

## הרמב"ם על מוסד החוק, על פורמליזם משפטי ועל "גזירת הכתוב"

### יאיר לורברבוים

הקדמה ♦ א. "אין החוק שועה אל החרגי, ואין החקיקה בהתאם למיעוט" ♦ ב. "טבע האדם" ומוסד החוק ♦ ג. כלליות החוק והכוונת התנהגות ♦ ד. חקיקה ושיפוט ופורמליזם משפטי ♦ ה. על המטבע "גזירת הכתוב" בכתבי הרמב"ם ♦ ו. "גזירת הכתוב" ופורמליזם משפטי ♦ ז. "כוונתי בכל החיבור הזה [=משנה תורה] לקרב הדינין אל השכל או אל דרך הרוב" ♦ נספח: "דרשינן טעמא דקרא" ו"גזירת הכתוב"

### תמצית

עניינו של מאמר זה הוא היחס שבין כללים משפטיים-הלכתיים לבין טעמיהם בתפיסתו הפילוסופית והתורת משפטית של הרמב"ם. השקפותיו של הרמב"ם בסוגיה זו כרוכות בתפיסותיו על אודות תכליתו של מוסד החוק ועל אודות פורמליזם משפטי והלכתי. היחס שבין כללים משפטיים לבין טעמים הוא סוגיית מפתח בתורת המשפט. נחלקו בה הוגים וזרמים מרכזיים בתולדות המחשבה היוריספרודנטית, במיוחד בדורות האחרונים. זרם אחד, שאליו שייכים בעיקר פוזיטיביסטים, מפתח יוריספרודנציה של כללים; זרם אחר, שאליו שייכים למשל דוורקין והריאליזם המשפטי (לגונו), מפתח יוריספרודנציה של טעמים. הרמב"ם, שכרציונליסט עקבי נטה אחר טעמים, הציע גרסה מקורית של יוריספרודנציה של כללים.

למאמר זה שני חלקים. חלקו הראשון עוסק בתפיסה הפילוסופית והיוריספרודנטית העומדת ביסוד דבריו הידועים של הרמב"ם במורה הנבוכים חלק ג, פרק לד, בעניין "דרך הרוב". הגם שפרק זה נדון בספרות המחקר לעיפה, בסיסו הפילוסופי ובסיסו התורת משפטי לא התבררו כל הצורך. לאחר ניתוח ראשוני של פרק זה אצביע על זיקתו להשקפותיו המדיניות של הרמב"ם, הנעוצות מצדן בתפיסותיו על אודות טבע האדם. ניתוח זה חושף היבטים חדשים בהשקפותיו על אודות מוסד החוק ועל אודות הפורמליזם המשפטי.

בחלק השני של המאמר אצביע על הקשר שבין התפיסה התורת משפטית שתוארה בחלקו הראשון לבין המובן שייחס הרמב"ם למטבע התלמודי "גזירת

\* חבר סגל, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

\*\* אני מודה לזאב הרוי, לחיים שפירא ולעדיאל שרמר על הערותיהם לגרסאות קודמות של המאמר.

הרמב"ם על מוסד החוק, על פורמליזם משפטי ועל "גזירת הכתוב"

הכתוב" בכתביו ההלכתיים. בכמה מאמרים שראו אור לאחרונה עסקתי במטבע זה ובאופן תפקודו בשיח ההלכתי. במחקרים אלה הצבעתי על מבנה המחשבה היוריספרודנטית העומד ביסוד "גזירת הכתוב" ועל שימושו המקורי של הרמב"ם בו במשנה תורה. לאחר שאציע את תמצית מסקנותי אטען, כי מבנה מחשבה מטא-הלכתי זה נמשך מתפיסתו המדינית של הרמב"ם ומתורת המשפט שהוא גוזר ממנה. מובנו ואופן תפקודו של המטבע "גזירת הכתוב" ב"יד החזקה" זוהר מצדו אור חדש על השקפותיו בעניין מוסד החוק ועל היחס ההולם לדעתו בין הכללים ההלכתיים ה"נוקשים" והחתוכים לבין הטעמים והתכליות שביסודם.

### הקדמה

ענייניו של מאמר זה הוא היחס שבין כללים משפטיים-הלכתיים לבין טעמיהם בתפיסתו הפילוסופית והתורת משפטית (המטא-הלכתית) של הרמב"ם. השקפותיו של הרמב"ם בסוגיה זו כרוכות בתפיסתו על אודות תכליתו של מוסד החוק ועל אודות פורמליזם משפטי והלכתי. היחס שבין כללים משפטיים לבין טעמים הוא סוגיית מפתח בתורת המשפט. נחלקו בה הוגים וזרמים מרכזיים בתולדות המחשבה היוריספרודנטית, במיוחד בדורות האחרונים. זרם אחד, שאליו שייכים בעיקר פוזיטיביסטים (מגוונים שונים), מפתח יוריספרודנציה של כללים (Jurisprudence of Rules); זרם אחר, שאליו שייכים דוורקין, הראליזם המשפטי (לגונוני), הגישה הביקורתית למשפט (Critical Legal Studies) ואנשי הניתוח הכלכלי, למשל, מפתח יוריספרודנציה של טעמים (Jurisprudence of Reasons).<sup>1</sup> כפי שאראה להלן, הרמב"ם – שכרציונליסט עקבי נטה באופן כללי אחר טעמים – הציע גרסה מקורית ודרמתית של יוריספרודנציה של כללים.

למאמר זה שני חלקים. חלקו הראשון (סעיפים א-ד) עוסק בתפיסה הפילוסופית והיוריספרודנטית העומדת ביסוד דבריו הידועים של הרמב"ם במורה הנבוכים חלק ג, פרק לד (להלן: פרק לד) בעניין "דרך הרוב". הגם שפרק זה נדון בספרות המחקר לעיפה, למרבה הפליאה בסיסו הפילוסופי ובסיסו התורת משפטי לא התבררו כל הצורך. לאחר ניתוח ראשוני של פרק לד (סעיף א), אצביע על זיקתו להשקפותיו המדיניות של הרמב"ם, בעיקר במורה הנבוכים חלק ב, פרק מ (להלן: פרק מ), הנעוצות מצדן בתפיסתו על אודות טבע האדם (סעיפים ב-ג). ניתוח זה חושף היבטים חדשים בהשקפותיו של הרמב"ם על אודות מוסד החוק ועל אודות הפורמליזם המשפטי, שהוא לדעתו רכיב מרכזי של מערכת משפט ראויה (סעיף ד).

בחלק השני של המאמר אצביע על הקשר שבין התפיסה התורת משפטית שתוארה בחלקו הראשון לבין האופן שבו עיצב הרמב"ם את המטבע התלמודי "גזירת הכתוב" בכתביו

1 להבחנה בין יוריספרודנציה של כללים לבין יוריספרודנציה של טעמים, ראו Frederick Schauer, *The Jurisprudence of Reasons*, 85 Mich. L. Rev. 847 (1987) (להלן: Schauer, *Jurisprudence*).

ההלכתיים, במיוחד ב"משנה תורה". בכמה מאמרים שראו אור לאחרונה עסקתי במובניו של מטבע זה ובאופן תפקודו בשיח ההלכתי, בעיקר בכתבי הרמב"ם.<sup>2</sup> במחקרים אלה הצבעתי על מבנה המחשבה היוריספרודנטי – המטא-הלכתי – העומד ביסוד "גזירת הכתוב", ועל שימושו המקורי של הרמב"ם בו במשנה תורה. תמצית מסקנותיי במאמרים אלה תוצע בסעיף ה. בסעיפים ו-ז אטען, כי מבנה מחשבה מטא-הלכתי זה נמשך מתפיסתו המדינית של הרמב"ם ומתורת המשפט שהוא גזור ממנה. מובנו ואופן תפקודו של המטבע "גזירת הכתוב" ב"יד החזקה" עשוי מצדו להאיר בתפיסתיו הפוליטיות והמטא-הלכתיות גוונים חדשים: הוא זורה אור חדש על השקפותיו בעניין מוסד החוק ועל היחס ההולם לדעתו בין הכללים ההלכתיים ה"נוקשים" והחזוכים לבין הטעמים והתכליות שביסודם.

#### א. "אין החוק שועה אל החריג, ואין החקיקה בהתאם למיעוט"

בפרק לד מעיר הרמב"ם על אודות מוחלטות החוק וכלליותו, ובמידה מסוימת גם על אודות כוללניותו (comprehensiveness).<sup>3</sup> פרק לד הוא מועט המחזיק את המרובה, וכמה עיקרים מימוניים מטא-הלכתיים תלויים בו. לא בכדי פרשנים וחוקרים חוזרים ושבים אליו.<sup>4</sup> בדברי שלהלן אחליץ את ההנחה התורת משפטיות שביסודו ואקרא אותו יחד עם פרקים אחרים במורה הנבוכים (להלן "מורה"). כל אלה יזרו על פרק לד אור חדש. פרק לד בא במסגרת העיון בטעמי המצוות (מורה הנבוכים חלק ג, כה-ט), והוא האחרון מעשרה פרקי ההקדמה המושגיים-התאורטיים לדיון הנרחב הזה. תורף תפיסתו של הרמב"ם בעניין כלליות החוק מופיע כבר בפסקה הראשונה של הפרק הקצר הזה, והיא מתומצתת בסופו כך:

2 ראו Yair Lorberbaum, *Two Concepts of Gezerat ha-Katuv: A Chapter in Maimonides' Philosophy of Law and Halakhah – Part I*, 28 Dine Yisrael 123 (2011) (להלן: Lorberbaum, *Part I*); וכן Yair Lorberbaum, *Two Concepts of Gezerat ha-Katuv: A Chapter in Maimonides' Philosophy of Law and Halakhah – Part II: The Jurisprudential Sense*, 29 Dine Yisrael 101 (2013) (להלן: Lorberbaum, *Part II*); וכן Yair Lorberbaum, *Two Concepts of Gezerat ha-Katuv: A Chapter in Maimonides' Philosophy of Law and Halakhah – Part III: The Theological Sense*, 31 Dine Yisrael (forthcoming) (2014) (להלן: Lorberbaum, *Part III*). על מובנם של המטבעות "גזירת מלך" ו"גזירת הכתוב" בספרות התלמודית, ראו יאיר לורברבוים "גזירת מלך" ו"גזירת הכתוב" בספרות התלמודית "תרכיץ פב/א (צפוי להתפרסם בשנת התשע"ד) (להלן: לורברבוים "גזירת מלך" ו"גזירת הכתוב"). ראו גם יאיר לורברבוים *גזירת הכתוב – על כללים וטעמים, תיאולוגיה והלכה* (בהכנה).  
 3 פרק לד נוגע במידה ידועה גם לכוללניות (comprehensiveness) החוק בעיני הרמב"ם, ואכמ"ל.  
 4 ראו את המאמרים המכונסים בקובץ *דין ויושר בתורת המשפט של הרמב"ם* (המכון לחקר המשפט העברי, האוניברסיטה העברית, חנינה בן מנחם וברכיהו ליפשיץ עורכים, התשס"ד) (להלן: *דין ויושר*).

הרמב"ם על מוסד החוק, על פורמליזם משפטי ועל "גזירת הכתוב"

חייב אתה לדעת גם כן שאין החוק (אלשיעיה) שועה אל החריג, ואין החקיקה (אלתשריע) בהתאם למיעוט. אלא בכל דעה, מידה, או מעשה מועיל שרוצים להשיג, מתכוונים לדברים שעל-פי-רוב, ואין שועים לדבר הממעט לקרות או לנזק הפוגע באדם אחד בגלל הקביעה הזאת והנהגת התורה (אלשיעיה)... אלא ראוי שהנהגת התורה תהיה מוחלטת, מיועדת לכולם, אפילו אם זה מתאים לאנשים מסוימים, ולא מתאים לאחרים. כי לו היה זה בהתאם ל(אנשים כ)פרטים, היה נגרם קלקול לכול ונתת דבריך לשיעורין. משום כך לא ראוי לקשור את הדברים שהתורה מתכוונת אליהם כוונה ראשונה לא בזמן ולא במקום, אלא הדינים יהיו מוחלטים וכוללים, כמו שאמר יתעלה: "הַקְּהָל, הַקְּהָל אחת לכם" (במדבר טו, טו). אבל יובאו בחשבון התועלות הכלליות המועילות לרוב הציבור, כמו שהבהרנו.<sup>5</sup>

הנחה יוריספרודנטית המובלעת בקטע זה (ובפרק לד כולו) היא, כי מטרתו העיקרית של מוסד החוק היא הכוונת התנהגות (=השרשת "דעה, מידה, או מעשה מועיל"). בעניין זה ארחיב להלן, ברם כבר כאן אציין, כי כדי לכוון התנהגות צריך החוק להכיל כללים פשוטים ובהירים שאינם זוקקים הפעלת שיקול דעת או הדרכה נוספת.<sup>6</sup> אכן הבניין המרכזי של החוק לפי פרק לד היא אפוא הכלל (המשפטי) החתוך.

בפסקה שצוטטה מפרק לד מטעים הרמב"ם, כי מערכת חוק מתוקנת אינה שועה למקרים חריגים או לבני אדם חריגים. בכל עניין שהמחוקק רוצה להשיג – השרשת דעה ("תיקון הנפש"), מידה או תועלת חברתית כלשהי ("תיקון הגוף") – עליו להעמיד לנגד עיניו את המקרה הטיפוסי. על הדינים להתחשב רק ב"תועלות הכלליות המועילות לרוב הציבור", ועל כן להיות "מוחלטים וכוללים". במונח "כוללים" מתכוון הרמב"ם לכלליות הצווים המשפטיים (=ההלכתיים) במובן זה, שהם נוגעים לסוג שכיח של פעולות (בניגוד, למשל, להוראות קונקרטיות); במונח "מוחלטים" הוא מתכוון לכך שהכללים הם דווקניים, כלומר מחייבים לפי לשונם (ללא אפשרות סטייה או אבחון).<sup>7</sup>

לשם הבהרה מטעים הרמב"ם בפרק לד, בפסקה שלא צוטטה לעיל, כי המחוקק שונה מן הרופא. בעוד שהרופא מתאים את טיפולו "לכל פרט בהתאם למזגו הנוכחי" הרי הנהגת המחוקק אינה יכולה להתייחס "לשוני מצביהם של בני אדם פרטיים". היא מיועדת לכול. לכן אין מנוס מכך, ש"מאותן תועלות לכלל הנמצאות בהם מתחייבים נזקים לפרטים". החוק הכללי והצודק בהכרח יפגע ביחיד חריג או ביחיד שאירע לו מקרה חריג. אין בכך, לדעת הרמב"ם, אי-צדק. את הכלליות המובנית בחוק משווה הרמב"ם ליסוד הכללי שבחוקי הטבע. כשם ש"לא כל מה שמתחייב מן הצורות הטבעיות של המינים מושג בכל פרט ופרט" כך

5 ספר מורה הנבוכים לרבנו משה בן מיימון, כרכים א-ב (מהדורת שורץ 541-542) (להלן: שורץ), ההדגשות שלי – "ל". כל ההפניות שלהלן למורה הנבוכים הן למהדורה זו, אלא אם כן ייאמר אחרת.

6 ראו את ההפניות להלן הערה 34.

7 על הלשון: "משום כך לא ראוי לקשור את הדברים שהתורה מתכוונת אליהם כוונה ראשונה לא בזמן ולא במקום", ראו אליעזר חדר *התורה והטבע בכתבי הרמב"ם* 211-218 (2011).

"מתחייב בהכרח שיימצאו פרטים שהנהגה זאת של התורה לא תביא אותם לידי שלמות".  
 "מה ששונה מזאת – נמנע".<sup>8</sup> כל ניסיון להתגבר על כלליות החוק ועל דווקנותו (=מוחלטותו)  
 באמצעות "נסיגה" לעקרונות כלליים או באמצעות חקיקה פרטנית, המתחשבת במקרים  
 חריגים, נדון לכישלון. הצלחתו, לפי הרמב"ם, נמנעת המציאות, שכן נזקו הכללי-המערכתית  
 לחברה גדול בהכרח ולאין שיעור מתועלתו ליחיד החריג.<sup>9</sup>

טענת הרמב"ם בפרק לד אינה תיאולוגית. היא אינה מיוחדת לתורת משה או להלכה  
 שמקורה ב"התגלות". טענתו היא תורת משפטית, ביסוסה – כפי שנראה להלן – הוא  
 פילוסופי והיא נסבה על החוק ("אלשריעה") ועל מעשה החקיקה ("אלתשריע") באופן  
 כללי.<sup>10</sup> לכן ראוי לפי הרמב"ם, שהיא תכוון כל מחוקק נבון. עיקרון תורת משפטי זה עומד  
 לדעתו ביסוד מצוות התורה וראוי שיעמוד ביסוד ההלכה.<sup>11</sup>

עניין כלליות החוק נדון כידוע בידי אפלטון ואריסטו ובמסורות הפילוסופיות – היווניות  
 והערביות – שנמשכו מהם. אפלטון סבר, שאי-ההתאמה העקרונית שבין החוקים לבין המגוון  
 האינסופי של המקרים האקטואליים הפוקדים את האזרחים היא בעוכרי מוסד החוק.  
 ב"חוקים" (739ד) הוא כותב, כי מדינה יכולה להתנהל על פי חוקים רק אם בין אזרחיה  
 שוררת אחידות, וב"מדינה" הוא כותב דברים אלה: "כולם משבחים ומגנים ביחד, וככל  
 האפשר מתענגים באותם הדברים וחשים צער באותם הדברים".<sup>12</sup> ואולם מאחר שאי-אפשר  
 להעלים את הגיוון האנושי, מסקנתו היא כי מוסד החוק אינו מתאים לטבע בני האדם. לדעת  
 אפלטון המדינה הטובה מונהגת בידי שליטים חכמים, המודרכים באמצעות התבונה והצדק;

8 שורץ, לעיל הערה 5, בפרק לד.

9 עמדת הרמב"ם מנוגדת לתפיסות מודרניות, קנטיאניות (ואחרות), למשל זו של רולס, שלפיה הצדק  
 קודם לטוב (John Rawls, A Theory of Justice 395-452 (1971)). הרמב"ם סבור, למצער  
 בסוגיית כלליות החוק, ששיקולי תועלת חברתית מצרפית (=טוב) מכתיבים בהכרח "אי-צדק"  
 לפרטים. יסוד עמדתו הוא במישור המטפיזי: המחוקק הנבון מחקה את פעולות האל. זו בין השאר  
 משמעות המלצתו להתבונן "בדברים הטבעיים" (חוקי הטבע) ש"לא כל מה שמתחייב מן הצורות  
 הטבעיות של המינים מושג בכל פרט ופרט". בחשבון אחרון הנזק הנגרם לפרט החריג מחוק כללי  
 (צודק) אינו, לפי הרמב"ם, אי-צדק. בעניין זה הוא חלוק על אריסטו, ראו מיד להלן.

10 טענת הרמב"ם בפסקה הראשונה של פרק לד, "כי התורה היא ציווי אלוהי..." נועדה לכונן את המצע  
 להקבלה בין התורה (=החוק) ל"דברים הטבעיים" (חוקי הטבע), שגם מהם "מתחייבים נזקים  
 לפרטים", וראו יואל קרמר "נאמוס ושריעה במשנת הרמב"ם" תעודה – מחקרים במדעי היהדות ד  
 183 (מרדכי עקיבא פרידמן עורך, התשמ"ו).

11 דומה לה מן הבחינה הזו ההבחנה בין "חוק מדיני" ל"חוק אלוהי" במורה הנבוכים חלק ב, מ, ובחלק  
 ג, כז, שגם היא הבחנה פוליטית-יוריספרודנטית, לא תיאולוגית, ראו יאיר לורברבוים "הרמב"ם על  
 אגדה, הלכה ו'חוק אלוהי" "דיני ישראל" כו 253, 283 הערה 94 (התש"ע) (להלן: לורברבוים  
 "הרמב"ם על אגדה"); השוו יצחק אנגלרד "על דרך הרוב ובעיית היושר במשנתו של הרמב"ם" דין  
 ויושר, לעיל הערה 4, 181, בעמ' 191; שמשון אטינגר "עוד לשאלת הדין והיושר במשנת הרמב"ם  
 ואריסטו" דין ויושר, לעיל הערה 4, 235, בעמ' 239 (להלן: אטינגר "הדין והיושר").

12 ראו אפלטון המדינה, כתבי אפלטון כרך שני 347-348, 462 (יוסף ג' ליבס מתרגם, 1999).

