

עיונים ראשונים במפגש בין רפואה ומשפט עברי במסורת מרוקו במאה העשרים

מאת
אלימלך וסטרייך*

לזכרם של
אמי בלומה וסטרייך
ואחיה אלתר־משה
לבית הורוביץ

תקציר

מחקר זה בוחן שני תחומים של מפגש בין ההלכה לבין הרפואה המודרנית במסורת המרוקאית באמצע המאה העשרים: האחד – ענייני ברית־מילה; והאחר – ענייני פרוין ואבהות. בשני התחומים מסורת זו מתאפיינת בהעדר חרדה בתגובותיה על חידושים של הרפואה המודרנית. אדרבה, הרפואה המודרנית זוכה בברכת "ברוך הבא" חמה, ובלשונו של אחד החכמים – "אור חדש נגה בימינו אלה בכל ענפי החכמה והמדע, ואחת מהנה חכמת הרפואה והניתוח". תופעה זו מיוחדת בהשוואה לכל מסורת הלכתית במרכז אחר בעידן המודרני, מתחילת תקופת האמנציפציה והחילון בראשית המאה התשע־עשרה ועד ימינו. היא בולטת ביותר בתחום של ברית־המילה בהשוואה לתגובותיהן של מסורות אחרות במרכז אירופה, במזרח אירופה ובמרחב הספרדי. המסורת המרוקאית הרחיקה לכת כאן אף יותר מכל זרם מתון, אשכנזי או ספרדי, בהסדירה את הנושא באמצעות חקיקה מקיפה, שהוחלה על כלל הציבור ללא יוצאים־מן־הכלל, תוך היענות מלאה לדרישות הרפואה המודרנית. אהדה זו לרפואה המודרנית לא נבעה מהיכרות מעמיקה עם כל ענפי הרפואה המודרניים. בענייני פרוין, למשל, לא נחשפו חכמי מרוקו בארצם לחידושי הרפואה המודרנית, והמשיכו לנקוט עמדות שהתבססו על הידע המדעי והרפואי הישן, המוצא את ביטויו במקורות הלכתיים קדומים. עם זאת, אני סבור כי התוודעות לחידושי הרפואה הייתה מובילה לקליטתם בתוך המסגרת ההלכתית על בסיס הקטגוריה של "השתנות הטבעים", אשר במקרה אחד אף הורחבה ל"השתנות הזמנים". קשה לבחון השערה זו באופן מעשי, משום שהמרכז במרוקו התחסל ורוב חכמי ההלכה עלו לישראל. אולם ניתן לשאוב תמיכה בה מהתייחסותו של חכם

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל־אביב. תודתי למרכז ברג על תמיכתו במחקר זה.

אני מודה עד־מאוד לעורך יהודה גור ולחברות המערכת מאיה סימפסון ומעין שלהב על תרומתם הברוכה. הערותיהם המעמיקות והמדוקדקות שדרגו ושכללו את המאמר. תודתי לידידי הרב פרופ' משה עמאר, שהואיל לחלוק עימי מידענותו הרבה בתולדות חכמי מרוקו ויצירותיהם.

מרוקאי, לאחר שעלה לישראל, לשאלת קביעתה של אבהות באמצעים גנטיים. התייחסותו המאופקת והעניינית של אותו חכם בולטת על רקע היחס המתנכר והשפה הקשה כלפי המדע שהפגינו דיינים ישראלים מרכזיים כאשר עמדו לראשונה מול ממצאי הגנטיקה.

מבוא

א. ברית-המילה

1. פתיחה

2. הסדר המציצה בחקיקה במרוקו

3. מרוקו לעומת מרכזים אחרים

(א) מרכז אירופה

(ב) מזרח אירופה

(ג) המרחב הספרדי באגן הים התיכון

ב. ייחודה של מסורת מרוקו

1. פְּשֵׁרָה של מסורת

2. התנהלותם של חכמי מרוקו

ג. ענייני פריון

1. פתיחה

2. משך הפריון של האישה כפונקציה של גיל הנישואים

3. היחס למשך הפריון בבריית-הדין הרבניים בישראל

4. השתנות הטבעים במשנתם של חכמי מרוקו

5. תופעת האֶלוֹסֶת

ד. קביעת אבהות באמצעים גנטיים

1. מקרה של הכשרת ממזר בניגוד לממצאים גנטיים

2. הגישות השונות ביחס למדע והעתקתן אל המישור ההלכתי הפורמלי

סיכום

מבוא

במאמר זה אבחן תגובות שונות של מסורת המשפט העברי המרוקאית במאה העשרים בעקבות מפגשה עם הרפואה המודרנית והגנטיקה. אתמקד בענייני ברית-המילה, שבהם בולטת היענות מרחיקת-לכת של המסורת המרוקאית לעמדותיה של הרפואה המודרנית, וכן בעניינים של פריון וקביעת אבהות, שלגביהם ננקטה גישה שונה. כדי להאיר את ייחודה של המסורת המרוקאית, אשווה בינה לבין מרכזים אחרים במישור של העמדות שנקטו וההכרעות שהכריעו בנושאים הללו, וכן במישור של ההתנהלות בהתמודדות עם האתגרים שהציבה הרפואה המודרנית. בעניין ברית-המילה הבסיס להשוואה יהיה עמדותיהם של חכמי הלכה במרכזים השונים במערב ובמזרח החל באמצע המאה התשע-עשרה ועד לאמצע

המאה העשרים. כמו־כן אשווה לדברי חקיקה אחרים של חכמי מרוקו. בענייני הפריון וקביעת האבהות בסיס ההשוואה יהיה הגישות השונות של דיינים בבתי־הדין הרבניים במדינת־ישראל.

בשני התחומים הללו אעשה שימוש בתובנות שעלו במחקרים, כדי להבהיר את גישתה של מסורת המשפט העברי במרוקו. בתחום הראשון – ברית־המילה – אשתמש במחקר הבסיסי של פרופ' י' כ"ץ, שהתמקד בעיקר בהלכה שהתגבשה במרכז אירופה במהלך המאה התשע־עשרה.¹ במחקר זה אפיין כ"ץ את דרכי התגובה שהלכו והתגבשו בקרב האורתודוקסייה באזורים אלה לנוכח אתגרי המודרניות. אחת ההבחנות החשובות שעליהן עמד כ"ץ, המשתקפת בבהירות רבה בנושא מציצת הדם בברית־המילה, היא שהאורתודוקסייה התמודדה ומתמודדת עם האיום של הרפורמה והחילון, ומקדישה לכך תשומת־לב רבה ביותר, ולא רק לנושא המסוים כשלעצמו. זאת, לעומת דרכה של הגישה המסורתית, אשר התמודדה בדרך־כלל עם הבעיות כשלעצמן. על רקע זה ניתן להבין את תגובתה של האורתודוקסייה, המתאפיינת בחרדה, בהסתגרות ובפיתוח דפוסים השוללים כל שינוי באשר הוא, תוך הנפת דגל הסיסמה "חדש אסור מן התורה". כ"ץ הקדיש מילים מועטות מאוד למרכז הגדול במזרח אירופה, ורק הצביע על כך שתגובתם של חכמי ההלכה שם הייתה שונה מזו שבמרכז אירופה. בד בבד לא התייחס כ"ץ כלל לסביבות ספרדיות אחרות. במחקר הנוכחי ארחיב את היריעה ואשווה בין הגישה שפיתחה המסורת המרוקאית לבין הגישות במרכזים ספרדיים אחרים וכן במרכזים במזרח אירופה, וזאת נוסף על ההשוואה לגישות שהתגבשו במרכז אירופה. התחום הנוסף עניינו פריון ואבהות. אתמקד בנושא של סוף גיל הפריון של האישה ותופעת האֶל־וסת כגורם האחראי לעקרות, ובנושא של קביעת אבהות באמצעים גנטיים. נושאים אלה נידונו גם בבתי־הדין הרבניים בישראל במאה העשרים, ובמחקר קודם בחנתי את יחסם של דיינים שונים למדע ולרפואה ואת ההשלכה שהייתה לכך על הכרעותיהם.² זיהיתי שם שלוש גישות שונות בקרב קהיליית הדיינים בנוגע לשימוש באמצעים גנטיים לקביעת אבהות, והראיתי כי אלה הושפעו מיחס שונה כלפי המדע המודרני: יחס מקבל, יחס מתנכר ויחס פרגמטי. שונה הדבר לגבי ענייני פריון. כאן הגורם העיקרי שהשפיע על הכרעותיהם של הדיינים היה טיב ההיגד התלמודי: ככל שההיגד התלמודי היה מושרש יותר במערכת הנורמטיבית כן גדל משקלו וגברה הנכונות לדחות מפניו היגד מדעי ורפואי. לא מצאתי כאן גישה מתנכרת, אשר דחתה את הרפואה המודרנית וערערה על ערכה. אדרבה, נשמעו דברי הערכה נלהבים לרפואה ולרופאים העוסקים בכך.³ עם זאת, הנכונות לקבל את ההיגדים הרפואיים הייתה מתוחמת למקרים שבהם במקורות התלמודיים יש לקוֹנָה.

1 יעקב כ"ץ "פולמוס המציצה" ההלכה במיצר – מכשולים על דרך האורתודוקסיה בהתהוותה 150 (התשנ"ב) (הספר להלן: ההלכה במיצר).

2 אלימלך וסטרייך "רפואה ומדעי־הטבע בפסיקת בתי הדין הרבניים" משפטים כו 425 (1996). מחקרים נוספים העוסקים בבתי־הדין הרבניים נכתבו על־ידי דב פרימר ורוכזו לאחרונה בחיבור דב פרימר נדיב לב – אסופת מאמרים מפרי עטו של הרב פרופ' דב פרימר (אוריאל כהן עורך, 2010). על יחסי הלכה ורפואה בכלל ראו את הנציקלופדיה המקיפה של אברהם שטיינברג אנציקלופדיה הלכתית רפואית כרכים א-1 (1988-1999).

3 תיק (אזורי ת"א) 7121/לה, פד"ר י 241, 244 (התשל"ז) (להלן: תיק 7121/לה).

אם נמצא היגר תלמודי סותר, כִּי־אז נדחה ההיגר הרפואי מפניו. ממצאיי אלה ישמשו בסיס להשוואה לעמדות שנקטו דיני מרוקו.⁴

המחקרים הנ"ל בחנו בעיקר את ההנמקות שנתנו חכמי ההלכה ואת טיב הכרעותיהם. הם לא העניקו תשומת־לב לדרכי העשייה של בתי־הדין או של החכמים הפוסקים, אשר יצאו אל הפועל בערוץ הרגיל של עשייה שיפוטית או פסיקתית. במיוחד לא נבחנה העשייה החקיקתית, משום שדרך זו לא התקיימה כמעט בסביבות שבהן עסקו אותם מחקרים. במסורת מרוקו במאה העשרים, לעומת זאת, נעשה שימוש רחב־היקף בערוץ החקיקה, והדבר בא לידי ביטוי מובהק גם בנושא ברית־המילה. בכואי להאיר את דרכה של מסורת מרוקו, לא אוכל אפוא להשוותה לגישות שנקטו במרכזים אחרים, באשר אלה לא נזקקו כאמור לדרך החקיקה, אלא אערוך השוואה בתוך מסורת מרוקו בין ההתנהלות בעניין ברית־המילה לבין ההתנהלות בתחומים אחרים, ובעיקר בתחום דיני המשפחה.

דרך ההתמודדות המיוחדת של המסורת המרוקאית, ובפרט השימוש הבולט בערוץ החקיקה, ריתקו מכבר את תשומת־ליבם של חוקרים. שורשיה של התופעה בתקנות שהתקינו מגורשי ספרד שהגיעו לפאס, והיא נמשכה בהתמדה במסורת מרוקו – או לפחות התקיימה בזיכרון הקולקטיבי – עד לכינוסים החשובים של מועצת הרבנים הארצית שנערכו בשנים 1947–1956.⁵ גיבושם הספרותי של דברי החקיקה נעשה בקובץ התקנות "כרם חמר",⁶ שעליו כתב הרב יעקב משה טולידאנו, כבר בשנת 1911, כי הוא "היה אחר כך לאבן פנת היהדות במארוקו בכלל ול'שולחן ערוך' שהכל סמכו עליו... ועל פיו נחתכים רוב דיני ומשפטי הדת בין יהדות מארוקו מבלי להשגיח כלל אם ימצאו חולקים עליו מהפוסקים היותר מפורסמים".⁷

4 מעט מאוד נכתב על־אודות עמדתה של המסורת המרוקאית במצבים של מפגש בין המשפט העברי לבין הרפואה המודרנית. אחד החיבורים היחידים בנושא הוא מאמרם של דוד אסולין וצבי זוהר "הלכה רפואה ומוסר: עיון בתפיסת עולמו ההלכתית של הרב יוסף משאש" ספר השנה של איחוד שיבת ציון – חוג הנוער הדתי 74 (התשס"ב), המתרכז בעמדתו של הרב יוסף משאש במקרה מסוים של השתלת קרנית מן המת. אתייחס לעמדה זו בהמשך – ראו להלן ליד ה"ש 151.

5 המשפט העברי בקהילות מרוקו: ספר התקנות – מועצת הרבנים במרוקו 211–448 (משה עמאר, אליהו עצור ומשה גבאי עורכים, התש"ם) (להלן: המשפט העברי בקהילות מרוקו).

6 מהדורה חדשה של התקנות התפרסמה שם, בעמ' 1–149. התקנות גובשו כקובץ בסוף המאה השבע־עשרה, ונדפסו לראשונה על־ידי רבי אברהם אנקאווא כרם חמר ב (התרל"א).

7 יעקב משה טולידאנו נר המערב – תולדות ישראל במארוקו 77–78 (התרע"א). הרב טולידאנו נולד בטבריה בשנת 1880 וכיהן כרבה של קהילת טנג'יר בשנים 1926–1928. משה דוד גאון יהודי המזרח בארץ ישראל בעבר ובהווה כרך ב 268–270 (התרפ"ח). בטנג'יר התוודע הרב טולידאנו למסורת המשפטית המיוחדת של יהדות מרוקו. לאחר־מכן כיהן בקהילות נוספות במצרים, ובהמשך כיהן כרבה הראשי של תל־אביב־יפו וכשר הדתות של מדינת־ישראל. בעניין ייחודה של מורשת מרוקו ראו המשפט העברי בקהילות מרוקו, לעיל ה"ש 5, במבוא של מ' עמאר, בעמ' לט–מג. ראו גם משה עמאר "התמודדות חכמי מרוקו בדור האחרון בבעיות השעה" הלכה ופתיחות – חכמי מרוקו כפוסקים לדורנו 47, בעיקר 50–52 (התשמ"ה).

המסורת המרוקאית שבה להשתמש באופן נמרץ בכלי החקיקה גם באמצע המאה העשרים,⁸ והיה זה הרב טולידאנו שהפנה את תשומת־ליבו של הרב האשכנזי הראשי לישראל הרב הרצוג, סמוך להקמתה של מדינת־ישראל, לחקיקה שנעשתה במרוקו בתחום דיני הירושה.⁹ אין ספק שהאקטיביזם החקיקתי של חכמי מרוקו בתחום דיני המשפחה באמצע המאה העשרים הוא תופעה ייחודית שאין למצוא דוגמתה בקהילה אחרת – לא בסביבה האשכנזית ולא בסביבה הספרדית והמזרחית. שימוש באמצעי החקיקה במאה העשרים הצריך את התקיימותם של שני תנאים מוקדמים: האחד, שהשלטון המדינתי יתיר את השימוש באמצעי זה וייתן לו תוקף חוקי; והאחר, שהאמצעי החקיקתי יהיה מצוי בארגז הכלים המשפטי של המסורת המסוימת כאמצעי לגיטימי ושימושי. רק בשני מרכזים חשובים בעולם התקיים התנאי הראשון באמצע המאה העשרים – ישראל ומרוקו. התנאי השני, לעומת זאת, התקיים במלואו רק במרוקו. במדינת־ישראל התקיים התנאי השני בעיקר בקרב המסורת הספרדית, ואילו במסורת האשכנזית הצטמצם השימוש בחקיקה כבר כמה דורות קודם, והיה עליה להחיות אמצעי משפטי זה מחדש.¹⁰

אבל בקיומם של שני התנאים המוקדמים הללו לא היה די. נדרשה גם נכונות בקרב קהיליית החכמים לעשות שימוש בכלי החקיקה לקידום פתרון בעיות. בסביבה האשכנזית, שהייתה דומיננטית בישראל באותה שעה, גרמו אתגרי המודרניות בכלל והתגברות החילון בקהילות היהודיות בפרט להקפאתן של יוזמות שינוי בהלכה במסגרת האמצעים הלגיטימיים העומדים לרשות חכמי ההלכה, ובראשם החקיקה. אין זה מקרה ש"החזון איש", אביה הרוחני של החרדיות הישראלית, התנגד בחריפות לנסיגותיו של הרב הראשי האשכנזי הרצוג להשתמש בחקיקה כדי לפתור בעיות בתחום דיני הירושה, וראה בהם כפירה.¹¹ חכמי מרוקו, לעומת זאת, שהיו מקור השראה לרב הרצוג, התקינו תקנות רבות וחשובות בתחום הירושה וענייני משפחה אחרים,¹² ולא חרדו מפני האשמות מעין אלה של "החזון איש".

8 משה עמאר "תקנות מכנאס וזיקתן לתקנות פאס" מקדם ומים ט 185, 188–189 (התשס"ו), הצביע על כך שגם במחצית השנייה של המאה השמונה־עשרה ובמחצית הראשונה של המאה התשע־עשרה המשיכו במרוקו להתקין תקנות.

9 יצחק אייזיק הלוי הרצוג תחוקה לישראל על פי התורה כרך ב – הצעת תקנות בירושות 194 (איתמר ורהפטיג עורך, 1989). בעקבות זאת יצר הרב הרצוג קשר ישיר עם ראש הרבנים במרוקו הרב שאול אבן דנאן, שהגיב במכתב ארוך ומנומק, כדי ללמוד ממנו ומחבריו כיצד ניתן להתמודד עם האתגרים הקשים שהרבנות הראשית בישראל ניצבה בפניהם, במיוחד לגבי זכויות הירושה של האישה והבת.

10 מנחם אֶלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו 667 (מהדורה שלישית, 1988) קושר בין התמעטות השימוש בחקיקה לבין האמנציפציה, שהובילה לביטול האוטונומיה השיפוטית. תופעה זו התרחשה במפנה המאה התשע־עשרה בסביבה האשכנזית, אבל בסביבה הספרדית המשיכה האוטונומיה השיפוטית להתקיים אל תוך המאה העשרים.

11 בנימין בראון החזון איש: הפוסק, המאמין ומנהיג המהפכה החרדית 671–672 (2011).

12 הרצוג, לעיל ה"ש 9. ראו גם מנחם אֶלון מעמד האישה: משפט ושיפוט, מסורת ותמורה – ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית (2005) (להלן: אֶלון מעמד האישה). אֶלון מצביע בהרחבה על ייחודה של מסורת המשפט העברי בתחום דיני המשפחה בצפון אפריקה, תוך הבלטת מקומן של קהילות מרוקו. נציין שמסורת מרוקו נתפסת על־ידי כחלק מן המורשת

עשייה חקיקתית זו של חכמי מרוקו במאה העשרים בכמה נושאים מתחום דיני המשפחה שנידונו על-ידי¹³ תשמש בסיס להשוואה בנושא ברית-המילה. בנושא זה של ברית-המילה נפתח את מחקרנו.

א. ברית-המילה

1. פתיחה

אחד העימותים הקשים הראשונים בעידן המודרני בין רפואה לבין הלכה התחולל סביב הנושא של מציצת הדם בברית-המילה. מפגשים ולעיתים אף עימותים בין ההלכה לבין הרפואה התקיימו לכל אורך ההיסטוריה של ההלכה, שכן גם הרפואה והמדע וגם ההלכה מתמקדים באדם ובאורחות חייו, וכן בסביבתו ובבעלי-החיים שמספקים את צרכיו. חיכוכים אלה הלכו וגברו בעידן המודרני, עם הסתמכותה ההולכת וגוברת של הרפואה על המדע המודרני, שהיה חיל-החלוץ של תנועת הנאורות, המציבה את תבונת האדם כשופט העליון וכמפקח על ההתנהלות האנושית. זאת, בניגוד להלכה, אשר רואה באל ובתורה שניתנה בהתגלות את מערכת-העל המנחה את דרכם של האדם והחברה. בנושא זה של מציצת הדם בברית-המילה התנגשו ממצאים רפואיים עם היגד תלמודי אשר נראו על פניו כמצוי כל-כולו בסביבה הרפואית.

טקס ברית-המילה כולל שלושה רכיבים: חיתוך העורלה, פריעת העור ומציצת הדם.¹⁴ נושא מציצת הדם נזכר לראשונה כבר במשנה, עם מלאכות אחרות, כפעולות שמותר לבצען בשבת, אף שעשייתן מהווה חילול שבת, מאחר שתכליתן למנוע סכנת חיים מהתינוק.¹⁵ ברוח זו הורה האמורא רב פפא, בתלמוד הבבלי, כי מוהל ("אומן" בלשוננו) שאינו מוצץ מעבירים אותו מתפקידו, בנימוק שהימנעות מן המציצה מסכנת את התינוק.¹⁶ ההוראה נקלטה

הכללית של יהדות המזרח, והיא מאופיינת כמותה כיצירתית וכמי שהשכיחה להתמודד עם אתגרי ההווה המודרנית במידת הצלחה גבוהה. ראו בפרקים שכותרתם "היצירתיות בעולמה של הלכה בארצות המזרח" ו"המשך היצירתיות בדורותינו ובימינו" (שם, בעמ' 418-435), וכן בפרק הדין בזכות הירושה של הבת, שבו הוא מנגיד את התנהלותה של הרבנות הראשית בארץ-ישראל סמוך להקמת המדינה להתנהלות במרוקו בתקופה זו (שם, בעמ' 262-277). דברים אלה התפרסמו לראשונה במאמר מוקדם – מנחם אלון "ייחודה של הלכה וחברה ביהדות צפון אפריקה מלאחר גרוש ספרד ועד ימינו" הלכה ופתיחות – חכמי מרוקו כפוסקים לדורנו 15 (משה בר-יודא עורך, התשמ"ה).

13 רק נושא אחד התפרסם בינתיים, ואעשה בו שימוש רחב לשם השוואה לברית-המילה. ראו אלימלך וסטרייך "דיני המשפחה מול אתגרי המודרנה: הפולמוס על נישואי ייבום בקרב חכמי מרוקו" דיני ישראל כו-כז 163 (התשס"ט-התש"ע). נושאים אחרים יפורטו להלן ליד ה"ש 114.

14 משנה תורה, מילה, פרק ב, הלכה ב; טור ושולחן ערוך, יורה דעה, סימן רסד, סעיף ג.

15 בבלי, שבת יט, ע"ב.

16 בבלי, שבת קלג, ע"ב.

בקודקסים הגדולים – במשנה תורה של הרמב"ם,¹⁷ ובעקבותיו בטור ובשולחן ערוך.¹⁸ בקרב עדות ישראל השתרש המנהג שהמהלך מוצץ את הדם בפיו, וזאת לאחר שביצע את שתי הפעולות הקודמות.¹⁹ מציצת הדם תאמה את התפיסה הרפואית בתקופה הטרומטורנית, שגרסה כי זו דרך לריפוי פצעים.²⁰ אין זה מפתיע, אפוא, שעד סוף שנות השלושים של המאה התשע־עשרה לא נודע על דיונים בכתבים הלכתיים סביב נושא המציצה, הגם שהקבלה²¹ הקדישה לכך דיונים ניכרים.²²

בשליש הראשון של המאה התשע־עשרה החלו רופאים, יהודים ולא־יהודים, במרכז אירופה ובמערבה לבקר את נוהג המציצה מטעמים אסתטיים הקשורים לערכי ההשכלה, ובעיקר מטעמים רפואיים.²³ נימוקם היה שהמציצה אינה מקדמת את בריאותו של התינוק; אדרבה, לפעמים היא דווקא עלולה להזיק לו. הדיונים סביב עניין המציצה יצרו ספרות הלכתית, פולמוסית ומדעית עשירה. עימות חריף בנושא פרץ לראשונה על רקע זה בארצות דוברות הגרמנית²⁴ ובצרפת,²⁵ ומכאן הוא פשט במהלך השנים למרכזים שונים בהונגריה,²⁶ באנגליה,²⁷ ברוסיה ובפולין,²⁸ וכן במצרים²⁹ ובארץ־ישראל.³⁰ בשנים האחרונות מתקיים

-
- 17 משנה תורה, מילה, פרק ב, הלכה ב.
 18 טור ושולחן ערוך, יורה דעה, סימן רסד, סעיף ג.
 19 בקודקסים שם לא נזכר במפורש שהמציצה צריכה להיעשות בפה דווקא, אך כל הדיונים ההלכתיים בנושא מן המאה התשע־עשרה ואילך נסבים על כך שהמציצה נעשית בפה.
 20 שמואל בן צבי כהן **אות ברית** 173 (התרס"ג). המחבר היה רופא ומוהל שחי ופעל באזור ויטבסק ברוסיה הלבנה. נושא המציצה, על צדדיו הרפואיים וצדדיו ההלכתיים כאחד, נידון על־ידי בהרחבה רבה שם, בעמ' 173–221. המחבר, שכתב את ספרו במפנה המאה העשרים, הביא שפע רב של עדויות על נזקים שנגרמו לילדים עקב המציצה בפה, והיה נחרץ בהתנגדותו לה.
 21 על מאפייניה של המיסטיקה היהודית ראו: GERSHOM GERHARD SCHOLEM, MAJOR TRENDS IN JEWISH MYSTICISM 1–39 (1961). על הקבלה וחקרה בעידן המודרני ראו גם משה אידל **קבלה: היבטים חדשים** 19–34 (1993).
 22 ראו, לדוגמה, תשובת ר' משה סופר (חת"ס) המובאת אצל כ"ץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 155; שם, בעמ' 150–159; תשובת הרב עובדיה הדאיה, שו"ת ומצור דבש, יורה דעה, סימנים טו–יט; שו"ת אבני נזר, יורה דעה, סימן שלח.
 23 כ"ץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 150–152.
 24 שם, בעמ' 152–157.
 25 שם, בעמ' 157–159.
 26 שם, בעמ' 171–176.
 27 שם, בעמ' 177–178.
 28 שם, בעמ' 179–180.
 29 צבי זוהר **מסורת ותמורה: התמודדות חכמי ישראל במצרים ובסוריה עם אתגרי המודרניזציה, 1880–1920** 265–266 (התשנ"ג).
 30 חזקיהו מדיני (חח"מ) **שדי חמד** כרך ו 2747 (התש"י–1950) (להלן: **שדי חמד**).

פולמוס בנושא בארצות-הברית, הנמשך בימים אלה,³¹ וגם במדינת-ישראל.³² להלן אציג את הפתרונות השונים שננקטו במרכזים אלה, ואשווה בינם לבין הדרך הייחודית שבחרה המסורת המרוקאית באמצע שנות החמישים.

2. הסדר המציצה בחקיקה במרוקו

אחד הבולטים שבחכמי מרוקו במחצית השנייה של המאה העשרים, הרב שלום משאש, היה מודע היטב לפולמוס רב השנים בנושא המציצה. בשנת תש"ל (1970), כאשר כיהן כרבה הראשי של קזבלנקה שבמרוקו וכראש בית-הדין,³³ הוא נדרש לנושא של מילת גר שהייתה סכנה למול אותו. אגב הדיון הוא התייחס לעניין מציצת הדם, וכתב:

”רפוק חזי (צא וראה) כמה צעקו על המציצה שצריכה להיות בפה, אע”פ שיש בה סכנה לא חשו לזה, ואמרו ששומר מצוה לא ידע דבר רע, וכן היו מקפידין

31 ראו, למשל, הרב מנשה הקטן “מציצה בפה” הפרדס כרך סב, חוברת ט, סימן מט 16-22 (התשמ”ח). המאמר מתייחס לכינוס רבנים שהתקיים בלוס-אנג'לס בנושא מציצת הדם. ראו גם יונתן בנימין גאלדברגער ברית כרותה לשפתים: בענין מציצה בפה (1990). הספר נכתב ויצא לאור בארצות-הברית, וכולו מוקדש להצדקת הנוהל של מציצה בפה ולדחיית הטענות כי הדבר מסוכן מבחינה בריאותית. לאחרונה מתנהל עימות משפטי סביב נושא זה בין עיריית ניו-יורק לבין ארגונים חרדיים שונים בבית-המשפט הפדרלי במחוז של דרום ניו-יורק. ראו: Cent. Rabbinical Cong. of the USA & Canada v. N.Y.C. Dep’t of Health & Mental Hygiene, No. 1:12-cv-07590-NRB, 2013 U.S. Dist. LEXIS 4293 (S.D.N.Y. Jan. 10, 2013). בעתירתם זו מבקשים הארגונים החרדיים לתקוף את התקנה הבאה של עיריית ניו-יורק, שמתוארת כך (ההרגשה הוספה):

“On September 13, 2012, the New York City Board of Health (the ‘Board of Health’ or the ‘Board’) voted unanimously to amend Article 181 of the New York City Health Code by adding a new section 181.21. Section 181.21 prohibits any person from performing a circumcision that involves *direct oral suction* without first obtaining the written consent of one of the infant’s parents.”

