

## פרק שביעי

### משפט החוזר למוסר

צמצום הרחבה במשפט. — הסיבה לשיבת חוק  
משפטי לתורת-המדות. — מצוות עשה בתור  
חוקים מוסדיים. — האם ביכר התלמוד את  
המשפט על פני המוסר? — אילו מצוות לא  
תעשה הנחשבות לחוקי המוסר. — דין התראה.  
— ביטול עונש מות. — הוצאת החוקים הפליליים  
מתורת-המשפטים. — הבבלי הירושלמי על  
מצוה שמתן שכרה בצדה. — השבת העבוט ושלוח  
הקן. — משפטי התורה שלא היו ולא יהיו. —  
תחבולת ביטול חוקים קדמונים. — בן סווד  
ומורה. — המתקת האכזריות הפאטדיארכאלית.  
— עיר הנדחת בתור חוק עיוני בלבד. —  
מריש הגזול. — הקבלה במשפט הדומי. —  
ביטול דין סוטה ועגלה עדופה עקב תנאי הזמן.  
— פגיעת קנאים. — מצות פריה ורביה. —  
— התחוקה החדשה נגד המעטת ההולדה. —  
— השתלשלות החוק הזה בתקופה התלמודית. —  
חיוניות המשפט העברי.

### א.

אחד היסודות של המשפט התלמודי, כפי שנתברר בפרק  
הקודם, הוא הרחבת גבולות המשפט לתחום תורת-המדות, ככללו  
בגדר המשפט הכופה מצוות מוסריות, אשר בית-הדין לא היה נזקק  
להם בתקופת הקודמת, כי היו אז רק ענין המוסר ללב ולשיפור  
מידות הפרט בלבד. הבירור הזה מלמדנו, כי המשפט התלמודי  
במרוצת זמן השתלשלותו לא נתק אף פעם את הקשר בינו ובין  
המוסר, כי אם להיפך, הוא הלך וגדל, הלך וינק משדה המוסר.  
החכמה הזאת עלולה להוציא מלב בעלי הדעה המומעת והרווחת

עד הנה, כאילו המשפט העברי מתקופת התלמוד ניבב חומרות וגדרים מבלי זיקה כשלהי לתביעה המוסרית. באמת היתה הרהבת היקף המשפטים בזמן התלמוד ולאחריו ביחס למשפט התורה מיוסדת על השאיפה לתת הגנה משפטית לחוקים מוסריים, שנעשו במשך הזמן הכרחיים לקיום חיי החברה ותיקונם. קו ההתפתחות הזה היה איפוא התגבשות חובות היחיד שבמוסר לחוקים שנמסרו למשמרת הציבור בכה הכפית שבמשפט.

## ב.

אכן המשפט התלמודי מצטיין לא רק בהרחבת תורת המשפט הקדומה, אלא גם בצמצומה. דומות הן דרכי החשתלשלות של ההרחבה והצמצום, אם גם בכיוון מחוּפָּז. אם ההרחבה העתיקה חיובים מתורת-המדות לתורת המשפטים, החוזר הצמצום חוקים מתחום המשפט שוב לגדר המוסר. על ההרחבה יחדנו כבר את הדיבור, ותוכחנו, כי כל חוק משפטי היה בראשיתו חוב מרצון, כלומר חוב מוסרי, ורק אחרי כן הפך לחוב מאונם, להוק משפטי. אהרת היא דרך הצמצום שבמשפט התלמודי. השתלשלותו היא אהורנית, מעין החזרת המצב ליושנו, כי הוא משחרר שוב חוקים ידועים מעול השפט, היינו מן אונם וכפיה של הציבור, לאמר הוא מוציא אותם מכלל המשפט ומוסר אותם שוב לרשות היחיד של התודעה המוסרית לשמור על מילואם ברצון טוב ומחזירם בזה לגדר המוסר, הואיל וההבדל המחותי המובחק שבין המשפט והמוסר הוא הכפייה.

למה הדבר דומה? לאדם בעל נכסים, שבנה לעצמו שני בתי-אוצר, אחד בלום ומגור, שעליו הפקיד שומרים, ואחד פתוח. לאוצר השמור הוא מכנים כל הפץ יקר המעון שמירה, כל דבר שרבים לומשים עין עליו, ובבית הפתוח הוא מניח כלים שכיחים

שאינו חב כשמירתם, הואיל ואין אחרים חומדים אותם. אך יש ובתליפת הזמן ישתנה גם ערך הדברים. החפצים, שהיו עד הנה יקרי-המציאות, רבו כמו רבו בארץ ואין שוב מחסור בהם, ואין כל צורך לנמור אותם. לעומת זאת יש ודברים זולים עולים ומתייקרים, כגון בר בשנות רעבון, ודורשים או שמירה מעולה. מה הוא עושה? הוא מוציא מן הבית השמור את הכלים, שאינם מעונים עוד שמירה, ומכניסם לבית הפתוח, וכנגדם הוא מעביר את החפצים הזקוקים לשמירה מן הבית הפתוח לביתו הנעול. וכך הוא הולך ומעביר מפקודה לפקודה משל זה לזה ומשל זה לזה, ככל אשר ישתנה צורך השמירה של החפצים השונים.

הבית הפתוח הוא המוסר, הקולט כל מצוות מוסריות הנעשות מרצונם הטוב של בני-אדם ללא כל שמירה וכפייה חיצונית. הבית השמור הוא תורת-המשפטים, הכוללת את אלה החוקים, אשר ההכרה שומרת על מילואם על ידי יראת העונש המשפטי. ואם יקרה שהוקים מוסריים, אשר היו מסורים ללבו של היחיד, ולציבור לא היה כל ענין להתערב בהם, נעשו בהשתנות תנאי החיים הכרחיים לקיום החברה, ואין הציבור יכול למסור את הפיקוח על שמירתם רק למצפון היחיד כלבד, או מן ההכרח להעביר חובות אלה מן תחום המוסר החפשי לגדר המשפט הכופה. אך יש וגם חוקים משפטיים, שעל מילואם שמר לפנים עונש בית-דין, מאבדים לא-מילאם נחיצותם הציבורית עד שאין החברה מעונינת עוד בקיומם, ועלינו להוציאם מן תחום המשפט ולהשיכם לכלל המוסר בתור חובות הלבבות.

מהות השתלשלות תורת-המשפטים בהלכה התלמודית כלולה איפוא בתהליך-משנה זה: היא הוציאה לעת הצורך חוקים מרשות המוסר הבלתי-שמורה על ידי כפיית בית-דין והכניסם תחת כנפי המשפט, למען שמור על קיומם בתוקף מרות הציבור,

ועתים הוציאה חוקים מתוך רשותו הקפדנית של המשפט והשיבתם לגדר המוסר נעדר האונם. נמצא, כי תנועה חוזרת שולמת בין המוסר והמשפט, אחד מתמלא מחסרוננו של הברו, בהתאם להכרח המלת שמירה ציבורית על חוקים ידועים, או לאפשרות השתחרותם מן שימרת-אונם זו. על מקרים של מצוות מוסריות שניתקו לגדר המשפט עמדנו כבר למעלה, וכזה נעמוד על התופעה המהופכת שבמשפט התלמודי, והיא החזרת חוקים משפטיים למצבם הראשוני, לאמר לגדר המוסר.

ג.

מצוות עשה. סבור ומקובל אצל חכמי התלמוד, כי מצוות עשה אין לוקים עליהן (1). בכלל הגדול הזה העמידו כל מצוות עשה שבתורה, שהן כמעט מהצית חוקיה, מחוץ לגדר המשפט, וקבעו להן מקום בסוג חובות מוסריות ודתיות. כי באין כל עונש בית-דין ולא כפייה משפטית עליהן, משוללות הן הסימן המובהק ההכרחי המגדיר את המושג חוק משפטי והמכדילו מן החוק המוסרי. אמנם חייבו על מצוות עשה מכות מרדות (2), אולם כבר התבאר, שזהו עונש מאוחר בתור קנס, ובכפייה זו הכניסו באמת שוכ בזמן מאוחר את מצוות עשה לגדר המשפט, אבל מתחילה הוציאו מכלל המשפט את כל מצוות עשה. הכיוון הזה, לצמצם את היקף הכפייה המשפטית, רווח מאוד בכל המשפט

(1) מכות, י"ב.

(2) בחולין, קל"ב, נאמר מכים אותו עד שתצא נמשו, ונקטתי מכות מרדות כדעת הר"ן סוף מכות, האומר שמכות מרדות היינו שבעבירה הנמשכה מכין אותו עד שתצא נמשו, אך על לשעבר מלקין אותו ל"ט. אמנם דעת הרמב"ם בפירושו למשניות נוזר פ"ד, מ"ג, שאין מניין למכות מרדות אלא כפי שודא דדיינא, והריב"ש, תשובה צ"ב, מביא בשם תוספות שהן ל"ט כשל תורה, אך לא חוקות כמותן, והפגן אברהם, סימן רצ"ו, מביא בשם מהר"י, שמכות מרדות הן רק י"ג, שליש ממלקות מן התורה.

התלמודי, כפי שנראה עוד כבא, ולדעת חכמי התלמוד רוב חוקי התורה הם חוכות מוסריות, שאין בית-דין עונש עליהם.

העובדה הזאת ראויה להדגשה מיוחדת, בגלל הדעה השטחית המתהלכת בין כמה חוקרי האומות וגם בספרות העברית החדשה מימות ההשכלה ואילך, כי בעלי התלמוד מיעמו כביכול את דמות תורת-המוסר, בהפכם ציוויים מוסריים טהורים, המיוסדים על אהבה וחסד ורצון טוב, לחוקים משפטיים קפדנים, המסורים לכפיח היצונית, לשופט ולשוטר בית-דין לעונש עליהם במקל ורצועה. וכאמת הרכה יותר מאשר הכניסו חיובים מוסריים לתורת המשפטים, חסירו את הכפיח ההיצונית מעל חוקים רבים, שנחשבו עד אז לחלק המשפט הכופה, וייחדו להם שוב מקום בין המצוות המוסריות, ששופטן היחידי הוא מצפוננו של האדם, וקיומן מסור רק ליצר הטוב של היחיד בלבד. בין אלה החוקים חיו, כאמור, גם כל מצוות עשה שבתורה (3).

וגדולה מזו אמרו, שאף חרבה ממצוות לא תעשה אינן נכנסות לגדר המשפט, בשללם מהן עונש בית-דין, כמו לאו שאין בו מעשה אין לוקים עליו (4), וכל מצות לא תעשה, שיש בה

---

(3) בזה בארנו במקום אחר את הניסוח השלילי של הלל הוקן (שבת ל"א), שכליל את כל התורה בלאו: דעלך סני לחברך לא תעביד, ולא בצורה החיובית של הכתוב ואהבת לרעך כמוך, ורבים תמהו על זה, עיין מהרש"א שם. וחוקרים נוצרים חפצו לראות בזה מהרהורי לבם, בהצביעם על ה"יתרון" של הציוי הרומה לזה באיחאנגליון המנוסה בלשון חיובית. אכן נראה, כי הלל חפץ למסור לגר בראשונה רק את "המינימום של המוסר", שהוא כביטוי של ילינק, המשפט, ומפני שהמשפט כולל לפי דעת חכמי התלמוד רק את הלאוים ולא את העשה, לפיכך תפס את המיעוט ולימדו "לא תעביד". אולם החיוב, אהבת הריע, היסוד לתורת-המידות של היהדות, הכוללת הרבה יותר מאשר תורת-המשפטים, היה כנראה נשגב מהבנת העובד אלילים אז.

(4) מכות, טו. וידידי הרב הגאון ר' חיים הלר העירני, כי נמצא באחרונים, שלאויים שאין לוקים עליהם חייבים מכת מרדות מדרבנן, ואם כן שוב הכניסו חכמי

קום ועשה, אין חייבים עליה 5), ואין לוקים על לאו שבכללות 6), וכדומה.

ד.

ה ת ד א ה . אכן לא רק את מצוות עשה הוציאו בעלי התלמוד מן תחום המשפט והכניסו לגדר המוסר, אלא אף כל מצוות לא תעשה, וזה לרגלי הדין של התראה הדורש, כי על העדים להתרות תחילה את החוטא, והוא צריך לקבל עליו את ההתראה ויענה, יודע אני את העונש ואף-על-פי-כן אני עושה זאת, ויתיר עצמו למיתה, ויסית בתוך כדי דיבור משעת ההתראה, כמבואר בכרייתא ז) שכודקים את העדים: התרתם בו, קיבל עליו התראה, היתר עצמו למיתה, המית בתוך כדי דיבור.

