

היבטים אונטולוגיים של איסור במשפט התלמודי

שי עקביא וזנר

א. מבוא

פרופ' יוחנן סילמן, שכרך זה מוקדש לזכרו הטוב, וחוקרים אחרים מתחום הפילוסופיה של ההלכה, הצביעו על קיומם של כיווני חשיבה אונטולוגיים (או ריאליסטיים בפי אחרים) בספרות ההלכתית לדורותיה.¹ חשיבה אונטולוגית תופשת מוסדות הלכתיים שונים – כגון קניין, נישואין, קדושה, טומאה ואיסורים – כמצבי עניינים בעולם, ולא רק כאגד של כללים נורמטיביים. לכיווני חשיבה אלו השלכות פרשניות ונורמטיביות חשובות, אשר נידונו בהרחבה ומתוך חילוקי דעות לא מעטים במחקרים האמורים. מאמר זה בא להוסיף נדבך לתחום הדיון הזה, וזאת בקשר למוסד האיסור. במידה רבה יש לקרוא אותו כהמשך למאמר קודם שכתבתי על החשיבה האונטולוגית והנטורליסטית במשפט התלמודי.² במאמר הראשון נגעתי רק בקצרה בתפיסה האונטולוגית של מוסד האיסור ובבעייתיות שהיא מעוררת, וכאן אני מבקש לשוב לעניין זה ולדון בשני נושאים שמשקפים היבטים אונטולוגיים של מוסד האיסור: הדימוי של הדבר האסור לרעל מזיק, וההבחנה התלמודית בין איסור גברא לאיסור חפצא.

כאשר אנו חושבים על מוסדות הלכתיים דוגמת נישואין, בעלות או טומאה, קל באופן יחסי להבין את החשיבה האונטולוגית הרואה אותם כמצבי עניינים בעולם. נישואין,

1 פרופ' סילמן פרסם סדרה של מחקרים חשובים בנושא זה. מתוכם אזכיר כאן שניים שאתיחס אליהם בהמשך: מאמרו הראשון "היקבעויות הלכתיות בין נומינאליזם וריאליזם – עיונים בפילוסופיה של ההלכה" דיני ישראל יב רמט (התשד"ם-התשמ"ה) (להלן: סילמן "היקבעויות הלכתיות", נדפס בכרך זה, עמ' 1); וספרו המקיף שהתפרסם מעט לאחר פטירתו, בין "ללכת בדרכיו" ו"לשמע בקלו" – הוראות הלכתיות כהנחיות או כציוויים (שרה פרידלנד בן-ארזה ומתן גלידאי עורכים, התשע"ב) (להלן: סילמן ללכת בדרכיו). לספרות נוספת ראו: שי וזנר "חשיבה אונטולוגית ונטורליסטית במשפט התלמודי ובישיבות ליטא" דיני ישראל כה 41 (התשמ"ח); יאיר לורברבוים "ריאליזם הלכתי" שנתון המשפט העברי כז 61 (התשע"ב).

2 וזנר, לעיל ה"ש 1.

לפי תפיסה זו, לא רק מכניסים את בני הזוג למערכת של חובות וזכויות הדדיות, אלא מכוננים קשר מיוחד, שאינו רק נורמטיבי בניהם. בעלות, בדומה לכך, אינה מתמצה בזכויות הקניין של הבעלים, אלא נתפשת כסוג של קשר אונטולוגי בין האדם לרכושו.³ כך גם הטומאה נתפשת כמעין אנרגיה שלילית ומזיקה שנדבקת בעצמים ובבני אדם, המובחנת מכללי ההתנהגות השונים, האיסורים וההרחקות, אשר מנחים את נמעני החוק כיצד לנהוג ביחס לטומאה. איסור, לעומת זאת, הוא מושג נורמטיבי ביסודו, המציין חובת התנהגות (מעשה או מחדל) המוטלת על אדם. כאן יותר קשה לזהות ממד אונטולוגי, שכן חובה איננה חלק מה"יש". החוקים שמכוננים את חובות ההתנהגות שייכים לממלכת הציוויים הפרוספקטיביים. הם אינם מתארים את ה"יש" המצוי, אלא קובעים את הראוי. מהי אפוא תפיסה אונטולוגית של מוסד האיסור?

האיסור במשמעותו האונטולוגית הוא תכונה שחלה על הדבר האסור, ושאיננה זהה לחובת ההתנהגות שמוטלת על נמען כלשהו. תפיסה אונטולוגית של איסור אינה מבקשת לבטל את המשמעות הנורמטיבית של האיסור כחובת התנהגות, או לתת לחובה עצמה משמעות אונטולוגית. תפיסה אונטולוגית של איסור מפתחת מודל דרמטי מורכב יותר, ומוסיפה על הממד הנורמטיבי ממד אונטולוגי. מצד אחד האיסור הוא חובת התנהגות, אך מצד שני האיסור מציין גם תכונה של היות הדבר אסור, המאפיינת אובייקטים אסורים. במשמעותו השנייה האיסור הוא מצב עניינים בעולם, חלק מה"יש", תכונה של הדבר האסור. במובן זה האיסור הוא מצב עניינים אונטולוגי, בדומה לנישואין, בעלות וטומאה, ולא רק חובה נורמטיבית.

ההיבט הכפול של האיסור משתקף בשפה ההלכתית: מצד אחד איסורים מנוסחים כציוויים נורמטיביים מכווני התנהגות המטילים על הנמען חובה, כמו למשל החוק המקראי "לא תאכלו כל נבלה".⁴ אך מצד שני, אותם איסורים מנוסחים לעתים באמצעות היגדים תיאוריים המציינים את תכונת האיסור של הדברים האסורים, כמו למשל ההיגד:

3 על פי תפיסות מסוימות, רכושו של האדם הוא חלק מה"אני" שלו, מעין אישיות מורחבת של הבעלים. דוגמה מובהקת לתפיסה אונטולוגית של קניין ניתן למצוא בדבריו של הרב יוסף יהודה לייב בלוך (1860-1929), ראש ישיבת טלז, בשיעורו "קדושת התורה", שעורי דעת, חלק א עמ' רלב-רלג (מהדורה מתוקנת, התשמ"ט): "עניין קניני האדם אינו רק חוק שנקבע לסידור חיי החברה, שכשארם רוכש איזה חפץ באחת מדרכי הקנינים עובר החפץ לרשותו לשלוט בו כרצונו, אלא שבאמת ענין הבעלות הוא התקשרות של עצם הדבר לבעליו, המתהווה על ידי הקנין [=מעשה הקניין] המאגד את החפץ עם זה שקנהו [...] שחלות קניין מהוה מציאות בעצם החפץ, ומקשרו אל האדם שהוא שייך לו מעתה, וכמו שמצינו בספרים הקדושים כי כל קניני האדם [...] שייכים לשרש נשמתו". ראו הדיון במאמרי (ווזנר, לעיל ה"ש 1), ליד הערה 18.

4 דברים יד 21.

"בשר נבלה אסור באכילה"⁵. כאן המונח "אסור" מתאר את בשר הנבלה, שאיננו נמען לחובת התנהגות כלשהי, ומייחס לו את תכונת האיסור – היות הדבר אסור. במקום אחר הבחנתי בין כללי חובה, המטילים על הנמען חובת התנהגות, לבין כללי הגדרה, המגדירים את המוסדות המשפטיים השונים.⁶ ההיגד "בשר נבלה אסור באכילה" הוא כלל הגדרה שמגדיר את הדבר האסור, בדומה לכלל הגדרה שמגדיר מהו הדבר הטמא. אחד המבחנים שממחישים את ההבדל בין כללי חובה נורמטיבים לכללי הגדרה מתארים הוא האם הם ניתנים להפרה. אפשר להפר חובת התנהגות, אך אי אפשר להפר כללי הגדרה מתארים. ובדוגמה שלנו: אפשר להפר את הכלל האוסר לאכול בשר נבלה, אך אי־אפשר להפר את היותו של הבשר אסור.

אפשר כמובן לטעון שמדובר בשימוש לשון גרידא, מטונימיה, ושהאמירה "בשר נבלה אסור באכילה" היא דרך אחרת לומר שלאדם, נמען החוק, אסור לאכול את הבשר.⁷ אך החשיבה האונטולוגית מייחסת להבחנה הלשונית הזו משמעות רבה יותר, ומניחה שהאיסור כחובת התנהגות והאיסור כתיאור של דברים אסורים הם מושגים מובחנים, שאינם ניתנים לרדוקציה זה לזה, אינם נגזרים זה מזה, ואינם תלויים זה בזה (ולכן יכולים להתקיים האחד ללא השני). מבחינה מושגית אפשר אפוא לדמיין מצב עניינים שבו בשר נבלה אסור (באכילה) כתיאור של הבשר, למרות שמבחינה נורמטיבית מותר לאכול אותו – למשל במצב של פיקוח נפש. תכונת האיסור יכולה אפוא לחול על הבשר גם בהעדרו של האיסור הנורמטיבי, בדומה לטומאה שיכולה לחול על חפץ, ללא קשר לקיומם של איסורי הטומאה הנורמטיביים.⁸ המטלה שעומדת בפנינו היא כמובן להגדיר את טיבה של אותה תכונת איסור הנבדלת מהאיסור הנורמטיבי.

בלשון חז"ל אנו מוצאים ביטויים נוספים שמשקפים לכאורה את הממד האונטולוגי של האיסורים: התלמוד מדבר על איסורים ש"רובצים" ו"רוכבים" על חפצים ובני אדם, או ש"תלויים ועומדים" באוויר ועלולים לחול (כלומר ליפול)⁹ על הדבר בכל

5 ראו למשל טור, יורה דעה, סימן כט.

6 שי וזנר "בין חובות התנהגות לחיובי ממון – לבירורה של "תורת המשפטים" במשנתו של הרב שמעון שקופ" דיני ישראל כד 1, 30-34 (התשס"ז).

7 השור: ג' ל' אוסטין איך עושים דברים עם מילים (ענת מטר עורכת, גיא אלגת מתרגם, 2006), וראו לורברבוים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 93-98, בעניין היחס שבין "לשון ריאליסטית ותפיסה ריאליסטית".

8 לעומת זאת, במסגרת חשיבה נורמטיבית חד ממדית, אם מותר לאכול את הבשר במצב של פיקוח נפש הרי שבאותה שעה הוא אינו יכול להיות אסור באכילה, שכן, היות הבשר אסור באכילה משמעו שאסור לנמען החוק לאכול את הבשר. בדומה לכך, תפיסה לא אונטולוגית של טומאה עושה לטומאה רדוקציה לכללי התנהגות נורמטיביים, ובהעדר כל משמעות נורמטיבית לטומאה אין עוד משמעות לטומאה עצמה והדבר לא יוגדר כטמא.

9 הפועל "חל" משמעו נפל, ירד, מונח. ראו שמואל ב, ג 28-29: "ויאמר נקי אנכי [...] מדמי אבנר בן נר. יחולו על ראש יואב", וברש"י, שם: "ינוחו", ובפירוש רבי דוד בן יוסף קמחי

רגע.¹⁰ שימושי לשון אלה, בין אם תופסים אותם באופן מילולי ובין אם כמטאפורות, מעצבים את תבניות החשיבה האונטולוגית ביחס למוסד האיסור. האיסור איננו רק חובת התנהגות, אלא גם דבר-מה שנופל, רוכב ודבק בעצמים (בני אדם או חפצים), או במינוח שהציע סילמן: צורה שחלה על מצעים.¹¹ זהו גם המקור למונח הישגי "חלות איסור",¹² שאשתמש בו בהמשך, המציין את תכונת האיסור שחלה על המצע.

אך התפיסה האונטולוגית של האיסור אינה מתמצה רק בשימושי הלשון ובדרך החשיבה על האיסור. יש לה גם השלכות נורמטיביות, והיא עשויה להשפיע על הפסיקה ועל פיתוח ההלכה והמשפט העברי. מטרתי בהמשך הדברים היא לנסות ולהתחקות אחר טיבו של הממד האונטולוגי של האיסור ואחר האופנים בהם החשיבה האונטולוגית משפיעה על עיצוב ההלכה והמשפט התלמודי. בדיון על הממד האונטולוגי של האיסור אינני מבקש לטעון טענות אונטולוגיות על העולם, אלא לשרטט תמונת עולם, אמיתית או מדומיינת, שעולה מהמקורות התלמודיים והרבניים. יתרה מזאת, כפי שהערתי במאמרי הקודם,¹³ הדיון מתמקד בתבניות חשיבה של חכמי ההלכה, ולא באמונות שלהם על טיבה האמיתי של המציאות. יכול אדם, שופט או פוסק, להחזיק בתבניות חשיבה אונטולוגיות בהקשר המשפטי או ההלכתי ולעצב על פיהן את הכרעותיו המשפטיות או ההלכתיות, בלא שיאמין בהכרח שהן מתארות נכונה את טיבה האמיתי של המציאות.¹⁴ תופעה זו, שעשויה להיראות כחוסר קוהרנטיות, מתרחשת אצל בני אדם כל הזמן. חלק

(רד"ק), שם: "פלו ויחנו על ראש יואב"; ירמיה כג 19: "הנה סערת ה' חמה יצאה וסער מתחולל, על ראש רשעים יחול", היינו ירד; וברומה באיכה ד 6: "ולא חלו בה ידים". ראו ווזנר, לעיל ה"ש 1, בהערה 37.

10 בבלי, יבמות לב ע"א: "איסור אחות אשה מתלא תלי וקאי"; בבלי, ראש השנה כח ע"א: "איסורא הוא דרכיב בהו"; בבלי, עירובין עח ע"ב ובבלי, שבועות כב ע"ב: "ואריא הוא דרביעא עליה [=אריה הוא שרובץ עליו]", והכוונה לאיסור המונע את השימוש בחפץ.

11 סילמן "היקבעויות הלכתיות", לעיל ה"ש 1, בעמ' רנ, מאמץ את המונח האריסטוטי "צורה", ומבחין בין "צורה", "מצע" (האובייקט שעליו חלה הצורה) ו"תצורה" (השילוב של המצע והצורה): "כך למשל, כאשר הכלי – המצע – שהה באוהל מת, חלה עליו טומאה – הצורה – והתהוותה התצורה – הכלי הטמא".

12 לעניין המושג "חלות" וקרבנות לחשיבה אונטולוגית ראו גם מיכאל אברהם "מהי 'חלות'?" הלכה, לוגיקה, ורבקות בה" צהר ב 71 (התש"ס), ומצד שני מאמר הביקורת של ברוך קהת "מהי 'חלות'?" צהר ד 69 (התשס"א).

13 ווזנר, לעיל ה"ש 1, עמ' 93–97.

14 דוגמה לכך אפשר להביא ממאמרו המפורסם של פליקס כהן: Felix Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 COLUM. L. REV. 809 (1935), שבו הוא תוקף את החשיבה הפורמליסטית של בית המשפט העליון בארה"ב, התופשת את החברה כישות אונטולוגית שקיימת במקום כלשהו. סביר להניח ששופטי בית המשפט ידעו שהחברה אינה באמת ישות אונטולוגית, אך הם חשבו עליה ככזו, והדבר השפיע על המהלכים הפרשניים שבהם נקטו, אשר הביאו גם למסקנות נורמטיביות שונות, כפי שמתאר פליקס כהן.

חשוב מחוויית הקיום האנושית קשור בהכניות של יישים מדומיינים בשפה ובמחשבה, שלעתים אף משפיעים על התנהגויותיהם של בני אדם. ניקח לדוגמה את יחסם החמקמק של בני אדם רבים למוות ולמתים. מצד אחד הם עשויים לטעון בלהט שהם אינם מאמינים בנצחיות הנשמה ובקיום שלאחר המוות, אך מצד שני הם עשויים לדבר עם נפטרים במסגרת הספד (לדוגמה: "סבא, כל כך אהבתי אותך, היית אדם כל כך מיוחד"), לשוחח בליבם עם הוריהם שמתו, ולעתים אף לבצע פעולות מסוימות מתוך תחושה שהוריהם צופים בהם מלמעלה ומלווים אותם.

ההתחקות אחר תבניות החשיבה האונטולוגיות איננה קלה. המושגים הנידונים מופשטים ומדומיינים. תכונת האיסור האונטולוגית אינה ניכרת בחושים, והדיון בה סובל ממגבלות של השפה. קושי זה מצריך שימוש בדימויים מטאפוריים, המדמים את המושג הרחוק והקשה-לתפיסה למושג מוכר ואינטואיטיבי. התמונה העולה מן המקורות גם היא איננה ברורה ומלאה ויש להשלים אותה באופן ספקולטיבי, מה גם שלעתים היא אינה קוהרנטית. חוסר הקוהרנטיות אינו מפתיע, שהרי מדובר ביצירה קולקטיבית הכוללת בתוכה דעות שונות וסתירות פנימיות. אך לעתים מתקבל הרושם שגם חכמי ההלכה, שאת הלך המחשבה שלהם אנו מנסים לפענח, לא ציירו לעצמם תמונה מדויקת של העולם המושגי שהם בונים. האם יש טעם, במקרה כזה, לשכלל מודל שחכמי ההלכה עצמם אולי לא היו מודעים לקיומו על כל פרטיו? אני סבור שכן. מודל כזה נחוץ להבנה טובה יותר של החשיבה ההלכתית, והוא גם עשוי לספק הסבר לפיתוחן של הלכות שונות באמצעות הביטוי שהוא נותן לאותם מהלכי חשיבה לא-מודעים של חכמי ההלכה והמשפט.

הדיון בהמשך יתחלק לשני חלקים. בחלק הראשון אעסוק בתפיסה המדמה את תכונת האיסור לרעילות ואת הדברים האסורים לרעל. תפיסה זו מבטאת כיוון חשיבה אונטולוגי. היא מניחה, למשל, שבשר הנבלה ושאר הדברים האסורים באכילה או בהנאה מסוכנים ומזיקים מעצם טבעם לגופו או לנפשו של האוכל אותם. האיסור האונטולוגי, כלומר תכונת הרעילות, שורה וחלה על בשר הנבלה, והאכילה ממנו מזיקה, ולכן נאסרה על ידי התורה.¹⁵ חשוב לעמוד על נקודה יסודית שנעלמה לעתים מהעוסקים בחשיבה האונטולוגית: האיסור הנורמטיבי אינו נגזר מתכונתו המזיקה של הבשר, שכן מבחינה מושגית אין זה נכון לגזור את הראוי מהמצוי.¹⁶ העובדה שהתנהגות מסוימת מזיקה אינה גוררת מצד עצמה את המסקנה שהתנהגות זו אסורה, שכן מניין לנו שאסור לאדם

15 אכן מהלך זה איננו הכרחי. מבחינה אנליטית אפשר לחשוב על תפיסה מטפיזית אשר לפיה הציווי (האלוהי) שלא לאכול את בשר הנבלה הוא שהקנה לבשר את תכונת הרעילות, אשר הפכה לתכונה טבעית של הבשר, ולכן גם מי שאוכל ממנו במצב של פיקוח נפש או אונס עשוי להינזק.

16 ראו וזנר, לעיל ה"ש 1, בהערה 2. אכן מהעובדה שהמעשה מזיק אפשר לגזור איסור היפותטי (מותנה) לפיו "אסור לנהוג באופן מזיק אם אינך רוצה להינזק", אך לא איסור

לגרום נזק לעצמו (או לאחרים)? האיסור הנורמטיבי נוצר מכוח ציווי וחוק. ציווי התורה מקפלים בתוכם אפוא שני מסרים: הם מגלים שהדברים האסורים מזיקים ורעים לאדם, והם קובעים איסור נורמטיבי לבצע את אותם מעשים מזיקים.¹⁷

גרסה זו של התפיסה האונטולוגית נידונה במחקריהם של סילמן ואחרים. אני מבקש להרחיב את הדיון ולעסוק בכמה סוגיות משפטיות, בעיקר כפי שהוסברו על ידי האחרונים וראשי ישיבות ליטא, שטרם נידונו במחקר, ואשר מבוססות על הנחות היסוד של תפיסה זו.

החלק השני של המאמר יוקדש לניתוח מדוקדק של ההבחנה, החמקמקה מבחינה מושגית, שבין איסור גברא לאיסור חפצא, בהקשריה השונים. מפרשנות המושגים ומיישומים שונים של ההבחנה חוזר ועולה המושג "חלות איסור", אך בעיקר בגרסה מופשטת יותר שאינה קושרת אותו דווקא עם תכונה של רעילות, אלא חושבת עליו כעל תכונת איסור גרידא שיכולה לחול רק על עצמים שיש בהם ממש. בהעדר הדימוי לרעל שגורם נזק, חלות האיסור היא מושג שקשה לתת לו תוכן מדויק, אך בכל זאת יש לו חשיבות להבנת החוקיות הפנימית של העולם המדומיין של ההלכה. הכללתו של המושג "חלות איסור" במערכת המושגים ההלכתיים מביאה לפיתוחה של מעין פיזיקה של חלויות איסור, הקובעת כיצד ובאלו תנאים יכולים האיסורים לחול על חפצים. חלות האיסור מזכירה אפוא חור שחור פיזיקלי, שלא ניתן לראותו ולמדוד אותו באופן ישיר, אך ניתן לזהות את החוקים שחלים עליו ואת האופן שבו הוא משפיע על המערכת הכללית. כדי לשבר את האוזן אתן דוגמה אחת שתידון בהמשך: הלכה תלמודית קובעת שאדם אינו יכול לאסור על עצמו דבר שאין בו ממש באיסור נדר. הראשונים מסבירים את טעם הדבר בכך שחלות איסור נדר יכולה לחול רק על דבר שיש בו ממש. לכן אדם יכול לאסור את התפוח באכילה (כי חלות איסור הנדר יכולה לחול על התפוח שיש בו ממש), אך הוא אינו יכול לאסור את אכילת התפוח (כי חלות איסור הנדר לא יכולה לחול על האכילה, שאין בה ממש). לא בטוח שהלכה זו מבהירה את מהותה של חלות האיסור, אך היא מדגימה את אחד מחוקי הפיזיקה של חלות האיסור – היותה מוגבלת למצעים ממשיים בלבד – ואת השלכותיו הנורמטיביות של חוק זה.

קטגורי. על ההבחנה בין איסורים קטגוריים לאיסורים היפותטיים ראו: עמנואל קנט הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות 63 (ש' שטיין עורך, מ' שפי מתרגם, התש"י).

17 השוה הרב שמעון יהודה הכהן שקופ, שיעורי רבי שמעון יהודה הכהן – נשים נזיקין יד (מהדורת מוסד הרב קוק, 1974): "בכל אדם הזהיר התורה שחלב הוא דבר המסוכן לאדם, והזהיר גם על דעת של אדם להזהיר את עצמו שלא יכנסו [=יכניסו] דבר המסוכן לתוך מעיו". כלומר, דין תורה מזהה את הדבר האסור כמזיק, ולאחר מכן קובע גם כלל נורמטיבי הפונה לדעת של האדם ואוסר את ההתנהגות המזיקה.

