



עו"ד על הפרשה

חג הפסח, תשע"ה
גיליון מס' 21
עורך: אלישי בן-יצחק, עו"ד
עורכת לשונית: עינב פלק

"על חירות השופט בפסיקתו"

אלישי בן-יצחק*

פתח דבר

חג הפסח הוא חג החירות הרשמי של האומה הישראלית והמועד שבו היא חוגגת את עצמאותה. זה החג שהפך את עם ישראל מעם משועבד לעם חופשי, מעבדים לבני חורין,¹ ולולא קרה, העבדות הייתה נמשכת עד היום, כפי שמשמיענו בעל ההגדה בפתיחתה:

ואילו לא הוציא הקדוש ברוך הוא את אבותינו ממצרים, הרי אנו ובנינו ובני בנינו משועבדים היינו לפרעה במצרים.

החירות משמשת אב-טיפוס לחירויות הרבה, שהן נדבך משמעותי בחייה של אומה ועיקר בחייו של האדם.² ברשימה זו אבקש לעמוד על חירותו של השופט היושב על כס המשפט; האומנם הוא בן חורין בפסיקותיו? נקדים ונאמר שחירותו של הדיין מונחת לו כשהוא מתלבט בין כמה אפשרויות חוקיות שכל אחת מהן מתיישבת עם ההלכה ועם החוק, ואין לו כל חירות לבחור באפשרות שאינה חוקית.³

ההלכה – שבעים פנים לה

בתלמוד הירושלמי מובאת דרשתו של ר' ינאי המבאר מדוע התורה לא נמסרה לנו כהלכה פסוקה.⁴ ובלשון התלמוד:⁵

א"ר ינאי אילו ניתנה התורה תנוכה לא היתה לרגל עמידה. מה טעם וידבר ה' אל משה אמר לפניו רבונו של עולם הודיעני היאך היא ההלכה אמר לו אחרי רבים להטות רבו המזכין זכו רבו המחייבין חייבו כדי שתהא התורה נדרשת מ"ט פנים טמא ומ"ט פנים טהור.

התשובה מצויה בשאלת התלמוד "לא היתה לרגל עמידה", כך מסביר הרב משה מרגלית (ליטא, המאה ה-18) בחיבורו

"פני משה". הלכה פסוקה וברורה אינה מתיישבת עם קיום תקין של העולם המתפתח כל העת, ולכן התורה חייבת להותיר מקום לדרשות ופנים לכאן ולכאן.⁶ מרחיב את הדברים ר' יוסף אלבו (ספרד, המאה-14):⁷

שאי אפשר שתהיה תורת השם יתברך שלמה באופן שתספיק בכל הזמנים. לפי שהפרטים המתחדשים תמיד בענייני האנשים, במשפטים והדברים הנפעלים הם רבים מאד משיכללם ספר, על כן נתנו למשה בסיני על פה דרכים כוללים נרמזו בתורה בקצרה, כדי שעל ידם יוציאו החכמים שבכל דור ודור הפרטים המתחדשים.⁸

כשהסמכות לפסוק על פי המציאות המתחדשת נתונה לחכמים שבכל דור ודור, תפקיד הפוסק נחלק לשניים, כפי שמבאר החזון איש:⁹

בירור משפט בבחינת הלכה למעשה, נחלק לעיונים שנים, העיון הראשון להניף הסולת הנקי סעיפי המשפט התוריים, ואחריו עיון השני החדירה בהעובדא הנוכחת לפנינו במעלותיה ומגרעותיה ובדיקו משקל של כל פרק מפרקיה כדי להתאים את הנידון אל סעיף ההלכה המכוון עליו.

אלא שעתה מתעוררת השאלה מה מידת כוחו של הדיין בפסיקת הדין; עד היכן מגיעה חירותו להכריע את ההלכה על פי ראות עיניו?

"גדולה החכמה מן החכם"

ר' ישעיה דטרני (הרי"ד; איטליה, המאה-12) נשאל כיצד הוא חולק על ר' יצחק אלפסי, הרי"ף. בתשובתו משתמש הרי"ד במשל הננס הנישא על כתפי ענקים:¹⁰

⁶ פני משה, תלמוד ירושלמי, מסכת סנהדרין, פרק ד.

⁷ ספר העיקרים, מאמר ג, פרק כג.

