ונתחייב באונסין'.³⁴ כלומר, אם הפיקדון הוא ספר תורה יש לגוללו מעת לעת לשם שמירתו. תוך כדי גלילה זו מותר אף לקרוא בו, אך אין השומר רשאי לפתוח את הספר למטרותיו. רמ"ש מעמידנו על החידוש בסיפא שבהלכת הרמב"ם, המסתמכת על דברי חז"ל, כי אף שהשומר הקורא בספר תורה מקיים מצווה, ומצוות הרי לאו ליהנות ניתנו – הוא ייחשב לשולח יד בפיקדון ויתחייב באונסין.³⁵ מכאן מתלבט רמ"ש כהרגלו במקרה גבול העולה מדברי האחרונים:

והנה ראיתי לאחרונים ובראשם המחנ"א [המחנה אפרים] שדנו בשואל ספר מחבירו ללמוד בו: דכיוון דמצוות לאו להנות ניתנו ומה שנהנה שאינו צריך לשלם שכר עבור הספר ללמוד בו זה הוי כמו 'שאלה לראות בה' דלשיטת רש"י מספקא לן אם חייב בשאלה [...] ולדעתי לא נהירא, דעיקרא דחייבה תורה לשואל היינו משום דכמו דבעלים: אם מת – מת לו וכל אונסיו שלו, כן לשעתא דא הוי כבעלים ופרה ברשותיה קיימא דהא אין לבעלים לזמן שאלה תועלתיות בפרתו כיוון דהיא שאולה, ולכן חייביה רחמנא באונסין דהוי פסידא דיליה כמו בבעלים. וא"כ בשואל אותה לראות בה כיוון דאף לשעה חדא לא הוי כבעלים דאין לו שום קנין לשעה בה רק למידי דאינו מגוף החפץ ולא להכי קיימא [...] א"כ אין עליו דין בעלים אף לשעה חדא ופטור. אבל במשאל ספר ללמוד – הלא כל שויא דספר משום דקאי ללמוד [...] בודאי דהוי שואל וחייב דהוא כמו שאל פרה לחרוש, דגם

34 משנה תורה, הלכות שאלה ופיקדון, פרק ז, הלכה ד.

35 בבלי, בבא מציעא כט ע"ב.

הכא הוי בעלים לשעה ומה דעביד הבעלים בספרו עביד השואל לעת השאלה.³⁶

מעניינת דרכו של רמ"ש, החוזרת ונחזרת בלא מעט מ'פרשנויותיו': הוא מעלה מקרה גבול להלכת הרמב"ם, הפעם ממשנתם של אחרונים. הדילמה מביאה אותו לחדד את הרציונל המשפטי שבבסיס חיובו של השואל ולטעון כי ההתייחסות ההלכתית החמורה כלפיו, המחייבת אותו בכל האונסים שיארעו לחפץ הנשאל, נובעת מהגדרת השואל כבעליו של החפץ בכל תקופת ההשאלה. מכאן מסיק רמ"ש כי שאילת חפץ לשם ראייתו בלבד לא תחייב באונסין, שכן אין היא מגדירה אותו כבעלים ממש. לא לשם כך עומד החפץ, ולפיכך אין לשואל שום קניין בחפץ, אף לא לשעה קלה בלבד, ולכן אין השואל מתחייב באונסים. לאחר שעמד על רציונל משפטי זה ניגש רמ"ש לפתור את מקרה הגבול ולהרחיב את הלכת הרמב"ם. אלא שבשלב זה, וזהו החידוש העיקרי כאן, ההרחבה נעשית בעזרת הגישה המהותנית של רמ"ש, אשר אינה נצמדת להגדרות מילוליות-פורמליות כי אם משווה בין דינים זהים מבחינה מהותית. גישה זו מביאה אותו לקבוע כי אף ש'השואל לראות בה' פטור מחיוב באונסין בדרך כלל, הרי שיש מקרים שבהם נביט אל המהות ונראה אותו כמי ש'שואל פרה לחרוש בה'. כך כאשר מדובר בחפץ שהצפייה בו היא כל שימוש, כגון ספר. שימוש זה מחשיבו בעלים, וממילא ממלא אחר הרציונל המשפטי שבבסיס חיוב השואל. כלומר, יש לראותו כבעלים ממש ולכן יחולו עליו כל חיובי השואל.