הרמב"ם על מוסד החוק, על פורמליזם משפטי ועל "גזירת הכתוב"

היא אינה זקוקה לחוקים (כך ב"מדינאי").<sup>13</sup> אריסטו לעומתו יוצא להגן על מוסד החוק. את בעיית המקרה (או האדם) החריג הוא פותר באמצעות עקרון היושר (epieikeia). חוקים לדעת אריסטו הם חיוניים לניהול המדינה, ואולם יש להחילם רק על המקרה השכיח, כלומר "על דרך הרוב". אין ליישם על המקרה החריג. "הישר והטוב", כותב אריסטו ב"אתיקה ניקומאכית",

הוא תיקונו של הצודק החוקי. והגורם לזה: משום שהחוק אמנם כוללני כולו, ואילו על מקרים אחדים אי אפשר לדבר באופן כוללני... כאשר ידבר החוק באופן כללי, ואחר כך יארע משהו יוצא מן הכלל, אז יהיה זה נכון, שבאותו מקום שבו חיסר המחוקק ושגג מחמת שדיבר מוחלטות, שם אף יתקנו שוב את המחוסר, [לומר] מה שהיה אומר כך גם המחוקק עצמו אילו נזדמן לכאן... והרי זהו טבעו של הישר והטוב: תיקון החוק, במקום שהוא חסר בשל כלליותו.<sup>14</sup>

ב"מוחלטות" החוק ובהיותו "כוללני כולו" מתכוון אריסטו למה שהתכוון הרמב"ם בעקבותיו בפרק לד, כשכתב כי "הדינים יהיו מוחלטים וכוללים". ב"רטוריקה" כותב אריסטו דברים דומים ומשלימים:

"הישר והטוב" הוא עניין צודק, שמעבר לחוק הכתוב. וזה יארע פעמים שלא מרצונם של המחוקקים, ופעמים מרצונם. שלא מרצונם – כשנעלם דבר מעיניהם, מרצונם – כל אימת שלא יוכלו להגדיר; משום שיש הכרח מצד אחד שאמנם ידברו באופן כללי, ואילו [העניין] לצד שני אינו אלא לפי הרוב. כגון אותם עניינים שלא קל להגדירם בשל אינסופיותם... אם העניין אינו ניתן אפוא להגדרה, ובכל זאת צריך לחקוק חוק [באותו עניין] – הרי הכרח הוא שהחוק ידבר מוחלטות.<sup>15</sup>

עקרון היושר פותר, לפי אריסטו, את בעיית "כלליות וייחודיות החוקים". על המקרה החריג אין להחיל לדעתו את לשון החוק "החתוך" אלא את "החוק" ואת טעמו הכלליתו.

13 זאב הרוי "הרמב"ם על כלליות החוק ותפקיד השופט" דין ויושר, לעיל הערה 4, 253, בעמ' 254 (להלן: הרוי "הרמב"ם על כלליות החוק"), שכבר הפנה לדברים אלה של אפלטון; על התמורות בהשקפת אפלטון בעניין זה, ראו אליעזר שמשון רוזנטל "על 'דרך הרוב' דין ויושר, לעיל הערה 4, 83, בעמ' 115-120 (להלן: רוזנטל "על 'דרך הרוב'"); וראו עוד Jeffrey Macy, *The Rule of Law and the Rule of Wisdom in Plato, al-Farabi and Maimonides*, in *Studies in Islamic and Judaic Traditions* 105 (William M. Brinner & Stephen D. Ricks eds., 1986).

14 ההדגשות שלי – י' ל'. הציטוט הוא מתוך אריסטו *אתיקה ניקומאכית*, ספר ה', י', 1137ב, כפי שתורגם בידי רוזנטל "על 'דרך הרוב'", לעיל הערה 13, בעמ' 89-90 (בשינויים קלים שלי – י' ל') (להלן: אריסטו *אתיקה ניקומאכית*).

15 הציטוט הוא מתוך אריסטו *רטוריקה*, ספר א', יג 1374א-ב, כפי שתורגם בידי רוזנטל "על 'דרך הרוב'", לעיל הערה 13, בעמ' 90-91 (בשינויים קלים שלי – י' ל').



רבים כי באף לא אחד מכתביו מזכיר הרמב"ם את עקרון היושר האריסטוטלי. דומה כי בפרק לד הוא אף דוחה אותו, ובאותה הבלעה הוא גם יוצא נגד השקפת אפלטון. בעוד שאפלטון שלל את מוסד החוק שכלליו "מוחלטים", חתוכים, הרי הרמב"ם סבר שאין בלתו לכינון העיר והמדינה. בעוד אריסטו סבור שהחוק נחקק "על דרך הרוב" ותיקונו הוא באמצעות עקרון היושר, הרמב"ם טוען כי "אי־אפשר שהחוק תתייחס לשוני מצביהם של בני־אדם פרטיים" אלא "ראוי שהנהגת החוק (אלתדביר אלשרעי)", לרבות החלתו, "תהיה מוחלטת ומיועדת לכולם (=כוללנית)".<sup>16</sup> לעניין החלת החוק "על דרך הרוב" אשוב להלן. ההשקפה התורת משפטית בעניין כלליות החוק החרות שני היבטים. מצד אחד, אל לו לחוק החרות להיות פרטני מדי. על המחוקק הנבון להימנע מלהכביר חוקים הנוגעים למצבים נדירים. עליו לנסח מקבץ מוגבל של כללים, שמתייחסים רק (או בעיקר) למקרה הטיפוסי. מצד אחר, אל לחוקים להיות מופשטים מדי. הטענה כי החוקים צריכים להיות "מוחלטים וכוללים" מנוגדת לא רק לעמדת אפלטון, היא גם מבליעה דחייה של עמדה מן הסוג שמציע רונלד דוורקין, שאמנם לא מבטל את מוסד החוק, אלא שלצד – או ביסוד – הכללים המשפטיים הוא "מזהה" במערכות משפט עקרונות, סטנדרטים ושיקולי מדיניות.<sup>17</sup> הטענת בדבר כלליות החוקים גם מבליעה התנגדות ל"פרשנות תכליתית" עקבית ושיטתית של הכללים המשפטיים, על חשבון הדבקות בלשונם.<sup>18</sup> את הגישות האלו מאפיינים תאוריטיקנים מודרניים כ־jurisprudence of reasons; הרמב"ם לעומתם מפתח גרסה קיצונית למדי של jurisprudence of rules (ועל כך ארחיב להלן).<sup>19</sup> שני ההיבטים האלה (שלילת הפרטנות

16 מורה הנבוכים לרבנו משה בן מימון, חלק ג, לד (מהדורת קאפח, תקפג-תקפד) מתרגם כך: "כללית לכל"; וראו רוזנטל "על 'דרך הרוב'", לעיל הערה 13, בעמ' 99-100; אנגלרד, לעיל הערה 11, בעמ' 192-193; השו"ש שלום רוזנברג "על דרך הרוב" דין ויושר, לעיל הערה 4, 129; יעקב לוינגר "ההלכה והשלמות האישית לפי הרמב"ם" דין ויושר, לעיל הערה 4, 169; חנניה בן מנחם "חקיקה ושיפוט על פי הרמב"ם" דין ויושר, לעיל הערה 4, בעמ' 211 (להלן: בן מנחם "חקיקה ושיפוט"); אטינגר "הדין והיושר", לעיל הערה 11, בעמ' 241-243; הרוי "הרמב"ם על כלליות החוק", לעיל הערה 13, כל אחד לפי דרכו, וראו להלן.

17 ראו Ronald Dworkin, Law's Empire, 337-341 (1986) (להלן: Dworkin, Law's Empire). כידוע, דוורקין מטעים את מרכזיותם ואת משקלם הדרמטי של עקרונות (ושל שיקולי מדיניות) במערכת משפט (במיוחד אצל שופטים), מה שמצמצם את משקלם של הכללים במערכות אלו. עם זאת דוורקין רחוק מעמדות דוגמת אלו של אפלטון, הוא אינו מבטל את חשיבותם של הכללים במערכות משפט (עיינו שם). זאת ועוד, תפיסתו של דוורקין היא כידוע דסקרפטיבית ונורמטיבית. לענייננו נוגע בעיקר ההיבט הנורמטיבי.

18 ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית כמשפט (2003). זו גישתו בסדרת ספרים ומאמרים, ראו למשל גם את אהרן ברק פרשנות כמשפט כרך שני – פרשנות החקיקה (התשנ"ד) (במיוחד את השער השלישי, פרק שני: "מדוע שיטה פרשנית תכליתית לחקיקה?", בעמ' 157-172 שם) (להלן: ברק פרשנות כמשפט). פרשנות תכליתית לחוקים מוגדרת אצל ברק כך: "תכלית החקיקה הן המטרות, הערכים, המדיניות, הפונקציות החברתיות והאינטרסים אשר דבר החקיקה נועד להגשים" (שם, בעמ' 144). לדיון ביקורתי בפרשנות מילולית-טקסטואלית של לשון החוק, ראו שם, בעמ' 180-191.

19 על ההבחנה הזו, ראו Schauer, Jurisprudence, לעיל הערה 1. כ־jurisprudence of reasons שאורא מאפייין את הגישות החורגות (באופנים שונים) מלשון הכללים אל טעמיהם – דוורקין,

הרמב"ם על מוסד החוק, על פורמליזם משפטי ועל "גזירת הכתוב"

יצמצום העקרונות) כרוכים כמובן זה בזה. ההיבט הראשון נדון בפרק לד במפורש ואילו ההיבט השני מובלע בו, ועל כל פנים הוא נגזר מהגיונו. מדוע, לפי הרמב"ם, צריכים החוקים להיות "מוחלטים וכוללים"? מדוע התחשבות במקרה החריג באמצעות חקיקה פרטנית תגרום בהכרח "קלקול לכול"? מדוע, לדעתו, שכרה של פסיקה, העושה צדק במקרה החריג באמצעות פנייה לרוח החוק, יוצאת בהכרח בהפסדה? בפרק לד הרמב"ם אינו מנמק את עמדתו, הוא רק מעיר "כי לו היה זה בהתאם לפרטים היה נגרם קלקול לכול, ונתת דבריך לשיעורין". המטבע התלמודי "נתת דבריך לשיעורין", המופיע ב"מורה" בעברית, מציין כי ההלכה אינה צריכה להתפרט יתר על המידה; עליה לקבוע שיעור אחד לכול, שאם לא כן ייפגם הציות לחוק.<sup>20</sup> זה מובנו של המטבע גם בשני מופעיו האחרים בכתבי הרמב"ם. במורה הנבוכים חלק ג, מט הוא מסביר, מדוע מצוות מילה היא ביום השמיני. לאחר שהוא מביא לכך טעמים פסיכולוגיים (מאוחר יותר ההורים מתקשרים לבנם והם ירחמו עליו ויימנעו מלמולו) ורפואיים (לפני כן התינוק חלש מדי), הוא מסכם: "הדבר הפך קבוע, ולא נתת דבריך לשיעורין". בתשובה רכא נשאל הרמב"ם באשר לחזרת הש"ץ בתפילת העמידה, אם הוא צריך לחזור כשבני הקהילה בקיאים בתפילה. הרמב"ם משיב בחיוב, ומסיים כך: "וצריך להבין זה הענין לפי שלולא זה, היו החכמים ז"ל נותנים דבריהם לשיעורין, והיו צריכים לבדוק כל אדם בבית הכנסת ולדעת מצבו, ואז יחזור שליח צבור על התפלה או לא יחזור, ולא כך עניין התקנות והגזרות".<sup>21</sup> הלשון "ולא כך עניין התקנות והגזרות" קושרת את תשובה רכא לדברים שכתב הרמב"ם בפרק לד. אין לחלק בין קהילה בקיאה בתפילה לקהילה שאינה בקיאה, שכן "עניין התקנות והגזרות", כאן תקנת חזרת

הראליזם המשפטי האמריקני, הגישה הביקורתית למשפט (C.L.S.) דוגמת גישתו של דנקן קנדי, הגישה הפמיניסטית והגישה הכלכלית למשפט. את הגישות הדבקות ב"כלל המשפטי" הוא מכנה jurisprudence of rules; ראו גם את *Jeremy Waldron, Did Dworkin Answer the Critics?, in Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin* 155 (Scott Hershkovitz ed., 2006), המבחין בין גישות תורת משפטיות (דוגמת דוורקין וה-C.L.S.) המטעימות את ה-"background elements of a legal system" לבין גישות תורת משפטיות המאמצות *rule* והממוקדות ב-"foreground elements of a legal system". ההבחנה הזו נוגעת בעיקר לאופן פעולתם של שופטים (ושל פקידים האמונים על החלת החוק), ואולם במובן עמוק יותר הוויכוח בין שתי הגישות הוא על אודות מהותו של החוק החרות: האם הוא מתמצה בלשון הכללים או שמא הכללים רק מייצגים את טעמיהם? או בלשונו של רז "Are rules general statements of reasons?" ראו: Joseph Raz, *The Rule of Law and its Virtues*, in *Authority of Law: Essays on Law and Morality* 212, 212 (2nd ed. 2009) (להלן: Raz, *Rule of Law*).

20 כך הוא בכל מופעיו התלמודיים: תוספתא, סוכה ד, יא-יב; בבלי, שבת לה, ע"ב; בבלי, מגילה יח, ע"ב; בבלי, גיטין יד, ע"א; בבלי, בבא בתרא כט, ע"א; בבלי, חולין ט, ע"א; לדיון בכל אלה ראו הרוי "הרמב"ם על כלליות החוק", לעיל הערה 13, בעמ' 258-260.

21 שו"ת הרמב"ם, סימן רכא (מהדורת בלאו 393-394); וראו הרוי "הרמב"ם על כלליות החוק", לעיל הערה 13, בעמ' 262.



הש"ץ, מחייב "שיעור ומידה למעשיהם... שעל כולם לבצעם תוך דרך אחת".<sup>22</sup> כמו במקורות התלמודיים, גם בשני המקרים האלה ההנחה של הרמב"ם היא, שהקורא מבין את הקלוקל שייגרם לכול אם ההלכה תתפרט ל"שיעורין", כלומר תתחשב במקרה החריג. "נתת דבריך לשיעורין" איננו אם כן הסבר לעקרון כלליות החוק אלא המינוח התלמודי-הלכתי המציין אותו.

מצע לתשובה לשאלות אלו מצוי במורה הנבוכים חלק ב, פרק מ, שיידון בפרק הבא.

### ב. "טבע האדם" ומוסד החוק

ההשקפה היוחסית פרודנטית של הרמב"ם בעניין כלליות החוק ו"דרך הרוב" נמשכת כאמור מעקרונות יסוד של תורתו המדינית, וזו מצדה מושתתת על תפיסותיו בדבר טבע האדם. על טיבו של הסדר המדיני ועל הרציונל של הכוח הפוליטי כותב הרמב"ם בפרק מ, ושם הוא גם רומז לעניין "דרך הרוב":

כבר הובהר בתכלית ההבהרה שהאדם הוא מדיני בטבעו, ושטבעו שיהיה בחברה... מרוב שהמין הזה מורכב [– כי הוא המורכב האחרון, כפי שאתה יודע –] עד שכמעט אינך מוצא בכלל שני פרטים התואמים במין ממיני התכונות... הסיבה לכך היא השוני במזגים... מכיוון שטבע האדם מצריך שבפרטיו יהיה שוני כזה, ולטבעו הכרחיים החיים בחברה, בהכרח לא ייתכן שתתקבץ חברה זאת אלא באמצעות מנהיג אשר יקבע שיעור ומידה למעשיהם, ישלים את החסר וימעיט את המוגזם, ויקבע מעשים ודרכי מוסר שעל כולם לבצעם תמיד בדרך אחת, עד שהשוני הטבעי יוסתר על-ידי ריבוי התיאום שבתוקף-קביעה, ואז החברה תהיה מסודרת.<sup>23</sup>

בקטע זה מציע הרמב"ם את הנחות היסוד לתורתו המדינית, הגוררות לדידו עקרונות יוחסי פרודנטיים. נקודת המוצא לדיונו היא הסיסמה האריסטוטלית הידועה "שהאדם הוא מדיני בטבעו", שכבר הובהרה לדעתו בכתיב הפילוסופים היווניים והערביים "בתכלית ההבהרה".<sup>24</sup> הרמב"ם פונה מיד להצגת טענה נוספת, גם היא על טבע האדם, שיחד עם ההשקפה האריסטוטלית תוביל אותו למסקנות על אודות טיבו של הסדר המדיני ובכללו תפקידו של הריבון הפוליטי (ה"מנהיג"), כוחו והיקף סמכויותיו ובעיקר על אודות טיבו ומרכזיותו של מוסד החוק.

22 שורץ, לעיל הערה 5, בעמ' 397.

23 שם (ההדגשה שלי – י' ל'), וכך כל ההדגשות שלהלן אלא אם כן ייאמר אחרת; התוספות בסוגריים המרובעים הן תוספות שלי – י' ל', וכך כל התוספות שלהלן, אלא אם כן ייאמר אחרת).

24 הציטוט הוא מתוך אריסטו פוליטיקה ספר א, ב, 1253א, כפי שתורגם בידי רוזנטל "על דרך הרוב", לעיל הערה 13 (בשינויים קלים שלי – י' ל') (להלן: אריסטו פוליטיקה).

הרמב"ם על מוסד החוק, על פורמליזם משפטי ועל "גזירת הכתוב"

לא זו בלבד שהאדם אינו מספיק לעצמו, לא מצד צרכיו הפיזיים ולא מצד צרכיו המנטליים, אלא שהוא גם המין המורכב ביותר מן הבחינה הפיזיולוגית ("המורכב האחרון"). ההבדלים הגדולים שבין פרטיו נעוצים במגוון האינסופי של המזגים, "שוני החומרים", וה"מקרים התלויים בצורות".<sup>25</sup> הגיוון האנושי הוא בעיני הרמב"ם כעין הכרח מטפיזי: "טבע האדם מצריך [=מחייב, ער': 'טביעתה תקצצ'י] שבפרטיו יהיה שוני כזה".<sup>26</sup> החומרים, המזגים, והמקרים מכתיבים את אופי אישי בני האדם ואת נטיותיהם. מגוון האפשרויות לאין שיעור מתממש, עד ש"אתה מוצא שני בני-אדם שהם, כביכול, משני מינים בכל תכונה ותכונה". כך למשל, בעוד "אכזריותו של האחד מגיעה לשלב בו הוא שוחט את הקטן שבבניו מעוצם הכעס" הרי "אחר חומל על פשפש או חרק ואינו הורגו מתוך רחמים".<sup>27</sup> בפסקה הזו מבליע הרמב"ם את הבסיס הפיזיקלי-הפיזיולוגי של ה"המון". "המון" הוא מושג מפתח בכל חיבוריו, בעיקר ב"מורה", וסוגיות עיוניות רבות תלויות בו.<sup>28</sup> לפי עקרונות הפיזיולוגיה המימונית, יכולותיו המנטליות והאינטלקטואליות של האדם נגזרות ממזגו, מחומריו ומן המקרים הקורים לו. כל אלה כמעט שאינם בשליטתו. רק פרט ("איש") שמזגו מאוזן, חומריו משובח ומקרייו מוצלחים יגיע להישגים שכליים, כלומר יהיה רציונלי. "איש" שכזה הוא נדיר ביותר.<sup>29</sup> המון בני האדם, לפי הרמב"ם, הוא בהכרח אי-רציונלי.<sup>30</sup> לאבחנה הפיזיולוגית הזו על אודות מין האדם ולמושג "ההמון" הנגזר ממנה השלכה ישירה על טיב המשטר החברתי שמתאים לו. כמו בכל הגות פוליטית קלאסית, גם אצל הרמב"ם עקרונות הסדר המדיני והמשפטי נגזרים מ"טבע האדם". את המתח הטבוע במין האדם – הוא בעל חיים מדיני שהרי הוא בלתי-מספיק לעצמו מן הצד האחד, והשוני העצום

25 ראו שורץ, לעיל הערה 5, בעמ' 541, הערות 3-4, ובהפניותיו.

26 שם. וראו מורה הנבוכים (מהדורת קאפח כרך ב, תטז).

27 שורץ, לעיל הערה 5, בעמ' 541.

28 המושג "המון" הוא מושג מרכזי במורה הנבוכים, בין השאר בעניינים הבאים: טיבם של הקנונים היהודיים (המקרא וספרות חז"ל) ודרכי הפרשנות שלהם, תורת הנבואה, טעמי המצוות וכן בתחומים פילוסופיים כללים יותר כגון תורת ההכרה, אתיקה וכן תאוריה פוליטית ותורת המשפט. למושג ה"המון" זיקה הדוקה לסוגיית האזוטריקה ולשאלת דרכי ההוראה והכתיבה בתחומים העיוניים (לרבות סגנונו של מורה הנבוכים עצמו), ראו את הפרק "מושגים שונים של המון בכתבי הרמב"ם" בספרי, יאיר לורברבוים *תפוחי זהב במשניות כסף – על משלים, פילוסופיה וחוק בכתבי הרמב"ם* (בהכנה) (הפרק להלן: לורברבוים "מושגים של המון").

29 הרמב"ם אינו נלאה מלהטעים, כי המצב הפיזיולוגי של האדם משפיע על תכונותיו המנטליות ועל הישגיו האינטלקטואליים. ראו למשל את דבריו בעניין הנבואה, במורה הנבוכים חלק ב, לו: "דע לך, שכאשר עצם מוחו של אחד מבני-האדם יהיה משורש טבע-בריאתו בשיא איזונו, בזוך חומריו ומזגו המיוחד בכל חלק מחלקיו, ובשיעורו ותנוחתו, ולא תמנענה אותו מניעות מזגיות בעטיו של איבר אחר" (שורץ, לעיל הערה 5, בעמ' 386).

30 על מרכזיות הפיזיקה לענפים רבים בפילוסופיה של הרמב"ם (בעקבות הפילוסופים האנדלוסיים ובהמשך למסורת הפריפטטית שמהם שאבו), ובכללם האנתרופולוגיה הפילוסופית, ראו Shlomo Pines, *The Philosophic Sources of the Guide of the Perplexed*, in Maimonides, *The Guide of the Perplexed* cxi (Sholmo Pines trans., 1963) (להלן: *Sources*).

