

מבוא למשפט עברי

סיכום הרצאות סמסטר א

א. מהי נורמה משפטית?

מה המכנה המשותף לכל המשפטים הבאים?

1. מגמת הגופים ליפול רצה בתוקף היותם כבדים (בעלי משקל).
2. המשתתף שלא כדין בתיגרה במקום ציבורי דינו - מאסר שנה אחת.
3. יתגבר כארי לעמוד בבוקר לעבודת בוראו שיהא הוא מעורר השחר.
4. מחלליה (את השבת) מות יומת.
5. בוא אלי פרפר נחמד, שב אצלי על כף-היד...
6. תן טרמפ לחייל.
7. עשה פעולתך כך שהאנושות הן שבך והן שבכל איש אחר תשמש לך לעולם גם תכלית, ולעולם לא אמצע בלבד.

מה המפריד בין המשפטים הבאים? משפט 1 הוא חוק מתאר (= דיסקריפטיבי), האחרים 2-4, 6-7 הם חוקים שאינם מתארים מציאות אלא מחווים דעה מה ראוי שיהיה (=נורמות). הנורמות לפי הפירוט: 2 – נורמה משפטית אזרחית; 3 – נורמה דתית שאינה משפטית; 4 – נורמה משפטית דתית; 6 – נורמה נימוסית; 7 – נורמה מוסרית. 5 – היא אינה נורמה: אינה מופנית לאדם אלא לבעל חי. גם המונח "נחמד" אינו מוגדר. מלבד זאת אין במשפט כל תועלת חברתית.

ב. ניסוח הנורמה המשפטית

1. שופך דם האדם באדם דמו ישפך (בראשית)
 2. לא תרצח (שמות, כ)
 3. וכי יזיד איש על רעהו להרגו בערמה - מעם מזבחי תקחנו למות (שמות, כא)
 4. סעיף 300(א) לחוק העונשין, תשל"ז 1977:-
העושה אחת מאלה יאשם ברצח ודינו מאסר עולם ועונש זה בלבד...
(2) גורם בכוונה תחילה למותו של אדם
סעיף 301: יראו ממית אדם כמי שהמית בכוונה תחילה אם החליט להמיתו, והמיתו בדם קר, בלי שקדמה התגרות בתכופ למעשה, בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו, ולאחר שהכין עצמו להמית אותו או שהכין מכשיר שבו המית אותו.
- פסוק 1 מנוסח בצורה מוחלטת – שפכת דם דמך יישפך. אין צורך בכוונת הנאשם לא "כוונה תחילה" ואף לא "רשלנות". ניתן להסיק שאף שוגג ואנוס שגרמו למיתה יישפך דמם. פסוק 3 דורש כתנאי להענשה "הזדה". פסוקים 1 ו-3 נוקטים סנקציה, פסוק 2 - רק אזהרה ללא סנקציה. פסוק 4 – הוא החוק הישראלי. בכל הפסוקים למעט פסוק 2, לא נאמר שאסור להמית. הנוסח של הפסוקים הוא שמי שהורג צפוי לעונש, ממילא ניתן להסיק כי המעשה אסור. אך מה יהא אם אדם רוצה להיהרג, המותר לו לרצוח? אדם רוצה לשבת במאסר עולם חובה, היש לו היתר לבצע פשע של רצח בכוונה תחילה? לכאורה לא. אך התורה מחנכת את האדם ורואה צורך לא רק להעניש, אלא גם להטיף: "לא תרצח".

ההבדל בין פסוק 1 לפסוק 3 הוא שפסוק 1 מופנה אל "בן נח" הכוונה לגוי, לנכרי ופסוק 3 שבא לאחר שבני ישראל הפכו להיות עם (מתן תורה ועשר הדברות). הדין ליהודים שונה מאשר דיני הנוכרים. אצל הנכרים ההמתה היא עבירה מוחלטת ואילו אצל היהודים תלויה בכוונה של "הזדה".

האומנם אפליה לטובת היהודים? נראה שלא. לו היה בחוק הישראלי המודרני אבחנה בין יהודים לשאינם יהודים בדרישות המקדמיות להטלת עונש מאסר עולם חובה, היינו בהחלט רואים בכך מדיניות מפלה. חוק העונשין, תשל"ז-1977 הוא טריטוריאלי וחל על כל בני האדם בטריטוריה מסוימת מבלי להבדיל בין גזע לגזע. אך האבחנה בין יהודים לנכרים בתורה אינה אפליה אלא מצביעה על מגמתה של התורה. התורה, לפי השקפת חכמי ישראל, אינה מופנית אלא כל העולם רק אל בני ישראל. רק יהודים כפופים אליה, לנכרים היא אינדפירנטית. בכל אופן התורה מטילה כמה חוקים שהם אוניברסאליים על כל אדם ביקום שמספרן, לפי המסורת היהודית – שבע, ומכונות "שבע מצוות בני נח" (על שם נח ששרד את המבול ויצא מן התיבה). האחד – "שפיכות דמים" (=רצח) השני – "איסורי עריות" (=בעילה אסורה) והשלישי – "דינים" (=שיטת משפט) היינו, העמדת חוקים וטריבונאליים שיפוטיים. מה נחשב "שפיכות דמים" מה הם "איסורי עריות", ומה הם ה"דינים" שעל פיהם יש לשפוט, התורה אינה קובעת אלא נותנת יד חופשית לכל אומה לקבוע את הגדרים. על כן מאחר שבעת העתיקה לא נקבעה העבירה של ההמתה לפי הכוונה אלא לפי התוצאה, כי אז מי ששפך דם אפילו באונס שופכים את דמו. רק אצל היהודים ההמתה תלויה בכוונה. חשיבות הכוונה בעבירות המתה מקובלת היום בכל השיטות המשפטיות בנות ימינו, אך לא הייתה מקובלת תמיד ועד המאה ה-18 עוד היה הדין האנגלי למשל מפריד בין "הריגה" ל"רצח" בשאלה באיזה מקום נרצח אדם האם ברשות הרבים או באחוזתו של בעל האחוז.

ג. הנורמה ופרשנותה

1. הנורמה מופנית כלפי העתיד ולא כלפי העבר, שהרי אין משמעות לחייב אדם לעשות מעשה בעבר.
2. עם זאת ניתן באופן תיאורטי להעניש או לחייב אדם בעתיד על מעשהו או מחדלו בעבר, אף אם באותה עת לא הייה כל איסור או חיוב. לדוגמא: ניתן כיום לחייב מס על העיזבון על כל עיזבון של אדם שנפטר משנת 1981 אף מאז עד להיום אין כל חיוב מס בחוק הישראלי על העיזבון.
3. אף שניתן, אין הדבר ראוי להטיל חיוב או עונש רטרואקטיביים, כביכול יש לאדם "זכות מוקנית" של להיענש על לשעבר וכן שלא להתחייב בעתיד על משהו שבשעת עשייתו לא ידע ולא יכול היה לדעת שיתחייב בעתיד. יוצא מן הכלל מפורסם אחד הוא חוק עשיית דין בנאצים ובעוזריהם, תש"י-1950, שהטיל עונש מוות על כל מי שסייע בעבר לנאצים, אף שבשעה שאדם סייע לנאצים לא היה כל חוק ישראלי שיענישו. הסיבה ברורה: השמדת עם היא פשע נגד האנושות שאיסורו טבוע בכל חברה אנושית ולכן לא ניתן לדבר על "זכות מוקנית" שלא להיענש.
4. אם את הנורמה המשפטית מחילים ברובם ככולם כלפי העתיד, הרי שהמצב לגבי פרשנות הנורמה הוא ההפך הגמור. למעשה כל פסיקה המפרשת חוק חלה רטרואקטיבית על הצדדים המתדיינים. לאמור, כשיש מונח שניתן להתפרש לכאן או לכאן והעניין מובא להכרעת השופט הפרשנות מחייבת את האדם הנידון אף אם הוא עצמו חשב בתום-לב כי פרשנות החוק מצדדת בעמדתו. לא תעזור למתדיין כלשהו עם רשויות המס כי בהסתמך על חוות-דעתו של עורך-דינו אין הוא מחויב בתשלום מס. אם יכריע בית המשפט כנגדו יהפוך אותו מתדיין לעבריין מס רטרואקטיבית.
5. לא רק פרשנות חוק חלה רטרואקטיבית אלא גם שאלות עקרוניות יותר, כמו למשל, מה מידת חובת זהירותו של אדם שכתוצאה ממעשהו גרם למותו של אדם אחר. בית המשפט פירש בעבר כי האחריות הפלילית על אדם שגרם למותו של אדם תוטל לא רק לפי כוונתו הפלילית בפועל אלא גם על חוסר כוונתו אם אדם סביר ממעמדו של הנאשם היה חייב לצפות. מבחן הזהירות נקבע אפוא לפי מבחן "האדם הסביר" - שהוא מבחן

נורמטיבי שהשופט קובע האם על אדם ממוצע לצפות כי מעשה שעשה יביא לתוצאה פלילית. קביעת "האדם הסביר" בתור נורמה מחייבת חלה על הנאשם אף אם בשעת מעשהו לא נתן בית-המשפט את דעתו לעניין.

ד. כיצד נוצרת נורמה משפטית?

ישנם שני מובנים לשאלה זו:

האחד - מה הסיבות שהביאה לחקיקתה של הנורמה המשפטית. השאלה היא היסטורית והתשובה נמצאת בעיקר מחוץ למקורות המשפט הפורמאליים (עיתונות, ספרי מלומדים, דברי-הכנסת, דברים שבעל-פה וכדומה). ניתן להסתמך על דברי ההסבר בהצעות החוק ובפרשנות הפסיקה אם כי הפרשנות אין בה תמיד "אמת היסטורית".

האחר - מה תוקפה המשפטי של הנורמה המשפטית? למה היא מחייבת אותנו? השאלה אינה היסטורית אלא משפטית. מדוע אנו חייבים לפעול כך ואין אנו רשאים לפנות אחרת. במובן זה לא מועילה היסטוריה כלום אלא רק ההשתלשלות המשפטית של מקורות המשפט. למעשה כל נושא משרה חייב לערוך לעצמו "חשבון נפש", מה היקף סמכותו? האם רשאי הוא לדרוש דרישה כלשהי מן החוק או לא. גם אדם הנזקק לשירותו של בעל תפקיד בכל מקום שהוא ראוי שיערוך "מעין אנליזה" מדוע הוא חייב לציית, לקבל או להסתמך על דעתו של בעל התפקיד. סמכותו של בעל התפקיד חייב להישען על נורמה משפטית גבוהה ממנו המסכה אותו. הוא הדין שהגוף שהסמך בעל תפקיד מסוים חייב להישען על סמכות גבוהה ממנה, וכן הלאה וכן הלאה. הנורמה הבסיסית ביותר של מדינת ישראל ומקור ההשראה לכל הסמכויות היא הכרזת העצמאות. ממנה נחקקו חוקים המסמיכים את הכנסת לחוקק חוקים. החוקים הסמיכו את השר הממונה להתקין תקנות. התקנות האצילו על גופים מסוימים להוציא נורמות והגופים שמונו מוסמכים להורות לבעלי התפקידים עצמם.

דוגמה: מרצה - הסנאט - מועצה להשכלה גבוהה - חוק ההשכלה הגבוהה - חוק יסוד: הכנסת - הכרזת מדינה. כל אחד חייב לפעול בתחום הסמכותו. מי שפועל בחריגה מסמכותו ניתן שלא לציית לו. ברור שאסור לגוף בלתי-מוסמך להציג עצמו כבעל סמכות.

לעיתים אנשים פועלים מכפל סמכויות שקשה להפריד ביניהם. לדוגמה: האם מסוגל רב לשלול תוקפם של נשואי תערוכת? התשובה לא פשוטה. לגבי רבנים שאינם דיינים ברור שאין בכוחם לעשות דבר לפי חוקי המדינה; אך הרבנים המשמשים כדיינים בבתי-הדין הרבניים הממלכתיים - לעתים כן ולעתים לא, ובעצם יש אפילו מחלוקת בין המשפטנים בעניין. כמובן שהמדובר לפי חוקי המדינה בעוד שלפי חוקי ההלכה התשובה היא ברורה שיש לאין נישואין שכאלו.

גם בשאלה האם הרבנות יכולה לשלול כשרות מזון בשל מופע לא צנוע, מופע נוצרי, חילול שבת, אינה שאלה של רק לפי הדין הדתי, אלא כיצד גוף ממלכתי כמו הרבנות חייב לפרש את המונח "כשרות". את הפירוש ייתן בג"צ, ובתי הדין הרבניים הממלכתיים יצטרכו אולי לאמץ השקפה אזרחית בעניין סמכותם לשלול תעודת כשרות מעבר לעניין הדתי.

ה. משפט עברי, הלכה, תורה שבעל-פה – ציוני דרך היסטוריים

אחר שהבנו בקווים כלליים מהי נורמה? ומהי נורמה משפטית? ומה בינה לבין נורמה שאינה משפטית, וכן שכל נורמה משתלשלת מנורמה משפטית גבוהה יותר, צריכים אנו להיכנס ללימוד נושא הקורס שלנו: המשפט העברי. אנו נתאר את רבדיו ואת תחולתו. קורס זה ימעט לעסוק בתכנים המהותיים של המשפט העברי

כשלעצמם, אלא יעסוק בעיקר במסגרת "המשפטית" של ההלכה היהודית ועל-כן מן הראוי לכנותו: מבוא למשפט העברי.

1. תולדתו של "המשפט העברי"

נקדים ונאמר שמבחינה מסורתית אין כל מקום למונח "משפט עברי", אלפי שנים השתמשו יהודים במשפט העברי ופסקו לפיו מבלי שיכנוהו כך, ואף לא ידעו על קיומו. גם היום אם תשוחחו עם יהודי חרדי שאינו משפטן ותטענו בנושא מסוים "שזאת עמדת המשפט העברי", הוא יגחך עליכם ויאמר "אין חיה כזו". אצלו קיים מונח אחר משמעותי יותר: "הלכה" או "דין תורה". "המשפט העברי" כמונח מקורו בהווה הלאומית של שנות העשרים של המאה ה-20, באסיפה שבו התכנסו כמה חוקרים אנשי שם בבית הכנסת במוסקבה והחליטו לייסד בירושלים מוסד למחקר ולחידוש המשפט העברי שישמש הכנה לפתיחתה של "פקולטה למשפטים באוניברסיטה הירושלמית". לשם כך הקימו את "חברת המשפט העברי", ואף הוציאו כתב עת בשם "המשפט העברי".