ב. דימוי האיסור לרעל

1. הקדמה: על טעמים אונטולוגיים למצוות

דימוי האיסור לרעל מופיע בספרות ההלכתית בהקשרים שונים. אחד מהבולטים שבהם הוא תחום הדיון בעניין טעמי המצוות (הכולל בתוכו כמובן דיון בטעמיהם של איסורים שונים), שהוא אחת מזירות הדיון המרכזיות שבהן מתפתחת החשיבה האונטולוגית בכללה.¹⁸ ראוי אפוא לומר בעניין זה דברים אחדים שימקמו את התפיסה האונטולוגית של האיסורים במרחב הכללי.

התהייה בדבר זיהוי טעמי המצוות העסיקה את המחשבה ההלכתית והפילוסופית, כמו גם את חוקרי ההלכה וחוקרי הריטואל. מהם הטעמים העומדים בבסיס חוקי המקרא וההלכה החז"לית?¹⁹ עוצמת השאלה משתנה בהתאם לתחומי ההלכה השונים. המצוות והאיסורים החברתיים, המשפטיים והמוסריים, המכונים בלשון חז"ל "מצוות שבין אדם לחברו", אינם מעוררים, על פי רוב, קושי מיוחד, וניתן להסביר את רובם כאיסורים שנועדו למנוע פגיעה באחרים ולשמור על הסדר החברתי. אולם, כשאנו עוברים לתחום המצוות שבין אדם למקום שאלת הטעמים הופכת לעתים לקשה וחידתית. מהו טעמם של איסורי האכילה הרבים ופרטי הפרטים של הלכות הכשרות? מדוע נאסרו יחסי אישות עם העריות השונות, ובכזו חומרה? מהו טעמם של מאות הכללים הקשורים לאיסורי הטומאה השונים? בשונה מהעבירות המשפטיות האוסרות לבצע מעשים שגורמים נזק מוחשי לבני אדם, קשה להצביע על נזק שנגרם ממעשים אלה. ואכן, בספרות ההלכתית והמטה-הלכתית לדורותיה נעשה מאמץ להתמודד עם הקושי שבחשיפת טעמי המצוות והאיסורים הללו.²⁰ מאמץ זה הוליד שלוש תגובות עיקריות, שאעמוד עליהן בקצרה: האחת טוענת שבהעדר טעמים מתקבלים על הדעת צריך לומר שלחלק מהמצוות והאיסורים הריטואליים אין טעם, והם נקבעו רק כדי ליצור מערכת של ציוויים וחובות ציות.²¹

18 ראו לורברבוים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 72.

19 יש להבחין בין השאלה מה הם הטעמים וההצדקות לחובת הציות לחוק לבין השאלה מה הם הטעמים העומדים בבסיס קביעת החוקים בידי המחוקק. הדיון בטעמי המצוות עוסק בעיקרו בשאלה השנייה, כפי שצינתי בגוף הדברים.

20 שאלות דומות נידונו בהרחבה גם במחקר האנתרופולוגי בקשר לטבואים שקיימים בתרבויות שונות (כולל חוקי המקרא), שרובם קשורים לקדושה ולטהרה, להגבלות ולאיסורים בתחומים של אכילה וקיום יחסי-מין. ראו למשל MARY DOUGLAS, PURITY AND DANGER: AN ANALYSIS OF CONCEPTS OF POLLUTION AND TABOO (1966). הספר תורגם לעברית: מרי דגלס טוהר וסכנה: ניתוח של המושגים זיהום וטאבו (אנדרה לוי עורך, יעל סלע מתרגמת, 2010) (להלן: טוהר וסכנה).

21 כידוע, הרמב"ם במורה נבוכים, חלק ג, פרק כו, מזכיר עמדה כזו שלפיה אין טעמים למצוות, ודוחה אותה כבלתי הגיונית, שכן היא מייחסת לאל ציווי המביא למעשי הבל

במונחיו של סילמן²² זוהי גישה ציוויית קיצונית, לפיה הציווי הוא שמכונן את המצוות והאיסורים, והערך שלהם נעוץ בציות לציווי בלבד, ולא בעשייה או במחדל עצמם. לפי גישה זו אין כל רע באכילת בשר נבלה, ואין טעם מספק שמסביר מדוע טוב להתנזר מאכילתו. אך חשוב לדייק: העדר טעם למצוות ואיסורים אינו אומר בהכרח שאין טעם לעצם קיומה של מערכת המצוות המטילה על הנמענים חובת ציות. כך, למשל, ייתכן שהאל הטיל חובות התנהגות על הנמענים כדי לתגמל את מי שמציית לו.²³ ייתכן גם שעצם הכפיפות לציוויים האלוהיים, שאין בהם כשלעצמם טעם, מצרפת את נפשו של האדם, מרסנת ומעדנת אותה.²⁴ ואפשר להציע גם כיוון נוסף שלפיו הדיאלוג שנוצר באמצעות הציווי האלוהי והציות האנושי יוצר קשר בין האל המצווה לאדם המציית.²⁵

התגובה השנייה לבעיית טעמי המצוות, שאפשר לכנות אותה גישה ציוויית רכה, מבססת את טעמי המצוות והאיסורים הריטואליים על הסברים חינוכיים, פסיכולוגיים וחברתיים, שלפיהם התנהגות בהתאם לכללים השונים (ולא עצם הציות לציווי, כמו בתפיסה החזקה) תורמת לחינוכו של האדם ולריסונו. בנוסף, היא משמשת אמצעי לחיזוק ולגיבוש הקהילייה ההלכתית המתלכדת מכוחם של ריטואלים משותפים שמחזקים את

- ללא תכלית. אך כפי שאציין להלן ייתכן שגם אם למעשי המצווה או המחדל אין טעם אינטרנזי והם עצמם נופלים בגדר מעשי הבל, לציווי עצמו יש טעם שנותן גם משמעות לציות ולהתנהגות על פי הכללים.
- 22 יוחנן סילמן "מצוות ועבירות בהלכה – ציות ומרי או תיקון וקלקול" דיני ישראל טז קפג (1992).
- 23 רב סעדיה גאון, אמונות ודעות, מאמר ג, פרק א (מהדרות קאפח קיח), נקט בעמדה כזו לגבי המצוות השמעיית שאין להן טעם אחר, ובין השאר כתב: "דברים שאין השכל מחייב אהבתם כשלעצמם ולא הרחקתם כשלעצמם, הוסיף לנו אלהינו עליהם ציווי ואזהרה להרבות שכרינו ואושרינו בהם".
- 24 "לא ניתנו מצוות אלא לצרוף בהן את הביריות" (ויקרא רבה, פרשה יג, ג (מהדרות מרגליות רעז)). זו אולי כוונת דרשתו הידועה של רבי אלעזר בן עזריה בספרא, קדושים, פרשה י, פרק ט: "מניין שלא יאמר אדם אי אפשי ללבוש [שעטנז], אי אפשי לאכול בשר חזיר [...] אבל אפשי, מה אעשה ואבי שבשמים גזר עלי כך? [תלמוד לומר] ואבדיל אתכם מן העמים להיות לי', נמצא פורש מן העבירה ומקבל עליו מלכות שמים". השו: שמונה פרקים לרמב"ם, פרק ו.
- 25 אני מקווה לדון בעניין זה במקום אחר. אציין רק שזהו אחד היסודות בחשיבה ובחוויה הדתית, למרות שאין הוא תמיד מפורש. למעשה, הוא מגולם באמירות רבות בספרות ההלכתית והדתית על ההשתוקקות לעשות את רצון ה'. מקיים המצווה מרגיש שהוא נקשר לאל באמצעות ההיענות והציות לציווי. רגש דומה של התקשרות מתקיים גם בין בני אדם. לדוגמה, לרבים מוכרת תחושת הקשר שנוצרת מכוח מילוי בקשה או צוואה של אדם שנפטר.

תחושת השייכות של הפרט לקהילייה הלכתית מדומיינת.²⁶ לפי מהלך כזה אין כל רע באכילת בשר נבלה, אך עצם הגבלת האכילה מרסנת את תאוות האכילה של האדם והופכת את האדם לטוב יותר.

התגובה השלישית, שהיא עיקר ענייננו כאן, מבוססת על תפיסה אונטולוגית שלפיה המעשים האסורים הם רעים ומזיקים מעצם טבעם, ולכן נאסרו. איננו מדברים כאן על רע מוסרי, פסיכולוגי או חינוכי, אלא על נזקים אונטולוגיים שפוגעים בבני אדם, במקדש, בקיום התקין של העולם הזה או של עולמות עליונים (בתפיסות מיסטיות וקבליות). כיווני חשיבה אלה מצויים כבר במקרא (לפחות לפי פרשנויות מסוימות), אשר קושר בין איסורי האכילה והעריות לטומאה, שנתפשת, כפי הנראה, כדבר שלילי ומזיק.²⁷ במקביל מדבר המקרא על טקסי היטהרות שונים שנראה כי מטרתם היא סילוקה של אותה טומאה. זהו כנראה תפקידו של קרבן חטאת שנועד לחיטוי ולכפרה,²⁸ היינו לניקוי הטומאה שיצר מעשה החטא. ודוק, לפי גישה זו הטומאה לא נוצרה בשל הפרת הציווי

26 הסברים אלה מעוררים קושי לנוכח אופייה המיוחד של החשיבה ההלכתית החז"לית (ששורשיה נמצאים כבר במקרא), אשר יורדת לפרטי פרטים בהגדרת איסורי האכילה השונים. אם מטרת איסורי האכילה היא לרסן את תאוות האכילה, ומטרתם של איסורי מלאכה בחגים היא לאפשר לאדם לעסוק בעניינים שברוח ולהיזכר באירועים היסטוריים מכוננים – מדוע יש צורך בכל כך הרבה פרטים ופרטי פרטים בהלכות כשרות ובהלכות עשיית מלאכה ביום טוב? אכן לפי הרמב"ם, מורה נבוכים, חלק ג, פרק כו, פרטי המצוות, כגון מספר הקרבנות הקרבים בכל חג וחג, הם שרירותיים וללא טעם, אלא שיש צורך והכרח לקבוע את קיום הריטואל באופן כלשהו. זו היא למעשה חלק מהלוגיקה הפנימית של ריטואלים בכלל, שאין להם טעם פונקציונלי, ודווקא השרירותיות שלהם הופכת לגורם מאחד, מלכד ומעצב מבחינה חברתית. ראו איל רגב "על הבדלי התפיסות בין ההלכה הקומראנית להלכות חז"ל: קדושה דינמית מול קדושה סטטית" **תרכיץ** עב 113 (התשס"ג).

27 כך למשל בעניין איסורי מאכלות אסורות בספר ויקרא יא 43-47, ועוד. האנלוגיה בין חטא ורעל בתפיסה המקראית נידונה במחקריהם של מובינקל (Sigmund Mowinckel), פדרזן (Johannes Pedersen), ואחרים. ראו מאיר ויס "מבעיות 'תורת הגמול' המקראית" **תרכיץ** לא 236, 244 (התשכ"ב) (סיכום גישתו של פדרזן): "לפי המקרא החטא אינו אלא מעין רעל המתפשט בנפש החוטא. החטא זהה עם האסון. ומאחר שהרעל הזה מתפשט בדמו של החוטא, הוא מדביק גם את כל משפחתו". על טומאת החטא ראו עוד: "טומאה וטהרה" **אנציקלופדיה מקראית** כרך ג 391-394 (1965); יחזקאל קויפמן **תולדות האמונה הישראלית – מימי קדם עד סוף בית שני** כרך א ספר ב 403 ואילך (התשט"ו) (על תפיסת הטומאה בעולם האילי כגורם מזיק ומסוכן), ושם, בעמ' 539. לדיון מעמיק בגישות השונות ביחס לטומאה, במקרא בחז"ל ובקומראן, המסכם גם את המחקר הקיים, ראו ורד נעם **מקומראן למהפכה התנאית: היבטים בתפיסת הטומאה** (2010).

28 מבחינה אטימולוגית כפרה קשורה בניקוי או בכיסוי, ראו "כפר" מנחם-צבי קדרי **מילון העברית המקראית** 529 (2006) ובהפניות לספרות המחקר. לפי שני הסברים המשמעות קרובה, משום שכיסוי הלכלוך הוא דרך אחרת להעלים אותו. ראו יעקב מילגרום "תפקיד קרבן החטאת" **תרכיץ** מ 1 (התשל"א).

האלוהי, אלא בשל טבעו הרע של המעשה עצמו, ואפילו אם נעשה בשוגג או באונס. התפיסה שמעשים מסוימים יוצרים טומאה ה"מזהמת" את העולם והגורמת נזקים שונים, כגון מגפות, רווחה גם בתרבויות אחרות בעולם העתיק. ביוון הקלאסית נודעה לתפיסה זו השפעה של ממש בתחום המוסרי והמשפטי. הן תודעת החטא והן העונש (המשפטי) לא היו תלויים באשמתו של החוטא, והעונש נתפש כתגובה שתפקידה לסלק את הטומאה (*Miasma* ביוונית)²⁹ שנוצרה באופן טבעי כתוצאה ממעשיהם של בני אדם.

בצד התפיסה שמעשים אסורים גורמים לנזקים קוסמיים רחבי היקף אשר פוגעים באופן עקיף גם בבני אדם אחרים, מצויה תפיסה אונטולוגית פטרנליסטית שטוענת כי המעשים האסורים גורמים נזק למי שעושה אותם. מעשים אלה נאסרו אפוא כדי להגן על האדם מפני הנזקים שייגרמו לו עצמו. בניסוחו של הרב חיים שמואלביץ בשם רבו, הרב שמעון שקופ (1859-1939): "דכל איסורי תורה אסורים משום שהכירה החכמה העליונה שדבר רע הוא לישראל"³⁰ וכמו סם הוא, ונמצא דהאיסור והאזהרה נמשך מפני שהחפץ הוא רע, ולא שהחפץ הוא רע מפני שאסרה התורה"³¹.

29 על ה-*Miasma* ראו Robert Parker, *Miasma: Pollution and Purification in Early Greek Religion* (1996). על יסוד תפיסה דומה לזו מסביר פרוש במאמרו (עדי פרוש "משפט וספרות: אשמה, כוונות ותוצאות בטרדיה 'אדיפוס המלך'" עיוני משפט כד 15 (התש"ס)) את תודעת החטא של אדיפוס, שלמרות כל מאמציו לברוח מהגזירה של האלים, נכשל בתום לבו והרג את אביו, מלך תבאי, ונשא את אמו המלכה. כתוצאה ממעשיו הרעים פורצת מגפה בתבאי, וזאת למרות שאדיפוס היה אנוס ולא הייתה לו כל כוונה פלילית או אשמה מוסרית. משנודע לאדיפוס על חטאו, הוא יוצא לגלות ומנקר את עיניו, כאשר ההנחה היא שבכך הוא מכפר ומנקה את הזוהמה שגרמו מעשיו הרעים. פרוש (שם, בעמ' 69) מציין כי "היחס החמור יחסית של החוק בחברה היוונית הקדומה (ובחברות קדומות רבות אחרות) אל ההורג בשוגג נעוץ בהשקפה הדתית ששיפכת דמו של אדם, גם כאשר אינה נעשית בכוונה, היא אקט מטמא – מטמא את ההורג עצמו, אך גם את האדמה והאוויר שהוא נמצא בהם". ראו לורברבוים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 112. כיוצא בזה הוקמו בתי דין מיוחדים ביוון הקלאסית שתפקידם היה לדרון בעלי חיים על עברות שביצעו ואף להטיל עליהם עונש, שכן התפיסה הייתה כאמור שמעשים מסוימים, כגון רצח, גורמים לטומאה ולנזק אף בהעדר אשמה (פרוש, שם, בעמ' 71). תפיסות דומות של העמדת בעלי חיים לדין מצויות כידוע גם במסורת החשיבה ההלכתית, ראו יוחנן סילמן "הרלוונטיות של חיובים לגבי בעלי חיים: עיון פנומנולוגי בהלכה" מחקרים בהלכה ובמחשבת ישראל – מוגשים לכבוד הרב פרופ' מנחם עמנואל רקמן 243 (התשנ"ד); פלטיאל דייקן (דיקשטיין) דיני עונשין בישראל ובעמים, בעבר ובהווה כרך א 372-386 (1955).

30 ההדגשה שהדברים האסורים רעים ומזיקים לישראל באה כנראה להסביר מדוע איסורי תורה אינם חלים גם על נכרים. כפי הנראה, קשה היה לרב שקופ לטעון שהדברים האסורים מזיקים גם לנכרים אלא שהם לא נצטוו שלא לגרום לעצמם נזק. אכן, המדרש שמוכא בסמוך (להלן ליד הערה 32) נוקט בגישה אחרת שלפיה הדברים האסורים מזיקים גם לנכרים, אלא שהתורה אינה מתעניינת בהצלתם.

31 מתוך מחברתו שהתפרסמה בספר הזכרון לזכרון הגר"ח שמואלביץ זצ"ל תיג (יוסף בוקסבוים

הרב שקופ מדמה את האיסורים לסם, ואכן במקורות רבים חוזר ומופיע הדימוי של הדברים האסורים לרעל, ובעיקר ביחס לאיסורי אכילה שנתפשו על ידי חלק מחכמי ההלכה כרעל ממש המזיק לגופו או לנפשו של אדם.³² כך כותב הרב משה חיים לוצטאו (רמח"ל):

וכך אמרו (בספרא שמיני): 'לא תטמאו בהם, ונטמתם בהם',³³ [...] והיינו כי המאכלות האסורות מכניסים טומאה בלבו ובנפשו של אדם, עד שקדושתו של המקום ברוך הוא מסתלקת ומתרחקת ממנו [...] **שהעבירה מטממת לבו של אדם** [...] והמאכלות האסורות יתירות בזה על כל האיסורין, כיון שהם נכנסים בגופו של האדם ממש ונעשים בשר מבשרו [...] והנה

- עורך, התש"ס) (להלן: ספר הזכרון). המבנה של הצגת הדברים מזכיר את הדילמה הידועה שמעלה סוקרטס בדיאלוג עם אַוֹתִיפְרוֹן לגבי טיבה של החסידות: "האם אהובה היא החסידות [על האלים] מפני שחסידות היא, או מפני שהיא אהובה [על האלים] על כן היא חסידות" (אפלטון כתבי אפלטון כרך ראשון 267 (יוסף ג. ליבס מתרגם, 1997). בדומה לסוקרטס שמתלבט אם הרע המוסרי קדם לציווי או נבע ממנו, מבחין הרב שקופ בין האפשרות שהרע – כלומר, הנזק הטמון בדבר האסור – קדם לציווי (כך הוא באיסורים מדאורייתא), לבין האפשרות שהציווי מכונן את הרע (כך באיסורים מדרבנן). וראו אבי שגיא יהדות: בין דת למוסר 28 (2006) וכן סילמן ללכת בדרכיו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 31.
- 32 כמה מחכמי ימי הביניים הסבירו שהטעם לאיסור מאכלות אסורות הוא הנזק שהם גורמים לגוף או לנפש. ראו למשל רמב"ם, מורה נבוכים, חלק ג, פרק מח; פירוש הרמב"ן לתורה, ויקרא יא 11; ספר החינוך, פרשת אם כסף, מצוה עג (שמוסיף וכותב: "ואם יש מהם שאין נודע לנו ולא לחכמי הרפואה נזקן, אל תתמה עליהן, כי הרופא הנאמן שהזהירנו בהן חכם יותר ממך ומהם, וכמה נסכל ונבהל מי שחשב שאין לדברים נזק או תועלת אלא במה שהשיג הוא"); רבי יצחק אברבנאל בפירושו לויקרא יא 13. לסיכום השיטות השונות ולמקורות נוספים ראו נחמה ליבוביץ עיונים חדשים בספר ויקרא 119-128 (התשמ"ג).
- 33 ספרא, שמיני, פרשה ה, ובדומה בבלי, יומא לט ע"א: "תנא דבי רבי ישמעאל: עבירה מטממת לבו של אדם, שנאמר 'אַל תִּשְׁקְצוּ אֶת נַפְשֵׁיכֶם בְּכָל הַשְּׂרִיץ הַשְּׂרִיץ' וְלֹא תִטְמְאוּ בָהֶם וְנִטְמַתֶּם בָּם' [ויקרא יא 43], אל תקרי 'ונטמתם' אלא 'ונטמטם'". אכן משמעות הדברים אינה חד משמעית. מצד אחד אפשר לפרש, כפי שהבין כנראה הרמח"ל, שהדברים האסורים גורמים לטמטום הלב מצד טבעם הרע, ולכן נאסרו, אך יש שהבינו שכוונת הדברים היא לאידך גיסא, היינו שהפרת הציווי היא שגורמת לטמטום הלב. ראו למשל רבי יהודה ליווא בן בצלאל (מהר"ל), תפארת ישראל, פרק ח, שמצדד באפשרות זו ויוצא נגד "קצת בני אדם" ש"חשבו כי התורה אסרה מאכלות האסורים מפני שהם מולידיים מזג רע", ומסתייע במימרה הזו של דבי רבי ישמעאל: "הרי כי לא אמרו [=דבי רבי ישמעאל] רק 'עבירה מטמטם לבו של אדם', ואמר כי הטמטום הזה מצד עבירה, כי מפני שעבר המצוות אשר ראוי לאדם מצד אשר נפשו נפש אלוהית כמו שאמרנו, ולכך העבירה מטמטם לבו של אדם, אבל אין זה מצד הטבע של השרצים. ואם כי האמת שכל הדברים האסורים מולידיים מזג רע, אין זה טעם האיסור [...] שאם כן הייתה התורה ספר רפואות או ספר הטבע". וראו סילמן ללכת בדרכיו לעיל ה"ש 1, בעמ' 172.

מי שיש לו מוח בקדקדו יחשוב איסורי המאכל כמאכלים הארסיים או כמאכל שנתערב בו איזה דבר ארסי. כי הנה אם דבר זה יארע, היקל אדם על עצמו לאכול ממנו אם יישאר לו בו איזה בית מיחוש, ואפילו חששא קטנה? ודאי שלא יקל, ואם יקל לא יהיה נחשב אלא לשוטה גמור! אף איסור המאכל כבר בארנו שהוא ארס ממש ללב ולנפש. אם כן, מי אפוא יהיה המקל במקום חששא של איסור, אם בעל שכל הוא?! (הדגשות שלי, ש"ו).³⁴

הדימוי של המאכלים האסורים לרעל משתלב במערכת רחבה יותר של דימויים שלפיה האל מדומה לרופא והתורה לספר רפואות, המזהירים את החולה מפני המעשים המסוכנים והמזיקים לו.³⁵ זאת בניגוד למערכת דימויים חלופית, המדמה את האל למלך ואת התורה לספר חוקים וגזרות. נזכיר שני מקורות מספרות חז"ל המדגימים את השימוש בדימויים הללו של התורה לתרופה. המדרש דן בשאלה שמטרידה את המחזיקים בגישה אונטולוגית: אם המאכלים האסורים גורמים נזק לאוכל אותם, מדוע הם נאסרו רק ליהודים ולא לאומות העולם? והמדרש משיב:

משל למה הדבר דומה? לרופא שהלך לבקר שני חולים, ראה אחד מהם שהיה בסכנה, אמר לבני ביתו: תנו לו כל מאכל שהוא מבקש. ראה האחד שעתיד לחיות, אמר להם: כך וכך מאכל יאכל, כך וכך לא יאכל. אמרו לרופא: מה זה? לזה אתה אומר יאכל כל מאכל שהוא מבקש, ולאחר אמרת לא יאכל כך וכך? אמר להם הרופא: לזה שהוא לחיים אמרתי לו 'זה אכול וזה לא תאכל', אבל אותו שהוא למיתה אמרתי להם 'כל מה שהוא מבקש תנו לו', שאינו לחיים. וכך הקב"ה התיר לעכו"ם השקצים והרמשים, אבל ישראל שהם לחיים אמר להם "והייתם לי קדושים כי קדוש אני".³⁶

המקור השני משתמש בדימוי של האיסור לרעל כדי להבהיר את הטענה שלפיה הנזק הנובע מאכילת המאכלים האסורים הוא תוצאה טבעית של המעשה המזיק. מכאן הוא מסביר שמיתתו של אדם הראשון כתוצאה מהאכילה מפרי עץ הדעת לא הייתה בגדר גמול שהטיל עליו הקב"ה כעונש על הפרת הציווי, אלא תוצאה טבעית שנבעה מתכונתו המזיקה של הפרי. גם כאן חוזר הדימוי של האל לרופא ושל הדבר האסור למאכל מזיק:

למה היה אדם הראשון דומה? לחולה שניכנס הרופא אצלו, הרופא אמר לו: דבר פלוני אכול ודבר פלוני לא תאכל. וכיון שעבר על דבריו גרם מיתה לעצמו. נכנסו קרוביו אצלו אמרו לו: תאמר, שהרופא עובר עליך

34 מסילת ישרים, פרק יא.