שימושו של רמ"ש במהלך הפרשנות במטבע הלשון 'דהוא כמו', עוררני לנסות להבחין בין הרחבת תחולתה של הלכת הרמב"ם על פי גישה מהותנית (המבקשת להחיל את דין א על נסיבות עובדתיות קרובות) לבין המוסד המשפטי הידוע 'הפיקציה המשפטית', שממנו מדיר רמ"ש את רגליו.³⁷ פיקציה משפטית היא 'טכניקה משפטית המניחה קיום עובדה או מצב שאינם קיימים במציאות ומטרתה להשיג בה תוצאה משפטית. החזקות המניחות דבר שאינו אמת מתדרדרות לדרגת פיקציות'.³⁸ פיקציה היא קביעה משפטית המחילה על ב' את דינו של א' אף על פי שההיגיון והרציונל המשפטי אמורים לסייע להבחין ביניהם. לשם החלת דין משותף על שניהם משתמש המשפטן בפיקציה, שאיננה אמת. לעומת זאת, בגישה המהותנית ההיגיון והרציונל המשפטי

36 רמ"ש, אור שמח, הלכות שאלה ופקדון, ז, ד.

37 ראו יצחק כהן, 'הרב מאיר שמחה הכהן ("האור שמח") מדינסק ומשנתו ההלכתית משפטית', עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר אילן תשס"ו, עמ' 190.

38 חיים כהן, המשפט, ירושלים 1996, עמ' 275.

מובילים את הלומד, ויותר מכך את הפוסק, להשוואת הדין בין א' לב' עד שאינו נזקק לפיקציה! זוהי אפוא דרך טבעית להרחבתה של תחולת ההלכה ולפיתוחה ואילו מוסד הפיקציה המשפטית אינו כזה, אלא כשמו כן הוא, פיקציה, אף שהשימוש בו חשוב, ולעתים אף הכרחי לכל שיטה משפטית.³⁹

טעה הלוקח וסבר כי מקחו הוא שור תם והתברר כמועד: האם מקח טעות הוא?

הרמב"ם מבאר בהלכות מכירה באיזה מקרה ייחשב פער הציפיות שבין מוכר לקונה בעסקת מכר כמקח טעות שיש בו כדי לבטל העסקה: 'המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן יכול לומר לו לשחיטה מכרתיו לך. במה דברים אמורים? בשהיה הלוקח קונה לשחיטה ולחרישה, אבל אם היה יודע שהוא קונה לחרישה בלבד הרי זה מקח טעות וחוזר'.⁴⁰ רמ"ש על אתר מבקש לשכלל את הלכת הרמב"ם בדרך של הוספת פרט להלכה המפורשת, ובמהלך זה שוב מתגלה לדעתי גישתו המהותנית.

דווקא באופן שלא ידע בו שהוא נגחן. אבל ידע בו שהוא נגחן רק שהיה סבור שהוא תם, ולסוף נודע לו שהוא מועד, תו לא שייך לומר תם זבנית מועד לא זבנית [...] ואם נאמר דמועד עלול יותר להזיק משור תם, א"כ ה"נ [אם כן, הכי נמי] לימא על שור תם שאינו עלול להזיק נתחייבתי בשמירתו ולא על שור מועד שהוא עלול ורגיל לנגוח? [...] וחזינן דזה שהכיר בו שהוא נגחן רק לא ידע בו שהוא מועד – אין זה אומדנא לבטל מעליו את השמירה, כן הכא אין זה אומדנא להפקיע המקח.