32 ראו יונתן רוזאל “מציצת מילה בפה ובשפופרת: מה עדיף?” תחומין לב 110, 118 (התשל”ב). במאמר זה מותח רוזאל ביקורת על מי שמתמיד כיום במציצה בפה. זאת, לנוכח היריע הרפואי הקיים כיום וממצאים של מחקרים שנעשו בכתי-החולים בישראל ובארצות-הברית, המצביעים על נזקים בריאותיים שונים שנגרמו לתינוקות בשל המציצה. שם, בעמ’ 116-118. ראו גם אתי גל “רופאי ילדים למוהלים: הפסיקו למצוץ הדם בברית” [ynet](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4264144,00.html) 5.8.2012. המדרווח כי פרופ’ יונה אמיתי, יושב-ראש החברה הישראלית לרפואת ילדים, מתנגד למציצה בפה.

33 הרב משאש התמנה בשנת 1960 לרבה הראשי של קזבלנקה ועמד בראש בית-הדין בעיר. ראו את מכתב המינוי הרשמי לתפקיד בספר המשפט העברי בקהילות מרוקו, לעיל ה”ש 5, בעמ’ 448. כן ראו שם, בעמ’ 454. הרב משאש היה האישיית הרבנית הבולטת בכל מרוקו, אף שלא כיהן בתפקיד הרב הראשי. ראו מבוא לשו”ת שארית הצאן חלק ב (משה עמאר עורך, התשס”ה).

בדורות הא' (הראשונים) על זה, ואע"פ שבדורינו זה מקליין בזה וחוששין לסכנה ועושין אותה בכלי...³⁴

ברור מכאן שהרב משאש הכיר היטב את הדיונים ההלכתיים המרובים שהתקיימו בנושא במשך שנים ארוכות במרכזים השונים.³⁵ סביר ביותר להניח שהדברים היו ידועים לו כבר בשנות החמישים, בתקופת אספות הרבנים, שבהן מילא תפקיד חשוב,³⁶ וכן שהם היו מוכרים גם לחכמים אחרים במרוקו.

על רקע זה נבחן את התנהלותם של חכמי מרוקו בסוגיה זו של מציצת הדם בברית-המילה כשני עשורים קודם לכן. בשנת תשי"ב-1952, באספה השנתית הרביעית של מועצת הרבנים במרוקו, עלה לדיון הצורך בהסדרת תחום המילה בכללותו, ובמסגרת הדיון התייחסו גם לעניין מציצת הדם.³⁷ באספה זו השתתפו גם שני דיינים מבית-הדין במכנאס: הראב"ד הרב רפאל ברוך טולידאנו, שנקט עמדה שמרנית קיצונית בעניין תקנת הייבום;³⁸ והדיין הרב יוסף משאש,³⁹ שאימץ את ההלכה של רב חסדא לעניין סוף גיל הפרייון.⁴⁰ למשתתפי הכינוס לא ניתנה הודעה מוקדמת - במסגרת האספה השלישית, שנערכה בשנת תשי"י - על כך שבאספה הבאה יתקיים דיון בנושא המציצה. יש לשער שהמארגנים לא ציפו לעימות או לוויכוח בנושא, ולכן לא טרחו ליידע את המשתתפים קודם לכן. נציין כי בדברי ההקדמה להסדר המוצע לא נזכר כלל שהיו דרישות מצד הציבור הרחב לשנות את הנוהג של מציצת הדם הברית בפי המוהלים. דרישה כזאת מצאנו בעניין הייבום, שלהלן נשווה בינו לבין הסדרי ברית-המילה.⁴¹ גם לא נזכר שהיו דרישות מצד השלטונות הצרפתיים או המרוקאיים להסדיר את נושא ברית-המילה בכלל או את נושא המציצה בפרט. עם זאת, נרמז בדברי ההצעה כי היו "המאורעות הרעים אשר קרו על ידי המוהלים אשר לא מומחים, וגם על ידי אי נקיות". לאמור, היו מקרים של פגיעה בתינוקות נימולים שיוחסו לחוסר מקצועיות של המוהלים או למחלות של מוהלים - "אי נקיות". אלה המריצו את הרבנים המתכנסים להסדיר את הפיקוח והבקרה על המוהלים ודרכי המילה.

יוזמה זו מוצגת בהקדמה להצעת ההסדר כחובה המוטלת על הרבנים, במיוחד בזמנים אלה, שהם העידן המודרני. החכם המציע ר' חיים דוד סירירו אף הרחיק לכת ונטל אחריות קולקטיבית לאותם מקרים בעבר שבהם נפגעו "ילדי ישראל כדגי הים ביד כל אוהז איזמיל",

34 שו"ת תבואות שמ"ש, יורה דעה, סימן פו. התשובה ניתנה בקזבלנקה, ותאריכה הוא חודש ניסן תש"ל.

35 לפני הפסקה שצוטטה לעיל הוא מפנה לחיבור שדי חמד, לעיל ה"ש 30, בעמ' 2706, כמקור לדיון בשאלה עד כמה ניתן לסמוך על הרופאים. בירור סוגיה זו היה חיוני לדיון בנושא המרכזי של מילת גר חולה. להלן בה"ש 71 נראה כי בחיבור זה נכלל קונטרס המציצה, שהוא המאסף החשוב ביותר של פסקי-הלכה שניתנו בנושא המציצה. עמ' 2706 הנזכר מצוי בתוך קונטרס המציצה.

36 וסטרייך, לעיל ה"ש 13, בעמ' 189-195.

37 המשפט העברי בקהילות מרוקו, לעיל ה"ש 5, בעמ' 312-314.

38 וסטרייך, לעיל ה"ש 13, בעמ' 186.

39 ראו על-אודותיו אצל אליעזר בשן יהדות מרוקו - עברה ותרבותה 323-327 (2000).

40 בבלי, בבא בתרא קיט, ע"ב.

41 וסטרייך, לעיל ה"ש 13, בעמ' 176-177.

וזאת, כפי שנרמז לעיל, בשל חוסר מקצועיות ומחלות של מוהלים. לשם הבלטת אחריותם של הרבנים, השתמש החכם המציע בביטויים הלקוחים מפרשת "עגלה ערופה", ובראשם המשפט "כִּפֹּר לַעֲמֹךְ יִשְׂרָאֵל אֲשֶׁר פָּדִיתָ".⁴² פרשה זו משקפת גישה המטילה אחריות מעין-מינסטריאלית – אם כי לא אישית – על מנהיגי ישראל ורבניו במקרה של הרוג שעקבות רוצחו לא נודעו.

נטילת אחריות לאירועי העבר ונקיטת יוזמה כלפי העתיד מאפיינים בצורה בולטת את התנהלותה של אספת הרבנים במרוקו במקרה זה. הרבנים אינם נאבקים בשלטון זר או בקהיליית משכילים מודרנית המנסים לאכוף דפוסי בריאות שונים שמקורם ברפואה המודרנית; הם אינם נכנעים בדיעבד ללחץ חיצוני ואינם נעתרים לדרישות בשל העדר כוח להתמודד עם שלטון מרכזי חזק או עם דעת-קהל זועמת. רבני מרוקו רוצים להבטיח בריאות מרבית לתינוקות הנימולים, וזאת בשל העיקרון הכללי בהלכה שלפיו קיימת חובה של שמירת הבריאות – "ונשמרתם מאוד לנפשותיכם"; וחובה זו תקפה ושרירה גם במקרים שבהם נדרשים לקיים את מצוות התורה – "אשר יעשה אותם האדם וחי בהם". חובה זו אינה נסוגה מפני חשיבותה של מצוות ברית-המילה, שהיא "המצווה הגדולה מיסודי הדת", שיש לקיימה באופן טהור ומושלם; אדרבה, עובדה זו מחייבת שגם "שמירת הבריאות" תיעשה באופן טהור ומלא.

הצגה זו של הרקע ודברי ההסבר לחקיקה, וכן הצעת החקיקה עצמה, נעשו כאמור על-ידי רבי חיים סירירו, ראב"ד פאס, שהייתה אחת הקהילות החשובות ביותר במרוקו. חכם זה ייצג קו שמרני מאוד בנושא הייבום, והתנגד לשינויים המפליגים שהציע הרב שאול אבן דנאן, הרב הראשי ונשיא מועצת הרבנים.⁴³ יתר על כן, הרב סירירו אף הציע לאמץ את המודל האשכנזי כפתרון לבעיית הייבום, ולא לנקוט צעד מהפכני בנוגע לקשר הייבום עצמו. נוכל אפוא לומר כבר עכשיו כי את המהלך שנעשה במועצת הרבנים בעניין זה של מציצת הדם בברית-המילה הוביל אחד מן השמרנים הבולטים. לנוכח הדיונים שהתנהלו בהמשך בין הרבנים אפשר אף לומר כי לא היו גורמים שהתנגדו למהלך החקיקתי של אספת הרבנים במרוקו בנושא ברית-המילה. הפולמוס הפנימי בקרב חכמי מרוקו, אשר אפיין כלי-כך את נושא הייבום, נעדר כאן לחלוטין, וכתוצאה מכך חסר כאן מימד מרכזי של תהליך דיאלקטי, שבו מתקיים דו-שיח רצוף בין זרמים שונים, המוביל למשא-ומתן ענייני, עד אשר בסופו של דבר המערכת המשפטית מתייצבת על מודוס ויוונידי המוסכם על הכל.

קובץ התקנות שנחקק כולל שבעה-עשר סעיפים קצרים וממוקדים אשר מסדירים כמה נושאים הקשורים למילה. קבוצה ראשונה של הוראות עוסקת בכשירותו הרפואית ובהכשרתו הרפואית של המוהל. היא כוללת הוראה המחייבת את המוהל לקבל תעודה מרופא המאשרת כי אין לו מחלה מידבקת, וכן לשוב ולהיבדק מדי שנה. הוראה אחרת מטילה על המוהל חובה ללמוד בבית-חולים ציבורי או במוסד ציבורי רפואי אחר את כללי ההיגיינה הקשורים למילה, וכן לדעת את הסיכונים הרפואיים הכרוכים במילה. נראה שנושא זה של סיכונים רפואיים הוא העומד מאחורי ההוראה המטילה חובה על המוהל לבקר את הילד לפני המילה ולאחריה, וכן מאחורי ההוראה הפוסלת את ה"חולה, חלוש הראייה או המרתת" מלעסוק

42 דברים כא 8.

43 וסטרייך, לעיל ה"ש 13, בעמ' 185-189.

במילה. לסיכום הפרק הרפואי מדגישות התקנות כי "חובתו [של המוהל] להשתמש בידיעותיו אלה כאשר ישיתו עליו הרופאים הנזכרים".

מתוכני התקנות עולה בבירור כי חכמי מרוקו ראו ברפואה המודרנית בעלת־ברית של ההלכה, ואף הזמינו את נציגיה הפרטיים והמוסדיים להיות נוכחים בפעילות של ברית־המילה. אך גם צורת ההצגה של הדברים ("מוזיקת־הרקע") בקובץ התקנות יוצרת אווירה של אהדה ושיתוף־פעולה בין ההלכה לבין הרפואה. הסעיף שציינו לעיל בדבר הצורך בקבלת אישור רפואי הוא הסעיף הפותח את קובץ התקנות הנוגע במילה, ובעקבותיו באים שלושה סעיפים נוספים העוסקים במעורבות הרפואית. נושא הרפואה אינו מוסתר אם כן או נדחק לשולי הטקסט – לא מבחינת מיקומו ולא מבחינת היקף המלל המוקדש לו. גם הצורה וגם התוכן יוצרים תחושה חזקה שהרפואה המודרנית זוכה בכרכת "ברוך הבא" חמה מצידם של חכמי מרוקו היושבים באספת הרבנים.

על רקע זה לא נופתע למצוא בקובץ התקנות גם את הסדרת הנושא של מציצת הדם בברית־המילה:

"סעיף יא – המציצה תהיה בכלי ולא בפה.

סעיף יב – כל מוהל שלא עשה המציצה מעבירין אותו.⁴⁴"

ההוראה המרכזית ברורה וחדה, ומורכבת מחמש מילים בלבד. מכאן ואילך, אומרת ההוראה, יבצעו את מרכיב המציצה בטקס ברית־המילה רק באמצעות כלי, ולא בפה. המתקינים אינם מפרטים ואינם מנמקים מדוע זה תבוטל המציצה בפה שנהגה בכל מסורות ישראל – ובמסורת מרוקו בכלל זה – במשך דורות רבים. נוכל רק לשער כי המניע לכך היה הגורם הרפואי, אשר החל להיות נוכח בזירה הציבורית היהודית כבר במאה התשע־עשרה בכל הקשור למציצת הדם בברית־המילה. לנוכח היחס האוהד שנגלה לעינינו בחלק הראשון של התקנות, לא ייפלא שאף לעניין המציצה התקבלה ללא סייג והיסוס עמדתה המסתייגת של הרפואה. יש לשים לב גם לכך שהדרישה היא לשימוש בכלי, אך לא מפורט מה טיבו של הכלי. ייחודה של מסורת מרוקו בנושא זה מתבטאת יותר בשתיקתה מאשר באמירתה, והיא מתבהרת ומתחדדת כאשר משווים – כפי שנעשה להלן – בינה לבין תגובות שנרשמו בקהילות ישראל אחרות אל מול דרישתה של הרפואה המודרנית.

תקנת מרוקו ניאותה להחליף את דרכי הביצוע של המציצה מן הנוהג עתיק־היומין למצוץ בפה אל הנוהג החדש של שימוש בכלי. אולם המסורת המרוקאית לא ניאותה לבטל כליל את המציצה, ועמדה במפגיע על המשך קיומה, תוך שהיא מאיימת בסילוקו של מוהל שיימנע לגמרי מן המציצה. דומה שלפנינו דוגמה מפורשת של קביעת גבול הגמישות של ההלכה במפגשה עם המודרניות, שהוא נושא שמעסיק מאוד את חכמי ההלכה בעידן המודרני וכן מלומדים וחוקרים שיצאו בעקבותיהם. פרופ' י' כ"ץ הראה במחקרו כי כבר בראשית הדיון בנושא המציצה עלתה המחשבה בקרב חוגים נאורים כי היא מיותרת בתכלית.⁴⁵ עמדתם התבססה על דברי התלמוד המנמקים את הצורך במציצה בכך שהיא מגינה על התינוק מפני סכנה לחייו. גישה רפואית זו של התלמוד לא הייתה מקובלת אצל הרופאים בעידן המודרני,

44 שם, בעמ' 13.

45 כ"ץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 150-159.

והם לא מצאו בה טעם של ממש; לפיכך ביקשו אותם חוגים להפסיק לחלוטין מנהג זה של מציצה. חכמי מרוקו הציבו אפוא כאן את גבול הגמישות של ההלכה, בקובעם את הקביעה החריפה שמוהל שלא ימצוץ – יסולק מתפקידו.

להשלמת התמונה נציין כי קובץ התקנות הסדיר גם היבטים שונים של הצד המקצועי של המוהלים, והטיל עליהם פיקוח מוסדי. כך, למשל, נקבע כי יש לבחון את הידע המקצועי של המוהלים, וכי על כל מוהל לקבל תעודה רשמית המעידה על כך. כן נקבע כי במקרה של הפסקת פעילות למשך שנתיים, ייפסל הרישיון שניתן למוהל, ויהיה עליו לעמוד מחדש בדרישות לקבלתו. נקבע גם שמוהל המתמחה אצל מוהל מוסמך יוכל למול תחת השגחתו. אך מעל הכל חשוב לציין כי בית הדין הרבני במרוקו הוא הגוף שמונה לפקח על המוהלים הן בצד הרפואי והן בצד המקצועי והמנהלי, דוגמת רישום התעודות המונפקות למוהלים.⁴⁶ בכך נהפך עניין המילה לחלק מן המשפט הציבורי העברי במרוקו, אשר מוסדות השיפוט היהודיים הרשמיים מפקחים עליו ומבקרים אותו.

תקנות אלה התקבלו על דעת כל המשתתפים בכינוס, ולא ירוע על התנגדויות או הסתייגויות כלשהן מצד חכמים שונים, במיוחד לא לגבי הנושא של מציצת הדם. בכך שונה עניין זה של מציצת הדם מנושא הייבום, כפי שניווכח להלן בפרק ב, שבו נשווה ביניהם בהרחבה. עם זאת, הנשיא הרב שאול אבן דנאן טרח להקריא לפני משתתפי הכינוס את התקנות הללו, "והרגיש על דאגתם למצוא תיקון לדבר זה". התנהלות מעין זו של הנשיא היא חריגה, ולא מצאנו כדוגמתה בתקנות שהותקנו בנושאים אחרים במועצת הרבנים הרביעית או במועצות אחרות. נראה שחשיבות הנושא היא שהניעה את הנשיא לנהוג כך. חשיבות זו מתבחרת על רקע הגישות השונות שננקטו בדורות האחרונים בנושא מציצת הדם במרכזים אחרים, כפי שנציגן להלן.

3. מרוקו לעומת מרכזים אחרים

(א) מרכז אירופה

הדיונים ההלכתיים הראשונים בנושא המציצה החלו בסוף שנות השלושים של המאה התשע-עשרה במדינות דוברות הגרמנית ובהונגריה, שהייתה אז חלק מן האימפריה ההבסבורגית.⁴⁷ לראשונה נדרש לכך ר' משה סופר (חת"ס), בעקבות שאלה שהופנתה אליו בשנת 1837 על-ידי תלמידו רבי אליעזר הורוביץ, שהיה רבה של וינה. ברקע לשאלה עמד חששו של הרופא הראשי בבית החולים היהודי כי מחלה שפגעה ביילודים נימולים נגרמה מחמת המציצה בפה.⁴⁸ עמדתו של חת"ס הייתה כי המציצה בפה אינה חלק ממצוות המילה, וכי כל תכליתה למנוע סכנה לתינוק הנימול. אומנם, אנשי הקבלה – תורת הסוד היהודית, המרבה להשתמש בסמלים⁴⁹ – ייחסו חשיבות לביצוע המציצה בפה, אבל לדעת

46 המשפט העברי בקהילות מרוקו, לעיל ה"ש 5, בעמ' 313, ס' טו.

47 למעשה, הדין בנושא החל בצרפת כבר בשנות העשרים של המאה התשע-עשרה – ראו אצל כ"ץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 157-158. אבל בצרפת לא התפתח דיון הלכתי של ממש.

48 שם, בעמ' 152-154.

49 על קווייסוד של יחסי הלכה וקבלה ראו יעקב כ"ץ הלכה וקבלה: מחקרים בתולדות דת ישראל על מדוריה וזיקתה החברתית 9-13 (התשמ"ד).

חת"ס, אין מתחשבים בדעתם היכן שקיימת סכנה כלשהי. לפיכך ניתן לבצע את פעולת המציצה באמצעות תחליפים, דוגמת ספוג, אם רופאים יאשרו שהתחליף משיג תוצאות דומות למציצה בפה. אין ספק שגישתו של חת"ס משקפת את הגישה המסורתית האופיינית, שעיקרה התמודדות עם הבעיה הניצבת כשלעצמה ושקילת המרכיבים השונים בהתאם למעמדם ההלכתי. לפיכך במקרה זה הוא דבק בעמדה ההלכתית המסורתית, האומרת כי יש להתחשב בקביעת הרופאים שפעולה מסוימת מסכנת את הבריאות. בד בבד הוא מעמיד את המציצה על יסודה הפשוט והגלוי במקורות המוסמכים (דוגמת התלמוד וספרי הפוסקים), שהוא שיקול בריאותי טהור, ואינו מייחס לה משמעות החורגת מכך.⁵⁰

שנים ספורות לאחר מותו של חת"ס, בשנת תקצ"ט (1839), הופיעה גישה מנוגדת בנושא המציצה, אשר מייצגיה הבולטים היו חכמי הלכה בגרמניה⁵¹ ובהונגריה.⁵² הללו דבקו באופן נחרץ בהמשכת הפרקטיקה של מציצה בפה דווקא, ודחו כל חלופה, ובכלל זה את השימוש בספוג שהציע חת"ס. כדי להגן על עמדתם, הם נקטו את אסטרטגיית ההנמקה הבאה: הם שינו את מקורה של הנורמה ההלכתית של המציצה בפה ממנהג גרידא, שהוא מקור נמוך במדרג ההלכתי, וקבעו כי מקורה ב"הלכה למשה מסיני", המצויה בפסגת המדרג הנורמטיבי. כמו־כן הם דחו את הפרשנות הרגילה של המקורות ההלכתיים, האומרת שהמציצה נועדה אך ורק להשיג תוצאות רפואיות, וקבעו כי חובת המציצה היא נורמה הלכתית שאינה תלויה בטעם הרפואי. מן העבר האחר, הם דחו את ההיגדים הרפואיים, וקבעו כי מקום שהם מתנגשים עם היגד הלכתי המבוסס על היגד רפואי נוגד, יש להתעלם מהם. עמדה נחרצת זו ננקטה בהתמדה בהונגריה, ובסוף המאה התשע־עשרה המשיכו האורתודוקסים להתנגד בתקיפות לנסינותיו של השלטון ההונגרי להטיל פיקוח רפואי, בהפעילם את כל כוחם הפוליטי והכלכלי כדי להגן על עמדתם.⁵³

תגובה זו בנושא המציצה משקפת בבירור את דרכה של האורתודוקסייה בעידן המודרני, אשר בתודעתה הפנימית מתיימרת להמשיך באופן רציף ונאמן את החברה המסורתית. כמוקד התגובה ניצב האיום על המסורת הנשקף מן החילון והאמנציפציה, ולא רק – ולעיתים אף לא בעיקר – הבעיה המיוחדת כשלעצמה. בכך האורתודוקסייה יוצרת למעשה דפוס חדש של התנהלות הלכתית, השונה מאוד מזה שרווח בחברה המסורתית, אשר התמודדה בדרך־כלל עם הבעיה המיוחדת כשלעצמה. אין צורך להכביר מילים כדי לראות כי גישתם של חכמי הונגריה מנוגדת באופן קוטבי לזו של חכמי מרוקו. זו האחרונה לא הזדהתה עם האסטרטגיה של האיום הרפורמי; לא אימצה ככל הנראה את הגישה התיאורטית לפרשנות הלכתית; לא דחתה את ממצאי הרפואה המודרנית; ובסופו של דבר בחרה בדרך חלופית לשימוש בפה.

50 על דרכו של חת"ס בסוגיית היחסים בין הלכה ורפואה ראו גם את מאמרי: Elimelech (Melech) Westreich, *The Response of Jewish Law to Modern Science and State Laws in German-Speaking Countries in the Nineteenth Century*, 37 TEL AVIVER JAHRBUCH FÜR DEUTSCHE GESCHICHTE 44, 55–60 (2009). על עמדתו בפרשה זו של מציצת הדם בברית־המילה ומשמעותה ראו שם, בעמ' 56–57.

51 כ"ץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 163–171.

52 שם, בעמ' 171–176.

53 שם, בעמ' 176.

מורכבת יותר היא הגישה שבחרה האורתודוקסייה מבית-המדרש של "תורה עם דרך ארץ", מיסודו של רבי שמשון רפאל הירש (רש"ר הירש), בגרמניה לקראת סוף המאה התשע-עשרה.⁵⁴ לגבי זרם זה, "שמירת המצוות הקפדנית ללא פשרה הייתה התכונה הבולטת ביותר", ובתודעתו הפנימית הוא "ראה את עצמו בראש ובראשונה כמי שנושא את האמונה היהודית והמסורת היהודית שמדורות עולם ושומרת [כך במקור] עליהן נאמנה".⁵⁵ בשל כך ניהל זרם זה מאבק חריף ברפורמים ובלברלים, שאחד מביטוייו הבולטים היה ההתבדלות והקמת קהילות נפרדות.⁵⁶ בתגובה על דרישתו של "איש אוהב חדשות" (קרי, אדם ליברלי) ממוהל אורתודוקסי כי ימול "את בנו אך בתנאי שלא יעשה מציצה", הורה רש"ר הירש למוהל, עוד בשנת תרמ"ו (1886), "למשוך את ידו ולא ימול הוא ולא יעבור על דברי חז"ל".⁵⁷ בד בבד החשיבו רש"ר הירש ובית-מדרשו את התרבות הגרמנית של דורם, ובכלל זה את הרפואה והמדע.⁵⁸ הם לא יכלו אפוא להתעלם מן הממצאים הברורים של הרפואה המודרנית ברבע האחרון של המאה התשע-עשרה בדבר הסיכון שיש במציצה בפה, וכפי שציין רש"ר הירש, "אין להכחיש שאין זה שקר מוחלט אלא אמת הוא שנחלו וגם נסתכנו ילדים שנמולו ונתמצה חבורת המילה על ידי המוהל".⁵⁹ העובדה שבתקופה זו הלכו גופי שלטון ברייך השני והתערבו יותר ויותר בהתנהלות היהודית בטקס ברית-המילה, ובמיוחד בפעולת המציצה, הגבירה את הלחץ על חכמי ההלכה, ולא נותר להם אלא להתמודד עם הבעיה בצורה חזיתית.⁶⁰

הפתרון נמצא במישור הטכנולוגי בדמות שפופרת שהמציא אחד מחברי זרם זה של "תורה עם דרך ארץ" – הרב ד"ר מיכאל כהן, רבה של קהילת פולדה – ואשר זכתה בכרכתם של רופאים מומחים, ביניהם רוברט קוך, לימים חתן פרס נובל.⁶¹ רש"ר הירש הגיב על ההמצאה בחיוב רב, ואמר: "לכן שמח לבנו בקבלת ההצעה מצד רופאים... שהציעו שיטה חדשה על

-
- 54 על דרכו המיוחדת של רש"ר הירש ראו יעקב כ"ץ "רבי שמשון רפאל הירש, המימין ומשמאל" **ההלכה במיצר**, לעיל ה"ש 1, 228; הרב שמשון רפאל הירש – משנתו ושיטתו 345-346 (יונה עמנואל עורך, התשכ"ב).
- 55 מרדכי ברויאר **עדה ודיוקנה – אורתודוקסיה יהודית ברייך הגרמני 1871-1918** 9-10 (התשנ"א). החיבור התפרסם במקורו בגרמנית בשנת 1986.
- 56 כ"ץ, לעיל ה"ש 54, בעמ' 228-231.
- 57 ראו גם רש"ר הירש, שו"ת שמש מרפא, יורה דעה, סימן נד.
- 58 על כך ועל התמודדותם של אנשי הזרם עם הסתירות בין הדת למדע ראו ברויאר, לעיל ה"ש 55, בעמ' 180-191.
- 59 לעיל ה"ש 57. הירש לא ראה בכך סתירה להיגד הרפואי של התלמוד הקובע כי המציצה חיונית לבריאות התינוק, והמשיך לדבוק בעמדתו העקרונית כי יש לעשותה בפה. אולם הוא סבר כי בשל התנהגות לא-מוסרית של גברים יהודים רבים, הם חלו במחלות מין, והם-הם שגרמו להידבקות התינוקות במחלות עקב המציצה בפה.
- 60 ברויאר, לעיל ה"ש 55, בעמ' 225-227. ראו גם דברים שכתב הירש, לעיל ה"ש 57, סימן נה, שלפיהם "מציצה משמיטים לגמרי בעוונותינו הרבים בהרבה מקומות במדינתנו, או משום חשש סכנה מרבקת או משום פקודת הרשות".
- 61 ברויאר, לעיל ה"ש 55, בעמ' 176-177.

ידה אין אפשרות של התדבקות וגם יוצאים בזה חובת מציצה לפי הש"ס והפוסקים.⁶² אולם לאחר שהביע את שמחתו, הוא מסייג וכותב כי "את הצעת השפופרת אנחנו לא מביאים עבור אלה שמוצצין בפה כדין, אלא עבור אלה שעד עכשיו לא עשו את המציצה, או משום פחד חולי או משום פקודת השלטונות".⁶³ לאמור, חובת המציצה בפה ממש נותרה על כנה – לא רק להלכה, אלא גם למעשה – והיראים שנהגו כך עד כה מצווים להמשיך להעדיפה על השפופרת.⁶⁴ ביטוי נוסף למגמה מינימליסטית זו של הכנסת שינויים בענייני ברית-מילה אנו מוצאים בתגובתו של רש"ר הירש על הצעה אחרת של הרב ד"ר מיכאל כהן להכניס שינוי נוסף שאת פרטיו איננו יודעים.⁶⁵ רש"ר הירש דורש ממנו במפגיע: "הבה נסתפק בזה [המצאת השפופרת] ונשתדל להנהיג את הדבר האחד הזה לפי מיטב הבנתנו. אל ניתן ליותר טוב להיות אויבו של הטוב."⁶⁶ ניתן אפוא לומר כי גישתם של חכמי "תורה עם דרך ארץ" נותרה בעיקרה דומה לזו של חכמי הונגריה וחכמי גרמניה מן הדור שקדם, האומרת כי חובת המציצה בפה דווקא היא חובה מוחלטת שאין להרהר אחריה. גם הם, כמותם, דחו בכל תוקף שימוש בתחליפים דוגמת ספוג או מכונת שאיבה.⁶⁷ ההבדל היחיד היה שהם סברו כי ניתן לבצע את המציצה גם באמצעות שפופרת, שכן אף היא מופעלת באמצעות הפה.⁶⁸ קיימת קרבה בין מסורת זו לבין המסורת המרוקאית ביחסן לרפואה המודרנית. כמו־כן, הפתרון המעשי של חכמי מרוקו דומה מאוד לפתרון שניסחו חכמי הזרם של "תורה עם דרך ארץ". אולם קיים ביניהם גם שוני לא־מבוטל. במישור העקרוני לא עמדו חכמי מרוקו על הדרישה לביצוע המציצה בפה או במה שיכול להיחשב כשימוש בפה. לכן יש להניח שגם תחליפים אחרים, דוגמת ספוג או משאבה, היו מתקבלים על דעתם. חכמי מרוקו גם לא קיבלו את הגישה התיאורטית לפרשנות ההלכה, שהובילה להכרעה החד־משמעית של חיוב מציצה בפה דווקא. כמו־כן, הם לא היו שותפים לתחושת האיום מצד הרפורמה, אשר הדריכה את מנוחתם של אנשי האורתודוקסייה הגרמנית וכיוונה את פעולתם. משום כך לא

62 שו"ת שמש מרפא, יורה דעה, סימן נה. פתרון זה התקבל על־ידי מנהיג נוסף של זרם זה – הרב עזריאל הילדעסהיימר. ראו עזריאל הילדעסהיימר "מכתבים ודברים מגאוני ישראל" הדרום לו 66, 67 (התשל"ג).

