

שיקולי עריכה של קבצים הלכתיים: עיון ספרותי-משפטי בקובץ "מפני דרכי שלום" במשנה (גיטין ה, ט-י)

שגית מור

מבוא: מחקר ספרותי-משפטי של הקובץ "מפני דרכי שלום"

בחינת השיקולים והאמצעים הספרותיים שביסוד עריכתן של יחידות טקסטואליות בתוך חיבוריהם של חז"ל – ביניהן גם של חומרים הלכתיים¹ – כמפתח לחשיפת רובדי משמעות דתית, רעיונית, אידיאולוגית או פוליטית, עומדת בעשורים האחרונים במוקד של מחקרים לא מועטים². כאשר עוסקים בעריכתו של טקסט הלכתי עולות שאלות נוספות, הנובעות מן המשמעויות וההשלכות הנורמטיביות של ההלכה כמערכת משפטית. ואומנם יש לציין כי בין המחקרים שנעשו עד כה ישנם בודדים שבהם ניתן מקום גם לשיקולי עריכה, שלהם היבטים משפטיים. אלו התייחסו לסוגיות היסטוריות-פילולוגיות, כגון החלפת מסורות בתלמוד הבבלי, אבולוציה פרשנית של ההלכה בורדת או שימוש של

1 הפניית תשומת הלב לרגעים הגולמיים (כלומר לנקודות זמן שבהן נוצרים מערכים הלכתיים), למפנים פרשניים ברצף יצירתה של ההלכה, ולשלבי העריכה, כמומנטים המאפשרים לחשוף את תפיסות העומק שביסוד ההלכה, ראו משה הלברטל מהפכות פרשניות בהתהוותן: ערכים כשיקולים פרשניים במדרשי הלכה (מהדורה שנייה מתוקנת התשנ"ט); מחויבות יהודית מתחדשת: על עולמו ההגותי של דוד הרטמן כרך א 13-35 (אבי שגיא וצבי זוהר עורכים, התשס"ב); משה הלברטל "תולדות ההלכה והופעת ההלכה" דיני ישראל כט 1, 23-1 (התשע"ג); בנימין פורת "הפילוסופיה של המשפט העברי: עיון מתודולוגי" דיני ישראל ל 179, 179-213 186-187 (התשע"ה).

2 ראו לדוגמה: אברהם וולפיש "שיקולים ספרותיים בעריכת המשנה ומשמעויותיהם" נטועים א 33 (התשנ"ד) (להלן: שיקולים ספרותיים); אברהם וולפיש "משחקי לשון במשנה" נטועים ב 75 (התשנ"ה); נעם זהר בסוד היצירה של ספרות חז"ל: העריכה כמפתח למשמעות 17-6, 150-161 וסקירת מחקר (התשס"ז); מלאכת מחשבת: קובץ מאמרים בנושאי עריכה והתפתחות הספרות התלמודית (אהרן עמית ואהרן שמש עורכים התשע"א); אברהם גולדברג צורה ועריכה בספרות חז"ל (התשע"ב).

תנאים מאוחרים במסורות תנאיות שקדמו להם.³ לעומת זאת טרם הוקדש במחקר מקום מספק לניתוחם של קובצי הלכות ערוכים במשנה מפרספקטיבה תורת-משפטית. כיצד המבנה הספרותי של היחידה הטקסטואלית משפיע על תפיסת מעמדן המשפטית-הלכתי של ההלכות? ובפרט, כיצד הוא משפיע על הסיווג שלהן בתוך המערכת ההלכתית ביחס להלכות ועקרונות הלכתיים אחרים? שאלה זו תעמוד במרכז המאמר, והמענה עליה ייעשה סביב מקרה המבחן של קובץ "מפני דרכי שלום" במסכת גיטין, תוך שילוב מתודולוגי של עיון טקסטואלי ספרותי מזה, עם עולם מושגים מתחום תורת המשפט מזה. במסכת גיטין במשנה נמצא קובץ הלכות, שרובן הן תקנות, המנומקות "מפני דרכי שלום". לציודו בקבצים הטקסטואליים התנאיים נמצאות הלכות נוספות המנומקות כך.⁴ עבודות ומחקרים אחרים הוקדשו לחקירתן של הלכות אלו ולהלכות המנומקות בנימוקים רעיוניים וסמנטיים קרובים ("משום איבה", "מפני חילול השם", "מפני כבוד הבריות").⁵ חלקם לא הבדילו בין הנימוקים השונים. אחרים אומנם הבדילו, וניסו להתחקות אחר

3 ראו מנחם כהנא "גילוי דעת ואונס בגיטין: לחקר השתלשלות המסורות המוחלפות בעריכתן המגמתית של סוגיות מאוחרות" תרביץ סב 225 (התשנ"ג); דוד הנשקה **משנה ראשונה בתלמוד של תנאים אחרונים: סוגיות בדיני שומרים** 5-95 (התשנ"ז); יצחק ברנד "תקנת השבים" דיני ישראל כ-כא 437 (התשס"א).

4 משנה, שביעית ד, ג, ה, ט; משנה, שקלים א, ג; תוספתא, פאה ג, א; משנה, עירובין ה, יא; משנה, נדרים ב, ז; משנה, גיטין ג, יג-יד; משנה, עבודה זרה א, ג; משנה, חולין י, יג; בקטע גניזה של המכילתא דר' שמעון בר יוחאי (ניו יורק JTS ENA 1340.4). הקטע מקביל למכילתא דרשב"י, עמ' 9-10 (מהדורת אפשטיין-מלמד), ופורסם על ידי שרגא אברמסון "קטע חדש ממכילתא דרשב"י" **תרביץ** מא 361, 361-372 (התשל"ב). בחלק מן המקורות הללו ההלכות מקבילות לאלו שבקובץ בגיטין. התייחסות פרטנית לשאלה מדוע לא נכללה הלכה מסוימת בקובץ ראו בניתוח הפרטני המוקדש לאותה ההלכה במהלך המאמר וכן בהתייחסות לכלל ההלכות שלא נכללו בקובץ בהערה 91 להלן.

5 אליעזר בוגרד **מפני דרכי שלום** (עבודת גמר לתואר מוסמך בתלמוד, אוניברסיטת בר אילן התשל"ז); CHRISTINE ELIZABETH HAYES, BETWEEN THE BABYLONIAN AND PALESTINIAN TALMUDS: ACCOUNTING FOR HALAKHIC DIFFERENCE IN SELECTED SUGYOT FROM TRACTATE AVODAH ZARAH 238, 46 (1997); WALTER S. WÜRZBURGER, ETHICS OF RESPONSIBILITY: PLURALISTIC APPROACHES TO COVENANTAL ETHICS 49 (1st ed. 1994); Walter S. Würzburger, *Darkei Shalom*, GESHER: BRIDGING THE SPECTRUM OF ORTHODOX JEWISH SCHOLARSHIP 80, 82 (1978); Daniel L. Schiff, Principles of Power: The Application of Ethical Norms within the Halacha (1987) (Rabbinic thesis, Hebrew Union College – Jewish Institute for Religion, Cincinnati); Jennie Rosenn, *Mipnei Darhei Shalom in Rabbinic Tradition* (1997) (Rabbinic thesis, Hebrew Union College – Jewish Institute of Religion, New York); DAVID NOVAK, COVENANTAL RIGHTS: A STUDY IN JEWISH POLITICAL THEORY (2000). ג'ונתן קראן עסק רק בתקנות שמסדרות יחסים שבין ישראל לנוכרים. ראו Jonathan K. Crane, *Because . . . : Justifying Law/Rationalizing Ethics*, 25 J. Soc'y Christian Ethics 55 (2005).

שינויים שחלו בתפיסתן של הלכות אלו במעבר מן הרובד התנאי אל התלמודים. אך עד כה לא הוקדשה בחינה ממוקדת לקובץ הערוך במסכת גיטין, כשלעצמו, בתוך כלל ההלכות או הסוגיות התלמודיות הללו.

אף אני עסקתי במקום אחר בהלכות "מפני דרכי שלום".⁶ שלא כקודמי, התמקדתי בבדיקתו של הרובד התנאי בלבד, ועמדתי על שלוש גישות של החכמים כלפי הלכות "דרכי שלום" במהלך תקופה זו. כפי שהראיתי שם, בחלק מן ההלכות שימשה ההנמקה "מפני דרכי שלום" כהצדקה – אפולוגטית בנימה המתלווה אליה – לנסיגה של החכמים מעמדתם ההלכתית. נסיגה זו נבעה מחוסר יכולתם הפוליטית לכפות את עמדתם על חלקים אחרים בחברה, וייתכן שגם מתוך חששם שמאבקי כוחות עם שכבות או מגזרים אלו יביאו לפגיעה קשה במרקמה של הקהילה היהודית.

מהלכות אחרות משתקפת גישה פרגמטית כלפי הנמקת "דרכי שלום". ניתן לראות שהחכמים האוחזים בגישה כזו תפסו את הלכות "דרכי שלום" כנורמות משפטיות שתפקידן למלא לקונות שונות בהלכה. תוכנו הרעיוני של הנימוק – השכנת שלום בין פרטים או בין קבוצות שונות בקהילה – עשה אותו מתאים למצבים רבים שבהם עשוי להיווצר עלבון או ריב העלול להתדרדר למעשים אלימים. במאזן השיקולים שעשו העדיפו בעלי הגישה הזו את עקרון "דרכי שלום" על פני כלל או עיקרון הלכתי אחר שהתחרה בו, מתוך לקיחת סיכון שפסיקתם עלולה להביא לפגיעה בדין התורה. ואומנם ניתן לראות כי הלכות "דרכי שלום" עוסקות במגוון רחב של אינטראקציות בין-אישיות: בין שכנים לבית משותף או לחלקות השדה ("מערכין בבית ישן"; "בור שהוא קרוב לאמה מתמלא ראשון"); במרחב הציבורי: בבית הכנסת ("כהן קורא ראשון" וכו') או ברשות הרבים (מחלוקות תנא קמא ור' יוסי בגזל); בין אנשים המחזיקים בדרגות שונות של הקפדה הלכתית (יחסים עם חשודים על השביעית ועם עם הארץ); וממגע יומיומי עם שכנים נוכרים. קיומה של גישה פרגמטית מתבלט במיוחד במקרים – כגון יחסים עם שכנים חשודים על השביעית או עם "עמי ארצות" שאינם מקפידים בטהרה – שבהם ניתן לראות כי בפני החכמים עמדה אפשרות לפסיקה אחרת, המשקפת את האיריאל ההלכתי שלהם: להימנע ממגע עם אנשים אלו.⁷

גישה שלישית כלפי "דרכי שלום" רואה עיקרון זה בחיוב – כלומר כערך שאותו נכון וראוי לקדם, שלא מתוך שיקולים פרגמטיים בלבד – והיא משתקפת בשני תהליכים שונים. תהליך אחד⁸ עולה מתוך עיבוד שעשה עורך המכילתא דרשב"י לדרשה של ר'

6. Sagit Mor, "Ways of Peace" in the Tannaitic Era: One Nomos, Different Narratives 6 טרם פורסם.

7 אף כי עולה גם האפשרות שחכמים נמנעו מאיסורי מגע עם שכנים כאלה, מתוך חשש או ידיעה שיהיה להם קשה לאכוף על הציבור איסורים שכאלה.

8 ראו לעיל ה"ש 6.

שמעון הנמצאת גם בתוספתא.⁹ העורך הוסיף לה את המשפט "וכל כך לא דיברה תורה אלא מפני דרכי שלום".¹⁰ עיבוד זה משקף גישה הרואה במושג "דרכי שלום" עיקרון מטה-הלכתי המבטא את מטרתם של ציוויי התורה כולם. תהליך אחר משתקף, לטעמי, בהכרעה לערוך במשנה קובץ כללים המנומקים "מפני דרכי שלום", ולהצמיד אותו לקובץ ההלכות המנומקות "מפני תיקון העולם". בטקסט זה, שבו אדון כאן, מבטא "דרכי שלום" עיקרון משפטי ראוי, שממנו נגזרים כללים מחייבים. עם זאת, כפי שאראה להלן, בשונה מגישת המכילתא דרשב"י, בקובץ שבמשנה "דרכי שלום" איננו מבטא מושג מטה-הלכתי, ותחולתו מוגבלת בכמה אופנים. לקובץ "מפני דרכי שלום" במסכת גיטין ישנם כמה מאפיינים מובחנים שעליהם אצביע להלן.

וכך אנו שונים במסכת (על פי כתב יד קויפמן):

אלו דברים אמרו מפני דרכי שלום

1. כהן קורא ראשון ואחריו לוי ואחריו ישראל' מפני דרכי שלום;
2. מערבין בבית ישן מפני דרכי שלום;
3. בור שהוא קרוב לאמה מתמלא ראשון מפני דרכי שלום;
4. מציאת חרש שוטה וקטן יש בהן גזל מפני דרכי שלום; ר' יוסי אומ' גזל גמור.
5. מצודות חייה ועפות ודגים יש בהן גזל מפני דרכי שלום; ר' יוסה או' גזל גמור.
6. העני המנקף בראש הזית מה שתחתיו מפני דרכי שלום; ר' יוסה אומ' גזל גמור.
7. אין ממחים ביד עני גוים בלקט ובשכחה ובפאה מפני דרכי שלום;
8. משאלת אישה לחברתה החשדה על השביעית נפה וכברה וריחיים ותנור אבל לא תבור ולא תיטחן עמה.

9 תוספתא, פסחים ח, יג. ר' שמעון דורש את הביטוי "שכנו קרוב לביתו", בניגוד לחכמים אחרים, כמדובר בפסח דורות ולא רק בפסח מצרים. הוא מרחיב את הביטוי וכולל בו את אנשי הקהילה כולם בניגוד לדרשות המצמצמות של חבריו, תוך שהוא מסמיך את קביעתו לנאמר במשלי כו 10: "ר' שמעון או': אומ' אני אף בפסח דורות נאמ' כן. וכל כך למה? כדי שלא יניח אדם שכנו הקרוב אל ביתו וילך ויעשה פסחו אצל חברו לקיים מה שנ' 'טוב שכן קרוב מאח רחוק'".

10 הדרשה נמצאת בקטע הגניזה ז ניו יורק JTS ENA 1340.4. ראו לעיל ה"ש 9. זהו ככל הנראה, מקרה נוסף שמצטרף אל המקרים שהציגה ליאורה אליאס בר לבב, שבהם מעבד עורך המכילתא מסורת קדומה של התוספתא לפי השקפת עולמו. על דרכו זו של עורך המכילתא דרשב"י ראו ליאורה אליאס בר לבב מכילתא דרשב"י פרשת נזיקין: נוסח, מונחים, מקורות ועריכה 147-148, 143-145, 318-338, 336 (2013).

9. אשת חבר משאלת לאשת עם הארץ נפה וכברה ובוררת וטוחנת ומרקדת עמה
 אבל משתטיל את המים לא תיגע אצלה.
 שאין מחזקים ידי עוברי עבירה
 וכולם לא אמרו אלא מפני דרכי שלום.
10. ומחזקים ידי גוים בשביעית אבל לא ידי ישראל, ושואלין בשלומן
 מפני דרכי שלום.¹¹

ראשית, יש לציין כי ההלכות שלהן צמוד טעם מפורש (כמו "מפני דרכי שלום") – המציין את הסיבה ליצירתה של ההלכה או את תכליתה – הן מועטות ביחס לכלל ההלכות במשנה.¹² שנית, חלק ניכר מן ההלכות המנומקות בטעם "מפני דרכי שלום" שייכות מבחינת נושאן ההלכתי לתחומים הלכתיים ידועים – כגון דיני שביעית, פאה, עירוב, קניין או טהרה – שלהם כללים ועקרונות משל עצמם. הטעמתן של ההלכות בנימוק "מפני דרכי שלום" מעלה שאלות לגבי ייחודיותן של אותן ההלכות, שלכאורה הוצאו מן הקטגוריה ההלכתית ה"טבעית" שאליה הן משתייכות, ונומקו, או אף נערכו, בנימוק חיצוני לקטגוריות המקור שלהן. מאפיין נוסף המייחד את הקובץ הזה הוא שהנימוק "מפני דרכי שלום" מוצמד בו באופן פרטני כמעט לכל אחת ואחת מן ההלכות הכלולות בו, ולא כמסגרת כללית בלבד – פותחת ו/או סוגרת – לקובץ.¹³ מאפיין זה מעורר את השאלה מהם השיקולים לעריכה כזו? האם הדבר משקף משמעות ערכית כלשהי – דתית או חברתית – שהיו מעוניינים לשוות להלכות "דרכי שלום"? וכן, האם מאופן עריכה זה נובעות השלכות אופרטיביות כלשהן?

בשאלות אלו ברצוני לדון במאמר זה מתוך עיון בכמה הלכות מדגימות. ההלכות שיוצגו הן כאלו שניתן להציע שיקולים אפשריים לעריכתן על רקע אפשרויות משפטיות אחרות שעמדו בפני החכמים. אפשרויות אלו משתקפות מהלכות הנמצאות בקבצים אחרים במשנה או בספרות התנאית שמחוץ לקובץ שבמסכת גיטין, ממחלוקות בין חכמים על הלכות מסוימות שבתוכו, או מתוך עמדות פרשניות המעדיפות להעמיד את ההלכה הנמצאת בקובץ על עיקרון משפטי חלופי לעקרון "דרכי שלום". זאת ועוד, כדי שאוכל

11 ירושלמי, גיטין ה, ט-י (מז ע"ב-ע"ג); בדפוסים משניות ח-ט.

