

מוסר והלכה: כמה הערות מתודולוגיות

דני סטטמן

תקציר ♦ מבוא ♦ א. אי-תלות המוסר בדת ומקומו של המוסר בהלכה ♦ ב. מוסר, הלכה ו"פורמליזם" ♦ ג. הלכה ומוסר בפרספקטיבה היסטורית ♦ ד. האם המוסר הוא חלק מההלכה? ♦ סיכום

תקציר

מטרת המאמר היא להציע כמה הבהרות והבחנות לדין המתמשך על היחס שבין הלכה ומוסר, דיון שנוטה לבלבל שאלות פילוסופיות בשאלות היסטוריות, ושאלות אידאולוגיות בשאלות תורת-משפטיות. טענתי היא שאת השאלה הפילוסופית לגבי תלות המוסר בדת, יש להפריד מהשאלה ההיסטורית לגבי האופן שבו תפסו חכמי ישראל את היחס בין צו האל למוסר, ולגבי האופן שבו תפקדו שיקולים מוסריים בפועל בתולדות ההלכה. בדומה, את השאלה התורת-משפטית על הפורמליזם של המשפט, יש להפריד מהשאלה האידאולוגית, הפנים-הלכתית, על המשקל שראוי להעניק לשיקולים פורמליסטיים בהלכה בהשוואה לשיקולים סובסטנטיביים. כדי לקבל תמונה מהימנה על מקומם של שיקולים מוסריים בהלכה כתופעה היסטורית, ועל האופן שבו תפסו הוגים ובעלי הלכה את מעמד המוסריות, אין מנוס ממחקר אינדוקטיבי מקיף ומפורט. הסתמכות על מקורות בודדים אינה מועילה, עד שיוכח שאלה הם מקורות מייצגים.

* המחבר הוא פרופטור מן המניין במחלקה לפילוסופיה, אוניברסיטת חיפה.
** גרסאות קודמות של מאמר זה הוצגו בכנס "דת ודין" באוניברסיטת בר-אילן ובסדנה על משפט עברי ותאוריה משפטית בבית-הספר למשפטים ע"ש קרדוזו בניו-יורק. אני מודה למשתתפים בפורומים אלה על הערותיהם, במיוחד לדוד אנוך שהיה המגיב בדיון בקרדוזו. כמו כן אני מבקש להודות לחברות מערכת "מחקרי משפט" אפרת נחלון ומשואה שגיב על עזרתן הרבה, ולעוזר המחקר עודד הורצקי.

מבוא

בעשורים האחרונים אנו עדים לדיונים פילוסופיים ומשפטיים, המבקשים להראות שלמוסר תפקיד חשוב בעיצובה של ההלכה.¹ שני מהלכים כלליים מוצעים לביסוס תזה זו, האחד בפילוסופיה של המוסר, והאחר בפילוסופיה של המשפט. להלן אציג מהלכים אלה, אטען שהם אינם מוכיחים את הדרוש, ואראה כי באסטרטגיה כולה יש נטייה לבלבל שאלות פילוסופיות בשאלות היסטוריות, ושאלות אידאולוגיות בשאלות תורת-משפטיות.²

נקודת המבט שלי כאן היא אקדמית-מחקרית, כלומר, אני מתבונן ביחס שבין המוסר וההלכה "מבחוץ" – כפילוסוף או כחוקר – ולא "מבפנים", כאיש הלכה. איני מבקש לקדם פרשנות הלכתית כזאת או אחרת ליחס הזה, אלא אני מבקש לראות אילו שאלות ניתן להעלות לגביו. מבחינה זו, הדיון במקומם של שיקולים מוסריים בהלכה אינו שונה עקרונית מן הדיון במקומם של שיקולים מוסריים במערכות חוק או בתפיסות דתיות אחרות. בכל אלה, נקודת מבטו של החוקר החותר לאובייקטיביות, ומבקש להבין את התופעה הנחקרת בראי של מודלים כלליים כלשהם, שונה מנקודת מבטם של השותפים לפרקטיקה שהיא מושא מחקרם. מובן ששותפים אלה – לענייננו: בעלי ההלכה – עשויים גם לתרום לדיון זה, אך רק בתנאי שיהיו מסוגלים להתבונן על פעילותם "מבחוץ", היינו: כחוקרים המבררים אילו שאלות אפשר להעלות לגביה, ולא כמי שמבקשים לעצבה ולהשפיע עליה.

1 הספרות על היחס הכללי בין מוסר להלכה רחבה מאוד, ואין טעם למנות כאן כרוכל את כל המקורות. ראו למשל רשימת ההפניות הנזכרת אצל: LOUIS NEWMAN, PAST IMPERATIVES: STUDIES IN THE HISTORY AND THEORY OF JEWISH ETHICS 238 note 1 (1998). אשר לטענה שלמוסר יש תפקיד מרכזי בהלכה, ראו למשל: אליעזר ברקוביץ *ההלכה כוחה ותפקידה* (התשמ"א), בפרק "כוחה המוסרי של ההלכה"; שלמה פישר ועמיחי ברהולץ "מבוא" דרך ארץ, דת ומדינה: אסופת מאמרים והרצאות בנושא יהדות, שלטון וערכים דמוקרטיים 14 (עמיחי ברהולץ עורך, התשס"ב): "לפסק ההלכה יש מצפן מוסרי שאינו מתיר סתירה בין מה שנראה כראוי לבין ההלכה הפסוקה"; אשר מעוז "ערכי יהדות ודמוקרטיה", שם, בעמ' 64: "מושג כבוד האדם נגזר מתפיסת היהדות את בריאת האדם בצלם אלוהים... ממוטיב זה ומן המצווה להדמות למידותיו של האלוהים נלמדו דינים בתחומים מרכזיים הנוגעים בזכויות אדם: השוויון בין כל בני האדם, קדושת החיים וחובת ההצלה"; הרב אברהם גיסר "נשמת אלוה שוכנת בו: על כבוד הבריות", שם, בעמ' 164: "חייבים אפוא לקבוע כי מצד מושגי היסוד המכוננים את תורת ישראל, ומצד הערכים המכוננים את אורח החיים היהודי לאורך ההיסטוריה ועד ימינו, שיווין הערך והכבוד של כל אדם עולה בקנה אחד עם האמנות האוניברסליות השונות בדבר כבוד האדם, ועם 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו', ואף מעניקים להם מקור סמכות של אמונה והלכה".

2 שני מהלכים אלה היו הנושאים המרכזיים בקורס על "דת ומוסר" שהכנתי עם אבי שגיא לפני עשרים שנה באוניברסיטת בר-אילן, ואשר לימדתי אחר כך פעמים רבות. הדברים שאפתח להלן הם אפוא ביקורת עצמית לא פחות משהם ביקורת על אחרים.

א. אי־תלות המוסר בדת ומקומו של המוסר בהלכה

המהלך בפילוסופיה של המוסר מנסה להראות שהמוסר אינו תלוי בדת, ובהקשר הנוכחי – בצו האל. הדברים חוזרים ל"דילמת אותיפרון" הידועה, שבה מוצגת השאלה: האם האל אוהב את החסידות בשל ערכה העצמי, "מפני שחסידות היא", או שמא כל ערכה נובע מאהבת האל בלבד והיא עצמה חסרת ערך פנימי שכזה. כפי שהראינו בספרנו "דת ומוסר", את הרעיון שהמוסר תלוי בדת ניתן להבין בשתי דרכים עיקריות: (א) כטענה שהמוסר תלוי בדת מבחינת עצם קיומו או תוקפו ("תלות חזקה"); (ב) כטענה שהמוסר תלוי בדת מבחינת הכרתו על ידי האדם ("תלות חלשה").³ לפי הטענה הראשונה, מעשים הם בעלי ערך מוסרי, חיובי או שלילי, מפני, ורק מפני, שהאל ציווה לעשותם או להימנע מהם; אילו ציווה אחרת, היה ערך מוסרי למעשים אחרים, ואילו נמנע האל לגמרי מלצוות, הרי שלא היה ערך מוסרי לכל דבר שהוא. לעומת זאת, לפי הטענה השנייה, ערכם המוסרי, החיובי או השלילי, של מעשים, אינו תלוי בצו האל, אלא שמפאת הכרתו המוגבלת של האדם הוא זקוק להדרכה אלוהית לשם זיהוי ערך זה, ומכל מקום, זיהוי השלם.⁴ דיון ביקורתי בגרסאות שונות של תפיסות אלה הוביל אותנו למסקנה שיש לדחותן, ומכאן נולדת המסקנה שהמוסר אינו תלוי בדת, לא מבחינת תוקפו ולא מבחינת הכרתו. על קין הייתה חובה להימנע מרצח אחיו למרות היעדרו של ציווי אלוהי בעניין זה, והוא מסוגל היה לדעת זאת גם בלא סיעתא דשמיא. לענייננו: מסקנה זו מעודדת לכאורה את המחשבה, שכשם שבאופן כללי אין המוסר תלוי בצו האל, כך גם בתחום ההלכתי – ההלכה מכירה בתוקפם העצמאי של שיקולים מוסריים ומתחשבת בהם בקביעת הנורמות שלה.