35 ראו סילמן ללכת בדרכיו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 33-37.

36 מדרש תנחומא, ויקרא, פרשת שמיני, סימן ו.

מידת הדין [=מחמיר בדין מעבר לדין]?! אמר להם: חס ושלום, אני הוא שגרמתי מיתה לעצמי, כך היה מצווה אותי ואומר לי 'דבר פלוני אכול, ודבר פלוני לא תאכל', וכיון שעברתי על דבריו גרמתי מיתה לעצמי. כך נכנסו כל הדורות אצל אדם הראשון, אמרו לו: תאמר שהקב"ה עובר עליך מידת הדין! אמר להם: חס ושלום אני הוא שגרמתי מיתה לעצמי, כך היה מצווה אותי ואומר לי "מכל עץ הגן אכול תאכל ומעץ הדעת טוב ורע לא תאכל ממנו" (בראשית ב, יז), וכיון שעברתי על דבריו גרמתי מיתה לעצמי, דכתיב "כי ביום אכלך ממנו מות תמות".³⁷

דברים אלה בעיקרם נידונו במחקר מצדדים שונים, אך הקשר בינם לבין התחום המשפטי של ההלכה טרם נידון. במאמרי הקודם הצבעתי על כך שכיווני החשיבה האונטולוגיים תפשו מקום מרכזי במשנתם של האחרונים, ובראשם ראשי ישיבות ליטא. בשל עיסוקם הרב בתחום המשפטי של ההלכה אנו מוצאים בעבודתם קישורים חדשים ומעניינים בין התחום הדתי שבהלכה לתחום המשפטי שלה. בסעיפים הבאים אראה כיצד החשיבה על איסורי אכילה והנאה במונחים של רעל מזיק השפיעה על פרשנותן של סוגיות משפטיות.

2. "היזק שאינו ניכר" וגדר חיובו של מזיק

בדיני נזיקין במשפט התלמודי נידונו סיטואציות שאינן שכיחות במשפט הכללי, בהן הנזק הממוני שנגרם לניזק אינו נובע מנזק פיזי שאירע לרכושו, אלא מקיומו של איסור הלכתי שמונע ממנו ליהנות מנכסיו. כך למשל המטמא שהרתויו של חברו או המנסך יינו של חברו, שאסרם באכילה או גם בהנאה, האם חייב בפצויו נזיקין? המייחד סוג

37 פסיקתא דרב כהנא, פיסקא יד, אות ה (מנדלבוים 244-245). לרעיון דומה בתקופה מאוחרת יותר ראו ההסבר שנותן רבי חיים מוולוז'ין בספרו נפש החיים, שער ב, פרק ח, למאמר חז"ל, בבלי, בבא קמא נ ע"א: "כל האומר הקב"ה ותרן הוא, יתרון חייו [=ייחכתו חייו]: "שאינו ע"ד [=על דרך] הנקימה ח"ו [=חס ושלום], אלא שכמו שמטבע האדם שאם יאכל מאכל שבטבעו הוא מקלקל ומזיק לגופו, יזיק לו אותו מאכל או גם יחלה ממנו, ואם סם המות הוא – ימות ממנו ובעצמו נתחייב בנפשו. כן הוא בענין העונות של הנפש החוטאת ח"ו, כיון שכן קבע הוא יתברך ברצונו, טבע וסידור מצבם ועניניהם של העולמות, שמעשי האדם הטובים או רעים ח"ו הם כענין מאכל ומזון להם, אין שייך ותרנות בזה, והוא [=החוטא] מוכרח להריק לכלוך הטומאה שהגביר בעונו בהעולמות על ידי אחד מב' התיקונים הנ"ל [=קבלת העונש או חזרה בתשובה]". והשוו גם לדבריו ברוח חיים, פרקי אבות, פרק ב, משנה א, שחטא בשוגג גורם לקלקול ולנזק בדומה למי שאוכל רעל בשוגג: "גם בשוגג יוכל לקלקל כל העולמות, כי מכל מעשיו נעשה רושם למעלה, מטוב ועד רע. והרע שעשה הוא בעצמו מענישו [...] ואם כן גם בשוגג נרשם למעלה, ויחסר ממנו האור. ודוגמת מלכותא דארעא, אם יתחייב אחד מאוהבי המלך מיתה בעשותו דבר נגד חוקי המלך, הנה ברצות המלך באהבתו למלטהו ממהומת מות ולסלוח לו וחי. אבל אם יאכל אוהבו סם המות, האם יוכל המלך למלט נפשו?! ואף אם שגג, הסם יעשה כטבעו".

כזה של נזקים הוא העובדה שבתבואה הטמאה וביין המנוסך לא אירע קלקול או נזק פיזי, והנזק נגרם רק בשל הדין האוסר לאכול את הטהרות שנשמאו (ועל כן מחירן נמוך יותר) וליהנות מדין נסך (ועל כן הוא אינו שווה מאומה, שכן אסור למוכרו). דוגמאות אלו נופלות בגדר מה שמכונה בתלמוד (בבלי, גיטין נג ע"א) "היזק שאינו ניכר", היינו היזק שאין לו ביטוי חיצוני ריאלי שניתן לראותו בעין.³⁸ האמוראים נחלקו לגבי: יש הסוברים ש"היזק שאינו ניכר שמיה [=שמן] היזק", ויש הסוברים ש"היזק שאינו ניכר לא שמיה [=אין שמן] היזק", והמזיק פטור.³⁹

את נקודת המחלוקת בין שתי השיטות אפשר להסביר באופנים שונים. היא יכולה לנבוע מתיאוריות חלוקות בדני נזיקין, או מתפיסות שונות של מוסד האיסור, או משילוב של השתיים. השיטה הפחות ברורה, מנקודת מבטו של משפטן בן ימינו, היא זו הסוברת שהיזק שאינו ניכר אין שמו היזק. הרי אין ספק שהמזיק גרם לבעלים נזק בכך שטימא את התבואה ועתה מחירה נמוך יותר. מדוע הוא לא יהיה חייב לפצות את הבעלים על הנזק שנגרם לו?

אחד מכיווני החשיבה שהוצעו בהקשר זה על ידי ראשי ישיבות ליטא קושר את העניין בשאלת קיומו ואופיו של הממד האונטולוגי של האיסורים. המהלך מבוסס על טענה מתחום הנזיקין, לפיה דיני הנזיקין במשפט התלמודי מטילים אחריות על המזיק רק במקרה של גרימת נזק מוחשי (ולכן ניכר לעין) לנכס ממשי, ולא בשל הפסד

38 אשר גולאק יסודי המשפט העברי ב 218 פסקה צח (התשכ"ז): "לפרקים אין הנזק ניכר בגוף החפץ, כגון, אם על ידי איזה מעשה אסר אדם את השימוש בחפציו של חברו, מבלי ששינה אותם במאומה". וראו הרב וסרמן (אלחנן וסרמן קובץ שיעורים חלק א, בבא קמא, אות קכח (התשכ"ג)): "ומה הוא 'אינו ניכר', דיש לפרשו בשני אופנים: א) שיהא ניכר על החפץ שיש בו הפסד; ב) שההיזק בעצמו יהא דבר מוחשי, לאפוקי [=להוציא] אם ההיזק הוא ברוחניותו של החפץ, כגון איסור או פסול".

39 המשנה, גיטין ה, ד, מבחינה לעניין זה בין מזיק בשוגג למזיק במזיד: "המטמא [=טהרותיו של חברו] והמדמע [=מערב תבואת חולין של חברו בתוך תבואת תרומה] והמנסך [=יינו של חברו], בשוגג – פטור [=משלם על הנזק]; במזיד – חייב". בספר ההבחנה שעושה המשנה בין שוגג למזיד נחלקו האמוראים (בבלי, גיטין נג ע"א). יש אומרים שמדאורייתא "היזק שאינו ניכר – שמיה [=שמן] היזק" והוא מקים עילת תביעה נזיקית בין בשוגג בין במזיד, וחכמים הם שפטרו את המזיק בשוגג כדי לתמרץ אותו להודיע ולהזהיר את הניזק על הנזק שאירע; ויש אומרים שמדאורייתא "היזק שאינו ניכר – לא שמיה היזק" ואין הוא מקים עילת תביעה נזיקית, וחייבו של המזיק במזיד הוא קנס מדרבנן, כדי "שלא יהא כל אחד ואחד הולך ומטמא טהרותיו של חברו ואומר: פטור אני". לסיכום הסוגיה והדעות השונות ראו בהרחבה "הזק שאינו ניכר" אנציקלופדיה תלמודית כרך ח תשכ"ט שכב (התשי"ז). להלכה פסק הרמב"ם, משנה תורה, חובל ומזיק, פרק ז, הלכות א-ג, שהיזק שאינו ניכר אינו היזק.

כספי שנגרם לניזוק בגין הירידה בערך השוק של הנכס.⁴⁰ על יסוד תפיסה נזיקתית זו הסביר הרב שמעון שקופ את המחלוקת בשאלת מעמדו של היזק שאינו ניכר באופן הבא: השיטה הסוברת שהיזק שאינו ניכר אין שמו היזק מחזיקה בעמדה שלפיה הממד האונטולוגי של האיסור הוא מטאפיזי ולא פיזי, ולכן המטמא טהרותיו של חברו פטור מחובת פיזי, שכן הוא לא גרם נזק ממשי ומוחשי לתבואה. השינוי האונטולוגי שחל בתבואה שנאסרה אינו ניכר לעין כי הוא לא פיזי, ולכן הוא לא מטיל חובת פיזי על המזיק. השיטה האחרת, הסוברת שהיזק שאינו ניכר שמו היזק, מניחה שדי בממד האונטולוגי של האיסור כדי לראות במעשה גרימת נזק ממשי ומוחשי לנכסי הניזוק. כך כותב הרב שקופ:

מאן דאמר דלאו שמיה היזק סובר שאף שבמטמא או במדמע הופסד הרבר במציאות ונעשה כמו סם, מכל מקום כיון שאינו הפסד טבעי – לא נידון כהיזק לגבי חיוב נזיקין. ואידך סבירא ליה [והשני סובר] – שאף כשנפסד הרבר באופן רוחני נחשב כמו שנפסד החפץ בעצמותו, ולכן חייב בנזקיו.⁴¹

ניתן גם ללכת בדרך אחרת, המרחיבה את הפער שבין החולקים בתפיסת האיסור, ולהציע שהסוברים שהיזק שאינו ניכר אין שמו היזק מחזיקים בתפיסה שלפיה איסורי תורה הם רק כללי התנהגות, אך נעדרי כל ממד אונטולוגי. לפי שיטה זו, בדבר האסור לא

40 ראו למשל בשיעור של הרב שקופ "בגדר חיוב מזיק" עולת שלמה ב שו (התשמ"ט): "יש לדון בעצם החיוב של אדם המזיק ממון חברו, האם יסוד חיובו הוא השלמה הפסד דמי החפץ שהיזק לחבירו במה שהשחית וקלקל לו את החפץ, או שחיובו הוא השלמת החפץ עצמו שנפסד", והוא מכריע בהמשך כאפשרות השנייה. דברים דומים מובאים בשמו של הרב יהודה ליב בלוך (מהרי"ל בלוך) בשיעור "היזק והפסד" שיעורי הלכה צג (התשנ"ה) (השיעור נאמר בישיבת טלז בשנת תרפ"ח, ונרשם ע"י בנו של המהרי"ל, הרב אליהו מאיר בלוך): "כדי לחייב אדם אמעשה היזק בעינן [=צריכים אנו] שיהיו כאן שני דברים, נכנס בשם היזק והפסד. היזק – היינו הקלקול הנעשה בגוף הרבר שנחסר או נפחת, והפסד – הוא חסרון הממון שבא על ידי קלקול זה. ולו יצוייר שיפחת עצם החפץ אבל לא יהא בזה הפסד, אין לחייב את המזיק, דהא שומת הנזק היא לפי ההפסד שהגיע מזה. וכמו כן אם יהיה הפסד על ידי מעשיו אבל אין ההיזק בגוף החפץ אין לחייב על זה [= יהיה המזיק פטור], דכל שלא נעשה היזק בגוף הרבר אין על העושה שם מזיק". והשוו גם לדברי תלמיד הרב שקופ, הרב ישראל זאב גוסטמאן קונטרסי שיעורים – מסכתא בבא קמא 71-72 (התשנ"ו). גישה זו מנוגדת לתפיסה הנזיקתית הרווחת כיום, אך היא מזכירה את הספקות שהיו קיימים גם במשפט המודרני לגבי חובת הפיזי על מה שמכונה "נזק ממוני טהור", כלומר נזקים כלכליים שאין להם ביטוי פיזי. ראו למשל: אליעזר ריבלין "פיזיזם בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני – מגמות הרחבה" ספר שמגר חלק ג (2003) 21.

חל אפוא שום שינוי, ולכן אין מוטלת על המזיק חובת פיצוי, שכן הנזק נובע רק מכוח האיסור ההלכתי, והאחריות על כך אינה מוטלת על המזיק, אלא כביכול על המערכת ההלכתית שאוסרת את הדבר. השיטה השנייה, לעומת זאת, סוברת שיש לאיסור ממד אונטולוגי, ושהמזיק חייב בפיצוי על שינוי התכונה האונטולוגית של נכסי הנזק.

נקודה מעניינת שמשמעת ממהלך זה היא העמקת ההפרדה שבין התחום של דיני איסור והיתר לבין התחום של דיני הנזיקין. לכאורה היינו מצפים שההלכה תגבה את כללי האיסור באמצעות הכללים הנזיקיים, ותקבע שמי שנפגע וניזק עקב שמירת כללי האיסור יזכה לפיצוי נזיקי ממי שגרם לו את הנזק. אך הנה קובע המשפט התלמודי שהעובדה שאדם מפסיד את כספו מפני שהוא מקפיד על הכללים ההלכתיים האוסרים עליו ליהנות או למכור את יין הנסך אינו זוכה להגנה כלשהי בבית המשפט, אלא אם כן אנו מניחים שהאיסור משקף מצב עניינים אונטולוגי שבו החפץ אכן נפסד והתקלקל והפך לבלתי ראוי לשימוש. כאשר האיסור איננו אונטולוגי מתקבלת בעצם טענתו (הסמויה) של המזיק: "זו בעיה שלך, הנזק, שאתה מציית לכללים ההלכתיים, אני לא גרמתי לך כל נזק"; או טענה סמויה אחרת: "ההלכה וכלליה הם שגרמו לך את הנזק, ולא אני".

הפרדה זו בין התחום האיסורי לתחום המשפטי מודגשת יפה בדברי הרב גוסטמאן

בסוגיה זו:

ונלע"ד [=ונראה לעניות דעתי] דישנה גם שיטה שלישית ומחודשת לגמרי בביאור ההלכה דהיזק שאינו ניכר, דלא מקרי היזק אם ההיזק תלוי בדיני איסור והיתר או מצות התורה, דדיני ממונות ונזיקין לחוד ודיני איסורים ומצות לחוד. ופרשת נזיקין לא נאמרה אלא במקום שבלא דיני האיסור גם כן ישנו נזק מדיני ממונות לחוד, שהם דינים שבין אדם לחבירו. אבל באופן כזה שבלא דיני האיסור או בלא המצוה, שהוא בין אדם למקום, אין כאן שום נזק כלל, ורק האיסור או המצוה זהו פועל ההיזק, בזה לא אמרה התורה דיני נזיקין. דאין שום חיוב תשלומי ממון בשביל האיסורים ומצות, [אלא] רק בשביל נזקי ודיני ממון שבין אדם לחברו [...] ולכן המטמא והמדמע והמנסך שכל הנזק אינו אלא מחמת האיסור לא שמיה היזק [...] דאין נקרא מזיק אלא כשההיזק בא מחמת פעולת המזיק [...] אבל באיסור אין הוא עושה את האיסור, אלא שהתורה אסרתו עליו, ומעשה שלו אינו אלא כגורם בעלמא שהתורה תאסור עליו.⁴²

דברים אלה אינם מתייחסים לאיסורים אונטולוגיים, אלא רק לכללי התנהגות שאוסרים את הדבר בהנאה או באכילה. הטענה היא שגרימת נזק באמצעות החלה של דינים שאוסרים את הדבר על הנזיק אינה מעשה נזק, אלא גרמא בעלמא, ולכן אין היא מטילה על המזיק

אחריות נזיקית. ההלכה אינה מגבה אפוא את כללי האיסור באמצעות המשפט הפרטי (דיני נזיקין), אלא מפרידה בין התחום האיסורי לתחום הממוני.

3. שוויים של "איסורי הנאה"

"איסורי הנאה" הם דברים שהדין אוסר ליהנות מהם בכל דרך שהיא, כמו יין נסך, פירות ערלה, כלאי הכרם, חמץ בפסח, ועוד. איסור ההנאה כולל את כל צורות ההנאה האפשריות מהדבר, בין הנאה ישירה, כגון אכילה או סיכה, ובין הנאה עקיפה כגון מכירה. והנה, בכמה הקשרים קובע התלמוד שדברים שאסורים בהנאה מאבדים את ערכם הממוני, ואינם נחשבים "שווה כסף". על פי זה נפסק בתלמוד שהמקדש אישה באיסורי הנאה – אין חוששין לקידושיו,⁴³ שכן האישה לא קיבלה דבר שהוא שווה כסף שיוכל לשמש ככסף קידושין. בדומה, המזיק נכס של חברו שאסור בהנאה – פטור מחובת פיצוי, שכן הדבר האסור בהנאה אינו שווה מאומה.

אך מדוע איסורי הנאה מאבדים את ערכם? אפשר להשיב שהם חסרי כל ערך מפני שאסור להשתמש בהם ולמכור אותם, ואיסור זה משפיע גם על שווי השוק שלהם בחברה ששומרת על כללי האיסור ההלכתיים. האישה שקיבלה איסורי הנאה ככסף קידושין לא קיבלה למעשה מאומה, כי היא אינה רשאית ליהנות מהדבר שקיבלה.⁴⁴ אך היו אחרונים שהציעו כיוון חשיבה אונטולוגי, המבוסס על הדימוי של הדבר האסור למעין רעל. לפי מהלך זה איסורי הנאה מאבדים את ערכם הממוני מפני שבאמת הם אינם ראויים לשום שימוש ושאי אפשר להפיק מהם תועלת או הנאה כלשהי בשל איכותם האונטולוגית הפגומה. כך כותב הרב אליהו דושניצר, תלמיד הרב שקופ, בשם רבו:

יש לחקור בכל איסורי הנאה, הא דאינו חשוב (= זה שהם אינם נחשבים) ממון, איזה חסרון הוי בדבר? כיון שהתורה שאסרה עליו הדבר, והוא מוכרח לקיים דין התורה, ואם כן אינו יכול ליקח תשמישין מהדבר, ולכן אינו חשוב ממון, אבל לא דהחסרון הוי בהדבר גופה, אלא דהחפץ הוי ככל חפצים, אלא שהתורה מוחה בו שלא ליהנות. או דילמא (=שמא), כיון שהתורה אסרה עליו הדבר, נעשה הדבר כעפרא בעלמא (=כעפר בלבד), ואכילה כזאת לא הוי אכילה, ואינו אלא שדומה לו שיש לו הנאה, אבל באמת הנאה כזאת מזיקה לו, והוי כאילו אכל אכילה גסה?⁴⁵

43 ראו למשל בבלי, פסחים ז ע"א (המקדש בחיטי קורדנייתא); משנה תורה, אישות, פרק ה, הלכה א; שלחן ערוך, אבן העזר, סימן כח, סעיף כג.

44 לפי הסבר זה יש מקום לטענה שאם האישה אינה שומרת מצוות והיא נהנתה מאיסורי ההנאה שקיבלה, הקידושין יחולו. אכן חידוש כזה לא שמענו, ונראה בעיניי שמכאן תימוכין נוספים להסבר החלופי שמעלה הרב שקופ בסמוך.

45 הרב אליהו הכהן דושניצר נחלת אליהו תק (התשס"ב) (להלן: נחלת אליהו).

בספרו **שערי ישר** מאמץ הרב שקופ את האפשרות השנייה:

דהא דאיסורי הנאה אינו ממון, אין הטעם משום דאי אפשר לאדם ליהנות בהם על ידי זה [=משום] שמוכרח לשמוע אזהרת התורה שהזהירה אותו על כך. אלא דמה שאסרה תורה איזה דבר באכילה, דבר זה אינו דבר מאכל לישראל, אלא הוי כדבר המזיק לגוף האוכלו, והוי כסם המזיק לאדם, אף שהאוכלו טועם בו טעם מתוק לחכו. וכן הוא באיסורי הנאה, דמה שאסרה תורה בהנאה כחמץ, ערלה וכלאי הכרם, הם נחשבים כעפרא בעלמא, שאין בהם שום תשמיש מועיל לישראל.⁴⁶

דהנה מבואר בגמרא, פרק הניזקין, דאדם שניסך יין חבירו או טמא טהרותיו והודיעו אחר כך מאיסור הנעשה בשלו, דלמאן דאמר "היזק שאינו ניכר שמיא היזק" דחייב לשלם מהתורה. ואם נאמר שהיזק של חפץ הנאסר באכילה או בהנאה הוא על ידי מניעת יכולת הבעלים מלהנות בו על ידי זה שעליו לשמור ולציית מה שמוזהר מן התורה, אם כן לפי זה אם בשעה שנאסר החפץ לא ידעו הבעלים מהאיסור הנעשה בשלהם הרי לא נפסד עדיין החפץ כלום, דהרי לא היו מוכרחים אז לפרוש מהנאת החפץ, ועיקר ההפסד נשלם אצל הבעלים רק משעה שנודע להם מהאיסור של החפץ, ועל ההודעה ודאי לא ייתכן שיתחייב, ועל איזה מעשה אנו מחייבים את המפסיד? [...] אלא ודאי דעיקר ההפסד הוא מה שהחפץ נאסר באמת, וגם קודם שידעו הבעלים היה כבר דבר שאינו ראוי לאכילה וחייב על מעשה האיסור כמו ששרפו או אברו מן העולם, דעל ידי חלות האיסור נעשה באמת כדבר המזיק לישראל.⁴⁷

הרב שקופ חוזר כאן על האנלוגיה בין איסור לרעל, ומבקש להוכיח שאיסורי הנאה אינם נחשבים "שווה כסף" לא מפני שאין להם ערך שוק (בשל האיסור), אלא מפני שבאמת הם אינם שווים מאומה, שכן הם מזיקים ודומים לרעל ואי־אפשר להפיק מהם שימושים חיוביים מבחינה פונקציונלית. הבעיה איננה, אפוא, שאסור להשתמש בהם, אלא שאי־אפשר להפיק מהם הנאה. מי שאוכל מהם חושב אולי שהוא נהנה, אך לאמיתו של דבר הוא ניזוק.