12 מבדיקה כללית שעשה יאיר לורברבוים הוא מראה כי הטעמים המפורשים במשנה הם מועטים ביחס, במיוחד בהשוואה לתורה: בממוצע פחות משתי לשונות הנמקה בפרק משנה טיפוסית. ראו יאיר לורברבוים "על כללים וטעמים במשפט ובהלכה – מסגרת מושגית חדשה לעיון בטעמי המצוות וההלכות" מחקרי ירושלים במחשבת ישראל כו 1, ה"ש 174 וסביבה (התשפ"א) וראו גם את דבריו על אודות מיעוט המחקר שהוקדש עד היום לטעמים מפורשים בספרות חז"ל שם.

13 מסגרות לקבצים ערוכים, כמו גם לפרקים או מבנים ארוכים יותר ניתן למצוא במקומות רבים במשנה. ראו וולפיש שיקולים ספרותיים, לעיל ה"ש 2.

להלך על קרקע יציבה בביסוס טענותי אמנע מלדון בהלכות שקשה יותר למצוא להן חלופות משפטיות, ועל כן העיסוק בשיקולי עריכתן ספקולטיבי יותר באופיו.¹⁴

הדיון במאמר זה מכיל אפוא ניתוח ספרותי וניתוח משפטי השזורים זה בזה. סדרו יהיה כדלהלן: בסעיף הבא (סעיף א) אעמיד מודל תיאורטי של דאנקן קנדי, העוסק במקומן, מבניהן ותפקידן של קטגוריות משפטיות – מה שהוא מכנה "תת-מערכות" – בתוך מערכת המשפט. חשיבותו של המודל לעניינו נובע בעיקר מן התפיסה ההיסטורית המשוקעת בו, המצביעה על "רגעים מכווננים", כלומר תקופות שבהן מתארגנים בה מחדש חומרים משפטיים שונים; בסעיפים ב ו-ג אדון בהלכות "דרכי שלום" לאורו של המודל של קנדי. סעיף ב יוקדש ל"מישור האופקי" במודל, ובו אצביע ואתח הכרעות אפשריות הנוגעות להכללה ולהדרה של כללים שונים בקובץ "דרכי שלום". בסעיף ג אדון ב"מישור האנכי" המתח את היחסים הפנימיים שבתוך הקטגוריה ההלכתית "דרכי שלום". בפרק זה איעזר בדיונו של יוסף רוז. דבריו ישמשו בידי כדי לבקר מסקנות מסוימות של קנדי, ככל שהן משתקפות בעיצובה של הקטגוריה "מפני דרכי שלום"; לבסוף אסכם את ממצאיה של חקירתי.

אני סבורה כי הניסיון להאיר היבטים שונים של קובץ ההלכות במשנה בעזרתם של מודלים אלו, כמו גם הדיון בסוגיות מסוימות העוסקות בתפקידן ובתפקודן של הנמקות משפטיות בתוך המערכת המשפטית, יניב תובנות חדשות על אודות מגמותיו של עורך המשנה ביוצרו את קובץ ההלכות "מפני דרכי שלום", ואולי יתרום גם להבנתנו תופעות שונות הקשורות בעריכתם של קובצי הלכות במשנה בכלל.

א. קטגוריות משפטיות – המודל של דאנקן קנדי

המשפטן האמריקאי דאנקן קנדי ניתח התפתחות פנימית במערכת המשפט האמריקאית, הנוגעת לאקטיביזם שיפוטי, במהלך השנים 1850-1940. באמצעותה הוא הציע תיאוריה מושגית כללית על אודות "עולם המשפט".¹⁵ בתקופה זו הוא רואה את עלייתה, פריחתה ודעיכתה של החשיבה המשפטית ה"קלאסית" במשפט האמריקאי – ה"קלאסיציזם". המציאות שבתוכה מתארגנת חשיבה זו היא מציאות של תיעוש מהיר, שכלל מאבקים בין

14 כוונתי לתקנות "בור שהוא קרוב לאמה" ו"מערכין בבית ישן". הלכות אלו מובאות כתקנות סתמיות, ללא שתובא עליהן עמדה חולקת בקבצים התנאיים. כמו כן הפרשנויות שניתנות להן בתלמודים מתבססות על סיטואציות שבריאליה ולא על טענות משפטיות או תורת-משפטיות (כדאי אף לשים לב לכך שהסוגיה על תקנת "בור שהוא קרוב לאמה" בתלמוד הירושלמי היא סיכום של השיטות הבבליות).

15 Duncan Kennedy, *Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940*, 3 Res. L. & Soc. 3 (1980). התרגומים מאנגלית לדבריהם של קנדי, דוורקין ורוז שובאו במהלך המאמר הם שלי.

חקלאים למערכות שסבבו את פיתוח מסילות הברזל; מאבקים בין מעסיקים לאיגודים מקצועיים סביב תנאי העבודה והשכר; ואירועים שעוררו שאלות באשר להגדרת מאזן הסמכויות שבין הממשל הפדראלי למדינות. אירועים אלו כולם לוו בתהליכי רגולציה. תפקידו של השופט במערכת משפטית זו היה להכריע מי הוא הממסד שכוחו חל על המקרה הנידון. דהיינו, לקבוע את גבולות הסמכות שבין הממסדים השונים, באופן שהוא לכאורה אובייקטיבי, כמעט מדעי. במערכת זו נתפס השופט כבעל סמכות הכרעה אם המקרה שבו הוא דן היה מריבה בין שכנים, בין ממסדים ריבוניים, או בין אזרח למחוקק.¹⁶ מטרתו של קנדי איננה לתאר מה היו הנהגים "בפועל", או את השפעותיהם על תהליכים או תוצאות כמו חלוקת הכוח והמשאבים בחברה. במקום זאת הוא מעוניין לתאר את האווירה התיאורטית שבתוכה התרחשו תהליכים של המשגה משפטית, ולהצביע על האופן שבו היא השפיעה על יצירתן של תוצאות משפטיות מסוימות.¹⁷ בהקשר זה קנדי מצביע על אופן התהוותן או התפתחותן של קטגוריות משפטיות ("תת-מערכות") בתוך מערכת המשפט, כתוצאה מרגעים שבהם מתארגנת מחדש התודעה המשפטית של השחקנים השותפים לעיצובה של המערכת המשפטית (מחוקקים, שופטים, משפטנים ועורכי דין).

קנדי מאפיין קטגוריות משפטיות כמושתתות על שני מישורים: מישור אופקי ומישור אנכי.¹⁸ במישור האופקי מתארגנות תת-מערכות – זו לצד זו – בדרך של הכללה והדרה של נושאים (או כללים מחייבים), המשתלבים או נטמעים זה בזה, או לחלופין – מובדלים זה מזה. במילים אחרות, במישור זה נקבע היקף הנושאים והמקרים שעליהם חלה הקטגוריה. במישור האנכי באים לידי ביטוי האופנים שבהם מתארגנים המרכיבים המשפטיים השונים – מושגים, עקרונות וכללים משפטיים – בתוך תת-מערכת עצמה. בחינתן של הנמקות משפטיות, ומונחים הנלווים אליהן, הוא כלי מרכזי להנהרת מהותה של הקטגוריה וההשלכות המשפטיות שלה. במשך הזמן מתרחשים שינויים ביחסים בין כללים קונקרטיים ומוגדרים יותר לבין אלו שהם מופשטים ופתוחים יותר, כגון עקרונות ומושגים משפטיים כלליים (לדוגמה "חובה", "כוח" וכיוצא באלה) הקשורים זה בזה. בדיקת הנושאים שעליהם חלה הקטגוריה המשפטית (כלומר המישור האופקי שלה – אילו נושאים נכללים בה ואילו מודרים ממנה), ודרגת ההפשטה המאפיינת אותה (כלומר המישור האנכי: ההקשרים והזיקות המתקיימים בין מרכיביה השונים של הקטגוריה) בזמן נתון (או בזמנים שונים), יכולות לאפשר לנו לעקוב אחרי ההיסטוריה של תפיסת המשפט וגבולות המשפט בחברה הנחקרת.¹⁹

16 שם, בעמ' 7-8.

17 שם, בעמ' 8.

18 שם, בעמ' 18.

19 שם, בעמ' 18-19.

כדוגמה לאופני יצירתה או ארגונה של תת-מערכת משפטית אביא אחת מן הדוגמאות שניתח קנדי – חוות הדעת של השופט בראור במקרה של *re Debs* משנת 1895.²⁰ על אף המרחק הרב מהנושא הנדון במאמר, עיון קצר בדוגמה זו הוא חשוב שכן בכוחו להמחיש את השימוש של קנדי במושגים החמקמקים משהו שטבע – מישור אופקי ומישור אנכי – בהם אשתמש גם אני בהמשך המאמר בניתוח היחידה הטקסטואלית "מפני דרכי שלום".

השאלה הראשונית במקרה של *Debs re* הייתה האם לממשל הפדראלי יש כוח כלשהו בהגנה על רשת הרכבות הארצית אל מול פגיעה בזכויות קניין פרטיות, מסוג המוסדר בדרך כלל בתהליכי רגולציה של המדינות השונות. בהנחה כי לממשל הפדראלי יש סמכות שיפוט במקרים כאלו, לא ברור אם במקרה של שביתת עובדי רכבת במדינה כלשהי, מנהיגי ארגון העובדים – שהם בעלי זכויות קניין הפרטי: תנאי עבודה, משכורת וכיוצא בזה, שעליהן הם נאבקים – הפרו הוראה פלילית של החוק הפדראלי. באופן שבו ניגש השופט בראור לדון במקרה בלטה עובדה אחת בחשיבותה: על ידי מתן ההוראה לשבות היה בכוחם של מנהיגי איגוד העובדים של חברת הרכבות להפריע להתנהלותו של המסחר הבין-מדינתי. לאור הנחת יסוד עובדתית זו, הציג בראור שתי שאלות:

1. האם אחריותו של השלטון המרכזי למסחר ולתעבורת דואר בין מדינות יכולה לתת בידי הממשל הפדראלי סמכות להתערב באופן ישיר במשבר פנימי באחת המדינות, כדי למנוע מכשול משמעותי בפני התנהלותו של המסחר?
2. אם אומנם כך – האם יש בסמכותו של בית המשפט הפדראלי להוציא צו מניעה במטרה לסייע לביצוע חובתו (כפי שנרמז מנושאים של משילות שמהם נגזרים הן כוח הן חובה) לדאוג להתנהלותו התקינה של המסחר בין מדינות?

בתחילת תשובתו של בראור לשאלה הראשונה הוא מגדיר את יחסי הכוח שבין הממשל הפדראלי למדינה באשר למסחר. בראור מצייין כי הכוח הפדראלי בענייני סחר הוא מוחלט בתוך תחום השיפוט שלו. על כן בתחום זה הממשל הפדראלי רשאי לפעול ישירות כלפי האזרח במה שנוגע למסחר בין-מדינתי. לעומת זאת, למדינות יש תחום סמכות משלהן בעניינים של שיטור מקומי. זוהי התפיסה הקלאסית לגבי מערכת היחסים שבין המדינות והכוח של הממשל הפדראלי. אלא שברואר מבצע מהלך מחשבתי נוסף. הוא טוען שכשם שאין בכוחה של מדינה לחוקק בתוך גבולותיה באופן שיש בו כדי לחסום מסחר בין מדינות, כך גם, מקל וחומר, לא ייתכן שלכל התאגדות מרצון גרידא של יחידים, בגבולות אותה המדינה, יהיה כוח שאין למדינה עצמה. בראור מקביל בין הפעלת רצון החקיקה הריבוני של מדינה לבין הפעלת רצון פרטי של האזרח, וטוען כי

20 את הניתוח של פסק הדין של השופט בראור במקרה של *re Debs* שאביא להלן ראו שם, בעמ' 15-17.

הכוח האבסולוטי של הממשל הפדראלי ביחס לנושאים של סחר וזהה הן ביחס למדינה הן ביחס לאדם פרטי.

הקביעה על אודות זהות הכוח בתחום הסחר בשני סוגי היחסים המשפטיים (פדראליות-מדינה; פדראליות-יחיד) יוצרת הגדרה ביחס ליחידים, שכן בית המשפט יכול להיעזר בכל מכלול הפסיקה בנושא של סכסוכים בין הממשל הפדראלי למדינות סביב סמכויות רגולטוריות כלכליות, ולהשליכו באופן ישיר גם על פעולות של יחידים. התוצאה המשפטית המתקבלת מניתוח זה היא שהממשל הפדראלי רשאי למנוע כל התערבות בלתי חוקית והפרעה משמעותית למסחר או להובלת דואר בין מדינות, אם הפרעה זו נוצרה כתוצאה מפעילות ציבורית ואם כתוצאה מפעילות פרטית.

השאלה השנייה של בראור הייתה אם יש בסמכותו של הממשל הפדראלי להתנהל בדרך של צווי מניעה כדי להסיר מכשולים משמעותיים על הסחר הבין-מדינתי. שאלה זו נוגעת לאמצעים הלגיטימיים העומדים לרשות הממשל הפדראלי לצורך הפסקת שביטות פנים-מדינתיות. בראור טוען שאם בהיעדר תקדים חוקי יכול הממשל הפדראלי לפעול ישירות לדיכוי הפרעה למסחר הבין-מדינתי, אזי לשם אותה המטרה הוא צריך להיות מסוגל לפעול על פי צו מניעה. מכאן אם כן עולה השאלה: מהו החוק שמכוחו רשאי בית המשפט הפדראלי להוציא צו מניעה? במילים אחרות, לאילו קטגוריות משפטיות יכול בית המשפט לפנות כדי להגדיר אילו מן הפעולות הפרטיות הן חוקיות ואילו מהוות פגיעה בלתי חוקית בכוח הרגולטורי של הממשל?

בשלב זה פנה בראור לתחום אחר – חוק המטרד הציבורי. זכאותו של הממשל הפדראלי לפעול על ידי צווי מניעה הוגדרה על בסיס זכותן של הרשויות הציבוריות להפחית מכשולים בכבישים המהירים שלהן בהיותם סוג של "מטרדים ציבוריים". בראור פונה כאן לגוף הדוקטרינות המשפטיות הפרטיות, המגדירות את יחסי בעלי הרכוש בינם לבין עצמם. הוא משווה בין גרימת מטרד לציבור לבין גרימת מטרד ליחיד, וקובע כי שני המושגים זהים באופן עקרוני, וכי ההבדל ביניהם הוא רק בהיקף הנפגעים שעליו חל המטרד (יחיד או ציבור). מכאן קבע בראור את זכותו של הממשל הפדראלי להוציא צווי מניעה לצורך שביטת שביטתה (של התאגדות אינדיבידואלית, וולונטארית על פי הגדרתה) המהווה מטרד ציבורי, הפוגע בהתנהלותה של התעבורה בתוך המדינה – מכוח סמכותו וחובתו הרגולטורית של הממשל לפעול לתקינותו של הסחר הבין-מדינתי. חוות דעתו של בראור מילאה את היעדרם הכולל של תקדימים במקרים דומים (שביטות) על ידי מה שהוא ראה כמסקנות הגיוניות מתקדימים ביחס לכוח המסחר הפדראלי מול כוח המשטרה של המדינה; ביחס לכוחה של מדינה להסיר מכשולים פיזיים מכבישים, דרכים ונתיבי מים; וכן ביחס להפחתה של מכשולים באמצעות צווי המטרדים באופן כללי.

אם נסתכל על חוות הדעת של בראור כרגע מכוונן בזמן, שבו מתארגנים מחדש מושגים וממסדים שונים בתוך תודעה משפטית, נוכל לומר שכראור הגדיר תת-מערכת של חוק; דיני שביטות של האיגודים המקצועיים. כדי ליצור את תת-המערכת הזו בראור

קיסר במישור האופקי בין תתי-מערכות שונות בתוך המערכת המשפטית: דיני סחר בין-מדינתי, דיני מטרידים סביבתיים, כוחה וחובתה הפורמאליים של המדינה להסיר מכשולים פיזיים מכבישים. בכך הגדיר מהם התחומים הכלולים בתת-המערכת שיצר. מן הבחינה האנכית הוא קבע את ההיררכיה בין השחקנים השונים במערכת המשפטית ביחס לתת המערכת "דיני שביתות של איגודים מקצועיים", בירר מושגים מופשטים כגון "מטרד", "חובת הממשל בנושא של מסחר בין-מדינתי", וכן קבע כללים מחייבים. בראר השתמש באנלוגיות הן ביצירת המישור האופקי הן ביצירת המישור האנכי. אנלוגיות אלו קבעו בסופו של דבר את מרחב תחולתה של הקטגוריה ואת הזיקות הפנימיות המתקיימות בתוכה. ליצירתה של הקטגוריה המשפטית היו כמובן גם תוצאות והשלכות חוקיות מעשיות: ניתן לשבור שביתה פנים-מדינתית במקרים של הפרעה לסחר הבין-מדינתי באמצעות הוצאת צווי מניעה פדראליים. ככל קטגוריה משפטית גם קטגוריה זו יכולה להיות נתונה לשינויים – בשני המישורים – לאורך הזמן.

לסיכום עניין זה, נקודה עקרונית העולה ממאמרו של קנדי היא שקטגוריות משפטיות אינן "קפואות" והן נמצאות תמיד בתהליך של התפתחות ושינוי. תהליך כזה מתרחש בעוצמה מיוחדת בתקופות מעבר חשובות המכילות בתוכן "רגעים מכוננים". חידוד חשוב נוסף העולה מדבריו של קנדי הוא שתהליך ההתפתחות והשינוי נמצא מתחולל פעמים לא על ידי קביעה מפורשת של שינוי תוכן הקטגוריה המשפטית, אלא על ידי שינוי ביחסים שבין הקטגוריות המשפטיות והגדרתן מחדש. האקטיביזם השיפוטי מגולם בקטגוריות משפטיות מסורתיות המאורגנות בסדר חדש. זרמי שינוי המתחוללים בתוך דיון מסורתי מאפיינים במיוחד את השיח והספרות ההלכתיים, ולכן למודל של קנדי ישנו פוטנציאל להיות פורה בניתוח טקסטים הלכתיים.