בין פרטיו שמעכב שיתוף פעולה מן הצד האחר – פותר “מנהיג” ו”שליט”. מיד בהמשך הפסקה שצוטטה לעיל מפרק מ כתב הרמב”ם כך: “לכן אומר אני שאף-על-פי שהתורה אינה טבעית יש לה נגיעה אל העניין הטבעי. לכן היה מחוכמת האלוה לקיום המין הזה [האדם – י’ ל’] – מכיוון שחפץ שהוא יימצא – ששם בטבעו שיהיה לפרטיו כוח הנהגה”. כמו בפרק לד, גם כאן קובע הרמב”ם הקבלה בין “התורה” לטבע.<sup>31</sup> “כח הנהגה” של פרטים מסוימים הוא תנאי ליצירת הגוף הפוליטי. “עניין טבעי” זה מחייב את קיומם של פרטים כריזמטיים מצד אחד, ואת “הנטייה הטבעית” של רוב בני האדם לקבל על עצמם את עול המנהיג – ובתוך כך את עול חוקיו – מצד אחר. בעניין זה מרחיב הרמב”ם במורה הנבוכים חלק ב, לו, בכתיבתו על הפיזיקה של ההשכלה ושל פעולת הכוח המדמה: “ראוי שתשים לבך לטבע המציאות באותו שפע אלוהי המגיע אלינו, אשר בו אנו משכילים ואשר בו אנו שונים במעלתם של השכלים שלנו... ויש שמה שמגיע אל אדם יהיה בו כדי להביאו לידי שלמות ולשפוע ממנו כדי להביא את זולתו לידי שלמות. זאת בדומה לדבר הנוהג בנמצאים כולם, שיש מהם המגיע לשלמות המנהיגה את זולתו.”<sup>32</sup>

הריבון הפוליטי הוא פתרון הכרחי בעיני הרמב”ם למתח הזה (“בהכרח לא ייתכן שתתקבץ חברה זאת אלא באמצעות מנהיג”). “השליט” (בערבית: “אלקטאן”)<sup>33</sup> אינו פועל לפי גחמה, אלא באמצעות חוקים כלליים וחתוכים. תפקידו העיקרי הוא לקבוע “שיעור ומידה למעשיהם, ישלים את החסר וימעיט את המוגזם... עד שהשוני הטבעי יוסתר על-ידי ריבוי התיאום שבתוקף-קביעה, ואז החברה תהיה מסודרת”. במילים אחרות, הכלי המרכזי העומד לרשות הריבון כדי להתגבר על ה”שוני הטבעי” ולכונן את הגוף הפוליטי הוא מוסד החוק.<sup>34</sup> החוק ממשטר את המגוון העצום של אישי המין האנושי, הוא מכוון התנהגות (“קובע שיעור ומידה למעשיהם”) ויוצר קואורדינציה (“תיאום”) באמצעות כללים מוגדרים היטב ובאמצעות הפעלת כוח וסמכות. הלשון “על-ידי ריבוי התיאום שבתוקף-קביעה” (בערבית: “פי כ’תרה’ אלא תפאק אל וצ’ עי”) מציין את כוחו של הריבון ל”גזור”. הכוח לצוות ולאכוף מוטעם שוב בפרק מ, שם מבחין הרמב”ם בין סוגים שונים של שליטים-מחוקקים: “יש ביניהם מי שבעצמו הובאה לידיעתו הנהגה זאת והוא הנביא או המחוקק [מניח החוק – י’ ל’]. ויש ביניהם מי שיש לו הכוח לאכוף את קיומו של מה שקבעו

31 בפרקי טעמי המצוות ב”מורה” הרמב”ם אינו נראה מלהטעים את הזיקה בין התורה לבין הטבע, ראו למשל שורץ, לעיל הערה 5, בעמ’ 595: “כן הוא באשר לדברים התורניים, מפני שהתורה מְדַמָּה תמיד לטבע ומשלימה את הדברים”, וראו חרד, לעיל הערה 7.

32 שורץ, לעיל הערה 5, בעמ’ 389; על הכריזמה של מנהיגי המדינות ושל מחוקקי החוקים, הנעוצה בשלמות כוחם המדמה הטעון ב”שפע אלוהי” (=שכלי), ראו גם שם, בעמ’ 390-391.

33 מורה הנבוכים (מהדורת קאפח תיז).

34 על ההבחנה בין שלטון בכלל ל”שלטון החוק”, שנרמזת בדברי הרמב”ם, ראו להלן הערה 50; H. L. Hart, *The Concept of Law* 97-107 (2nd ed. 1994) (להלן: A. Hart, *The Concept of Law*); Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, לעיל הערה 19; וראו גם Lon L. Fuller, *The Morality of Law* 33-94 (Revised Edition 1969).

הרמב"ם על מוסד החוק, על פורמליזם משפטי ועל "גזירת הכתוב"

שני אלה, את ההליכה בעקבותיו ואת הוצאתו לפעל, והוא השליט (=אלסלטאן) המחזיק בחוק זה". לענייננו, מה שמתאים להמון האירציונלי, לפי הרמב"ם, איננו טעם החוקים אלא בעיקר כוחם המצווה והחלטיותם.<sup>35</sup> רק באמצעות חוקים כוללניים והחלטיים יכול השליט "להסתיר את השוני הטבעי", החותר תחת הסדר החברתי ומחשב לגרום קלקול לכול. עניינו של הריבון, לדעתו, אינו אפוא בשכנוע אלא בכוח, המופעל בתיווכו של מוסד החוק.<sup>36</sup> בפסקאות האלו שבפרק מ מבליע הרמב"ם את רעיון כלליות החוק והחלטיותו. כך, כשהוא מטעים כי על הכול לציית לכללים שמחוקק השליט "תמיד בדרך אחת". מה שמטריד אותו בפרק זה אינו האדם החריג, שכלליות החוק עשויה לגרום לו "אי-צדק" (=נזק) כבפרק לד, אלא המזג החריג שעל המנהיג לרסנו ול"הסתירו" באמצעות החוק. ואולם לאדם החריג ולמזג החריג שורש פיזיקלי משותף – הגיוון האנושי. אלה שני צדדים של אותה המטבע: כשם שהאדם החריג (בפרק לד) משלם מחיר כדי "למנוע קלקול לכול", כך המזג החריג (בפרק מ) משלם מחיר כדי ש"החברה תהיה מסודרת".<sup>37</sup> מן התפיסה הפיזיולוגית על אודות מין האדם ("טבע האדם") נגזרת תפיסה פוליטית "שמרנית", המעניקה סמכויות חקיקה נרחבות למנהיג, וזו מצדה מכתובה תורת משפט שבמוקדה חוקים "כוללים ומוחלטים". מרכיב מרכזי של היוריספרודנציה הזו הוא פורמליזם משפטי נוקשה או מוטב *rulism* נוקדני, שמשמעותו היא בין השאר שלילה של עקרון היושר. אל הנקודה הזו, שהיא מוקד דברי, אשוב להלן.

הטענה הפיזיולוגית-פיזיקלית בעניין הגיוון האנושי, המושג "המון", ומבנה המחשבה הפוליטי-היוריספרודנטית המבוסס עליהם ייחודיים הם לרמב"ם.<sup>38</sup> כל אלה חורגים מדרך העיון האפלטוני ומתבנית החשיבה האריסטוטלית-הפריפטטית. אפלטון – למצער המוקדם –

35 ראו שורץ, לעיל הערה 5, בהערה 5, המציין שם כי "בתוקף-קביעה" הוא הניגוד ל"טבעי", שמוכנו בין השאר רציונלי. עיינו בהפניות שם.

36 השוואה זוהי "על אבן רושד, הרמב"ם, והמדינה המעולה" עיונים בסוגיות פילוסופיות, דברים שנאמרו בערב לכבוד שלמה פינס בהגיעו לגבורות 19 (דברי האקדמיה הישראלית למדעים/החטיבה למדעי הרוח, התשנ"ב); Eliezer Goldman, *Political and Legal Philosophy in the Guide of the Perplexed*, in Maimonides as a Codifier of Jewish Law 155 (Nahum Rakover ed., 1987).

37 בניגוד להובס, שמדגיש את התחרות על משאבים ובתוך כך את מצב המלחמה ("הכול בכול") שבמצב הטבעי, הרמב"ם מדגיש את הגיוון האנושי שמניע פרטים לכיוונים מנוגדים, עד שהסכמה על "כללי משחק" שיאפשרו שיתוף פעולה אינה מן האפשר. לשם כך דרוש מנהיג שיכפה כללי התנהגות על הכול. בניגוד לתפיסות ליברליות שמעלות על נס את הגיוון האנושי בשם הפלורליזם, שלדידן החוק נועד לאפשר לתפיסות טוב שונות לחיות זו לצד זו, הרי לפי הרמב"ם מטרת החוק היא "להסתיר" את הריבוי, כלומר לצמצמו עד כמה שניתן, שכן רק אז "החברה תהיה מסודרת".

38 קרוב לרמב"ם בעניינים האלה היה אבן רושד, ראו שלמה פינס "לחקר תורתו המדינית של אבן רושד" עיון ח 65 (התש"ז) (להלן: פינס "אבן רושד"). ואולם בניגוד לרמב"ם, אבן רושד, שהיה גם הוא איש הלכה, אימץ את השקפת אריסטו בעניין דרך הרוב, ראו אבן רושד הביאור האמצעי לספר המידות על שם ניקומאכוס לאריסטו 199-200 (מהדורת ברמן, שמואל בן יהודה מתרגם, התשנ"ט). כידוע, המקור הערבי אבד.

סבר שהחוקים לא יעלימו את הגיוון האנושי אלא רק יחבלו בו.<sup>39</sup> ואילו אריסטו אינו מטעים את הריבוי שבמזג האנושי, ועל כל פנים הוא אינו רואה בו עובדה מכרעת לקביעת טיב המשטר והמשפט. למושג "המון" אין נוכחות של ממש בכתביו.<sup>40</sup> אריסטו סבר כי האדם – כל אדם – הוא בעל חי תבוני. על בסיס אנתרופולוגיה זו הוא הציע משטר פוליטי, המשלב דמוקרטיה ואוליגרכיה או אריסטוקרטיה.<sup>41</sup>

בפרק המרכזי ב"מורה" (פרק מ), המוקדש לתאוריה פוליטית, מתמקד הרמב"ם לא בסיסמה האריסטוטלית ("האדם הוא בעל חיים מדיני לפי טבעו"), שאותה הוא מזכיר בחטף, אלא במוסד החוק ובכוחו למשטר. במוקד התורה המדינית של הרמב"ם עומדת אפוא הפילוסופיה של המשפט.<sup>42</sup>

### ג. כלליות החוק והכוונת התנהגות

נחזור לשאלה שהצגתי לעיל: מדוע לפי הרמב"ם על החוקים להיות כלליים וחתוכים? מדוע אם נשעה ל"דבר הממעט לקרות" ייגרם נזק לחברה? דברי הרמב"ם בפרק מ מסמנים כאמור את הכיוון לתשובה. לפי פרק מ מטרתו המרכזית של החוק היא הכוונת התנהגות, וכדי לכוון התנהגות צריך "לתת שיעור ומידה למעשים", כלומר הכללים צריכים להיות כלליים ובהירים (=חתוכים) ולא טעונים הדרכה נוספת. כידוע למערכות משפט (=מוסד חוק) מטרות חברתיות רבות, ובהן יישוב סכסוכים מוסדרים בחוק ושאינם מוסדרים בו, הענקת כוחות לפרטים ולפקידי רשות, חלוקה מחדש של טובין ומטרות חברתיות עקיפות, לבד ממטרות משניות.<sup>43</sup> כל המטרות הללו מצויות ב"חוקת משה" ובהלכה התלמודית, והרמב"ם מודע

39 ראו אפלטון *המדינאי* כרך ג-ד 293 (יוסף ליבס מתרגם, 1999), והרוי "הרמב"ם על כלליות החוק", לעיל הערה 13, בעמ' 254.

40 בניגוד לתחומי הפיזיקה והמטפיזיקה, שבהם הייתה לאריסטו השפעה רבה בימי הביניים, הרי להגות הפוליטית הייתה השפעה מועטה (אם בכלל). חיבוריו ב"פוליטיקה" לא תורגמו לערבית או לעברית, וראו פינס "אבן רושד", לעיל הערה 38, בעמ' 65; אברהם מלמד "הפוליטיקה לאריסטו במחשבה היהודית בימי הביניים ובתקופת הרנסאנס" *פעמים* 27-51 (התשנ"ב); השו"ש שמואל הרוי "המובאות מן האתיקה לאריסטו בספר 'המורה' ובספר 'מורה המורה' " *ספר הזיכרון ליוסף סרמוניטה* 87, 101-99 (אביעזר רביצקי עורך, התשנ"ח).

41 ראו למשל את הפתיחה לספר המטפיזיקה: "כל בני האדם שואפים מטבעם אל הדעת". הציטוט הוא מתוך אריסטו *מטפיזיקה* ספר א 980, א כפי שתורגם בידי רוזנטל "על 'דרך הרוב'", לעיל הערה 13 (בשניונים קלים שלי – י' ל'), ואת אריסטו *פוליטיקה*, לעיל הערה 24, ספר א, 1253א ("רק לאדם בין בעלי החיים כח הדיבור... [ה]מכוון לגלות... את הצדק והעוול"). לדיון בהשקפתו של אריסטו בעניין זה ובהבדלים שבינו לבין אפלטון והרמב"ם, ראו לורברבוים "מושגים של המון", לעיל הערה 28.

42 או בניסוח אחר – יותר משהרמב"ם הוא פילוסוף פוליטי הוא פילוסוף של החוק, ראו Leo Strauss, *Pines Philosophic Sources; Philosophy and Law* (Fred Bauman trans., 1987), לעיל הערה 30; הרוי "הרמב"ם על כלליות החוק", לעיל הערה 13, בעמ' 253.

43 מטרות חברתיות "ישירות" הן מטרות שמושגות מעצם הציות לכלל משפטי. כך למשל, זכות הקניין נשמרת מעצם הציות לכלל האוסר על גניבה. מטרות חברתיות "עקיפות" של החוק מושגות לאו דווקא בשל הציות לחוק אלא בשל עמדות, רגשות, ואופני התנהגות ביחס אליו, ואף בשל הידיעה על

הרמב"ם על מוסד החוק, על פורמליזם משפטי ועל "גזירת הכתוב"

לרובן, אם לא לכולן. ואולם בעיניו המטרה העליונה של החוק – למצער על פי מורה הנבוכים – היא כאמור הכוונת התנהגות. כל שאר המטרות כפופות לה או משניות ביחס אליה. לא בכדי חוזר הרמב"ם ב"מורה" על הטענה, כי "כוונת כל התורה (ג'מלא אלשריעה=כל החוק) שני דברים – תיקון הנפש ותיקון הגוף".<sup>44</sup>

הדרך לכוון התנהגות היא כאמור באמצעות כללים חתוכים (= "מוחלטים"), כלומר באמצעות הוראות פעולה שחלות או שאינן חלות ("הכול או לא כלום"). כללים שכאלה הם צפויים וודאיים. לשונם אינה זוקקת כאמור הדרכה או פרשנות. לא כן עקרונות, סטנדרטים, שיקולי מדיניות או טעמים: כל אלה הם עניין למשקל ולאזון, ואופן החלתם טעון פרשנות ושיקול דעת; הם נעדרים ודאות, וקשה על כן להסתמך עליהם; קל לטעות בהם; נקל להשתמש בהם לרעה. אלו הם גם המאפיינים של דרך הפרשנות התכליתית של חוקים, שלפיה הכללים המשפטיים החתוכים מייצגים טעמים.<sup>45</sup>

מכשלות דומות מאפיינות פרטנות יתר: אם החוק מפורט מדי קשה ליידעו לנמעניו; חלקים נרחבים ממנו חלים רק במקרים נדירים והם בבחינת "אות מתה", מה שעלול לגרום לזילות החוק; החוק נוטה לחוסר עקביות ולסתירות; כשהכללים רבים קל לבלבל ביניהם; פרטנות אינה רק מצב, היא גם מגמה ונטייה. כאשר רסן הכלליות מותר, הגלישה אל הפרטים הולכת ומתעצמת; העמסת פרטי חוק טעונה עדכון מתמיד, מה שגורם לחוסר יציבות. יציבות החוק היא אחד מן העקרונות היוריספרודנטיים החשובים ביותר בעיני הרמב"ם. הציות של הציבור (=ההמון) לחוק מותנה בעיניו ב"אמונה ההכרחית" כי התורה היא "שמימית", כעין חוק טבע שלעולם אינו משתנה.<sup>46</sup>

כוונת הרמב"ם בעניין כלליות (ודווקנות) החוק קרובה להיבט מרכזי של רעיון "שלטון החוק", שנדון הרבה בספרות היוריספרודנטית המודרנית. את המושג "שלטון החוק" מיטיב לנתח יוסף רו, שמעיר על התובנה המרכזית שביסודו: "This is the basic intuition from which the doctrine of the rule of law derives: the law must be capable of guiding the

קיומו (Raz, Rule of Law, לעיל הערה 19, בעמ' 167-168). כך למשל, לחוק המפחית את גובה מס הה **בנגביש מטרה** חברתית עקיפה, לתמרץ התיישבות. מטרת "משניות" של החוק הן למשל כללים (מ"סדר שני") המאפשרים יצירה, שינוי וביטול של חוקים. על הפונקציות החברתיות השונות של חוקים ראו שם, בעמ' 163-179.

44 ראו שורץ, לעיל הערה 5, בעמ' 516, וראו גם בהמשך הפרק. הטענה כי לפי "המורה" מטרתו המרכזית של החוק היא הכוונת התנהגות אינה סותרת את הטענה, כי מטרה מרכזית של החוק לפי חיבור זה היא "תיקון הנפש". עניינם של החוקים כולם הוא התנהגות או פעולה מסוימות. חוקים שעניינם (הישיר או העקיף) הוא "תיקון הנפש (השכל)" מצווים על פעולות שיתרמו (במישרין או בעקיפין) לשלמות השכל, ואכמ"ל.

45 ראו לעיל הערה 19.

46 יציבות החוק היא אחד מיסודות התפיסה הדוגמטית של החוק אצל הרמב"ם, שמרכיביה הבסיסיים הן "אמונות הכרחיות" (ראו לורברבוים "הרמב"ם על אגדה", לעיל הערה 11, בעמ' 271-275).

"behavior of its subjects".<sup>47</sup> מרבית הערכים והיסודות הנקשרים ב"שלטון החוק" אם לא כולם, מטעים רז, נגזרים מן התובנה הבסיסית הזו, והוא מונה את הרכיבים החיוניים להכוונת התנהגות באמצעות החוק שציינתי לעיל.<sup>48</sup>

יש לכאורה מידה של אנכרוניזם בהעמדת דברי רז ומחברים מודרניים אחרים על אודות מושג "שלטון החוק" לצד דברי הרמב"ם בעניין כלליות החוק ו"דרך הרוב". המדינה המודרנית על המון אוכלוסייה, מערכותיה הביורוקרטיות, הטכנולוגיה העומדת לרשותה ומעל כל אלה תרבותה הפוליטית – במיוחד במדינות דמוקרטיות-ליברליות – שונה באורח דרמטי מן העיר הריכוזית, הדתית, הקטנה והפשטה ביחס בארצות האסלאם בימי הביניים. עם זאת התובנה הבסיסית של רז – המופשטת במכוון מהקשר היסטורי ומאידאולוגיה פוליטית, כלומר מתפיסת טוב וצדק כלשהם<sup>49</sup> – עשויה להנהיר את דבריו של הרמב"ם.<sup>50</sup> יסוד מרכזי בכל הדיונים על אודות "שלטון החוק" הוא כאמור כלליות החוק ובמידה ידועה גם כוללניותו, הערכים הגלומים בו והתנאים שמאפשרים אותם. אלה אינם תלויי זמן ומקום.<sup>51</sup>

47 Raz, *Rule of Law*, לעיל הערה 19, בעמ' 213. רז ממשיך כיוון שהחל אצל Hart, *The Concept of Law*, לעיל הערה 34, בעמ' 134-130: "The life of the law consists to a very large extent in the guidance both of officials and private individuals by determinate rules, which, unlike the applications of variable standards, do not require from them a fresh judgment from case to case. This salient fact of social life remains true, even though uncertainties may break out as to the applicability of any rule... to a concrete case" (שם, בעמ' 132).

48 Raz, *Rule of Law*, לעיל הערה 19, בעמ' 218. העיקרון הראשון והמרכזי שנגזר לפי רז מרעיון "שלטון החוק" הוא, שהחוקים צריכים להיות פרוספקטיביים, פתוחים לכול, ברורים ויציבים, והוא ממשיך כך (שם, בעמ' 214): "If it [the law – Y.L.] is to guide people they must be able to find out what it is. For the same reason its meaning must be clear. Ambiguous, vague, obscure, or imprecise law is likely to mislead or confuse, at least some of those who desire to be guided by it". הכוונת התנהגות ו"עקרונות החוקיות" שביסודה מאפיינים כידוע גישות פוזיטיביסטיות. עם זאת ישנם לפי גישות פוזיטיביסטיות מסוימות מאפיינים נוספים, "מאזנים", ראו להלן 8080. גישה זו מאפיינת גם גישות נון-פוזיטיביסטיות, כגון זו של Fuller, Frederick Schauer, *Playing by the Rules*, על היחס שבין "שלטון החוק" ל-rulism, ראו the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life, 167-173 (1991) (להלן: Schauer, *Playing by the Rules*) ושם לספרות נוספת, וכן Frederick Schauer, *Rules and the Rule of Law*, 14 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 645 (1991).

49 ראו Schauer, *Playing by the Rules*, לעיל הערה 48, בעמ' 165-166.

