

# **גורם "שיקול הדעת" בהלכה**

**חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה"**

**מאת:**

**בן-ציון ברבי**

**המחלקה לתלמוד**

**הוגש לסנט של אוניברסיטת בר-אילן רמת גן,**

**שבט, תשס"ו**

**עבודה זו נעשתה בהדרכתו של פרופ' יוסף ריבלין  
מן המחלקה לתלמוד של  
אוניברסיטת בר-אילן**

**עבודה זו לע"נ אבי, מורי המובהק,**

**שוחר התורה, הרב מסעוד זצ"ל**

**שהמית את עצמו באוהלה של תורה**

## שלמי תודה

תודתי נתונה למורי ורבי הרב עו"ד פרופסור יוסף ריבלין, בר אוריין, איש אשכולות, שבהנחייתו ונשיאתו את טרדותי נפתחו בפני אשנבי המחקר התלמוד וההלכה. מחקר זה הושלם תודות למתנות אל שניחן בהן, חכמה, ידיעות מקיפות שטחים שונים בעולם המחקר, דייקנות, סבלנות, וסבר פנים נעים.

ביודעי כי אין בי לא חכמה ולא תורה, ומתוך חובה רוממה, אכיר תודה ורגשי הוקרה לרבותי הדגולים אשר מכוחם, קניתי את מעט היסודות שבי. אפרטם לפי סדר לימודי אצלם: אבי הרב מסעוד זצ"ל, הרב אברהם סילברט זצ"ל ראש ישיבת "אוהל שלמה", ויבדלו לחיים טובים וארוכים הרב יהודה עמיטל שליט"א, הרב אהרן ליכטנשטיין שליט"א, ראשי ישיבת ההסדר הר עציון ומורי במחלקות השונות ובמכון הגבוה לתורה. באוניברסיטת בר-אילן, ולכבוד השופט סגן נשיא בית המשפט המחוזי שבדרום ניל הנדל.

חובה נעימה לי להודות כאן לראש המחלקה הפרופסור חיים מיליקובסקי ולרכזת המחלקה לתלמוד הגב' רבקה דגן, על עזרתם ועידודם.

תודה מיוחדת אני שולח לידידי מר נפתלי שטרן ענוותן כהלל על עידודו.

תודה מיוחדת אני שולח לגב' יולנדה פוזננסקי ולמר יצחק הילמן על עזרתם הרבה.

תודה מקרב לב לספרנים ולעובדים בספריות השונות שבאוניברסיטת בר-אילן ואוניברסיטת בן-גוריון שבנגב, על עזרתם המסורה.

עבודה זו זכתה למלגות ממכללת אשקלון, שאפשרו לי לישב ולעסוק בה, תודתי נתונה לראש האקדמי פרופסור שמעון שרביט (כתואר אז – כיום סגן הנשיא לעניינים אקדמיים), לנשיא המכללה הפרופסור מני והמנכ"ל עו"ד פינחס חליווה.

אציבה לי נר זיכרון לאבי ומורי המובהק, הרב מסעוד זצ"ל, שישב באהלי תורה, ועסק בהרבצתה ובפסיקתה מתוך דוחק כלכלי ושמחת שוחר תורה. כבר מגיל צעיר הכניסני בעובי הלימוד ועוררני לאהבת התורה. מחקר זה ראשיתו בדיון עם אבי זצ"ל, בעת שכהו עיניו מראות בשנותיו האחרונות ונבצר ממנו להעלותו על הכתב. וזכות נפלה בחלקי לסיימו. שלי-שלו.

תיבדל לחיים טובים וארוכים, אימי מורתי מרת שמיה ברבי שתחי', בהכירי היטב את ענוות רוחה. עדינות ונועם הליכותיה, אבין כי לא יאות לדבר כאן בשבחה, יעיד עליה יודע תעלומות, ויתן לה שכרה על כל פועלה ומסירותה, ברוב אושר ונחת דקדושה. שלי-שלה.

ולאבי שבשמים, אלוהי ישראל ואדון העולם, הטוב ומטיב לטובים ולרעים, שזיכני לישב באהלה של תורה והציל את חיי פעמים רבות בשירותי הצבאי ובחיים האזרחיים. אשתחוה ואכרעה ואומר תודה, כל זמן שבקרבי הנשמה לאבי אלוהי ישראל, מלך גדול ונורא, חכם הרזים, חי וקיים לעד, קדוש ונורא שמו.

## תוכן העניינים הכללי

### עמודים

תקציר	א-ו .....
מבוא	ז-יד .....

### חלק א' – קודיפיקאציה ושיקול הדעת

פרק ראשון: תקופת המשנה	1 .....
פרק שני: תקופת הגאונים	17 .....
פרק שלישי: "משנה תורה" לרמב"ם	24 .....
פרק רביעי: "בית יוסף" וה"שולחן ערוך"	48 .....
פרק חמישי: הרמ"א – ר' משה איסרליש	100 .....

### חלק ב' – אספקטים שונים בשיקול הדעת

פרק שישי: חירות הדיין	116 .....
פרק שביעי: שיקול הדעת של חכמים מאוחרים ביחס לפסיקת קודמיהם	171 .....
פרק שמיני: התקדים ושיקול דעת בתי הדין	206 .....
פרק תשיעי: ריבוי דעות בהלכה	224 .....
פרק עשירי: כוח על-אנושי ושיקול הדעת בהכרעת ההלכה	265 .....
מסקנות הדיון	291 .....
קיצורים	304 .....
ביבליוגרפיה	307-327 .....

תקציר באנגלית

## תוכן עניינים מפורט

### חלק ראשון – קודיפיקאציה ושיקול הדעת

תקציר ..... א-ו

מבוא ..... ז-יד

#### פרק ראשון – תקופת המשנה

1. רקע ..... 1
2. עמדת רב סעדיה גאון ..... 1
3. עמדת רב ניסים גאון ..... 2
4. עמדת ר' שמואל הנגיד ..... 2
5. עמדת רש"י ..... 3
6. עמדת הרמב"ם ..... 4
7. עמדת המאירי ..... 5
8. עמדת אלבק ..... 5
9. עמדת גולדברג ..... 7
10. עמדת אפשטיין ..... 8
11. עמדת ליברמן ..... 10
12. עמדת אורבך ..... 11
13. עמדת דה-פריס ..... 12
14. עמדת מלמד ..... 13
15. דרכה הקודיפיקאטיבית של המשנה ..... 14
16. סיכום ומסקנות ..... 15

## **פרק שני – תקופת הגאונים**

1. ההתנגדות לקודיפיקאציה ..... 17
2. המניעים לקודיפיקאציה בתקופת הגאונים ..... 19
3. ריבוי החומר ..... 22
4. סיכום ומסקנות ..... 23

## **פרק שלישי – "משנה תורה" לרמב"ם**

1. פתיחה ..... 24
2. מגמתו ותפקידו של "משנה תורה" ..... 26
3. עמדת הרמב"ם בפסיקתו בעניין המשא ומתן התלמודי ..... 32
4. הרמב"ם והבנתו המדעית ..... 39
5. ההתנגדות לשיטתו הקודיפיקאטיבית של הרמב"ם ..... 40
6. סיכום ומסקנות ..... 46

## **פרק רביעי – "בית יוסף" וה"שולחן ערוך"**

1. ספר "בית יוסף" ..... 48
2. הספר "שולחן ערוך" ..... 51
3. ההתנגדות ל"שולחן ערוך" ..... 55
4. קבלת ה"שולחן ערוך" ..... 66
5. מניעים לקבלת ה"שולחן ערוך" ..... 90
6. השפעת הקבלה בפסיקת רבינו יוסף קארו ..... 94

## **פרק חמישי – הרמ"א – ר' משה איסרליש**

101.....	1. רקע
102.....	2. "דרכי משה"
105.....	3. הספר "תורת החטאת"
107.....	4. "המפה"
110.....	5. הרמ"א והקודיפיקאציה
111.....	6. סיכום ומסקנות
112.....	סיכום לפרק "קודיפיקאציה ושיקול הדעת"

## **חלק שני – אספקטים שונים בשיקול הדעת**

### **פרק שישי – חירות הדיין**

116.....	1. רקע
117.....	2. מתינות בדין
119.....	3. הטעם לחירות הדיין בהפעלת שיקול דעתו
123.....	4. תלמוד
123.....	5. גישת הראשונים
143.....	6. גישת האחרונים
152.....	7. גישת המחקר
158.....	8. חששו של הדיין מהסתמכות לא נכונה על שיקולו
161.....	9. שיקול דעת הלכתי ומשוא פנים הלכתי
169.....	10. סיכום



## **פרק שביעי – שיקול הדעת של חכמים מאוחרים ביחס לפסיקת קודמיהם**

1. חכמי התלמוד ..... 171
2. שיקול דעת האמוראים לעומת שיקול דעת התנאים ..... 175
3. ביטוי הערצת האחרונים לראשונים ..... 179
4. הלכתא כבתראי ..... 184

## **פרק שמיני – התקדים ושיקול דעת בתי הדין**

1. מבוא ..... 206
2. תקדים ושיקול דעת בית הדין הגדול ..... 208
3. סמכותו של בית דין לבדוק אחר שיקול דעת של בית דין חברו ..... 210
4. הקמת בית דין לערעורים ..... 210
5. תמיכה בהקמת בית הדין הגדול לערעורים ..... 212
6. התנגדות למוסד הערעורים ..... 214
7. סמכויותיו של בית הדין לערעורים ..... 215
8. היקף פעילותו של בית הדין לערעורים ..... 219
9. אימוץ שיקול דעת בית הדין ..... 221
10. עמדת בית המשפט העליון ..... 222
11. סיכום ומסקנות ..... 223

## **פרק תשיעי – ריבוי דעות בהלכה**

1. רקע ..... 224

224.....	2. ההתנגדות לריבוי הדעות
243.....	3. המחלוקת כיסוד מעצב
262.....	4. סיכום ומסקנות
264.....	5. גישת החוקרים

### **פרק עשירי – כוח על-אנושי ושיקול הדעת בהכרעת ההלכה**

265.....	1. נביא
266.....	2. בת קול
276.....	3. גישת בעלי המוסר
278.....	4. גישת החוקרים
289.....	5. סיכום ומסקנות
291 .....	מסקנות הדיון
304 .....	קיצורים
307-327 .....	ביבליוגרפיה

Abstract

## **תקציר**

### **חלק א' – קודיפיקאציה ושיקול הדעת**

בחלק הראשון של העבודה נבחן היחס בין הקודיפיקאציה לשיקול הדעת בפסיקת ההלכה. חלק זה מאגד בתוכו חמישה פרקים:

#### **פרק ראשון**

הצגנו את השאלה מה הייתה כוונתו של רבי יהודה הנשיא בעריכת המשנה – לערוך ספר קודיפיקאטיבי או להביא לאומה "ילקוט תורה שבעל פה". יש הרואים בחיבור המשנה מגמה קודיפיקאטיבית – חיבור ספר פסיקה, ויש הטוענים לאיסוף שיקול דעת הפוסקים וליצירת "ילקוט תורה שבעל פה", ואילו אחרים טוענים שחיבור המשנה מייצג מגמה משולבת או פדגוגית.

#### **פרק שני**

בתקופת הגאונים נטה רוב הציבור לקודיפיקאציה. בקרב מיעוט הייתה התלבטות, ובעניין זה נשאל רב פלטוי גאון. מצאנו שהגאון שולל את הקודיפיקאציה, כיוון שהיא גורמת פגיעה בשיקול דעתו של הפוסק ואף קיים חשש שהתורה תשתכח. ואולם אין הוא שולל את ספרי הקודיפיקאציה כעזר למי שכבר שנה את תלמודו והתעורר אצלו ספק. עוד מצאנו שהגישה המקובלת במחקר היא שמניעי הקודיפיקאציה היו התפשטות הקראות וריבוי החומר.

#### **פרק שלישי**

מצאנו שאף בתקופת הר"י מיגאש הייתה התלבטות בעניין הקודיפיקאציה ושיקול הדעת. לדעת הר"י מיגאש, שימוש בספרי הקודיפיקאציה עדיף על העיון בתלמוד בשל ירידת הדורות, ואין מי שיכיר על פי שיקול דעתו לעומק התלמוד וידלה מסקנות נכונות. לכן המורה הוראה מספרי הפסיקה שחיברו הגאונים בונה את פסק הדין שלו עליהם. לדעת אלון, עמדת הר"י מיגאש השפיעה על הרמב"ם לחבר את ספרו "משנה תורה". מצאנו שמניעי הרמב"ם לחיבור "משנה תורה" הם ריבוי החומר ההלכתי המקשה על הפוסק להפעיל שיקול דעת, חיסרון ופגם באומה העלולים להיווצר מהעדר ספר קודיפיקאטיבי ו"צורך אישי". הרמב"ם מדגיש שספר כזה יעזור לו להתפנות מהחקירה ומהחיפוש ומהפעלת שיקול דעת בבוא אליו שואל בשאלה הלכתית. והיות שהבנת הספרות נפגמה, לא נשאר בזמן הזה מי שיבין את דברי חכמים. נימוק זה דומה לנימוק הר"י מיגאש. מצאנו שהרמב"ם העדיף בפסיקתו את התלמוד הערוך על המשא ומתן התלמודי. בקרב החוקרים מצאנו כמה גישות:

לפי גישה אחת, הרמב"ם העדיף את התלמוד הערוך על המשא והמתן התלמודי אם הסברה מחייבת; גישה אחרת מראה שיחסו של הרמב"ם למשא ומתן התלמודי גמיש מיחסו לתלמוד הערוך; עוד גישה הראתה ששיטתו הקודיפיקאטיבית של הרמב"ם היא המשך למסורת הספרדית מבית מדרשם של הרי"ף והר"י מיגאש, שיש להימנע משיקול דעת דחויים ולהתעלם מהמשא והמתן התלמודי.

מצאנו שני טעמים עיקריים להתנגדות לשיטתו הקודיפיקאטיבית של הרמב"ם: ניפוי המשא והמתן התלמודי והבאת ההלכה בלי מקורות פוגעת בשיקול דעת הפוסק; לימוד "משנה תורה" בלי לדעת את שיקול דעת חכמי התלמוד יכול להביא את הפוסק לטעות בפסיקה.

### **פרק רביעי**

בדיוננו אודות פועלו הקודיפיקאטיבי של ר' יוסף קארו הדגשנו ש"בית יוסף" נסמך על ספרו של ר' יעקב בעל הטורים, ואלה מטרותיו: כל אדם יוכל לקנות לו ידע נרחב מחיבור אחד, מעין אנציקלופדיה הלכתית; לפוסק יהיו מקורות לעיון להפעלת שיקול דעתו; הדיונים וליבון הסוגיות שב"בית יוסף" ירחיבו את שיקול דעתו של הפוסק בבואו להכריע בשאלות הלכתיות.

נמצא שדרך פסיקת ההלכה ב"בית יוסף" היא על פי קביעת עמודי ההוראה ופסיקתם ועל פי שיקול דעתם, במידה ויש מחלוקת ביניהם ההלכה תיקבע לפי הרוב. ר' יוסף קארו מודה שהדרך הטובה היא לדון בכל שיטות הרבנים, והפסיקה תיקבע על פי שיקול דעתם, אך שני נימוקים עמדו לנגד עיניו להעדפת שיטתו: ירידת הדורות, שבגללה אין מי שיכול להכריע בין גדולי עולם על פי שיקול דעת איזו סברה תתקבל, ואיזו תידחה; מלאכה רבה וקשה היא להספיק לדון בכל הנושאים ההלכתיים ולהגיע למסקנות הלכתיות.

בדיוננו בפועלו הקודיפיקאטיבי של ר' יוסף קארו העלינו את השאלה מה הקשר בין "בית יוסף" ל"שולחן ערוך". כאן יש מחלוקת בין החוקרים: יש אומרים שכחיבר ר' יוסף קארו את "בית יוסף", לא עלה בדעתו כלל לחבר את ה"שולחן ערוך". אחרים טוענים שה"שולחן ערוך", הוא פרי תכנון ראשון ומשתלב עם "בית יוסף".

נמצא שלא הרי הפסיקה ב"שולחן ערוך" כהרי כללי הפסיקה שב"בית יוסף". אם "בית יוסף" מבוסס על עמודי ההוראה, הרי ה"שולחן ערוך" מבוסס על הרמב"ם. מפעלו הקודיפיקאטיבי של ר' יוסף קארו עורר תגובות חריפות. הביקורת נמתחה בכמה היבטים: התעלמות ממנהגי אשכנז; אי אימוץ הכלל "הלכתא כבתיארי"; פגיעה בשיקול דעת הפוסק; חשש לעצלות בלימוד תורה; מוטב שהפוסק יטעה בשיקול דעתו כשהוא פוסק מהתלמוד ולא מספרי קודיפיקאציה, וכך הוא אהוב אצל הקב"ה.

בדיוננו בקבלת ה"שולחן ערוך" נמצא ש"השולחן ערוך" החל להתקבל עוד בימי ר' יוסף קארו. ר' אליהו בן חיים – הראנ"ח, מדגיש שהוראותיו של ר' יוסף קארו התקבלו במקום מושבו בצפת. קבלת ה"שולחן ערוך" הייתה הדרגתית מבחינת המיקום ומבחינת הנושאים

שבהלכה. ראינו שהתעוררו כמה שאלות שונות בעלות פן חברתי מעשי, והפוסקים קבעו שיש לפסוק כדעת ר' יוסף קארו. נושא שחזר ביתר שאת הוא "קים ליי", שאי אפשר לטעון נגד ה"שולחן ערוך".

לדעת החוקרים, ה"שולחן ערוך" התקבל הודות לשני גורמים: נושא הכלים לא זו בלבד שפירשו את ה"שולחן ערוך", אלא אף ראו בו ספר פוסקים מחייב; המאורעות ההיסטוריים הקשים שפקדו את עם ישראל הביאו את הציבור לאמץ את ה"שולחן ערוך", ולאחר מכן נתנו גדולי ישראל את הסכמתם.

### **פרק חמישי**

בדיוננו בפועלו הקודיפיקאטיבי של הרמ"א נראה שאפשר לקבוע שדרכו הקודיפיקאטיבית של הרמ"א היא לקבץ את מגוון שיקולי הדעת שבכל עניין ועניין בדרך נוחה וקצרה, שתסייע לפוסק בהפעלת שיקול דעתו; הגהותיו על ה"שולחן ערוך" כללו גם ביאור לדברי ר' יוסף קארו; עם סיום הגהותיו התקבל ה"שולחן ערוך" בכל תפוצות ישראל; ר' חיים ב"ר בצלאל ראה בספר "תורת החטאת" ספר קודיפיקאטיבי הפוגע בשיקול דעת הפוסק, ובהקדמתו לספרו "ויכוח מים חיים" כתב הקדמה ובה נימק את עמדתו.

יש מחלוקת בין החוקרים בעניין דרכו של הרמ"א: לדעת זיו, הרמ"א ראה בהגהות שכתב יצירה חשובה לקודיפיקאציה, ואילו לדעת אלון, הרמ"א לא תמך בדרך הקיצור של ר' יוסף קארו ונאלץ לכתוב את הגהותיו כדי ששיקול הדעת שב"שולחן ערוך" יובן כראוי.

## **חלק ב' – אספקטים שונים בשיקול הדעת**

### **פרק שישי**

בעניין תוקף סמכותו של הדיין יש כמה דעות בקרב הפוסקים: לפי דעה אחת, לדיין יש חירות מוחלטת בהפעלת שיקול דעתו, כלומר הדיין יכול לחלוק אף על הגאונים. בית דין מאוחר אינו יכול לחלוק מוקדם, כאשר מדובר בחקיקה ותקנות. ואולם אם מדובר במחלוקת של פירוש מידות התורה ניתן לחלוק, כיוון שיש חירות לבית הדין המאוחר להפעיל שיקול דעתו. לפי דעה אחרת, לדיין יש חירות בהפעלת שיקול דעתו ואף נגד הגאונים ובלבד שיש לדיין קושיה מקובלת על אנשי דורו. לדעת כמה מן הפוסקים, אפשר לחלוק אף על הגאונים ובלבד שדבריו מקובלים על פוסקי הדור, ואולם חובה לחלוק על שיקול דעת הפוסקים, לכן דיין שמאמץ אחת משתי השיטות ואינו מפעיל את שיקול דעתו נחשב שדן דין שקר.

יש המתירים לחלוק אף על כמה מן הראשונים. חירות הדיין הינה סובייקטיבית, כלומר האמת שבעיניו, אף אם אינה האמת האמתית. כמה פוסקים אחרים קבעו שאמנם אפשר לחלוק על הראשונים, ואולם אין אפשרות זו פתוחה לפני כל אחד אלא למי שהיעדר חירות זו

תפגע בעסק התורה שלו. פוסקים אחרים אסרו לחלוק על ראשונים אבל התירו לחלוק על האחרונים. יש אומרים שלעתים חובה על הדיין להגיע למסקנות אחרות בהלכה על פי שיקול דעתו. ואולם אין הכוונה לאיש ההלכה במובן של פוסק הלכות, אלא לשיטת הלימוד הבריסקאית.

אף בין החוקרים יש כמה גישות בעניין שיקול הדעת:

כמה מהם סוברים שתהליך הכרעת ההלכה על פי שיקול דעת הפוסק אינו תהליך של היסק באמצעות כללים לוגיים. הקביעה ההלכתית הסופית משמשת מראה לאמונותיו וערכיו של חכם ההלכה. חוקרים אחרים טוענים שאיש ההלכה נדרש להפעיל את שיקול דעתו ולהכריע הכרעה הלכתית אישית מן המקורות או מן הדעות השונות, שכולן בחזקת "אלו ואלו דברי אלהים חיים". פסיקה מוטעית סיבתה היא שאותם פוסקים קוראים את הטקסט קריאה "עיוורת" ושטחית בלי לרדת לסוף דעתו ובלי שרכשו הבנה של טעמיו. ואולם אם הפוסקים על פי שיקול דעתם קוראים את הטקסט לעומק, תתקבל פסיקה נכונה וראויה. יש גישה במחקר שרואה שלאיש ההלכה יש שיקול דעת לבסס את תוקפה של ההלכה לא רק בהיבט הפרומליסטי שלה אלא אף בערכים הטמונים בתשתיתן של ההלכות.

גישה נוספת במחקר מעלה שתי שיטות עיקריות: האחת דוגלת בחידוש על פי שיקול דעת הפוסק ורואה בו ביטוי למקורות, ואין בה אלא גילויים של אמתה של תורה. הגישה האחרת מבוססת על ההנחה שהתורה שלמה בתכלית השלמות, לכן אין מקום להוסיף חידושים על פי שיקול הדעת. הוויכוח שבין הלל ובין בני בתירא מבטא סתירה בין שתי גישות אלה.

### **פרק שביעי**

בפרק זה דנו ביחס החכמים המאוחרים לחכמים המוקדמים ומצאנו ששיקול הדעת של חכמי התלמוד מחייב את כל החכמים המאוחרים, כיוון שכל עם ישראל הסכים לקבל עליו את שיקול דעת חכמי התלמוד; האמוראים אינם חולקים על שיקול דעת התנאים, לפיכך אם נמצא מקור תנאי שסותר את דברי אחד האמוראים, חייב האמורא ליישבו, כדי שלא יימצא סותר את שיקול דעתו; ביטויים רבי רושם מדגישים את הפער בין שיקול דעת המוקדמים ובין זה של המאוחרים, כגון: "ליבן של הראשונים כאולם", "ראשונים כמלאכים". ואולם ההערכה הגדולה לדברי הראשונים לא מנעה מחכמי ההלכה לקבוע במשך הזמן כלל גדול בפסיקה, ולפיו ההלכה כדברי חכמי הדורות האחרונים – "הלכתא כבתראי".

לדעת החוקרים, יש מחלוקת שיטתית ומפורשת בין חכמי ספרד ובין חכמי אשכנז בתחולת הכלל "הלכתא כבתראי". החלת כלל על ידי חכמי אשכנז החלה מוקדם מאשר בקרב חכמי ספרד, כיוון שמשל הננס והענק לא נודע בארצות האיסלאם.

במאות ה-15-16 הרבו מאוד להשתמש בכלל "הלכתא כבתראי", שנהפך לגורם ראשון במעלה בהעדפת שיקולי דעת האחרונים. המחלוקת השיטתית בין חכמי ההלכה האשכנזים

לספרדים אינה כה עמוקה ושיטתית. זולת מקורות ספרדיים מעטים בדרך כלל הפוסקים הספרדיים אינם מתנגדים במפורש להחלת הכלל "הלכתא כבתראי" על מחלוקות בתר תלמודיות. המהרי"ק החיל את הכלל "הלכתא כבתראי" אך ורק על קבוצת החכמים שחיה ופעלה בדור מהר"ם מרוטנבורג ורבי יעקב בעל הטורים, כלומר עד אמצע המאה הי"ד.

### **פרק שמיני**

בפרק זה בחנו את סוגיית התקדים ההלכתי ומצאנו שבתקופת בית הדין הגדול לא חל הכלל "אין לדיין אלא מה שענינו ראות", כלומר כל בתי הדין הנמוכים כפופים לשיקול דעתו; הקמת בית הדין הגדול לערעורים כרסמה בכלל "אין לדיין אלא מה שענינו ראות", כיוון שלבתי הדין לערעורים יש סמכות לבקר את שיקול דעת בתי הדין האזוריים. לפיכך יש השוללים את הקמת בית הדין לערעורים כיוון שאין לפגוע בחירות הדיין, וחובה להשאיר על כנו את הכלל "אין לדיין מה שענינו ראות".

### **פרק תשיעי**

כאן בחנו את סוגיית ריבוי שיקולי הדעת בקרב הפוסקים. העלינו שתי גישות: האחת שוללת את ריבוי שיקולי הדעת של הפוסקים, והאחרת תומכת בריבוי שיקולי דעת הפוסקים ורואה במחלוקת יסוד מעצב.

לדברי החוקרים, המחלוקת חשובה מאוד להבנת השתלשלות ההלכה בתקופת התנאים, והיא לגיטימית בהחלט. המחלוקת היא דרך הטבע, כיוון שאין הדעות שוות זו לזו, ושני גורמים הביאו למחלוקת: הצדוקים במלכות החשמונאים והמתיוונים במלכות יוון. בין דורות התנאים והאמוראים ראו חכמים בריבוי הדעות בהלכה כתופעה היסטורית שלילית. ואולם המציאות ההיסטורית שינתה את גישת חכמי האמוראים הראשונים. ההלכה הקדומה היא פרי חקיקה מכוונת מפסקי דין שנתנו על ידי בתי הדין, וריבוי הדעות בהלכה לא תרם לפסיקה, והם היו פרי המלומדים שבבתי המדרש.

כהנא דן במאמרו בשלוש משניות קדומות. והתייחס לעורכי המשניות שבחרו להציג נושאים מסויימים בעזרת מחלוקת, שמלווה במשא ומתן של שיקול דעת מפורט. ואולם הוא מדגיש שכדי להגיע למסקנה כוללת, יש לחקור את עיצובה של המחלוקת בכל המקורות.

### **פרק עשירי**

בפרק זה בחנו אם כוח על-אנושי גובר על שיקול דעת הפוסק, ומצאנו שתי שיטות: האחת – שיקול הדעת האנושי גובר על כוחות על-אנושיים. השנייה – יש מקום להסתמך על בת-קול. לדעת החוקרים, האמירה הפסקנית של רבי יהושע "לא בשמים היא" מלמדת שההכרעות ההלכתיות חייבות להתבסס אך ורק על שיקול דעת הפוסקים. ההלכה הקדומה בימי בית שני הכירה בכוחם של נביאים לחדש הלכות. המפנה חל בעלייתה של הנצרות ובהתפתחות כתות יהודיות נוצריות שהאמינו בישו ובהתגלות נוספת. בדעה זו ראו חז"ל ערעור כוחה

וסמכותה של התורה בכלל ושל התורה שבעל-פה בפרט, לכן הם השתדלו להשמיט את הבסיס לדעות אלו.

אין כל בסיס להסיק על סמך אגדה אחת מסקנה מפליגה ששיקול דעת הרוב קובע, אלא יש לבדוק את כל המקורות. ואולם הדעה הרווחת בקרב החוקרים היא ששיקול דעת הפוסק גובר על כוחות על-אנושיים.



## מבוא

### 1. רקע – מונח שיקול הדעת

המונח "שיקול דעת" נזכר בתלמוד אגב דיון בשאלת הטעות בשיקול הדעת, והובא לראשונה בדברי רב ששת.<sup>1</sup> במשנה נאמר שאם הדיין טעה בדיני ממונות מחזירין את הדין, בין אם זיכה בדין במקום לחייב בין אם חייב במקום לזכות.

רב פפא מבקש להדגים זאת כך: אם שני תנאים או שני אמוראים חולקים ביניהם, ולא נפסקה ההלכה, ו"סוגיא דעלמא אזלי כאידך היינו שיקול דעת". דברי רב פפא אמנם מתווים כיוון כללי בהגדרת טעות בשיקול הדעת, אך אינם חד-משמעיים. הראשונים נחלקו במשמעות ההיגד "סוגיא דעלמא אזלי כאידך".<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> סנהדרין, ל"ג ע"א; ההכרעה ההלכתית, נבנית על מגוון רחב של דעות חכמים. כל תלמיד המתחיל ללמוד את הספרות התלמודית יגלה שהתלמוד דן במחלוקות מכל הדורות, קשת הדעות, יש ונוגעות בפרטים דקים של הלכה מסוימת, ויש אשר מקיפות עניינים כללים ועקרוניים. הסברות כולן לגיטימיות ועל הדיין להחליט על פי שיקול דעתו, איזו סברא לקבל. היטיב לחדד את הדברים, בנימין דה-פריס: במאמרו "המחלוקת" סיני, נג, תשכ"ג, עמודים, רצו-שא. "ברור, מהמחלוקת כשלעצמה, היא מן הדברים הטבעיים, כי לא ישתוו הדעות בכל העניינים, הן בנוגע לחריצת משפט במקרה מסוים ולפסק הדין, והן בנוגע למסורת". כלומר הפעלת שיקול דעת הדיין, מתמודדת עם מגוון רחב של דעות חכמים, כולן חוקיות ונכונות, בבחינת אלו ואלו דברי אלוהים חיים, ועל הדיין להפעיל שיקול דעתו ולהחליט, את הדעה הנדחית והדעה המתקבלת. דברים דומים כותב השופט קרדוזו (Cardozo The Growth of Law 58, 1924):

"Other Cases Present a genuine opportunity for choice not a choice between two decisions. One of which may be said to be almost certainly right and the other almost certainly wrong".

<sup>2</sup> הסתמא דתלמודא מביא בסוגיה את המשנה בבכורות שסותרות את המשנה בסנהדרין. ההלכה בבכורות, אם הדיין זיכה את החייב וחייב את הזכאי, או טימא את הטהור וטיהר את הטמא, אין מחזירין את הדין, אלא מה שנעשה עשוי ומחייבין את הדיין לשלם מכיסו את הנזק שגרם לצד הזכאי, אך אם הדיין מומחה לבין דין פטור מלשלם. התלמוד מיישב את הסתירה הנ"ל בהעמידו כל מקור בסיטואציה שונה, אחת האפשרויות היא שיטתו של רב ששת, שמעמיד את המשנה בסנהדרין בטעה בדבר משנה ולכן מחזירין את הדין, ואת המשנה בבכורות בטעה בשיקול דעת לכן אין מחזירין את הדין כאשר הדיין טעה. בתלמוד מובאות ארבע שיטות: 1. שיטת רב יוסף, המשנה בסנהדרין עוסקת בדיין מומחה, ולכן הדין חוזר, אך המשנה בבכורות עוסקת בדיין שאינו מומחה ולכן הדין אינו חוזר. 2. שיטת רב נחמן, המשנה בסנהדרין עוסקת בדיין שאינו הגדול מכולם, כלומר יש מעליו דין אחר גדול ממנו. 3. שיטת רב ששת שהבאנו לעיל. 4. שיטת רב חסדא, המשנה בסנהדרין עוסקת בדיין שפסק את הדין, אך לא נשא ונתן ביד ואילו המשנה בבכורות עוסקת בדיין שנשא ונתן ביד, לכן מה שעשה עשוי ומשלם מביתו. בניגוד למשפט העברי, בשיטות משפט שונות, כאשר ניתן פסק דין סופי. לאחר מיצוי ההליכים המשפטיים, בדרך כלל אין לפתוח את העניין מחדש. עקרון זה מבוסס על שני נימוקים: 1. התדיינות אין קץ סביב אותה פרשה אינה לטובת הציבור, לכן מרגע שהוכרע מעמדו של חפץ או זכותו של אדם, אין להטיל ספק בדבר. 2. אין להשתמש בשירותים של המדינה יותר מפעם אחת, וכן

לדעת הרי"ף, כאשר תנאים או אמוראים חלקו בדבר. ואולם ההלכה לא נקבעה באופן מוחלט כדברי אחד מהם, אך "הילוך הדעת" הכללי הוא שההלכה היא כדברי אחד מהם. ואם הדיין פסק בניגוד להילוך הדעת הכללי, הרי כאן טעות בשיקול הדעת.<sup>3</sup>

לדעת רש"י, על הדיין לפסוק לפי דעת רוב הדיינים, שקיבלו את אחת הדעות החולקת. ואם פסק בניגוד לדעתם, הרי כאן טעות בשיקול הדעת.<sup>4</sup>

לדעת הרמב"ם, אם מנהג העולם, מנהג המדינה או מנהג המקום. לפסוק כאחד התנאים או האמוראים שבמחלוקת, ובא הדיין ופסק בניגוד למנהג, הרי כאן טעות בשיקול הדעת.<sup>5</sup>

לדעת בעל הגהות מיימוניות, הדיין נכנס להגדרת טועה בשיקול הדעת. כאשר ידע שבשאלה ההלכתית, יש שתי דעות, והוא פסק כאחת השיטות בניגוד להילוך הדעת הכללי. ואולם אם לא ידע שיש מחלוקת בדבר, וסבר שיש רק דעת אחת ופסק לפיה, אינו נכנס להגדרת טועה בשיקול הדעת.<sup>6</sup>

לדעת ה"שולחן ערוך", כשיש מחלוקת בין הפוסקים וההלכה לא נפסקה. והדיין אימץ את אחת הדעות שלא פשטה בעולם, הרי הדיין נכנס לטועה בשיקול הדעת. וזה לשונו:

---

אין זה הוגן לתבוע שוב את הנתבע. אך כאמור שונה הגישה במשפט העברי, שם הכלל הוא בידי בעל הדין לסתור את דיון. גם אם ניתן פסק דין. כאשר העילה לבקש לפתוח שוב את הדיון, עשויה להיות או טעות שגילה המפסיד בפסק הדין, או ראיות חדשות שנמצאו לאחר מתן פסק הדין. זה הכלל הרחב. וקיימים חריגים לכך, גישתו של המשפט העברי, נובעת מאופייה של שיטת משפט זו כשיטת משפט דתית, ומחובתו הדתית של הדיין לדון דין אמת ו חובתו כלפי שמיא. על חובה דתית זו פוסק הרמב"ם, בהלכות סנהדרין, פרק כג, הלכה ט. "כל דיין שאינו דן דין אמת לאמתו גורם לשכינה שתסתלק מישראל... וכל דיין שדן דין אמת לאמתו אפילו שעה אחת כאילו תקן את כל העולם כולו וגורם לשכינה שתשרה בישראל". עקרון סתירת הדין, הוא המאפשר סטייה, במקרים מסוימים, מן הכלל שקובע שיש לדון בפני בעל הדין, ואין לחתוך את הדין שלא בפניו. כי אם ניתן לסתור את הדין, הרי שניתן לחתוך את דינו של בעל הדין היום אף בהעדרו, ושומעים דבריו למר אם מביא ראיות לסתור את הדין, ראו שו"ת הרשב"א ח"א סי' אלף קיח, שם ח"ב סי' קצב, וראו פסק דינו של בית הדין הגדול בערעור תשי"ז 18, פד"ר ב, עמ' 262, בעמ' 265, סיכום סוגיית סתירת הדין, ראו, שוחטמן אליאב, סדר הדין, ירושלים תשמ"ח, עמודים 438-439. ב. בן ציון טעות בדין (דיין שטעה בדין) עבודת מוסמך, המחלקה לתלמוד, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן תשנ"ו.

<sup>3</sup> רי"ף, שבועות, פרק ו. נראה, לפי שיטת הרי"ף שהדיין סבור, שמסוגיית התלמוד משתמע כדברי תנא א, והופסק כתנא ב', אך אם יש מחלוקת כיצד לראות את הבנת הסוגיה באותו נושא, לדעתי אין לכפות על הדיין לקבל את דברי האחר בהבנת הסוגיה בניגוד לדעתו. ראו, שו"ת הרשב"א סימן אלף רל.

<sup>4</sup> סנהדרין לג ע"א, רש"י ד"ה

<sup>5</sup> הלכות סנהדרין, פרק ו ה"ב, וכן ראו סמ"ג, עשין צז, קונטרס הספקות לאחי הקצוה"ח (נדפס בסוף ספר הקצות) כלל ו, אות ז.

<sup>6</sup> הגהות מיימוניות, הלכות סנהדרין פרק ו ואות ג.

טועה בשיקול הדעת כגון דבר שהוא מחלוקת תנאים או אמוראים ולא  
נפסקה הלכה כאחד מהם בפירוש ועשה כאחד מהם ולא ידע שכבר פשט  
המעשה בכל העולם כדברי האחד.<sup>7</sup>

דומה שהשולחן ערוך אימץ את שיטת הרמב"ם, שעל הדין להכריע כמנהג העולם שהתקבל.  
לדעת הש"ך, על הדין החובה לדעת, שיש שתי שיטות. ואם לא ידע כשהיה עליו לדעת, נחשב  
לטועה בשיקול הדעת. הש"ך אף מרחיב את הטעות לשוגג קרוב למזיד.<sup>8</sup>  
לדעת בעל האורים, אם מדובר בדעות שונות שהתפרסמו בחיבורים שונים, שנתפשטו בזמנו  
ובמקומו. והדין התעלם מהם, הרי הוא טועה בשיקול הדעת. ואולם אם נבצר ממנו לדעת,  
אינו נחשב לטועה אלא אנוס.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> הלכות דיינים, סי' כה, סעיף ב.

<sup>8</sup> ש"ך, סי' כה, סעיף קטן, ו, ט. כדברי התנא באבות, שגגת תלמוד עולה זדון, אחת ההוכחות שמביא הש"ך  
דברי הנימוקי יוסף שמתבססים, על התלמוד במסכת סנהדרין כט ע"ב, "מעשה דעכברא דשכיב אדינרי".  
אדם שכינו אותו עכבר השוכב על הדינים, שהוא קמצן, ואינו נהנה ממנו כמו עכבר ששוכב ושומר על דיני  
זהב. כאשר קמצן זה נטה למות, אמר פלוני ופלוני חייב אני להם כסף, לאחר שמת ותבעו את היורשים לדין  
שישלמו את הכסף, הופיעו בפני ר' ישמעאל ברי' יוסי, אמר להם, מה שאנו אומרים, שאדם עשוי שלא להשביע  
את עצמו ולהוציא על עצמו שם שהוא עני, דברים אלה, אמורים בעוד חי, אבל לאחר מיתה, לא יעשה זאת,  
ומן הסתם אמת אמר, פרעו ביורשים פלג מסכום התביעה. הנושים לא התמהמהו ותבעו אותם לדין על  
החצי השני, והדין היה בפני ר' חייא, אמר להם, כשם שאדם עשוי שלא להשביע את עצמו כך אדם עשוי שלא  
להשביע את בניו, שיתכן שמתחילה לא נתכוון אלא להעמיד פנים שגם בניו אינם עשירים, ולכן אין מקום  
לתביעה, אמרו אם כן נלך ונחזיר את הדין ונקבל את הסכום ששילמנו לתובעים, אמר להם רבי חייא, כבר  
הורה זקן בדין הזה, ודינו קיים ואין בכוחי לבטל פסק דין קודם. מכאן אנו למדים, טעות בשיקול דעת, לא  
מחזירים את הדין, אך קשה לקבל את הדברים כפשוטם, והרי הגדרנו שיקול הדעת, לא מחזירים את הדין,  
אך קשה לקבל את הדברים כפשוטם, והרי הגדרנו שיקול הדעת, שני תנאים או אמוראים חולקים ביניהם  
ובמקרה דן אין להכניס את דעת רבי ישמעאל בטועה בשיקול הדעת, הרא"ש, כבר העיר על כן וכתב: "אמר  
להו כבר הורה זקן ולא הוי רבי ישמעאל כטועה בשיקול הדעת, כיוון שלא נחלקו תנאים ואמוראים בדבר זה  
תחילה, ורבי ישמעאל לפי שסברתו לחייב אין כוח לרבי חייא להוכיח שטעה אלא בסברא נחלק עליו", יוצא  
שהרא"ש סובר שיש כאן מחלוקת בסברא, ולא בעניין של טעות בשיקול הדעת. ומכאן אפשר להסיק שמקור  
זה אינו רלוונטי לסוגיית טועה בשיקול הדעת, ולא ניתן להסתמך עליו כדבריו לעיל, ניתן לומר שגם טעות  
בסברא הינה טעות בשיקול הדעת ולכן במקרה דנן לא מחזירים את הדין ומה שעשה עשוי. פסקי הרא"ש, פרק  
ו, סי' כו.

<sup>9</sup> אורים, סי' כה סעיף קטן י, חילוק זה נראה מתמיה האם שייך לומר אונס פוטר את הדין בשבתו על כס,  
השיפוט, ראינו לעיל עד כמה חשוב לפסוק פסק אמת, אם יש אונס שהדין יחזור, וכן ניתן להגדירו, טועה  
בדבר משנה, מסתבר, טועה בדבר משנה, מסתבר, טועה בדבר משנה אינו לכל הספרות שבדורות המאוחרים,  
בדורנו רבה הספרות ההלכתית, ורבו כותבי החיבורים ולא כדורות הקודמים, היום קשה לעקוב אחרי כל  
הספרות, וכן מדובר בתקופה שהתקשורת לא כדורינו ולכן לדין בבגדאד קשה לעקוב אחר ספרים  
שהתפרסמו ברומניה ולהיפך, ולכן כאן נחשב שאינו טעה.

לדיין אכן יש חירות מוחלטת. ואולם אם התברר לו שפסק ההלכה שנתן, בניגוד לשיטה ההלכתית הרווחת, ואינו טוען שעדיין עומד אחר שיקול דעתו, הוא נכנס לטועה בשיקול הדעת. אך אם הדיין, ממשיך לדבוק בסברתו, רשאי ואף מחובתו לנקוט קו חולק. כך סובר הר"ן, שאם הדיין טוען "על משמרתי אעמודה", אינו נכנס לטועה בשיקול הדעת.<sup>10</sup> דומה שכל השיטות שראינו, כשיטה הזו. ואולם לא נאמרה גישה זו במפורש.

## 2. המחקר עד כה

עד לכתיבת מחקר זה, לא זכינו לחיבור שיקיף את הנושא "שיקול דעת" בשלמותו. ישנם ספרים ומאמרים העוסקים באחד מנושאי המשנה, או אף בכמה מהם. ויש המתמייחסים לנושא בדרך עקיפה, אך כאמור אין מחקר שלם בנושא זה.

### קודיפיקאציה ושיקול דעת

המחקר המקיף ביותר, שעוסק בנושא קודיפיקאציה, הוא של חיים טשרנוביץ. הוא דן בעיקר בשתי קטגוריות עיקריות: הראשונה עוסקת בהתנגדות לקודיפיקאציה השנייה עוסקת במניעי הקודיפיקאציה.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> הר"ן בחידושו לסנהדרין, לג ע"א, בסוף ד"ה "ואטו בטלי דני". חיזוק לשיטת הר"ן, דברי הרא"ש, בסנהדרין לג ע"א דכתב, שבמקום שנחלקו גדולים לא יאמר הדיין אפסוק כמי שארצה שאם הדיין כך יעשה, הרי פסק דין שגוי, כלומר לא רק חירות אלא אף חובה, גיבוי חזק לדיין לחלוק אנו מוצאים בפסקי מהרא"י. סימן רלח, שאם ההוראות ברורות קצת כדברי התלמוד, וכך מסתברים הדברים הלכה למעשה, יכול לחלוק אף על רבו. והלא כך היתה דרכה של תורה עוד ימי התנאים, ורבינו הקדוש חלק על אביו ורבו. רבן שמעון בן גמליאל, ורבא חלק על רבה רבו, והרא"ש חלק על מהר"ם מרוטנבורג שהיה רבו המובהק. יש פוסקים ששמו הולך לפניהם, כבעלי סברא ישרה, כלומר שקול דעתם ישר, עד שפוסקים אחרים מהססים לחלוק עליהם, ומקבלים את פסקיהם כאורים ותומים, על כן שאג הרא"ש בתשובותיו, כלל נה, סי' ט. שאין לחשוש מכך, הדיון נסב, אודות תקנה שתוקנה בספרד, שאם תמות האשה, בלא זרע מה יעשה בממון שהכניסה לבעלה, לביאורה של התקנה, בשאלה שהתעוררה בזמנו של הרא"ש, כתב אחד מחכמי הדור לרא"ש, מי יעיז לחלוק על החכם רבי יעקב בן שושאן שהיה בעל סברא ישרה מאוד, על כך כותב לו הרא"ש: "זו אינה ראייה, מי לנו גדול כרש"י זצ"ל שהאיר עיני הגולה בפירושו ונחלקו עליו בהרבה מקומות, יוצאי ירכו ר"ת. ור"י ז"ל יסתרו דבריו, כי תורת אמת היא ואין מחניפין לשום אדם ויפתח בדורו כשמואל בדורו". אנו רואים, שאכן לדיין יש חירות, ונכנס לטועה, רק אם שמע את הסברא הנגדית והסכים עמה, ראיית הדיין אף אם מדובר, בראייה חושית כגון דם נידה שהתייבש והובא לפני הפוסק, לא יאמר אילו היה לח היה טמא, אלא אין לדיין אלא מה שענינו רואות, וכעת אם נראה לו טהור מיטהרו, נדה, כ ע"ב. אך ראוי לציין, כי חירות הדיין, אינה מוחלטת כאשר הדיין רואה רמאות של בעלי הדין, היינו מרגיש רמאות בדבריהם או שמפקפק בדברי העדים, אז אינו מקבל את טענותיהם, גם אם אין עילה משפטית לפוסלם, שו"ע, חו"מ, סי' טו ורמ"א שם סעיף ד. כאן הדיין אינו יכול לחומר על פי שיקול דעתי אני חפץ לקבל את דבריהם.

<sup>11</sup> טשרנוביץ, תולדות הפוסקים, שלושה חלקים. בחלקים ראשון ושני דן המחבר בספרות הקודיפיקאטיבית עד השולחן ערוך. החלק השלישי מוקדש כולו לספר הקודיפיקאטיבי "שולחן ערוך".

מחקר אחר, הדן בנושא, פחות מקיף מקודמו, הוא של מנחם אלון. במחקרו הוא מוסיף את הפן המשפטי. ואולם שני החוקרים ממעטים מאוד להדגיש את השילוב שבין "קודיפיקאציה ושיקול הדעת".<sup>12</sup>

- בין המחקרים הקשורים לנושא, אך עוסקים בתחום מסויים אחד, יש להזכיר את:
- א. מחקרים של חנוך אלבק,<sup>13</sup> יעקב נחום הלוי אפשטיין,<sup>14</sup> שאול ליברמן,<sup>15</sup> אפרים א' אורבך,<sup>16</sup> בנימין דה-פריס,<sup>17</sup> עזרא ציון מלמד.<sup>18</sup> החוקרים דנים בשאלה מה הייתה כוונת רבי יהודה הנשיא בעריכת המשנה. האם הוא התכוון לערוך ספר קודיפיקאטיבי או להביא לאומה "ילקוט תורה שבעל פה".
- ב. מחקרו של מנחם אלון.<sup>19</sup> מחקר זה דן במניעים לקודיפיקאציה.
- ג. מחקרים של יעקב לוינגר<sup>20</sup> ושמעון אטינגר.<sup>21</sup> במחקרים הם דנים בעמדתו של הרמב"ם בפסיקתו בעניין המשא ומתן התלמודי. כלומר האם הרמב"ם התחשב בשיקול הדעת של המשא והמתן התלמודי, או התעלם ונטה למאמרים מפורשים בתלמוד.
- ד. מחקרו של ישראל מ' תא שמע.<sup>22</sup> המחבר במחקרו סובר, שמקומם של הזוהר והקבלה בפסיקתו של ר' יוסף קארו מצויים בגלוי ובמפורש בספר "מגיד מישרים", מכאן עולה ששילוב פסקים מן הזוהר בפרט ומן הקבלה בכלל בספר "בית יוסף", איננו מקרה או הזדמנות, אלא שיטה סדורה בכל המקורות ההלכתיים על פי שיקול דעתו של המחבר.
- ה. מחקרו של אשר זיו.<sup>23</sup> מחקר זה דן בין היתר במניעים של הרמ"א לחבר את השגותיו על "בית יוסף" ועל ה"שולחן ערוך".

<sup>12</sup> אלון, המשפט העברי. המחבר דן בנושאים שונים, הפניות ממוקדות, ראו מפתח עניינים.

<sup>13</sup> אלבק, מבוא למשנה, עמ' 105-106.

<sup>14</sup> אפשטיין, מבואות לספרות התנאים, עמ' 225.

<sup>15</sup> ליברמן, יוונית ויוונית בארץ ישראל, עמ' 224.

<sup>16</sup> אורבך, ההלכה מקורותיה והתפתחותה, עמ' 191.

<sup>17</sup> דה-פריס, מבוא כללי לספרות התלמודית, עמ' 55.

<sup>18</sup> מלמד, פרקי מבוא לספרות התלמוד, עמ' 119.

<sup>19</sup> אלון, מניעים ועקרונות בקודיפיקאציה של ההלכה, גוילין תשנ"ז, עמ' 77.