בתנאי הזה של התראה בימלו חכמי התלמוד את כל עונשי בית-דין של מיתה ומלקות, והוציאו בזה את כל החוקים הפליליים מגדר המשפט הכופה והכניסו לסוג עבירות מוסריות. אמנם על הרוצה בלי התראה המילו אחר כך עונש מאסר עולמי, כמבואר במשנה 8): ההורג נפש שלא בעדים מכניסים אותו לכיפה ומאכלין אותו לחם צר ומים לחץ. ושמואל ביאר בגמרא, שהיינו ההורג בלי התראה. אך זהו רק ברוצה, אבל בשאר חייבי מיתה,

התלמוד את מצוות לא תעשה למד המשפט המעניש. ואמנם מצאתי כן לסרי מגדים בפתיחה כוללת שלו לאריח אות כ"ה, הסוכר ולאווין שאין לוקים עליהם מדין תורה חייבים עליהם מכת מרדות מדברי סופרים, ומביא דאיה לזה מן הרמב"ם, ושוב ראיתי בשדי חמד מערכת הלמד כלל זה בשם ברית יעקב אריח סימן יט, הגוטה ג"כ להכריע שלוקים מכות מרדות על הלאווין שאין לוקים עליהם מדין תורה. אכן במחקרנו זה לא חשבנו את הלאווין האלה לחוקים שעברו שוב מתחום המוסר לכלל חוקים משפטיים בתקופת התלמוד, הואיל והדעה הזאת שלוקים עליהם מכת מרדות, לא נמצאה לא בתלמוד ולא במוסקים הראשונים, והיא רק השערה של ספרי אחרונים.

5) מכות, טז, במשנה.  
6) פסחים, כד.  
7) סנהדרין, מ.  
8) סנהדרין, פ"א.

ומכל שכן כהייבי מלקות, לא ענשו אף במאסר, אם לא קדמה ההתראה, כמבואר ברמב"ם (9).

אכן בדין ההתראה התקשה תרבה רי"א (ווייס 10), כתביאו מכמה מקומות מספורתגו התלמודית העתיקה, כי דגו למיתה גם בלי התראה, ושמעון בן שמח תלה שמונים מכשפות ביום אחד באשקלון בלי התראה, וכדומה תרבת. לפיכך היתה דעתו, שדין ההתראה נתחדש להם לתנאים אחר בימול הסנהדרין, כי בזמן שכה הסנהדרין היה יפה, לא היה דין התראה נוגה. אולם בתלמוד נראה, שדין ההתראה היה מקובל מימים קדומים ובי הזיקה ובי רבי ישמעאל ובי רבי מתאמצים ללמוד את דין ההתראה מן התורה (11), ועוד האמורא עולא שאל שם: מנין להתראה מן התורה, ומוציאה מדרשה רחוקה מן הכתוב וראה את ערותה „אם אינו ענין לכרת הנהו ענין למלקות". אכן גם הרמב"ם (12) התקשה בהכנת ענין ההתראה המבטלת כל עונש מיתה ומלקות, וכמה עובדות היסטוריות מזמן הבית השני סותרות לכאורה את מציאות הדין הזה אז, ולפיכך היתה דעתו, שכתור הוראת שעה ענשו בזמן הבית גם בלי התראה.

בכל אופן נמצאנו למדים, כי במשפט התלמודי יצאו כל החטאים הפליליים מכלל המשפט, עקב התנאי של קבלת ההתראה עובר לעשיית החטא. ברוח השאיפה הזאת, לבטל כליל את עונש המות, אומרת המשנה (13): „סנהדרין החורגת אחד בשבוע נקראת חובלנית, רבי אליעזר בן עזריה אומר אחת לשבעים שנה, רבי מרפון ורבי עקיבא אומרים: אילו היינו בסנהדרין לא נהרג אדם

(9) רמב"ם, הלכות רוצח, פ"ה, ה"ה.

(10) דור דור ודורשיו, חלק א', עמוד 142. (11) סנהדרין, פ.

(12) רמב"ם, הלכות סנהדרין, פ"ד. (13) מכות, ז.

מעולם". ואמנם דיו רק קיום דין התראה לכל תנאיו, למען מנוע כליל עונש מות בבית-המשפט.

## ה

מצוות שמתן שכרן בצדן. ראינו למעלה, כי על מצוות עשה שבתורה עברו שלש תקופות: בראשונה היו חלק מן תורת-המשפטים, בשנית נחשבו לחוקים מוסריים שאין עונשים עליהן, ובשלישית חייבו עליהן שוב סכות מרדות והחזירון לתחום המשפט. אולם אותן המצוות, שמתן שכרן מכואר בצדן בתורה, נשאר גם בתקופה השלישית מצוות מוסריות, שאין עונש משפטי עליהן, באמנם: כל מצוות עשה שמתן שכרה בצדה אין בית-דין שלמטה מוזהרין עליה. וכן מסופר בתלמוד (14) שחביאו לפני רמי בר חמא איש אחד שאינו נוחג כבוד באביו ואמו וכפתוהו, אמר רמי בר חמא הניחוהו, דתניא כל מצוות עשה שמתן שכרה בצדה אין בית-דין שלמטה מוזהרין עליה, וכיבוד אב ואם מפורש שכרו: „למען יאריכון ימך" (15). ורש"י מטעים שם: „לכן פירש מתן שכרה, לומר אם לא תקיימנה זהו עונש שלא תישול שכר זה", כלומר, שהתורה גלתה דעתה בזה, שחמצוה הזאת היא רק מוסרית ולא נמסרה לכפיית בית-דין.

אמנם הזכרנו כבר בפרק הקודם כי בירושלמי (16) נמצא בזה שיטה אחרת: כתיב מאזני צדק אבני צדק (ויקרא כ"ט),

(14) חולין, קי.

(15) שמות, כ

(16) ירושלמי ב"ב, פ"ה, ה"ה. ומן הראוי להעיר דרך אגב על דברי הפני משה שם התמוהים, האומר: „כתיב מאזני צדק ואבני צדק. איפת צדק והין צדק יהיה לכם, ודרשו שיהיו מאזני צדק, יהיה לכם ממון, הרי מתן שכרה בצדה". והדבר בלתי מובן, למה לנו דרשה דחוקה זו, הלא מתן שכרה מפורש להדיא בתורה: איפה שלמה וצדק יהיה לך למען יאריכו ימך על האדמה אשר ה' אלהיך נותן לך (דברים, כח), ואין ספק שלזה התכוון הירושלמי. אחרי כתיב זאת מצאתי לחתם סופר ח"י"מ סימן קצ"ו שתמה על הפני משה. שנתעלם ממנו מקרא מלא שהבאנו בזה.



מיכן אמרו חכמים כל מצוה שמתן שכרה בצדה אין בית-דין מוזהרין עליה. ותמה הירושלמי על זה ממה שאמרו על אבן שלמה וצדק יהיה לך מנה לך אנגרמוס (שומר משניה) על כך, חרי שבית-דין מוזהר גם על מצוה שמתן שכרה בצדה, עקב זאת מסיק שם ר' בון בר חייה, כי גירסת הכרייתא היא: מצוות עשה שמתן שכרה בצדה אין בית-דין נענשין עליה. דעת ר' בון היא איפוא, שגם מצוות שמתן שכרן בצדן הן חוקים משפטיים ועונשים עליהם, אך אין בית-המשפט נענש, אם מנע את עצמו מכפייה במצוות אלו. אפס ברור חדבר, שזוהי רק דעת יחיד, ולכן נקטו בבבלי את הגירסה אין בית-דין מוזהרין עליה, לאמר שאין בסמכות בית-המשפט להכריח על זה (17). אבל בתקופה שלאחר התלמוד הכניסו

(17) הרב רסאל מרדכי בארישאנסקי העיר בצדק ב„הדאר“ גליון ו', תשיב, על מה שכתבתי בזה, שדעת ר' בון בר חייה בירושלמי, שמצוה שמתן שכרה בצדה אין בית דין נענשים עליה, היא בניגוד לדעת התלמוד בבבלי האומר, שאין בית-דין מוזהר על זה הדין, ור' בון בר חייה בירושלמי כבא בתרא ח', הסובר שאין הבבלי בין הבבלי ובין ר' בון בירושלמי בזה, כי ר' בון מפרש, שמה שנאמר בכרייתא אין בית דין מוזהר עליה הודאתו שאין בית דין נענש עליה אם לא כפו על מצוה שמתן שכרה בצדה.

ואמנם דברי התוספות האלה לא נעלמו ממני, ועמדתי עליהם בפרק הקודם, אולם באמת דברי הריצביא הם דעת יחיד, כי שיטת הר"ת והר"י בתוספות שם היא אחרת, והם מפרשים כביאורנו במאמר הנוכח, שמה שנאמר בבבלי שמצוה שמתן שכרה בצדה אין בית דין מוזהר עליה, היינו שאין כח לבית דין לכופ עליה, ולפיכך תמהו למה כפו על צדקה, ותירצו שם מה שתירצו. הם סוברים איפוא בהכרח, כי שיטת הירושלמי שאין בית דין נענשים עליה, זאת אומרת אבל מוזהר עליה, היא בניגוד לדעת הבבלי שאין בית דין מוזהר עליה. וכן מבואר בפירוש בסמ"ע ח"מ, סימן צ"ו וסימן ק"ז סי"ב, כי „התוספות והרא"ש חולקים על הריצביא, והביאו ראיה שמשמעותו שאין כופים כלל, וזהו דלא כהירושלמי“. ומה שאומר שם הש"ך, כי לא מצא בתוספות שחילקו על הריצביא, הנה הר"י והר"ת חולקים עליו, וכן יוצא מדברי התוספות כתובות מ"ט, ד"ה מבואר בפירוש בסמ"ע ח"מ, סימן צ"ו וסימן ק"ז ר"י ור"ת ולא הוכיחו כלל דעת הריצביא, והש"ך בעצמו רמז אחר כך על זה.

ובאורים ותומים מבאי כמה ראיות מתלמוד בבלי המראות בפשטות, כי ההוראה המקובלת בתלמוד בבלי של המאמר אין בית דין מוזהר עליה היא שאין כח לבית דין לכופ עליה כלל, ולא כירושלמי שאין בית דין נענש עליה. והרשביא בתשובותיו, סימן תשמ"ה, פוסק, שהשבת העבוס היא מתן שכרה בצדה ואין בית דין מוזהר עליה,

הפוסקים שוב כמה מצוות שמתן שכרן בצדן לגדר המשפט כדעת ר' בון בירושלמי.

והנה הרמ"א (18) חושב גם השבת העכוב למצוה שמתן שכרה בצדה, וברור שהתכוון לכתוב שם: וברכך ולך תהיה הצדקה לפני ה' אלהיך (19). והמשנה למלך (20) מונה גם שלוח חקן בין המצוות שמתן שכרן בצדן, שנאמר בה למען ייטב לך והארכת ימים (21), ותמה על רב יהודה, שהייב מלקות לאחר שעבר על מצוה זו.

## 1.

משפטים שלא היו ולא עתידים להיות. יש עבירות, שהתורה יעדה עליהן עונשים המורים, והכמי התלמוד חסירו מהן את העונש המשפטי והחזירונ בזה שוב לגדר עבירות מוסריות. והואיל ואין כה ביד חכמים לעקור דבר המפורש בתורה, לפיכך לא במלו את עונש התורה באופן ישר, אלא צמצמו את אפשרות ביצועו בתנאים כאלה, עד שנעשה נמנע המציאות. על חוקים כאלה נאמר בתלמוד, "לא היו ולא עתידים להיות. ולמה נכתבו? דרוש וקבל שכר". ואל תתמה על דרך, "מלאכותית" זו של התלמוד לשם שינוי חוק עתיק. גם כמשפט הרומי וכמשפטי עמים קדומים אחרים נמנעו מביטול חוקים שנתקדשו קדושת דורות, דבר העלול לערער את יסודות האמון ביציבות המשטר המשפטי

אך אם רוצים לכוף הרשות בידם, וזה גם כן שלא כהריבוי האומר שבית דין מחויב לכוף, ומה שהשיך חר"מ, סימן קי"ג, רוצה לומר שהרשבי"א והריב"א בשיטה אחת עומדים, כבר סתרו האחרונים את דעתו. והתנוך בפרשת יתרו סימן ל"ג. סובר במצות כיבוד אב ואם, שאם יש כח בבית דין כופים עליה, וכבר תמה עליו המשנה למלך סוף ספרו פרשת דרכים, שוהי מצוה שמתן שכרה בצדה ואין בית דין מוזהר עליה ואי-אפשר לכוף עליה. והמשנה למלך האריך בזה בהלכות עבדים פ"ג, הל"ד.  
 (18) חר"מ, סימן צג, סעיף סז. (20) הלכות עבדים, פ"ג, הל"ד.  
 (19) דברים, כד. (21) דברים, כב.

בכלל בתוך העם. עקב זאת השאירו המחוקקים תרומיים המאוחרים בצורתם הראשונה כמה חוקים קדומים שנתיישנו ורק צמצמו את יכולת-פעולתם בעזרת סיינים ונדרים, עד שלא נשאר מקום במציאות, שהחוק יוכל לחול עליו.