נפנה עתה לבחון את "דרכי שלום" כקטגוריה משפטית על פי המודל של קנדי. כאשר אנו עוסקים בקטגוריה ההלכתית "דרכי שלום", לא חייבת להתקיים, לכאורה, חפיפה מלאה בין הקובץ שבמסכת גיטין לבין הקטגוריה, שכן הקובץ איננו כולל את כלל ההלכות התנאיות המנומקות "מפני דרכי שלום". כמו כן ישנן הלכות הנמצאות בו בלבד, ולעומתן הלכות שמקורן במסכתות אחרות במשנה. דווקא על רקע נתונים אלו בחינת עיצובו של הקובץ ביחס לשינוי המישורים שציין קנדי עשויה לתת בידנו מפתח להבנת תפיסתם של חכמים את קטגוריה זו ברגע מסוים בזמן – והוא שהי תקופת המשנה – שהוא רגע משמעותי בעיצובה. זאת מפני ש"דרכי שלום" היא מצד אחד קטגוריה חדשה יחסית בנופה של ההלכה (לא מן התורה, ולכל המוקדם מראשית תקופת המשנה), ומצד שני עד לאותו רגע היא כבר הספיקה לעבור שלבים מסוימים של התרחבות, הכללה והמשגה. עריכתה של המשנה היא אפוא רגע שבו "ניתנה" לחכמים

הזדמנות לארגן, לעצב ולתרום להגדרתה כקטגוריה משפטית מובחנת.²¹ במישור האופקי אנסה אפוא לבחון מה נכלל בקובץ ומה נעדר ממנו, ולהציע מה יכולים להיות השיקולים לכך; ובמישור האנכי אנסה לעמוד על היחסים הפנימיים בין המרכיבים המשפטיים השונים בתוך הקטגוריה "מפני דרכי שלום". כלומר, אם ניתן להצביע על עקרונות או מושגים מופשטים יותר, שהנחו את הכרעותיהם של החכמים בהגדרתם ובעיצובם את כוחם או את היקף חלותם של הכללים המחייבים שכלולים בתוך הקובץ.²² בסופו של דבר אנסה לענות על השאלה מה בין המשמעויות המשפטיות של קטגורית "מפני דרכי שלום" לבין יחסם של החכמים כלפיה (אוהד, מסתייג, ניטראלי וכדומה), ככל שהדבר משתקף בקובץ "מפני דרכי שלום" במשנה.

ב. "המישור האופקי" – הכללה והדרה של הלכות בקובץ "מפני דרכי שלום"

כפי שציינתי לעיל, הנימוק "מפני דרכי שלום" הוא נימוק כללי באופיו, המתאים לסיטואציות רבות ומגוונות שבהן מתרחשות אינטראקציות בין־אישיות, שעשויות היו להביא לקונפליקטים ולעיוותים בקהילה. לפיכך אין זה מפליא כי הקובץ מכיל הלכות הממתייכות לתחומים משפטיים שונים, שבכל אחד מהם יש לעיתים גם מרכיב של יחסים בין־אישיים. על כן, לדעתי, נכון לבחון במקרה זה את התופעה של הכללה והדרה לא רק דרך השאלה איזה נושא – דהיינו תחום משפטי – מוכלל בקובץ ואיזה לא, אלא מה מתוך נושא מסוים – שנומק "מפני דרכי שלום" במקום אחר (!) – נשאר מחוץ לקובץ, ולעומת זאת, מה כן נכלל בו.

בשלושה נושאים הלכתיים שונים, האחד קשור בכוהנים, השני מהלכות מתנות עניים, והשלישי בדיני קניין, ניתן לעקוב אחרי תופעה זו. כפי שאנסה להראות, בחירת התקנות להכללה בקובץ או להדרה ממנו אינה שרירותית. מצד אחד, דומני כי היא משקפת תפיסה של החכמים אילו סוגיות רלוונטיות בזמן עריכת המשנה ואילו אולי כבר לא, כלומר אילו נושאים הם גורם ליצירת מתחים וחיכוכים בין מגזרים שונים בחברה, ושאותם נכון להסדיר ("לפתור" במונחיו של קנדי) באמצעות כלל שהוא "מפני דרכי שלום". מצד אחר נראה כי התקנות שנבחרו נועדו לעצב את היחס של חברי הקהילה, ואולי במיוחד של שכבת החכמים, כלפי הנמקת "מפני דרכי שלום" כמבטא מטרה ערכית ראויה, ולא כהצדקה להלכה שנוצרה מחוסר ברירה. אדגים אפוא היבט זה בעיצוב הקובץ.

21 אין זה אומר שהקטגוריה "נחתמה" וסיימה בהכרח את עיצובה. בדיוק כמו כל אחת מן הקטגוריות האחרות בהלכה גם הרבדים ההיסטוריים הבאים בהתפתחות ההלכה (תלמודים, ראשונים ופוסקים) ידונו בה, ידייקו או יישנו אותה.

22 וכאן, כאמור, אחרוג מן המורל של קנדי.

ב.1. בין מחצית השקל לקריאה בתורה – מעמדם של הכוהנים בהלכות "דרכי שלום"

מסכת שקלים עוסקת בתרומת מחצית השקל, ובארגון המערכת הכספית של המקדש. שם נמצא, לדעתי לראשונה, שימוש בנימוק "מפני דרכי שלום". מקורו של מס מחצית השקל בתקנה פרושית, שלדעת רוב החוקרים קשורה למחלוקת שהתקיימה בינם לבין הצדוקים בשאלת מימון קורבנות התמיד במקדש. למרות איחורו של הסכוליון למגילת תענית לתקופת הבית השני, נראה שכתב יד אוקספורד שלו משמר את הנוסח הקדום ביותר שלה:

מריש ירחא דניסן ועד תמניא ביה איתוקם תמידא דלא למספד.
 שהיו חכמים אומרי: אין התמידים באין משל צבור. ביתוסין או'מרים]:
 משל יחיד הן באין, שנ'אמר]: את הכבש אחד תעשה בבקר, ליחיד
 משמע. וחכמים או'מרים]: תשמרו להקריב לי, לרבים משמע. התקינו
 שיהא היחיד שוקל שקליו ונותנן כל שנה ושנה, ויהיה תמיד קרב משל
 ציבור. והיינו דאמרי' איתוקם תמידא.

מועד זה מתפרש בסכוליון בניצחון הפרושים על הצדוקים במחלוקת על קורבן התמיד, אם ראוי הוא לבוא רק מתרומת הלשכה, כלומר מקופת הציבור, או משל היחיד. לדברי הסכוליון, החכמים הם שהתקינו את תקנת מחצית השקל, שנועד לממן את קורבנות התמיד.²³ מכאן, טוען איל רגב,²⁴ שההקשר שמובאים בו חילופי הדברים הוא התנגדות גורפת של הצדוקים-הבייתוסים לתקנת מחצית השקל, הקובעת כי ישראל שותפים כלכלית למימון קורבנות התמיד.²⁵ מירה בלברג, שניתחה לאחרונה את עיצובה מחדש של מערכת הקורבנות בספרות התנאית הקדומה, הראתה כיצד דחתה המשנה באופן שיטתי כל אפשרות של תרומת יחידים לצורך מימון קורבנות הציבור.²⁶ על רקע דברים אלו ברור כי המשניות במסכת שקלים, המאפשרות לכוהנים להימנע מהשתתפות בתרומת

23 מסורות הסכוליון מחליפות בין צדוקים לבייתוסים. ראו ורד נעם "גילוי מחודש של נוסח מקרא ומדרש" סוגיות במחקר התלמוד א: יום עיון חמש שנים לפטירתו של אפרים אלימלך אורבך 66, 72-76 (התשס"א); שחזור לנוסח כ"י פארמה ראו ורד נעם מגילת תענית: הנוסחים, פשרם, תולדותיהם בצירוף מהדורה ביקורתית 165 (שלומית משולם עורכת-מרכזת 2003).

24 איל רגב הצדוקים והלכתם: על דת וחברה בימי בית שני 132-137 (שלומית משולם עורכת-מרכזת 2005).

25 הסבר למוצאה של המחלוקת בפרשנות לפסוקי המקרא ראו שם, בעמ' 134-135. כמו כן ראו במאמרי *Ways of Peace*, לעיל ה"ש 6, את סיכום התהליכים החברתיים והרתיים שהתרחשו בתקופת הבית השני סביב מחלוקת זו.

26 MIRA BALBERG, BLOOD FOR THOUGHT: THE REINVENTION OF SACRIFICE IN EARLY RABBINIC LITERATURE 114-117 (2017)

מחצית השקל, משקפות אוזלת יד של החכמים בכפיית עמדתם ההלכתית על הכוהנים. המשנה הראשונה נמצאת בפרק א, ג:

בחמשה עשר בו שולחנות ישבו במדינה בעשרים וחמישה ישבו במקדש
 משישבו במקדש התחילו למשכן ואת מי ממשכנים
 לוויים וישראל גרים ועבדים משוחררים אבל לא לנשים ולא לעבדים
 ולא לקטנים [...] ואין ממשכנין את הכהנים מפני דרכי שלום

המשנה מתארת מערכת גבייה אסרטיבית מהציבור, הנהנית לכאורה מגיבוי חברתי – הושבת "שולחנות" לצורך החלפת מטבעות ופריטת כספים לעולי הרגל.²⁷ ממשנתנו ניתן לראות שהמוסדות היהודיים לא הסתפקו בשולחנות שהמתינו למשלמים, אלא הפעילו מערכת של גבאים, שעברו והתרימו את הציבור. זאת ועוד, מי שלא שילם את מחצית השקל היו ממשכנים את רכושו. והנה מסתבר כי המגזר היחיד שלא משכנו את נכסיו הוא מגזר הכוהנים. על רקע התיעוד ההיסטורי והמחקרים הקודמים בעניין מחצית השקל, עולה כי הכוהנים, שייתכן שהם צדוקים או שייריהם, התנגדו למס מחצית השקל, ועל כן לא שיתפו פעולה עם החכמים ועם מוסדות הציבור שאכפו את התשלום. העובדה שחכמים סברו שגם על הכוהנים לשלם את מחצית השקל עולה במרומז מכך שאין ברישא של המשנה החרגה של הכוהנים מתשלום המס עצמו, ומובעת במפורש בדברי רבן יוחנן בן זכאי המובאים במשנה הבאה במסכת שקלים:

אמ' ר' יהודה העיד בן בוכרי ביבנה שכל כהן שהוא שוקל אינו חוטא
 אמ' לו ר' יוחנן בן זכאי לא כי אלא כל כהן שאינו שוקל חוטא אלא
 שהכהנים דורשים מקרא זה לעצמן "וכל מנחת כהן כליל תהיה לא
 תאכל" הואיל והעומר ושתי הלחם ולחם הפנים שלנו היאך הן נאכלים.²⁸

מעדותו של בן בוכרי עולה כי כוהן ששילם את מחצית השקל, אף שהוא פטור מן התשלום, נותן את שקלו כנדבה. כך עלול להיראות כאילו קורבנות הציבור באים מנדבת היחיד, וזהו בדיוק הדבר שהפרושים התנגדו לו. למרות זאת, לשיטת בן בוכרי אין הדבר חטא (בעיני הפרושים), שכן ההנחה היא שהכוהן מסר את שקלו לציבור במתנה גמורה. כך התערכה תרומתו בתוך תרומות השקלים כולם, ועל כן קורבנות הציבור באים משל

27 המונח "שולחנות" נגזר מ־τραπέζι, שבעולם ההלניסטי-רומי היה תפקידו העיקרי להחליף מטבעות בערכים שונים. ממקורות שונים עולה שבמקדש ישבו באופן קבוע שולחנים שתפקידם היה להחליף מטבעות לעולי הרגל, ולפרוט כספים שהביאו עימם. ראו זאב ספראי משנת ארץ ישראל – מסכת שקלים 70–74 (2009).

28 משנה, שקלים א, ד.

הציבור ולא משל הכוהן היחיד.²⁹ על תפיסה זו מגיב בחריפות רבן יוחנן בן זכאי, שאינו מוכן להסתפק בהשאת תשלום מחצית השקל להכרעתו האישית (התנדבות) של הכוהן. ריב"ז³⁰ משנה את נוסח הדברים ומתאים אותו לשיטתם של החכמים. לדבריו, התחמקות הכוהנים מתשלום המס, ופרישתם מכלל הציבור, מהוות חטא. באותה נשימה מביא ריב"ז את הנמקתם של הכוהנים לשיטתם: "וְכָל מִנְחַת כֹּהֵן כְּלִיל תְּהִיָּה לֹא תֵאָכֵל".³⁰ לפי הפסוק מנחות הכוהנים נשרפות כליל על המזבח ואינן נאכלות על ידי הכוהנים. לעומתן, מנחות הבאות משקלי הציבור, כגון העומר, שתי הלחם ולחם הפנים הן מנחות שניתנות למאכל לכוהנים.³¹ העובדה כי הפסוק מגדיר את קורבנות הציבור הללו כקורבנות המיועדים לאכילת הכוהנים מהווה ראיה, לשיטתם, שאינם חייבים בשקלים ואינם שותפים במנחות (=קורבנות) הציבור. מכאן שהכוהן המוסר את שקלו לציבור במתנה (נדבה), מוציא את השקל מחזקתו, ועל כן אינו חוטא לשיטת הכוהנים (באכילת מנחת כוהן האמורה להישרף כליל על המזבח). על דרשת פסוקים זו קובל ריב"ז "שהכהנים דורשים מקרא זה לעצמן", כלומר לטובתם, כדי להגן על טובות ההנאה שלהם.

משניות אלו משקפות אפוא את העובדה, כי אף שהפרושים גברו על הצדוקים והנהיגו את מימון קורבנות הציבור מכספי הציבור, ולמרות הצלחתם בהשרשת תשלום מחצית השקל בלבבות אנשי הקהילות היהודיות, הם כשלו במימושו השלם של הרעיון ולא הצליחו להביא את הכוהנים לשתף עצמם עם כלל הציבור.³² לו היו החכמים מצליחים

29 ראו חנוך אלבק ששה סדרי משנה – סדר מועד 188 (2008). לעומתו משה עסיס סובר כי במשנה שלוש דעות: (1) בן בוכרי: הכוהן אינו חייב לשקול אבל השוקל אינו חוטא; (2) ר' יהודה והכוהנים: הכוהן אינו חייב לשקול והשוקל חוטא. (3) ריב"ז איננו מסכים עם שתי השיטות וקובע במופגן: הכוהן חייב לשקול ואם לא שקל חוטא, ראו משה עסיס "לפירושה של סוגיה אחת בירושלמי שקלים" מחקרי תלמוד ב: קובץ מחקרים בתלמוד ובתחומים גובלים, מוקדש לזכרו של פרופסור אליעזר שמשון רוזנטל 393, 397-398 (משה בר-אשר ודוד רוזנטל עורכים התשנ"ג). שיטתו של ריב"ז זהה בהתנגדותה הן על פי פרשנותו של אלבק הן על פי עסיס.

30 ויקרא ו 16.

31 שמות כה 30; ויקרא כג 10-11; ויקרא כג 16-17.

32 מסקנה זו מתחזקת על ידי מקורות נוספים בפרק זה. הראשונה היא משנה ה שאינה כוללת את הכוהנים ברשימת האנשים הפטורים מהמשכון. השנייה היא משנה ו, הקובעת מי חייב ומי פטור מהקולובון (κολλοβός), שהוא מטבע קטן המשמש כדמי עמלה עבור מחליף הכסף. מי שחייב את חצי השקל חייב גם את הקולובון, אך מי שחובתו אינה ברורה, פטור ממנו: "ואלו שחייבין בקלובון לויים וישראלים וגרים ועבדים משוחררים אבל לא כהנים ונשים ועבדים וקטנים". יש לשים לב כי ברוב כתבי היד של המשנה – קויפמן, פארמה דה רוסי Add. 470.1, 138 שבספריית Lowe בקמבריג' ובדרפוס נאפולי – חסרה התיבה "כהנים". ברור שאם נאמר שרק לויים וישראלים חייבים בקולובון, משמע שהכוהנים פטורים ממנו. אך כנראה היה מי שלא רצה לכתוב זאת במפורש עקב הפולמוס סביב הנושא. ראו ספרא, לעיל ה"ש 27, בעמ' 90.

להשליט את עמדתם האידיאולוגית-הדתית הטהורה, היו נוקטים בנוסח הלכה כפי שמציע אותו רבן יוחנן בן זכאי. ברי אפוא כי הנמקת "מפני דרכי שלום" שניתנה לפטור הכוהנים משלום מחצית השקל – בכך שלא אוכפים עליהם, למעשה, את התשלום – אינה מהווה עיקרון הלכתי של החכמים. להיפך, היא משמשת כהצדקה לנסיגה שלהם מעקרון שותפותו של העם כולו בתשלום המס למקדש, וצומחת כל כולה מתוך יחסי הכוח הריאליים בזירה הפוליטית. נסיגה זו, ייתכן שנבעה מחששם של החכמים כי מאבק חריף יותר בכוהנים יביא לשסע במרקם הפנימי של החברה היהודית; ושמא מהבנתם את מגבלות כוחם הפוליטי אל מול הכוהנים, שנהנו מיוקרה חברתית בשכבות רחבות של הציבור, בוודאי ביחס לאותם תחומים – עבודת המקדש – המסורים להם מן התורה.