<sup>20</sup> לוינגר, דרכי המחשבה של הרמב"ם, עמ' 166.

<sup>21</sup> שנתון המשפט העברי יד-טו (תשמ"ח-תשמ"ט) "הסברה במשנה תורה", ירושלים, עמ' 16.

<sup>22</sup> תא-שמע הנגלה שבנסתר, נוסח מורחב, 2001; מחקרים נוספים ראו, "כך הלכה וקבלה" חלמיש מבוא לקבלה, וכן מאמרו "קבלה בפסיקה של ר' יוסף קארו" דעת כא (תשמ"ח), עמ' 85-102.

<sup>23</sup> הרמ"א, ירושלים, תשי"ז.

## אספקטים שונים בשיקול הדעת

בין המחקרים שעוסקים בשיקול הדעת יש להזכיר את ספרו של אפרים א' אורבך. הוא מסיק:

א. שיקול דעת הרא"ש פתח תקופה חדשה בתולדות ספרות ההלכה.

ב. כדי ללמוד את שיקול דעת הרא"ש, יש לבדוק את כתבי היד ולאמת שאלה הם דבריו.<sup>24</sup>

מחקר נוסף הוא של יוסף ד' סילמן. הוא דן בוויכוח שבין הלל ובני בתירא, ביטוי למתח בין שתי גישות. האחת שדוגלת בחידוש על פי שיקול דעת הפוסק, ורואה בו ביטוי ליצירתיות מקורית, ויש בו גילויים של אמיתה של תורה. והשנייה מבוססת על ההנחה, שהתורה שלמה בתכלית השלמות, ולכן אין מקום להוסיף חידושים על פי שיקול הדעת.<sup>25</sup>

בין המחקרים האחרים העוסקים בתחום שיקול הדעת ויש להם נגיעה לענייננו, יש להזכיר את מחקרו של יצחק טברסקי. מחקר זה עוסק בסמכות הפוסק, לבסס את תוקפה של ההלכה, לא רק על ההיבט הפורמליסטי שלה, אלא מחובתו להתחשב בערכים הטמונים בתשתיתן של ההלכות.<sup>26</sup>

מחקרים נוספים הוקדשו לשאלה, מה עדיף שיקול דעת אנושי או על-אנושי. יצחק ד' גילת בחן את הגורמים ההיסטוריים שהשפיעו על קבלת שיקול דעת הפוסק, ובחן את ההלכה הקדומה שהייתה נהוגה בימי בית שני.<sup>27</sup> יצחק אנגלרד מעלה שאלה חשובה לדיון, האם על סמך אגדה אחת, נסיק מסקנה מפליגה ששיקול דעת הרוב קובע.<sup>28</sup>

מחקר נוסף, הם הספרים "המחלוקת בהלכה". העורכים מתייחסים לנושא של מחלוקת בהלכה, שם מובאים מקורות רבים שדנים באספקטים שונים בשיקול הדעת.<sup>29</sup>

מחקר נוסף, הוא של אבי שגיא. הוא משלב במחקרו בסוגית "ריבוי שיקולי הדעת", דיסציפלינות שונות. כגון היסטוריות, פילוסופיות, כמו גם תיאוריות פוליטיות ותרבותיות.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> אורבך, בעלי התוספות, תולדותיהם, חיבוריהם, שיטתם, כרך שני 596-598.

<sup>25</sup> סילמן, קול גדול ולא יסף, עמ' 48-50.

<sup>26</sup> המקורות בעמ' 36 בחלק של חירות הדין הערה 74.

<sup>27</sup> גילת, יד לגילת, עמ' 149.

<sup>28</sup> אנגלרד, תנורו של עכנאי – פירושה של אגדה, שנתון המשפט העברי א', עמ' 45; מחקרים נוספים, ראו

E, Formm, Psychoanalysis and Religion, New Haven, 1950, p. 45;

שגיא, "אלו ואלו", עמ' 16; זילברג, כך דרכו של תלמוד, עמ' 68.

<sup>29</sup> המחלוקת בהלכה, שלושה חלקים, עורכים בן מנחם חנניה, הכת נתן ושי וזנר.

<sup>30</sup> שגיא, אלו ואלו.

ראוי לציין את ספרו של נשיא בית המשפט העליון, השופט אהרן ברק. הוא דן בסוגיית שיקול הדעת מההיבט המשפטי. ומעלה שאלה תשובה, כיצד תימדד חוקיותה של אפשרות חוקית, כלומר שהשופט אכן הפעיל שיקול דעת.<sup>31</sup>

## שונות

קיימים מחקרים רבים המקיפים את כל תחומי החברה היהודית,<sup>32</sup> כגון דת, פילוסופיה, היסטוריה, משפחה. במחקר שלפנינו נעשה שימוש בחלק מהם, כדי לנסות ולהסביר מגמות ושינויים בגורמי שיקול הדעת של הפוסקים.

## 3. המחקר שלפנינו

### רקע

ספרות המחקר שהזכרנו עד כה עוסקת, באופן מצומצם, בחלק מהנושאים המצויים במחקרנו. עד היום לא נעשה מחקר מקיף בנושא שלפנינו. שני חלקים במחקר שלפנינו. האחד – קודיפיקאציה ושיקול הדעת. השני – אספקטים שונים בשיקול הדעת. במחקר זה אנו מציעים נימוקים היסטוריים והלכתיים שעמדו בבסיס קביעת הפוסקים בספרי ההלכה. תשתית המחקר היא, ניתוח מקורות והסקת המסקנות, בכלים המדעיים.

### שיטת המחקר

בדיקת מקורות מהמשנה והתלמוד, נעשתה באמצעות כלים מחקריים מקובלים. וכן בספרות המחקר המקובלת בנושאי עבודתנו. מקורות נוספים שהיוו תשתית למחקר שלנו. מקורות שלאחר התלמוד. במידת הצורך השתדלנו לבחון את הנושאים, מנקודות מבט הבתר-תלמודית. כוונתי כאן לספרות הגאונים ואף לספרות מאוחרת, למעט ספרות השאלות והתשובות. נדבך נוסף בעבודתנו, הוא ספרות השאלות והתשובות. במהלך העבודה התוודעתי למאות שאלות ותשובות העוסקות בנושאי שיקול הדעת שבמחקרנו. התשובות נאספו בצורה מקיפה, עניינית ומדוקדקת. לעתים התשובות מוינו ורוכזו על פי הנושאים השייכים למחקר, התקופה והאזור בו חי המשיב. ולעתים התשובות היוו תשתית מסייעת לנושאים שונים שבהם עסקנו.

<sup>31</sup> ברק, שיקול דעת משפטי, עמ' 33-34; ראו

Dworkin "Judicial Discretion" Go Journal of Philosophy 624 (1963), Dworkin Takiug Right Seriously 81 (1988);

ח' כהן, הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א 292 (תשכ"ה).

<sup>32</sup> כגון: כ"ץ מסורת ומשבר; הנ"ל בין יהודים לגויים; זוהר, האירו פני המזרח; הנ"ל, מסורת ותמורה; ליברמן, יוונית ויוונית בארץ ישראל; בונפיל, הרבנות באיטליה בתקופת הרינסאנס. פרידמן, חברה ודת; דינרי, חכמי אשכנז בשלהי ימי-הביניים; קפלן, אורתודוקסיה בעולם החדש; ברזל, על מבנה היהדות.

שימוש מצומצם יותר עשינו בפסקי דין רבניים, אזרחיים ומקורות משפטיים שבמשפט הישראלי והמשפט הזר.

במחקר שבפנינו, המקורות הרבים שהובאו, סודרו על פי סדר כרונולוגי. כלומר זמני הפוסקים והחוקרים, לעתים חרגנו מכלל זה והקדמנו את המאוחר, כאשר בדבריו הייתה התייחסות ישירה לנושא.

תשובות נוספות הובאו כספרות משלימה, מכתבי עת מחקריים והלכתיים.

כדי להקל על המעיין במובאות רבות שילבנו פיסוק קל.



# חלק ראשון – קודיפיקאציה ושיקול הדעת

## פרק ראשון

### תקופת המשנה

#### 1. רקע

המעין במשנה נוכח מיד לדעת שרבי יהודה הנשיא הביא בה דעות הלכתיות, בין שהן להלכה בין שיש בהן מחלוקת. השאלה הנשאלת היא אם בעריכת המשנה התכוון רבי יהודה הנשיא לחבר ספר קודיפיקאטיבי על פי שיקול דעתו או אוסף של שיטות וסברות של חכמים, כדי שהתורה לא תישכח.<sup>1</sup> בעניין זה יש להבדיל בין שיקול דעת קודיפיקאטיבי, שבו המחבר פוסק את ההלכה על פי שיקול דעתו, ובין שיקול דעת שבו המחבר מכריע מה להכניס לחיבורו, כדי שישמש סיכום ל"תורה שבעל-פה".<sup>2</sup>

#### 2. עמדת רב סעדיה גאון

רב סעדיה גאון רואה במשנה ילקוט תורה שבעל פה, ואלה דבריו:

הסיבה שהכריחה אותם לחברה היא שאחרי שפסקו מהן הנביאים וראו עצמם מפוזרים, חששו פן תשכח הקבלה, ושמו בטחונם על הכתוב. לכן אספו את כל הדעות הנשמרות וכתבוהו וקראוהו בשם משנה.<sup>3</sup>

אם-כן, מדובר באיסוף מגוון של שיקולי דעת של חכמי התקופות והבאתם במשנה, ושתי סיבות היו לדבר: הפסקת הנבואה ופיזור העם.

---

<sup>1</sup> השאלה היא מה הייתה מגמת רבי יהודה הנשיא בסידורה של המשנה ובעריכתה. האם ביקש לכנס במשנה את ההלכות והדינים שהיו מקובלים וידועים בימיו, לסדרם לפי עניינים ונושאים, כדי שיהיה אפשר למצוא כל הלכה במקומה ביתר קלות, או שמא ביקש ליצור קודקס בהלכה העברית. הקושי הגדול נובע מן העובדה שבמשנה ברובה אין הלכה אחת יחידה וברורה. אדרבה, המעין יגלה שבחלק ניכר של ששת סדרי המשנה יש כמה דעות בהלכה אחת. לעיתים תנאים יחידים או חזים כל אחד בשיקול דעתו, לעיתים רבים או חזים בדעות רבות לעניין הלכה אחת בהעדר הכרעה מפורשת כמי לנהוג הלכה למעשה.

<sup>2</sup> רבי יהודה הנשיא כתב את המשנה בתקופה של רוגע, לאחר תקופה ארוכה של צרות ורדיפות, כדי שתהא שגורה בפי כול. וכך כותב הרמב"ם בהקדמתו לספרו "היד החזקה": "ולמה, עשה רבינו הקדוש כך ולא הניח הדבר כמות שהיה. לפי שראה שתלמידים מתמעטין והולכין, והצרות מתחדשות ובאות ומלכות רומי פושטת בעולם ומתגברת, וישראל מתגלגלין והולכין לקצוות, חבר חבור אחד להיות ביד כולם כדי שילמדוהו במהרה ולא ישכח".

<sup>3</sup> ספר הגלוי, מהדורת שכטר, עמ' 5.

מצב דברים זה הביא את חז"ל לחשוש שמא תשתכח תורה מישראל.<sup>4</sup> מדברי רב סעדיה גאון משמע שרבים ערכו וכתבו את המשנה, אך לא ברור מדוע אין הוא מזכיר את רבי יהודה הנשיא.

### 3. עמדת רב ניסים גאון

רב ניסים גאון מציין שתקופת רבי יהודה הנשיא התאימה לחיבור המשנה, וזה לשונו:

וראה עוד מה שעבר על האומה מהגזרות והעול, והיו ימיו ימי ישועה לקרבו למלך עלה בלבו שיקבץ כל מה שיש בידם מהקבלה לפי שראה שאריכות יש בגלות. ונתקבץ עם חכמי דורו וקבץ העיקריים לאנשי הזמן, למשמרת לאות ותקנה תיקון יפה וחברה חיבור נמרץ כפי חכמתו ופולולו וקראה משנה.<sup>5</sup>

דומה שעמדתו היא שהחיבור הוא ילקוט תורה שבעל פה. כך משמע מהמילים "למשמרת לאות", כלומר לשמר את שיקולי הדעת פן יישכחו.<sup>6</sup>

### 4. עמדת ר' שמואל הנגיד

כותב רבי שמואל הנגיד:

והוא רבי יהודה הנשיא כתבה למען תעמוד ימים רבים פן תשכח מלב הקוראים ותאבד.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> עד ימי רבי יהודה הנשיא חל איסור לכתוב תורה שבעל פה, ולא התירו לכתוב אלא תורה שבכתב, נביאים וכתובים, וכתבים פרטיים שאנשים כתבו לעצמם שלא לשם לימוד ברבים. את הכתבים האלה כינו חכמים "מגילת סתרים". וכך נאמר במסכת בבא מציעא, צב ע"א: "דאמר מצאתי מגילת סתרים בי רבי חייא, וכתוב בה, איסי בן יהודה אומר כי תבא בכרם רעך, בביאת כל אדם הכתוב מדבר", ומפרש רש"י שם, ד"ה "מגילת סתרים": "מגילה טמונה. לפי שאסור לכתוב הלכות, וכשהיה שומע דבר חידוש וירא לשוכחו היה כותבו ומסתיר מן העין". ובמסכת שבת, צו ע"ב, גורסים: "דאמר רב, מצאתי מגילת סתרים בי רבי חייא, וכתוב ביה, איסי בין יהודה אומר, אבות מלאכות ארבעים חסר אחת, ואם עשאו כולם בהעלם אחת, ואינו חייב אלא אחת". ומפרש רש"י שם, ד"ה "מגילת סתרים": "שהסתירה, לפי שאין כותבין הלכות". יוצא שבבא מציעא מדובר בחידוש, וכאן – בקודיפיקציה.

<sup>5</sup> הקדמתו לספר המפתח.

<sup>6</sup> לרב ניסים גאון מייחסים ספר ששמו "מגילת סתרים", כנזכר במקורות של הראשונים. (רמב"ן על התורה, במדבר ח, ט; תוספות, שבת קט ע"א, ד"ה "רוחצין". החיד"א כותב בספרו "שם הגדולים", (מערכת ספרים מט ואילך, מגילת סתרים): "אפשר שכוונת רבינו ניסים גאון שקרא מגילת סתרים היינו שלא כיוון לעשות ספר ולפרסמו... למסרו לרבים אלא לעצמו". דומה שהנימוק כאן הוא שלא יישכחו הדברים, ורב ניסים חיברם לעצמו.

<sup>7</sup> במבוא לתלמוד החיבור מופיע בסוף מסכת ברכות. החיבור מיוחס לרבי שמואל הנגיד, שחי ופעל בספרד בסוף המאה העשירית ובמחצית הראשונה של המאה האחת עשרה. ההנחה עוררה ספקות רבים. מ' מרגליות מציע לקבל את דעתו של רבי יוסף סמברי, מחכמי מצרים במאה השבע-עשרה, שהמחבר אינו

מדברי רבי שמואל הנגיד עולה שמטרת רבי יהודה הנשיא הייתה לחבר ילקוט תורה שבעל פה, שלא תשתכח תורה מישראל, והדרך הטובה היא לשמר את מגוון שיקולי הדעת שהועלו בבתי המדרש ולא להסתפק בספר קודיפיקאטיבי כמשנה תורה לרמב"ם.

## 5. עמדת רש"י

כך כותב רש"י:

ושלח וקבץ כל תלמידי ארץ ישראל ועד ימיו לא היו מסכתות סדורות... וכשנתקבצו אמר כל אחד מה ששמע ונתנו לב לברר טעמי המחלוקת דברי מי ראוי לקיים וסידרו המסכתות, דברי נזיקין לבדם ודברי ידמות לבדם, ודברי קדשים לבדם, וסתם נמי במשנה דברי יחידים שראה רבי את דבריהם ושנאן סתם, כדי לקבוע הלכה כמותם<sup>8</sup>

מדברי רש"י למדים ששתי מטרות היו לרבי יהודה הנשיא:

- א. לקבץ את שיקולי הדעת ולברר טעמי הסברות לפי נושאים.
- ב. לרבי יהודה הנשיא הייתה גם מגמה קודיפיקאטיבית,<sup>9</sup> לכן סתם במשנה דבריהם של תנאים יחידים כדי לקבוע הלכה כמותם.<sup>10</sup>

---

אלא רבי שמואל בן חנניא נגיד מצרים, שחי למעלה ממאה שנה לאחר פטירתו של רבי שמואל בר' יוסף הלוי, הנגיד מספרד. ראה לקוטים מדברי יוסף בר' יוסף בן יצחק סמברי, בתוך: א' נויבואר, סדר החכמים וקורות הימים א 156; וראה ביתר פירוט מרגליות, ספר הלכות הנגיד, 68-73.

<sup>8</sup> בבא מציעא, לג ע"ב, ד"ה "בימי רבי נשנית משנה זו".

<sup>9</sup> דומה שכוונת רבי יהודה הנשיא הייתה תחילה עריכה ולאחר מכן כתיבה, שלפי רש"י נעשתה על ידי אחרים ולא על-ידי רבי יהודה הנשיא.

<sup>10</sup> רש"י מדגיש "וקיבץ", כלומר המשנה לא נכתבה, וזה לשונו בעירובין סב ע"ב, ד"ה "כגון": "להכי נקט מגילת תענית שלא היתה דבר הלכה כתובה בימיהן אפילו אות אחת חוץ ממגילת תענית ולהכי קרי לה מגלה". על דברי רש"י מעיר רבי יעקב חאגיז בחיבורו "הקדמה לדרכי המשנה עם מסכת כריתות", ד"ה "ובמה שראיתי" בפרש"י ספ"ב דמציעא: "עוד טעם לזה כי דרך כל כותבי ספרים בפרט ספר גדול רומזים ממקום למקום ואומרים, כמו שכתבתי במקום פלוני ובענין פלוני או, ועיין בפרק פלוני, ולא נמצא בכל הגמרא דבר זה, אלא 'כדבעינן למימר' או 'ואוקמינן לה' לפי שהיה הכל על פה כרב ששת דהוה מהדר תלמודיה כל תלתיו אמין, וכן הוא אומר 'תנן התם' ולא קאמר 'תנן במסכתא פלונית' מפני שהיה הכל על פה". בנוגע לכתיבת המשנה יש לכך גם השלכות הלכתיות, וכותב ר' משה מקוצי ב"ספר מצוות גדול" (סמ"ג), מצווה סה, המכבה והמבעיר: "ומענינות הרבה של תורה אין מצילים אותן מפני הדלקה. פרוש רבינו יצחק דוקא בימי התנאים והאמוראים שלא נתנו ליכתב לא התלמוד ולא תפילות משום דברים שבעל פה אי אתה רשאי לכתבן, אבל עכשיו שרבתה השכחה אנו מתירין לכתוב את הכל משום עת לעשות לד' הפכו תורתך, ושפיר מצילין הכל מפני הדלקה הן תלמוד הן תפילות". ראוי לציין שרבי יצחק אייזנשטיין סובר שגם בימי רבי עצמו לא כתבו את המשנה, וכך הוא פותח את דבריו: "מקדם בהיותי בנורנבורק שמעתי ממקצת לומדים לשם שאמרו איך שרבי כתב המשניות מששה הסדרים, ורב אשי כתב

## 6. עמדת הרמב"ם

הרמב"ם סובר שמטרת רבי יהודה הנשיא בעריכת המשנה הייתה לפסוק הלכה בכל דיני התורה, כלומר ליצור ספר קודיפיקאטיבי, וזה לשונו במכתבו לר' פנחס הדיין:  
כבר קדמוני גאונים וגדולים שחברו חבורים ופסקו הלכות בלשון עברי  
ובלשון ערבי בעניינים ידועים. אבל לפסוק הלכות בכל התלמוד ובכל  
דיני התורה לא קדמוני אדם אחרי רבינו הקדוש וסיעתו הקדושה.<sup>11</sup>

הרמב"ם משווה את ספרו הקודיפיקאטיבי למשנה, שנערכה אף היא כספר פסקים הכולל את כל דיני התורה וקדמה לספרו. לדבריו, המניע לחיבור המשנה הוא היסטורי, וכך כתב בהקדמתו למשנה תורה:

ולמה עשה רבינו הקדוש כך ולא הניח הדבר כמות שהיה לפי שראה  
שתלמידים מתמעטין והולכין והצרות מתחדשות ובאות, ומלכות רומי  
פושטת בעולם ומתגברת, וישראל מתגלגלין והולכין לקצוות חיבר  
חיבור אחד להיות ביד כולם כדי שילמדוהו במהרה ולא ישכח.<sup>12</sup>

---

הגמרא. ואמרתי להם שאינו כן רק סדרום ולא כתבום. ובקשו ממני להוכיח שלא כתבום. וכן עשיתי".  
(הקדמתו לפירושו על הסמ"ג). ההקדמה נדפסה בנפרד יחד עם איגרת רב שריא גאון במהדורת הרב  
איתמר מצגר). בין החוקרים הדבר שנוי במחלוקת. (ח' אלבק, מבוא למשנה, עמ' 211 ואילך; דור דור  
ודורשיו, חלק ג, פרק כ, עמ' 243 ואילך; שטראק, מבוא התלמוד, פרק ב', סי' ב).

<sup>11</sup> יצחק שילת, איגרות הרמב"ם, מעלה אדומים, ירושלים תשנ"ה, עמוד תלט. הרמב"ם העריץ את רבי  
יהודה הנשיא, וזה לשונו בהלכות אבל יג, י: "אין לנו בחכמה גדול מרבינו הקדוש". בהקדמתו לפירוש  
המשניות הרמב"ם מתאר את שבחיו של רבי יהודה הנשיא: "היה יחיד בדורו ואחד בזמנו. איש שנמצאו  
בו כל החמודות והמידות הטובות, עד שזכה בהם אצל אנשי דורו לקרותו רבינו, הקדוש. ושמו יהודה,  
והיה בחכמה ובמעלה בתכליתם, כמו שאמרו מימות משה רבינו ועד רבי לא ראינו תורה וגדולה במקום  
אחד. והיה בתכלית החסידות והענוה והרחקת התענוגים, כמו שאמרו גם כן, משמת רבי בטלה ענוה  
ויראת חטא, והיה צח לשון ומופלג מכל האדם בלשון הקדש, עד שהחכמים ע"ה היו לומדים פירוש מה  
שנשתבש עליהן מאותות המקרא מדברי עבדיו ומשרתיו, וזה מפורסם בתלמוד. והיה מן העושר וההון  
נרחב ביכולת, וזה שנאמר בו דרבי, הוה עתיר מנשבור מלכא". (שבת קיג ע"ב; שם קיח ע"ב; גיטין נט  
ע"א; סוטה מט ל"א; מגילה יח ע"א).

<sup>12</sup> הרמב"ם כותב בהקדמתו ל"משנה תורה" שמימות משה רבנו ועד רבי יהודה הנשיא לא חיברו חיבור  
שמלמדים אותו ברבים כתורה שבעל פה, וזה לשונו: "אלא בכל דור ודור ראש בית דין או נביא שהיה  
באותו הדור כותב לעצמו זכרון השמועות ששמע מרבותיו והוא מלמד על פה ברבים". ידוע שגם לאחר  
סידור המשנה לא נמצאו בה כל ההלכות הדרושות. למשל, אין בה דיני תפילה, ציצית ותפילין. במסכת  
שבת, אנו מוצאים דיני מלאכת השבת, אך אין אנו מוצאים דיני תפילות, קידוש ועוד. הרמב"ם דן בשאלה  
זו, ואלה דבריו: "ודיני הציצית והתפילין והמזוזה, וענין מלאכתן והברכות שחייבין לברך עליהן וכל  
העניינים התלויים בכל זה מן הדינין, ומה שנאמר עליהן בשאלות ותשובות, אין ראו כפי קבלת חיבורנו  
לדבר בהן, לפי שאינו אלא מפרש, והמשנה לא דברה על אלה המצוות דבר מיוחד לכלול דיניהם עד שיהא  
חייב לפרש אותו. וסיבת זה הדבר בעיני לפי שהיו הדברים האלו מפורסמים בזמן חיבור המשנה, והיו

לפי הרמב"ם, המציאות החברתית והמדינית הביאה להעדר פסיקה והכרעה בהלכה, לכן חכמי ישראל ראו צורך דחוף לגבש ולסכם חומר הלכתי רב ממדים בשיקול דעת כדי להביא לאומה הלכה פסוקה ואחידה, שלאורה ילכו.<sup>13</sup>

## 7. עמדת המאירי

אלה דברי המאירי בפתיחה למסכת אבות:

ורבינו הקדוש זה קבל מאביו ומר' אלעזר בן שמוע, וראה בזמנו צרות גדולות מתפשטות והתלמידים מתמעטים.. כלל בו כל מה שנתקבל בתורה שבעל פה מבאורי התורה והמצות, ומה שנתחדש בכל דור ודור ממה שנודע לו עם מה שמצא לכל החכמים.

לדעת המאירי, כוונת רבי יהודה הנשיא הייתה לקבץ את מגוון שיקולי דעת חכמים שנתחדשו בכל דור ולהביאם בקובץ מיוחד, ופעולת האיסוף הייתה צורך השעה – "צרות גדולות מתפשטות והתלמידים מתמעטים". מיעוט תלמידים הוא תוצאה של חורבן הבית וכישלון מרד בר כוכבא וגזרות אדריאנוס, אך כידוע, תקופת רבי יהודה הנשיא הייתה תקופת זוהר לעם ישראל בזכות קשריו עם קיסר רומי. ייתכן שכוונת המאירי היא שרבי יהודה הנשיא ראה את הנולד.

## 8. עמדת אלבק

לדעת אלבק, רבי יהודה הנשיא ליקט את ההלכות וכתבן במשנה כפי שהיו לפניו, כלומר יש כאן איסוף שיקולי דעת לתוך המשנה, אך העורך לא הציב לו מטרה קודיפיקטיבית במשנתו, ואלה דבריו:

---

עניינים ידועים ונהוגים ביד כל העם פרט וכלל. ואין ענין מהן נפלא משום אדם. ועל כן לא ראה לדבר בהם כמו שלא הסדיר התפילה, ואיך יתנהג שליח הציבור, לפי שהיה מפורסם ולא חברו בזה סדור. אבל חברו ספר גמרא וביאורו" (פירוש המשניות לרמב"ם, מנחות ד, א). דברים דומים כתב בנו, רבי אברהם: "דע כי רבינו הקדוש וסיעתו לא נתכוונו לבאר במשנה הדברים שהם ידועים ומבוררים בענין. אף על פי שאותן דברים צריכים ביאור גדול לבאים אחריו. והראיה לזה שאינך מוצא במשנה שמצות עשה לקרוא קריאת שמע בלילה וביום ובערבית ובשחרית, וכן אינך מוצא בענין שדה שאסור לעשות בו מלאכה, שזה ביאורו גלוי וידוע מהיותו צריך ביאור. וכן דיבר מאימתי קורין את שמע בערבית ובשחרית, וכן הוא מנין אבות מלאכות ארבעים חסר אחת וכו'. וכן לא הוצרך לדבר מענייני האמונה ולא בחכמה אחרת ולא באחד משעריה, לפי שהיה פשוט לבני דורו וידוע, וחלון בית השכל קרוע בהם ולא יבצר מהם מזימה הם מקום החכמה, כענין שאמרו על תבונתם של בעלי התלמוד וסיעתם לבן של ראשונים כפתחו של אותם, ושל אחרונים אפילו כמחט סדקית". מאמר על אודות דרשות חז"ל לרבי אברהם נדפס בראש הספר "עין יעקב". יוצא אפוא שמדברי הרמב"ם ובנו יש ראיה שמטרת רבי יהודה הנשיא הייתה קודיפיקטיבית, ודברים הידועים היטב לא כתב, ואילו הייתה מטרתו ליקוט תורה שבע"פ, היה כותב הכול.

<sup>13</sup> ראו דברינו להלן, בנוגע לשיטתו הקודיפיקטיבית של הרמב"ם, פרק שלישי בעיקר בסעיף 2.

שהעורך לא הציב למטרה לסדר במשנתו פסקי הלכות 'למעשה', שאם כן היה צריך לשנות ההלכות ולעשות ממשנת יחיד משנת 'חכמים' שהלכה כמותם, וגם להפוך משנת חכמים למשנת יחיד, אם הוא ובית דינו לא פסקו כמותם, או להוסיף דברים ולשנותם כפי ראות עיניו כפי שרגילים לחשוב.<sup>14</sup>

עמדת אלבק נגזרת מהשקפתו שרבי יהודה הנשיא לא הפעיל שיקול דעת בניסוח המשנה אלא רק ליקט את ההלכות וכתבן במשנה כפי שהיו לפניו, לכן לא יכול רבי יהודה הנשיא להשתמש במשנה לפסיקת הלכה.

נקודת המפתח לשאלה הנדונה היא מעמדן של המשניות הסתומות האנונימיות. אם נסבור שרבי יהודה הנשיא סתם את המשניות במתכוון, על פי שיקול דעתו, הרי הייתה לו כוונה קודיפיקטיבית. אבל אלבק סובר שרבי יהודה הנשיא לא סתם את המשניות, וזה לשונו:

והסתמות במשנה קבל רבי מבתי המדרש השונים או מן התנאים ששנו כך ולא שהוא סתם אותם, וכמו שאמרו הרבה פעמים בתלמוד מאן תנא (חכמים) ר' פלוני וכו', כלומר שמשנה זו נובעת מסדר משנתו של ר' פלוני (ר' מאיר וכו') ובו נשנתה משנתו סתם.<sup>15</sup>

יש שנמצא במשנה שרבי יהודה הנשיא מביא את דברי רבי יוחנן האומר "הלכה כסתם משנה". אלבק סובר שאין כאן הוכחה למגמה קודיפיקטיבית של עורך המשנה, אלא כך דעת רבי יוחנן, וכך כתב אלבק:

---

<sup>14</sup> אלבק, מבוא למשנה, עמ' 105-106. הנ"ל מוכיח שם שרבי יהודה הנשיא לא הרשה לעצמו לשנות את משנת קודמיו על פי שיקול דעתו כדרכם של הפוסקים, אלא קבע את המשניות כמו שקיבלן, ואף שמר על הצביון המיוחד של מקורותיו, וזה לשונו: "לפיכך מוצאים פעמים רבות, שהאמוראים פוסקים שלא כסתם משנה, אם מתברר להם שהיא משנת יחיד, ולא אמרו: הואיל ורבי סתם כמותו, הרי הוא ובית דינו רבים הם, והלכה כרבים, אלא ודאי ידעו אלו אמוראים, שלא 'סתם' רבי את המשנה בדרך זו, שהוא לא עשה ממשנת יחיד סתם משנה, כדי לפסוק הלכה כמותו, אלא קבע במשנתו המשניות בלשון סתם, בין שהן של יחיד ובין שהן של רבים, משום שבאותה לשון נשנו במקור שהיה לפניו, ונמצא שלא נתכוון כלל לפסק הלכה". ראו, דבריו ב"מבוא למשנה ומאה שנה לחקר המשנה" מולד, יז, תש"ך עמ' 422-440; הנ"ל "סוף הוראה וסיום התלמוד", סיני, ספר היובל, תש"ח, 73-79.

<sup>15</sup> אלבק, מחקרים בברייתא ותוספתא, עמוד 173. הנ"ל סובר שטועה מי שמשווה את המשנה של רבי יהודה הנשיא לחיבור הפוסקים של הרמב"ם, וזה לשונו: "לפני המאספים הראשונים (בעל הלכות גדולות, הרי"ף והרמב"ם) כבר היתה הספרות התלמודית, המשנה התוספתא, מדרשי ההלכה ושני התלמודים, סדורה ועומדת, והם ליקטו מתוכם מה שהיה נחוץ לפי דעתם לפסק בהלכה, ושאר התורה מונחת, והרוצה ללמוד יבוא וילמד. הרמב"ם בהקדמה לחיבורו אומר: 'אדם קורא בתורה שבכתב תחילה ואחר כך קורא בזה (החיבור) ויודע ממנו תורה שבעל פה כולה, ואינו צריך לקרות ספר אחר ביניהם'. מכל מקום הספרים האחרים קיימים והרוצה לקראם יקרא"' (אלבק, מבוא למשנה 107-108 והערה 13).

ואף ר' יוחנן שכלל ואמר הלכה כסתם משנה... היינו כסתם שאין מוצאים טעם לחלוק עליה והוא בודאי דעת רבים... אבל אם יש טעם לומר שהיא רק דעת יחיד אין הלכה כמותה.<sup>16</sup>

אלבק מוסיף שמטעם זה פעמים שנמצא הרבה משניות סתמיות המתנגדות לדעת רבי יהודה הנשיא בברייתא או בתוספתא, כיוון שהעורך לא שינה אותן במשנה ולא הוסיף אפילו את שיקול דעתו, דעת יחיד נגד דעת הסתם, שחולק בפירוש על משנתו, וזה לשונו: שאלמלא נהג רבי בדרך זו, אלא היה משנה את המקורות שלפניו על פי שיקול דעתו, היה במעשהו פגם, והיו אומרים ש"זיף" את המסורות, לא אמר את הדברים בשם אומרם... כמו שסוברים אלה המיחסים לרבי שינויים, השמטות והוספות.<sup>17</sup>

## 9. עמדת גולדברג

גולדברג כותב שהוא מצטרף לעמדת אלבק, שמטרת יהודה הנשיא הייתה לחבר ספר שיסכם את שיקולי הדעת של חכמים, ואלה דבריו: רבי לא התכוון כלל לפסוק הלכה קצובה במשנתו ולא בא אלא לסדר ולקבץ את ההלכות השונות מבתי המדרש השונים, וזאת עשה בלי

---

<sup>16</sup> אלבק, מבוא למשנה עמ' 107. בהמשך דבריו (עמ' 270 ואילך) הנ"ל מקדיש נספח שלם שכותרתו "עורך המשנה לא התכוון לקבוע הלכה למעשה". שם הוא מוכיח את שיטתו ודן עם חוקרים אחרים בראיות רבות.

<sup>17</sup> אלבק, מבוא למשנה, עמ' 107. ר' נחמן קרוכמל סובר ששמירה על המסורת היא הטעם העיקרי שלא חיבר עורך המשנה את המשנה כספר פסקים, וזה לשונו: "ודע שאילו היה ביד רבינו הקדוש וסיעת החכמים לעזוב מכל וכל הסדרים והקשורים והלשוניות בלתי מבוררות שקדמו להם במשניות, ולפרק כל הנמצא בהלכות לחלקיו ולהתיך ולנסוך מהם מסכת חדשה בלשון שווה וברורה, אפילו שיהא בהפרד בין מה שהוא דברי הבל והלכה פסוקה ובין מה שהוא תלוי ועומד במחלוקת עדיין, כדרך שעושין בשאר המדעים וכדרך שעשה הרב (הרמב"ם) גם בהלכות, היה הדבר נקל להם מאוד לפי קיבוץ החכמים ומצעים הרב ותלמודם הכולל, וגם היה בזה מצד אחד טובה לא מעוטה, אלא שמכמה טעמים לא רצו בזה חכמי המעמד ההוא, וגם לא היה בידם אז. והטעם הראשי שבהם היה הצורך הגדול בתורה שבעל פה, הכוללת מסורות אבות וקבלות קדמוניות, שתהיה מיוחדת בדרכה, מסוגלת וניכרת הרבה לא בלבד בזכרון שמות מקבליה, כי אם עוד יותר בסגנון ולשון ואופן המסירה שלה מימי קדם, שכל אלו סימנים מובהקים שהיא היא בעיקרה המסורה מאבות לבנים. ועל כן בסתימתן משנה אחת כוללת, בחרו החכמים הנזרים בהנחת הקשורים הקודמים בהויתם ובלשונם, ולהביא בהם האחדות והשווי והבירור והסדר כפי היותר אפשרי לבד. והנשאר בהם בהכרח מקומות הסתירה והקושי והבלתי מבואר, הניחום לבאים אחריהם להשלים המלאכה ולהתגדר בה". כלומר לשיטת רנ"ק, היה אפשר להפעיל שיקול דעת וליצור קודקס הלכתי, אבל הדבר נבצר מכמה טעמים (מורה נבוכי הזמן עמ' רלב). מדברי רנ"ק משמע שרבי נמנע מסידור המשנה כספר פסקים על מנת לשמור על שיקולי דעת חכמים ומחששו שאם יכתבו גם את המסקנה הסופית, יעתיקו אנשים רק את ההלכה בגין צרות הזמן, והתורה תשתכח ח"ו.

תיקון ובלי שינוי. משום כך ההכפלות המרובות, שינויי הלשון  
במקומות שונים, וסידור הלכות שלא במקומן.<sup>18</sup>

גולדברג טוען שאילו התכוון רבי יהודה הנשיא לחבר ספר קודיפיקאטיבי, היה נמנע  
מהכפלות, משינוי לשון ומסידור ההלכות שלא במקומן. לדעתו, לרבי יהודה הנשיא  
הייתה גם מטרה פדגוגית בחיבורו. ואלה דבריו:

המטרות העיקריות בסידורו של ר' יהודה הנשיא היו מטרות פדגוגיות,  
כדי שהמועט יחזיק את המרובה וכדי שהלומד ילמד בקלות ובהיקף.<sup>19</sup>

## 10. עמדת אפשטיין

לדעת אפשטיין, אחת ממטרותיו של רבי יהודה הנשיא הייתה פסיקת הלכה, וכך הייתה  
דרכם של קודמיו, ואלה דברי אפשטיין:

אבל גם המשנה עצמה מניחה שיש בה פסק הלכה ולא רק רבי אלא כל  
שוני משניות עשו כך.<sup>20</sup>

אפשטיין מביא הוכחות לשיטתו, והעיקרית שבהן היא מציאותן של "סתמות" במשנה.  
לדעתו, רבי יהודה הנשיא ידע מי החכם ששנה את ההלכה, ובכל זאת בחר להביאה בסתם  
כדי להראות שכך ההלכה. אכן לאחר עיון בברייתא או בתלמודים אנו מגלים את שם

---

<sup>18</sup> "דרכו של ר' יהודה הנשיא בסידור המשנה", תרביץ כח (תשי"ט) עמ' 260. גולדברג דוחה את החולקים  
על שיטה זו וסוברים שרבי יהודה הנשיא בא לקבוע הלכה פסוקה. הוא מסיק שאף אם נוכיח  
שהאמוראים ראו במשנה הלכה פסוקה, אין בזה הוכחה שלוח התכוון רבי יהודה הנשיא, וזה לשונו: "אין  
לתמוה על כך שבלי להתחשב בכוונת רבי עצמו התאמצו האמוראים לראות במשנה דבר שלם ומוכן,  
כאילו ממקור אחד נחצב, והכול הלכה מיוצבת ומקובלת. תופעה זו טבעית מאוד בענייני ספרות בכלל,  
ובכל שטחי הספרות הרבנית בפרט... שאפילו יש להביא ראיה שהאמוראים ראו במשנה הלכה פסוקה,  
אין אנו רשאים לקבל דבר זה כהוכחה לדבר, שלכך באמת היתה כוונת רבי בסידורו, דרושות כאן לא  
ראיות חיצוניות אלא ראיות והוכחות מתוך המשנה. ולדעתי קשה מאוד להוכיח דבר זה מן המשנה  
גופה".

<sup>19</sup> שם, עמ' 264. חיזוק לגישת גולדברג נמצא במחקרה של עפרה מאיר, שרבי יהודה הנשיא הצטייר  
כמורה. התפיסה היסודית של ההתבוננות ברבי יהודה הנשיא בשני המרכזים – ארץ ישראל ובבל – היא  
שהיה מגדולי המורים שעמדו לעם ישראל מעולם בזכות גדולתו בתורה, וזה לשונו: "לזכות רבי המורה  
זוקפת מסורת ארץ ישראל (64 מסורות, 32% מכלל המסורות בארץ ישראל) פנים חיוביות, ידע להוקיר  
את חוכמת תלמידיו, נהג לשבח אותם בפניהם ובפני אחרים... מסורת בבל (80 מסורות, 42% ממסורות  
בבל) אימצה את דמות רבי המורה כפי שנקבעה בארץ ישראל... רבי היה מורה נאור, מוכן להודות בטעותו  
לומד מתלמידיו ומתחשב בדעותיהם". יוצא אפוא שאכן הייתה לרבי יהודה הנשיא מטרה פדגוגית  
כמורה להנחיל את שיטות החכמים ושיקול דעתם לדורות הבאים (עפרה מאיר, רבי יהודה הנשיא, דיוקנו  
של מנהיג במסורות ארץ ישראל ובבל, הוצאת הקיבוץ המאוחד 1999, עמ' 257-258).

<sup>20</sup> אפשטיין, מבואות לספרות התנאים, עמ' 225.



החכם ששנה את ההלכה ואת החולקים על הלכה זו. כל אלה הושמטו על פי שיקול דעתו של רבי יהודה הנשיא.<sup>21</sup>

שנינו במשנה :

בשלשה פרקים בשנה הכהנים נושאים את כפיהן ארבע פעמים ביום, בשחרית, במוסף, במנחה, ובנעילת שערים, בתעניות, ובמעמדות וביום הכיפורים.<sup>22</sup>

על משנה זו מעיר התלמוד :

זו דברי רבי מאיר, אבל חכמים אומרים שחרית ומוסף יש בהן נשיאת כפים, מנחה ונעילה אין בהן נשיאת כפים.<sup>23</sup>

אפשטיין סובר שלפני רבי יהודה הנשיא הייתה מחלוקת בין רבי מאיר ובין חכמים. רבי יהודה הנשיא בחר בדעתו של רבי מאיר ו"סתם" אותה במשנתו והשמיט את הדעה האחרת. מכאן הסיק אפשטיין שמטרת העורך היא קודיפיקאטיבית. יש שרבי יהודה הנשיא סתם משנה בניגוד לדעת רבי שמעון בן אלעזר.

וכך שנינו במשנה :

בת אחת-עשרה שנה ויום אחד נדריה נבדקין. בת שתיים-עשרה שנה ויום אחד, נדריה קיימין... בן שתיים-עשרה שנה ויום אחד, נדריו נבדקים בן שלש-עשרה שנה ויום אחד נדריו קיימין.<sup>24</sup>

על משנה זו מעיר התלמוד :

תנו רבנן אלו דברי רבי. ר"ש בן אלעזר אומר דברים האמורים בתנוקת בתנוק אמורים, דברים האמורים בתנוק בתנוקת אמורים.<sup>25</sup>

לדעת רבי שמעון בן אלעזר, נדרי הבן מתקיימים מגיל שתיים-עשרה ויום אחד, ונדרי הבת – מגיל שלוש-עשרה ויום אחד. אבל לדעת רבי יהודה הנשיא, נדרי הבת – מגיל שתיים-עשרה ויום אחד, ונדרי הבן – מגיל שלוש-עשרה ויום אחד. במשנה רבי יהודה הנשיא מביא את שיקול דעתו ההלכתי ללא הזכרת שמו.

מדברי אפשטיין עולה עוד שאלה חשובה – אם פסק ההלכה שבמשנה מייצג את שיקול דעת רבי יהודה הנשיא בלבד, או שמא פסק הלכה זה נקבע בבית הוועד.<sup>26</sup> אפשטיין סובר

<sup>21</sup> שם.

<sup>22</sup> תענית ד, א.

<sup>23</sup> תענית, כו ע"ב.

<sup>24</sup> נדה ה, ו.

<sup>25</sup> נדה, מה ע"ב.

<sup>26</sup> בבית הוועד דנו בבעיות הלכתיות או בבירורי מחלוקות, וכותב דה-פריס : "בתוך הרצאת הדברים היה שונה כנראה את הדעות השונות והיה מתפתח ויכוח שגם תלמידים (כלי חכמים בלתי נסמכים) היו

שלא תמיד קבע רבי יהודה הנשיא את ההלכה לפי שיקול דעתו, כיוון שלא בכל מקום המשנה מייצגת את דעת רבי יהודה הנשיא. בשני התלמודים יש שאנו מוצאים "מתניתין דלא כרבי", או מתניתה דלא כרבי". ואלה דברי כותב:

אלא שלא תמיד קבע רבי את ההלכה כדעתו כי כך היתה מדת החכמים, שלא להורות הלכה למעשה ושלא לעשות מעשה נגד דעת החכמים.<sup>27</sup>

## 11. עמדת ליברמן

לדעת ליברמן, המשנה היא יצירה ספרותית שמשמרת את הדעות השונות וגם ספר חוקים, וזה לשונו:

אין לנו להתעלם מן העובדה, שהמשנה אינה יצירה ספרותית גרידא. היא גם ספר חוקים. קצת תנאים שינו את נוסח המשנה כדי להתאימו להלכה המקובלת. אך מעולם לא הגיעו שינויים אלו לממדים שהגיעו אליהם השינויים בספרי-המשפט הרומיים.<sup>28</sup>

אם-כן, נוסח המשנה לא נשמר במקורו. כמה מן התנאים שינו אותו כדי להתאימו להלכה שנפסקה. כמה מאמוראי בבל ניסו לקצר משניות מסוימות. ליברמן מסופק אם היו קיצורים מפורשים לעצמם קודם לכן. הקיצורים הם פרשניים, כלומר מעין פירוש שלשמו נתמצו המשניות, וזה לשונו:

נוהג זה היה רווח לגבי חיבורי היוריסטים הרומיים הקלאסיים, פאראפראזות וקיצורים של המשנה שכיחים בייחוד בהבאות מן המשנה שבתלמוד, בהבאות אלו היו פותרים משניות וברייתות יחד, כאילו הן שאובות ממקור אחד, מעין זה ממש אנו מוצאים בחיבורים משפטיים רומיים.<sup>29</sup>

---

משתתפים בו (סנהדרין יז, ב: "הדנים לפני חכמים"). גם בשיבות הפרטיות של התנאים היה כנראה מעין סדר כזה, אבל בפרוטוקול הרשמי כל' בסיכום המשנה שהיה התנא עושה ומשנה לשומעיו, לא הכניס את כל הויכוח, ורק דברי חכמים ולא דברי תלמידים. נשאר מזה דוגמאות אחדות במשנה ובתוספתא" (מבוא כללי לספרות התלמודית, עמ' 35).

<sup>27</sup> אפשטיין מבואות לספרי התנאים, עמ' 226. את אחת הדוגמאות אפשטיין מביא מראש השנה, יט ע"ב: "ועל כסליו מפני חנוכה, ועל אדר מפני הפורים, ואילו נתעברה השנה יוצאין אף על אדר שני מפני הפורים לא קתני, מתניתין דלא כרבי. דתניא רבי אומר אם נתעברה השנה יוצאין אף אל אדר השני מפני הפורים". מכאן שלא תמיד קבע רבי את ההלכה כדעתו.

<sup>28</sup> ש', ליברמן, יוונית ויוונית בארץ ישראל, עמ' 224; ראו, אורבך "הדרשה כיסוד ההלכה ובעיית הסופרים", תרביץ, כז, תשי"ח, 166-182.

<sup>29</sup> שם. על ההגהות מעיר ליברמן שהן היו שכיחות בספרות היוונית הקלאסית, וזה לשונו: "ק' ליהרס מעיר, שמשום שאריסטארכוס הגיה וחזר והגיה פעמים רבות את 'מהדורת' הומירוס שלו נתרבו

כאן נשאלת השאלה אם צעד זה שנקטו התנאים וכמה מאמוראי בבל לא פגע בשיקול דעת העורך. מדברי ליברמן משמע שלא הייתה כל פגיעה בשיקול דעת העורך, כיוון שהשינויים נעשו לצרכים פרשניים. והאמוראים, שהיו כפופים לתנאים, אין להם רשות לשנות את שיקול הדעת של עורך המשנה אלא לעסוק בצד הפרשני בלבד. מדברי ליברמן יוצא אפוא ששתי מטרות היו לרבי יהודה הנשיא: לעשות את המשנה ילקוט של תורה שבע"פ, שמטרתו לשמר את שיקול הדעת הקיים, ולחבר ספר פסקים.

## 12. עמדת אורבך

אורבך סובר שאין לדבר על שיטה אחידה, ואין לקבוע שרבי יהודה הנשיא נהג בעריכת המשנה לפי עיקרון אחד. לשיטתו, אין לקבל את השיטה של אפשטיין, שהמשנה היא ספר פסקים, ואין לקבל את שיטת אלבק, שהמשנה היא ילקוט לתורה שבעל-פה. לדעת אורבך, רבי יהודה הנשיא השאיר משניות שסידרו ראשונים בלשונם ובסגנונם והציג במשנה דעות שנראו לו כדעות חכמים או סתם משנה ושנה משניות על פי הכרעתו בין דעות חלוקות. כל זה על פי שיקול דעתו, וכך כתב אורבך:

חלוקות הדעות בדבר דרכו של רבי ומגמתו בעריכת המשנה ואין בידינו עדות מפי רבי עצמו. כל הנאמר עליהן מבוסס על המשנה עצמה ומקבילותיה ועל דברי האמוראים שהם היו מפרשיה. נראה שאין לדבר על שיטה אחידה ואין לקבוע שנהג בעריכת המשנה לפי עקרון אחד וכולל. בעצם מעשה המבחר והצירוף מתוך קבצי משניות שונות היה משום הכרעה.<sup>30</sup>

אורבך מוסיף בהמשך דבריו שרבי יהודה הנשיא גדל בבתי המדרש של חכמים רבים מתלמידיו של רבי עקיבא, ומהם קנה לו שיטות שונות בלימוד התורה על ידי שהכיר את החכמים ושיקול דעתם. רק אישיות בעלת עוז רוח ובעלת הכרה ומעמד שאפיינה את רבי יהודה הנשיא יכלה לאחד את תורתם של חכמים ולתת לדורו ולדורות את המשנה. כלומר

---

הסתורות ברשימות התלמידים. מקצת התלמידים רשמו את השקפותיו הקודמות ולא ידעו שחזר בו לאחר מכן. מכאן המחלוקות התכופות בין תלמידיו וממלאי מקומו על גירסותיו בהומירוס... בזמנו של ר' עקיבא הכל גוף המשנה רק את דעותיהם של ראשי שני הבתים האלה ושל קודמיהם. משנה זו 'פורסמה' ונשתתה. אבל במשך הזמן נצטברו פירושים רבים... וכך נוספה על המשנה העתיקה שכבה חדשה שנתהוותה מתוך הפירושים המאוחרים" (שם עמ' 219-220).