50 מוטיב מרכזי בדיונו של רז היא ההבחנה שבין המושג שלטון החוק וערכיו הפנימיים לבין ערכים שרבים נוהגים בטעות לקשור בו, דוגמת צדק, שוויון, חירויות וזכויות אדם (ראו Raz, *Rule of Law*, לעיל הערה 19, בעמ' 214-218). רז מטעים, כי לא זו בלבד שאפליה על רקע גזע, דת, מין ומגדר, מתיישבת עם עקרון שלטון החוק אלא שהוא לעתים קרובות ממסד אותן, ראו שם, בעמ' 216. השוו Friedrich August Hayek, *The Road To Serfdom* 54 (Bruce Caldwell ed., 1944).

51 Raz, *Rule of Law*, לעיל הערה 19, בעמ' 225: "Conformity to the rule of law is an inherent value of laws, indeed it is their most important inherent value... the rule of law is the specific excellence of law".

הרמב"ם על מוסד החוק, על פורמליזם משפטי ועל "גזירת הכתוב"

שיקולים אלה מצויים בין השורות של פרק לד ובאופן ברור יותר בפרק מ. לכולם משנה חשיבות במסגרת התפיסה של הרמב"ם, שלפיה החוק הוא המוסד החברתי העיקרי שמפריד בין סדר מדיני לאנרכיה.

לא הכול סבורים כי הכוונת התנהגות היא המטרה המרכזית של מוסד החוק. יש למשל מי שגורסים, כי המוסר הנוהג – כלומר דפוסי התנהגות רווחים – הוא הגורם המרכזי בכינון נורמות ההתנהגות הרווחות, וכי החוק רק מעניק לו לבוש משפטי פורמלי. גם תאורטיקנים ומשפטנים המכלילים בחוק עקרונות, סטנדרטים, שיקולי מדיניות וכיוצא באלה – ומטשטשים בכך את "גבולות החוק" – ממעטים בדמותה של הכוונת התנהגות כמטרה מרכזית של מערכות משפט. הגישה הזו יכול שתתבסס על שיקולים מושגיים-דסקרפטיביים, שלפיהם תיאור החוק כסדרה מוגבלת של כללים חתומים ובהירים, המוחלים באורח טכני-מכני, חוטא למציאות המשפטית-הפוליטית והוא בפשטות חסר שחר.<sup>52</sup> גישה זו יכול שתתבסס גם על שיקולים נורמטיביים, שלפיהם ראוי כי החוק לא יצמצם לכללים חתומים אלא יכלול גם – או בעיקר – את טעמיהם ואת תכליותיהם ואף את התפיסה הפוליטית שביסודם.<sup>53</sup> מטרתו כאן אינה להכריע במחלוקת אלו, אלא רק להנהיר באמצעותן את עמדת הרמב"ם. דבריו בפרקים לד ו-מ מגלמים כאמור תפיסה יוריספרודנטית מנוגדת. עניינם הוא אידאל שלטון החוק, שאבן הבניין המרכזי שלו הוא הכלל המשפטי החתוך.

התפיסה שלפיה תכליתו של מוסד החוק וההלכה היא הכוונת התנהגות, והכול באמצעות כללים בהירים וחתומים, המנוסחים "על דרך הרוב", היא הרציונל העיקרי של המפעל "משנה תורה". המטרה המרכזית של הרמב"ם ב"חיבור הגדול" היא לחלץ את ההלכה ממצייאות ספרותית ופוליטית כאוטית, שבגינה אין ביכולתה למלא את ייעודה העיקרי – לכוון התנהגות. כלשונו בסוף ההקדמה למשנה תורה: "אותם הפירושים וההלכות והתשובות שחברו הגאונים... נתקשו בימינו ואין מביין עניניהם כראוי אלא מעט במספר. ואין צריך לומר הגמרא עצמה הבבליית והירושלמית וספרא וספרי והתוספתא, שהם צריכין דעת רחבה ונפש חכמה וזמן ארוך, ואחר כך יודע מהם הדרך הנכוחה בדברים האסורים והמותרים ושאר דיני התורה היאך הוא". בניגוד לספרות המדרש והתלמוד ולחיבורי

52 את ההשקפה הזו ביטאו, למשל, דוורקין מצד אחד וריאליסטים אמריקניים מאז Karl Llewellyn, ובעקבותיהם רבים מאסכולת הגישה הביקורתית (C.L.S.), מן הצד האחר. כל אלה סבורים (במפורש או במובלע), כי הכוונת התנהגות אינה מטרה מרכזית של החוק. לניסוח בהיר של עמדה זו ולהפניות לספרות, ראו Brian Z. Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging*, 159-181 (2010). לדעתו – בעקבות רבים לפניו – פורמליזם משפטי (במובן הזה) קיים רק ברמיונם של תאורטיקנים, אין לו (ולא היה לו מעולם) קיום ממשי.

53 ראו למשל Dworkin, *Law's Empire*, לעיל הערה 17, בעמ' 46. וראו את הביקורת של J. Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, 81 Yale L.J. 823 (1972), וכן ב-Postscript של Hart, *The Concept of Law*, לעיל הערה 34. חשוב להעיר, כי מבחינה מושגית אין סתירה בין עקרונות משפטיים (או "תבוניים") לרעיון "שלטון החוק" (להבדיל משלטון בני אדם), ואולם בשל שיקול הדעת הרחב שהעקרונות מעניקים לרשויות (המערכת השלטונית והשופטים), מתעורר החשש ששלטון העקרונות (וה"תבונה") יתחלף במהירות בשלטון בני אדם.



הגאונים מציע הרמב"ם ב"יד החזקה" "את האסור והמותר, הטמא והטהור, עם שאר דיני התורה, כולם בלשון ברורה ודרך קצרה, עד שתהא תורה שבעל פה כולה סדורה בפי הכול, בלא קושיה ולא פירוק [=תירוץ, ובניגוד לדרך התלמודים – י' ל'...] דברים ברורים, קרובים, נכונים... עד שיהיו כל הדינים גלויים לקטן ולגדול בדין כל מצוה ומצוה, ובדין כל הדברים שתקנו חכמים ונביאים". הכוונת התנהגות ו"דרך הרוב" גם עומדים ביסוד הלשון ה"שערוייתית" מיד בהמשך:

כללו של דבר, כדי שלא יהא אדם צריך לחיבור אחר בעולם בדין מדיני ישראל, אלא יהא חיבור זה מקבץ לתורה שבעל פה כולה, עם התקנות והמנהגות והגזירות שנעשו מימות משה רבינו ועד חבור הגמרא, וכמו שפירשו לנו הגאונים בכל חיבוריהם שחיברו אחר הגמרא. לפיכך קראתי שם חיבור זה "משנה תורה", לפי שאדם קורא בתורה שבכתב תחלה, ואחר כך קורא בזה, ויודע ממנו תורה שבעל פה כולה, ואינו צריך לקרות ספר אחר ביניהם.<sup>54</sup>

הצורך האקוטי בעיני הרמב"ם בחיבור שעניינו הכוונת התנהגות "לקטן ולגדול בדין כל מצוה ומצוה" גורם לו ל"ייתר" את כל ספרות ההלכה שקדמה לו, לרבות את התלמוד.<sup>55</sup> אכן, לשם השגת המטרה הזו ייחד הרמב"ם לחיבורו מבנה וסגנון: "וראיתי לחלק חיבור זה הלכות הלכות בכל ענין וענין. ואחלק ההלכות לפרקים שבאותו ענין. וכל פרק ופרק אחלק אותו להלכות קטנות כדי שיהיו סדורים על פה" (שם), והכול שידע אדם, במיוחד הנבער, מה עליו לעשות. לא בכדי בתשובה מאוחרת שתידון להלן מעיר הרמב"ם: "כוונתי בכל החיבור הזה [=משנה תורה] לקרב הדינים... אל דרך הרוב".<sup>56</sup>

עם זאת חשוב להדגיש, כי עקרון "שלטון החוק" ו"דרך הרוב" הם עניין לדרגה. בדרך כלל גישות המטעימות את הערכים הגלומים בעקרון שלטון החוק אינן חד-ממדיות – גם הן מכירות בנחיצותם של עקרונות, של סטנדרטים ושל פרשנות תכליתית מצד אחד ושל הוראות

54 ראו גם את ההקדמה לספר המצוות (מהדורת קאפח ב-ג).

55 ראו משה הלברטל *הרמב"ם* 145-147 (התשס"ט). רק באופן משני ועקיף מכוונים דברים אלו לגרום לשינוי במובנו של ערך תלמוד תורה. על מגמת הרמב"ם לשינוי ערכי בכיוון זה, ראו שמא יהודה פרידמן "הרמב"ם והתלמוד" *דיני ישראל* כז 221, 222-223 (התשע"א).

56 ההדגשה שלי – י' ל'. תשובות הרמב"ם, סי' רנב (מהדורת בלאו, התש"ך 460) (להלן: תשובות הרמב"ם (מהדורת בלאו, התש"ך)). על הלשון הזו ראו גם להלן סעיף ה. בעלי ההלכה במחצית השנייה של המאה השתים עשרה (ואף לאורך הדורות) לא היו מוטרדים כנראה ממצבה ה"כאוטי" – אף לא אחד מהם מבכה את "מצב ההלכה" כרמב"ם בהקדמה למשנה תורה. נראה כי התפיסה המובלעת אצל רבים מהם היא, כי אין "ספר חוק" בהיר וחתוך מביא את ההלכה לידיעת הציבור, כי אין הוא הכלי החשוב להכוונת התנהגות. לדעתם ההלכה מושרשת בציבור לא באמצעות "ספרי חוק" אלא באמצעות הטמעת דפוסי התנהגות, ואכמ"ל.

הרמב"ם על מוסד החוק, על פורמליזם משפטי ועל "גזירת הכתוב"

פרטניות ודינמיות מן הצד האחר.<sup>57</sup> הגם שבפרק לד ממליץ הרמב"ם למחוקק הנבון "להתבונן בדברים הטבעיים" הרי גם לדידו כלליות החוקים אינה נוקשה והחלטית כמו חוקי הטבע והמתמטיקה. "כלליות" ("כוללניות") ו"מוחלטות" הן מגמה ונטייה – לעתים חזקה – שיש לה תמיד ובהכרח חריגים. כך הוא גם אצל הרמב"ם.<sup>58</sup> זאת ועוד, אפשר שבתשובות, כלומר בפסיקה – בשל עוול קיצוני או בשל נסיבות חברתיות דוחקות – יסטה הרמב"ם מ"דרך הרוב" וישעה למקרה או לאדם החריג. ככלות הכול, אין בהכרח – או ברגיל – מתאם מלא ומדויק בין תאוריה לבין מעשה ומציאות, גם לא אצל כותב שיטתי ורפלקטיבי כמו הרמב"ם. על כך בסעיף הבא.

#### ד. חקיקה ושיפוט ופורמליזם משפטי

לשון הרמב"ם בפרק לד מתייחסת אמנם לחוק ולמעשה חקיקה, ואולם דבריו נוגעים בעקיפין גם לפעולת השיפוט ופרשנות החוק, או למצער לכמה מהיבטיה, כלומר להחלת החוקים על מקרים קונקרטיים. בניגוד לדעת חנינה בן מנחם, ענייניו של פרק לד אינו רק בחוק המופשט ("הלכה") אלא גם במערכת משפט מתפקדת ("הלכה למעשה").<sup>59</sup> כך עולה מן ההנגדה שבין המחוקק והשופט לבין הרופא ומן ההדגשה החוזרת בפרק בדבר הנזק והקלקול שהחוק הכללי מסב בהכרח לפרט במקרה החריג. אם דברי הרמב"ם בפרק לד מכוונים רק למחוקק, בעוד שעל השופט לשעות למקרה החריג, אזי באיזה מקרה "מתחייבים נזקים לפרטים"?<sup>60</sup> זאת ועוד, קריטריון חשוב להכוונת התנהגות הוא שהחוק שנאכף הוא החוק שנחקק.<sup>61</sup> אם נקבל את הטענה כי דברי הרמב"ם בעניין כלליות החוק נוגעים לחקיקה ולא לשיפוט, כלומר שדבריו בפרק לד הם "תאורטיים" ואינם נוגעים למערכת משפט מתפקדת, משמעות הדבר היא שיש פער בין ספר ההלכה (= "חוקים") לבין פסיקה מעשית.<sup>62</sup> לשון אחרת, הבחנה עקרונית בין "הלכה" לבין "הלכה למעשה" משמעה שהחוק ש"נחקק" שונה מן החוק

57 *Raz, Rule of Law*, לעיל הערה 19, בעמ' 213. רו מעיר בצדק, כי הערך הפוליטי של עקרון "שלטון החוק" אינו בשלילת חוקים פרטניים (או של עקרונות מופשטים), אלא שחקיקתם של חוקים חיוניים שכאלה צריכה להיות מכוונת ונשלטת באמצעות "open and relatively stable general rules".

58 דוגמה – אמנם נדירה – אצל הרמב"ם ל"חקיקה" של (כעין) עיקרון מצויה בעניין "הכונס אישה סתם ומצא בה מום" (משנה תורה, אישות פרק כה, הלכה ב) ונדונה במאמרי, *Lorberbaum, Part I*, לעיל הערה 2, בעמ' 152-161.

59 השוו בן מנחם "חקיקה ושיפוט", לעיל הערה 16, בעמ' 214. פרק לד לדעת בן מנחם אינו נוגע כלל לעקרון היושר האריסטוטלי. ואולם קשה לקבל את הגישה שלפיה הטענות המעשיות כל כך שבפרק לד הן תאורטיות בלבד ואין להן, לפי הרמב"ם, כל נפקות ממשית, וראו מיד להלן.

60 ראו אטינגר "הדין והיושר", לעיל הערה 11, בעמ' 241; חדר, לעיל הערה 7, בעמ' 220.

61 ראו *Raz, Rule of Law*, לעיל הערה 19, בעמ' 219: "The one area where the rule of law excludes all forms of arbitrary power is in the law applying power of the judiciary, where the courts are required to be subject to the law".

62 כך בן מנחם "חקיקה ושיפוט", לעיל הערה 16, בעמ' 214, והרוי "הרמב"ם על כלליות החוק", לעיל הערה 13, בעמ' 253.

שמישם. ההבחנה הזו מנוגדת לעקרון כלליות החוק והיא חותרת תחת מטרתו לכוון התנהגות. קשה להניח שהבחנה עקרונית וכוללת בין "הלכה" לבין "הלכה למעשה" – להבדיל מסטיות מקומיות – עלתה על דעתו של מי שמדגיש כי עניינו של החוק הוא לקבוע "מעשים ודרכי מוסר שעל כולם לבצעם תמיד בדרך אחת, עד שהשוני הטבעי יוסתר על-ידי ריבוי התיאום שבתוקף-קביעה".

זאב הרוי סבור, כי בעיית כלליות החוק לפי הרמב"ם "היא הבעיה של כלליות המפורסמות לכשהן נתפשות כמחייבות, כלומר כשהן נחקקות כחוקים פוזיטיביים".<sup>63</sup> לדעתו הרמב"ם סבור, כי המחוקק והשופט המעולים "חייבים להזקק למוסר הרציונלי, האלוהי".<sup>64</sup> המחוקק המעולה מתחשב בחברה באופן כללי ועל כן מחוקק "על דרך הרוב", ואילו "השופט המעולה מתחשב בפרט ובמצבו המיוחד". לדעת הרוי, לפי הרמב"ם המוסר "האלוהי", הרציונלי, של "אמת ושקר" מורה לשופט "האלוהי" להתחשב במקרה החריג ובכך ל"הדמות לאלהים"; אמנם לא באמצעות עקרון היושר האריסטוטלי, אלא באמצעות פרשנות חוקים קיימים ובאמצעות "קביעת כללים חדשים".<sup>65</sup> לפי הרוי פרק לד עוסק אפוא רק בחקיקה, לא בשיפוט.

גם אם נסכים עם הרוי כי שופט מעולה פועל לפי "מוסר של אמת ושקר" ("מושכלות") ולא לפי "מוסר של טוב ורע" ("מפורסמות"), הרי בעיית כלליות החוק לפי הרמב"ם היא גם בעיה של כלליות החוקים המבוססים על המושכלות (= המוסר הרציונלי).<sup>66</sup> המוסר הרציונלי, לא פחות ממוסר המבוסס על המפורסמות, חייב להתחשב בפיזיולוגיה של האדם – המכריחה את קיומו החברתי כ"המון" – ולהתאים לו משטר מדיני (באמצעות חקיקה) והליך משפטי (בבתי הדין), שבמרכזם כלליות החוק ומוחלטותו.<sup>67</sup> אין בכוחו של השופט-הפילוסוף הרציונלי לשנות את טבע החברה, שהתחשבות יתר בפרטיה החריגים תגרום "קלקול לכול". לכן לפי הרמב"ם גם השופט המעולה, הפועל לפי "מוסר של אמת ושקר", צריך להעדיף את התועלת החברתית לכול, להתעלם בדרך כלל מן המקרה החריג, ולהכריע ב"דרך הרוב".<sup>68</sup> לא

63 הרוי, שם, בעמ' 264. על ההבחנה בין "מושכלות" ל"מפורסמות" אצל הרמב"ם, ראו שורץ, לעיל הערה 5, בעמ' 33, ואת ההפניות שם. ראו גם זאב הרוי "הרמב"ם ושפינוזה על ידיעת טוב ורע" עיון כח 167 (1978) (להלן: הרוי "הרמב"ם ושפינוזה").

64 על "המוסר הרציונלי" לפי הרמב"ם, ראו שם.

65 שם, בעמ' 168.

66 חשוב להדגיש, כי יישום עקרון היושר במקרה החריג – הן לפי אריסטו הן לפי הרמב"ם – אינו בהכרח עניין לשופט בעל שלמות שכלית. להערכתו גם הרמב"ם סבור, כי שופט מקצועי – לאו דווקא פילוסוף – ישכיל לזהות את המקרה החריג וליישבו באורח צודק.

67 על ההבחנה בין "מפורסמות" ל"מושכלות" ועל טיבו של המוסר הרציונלי (= מוסר של אמת ושקר) לפי הרמב"ם, ראו הרוי "הרמב"ם ושפינוזה", לעיל הערה 63. וראו Shlomo Pines, *Truth and Falsehood Versus Good and Evil: A Study in Jewish and General Philosophy in Connection with the "Guide of the Perplexed" 1,2*, in *Studies in Maimonides* 95 (Isadore Twersky ed., 1990).

68 גם אם נניח, שלפי הרמב"ם השופט-הפילוסוף אינו נזקק לכללים אלא רק לטעמים הרלוונטיים למקרה שבא לפניו (שאותם הוא מסוגל לאזן באופן אופטימלי), הרי בשל שיקולים חברתיים (הנעוצים בטבעו

הרמב"ם על מוסד החוק, על פורמליזם משפטי ועל "גזירת הכתוב"

בכדי הוא מעיר בפרק לד, כי פסיקותיו של שופט מעולה דומות ל"פעולות האל" (=הצורות הטבעיות), "המזיקות" לעתים לפרטים חריגים שאינם יכולים להגיע לכלל שלמות. אכן, במורה הנבוכים א, נד, כשהוא כותב על המנהיג המעולה (=הנביא), הרמב"ם מוסיף דברים אלה: "ראוי למנהיג המדינה אם הוא נביא להידמות בתארים אלה, ושמעשים אלה (הפגיעה בחיי אדם) יבואו מצדו מתוך חישוב ובהתאם למה שראויים לו, לא מתוך היגררות גרידא אחרי ההיפעלות, ולא ישלח רסן הכעס", וכשהוא מעניש "יתחשב בתועלת הגדולה שתצמח לאנשים רבים מביצוע מעשה זה". דומה, כי "התועלת הגדולה" הזו היא, בין השאר, בשל שיקולים הנעוצים ב"דרך הרוב".<sup>69</sup>

זאת ועוד, מן התפיסה על אודות כלליות החוק ומוחלטותו גזור הרמב"ם בפרק לד rulism (להלן גם: רוליזם) משפטי (והלכתי) בלתי-מתפשר. רוליזם משפטי הוא גרסה רוחת של "פורמליזם משפטי". על פורמליזם משפטי במובן של רוליזם כותב פרדריק שאוואר כך:

It is exactly a rule's rigidity, even in the face of applications that will ill serve its purpose that renders it a rule. This rigidity derives from the language of the rule's formulation, which prevents the contemplation of every fact and principle relevant to a particular application of the rule. To be formalistic in Lewellyn's sense is to be governed by the rigidity of the rules formulation... Formalism in this sense is therefore indistinguishable from "rulism", for what makes a regulative rule a rule, and what distinguishes it from a reason, is precisely the unwillingness to pierce the generalization even in cases in which the generalization appears to the decisionmaker to be inapposite. A rule's acontextual rigidity is what makes it a rule.<sup>70</sup>

פורמליזם משפטי במובן של רוליזם קשור ליחס שבין הכלל המשפטי לטעמי.<sup>71</sup> כללים מעשיים בכלל וכללים משפטיים בפרט הם תריס בפני שיקולים (=טעמים) רלוונטיים

של האדם הממוצע, כלומר של החברה) הוא עדיין צריך להכריע לפי כללים. לשון אחרת, הסיבה המרכזית שבגינה אל לו לשופט לשעות למקרה החריג איננה מגבלותיו האינטלקטואליות אלא מגבלות החברה, שאותן (גם) שופט מעולה אינו יכול לשנות. ראו שלמה פינס "השוואות בין החוקה הדתית לבין הרפואה אצל אלפאראבי ואצל הרמב"ם" שנתון המשפט העברי יד-טו 171, 172 (התשמ"ח-התשמ"ט).