הגם שהנמקת "דרכי שלום" אינה מופיעה בדבריו של רבן יוחנן בן זכאי אלא בדברי "סתם משנה", עריכתה של הנמקה זו בסוף משנה ג, כמבוא למחלוקת בין בן בוכרי לבן זכאי במשנה ד, וקיומם של כמה מקורות נוספים³³ בפרק המשקפים בדרכים שונות את התנגדות חכמים לפטור את הכוהנים ממחצית השקל, מלמדים אותנו שעורך המשנה הבין את הנמקת "דרכי שלום" כאן על בסיס התפיסה ההלכתית של בן זכאי. לכן ברור שבפרק זה הנמקת "מפני דרכי שלום" איננה מבטאת יחס ערכי חיובי כלפי הכלל שאותו היא מנמקת, אלא משמשת, כאמור, הצדקה אפולוגטית לנסיגת חכמים מדעתם ההלכתית. והנה הלכה זו נותרה מחוץ לקובץ הערוך שבמסכת גיטין.

לעומת ההלכה דלעיל, ההלכה הפותחת את הקובץ עוסקת אף היא בהגדרת מקומו של הכוהן במוסד הפולחני – זה שהולך ומתהווה כתחליף למילוי מקומה של הפונקציה הפולחנית בבית המקדש, הלא הוא בית הכנסת. אלא שכאן לא מתלווה להלכה כל נימה מסתייגת:

כהן קורא ראשון ואחריו לוי ואחריו ישראל מפני דרכי שלום

ההצדקה שניתנת לקדימותו של הכוהן במשנה היא הצורך לשמור על הסדר הציבורי. במילים אחרות, מטרתה של הלכה זו היא לפתור בעיה של התעוררות עימותים – ייתכן אף אלימים – בבית הכנסת, בדרך של קביעת סדרים ברורים ומחייבים במקום שבו לא הייתה הסדרה פורמאלית כזו (לקונה בחוק). בשני התלמודים, לעומת זאת, מובאות כהסבר לתקנה ברייתות שבהן עמדות תנאיות אחרות. בתלמוד הבבלי נאמר כך:

תנא דבי רבי ישמעאל: "וקדשתו וכי את לחם אלוהיך הוא מקריבן" (ויקרא כא 8) – לכל דבר שבקדושה, לפתוח ראשון, ולכרך ראשון, וליטול מנה יפה ראשון.³⁴

לפי מקור זה זכויותיו הייחודיות של הכוהן נובעות מקידושו ל"דבר שבקדושה". מנחם קיסטר, שניתח לאחרונה ברייטא זו והשווה אותה למקורות מסרך היחד ומסרך העדה, הראה כי גם שם נזכרת זכותו של הכוהן לברך ראשון – בתורה ובברכת המזון – ולאכול ראשון בסעודה.³⁵ לדבריו, ניתן לראות בספרות הסרטים שתי תפיסות שונות לגבי זכויותיו של הכוהן. לפי האחת יש לכוהן תפקיד מהותי בתחילת הסעודה. הכוהן אוכל ראשון משום שאכילתו מתירה את האוכל לאחרים, מעין הרחבה של הפרשת תרומות ומעשרות³⁶ והרמת מתנות קודשים,³⁷ ואילו לפי התפיסה האחרת לכוהן תפקיד טקסי. הוא מברך ראשון (בין כל שאר המברכים לפני האוכל, איש איש לעצמו) ואוכל ראשון משום כבודו, אך לברכה אין תפקיד אונטולוגי בשינוי המציאות (היתר לאכול את מה שאסור קודם לאמירת הברכה).

עמדה תנאית נוספת מובאת בברייתא בתלמוד הירושלמי. שם סבור ר' שמעון בן יוחאי כי הקדימות שניתנת לכוהן בקריאת התורה בבית הכנסת נובעת מן החשיבות היתרה, המהותית, המוענקת לכוהנים בתורה:

דתני ר' שמע' בן יוחי "ויכתב משה [את התורה] הזאת ויתנה אל הכהני'
בני לוי" וגו' ואחר כך "ואל כל זקני ישראל" (דברים לא 9)³⁸

רשב"י קושר את קדימות הכוהן בקריאה הטקסית בתורה בבית הכנסת לסדר הנחלתה של התורה בפסוק: ממשא, אל הכוהנים, ומהם אל זקני ישראל, סדר המשקף את מקומם ותפקידם של הכוהנים – שניתן להם מידי של האל – כשומרי התורה וכמלמדיה למנהיגי העם ולכל הציבור.

ניתן לראות כי לעומת הגישות הללו הנמקת "דרכי שלום" בתקנתנו ממעטת בדמותו של הכוהן. מבחינה זו, הקדמת הכוהן לקריאת התורה בבית הכנסת היא דין שמטרתו להבטיח את הסדר הציבורי, ולא ביטוי לתפיסה שלפיה הכוהן אכן ראוי לקרוא ראשון (כתוצאה מתפיסה מהותנית שלו). עם זאת יש לשים לב כי ההיררכיה שקובעת המשנה כדי לשמור על הסדר הציבורי, מושתתת על הכרה בכבודו של הכוהן. יתר על כן, יש לזכור שבמקורות שונים בספרות התנאית המתח העקרוני בין מעמדם של הכוהנים לחשיבותם של יודעי התורה מגיע לכדי ניסוחים קיצוניים, כגון: "ממזר תלמיד חכם" קודם לכהן גדול עם הארץ".³⁹ אני סבורה אפוא כי שתי הכרעות העריכה – מחד גיסא

35 מנחם קיסטר "בין מגילות כיתתיות לספרות חז"ל: ניגוד, דמיון והקבלה" מגילות יד 139, 11-5 (התשע"ט).

36 כנה ורמן ואהרון שמש לגלות נסתרות: פרשנות והלכה במגילות קומראן 210 (התשע"א).

37 לגלות נסתרות, לעיל ה"ש 36, דבריו של קיסטר בהערה 36.

38 ירושלמי, גיטין ה, ח (מז ע"ב).

39 משנה, הוריות ג, ח. וראו גם הדיון הנוקב בכבלי, מגילה כח, ע"א-ע"ב אם ראוי שכוהן יברך לפני תלמיד חכם. על המשכיותו של מתח זה המתועד בספרות בית שני (ובפרט במגילות) ובספרות חז"ל Daniel Tropper, *Bet Din Shel Kohanim*, 63 JEWISH QUARTERLY

ההכרעה להדיר מהקובץ את ההלכה הפוטרת את הכוהנים ממס מחצית השקל, על הנימה האפולוגטית המתלווה אליה, ומאידך גיסא ההחלטה לפתוח אותו בהגדרת מקומו של הכוהן כראשון לקריאת התורה בבית הכנסת (גם אם לא מעצם תפיסת תפקידו וקרבנו לתורה, כפי דעתו של רשב"י) – מורות על תפיסה חיובית יותר כלפי הכוהנים, לפחות בכל הקשור בתפקידם במוסד הציבורי הטקסי של הקהילה.⁴⁰ בחירה זו משרטטת אפוא את "דרכי שלום" כטגוריה שבעיניהם של חכמים איננה נסבלת בלבד אלא אף ראויה.

ב.2. מחאה במתנות עניים – בין המשנה שבקובץ למקבילתה בתוספתא

מהלך דומה ניתן לראות בדוגמה הבאה בנושא מתנות עניים. גם כאן קיימת במקורות התנאיים שמחוץ לקובץ שבגיטין הלכה שמאופן ניסוחה – המקביל לניסוח ההלכה שבמסכת שקלים – ניתן לחוש בנימה אפולוגטית של החכמים, עקב ויתור מסוים שיש בה על תפיסתם ההלכתית. וכך נאמר בתוספתא:

היו שם עניים שאינן ראויין ללקט, אם יכול בעל הבית למחות בידן ממחה,⁴¹ ואם לאו מניחן מפני דרכי שלום.⁴²

בשונה מן הפטור לכוהנים, שהסדיר הפעלה של מוסד ציבורי, כאן מיועדת התקנה עבור האדם הפרטי, וקובעת כי על בעל הנחלה לנסות להתנגד לכניסתם של אנשים לא ראויים

REV. 204 (1973); ELLIS RIVKIN, A HIDDEN REVOLUTION (1978); STEVEN D. FRAADE, FROM TRADITION TO COMMENTARY: TORAH AND ITS INTERPRETATION IN THE MIDRASH SIFRE TO DEUTERONOMY 69–121 (Michael Fishbane, Robert Goldenberg & Arthur Green eds., 1991); MARTHA HIMMELFARB, A KINGDOM OF PRIESTS: ANCESTRY AND MERIT IN ANCIENT JUDAISM 124–128, 142, 167–168, 169, 173 (2006); מאיר בר אילן "הפולמוס בין חכמים וכוהנים בשלהי ימי בית שני" מורשת ישראל ח 37 (התשע"א).

40 יש אולי מקום להניח כי תהליך חקיקתה של תקנה זו (ואולי זמן יצירתו של קובץ "מפני דרכי השלום"), נמצא מבחינה היסטורית בנקודת זמן שניתן לראות בו מעין זמן ביניים מבחינת עיצוב מעמדם החברתי והטקסי של הכוהנים לאחר חורבן הבית השני. דהיינו, ייתכן כי הלכת הפטור ממס מחצית השקל, על גישתה השלילית כלפי הכוהנים, לא נכנסה אל הקובץ גם מפני שבשלהי תקופת המשנה ראו בה העורכים סוג של "הלכתא לעתיד לבוא". לעומת זאת עיצוב מקומו של הכוהן בבית הכנסת – ובכלל, של סדרי הקריאה והתפילה שם – היה צורך קיים ונדרש במוסד ציבורי-פולחני מתפתח. עודד עיר-שי הראה כיצד בהמשך הדרך, במאות הרביעית-שישית לספירה, חזרו ותפסו כוהנים מקום חשוב בחברה היהודית סביב מוסד בית הכנסת ובליטורגיה הקשורה אליו. ראו עודד עיר-שי "עטרת ראשו כהוד המלוכה צנוף צפירת שש לכבוד ולתפארת: למקומה של הכהונה בחברה היהודית של שלהי העת העתיקה" רצף ותמורה: יהודים ויהדות בארץ ישראל הביזנטית-נוצרית 67 (ישראל ל' לויין עורך 2004).

41 משמעו של השורש מח" בהקשר זה הוא "ערעור" או "התנגדות".

42 תוספתא, פאה ג, א.

אל השדה כדי לשמור את מתנות העניים לזכאי להן. הביטוי "שאינן ראויין" התפרש בשתי דרכים: עניים שאינם ישרים; או שיש בידיהם מאתיים וזו, ועל כן אינם נופלים לגדר "עני".⁴³ לשני הפירושים אנשים אלו אינם רשאים ללקט את היבול שנשר בשדה, שכן הם גוזלים מידי עניים הגונים (או אמיתיים) את השייך להם. ניכר כי התקנה מנסה לאזן בין יכולותיו הממשיות של בעל הבית לבין דרישת ההלכה ממנו. סוף סוף, האם בעל הבית יכול לבדוק באופן פרטני את טיבו או את מצבו הכלכלי של כל אדם שבא ללקט בשדה? חובה כזו עלולה לגזול ממנו זמן עבודה יקר, לעורר מבוכה גדולה לשני הצדדים, או חלילה לגרום לעימות אלים ביניהם. מסיבות אלו נראה כי ההלכה קובעת שאם אין בידו של בעל הבית למחות ביד אנשים אלו, עליו להניח להם ללקט בשדה. עם זאת התקנה איננה נסוגה לחלוטין משיטתם ההלכתית של החכמים (לזכות בלקט רק עני ראוי), שכן היא קובעת במפורש ש"אם יכול בעל הבית למחות בידן – ממחה".

דרך תורת־משפטית להסביר את מבנה התקנה היא לראות בה מקרה פרטי של ההבחנה המשפטית בין שני המצבים "מלכתחילה" ו"בדיעבד". שי וזנר, שדן בהבחנה בין "מלכתחילה" ו"בדיעבד" מטעים כי על פי רוב הדין "מלכתחילה" הוא כלל התנהגות (Conduct Rule), המורה לאדם כיצד יש לנהוג לפני מעשה (בקובעו איסור או מצווה או פרוצדורה); ואילו הדין "בדיעבד" הוא כלל הכרעה (Decision Rule), המורה לבית הדין כיצד להתייחס למעשה לאחר שנעשה.⁴⁴

בתחום האיסורים – שלגדרו נופלת ההלכה האוסרת לאפשר לעניים שאינם ראויים ללקט – ההתייחסות למצב שבדיעבד מתמקדת על פי רוב בשתי שאלות: שאלת הסנקציה – אם תוטל סנקציה בדיעבד על העבריין או לא; ושאלת תוקפו המשפטי של המעשה האסור – אם המעשה האסור תקף בדיעבד או שמא הוא חסר תוקף משפטי. נוסח תקנת התוספתא מתאים לאחת מתוך שלוש נוסחאות המאפיינות את ההבחנה בין מלכתחילה ובדיעבד בתחום האיסורים שעליהן עומד וזנר: "לכתחילה אסור בדיעבד פטור".⁴⁵ הוא מתמקד בשאלת הסנקציה, וקובע שלמרות האיסור שחל מלכתחילה, העבריין פטור מעונש בדיעבד. תקנה זו קובעת אפוא כלל התנהגות – למחות ביד עניים לא ראויים – אולם בד בבד מבטלת סנקציה אפשרית שתוטל על מי שעבר על האיסור

43 שאול ליברמן סבור כי אפשר שהפירושים השונים נעוצים בנוסחים שונים של התוספתא. הנוסח שהבאתי הוא נוסח כתבי היד. בדפוס הנוסח הוא: "עניים שאין ראויין", וחסרה המילה "ללקט". לדברי ליברמן אפשר שגרסת הדפוס היא הנכונה ומשמעותה שהעניים אינם מתנהגים בהגינות ועל כן אינם זכאים ליהנות ממתנות העניים. ראו שאול ליברמן **תוספתא כפשוטה, סדר זרעים** כרך א 158 (התשט"ו).

44 שי וזנר "על קוהרנטיות ואפקטיביות בהלכה: בירור ראשוני של ההבחנה בין לכתחילה ובדיעבד" **דיני ישראל** כ-כא 43, 51 (התשס"א).

45 שם, בעמ' 46-47.

האמור בתקנה – כלומר על בעל בית שלא גירש את אותם עניים שאינם ראויים, וגרם בעקיפין לגזל עניים.

הלכה זו, כאמור, לא נכנסה אל הקובץ. והנה, מופיעה בו הלכה אחרת, המנוסחת באותם מטבעות לשון ממש:

אין ממחים ביד עניי גוים בלקט ובשכחה ובפאה מפני דרכי שלום

יש לשים לב לשתי הקלות שיש בהלכה זו ביחס להלכה הקודמת. ראשית, כאן מדובר בעניים גויים ולא בעניים ישראלים, ואלו לכאורה אינם אמורים ליהנות כלל ממערכת הצדקה היהודית. בכל זאת קובעת ההלכה כי ניתן לאפשר להם להימנות עליה (ואפילו באופן חלקי). שנית, בשונה מן ההלכה הקודמת, כאן ההנחיה לאפשר לעניי הגויים להיכנס לנחלה אינה מותנית באי־יכולתו של בעל הנחלה לסלקם משם, אלא מתירה לחלוטין את כניסתם של העניים הגויים לשדה. כלומר, אין כאן כלל הבחנה בין מצב ראוי מלכתחילה, לבין מצב לא רצוי שנתהווה בדעיכה, אם בעל הנחלה לא היה יכול לסלק את העניים הגויים.

גישה זו, התומכת בהכללתם של עניי גויים במערכת הצדקה הקהילתית, משתקפת גם בקובץ המקביל שבתוספתא,⁴⁶ ובברייתות על משנתנו המובאות בתלמודים.⁴⁷ אולם למולה, ניתן לראות במדרשי ההלכה דבי ר' עקיבא (הספרא והספרי לדברים) גישה חד־משמעית, השוללת נתינת צדקה לגויים, ומתנגדת במיוחד לזכאותם למתנות עניים.⁴⁸

ברומה להלכה הקודמת שראינו, גם כאן משתקפת הכרעה ערכית חיובית. מחד גיסא לא הוכנסה לקובץ הלכה שנלווית לה נימת הסתייגות ברורה ואף הנחיה לפעולה אחרת "אם יכול בעל הבית למחות בידם ממחה". נהפוך הוא, מוכנסת אליו הלכה שנוקטת בדיוק באותו מטבע הלשון "ממחין ביד", אך דווקא כחלק מן הנורמה המחייבת – כלומר הראויה – שההלכה קובעת. בחירה זו יוצרת גישה חיובית הן כלפי זכאותם של עניי גויים לצדקה הן כלפי ההנמקה "מפני דרכי שלום". זו שוב אינה מוצגת כהצדקה אפולוגטית או מסתייגת, אלא כביטוי לערך ראוי בעיני חכמים. מאידך גיסא נכון לשים לב כי הנימוק "מפני דרכי שלום" אינו מבטא תפיסה עקרונית הרואה בהכרח בלא יהודים זכאים לצדקה, מתוך תפיסה הומניסטית הקוראת לתמוך בכל אדם באשר הוא אדם, או בתוקף מצוות התורה.⁴⁹ יש לומר, אם כן, שגם כאן משמשת הנמקת "דרכי שלום"

46 תוספתא, גיטין ג, יג-יד.