<sup>30</sup> אפרים א' אורבך, ההלכה מקורותיה והתפתחותה, עמ' 191. הנ"ל מוסיף שבמרכזו של הלימוד בבתי המדרש בארץ ישראל ובבבל עמדה משנתו של רבי, והמגמה העיקרית בתלמוד הייתה קביעת ההלכה. לידיעת שיקול דעת החכמים נדרש נוסח המשנה ופירושה, השוואתן של ברייתות למשנה וביורר ההלכות הנוהגות. חשוב להדגיש שלצד לימוד ההלכה בבתי מדרש וחיידוד שיקול הדעת על ידי הלומדים הוסיפו לפעול בתי דין ודיינים, שחובתם להפעיל שיקול דעת בהכרעה שקדמה לזו של בתי המדרש.

לפי אורבך, מגוון שיקולי דעת חכמים, וכלשונו: "משניות של בתי מדרש שונים שוות ערך", הפכו למשנה אחת שנערכה על פי שיקול דעתו של רבי יהודה הנשיא.<sup>31</sup>

### 13. עמדת דה-פריס

דה-פריס, מסיק שמטרתו העיקרית של רבי יהודה הנשיא היא שהמשנה תשמש תקציר, תורה שבע"פ לתלמידים ולחכמים. מטרה אחרת היא הקודיפיקציה.<sup>32</sup>

לדעת דה-פריס, היה כאן שיקול דעת כיצד לסכם את הספרות שעד ימי רבי יהודה הנשיא ושיקול דעת במגמה הקודיפיקטיבית. דה-פריס שואל מדוע דחתה משנתו של רבי יהודה הנשיא את יתר המשניות, ועל אף הביקורת הספרותית וההלכתית של דורות האמוראים ראו במשנה בסיס מוצק ולא נגעו בה עוד. לשון אחרת – מדוע דחה שיקול דעתו של רבי יהודה הנשיא את שיקולי הדעת שבמשניות קודמיו. דה-פריס סובר שהתלמידים והחכמים העדיפו את שיקול דעת רבי יהודה הנשיא מהנימוקים האלה:<sup>33</sup>

א. משנת רבי הייתה ברורה מכל משנה אחרת, לשונה תמציתית, בדוקה ומוגהת היטב, וכל אלה אף סייעו להפצתה.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> שם 190. עפרה מאיר סוברת שיש להבדיל בין מערכות יחסים שהיו קיימות קודם שנתמנה רבי לנשיא ובין אלה שהיו קיימות בימי נשיאותו. מהמסורות העיקריות על יחסי רבי עם ראב"ש ועם ר' יוסי בן ר' יהודה עולה שהן מדברות ברבי יהודה הצעיר, אך ביסוד המסורות על יחסי רבי עם ראב"ש כשמעון בן חלפתא ובר קפרא מונחת התפיסה שרבי הוא מנהיג הדור. אמנם ההבחנה בין התקופות איננה ברורה תמיד מעל כל ספק, ויש שהיא בבחינת היבט משותף למסורת ארץ ישראל ולמסורת בבל, ואולם בעת שמנהיג עולה לגדולה, הנטייה לשיקול דעתו כפוסק הולכת וגוברת, וכך נתקבלה המשנה בכל קהילות ישראל בארץ ובתפוצות (עפרה מאיר, רבי יהודה הנשיא, דיוקנו של מנהיג במסורת ארץ ישראל ובבבל, עמ' 165).

<sup>32</sup> ב' דה-פריס, מבוא כללי לספרות התלמודית (1966), עמ' 55.

<sup>33</sup> שם.

<sup>34</sup> עפרה מאיר כותבת במחקרה על רבי יהודה הנשיא שמבחינת סדר הזמנים הדעת נותנת שזמן לימודי רבי חופף לזמן של יחסי רבי ואביו בטרם פטירתו, ונראה שהאב הוא שקבע את אופן לימודי רבי. דיוקן ההנהגה של רבי עשיר בכמות ומגוון בתחומי הפעילות ובמעורבות בחיי היחידים, החכמים בחוגו של רבי והציבור. יש 41 מסורות ארץ-ישראליות ו-32 בבליות, וכותבת הנ"ל: "הפעילות הדומיננטית של רבי היתה בתחום פסיקת ההלכה. כמוכן אי אפשר לקבוע אם הכמות נובעת משום שאכן רבי הרבה לפסוק, או משום שהיו לו תלמידים רבים שהרבו למסור ולדון בפסקיו, או משום חשיבותו וסמכותו היה לאמוראים עניין רב בפסיקתו". כלומר רבות משיטותיו שנבעו משיקול דעתו התקבלו על ידי ציבור הלומדים. רבי יהודה הנשיא למד אצל כל חכמי הדור שלפניו, ומשנתו נסמכה לא על שיטת בית מדרש אחד או חכם אחד בלבד אלא על שיקולי דעת רבים מאסכולות שונות. רבי יהודה הנשיא היה תקיף ומכובד וזכה בשני שולחנות, הן כאחד מגדולי החכמים הן במעמד מדיני רם, כשהוא מקורב לקיסר הרומי. בזכות עושרו הרב פרנס תלמידים רבים ובאמצעותם הפיץ את משנתו שנערכה על פי שיקול דעתו בבתי מדרש בארץ ובבבל.

ב. תלמידי רבי יהודה הנשיא, בני דור המעבר מן התנאים לאמוראים, סברו שהתורה שבעל-פה הגיעה לידי חתימה, וראו את שיקול דעתם טפל למשנה בפרט ולספרות התנאים בכלל, לכן ראו עצמם כמפרשים את שיקול דעת קודמיהם ולא מוסיפים עליו.<sup>35</sup>

למדנו אפוא שלדעת דה-פריס, רבי יהודה הנשיא השפיע באישיותו על ציבור הלומדים, ומשנתו דחתה את יתר המשניות, ואף התקבלה כספר פסקים. דה-פריס משווה בין המשנה לקודקס הרומי וכותב:

ולבסוף: אסור למדוד ספר כמו המשנה בקנה מדה מודרני וביחוד לא לגבי הבעיה שלנו, קומפנדיום או קודקס. קודקס במובן מודרני קיים רק בזמנו של נפוליאון, ואף הקודקס הרומי דומה בהרכבו של שכבות, דעות וסתירות בהרבה למשנתנו.<sup>36</sup>

דה-פריס סובר שהמשנה היא ספר קודיפיקאטיבי, אולם יש להבדיל בין ספר קודיפיקאטיבי שנערך בתקופה קדומה כתקופת המשנה ובין ספר קודיפיקאטיבי מודרני.

## 14. עמדת מלמד

### 14.1 מטרת רבי יהודה הנשיא ומקום בירור הספקות

לדעת מלמד, רבי יהודה הנשיא ערך את המשנה לאחר בירור שיקולי הדעת השונים, וזה לשונו:

רבי ערך אפוא את המשנה לאחר בירור ספקותיו בבית הוועד.<sup>37</sup>

מלמד סובר שרבי יהודה הנשיא קבע את שיקול דעתו בקובץ פרטי, כלומר מלבד המשנה הרשמית של הישיבה, היה לרבי יהודה הנשיא קובץ אישי, ובו הביא את שיקול דעתו. ואולם המשנה היא משנת בית הוועד, ובה מובאות ההלכות שנקבעו על פי שיקול דעת

<sup>35</sup> ב' דה-פריס, מבוא כללי לספרות התלמודית, עמ' 58.

<sup>36</sup> שם, עמ' 57.

<sup>37</sup> מלמד, פרקי מבוא לספרות התלמוד, עמ' 119. ב' דה-פריס כותב שבבית הוועד דנו ולמדו, ואלה דבריו: "מעשה נראים הדברים שלא רק שדנו בבית הוועד בבעיות קונקרטיות או בבירור מחלוקת, אלא למדו שם הלכות לפי סדר המשנה והנשיא היה כנראה פותח במסכת מסוימת, כפי היוצא מן הסיפור על התנגשות בין רשב"ג לר"מ ור"ן במסכת הוראת בבלי יג, ב... את דבריו מסר ל"תנא" שהרצה אותם בתוך הרצאת הדברים היה שונה כנראה את הדעות והיה מתפתח ויכוח שגם תלמידים (כלי חכמים בלתי נסמכים) היו משתתפים בו, (סנהדרין יז, ב: "הדנים לפני חכמים"). גם בישיבות הפרטיות של התנאים היה כנראה מעין סדר כזה אבל בפרוטוקול הרשמי כלי בסיכום המשנה שהיה התנא עושה ומשנה לשומעיו, לא הכניס את כל הויכוח, וכן דברי חכמים ולא דברי תלמידים" (דה-פריס, מבוא כללי לספרות התלמודית, עמ' 36).

בית הוועד, ופעמים ששיקולים אלה סותרים את דעת רבי יהודה הנשיא. לדעת מלמד, קבצים פרטיים שבהם שיקול דעת אישי היו אף בידי תנאים אחרים. יוצא אפוא שמלמד סובר כאפשטיין, שכוונת רבי יהודה הנשיא הייתה לערוך ספר קודיפיקאטיבי, אך הפסיקה נקבעה על פי שיקול דעתם של חכמי "בית הוועד". מלמד מוצא חיזוק לשיטתו באמרו שרבי יהודה הנשיא ערך את המשנה ועשה חטיבה אחת, ומי שאינו בוחן את מבנה המשנה היטב, לא יבחין בשכבות השונות, כלומר לשיטת מלמד, הייתה כאן מטרה לטשטש את השכבות השונות של המשנה וכך ליצור ספר קודיפיקאטיבי.<sup>38</sup>

## 15. דרכה הקודיפיקאטיבית של המשנה

ראינו שיש הרואים במשנה ילקוט תורה שבעל פה, ויש הרואים בה ספר קודיפיקאטיבי וסוברים שאין פסקי ההלכה במשנה כספר חוקים רגיל. בעולם המשפט יש שתי דרכים מקובלות להוראת חוקים: הדרך ה"קאזואליסטית", שבה הדין מובע באמצעות תיאור מקרה עובדתי, ודרך ההכללה הנורמטיבית, ולפיה החוק מנוסח ניסוח מופשט ונעדר המחשה. בדרך כלל המשנה מנוסחת ניסוח קאזואליסטי. היא מביאה דוגמאות רבות מן החיים, ובאמצעותן הלומד מנסח את העיקרון המשפטי המופשט. יש שהמשנה משלבת ניסוח קאזואליסטי ונורמטיבי: תחילה היא מפרטת דוגמאות ולבסוף מסכמת בהכללה או להפך. לעתים רחוקות באה במשנה הלכה

<sup>38</sup> הספרות שנשארה מחוץ למשנה, השתמשו בה במשא ומתן שבבית המדרש, כדי להבין את שיקול דעת המשנה, וכותב מלמד: "וכן נתחברו קבצים בימי בניו של רבי, אבל משנתקבלה משנתו של רבי ונעשתה ל'המשנה' (בה"א הידיעה) למשנתנו... נעשו כל המשניות, למשניות חיצוניות... ובקיצור 'ברייתא' או 'מתניתא' אבל הן נדחו לקרן זוית, השתמשו בקטעים מהן במשא ומתן שבבית המדרש ב'תלמוד' של תנאים' בשביל פירושה של משנתנו אפי' בדורו של רב עורך המשנה" (מלמד, מבוא לספרות התלמוד, עמ' 24 ואילך). לדעת מלמד, רבי יהודה הנשיא השאיר ספרות מחוץ למשנה, כדי שבה יעזרו הלומדים על פי שיקול דעתם להבין את הקודיפיקאציה במשנה, וזה המשך דבריו: "כיצד היה סדר לימודם? שהנשיא היה פותח ושונה משנה מסוימת, והחכמים נושאים ונותנים בהלכה, ותלמידיהם דנים לפניהם. כל הויכוח והמשא ומתן והראיות שמסביב להלכה הפסוקה נקרא 'תלמוד'. ה'תנא' של בית המדרש – בימי רבן שמעון בן גמליאל היה ר' יעקב בן קורשאי – היה שונה את המשנה (ההלכה הפסוקה) הרשמית, שלפעמים כללה אף את המחלוקת בהלכה, אבל לא כללה את דיוני התלמידים ואף לא את הויכוח בין החכמים. עם ריבויים של בתי המדרש, ביחוד בימי תלמידיו של ר' עקיבא, רבו גם קבצי המשניות ורבו גם המחלוקות. ר' יהודה הנשיא, שהיה תלמידם של כל אחד ואחד מתלמידי ר' עקיבא, שאף לעשות מכל הקבצים קבץ משנה אחד, שבו יבואו כל פסקי ההלכות ויתקבל בכל בתי המדרש כקודקס רשמי. התורה שלמד מפי ר' מאיר וחבריו וקבצי המשניות שהיו לפניו שימשו לו אבני בנין לאותו ארמון מפואר שהשאיר לדורות. ביסוד בנינו הניח את הקובץ הרשמי של בית הנשיא, הוא רבן שמעון בן גמליאל אביו, שנמסר לו על ידי ה'תנא' ר' יעקב בן קורשאי, שהכיל גם ממשניותיהם של תלמידי ר' עקיבא בלשונן." ; ראו, דברי מלמד "המעשה במשנה כמקור להלכה", סיני, מו, תש"ך, עמ' 152-166.

המנוסחת ניסוח משפטי ללא דוגמאות.<sup>39</sup> דרך ניסוח זו אין עניינה צורה בלבד. אלון סובר שהיא מביעה את דרכה ואת יכולת התפתחותה של ההלכה העברית, כלומר בדרך הפתרונות המיוחדים לכל בעיה ממשית יש בהלכה גמישות רבה בפתרון בעיות חדשות. על שיקול הדעת בפסיקה כותב אלון:

הבעיה החדשה נפתרת על ידי דימויה לבעיה קודמת שכבר נפתרה, ומידת הדימוי תלויה בעובדות הממשיות שבכל בעיה ובשיקול דעתו של פוסק ההלכה, אם לצמצם או להרחיב את חלותה של ההלכה הקודמת.<sup>40</sup>

לדעת אלון, הניסוח הקאזואליסטי במשנה הטביע את חותמו על כל הקודיפיקציות של ההלכה שבאו לאחר המשנה. דרך הניסוח המקובלת הייתה ונשארה הדרך הקאזואליסטית כדי לאפשר מרחב שיקול דעת בידי חכמי ההלכה.<sup>41</sup>

## 16. סיכום ומסקנות

הצגנו את השאלה מה הייתה כוונת רבי יהודה הנשיא בעריכת המשנה. האם התכוון לערוך ספר קודיפיקאטיבי או להביא לאומה "ילקוט תורה שבעל פה". הצגנו כאן חמש הצעות לענות על השאלה:

### 16.1 המגמה הקודיפיקאטיבית

רב שרירא גאון; הרמב"ם; אפשטיין; מלמד.

---

<sup>39</sup> המשפט העברי, עמ' 879. עיון בספרי חוקים של ימינו מראה שבדרך כלל כשהניסוח נורמאטיבי, יש עקרונות משפטיים בהעדר דוגמאות קאזואליסטיות. לא כן ניסוח המשנה: סגנונה תמציתי, צח וברור, מועט המחזיק את המרובה. אף הרמב"ם כותב שלא בחר בלשון המקרא, משום שהיא מצומצמת מכדי להביע בה את כל הדינים, ולא בלשון התלמוד, משום שהארמית זרה היא לרוב העם, ולא נותר אלא לבחור בלשון המשנה.

<sup>40</sup> המשפט העברי, עמ' 883-884.

<sup>41</sup> דוגמה לניסוח קאזואליסטי מצויה במשנה במסכת בבא בתרא ב, א. המשנה באה לקבוע עיקרון מהותי בדיני נזיקין, ולפי העיקרון שבמשנה, גם אדם הפועל ברשותו, בחצרו, חובת זהירות מוטלת עליו לבל יגרום נזק לשכנו, לפיכך הוא חייב להרחיק את כל החפירות שלושה טפחים מכותל של שכנו, גם אם חפר ברשותו, ולסודן בסיד, כדי שלא יחלחלו המים האצורים בחפירות לכותל בורו של חבריו ויזיקו לו. המשך המשנה הוא דוגמה מובהקת לדרך ניסוח קאזואליסטית. הנורמה המשפטית המוסקת מן הדוגמאות הממשיות המרובות שבמשנה היא שאסור לאדם ליצור דבר העלול להסב נזק לחברו אפילו ברשותו הוא, ומוטל עליו להרחיק את הדבר המזיק בשיעור שלא ינזק חברו, אלון אומר בהמשך דבריו שהיה אפשר להביע את הרעיון שבכל המקרים הממשיים המובאים המשנה אגב קביעת עיקרון זה כנורמה מופשטת ולא להביא דוגמאות. עוד דוגמאות ראה אלון, המשפט העברי 879 ואילך.

רבי יהודה הנשיא, שמטרתו הייתה לקבוע קובץ חוקים מחייב, משנה ברורה והלכה מוכרעת על פי שיקול דעתו, עשה זאת ברמזים ובעקיפין, סתם את ההלכה בלשון "חכמים" בהסתמכו על כללי הפסיקה ועל דרכים אחרות.

## **16.2 מגמה ליצור "ילקוט תורה שבעל-פה"**

רב סעדיה גאון; רב ניסים גאון; ר' שמואל הנגיד; המאירי; אלבק; גולדברג. רבי יהודה הנשיא מטרתו הייתה להכניס למשנה את ההלכות והדינים שהיו מקובלים וידועים בימיו, ועל פי שיקול דעתו השאיר כמה הלכות מחוץ למשנה. הנושאים סודרו לפי ענייניהם ונושאייהם, כדי שיהיה אפשר למצוא כל הלכה במקומה בדרך נוחה, והתורה לא תשתכח.

## **16.3 מגמה משולבת**

רש"י; ליברמן; אורבך; דה-פריס. רבי יהודה הנשיא, השאיר משניות שסדרו ראשונים, והשאיר בלשון ובסגנון, ועל פי שיקול דעתו כלל במשנה משניות שנראו לו כדעת חכמים או סתם משנה.

## **16.4 מגמה פדאגוגית**

גולדברג סובר שלרבי יהודה הנשיא הייתה גם מטרה פדגוגית. הוא הכניס למשנה חלק חשוב מהספרות שהייתה בימיו, ועל פי שיקול דעתו ניפה חלק אחר מהספרות והשאירו מחוץ למשנה כדי להקל על הלומד.

## **16.5 ניסוח המשנה**

מצאנו שצורת הניסוח אין עניינה צורה בלבד, אלא היא מביעה את דרכה ואת יכולת התפתחותה של ההלכה על פי שיקול דעת הפוסק. בדרך כלל הניסוח קאזואיסטי, ויש שהמשנה משלבת ניסוח קאזואיסטי וניסוח נורמטיבי זה בזה, ולעתים רחוקות המשנה מנסחת את ההלכה בניסוח נורמטיבי.



## פרק שני

### תקופת הגאונים

#### 1. ההתנגדות לקודיפיקאציה

בימי גאוני בבל וארץ ישראל הרבו לחבר ספרי פסיקה. כמה מן החיבורים החשובים הם "הלכות פסוקות" ו"הלכות גדולות", שנשמרו כמעט במלואם. מפעלם של כמה מראשי הגאונים היה להוציא מן התלמוד את מסקנת הסוגיות, ללא משא ומתן תלמודי וללא מחלוקות, ולפסוק הלכה למעשה. לדעת ברודי, מגמה זו התבקשה משנהיה התלמוד יצירה מוגמרת ומחייבת. מגמה זו יש לראות בה חידוש מרחיק לכת, והיא תחילת המפעל הספרותי של תקופת הגאונים.<sup>1</sup>

על הניגוד בין המגמה לחבר ספרי קודיפיקאציה ובין המגמה ההפוכה לראות בתלמוד עצמו, עם כל המשא ומתן שבו, ספר הלכות, אפשר ללמוד מן השאלות שנשאל רב פלטוי גאון:

איזה עדיף ומשובח, לעסוק בתלמוד או בהלכות קטועות ולא שאלנו דבר זה, אלא שרוב העם מטיין אחר הלכות קטועות ואומרים מה לנו ולקושיות התלמוד.

על זה משיב רב פלטוי גאון:

רוב העם מטיין אחר הלכות קטועות ואומרים מה לנו ולקושיות התלמוד לא יפה הן עושין ואסור לעשות כן, שהם ממעטין בתורה וכתוב יגדיל תורה ויאדיר אף עוד אלא שגורמים לתלמוד תורה ח"ו שישתכח לא נתקנו הלכות קטועות לשנן בם אלא למי שלמד תלמוד כולו ועוסק בו, אם מסתפק לו דבר ואינו יודע לפרשו מעיין בהם.<sup>2</sup>

נמצא שרוב העם העדיף הלכות פסוקות, לידע מה אסור ומה מותר, על-פני לימוד הסוגיה

התלמודית והמשא ומתן שבה והפעלת שיקול דעת כדי לפסוק הלכה למעשה. בזה ראה רב

---

<sup>1</sup> ברודי, צוהר לספרות הגאונים, עמ' 112. הוא כותב בהקדמה לספרו שתקופת הגאונים היא אחת התקופות החשובות והמרתקות אך לא מוכרת דיה בתולדות ישראל. זמנה מאמצע המאה השישית לספירה עד אמצע מהמאה האחת-עשרה. הגאונים ובני ישיבותיהם הפכו את התלמוד, בעיקר הבבלי, לסמכות המעשית העליונה ביהדות. אלון כותב שמן המאה השמינית יש בידינו ספרות הלכתית ענפה מתקופת הגאונים, ובה עדות לפעילות גוברת בתחום הקודיפיקאציה של ההלכה. ספרי הפסיקה שבתקופת הגאונים מופיעים בכמה צורות ספרותיות, אך המשותף לכולם הוא שאפשר למנות אותם עם סוגי ספרי ההלכות, כלומר מגמתם העיקרית והמוצהרת היא להביא ולקבץ את המסקנה והפסיקה, כאשר קדם לה דיון קצר ותמציתי במקורות התלמודיים והבתר-תלמודיים, שהם היסוד למסקנה (המשפט העברי, עמ' 949).

<sup>2</sup> תשובות הגאונים, חמדה גנוזה, ירושלים תרכ"ג, סי' ק. דיון מפורט ראה דנציג, מבוא לספר הלכות פסוקות, עמ' 53-54 ; 285-286.

פלטוי גאון שתי סכנות: <sup>3</sup> מיעוט התורה ושכחת התורה.<sup>4</sup>

רב פלטוי גאון מתנגד למנהג רוב העם להעדיף ספרי פסיקה ולהפוך אותם לבסיס לימודי סדיר. אך בתשובתו משתקף יחס דו-ערכי לקודיפיקאציה. הגאון רואה בהם ספרי עזר למי שכבר שנה את תלמודו כולו ומסתפק בדבר מסוים.

בימי הגאונים עסקו בכל תחומי היצירה של הספרות הרבנית, אך גדולה מזו היא תרומתם לספרות הפסיקה. גינצבורג סובר שהצעד החשוב של הגאונים היה הפיכת התלמוד הבבלי לספר החוקים של האומה, וזה לשונו:

שהפעולה החשובה ביותר של הגאונים היא זו שלקחו את התלמוד הבבלי... שהוא בעיקרו ספר מקורות, אנציקלופדיה של היהדות בסוף תקופת האמוראים, ועשו אותו לספר החוקים של האומה הישראלית, שעל פיו היא מתנהגת עד היום בכל ארצות פזוריה מטרה זו השיגו הגאונים בעיקר ע"י ספרי הפסקים שחברו ועל ידי התשובות הרבות שהשיבו לשואליהם הקרובים והרחוקים.<sup>5</sup>

המניע שהביא גינצבורג לחיבור ספרי הפסיקה בתקופת הגאונים לא הובא בתשובת רב פלטוי גאון, אך אפשר שנרמז בתשובתו:

<sup>3</sup> בשיבה הארץ ישראלית, שלא כמו באחותה הבבלית, שלטו בכיפה מספר קטן של משפחות. כאן לא היה נדיר שבן יירש את מקום אביו בגאונות, או כמה בנים של הגאון יתפסו משרות נכבדות בשיבה בעת ובעונה אחת. מבנה ההנהגה בשיבה היה שונה מן המקובל בשיבה הבבלית אף בהגדרת המשרות. כמו בבבל אף בארץ ישראל כונו שני החכמים שבראש הישיבה "גאון" ו"אב בית דין", אך בעלי הדרגות הנמוכות מהם קיבלו תארים על פי מקומם הסידורי: השלישי בשיבה (ולעתים קרובות, בקיצור, "השלישי"), הרביעי בשיבה, וכן הלאה, עד השביעי בשיבה. תואר אחר, שאפשר שהיה שווה לתואר "ריש כלא" או "אלוף" הבבלי, היה "חבר". תואר זה ניתן לחכמים חשובים מחוץ לכותלי הישיבה – הן לחכמים שנשלחו על ידי הישיבה לעמוד בראש קהילות שב"רשותה", הן לחכמים בעלי שיעור קומה, שהישיבה רצתה לכבדם ולהדק את קשריה עמם. הקשרים עם קהילות בעולם היהודי היו חשובים מאוד הן עבור הישיבה הן עבור הקהילות. חכמי הישיבה יעצו לאנשי התפוצות לא בעניינים הלכתיים בלבד אלא אף בעניינים קהילתיים רבים, והישיבות היו תלויות במידה ניכרת בתמיכה הכספית והפוליטית של אנשי התפוצות. קשרים אלה לא הצטמצמו לאזורי הרשות הרשמיים; הם הקיפו גם אזורים כגון סיציליה ואזורים באיטליה, שכנראה היו קשורים למרכז הארץ-ישראלי עוד בתקופה קדומה, כשנכללו כולם יחד באמפריה הביזנטית. ואולם הקשרים החשובים מכולם היו עם הקהילה היהודית במצרים, שנהנתה הן משגשוג כלכלי הן מקרבתה למושב הח'ליפות הפטימית.

<sup>4</sup> ממצאי הגניזה מלמדים שהיו עוד חיבורים קודיפיקאטיביים, שברובם מבוססים על חיבורים קלאסיים, כגון הלכות פסוקות והלכות גדולות. אפילו רב האי גאון הודה שבצעירותו נגרר אחרי פסיקה של חיבור "הלכות קטנות", ולאחר זמן הגיע למסקנה שדרך זו מוטעית. (דנציג, מבוא לספר הלכות פסוקות, עמ' 243-261).

<sup>5</sup> אסף מביא את דברי גינצבורג ללא ציון מקור (אסף תקופת הגאונים קמז); ירחמיאל "כלום היו הגאונים מחוקקים", שנתון המשפט העברי, ירושלים יא-יב, עמ' 279.

לא נתקנו הלכות קטועות לשון בם אלא למי שלמד תלמוד כולו ועוסק בו  
אם מסתפק לו דבר ואינו יודע לפרשו מעיין בהם.<sup>6</sup>

כלומר מי שקצרה בינתו להפעיל שיקול דעת הלכתי בלימוד התלמוד יכול להיעזר בספרי  
הפסיקה, וכך יחדור התלמוד לכל שכבות העם.<sup>7</sup>

## **2. המניעים לקודיפיקאציה בתקופת הגאונים**

### **2.1 מניעים היסטוריים**

אלון רואה בגורם פנימי היסטורי תנופה לחיבור ספרי פסיקה. לדבריו, משקמה כת הקראים  
בבבל במחצית המאה השמינית וכפרה בהלכה היהודית המסורתית, נוצר צורך חיוני לחבר  
ספרות פסיקה ענפה שתגבש את עמדת היהדות המסורתית נגד השקפת הקראים, והיות  
שהמסורת היהודית המקובלת איננה מוצגת בבירור בתלמוד עם המשא והמתן ומגוון שיקול  
הדעת שבו, ואלה דברי אלון:

נגד הקראים, שכפרו בתורה שבעל פה המסורה בידי חכמי ההלכה...  
נלחמו הגאונים החל מרב יהודה גאון מלחמת תנופה רבתי שנמשכה  
כמאתיים שנה. במלחמת דעות זו חיברו הגאונים וחכמי ההלכה ספרות  
הלכתית ומחשבתית ענפה וגדולה, ומסתבר שאחד האמצעים החשובים  
לגיבושה של עמדת היהדות המסורתית המבוססת על דיני התורה שבעל  
פה היה חיבור של ספרים אשר יבהירו ויסכמו בצורה נוחה ותמציתית,  
את הלכות ודיני התורה שבעל פה.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> כדי להבין את הדברים ראוי להדגיש שכמעט כל החיבורים הכלולים בספרות הקלאסית, כגון המשנה, שני  
התלמודים והמדרשים הקלאסיים, הם יצירות כמעט קיבוציות. בכל חיבור יש תערובת של דברים המיוחסים  
לחכמים שונים בדורות שונים. ואולם אחד החידושים בתחום הפסיקה הוא חיבורי הלכה מונוגרפיים, ויש  
לזקפם לזכות רב סעדיה גאון. המוכר מבין חיבורי רב סעדיה גאון הוא "ספר הירושות", שגילה הביבליוגרף  
מ' שטיינשניידר, לאחר שזיהה באוקספורד כתב יד של המקור בערבית. בנוסח הזה אין ציוני מקורות  
תלמודיים או אחרים. החוקרים טוענים שבספר המקורי היו מקורות רבים, והם הושמטו בנוסח שבכתב יד  
אוקספורד. בספר המקורי המחבר מביא בתמצית את המקור התלמודי שעליו התבסס, ובו רמז לשיקולי  
הפסיקה של המחבר (מילר ספר הירושות, עמ' 1-53; גינצבורג, גאוניקה א, עמ' 166; והשווה אברמסון,  
עניינות בספרות הגאונים, עמ' 232-233).

<sup>7</sup> ראו לעיל דברינו בשיטת רש"י והחוקרים ליברמן, אורבך, ודה-פריס, פרק ראשון סעיפים 5, 11, 12, 13.

<sup>8</sup> אלון, מניעים ועקרונות בקודיפיקאציה של ההלכה, גילין כו (תשנ"ז) עמ' 77. הנ"ל סובר שההיסטוריה  
העברית, הן מבחינת יחסיה עם אומות העולם הן מבחינת המשברים שעברו עליה בתוך המחנה פנימה, הייתה  
אחד הגורמים החשובים לחיבורה של קודיפיקאציה למערכת ההלכה, וזה לשונו: "פיזור של האומה הביא  
לא רק לחשש של שכחת ההלכה ואי-ידיעתה, אלא השפיע הוא השפעה מרחיקה לכת גם עם אחידותה של  
ההלכה. במרכז היהדות השונים נוצרו והתגבשו דינים ומנהגים השונים אלה מאלה, והנדודים, עקירתן של  
קהילות ממקום אחד ושתילתן מחדש במקום אחר, עוררו שורה שלמה של בעיות הלכתיות ושל ניגודי מנהגים

הקראים הרבו לנצל את מגוון שיקולי הדעת שהתבטא במחלוקות חכמים וראו בהם ראיה לחוסר אמתותה של המסורת הרבנית. ביטוי לתמיכה בגישה זו בקרב הקראים מצוי באימרה המיוחסת לענן בן דוד: "חפישו באורייתא שפיר ואל תשענו על דעתי".<sup>9</sup> אמרה זו מבטאת את הדעה שהכול נמצא בתורה הכתובה ומפורש בה עד תום, וכל אדם יכול להבינו על בוריו, ואין שיטות שונות. המסר האלוהי לאדם הוא מוחלט, ואין צורך בסמכות חיצונית ובשיקול דעתה.<sup>10</sup> ענן בן דוד אף מדגיש "ואל תשענו על דעתי".

הדים לפולמוס, שבין הקראים ובין הרבנים בתקופת הגאונים מתבטאים בדבריו של רב סעדיה גאון. לדעתו, לא כל מה שנראה במבט ראשון כמחלוקת חכמים הוא אכן מחלוקת. הוא מחלק את סוגי המחלוקות לשלושה מצבים הכרחיים, וזה לשונו:

א. חכם הרואה את עצמו כחולק על חבריו והקניטו כדי שיוודע לו על ידי כך טיב דעתו... ב. הדבר נשמע מפי הנביא בשני אופנים שונים: באופן אחד הוא מותר ובשני אסור, וקדם אחד מן החכמים והזכיר את האופן המותר ובא השני והזכיר את האסור, ודברי שניהם צודקים, כי הדבר ההוא אומנם מותר באופן אחר ואסור באופן אחר... ג. אחד מן החכמים

---

ודינים בין התושבים לבין אלה שהצטרפו אליהם מחדש". (אלון, מניעים ועקרונות קודיפיקציה של ההלכה, משרד החינוך והתרבות, המחלקה לתרבות תורנית, ירושלים, תשכ"ח, עמ' צב ואילך). נראה שמניעים אלה החלו להשפיע כבר בתקופת הגאונים ובעיקר בתקופות שלאחריה.

<sup>9</sup> הרכבי, זכרון לראשונים, עמ' 132; הפולמוס בין הקראים ובין העם ששמר על המסורת היהודית שרר אף בארצות אשכנז, רק לא באותה מידה ששרר במצרים. וכותב איידלברג בספרו "בנתיבי אשכנז", עמ' 132-135: "רק במאה הי"ג הקראים נזכרים בספרות הרבנית של יהודי גרמניה לעתים יותר קרובות. כך למשל מזכיר אותם ר' משה... אחד מבעלי התוספות שישב בגרמניה במאה הי"ג, מספרו 'כתב תמים' מסתבר שר' משה... עיין בספרי קראות. בחיבורו הוא מבקר בחריפות את הקראים, ומכנה אותם בשם מינים, 'בגלל [שכתבו] דברים ניאוצים' על לימוד המשנה והתלמוד. ר' משה מזכיר ספר קראי שהגיע לרגנסבורג ואלו דבריו: 'והגידו לנו שאותו ספר המעוקל בא מבבל לרוסיה, ומרוסיה הביאו [אותו] לרגנסבורק. מעניין גם שב'ספר חסידים' לרבי יהודה החסיד (כתב יד פארמה) מסופר על הקראים: 'שעשו בית כנסת והיו אומרים שם מזמורים וקוראים בתורה'. בקטע זה אין הקראים נזכרים לגנאי, ואינם מכונים בשמות: מינים וכותים. מאידך גיסא לא מצינו בשום מקור בתולדות ימי הביניים של יהודי גרמניה שישבו שם קראים ושבנו שם בית כנסת משלהם. מסתבר שקטע זה הוא הוספה שמקורה לא ידוע, שהרי 'ספר חסידים' הוא בעיקרו פרי כינוס של כשלושה דורות ומקורות סיפוריו לא תמיד ידועים לנו. יש לציין שבכתב היד של 'ספר חסידים' שנדפס בבולוניה בשנת רצ"ח חסר לגמרי הקטע על הקראים. מאידך נזכרת ב'ספר חסידים' נוסח דפוס בולוניה, תשובת ר' משולם ב"ר קלונימוס, אשר בכתב-יד פארמה לא נזכרת. מקור נוסף שיש בו איזכור של קראות, הוא ספרו של ר' מאיר הכהן מרוטנבורג 'הגהות מיימוניות' למשנה-תורה לרמב"ם, הלכות שבת ראשית פרק כ"ז. שם נזכרת תשובת ר' משולם ב"ר קלונימוס, ולא יותר". וראה עוד א' הרכבי, זכרון לראשונים: ליקוטי קדמוניות לקורות דת בני מקרא, סנט פטרבורג 1903 עמ' 132.

<sup>10</sup> L. Nemoy, *Aman ben David, a Re Appraisal of Historical Data*, Semitic studies in Memory Immanuel Leav, Budapest 1947 pp. 239-248.

שמע דבר בנפשו שהוא שלם, ואחרים חלקי ודימה שמעו סופו של דבר,  
וכשהזכיר הראשון מה שעלה על דעתו, טענו נגדו ואמרו: אנו שמענו סופו  
של דבר והוא מצמצם את שמועתך אתה<sup>11</sup>

רב סעדיה גאון מסביר שמגוון שיקולי דעת אין בו כדי להעיד על העדר אמת במסורת  
הרבנית, אלא מדובר בעיקר בטעויות אנוש,<sup>12</sup> ודוחה את דברי הקראים, שמגוון שיקולי דעת  
והעדר דעה אחידה מעידים על העדר אמת במסורת הרבנית. הוא נמנע מלנמק את תופעת  
ריבוי המחלוקות בהיחלשות הכוח האינטלקטואלי בהפעלת שיקול הדעת בימי תלמידי  
שמאי והלל, כמשתמע מתוך עיון בדברי הרמב"ם. וכך כתב הרמב"ם:<sup>13</sup>

כמו שלא נמצא מחלוקת בין שמאי והלל אלא בהלכות יחידות... וכאשר  
נתמעטה דרישת תלמידיהם, ונחלש היקשם ביחס להלל ושמאי רבותיהם  
נפלה המחלוקת ביניהם בעת העיון בדברים רבים. ששני אנשים אם יהיו

---

<sup>11</sup> פירושי ר' סעדיה גאון לבראשית, מהד' מ' צוקר, עמ' 187-188. בעניין הפולמוס ראה ש' אסף, "סברי  
פולמוס של קראי קדמון נגד הרבנים" תרביץ ד (תרצ"ג) עמ' 35 ואילך;

J. Roth, *Justification for Counterversy Under Jewish Law*, California Law Review 76 (1988).  
pp. 338-387.

<sup>12</sup> יש הסוברים שהזכרת דעות דחיות במשנה אין בה כדי להעיד על ערכן העצמי אלא מעוגנת בשיקולים  
אחרים. וכך שנינו במשנה בעדויות א, ד: "ולמה מזכירין את דברי שמאי והלל לבטלן ללמד לדורות הבאים  
שלא יהא אדם עומד על דבריו, שהרי אבות העולם לא עמדו על דבריהם". (וייס, דוד דור ודורשיו, ב, עמ' 59  
הע' 3;

W. Halivni, *Peshat and Derash*, New York and Oxford 1991, pp. 163-167

<sup>13</sup> ההסתייגות מתורה שבעל פה רווחה בקרב כיתות בימי קדם, וכותב סילמן בספרו "קול גדול ולא יסף" (עמ'  
22-23): "תמיכה נחרצת וברורה יותר בגישה זו רווחה בקרב כיתות שהסתייגו באופן עקרוני מתורה שבעל פה  
במשמעותה המקובלת במחשבה הרבנית, כתורה שפרשנותה המוסמכת ושאלה הרחבתה (במובן מן המובנים)  
מסורה לחכמי תורה בלבד. בתקופת בית שני מוצאים אנו תומכים בגישה זו בקרב הצדוקים, ובימי הביניים  
בקרב הקראים". לדעת הצדוקים, כוונת כתבי הקודש מתמצה עד תום בחד-משמעיותם המילולית: '[תורה]  
כרוכה ומונחת בקרן זוית, כל הרוצה ללמוד יבוא וילמוד' (קידושין סו ע"א). ומכאן שאין מקום כלל להזדקק  
לפרשנותם של חכמי התורה (שם). ביטוי לקוני לתמיכה בגישה זו בקרב חכמי הקראים מצוי באמרה  
המיוחסת לענן בן דוד: 'חפישו באורייתא שפיר ואל תשענו על דעתי'. אמרה זו מבטאת את הדעה שהמסר  
האלוהי לאדם בתורה הכתובה, כבר מפורש ומבואר עד תום, ומכאן שבידי כל אדם להבינו על בוריו בכוחות  
עצמו, לפחות באופן עקרוני, מבלי שייזקק לתיוכה של סמכות חיצונית כלשהי. ביתר פירוט ופירוש מבוארים  
הדברים בדבריו של סהל בן מצליח הכהן, חכם קראי בן המאה העשירית, הכופר בצורך בסמכות מיוחדת  
כלשהי כדי להבטיח הבנה נכונה של כתבי הקודש – סמכות שהיתה כרוכה, מעצם טיבה, בהענקת יתרון  
לראשונים על פני האחרונים. בעקבות זאת, הוא מטיל את מלוא האחריות האישית על כל יחיד לגילוי אמיתה  
של תורה."

שקולים בתבונה ובעיון העיקרים אשר יולידו מהם לא תיפול ביניהם מחלוקת כלל במה שיוציאוהו בהיקש, ואם תיפול תהיה מועטה.<sup>14</sup>

לדעת הרמב"ם ריבוי שיקולי הדעת בהלכה נובע מהיחלשות הכוח השכלי ללימוד מידות שהתורה נדרשת בהן. ואולם נימוקו של רב סעדיה גאון בא לשמש מענה לטענת הקראים הנזכרת לעיל.

## 2.2 ריבוי החומר

לעתים קרובות ריבוי הדברים והקושי שלהם משמשים נימוק לחיבור ספרי ההלכה, למשל, הנימוק "ריבוי הדברים" משמש גורם לחיבור הספר "הלכות פסוקות" של רב יהודאי גאון:

עד שבא מר יהודאי גאון זצ"ל. והוא היה חכם גדול כראשונים ז"ל והוא קצב ומפלפל חכמתו הלכות גדולות והלכות קטועות והלכות קצובות לעיין בהם ולסמוך על דבריהם בני אדם שאין מספיקין לסדרים למסכתות.<sup>15</sup>

מהמילים "שאין מספיקין לסדרים למסכתות" משתמע שריבוי החומר היה נימוק לחבר ספרי קודיפיקאציה. נמצא שבתקופת הגאונים היו "ריבוי החומר" והקושי בהפעלת שיקול דעת בכל הספרות מן הסיבות לחיבור ספרי קודיפיקאציה, וכותב אלון:

הקושי של ההתמצאות בספרות הענפה של המקורות התלמודיים והבתר תלמודיים, אשר בהם פזורים דיני כל נושא ונושא שבהלכה, והקושי בהבנה ובחדירה לנבכי ים התלמוד הדרושים כדי להעלות את סיכומו ומסקנתו של כל דין ודין.<sup>16</sup>

אלון מוסיף וכותב שמימי רב יהודאי גאון נלחמו הגאונים בקראים מלחמת דעות שארכה כמאתיים שנה וחיברו ספרות הלכתית ומחשבתית ענפה. לדעת אלון, אחד האמצעים החשובים לגיבושה של עמדת היהדות היה חיבורם של ספרים אשר יבהירו ויסכמו בתמצית ובבירור את דרכי התורה שבעל פה, והוא מדגיש שני מניעים: וריבוי החומר שמקשה על

<sup>14</sup> הקדמת הרמב"ם למשנה, מהדורת שילת, עמ' צא.

<sup>15</sup> ספר עולם זוטא, נויבויאר, סדר החכמים וקורת הימים, א, עמ' 178. מטרת רב יהודאי גאון הייתה לעזור ללומדים שאינם יכולים ללמוד את כל הספרות, כבר עמד על זה הרמב"ם וכתב: "ואין צורך לומר התלמוד עצמו הבבלי והירושלמי וספרי והתוספתא, שהם צריכין דעת רחבה ונפש חכמה וזמן ארוך ואח כך יודע מהם הדרך הנכונה בדברים האסורים והמותרים ושאר דיני התורה היאך היו" (הקדמת הרמב"ם ל"משנה תורה"). גם ר' יוסף קארו חוזר ומדגיש כנימוק לחיבורו בית יוסף בהקדמתו: "ואם יאמר אדם בכל דין שיצטרך לחקור שורשו ומוצאו בדברי הגמרא והמפרשים והפוסקים כולם, יכבד הדבר עליו מאד, כל שכן כי ילאה למצוא הפתח לדעת מקור דין התלמוד".

<sup>16</sup> הגות והלכה, עמ' צה.

שיקול דעת המחפש פתרון הלכתי מהספרות הענפה, כנזכר לעיל, והקראות.<sup>17</sup> גם בבבל ניסו לחבר ספרי הלכה שיכללו את מסקנות התלמוד. כך נתחברו כמה חיבורים הלכתיים, כגון "שאלות דרב אחאי גאון" לרב אחא משבחה, "הלכות פסוקות" המיוחס לרב יהודאי גאון ו"הלכות גדולות" המיוחס לרב שמעון קיירא.

רב יהודאי גאון מעיד על עצמו שדרכו הקודיפיקטיבית בנויה על פי ראיות מהתלמוד וכן משיקול דעת רבותיו, כלומר שילוב התלמוד ופסקי רבותיו:

אמר מר יהודאי... שמעולם לא שאלתם אותי דבר ואמרתי לכם, אלא שיש לו ראייה מן התלמוד ולמדתי הלכה למעשה מרבי, ורבי מרבו. אבל דבר שיש לו ראייה מן התלמוד ולא היה בידי הלכה למעשה מרבי, או שהיה בידי הלכה למעשה מרבי אין לו ראייה מן התלמוד, לא אמרתי לכם. אלא דבר שיש לו הלכה מן התלמוד והיה בידי הלכה למעשה מרבי לקיים<sup>18</sup>

רב יהודאי גאון קובע שני תנאים מצטברים: מסורת ושיקול דעת התלמוד. דומה שהמשיב בא להשיב לטענות הקראים הנזכרות לעיל, לכן הדגיש את המסורת ואת חשיבות שיקול דעת חכמי התלמוד.<sup>19</sup>

### 3. סיכום ומסקנות

- א. בתקופת הגאונים נטה רוב העם לקודיפיקאציה. בקרב המיעוט הייתה התלבטות, והוא פנה בשאלה לרב פלטוי גאון.
- ב. לדעת רב פלטוי גאון, הלימוד בספרי קודיפיקאציה מביא למיעוט התורה ואף קיים חשש שמא התורה תשתכח.
- ג. רב פלטוי גאון אינו שולל לחלוטין את השימוש בספרי הקודיפיקאציה למי שכבר שנה את תלמודו והתעורר אצלו ספק.
- ד. המניעים לקודיפיקאציה הם הקראות וריבוי החומר שמקשה על הלומד להפעיל שיקול דעת.

<sup>17</sup> שם.

<sup>18</sup> גינצבורג, גאוניקא, ניו-יורק 1901, עמ' 53.

<sup>19</sup> סילמן מעיר שספרי ההלכה הארץ-ישראליים מתאפיינים בניסוחם הקאזואיסטי, ופסקי ההלכה נראים כתשובות לשאלות קונקרטיות שנשאלו בבית הדין, בעניין מציאות מסוימת ונרשמו בקיצור כהלכה מופשטת. הוא מסיק שבארץ ישראל פשט המנהג למעט מאוד בהכללות הלכתיות ואפילו להימנע מלדמות הלכה להלכה, כלומר לצמצם את הפעלת שיקול הדעת מנושא לנושא, וזה לשונו: "בכל עניין ועניין היו שואלים את גדולי ההוראה שבישיבת טבריה כיצד ההלכה למעשה ותשובותיהם מנוסחות בלשון 'כך הוא המעשה'". (יוחנן ד' סילמן, קול גדול ולא יסף, עמ' 79, הערה 26; ליברמן "הערות על מעשים לבני א"י, תרביץ א-ב עמ' 137-139).

## פרק שלישי

### "משנה תורה" לרמב"ם

#### 1. פתיחה

עדות מאלפת על ספרי הפסיקה מוצאים בתשובה של ר' יוסף ב"ר מאיר הלוי אבן מיגאש (הר"י מיגאש), גדול חכמי ספרד בדורו, שהיה תלמידו המובהק של הר"י וירש את מקומו בראש ישיבת אליסאנה.<sup>1</sup> וזאת השאלה שנשאל:

מה יאמר אדוננו באיש שלא קרא מעולם הלכה עם רב, ואינו יודע דרך הלכה ולא פירושה ולא קריאתה, אלא שהוא ראה הרבה מתשובות הגאונים ז"ל וספרי הדינים... ומי שאינו מבין עיקר הדין ולא מאיזה מקום יצא מן התלמוד, אם הוא מותר להורות, או אם ראוי לסמוך עליו בשום דבר... יבאר לנו אדוננו שורת הדין בזה ביאור מספיק.<sup>2</sup>

השאלה איננה רק אם מותר לדיין לראות בספר ההלכות ספר לעצמו, שהוא מעיין בו לאחר שסיים את לימודו, כדעת רב פלטוי גאון, אלא אף אם מותר לדיין שאינו מבין דרך לימוד התלמוד, להורות ולדון על פי התשובות וספרי הלכות.<sup>3</sup> על זה משיב הר"י מיגאש:

דע שהאיש הזה ראוי יותר להתיר לו להורות מאנשים רבים קבעו עצמם להוראה בזמננו זה, לפי שאין בזמננו זה מי שיהיה ראוי לכך ולא למי שהגיע בחכמת התלמוד לכלל שיורה מעיונו מבלי שיעמוד על דעת הגאונים ז"ל. אבל מי שמורה מתשובות הגאונים וסימן עליהם, ואף על פי שאינו יכול להבין בתלמוד, הוא יותר הגון ומשובח מאותו שחושב שהוא יודע בתלמוד וסומך על עצמו.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> הר"י נפטר בשנת 1103 (אייר, ד'תתס"ג), ולפני פטירתו הועיד את הר"י מיגאש למלא את מקומו. הר"י נחשב לגדול חכמי התלמוד בספרד בדורו והשאיר אחריו מאות תשובות לשאלות שהופנו אליו מכל קהילות ספרד וצפון-אפריקה. עיקר יצירתו של הר"י, "ספר ההלכות", מסודר לפי מסכתות התלמוד, ובו הר"י מקדים למסקנת ההלכה את מקורות התלמוד ודיון קצר בהם.

<sup>2</sup> שו"ת הר"י מיגאש, קיד.