ואולם, נקל לראות שהמהלך האחרון מבוסס על טעות. שהרי גם אם נכון הדבר שמבחינה מטאפיזית ואפיסטמולוגית המוסר אינו תלוי בדת, ייתכן שהוגים יהודים ופוסקי הלכה החזיקו בתפיסה פילוסופית (מוטעית), שלפיה המוסר נקבע כל כולו על ידי צו האל. שאלת היחס בין המוסר וההלכה אינה שאלה עיונית מופשטת; היא נוגעת למסורת דתית־משפטית מסוימת. התשובה לשאלה הפילוסופית האם המוסר תלוי בדת אם לאו, אינה רלוונטית אפוא לעניין יחסה של ההגות היהודית או ההלכה למוסר. דברים אלה תקפים כמובן באופן כללי: העמדה הפילוסופית שנאמץ לגבי היחס שבין המוסר לדת לא תעזור לנו לברר את האופן שבו תרבויות שונות, בזמנים שונים ובמקומות שונים, ראו את מעמדם של השיקולים המוסריים ואת יחסם לחוק הדתי. לכאורה, ניתן לתקן את הליקוי במהלך הנידון, אם נוסיף לו או נמיר אותו בטענה

3 דני סטטמן ואבי שגיא דת ומוסר (התשנ"ג), בהקדמה.

4 טיפוס נוסף של תלות חלשה מבוסס על המוטיבציה המוסרית החסרה של האדם, שבִּעֲטִיה הוא אינו מסוגל להכניע את היצר ולפעול כהלכה בלא עזרת הדת.

דני סטטמן

היסטורית: חז"ל, כמו גם הוגי ימי הביניים, הכחישו שהמוסר תלוי בדת וסברו תחת זאת שיש לו ערך פנימי שאינו תלוי בצו האל.⁵ תזה זו אינה אומרת דבר על השאלה הפילוסופית הכללית על אודות היחס שבין הדת למוסר, אלא רק מעלה טענה היסטורית-עובדתית באשר לעמדתם של חכמי ישראל בעניין זה. אם טענה זו מבוססת, הרי שלכאורה נובע ממנה שבעלי ההלכה הכירו בערכו העצמאי של המוסר, ומכאן, שהעניקו לו מקום מכובד בשיקוליהם. אם ההלכה מניחה את דעת רס"ג, שלפיה המצוות המוסריות הן "שכליות",⁶ אזי סביר לצפות שבין שאר שיקוליה, היא תפעיל גם שיקול דעת מוסרי-רציונלי, שאיננו תלוי בנורמות ההלכתיות ואינו מוגדר על ידן.

אבל תיקון זה אינו מועיל, שכן גם אם נמיר את התזה הפילוסופית ("המוסר אינו תלוי בדת") בתזה ההיסטורית ("חכמי ישראל סברו שהמוסר אינו תלוי בדת") – עדיין היא מלמדת אותנו מעט מאוד על היחס שבין ההלכה והמוסר. שהרי גם אם רוב חכמי ישראל סברו שהמוסר אינו תלוי בצו האל, עדיין ייתכן שמשעה שניתנה התורה ונתגבשה ההלכה, תפסו עצמם הדיינים והפוסקים ככפופים ללא מפלט לכללים ולפרוצדורות של ההלכה, וסמי מכאן כל שיקול מוסרי. גם הפוזיטיביסט העקשן ביותר יודה שהבסיס לחקיקה הוא לעתים קרובות שיקולים מוסריים, שתוקפם אינו תלוי כמובן בחקיקה עצמה; אלא שהוא יוסיף ויאמר, שמה שמחייב מבחינה משפטית הוא החוק בלבד, ולא אותם שיקולים (מוסריים ואחרים) המונחים בבסיס החוק. באופן דומה, ייתכן שאף שהתורה עצמה מבוססת על שיקולים בעלי ערך מוסרי פנימי, אין לשיקולים אלה כל מעמד בפסיקה, ומה שמחייב מבחינה הלכתית אינם אלא הציוויים שנמסרו בתורה שבכתב ובתורה שבעל פה. גישה זו עשויה להתבסס על הטיעון שהואיל וכל מה שציווה האל הוא מוצדק ונכון, רק באמצעות ציות דווקא להוראות ולפרוצדורות ההלכתיות ניתן לממש צדק.

סיכומו של דבר: גם אם נכון שמבחינה מטאפיזית ואפיסטמולוגית המוסר אינו תלוי בדת, ואפילו אם נכון שרוב חכמי ישראל האמינו שאין תלות כזו – אין להסיק מכך מסקנות לגבי האופן שבו הם תפסו את מקומם של שיקולים מוסריים בפסיקה ההלכתית, או לגבי האופן שבו תפקדו שיקולים אלה בפעילות ההלכתית בפועל.

ב. מוסר, הלכה ו"פורמליזם"

מהלך אחר שניתן למצוא אצל כותבים שונים, המבקשים לבסס את מקומו של המוסר בהלכה, נעשה בפילוסופיה של המשפט, או אם תרצו: בתורת הפרשנות. מהלך זה מבקש להראות

5 לביסוס נרחב של טענה היסטורית זו, ראו דני סטטמן ואבי שגיא "תלות המוסר בדת במסורת היהודית" בין דת למוסר 115 (דני סטטמן ואבי שגיא עורכים, התשנ"ג).

6 ראו: רס"ג אמונות ודעות מאמר שלישי, שם טוען רס"ג שהמצוות שבין אדם לחברו מחויבות על ידי השכל.

מוסר והלכה: כמה הערות מתודולוגיות

שהפרשנות ההלכתית היא "לא-פורמליסטית", כלומר, היא נסמכת על שיקול דעת אנושי ומייחסת משקל מרכזי לערכים ולתכליות. זאת בניגוד לפרשנות "פורמליסטית"⁷, שאינה מערבת שיקול-דעת ערכי, אלא נשלטת על ידי כללים ברורים, המאפשרים לגזור באופן הגיוני וחד-משמעי תשובה ברורה לכל שאלה. בלשונו של אבי שגיא:

ההכרעות ההלכתיות נקבעות מתוך טעמים שמקורם בשיקול הדעת ובהבנה האנושיים, ההכרעה ההלכתית אינה פעולה פשוטה של החלת החוק הכתוב על המציאות, אלא מעורבת בה מידה גבוהה של שיקול דעת אנושי, ודברים אלו חלים הן על הפרשנות ההלכתית והן על החקיקה.⁸

טענה זו חוזרת ומועלית על ידי כותבים שונים, וחוזרת ומודגמת בדוגמאות שונות ומגוונות.⁹ ברצוני לומר עליה שני דברים. ראשית, העובדה שההלכה מעוצבת, בין השאר, על ידי שיקולים ערכיים, אינה גוררת אחריה את המסקנה שלשיקולים אלה יש תוכן מוסרי, לא כל שכן שתוכן מוסרי זה הוא חיובי דווקא. הביטוי "מוסרי" סובל מעמימות ידועה – הוא עשוי לציין תחום הכרה מסוים, כלומר "מוסרי" בניגוד ל"חוף-מוסרי" (moral vs. non-moral). במובן זה אומרים אנו, למשל, שבעיה מסוימת היא בעיה "מוסרית"; אך הוא עשוי גם לציין הערכה חיובית בתוך התחום המוסרי, כלומר "מוסרי" כניגוד של "בלתי-מוסרי" (moral vs. immoral). במובן זה אומרים אנו שפלוגי הוא אדם מוסרי, או שחוקי התורה הם מוסריים. לענייננו: העובדה שפסיקת הלכה אינה תולדה של גזירה דדוקטיבית מתוך מערכת סגורה של כללים, אלא היא מחייבת פרשנות מורכבת, בעלת אופק פתוח של ערכים ותכליות, אינה מחייבת את המסקנה שאֵלה כוללים שיקולים מהתחום המוסרי, ובמיוחד אינה מחייבת שמדובר בשיקולים בעלי ערך מוסרי חיובי. ואילו הדוברים במחנה הנדון מבקשים להוכיח זאת בדיוק – היינו, שההלכה מעוצבת על ידי שיקולים מוסריים, ושיקולים בעלי ערך מוסרי חיובי דווקא.

7 בהמשך נראה שאת הביטוי "פורמליזם" אפשר להבין גם באופן אחר.

8 אבי שגיא *יהדות: בין דת למוסר* 292 (התשנ"ט).

9 ראו למשל דוד הרטמן "איגרת השמד" לרבנו משה בן מימון – אספקלריה למורכבות הפסיקה ההלכתית" *מחקרי ירושלים במחשבת ישראל* ב 362 (התשמ"ג): "אין פסיקת הלכה מוגבלת למניפולציה פורמאלית של מקורות ותקדימים" (שם, בעמ' 365); "שהעקרונות והשיפוטים הנדונים באיגרת זאת [=איגרת השמד] חורגים בחלקם ממסגרת משפטית טכנית, אין זאת אלא משום שההלכה עצמה אינה מערכת משפטית טכנית גרידא. המקורות המשפיעים על החלטתו של פוסק ההלכה אינם מתמצים בקובץ של כללים לגאליים ושל הגדרות" (שם, בעמ' 402); אריאל פיקאר "..." להוסיף ללכת בדרך ההלכה... – תפקידו וסמכותו של הפוסק כפרשן וכיוצר "יהדות של חיים; עיונים ביצירתו ההגותית-הלכתית של הרב חיים דוד הלוי" 235, 246 (צבי זוהר ואבי שגיא עורכים, התשס"ז): "פסיקה הלכתית היא תהליך שבו מפעיל הפוסק שיקול דעת ואינו רק מסיק מסקנות מן המקורות".