האנשים שעמדו בראש "חברת המשפט העברי" לא היו נמנים על האדוקים שומרי תורה ומצוות, אך בהגיגיהם חוזר המוטיב הידוע והלאומני במשהו, שכשם שיש לכל עם, והעם היהודי בפרט, זכות "להגדרה עצמית" משלו, כך גם המשפט שינהג במדינה היהודית חייב לקבל את הגדרתו העצמית ממקורות המשפט העתיק שלו. ואכן ברוח זאת פנו אנשי "חברת המשפט העברי" לחקר ההלכה היהודית, לא לשם ה"מחקר הטהור" – מחקר פילולוגי או היסטורי, אלא לשם מחקר יישומי – תכליתי, היינו: עיבודה של היצירה הדתית הגדולה של היהדות והתאמתה לצרכי המודרניים של עם המתחדש בארצו.

ואכן החייאת המשפט העברי והתאמתו לחיים המודרניים המתפתחים בארץ ישראל, עוררה קושי לא מבוטל: כיצד משלבים משפט עתיק בעל מסורת דתית עמוקה, ואף קנאית, של אלפי שנים עם חיים מודרניים שאינם מנוהלים בתפיסה דתית, לפי אורחות הדת וששופטיה אינם שומרי מסורת? אכן המחייבים מדברים על "פרוצס של הפרדת משפטנו מעל תורת המוסר והדת" ועל הכשרת המשפט הדתי היהודי "לקיום חילוני".

מני אז קיימים בין אנשי המשפט מחלוקת מהותית רבה בדבר הצורך להחיות את ההלכה היהודית ולהופכה ל"משפט עברי" כמשפט הלאומי של מדינת ישראל. מחלוקת זו חוצה מחנות שונים: דתיים וחילוניים. בין המחייבים את השמתה של ההלכה היהודית כ"משפט עברי", היו השופטים מנחם אלון וחיים כהן. בעוד שהשופט אלון בא מרקע ישיבתי ומחקר תלמודי ובאורח חייו הוא דתי, חיים כהן, היה בעברו בחור ישיבה, מזכיר צעירי אגודת ישראל בירושלים, ולאחר השואה, לטענתו, "מרד באלוהים" – שני האישים הללו הם תומכים נלהבים ביישומו של המשפט העברי באופן מושכל כמשפט הלאומי. שניהם לא רואים כל קושי בהפרדת ה"דת" מן ההלכה היהודית. מנגד השופט פרופ' יצחק אנגלרד וכן שופטים ועורכי-דין יראים ושלמים רואים בעיה רבה בהפרדת ה"דת" מן ההלכה היהודית. על הנימוקים בפרוטרוט ראו במאמרים של אלון ואנגלרד ברשימה הביבליוגרפית.

2. משמעות המונח "הלכה"

אם "המשפט העברי" היא המצאה של המאה ה-20, הרי ה"הלכה" או "דין תורה" הם המושגים שרווחו אלפי שנים בין היהודים כמעט בכל תפוצות ישראל. מהי אפוא "ההלכה"? ההלכה היא אפוא החלק הנורמטיבי של תורת ישראל. כלומר אותו חלק של התורה הקובע מה צריך שיעשה ומה אסור שיעשה, וכיצד צריך לנהוג בסיטואציה מסוימת. וזאת בניגוד לחלק האחר של התורה הכולל סיפורת, דברי חכמה ומוסר, הגות ותוכחה וכמובן היסטוריה ריאלית. חלק גדול זה מכונה פעמים רבות "אגדה".

אם נשאל מה היחס בין ה"הלכה" ל"אגדה", נראה כי ההלכה היא המצומצמת והאגדה – מתפשטת. הנה התנ"ך רובו המכריע אגדה ומיעוטו הלכה: ספר בראשית מכיל סיפורת רחבה ורק שתיים שלוש הלכות, ספר שמות – רובו אגדה; ספר במדבר – רובו המכריע אגדה וספר דברים – למעלה ממחציתו אגדה. ספרי נביאים וכתובים רובם המוחלט ביותר הוא אגדה. אף ההלכות של הכהנים בספר יחזקאל נשמעים כסיפורת ולא כהוריה. אך אם נשאל יהודי שומר מצוות מה יותר משמעתי בעיניך? הלכה או אגדה? התשובה תהא ברורה ביותר: ההלכה. "אין למדין מן ההגדות" נאמר לא פעם במקורות. כלומר, אין סיפורי הנביאים, הניסים שעשו, התנהגויות שנהגו מחייבים את המאמין, וכמובן שאסור לו ללמוד מהם הנהגה מעשית. "נקמתו" של שמשון בפלישתים; "מעשי" המשונים של דויד וכן "מתירנותו" של שלמה עם נשיו, ועוד ועוד – לא ניתן ללמוד מהם דבר. בהמשך נראה כי חכמי ההלכה "מתרצים" לא פעם ולא פעמיים את סיפורי המקרא, כמו השאלה כיצד מכרו בני יעקב את יוסף אחיהם? ומדוע לא ספרו לאביהם את האמת כאשר "מאן להינחם"? כיצד אסתר הפכה למלכה במקום ושתי הרי יהודיה אינה יכול להינשא לגוי ואף להיבעל לו אינה רשאית? אם כבר הזכרנו את אסתר, הרי חג שלם וחשוב בא בעקבות מעורבותה – הוא חג הפורים. בתנ"ך קיימת "מגילת אסתר" שבו מסופרת עלילה שלמה על מלך פלגמט, עוזר אנטישמי ועל "נערה בתולה". הנס מרשים. אך היהודי שומר תורה ומצוות מייחס חשיבות רק לשני פסוקים מתוך המגילה: האחד "הדברים האלה נקראים ונעשים" – חובת מקרא מגילה; "משלוח מנות איש לרעהו ומתנות לאביונים". משני הפסוקים הללו בלבד צמחו הלכות רבות בעניין חג הפורים, כששאר הפסוקים הם רק תפאורה מליצית לעצם החיוב. בתלמוד מובא כי חובת קריאת המגילה לא באה בשל הכרת הטוב על נס ההצלה ועל הסתכנותה של אסתר למען עם ישראל מפני גזרת המן "צורר היהודים", אלא רק בשל קביעת חכמים להלכה כי חייבים לחוג את החג. אסתר המלכה, לפי המסופר שם, לא סמכה על הזיכרון הקולקטיבי של עם ישראל וחששה שמא יצוצו היסטוריונים "חדשים" "מכחישי הנס" ועל-כן כתבה ושלחה לחכמי הסנהדרין שישבו בישראל: "כתבוני לדורות", והם, החכמים, התחבטו אם אין בכך איסור דתי של "בל תוסיף" שמשמעו שאסור להוסיף ציוויים דתיים מעבר לכתוב בתורה, ורק לכשנקבע על ידי הסנהדרין חיוב לקרוא מגילה, לשלוח מנות ולתת "מתנות לאביונים" לדורות הפך חג הפורים למחייב. האמת היא שבדורנו ישנם כמה חוקרי מקרא והיסטוריונים שומרי תורה ומצוות המקיימים את הלכות חג הפורים קלה כבחמורה, אף שהם מפקפקים ב"היסטוריה" התנכית.

אך לא רק שהחלק הנורמטיבי בתנ"ך הוא מועט ביחס לחלק ה"אגדה", אלא שהוא סתום ואינו מובן. משל, קבלנו מכשיר חדש מן היצרן ללא הוראות הפעלה. אבל זה לא הכל. לפעמים כשאנו מפעילים את המכשיר מיד מתנצנצת לה הוראה דיגיטלית "נא לפנות למוקד תמיכה" עם מספר טלפון או כתובת אינטרנטית. הנמשל, שגם מתוך פסוקי המקרא מזדקרת ועולה הפנייה לאיזה שהוא "מוקד תמיכה" שיבהיר וינהיר, מה ואיך לעשות. לדוגמא: בתורה אלוהים מעיד על אברהם (בראשית, יח, יט): "כי ידעתיו למען אשר יצווה את בניו ואת ביתו אחריו ושמרו דרך ה' לעשות צדקה ומשפט" מהי "דרך ה'"? אין לו זכר במקרא עצמו והכוונה לאיזו מסורת חיצונית בעל-פה שמסבירה מהי "דרך ה'".

בספר שמות (כא, ח-יב) מובא עניינה של האמה העבריה. זו אותה בת קטנה שאביה מוכר לשפחות, אבל יכול אדונה לקדשה ולהשיאה או לו או לבנו. וכך נאמר: "...אם לבנו ייעדנה כמשפט הבנות יעשה לה". מהו "משפט הבנות"? לא נזכר זהו נוהג המצוי וידוע בסביבת המקרא.

בספר דברים (כד, א-ד) מוזכר עניינה של אישה שהתגרשה מבעלה ונישאה לאחר. לאחר שבעלה השני מת או גרש אותה "לא יוכל בעלה הראשון אשר שילחה, לשוב לקחתה להיות לו לאישה". אבל כיצד משלח הבעל הראשון את אשתו? בתורה נאמר: "וכתב לה ספר כריתות ונתן בידה ושלחה מביתו". מהו "ספר כריתות"?

כלומר יש נוסח ברור של "ספר כריתות" אלא שהיא מסורת המצויה מחוץ למקרא, בסביבותיו, ולא במקרא עצמו.

היגדים שלמים במקרא אינם מובנים: על הרבה נורמות כתוב "מות יומת" (כיצד ממיתים?) "ובערת הרע מקרבך" (כיצד "מבערים"?); "כי יהיה ריב בין אנשים ונגשו אל המשפט ושפטום והצדיק את הצדיק והרשעו את הרשע" (כיצד מצדיקים? כיצד מרשעים? על סמך מה אדם אחד "צדיק" והשני "רשע"?); "ויעשו להם ציצית על כנף פתיל תכלת" (מהי "ציצית"? מהו "כנף"? "תכלת"?); "וקשרתם לאות על ידכה ולטטפת בין עינך" (מה קושרים? באיזה צבע? רק "ריבוע"? מה זה "בין עינך"? כל אלו המקראות הסתומים מצביעים בעליל על מסורת פרשנית קדומה שליוותה את הטקסט המקראי.

הנה הציווי בתורה הבא יכול לאלפנו בינה: בתורה נאמר: "ולקחתם לכם ביום הראשון (של חג הסוכות) פרי עץ הדר, כפת תמרים וענף עץ עבות וערבי נחל". זוהי מצוות "ארבעת המינים" שהרבה יהודים מתפרנסים ממנה בשופי. והנה לגבי שלשה מהם – לולב, הדס וערבה – אין בעיה בזיהוים, אך מה זה "פרי עץ הדר"? כמה מחוקרי התנ"ך מזהים שזה "עץ זית" שנקרא בכמה מקומות "הדר". מה עוד שספק אם היו פירות עצי הדר בתקופת התנ"ך הקדומה. והנה חכם מחכמי התנאים שקרוי (שמעון) בן-עזאי, שחי בתקופת תנא ידוע יותר בשם רבי עקיבא (על בן עזאי מסופר שלא נשא אישה כל חייו, וכשהוכיחו אותו אמר: "מה אעשה ונפשי חשקה בתורה") מזהה את "פרי עץ הדר" כאתרוג: והנה הסברו: "אל תקרי הדר, אלא אידור, שכן בלשון יווני קורים למים אידור (*hydro*). ואיזה הוא שגדל על כל מים? הווה אומר זה אתרוג". הנה הביאור הוא בגלל הדמיון האטימולוגי לשפה היוונית. קשה להניח שהתנ"ך ביצירתו היה מושפע ממילים יווניות, ועל כן באו חכמים מאוחרים יותר וניסו לומר שהדרשה היא רק אסמכתא וכי לקיחת האתרוג היא קבלה קדומה בעל-פה שאין לה עיגון בכתוב במקרא עצמו. מסורת קדומה זו מכונה בהרבה מקומות "הלכה למשה מסיני".

3. "תורה שבכתב", "תורה שבעל-פה" - מהם?

כפי שהבחנו ישנם שני מקורות ראשיים. ספר התורה הכתוב המכיל חמשת חומשי תורה: בראשית, שמות, ויקרא, במדבר ודברים וזוהי – "תורה שבכתב"; והמסורת היהודית שאינה כתובה בספר התורה היא במקורה נמסרה מפה לפה ללא תיעוד בכתב והיא המכונה – "תורה שבעל-פה".

אף שספר התורה נראה לנו אי יציב בתוך המולת החיים, וספר התורה עם ספרי הנביאים (יהושע, שופטים, שמואל, מלכים, ישעיהו, ירמיהו, יחזקאל, תרי עשר [=הושע, יואל, עמוס, עובדיה, יונה, מיכה, נחום, חבקוק, צפניה חגי, זכריה מלאכי]) וספרי הכתובים (תהלים, משלי, איוב, חמש מגילות [=שיר השירים, רות, איכה, קהלת ואסתר] איוב, דניאל, עזרא, נחמיה ודברי הימים) מקיים את ספרי המקרא המכונה תנ"ך – "ספר הספרים הנצח" של עם ישראל, מבחינה היסטורית היו תמורות רבות בתהליך "הרכבת" ספרי המקרא. לצד הספרים המכונים "כתבי הקודש" היו ספרים רבים שרווחו בתקופת המקרא ולאחר מכן. הנה בספר במדבר נזכר "על כן יאמר בספר מלחמות ה'" – כלומר יש ספר "מלחמות ה'", ספר זה היכן הוא? בספר דברי הימים מוזכר ספר המכונה "דברי הימים למלך דויד" היכן ספר זה? בתקופת בית שני אנחנו מוצאים ספרים "ספר היובלים" "ספר בן סירא" ואחרים. ספרים אלה שמנינו למרות קדמותם אינם נמנים על ספרי התנ"ך. תהליך "הקדשת" ספרי התנ"ך והפיכתם ל"כתבי הקודש" נקרא "קנוניזציה". כלומר הייתה הכרעה שחלק מן הספרים הם שייכים לתנ"ך, היינו, ל"כתבי הקודש" וחלק – לא. אלו שלא נכנסו ל"כתבי הקודש" הפכו להיות יחד עם ספרים אחרים, מאוחרים יותר, לאוסף של "ספרים חיצוניים". כמובן שחלק מן הספרים שהוצאו מן הקאנון אבדו ואין לנו זכר מהם, חלקם נשתמרו בשפות זרות בלבד, בעיקר ביוונית, ותורגמו במאה הקודמת לשפה העברית.