63 שו"ת שמש מרפא, יורה דעה, סימן נה.

64 מסקנתו של כ"ץ לגבי רש"ר ועמיתיו כי "דומה שבמערכ אירופה [=גרמניה] היתה גם בחוגים החרדיים רתיעה – הן רפואית והן אסתטית – מן המציצה בפה" (כ"ץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 177) אינה מתיישבת עם דבריו אלה. גם דבריו של ברויאר (לעיל ה"ש 55, בעמ' 227) כי התאחדות החרדים שבראשותו של רש"ר הירש פרסמה הודעה "ובה המליצה בפה מלא על הנהגת שפופרת המציצה... לא נזכר לחץ השלטונות אפילו במילה אחת" אינם מתיישבים עם מכתבו זה של רש"ר הירש.

65 שו"ת שמש מרפא, יורה דעה, סימן נו. התאריך של מכתב זה הוא אדר תרמ"ח (1888).

66 שם.

67 כ"ץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 163–171.

68 על עמדה זו חזר בתוקף הרב סיני שיפפער בכינוס של רבני אגודת הרבנים הנמנים עם זרם זה, שנערך בפרנקפורט בשנת תרס"ה (1905). ראו סיני שיפפער קונטרס מצוות המציצה קיב (סיני אדלר מתרגם), מובא בתוך סיני אדלר דבר סיני על הרמב"ם צו (התשכ"ו).

היססו חכמי מרוקו להסדיר את נושא המילה באופן מקיף, בניגוד לעמדתו של רש"ר הירש, כפי שהיא משתקפת מתגובתו על הצעתו האחרת של הרב ד"ר מיכאל כהן. גם באנגליה התעוררה סערה ציבורית בשנות השמונים של המאה התשע-עשרה בעקבות מותם של כמה תינוקות לאחר מילה.⁶⁹ התעורר שם החשד כי הגורם לכך הוא מציצת הדם בפיהם של מוהלים חולים. ראש המוהלים בלונדון, אלכסנדר טערטיס, ביקש להמיר את המציצה בפה בשאיבה באמצעות משאבת גומי שהמציא, אשר שואבת את הדם מן התינוק בלי צורך במציצה בפה, או במציצה תוך שימוש בשפופרת. את הצעותיו בעניין זה הוא הפנה לחכמים שונים במזרח אירופה, בארץ-ישראל ובמצרים, ודברי חכמים שהגיבו על הצעתו כונסו על-ידיו בחיבורו דם הברית.⁷⁰ נראה שעל רקע זה יש לראות גם את הקונטרס המקיף ביותר בנושא המציצה שחיבר הרב חזקיהו מדיני, בעל האנציקלופדיה ההלכתית המפורסמת שדי חמד, ואשר הודפס בעיר ורשה בשנת 1901.⁷¹ רובם המכריע של החכמים הנזכרים בשני החיבורים הללו הם אשכנזים מן האימפריה הרוסית, ובגישתם נדון בחלק הבא.

(ב) מזרח אירופה

משנתם של חכמי ההלכה בארצות דוברות הגרמנית והונגרית היוותה תשתית לדיונים הלכתיים מאוחרים יותר שהתנהלו במרכז האשכנזי הענקי במזרח אירופה. הגם שהמרכז הרוסי לא זכה עדיין במחקר מקיף ומעמיק,⁷² ניתן להצביע על שני זרמים חזקים בקרב, וביניהם תת-זרמים בגוונים שונים.⁷³ הזרם האחד הלך בתלם של חכמי הונגריה וגרמניה, שראו חשיבות הלכתית מופלגת בהמשכת המנהג של מציצה בפיו של המוהל. הזרם האחר נהג באופן המזכיר באופן עקרוני את גישתו של החת"ס.⁷⁴ לאמור, מקום שהיה חשש לבריאות התינוק בשל ביצוע המציצה בפה, נדחה המנהג הישן, ולא ראו בשימוש בתחליפים – דוגמת ספוג, שפופרת או מכשיר שאיבה – משום פגיעה במסורת ההלכתית או איום עליה. בולטת בהקשר זה עמדתו של ר' שלמה הכהן, רבה של וילנה, שקבע כי הרפואה דרכה שהיא מתחדשת כל הזמן, וטיפולים ותרופות ישנים נדחים מפני טיפולים חדשים ותרופות

69 כ"ץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 177-178.

70 אלכסנדר טערטיס דם הברית (התרס"א).

71 חזקיהו מדיני (ח"מ) אסיפת דינים: שדי חמד – קונטרס המציצה והמלואים (1902). קונטרס זה נדפס מחדש באנציקלופדיה של כתביו של חכם זה – שדי חמד, לעיל ה"ש 30, בעמ' 2685-2747. הקונטרס הוא המאסף המקיף ביותר של פסקי-הלכה שנתנו חכמים ממקומות שונים בנושא. הוא גם התרומה החשובה ביותר לתשתית הידע שלנו על-אודות עמדתם של חכמי רוסיה ופולין בנושא המציצה. את המאסף אסף ר' חזקיהו מדיני כאשר כיהן כרב בחצי-האי קרים, שבשליטת האימפריה הרוסית.

72 כ"ץ, במחקרו לעיל ה"ש 1, הקדיש למזרח אירופה שני עמודים בלבד (179-180) מתוך שלושים, ועוד שני עמודים (181-182) שנועדו בעיקרם לשם השוואה ומעקב אחר התהליכים שהתרחשו במערב אירופה ובמרכזה.

73 ריכוז של הזרמים השונים ימצא הקורא בשדי חמד, לעיל ה"ש 30, בעמ' 2695-2698.

74 כ"ץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 152-154.

חדשות.⁷⁵ הוא הדין, לדעתו, לעניין המציצה: מכיוון שהיא נועדה להבטיח את בריאותו של התינוק, מן הדין שהיא תידחה בימים אלה מפני שיטות רפואיות חדשות מועילות יותר. בתווך בין שני הזרמים הללו ניתן למצוא עמדות ביניים שונות ומגוונות, שחלקן קרובות לזרם הדבק במציצה בפה, וחלקן קרובות לזרם האחר, המוכן לקבל תחליפים שמאושרים על־ידי הרופאים. אתייחס כאן לשני אישים בולטים: רבי יצחק אלחנן ספקטור מקובנה, שנחשב גדול פוסקי ההלכה באימפריה הרוסית במחצית השנייה של המאה התשע־עשרה; והרב א"י קוק, אשר בצעירותו כיהן כרב באימפריה הרוסית, ובהמשך נהיה לאישיות רבנית מרכזית בארץ־ישראל, שהשפעתה ניכרת עד היום הזה.

הרב ספקטור נדרש לנושא בעקבות פנייתם של רבני הזרם של "תורה עם דרך ארץ".⁷⁶ הכרעתו הייתה שאם זו דרישה נחרצת של השלטונות, כ־אז ניתן לוותר על ביצוע המציצה בפה ולהסתפק בתחליפים, דוגמת ספוג. גישה זו היא גישה של בדיעבד, המתירה לסטות מן המנהג רק בגלל אילוץ של גורם שלטוני חיצוני.⁷⁷ גישה זו רחוקה מגישתם של חכמי מרוקו, אשר בחרו בתחליף לפה מיוזמתם וכגישה לכתחילה, שנועדה לתת מענה מקיף וכולל לאתגר הרפואי יחד עם רכיבים שונים של ברית־המילה.

הראי"ה קוק נדרש לנושא ברוסיה בעקבות הפולמוס שהתעורר סביב המצאתו של המוהל אלכסנדר טערטיס מאנגליה במפנה המאה העשרים. הפולמוס התנהל בכתבי־עת תורניים שהתפרסמו בירושלים ובמקומות אחרים. במאמר שפרסם התווה הרב קוק את עיקרי שיטתו,⁷⁸ שעליה חזר לאחר־מכן בפסקי־הלכה שנתן בעת היותו כבר רב בארץ־ישראל.⁷⁹ הרב קוק דחה את התיאוריה הפרשנית לגבי המקורות ההלכתיים שנוגעים במציצת הדם. לדעתו, תיאוריה זו שגויה באופן מהותי, וגם מוטעית מן הבחינה הטקטית של המאבק ברפורמה. ברור מכאן שמבחינתו של הרב קוק הרפורמה אינה יריב המצדיק התחפרות מוחלטת והיצמדות לדפוס ההתנהגות הישן. בר כבד הוא אינו מתלהב מעמדותיה של הרפואה המודרנית, ומתייחס אליהן בספקנות, אולם הוא מתחשב בהן – במיוחד בשלבים מאוחרים יותר של חייו – בשל קיומה של סכנה לילדים. עמדתו הלכה למעשה הייתה להסכים לשימוש בתחליף של מציצה באמצעות שפופרת, אך לא לשימוש בספוג או במכונת שאיבה מעין זו שהמציא טערטיס. הרב קוק הכריז, עם זאת, כי היכן שיראה איום על המסורת מצידם של גורמים רפורמיים, הוא יתנגד לשינוי במנהג, ויורה לדבוק במציצה בפה.⁸⁰ גישתו של הרב קוק רחוקה מאוד מזו של חכמי הונגריה. היא זהה לגישתה של האורתודוקסייה הגרמנית באימוץ פתרון השפופרת, אבל רחוקה מגישה זו בכל הנוגע בפרשנותם של מקורות התלמוד וברבקות הבסיסית במציצה בפה.

75 טערטיס, לעיל ה"ש 70, בעמ' 32-33.

76 כ"ץ, לעיל ה"ש 54, בעמ' 348.

77 ניתן למצוא מחברים מאוחרים יותר שביקשו לשוב אל המנהג הראשון של מציצה בפה, וכן הם אכן פירשו את דבריו של הרב ספקטור. ראו שדי חמד, לעיל ה"ש 30, בעמ' 2726.

78 המאמר נדפס בשו"ת בעניני יורה דעה, סימן קמ.

79 שם, סימן קמא (פסק משנת תרע"ד (1914), שבה כיהן כרב ביפו); שם, סימן קמב (פסק משנת תרפ"א (1921), שבה כיהן כרב בירושלים).

80 שם, סימן קמב.

נראה שגישתו של הרב קוק קרובה יותר לזו של חכמי מרוקו. עם זאת, חכמי מרוקו לא נצמדו לתחליף השפופרת בלבד. בדבריהם לא נשמע ערעור על ממצאי הרפואה ופקפוק בהם, להבדיל מהרב קוק, אשר אינו סומך את ידו באופן מלא על ממצאי הרפואה.⁸¹ אצל חכמי מרוקו בולט חוסר ההתייחסות לגורמים אשר מסכנים את המסורת או חפצים ברפורמה. הם הסדירו את נושא המציצה באופן מקיף כחלק מענייני המילה, בלא להותיר שיקול־דעת בנסיבות של איום על המסורת. אדרבה, קביעתם הנחרצת היא שמוהל שלא ינהג בהתאם לתקנות יסולק מתפקידו. זאת, להבדיל מעמדתו של הרב קוק, אשר הביא בחשבון את החשש מפני איום על המסורת כשיקול של מדיניות הלכתית לאסור תחליפי מציצה.

(ג) המרחב הספרדי באגן הים התיכון

עד כה השווינו את גישתם של חכמי מרוקו למרחב האשכנזי במרכז אירופה ובמזרחה. עתה אשווה בינם לביין החכמים הספרדים, אשר פעלו באגן הים התיכון והיו קרובים אליהם מבחינה תרבותית. בולט לעין כי בסביבה זו נדרשו לנושא המציצה במידה מצומצמת בלבד, וכ"ץ במחקרו לא התייחס אליהם כלל.⁸² נראה שבאופן עקרוני לא אותגרה המסורת הספרדית בנושא זה, והנושא התעורר בסביבתם רק בשל המפגש עם מסורת אשכנזית במקומות כארץ־ישראל, מצרים או חצי־האי קרים שבאימפריה הרוסית. היה זה ר' חזקיהו מדיני, חכם ספרדי יליד ירושלים שכיהן כרב בקרים, שנדרש לעניין והותיר אחריו חיבור מקיף בנושא.⁸³ בתשובה לפנייה אליו מהעיר אודסה שבדרום רוסיה הוא נקט תחילה גישה מקילה והתיר להשתמש בתחליפים דוגמת ספוג.⁸⁴ אולם לאחר־מכן הוא חזר בו והצטרף לזרם המחמיר בקרב חכמי רוסיה, אשר דרש להתמיד במנהג המציצה בפה ודחה את ההיגדים הרפואיים שראו בכך סכנה לתינוק.⁸⁵

גישה מורכבת לנושא מציצת הדם, הכוללת הנכחה של הגורם הרפואי, נקט הרב אליהו חזן (רא"ח) בסוף המאה התשע־עשרה, כאשר כיהן כרבה של אלכסנדריה.⁸⁶ בשלב הראשון הוא קבע כי יש לדבוק בדרך המסורתית של מציצה בפה, תוך שהוא מתבסס על כתביהם של חכמי הונגריה בדור שלפניו כמקור וכאסמכתה מחייבים.⁸⁷ בעקבותיהם קבע רא"ח את עמדתו כי יש להמשיך לדבוק במנהג המציצה בפה, ודחה את הדרישה מצד גורמים שונים

81 אציין כי הרב קוק נפטר בשנת תרצ"ה (1935), כעשרים שנה לפני התקנת התקנות במרוקו.
 82 כ"ץ, לעיל ה"ש 1.
 83 ראו שדי חמד, לעיל ה"ש 30.
 84 שם, בעמ' 2685, 2695 ולאורך הקונטרס כולו. ראו גם לעיל ה"ש 71.
 85 שם, 2703, 2714, 2729.
 86 הוא כיהן שם בשנים תרמ"ח-תרס"ח (1888-1908). גאון, לעיל ה"ש 7, בעמ' 246-247. לתיאור גישתו של רא"ח ראו זוהר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 265-266.
 87 אליהו חזן נווה שלום – מנהגי נא אמון יורה דעה, הלכות ברית מילה, סעיף ט (התרנ"ד). רא"ח הגיע לאלכסנדריה בשנת תרמ"ח (1888), כך שהדרישה בעניין זה הופנתה אליו בין תאריך זה לבין תאריך הדפסת הספר בתחילת שנות התשעים של המאה התשע־עשרה.

להחליפה באמצעים שאינם מזיקים בעיני הרפואה, דוגמת ספוג או שפופרת, אשר הסתמכה על כך ש"כבר נהגו כן בהרבה מקומות באירופה"⁸⁸.

כעבור כמה שנים, בשנת תרנ"ו (1895), התברר כי כמה ילדים מתו לאחר המילה, והיו בקרב הציבור מי שהצביעו על המילה כעל הגורם העיקרי.⁸⁹ רא"ח הגיב בהקמת צוות של רופאים מומחים יהודים, שהתבקשו "לשים השגחתם על זה הענין ולהודיע לנו פרטי הדברים הצריכים להזהר בהם".⁹⁰ הרוח שחיבר הצוות הוא בעיקרו תיאור מפורט של כללי היגיינה, אמצעי חיטוי ודרכי זהירות שהמוהל מחויב להקפיד עליהם. באופן בולט הזהירו הרופאים "שהמוהל לא יהיה לו הרשות למול את הקטן אם יש בידיו או בפיו חולי או מכה שמא ידביק החולי או המכה בקטן [וכך במקור]".⁹¹ אין ספק שגישה זו קרובה לגישתם של חכמי מרוקו, ומהווה סטייה ברורה מגישתם של חכמי הונגריה. הללו שללו לגמרי את ממצאי הרפואה המודרנית, לא היו מוכנים לייחס לה שום משקל בכל הקשור למציצה בפה, ולא ניאותרו להתיר לרופאים אפילו נוכחות מנהלתית בכל הקשור לברית־המילה.⁹²

השלב השלישי התרחש בעיר קרובה לאלכסנדריה סמוך לשנת 1900.⁹³ כמה ילדים חלו לאחר ברית־המילה, ואחד מהם אף מת. רופאים שבדקו את המוהל קבעו כי הוא הגורם למחלות, בשל מחלה מידבקת שהייתה בפיו, ואסרו עליו לבצע את המציצה בפה כדי שלא ידביק את היילודים. המוהל אכן שמע בקולם של הרופאים, והחל להשתמש בספוג כתחליף למציצה בפה. כאן התרחש תהליך חברתי מעניין: מאחר שהמוהל נחשב מומחה גדול, המשיכו רוב בני הקהילה לפנות אליו כדי שימול את בנם, אף שחדל למצוץ בפה. העובדה שלאחר שהחל להשתמש בספוג שום ילד לא חלה גרמה לכך שהורים אחרים, שזיקתם הדתית נחלשה, דרשו גם ממוהלים אחרים להימנע ממציצה בפה. בלב רא"ח קינן החשש – שהיה מבוסס ככל הנראה – כי קבוצה זו, "שאינם אדוקים במצוות", עלולה לוותר כליל על קיום ברית־המילה אם תידחה דרישתם לא למצוץ בפה. רא"ח הסכים "שבאנשים כאלו [בעלי זיקה חלשה לדת] הרשות ביד הרב המורה לסמוך על המתירים לעשות המציצה במכונה או בספוג במקום חשש ביטול עיקר המצווה". בין שאר נימוקיו טען כי "כיוון שהרופאים מעידים וגם הנסיון הוכיח שיש דרך אחרת להרחיק הנזק ולצאת מהסכנה", אין מניעה, בשל שיקולים של מדיניות, להשתמש בתחליפים למציצה בפה. כאן סטה רא"ח בבירור מגישתם של חכמי הונגריה, הן בנימוקיהם והן בהכרעתם, והתקרב עוד יותר לגישתם של חכמי מרוקו.

88 לא מן הנמנע שהדורשים היו אשכנזים שהגיעו מאירופה. על ההגירה האשכנזית למצרים בתקופה זו ראו זוהר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 11.

89 שו"ת תעלומות לב, חלק ג, סימן כא. סימן זה הוא תשובה של רא"ח לפנייתו של המוהל טערטיס מלונדון, אשר ביקש ממנו לחוות את דעתו בנוגע לתחליף המציצה בפה שהמציא.

90 שם.

91 שם.

92 כ"ץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 156.

93 רא"ח מביא את סיפור המקרה בתוך תשובתו למוהל טערטיס, שו"ת תעלומות לב, חלק ג, סימן כא. פנייתו של המוהל טערטיס הייתה לאחר שנת 1900, ולפיכך מקרה זה, שאירע "באילו הימים", התרחש אף הוא בפרק־זמן זה.

אלא שהתקרבות זו הייתה חלקית,⁹⁴ ובהמשך תשובתו לטערתים הוא שב והסתמך על כתביהם של חכמי הונגריה, שהתנגדו בחריפות רבה לשינוי המנהג הקיים של מציצה בפה. בדומה להם הוא רואה חשיבות עצומה בהמשך קיום המנהג, ולכן "בקהל קדושים הרוצים לעשות את המצוה כהלכתה עם כל ענפיה ומנהגיה הקדושים כמו שעשו אבותינו ואבות אבותינו זלה"ה ראוי והגון וגם חובה לחזיק במנהגם של ישראל כי תורה היא". רא"ח גם מצפה מקבוצה זו של "קהל הקדושים" שימשיכו באימוץ הערך – שמקורו כנראה בקבלה – "לחבב המצוה בפיו ובשפתיו". לאלה שידבקו במסורת הוא ניאות להבטיח את ההבטחה המסורתית, שיש לה עוגנים חזקים בספרות התורנית, ולפיה "שומר מצוה לא ידע דבר רע". אולם לא כחכמי הונגריה, כאמור, הוא מכיר בכך שיש בסיס לגישה המתירה להשתמש בתחליפים, במיוחד כאשר קיים שיקול של מדיניות הלכתית לא להרחיק את בעלי הזיקה הרופפת אל הדת. בעיניו, חובתו כאיש הלכה היא לדאוג גם לחלקים אלה של הציבור וללכת לקראתם במידת האפשר. רא"ח דחה אפוא את גישתם של חכמי הונגריה – של התבצרות מלאה וסגירת השורות מפני אימת הרפורמה. עם זאת, בולט הניגוד בינו לבין חכמי מרוקו, שקבעו נורמה כללית מחייבת המורה לזנוח את המנהג הישן של המציצה בפה ולהעדיף את השימוש בתחליפים. משהגיעו חכמי מרוקו למסקנה כי יש במציצה משום סיכון רפואי, הם הנחו את הציבור כולו לבחור בתחליפים, ולא דרשו מחבורה נבחרת של יראי שמים להמשיך במנהג הישן.

גם בארץ־ישראל אנו מוצאים התייחסות לנושא המציצה, ונראה שיש לכך קשר הדוק לנוכחות האשכנזית הגדולה כאן. בשנת 1900 נדרש לנושא הבולט מבין חכמי ירושלים בשלהי התקופה העות'מאנית – הרב יעקב שאול אלישר (יש"א), שכיהן כחכם באשי של ירושלים, ובתוקף תפקידו היה מנהיג העדה היהודית וראש מערכת השיפוט שלה.⁹⁵ יש"א אסר בפומבי לשנות את מנהג המציצה בפה, והכריז כי יטיל עיצומים על מי שיפר הוראה זו וייטול חלק בטקס ברית־מילה שבו המציצה נעשית באמצעות תחליפים.⁹⁶ לאיסור זה הצטרפו שני אבות בתי־הדין הלא־רשמיים בירושלים – הרב שמואל סלנט, שעמד בראש בית־הדין הפרושי, והרב שלמה זלמן לאדיער, שעמד בראש בית־הדין החסידי בירושלים. עמדה זו אימצו גם הרב עובדיה הראיה, יליד חלב שגדל והתחנך בירושלים ולימים כיהן כרבה הראשי של פתח־תקוה, כראש בית־הדין הרבני האזורי בעיר וכחבר בבית־הדין הרבני הגדול. הוא חלק בהחלטיות על עמדתו של הרב אי"ה קוק, שהתיר להשתמש בתחליפי מציצה. הרב הראיה גרס כי אין לסטות מגזרתם של שלושת ראשי בתי־הדין בירושלים שהוזכרו לעיל, וטען גם כי עמדתם זו מעוגנת היטב במקורות הקבלה.⁹⁷ נראה כי חכמים ספרדים במרכזים שונים נקטו בדרך־כלל גישה מחמירה וסירבו לשנות את המנהג של מציצה בפה, למעט בנסיבות מסוימות כפי שהיו בסביבתו של רא"ח. גישה

94 ש.ם.

95 על־אודות ר' יעקב שאול אלישר ומעמדו ראו את מאמרי: Elimelech (Melech) Westreich, *The Official Rabbinical Court of Jerusalem (1841–1921), Its Composition and Status*, 19 THE JEWISH LAW ANNUAL 235, 240–241 (2011).

96 שדי חמד, לעיל ה"ש 30, בעמ' 2747.

97 שו"ת ישכיל עבדי, חלק ה, יורה דעה, סימן מד.

חריגה בנוף הספרדי אנחנו מוצאים בדבריו של הרב רפאל בן שמעון (רב"ש) מן התקופה שבה כיהן כרבה של קהיר במפנה המאה העשרים.⁹⁸ כמו חכמים אחרים, ובכלל זה רא"ח באלכסנדריה, גם רב"ש נטל חלק בפולמוס הגדול שעוררה המצאתו של טערטיס, ופרסם קונטרס מקיף ומפורט בנושא.⁹⁹ הוא לא דחה לגמרי את המציצה בפה, אך במקרים של סכנה רפואית הוא הורה ללא היסוס להעדיף תחליפים, ולא קרא ליראי השם להמשיך לדבוק במציצה בפה. לא מן הנמנע – אם כי זו בגדר השערה בלבד – שיותר משרב"ש משקף חריג בנוף הספרדי, הוא משקף דווקא את ייחודה של המסורת המרוקאית או לפחות שלב מוקדם שלה. רב"ש נולד במרוקו, ועלה לירושלים בהיותו ילד עם אביו ר' דוד בן שמעון, אשר ייסד בשנת 1856 את העדה המערבית (=המרוקאית) בירושלים ועמד בראשה עד לפטירתו.¹⁰⁰ אפשר שרב"ש ספג את המרכיב המיוחד של המסורת המרוקאית, ונתן לכך ביטוי בנושא זה של מציצת הדם בפה בכרית־המילה.

ראינו כי המסורת המרוקאית חריגה בנוף הספרדי, בכך שהיא הגיבה בהיענות מלאה על דרישותיה של הרפואה המודרנית, והייתה מוכנה לשנות, ללא היסוס, את מנהג המציצה בפה. היא גם הרחיקה לכת יותר מכל זרם אשכנזי או ספרדי מתון, בהסדירה את הנושא באופן מקיף באמצעות חקיקה חובקת־כל. נעיין עתה בפשר הסתייגותם של המרכזים השונים משינויים בנושא המציצה, ונשווה בינם לבין המסורת המרוקאית.

ב. ייחודה של מסורת מרוקו

1. פְּשֵׁרָה שֶׁל מִסוּרָת

ההשוואה שערכתי לעיל בין מסורת מרוקו בנושא המציצה לבין מסורות אחרות הראתה כי גישתה של הראשונה מיוחדת בכמה מישורים: האסטרטגיה ההלכתית בעידן של חילון, התיאוריה של הפרשנות ההלכתית, היחס לרפואה המודרנית והפתרון המעשי. גם הרטוריקה שבה השתמשו חכמי מרוקו שונה מזו שנקטו חכמים במרכזים אחרים. לא נמצא אצל חכמי מרוקו שפה המבקשת להנמיך את מעמדה ויוקרתה של הרפואה המודרנית. לשם השוואה, הרב קוק, למשל, טרח להביע את הסתייגותו מהחשבת היגדי הרפואה כקובעי אמת מוחלטת – "והנה להביא ראיות שאין דברי הרופאים כי אם בגדר ספק, כמעט למותר הוא, כאשר חכמיהם בעצמם אומרים כן ועלובה עיסה שנחתומה מעיד עליה".¹⁰¹ זאת, אף שהוא קיבל למעשה את ההיגד הרפואי בעניין המציצה, שכן לצרכים הלכתיים, אם ההיגד יוצר ולו ספק פיקוח נפש, די בכך לחייבנו להתחשב בו. חכמי מרוקו, לעומתו, לא הביעו שום סייג, לא פקפקו במעמדם של הממצאים הרפואיים ולא נקטו לשון שיש בה יותר מקורטוב של זלזול ("עלובה עיסה").

98 גאון, לעיל ה"ש 7, בעמ' 681.

99 שו"ת ומצור דבש, יורה דעה, סימנים טו-יט.

100 Westreich, לעיל ה"ש 95, בעמ' 244-245.

101 שו"ת דעת כהן, יורה דעה, סימן קמ.

מה פשרה של ההסתייגות הרבה במרכזים השונים מפני שינוי הנורמה של מציצה בפה? אומנם, נורמה זו הייתה מושרשת ביותר מבחינה חברתית, וגם נחשבה מאוד בעיני הקבלה,¹⁰² אבל מעמדה במדרג ההלכתי לא היה ברור. אפשר מאוד שהיא לא הייתה חלק ממשי של מצוות המילה – כפי שכתב חת"ס – וכל תכליתה לא הייתה אלא להשיג יעדים רפואיים גרידא. נראה ששני גורמים פעלו כאן והשפיעו, במידה כזו או אחרת, על העמדות שנקטו חכמים במרכזים השונים: גורם אחד הוא האיום שהציבה הרפורמה בפני המסורת בדרישתה לבטל את המציצה; והגורם האחר הוא ההפתעה שגרמה הרפואה המודרנית לנאמני המסורת, אשר ראו במציצה בפה אמצעי חשוב מאוד לבריאות התינוק.

שני גורמים אלה פעלו במידה שונה בכל אחד מהמרכזים שנידונו לעיל, ובהתאם לכך התגבשה העמדה ההלכתית באותם מקומות. הגורם הראשון, האיום מצד הרפורמה, היה בולט ביותר במרכז אירופה, ואילו משקלו של הגורם השני היה משני בלבד. כאמור לעיל,¹⁰³ המפגש הראשון של ההלכה עם הרפואה היה בווינה, כאשר רופא יהודי העלה את החשש שמחלתם של תינוקות נגרמה כתוצאה מהליך המציצה בפה. הרופא לא ערער באופן גורף על המציצה, לפחות לא באוזניהם של חכמי ההלכה. הוא לא טען כי אין בה תועלת רפואית כדברי התלמוד והפוסקים, וגם לא טען כי המציצה כשלעצמה מסוכנת תמיד לתינוק. הפוסק הגדול של המאה התשע-עשרה, חת"ס, לא זיהה כאן לפיכך שום איום מצד הרפורמה, ופסק כי יש להתיר ללא היסוס שימוש בתחליפים.