47 ירושלמי, גיטין ה, ח (מו ע"ב). וראו גם ירושלמי, עבודה זרה א, ג (לט ע"ג); ירושלמי, דמאי ד, ד (כד ע"א); בבלי, גיטין סא, ע"א.

48 יעל וילפנד בן־שלום גלגל הוא והוא עובר על הכל: עוני וצדקה בעיני חכמי ישראל 233-244 (2017).

49 מתוך כלל המקורות שבהם דנה וילפנד עולה כי קיימת הסכמה שהציווי התורני הוא לתמוך בעניי ישראל, ואילו התמיכה בעניי גויים מונעת מהרצון לשמור על יחסים טובים במקומות

כהסבר – שניתן לקרוא לו לכל הפחות "מסתייג" – לווייתור שלהם על עיקרון הלכתי מטעם פרגמטי, ולא כערך שאותו היו מעוניינים לקדם.⁵⁰

ב.3. גזל או גזל גמור? – בין דיני נזיקין להלכות "מפני דרכי שלום"

הדוגמה השלישית להטמעה או להדרה של כללים בתת-המערכת עוסקת במקרים שונים של גזל. שלוש הלכות בקובץ, העוסקות במצבים שחכמים הגדירו כגזל, עומדות במחלוקת בין תנא קמא לר' יוסי, ואלו הן:

1. מציאת חרש שוטה וקטן יש בהן גזל מפני דרכי שלום ר' יוסי אומ' גזל גמור;
2. מצודות חייה ועפות ודגים יש בהן גזל מפני דרכי שלום ר' יוסה אר' גזל גמור;
3. העני המנקף בראש הזית מה שתחתיו מפני דרכי שלום ר' יוסה אומ' גזל גמור.⁵¹

ההלכות מסדירות זכויות קנייניות במקרים שבהם הבעלות הקניינית נמצאת בתחום אפור: ההלכה הראשונה עוסקת באנשים – חרש שוטה וקטן – שבנושאים רבים מצאו אותם החכמים בלתי כשירים לעמוד בנורמות ההלכתיות, ובהן גם זכאותם להחזקת קניינים.⁵² ואילו שתי ההלכות האחרות מדברות בסיטואציות שבהן אדם פועל כדי להשיג אובייקט כלשהו, אך טרם זכה בו על פי דיני הקניין.⁵³ בשלב לימינלי זה נלקח האובייקט בידי אדם אחר. עתה נשאלת השאלה: האם הלוקח גזל אובייקט השייך לאדם אחר, או שהוא עתה בעליו החוקי? בכל שלושת המקרים פוסקים החכמים – הן תנא קמא הן ר' יוסי – כי האובייקטים שייכים לאדם הראשון. על כן לקיחת האובייקט בידי אחר נחשבת גזל. אולם, ההנמקה "מפני דרכי שלום" מורה כי תנא קמא סבור שהגדרתו הקניינית של האובייקט (זיתים, עופות, דגים וכו') לא השתנתה, והוא נותר במהותו בבחינת "הפקר" לכול. במילים אחרות, תנא קמא אינו מכליל מקרים אלו תחת הקטגוריה המשפטית "דיני

ישוב שבהם חיים יהודים וגויים אלו לצד אלו. ראו שם, בעמ' 237–238. אולם, כאמור, רצון זה לא נצבע בתקנה שאנו עוסקים בה בצבע אפולוגטי, כמוצא מתוך חוסר ברירה. על יצירת מרחב המאפשר חיים משותפים לצד גויים ראו Moshe Halbertal, *Coexisting with the Enemy: Jews and Pagan in the Mishna, in TOLERANCE AND INTOLERANCE IN EARLY JUDAISM AND CHRISTIANITY 159–172*, (Graham N. Stanton & Guy G. Stroumsa eds., 1998).

ישי רון צבי הגיע למסקנה דומה. ראו ישי רון צבי "הופעת הגוי בספרות הז'ל" תעודה כו 361, 417 (התשע"ד).

- 50 על בדיקת זכאותם של עניים לקבל תמיכה ראו וילפנד, לעיל ה"ש 48, בעמ' 220–232.
- 51 סדר ההלכות הללו שונה בין כתבי היד של המשנה, ועל כן גם הסוגיות עליהן בתלמודים אינן זהות בסדרן. ראו דוד אלבני *מקורות ומסורות: ביאורים בתלמוד לסדר נשים* 678 (התשכ"ח).
- 52 לדיני אחריות על קניין ביחס לחירש, שוטה וקטן, עיינו משנה, בבא קמא ד, ד; משנה, בבא קמא ו, ד.
- 53 לדיני קניין העוסקים בהשגת בעלות על אובייקטים שונים ראו משנה, קידושין א, ד-ה.

קניין", אלא מחיל עליהם קטגוריה אחרת, מסיבות של אתיקה (רגשותיו של הנפגע) או מדיניות ציבורית (מניעת עימות; שמירה על המרקם החברתי). לעומתו סבור ר' יוסי כי הרכוש שייך לאותו אדם שעשה מאמץ להשיגו, או מצא אותו ראשון מתוקף דיני הקניין. האם יש להגדרות השונות תוצאות נורמטיביות שונות זו מזו? במשנה עצמה חסר מידע כדי לענות על שאלה זו. לעומת זאת, מן הדיונים בתלמודים עולה שאומנם כן. שני התלמודים טוענים כי לשיטת תנא קמא אין להטיל סנקציה על הלוקח, שלא עבר על דין תורה. לעומת זאת שיטת ר' יוסי מאפשרת לנגזל לתבוע את השבת הגזלה בבית הדין.⁵⁴ ייתכן אפוא שר' יוסי סבר שבמקרים אלו היצמדות לכללים הפורמאליים (אין קניין = אין עבירה) יוצרת מצב לא צודק ולא רק פוגע ברגשותיו של הנגזל, או מזיק לשלום הציבור. לפיכך הוא מרחיב את הקטגוריה "דיני קניין" באמצעות הוספת כלל נוסף.⁵⁵ כך מושגת לשיטתו, אליבא דתלמודים, תוצאה צודקת במישור הנורמטיבי, ולא במישור המוסרי בלבד.

בדרכו של קנדי נוכל לומר אפוא כך: במקרים שלפנינו (הלכות הגזל שבקובץ) כל אחד מן השחקנים במשנה – תנא קמא ור' יוסי – "העלה על דעתו" קטגוריה משפטית אחרת, שניתן לעשות אליה אנלוגיה של המקרה החדש; ואף להיפך, "לא העלה על דעתו" שנכון להשוות בין המקרה החדש לבין התחום המוצע על ידי השחקן האחר. קבלת ההכרעה כתנא קמא – "גזל מפני דרכי שלום" – מהווה הגדרה משפטית מעשית

54 בבבלי, גיטין סא, ע"א פירש רב חסדא את ההבדל בין השיטות: "למאי נפקא מינא? להוציאו בדיינים". לדעת לורברבוים, לעיל ה"ש 12: "לאמורא רב חסדא (ובעקבותיו לפרשני המשנה בימי הביניים ולפוסקים) היה קשה לקבל את סטיית ר' יוסי מן הכללים (ה'נפרדים') של דיני הקניין, ועל כן פירש: 'גזל גמור מדבריהם' (בבלי, גיטין סא, ע"א). והתלמוד מוסיף: 'למאי נפקא מינא? להוציאו בדיינין'. אלא שנראה כי ר' יוסי שבמשנה סבר 'גזל גמור' כפשוטו, ואף לפי חכמים וכלומר ת"ק. ש"מ, כלומר אף 'מפני דרכי שלום', הם יוצאים בדיינים, ואכמ"ל". אולם גם בתלמוד הירושלמי, עירובין ז, ו (כד ע"ג) ניתן הסבר שמבחינת בין "גזל מפני דרכי שלום" ל"גזל גמור" שקשור בהוצאה בדין: "הדא דאת אמר להוציא ממנו בדין". אין לדעת אפוא אם כפי שסבור לורברבוים גם לת"ק מוציאים את הגזל בדיינים. אולם מכל מקום כבר האמוראים מסבירים את שיטתו של ר' יוסי – "גזל גמור" – בהוצאת הגזלה מידי הגזולן בדין, בניגוד למשמעות המעשית של "גזל מפני דרכי שלום" (יש לציין כי בירושלמי, גיטין ה, ח (מז ע"ב) לא מופיע הסבר המתניחם להשלכות הנורמטיביות של ההלכה, אלא מובא הסבר שפותר את השאלה כיצד יכול היה ר' יוסי להעמיד את הגזל על דיני הקניין הרגילים: "הדא דאת אמרת ב'דארעא! אבל הלוקח ביד זכתה לו ידו", כלומר שלפרשנות זו זיתים שלקח המנפק בידו, ואז הפילים לקרקע כדי לאסוף אותם לאחר מכן – הזיתים הם אפוא שלו על פי דיני קניין, והחריגים הם רק אותם זיתים שנפלו למטה מניעור הענפים ללא שנקטפו ביד קודם לכן).

55 מהאופן שבו ניסחו חכמים ברורות מאוחרים יותר את שיטתו של ר' יוסי – "עשו את שאינו זוכה כזוכה" (בבלי, גיטין ל, ע"א; בבלי, בכורות יח, ע"א; בבלי, בבא מציעא יב, ע"א-ע"ב) – עולה כי לדעתם ר' יוסי מכופף את הדין הפורמאלי.

של הקטגוריה המשפטית "מפני דרכי שלום", הן מבחינת החוקים שהיא כוללת (עד כה), הן מן הבחינה שהיא מיישמת גם על חוק זה משמעויות נורמטיביות שנלוו לכללים האחרים אשר נומקו "מפני דרכי שלום". במקרה זה אי-הטלה של סנקציה משפטית על מי שעובר על ההלכה.

בשונה מהדיונים על מעמד הכוהנים ועל מתנות עניים, בדיון הנוכחי העיסוק ב"מישור האופקי" אינו סביב הכללה והדרה של הלכות מהקטגוריה, אלא בנוגע לשימוש בקטגוריה ביחס למקרה גבול, שניתן לשייכו גם לתחום הלכתי אחר. הדיון בהכללה והדרה בהלכות "מפני דרכי שלום" בנושא גזל רלוונטי להלכה המופיעה בתוספתא,⁵⁶ שם נמצאת קבוצת הלכות אחרת העוסקת בענייני גזל, וביניהן אחת המנומקת "מפני דרכי שלום". בנוגע להדרתה של הלכה זו מהקובץ קשה לומר דברים חתוכים, ועל כן אציג בזהירות כמה אפשרויות:

1. המוצא קן בכורות בשיחין ובמערות מותר משום גזל וחייבות בשילוח;
2. ואם מקושרות אסורות משום גזל ופטורות מן השילוח;
3. יוני שובך ויוני עליה חייבות בשילוח ואסורות משום גזל מפני דרכי שלום.

על פי ההלכה הראשונה אם אדם מצא קן במקום שמעיד על כך שהוא חסר בעלים, הוא רשאי לתפוס בעלות על הקן. מכיוון שהפך לבעליו של הקן הוא מחויב לגביו במצוות שילוח הקן.⁵⁷ בהלכה השנייה אדם מצא סימנים לכך שהקן בבעלותו של אחר – "מקושרות" – ועל כן הוא אינו רשאי לתפוס בעלות עליו. כפועל יוצא מכך הוא גם פטור לגביו ממצוות שילוח הקן. בהלכה השלישית היונים נמצאו במקום המהווה תחום "אפור" מבחינה משפטית. מכיוון שיש אפשרות קלושה בלבד שהיונים שייכות למישהו אחר, המוצא אותם מחויב במצוות שילוח הקן. על פי ההיגיון שראינו בשתי ההלכות הקודמות, לכאורה חיובו של המוצא במצווה גוזר ממנה ובה גם את המצב הקנייני המתלווה לכך: למוצא יש זכות לתפוס בעלות על היונים. אולם קיומה של אפשרות, ולו קלושה בלבד, שהיונים בכל זאת שייכות לאדם אחר, מונעת את החלת בעלותו של המוצא עליהן, ומגדירה את לקיחתן כ"גזל מפני דרכי שלום".

השאלה העולה מכך היא מדוע לא הוכנסה ההלכה השלישית שבתוספתא חולין אל תוך הקובץ שבמסכת גיטין? אציע לכך כמה אפשרויות פרשניות. אפשרות אחת היא להניח בפשטות שעורך הקובץ לא הכיר הלכה זו. אפשרות אחרת היא להניח שלפני עורך הקובץ במשנה הייתה מונחת ערוכה זה מכבר יחידת המחלוקות בין תנא קמא לר' יוסי, ואותה שיבץ כפי שהיא בתוך הקובץ שיצר. במקרה זה, אם אומנם הכיר את ההלכה שבתוספתא, ייתכן שבחר שלא להכניס אותה אל הקובץ ממניע ספרותי: היא שונה במבנה הספרותי שלה משלוש ההלכות שבמחלוקת.

56 תוספתא, חולין י, יג (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 512).

57 דברים כב 6-7.

אולם אם אכן הכיר העורך את הלכת התוספתא ניתן להניח אפשרות שלישית, והיא שהניע אותו גם שיקול ספרותי שיש לו השלכה תורת-משפטית. לכאורה מבחינת המשמעות המשפטית מתאימה ההלכה לתפיסת תנא קמא: ההגדרה "גזל" חלה על מקרי גבול משיקולים חיצוניים לקטגוריית "דיני נזיקין". אולם בכל זאת קיים הבדל בין ההלכות שבמשנה להלכה שבתוספתא חולין. בהלכות העומדות במחלוקת בין תנא קמא לר' יוסי נעשה מאמץ מסוים להשיג את האובייקט. חרש, שוטה וקטן מצאו אותו והוא ברשותם הפיזית ממש; ואילו בהנחת מלכודות וניקוף זיתים אדם מבצע פעולה פיזית לקנותם. לעומת זאת בהלכה שבתוספתא אין ראייה כלשהי שתעיד על היותן של היונים שייכות למישהו, ולא מתוארת פעולה שנעשתה במטרה לקנותן. האפשרות הקלושה שהן שייכות כבר למאן דהו נובעת מסוג היונים באופן כללי (יוני שובך ויוני עלייה), ולא מסימן כלשהו או פעולה כלשהי ביונים המסוימות הללו.⁵⁸

סביר להניח אפוא שבמקרה זה גם ר' יוסי היה מסכים להגדרה "גזל מפני דרכי שלום" ולא "גזל גמור" מצידו של הנוטל. על כן, אם הייתה הלכה זו נכנסת לקובץ היא הייתה דווקא מחלישה את עמדתו של תנא קמא בהלכות האחרות. שכן אז היה ניתן להציע מדרג הגיוני – על פי שיטת ר' יוסי – בתוך מה שנחשב עד עתה כ"תחום אפור": במקום שאין שום ראייה לשייכותו משכבר של האובייקט (כגון "מקושרות"), או פעולה קודמת בניסיון לקנותו – לקיחתו תיחשב כגזל "מפני דרכי שלום". כלומר מטעמים של שלום הציבור או פגיעה ברגשותיו של אדם ולא מתוך הגדרה קניינית. לעומת זאת במקרים שבהם נעשתה פעולה להשיג בעלות על האובייקט, מספיקה פעולה זו כדי להוציאם מהקטגוריה "מפני דרכי שלום" ולהכניסם לקטגוריה של דיני הקניין. אם כך הם פני הדברים, ייתכן שהלכה זו נותרה מחוץ לקובץ מטעם ספרותי: כך מתחזקת עמדתו של תנא קמא, המצמצמת את תחולת דיני הקניין. כדרכנו, לתוצר ספרותי זה ישנה משמעות תורת-משפטית – בכך מורחבים תחומי הקטגוריה "מפני דרכי שלום", ומתבסס היחס החיובי (ולא האפולוגטי או הפרגמטי בעלמא) לשיקול זה.

*

שלוש הדוגמאות שהבאתי בסעיף זה הציגו שיקולי עריכה רעיוניים, ספרותיים ותורת-משפטיים אפשריים ליצירתו של קובץ ההלכות "מפני דרכי שלום". שיקולים אלו מציגים את המישור האופקי בבניית תת-המערכת לפי המודל של קנדי. שיקולי עריכה רעיוניים ראינו בהחלטות לכלול בקובץ הלכות שהן בעלות נימה חיובית כלפי ההנמקה "מפני דרכי שלום", ולהדיר ממנו הלכות שהנימה המשתקפת כלפיהן היא נימה מסתייגת של החכמים, שראתה ב"דרכי שלום" הצדקה אפולוגטית לנסיגה מתפיסתם ההלכתית. שיקול ספרותי ראינו באפשרות להניח כי עורך הקובץ הכליל בו את מחלוקת תנא קמא ור'

58 בכך שונה ההלכה השלישית הן מההלכות שלפניה בתוספתא חולין, הן ממקבץ ההלכות שבמשנת גיטין.