שנית, ובעיקר: טענה זו, ככל שמדובר בטענה תורת-משפטית, היא טריוויאלית. נכון שהפרשנות ההלכתית אינה "פעולה פשוטה של החלת החוק הכתוב על המציאות", אבל כך הדבר בכל פרשנות משפטית, ובעצם בכל פרשנות שהיא. האם ניתן לסבור ברצינות אחרת? כלומר, להניח שקיימים כללים פורמליים שבאמצעותם ניתן להגיע לפירוש הנכון של טקסטים ספרותיים או משפטיים? האם ניתן לטעון ברצינות ששופטים מסוגלים להחיל את החוק באמצעות כללים פורמליים קבועים מראש, בלי להפעיל כל שיקול דעת ערכי? הפורמליסט הטוען כך אינו אלא דחליל קש,¹⁰ שאין טעם להתווכח עמו.¹¹ יש להעיר כי פורמליזם במובן הנדון כאן, אינו שקול לפוזיטיביזם, מפני שכדברי הארט, גם הפוזיטיביסט מכיר בכך שיישומם של כללים משפטיים אינו תהליך דדוקטיבי גרידא.¹² ואולם, אם הטענה, האומרת כי הפרשנות ההלכתית היא לא-פורמלית (במובן שלעיל), היא טריוויאלית כטענה תורת-משפטית – מדוע בכל זאת חשוב לכותבים שונים לחזור ולהדגיש אותה, ולחזור ולאשש אותה בדוגמאות חדשות? דומני שהמניע לכך אינו עיוני, אלא אידאולוגי. באמצעות הבלטת אופייה הלא-פורמלי של ההלכה, מבקשים כותבים אלה לקדם מגמה מסוימת בפרשנות ההלכה: מגמה של פרשנות מוסרית-ליברלית-מודרנית. ההיגיון במהלך זה פשוט: בהלכה שבידינו היום קיימים היבטים שונים המעוררים אי-נחת מבחינה מוסרית, למשל בכל הנוגע למעמד האישה. גישה "פורמליסטית" להלכה אינה מאפשרת לכאורה לשנות היבטים אלה, שכן כדי לעשות זאת יש צורך לתקן או לבטל הלכות מפורשות בספרי ההלכה המרכזיים. מכאן, שרק גישה לא-פורמליסטית להלכה יכולה לאפשר

10 יאיר לורברבוים וחיים שפירא "איגרת השמד" לרמב"ם: ויכוח הרטמן-סולובייצ'יק בראי הפילוסופיה של המשפט "מחויבות יהודית מתחדשת" 345 (צבי זהר ואבי שגיא עורכים, התשס"א) מציעים ניתוח מעניין של ההבדלים בתפיסת ההלכה בין חיים סולובייצ'יק לבין דוד הרטמן, שלפיו הראשון מניח גישה פוזיטיביסטית והאחרון גישה נון-פוזיטיביסטית. באופן כללי אני מוצא את ההצעה מועילה, ובלבד שלא נאפיין את העמדה הפוזיטיביסטית כמניחה – בניגוד לעמדה המתחרה – "שהמשפט מתמצה במערכת הייררכית וסגורה של כללים חתוכים ובהירים" (שם, בעמ' 361).

11 הרב סולובייצ'יק נוקט לכאורה עמדה פורמליסטית קיצונית בקטע ידוע, שבו הוא טוען כי "איש ההלכה, כשהוא ניגש את המציאות, הרי הוא בא ותורתו, שניתנה לו מסיני, בידו. מזדקק הוא לעולם בחוקים קבועים וכללים מוצקים. תורה שלמה של הלכות ודינים מורה לו את הדרך המוליכה אל ההווה" (הרב סולובייצ'יק "איש ההלכה" בסוד היחיד והיחוד 64 (התשל"ו)). אבל דומה שאין כוונתו לתאר כאן את אופן הפסיקה בפועל, אלא את הלימוד העיוני של התורה, כפי שהתפתח בעיקר בחוגי בריסק. הלכה למעשה טוען סולובייצ'יק במפורש שעל הרבנים לפעול למימוש צדק: "לא ההוראה, לא ההנהגה הפוליטית, אלא התגשמות אידיאלי הצדק מהווה עמוד האש של רב ומורה בישראל" (שם, בעמ' 140), ומימוש כזה לא יכול להיעשות בכלים פורמליים, באמצעות "חוקים קבועים", ובלא שיקול דעת פרשני.

12 H.L.A. Hart, *Separation of Law and Morals*, 71 HARV. L. REV. 593, 607-608 (1958): "[the application of legal rules] to specific cases in the penumbral area cannot be a matter of logical deduction"

את הרפורמות הרצויות, משום שהיא מאפשרת להפעיל ערכים מטא-הלכתיים, כמו כבוד הבריות, חביבותו של האדם כנברא בצלם, או דרכיה דרכי נעם – ערכים שמאפשרים לפרש את ההלכה מחוץ במקום שהדבר נראה נחוץ, מבלי לפגום בסמכותה. לאור זאת, אין פלא שרוב הכותבים המדגישים את גמישות ההלכה ואת הפוטנציאל לעצבה באמצעות שיקולים ערכיים ומוסריים, משתייכים מבחינה סוציולוגית לחוגים דתיים-מודרניים ו"שמאלה" מהם, ונוכל למצוא בכתביהם ניסיונות לקידום מהפכות שונות בהלכה – במעמד האישה, ביחס ללא-יהודים, וכדומה.¹³ נוסף כל כך, כפי שהציע לאחרונה הרב מיכאל הריס, הדגש המושם בעשור האחרון על אופייה המוסרי של ההלכה "מהווה תגובה לצמצום חשיבותם של מוטיבים מוסריים והומניטאריים כלליים בקרב מגזרים בעולם האורתודוכסי", במיוחד לאחר רצח רבין.¹⁴

בעוד הטענה שהפרשנות ההלכתית היא לא-פורמליסטית היא טריוויאלית, הרי שהטענה ההפוכה, שלפיה הפרשנות ההלכתית היא "פעולה פשוטה של החלת החוק הכתוב על המציאות" – היא כה מביכה, עד שקשה להאמין שמישהו מחזיק בה ברצינות. קשה לראות איך מי שלמד אי פעם תשובות הלכתיות, קל וחומר מי שחיבר תשובות כאלה בעצמו, יכול לחשוב שקביעת ההלכה מונחית על ידי מערכת כללים פורמליסטים, שיישומם התקין מוליך

13 נטייתם של חוגים אלה להציג את ההלכה כלא-פורמליסטית עומדת במתח עם נטייה הפוכה שניתן למצוא לעתים בחוגים אלה, להציג את ההלכה כ"רוזה" ופורמליסטית, בצורה כזאת שקבלת עוליה אינה כרוכה בהתחייבות לערכים כלשהם, או לעמדות מטאפיזיות כלשהן (תורה ליוסקה אחיטוב שהעמידני על כך). נטייה אחרונה זו מוכרת מכתביו של ליבוביץ, שתפסתו הדתית הכללית משקפת, כפי שטענתי לאחרונה, הלכי רוח רחבים בציבור הדתי-מודרני. ראו מאמרי: דני סטטמן "ישעיהו ליבוביץ: מהפכן, או דובר של רוח הזמן?" *ישעיהו ליבוביץ: בין שמרנות לרדיקליות* 421 (אבי רביצקי עורך, 2007). מצד אחד, ליבוביץ הוא אבי אבות התפיסה ה"רוזה" של המחויבות ההלכתית, אך מצד שני הוא נקט לעתים קרובות גישה לא-פורמליסטית להלכה, למשל בכל הנוגע למעמד האישה. על מתח זה אצל ליבוביץ, ראו תמר רוס "מעמדה של האישה ביהדות: כמה השגות על תפיסתו של ליבוביץ לגבי מנגנון התיאום בין הלכה ומציאות" *ישעיהו ליבוביץ עולמו והגותו* 148, 152-153 (אבי שגיא עורך, 1995). יוצא שלדתי-המודרני יש אינטרסים מנוגדים מבחינת ראיית ההלכה כפורמליסטית. מצד אחד, כפי שעולה מליבוביץ, יש לו אינטרס לראותה דווקא כפורמליסטית, משום שכך יתאפשר לו לשמור על מחויבות להלכה בלא לקנות יחד איתה מחויבות לערכים או לתאולוגיה שהוא דוחה (או שהוא לפחות אגנוסטי לגביהם); מצד שני, יש לו אינטרס לראותה כלא-פורמליסטית, כדי לאפשר את הפרויקט הדתי-המודרני, שזקוק לחדשנות בתחומים כמו מעמד האישה, היחס ללא-יהודים ועוד. על הזיקה בין דתיות-מודרנית לבין פוזיטיביזם משפטי, ראו גם מה שכתבתי בסעיף האחרון של מאמרי, דני סטטמן "אנגלרד על הנורמה הבסיסית, המוסר והדת" *ספי אנגלרד* (דפנה ברק-ארז וגדעון ספיר עורכים, 2010) לגבי המשיכה של השופטים אלון ואנגלרד לקלון.