⁸ ראו גם משה לנדוי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א, 292 (תשכ"ה). "דומה שכל מה שניתן לדורינו כמו לכל הדורות לעשות הוא לסדר מחדש את קוביות הבניין המעטות שלנו – מושגי היסוד המשפטיים הידועים למחשבה המשפטית מאז ומתמיד – ולהתאים את המבנה כולו להתפתחות החברתית והכלכלית המתקיימת מחוץ לשטח המשפט. ואם ישנה התקדמות כלשהי בתהליך זה, הרי הוא לכל היותר בחזרה אל עותן תופעות בצורה יותר משוכללת או אולי יותר מסובכת, כסיבוכיהם של חיי החברה והכלכלה"

⁹ החזון איש, קובץ אגרות א, לא.

¹⁰ שו"ת הרי"ד, סימן סב.

* אלישי בן-יצחק, עורך דין, מוסמך במשפטים מטעם האוניברסיטה העברית, בעל משרד עורכי דין ומרצה מן החוג במרכז האקדמי 'שערי משפט'.

¹ על ההבדל שבין עבדות לחירות ראו יוסף דב הלוי סולוביצ'ק "עבדות וחירות" זמן חירותינו על חג הפסח ועל ההגדה 47 (2007).

² אביעד הכהן "על חירות, חופש ודרור בעולמה של תורת ישראל" פרשת השבוע מס' 405, פרשת שמיני (תשע"ב).

³ ראו אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 37 (1987).

⁴ ראו פני משה, תלמוד ירושלמי, סנהדרין פרק ד, "אילו ניתנה התורה חתוכה בפסק הלכה בלא נטיית דעת לכאן ולכאן".

⁵ ירושלמי (מהדורת וילנא), סנהדרין ד.

ר' משה פיינשטיין מבחין בין שני סוגים של אמת: יש "האמת ממש", זו המסורה לעליונים, ויש האמת להוראה, אותה אמת שמקורה בעיונו ובפסיקתו של הדיין.¹³

האמת להוראה שמחוייב להורות וגם מקבל שכר הוא כפי שסובר החכם אחרי עיונו בכל כחו אף שהאמת ממש אינו כן. וזהו ענין כל מחלוקות רבותינו הראשונים והאחרונים שזה אוסר וזה מתיר שכל זמן שלא נפסק כחד יכול כל אחד להורות במקומו כמו שסובר אף שהדין האמתי הוא רק כאחד מהן ושני החכמים מקבלים שכר על הוראתם. ומטעם זה מצינו הרבה חלוקים גם באיסורים חמורים בין מקומות הנוהגים להורות כהרמב"ם והב"י ובין המקומות הנוהגים להורות כחכמי התוס' וכהרמ"א ושניהם הם דברי אלקים חיים אף שהאמת האמתי גליא כלפי שמים שהוא רק כאחד מהם.

סיכום מרתק בעניין תפקידו של הדיין ופוסק ההלכה אנו מוצאים אצל ר' אברהם, בנו של הרמב"ם, המשמיענו כך:¹⁴

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

"רפה וחלש" – כך מגדיר ר' אברהם בן הרמב"ם את הפוסק שבפסיקתו מאמץ פסיקה קודמת. על הדיין לפסוק על פי כל מקרה ומקרה, ועל בסיס העקרונות הוא יוצא אל פסיקה המהווה ענף נוסף בהתפתחות המשפט.

סוף דבר

אין לשופט היושב בדין חירות ליצור לעצמו קפנדרייה ולתמוך את יתדותיו על פסקים אחרים ועל תקדימים. עליו לבחון כל מקרה לגופו ולהביא בחשבון את מציאות החיים, את טיבם, את אופיים ואת נפתוליהם. כל מקרה מצדיק התייחסות ייחודית וראויה לתשומת לב, ואל לו לדיין להסתפק בהסתמכות על מקורות קודמים. עליו לראות בעצמו ננס הנישא על כתפי ענק, מה שמאפשר לו לראות טוב יותר ולהכריע טוב יותר בעניין שלפניו.