70 Frederick Schauer, *Formalism*, 97 Yale L.J. 509, 535 (1988) (להלן Schauer, *Formalism*).  
71 למובנים אחרים של "פורמליזם משפטי" ראו שם, בעמ' 510. הדיון הקלאסי בפורמליזם משפטי הוא של Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology* 865-900 (1978) (G. Roth & C. Wittich eds.); וכן מקס ובר על הכאריזמה ובניית המוסדות: מבחר כתבים 79-49 (שמואל נח אייזנשטט עורך, אהרן אמיר מתרגם, התש"ס). ראו עוד David Lyons, *Legal Formalism and Instrumentalism – A Pathological Study*, 66 Cornell L. Rev. 949

להחלטה על אודות דרך הפעולה הראויה במקרה נתון. הם חוסמים אותם בשני אופנים הכרוכים זה בזה. ראשית, הם מסלקים שיקולים רלוונטיים סותרים שאדם עשוי לשקול (ושנכון לשקול) במקרה נתון אלמלא הכלל. שנית – והוא הצד השני של אותה המטבע – הכלל עצמו, בנפרד מטעמיו, הוא סיבת הציות. במונחיו של רו, כלל מעשי – עבור אלה שכפופים לו (norm-subjects) או עבור מי שמאמץ אותו – הוא צירוף של שניים: א. הכלל (עצמו) הוא טעם לפעולה (reason for action) "מסדר ראשון" (כשמתיימות הנסיבות להחלטתו); ב. הכלל הוא טעם מ"סדר שני" ה"מוציא" (exclusionary reason) טעמים רלוונטיים באותן הנסיבות, המכוונים לדרכי פעולה מנוגדות.<sup>72</sup>

לשון אחרת, כללים מעשיים, אישיים וודאי שמנדטוריים (=משפטיים או הלכתיים) מספקים טעמים לפעולה ככללים (qua rules).<sup>73</sup> כלל כטעם לפעולה מתנהג באופן שונה

Ernest J. Weinrib, *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*, וכן (1981),  
 Martin Stone, 97 Yale L.J. 949 (1988), העוסק בקונספטואליזם. לסיכום עדכני,  
 Formalism, in Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law  
 . 167 ( Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma & Scott J. Shapiro eds., 2004)

72 Joseph. Raz, *Reasons for Action, Decisions and Norms*, in Practical Reasoning 128  
 Joseph Raz ed., (1978) (להלן: Raz, *Reasons for Action*); ראו גם  
 Raz, *Reasons and Norms* (1975), על "טעמים מוציאים" ראו שם, בעמ' 35-48. לקוראים שאינם  
 מצויים בעבודתו של רו על כללים מעשיים ועל תבונה מעשית (practical reasoning) ארחיב  
 קמעא. רו מבחין בין טעמים רגילים לפעולה, לבין מה שהוא מכנה טעמים מוציאים (exclusionary reasons).  
 טעם רגיל הוא טעם מ"סדר ראשון" והוא נדון במונחים של משקל: אנו מאזנים בינו לבין  
 משקלם של טעמים רלוונטיים אחרים, דרך כלל סותרים. ההחלטה באיזה אופן לפעול היא תוצאה של  
 האיזון בין מכלול הטעמים הרגילים, מסדר ראשון, הרלוונטיים לפעולה נתונה. טעם מ"סדר שני" הוא  
 טעם הנוגע לאופן ההתנהגות עם טעם (אחר) מ"סדר ראשון". "טעם מוציא" הוא טעם "מסדר שני",  
 כגון טעם x לא לשקול (=להימנע מלפעול על פי) טעם מסוים (מ"סדר ראשון") y. הטעם המוציא x  
 והטעם לפעולה (מסדר ראשון) y, מסביר רו, אינם בקונפליקט זה עם זה. היחס ביניהם שונה מיחס  
 לעומתי שבין שני טעמים רגילים לפעולה מסדר ראשון, שאנו מכריעים ביניהם באמצעות השוואת  
 משקלם. ה"עימות" בין "הטעם המוציא" x לבין הטעם הרגיל y מוכרע באמצעות עיקרון כללי של  
 התבונה המעשית, הקובע שטעמים מוציאים (תמיד) מסלקים (=מוציאים) טעמים (מסוימים) מסדר  
 ראשון. כזו היא למשל ההחלטה של ראובן שלא לשקול הצעה עסקית מפתה המוגבלת בזמן מפני  
 ש"היה לו יום קשה" והוא עייף וחוסר ריכוז (דוגמה של רו, שם). המשמעות המעשית של החלטתו של  
 ראובן היא דחיית ההצעה, ואולם לא בשל אי-כדאיות (=שיקולים רגילים מסדר ראשון) אלא בשל  
 שיקול מסדר שני (=לא לשקול הצעות הרות גורל במצב של עייפות וחוסר ריכוז), ש"מוציא" את עצם  
 שקילת ההצעה. ל"טעמים מוציאים", טוען רו, חשיבות מכרעת להבנת האופנים שלפיהם בני אדם  
 חושבים בעניינים מעשיים (practical reasoning). הם עומדים, כאמור, ביסוד הציות לכללים אישיים  
 ובעיקר לכללים מנדטוריים. רו משתמש בניתוחו את אופן התנהגותם של כללים כדי לספק הצדקה  
 לסמכויות למיניהן, ראו Joseph Raz, *The Morality of Freedom* 23-109 (1986). לסקירת  
 הביקורת על תפיסתו של רו, ראו Scott. J. Shapiro, *Authority*, in The Oxford Handbook of  
 Jurisprudence and Philosophy of Law 382 (Jules. L. Coleman & Scott. J. Shapiro eds.,  
 2004).

73 אין פירוש הדבר שמי שכפוף לכלל אינו מודע לטעמיו; אלה מצויים תמיד ביסוד הפעולה, שכן בפני  
 מי שמאמץ כלל, או בפני מי שכפוף לו, פתוחה תמיד הדרך ל"חזור" אל טעמי הכלל ובתוך כך

הרמב"ם על מוסד החוק, על פורמליזם משפטי ועל "גזירת הכתוב"

מטעמים רגילים לפעולה (statements about reasons), ובכללם הטעמים שביסוד הכלל.<sup>74</sup> אם כללים משפטיים (וכללים מעשיים בכלל) הם רדוקטיביים לטעמיהם – אם הם רק ייצוגים של התכליות שביסודם – הם חדלים לתפקד ככללים.<sup>75</sup>

כללים הופכים להיות מעניינים כאשר הם מורים על תוצאה שונה מזו שאליה מכוונים הטעמים הרלוונטיים במקרה הנדון. או אז הם אפקטיביים ככללים (qua rules). התוצאה של החלת הכלל במנותק מטעמיו במקרה חריג שכזה היא בדרך כלל לא-צודקת בהשוואה לתוצאה שעליה מורים הטעמים. ואולם זוהי דרך פעולתם של כללים. לאמץ כלל משמעו כאמור לסרב להעמידו על טעמיו ולשקול את דרך הפעולה לאורם,<sup>76</sup> כלומר להיות נכון ל"שלם מחיר" במקרים חריגים.

מדוע בני אדם מאמצים כללים ונמנעים במקרים הרלוונטיים לפעול לפי טעמים? הם עושים כן מסיבות שונות – בין היתר כדי לחסוך זמן, משיקולי יעילות (הקטנת הסיכוי לטעות), כדי להימנע מייסורי דליברציה וקושי להכריע, כתריס מפני פיתויי היצר ומפני חולשת רצון ועוד.<sup>77</sup> בכל הנוגע לכללים מנדטוריים (נוסף על אלה), הם עושים כן בשל שיקולים של צפיות, של ודאות, של הסתמכות-קואורדינציה, של יציבות ושל צמצום הסמכויות ומרחב שיקול הדעת של שופטים ושל פקידים (שתפקידם לקבל החלטות).<sup>78</sup>

"לאזנם" עם שיקולים רלוונטיים אחרים. ואולם כל עוד הכלל תקף הוא משמש כטעם לפעולה (ולא הטעמים שביסודו).

74 לפי רוז, כללים – במיוחד מנדטוריים (=משפטיים) – מתפקדים באופן שונה מטעמים רגילים לפעולה (להלן: טעמים). כך למשל, הטענה בדבר כלל מוסרי המחייב לקיים הבטחות שונה מן הטענה בדבר טעם מוסרי לקיים הבטחות. טעמים, הוא מטעים, שונים מכללים: טעמים הם אמתיים או שקריים; כללים הם תקפים או חסרי תוקף, ניתן לציית להם או להפר אותם. לטעון לקיומו של כלל, טוען רוז, משמעו לשנות טעמים (לפעולה) שיש לבני אדם; לטעון לטעם רגיל משמעו להסב אליו את תשומת הלב, ברם לא (בהכרח) לשנות את טעם הפעולה (ראו Raz, *Reasons for Action*, לעיל הערה 72, בעמ' 138-139). חשוב לציין כי הגם שכללים הם (גם) "טעמים מוציאים", הם אינם מוציאים בהכרח את כל השיקולים הנגדיים, ראו שם, בעמ' 141.

75 במצב זה הכלל הוא רק כעין סיכום או תמצות של הטעמים שביסודו, והוא כעין כלל אצבע (rule of thumb) שאינו מתנהג ככלל, ראו שם, בעמ' 59-62, Schauer, *Playing by the Rules*, לעיל הערה 48, בעמ' 104-111. לעתים אדם בוחן מחדש את ההצדקה לקיומו של כלל (אישי ואפילו מנדטורי) אולם אם הוא בוחן מחדש את הכלל בכל מקרה שבו הוא מחיל אותו אזי הוא אינו מתפקד אצלו ככלל (ראו Raz, *Reasons for Action*, לעיל הערה 72, בעמ' 140).

76 רוז מעיר, שבני אדם מאמינים לעתים כי בנסיבות מסוימות הם צריכים לציית לכללים שנקבעו בידי בעלי סמכות מסוימים (רשויות וכיוצא באלה), מבלי להתחשב בטעמים הרלוונטיים לנסיבותיהם ולאיוון הראוי ביניהם. הם סבורים כי להיות כפופים לסמכות משמעו להישמע לה גם כשהיא טועה. אדם אינו יכול להיחשב כפוף לסמכות אם הוא פועל רק לפי טעמים (ראו שם, בעמ' 141).

77 שם.

78 ראו Schauer, *Playing by the Rules*, לעיל הערה 48, בעמ' 135-166.

פורמליזם-רוליוזם משפטי כרוך בליטרליזם ובאפשרות להחיל את הכללים המשפטיים באורח מכני ומהיר, שאינו מצריך שיקול דעת ופרשנות. אלה עומדים כאמור ביסוד עקרון שלטון החוק.<sup>79</sup>

כמו עקרון "שלטון החוק", גם רוליוזם משפטי הוא עניין לדרגה. הגם שהכול יודו כי פעולה לפי כללים – אישיים או מנדטוריים – כרוכה במחיר, משפטנים ותאורטיקנים חלוקים ביניהם באשר לנסיבות המשפטיות שבהן נכון לשלמו. הל"א הרט סבור, כי הכלל המשפטי הבהיר והחתוך עומד ביסוד החוק, ואולם יש להחילו ככלל (*qua rule*) רק במקרים השכיחים (מצבי גרעין, core). במקרים הנופלים ב"שטח האפור" (*penumbra*) של לשון הכלל הרט סבור, כי על השופט להימנע מלהחילו (כלשונו), כלומר להימנע מ"פורמליזם משפטי". במצבי *penumbra* הכלל עצמו (כלומר לשונו הדווקנית) חדל במונחיו של רז להיות טעם לפעולה, ובתוך כך הוא גם חדל ל"הוציא" טעמים אחרים; או אז לפי הרט על השופטים לפנות לפרשנות תכליתית, המתחשבת במטרות חברתיות.<sup>80</sup> לעומת הרט, הדוגל

79 Schauer, *Formalism*, לעיל הערה 70, בעמ' 538, וכן Schauer, *Playing by the Rules*, לעיל הערה 48, בעמ' 173-167. על החלה "מכנית" של כללים משפטיים ועל הוויכוח על אודותיה (בין הרט לפולר, ובין אנשי הגישה הביקורתית, דוגמת דנקן קנדי, לבין מתנגדיהם השונים), ראו Stone, לעיל הערה 71, בעמ' 170-169.

80 ראו Hart, *The Concept of Law*, לעיל הערה 34, בעמ' 126: "The vice known to legal theory as formalism or conceptualism consists in an attitude to verbally formulated rules which both seeks to disguise and to minimize the need for such choice, once the general rule has been laid down. One way of doing this is to freeze the meaning of the rule so that its general terms must have the same meaning in every case where its application is in question. To secure this we may fasten on certain features present in the plane case and insist that these are both necessary and sufficient to bring everything which has them within the scope of the rule whatever other features it may have or lack, and whatever may be the social consequences of applying the rule in this way" "To do this is to secure a measure of certainty (שם): of predictability at the cost of blindly prejudging what is to be done in a range of future cases, about whose composition we are ignorant... we shall be forced by this technique to include in the scope of a rule cases which we would wish to exclude in order to give effect to reasonable social aims... the rigidity of our classifications will thus war with H. L. A. Hart, *Positivism and the* our aims in having or maintaining the rule" *Separation of Law and Morals*, 71 *Harv. L. Rev.* 593, 610-612 (1958). עם זאת הרט מכיר (שם, בעמ' 611) בפורמליזם משפטי המושתת על תפיסה חברתית שמרנית. הוא מודה כי לאימוץ כללים (שהם נוקשים מטבעם) יש מחיר. גם רז מדגיש את מרכזיותם של כללים במערכות משפט, אך בה בשעה הוא מטעים את כוחם של שופטים לאבחן כללים במקרים חריגים (ראו *Raz, Rule of Law*, לעיל הערה 19, בעמ' 209-180). ואולם בשונה מהרט, דיונו של רז הוא דסקרפטיבי, לא נורמטיבי. את הגישה של הרט ושל דומיו (רז ואחרים), המפתחים (במתינות) את מה ששאואר מכנה "jurisprudence of rules", יש להבחין מגישות (דוגמת זו של דוורקין) הנוטות ל-"jurisprudence of reasons" (ראו שאואר, לעיל הערה 1, בעמ' 869). השוה בנימין בראון "פורמליזם וערכים: שלושה דגמים" עיונים חדשים בפילוסופיה של ההלכה 233 (אבירם רביצקי ואבינועם רוזנק עורכים, התשס"ח). המודל ה"פשוטני"-ה"אינטואיטיבי" של פורמליזם משפטי שמציע בראון (המבוסס על

הרמב"ם על מוסד החוק, על פורמליזם משפטי ועל "גזירת הכתוב"

ב"יוריספרודנציה של כללים" תוך הסתייגות מפורמליזם משפטי, מחברים מודרניים אחרים – אמנם ספורים – מנסים לבסס רוליזם משפטי מתון. שאואר, למשל, מציע גישה שהוא מכנה presumptive formalism, ולפיה גם במקרים חריגים מסוימים ראוי לדבוק בלשון הכלל, ובתוך כך ל"שלם מחיר". חשיבותו של רוליזם משפטי בעיניו היא בעיקר בהגבלת כוחם של שופטים ושל פקידים מקבלי החלטות, והכול כדי לצמצם את הטיותיהם ואת טעויותיהם.<sup>81</sup> לשון הרמב"ם בפרק לד מגלמת רוליזם משפטי מרחיק לכת הרבה יותר. אימוץ עקבי של "דרך הרוב" גם בהחלת החוק היא לדעתו אמצעי חיוני לסדר חברתי. המחיר הכבד שהרמב"ם נכון לשלם בתמורה לדבקות בכללים הוא נגזרת של תפיסותיו על אודות טבע האדם. בשל טבעו של ה"המון", על כל סטייה מלשון הכללים ייגבה להערכתו מחיר חברתי-מערכתי גבוה הרבה יותר.

למיטב ידיעתי בפרקים שב"מורה" שנדונו לעיל מציע הרמב"ם מבנה מחשבה ייחודי, המצביע על התשתית הפילוסופית-האנתרופולוגית של הפורמליזם המשפטי – כלומר על תפיסת האדם והחברה שביסוד הרוליזם המשפטי – מה שלא עשו תאורטיקנים של המשפט והוגים בתחום תורת המדינה לפניו.<sup>82</sup>

\*\*\*

לרוליזם המשפטי העולה מפרק לד (שבחלק ג) ומפרק מ (שבחלק ב) במורה הנבוכים זיקה הדוקה למובן היוריספרודנטי-ההלכתי שייחס הרמב"ם למטבע "גזירת הכתוב" במשנה תורה ולתפקיד שהוא ייעד לו. קודם שאצביע על הקשר הזה אציע בקצרה את המובנים של המטבע הזה ואת מבני המחשבה היוריספרודנטיים והתיאולוגיים שביסודם.<sup>83</sup>

### ה. על המטבע "גזירת הכתוב" בכתבי הרמב"ם

בשיח ההלכתי לאורך הדורות למטבע "גזירת הכתוב" שני מובנים. את הראשון כיניתי "המובן התיאולוגי" ואת השני "המובן היוריספרודנטי-ההלכתי". לפי מובנה התיאולוגי

ניתוח לא-מדויק, ולעתים מוטעה, של ובר והרט) אינו מתאים לכאן. בראון מניח (במידה רבה את המבוקש), כי "ההלכה היא מערכת בעלת גוון פורמליסטי חזק" (שם, בעמ' 245), וכדי לבסס את ההנחה הזו הוא מציע הגדרה שלפיה פורמליסט הוא מי שמאמץ "כלל פרטיקולרי" ונון-פורמליסט הוא מי שמאמץ "נורמה מופשטת" (שם, בעמ' 251, וראו שם, בעמ' 250-254). הצעתו "הפשטנית" האינטואיטיבית של בראון היא בעייתית, בין השאר משום שמה שהוא מתאר כערכים בעלי דרגות הפשטה שונות הם בעצם ערכים שונים באותה דרגת הפשטה; ובעיקר, הזיהוי של פורמליזם עם אימוץ כללים (והתיאור של כללים כטעמים בעלי דרגת הפשטה נמוכה) הוא מוטעה.

81 Schauer, *Formalism*, לעיל הערה 70, בעמ' 538-544.

82 לטעון של הרמב"ם בעניין "דרך הרוב" ופורמליזם משפטי דמיון מבני וקרבה עניינית לעמדת הובס באשר לסמכות הריבון (במצב המדיני). כשם שסמכויות הריבון לפי הובס נגזרות מחומרת המלחמה במצב הטבעי, כך המחיר שהרמב"ם נכון לשלם עבור הדבקות בכללים (=פורמליזם) הוא כעומק הגיוון האנושי ונבערות ההמון.

83 הדברים שבסעיף הבא מבוססים על מחקרים המצוינים לעיל הערה 2.



מציינת "גזירת הכתוב" מצווה או הלכה שאין לה טעם או שטעמה אינו ידוע. אני מכנה את המובן הזה "תיאולוגי", שכן יסודו בהשקפה כי מקורה של מצווה שהיא "גזירת הכתוב" הוא בחכמת האל הטמירה, הנסתרת מעיני בשר ודם, או ברצונו החופשי, המשוחרר מאילוץ התבונה. המובן היוריספרודנטי-ההלכתי של "גזירת הכתוב" נעוץ במשמעות הלשונית הבסיסית של המטבע הזה, שעניינה הכוח המצווה והכופה של "הכתוב", ובאופן כללי יותר – של ה"הלכה". אין מניעה כי ל"גזירת הכתוב" במובן היוריספרודנטי יהיה טעם; דרך כלל, יש לה טעם. עניינו של המטבע "גזירת הכתוב" לפי המובן היוריספרודנטי-ההלכתי הוא לציין ציווי "גמור", בלתי-מותנה; הוא מגלם את סמכות ה"הלכה" להטיל חובות ואיסורים.

ל"גזירת הכתוב" במובן התיאולוגי שתי גרסאות: גרסת חכמת האל הנסתרת, שלפיה טעמי המצוות – או למצער חלק מהן – אינם לפי כוח האדם, וגרסת האל כרצון חופשי מכול וכול, שלפיה אין למצוות טעמים כלל. הגרסה הראשונה רווחת בספרות ההלכה ואילו הגרסה השנייה נזכרת בעיקר בכתבי הרמב"ם.

מצוות או הלכות שהן "גזירת הכתוב" ללא-טעם (ידוע) אינה תוצאה הכרחית או מתבקשת של אמונה כי מקור החוק הוא בהתגלות. לכינון מושג שכזה נדרשות הנחות תיאולוגיות מיוחדות באשר לאל ובאשר לחוקיו, שלא כל "דתות ההתגלות" חולקות אותן בהכרח. "גזירת הכתוב" ללא-טעם (כלומר מסיבות תיאולוגיות) מציינת מצב דרמטי של "אי-ידיעת החוק".<sup>84</sup> במערכות משפט חילוניות אין מושג מקביל של חוק-ללא-טעם (כלל). לדין החוקים כולם הם מעשה ידי אדם, וכפי שלימד אריסטו: "האדם, הוא אשר אומר ועושה מה שמביא לתכלית כלשהי", טובה או טובה פחות, רציונלית או אי-רציונלית. חוק אנושי לעולם אינו שרירותי; טעמיו אינם יכולים להיות נעלים מן השכל.<sup>85</sup>

גם ל"גזירת הכתוב" במובן היוריספרודנטי כמה גרסאות או מובני משנה הנמשכים מביטויים שונים של הסמכות הפוליטית-המשפטית.<sup>86</sup> אחד מהם, החשוב לענייננו, הוא גרסה

84 כדי למקד את המובן התיאולוגי של "גזירת הכתוב" (לפי שתי גרסאותיו), מועיל להבחין בין הלכה-ללא-טעם מסיבות תיאולוגיות לבין חוק-ללא-טעם מסיבות אחרות, כגון חוקים שמטרתם להשריש הרגל ציית או פרטי חוק שרירותיים לפי מהותם (שנקבעו באופן אחד ברם היו יכולים להיקבע באופן אחר). לחוקים מן הסוג הזה אין טעם פנימי ואולם יש להם טעמים כלליים (כגון קואורדינציה). באשר לכל אלה ועוד, ראו Lorberbaum, Part I, לעיל הערה 2.