14 הרב מיכאל הריס "צו אלוהי, מוסריות והמסורת היהודית: תגובה לרב יצחק קורן" *אקדמות* יט 193, הערה 30 (התשס"ז). לקישור מפורש בין ההדגשה על "הפלורליזם בהלכה" לבין הצורך להתמודד מבחינה חינוכית עם תפיסת העולם שאפשרה את רצח רבין, ראו בקובץ *דך ארץ*, לעיל הערה 1, בעמ' 9.

לתוצאה אחת, ללא צורך בהפעלת שיקול דעת. מוטב אפוא לומר שכמו הלא-פורמליסטים, גם הפורמליסטים מונעים על ידי אידאולוגיה, רק הפוכה.¹⁵ בעוד הדתיים-מורדניים מדגישים את אופייה הלא-פורמליסטי של ההלכה על מנת לקדם בתוכה שינויים, נצמדים החרדים לאופייה הפורמליסטי כביכול של ההלכה, במטרה לבלום שינויים אלה. ההתנגדות לשינויים נובעת מתפיסת עולם החֲרָדָה מפני המודרנה, הרואה בה איום ממשי על האמונה הדתית ועל החיים ההלכתיים, וממליצה בשל כך על מדיניות הלכתית שמרנית.¹⁶

את הוויכוח המתמשך בין מצדדי הרפורמות בהלכה לבין מתנגדיהן, מוטב אפוא להבין לא כוויכוח תורת-משפטי על טבעה של הפרשנות ההלכתית – האם היא טכנית-פורמלית אם לאו – אלא כוויכוח נורמטיבי פנים-הלכתי, על היחס הנכון בין שיקולים פורמליים לשיקולים ערכיים, על משקלם של הערכים הרלוונטיים, ועל הערכת המציאות שבה מתנהל הוויכוח. אופייה הלא-פורמליסטי של ההלכה צריך להיות מונח בוויכוח זה כמובן מאליו, תוך הבנה שכשלעצמו אין הוא תומך באף צד בוויכוח.¹⁷ מתנגדי הרפורמות צריכים לבסס את התנגדותם על טיעונים מהותיים בזכותה של מדיניות הלכתית שמרנית בעידן של חילון מתגבר וערעור על המסגרות המשפחתיות והחברתיות; ממש כשם שמצדדי הרפורמה צריכים להעלות טיעונים כאלה בזכות מדיניותם שלהם: אך לא אלה ולא אלה יכולים להשתמש באופייה הלא-פורמליסטי של ההלכה כמעין קיצור דרך למסקנה הרצויה להם.¹⁸

15 על כך שאין הלכה ללא אידאולוגיה, ראו בהרחבה אצל אליעזר גולדמן "המוסר, הדת וההלכה" *מחקרים ועיונים* 83 (התשנ"ז).

16 אילוסטרציה לכך שבביטוי "פורמליזם הלכתי" הכוונה איננה לתפיסה הפרשנית הבעייתית הנזכרת בראש הסעיף, אלא לעמדה פנים-הלכתית שמרנית, מצויה אצל תמר רוס במסגרת דיונה בשאלה אם נשים דתיות בעלות מוֹדְעוֹת פמיניסטיות עוד מסוגלות להתפלל ל א ב י הן שבשמים (תמר רוס "העוד מסוגלות אנו להתפלל לאבינו שבשמים?" *עין טובה: דו-שיח ופולמוס בתרבות ישראל* 264 (נחם אילן עורך, התשנ"ט)). בפתח דבריה מתוודה רוס שהיא "נגועה בדעה קדומה בנושא זה, והיא החובה להגן על הכתבים המקודשים והקנוניים שלנו כמות שהם", נקודת פתיחה שהיא מכנה "עמדה דוגמאטית גלויה של פורמליזם הלכתי" (שם, בעמ' 265). "פורמליזם" בהקשר זה אינו עמדה המניחה שניתן להחיל את החוק באופן מְכַנִּי בלא שיקול דעת ערכי, אלא מאפיין של עמדה שמרנית, "המתייחסת לשימור העבר כערך בפני עצמו" (שם).

17 דברים דומים טענתי נגד השימוש הרווח שעושים הוגים מהזרם הדתי-מורדני ו"שמאלה" ממנו, בסיפור הידוע על תנורו של עכנאי. בהתאם לשימוש זה, העובדה שהתורה "לא בשמים היא" מחזקת גישה ליברלית להלכה, ומספקת בסיס לשינויים המתבקשים לפי רוח הזמן. אבל מכך שבני אדם הם בעלי הסמכות האוטונומית לפרש את ההלכה "בהתאם לצרכים ולבעיות שבדורם" (הרב דוד גולינקין *הלכה לימינו: גישת התנועה המסורתית להלכה* 21 (התשנ"ח)) אין נובע שיש לפרשה פירוש ליברלי ולא פירוש שמרני. לשון אחר: הקביעה שבת-קול אינה יכולה להשפיע על הפסיקה ההלכתית היא קביעה פרוצדורלית, וממילא אינה גוררת מאומה לגבי תוכן המדיניות הפסיקית הראויה. ראו מה שכתבתי ב"אוטונומיה וסמכות מ'תנורו של עכנאי" *מחקרי משפט* כד 639 (2008).

18 נריה גוטל *חדשים גם ישנים: בנתיבי משנתו ההלכתית-הגותית של הרב קוק* (התשס"ה), ביקש לאחורנה להפריך את דעתם של כמה חוקרים, ובהם בני איש-שלום ומיכאל נהוראי, על קיומה של

העמדה המוצעת כאן מנוגדת כנראה לזו של יוסקה אחיטוב, הקושר קשר הדוק בין ההכרה באופייה הלא-פורמליסטי לכאורה של ההלכה, לבין עמדה דתית לא-פונדמנטליסטית. לפי אחיטוב, יש בהבנת ההלכה חשיבות רבה למישור המטא-הלכתי:

שוני בעולם המטא-הלכתי מצמיח אצל אותם יודעי ספר הכרעות שונות... עולם זה יכול להכתיב את המשקל היחסי שיש להעניק לגורמים כמו "שעת הדחק", ו"שלוש בית" בתוך המערכת הכללית של ההכרעה, במקרים שאינם חד-משמעיים מבחינה הלכתית. בהכללה ניתן לומר, כי העולם המטא-הלכתי הוא המכתיב את המשקל היחסי, ההלכתי, שמוענק לעניינים ערכיים או אמוניים, ולעתים הוא אף מעניק לעניינים הנדונים את המעמד של מעשה-מצווה, או חלילה, מעשה עבירה.¹⁹

אבל לעניות דעתי, עקרונות מהסוג של "שעת הדחק" ו"שלוש בית" קיימים בכל מערכת משפטית, הוראתם לעולם אינה חד-משמעית, והם תמיד "מכתיבים", או ליתר דיוק: מנחים את פרשנות החוק החל על נסיבות נתונות. ההכרה בהבחנה בין הלכה ומטא-הלכה היא ההכרה באופייה הלא-פורמליסטי של ההלכה, הכרה שכאמור אין מכלול מנהל את המחלוקת עם הפונדמנטליסט מוטב לפרש לא כמחלוקת תורת-משפטית בשאלה אם יש בהלכה מישור מטא-הלכתי, הכולל ערכים כמו כבוד הבריות, חביבות ארץ-ישראל, וקידוש השם; אלא כמחלוקת נורמטיבית בשאלת מעמדם היחסי של ערכים מגוונים אלה ומשקלם היחסי בהשוואה לערכים "תוך-משפטיים" כמו יציבות, ודאות וצפיות.²⁰

סתירה בין עמדותיו ההלכתיות של הרב קוק לבין ביטויים עיוניים של עמדה פלורליסטית וסובלנית. כדי לעשות זאת, הוא מראה בהרחבה כיצד גישתו ההלכתית של הרב קוק היא ייחודית מבחינת המקום שהיא נותנת לשיקולים חוץ-הלכתיים מתחום האגדה, הפילוסופיה והקבלה. אבל עצם העובדה שהרב קוק נותן מקום לשיקולים כאלה בפסיקתו אינה אומרת מאומה לגבי התוצאה של פסיקה זו, ובמיוחד אינה מפריכה את ההערכה שפסיקתו היא פחות "מודרנית" (ליברלית, שוויונית, סובלנית) מכפי שניתן היה לצפות על סמך כתביו העיוניים.

19 יוסף אחיטוב על גבול התמודד 24 (התשנ"ה).

20 כפי שהראה אבינועם רוזנק "הלכה, מטה-הלכה והגות דתית מודרנית" *תרבות יהודית בעין הסערה*: ספר היוכל ליוסף אחיטוב 88 (התשס"ב). במקומות אחרים נראה אחיטוב כמתנגד לעירוב של שיקולים מטא-הלכתיים בפסיקה, במיוחד בפולמוס שלו נגד הקונסרבטיבים מצד אחד, וחוגי "מרכז הרב" מצד שני. רוזנק צודק בטענתו שאחיטוב אינו באמת מתנגד למטא-הלכה, אלא מציע "החלפת מטה-הלכה אחת (הטענות האידיאליסטיות בדבר 'קדושת ישראל', 'צניעות ישראל' וכו') במטה-הלכה אחרת. זאת ועוד, למעשה רוב רובם של ניתוחיו ופולמוסיו בענייני הלכה משקפים את עמדתו המטה-הלכתית ואת הפילוסופיה ההלכתית שהוא נושא עמו" (שם, בעמ' 116).