רמ"ש מבקש אפוא להוסיף פרט להלכת הרמב"ם ולומר כי דינו של הרמב"ם בדבר ביטול עסקת המכר בעילת מקח טעות תקף רק כאשר הקונה כלל לא ידע כי השור נגחן. אולם אם הקונה ידע שהשור נגחן, אלא שסבר שהוא תם והתברר כי הוא מועד, פוסק רמ"ש כי טעות זו אינה משמשת עילה לביטול המקח. פורמלית יוכל הלוקח לטעון למקח טעות באשר בדעתו היה לקנות שור תם ולא מועד, אך רמ"ש אומר כי אין הבחנה מהותית בין שני המקרים: אם ידע הלוקח שהשור נגחן, אף אם ב'מינון' נמוך, די בכך כדי שלא ייחשב המקח מקח טעות. גישה דווקנית-פורמליסטית הייתה יכולה למצוא לנכון לבטל את המקח

39 דומני שזו גם הסיבה שרמ"ש מדיר את רגליו ממוסד זה אשר מתיישב פחות עם גישתו המעשית לתורה כתורת חיים, האמורה לכוון צעדיו של האדם מראש ולא בדיעבד. ראו כהן (לעיל הערה 37), עמ' 316.

40 משנה תורה, הלכות מכירה, פרק טז, הלכה ה.

בשל פער ציפיות זה ובשל ההיעדר הפורמלי בגמירות הדעת. ייתכן שהגישה המהותנית השתלבה בתפיסת העולם של רמ"ש, החותרת לכבד התקשרויות ומבקשת לשמור על יציבותן של עסקאות. השילוב של גישות אלה הביא לכך שפער ציפיות מעין זה לא יוגדר כמקח טעות והקונה לא יהא רשאי לחזור בו. אפשר למצוא הלכות נוספות, שבהן רמ"ש מתעלם מנתונים פורמליים דומים כשמהותית המצב הוא שונה. כך, למשל, בהלכות שאלה ופיקדון קובע רמ"ש כי גם לאחר הזנת הבהמה והשמירה עליה בידי השואל אין הוא נחשב לשומר שכר, אף על פי שפורמלית אפשר היה לראות בהזנת הבהמה והשמירה עליה תשלום שכר לבעלי הפרה.⁴¹ גם במקרה אחר התחייבות האב לכלתו לא תחול לאחר מות הבן בשונה מהתחייבות האב לבת האם.⁴² וכן הנחת חפץ על כלי שהוכנס ללא רשות לחצר חברו כמוה כהנחת החפץ בחצר.⁴³

שיעורים וקני מידה בעלי רקמה פתוחה

קטגוריה נוספת בגישתו המהותנית-ערכית של רמ"ש היא תפיסתו את מצוות התורה כמערכת דינית שאינה נצמדת לשיעורים חד-ערכיים אלא מבכרת הגדרה תכליתית בעלת רקמה גמישה ופתוחה.

הסף הכספי לחיוב שבועת השומרים: האם תלוי הוא בקביעה חד-ערכית?

בהלכות שכירות, פרק ב, הלכה ח, כותב הרמב"ם:

'אחד המפקיד או המשאיל את חברו בעדים או שלא בעדים דין אחד יש להן כיון שהודה זה מפי עצמו ששמר לו או ששאל ממנו הרי זה נשבע שבועת השומרין, שאין אומרים מיגו לפוטרו משבועה אלא לפוטרו מלשלם, אפילו היה הדבר השאול או המופקד או המושכר שוה פרוטה הרי זה השומר נשבע עליו ואין אחד מן השומרים צריך להודייה במקצת.'

הווה אומר, שומר או שואל שהודו כי קיבלו חפץ לאחריותם נשבעים את שבועת השומרים, אך פטורים מתשלום במקרה שיארע אונס לחפץ.