46 הרב שקופ מדייק וכותב "שאיין בהם שום תשמיש מועיל לישראל", שכן לגוי מותר להשתמש בהם, וכנראה הוא גם לא יינזק מההנאה הזו, וראו לעיל ה"ש 30. ואולם אם כך, הדברים צריכים עיון, שכן יש תשמיש אחד שישראל יכול להפיק מהדבר שאסור בהנאה, והוא למוכרו לגוי (המכירה אסורה, אבל לכאורה היא אפשרית). נראה שהרב שקופ היה משיב שבמקרה כזה המכירה איננה מכירה, מפני שהגוי אינו חייב לשלם לישראל כנגד מה שקיבל ממנו, שכן הדבר איננו שווה כלום למוכר, ולכן גם אם הגוי שילם אין זה נחשב כהנאה שהופקה מהדבר האסור אלא כמתנה.

47 שערי ישר, שער א, פרק ט, עמ' כה-כו (להלן: שערי ישר).

הרב שקופ מביא לכך ראייה מדקדוק בשיטה ש"היזק שאינו ניכר שמיה היזק",⁴⁸ אותה הזכרנו לעיל. לשיטה זו, האחריות הנזיקית מוטלת על המזיק מיד כאשר עשה את מעשה הנזק, למרות שמעשה זה כשלעצמו עדיין לא הביא לירידה בערכו של החפץ (עד שנודע הדבר לבעלים). אין זאת אלא שכבר אז אירע הנזק האונטולוגי ליין, שהפך ליין פגום שאי אפשר ליהנות ממנו. אם נמשיך את קו המחשבה הזה נמצא כי גם אם הבעלים לא ידע על הניסוך, ושתה את היין בשוגג, יוכל לתבוע את דמי הנזק, כי למעשה לא נהנה מהיין.⁴⁹

על פי ניתוח זה מעלה הרב שקופ ספק ביחס לסיטואציה שבה אדם טימא את טהרותיו של חברו, אך חברו אינו מאמין לו (ועל פי ההלכה גם אינו חייב להאמין לו), כך שלא נגרם לו נזק ממוני, שהרי הוא רשאי להשתמש בחפץ ואף למכור אותו לאחר. האם יתחייב המזיק בתשלומים מדין "הודאת בעל דין"? זהו מצב מעניין בו המזיק מודה שגרם נזק ריאלי לחפציו של הניזק, אך לניזק לא נגרם הפסד ממוני (שהרי הוא רשאי ליהנות מהדבר האסור):

ויש לדרון לפי זה, אם טימא טהרות של חברו או ניסך יינו והודיעו, וחברו אינו מאמינו באופן שמן הדין אינו מחויב להאמינו⁵⁰ [...] דמכל מקום יתחייב המודה שטמא או נסך לשלם משום הודאת בעל-דין, כיון דבאמת הפסיד את החפץ, רק הבעלים אינם יודעים ומכירים את ההפסד, והעלם ידיעתם אינו מיפה גרעון והפסדו של החפץ.⁵¹

ב'שערי-ישר' הרב שקופ הניח את השאלה בספק, ואולם במקום אחר הוא מסיק שהמזיק חייב לפצות את הניזק כדי להחזיר את החפץ האסור, שהתקלקל, למצבו הראשון, זאת למרות שלניזק לא נגרם נזק ממוני (כגון במקרה בו הוא מכר אותו לגוי). והוא מסביר:

ואין להקשות, אם כן לא עשה לו שום היזק כיון ששווה השתא [=עכשיו] ממון שהייתה שווה מתחילה! ויש לומר דעיקר החיוב דמזיק לא מפני שנעשה חסרון לבעלים, אלא אע"פ דלבעלים אינו נחסר בהיזקו, מכל מקום חייב, כיון שעשה היזק בדבר צריך לעשות אותו הדבר שלם כמו שהיה מתחילה. אלא כיון דלא אפשר לעשות הדבר שלם אמרה תורה

- 48 בבלי, גיטין נג ע"א.
 49 וראו כיוצא בזה להלן, בעניין הקונה בשר בהמה ולאחר שאכלו התברר שהבהמה הייתה טרפה.
 50 לא ברור לי למה הוסיף הרב שקופ שהניזק אינו חייב להאמין למזיק, הרי גם אם הוא חייב להאמין לו אך אינו מאמין לו בפועל – לא נגרם לו נזק ממוני, וספיקו של הרב שקופ בעינו עומד.
 51 שערי ישר, לעיל ה"ש 47, בעמ' כו.

דחייב לשלם לו מעות עד ששוה דמי השכרים, כרי שבדבר זה יוכל לקנות כלי שלם.⁵²

הרב שקופ מביא ראייה נוספת לדבריו. הרשב"א סוכר שמותר ליטול איסורי הנאה מבעליהם ללא הסכמתם, מפני שאין בכך גרימת נזק או פגיעה בקניין הבעלים (שהרי אסור לבעלים להשתמש באותם נכסים ולהפיק מהם הנאה כלשהי).⁵³ הרשב"א טוען שהלכה זו נאמרה גם בנודר הנאה מנכסיו, שמותר ליטול ממנו את נכסיו בעל-כורחו, למרות שיש חשש שמא הנודר יישאל בעתיד על נדרו (כלומר יעשה התרת נדרים בפני בית דין), ונדרו יותר באופן רטרואקטיבי. וכך מביא הר"ן בשמו:

האוסר הנאת פירות על עצמו יכולים אחרים ליטול אותן בעל כרחו ואינו יכול לעכב, אע"פ שיכול לישאל על נדרו, כיון דהשתא מיהא הא לא איתשיל [=שכיון שעתה עדיין לא נשאל על הנדר].⁵⁴

ואולם, ממשיך הר"ן בשמו של הרשב"א, אם הנודר אכן יישאל אצל חכם על נדרו בעתיד והנדר יותר למפרע, יצטרך המזיק לשלם על הנזק שגרם בשעה שנטל את הפירות, שכן התברר עתה שהפירות לא היו מעולם בגדר "איסורי הנאה":

מיהו היכא דאיתשיל [=ואולם, במקרה שנשאל על הנדר] – חייבין לשלם, דכיון דחכם עוקר הנדר מעיקרו, כיון דאיתשיל הויין להו הנך פירי כאילו לא אתסרו עליה מעולם [=כיון שנשאל על נדרו, הרי הפירות הללו כאילו לא נאסרו לעולם].⁵⁵

מקשה הרב שקופ על הר"ן: אכן הוברר הדבר למפרע שהפירות לא היו אסורים בהנאה, אבל למעשה לא נגרם לנודר כל נזק, שהרי בזמן אמת לא ידע שהנדר לא חל (מכוח עקירת הנדר בעתיד), ולפי הכללים ההלכתיים היה אסור לו אז ליהנות מהפירות! (ויש להוסיף, שגם עכשיו, לאחר התרת הנדר, אי אפשר ליהנות מהפירות, כי ייתכן שעבר זמן רב והפירות כבר נרקבו). מכאן מוכיח הרב שקופ שוב שאיסורי הנאה אינם נחשבים ממון, לא מפני שאסור לאדם להשתמש בהם, אלא בגלל הממד האונטולוגי שבשלו אין בהם תועלת לבעלים. אך במקרה שהנדר הותר למפרע אנו יודעים עכשיו שהפירות לא

52 נחלת אליהו, לעיל ה"ש 45, בעמ' תקא. השוו: בבלי, גיטין נד ע"ב, בעניין סופר אחד שאמר לרבי אמי: "ספר תורה שכתבתי לפלוני, אזכרות שלו לא כתבתים לשמן", ואמר לו רבי אמי: "נאמן אתה להפסיד שכרך ואי אתה נאמן להפסיד [=לפסול] ספר תורה", והדבר דומה לדברי הרב שקופ כאן (שהסופר מפסיד שכרו למרות שהספר כשר). וראו הרב יהונתן בלס "החזרת המצב לקדמותו כעקרון על בתשלומי נזיקין" תחומין יג 388 (1992).

53 לשיטות השונות בעניין זה ראו "אסורי הנאה" אנציקלופדיה תלמודית כרך ב צו-צז, ה"ש 167, 168, 178 (1976).

54 ר"ן, נדרים פה ע"א.

55 שם.

היו איסורי הנאה וכי לאמיתו של דבר הנודר היה יכול להפיק מפירותיו הנאה ותועלת, ועל כן חייב המזיק לפצותו. אכן, הנודר לא היה רשאי ליהנות מהפירות בזמן אמת, אך זו רק מגבלה נורמטיבית שנבעה מכלל ההתנהגות שחל עליו באותה שעה, בעוד שהמדד לפיצוי, על פי הרב שקופ, הוא כאמור אונטולוגי.⁵⁶

4. אחריותו הנזיקית של האוסר ממונו של אחר באיסור מדרבנן

תפיסה רווחת בדברי האחרונים מבחינה בין איסורי תורה לאיסורים מדרבנן מבחינת הממד האונטולוגי של האיסור. לשיטה זו, איסורים מדרבנן אינם מזיקים מצד עצמם, ולכן לא נאסרו מהתורה. במינוח תורת-משפטי נוכל לומר כי איסורי תורה הם *mala in se*, כלומר רעים מעצם טבעם, בעוד שאיסורים מדרבנן הם *mala prohibita*, כלומר הם נעשו רעים מכוח הציווי שאסר אותם. כך מסביר את הדברים הרב חיים שמואלביץ בשם הרב שמעון שקופ, בהמשך לקטע שציטטנו לעיל (נשוב ונביא את הדברים מתחילתם):

כל איסורי תורה אסורים משום שהכירה החכמה העליונה שדבר רע הוא לישראל, וכמו סם הוא, ונמצא דהאיסור והאזהרה נמשך מפני שהחפץ הוא רע, ולא שהחפץ הוא רע מפני שאסרה תורה [...] וביארנו דבאיסורי דרבנן הוא להיפך, דהחפץ הוא טוב כמו כל חפצים דעלמא, והראיה: מדלא אסרה התורה על כרחך דלאו רע הוא, ורק דציותה התורה להישמע לרבנן מ'לא תסור'.⁵⁷

על פי ההבחנה הנזכרת ניתחו האחרונים וביארו כמה וכמה סוגיות. נעיין באחת הסוגיות היותר ידועות מן המשפט הפרטי. הרמב"ם במשנה תורה דן במי שמכר לחבירו דברי מאכל שנמצאו אסורים באכילה. האם זכאי הקונה להשבה? הרמב"ם מבחין לעניין זה בין מקרה שבו הדבר אסור באכילה מהתורה לבין מקרה שהדבר אסור רק מדרבנן, ואלו דבריו:

56 "וביסוד זה שאמרנו שיעקר החסרון על ידי איסור הוא במציאות החפץ, כמו כן יש להוכיח מהא דכתב הר"ן בנדרים (פה ע"א) בשם הרשב"א, דאם אדם אוסר הנאת פירותיו על עצמו, יכולים אחרים ליטול אותן בעל כרחו ואינו יכול לעכב, אעפ"י שיכול לישאל על נדרו, כיון דהשתא מיהא לא איתשיל [=כיון שעכשיו טרם נשאל]. מיהו היכא דאיתשיל [=ואולם, במקרה שנשאל על הנדר] חייבים לשלם, כיון דחכם עוקר הנדר מעיקרו כיון דאיתשיל הוויין להו הנך פירות כאילו לא איתסרו עליה מעולם. עכ"ל. והנה עקירת האיסור למפרע אינו מועיל [=אלא] רק לגלות שלפי דין שמים היה דבר זה כדבר הראוי לאכילה, אבל לענין יכולת [=רשות] האדם להשתמש בו לא שייך זה כלל, דמכל מקום מעיקרא היה מוכרח עפ"י אזהרת התורה שלא ליהנות [=שכן לא ידע שהנדר עתיד להיות נעקר], ואם נאמר דהא דאיסורי הנאה הוי כהפקר לשיטת הרשב"א, הוא משום העדר היכולת על ידי שעל הבעלים לשמור חוקי התורה, על עניין זה אינו מועיל מה דאתשיל אחר זכיות אחרים או אחר שאכלו". שערי ישר, לעיל ה"ש 47, בעמ' כו.

57 ספר הזכרון, לעיל ה"ש 31, בעמ' תיג.

המוכר בשר לחבירו ונמצא בשר בכור [=שאסור בהנאה], פירות ונמצאו טבלים, יין ונמצא יין נסך – מה שאכל אכל ויחזיר לו את הדמים. וכן כל המוכר דבר שאסור לאכלו מן התורה, כך הוא דינו, בין שהיה איסורו בכרת בין שהיה איסורו בלאו בלבד.

אבל המוכר דבר לחבירו שאיסור אכילתו מדברי סופרים, אם היו הפירות קיימין – מחזיר את הפירות ונוטל את דמיו, ואם אכלן – אכל, ואין המוכר מחזיר לו כלום.⁵⁸

נושאי כליו של הרמב"ם ציינו כי ההבחנה בין איסור תורה לאיסור מדברי סופרים היא חידוש של הרמב"ם וכי מקורה אינו ברור.⁵⁹ אך מעבר לשאלת מקורה של ההבחנה יש לעמוד גם על טעמה. קשה להבין את הלכת הסיפא הפוטרת את המוכר מחובת השבה במקרה שהקונה כבר אכל את הפירות שהיו אסורים מדרבנן. הרי העובדה שהפירות נמצאו אסורים, בין אם האיסור מדאורייתא ובין אם הוא מדרבנן, מהווה בודאי טעות יסודית (משותפת) המביאה לבטלותו של חוזה המכר כדין "מקח טעות", והמחייבת את הצדדים להשיב את אשר קיבלו מכוחו של החוזה הבטל. לכאורה המוכר חייב אפוא להשיב את הכסף שקיבל והקונה צריך להחזיר את הפירות שקיבל. אכן, הקונה אינו יכול להחזיר את הפירות שאכל, ועליו לשלם את שווים כדינו של מזיק, אבל מחירים של פירות שאסורים מדרבנן נמוך משווים של פירות מותרים. מדוע אפוא לא יזכה הקונה בהשבת הפער שבין המחירים? שאלה זו נידונה בהערה של בעל נתיבות המשפט על הלכה זו:

"ואין המוכר מחזיר לו כלום" – בש"ך (יורה דעה סי' קיט ס"ק כז) פסק דאפילו המותר משוויו [=הפער בין מחירים של פירות מותרים למחירים של הפירות האסורים מדרבנן] אין צריך להחזיר, עיין שם. ולכאורה אינו

58 משנה תורה, מכירה, פרק טז, הלכה יד.

59 מקורה של הלכת הרישא הוא במשנה, בכורות ה (בסוף הפרק), ואולם במשנה ובסוגיית התלמוד שם לא נזכרה הבחנה בין איסורי תורה לאיסורים מדרבנן. עיינו במגיד משנה ובכסף משנה, מכירה, פרק טז, הלכה יד (בשם רבי יצחק בר ששת (הריב"ש)). למרות התהייה על מקור ההבחנה, נתקבלה הלכת הרמב"ם בהסכמה, וכפי שציין הכסף משנה בסוף דבריו שם: "ואע"פ שלרב ז"ל אין לו ראייה ברורה בדיון זה, לא מצינו מן הבאים אחריו שחלקו עליו". בהתאם לכך, פסק רבי יוסף קארו כדברי הרמב"ם בשולחן ערוך, יורה דעה, סימן קיט, סעיף יג, וכן שם, חושן משפט, סימן רלד, סעיפים ב-ג: "וכן השוחט פרה ומכרה, ונודע שהיא טרפה, מה שאכלו אכלו ויחזיר להם הדמים, ומה שלא אכלו יחזיר לו הבשר והוא יחזיר לו הדמים [...] וכן דין כל המוכר דבר שאיסור אכילתו מן התורה. אבל המוכר לחבירו דבר שאיסור אכילתו מדברי סופרים, אם היו הפירות קיימים מחזיר הפירות ונוטל דמיו, ואם אכלם אכל ואין המוכר מחזיר לו כלום".

מובן, כיון דהמקח בטל, הוי [=הרי הוא, הקונה] כמזיק או כאוכל שלא במקח, ולמה יצטרך [=הקונה] לשלם יותר משווי [של הפירות האסורים]? ואפשר דאף דבאיסורי תורה אפילו אוכלן בשוגג צריך כפרה ותשובה להגן על היסורין, מכל מקום באיסור דרבנן אין צריך שום כפרה וכאילו לא עבר דמי [...] והרי הוא להאוכל כאילו אכל כשרה, והרי נהנה כמו מן הכשרה, ומשום הכי צריך לשלם כל דמי הנאתו, כמו בזה נהנה וזה חסר מועט, דכללא הוא דצריך לשלם כפי מה שנהנה. מה שאין כן באיסור דאורייתא שמקבל עונש על השוגג וחסרונו גדול מהנאתו.⁶⁰

הסברו של בעל נתיבות המשפט מבוסס על הבחנה בין איסורי תורה לאיסורי דרבנן. העובר בשוגג על איסור תורה צריך כפרה ותשובה להגן על עצמו מפני הייסורים. נמצא אפוא שהקונה שאכל את הבשר האסור לא נהנה מאכילה זו ואף נגרם לו נזק, ולכן המוכר צריך להשיב לו את הכסף שקיבל, ואילו הוא אינו צריך לשלם למוכר מאומה על אכילת הבשר, שכן לא נהנה ממנה. כנגד זאת, מי שעבר בשוגג על איסור מדרבנן אינו נענש ואינו צריך כפרה. נמצא שהקונה שאכל את הפירות האסורים מדרבנן נהנה מהם בדיוק כפי שהיה נהנה מפירות כשרים,⁶¹ ועל כן הוא חייב לשלם על הנאתו זו מדין "עשיית עושר ולא במשפט". המוכר חייב אמנם להחזיר את דמי המכר לקונה, אך כנגד זאת הקונה חייב לשלם למוכר את דמי ההנאה שעומדים על אותו סכום ממש, והתוצאה היא אפוא כדברי הרמב"ם, שאם הקונה אכל את הפירות "אין המוכר מחזיר לו כלום". ה'נתיבות', בדבריו הקצרים, אינו מנמק מדוע העובר בשוגג על דברי חכמים אינו צריך כפרה. אחרונים שבאו אחריו קשרו את הדבר להעדר הממד האונטולוגי באיסורים מדרבנן. איסורי תורה מזיקים מצד עצמם, ולפיכך גם מי שעובר בשוגג עשוי להינזק ולכן צריך כפרה,⁶² אך איסורים שקבעו חכמים אינם מזיקים מעצם טבעם, והם מחייבים

60 נתיבות המשפט, חושן משפט, סימן רלד, ס"ק ג.

61 טיעון זה נכון גם בהנחה שמחיר השוק של פירות שאסורים מדרבנן נמוך מפירות כשרים, שכן ההתעשרות של הקונה מאכילת פירותיו של המוכר (שלא מכוח החוזה הבטל) מתבטאת בחסכון ההוצאה שהיה מוציא לצורך קניית פירות אחרים (כשרים), כלומר הוא חסך את מחירים של הפירות הכשרים. ברומה, כותב הרב שקופ בביאור הדברים: "ואף דבעלמא היכא דמשלם מדין נהנה מנכה מעט משווי, זה רק היכא דלא קנה לאכילה אלא בעל כורחו באה הנאתו – משלם דמי בשר בזול, אבל היכא דקנה לאכילה משלם כל הפסיקה, דהרי אכל ונהנה כמו מדבר כשר" (שערי ישר, שער א, פרק י, עמ' ל, לאחר הצעת דברי ה'נתיבות').

62 קשורה לכאן מחלוקתם הידועה של הרמב"ם והרמב"ן בטעם חיוב שוגג בקרבן חטאת. הרמב"ם, במורה נבוכים, חלק ג, פרק מא, כותב שהשוגג חייב בקרבן על רשלנותו: "אמנם השוגג יש בו חטא, כי אילו הפליג להתיישב ולהיזהר, לא באה שגגה לידו, אלא שלא יענש כלל, ואמנם צריך כפרה ומפני זה מביא קרבן". ועל פי דרכו זו פסק במשנה תורה, שגגות, פרק ה, הלכה ו, שמי שלא התרשל כלל נחשב לאנוס, ופטור מקרבן אף שנכשל באיסור. לעומתו סבור הרמב"ן בפרושו לויקרא ד 2, שמעשה העבירה, גם אם נעשה בשוגג וללא

רק מכוח חובת הציות להוראות חכמים.⁶³

מהלך דומה יהיה תקף בהקשר של דיני הנזיקין, כך שהאוסר פירותיו של חברו באיסור מדרבנן יהיה פטור מתשלומי הנזק, גם למאן דאמר "היזק שאינו ניכר שמיה היזק".⁶⁴ שוב ההסבר נעוץ בכך שבפירות שנאסרו מדרבנן לא חל כל שינוי אונטולוגי, ומצד עצמם הם ראויים לשימוש כמו מקודם. מי שאסר את פירות חברו באיסור מדרבנן לא גרם אפוא נזק לפירות עצמם, אלא רק נזק ממוני לבעל הפירות שמציית לכללי ההתנהגות ההלכתיים שאוסרים עליו ליהנות מהם, ובכך כאמור אין כדי להקים עילת תביעה נזיקית. כך כותב הרב שקופ:

ולפי המתבאר לעיל נבין לחלק בין איסורי הנאה שאסורין מן התורה לאיסורי הנאה מדרבנן, דאיסור תורה נתהפך הדבר באמת לדבר שאינו ראוי, אבל איסורי הנאה דרבנן לא איכרו באמת איכות תשיש הראוי לאדם,⁶⁵ אלא שהאדם מתיירא להנות ממנו, שמצות הלאו ד"לא תסור" מפחידו שלא להנות ממנו. וכל שהחפץ ראוי להנאת אדם, אלא

כל אשמה, פוגע בנפש האדם, והקרנן מתקן את הפגם: "וטעם הקרבנות על הנפש השוגגת, מפני שכל העונות יולידו גנאי בנפש והם מום בה, ולא תזכה להקביל פני יוצרה רק בהיותה טהורה מכל חטא, ולולי זה היו טפשי העמים זוכים לבא לפניו. ולכן הנפש השוגגת תקריב קרבן, שתזכה לקרבה אל האלהים אשר נתנה". ראו סילמן ללכת בדרכיו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 175-178.