ג. הלכה ומוסר בפרספקטיבה היסטורית

את העובדה שפרשנות ההלכה איננה עניין דדוקטיבי-פורמליסטי גרידא, עלינו לקבל אפוא כמובנת מאליה. מה שאינו מובן מאליו, מצוי לא בתחום הפילוסופיה של הדת או המוסר ואף לא בתחומה של תורת המשפט, אלא בתחום העיון ההיסטורי דווקא. כוונתי לשתי שאלות: השאלה הראשונה היא, באיזו מידה היו חכמי ישראל מודעים לאופייה הלא-פורמליסטי של מלאכת הפרשנות, ואיזו משמעות ייחסו לכך? שאלה זו עניינה ברפלקסיה הפילוסופית של בעלי הלכה והוגי דעות על ההלכה. ברור שגם אם הפרשנות ההלכתית אינה דדוקטיבית-פורמליסטית, ייתכן שלפחות חלק מחכמי ההלכה לא היו מודעים לכך, וגם מבין אלה שכן היו מודעים לכך, סביר שניתנו לעובדה זו פרשנויות שונות. השאלה הנדונה היא אפוא בתחום ההיסטוריה של החשיבה ההלכתית או ההיסטוריה של החשיבה (היהודית) על ההלכה – היינו, באיזו מידה, אם בכלל, היו חכמי ישראל מודעים לכך שהפסיקה ההלכתית מחייבת נקיטת עמדה בשאלות מוסריות? ואם היו מודעים לכך – איזו משמעות ייחסו לעובדה זו? השאלה ההיסטורית השנייה היא, באיזו מידה הייתה הפסיקה ההלכתית בפועל פורמליסטית? כאן אני משתמש בביטוי "פורמליסטית" לא במובן שהשתמשנו בו לעיל – של פרשנות מעין-דדוקטיבית – אלא במובן של היצמדות מרבית לחוק הכתוב ולתקדימים, בהשוואה לפסיקה שנותנת מקום רב יותר לערכים, לתכליות ולאידאולוגיה בפרשנות ההלכה.²¹ במובן זה, עמדה לא-פורמליסטית היא, במינוח הרווח היום – עמדה "אקטיביסטית", כלומר: עמדה המעודדת את הרחבת תחום פעולתו וטווח השפעתו של בית המשפט באמצעות פרשנות חופשית ויצירתית יותר של החוק הכתוב, ומעניקה משקל מכריע לתכליות הכלליות של המשפט. גישה פורמליסטית במובן הנדון היא גישה שמרנית, הדורשת מבתי המשפט לנהוג באיפוק ובריסון, לתת משקל מכריע לצורת המשפט בבואם ליישם את החוק; לחוק הכתוב, לפרוצדורות שנקבעו, לתקדימים, וכך הלאה. להיות פורמליסט או לא-פורמליסט הוא כמובן עניין של דרגה, וסביר להניח שבכל מערכת משפט יש תקופות פורמליסטיות (במובן האמור) יותר או פחות, כמו גם שופטים שהם פורמליסטים יותר או פחות. אם כן, לשאול על ההלכה אם היא פורמליסטית או לא, פירושו לשאול באיזו מידה הייתה המדיניות השיפוטית של פוסקים שונים, במקומות שונים ובתקופות שונות – פורמליסטית; באיזו מידה נצמדו לחוק היבש, ובאיזו מידה נתנו משקל לערכים ולתכליות. גם כאן, המדובר בשאלה היסטורית, שכדי להשיב עליה באופן אחראי אין מנוס מעבודה אינדוקטיבית זהירה, שכן מדובר במאות רבות של חכמים, ובכמעט אינסוף תשובות הלכתיות, בענייני דיומא ובעניינים דרמטיים יותר. וגם כאן ניתן לקבוע בוודאות מראש,

21 זה המובן שאליו התכוון מאוטנר בספרו: מנחם מאוטנר יידידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993).

שהאיוון בין צורה לתוכן לא יהיה קבוע בקרב הפוסקים. כמו בהיסטוריה של מערכות משפט אחרות, ימצאו בוודאי פוסקים פורמליסטיים יותר ופוסקים פורמליסטיים פחות, ותהיינה תקופות המאופיינות במגמה כזו או אחרת של פורמליזם.²²

בניסיון להסיק מסקנות לגבי מידת הפורמליזם של "היהדות" באופן כללי, או אפילו של פוסק פלוני, יש להישמר מן הפיתוי להסיק מסקנות גורפות מכמה מקרים בודדים. הדברים נכונים כמובן גם לגבי חקר המשפט באופן כללי. אם ברצוננו לעמוד על הרוח הנושבת בבתי משפט במקום מסוים, בתקופה מסוימת, או אצל שופט מסוים – מוטב שלא נמקד את המבט רק במקרים בולטים ספורים, אלא נבחן מגוון רחב של החלטות שיפוטיות. החלטה לא-פורמליסטית בולטת עשויה אמנם לשמש לנו מפתח להבנת התמונה הכללית, אך באותה מידה היא עשויה להיות בחזקת היוצא מן הכלל שאינו מעיד על הכלל.

בהמשך לאמור למעלה, אפיונו הכללי של פוסק כלא-פורמליסט, או כאקטיביסט, עדיין אינו אמר מאומה על תוכנם של השיקולים הלא-פורמליסטיים שמנחים אותו, ובמיוחד לא על החשיבות שהוא מייחס לשיקולים מוסריים חיוביים. אקטיביזם הלכתי, במובן שהוסבר קודם, עשוי להתבסס גם על שיקולים בלתי-מוסריים בעליל – כמו למשל עמדותיהם של כמה פוסקים בני-זמננו לגבי מעמדם של לא-יהודים במדינת ישראל, שמושפעות מתפיסה גזענית של ההבדל בין יהודים ללא-יהודים. הרב אלישע אבינר טוען שאין לאפשר ל"קבוצות זרות מתושבי ארץ ישראל" למלא תפקיד "בהנהגת מדינתנו, בגיבוש רעיונותיה, בקביעת סדרי עדיפויות ערכיים" משום שיש בכך "כדי לצמצם או לסלף את הביטוי היהודי-ישראלי שאנו נושאים",²³ וכיוצא בזה טוען הרב צבי יהודה הכהן קוק ששיתוף נציגים ערביים בשלטון הריהו "חרפה, חילול ה', שאין לו תיקון ואין לו כפרה... הרכבת ממשלה בהסתמכות על גויים, נוטלת את כל היסוד הבריא והחזק שלה, וכל הבניין נבנה על יסוד ריקבון ואיבוד ערכו של עם ישראל".²⁴ העמדה שהם מבטאים היא בלתי מוסרית – מה שכמובן אינו סותר את

22 ידידיה שטרן "פתחים להתחדשות הלכתית בנושאי דת ומדינה" מסע אל ההלכה, 450 (עמיחי ברהולץ עורך, 2003), משתמש בביטוי "פסיביות הלכתית" כדי לאפיין את מה שכיניתי בגוף הטקסט "עמדה פורמליסטית", כלומר, פסיקה המבוססת על "איתור של קטגוריה הלכתית קיימת הניתנת ליישום בעובדות הנדונות לפניו, והחלטה עליהן" (שטרן, שם, בעמ' 451). ואילו אקטיביזם הלכתי "מאפשר לפוסק לצאת למסע פרשני של הכלל ההלכתי (הקטגוריה). קיומו של הכלל אינו מכתוב לפרשן תשובה הכרחית לשאלה הנדונה, אלא משמש הנחיה בידו, לשם בירור התוצאה המשפטית הראויה באשר להסדרת מקרה פרטי..." (שם). הואיל וכידוע שום כלל משפטי אינו מחייב תשובה הכרחית, אני מניח שב"אקטיביזם" מתכוון שטרן לעמדה מרחיקת לכת יותר, מן הסוג שאפיינתי בגוף הטקסט. אבל אם כך, אינני בטוח על סמך מה ניתן לטעון (שם, בעמ' 452) שמה שמאפיין את תולדות ההלכה הוא אקטיביזם, בעוד פסיביות היא בגדר "חריג".

23 הרב אלישע אבינר "הבעיה המוסרית והבעיה הדמוגרפית" אדצי ד 31-32 (1986).

24 הרב צבי יהודה הכהן קוק גליין דבני יש"ע 12 (התשנ"ד).

דני סטטמן

העובדה שהיא גם לא-פורמליסטית, דהיינו: היא איננה תוצאה של גזרה דדוקטיבית ממערכת נתונה של הנחות.