<sup>3</sup> מבחינת ההלכה והמציאות ההיסטורית יש עוד עניין בשאלה ובתשובה. הר"י מיגאש נשאל אם מותר לסמוך על דיין: "אם הוא בלתי ירא שמים והעידו עליו ברשעיות רבות". בשאלה הודגש שאין הדיין עקיב בדרך פסיקה. וזאת תשובתו: "ואמנם מה שזכרת מהיותו בלתי ירא שמים, אם הוא דיין קבוע ראוי לחקור בזה, לפי שאין ראוי לנו לעמוד (להעמיד) דיין שאינו הגון לפי שהוא כנוטע אשרה בישראל (בבלי סנהדרין, ז, ב), ואם אינו דיין קבוע אלא שאין דן לפניו אלא מי שקבע אותו על דרך הברירה, אין לנו לעכב בזה". דומה שכוונת הר"י מיגאש היא אם אדם מקבל את שיקול דעתו של הדיין מתוך בחירה, כלומר בחר בו לדיין, אין לעכב, אך משמע שראוי שגם במקרה כזה יהיה הדיין הגון ומתאים. מכאן למדים שלשיטת הר"י מיגאש, דיין שהוא ירא שמים אך אינו מבין בתלמוד יכול להסתמך על תשובות הגאונים.



מדברי הר"י מיגאש אפשר להסיק שלדעתו, ספר ההלכות הוא הדרך לפסיקת הלכה, והיא אף עדיפה על פני העיון והחיפוש בסוגיה התלמודית גופה. לדעתו, בחיפוש אחר פסק הלכה מתוך דברי התלמוד המסועפים אפשר לטעות בהבנה. ואולם אם הדין מסתמך על המסקנה של ההלכה כשהיא מובאת בצורה נוחה וברורה בספרי ההלכות, הרי הוא מבסס את פסק דינו על שיקול דעת של גדול בתורה ובהלכה.<sup>5</sup> את הדברים האלה אמר גדול הלכה, שהרמב"ם כותב עליו בזה הלשון:

כי הבנת אותו האיש בתלמוד מפליאה כל מי שמתבונן בדבריו ועומק עיונו, עד שאפשר לי לומר עליו לפניו לא היה מלך כמוהו בשיטתו.<sup>6</sup>

אלון סובר שדברים אלה עודדו את הרמב"ם לקבל עליו את המשימה הגדולה והקשה ליצור קודקס של ההלכה העברית על פי שיקול דעתו, ועל פיו יוכלו לפסוק את הדין ולהורות הוראה.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> שו"ת הר"י מיגאש, שם.

<sup>5</sup> דבריו המפורטים של הר"י מיגאש מעידים על מפנה של ממש ביחסם של כמה מחכמי ההלכה לדרכה ולמקומה של הספרות הקודיקאטיבית בהלכה. בעבר שימשו ספרי ההלכות ספרי עזר לפתרונה של בעיה שקשה לפתור אותה על סמך עיון במקורות התלמודיים, כדעת רב פלטי גאון. והנה, לדעת הר"י מיגאש, ספר ההלכות הוא "חי הנושא את עצמו" ללא תלות בעיון במקורות, ונודעה לו חשיבות ועדיפות במציאת פסק ההלכה על ידי עיון וחיפוש בסוגיה התלמודית גופה, פן יטעה המעיין בשיקול דעתו. גישה אחרת נקט חכם ספרדי בימים ההם, ר' יעקב, כפי שאפשר להסיק משני מכתבים שנתגלו בגניזה ונתפרסמו על ידי ש"ד גוייטין (סדרי חינוך בימי הגאונים עד בית הרמב"ם, ירושלים, תשכ"ב; תא-שמע, יצירתו הספרותית של רבינו יוסף הלוי אבן מיגאש, קרית ספר מו (תשל"א) עמ' 547-550 ובהערה 13 שם). על תשובתו זו של הר"י מיגאש ראה א"ה וייס, בית התלמיד א (תרמ"א), עמ' 119-120. על הקושי לדלות דין מתוך התלמוד ראה בהקדמה ל"ספר המפתח למנעולי התלמוד" לרב נסים גאון, אצל הר"ש אברמסון, רב נסים גאון, חמישה ספרים (תשנ"ה), עמ' 3.

<sup>6</sup> הקדמת הרמב"ם לפירוש המשנה, הוצאת קאפח (ללא המקור בערבית), עמ' כה; ראו, הבלין "משנה תורה לרמב"ם. סוף גאונים", המעיין, ה, חוברת ג' תשכ"ח, עמ' 41-59. וכן דבריו "על החתימה הספרותית כיסוד החלוקה לתקופות בהלכה" בתוך: מחקרים בספרות התלמודית, ירושלים, תשמ"ג, עמ' 169-183.

<sup>7</sup> טשרנוביץ מייחד מקום נכבד בספרו "רב צעיר" להשפעות שקדמו לרמב"ם, ונימוקו הוא שאין בעולם יצירת יש מאין, ואין תולדה בלי אב. לדעתו, החיבורים שהשפעתם ניכרת על משנה תורה הם בעיקר הר"י בבחינת החומר, וקובצי הגאונים בבחינת הצורה. ידוע שהרמב"ם מקבל את הכרעת האלפס כמעט בלי חולק וסומך על דבריו כאילו ניתנו מסיני ומעיד עליו שספריו הספיקו בעד החיבורים ההם, וכל ההשגות עליו לא יגיעו לעשר בשום פנים, ובתשובתו סימן שני"ג כתב: "וזה שחלקנו עליו בקצת מקומות שלשים מקום או יותר". טשרנוביץ טוען שאלמלא האלפס שהכין לפני הרמב"ם את כל החומר לעבודתו, ספק אם היה עולה בידו להכשיר את מלאכתו ולהביאה לשלמות, ואפילו עלה בידו, ספק אם היו הלכותיו מקובלות על בני דורו ועל הדורות הבאים. ספק אם לא ידעו גם המתנגדים לרמב"ם שיש לו אילן גדול להיתלות בו, וכל החולק על הרמב"ם כאילו חולק על הר"י.

## 2. מגמתו ותפקידו של "משנה תורה"

נימוקיו של הרמב"ם לחיבור ספרו ההלכתי מובאים בהקדמתו ל"ספר המצוות", בהקדמתו ל"משנה תורה" ובכמה תשובות שהשיב לשואליו ולמשיביו.

### 2.1 ריבוי החומר ההלכתי

לדעת הרמב"ם, ריבוי החומר ההלכתי שנתחבר עד ימיו הוא אחד הקשיים והמכשולים בהפעלת שיקול דעת לכל מי שמעוניין להגיע לפסק הלכה סופי. את ריבוי החומר הוא מתאר בהקדמתו ל"משנה תורה".<sup>8</sup>

כיצד הפעיל הרמב"ם את שיקול דעתו? לדעת טשרנוביץ, את בעיית ריבוי החומר שעומד מול הלומד פתר הרמב"ם כדרכו של הבנאי, על פי שיקול דעת של מורה הוראה. חומר ההלכות שבגמרא לבש אצלו צורה נאה ומתוקנת, ניתנה בו נשמה, והיה אפשר לראות בו יצירה חדשה. כל הלכה מעידה על השיטתיות בעבודת הרמב"ם. הרוצה לעמוד על גדלות מלאכתו של הרמב"ם, די לו שילמד פרק אחד או הלכה אחת בגמרא ואחר כך יעיין ברמב"ם. אז ישתומם ויראה כיצד עצמות יבשות נהיו לגוף חי, פירורים מפוזרים נתקבצו לחומר מוצק אחד, פרטים נעשו כללים, מאוחר נהיה למוקדם ומוקדם למאוחר, עד שעולם הפוך אתה רואה, עליונים למטה ותחתונים למעלה. למשל, הלכות נשיאת כפיים הוסקו משתים-עשרה מסכתות, הלכות מילה מארבע-עשרה מסכתות, והלכות מלכים – מעשרים וארבע מסכתות.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> הקדמה למשנה תורה, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תשכ"ד, עמ' יג. שם הרמב"ם מציין את הקושי לזכור את התלמוד הבבלי והירושלמי, הספרא והספרי והתוספתא. אלו מקדים ואומר שיסוד הוא בתורת ספרי הפסיקה שהקודקס לא זו בלבד שהוא המקור המוסמך למציאת הדין לפסיקתו, אלא אף כל דין אחר שקדם לחיבור הקודקס והוא מנוגד לו, הריהו בטל ומבוטל. עיקרון זה לא יכול להתקבל, ואיש לא ניסה לקבלו מעולם במערכת ההלכה בשל אופייה ומהותה של ההלכה, שכוחה המחייב וסמכותה הם ברציפותה, בקבלתה איש מפי איש מדור לדור. וכל נורמה ודין שמתווספים למערכת ההלכה במהלך יצירתה והתפתחותה על ידי כל מקור מהמקורות המשפטיים יונקים את כוחם מן השלב העליון בסולם ערכיה – התורה שבכתב והתורה שבעל-פה, ומגופי ההלכות שהלכו והתווספו במשך הדורות. מהותה של ההלכה היא אקסיומה שאין להרהר אחריה, והרמב"ם הביע את מטרתו במלאכת הקודיפיקציה שלו במילים ברורות – "להקל על העם למצוא את ההלכה", וכך הוא חיבורו "מקבץ לתורה שבעל-פה" (המשפט העברי, עמ' 944 ואילך).

<sup>9</sup> טשרנוביץ, רב צעיר, תולדות הפוסקים, חלק ראשון, עמ' 228 ואילך. הני"ל מרחיב את פעילות הרמב"ם ומוסיף, שלעתים מימרא שנאמרה בגמרא כלאחר יד, "אגב אורחא", תופסת אצלו מקום בראש ונעשית מקור חשוב בהלכה ולהפך, ההרים הגדולים נדמו לו כחוט השערה, והקושיות שנתלבטו בהן בעלי תריסין ונזדעזע עליהן העולם בקושיות ובתירוצים, פרצות ופירושים, נתיישבו במילה אחת ובמבטא כלאחר יד, והרי הן כלא היו, ואתה עומד ותוהה על הסדרן הענקי, שכל התורה הייתה כתונחת בקופסתו ונעשית שלו (שם 229). ומוסיף טשרנוביץ שהרמב"ם הפעיל שיקול דעת בהלכה, וכך עשה באמונות ודעות, וזה לשונו: "כשם שבנה שם בניין נהדר של דעות משברי פסוקים ומרמזים דקים שבכתובים ובדברי חז"ל וממבחר ההשקפות הפילוסופיות, שחיבר יחד ויצר שיטה משוכללת בהידורה, כך גדל עיסה אחת מכל התלמוד ויצר ספר חוקים מאוחד בצורה נאה ומתוקנת מחומר היולי של מאמרים מפוזרים וקטעי הלכות ואגדות והוויות ופלפולים

## 2.2 ספר הלכה בלשון צח וקצר כמו המשנה

הר"י קאפח סובר שמטרת הרמב"ם בחיבורו, היא תיקון לכל העולם. כלומר לחבר ספר הלכה בלשון צח וקצר כמו המשנה. ואם חכם ההלכה ירצה לאמץ את שיקול דעתו, ימצא משנה סדורה וערוכה, ואם ימצא חכם הלכה שלא ירצה לקבל את שיקול דעתו, מי מעכב על ידו. הר"י קאפח סובר שאף ר"י קארו העדיף את שיקול דעת הרמב"ם וכך הוא כותב:

הרי כפי החלטת מרן ופסקו, יש לסמול על רבינו ומרן עצמו נהג למעשה, לא סמך על ברירתו על אף היותו חד בדרא, אלא כפי קביעתו המוצהרת קבע לעצמו שלושה עמודי הוראה הר"ף הרמב"ם והרא"ש, וכל המקום אשר יחנו השנים שם חנה. וסוגיין דעלמא הכי אזלא כלומר לפסוק כהרמב"ם.<sup>10</sup>

## 2.3 קושי בהבנת המקורות

נימוק אחר של הרמב"ם לחיבור "משנה תורה" הוא הקשיים הנקרים לפני הלומדים להבין את שיקול דעת חכמי התלמוד. כאמור, לדעת הר"י מיגאש, מעטים מבינים את התלמוד על כל המשא ומתן שבו.

הרב הבלין כותב שאחת ממטרותיו של הרמב"ם בחיבור "משנה תורה", היא "חתימה הלכתית ספרותית". כאמור, הרמב"ם היה ער לקשיים בהבנת טקסטים תלמודיים וחשש שמא תיחלש דעתם של הלומדים מרוב המשא ומתן ויבואו לטעות בשיקול דעתם בפסקי ההלכה. וכך כתב הרב הבלין:

היינו חתימה הלכתית – ספרותית שמסיימת תקופה ארוכה של דיונים, משא ומתן, בירורים וחקירות בפרשנות התורה וסיכום מצוותיה.<sup>11</sup>

---

מסובכים, כפי שהוא מעיד על עצמו: שהרי קרבתי דברים מרוחקים מפוזרים ומפורדים בין ההרים והגבעות. לפעמים עשה כלל גדול דוגמא ממאמר שנאמר דרך אגב, ולהיפך, דברים הנראים כחשובים ועיקריים הבליע בדרך אגב" (שם 230).

<sup>10</sup> בהקדמתו לפרוש המשנה תורה לרמב"ם בהוצאת מכון מש"ה, ירושלים תשמ"ד, עמ' כא. ר"י קאפח מוסיף שם שארץ ישראל אתריה דרמב"ם. הוא מסתמך על דברי הרדב"ז במקומות שונים, כגון בסימנים קצב, ר, רכט. סיוע נוסף הנ"ל מביא מדברי ר"י קארו, שסובר שכל קהילות ארץ ישראל ועריסתן והמערב נוהגים על פיו וקיבלו אותו כרבים (שו"ת אבקת רוכל, לב, קמ). ראו ר"י קאפח בהקדמתו לפירושו למשנה התורה שמסתמך על מקורות שונים להוכיח שהרמב"ם הוא רבה של ארץ ישראל. ראו דבריו במאמרו "על דרכו ומשנתו של הרמב"ם" תחומין ח, עמ' 511-520.

<sup>11</sup> חקר התורה שבעל-פה בחמישים שנות המדינה, הרצאות שניתנו בכנס שהתקיים באוניברסיטת בר-אילן, אייר תשנ"ח, הוצאת אורחות ומרכז נפתל לחקר התורה שבעל-פה, ירושלים, תשס"ב עמ' 30 ואילך. הבלין מדגיש שהרעיון שעמד ביסוד המפעל האדיר הזה הוא הרעיון שלפי שיטתו של הרמב"ם עמד ביסוד מפעל המשנה וחתימתה על ידי רבי יהודה הנשיא וביסוד מפעל התלמוד הבבלי וחתימתו.

טברסקי דן בקושי בליבון ההלכה בעיני הרמב"ם וכותב שלימוד התלמוד כשהוא לעצמו הוא דבר קשה גם בהעדר השפעות שליליות מבחוץ ובתנאים נוחים ושלווים מאוד, היות ש"דרך עמוקה דרכו עד למאד", הוא דורש "דעת רחבה ונפש חכמה וזמן ארוך", כלשון הרמב"ם.<sup>12</sup> לדעתו, קשיי הלימוד נובעים מטיב ומאופן עריכתו. על הלומד להפעיל שיקול דעת ולהתמודד עם דרך הטיעון וההנמקה, האסוציאטיביות המופלגת, הניסוח המרוכז והרמזני. ההיקף הרחב וערבובם המביך של הנושאים אלה מכבידים על הלומד הבא לדלות מהם פסיקתו.<sup>13</sup>

הרב ערוסי סובר, שלנגד עיני הרמב"ם היה מראה איום ונורא, העם נפוץ בתבל, ולומדי התורה התמעטו. וכלשונו:

ואין להם ספר אחד שילמדוהו כולם במהרה כפי שרצה ר"י הנשיא. אמנם התלמוד מאחד את כל בית ישראל, אבל התלמוד אינו שווה לכל נפש, וביאורו מזמין מחלוקות אין סוף. ואפילו פירושי הגאונים לתלמוד אף בהם יתקשו.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> הקדמת הרמב"ם ל"משנה תורה"; ראו, טברסקי "על השגות הראב"ד למשנה תורה", בתוך ספר היובל לצבי וולפסון (חלק עברי, ניו יורק, תשכ"ה, עמ' 169-186).

<sup>13</sup> טברסקי, מבוא למשנה תורה לרמב"ם, עמ' 51-52. הני"ל דן בחלקים כה סתומים וקשים בתלמוד, עד שאף חכמים גדולים יתקשו להבינם. וכותב הרמב"ם בהקדמתו לפירוש המשנה לטהרות: "ואם היו גדולי חכמי המשנה עליהם השלום רואים בהם דברים חמורים, כל שכן אנחנו... היום בעוונותינו שרבו, אם חזרת על ראשי ישיבות ישראל, כל שכן בתי כנסיות, תמצאו שיקשה עליהם בעניין זה... כל הלכה שמדובר בה בטומאה ובטהרה... ודומיהן קשים אפילו על הרבנים הגדולים, וכל שכן על התלמידים". יוצא אפוא שהרמב"ם היה עד למציאות חברתית, לכן ראה לנכון לחבר את משנה תורה. וכותב טברסקי בתארו את מצב הלימוד: "התלמוד היה בחינת אתגר מתמיד למן יום סידורו. כל הגאונים – והרמב"ם מכנה בתואר זה את כל החכמים שלאחר חתימת התלמוד – התמסרו ללימוד התלמוד וניסו ללבן את תוכנו בשיטות שונות. הם 'הוציאו לאור' תעלומות והתאמצו להפיצו ברבים. והנה עתה, בזמן הקשה הזה, 'שלא נשארו אנשים להרים בגל משה, ולדקדק בדברי רב אסי, כשהולך וגדל מספר התלמידים אשר 'מפני קוצר רוח' אינם מסוגלים 'לירד לעומק התלמוד' עד שיש לחשוש שמא 'תחלש דעתן מרוב המשא והמתן... ויבואו לטעות בפקס הלכה', מורגש צורך דחוף בחיבור שיקיף את כל התלמוד בדרך הקלה והנוחה ביותר" (שם). כלומר בגין הקשיים שמנינו יש חשש לטעות בשיקול דעת.

<sup>14</sup> ערוסי, אחדות התורה והעם במשנת הרמב"ם, תחומין, ח, עמוד 484; הני"ל במאמרו מבהיר את חשיבות משנה התורה, וכך הוא כותב: "יש במשנה תורה שכלול יתר, אין בו ריבוי דעות, יש בו רק את ההלכה. כי משנה תורה לא נתחבר כמו המשנה בתקופת מעבר בין לימוד בע"פ ללימוד מתוך הכתב, שכן אין חשש שיערערו על הכרעתו מכח דברי קבלה כפי שהיה בימי ר"י הנשיא. כמו כן רבינו נזהר שלא לחבר את משנה התורה בתמציתיות יתר כפי שעשה ר"י הנשיא, כדי שלא להזמין פירוש למשנה תורה, דבר שיבטל את מטרתו של משנה תורה, הכרעת ההלכה מתוכו. כדי לא להגיע למחלוקות ולהתפצלויות השיטות, כפי שקרה ע"י חיבור התלמודים למשנה". שם, עמ' 486. וכן ראו דבריו, קריאת תרגום התורה וההפטרה בציבור, סיני, פח, תשמ"א, עמ' ריט – רלח; ברכת הדלקת נר של יום טוב (ברור מנהג יהודי תימן), סיני, פ"ה, תשל"ט, עמ' נה-

## 2.4 חסרון ספר דעות אמיתיות

הרמב"ם ראה בהעדר ספר קודיפיקאטיבי לאומה, שיכלול את כל דיני התורה, חיסרון הטעון תיקון, וזה לשונו:

ולשם ה' יתעלה, כי אני – חי ה' – קנא קנאתי לה' אלהי ישראל, בראותי  
אמה מבלי ספר מחוקק כולל באמת, ומבלי דעות אמיתיות ומבררות,  
ועשיתי מה שעשיתי לשם ה' בלבד.<sup>15</sup>

טברסקי מכנה נימוק זה בשם "המניע הספרותי: הצורך בעיצוב שיטה משפטית". כאן  
ההדגשה היא מתודולוגית ומתמקדת בחיסרון ספרותי בולט בשדה המשפט העברי. כלומר  
לפי הרמב"ם, יש צורך משפטי פנימי ממשי לחבר ספר חוקים.  
טברסקי סובר שהשפעת הסביבה זירזה את הרמב"ם לכתוב את חיבורו. ספרי חוקים  
שכיחים בעולם האיסלאם, ולפי שהרמב"ם היה בדרך כלל ער לנטיות שרווחו בסביבתו, סבר  
שיש לחבר ספר פסקים לאומה, וכך כתב טברסקי:

היה חלל בעולמם של ישראל והרמב"ם ביקש למלאו. תודעת המקוריות  
והראשוניות של 'משנה תורה' ניכרת לעין, היא לא נעלמה גם מעיני  
אחרים.<sup>16</sup>

יוצא אפוא, לדעת הרמב"ם, שמגוון שיקולי דעת ללא ספר קודיפיקאטיבי אינם לטובת  
האומה. לכן יש לחבר חיבור קודיפיקאטיבי, שבו יהיה שיקול דעת סופי בשדה ההלכה.<sup>17</sup>

## 2.5 צורך אישי

הרמב"ם מדגיש את הצורך האישי שיש לו בחיבורו – להתפנות מהחקירה והחיפוש,<sup>18</sup> כלומר  
אף על עצמו הוא מעיד שכאשר ירצה לפסוק הלכה בעניין מסוים, יהיה עליו להפעיל שיקול

---

צו; אבלות בפורים (לברור מנהג יהודי תימן), סיני, צב, תשמ"ג, עמ' רנד-רסה; Maimonides as Binding  
Authority, at: N. Rakover, Maimonides as Codifier of Jewish Law, p. 83.

<sup>15</sup> אגרות הרמב"ם, מהדורת שילת, עמ' שא.

<sup>16</sup> י' טברסקי, מבוא למשנה תורה לרמב"ם, עמ' 60; הנ"ל, ספר משנה תורה לרמב"ם, מגמתו ותפקידו, דברי  
האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים ה'תשל"ב (עמ' 22-1).

<sup>17</sup> הרמב"ם מדגיש שלאומה אין ספר פסיקה שיהיו בו דעות אמיתיות ומדויקות. דומה שהרמב"ם נותן את  
דעתו לשתי נקודות: דעות בענייני אמונה ודעות בענייני פסיקה; ראו דבריו של השופט ח' כהן, "על המשפט  
העברי בחיניו", פתחים ב' (32) תשל"ה, עמ' 43-47; י' כהן "שיפוט רבני ושיפוט חילוני" דיני ישראל, ז', תשל"ז,  
עמ' רה.

<sup>18</sup> טברסקי רואה בנימוק "צורך אישי", נשוא דיונונו, מניע לעצמו וגם גילוי דעת כפול, וזה לשונו: "ראוי לציין  
בראש ובראשונה שהסתירה שלכאורה בין הצורך האישי ובין טובת הכלל אינה סתירה חמורה, ואין בה כדי  
למעט מערך ההצהרה הזאת. מבחינה מופשטת ניתן לראות את שני הנימוקים כעומדים, מקבילים, זה ברשות

דעת בכל ספרות ההלכה, לכן חיבר את חיבורו כדי שבבוא שאלה אליו לא יידרש לחפש במקורות. וכך הוא כותב באיגרתו לר' יוסף בן יהודה:

דע כי לא חברתי את החיבור הזה כדי להיות גדול בישראל על ידו או כדי שיצאו לי מוניטין בעולם, עד כי יחרה לי על ההתנגדות למטרה שלשמה חברתי אותו. אלא לכתחילה חברתי אותו, ושהדי במרומים, בעבור עצמי, כדי להיפנות מהחקירה והחיפוש אחרי הדרושות. ולמען עת הזקנה.<sup>19</sup>

טברסקי דן בעניין הזקנה שמדגיש הרמב"ם "כספר זיכרון לזמן הזקנה", ומצטט קטע שנמצא בגניזה, ובו נאמר בשם הרמב"ם: "שהשכחה המשתלטת על בני אדם לא השתלטה עלי בימי בחרותי".<sup>20</sup> בזה הרמב"ם מעיד שזכרונו לא נחלש בימי בחרותו, אך חשש שבימי הזקנה ייחלש זכרונו, לכן ניצל את הזיכרון שבו ניחן להפעלת שיקול הדעת במקורות ההלכה והזדרז לחבר את חיבורו "משנה תורה".<sup>21</sup>

## 2.6 מציאות חברתית היסטורית

דורו של הרמב"ם תנאי חייו היו קשים מנשוא והביאו לנימה של ייאוש ולאזלת יד, ולתנודות ותמורות היסטוריות, וזה לשון הרמב"ם בעניין זה:

ובזמן הזה תכפו הצרות יתירות ודחקה השעה את הכל, ואבדה חכמת חכמינו ובינת נבוינו נסתתרה. לפיכך אותם הפירושים וההלכות

---

עצמו וזה ברשות עצמו. מצד אחר אפשר לראות את גילוי הדעת הכפול הזה גם כטיפוס ספרותי" (טברסקי, מבוא למשנה תורה להרמב"ם עמ' 58).

<sup>19</sup> אגרות הרמב"ם, מהדורת בנעט, עמ' 50.

<sup>20</sup> שם, 59. טברסקי מעיר שדברי הווידוי וההצטדקות של הרמב"ם מלמדים על כוחות היצירה של האיש עצמו הן בקרב הידועים הן בקרב שאינם ידועים. וממשיך טברסקי וכותב: "כבר העיר קארל מאנהיים על היחס שבין ראייתו ותחושתו של היוצר הגאוני לבין חוויותיו ההיסטוריות של הציבור שאליו הוא מושתת. אף שזהות גמורה אין כאן, מכל מקום יש כאן חפיפה משמעותית, חוויות הכלל משתקפות בפעולות הפרט, מדרבנות אותו ומעצבות את דפוסי יצירתו. החלוץ מטביע את חותמו על ההולכים בעקבותיו אך גם מאורעות הדור מטביעים את חותמיו עליו".

<sup>21</sup> הרמב"ם הרבה לדבר על עניין הזקנה ונתן את דעתו לחלישות גופו והתאונן על הזקנה הקופצת עליו. וכותב טברסקי: "הקובלנה על טרדות, טרחה, רפיון ידיים ודיכאון, שנעשו קשים פי כמה בעקבות חוסר יציבות חברתית פוליטית, באה באיגרותיו ובספריו. כבר בסוף פירושו למשנה, כשהוא בן שלושים שלוש, כותב הרמב"ם על טרדותיו וסבלותיו, וקורא על עצמו את המקרה שכתוב: 'ברוך הנותן ליעץ כוח ולאין אונים עצמה ירבה' (ישעיהו מ, כט) אבל באיגרתו לר' יהונתן הכהן מלוניל, שנכתבה בימים שבהם נכתבה האיגרת אל ר' יוסף בן יהודה, הוא אומר: 'ועוד שאיני היום כמו שהייתי בימי הבחרות, אלא כוחי כשל ולבי קץ ורוחי קצרה... ושגיאות מי יבין והשכחה מצויה בכל וכ"ש בזקנים' (טברסקי, מבוא למשנה תורה להרמב"ם, עמ' 59).

והתשובות שחברו הגאונים וראו שהם דברים מבארים, נתקשו בימינו ואין מבין עניניהם כראוי אלא מעט במספר.<sup>22</sup>

כאמור, הרמב"ם ראה צורך חיוני לחבר את ספרו ההלכתי, כיוון שאבדה החכמה להבין את התלמוד, על אחת כמה וכמה במציאות ההיסטורית הנזכרת לעיל, ששיקול הדעת ירד פלאים, יש צורך גדול בחיבור קודיפיקאטיבי.

מפסקאות אחרות שבכתבי הרמב"ם עולים נימוקים היסטוריים שהביאו אותו לערוך חיבור קודיפיקאטיבי שיפתור את מצוקת "ירידת שיקול הדעת", למשל:

לא נשאר בזמן הזה הקשה אנשים להרים דגל משה ולדקדק בדברי רב אשי... בכל המקומות האלה אבדה תורה מבינם.<sup>23</sup>

בראש איגרת תימן הוא מדגיש את הקשיים להפעיל שיקול דעת בבירור הלכה: אני קטן מקטני חכמי ספרד, אשר עדים בגלות הכבד, ותמיד אשקד במשמרותי, ולא השגתי חכמות אבותי, כי ימים רעים וקשים פגענו, ובשלוח לא התלוננו יגענו ולא הונח לנו, ואיך תתברר הלכה, לגולה מעיר לעיר וממלכה אל ממלכה.<sup>24</sup>

## 2.7 ספר הלכה בלשון צח וקצר

הר"י קאפח סובר שמטרת הרמב"ם בחיבורו, היא תיקון לכל העולם. כלומר לחבר ספר הלכה בלשון צח וקצר כמו המשנה. ואם חכם ההלכה ירצה לאמץ את שיקול דעתו, ימצא משנה סדורה וערוכה, ואם ימצא חכם הלכה שלא ירצה לקבל את שיקול דעתו, מי מעכב על ידו. הר"י קאפח סובר שאף ר"י קארו העדיף את שיקול דעת הרמב"ם וכך הוא כותב:

הרי כפי החלטת מרן ופסקו, יש לסמוך על רבינו ומרן עצמו נהג למעשה, לא סמך על ברירתו על אף היותו חד בדרא, אלא כפי קביעתו המוצהרת קבע לעצמו שלושה עמודי הוראה הרי"ף הרמב"ם והרא"ש, וכל המקום אשר יחנו השנים שם חנה. וסוגיין דעלמא הכי אזלא כלומר לפסוק כהרמב"ם.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> הקדמת הרמב"ם ל"משנה תורה".

<sup>23</sup> קובץ ב, מד ע"ב. איגרת זו פורסמה מחדש על פי כ"י פרמה בידי א' קופפר, תשובות הרמב"ם, עמ' 182. (טברסקי, מבוא למשנה תורה, עמ' 50 הערה 103).

<sup>24</sup> מהדורת שילת, עמ' קטו-קטז.

<sup>25</sup> בהקדמתו לפרוש המשנה תורה לרמב"ם, מהדורת מכון מש"ה, ירושלים תשמ"ד, עמ' כא. ר"י קאפח מוסיף שם שארץ ישראל אתריה דרמב"ם. הוא מסתמך על דברי הרדב"ז במקומות שונים, כגון בסימנים קצב, ר, רכט. סיוע נוסף הנ"ל מביא מדברי ר"י קארו, שסובר שכל קהילות ארץ ישראל וערביסטן והמערב נוהגים על פיו וקיבלו אותו כרבם (שו"ת אבקת רוכל, לב, קמ). ראו ר"י קאפח בהקדמתו לפירושו למשנה

### 3. עמדת הרמב"ם בפסיקתו בעניין המשא ומתן התלמודי

דיוניהם ומשאם ומתנם של חכמי התלמוד הביאו לתופעה ספרותית חשובה, שהשפיעה רבות על ההלכה, על פיתוחם של מוסדות ההלכה ועל דרכי הגיונה וחשיבותה של הפעלת שיקול הדעת ההלכתי. השאלה שעולה כאן היא מה יחסו של הרמב"ם למשא ומתן התלמודי בדרך הפסיקה שלו בחיבורו "משנה תורה". האם הרמב"ם התחשב בפסיקתו בשיקול הדעת של המשא ומתן התלמודי, או התעלם ממנו ונטה למאמרים מפורשים בתלמוד.<sup>26</sup> זה פסק הרמב"ם בעניין חיוב מלקות על בעילת ממזרת ושאר חייבי לאווים:

אחד ממזר שנשא ישראלית או ישראלי שנשא ממזרת כיוון שבעלו אחר הקידושין לוקין, קידש ולא בעל אינו לוקה, בעל ולא קידש אינו לוקין משום ממזרות, שאין בכל חייבי לאוין מי שלוקה על בעילה בלא קידושין אלא כהן גדול באלמנה כמו שיתבאר.<sup>27</sup>

באחת השאלות שהפנו אליו חכמי לונל נשאל הרמב"ם כיצד פסק שאדם הבא על חייבי לאווים אינו חייב מלקות, אלא אם כן קידש את האישה האסורה, הלוא מהסוגיה בפרק השלישי של כתובות, בעניין לוקה ומשלם, משמע שאדם מתחייב במלקות גם אם לא קידשה. הרמב"ם משבח בתשובתו את השואלים ומציין שקושייתם ראויה לעיון ומסביר שבתחילה סבר לפסוק כפי שעולה ממסקנת הסוגיה לפי ר' יצחק, אך לאחר שקילת הדברים שנית שונה את שיקול דעתו, וזה לשונו:

ובעת שהעתיקתי ודקדקתי כל שמועה ושמעה מן הספרים לא שמעתי ולא סמכתי על קושיא זו ואמרתי לא נניח תלמוד ערוך ונפסוק הלכה ממשא

---

התורה שמסתמך על מקורות שונים להוכיח שהרמב"ם הוא רבה של ארץ ישראל. ראו דבריו במאמרו "על דרכו ומשנתו של הרמב"ם" תחומין ח, עמ' 511-520.

<sup>26</sup> המקורות ההלכתיים של ההלכה לאחר תקופת התנאים הם שני התלמודים – הירושלמי והבבלי. שני מקורות אלה, בייחוד התלמוד הבבלי, כוללים בעיקרם את תורתם ויצירתם של האמוראים ועד ימינו אנו הם המקור המוסמך מכל המקורות ההלכתיים. עיקר התלמוד איננו ספר קודיפיקאטיבי, ואף כי נקבעו בו הלכות רבות שהן "הלכות קבועות" כהלכה למעשה, הרי עיקר עיסוקו הוקדש לשקלא וטריא הקודמת לקביעת ההלכה, וכל אותם דיונים אמוראיים, הן בישיבה הן מחוצה לה, מטרתם ללבן את ההלכות ולנמקן ואף להוסיף עליהן. לעתים התוספות הן על פי שיקולי דעת וספרות שאינם צריכים סימוכין כלל, כגון הכלל הבסיסי ההלכתי בדיני ראיות "המוציא מחברו עליו הראיה". על זה נאמר בתלמוד, בבא קמא מו ע"ב: "שנאמר מי בעל דברים יגש אליהם, יגש ראיה אליהם... הא למה לי קרא סברא היא, דכאיב ליה כאיבה אזיל לבי אסיא, אלא קרא לכדרב נחמן אמר רבה בר אבון, דאמר רב נחמן אמר רבא בר אבון מנין שאין נזקקו אלא לתובע תחילה שנאמר מי בעל דברים יגש אליהם". יש שהכלל נסמך על המקרא, אבל בדרך כלל הוא מוסק מדיונים ודקדוקים בדברי התנאים. הדבר נעשה תוך כדי דיון במשא ומתן התלמודי על פי שיקול דעתו של כל משתתף בדיון.

<sup>27</sup> איסורי ביאה טו, ב.



ומתן של גמרא... ועל כל פנים לא מדברי משא ומתן נפסוק הלכה כמו שבארנו ונראה לי שאין בדברים אלו ספק כלל.<sup>28</sup>

מתשובת הרמב"ם למדים כלל גדול לדרך פסיקתו והכרעתו בסוגיות התלמוד: אין לפסוק הלכה ממשא ומתן של גמרא, מקום שיש כנגדו תלמוד ערוך. הרמב"ם אימץ כלל זה לאחר שיקול דעת מעמיק ודקדוק בכל שמועה ושמעה.

### 3.1 שיטת המהרי"ץ חיות

המהרי"ץ חיות סובר שהרמב"ם כיוון למבלים את זמנם בפלפול של הבל, תופעה שהחלה בזמנו, אך אין כוונתו לעוסקים בתלמוד בסברה ישרה ובשיקול דעת, וזה לשון המהרי"ץ:

רק שלא לבלות זמנו בפלפול של הבל, אשר כבר החלה בזמנו, ולא היה שום תועלת להוציא דין ברור לאמתו, לכן לא ישר דרך זה בעיניו.. הרי כי רק נגד הבלבולים והויות ופירושים זרים שמאבדים זמנו בחינם נגד אלו יצא רבינו לקראת נשק, וחישב להשכיחם, לא כן אותן הדרשות והסברות וכללי תורה שבאו בגמרא, באלו אדרבה שם רבינו חובה לעיין בהם.<sup>29</sup>

אם-כן, לדעת המהרי"ץ חיות, אין כוונת הרמב"ם לבטל את לימוד המשא ומתן התלמודי, אלא הוא מתנגד ללומדים היוצאים מהמסגרת וטועים בשיקול דעתם ומאבדים את זמנם בפלפול של הבל, אך בסברות ובשיקול הדעת התלמודי ראה מרכיב חשוב בלימוד ההלכה ובפסיקתה.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> תשובות הרמב"ם בלאו, שמה.

<sup>29</sup> כל ספרי מהרי"ץ חיות, הוצאת ספרים "דברי חכמים", ירושלים, עמ' תיא. המהרי"ץ במאמרו "תפארת משה" מנסה להגן על הרמב"ם מפני תוקפיו. למשל, את דברי הרמב"ם בהקדמתו ל"משנה תורה" שלא יצטרך אדם לחיבור אחר זולתו הוא מסביר שאין כוונת הרמב"ם לבטל את התלמוד, אלא שספרו יקל מאוד על החפצים לדעת את ההלכה ואינם יכולים או טרודים מלחפש בתלמוד ולהוציא את הדין לאמתו. המהרי"ץ אף מביא את דברי הרמב"ם לחכמי לונל, שכוונתו כאן בחיבורו להסיר את המכשולים מפני התלמידים שלא תיחלש דעתם מרוב המשא ומתן, כלומר אין הוא שולל את המשא ומתן, אבל בגין קשיים בשיקול דעת יש ללמוד מספרו הערוך בצורה נוחה וברורה; ראו, חיות, "דרכי משה", בתוך: רבנו משה בן מימון, קובץ בעריכת י,ל, פישמן (מימון) חלק שני, ירושלים, תרצ"ה, עמ' 1-77.

<sup>30</sup> שיקול הדעת הופעל על ידי היקש בין שני מקרים, רק במצבים שנדונו לעיל. אין היקש ללא הפעלת שיקול דעת. על חכם ההוראה לבדוק שיש דמיון בין הנורמה ההלכתית ובין הבעיה המשפטית הטעונה הכרעה, כנזכר לעיל. כך דעת השופט א' ברק בספרו "שיקול דעת שיפוטני", עמ' 138, וזה לשונו: "ההנחה השלישית היא, שבין ההוראה הקיימת ובין הבעיה המשפטית הטעונה הכרעה. הדמיון המספיק אין משמעותו זהות, שכן אילו היתה זהות, לא היה מקום להיקש. הדמיון מניח שוני וקרבה גם יחד. קיומו של דמיון מספיק נקבע על פי המרכיבים הרלבנטיים להכרעה של הבעיה המשפטית הטעונה הכרעה ולנורמה הקיימת. מרכיבים אלה קשורים במהותה, טבעה ומטרתה של הבעיה הקיימת ושל הבעיה הטעונה הכרעה". ואולם יש שקשה להבדיל

## 3.2 שיטת אטינגר

לדעת אטינגר, אחד הגורמים המרכזיים המנחים את הרמב"ם בשיקול דעתו בפסיקה, בייחוד בעניין ברירה והכרעה בין המקורות החלוקים, הוא סברה.

לפי התלמוד, אדם שאנס ממזרת לאחר שהתרו בו, לוקה על בעילתו. ואולם הרמב"ם חלק על מסקנת הסוגיה ופסק שאין לוקים על ביאה האסורה באיסור לאו, אלא אם כן קידש קודם שבעל.<sup>31</sup>

אטינגר כותב שהרמב"ם הסביר בתשובתו שבקידושין עדיף "תלמוד ערוך" על פני "משא ומתן של גמרא". עוד אומר אטינגר שאם נתבונן עוד נמצא שלא מטעם זה בלבד העדיף הרמב"ם את פסק רבא בקידושין, אלא אף מסברה,<sup>32</sup> וזה לשונו:

"אלא גם, ואולי בעיקר, משום העובדה הבולטת לעין, שהסברה הפשוטה מכרעת לצד זה".<sup>33</sup>

וכך מסכם אטינגר את שיטתו:

כללו של דבר: מדברי הרמב"ם בתשובה זו אנו רשאים ללמוד על גישתו הכללית בכגון אלה, באשר לדרך הכרעתו וברירתו בין המקורות והסוגיות

---

בין שני פסקי דין, ולא ברור אם יש חפיפה בין שני המקרים, אם הופעל שיקול דעת נכון. על נפתולי שיקול הדעת השיפוטי עמד השופט לנדוי, בע"א 243/83 בעמ' 113 ו-116, וזה לשונו שם: "ההלכה השיפוטית שדרכיה לא פעם פיתולים ונפתולים, תוך גישוש זהיר ממקרה למקרה אל פתרונות כלליים יותר, ותוך התפתחות אורגנית המביאה לדלדול אברים חלופים ולחזיקם של אלה שיש בהם חיות – הלכה זו היא שדה ניסויים נוח לשם רכישת ניסיון לקראת חקיקת חוק חרות".

<sup>31</sup> שנתון המשפט העברי יד-טו (תשמ"ח-תשמ"ט) "הסברה במשנה תורה", ירושלים, עמ' 16.

<sup>32</sup> אחד המקורות החשובים ליצירת ההלכה הוא סברה – היגיון בחשיבה של פוסקי ההלכה. אלון כותב שהסברה המשמשת מקור ליצירתה של הלכה מסוימת ניזונה מחדירה שכלית למהותם של עקרונות הלכתיים ומשפטיים, כגון התרשמות מתכונות בני אדם ביחסייהם החברתיים ומן העיון בתופעות וגיליון. ברור ששיקול דעת הפוסק מופעל על פי סברה והיגיון. למשל, לכל פעולה מדרשית קודמים סברה והיגיון, המנחים ומדריכים את הדרשן בדרכי האינטרפרטציה שלו, ואין זה משנה אם מדובר במדרש מבאר, במדרש היגיון או במדרש אנאלוגי. ואם מדובר במעשה החנינה, מובן שהתקנה המותקנת והגזירה הנגזרת באות, מצרכים מסוימים שההיגיון והמצאות מחייבים. ראוי לציין שבסופו של דבר אף המנהג נובע מצרכים הגיוניים ומציאותיים בתודעת הציבור כולו. מכאן מגיע אלון למסקנה: "חכם ההלכה, מופעל הוא באמצעות סברתו והיגיונו" (אלון, המשפט העברי, עמ' 807-808).

<sup>33</sup> שם. אטינגר מביא את דברי ר' אברהם בנו של הרמב"ם, שמבהיר את דברי אביו: "בואו וראו כמה תריצין דבריו ומדוקדקין פירושיו, כשם שנאמר באיסורי כהונה קיחה ובמחזירי גרושתו הויה נאמר בשאר איסורי לאוין ביאה בקהל, וביאה בקהל לא הוי, אלא בקידושין, אבל זנות לעולם לא מקרי ביאה בקהל" (שו"ת ברכת אברהם, מג).

החלוקות. במסגרת זו, לפחות, הסברה משמשת גורם מרכזי, ומחמתה עשוי הרמב"ם לסטות, לעתים, מדרכי ההכרעה והברירה הרגילים.<sup>34</sup>

מסקנות אטינגר:

- א. אם הסברא מחייבת, יסיק הרמב"ם את מסקנתו מהמשא ומתן. אך מדברי הרמב"ם הנזכרים לעיל אין משמע כשיטת אטינגר, וכלשון הרמב"ם: "ועל כל פנים לא מדברי משא ומתן נפסוק הלכה". קביעת הרמב"ם אינה נתונה למצבים שונים.
- ב. אטינגר מדגיש: "ומחמתה עשוי הרמב"ם, לסטות, לעתים, מדרכי ההכרעה והברירה הרגילים". ואולם לשיטת הרמב"ם, תמיד יש להעדיף תלמוד ערוך על משא ומתן, וגם סברה לא תטה את דעתו.

### 3.3 שיטת סילמן

לדעת סילמן, שיטתו הקודיפיקטיבית של הרמב"ם היא המשך למסורת הספרדית מבית מדרשם של הר"ף והר"י מיגאש. הוא ראה את עצמו תלמידם, והימנעותו מהזכרת דעות דחיות והתעלמותו מהמשא ומתן התלמודי הם ביטוי מובהק להחזרת עטרת התורה ליושנה. שם החיבור "משנה תורה", רומז על דירוגו העצמי לעומת התורה שבכתב והתורה שבעל פה. הרמב"ם סבור שלמסירת ההלכה אין צורך במשא ומתן התלמודי. הוא בא רק לצורך השעה – לברר משניות או ברייתות סתומות או סברות שאינן מלובנות דיין, אך משנתלבן ונתאמת הכול, אין צורך עוד במשא ומתן.<sup>35</sup> וזה לשון הרמב"ם:

וכבר העידותי בו שלא יתשל עד ששיג החבור כלו, ויעשהו לספרו, וילמדוהו בכל מקום... לפי שהתכלית המכוננת במה שחבר בתלמוד וזולתו כבר נכרתה ואבדה, ותכלית הלמדנים \_ כלו הזמן במשא ומתן שבתלמוד, כאלו הכונה והתכלית היא האמון בוכוח, ... וזה לא היתה הכונה הראשונה, אבל המשא ומתן והוכח אמנם נפלו במקרה: כאשר היה מאמר שקול, ופרשו אחד בפירוש, ופרשו אחר בחלופו \_ הדרך כל אחד מהם להראות אפן ראיתו ולהכריע פרושו... ולפיכך נחלצנו אנחנו אל המכון הראשון להקל זכירתו... והנחנו מה שזולתו למי שיבחר שיעשהו אמונו.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> שם, שנתון המשפט העברי עמ' 18-19.

<sup>35</sup> סילמן, "קול גדול ולא יסף", עמ' 82 ואילך; הנ"ל, "תורה אלוהית שלא בשמים היא" - בירור טיפולוגי, ספר השנה למדעי היהדות והרוח, כב-כג, תשמ"ח עמ' 265-267; וקסמן, הסוציולוגיה של הפסיקה - דוגמה מיהדות ארה"ב, עמ' 513-528.

<sup>36</sup> אגרות הרמב"ם, מהדורת שילת, עמ' רנז-רנח.

במקור אחר הרמב"ם רואה בספרו "משנה תורה" חיבור בלעדי בעולם הפסיקה, וזה לשונו :

אבל בזמנים הבאים, כשתסור הקנאה ובקשת השררה, יסתפקו כל בני ישראל בו לבדו, וינח זולתו בלא ספק, אלא למי שיבקש דבר שיתעסק בו כל ימיו ואם לא ישיג תכלית.<sup>37</sup>

אמנם אין הרמב"ם מזכיר את המשא ומתן לתלמידו ר' יוסף, ואולם נראה שעמדת הרמב"ם מכוונת אף למשא ומתן התלמודי, שיש בו איבוד הזמן, לכן לעתיד לבוא יסתפקו בו ב"משנה תורה" כל בני ישראל.<sup>38</sup> אבל שלא כמו ביקורתו החריפה בתשובותיו על המשא והמתן התלמודי, הרמב"ם כותב באיגרתו לר' פינחס הדיין מאלכסנדריה דברים אחרים, וזה לשונו :

שאני חס ושלוש לא אמרתי לא תתעסקו לא בגמרא ולא בהלכות הרב רבי יצחק או זולתו... וגם שנים שאלו ללמוד הגמרא ולמדתי אותם מסכתות אשר שאלו, וכי אני צויתי או עלתה על ליבי שאשרוף כל הספרים שנעשו לפני מפני חיבורי והלא בפירוש אמרתי בתחילת חיבורי שלא חברתי אותו, אלא מפני קוצר הרוח למי שאינו יכול לירד לעומק התלמוד ולא יבין ממנו דרך האסור והמותר.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> אגרות הרמב"ם, מהדורת שילת, עמ' שב.

<sup>38</sup> יצוין שאין הרמב"ם מתרץ את דברי הגמרא אם הם סותרים זה את זה ממקום למקום, ואין דרכו לדייק דין והלכה על סמך קושיה שבסוגיה. הרמב"ם לוקח דברי הגמרא במקומם כמשמעותם הפשוטה ומעתיקם כמות שהם, אף אם לעתים אפשר למצוא סתירה על ידי דיוק וחריפות, או שהסוגיה קשה להלמה, אין הוא משתדל ליישבה. אפשר שזה ההבדל בינו ובין חכמי צרפת, בייחוד בינו ובין הראב"ד. הרמב"ם כמאסף וכמלקט אין עניינו ביקורת התלמוד ופולפולו, לכן לא היה מפלפל ומהפך בסוגיות כדי לדייק מהן הלכות מחודשות, אלא צבר ואסף מן המוכן. בעיני הרמב"ם היה סידור התלמוד קיבוץ של הלכות ושיטות שונות, שהלכו ונשתלשלו מדור לדור ונסתעפו ונתחלקו בבתי המדרש. לדעת הרמב"ם, אפשר למצוא סתירות מסוגיה אחת לאחרת, בייחוד ממאמרים בודדים של אמוראים, לכן בחר ללכת אחר המשמעות ההיקפית ולדון על פי המובן הכללי העולה מרוח הסוגיה בלי להתעכב על החלקים הבודדים, גם אם מדובר בסתירות פרטיות ממקום למקום.