63 ראו למשל, שו"ת תורת חסד, חלק אורח חיים, סימן לא, אות ה; מפענח צפונות, סימן ז, ס"ק ד (הוצאת מכון צפנת פענח 149) (שאיסורים מדרבנן הם איסורי גברא "כי אין להם כוח לתקן על החפץ"); הרב אלחנן בונם וסרמן קובץ הערות למסכת יבמות סימן ח, אות טו, עמוד צו ("דבאיסור דרבנן אין המעשה מצד עצמה אסורה, אלא שמצוה לשמוע לדברי חכמים. וכיון שעושה בשוגג ואין כוונתו ורעתו לעבור על דברי חכמים לא עשה איסור כלל"). בעצם חידושו של נתיבות המשפט דנו האחרונים בהרחבה, זה בכה וזה בכה, והיו מהם שטענו שיש כוח ביד חכמים לשנות את איכותו של הדבר האסור. ראו דיונו של רבי יוסף ענגיל בספרו אתון דאורייתא, כלל י (להלן: אתון דאורייתא), ובספרו בית האוצר, חלק ראשון, כלל קכב-קכד (להלן: בית האוצר). וכן שדי חמד, מערכת האל"ף, כלל קח, ובמקורות הרבים שמצוינים שם; שו"ת יביע אומר, חלק ב, יורה דעה, סימן ה, אות ג; אליאב שוחטמן מעשה הבא בעבירה 97-99 (התשמ"א); שלום רוזנברג "ההלכתיות – דיוקן תיאולוגי היסטורי" מסע אל ההלכה – עיונים בין-תחומיים בעולם החוק היהודי 59, 70-71 (עמיחי ברהולץ עורך, 2003).

64 למקורות בעניין זה ראו דיונו של הרב שקופ בשערי ישר, לעיל ה"ש 47.
65 ולכן קידושינו שנעשו באיסורי הנאה דרבנן תקפים, מפני שהאשה קיבלה דבר שראוי ליהנות ממנו. עם זאת, כותב הרב שקופ בהמשך הדברים, שיש בכוחם של חכמים לחזק את תקנתם ולעשות "שיהיה נחשב הדבר האסור כדבר האסור בעצם", כמו שעשו בחיטי קורדנייתא שאסרו אותם בפסח, שהמקדש אישה בחיטין אלה אינה מקודשת, ואף שבאמת הם ראויים להנאה וכנ"ל, החמירו חכמים בדינם והפקיעו את הקידושין.

שהאדם מחמת פחד מונע עצמו מלהנות מן החפץ, אין החפץ בטל מאיכותו, וחשוב ממון גמור מן התורה | ולכן המזיק אינו חייב לפצותו.⁶⁶

ראוי לשים לב למשמעות הרחבה יותר של הדברים ביחס לשאלת הממד הדתי של המשפט העברי. אנו רואים שדיני הנזיקין, למרות היותם חלק מההלכה, אדישים ועיוורים לחובות הדתיות שחלות על נמעני ההלכה. האיסור ליהנות מהחפץ, והעובדה שבשל כך הניזק "מתיירא ליהנות" מהאיסור, כלומר מציית להלכה, אינה רלוונטית מבחינת דיני הנזיקין. במישור הנזיקי נדרש התובע להוכיח גרימת נזק ממשי לרכושו, ואיסור שימוש נורמטיבי (להבדיל מאיסור שיש לו גם ממד אונטולוגי) אינו מספיק לעניין זה. אפשר לטעון שההנחות האונטולוגיות ביחס לאיסורי תורה משקפות תפיסה דתית שחודרת גם לתחום המשפט. הטענה שאיסורים הלכתיים מדאורייתא משנים את האונטולוגיה של החפץ, וההכרה בטענה זו במישור הנזיקי, הן אולי מאפיין דתי של המשפט העברי.⁶⁷

5. אחריותו הנזיקית של האוסר ממנו של אחר ב"איסור ספק"

התלמוד מספר על טבח (= שוחט) ששחט בהמה של אדם בהגרמה, שהיא אופן של שחיטה שבאשר לכשרותה יש מחלוקת תנאים שלא הוכרעה. כשבא בעל הבהמה לפני רב, פסק רב שבשר הבהמה אסור מספק, שהרי ספיקא דאורייתא לחומרא, וייתכן ששחיטה זו פסולה. מצד שני פסק שהטבח פטור מלפצות את בעל הבהמה על ההפסד שנגרם לו, משום שהבשר נאסר רק מספק, וספק ממון – להקל (על הנתבע). בכך, אומר התלמוד, עשה רב שתי טובות עם בעל הבהמה: הצילו מאכילת ספק איסור טרפה, ומנע אותו מספק איסור גזל, שכן אם הבהמה כשרה הטבח פטור מלשלם.⁶⁸

יש מהראשונים שפירשו ששאלת אחריותו של הטבח תלויה במידת הרשלנות שלו, שנקבעת לפי מידת חובת הזהירות – האם צריך היה לצפות שבשל מחלוקת התנאים בעניין שחיטה בהגרמה ייאסר הבשר באכילה? לפי הסבר זה, רב פטר את הטבח מתשלומים משום שהעריך שהטבח לא התרשל ושלא היה צריך להיות מודע לכך שיש דעה האוסרת שחיטה מסוג כזה.⁶⁹ אך מדברי רש"י משתמע שהפטור של

66 שערי ישר, שער א, פרק י, עמ' כח.

67 לגבי המאפיינים של משפט דתי בכלל, ולדיון בשאלת אופיו הדתי של המשפט התלמודי כפרט ראו: Hanina Ben-Menahem, *Is Talmudic Law a Religious Legal System? A Provisional Analysis*, 24 THE JOURNAL OF LAW AND RELIGION 379 (2009).

68 בבלי, בבא קמא צט ע"ב. יש לציין שאחריותו של הטבח אינה תלויה במחלוקת בעניין היזק שאינו ניכר, כי הטבח הוא אומן שנשכר לבצע מלאכה, ואחריותו במקרה שגרם נזק רחבה יותר מזו של מזיק רגיל.

69 כך פירשו שם בעלי התוספות, ובעקבות זאת פסק בעל תרומת הדשן (תרומת הדשן, חלק ראשון – שאלות ותשובות, סימן קפו (מהדורת ורשה 57)), שאפילו חומרות בעלמא בשחיטה שאנו נוהגים לפסול מחמתן את הבהמה, אם השוחטים יודעים מנהג זה – הרי

הטבח אינו תלוי במידת רשלנותו, אלא בכך שיש ספק שקול האם הוא גרם נזק, שהרי ייתכן שהצדק עם הסוברים שהשחיטה כשרה והבשר מותר באכילה.⁷⁰

ההסבר השני קשה. אכן יש מחלוקת תנאים אם השחיטה כשרה או לא, וייתכן שהאמת היא עם המתירים שהשחיטה כשרה, אבל אין ספק שלבעל הבהמה נגרם נזק ממוני ודאי, שכן המחלוקת לגבי כשרות השחיטה לא הוכרעה, ובמצב של ספק כזה הבשר אסור באכילה. מדוע אפוא יחול כאן הכלל "ספק ממון להקל"? הרי מבחינה ממונית אין ספק שאידע נזק! כך ניסח את הדברים הרב שקופ:

ולכאורה קשה טובא [=מאוד], כיון דספק תורה אסור ודאי [=באופן ודאי] – להרשב"א מן התורה ולהרמב"ם מדרבנן⁷¹ – ועל כל פנים עשה הטבח מעשה לאסור את הבהמה, הרי הזיקו ודאי, ולמה יפטר הטבח מספק? מאי נפקא מינא לענין היזק אם אסר מטעם זה או מטעם אחר?⁷²

שוב חוזר הרב שקופ להבחנה בין איסור טרפה אונטולוגי לבין איסור ספק טרפה שאינו אלא חובת התנהגות. איסור טרפה הוא איסור אונטולוגי, וטבח שהטריף בהמת חבירו מתחייב בניזיקין, לא בגלל ההפסד הממוני שגרם לבעלים, אלא בגלל שקלקל את בשר הבהמה והפך אותו לבלתי ראוי לאכילה. ואולם, כאשר מדובר רק בספק טרפה, הבשר אסור באכילה מכוח כלל ההתנהגות שקובע שיש להחמיר במקרה של ספק, אך לא ברור שנפל בבשר פגם אונטולוגי. אמנם כלל ההתנהגות ההלכתי הוריד את שווי השוק של הבשר, שכן מחירו נמוך ממחירו של בשר כשר, אבל כאמור עצם הפגיעה בשוויו של הנכס אינה מקימה אחריות נזיקית. האחריות הנזיקית אינה נקבעת לפי כללי ההתנהגות שחלים על הניזק, אלא לפי המצב האונטולוגי של הבשר, האם הוא באמת נפגם וניזק או לא, ובעניין זה יש ספק שפועל לטובת הנתבע (הטבח).⁷³

מוטלת עליהם אחריות נזיקית אם שחטו שלא כהוגן, כי צפו את הנזק והיה עליהם להיזהר בכך. דבריו הובאו ברמ"א, חושן משפט, סימן שו, סעיף ה.

70 וכן פסק המאירי, בבא קמא צט ע"ב: "טבח ששחט, ונחלקו בעלי הוראה בשחיטתו אם כשרה או פסולה ולא הוכרעה הוראתם לצד אחד, ראוי לדיין לאסור את הבהמה מספק, ומכל מקום אינו מחייב בכך את הטבח, שמא כשרה היא". וראו גם שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שו, סעיף ה; ט"ז, יורה דעה, סימן יח, ס"ק ח.

71 הרב שקופ מכוון למחלוקת הרמב"ם והרשב"א בשאלה האם הכלל "ספק דאורייתא לחומרא" הוא מהתורה, או רק מדרבנן (שאו מן התורה עצמה אפשר להקל).

72 שערי ישר, לעיל ה"ש 47, בעמ' כד.

73 מהלך זה מופיע בכתבי הרב שקופ בכמה מקומות, ראו הרב שקופ, לעיל ה"ש 40, בעמ' שז: "עיקר חיוב המזיק הוא על הפסד גוף החפץ, והיינו במה שהחפץ עצמו ניזוק ונפסד, וכן מובן שאם אסרו רק באיסור ספק, מכיון שלא נפסד החפץ במציאותו, שהרי אף למחמירים בספיקא דאורייתא אין החפץ מזיק בודאי, אלא שהתורה הזהירתו להתרחק מן הספק, ועל כן אין לחייבו בתשלומין מספק, כיון שלא הוברר שנפסד החפץ במציאות, והמוציא מחברו עליו הראיה".

ג. ההבחנה בין איסור גברא ואיסור חפצא

ההבחנה בין איסור גברא לאיסור חפצא נזכרת בתלמוד רק פעם אחת, אך הנוכחות שלה בשיח ההלכתי הבתר תלמודי, ובפרט בדברי האחרונים, רחבה הרבה יותר. משמעותה המדויקת מבחינה מושגית מעורפלת למדי,⁷⁴ אך באופן כללי נראה שהיא קשורה לשימושי הלשון השונים במונח "איסור" שהזכרתי בתחילת המאמר. איסור גברא הוא לכאורה האיסור הנורמטיבי הפונה לאדם ומנחה אותו כיצד לנהוג, ואילו איסור חפצא הוא תכונה של איסור – או חלות איסור – שחלה על החפץ. לימוד המקורות השונים מגלה כי התמונה סבוכה יותר. בפרקים הבאים ננסה להתחקות אחר הסברים אפשריים אחרים להבחנה, הן על בסיס פרשנויות ישירות שניתנו לה, בעיקר בדברי האחרונים, והן על בסיס התייחסויות עקיפות ושימושים שונים בהבחנה, המלמדים על הדרך שבה הובנה.

כאמור, ההבחנה בין המושגים "איסור גברא" ו"איסור חפצא" נזכרת בתלמוד פעם אחת בלבד, בסוגיה סתמאית⁷⁵ בריש מסכת נדרים, ומטבע הדברים ראוי שנפתח בה. במשנה הראשונה במסכת נדרים, שפירושה המדויק אינו נצרך לענייננו, נאמר: "כל כינויי נדרים כנדרים, וחרמים כחרמים, ושבועות כשבועות, ונזירות כנזירות".⁷⁶ התלמוד מתעכב על סדר הרשימה שבמשנה, ותוהה מדוע השבועות לא נזכרו מיד לאחר הלכת הנדרים, אלא לאחר הלכת החרמים. התשובה היא:

אידי רתנא נדרים דמיתסר חפצא עליה, תנא נמי חרמים דמיתסר חפצא עליה, לאפוקי שבועה דקאסר נפשיה מן חפצא. | =אגב ששנה נדרים שנאסר החפץ עליו, שנה גם חרמים שנאסר החפץ עליו, להוציא שבועה, שאסר עצמו מן החפץ.⁷⁷

התלמוד מבחין אפוא בין נדרים וחרמים לבין שבועות: בנדר ובחרם האדם הנודר או המחרימים אוסר את החפץ עליו (ועל כן מכנים אותם: איסור-חפצא), ואילו בשבועה האדם אוסר את עצמו מן החפץ (ועל כן מכנים אותה: איסור-גברא). ההבחנה ביסודה נסמכת על ההבדל הטכני בין מטבע הלשון של שבועה לבין מטבע הלשון של נדר. בנוסח השבועה הנשבע אוסר על עצמו את הדבר (חפץ או פעולה), ואומר, למשל: "שבועה שלא אוכל כיכר זה", או: "שבועה שלא אלך למקום פלוני". בנוסח הנדר והחרם,

74 ראו למשל הערתו של בעל שו"ת אבני נזר, אורח חיים, סימן לו, אותיות ב-ג: "ובאמת ענין איסור גברא או איסור חפצא יכולין לומר בכל איסור מה שירצה, כי לכאורה אינו מובן, דכל איסור הוא אסור בחפץ והחפץ עליו. והנה מכבר שמעתי גדולי עולם שנתקשו בענין זה".

75 בכל הסוגיה לא נזכרים שמות אמוראים, וקרוב הדבר שהסוגיה סבוראית, בדומה לכמה סוגיות שבאות בראשי המסכתות.

76 משנה, נדרים א, א.

77 בבלי, נדרים ב ע"ב.

לעומת זאת, הנודר אוסר את החפץ עליו: "כיכר זה אסור עלי באכילה (כקרבן)".⁷⁸ האם ההבדל בין לשון הנדר והשבועה מייצר גם הבחנה מושגית והבדל מהותי בין האיסורים שנוצרו בשני המקרים? ייתכן מאוד שבעל הסוגיה היה משיב בשלילה, ומסביר ששני האיסורים מייצרים אותה חובת התנהגות (אסור לאדם לאכול את הכיכר). אך מסוגיות אחדות בתלמוד ובדברי ראשונים עולה שבין שני סוגי האיסור יש הבדל מהותי שקשור למושג שכינינו "חלות איסור", ויש לו גם נפקויות נורמטיביות. נעייין תחילה בסוגיות אלו ולאחר מכן ננסה לעמוד על בירור המושג של הדברים.

לפני כן חשוב לציין שהדיון התלמודי בהבחנה בין איסורי גברא ואיסורי חפצא מתייחס רק לנדר ולשבועה. מהו מעמדם של איסורי תורה האחרים? האם יש לסווג אותם כאיסורי גברא או כאיסורי חפצא? כפי שאראה בהמשך, הדבר שנוי במחלוקת ראשונים, המבוססת, בין השאר, על ההגדרה שנתנו החולקים למושגים איסור גברא ואיסור חפצא.

78 כך לכאורה משתמע מדברי כמה מהראשונים על הסוגיה (נדרים ב ע"ב). רש"י מפרש: "דמיתסר חפצא: דכי אמר 'דבר זה עלי בקרבן' או 'בחרם', אסר ליה לחפץ עליו, ומשום הכי תני להו בהדי הדדי. אבל כי אמר 'שבועה שלא אוכל דבר זה' או 'שאיני נהנה מדבר זה', איהו לא אסר לחפצא עליה אלא נפשיה אסר מההוא חפצא" (הדגשות שלי, ש"ו). ובפירוש הר"ן: "אידי דתנא נדרים דמיתסר חפצא עליה: כלומר שאוסר הככר עליו ואומר 'אכילת ככר זה עלי', לאפוקי שבועה דאסר נפשיה מן חפצא, כלומר שאומר 'שבועה שלא אוכל ככר זה'" (הדגשות שלי, ש"ו). ובפירוש הרא"ש: "נדרים מידי דמיתסר חפצא עליה: דאיסור נדר הוא שמתפישו בדבר הנדור ונאסר כמוהו, וכן חרמים כדמפרש במתני' [=במתניתין]. לאפוקי שבועה דאסר נפשיה מן חפצא: דכתיב (ויקרא ה) 'נפש כי תשבע' שנשבע שלא יעשה דבר זה". פירושה של הדברים מעורפל, אך כאמור אין לשלול את האפשרות שהראשונים אינם מייחסים הבדל מהותי לסוגי האיסורים השונים, וכל ההבדל בין איסור חפצא לאיסור גברא אינו אלא לשוני, כלומר נדר הוא איסור שמוצרך על ידי טופס דיבור הקובע ש"החפץ יאסר", בעוד שלשון השבועה היא ש"האדם אסור בדבר". כך משתמע גם מדברי התוספות, ד"ה "נדרים" ששואלים מה הנפקות בין שני סוגי האיסור, ואינם מצביעים על הבדל מהותי, אלא רק על הבדל במטבע הלשון האפקטיביית להחלת נדר ושבועה – נדר בלשון שבועה אינו תופס, וההיפך: "ומאי נפקא מינה אי אסר חפצא עלויה או איהו מחפצא? יש לומר דלענין זה שאם היה אומר 'קונם שלא אוכל ככר זה' לא אמר כלום, וכן אמר גבי שבועה להפך" (הדגשות שלי, ש"ו). גם רש"י וגם הר"ן מדגישים את הענין הפורמלי של נוסח השבועה והנדר, ואינם דנים במהות ההבדל שבין איסור גברא ואיסור חפצא (וראה בר"ן שם, שממשיך לדון בנדר שאמרו בלשון שבועה ושבועה שאמרה בלשון נדר, ויש אומרים שהם אינם חלים, ויש אומרים שהם חלים מדין ידות נדרים). עם זאת, אין ספק שבהקשרים אחרים מבינים הראשונים שההבחנה בין נדר לשבועה היא מהותית, ושאיסור גברא ואיסור חפצא הם שני סוגי איסורים השונים זה מזה, כפי שנראה מיד בגוף הדברים.

1. חלות נדר ושבועה על דבר שאין בו ממש

הלכה תנאית קובעת ששבועה חלה על דבר שאין בו ממש, בעוד שנדר אינו חל על דבר שאין בו ממש.⁷⁹ לפיכך, יכול אדם לאסור על עצמו שבועה לבצע פעולה שאין בה ממש, כגון אכילה או הליכה, אך אין הוא יכול לאסור על עצמו פעולות אלה בנדר. מהו טעמה של הבחנה זו? מדוע לא יכול הנדר לחול על דבר שאין בו ממש? הראשונים קשרו את העניין בדרכים שונות להבחנה בין איסור גברא לאיסור חפצא, באופן שעשוי לשפוך אור על הדרך שבה הבינו את שני המושגים. הסבר אחד הציעו כמה מהראשונים, לפיו איסור חפצא יכול לחול רק על חפצים ממשיים, בעוד ששבועה היא איסור נורמטיבי גרידא, כלומר חובת התנהגות המוטלת על האדם. כך כותב הריטב"א:

וטעמא דלא חייל קונם [=נדר] בדבר שאין בו ממש, משום דנרדי איסור הוי מידי דאיסור חפצא, ודבר דלית ביה ממש לאו מידי דתפיס ביה איסורא. אבל שבועה, דהויא איסור גברא לעשות או שלא לעשות, חיילא אפילו על דבר שאין בו ממש.⁸⁰

איסור גברא הוא חובה נורמטיבית שחלה על האדם, אין לה ממד אונטולוגי, ולכן היא אינה צריכה מצע ממשי לחול עליו. נדר, לעומת זאת, הוא איסור חפצא, ולכן הוא יכול

79 "חומר בשבועות: שהשבועות נוהגות בדבר שיש בו ממש ובדבר שאין בו ממש, מה שאין כן בנדרים" (תוספתא, נדרים א, ה (מהדורת צוקרמאנדל 276), ובדומה בבבלי, שבועות כה ע"א ונדרים יג ע"ב). חילוק זה שבין נדרים ושבועות עולה גם מהמשנה נדרים ב, א: "קונם [=לשון נדר] שאיני ישן, שאיני מדבר, שאיני מהלך [...] הרי זה בלא יחל דברו [אבל אין כאן נדר גמור, שאין הנדר חל אלא על דבר שיש בו ממש]. שבועה שאיני ישן, שאיני מדבר, שאיני מהלך – אסור". וראו רמב"ם, משנה תורה, נדרים, פרק ג, הלכה א, ושם הלכה י (כיצד אין הנדרים חלים אלא על דבר שיש בו ממש. וכן אם אמר לו 'דבורי אסור [לשון נדר] אינו אסור מלדבר עמו, שהדבור אין בו ממש. וכן אם אמר לו 'דבורי אסור עליך', אין זה כאומר 'פירותי אסורין עליך'. [...] לפיכך האומר לחבירו 'קרבן שאיני מדבר עמך' או 'שאיני עושה עמך' או 'שאיני מהלך עמך' או שאמר 'קרבן שאיני ישן, שאיני מדבר, שאיני מהלך', או שאמר לאשתו 'קרבן שאיני משמשך' – אין הנדר חל בכל אלו, והרי זה כאומר 'דבורי והלוכתי ועשייתי ושמושי קרבן', שהן דברים שאין בהן ממש"); טור, יורה דעה, סימן ריג, ושם סימן רלט. ראוי לציין שגם גופו של האדם נחשב כדבר שיש בו ממש, כך שחלות הנדר יכולה לחול עליו, וכפי שביאר הרמב"ם שם, הלכה יא: "אבל האומר 'אסור פי לדבורו, וידי למעשיהן, ורגלי להלכותן, ועיני לשינתן' – הרי הנדר חל עליהן, לפיכך האומר לחבירו 'קרבן פי מלדבר עמך, וידי מלעשות עמך, ורגלי מלהלך עמך' – הרי זה אסור".

80 חידושי הריטב"א, נדרים יג ע"ב (מהדורת מוסד הרב קוק סז) [תרגום לעברית: "והטעם שלא חל נדר על דבר שאין בו ממש, משום שנרדי איסור הם איסור חפצא, ודבר שאין בו ממש איננו דבר שיכול להתפס בו איסור. אבל שבועה שהיא איסור גברא, לעשות או שלא לעשות, חלה אפילו על דבר שאין בו ממש"].

לחול רק על חפצים ממשיים. ברור הדבר אפוא שהריטב"א מבין שאיסור חפצא איננו רק חובת התנהגות נורמטיבית, שכן זו אינה חלה על חפצים. האיסור שחל על החפץ הוא מה שכינינו לעיל "חלות איסור", כלומר תכונה של איסור שיכולה לחול על מצעים ממשיים בלבד. ראוי להזכיר כי הדרישה למצע ממשי חוזרת ומופיעה גם בהקשר לחלויות אחרות. קניין אינו יכול לחול על דבר שאין בו ממש. טומאה אינה חלה על דבר שאין בו ממש, וכך לכאורה גם קדושה (קדושת הזמן היא מושג אחר של קדושה).⁸¹ קביעות אלה משקפות מעין פיזיקה של חלויות, שאינן יכולות לחול ולדבוק אלא במצעים ממשיים.