אך גם הספרים שהפכו ל"כתבי הקודש" עצמם לא היו נקיים מספקות ועל חלק מהם, כמו ספר יחזקאל, שיר השירים, קהלת, משלי ואסתר נאמר שההכרעה בהם אם לשייכם לתנ"ך, הייתה קשה והיו מי מחכמי התנאים והאמוראים שקראו שלא לכלול אותם ב"כתבי הקודש". על-כך נעמוד בהמשך.

מעבר למקרא הכתוב אמרנו שהייתה נוכחות של מסורת שאינה כתובה שביארה את הכתוב, תמכה והוסיפה מעבר לכתוב. אך מימיהם של "בני הגולה" בתקופת "עולי ציון" של ראשית הבית השני, אנו מוצאים העצמה של המסורת שבעל-פה. לפי הכתוב בספר עזרא, עלה עזרא הסופר (=סופר, כותב ספרי תורה; =מתורגמן של כתבי הקודש מעברית לארמית) לירושלים "כיד אלוהיו הטובה עליו; כי עזרא הכין לבבו לדרוש את תורת ה' ולעשות וללמד בישראל חוק ומשפט" (עזרא, ז, ט-י). הנה עזרא מכין "חוק ומשפט" באמצעות "דרישה". לאחר מכן קוראים ראשי העם לכל העם לאסיפה התקיימת בירושלים בעיצומו של חג ראש השנה, ושם מצווה עזרא הסופר: "להביא את ספר תורת משה אשר צוה ה' את ישראל". ועזרא הסופר קורא לפני העם: "על מגדל עץ אשר עשו לדָבָר... היינו, כשהוא עומד על "מגדל עץ" ושם בהמשך מתואר: "ויפתח עזרא הספר (=ספר תורה) לעיני כל העם, וכפתחו (=בשעה שפתחו) עמדו כל העם... היינו, הקריאה, מתוך ספר התורה. אך זו לא הייתה סתם קריאה, אלא הכתוב מבאר: "ויקרא בספר בתורת האלוהים מפורש ושום שכל, ויבינו במקרא". (נחמיה, ח, ט). היינו, עזרא לא רק קורא, אלא "מבין", וכיצד בא לידי בינה במקרא? על ידי טכניקה של "מפורש ושום שכל". כלומר לא הקריאה הפשוטה היא העיקר, אלא הבינה, והבינה באה באמצעות "פירוש". אבל הפירוש אינו טכני או פילולוגי אלא של "דרישה" היינו פרשנות תכליתית לשם השגת מטרה מסוימת, פתרונה של בעיה שהתעוררה ואין בכתוב במקרא כפשוטו משהו שיכול לענות. באמצעות "המדרש" אפוא מפקיעים את הפסוק שבתורה מאופיו הפשוטני והלשוני הלאקונית ונותנים בו כוונה פנימית שאינה משתמעת על פניה, והכל בכדי להוציא מהפסוק הלכה חדשה. זוהי בעצם אינטרפרטציה יוצרת.

ואכן מאז עזרא הסופר היה לימוד התורה נעשה באמצעות של "מדרש". היינו, היו קוראים פסוק במקרא, ו"דורשים" אותו, היינו, היו לומדים ממנו כדי "להוציא ממנו הלכות חדשות". מאחר שלא היו אז ספרים במובן של היום כמו "חומשים", היו קוראים את פסוקי התורה מתוך ספר התורה עצמו והיו "דורשים" כלומר מוציאים ממנו "הלכות", כלומר נורמות משפטיות. דרך זו של לימוד ופרשנות נקראה בקיצור "מדרש הלכה". לימוד זה של פסוק מתוך ספר התורה שבכתב היה מלווה תמיד בפירוש יצירתי, לימוד של "דרשות" היה נעשה בעל-פה ולא הועלה בימים קדומים על הכתב. מאוחר יותר משהועלתה התורה שבעל-פה על הכתב הפכו אותם קטעי "דרשות" שנמסרו בעל-פה להיות טקסטים המכונים "מדרשי הלכה". רבים מהם אבדו ואלו שנשארו משמרים בתוכם את צורת הלימוד הזו שה"תורה שבעל-פה" העוקבת באדיקות, פסוק אחר פסוק, אחר ה"תורה שבכתב".

דוגמה אחת המוכרת לרבים שנשתיירה היא הדרשה על הפסוק ב **דברים, טז, 3**: "למען תזכר את יום צאתך ממצרים כל ימי חיך". וכך מדרש ההלכה המוזכר גם **בהגדה של פסח**:

"אמר רבי אלעזר בן עזריה: הרי אני כבן שבעים שנה ולא זכיתי שתאמר יציאת מצרים בלילות. עד שדרשה בן זומא: "ימי חיך" – הימים; "כל ימי חיך" – הלילות. וחכמים אומרים: "ימי חיך" – העולם הזה; "כל ימי חיך" – להביא לימות המשיח.

כהסבר לחיוניותו של "מדרש ההלכה" נביא דוגמה מודרנית מעין "מדרש חקיקה" ישראלי שנעשה על ידי שופטי בית המשפט העליון. מאז תחילת שנות השישים עסקו רבים בשאלה מי הוא הזכאי לפי חוק השבות, התש"י-1950, לעלות ארצה ולקבל אזרחות "אוטומטית", האם רק מי שההלכה מכריזה עליו כיהודי או גם מי שבעיני ההלכה האורתודוקסית אינו נחשב כיהודי. לאחר מספר פרשות שנידונו בבית המשפט, שאין עניין כאן, נקבע "כי לעניין חוק זה, "יהודי" - מי שנולד לאם יהודיה או שנתגייר, והוא אינו בן דת אחרת". הסיפא מלמדת אותנו

אפוא כי ייתכן ש"יהודי" לפי ההלכה לא יהא זכאי לעלות לפי חוק השבות, אם הוא "בן דת אחרת". הדבר היה מקובל אז על הציבור בישראל כי אדם כמו האח דניאל רופאייזן, יהודי מלידה שהמיר דתו בנסיבות מיוחדות של השואה, לא יהיה זכאי אפוא לאזרחות מכוח חוק השבות, בשל הצטרפותו לכנסייה הקתולית. אך בפרשת **שליט נ' שר הפנים** התעוררה השאלה בדבר זכאותה של אישה הנשואה ליהודי מלידה ושילדה לו ילדים. אישה זו התגיירה שלא לפי ההלכה האורתודוקסית. דעת המיעוט למדה "גזירה שווה" מחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953 שקבע כי "עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם הייחודי של בתי דין רבניים" והרי שם ברור כי כוונת המחוקק היא להקנות סמכות לבתי הדין הרבניים רק על אותם אנשים המוכרים לפי ההלכה האורתודוקסית כיהודים, וכי כל מי שאינו "יהודי" לפי ההלכה האורתודוקסית לא תהא לבית הדין הרבני האורתודוקסי כל סמכות לדון בעניינו. המחוקק מונע אפוא "השלטת" בית הדין הרבני האורתודוקסי על מי שאינו יהודי לפי ההלכה האורתודוקסית, כשם שהוא מונע השלטת סמכות בית הדין הרבני על מי שאינו יהודי כלל. מאחר שכך, גם חוק השבות יפרש את המונח "יהודי" באותו אופן. זו הייתה דעת המיעוט, אך הרוב מבין השופטים בהרכב המורחב, סבר לחלק בין המובן ה"יהודי" של חוק שיפוט בתי דין רבניים שמטרתו להחיל את דיני הנישואין והגירושין הדתיים על כל מי שבא בשערו, כפי שנאמר שם: "נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה", לבין חוק לאומי שמטרתו להכיר בזהות יהודית ללא עניין דתי בהכרח ועל-כן גם אדם שהתגייר בגיור קונסרוטיבי או ריפורמי נחשב כ"יהודי". ניתן אפוא לראות בפרשנות היצרית של המונח "יהודי" בחוק השבות מעין "מדרש הלכה" היינו הסקת משמעות שונה מהמילה המפורשת. לדעת הרוב בפרשת שליט, ניתן להוכיח כי "יהודי" בחוק השבות אינו רק "יהודי" לפי ההלכה האורתודוקסית מסעיפי חוק השבות עצמם המעניקים אזרחות אוטומטית, גם לילד ולנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבן-זוג של ילד ושל נכד של יהודי" אף על פי שהם בוודאי אינם יהודים.

"דרישת" הפסוקים כדי להסיק ממנה הלכה חדשה יוחסה לפי חכמים, כבר לפני עזרא הסופר, ממש כהלכה מקראית. הנה הפסוקים בספר **דברים, טז, ח - י**:

"כי יפלא ממך דבר למשפט, בין דם לדם בין דין לדין ובין נגע לנגע, דברי ריבת בשעריך, וקמת ועלית אל המקום אשר יבחר ה' אלהיך בו. ובאת אל הכהנים הלויים ואל השפט אשר יהיה בימים ההם, ודרשת והגידו לך את דבר המשפט. ועשית על פי הדבר אשר יגידו לך מן המקום ההוא אשר יבחר ה' ושמרת לעשות ככל אשר יורוך."

נדרשה במשנה **סנהדרין, יא, ב**:

...שלושה בתי דינים היו שם: אחד יושב על פתח הר הבית, ואחד יושב על פתח העזרה, ואחד יושב בלשכת הגזית. באים לזה שעל פתח הר הבית, ואומר: כך **דרשתי** וכך **דרשו** חברי, כל למדתי וכך למדו חברי. אם שמעו אומרים להם; ואם לאו, באין להם לאותן שעל פתח העזרה, ואומר: כך **דרשתי** וכך **דרשו** חברי, כך למדתי וכך למדו חברי. אם שמעו, אומרים להם; ואם לאו, אלו ואלו באים לבית דין הגדול שבלשכת הגזית, שממנו יוצאת תורה לכל ישראל ...

5. התפתחותה של התורה שבעל-פה

מסורת הלימוד שהתעצמה בתקופת עזרא הסופר הלכה ונמשכה מאז והייתה אבן הראשה במה שנקרא "לימוד התורה". אם רצה אדם או ציבור לדעת את צו אלוהים הכתוב בתורה היה הולך לחכם התורה והוא היה "דורש" את הפסוק כעין חומר ומוציא ממנו הלכות חדשות. חיי הדת נוהלו בקהילה היהודית של תחילת ימי בית שני על-ידי שלטון אוליגרכי באמצעות "מועצת הזקנים" בראש מועצת הזקנים עמד הכהן הגדול ממשפחת צדוק.

לאט לאט התפתחו פה בארץ ישראל שלוש מסורות של תורה שבע-פה. יוספוס פלאוויוס (הוא יוסף בן מתתיהו ממשפחת כוהנים שנמנה בהתחלה מראשי המורדים, ולאחר מכן מסר עצמו לרומאים והפך להיות סופר חצר רומי הכותב על היהודים) כותב בספרו "מלחמות היהודים" כי היו כאן שלוש כתות: הצדוקים, הפרושים והאיסיים. כדי לקרב את עולם היהדות לקוראיו הרומאים וההליניסטים שָׁוה יוספוס פלוויוס את הכתות הללו לאסכולות פילוסופיות שפעלו היוון העתיקה.

לענייננו, לכל כת הייתה מסורת משלה. הצדוקים היו המיוחסים בעם והשתייכו למעמד הכוהנים. בני אותה כת טענו כי הם המסורת האמיתית של היהדות, אם כי רבים מהם נמשכו אחר תורת יוון ולסמלים החיצוניים של תרבותם. לדעתם היה צריך לכתוב כל חוק שהוא מחוץ למסגרת המקראית. חוק שהוא "בעל פה" בלתי כתוב – אינו מחייב. כך היה נהוג במושבות ההליניסטיות, לכתוב חוקים ולאייין תוקפו של כל חוק שאינו כתוב. מסורת שלהם שהועלתה על כתב נקראת "ספר הגזרות".

כנגדם, הפרושים היוו את רוב המעמד הבינוני והנמוך נוהלו על-ידי חכמי הפרושים. מסורתם הייתה בעל-פה ואפילו היה איסור דתי להעלותו על הכתב. רוב העם נהה אחריהם, ויוספוס פלאוויוס מתאר את כוחם של החכמים והשפעתם על רוב העם. הם היו "דורשים שלום לכל העם" לעומת הצדוקים ש"קשים לאחיהם ומקבלים את פני חבריהם בכעס כאלו היו נוכרים עליהם". יוספוס מציין ש"כל כך גדול כוחם אצל ההמון שאפילו אומרים דבר שהוא נגד המלך ונגד הכהן הגדול מיד מאמינים להם". האיסיים, היו קבוצות של מתבודדים, הם פרשו מפולחן בית המקדש וראו עצמם "בני אור" הנלחמים עם "בני החושך". – הם הרשעים מכתות אחרות.

נביא כמה מסורות חלוקות של הכתות הללו.

1. שאלת הבחירה החופשית: בעוד שהצדוקים כפרו בתחיית המתים ובמושג של הישארות הנפש כחלק מן השכר והעונש, הפרושים ראו באמונה בעולם הבא ובהישארות הנפש עיקר העיקרים. בתלמוד נזכר שמי שכופר בתחיית המתים ובעולם הבא הוא עצמו נחשב כופר בעיקר ואין לו חלק בעולם הבא. מתוך התלמודים אנו מבינים את הפולמוס העקרוני בעניין. כך גם עולה מכתבי הברית החדשה.

יוער כי התלמודים הם דבריהם ותורתם של חכמי ישראל הפרושיים ותורתם – התורה שבעל-פה היא לפי המסורת הפרושית. דא עקא, לפעמים מופיעים כתבי פולמוס שונים בין צדוקים לפרושים ומתוך הדברים ניתן ל"שחזר" את עמדת הצדוקים.