<sup>39</sup> קובץ תשובות הרמב"ם, בלאו, סי' שסז. בתוספתא חגיגה ב, ט, רבי יוסי מתאר את התקופה הקדומה, שבה אם התעוררה בעיה הלכתית, פנו לבית הדין באותה עיר, ואם אב בית הדין לא יכול לפתור את הבעיה, היו פונים לבית הדין הסמוך לאותה עיר, ואם גם שם לא ידעו לפתור אותה, פנו לבית הדין שבפתח הר הבית. ואם גם שם לא נמצא פתרון, באו לבין הדין שבפתח העזרה, הדיינים שטחו את דעותיהם לפני בית הדין, ואם לא ידעו לפתור, עולים לבית הדין הגדול שבלשכת הגזית, ושם נתקבלה ההכרעה על פי הרוב, וכך נשמרה אחדות ההלכה. ואולם משרבו תלמידי שמאי והלל שלא שימשו כל צורכם, רבו מחלוקות בישראל ונעשתה התורה כשתי תורות. המחלוקות לא פסקו, והדעות הלכו ורבו, והתורה נעשתה אף כמאה תורות. אבל ריבוי דעות זה חכמים ראו בו דבר חיובי, לכן התנגד הראב"ד לרמב"ם שקבע ב"משנה תורה" הלכה סתמית ללא ציון המקורות וללא הבאת הדעות השונות, וזה לשונו בהשגתו על הרמב"ם בהקדמה ל"משנה תורה": "א"א סבר לתקן ולא תיקן, כי הוא עזב דרך כל המחברים אשר היו לפניו, כי הם הביאו ראיה לדבריהם וכתבו הדברים

דומה, שיש כאן סתירה בעמדת הרמב"ם. מצד אחד הוא מבקר בצורה חריפה את המשא והמתן התלמודי, ומצד שני הוא מצהיר בתשובתו לרבי פינחס הדיין שהוא לומד עם תלמידיו מסכתות כרצונם.<sup>40</sup>

### 3.4 שיטת טשרנוביץ

לדעת טשרנוביץ, הרמב"ם לא הפעיל את שיקול דעתו לתרץ את דברי הגמרא כשהם סותרים זה את זה ממקום למקום, ואין דרכו לדייק דין והלכה על סמך קושיה שבסוגיה, ואלה דברי טשרנוביץ:

ואילו הרמב"ם לא היה לו עסק בנסתרות ובמה שלא נאמר במפורש בגמרא. הוא היה בעל סברה ישרה, והקיף את הסוגיה היקף כללי. הוא השגיח בכללים ולא בפרטים; בתור מאסף ומלקט לא נכנסה ביקורת התלמוד ופלפולו בחוג מטרתו, ומפני כן לא היה מפלפל ומהפך בסוגיות כדי לדייק מהן הלכות מחודשות, אלא צבר ולקט מן המוכן.<sup>41</sup>

לשיטתו, הרמב"ם הסתפק בשיקול הדעת התלמודי והתרחק מהפלפול. בעיני הרמב"ם סידור התלמוד הוא קיבוץ של הלכות ושיטות שמדור לדור הלכו ונשתלשלו ונסתעפו. לכן הרמב"ם בחר ללכת אחר המשמעות העולה מרוח הסוגיה ולהתעלם מסתירות פרטיות ממקום למקום. לראיה טשרנוביץ מביא את תשובת הרמב"ם:

וזה שהקשיתם מן הדר בחצר חבירו, מאי קושיה יש כאן וכי ממימרא בגמרא מקשינן על ר' יהודה... אכן לא אמרינן אלא אליבא דר' יהודה והא מימרא דהדר בחצר חבירו לאו אליבא דר' יהודה היא.<sup>42</sup>

מתשובה זו עולה שאין להקשות על ר' יהודה ממאמר תלמודי, ויש לקבל את דבריו.

---

בשם אומרם והיה לו בזה תועלת גדולה, כי פעמים רבות יעלה על לב הדיין לאסור או להתיר וראייתו ממקום אחר". כלומר הראב"ד דורש לאפשר לדיין חירות בשיקול דעתו וזה אינו יכול להיעשות אם אין לפני החכם מגוון הדעות, לכן נראה שאם התקדים היה מחייב, נבצר מהדיין להפעיל את שיקול דעתו. נראה שבימי קדם, כשהייתה סמכות מקובלת בעם ישראל וכל העם כפוף להחלטותיה, גברה חשיבות אחדות ההלכה אף על חירות שיקול הדעת. אך לאחר החורבן התפזר העם באלפי מדינות ונוצרו קהילות שונות, ובהעדר סמכות-על יש לעודד את הדיין לנהוג כפי דעתו, אף אם אין התקדים מחייב אותו.

<sup>40</sup> לסתירה זו יש התייחסויות שונות. למשל, הרמב"ם אינו רואה לנכון להקשות ממימרא על רבי יהודה, וכך כתב באחת מתשובותיו: "וזה ר' יהודה אנו לא אמרינן אלא אליבא דר' יהודה, והא מימרא דהדר בחצר חבירו לאו אליבא דר' יהודה היא" (תשובות הרמב"ם סי' שפ"א).

<sup>41</sup> טשרנוביץ, תולדות הפוסקים, חלק א, 233.

<sup>42</sup> שם.

### 3.5 עמדת לוינגר

לדעת לוינגר, מתשובתו של הרמב"ם לחכמי לונל משמע שבמקום שעמד הרמב"ם לפני סתירה בין מאמרים מפורשים ובין דינים שמתגלים מתוך משא ומתן, נטה הרמב"ם להכריע לפי המאמרים המפורשים, אולם יחסו למשא ומתן גמיש מיחסו לתלמוד ערוך, ויש דינים שהסיק על פי שיקול דעתו אך ורק ממשא ומתן תלמודי דווקא. מסקנה זו אחרת משהסקנו לעיל.<sup>43</sup>

### 3.6 עמדת ערוסי

הרב ד"ר ערוסי, סובר שיהדות תימן דגלה, בשיטתו ההלכתית של הרמב"ם. ויש אומרים שגם לפני הופעת משנה תורה לרמב"ם, היתה להם שיטה זו כמסורת. וכך הוא כותב:

ויש אומרים שגם לפני הופעת הרמב"ם היתה להם שיטה זו כמסורת מקובלת ע"י חכמיהם, וכשהופיעו ספרי הרמב"ם נבדקו המסורות ההלכתיות שבידיהם ונמצאו תואמות ביסודן למה שנפסק בספרי הרמב"ם, ולפי כך אמצו להם את ספריו והכרעותיו. כך יוצא שיהדות תימן דבקה באותה שיטה הלכתית במשך תקופה ארוכה ביותר. אפילו השולחן ערוך לא סחף אותה כפי שסחף את שתי העדות הגדולות: ספרד ואשכנז.

---

<sup>43</sup> כותב לוינגר: "יחסו של הרמב"ם אל המשא ומתן התלמודי כמקור הלכתי ממדרגה שנייה משתקף גם בעניין אחר, שלא עמדו עליו עד עכשיו כתופעה עקרונית אצל הרמב"ם, וגרם בין נושאי הכלים ופרשני הרמב"ם מאז ימיו ועד היום לבטים מרובים שלא יכלו להתגבר עליהם. העניין הוא שהרמב"ם אינו נמנע לפעמים מלהתנכר לגמרי לזיקה ולקשר ששני מאמרים ואפילו שני דינים קשורים בהם זה בזה לפי המשא והמתן התלמודי, בין שיהיה הקשר פרשני-דרשני ובין שיהיה קשר ענייני-הגיוני" (לוינגר, דרכי המחשבה ההלכתית של הרמב"ם, עמ' 166). מדברי לוינגר עולה שיש שהרמב"ם בוחר במשא ומתן התלמודי, ועניין זה גרם לבטים בין נושאי כליו. לוינגר מביא דוגמאות להסבר דבריו, וזה לשונו: "בקידושין כה ע"א מוכיחה הגמרא שלא יתכן שלפי דעתו של רבי לא תהא הלשון נמנית על המומין הגלויים שבשבילם יוצא העבד לחירות, שהרי לפי בכורות (מ ע"א) רוב המדבר שבלשונו נמנה על המומים הגלויים שעליו שוחטים את הבכור, כלו' הגמרא מזהה בבירור את המונח מום גלוי (הלכות עבדים ה, ד), ולעומת זאת הוא פוסק לעניין בכור שאם נוטל רוב המדבר של לשונו הריחו נשחט עליו. וכבר עמד על כך הלחם משנה והפעם השאיר גם הוא את הדבר ב'צריך עיון'. כיוצא במה שראינו שהרמב"ם מפריד בין שני דינים שלפי המשא והמתן התלמודי קשורים זה בזה. נמצא גם שהרמב"ם מקבל להלכה שני דינים שלפי המשא והמתן התלמודי אינם עשויים לדור בכפיפה אחת, תופעה זו אינה כמובן אלא 'הצד השני של אותו מטבע' (שם). שטרן סובר שבעניין חליפת המכתבים בין חכמי פרובינצא והרמב"ם הובאו שיטות שונות. וכך הוא כותב: "ראוי בהזדמנות זו לברר את עניין חליפת המכתבים בין חכמי פרובינצא והרמב"ם, בשאלה זו דנו כמה חכמים ונשברו הרבה קולמוסין". ראו ש.מ' שטרן, חליפת המכתבים בין הרמב"ם וחכמי פרובינצא, ציון טז (תשי"א), עמ' 29-18. המחבר סובר שהרמב"ם ענה לחכמי לונל, שם עמ' 25; וכן ראו את דבריו של יצחק שילת, אגרות הרמב"ם, מהדורת שילת, עמ' תצא-תצז; וכן ראו דבריו של ר"י קאפח, שאלות חכמי לונל ותשובות הרמב"ם-כלום מקוריות הן?, ספר הזכרון לרב ניסים, ירושלים, תשמ"ה, חלק ב', עמ' רל"ה, הני"ל מנמק שאותן תשובות מזויפות.

יוצא אפוא לשיטתו, שיחס תימן לספרות הקודיפיקאטיבית תאם את שיטת הרמב"ם.<sup>44</sup>

#### 4. הרמב"ם והבנתו המדעית

השאלה שנשאלת היא אם מניעים מדעיים טהורים השפיעו על שיקול דעתו של הרמב"ם בפסיקותיו במשנה תורה. לדעת לוינגר, הרמב"ם לא סטה בפסיקותיו מכללי ההכרעה המקובלים בספרות התלמודית, ואלה דבריו:

שלא מצאתי עד היום אפילו עניין אחד שבו פסק הרמב"ם לכאורה כנגד כללי ההכרעה הבאים בספרות התלמודית, שלא מצאתי להכרעתו יסוד אצל אחד הגאונים או אצל אחד מרבתינו ושנוכל למצוא לגביה אפילו סברה קלושה להניח, שהכריע מה שהכריע מתוך גורמים הקשורים באישיותו או בהבנתו המדעית.<sup>45</sup>

לדעת לוינגר, הרמב"ם לא הכריע בפסיקתו על פי שיקולי דעת מדעיים המנוגדים לספרות התלמוד. כשנשאל הרמב"ם כיצד חותמים את ברכת "הערב נא" שבברכות התורה – בברכת "נותן התורה" או בברכת "המלמד תורה לעמו ישראל", השיב שהחתימה תהיה "נותן התורה", כי כוונת הברכה היא שחייבים ללמוד תורה, וזו כוונת נתינתה – לבקש עזרה כדי ללמוד. ואולם מי שחותם ב"מלמד התורה" טועה, כיוון שאין שהקב"ה מלמדנו אותה אלא מצווה אותנו ללמוד, ומסיים הרמב"ם:

וזה בנוי על עיקר דתנו, והוא שעשיית המצוות בידינו, לא בהכרח מן האלקים לעשותן או להניחן.<sup>46</sup>

על הקושי שבהנמקה זו העירו שכבר מצינו מקורות שהקב"ה מלמד, וגם דוד המלך התפלל "למדני חֻקֶיךָ".

לוינגר, מסופק אם היה כאן שיקול דעת פילוסופי להכרעתו. לדבריו, הנימוק כאן הוא דידקטי. הטעם האמיתי הוא שהנוסחאות בגמרא שכתוב בהן "נותן התורה" נחשבות למהימנות מן האחרות.

---

<sup>44</sup> שם, עמ' 34-35. ערוסי מוסיף וכותב שהשולחן הערוך כספר חדר לתימן מוקדם ומהר מאוד, ואולם לא חולל שם מהפכה. לדעתו: "הסיבות לכך ברורות, גם השמרנות והסטאטיות שהורגלו בהן יהודי תימן, וגם בגלל מורשתם הרוחנית, הם לא מצאו לא את דברי ר"י קארו ולא את דברי הרמ"א כמתאימים למנהגיהם". שם, עמ' 35.

<sup>45</sup> לוינגר, דרכי המחשבה ההלכתית של הרמב"ם, עמ' 154-155. הנ"ל מביא גם את תשובתו הידועה (תשובות הרמב"ם, בלאו, תרכ"ד). בעניין שמיעת הניגונים, שגם בה הוא מעמיק. לוינגר טוען שנראה שיש כאן הנמקה בעלת אופי דידקטי.

<sup>46</sup> תשובות הרמב"ם, בלאו, תקפ"ב.

טשרנוביץ סובר אף הוא שהרמב"ם פסק על פי כללי ההכרעה בספרות התלמודית, למשל בדיני טרפות, שבהם לא הכריע בשום מקום על סמך ידיעותיו בחכמת הרפואה, ולא הוסיף על הטרפות ולא גרע מהן.<sup>47</sup>

## 5. ההתנגדות לשיטתו הקודיפיקטיבית של הרמב"ם

### 5.1 הראב"ד

הביקורת הקשה מכול על "משנה תורה" באה מאחד מגדולי התורה בדור הרמב"ם, רבי אברהם בן דוד מפושקירא שבפרובנס. השגותיו מודפסות ב"משנה תורה".<sup>48</sup>

הטענה העיקרית של הראב"ד היא שהרמב"ם לא ציין את מקורותיו בפסקי ההלכות, וכך מנע כל אפשרות להפעיל שיקול דעת ולהתווכח אתו. הראב"ד רואה בחיבורו של הרמב"ם פגיעה בשיקול דעתו של הפוסק, מאחר שהעלים את המקורות לדבריו, ואפשר לקבלם או לדחותם, אבל אי אפשר להפעיל שיקול דעת ולבחון אותם, וזה לשונו:

א"א סבר לתקן ולא תיקן כי הוא עזב דרך כל המחברים אשר היו לפניו, כי הם הביאו ראיה לדבריהם וכתבו הדברים בשם אומרים והיה לו בזה תועלת גדולה כי פעמים רבות יעלה על לב הדיין לאסור או להתיר וראייתו ממקום אחד ואילו ידע כי יש גדול ממנו הפליג שמועתו לדעת אחרת היה חוזר בו. ועתה לא אדע למה אחזור מקבלתי ומראייתי בשביל חבורו של זה המחבר.<sup>49</sup>

דעת הראב"ד הייתה, שיש להחזיר לפוסק את עצמאותו וחירותו, וההכרעה ההלכתית צריכה להיות מבוססת על שיקול דעתו אחרי עיון ולימוד המקורות, ומוסיף הראב"ד:

ועוד כי יש דברים שהגאונים חולקים זה על זה והם המחבר בירר דברי האחד וכתבם בחיבורו ולמה אסמך אני על ברירתו והיא לא נראית בעיני ולא יודע החולק עמו אם הוא ראוי לחלוק אם לא.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> טשרנוביץ, תולדות הפוסקים, חלק א', עמ' 240. חכמי לונל שאלוהו בעניין טרפות ש"ניטל לחי העליון". וכותב טשרנוביץ שלאחר שהרמב"ם משתדל לתת טעם לדבר על פי חכמת הרפואה, שטרפה זו בכלל "אין כמוה חיה" הוא מוסיף: "ומפני זה מנו נטילת לחי התחתון דוקא בכשרות לא העליון" (תשובות הרמב"ם פט).

<sup>48</sup> ראו, מרגליות, הרמב"ם והראב"ד, סיני לו, תשי"ד, עמ' 387-390.  
<sup>49</sup> השגת הראב"ד להקדמת הרמב"ם למשנה תורה. וראה, טברסקי, "על ההשגות הראב"ד למשנה תורה" בתוך: ספר היובל לצבי וולפסון (חלק עברי) ניו-יורק תשכ"ה, עמ' 169-186;

Twersky, I., *Rabad of Posquiers*, Cambridge Mass 1962; *The beginning of Mishneh Torah Criticism In: Biblical and other studies*, Cambridge Mass 1963, pp. 161-182.

<sup>50</sup> שם.



נמצאנו למדים שלראב"ד יש שתי טענות:

א. הרמב"ם לא ציין את מקורותיו בפסקי ההלכות ומנע כל אפשרות מהקורא להפעיל שיקול דעת.<sup>51</sup>

ב. הרמב"ם לא הסביר מדוע קיבל את שיקול דעתו של גאון מסוים במחלוקת ולא את של גאון אחר.<sup>52</sup>

ברגמן רואה ביסוד השגותיו של הראב"ד הבדלים בשיטת הלימוד בין ספרד לאשכנז. הראב"ד היה בן טיפוחם של חכמי צרפת כבעלי התוספות, ששיטתם הייתה לחדור ככל האפשר לעומק הבנת הגמרא. כל עולמו של הראב"ד היה שיקול דעת שמופעל בפלפול התלמודי ובהוויותיו. לא כן תלמודם של חכמי ספרד, ובראשם הרמב"ם, שלא ראו בתלמוד אלא תכלית מעשית.<sup>53</sup> וכך כתב ברגמן:

ולכן אין דרכו של הרמב"ם לדייק ולהוציא דרך הלכה על סמך איזו קושיא בסוגיא, או למצוא הלכה מתוך סברת הגמרא. הוא לוקח את דברי הגמרא במקומם, במשמעם הגלוי והפתוח, ומעתיקה כמו שהם. הרמב"ם

---

<sup>51</sup> בנוגע לרמב"ם ראו, אפרים אלימלך אורבך, "חלקם של חכמי אשכנז וספרד בפולמוס על הרמב"ם ועל ספריהם", ציון, יב (תש"ז), 149-159; רוברט ברודי, "להערכה נכונה של משנה תורה לרמב"ם", תרביץ, נג (תשמ"ד), 318-325; יצחק טברסקי, "לדמותו של הרמב"ם (מסה על מעמדו הייחודי בתולדות ישראל)", אסופות (תשנ"ז), ט-לה.

<sup>52</sup> על כך משיב ר"י קארו, שמטרת הרמב"ם לכתוב בלשון צח וקצר כמו המשנה, וכך הוא כותב: "וואני אומר שטעם רבנו שאילו היה רואה ללכת בדרך המחברים שקדמוהו, מה יתרון היה לו להוסיף על דברי הרב רבי יצחק אלפס שברוב המקומות פוסק כמוהו ולכך בא לחדש פסק הלכה בלשון צח וקצר כמו המשנה ויכול כל חכם לב מהבאים אחריו לסמוך על ברירתו של רבנו. ואם ימצא איזה חכם גדול שלא ירצה לסמוך על ברירתו עד שישקול גם הוא במאזני שכלו מי מעכב על ידו מלעייין בספרי הגמרא והמחברים. וגם לו הוא תיקון אם יהיה נחפז לפסוק יסמוך על דעת רבנו וגם כשלא יהיה נחפז לאו מילתא זוטרתא היא לדעת סברת רבינו". תשובתו בהשגות הראב"ד על הרמב"ם בהקדמתו למשנה תורה. יוצא איפוא שלדעת ר"י קארו, אין שלילת חירות הדין בפסיקתו. אם ירצה, יוכל לעיין במקורות ולאמץ את שיקול דעתו.

<sup>53</sup> מעיר על זה טשרנוביץ: "אולם טעות תהיה לחשוב שהרמב"ם לא היה חריף ועמקן... כל המעיין בתשובותיו יראה שהיה בוקע ועולה דרך כל התסבוכות של פלפולי הסוגיות שהיו פרושות לפניו כשמלה והיה סוקר בסקירה אחת את כל ההתפתלות של הסוגיות לעומקן ולרחבן עם כל ענפי ענפיהן, פלפוליהן והוויותיהן המפוזרות במסכתות שונות בבבלי וירושלמי עם כל פירושיהן ופירושי פירושיהן של הגאונים שקדמוהו. בתשובותיו שהיה משיב לשואליו, שרבים מהם היו ג"כ גאונים גדולים, שפנו אליו בקושיות וסתירות שמצאו בחבורו אפשר לראות את כל המכונה וכל המכשירים של כלי עבודתו שהשתמש בהם הרמב"ם בחבורו. הוא ממש מפליא בגאונות סברותיו הישירות ושכלו הבהיר, והוא פורץ לו גדרים הסוגיות המסובכות לעשות לו דרך ישר אל הנקודה המרכזית של מסקנת ההלכה. לפעמים במלה אחת, בדיון קל, ממש בנקודה אחת" (תולדות הפוסקים, חלק א, עמ' 273).

היה בעל סברה ישרה, שהקיף את הסוגיות לרוחב, והשגיח יותר על הכללים מאשר על הפרטים.<sup>54</sup>

## 5.2 עמדת הרא"ש

הרא"ש מציין באחת מתשובותיו שאחד הדיינים טעה בהבנת הלכה מסוימת במשנה תורה לרמב"ם. בתשובה זו יש ביקורת על "משנה תורה", רק לא כביקורתו של הראב"ד. אם טענת הראב"ד היא שדברי הרמב"ם הם כדברי נבואות ואין אפשרות לבחון את נכונותם, הרי טענת הרא"ש היא שבהעדר יכולת לבדוק את מקור דברי הרמב"ם יש חשש שהדברים לא יובנו כהלכה, והפוסק מתוך משנה תורה יכול לטעות בשיקול דעתו, ואלה דברי הרא"ש:

וכן טועים כל המורים הוראות מתוך דברי הרמב"ם ז"ל ואינן בקיין בגמרא לידע מהיכן הוציא דבריו עושין להתיר האסור ולאסור את המותר כי לא עשה כשאר המחברים שהביאו ראיות לדבריהם והראו על המקומות היכן דבריהם בגמרא ומתוך זה יכול לעמוד על העיקר ועל האמת... וכל הקורא בו סבור שמבין בו ואינו כן שאם אינו בקיא בגמרא אין מבין דבר לאשורו ולאמיתו ויכשל בדין ובהוראה לכך לא יסמוך אדם על קריאתו בספרו לדון ולהורות אם לא שימצא ראיה בגמרא.<sup>55</sup>

הרא"ש שולל את עיקר מגמתו של הרמב"ם. לדעתו, ספר המסכם את ההלכה אין ייעודו להיות ספר שממנו בלבד יסיק את הדין ויפסקו על פיו, כפי שסבר הרמב"ם, אלא להיות סמוך על שולחנם של המקורות התלמודיים, שמהם הוא דולה את פסקיו, ורק בהיצמדות למקורותיה של ההלכה הפסוקה יהיה אפשר לעמוד על פירושה הנכון של הלכה זו בספר

<sup>54</sup> מתוך: רבי אברהם ב"ר דוד (הראב"ד), כתוב שם, השגות על בעל המאור, מהדיר: ישכר דב ברגמן, מוסד הרב קוק ירושלים, תשי"ז, מבוא, עמודים יט-כ.

<sup>55</sup> שו"ת הרא"ש, כלל לא, כ"ט; רא"ש, סנהדרין פרק ד', סוף סימן ו'; המאירי, סנהדרין לג ע"א; בעי חיי, ח"א, סימן עג. בעל "תמים דעים" סובר שיכול הדיין לטעון "קים לי שלא טעיתי" ולהיפטר, אך אם משנודע לו הילוך הדעת הכללי, הסכים והודה שטעה בפסקו הראשון, הוא נקרא לעניין פסקו הראשון "טועה בשיקול הדעת". אך יש מי שסובר שאף אם אינו מודה שטעה, דינו כדין טועה בשיקול דעת (תשובות חוט השני ס', שו"ת זית רענן, חלק ב, מח, נתיב ב). להבהרת העניין אפשר להוסיף שאם הדיין ידע את השיטות ועפ"י שיקול דעתו אימץ שיטה אחת, כדין פעל הדיין ואף חובתו לעשות זאת. הלוא כך הייתה דרכה של תורה עוד מימי התנאים, והנה רבנו הקדוש חלק על רבו, רבן שמעון בן גמליאל. וכותב הרא"ש (סנהדרין לג ע"א) שאין הדיין רשאי להעדיף מבין שני פוסקים בלי לאמץ את שיקול דעתו, ומעשה כזה ייחשב לדין שקר. כותב ר' ישעיה מטראני בשו"ת הרי"ד סימן סב: "ומ"ש מר שלא אחלוק על הרב הגדול רבינו יצחק זצ"ל, חלילה לי מעשות זאת כי מה אני נחשב כנגד תלמידו, אף כי אחרי המלך, אך זאת אתי שכל דבר שאינו נראה בעיני אפילו אי אמרה יהושע בן נון לא צייתנא ליה, ואיני נמנע לומר מה... לפי מיעוט שכלי, ואדרבה בעדותיך נגד מלכים ולא אבוש".

ההלכות. אבל העיון בו בלבד יכול להטעות את המעיין בשיקול דעתו. ומוסיף הרא"ש ואומר:

וכן שמעתי מפי אדם גדול בברצילונה, שהיה בקיא בתלתא סדרי ואמר, תמהתי על בני אדם שלא למדו גמרא וקורין בספרי הרמב"ם ז"ל ומורים ודנים מתוך ספריו וסבירין שיכירו בהם, כי אמר, אני מכיר בעצמי כי בגי' ספרים שלמדתי אני מבין כשאני קורא בספריו, אבל בספריו בהלכות קדשים וזרעים אינני מבין בהן כלום, וידעתי שכן הוא להם בכל ספריו.<sup>56</sup>

גישה זו של הרא"ש לייעודו ולסמכותו המוגבלת של ספר ההלכות משתלבת עם דעתו שלדיין יש חירות מוחלטת לפסוק בניגוד להוראה שהביאו חכמי ההלכה שאחר התלמוד, ובהם הגאונים, אם יש בידו ראיות ברורות ומשכנעות לעשות כן.<sup>57</sup>

עצם רעיונו של הרמב"ם, שחיבורו "משנה תורה" ישמש ספר פסקים מחייב וייחודי, נוגד את שיטת הרא"ש, הרואה בריבוי הדעות תופעה חיובית וחיונית. ספר פסקים, משוכלל ככל שיהיה, לא ישמש מקור יחיד לפסיקת הדין, וייחודיות זו שמורה אך ורק לתלמוד עצמו, וזה לשון הרא"ש:

"אני דקדקתי זה מן הגמרא ומן התוספתא ואכן אנו מחזירין לקבל הלכה למשה מסיני שכתב המחבר, ואלו כתב ראיות והיה מראה לנו פנים כדבריו, אם היו ראיותיו נכוחות היינו צריכים לקבלן.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> שו"ת הרא"ש, כלל לא, סימן ט.

<sup>57</sup> גישת הרמב"ם היא שאין לחלוק על התלמוד, וכך כתב בהקדמתו ל"משנה תורה": "הואיל וכל אותם הדברים שבתלמוד הסכימו עליהם כל ישראל". אבל אפשר לחלוק על פסיקה שלאחר חתימת התלמוד, כמשתמע מהמשך דבריו: "ואחר בית של רב אשי שחבר התלמוד וגמרו בימי בנו, נתפזרו ישראל בכל הארצות פזור יתר והגיעו לקצוות ולאיים הרחוקים ורבתה הקטטה בעולם ונשתבשו הדרכים בגיסות... וכל בית דין שעמד אחר התלמוד בכל מדינה ומדינה וגזר או התקין או הנהיג לני מדינתו או לבני מדינות רבות לא פשטו מעשיו בכל ישראל, מפני רחוק מושבותיהם ושיבוש הדרכים, והיות בית דין של אותה המדינה יחידים, ובית דין הגדול של שבעים ואחד בטל מכמה שנים קודם חבור התלמוד. לפיכך אין כופין אנשי המדינה זו לנהוג כמנהג מדינה האחרת, ואין אומרים לבית דין זה לגזור גזרה שגזרה בית דין אחר במדינתו, וכן אם למד אחד מהגאונים שדרך המשפט כך הוא, ונתבאר לבית דין אחר שעמד אחריו שאין זה דרך המשפט הכתוב בתלמוד, אין שומעין לראשון אלא למי שהדעת נוטה לדבריו בין ראשון בין אחרון". ובאחת מתשובותיו כתב: "ובכלל אומר כי כל מאמר שימצא לאחד מן הגאונים ז"ל המפורסמים בהוראה ולא נמצא עליהם ראייה ברורה, לא נדחה אותם ולא נטעה אומרים אבל נאמר אפשר שיש לו ראייה, ואין ראוי לנו שנסמוך על אותו מאמר ולא נעשה בו עד שיתבאר לנו סבתו" (תשובות הרמב"ם, בלאו, שי, פרק ב, עמ' 576).

<sup>58</sup> תשובות הרא"ש, כלל ק, ב, סוף תשובה ראשונה.

כאמור, נימוק זה הביא אף הראב"ד בהשגתו על דברי הרמב"ם בהקדמתו ל"משנה תורה", שצריך לאפשר לדיין חירות בשיקול דעתו, להכריע בין הדעות השונות. הרא"ש חולק על הראב"ד האומר:

אין לנו עתה לחלוק על דברי גאון מראיית דעתנו לפרש העניין בדרך אחר, כדי שישתנה הדין מדברי הגאון אם לא בקושיא מפורסמת וזה דבר שאין  
בנמצא.<sup>59</sup>

### 5.3 עמדת רבי שמואל דוד לוצאטו

ביקורת חריפה על דרכו הקודיפיקטיבית של הרמב"ם מוצאים בדבריו של רבי שמואל דוד לוצאטו, במכתבו לרבי שלמה יהודה ראפפורט. ביקורתו נוגעת בכמה נקודות חשובות:

א. בתחילה קבעו חכמים את ההלכה לפי שיקול דעתם לאחר דיון בספרות ההלכה. אך הרמב"ם עשה את פסקיו כמסמרות נטועים, וביטל את שיקול דעת חכמים, שלפיו יש לקבוע את ההלכה על פי הנסיבות.

ב. הרמב"ם הכריע בספקות ההלכה על פי שיקול דעתו ולא ציין את הדעות שמהן למדים על שיקול דעתם של אחרים, וזה לשון שד"ל:

תחת כי במשנה, נזכרו גם דברי היחידים למען ידעו דור אחרון שתי  
הסברות יחדיו, ויחקרו אותן, ויפסקו הלכה כדברי זה או כדברי זה לפי  
ראות עיניהם ולפי צורך הזמנים.<sup>60</sup>

אם-כן, ריבוי הדעות נותן אפשרות לפוסק הלכה להחליט כראות עיניו, לפי צורך השעה.

ג. הרמב"ם נסמך גם על אריסטו וקיבל את שיקול דעתו. ביקורת שד"ל בעניין זה היא שאין אנחנו יכולים לעקוב אחר דבריו של אריסטו ולדחות או לקבלם, וזה לשונו:

כמה עניינים יש במשנה תורה שאינם לקוחים מדברי רז"ל אלא מדברי  
אריסטו ומפרשיו הערביים, כגון בהלכות תורה והלכות דעות.<sup>61</sup>

ד. ר' שמואל לוצאטו רואה במפעל הרמב"ם סכנה להשכחת המשנה והתלמוד ומציין שאלמלא הראב"ד שעמד בפרץ היו כל חכמי ההלכה מושפעים משיקול דעתו של הרמב"ם וזה לשונו: "והרי אנו ובנינו ובני בנינו משועבדים לרמב"ם ולאריסטו".<sup>62</sup>

<sup>59</sup> בפסקי הרא"ש (סנהדרין ד, ו) מובא שעל החולה להביא ראיות המקובלות על פוסקי הדור.

<sup>60</sup> כרם חמד ג (תקצ"ח), עמ' 66.

<sup>61</sup> שם, עמ' 67.

<sup>62</sup> שם.

#### 5.4 תגובת מהרי"ץ חיות

על דברי רבי שמואל דוד לוצאטו מוצאים דברי תגובה מפורטים מפי המהרי"ץ חיות במאמרו "תפארת משה". המהרי"ץ אינו יוצא נגד רבי שמואל לוצאטו בלבד, אלא אף נגד כמה מאנשי איטליה ואשכנז, וזה לשונו:

ולהראות קצת הטוענים מאנשי איטאליה ואשכנז, אשר מזכירים נשכחות מני אז, לגלגל עליהם הישנות שגו ברואה... לפגוע בכבוד אדם הגדול הזה... ואשר מפיו אנו חיים לאמונה ולהלכה למעשה.<sup>63</sup>

המהרי"ץ מדגיש שמפיו אנו חיים "לאמונה ולהלכה למעשה" כלומר בשני היסודות – האמונה וההלכה למעשה, חידש הרמב"ם על פי שיקול דעתו דברים שהתקבלו בציבור,<sup>64</sup> ומפיו אנו חיים. דומה שכאן מתמצת המהרי"ץ את דעתו על הרמב"ם כתגובה לדברי המבקרים. הוא דן בדברי המבקרים ודוחה אותם בתקיפות רבה.

א. על הטענה שדברי הרמב"ם "כמסמרות נטועים" מגיב המהרי"ץ חיות שיפה עשה הרמב"ם שהניח דעת היחידים ולא הזכירם כקודמיו במשנה, כי ההלכה לא תהיה

<sup>63</sup> מהרי"ץ חיות, חלק א, עמ' תלה.

<sup>64</sup> בעל "קצות החושן" כותב בהקדמתו שיש לראות את האמת בעיניהם של חכמים בלבד. גם ר' משה פיינשטיין בהקדמתו לספרו "אגרות משה", אורח חיים חלק א, מליץ על עצמו וגם על אחרים העוסקים בהוראה הלכה למעשה, אף כי ראוי היה להימנע מזה, שאולי לא יכוונו בהוראתם לאמתות ההלכה, וזה לשונו: "האמת להוראה, שמחוייב החכם להורות, גם מקבל שכר הוא כפי שסובר אחר עיונו בכל כוחו, אף האמת... (האמת האמיתי אשר גליא כלפי שמיא) אינה כן". כלומר שיקול דעת הפוסק אפשר שאינו אמיתי, אבל סבר כן אחר עיונו בכל כוחו, כי האמת גלויה רק כלפי הקב"ה, וזאת אמת ממש, אך ה"אמת להוראה" היא אמת עפ"י שיקול דעת הפוסק, לאחר שבירר את ההלכה בעיון מעמיק בש"ס ובפוסקים כפי כוחו, בכבוד ראש וביראה מהשם יתברך. בהמשך ההקדמה מסביר ר' משה פיינשטיין מדוע יש מגוון רחב של שיקולי דעת בנושאים הלכתיים, ואלה דבריו: "וזהו ענין כל מחלוקת רבותינו הראשונים והאחרונים, שזה אוסר וזה מתיר, שכל זמן שלא נפסק כחד, יכול כל אחד להורות במקומו כמו שסובר אף שהדין האמיתי הוא רק כאחד מהם, ושני החכמים מקבלים שכר על הוראתם, ומטעם זה מצינו הרבה חילוקים גם באיסורים חמורים... ושניהם הם דברי אלקים חיים אף שהאמת האמיתי גליא כלפי שמיא שהוא רק כאחד מהם". שאלה זו התעוררה גם בשיטות משפט אחרות, וכבר עמד על זה השופט ברק בספרו "שיקול דעת שיפוט" הוצאת פפירוס, עמ' 32-34. ברק אף דן בשאלה כיצד תימדד חוקיותה של אפשרות משפטית. תורת המשפט לא פיתחה כלים מדויקים ומפותחים לבחינת המותר והאסור, החוקי והלא חוקי. יש אפשרויות שעליהן יאמר כל משפטן בר-דעת שחוקיות הן, ויש כאלה שמשפטן בר-דעת יסבור שבלתי חוקיות הן, אך שתי קבוצות אלה יש אפשרויות שמשפטנים בני דעת לא יגיעו לכלל הסכמה ביניהם בדבר חוקיותן, ומכאן ברק נזקק לאמת מידה של "משפטנים בני דעת" או "הקהילה המשפטית" לבחינת חוקיותה של אפשרות משפטית. ברק רואה בקהילה המשפטית השקפה מקצועית של ציבור משפטנים במדינה, לכן כל שיקול דעת שבעיני הקהילה המשפטית הוא חוקי, יהיה חוקי, אך אם בעיני הקהילה המשפטית אין הוא חוקי, נקבע ששיקול הדעת אינו חוקי.

כמותם לעולם, משנתקבלו כללים בתלמוד. לכן אין כאן פגיעה בשיקול דעת הפוסק, כי אי אפשר לקבל דעת יחיד שבמשנה להלכה.

ב. על הטענה שהרמב"ם משכיח את המחלוקות מגיב המהרי"ץ שהרמב"ם השמיט דעת יחידים רק במקרים שאפשר להוציא הלכה ברורה מן התלמוד על ידי הכללים שנתנו חז"ל בהוראה. אבל אם אי אפשר להוציא בירור מן התלמוד, כתב הרמב"ם שתי דעות כדי לתת חירות בשיקול דעת הפוסק.

ג. על הטענה שאנו משועבדים לשיקול דעת אריסטו בהלכות יסודי התורה ובהלכות דעות אומר המהרי"ץ שכבר הוכיח הרמב"ם בחידושו שכל דבריו בהלכות אלה נובעים ממעיין נאמן – תורה שבכתב ותורה שבעל פה, על פי שיקול דעת חז"ל, אלא שחז"ל דיברו בקצרה וברמז.

## **6. סיכום ומסקנות**

א. לדעת הר"י מיגאש, שימוש בספרי קודיפיקאציה עדיף על שימוש בתלמוד בשל ירידת הדורות, ואין מי שירד לעומק התלמוד וידלה מסקנות נכונות. לכן מי שמורה מספרי פסיקה שחיברו הגאונים, בונה את פסק הדין שלו עליהם. לדעת אלון, עמדה זו של הר"י מיגאש השפיעה על הרמב"ם לחבר את ספרו "משנה תורה".

ב. אלה הם מניעי הרמב"ם לחיבור "משנה תורה":

(1) ריבוי החומר ההלכתי.

(2) העדר ספר קודיפיקאטיבי – חיסרון ופגם באומה.

(3) "צורך אישי". הרמב"ם מדגיש שספר כזה יעזור לו להתפנות מהחקירה ומהחיפוש בבוא אליו שואל שאלה הלכתית.

(4) הבנת הספרות נפגמה, ולא נשאר מי שיבין את דברי חכמים. נימוק זה דומה לנימוק הר"י מיגאש.

### **עמדת אטינגר**

הרמב"ם העדיף את התלמוד הערוך על פני המשא והמתן התלמודי, אם הסברה חייבה זאת.

### **עמדת לוינגר**

יחסו של הרמב"ם למשא ומתן התלמודי גמיש מיחסו לתלמוד הערוך.

### **עמדת סילמן**

לדעת סילמן, שיטתו הקודיפיקטיבית של הרמב"ם היא המשך למסורת הספרדית מבית מדרשם של הר"ף והר"י מיגאש, שיש להימנע מדעות דחויות ולהתעלם מהמשא והמתן התלמודי.

ההתנגדות לשיטתו הקודיפיקטיבית של הרמב"ם נבעה משני נימוקים עיקריים:

- א. ניפוי המשא והמתן התלמודי והבאת ההלכה בלי מקורות פוגעים בשיקול דעת הפוסק.
- ב. לימוד "משנה תורה" בלי לדעת את התלמוד יכול להביא את הפוסק לטעות בפסיקה.

## פרק רביעי

### "בית יוסף" וה"שולחן ערוך" לר' יוסף קארו

#### 1. ספר "בית יוסף"

- עיון בהקדמתו של ר' יוסף קארו לספרו "בית יוסף" מראה ששתי מטרות עמדו לפניו.<sup>1</sup>
- א. לכלול בספר אחד את כל החומר ההלכתי שנכתב עד ימיו, את מקורותיה של ההלכה ואת שיקולי הדעת בכל הלכה והלכה.
- ב. להכריע בין דעות הפוסקים על פי שיקול דעת לאחר הבאתן, כדי שתורה אחת ומשפט אחד יהיו לנו.<sup>2</sup>

ר' יוסף קארו סמך את ספרו לספר "ארבעה טורים", כדי שלא יצטרך לחזור ולכתוב את דברי קודמיו. תחילה סבר ר' יוסף קארו לסמכו לספר "משנה תורה" לרמב"ם בשל היותו הפוסק המפורסם בעולם, אך לבסוף בחר ב"בעל הטורים", היות הביא את הדעות השונות, ואילו הרמב"ם הביא את דעתו בלבד, כנזכר לעיל.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> בפרק זמן זה, מימי ר' יעקב בעל הטורים עד ימי ר' יוסף קארו, אירעו כמה מאורעות חשובים. כמה מרכזים של התפוצה היהודית חרבו או נידלדלו מאוד, ומרכזים אחרים קמו וירשו אותם והמשיכו את דרכם. המרכז באשכנז נידלדל עוד שנים רבות קודם לכן בפורענויות רבות וזועזע עד היסוד, בייחוד כשפרצה "המגפה השחורה" באמצע המאה ה-14 ובשל הפרעות בקהילות ישראל שפרצו מחמת העלילות בעקבות המגפה. גם במרכז שבספרד גברו הרדיפות והגזירות בשלהי המאה הארבע-עשרה, ושיאן היה שמד בשנת קנ"א (1391), ובסוף המאה ה-15 הגיע מרכז זה לחורבנו בגירוש ספרד בשנת 1492. תפוצות היהדות עם חכמיהן ומנהיגיהן נדדו והקימו מרכזים חדשים. חשוב לציין שהמרכז המפואר שהיה בפולין נבנה מירידתה של יהדות אשכנז, וגולי ספרד פנו לכמה וכמה מרכזים אחרים, בעיקר לקהילות שבארצות צפון אפריקה ובארצות המזרח והבלקן, ואיטליה. קהילות סלוניקי, קושטא, קהיר ועוד רבות אחרות היו למרכזי תורה וחכמה. בית הדין הגדול בצפת היה לסמכות הלכתית גדולה לכל תפוצות היהדות. גלויות ונדודים היו מנת חלקם של רבים מגדולי ישראל, ביניהם ר' יוסף קארו, שנולד לאביו ר' אפרים בשנת רמ"ח (1488) בספרד, וכעבור ארבע שנים גורש מארצו עם הוריו ונדד בכמה תחנות ביניים, עד שהגיע דרך מצרים לצפת שבארץ ישראל, ובה נתמנה להיות חבר בבית דינו של ר' יעקב בירב (אלון, המשפט העברי 1087).

<sup>2</sup> ראוי להעיר שזו היתה שאיפתו של ר"י קארו. וכלשונו בהקדמה: "ועלה בדעתי שאחר כל הדברים אפסוק הלכה ואכריע בין הסברות". ואולם הוא מוסיף: "ומי זה אשר יערב לבו לגשת להוסיף טענות וראיות ביניהם אשר ימלאהו לבו להכניס ראשו בין ההרים-הרי אל – להכריע ביניהם על פי טענות וראיות, לסתור מה שבררו הם או להכריע במה שלא הכריעו הם כי בעוונותינו הרבים קצר מצע שכלינו להבין דבריהם כל שכן להתחכם עליהם..."

<sup>3</sup> גלינסקי חקר את ספריו של רבנו יעקב בעל הטורים וכך הוא כותב: "ואכן נדמה שהמציאות החברתית בספרד, כפי שתיארנו אותה בפרקים הקודמים, מחזקת את הסבירות, שר"י ביקש לעשות את ספרו לחיבור הלכתי עצמאי. ר"י ידע שציבור הדיינים והרבנים המקומיים יעדיף חיבור קצר של "פסקים" על פני אריכות



- ר' יוסף קארו מסביר מדוע הסמיך את דבריו לדברי בעל הטורים :
- א. לבאר דבריהם של הפוסקים שהובאו ושל אלה שלא הובאו, בייחוד את דברי הרמב"ם, כיוון שבהרבה מקומות דבריו סתומים וחתומים.
  - ב. להשלים סברות הפוסקים שנשמטו מבעל הטורים ולנמק את שיטותיהם.
  - ג. לנמק את הדעות החולקות שהביא בעל הטורים.
  - ד. לנמק את פסיקת בעל הטורים.
  - ה. להביא מקורות לדברי בעל הטורים.
  - ו. לתרץ קושיות או תמיהות של בעל הטורים על פוסקים מסוימים.
  - ז. להביא דין מחודש שלא הובא בדברי פוסקים.<sup>4</sup>

דומה שמטרת ר' יוסף קארו בספרו "בית יוסף" היא לתת כלים מתאימים למורה הוראה כיצד להפעיל שיקול דעת בהלכה. שלא כמו הרמב"ם, המביא את דבריו בלבד ולא מציג שיטות אחרות, שאף ר' יוסף קארו לערוך מעין אנציקלופדיה הלכתית שתעזור לפוסק ולכל אדם לקנות לו ידע נרחב ותיתן לפוסק כלים יעילים להפעיל שיקול דעת ולהרחיבו ובאמצעות הדיונים וליבון הסוגיות ההלכתיות בבואו להכריע בשאלות הלכתיות.<sup>5</sup>

---

למדינת של תורת אביו הרא"ש. הוא הבין שפסקי הרא"ש כצורתם אינם פרקטיים לשימוש יום יומי. מלבד סידורם הקשה העשוי על סדר התלמוד, הדיונים הארוכים בסוגיית התלמוד ובראשונים הסתירו את המסקנות ההלכתיות. לשם תיקון המצב, החליט ר"י לחבר ספר, שיסכם את מסקנות אביו ויהא ספר פסיקה בלי דיונים וללא שיטות רבות". י' גלינסקי, ארבעה טורים והספרות ההלכתית של ספרד במאה ה-14. אספקטים היסטוריים, ספרותיים והלכתיים חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, אוניברסיטת בר אילן, תשנ"ט, עמ' 228-229. וכן ראו מאמרו של ישראל תא-שמע, "רבנו אשר ובנו ר' יעקב בעל הטורים : בין אשכנז לספרד", פעמים- פרקי עיון במורשת ישראל במזרח, ח (תשנ"א), 75-91;

Louis Jacobs. Tur. Prelace to Hoshem Mishpat – Translation and Commentary. 6 The Jewish Law Annual (1987). 94-108.

<sup>4</sup> הקדמה לטור אורח חיים.

<sup>5</sup> הדברים מתבטאים בהקדמתו לטור אורח חיים, וזה לשונו : "וזה משפט הספר ומעשהו לבאר הדין שכתב על הטורים, אם הוא משנה או ברייתא או תוספתא או מימרא בתלמוד בבלי או ירושלמי או בסיפרא או בסיפרי או במכילתא ואם הוא מוסכם או אם הוא מחלוקת תנאים או אמוראים והמחבר פסק כאחד מהם ומאיזה טעם פסק כמותו, ואם מביא המחבר סברות פוסקים חולקים בדין ההוא ובאם טעם כל אחד מהסברות שרשה ומוצאה מהתלמוד ואם המחבר ישיט סברת איזה... פוסק יביא סברת הפוסקים הנשמטים וטעמים. ואם דברי איזה מהפוסקים ההם בין שמביאם המחבר בין שאינו מביאם אינם מובנים יבאר דבריהם ויפרט דברי הרמב"ם ז"ל כי בהרבה מקומות דבריו סתומים וחתומים והם מתבארים בספר הזה... ואם המחבר היה בעל הטורים מקשה על איזה מהפוסקים יתרץ קושיתו או תמיהתו ואם נמצא איזה דין מחודש בדברי איזה פוסק או מפרש ולא הביאו המחבר יביאנו ויבאר טעמו"; ראו, זילברג, "לשאלת עריכת קודכס עברי", הפרקליט ד', 1947, עמ' 262-265.

## 1.1 פסיקת ההלכה

ר' יוסף קארו נמנע מלהפעיל שיקול דעת ולהכריע באמצעות ראיות מן המקורות, ושלושה טעמים עמו:

א. מלאכה מרובה היא להביא את כל שיטות הפוסקים ולהסביר את מעלותיהן ומגרעותיהן ולנמק את הכרעתו על פי שיקול דעתו, והזמן לא יספיק לה.

ב. הוא לא ראה את עצמו מוסמך להעדיף דברי פוסק אחד על דברי פוסק אחר, וזה לשונו: ומי זה אשר יערב לבו לגשת להוסיף טענות וראיות לכל אחד מהדיעות... ואיזהו אשר ימלאהו לבו להכניס ראשו בין ההרים הררי אל להכריע ביניהם.<sup>6</sup>

ג. נראה שר' יוסף קארו התכוון שכל מורה הוראה ילמד את חיבורו ויחליט על פי שיקול דעתו, כלומר מטרתו לתת חירות בשיקול דעת, כי "אין לדיין אלא מה שענינו ראות".

ר' יוסף קארו קבע ארבעה כללים:

א. הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש הם "עמודי הוראה". במקום ששלושתם הביעו את דעתם, יש לפסוק כשיטתם. אם יש מחלוקת בדעותיהם, יש לפסוק על פי הדעה ששניים מהם אוחדים בה, אלא אם כן כל חכמי ישראל או רובם סוברים כאחד משלושת עמודי ההוראה, או במקרה שהתקבל מנהג כדעת אחד מהם.<sup>7</sup>

ב. כשרק שניים משלושת עמודי הוראה אלה הביעו את דעתם והם חולקים ביניהם, יש לפסוק על פי רוב דעות של חכמים אחרים – רמב"ן, רשב"א, ר"ן, מרדכי, סמ"ג.

ג. אם אפילו אחד מעמודי ההוראה האלה לא הביע את דעתו, תיפסק ההלכה כדעת רוב החכמים שדנו בסוגיה זו.

ד. הנוהגים כמנהג מקומם לאסור, אע"פ שההלכה קבעה להתיר, אין הם רשאים לאמץ את ההיתר, כי כבר קיבלו עליהם שיקול דעתו של מורה ההוראה לאסור.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> הקדמה לטור אורח חיים.

<sup>7</sup> ראו, בנדיקט, "הערות לתולדות הרי"ף", בתוך: קרית ספר כז, תשי"א, עמ' 85-109.