יוסי בהיותן ערוכות כבר כחטיבה קודמת, קוהרנטית מבחינת המבנה הספרותי שלה ותוצאותיה המשפטיות. שיקולים תורת־משפטיים השתקפו מהצעת שיקול אפשרי אחר שעמד לנגד עיניו של העורך ביחס לשאלה מה לכלול ומה להדיר מן הקובץ בדיני גזל. בשונה מן השיקול הספרותי, השיקול התורת־משפטי עולה הן מעצם הדיון המושגי בהגדרה "גזל" לעומת ההגדרה "גזל מפני דרכי שלום", שנוצר מקיומה של המחלוקת, הן מהכללתו של מקבץ ההלכות בתוך קובץ "דרכי שלום", הן מן ההחלטה – ככל שהייתה כזו – להדיר ממנו את ההלכה שבתוספתא חולין. דומני כי מהקובץ הערוך שלפנינו משתקפת העדפה של ההגדרה התורת־משפטית של תנא קמא, ובכך לקיים הפרדה ברורה (ולא מדרגית) בין תת־המערכת "דיני קניין" לתת־המערכת "מפני דרכי שלום" בתוך המערכת המשפטית.

ג. מרכיבים ב"מישור האנכי" של הקטגוריה ההלכתית "מפני דרכי שלום"

עתה אנסה לעמוד על היחסים הפנימיים בתוך הקטגוריה. כזכור, במודל של קנדי מישור זה מתייחס ליחסים בין כללים קונקרטיים ומוגדרים לבין כללים מופשטים ופתוחים יותר – כגון עקרונות משפטיים, קטגוריות פרוצדוראליות ומושגים כלליים יותר (לדוגמה "חובה", "כוח" וכיוצא באלה). דרכי בכירורם של יחסים אלו תהיה אפוא משני כיוונים. האחד, ניסיון לברר מהו המעמד של "מפני דרכי שלום" בתוך המערכת המשפטית: כלל מחייב, עיקרון תיאורי או עיקרון נורמטיבי־משפטי. לשם כך איעזר במודלים העוסקים בכללים, בעקרונות ובזיקות המתקיימות ביניהם, כמושגים מוגדרים יותר מאשר המונחים הכלליים שבהם נוקט קנדי. הכיוון השני יהיה הניסיון להבין את המשמעות התורת־משפטית שעשויה להיות לעובדה שבקובץ "דרכי שלום" ההנמקה המפורשת "מפני דרכי שלום" מופיעה מחד גיסא ככותרת כללית לקובץ כולו, ומאידך גיסא שבה ומוצמדת כמעט לכל אחת ואחת מן ההלכות שבו. לצורך זה איעזר בהבחנותיו של התיאורטיקן פרידריך שאוור, שעסק רבות בתפקידן ובמאפייניהן של הנמקות מפורשות במשפט.⁵⁹

59 ראו Frederick Schauer, *Giving Reasons*, 47 STAN. L. REV. 633, 633–659 (1995) [*'Giving Reasons'*]; Frederick Schauer, *The Jurisprudence of Reasons*, 85 MICH. L. REV. 847, 847–870 (1987); FREDERICK SCHAUER, *PLAYING BY THE RULES: A PHILOSOPHICAL EXAMINATION OF RULE-BASED DECISION-MAKING IN LAW AND IN LIFE* (1991); FREDERICK SCHAUER, *THINKING LIKE A LAWYER: A NEW INTRODUCTION TO LEGAL REASONING* (2009)

ג.1. בין כללים לעקרונות משפטיים – רונאלד דוורקין ויוסף רו

מודל מרכזי העוסק ביחסים בין כללים לעקרונות משפטיים, ושלפיו ניסו חוקרים לבחון את תופעת ההנמקה ההלכתית בתקופת המשנה והתלמוד, הוא המודל של רונאלד דוורקין. לייב מוסקוביץ, בספרו *Talmudic Reasoning*, העמיד את המודל של דוורקין כעמדת מוצא לבחינת תהליכי המשנה המתרחשים בספרות ההלכתית של תקופה זו, אך סבר שהוא אינו רלוונטי לצורך המשגתה של ההנמקה "מפני דרכי שלום".⁶⁰ חשוב לציין כי כדרכו של לייב מוסקוביץ, גם אני סבורה כי יש הבדלים בין האופן שבו מתאר דוורקין "עיקרון משפטי", לבין האופן שבו פועלת ההנמקה המשפטית "מפני דרכי שלום" בתוך המערכת ההלכתית של תקופת המשנה והתלמוד. אולם דוורקין חשוב לדיוננו מטעם אחר: משום שהמודל שהעמיד שימש כמצע לביקורתו של התיאורטיקן יוסף רו, שיצר הבחנות מעודנות יותר הן ביחס למושגים "עקרונות" ו"כללים" משפטיים, הן באשר

LEIB MOSCOVITZ, *TALMUDIC REASONING: FROM CASUISTIC TO CONCEPTUALIZATION* 34–35, 60 (2002) 41–43 מונה כמה הבדלים בין מה שמאפיינ הנמקות כגון "מפני תיקון עולם" ו"מפני דרכי שלום" – שאותן הוא מכנה "BROAD DISCRETIONARY PRINCIPLES" (בתרגום חופשי: "עקרונות שיקול דעת נרחב", ש"מ] – לבין המושגים "עקרונות" או "מדיניות", כפי שהתייחס אליהם דוורקין (ראו Ronald M. Dworkin, *The Model of rules*, 35 U. CHI. L. REV. 14 [1967] SERIOUSLY [1977]). דוורקין פיתח את המודל שלו מתוך ביקורת על הגישה הפוזיטיביסטית הדומיננטית בפילוסופיה של המשפט האנגלו-אמריקאי, כפי שניסח אותה, H. L. A. HART, *The Concept of Law* (1961) 81 YALE L.J. 823 (1972); Kathleen Sullivan, *The Supreme Court, 1991 Term: Foreword: The Justice of Rules and Standards*, 106 Harv. L. Rev. 22 (1992); J. W. HARRIS, *LAW AND LEGAL SCIENCE: AN INQUIRY INTO THE CONCEPTS LEGAL RULE AND LEGAL SYSTEM* (1979). זאת ועוד, בסקירה הספרותית שעשה מיכאל פיטקובסקי בעבודת הדוקטור שלו, הוא מציג תפיסות תורת-משפטיות שונות ביחס לעקרונות וכללים משפטיים, אולם הוא לא בחן את ייחודו של הקובץ שבמשנה כקובץ ערוך אלא דן בכל ההלכות המנומקות "מפני דרכי שלום" בהלכה התנאית. כמו כן הוא צירף לכך גם ניתוח של מושגים קרובים נוספים שנמצאים בתלמודים. נוסף על כך, בדיוניו הפרטניים בהלכות השונות לא עשה פיטקובסקי שימוש במודלים השונים. בסוף עבודתו הוא מצביע בקצרה ובאופן כללי בלבד על אופנים שונים שבהם השתמשו חכמים בטרמינולוגיות שבדק כעיקרון משפטי (כגון: הצדקה כנגד נוהג קיים; הצדקה לשנות חוק קיים; הצדקה ליצירת הלכה חדשה). ראו Michael Matthew Pitkowsky, 'Mipenei Darkei Shalom' (Because of the Paths of Peace) and Related Terms: A Case Study of How Concepts and Terminology Developed from Tannaitic To Talmudic Literature 2–5, 267–270 (2012) (Ph.D. diss., JTS) שהשאירו קודמיי.

לסוגי הקשרים שמתקיימים ביניהם.⁶¹ הבחנות אלו מתאימות יותר כדי להנהיר חלק מן המארג הפנימי של היחסים בין כללים נורמטיביים לבין "כללים מופשטים ופתוחים יותר" (בלשונו של קנדי), כפי שהם באים לידי ביטוי בעיצובה של הקטגוריה "מפני דרכי שלום". לפיכך אביא עתה בתמצות רב ביותר את עיקרי טיעוניו של דוורקין לגבי ההבדלים בין כללים ועקרונות בתוך המערכת המשפטית, ולאחר מכן ביתר פירוט את ההבחנות שמציע רוז, אשר ישרתו אותנו לצורך הנהרת מרכיבים שונים בממד ה"אנכי" של הקטגוריה "מפני דרכי שלום".

דוורקין טוען כי כללים ועקרונות נבדלים ביניהם באופן שבו הם מתפקדים בתוך המערכת המשפטית. כללים מופשטים מיושמים באופן של "הכול או לא כלום". דהיינו, אם העובדות של המקרה המתואר נופלות בגדר הכלל, אזי הכלל תקף לגביהן והתשובה המשפטית שהוא נותן חלה עליהן; ואם הן אינן נופלות לגדר זו, הכלל אינו תקף כלפיהן ואינו תורם מאומה להחלטה המשפטית שצריכה להתקבל לגביהן.⁶² לכן, כאשר כללים מתנגשים ביניהם, אחד מהם לא יכול להיות תקף. לא מפני שהוא איננו חשוב בתוך המערכת המשפטית, אלא מפני שהוא פחות רלוונטי למקרה הנדון, ועל כן הוא "מוצא מן המשחק", דהיינו מהווה "כלום" במקרה זה.

עקרונות, לעומת זאת, הם מופשטים יותר, במובן זה שאינם מתייחסים בהכרח למקרה הספציפי ולעובדות המתוארות בו. ההתחשבות בהם אינה נעשית בדרך של "הכול או לא כלום" אלא בדרך של מתן משקל. כלומר, מדידת משקלו וחשיבותו של העיקרון הרלוונטי בתוך כלל השיקולים שאותם צריך לקחת בחשבון ה"שחקן המשפטי" (מחוקק, שופט, עורך דין וכדומה), כשהוא דן במקרה שלפניו. כאשר עיקרון מתנגש בעיקרון אחר, יש לקחת בחשבון את המשקל היחסי של כל אחד מהם ביחס למקרה הנדון. כמובן, מטעים דוורקין, המדידה, או השיפוט כי עיקרון (או מדיניות כלשהי, שהיא אחד מסוגי העקרונות לדירו של דוורקין) חשוב יותר מאחר, לא יכולה להיות מדויקת, והיא עשויה לעמוד במחלוקת בין המתדיינים. עם זאת, המשקל הוא חלק אינטגרלי מהמושג "עיקרון משפטי", ועל כן השאלה שתישאל כאשר שוקלים תשובה משפטית למצב מסוים תהיה עד כמה חשוב העיקרון, או איזה משקל יש לו בתוך כלל השיקולים שנלקחים בחשבון.

בניגוד לדוורקין מראה רוז כי ההבחנות בין כללים לעקרונות אינן תמיד חד-משמעיות ובמקרים שונים נמצאים מושגים אלו על רצף, ולא קטבים המנוגדים זה לזה באיכותם. רוז מבדיל בין "עיקרון תיאורי" ל"עיקרון נורמטיבי".⁶³ "עיקרון תיאורי" הוא מעין קיצור מוכלל, ולא מפורט, לכללים שונים בעלי מגמה דומה. רוז מביא כדוגמה לכך את העיקרון

61 שם. רוז מבקר חלקים נרחבים בתיאוריה של דוורקין. אני מביאה מביקורתו ככל שהיא נוגעת לענייניו כאן.

62 דוורקין, Taking Rights Seriously, לעיל ה"ש 60, בעמ' 24.

63 רוז, לעיל ה"ש 60, בעמ' 826-829.

של "חופש הביטוי", המהווה למעשה הצבעה על מגוון כללים שונים שמטרתם להבטיח את חירות הביטוי, כגון החופש להביע עמדות שונות בפומבי ומתן מידע באופן פומבי, המוגבלים רק על ידי כללים האוסרים הוצאת דיבה, אי-גילוי סודות צבאיים וכיוצא בזה. לצד עיקרון כזה יכול לבוא גם "עיקרון משפטי נורמטיבי", המורה לרשויות השונות לפעול להבטחת חופש הדיבור בכל מקרה המסור להכרעתם, גם כאשר המקרה אינו נופל לגדר כלל מוגדר. עיקרון כזה איננו תיאור מקוצר למערכת כללים קיימים, אלא עיקרון שמטיל חובה, ובכך מנחה את פעולתן של רשויות המשפט והרשויות המנהליות ביצירת כללים חדשים לצורך יישומו של העיקרון. לדברי רו, אלו הם העקרונות שאליהם מתכוון דוורקין בתיאוריה שלו. ההבדל בין כלל לעיקרון נורמטיבי נעוץ, לדברי רו, בכך שכללים קובעים מעשים ספציפיים יחסית ואילו עקרונות קובעים פעולות מאוד לא ספציפיות. מעשה הוא מאוד לא ספציפי אם ניתן לבצע אותו בהזדמנויות שונות על ידי ביצוע פעולות גנריות הטרוגניות רבות. ההבחנה בין כללים ועקרונות, על פי ניתוח זה, מבוססת על מדרג, שכן "אין קו חד שיכול להבדיל בין מעשים שהם ספציפיים לאלו שאינם ספציפיים. כתוצאה מכך יהיו מקרים גבוליים רבים שבהם אי אפשר לומר באופן מוחלט כי לפנינו כלל משפטי או עיקרון משפטי".⁶⁴

בהמשך דבריו עומד רו על מגוון תפקידים שממלאים עקרונות נורמטיביים במערכת המשפטית. אחד מהם רלוונטי במיוחד לתיאור הקשר שבין "דרכי שלום" כעיקרון הלכתי לבין הכללים המנומקים בו. לתפקיד זה הוא קורא "עקרונות כעילה ליצירת כללים חדשים", וטוען:

כאשר עקרונות, אך לא חוקים, חלים על מגוון מסוים של בעיות, בתי משפט [במקרה שלנו המחוקק, ש"מ]⁶⁵ פועלים להסדרת התחום באמצעות קביעת כללים חדשים [...] כללים חדשים אלו מתקבלים על בסיס העקרונות שכבר קיימים.⁶⁶

2.ג. "מפני דרכי שלום" אל מול עקרונות הלכתיים אחרים

ככלל, על פי המודל של דוורקין יש לסווג את רוב ההלכות שבקובץ במסכת גיטין ככללים מחייבים ולא כעקרונות משפטיים, שכן הן מכילות הנחיה ישירה לפעולה ביחס למצב קונקרטי, באופן של "הכול או לא כלום". מקום שבו ניתן לראות תפיסה של "מפני דרכי שלום" כעיקרון מופשט יותר (כניסוחו של קנדי), ובדומה לקביעתו של רו שהובאה לעיל, אשר רואה את המושגים "כלל משפטי" ו"עיקרון משפטי" כנמצאים על

64 שם, בעמ' 838.

65 הדגש בדבריו של רו על בתי המשפט נובע מכך שהוא סבור שאופן זה של התפתחות המשפט תואם במיוחד את התפתחותו של ה־common law.

66 רו, שם, בעמ' 841.

רצף מדרגי, הוא בהלכות שבמשנה ט. הריון בהן, כפי שנראה מייד, נוגע הן להיבטים הקשורים למישור האופקי הן להיבטים הקשורים למישור האנכי במודל שהציע קנדי:

1. משאלת אישה לחברתה החשדה על השביעית נפה וכברה וריחיים ותנור אבל לא תבור ולא תיטחן עמה;
2. אשת חבר משאלת לאשת עם הארץ נפה וכברה ובוררת וטוחנת ומרקדת עמה אבל משתטיל את המים לא תיגע אצלה שאין מחזקים ידי עוברי עבירה וכולם לא אמרו אלא מפני דרכי שלום;
3. ומחזקים ידי גוים בשביעית אבל לא ידי ישרא';
4. ושואלין בשלומן מפני דרכי שלום.⁶⁷

הלכות 1 ו-2 מטפלות במערכות יחסים בין שכנות שאינן מקפידות על קיום ההלכה באותה המידה, ואילו הלכות 3 ו-4 עוסקות ביחסים עם גויים. הלכה 1 מתייחסת לרמות שונות של הקפדה על שמירת שנת השמיטה, והלכה 2 לרמות שונות של הקפדה על אכילה בטרה.⁶⁸ אגב כך מובאת ההלכה העוסקת במגע עם אשת עם הארץ (כשהמשותף לה ולהלכה הקודמת הוא ההתנהלות בין שכנות שאינן מקפידות באופן זהה בהלכה, וסוג הפתרון שניתן לבעיה שעולה במגע עימן), וההלכות שעוסקות ביחסים עם גויים. הלכה 3 מרחיבה את מעגל המגזרים שאיתם מסדירה המשנה את אופן ההתנהלות בשנה השביעית – מישראלים לגויים – תוך העמדתה באופן מנוגד לכלל שנקבע ביחס לישראל, והלכה 4 מובאת אגב העיסוק ביחסים איתם (ושוב, מציגה פתרון דומה לבעיה קרובה במאפייניה).

67 יש לסייג ולומר, כי כפי שעמד על כך מוסקוביץ, לעיל ה"ש 60, בעמ' 52-56, עקרונות משפטיים ברובד התנאי של ההלכה – כגון אלו שנראה עתה במסכת שביעית – מייצגים את ראשיתה של דרך ההפשטה וההמשגה המשפטית של החכמים. על כן גם בהקשר זה נכון להתייחס אל המושג "עיקרון משפטי" באופן גמיש יותר מהאופן שבו מדבר עליו דוורקין (ודומה יותר לאופן שבו קנדי מתייחס אליו). המאפיינים המרכזיים של עקרונות משפטיים ברובד התנאי, כפי שניתח אותם מוסקוביץ, הם (א) משמשים ליצירת חלוקה לקטגוריות משפטיות – לאיזה שדה שייך כלל מסוים; (ב) קשורים בדרך כלל לתחום משפטי אחד מסוים, ולא ניתנים ליישום על שדות אחרים (בכך שונה "מפני דרכי השלום" – כעיקרון משפטי מן הסוג "Broad Discretionary Principle" – מהעקרונות המשפטיים של דיני שביעית); (ג) בדרך כלל אינם בעצמם – ואינם מתייחסים אל – מושגים מופשטים כגון "שינוי", "כוונה", "ארעיות" וכיו"ב. הם מדברים על אובייקטים גשמיים ומצבים מוכרים מן החיים היומיומיים; (ד) מהווים בדרך כלל קטגוריות משפטיות אד-הוק, שאינן מוכרות מחוץ למערכת ההלכה (כלומר, "שביעית", "טרה", "כשרות" וכדומה).