פסק-ההלכה של חת"ס הלם את דפוסי הפסיקה המסורתית, שהתחשבה בהיגדים רפואיים גם אם היו רק בגדר ספק, לפי העיקרון שספק פיקוח נפש דוחה את כל המצוות שבתורה. הרי בשלב היסטורי זה רווחה עדיין התפיסה הטרומ-מודרנית שהקזת דם היא אמצעי לרפוי של מחלות שונות. ניקוז הדם לאחר ברית-המילה נגזר אפוא מתפיסה בסיסית זו.¹⁰⁴ כיצד ביצעו את הוצאת הדם וניקוזו? היו לכך שיטות שונות. דרך בולטת אחת, שרווחה עדיין מאוד במחצית הראשונה של המאה התשע-עשרה, הייתה שימוש בעלוקות.¹⁰⁵ דרך אחרת הייתה מציצה בפה, אשר נחשבה דרך ראויה ויעילה להשגת התוצאה של ניקוז הדם.¹⁰⁶ סכנת הזיהום וההדבקה עקב מגע ישיר הוכרה על-ידי הרפואה וכלל הרופאים רק לקראת סוף המאה התשע-עשרה.

ביטוי קיצוני ובוולט לגישה שדחתה את הטענה בדבר סכנת הזיהום וההדבקה עקב מגע ישיר אנו מוצאים בפרשת הרופא ההונגרי זמלווייס וקדחת היולדות שהתרחשה בבית-החולים הווינאי באותה תקופה.¹⁰⁷ באחת משתי המחלקות ליולדות בבית-החולים הגיע שיעור

102 ראו, למשל, המקורות הנזכרים לעיל ה"ש 22.

103 ליד ה"ש 48 ואילך.

104 כהן, לעיל ה"ש 20.

105 ALBERT S. LYONS & R. JOSEPH PETRUCCELLI, MEDICINE: AN ILLUSTRATED HISTORY 513 (1997). המחברים מציינים כי הטכניקה של הקזת דם באמצעות עלוקות הייתה פופולרית עדיין במאה התשע-עשרה עד כדי כך שמדי שנה ייבאו לצרפת ארבעים מיליון עלוקות!

106 כהן, לעיל ה"ש 20.

107 על פרשת תגליתו של זמלווייס ודחייתו על-ידי הממסד הרפואי ראו בקיצור נמרץ LYONS & PETRUCCELLI, לעיל ה"ש 105, בעמ' 550-553. פעילותו של זמלווייס הייתה במחצית השנייה של שנות הארבעים של המאה התשע-עשרה. כמה שנים לפניו, בשנת 1843, פרסם רופא בשם

התמותה של היולדות בשנים מסוימות ל־15%.¹⁰⁸ לאחר תהיות וחיפושים הגיע ד"ר זמלווייס למסקנה כי הדבר נגרם על־ידי תלמידי הרפואה שנהגו להגיע אל היולדות ולבדוק אותן היישר מניתוח גוויות מבלי שעברו כל חיטוי. זמלווייס הורה לכל מי שמנתח גוויות לרחוץ את ידיו בחומר חיטוי, ולאחר זמן קצר ירד שיעור התמותה באופן חד, והתייצב על סביבות 2%. הממסד הרפואי דחה גישה זו, שנראתה מוזרה בעיניו, ופיטר את ד"ר זמלווייס מתפקידו. חרף מעמדה המהוסס של הגישה הרפואית בנושא המציצה, החליטה ועידת הרפורמים שהתקיימה בעיר בראונשווייג שבגרמניה בשנת 1844 לבטל לחלוטין את המציצה, בין היתר בשל נימוקים רפואיים.¹⁰⁹ עתה נהפך עניין המציצה לזירת מערכה ביחס לאמינותה של המערכת ההלכתית כולה, ובראשה התלמוד, מול הרפואה, המייצגת את התרבות המודרנית. רבני גרמניה והונגריה נזעקו להגן על המסורת ההלכתית מפני קריאת־התייגר של הרפורמים, אשר נשענה באותה שעה על היגד רפואי לא־מבוסס, והגיבו בדחייה מוחלטת של הקריאות לשינוי. לדוגמה, מהר"ם שיק, שפעל בהונגריה בסביבות השנים 1840–1870 וקרא גרמנית, אולי שמע את אשר אירע לבן ארצו זמלווייס במרכז הרפואי החשוב שבוינה בעקבות טענתו על־אודות זיהומים ותוצאותיהם. הטלת דופי במציצה בפה מנקודת־מבט רפואית הייתה יכולה אפוא להידחות על־ידי על־נקלה, במיוחד לנוכח נסיונו האישי כמוהל במשך ארבעים שנים, אשר עברו, לפי עדותו, ללא שום תקלה.¹¹⁰

נאמני המסורת במרכז אירופה הגיבו במתקפה לכל אורך החזית. הם שינו את הבסיס התיאורטי של המציצה בפה, העצימו עד־מאוד את מעמדה ההלכתי, דחו לחלוטין את ההיגד הרפואי, ונאבקו במישור החברתי ואף הפוליטי. אלא שברבע האחרון של המאה התשע־עשרה הם ניצבו מול התפתחות של ממש בתחום הרפואה. בעקבות תגליותיהם המדעיות של לואי פסטר ואחרים הלכה והתבססה בקרב קהיליית הרופאים הגישה שראתה סכנה בזיהומים המועברים במגע ישיר.¹¹¹ המסורת ההונגרית לא שינתה את עמדתה – היא דחתה מכל וכל את ההיגד הרפואי החדש, וסירבה בכל תוקף לאמץ תחליפים כלשהם. הזרם של "תורה עם דרך ארץ" בגרמניה הלך באופן עקרוני בתוואי זה, אלא שיחסו החיובי למדע ולרפואה

הולמס תיאוריה דומה בדבר זיהומים באמצעות הרבקה ישירה המחוללים את קדחת היולדות. מחקרו נדחה על־ידי קהיליית הרופאים. שם, בעמ' 550.

IGNAZ SEMMELWEIS, THE ETIOLOGY, CONCEPT AND PROPHYLAXIS OF CHILDBED FEVER, 143 108 (K. Codell Carter trans., 1983). ממצאיו של זמלווייס פורסמו בחיבור זה בשנת 1861, אולם הקהילייה הרפואית התעלמה ממנו, ואישים בולטים בתחום הרפואה אף יצאו נגדם. ראו LYONS & PETRUCCELLI, לעיל ה"ש 105, בעמ' 553. ראוי לציין כי בשנת 1875 ביצע עדיין גדול המנתחים בארצות־הברית בתקופתו, סמואל גרוס, ניתוחים ללא כל הקפדה על סטריליות. ראו שם, בעמ' 556 (תמונה 901).

109 כ"ן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 162–163.

110 שו"ת מהר"ם שיק, אורח חיים, סימן קנב. התשובה נכתבה בשנת תרל"ז (1877). החכם מביא עדויות של רופאים גרמנים שניתנו כשלושים שנה קודם לכן, דהיינו בשנת 1847, כדי לתמוך בטענה שאין המציצה מסכנת את התינוק כלל ועיקר. העדויות הללו ניתנו בעת פולמוס שניהל בנושא הרב יעקב עטלינגר בשנת תר"ו (1846). ראו שו"ת בנין ציון, סימן כג; כ"ן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 165–168.

111 LYONS & PETRUCCELLI, לעיל ה"ש 105, בעמ' 553–559.

המודרניים לא הניח לו לדחות באופן בוטה את ההיגד הרפואי בנוגע לזיהומים. הפתרון שמצא היה טכני ביסודו, והתבסס על הטיעון שמציצה באמצעות שפופרת כמוה כמציצה בפה לכל דבר ועניין. נראה שהאיום הרפורמי המשיך לנתב את דרכם של שני הזרמים הללו. מצב הדברים במזרח אירופה היה שונה. כאן לא הילכה רפורמה אימים על חכמי ההלכה, ולא דחקה את הזרם המרכזי בקרבם לנקוט עמדה מתחפרת ומתגוננת. זאת, כנראה, משום שבתקופה זו של מפנה המאה העשרים עדיין דבקו רובם המכריע של חמישה מיליון היהודים שחיו במרחבי האימפריה הרוסית במסורת. הבולט מבין חכמי ההלכה היה יכול לפסוק ליהודי גרמניה כי מותר להשתמש בתחליפי מציצה במקרה של דרישת השלטונות, והיו רבנים בולטים אחרים שהרחיקו לכת והתירו לעשות כן אף לכתחילה. הרב קוק, לעומת זאת, לא היה מוכן להרחיק לכת ולהציע בסיס שונה לחובת המציצה רק בשל איומי הרפורמה. לפיכך הוא לא שלל מכל וכל תחליפים למציצה בפה בשל סיבות רפואיות, אלא רק קבע כי בנסיבות מסוימות, כאשר המניע יהיה רפורמי, הוא יסרב לאשר תחליפים.

גם במרחב הספרדי לא הילכה הרפורמה אימים על חכמי ההלכה. עם זאת, יש לשער שההפתעה שבממצאים הרפואיים החדשים הובילה לתגובה מסתייגת, שהייתה אף חריפה לעיתים. תופעה מעין זו מצאנו אצל הרב עוזיאל, בתגובתו על ממצאי הגנטיקה המודרנית בנוגע לבדיקות הדם לשם קביעת אבהות.¹¹² על רקע זה יש לראות גם את התנגדותם של יש"א בירושלים ושל הרב חזקיהו מדיני בחצי האי קרים, וכן את התנהגותו המורכבת של רא"ח באלכסנדריה בסוף המאה התשע-עשרה. האחרון הגיב בהתנגדות חזקה לשינוי נוהג המציצה בפה מייד כאשר התוודע לכך, כנראה בראשית שנות התשעים, וקרא ליראי ה' להמשיך לדבוק בנוהג זה גם לאחר שהתבררה העמדה הרפואית המודרנית. אולם בד בבד הוא התייחס אל הדורשים שינויים בנוהג המציצה בפה כאל קבוצה חלשה שיש ללכת לקראתה ככל האפשר, כדי שלא תתנכר לגמרי למצוות המילה. כמו-כן, הוא לא היסס לפנות לקבוצת רופאים ולבקש את מעורבותם הפעילה בעניין ברית-המילה, ולא דחה את ממצאיהם באופן מזלזל. אם כן, כל חכמי ספרד שפגשנו תמכו בחום בהמשך הנוהג של מציצת הדם בפה, ורובם אף התנגדו בתוקף לשינוי נוהג זה. זאת, חרף אי-נוכחותו של האיום הרפורמי במשנתם. השערתנו היא כי עצם ההפתעה שהייתה גלומה בחידוש הרפואי המודרני, אשר נגד את ההיגד ההלכתי, היא שהוליכה אותם לנקוט גישה זו.

המסורת המרוקאית היא חריג אף בנוף הספרדי, בכך שחזית כוללת של חכמי ניאותו לשנות את הנוהג של מציצה בפה והטילו זאת כחובה על הציבור כולו. בכך מסורת זו נראית כנטולת חרדות לחלוטין. היא אינה מאוימת על-ידי חילון או רפורמה, והיא כנראה גם אינה מושפעת מן ההפתעה שבעקבות המפגש עם חידושי הרפואה. שאלה היא, כמו-כן, אם עדיין היה בשנות החמישים של המאה העשרים מימד של הפתעה במפגש עם ההיגד הרפואי בדבר זיהומים המועברים במגע ישיר. קשה לדעת, אם כי עד כה לא מצאתי מקורות ממרוקו בנושא המציצה שקדמו לתקנות של שנות החמישים. עם זאת, נראה לי שהמסורת המרוקאית לא הייתה מגיבה בהסתגרות או בהתנכרות במקרים של חידוש והפתעה, אלא הייתה מתמודדת עם האתגר שניצב בפניה לגופו של עניין. כך נהגה המסורת המרוקאית בנושא הייבום, כפי שנראה להלן. בראשית שנות הארבעים של המאה העשרים עדיין הייתה

112 וסטרייך, לעיל ה"ש 2, בעמ' 474-475.

מקובלת הגישה המסורתית שהחשיבה ביותר את מצוות הייבום, ובית־הדין אף נתן לכך ביטוי בדמות תוצאות משפטיות מרחיקות־לכת שאליהן הגיע.¹¹³ כעבור כעשור – בעקבות לחץ ציבורי, בין היתר מצד נשים – נענתה קהיליית החכמים והובילה שינויים מרחיקי־לכת. כפי שנראה בחלק הבא, גם במפגש עם הגנטיקה המודרנית לא נרשמה תגובה של התנכרות, על־אף ההפתעה שהייתה גלומה בו.

כאמור, חכמי מרוקו בחרו בהסדר חקיקתי מקיף וכולל לנושא המילה, שאותו החילו ללא יוצא־מן־הכלל על כל הציבור היהודי במרוקו, ואף הטילו פיקוח של מערכת בתי־הדין על ביצוען של הוראות החקיקה. לא מצאנו לכך אח ורע אצל זרמים אחרים במסורת היהודית שהתמודדו עם הנושא בעידן המודרני. ברור שגישות דוגמת זו של חכמי הונגריה, ששמרו את הישן ודחו לחלוטין כל שינוי אפשרי במנהג הקיים, לא נדרשו לחקיקה מקיפה. לכל־היותר הן היו צריכות להכריז על איסור הפרתו של המנהג הקיים ועל הטלת עיצומים על מי שיפר אותו, כפי שעשו בתי־הדין בירושלים בראשות יש"א. גם הזרם של "תורה עם דרך ארץ" לא נקט דרך של תקנה כללית, ומייסד הזרם, רש"ר הירש, סבר, כפי שראינו, כי אותם יראים אשר נהגו עד כה לבצע את המציצה בפה מן הראוי שימשיכו לעשות כן גם להבא. הוא הדין לגבי הזרמים במזרח אירופה, אשר לא קידשו את המנהג למצוץ בפה דווקא, והסכימו להשתמש בתחליפים שונים. גם כאן לא מצאנו תקנה כוללת, אלא רק הוראות והנחיות של מורי הוראה ופוסקים כיצד יש לנהוג. ברור שחכמים דוגמת הרב קוק לא היו מעוניינים בהסדר כולל, שכן לפי עמדתם, ההיתר מותנה בכך שלא יתקיים איום רפורמי קונקרטי. הרב ספקטור בוודאי לא מצא לנכון להסדיר את הנושא באופן כולל, שכן הנימוק שהוא נתן להצדקת הסטייה מן המנהג היה התערבותו של גורם שלטוני חיצוני. רק רא"ח באלכסנדריה של מצרים התמודד עם הנושא בדרך קרובה לזו של המסורת המרוקאית. הוא הזמין את מעורבותם של הרופאים, אשר הסדירו את ההליך באופן מפורט, והחיל את הסדרם על כלל הציבור. אלא שהיה זה הסדר פרי יוזמתו הפרטית של רא"ח, שחל על קהילה אחת בלבד, ולא הסדר שגובש על־ידי קהיליית חכמים רחבה המייצגת ציבור רחב וגדול. כמו־כן, ההסדר עצמו נשא אופי מנהלי, ולא עוגן בדפוסים מקובלים בהלכה, דוגמת תקנות ציבור. מעל לכל, ההסדר לא היה כולל; אדרבה, רא"ח המליץ ליראים להמשיך לנהוג לפי המנהג הישן של מציצה בפה, ולסמוך על חסדי שמים.

אלא שהסדרים כוללים המשנים את הדין הקיים באמצעות חקיקה אינם מיוחדים במסורת מרוקו רק לנושא ברית־המילה. להלן נצביע על כמה נושאים מתחום דיני המשפחה שגם לגביהם נהגו כך במסורת המרוקאית, ונעמוד על ייחודו של נושא ברית־המילה.

2. התנהלותם של חכמי מרוקו

אשווה עתה בין הדרך שבה הוסדר נושא המילה לבין הדרך שבה הוסדרו כמה נושאים בתחום דיני המשפחה, שבהם עסקתי במידה שונה של העמקה: ייבום, ירושה, גירושי אישה בעל־כורחה וחי אישות ללא נישואים.¹¹⁴ אבחן את הגורמים הבאים שנלוו לתהליך החקיקתי:

113 ראו בהמשך בתיאור פרטי המקרה של פרשת ג'אמילה אחרי ה"ש 172.
114 בנושא הייבום דנתי בהרחבה במאמרי וסטרייך, לעיל ה"ש 13; הנושא של חיי אישות ללא נישואים נבחן על־ידי בהרצאה שנשאתי בכינוס מדעי שנערך בפקולטה למשפטים של

יוזמה, התארגנות, ויכוחים במהלך הדיונים, נוכחות של זרמים שמרניים, מעורבות פעילה של הציבור, טיב הפתרון שנבחר וביקורת לאחר מעשה. אני סבור שיהיה בהשוואה זו כדי להאיר באור נוסף את יחסם של חכמי מרוקו לאתגר הטמון במפגש בין ההלכה לבין הרפואה בעידן המודרני, כפי שהוא מוצא את ביטויו בנושא המילה.

בסוף שנות הארבעים של המאה העשרים העלו נשים במרוקו – תוך שהן נהנות מתמיכה ציבורית רחבה – דרישות מפורשות להיטיב את מעמדה המשפטי של האישה ברוח מגמות השוויון המודרניות. בדרישותיהן הן התייחסו להטבת זכויותיהן בדיני הירושה וכן לשינוי דיני הייבום. ביחס לנושא האחרון התריסו הנשים כי "איננו כשבויות חרב".¹¹⁵ לפי המצב הקיים, קשרה מצוות הייבום אלמנה ערירית בקשר של אישות אל אחי בעלה המנוח, כך שהאלמנה הייתה רשאית להינשא לכל אשר תחפוץ רק לאחר שגיסה ביצע מרצונו החופשי את טקס החליצה, הדומה לטקס של גירושים. המסורת המרוקאית גרסה כי מצוות הייבום קודמת, ולכן על האלמנה והגיס לממש את קשר הייבום בחיי אישות, כך שהאלמנה תהיה אשתו של הגיס. סירוב מצד האלמנה להיכנס לקשר מלא גרר בעקבותיו את הכרזתה כמורדת, שמשמעותה הייתה עיצומים כלכליים קשים, וזאת מבלי שהגיס יידרש לנתק את קשר האישות באמצעות חליצה.¹¹⁶

גם בדיני הירושה ביקשו נשים לשנות את נחיתותן בהשוואה לגברים, שכן באופן עקרוני הבת אינה יורשת מקום שיש בן. אומנם, חלו שינויים בזכויות הנשים במרוקו מכוח תקנות של מגורשי ספרד בפאס,¹¹⁷ אך בכך לא היה די לדעתן של הנשים. זאת, הן מכיוון שהתקנות העניקו זכות ירושה רק לבת רווקה, והן משום שלא כל הקהילות במרוקו נהגו לפי התקנות הללו. עתה באה התביעה לשנות גם את מעמדה של בנות נשואות, וכפי שהציג את הדברים סגן הנשיא הרב מיכאל אנקאווא, בשנת תשי"ב (1952): "רבים אומרים ממשכילי העם להשוות זכויות הנשים כאנשים בעניינים המתאימים על פי דתנו הקדושה לפי המצב המיוחד בעולם הכללי, ובאחת מהזכויות נשים אומרות: תנה לנו אחוזה!... והיום הזה כמעט הרינו כזכרים לכל עבודה ומיגע כפינו נחיה."¹¹⁸ נושא זה של ירושת הבת היה חלק מניסיון לגבש הסדר מקיף של ענייני ירושה שעלה לדיון בכמה מועצות.¹¹⁹ ראוי

אויברסיטת חיפה בחודש מאי 2007; והנושא של גירושי אישה בעל-כורחה נידון בהרחבה בכינוס של הקונגרס העולמי למדעי היהדות שנערך בירושלים בקיץ תשע"ג-2013. נושא הירושה נידון במבט כולל על-ידי כמה חוקרים, ביניהם אֶלֶן מעמד האישה, לעיל ה"ש 12, ועמאר, לעיל ה"ש 7.

115 וסטרייך, לעיל ה"ש 13, בעמ' 176-177. חשוב לציין כי מי שפרסם תביעה זו של הנשים היה נשיא מועצת הרבנים שאול אבן דנאן – הוא ולא אחר – בעת אחד הדיונים הרבים שהתקיימו בה בסוגיית הייבום.

116 ראו אלימלך וסטרייך "מצוות ייבום ומורדת – בין צפון אפריקה לבין ספרד" מנחה ליצחק – קובץ מאמרים לכבודו של השופט יצחק שילה בגבורותיו 145, 146-148 (אהרן ברק ומנשה שאוה עורכים, 1999).

117 אֶלֶן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 652-654.

118 המשפט העברי בקהילות מרוקו, לעיל ה"ש 5, בעמ' 304.

119 למשל, במועצה השנייה – שם, בעמ' 247-248; במועצה השלישית – שם, בעמ' 258; ובמועצה השישית והאחרונה – שם, בעמ' 424.

לציין כי בנושא הירושה היה הציבור מעורב במישרין בהליך החקיקתי, והוא נקרא על-ידי הגוף המחוקק לחוות את דעתו.¹²⁰

בניגוד לשני נושאים אלה, בנושא ברית-המילה לא שמענו את קולו של הציבור או את קולן של קבוצות מתוכו התובעות לשנות את מנהג המציצה הקיים. התמונה המצטיירת היא שיוזמת השינוי כולה יצאה מקרב קהיליית הרבנים, מבלי שנדרש לחץ ציבורי כזה או אחר על-מנת להניע את המערכת לפעול.

בנושא הייבום הקדימו המארגנים והכינו את המשתתפים במועצה הראשונה, שהתקיימה בשנת תש"ז (1947), לכך שנושא הייבום יעלה לדיון במושב שלאחר-מכן, שהתקיים בשנת תש"ט (1949). הם ידעו מן הסתם כי מדובר בנושא רגיש ביותר, שצפויים להישמע בו קולות שונים ומגוונים בנוגע למידת הגמישות שניתן להפעיל. אכן, בסופו של דבר נידון עניין הייבום בהרחבה ברוב הכינוסים שקיימה מועצת הרבנים במרוקו החל בשנת תש"ז (1947) ועד שנת תשט"ו (1955). גם בענייני הירושה התנהל דיון מוקדם במועצה השנייה, והוצעו הצעות שונות על-ידי כמה חכמים. נשיא מועצת הרבנים הרב שאול אבן דנאן, שהביא לאספה נוסח הצעה מוקדם, הוסיף וציין כי "לא בהחלטה לתקנה משפטית לישא וליתן אודותיה כעת, רק הצעה העומדת לעיין בה ושתוגש לפני העם משך זמן מה, ואחר דעת עצת רוב העם תבוא לפני האסיפה".¹²¹

לעומת זאת, לנושא ברית-המילה, ובכלל זה לסוגיה של מציצת הדם, לא קדם שום שלב של הכנה והכשרת לבבות, אלא הנושא הועלה לדיון לראשונה כאשר נידון בפועל, ובאותה מועצה אף נפלה ההחלטה לגביו. גם כאן ככל הנראה הכירו המארגנים את הלכי-הרוח בקרב המשתתפים, וידעו כי אין לצפות להתנגדות חריפה של דיינים לשינויים מרחיקי-לכת. אכן, לנושא מציצת הדם הקדישה מועצת הרבנים דיון בכינוס אחד בלבד, ובכך תם העניין ונשלם. הדיונים בנושאים השונים שהזכרנו לעיל לוו ויכוחים, שהיו לעיתים קשים. בנושא הייבום הוויכוחים חושפים את דבר קיומם של שני זרמים: האחד דומיננטי, שהיה אקטיביסטי ושאף לחולל שינוי; והאחר שמרני, שביקש לצמצם ולהמעיט את עומק השינויים והיקפם. האישיות הבולטת בדיונים שהתקיימו היה הנשיא הרב שאול אבן דנאן, ואליו נלוו דיינים וחכמים אחרים, ביניהם הרב שלום משאש, אשר לימים כיהן כרבה של קזבלנקה והיה דמות רבנית מרכזית במרוקו.¹²² הקו האקטיביסטי של הרב דנאן וסיעתו בא לידי ביטוי בכמה מישורים משפטיים מרכזיים, כגון הגדלת סל העילות לטובת האלמנה, הגברת העיצומים שיוטלו על היבם והטבת התוצאות הכלכליות מבחינת האלמנה.¹²³ מולו התייצבו שלושה אבות בתי-דין של קהילות מרכזיות: הרבנים רפאל ברוך טולידאנו ממכנאס,¹²⁴ חיים סירירו מפאס¹²⁵ ושלמה הכהן מאז'דא.¹²⁶ הללו התנגדו בתוקף לקו שייצג אבן דנאן ולפרטי החקיקה שלו

120 למשל, במועצה השנייה – שם, בעמ' 246; ובמועצה השלישית – שם, בעמ' 255-258 (דוח מסכם).

121 שם, בעמ' 246.

122 לעיל ה"ש 33.

123 וסטרייך, לעיל ה"ש 13, בעמ' 213-217.

124 שם, בעמ' 186.

125 שם, בעמ' 187-188.

126 שם, בעמ' 178-179.

בכל שלושת המישורים שבהם ביקש לחולל שינוי, ובעיקר במישור של הטלת עיצומים על היבם. דוברי הזרם השמרני הרבו לבקר את עניין הכפייה הישירה של החליצה, והרב חיים סירירו הציע להסתפק בהסדר שרווח במסורת האשכנזית, קרי, להעדיף פיתוי כספי של היבם על כפייתו הישירה.¹²⁷ גם בענייני הירושה היו מחלוקות בין חכמים שונים, שבאו לידי ביטוי בהצעות השונות שהועלו,¹²⁸ ובמועצה השישית בשנת תשט"ו (1955), שהייתה גם האחרונה, עדיין ערער אחד הדיינים על הסמכות להתקין את התיקון ועל חשיבותה של הסכמת הציבור.¹²⁹

גם בעניין זה של ברית-המילה הפגינו תקנות מרוקו מידה רבה של אקטיביזם, ובהסדר מקיף וכולל שללו לגמרי את השימוש בפה לשם ביצוע מציצת הדם. אלא שמימד זה של אקטיביזם לא ניכר בכתבי הכינוס, בשל העובדה שכל החכמים שהשתתפו בכינוס הסכימו לשינוי, ולא נערכו ויכוחים ודיונים בנושא. נזכור שהרב חיים סירירו, ראב"ד פאס, שהיה אחד המובילים של הזרם השמרני בעניין הייבום, הוא שהציג לפני מועצת הרבנים את הצעת התקנות בעניין המילה, שכללו גם את ביטול המציצה בפה. למעשה, רק לאחר ההשוואה שערכנו במחקר זה בין עמדתם של חכמי מרוקו בנושא המילה לבין העמדות שנקטו חכמים במרכזים אחרים, צפה על פני השטח עוצמת האקטיביזם.

מעניין לעקוב אחר התנהלות השיג והשיח בקרב חכמי מרוקו. לגבי נושא הייבום ניתן לראות באופן בולט כי בין שני הזרמים – האקטיביסטי והשמרני – התנהל דו-שיח מתמיד, שהיה לעיתים נוקב וחרף, והוא ליווה באופן קבוע את תהליך החקיקה. תהליך זה נע באופן דיאלקטי בין הכינוסים השונים, והתייצב רק לקראת כינוסה של המועצה האחרונה, השישית.¹³⁰ תחילה הלכה וגברה הקצאת האמצעים המשפטיים לטובת האלמנה, חרף התנגדותו של הזרם השמרני, שאף העלה כאמור הצעות נגדיות לפתור את הבעיה. בסופו של דבר נסוג הזרם האקטיביסטי והסכים לבטל את כפיית החליצה, אך הותיר את העיצום של חיוב במזונות, וכן אימץ את הצעת הפיתוי של השמרנים להעניק ליבם שיסכים לחלוץ כפליים בעזבונו הנפטר. ועדיין לא נחה דעתו של הזרם האקטיביסטי, חרף הדומיננטיות שלו במועצות הרבנים, והוא טרח לשכנע את הזרם השמרני ולהניעו לקבל את מה שנותר מן החקיקה המקורית בעניין הייבום. לקראת המועצה השישית הוטל על הרב שלום משאש, שהיה אז דיין בקזבלנקה, לנמק ולבסס את אמצעי הכפייה העקיפים שנותרו בתקנות.¹³¹ בהעדר עדות להתנגדות לשינוי בנושא המילה והמציצה, אי-אפשר לבחון את התנהלותו של ויכוח בנושא זה. מכיוון שאני סבור כי גורם זה של גיוון דעות וויכוח חופשי הוא מאפיין חשוב של המסורת המרוקאית, העדרו של גורם זה בנושא המילה יש בו כדי להעיד כי אכן הייתה תמימות-דעים מקיפה בנושא זה בקרב קהיליית החכמים.

127 שם, בעמ' 187-188.

128 המשפט העברי בקהילות מרוקו, לעיל ה"ש 5, בעמ' 246.

129 שם, בעמ' 424. מועצה זו הייתה האחרונה, ולאחר-מכן בוטל מוסד חשוב זה בשל שינויים פוליטיים שהתרחשו במרוקו.

130 לסיכום התהליכים ראו שם, בעמ' 215-216.

131 וסטרייך, לעיל ה"ש 13, בעמ' 189-191.