אחד הדינים האלה הוא בן סורר ומורה. לפי משפט התורה אם הבן סורר ומורה, שאינו שומע בקול אביו ואמו, על החורים להוציאו אל זקני העיר, ורנמוהו כל אנשי עירו באכנים ומת (22). להבנת החוק הזה, המכיל לכאורה עונש חמור ביותר לפי התרגשה המשפטית של זמננו, עלינו לשום לב למשפט הפארמיארכאלי כימים קדומים, ואז נוכח, שבאמת מנמת התורה היתה חמתקת-דין של חוק אכזרי קדמון. במשטר הפארמיארכאלי היתה רשות לאב להרוץ על בנו משפט מות וגם להמיתו בידי, אם הבן התקומם נגד ממשלתו הבלתי-מונבלת על כל „בית האב“. חוק התורה קבע איפוא הנבלח רבה לרשות האב, שלא ישלוט על חיי בניו, אלא עליו להביא את בנו המורד למשפט לפני זקני עירו, והוצאת העונש נמסרה לכל אנשי העיר.

אכן ברכות הימים התרחקו בני-אדם עוד יותר ממשטר הפארמיארכאלי, זכות האב על חיי משפחתו הלכה חלוך והתמעט, והעונש החמור של בן סורר ומורה, אף אחרי ההנבלח לחזק להכרעת זקני העיר, לא התאים עוד לתפיסת הצדק המשפטי של אותו דור. לפיכך באו תנאים חמגבילים אותו עד למניעת המציאות, כגון: בן ולא גדול ולא קמון, כלומר שרק במשך נ' חדשים בכל חיי הבן נוהג דין סורר ומורה, ורק אם אביו ואמו שווים בקול ובמראה, וזהו דבר הנמנע בטבע וכדומה. וזהו שאמרו בכרייתא (23): בן סורר ומורה לא היה ולא עתיד להיות, ולמה נכתב? דרוש

וקבל שכר. ורבי שמעון מנמק את החכרעה הזאת באי-התאמת החוק להכרח המשפמית בדורו, בשאלו: וכי מפני שאכל זה תרטימור בשר ושתח חצי לוג יין איטלקי אביו ואמו מוציאים אותו לסקלו?

כיוצא בו דין עיר הנדחת. לפי המכואר בתורה, אם תושבי עיר זנו אחרי אלהים אחרים, הכה תכה את יושבי העיר החיא לפי הרב, ההרם אותה ואת כל אשר בה... והיתה תל עולם לא תבנה עוד". והנה בזמן הכית הראשון ולפניו היו תקופות בתולדות ישראל, אשר בהן הלך כמעט כל העם אחרי הבעל, ואם עלה ביד נביא או מלך לבער לזמךמה את עבודת האלילים מן הארץ, מן הנמנע היה להחריב את הארץ על כל עריה, שתושביהן נפתו לעבודה זרה. ואמנם למרות כל דברי הזעם החוצכים לחבות אש של נביאי ישראל כלפי חנוהים אחרי הפולחן האלילי, לא מצאנו בדברי שום נביא תביעה כזו. מזה יוצא, כי דין עיר הנדחת היה עוד בדברי ימי ישראל הקדומים חוק עיוני בלבד. את העוכדה החיסטורית הזאת אישרו אחרי כן חכמי התלמוד בקבעם בכרייתא (24): עיר הנדחת לא היתה ולא עתידה להיות. אפס למען חשאיך את חוק התורה קיים מכהינה העיונית, גדרו גם את הדין הזה בתנאים נעדרי המציאות, כמו שיהיו שני עדים והתראה קודמת לכל אחד ואחד מרוב העיר (25), ולדעת רבי אליעזר כל עיר שיש בה אפילו מזוזה אחת אינה נעשית עיר הנדחת (26).

הדבר מוכן, שאם גם שללו מעבירות אלו את עונשן המשפמי, בכל זאת נשארו באיסורן המוסרי, היינו שיצאו מגדר המשפמ וחזרו לתחום המוסר.

(24) ש.ם. (25) ש.ם, קיא. (26) ש.ם.

ז.

מפני תקנת השבים. על יסוד הנימוק הזה מצאנו חכמי התלמוד לנחוץ להוציא כמה דינים מרשות המשפט ולהחזירם לכלל חוקים מוסריים. אחד הדינים האלה הוא „מריש הנזול”. אם אדם נזל קורה ובנאה בכיתו, על פי דין תורה עליו להרוס את כל הבית ולהחזיר את הקורה לבעליה (27). אולם בעלי התלמוד שקדו על תקנת השבים בתשובה, ולמען הקל על הנזול להשיב את הנזילה העיד רבי יוחנן בן נודנדא במשנה (28) על המריש הנזול שבנאו בכירה שיטול את דמיו.

ובכרייתא שם הדבר שנוי במחלוקת, בית שמאי אומרים: מקעקע כל הבירה כולה ומחזיר מריש לבעליו, ובית הלל אומרים: אין לו אלא דמי מריש בלבד מפני תקנת השובין, והלכה כבית הלל.

אמנם אף שאין כופים אותו להחזיר את הקורה ולקעקע כל ביתו, בכל זאת מוטל עליו חוב מוסרי להשיב את הדבר שנזל. זה יוצא מן הנאמר בתלמוד (29) וישובו איש מדרכו הרעה ומן החמס אשר בכפיהם (30), מאי ומן החמס אשר בכפיהם? אמר שמואל, אפילו נזל מריש ובנאו בכירה מקעקע כל הבירה כולה ומחזיר מריש לבעליו. והנה ברור, ששמואל אינו חולק על בית הלל והכרעת המשנה, אלא שהוא מטעים, כי מן הבחינה המוסרית מחויב הנזול גם אחר התקנה להשיב את הדבר הנזול, ומסיק זה מן הכתוב המדבר על תשובת היחיד, שכל זמן שדבר נזול נמצא ברשותו, אף ששילם דמיו ונפטר לפי החוק המשפטי, הריחו במובן המוסרי כאילו „חמס בכפו”. נמצא איפוא, שאת דין מריש הנזול שחררו מן הכפייה המשפטית ועשוהו חוק מוסרי.

(27) תוס' משפס, סימן שס.  
 (28) גטין, נה.  
 (29) תענית, טז.  
 (30) יונה, ג.

התפתחות מקבילה עבר דין זה גם במשפט הרומי, והוקי שנים-עשר הלוהות הכריעו ברומה, שאין לקעקע כל הבנין עקב קורה גזולה, אלא משלם כפל דמי הקורה.

עוד שני הוקים משפטיים החזירו חכמי התלמוד לגדר המוסר מפני תקנת השבים, כמבואר בכרייתא (31): הגולנין ומלוי ברכית שהחזירו אין מקבלין מהם, והמקבל מהם אין רוח חכמים נוחה הימנו. ואמר רבי יוחנן בימי רבי נשנית משנת זו, דתניא מעשה באדם אחד שביקש לעשות תשובה, אמרה לו אשתו: ריקא, אם אתה עושה תשובה אפילו אכנמ אינו שלך, ונמנע ולא עשה תשובה. באותה שעה אמרו: הגולנין ומלוי ברכית שהחזירו אין מקבלין מהם, והמקבל מהם אין רוח חכמים נוחה הימנו. שני הדינים האלה היו מקודם הוקים משפטיים שבית-דין כופה עליהם, כמבואר בתוספות (32), שעל-פי הדין כופים להשיב את הגזילה, וכן הדין ברכית קצוצה שיוצאת בדיינים (33), אך מפני תקנת השבים אמרו, שאין לכפות על השבתן. אולם מכלל היוב מוסרי לא יצאו, כמסקנת התלמוד שם (34), שהייב להחזיר כדי לצאת ידי שמים, לאמר שהם נשאר הוקים מוסריים שלא נמסרו לבית-דין.

התקנה הזאת, המשהררת את הלסטים ומלווי ברכית מכל אחריות משפטית, עוררה בתקופה מאוחרת תמהון, הואיל ואין כל ציבור מתוקן יכול לעמוד בה. לפיכך בארו חכמי התלמוד, שתקנה זו היתה השעה צריכה לה, כלומר שנולדה מתוך תנאי זמן מיוחדים. רבי יוחנן מצא לנהוץ לברר, כי רבי ובית-דינו

(31) בבא קמא, צד. (33) בבא מציעא, מא.

(32) תוספות, שם, ד"ה בימי רבי. (34) בבא קמא, שם.

התקינו זאת מתוך מעשה שהיה, שהאנשים היו שטופים אז בגזל ורכיב, החוטאים היו אנוסים להתמיד כהטאם, מפני שהיה נשגב מכחם לעשות תשובה ולהשיב כל הגזילות והרכיב. וכדי לחקל להם לעזוב דרך הרשע אמרו שאין לקבל מהם דמי הנזק, אם באו לעשות תשובה. כי העונש תפקידו למעט את החטאים עקב יראת העונש „למען ישמעו ויראו“, וכגזילה ורכיב גרמה יראת העונש להיפך, להגדלת מספר החוטאים.

אולם ככל זאת נשארה השבת הגזילה והרכיב בתור חיוכ מוסרי, אף שבית-הדין לא כפה עליה, ואמרו <sup>(35)</sup>, שהגזלנים ומלווי ברכיב מהיובים להחזיר כדי לצאת ידי שמים. שני הדברים האלה, השבת הגזילה והרכיב, הוצאו איפוא מגדר המשפט בזמן רבי וחיו למצוות מוסריות בלבד. אמנם בהשתנות התנאים צמצמו אחר כך את התקנה הזאת, עד שהכניסו שוב השבת הגזילה והרכיב לכלל חוקים משפטיים המסורים לכפית בית-דין. לזה כיוונו בעלי התוספות שם, שרבי התקין את התקנה הזאת רק לדורו. וכן אמרו, שזה רק בבא לעשות תשובה, אבל אם עומדים במרדס מוציאים מהם בעל-כרחם, ורק אם אינו דבר מסוים אין מקבלים מהם <sup>(36)</sup>, ורק אם רוב עסקיו ומחיתו מרכיב אין מקבלים מהם <sup>(37)</sup>. אבל אין ספק, כי בשעתה היתה תקנת רבי כללית, שאין מוציאים ואין מקבלים מהם בכל אופן, כי הברייתא נשנית תתם בכל הגזלנים ומלווי ברכיב, וכן דעת התוספות <sup>(38)</sup>, שמן הברייתא לא משמע, שמדבר בעושי תשובה <sup>(39)</sup>.

<sup>(37)</sup> ירד, שם.

<sup>(35)</sup> ביק, שם.

<sup>(38)</sup> תוספות בבא קמא, שם.

<sup>(36)</sup> שיך ירד, סימן קטא.

<sup>(39)</sup> ויש ראייה לדבר, שהתקנה היתה מעיקרה בלי כל הגבלה, כי בגמרא שם הקשו על הברייתא ממה שאמרו: הניח להם אביהם מעות של רכיב, אף על פי שהם יודעים שהן רכיב אין חייבים להחזיר, איננו הוא ולא, הוא אביהם חייב להחזיר. ואם יש הבדל בתקנת הברייתא בין דבר מסוים או אינו מסוים או בין אומנות בכך או לא, אין מקום לקושי הגמרא, כי אפשר שהניח להם אביהם דבר מסוים או שלא

ת.

ביטול חוקי המשפט העתיק. בררנו כי על דינים ידועים בתורה אמרו חכמי התלמוד שמעולם לא היה להם מקום במציאות. אפס נמצא סוג אחר של חוקי התורה, אשר חכמי התלמוד הדגישו, שחיו נוהגים בשעתם ורק מפני שינוי תנאי החיים בטלום.

אחד הדינים האלה הוא דין סוטה. התורה מלמדת אותנו, שאם הבעל מקנא לה שמעלה בה מעל, על הכהן להשקות אותה המים המרים המאררים (40). ובמשנה (41) אמרו: שמרכו המנאפים פסקו המים המאררים, ורבי יוחנן בן זבאי הפסיקו. נימוק מוסרי נעלה גרם לביטול דין סוטה. משרכו פורצי המוסר בין הגברים התקומם הרגש המוסרי נגד זכות זו של הבעל, לקנא לאשתו בעוון שהוא עצמו אינו נקי בו, ולפיכך דרשו: אין הבעל מנוקה מעוון, אין המים בודקים את אשתו. עקב זאת הרחיב רבי יוחנן עוז בנפשו לבטל כליל את דין סוטה.

כמו כן בטלו את דין עגלה ערופה המכואר בתורה, ואמרו שם במשנה: „משרכו הרוצהנין בטלה עגלה ערופה“. הואיל ושפיכת דמים היתה אז חויון נפרץ, והכבורות מרצחים היו עושות מעשיהן לעיני השמש, ולכן אבדה עגלה ערופה, הבאה רק על הספק בלבד, את ערכה ואת מנמתה, ובטלה.

מ.

קנאים פוגעים בו. מופת הותך להעכרת חוק מתחום לתחום חוזר ושוב, מן המוסר למשפט ומן המשפט שוב למוסר, הוא השתלשלות הדין של בועל ארמית.