41 הרב עובדיה יוסף מקבל תפיסתו זו. ראו עובדיה יוסף, שו"ת יביע אומר, ירושלים תשי"ד-תשס"ד, חלק ב, חושן משפט, סימן ז.

42 רמ"ש, אור שמח, הלכות מכירה, יא, יז, וכן כהן (לעיל הערה 37), עמ' 166.

43 רמ"ש, שם, ד, ד, וכן כהן, שם, עמ' 143.

רמ"ש, אינו מציב מקרה גבול או מוסיף פרטים להלכה, שאלה דרכי ההרחבה האינדוקטיבית. הוא מוסיף פרשנות המחדדת את הרעיון הרמב"מי תוך פיתוחו והרחבתו (וזה הרחבה דדוקטיבית), וזה לשונו:

בירושלמי מוכח דבעינן שתי כסף [...] וזו ראייה שאין עליה תשובה [...] אולם מתלמודין לכאורה ראייה הפוכה [...] ולכן נראה לי בשיטת רבינו דבר חדש [...] וכן מסתבר כי שבועת השומרין עיקרה על הספק וכדי להפיס את דעת בעל הבית [...] א"כ כי הפקיד בעה"ב [בעל הבית] פרוטה וחשובה היא אצלו, והשומר קיבל עליו לשמור לה ודאי דצורך להפיס דעתו של בעל הפקדון ולישבע ע"ז [על זה]. רק אם הפקיד יותר משתי כסף והוא מודה במקצת וכופר פחות משתי כסף, א"כ הוי תו ככל טענות דעלמא דלא אחשביה לפחות משתי כסף כדי לקבל עליו דין שמירה רק בשתי כסף. לכן אינו נשבע פחות משתי כסף. וזה מדויק בלשון רבינו [...] וא"כ הירושלמי אתי שפיר.

הלכת הרמב"ם, הקובעת כי אף אם החפץ הנמסר לשמירה שווה פרוטה בלבד עדיין מתחייב השומר בשבועה, סותרת את דברי התלמוד הירושלמי, הקובע סכום אחר לחיוב שבועת השומרים! רמ"ש מבקש ליישב בין הכתובים הסותרים ולשם כך מחדד את הרציונל המשפטי שביסוד שבועת השומרים. לדידו, השבועה באה להפיס את דעתו של בעל הבית. כלומר, שבועת השומר נגזרת מהחשיבות שמעניק לכך בעל החפץ. המבחן לשבועה הוא מבחן מהותי וגמיש ולא פורמלי-אריטמטי קבוע. כלומר כשבעל החפץ מוסר אותו לשמירה והחפץ חשוב בעיניו, מחייב הדבר שבועה את הנפקד, יהא שוויו של החפץ אשר יהא. רמ"ש מעביר אפוא את המיקוד ממבחן טכני למבחן סובייקטיבי וגמיש – החשיבות שמעניק בעל הבית לחפץ המופקד. גישתו זו מנוגדת לפורמליזם המשפטי הגורס כי התוצאה המשפטית נמדדת ונשקלת בשיעור מוגדר וברור, וכל סטייה ממנו מביאה לשינויה.⁴⁴

המבחן לחיוב בדיני בן נוח: האם הוא תלוי בקביעת גיל חד־משמעית? הלכה נוספת המבקשת להמיר קריטריונים פורמליים-אריטמטיים בקריטריונים מהותיים-גמישים נוגעת במועד בגרותו של הגוי לעניין חיובו בדיני בן נוח. הרמב"ם עוסק בהלכות איסורי ביאה בדין הבא על קטנה, אשת הגדול.⁴⁵ רמ"ש

44 ראו משה זילברג, כך דרכו של תלמוד, ירושלים 1984, עמ' 91: 'מהו בעצם פורמליזם משפטי? פירושו כי המעשה [...] נמדד ונשקל בשיעורין מוחשיים, וכל סטייה קלה משנה את התוצאה המשפטית.'

45 משנה תורה, הלכות איסורי ביאה, פרק ג, הלכה ב.