הפתרונות שנבחרו בסוגיות השונות משקפים בדרך-כלל את נכונותם של חכמי מרוקו לקראת אמצע המאה העשרים להישיר מבט אל המציאות המודרנית ולהתמודד עימה באופן גלוי וישיר.¹³² בנושא הייבום הם הרחיבו מאוד את חירותה של האלמנה בהתאם לרוח התקופה המודרנית, אף שהם עצמם המשיכו להזדהות עם עולם הערכים הישן, אשר החשיב מאוד את מצוות הייבום. זאת, בניגוד בולט, למשל, לעמדה שנקט במדינת-ישראל הרב עובדיה יוסף, אשר תקף חקיקה דומה של הרב עוזיאל והרבנות הראשית, והפעיל את כל כובד משקלו לביטולה המעשי.¹³³ גישה דומה הם נקטו בנושא הירושה, והיטיב לבטא את הדברים הרב משאש בתקופה שבה כבר כיהן כרבה של ירושלים.¹³⁴ גם בנושא זה קיים פער רב ביותר בין חכמי מרוקו לבין זרמים אחרים, ובראשם מנהיג החרדים בתקופה זו – "החזון איש". חכם זה התנגד בתוקף רב לכל שינוי חקיקתי בנושאים הלכתיים, במיוחד אם המניע לכך היה לחצים מודרניים, דוגמת הדרישה להשוות את מצבה של האישה בענייני ירושה.¹³⁵ יש שהפתרון שנבחר והוסכם עליו כמועצת הרבנים עורר לאחר-מכן ביקורת ומורת-רוח. כך היה לגבי הנושא של הסדרת חיי אישות ללא נישואים. בנושא זה נקבע כי במקרה של בנות צעירות, בתולות, שחיו חיי אישות ללא נישואים יחויב האיש שחי עימן בתשלום פיצוי.¹³⁶ תשלום הפיצוי התעדכן מפעם לפעם בכינוסים השונים, וגם נקבע סכום מופחת לבחור שהסכים לשאת את הצעירה המפותה.¹³⁷ הרב מלכה, שכיהן כרייזן באחת הקהילות במרוקו, מתח ביקורת על ההסדרים הללו. את דבריו הוא פרסם לאחר שהתקנות הותקנו.¹³⁸ גם בעניין גירושי אישה בעל-כורחה התנהל ויכוח בין חכמים במרוקו בעת הכינוס עצמו,¹³⁹ ולאחר-מכן המשיך הרב מלכה להתפלמס עם התקנה שהגבילה גירושי אישה בעל-כורחה.¹⁴⁰ גם לעניין הייבום מצאנו חכם, הרב יהושע מאמן, אשר לאחר עלייתו ארצה התיישר לפי הקו של הרב עובדיה יוסף, וכמוהו התנגד בחריפות לשינויים בדיני הייבום שעשתה הרבנות

132 שם, בעמ' 213-214.

133 ראו אלימלך וסטרין "הגנת מעמד הנישואין של האשה היהודייה בישראל – מפגש בין מסורות משפטיות של עדות שונות" פלילים ז 273, 326-333 (1998).

134 דבריו של הרב משאש בעניין ירושת הבת נאמרו בכינוס דיינים שהתקיים במדינת-ישראל באלול תשמ"ו (1986). ראו שו"ת שמש ומגן, חלק ב, חושן משפט, סימן א.

135 שם, בעמ' רצג-רצד. ראו לעיל ליד ה"ש 11.

136 הנושא הוסדר באופן מקיף כבר כמועצה הראשונה בשנת תש"ז (1947). ראו המשפט העברי בקהילות מרוקו, לעיל ה"ש 5, בעמ' 217-219. הנושא נידון שוב כמועצה השנייה בשנת תש"י (1950) (שם, בעמ' 262-263), ובמועצה הרביעית בשנת תש"ב (1952) נקבעו בנושא הוראות למי שנשוי וחי עם אישה נוספת ללא נישואים (שם, בעמ' 306-307).

137 שם, בעמ' 306-307.

138 שו"ת מקוה המים, חלק א, סימן סו. להתייחסות רחבה יותר אל הרב מלכה ואל אחד מפסקי-הדין שנתן ראו להלן ה"ש 221 והטקסט שלידה.

139 שם, סימן סה, עדותו של הרב מלכה. על תקנה מאופקת נגד גירושי אישה בעל-כורחה, אשר הותקנה כמועצת הרבנים הראשונה בשנת תש"ז (1947) ומשקפת ויכוח בין חכמים, ראו המשפט העברי בקהילות מרוקו, לעיל ה"ש 5, בעמ' 220-221, במיוחד סעיף ו.

140 שם. הדברים נכתבו בשנת תשכ"ג (1963).

הראשית לישראל.¹⁴¹ למיטב בדיקתי לא פורסמה כל הסתייגות מאוחרת של חכם מרוקאי מהסדרי המציצה – לא במרוקו ולא במדינת-ישראל או בארץ אחרת.

ניתן לסכם ולומר כי חקיקת ההסדר בנושא המילה זכתה בהסכמה כללית גם מצד אישים אשר בעניינים אחרים, דוגמת ייבום וחיי אישות ללא נישואים, נקטו גישה שמרנית. לכאורה ניתן לטעון כי עניין הייבום שונה מעניין המציצה, בכך שהייבום הוא מצווה מן התורה, בעוד המציצה אינה יותר מאשר מנהג המעוגן בשיקול רפואי.¹⁴² התשובה לכך היא שהנושא השני – חיי אישות ללא נישואים – אינו כרוך באופן מובהק במצווה מן התורה, אלא מעוגן בראש ובראשונה בנורמה חברתית מושרשת, בדומה למציצה לפני העידן המודרני. יתר על כן, ראינו לעיל כי במהלך המאה התשע-עשרה שודרגה המציצה, ונהייתה לנורמה הלכתית חזקה מאוד אשר היו שייחסו את בסיסה ל"הלכה למשה מסיני". גישה זו מצאה את ביטוייה אצל חכמים בולטים, דוגמת מהר"ם שיק ומהר"י אסאד, ומכאן ואילך נהיו מקורות אלה לבסיס ההלכתי החדש של מנהג המציצה. כך התייחסו לנושא רא"ח באלכסנדריה, ר' חזקיהו מדיני וחכמים נוספים. לפיכך, כבוא חכמי מרוקו לדון בנושא באמצע המאה העשרים, עמד מולם מנהג המציצה משודרג בהשוואה למעמדו בראשית המאה התשע-עשרה, כשהוא מעוגן במקורות הלכתיים חזקים. העובדה שחכמי מרוקו התעלמו מכך והתקינו את תקנתם מלמדת בבירור על גישתם למפגש שבין ההלכה לבין הרפואה המודרנית.

ייחודה של המסורת המרוקאית במקרה זה של ברית-מילה לעומת מרכזים אחרים טמון בכך שהיא מאמצת את הגישה הרפואית, מפנימה אותה לכלל הסדרים מפורטים, והופכת אותה לנורמה כללית החלה על הכל ללא יוצא-מן-הכלל. המסורת המרוקאית פעלה כאן נטולת חרדות מפני גורמי חילון ורפורמה, ולא נרתעה מפני חידושים רפואיים. בהשוואה לנושאים בידי המשפחה, היא התנהלה כאן בחזית מאוחרת, ואפילו גורמים שמרניים סמכו בדרך-כלל את ידם על ההסדרים החדים שהוצעו.

נעבור עתה לדון בעניינים הקשורים לפיריון ולאבהות, שבהם ההלכה מקיימת דו-שיח מתמיד וארוך עם עולם הרפואה. נראה כי בתחום זה לא נחשפו חכמי מרוקו בארצם לחידושי הרפואה המודרנית, והמשיכו לנקוט עמדות שהתבססו על הידע המדעי והרפואי הישן, המוצא את ביטויו במקורות הלכתיים קדומים. עם זאת, אני סבור כי התוודעות לחידושי הרפואה הייתה מובילה לקליטתם בתוך המסגרת ההלכתית על בסיס הקטגוריה של "השתנות הטבעים", שהייתה אף מורחבת אולי ל"השתנות הזמנים". יקשה עליי להוכיח טענה זו בשל התחסלותו של המרכז במרוקו, אבל ביטוי מסוים לכך נוכל למצוא בפרשה אחת שבה נדרש חכם מרוקאי בולט, לאחר שעלה לישראל, לשאלת קביעתה של אבהות באמצעים גנטיים.

141 וסטרייך, לעיל ה"ש 13, בעמ' 212-213. אמת, גם הרב שלום משאש מתח ביקורת על תקנת הרבנות הראשית, וטען כי התקנה אינה תקפה. אולם נימוקיו היו פורמליים בעיקרם, ולא מהותיים. ראו שם, בעמ' 206-210. אדרבה, בכינוס דיינים שהתקיים בארץ הוא קרא לאמץ את המודל של תקנת מרוקו בעניין הייבום. ראו שם, בעמ' 210-212.

142 נושא הירושה מורכב יותר. מצד אחד, הוא נחשב חלק מדין תורה, אך מצד אחר, רבו התקנות בנושא במרכזים השונים, ובכלל זה בעיר פאס שבמרוקו. ראו אֶלון, לעיל ה"ש 10, בעמ' 652-654.

ג. ענייני פרוין

1. פתיחה

ניתחנו לעיל את דרך ההתמודדות של מסורת המשפט העברי במרוקו בנושא ברית־המילה, שהוא עימות חדש בן כארבעה דורות, והשווינו בינה לבין דרכן של מסורות אחרות. נעיין עתה במפגש שבין הלכה לבין פרוין, שהוא נושא מתחום הרפואה שמתקיים בו מפגש כבר דורות רבים, ונבחן את דרכה של מסורת המשפט העברי במרוקו בעניין זה. כבר בתקופת המשנה אנו מוצאים חכמים ששולחים לרופאים ומבקשים את חוות־דעתם בנוגע לעניינים גינקולוגיים.¹⁴³ בימי־הביניים התפלמסו חכמי הלכה¹⁴⁴ עם גישה יוונית שייחסה לאישה את עיקר התרומה להיווצרות הילד, בעוד שחז"ל ראו באיש ובאישה תורמים משותפים לכך.¹⁴⁵ גם משך ההיריון התקין של האישה כדי שייולד ילד בן־קיימא עורר דיון נרחב, הידוע בניסוחו בספרות ההלכה כסוגיית ה"יולדת למקוטעין".¹⁴⁶ גם באופן מעשי הרופאים נוכחים לאורך ההיסטוריה בסביבת הלידה, ומלווים את האישה בכל השלבים. אכן, במחקר קודם על בית־הדין הרבני בישראל¹⁴⁷ הראיתי כי בדרך־כלל לא התקיימו תופעות של ניכור כלפי רופאים ורפואה בתחום הפריון והלידה, דוגמת אלה שפגשנו בעניין בדיקות גנטיות לקביעת אבהות.¹⁴⁸ ביטוי חד לכך נתן הרב צימבליסט, בעת כהונתו כאב בית־דין בתל־אביב, בהתייחסו לדרישתו של גבר לא להסתמך על חוות־דעת רפואית בעניין עקרותו:

"לא מצאנו לנחוץ להכנס לדיון בדבר טענתו שאין לסמוך על רופאים ועל סטטיסטיקה. נהוג ומקובל בכל בתי הדין לסמוך בעניינים אלה על קביעת הרופאים, וקביעתם היא על יסוד בדיקות וסטטיסטיקה שנקחות מקבוצות אנשים שונות ברחבי העולם כולו. ועל מי נסמוך בעניני עקרות אם לא על רופאים?"¹⁴⁹

אולם, כפי שנראה מייד, קבלת־הפנים האוהדת באה לידי ביטוי בעיקר במקרה של לקונה, דהיינו, בהעדר היגר תלמודי או הלכתי מנוגד. כאשר ממצא רפואי התנגש בהיגר

143 כוונתנו למעשה אשר התרחש בטבעין והובא לדיון לפני חכמים ביבנה: "אמר ר' אליעזר רבי צדוק מעשה באשה אחת שהיתה מפלת כמין קליפין אדומין ובאו ושאלו את ר' צדוק והלך ר' צדוק ושאל לחכמים ושלחו חכמים וקראו לרופאים ואמרו מכה יש בה מבפנים לפכך מפלת כמין קליפות אדומות ותטיל למים, אם נמוחו – טמאה." תוספתא, נדה ד, ג (מהדורת צוקרמנדל, 644). ברייתא זו מובאת בבבלי, נדה כב, ע"ב.

144 שו"ת ריב"ש, סימן תמו. התפיסה הנוכרית הייתה "שהכל מן האם, וזרע האב פעולתו להקפיא ולהעמיד זרע האשה, כפעל הקיבה להעמיד החלב".

145 "שלשה שותפין יש באדם, הקב"ה ואביו ואמו. אביו מזריע הלבון... אמו מזרעת אודם... והקב"ה נותן בו רוח ונשמה" (בבלי, נדה לא, ע"א).

146 שו"ת ריב"ש, סימן תמו.

147 וסטרייך, לעיל ה"ש 2, בעמ' 478.

148 שם, בעמ' 475-477.

149 תיק 7121/לה, לעיל ה"ש 3 (ההרגשה הוספה).

הלכתי, תגובת הדיינים הייתה מסויגת, והייתה תלויה באופן ברור בטיבו של ההיגד ההלכתי ובמשקלו.

אצל חכמי מרוקו לא מצאנו התבטאות מעין זו של אב בית הדין בתל אביב, אך מצאנו התבטאות באותה רוח בהקשר רפואי אחר. הרב יוסף משאש, לימים רבה הראשי של חיפה,¹⁵⁰ נדרש בשנת תשי"א (1951), בהיותו דיין בבית הדין הרבני במכנאס, לשאלה שהופנתה אליו מבית הדין הרבני הגבוה ברכאט בנוגע להשתלת קרנית מן המת. בפתח דבריו הוא כותב:

"אור חדש נגה בימינו אלה בכל ענפי החכמה והמדע, ואחת מהנה חכמת הרפואה והניתוח, עין תחת עין, להסיר מאדם המת דבר מה לאחר מיתתו בשמים או שלוש שעות ולתתו בעיני עוור ולהוציאו מאפלה לאורה."¹⁵¹

על רקע נתוני פתיחה אלה נעבור לבחון כיצד נהגו חכמי מרוקו בנושא הפריזן, ועד כמה הייתה גישתם דומה לזו של דייני בית הדין הרבני בישראל או שונה ממנה. לענייני פריזן – וליתר דיוק, לסוגיות של העדר פריזן – יש חשיבות רבה במשפט העברי לאורך כל ההיסטוריה שלו. באופן עקרוני, שלושה גורמים עשויים להיות בעלי עניין במצבים של העדר פריזן: האיש, האישה והציבור.¹⁵² התלמוד הבבלי קובע כי אם איש נשוי לא קיים מצוות פרייה ורבייה, יתערב בית הדין, כמייצג הציבור, לאחר עשר שנים של נישואים, ויכריח אותו לגרש את אשתו כדי שיישא אישה אחרת ויקיים את המצווה.¹⁵³ ברבות השנים חדל כלל תלמודי זה לתפקד בזירה המשפטית, ובתיהדין נמנעו מלהתערב מיוזמתם בענייני פריזן.¹⁵⁴ העדר ילדים לבני-הזוג עשוי להעמיד עילת תביעה משפטית גם לטובת האישה. לפי דין התלמוד, שנקלט בקורקסים הגדולים, האישה זכאית לתבוע גירושים אם היא לא ילדה במסגרת הנישואים. הנימוק שניתן הוא "בעינא חוטרלא לידא ומרא לקבורה" (רוצה מקל ליד וכלי לקבורה), לאמור, האישה זכאית להבטיח לעצמה משענת לעת זקנה בדמות ילד שתלד.¹⁵⁵

150 קווים ביוגרפיים קצרים על-אודותיו ראו צבי זוהר "כל העוסקת בתורה לשמה זוכה לדברים הרבה: הרב יוסף משאש על זכות האשה להתמסר לתלמוד תורה" פעמים 82, 150, 151-152 (התש"ס). זוהר מציין את פתיחותו של הרב יוסף משאש להשכלה הכללית. ראו על-אודותיו גם אצל בשן, לעיל ה"ש 39, בעמ' 323-328. לשונות של פסיקתו ההלכתית בנוגע למחללי שבת, לעומת מה שרווח אצל הרבנים האשכנזים האורתודוקסים, ראו צבי זוהר "ההלכה כשפה דתית לא-פונדמנטליסטית: הרב יוסף משאש ופרשת קצבי תלמסאן" תרבות יהודית בעין הסערה: ספר יובל למלאת שבעים שנה ליוסף אחיטוב 569 (אברהם שגיא ונחם אילן עורכים, 2002).

151 שו"ת מים חיים, חלק ב, יורה דעה, סימן קט.

152 לגבי עילות גירושים לטובת האיש בשל ליקויי פריזן ראו את מאמרי אלימלך וסטרייך "תביעות האיש בשל ליקויי פריזן בפסיקת בתי הדין הרבניים" משפטים כה 241, 246-256 (1995).

153 בבלי, יבמות סה, ע"א.

154 אלימלך וסטרייך תמורות במעמד האישה במשפט העברי 106-111 (2002).

155 בבלי, יבמות סה, ע"ב; טור ושולחן ערוך, אבן העזר, סימן קנד, סעיף ו. לדיון בעילה זו ראו אלימלך וסטרייך "זכות האישה לילד במשפט העברי" משפט והיסטוריה 103, 107-110 (דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר עורכים, 1999); וסטרייך, לעיל ה"ש 152, בעמ' 253.

דווקא הצד של האיש לא נידון בתלמוד במפורש, אף־על־פי שעומדת לרשותו עילת תביעה משפטית המבוססת על מצוות פרייה ורבייה. סיבת הדבר היא שבתקופת התלמוד היה האיש רשאי לשאת אישה אחרת או לגרש את אשתו בעל־כורחה ללא שום עילה. רק לגבי עניינים ממוניים הייתה עילה משפטית עשויה להשפיע באופן ממשי על התוצאה המשפטית. הצורך של האיש בעילה משפטית התעורר בתקופה שלאחר התלמוד והגאונים, כאשר החלו להופיע הגבלות בנוגע לרשותו של האיש לשאת אישה נוספת או לגרש את אשתו בעל־כורחה. בסביבה האשכנזית אסר חרם דרבנו גרשום לשאת אישה אחרת ולגרש את האישה בעל־כורחה. בסביבה הספרדית שלאחר הגירוש, ובכלל זה בקרב המגורשים שהגיעו למרוקו וצאצאיהם, רווח המנהג להוסיף תניה בכתובה האוסרת על האיש לשאת אישה נוספת, ולעיתים הוסיפו גם איסור לגרש את האישה בעל־כורחה.¹⁵⁶ בשני המרכזים הגדולים הללו נדרש אפוא גם האיש בימי־הביניים להצדיק את תביעתו לריבוי נשים או לגירוש האישה, ואחת העילות הרווחות הייתה אי־קיום מצוות פרייה ורבייה.

משנדרש האיש לבסס את תביעתו על עילת פרייה ורבייה, התעוררה גם השאלה כיצד ניתן להוכיח מיהו הגורם האחראי להעדר הפריון – האיש, האישה ואולי אף לא אחד מהם. בתלמוד, כאמור, נקבעו כללים רק לגבי תביעה מצד הציבור או תביעה מצד האישה. מכללים אלה עולה כי קיימת הנחה בדבר אי־ודאות לגבי הצד האחראי לאי־הפריון, ועם זאת די בעשר שנים של נישואים משותפים בלי ילדים לגבש עילת תביעה. חכמי ההלכה בימי־הביניים השליכו מתביעת הציבור והאישה בתלמוד לעניין תביעת האיש שהתבססה על העילה של מצוות פרייה ורבייה, ופסקו כי גם כאן די בעשר שנים של נישואים משותפים ללא ילדים לגבש את עילת התביעה, חרף אי־הודאות לגבי הגורם האחראי לעקרות.

אי־הודאות לגבי הגורם האחראי לעקרות הייתה מצב הדברים הרגיל בתקופה הקדם־מודרנית, ורק במקרים חריגים של פגיעה באיברי הפריון היה אפשר לקבוע מי מבני־הזוג אחראי לאי־הפריון. כך היה, למשל, אם האישה הייתה איילונית¹⁵⁷ או אם האיש היה סריס או חסר כוח גברא. מסלול אחר לקביעה ודאית היה באמצעות דיני הראיות, כמו במקרה של אישה שהייתה נשואה שלוש פעמים, במשך עשר שנים כל פעם, ולא ילדה כלל. קביעה פוזיטיבית לגבי האחראי למצב העקרות עשויה להשליך במישרין על המעמד המשפטי של כל אחד מן הצדדים. ברור, למשל, שאם האישה חסרה יכולת ללדת באופן מוכח, תשתנה התוצאה המשפטית שהזכרנו קודם. הציבור, למשל, לא ימתין עשר שנים, אלא יפעיל את כוחו מייד, כדי שהאיש יפרד מאשתו ויישא אישה אחרת. האיש עצמו יוכל, בסביבה הספרדית, לממש את זכותו לגרש את אשתו או לשאת אישה אחרת, שהרי אין כל טעם בהמתנה של עשר שנים; ואילו האישה, בנסיבות של חוסר פריון מוכח, לא תוכל לממש את תביעתה לגירוש, שכן אין כל היגיון לחייב את הבעל לגרש אם ממילא לא תוכל האישה ללדת לאחר־מכן. הוא הדין אם יוכח שהאיש הוא האחראי לאי־הפריון.

הרפואה והמדע המודרניים שינו באופן קיצוני את הידע בתחומי הפריון. ראשית, התחוללה מהפכה בהבנת התהליכים, החל בשלבים המוקדמים ביותר של הפריון; ושנית,

156 וסטרריך, לעיל ה"ש 152, בעמ' 243–246.

157 ראו את הערך "אילוניות" אנציקלופדיה הלכתית רפואית, לעיל ה"ש 2, כרך א, 38, המגדיר: "אילוניות היא אשה עקרה, שאיננה מסוגלת ללדת בגלל פגם מולד מטבע ברייתה."

נוצרו הכלים המתאימים לזהות את האחראי לעקרונות – האיש, האישה או אף לא אחד מהם. עצם ההסתמכות על היגדי הרפואה היכן שקודם לכן לא היה ברשות ההלכה וחכמיה ידע פוזיטיבי התקבלה בזרועות פתוחות בבית־הדין הרבני בישראל.¹⁵⁸ הדבר בא לידי ביטוי כאשר ממצאים רפואיים קבעו בבירור מי האחראי לעקרונות, ונשאלה השאלה אם צריך במקרה כזה להתמקד עשר שנים. עמדתם של בתי־הדין הייתה שבנסיבות אלה סומכים לגמרי על הממצאים הרפואיים. פירוש הדבר הוא שהעדר קביעה הלכתית פוזיטיבית בדבר האחראי לעקרונות נתפס כלקוננה, ולא כהסדר שלילי, ולפיכך חָסֵר זה יכול להתמלא באמצעות היגדים רפואיים. להלן נראה כי תגובת הדיינים השתנתה כאשר במקורות ההלכתיים היו היגדים פוזיטיביים בנושא הרפואי.

היה אפשר לצפות שגם בתי־הדין במרוקו יפעלו בדרך דומה בנסיבות של לקוננה. אלא שבאחת מתשובותיו התייחס ר' יוסף משאש לעניין זה של המתנה במשך עשר שנים, וגישתו הייתה שונה. תחילה הוא נותן הסבר מדעי לקבוצה מסוימת של מצבי עקרונות של האישה.

”כי מכלל הדברים המונעים את הלידה באשה, יש אשר כלי ההולדה שלה אינם ספוגיים לקלוט את הזרע, ורק על ידי ההתמדה של זמן ארוך, מתרככים בזרע הבעל, ונעשים ספוגיים ומקבלים את הזרע (עיין פירוש המשניות להרמב"ם).”¹⁵⁹

הסבר זה מסתמך על הרמב"ם, ונראה שמקורו בתפיסה רפואית ימי־ביניים ששורשיה ברפואה היוונית.¹⁶⁰ האינטראקציה בין האיש לאישה מכשירה לדעתו את הרחם לקבל את זרעו של האיש וליצור היריון. אלא שתהליך ההכשרה הזה אינו בלתי־מוגבל:

”ושיערו רז"ל בחכמתם האלהית, או על פי נסיונות, ששיעור הזמן הוא עשר שנים למתאחרת ולא יותר, ואם עברו עשר שנים ולא הרתה, אחר שיתברר שהבעל הוא מוליד, אזי נכנסה לכלל עקרונות עם בעלה הראשון...”¹⁶¹

משך הזמן הקצוב להכשרת רחמה של האישה הוא עד עשר שנים ולא יותר, ומכאן ואילך היא עוברת לסטטוס של עקרה.¹⁶² מקור הידע של חז"ל בנוגע לפרק־זמן זה של עשר שנים הוא פוזיטיבי לגמרי ומוחלט, ונובע מאחד משניים: מהתגלות אלוהית או מנסיונם המדעי של חז"ל.¹⁶³ יהא המקור אשר יהא, שניהם עושים את היסוד של שהות עשר השנים

158 ראו תיק 7121/לה, לעיל ה"ש 3.

159 אוצר מכתבים, סימן א, שצו.

160 לפי הרפואה המודרנית קיימים כמה שלבים בדרך אל ההפריה וההיריון: ביוץ, הפריית הביצית בזרע האיש בחצוצרות, השרשת הביצית המופרית (זיגוטה) ברירית הרחם, שגשוג העובר ברחם. הממצא שהרב יוסף משאש מזכיר אינו מוכר לרפואה המודרנית. קרבת־מה להיגר שהרב משאש מזכיר בעניין אינטראקציה בין זרע האיש לבין פְּלִי ההולדה של האישה ניתן למצוא בקביעתה של הרפואה המודרנית כי סביבה חומצית מדי באיברי הפריון של האישה עולה לקטול את זרע האישה ולמנוע את הפריית הביצית.

161 אוצר מכתבים, סימן א, שצו.

162 אם כי זו אינה עקרונות מוחלטת, שכן "יוכל איש אחר ליקח אותה לאשה, כי אולי זרעו חזק וחס מהראשון, ויוכל להפוך לה כלי ההולדה להיות ספוגיים לקלוט את הזרע [ו]להתעבר". שם.

163 להנחה בדבר נסיונם הרפואי והמדעי של חז"ל, ולקביעה כי הוא עולה על זה של חכמי הרפואה הנוכריים, ראו שו"ת ריב"ש, סימן תמו.

לגורם ודאי, הקשור באופן מוחלט לענייני העקרונות. כדי להדגיש את טיבו הפוזיטיבי של היגד זה, מוסיף הרב יוסף משאש ומבהיר: "ודע ידידי, כי כל מדות חכמים הם בדיוק, כמו שכתוב ב[מסכת] מנחות... הכא נמי [וכאן גם־כן] שיעור עשר שנים הוא שיעור מדוייק..."¹⁶⁴ השאלה היא עד כמה יהיה הרב יוסף משאש מוכן לקבל ממצאים רפואיים מודרניים העומדים בסתירה להיגדים רפואיים שמצויים במקורות ההלכה. נעיין עתה בהיגד רפואי אחר המצוי בתלמוד, אשר קובע באופן פוזיטיבי מצב של עקרות בנסיבות מסוימות. נבחן כיצד התייחסו אליו הרב יוסף משאש וחכמי מרוקו אחרים, ונשווה לעמדה שנקטו דיני בית־הדין הרבני בישראל.

2. משך הפריון של האישה כפונקציה של גיל הנישואים

בתלמוד הבבלי אנו מוצאים מימרה של האמורא רב חסדא, התולה את סוף גיל הפריון של האישה בגיל הנישואים:

"ניסת פחותה מבת עשרים – יולדת עד ששים; בת עשרים – יולדת עד ארבעים; בת ארבעים – שוב אינה יולדת."¹⁶⁵

הגורם הקובע את משך פריונה של האישה הוא אפוא מועד נישואיה, ולא מועד הלידה הראשונה, למשל, הגם שברוב המקרים, לפחות בחברה מסורתית, יש קשר הדוק בין השניים. אישה שנישאה לאחר שמלאו לה עשרים שנה תוכל, לפי ר' חסדא, ללדת רק עד גיל ארבעים, ואילו אישה שנישאה קודם לגיל עשרים תוכל להמשיך ללדת עד גיל ששים. ר' חסדא אינו תולה את כושר הפריון בגורם אחר כלשהו, כגון המשך קיומו של מחזור חודשי אצל האישה. לא למותר לציין כי גיל הנישואים לחלוטין אינו מוכר על־ידי הרפואה המודרנית כגורם הקובע את גבולות הפריון של האישה. אם נקבל קביעה זו של ר' חסדא כקביעה המצויה גם במישור הנורמטיבי, אזי המערכת ההלכתית תעמוד מול אתגר של ממש להתאים בינה לבין הרפואה המודרנית.

קביעתה של המימרה במישור הנורמטיבי עשויה להיות בעלת חשיבות לגבי כל אחד מבעלי העניין שהזכרנו לעיל – הציבור, האיש והאישה. תהיה לה השלכה על תביעות על בסיס העדר פריון, אך גם על תביעות לביטול הסכם שידוכים בשל טעות בגיל האישה. היא עשויה להיות רלוונטית גם לעניין כושרה של האלמנה להתייבם, אם נישואיה הראשונים היו לאחר גיל עשרים והיא עתה לאחר המועד שנחשב תום תקופת הפוריות, שהוא גיל ארבעים. באחד מפסקי־הדין שנתן בית־הדין הרבני במכנאס שבמרוקו, שנדון בו מייד, אכן הובאה בחשבון מימרתו של ר' חסדא בהקשר של ייבום.