היתה אומנותו בכך, ולכן היה על אביהם עצמו להחזיר, אלא דאי שפשוט היה לבעלי התלמוד, שחקנת רבי היתה כללית, כי רבי בשעתו הוציא את שני הדברים האלה כליל מגדר חוקים משפטיים. (40) במדבר, ה. (41) סוטה, מו.



בתורה מסופר, כי פינחס הרג את זמרי מפני חטאו עם המדינית, וה' הודה לו ואמר: הנני נותן לו את בריתי שלום . . . תחת אשר קנא לאלחיו (42). ונראה, שחיתת תקופה קדומה, שבה הכריעו את הדבר כדין תורה לחייב את הכועל ארמית מיתת בית-דין. ונמצאת הלכה עתיקה, שהחמירה בזה הרבה, בספר היובלות (43), כי „אם יתן איש את בתו או את אחותו לאיש מורע הנכרים, רגום ירגמו אותו באבנים, כי עשה תועבה בישראל”. ומסתבר, שכמו שחייבו מיתה למוסר בתו לנכרי, כך חייבו את הבא על הנכרית. ממעשה תמר, שיהודה הרץ משפטה והוציא אותה לשריפה (44) נראה, שלפנים בישראל דנו במיתה את בת ישראל שנבעלה לנכרי (45). אכן במשנה (46) פטרו את הכועל ארמית ממימתת בית-דין ואמרו: הכועל ארמית קנאים פוגעים בו. ובגמ' (47) צמצמו עוד יותר את הדין של קנאים פוגעים בו, ואמר רבי יוחנן ורב חסדא: „הבא לימלך אין מורין לו”, היינו אם הקנאים שואלים את פי השופטים אמור להם להורות לפגוע בהמוא. וכבר הזכרנו למעלה עד כמה הרחיקו ללכת בזה בירושלמי (48): אם הקנאים הורגים לכועל ארמית, הרי זה שלא ברצון חכמים, ופינחס שלא ברצון חכמים עשה, ואמר שם ר' יודה בן פזי: בקשו לנדותו — לפינחס — אלולי שקפצה עליו רוח הקודש ואמרה: והיתת לו ולזרעו אחריו ברית כהונת עולם.

(43) ספר היובלות, ל. ו.

(42) במדבר, כה.

(44) בראשית, לח.

(45) אמנם כבראשית רבה מיה אמר ר' אפרים מקשה, שתמר היתה בת סוֹן, ולכן נזוה בשריפה, אך הרמב"ן בפירושו לבראשית ל"ט הוכיח, שאלו הם רק דברי אגדה, כי על פי הדין אין בת כהן אלמנה או שומרת יבם דינה בשריפה, רק ארוסת או נשואה, ופשוטו של מקרא מוכח בפירוש הרש"ם שם, שדנו אז גם את בת ישראל בשריפה.

(46) סנהדרין, טא. (47) שם, טב.

(48) ירושלמי סנהדרין פ"ט, ה"ג.

ככיוון זה הגבילו האמוראים הרבה את רשות הקנאים, ואמרו בשם רבי יוחנן (49), כי רק בשעת מעשה החמא מותר לקנאים לפגוע בחוטא, אבל לאחר מעשה מהייבים את הקנאי מיתה אם הרגו לכוועל, ואף בשעת מעשה אם התחזק הכוועל והרגו לקנאי אין הכוועל נהרג עליו, מפני שהקנאי רודף הוא, ורק אם חמא בפרהסיא, היינו לעיני עשרה מישראל, מותר לקנאי לפגוע בו (50). היוצא מכל זה, כי דין כוועל ארמית, שהיה חוק משפטי עתיק, יצא אחר כך סכלל עונש מיתה, ובהעדר עונש חוזר שוב לגדר חמא מוסרי (51).

כהתאם לאמור מצאנו (52), כי בית שמאי ובית הלל גזרו על יין עכו"ם משום בנותיהם, ועל בנותיהם משום דבר אחר, היינו שלא יכשלו בעבודת אלילים. וכבר התפלאו כנמרא שם על גזירה זו המיותרת לכאורה, כי איסורים רבים קדמו מכית-דינו של שם, במעשה יהודה ותמר, ומכית-דינו של השמונאי, ואמנם עתיק ימים היה האיסור הזה, ורק הועבר, כאמור, פעם מן המוסר לתחום המשפט המעניש, ופעם מן המשפט שב לכלל המוסר נעדר העונש. ויש הוכחה לזה, שראו בתקופה מאוחרת ככוועל ארמית רק עבירה מוסרית בלבד, ממה ששאל רב כהנא לרב (53), אם לא פגעו קנאים לכוועל, מה עונשו, ורב לא זכר מה דינו עד שהזכירו ר' כהנא, שבאמת אין לו עונש משפטי אלא עונש מן השמים, כעל כל עבירה מוסרית בלבד, והיינו שאם תלמיד-הכם הוא לא יהיה לו ער בהכמים ועונה בתלמידים, ואם כהן הוא לא יהא לו בן מניש מנהח לה' צבאות.

(49) בבלי סנהדרין, שם.

(50) עבודה זרה ל"ו, רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, ס"ב, ה"ד.

(51) אפס כמה דברים אמורים בדרך זנות, אבל בדרך חתנות נשאר חוק משפטי

מן האמור בתורה, דברים ז': לא תתחנן במ, וראה עבודה זרה ל"ו.

(52) עבודה זרה, שם. (53) סנהדרין, ס"ב.

בוזה לא נחתמה עוד השתלשלות החוק הזה, כי בזמן מאוחר אנו מוצאים, שהכמי התלמוד הכניסוהו שוב לגדר המשפט, בהטילם עונש בית-דין על חטא זה, כמסופר בתלמוד (54), כי רבי שילא נגדיה לחהוא גברא דבעל מצרית, וכהתאם לזה פוסק הרמב"ם (55), כי הבא על עכו"ם דרך זנות מבין אותו מרדות מדברי סופרים. וכן נמסר לנו מרבא (56), שאיש אחד נתחייב מלקות בבית דינו על זה.

הנה כי כן ראינו בחוק הזה שלש דרגות: בתקופה הקדומה היה כגדר חוק משפטי לחייב עליו מיתה, בתקופה השנית יצא מתורת חוק משפטי ושכ לתחום האיסורים המוסריים, ובתקופה השלישית הכניסוהו אמוראי בכל שוב לגדר המשפט לחייב עליו מכת מרדות בכית-דין.

מצות פריה ורביה בתור חוק משפטי.  
חובת האדם לקיום המין בצרה לה מימים קדמונים מקום רק בתורת-המוסר בלבד. כי החברה ומוסדות המדינה לא שעו לבעיה זו, בהיותה שאלה פרטית ומשפחתית גרידא. הריבוי הטבעי היה אז תופעה יציבה, שלא פגשה כל עיכובים בתנאים הציבוריים של הימים ההם. הבנים שגדלו נשארו תמיד בבית האב והיו למקור עושר ועצמה לראש המשפחה. לא היה איפוא כל צורך להטיל על זה כפייה משפטית.

54) ברכות נח. ואנב יש להעיר, שדעת בעל תולדות התנאים והאמוראים, ערך ר' שילא, שרי שילא זה הוא התנא שהיה בזמן רבן גמליאל דיבנה, היא שגיאה, כי בברכות שם מסופר, שרי שילא ענה לסקידי המלכות, אגן מיומא דגלינן מארעין לית לן רשותא, והתנא ר' שילא היה קבוע בארץ ישראל, ולא היה אומר דגלינן מארעין. ונראה שהכוונה לרי שילא בר אבינא תלמידו דרב. והדבר מסתבר, שהמעשה היה בבבל, כי גם את רבא חספה המלכות לענוש על זה, הואיל ומלכי בבל לא הרשו לבית-דין של האמוראים לענוש במלקות על עבירה זו.

55) דמב"ם, הלכות איסורי ביאה, ט"ב, ה"ב. 56) תענית, כז.

אפס בזמנים מאוחרים עדים אנו למגמה, להכניס את מצות פריה ורבייה לגדר חוק משפטי כופה, לרגלי השתנות תנאי החיים. החמרת חיי המשפחה בכרך וקושי מלחמת הקיום בו, צרת הדירות להמונות, הסתעפות הדרישות בחינוך הילדים לשם הכנתם לחיים מסובכים יותר ויותר, עויבת הילדים את הוריהם בגדלם וגם הרדיפה אחרי נוחיות החיים, כל אלה גרמו להתמעטות ההולדה עד כדי סיכון קיום האומה. עקב זאת החלו בראשונה בצרפת ואחרי כן גם בארצות אחרות לחוק חוקים משפטיים נגד הרווקים והמשפחות השוכות בנים, בהעמיסם עליהם חובות מיוחדים ומסים קשים, ולהיפך זיכו את המשפחות מרובות ילדים בזכויות יתירות. התחוקה הזאת נגד המעטת ההולדה נראית בעיני רבים כחדשה בת דורנו, אך כאמת ידועה היא משכבר הימים במשפט התלמודי והפוסקים שלאחריו. רב תהליפא בר אבומי פסק בשם שמואל (57), שאם אדם נשא אשה ושחה עמה עשר שנים, כופים אותו לגרשה, ואמר רבי אבא, שכופים אותו בשומים. והרא"ש שם בשם הרי"ף חרהיק עוד ללכת מזה, ופסק שאם אדם אינו מקיים מצות פריה ורבייה מבין אותו בדין כל העובר על מצות עשה, ומוסיף עוד הרא"ש, כי כל רווק שעברו עליו עשרים שנה ואינו רוצה לישא אשה, בית-הדין כופה אותו לקיים מצות פריה ורבייה.

אכן במרוצת הזמן ביטלו הפוסקים המאוחרים את הכפייה הזאת, ובוה הוציאו את הדין הזה מגדר המשפט הכופה והשיבוהו לגדר המצוות המוסריות המסורות רק ליחיד. וכן אמר הריב"ש: ולזה העלימו חכמי הדרות עיניהם בענין הזווגים, שלא למנעם ואין צריך לומר שלא להפרידם, כל ששניהם רוצים. והרמ"א (58)

(57) כתובות. עז.

(58) אבן העזר. סימן קנז.

הכריע: „ובזמן הזה נהגו שלא לכפות, היינו אם עברו עליו עשרים שנה ואינו רוצה לישא. וכל מי שלא קיים פריה ורביה וכא לישא אשה שאינה בת בנים, כגון עקרה זקנה או קמנה, משום שהושק בה או משום טמון שלה, אף-על-פי שמדינא היה למהות בו, לא נהגו מכמה דורות לדקדק בענין הזווגים, ואפילו כנשא אשה ושהה עמה עשר שנים לא לכפות אותו לגרשה, אף על פי שלא קיים פריה ורביה, וכך שאר הזווגים, ובלכד שלא תהא אסורה עליו”.

גם כדן זה אנו רואים שלש דרגות של השתלשלות. במשנה 59 נאמר: „נשא אשה ושהה עמה עשר שנים ולא ילדה אינו רשאי לבטל”, היינו שזחו רק איסור מוסרי, כי „אינו רשאי” מורה על ציווי מוסרי, האמוראים והרא”ש הטילו על הדין הזה כפייה משפטית, ובזמן הריב”ש שוב הוציאו את מצות פריה ורביה מתחום המשפט וההזירוהו לכלל מצוה מוסרית.

סוף דבר: כל העוקב אחרי השתלשלות המשפט העברי עד ספרות אחרוני הפוסקים, יוכה, כי שני הכיוונים גם יחד, אחד הכנסת חוקים מוסריים לתורת המשפטים, ואחד ההזרת חוקים משפטיים לתורת המידות, לא הפסיקו מעולם את פעולתם במשפט העברי כמעט עד ימינו אלה, וזה אות לחיוניות המשפט העברי וכח יצירתה המתמדת.

## פרק שמיני

### חיובים מוסריים

הנגוד בין התמיסה המוסרית החוק המשפטי. —  
המוסר השולט מצמצם פעולת המשפט. — בטול  
חווה המתנגד למוסריות. — חווה שיילוק. —  
מדת-חסידות. — הרמב"ם על מושג חסד. —  
שיטת רב חסדא. — חסידות כלפי הפועל. —  
מדת-הרחמים. — החמלה על העבד. — בר-מצרא. —  
מקור תלמודי לחוק הקומוסציא. — המגיד  
משנה על יצירת החוק המוסרי. — משנת  
חסידים. — בקורת הירושלמי על רבי יהושע  
בן לוי. — מדת-חסידות בישוב ארץ-ישראל. —  
מדת-חסידות ולפנים משורת הדין. — ואהבת  
לרעך כמוך. — אהבת-אדם נוכח האשה. —  
גרושת רבי יוסי הגלילי. — גמילות-חסדים  
שבגופו. — ועשית הישר הטוב. — הרמב"ן  
על התחוקה ליחיד ולמדינה. — מפני דרכי  
שלום. — סילוף האופי המוסרי של הנמוק הזה.  
— יסוד ההודיות במשפט. — הגירת המוסר  
התלמודי ממסגרת המוסר השבטי. — מצוה בתורה  
הגדרת-חכמים לחיוב מוסרי. — הוראת רשות.