85 ראו למשל אריסטו *אתיקה ניקומאכית* ספר א, פרק ג 16-17 (מהדורה שנייה, יוסף ג' ליבס מתרגם, 1985). הלך מחשבה זה מאפיין את מרבית ההוגים הקלאסיים ואת כל ממשיכי אריסטו בימי הביניים, ראו למשל אקוינס *Summa Theologiae* 90. 1 concl. להנחה הזו שותף המחקר ההיסטורי של חוקים, לרבות המחקר הביקורתי של חוקים "דתיים", שמאמיניהם סבורים שמקורם ברצון האל או בחכמתו העלומה. במסגרת מערכות משפט חילוניות, ומנקודת המבט של ההיסטוריון הביקורתי, הצירוף "חוק-ללא-טעם", כלומר חוק שיש מניעה עקרונית להבין את טעמיו, הוא חסר שחר.

86 עד כמה שידיעתי מגעת, איש מבין חוקרי הרמב"ם ופרשניו לא הבחין בין שני מובניה של "גזירת הכתוב". הן אצל בעלי הלכה הן אצל חוקרים מתפרשת "גזירת הכתוב" לפי המובן התיאולוגי בלבד, והיא מציינת אצל הכול הלכה ללא טעם (ידוע). בשל כך הם הציעו למופעיה בתלמוד – ובמיוחד במשנה תורה – סבך של פירושים מאולצים ותמוהים, ראו את הערך "גזירת הכתוב" *אנציקלופדיה תלמודית* כרך ה טורים תקסד-תקסו, וראו יוסף שטרן "על סתירה כביכול בין מורה הנבוכים למשנה

הרמב"ם על מוסד החוק, על פורמליזם משפטי ועל "גזירת הכתוב"

מסוימת של פורמליזם משפטי. הוא קרוב למה שמכונה בספרות התורה משפטית המודרנית *rulism*.<sup>87</sup> לפי המובן הזה "גזירת הכתוב" היא הוראה לקריאה מילולית-דוקטרינלית של לשון ההלכה (= "הכתוב").<sup>88</sup> על פי המובן המשני הזה הלשון "גזירה" היא רב-משמעית – היא מציינת הלכה חתוכה (גזורה), המבליעה כאמור ציווי להחיל את ההלכה באורח "מכני" (= "גזירת הכתוב"), ובה בשעה היא ביטוי של כוח ושל סמכות, שכן היא תובעת את הכפפת "שיקול הדעת" של הדיין או של האדם המצווה ללשונו ה"יבשה" של החוק. בניגוד למובן היוריספרודנטי הבסיסי של "גזירת הכתוב" שחל על רוב המצוות, הרי את מובני המשנה שלו, דוגמת *rulism*, ניתן לייחד להלכות מסוימות.<sup>89</sup>

נפנה לרמב"ם. במורה הנבוכים חלק ג, כו מציע הרמב"ם לתפיסת האל כרצון תיאורי שיטתי, והוא קושר אליה את המטבע "גזירת הכתוב".<sup>90</sup> תפיסה זו, שמקורה בכלאם המוסלמי (האשערי) ושאוּמְצָה לדבריו בידי "בעלי-העיון מבני-התורה", היא ממוקדי הדיון בטעמי המצוות ב"מורה". הרמב"ם מתארה רק כדי לדחותה בלעג. ההשקפה כי "המצוות נמשכות אחר הרצון" וכי הן "גזירת הכתוב ללא תכלית" משקפת לדעתו טעות קטגורית. מהות האל היא השכל, ממנו נמשכות גם המצוות, ולכולן טעם וסיבה.<sup>91</sup>

בשונה מן המובן התיאולוגי של המטבע "גזירת הכתוב", שלו הרמב"ם מציע הגדרה ומצע עיוני מפורט, את המובן היוריספרודנטי שהוא מייעד לו אפשר ללמוד רק מן ההקשר, כלומר מן האופן שמטבע זה משמשו בחיבוריו ההלכתיים. על הכיוון הכללי מצביע המונח "גזירה", המציין אצל הרמב"ם "ציווי גמור", כלומר כלל התנהגות אימפרטיבי. ניגודה של

תורה "שנתון המשפט העברי יד-טו 283 (התשמ"ח-התשמ"ט); חיים רפפורט "בטעם מצות שופר ובמשמעות הביטוי 'גזירת הכתוב' ב'משנה תורה' "אור המורה נא א-ב 78 (התשס"ו); הערות ספורות אצל יעקב לוינגר דרכי המחשבה ההלכתית של הרמב"ם 21-24 (התשכ"ה) (להלן: לוינגר דרכי המחשבה); ולאחרונה שמשון אטינגר ראיות במשפט העברי 153-158 (התשע"א); ברם השוו דוד הנשקה "לשאלת אחדות הגותו של הרמב"ם" דעת 37, 37, 43 הערה 23 (התשנ"ו).

*Schauer, Formalism*, לעיל הערה 70.

87 לפי הרמב"ם, "הכתוב" במטבע "גזירת הכתוב" אינו מציין את לשון כתבי הקודש אלא את לשון ההלכה. זהו אחד ההבדלים בין המובן של מטבע זה בכתביו לבין מובנו בספרות התלמודית, ראו לורברבוים "גזירת מלך" ו"גזירת הכתוב", לעיל הערה 2.

88 טענה זו נכונה גם באשר למופעים של "גזירת הכתוב" ו"גזירת מלך" בספרות התלמודית ובמשנה תורה. על "גזירת הכתוב" לפי המובן היוריספרודנטי בספרות התלמודית, ראו שם. באשר לרמב"ם, ראו מיד להלן.

89 על הזיקה שבין "תפיסת האל כרצון" לבין "גזירת הכתוב" במובן התיאולוגי הזה, ראו שורץ, לעיל הערה 5, בעמ' 567, וכן *Lorberbaum, Part I*, לעיל הערה 2, בעמ' 140-147, והספרות המובאת שם.

90 טענת הרמב"ם כי המצוות "נמשכות אחר החכמה" כרוכה בתפיסתו הנטורליסטית את הנבואה, ראו *Lorberbaum, Part I*, לעיל הערה 2, בעמ' 147-149. בפרקי המצוות במורה הנבוכים הרמב"ם מסתייג גם מ"גזירת הכתוב" לפי גרסת האל כחכמה נסתרת, ראו מורה הנבוכים חלק ג, לא וראו יאיר לורברבוים "רצוי להם ביותר שלא תושכל לציווי ולאיסור כל משמעות" – עיון במורה הנבוכים חלק ג, לא" (בהכנה). הגם שהתפיסה בדבר הטרנסצנדנטיות של האל קרובה ללבו, הוא מנתק בינה לבין טעמי המצוות, ראו *Lorberbaum, Part III*, לעיל הערה 2.

"גזירה" לפי הגדרתו אינו הלכה-שיש-לה-טעם, אלא צו מותנה או המלצה או בקשה.<sup>92</sup> המופע של המטבע "גזירת הכתוב" במשנה תורה, שנקל להיווכח כי מובנו אינו תיאולוגי אלא יוריספרודנטי-הלכתי, מצוי בהלכות אישות כה, ב.<sup>93</sup> בסוף הלכה ארוכה ונפתלת זו מעיר הרמב"ם, כי ענייניה "דברים של טעם הם ואינם גזירת הכתוב". הלשון "דברים של טעם" בהלכה הזו קרובה למובן המודרני של "שיקול דעת שיפוטי" (judicial discretion), שמיוחס (או מוענק) לשופטים.<sup>94</sup> לעומתו לצירוף "גזירת הכתוב" מייחס כאן הרמב"ם את אחד המובנים של פורמליזם משפטי, שלפיו המשפט הוא בעיקרו מערכת של כללים, חתוכים ומנוסחים היטב, שעל השופט להחיל על המקרים שבאים לפניו באורח מילולי-דווקני. פורמליזם משפטי מן הסוג הזה מכונה כאמור בספרות היוריספרודנטית המודרנית "rulism". ההנגדה הזו בין "גזירת הכתוב" ל"דברים של טעם" היא יחידאית במשנה תורה, ואולם דווקא בשל חריגותה היא כעין בניין אב למובן היוריספרודנטי-הלכתי של המטבע "גזירת הכתוב" לאורך "החיבור הגדול" כולו.<sup>95</sup>

במחקרים הנזכרים דנתי בכל מופעי המטבע "גזירת הכתוב" במשנה תורה – תשעה במספר – ובהיקריותו בשאר כתבי הרמב"ם, וניתחתי אותם על רקע מקורותיהם התלמודיים ובהקשרם ההלכתי הרחב.<sup>96</sup> לענייננו חשובות "גזירות הכתוב" במובן היוריספרודנטי-הלכתי: דין בן סורר ומורה (הל' ממרים ז, יא), דין (פסלות) ההפלה העצמית (הל' סנהדרין יח, ו), דין כיבוד הורים (הל' ממרים ו, ז), דין עדים זוממים (הל' עדות יח, ג) ודין פסול עד קרוב (הל' עדות יג, טו). לכל אחת מ"גזירות הכתוב" הללו שבמשנה תורה יש טעם – לעתים מובלע, לרוב מפורש. דרך כלל טעמן פשוט, לרוב הוא מקורי, והוא אינו מופיע בספרות ההלכתית קודם לרמב"ם. למטבע "גזירת הכתוב" בהלכות אלו ייעוד יוריספרודנטי – הוא מורה ליישמן באורח מכני-דווקני, לפי לשונן ולא לפי טעמן.<sup>97</sup> לכל ההלכות הללו מציע הרמב"ם כאמור טעמים, אלא שבקביעה כי הן "גזירת הכתוב" הוא ממקמם מחוץ לגבולות ההלכה. שלילת "שיקול דעת" בהחלתן מגלמת לפי הרמב"ם היבט

92 ראו את דיונו במונח "גזירה" בספר המצוות, מצות עשה קט (מהדרת העליר סג), וראו Lorberbaum, *Part I*, לעיל הערה 2, בעמ' 149-152.

93 ראו שם, בעמ' 152-161.

94 ראו למשל Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* 14-45 (1977) (להלן: Dworkin, *Taking Rights Seriously*) וכן ברק *פרשנות כמשפט*, לעיל הערה 18. לפי מונחים הרווחים בדיונים מודרניים בפילוסופיה של המשפט, שיקול הדעת שהרמב"ם מייחס לשופט הוא "הלש", השוו Dworkin, *Taking Rights Seriously*, שם, וברק *פרשנות כמשפט*, שם. גם אם מרחב שיקול הדעת של הדיין לפי הרמב"ם הוא מצומצם, הוא מובחן מן ה-rulism המגולם לשיטתו בצירוף "גזירת הכתוב".

95 ראו Lorberbaum, *Part II*, לעיל הערה 2.

96 ראו לעיל הערה 2.

97 על ההבדלים בין המובן היוריספרודנטי-הלכתי של המטבע "גזירת הכתוב" בספרות התלמודית לבין המובן שבמשנה תורה, ראו לעיל הערה 11.

הרמב"ם על מוסד החוק, על פורמליזם משפטי ועל "גזירת הכתוב"

של סמכות ההלכה ושל כוחה לצוות.<sup>98</sup> מקוריות המובן של "גזירת הכתוב" בהלכות הללו ומקוריות טעמיהן ניכרות הן בהשוואה למקורותיהן התלמודיים הן בהשוואה למובנו של מטבע זה בספרות התלמודית.<sup>99</sup>

לכל אחת מ"גזירות הכתוב" במובן היוריספרודנטי במשנה תורה ניתן אולי להציע הסבר מקומי.<sup>100</sup> ואולם אין בכוחם של ביאורים אד הוק כדי להסביר את הלך המחשבה התורה משפטי שביסוד "גזירת הכתוב" ואת השימוש השיטתי, העקבי והייחודי שבה במשנה תורה. להלן אראה, כי המובן ההלכתי-היוריספרודנטי של "גזירת הכתוב" נמשך מתפיסתו המדינית של הרמב"ם ומתורת המשפט שהוא גזור ממנה. מטבע זה מגלם את המתח שבין השקפתו של הרמב"ם על אודות מוסד החוק ותפיסת ה-rulism ההלכתי (= "דרך הרוב") העומדת ביסודו מצד אחד, לבין מגמתו הרציונליסטית ואידאל השלמות השכלית הכרוך בה מצד אחר.

### 1. "גזירת הכתוב" ופורמליזם משפטי

המובן היוריספרודנטי שהרמב"ם מייחס במשנה תורה ל"גזירת הכתוב" והתפקיד שהוא מייצע לה קשורים בטבורם לתפיסתו הנחרצת בפרקים לד ו-מ בדבר כלליות, כוללניות ומוחלטות החוק והפורמליזם-הרוליוזם המשפטי הכרוך בו. השקפת הרמב"ם בעניין "דרך הרוב" מתייחסת כאמור לא רק למחוקק אלא גם לשופט, ולענייננו – לאופן שבו "המחוקק"

98 לאו דווקא של "התורה [שבכתב]", ראו Lorberbaum, Part II, לעיל הערה 2.

99 ראו לורברבוים "גזירת מלך" ו"גזירת הכתוב", לעיל הערה 2. ב-Lorberbaum, Part III ניתחתי את שלושת מופעי "גזירות הכתוב" במשנה תורה שיש להם לכאורה מובן תיאולוגי: הטומאות והטהרות (משנה תורה, מקוואות, פרק יא, הלכה יב), תקיעת שופר בראש השנה (משנה תורה, תשובה, פרק ג, הלכה ד), ושילוח הקן (משנה תורה, תפילה וברכת כהנים, פרק ט). במחקר האמור טענתי כי "גזירת הכתוב" לפי המובן התיאולוגי בכתבים ההלכתיים היא כלי רטורי. ביסוד כל אחת מגזירות-הכתוב-ללא-טעם במשנה תורה עומדת סוגיה תיאולוגית: השגחת האל והדין השמימי (בהלכות תשובה), תארי האל והתפילה המתבוננת (בהלכות תפילה), טעמי הטומאות והטהרות וטעמים אלגוריים למצוות (בהלכות מקוואות). בכל ההלכות הללו משמש המטבע כמטפורה להרחקת מבני מחשבה אי-רציונליים (אנתרופומורפיים ומגיים), שהקורא הממוצע נוטה לייחס להן (לעתים בעקבות מסורות רבניות קדומות ומושרשות). המטבע 'גזירת הכתוב' נועד לסלק (מגבולות ההלכה) את הטעמים האלה.

100 אפשר שלדין "בן [סורר ומורה] ולא בת" מציע הרמב"ם טעם דווקא מפני שהמקורות התלמודיים טוענים (לכאורה) שהוא "גזירת הכתוב ללא טעם"; כדי לשלול מן הטעם נפקות הלכתית, הוא קובע ("בעקבות" התלמוד) שיש ליישמו "גזירת הכתוב". בדין כיבוד הורים נזקק הרמב"ם ל"גזירת הכתוב" כדי לבטא דרישה לציות ללא גבולות, המותאמת לתפיסתו הפוליטית השמרנית. בשלוש ההלכות בענייני עדות – פסלות ההפלה העצמית, "חזקת" נאמנות עדים זוממים ופסלות עד קרוב – מבטאת "גזירת הכתוב" פורמליזם נוקשה, המאפיין את דיני הראיות (והעדות) המבוססים על קטגוריית הקבילות. הסבר "מקומי" ניתן להציע גם לשלוש "גזירות הכתוב" ללא-טעם במשנה תורה. בהלכות מקוואות "גזירת הכתוב"-ללא-טעם נועדה לאפשר ליתן טעם אלגורי-ספיריטואלי לטומאות ולטהרות, בהלכות תשובה היא "ממתנת" את ההקשר "המיתי" של טעם השופר הממריץ לתשובה ובהלכות תפילה היא מדללת את תארי האל בתחנונים.

(=הרמב"ם במשנה תורה) מכוון את פעולת הדיין והפוסק. לפי הפירוש המוצע כאן, המטבע "גזירת הכתוב" מגלם מצב ביניים: הוא אינו מציין כלל התנהגות רגיל, מ"סדר ראשון"; הוא מציין כלל מ"סדר שני", כלומר כלל התנהגות בנוגע לכללים. זהו כלל המופנה לדיין והמורה לו כיצד להפעיל הלכה מסוימת. במונחיו של רו, המטבע "גזירת הכתוב" מורה לדיין להתייחס תמיד לכלל ההלכתי כאל טעם לפעולה מ"סדר ראשון", כלומר במנותק מן הטעמים שביסודו, וכטעם מ"סדר שני" ה"מוציא" (exclude) טעמים אחרים – בין השאר את שקילת הרלוונטיות של טעמיו במקרים חריגים.

כפי שראינו, כמעט בכל מופעיו ב"יד החזקה" המטבע "גזירת הכתוב" מורה לדיין להחיל את ההלכה באופן נוקדני. לכל ההלכות במשנה תורה שמצוין כי הן "גזירת הכתוב" יש טעם: לרוב מציע להן הרמב"ם טעם מפורש, לעתים עניינין גלוי עד שמיותר לצינון. "גזירת הכתוב" נועדה כאמור להוציא את הטעם אל מחוץ לשיח ההלכתי; היא מצווה על הדיין להחיל את ההלכה לא לפי "רוחה" ותכליתה אלא כלשונה. את ההלכה צריך ליישם "גזירת הכתוב" גם על המקרה (או על האדם) החריג, כלומר "על דרך הרוב". כך למשל, הלשון "גזירת הכתוב הוא שיסקל בן סורר ומורה" מורה לדיין, כי למרות טעם ההלכה – שאין דרך הבת "להמשך באכילה ושתיה כאיש" – אין להחילה על בת חריגה הנמשכת "באכילה ובשתיה כאיש" אלא רק לפי המקרה השכיח, כלומר על בנים בלבד. גם במקרה החריג הזה הכלל ה"יבש" הוא הטעם לפעולה, והוא מורה "להוציא" טעמים רלוונטיים סותרים, כלומר להתעלם מהם. הלשון "גזירת הכתוב היא שאין ממתין בית דין ולא מלקין את האדם בהודאת פיו" מורה לדיין, כי למרות הטעם "שמא נטרפה דעתו בדבר זה, שמא מן העמלין מרי נפש הוא" וכולי, ועל אף הפיתוי לעשות צדק ולהרשיע את מי שאין ספק באשמתו (על פי הודאתו), הרי אין לקבל עדות עצמית מאדם גם כאשר ברור כי אין לו נטיות אבדניות. טעם ההלכה אינו רלוונטי ליישומה. הפנייה לטעם במקרה החריג כמוה כאימוץ עקרון היושר האריסטוטלי הנוטה אחר "רוח" החוק או אחר דוקטרינת "הפרשנות התכליתית", המעמידה את הכלל על טעמיו. כל אלה, לפי הרמב"ם, מכרסמים בעקרון כלליות החוק וההלכה ומוחלטותם, כלומר הם חותרים תחת מגמתם לכוון התנהגות.

האם המספר המצומצם ביחס של מופעי "גזירת הכתוב" במשנה תורה (תשעה במספר) מלמד כי בכל שאר ההלכות הטעמים הם עיקר? האם היקריות מעטות אלו הן יוצא מן הכלל המעיד על הכלל, שעניינו "יוריספרודנציה של טעמים" דווקא?<sup>101</sup> דומני, כי לאור המשקל המכריע של עניין "דרך הרוב" בתפיסה התורת משפטית והמטא-הלכתית של הרמב"ם – המגלם כאמור את הרציונל המרכזי של משנה תורה – התשובה לשאלה הזו היא שלילית. אכן, מן ה"מורה", פרקים לד (מחלק ג) ו-מ (מחלק ב) וממקורות נוספים שיידונו להלן עולה,

101 בהקשר זה אעיר, כי המטבע "גזירת הכתוב" בא במשנה תורה בדרך כלל כדי להורות כי הטעם שהרמב"ם מסמיך לדין מסוים הוא "מחוץ לגבולות ההלכה", כלומר למרות הטעם שהרמב"ם מציע לדין יש להחילו כלשונו (כלומר גם במקרים שהטעם אינו חל). מופעי המטבע "גזירת הכתוב" הם אפוא בעיקר נגזרת של טעמים שהרמב"ם מציע להלכות.