הנדר, כאיסור חפצא, הוא אפוא חלות האיסור האונטולוגית. אך כפי שכבר ציינו, חובת התנהגות אינה יכולה להיגזר מחלות איסור, שכן אי אפשר לגזור ראוי ממצוי. אם נייעזר שוב בדימוי של חלות האיסור לתכונה של רעילות, הרי שעל החפץ האסור בנדר חלה תכונה של רעילות מזיקה, אך מעובדה זו לא נובע איסור נורמטיבי לאכול מן הדבר המזיק ולהינזק. אכן, המקור לאיסור הנורמטיבי להפר את הנדר הוא הציווי המקראי "לא יחל דברו",⁸² שמייצר איסור גברא נורמטיבי, כלומר חובת התנהגות, שלא לאכול או ליהנות מהחפץ האסור שחלה עליו חלות איסור. ואכן, ראשונים כתבו במפורש שבנדר יש גם איסור גברא בנוסף לאיסור החפצא.⁸³

81 סילמן ללכת בדרכיו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 386; יצחק ברנד "עסקה בדבר שאין בו ממש – מפילוסופיה למשפט" שנתון המשפט העברי כא 71, 75 (2000).

82 במדבר ל, 3.

83 חידושי הר"ן, נדרים יח ע"א, ד"ה "הלכך נקטינן"; חידושי הריטב"א, נדרים טז ע"א (מהדורת מוסד הרב קוק קנו). אכן יש מצבים מעניינים שבהם איסור הנדר חל כאיסור חפצא, אך ללא איסור גברא. ניטול למשל מקרה בו ראובן מדיר את שמעון מנכסיו, כלומר אוסר את נכסיו על שמעון בנדר. אין ספק שנדר כזה חל, ושלשמעון אסור ליהנות מנכסיו של ראובן. אך נחלקו הראשונים האם הציווי "בל יחל דברו" מתייחס לשמעון במקרה כזה, שהרי לא הוא שהוציא את דיבור הנדר מפיו. לשיטת הרמב"ם, אם עבר שמעון ונהנה מנכסיו של ראובן – אינו לוקה, שכן הציווי לא חל עליו ("ראובן שאמר לשמעון: [...] 'הרי אתה אסור בהניית', נאסר על שמעון שיהנה בראובן, ואם עבר ונהנה – אינו לוקה, שהרי לא אמר שמעון כלום" – משנה תורה, נדרים, פרק ה, הלכה א). וראו דיונו של הר"ן, חידושי הר"ן, נדרים טז ע"א, ד"ה "הלכה אסורה בהנאתו ולוקה", שהביא את שיטת הרמב"ם וחלק עליה. אכן, עולה התהייה מהו המקור לאיסור ההנאה שחל לכתחילה על שמעון בהעדר ציווי מפורש (שהרי הציווי "לא יחל דברו" אינו פונה אליו). דומה שהתשובה מבוססת על ההנחה שהמקור הנורמטיבי לחובת התנהגות אינו חייב להיות דווקא ציווי מפורש, ומסתבר שבמקרה הזה האיסור שחל על שמעון ליהנות מנכסיו ראובן מבוסס על סברה שלפיה גם שמעון צריך להיזהר שלא להביא לידי חילול דיבורו של הנודר. סברה זו אינה מספיקה כדי להעניש את העובר במלקות, שכן למלקות יש צורך בציווי מפורש, אך די בה כדי לייצר איסור לכתחילה. וראו ברוח זו הרב שקופ, שערי ישר, שער ג, פרק כה, עמ' רעא-רעב. השוו עוד לדברי הרמב"ם, משנה תורה, שבועות, פרק ה, הלכה ד, ש"אם נשבע ראובן שלא יכנס שמעון בביתו [...] ועבר שמעון ונכנס לביתו של ראובן [...] – ראובן פטור

נסכם אפוא את הדברים עד כה: שבועה היא איסור נורמטיבי חד ממדי אשר מטיל חובת התנהגות על הנשבע, בעוד שנדר הוא איסור דו ממדי, המשלב ממד נורמטיבי וממד אונטולוגי. הנדר מחיל על החפץ חלות איסור, ועל הנודר חובת התנהגות.⁸⁴

2. איסור גברא כאיסור אונטולוגי

ואולם, מדבריהם של ראשונים אחרים עולה שגם כאיסור גברא יש ממד אונטולוגי. לדבריהם אפשר לאסור דבר שאין בו ממש בשבועה, כי השבועה היא איסור גברא שחל על האדם, ובאדם יש ממש! נצטט מדבריהם של בעל ספר החינוך, הרא"ש והר"ן:

שהרי הוא אנוס, ושמעון חייב שעבר על דבר האסור לו לעשותו". הדברים תמוהים, הלא השבועה איסור גברא, ואיך יכול אדם לאסור על חברו דבר בשבועה? וכן תמה הטור, יורה דעה, סימן רלו, וראו בנושאי כלי הרמב"ם והטור שם הצעות ליישוב דברי הרמב"ם. בדרך דומה הלך פרופ' שלום רוזנברג (רוזנברג, לעיל ה"ש 63): "המושגים | = איסור גברא ואיסור חפצא כשלעצמם פשוטים. 'חפצא' רומז לכך שתכונות מסוימות חלות על חפץ, ומכאן נולדות חובות. לעומת זאת 'גברא' מתאר את העובדה שחלות על בני אדם חובות. המושג 'חפצא' מדבר על תכונות של אובייקט, ואילו 'גברא' על חובות של סובייקט. דוגמה טריוויאלית תבחר הבחנה זאת. רישיון הנהיגה הוא חובת-גברא, על האדם להיות כשיר לכך. לעומת זאת, הרישוי הוא חובת-חפצא, חובה המתייחסת לאובייקט – למכונת". רוזנברג מציין שבאיסור חפצא חלות תכונות מסוימות על החפץ, "ומכאן נולדות חובות". דומני שקביעה זו אינה מדוייקת, כי היא נכשלת בגזירת הראוי מהמצוי. החובה הנורמטיבית אינה נולדת מהתכונה האונטולוגית עצמה, אלא מהיגד או ציווי נורמטיבי אחר, כפי שצינתי בגוף הדברים. בהמשך רוזנברג מגדיר את הדברים באופן שונה מעט, וכותב: "אנו יכולים להכליל הבחנה זאת, והדבר נעשה על ידי התיאורטיקנים של ההלכה. 'חפצא' פירושו שאכן משתנים דברים בעולם, וזהו הדגם הריאליסטי. 'גברא' פירושו שעלינו להתייחס אל המציאות 'כאילו' היא השתנתה על פי קביעת המשפט והשופט". לא ברור לי מדוע צריך לומר שבאיסור גברא, על פי משמעותו כאיסור נורמטיבי, צריך לומר שהמציאות "כאילו" השתנתה". אדרבה, כפי שצינתי לעיל, אני סבור שהגישה האונטולוגית (או הריאליסטית), כפי שמכנה אותה רוזנברג) אינה מתחייבת להנחה ש"אכן משתנים דברים בעולם", אלא רק לתבנית החשיבה הכוללת גם את האפשרות שהדברים רק "כאילו" השתנו. בהמשך המאמר מציין רוזנברג דוגמה אחרת להבהרת המונחים איסור גברא ואיסור חפצא, וכותב: "עתה יכולים אנו לחזור אל ההבחנה בין 'גברא' ל'חפצא'. נודקק לשם כך שוב לדוגמה טריוויאלית. הרשויות יכולות לקבוע שרחוב מסוים יהיה סגור לתנועת כלי רכב. ניתן לעשות זאת בשתי צורות: על ידי הצבת מכשולים שימנעו כניסה, או על ידי הצבת תמרור סמלי המורה 'אין כניסה'. במקרה הראשון שינינו את ה'חפצא', במקרה השני פעלנו על ה'גברא'" (שם, בעמ' 72). אך האנלוגיה בין המכשול המונע את הכניסה לרחוב לבין איסור חפצא בעייתית בעיניי. גם איסור חפצא שייך בסופו של דבר לתחום הנורמטיבי. הוא איננו יוצר מניעה פיזית לבצע את הפעולה האסורה (שאם כן לא היה צורך באיסור כלל). לפי הגישה הריאליסטית הוא מצביע על כך שלדבר האסור ישנן תכונות של איסור או אולי תכונות מזיקות, ולכן נקבעה גם חובת ההתנהגות, המונעת את ההתנהגות שעשויה לגרום נזק.

וזהו הדין והטעם בעצמו שהשבועה חלה על דבר שיש בו ממש ועל שאין בו ממש, כי על גוף האדם תיפול השבועה, כלומר שגופו נתקיים לעשות אותו דבר, והרי הגוף יש לו ממש.⁸⁵

והיינו נמי טעמא דשבועות חלין על דבר שאין בו ממש, לפי שאוסר את גופו מלעשות דבר זה, ובגופו יש בו ממש. אבל בנדרים שאוסר הדבר עליו, אם אין בו [=בדבר] ממש אין נתפס עליו האיסור.⁸⁶

השבועות חלות על דבר שאין בו ממש, משום דמיתסר גברא הוא שלא יעשה כן, ואיהו אית ביה ממש [=והוא יש בו ממש]. מה שאין כן בנדרים, דמתסר חפצא הוא, הילכך אי לית ביה מששא [=אם אין בו ממש] לא אסר מירי [=לא אסר כלום].⁸⁷

קשה להניח שהראשונים הללו מזהים את המושג איסור גברא עם חובת ההתנהגות הנורמטיבית, וסוברים שגם זו צריכה מצע ממשי לחול עליו. מסתבר יותר שהם סוברים שגם איסור גברא, בדומה לאיסור חפצא, מציין את הממד האונטולוגי של חלות איסור. ההבדל בין איסור חפצא לאיסור גברא הוא אפוא בזיהוי המצע שעליו חלה חלות האיסור. באיסור חפצא חלות האיסור חלה על החפץ, ולכן צריך שיהיה בחפץ ממש, ואילו באיסור גברא חלות האיסור (להבדיל מכלל ההתנהגות) חלה על האדם, שבו תמיד יש ממש.⁸⁸ ושוב, כדי לחמוק מהכשל הנטורליסטי, נצטרך לומר שגם בשבועה איסור הגברא האונטולוגי איננו זהה לכלל ההתנהגות ("לא יחל דברו") שמטיל חובת התנהגות. כך כתב הרב חיים שמואלביץ בימי צעירותו בשם רבו, הרב שמעון שקופ:

85 ספר החינוך, פרשת יתרו, מצוה ל.

86 פסקי הרא"ש, שבועות פרק ג סימן י.

87 ר"ן, נדרים דף יג ע"ב, ר"ה "שהנדרים חלים על דבר מצוה". וראו סילמן "הקבעויות הלכתיות", לעיל ה"ש 1, בעמ' רנח, הערה 20.

88 לא ברור לאיזה חלק ממרכיביו של האדם מתכוונים הראשונים באומרם שיש בו ממש. אם הכונה היא לגופו של האדם, היינו שאם נשבע שלא יאכל ככר, מוצרנת השבועה על פיו שאסור בפעולת האכילה, הרי שלא מובן מהו החילוק בין "שבועה שלא אוכל" ל"קונם פי לדיבורי" שהוא נדר שמוצרך על הפה (ראו לעיל ה"ש 79). מאידך גיסא, אפשר שכוונת הר"ן היא שגם נפש האדם יש בה ממש לענין חלות השבועה. ועדיין זו צריכה תלמוד. ראוי לציין שיש מן הראשונים שכתבו שנדר חל על דבר שאין בו ממש אם הזכיר בדבריו דבר שיש בו ממש, וכגון שאמר קונם שינה מעיני, שאף שהשינה אין בה ממש, עיניו יש בהן ממש, ועל כן הנדר חל באופן זה, ראו ר"ן, נדרים טז ע"ב, ורשב"א ותוספות שם. אפשר שהכוונה היא שבמקרה כזה הנדר חל על עיניו, למרות שהלשון לא הייתה מדויקת מספיק, אך ייתכן שראשונים אלו סוברים שהדרישה לדבר שיש בו ממש הנה דרישה לשונית ולא מהותית, ומשום שהזכיר בדבריו דבר שיש בו ממש יכול הנדר לחול על השינה עצמה, למרות שאין בה ממש.

איסור חפצא הוא היכא שנמשך סיבת האיסור מהחפץ, כיון שחפץ כזה הוא, וכמו בחזיר שסיבת האיסור נולד מפני שהוא חזיר, ומשום הכי לשיטתם [= של חלק מהראשונים] כל איסורי תורה איסור חפצא המה,⁸⁹ וכמו כן הוא נדר. אבל בשבועה החפץ נשאר היתר, וסיבת האיסור הוא רק עבור שנשבע, והיה להם [אולי צ"ל: והרי הוא] איסור גברא, שנמשך ממנו הסיבת האיסור. ובנדר נשתנה החפץ לקדוש ונמשך הסיבה של האיסור מהחפץ.⁹⁰

מהו טיבה של אותה חלות איסור גברא שחלה על האדם, שאיננה זהה לאיסור הנורמטיבי? כדי לשבר את האוזן נוכל להשתמש שוב בשדה המטאפורי של הרעילות. אם חלות נדר היא תכונה של רעילות שחלה על החפץ האסור, הרי שחלות איסור גברא דומה למעין רגישות אלרגית שחלה על האדם. באמצעות השבועה מחיל האדם על עצמו מעין רגישות אלרגית למאכל או לפעולה שאסר על עצמו (שאם יעשה אותה יחלל את דברו).⁹¹ בנוסף חלה על האדם שנשבע גם חובת התנהגות נורמטיבית שאוסרת עליו לבצע את הפעולה שאותה נשבע שלא לעשות,⁹² אשר עשויה לגרום לו נזק בשל האלרגיה החדשה ש"תקפה" אותו כביכול.

3. התפסה בנדר ובשבועה

ההבדלים בין איסור גברא לאיסור חפצא על פי שני הפירושים שהזכרנו באים לידי ביטוי מעניין בדיני התפסה בנדר ובשבועה. נבאר את הדברים. ההצָרָנָה של נדר ושבועה נעשית באמירה ובדיבור. האמירה יכולה להיות מפורשת, כגון שאמר הנשבע: "הריני נשבע שלא לאכול כיכר זה", או בלשון נדר: "כיכר זה יהיה אסור עליי בנדר". התלמוד מצביע על דרך נוספת של הצרנת נדר – באמצעות הצבעה על חפץ אחר שנדרו ממנו. דרך זו מכונה בתלמוד "התפסה", וכפי שמסביר הרמב"ם:

כיצד המתפס בנדרים חייב? [...] האומר: "הבשר הזה עלי אסור", וחזר ואמר אפילו אחר כמה ימים: "והפת הזאת כבשר הזה", הרי הפת נתפשה

89 זיהוי איסורי תורה השונים כאיסור גברא או כאיסור חפצא שנוי במחלוקת ראשונים, ראו הדיון להלן בסמוך להערה 78.

90 ספר הזכרון, לעיל ה"ש 31, בעמ' שצז, הערה 1.

91 המהלך יכול להיות כזה: לפי הצינוי המקראי, מי שנשבע לעשות פעולה מסוימת או להימנע ממנה אסור לו לחלל את דברו, כלומר על ידי השבועה הוא החיל על עצמו תכונה שתוכנה הוא שאם לא יקיים את דברו הוא יינזק. זו היא חלות איסור הגברא שחלה עליו. הכלל הנורמטיבי קובע שאסור לו לחלל את הדיבור (בשל הנזק שזה יגרום לו).

92 ראוי להזכיר שבועה יכולה להטיל גם חובת התנהגות אקטיבית, כגון "הריני נשבע לאכול כיכר לחם זו". במקרה זה תוכנה של חלות האיסור יהיה משול לרגישות אלרגית לאי־אכילת הכיכר.

ונאסרה. חזר ואמר: "ורבש זה כפת הזאת, ויין זה כרבש זה", אפילו הן מאה כולן אסורין.⁹³

לגבי שבועה נחלקו אמוראים בשאלה האם מועילה התפסה: "מתפס בשבועה – אביי אמר: כמוציא שבועה מפיו דמי, ורבא אמר: לאו כמוציא שבועה מפיו".⁹⁴ הלכה נפסקה כרבא.⁹⁵ בעניין זה רבו השיטות והפירושים, ואנו נתעכב רק על דברים הנחוצים לענייננו. חלק מהראשונים פירשו שמחלוקת אביי ורבא מוסבת, כפשטות הסוגיה, רק על התפסה בשבועה, בעוד שבנדר מודה גם רבא שמועילה התפסה. את ההבחנה הסבירו על יסוד הזיהוי של נדר עם איסור חפצא ושל שבועה עם איסור גברא.⁹⁶ עניינה של ההתפסה הוא כאמור ביטוי התוכן של הנדר באמצעות הצבעה על חפץ אחר שנדרו ממנו, וכיוצא בזה בשבועה. הטענה היא שבנדר חלות האיסור שחלה על החפץ משנה את איכותו ועל כן ניתן להתפס בו, כלומר להצביע עליו כמייצג את תכונת חלות האיסור. לעומת זאת, בשבועה שהיא איסור גברא לא חלה על החפץ חלות איסור, ואין כל משמעות להתפס חפץ אחר בחפץ האסור. כך מסביר את הדברים בעל הטורים, תוך שהוא מאמץ את שיטת אביו, הרא"ש, שיטה שלפיה איסור גברא בשבועה חל על גופו של הנשבע שיש בו ממש:

דין השבועה כדין הנדר [...] ויש דברים שהיא חלוקה מהנדר, והוא שהיא חלה על דבר שאין בו ממש, כגון שנשבע שלא ישן או שלא ידבר, והטעם בזה שהשבועה חלה על גוף האדם, והגוף יש בו ממש [...]. ומטעם זה נמי מתפיש בנדר – נתפש, שהרי האיסור הוא על החפץ, וכשאומר על ככר אחר "יהא כמוהו" – הרי הוא כמוהו. אבל שבועה שנשבע על ככר שלא יאכלנו, אין שום איסור על הככר, לפיכך אם אמר על אחר "יהא כמוהו" – אינו כלום [...].

93 משנה תורה, נדרים, פרק ג, הלכה ג-ד.

94 בבלי, שבועות כ ע"א.

95 רי"ף, שבועות ח ע"א (בדפי הרי"ף), ור"ן על הרי"ף שם באריכות. וראו רמב"ם, משנה תורה, שבועות, פרק ב, הלכה ח; טור, יורה דעה, סימן רלט; ושולחן ערוך, יורה דעה, סימן רלט, סעיף ט.

96 אכן יש מן הראשונים שסברו שאביי ורבא נחלקו בהתאמה גם על התפסה בנדר, כשלפי רבא גם המתפס בנדר אין בדבריו כלום, ולכן אין הברל בין נדר לשבועה לעניין התפסה, ראו רש"י, שבועות כ ע"א; חידושי הרמב"ן שם, וראו בחידושי הרי"ן, שבועות כ ע"ב, ד"ה "אמר לך רבא", ובר"ן על הרי"ף, שבועות ח ע"א (בדפי הרי"ף). עוד כתבו הראשונים שייתכן שבנדר לכולי עלמא מועילה התפסה, וכי ההבחנה בין נדר לשבועה אליבא דרבא היא גזירת הכתוב, ראו רמב"ן, שבועות כ ע"א; רשב"א שם. שתי שיטות אלו אינן קשורות להבחנה שבין איסור גברא לאיסור חפצא.

ולפי זה אם שמע חבירו שנשבע, ואמר 'אני כמותך', הוא שבועה גמורה.⁹⁷

בתחילת הדברים כותב בעל הטורים, בעקבות אביו הרא"ש, שגם שבועה, שהיא איסור גברא, היא איסור אונטולוגי, אלא שהיא חלה על גופו של האדם, ולכן ניתן לאסור בשבועה התנהגות שאין בה ממש, כי השבועה חלה תמיד על גופו של האדם, שיש בו ממש. על פי זה הוא מסביר מדוע התפסת חפץ בחפץ אינה מועילה בשבועה, שכן בחפץ האסור לא חל כל שינוי, ואין לו תכונה של איסור שאפשר יהיה להתפיס בה חפץ אחר.

מעניין במיוחד חידוש ההלכה של בעל הטורים בהמשך הדברים, ולפיו התפסת אדם באדם אמנם תועיל בשבועה, כגון שנשבע ראובן שלא יאכל ככר לחם, ואמר שמעון: "ואני כמותו", שכן במקרה זה הצביע שמעון על תכונת האיסור, או על חלות האיסור, שחלה על גופו של ראובן, והתפיס אותה בעצמו.⁹⁸

כדי להבהיר את הדברים, נוכל להשתמש שוב בחשיבה מטאפורית שמסייעת לחשוב על המושגים המופשטים. נניח שחלות האיסור מצוינת באמצעות תווית שכתוב עליה היגד נורמטיבי. ההבדל בין איסור גברא לאיסור חפצא הוא היכן מודבקת התווית. במקרה של נדר, התווית מודבקת על החפץ, וכתוב בה "לפלוני אסור ליהנות מחפץ זה"; בעוד שבשבועה התווית מודבקת על האדם, וכתוב בה "אסור לאדם זה ליהנות מחפץ פלוני". המצע להדבקת התווית צריך להיות ממשי, כי אי אפשר להדביק תווית על דבר שאין בו ממש. לכן אפשר להישבע שלא לבצע פעולה (כמו הליכה), כי התווית מודבקת על האדם (שיש בו ממש כלשונו של בעל הטורים), וכתוב בה שלאדם זה אסור ללכת; אך אי אפשר לאסור את ההליכה בנדר, כי על ההליכה אי אפשר להדביק תווית. מיקום התווית משפיע גם על דיני התפסה: בנדר התווית מודבקת על הכיכר האסורה, ולכן

97 טור, יורה דעה, סימן רלט.

98 אפשר לתהות מהו טיבה של חלות האיסור החלה על האדם בעקבות השבועה. ניטול לדוגמה אדם שנשבע שלא יאכל כיכר לחם, האם מוצרנת עליו (אליבא דהר"ן) חלות איסור אשר תוכנה הוא איסור אכילת הלחם, או שמא כלך לך בדרך זו: יסוד דין שבועה נובע מהאיסור "לא תשבעו בשמי לשקר" (ויקרא יט 12) או מהאיסור "לא יחל דברו" (במדבר ל 3) (מחלוקת אמוראים בשבועות). אפשר אם כן שחלה על האדם צורת החיוב לעמוד בדיבורו, כאשר תוכן הדיבור היה שלא לאכול את הפת. נראה שלפי הלשון השנייה התפסת גברא בגברא לא אמורה הייתה ליצור חיוב קונקרטי על האדם השני, שהרי אפילו אם תיתפס חלות השבועה על האדם השני, יהיה תוכנה החיוב לעמוד בדיבורו, חיוב שלגבי אדם זה הנו חסר משמעות משום שהוא לא חייב את עצמו לעשות או לחדול מפעולה כלשהי (ברוגמה שלנו: הוא לא אסר על עצמו לאכול כיכר לחם, ולכן גם אם החיוב לעמוד בדיבורו חל עליו, אין לכך משמעות לגבי הכיכר). יתירה מזו, מסתבר שהחיוב המוטל על אדם לעמוד בדיבורו חל עליו מאז ומעולם, ואם כן השבועה עצמה אינה צורה נוספת המוצרנת על האדם, אלא רק דרך לתת לצורה המוצרנת עליו זה מכבר משמעות קונקרטית. נראה אפוא שהלשון הראשונה עיקר, והיינו שמכוח החובה שלא לחלל את הדיבור חלה על הנשבע חלות איסור שלא לאכול את הכיכר.