עם זאת, יש מקום רב להסס לגבי תוקפה הנורמטיבי של המימרה. ראשית, מקורה של המימרה אינו בסוגיה בעלת אופי הלכתי, אלא בפסקה בעלת אופי מדרשי.¹⁶⁶ שנית, הקודקסים

164 אוצר מכתבים, סימן א, שצו. על משמעותה של קביעה זו בנוגע למידות חכמים ראו משה זילברג כך דרכו של תלמוד 45-56 (מהדורה ראשונה, 1961).

165 בבלי, בבא בתרא קיט, ע"ב.

166 הלכה היא החלק הנורמטיבי של הטקסט התלמודי. המדרש או האגדה הם החלק הלא־נורמטיבי, הכולל פרשנות למקרא, דברי הגות, מוסר, חוכמת חיים ועוד. קיימות גישות שונות

המרכזיים במשפט העברי – משנה תורה לרמב"ם, ספר הטורים והשולחן ערוך – לא כללו אותה בחיבוריהם. עד כמה שדיעתי מגעת, מימרה זו לא הוזכרה גם על-ידי פוסקים בולטים אחרים מתקופת הראשונים, להוציא את הרי"ף. הוראה זו לא התמזגה אפוא במערכת הנורמטיבית של המשפט העברי, ובהשוואה להיגדי רפואה אחרים שמקורם בתלמוד,¹⁶⁷ אשר שימשו בסיס מפורש לנורמות הלכתיות, מימרה זו נמצאת מחוץ למערכת הנורמטיבית באופן בולט. נבחן עתה כיצד התייחסו חכמי בית-הדין למימרה זו כגורם משפטי.

שאלת תוקפה המשפטי של הלכתו של רב חסדא לא התעוררה במרוקו בהקשר של תביעות – בעיקר מצד האישי – בגין ליקויי פריון. סיבת הדבר הייתה כנראה גיל הנישואים המוקדם של בנות, שהיה בין שבע לעשר שנים עד לכיבוש הצרפתי בשנת 1911,¹⁶⁸ ואשר גם לאחר-מכן לא התאחר כנראה אל מעבר לגיל עשרים. מימרה זו של רב חסדא עלתה לדיון בקשר לשאלת פוריותה של יבמה בפסק-דין שנתן בית-הדין הרבני במכנאס בשנת 1940.¹⁶⁹ ראש אב בית-הדין באותו מקרה היה הרב יהושע בירדוגו ס"ט, שכיהן לימים כנשיא בית-הדין הגדול לערעורים וכראש מועצת הרבנים הראשונה בשנת תש"ז (1947).¹⁷⁰ עימו ישבו בדין הרב רפאל ברוך טולידאנו ס"ט, אשר לימים נקט גישה שמרנית מאוד והתנגד בתקיפות רבה לשינויים בדין הייבום,¹⁷¹ ואשר החליף ברבות השנים את הרב יהושע בירדוגו בתפקיד ראב"ד מכנאס; וכן הרב יוסף משאש ס"ט, שאף פרסם את פסק-הדין בספר תשובותיו.¹⁷² ואלה פרטי המקרה: דוד נפטר לבית עולמו בלי ילדים והותיר אחריו אלמנה, ג'אמילה, שהייתה נשואה לו שנים רבות, וכן שלושה אחים נשואים, אשר הגדול מביניהם, ימין, הגיש תביעה לבית-הדין בדרישה לייבם את האלמנה. לכאורה הייתה האלמנה יכולה להתגונן בטענה שהיא כבר זקנה ואינה ראויה ללדת, ולכן מצוות החליצה קודמת למצוות הייבום. אומנם, תאריך לידתה לא היה ידוע, אולם לפי הכתובה הייתה האלמנה נשואה לבעלה במשך ארבעים ושבע שנים! לפי השערת בית-הדין, לפני בוא הצרפתים נישאו בנות בגיל שבע עד עשר, כך שבזמן הדיון המשפטי הייתה האלמנה לכל-הפחות בגיל שבין חמישים וארבע לחמישים ושבע.

בתקופה הבתרת-תלמודית לגבי מעמד הנורמטיבי של המקורות המדרשיים (אגדיים). כך, למשל, הגאונים סברו כי המדרש אינו יכול לשמש מקור להלכה, ואינו מחייב. ראו וסטרייך, לעיל ה"ש 2, בעמ' 431. לעומתם, היו גישות, במיוחד בסביבה האשכנזית, שהסיקו מסקנות נורמטיביות מטקסטים מדרשיים.

167 ראו דיון מקיף אצל וסטרייך, לעיל ה"ש 2, בעמ' 480-481.

168 ראו תיאור פרטי המקרה של פרשת ג'אמילה אחרי ה"ש 172.

169 במאמר קודם – וסטרייך, לעיל ה"ש 13, בעמ' 171-175 – דנתי בהרחבה בהיבט של מצוות הייבום, וכאן אני דן בהיבט הרפואי, אשר לא דנתי בו שם. תאריך פסק-הדין הוא י"ח אב ת"ש (22.8.1940), והוא נכתב בפנקס בית-הדין הרבני בעיר מכנאס (מן השנים תרפ"ד-תש"א (1924-1941)), שמכונה "בית דינו של יהושע", חלק ב, סימן שכו (מהדורת משה עמאר, טרם פורסם) (להלן: פנקס מכנאס).

170 המשפט העברי בקהילות מרוקו, לעיל ה"ש 5, בעמ' 215-216.

171 ראו וסטרייך, לעיל ה"ש 13, בעמ' 186.

172 שו"ת מים חיים, חלק ב, אבן העזר, סימן יג. אני מודה לרב שמעון גולן על שהפנה את תשומת-ליבי למקור זה.

תמיכה לכאורה בטענת האלמנה מצא בית־הדין בדברים שכתב רבינו שמחה, מבעלי התוספות באשכנז, במאה השתיים־עשרה: "אף על גב דבעלמא מצות ייבום קודם ריבה ב'סיפרי' עקרה וזקנה להקדים לחליצה.¹⁷³" לאמור, אף־על־פי שברוך־לכל מצוות הייבום קודמת למצוות החליצה, אצל אישה שאינה פורייה בשל עקרות או זקנה מצוות החליצה קודמת. בשל עמדתו של ר' שמחה שברגיל מצוות הייבום קודמת,¹⁷⁴ היו הדברים שכתב רלוונטיים למסורת המרוקאית, אשר העדיפה אף היא באופן עקרוני את הייבום על החליצה.¹⁷⁵ בשלב זה נדרש בית־הדין בהרחבה לשאלה אם האלמנה ג'אמילה אכן נחשבת בעיני הדין כמי שאינה מסוגלת ללדת עוד. בית־הדין בחן את המימרה של ר' חסדא, והסיק ממנה כי אלמנה זו כשירה עדיין ללדת, שהרי היא נישאה לפני גיל עשרים וטרם הגיעה לגיל שישים. ברור מכאן שבית־הדין ראה במימרה זו מקור נורמטיבי לכל דבר ועניין, ולא הטיל ספק שהיא אסמכתה מלאה לדחיית דבריו של ר' שמחה, אם הלה אכן התכוון בדבריו לכל זקנה. אלא שבית־הדין פירש את דברי שמחה על־דרך הצמצום, וקבע כי כוונתו הייתה רק לזקנה מופלגת בשנים, ולא לאישה שגילה פחות משישים. לפיכך האלמנה ג'אמילה, כך נפסק, תיחשב כמי שאינה עקרה ולכן ככשירה להתייבם.

סתירה לכאורה לעמדתו בדבר כושר לידה עד גיל שישים מצא בית־הדין בתשובה של ר' שמואל די מדינה (רשד"ם). לפי גישתו של הלה, אישה בגיל ארבעים ושש נחשבת כבר חסרת כושר לידה, ולכן בעלה רשאי לשאת אישה אחרת אף לפני שחלפו עשר שנים ממועד נישואיהם.¹⁷⁶ אולם לדעת בית־הדין במכנאס, רשד"ם לא סבר כי לכל הנשים לאחר גיל ארבעים ושש אין סיכוי ללדת, אלא רק שרוב הנשים אינן יולדות לאחר גיל ארבעים ושש. לפיכך במקרה זה יש עדיין סיכוי שג'אמילה תוכל ללדת חרף גילה המתקדם (שהיה כאמור חמישים וארבע לפחות). אולם אם אכן קיים מיעוט של נשים שמסוגלות ללדת גם אחרי גיל ארבעים ושש, עולה התמיהה מדוע זה התיר רשד"ם לאיש לשאת אחרת, ולא התחשב באפשרות שהאישה הנדרונה שייכת לאותו מיעוט של נשים שמסוגלות ללדת אחרי גיל זה. תשובת בית־הדין היא שהאינטרס המצוותי הוא הקובע אם נתחשב באותה קבוצת מיעוט של נשים שיולדות בגיל מתקדם או שנתעלם מקבוצה זו. במקרה שבו דן רשד"ם האינטרס המצוותי, שהוא קיום מצוות פרייה ורבייה, דרש להתעלם מן המיעוט, כך שיתאפשר לאיש לקיים את מצוות פרייה ורבייה. לעומת זאת, במקרה של ג'אמילה האינטרס המצוותי, שהוא

173 הגהות מיימוניות, נשים, הלכות יבום וחליצה, פרק א, ס"ק ב.

174 ולא שמצוות החליצה קודמת למצוות הייבום, כפי שהתגבש במסורת האשכנזית לאחר־מכן. שם, בס"ק א, מביא המחבר, נוסף על ר' שמחה, את רשב"ם וריב"א, ואולי אף את ראב"ה, כמי שתומכים בעמדה שמצוות הייבום קודמת. ראו גם כ"ץ, לעיל ה"ש 49, בעמ' 149-150.

175 ראו הרב שלום משאש, שו"ת תבואות שמ"ש, אבן העזר, סימן כז. המחבר פסק כי די בעובדה שמדובר באישה זקנה בת שישים (!) לשמש עילה לטובתה לתבוע חליצה. לא מן הנמנע שיש לדברים קשר להלכתו של רב חסדא, שהייתה מקובלת גם עליו.

176 שו"ת רשד"ם, יורה דעה, צא. תשובה זו נידונה אצל וסטרייך, לעיל ה"ש 152, בעמ' 265. עמדה דומה נקט הרב הרצוג בפסק־דין של בית־הדין הרבני הגדול. ראו וסטרייך, לעיל ה"ש 2, בעמ' 457-458. לניחוח גישתו של רשד"ם בנוגע להיתר נישואים לבעל כדי שיוכל לקיים את מצוות פרייה ורבייה ראו אלימלך וסטרייך "מצוות פריה ורביה במשפט העברי באימפריה העות'מאנית במאה ה־17" תעודה יג 195, 233-235 (התשנ"ז).

קיום מצוות הייבום, דורש דווקא להתחשב בקבוצת המיעוט של הנשים, כדי שיתאפשר לגיס לקיים את מצוות הייבום. לפיכך קבע בית־הדין כי אלמנה זו ראויה ללדת כמיעוט הנשים, ונדחתה טענתה כי בשל גילה היא אינה כשירה לייבום.¹⁷⁷

הכנסת הגורם ההסתברותי לחדלות הפרייון של זקנה באה לידי ביטוי בכמה פסקי־דין של בית־דין זה במכנאס, שהתפרסמו הן בפנקס בית־הדין והן בספר התשובות של הרב יוסף משאש. במקרה אחד חדל לאישה אורח כנשים, ואילו לאיש הייתה רק בת אחת, כך שהוא טרם קיים את מצוות פרייה ורבייה.¹⁷⁸ אומנם, מאז נולדה הבת חלפו רק שבע שנים, ולפי הדין היה על האיש להמתין עוד שלוש שנים עד מלאת עשר השנים הנדרשות לגיבוש עילה המצדיקה היתר לנשיאת אישה נוספת על אשתו. אולם מאחר שחדל לאישה המחזור, היא נחשבה חסרת יכולת להרות, ונפסק כי האיש אינו צריך להמתין עשר שנים. בפרשה אחרת תבע האיש לגרש את אשתו בנימוק שהיא זקנה ולא ילדה לו עד כה בן זכר.¹⁷⁹ בית־הדין במכנאס קיבל את תביעת הבעל, ולא טרח לבדוק אימתי נישאה האישה ואם היא מעבר לגיל ארבעים. נראה שגם כאן נחשבה הפסקת המחזור סימן מובהק של זקנה וחוסר פוריות, המצדיק היענות לתביעת האיש המבקש לקיים מצוות פרייה ורבייה. במקרה נוסף שבו תבע האיש לשאת אישה אחרת בשל כך שעדיין לא קיים מצוות פרייה ורבייה, פסק בית־הדין כי יש מקום להתיר לאיש לשאת אישה אחרת אם אין עוד סיכוי של ממש ללדת, וקבע מעין כלל – "אם פסק וסתה וחדל ממנה אורח נשים, או שהזקינה וכדומה".¹⁸⁰ בית־הדין לא התייחס במפורש למי שנשיאת לאחר גיל ארבעים, כנראה בשל העובדה שממילא רוב הנשים במרוקו נישאו למטה מגיל זה, אך אין ספק שגם לכך הייתה כוונתו בתוספת "וכדומה" בסיום דבריו.

גישה זו של בית־הדין במכנאס, המאמצת את מימרתו של ר' חסדא כנורמה משפטית, אינה מתיישבת כלל עם הגישה הרפואית בת־זמננו. ראשית, תלות של משך הפרייון בגיל הנישואים כשלעצמו אינה מוכרת לרפואה המודרנית.¹⁸¹ מה פשרה של גישה זו, וכיצד היא מתיישבת עם הגישה שהצגנו בנוגע לבריית־המילה? האם דייני בית־הדין במכנאס לא היו מודעים כלל לגישתה של הרפואה המודרנית לעניין זה, ומשום כך ביססו את כל ממצאיהם על ההיגד התלמודי? אם כן, כיצד היה בית־הדין במכנאס נוהג אילו שמע על העמדה הרפואית המודרנית?

177 לגופו של עניין נדחתה טענתה זו של האישה בנימוק שאפשרות הלידה של היבמה אינו רלוונטי לייבום, וזאת לפי דברי הרמב"ם ולפי דבריו של ר"י קארו בחיבורו בית יוסף, שאף עקרה או זקנה ראויות להתייבם. כמו־כן טען בית־הדין כי "כמה עקרות וזקנות נפקדו וראויות להקים להם שם", ולכן יש לדחות את טענת אי־הפרייון. אולם ראו לעיל, ה"ש 175, שממנו אנו למדים כי בית־הדין הרבני בקזבלנקה שבמרוקו, בראשות הרב שלום משאש, סבר כי עניין העקרות הוא עילה טובה לחיוב בחליצה.

178 שו"ת מים חיים, חלק ב, אבן העזר, סימן ב; פנקס מכנאס, לעיל ה"ש 169, פס"ד שג. כדי שאיש יקיים מצוות פרייה ורבייה, צריך שהוא יוליד בן ובת.

179 שם, פס"ד שיח.

180 שם, פס"ד שמ"ה.

181 נציין שגם תלות של משך הפרייון בגיל הלידה הראשונה אינה מוכרת לגינקולוגיה המודרנית, הגם שייתכן שלידה בגיל צעיר עשויה להאריך את משך הפרייון של האישה.

לשם התמודדות עם שאלות אלה אציג את מגוון הגישות שנקטו דיינים שונים בבתי־הדין הרבניים בישראל, שהייתה להם ידיעה על־אודות עמדתה של הרפואה המודרנית בנושא.¹⁸²

3. היחס למשך הפריון בבתי־הדין הרבניים בישראל

בקרב דייני בתי־הדין הרבניים בישראל אנו מוצאים כמה גישות ביחס לדבריו של ר' חסדא: דוחה למעשה, מאמצת, מצמצמת, מתעלמת. ראשון הדיינים שעסק בנושא באופן מעמיק היה הרב הראשי לישראל ונשיא בית־הדין הרבני הגדול הרב אי"ה הרצוג.¹⁸³ הרב הרצוג היה חריג בנוף הרבני בכך שהיה בעל ידע רב במדעי הטבע, ובכלל זה בעל תואר דוקטור בתחום הביולוגיה הימית.¹⁸⁴ הוא נדרש לנושא בשנות השלושים בהיותו בדבלין, בירת אירלנד,¹⁸⁵ ודן במימרתו של רב חסדא עם רופא מומחה, שהיה ראש הקהילה היהודית, לאור גישתה של הרפואה המודרנית. לאור דו־שיח זה כתב: "באתי כבר אז לידי המסקנה שמאמרו של רב חסדא בכבא בתרא דף קי"ט ע"ב, ניסת פחות מעשרים וכו', הוא ככלל אותם המאמרים שעליהם קבעו גדולי הפוסקים ז"ל שעכשיו נשתנו הטבעים".¹⁸⁶

הרב הרצוג לא הטיל אפוא ספק כי הממצאים הרפואיים המודרניים המצויים בידינו משקפים את המציאות, וכי לפיהם יש לנהוג. כדי ליישב את הסתירה בין ההיגד של ר' חסדא לבין הממצאים הרפואיים, השתמש הרב הרצוג בקטגוריה של "השתנות הטבעים", שעיקרה ההנחה כי טבע הבריות השתנה עם הזמן. היגדי חז"ל התאימו לטבע בני־האדם בתקופתם, אולם טבע זה השתנה, וממצאי הרפואה משקפים את הטבע החדש. טענה זו בדבר השתנות הטבעים אינה חדשה בעולמה של ההלכה,¹⁸⁷ והרב הרצוג עצמו הביא אסמכתות לכך ממקורות אחרים.¹⁸⁸ עם זאת, ראוי לציין כי הדוקטרינה של השתנות הטבעים אינה דוקטרינה ברורה אשר משהתמלאו תנאיה אין לחכם הפוסק אלא להפעילה. עובדה היא שהיו דיינים בבית־הדין הרבני בישראל אשר לא הפעילו אותה בנסיבות אלה או במקרים

182 ראו על כך בהרחבה במאמרי וסטרייך, לעיל ה"ש 2, בעמ' 480-483. כאן אביא רק את עיקרי הדברים, וארחיב במידת הצורך רק לגבי עניינים שהתחדשו לי מאז פורסם אותו מאמר.

183 שם, בעמ' 457-458.

184 שם, בעמ' 475.

185 הרב הרצוג כיהן כרבה של דבלין, ולאחר־מכן של אירלנד כולה, בשנים 1918-1936.

186 שו"ת היכל יצחק, אבן העזר א, סימן ו. לטעמו של הרב הרצוג, "אפשר שכבר בימי הרמב"ם ז"ל נשתנו הטבעים כזה ולפיכך איננו מביא אותו המאמר, וכן הטור והשלחן ערוך לא מביאים אותו (אף שמוכא באלפס)". הראי"ה הרצוג מפנה גם לשו"ת האלף לך שלמה, להגאון ר' שלמה קלוגער, כתומך בהסבר של השתנות הטבעים.

187 ראו בהרחבה נריה משה גוטל *השתנות הטבעים בהלכה* (1995). לריכוז מקורות שונים ולתמצותם ראו "השתנות הטבעים" אנציקלופדיה הלכתית רפואית, לעיל ה"ש 2, כרך ב, 244.

188 ראו ערוך השולחן, יורה דעה, סימן קטז, סעיף י, לעניין איסור אכילת בשר ודגים, שנומק בטענה כי הדבר עלול לגרום לצרעת. המחבר מאמץ קביעה זו כהלכה מחייבת, אך מציין שיש הסבורים כי השתנו הטבעים וכי עתה אין עוד חשש לסכנה זו. כאסמכתה לכך הוא מפנה לדברי תוספות, מועד קטן יא, ע"ב, ד"ה "כוורא סמוך למסרחה מעלי", הנזכרים אצל וסטרייך, לעיל ה"ש 2, בעמ' 440.

אחרים.¹⁸⁹ אף הרב הרצוג עצמו, בנושא של מציצת הדם בכרית-המילה, שבו עסקנו לעיל בהרחבה, העדיף הסבר מדעי אחר על ההסבר של השתנות הטבעיים.¹⁹⁰ שאלה זו, אשר באירלנד הייתה אולי תיאורטית בלבד, נהייתה לשאלה מעשית עם בואו של הרב הרצוג לארץ-ישראל והתמנותו לראש מערכת השיפוט הרבני. עכשיו, "לרגלי מעשים שבאו לידי באלו הימים האחרונים וראיתי שהדיינים מסתמכים על מאמרו של ר' חסדא",¹⁹¹ הוא נדרש להכריע הלכה למעשה אם אכן ניתן להסתמך על מימרה זו כמקור נורמטיבי ולגזור ממנה את התוצאות המשפטיות. עיון מחדש בהיבט הרפואי הוביל את הרב הרצוג לדו־שיח עם טובי הגינקולוגים שהיו אז בירושלים, ואלה דיווחו לו כי בענף הגינקולוגי לא ידוע דבר על-אודות קשר בין גיל הנישואים לבין תום תקופת הפרייון. הגם שלא נמצא היגר רפואי פוזיטיבי נוגד, עצם שתיקתם של המקורות הרפואיים בעניין הובילה את הרב הרצוג למסקנה כי מימרתו של ר' חסדא אינה הולמת את מציאות ימינו וכי דינה להידחות כנורמה משפטית. כל שידוע לתחום הגינקולוגיה הוא שתקופת הפרייון של האישה תלויה במועד תחילת הווסת, ואין כל עדות לכך שהאפשרות שאישה תלד לאחר גיל ארבעים תלויה במועד הנישואים. כדי לפתור סתירה זו, לא נותר לרב הרצוג אלא להשתמש בדוקטרינה של השתנות הטבעיים, כפי שכבר עשה בהיותו רבה של דבלין.

נניח שהיה נודע לחכמי מרוקו על ההיגדים הרפואיים המודרניים, כפי שנודע לרב הרצוג בהיותו בירושלים. האם הם היו בוחרים בדרכו של הרב הרצוג, לאמור, דוחים למעשה את ההיגר של רב חסדא בנימוק שהשתנו הטבעיים? אפשר שכן, אלא שאז הם היו ניצבים בפני קושי לא-מבוטל, שכבר רמזנו עליו לעיל. כדי להשתמש בדוקטרינה זו, צריך שיעבור פרק-זמן בין השימוש בהיגר לבין מקורו של ההיגר. כאן השתמשו דיניי מכנאס בהיגר של רב חסדא בשנת 1941. מהו אם כן המנגנון שיחולל שינוי בטבע האנושי בפרק-זמן קצר מבלי להצביע על גורמים כלשהם?

גישה שנייה, מנוגדת, היא של דיינים בבתי-הדין הרבניים בישראל אשר אימצו את מימרתו של רב חסדא, לפי עדותו של הרב הרצוג, והחילו אותה הלכה למעשה בפסקי-הדין שכתבו.¹⁹² גישה זו ננקטה בהתמדה בבתי-הדין גם לאחר שהרב הרצוג אמר את דבריו, אשר התפרסמו בחיבורו שו"ת היכל יצחק. במקרה שנידון בבית-הדין הרבני בשנות השמונים של המאה העשרים תבעה אישה גירושים מבעלה משום שלא נולדו להם ילדים, בהתבססה על העילה של "בעינא חוטרא לידא". אחד הדיינים סבר כי יש לדחות את תביעת האישה, בהסתמכו על המימרה של רב חסדא הנ"ל ובהינתן שהאישה הייתה כבר מבוגרת מגיל ארבעים.¹⁹³ הדיין הכיר את עמדתו של הרב הרצוג, מבלי שנקב את שמו במפורש, אך דחה את הפתרון שהלה הציע, שלפיו השתנה הטבע האנושי בעניין זה. תחת זאת בחר הדיין

189 ראו, למשל, את פסק-דינו של הרב עובדיה יוסף, שו"ת יביע אומר, חלק ג, אבן העזר, סימן א. לדיון מקיף בתשובה זו ראו וסטרייך, לעיל ה"ש 2, בעמ' 483-484.

190 הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, פסקים וכתבים, יורה דעה, כרך ד, עמ' רעו. בתגובה על דברים שכתב רופא מלונדון הוא כותב: "והנה כבודו ביאר יפה שאין צריך לומר שנשתנו הטבעים וברוך יהיה שמקיים דברי חכמים ז"ל".

191 לעיל ה"ש 186.

192 וסטרייך, לעיל ה"ש 2, בעמ' 457-458, 480-481.

193 תיק (אזורי י-ם) 3977/מא, פד"ר יב 341 (התשמ"ב) (להלן: תיק 3977/מא).

להסתמך על דבריו של אחד מחשובי הפוסקים בני־זמננו – ר' דוב וידנפעלד. הלה הסתמך על דבריו של רב חסדא ואישר לחתן לבטל שידוכים לאחר שנודע לו כי הכלה בת ארבעים, וזאת מחמת החשש שהיא לא תוכל ללדת.¹⁹⁴ בפועל פסקו דיני מכנאס כפי גישה זו, המאמצת את דבריו של רב חסדא. אלא שגישה זו בבית־הדין הרבני בישראל נתפסה כמזדהה עם הזרם המתנכר למדע,¹⁹⁵ וקשה לי לראות את חכמי מרוקו מתנכרים למדע ולרפואה. אשוב ואדון בכך כאשר אתיחס לסוגיה של קביעת אבהות באמצעים גנטיים.

גישה שלישית, מצמצמת, כלפי ההיגד של רב חסדא נקט הרב ולדינברג¹⁹⁶ בפסק־דין שכתב כאשר היה חבר בבית־הדין הרבני האזורי בירושלים.¹⁹⁷ במקרה שנידון באותו פסק־דין תבע איש להתגרש מאשתו, לאחר שתיים־עשרה שנות נישואים, בשל רצונו לקיים מצוות פרייה ורבייה. אשתו לא התעברה חרף טיפולים רפואיים מסובכים, אך בחוות־דעת מסכמת קבעו הרופאים כי יש לה עוד סיכוי ללדת. גילה של האישה לא נקבע במפורש במסכת העובדות. לדברי הרב ולדינברג, היא הייתה בת שלושים וחמש עד ארבעים, ואילו לדעת הרב קאפח, "האשה בגבולות שנת הארבעים וקרוב לודאי לאחרית מאשר לפני".¹⁹⁸ הרב ולדינברג גרס כי יש לקבל את מסקנת הרופאים בחוות־הדעת כי יש סיכוי מסוים שהאישה תהרהר, ולכן אין מקום לחייבה בגירושים או לתת לאיש היתר לשאת אישה אחרת. עם זאת, לנוכח גילה המתקדם של האישה, הוא נדרש למימרתו של רב חסדא, וקבע כי היגד זה אינו קובע חזקה חלוטה.¹⁹⁹ לטעמו, לאחר גיל ארבעים אומנם יש ירידה חדה בפוריותה של

194 שו"ת דובב מישרים, חלק א, סימנים יג, יד. ר' דוב וידנפעלד, הידוע ככינויו "הגאון מטשעבין", נחשב אחד מגדולי הפוסקים בגליציה, ולאחר השואה – במדינת־ישראל. דעת הרוב בבית־הדין לא התייחסה לטענתו של דיין המיעוט, וייתכן מאוד שלא קיבלה אותה. מכל מקום, היא פסקה כי יש לחייב את האיש לתת גט.

195 על זרם זה בבית־הדין הרבני בישראל ראו וסטרייך, לעיל ה"ש 2, בעמ' 474–476.

196 ראו שם, בעמ' 464.

197 פסק־הדין התפרסם בספרו שו"ת ציץ אליעזר, חלק ז, סימן מח, פרק א, סעיף ה. בחיבור מדובר בפסק־הדין בתיק תשיז/643, שנידון בבית־הדין בירושלים בשנת תשי"ז. ראו דוד קאפח דפוס של דיינות: הרב יוסף קאפח 166, ה"ש 191 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בריאלין – המחלקה לתלמוד, 2011). פסק־הדין מופיע במלואו שם, בנספח ב.

198 ממשפט של אחד הרופאים שנתנו חוות־דעת במקרה זה עשוי אומנם להתקבל הרושם כי מדובר באישה בגיל ארבעים וחמש עד ארבעים ושבע, אולם משפט זה עמום, ולא נראה לי שיש בו כדי לסתור את האמירה המפורשת של שני הדיינים שישבו בדין. אבל ראו קאפח, שם, בעמ' 167, הקובע את גילה של האישה באופן שונה, ובהתאם לדברים שכתבו הרופאים בחוות־הדעת.

199 אסמכתה עיקרית לכך הייתה תשובה שכתב הרב שלמה קלוגער, מחשובי הפוסקים בגליציה במאה התשע־עשרה, בעניין הפרת שידוכים עם משודכת בת ארבעים בהסתמך על מימרתו של רב חסדא. שו"ת האלף לך שלמה, אבן העזר, סימן ט.

האישה, וסיכוייה ללדת קטנים מאוד, אולם אין האישה בגיל זה חסרת סיכוי לחלוטין, ולכן אפשר שתתעבר ותוכל ללדת.²⁰⁰

דייני מרוקו יכלו לחיות בשלום עם גישה מצמצמת זו של מימרתו של רב חסדא. אולם הרב ולדינברג התייחס בדבריו לחלק הראשון של המימרה, הקובע כי אישה שנישאה לאחר גיל עשרים תוכל ללדת עד גיל ארבעים בלבד. דייני מכנאס, לעומתו, התייחסו לחלק השני, הקובע את גיל שישים כסוף גיל הפרייה של אישה שנישאה לפני שמלאו לה עשרים שנה. אם נחיל את הצמצום גם כאן, יצטמצם הפער בין מי שנישאה לפני גיל עשרים לבין מי שנישאה לאחר גיל עשרים. האחרונה תוכל ללדת גם לאחר גיל ארבעים, אם כי סיכוייה לכך נמוכים, ואילו זו שנישאה לפני שמלאו לה עשרים שנה תוכל אומנם ללדת עד גיל שישים, אבל גם סיכוייה שלה לכך יהיו נמוכים.