על אתר מציין כי המבחן הקובע בגוי בחיובו בדיני בן נוח הוא אם הגיע לכלל דעה ולא אם מלאו לו שלוש עשרה שנה. עמדתו זו, כקודמתה, מדגישה את גישתו המהותנית. היא מדלגת מעל מבחנים פורמליים לקביעת הבגרות, אשר ייתכן שאינם הולמים כל קטן, ותולה את הדברים בשאלה סובייקטיבית של דעת, הדיפרנציאלית מקטן לקטן: אם הגיע הקטן לכלל דעת נחשיבו לגדול אף על פי שטרם מלאו לו שלוש עשרה.

עמדתו זו של רמ"ש צוטטה בערכאת בית הדין הרבני עת ישבה על מדוכת בירור יהדותה של ילדה שנמסרה לבית יתומים. בעת הדיון נמצאה הילדה תחת חסותה של משפחה מאמצת שומרת תורה ומצוות, והשאלה שעמדה לדיון הייתה: האם צריכה הילדה לעבור תהליך גרות? כך כתב הרב סלומון:

ודאי שעל המבקשת לעבור גיור לחומרא לכשתגדל, ובפרט שבנידונינו ההורים המאמצים הם שומרי תורה ומצוות יראים ושלמים, ואין כל ספק שהם יחנכו את בתם המאומצת לתורה, ודאי שאפשר לגיירה כדת משה וישראל 'לכשתגדל'. (דעת האור שמח שגוי נהיה גדול לפי שיעור דעתו וכל חד לפום חורפיה ואינו תלוי בשנת יג).⁴⁶

לשון אחר, לדעת הרב סלומון, לכשתגדל משמעו שהמבחן אינו אריתמטי אלא לפי גדלות ובגרות של קריטריונים מהותיים. זוהי דעת רמ"ש, אפוא, שגוי נעשה גדול לפי שיעור דעתו וכל חד לפום חורפיה (כל אחד בהתאם למזגו) ואינו תלוי בגיל שלוש עשרה.

סימניו החיצוניים של השוטה: כלום מעכבים הם בעד קביעתו ככזה? גישתו המהותנית של רמ"ש ניכרת גם ב'פרשנותו' בעניין סימני השוטה. הברייתא במסכת חגיגה נותנת בשוטה סימנים ואומרת: 'ת"ר [תנו רבנן] איזהו שוטה? היוצא יחידי בלילה והלן בבית הקברות והמקרע את כסותו'.⁴⁷ נחלקו האמוראים במי שעושה מקצת מהדברים. ר' יוחנן אמר אף אם עשה מעשה אחד דרך שטות הרי הוא שוטה. ריש לקיש אמר אינו שוטה אלא אם כן עשה את כל המעשים. הרמב"ם פוסק כר' יוחנן.⁴⁸ בפני רמ"ש הונחה שאלה שאינה

46 תיק 338/נ"ב, ההדגשה שלי. פורסם אצל אברהם דב לוי (עורך), פסקי דין מבית הדין לבירור יהדות של הרבנות הראשית לירושלים, ירושלים 1993, א, עמ' סה. וראו בהמשך פסק הדין את דבריו הנוספים של הרב דב לוי.

47 בבלי, חגיגה ג ע"ב; רש"י, על אתר, ד"ה איזהו שוטה: 'שפטור מן המצוות [...] ואין קניינו קנין ואין ממכרו ממכר'.

48 משנה תורה, הלכות עדות, פרק ט, הלכה ט; וכן טור שולחן ערוך, יורה דעה, סימן א, סעיף ה; ו; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן לה, סעיף ח.