הרמב"ם על מוסד החוק, על פורמליזם משפטי ועל "גזירת הכתוב"

כי הרמב"ם דוגל ב"יוריספרודנציה של כללים" ובגרסה קיצונית של רוליזם משפטי. אופן תפקודה של "גזירת הכתוב" במובן היוריספרודנטי-ההלכתי במשנה תורה, שהוא כאמור מקורי, הוא המשך טבעי של הגישה התורת משפטית הזו. עם זאת חשוב להדגיש, כי "גזירת הכתוב" כהוראה לקריאה דווקנית של לשון הכלל ההלכתי אינה הכלי היחיד – גם לא המרכזי – שבאמצעותו מממש הרמב"ם את עקרון "דרך הרוב" בכתיבתו ההלכתית. את טענתו בעניין השלילה של הרמב"ם ב"מורה" ובתשובות את עקרון היושר האריסטוטלי מסכם אליעזר שמשון רוזנטל בלשון זו: "אריסטו נשאר פילוסופוס גם במקום שהוא לן בעמקו של חוק. רבינו נשאר בעל הלכה אף בשעה שהוא מצייר את המושכלות בנפשו"<sup>102</sup>. דומה כי ביסוד ההכרזה הדרמתית הזו חבויה ההנחה, כי טבעו של בעל הלכה ואולי גם של משפטן הוא לדבוק בלשון החוק ואילו פילוסופים נוטים מטבעם אל "רוח" החוק, אל טעמיו ואל תכליותיו. לפי רוזנטל הרמב"ם חובש שני כובעים – כובע איש ההלכה וכובע הפילוסוף – ובמקום שאלה מתנגשים זה בזה, בסוגיית "דרך הרוב" למשל, דבק הרמב"ם בזהותו ה"אמתית" – בעל הלכה. לטענה הזו – הרבנית ביסודה – לפחות באשר לפרק לד אין שחר. ראשית, כפי שראינו הספרות המשפטית והתורת משפטית – העתיקה והמודרנית – מלמדת, כי הן בעלי הלכה ומשפטנים הן פילוסופים ותאורטיקנים חלוקים בסוגיית כלליות החוק ומוחלטותו (= "דרך הרוב") ובשאלת היחס שבין לשון הכללים לטעמיהם. כפי שנראה להלן, ר' אברהם בן הרמב"ם ובעלי הלכה אחרים אימצו את עקרון היושר האריסטוטלי ונטו לטעם ההלכה על חשבון לשונה.<sup>103</sup> אנשי הלכה אלה אינם שונים מסיעה גדולה של תאורטיקנים ושל משפטנים, דוגמת אבן רושד בימי הביניים ודוורקין ואהרן ברק בני זמננו, שנוטים ל"יוריספרודנציה של טעמים" תוך שלילה מפורשת או מובלעת, חריפה או מתונה של "יוריספרודנציה של כללים". שנית ועיקר, הרמב"ם מאמץ את עקרון כלליות החוק ומעצב את המובן היוריספרודנטי של "גזירת הכתוב" לא בגלל השמרנות הטבועה כביכול בבעל הלכה. עמדתו בסוגיית "דרך הרוב" נגזרת מהשקפות פילוסופיות ותורת משפטיות מקוריות.<sup>104</sup>

102 רוזנטל "על 'דרך הרוב'", לעיל הערה 13, בעמ' 100. חוקרים ציטטו טענה זו בהסכמה, ראו למשל אנגלרד, לעיל הערה 11, בעמ' 186.

103 ראו את המקורות שמביא רוזנברג, לעיל הערה 16, וראו להלן.

104 גישת רוזנטל גם מטשטשת הבדלים בין גישות פורמליסטיות שונות בענייני הלכה ובין דרגות שונות של פורמליזם-רוליזם שעליהן הערתי לעיל. כך למשל, בעוד שבעלי הלכה מסוימים (מודרניים ומוקדמים יותר) דבקים בכלליה מטעמים תיאולוגיים – הטעמים נתפסים בעיניהם כנעלים מן השכל ("טרנסצנדנטיים") – הרי הרמב"ם מוציא את הטעמים מן השיח ההלכתי בשל תפיסתו היוריספרודנטית. על ההבדל העקרוני הזה אני עומד במקום אחר. זאת ועוד, הרמב"ם כהוגה אריסטוטלי, החושב במונחים תכליתיים (פונקציונליים), רחוק גם מפורמליזם קונספטואלי, האופייני ללא-מעט בעלי הלכה. "קונספטואליזם משפטי" סבור, כי עמוד תווך של המשפט הם מושגים משפטיים וכי הפתרון של בעיות משפטיות – בין השאר במקרים "קשים" – נעוץ בניתוח "אנליטי" של המושגים האלה (ולא למשל בפרשנות תכליתית). על "לוגיקה משפטית" מן הסוג הזה ועל זיקתו לפורמליזם משפטי, ראו למשל Hart, The Concept of Law, לעיל הערה 34, בעמ' 126. בעניין זה

## יאיר לורברבוים

דרכו של הרמב"ם בסוגיית כלליות החוק שונה כאמור מדרכו של ר' אברהם בנו. ר' אברהם נשאל על דין בר מצרא: ראובן ושמעון היו שותפים בבית בשווה, ובקש ראובן משמעון למכר לו חלקו בבית ונמנע מזה [שמעון, מה שמלמד ששמעון מעוניין בחלקו של ראובן, אם ירצה למוכרו – י' ל'], והיו שניהם מחוץ לעיר שבה הבית ההוא, וכאשר בא ראובן אל העיר מכר חלקו וקנהו לוי וכתבו בשם אשתו. וכאשר תבע שמעון דינא דבר מיצרא, דחהו הדיין באמרו אין לנמצא במקום אחר דין בר מצרא. הדיין ביסס את פסיקתו על דברי הרמב"ם בהלכות שכנים (פרק יד, הלכה ג ופרק יב, הלכה יג-יד). לפי פסיקתו, דין בר מצרא, המעניק לבעל מקרקעין גובלים – וכאן לשותף במקרקעין – זכות קדימה לרכישת השדה שבגבולו, אינו חל על מכירה לאישה ("כי היא אין בידה להתעסק בשביל עצמה כדרך שמתעסקים האנשים"), ליתומים ("הטוב והישר שעושים חסד עם אלו יתר מבעל המצר") ולבר מצרא ששוהה מחוץ לעיר ("תקנת האחרונים, למען לא יבצר מבן המצר למכור, מחשש הלוקח שמא יצא הקנין מידו אחר שנים"). טעם ההלכות בעניין האישה ובעניין השותף השוהה מחוץ לעיר אינו חל במקרה זה. יתר על כן, נראה שהמוכר משתמש בהם כאן לרעה. ר' אברהם בן הרמב"ם מבטל את פסיקת הדיין ופוסק לטובת השותף הבר מצרא. בהילוך תשובתו הוא מעיר על התכונות הראויות של הדיין ועל אופן פסיקתו כך:

ובדינים כאלה, שיש בהם עיון ומשא ומתן בהלכה, צריכים לדיין שיהא זריז וישקל יפה את הדינים הכתובים, ולזה ולכיוצא בו הותנה בדיינים 'אנשים חכמים ונבונים', כי אינו מועיל זה בלא זה, והחכמה היא זכירת מה שנאמר, והבינה היא השכל הטוב ושקול הדעת.

והוא ממשיך:

כלום סבור אתה שמה שאמרו לאיתתא, ליתמי ולשותפי לית בהו משום דינא דבר מצרא [=שהדין שעל אישה, יתומים ושותפים לא חל דין בר מצרא] הוא גזרת הכתוב או הלכה שאין לה טעם? לא, אלא לכל מה שזכר בהלכה יש טעמים ברורים ונגלים לכל מי שיש לו שכל ובינה.

כמו הרמב"ם, גם ר' אברהם מבחין בין "גזירת הכתוב" לבין "הלכה שאין לה טעם". ל"גזירת הכתוב", לפי ר' אברהם, יש טעם. במטבע זה מתכוון גם הוא לקריאה מילולית-דווקנית של ההלכה, בניגוד לטעמה. ואולם בשונה מאביו כותב ר' אברהם כך: "וראו החכמים ז"ל בשאלה הזאת לפי מה שמבואר לבעל הבנה, לא למי שהולך אחרי מה שכתוב גרידא לבטל

שונה אופן החשיבה של הרמב"ם מאופן החשיבה התלמודי, למצער בשכתו האמוראית והבתר-אמוראית. חכמים אלה מבכרים ניתוח הלכתי קונספטואלי על פני שיקולים תכליתיים, פונקציונליים. על הקונספטואליזם התלמודי, ראו את הערותיו של: Lieb Moscovitz, Talmudic Reasoning: From Casuistics to Conceptualization 27-28 (2002). עם זאת אין לבלבל בין רוליזם משפטי, שבו הרמב"ם דבק, לקונספטואליזם משפטי, שממנו הוא כאמור הסתייג.

הרמב"ם על מוסד החוק, על פורמליזם משפטי ועל "גזירת הכתוב"


דין בעל המצר מאלה הנזכרים, הואיל ועיקר הדין משום ועשית הישר". בהמשך התשובה הוא מרחיב באשר לאופן הפעלת שיקול הדעת, לא רק במקרה זה אלא באופן כללי:

כללו של דבר, אומר אני שדיין שאינו הולך בפסקיו אלא אחר מה שכתוב ומפורש הוא חלש ורפה, ולפי זה יתבטל מה שאמרו (בבלי, בבא בתרא, קלא ע"א) אין לדיין אלא מה שעיניו רואות. ואין הדבר כן, אלא הדברים הכתובים הם העיקר, וצריך הדין או המורה הוראה לשקול אותם לפי כל מעשה ומעשה הבא לפניו, ולהקיש את הדין לדומה לו ולהוציא ענפים מן העיקרים ההם. ולא נכתבו המעשיות המרובות הכוללות מקצת דינים בתלמוד חנם, וגם לא שיעשה הדין בענין ההוא לפי מה שזכר שם, אלא כדי שיסגל החכם, בשמעו אותם הרבה פעמים, כח של שקול דעת ודרך טובה בהוראה למעשה. ואפילו היה בטול דין בעל מצר למי שהלך לעיר אחרת מפורש בתלמוד, היה לו לדיין להכריע בזה לכאן או לכאן, ולא כל שכן שהוא סברה של אחרונים לתקון העולם.<sup>105</sup>

כפי שהעירו רבים, ר' אברהם שונה בעניינים אלה מהרמב"ם. בניגוד לאביו, ר' אברהם מעניק לטעם ההלכה בכורה על פני קריאתה-החלטה "גזירת הכתוב". לא זו בלבד שהוא מאמץ בהבלעה את עקרון היושר האריסטוטלי, הוא אף מרחיק לכת ממנו. מלשונו עולה, שעל הדיין להעמיד לנגד עיניו את טעם ההלכה לא רק במקרה החרגי אלא בכל מקרה שבא לפניו. במונחיו של רז ראוי לפי ר' אברהם למעט בהתייחסות לכללים ההלכתיים כאל טעמים מוציאים. קשה לדעת כיצד היה הרמב"ם פוסק במקרה דומה, ואולם קרוב לוודאי שהרטוריקה שלו הייתה שונה (ראו להלן). ההבדלים בין ר' אברהם לבין הרמב"ם אינם צריכים להפתיע, שכן הבן שונה מאביו בעניינים עיוניים ופילוסופיים רבים.<sup>106</sup> ישנם כאמור אלה הסבורים, כי את התפיסה בדבר "דרך הרוב" ייחד הרמב"ם ל"חקיקה", לא להחלת החוק בשפיטה בפסיקה. חוקרים ופרשנים אלה מתבססים על כמה מתשובותיו, שמהן עולה לדעתם כי הרמב"ם אימץ את עקרון היושר האריסטוטלי.<sup>107</sup> דיון מפורט בתשובות הללו חורג מן המסגרת של החיבור הנוכחי. כפי שהערתי לעיל, הוויכוח בשאלה זו

105 תשובות ראב"ם, תשובה צז (מהדורת פריימן 146-148).

106 ראו יוסף ינון-פנטון "הרמב"ם ובנו הראב"ם – המשכיות ושוני הרמב"ם – שמרנות, מקוריות, מהפכנות א 17-41 (אביעזר רביצקי עורך, התשס"ט); יוסף ינון-פנטון "מורשתם הספרותית של צאצאי הרמב"ם" פעמים 97, 5, 12 (התשס"ד). לביבליוגרפיה על ר' אברהם, ראו אברהם גרוסמן "אישה ומשפחה בהגותו של ר' אברהם בן הרמב"ם" דיני ישראל כו-כז 121 הערות 1-2 (התשס"ט-התש"ע). רבים מן החיבורים האלה משקפים "עצמאות רוחנית וסטייה מתורת אביו" (כלשונו של גרוסמן, שם, בעמ' 121-122).

107 כך למשל, תשובות הרמב"ם, תשובות ג, טו, ריא, שי, הדורות י בלאו 3-4, 22-24, 373-374, 639-641, בהתאמה, התשמ"ו (להלן: תשובות הרמב"ם מהדורת בלאו, התשמ"ו), וכן באגרת השמד (ראו איגרות הרמב"ם, כרך א (מהדורת שילת לנט)), ראו בן מנחם "חקיקה ושיפוט", לעיל הערה 16, בעמ' 214, והרוי "הרמב"ם על כלליות החוק", לעיל הערה 13, בעמ' 254.



נוגע לענייננו באופן עקיף, שכן כאמור מופעי "גזירת הכתוב" הנדונים כאן הם ב"ספר החוק" (משנה תורה) ולא בקובצי הפסיקה וה"שפיטה" (תשובות). לכן אסתפק בכמה הערות קצרות. ראשית, באף לא אחת מתשובותיו מציין הרמב"ם במפורש את עקרון הישר והטוב. לעומת זאת בשתי תשובות הוא מציין במפורש את עקרון "דרך הרוב" ומבליע בביורר התנגדות לעיקרון האריסטוטלי.<sup>108</sup> כפי שהראו אטינגר והרוי ובעקבותיהם בלידשטיין, בכל התשובות שלגביהן נטען שהוא "שועה למקרה הזר" נזקק הרמב"ם לרטוריקה משפטית-הלכתית, שעניינה "פרשנות חוקים קיימים או קביעת כללים חדשים".<sup>109</sup> ניכר בלשונות תשובותיו, כי הן מתרחקות במכוון מן הרטוריקה שמצויה בתשובת ר' אברהם בנו. דומה כי במקרה זה הרטוריקה מעידה על מהות, שכן מי שנוקט "פרשנות חוקים" או "קביעת כללים חדשים" (שהיא טכניקה פרשנית שכיחה אצל "יוריספרודנטים של כללים") ונמנע מלהעמיד את החוק על טעמיות-כליותיו (שהיא טכניקה "פרשנית" רווחת אצל "יוריספרודנטים של טעמים") נוטה לייחס לעצמו "חופש פעולה" ו"אפשרויות בחירה" מצומצמים יותר. לכן קשה להניח, כי מה שחבוי מאחורי הרטוריקה ההלכתית של הרמב"ם בתשובות הללו הוא עקרון הישר האריסטוטלי. זאת ועוד, בחלק מן התשובות האמורות אין מדובר בעשיית צדק במקרה (או עם אדם) חריג אלא בהלכה חדשה או בתקנה כללית.<sup>110</sup> שנית, גם אם נניח כי מאחורי הרטוריקה ההלכתית שלו בכמה תשובות מסתתר עקרון הישר, הרי ברור כי מה שהרמב"ם הרשה לעצמו כפוסק הוא לא הרשה ל"המון הרבנים". בשל כך ספק אם דרכו בתשובות הללו היא ביטוי לעמדה עקרונית.<sup>111</sup> שלישית ועיקר, כפי שהערת לעיל, עקרון "שלטון החוק" ו"דרך הרוב" הם מגמה ונטייה ועניין לדרגה. גם אם בכמה תשובות בודדות התחשב הרמב"ם

108 תשובות הרמב"ם (מהדורת בלאו, התש"ך), לעיל הערה 56, רנב, רנד, וכן במרומו בתשובה רכא שדונה לעיל בהערה 21. לענייננו, חשוב להבחין בין השלילה של עקרון הישר האריסטוטלי (הכרוכה גם בצמצום הפרשנות התכליתית) לבין הרחבת שיקול הדעת של הדיין במסגרת דיני העדות והראיות, בעניינים הקשורים לקביעת ממצא עובדתי (ובענייני פרוצדורה), ראו משנה תורה, סנהדרין, פרק כד, וראו יעקב בלידשטיין "ה'אמת' של הדיין ככלי פסיקה במשנת הרמב"ם" "דיני ישראל" כד 119, 121 (התשס"ז). העיקרון האריסטוטלי עומד כאמור בסתירה לעקרון שלטון החוק ולהכוננת ההתנהגות שביסודו. לא כן הענתק שיקול דעת לדיין בענייני ראיות ופרוצדורה, שעניינה כללים מ"סדר שני" המופנים לדיין – לא לחברה הכללית – ומטרתם להסיר מכשולים מפני גילויי האמת.

109 הרוי "הרמב"ם על כלליות החוק", לעיל הערה 13, בעמ' 268, ובעקבותיו בלידשטיין, לעיל הערה 108, בעמ' 143-155, וראו גם: Herbert A. Davidson, Moses Maimonides: The Man and His Works 292 (2005).

110 כך הוא למשל בעניין אגרת השמד, שאינו עניין למקרה חריג, ראו יאיר לורברבוים וחיים שפירא "איגרת השמד' לרמב"ם: ויכוח סולובייצ'יק-הרטמן בראי הפילוסופיה של המשפט" מחויבות יהודית מתחדשת: על עולמו והגותו של דוד הרטמן: ספר היוכל לכבוד פרופ' דוד הרטמן 345-373 (אבי שגיאה וצבי זהר עורכים, התשס"א). כך הוא בביורר גם בתשובות הרמב"ם, לעיל הערה 107, תשובה ריא, בעניין היתר נישואין עם שפחה יפת תואר, שם מתיר הרמב"ם, וכותב כך: "ועשינו זאת מפני תקנת השבים... וסמכנו על דבריהם ז"ל 'עת לעשות לה' ". לעניין זה ולתשובות אחרות, ראו אטינגר "הדין והישר", לעיל הערה 11, בעמ' 244-248.

111 ראו למשל משנה תורה, סנהדרין, פרק כד, הלכות א-ג, וראו בלידשטיין, לעיל הערה 108.

הרמב"ם על מוסד החוק, על פורמליזם משפטי ועל "גזירת הכתוב"

במקרה החריג, ודיונו ההלכתי, המבוסס כאמור על כללים הלכתיים ועל אבחונם הוא רק רטוריקה שנועדה לכסות על עקרון היושר, הרי יש בכך כדי ללמד על גמישותו ועל אנושיותו. ככלות הכול, גם השמרן הנוקשה ביותר יתקשה לעצום את עיניו מפני מצוקותיהם של יחיד או של קהילה, הנפגעים מן "הלשון היבשה" של החוק הכללי.<sup>112</sup> לטענה זו משקל יתר אם ברוב המקרים הנדונים בתשובות מדובר בניצול לרעה של כלל הלכתי בידי הצד שכנגד.<sup>113</sup> התשובות הללו אינן יכולות אפוא ללמד על עמדה עקרונית ואין בכוחן לסייג את דבריו המפורשים והעקרוניים של הרמב"ם ב"מורה" ובתשובות בעניין "דרך הרוב".

### ז. "כוונתי בכל החיבור הזה [=משנה תורה] לקרב הדינין אל השכל או אל דרך הרוב"

מדוע הרמב"ם טורח להביא טעמים להלכות בכלל ולהלכות שהוא מציין כ"גזירת הכתוב" בפרט? דומה כי המגמה הזו היא ביטוי לשכלתנותו הבלתי-מתפשרת. "התכלית האחרונה" של האדם, לפי הרמב"ם, היא השלמות השכלית, שעניינה ידיעת האל והטבע על מכלול היבטיו. אידאל השלמות השכלית אכן מבריה את כל חיבוריו של הרמב"ם, הפילוסופיים וההלכתיים. התכלית הזו מכתובה אצלו גישה "מדעית", נטורליסטית, בכל עניין שבו הוא עוסק – הן מצד המתודה הן מצד התוכן. הכול קשור אצלו, במישרין או בעקיפין – כסיבה קרובה או רחוקה, כ"כוונה ראשונה" או כ"כוונה שניה"<sup>114</sup> – לייעוד הסופי של האדם, הוא שלמות השכל. כפי שכבר ציינתי לעיל, ההתחקות אחר טעמי ההלכות היא בעיני הרמב"ם חלק בלתי-נפרד מן השלמות השכלית. קיום מצוות, במיוחד אלו שעניינן תיקון הנפש (=שלמות שכלית), הוא לדעתו חסר משמעות אם מי שמקיימן אינו יודע את טעמן ואת תכליתן. בניגוד לאלה "החולים בנפשותיהם", אשר "רצוי להם ביותר שלא תושכל לציווי ולאיסור כל משמעות", ממריץ הרמב"ם את קוראיו – הן ב"מורה" הן במשנה תורה – "להתבונן בהן, וכל מה שאתה יכול ליתן לו טעם תן לו טעם".<sup>115</sup>

112 תעיד על כך במיוחד אגרת השמד, ראו לורברבוים ושפירא, לעיל הערה 110. גם באגרת זו אין זכר לעקרון היושר וגם בה הוא מבסס את הנחיותיו על שיקולים הלכתיים ("מאבחנים"), אמנם מקוריים, דוגמת ההבחנה בין דיבור למעשה (עיינו שם).

113 ראו בלידשטיין, לעיל הערה 108, בעמ' 144, הסבור כי עניינן של רוב התשובות האלו הוא "דין מרומה", ובהן הרמב"ם מציל "עשוק מידי עושקו".

114 על ההבחנה בין "כוונה ראשונה" בענייני המצוות ל"כוונה שניה" (=ציוויים ש"אינם מכוונים לעצמם אלא לדבר אחר, כאילו זו תחבולה שחיבל האל לנו כדי ששיג את כוונתו הראשונה", ראו שורץ, לעיל הערה 5, חלק ג פרק לב, בעמ' 532; פרק לד, בעמ' 541. הבחנה זו קרובה להבחנה של רו בין מטרה חברתית ישירה של החוק (=כוונה ראשונה) למטרה חברתית עקיפה שלו (=כוונה שניה). ראו Raz, Rule of Law, לעיל הערה 19.