אני דן בעצמי משל הפילוסופים שמעתי מחכמי הפילוסופים שאלו לגדול שבהם ואמרו לו הלא אנחנו מודים שהראשונים חכמו והשכילו יותר ממנו והלא אנחנו מודים שאנו מדברים עליהם וסותרים דבריהם בהרבה מקומות והאמת אתנו היאך יכון הדבר הזה, השיבם אמר להם מי צופה למרחוק הננס או הענק הרי אומר הענק שענינו עומדות במקום גבוה יותר מן הננס, ואם תרכיב הננס על צווארי הענק מי צופה יותר למרחוק הרי אומר הננס שענינו גבוהות עכשיו יותר מעיני הענק, כך אנחנו ננסים רכובים על צווארי הענקים מפני שראינו חכמתם ואנו מעניקי' עליה ומכח חכמתם חכמנו לומר כל מה שאנו אומרים ולא שאנו גדולים מהם, ואם זה באנו לומר שלא נדבר על דברי רבותינו הראשונים אם כן במקום שאנו רואים שזה חולק על זה וזה אוסר וזה מתיר אנו על מי נסמוך הנוכל לשקול בפלס הרים וגבעות במאזנים ולומר שזה גדול מזה שנבטל דברי זה מפני זה הא אין לנו אלא לחקור אחרי דבריהם שאילו ואילו דברי אלהים חיים הן ולפלפל ולהעמיק מכח דבריהם להיכן הדין נוטה. שכך עשו חכמי המשנה והתלמוד לא נמנעו מעולם האחרונים מלדבר על הראשונים ומלהכריע ביניהם ומלסתור דבריהם וכמה משניות סתרו האמוראים לומר שאין הלכה כמותם וגדולה החכמה מן החכם, ואין חכם שינקה מן השגיאות שאין החכמה תמימה בלתי לה' לבדו.

במשל הננס והענק עולה יתרונו של הננס על הענק. בהשאלה לדיונונו אנו ננסים ביחס לדורות הקודמים, ולמרות זאת היכולת שלנו כננסים לראות את התמונה בצורה רחבה ומקיפה יותר מסורה לנו. אמת, אל לנו לזלזל בפוסקים מוקדמים יותר וחובת כבוד אנו חבים להם, אך אין בכך כדי למנוע את היתרון העצום שיש לפוסק האחרון על פני הפוסק הראשון, שכן מחויבותו של הפוסק היא לחכמה ולא לחכם שאמרה. במקום אחר מוסיף הר"ד וקובע כך:¹¹

אני מה שנראה לי להוכיח מתוך הספר אני כותב, ואל תחזיקוני בזה כזהויה הלב כי מכיר אני בעצמי שצפורנן של אותם הרבני' הראשונים הקדושים יפה מכרסינן ולא לשומרי פתח מדרשם, ... ואיני נמנע מלכתוב מה שנראה לי כי כך דרך התלמוד לא נמנעו דרך אחרוני האמוראים מלדבר על הראשונים וגם על התנאים, וכמה משניות סתרו מעיקרם וכמה דברי רבים בטלו ופסקו הלכה כיחיד כל שכן שבדבר זה חולקי' רבנים גדולים ויש לנו לתור ולחקור מתוך הספר הראיות ברורות ולראות כמי ההלכה נוטה, ואין בנו כח ודעת לשקול בפלס הרים מי גדול מחבירו, הילכך נניח הרבנים ההמה עליה' השלום בכבודם ונחזור לבינת הספרים לראות להיכן הדין נוטה.

על פי תפיסתו של הר"ד, הרי בבוא הדין להכריע ולפסוק עליו להתייחס למקרה ולא לחכם, לנידון ולא לתקדים.¹² הטעם לכך טמון באי יכולתנו לקבוע דברי מי מהקודמים לנו טוב יותר; איננו מסוגלים לבחון את מעמדו של הפוסק ביחס לפוסקים אחרים, מה שמותיר בידי הפרשן את החירות להכריע ולצדד בעמדה ההולמת למקרה הנדון לפני הדיין.

¹³ שו"ת אגרות משה, אורח חיים, חלק א, הקדמה.

¹⁴ שו"ת רבי אברהם בן הרמב"ם, סימן צז.

¹¹ שו"ת הר"ד, סימן א.

¹² לסוגיית התקדים במשפט העברי ראו זרח ורהפטיג "התקדים במשפט העברי" שנתון המשפט העברי ו-1, 105 (תשל"ב).