מובאת בפני הקורא, על גט שכתב השוטה. וכך משיב רמ"ש בדברים המעידים, לדעתי, על גישתו:

הנה לדעתי הדבר פשוט דעיקר הבדיקה מן השוטה הוא בגדרו, וגדר הדעת הוא ניכר בדיבורו של אדם, שהוא מגלה שכלו של אדם. ואם ידבר אדם דברים שאין להם שייכות כדרך המשוגעים – הוא משוגע גמור [...] והפירוש דכמו באדם יש סימן וטב"ע [טביעות עין], וטב"ע היא הכרה עצמות, וסימנים המה ציונים שנראים שהוא זה [...] כן ההכרה בדיבור שאינו בשכל בר דעת רק מדבר באין חיבור ואין משטר זה בגדר טב"ע שהוא שוטה, אבל פעולות שיוצא יחידי בלילה המה בגדר סימנים על שטותו ועל זה פליגי האמוראים.⁴⁹

רמ"ש מפרש אפוא כי הסימנים החיצוניים מעידים על מהות פנימית. לפיכך אם נתבררה זו בפנינו, נחיל על האדם שבפנינו את דין המהות ונחשיבו שוטה אף ללא הסימנים. רמ"ש שוב ממיר את המבחן הטכני־פורמלי שמציע התלמוד ובעקבותיו הפוסקים, במבחן גמיש הבוחן את הדברים במהותם בלא מוסרות הראיות והסימנים המוגדרים. זהו חידוש משמעותי, שהרי האמוראים נחלקו בשאלה אם אדם נחשב לשוטה במקרה שמתקיים בו רק אחד מהסימנים ולא כולם. רמ"ש קובע כי אף אם לא התקיים ולו אחד מהסימנים נוכל להחשיבו כשוטה!

חידושו זה גידון בערכאת בית הדין הרבני שישבה על מדוכת תפיסת הקידושין של חולה אלצהיימר.⁵⁰ לדיין היה ספק אם דין שוטה נקבע רק על פי מעשיו ודרכי התנהגותו, או שמא אפשר להחיל דין זה על סמך דיבורו בלבד, אף על פי שמעשיו אינם חורגים מהתנהגות נורמלית. וכך כתב:

ובשאלה זו דן האור שמח בשו"ת ח"ג סי' יג בענין גט שוטה [...] וכתב שם שהדבר פשוט שאדם המדבר דברים שאין להם שייכות וחיבור 'כדרך המשוגעים' ודאי שדינו כמשוגע ושוטה, ואדרבא, חמור הוא משוטה שניכר עפ"י מעשיו, שמי שניכר עפ"י מעשיו בר שימור הוא, אלא שבדברים הצריכים מחשבה אין סומכים עליו, אבל מי שניכר כן בדיבורו אינו בר שימור כלל, והברייתא בחגיגה מדברת על שוטה שהוא בר שימור רק שאין סומכים עליו בדבר שצריך מחשבה, וע"כ

49 רמ"ש, שו"ת אור שמח, ג, יג. התשובה נדפסה לראשונה בשו"ת אור הישרים לר' מנחם מנדל וויינגארט, פיעטרקוב תרע"א, סימן יב.

50 תיק 930/נ"ד, פורסם אצל אברהם דב לוין (עורך). פסקי דין מבית הדין לדיני ממונות ולביור יחדות של הרבנות הראשית לירושלים, ירושלים 1996, ד, עמ' שג.

אמרו שם שניכר עפ"י פעולותיו. ומוסיף האו"ש שם שכשם שקיים חילוק בין טביעות עין לסימנים בזיהוי אדם וחפצים, שטביעות עין היא הכרה עצמית ואילו סימנים אינם אלא ציונים שנראים שהוא זה, כך הוא החילוק שבין סימני השוטה המוזכרים בברייתא בחגיגה לבין מי שניכרת שטותו בדיבורו, שההכרה עפ"י הדיבור שאינו בר שכל ודעת רק מדבר בלי חיבור ובלי משטר וסדר, זה בגדר טביעות עין שהוא שוטה, אבל הסימנים שע"י פעולות שיוצא יחידי בלילה וכו' אינם אלא סימנים.