68 לנושא זה ראו יאיר פורסטנברג טהרה וקהילה בעת העתיקה: מסורת ההלכה בין יהדות בית שני למשנה (2016).

מקורן של הלכות אלו הוא במסכת שביעית, שם הן מובאות כחלק מיחידה טקסטואלית המנסחת עקרונות להתנהלות מותרת ואסורה עם חשודים או עברייני שביעית. וכך אנו מוצאים במסכת שביעית:

(ז) אלו כלים שאין האומן רשאי למכרם בשביעית מחרישה וכל כליה העול והמזרה והדקר אבל מוכר הוא מגל יד ומגל קציר ועגלה וכל כליה. זה הכלל כל שמלאכתו מיוחדת לעבירה אסור לאסור ולהתר מותר [...].⁶⁹

(ח) בית שמאי אומרים: לא ימכור לו פרה חורשת בשביעית וב"ה מתירין מפני שהוא יכול לשחטה. מוכר לו פירות אפילו בשעת הזרע ומשאל לו סאתו אף על פי שהוא יודע שיש לו גורן ופורט לו מעות אע"פ שהוא יודע שיש לו פועלים וכולן בפירוש אסורין.⁷⁰

(ט) משאלת אשה לחברתה החשודה על השביעית נפה וכברה ורחיים ותנור אבל לא תבור ולא תטחן עמה; אשת חבר משאלת לאשת עם הארץ נפה וכברה ובוררת וטוחנת ומרקדת עמה אבל משתטיל המים לא תגע אצלה שאין מחזקין ידי עובדי עבירה וכולן לא אמרו אלא מפני דרכי שלום; ומחזקין ידי נכרים בשביעית אבל לא ידי ישראל ושואלין בשלומן מפני דרכי שלום.⁷¹

לעומת היחידה הטקסטואלית במסכת גיטין – שבה לצד המשפט "וכלן לא אמרו מפני דרכי שלום" אנו מוצאים את הנמקת "דרכי שלום" לצד הלכות נוספות – ביחידה הטקסטואלית שבמסכת שביעית נראה שהתשובה לשאלה על אילו מן ההלכות מוסב הנימוק "מפני דרכי שלום" היא עמומה ונתונה לפרשנות. זאת מפני שמצד אחד בהלכות ז-ח מופיעים עקרונות אחרים המנחים את קביעת הכללים ההלכתיים ("זה הכלל כל שמלאכתו מיוחדת לעבירה אסור ולהתר מותר"; "וכלן בפירוש אסורים"), והם שמגדירים את אחריותם של המוכר והמשאל להתהוות העבירות ולכאורה מייתרים את הצורך בהנמקת "מפני דרכי שלום" כהצדקה להלכה; אך מן הצד השני, כשהולכים בשיטת בית הלל בכל זאת קיים פתח להיווצרות עבירה, שהמוכר או המשאל יהיו חלק מהגורמים לה. אם כן, במישור האופקי נשאלת השאלה במה מתייחדות ההלכות

69 "זה הכלל" הוא אחד הטרמינים שמנתח מוסקוביץ כביטוי לניסוח עיקרון משפטי ברובד התנאי. ראו לעיל ה"ש 60, בעמ' 50-56.

70 על המילה "כל"/"כולן" בצירוף לפועל או מבנה פועלי (כאן: "בפירוש"). כלומר "אמר/ נאמר במפורש"), כביטוי לניסוח עיקרון משפטי בטרמינולוגיה התנאית, ראו מוסקוביץ, לעיל ה"ש 60, בעמ' 59.

71 ירושלמי, מסכת שביעית, ט (לה ע"ג). ראו יהודה פליקס תלמוד ירושלמי מסכת שביעית כרך א 357-358 והערה 261 (התשס"א): "כבר עמדו המפרשים שהשאלה [המובאת בסוגיית הירושלמי. ש"מ]: 'על כל פירקא את אמרת' וכו' והתשובה 'מן מה דלא תנינן בגיטין וכו' מוכיחות שכל הסוגיא מקומה בשביעית".

שבמשנה ט משאר ההלכות שבמסכת שביעית, שהן בלבד הוכנסו אל הקובץ בגיטין בנימוק "מפני דרכי שלום?"

כאשר אנו עוסקים ב"חשודה על השביעית" ו"אשת עם הארץ" ההבדל בינן לבין ההלכות האחרות נעוץ, לדעתי, בסוג היחסים המתוארים בהן. שלא כבמשניות הקודמות, בהן מדובר על מגע שנשען על שותפות אינטרסים כלכלית – בין סוחר או אומן לקונה וכיוצא בזה – עוסקות הלכות אלו ביחסים המושתתים על מגע יומיומי וחברי. האינטימיות הבין-אישית משתקפת בשלושה עניינים: האחד – בניגוד להלכות אחרות שבהן מדובר ביחסי מסחר, כאן המשנה אומרת באופן מפורש "משאלת אשה לחברתה"; השני – הכלים שמבקשת החשודה הם כלי עבודה ביתיים "נפה וכברה וריחים ותנור" המיועדים לשימושים יומיומיים; והשלישי – מתוך תיאור המשנה את העבודה עם הכלים עולה שזו נעשית בצוותא נשי, כפי שמשמע מן הפסיקות "אבל לא תבור ולא תיטחן עמה", ו"ובוררת וטוחנת ומרקדת עמה אבל משתטיל המים לא תגע אצלה"⁷². ההפרש בין שתי ההלכות נובע מכך שהמשנה מניחה שהברירה והטחינה עם החשודה על השביעית הן ביבול אסור, זאת אף שניתן לפרש שהקמח בא מיבול של היתר. מכיוון שכך ניתן להשאיל לה את הכלים (משום הספק שאולי תעבוד בהם עבודה מותרת בשביעית) אך לא לברור או לטחון עימה כדי לא להסתכן בשותפות לעבירה. לעומת זאת אשת עם הארץ אינה מקפידה במעשרות ובטהרות. אך במקרה זה כל זמן שהמוצר יבש אין הוא מקבל טומאה, כלומר גם אם ייגע בו הטמא (כגון אותה אשת עם הארץ) החומר לא ייטמא. עם הטלת המים הוכשר הבצק לקבל טומאה (מידיה של אשת עם הארץ במקרה שלפנינו). על כן מתירה המשנה לברור ולטחון עימה, אך לפרוש ממנה מרגע שתוסיף מים.⁷³

מכל מקום, המשנה משיחה לפי תומה על יחסי קרבה ואינטימיות בין שתי הנשים, והיא מנמקת את ההלכות ברצון לשמר את מערכת יחסים המשתקפת בהן. גם שתי ההלכות שעניינן יחסים עם גויים באות להסדיר יחסים בין-אישיים ויומיומיים בין החיים בשכנות, ולמנוע חיכוכים על רקע דתי ולאומי. בכל ארבע ההלכות קיימת לכאורה אפשרות לפגיעה בהלכה – כפי שתופסים אותה חכמים. למרות זאת, באמצעות הנמקתן והכללתן של ההלכות האלה תחת הקטגוריה ההלכתית "מפני דרכי שלום" – דהיינו, ארגונה של הקטגוריה במישור האופקי – הם מנסים לאפשר את שמירתה של שכנות נעימה באמצעות צמצום מסוים בהקפדה ההלכתית, והשארתה רק בנוגע לאותן פעולות שבכירור יביאו לפגיעה במצוות התורה.

72 על האפייה והבישול כאירוע חברתי משותף בחצר המשותפת ראו שמואל ספראי וזאב ספראי משנת ארץ ישראל: סדר זרעים ה מסכת שביעית 176-179 (התשס"ח).

73 וראו הסבריהם שם, בעמ' 179: "במשנה הקודמת [חשודה על השביעית] הגורם הקובע היה סופו של התהליך, האם ברור שהוא יבוא לידי איסור או לא, ואילו כאן [אשת עם הארץ] הנתון הקובע הוא תחולת האיסור".

בהמשך הדרך, בדורות מאוחרים, נשמעת אי-נחת מן הנורמה שקבעה ההלכה העוסקת ביחסים עם החשודה על השביעית. מתוך הדיון באי-הנחת הזו נבוא לדון בהלכות אלו גם על פי המישור האנכי במודל של קנדי. כך מתואר בסוגיה שבתלמוד הירושלמי:

ר' זעירא בעא קומי ר' מנא. מתניתא בסתם. הא במפרש לא.
אמ' ליה. וסתמו לאו כפירושו הוא.

אמ' ליה. אני או'. נפה לספור בה מעות. כברה לכבור בה חול. ריחיים
לטחון בה סממנין. תנור לטמון בו אונין שלפשתן.⁷⁴

ר' זעירא יוצר הרמוניזציה בין שתי המשניות הבאות ברצף (משנה ח ומשנה ט). הוא מתאים את התקנה שמדברת בהשאלת כלים לחשודה על השביעית (משנה ט) לשיטת בית הלל (משנה ח), המתירה לאדם למכור ולהשאיל משאבים שונים, היכולים לשמש הן לצרכים מותרים בשנת שביעית הן לצרכים אסורים, כתנאי שהמבקש לא אמר בפירוש לאיזה צורך הוא נזקק להם. לשיטתו של ר' זעירא, המשנה התירה להשאיל לחשודה על השביעית את אותם הכלים משום שהחשודה לא ציינה לאיזו מטרה באה לשאול אותם (= "בסתם"). במקרה כזה ניתן לפרש את מטרת השאילה לפנים שונות, בנייה גם לצרכים מותרים. אולם, אם השואלת הצהירה במפורש שהיא צריכה את הכלי להכנת לחם (מן התבואה החשודה כתבואת ספיחים שעלו בשדה בשנת השביעית, או תבואה שלא ביערוה וכלומר הוציאו אותה מן הבית והפקירו אותה לכול). אין להשאיל לה כלים. זאת הן מן הטעם הכללי (עיקרון הלכתי!) שאין מסייעים לעוברי עבירה, הן בהתאמה לאמור בסיפא של משנה ח, המנסחת את הכלל (במובן של עיקרון משפטי): "וכלן בפירוש אסורין".

על כך מקשה ר' מנא "וסתמו לאו כפירושו הוא?", כלומר מדוע צריך להצהיר במפורש מהי מטרת השאילה? האומנם יכול להיות שימוש אחר לאותם כלים שלא לצורך התקנת התבואה? בתשובה מציע ר' זעירא פעולות אחרות שניתנות להיעשות באותם הכלים: "נפה לספור בה מעות וכו'". כלומר, בהיעדר ציון מפורש למטרת השימוש בכלים יכולה המשאילה להתלות בכך שהחשודה תשתמש בכלים לצרכים מותרים. כך משיג ר' זעירא שתי מטרות. ראשית, הוא מיתר את הצורך בהנמקת "דרכי שלום", ומעמיד את ההלכה על עיקרון משפטי אינהרנטי לקטגוריה המשפטית שבה היא עוסקת – דיני שביעית; שנית, הוא מצמצם את היתר המשנה להשאיל כלים לחשודה על השביעית אך ורק למצב ב"סתם".⁷⁵

74 ירושלמי, שביעית ה, ט (לה ע"ג). מקבילה בירושלמי, גיטין ה, ט (מז ע"ב).

75 על הטרמין שבו פותח ר' זעירא את שאלתו – "מתניתא ב", ובתרגום: "המקור התנאי [מדבר] ב...]" – כמונח פרשני נפוץ שמטרתו להציע פרשנות מצמצמת למקורות תנאיים, שמעמידה אותם במקרים המתוארים בהמשך, ראו לייב מוסקוביץ הטרמינולוגיה של הירושלמי: המונחים העיקריים 462-463 (2009).

בדברי ר' זעירא בירושלמי ניתן למצוא ריסון של הנימוק "מפני דרכי שלום", על ידי דחיית תפיסתו כ"עיקרון משפטי", כלשונו של דוורקין. מה היחס בין הכלל "אין מחזקין ידי עוברי עבירה" לבין הנימוק "וכולן לא אמרו אלא מפני דרכי שלום"? דרך אפשרית לפירוש פשט המשנה היא שהמשנה מכירה במצבים שבהם אף שישנו חיזוק עקיף של ידי עוברי עבירה ("משאלת אשה..."), המשקל של העיקרון "מפני דרכי שלום" גובר. רק במצבים מובהקים שבהם יש חיזוק ידי עוברי עבירה ("אבל לא תבור ולא תטחן עמה") השיקול של "מפני דרכי שלום" אינו גובר. בשונה מפירוש אפשרי זה, המכיר ב"מפני דרכי שלום" כעיקרון משפטי שמשקלו מכריע לעיתים ביחס לכללים אחרים, ר' זעירא מעדיף לפרש את המשנה באופן הממעיט במשקלו של עקרון "דרכי שלום" עד כדי ביטולו. במקום שבו התירו, אין צורך להזדקק לעיקרון המשפטי של "מפני דרכי שלום" וניתן להסתמך על הכללים הפנימיים של דיני שביעית.

אף שהמוטיבציה של ר' זעירא אינה מפורשת בסוגיה, ניתן להניח כי היא נובעת מחששות שונים להשתמש בהנמקת "מפני דרכי שלום": חשש אחד יכול להיות מכך שהשארית המשנה, ללא הסייגים עליה, תגדיל את האפשרות שהכלים אכן יושאלו לצורך מעשים שהם בגדר עבירה על דיני השביעית. חשש אחר יכול לנבוע מאופיו הכללי של הנימוק "מפני דרכי שלום", שעם המשגתו כעיקרון משפטי תיאורטי עלול להפוך, כהסברו של רו שהובא לעיל, לעיקרון משפטי נורמטיבי ולגזור (ולדידו של ר' זעירא כנראה כבר גזור) עוד ועוד כללים, שיביאו ליצירתו של מדרון משפטי חלקלק. הרחבת השימוש בעיקרון, החלתו על תחומים הלכתיים נוספים או פירוטו לעוד כללים יתנו לגיטימציה להתפשר על עוד ועוד נורמות הלכתיות, בשל הרצון לשמור על יחסים תקינים בין שכנים בפרט, ובין מגורים שונים בקהילה בכלל. שתיקתו של ר' מנא לנוכח פירושו של ר' זעירא, ושתיקתה של הגמרא עצמה, שאינה מעלה הסברים או נימוקים אחרים כנגד פירושו של ר' זעירא, מעלות על הדעת את האפשרות כי התנגדותו של ר' זעירא לשימוש בהנמקת "דרכי שלום" כעיקרון משפטי מייצגת עמדות של חכמים נוספים.

כפי שראינו, הנמקת "מפני דרכי שלום" ניתנת ליישום על שדות משפטיים שונים.⁷⁶ כלליות עמוקה זו הטבועה הן באופי ההנמקה הן בתוכן הרעיוני שלה, נוסף על ההשלכות הנורמטיביות הכרוכות בהפעלתה,⁷⁷ מרחיבות אפוא את האפשרות להמשיגה כעיקרון משפטי נורמטיבי ולא תיאורי, אשר כתוצאה מהפעלתו ייפגעו עוד ועוד ממצוות התורה, כפי שפירשו אותן חכמים. לא ייפלא אפוא כי ההנחה שהנחתה בדבר המוטיבציה האפשרית שהדריכה את ר' זעירא בחתירתו לבטל את הצורך בהנמקת "דרכי שלום", מתאשרת בתלמוד הירושלמי בסוגיה על הלכה אחרת מהלכות "דרכי שלום". לאחר ברייתא

76 ראו גם מוסקוביץ, לעיל ה"ש 60, בעמ' 41, ה"ש 165.

77 כפי ראינו לעיל בנוגע לניסוחו של הפטור לכוהנים מתשלום מחצית השקל; בניסוחה של ההלכה בתוספתא שהנחתה את בעל הנחלה למחות ביד עניים לא ראויים בלקט שכחה ופאה; ובהלכה "משאלת אישה לחברתה" וכו'.

שמוכאת על ההלכה "אין ממחין ביד עניי גוים בלקט ובשכחה ובפאה", ואשר מונה פעולות נוספות הנעשות בשיתוף עם גויים,⁷⁸ באים בתלמוד הירושלמי הדברים הבאים:

גירדאי שאל לרבי אימי: יום משתה של גוים מהו? וסבר מישרי לון⁷⁹ מן
הרא "מפני דרכי שלום" (תרגום): וסבר שיתיר לו (ר' אימי) מזה (הטעם)
"מפני דרכי שלום".

אמר ליה ר' (חיה) [אבא]: והתני ר' חיה, יום משתה שלגויים אסור.
אמ' ר' אימי: אילמלא ר' אבא כבר הינו באין להתיר ע'ז שלהן. וברוך
שהבדילנו מהן.⁸⁰

לפי המתואר כאן שאל אדם מן היישוב גדר (או חמת גדר)⁸¹ את ר' אימי אם מותר לבקר גוי ביום משתה של גויים,⁸² וסבר שר' אימי יתיר זאת מן הטעם "מפני דרכי שלום". אולם אז מפתיע אותו ר' אבא ומביא ברייתא בשם ר' חיה, שפסק "יום משתה של גוים אסור". על כך מגיב ר' אימי, במה שנשמע כאנחת רווחה, כי אלמלא ר' אבא, שהשכיל להעמיד גבול לעקרון "מפני דרכי שלום", היינו באים להתיר עבודה זרה, ומסיים בברכה "שהבדילנו מהן". כפי שהעיר מנחם פיש,⁸³ "עורך הסוגייה היה יכול להסתפק ברפוס פסיקה לקוני ומקובל שבעיר שיש בה גוים וישראל עושים כך וכך מפני דרכי שלום, אך נמנעים מלשמוח עימם בימי משתיהם. אך הוא העדיף להדגיש את גבול יישומו של העיקרון".