דברים אלה מביאים אותי לשאלה השלישית במסגרת העיון ההיסטורי על היחס בין הלכה ומוסר: מפין הערכים שמנחים את הפסיקה – מה משקלם של הערכים המוסריים החיוביים? האומנם קיימת אכן תופעה של נורמה מוסרית המהווה "עקרון יסודי ומכריע ביצירתן ובפתרוןן של בעיות הלכתיות", כפי שהציע אלון?²⁵ אם כן, עד כמה נפוצה נורמה כזו? כפי שצוין למעלה, מי שטוען שהמוסר משפיע על ההלכה מתכוון לומר שהשיקולים המוסריים הנכונים, הם שמשפיעים על ההלכה באופן שהופך אותה למערכת ראויה מבחינה מוסרית. השאלה כיצד בדיוק אפשר לאפיין שיקולים אלה, היא שאלה פילוסופית סבוכה שלא אוכל להיכנס אליה כאן, זוהי שאלת הגדרת המוסריות.²⁶ השואל על מקומם של שיקולים מוסריים בהלכה מניח, כמובן מאליו, שיש תוכן למוסריות – הנחה שלא כל הפילוסופים יסכימו לה – ודומני שהיה מקבל כנקודת מוצא לפענוח תוכן זה את הצעתו של ג'פרי וורנוק:

השקפתי שלי היא שלמוסר יש תוכן מסוים, שלפחות באופן גס ניתן להגדרה... זה המכריז על שיפוט מוסרי (professes to be making a moral judgment) חייב לפחות להכריז שמה שעומד על הפרק הוא הטוב או הנזק, רווחתם של בני-אנוש או היפוכה – שמה שהוא מחשיב כמוטעה מבחינה מוסרית הוא בצורה כלשהי מזיק, ומה שהוא מחשיב כנכון מבחינה מוסרית הוא בצורה כלשהי מיטיב.²⁷

אם כן, לשאול על מקומם האקטואלי של שיקולים מוסריים בהלכה, הריהו כמו לשאול על האופן וההיקף שבו השפיעו שיקולים כמו מניעת הסבל, קידום האושר (ועל כך אוסיף את מניעת העוול וקידום הצדק) – על הפסיקה ההלכתית. כיצד נוכל לברר על קיומה של השפעה כזאת? לעתים ניתן יהיה למצוא אֶזכור מפורש של שיקולים כאלה, כאשר פוסקים יאמרו למשל שהם מאמצים עמדה מסוימת משום שהיא מונעת סבל או מקדמת צדק. אבל אלה הם המקרים הנדירים. בדרך כלל נצטרך לחפש את השיקולים המוסריים בין השורות, דרך בחינת מניעיו של הפוסק לבחור דווקא מקורות מסוימים לביסוס תשובתו, כאשר יכול היה לבחור אחרים, ומניעיו לפרש אותם דווקא באופן שבחר, גם כאשר יכול היה לבחור פרשנות אחרת. מיותר אולי להוסיף כי מי שטוען להשפעתם של שיקולים מוסריים על ההלכה, אינו מתכוון להשפעה שבדיעבד, אלא להשפעה מכוונת, לכתחילה. הטענה איננה שפסיקה כזו או

25 מנחם אלון "עקרונות מוסריים כנורמה הלכתית" דעות כ 62, 67 (התשכ"ב).
26 ראו למשל: Bernard Gert, *The Definition of Morality*, in STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY והמקורות הנזכרים שם.
27 ג'פרי ו' וורנוק *הפילוסופיה המוסרית בת-זמננו* 98 (התשמ"ז).

אחרת הובילה, במקרה, לתוצאה הרצויה מהבחינה המוסרית (במונחים של הפחתת סבל, מימוש צדק וכדומה), אלא שהרצון להשיג תוצאות אלה הוא שהניע, במפורש או במובלע, את הפוסק בהכרעתו.

כפי שניתן להיווכח מהערות קצרות אלה, הפרויקט של שרטוט תמונה מהימנה ומקיפה לגבי מקומם של שיקולים מוסריים בהלכה, הוא מסובך למדי בלשון המעטה. נקל להבין את הפיתוי להמיר את המחקר המקיף שפרויקט זה תובע, בהכללות ממקרים בודדים, תופעה שמפניה הוזהרתי לעיל. מן ההכרח לבחון כמעט תמיד מגוון רחב של מקרים, ולראות כיצד הם מטופלים אצל מגוון רחב של פרשנים. כמו כן יש לשים לב לא רק למקרים שבהם הפעילו חכמים שיקולים כמו כבוד הבריות, רחמים, סברה מוסרית וכדומה, אלא גם למקרים שבהם אפשר ואף מתבקש היה לפנות לשיקולים אלה – והדבר לא נעשה. בהקשר זה אזכיר שכמה מושגים המוזכרים תדיר כביטוי לאופייה המוסרי של "היהדות", ממלאים תפקיד שולי ביותר בהלכה, לפחות ככל שמדובר בשיקולים שמסתמכים עליהם במפורש בדיונים הלכה למעשה. דוגמה בולטת היא האמונה לגבי בריאת האדם בצלם אלוהים, שנתפסת תדיר כאחד היסודות של האתיקה היהודית.²⁸ בדיקה בפרויקט השו"ת של אוניברסיטת בר-אילן מצביעה על העובדה המפתיעה שהביטוי "צלם אלהים (או אלקים)" מופיע 14 פעמים בלבד בכל אלפי התשובות שבמאגר זה, וגם בהן הוא אינו מתפקד כמעט אף פעם כבסיס להנחיה מעשית!²⁹ זאת ועוד: בתשובה אחת שבה הוא כן מתפקד כך, הפירוש שניתן לו רחוק עד מאוד מזה המקובל אצל אלה המדגישים את רעיון צלם אלוהים כמרכזי למוסר היהודי. כוונתי לתשובתו של הרב קוק בעניין ניתוחי מתים לצורך לימוד רפואה, שבה הוא קובע שמותר להשתמש לשם כך רק בגוויות של גויים, ולא בשל יהודים, בגלל שניוול המת הוא איסור שחל רק על יהודים "מצד צלם אלקים שבאדם, שהוא מיוחד לישראל ביותר בהירות מצד קדושת התורה".³⁰ ייתכן אפוא, שלא רק שרעיון הבריאה בצלם לא הוביל, הלכה למעשה, לגישה אוניברסלית המייחסת ערך פנימי לכל אדם ("חביב אדם שנברא בצלם"), אלא שהוא הוביל דווקא לחיזוק מגמות פרטיקולריסטיות, אם לא גזעניות ממש.³¹

28 ראו למשל אשר מעוז "ערכי יהדות ודמוקרטיה" בתוך הקובץ דרך ארץ, לעיל הערה 1.

29 אני מודה לסוזן סטון שהפנתה את תשומת לבי לעובדה זו.

30 הרב קוק שו"ת דעת כהן (ענייני יורה דעה), סימן קצט (הדגשות שלי, ד' ס'). הרב אליעזר ולדנברג, מחשובי הפוסקים בתחום ההלכה והרפואה, מצטט דברים אלה מתוך הסכמה בספרו ציץ אליעזר, חלק ד סימן יד, ד"ה "והדברים נוגעים".

31 דוגמה למושג נוסף שההסתמכות האקטואלית עליו מעטה הרבה יותר מכפי שניתן לצפות לאור אזכוריו הרבים, הוא "דרכי נעם", על יסוד הפסוק "דרכיה דרכי נעם וכל נתיבותיה שלום" (משלי ג, יז). מנחם אֶלון כתב בשעתו מאמר שלם על מושג זה (ראו לעיל הערה 25), והביאו כדוגמה לכך "שעיקרון מוסרי כללי מסוים מהווה גורם מכריע ומווסת בדרך קביעתן ופירושו של דינים הלכתיים מובהקים" (הדגשות שלי, ד' ס'). ברם, ברחבי ספרות השו"ת, וליתר דיוק: באותם ספרי שו"ת המצויים במאגר של בר-אילן, נזכר הביטוי הנ"ל רק 27 פעמים, וברובן המכריע הוא מתייחס לא

החשד שמנסים להסיק מכמה דוגמאות בודדות על מקומו המרכזי של המוסר בהלכה, מתגבר לנוכח הרושם שמדובר ברשימה כמעט קבועה של דוגמאות, שחוזרות ונזכרות אצל רוב הכותבים בכיוון זה,³² בלי שנעשה ניסיון של ממש להוכיח שדוגמאות אלה הן הכלל, ולא היוצא מהכלל. דוגמה בולטת היא הטיפול התלמודי בפרשת בן סורר ומורה, שמועלית על נס כדוגמה מְרשימה להשפעתם של שיקולים מוסריים על הפרשנות ההלכתית.³³ בין השאר מוצאים אנו בסוגיה זו את עמדתו הקיצונית של רבי שמעון, המוציא את דין בן סורר ומורה מגדר הראליות, פשוט משום שהדין איננו מתקבל על הדעת מבחינה מוסרית ("וכי מפני שאכל זה תרטימר בשר, ושזה חצי לוג יין האיטלקי, אביו ואמו מוציאים אותו לסקלו? אלא בן סורר ומורה לא היה ולא עתיד להיות. ולמה נכתב? דרוש וקבל שכר", בבלי, סנהדרין עא, ע"א). לפי פרשנות רווחת, רבי שמעון מכיר בניגוד בין החוק "היבש" המקראי לבין הצדק, והוא מכריע לטובת הצדק. רבי יהודה מגיע לאותה תוצאה, מן הסתם מאותו המניע, דרך מדרש מסוים של הפסוקים. כנגד שניהם ניצבת דעתו של רבי יונתן, שאינו מוכן לקבל פרשנות כה רדיקלית של המקרא. איזו גישה משקפת בצורה טובה יותר את ההלכה כפי שהתפתחה והתגבשה במהלך הדורות? לדעת אבי שגיא, "לא תהיה זו הפרזה לומר כי דרכם של רבי יהודה ורבי שמעון ניצחה את דרכו של רבי יונתן".³⁴ באופן אישי, אני מודה שאשמח אם טענה זו תתברר כנכונה, אבל כדי לבסס אותה צריך, כאמור, להביא ראיות רבות, שלעניות דעתי אין בידינו בשלב זה. מה שרבי יהודה, רבי שמעון ואחרים מזכירים לנו הוא, שקיימות אפשרויות מרחיקות לכת לפרשנות מוסרית של ההלכה, שהפוסקים יכולים לבחור בהן אם ירצו. תזכורת זו חשובה עד מאוד. אולם אפשרות שהתממשה רק פעמים ספורות בתולדות ההלכה, אם אכן התממשה, אינה יכולה ללמדנו על אופייה הממשי של ההלכה במהלך ההיסטוריה, ומובן שגם לא על אופייה כיום.