2. "וספרתם לכם ממחרת השבת" – מה זה? בתורה אין תאריך קלנדרי לחג השבועות אלא תאריך תלוי נעלם "חמישים יום מיום הביאכם את עומר התנופה". אך חמישים יום מתחילים "ממחרת השבת" והשאלה למה הכוונה האם למחרת החג הראשון של פסח, כפי שסברו הפרושים, או – כפי שסברו הצדוקים - למחרת השבת (הרגילה) הבאה לאחר חג הפסח (כמו שנהוג כיום בארצות מערביות יום א' הראשון לחודש מסוים). מחלוקת זו לא נפתרה ומאחר שהחגים הלכו לפי תיארוך השנה היהודית שהוא לפי מולד הירח, עליו מעידים עדים לפני הסנהדרין בטקס המכונה "קידוש החודש" - היו הצדוקים עושים כל דבר כדי לשכנע את חכמי הפרושים לקבוע את חודש ניסן ביום שמוצאי החג יהא מ"ממחרת השבת". כשראו חכמי הסנהדרין הפרושיים את מעשי הרמאות התקינו תקנה שאין מקבלין עדות אלא מפי המכרים. ואם לא מכירים את העד, הוא העד, חייב להביא עדים מוכרים שיעידו על כשרותם.

3. ניסוך המים בחג הסוכות: בתורה נזכר כי ליד מעשה הקורבנות יש חובה להקריב "נסך יין" (למעט קרבנות חטאת) את הנסך היו שופכים בתוך חור מיוחד ברחבת המזבח. אך חכמי הפרושים הביאו מסורת שבעל-פה שבחג הסוכות יש להקריב "נסך מים". הצדוקים לא ראו בזה כל מצווה אלא בקשה טורדנית. מאחר שהכוהנים

היו צדוקים היה חשש שהכהן לא יעשה נסך מים ולכן כל כהן שעמד לנסך מים על המזבח היו אומרים: הגבה ירך, שפעם אחת ניסך אחד על רגליו ורגמוהו כל העם באתרוגיהם".

4. ריבוי נשים: בתורה אין איסור על אדם לשאת יותר מאישה אחת. רק המלך מוגבל לשאת עד שמונה-עשרה נשים, אך ההדיוט, שאינו מלך, יכול לשאת כמה נשים שהוא רוצה ובלבד שיספק לכל אישה את "שארה כסותה ועונתה". בכלל זה חייב לספק לכל אישה מנשיו מדור (=מגורים) נפרד (אסור לגור בהרמון). צריך ל"אזן" את התמונה כי לפי ההלכה היהודית המלך מותר בפילגשים, ואילו ההדיוט, לפי רוב שיטות הראשונים, אסורות לו בכלל. הפילגש היא אישה המיועדת לאיש מסוים אך מבלי ה"זכויות הסוציאליות" שלה, היינו חיובי המזונות והכתובה למיניהן.

מהיכן נלקח המספר שמונה עשר? מדויד המלך. כלומר, במקרא אין אנו מוצאים אישים רבים שיש להם יותר מאישה אחת. במדרש אף נאמר, שכשם שלאדם הראשון הייתה אישה אחת היא חווה, כך צריך לנהוג כל בן-אנוש. הבעיה מתחילה עם אישים מפורסמים שהמקרא מעיד עליהם שנשאו כמה וכמה נשים. על יעקב מאבות האומה, שנשא ארבע נשים שתיים מהן אחיות (דבר שהוא לפי התורה בספר ויקרא באיסור כרת) כבר נאמר ש"אין למדין קודם מתן תורה". היינו ההתנהגות של אבות האומה לא הייתה על-פי ההלכה היהודית ממש, שכן עד אז לא ניתנה התורה. במדרשים מדגישים כי לכל בן של יעקב, שלימים היה שבט ישראל, נולדה אחותו עימו ולה נישא. גם דינה שנולדה עצמאית ושנאנסה על ידי שכם בן חמור, נישאה לשמעון אחיה. לעומת אבות האומה שמלפני מתן תורה, מלכי ישראל, השופטים והנביאים כולם נהגו כיהודים מאמינים ושמרו את התורה כולה, על-כן אם דויד המלך נשא בימי חייו שמונה עשרה נשים סימן שהדבר מותר על-פי ההלכה. התלמוד מביא דרשות שונות שאין להם מקום בכתובים כפשוטם. אך חכמי הלכה הפרושים לא ראו בנשות דויד המלך המרובות כל מכשלה (אחת מהן הייתה אשתו של מלך נכרי שנלחם בישראל ודויד המלך שכבש אותו ואת ארצו לקח אותה ממנו בתורת "אשת יפת תואר" והוליד ממנה בת בשם תמר). אפילו מעמדה של אבישג השונמית שיעצו לדויד לקחתה שתהיה עימו "וחם לאדוני המלך", דן התלמוד האם הייתה נשואה לדויד או פילגש עימו ותולה את הפיתרון לשאלה בשאלה אחרת: האם כשאבישג שימשה את המלך היו לו 18 נשים או שכבר התאלמן מאחת מהן? עד כאן המסורת הפרושית באשר לריבוי נשים ומעמד המלך

אך חיבור אנונימי בשם "באי הברית החדשה בארץ דמשק" המכונה בלשון החוקרים "ברית דמשק", שנתגלה בגניזה הקהירית ולימים נתגלו לו מקבילות במגילות הגנוזות בקומראן ובנחל חבר, מייצג את ההלכה שרווחה בכתות ים המלח לגבי "תורת משה". לדעת מחבר "ברית דמשק" מתנגדיהם של בני כיתתו (הכוונה לפרושים) "נתפסים בעוון זה" – היינו בחטא של ריבוי נשים. "ועל הנשיא?" ממשיך בעל ברית דמשק ושואל: האין דויד נשא יותר מאישה אחת הרי כתוב "לא ירבה לו נשים"? עונה הוא: "ודויד המלך לא קרא בספר התורה החתום אשר היה בארון, כי לא נפתח בישראל מיום אלעזר ויהושע".

אם ניקח בחשבון שכתות ים המלח השפיעו על כתות שונות איזוטריות כמו של יוחנן המטביל שהשפיע על ישו והנוהים אחריו, הרי לנו מקור בלתי אמצעי למונוגמיה הנוצרית.

ו. מקורותיה הספרותיים של התורה שבעל-פה

[נלמד במשך סמסטר א והסטודנטים נבחנו עליו. אינו בחומר המבחן הסופי.]

ז. מקורותיה המשפטיים של התורה שבעל-פה

כל שיטת משפט יש לה מקורות ספרותיים מיוחדים לה. אם ניקח את שיטת המשפט הישראלית הרי שהמקורות הספרותיים שלה (רשומות, פד"י, מאמרי מלומדים, תקליטורים) אינם זהים כלל מבחינת תוכנם

וצורתם לשיטת המשפט האנגלי ואלה שונים מן שיטת המשפט במדינת ניו-יורק, למשל. אך כאשר מדובר במקורות המשפט יש כמעט זהות בין שיטות המשפט השונות: בישראל כמו באנגליה או בארצות הברית יש חקיקה, פסיקה, מנהגים, תקדימים וכן היגיון משפטי. אך גם שיטת המשפט העברי המבוססת על הלכות עתיקות קיימים מספר מקורות הזוהים לשיטות המשפט המודרניות שמנינו. המקורות הם:

1. המדרש 2. הקבלה 3. התקנות והגזירות 4. המנהג 5. המעשה והתקדים 6. הסברא

1. המדרש

סוג היצירה הראשון במעלה ודיברנו לעיל על התפתחותו בימי עזרא הסופר. המדרש אינו ביאור מילולי או לקסיקוני אלא דומה למושג *interpretatio* המוכר והחביב מן המשפט הרומי. היינו, חדירה לתוכן הפנימי של הכתוב כדי להוציא משם פתרונות לבעיות חדשות המתעוררות שאין להם פתרון בטקסט הגלוי. אמרנו שמאז עזרא הסופר והמשך בימי חכמי בית שני, ולאחריהם בימי התנאים והאמוראים נהגו להתבונן בפסוקי התורה ו"לדרוש", אך חכמי ישראל ייחסו את ה"דרישה" בפסוקים למצווה הכתובה בגלוי בתורה. את הפסוק בספר דברים (טז, ז): "כי יפלא ממך דבר למשפט, בין דם לדם ובין נגע לנגע דברי ריבות בשעריך. וקמת ועלית אל המקום אשר יבחר ה' בו ובאת אל הכהנים הלוויים ודרשת והגידו לך את דבר המשפט" ביארו כך במשנה (סנהדרין, יא, ב): שלשה בתי דינין היו שם (בירושלים). אחד יושב על פתח הר הבית; ואחד יושב על פתח העזרה; ואחד יושב בלשכת הגזית. באים לזה שעל פתח הר הבית ואומר: כך דרשתי וכך דרשו חברי. אם שמעו אומרים להם, ואם לאו באים להן לאותן שעל פתח העזרה... היינו על-ידי "הדרישה" פותרים ספקות הלכתיים.

ה"דרשנות" של הפסוק אינה קפריזה אלא לפי מתודות מסוימות הנקראות "מידות", "דרישת" התורה היא לפי "המידות שהתורה נדרשת בהן". "מידות" הכוונה לדרכי פרשנות. כמה "מידות" הן שהתורה נדרשת בהן? ישנן כמה אסכולות הן לגבי מספר המידות והן לגבי תוכנן. שני בתי מדרש מפורסמים היו בזמן התנאים: דבי רבי ישמעאל (=בית רבי ישמעאל) ודבי רבי עקיבא (=בית רבי עקיבא). בכל אחת מהן דרשו את התורה, אבל יש הבדלים בין המתודות של הדרישה. למשל, רבי ישמעאל ובית מדרשו סברו ש"דברה תורה בלשון בני אדם". כלומר לא כל אמירה בתורה יש לה משמעות מיוחדת, לפעמים מילה חוזרת ומודגשת ללא שום כוונה מיוחדת. זהו הוא טיב השיח האנושי, לחזור ולכפול מה שכבר נאמר. על-כן אלוהים שנתן את התורה לבני האדם נתן בלשון שבינו אותה גם הוא חזר על מילים ללא כל צורך אמיתי. לא כן רבי עקיבא, הוא היה סבור שהתורה היא מדברת לא בלשון בני אדם ויש להבין כל מילה ומילה. הוא, רבי עקיבא, דרש כל אות ואות, כל תג ותג וכל קוץ וקוץ, כלומר, חיפש משמעות מיוחדת לכל מילה ומילה. גם מספר "המידות" שנוי במחלוקת: לפי רבי ישמעאל יש "שלוש עשרה מידות שהתורה נדרשת בהן" ולפי רבי עקיבא יש מעבר לכך (שלושים ושתיים). אך מעבר לטכניקה של "המידות" יש כאן רצון להגיע באמצעות "הדרשנות" לפיתרון מעשי של בעיה. אחת הדוגמאות הידועות (מסעודת ליל הסדר שם קוראים את ה"הגדה") היא אמירתו של רבי אלעזר בן עזריה שאמר:

"הרי אני כבן שבעים שנה ולא זכיתי שתיאמר יציאת מצרים בלילות עד שדרשה בן זומא: שנאמר 'למען תזכר את יום צאתך ממצרים כל ימי חיך': 'ימי חיך' – הימים; כל ימי חיך הלילות. וחכמים אומרים: 'ימי חיך' – העולם הזה; כל ימי חיך' – להביא לימות המשיח".

נראה אפוא שהדרשנות באה לפתור ספק שהתעורר במציאות דרך "דרישת הפסוק". אך השאלה היותר עמוקה מה קדם למה? או במילים אחרות האם המדרש "יוצר" (=קונסטרוטיבי, בלשון משפטית) נורמה חדשה? או שמא המדרש "מקיים" "מצהיר" (=דקלרטיבי) על נורמה קדומה שרווחה בעם ומאושש אותה מן הפסוק? האם

חכמי ישראל נשאלו שאלה ואז הלכו לפתור בעיה **ותוצאת הדרישה** היא יצירת נורמה משפטית מחייבת שלא הייתה קיימת עד אז; או שמא הייתה מסורת קדומה בעל-פה ובאו חכמים ו"גילו" לה מקור מפסוק בתורה? בעניין זה יש מחלוקת בין חכמי ההלכה וכן בין חכמי המחקר התלמודי והרבני: דעתם של מרבית הרבנים וחלק נכבד של החוקרים כי "המדרש יוצר", אבל חכם הלכתי בשם ר' יצחק אייזיק הלוי, בעל ספר "דורות ראשונים" סבור כי כל הדרשות הן רק "אסמכתאות" להלכה קדומה שרווחה אז, הא ותו לא מידי. היו חוקרים אחרים שראו את מקומה של הדרשה כעניין של תקופה. הייתה תקופה שהמדרש אכן "יצר" הלכות חדשות, והייתה תקופה שהמדרש רק העניק "אסמכתא הגונה" להלכה רווחת שהייתה שגורה בעם.

ניתן כמה דוגמאות ל"מידות" ולתפקידן:

גזירה שווה

מידה זו היא אחת מן המידות האנלוגיות, היינו היקש, שבה אנו מקישים מעניין אחד לעניין אחר על פי הדמיון הצורני

כדוגמא לשאלה כיצד מתבאר הפסוק בספר **דברים, כד, א**: "כי יקח איש אשה ובעלה...", שפירושה כאשר אדם רוצה להינשא מה עליו לעשות? בפסוק נאמר "כי יקח", מה הפירוש? אם היו שואלים אותנו מבלי שיש לנו ידע מוקדם כיצד נראות חתונות יהודיות, היינו אומרים בזה שהבעל לוקח אישה ובעל אותה. זהו הטקס האמיתי. אך חכמים למדו במידה הגיונית על סמך המילה "יקח" מפסוק אחר בספר **בראשית, כג, יג**: בשעה שאברהם רוצה לקחת שדה מעפרון החיתי ולקבור את שרה במערת המכפלה הוא מציע לעפרון החיתי כסף תמורת המקח: "... אך אם אתה לו שמעני. נתתי כסף השדה, קח ממני...". על כן ניתן ללמוד בגזירה שווה "קחה" "קחה" משדה עפרון, שניתן גם בכסף לקנות אישה. ואכן בזמן התלמוד קנו אישה בכסף ממש שהמינימום היא פרוטה, ומדוע כך? כי חכמים שיערו שאישה מעוניינת "להיקנות" רק בסכום מסוים ולא מתחניו. אך אישה יכולה להתנות כי קניינה לבעל יהיה בסכום גבוה יותר. אגב, לא רק בכסף נקנים אלא גם "בשווה כסף" בטובת הנאה של מחילת חוב או כל טובה אחרת. בהשפעה רומאית אנחנו נוהגים למעלה מאלף שנים לקנות אישה בטבעת, אך לא רק.