הדבר מדבר בעד עצמו: רמ"ש קובע למעשה כי הסימנים אינם מעכבים. הסימנים ושאר הקביעות הפורמליות-טכניות אינם תכלית הדבר ואינם תנאי לחלותו. הם רק מסייעים בידינו לעמוד על מהותו, אולם במקום שבו אפשר לעמוד על המהות בלעדיהם רשאים אנו לפעול כן.

שיעור החיוב בתלמוד תורה: האם הוא אובייקטיבי או סובייקטיבי? ההלכה הבאה מלמדת אותנו שוב, והפעם ברמה ההצהרתית, על תפיסתו המשפטית את מצוות התורה כמערכת הלכתית שאינה נצמדת לשיעורים בכל מיני נושאים מוגדרים וחד-ערכיים. להפך, היא מאפשרת להתאים את הדין לאדם, בידיעה כי על אנשים שונים יוחל דין שונה.⁵¹ בפרשנותו הבאה של רמ"ש נפרשת בפנינו תפיסתו הכוללת.

דבאמת כל המצוות המה שווים לפחות שבפחותים ולמשה רבינו ע"ה, תורה אחת יהיה לכם כתיב וחיוב המצווה גבול יש לה כמו נטילת אתרוג בנינוע בעלמא יצא, רק המדקדקים נושאים אותו כל היום, ולכך לא כתבה התורה מידות רק ברמז דלמשל מידת הנקמה: כל ת"ח [תלמיד חכם] שאינו נוקם ונוטר, ומלך שמחל כו' ולכך אין זה חוק בפרט' שווה לכלל הישראלי' רק כל אחד לפי ערכו' [...] והדברים ארוכים בספרי המחקר. ונמצא מצוות ת"ת [תלמוד תורה] אשר בוודאי אם יבקש אדם טרף ומזון בכ"ז [בכל זאת] אינו נחשב למפריע מצוות ת"ת – ואספת דגניך כתיב, וכן למשל אדם חלוש המזג, וכן כל אחד לפי ההכרחיות שלפי הרגלו, וכן לפי טוהר נפשו של אדם כי אינו דומה בחיוב ת"ת האיש אשר נפשו מרגשת בשכלה הזך לת"ת [...] לאיש אשר

51 זו גישה פרוגרסיבית העומדת בניגוד לשיטה הסגורה, הדורשת להגיע אל התשובות לכל השאלות המשפטיות בדרך הדקדוקציה הלוגית ממספר קבוע מראש של כללים כתובים. ראו פנינה להב, 'קיום להשקפת העולם המשפטית של השופט אגרנט', אהרן ברק ואחרים (עורכים), גבורות לשמעון אגרנט, ירושלים, 1987, עמ' 15.

כוחות נפשו נרפים ועצלים, לכן איך היה מחוק הבורא לחוק חיוב ת"ת לכל ישראל ונתון תורת כ"א [כל אחד] בידו. ואין לאל יד האנושי ליתן המידה האמיתית לזה. לכן באו חכמים ופירשו לנו גדר מרכזן האמיתי של ת"ת: ק"ש [קריאת שמע] בשחרית, ק"ש בערבית – קיים והגית בו יומם ולילה אולם יתירה מזה הוא בכללי המצוות אשר נבדלו ונפרדו בזה כל איש לפי ערכו ומהותו ובוודאי צריך האדם להתעצם בה בכל יכולתו.⁵²

גישתו זו מלמדת על נורמה מטא-הלכתית ולפיה חוקי התורה נוטים להתחשב בטבעו ובמזגו של האדם ומשתדלים שלא להטיל עליו נורמות שהן מעבר ליכולתו. עיקרון זה מדריך את רמ"ש בעומדו בפני צמתים והכרעות הלכתיות – מקרי הגבול והוספת הפרטים. אין מדובר בסברה ערכית או בנורמת התנהגות גרדא, כי אם בתפיסת עולם עקרונית המדריכה אותו בפירושה של ההלכה ובדרך יישומה.⁵³ זהו 'עקרון על' החולש על הלכות ספציפיות, וגובר אף על הטקסט המפורש.⁵⁴ ההכלה של מוסד משפטי מסוג של 'עקרון על' במשנתו של רמ"ש משתלבת בתפיסתו המהותנית ומנוגדת אף היא לפורמליזם משפטי.⁵⁵