<sup>8</sup> טשרנוביץ מעיר שכשם שנפרדו האשכנזים מהספרדים בדרך לימודם, כך נפרדו עוד בהשקפתם הדתית. בענייני איסור והיתר, האשכנזים מחמירים, והספרדים מקלים. עוד הוא מעיר שאם נשים לב לרוב ההלכות שבשו"ע ונציג את הגהות הרמ"א הנמשך אחר חכמי אשכנז, לעומת בית יוסף שנמשך אחרי הספרדים, ניוכח שרוב החומרות בענייני איסור והיתר מקורן באשכנז. עוד אנו מוצאים שמאז ומתמיד היו האשכנזים קנאים למנהגי הדת יותר מהספרדים, כמו שהעיד הטור (או"ח הל' ר"ה ס' תקפ"ה), שהאשכנזים זריזים במצוות יותר מן הספרדים, ושלשלת ארוכה של קובצי מנהגים של האשכנזים תעיד שאצלם היו המנהגים יקרים מאוד והשתדלו לסדרם ולהפיצם בין העם, כדי שיהיו הכול בקיאים בהם. ובספרד אין זה חזון נפרץ. ואולם, ממשיך טשרנוביץ, בתקופה זו שאנו דנים בה ירדה אשכנז מאוד בגין צרות שונות, כגון גירוש ממקום למקום,

ר' יוסף קארו בחר בשיטתו, וזה לשונו: "ודרך זו דרך המלך נכונה וקרובה אל הדעת להרים מכשול".<sup>9</sup> לשיטתו דרך זו תמנע מכשול וטעות בשיקול הדעת, כיוון שאנו סומכים על עמודי הוראה.<sup>10</sup>

## 2. הספר "שולחן ערוך"

### 2.1 רקע

ספר "בית יוסף" לא פתר את בעיית הפסיקה. אמנם מלאכה גדולה נעשתה בהבאת ההלכות עם המקורות התלמודיים והדעות השונות של חכמי ההלכה, ואולם נשארו הקושי ואי

---

ואחרי הגירוש חששו האשכנזים מהשפעת הספרדים, שנתפרדו בקהילות שונות והביאו עמם את מנהגי המדינה שממנה באו, ולא היה באשכנז איש שיעצור בעד השפעת רוח הספרדים (טשרנוביץ, תולדות הפוסקים, חלק ג, עמ' 41 ואילך).

<sup>9</sup> הקדמה לבית יוסף, ראו להלן שיטתו בפסיקה ב"שולחן ערוך", סעיף 2.4.

<sup>10</sup> אלון, המשפט העברי 938-940. המייצג הבולט של ספרי הלכה הוא הרי"ף, ר' יצחק אלפסי, בספרו המפורסם "ספר הלכות", ואילו המייצג הבולט לספרי פסקים הוא הרמב"ם, ר' משה בן מימון, בספרו המפורסם "משנה תורה". אלון מעיר שבמשך הזמן נוצר סוג ספרותי שלישי, שהוא שילוב בין ספר ההלכות ובין ספר הפוסקים, ולבד מן ההבדל הספרותי הפנימי ביניהם יש בדרך כלל גם הבדל ספרותי חיצוני שמקורו בהבדל הפנימי. ספר הפוסקים מסודר ובנוי לפי עניינים ונושאים הלכתיים, כשהמחבר מרכז במקום אחד את המסקנות ההלכתיות בנושא מסוים מן המקורות הרבים של התנאים, של האמוראים ושל הספרות הבתראתלמודית. ואולם בספר הפוסקים הפוסק מביא את המסקנה ההלכתית בלבד ללא דיון וללא ציון מקורות למסקנתו. טשרנוביץ מוכיח שלפני הרי"ף היה חומר רב מן המוכן מימי הגאונים, במגוון תכנים וצורות, והרי"ף הכריע באיזו צורה מן הצורות הפסקניות לבחור. עיקר מלאכת הרי"ף הייתה לנתח על פי שיקול דעתו של התלמוד ולהפרידו לחלקיו היסודיים כדי להוציא מתוך המשא ומתן את התמצית ההלכתית, וזה לשונו בעמ' 132: "כי על פי רב פלפול הסוגיה ופסק ההלכה שבה הם בגוף ההוויות. וכדי לגלותה דרושה הבנה עמוקה ומקפת ועין חודרת לנשמת התלמוד ורוחו. דבר זה עלה בידי רב אלפס במדרגה שאין למעלה ממנה". עיון בהקדמת ר' יוסף קארו על טור אורח חיים מראה שהוא חש בירידת הדורות, ובירידת שיקול הדעת, לכן ראה לנכון לקבץ ולאסוף, כנזכר לעיל. וכך כתב בהקדמתו: "ויהי כי ארכו לנו הימים, הורקנו מכלי אל כלי ובפיזור הלכנו וכמה צרות צרורות, תכופות וצרות זו לזו באו עלינו, עד כי נתקיים בנו בעוונותינו ואבדה חכמת חכמינו וס' ואזלת יד התורה ולומדיה, כי לא נעשית התורה כשתי תורות אלא כתורות אין מספר לסיבת רוב הספרים הנמצאים בביאור משפטיה ודיניה, וגם כי הם עליהם השלום כוונתם היתה להאיר מחשכנו, נמשך לנו מתוך האור הטוב שנהנינו מהם עליהם השלום, ספק ומבוכה רבה, בהיות כל אחד מחבר ספר לעצמו וכופל מה שכבר יחד. יוצא אפוא שפגעי הגלות הותירו את רישומם הקשה במערכת ההלכה, והתורה נעשתה לא לשתי תורות, אלא כתורות עד אין מספר, כדברי החיד"א: "ישראל לפי הדור היו צריכים", וכותב: "ובאותו הדור היו נמשכים שלושה רבנים ראויים לזה, והם הרב מהר"ר יוסף טאיטצק והרב מרן מהריב"ל, וכל אחד מהם היה ראוי למלאכה זו, והסכימו מן השמים ותנתן דת על ידי מרן הקדוש מפני ענותנותו היתרה" (שם הגדולים, מערכת ספרים, אות ב' סימן נט).

הנוחות שבספר כזה. מזה הסיק ר' יוסף קארו שקודקס הלכתי חייב להיות קצר וברור, לכן החליט לחבר ספר פסקים מובהק, והוא ה"שולחן ערוך", ואלה דבריו:

למען תהיה תורת ה' תמימה שגורה בפי כל איש ישראל, כי כאשר ישאלו לת"ח דבר הלכה לא יגמגם בה... בהיותו שגור בפיו הספר הזה הבנויה לתלפיות, תל שהכל פונים בו, לחלקו לחלקים שלשים ללמוד בו בכל יום חלק אחד ונמצא שבכל חדש חוזר תלמודו.<sup>11</sup>

השאלה הנשאלת היא מדוע חיבר ר' יוסף קארו שני חיבורים, וכי לא די היה לחבר את ה"שולחן ערוך" בלבד?! ר' יוסף קארו כותב ש"בית יוסף" מיועד לתלמידי חכמים המעוניינים בחידושים ובפירושים שרוכזו על-פי נושאים וכוללים מגוון דיונים, כנזכר לעיל, וכך החכמים קונים להם ידע. ואולם ה"שולחן ערוך" יועד לכל העם – למי שאינם יכולים להבין את הדיונים ההלכתיים, ולמי שאין זמנם פנוי ללמוד את ההלכה במקורותיה, ועליהם להסתפק בהלכה שהובאה בצורה תמציתית ופסקנית.<sup>12</sup>

## 2.2 עמדת טשרנוביץ

טשרנוביץ שולל את הדעה שר' יוסף קארו התכוון בחיבורו "בית יוסף" לעריכת "שולחן ערוך". לדעתו, "בית יוסף" הוא ספר שלם לעצמו, ולו הקדיש את מיטב שנותיו. אמנם אין הספר ערוך כספר חוקים, אך אין ספק שראה בו ספר שלם שממנו יוכלו להורות הוראה, ועל כן בספר "בית יוסף" ר' יוסף קארו מגלה את דעתו בדבר הכרעת שלשת עמודי ההוראה. המעיין ב"בית יוסף" יגלה שכמעט אחרי כל דין הוא מביא את פסק ההלכה ואת הכרעת ההוראה. ומדגיש טשרנוביץ וכותב:

שבשעה שעסק מהר"ק במלאכת הב"י לא עלתה על דעתו כלל לחבר אח"כ את השו"ע ואת זה האחרון עשה בהיסח הדעת כמעט, זמן רב לאחר שכלה חיבורו ב"י, ובלי הכנות מוקדמות ומחשבות רבות.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> הקדמה ל"שולחן ערוך".

<sup>12</sup> שם. "שולחן ערוך" מחולק לארבעה חלקים, כמתכונת החלוקה של ספרי הטורים, וגם שמות חלקיו כשמות ארבעת הטורים – "אורח חיים", "יורה דעה", "חושן משפט" ו"אבן העזר". לעתים ר' יוסף קארו מפנה בשולחן ערוך להלכה מסוימת המופיעה בטור, למשל שו"ע חו"מ קכט, ה: "כשם שהערב... אלא לענין שעבוד כתובה כמו שנתבאר בטור אבן העזר". וכן שו"ע חו"מ תכז, ט: "וקצתם נתבארו בטור יורה דעה סימן קיו". ר' יוסף קארו שאף שיהא ה"שולחן ערוך" ספר אשר בו "הלכה פסוקה, באין אומר ואין דברים". אכן כשאנו מעניינים ב"שולחן ערוך", נגלה שמבחינת הקיצור הוא עולה על כל קודמיו (המשפט העברי, עמ' 1103).

<sup>13</sup> טשרנוביץ, תולדות הפוסקים, עמ' 29. הנ"ל מנמק עוד ואומר: "אלמלא היה בדעתו, בשעה שהתעסק בחיבורו ב"י, לחבר עוד ספר מיוחד לפסק ההלכה, והבית יוסף לא היה בעיניו אלא כקיבוץ חומר להחיבור ההוא העתיד לבוא, אך לא היה מביא בבית יוסף הכרעת פסק ההלכה, אלא היה מניחה עד שיבא חיבורו השני, העיקרי לפי דעת זו". האם בזה אפשר לקבוע לפי שיטתו ש"בית יוסף" עדיף על "שולחן ערוך" כשיש סתירה? ר' יעקב קובע ב"חושן משפט" (סוף סימן עב) שעדיפות תינתן לספר פסקים, וזה לשונו: "אף על פי

דומה שלשיטת טשרנוביץ, לא ברור מה היה המניע לחיבור השולחן ערוך.

### 2.3 עמדת אלון

אלון סוקר את המשימות המרכזיות, שהועיד ר' יוסף קארו לחיבורו "בית יוסף" – לקבץ את כל דיני ההלכה לפי כללי הפסיקה שקבע. אבל בחיבור זה ראה ר' יוסף קארו חלק אחד בלבד בפתרון בעיית הקודיפיקאציה של ההלכה. אמנם הכרחי שבחיבור ספר הלכות יובאו כל המקורות התלמודיים ודעותיהם של חכמי ההלכה ושיקולי דעתם בהכרעת הדעות ופסיקת ההלכה. ואולם ספר כזה בלבד אין בו כדי לספק את צורכי הקודיפיקאציה של ההלכה. כאן הניח ר' יוסף קארו על סמך הנחת היסוד של ההלכה שתנאי הכרחי לקודקס נוח ויעיל הוא קיצורו ובהירותו, הבאת הלכה אחת, שהיא ברורה, שתמית וסופית. לכן העמיד להלכה לאחר חיבורו "בית יוסף" את ספר הפסקים המובהק "שולחן ערוך".<sup>14</sup>

שכתב הרא"ש בתשובה, שהמלוה על המשכון שומר שכן, בפסקיו כתב שהוא שומר חנם... דאחרונה היא". גם כאן ר' יעקב מנמק שהפסקים מאוחרים, אך לא כך דעת ר' משה שמשון בכרך, הכותב בספרו שו"ת "חוט השני" (סימן חי') שיש לפסוק כרא"ש וכרשב"א בתשובותיהם, שפסק כך הלכה למעשה כמעשה רב. גם ר' יוסף מטראני אינו מקבל את כללו של ר' יהודה במלואה, כלומר לא את כל הפסקים כתב הרא"ש לאחרונה, וזה לשונו של ר' יוסף: "דאטו כל אותם השנים שהיה הרא"ש עוסק בפסקי ההלכות העמיד שוער על פתח בית המדרש שלא ישאלו ממנו דבר ההלכה". בזה מסתייע ר' יוסף מטראני, שבכמה תשובות מצטט את הרא"ש. וכך דעת ר' משה בנבנשתי בספרו "שו"ת פני משה", חלק ראשון, סימן יב; ראו, ניסים. "הגהות על שלחן ערוך", בתוך: ר' יוסף קארו, קובץ בעריכת י. רפאל, ירושלים, תשי"ט, עמ' 64-88; "הגהותיהם של רבי יעקב קאשטרו ורבי יעקב צמח על שלחן ערוך" בתוך: ספונות ב. תשי"ח, עמ' 89-102; "הגהות הרמ"א על שלחן ערוך" בתוך: סיני, ספר היובל, תשי"ח, עמ' 29-39; ערוסי, "הגורם העדתי בפסיקת ההלכה (כפיית גט במורדת "מאס עלי" – אצל יהודי תימן)" דיני ישראל י"א, תשמ"א-תשמ"ג, עמ' קכה; וכן ראו, פאעור, "יחס חכמי הספרדים לסמכות מרן כפוסק", בתוך: רבי יוסף קארו, קובץ בעריכת י. רפאל, ירושלים, תשכ"ט, עמ' 189-197; פרידמן, "ההוראה בדבר עצמאות החוק ובעיית הלקונה בחקיקה ישראלית החדשה", משפטים ה, תשל"ד, עמ' 91; תמר, ביקורת על: R.J.Z. Werblowski, Joseph Karo, Lawyer and Mystic", בתוך: קרית ספר מ, תשכ"ה, עמ' 65-71; אריאלי, "התפיסה הסטטית והתפיסה במשפט העברי", בתוך: דברי הקונגרס העולמי הרביעי למדעי היהדות א, 1967, עמ' 175-179; בנדיקט, "טשרנוביץ, חיים, תולדות הפוסקים", בתוך: קריית ספר כה, תשי"ט, עמ' 164-176; "לתולדותיו של מרכז התורה בפרובנס" בתוך: תרביץ כב, תשי"א, עמ' 85-109; "לדרכו של הרמב"ם בטעמו של דין", בתוך: תורה שבעל פה ו, תשכ"ד, עמ' 87 והילך; בער, "היסודות ההיסטוריים של ההלכה", ציון י"ז, תשי"ב, עמ' 1-55.

<sup>14</sup> המשפט העברי, עמ' 1096. אלון מוסיף שר' יוסף קארו נמנע מלהביא מקורות בשולחן ערוך, וכך כתב בחיבורו "כסף משנה" על הקדמת הרמב"ם ל"משנה תורה": "ואני אומר שטעם רבינו, שאילו היה רוצה ללכת בדרך המחברים שקדמוהו מה יתרון היה לו להוסיף על דברי הרב ר' יצחק אלפסי, שברוב המקומות פוסק כמותו, ולכך או לחדש פסק הלכה בלשון צח וקצר כמו המשנה, ויכול כל חכם לב מהבאים אחריו לסמוך על ברירתו של רבינו, ואם ימצא איזה חכם גדול שלא ירצה לעמוד על ברירתו עד שישקול גם הוא במאזני שכלו, מי מעכב על ידו מלעיין בספרי הגמרא והמחברים". יוצא אפוא שר' יוסף קארו מביע את דרכו הקודיפיקאטיבית של הרמב"ם, שספר פסקים שמובאת בו הלכה סופית וסתמית בהעדר ציון המקורות הוא

## 2.4 דרך הפסיקה ב"שולחן ערוך"

רבי חיים בן ישראל בנבנישתי מציין בספרו "שיירי כנסת הגדולה" שכללי ההלכה שנקבעו ב"בית יוסף" אין להחילם על "שולחן ערוך" המיוסד על הרמב"ם, ואלה דבריו:  
שידוע הוא שהספר ההוא (שו"ע) מיוסד על פי סברת הרמב"ם ז"ל דמריה  
בארץ המערב היה, ובספר הזה (שו"ע) סתם על פי הרמב"ם, דנהיגי בארץ  
המערב כותיה.<sup>15</sup>

נמצאנו למדים שר' יוסף קארו אימץ ב"שולחן ערוך" את שיקול דעת הרמב"ם, ושתי שאלות  
עולות כאן:

א. מדוע שינה ר' יוסף קארו את שיטת הפסיקה שאימץ ב"בית יוסף" וראה בה שיטה  
אידיאלית?

ב. בהקדמתו לטור אורח חיים כתב ר' יוסף קארו שאחת משאיפותיו היא שתהיה תורה  
אחת על פי הכללים שקבע והובאו לעיל. לפי הדעה שאימץ את דעת הרמב"ם ב"שולחן  
ערוך" יצר ר' יוסף קארו שתי שיטות פסיקה: פסיקה לפי הכללים שב"בית יוסף"  
ופסיקה לפי הכללים שב"שולחן ערוך".

מתברר שר' יוסף קארו חיבר את "בית יוסף" למען ישמש ילקוט תורה שבעל פה וצירף את  
עמדתו בדבר כללי הפסיקה האידיאליים למצבים הנתונים שתיאר בהקדמתו לטור אורח  
חיים. זהו שיקול דעתו האישי בפסיקת ההלכה. ואולם ה"שולחן ערוך" הוא ספר  
קודיפיקאטיבי טהור, שחיבר אותו לאנשי ארצות המערב, ההולכים לפי פסקי הרמב"ם.  
סימוכין לזה הם הדברים שכתב בעל "שיירי כנסת הגדולה", שהיה הראשון שדן בשאלה זו:  
"דמריה בארץ המערב היה".

---

הדרך שיש בה "תיקון העולם"; ראו, אלו, "בעיות ומגמות ביחסי הלכה ומדינה", עמודים, תשל"ד, עמ' 264-202; "דרכי היצירה ההלכתית בפיתרון של בעיות חברה ומשפט בקהילה", בתוך: ספר זכרון ליצחק בער, ציון, שנה מד, תשל"ט, עמ' 241; "ההלכה והרפואה החדשה", מולד, סדרה חדשה ד (כז), עמ' 228-236; "המשפט העברי במשפט המדינה, על המצוי ועל הרצוי", בתוך: הפרקליט כ"ה, תשכ"ט, עמ' 27-53; "המשפט הברי במשפט המדינה- כיצד?", דעות י, תשי"ט, עמ' 15-22.

<sup>15</sup> "כנסת הגדולה", חלק אורח חיים, סימן תצה; שו"ת "ספר משה", חלק א', אורח חיים סימן כב, ובחלק ג, אורח חיים סימן יד; ראו שו"ת "יחווה דעת", חלק ה, עמ' שז ואילך. שם הרב עובדיה יוסף מביא עשרות אסמכאות המראות שה"שולחן ערוך" בנוי על פי שיקול דעת הרמב"ם.

### 3. ההתנגדות ל"שולחן ערוך"

#### 3.1 ר' יוסף בן-דוד אבן-לב

אחד המתנגדים התקיפים למפעלו של ר' יוסף קארו הוא ר' יוסף בן דוד אבן לב, המבטא את התנגדותו בספרו "בית יוסף". הרב חיים יוסף דוד אזולאי (החיד"א) כותב בספרו "שם הגדולים"<sup>16</sup> שכשיצא לאור הספר "בית יוסף" אמר מהר"י בן לב לתלמידיו שספר זה ממעט הבקאות, וגזר על תלמידיו שלא ילמדו בו. זאת דוגמה אופיינית להתנגדות של גדול תורה ליצירה קודיפיקטיבית מקיפה שכתב בן דורו. בימי ר' יוסף קארו פעלו בארץ ישראל ובסביבתה חכמים שסמכו את פסיקתם על מסורות שהיו בידם, כלומר שיטתו הקודיפיקטיבית של ר' יוסף קארו טרם חדרה במלואה. וכך, למשל, כותב ר' יוסף בן דוד:

ולפי מה ששמעתי מפי הגדולים בסלונקי נהגו להקל אף כי רוב הדברים של איסור והיתר נהגו על פי הרא"ש כי הוא אחרון הפוסקים שבספרד מכל מקום בנדון הלז נהגו כדברי הרב האלפסי רוב הפוסקים שנמשכו אחריו... כפי מה שראיתי מתוך פסק הרא"ש ז"ל לא נהגו להחמיר לפי שהוא ז"ל כתב... שכל הקהלות אשר שם היו ספרדים היה להם להחמיר כסברת הרא"ש כי הוא ז"ל היה הרב שבספרד וכולם היו תלמידיו ומסתמא קיימו וקיבלו עליהם פסקיו.<sup>17</sup>

#### 3.2 עמדת הרמ"א

התנגדות הרמ"א לשיטתו הקודיפיקטיבית של ר"י קארו שלושה נימוקים לה:

- א. ר' יוסף קארו לא הביא בספרו "בית יוסף" את כל ספרות החידושים, השאלות ותשובות וספרות הפוסקים, בייחוד אלה של חכמי אשכנז. בעיני הרמ"א השמטת דעותיהם של חכמי הלכה אלה עלולה להשפיע על שיקול דעת הדיין.<sup>18</sup>
- ב. ר' יוסף קארו התעלם ממנהגי אשכנז ועורר תרעומת גדולה על ה"שולחן ערוך". וזה לשון הרמ"א בהקדמתו להגהותיו:

<sup>16</sup> מערכת ספרים באות ב.

<sup>17</sup> שו"ת מהרי"ף סי' סא; ראו שו"ת אוהלי יעקב, שו"ת מהרי"ט צהלון ס"ז.

<sup>18</sup> הרמ"א כותב בהקדמתו "לדרכי משה הארוך": שהוספתי על דבריו כמה וכמה, ופרצתי נגבה וימה, בדברי הראשונים והאחרונים... כתבתי הרבה תשובות הגאונים ותשובות האחרונים, כתשובת מהרא"י ודברי או"ה, אשר לא יכזבו מימין והמתבר לא ראוה מימיו... ואשר לא הביא כלל כגון חיבורי דיני אור זרוע, ואגודה ושערי דורא ואיסור והיתר ומהר"י ברי"ן ומהרי"ל ומהרי"ו ומהר"ם פד"ו...; ראו, שו"ת פני יהושע ב. נ"ב; שו"ת גינת ורדים, חושן משפט, כלל ג, כט; שו"ת פרח שושן, אורח חיים, כלל ג, ד; שו"ת חכם צבי, ק; שו"ת פנים מאירות ג, יא; שו"ת שמחת יו"ט, ג (דף ט טור ג).

כי דבריו בשולחן ערוך כניחנו מפי משה מפי הגבורה... ובזה יסתרו כל מנהגי המדינות, וכבר אמרו חז"ל, הרבה דברים בין בני מזרח לבני מערב.<sup>19</sup>

ג. הרמ"א חולק על כלל הפסיקה של ר"י קארו, ששלושת עמודי ההוראה הם הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש, משום שכלל זה נוגד את העיקרון "הלכתא כביתא".<sup>20</sup>

### 3.3 עמדת המהרש"ל

התנגדות המהרש"ל לשיטת ר' יוסף קארו אף לה שלושה נימוקים:

- א. התנגדות לקביעה ששלושת עמודי ההוראה הם הרי"ף, הרמב"ם, והרא"ש, ועזיבת גדולים אחרים כגון בעלי התוספות. יש כאן הכרעה שאין עמה ואחריה משום חיפוש אחר האמת על פי שיקול דעת שמגיעים אליו לאחר בירור ועיון.<sup>21</sup>
- ב. בכמה מקומות לא ירד ר"י קארו לעומק ההלכה ולגודל המלאכה הרבה שהייתה לו.

<sup>19</sup> הרמ"א, בהקדמה להגהותיו לשולחן ערוך.

<sup>20</sup> אלו, המשפט העברי, עמ' 1215 ואילך. שיקול דעתו של המשיב מופעל בנושאים שונים, כגון תקנות, מנהגים ומסמכים משפטיים, לבד מן המשא ומתן המשפטי. וראה להלן בדיון על הרמ"א ושיטתו הקודיפיקטיבית, שבשאלה ותשובה מובאות גם תקנות שתיקנו חכמי ההלכה או הקהל ומנהגים שונים. לדעת אלו, יש שהשו"ת הוא המקור היחיד לידיעת התקנות והמנהגים האלה. בספרות השאלות והתשובות אף מצוי חומר רב של פסקי דין בבתי דין בקהילות אחרות, וממנו אפשר ללמוד כיצד הפעילו הדיינים את שיקול דעתם בסוגיות הלכתיות. דוגמא לחומר זה מוצאים בשאלה שהופנתה לרמב"ם (שו"ת הרמב"ם סימן שנ) בעניין עגונה שהעדות על מות בעלה נמסרה מאישה נכרייה, שאף את שמו של הנפטר לא ידעה, אך הכירה אותו מנדודיו בכפרים. השאלה הופנתה לרמב"ם בתוספת פס"ד של בית דין בעכו, שהשיא את האישה על פי עדות זו. השואלים טוענים שיש מי שמוחה בעניין זה, לכן הם מבקשים את חוות דעתו. יש כאן לא רק תשובה לשאלה אלא אף דעת בית דין מקומי והתערבות פוסק על המערערים בתשובה שנתן בית הדין המקומי. בספרות השאלות ותשובות יש אף דיונים בנושאים שאינם הלכתיים, כגון ענייני פרשנות, פילוסופיה, דברי הגות. המעיינים בספרות הענפה יגלו גם מקורות להיסטוריה של המשפט העברי, להבדלי שיקול הדעת בין מקומות שונים או בין פוסקים שונים אף בתקופות שונות; אלו, "עקרונות מוסריים כנורמה הלכתית", דעות כ, תשכ"ב, עמ' 62-67; אלפנבין, "מנהגים של כל השנה מאשכנז, לרבנו יצחק מדורא", חורב י, תש"ח, עמ' 129-184; אנגלרד, "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי", הגות והלכה יב, תשכ"ח, עמ' 161-198; "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי", משפטים ו, תשל"ה, עמ' 294.

<sup>21</sup> המהרש"ל עבר בעין ביקורתית חדה על כל התלמוד, ובאומץ לב שאין כמוהו גזר על ימין ועל שמאל, וכותב טשרנוביץ ומוסיף: "גרע והוסיף, מחק וכתב, עד שעשה את התלמוד כסולת נקרה, תוצאת עבודתו זו ספרו הנפלא 'חכמת שלמה' אשר אין ערך לגדלו, לעומקו ולחריפותו" (טשרנוביץ תולדות הפוסקים, חלק ג', עמ' 76). המהרש"ל תוקף את "בית יוסף" על שיטתו הקודיפיקטיבית בעשותו פשרות בפסקי הלכות מדעתו באיסור והיתר נגד הקבלה שקיבלו ונהגו, ומלין שהתלמידים הולכים אחר דבריו ופסקיו ולא יודעים כי בנפשם הוא, כי כמה פעמים הכריע נגד התוס' והפוסקים הנוהגים לפסוק כשיטתם.



ג. לא היו לפני ר' יוסף קארו ספרים מדויקים אלא מועתקים בטעות בדפוס, ולעתים בנה יסוד על הטעות.<sup>22</sup>

הנימוק הראשון נוגע לשיטתו הקודיפיקטיבית של ר' יוסף קארו, אך הנימוקים ב' ו-ג' אינם דנים בשיטתו הקודיפיקטיבית, וקשה להוכיח מי ירד לעומק ההלכה כראוי או למי שיקול דעת נכון לקבוע טיבם של ספרים.

המהרש"ל התנגד בחריפות לדרכו הקודיפיקטיבית של ר' יוסף קארו, לכן החליט לכתוב חיבור על פי שיטתו. בחיבורו "ים של שלמה" המהרש"ל מרכז את כל הדעות המצויות בכל עניין הלכתי ובוחן ובודק את הדעה הנכונה על פי שיקול דעתו, כשהוא נסמך על מקורות תלמודיים.<sup>23</sup>

המהרש"ל טוען שכל קובצי ההלכות תכליתם הייתה לכלול את כל דברי החכמים שקדמום ולהביא קץ לספקות ולמבוכות, והתורה תהיה אחת. ניסיונות אלה נכשלו, כי באו האחרונים, פלפלו בדבריהם על פי שיקול דעתם, ונתווספו מחלוקות וספקות.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> הקדמה לחולין. שפיגל כותב שהמהרש"ל כתב הגהות על התלמוד, על הרי"ף ומפרשיו, על הרמב"ם, על הסמ"ג, על הטור ועל ספרים אחרים. הגהותיו בענייני נוסח מבוססות על כתבי יד, וזה לשונו: "בהקדמתו לים של שלמה ביקר את הספר בית יוסף של ר' יוסף קארו, ובין דברי הביקורת כתב: 'לא היו לפניו ספרים מוגהים והעתיקים בטעות כאשר ימצאו בדפוס, ולפעמים בזה יסוד על הטעות ההוא' אולם קביעה זו שהגהות רש"ל לתלמוד באו כעזר לעניינים הלכתיים קשה היא. רש"ל מזכיר בספרו ים של שלמה את הגהותיו על הטור, על סמ"ג ועל שערי דורא, אבל אין הוא מזכיר את הגהותיו לש"ס. אם אכן הן כה חשובות לבירור העניינים ההלכתיים אשר בים של שלמה, הדין נותן שהיה לו להזכירם, כפי שהזכיר את הגהותיו על שאר ספרים, כמו כן בחלק ניכר מההגהות, אין כל התייחסות הלכתית, ואין הן מוסיפות דבר לעניינים הקשורים לים של שלמה. לכן אני נוטה לומר, כי הרקע להגהות רש"ל היה המצאת הדפוס. כבר ראינו לעיל את השפעת הדפוס על כיוון היצירה של כמה חכמים, ודומני שאף כאן אנו עדים לכך. כידוע גרם הדפוס להפצה מהירה של הספר, ומעתה ואילך נמצא הספר בקלות יחסית ברשות הציבור" (שפיגל, עמודים בתולדות הספר העברי, הגהות ומגיחים; 279; 282; שם, כתיבה והעתקה, עמ' 83 ואילך).

<sup>23</sup> הקדמותיו לבבא קמא ולחולין. בהקדמתו לחולין כתב: "ושמתי לבי לתור בחכמה ולחקור אחר שורש הענין, והעבודה שלפעמים שבוע אחד ישבתי משתומם בדמיון השכל עד שיגעתי ומצאתי שורש הענין ואז כתבתי בספר, וזו היא שיטתי, להביא את כל הדעות, קדמאי אמצעי ובתראי, פוסקים ומחברים ומנהגים, הלכה והלכה, בעלי תשובות, כותבים איגרות קובצים וליקוטים כדי שלא יבוא בעל דין לחלוק ולומר 'ראה איך שכתב מחבר זה דיניו ופסקיו לפי דמיונו בראייה מספקת, אלמלא ראה מחבר זה דברי הספר או איגרת התשובה של הרב ההוא לא נקט לבו לחלוק ובוודאי היה חוזר מדבריו'"; ראו, אסף, "משהו לתולדות המהרש"ל", בתוך: ספר היובל לכבוד לוי גינצבורג (חלק עברי), ניו יורק, תש"י, עמ' 45-63.

<sup>24</sup> אולם המהרש"ל דרכו לרכז בספרו את כל הדעות המצויות באותו עניין הלכתי, וכך נאמר בהקדמתו: "וכאשר חנני אלקים ויש לי כל, ברוך המקום ברוב חסדו, ירדתי לעומקה של הלכה, והייתי יושב ומתון בכל דין ודין. קודם שחתמתייהו וחקקתייהו בספר וכתבתי הכל בביאור יפה ובראיות מופתיות, אף שהדור לפנינו, לעת ההיא מרוב חלשות ורפיון ידיים אין יכולת בשכלו להשיג שגדול אחד מן המחברים וטעה בדמיונו,

### 3.4 עמדת ר' חיים בצלאל

ר' חיים בצלאל היה תלמידו של הרב שלום שכנא, ומפיו למד תורה עם חברו, ר' משה איסרליש, שאותו כיבד והוקיר מאוד. ואולם כשהגיע אליו ספר "תורת החטאת" שכתב הרמ"א, חיבר את ספרו "ויכוח מים חיים" ובו השגות רבות. לחיבור זה הקדים הקדמה מפורטת ובה ביקר בחריפות רבה את המגמה הקודיפיקטיבית של רבי יוסף קארו ושל הרמ"א.<sup>25</sup> ר' חיים בצלאל נותן שני טעמים עיקריים לעמדתו:

א. השפעה שלילית. ההקלה במציאת הלכה פסוקה, מונעת התעמקות ויגיעה ושיקול דעת ומביאה לעצלות ולהזנחת הלימוד. עיקר הבעיה בעיני ר' חיים היא תחושת המתפרנס מספרי הלכות, המדמה בנפשו שמבין את הדברים לעומקם ולאשורם כתלמיד חכם גדול. הוא ממשיך את האדם הלומד בספרי הלכות לעני שמקבל צדקה מעשירים רבים, ומי שרואה עני זה חושבו לעשיר מכולם, כך הלומד מליקוטי אחרים נדמה לו שהוא תלמיד חכם אך עני הוא בתורה, וזה לשונו:

ושוטה זה אינו יודע כי לחמו לחם עוני, ואין לו רק מה שהשפיעו לו  
העשירים הללו, כך עיקר חכמת בני זמנינו אינו רק מה שלוקטין מספרי  
הקדמונים מזה מעט ומזה מעט, והיו לאחדים בידו.<sup>26</sup>

על הלומד ללמוד בכוחות עצמו, לצלול בספרות הראשונה, להפעיל שיקול דעת, לדלות מסקנות ולא לבקש מאחרים מסקנתם שהיא על פי שיקול דעת שלהם.

ב. הקודיפיקציה נוגדת את ההלכה. ר' חיים חולק על המגמה שביסוד אותם ספרים קודיפיקטיביים. אמנם כוונת המחבר להביא לאחידות ההלכה, אך אחידות זו נוגדת את מהות ההלכה. הלוא אחד מקווי אופייה הוא ריבוי דעות ושיטות, שמביא לריבוי אפשרויות הדין לפי שיקול דעת הדיין ולפי צורך השעה. וזה לשונו:

---

וסוברים מה שכתוב בכתב ישן אין להרהר אחריו, ואין נותנין לבם אלא לסתור דברי חביריהם, וכל מה שיצא מפי אדם, אפילו הוצק חן בשפתותיו ופיו מפיק מרגליות, אפילו הכי אומרים מה גבר מגוברין הלא גם לנו יש לשון לימודים ויד ושם בתלמוד כמותו, אבל האמונה, באמונת שמים, שהוכחתי כמה פעמים, בפרט מן הפוסקים האחרונים, שטעו בכמה מקומות מן התלמוד מן התלמידים הטועים בעיון הלכה".

<sup>25</sup> הקדמתו לספר "ויכוח מים חיים", בשער הדפוס הראשון של הספר, אמשטרדם שנת התע"ב. הקדמה זו הושמטה מן המהדורות שנדפסו אחר כך בספר "תורת החטאת". ח' טשרנוביץ (רב צעיר, תולדות הפוסקים ג, עמ' 93; 100) העתיק את ההקדמה במלואה. לא ידוע אם היא הושמטה במכוון. אם-כן, ייתכן שאפשר ללמוד על ההתנגדות שהייתה לדבריו של ר' חיים בצלאל הכותב: "וראיתי לקרות שם האגרת הלז מים חיים כי זאת תורת חטאת להיות עץ ארז ואזוב יחד באגודה אחת וליתן עליו מים חיים והנה הארז בלבנון הוא הרב המחבר ז"ל (הכוונה לרמ"א) ואני השפל הוא האזוב שבקיר".

<sup>26</sup> שם; ראו, שו"ת מהרי"ט צהלון, סז; שו"ת מהר"ם מלובלין, יא; שו"ת דבר שמואל, רנה; שם הגדולים, מערכת ספרים, מערכת ש, אות עה; שו"ת הב"ח, פ; שו"ת הב"ח החדשות, מב.

כי על כל פנים גם הוא גבר בגוברין, ואחר שעמד על כל חילוקי הדינים שיפלו בדין ההוא, עד מהרה ירוץ דברו אל ים החכמה... גם דעתו של אדם אינה שווה עליו בכל עת, ובאולי לא היה דעתו נוטה להורות בה כמו שהורה בה אתמול... כך דרכה של תורה.<sup>27</sup>

לדבריו, חובה להתבונן בדברים, לא לירוא מלפסוק, ופוסק יכול לשנות את שיקול דעתו מעת לעת, ואין בזה פגם, כי כך היא דרכה של תורה.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> בהקדמתו שם. עמדה דומה נקט הר"ן בחידושו לסנהדרין, לג ע"א, בסוף ד"ה "ואטו קטלי קניי". הרא"ש סובר בסנהדרין לג, ע"א, שבמקום שנחלקו גדולים לא יאמר הדיין אפסוק כמי שארצה, שאם כך יעשה הדיין, הרי פסק הדין שגוי, כלומר לא רק חירות יש לדיין בשיקול דעתו, אלא אף חובה. גיבוי מלא לדיין לחלוק מוצאים בפסקי מהרא"י, סימן רלח, שאם ההוראות ברורות קצת כדברי התלמוד, וכך מסתברים הדברים הלכה למעשה, יכול לחלוק אף על רבו. והלוא כך הייתה דרכה של תורה עוד בימי התנאים, ורבו הקדוש חלק על אביו ורבו, רבן שמעון בן גמליאל, ורבא חלק על רבה רבו, והרא"ש חלק על מהר"ם מרוטנבורג שהיה הרבו המובהק. יש פוסקים ששםם הולך לפניהם כבעלי סברא ישרה, כלומר שיקול דעתם ישר, עד שפוסקים אחרים מהססים לחלוק עליהם, ומקבלים את פסקיהם כאורים ותומים, על זה שאג הרא"ש בתשובותיו, כלל נה, סימן ט, שאין לחשוש מכך. הדיון נסב על אודות תקנה שתוקנה בספרד, שאם תמות האשה בלא זרע מה יעשה בממון שהכניסה לבעלה. לביאורה של התקנה בשאלה שהתעוררה בזמנו של הרא"ש כתב אחד מחכמי הדור לרא"ש: "מי יעיז לחלוק על החכם רבי יעקב בן שושאן שהיה בעל סברא ישרה מאד." על זה השיב הרא"ש "ומי לנו כרש"י ונחלקו עליו בהרבה מקומות, יוצאי ירכו ר"ת. ור"י ז"ל יסתרו דבריו, כי תורת אמת היא ואין מחניפין לשום אדם ויפתח בדורו כשמואל בדורו". אם-כן, יש לדיין חירות, וייחשב לטועה רק אם שמע את הסברא הנגדית והסכים עמה. ראיית הדיין, אף אם מדובר בראייה חושית, כגון דם נידה שהתייבש והובא לפני הפוסק, לא יאמר 'אילו היה לח היה טמא', אלא אין לדיין אלא מה שענינו ראות, וכעת אם נראה לו טהור – מטהרו (נדה, כ ע"ב). אך ראוי לציין כי חירות הדיין אינה מוחלטת אם הדיין רואה רמאות בדבריהם של בעלי הדין או מפקפק בדברי העדים. אז אל לו לקבל את טענותיהם, גם אם אין עילה משפטית לפסלם (שו"ע, חו"מ, סי' טו; ורמ"א שם סעיף ד). כאן אין הדיין יכול לומר "על פי שיקול דעתי אני חפץ לקבל את דבריהם".

<sup>28</sup> ראוי לציין שבראש הספר "ויכוח חיים" במהדורת זאלקוה תרי"ט ופיעטרקוב תרס"ד מצוי "מכתב עז" מאת ר' יוסף שאול נייטנזאהן, ובו נאמר שהוא כתב תשובה על השגותיו החריפות של ר' חיים ב"ר בצלאל בהקדמתו נגד הרמ"א ("ובהקדמתו הרחיב פה ולשון על מרנא ורבנא הרמ"א ז"ל אשר לא כדת") וביקש להדפיס תשובה זו, אך לבסוף העדיף שלא להדפיסה בהקדמה, ולא את הקדמת ר' חיים. יצוין שר' חיים מסתמך על רבו הרב שכנא. ואולם אין בידינו כל חיבור מר' שלום שכנא, לא רק ספר פסקים ולא ספרי פירושים וחידושים. יש דברים שנשתמרו מפוזרים בספרי תלמידיו ותלמידי תלמידיו, ועניינם פסקי הלכה, פירושים וחידושים שיצאו מפיו. תשובה לשאלה מדוע לא חיבר ר' שלום שכנא ספר פסקים כלשהו מובאת בתשובה של ר' ישראל, בנו של רבי שלום שכנא, וזה לשונו: "וחי נפשי עולמים דזמנין סגיין בקשתי עם הרבה לומדים ממנו שיעשה פוסק, ותשובתו מחמת רוב חסידותו וענותנותו אשר היה ענינו יותר מכל האדם אשר על פני האדמה. ואמר יודע אני דשוב לא יפסקו כי אם כאשר אכתוב מטעם דהלכה כבתרא, ואין רצוני שיסמכו העולם עלי, ר"ל כגון היכא דאיכא פלוגתא דיני רבייתא והוא יכריע או לפעמים יחלוק ואין לדיין כי אם מה שענינו ראות. לכן יעשה כל אחד לפי הוראת שעה כאשר עם לבבו" (תשובת הרמ"א, סי' כה). מדברי בנו ר' ישראל, למדים שהיו שני מניעים להעדר חיבור ספר פסקים: האחד, רבי שלום שכנא התנגד לקבוע

נמצאנו למדים שהתנגדות ר' חיים לקודיפיקאציה היא משום שהעורך חתם את ההלכה וחתך אותה. לדעתו, ה"שולחן ערוך" מקפח את שיקול דעתם של חכמי ההלכה. בדורות הקדומים פירשו חכמי ההלכה את התורה בכוח שכלם על פי המידות שהתורה נדרשת בהן, ולהכרעה היו מגיעים על פי שיקול דעתם. לדבריו, אין לנטוש דרך רבותינו בדורות הקודמים, אלא ללכת אל מקורותיה של ההלכה, להתבונן בהם ולהפיק מהם את המסקנה משיקול דעת ולא לקבל הלכות פסוקות על פי שיקול דעת של פוסק אחר.

### 3.5 עמדת המהר"ל מפראג

התנגדותו של המהר"ל לפסיקת ההלכה מתוך ספרי קודיפיקאציה נעוצה בשיטתו הכללית בדרך לימודה של ההלכה ובהשקפתו על מהותה של פסיקת ההלכה. לדעתו, יש לשוב לדרך רבותינו הראשונים, התנאים והאמוראים והגאונים וכל האחרונים שהתחילו בסדר מסודר, תחילה מקרא, אחר כך משנה ואחר כך תלמוד. המהר"ל ביקר את שיטת הלימוד שבתקופתו, שלפיה מתחילים בתלמוד כשהנער בן שש-שבע שנים, לאחר מכן פונים ללימוד משנה, ולבסוף התלמידים מחפשים הלכות פסוקות, כשהם נטולי כל שיקול דעת לרדת

---

הלכה מחמת רוב חסידותו וענוותנותו ולא מחמת יראת הוראה. והשני הוא אימוץ הכלל "אין לדיין אלא מה שעיניו רואות", כלומר ספר פסקים פוגע בחירות הדיין לפסוק על פי שיקול דעתו. ייתכן שמן הטעם הזה לא חיבר ספרי חידושים, כי חשש שמהם יסיקו פסקי הלכה. וממשיך ר' ישראל בתשובתו: "ומה"ט לא עשה נמי רבו הגאון מהרי"ף שום ספר גם שום תשובה ששלחו למרחוק לא העתיקו בביתם אלו הגאונים מה"ט אף כי היה נחשב בעיניהם כיוהרא". יוצא אפוא שגם רבו התנגד לחבר ספר פסקים מהטעמים שהבאנו. ר' שלום שכנא ורבו, ר' יעקב פולאק, ראו בחיבור ספר פסקים משום יוהרא. עמדתו של ר' יעקב פולאק נשתמרה בתשובה שמתייחסת לר' שלום שכנא, שהיה תלמידו הגדול של ר' יעקב פולאק ושימש רבה של פולין וראש ישיבת לובלין עד שנת 1559. משיבה זו יצאו תלמידים רבים שהפיצו את תורת רבם בפולין ובארצות רבות אחרות. על שיטת הלימוד של ר' יעקב פולאק, רבו של ר' ישראל שכנא, כותב אלו: "רבי יעקב פולאק היה תלמידו של רבי יעקב מרגליות ברגנשבורג, שימש ברבנות בפראג... העתיק מושבו לעיר קראקה שבפולין. כאן העמיד ישיבה גדולה, ופיתח בה במיוחד את שיטת הפלפול וה'חילוקים' בלימוד סוגיות התלמוד והלכותיו שיטה שקירבה בחריפותה ועיונה המעמיק תלמידים רבים ללימוד התורה" (המשפט העברי, עמ' 1119). שיטתו שהנחיל לתלמידיו, וביניהם ר' שלום שכנא, מלמדת על שיטתם, שכל נושא הלכתי צריך לבדוק אותו מהמקורות בחריפות, ואין מקום להסתפק בקודיפיקאציה של אחרים. עדות אחרת להתנגדותו של ר' שלום שכנא לקודיפיקאציה בשל הצורך לשמור על חירות הדיין להפעיל את שיקול דעתו מובאת בדבריו של תלמידו, ר' חיים ב"ר בצלאל, בהקדמה לספרו "יוכח מים חיים", וזה לשונו: "בעת שלמדנו יחד בישיבת הגאון המופלא מהר"ר שכנא ז"ל ושמענו מפיו השערים מדורא אנחנו תלמידיו הפצרנו בו הרבה שיראה לחבר וללקט יחד כל דיני איסור והיתר בסדר נכון ואמר נואש לדברינו אין ספק שאינו אלא מטעם שכתבת. יצוין שההתנגדות אינה מכוונת ל"שולחן ערוך" אלא לקודיפיקאציה באופן כללי.

לעומקה של הלכה.<sup>29</sup> לכן סובר המהר"ל שדרך לימוד זו הביאה לחיפוש פסקי הלכה ועודדה כתיבת ספרי קודיפיקציה, וזה לשון המהר"ל:<sup>30</sup>

עכשיו לא נשאר לא תלמוד ולא שום דין ולא שום הוראה, רק על ידי חיפוש, אמנם הסבה הגורמת הקלקול הגדול הזה... כי מתחילין לפלפל דברי הבאי בהלכה אשר יודעין כי פיהם לא כן ידבר, ומגלין פנים בתורה אשר לא כן ויאמרו לחדודי בעינן.

המהר"ל מדגיש שפוסק ההלכה על פי שיקול דעתו מתוך התבוננות במקורותיה, אף שלעתים יטעה בפסק ההלכה, אהוב אצל הקב"ה, יותר מן הפוסקים ההולכים כעיוור באפלה, כי התורה אין תכליתה קביעת הדין – אסור או מותר, אלא להבין עקרונותיה ומושגיה של ההלכה ואת משמעותם ההלכתית והעיונית כאחד על ידי הפעלת שיקול דעת, וזה לשונו:

מכל מקום אין לחכם רק מה שהשכל שלו נותן ומבין מן התלמוד, וכאשר תבונתו וחכמתו תטעה אותו, עם כל זה הוא אהוב על השם יתברך.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> כץ בספרו "מסורת ומשבר" (226 ואילך) דן בהיבט הלימודי וכותב: "מאז תקופת חיבורו של השולחן ערוך, נתפלג לשני זרמים, לבירור הלכה למעשה מזה וללימוד עיוני סתם מזה. בירור ההלכה למעשה נסמך, בדרך כלל על סמכות גדולי הפוסקים שבדורות הקודמים, לימוד המקורות הראשונים לא שימש אלא שעת כושר לפרשנות ולפיתוח הלך המחשבה ההלכית לשמם, שחרור זה של העיון במקורות מן המגמה המעשית ההלכתית, ביטל את המעצור מפני הפלגת ההיקיון לצירופי מחשבה נטולי תכלית מוגדרת. בהתפתחותה הקיצונית הביאה מגמה זו, מן המאה ה־17 ואילך, להתהוות ה'חילוקים' המפורסמים. בעלי החילוקים באו ליישב קושיות בדברי התלמוד ומפרשיו על יסוד הנחות הגיוניות, כשהם עצמם הודו באופיין המדומה של הקושיות או בערכם המפוקפק של התירושים. צידוק להפקעת יסודות הלימוד לשימוש שלא שירת את הכרת האמת ואת הוראת הדרך למעשה, מצאו המורים בתיאוריה הפדאגוגית, שההתעסקות בחילוקים מחדשת את השכל ומכשירה אפוא את התלמידים ללימוד בדרך הרצויה לעתיד".

<sup>30</sup> דרך חיים, אבות ו, ו, בקטע האחרון. ברואר, בספרו "אהלי תורה, הישיבה תבניתה ותולדותיה", עמ' 214. דן בעניין הפלפול וכותב: "לאמיתו של דבר הבחנתו של המהר"ל בין פלפול של אמת לפלפול של שקר פתוח סובייקטיבית משל רבים אחרים, בין דבריו הרבים על נושא הפלפול נביא כאן קטע שאינו מצוטט. 'ית"ח במסיק שמעתתא אליבא דהלכתא פירוש ההלכה שהוא האמת והישר... זה דרך נקרא פרשת דרכים שהוא נבדל ומיוחד משאר דרכים... כי עיקר הצלחת האדם כאשר למודו בהלכה, וביאור זה כי ההלכה הוא אמתת התורה עד שאינו נוטה לא לימין ולא לשמאל וזה לשון הלכה אשר שמשו בו חכמים לומר הלכה כך וכך' [מהר"ל, נתיבות עולם, נתיב התורה, הוצאת פרדס, ד, ע"ב]. אמנם המילה פלפול אינה נזכרת בקטע, אך אין שום ספק לגבי כוונת המהר"ל בדבר פלפול של אמת זהו פלפול שמגמתו להסיק את סוגיית הגמרא על פי ההלכה האמיתית, ההלכה הפסוקה, ולא על פי מבנים דמיוניים ובלתי מציאותיים של מחשב הלכתית, ומוסיף ברואר בעמוד 215 וכותב: "המתפלמסים נגד הפלפול החרף מעמידים כנגדו את פלפולם וחידודם 'האמיתי' של בעלי התוספות, מבלי להגדיר במה הם שונים זה מזה".