אז כיצד בני זוג הופכים להיות נשואים לפי ההלכה היהודית? מתברר שלא כמו בסרטים (בעלי השפעה נוצרית) הנישואין אינה טקס שוויוני ולא "מחליפים" שבועות או טבעות וכמובן לא נשבעים דברים הזויים שבני הזוג יחיו לעד בעושר ובחולי, וכמו כן אין צורך בברכה של איש דת, אלא זה עניין של "מקח וממכר" הבעל "קונה" את האישה והאישה "נקנית". וכדרך עניינים של קניין ניתן לוותר עליו, כמו שאחד הצדדים מפר את העסקה, כמו שהבעל אינו מפרנס את אשתו כפי שהיא ראויה, יכולה היא לדרוש ביטול המקח בדרך של קבלת גט. קניית האישה על ידי האיש אינה סקרמנט ועל-כן היא ניתנת להתבצע ללא נוכחות של רב, אך יש צורך בשני עדים כשרים. במרוצת הדורות הוטל חרם על מי שיקדש אישה ללא רב (בישראל: ללא רישום לנישואין). בהרבה חתונות כיום הרב ושמשו הם העדים הכשרים היחידים (שאינם קרובי משפחה, מחללי שבת וכדומה).

קל וחומר

זהו היקש מפסוק אחד על השני במידת ההיגיון. דוגמא מקראית מצויה בספר **שמות, ו, יב**: משה מצטווה ללכת אל פרעה ולומר לו: "שלח את עמי". משה מתחמק, והנה תואנתו "הן בני ישראל לא שמעו אלי ואיך ישמעני פרעה ואני ערל שפתיים?"

בניין אב

במידה זו אנו מקישים מסקנה מסוימת מתוך עניין אחד או מתוך כמה עניינים, על פי הדמיון ביניהם. הדבר הכתוב ומפורש הוא "האב" היינו, אב טיפוס, ומה שלומדים ממנו הוא קונסטרוקציה הלכתית, היינו "בניין".

בספר ויקרא, ה, א נכתב:

"ונפש כי תחטא ושמעה קול אלה והוא עד או ראה או ידע, אם לא יגיד ונשא עונו".

הפסוק עוסק בעבירה של אדם שמסרב להעיד. בזמן המקרא אדם נדרש להעיד ולא העיד הוא היה נשבע בנקיטת חפץ (ספר תורה, למשל) שהוא לא שמע לא ראה ולא ידע. והנה התברר כי הוא כן שמע כן ראה וכן ידע, כי אז עבר עבירה דתית של שבועת שקר, וכדי להתכפר חייב להביא קורבן אשם. לפי פשט הפסוק העד הסרבן הוא זה ש"ראה" במו עיניו או "ידע" היינו ממקור שני. כמו כן אין העד עבריין אלא רק כאשר "שמע קול אלה" היינו, משביעים אותו והוא נשבע לשקר. לא נאמר בתורה דבר וחצי דבר על דיני כשרות העד עצמו. והנה חז"ל בתוספתא שבועות, ג, ח (מהד' צוקרמנדל, 450) מביאים מדרש שהוא אינו כוונת המקרא כפשוטו:

"...ושמעה - להוציא את החרש; או ראה - להוציא את הסומא; או ידע - להוציא את השוטה; אם לא יגיד ונשא עונו - להוציא את האילם. ... והוא עד - לא עד מפי עד ולא מפי בת קול ולא מקול הברה..."

כלומר, הביטויים המודגשים לא באו לרבות, לפי דרשנותם של חכמי ההלכה, אלא למעט. כמו כן הם אינם מכוונים דווקא לשבועה או לעד אלא מכוונים הם לתיאור כשרות העד. כלומר, הוא כשר רק אם שומע ולא חרש (הכוונה לחרש אילם), רק אם רואה, ורק אם הוא בעל תבונה, ורק אם יודע לדבר. כלומר כל מי שאינו כזה הוא פסול לעדות.

אם נשווה להיום בישראל, פקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א-1971 קובעת כי "הכל כשרים להעיד". השופט הוא שקובע מה משקל נאמנות העד, אך כל אדם אינו פסול מלכתחילה. גם המקרים הספורים שאדם אינו יכול להעיד לחובת אחר הם מטעמים שנכנס "חברתיים" של שמירת התא המשפחתי, ולא בגלל חוסר נאמנות, שהרי השופט ייתן את הדעת לשאלת הנאמנות במשקל הסופי. לא כך המשפט העברי העתיק. כשרות העד נקבעת מראש. אם עד הוא פסול, עדותו אינה עדות, גם אם הוא צדיק ובעל יכולת להעיד.

אז בתורה לא נאמר בפירוש שחרש, סומא, שוטה או אילם פסולים לעדות, אך האיסור נלמד ממדרש ההלכה שמבאר הפסוק שלא כפשוטו. אך מה זה קשור ל"בניין אב"?

בהמשך מובא במדרש:

הוא עד - בשני עדים הכתוב מדבר. אתה אומר בשני עדים הכתוב מדבר, או אינו אלא בעד אחד? תלמוד לומר: 'לא יקום עד אחד', שאין תלמוד לומר אחד? אלא כל מקום שתפס הכתוב **עד** **סתם** הרי הוא בכלל שנים עד שיפרוט לך הכתוב אחד הוא עד הכשר לעדות.

הפסוק שממנו למדו מופיע בספר **דברים, יז, ו**:

"לא יקום עד אחד באיש ... על פי שנים עדים או שלשה עדים יומת המת לא יומת על פי עד אחד"

והרי שם ברור שמצוינים "שניים עדים" "שלשה עדים". אך בעל המדרש למד בצורת תנגודת שסתם "עד" אינו "עד אחד" וממנה "בנה אב" שכל מקום שנזכר "עד" הכוונה ל"שני עדים". כדי לבאר את עניין חשיבות "שני העדים", נשווה למצב במשפט הישראלי. לפי הדין האזרחי כיום גם עד אחד כשר, אפשר בעצם להרשיע אדם ברצח, רק על סמך עדות של איש אחד. אז כיצד נדע מי אומר אמת (בהנחה שהנאשם ברצח מכחיש)? הרעיון הוא מבחן "החקירה שכנגד" או "החקירה הצולבת". הצד המתנגד לעדות חוקר את העדות ומנסה להפריך אותה בגלל חוסר האמינות שלה. גדולי עורכי הדין בישראל כמו בשיטות משפט אנגלו-אמריקניות מתייחסים ל"אומנות החקירה שכנגד" לפסגת כשרונם שלהם, מעבר להכנת כתבי טענות (אישום) ומעבר לטיעונים המשפטיים בסיכומים. בהלכה היהודית אין הדבר כן. אין חקירה שכזו. אז מה מבחן האמת? "שני עדים". היינו, באים שני עדים ונשאלים שאלה זהה. "אם נמצאו דבריהם מכוונים", היינו תשובותיהם זהות – עדותם כשרה, ואם לא – עדותם מוכחשת. כלומר לא מקבלים את עדותם כלל, שני העדים פסולים מלהעיד במקרה זה. ולא רק בשני עדים, אלא אפילו אם יש מספר גדול יותר של עדים המהווים כת ואחד מהם מכחיש את דברי שאר העדים – כולם נפסלים. ההכחשה אינה רק בדבר מהותי לתוכן העדות אלא אפילו בפרט שולי. מסופר על חכם אחד בשם "בן זכאי", כנראה רבי יוחנן בן זכאי, שבדק את העדים ב"עוקצי תאנים", היינו שאל אותם מה היה הצבע של הגבעול של התאנה שמתחתיה עמד הרוצח? אם אחד אמר שהיה לבן וכולם – שחור, כל העדים פסולים. תהליך זה בעצם משמש מכשיר לפסילת עדים סיטונית. כפי שאתם מבינים קשה היה לעמוד בחקירה דקדקנית שכזו, והעדים הוכחו.

כלל ופרט; פרט וכלל

זה מסוג המדרש המבאר. האמונה כי בתורה לא נאמרה מילה מיותרת היא כה בסיסית עד ש"דרשו" כל ייתור לשון כל "אמצעי ספרותי". הנה היחס בין כלל לבין פרט. בספר **דברים, כד, ו**: "לא יחבול רחיים ורכב כי נפש הוא חובל". היינו אסור לחבול (=לקחת משכון) מכלי הכנת הלחם "ריחיים ורכב", אלא יש להשאיר זאת אצל הלווה. בסוף הפסוק מובא על פניו נימוק "כי נפש הוא חובל". כלומר מדוע אסור למשכן ריחיים ורכב – "כי נפש הוא חובל". אך חז"ל מסרבים לראות בפסוקי התורה עניינים סתמיים של הנמקה ופירשו את המילים: "כי נפש הוא חובל" כעיקר. כיצד? בדרך של פרט וכלל. כך במדרש ההלכה **ספרי על ספר דברים, פרשה רעב** (מהד' פינקלשטיין, 292):

"אין לי אלא ריחיים ורכב המיוחדים מנין לרבות כל דבר? תלמוד לומר: 'כי נפש הוא חובל'. אם כן למה נאמר 'ריחיים ורכב'? מה ריחיים ורכב מיוחדים שהם שני כלים ומשמשים מלאכה אחת וחייב על זה בפני עצמו ועל זה בפני עצמו, כך כל שני כלים שמשמשים מלאכה אחת חייב על זה בפני עצמו ועל זה בפני עצמו."

לא רק דאגה לדרוש נימוק בפסוק כהלכה יוצרת, אלא גם את תופעת הכפלות "דרשו". כלומר המדרש אינו מצטמצם במילים אלא גם בסגנון. סיבת הכפלות כפי שיראה המעיין.

הרי זה בא ללמד ונמצא למד (=היקש דו-צדדי)

דברים, כב, כה - כז:

ואם בשדה ימצא איש את הנערה המאורסה והחזיק בה האיש ושכב עמה ומת האיש אשר שכב עמה לבדו. ולנערה לא תעשה דבר אין לנערה חטא מות כי כאשר יקום איש על רעהו ורצחו נפש כן הדבר הזה. כי בשדה מצאה צעקה הנערה ואין מושיע לה.

בבלי סנהדרין, עג, ע"א:

'כי כאשר יקום איש על רעהו ורצחו נפש' וכי מה למדנו מרוצח. מעתה - הרי זה בא ללמד ונמצא לַמִּד- מקיש רוצח לנערה המאורסה: מה נערה המאורסה ניתן להצילה בנפשו אף רוצח ניתן להצילו בנפשו. ונערה מאורסה גופה מנלן (= מנין לנו)? כדתנא (= כמו ששנה) דבי ר' ישמעאל. דתנא דבי ר' ישמעאל: 'ואין מושיע לה' הא יש מושיע לה - בכל דבר שיכול להושיע.

ספרי דברים, פרשה רמג (פינקלשטיין, 273):

... מלמד שכל אנוסים שבתורה פטורים ומצילים אותם בנפשם. אין לי אלא זה (רודף אחר נערה המאורסה - י.צ.ג.) מנין אף הרודף אחר חברו להרגו ואחר הזכור? תלמוד לומר: 'כן הדבר הזה'. יכול אף הרודף אחר אחר הבהמה והמחלל את השבת והעובד עבודה זרה? תלמוד לומר: 'הזה' - זה בסקילה ואין כל אלו בסקילה.....'צעקה' - פרט לשאמרה הנח לו...

על פירוש מקורות אלה עיינו להלן בקטעים הנספחים:

דרך מדרש ההלכה מבוארות הסוגיות הבאות:

בא במחנתרת, רודף וקנאים פוגעין בו

(1) **שמות, כב, א - ב:** אם במחנתרת ימצא הגנב והפה נמת אין לו דמים: אם זרחה השמש עליו דמים לו

(2) **פירוש של. גורדון:** אם במחנתרת ימצא הגנב - בלילה, אין לו דמים - אין על הורגו עוון שפיכת דמים כי שודד לילה מוכן גם לרצוח נפש, ו"הבא להרגך השכם להרגו. אם זרחה השמש עליו - אם נתפס ביום, בשעה שהשמש זורחת ויכול בעל הבית לקרוא לעזרה, דמים לו - יש להרגו חטא שפיכת דמים, רוצח הוא..."

(3) **תוספתא סנהדרין פרק יא, הלכה ט:** "הבא במחנתרת: אם בא להרוג מצילין אותו בנפשו. בא ליטול ממון - אין מצילין אותו בנפשו. ספק בא להרוג ספק בא ליטול ממון אין מצילין אותו בנפשו, שנאמר 'אם זרחה השמש עליו דמים לו'. וכי עליו בלבד חמה זורחת והלא על כל העולם כולו זורחת? אלא מה זריחת השמש שלום הוא לעולם, כך הן כל זמן שאתה יודע שיש שלום הימנו, בין ביום ובין בלילה, אין מצילין אותו בנפשו".

(4) **בבלי סנהדרין, עב, א (תרגום):** אמר רבא: מה הטעם של 'מחנתרת'? חזקה אין אדם מעמיד עצמו על ממונו, וזה (הבא במחנתרת) אמור אמר: 'אם אלך יעמוד נגדי ולא יניח לי, ואם יעמוד נגדי אהרגנו', והתורה אמרה: אם בא להרגך השכם להרגו'.

(5) **ירושלמי סנהדרין, פרק ח, הלכה ח (תרגום):** שנה רבי חייא: במחנתרת- אין לו דמים, חוץ למחנתרת - יש לו דמים. שנה ר' שמעון בן יוחאי: אפילו חוץ למחנתרת - אין לו דמים, לפי שממונו של אדם חביב עליו כנפשו, יתחמם וכשהגנב הולך רוצה בעל הבית לקחת הממון הגנוב ממנו ואז עומד הוא בפני הגנב. ואז הגנב הורגו. רב הונא אמר: נטל הכיס והפך את פניו לצאת והלך לו ועמד עליו והרגו - אין ההורגו נהרג. מה הטעם של רב הונא? 'כי יחם לבבו'.

(6) **בבלי סנהדרין, עב, ב:** "תניא אידך: 'מחנתרת' אין לי אלא מחנתרת, גגו, חצירו וקרפיו מנין? תלמוד לומר 'מצא הגנב' מכל מקום. אם כן, מה תלמוד לומר 'מחנתרת'? מחנתרת זו התראתו.