#### א.

נוחכנו כי יש ולתוך חוג-פעולת השפוט יחדרו עיקרים מוסריים,  
שחם לכאורה ענין רק ליחיד בלבד ולא לכיתת-המשפט. זכות  
השופט להכנס לפנים משורת הדין מטעמים מוסריים, אף במקום  
שהחוק גופו אינו מיפה כחו לחכרעה כזו, מראה בעליל, שלפעמים  
אין החוק המשפטי גרידא מניח עוד את דעתו של הדיין, עקב  
זאת הוא מחפש לו דרכי-נועם להשפיע על היריבים לותר מרצונם  
על זכותם החוקית למוכת הדרישה המוסרית. כי בתקופות ידועות  
תלך החכרה המוסרית ותתקדם בצבור עד שהיא כאח בנגוד לחוק

המשפטי הקיים. המוסריות השולמת דורשת אז במולו של אותו החוק שאינו לפי רוחה. אכן תורת-המשפטים שמרנית היא מטבעה, כי לאבטוריטה גדולה היא זקוקה לשם הטלת מרותה על העם, והידושים לבקרים עלולים לקעקע את יציבותה ואת סמכותה. התחוקה היא תורה שבכתב, והשם חוק מקורו בעובדה, שנחקק תמיד בכתב על האבן להיות שמור לדורות, ותחוקה כזו מפגרת במהלך המתגלותה לתמורות והליפות המתהוות בחיים ובמחשבת. רק במקרים יוצאים מן הכלל, כמו במחפכות סוציאליות בהמר כל המשטר הצבורי, כברוסיה בימינו, יש וגם משפטי המדינה משתנים מן הקצה אל הקצה לפתע פתאום. אולם בשנים כתקונן דרכיה של תורת המשפטים הן דרכי התפתחות מתונה ואמית, עקב בצד אגודל. התפתחות המשפט אינה חולכת איפוא בד בבד עם התקדמות התפיסה המוסרית. והיה כי תקום התנגדות מוסרית לאיזה חוק קיים, ותמוש מלחמה ממושכת בין התביעה המוסרית, החותרת לסגל את החוק להשקפתה היא, ובין החוק הנלחם על קיומו. אמנם אחרי עבור זמן ידוע תכנע סוף סוף תורת-המשפטים לדרישת הרעיון המוסרי השולט, כי על כן צורך ת א מ ת החוק להכרח המוסרית שבאותו הדור הוא הוא המניע לכל התיקונים המשפטיים באומות. אפס בימי-המעבר, לאמור בין הזמן שבו התחוללה התפיסה המוסרית החדשה בחברה, ובין המועד, שבו עלה הדבר בידה לשנות את החוק, תקום תקופת הנגוד בין המוסר והמשפט. והיות וגם השופט נתון בלא יודעים תחת החשפעה המוסרית של דורו, וביצוע החוק לבדו לא יתן עוד ספוק לרגשו המוסרי, לפיכך הוא משתדל להגביל את פעולת החוק בעזרת פשרה מוסרית על יסוד לפנים משורת הדין. נמצאנו איפוא למדים, כי השאיפה ללפנים משורת הדין, וביחוד אם היא באה מטעם השופט, היא בעיקרה הפעל לצמצם את כה החוק

המשפטי שבא במרוצת-הזמן בסתירה עם ההכרה המוסרית חמתהלכת באותה תקופה.

ב.

גם בתורת-המשפטים עצמה יש למצא עקבות הסתירה הזאת בין מוסריות-הזמן ובין גזירות החוק. על דוגמה אחת כזו הצביע אמיל שטיינבאך (1). על יסוד הקירה מקפת מראה שטיינבאך, כי מקובל הדיון בכל תורות-המשפטים, מן המשפט הרומי עד התחוקות החדשות, שכל חוזה המתנגד למדות המוסר (קונטרא מורעס בונום) אין לו תוקף (2). בזה נתן החוק עצמו כח הרשאה לשופט, לבטל לפי תפיסתו המוסרית כל זכות, שאדם רוכש לו בדרך משפטית בעזרת חוזה, אם ימצא בו נגוד למוסר. כי החוק לא הגדיר מה היא המדה המוסרית, שכנחה לבטל את החוזה, אלא מסר יפוי-כח לשופט להכריע בזה לפי שורא דדיינא. שטיינבאך רואה בצדק בחוק חוזה צמצום הזכות המשפטית על ידי המוסריות השולטת בחברה. אכן תורת-המשפטים של האומות אין לה ענין לחיובים מוסריים שאין להם כח-כפיה, כמבואר למעלה, ולפיכך הגבילה את צמצום החוק על ידי ההשגת המוסרית רק לזכות משפטית הנרכשת באמצעות חוזה בלבד. אולם תורת-היהדות תרחיבה את השפעת המוסר בתחוקתה,

(1) עמיל שטיינבאך: ריע מאראל אלס שראנקע דעס רעכטסערוערעכס אונד ריע רעכטסאוסאיבונג, היען, 1898.

(2) דוגמה לזה משמש החוזה של שילוק במחזה „הסוחר מווינציא“ לשקספיר, לחתוך ליטרה בשר של הלוח ואין משלם. וכבר הוכיח גרץ (במאמרו: „שילוק אין דער זאגע, אים דראמא אונד אין דער געשיכטע“ מאנאטסשריפט 1880, מעמוד 337 והלאה), כי האגדה על חוזה כזה וגם על פסקדין של השופטים נמצאת בספרים מתקופות שונות, וכי לכל הספור הזה יש רק ערך של אגדה דמיונית משעשעת, כי במציאות לא היה מעולם תוקף לחוזה כזה במשפטי העמים. כמבואר למעלה, היות והוא חוזה המתנגד למוסר וכן לפי המשפט העברי. וראה בזה מאמרו היפה והממצח של הרב ש"י וויץ „משפט שילוק לפי ההלכה“ ב„סיני“, חוברת א—ב, שנת תרצ"ה.



ובמשפט התלמודי יתפשט כחו של הלפנים משורת הדין גם מעבר לחוזה ויקיף את כל החוקים הנוגעים בדברים שבין אדם לחברו.

בקשר עם מחקרו של שטיינבאך התעורר כבר מ. גידמן (3) להראות על ההופעה המקבילה במשפט העברי של צמצום החוק על ידי עיקרים מוסריים. אולם הוא הסתמך רק על שנים שלשה מקרים ידועים של לפנים משורת הדין הנמצאים בתלמוד, ולא הניש, כי הנדרים המוסריים המנבילים או המרחיבים את החוק מרובים בתורת-היהדות לאין ערך יותר מאשר במשפטי עמים אחרים, שעליהם דן שטיינבאך. כי מלבד סוג החוקים המוסריים שנקראו בשם לפנים משורת הדין נמצא בספרות התלמודית הרבה יותר מאשר שיער גידמן אסורים מוסריים, שעליהם ניחד את הדבור בפרק הבא, וסונים של חיובים מוסריים, ועליהם נעמוד בפרק הזה.

## ג.

מ ד ת - ח ס י ד ו ת . אחד הסונים של חיובים מוסריים, המרחיקים לכת מן החוק המשפטי, צוין בתלמוד בשם מדת-חסידות, ונראה, כי מדת-החסידות ולפנים משורת הדין, שניהם לדבר אחד מתכונים. כי המושג חסיד בתלמוד הוראתו אדם העושה לפנים משורת הדין. זה יוצא גם ממשנה אבות שהבאנו, „שלי שלך ושלך שלך חסיד“, היינו שהמוותר על שלו לפוכת חברו לפנים משורת הדין היא מדת החסיד. וכן היא גם דעת הרמב"ם (4) האומר: „ויתרחק מדעה בינונית מעט לצד זה או

(3) גידעמאנו: מאראלישע רעכטס־איינשרענקונג אים מאנא־אישראכבינישען רעכטסיסטעס, מאנאטשריפט, 1917, עמוד 422 והלאה.

(4) רמב"ם, הלכות דעות, פ"א ה"ה. — וראוי להעיר, כי בעיקר הגדרת הרמב"ם את מושג „חסד“ לא עמדו רבים על דעתו. הנה הלחם משנה שם התפלא: מהו שכתב הרמב"ם ויתרחק מדעה בינונית מעט לצד זה או לצד אחר זה הנקרא חסיד, ונראה

לצד אחר זה נקרא חסיד. כיצד? מי שיתרחק מגובה לב עד קצה האחרון ויהי שפל רוח ביותר נקרא חסיד, וזו היא מדת-חסידות וכו' וזהו לפנים משורת הדין". הרי שהרמב"ם משוח מדת-חסידות לפנים משורת הדין. וכן מבואר בתוספות יום טוב 5): "ולי נראה לפרש חסידות דהיינו ויתורו עם חברו לפנים משורת הדין במשאו ומתנו".

בתלמוד השתמשו בכטוי מדת-חסידות בעיקר לציין בו אילו דינים שבמשנה בתור חוקים מוסריים ולא משפמיים. במשנה נאמר, שאם אדם קיבל תמורת סלע מלאה סלע חסרת, על חנותן לקבלה חזרה אפילו אחרי שנים עשר חודש, ואם אינו מקבלה, אין לו לנותן על המקבל אלא תערומות. על זה אמר רב חסדא בגמרא 6): "מדת חסידות שנו כאן", לאמור אם מקבלה לאחר שנים עשר חודש הרי זו מדת-חסידות, כי חיוב משפמי הוא רק עד כדי שיראה לשולחני. ואמנם זו היא שימת רב חסדא גם במקומות אחרים לברר איזהו דין במשנה שאינו חוק משפמי אלא חוב מוסרי בלבד. וכן העיר גם על המשנה האומרת, שישראל האוכל

לכאורה שמתכון לצד הגאווה או לצד הענוה, "וזה לא יעלה על לב שיקרא חסיד מי שנוטה לצד הגאווה". אכן באמת כן היא דעת הרמב"ם, שכל אדם קצוני המפריז על מדותיו, בין בכוח הטוב ובין בכוח הרע, נקרא חסיד, וכן ביאר הרמב"ם, בספר (אבות פ"ה, מ"ז): "כי ההפלה דבבר נקרא חסיד, תהיה ההפלה בטוב או ברע". וסמך בזה על מלת חסד שבמקרא, שהוראתה על פי רוב מעשה הטוב על יסוד האהבה, אך למעמים פירושה גם כמובן תועבה, כמו ואיש אשר יקח את אחותו . . . חסד הוא (ויקרא, כ'). אולם גם הרמב"ם מטעים, כי ההוראה שנתאורחה בספרותנו למושג חסד וחסיד היא הנטיה לקצה הטוב, כאמרו (מורה נבוכים, ח"ג, פ"ג): "רוכ שמוש טפרי הנבואה במלת חסד הוא בהתבטח". על התפתחות המושג חסיד ראה עוד מחקריו המפורטים של לעזר גולקוביץ דיע ענטוויקלונג דעס בעגרייפפעס חסיד אים אלטען טעסטאמענט, טארטו, 1934. דיע בילדונג דעס בעגרייפפעס חסיד, טארטו, 1935. אך לא מצאתי שיעיר גם על ההוראה של מלות חסד וחסיד כמובן תועבה ואיש רע.

5) תוספות יום טוב, סוף טוטה. 6) ב"מ, נב.

מתנות כהונה ישלם דמיהן: מדת-חסידות שנו כאן). אמנם רבא תמה עליו: תנא תני ישלם ואת אמרת מדת-חסידות שנו כאן? כי ברור היה לרבא שלשון „ישלם” מכונת לחיוב משפטי. כיוצא בזה על המשנה המתירה להציל בשבת מן הדליקה רק מזון שלש סעודות, וכעל הבית אומר בואו והצילו לכם גם כן כשעור שלש סעודות, ואם היו פקחין עושין עמו חשבון אחר שבת. ומקשה הנגמרא: למה להם לעשות חשבון עם בעל הבית, הלא זכו מן ההפקר והוא שלחם. ועל זה אומר גם כן רב חסדא: מדת-חסידות שנו כאן<sup>8</sup>, כי לפי הדין המשפטי מה שהצילו הוא שלהם, אך הובתם המוסרית היא להשיב לבעה"כ את שויו.

בפרק הקודם ביררנו את שיטת רב, שהיה נוחג לפנים משורת הדין, אף שלאחרים היה מקיל וחורה להם מדת-הדין. לאחרים פסק רב, שאם המוכר קיבל ערבון על המקח, יוכל לחזור בו, כי לדעת רב מן הדין דברים אין בהם משום מחוסרי אמנה<sup>10</sup>, מפני שאין חקונה סומך על מקח בדברים בעלמא, אולם רב בעצמו לא היה משנה בדבורו, והעיד על עצמו: „אם אני אומר לבני ביתי לתת מתנה לבן אדם, איני חוזר כי”<sup>11</sup>. ומסיים הירושלמי שם: תמן — לאחרים פסק — למדת-הדין, ומת דרב נהג למדת-חסידות”<sup>12</sup>.