אפשר לזהות את האיסור בהצבעה על הכיכר ולהתפיס אותו גם בכיכר אחרת. בשבועה, לעומת זאת, התווית מודבקת על האדם ולא על הכיכר, ולכן התפסה של כיכר מותרת בכיכר האסורה לא תועיל, אך ניתן יהיה להתפיס אדם באדם.

חידוש זה של בעל הטורים, שבשבועה ניתן להתפיס אדם באדם, מבוסס כמובן על תורתו של אביו (הרא"ש), שלפיה איסור גברא הוא חלות איסור שחלה על גופו של האדם. אם נניח, כשיטת הריטב"א, שאיסור גברא הוא רק חובת התנהגות, קשה לראות בה תכונה של האדם הנשבע, ולכן לא תועיל התפסת אדם באדם בשבועה (בהמשך לדימוי דלעיל, לפי גישה זו באיסור גברא לא מודבקת תווית על גופו של האדם). ואכן, כך כותב הר"ן בהסבר שיטת הרי"ף, שפסק כי בשבועה לא מועילה התפסה כלל, בין התפסת חפץ בחפץ ובין התפסת אדם באדם, וזו לשונו:

עוד אפשר לי לומר [=בהסבר שיטת הרי"ף] שאף התפסה דגברא אגברא אין לה ענין [=בשבועה], שהאומר "זה כזה" אין לו ענין אלא בדבר שתואר חל עליו, כגון קדושה או איסור, אבל הנשבע שלא לאכול דבר פלוני אין שם תואר חל עליו [=על האדם], כדי שיוכל חבירו להתפיס בו ולומר "אני כמוך".⁹⁹

התפסה מועילה אפוא רק באיסור שמשנה את תוארו של החפץ או של האדם, אך איסור גברא, לשיטה זו, אינו משנה את תוארו של האדם, אין לו ממד אונטולוגי אלא נורמטיבי בלבד.

העולה מן המקובץ עד לכאן הוא שיש להבחין בין שלושה מושגים: חלות איסור שחלה על החפץ (איסור חפצא); חלות איסור שחלה על האדם (איסור גברא, בלשון בעל הרא"ש וסיעתו), ואיסור כחובת התנהגות נורמטיבית (איסור גברא, בלשונו של הריטב"א). שני המושגים הראשונים הם איסורים אונטולוגיים, ואילו המושג השלישי הוא איסור נורמטיבי.

שלושת המושגים הללו מופיעים בתשובה מעניינת של הרב יוסף מטראני (המהרי"ט), שבה הוא דן במהות איסורי הנזירות שחלים על הנזיר. הראשונים נחלקו בשאלה אם איסורי הנזיר איסורי גברא הם, או איסורי חפצא. אף המהרי"ט נזקק לדבר, והוא נוקט

99 ר"ן על הרי"ף, שבועות ח ע"א (בדפי הרי"ף). הדברים נכתבו בהסבר שיטת הרי"ף, אבל לשיטתו של הר"ן, שלפיה איסור גברא הוא איסור אונטולוגי שחל על גופו של האדם, התפסת אדם באדם צריכה לחול, בדומה לדברי הטור דלעיל. ואכן הר"ן, בהמשכה של הפסקה שצוטטה בגוף הדברים, ממשיך וכותב שהוא נוטה לחלוק על הרי"ף בעניין זה: "ועדיין אני חוכך להחמיר ולומר דאי שמע חבריה דאשתבע דלא ליכול הדין ברשא [=שנשבע שלא יאכל בשר זה], ואמר איהו [=הוא] 'ואנא נמי דכותך' [=ואני גם כמוך], דבכי האי גוונא [=שבאופן כזה] מתפיס בשבועה שבועה, ושלא כדברי הרב אלפסי ז"ל" (שם).

בעמדת ביניים שלפיה נזירות היא איסור אונטולוגי שחל על האדם. מתוך הדברים עולה כי פירש את המונח איסור גברא (בהקשר של שבועה), כמו הריטב"א, כמתייחס לחובת התנהגות נורמטיבית. על פי זה הוא מסביר שנדר הוא איסור חפצא, שבועה היא איסור גברא (היינו אין בה חלות איסור כלל), ואילו נזירות היא מצב ביניים של חלות איסור שחלה על גופו של האדם (שהיא הגדרת איסור גברא על פי הרא"ש וסיעתו), ולכן מועילה גם התפסת אדם כאדם בנזיר. כך הוא כותב:

וכך נראה לי בירורן של דברים. דשלושה חילוקי איסור הן: נדר חל על החפץ ואין לו שום שייכות על האדם הנודר; ושבועה איסור גברא הוא, דאסר נפשיה מן חפצא, אבל אין גופו של אדם נתפס בה [...] אין האיסור חל על גופו של האדם; ונזיר הוא עצמו נתפס בנדר ונתקדש גופו, דומיא דכהן, וממילא נאסר, ואין צריך לאסור עצמו על החפץ [...]. הלכך אם אדם אחר התפיס בו ואמר: 'הריני נזיר (כמון)'. הרי הוא נזיר, מה שאין כן בשבועה שאם אמר לנשבע: 'אנא דכוותך', לאו כלום הוא (הדגשות שלי, ש"ו).¹⁰⁰

4. איסורי תורה – איסורי גברא או איסורי חפצא?

הזכרנו לעיל שהסוגיה התלמודית אשר הבחינה בין איסור גברא ואיסור חפצא עסקה בסיווגם של נדרים, חרמים ושבועות בלבד, ובכך הותירה חוסר בהירות ביחס למעמדם של שאר איסורי התורה מהתחום שבין אדם למקום:¹⁰¹ האם הם איסורי חפצא או גברא? האם יש להבחין בין האיסורים השונים? כך למשל ראינו שאיסור חפצא אינו יכול לחול על מצע שאין בו ממש, ומכאן, לכאורה, שאיסורים רבים שאינם מקיימים את התנאי הזה, כגון איסור מלאכה בשבת, אינם יכולים להיות איסורי חפצא. אך האם איסור אכילת חזיר הוא איסור חפצא? ומה עם איסור חמץ בפסח? ואיסור אכילה ביום כיפור? ואיסורי עריות? מה הם המבחנים לסיווגו של איסור זה או אחר כאיסור גברא או חפצא? שאלות אלו נידונו בדברי הראשונים, ויותר מכך בדברי האחרונים, שהציעו מבחנים לזיהוי גדרם של האיסורים השונים. ברוב המקרים מדובר בדיון תיאורטי ופרשני שאין לו השלכות נורמטיביות מעשיות, אך כפי שנראה ישנם מקרים שבהם הסיווג של איסור כאיסור גברא או כאיסור חפצא יכול להיות בעל משמעות הלכה למעשה. אין בכוונתי וביכולתי להיכנס כאן לפרטי פרטים בעניין זה. ברצוני להציג רק כמה דוגמאות לשיקולים שהעלו הראשונים והאחרונים, שכן ניתן ללמוד מהם על דרך החשיבה האונטולוגית, המבוססת

100 שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן נג.

101 איסורים מוסריים ומשפטיים שבין אדם לחברו, כגון לא תרצח ולא תגנוב, נושאים מעצם טבעם אופי נורמטיבי של איסורי גברא.

במידה רבה על אינטואיציה המדמה את החוקיות האונטולוגית של האיטורים לחוקיות המוכרת לנו מניסיון החיים הריאלי.¹⁰²

נפתח בכך שיש מהראשונים שכתבו שכל איטורי התורה, מלבד נדרים וחרמים, הם איטורי גברא. קביעה גורפת זו הייתה מנוגדת לחלוטין לאינטואיציה של חלק מהאחרונים, ובשל הקושי שעוררה הם נדרשו להציע הסבר חדש לגמרי למושגים איטור גברא ואיטור חפצא, הסבר שבו נעסוק בפרק הבא. אך הגישה הרווחת היא שאיטורי התורה השונים נחלקים לאיטורי גברא ואיטורי חפצא, כלומר לאיטורים שחלים על הדבר האטור ולאיטורים שחלים על האדם (באופן אונטולוגי או כחובת התנהגות גרידא), ושסיווגם תלוי במבחנים שונים. נעיין קמעא במקצת מההבחנות שנזכרו בעניין זה בדברי האחרונים, ובמיוחד בכתיבתו של אחד מהמיוחדים שבחכמי גליציה בדורות האחרונים, הרב יוסף ענגיל (1858-1920), שעסק בסוגיה זו באופן אינטנסיבי בכמה מכתביו.¹⁰³

הזכרנו שאיטורי תורה שאינם קשורים בחפץ כלשהו, אלא אטורים ביצוע של פעולה, יטווגו כאיטורי גברא, משום שאין חפץ שעליו תוכל לחול חלות איטור חפצא. כותב ר"י ענגיל:

דענין איטור חפצא ואיטור גברא שייך רק במאכל אטור באכילה, או בחפץ האטור בהנאה, דאז ייתכן להבחין באיטור הזה שתי הבחנות אלה, רצוני לומר ענין אטור גברא כמה שהאדם אטור לאכול את המאכל או ליהנות ממנו, וענין אטור חפצא כמה שהמאכל בעצמותו הוא חתיכה דאיטורא. מה שאין כן במקום שאין האיטור על מאכל וחפץ, רק שאטרה תורה עשיית איזה מעשה בעלמא, יש לומר דלא שייך ביה איטור חפצא כלל, כיון שאין שם שום חפץ שיהיה אטור בעצמותו חתיכה דאיטורא, והמעשה והפעולה של האדם אין בה ממש, ואינה חפץ ודבר עצמי שיתכן לומר עליה שהיא איטור חפצא ושהמעשה בעצמותה אטורה. ואין להבין במעשה אטור רק [=אלא] איטור גברא לחוד, רצוני לומר שהאדם אטור לעשות ולפעול כך וכך, אבל לא ענין אטור חפצא.¹⁰⁴

הבחנה חשובה אחרת קשורה באיטורים התלויים בזמן. מקובל על האחרונים שאיטורים התלויים בזמן, כגון איטור אכילה ביום הכיפורים, אינם איטורי חפצא, אלא איטורי גברא. נראה שטענה זו נובעת מהנחה אינטואיטיבית שלפיה ממד הזמן איננו תכונה

102 השופט משה זילברג כינה נטייה זו בשם נטורליסטיקה משפטית, ראו על כך בהרחבה במאמרי (ווזנר, לעיל ה"ש 1).

103 בספריו אתון דאורייתא ובית האוצר, לעיל ה"ש 63.

104 בית האוצר, לעיל ה"ש 63, בכלל קכו.

אונטולוגית של החפץ, ואם כן דחוק לומר שעם כניסת יום הכיפורים חל שינוי אונטולוגי בכל המאכלים שבעולם וחלה עליהם חלות איסור.¹⁰⁵ כך כתב הרב ברוך פרנקל:

נ"ל [=נראה לי] פשוט דאיסור אכילה ביום"כ [=כיום הכיפורים], שהוא כדי שיעונה גופו של אדם, לא מקרי [=נקרא] אלא א"ג [=איסור גברא], דלגבי אוכלין ליכא [=איין] איסור חפצא, שהם בעצמותן בהיתרן קאי [=עומדים] ואין עליהם שום א"ח [=איסור חפצא].¹⁰⁶

ור"י ענגיל מסכם ואומר:

האחרונים ז"ל בספריהם האריכו בחידוש סברא, דכל איסורים זמניים כאיסור עשיית מלאכה בשבתות וי"ט [=וימים טובים] וכדומה אך איסורי גברא הן, והמעשה בעצמותה מותרת.¹⁰⁷

הדוגמה שמביא ר"י ענגיל, איסור עשיית מלאכה בשבתות ובימים טובים, מפתיעה במקצת, שכן כפי שצינינו (בשמו) לעיל, איסור חפצא קשור בחפצים אסורים, ואם כן איסור מלאכה בשבת יסווג בכל מקרה כאיסור גברא. נראה שלפנינו דוגמה לעמימות המאפיינת את הדיון ההלכתי בנושאים אלה ולריבוי המשמעויות של המונחים. מתוך עיון בדוגמאות שהוא מביא בהמשך, דומה שבדיון זה מתמקד ר"י ענגיל בשאלת הממד האונטולוגי של האיסור, ולא בזיהוי המיקום המדויק של האיסור על האדם או על החפץ. הוא משתמש אפוא במונח איסור חפצא כמשמעות רחבה כדי לציין איסורים (חפצים או פעולות) שגורמים נזק (mala in se), בין אם הנזק נגרם בגלל איכותו של החפץ (בדומה לרעילות) ובין אם בשל איכותו של האדם (בדומה לאלרגיה), בעוד שהמונח איסור גברא בהקשר זה מציין אצלו מעשים אסורים שאינם גורמים נזק (mala prohibita). הטענה שהוא מייחס לאחרונים היא שמלאכה בשבת איננה גורמת נזק, שכן לא מסתבר שמעשה שאינו גורם נזק בכל ימי השבוע יהפוך למזיק במועדים מיוחדים.¹⁰⁸

נזכיר רק ראייה אחת מתוך הדיון הרחב של ר"י ענגיל בעניין זה. הראשונים דנו בשאלה הבאה: חולה שיש בו סכנה צריך לאכול בשר לרפואתו בשבת. עומדות לפנינו שתי אפשרויות: לשחוט ולבשל עבורו בהמה כשרה (ולעבור על איסור חילול שבת) או להאכילו בשר נבלה שבושל קודם השבת (ולעבור על איסור אכילת בשר נבלה). באיזו אפשרות יש לבחור? לכאורה צריך להעדיף במקרה זה את האיסור הקל יותר (איסור

105 מניסויים שערכתי בכיתות של סטודנטים שאינם אמונים על החשיבה התלמודית מצאתי שרובם, לאחר שהוסברה להם בצורה שטחית ההבחנה בין איסור גברא לאיסור חפצא, נטו לומר שאיסור אכילה ביום הכיפורים הוא איסור גברא.

106 הרב ברוך פרנקל תאומים (1760-1828), ברוך טעם, שער ג – שער הכולל, דין ב (מהדרות פרעמישלא תקל"ח, דף נו ע"ב).

107 אתון דאורייתא, לעיל ה"ש 63, סימן י.

108 מובן שאפשר לטעון מנגד שגם לזמן יש ממד אונטולוגי שמשנה את איכות הפעולה.

אכילת נבלה) על פני שחיטה ובישול בשבת.¹⁰⁹ אך רבי מאיר בן רבי ברוך (מהר"ם מרוטנבורג) פסק שעדיף לחלל את השבת ולשחוט בהמה כשרה. כך מביא את הדברים תלמידו הרא"ש:

ורבינו מאיר השיב בתשובה על זה, והביא דמיון מאוכל נפש ביום טוב [...] כיון דהתורה התירה לנו אוכל נפש ביום טוב הוה לדידן כל אוכל נפש ביום טוב כמו בחול. והכי נמי [=כך גם כאן] כיון שהתירה תורה פיקוח נפש, הוי כל מלאכה שעושה בשבת בשביל חולה שיש בו סכנה כאילו עשאה בחול. והיכא דאיכא תרי איסורי מאכילין אותו הקל [=והיכן שיש שני איסורים מעדיפים את האיסור הקל יותר], ושחוטתה המאכל מותר, אבל הנבילה המאכל עצמו אסור ואריה רביע עלה [=ואריה רובץ עליה].¹¹⁰

הטענה היא שבמקרה של פיקוח נפש איסור שחיטה בשבת קל יותר מאיסור אכילת נבלה, שכן איסור שבת הותר לגמרי במקום פיקוח נפש, ואין שום מחיר או נזק בחילול שבת לצורך חולה. שחיטה בשבת היא איסור גברא נורמטיבי בלבד (שכן מדובר באיסור זמני), וכשהותר האיסור אין כאן כל קלקול. איסור אכילת בשר נבלה, לעומת זאת, הוא איסור חפצא הדומה לרעל מזיק. אכן, הוא נדחה במצב של פיקוח נפש, אך גם אז חלות האיסור ממשיכה לחול על הבשר ואכילתו עשויה לגרום נזק לאוכל, למרות שהאיסור הנורמטיבי הותר לצורך הצלת חיי החולה. עדיף אפוא לשחוט בשר כשר לחולה מאשר לתת לו בשר נבלה מזיק.

סברה דומה נאמרה לגבי איסורים התלויים במקום, כגון איסור אכילת קודשים מחוץ לחומות העזרה, שהם איסורי גברא ולא איסורי חפצא. גם כאן דחוק היה בעיני האחרונים להניח שאיסורים אלה נובעים מתכונה אונטולוגית של הבשר, המתחדשת ברגע שהוא יוצא אל מחוץ לחומות. כך כותב ר"י ענגיל:

איסורים מקומיים, כגון מעשר שני וביכורים, דאסורין חוץ לחומה, יש לספק גם כן אם הם איסורי חפצא או איסורי גברא, דכי היכי [=שכמו] דכתבו האחרונים דאיסורים זמניים רק איסורי גברא נינהו [=הם] מפאת דיומא הוא דקגרים [=מפני שהיום הוא שגורם לאיסור], ואילו היה החפץ אסור בעצם היה ראוי שיהיה אסור תמיד, הכא נמי [=כך גם] בדבר האסור רק במקום פרטי, ראוי לומר גם כן דהוא רק איסור גברא, דכיון דהמקום

109 ראו פסקי הרא"ש, יומא פרק ח סימן יד; טור, אורח חיים, סימן שכח; שולחן ערוך, שם, בסעיף יד.

110 פסקי הרא"ש, יומא פרק ח סימן יד.

הוא דקגרים, ואילו היה חפץ אסור בעצם, חתיכה דאיסורא, היה ראוי שיהיה אסור בכל מקום. וכמובן דאיסור מקומי דמי ממש לאיסור זמני.¹¹¹

כיוצא בזה טוען הר"י ענגיל ביחס לאיסורים "שאינם שווים בכל", כלומר שאינם אונטולוגיים אלא חלים רק על נמענים מסוימים, למשל תרומה האסורה לישראל ומותרת לכהן. גם כאן הוא מעלה את הטענה שאם יש בתרומה קלקול אונטולוגי (לישראל) היא הייתה צריכה להיות אסורה גם לכהן:

ולענין אי תרומה הוי איסור חפצא כשאר איסורים או דילמא הוי רק איסור גברא, שאילו היה החפץ בעצמותו אסור, היה ראוי שיהיה אסור לכל, ומדאסור רק לזרים אם כן רק זרות של האדם גורם האיסור, והוה ליה רק איסור גברא.¹¹²

אך כמובן שהנחה זו איננה הכרחית. ניתן לנקוט בעמדה אונטולוגית ולטעון שאיכותם האונטולוגית של הכהנים שונה מזו של הזרים (קדושתם יתרה), ועל כן תכונתה האונטולוגית של התרומה אינה מזיקה להם. זאת בעוד שישראל שאוכל תרומה מחלל את קדושתה באופן שגורם לו נזק. והרי יש לזכור שכל איסורי תורה, כולל איסורי חפצא, אינם אונטולוגיים, שכן הם אינם חלים על גויים.¹¹³

5. הסבר חדש להבחנה בין איסור גברא ואיסור חפצא: זיהוי האינטרס המוגן

הזכרנו שיש מהראשונים שכתבו כי איסורי התורה השונים, כגון איסור אכילת חזיר, הם איסורי גברא: "דחזיר ונבלה אין גופן אסור איסור חפצא, אלא שהאדם אסור לאכלן [...] שהרי נבלה אין איסור בגופה יותר מהיתר דעלמא".¹¹⁴ קביעה זו הייתה קשה בעיני

111 בית האוצר, לעיל ה"ש 63, בכלל קכו. מעניינת העובדה שרבי יוסף ענגיל לא הביא כדוגמה לאיסור מקומי את המצוות התלויות בארץ (איסור אכילת טבל, איסורי שמיטה וכו'). נראה שבמקרה זה אין מניעה מלאמץ הנחה אונטולוגית הקשורה באדמת ארץ ישראל שהיא מקום הגידול של הפירות, מה שאין כן במקרה של אכילת קודשים מחוץ למקדש, התלויה במקום האכילה של אותו בשר עצמו.

112 אתון דאורייתא, לעיל ה"ש 63, בכלל י. מצד שני ראו חידושי הריטב"א, עירובין ל ע"ב (שטבל הוי איסור חפצא, וכפי הנראה משום התרומה שבו); חידושי הרשב"א, שם; שו"ת אחיעזר, חלק ג, סימן פא, ס"ק טו; ספר מרחשת, חלק א, סימן יב; הערותיו של הרב אהרן יפהו במילואים לחידושי הריטב"א למסכת נדרים, סוף סימן ד (מהדורת מוסד הרב קוק 26).

113 סביר שר"י ענגיל יטען שאכן הדברים האסורים מזיקים גם לגויים, אלא שהם אינם מצווים שלא להינזק, וכדומה לדברי המדרש שהובא לעיל בסמוך להערה 36, והשוו הערה 30 לעיל (בענין דברי הרב שקופ).

114 חידושי הריטב"א, נדרים יג ע"ב (מהדורת מוסד הרב קוק עט). בכך מסביר הריטב"א מדוע ניתן לתלות את הנדר רק בדבר הנדר, כגון שנדר ואמר שכיכר זו תהיה אסורה כקרבן

האחרונים, שהאינטואיציה ההלכתית שלהם נטתה לכך שאיסורי אכילה הם איסורי חפצא שיש להם ממד אונטולוגי. איך ייתכן, הם תהו, שאיסור חזיר איננו איסור חפצא הנובע מאיכותו ה"רעה" של הבשר? קושי זה גרם להם להציע פרשנות חדשה להבחנה בין איסור גברא לאיסור חפצא, ולפתח הבחנה מושגית חשובה שלא נזכרה קודם לכן בין שני סוגים של איסורים, שהפכה לנכסי צאן ברזל בחשיבה הישיבתית. לפי פרשנות זו, ההבחנה בין איסור גברא לאיסור חפצא אינה מתמקדת ב"מיקומה" של חלות האיסור, האם באדם או בחפץ, אלא במטרת האיסור ובזיהוי האינטרס המוגן על ידו: איסור גברא הוא איסור פטרנליסטי שבא להגן על האדם, נמען החוק, מנזק שייגרם לו כתוצאה מביצוע המעשה האסור, בעוד שאיסור חפצא בא להגן על החפץ הקדוש שלא יתחלל מקדושתו. איסור נדר הוא איסור חפצא מפני שהוא בא להגן על קדושת החפץ הנדור. צריך לזכור בהקשר זה שנדרי קונם שאנו עוסקים בהם נתפשים בהלכה כדברים קדושים. בנוסח לשון הנדר אומר הנדר שהוא אוסר את הדבר כהקדש או כקרוב, כלומר מתפס קדושה בחפץ, ולפי דעה אחת בתלמוד אף "יש מעילה בקונמות", והנהנה מהדבר הנדר נחשב כמי שמעל בקודש ממש. כך מתפרשת עתה קביעתו של הריטב"א שאיסור חזיר הוא איסור גברא, כאמירה שמתמקדת במטרת האיסור ולא במיקומו: חלות איסור חזיר ממוקמת אמנם בבשר, בחפץ, אך הוא מוגדר כאיסור גברא מפני שהוא בא להגן על האדם ולא על הבשר האסור, בעוד שאיסור נדר בא להגן על קדושת החפץ הנדור.