אם כן, השאלות הנוגעות לחטיבת ההלכות העוסקות ביחס לחשודים ולגויים, עוסקות בו בזמן הן בהגדרת גבולות החלתה של הקטגוריה "מפני דרכי שלום" על מרכיבים

78 הפעולות הן מינוי גבאים, גבייה, מתן צדקה, ביקור חולים, קבורת מתים, ניהום אבלים וכביסת בגדים. לניתוחה של הברייתא ראו וילפנד, לעיל ה"ש 48, בעמ' 39-40.

79 מניסוח הדברים לא ברור אם התיבה "וסבר" מתייחסת לגירדאי – שסבר שר' אימי יתיר לו מן הטעם "מפני דרכי שלום", או שר' אימי הוא שסבור להתיר "מפני דרכי שלום". אני הלכתי על פי האפשרות הראשונה, מפני ששמו של ר' אימי – כמשיב – אינו מופיע בין דברי הגירדאי לבין דבריו של ר' אבא. בדרך זו ראו גם מנחם פיש "לשלוט באחר: האתגר ההלכתי של חידוש הריבונות היהודית" ענף הסובלנות: מסורות דתיות ואתגר הפלורליזם 237, 243 (שלמה פישר ואדם ב' סליגמן עורכים 2007).

80 ירושלמי, גיטין ה, ט (מז ע"ב).

81 "גירדאי" – תושב גדר או גדרה, שנמצאת ממזרח לכינרת מעל ערוץ הירמוך. גדר הייתה עיר מעורבת.

82 השאלה מתפרשת על ידי פרשני התלמוד הירושלמי בכיוונים שונים. הגישה הממעיטה (פני משה) גורסת שהשאלה היא אם מותר לבקר גוי ביום זה, משום שאיסור לשאת ולתת נלמד ממקום אחר. קרבן העדה, לעומת זאת, מסביר כי מדובר בקיום משא ומתן. דעות אחרות מפרשות: להשתתף במשתה (או במסיבה) ממש, משום שהשתתפות אינה בהכרח לשם ע"ז.

83 פיש, לעיל ה"ש 79, בעמ' 243 ה"ש 10.

מתתימ-מערכות אחרות (כאן דיניי שביעית), הן על ארגונה הפנימי של הקטגוריה מבחינת הניעות של מרכיביה על הספקטרום שבין כללים לעקרונות משפטיים.

ג.3. "מפני דרכי שלום" ככותרת לקובץ וכנימוק פרטני להלכות – בין עיקרון נורמטיבי לעיקרון תיאורי

ההנמקה "מפני דרכי שלום" שונה מהנמקות תנאיות אחרות לא רק בכלליות הטבועה בה המאפשרת ליישם אותה על שדות משפטיים מגוונים, אלא גם בהיותה טעם מפורש (ולא משתמע בלבד). ההלכות שלהן צמוד טעם מפורש – המציין את הסיבה ליצירתה של ההלכה או את תכליתה – הן מועטות ביחס למשנה לעומת רוב ההלכות שבה, שברוך כלל אינן מוטעמות במפורש הגם שברור שיש טעם או תכלית מובלעים לנורמות המוצגות בהן.⁸⁴ התיאורטיקן פרידריך שאוור, שהרבה לעסוק בטעמים מפורשים במשפט,⁸⁵ עמד על כך כי אחת ההשלכות המובהקות ביותר שיש לנתנת טעם מפורש בתחומה של המערכת המשפטית היא הכנסת יסוד של כלליות אל תוך המערכת, כדבריו:⁸⁶

הפרקטיקה של נתנת טעמים היא חלק מנושא רחב יותר של האופן בו מתפקד המושג "כלליות" בתוך מערכת המשפט. המוסד שאנחנו קוראים לו "משפט" ספוג בכלליות, מכיוון שאחד ממרכיביה המרכזיים של המערכת המשפטית הוא שימוש בנורמות, שחורגות אל מעבר למקרים המסוימים ולמחלוקות הפרטניות שאותן באו להסדיר.

בהמשך לדברים אלו אני סבורה כי מאפייניה הייחודיים של הנמקת "מפני דרכי שלום" אותם ראינו עד כה היו חלק מן השיקולים שהביאו להצמדתו של הטעם כמעט לכל אחת ואחת מן ההלכות המצויות בקובץ, במקום להסתפק בהבאתו כפתיחה לקובץ או כמסגור שלו בלבד, כפי שניתן לראות ביחידות טקסטואליות ערוכות אחרות במשנה.⁸⁷

84 וראו את מאמרו המושגי של לורברבוים, לעיל ה"ש 12, ובמיוחד סעיף 1: כללים וטעמים במשנה.

85 לעיל ה"ש 59.

86 *Giving Reasons*, לעיל ה"ש 59.

87 ראו במאמרו של וולפיש שהובאו לעיל ה"ש 2. דוגמאות נוספות ניתן לראות בעריכתו של פרק ה במסכת ברכות שבו משמשת משנת חסידים למסגור הפרק כולו. ראו שמואל ספראי "משנת חסידים בספרות התנאים" ארץ ישראל וחכמיה בתקופת המשנה והתלמוד: אסופת מאמרים, 155-158 (התשמ"ד); שלמה נאה "בורא נים שפתיים: פרק בפנומנולוגיה של התפילה על פי משנת ברכות ד, ג; ה, ה" תרביץ סג 185 (התשנ"ד). ובגיטין – מתוך אחת עשרה הלכות בקובץ צמודה ההנמקה לחמש הלכות, ומובאת בדברי ת"ק כנגד ר' יוסי בשלוש נוספות. ההלכות המדוברות בחשורה על השביעית ובאשת עם הארץ אומנם מוסברות "לפי שאין מחזיקין ידי עוברי עברה", אולם מייד לאחר מכן מובאת הנוסחה הממסגרת: "וכלן לא אמרו אלא מפני דרכי שלום". לאחריה מובאות שתי ההלכות הנוספות

אמת, ישנם מקומות שבהם ניתן לטעון כי ההנמקה הובאה דבוקה אל ההלכות כבר מן היחידה הקדומה שממנה נלקחו. כך נראה ביחס להלכות שבהלכה ט, שהנימוק "מפני דרכי שלום" דבוק אליהן כבר במסכת המקורית שהועתקו ממנה – מסכת שביעית. עם זאת יש לשים לב למספר מרכיבים לשוניים ייחודיים לקובץ בגיטין: ראשית, נוסחת הפתיחה שלו – "אלו דברים אמרו מפני דרכי שלום". נוסחה זו מדגישה כי דברים אלו – ולא אחרים או נוספים – הם שנאמרו "מפני דרכי שלום"; שנית, מציאותה של ההנמקה לא רק במקומות שאותם ניתן לקרוא כ"שאריות העתקה" המעידים על עריכתו של הקובץ מיחידות טקסטואליות קודמות, אלא באופן צמוד כמעט לכל אחת ואחת מן ההלכות; שלישית, מציאותה של נוסחה הסוגרת (כמעט) את הלכה ט, שהיא זהה כמעט לגמרי לנוסחת הפתיחה: "וכולם לא אמרו אלא מפני דרכי שלום". דמיון זה מעלה את האפשרות כי עורך הקובץ השתמש בנוסחה שמצא מוכנה לפניו במסכת שביעית גם בשביל לפתוח בה את הקובץ; רביעית ואחרונה, אם כי "על דרך השתיקה", היא הימנעותו של העורך מלהביא את ההנמקה בניסוח של עיקרון משפטי (למרות, כאמור, הפיכתה לכוז במרוצת הזמן), כמו ניסוחים תנאיים לעקרונות הלכתיים כגון "זה הכלל" או אחרים.⁸⁸

דומני כי בשונה מיחידות טקסטואליות אחרות במשנה, מטרתו של העורך בשימוש במרכיבים לשוניים אלו, היוצרים מצד אחד מסגרת מודגשת ומבדילה של הלכות הקובץ מהלכות אחרות שמחוצה לו, ומצד אחר קישור ישיר וספציפי בין הנימוק לבין אותה ההלכה המנומקת בו – "כהן [...] מפני דרכי שלום"; "מערכין [...] מפני דרכי שלום"; "בור שהוא [...] מפני דרכי שלום" וכו' – היא מטרה תורת-משפטית: הפחתת איכותה של הנמקת "דרכי שלום" בעיקרון,⁸⁹ והשאתה קרוב יותר לאיכות קונקרטית – ככלל מחייב.⁹⁰ זאת כנראה מטעמים דומים לאלו שמציין רז בדבריו על הצורך לאזן בין שימוש בכללים לבין שימוש בעקרונות בתוך המערכת המשפטית. לדבריו, מכיוון שבאופן הפעלתה צריכה המערכת המשפטית לשאוף לאזן בין יציבות ואמינות לבין גמישות, תהא זו מדיניות תורת-משפטית חכמה להשתמש בכל האפשר בכללים משפטיים במטרה להסדיר את ההתנהגות האנושית. זאת מפני שכללים משפטיים מוגבלים יותר מעקרונות משפטיים מבחינת תכולתם. כיוון שכך, כללים משפטיים ניתנים ליישום באופן אחיד וידוע מראש, יותר מאשר עקרונות משפטיים. ככלל, טוען רז, שימוש במשורה בעקרונות משפטיים יבטיח גמישות מסוימת בתוך המערכת, אך בד בבד ימנע חלק מן ההשפעות

המתייחסות לגוים ("ומחזיקין ידי גוים" ו"שואלים בשלומן") וגם הן מנומקות יחדיו "מפני דרכי שלום". למעשה ניתן אפוא לראות כי לכל אחת ואחת מן ההלכות בקובץ צמוד בדרך כזו או אחרת הנימוק "מפני דרכי שלום"; אברהם וולפיש "חטאת העדה ואחריות היחיד – עיון בדרכי העריכה של משנת הוריות פרק א' נטועים 9 ו (התש"ס).

88 ניסוחים כאלו ראו אצל מוסקוביץ, לעיל ה"ש 60, בעמ' 52-68.

89 כפי שציינתי בראשית דבריי, היה אף מי שהפך אותו לעיקרון מטה-הלכתי.

90 דבר המתאפשר כתוצאה מהאופי המדרגי שקיים בין כלל לעיקרון שעליו הצביע רז, לעיל

הבלתי צפויות והבלתי רצויות שיש לשימוש בהם בתוך מערכת המשפט.⁹¹ בהקשר לדבריו אלו של רז ניתן לראות כי באופן שבו ערוך קובץ "דרכי שלום" במסכת גיטין נוצרת, למעשה, תודעה משפטית שבה מתקיימת זהות בין הקובץ לבין הקטגוריה המשפטית "מפני דרכי שלום". ובהתאמה לעולם המושגים של רז, מעריכת הקובץ משתמע שיש להגביל את השימוש בנימוק "מפני דרכי שלום", ולראות בו עיקרון תיאורי, ולא עיקרון נורמטיבי המוסיף אל הקטגוריה המשפטית "מפני דרכי שלום" עוד ועוד כללים.

סיכום

קובץ "דרכי שלום" במסכת גיטין במשנה מתבסס על חומרים הלכתיים שקדמו לו ולצידם מרכיבים מאוחרים יותר של עריכה. ארגון זה של החומר ההלכתי יצר בתוך היחידה הספרותית מתח מובנה בין אפיונים כוללניים לבין אפיונים פרטניים יותר, אשר אפשר קריאות שונות שלה. עם זאת, עריכתו שיקפה לעינינו "רגע בזמן" – שלהי תקופת המשנה – שבו התארגנה בתודעתם המשפטית של החכמים הקטגוריה ההלכתית "מפני דרכי שלום". ארגונם של החומרים ביטא שינוי בעמדות הערכיות של החכמים ביחס לחומרים עצמם, והגדיר את המשמעויות התורת-משפטיות והנורמטיביות של "מפני דרכי שלום" כקטגוריה משפטית, הנעה על הספקטרום שבין כלל, עיקרון תיאורי ועיקרון נורמטיבי.

קיבוץ של ההלכות לקובץ טקסטואלי, השארתי של הלכות מסוימות, שבהן נראה ההנמקה אופי אפולוגטי (כהסבר לכך שחכמים נסוגים מן ההלכה כפי שהיא צריכה להיות לשיטתם) מחוצה לו, פרישתה על מעגלים הולכים ומתרחבים בתוך הקהילה ואף מחוצה לה, וכן הצמדתה לקובץ ההלכות ש"מפני תיקון העולם", יצרו אמירה רעיונית על תפקידם החשוב של יחסים בין-אישיים טובים כחלק מבניית חוסנה של הקהילה, ועל הדרכים המתאימות לקדם מטרה זו.⁹² מבחינה ערכית ראינו תזווה בעמדתם של החכמים כלפי הנמקת "מפני דרכי שלום" וההלכות המנומקות בה, שנתפסו בעת הזו

91 רז, לעיל ה"ש 60, בעמ' 841-842.

92 למשמעויות הרעיוניות העולות מהצמדתו של קובץ "מפני דרכי שלום", אל קובץ "מפני תיקון העולם", ראו: Sagit Mor, 'Tiqqun 'Olam' (Repairing the World) in the Mishnah: From Populating the World to Building a Community, 62 J. OF JEWISH STUD. 284, 283-262; עיסוק בתקנות נוספות, שערוכות במשנה בין קובץ ההלכות "מפני תיקון העולם" לקובץ "מפני דרכי שלום", ראו נחום רקובר "תקנת השבים" מנחה ליצחק: קובץ מאמרים לכבודו של השופט יצחק שילה בגבורותיו 135, 135-144 (אהרון ברק ומנשה שאוה עורכים) (1999); יצחק ברנד, לעיל ה"ש 3; שגית מור ורונן אחיטוב "קורבן הבא בעברה – למקומם של ערכים ביחס לקורבן בספרות התלמודית" מועד 16, 40 (התשס"ו).

כשיקוף לתפיסת עולמם של החכמים, ולא כתוצאה משפטית שהתקבלה מחוסר כוח פוליטי שחייב אותם להתפשר על אופן קיום מצוות התורה, בבחינת הרע במיעוטו.

מבחינה תורת־משפטית ונורמטיבית, מעשה העריכה יכול להיקרא כמגדיר את גבולותיה ואת תכניה של הקטגוריה המשפטית "מפני דרכי שלום". קריאה כזו מעלה כי במישור האופקי הוגדרו הבעיות שיכולות להיפתר באמצעות "דרכי שלום" – הגם שחלקן עמדו בוויכוח בין חכמים – כמו כן הוגדרו ההשלכות המשפטיות של ההלכות שנומקו "מפני דרכי שלום". במישור זה ניתן לראות את הסדרתם של תחומים אפורים ומקרי גבול תוך קביעת כללי התנהלות והתנהגות ברורים ומחייבים; הקלה ככל האפשר (במילים אחרות: ויתור על היקף החובה) במגע עם מי שאינו מקפיד בהלכה כמו מגזר החכמים ("חשודים על השביעית", "עם הארץ" ו"גויים"), מתוך ניסיון להגדיר קווים אדומים כדי לא לפגוע בהלכה; וכן, אי הטלת סנקציה על מי שעבר על הלכה. במישור האנכי הוגדר מערך היחסים הפנימי בתוך הקטגוריה. בדרכו של רז, ניתן היה לראות כי הנימוק "מפני דרכי שלום", שהנביע כללים מחייבים בתקופות קודמות (במיוחד בדור אושא), מוקם כאן על הרצף שבין עיקרון לכלל משפטי. מיקום זה יכול להתפרש כניסיון לייצר "הטיה תודעתית" לכיוון תפיסת "דרכי שלום" כ"עיקרון תיאורי"⁹³, שמטרתו לפתור בעיות נקודתיות, שכל אחת מהן צריכה להיבחן לגופה – יותר מאשר כמושג מופשט או כ"עיקרון נורמטיבי".

עדות לכך שעריכה זו הפכה את "דרכי שלום" לקטגוריה משפטית ניתן היה לראות גם מאותן הצעות שסיפקו לנו הסוגיות שהבאתי מהתלמודים. סוגיות אלו שיקפו את הבנתם, ואולי נכון יותר לומר את הכרתם, של הדורות שפעלו לאחר התגבשותה של הקטגוריה, במאפייניה (לדוגמה הבחנות התלמודים ביחס למשמעויות הנורמטיביות הנובעות ממחלוקת תנא קמא ור' יוסי בגזל), ומצד שני את הניסיונות להוציא מתוך הקטגוריה כללים שלא הסכימו לכלול בה (ר' זעירא ביחס להלכות שביעית; ר' אבא ור' אימי בהתנגדותם להחיל את "דרכי שלום" על כלל מחייב נוסף הנוגע לעבודה זרה). במילותיו של קנדי⁹⁴ נוכל לומר כי משמעותה האופרטיבית של הקטגוריה "מפני דרכי שלום" (בשונה מן המשמעות הרעיונית־הערכית שלה) נקבעה כתוצאה מתיעודן של אותן בעיות שלהן היו החכמים מוכנים לספק פתרון תחת "דרכי שלום", כמו גם, לטעמי, מאותן הבעיות שלהן לא היו מוכנים לספק פתרון כזה.

93 רז, לעיל ה"ש 64, בעמ' 828-829. ובגוף דבריי לעיל ה"ש 68.

94 קנדי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 19-20.