כבר ראינו במעשה של „הנחו שקולאי”, כי חכמי התלמוד דרשו להתנהג לפנים משורת הדין עם הפועלים, שכל מחיתם על יגיע-כפיהם, גם במקרים אחרים התריעו בתלמוד על אלה המעבידים, המעמידים את דבריהם על תחוק המשפטי הקפדני כלפי העובד, ומקומות אחדים מאלח נביא עוד בבא. לסוג זה

7) חולין, קל.  
8) שבת, קב.  
9) ירושלמי שבועות, ט"ז, ה"ד.  
10) בי"מ, מת.  
11) ירושלמי, שם.  
12) ראה פרק הקודם.

נכנס גם המסופר כגמרא 13), שאין החוק המשפטי מחייב לתת לשמש כסעודה מן המאכלים, מלבד מן הדברים החריפים והריחניים, שהאדם תאב להם ביותר, אולם אכזה בר איחי ומנימין בר איחי נתנו לשמש גם משאר המאכלים, אחד נתן לשמש מכל מין ומין, והיה אליהו הנביא מדבר אתו, ואחד נתן לשמש רק ממין אחד בלבד, ולא היה אליהו הנביא נגלה אליו. ואף שקראו לשניהם: „הני תרתי חסידי“, כי עשו יותר מאשר חומל עליהם על פי דין, בכל זאת הדגישו, שזה שנתן לעבדו מכל מין ומין משוכח יותר, להשמיענו, שיש להרבות במדת-חסידות זו כלפי העובד ככל האפשר. ולזאת פסק השולחן ערוך 14): ומדת-חסידות היא ליתן לו מיד מכל מין ומין.

ד.

מ ד ת - ר ח מ נ ו ת . לפעמים נמצא בתלמוד את ההגדרה מדת-רחמנות במקום מדת-חסידות. ביחוד הטעימו את חובת מדת-הרחמנות כלפי העבדים, אותם המעונים והמרודים בימים ההם שהיו משוללים כמעט כל חסות משפטית מצד המדינה. היהם האנושי למדוכאים אלה היה אפוא אכזר-בוהן לחכמי ישראל, למוד בה את תכונת נפשו של האדם.

על פי החוק המשפטי אמר רבי יוחנן בירושלמי 15): הקוטע יד עבדו של חברו, רבו נוטל נזקו צערו ריפויו שבתו כושתו, והעבד מתפרנס מן הצדקה. אפס מבחינת המוסר מחליט רבי אחא: מצווין ישראל לפרנס עבדים קוטעים (בעלי מומים) יותר מן השלימין. והירושלמי תמה על רבי יוחנן הפוסק, שאין על האדון לפרנס את עבדו הגדם, הלא רבי יוחנן עצמו לא נהג ככה,

13) כתובות, טא.

14) ארית, סימן קמט.

15) ירושלמי ב"ק, פ"ה, ה"ד.

אלא כשאכל כשר נתן ממנו לעבדו, וקרא אנפשיה: הלא בכמן עושני עשחו 16), לאמור ששניהם, הוא ועבדו, הם יצירי אב אחד שבשמים. ומשנה הירושלמי, שרבי יוחנן התנחג כך במדת-הרחמים.

לפי מדת הרמים זו מחויבים היו להתנחג לא רק כלפי עבד עברי אלא גם כלפי עבד כנעני. וחרמב"ם 17) כלל את החיובים המוסריים האלה כלפי העבד בלשוננו הרוויה אהבת-הבריות ונדיבות אנושית אצילה: „מותר לעבוד בעבד כנעני בפרך, ואף על פי שחדין כך, מדת-חסידות ודרכי חכמה, שיתיה אדם רחמן ורודף צדק, ולא יכביד עולו על עבדו ולא יצר לו, ויאכילהו וישקחו מכל מאכל ומכל משתה . . . חכמים הראשונים היו נותנין לעבד מכל תבשיל ותבשיל שהיו אוכלין, ומקדימין מוון הכתמות והעבדים למעודת עצמן. הרי הוא אומר כעיני עבדים אל יד אדוניהם כעיני שפחה אל יד גברתה, וכן לא יבזהו ביד ולא כדברים, לעבדות מסרן הכתוב ולא לבושה, ולא ירבה עליו צעקה וכעס, אלא ידבר עמו בנחת וישמע מענותיו, וכן מפורש בדרכי איוב המוכים שחשתבה כהם: אם אמאם משפט עכדי ואמתי בריכם עמדי, הלא בכמן עושני עשחו ויכוננו כרחם אחד. ואין האכזרות והעזות מצויה אלא בעכו"ם ועוכדי עבודה זרה, אבל זרעו של אברהם אבינו והם ישראל, שהשפיע להם הקב"ה טובת התורה וצוח אותם כחוקים ומשפטים צדיקים, רחמנים הם על הכל, וכן במדותיו של הקב"ה, שצונו לחדמות בהן, הוא אומר: ורחמיו על כל מעשיו, וכל המרחם מרחמים עליו שנאמר: ונתן לך רחמים ורחמך והרכך".

16) איוב, לא.

17) רמב"ם, הלכות עבדים, סי"ט, ה"ת.

על מדת-רחמנות כחוראת מדת חסידות מסופר עוד בתלמוד (18) ברבי אלעזר, שצוה לחזין את הבנות ממטלמלין שהניח אביהן, אף שמכח תנאי כתובה אינן נוזנות מן הדין אלא מן הקרקעות. ואמר רבי שמעון בן אליקים לרבי אלעזר: „רבי, יודע אני כך, שלא מדת-הדין אתה עושה אלא מדת-רחמנות, אלא שמא יראו התלמידים ויקבעו הלכה לדורות”. אמנם חמרש”ל שם ביאר, שרבי אלעזר הפץ לבוף רק בדברים בלבד, כי בתור חיוב מוסרי לא היה יכול להשתמש בכפיח בכת, ובכל זאת מחה רבי שמעון נגד החכרעה הזאת, כי ירא פן יטושמשו בעתיד הגבולים בין המוסר והמשפט, ולכן הטעים, שזהו רק ממדת-רחמנות.

### ת.

ומן הראוי להביא בקשר עם האמור את דברי המגיד משנה, כי הם מכילים השקפה יסודית על ערך החיובים המוסריים והתפתחותם ביהדות. על יסוד הלכה המבוארת בתלמוד (19) קובע הרמב”ם (20) את החוק המוסרי: „כל הרוצה למבור קרקע ובאו שנים, כל אחד אומר אני אקה בדמים אלו, ואין אחד מהם בעל המצר, אם היה האחד מיושבי העיר והאחד משכני השדה, שכן העיר קודם, שכן ות”ה, ת”ה קודם, קרוב ות”ה, ת”ה קודם, שכן וקרוב השכן קודם, שגם זה בכלל הטוב והישר הוא. קדם אחד וקנה, זכה, ואין חברו, שראוי לקדם לו, יכול לסלקו, הואיל ואין אחד מהם בעל המצר, שלא צוו חכמים בדבר הזה אלא בדרך חסידות, ונפש טובה היא שעושה כך”. ועל זה מעיר המגיד משנה שם דברים, שחם בנין-אב במוסר תורת-ישראל באמרו: „תורתנו התמימה נתנה בתקון מדות האדם וכחנחנתו בעולם כללים

(18) כתובות, ג.

(19) ביב, קח.

(20) רמב”ם, הלכות שכנים, פ”ד, ה”ה.

באמירת קדושים תהיו, והכוונה כמו שאמרו ז"ל קדש עצמך במותר לך, שלא יהא שטוף אחר התאוות, וכן אמרה ועשית הישר והטוב, והכוונה שיתנהג כהנהגה טובה וישרה עם בני אדם. ולא מן הראוי בכל זה לצוות פרטים, לפי שמצוות התורה הן בכל עת ובכל זמן ובכל ענין ובהכרח חייב לעשות כן, ומדות האדם והנהגתו מתחלפות לפי הזמן והאישים, והחכמים ז"ל כתבו קצת פרטים מועילים, נופלים תחת כללים אלו, ומתם לעשות אותם כדין גמור, ומתם לכתחילה ודרך חסידות וחכל מדבריהם ז"ל, ולזה אמרו חב"כין דברי דודים יותר מיינה של תורה, שנאמר כי טובים דודיך מיין".

בוה חשף לנו הרב המניד את מהות החיובים המוסריים ביהדות. ראשית הוא הראה לנו לדעת, כי יש חוקים משפטיים התהוו על יסוד חוכות מוסריים של לפני משורת הדין ומדת-חסידות, ועל עובדה זאת נעמוד עוד בפרוטרוט. ושנית הוא מלמדנו, כי התורה לא חקקה חוקים מוסריים מפורטים, הואיל וחוקי המוסר תלויים בתמורות תנאי החיים, וכל דור ודור מצווה ועומד לתקן לעצמו חיובים מוסריים לפי הצרכים המתחדשים והמתנים בזמן ובתנאי החיים. התורה התותה לנו רק את הקוים הכלליים ואת השאיפות הנצחיות של המוסר. אולם דרך ההגשמה של אותן השאיפות נמסרה לחכמי ישראל שבכל דור, להסיק מן עיקרי המוסר שבתורה את החוקים המשפטיים ואת החיובים המוסריים, שהצבור הפושט צורה ולובש צורה זקוק להם. זהו הדבר שכיררנו במקום אחר (2) כי רעיון ההתפתחות של המושגים

(2) ראה בספרי, עיונים, עמוד 60.

המוסריים אינו עומד כנגוד להשקפת מוסר-היהדות. התורה לא קבעה חוקים מוסריים מפורטים קיימים לעולמי עד, הואיל והחוק המוסרי הנהו רק האמצעי הזמני בלבד, למען הנשם בחיים את הצווי הנצחי לדאוג לטובת הזולת. להיפך, דוקא מצות התורה ועשית הטוב והישר מהייבת את כל דור ודור לתקן תקנות שונות כהתחשבות עם תנאי החברה וצרכיה בזמן ההוא, למען לברר מה הוא הטוב ומה הוא הרע לצבור באותה תקופה. מוסר-התורה הוא נצחי, אך אופני קיומו תלויים בהכרח בתנאי הזמן. „כל מה שתלמיד ותיק עתיד לחדש" מקופל בתוך הרעיון הכללי של התורה, כי „החדוש" הוא הוא הגשמת רעיון התורה המפשט. הם הם דברי הרב חמניד, שלא היה מן הראוי שהתורה תצוה פרטים, הואיל ומדות האדם והנהגתו מתחלפות לפי הזמן והאישים.

ג.

בקורת קשה על אחד מגדולי האמוראים על שלא התנהג לפי משנת-הסידים, היינו מדת-הסידות, נמסרה לנו בירושלמי (22) „תני סיעות בני אדם המהלכים בדרך ופגעו בהם גויים ואמרו: תנו לנו אחד מכם ונהרגו, ואם לא הרי אנו הורגים את כולכם, אפילו כולם נהרגים לא ימסרו נפש אחת מישראל. ויחדו להם אחד, כגון שבע בן בכרי, ימסרו אותו ואל ייהרגו. אמר רבי שמעון בן לקיש: וחוא שיהא חייב מיתח כשבע בן בכרי". ובקשר עם החלכה חזו מסופר שם, כי עילא בר קושב גדון למיתח ע"י המלכות, ברה והלך לו ללוד אצל רבי יהושע בן לוי. באו והקיפו את המדינה ואמרו להם: אם אין אתם מוסרים אותו לנו נהריב את המדינה. עלה ריב"ל אל עולא בר קושב ופייס אותו ומסרו אותו למלכות. והיח אליהו חנביא זכור לטוב רגיל להתנלות

(22) ירושלמי תרומות, פ"ח ה"ט, מובא גם בבב"ר, פצ"ד.



לריב"ל, ולא התגלה הפעם. צם כמה צומות ונתגלה לו ואמר לו: ולמסורות אני נגלה? אמר לו: ולא משנה עשיתי? אמר לו? וזו משנת-חסידים?" דברים קשים כנידים על חכם מישראל. הלא התנהג על פי דין המפורש בכרייתא, ובכל זאת אמרו שדינו כמוסר, היות ולא נהג מדת-חסידות השונה מן החוק המשפטי שבכרייתא.