לשיקול מוסרי כלשהו, אלא לִסְפֵר בשם זה, שחובר על ידי ר' מרדכי הלוי בקהיר במאה השבע-עשרה. דומני שממצאים אלה מחייבים אותנו לזהירות רבה לפני שנקבל את מסקנתו של אֶלֶן שהעיקרון דרכיה דרכי נעם הוא "עיקרון יסודי ומכריע ביצירתן ובפתרוןן של בעיות הלכתיות" (שם, בעמ' 67).
 32 הנה כמה דוגמאות מרכזיות ברשימה זו: דרכיה דרכי נעם, עגונות, בן סורר ומורה, ועשית הישר והטוב.

33 לניתוח רחב של הפרשנות התלמודית לדין זה, ראו: משה הלברטל *מהפכות פרשניות בהתהוותן* פרק שני (התשנ"ז). למקורות נוספים ראו למשל: שגיא, לעיל הערה 8, בעמ' 294; MICHAEL HARRIS, *Divine Command Ethics: Jewish and Christian Perspectives* 148-149 (2003); הריס, לעיל הערה 14, בעמ' 197; הרב יצחק קורן "בזכות הדחף המוסרי: תגובה לרב מיכאל הריס" *אקדמות* יט 203, 207 (התשס"ז).

34 שגיא, לעיל הערה 8, בעמ' 305.

ד. האם המוסר הוא חלק מההלכה?

ויכוח מרכזי בתורת המשפט עוסק בשאלה, האם המוסר הוא חלק מהמשפט או לא. כידוע, הפוזיטיביסטים עונים על שאלה זו בשלילה, בעוד הנון-פוזיטיביסטים (המכונים לעתים גם אנשי המשפט הטבעי) עונים עליה בחיוב. ויכוח דומה קיים לגבי ההלכה: יש הסבורים שההלכה היא מערכת סגורה שאינה מכירה בשיקולים מוסריים, ויש הסבורים שהיא מערכת פתוחה המכירה בשיקולים אלה.³⁵ ואולם, גם כאן, הוויכוח הוא יותר אידאולוגי מאשר תורת-משפטי. להלן אראה זאת באמצעות דיון ביקורתי במאמרו של הרב מיכאל אברהם, "האם ההלכה היא 'משפט עברי'?" על דת, מוסר ומשפט,³⁶ שראה אור לפני כמה שנים. לדעת המחבר, בעוד תכליתן של מערכות המשפט הרגילות היא להשיג סדר חברתי, ואף צדק במידת האפשר, הרי שלמשפט העברי תכליות אחרות ותשתיות אחרות: דתיות, מהותיות וערכיות. מבחינה חיצונית יש לא פעם דמיון בין ההוראות ההלכתיות לבין ההוראות המצויות במערכות משפט אחרות, אך המדובר בדמיון חיצוני בלבד. אפילו דיני קניין, שלכאורה הם עניין משפטי גרידא, מבוססים בהלכה על "קשר מטאפיסי שהנפקויות המשפטיות הן רק ההשלכות שלו".³⁷ מכאן טוען אברהם, שאת הגישות המצויות בהלכה לא ניתן ליישם במערכות משפט שאינן מקבלות את ההנחות המטאפיזיות הדתיות והערכיות שלה, ושכל מטרתן היא לדאוג לסדר החברתי – למשל, מערכת המשפט הישראלית. חוליה מרכזית בטיעון הנדון היא החלשתו של היסוד המוסרי בהלכה. "ההלכה האידיאלית", אומר המחבר, "לא נועדה להשיג סדר חברתי, ועל כן עקרונותיה אינם בהכרח בנויים כדי להשיג סדר כזה".³⁸ והדברים אמורים לא רק ביחס להלכה, אלא ביחס ל"יהדות" באופן כללי:

היהדות בנויה בעיקר על אדניה ה'דתיים', וההתייחסות למוסר היא שולית יותר... משום שהמחויבות אליו היא אנושית כללית. אדם שאינו מוסרי מַמַעט את צלם האדם שלו, ולא בהכרח את הקומה הדתית שלו. 'עקרונות הצדק והיושר' אולי באים מתוך 'מורשת היהדות', אולם אין הם שייכים אליה.³⁹

35 הוויכוח מנוסח לעתים במונחי השאלה, אם היהדות מכירה במשפט טבעי או לא. לדיונים הרבים בשאלה זו, ראו David Novak, *Natural Law in Judaism* (1998) והמקורות הנזכרים שם בעמ' 196-199, וכן: סטטמן ושגיא, לעיל הערה 5, בעמ' 144, הערה 48.

36 הרב מיכאל אברהם "האם ההלכה היא 'משפט עברי'?" על דת, מוסר ומשפט "אקדמות" טו 141 (התשס"ה).

37 שם, בעמ' 149.

38 שם, בעמ' 151.

39 שם, בעמ' 162. יושם אל לב השימוש של הרב אברהם בביטוי "צלם האדם", שהוא, כפי שהסברתי

דני סטטמן

הדברים מזכירים פסקה ידועה בספר הכוזרי (מאמר שני, סעיפים מו-מח), שבו מסביר החבר למלך כוזר שהחוקים המוסריים הכרחיים לקיומה של כל חברה אנושית, ומכאן גם לקיומה של חברה יהודית ולמימוש חיי תורה, אף שאין בקיומם כל הישג דתי. אבל הרב אברהם מרחיק לכת עוד יותר, שכן בעוד ר' יהודה הלוי סבור שאין אפשרות לממש חיים דתיים בלא בניית מסד מוסרי איתן, סבור אברהם ככל הנראה שאדם יכול להיות בלתי מוסרי ובכל זאת, בעל "קומה דתית" גבוהה.

מדברים אלה עולה תפיסה פוזיטיביסטית, שלפיה תיתכן מערכת משפט שמסדירה את היחסים בין בני החברה, שהעקרונות והכללים המרכיבים אותה אינם כוללים נורמות מוסריות, ושהיהדות אכן מייצגת מערכת כזאת. אלא שעיון קרוב יותר במאמר מלמד שהדברים אמורים, לדעת הכותב, רק ביחס להלכה ה"אידיאלית", שהיא, לתפיסתו, ההלכה התלמודית, בעוד רוב ההלכה הבתרת-למודית "הוא מכוח הצדק והיושר הטבעי".⁴⁰ אם כך, גם לפי הגישה הנ"ל, שהיא מרחיקת לכת מבחינת הרצון להמעיט את מקומם של שיקולים מוסריים בהלכה, התשובה לשאלה ההיסטורית אם שיקולים כאלה השפיעו בפועל על עיצוב ההלכה, היא כן רבת. תשובה זו אינה מפתיעה, שכן קשה להעלות על הדעת מערכת משפט שמסדירה יחסים ממוניים, מענישה עבריינים ופותרת סכסוכים, אשר אין בה מקום מרכזי לשיקולי צדק ומוסר. ניסיונו של אברהם להחליש שיקולים אלה בהלכה הוא אפוא יותר בגדר עמדה בוויכוח פנים-הלכתי על האיזון הראוי בין שיקולים שונים, ופחות בגדר עמדה בוויכוח התורת-משפטי הנזכר לעיל לגבי מקומו של המוסר בהלכה.

היבט אחר של השאלה אם המוסר הוא חלק מההלכה, הוא שאלת המעמד ההלכתי-משפטי שייחסו פוסקים שונים למסקנות הנובעות מהערכים והתכליות של התורה, להבדיל ממה שמתחייב מהכללים הפורמליים שלה. למשל: האם מי שמפר דרישה הנובעת מהציווי "קדושים תהיו",⁴¹ או "ועשית הישר והטוב",⁴² נחשב כעושה מעשה אסור, כדין האוכל חזיר או המלווה בריבית, או שמא אף שהוא נוהג בניגוד לרוח התורה, אין הוא עובר על איסור? עניין זה נדון לא פעם בעבר, במיוחד לגבי מעמדם של עקרונות כמו "לפנים משורת הדין", או "אין רוח חכמים נוחה הימנו".⁴³ מבחינה פילוסופית, שייכים הדברים

במקום אחר, גלגול מחולן ובעייתי של המושג הדתי "צלם אלהים"! ראו: דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" *עיוני משפט* כד 541, הערה 50 (2001).