גישה המתעלמת מן ההיגד של רב חסדא נקט הדיין הרב י' קאפח באותו עניין שתואר לעיל.²⁰¹ בפסק־הדין שכתב הוא חלק על עמדתו של הרב ולדינברג, וקבע כי יש להיענות לגמרי לתביעת האישה ולהתיר לו לגרש את אשתו בהסתמך על החומר הרפואי שהוצג לבית־הדין. באופן מפתיע הוא לא התייחס כלל להיגד של רב חסדא שתמך בהכרעתו, שהרי גיל האישה היה לדעתו גדול מארבעים. יתר על כן, העובדה שהרב ולדינברג, אשר חלק עליו, הסתמך על ההיגד של רב חסדא ופירש אותו באופן מצמצם, הצדיקה לכאורה שגם הוא יסתמך על ההיגד ויפרש אותו כלשונו. לא מן הנמנע שהתעלמותו של הרב קאפח מן המימרה הזו נובעת מדבקותו המוחלטת בדרכו של הרמב"ם ובמשנתו.²⁰² מאחר שהרמב"ם אינו מביא להלכה את מימרתו של רב חסדא, סבר מן הסתם הרב קאפח כי לדעת הרמב"ם היא אינה מצויה במישור הנורמטיבי ולא התקבלה להלכה.²⁰³

200 לכן גם שידוכים של אישה בת יותר מארבעים אינם נחשבים הטעיה, ועל האישה מוטלת החובה למלא אחר התחייבותו כלפי האישה בהסכם השידוכים ולשאתה לאישה. עמדה זו של ר' שלמה קלוגער אינה נחלתם של כל הפוסקים, ויש הסבורים כי בנסיבות אלה הסתרת המידע על־אודות גילה של האישה נחשבת הטעיה, והאיש ישוחרר מהתחייבויותיו. עמדתו של הרב קלוגער מנוגדת לדעתו של הגאון מטשעבין (שעליה הסתמך דיין המיעוט בתיק 3977/מא, לעיל ה"ש 193), אשר סבר, כאמור, שעובדה מעין זו מצדיקה הפרת שידוכים מצד האישה. ראו שו"ת דובב מישרים, חלק א, סימנים יג, יד. גישה זו של הרב קלוגער אינה מפתיעה כלל, משום שהוא לא החשיב את מצוות פרייה ורבייה כגורם משפטי של ממש, ולפי עדותו, הוא מימיו לא הצטרף להתרת חרם דרבנו גרשום לשם קיום מצוות פרייה ורבייה. ראו שו"ת האלף לך שלמה, אבן העזר, סימן ז. על עמדתו של הרב קלוגער לעניין מצוות פרייה ורבייה ראו וסטרייך, לעיל ה"ש 152, בעמ' 256.

201 קאפח, לעיל ה"ש 197, בעמ' 166.

202 כפי שהראה דוד קאפח לאורך עבודתו, לעיל ה"ש 197, לגבי נושאים אחרים.

203 נראה שזה אכן הבסיס לגישתו של הרמב"ם בסוגיה זו. לעיל ציינו כי הרב הרצוג ביסס את שיטת הרמב"ם על הקטגוריה של השתנות הטבעים. אולם למיטב ידיעתי, קטגוריה זו מופיעה בסביבה הספרדית לראשונה בתשובת התשב"ץ, קרי, יותר ממאתיים שנה לאחר שהרמב"ם כתב את דבריו. ראו וסטרייך, לעיל ה"ש 2, בעמ' 439. על הגישות בקרב חכמי ספרד בימי הביניים בנוגע למפגש שבין הלכה לבין רפואה ומדע ראו שם, בעמ' 432-440.

ראוי לציין כי בד בבד הרב י' קאפח מתייחס בכובד־ראש לחוות־הדעת השונות שנתנו הרופאים בנוגע לאישה, אולם לאחר ניתוח מדוקדק הוא מסיק שקיים פער בין הממצאים העובדתיים כשלעצמם לבין מסקנת הרופאים כי יש לאישה סיכוי ללדת. לדעתו, המסקנה המתחייבת מהממצאים היא דווקא שסיכוייה של אישה זו להרות קלושים מאוד. הרב קאפח אינו מערער אם כן על ממצאי הרפואה. עם זאת, הוא אינו מוכן לתת לרופאים שכתבו את חוות־הדעת אשראי בלתי־מוגבל לגבי המסקנות שהסיקו מן הממצאים שהם עצמם קבעו.²⁰⁴ לנוכח סיכויי הפיריון הקלושים להערכתו, ובהתחשב בכך שחלפו כבר שתיים־עשרה שנים מאז התחתנו בני־הזוג, פסק הרב קאפח כי יש להתיר לאיש לשאת אישה אחרת או לגרש את אשתו בעל־כורחה.

קיימת אפשרות תיאורטית שחכמי מרוקו היו פוסקים כפי הגישה שייחסתי לרב קאפח, לאמור, שמירתו של ר' חסדא אינה מצויה במישור הנורמטיבי בשל העובדה שהרמב"ם והשולחן ערוך לא הזכירוה בקודקסים שלהם. אלא שאני מפקפק באפשרות זו. הרי עד כה הם גרסו כי מימתו של רב חסדא היא נורמה משפטית מחייבת. האם עתה, בשל סתירה שהתגלתה בינה לבין ממצאי הרפואה, ישונה מעמדה מהיגד נורמטיבי להיגד מדרשי?

חכמי מרוקו אינם מזכירים בכתביהם את עמדת הרפואה לגבי ההיגדים של רב חסדא. נשאלת השאלה עד כמה היה הידע הרפואי החדש נפוץ בקרב חכמי מרוקו. האם אימוץ היגדיו של רב חסדא ככתבם וכלשונם נבע מחוסר היכרות עם הרפואה המודרנית ככל הקשור לעניינים של גינקולוגיה, ומכאן חוסר הידע בתחום זה? מכל ארבע הגישות שתוארו, זו שנראית המתאימה ביותר לחכמי מרוקו היא הגישה הראשונה, קרי, גישתו של הרב הרצוג, אשר השתמש בדוקטרינה של השתנות הטבעים. שאלה נכבדה היא אם ניתן לעשות שימוש בקטגוריה של השתנות הטבעים במקרים שבהם עד לימינו השתמשה הפסיקה בהיגד רפואי שמקורו תלמודי, אשר עתה מתברר כשגוי על־פי ממצאי הרפואה המודרנית. הייתכן כי רק בשל השינוי בממצאים נבוא ונחליט כי השתנו הטבעים?²⁰⁵ אבל נדון תחילה בשאלה אחרת, והיא אם חכמי מרוקו אכן השתמשו בדוקטרינה זו. בכך יעסוק התת־פרק הבא.

4. השתנות הטבעים במשנתם של חכמי מרוקו

דוגמה לשימוש בקטגוריה של השתנות הטבעים אנו מוצאים אצל הרב שלום משאש. הנושא שבו דן הרב משאש היה שינוי מועד גמילתו של תינוק יונק וההשלכה שיש לכך על מתן היתר לאמו של תינוק להינשא לגבר שאינו אבי התינוק.²⁰⁶ נושא זה מכונה במקורות ההלכה "מינקת חבירו". חז"ל אסרו בתלמוד על אלמנה – ולדעת רוב הפוסקים גם על גרושה – שעדיין מניקה להינשא מחדש עד אשר תגמול את התינוק, דהיינו, עד הגיעו לגיל עשרים וארבעה חודשים.²⁰⁷ המניע לתקנה היה הדאגה לתינוק, שלא ייפגע בשל נישואי

204 אדרבה, הוא מאמץ דברים שכתב שופט בית־המשפט העליון ש"ז חשין, שהצביע על העדר יושרה מקצועית בקרב מומחים לא־מעטים הנותנים חוות־דעת בבית־המשפט.

205 ייתכן שזה פשר הסתייגותו של הרב הרצוג מן השימוש בקטגוריה של השתנות הטבעים בנוגע למציצת הדם בברית־המילה. ראו לעיל ה"ש 190 והטקסט שלידה.

206 שו"ת שמש ומגן, חלק א, אבן העזר, סימן יג, סעיף ד.

207 בבלי, יבמות מג, ע"א.

אמו לגבר שאינו אביו. במיוחד חששו חכמים שאם תהרה האם מחדש, ייפסק חלבה, ולא יהיה מי שידאג לתינוק. הלכה זו נקלטה בכל הקודקסים והתקבלה ללא עוררין.²⁰⁸ אלא שבמקרים רבים ביקשו נשים להתיר להן להינשא בטרם מלאו לתינוקן עשרים וארבעה חודשים. לאורך הדורות נוצרה ספרות ענפה של תשובות ופסקים בנושא, ובהם אבחוניים רבים ומגוונים, בדרך האופיינית למשפט העברי, שבנוי בשיטה קוואיסיטית.

גם במאה התשע־עשרה נדרשו חכמים לנושא, ובמרכז אירופה החלה להישמע טענה כי הוראה זו חדלה להיות רלוונטית בעידן המודרני. זאת, בעיקר משום שלרשות התינוקות עומדים תחליפי הנקה, אשר יבטיחו את מזונותיהם ואת המשך התפתחותם גם אם תינשא האם לגבר אחר. לטענה מעין זו, המבקשת לגרום לשינוי ההלכה בשל שינוי מציאות החיים, נלחן צליל רפורמי, לפחות באזורי האורתודוקסייה המתגוננת במרכז אירופה. אכן, מגבשה של האורתודוקסייה החרדית וראשון הלוחמים ברפורמה, החת"ס התנגד בכל תוקף להתיר נישואים של גרושה בטרם יעברו עשרים וארבעה חודשים ללידת התינוק. במענה לשאלה שהופנתה אליו אם ניתן להתיר נישואים של גרושה שחדלה להניק עוד לפני הפירוד מבעלה, הוא השיב תשובה חדה, שאותה פתח בדברים הבאים:

"אני מימי לא הסכמתי להתיר מינקת בשום קולא בעולם כי אם כאשר אבאר פה שרש טעם הגזירה ועיקר הדבר לסתום פה הרשעים המפקקים על גזירת חז"ל."²⁰⁹

לדעת חת"ס, בכל הנוגע בצורכי ההנקה של תינוקות לא השתנו הזמנים.

"כי גם חז"ל ידעו כי רובא דרובא די להם בהנקה פחות מעשרים וארבעה חדש ואפשר פחות משנה אך איכא מיעוטא [יש מיעוט] בעולם שצריכים עשרים וארבעה חדש וחששו בפקוח נפש למיעוטא וגזרו על כל הנשים שלא תנשאו עד עשרים וארבעה חדש משום מיעוטא בפקוח נפש."²¹⁰

לדברי חת"ס, גם חז"ל ידעו כי רוב התינוקות אינם זקוקים לעשרים וארבעה חודשי הנקה כדי לחיות ולהתפתח, וכי רק מיעוטם זקוקים לכך. אבל בשל העיקרון של פיקוח נפש אין הולכים אחר הרוב. החכמים אסרו על כל הנשים להינשא מחדש עד מלאת לתינוק עשרים וארבעה חודשים כדי להבטיח את שלומה של אותה קבוצת מיעוט הזקוקה להנקה של עשרים וארבעה חודשים. כעת, אם תתקבל העמדה שאישה שלא התחילה להניק כבר בחיי בעלה תוכל להינשא מייד, קיים חשש שנשים רבות יימנעו לחלוטין מן ההנקה, "ומעתה הדבר מובן כי כל המרים יד ומקיל לנשים שלא תתחילו להניק כלל אם כן כולהן לא יתחילו להניק כלל". כתוצאה מכך תיפגע גם קבוצת הרוב של התינוקות, שכן היא לא תזכה בחלב

208 הוראה זו נקלטה בקודקסים הגדולים: משנה תורה, גירושין, פרק יא, הלכות כה-כו; טור ושלחן ערוך, אבן העזר, הלכות פריה ורביה, סימן יג, סעיף יא.

209 שו"ת חתם סופר, חלק ג, אבן העזר א, סימן לד. לא ברור מן הדברים אם דברי הביקורת על תקנת חז"ל הם המניע לנקיטת עמדה קשוחה ובלתי־מתפשרת, או הם המניע להסבר שייתן בהמשך הדברים. בין כך ובין כך רוח הרפורמה והביקורת על תקנות חז"ל מרחפת על פני התשובה.

210 ש.ש.

אם כלל, "והתינוק [מקבוצת הרוב] יזעוק צעקת דם לפני ה'[: (האם) מפני תינוק אחד בסוף העולם (זה שהתרנו לאמו להינשא מוקדם מאחר שלא התחילה להניק) אפסיד אני פרנסתי ומחיתין[?]" מסקנתו הנחרצת של חת"ס היא "על כן שומר נפשו ירחק מהיתרים הללו".²¹¹ גישה מנוגדת בכמה היבטים נקט הרב שלום משאש בפסקדין שכתב בשנת תשמ"ד-1984, כאשר כיהן כבר כראש אבות בתי־הדין בירושלים. באותו מקרה דובר באישה גרושה שחדלה להניק את תינוקה בהיותו כבן שלושה חודשים, יומיים לפני הגירושים. הכרעתו הייתה כי יש להתיר לאישה להינשא אף שטרם מלאו לתינוקה עשרים וארבעה חודשים, וזאת בניגוד לעמדה הנ"ל של חת"ס. אך מעניינת יותר התייחסותו לאפשרות של שינויים שהתרחשו בכל הקשור לנוהגי ההנקה וכן למידת הסיכון שיסתכן התינוק בהעדר הנקה, שאותם הוא רואה כעיקר הטעם להחלטתו.

"שהיום נשתנו הזמנים והרבה נשים גם ללא סבה רק שחסים על יופים ובריאותם לא מניקות לילדיהם כל עיקר."²¹²

העובדה החברתית היא שנשים חדלו להניק את ילדיהם, והרב משאש אינו מבקר זאת ואינו רואה ברצונן לשמור על יופיין ובריאותן דבר פסול. יחסו כאן שונה מאוד מזה של חת"ס, שראה את האינטרס של התינוק כעליון על כל אינטרס אחר של האם, ובכלל זה רצונה להינשא כדי להבטיח לעצמה משענת כלכלית. לשינוי זה בהתנהגות הנשים חבר שינוי נוסף באפשרויות התזונה של תינוקות:

"יש חומרים רבים מרופא ורפואות מיוחדים למזון הנולדים שמוצאים בהם התינוקות תועלת יותר מהיניקה והם בריאים ושמנים יותר, ואין שום חשש נזק כלל."²¹³

ואם יעלה החשש בליבו של מאן דהוא שמא יהיה איזשהו תינוק שייפגע מכך, דוגמת החשש שהעלה חת"ס, תשובתו של הרב משאש היא שמערך הבריאות הוא כזה ש"גם כסף לא חסר היום ובתי החולים מטפלים חינם בילדים הנצרכים".²¹⁴ החרדה שנלוותה להכרעות בנושא לאורך ההיסטוריה, שמא הבעל החדש יתנכר לתינוק שאינו זרעו, אין לה עוד מקום בעקבות הקמת מערכת בריאות ציבורית הנותנת שירותים חינם.

נשים לב כי הרב משאש מדבר כאן על "השתנות הזמנים", ולא על "השתנות הטבעים". אכן, בפסקה שלאחר־מכן הוא מדגיש כי שינוי זה של "הזמנים" "דומה לזה [הנזכר] באוצר הפוסקים בשינוי הטבעים שהיום לא יונקים יותר משנה",²¹⁵ המשמש נימוק לאותם פוסקים שביקשו לקצר את זמן ההמתנה ולהעמידו על פחות מעשרים וארבעה חודשים. ברור אפוא שהרב משאש מקבל את הדוקטרינה של השתנות הטבעים. לדעתי, השימוש בקטגוריה של "השתנות הזמנים" הוא מרחיק־לכת לא פחות, ואולי אף יותר, משום שהוא נותן לגיטימציה

211 שם. ראוי לציין כי עמדה זו של חת"ס לא הייתה חריגה, ואנו מוצאים חכמים נוספים שגורסים כך גם ברורות שקדמו לעידן הרפורמה.

212 שו"ת שמש ומגן, חלק א, אבן העזר, סימן יג, סעיף ד (ההדגשה הוספה).

213 שם.

214 שם.

215 שם.

לשינויים חברתיים – דוגמת התנהגותן של נשים, התפתחותם של תחליפי הנקה, הספקת שירותי בריאות ציבוריים ללא תשלום – כגורמים המצדיקים שינוי בדיון. גורמים שחרדו מפני הרפורמה ניאווה בנסיבות מסוימות להשתמש בטיעון של השתנות הטבעים, אך למיטב בדיקתי אין למצוא אצלם הכרה בגורם "השתנות הזמנים" או שימוש במונח זה. המסקנה המתבקשת היא שהרב משאש היה מקבל את הקטגוריה של השתנות הטבעים. הוא לא היה נכנס לדרקדוקים יתרים אם מדובר בשינויים בחוקי הפיזיקה, בכיולוגיה של האדם או בחברה האנושית. אלה גם אלה ניטרליים מבחינת השקפת-עולמו, ולא היו מרתיעים אותו מפני התחשבות בהם. לגבי השאלה אם נדרש פרק-זמן מסוים בין השימוש בכלל התלמודי לבין ההכרזה על כך שהשתנו הטבעים, לא מצאתי לכך מענה בשלב זה.

5. תופעת האֶל־וסת

ניתן להצביע על תופעת האֶל־וסת כעל דוגמה נוספת לנושא שבו קיבלה הפסיקה המרוקאית היגדים גינקולוגיים מן התלמוד אף שהם אינם מתיישבים עם גישת הרפואה המודרנית. לפי גישת הרפואה המודרנית, אישה ללא וסת אינה יכולה להתעבר כלל,²¹⁶ והיא נחשבת עקרה גמורה. התוצאה המשפטית הנגזרת מכך היא שעובדה זו תשמש עילה לביטול הקידושים בטענת מיקח-טעות, ובוודאי עילה לגירושים או להיתר נישואים לאישה אחרת. בפרשת האלמנה ג'אמילה, שנידונה לעיל,²¹⁷ התייחס בית-הדין גם לתופעת האֶל־וסת וסבר כי היא אינה מובילה בהכרח לעקרות. משום כך קבע בית-הדין כי אלמנה "מסולקת" דמים" (קרי, הלוקה בתופעת האֶל־וסת) חייבת בייבום, בניגוד לאילוניות, אשר משוחררת מן הייבום.²¹⁸ אסמכתה לכך מצא בית-הדין בתשובה שהשיב ר' צמח דוראן, חכם אלג'ירי מן המאה החמש-עשרה, בדבר יבמה ש"מימיה לא ראתה דרך נשים ומצד העדר הדמים מימיה לא ילדה ועלה על דעתכם מאחר שאינה ראויה לילד תעשו לה דין אילוניות" ונתשתחרר מחובת הייבום והחליצה.²¹⁹ בתלמוד הצביעו על כמה מאפיינים פיזיים של אילוניות, ולדעת השואלים, גם העדר וסת הוא סימן לכך שהאישה היא בגדר אילוניות. אולם עמדת החכם הייתה ש"קיים להו [להם] לרבותינו ז"ל שהאשה מסולקת דמים, יולדת היא".²²⁰ בית-הדין נקט כאן דפוס דומה לזה שנקט בעניין סוף זמן הפיריון, לאמור, היצמדות גמורה לטקסט התלמודי מבלי להיות ער כלל לקיומו של היגד רפואי נוגד.

לנושא זה נדרש בהרחבה הרב משה מלכה בעת כהונתו כדיון בעיר פְּנִימָלְאָל במרוקו. בפסק-דין מפורט, שכתב בשנת תשי"ד-1954,²²¹ הוא התייחס למקרה הבא: אישה לא ילדה במשך עשר שנות נישואים, ואין לה וסת. בעלה תובע לגרשה ולהיפטר מכתובתה בשל

216 זולת, אולי, מקרים נדירים וחריגים ביותר.

217 לעיל אחרי ה"ש 172.

218 להגדרת "אילוניות" ראו לעיל ה"ש 157.

219 שו"ת יכין ובוועז, חלק ב, סימן נג.

220 שם.

221 שו"ת מקוה המים, חלק ב, אבן העזר, סימן י. הרב משה מלכה השתתף במועצה השישית בשנת תשט"ו (1955) (המשפט העברי בקהילות מרוקו, לעיל ה"ש 5, בעמ' 407), ולימים עלה לישראל וכיהן כרבה הראשי של פתח-תקוה וכראש אבות בתי-הדין בעיר.

העובדה שהיא מסולקת־דמים וכמוה כעקרה. לטענתו, למן נישואיהם אין לה וסת, ולכן הקידושים היו מיקח־טעות, והוא פטור מתשלום הכתובה. האישה מצידה טוענת כי בעת נישואיה היה לה וסת, אלא שבשל מחלה נפגע מחזוריה. בפסק־דינו עקף הרב מלכה את הוויכוח העובדתי בין הצדדים. תחילה קבע כי לאיש קמה עילה לתבוע גירושים בשל עצם העובדה שבני־הזוג נשואים עשר שנים והאישה לא ילדה. לעומת זאת, הוא קבע כי חובת תשלום הכתובה קיימת גם אם לאישה לא היה וסת למן נישואיה ואפילו לא ראתה דם מעולם. כדי להטיל חובת תשלום כתובה על האיש שאשתו מסולקת־דמים לחלוטין, היה על הרב מלכה לקבוע כי לאישה כזו יש יכולת ללדת, גם אם סיכוייה נמוכים. לשם כך נדרש הרב למקורות שונים בתלמוד, וביניהם למקרה הבא:

”ההוא דאתא לקמיה [ההוא שבא לפני] דרבנן גמליאל הזקן, אמר לו: רבי, בעלתי ולא מצאתי דם, אמרה לו: רבי, ממשפחת דורקטי אני, שאין להן לא דם נדה ולא דם בתולים. בדק רבן גמליאל בקרובותיה ומצא כדבריה, אמר לו: זכה במקחך, אשריך שזכית למשפחת דורקטי.”²²²

אומנם, הנושא המשפטי שנידון כאן היה תביעתו של בעל לפטור מתשלום כתובה בשל טענת העדר בתולים, ולא בשל אֶל־וסת. אולם הערתו של רבן גמליאל ”אשריך שזכית” מלמדת כי הוא לא ראה בתופעת האֶל־וסת ליקוי ופגם, אלא אדרבה – יתרון שראוי לשבח. לא הכל היו תמימי־דעים עימו בעניין זה. האמורא רבי חנינא סבר כי ”תנחומים של הבל ניחמו רבן גמליאל לאותו האיש”, וזאת בהסתמך על דבריו של רבי חייה, שאמר ”כשם שהשאור יפה לעיסה, כך דמים יפים לאשה”, ועל דבריו של רבי מאיר, שאמר ”כל אשה שדמיה מרובין – בניה מרובים”.²²³ אלא שלדעת הרב מלכה, אף לדעת רבי חנינא, ”לא משמע אלא שאין בניה מרובים ולא שהיא עקרה לגמרי”.²²⁴ לאמור, לפי חכמי התלמוד, אֶל־וסת אינו גורר בהכרח עקרות, אלא יש רק זיקה בין השניים, ומיעוט דמים פוגע בסיכויי הפרייה. לדעת הרב מלכה, כך צריך גם לפרש את ההגדרה שניתנה בתלמוד לשמה של המשפחה ”דורקטי”, שבנותיה סבלו מתופעת האֶל־וסת. לפי התלמוד, ”דורקטי” פירושו ”דור קטוע”,²²⁵ אבל לדעת הרב מלכה, אין זה סביר שהכוונה ”שאינו מוליד לגמרי, [שאם] [לא] כן איך תמצא משפחה כזו? ואיך דן רבן גמליאל בקרובותיה? והרי מיד היא נכרתת כיוון שאין נשותיה מולידות?”²²⁶

גישה זו של הרב מלכה לגבי אפשרות הפרייה של אישה הלוקה באֶל־וסת לא הייתה נחלתם של כל חכמי מרוקו. הרב רפאל אנקאווא גרס כי אישה כזו היא בוודאי עקרה ולכן האיש פטור מתשלום הכתובה כי קידושיה היו קידושי־טעות. אסמכתה לכך מצא החכם אנקאווא בפירוש המשנה לרמב”ם: ”כי יש נשים שאין להן דם כלל, לא דם נידה ולא דם

222 בבלי, כתובות י, ע”ב.

223 שם.

224 שו”ת מקוה המים, חלק ב, אבן העזר, סימן י.

225 ראו גם ערוך השלם (קוהוט), כרך ג, בעמ’ 162, ערך ”דרקטי”, אשר מפרש מונח זה כעקרות.

אבל יש גרסות בתלמוד שלפיהן ”דורקטי – דור קטוע שאין להם דם בתולים” (כת”י גניזה, מובא בדקדוקי סופרים השלם על אתר), ולדברי מהרש”ל, ”דור קטוע מדם”.

226 לעיל ה”ש 224.

בתולים, ואמנם לא תוליד וזהו ענין דורקטי".²²⁷ אין ספק שגישה זו תואמת את גישת הרפואה המודרנית. הרב מלכה חלק על הרב אנקאווא, וסבר כי הרמב"ם חזר בו מעמדתו זו בחיבורו משנה תורה,²²⁸ וכי גם הרא"ש והרי"ף פסקו כרבן גמליאל שאישה חסרת וסת אינה עקרה.²²⁹ בדומה לבית-הדין במכנאס, גם הרב מלכה נצמד לטקסט התלמודי ולמקורות הפסיקה המאוחרת מבלי להיות ער כלל לקיומו של היגד רפואי נוגד. קשה לדעת כיצד היו הרב מלכה ודייני בית-הדין במכנאס נוהגים אילו נחשפו לעמדה הרפואית הרווחת, אשר רואה את תופעת האל-וסת כגורמת לעקרות ודאית. אלא שבמקרה כזה הם היו צריכים להיות פורצי-דרך, ולא היה עומד לרשותם מקור הלכתי תומך כלשהו. אדרבה, כאשר בתי-דין רבניים בישראל נדרשו לנושא של אל-וסת, הם קבעו באופן חד-משמעי כי בהסתמך על התלמוד ועל הפוסקים אין לראות בתופעה משום הוכחה לעקרות ודאית של האישה. הם נדרשו למקורות התלמודיים והפסיקתיים השונים שנזכרו בדברי הרב מלכה, וקבעו כמותו כי מכאן ראייה שאין התופעה מהווה הוכחה מוחלטת לעקרות ודאית.²³⁰ בתי-הדין בישראל גם הסתמכו על פסיקה רבנית מן המאה התשע-עשרה, אשר נדרשה לנושא בעקבות עמדתה של הרפואה המודרנית ביניהם, שלפיה אישה ללא וסת אינה יכולה להתעבר כלל.²³¹ אחד החכמים, הרב מלכיאל, היה מודע לסתירה בין ההיגד התלמודי לבין ההיגד הרפואי, ועם זאת קבע כי "אף שהרופאים אומרים שלא תלד כיון שהוא נגד דברי חז"ל אין סומכים על דבריהם"²³² דברי הרב מלכיאל צוטטו בהסכמה על-ידי בית-הדין הרבני בישראל, שקבע כי יש לדחות את ההיגד הרפואי מפני ההיגד התלמודי, ואין לאיש עילה לתבוע את ביטול הקידושים למפרע.²³³ אציין שבהרכב ישב גם הדיין צימבליסט, אשר דבריו שבכח קבלתם של דברי הרופאים בענייני עקרות צוטטו על-ידינו לעיל.²³⁴

הדעת נותנת שגם בנושא זה לא עמד לרשות דייני מרוקו ידע בדבר עמדתה של הרפואה המודרנית, וכך גם עולה מחיבורים שעוסקים ביהדות מרוקו, אם כי הנושא ממתין עדיין

227 פירוש המשנה לרמב"ם, נידה, ט.

228 משנה תורה, אישות, פרק יא, סעיף יב.

229 כך גם נפסק בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן סח, סעיף ה, ולא ידוע לי על פוסקים מאוחרים שחלקו על כך. אומנם הרמ"א, בהתייחס לדברי השולחן ערוך "טען טענת דמים אם היתה ממשפחת דורקטי", הוסיף בהגהתו כי "פירוש דור קטוע משפחה של עקרים שעל ידה הדור קטוע מבנים". מכאן שהוא לא קיבל את גישתו של רבן גמליאל, שהתייחס לתופעת האל-וסת כאל יתרון ושבח, אלא סבר כי זו פוגעת בפריון. ברם, אף הוא לא ציין שתופעה זו מהווה עילה לגירושים בשל כך שהיא גוררת בהכרח עקרות.

230 ערעור (גרול) שכא/85, פד"ר ד 216, 219-220 (התשכ"א). בהרכב ישבו הדיינים הראיה, אלישיב וזילטי. בית-הדין מאמץ את ההיגד התלמודי, ואינו מעמת אותו עם ההיגד הרפואי.

231 זולת, אולי, מקרים נדירים וחרिגים ביותר.

232 שו"ת דברי מלכיאל, חלק ג, סימן קב (דף עה:2).

233 תיקים 5202/כו מזונות, 5826/כו גירושין (אזורי ת"א), פד"ר ח 65, 69 (התשכ"ט). בהרכב ישבו הדיינים ורנר, אזולאי וצימבליסט.