(7) **פירוש רש"י, שם (תרגום חופשי):** מחנתרתו זו היא התראתו. שאין צריך התראה אחרת אלא הורגו מיד מכיוון שטרח (הגנב) ומסר נפשו לחתור על דעת כן חתר ש'אם יבוא נגדי אהרגנו'. ואמרה תורה כיוון שרודף הוא אין צריך התראה אלא מצילין אותו בנפשו. אבל נכנס לחצרו וגגו דרך הפתח אינו הורגו עד שיתרו בו בעדים 'ראה (בעל הבית) רואה שאתה עומד נגדו ולכן הוא עומד להרגך' וזה (הגנב) יקבל עליו התראה... אבל בלא התראה לא. שאולי לא בא הגנב על מנת להרוג אלא מצא פתח מזדמן לפניו ונכנס על דעת כן שאם בעל הבית יעמוד נגדו ינוס ויציא.

8) **רמב"ם, הלכות גניבה, פרק ט הלכה ח, יא – יב:** " ואחד הבא במחתרת או גנב שנמצא בתוך גגו של אדם או בתוך חצרו או בתוך קרפיפו בין ביום ובין בלילה. ולמה נאמר 'מחתרת'? לפי שדרך רוב הגנבים לבוא במחתרת בלילה.

וכן הגנב שגנב ויצא, או שלא גנב ומצאו יוצא מן המחתרת הואיל ופנה עורף ואינו רודף – יש לו דמים. וכן אם הקיפוהו בני אדם או עדים אע"פ שעדיין הוא ברשות זה שבא עליו - אינו נהרג. ואין צריך לומר אם בא לבית דין שאינו נהרג. וכן הבא לתוך גינתו או לתוך שדהו או לתוך הדיר והסרה – יש לו דמים".

9) **בבלי סנהדרין, שם, א – ב (תרגום):** שנו חכמים: " ... 'אם זרחה השמש עליו' וכי השמש עליו בלבד זרחה? אלא אם ברור לך הדבר כשמש שאין לו שלום עמך הרגהו, ואם לא אל תהרגהו. תניא אידך: וכי השמש עליו בלבד זרחה? אלא אם ברור לך כשמש שיש לו שלום עמך אל תהרגהו, ואם לא – הרגהו.

קשה סתם על סתם?? לא קשה. כאן באב על הבן. כאן בבן על האב. אמר רב כל מי שיבוא עלי במחתרת אני הורגו חוץ מרוב חנינא בן שילא. מה הטעם? אם משום שצדיק הוא, הרי בא במחתרת?! אלא משום שברור לי שמרחם עלי כרחם אב על הבן. (בירושלמי משיבים לרב: אמר רב יצחק: מכיוון שבריא ליבו לעשות מעשה כזה (לבוא במחתרת), אין זה חנינא בן שילא).

10) **פירוש רש"י, שם, ב, (תרגום):** באב על הבן במחתרת מספק אל יהרגהו בנו שודאי רחמי האב על בנו ואפילו הוא מציל ממונו – לא יהרגהו. לכן 'דמים לו' עד שיוודע לך כשמש שהוא אכזרי עליך ושונאך. **בן על האב**, וכל שכן כל אדם אחר הרגהו מספק ... עד שיוודע לך כשמש שהוא רחמני עליך כאב על הבן.

11) **משנה סנהדרין, ח, ז:** ואלו הן שמצילין אותם בנפשן: הרודף אחר חברו להרגו, אחר הזכור ואחר הנערה המאורסה. אבל הרודף אחר הבהמה, והמחלל את השבת, והעובד עבודה זרה – אין מצילין אותן בנפשן.

12) **רש"י, שם, ואלו שמצילין אותן מן העבירה. בנפשן** ניתנו ליהרג לכל אדם כדי להצילן מן העבירה. **אבל הרודף אחר בהמה** הרבועה והרוצה לעבוד עבודת כוכבים ולחלל שבת וכל שכן שאר כריתות ומיתות ב"ד שאינן עריות דלא ניתן להצילו בנפשו אלא מדבר שהוא ערוה ויש בה קלון ופגם לנרדף כגון זכר ונערה המאורסה

13) **רמב"ם, רוצח ושמירת הנפש, א, ז:** ... ואם יכולים להצילו באבר מאברי הרודף כגון שיכו אותו בחץ או באבן או בסייף ויקטעו את ידו או ישברו את רגלו או יסמו את עינו – עושין. ואם אין יכולין לכוון להצילו אלא אם כן הרגהו לרודף – הרי אלו הורגין אותו אף על פי שלא הרג

14) **משנה סנהדרין, ט, ו:** ... והבועל ארמית – קנאין פוגעין בו.

15) **רמב"ם, אסורי ביאה, יב, ז:** כל הבועל כותית בין דרך חתנות בין דרך זנות אם בעלה בפרהסיא אם פגעו קנאין והרגהו הרי אלו משובחין וזריזין. ודבר זה הלכה למשה הוא. ראייה לדבר זה, מעשה פנחס בזמרי.

16) **במדבר פרק כה וישב ישראל בשטים ויחל העם לזנות אל בנות מואב: ותקראן לעם לזבחי אלהיהן ויאכל העם וישתחוו לאלהיהן: ויצמד ישראל לבעל פעור ויחר אף ה' בישראל: ויאמר ה' אל משה קח את כל ראשי העם והקע אותם לה' נגד השמש וישב חרון אף ה' מישראל: ויאמר משה אל שפטי ישראל הרגו איש אנשיו הנצמדים לבעל פעור:**

והנה איש מבני ישראל בא ויקרב אל אחיו את המדינית לעיני משה ולעיני כל עדת בני ישראל והמה בכים פתח אהל מועד: וירא פינחס בן אלעזר בן אהרן הכהן ויקם מתוך העדה ויקח רמח בידו: ויבא אחר איש ישראל אל הקבה וידקר את שניהם את איש ישראל ואת האשה אל קבתה ותעצר המגפה מעל בני ישראל: ויהיו המתים במגפה ארבעה ועשרים אלה:

וידבר ה' אל משה לאמר: פינחס בן אלעזר בן אהרן הכהן השיב את חמתי מעל בני ישראל בקנאו את קנאתי בתוכם ול' א' כליתי את בני ישראל בקנאתי: לכן אמר הנני נתן לו את בריתי שלום: והייתה לו ולזרעו אחריו ברית כהנת עולם תחת אשר קנא לאלהיו ויכפר על בני ישראל: ושם איש ישראל הפכה אשר הכה את המדינית זמרי בן סלוא נשיא בית אב לשמעוני:

17) **בבלי סנהדרין, עה ע"א:** ויקם מתוך העדה ויקח רמח בידו – מיכן שאין נכנסין בכלי זיין לבית המדרש. שלף שננה, והניחה באונקלו, והיה נשען והולך על מקלו, וכיון שהגיע אצל שבטו של

שמעון ... אמרו: הניחו לו, אף הוא לעשות צרכיו נכנס, התירו פרושין את הדבר. אמר רבי יוחנן: ששה נסים נעשו לו לפנחס: אחד – שהיה לו לזמרי לפרוש ולא פירש, ואחד – שהיה לו לדבר ולא דבר, ואחד – שכוון בזכרותו של איש ובנקבותה של אשה, ואחד – שלא נשמטו מן הרומח, ואחד – שבא מלאך והגביה את המשקוף, ואחד – שבא מלאך והשחית בעם. בא וחבטן לפני המקום, אמר לפניו: רבונו של עולם, על אלו יפלו עשרים וארבעה אלף מישראל? שנאמר ויהיו המתים במגפה ארבעה ועשרים אלף, והיינו דכתיב (תהלים ק"ו) ויעמד פינחס ויפלל, אמר רבי אלעזר: ויתפלל לא נאמר, אלא ויפלל – מלמד כביכול שעשה פלילות עם קונו.

18 **בבלי סנהדרין, פב, א:** אמר רבה בר בר חנה אמר ר' יוחנן: הבא לימלך אין מורין לו. ולא עוד, אלא שאם פירש זמרי והרגו פנחס – נהרג עליו. נהפך זמרי והרגו לפנחס – אין נהרג עליו שהרי רודף הוא.

לפירוש אלה היעזרו בקטעים הנספחים:

הקטעים הנספחים:

”...כי כאשר יקום איש על רעהו ורצחו נפש כן הדבר הזה...” - על הסימביוזה הדרשנית שבין עבירת הרצח לעבירת האונס

בפרשת הנערה המאורסה מבדיל המקרא בין הענשת האונס לבין חפותה של הנערה המאורסה הנאנסת, וכך נאמר¹:

”...ומת האיש אשר שכב עמה לבדו. ולנער' לא תעשה דבר אין לנער' חטא מות, כי אשר יקום איש על רעהו ורצחו נפש כן הדבר הזה. כי בשדה מצאה צעקה הנער' המארשה ואין מושיע לה.”

על פניו, אין כאן אלא הסבר לדבר שהוא די ברור בזמננו, אך לא היה מקובל בהרבה חברות עתיקות שאין אישום ללא כוונה פלילית. המקרא מנמק את פטורה מן העונש של האישה הנאנסת בהשוואה לעבירת הרצח, וכשם שבעבירת הרצח רק הרוצח חטא ומחויב בעונש, כך האונס את הנערה המאורסה בלבד מחויב בעונש. השוואת עניינה של הנערה המאורסה לעבירת הרצח היא פרשנית בלבד, דוגמת הפרשנות המקראית למצוות הסוכה, שביית העבד בשבת, איסור אכילת גיד הנשה, איסור “לא ירבה לו נשים” המוטל על המלך, ועוד. גם הנימוק המשלים “צעקה הנער' המארשה ואין מושיע לה” אינו אלא נימוק המפריד בין דינה של הנערה הנאנסת “בשדה” לבין הפרשה הקודמת ש“מצאה איש בעיר ושכב עמה”. ששם נסקלת הנערה “על דבר אשר לא צעקה בעיר”.

ברם חכמי התורה החל מתקופת התנאים, דרשו מקרא זה שלא כפשוטו “כמיין חומר” והוציאו מ“טעמא דקרא” זה הלכות עקרוניות רבות. אכן זו דרכם של חכמים בהרבה מקומות להוציא מקרא מדי פשוטו ולחדש באינטרפרטציה יוצרת הלכות חדשות. אך נראה שבפסוק זה, נשוא דיונונו, הגדילו עשו והפכוהו לאבן יקרת של “יסודות העבירה הפלילית” במשפטי התורה.

הכיצד?

ראשית, נקבע כי האונס את הנערה המאורסה לא רק שמחויב הוא בעונש מיתה מן התורה, אלא “ניתן להצילה בנפשו”, כלומר, מותר ואף מצווה לכל אדם הצופה מן הצד להמית את הזומם לאנוס בכדי למנוע ממנו לבצע את זממו. קביעה זו היא מעשה אומנות של “דרשנות” ההופכת את הנימוק “צעקה הנערה ואין מושיע לה”² להוראה נורמטיבית של היתר לכל אדם להרוג את הזומם לאנוס לפני שביצע האונס, וכלשונם: “ואין מושיע לה” - הא יש מושיע לה בכל דבר שיכול להושיע.”

¹ דברים, כב, כה-כז.

² ועיינו מה שמסיק הירושלמי מפסוקים אלו בכתובות, פרק ג הלכה ט; סנהדרין, פרק ז הלכה יא.

אך חכמים הפליגו משם וקבעו שההיתר להרוג את ה"רודף" אינו מיוחד לנערה המאורסה אלא הוא רחב וכולל גם עבירות אחרות. לעניין זה אין תימוכין כלל במקרא וחכמים "דרשוהו" מפסוק זה באחת מן המידות המכונה בלשונם: "הרי זה בא ללמד ונמצא למד" שתוכנה הוא היקש דו-צדדי, כפי שמנוסח בכמה מקומות:³ דבי רבי תנא: היקשא הוא 'כי כאשר יקום איש על רעהו ורצחו נפש' וכי מה למדנו מרוצח? מעתה הרי זה בא ללמד ונמצא למד. מקי ש רוצח לנערה המאורסה. מה נערה המאורסה ניתן להצילה בנפשו אף רוצח ניתן להצילו בנפשו.

דרשויות תנאיות נוספות העולות ממידה זו משוות בין יכולתה של הנערה המאורסה לגונן על עצמה לבין יכולתו של בעל-הבית לגונן על עצמו מפניו של "הבא במחתרת"⁴. הנה בעל המכילתא דבי ר' ישמעאל מרחיב את ההשוואה בין פרטי דיניהם של ה"בא במחתרת" ושל הנערה המאורסה על סמך ההיקש הדו-צדדי. וזה לשונו⁵: "רבי ישמעאל אומר, אתה אומר לכך בא [או לא בא אלא] לחלק בין יום ללילה, לומר, אם הרגו ביום חייב, ובלילה יהא פטור? תלמוד לומר 'ולנערה לא תעשה דבר'...מה להלן לא חלק בו בין יום ללילה אף כאן לא תחלוך בין יום ללילה⁶. מה כאן אם קדמו והרגו פטור, אף להלן אם קדמה והרגתו - פטורה. ומה להלן היו לה מושיעין הימנו והרגתו חייבת, אף כאן היו לו מושיעין הימנו והרגו - חייב". במכילתא דר' שמעון בן יוחאי נאמר⁷: "...וכן הוא אומר 'כי כאשר יקום איש על רעהו' וגומ' הרי זה כזה. מה זה ספק נפשות אף זה ספק נפשות...". אמור מעתה, כי אין ההיקש פרשני בלבד - לתת טעם לפטורה של הנאנסת - כפי העולה מהמקרא עצמו, אלא יוצר דוקטרינות כלליות של "הגנה עצמית" ושל "כוונה קונסטרוקטיבית" הנכונות הן לגבי נערה המאורסה והן לגבי עבירות רצח.