115 שורץ, הערה 5, חלק ג, פרק לא, בעמ' 529, וראו Lorberbaum, Part I, לעיל הערה 2, בעמ' 142-144, משנה תורה, תמורה, פרק ד, הלכה יד; מעילה, פרק ח, הלכה ו (בהתאמה).

ואולם בטעמי ההלכות ישנה סכנה; הם עלולים לחדור לשיח ההלכתי ולהשפיע על תוצאותיו, במיוחד במקרה הלא־טיפוסי. המגמה השכלתנית להציע טעמים ככל שניתן חותרת תחת עקרון כלליות החוקים ומוחלטותם, הנצמד ללשון הכלל ההלכתי, לעתים בניגוד לטעמו. לשון אחרת, אידאל השלמות השכלית, המחייב מתן טעמים להלכות, שרוי בעימות עקרוני עם "יוריספרודנציה של כללים". הרמב"ם היה מודע למתח הזה, שעל היבט אחר שלו הוא עומד בפסקה האחרונה של ספר המצוות.<sup>116</sup> המתח הזה הוא סניף לניגוד הכללי המוטעם אצלו בין היחיד-המעולה לבין ההמון, בין פילוסופיה לבין פוליטיקה ומשפט. המובן היוריספרודנטי שהרמב"ם מייחס למטבע "גזירת הכתוב" והתפקיד שהוא מייחד לו נועד לסווג ולהפגתו. המובן ההלכתי של "גזירת הכתוב" מאפשר לו להציע לדין טעם ובה בשעה להקדים כי מקומו מחוץ לגבולות ההלכה; אין לפנות אליו גם במקרה החריג.

חכמי לונל הריצו אל הרמב"ם שאלה על אודות פסיקתו בהלכות חמץ ומצה (פרק א, הלכה ט): "שעה חמישית [של י"ד בניסן] אין אוכלין בה חמץ, גזירה משום יום המעונן, שמא יטעה בין חמישית לשישית". והרי נוסח התלמוד (בבלי, פסחים יב, ע"ב) וההלכות [הרי"ף] הוא: "שמא יטעה בין ה' לז', תבאר לנו הנוסח האמתי". והרמב"ם משיב: "מה שזכר בהלכות [=הרי"ף]: שמא יטעה בין ה' לז' הוא אמת, והוא מאמר התלמוד, כפי שהקשה שם". והוא מסיים את התשובה: "וזכרתי אני דבר הנופל לרוב, והוא חלוף שעה בשעה אחריה; בהיות שכוונתי בכל החיבור הזה [=משנה תורה] לקרב הדינין אל השכל או אל דרך הרוב".<sup>117</sup> לשון זו עוררה את הדיון ההולך ונמשך על אודות השקפת הרמב"ם בעניין "דרך הרוב".<sup>118</sup> דרך אגב ובלשון קצרה והדוקה מציע הרמב"ם בתשובה זו את מטרותיו ב"כל החיבור [הגדול]": "לקרב הדינין אל השכל או אל דרך הרוב". כפי שטוען רוזנטל, דברי

116 פסקה זו נדונה ב-Lorberbaum, Part I, לעיל הערה 2, בעמ' 146-147. דבריו בסוף ספר המצוות עומדים במתח מסוים עם מגמתו להציע טעמים להלכות במשנה תורה. בעוד שבספר המצוות הוא כותב בהשראת דרשת ר' יצחק בבבלי, סנהדרין כא, ע"ב כי ראוי להסתיר את טעמי המצוות, שכן גילויים יגרום לזלזולן ("הנה יחשבו... אני אהיה נזהר מן הדבר שבעבורו צוה במצוה הזאת ולא אישם לב עליה, ואז יהיה נפסד יושר הדת"), הרי בתשובות ובמשנה תורה הוא מטעים את הצורך "לקרב הדינין לשכל". עם זאת דבריו בסוף ספר המצוות נמשכים מהשקפתו בעניין "דרך הרוב": הם נעוצים בתפיסה, שלפיה החוק הוא תריס בפני חולשות שכליות ונפשיות של בני האדם ("ההמון"). זאת ועוד זאת, כמו בדברים המסיימים את רוב חיבורי הרמב"ם – משנה תורה ורבים מספרי היד החזקה ומורה הנבוכים – גם בפסקה האחרונה של ספר המצוות הופך סגנונו לחגיגי ונשגב, והוא פונה לדון במה שנראה בעיניו עקרוני ומהותי. דומה כי יש משמעות לכך, שבפסקה המסיימת את ספר המצוות בחר הרמב"ם להביא מדרש שמדגיש את המגבלה על השימוש בטעמיהן עד כדי הרחקתם מגבולות ההלכה, תוך הדגשה כי לכל המצוות יש טעמים – "אין מהם גם אחת שאין לה טעם ועלה וסבה" (ספר המצוות, לא תעשה שס"ה [מהד' העליר קפט]). הפסקה המטא-הלכתית הזו היא ביטוי נוסף לרוליזם המשפטי-ההלכתי של הרמב"ם, והיא מקבילה כאמור למתח שבין קירוב הדינים לשכל ו"דרך הרוב".

117 תשובות הרמב"ם (מהדורת בלאו, התש"ך), לעיל הערה 56, סימן רנב.

118 ראו לוינגר דרכי המחשבה, לעיל הערה 86, בעמ' 21-24, 31, 92; בנימין זאב בנדיקט "לדרכו של הרמב"ם בטעמו של הדין" תורה שבעל פה צו-צח, קג-קד (התשכ"ד); רוזנטל, לעיל הערה 13, וכל אלו שהגיבו למאמרו, שם.

הרמב"ם על מוסד החוק, על פורמליזם משפטי ועל "גזירת הכתוב"

הרמב"ם האלה ("דבר הנופל לרוב", ו"דרך הרוב") "נאמרו בדיוק על פי מה שכתב בפרק לד".<sup>119</sup> בעניין ההנמקה לגזירה בדבר האיסור לאכול חמץ בערב פסח שנדונה בתשובה זו, שתי הכוונות הללו עולות בקנה אחד: הצעת טעם לגזירת חכמים, התואם את הילוכם של רוב בני האדם, הנוטים להחליף "שעה בשעה אחריה" – במקום הטעם התלמודי "המביט לדבר הזר", היינו למיעוט שמחליף שעה בשתי שעות שאחריה – מקרבת את הגזירה אל השכל.<sup>120</sup> ואולם מבחינה מושגית ישנו מתח מובנה בין שתי "הכוונות" הללו. כזכור, המובן של הטענה בדבר כלליות החוק ומוחלטותו הוא, כי גם על המקרה ועל האדם החריג יש להחיל את לשון החוק. או אז אין לפנות ל"רוח" החוק (כלומר לטעמיו), אלא להחיל את לשון ההלכה באורח דווקני. לא בכדי לשון הרמב"ם בתשובה זו מבחינה בין שתי הכוונות – "לקרב הדינין אל השכל או אל דרך הרוב". כפי שהראיתי לעיל, עניינו של המטבע "גזירת הכתוב" במשנה תורה הוא הניגוד שבין עקרון כלליות החוק לבין טעמי הדינים. ייעודו הוא למתן את הניגוד שבין יוריספרודנציה שמרנית של כללים הנוטה אל "דרך הרוב" מצד אחד לבין המגמה השכלתנית "לקרב הדינין לשכל", כלומר להציע להם טעמים מן הצד האחר.<sup>121</sup>

\*\*\*

מובנו של המטבע "גזירת הכתוב" בכתבים ההלכתיים של הרמב"ם הוא עניין מוגבל וצנוע בהשוואה לתפיסה בדבר "דרך הרוב" והעיקרון של כלליות החוק, כוללניו ומוחלטותו. תפיסה זו היא מנושאי התשתית של תורת המשפט בכלל ושל התאוריה של ההלכה בפרט. עם זאת – ושמא דווקא בשל כך – אופן תפקודה של "גזירת הכתוב" לפי המובן היוריספרודנטי בשיח ההלכתי במשנה תורה היא נקודת מבט טובה כדי לעמוד על טיבו של העיקרון המופשט הזה. ככלות הכול, מבני מחשבה ועקרונות תורת משפטיים הם ערטילאיים ולא-מקובעים (indeterminate) בטבעם. זאת ועוד, בשל ריבוי העקרונות וגיוונם (הם מושכים לעתים לכיוונים ערכיים ומעשיים מנוגדים), הרי רק "איוון" בעניין קונקרטי מאפשר לעמוד על טיבם ועל משקלם במערכת משפט או בתפיסה משפטית נתונה. מכאן היתרון של דיון בעניין "דרך הרוב" ובעקרון כלליות החוק באמצעות מטבע "צר" כמו "גזירת הכתוב". כפי שהערתי לעיל, אפשר שלכל אחד ממופעיו במשנה תורה הסבר "מקומי", אך הוק, ואולם תקוותי היא כי הדיון שלעיל הצליח לשכנע כי עומד ביסודם עיקרון תורת משפטי.

119 שם, בעמ' 88, וכך גם בתשובות הרמב"ם, לעיל הערה 107, רכד: "המותר לשמוע שירה עם שירי האזור הערביים וזמר?" הרמב"ם אוסר על כך, ומוסיף: "ואין משגיחים באחד היוצא מן הכלל שמעטים כמותו... לפי שדיני התורה לא נכתבו אלא לפי הרוב והרגיל, שדברו חכמים בהווה".

120 אנגלרד, לעיל הערה 11, בעמ' 202.

121 המתח שבין קירוב הדינים לשכל לבין דרך הרוב מצוי גם בפסקה האחרונה של ספר המצוות, ראו לעיל הערה 116. סוגיה תלמודית-הלכתית אחרת שעניינה היחס בין כללים הלכתיים לטעמיהם, שיש עניין להשוותה לעניין "גזירת הכתוב" היא אם "דרשינן טעמא דקרא" (ראו הנספח להלן).

נספח: "דרשינן טעמא דקרא" ו"גזירת הכתוב"

סוגיה תלמודית-הלכתית שעניינה היחס שבין כללים הלכתיים לבין טעמיהם, שדומה כי היא קרובה לעניין "גזירת הכתוב" היא, אם "דרשינן טעמא דקרא" אם לאו (ראו בבלי קידושין סח ע"ב, בבלי בבא מציעא קטו ע"א, בבלי סנהדרין כא ע"א).<sup>122</sup> סוגיה תלמודית זו וגלגוליה בספרות ההלכה הבתר-תלמודית ראויה למחקר נפרד.<sup>123</sup> אסתפק כאן בכמה הערות כלליות. ראשית, כדאי לשים לב לכך כי השאלה התלמודית, אם "דרשינן טעמא דקרא", אינה דרך כלל השאלה אם ניתן להתחקות אחרי טעמי המצוות שבתורה; עניינה הוא, אם נכון לעצב את ההלכה גם לפי טעם המצווה או שמא על החכמים לדבוק בלשון הכתוב. כך למשל, לפי בבלי, בבא מציעא קטו, ע"א, ר' יהודה אינו דורש טעמא דקרא, ועל כן הוא סבור שאין לחבול בגד אלמנה (דברים כד 17) גם אם היא עשירה. לעומתו ר' שמעון, שלפי התלמוד דורש טעמא דקרא, סבור כי: "עשירה – ממשכנין אותה, ענייה – אין ממשכנין אותה, שאתה חייב להחזיר לה [את בגדה בכל ערב – י' ל']", ואתה משיאה שם רע בשכנותיה".<sup>124</sup> שנית, הסוגיות התלמודיות (בבבלי, עיינו למשל שם) הן שמייחסות לר' יהודה ולר' שמעון מחלוקת בשאלה זו. אלא שדומה כי תנאים אלה לא נחלקו בה. בכל המקומות שבהם סוגיות התלמוד מייחסות לר' יהודה את ההשקפה ש"לא דרשינן טעמא דקרא" נראה כי הכרעתו ההלכתית מבוססת על טעם שהוא מייחס לכתוב אלא שזה, לדעתו, שונה מן הטעם שר' שמעון מייחס לו.<sup>125</sup> כך למשל, אפשר שלפי ר' יהודה טעם המקרא בעניין האיסור לחבול בגד אלמנה, גם אם היא עשירה, הוא כטעם שהרמב"ם מייחס לו (ראו להלן). ר' יהודה כמו ר' שמעון דורש טעמא דקרא, וזו כנראה גישתם של מרבית התנאים (אם לא כולם). סוגיות הבבלי המייחסות לר' יהודה את ההשקפה ש"לא דרשינן טעמא דקרא" משקפות אפוא סטייה מן המגמה המצויה במסורת התנאים (במדרשי ההלכה, במיוחד דבי ר' עקיבא) כי "דרשינן טעמא דקרא", כלומר שההלכה נקבעת גם לפי טעמי הכתובים. כידוע לפי

122 סוגיות בבליות מרכזיות נוספות שהעניין נזכר בו הן אלו: יבמות כג, ע"א; סוטה ח, ע"א; סנהדרין טז, ע"ב; גיטין מט, ע"ב. לסוגיות נוספות ראו רובינשטיין, להלן הערה 125.

123 לדיון ראשוני בכמה מן הסוגיות הללו, ראו אפרים אלימלך אורבך *חז"ל – פקקי אמונות ודעות* 329-327 (התשל"ו); מנחם אלון *המשפט העברי* חלק ג 253-254 (התשל"ג).

124 ראו יצחק היינמן *טעמי המצוות בספרות ישראל* א 30 (התשנ"ג), ברם ראו בבלי, גיטין מט, ע"ב, ועיינו הדיון בהערה הבאה.

125 ראו יעקב (ג'פרי) רובינשטיין "פירושי מקורות תנאיים על ידי עקרונות כלליים ומופשטים" *נטיעות לדוד – ספר היוכל לדוד הלכני* רפב-רפג (יעקב אלמן, אפרים בצלאל הלבני וצבי אריה שטיינפלד עורכים, התשס"ה). בבבלי, גיטין מט, ע"ב האמורא רבינא מייחס לר' שמעון את הדעה, כי "דרשינן טעמא דקרא". ואולם ייחוס זה אינו נוגע למחלוקת שסוגיות התלמוד מייחסות לר' שמעון ולר' יהודה. לפי התלמוד רבינא סבור, כי ר' שמעון רק נותן טעם לדין תורה ("מה טעם ניזקין שמין להם בעידית"), ואינו מעצב את הדין לפי הטעם. דומה כי הלשון המיוחסת שם לרבינא ("ור' שמעון היא, דדריש טעמא דקרא") היא עיבוד (סתמאי) מאוחר של דבריו, השוו רובינשטיין, שם, בעמ' רפג-רפד.

הרמב"ם על מוסד החוק, על פורמליזם משפטי ועל "גזירת הכתוב"

התלמוד: ר' יהודה ור' שמעון – הלכה כר' יהודה.<sup>126</sup> סוגיית "דרשין טעמא דקרא" מגלמת אפוא שינוי דרמתי בתולדות ההלכה – מ"יוריספרודנציה של טעמים", שאפינה את התקופה הפורמטיבית של ההלכה בימי התנאים, ל"יוריספרודנציה של כללים", שמאפינת את השיח ההלכתי מסוף ימי האמוראים ואילך.<sup>127</sup>

שלישית, מסוגיות התלמוד לא ברור מדוע לפי ר' יהודה "לא דרשין טעמא דקרא". אפשר שהתלמוד סבור כי (לפי ר' יהודה) "לא דרשין טעמא דקרא" בשל טעמים יוריספרודנטיים, הקרובים לתפיסת הרמב"ם בעניין "דרך הרוב" שנדונו למעלה. ברם אפשר שהתלמוד סבור כי (לפי ר' יהודה) "לא דרשין טעמא דקרא" משום שאין לכתובים טעמים או שאין לנו דרך לדעתם, כלומר – בשל טעמים תיאולוגיים. שאלה זו טעונה בירור מעמיק, שאין כאן מקומו. אעיר רק, כי על פני הדברים נראה שבעוד שלפי סוגיות התלמוד "לא דרשין טעמא דקרא" מטעמים יוריספרודנטיים-הלכתיים, הרי לפי פרשנים מאוחרים – מימי הביניים ואילך – "לא דרשין..." מטעמים תיאולוגיים דווקא.<sup>128</sup> אם רושם זה יאומת, אזי הפרשנות המאוחרת לדעה הרווחת כי "לא דרשין טעמא דקרא" כרוכה בטשטוש המובן היוריספרודנטי של המטבע "גזירת הכתוב" על חשבון מובנו התיאולוגי (הרווח בספרות ההלכה למן המאה שלוש עשרה), שעליו אני עומד במקום אחר.<sup>129</sup>

רביעית, ראוי להבחין בין סוגיית "דרשין טעמא דקרא" לבין המובן היוריספרודנטי של המטבע "גזירת הכתוב". עניינה של השאלה אם "דרשין טעמא דקרא" הוא, כאמור, אם נכון לפנות מלשון חוקי התורה אל טעמיהם כדי לעצב לפי הטעמים את הכללים הלכתיים. לעומתה "גזירת הכתוב" במובן ההלכתי-היוריספרודנטי הוא מגבלה על דרישת טעם ההלכה לאחר שנקבעה ועוצבה (במשנה, בתלמוד או בטקסט הלכתי-קנוני אחר). השאלה, אם "דרשין טעמא דקרא" נוגעת אפוא לכעין מעשה חקיקה, ואילו "גזירת הכתוב" במובן היוריספרודנטי נוגעת להימנעות מהפעלת טעם הכלל ההלכתי (כלומר דבקות בלשוננו) בעת החלתו – בשפיטה ובפסיקה.

אכן, ניתן להחזיק בהשקפה כי במסגרת עיצוב כללי ההלכה (=בחקיקה) "לא דרשין טעמא דקרא" ובה בשעה להחזיק בעקרון היושר האריסטוטלי בשעת יישומם (=בפסיקה), וכן להפך – לסבור כי בניסוח הכללים ההלכתיים המבוססים על "הכתוב" "דרשין טעמא דקרא", ובשל שיקולים מערכתיים לדבוק בלשון החוק במעשה פסיקה. אכן, ההשקפה –

126 אכן, בכמה סוגיות תלמודיות דעתו של ר' יהודה מוצגת כדעת "רבנן" (ראו למשל בבלי, קידושין סח, ע"ב; יבמות כג, ע"א).

127 לפי בעלי הלכה מאוחרים "דרשין טעמא דקרא" רק לחומרא. ראו למשל שו"ת חתם סופר, חלק ז, סימן יח ("מה שאין כן לדידן, אף שאנן קיי"ל אין צריך לפנות כי אם כלי חרס, מ"מ לא דרשין טעמא דקרא אף דאמת הכי הוא, מכל מקום ליכא למילף מיניה כי אם להחמיר"). מובן שאין בגישה זו הסתמכות על הטעם אלא בעיקר ספק וחרדה.

128 ראו למשל את דברי ר' יוסף קארו בבית יוסף, טור יורה דעה, סימן קפא, וראו לורברבוים, גזירת הכתוב – על כללים וטעמים, לעיל הערה 2, בנספח ב.

129 שם, בפרק השביעי.

## יאיר לורברבוים

הדחוייה דרך כלל – היא כי "דרשינן טעמא דקרא" לא התפרשה כ"יוריספרודנציה (כללית) של טעמים"; היא תוחמה במסורת ההלכתית לפרשנות הכתובים בלבד, מה שמלמד, שוב, על נטיית המסורת הזו ליוריספרודנציה של כללים.

ולבסוף, הערה קצרה באשר לרמב"ם. בהלכות מלווה ולווה ג, א, בעניין משכון בגד אלמנה הוא פסק כר' יהודה, ברם מבלי להזכיר כי "דעת" התנא מבוססת לפי התלמוד על העיקרון "לא דרשינן טעמא דקרא": "אלמנה בין שהיא עניה בין שהיא עשירה אין ממשכנין אותה לא בשעת הלואה ולא שלא בשעת הלואה, ולא על פי ב"ד, שנאמר: 'ולא תחבול בגד אלמנה', ואם חבל מחזירין ממנו בעל כרחו". בפירוש המשנה, בבא מציעא ט, יג הוא מסביר כך: "ונאסר למשכן את האלמנה כדי שלא תבוא לידי חשד כשתחזור אחר הממשכן בגלל המשכון, או יבואו ביניהם לידי קלקול, ולפיכך השוה בדבר זה בין העשירה לענייה".<sup>130</sup> בניגוד לתלמוד מציע כאן הרמב"ם לדעת ר' יהודה טעם פנימי, שנראה הולם את דעת התנא.<sup>131</sup> השוואת דין אלמנה עשירה לדין אלמנה ענייה מתאימה לתפיסתו בעניין "דרך הרוב" (= שיש להימנע מלקבוע הלכות למקרה החריג, כאן מקרה האלמנה העשירה), אלא שבפירושו למשנה הוא משווה גם את הטעם שביסודם. דומה כי דבריו בפירוש המשנה מגלמים את נטייתו לטעמים פנימיים.<sup>132</sup>

130 פירוש הרמב"ם למשנה, בבא מציעא, פרק ט, הלכה יג (מהדורת קאפח) (ההדגשה שלי – י' ל').

131 ראו לוינגרדדכי המחשבה, לעיל הערה 86, בעמ' 170.

132 אני מקווה להרחיב בסוגיה התלמודית "דרשינן טעמא דקרא" ובגלגוליה הכתרת-תלמודיים במחקר נפרד.