סוף דבר

מאמר זה ביקש לשרטט עקרונות רוחב משפטיים ונורמות מטא-הלכתיות במשנתו ההלכתית של רמ"ש, אשר מתוקף השפעתם החוזרת ונשנית על יצירתו ההלכתית מתגבשים לכדי תפיסות מהותניות-ערכיות משפטיות המנחות אותו בהכרעותיו. דומני שאפשר לומר כמה אמירות ברורות בנושא: רמ"ש הוא בעל תפיסת עולם המשקיפה על ההלכה בעיניים מהותניות ולא פורמליסטיות, והיא ניכרת במיוחד בחיבורו 'או"ש' בשכלול הקודיפיקציה הרמב"מית ופיתוחה. הצבעתי על שלושה מישורים בולטים: האחד, נטיית האחדה והכללה של מקרים שונים תחת כותרת אחת במקום ליצור חילוקים

52 רמ"ש, אור שמח, תחילת הלכות תלמוד תורה.

53 ראו אליעזר גולדמן, מחקרים ועיונים: הגות יהודית בעבר ובהווה, ירושלים, 1996, עמ' 13. גולדמן מבחין בין עקרונות מטא-הלכתיים לבין סברות רגילות המבטאות עמדות ערכיות. ראו גם אברהם שגיא, 'הלכה', שיקול דעת, אחריות ציונות דתית', זאב ספראי ואבי שגיא (עורכים), בין סמכות לאוטונומיה במסורת ישראל, תל אביב, 1997, עמ' 195-217.

54 לפירוט דוגמאות נוספות ראו כהן (לעיל הערה 37), עמ' 319.

55 מאוטנר (לעיל הערה 11), עמ' 62, 158.

והבחנות. השני, העדפת התוצאה הסופית המהותית והצודקת אף אם הושגה תוך שימוש בדרך פסולה מבחינה פורמאלית. השלישי, התייחסות לשיעורים ההלכתיים כשיעורים גמישים בעלי רקמה פתוחה. בכמה הלכות הצעתי תפיסות מוסריות המשתלבות עם גישתו המהותנית. עוד הראיתי שמשנתו של רמ"ש מכילה עיקרון מטא-הלכתי שתוכנו הוא התחשבות בטבעו ובמזגו של אדם. הוא מעדיף נורמה זו על הטקסט הכתוב וגם בכך ניכרת נטייתו המהותנית.

אם אנסה להציע מניע לתפיסותיו אלה של רמ"ש אתלה את הדברים בגישתו הפרגמטית והמעשית, שאפיינה אותו כנראה בעקבות תפקידו רב השנים כרב העיר דווינסק. בתפקידו זה נדרש לבוא במגע יומיומי עם צורכי קהילתו, בשונה מרבנים אחרים בני תקופתו אשר בחרו להיות ראשי ישיבות והפקידו את תפקיד הפסיקה המעשית בידי אחרים. לדעתי תפקידו זה השפיע על מגמת הפסיקה המעשית הנפרשת בפנינו במלוא רוחבה בחיבורו 'או"ש'. מגמה זו מתאפיינת בכתיבה ישרה ופשוטה תוך דחיית רעיונות המתקבלים בדוחק, בפלפול ובדיוקי דיוקים בטקסט התלמודי, המאפיינים את בעלי החילוק והחקירה. היא גם שהובילה אותו, לדעתי, לגישה המהותנית, לתפיסת עולם רחבה, על גוניה השונים כפי שנפרשה כאן בפנינו.