מעבר למפורש בספרות התלמודית עצמה, דומני שקיימים קשרים סמויים בין הרצח לבין הנערה המאורסה המבוססים על הסימביוזה הדרשנית נשוא דיוננו. ניקח את גבולותיה של הלכת רודף. במשנה נאמר⁸: "ואלו שמצילין אותם בנפשן: הרודף אחר חברו להרגו, אחר הזכור ואחר נערה המאורסה. אבל הרודף אחר הבהמה, והמחלל את השבת, והעובד עבודה זרה - אין מצילין אותם בנפשן". הפרדה זו אינה מובנת. שכן, אם כוונת הפגיעה ברודף היא בכדי להציל את הרודף עצמו מחטא דתי חמור, מדוע לא ניתן להרוג אדם שעומד לעשות מלאכה בשבת או לעבוד עבודה זרה או למשכב בהמה, שהרי כולן עבירות שעונשן מיתות בית-דין. ושוא תאמר, כי הכוונה בהיתר הפגיעה ברודף היא בכדי להציל את הנרדף מיד רודפו, מדוע מותר להרוג את הרודף אחר נערה המאורסה לאונסה שהרי היא אם תיאנס תהא פטורה מן העונש, ולא זו בלבד, לדעת רבי יהודה בתוספתא "אם אמרה הניחו לו - אין מצילין אותו בנפשו" אף-על-פי שבכך היא מעידה על עצמה כי עומדת היא לחטוא בניאוף ולהחטיא את "הרודף"⁹ דומני אפוא שההפרש בין "הרודף אחר חברו להרגו", הרודף אחר נערה המאורסה וכן הרודף אחר הזכור לבין הרודף לעבור על עבירות חמורות אינו בשל חומרת העבירות עצמן אלא בשל הסכנה הנשקפת לנרדף. אם ברודף אחר חברו להרגו הסכנה של שלילת נפשו של הנרדף ברורה, הרי ההיתר לפגוע ברודף אחר הנערה המאורסה היא בשל החשש שהנערה תמסור

³ בסנהדרין עג ע"א; שם, עד ע"א; פסחים, כה ע"ב; יומא, פב ע"ב. בספרי על ספר דברים, פסקא רמג (פינקלשטיין, 273) הגרסא שונה: "כי כאשר יקום איש על רעהו ורצחו נפש, מלמד שכל אנוסים שבתורה פטורים ומצילים אותם בנפשם. אין לי אלא זה מניין אף הרודף אחר חברו להרגו ואחר הזכור? תלמוד לומר: 'כן הדבר הזה'..." ועל משמעות שינויי הגרסא כאן ולהלן נרחיב במקום אחר.

⁴ אף כי ה"בא במחתרת" הוא כביכול "מקרה פרטי" של דין "רודף אחר חברו להרגו" בו הנרדף עצמו לוקח חלק בהצלתו, ולא אדם שלישי אין לבלבל ביניהם. לאדם מן החוץ מותר להרוג את "הרודף אחר חברו להרגו" רק אם המעשה גלוי וברור, ה"בא במחתרת" כוונתו גלויה מעצם מעשהו - "מחתרתו זו היא התראתו". את הרודף מותר להרוג רק אם התרה המציל בו והזהירו לבל ימשיך במעשהו, ורק אם לא היה "ניתן להצילו באחד מאבריו". בעל הבית המתגונן אינו חייב להתרות או להשתדל לפגוע רק באחד מאבריו, אם מפני שאדם בהול להציל עצמו, ואם מפני החשש לאיבוד יתרון ההפתעה מול ה"בא במחתרת". ועיינו בספרו של א' אנקר, **לעיל** הערה 115, 217-218 ובמאמרי **לעיל** הערה 47, 234-235; 251-253. ועיינו עוד: ד' הנשקה, "הבא במחתרת" ליחסו של המדרש לפשט "מגדים ז (תשמ"ט) 9 שבין היתר העביר את דעותיהם של גדולי התורה בנקודה זו תחת שבת ביקורתו והציע פתרון מקורי משלו.

⁵ פרשה יג (האראוויטץ-רביץ, 293). מובא גם במדרש תנאים לספר דברים, כב, כו (הופמן, 143).

⁶ בעוד שבתורה קיים חילוק בין בעל הבית שמצא גנב "במחתרת" לבין "אם זרחה השמש עליו" שלפי פשוטו בין הימצאות הגנב בלילה לבין הימצאותו באור יום, דרשו חז"ל את השמש כמטפורה ל"שלום": וכך אמרו: "וכי השמש עליו בלבד זרחה והלא על כל העולם כולו זרחה? אלא מה שמש שלום בעולם, אף זה אם ידוע הוא שבשלום עמו והרגו - הרי זה חייב". לאמור, כל עוד אין וודאות ב"ניקון כפיו" של ה"בא במחתרת" מותר לנרדף להורגו. ועיינו עוד בבבלי סנהדרין, עב ע"ב.

⁷ אפשטיין-מלמד, 192.

⁸ סנהדרין ח, ז.

⁹ זו בעצם שאלת התוספות, סנהדרין, עד ע"א, ד"ה "להצילו בנפשו" שלא יישב אותה.

עצמה למיתה ו"משום צנועות דמסרי נפשייהו" (שנאמר בהקשר אחר¹⁰). משום כך הקישו חכמים בין הרשות לפגוע ב"הרודף אחר חברו להרגו" לבין הרשות לפגוע ברודף אחר נערה המאורסה או אחר הזכור¹¹.

אך ההיקש הדרשני המפורסם ביותר העולה מפסוק זה הזה הוא כי הנאנס בגילוי עריות "יהרג ואל יעבור". בבבלי סנהדרין מסר האמורא הארץ-ישראל ר' יוחנן משום רבו ר' שמעון בן יהוצדק כי "בעליית בית נתזה בלוד נמנו וגמרו כל עבירות שבתורה אם אומרים לאדם עבור ואל תהרג יעבור ואל יהרג חוץ מעבודת כוכבים וגילוי עריות ושפיכות דמים". לפי ניסוחה של המסורת עולה במעורפל כי היא תנאית¹² מימים שבהם היה ניתן להכריע מחלוקת חכמים בנוסח של "נמנו וגמרו", אך כנראה לא הייתה לפני עורכי התלמוד מסורת ברורה מדוע "נמנו וגמרו" בשלוש עבירות אלו דווקא, והם מאששים את הכרעתם של חכמים בעליית בית נתזה בנימוקים מפוצלים. את סיבתה של עבודת כוכבים תלו עורכי התלמוד במסורת המופיעה בבבלייתא בשם ר' אלעזר - בניגוד למסורת נוגדת בבבלייתא בשם ר' ישמעאל המצדדת "שיעבור ואל ייהרג". לגבי עבירת שפיכות דמים תלו בסברא שאמר רבה לאותו אדם שבא לפניו "ואמר ליה: אמר לי מרי דוראי זיל קטליה לפלניא ואי לא - קטלינא לך. אמר ליה (רבה) לקטלך ולא תיקטול מי יימר דדמא דידך סומק טפי, דילמא דמי דההוא גברא סומק טפי". ואילו את סיבתה של עבירת "גילוי העריות" תלו בתנא דבי רבי שדרש פסוק זה במידה של "הרי זה בא ללמד ונמצא למד", בזה הלשון: "ומקיש נערה המאורסה לרוצח: מה רוצח ייהרג ואל יעבור, אף נערה המאורסה תהרג ואל תעבור" היקש זה מלבד היותו חלקי בלבד רק לגבי נערה המאורסה ולא לכל "גילוי עריות", כפי שיראה המעיין, אינו עומד בפני עצמו ונוזק להישען על סברה מאוחרת של האמורא רבא, סברא שאין לה כל זכר במשנת התנאים¹³.

דומה כי הראשונים לא עצרו מלכת ועל סמך המידה הדרשנית הזו של היקש דו-צדדי הרחיבו את הסימביוזה שבין עבירת הרצח לאונס והסיקו כי אין הציווי "ייהרג ואל יעבור". אלא רק כאשר האילוץ הוא במעשה אך לא במחדל. הרחבה זו כנראה הייתה נדרשת מאוד, תרתי משמע, בימיהם של בעלי התוספות שבם נשים נשואות היו נאנסות בצוק העתים. בין יתר השאלות נשאלו חכמי התקופה האם נשים אלו עברו על חטא דתי

¹⁰ עיינו בבלי כתובות, ג ע"ב.

¹¹ מאותה סיבה נקבע בתוספתא סנהדרין פרק יא, הלכה יא, (צוקרמנדל, 432) כי "אם הייתה אלמנה לכהן גדול גרושה וחלוצה לכהן הדיוט - אין מצילין אותו בנפשו". בירושלמי סנהדרין, פרק ח הלכה ט מוסף על אלה "...ממזרת ונתינה לישראל, בת ישראל לנתין וממזר - אין מצילין אותו בנפשו" שהרי כל אלה אינן עבירות חמורות בעיני עושיהן ואין סכנה לחייה של האישה. באותו מובן ניתן לפרש "נעשה המעשה - אין מצילין אותו בנפשו... יודה אומר: אם אמרה הנח לו - אין מצילין אותו בנפשו, שאם ממחין על ה' ידיו נמצאו באין לידי שפיכות דמים" מאחר שבכל אלו מתברר כי אין חשש שהאישה הנאנסת תמסור נפשה. יצוין שבבבלי סנהדרין עג ע"א מובאת מסורת סתמית שאינה מיוחסת לתנאים בו נלמד היקפו של דין רודף ממדרש המילים, בזה הלשון: "ולנערה לא תעשה דבר אין לנערה חטא מוות נער - זה זכור; נערה - זו נערה המאורסה; חטא - אלו חייבי כריתות; מות - אלו חייבי מיתות ב"ד. כל הני למה ליי? צריכי. דאי כתב רחמנא נער' משום דלאו אורחיה אבל נערה דאורחא - אימא לא. ואי כתב רחמנא נערה' משום דקא פגים לה, אבל נער דלא קא פגים ליה - אימא לא. ...ולכתוב רחמנא חטא מות' ולא בעי נער ונערה? אין ה"נ, ואלא נער נערה? חד למעוטי עובד עבודת כוכבים וחד למעוטי בהמה ושבת..." כפי שיראו המעינים שם אין דרשות אלו תואמות דעות תנאים שונות בדבר היקפה של הלכת רודף. בליקוטי הדרשות שבליקוט שמעוני דברים רמז תתקלג ובמדרש הגדול, דברים, כב, כו (מרגליות, עמ' תקז) מיוחסת דרשנות זו במפורש למר שמואל. עיינו בפירוש המשניות לרמב"ם, סנהדרין, ח, ז (קאפח, עמ' קל) כיצד שילב דרשה זו עם דרשת תנא דבי רבי.

¹² מתוך השוואת המקורות עולה כי הכרעת חכמים בעליית בית נתזה דורשת עיון מיוחד: בירושלמי סנהדרין פרק ג, הלכה ה מובאת שמועה זו כך: "...אמר זעירא ורבי יוחנן בשם רבי ינאי, רבי ירמיה ר' יוחנן בשם ר' שמעון בן יהוצדק: נמנו בעליית בית נתזה בלוד, על התורה מניין אם אמר עובד כוכבים לישראל לעבור על אחת מכל מצות האמורות בתורה, חוץ מע"א וגילוי עריות ושפיכות דמים יעבור ואל ייהרג? ... זאת ועוד, בעוד שהזיקה התנאית בסנהדרין שבבבלי ובירושלמי סנהדרין היא אנונימית לגמרי מופיעה ההכרעה בעליית בית נתזה בבבלי קידושין מ, ע"ב כעדות מימי התנאים: "וכבר היה רבי טרפון וזקנים מסובין בעלית בית נתזה בלוד נשאלה שאילה זו בפניהם: תלמוד גדול או מעשה גדול? ובתוספתא שבת, פרק ב, הלכה ה (ליברמן, 7): "אמר ר' יהודה כשהיינו שרויין בעלית בית נתזה בלוד, היו נוזקין שפופרת של ביצה... והיו שם זקנים ולא אמר אחד מהם דבר". אך עיין במקבילה לקידושין בספרי על ספר דברים, פסקא מא (פינקלשטיין, 85) שם מוזכר "...שהיו מסובים בבית ערים בלוד" ועל זהו המקום "בית נתזה בלוד" עיין ר"ש ליברמן, תוספתא כפשוטה, שם, שם בע' 29, הערה 35; ב"צ רוזנפלד, "חכמים ובעלי בתים בתקופת יבנה" סיני קג (תשמ"ט) עמ' ס, פג-פה.

¹³ יושם אל לב שדרשת תנא דבי רבי מובאת בבבלי בלבד ובכמה גרסאות. (השווה הגרסה בסנהדרין עג ע"א; עד ע"א; פסחים, כ"ה ע"ב. יומא, פב ע"א). ועיין גם הגרסה בין המובא בהלכות הרי"ף על יומא, פב ע"ב (בדפוס: ד ע"א) לבין המובא בבבלי יומא. כבר הבאנו את המסורת השונה של הירושלמי בדבר ההכרעה בעליית בית נתזה. יצוין שבבבלי פסחים, כה ע"א, בירושלמי שבת פ"ד ה"ד ובעבודה זרה פ"ב ה"ב מביא רבי יעקב בשם ר' יוחנן הלכה נוספת: "בכל מתרפין חוץ מעבודה זרה וגילוי עריות ושפיכות דמים". ועל ההקשר בין שתי המסורות הללו של ר' יוחנן והשתלבותן זו בזו עיין ד' הלבני, מקורות ומסורות פסחים עמ' שמג-שמד. שם בהמשך נאמר "לא סוף דבר שאמר לו הרוג את איש פלוני אלא אמר לו חמוס את איש פלוני..." שלכאורה מרמז על עבירה נוספת שדינה "ייהרג ואל יעבור", אך עיינו במפרשי הירושלמי שם על אתר. כמו כן עיינו בגישתו של בעל דורות ראשונים (רי"א הלוי) בכל הנוגע לסוגייתנו, חלק ב, כרך ה, 158-156.

בכך שלא מסרו עצמם למות¹⁴. גם אסתר המלכה "גויסה" לדיון זה שלפי כמה מסורות בבבלי מגילה לא היתה באומנה אצל מרדכי כבת אלא כ"בית", כלומר כאשתו, וכפי שאומר רבה בר לימא "שהיתה עומדת מחיקו של אחשורוש וטובלת ויושבת בחיקו של מרדכי (מחמת נקיות שלא תהא מאוסה לצדיק משכיבתו של אחשורוש - רש"י)¹⁵. ופה שואלים בעלי התוספות¹⁶: כיצד לא מסרה אסתר את עצמה למיתה שהרי במעשיה עם אחשורוש היה אפוא גילוי עריות שדינם "ייהרג ולא יעבור"?