כך כותב רבי אברהם בורנשטיין, בעל האבני-נדר:

ובריטב"א שבועות (כ ע"ב) ראיתי דכל איסורי תורה איסורי גברא המה. ולכאורה ייפלא לומר על נבילה ושקצים ורמשים שאינם איסורי חפצא.

וכהקדש (שארם יכול להקדישם בנדר), בעוד שהתולה את הנדר בדבר האסור, וכגון שאמר שכיר זו תהיה אסורה כנבלה, אין הנדר חל, והנה דבריו במלואם: "וטעמא דמילתא משום דחזיר ונבלה אין גופן אסור איסור חפצא, אלא שהאדם אסור לאכלן, ואם כן קונם, דהוי איסור חפצא, היכי שייך לומר שיהא איסורו כנבילה? שהרי נבלה אין איסור בגופה יותר מהיתר דעלמא, והוי כאומר: ככר זה אסור כבשר חולין, שלא אמר כלום". והשוו חידושי הריטב"א, קידושין נד ע"א (ד"ה "ואמרינן"), ושם, שבועות כ ע"ב (ד"ה "מאי טעמא"), ושם כב, ב (ד"ה "או דילמא"). מאידך גיסא, הריטב"א עצמו, בחידושו לעירובין ל ע"ב (ד"ה "אי אתם"), כותב שאיסור טבל הוא איסור חפצא. וראו הערותיו של הרב אהרן יפהן במילואים לחידושי הריטב"א למסכת נדרים, סימן ג, אות י (מהדורת מוסד הרב קוק 22). גם מדברי הר"ן, נדרים יח ע"א, ד"ה "הלכך", משתמע שאיסורי התורה השונים, מלבד נדרים וקונמות, הם בגדר איסור גברא. הוא שואל מדוע אין שבועה חלה על נדר, הלא הנדר איסור חפצא והשבועה איסור גברא, והיא יכולה להוסיף איסור על הנדר? ומשיב שבככל נדר יש גם איסור גברא מטעם "לא יחל דברו": "שהרי מכיון שנאסר עליו [=הדבר בנדר] קאי עליה ב'לא יחל דברו', והאי לאו – איסור גברא הוא ככל לא תעשה שבתורה, הלכך אין מקום לשבועה שתחול על הנדרים" (הדגשה שלי, ש"ו). מתוך הדברים משתמע שכל לא תעשה שבתורה הם איסורי גברא. וראו שו"ת תורת חסד, חלק אורח חיים, סימן לא, אות ה.

והנראה לי בענין זה, כי איסורי גברא נאמר על מעשה אשר פוגם מעלת האדם, כמו שקצים ורמשים, כמו שכתוב "ולא תשקצו את נפשותיכם" [...] כי לפי מעלת ישראל אין נבילות ושקצים ראויין להם. זה איסור גברא. אבל נהנה מהקדש, או זר שאכל תרומה הוא להיפוך, שמתקרב אל דבר שהוא למעלה ממדרגתו, כי איך יקרב זר אל תרומה והדיוט אל קדשי שמים? זה איסור חפצא שפוגם בחפצא. ועל כן קונם, דמתפיס בקרבן, ויש מעילה בקונמות (נדרים לה ע"א), קרי ליה איסור חפצא. אבל שבועה אין שום קדושה נתפש בחפץ, רק שמחלל דיבורו ושבועתו ופוגם נפשו, הוה ליה איסור גברא (נדרים ב ע"ב). ואתי שפיר דברי הריטב"א.¹¹⁵

אותו רעיון הציע כמה שנים מאוחר יותר גם הרב שקופ:

ולבאר הענין דאיסור חפצא נראה, דהנה מצינו ענינים בתורה דמטרת האיסור הוא שלא יופסד החפץ על ידי אכילת האדם, וכמו בקדשים, וכדכתיב "ולא יחללו את הקדש" [...] ומצינו גם כן עניני איסור בתורה שמטרת האיסור הוא עבור האדם, והיינו שחפץ זה הוא רע להאדם, וכמו בחזיר, דפשוט דאין מטרת התורה שלא יתחלל החזיר על ידי אכילת האדם כמובן. וזהו מצינו באיסורים שפעלן [=שקבעה אותם] התורה. וכמו כן יכול האדם לפעול איסורים כאלו, שיהא החפץ קדוש ושיהא מטרת האיסור שלא יתחלל החפץ, וזה הוא בנדרים, ומקרי איסור חפצא. ויכול לפעול גם איסורים כאלו שהחפץ ישאר היתר וחולין כמו שאר חפצים, רק דיהא מטרת האיסור עבורו, שלא יתחלל דיבורו, וזה שבועה והוא איסור גברא.¹¹⁶

115 שו"ת אבני נזר, אורח חיים, סימן לו.

116 ספר הזכרון, לעיל ה"ש 31, בעמ' שצז. בדומה, בחידושי רבי שמעון יהודה הכהן למסכת נדרים, סימן א, עמ' 7; ובשערי ישר, שער ג, פרק כה. מכאן ואילך התפשט הפירוש החדש בעולם הישיבות אצל כל תלמידי הרב שקופ, אך לא רק אצלם. ראו למשל חידושי רבי חיים מטלז, נדרים, סימן א, אות ד, בעמ' ה. מעניין לציין שהבחנה זו בדיוק שימשה את מארי דגלס (טוהר וסכנה, לעיל ה"ש 20) כדי להסביר את ההבדל בין טאבו טמא לבין טאבו קדוש. ביחס לשני סוגי הטאבו חלים אותם כללי התנהגות האוסרים מגע וקרבה לטאבו, ובכל זאת חשוב לילידים להבדיל ביניהם ולייחס טומאה לאחד וקדושה לאחר. דגלס מסבירה שההבדל בין שני סוגי איסורי הטאבו הוא בטעמיהם של שני האיסורים ובאינטרסים שעליהם הם באים להגן: איסור הקרבה לטאבו הטמא בא להציל את האדם מהזיהום המסוכן שעשוי לדבוק בו אם יתקרב לדבר הטמא, בעוד שאיסור הקרבה לטאבו הקדוש באה להגן על הדבר הקדוש מפני חילולו. בהקשר זה יש להוסיף שקרבה אל הדבר הקדוש עלולה לסכן גם את האדם המחלל את הקודש, ומכאן עשוי להיגזר איסור גברא בנוסף לאיסור החפצא.

החידוש במהלך של בעל האבני נזר והרב שקופ הוא משולש: הוא נותן פירוש חדש למונחים איסור גברא וחפצא; הוא מייצר הבחנה מושגית חדשה המתמקדת בזיהוי האינטרס המוגן; והוא מכיר גם באינטרסים המצויים מחוץ למרחב האנושי – אינטרסים של קדושה ושל חפצים דוממים – וטוען שאיסורי התורה נועדו להגן עליהם. ודוק, אפשר כמובן לטעון שבסופו של דבר גם שימורו של מוסד הקדושה הוא אינטרס אנושי. אך הנקודה החשובה היא הרטוריקה ואופן ההנמקה: החובה לשמור על הקדושה שלא תתחלל אינה מוצגת כאמצעי להגן על בני האדם או לשפר את קיומם, אלא כהגנה על ערך שהוא תכלית בפני עצמו. זו בעצם ההגדרה של הדבר הקדוש: דבר שהוא תכלית לעצמו, שיש להגן עליו מפני נזק, פגיעה וחילול. תפיסה זו מרחיבה את ההגדרה של המושג "נזק". הנזקים שאנו צריכים למנוע אינם קשורים דווקא בבני אדם, אלא גם יישויות מהמרחב הלא-אנושי יכולות להינזק, וחובה מוטלת על כל מי שבירדו הדבר למנוע את הנזקים הללו. אפשר לקשור את הרעיונות הללו לוויכוחים שמתנהלים בימינו בעניין ההנמקה וההצדקה של ערכי ההגנה על בעלי חיים, על הסביבה והטבע. האם מדובר באינטרס אנושי (שלא לגרום כאב לבעלי חיים, לשמור על עולם ירוק), בעוד שלבעלי חיים, ובוודאי לדוממים, אין זכויות או אינטרסים מוגנים, או שמא גם לבעלי חיים ולדוממים יש זכויות ואינטרסים שחובה עלינו להגן עליהם?¹¹⁷ האם השמדת יערות העד בעייתית כי היא גורמת בעקיפין נזק לבני אדם ופוגעת ברווחתם, או שהבעייתיות נעוצה בנזק שנגרם ליערות גם בעולם ריק מבני אדם? התפיסה השנייה, שמקובל לראותה כרדיקלית, קרובה אפוא לתפיסה דתית המכירה בדבר הקדוש שיש להגן עליו מפני פגיעה. מעניין להעיר בהקשר זה שהכרה בזכויות של הטבע הדומם או החפץ הקדוש מביאה לעתים לפיתוחה של גישה פונדמנטליסטית וקיצונית שאינה מוכנה להתפשר ולוותר על ההגנה על האינטרסים הללו. הלוך נפש זה נובע מהעובדה שבעלי הזכות – הטבע או הקודש – אינם יכולים לוותר על זכויותיהם, וכמובן גם לא בני האדם שאינם בעלי הזכות. בהתנגשויות בין אינטרסים או זכויות של בני אדם יכול אחד הצדדים לוותר על האינטרס או על הזכות שלו במסגרת משא ומתן, אך הלוגיקה של הקדושה אינה מאפשרת ויתור מסוג כזה. נחשוב למשל על תערוכה שמציגה יצירות אומנות שעשויות מגזירים של ספר תורה. איש הלכה שיראה זאת יתקומם ויהיה לו קשה מאוד להתפשר, כי מנקודת מבטו אין מדובר בפגיעה בזכות או באינטרס שלו, אלא בחילול הקודש,

117 סילמן הבחין בעניין זה בין הגישה האנתרופוצנטרית, המעמידה את האדם במרכז, לבין התפיסה הקוסמוצנטרית, המעמידה את היקום במרכז. התפיסה הקוסמוצנטרית טוענת שלכל הישים בעולם יש ערך עצמי, הם תכלית לעצמם ולא רק אמצעי. גישה זו קרובה יותר לכיווני החשיבה האונטולוגיים של ההלכה, שלפיהם יש חובה נורמטיבית לשמור על סדרי העולם התקינים. ראו בעיקר יוחנן סילמן "מעמד האדם ביקום באספקלריה של הספרות הרבנית" בר אילן כח-כט 335 (התשס"א).

שהוא ערך מוגן כשלעצמו.¹¹⁸ בדומה אנו עדים לכך שהלוחמים למען זכויות בעלי חיים או שמירת הסביבה נוטים לפתח יחס קיצוני ובלתי מתפשר במאבקם. דומני כי לפחות אחד הטעמים לכך נעוץ בנקודה שהזכרתי.

ההכרה באינטרס של הדבר הקדוש מביאה לכמה תוצאות מעניינות בהקשר הנורמטיבי. נעיין בדוגמה אחת מתוך ההסבר שמציע הרב שקופ להבדל שבין איסור גברא לאיסור חפצא לעניין הכלל "עשה דוחה לא-תעשה". הראשונים כתבו שכלל הדחייה הזה אינו חל על איסור נדר, אלא היפוכם של דברים: איסור הנדר דוחה את המצווה. לפיכך הנודר הנאה מסוכה, אסור לו לשבת בסוכה בסוכות, ואין אומרים שיבוא עשה של ישיבה בסוכה וידחה לא-תעשה של איסור נדר. כדי להסביר את טעם הדבר מנתח הרב שקופ את הרציונל של כלל הדחייה עצמו. לדבריו הכלל מבוסס על שיקולי עלות-תועלת, לפיהם האינטרס של האדם לקיים מצווה גדול יותר מהאינטרס שלו שלא לעבור על איסור. ובמלים אחרות: התועלת שמפיק האדם מקיום המצווה גדול מהנזק שבעשיית האיסור. עם זאת, אינטרס של אדם אחד לקיים מצווה אינו מצדיק פגיעה באינטרס של אדם אחר, שהיא בגדר החצנת עלויות לא מוצדקת.¹¹⁹ ואכן, קיום מצוות עשה איננו דוחה איסור גזל (אסור לאדם לקיים מצוות אכילת מצה בגזילת מצה של חברו), שכן הגזל פוגע באינטרס של אדם אחר. מכאן ממשיך הרב שקופ וטוען שאותו שיקול בדיוק יחול גם במקרה של איסור נדר. חילול הנדר אינו פוגע באינטרס של האדם שמקיים את המצווה אלא בקדושת החפץ, ואי-אפשר לקזז אותו כנגד התועלת שבמצווה.¹²⁰ כך הוא כותב:

ובזה יש לתרץ מה שהקשו הראשונים ז"ל באומר "הנאת סוכה עלי" למה לא ידחה עשה של מצות סוכה לא תעשה ד"לא יחל" [= "לא יחל דברו", היינו איסור הפרת הנדר] [...] ועל פי דברינו יש לומר דכמו דלא מצינו

118 חשוב להבחין בין פגיעה ברגשות דתיים לבין חילול הקודש. פגיעה ברגשות פוגעת ברווחתו של האדם הדתי, והוא בהחלט יכול להתגבר על כך ולוותר על זכותו לרווחה. אך חילול הקודש פוגע כאמור באינטרס מוגן שאיננו שייך לאדם הדתי עצמו.

119 שיקול דומה הועלה בספרות לגבי סרבנות מצפונית, ולפיו קל יותר להיות סובלני כלפי סרבנות מצפונית שכרוכה בהפרת חוק פטרנליסטי שנועד להגן על סרבן המצפון עצמו, מאשר כלפי הפרת חוק שגורמת נזק לאחרים, שכן ההכרה שלנו באינטרסים של סרבן המצפון להפר את החוק אינה מצדיקה פגיעה באינטרסים של אחרים. ראו: יצחק קוגלר "סרבנות מצפון כהגנה במשפט הפלילי" *חירות המצפון והדת – אסופת מאמרים לזכרו של חמץ פ' שלח* 207 (רות גביון עורכת, 1990).

120 מבין הדברים נמצאנו למדים שאיסור גזל מסווג בהקשר זה כ"איסור חפצא", מפני שמטרתו העיקרית איננה ההגנה על נמען האיסור (שלא יגזול), אלא על הנגזל. הבחנה דומה הציע ר"י ענגיל, בספרו אתון דאורייתא, לעיל ה"ש 63, בכלל יג, בין מצוות שבין אדם למקום, שבהן אין אינטרס מוגן, לבין מצוות שבין אדם לחברו, שבהן האינטרס המוגן הוא הזכויות של הזולת.

שיודחה [=יידחה] לא תעשה ד"לא תגזול" משום מצות עשה, כגון אם אין לו תפילין שיותר לו לגזול כרי לקיים המצוה של תפילין, שהטעם בזה נראה לעניות דעתי, דהא שהתירה תורה לא תעשה משום עשה, הוא רק אם מטרת התורה משם אחד הוא, של אדם זה, כמצות ציצית וכלאים [=שמצוות ציצית דוחה איסור כלאיים]. אבל בגזלה שאין ספק שהמטרה בזה משני צדדים, שלא יהיה העושה גולן ושלא יהיה השני נגזל, ומשום הכי לא דחי [=המצווה] לא תעשה ד"לא תגזול", שאף שיתוקן על ידי המצוה עבירת הגולן, אבל המטרה שלא יופסד הנגזל לא תתוקן על ידי המצוה. ולכן באוסר בקונם את הסוכה או המצוה, לא יתוקן על ידי עשיתו של המצוה קלקול חלול הקודש של החפץ.¹²¹

לפני סיום ברצוני לעמוד על נקודה נוספת. ההבחנה המושגית בעניין זיהוי האינטרס המוגן על ידי האיסור מעמיקה וחשובה לניתוח סוגיות הלכתיות, אך ההנחה שלהבחנה זו כיוונו התלמוד והראשונים במונחים איסור גברא ואיסור חפצא אינה סבירה. כך מתאר הרב איסור יהודה אונטרמן, תלמידו של הרב שקופ בשיבת מאלטש, את תגובתם הביקורתית של תלמידי הישיבה להסבר החדש לגדרי איסור גברא ואיסור חפצא שהציע הרב שקופ בשיעור הראשון שמסר בישיבה (בשנת תרס"ד):

אולם לעומת זה, כשהגדיר הר"מ [הרב שקופ] אחר כך את גדרי איסור חפצא ואיסור גברא בדרך חדשה, קמה סערה בבית המדרש, ורבים לא יכלו 'לעכל' בשום אופן חילוק מחודש שכזה. ההגדרה היתה כי איסור חפצא נקרא היכי [=היכן] שקפידת התורה היא לא בשביל האדם אלא בשביל החפץ [...]. אבל כל איסורי התורה שהקפידה היא בשביל האדם – היינו שלא יאכל ולא יהנה מדבר איסור, נחשבים הם לאיסורי גברא. על ידי דרך זו, אמנם, שם הגר"ש כמה מעקשים למישור ותירך הרבה קושיות מפורסמות [...] בטוב טעם ודעת, אבל סוף כל סוף עצם החידוש לא נתקבל במהרה אצל הרבה מהתלמידים. הם בדקו ומצאו כי הראשונים חקרו באיסורי תורה אם הם איסורי חפצא או גברא, והוכיחו

121 חרושי רבי שמעון יהודה הכהן, נדרים, סימן א, עמ' 7-8. וברומה בספר הזכרון, לעיל ה"ש 31, בעמ' שצ-שצח: "דהנה חזינן דלאו דגזילה אינו נדחה לכתחילה מפני שום קיום מצוות עשה [...] והטעם נראה דבכל מקום לא שייך הכלל ד'עשה דוחה לא-תעשה' כי אם היכא שמטרת שני הענינים, העשה והלאו, הוא למטרתו של העושה, אז אמרינן דצריך לקיים העשה [...] אבל בגזילה הלא מטרת התורה הוא מלבר שלא יהא הוא הגולן העיקר הוא שחבירו לא יהא נגזל, אם כן אין שייך שעבור העשה דידיה [=שלן] יהא מותר לגזול לחבירו [...]. וזהו ביאורו דהנמוקי יוסף הנ"ל [=שכתב שעשה אינו דוחה איסור חפצא], דכיון דנדרים הוא איסור חפצא ומטרת האיסור היא עבור החפץ, אם כן לא שייך שיותר על ידי הגדר ד'עשה דוחה לא תעשה', דסוף סוף אין לנו עבור מה שיתחלל החפץ. וזה פשוט".

כי לא היה נראה להם חילוק זה. אני מציין את הדבר להראות, כי למרות מה שכבוד רבם היה גדול בעיניהם, לא קבלו בנקל שום מושג חדש וחתרו למצוא את האמת בלמודם.¹²²

תלמידי הרב שקופ צדקו כאשר התקשו לקבל את הקביעה שהתלמוד והראשונים התכוונו להבחנה שהציע רבם בה השתמש במונחים איסור גברא ואיסור חפצא.¹²³ מצד שני מפתיע לראות עד כמה הפירוש מתאים לשימושים שונים שעשו הראשונים במונחים הללו. זו דוגמה יפה לשילוב של מודל מושגי ופרשנות יצירתית, שאינם תואמים את כוונת המחבר, אך מסבירים יפה את הכללים והטקסטים המשפטיים. באנלוגיה למדעי הטבע נוכל לומר שיש כאן מודל ש"מציל את התופעות", אלא שכאן המדובר בטקסטים ובהיגדים נורמטיביים ולא בתופעות פיזיות.¹²⁴

ד. סיכום

במאמר זה ביקשתי לעמוד על שני מובנים שונים של המונח "איסור" בחשיבה התלמודית: במובנו הראשון מציין המונח חובת התנהגות (מעשה או מחדל) שחלה על נמען הנורמה, ואילו במובנו השני המונח מתאר את הדבר (חפץ, אדם או התנהגות) האסור. במובן הראשון המונח משמש לסימון מושג נורמטיבי, ואילו במובן השני הוא משמש לתיאור מצבי עניינים בעולם: הדברים האסורים הם בעלי תכונה מיוחדת של היותם אסורים. תכונה זו מתקשרת בחלק מהמקורות והסוגיות לאופיים המזיק והמסוכן של הדברים

122 הרב א"י אונטרמן "תורה מחזרת על אכסניא שלה: מזכרונות עלומי" ספר היובל: ר' שמעון יהודא הכהן שקאפ 12, 15 (1973).

123 ואכן הרב שקופ היה מודע לחדשנות של הפירוש, שבמקרה זה מהווה כאמור נקודת חולשה, והוא מתוודה וכותב: "אכן לא ראיתי במפרשי הש"ס לבאר ענין איסור חפצא זה מהו, אבל לענ"ד הדברים ברורים כמו שכתבתי" (שערי ישר, לעיל ה"ש 83, בעמ' רעב).

124 השוו לדבריו של רבי אברהם אזולאי (1570-1643), בהקדמתו לספרו בעלי ברית אברם (וילנה התרל"ד): "כמו שהתוכנים בחכמתם שיערו באומד שכלם שיש בשמים גלגלים יוצאי מרכז וגם כן גלגלי ההקפה וגם כן גלגלים נוטים מהמשוה, עם היות שהניחו יסודם על הקדמות יכחישים הטבע, עכ"ז [=עם כל זה] סמכנו על דבריהם אחר שהחוש והשכל יעידו עליהם. ולזה, כאשר הניח בטלמיס [=תלמי] גלגלי ההקפה ויוצאי מרכז, כתב בספר ג' מהמגסטי, וזה לשונו: 'הדבר הזה אם הוא אמת אם לא האלהים ידעו, אבל דיינו שמצאנו דרך אשר הנה אפשר לקיים כל המתראה לנו מצד תנועות המאורות והכוכבים בשמים', עכ"ל. וכן נאמר אנהנו: הפשט הזה, אם הוא אמת ואם לא האלהים ידעו, אבל דיינו שמצאנו דרך לדרוש ולתור איזה קוטב אשר עליו יסוב היתר ספיקות הנראים בכתובים או במאמרים, אם כולם בסגנון אחד או מחולפים [זה מזה] כפי מה שיקבלהו השכל". וראו המחלוקת בהלכה – מקורות ופירושים חלק שני 326 פסקה 84 ואילך (חנינה בן מנחם, נתן הכט ושי עקביא וזנר עורכים, התשס"ג).

האסורים, ובמקורות אחרים היא מובנת כתכונת איסור גרידא, שהאיסור הנורמטיבי תלוי בקיומה. ניסיתי להראות כי מתוך הסוגיות התלמודיות, בעיקר כפי שהתפרשו על ידי הראשונים והאחרונים, עולה שההיבט התיאורי של האיסור חיוני להבנה מלאה וטובה יותר של מושג האיסור והכללים ההלכתיים השונים הקשורים בו.