מדת-חסידות הורה הרמב"ם (23) גם במצות ישוב ארץ-ישראל, כי אף שמותר על פי דין לצאת לזמן מה מארץ-ישראל לחוץ לארץ ללמוד תורה או לישא אשה או להציל מן העכו"ם או למחורח וכן אם חזק הרעב בארץ, בכל זאת, „אינה מדת-חסידות, שהרי מחלון וכליון שני גדולי הדור היו ומפני צרה גדולה יצאו, ונהתחייבו כליה למקום". מכאן יוצא, שדעת חכמי התלמוד היתה, כי העובר על מדת-חסידות, אף שפמור מדיני אדם, היות ועל חיוב מוסרי אין בי"ד כופה, אך נענש הוא בידי שמים. ונזכיר עוד מדת-החסידות המכוארת בשולחן ערוך (24) והיא שלא לחעיד בצואה שמעבירה את הירושה מן הירוש החוקי, אפילו מכן שאינו נוהג כשורה לאחיו חכם ונוהג כשורה.

וראיתי בספר „הגיון התלמוד" (25), שיצא לחלק בין מדת-חסידות ובין לפנים משורת הדין, שמדת-חסידות מתחמת רק למעשה הבא מנדבת הלב, אך אין בו כל חיוב לא רק מצד הדין אלא גם לא ממעם התביעה המוסרית, אולם לפנים משורת הדין נאמר בדבר אשר יעשה אותו האדם מתוך רגשו המוסרי, האומר לו שזהו צו מוסרי. וכאמת אין החפרש חזה עומד בפני חכורות, כי בדין מטבע השרח, המוכא למעלה, אמרו בתלמוד שהוא ממדת-

(23) רמב"ם, הלכות מלכים, ס"ה, ה"ט.

(24) חושן משפט, סימן רסב.

(25) הגיון התלמוד מאת הרב משולם זלמן יפה, תרצ"ב, עמוד לת.

הסידות, ובמקרה הזה אין ספק, שהרגש המוסרי מתקומם נגד ההוק המשפטי המתיר להחזיק לעצמו עמל זרים, רק משום שהניזק לא תבע את שלו בזמן קבוע. ולפיכך אחזנו בשיטת הרמב"ם ותוספות יו"ט, המשוים את המושג לפנים משורת הדין למדת-הסידות.

ז.

ו א ת ב ת ל ר ע ך כ מ ו ך . אמנם המצוה הכללית של ואהבת לרעך כמוך היא היסוד של כל המוסר העברי, וכל החיובים המוסריים מקורם כאהבת-הכריות, והעירונו כבר, שלוח התכון רבי עקיבא באמרו, שזח כלל גדול בתורה. אולם מצאנו להכמי התלמוד, שנמקו באופן ישר מצוות מוסריות ידועות בכתוב ואהבת לרעך כמוך. ביהוד סמכו על הכתוב הזה את החיובים של התנהגות הוגנת של הבעל כלפי אשתו. ההוק המשפטי ככהו רק להגן על האשה מפני קפוח-זכות ממשי המתכמא במעשה ידוע, אך אזלת יד השופט למנוע עלכון האשה בדברים הסמויים מן העין החצונית, שאין למשפט תפיסה בהם, בהיותם מסורים יותר לרהשי הלכ, כמו יחס יום-יומי מעליב של האישי המכיע שויון-נפש או אף שנאה כבושה בלב. ולזה הזהיר רבי עקיבא (26) כל הנושא אשה שאינה סהוגנת לו, עובר משום המשה דברים, משום לא תקום ומשום לא תמור ומשום לא תשנא את אחיך בלבבך ומשום ואהבת לרעך כמוך ומשום והי אחיך עמך. כיוצא בזה אמר רב יהודה אמר רב (27): אמור לאדם שיקדש את האשה עד שיראנה, שמא יראת בה דבר מגונה ותתגנה עליו, ורהמנא אמר: ואהבת לרעך כמוך. כמאמרים אלה מתבטאה ההשקפה המוסרית הנאורה של הכמי התלמוד כנוגע ליחס שבין איש לאשתו. ראשית כל האשה היא

(27) קידושין, מג.

(26) אוריג מכיו.

אדם. אמנם הקשר של אישות מטיל על שני הצדדים חובות הדדיים נוספים על החובות שבין אדם לחברו, אבל אין החובות האלה רשאים לקפח את זכות האדם שבאשה. ולפיכך גם במקום, שהאחבה המינית נעדרת, מוטל על הבעל לאחוב את אשתו ולכבדה כתור-אדם. בדומה לזה אמר רב חסדא (28), שאסור לאדם להתנהג עם אשתו באופן שתתגנה עליו, משום ואחבת לרעך כמוך.

מנקודת השקפה זו העמיסו חוב מוסרי על האדם לדאוג לאשתו גם בהנתק היחס המשפחתי בינו לאשתו על ידי גירושין. על פי הדין מכריחים את הבעל רק על מזונות אשתו ואלמנתו ולא על מזונות הגרושת, היות וכל החיובים המשפטיים נתבטלו ע"י הגט. אבל אמרו, כי חוב מוסרי מוטל על האדם לפרנס את גרושתו ולכבדה, מפני שכתור אדם היא צריכה להיות קרובה אליו משאר בני-אדם גם בהעדר יחס האישות ביניהם. ואמרו בזה בירושלמי (29): כשם שאדם חס על כבוד אלמנתו כך חס על כבוד גרושתו דאמר רבי יעקב בר אחא בשם ר' לעזר ומכשרך לא תתעלם (30) זו גרושתו. בקשר עם זה, מובא שם בירושלמי מאורע נוגע עד לב על גרושתו של רבי יוסי הגלילי. „אשתו של רבי יוסי הגלילי היתה מציקה לו הרבה, בא אליו רבי אליעזר בן עזריה ואמר לו: רבי, גרשה, כי אין היא מוקירך. אמר לו: דמי כתובתה מרובה. אמר לו אני אתן לך כתובתה וגרשתה. נתן לו כתובתה וגרשה. הלכה ונשאה לשומר העיר. ירד השומר מנכסיו ונעשה סני נהר, וחיתה מחורת על כל העיר ומנהיגה אותה. פעם אחת חזרה עמו על כל העיר ולא ניתן לו כלום. אמר לה: אין כאן שכונת אחרת? אמרה לו: יש כאן שכונת שבה גר האיש שגירשני ולא אעצור כה להכנס שמה — מפני בושת. — התחיל להכותה. עבר רבי יוסי הגלילי ושמע קולח שהיא מתבזח בשוק. לקח אותם

(28) גדה, יו. (29) ירושלמי כתובות, פ"א, ח"ג. (30) יערי, נח.

רבי יוסי והושיבם בבית אחד משלו, והיה מספיק להם מזונות כל ימי חייהם, על שם ומבשרך לא תתעלם, זו גרושתו. ועף על פי כן נשמע קולה בלילה שאמרה: האם לא נזה היה הצער מהיין לגוף מן הצער בתוך הגוף", כי קשה היה לה מנשוא את הכבושה להזקק לרחמי מנרשה יותר מכאב המכה שהוכתת מבעלה העני.

גם ג מ י ל ו ת - ח ס ד י ם ש ב ג ו פ ו הן מצוות מוסריות, בנגוד לגמילות-הסדים התלויות במסון, שהפכו במרוצה הזמן לחוקים משפטיים שכופים עליהם, כפי שנבאר עוד. וכן מבואר ברמב"ם (31): „מצות עשה של דבריהם לבקר חולים ולנחם אבלים ולחוציא את המת ולהכניס כלה וללות אורחים ולהתעסק בכל צרכי הקבורה . . . וכן לשמח הכלה והחתן ולמעדם בכל צרכיהם, ואלו הן גמילות-הסדים שבגופו שאין להן שיעור, אף על פי שכל מצוות אלו מדבריהם, הרי הן בכלל ואחבת לרעך כמון". אפם יוצא מן הכלל הזה היא לויית-אורחים, שהיה לה מקודם אופי של חוב מוסרי בלבד, אך בימי התנאים האחרונים הכניסוה לכלל חוקים משפטיים שהבית-דין כופה עליהם, ונראה שעשו זאת מתוך הכרה הזמן, מכיון שהדרכים היו אז בחזקת סכנה, וראו צורך בדבר לכופ את הצבור לתת חסות מיוחדת לעובדי דרכים, וזהו שאמר רבי מאיר (32) כופין ללויה. וכן פסק הרמב"ם שם: „כופין ללויה כדרך שכופין לצדקה, ובית-דין היו מתקנין שלוחין ללוות אדם העובר ממקום למקום". וכבר הוכחנו, שכפית בית-דין הוא חסימן המובהק, שהחוק הוא משפטי.

## ת

ו ע ש י ת ה י ש ד ו ה מ ו ב . הכתוב ועשית הישר והטוב בעיני ה' (33) שימש להכמי התלמוד מקור לכמה חוקים

(31) רמב"ם, הלכות אבל, פ"ד. (32) סוטה, פ"ו. (33) דברים, ו.

מוסריים שתקנו. הכתוב הזה מכיל הוראה כללית ויסודית למעשי האדם נוסף על החוקים המפורשים בתורה, ללמדנו, שהמשפט לבדו אינו ממצה עוד את כל החובה המוסרית של האדם, והוא מצווה ועומד לדרוש את הישר והטוב גם במקום שהחוק המשפטי הכתוב גרידא אינו מהייבו לזה. ולכן אמרו (34) ועשית הישר והטוב זה פשרה ולפנים משורת הדין.

בצווי זה נמקו בתלמוד את החוק המוסרי הנקרא שו"מ א ה ד ר , וענינו הוא: אם בית-דין יורד לנכסי לוח ושמים את שדהו ומוסרים אותו למלוה בחובו, ובינתים קיבל הלוח כסף ממקום אחר ומשלם את חובו, חוזר הקרקע ללוח, וחזו חוק מוסרי ולא משפטי: דמדינא ארעא לא בעיא למיהדר, ומשום ועשית הישר והטוב בעיני ה' הוא דאמר רבנן תהדר (35).

גם הדין של בר-מצרא מיוסד על התביעה המוסרית ועשית הישר והטוב, היינו שיש לבעל-המצר זכות-קדימה בקנית השדה הגובל עם שדהו, ואמרו בנהרדעי, שמסלקים את הזר, שקנה את השדה, ומוסרים אותו לבעל-המצר באותו המחיר, משום שנאמר ועשית הישר והטוב (36). ורש"י שם מנמקו ביתר ביאור: „דבר שאי אתה נחסר כל כך, שתמצא קרקעות במקום אחר ולא תמריח על כך המיצר להיות נכסיו הלוקין“. אמנם בדין בר-מצרא הגענו כבר למקרה, שהחוק המוסרי התפתח לחוק משפטי, הואיל והבית-דין מסלק את הקונה הרחוק ככה-כפיה, אבל נראה ברור, שבזמן הראשון היה להוק הזה רק אופי מוסרי, ולכן נאמר שם בתלמוד שהקונה חזר נקרא הצוף, היינו רק גנאי מוסרי, ולפיכך

(34) מדרש מובא ברש"י שם. רש"י גורס „פשרה לפנים משורת הדין, וגירסת הרמב"ן שם: פשרה ולפנים משורת הדין.

(35) ב"מ, סז. (36) שם, קח.

שמכוהו אז לכתוב ועשית הישר והטוב, שהוא מקור לחיובים מוסריים בלבד, ורק במרוצת-הזמן הפך מחוק מוסרי למשפטי, וסוג החוקים המוסריים שהתפתחו לחוקים משפטיים יבואר כבא.

וחנה רש"י מנמק את הדין של בר-מצרא, כדי שלא להטריח על בן המיצר להיות נכמיו חלוקין. בימינו יש לדבר הזה ענין רב, הואיל ומצאנו בזה מקור עתיק במשפט העברי לחוק שנתחדש בתקופה האחרונה אצל כמה עמים. באוסטריא ובזמן האחרון גם בפולניא ובארצות אחרות, חקקו חוק חדש בשם קו מו - ס א צ י א , שתוראתה לכוד-השדות. מטרת הקומוסאציא היא, שאם יש לאכרים חלקי קרקעות קטנים מפוזרים במקומות שונים, או מכריחים ע"י החוק לאחד את נהלת כל אכר בשטח אחד בעזרת חלופים, כדי שתהיה נוחה לעיבוד. וחוקרי המשפט החדש לא פללו, שמהות החוק החדש של קומוסאציא נכללה במשפט התלמודי הקדום בדין בר-מצרא. שוב אחת, "ההלכות הגנוזות", שעליהן יחדנו את הדבור במקום אחר (37), המחכות לגאולתן ותקונן בתחוקה קרקעית חדשה בארץ העברים, אם בסדור המשפטי בא"י לא נאבה, "להוציא את הישן מפני החדש", אלא להוציא את החדש מן הישן.

בקשר עם צווי ועשית הישר והטוב הביע הרמב"ן (38) השקפה רבת-ערך על מהות החיובים המוסריים, באמרו: "והכוונה בזה, כי מתחלה אומר, שתשמור חוקותיו ועדותיו אשר צוך, עתה יאמר גם באשר לא צוך תן דעתך לעשות הטוב והישר בעיניו, כי הוא אוהב הטוב והישר, וזה ענין גדול, לפי שאי אפשר לזכור בתורה כל הנהגות האדם עם שכניו ורעיו וכל משאו ומתנו ותקוני

(37) ראה בספרי - הקרי תלמודי, עמוד טו-ח.