תימה דהוי ליה לאקשווי עריות הואי (=היה לו להקשות ש(אסתר) עריות היה? דרוצח ונערה המאורסה לכולי עלמא יהרג ואל יעבור? דקים להו דמהני טעם דקרקע עולם (=שברור להם שמועיל הטעם ש(אסתר) קרקע עולם) לעניין דלא מיחייבא למסור עצמה משום עריות דהא מרוצח ילפינן (=שהרי מרוצח למדנו) ורוצח גופיה (=גופו) כי מחייב למסור עצמו הני מילי קודם שיהרוג בדיים אבל היכא דלא עביד מעשה (=אבל היכן שלא עשה מעשה) כגון שמשליכין אותו על התינוק ומתמעך מסתברא שאין חייב למסור עצמו. דמצי אמר (=שיכול לומר), אדרבה, מאי חזית דדמא דחבראי סומקי טפי, דילמא דמא דידי סומק טפי כיוון דלא עביד מעשה (=מה ראית שדם חברי אדום יותר אולי הדם שלי אדום יותר, שהרי לא עושה מעשה)....

במקום אחר מרחיבים בעלי התוספות את ביאורם וקובעים על סמך הסימביוזה הדרשנית שבין עבירת הרצח לנערה המאורסה כי הפטור של "אסתר קרקע עולם" אינו עניין של "מגדר המינים" ואינו הכשר רטרופקטיבי לאסתר המלכה דווקא אלא הוא עיקרון פלילי המוחל בשוויוניות על כל הנשים הנאנסות כמו שחלה על הגברים המאוימים למוות אם לא יבואו על הערווה. את מימרת רבא בבבלי יבמות¹⁷ כי "אין אונס לערווה שאין קישוי אלא לדעת", המפרידה לכאורה בין גברים לנשים, מבארים הם כדלהלן¹⁸:

...אירי כשעובדי כוכבים מדביקים אותו על הערווה וא"א (=ואי אפשר) לו להשמט אם לא ע"י שיהרג וקאמר רבא דיש לו למסור עצמו ליהרג אם יודע שאי אפשר לו אם לא יתקשה דאין קישוי אלא לדעת וחשיב כעושה מעשה. אבל אם יש קישוי שלא לדעת או שהיה כבר מקושה או שידוע שלא יתקשה אין חייב למסור עצמו כיוון שהוא אינו עושה מעשה והוי כקרקע עולם"

ולהפך, כלפי הנערה המאורסה עצמה מפרש הר"י מבעלי התוספות את ההיקש "מה רוצח יהרג ואל יעבור אף נערה המאורסה תיהרג ואל תעבר": "דהכי קאמר תיהרג קודם שתעשה מעשה ותביא עליה את הערוה". הסמביוזה הדרשנית משווה בדייקנות, לפי בעלי התוספות, בין הלכת "ייהרג ואל יעבר" שבעבירת הרצח לבין הלכת "תיהרג ואל תעבר" המופנה כלפי הנערה המאורסה המאוימת בחייה אם לא תעבור על גילוי עריות¹⁹.

"בקנאו את קנאתי" – על ענישה מתוך התנדבות.

¹⁴ עיין, למשל במרדכי כתובות, סימן רפו.

¹⁵ מגילה, יג ע"ב. ועיינו גם שם, טו ע"א מימרת רבי אבא: "כאשר אבדתי אבדתי" כשם שאבדתי מבית אבא כך אובד ממך", וקושיית ותירוח התוס' שם, ד"ה "כשם שאבדתי"

¹⁶ סנהדרין, עד, ע"ב, ד"ה "והא אסתר".

¹⁷ נג ע"ב.

¹⁸ שם, ד"ה אין אונס. על פירושים אחרים עיין למשל בית הבחירה למאירי שם, שם (דיקמן, 210-211)

¹⁹ אך עיינו בית הבחירה למאירי, סנהדרין, עד ע"ב, ד"ה "ויש גורסין" (סופר, 277) המפרש את הביטוי "תיהרג ואל תעבור" שבנערה המאורסה: "...ודברינו אינן אלא למי שאומרין לה לכי מעצמך להיבעל לפלוני ואם לאו אנחנו הורגין אותך. אבל מי שמולכין אותו(ה) על כורחו אינו ממין זה... והוא אצלי שאמר קרקע עולם היתה... אבל באיש אפילו הוליכוהו על כרחו הואיל ומעשה בידו יהרגו ואל יעבורו". לדברי המאירי "אסתר קרקע עולם הוזה" הוא עניין של "מגדר המינים". שתי הגישות השונות אולי עולות גם מדעת הרמב"ם בהלכותיו, איסורי ביאה, פ"א ה"ט מול השגת הראב"ד, שם, אך עיינו בנושאי הכלים ה"מנקים" את דעת הרמב"ם מהשגת הראב"ד בפנים אחרות. חילוקי דינים אחרים בעניין "אסתר קרקע עולם" ימצאו המעיינים בים של שלמה, יבמות, פרק ו, סימן ג; תשובות עין יצחק (למרו ר' יצחק אלחנן ספקטור), סימן לג, ס"ק ד.

בספר במדבר מובא מעשה קנאותו של פנחס²⁰:

והנה איש מבני ישראל בוא ויקרב אל אחיו את המדינית לעיני משה ולעיני כל עדת בני ישראל... וירא פנחס בן אלעזר בן אהרן הכהן ויקם מתוך העדה ויקח רמח בידו, ויבא אחר איש ישראל אל הקבה וידקר את שניהם את איש ישראל ואת האשה אל קבתה.

לפי האמור בפרשה הבאה, אותו "איש ישראל" היה זמרי בן סלוא "נשיא בית אב לשמעוני". בשכר אותו מעשה קנאות זכה פנחס ל"ברית כהנת עולם". אין המקרא מבאר מדוע קדם פנחס ועשה מעשה שנעשה בפומבי "לעיני משה ולעיני כל עדת ישראל"? מנגד, מדוע לא הורה משה לפנחס לעשות מעשהו כפי שהורה לכל בני ישראל בפרשת המקלל, מקושש העצים ועובדי העגל לסלקם ולהורגם?

חז"ל שהרחיבו את הדיבור בפרשת מעשה קנאותו של פנחס נגעו גם ב"שתיקתם" של משה ושל כל עדת בני ישראל. לפי המקורות התלמודיים והמדרשיים²¹. פנחס לא פעל על פי הוראתו של משה ושל עדת בני ישראל, אלא עשה את מעשהו על דעת עצמו. זמרי, לפי חז"ל, לא רק שהקריב את המדינית "לעיני משה ולעיני כל עדת בני ישראל", אלא אף ניגח את משה בטענה שמעשהו מותר שכן "אם תאמר אסורה, בת יתרו מי התיר לך". משה לא השיבו משום שבאותה שעה "נתעלמה ממנו הלכה", שנאמר לו בסניני, ש"הבועל את הכותית קנאין פוגעין בו", ורק פנחס "ראה מעשה ונזכר הלכה". שתי דעות הובאו לגבי מהלכיו הבאים של פנחס. לפי האמורא מר שמואל מיד הלך פנחס ועשה מעשה על דעת עצמו, שכן סבר ש"כל מקום שיש חילול השם אין חולקין כבוד לרב" – הוא משה רבנו. ברם, לפי רב, פנה פנחס למשה והוכיחו "לא כך למדתני ברדתך מהר סיני ש"בועל את הכותית קנאין פוגעין בו". ואף משה הודה לפנחס ואמר "קריינא דאיגרתא איהו ליהווי פרוונקא" (=קורא האגרת עליו להיות שליח למסירתה). אך בין לרב ובין לשמואל לא קנא משה כפנחס, מאחר שנתעלמה ממנו ההלכה, "שנתרפו ידיהם אותה שעה". על משה נאמר: "לפי שנתעצל – ולא ידע איש את קבורתו, ללמדך שצריך אדם להיות עז כנמר, וקל כנשר, רץ כצבי, וגיבור כארי, לעשות רצון קונו. מכאן אתה למד שמדקדק עם הצדיקים כחוט השערה"²².

דומה כי מתוך מימרותיהם של כמה אמוראים בבבלי עולה ששתיקתו של משה לא מתפרשת כפשוטה, ובודאי לא באה בגין רפיונו בתורה. ממסורת שהביא רב דימי לבבל מארץ ישראל²³ ש"בית דינו של חשמונאי" גזרו על הזנות עם נכריות, עולה שבזמן קדום יותר לא היה מקום להלקות או להמית את הבא על הכותית דרך הזנות.

האיסור הכתוב בתורה של "לא תתחתן במ" אינו קיים אלא רק אם נעשה דרך חתנות, ואף עליו אין לוקין, לפי כמה דעות, אלא רק אם הנכרית היא משבעה עממין²⁴. יתר על כן, לפי המובא בשם ר' יוחנן (אמורא ארץ ישראל)²⁵ עולה שאין כוח בידי הקנאי לקנא אלא כשעושה הקנאי על דעת עצמו, אך "הבא לימלך אין מורין לו". ועוד, שאין מעשה הקנאה מותר אלא בשעת הזנות גופה, כך "שאם פירש זמרי והרגו פנחס – נהרג עליו", ודינו אז יהא כדין כל רוצח נפש בישראל. עולה אפוא, כי יתכן ששתיקתו של משה רבנו לא הייתה בגין שכחה, אלא משום שלא יכול היה להורות כל הלכה לפנחס או לבני ישראל בשעה שזמרי טען להיתר מעשהו.

חולשת היתרו של פנחס לקנא מוכחת מן העובדה שהתלמודים²⁶ מונים ששה נסים שנעשו לפנחס במעשה קנאותו, וביניהם "שהיה לו לזמרי לפרוש ולא פירש" (-שכן אם פירש "שוב אין ניתן להרגו" – פירוש רש"י).

²⁰ במדבר כה ו-ח.

²¹ בבלי סנהדרין פב, א; ירושלמי סנהדרין, פרק ט' הלכה ז; מדרש תנחומא [באבער], 148 [כט]; תנחומא, בלק כ'; שמות רבה, לג, ה ועוד.

²² במדבר רבה, כ, כב.

²³ ע"ז, לו ע"ב; סנהדרין פב ע"א.

²⁴ ועיינו, בבלי ע"ז, לו ע"ב. ולהלכה-טור אבן העזר, סימן טז, וב"ח שם, ד"ה "דרך אישות".

²⁵ סנהדרין, פב ע"ב.

²⁶ בבלי סנהדרין, שם, שם; ירושלמי סנהדרין פרק ט, הלכה ז.

אף מתוך הנסים הרבים שנעשו לפנחס שבעזרתם לא נפגע, אתה למד שאין מעשה פנחס יכול להווה הלכה לרבים כפי שקרה בפרשיות המקלל, מקושש העצים ועובדי העגל.

יוצא אפוא, שלפי ר' יוחנן יכול היה פנחס להיחשב בנקל רוצח נפש לו היה זמרי פורש ממעשהו. ויתירה מזאת, אף אם לא היה זמרי פורש ממעשהו אלא "נהפך זמרי והרגו לפנחס – אין נהרג (זמרי) עליו שהרי רודף הוא (פנחס)". כלומר הקנאי עצמו במעשה קנאותו מתיר עצמו למיתה, מאחר שלכאורה הוא "רודף אחרי חברו להרגו", ויש היתר לנרדף להציל עצמו אפילו על ידי הריגתו של הרודף.

עניין זה של מצווה ועבירה הדרות בכפיפה אחת לא נתבאר בתלמודים. כיצד מעשה קנאותו של פנחס שקיבל בשכר זה "ברית כהונת עולם" יכול בד בבד להיחשב כדין הרודף אחר חברו ש"מצילין אותו בנפשו"? מדוע לא יחשב מעשה קנאותו של פנחס מצווה, כמו מי שבא להציל את הנרדף מרודפו שאין הרודף רשאי להתהפך ולהרוג את הבא להציל?

אצל הראשונים מצינו שני ביאורים. בעל יד רמ"ה כותב²⁷:

"...שהרי אין מצוה להרגו (את הבועל – י.צ.ג.) אלא רשות בעלמא הוא שהרי אין מורין לו, וכשם שניתנה לפנחס רשות להרגו לזמרי כך ניתנה רשות לזמרי להציל את עצמו בנפשו של פנחס".

כלומר, לו היה זמרי הולך לבצע עבירה חמורה, כמו להרוג את חברו, היה אסור לו לזמרי להציל את עצמו מפנחס, בנפשו של פנחס, שהרי פנחס בא אז להציל את חיי הנרדף מרודפו, ומלאכתו מצווה היא מן התורה, הנדרשת מפסוקים אחדים. אך מאחר שזמרי לא עמד לבצע עבירה חמורה שיש להציל ממנה, אלא רק בעל כותית, שהאיסור עליה אינו ברור מן התורה, הרי שהקנאי פעל רק ברשות אך איננו מצווה על כך. משום כך יכול זמרי להציל עצמו מפנחס הרודף אותו בשל כך, בהריגת פנחס.

הסבר שונה נמצא בחידושי רבנו ניסים למסכת סנהדרין וזה לשונו²⁸:

"...ואינו דומה (מעשה פנחס) לרודף... והטעם בזה שזה שהוא רודף אחר חברו להורגו ניתן להצילו בנפשו, וכשהאחר בא להרגו היה לו (לרודף) לעמוד בעצמו שלא ירדוף אחר זה להרגו, אין לו שיהפך להרוג הבא להרגו כדי שיציל הנרדף, ולמה ייפטר עליו יותר משהרג את הנרדף, אין לו אלא שישב ולא יעבור עבירה. אבל זה שהוא בא על הכותית אין הקנאין פוגעין בו כדי להצילו מן העבירה שכבר נדבק בה, אלא לעשות בו נקמה ו'הבא להרגך השכם להרגו' בכל שאינו מחויב מיתת בית דין".

כלומר, הסיבה למניעתו של רודף אחר חברו להרגו להציל עצמו ממי שבא להציל את הנרדף היא בחוסר הטעם שבדבר, שהרי בין אם ימשיך לרדוף אחר הנרדף ויהרגהו ובין אם יתהפך ויהרוג את מי שחייב מיתה, תמיד יעבור עבירה של רצח, ולכן יש עליו להימנע. לא כן כאשר מדובר בפנחס הרודף אחר זמרי לשם קנאות. שם רשאי זמרי להתהפך ולהרוג את פנחס מאחר שהוא עצמו אינו מחויב מיתה בדבר.

²⁷ ר' מאיר ב"ר טודרוס הלוי אבולעפיה בחידושו לסנהדרין פב ע"א, ד"ה "א"ר חסדא".

²⁸ פב ע"א, ד"ה "מאי טעמא".