<sup>31</sup> נתיבות עולם, נתיב התורה, פרק טו, הקטע האחרון שבפרק, ד"ה "ועוד שם: התנאים מבלי העולם". אלון כותב שאם נשווה את עמדתו זו של המהר"ל מפראג לדברים שאמר קרוב לחמש מאות שנה לפניו הר"י מיגאש, שצייד בפסיקת הדין מתוך ספר הלכות דווקא, נגלה שיש כאן שני קטבים, שכמותם לא מצאנו עד כה

דומה שאין המהר"ל שולל את ספרי הפסיקה לחלוטין אלא מתנגד למי שנסמך עליהם בלי להפעיל שיקול דעת, ואלה דבריו:

והראשונים כמו הרמב"ם ז"ל והטור ז"ל אף על גב שגם הם חברו הפסקים בלא ברור, לא היה דעתם רק להורות סוף ההלכה ואשר הוא עולה מתוך התלמוד, אבל לפסוק האדם מתוכה מבלי שידע מאיזה מקום יוצא הדין רק הלכתא בלא טעמא לא עלה על דעתם ועל מחשבותם... ואילו ידעו המחברים כי החיבורים ההם יהיו גורמים שיהיו עוזבין את התלמוד לגמרי ויהיו פוסקין מתוך החבורים – לא היו מחברים אותם.<sup>32</sup>

דברי המהר"ל מפראג אינם ברורים, הלוא ראינו שהרמב"ם כתב במפורש בהקדמתו למשנה שהאדם קורא בתורה שבכתב תחילה ואחר כך קורא בזה ויודע ממנו תורה שבעל פה כולה, ואף אינו צריך לקרות ספר אחר ביניהם.<sup>33</sup>

### 3.6 עמדת רבי שמואל [בר' יהודה הלוי] אידלש – מהרש"א

המהרש"א הכיר בחשיבות הניתוח המעמיק של הסוגיה אך התנגד לפלפול של הבל, שכל כוונתו לדחות דברי חברו, כי פלפול כזה מטריד את האדם מן האמת ומכוון לדחות את דברי חברו. המהרש"א, ראה בעיון בתלמוד גופו מקור יחיד לפסיקת ההלכה על פי שיקול דעת הפוסק ושלל את המחפשים אחרי ספרי פסיקה, וזה לשונו:

---

בדיונים בבעיית הקודיפיקציה בהלכה, וזה לשונו: "כזכור, הביע הר"י מיגאש את עמדתו כי אותם שמדמים להורות מעיון ההלכה ומחוזק עיונם בתלמוד, הם שראוי למנעם בזה... משום שהם חושבים שהורו בדיון ושהוא ברור כשמש, והם טעו בהוראתם, ותלו הדבר ההוא אל מקום בלתי מקומו... אבל מי שמורה מתשובות הגאונים וסומך עליהם, ואף על פי שאינו יכול להבין בתלמוד הוא יותר הגון ומשובח מאותו שחושב שהוא יודע בתלמוד וסומך על עצמו; שהוא אף על פי שהוא מורה מסברה בלתי אמיתית, מראיות הגאונים ז"ל, מכל מקום אינו טועה בזה לפי שהוא, מה שעשה, על פי בית דין גדול מומחה לרבים... הר"י מיגאש המצדד הנלהב בספר הפסקים, מעדיף פסק לא נכון המבוסס על ספר הלכות אשר הלכותיו ברורות ומובנות לפוסק, ושבזו מצויה המסקנה בלבד, מן החיפוש אחרי הפסק הנכון לפי מקורו התלמוד. ואילו המהר"ל מפראג, השולל המובהק של ספר פסקים, מעדיף פסק שהוא כביכול לא נכון, המוסק כתוצאה מעיון מעמיק במקורות ההלכה, מאשר פסק נכון המוסק מתוך ספר פסקים, בלי שהבין הפוסק מדוע פסק את אשר פסק" (אלון, המשפט העברי 1151-1150).

<sup>32</sup> שם.

<sup>33</sup> דברים דומים אמר תלמידו, ר' יוסף טוב ליפמן העליר, ועל זה תמה אלון וכתב: "השערה זו בדבר מגמתם של מחברי ספר הפסקים סותרת את מה שידוע לנו מתוך דיון במניעים ובמגמות של מחברים אלה לתקופותיהם. הרי הרמב"ם הדגיש וקבע בדברים ברורים ומפורשים בהקדמתו למשנה תורה, "שאדם קורא בתורה שבכתב תחילה ואחר כך קורא בזה (במשנה תורה) ויודע ממנו תורה שבעל פה כולה, ואינו צריך לקרות ספר אחד ביניהם" (אלון, המשפט העברי 1151-1150).

בדורות הללו, אותן שמורין הלכה מתוך שולחן ערוך, והרי הם אין יודעין  
טעם הענין של כל דבר. אם לא ידקדקו מתחילה בדבר מתוך התלמוד...  
והרי הן בכלל מבלי העולם ויש לגעור בהן.<sup>34</sup>

ובמקום אחר כתב: "כי לא יבוא אדם לשורש ועומק העניין בלי רב המלמדו פילפול".<sup>35</sup>  
נמצאנו למדים שהתנגדות המהרש"א שני טעמים לה:

א. התלמידים חייבים להפעיל את שיקול דעתם על פי המקורות ולא לסמוך על ספרי  
קודיפיקאציה.

ב. יש לפסוק את ההלכה על פי עיון במקורות, ועל הפוסק להכריע לפי שיקול דעתו.

### 3.7 עמדת רבי מאיר בר' גדליה מלובלין – מהר"ם מלובלין

עמדה חריפה מן האחרות נקט המהר"ם מלובלין. את פסיקתו בתשובותיו הוא מבסס על  
עיון במקורות התלמוד ובמפרשיו על פי שיקול דעתו, והוא מתנגד לפסיקה מתוך ספרי  
קודיפיקאציה, וזה לשונו:

ויתר הדברים שהאריכו הבעלי הדינים בטענותיהם וראיותיהם מספרי  
השולחן ערוך והלבושים,<sup>36</sup> אין לי בהן להאריך כי אין מדרכי להעמיד  
שום יסוד ובניין של פסק דין על ספרים כאלו... ורבים נכשלים בדבריהם  
להתיר את האסור או לזכות את החייב או להפוך בעוונותינו הרבים.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> חידושי אגדות מהרש"א, סוטה כב, א, ד"ה ירא את ה' בני וכו'. תגובה לעמדת המהרש"א מוצאים ב"פתחי  
תשובה" לר' אברהם צבי הירש אייזנשטאט, על ה"שולחן ערוך", יורה דעה, רמב, סעיף קטן ח. בתחילת  
הדבריו הביא את דברי המהרש"א הנ"ל שבסוטה וכתב: "ואפשר דדוקא בזמן הרב מהרש"א שלא היה עדיין  
שום חיבור על השולחן ערוך, אבל האידנה שנתחברו ה"ט"ז וש"ק ומגן אברהם ושאר האחרונים, וכל דין  
מבואר הטעם במקומו, שפיר דמי להורות מתוך השלחן ערוך והאחרונים". טשרנוביץ מעיר שנראה  
שהמהרש"א לא עסק בהלכה כלל, ואף כי האחרונים יוציאו מתוך תמצית דבריו גם פסק הלכה, הרי הוא לא  
שם לב בחידושי ל מוצא ההלכה. לנגד עיניו עמדו עומק פשט הגמרא והתוספות, ועקיב היה בגישתו, שיש  
חירות לדיין לפסוק כראות עיניו, ואין פוסק רשאי להתערב בפסיקותיו של פוסק אחר.

<sup>35</sup> חידושי אגדות מהרש"א, בבא בתרא עג, ב, סוף ד"ה "חזיון". כאמור, המהרש"א התנגד לפלפול של הבל  
וכתב: "שפלפול כזה מטריח את האדם מן האמת ואין מגיעו לתכליתו המבוקש" (חידושי אגדות מהרש"א,  
בבא מציעא פה, א, ד"ה "דלשתכח"). שם הוא מזכיר את אלה "שמפלפלים דוגמת חילוקים שבפור הזה", ראה  
עוד חידושי אגדות מהרש"א, שבת לא, א, ד"ה "פלפלת בחכמה"; שבת 20, א, ד"ה "אל תקר".

<sup>36</sup> "הלבושים", ספר הלכות גדול אחר, הוא הספר "לבוש מלכות" לר' מרדכי בר' אברהם יפה, שלמד תורה  
מפי המהרש"ל והרמ"א.

<sup>37</sup> שו"ת מהר"ם מלובלין, סימן קכה, בסוף השאלה. טשרנוביץ כותב שעיקר לימודו של המהר"ם מלובלין  
הוא לעמוד על עומק הפשט של הגמרא והתוספות. אין הוא אוהב לעקם את הפשט כרוב המפלפלים, אלא  
האמת נר לרגליו תמיד, סגנונו קל ונוח מאוד, ואוהב הוא להאריך בלשונו ולהטעים את סברותיו בדרך ארוכה  
כדי להקל על המעיין. הוא שם לב לדברי התוספות יותר מלגמרא עצמה, ובכללו הוא מעין פירוש על  
התוספות. מהר"ם היה בעל סברה עמוקה ורחבה ובדרכי ההוראה היה גם בעל לב רחב ותקיף בדעתו מאוד.

המהר"ם רואה סכנה של טעות בשיקול דעת הפוסק, אם הוא פוסק מתוך ספרי הפסיקה, משום שההלכות אינן מובנות בהם כל צורכן בגלל קיצורן ולא מרועה אחד ניתנו, וזה לשונו: לא נתנו מרועה אחד, רק הם דברים מחוברים מדברים נלקטים נפרדים שכמה פעמים לא יצדק חיבורם.<sup>38</sup>

יצוין שהמהר"ם הכיר בגדולתו של ר' יוסף קארו ואף מסתמך על פסקיו שב"בית יוסף" וב"שולחן ערוך", אך מן ה"שולחן ערוך" ומכל ספר קודיפיקאטיבי אחר שלל את הסמכות לקבוע הלכה, ואלה דבריו:

וכתב הבית יוסף על זה... וכן פסק בשולחן ערוך שלו לפסק הלכה, ועל זה סמכנו וסדרנו הגט הנ"ל.<sup>39</sup>

נראה שהתנגדות המהר"ם מלובלין לספרי קודיפיקאציה מכוונת לספרים שאין בהם נימוק ודרכי השתלשלות ההלכה, כגון "שולחן ערוך", אבל לספרי הלכה כגון "בית יוסף" לא התנגד המהר"ם.

### 3.8 סיכום ומסקנות

בפרק הזה נדון פועלו הקודיפיקאטיבי של ר' יוסף קארו ונימוקיו, ומן הדיון עלו המסקנות האלה:

- א. חיבור "בית יוסף" נסמך לספרו של ר' יעקב בעל הטורים, ואלה מטרותיו:
  1. כל אדם יוכל לקנות לו ידע רחב מתוך חיבור אחד, מעין אנציקלופדיה הלכתית.
  2. לחכם ההלכה יהיו המקורות לעיון, עובר להפעלת שיקול דעתו.
  3. הדיונים וליבון הסוגיות שב"בית יוסף" ירחיבו את שיקול דעתו של הפוסק בבואו להכריע בשאלות הלכתיות.

---

בכל הלכה שבאה לידו תמך יסודותיו בדברי הגמרא והראשונים, וביותר הוא סומך על סברתו העצמית. בן זמנו של מהר"ם, מהרש"א, הלך אתו בשיטת הלימוד.

<sup>38</sup> שו"ת מהר"ם מלובלין, סימן קלה, בסוף השאלה.

<sup>39</sup> שו"ת מהר"ם מלובלין, סימן קי"ח. את התנגדותו לשולחן ערוך הביא בכמה מקומות, למשל: "ובר מן דין אין ממנהגי ודרכי להיות עסקי בדברי בעלי השו"ע וק"ו לבנות יסוד באיזו הוראה על דקדוק סודות דבריהם, כי לא נתנו מרועה אחד, רק הם דברים נלקטים מחוברים מדברים נלקטים, שכמה פעמים לא יצדק חבור ואין עתה להאריך בזה" (תשובות סי' י"א). ובמקום אחר: "ומה שהקשית תרי הגהות של השו"ע דסתרי אהדדי, בסימן קכ"ח סעיף י"ד וסעיף ט"ו, אהובי, אין מדרכי ועסקי בספר השו"ע, כי הוא ספר חתום מחובר לחלקים רבים והרבה פעמים מה שיצדק נפרד לא יצדק מחובר" (תשובות סי' ק"ב). וכתב: "אמנם לא בתפיסה זו לבד נתפס הב"י, אבל כבר יש לי חבילות חבילות סתירות והשגות על דבריו ושגגות שיצאו מלפניו" (תשובות סי' קצ"ד).



ב. דרך פסיקת ההלכה ב"בית יוסף" היא על פי עמודי ההוראה ועל פי שיקול דעתם, והיא תיקבע לפי הרוב.

ג. ר' יוסף קארו מודה שהדרך הטובה היא לדון בכל שיטות החכמים, והפסיקה תיקבע על פי שיקול דעתם, אך שני נימוקים עמדו לנגד עיניו להעדפת שיטתו:

1. הפסיקה היא מלאכה מרובה, וקשה מאוד להספיק לדון בכל הנושאים ההלכתיים ולהגיע למסקנות הלכתיות.

2. עקב ירידת הדורות אין מי שיכול להכריע בין גדולי עולם על פי שיקול דעת איזו סברה תתקבל ואיזו תידחה.

ד. הקשר בין "בית יוסף" ל"שולחן ערוך" נתון במחלוקת בין החוקרים:

1. שיטת אלון.

כשחיבר ר' יוסף קארו את "בית יוסף" חשב לחבר את ה"שולחן ערוך", כלומר "שולחן ערוך" יהיה חיבור ראשון, וישתלב עם "בית יוסף".

2. עמדת טשרנוביץ.

בשעה שחיבר ר' יוסף קארו את "בית יוסף" לא עלה בדעתו לחבר את ה"שולחן ערוך" כלל.

ה. כללי הפסיקה ב"שולחן ערוך" שונים מכללי הפסיקה שב"בית יוסף". "בית יוסף" מבוסס על עמודי ההוראה, ואילו ה"שולחן ערוך" מבוסס על הרמב"ם.

ו. מפעלו הקודיפיקאטיבי של ר' יוסף קארו עורר תגובות חריפות. לביקורת היו כמה מניעים:

1. התעלמות המחבר ממנהגי אשכנז.

2. אי אימוץ הכלל "הלכתא כבשרא".

3. פגיעה בשיקול דעת הפוסק.

4. השיטה גורמת עצלות בלימוד תורה.

5. מוטב שהפוסק יטעה בשיקול דעתו כשהוא פוסק מהתלמוד ולא מספרי קודיפיקאציה, וכך הוא אהוב אצל הקב"ה.

## 4. קבלת ה"שולחן ערוך"

### 4.1 רקע

רוב חכמי צפת בסוף המאה ה-16 היו תלמידיו של ר' יוסף קארו. הוא יסד חמש ישיבות והעמיד בראשן את טובי תלמידיו. הם הפיצו את שיטתו הקודיפיקטיבית ודאגו שפסיקותיו יגיעו לכל תפוצות ישראל. ר' יוסף קארו התיר לתלמידיו לפסוק הלכה ולהורות בעודם בחורים, והם הקפידו לפסוק על פי רבם ללא כל סטייה.<sup>40</sup>

### 4.2 ר' אליהו בן חיים<sup>41</sup>

ר' אליהו כותב שיש לקבל את ה"שולחן ערוך" כספר פסקים מחייב, וזה לשונו:  
והכרעת האחרונים מכרע' שלא לומר קים לי,<sup>42</sup> כמו שכתב בתשובת מהר"ם אלשקאר. וכ"ש הכרעת בית יוסף אשר כבר פשט' בהני כללי

---

<sup>40</sup> ב' לאו ממרן עד מרן, עמ' 228; ראו ש' אלבק, יסודות משטר הקהילות בספרד עד הרמ"ה (1180-1244) ציון, כה (תש"ך), עמ' 85-121; שו"ת בית אפרים, יורה דעה עח. והשוו שו"ת מטה יוסף, יורה דעה, ב (דף נג טור א); שו"ת ישיב משה, א, לד.

<sup>41</sup> תורכיה, 1530-1610.

<sup>42</sup> המונח "קים לי" פירושו שאם יש שני פוסקים בדיני ממונות שמזכים את המוחזק, יכול הוא לטעון "קים לי". אך רבו החילוקים הכלליים בסוגיה זו. למשל, בעל "ברכי יוסף" על חושן משפט, סימן כ"ה, סע"ק ט, מעיר בשם בעל ספר "גט פשוט" כלל ב', שמאפשרים למוחזק לטעון "קים לי" כשני פוסקים אפילו כנגד מאה פוסקים רק אם הפוסקים שווים בחכמה ומפורסמים. וראה דברי בעל כנה"ג חו"מ סימן כ"ה, כללי ה"קים לי" אות ג', הסובר ש המוחזק יכול לטעון "קים לי" כשני הפוסקים שאפשר לסמוך על הוראותיהם ושיקול דעתם, אפילו כל גדולי ישראל חולקים עליהם. בקשר שבין טענת "קים לי" לבעיית הקודיפיקציה דן המהרש"ל ומדגיש את הקושי המיוחד לעניין דיני ממונות בשל ריבוי הדעות, והיא טענת "קים ליה" שכל אחד מן הצדדים יכול לטעון, וזה לשונו: "אבל אם הדין מכריע בין שהדין מכריע מחמת שרבים הם החולקים על היחיד, בין מחמת שמסתבר להדין כסברתו דחד, מראיות ברורות, אפילו הרבה הם החולקים על היחיד, לא יכול התופס לומר 'קים לי' כאידך אלא הדין מוציא מידו" (ים של שלמה, בבא קמא, פרק שני, סימן ה'). וראה שו"ת מהרש"ל לה; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, קרימונה קנט, ברלין כה, עמ' 154; שו"ת הרא"ש א, ח; סז, ב; פד ג; פה, יא; שו"ת מהר"ק סוף שורש קמט; שורש קפב; שו"ת מהריב"ל, חלק א, עה (עג); שו"ת תורת אמת רז, שו"ת מהרשד"ם חו"מ כט, סא, קנד; שו"ת מהרש"ך ב, פא. במשך הזמן נוספו סייגים רבים לאפשרות של אחד הצדדים לטעון "קים לי", כי כלל זה מבטל כל שיקול דעת הפוסקים בבואם לדון בדיני ממונות. וכותב בעל הלכות קטנות חלק א, קפב: "שאם כן בטלת כל החושן משפט מן העולם". צמצום הכלל מתבטא בפסיקותיו של רבי יהונתן אייבשיץ, שראה באימוץ שיקול דעת של שני פוסקים בטענת "קים לי" הרס לדיני ממונות, וזה לשונו: "בכל חושן משפט אין כאן הלכה פסוקה אחד מאלף... ויהיה ממש כל דאלים גבר... כי לעולם המוחזק יטעון קים לי וחס ושלום תורתנו הפקר... כיוון שהרב בית יוסף והרמ"א שמו זכרונם אחר הדלת, אין לחוש לו... ולכן חס ושלום לומר קים ליה נגד הכרעת המחבר ורמ"א" (אורים ותומים, קיצור תקפו כהן, שו"ע חו"מ לאחר סימן כה). ראה עוד ב' חנינה, טענת "קים לי", לקראת ניתוח יורידפרודנט, שנתון המשפט העברי, ירושלים ו-ז, עמ' 45.

דכייל בפסק כדברי הפוסקים זה עם זה ואף גם זאת... וכבר נתקבל הרב עלינו במקומנו לרב ללכת אחר הוראותיו.<sup>43</sup>

ר' אליהו בן חיים סובר שאין לומר "קים לי" אם הטענה מנוגדת לפסקי ה"שולחן ערוך", כיוון ש"במקומנו" – כוונתו לתורכיה – קיבלו עליהם את פסקי ה"שולחן ערוך", כספר מחייב שאין עליו עוררים.

### 4.3 ר' משה גלנטי

ר' משה כותב שאין להוציא לעז על גיטין ראשונים, לכן כאשר יש סתירה בין המנהג הקדום לשולחן ערוך, אין לשנות את המנהג. מכאן שלשיטתו יש לקבל את ה"שולחן ערוך", רק לא במצב חריג כגון זה, וזה דברו :

והנה בחיינו בהיותי בן כ"ב שנה נתן לי רשות לדון בגיטין וקדושין, ואמרתי לו אדוני, אינם כותבי שום גט בעיר הזאת, כי אם ביד אחד בנפשכי, והיא מחלוקת בין הפוסקים. בעיר רש"י כותבי בשני יודין, בעיר הרא"ש ביד א', נהרא נהרא ופשטיה, ואמר הס שלא להזכיר, יעשו כמו שנוהגים שלא להוציא לעז על גיטין הראשונים חלילה ואנו עושים פה הפך מה שכתב בשולחן ערוך.<sup>44</sup>

<sup>43</sup> שו"ת הראנ"ח, קט; ראו פאנור, ר' הלוי, "יחס חכמי הספרדים לסמכות מרן כפוסק" בתוך: רבי יוסף קארו, קובץ בעריכת ר' רפאל, ירושלים, תשכ"ט 189-197; ת' דוד, ביקורת על Joseph, Z. Werblowski.R.J. *karo. Lawyer and Mystic* בתוך: קרית ספר מ (תשנ"ה), עמ' 65-71.

<sup>44</sup> שו"ת מהר"ם גאלנטי, קכד. על שאלה זו הוא עונה במקום אחר שנשאל: "תשובה... ואני הכותב מעיד אני בתורת עדות, כי בחיינו של הרב מורנו זלה"ה היינו כותבי ביד א' כל הסופרים, ואמרתי לו אדוני הסופרים מעידים שכן כתבו מעולם, וכבוד תורתו כתב בספרו להפך והוא בדפוסו ואמר אם נהגו כן אין לשנות, נהריה נהרי ופשטי". הנה שבחיינו כל הסופרים זקני סופרי הדיינים היו עושים נגד הרב ז"ל, כיוון שכך היה המנהג הקדמון ולא שנו". כלומר המשיב נשאל פעמיים, ובתשובותיו מביא סימוכין ממרן ר"י קארו, האוסר לשנות את המנהג הסותר. השאלות שנשאלו בעניין מנהג סותר היו בנושאים שונים. בשו"ת מטה יוסף, יורה דעה ב (דף כג טור א) השאלה היא בדיני מליחה: "איברא שיש כמה דינין שאנו נוהגים לעשות דלא כמרן, אלא על פי פוסקים אחרים, וכגון ההוא בכתב הרמב"ם שאפילו לאחר מליחה אין לבשל הבשר אלא א"כ יתנוהו במים רותחין כדי שיתלבן מיד ולא יצא דם, וכתב בב"י דטוב לחוש לדבריו לכתחילה, וגם בש"ע... הביא סברתו וכתב: ויש מי שמצריך ליתנוהו במים רותחין, כדי ללמדנו שצריך לחוש לדבריו לכתחילה, ואנו לא נהגנו כן... אלא הוא הדבר אשר דברנו, דלא קבלנו הוראותיו אלא בדבר שאינו מצוי בקבע ולא נהגו כבר, אבל בדבר שהוא מנהג קדמון לאסור או להתיר, אף על פי שנתפשטו אח"כ הוראותיו, המנהג לא זז ממקומו... וזה כלל גדול שאין לו תשובה". קבלת ה"שולחן ערוך" בתפוצות שונות כפופה לסייגים שונים. אחד מהם הוא שכשקיים מנהג הסותר את פסקי מרן ר"י קארו, יש להחזיק במנהג. כלל זה מובא בהקדמה ל"בית יוסף", וכך נאמר שם: "ואם בקצת ארצות נהגו איסור בקצת דברים, אע"פ שאנו נכריע בהיפך, יחזיקו במנהגם כי כבר קבלו עליהם דברי החכם האוסר ואסור להם לנהוג היתר, כדאיתא בפרק מקום שנהגו."

#### 4.4 ר' מנחם מנדל קרוכמל

ר' מנחם מנדל קרוכמל כותב שה"שולחן ערוך" והגהות הרמ"א ו"בית יוסף" התפשטו בקרב כל ישראל, וזה לשונו:

אמנם אחר שיצא לאור החיבור הגדול ב"י והש"ע שלו ואחריו הרב בהג"ה ש"ע, ונתפשטו חבוריהם בקרב כל ישראל, אין לנו אלא דבריהם. וכדין הכשרתי את הפרה ההיא שהיתה המרה נמצאת בין עור לבשר תחובה בין הצלעות, ויפה דנתי, ויפה הורתי והדברים ברורים.<sup>45</sup>

בתשובתו הוא קובע שיש לאמץ את ה"שולחן ערוך" והרמ"א, ואין לערער עליהם, וזה לשונו:

"ומימיהם אנו שותים ואחריהם אנו נגררים".<sup>46</sup> השאלה שנשאלת היא כיצד יפסוק הדיין, כשבעניין מסוים נראה לו שאין לקבל את פסק ה"שולחן ערוך" והרמ"א. על זה כותב ר' יהושע מקראקא:

אהובי... ודבר גדול נטל מכ"ת בעצמו לחלק על דברי הב"י ומוהר"ם שמימיהם אנו שותים, ואם בעיני מכ"ת קושיא... לא מפני זה נבא לבטל דבריהם רק עלינו ללמד עד מקום שידונו מגעת, ואם לא נוכל ליישבם אזי נתלה בקוצר דעתינו ולא לבטל דברי הגאונים והוראה שפשטה.<sup>47</sup>

לדעת ר' יהושע מקראקא, הדיין חייב לבטל את שיקול דעתו ולקבל את דברי ה"שולחן ערוך" והרמ"א, גם אם יש לו קושיה על דבריהם והוא מביא נימוקים: האחד – קוצר דעתנו, כלומר שיקול דעתנו מתבטל מפני שיקול דעתם, והאחר – "הוראה שפשטה".

<sup>45</sup> שו"ת צמח צדק, ט. ר' מנחם מנדל נפטר בשנת 1661 בפולין; וכן ראו, שו"ת הראנ"ח, קט; שו"ת צמח צדק, ט; שו"ת פני יהושע, ב, נא; שו"ת שער אפרים, אבן העזר, קיג; שו"ת בעי חיי, חושן משפט א, עג; שו"ת הלכות קטנות, קפב; שו"ת מהרי"ף, סא (דף נו טור ד); שו"ת משפט וצדקה ביעקב ב, ה; שו"ת פרי הארץ, ג. חושן משפט, א; שו"ת חיים שאל א, עד (אות יא); שו"ת שמחת יו"ט, יא (דף מג טור א); שו"ת בית אפרים, יורה דעה, עח; שו"ת חיים ביד, יורה דעה, קח; שו"ת כפי אהרן, אבן העזר, יג; שו"ת אור לי, קכא; שו"ת שערי רחמים, אורח חיים, יג; שו"ת תעלומות לב ב, אבן העזר, ה; שו"ת רב פעלים ב, יורה דעה, ז; שו"ת יביע אומר ה, דברי פתיחה; שו"ת יחזה דעה ה, כללי מרן השו"ע, פרק ד.

<sup>46</sup> שם.

<sup>47</sup> שו"ת פני יהושע, ב, נא. רבי יהושע מקראקא נולד בפולין ונפטר בשנת 1648. פסקי ה"שולחן ערוך" הביאו לשיכוך מחלוקת שפרצה באחת הקהילות. וכך כתב ר' אפרוס הכהן כץ: "אנכי הרואה שמאז ומקדם שהיה קטטות ומריבות בהק"ק בענייני הפסקים, ומצאתי כתוב בפנקס הק"ק תקנה קדמוני שקבלו עליהם כמה רבני' והתנו ביניהם, שלא יפסקו שום פסק ע"פ תשוי' ופסקים הן מראשונים הן מאחרונים אם לא מה שמבואר בטור וב"י ושלחנו הטהור עם הכרעת בעל המפה ומפרשיהם האחרונים, ולא עפ"י שום פוסק אחר". כלומר יש כאן ביטול כל שיקול דעת של פוסקים אחרים בין בקהילה בין מחוצה לה, בין בדורם בין בדורות קדומים, וממשיך ר' אפרוס: "ואף שימצא לפעמים בספרים אחרים ממה שיהיה נגד הפוסקים הנ"ל אז לא יזיק כלום להפסקי. עפ"י ספרים הנז'". הן אמת שכשקיבלו אותי יפה הק"ק לא התנו עמי שום תנאי בזה, אמנם ראיתי בפנקס שלהם כמה תקנות ישנות קדומות כנז"ל" (שו"ת שער אפרים, אבן העזר, קיג).

#### 4.5 ר' חיים בנבנשתי

ר' חיים בנבנשתי כותב שיש לפסוק כשיטת ה"שולחן ערוך" וכרבי משה מטראני, גם אם חולקים עליהם פוסקים כמו הרשד"ם, מהר"א חסון ומהר"י הלוי. שני נימוקים עמו: הם היו גדולים ומפורסמים בהוראה, ובכל תפוצות הגולה קיבלו אותם כפוסקים.

גם לדעת רבי חיים בנבנשתי, התקבל ה"שולחן ערוך" בכל ישראל, וזה לשונו:

אפילו דנימא דפליגי לענין הלכה. אין ספק שראוי לתפוס כמהר"י קארו וכמהר"ח מטראני ז"ל.<sup>48</sup> שהם ז"ל היו גדולים ומפורסמים בהוראה, ובפרט רבן של ישראל מהר"י קארו ז"ל שעליו סומכי בכל תפוצות הגולה. צאו וראו מ"ש הראנ"ח ז"ל בתשובותיו ח"א סי' קט על הרב ז"ל וכבר נתקבל הרב ז"ל עלינו לרב ללכת אחר הלכת אחר הוראותיו, ע"כ ואם על דבריו בחבור שהיה טרוד בפירוש דברי הטור ולאסוף כל הסברות כתב כן, כ"ש על דבריו בתשו' שהם הלכה למעשה בודאי דקדק בהם הרבה, וכמ"ש מהרי"ל ז"ל בתשובה סי' ע"ו.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> ר' חיים בנבנשתי מזכיר את הרב משה מטראני, המכונה המבי"ט, כי השואל כתב שהפוסקים חולקים גם על הרב מטראני, וזה לשון תשובתו: "ונראה לע"ד שהרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סי' קי"ו וחד דעמי והרב מהר"א חסון ז"ל ומהר"י הלוי ז"ל בתשובה סי' ע' חולקים עם הרבנים מהר"י קארו ומהר"ם מטראני ז"ל בנדון שלהם". מהר"י קארו ורבי משה מטראני היו שניהם תלמידיו של ר' יעקב בירב, ששאף לחדש את הסמיכה.

<sup>49</sup> שו"ת בעי חיי, חושן משפט א, עג. רבי חיים בנבנשתי מדגיש בתשובתו את דברי המהרי"ל, המעדיף את שיקול דעת הפוסק שהופעל בתשובה הלכתית שכתב ולא את פסיקותיו ההלכתיות. למשל, כך כתב באחת מתשובותיו למהרי"א כ"ץ: "ומה שכתבת שאין לסמוך על התשובות, אדרבה, הלכה למעשה הו', ולפיכך מינייהו טפי מדברי הפוסקים, שלא היו בשעת הוראה מהן, מן התשובות יותר מאשר מדברי הפוסקים, שהרי הפוסקים כתבו את מסקנתם לא בשעת הוראה בענין של מעשה" (שו"ת מהרי"ל סי' ע"ב). נימוק המהרי"ל הוא שהמשיב מפעיל שיקול דעת הלכה למעשה בשאלה שהתעוררה בחיי המעשה. אך בספר פוסקים הפוסק בא למסקנתו שלא כשעת הוראה ממש, אלא מתוך עיון מופשט בנושא ההלכה שהוא דן בה. כך סובר אחד מגדולי האחרונים, רבי נפתלי צבי יהודה ברלין, הנצי"ב, ראש ישיבת וולוז'ין, בתשובה לרב משה אריה הלוי במברג, ששאל בעצתו אם להדפיס את תשובותיו שהשיב הלכה למעשה, כיוון שאין לסמוך על התשובה כמו על הכתוב בדרך לימוד אותו עניין שלא כבדרך תשובה. על זה משיב הנצי"ב: "לדעתי הדלה אין הדברים נכונים כלל בטעמם, ואדרבה, בשעה שמשיבים הלכה למעשה באים לעומק הענין יותר ממה שבא הענין דרך לימוד וגם סיעתו דשמיא עדיף בשעת מעשה... וכמה גאונים שלא רצו שיסמכו על דעתם, מה שאין כן חידוש הלכות ידעו שלא יסמכו עליו, לכן לא חששו מלהדפיסם" (שו"ת משיב דבר, חלק א, כד). את שיטתו של הנצי"ב אפשר לנמק בשיטת הלימוד שהנהיג בישיבתו, וכך כתב רש"י ז"ל: "לא קושיא ותירוצ' הם הקובעים ולא פלפולים מחודדים הם הדרך. ההבנה הישירה של הסוגיות היא המטרה והחיפוש אחרי האמת לא אחרי החריפות היא השאיפה". יוצא שבישיבת הנצי"ב הושם דגש על חיפוש האמת והתרחקות מפלפולים מעוותים. וממשיך וכותב רש"י ז"ל שהנצי"ב ראה בפלפולה של תורה מושג מרכזי בשיטת לימודו, אך אין הכוונה לפלפולי סרק, אלא עמל העיון על מנת להגיע לאמיתות של תורה (אישים ושיטות עמ' 18-22).

אם נקבל את דברי הראנ"ח במקורם, כנזכר לעיל, נסיק שעד מהרה התפשט ה"שולחן ערוך" בכל תפוצות ישראל.<sup>50</sup>

#### 4.6 ר' יעקב ישראל חאגיז

עשר שנים לאחר פטירתו של הראנ"ח כתב ר' יעקב ישראל חאגיז את הדברים האלה:  
כך מקובלני ממ"ה מר זקני ז"ל כי בכל תחום א"י אין לומר קים לי נגד  
הרמב"ם ומוהריק"א ועל ראשם פירש"י ז"ל... ועל פיהם יהיה כל ריב וכל  
נגע וכל חד מינייהו אפי' באלף לא בטיל.<sup>51</sup>

#### 4.7 ר' משה אבן חביב

ר' משה כותב שבארץ ישראל ובמצרים ובסביבותיה, פוסקים בדיני ממונות כרמב"ם  
וכ"שולחן ערוך", כיוון שבמקומות אלה סרו למרותם, אבל במקומות אחרים אפשר לטעון  
"קים לי", וזה לשונו:

אך בעיר גדולה של חכמים ושל סופרים קושטא יע"א, גם עיר גדולה  
לאלקים רבתי "סאלוניקי". גם בשאר מקומות, נמשכו אחר מנהגם שיזכה  
המוחזק בטענת קים לי כ"ב או ג' פוס'.<sup>52</sup>

יש כאן קביעה הסותרת קביעה אחרת. לעיל ראינו שר' אליהו בן חיים העיד שבתורכיה אין  
מקום לטעון "קים לי" נגד ה"שולחן ערוך", ואילו כאן קובע ר' משה אבן חביב שבקושטא  
המוחזק יכול לטעון "קים לי". ר' משה אבן חביב חי בירושלים בשנים 1654-1691, ור' אליהו  
בן חיים חי בקושטא בשנים 1530-1610, אבל קשה לטעון שחל שינוי בקבלת הוראות השולחן  
ערוך בשנים שחלפו בין שני אישים אלה.

#### 4.8 ר' חזקיה די סילוה

קהילה שנהגה היתר בעניין מסוים עליה לבטל מנהגה אם הוא סותר את פסקי ה"שולחן  
ערוך". בעניין זה נשאל ר' חזקיה די סילוה אם קהילה שנהגה היתר עפ"י דעת התוספות  
יכולה להמשיך במנהגה. ר' חזקיה משיב שכיוון שקיבלו את ר' יוסף קארו כפוסק, עליהם  
לנהוג על פי שיקול דעתו ולבטל את היתר מנהגם, וזה לשונו:

<sup>50</sup> ראנ"ח חי בשנים 1530-1610, ור' חיים חי בשנים 1603-1673.

<sup>51</sup> שו"ת הלכות קטנות, חלק א', קפב.

<sup>52</sup> גט פשוט, כללים, א.

מאחר שקבלו לרבן של בני הגולה מוהריק"א ז"ל לרב עליהם והוא מריה,  
דאתרא הדין ופסק בשולחנו הטהור כדעת הרא"ש ז"ל, מי יוכל לעשות  
מעשה שלא להקל כדבריו ז"ל.<sup>53</sup>

#### 4.9 ר' יעקב פראג<sup>54</sup>

ר' יעקב פראג משיב לאחד השואלים שבמצרים אין דנים ב"קים לי" אלא על פי התורה או  
על פי רב המקום, שפסיקתו נחשבת אף היא דין תורה.<sup>55</sup> הוא אף מתרעם על דיינים שהולכים  
אחרי טענת "קים לי" ועלולים לבטל גזרת התורה, ודרכם אינה בטוחה,<sup>56</sup> וזה לשונו:  
אנן אית לן רב שנסמוך עליו ודרכנו בטוחה, מכל סכנה וסלולה ומסוקלת  
מכל אבן ומכשול, הלא הוא רבינו הגדול רבן של כל ישראל מוהר"י קארו  
זלה"ה. ומקובלני מזקני גאוני מצרים... וכ"ש עתה שכל גלילות ישראל  
כבר קבלו עליהם דברי מרן אין לזוז מהם.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> מים חיים, קונטרס התשובות ט. כמה מהוראות ההלכה נוצרו ממנהגים שהתפתחו בחיי המעשה של  
החברה. רק לאחר מכן קיבלו המנהגים גושפנקה הלכתית. למנהג נועד תפקיד של ממש כמקור הלכתי. חכמי  
ההלכה ייחסו חשיבות מיוחדת לבירור המקור ההלכתי של דין מדיני ההלכה. המנהג ממלא בהלכה שלוש  
פונקציות: א. פוסק וכמכריע. אם יש חילוקי דעות בהלכה מסוימת גובר המנהג גם אם בהעדרו הייתה נפסקת  
הלכה אחרת על סמך כללי הפסיקה המקובלים; ב. מנהג שמוסיף על ההלכה הקיימת, אם המציאות מעוררת  
שאלות חדשות שאין להן פתרון בהלכה הקיימת; ג. מנהג שקובע נורמות חדשות המנוגדות להלכה הקיימת,  
כלומר, נורמות הבאות לשנות ולגרוע מן ההלכה הקיימת. חומר רב בעניין זה מצוי אצל אלון, המשפט העברי  
עמ' 713-767. דיונים במנהגים השונים מובאים בסדרת ספריו של שפרבר "מנהגי ישראל מקורות ותולדות",  
מוסד הרב קוק, ירושלים תשס"ג. הריב"ש כתב שאם יש חשש איסור אפילו מדרבנן במנהג שנהגו, יש לבטל  
את המנהג (שו"ת הריב"ש סי' מט, קכד, שפח, שפט, שד). וכתב בעל שו"ת "עין משפט", או"ח סי' א, שכל מנהג  
סתם שלא ידענו אם גדולים קבעו אותו, יש להניח שנהגו כן מאליהם, ומה שלא מיחו בהם הרבנים הקודמים,  
יש לומר שחששו שמא לא יקבלו מהם, או שלא נסתייע בידם למחות. בעל שו"ת "שדות יעקב" כתב על מנהג  
מסוים: "ואי איישר חילי אבטליניה, וכל מי שיש בו רוח תורה צריך לבטל מנהג כזה שהונהג בטעות" (שו"ת  
שדות יעקב, חלק ב' סוף סי' ו). אף בדורות המאוחרים קמו פוסקים שעל פי שיקול דעת ביטלו מנהגים, כגון  
"בן איש חי" פ' תצוה אות א, בעניין "יברכך" בברכת כהנים. בעל "בן איש חי" ידע שדעת הרמב"ם (פרק יד  
מהל' תפילה ה"ד) ומרן השו"ע (סי' קרח סעיף יב) שהכהנים מתחילים מעצמם "יברכך", ואין השליח ציבור  
מקריא להם תבה זו, וכך היה מנהג בגדאד כמו בכל קהילות ישראל, אף על פי כן ביטל מנהגם, כי כך ראוי  
לנהוג על פי הקבלה (שו"ת זרע אמת תקנ"ג, סי' סא; שו"ת סמיכה לחיים, חלק אורח חיים סי' א, דף יב  
סעי' ב; ברית כהונה אורח חיים סעי' מ אות כה; שו"ת הרשב"ש סי' תיט, ותקסב).

<sup>54</sup> מצרים המאה ה-17, אלכסנדריא, תרס"א.

<sup>55</sup> ראוי לציין שהוא משווה סמכות מרא דאתרא לדין תורה.

<sup>56</sup> בהעדר סמכות מקובלת על כולם כל צד יכול לגייס סמכות רבנית לטובתו.

<sup>57</sup> שו"ת מהרי"ף, סא (דף נד טור ד). הנ"ל מביא שם תקדים שהיה במצרים, ואלה דבריו: "שהיום כמו  
ארבעים שנה שהיה מעשה... שראובן הלוח לשמעון עשרה גרוש' על משכון לשון זהב ששוה עשרים גרוש ונגב  
המשכון, ועל זה עמדו לפני ב"ד, ומורי ורבי חייב את המלוה בדמי כל המשכון כמו שהעלה רבינו הגדול בשלח'

כלומר במצרים אין לטעון "קים ליי" נגד שיקול דעת מרן ר"י קארו, שהתקבל כמרא באתרא במצרים ובכל גלילות ישראל.

#### 4.10 ר' ישראל אברהם זאבי<sup>58</sup>

ר' ישראל כתב שלכאורה יש לאמץ את הלכת הרמב"ם, בעניין "מאיס עליי", כי מרן ר"י קארו שואב את כוחו מהרמב"ם, אך כיוון שמרן ר"י קארו כבר הכריע נגד הרמב"ם ופסק שאין לקבל טענת "מאיס עליי", אין הדיינים יכולים לקבל דברי האישה הטוענת "מאיס עליי", וזה טעמו:

אמנם השתא דבכל גלותינו נהגו כדברי מרן בהוראותיו בשלחנו הטהור  
כפי מה שיסד בב"י וקבלוהו עליהם, והוא ז"ל פסק בשלחנו.. ובאומרת  
מאיס פסק דאין כופין.<sup>59</sup>

#### 4.11 ר' יעקב אבן צור<sup>60</sup>

ר' יעקב כותב שבתחילה התקבלו פסקי הרא"ש כהלכה מחייבת, אבל משהתפשטו חיבורי מרן ר"י קארו, אין מקום לשיקול דעת של פוסקים אחרים, ואלה דבריו:  
קודם שיצא טבעו של מרן מהריק"א ז"ל בעולם, שאז היו פוסקים על  
הרוב כסברת הרא"ש... אמנם אח"כ כשיצא טבעו בעולם ונתפשטו

---

הטהור ח"מ סימן עב. והרב כמהר"ר רפואה שלם ז"ל פטר את המלוה מהיתרון ששוה המשכון יותר על המלוה, מפני שכתב רבינו בעל המפה, וי"א דמלוה על משכון לא הוי אליו לעניין זה, שאם דמי המשכון יתרים על החוב אין המלוה נותן היתרון אלא אבד מעותיו ולא יותר, שאומר המלוה קים לי כ"א". כלומר היה "קים ליי" כדעת "יש אומרים". ועל כן כותב המהרי"ף שמורו ורבו תמה על שתמעד נהגו כשיטת מרן ר"י קארו, ומגלה: "ועל זה שלחנו לחכמי מצרים והסכימו כל רבני מצרים לדעת מורי ורבי זלה"ה, ושלחו פסק משם חתומ' בו הרב הר' משה סרגוסי והרב הר' יהודה כהן והרב הר' מנחם כהן והרב הר' ישראל רומאנו והרב הר' נתן גוטא נלה"ה, מסכימים שאין לדון בקים לי אליו עפ"י התורה. ובאותן הימים נתברר לנו מפי מגידי אמת שבשנים קדומניות שבעיר צפת תוב"ב הסכימו כל הרבנים שהיו בתורה והחרימו חרם חמור שלא ידין שום דיין עפ"י ק"ל, אלא הדין יפסק עפ"י התורה "אחרי רבים", או עפ"י מרי דאתרא... אמר לי החכם הזה: אני ראיתי בצפת הסכמה כתובה מימי רבינו יוסף קארו זלה"ה בהסכמת כל הרבנים שהיו שם, וכולם חתומים בה, שאין שום דיין יבין בקים לי והחרימו על זה חרם גמור, אלא הדין יפסוק הדין עפ"י מרי דאתרא ובמקום שאין להם רב יפסוק הדין עפ"י גזרת הכתוב אחרי רבים להטות". כלומר החרם הוא שאין לטעון "קים ליי" נגד שיקול דעתו של מרא דאתרא או נגד שיקול דעת הרוב.

<sup>58</sup> ארץ-ישראל; נפטר ב-1731.

<sup>59</sup> אורים גדולים, לימוד עח.

<sup>60</sup> נולד ב-1673 במרוקו.



חיבוריו ב"י וש"ע וקיבלו אבותינו ורבותינו ז"ל... דבריו וסברתו, אפילו נגד אלף פוסקים שוב אין לנו אלא סברתו.<sup>61</sup>

#### 4.12 ר' יהונתן אייבשיץ<sup>62</sup>

ר' יהונתן אייבשיץ כותב שאין לטעון "קים ל"י כראב"ד וסיעתו, אם שיקול דעת הראב"ד מנוגד לשולחן ערוך ולרמ"א, וכך הוא מספר על מעשה בחמיו :

וזכרני במוות חמי זקני... והוא קודם מותו נתן כל עזבונו במתנת ש"מ,<sup>63</sup> ובמותו בא עליו ח"כ מסך מסויים והיה בו סכסוכי רבים, וביקש חמי... לטעון קים לי כהראב"ד וסייעתו דמלוה ע"פ אינו גובה ממתנת ש"מ... והיה חכמי דור... יושבין על דין ההוא, ואף כי הייתי פסול מחמת קורבה, מ"מ נשאו ונתנו עמי והסכימו יחד, הואיל ודין זה אין לו זכר בח"מ בש"ע<sup>64</sup> וברמ"א מבלי תת מקום לטעון קים לי, ופסקו לשלם... וכן ראוי להוכיח בלי פקפוק.<sup>65</sup>

על סמכותם של ה"שולחן ערוך" והרמ"א כותב רבי יהונתן אייבשיץ : "רוח ד' נוספה בקרבם, להיות לשונם מכוון להלכה בלי כוונת הכותב".<sup>66</sup>

---

<sup>61</sup> שו"ת "משפט וצדקה ביעקב" ב, ה. לא ברור כיצד ר' יעקב אבן-צור מורה לבטל שיקול דעת של הרא"ש, כאשר התפשטו חיבורי מרן. עוד כותב מרן : "מאחר שכל בני ספרד ובני אשכנז סומכים על הרא"ש ז"ל בהוראותם ובפרט באיסור והיתר אחרי דבריו לא ישנו, אין כח לשון אדם לעשות מעשה כנגד סברתו" (שו"ת אבקת רוכל, סי' קצה).

<sup>62</sup> חי באשכנז בשנים 1690-1764.

<sup>63</sup> שכיב מרע.

<sup>64</sup> ח"מ = חושן משפט ; ש"ע = שולחן ערוך.

<sup>65</sup> אורים ותומים, חושן משפט כה, קיצור תקפו כהן, ס"ק קכד.

<sup>66</sup> שם. רבי יהונתן אייבשיץ כותב שחיבוריהם של ה"שולחן ערוך" והרמ"א הם ניגוד ליכולת השכלית האנושית, ואלה דבריו : "ולדעתי אין ספק כי הכל בכת' מי ה' השכיל על ידם, כי קושי רבות שהקשו עליהם אחרונים ותי' בדרך חריף ועמוק וכמו כן כללו במתק וקוצר לשונם דינים הרבה. ולאין ספק שלא כונו להכל, כי איך היה אפשר לרב המלאכה מלאכי שמים שהיה עליהם, ומי הוא הגבר שיעשה חיבור על כל התורה לקוח מכל דברי הראשונים ואחרונים ולא יכבד עליהם מלאכה מלאכת שמים, רק כוח ה' נופפה בקרבם להיות לשונם מכוון להלכה בלי כוונת הכותב וחפץ ה' בידם הצליח, ולכן ח"ו לומר קים לי נגד הכרעת המחבר ורמ"א".

#### 4.13 ר' יעקב עמדין<sup>67</sup>

ר' יעקב עמדין סובר שאין להעלות סומא לס"ת, והמקורות שעליהם הסתמך הם "שולחן ערוך" והרמ"א. את קבלתם כפוסקים ללא עוררין הוא מבטא בביטויים מלאי הערכה, וזה לשונו:

אחרי שהמאורות הגדולים השנים אשר היו לנו לעינים, המה בעלי הש"ע והמפה אשר קבעו מסמכות בהורא' זו ביטלו דעת היחיד, אינני צריך להוסיף על דבריהם, כי מי יבוא אחריהם, ... מעתה כל הפורש מהם כפורש מן החיים ואנה אני בא ח"ו לומר חברותא כי מי כאילו מנייהו ומני תסתיים.<sup>68</sup>

ר' יהונתן אייבשיץ ורבי יעקב עמדין היו בני פלוגתא זה לזה – איש איש ומחנהו. והנה ראינו ששני הפוסקים החשובים מסכימים שאין לחלוק ה"שולחן ערוך" והרמ"א. דומה שגישתם תרמה מבחינה חברתית להתפשטות ה"שולחן ערוך" ורמ"א, והשאלה ב"סומא בעליה לס"ת" יש בה פן חברתי עצום. והנה רבי יעקב עמדין לא חת לפסוק שיש לקבל את הוראות מרן ר"י קארו. ואולם היום הנוהג שסומא עולה לס"ת.