(38) רמב"ן, דברים ו.

הישוב והמדינות כולם, אבל אחרי שהזכיר מהם הרבה, כגון לא תלך רכיל, לא תקום ולא תטור, ולא תעמוד על דם רעך, לא תקלל חרש, מפני שיבה תקום וכיוצא בהן, חזר לומר בדרך כלל, שיעשה הטוב והישר בכל דבר, עד שנכנס בזה הפשרה ולפנים משורת הדין, כגון מה שחזכירו בדינא דבבר-מצרא, ואפילו מה שאמרו פרקו נאה ודכורו בנחת עם חבריות עד שיקרא בכל עניין תם וישר". היא היא החשקפה שחביע אחריו גם המגיד משנה המוכא למעלה, כי התורה קבעה רק עיקרים כלליים בתורת-המוסר, והניחה מקום לכל דור להתגדר בו בין כהי הפרט ובין בשטח הצבורי והמדיני „בתיקוני הישוב והמדינות כולם“, במטרה להגשים יסודי המוסר של התורה בתוך תנאי החיים ככונן עשית הישר והטוב.

### מ.

מפני דרכי שלום. סוג אחר של חיובים מוסריים מנומק בתלמוד „מפני דרכי שלום“, לאמור שאינם נכנסים לגדר חוקים משפטיים אלא מקורם ברעיון המוסרי להשליט שלום ואהוה בין בני-אדם. כי יש שהמעשה כשלעצמו אין בו משום עבירה משפטית, אך עלול הוא כתוצאותיו לגרום להתרופפות הרגש המשפטי בחברה, לערער יחסי השלום ולהפרעת משטר הצדק בעתיד.

ולזה אמרו במשנה (39): ואלו דברים אמרו מפני דרכי שלום: כהן קורא ראשון ואחריו לוי ואחריו ישראל מפני דרכי שלום, מערבין בבית ישן — ואין משנים לתתו בבית אחר — מפני דרכי שלום, בור שהוא קרוב לאמה — אמת-חמים — מתמלא ראשון מפני דרכי שלום. ורש"י מעיר: „מפני דרכי שלום, דהא

(39) גיטין, נט.

תקנתא דרבנן הכי ואף על פי שאינו דין", לאמור שכל דין המנומק מפני דרכי שלום הוא חוק מוסרי ולא משפטי. וזה יוצא גם מדברי הגמרא. כי במשנה נמנו עוד דברים אלו מפני דרכי שלום: ממצודות חיה ועופות ודגים — אם אחד לקח את הניצד ממצודות חברו — יש בהן משום גזל מפני דרכי שלום, רבי יוסי אומר גזל גמור, מציאות חרש שוטח וקטן יש בהן משום גזל מפני דרכי שלום, רבי יוסי אומר גזל גמור, עני המקיף — החותך — בראש הזית, מה שתחתיו גזל מפני דרכי שלום, רבי יוסי אומר גזל גמור. ועל זה אמר רב חסדא בגמרא<sup>40</sup>, שדעת רבי יוסי „גזל גמור מדבריהם, למאי נפקא מינה? להוציאו בדיינין“, כלומר שדעת רבי יוסי שאלה הם חוקים משפטיים ולכן אפשר להוציא את הגזלח ע"י כפית בית-דין, אולם החכמים, שהלכה כמותם, סוברים, שכל תקנה מפני דרכי שלום רק אופי מוסרי לה, אך אינה בגדר חוק משפטי ואין כח בית-דין יפה להכריח על זה.

בנמוק מפני דרכי שלום השתמשו בתלמוד גם כאשר התקינו תקנה, שמטרתה להרחיב את גבולות המוסר השבטי. תורת-המדות של העמים העתיקים היתה מחייבת רק את בני אותו העם ביחסיהם בינם לבין עצמם בלבד, והוציאו מכלל החובות המוסריים את המעשים המכוונים כלפי בני עם אחר. ברוח המוסר השבטי הזה הדורה גם תורת-המשפטים של העמים הקדומים. אולם בתלמוד אנו מוצאים תקנות ברוח מוסר הכללי, שכונתן היתה לחייב התנהגות מוסרית גם כלפי בני עם אחר. התקנות האלה לא נכנסו לסוג החוקים המשפטיים, כי לפי הכלל, שהיה רווח בעולם העתיק והשורר עוד כיום במשפטי העמים, אין עם אחד מוכה בזכויות משפטיות בני עם אחר אלא על יסוד החדידות



(רסיפרוסיטי), היינו רק אם גם העם האחר נותן את אותן הזכויות בארצו לבני העם הזה. ומכיון שבני ישראל לא נהנו מאותן התקנות בארצות נכר, הדין המשפטי היה נותן, שעם ישראל בארצו יתנהג עם הנכרים מדה כנגד מדה. זוהי השקפת המשפט העתיק וגם החדש. אולם מתוך הרגש המוסרי הכלל-אנושי העניקו בעלי התלמוד זכויות חד-צדדיות לבני-נכר החיים בתוך ישראל, למרות העדר ההדדיות מצדם. והואיל והזכויות החד-צדדיות האלה לא מצאו מקום בתורת-המשפטים הבנויה על יסוד ההדדיות, לפיכך הטילו הכמי התלמוד אותן על ישראל בתור חובות מוסריות מפני דרכי שלום. לסוג זה הכניסה המשנה את הדין: אין מחזין ביד עניי נכרים כלקט שכחה ופאה מפני דרכי שלום, ובברייתא שם הרהיבו עוד את התביעה המוסרית הזאת: מפרנסים עניי נכרים עם עניי ישראל ומבקרים חולי נכרים עם חולי ישראל וקוברים מתי נכרים עם מתי ישראל מפני דרכי שלום, ומחזיקים ידי נכרים בשביעית ושואלין בלשלומם מפני דרכי שלום.

והנה המומר אהרן כרימאן, המכונה ד"ר יוסטוס, סילף את דברי הברייתא הזאת כמטרה לדבר דברי-בלע על היהדות ותירגם אותה בצורה זו: „לפרנס עניי עכו"ם (נוצרים) לבקר את חוליהם ולקבור את מתיהם ולבכותם ולנחם את אבליהם לשם השלום, כדי שהנוצרים יאימו, שהיהודים הם ידידיהם" (41). וכבר הוכיחו רבים את זיופיו. והלא ראינו למעלה, שהנמוק מפני דרכי שלום מתייחס גם לתקנות הנוגעות ליהודים בינם לבין עצמם, כמו הסדר בקריאת התורה ומיני גזל האסורים בין ישראל לחברו. כי כאמת המעם מפני דרכי שלום אינו הערמת למראית עין, אלא נמוק מוסרי לשם תקון שלום החברה ומוכתה. וכך הכינו גם רבי יוסף

(41) דר. יוסטוס: יודענשייעבעל, פארא. 73.

שהתפלא בגמרא שם, למח מכססים רק את התקנות האלה במעם מפני דרכי שלום, תלא „כל התורה כולה נמי מפני דרכי שלום היא, דכתיב דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום" (42). וכך ביאר הרמב"ם את מעם התקנות האלה, שהוא מתוך רגש החמלה והאהחה באמרו (43): אפילו העכו"ם צוו חכמים לבקר חוליהם ולקבור מתיהם עם מתי ישראל ולפרנס ענייהם בכלל עניי ישראל מפני דרכי שלום, חרי נאמר מוב ה' לכל ורחמיו על כל מעשיו, ונאמר דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום (44). כיוצא בזה מצאנו חוק מוסרי בתלמוד ממעם שלא לעורר א י ב ח בין בני אדם: כהמת עובד כוכבים מטפל בה כבהמת ישראל — לעזור לה כרצנה תחת משאה — משום איבה (45).

י

ר ש ו ת , מ צ ו ה . גם מלת מצוה משמשת בתלמוד לציין בה חוב מוסרי. על מה שאמרו: מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם ביאר רש"י: „משום כבוד אביהם, אלא שאין לבית-דין לכופו על כך, משום שהיא מצוה דרבנן". זאת אומרת, כי דין המוגדר בשם מצוה אין לו כח כפיה משפטית אלא חיוב מוסרי. וזוהו שהבדילו בין מלחמת-מצוה ובין מלחמת חובה (46), שבמלחמת מצוה אין כפיה והירא ורך הלבב יש לו הרשות להשאר בכיתו, אבל למלחמת-חובה הכל יוצאים אפילו התן מהדרו וכלה מחופתה.

(42) משלי, ג. (43) רמב"ם, הלכות עבדים, פ"י, ה"ב.

(44) לחנם טרח מ. גוטמן להביא מקור לדברי הרמב"ם האלה מרחוק (במאמרו: צור קהעללענקריטיק דער „משנה תורה" במונאטסשריפט, חוברת ב, שנת 1935), היינו מן „משנת רבי אליעזר", שהוציא לאור ד"ר אלנוב מניריווק, כי אחרי שנוכרו שם התקנות מפני דרכי שלום נאמר: „שכל מצותיה של תורה שלום, שנאמר וכל נתיבותיה שלום". המקור הרחוק הזה הוא אך למותר, כי היא דעת רב יוסף בתלמוד שהסמיך את הטעם מפני דרכי שלום לכתוב הזה.

(45) סוטה, מד.

(46) ב"מ, לב.

במצוה ציינו איפוא את החוק המוסרי שאין בו כפיה, וכחובה הנגידו את החוק המשפטי שכופים עליו.

ויש גם שבמלת רשות ציינו חוב מוסרי. התוראה הפשוטה של רשות היא שמותר לאדם לעשות איזה דבר או להדול, ואין בה לכאורה כל רמז לחיוב כלשהו. אולם כנראה כנו לפעמים בתלמוד לחוב מוסרי בשם רשות מתוך נקודת-ראות משפטית. בתורת המשפטים כל דבר שכופים עליו הוא חוק, וכל דבר שאין כופים עליו הוא רשות, ולכן כאשר נאמר בתלמוד בתחום המשפט, שאיזה דבר הוא רשות, רצו לציין בזה, שאין המשפט יכול לכוף עליו, אך מצד המוסר מן הראוי לעשות את הדבר. ובזה מובן, מה שמבאר רבי יוהנן שם בתלמוד, כי רבי יהודה קרא מלחמת-מצוה למה שהחכמים ציינו בתור מלחמת-רשות, היינו שהחכמים השתמשו במונחים משפטיים, ולפיכך מה שאינה חובה לפי המשפט קראו בשם רשות, אבל לא היה בדעתם לאמור שאין בזה גם מצוה מוסרית, אולם רבי יהודה הפיץ לחמעים גם את החיוב המוסרי שבדבר, ולכן קרא אותה בשם מלחמת-מצוה. וכן היא דעת ר"י בתוספות<sup>47</sup>, שהאומר תפלת ערבית רשות כונתו, שיש בה מצוה ואמור לבטלה בחנם.

ומצאנו בתלמוד<sup>48</sup> שקראו שמות מצוה וחובה גם לדברים שבין אדם לקונו: מים ראשונים מצוה ואחרונים חובה, ויפה העירו בעלי התוספות: „מה לי מצוה מה לי חובה, הא תרווייתו חובה”. כי בדברים שבין אדם לחברו יש להבדיל בין מצוה שאין בה כפיה ובין חובה שכופים עליה. אבל בדברים דתיים שאין כפיה בית-דין בהם אין הפרש מעשי בין מצוה וחובה, ואמרו „מצוה לגבי רשות חובה קרי לה”.

(47) תוספות ברכות, כו, ד"ה טעה, ושבת, ט. (48) חולין, קת.

וכן מכואר בתשובות הגאונים (49) שלפעמים ציינו בשם רשות מצוה מוסרית: „אומר הנאון בין לסמן דאמר חוכה וכן למ"ד רשות מצוה ניגהו, דמצוות תרין אנפין הויאן, מנהון חוכה, דמאן דלא עביד לה קאים בעון, ומנהון רשות דמאן דעביד לה אית ליה שכר, כגון מאן דזחיר למעבד צדקות וגמילות הסדים". זה יוצא גם מדברי המשנה (50): „אלו הן משום רשות לא דנין ולא מקדשין". ובאמת לדון ולקדש אינם דברי רשות, שמותר לאדם להמנע מהם, אלא מצוה לעשותם, ולפיכך פירש רש"י שם: „רשות, שיש בו קצת מצוה". והר"ש מקינון אומר (51) וכן אנו מפרשים רשיות השבת שתיים, שאנו מפרשים חיוב".

על כל פנים נמצאנו למדים, שיש סוג של חיובים מוסריים, שהוגדר בתלמוד בשם מצוה או רשות.

(49) שרית גאוני מורח ומערב, סימן קמא.

(50) ביצה, לו.

(51) ספר כריתות, ח"ה, שער ג, סימן קכד.