234 תיק 7121/לה, לעיל ה"ש 3. לציטוט הדברים ראו לעיל ליד ה"ש 149.

למחקר מפורט.²³⁵ מכל מקום, הרב מלכה לא שב ונדרש לנושא זה של תופעת האלימות לאחר שעלה לישראל וכיהן כראש אבות בתי־הדין בפתח־תקוה, ולפחות לא התפרסמה פסיקה מאוחרת שלו בעניין. גם הרב יוסף משאש, אשר דן בנושא של סוף גיל הפריון לאור מימתו של רב חסדא, לא פרסם פסק־דין בעניין לאחר שעלה לישראל וכיהן כרבה הראשי של חיפה. אין לדעת אם הם היו משנים את עמדתם לאחר הכרת עמדתה של הרפואה בנושאים אלה או שמא הם היו מאמצים את גישתו של בית־הדין הרבני בישראל ודוחים את ממצאי הרפואה בעניין האלימות.

לעומת הנושאים הללו, יש לנו ידיעות על נושא אחר שבו נפגשו ההלכה והמדע – קביעת אבהות באמצעים גנטיים. בנושא זה דן בהרחבה חכם מרוקאי לאחר שהתוודע אליו לראשונה בישראל, כפי שיתואר בפרק הבא.

ד. קביעת אבהות באמצעים גנטיים

1. מקרה של הכשרת ממזר בניגוד לממצאים גנטיים

הרב שלום משאש נדרש לנושא של קביעת אבהות באמצעים גנטיים בשנת תשנ"ו (1996), בהיותו רבה הראשי של ירושלים וראש אבות בתי־הדין בעיר.²³⁶ אפתח בהצגת פרטי המקרה, שעסק בבעיית ממזרות קשה. לבני־זוג נולד ילד, והבעל נהג בו ככילדו לכל דבר. לימים, בעת ניהול תביעת גירושים ביניהם, הודתה האישה כי קיימה יחסי אישות עם גבר אחר נוסף על בעלה, ואף טענה כי הילד הוא בנו של הזר. הבעל, מצידו, כפר באבהותו, ואף הביא מסמכים רפואיים המעידים כי הוא אינו יכול להוליד בשל פגמים בזרעו. הצדדים נשלחו לבצע בדיקת רקמות על־ידי בית־הדין, ותוצאות הבדיקה היו שהבעל אינו אבי הילד. בעקבות זאת פטר בית־הדין את האב ממזונותיו, והורה לדון בכשרות הילד. לאחר שניתן הגט פסק בית־הדין כי הילד אכן ממזר, וכך קבעו גם שני הרבנים אחרים שדנו בכשרותו של הילד. בשלב זה פנה הרב הראשי הספרדי באותם ימים, הרב עובדיה יוסף, אל הרב שלום משאש, וביקש ממנו לפתור בעיה קשה זו של ממזרות ולהכשיר את הילד. הרב משאש היסס

235 על מצבה הירוד של הרפואה במרוקו בתקופה זו ראו נתן א' שוראקי קורות היהודים בצפון אפריקה 207–212 (1975). החיבורים הבאים עסקו בהרחבה ביהדות מרוקו אך לא התייחסו כלל לענייני רפואה: בשן, לעיל ה"ש 39; יוסף טובי, יעקב ברנאי ושלוש בראש תולדות היהודים בארצות האיסלאם: העת החדשה – עד אמצע המאה ה־19 (שמואל אטינגר עורך, 1981); ח"ז הירשברג תולדות היהודים באפריקה הצפונית כרך שני – מימי הכיבושים העותמאניים ועד זמננו 317–323 (1965). אציין כי קיימתי שיחה בעניין זה עם הרופא ד"ר אליהו בירדוגו, שנולד במכנאס בשנות הארבעים של המאה העשרים, סמוך לתקופה שבה ניתן פסק־הדין בפרשת ג'אמילה, וחי שם עד גיל תשע־עשרה. לדבריו, נשים יהודיות במכנאס בתקופה זו ילדו בביתן בסיוע מיילדת, ולא הגיעו לבתי־חולים. אפשר שלרבנים ולדיינים לא היה ערוץ אל הידע הרפואי המודרני בתחום הגינקולוגיה מאחר שהציבור היהודי לא נוקק לשירותיו של בית־החולים המודרני בענייני לידה.

236 חוות־הדעת ניתנה לבקשת הרב עובדיה יוסף. היא לא הייתה חלק מהליך שיפוטי בבית־דין רבני רשמי. תיק 100 – נז, פסקי דין – ירושלים דיני ממונות וביורורי יהדות כרך ה, עמ' קפז (התשנ"ז).

תחילה, בשל העובדה שכמה הרכבים לא מצאו מזור לילד, אך לאחר-מכן ניאות להיכנס לעובי הקורה, וראוי שאצטט את טעמו במלואו:

"שזה דומה לחולה ויותר, שאומרים משמים שיתרפא על ידי רופא פלוני, ובפרט שאני פסקתי הרבה פעמים בענין תיקים של ממזרים שנמסרו לי מהרבה בתי דינים לטיפולי, וגם מהראשון לציון הגאון הרב עובדיה יוסף שליט"א, והצלנו אותם. ויש בזה מצוה רבה, שעל זה אמרו 'דמעת העשוקים ואין להם מנחם', הם הממזרים, שאלה הצאן מה עשו, אבות אכלו בושר ושיני בנים תקהינה."²³⁷

תחילה מבקש הרב משאש לבחון כיצד היה בית-הדין פוסק אילולא עמדה לרשותו תוצאת בדיקת הרקמות. במקרה כזה:

"בודאי לא היינו נכנסים בשום ספק שמא אינו שלו, שהרי קיימא לן רוב בעילות אחר הבעל, אף שהיתה גם עם הבעל, ובפרט שהחזיקו לבנו על ידי שעשה לו ברית מילה, וגם עשה לו תעורת זהות על שמו שהוא בנו."²³⁸

אומנם, מאוחר יותר חזר בו הבעל מהכרתו בילד כבנו, ו"ערער שעל פי דברי הרופאים אינו ראוי להוליד". אולם לדברי הרב משאש, ניתן להשיב על טענת הבעל כי בשל התרופות שקיבל לשיפור כושר הזרע הוא החלים לשעה והצליח לעבר את אשתו. תמיכה חזקה בעמדה הבסיסית הזו, שלפיה יש לדבוק בייחוס ילד לאביו חרף קיומם של ממצאים רפואיים כבדי-משקל השוללים אפשרות של אבהות, הוא מצא בפסק-דין שנתן חת"ס במחצית הראשונה של המאה התשע-עשרה. באותו מקרה דובר באיש "שהרבה שנים לא הוליד, והרופא הגיד שיש לו נקב בגיד ושאינו יכול להוליד, וגם הקברנים [לאחר מותו] אישרו את זה, ובסוף ימיו אז הוליד. והאשה היתה פרוצה עם פריץ ישראלי. עם כל זאת, כמה צדדים עשה [חת"ס] להכשיר הבנים כדי להצילם שלא יהיו ממזרים משום שהחזיקם לבנו". הוא הדין במקרה הנוכחי – יש להכשיר את הילד משום שהבעל "החזיקו לבנו". חשד מאוחר יותר לא יוכל לפגוע בהכרה זו של הבעל, למרות החשדות הכבדים נגד האישה, וזאת בשל הכלל ש"רוב בעילות אחר הבעל".

אלא שמול החזקה של "רוב בעילות אחר הבעל" עומדת כאן בדיקת הרקמות הקובעת כי ילד זה אינו בנו של הבעל. מכאן ואילך, הקונסטרוקציה המשפטית שהרב משאש מרכיב כדי להכשיר את הילד בנויה על הנדבכים הבאים. הכלל הבסיסי בקביעת ממזרות הוא שרק ממזר ודאי אסרה התורה, ולא ממזר מספק. מאחר שאפשר שהאישה הרתה לגבר שאינו יהודי, וילד שנולד לאישה נשואה מגבר שאינו יהודי אינו ממזר, יש לנו ספק אם הילד הנידון הוא ממזר אם לאו. אומנם, חכמים גזרו שאף ספק ממזר ייחשב ממזר, וכושרו המשפטי להינשא יפגע בהתאם. משום כך, אם ייווצר ספק נוסף לגבי היות הילד ממזר, נכשיר את הילד לבוא בקהל אפילו מדרבנן. נאמר אז כי "נתיר [את הילד] לגמרי מספק ספיקא [ספק של ספק]". היעד אפוא ברור. די אם נקבע שבדיקת הרקמות אינה יוצרת ודאות מלאה, אלא יש בה מרכיב של אי-ודאות, של ספק. אוראז נכשיר ילד זה לבוא בקהל.

237 ש.ם.

238 ש.ם.

2. הגישות השונות ביחס למדע והעתקתן אל המישור ההלכתי הפורמלי

לרשות הרב שלום משאש עמד קורפוס נכבד של מקורות שעסקו בנושא זה, ואיתם הוא מתמרן. מקורות אלה, רובם ככולם, היו משל חכמי הלכה בישראל, וביניהם מקורות רבים של דיינים בבתי־הדין הרבניים בישראל. ככל הנראה הכיר הרב את המקורות השונים מחיבורים שאספו אותם ודנו בהם, ובראשם החיבור **נשמת אברהם**, שאותו הוא מרבה לצטט.²³⁹ המקורות הללו מייצגים שלוש גישות הרווחות בבתי־הדין הרבניים ביחס למדע ולרפואה המודרניים. גישה אחת, שמייצגה הוא הרב הרצוג, מקבלת את ההיגדים המדעיים ללא היסוס ומבקשת להטמיעם במערכת המשפטית.²⁴⁰ לפי גישה זו, ההיגדים של חז"ל מקורם היה בידע המדעי של תקופתם, ולא בהתגלות, ואילו היגדי המדע המודרני משקלם רב ביותר בשל היסודות שהם נשענים עליהם, אף־על־פי שלעיתים נופלות בהם טעויות. גישה שנייה, שעם המחזיקים בה נמנים הרב עוזיאל, הרב ולדינברג ודיינים נוספים, מתנכרת לממצא המדעי ודוחה אותו אפילו מפני היגד שניתן לראותו כהיגד מדרשי ואשר תוכנו סתום למדי.²⁴¹ הנימוקים של בעלי הגישה המתנכרת הם שדברי חז"ל מקורם בהתגלות, וכן שהמדע כפוף לשינויים ועל־כן אין לסמוך על ממצאיו. גישה שלישית, שניתן לכנותה "פרגמטית", מצויה בתוך בין שתי הגישות הללו. גישה זו אינה דוחה מכל וכל את ההיגד המדעי, אך גם אינה מקנה לו מעמד בלתי־מעורער. ביטוי לכך ניתן למצוא בפסק־דין של הרב דייכובסקי וכן בפסק־דין אחרים שהבחינו בין סעד המזונות לבין תביעה להכרות ממזרות.²⁴² הרב משאש אינו נכנס בדבריו לאפיון זה של שלוש השיטות בהתאם ליחסן הבסיסי למדע המודרני, הגם שהוא ער מאוד להבדלי העמדות בין הגישות. לכאורה, יש בדבריו התבטאות של הזדהות עם גישתו של הרב ולדינברג, באשר לאחר הבאתה הוא מוסיף "ודבריו נאמנו מאוד". אך נראה שהדברים מתייחסים לטיעונו המסוים של הרב ולדינברג (כי תרומת דם עשויה לשנות את סוג דמו המקורי של הנתרם ולכן יש לפקפק בערכה של בדיקת הדם), ולא לעצם גישתו המתנכרת למדע. מבחינתו של הרב משאש, מדובר כאן במחלוקת בין כמה גישות של פוסקים המצויה במישור הלכתי אחד. הוא עצמו מהלך בתואי של פוסק הלכה, אשר שוקל את הגישות השונות והמנוגדות ומתמרן ביניהן. זאת, כדי להגיע לפתרון בעיית הממזרות שהוא ניצב בפניה, בדרך – כך לפי הצהרתו – של הכשרת את הילד לבוא בקהל. ברור שהגישה המתנכרת למדע של הרבנים עוזיאל וולדינברג היא הנוחה לו ביותר, משום שלפיה אין שום ערך ראייתי לבדיקות המדעיות השונות. גם הגישה הפרגמטית נוחה לו להשגת יעדו להכשיר את הילד, שהרי זהו עיקרה של שיטה זו שהיא מקבלת את המדע באופן מבוקר ומסויג לצורכי מומן בלבד, אך אינה מתחשבת בתוצאות שהושגו לצורך הכרעה במישור של קביעת ממזרות. מבין הגישות השונות ועמדות החכמים, רק גישתו של הרב הרצוג,²⁴³ המקבלת את ממצאי המדע כוודאיים, עומדת לו למכשול בדרך להכרעה

239 אברהם אברהם־סופר **נשמת אברהם** – הלכות חולים ורפואים כרכים א-ה (התשמ"ד).

240 ראו וסטרייך, לעיל ה"ש 2, בעמ' 452-456.

241 שם, בעמ' 461-468.

242 ראו וסטרייך, לעיל ה"ש 2, בעמ' 470-472.

243 הרב משאש מזכיר שמות של חכמים נוספים שקיבלו את ממצאי המדע, אך לא ברור עד כמה הם התמידו בעמדה הרואה בממצאי המדע בנוגע לקביעת אבהות משום קביעה ודאית.

שאליה הוא חותר – להכשיר את הילד לבוא בקהל. את הבעיה הזו הוא עוקף בשני אופנים: ראשית, לטענתו, אף הרב הרצוג אמר את דבריו רק בתחום של דיני ממונות, ולא לעניין ממזרות;²⁴⁴ שנית, הוא טוען כי עצם העובדה שיש מחלוקת בין הפוסקים בשאלה אם יש להתחשב בבדיקות המדעיות לשם קביעת ממזרות די בה ליצור את הספק הנוסף המיוחד. ספק זה יצטרף לספק הראשון שמא מדובר בכוהל לא־יהודי, ובכך נכשיר את הילד לבוא בקהל גם מדרבנן.

בולט לעין כי הרב משאש אינו בוחן במישרין את טבען של הבדיקות הגנטיות השונות ואת מעמדן בקהילה המדעית, החל בשלב המוקדם של בדיקות הדם שיכלו רק לשלול אבהות, דרך בדיקת תיאום הרקמות ועד לבדיקות הדי־אן־איי המשוכללות. למען הדיוק, נראה שהוא אינו מבחין בין בדיקת הדם המבוססת על סוגי הדם לבין בדיקת תיאום רקמות. הרושם הוא גם שלא היה נהיר לו כי הבדיקה על בסיס סוגי הדם לא התיימרה לקבוע אבהות באופן פוזיטיבי, אלא רק לשלול אבהות. בשל חוסר היכרותו עם המדע, הוא כנראה גם אינו מפתח שיטה עצמאית משלו לבחינת יחסי הלכה ומדע, אלא כאמור מעתיק את הדיון אל המישור ההלכתי הפורמלי. ראוי לציין כאן כי בעת מתן פסק־הדין היה גילו של הרב משאש גדול משמונים ושש!

היה מקום לצפות שהמפגש עם מדע הגנטיקה החדש ועם המהפכה שהוא חולל בנושא המשפטי של קביעת אבהות יעורר אצל הרב משאש תגובה עוינת ומתנכרת, בדומה למה שקרה אצל דיינים בבית־הדין הרבני.²⁴⁵ אולם הרב משאש אינו נוהג כך. בשום שלב הוא אינו נוקט שפה בוטה נגד ממצאי המדע והרפואה המודרניים, ואי־אפשר לקבל את הרושם שנוצרה אצלו תחושת חרדה מפני איום על אושיות המסורת. בניגוד לזרם המתנכר בקרב דייני בית־הדין הרבני, אשר לפסק־דינם התלוו התבטאויות קשות כלפי המדע גם כאשר תוצאת המשפט הייתה בתחום הממוני גרידא, אצל הרב משאש אין כלל התבטאויות כגון אלה גם כאשר מדובר במקרה קשה של ממזרות.

סיכום

מחקר זה הגדיר את עצמו כעיונים ראשוניים, והוא מזמין המשך מחקר לגבי תורתם של חכמי מרוקו הן בארץ־מוצאם והן לאחר עלייתם לארץ־ישראל, בשבתם כדיינים בבית־הדין הרבניים כאן. ביקשנו במאמר זה לאפיין באופן ראשוני את יחסה של מסורת המשפט העברי במרוקו למקרים של מפגש בין ההלכה לבין הרפואה המודרנית. בחנו שני תחומים: האחד, ענייני ברית־מילה; והאחר, ענייני פיריון ואבהות. המכנה המשותף הבולט בשני התחומים הוא שפגשנו מסורת הלכתית נטולת חרדה בתגובותיה על חידושים של הרפואה המודרנית. אדרבה, הרפואה המודרנית זוכה בכרכת "ברוך הבא" חמה מצידם של חכמי מרוקו היושבים במועצת הרבנים ובבית־הדין. תופעה זו של העדר חרדה מוחלט היא ייחודית בהשוואה

²⁴⁴ אבל ראו את דבריו של הרב הרצוג בפסק־דין בבית־הדין הרבני הגדול שבו הוא קובע במפורש שגם לעניין ממזרות יש לסמוך על ממצאי המדע בתחום בדיקות הדם, הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, פסקים וכתבים כרך 1 (שאלות ותשובות בדיני אבן העזר) סימן כ, ירושלים תשנ"ו.

²⁴⁵ ראו וסטרייך, לעיל ה"ש 2, בעמ' 474-476.

לכל מסורת הלכתית בעידן המודרני, מתחילת תקופת האמנציפציה והחילוץ בראשית המאה התשע־עשרה ועד ימינו. תופעה זו בולטת ביותר בתחום של ברית־המילה, שבו השוויון בהרחבה בין התמודדותה של המסורת המרוקאית לבין זו של מסורות אחרות במרכז אירופה, במזרח אירופה ובמרחב הספרדי.

בכל המרכזים התמודדו עם נושא מציצת הדם בכרית־המילה, אשר העסיק את הפסיקה ההלכתית החל בשנות השלושים של המאה התשע־עשרה. נושא זה הציב אתגר מיוחד לפוסקים משום שלפי התלמוד השיקול הרפואי הוא העומד בבסיס הכלל ההלכתי המחייב את מציצת הדם, ואילו במהלך תקופה זו קמו ערעורים מצד רופאים, שטענו כי פעולת המציצה טומנת בחובה סיכון בריאותי לתינוק, וכי בכל מקרה אין בה תועלת בריאותית. הצגנו במחקר קשת של תגובות, החל במרכזים במרכז אירופה, שלגביהם הרבינו להסתמך על 'י' כ"ץ, המשך במרכז הענקי שבמזרח אירופה וכלה במרכזים של המסורת הספרדית. בכל המרכזים עלו חששות מפני שינוי המנהג הרווח, שמעליהן ריחף תמיד האיום הרפורמי. באשר למרכז אירופה, המרכז בהונגריה הגיב בהתחפרות ובהסתגרות, והמרכז בגרמניה פתח פֶּתַח בסוף המאה התשע־עשרה לשימוש בשפופרת כתחליף לחֶפְצִים בכך; במזרח אירופה, הרב ספקטור, הפוסק החשוב באימפריה הרוסית, התיר בדיעבד להיענות ללחץ השלטונות, הרב קוק ברוסיה אפשר שימוש בשפופרת כתחליף אך בכפוף להעדר הַנְיָעָה רפורמית, וקבוצה אחרת אימצה את הקו של המרכז בהונגריה; ואילו במרחב הספרדי, החכם באשי של ירושלים הרב יעקב שאול אלישר אסר בפומבי לשנות מן המנהג והטיל עיצומים על מַפְרֵי האיסור, הרב עובדיה הדאיה תמך בעמדה זו והסתמך על הקבלה על־מנת להצדיקה, הרב חזקיהו מדיני בחציהאי קרים הזדהה עם הזרם בקרב רבני רוסיה שאסר תחליפים, והרב אליהו חזן באלכסנדריה המליץ בחום ליראי השם להמשיך במנהג הישן של מציצה בפה, אבל אישר תחליפים לבעלי קשר רופף לדת וגם הסדיר פיקוח רפואי.

המסורת המרוקאית הגיבה באופן שונה מכל אלה. היא נענתה באופן מלא לדרישותיה של הרפואה המודרנית, וקיבלה אותה בכרכת "ברוך הבא". היא הייתה מוכנה לשנות, ללא היסוס, את מנהג המציצה בפה. היא גם הרחיקה לכת יותר מכל זרם אשכנזי או ספרדי מתונים, בהסדירה את הנושא באופן מקיף באמצעות חקיקה חובקת־כל שהוחלה על כלל הציבור ללא יוצאים־מן־הכלל. מתוכני התקנות עולה בבירור כי חכמי מרוקו ראו ברפואה המודרנית בעלת־ברית של ההלכה, ואף הזמינו את נציגיה הפרטיים והמוסדיים להיות נוכחים בפעילות של ברית־המילה. גם צורת ההצגה של הדברים ("מוזיקת־הרקע") בקובץ התקנות יוצרת אווירה של אהדה ושיתוף־פעולה בין ההלכה לבין הרפואה. בית־הדין הרבני במרוקו הוא הגוף שמונה לפקח על המוהלים הן בצד הרפואי והן בצד המקצועי והמנהלי, דוגמת רישום התעודות המונפקות למוהלים. בכך נהפך עניין המילה לחלק מן המשפט הציבורי העברי במרוקו, אשר מוסדות השיפוט היהודיים הרשמיים מפקחים עליו ומבקרים אותו. יתר על כן, בהשוואה שערכנו בתוך המסורת המרוקאית בין התמודדותה עם נושא זה של המילה לבין התמודדותה עם נושאים אחרים מתחום המשפחה – ובראשם הייבום, הירושה וחיי אישות ללא נישואים – בלטו לנגד עינינו ההחלטיות וההסכמה הכללית בנושא המילה. זאת, לעומת הזרמים השונים שהתקיימו לגבי הנושאים בדיני המשפחה, בעיקר זרם שמרני ולעומתו זרם אקטיביסטי שהיה נכון לחולל שינויים.

גם בתחום ברית־המילה וגם בנושאים שבתחום דיני המשפחה, המסורת המרוקאית בולטת כנטילת אחריות לאירועי העבר ובנקיטת יוזמה כלפי העתיד. הרבנים אינם נאבקים בשלטון זר שמפעיל עליהם לחצים או בקהיליית משכילים מודרנית המנסה לאכוף דפוסי בריאות שונים שמקורם ברפואה המודרנית או לקדם את מעמדה ושוויונה של האישה; הם אינם נכנעים כדיעבד ללחץ חיצוני ואינם נעתרים לדרישות בשל העדר כוח להתמודד עם שלטון מרכזי חזק או עם דעת־קהל זוועמת. רבני מרוקו רוצים להבטיח בריאות מרבית לתינוקות הנימולים, וזאת בשל העיקרון הכללי בהלכה שלפיו קיימת חובה של שמירת הבריאות – "ונשמרתם מאוד לנפשותיכם". חובה זו אינה נסוגה מפני חשיבותה של מצוות ברית־המילה, שהיא "המצווה הגדולה מיסודי הדת", שיש לקיימה באופן טהור ומושלם; אדרבה, עובדה זו מחייבת שגם "שמירת הבריאות" תיעשה באופן טהור ומלא. הזרמים הדומיננטיים בקרב חכמי מרוקו גם אינם יראים מפני שינויים בדיני המשפחה – דוגמת הייבום והירושה, המעוגנים במצוות התורה – היכן שהדין מעניק להם מרחב תמרון. זאת, כדי להיענות לתביעות של נשים לשוויון המעוגנות ברוח הזמן, הגם שלא תמיד הודהו החכמים עם הרעיונות שנקשרו לדרישות אלה.

היחס לרפואה, כפי שהוא עולה מנושא ברית־המילה, מוצא לו ביטוי מובהק גם בדברים שכתב הרב יוסף משאש בהיותו דיין במרוקו – "אור חדש נגה בימינו אלה בכל ענפי החכמה והמדע, ואחת מהנה חכמת הרפואה והניתוח". התוצרים המובהקים של התרבות המערבית המודרנית – המדע והרפואה – הם בגדר אור. נשים לב שהרב יוסף משאש אינו ירא להשתמש במונח שתנועת הנאורות (המכונה "השכלה" בעברית) – יריבתה המרה של האורתודוקסיה באירופה – השתמשה בו לאפיון הווייתה. עם זאת, חשוב להדגיש כי הידע הרפואי של חכמי מרוקו בתחום הפריזן וקביעת האבהות רחוק מאוד מלהיות מעודכן לפי הידע המודרני. הדבר בא לידי ביטוי אצל הרב יוסף משאש עצמו בעניין קביעת עקרות רק לאחר עשר שנים של נישואים לא־פוריים, המוסברת על־ידי באמצעות מנגנון פריון אשר זר לגמרי לתפיסה המודרנית. גם בנושאים אחרים, כגון תופעת הא־לוס או סוף גיל הפריזן של האישה כפונקציה של גיל הנישואים, לא הפגינו חכמי מרוקו ידע רפואי מעודכן, אלא הסתמכו על היגדים שמקורם בתלמוד ובכתבים הלכתיים קדומים.

חכמי מרוקו הסתמכו על היגדים רפואיים אלה ללא היסוס, ובהתאם לכך גם נקבעו הנורמות ההלכתיות. בחלק השני של המאמר השווינו באריכות בין גישותיהם של חכמי מרוקו לבין עמדותיהם של דייני בית־הדין הרבני, אשר נחשפו לידע רפואי מודרני שלא התאים להיגד ההלכתי. ראינו את גבולות גמישותה של הפסיקה בבתי־הדין בישראל, אשר שימושה בדוקטרינה של "השתנות הטבעים", לשם התאמת ההלכה להיגד הרפואי המודרני, צומצם למקרים של לקונה בלבד. ביקשנו לבחון עד כמה תוכל מסורת מרוקאית להתאים את עצמה למידע רפואי חדש לנוכח העמדות השונות של דיינים בבתי־הדין הרבניים. בדרך־כלל לא עמדו לרשותנו מקורות שישקפו מפגש חדש עם היגדים של רפואה מודרנית, בין היתר בשל התחסלותו של המרכז המרוקאי הגדול ועלייתם של מיטב חכמי ישראל. עם זאת, מפסק־הלכה שכתב הרב שלום משאש נראה כי היא הייתה עושה שימוש בקטגוריה של "השתנות הטבעים", ואף מרחיבה את היקפה ל"השתנות הזמנים". זאת, בדומה לשיח שנלווה לתקנות של מועצת הרבנים במרוקו בענייני משפחה, אשר הרב משאש נטל בו חלק פעיל.

בנושא אחד הייתה בדינו האפשרות לבחון במידת־מה תופעה מעין זו, והוא הנושא של קביעת אבהות באמצעים גנטיים. הרב משאש נדרש לנושא בגיל מתקדם מאוד, כאשר כיהן כבר כרבה הראשי של ירושלים. הרב ניצב בפני בעיה קשה של ממזרות, והוא הצהיר כבר בראש דבריו כי מטרתו להביא לידי הכשרת הילד וביטול פגם הממזרות שהוטל עליו בפסק־דין של בית־דין אחר. לרשות הרב משאש עמד קורפוס נכבד של מקורות שעסקו בנושא זה, רובם ככולם משל חכמי הלכה בישראל, וביניהם מקורות רבים של דיינים בבתי־הדין הרבניים בישראל. כאן מצאנו שלושה גישות בקרב הדיינים: גישה מקבלת, גישה מתנכרת וגישה פרגמטית. לכאורה, הגישה הנוחה ביותר מבחינת הרב משאש הייתה הגישה המתנכרת, אשר שללה מכל וכל את ערכה המדעי של הבדיקה הגנטית. היה גם מקום לצפות שהמפגש עם מדע הגנטיקה החדש ועם המהפכה שהוא חולל בנושא המשפטי של קביעת אבהות יעורר אצל הרב משאש תגובה עוינת ומתנכרת, בדומה למה שקרה אצל דיינים בבית־הדין הרבני. אולם הרב משאש אינו נוהג כך. בשום שלב הוא אינו נוקט שפה בוטה נגד ממצאי המדע והרפואה המודרניים, ואי־אפשר לקבל את הרושם שנוצרה אצלו תחושת חרדה מפני איום על אושיות המסורת. זאת, בניגוד לזרם המתנכר בקרב דייני בית־הדין הרבני, אשר לפסקי־דינם התלוו התבטאויות קשות כלפי המדע. הדרך שבה בחר הרב משאש הייתה העתקת הוויכוח בנוגע למעמדם של ההיגדים המדעיים בענייני אבהות אל המישור ההלכתי הפורמלי, תוך שימוש בכלל פסיקה רווח האומר כי יש ללכת אחר רוב הפוסקים. בסוגיה זו של היחס אל ההיגדים המדעיים הייתה דעת רוב הפוסקים ברורה, ומולה ניצבה למעשה רק דעת היחיד של הרב הרצוג, שקיבל את ההיגד המדעי בזרועות פתוחות (הגם שלפי המקורות שבידי הרב משאש, לא ברור אם ההיגד המדעי היה משמש את הרב הרצוג גם לשם ממזור של ילד).

ליבה של המסורת המרוקאית הועתק לישראל עם עלייתם של גדולי חכמיה. ליבו של המחבר, השוכן במזרח, יוצא אל דרכם של חכמי המגרב (המערב) בהתמודדותם עם נכסיו המשובחים של המערב.