40 אברהם, לעיל הערה 36, בעמ' 153.

41 ראו ויקרא יט, א ופירוש הרמב"ן שם, המפרש את הפסוק כמבטא חובה שלא להיות "נבל ברשות התורה", אלא לפעול בהתאם לערכי התורה גם בהיעדר ציווי פוזיטיבי מפורש.

42 דברים ו, יח ופירוש הרמב"ן, שלפיו החובה היא לעשות "הטוב והישר בכל דבר", גם כאשר אין ציווי מפורש.

43 משנה, בבא בתרא ח, ה. למעמדם של עקרונות אלה ותפקודם בהלכה, ראו למשל: מנחם אלון *המשפט העברי* 172-180 (התשל"ח) והמקורות הנזכרים שם. לפני כמה שנים זכה העניין לדיון נוסף מעל דפי כתב העת EDAA, מפי ראובן זינגר וגיל סטודנט. זינגר מראה, כיצד עבור פוסקים מסוימים,

לוויכוח הישן לגבי מקומו של המוסר במשפט, או ליתר דיוק: לגבי תוקפם המשפטי של שיקולים מוסריים שאינם מעוגנים בחקיקה. אבל גם כאן, אני מציע לראות זאת כשאלה היסטורית, כלומר, איזה מעמד ייחסו הפוסקים במהלך הדורות לשיקולים תורניים שאינם הלכתיים-פורמליים? בנקודה זו אני מסכים עם ניומן (Newman): הדיון בשאלה זו התנהל בדרך כלל "במסגרת לגמרי א-היסטורית" על בסיס ההנחה (המוטעית), כאילו קיים יחס מהותי אחד ויחיד בין ההלכה (או "היהדות") לבין המוסר, שאותו ניתן לחשוף באמצעות רפלקסיה פילוסופית על הטקסטים הרלוונטיים.⁴⁴ ואולם האמת היא, שניתן למצוא בטקסטים ההלכתיים יחסים שונים בין הלכה למוסר.

לדעתו של ניומן, העובדה שאין במסורת עמדה אחת בעניין זה איננה מקרית: היא נובעת מאופייה הדתי של היהדות. בתפיסתה הדתית של התורה, ייעודו של עם ישראל הוא לחיות חיי קדושה, חיים שיש בהם מקום מרכזי לשלמות המוסרית. מבחינת זו, הציפיות המוסריות מעם ישראל הן בלתי מוגבלות, וכל מה שמצוי לכאורה מעבר לדין הוא בעצם חלק מהדין. אבל להלכה היה מאז ומעולם גם תפקיד חברתי, כלומר, הסדרת חיי הקהילה. במסגרת תפקיד זה, ההלכה כפופה לאילוצים שונים מבחינת מה שניתן להטיל על בני הקהילה כדרישות מחייבות משפטיות. מנקודת מבט "ארצית" זו, הציפיות הנורמטיביות מעם ישראל מוגבלות, כמו בכל מערכת משפטית.⁴⁵

אני מסכים עם ניומן, שההתנדדות בין שתי הגישות הללו במסורת היהודית אינה מקרית. עם זאת, לעניות דעתי אין צורך לקשר אותה דווקא לאופייה הדתי של המסורת (אף שיתכן שאופי זה מוסיף נופך משלו): כל מערכת משפטית מצויה במתח בין אידאלים מוסריים ואחרים העומדים בבסיסה, מחד גיסא, ואילוצים שונים, מוסדיים, מעשיים, ואף מוסריים – המגבילים את מימושם של אידאלים אלה, מאידך גיסא. לכן לא מפתיע למצוא התנדדות בין גישות המרחיבות את הדרישות המוסריות המוטלות כחובה משפטית על נתיני המערכת, לבין גישות המצמצמות דרישות אלה, כך בכל מערכת משפטית לאורך הדורות, ובדרך כלל כך גם בתוך כל דור ודור.

האסור והמותר מוגדרים באופן בלעדי על ידי שיקולים הלכתיים פורמליים, ואילו לפי פוסקים אחרים, גם מה שנובע מערכים ותכליות עשוי להיות בעל תוקף הלכתי מחייב. אחת הדוגמאות שהוא מביא היא הדיון ההלכתי במנייני תפילה של נשים. לפי עמדה אחת בדיון זה, אף שמניינים כאלה מותרים מבחינה הלכתית, אין הם ראויים; ואילו לפי עמדה אחרת, הואיל ואינם ראויים, הרי שהם אסורים ממש. Reuven Matityahu Singer, *Halakhic Values: Pesaq or Persuasion*, THE EDAA JOURNAL 3.1 (2004); Gil Student, *Comments on 'Halakhic Values: Pesaq or Persuasion'*, THE EDAA JOURNAL 3.2 (2004).

44 Newman, לעיל הערה 1, בעמ' 52.

45 שם, בעמ' 54-62.

סיכום

בהערות המתודולוגיות שפותחו לעיל, הצעתי להבחין בין השאלה הפילוסופית על אודות היחס שבין המוסר והדת לבין השאלה ההיסטורית על אודות מקומו של המוסר בהלכה; וכן, בין השאלה התורת-משפטית על אודות היחס מוסר/הלכה לבין השאלה האידאולוגית, הפנים-הלכתית, על אודות המשקל שיש להעניק לשיקולים מוסריים בפרשנות ההלכה בהשוואה לשיקולים אחרים. המסקנה העיקרית של דבריי היא, שתיאור הולם של מקומם של השיקולים המוסריים בהלכה מחייב שנניח בצד את הדיון הפילוסופי והאידאולוגי, ונשקיע את המאמץ בחקירה היסטורית שתבחן באיזו מידה היו פוסקים אלה או אחרים "אקטיביסטים" או "פורמליסטים"; כמה משקל הם נתנו לערכים בכלל, ולערכים מוסריים בפרט, לעומת החוק היבש, וכיוצא בזאת. כפי שהדגשתי, קשה להאמין שתוצאתה של חקירה מעין זו תוביל למסקנות חד-משמעיות לגבי ההלכה או "היהדות".⁴⁶ כמו במערכות משפט אחרות, יתברר כי מקצת מהפוסקים היו יותר או פחות פורמליסטים מאחרים, וכי מידת הפורמליזם או הלא-פורמליזם שלהם הושפעה יותר או פחות מהנסיבות ההיסטוריות שבהן פעלו. כמו כן יתברר כי ערכים מסוימים השפיעו יותר או פחות מערכים אחרים.

איזו השלכה עשויה להיות לבחינה זו על אפשרות ניסוחם של פירושים חדשים ויצירתיים להלכה, במיוחד בתחום המוסרי? מה יכולות להיות השלכותיו של הגילוי שההלכה נוטה להיות שמרנית ו"פורמליסטית", או להפך – שהיא נוטה להעניק משקל רב לשיקולים מוסריים דווקא, אפילו על חשבון החוק היבש והמסורת המקובלת?

התשובה היא, שמסקנות אלה מגבילות רק במידה חלקית את האופן שבו ניתן לפרש את ההלכה היום. גם אם בעבר נטתה ההלכה להיות פורמליסטית, הרי שיש לחכמה היכולת לשנות מדיניות זו אם הדבר נראה להם נחוץ כדי להתמודד עם בעיות ההווה. וכן כמובן גם להפך: אם בעבר נטתה ההלכה להיות לא-פורמליסטית דווקא, הרי שיש לחכמים היכולת לשנות מדיניות זו היום, אם הדבר נראה להם נחוץ כדי לבצר את החומות ולהגן על התורה מפני הגלים השוצפים של הספקנות והחילון. גם המשפט הישראלי היה, בהתאם לתיאור ידוע,⁴⁷ פורמליסטי למדי עד שנות השמונים, אבל עובדה זו לא מנעה – ואין בסיס לחשוב שהיא כשלעצמה צריכה הייתה למנוע – את עליית הערכים, במינוח של מאוטנר, ואת התחזקות האקטיביזם בשנים שלאחר מכן. את הוויכוח הנורמטיבי על הפרשנות הראויה של

46 אם בעבר נתתי את הרושם שאני סבור ש"היהדות היא דת מוסרית ללא עוררין" (כפי שהתרשם למשל הרב יצחק קורן, לעיל הערה 33, בעמ' 204) – הרי שאני מסתייג מכך היום, בוודאי כאשר מדובר בטענה לגבי האופן שבו תפקדו שיקולים מוסריים הלכה למעשה בפסיקה.

47 ראו: מאוטנר, לעיל הערה 21.

מוסר והלכה : כמה הערות מתודולוגיות

ההלכה היום, ואת המקום שיש להעניק היום במסגרתה לשיקולים מוסריים, יש להפריד אפוא מהעיון ההיסטורי באופן שבו תפקדו שיקולים מוסריים בהלכה בפועל, ובאופן שבו הרהרו בעלי הלכה על טבעו ומשמעותו של תפקוד זה.

דני סטטמן