#### 4.14 ר' יוסף מולכו<sup>69</sup>

ר' יוסף מולכו ראה לנכון לחקור ולדרוש אם לקבל את הוראות מרן שב"שולחן ערוך" גם כשהוא מקל או רק כשהוא מחמיר. הדרישה והחקירה מלמדות על השתלשלות קבלת ה"שולחן ערוך" ועל ההתלבטות לקבל את מרן ר"י קארו כפוסק בלעדי, וזה לשון ר"י מולכו:

ראיתי לנכון אל לבי לחקור ולדרוש בשבע חקירות על האי כללא דמרגלא בפומייהו דרבנן סבוראי קמאי ובתראי, קבלנו הוראותיו של מרן ז"ל שבשלחנו הטהור שבאיסור והיתר, אם הוא דוקא היכא דמחמי אבל לקולא לא, או דלמא אפילו לקולא נמי ליכא למינדא מיניה.<sup>70</sup>

אחר דיון מעמיק בשאלה זו מגיע רבי יוסף מולכו למסקנה:

העולה מן המקובץ, דכ"ע בני ספרד לא פליגי דקבלנו הוראותיו של מרן באמונה בין לקולא בין לחומרא.<sup>71</sup>

<sup>67</sup> גרמניה 1697-1776.

<sup>68</sup> שו"ת שאלת יעבץ א, עה.

<sup>69</sup> שלוניקי ירושלים 1693-1768.

<sup>70</sup> "שלחן גבוה", אורח חיים, כללים, כלל טו.

<sup>71</sup> שם. ר' יוסף מולכו מביא את השאלה כשמדובר בחומרה ומדגים את דבריו בשאלה על כבד עוף שאבד קודם שטעמו אם יש בו טעם מר או לא. וכך הוא כותב ומצטט את דברי מהר"ש פלורנטי בספרו "מעייני שמואל" סימן ז': "בפסק מרן ז"ל גבי כבד של עוף שנאבד קודם שטעמו אם יש בו טעם מר או לא גם לא נמצא המרה בבני מעיה, ונסתפק השואל אם העוף כשרה מטעם ס"ס, ספק דילמא המרה היתה בכבד ואת"ל

#### 4.15 ר' חיים דוד אזולאי – החיד"א<sup>72</sup>

כותב החיד"א שקבלת פסקי מרן ר"י קארו נקבעה מן השמים, וכך מנמק את העדפת מרן ר"י קארו על אחרים:

ובאותו הדור היו נמשכים שלושה רבנים ראויים לזה, והם הרב מהר"ר יוסף טאיטצק והרב מרן והרב מהריב"ל, וכל אחד מהם היה ראוי למלאכה זו, והסכימו מן השמים ותנתן דת על ידי מרן הקדוש מפני ענותנותו היתרה.<sup>73</sup>

לדעת החיד"א, בחירת שיקול דעת מרן ר"י קארו היא בזכות מידת הענווה שבו,<sup>74</sup> אבל יש הלכות שקיבלנו חומרות הרמ"א, וזה לשונו:

ולדידי חזי לי שאין דבריו כי אם לת"ח דרשאי להחמיר לעצמו, אבל דיין הקבוע אינו רשאי להורות אפי' להחמיר נגד דברי מרן ז"ל.<sup>75</sup>

#### 4.16 ר' חיים פאלאג'י<sup>76</sup>

ר' חיים פאלאג'י מביא תשובה שממנה למדים שהיו שלא קיבלו את פסקי ה"שולחן ערוך", והוא מגיב בכעס רב עליהם. השאלה נסבה על אודות בחור שנשא אישה, ובתוך שבעת ימי החופה מתה אחותו של החתן – אם צריך להפסיק את ימי חופתו. תשובת ר' חיים

---

לא היתה בכבד דילמא הלכה כמ"ד חסרה המרה כשרה... וכבר קבלנו עלינו הר"ב הוה לן כאיסור ודאי". ומסיים ר' יוסף מולכו: "הרי אשכחן לחומרא". כשמדובר בקולא הביא את דברי מהר"י ביטון בספר "עדות ביעקב" סי' ג, שפסק כמרן לקולא בסוגיית תולעים ומסתמך גם על בעל "גינת ורדים" הסובר שבארץ מצרים קיבלו עליהם הוראות מרן אף אם הוא מקל והרמ"א מחמיר.

<sup>72</sup> ישראל-איטליה 1724-1806.

<sup>73</sup> שם הגדולים, מערכת ספרים, אות ב' סימן נט.

<sup>74</sup> במחלוקת שבין בית שמאי לבית הלל שאלו חז"ל, הרי אלו ואלו דברי אלוקים חיים, ומפני מה זכו בית הלל שיקבלו את שיקול דעתם בהלכה. ומשיב התלמוד – "מפני שנוחים ועלובים ושונים דבריהם ודברי בית שמאי ולא עוד אלא שמקדימים דברי בית שמאי לדבריהם" (עירובין יג ע"ב). ושואל מרן ר"י קארו שאם אם רק מפני רוב מידות טובות שבהם נקבל את שיקול דעתם ותיקבע הלכה כמותם גם אם אין הדרך כדבריהם. ומשיב מרן ר"י קארו ש"מפני היותם אנשי אמת נוחים ועלובים וענוותנים, מן השמים זיכו אותם שיכונו תמיד אל האמת" (כללי הגמרא על הליכות עולם דף נא ע"א). וכותב על זה הרב עובדיה יוסף: "לכן גם מרן הקדוש שהיה מוכתר בנימוסין ובענוה טהורה ומקבל האמת ממנו שאמרו זכה לכוון לאמת, והתפשטו הוראותיו בכל תפוצות ישראל, על פיו יחנו ועל פיו יסעו" (שו"ת יחזה דעת, כללי מרן השו"ע, פרק ה).

<sup>75</sup> שו"ת חקרי לב, חו"מ מהדורא בתרא, דף ק"פ סוף ע"ג; וראה שו"ת כרך של רומי, דף קב ע"ב, שהביא את דברי "חקרי לב" וכתב שאף מהר"ם סוזין חזר בו וכתב שמבטל דעתו מפני דעת הגאון בעל "חקרי לב". השי" "מערכת ספרים", בתוך: "שם הגדולים", מערכת ט', אות יב; "ברכי יוסף", חושן משפט כה, אותיות ו, כו-כח; שו"ת חיים שאל א-יא.

<sup>76</sup> תורכיה 1788-1868.

שהתבססה על פסקי מרן ר"י קארו, לא התקבלה על החולקים עליו. וכך הוא מסיים את תשובתו:

סוף דבר כל דיין היושב על כסא ההוראה בקהל ספרדים ויפסוק הלכה למעשה כדעת אחת מן הפוסקים ויבטל פסק הב"י, הנה זה המורה יורה כבן סורר ומורה.<sup>77</sup>

#### 4.17 ר' אהרן ב"ר עזריאל<sup>78</sup>

ר' אהרן כותב שאין לקבל את הטענה שאילו ראה ר' יוסף קארו דברי ראשונים שנעלמו ממנו היה משנה את שיקול דעתו, וזה לשונו:

ועוד מטעם אחרנא לבי מהסס בזה, לפי שכמה פעמים על מדוכה זו ישבנו עם עמיתנו הר' הפוס' יצ"ו, והעלינו כי אין לזוז מקבלת מר"ן. אף אם המצא ימצא איזה פוס' מגדולי הראשונים אשר נגלו לנו אחרי זמנו של מרנא הקדוש ז"ל, לא נאמר אילו היה רואה מר"ן דברי הראשונים אלו היה חוזר בו.<sup>79</sup>

דומה שהיו כאן שתי מסקנות: אין לזוז מפסקי מרן, ואין לקבל את הטענה שאילו ראה מרן את דברי הראשונים, היה מבטל את שיקול דעתו.

---

<sup>77</sup> שו"ת חיים ביד, יורה דעה, קח. שאלה דומה נשאל ר' אפרים זלמן מרגליות מברודי בשו"ת בית אפרים, יורה דעה, עח, וזה לשון השאלה: "ויש לסמוך על זה שלא לדחות ההספד, ובכל זאת לא היינו עושים מעש' כי חלילה לזוז זיז כל שהוא מדברי הש"ע אשר קיימו וקיבלו עליהם כל ישראל, וכמ"ש הרמב"ן שאעפ"י שאנו מדמין אנו נותנין ראשינו תחת כפות רגלי הראשונים ז"ל". יצוין שר' חיים פאלאג'י כותב שלא הביא בתחילה את תשובתו לדפוס, כי אינו מבקש כבוד וגדולה. הוא כותב שהעדר כתובת התשובה יביא חורבן, כי אנשים לא ידעו שיש לפסוק כדברי מרן ר"י קארו, וממשיך וכותב: "ועתה הנני מחלה פני מעלת חכמי התור' רועי ישראל דייני ארעא... וישפטו ביני ובין החולקים עלי... ואעפ"י שזו תוחלת ממושכה היא לי יען כי נודע אלי כי שניהם היו נעורים לילה אחד ועסקו בענין הזה ועומדים עוד בדעתם המשובשת" (שם). כלומר הם הביעו את שיקול דעתם ולמדו נושא זה לילה שלם ורצו לפסוק נגד כללי הספרדים ונגד כללי האשכנזים.

<sup>78</sup> ארץ ישראל, 1819-1879.

<sup>79</sup> שו"ת כפי אהרן, אבן העזר, יג. על תשובות אחרות בסוף המאה ה-19 ראה ר' רחמים (1835-1901) רודוס-ישראל, שו"ת שערי רחמים, אורח חיים יג), המשיב לאחד מחכמי ההלכה: "אחרי בקשת אלף מחי' מכ"ת, לא צדק. אענהו בכל מ"ש, ולהתיר מן הצד הזה חלילה אף בשעת הדחק, נגד גדולת מרנא הב"י אשר נתקבלו הוראותיו בכל תפוצות ישראל כמשה מפי הגבורה. ומאן ספיק ומאן רקיע לסמוך בזה נגד מה שהבין בב"י בכוונתם ונגד מה שפסק בשולחן הטהור". וכן כתב רבי אליהו רפאל חזן (1908-1948) בשו"ת תעלומות לב ב, אבן העזר, ה. הדברים שמביא הם תשובת ר' חיים מודעי, וכך כתב: "על כן דחקתי עצמי לבקש לו מנוח, וראיתי דהנה מקום אתנו להתיר גם לדעת מוה"ר חז"ל זלה"ה. וכך היא חובתינו, דהנה כבר ידוע דאנו בני ספרד מסורת בידינו דאית לן מזל בחר פסקי מרן הש"ע, וכל הספרים מלאים מזה, אין צורך לפורטם".

#### 4.18 ר' יוסף חיים (בעל "בן איש חי")

לדעת ר' יוסף חיים, שיקול דעת ר' יוסף קארו התקבל בסייג של המנהג בלבד.<sup>80</sup> וגם אם חולקים עליו פוסקים אחרים, אין לסטות מדבריו<sup>81</sup>, בין שהחולק הוא הרמ"א בין שהם מאה אחרונים. במקום אחר הוא מבהיר דבריו בזו הלשון:

כי מאחר שקבלנו הוראות מרן ז"ל, וכאן פסק הדין בלי שום חולק שהוא וגם להחמיר אפילו אם יבואו מאה אחרונים לחלוק עליו ולהתיר, אין שומעין להם, כי אנחנו חייבים ללכת עפ"י הוראותיו מכח הקבלה שקבלנו חוץ מדבר שיש בו מנהג ברור שנהגנו בו הפך, אז גדול כח המנהג המוסמך על סברת הפוסקים.<sup>82</sup>

כאן מתבארות כמה נקודות חשובות:

א. פסקי ר' יוסף קארו התקבלו בבבל מכוח קבלה.

<sup>80</sup> שו"ת "רב פעלים" ב, חו"מ ר"ס ג. ר' יוסף חיים הביא בספרו "בן איש חי" (שנה ב' פרשת שמיני אות י"ט) הלכה, שמקורה במנהג שהתקבל כדעת הרמ"א, וכך כתב: "אף על גב דכתב מרן ז"ל לברך על הטבילה קודם שתטבול, המנהג פשוט כמו שכתב רמ"א ותטבול תחילה טבילה אחת בלא ברכה, ואחר כך בעודה במים תברך 'אקב"ו על הטבילה', ואחר תטבול שנית" (שו"ת "רב פעלים" לחלק ד' יו"ד סימן ט"ו דל"ג סעי"ב). על זה כתב הרב עובדיה יוסף בספרו "הליכות עולם": "דעת רוב רבותינו מגדולי הפוסקים וכן דעת מרן השלחן ערוך שקבלנו הוראותיו, שצריכה האשה לברך 'אקב"ו על הטבילה' קודם שתטבול, לפי שכל המצות מברכים עליהן קודם עשייתן, ואם יברכי אחר הטבילה, לדעת גדולי הפוסקים היא ברכה לבטלה, וגם אין לברך בתוך המקוה, שדינו כבית המרחץ המזוהם, שהוא כבית הכסא, לפיכך צריכה האשה לברך בעוד החלוק עליה בחדר החיצון של המקוה, ומיד אחר שתברך תפשוט חלוקה ותכנס למקוה. וכך ראוי להנהיג בכל אתר ואתר" (הליכות עולם ה, ירושלים תשנ"א, עמ' רטו). כידוע, הרב עובדיה יוסף דבק בפסקי ר' יוסף קארו. כאן הוא מביא שלושה נימוקים: א. כך פסק ר' יוסף קארו. ב. לדעת גדולי הפוסקים, אם יברכו אחר הטבילה, הברכה לבטלה. ג. המקום מזוהם. על דברי ר' יוסף חיים, שיש לאמץ את המנהג אף אם הוא כנגד ה"שלחן ערוך", כותב הרב עובדיה: "הכלל העולה כי כשהמנהג אינו עולה יפה לפי סברת גדולי הפוסקים המפורסמים ראוי לנו לבטלו, ולהנהיג כמנהג היפה לדעת הפוסקים ואין להשען על משענת קנה רצוץ של האומרים שאין לשכוח המנהג אפי' המנהג האחר טוב ממנו. שכבר הוכחנו מהראשונים והאחרונים שאין בזה ממש, לא משורת הדין ולא ע"פ השכל הישר והסברא הישרה, שהרי אפילו בעסקי העולם כל משכיל וחכם בוחר הצד והדרך היותר טוב ובטוח והמשומר מכל נזק ומכשול ואפי' באפשרות רחוקה" (שם עמ' ריט).

<sup>81</sup> ראו, שו"ת מהר"ם גלאנטי, ו; שו"ת מוטה יוסף, יורה דעה, ב (דף כג טור א); שו"ת חיים שאל א, לה (אות ב).  
<sup>82</sup> שם, יורה דעה, חלק ב' סימן ז' ד"ה "תשובה". ומדגיש ר' יוסף חיים: "אז גדול כוח המנהג הנסמך על סברת הפוסקים". כלומר יש לבדוק אחר כל מנהג אם יש לו אחיזה על פי שיקול דעת הפוסקים. וכותב המהר"ם מינץ שאין לסמוך על כל מנהג אלא לבדוק אם הוא מיוסד על הפוסקים. אולם אם נמצא שהמנהג ותיק בעיר, כלומר הוא מבוסס על שיקול דעת פוסקי המקום או התקבל בהסכמה, מעמידים אותו בחזקתו (שו"ת מהר"ם מינץ, סימן מג). דברים דומים כותב ר' משה איסרליין, שאין להביא ראיה ממנהג אם לא נעשה על פי עצת חכם בקי בתורה, כי יש מנהגים שנקבעו בהעדר ידיעת חכמים (שו"ת "דבר משה" חלק ג, סוף סי' יג).

- ב. עניינים שנוהגים לפי הרמ"א או פוסקים אחרים הם מכוח המנהג ששרר במקום.  
ג. קבלת ר' יוסף קארו היא על פי שיקול דעת הפוסקים ולא על פי מנהג העם.<sup>83</sup>

#### 4.19 ר' משה כלפון הכהן

לדעת ר' משה כלפון הכהן, אם המנהג המקומי הוא להקל, אפשר לשנותו ולקבל את חומרת מרן ר"י קארו, אך אם המנהג הוא לאסור, אין לקבל את שיקול דעתו של מרן להתיר. הוא מביא את דברי "שולחן גבוה" שהמנהג לא זו ממקומו בין להקל בין להחמיר.<sup>84</sup> לאחר מכן מנמק את עמדתו מתוך דברי מרן ר"י קארו בזו הלשון:

אמנם אני הצעיר לא משמע לי כוונת מרן ז"ל כדבריו, ואדרבא איפכא משמע מדבריו, שהרי כתב להדיא: ואם בקצת ארצות נהגו איסור וכו' כדאיתא בפרק מקום שנהגו ע"ש. ואם איתא כדברי הרב ז"ל דבין אם נהגו להקל או להחמיר נגד דברי מרן יחזיקו במנהגם, היל"ל סתמא דאם בקצת ארצות נהגו דלא כמו שפסקתי יחזיקו במנהגם. ועוד דהרי נתן טעם לדבריו כי כבר קבלו עליהם דברי חכם האוסר ואסור להם לנהוג היתר וכו', וזה ל"ש באם נהגו להקל, וא"כ היל"ל טעם גם על מה שנהגו להקל למה יחזיקו במנהגם, אלא ודאי דאם נהגו להקל לא ינהגו כן עוד. מאחר דנהגו להתיר מה שהוא אסור מדינא לפי פסק ההלכה.<sup>85</sup>

<sup>83</sup> אולם גם למנהג העם שחדר יש להתייחס בזהירות, ואין לבטלו כלאחר יד. וכותב הרשב"א בתשובות המיוחסות לרמב"ן, סימן נ"א: "כל מקום שנהגו שלא להכריז סתמא דמילתא לא בטעות אלא אומר אני שעיקר המנהג כדן היה". אף הריטב"א סובר שמנהג העיר חזקה שיש מאחוריו שיקול דעת חכמים, וזה לשונו: "אין לנו לתלות שום מנהג מן הסתם שהיה מנהג טעות, ואדרבה יש לנו לומר שיודעין היו ההלכה, אלא שהחמירו על עצמן, וכל שכן אם הוא מקום חכמים, ואפילו במקום עמי הארץ, אם מנהג קדמון הוא יש לחוש דישראל אם אינן חכמים בני חכמים הם, וכן דעת ר"י ז"ל" (חידושי לחולין, יח ע"ב ד"ה הכן). והרב יחזקאל לנדא כותב: "המנהג של מקומו משונה ומנהג זה אין לו שום שורש ויסוד, ובודאי מנהג בורות הוא, ואם כן יפה עשה מר שלא חש למנהג הזה, אבל אף על פי כן היה לו מלכתחילה להודיע לאחד מחכמי העיר ואם יש שם רב ומורה בודאי שלא עשה יפה שלא שאל אותו מתחילה, והעבר אין ואין להענישו כלל, אבל מכאן ולהבא יהיה זהיר ברוחו שבלי הוראת חכם הראוי להוראה לא יקפוץ לבטל שום מנהג אף שהמנהג הוא גרוע" (שו"ת נודע ביהודה מהדורה קמא, יו"ד סי' נד).

<sup>84</sup> ראה לעיל בהערה.

<sup>85</sup> הלכה למשה, מערכת מ, כלל סח. ר' משה כלפון הכהן היה רבה הראשי של ג'רבה בדרום תוניסיה ונפטר ב-1950. ידוע שבג'רבה נהגו בהלכות מסוימות כדעת הרמ"א. בעניין זה כתב שם, בכלל עא: "שמעתי מפי מורי הרב ז"ל, דבסתם קיימא לן לעולם כסברת הש"ע בין להקל בין להחמיר אם לא בדבר שהוא ידוע שנוהגים כסברת ההגה או כסברת האחרונים ז"ל... ודומה לזה כתבו המורים בעוב"י (בעיר ואם בישראל) תונס בתשובתם אלי, וז"ל: ומה שכתבת כאן שאין אנו יודעים המנהג בדבר זה ובכמה פרטים אנו עושים כמור"ם להחמיר הדבר מסופק אצלי, עד כאן דבריך. אין כאן ספק דאנן בתר מרן גרירין ודוקא היכא דאתמר בפירוש באיזה דין דנהגו כמור"ם הוא בעבדינן כוותיה, הא לאו הכי לא והבו דלא להוסיף עלה וז"פ (וזה פשוט),

יש שני נימוקים בדבריו: האחד – מלשון מרן ר"י קארו משמע שרק אם נהגו לאסור, אסור להקל. והאחר – מרן ר"י קארו נתן נימוק לדבר, שכבר קיבלו עליהם שיקול דעת האוסרים, לכן אי אפשר לשנות ולהקל.

#### 4.20 ר' ישמעאל הכהן מימודינה

ר' ישמעאל סובר ש"הלכתא כבתראי" חל אף נגד ר' יוסף קארו, וזה לשונו:

ואין לומר דבכל מקום הרי הרב בית יוסף חולק ונימא ספיקא דרבנן לקולא, חדא דהרי האחרונים סתרו דבריו בהחלט וקיימא לן הלכתא כבתראי.<sup>86</sup>

מדבריו משמע שאם האחרונים סותרים את דברי ר' יוסף קארו, אין הלכה כפסיקתו, כיוון שהכלל הוא "הלכתא כבתראי". ואולם הרב סופר מסביר את דברי ר' ישמעאל הכהן, שכאשר כל האחרונים חולקים על ר' יוסף קארו, הרי "הלכתא כבתראי".<sup>87</sup>

---

עכדי"ק (עד כאן דברי קודשו) ז"ל. ודומה לזה כתב מהרמ"ז ז"ל ההמ"ח סבר פנים ועוד, בתשובתו אלי, וז"ל: יומה דנקטינן אנן בשיפולי גלימה בפסקי מרן, בין להקל בין להחמיר זולתי בערוה החמורה וכו' או במקום שנהגו להחמיר באיזה פרטים נגד מרן ז"ל כמור"ם, כמו איסור שחיטה ואיזה מדיני דפסחא וכיוצא או בספק ברכות, אבל היכא דלא הוברר המנהג הלכה ואין מורים כמשי' מרן ז"ל בפסקיו, עכדי"ק ז"ל. ובמקום אחר נשאל: "שאלה כשהמורה נשאל על איזה פרט, ודעת מרן להתיר, ומור"ם אוסר או מחמיר, אם יש להמורה להשיב להשואל גם לכתחילה כדעת מרן ז"ל, או יש לו להשיבו לאסור או להחמיר כמור"ם בלכתחילה. תשובה, עיין להרב ארץ חיים כלל י"ב שהאריך בזה, ושם הביא דברי הגאון מהר"ם סוזין ז"ל שכתב, שברוב דיני יו"ד ואה"ע אנחנו מחמירים בארץ ישראל נגד פסק מרן, ושהרב חקרי לב מהדורה בתרא חושן משפט סי' ד' דף ק"פ ריש ע"ב כתב על זה, לדידי חזי שאין דבריו כי אם לת"ח בביתו דרשאי להחמיר נגד דעת מרן ז"ל, וכן נראה מדברי הרב בית יהודה דף קט"ו ד"ה פולין, וכ"נ מדברי הרבנים המורים בעוב"י תונס יע"א הובאו דבריהם בישיב משה ח"א סי' מ"ב שכתבו, דאנן בתר מרן גרירן, ודוקא היכא דאתמר בפירוש באיה דין דנהגו כמור"ם הוא דעבדינן כותיה... וכ"נ מדברי מוה"ר משה זקן ז"ל, וכ"נ מוהר"י טייב וב"ד... וכן זכרוננו שכן היה מורה ובא מוה"ר סאסי כהן ז"ל וכן אנחנו רגילים להורות... ע"ש" (שו"ת שואל ונשאל, חלק ג. מכון איש מצליח הוצאה שנייה, תשס"א, סי' כג). שאלה אחרת שמעלה הרב משה כלפון הכהן היא מה הדין אם מורה הוראה מסופק אם יש מנהג בעיר בנדון שנשאל אודותיו כשיטת הרמ"א. ותשובתו היא שבמצב כזה יש לאמץ את שיקול דעת מרן ר"י קארו (שם, סי' כד), אבל אם מנהג הקהילה לאסור כדעת הרמ"א, אין אנשי הקהילה יכולים להתיר על פי שיקול דעת מרן ר"י קארו. בסוגיה זו דן בעל שו"ת "אהל יוסף" ושאל את רבו כיצד אוסרים בסאלוניקי פולים לחים כשמתחילים להתלע, כדעת הרמ"א, הלוא מרן ר"י קארו מתירם כשיטת המתירים. וכותב הנ"ל: "ויהי כמשיב לי מורי הרב ז"ל... אעפ"י שאחר כך יצאו לאויר העול' הוראו' של מרן ז"ל וקבלנו עלינו ועל זרעינו, המנהג קדמון לא זו ממקומו בין לקולא בין לחומרא, וקבלת תורתנו לא היה אלא בדברים שלא היה בהם מנהג ידוע. וכן בכמה דיני הריאה אנו חלוקין ממרן ז"ל... והיינו טעמא כמדובר שהמנהג קדם." לשיטתו, המנהג נשאר בין שמקילים בין שמחמירים. אולם ר' אליהו חזן סובר שאם המנהג היה להקל ומרן ר"י קארו פסק להחמיר, חובה לשנות את המנהג לחומרה, כי קבלת מרן תכריע לאסור.

<sup>86</sup> שו"ת זרע אמת, סימן לה, ד"ה אבל דמ"ג ע"א.

## 4.21 עמדת הרב עובדיה יוסף

הרב עובדיה יוסף סובר ש"המרא דאתרא" של ארץ ישראל הוא מרן ר"י קארו.<sup>87</sup> לדבריו, בארץ ישראל המציאות ההלכתית היא פסיקת מרן ר"י קארו ללא עוררין, ושינויים

<sup>87</sup> ספר "מנוחת שלום, על ספרים וסופרים, משא ומתן ובירורים בכללי הפוסקים", חלק שישי, ירושלים, תשס"ב, עמ' נה. הרב סופר כותב שעל פי כללי הפסיקה, שיקול דעת ר' ישמעאל הכהן קובע להלכה, אם אין גילוי דעת של ר' יוסף קארו וה"פרי חדש". מכאן הוא מעמיד את דבריו, כנזכר לעיל, שאין הכלל חל אלא אם כן חולקים עליו בל האחרונים, וזה לשונו: "כבר ידעת כמה היה הגאון זרע אמת ז"ל רב גובריה ונפיש חיליה בהוראה, וידוע דאנן בני ספרד כל שאין גילוי דעת מרן ז"ל והפרי חדש ז"ל. נמשכים עושים כפסקי הרב זרע אמת ז"ל וככתוב בספר הלכה למשה מהדורה קמא (מערכת א' אות ג', ושם מערכת ה' אות סק"ו) ובספר ברית אברהם (מערכת פ' אות א') ע"ש, ובשו"ת שמחת כהן ח"ו (בכללים אות ל"ו דקמ"ב ע"ב) ע"ש. ובספר שדי חמד כללי הפוסקים (סימן ט"ז אות מ"ו) הביא דבמחלוקת רבותינו הגאונים החיד"א ז"ל ורבי ישמעאל הכהן ז"ל בעל זרע אמת, הלכה כהרב זרע אמת כיוון דהוא בתראה" (שם, עמ' נו). הרב סופר מביא את דברי ר' יוסף חיים, שאינו מקבל דברי ר' ישמעאל הכהן ופוסק שקיבלנו הוראות ר' יוסף קארו אף לקולא. ואולם הרב סופר מביא את פסיקות ר' יוסף חיים שבהרבה מקומות לא פסק כדעת ר' יוסף קארו, ואלה דבריו: "ומצאתי לשארי הגאון ריש גלותא דבבל רבינו יוסף חיים ז"ל... וכתב עלה: 'והנה טעם זה שכתב הרב זרע אמת (דהלכתא כבתרא) לא שייך גבי דידן, דאנן אתרא דמרן ז"ל סמכינן בין לקולא בין לחומרא... איברא דמה שכתב הגאון רבינו יוסף חיים ז"ל בספרו רב ברכות שם שקבלנו הוראות מרן ז"ל אף לקולא, רואה אני דלכאורה לא השווה מדותיו בענין זה, כי במקומות הרבה הוא ז"ל לא פסק כמרן ז"ל להקל, וכתב להדיא אף על פי דמרן ז"ל פסק להקל, מכל מקום יש לפסוק ולהורות כפוסקים החולקים ומחמירים ולא עבדינן כמרן ז"ל להקל, ולדוגמא אציין... ברמינה מה שאזכור כעת לדבריו בחיבורו הקדוש בן איש חי... וכיוצא בזה תמצא עוד לגאון רבינו יוסף חיים ז"ל דפסק להחמיר ודלא כמרן ז"ל שפסק להקל" (שם נז, נח). יוצא אפוא שאף הכלל של ר' יוסף חיים אינו חל תמיד, ויש שהפוסק מחמיר על פי שיקול דעתו נגד הקולא של ר' יוסף קארו. אף הרב סופר כותב שאם רבים חולקים על ר' יוסף קארו באיסור תורה, יש לחוש לדבריהם ולאסור. דומה שלשיתטו אין חובה, אלא "יש לחוש", כלשונו.

<sup>88</sup> פירוש המונח "מרא דאתרא" הוא מורה הוראה מקומי (שבת יט ע"א; שם קל ע"א; פסחים ל ע"א; יבמות יד, ע"א; שו"ת שיבת ציון, כ"ג). וזה דבר הרב עובדיה יוסף: "במקום שיש מרא דאתרא שנתקבל מהקהל ידוע שנתקבל מבני קהילתו להשגיח על כל דבר איסור והיתר וביחוד על השוחט ועל הטבח בזה לכולי עלמא הרב נאמן הואיל ובני הקהילה הימנוהו על כך". כלומר מעמדו המיוחד של המרא דאתרא הוא בהיותו נבחר ומקובל על הקהל ולא מכוח מינוי רבני בלבד. לכן שיקול דעתו נחשב לרבים, ובאחריותו ובסמכותו צורכי קודש שונים. מובן שאין לחלוק על שיקול דעתו של מרא דאתרא (ירושלמי, ברכות פרק ח, א; בבלי ברכות סג ע"א ורש"י שם); שו"ת מהרי"ק קסט; שו"ת הרד"ך, בית יב, תפר ג; שו"ת מהרשד"ם, יורה דעה, צ; שו"ת הרמ"ע מפאנו, לב; משבית מלחמות, פסק ר' שמחה לוצאטו (דף נח טור א); שם, פסק הרב חזקיהו פינצו (דף עח טור ב); פלגי מים שף דע"ב, תשובת הרב אבטליון; שיירי כנסת הגדולה, יורה דעה כמב, ס"ק ו (דף צא טור 11); שו"ת הב"ח החדשות, מב; עמוד הימיני, סימן ו). וכך נאמר בשו"ת התשב"ץ, חוט המשולש, הטור השני, ט: "וכל זה אני כותב להלכה, אך למעשה הנה החכם השלם הדיין כהה"ר אברהם ׳ן זמרה נכ"ו הוא מאריה דאתרא ולו משפט ההוראה, ואם יסכים למעשה גם אני כמוהו. הנלענ"ד כתבתי מעפר דל, שלמה צרור ס"ט". לדעת הרב עובדיה יוסף, במקום שהציבור מינה עליו רב ומורה הוראה למרא דאתרא, פסיקותיו הן כהלכה למשה מסיני בין להקל בין להחמיר, אף אם רבים חולקים עליו (שו"ת יביע אומר ח"א, יו"ד ל; שו"ת



דמוגרפיים, טריטוריאליים והלכתיים אין בהם כדי לשנות את המציאות ההלכתית הבסיסית.<sup>89</sup>

מסקנת הרב עובדיה יוסף היא שמאחר שבימי מרן ר"י קארו היו רוב יושבי הארץ ספרדים וקיבלו עליהם את פסיקתו, הרי קבלתם מחייבת את כל יושבי הארץ. העובדה שבמאה ה-19 הגיעו לירושלים אשכנזים מתלמידי הגר"א, אין בה כדי לשנות את המציאות ההלכתית הבסיסית הקדומה, שבארץ ישראל יש עליונות מוחלטת למנהגי הספרדים והלכותיהם לפי מרן ר"י קארו. לחיזוק שיטתו הרב עובדיה יוסף מביא את התקדים שהעולים הראשונים שהגיעו עם הרב מנחם מנדל משקלוב בראשית המאה ה-19 קיבלו עליהם את מרות בתי הדין הספרדיים.<sup>90</sup> אבל יישובים חדשים בארץ ישראל שייסדו עולים אשכנזיים שנהגו על פי הרמ"א, אין לכפות עליהם את הפסיקה הספרדית, ואילו הספרדים באותם מקומות רשאים להמשיך ולפסוק על פי מרן ר"י קארו, כיוון שהוא נחשב למרא דאתרא. מקביעה זו של הרב עובדיה יוסף משמע שגר צדק שאבותיו מארצות אשכנז, אפילו היה אביו יהודי אשכנזי, משעלה לארץ ישראל חייב לנהוג בענייני תפילה ושאר מנהגים על פי מרן ר"י קארו.<sup>91</sup> אם-כן, הרב עובדיה יוסף רואה בפסקי מרן ר"י קארו לא רשות אלא חובה שאסור להמירה בשיטה הלכתית אחרת, וזה לשונו: "מכל מקום אדם ממוצא ספרדי החולק על פי פסיקת הרמ"א צריך כפרה".<sup>92</sup>

---

רבי עזריאל היל הילדסהיימר ח"א, יו"ד, קעד). הרב משה פיינשטיין מנמק את העדיפות לשיקול דעת מרא דאתרא, מלבד הנימוק של בחירת הציבור והסכמת הכלל, וזה לשונו: "שיועד מצב המקום והוא ראוי להורות בזה" (שו"ת אגרות משה, יו"ד ח"ג, פא).

<sup>89</sup> כך כתב ר' יוסף קארו: "עיר שבאו לדור בה ספרדים ואשכנזים, והספרדים היו מרובים על האשכנזים, יהיה על האשכנזים לנהוג כמנהג הספרדים בין להקל ובין להחמיר... הגם שאח"כ נתרבו האשכנזים על הספרדים, צריכים האשכנזים לנהוג כמנהג הספרדים גם להקל, לפי שהאשכנזים הראשונים בטלו לגבי הספרדים אשר קדמו להם, והוו להו כאילו כולו ספרדים, והאשכנזים הבאים אח"כ בטלים לגביהו" (שו"ת אבקת רוכל, ריב).

<sup>90</sup> כותב הרב עובדיה יוסף: "מי שהולך ממקום למקום, כשאינו דעתו לחזור, שצריך לנהוג כמנהג המקום שהלך לשם הן להקל והן להחמיר... הרב אברהם הלוי בעל גינת ורדים התיר לאשכנזים שהגיעו למצרים לאחר גזרות ת"ת ות"ט לאכול אורז כמנהג המקום שבאו לשם" (שיעורי הראש"ל ח"ד, רסח). הנ"ל מביא את דברי הרב איסר זלמן מלצר שאמר שבעלותו לארץ ישראל עליו לקבל את הוראותיו של מרן ר"י קארו (שם חלק ג' מז-מח; שו"ת יביע אומר ח"ה, יו"ד, ג).

<sup>91</sup> שם ח"ג, אה"ע, יב. וכותב שם: "ואע"פ שער פתח תקוה נתיסדה מקרוב ע"י אשכנזים, כיוון שיש קהל ספרדים בפני עצמם, יש להורות להם כמרן מרא דאתרא בארץ הקדש".

<sup>92</sup> שו"ת יחזקאל דעת ח"ג, נו. הרב עובדיה יוסף מביא משפט זה משמו של החיד"א בשינוי נוסח (ברכי יוסף סי' כה ס"ק כט). השאלה שם היא בעניין אכילת בשר "חלק", והרב עובדיה מתרעם על ספרדים שאינם מחמירים כדעת מרן ר"י קארו להקפיד על אכילת בשר חלק, וכך מסיים את תשובתו: "אשר על כן, כל החרד לדבר ה' צריך להזהר מאוד בדבר הזה, שלא לאכול אלא בשר 'חלק' או 'גלאט' לבל יכשל חס ושלום בחשש איסור

לדעת הרב עובדיה יוסף, תקנה של הרבנות הראשית העומדת בניגוד לשיקול דעת מרן ר"י קארו – בטלה. הביטוי המעשי לשיטתו היה בפסק דין מלפני כחמישים שנה, כשכיהן בבית הדין הרבני בפתח תקווה, בעניין של עולה מתימן שאחיו נפטר ללא ילדים, והרי מדין תורה יש לקיים מצוות ייבום.<sup>93</sup> בשנת תשי"י תיקנה הרבנות הראשית כמה תקנות בענייני אישות, אחת מהן בסוגיית הייבום, ולפיה יש לאמץ את שיטת הרמ"א שחליצה קודמת לייבום, גם אם שני הצדדים מסכימים לייבום.<sup>94</sup> על תקנה זו חתמו הרבנים הראשיים לישראל, הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל והרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג.<sup>95</sup> בדיון בבית הדין נדרש הרב עובדיה יוסף להכריע בין פסיקת מרן ר"י קארו שמצוות ייבום קודמת ובין תקנת הרבנות הראשית לישראל. הרב עובדיה יוסף פסק שתקנת הרבנות הראשית בעניין ייבום וחליצה בישראל אין לה כל תוקף, כיוון שהיא נוגדת את שיקול דעת מרא דאתרא, ר"י קארו, וזה לשונו:

---

טריפה. לדעת מרן השולחן ערוך שקבלנו הוראותיו, ומצווה רבה וחובה קדושה על התלמידי חכמים והרבנים שבדורינו, ה' עליהם יחיו לעורר את העם בדרישותיהם, ולהזהירם לבל יאכלו בשר שאין עליו חותמת 'חלק' או 'גלאט' וידוע שהרבה מאוד גם מאחינו האשכנזים יראי ה' וחושבי שמו, נוהרים מאוד בזה". יוצא שהרב עובדיה יוסף נלחם נגד אלה מהספרדים שאינם מקבלים עליהם את שיקול דעת מרן ר"י קארו בעניין אכילת בשר, ונימוקו עמו, שבארץ ישראל חובה לנהוג כדברי ה"שולחן ערוך".

<sup>93</sup> דב' כה, 5-10: "כי ישבו אחים יחדו ומת אחד מהם ובין אין לו לא תהיה אשת המת החוצה לאיש זר יבמה יבא עליה ולקחה לו לאשה ויבמה והיה הבכור אשר תלד יקום על שם אחיו המת ולא ימחה שמו מישראל ואם לא יחפץ האיש... ונגשה יבמתו אליו לעיני הזקנים וחלצה נעלו מעל רגלו וירקה בפניו וענתה ואמרה ככה יעשה לאיש אשר לא יבנה את בית אחיו". מלשון הכתוב ברור שהחובה הראשונה המוטלת על האח היא ייבום, ואם ההלכה מבטלת את תורת הייבום, עושים חליצה. בדור השלישי של התנאים נתעוררה מחלוקת בסוגיית הקדימות שבין הייבום לחליצה. לדעת אבא שאול, המייבם לשם נוי או לשם אישות ולא לשם מצווה ייבום כאילו פוגע בערוה, והוולד כמוהו כממזר. וחכמים סברו שהתורה הורתה על קיום חובת מצוות הייבום גם ללא צורך בכוונה מיוחדת. התלמוד מבהיר שבדורות הקדומים נעשה הייבום לשם שמים, לכן הייבום קודם, ואילו בדורות שלאחר מכן כוונת האמת נעדרת, לכן חליצה קודמת. אמנם אין הכרעה ברורה בשאלה זו, ובראשונים יש מחלוקת. למשל, רש"י סובר שמצוות חליצה קודמת, והמייבם שלא לשם מצווה פוגע באיסור אשת אח (רש"י בכורות יג ע"א, ד"ה "עכשיו"). אבל הרמב"ם פסק שמצוות ייבום קודמת לחליצה (הלכות יבום וחליצה א, ב), וכך פסק מרן ר"י קארו (אבן העזר, קסה, א).

<sup>94</sup> לפי הפסיקה האשכנזית, "אם שניהם רוצים ביבום אין מניחים אותם ליבם אלא אם כן ניכר וידוע שמכוונים לשם מצווה" (שו"ע אבן העזר, קסה, א בהגהת הרמ"א). וראה תשובות הגאונים, שערי צדק ח"ד לד; תרומת הדשן ח"ב (פסקים וכתבים) רסב; שו"ת חתם סופר ח"ד אה"ע פד; שו"ת אבני נזר אה"ע, ב; שו"ת ציץ אליעזר חט"ו, מד.

<sup>95</sup> התקנות תוקנו בשל העלייה הגדולה של עדות המזרח בעיקר מצפון אפריקה. במקומות מוצאם נהגו עולים אלה לשאת יותר מאישה אחת אף במקומות שנתקבל בהם חרם דרבנו גרשום. ראה את נוסחן המלא של התקנות בשו"ת היכל יצחק אה"ע, ה. וראה י' שציפנסקי, התקנות בישראל (כרך רביעי, 1993) רטו-ריז; על הרקע להתקנת התקנות ראה ז' ורהפטיג, תקנות הרבנות הראשית, תחומין טו (תשנ"ה) 82.

וחלילה לנו לבטל פסקי רבוננו, ובפרט פסקי מרן הש"ע, בשביל דמיון של אחדות האומה. ואין כל תוקף בתקנה החדשה של הרבנות הראשית לישראל ונשיאה לבטל מצות יבום מהספרדים ועדות המזרח.<sup>96</sup>

תקנת הרבנות הראשית תוקנה כדי ליצור אחידות בפסיקת ההלכה משום דרכי שלום. הרב עובדיה יוסף מתרשם מהשאיפה לאחדות הפסיקה אך אין הוא מוכן לשלם את מחיר האחדות באי-קבלת השו"ע.<sup>97</sup>

#### 4.21.1 גישת החוקרים בעמדת הרב עובדיה יוסף

כאמור, לדעת הרב עובדיה יוסף, בארץ ישראל הספרדים חייבים לציית להוראות מרן ר"י קארו. החוקרים שואלים מה מטרת הרב עובדיה יוסף בקביעה זו.

#### עמדת זוהר

זוהר טוען ששאיפתו של הרב עובדיה יוסף היא להגיע לחזון אחרית הימים – יצירה הלכתית אחידה כלל ישראלית על אדמת ארץ ישראל. כדי להגשים שאיפה זו, כל העדות בארץ חייבות לנהוג על פי מרן ר"י קארו. לדעת זוהר, הרב עובדיה יוסף דוגל ב"שלילת הגלותיות" כדרך מנהיגי הציונות בימי המנדט. אלא שלפי מנהיגי הציונות, הפתרון לעיצוב הזהות הישראלית הוא בריאת "יהודי חדש". אך לפי הרב עובדיה יוסף, אין צורך לברוא "יהודי חדש", והפתרון לעיצוב הזהות היהודית הוא עיצוב דמותו של היהודי הארץ-ישראלי החי לאור תורתו של מרן ר"י קארו ומקבל את שיקול דעתו,<sup>98</sup> וכותב זוהר:

<sup>96</sup> שו"ת יביע אומר ח"ח, אה"ע, כו. לדעת הנ"ל, הרבנים הספרדיים, והרב הראשי בתוכם, הפעילו שיקול דעת מוטעה כשהצטרפו לתקנה נגד שיקול דעת מרן ר"י קארו, ואלה דבריו: "גם במקומות שיש בתי דין קבועים של אשכנזים כיוון שארץ ישראל אתרא דהרמב"ם ומרן, ושלא כמנהג אשכנז המיוסד על פי דעת הרמ"א, ולא שייך בזה לא תתגודדו". וראה שו"ת דברי מלכאל ח"ה, ק, משפטי עוזיאל, אה"ע, פג; הרב ח"ד הלוי, פסיקת הלכה ואהבת ישראל במשנת הגר"צ עוזיאל זצ"ל, ניב המדרשה כ-כא (תשמ"ז) עמ' 55; ב' לאו, הרב ב"צ עזיאל, אחדות האומה בשדה ההלכה, בתוך: שני עברי הגשר, דת ומדינה בראשית דרכה של ישראל (מ' בר-און וצ' צמרת עורכים, 2002), עמ' 297.

<sup>97</sup> בשו"ת יחיה דעת ח"ו, ט, נאמר שכל הרבנים נזהרו שלא לשנות ממנהגי ישראל, וכך כתוב שם: "שכל הרבנים אשר הנהיגו את קהילותיהם על פי התורה, היו נזהרים שלא לשנות ממנהגי ישראל כלל. והיו טורחים לקיים המנהג ומחזקים אותו בדבר המעמיד שאפילו באלף לא בטיל. וזאת תורת האדם השלם לאחוז במנהג ובמעשה האבות ולא יטה מהם ימין ושמאל, כי יבא כל אחד לסמוך על שיקול דעתו ולתקן כפי אשר יכשר בעיניו, היום יבטל מנהג אחד ולמחר מנהגים הרבה וממילא כל מנהגי ישראל יעדרו, ותהיה תורה חדשה בכל דור ודור, וימשך... גם בדברים שנהגו בהם איסור על פי גדולי הדור. ועבירה גוררת עבירה, לכן כל מורה צדק יסמוך ידו החזקה לחזק מנהגי ישראל". כלומר הספרדים נוהגים כשיטת מרן ר"י קארו, ואין לרבנים סמכות להתקין תקנה שנוגדת את שיקול דעת מרן ר"י קארו; ראו, "יסודות משטר הקהילות בספרד עד הרמ"ה (1180-1244)", ציון, כה, תש"ך, עמ' 85-121.

<sup>98</sup> ראו להלן את עמדות הרב שלוש וסופר, סעיפים 4.22-4.23.

הרב עובדיה... כמו מנהיגי הציונות הארצישראלית בימי המנדט ובראשית שנות המדינה, הוא דוגל ב"שלילת הגלותיות" וסבור שאין לייבא לארץ תרבות וזהות יהודית שעוצבו וגובשו בחו"ל; בארץ יש לחיות על פי דגם היהודי הארצישראלי הלא גלותי... לדעתו, אין כל צורך "להמציא" דמות אידיאלית של יהודי ארצישראלי, שכן דמות זאת כבר קיימת. זוהי דמותו של היהודי הארצישראלי... החי לאור תורתו של רבי יוסף קארו.<sup>99</sup>

מדברי זוהר משמע שמטרת הרב עובדיה יוסף היא להביא את האשכנזים להכיר במחויבותם כלפי מרן ר"י קארו, להכיר בפסיקותיו ולראות בו "מרא דאתרא". ומוסיף זוהר שקביעת הרב עובדיה יוסף שכל שבט ושבט עליו לנהוג כמנהג אבותיו יש לראות בה פסיקה טקטית,<sup>100</sup> וזה לשונו:

לדעתי, את המקומות שבהם הוא מתבטא בנימה "פלורליסטית" יש לפרש כפסיקה טקטית, היינו במצב שבו אין תקווה להביא את האשכנזים להכיר במחויבותם כלפי הרב יוסף קארו, יש להקפיד לכל הפחות על כך שהספרדים לא יתכחשו לו, אלא יצייתו לכל פסקיו.<sup>101</sup>

לדעת זוהר, הרב עובדיה יוסף רואה במחלוקת מאבק בין אשכנזים לספרדים. האשכנזים מבקשים לשעבד את הספרדים לשיקול דעתם ההלכתי, ואילו הרב עובדיה יוסף מבקש לחלץ את הספרדים, להחדיר בהם תודעה של זקיפות קומה וערך עצמי ומורה להם כיצד לחיות כספרדים בעלי אוטונומיה דתית מלאה על פי מרן ר"י קארו.<sup>102</sup> זוהר מביא דוגמה מתחום הנישואין: לדעת מרן ר"י קארו, הספרדים ובני עדות המזרח רשאים להינשא בימים שבין י"ז בתמוז לר"ח אב, ואילו האשכנזים אוסרים להינשא בתקופה זו. זוהר טוען שהאשכנזים השליטו את מרותם על רושמי הנישואין ולא התחשבו בדעתם של הרבנים הספרדיים, ורק אצילותם של הרבנים הספרדיים הביאה אותם להימנע מלהתכתש וכך לשמור על השלום.<sup>103</sup> לדעת הרב עובדיה, הטענה שהושמעה כלפיו שבהחלטתו הוא פוגם בערך ההלכתי של שמירה

<sup>99</sup> זוהר, "האירו פני המזרח", תל אביב תשס"א, עמ' 337.

<sup>100</sup> כגון בנושאים של חיי המשפחה. ראה מאמרו של וסטרייך, "הגנת מעמד הנישואין של האשה היהודייה בישראל", פלילים ז' (תשנ"ט), עמ' 247-273.

<sup>101</sup> זוהר, שם, עמ' 323.

<sup>102</sup> זוהר, שם, עמ' 323.

<sup>103</sup> כך הוא מסיק מדברי הרב עובדיה יוסף: "היו ממונים שולטים על הרבנים רושמי הנישואין, והנהיגו הכל כמנהג בני אשכנז, ולמען השלום שתקו; 'שרים עצרו במלים וכף ישימו לפיהם'. והדברים מפורסמים בבירור גמור. ובכה"ג ודאי לא תשיב מנהג" (שו"ת יביע אומר, חלק שיש, סי' מג).

על רציפות המנהג, אינה תקפה. לדבריו, הוא חופשי להחליט לגופו של עניין על פי שיקול דעתו.<sup>104</sup> וכותב זוהר בסיום מחקרו:

עיוננו בתשובות הלכתיות של הרב עובדיה יוסף... מלמדים על מורכבות אישיותו... עצמאות, מקוריות... הוא מציב חזון של אחדות כל ישראל בארץ ישראל תחת דגלה של ההלכה הארצישראלית האותנטית; אך הוא מוכן לוותר לשם כך על רב-גוניות שמקורה בעושר תרבויות ישראל המסורתיות בקהילות הגולה, על פלורליזם הלכתי, ועל התחדשות החשיבה ההלכתית תוך שיח ושיג עם מרן, אך בלא קבלת פסקיו כסופיים וכנצחיים מבחינת ההלכה.<sup>105</sup>

### עמדת לאו

אין דעת לאו כדעת זוהר. לדעת לאו, הרב עובדיה יוסף נוקט מדיניות אחת לאשכנזים ואחרת לבני עדות המזרח ויוצאי ספרד. לאשכנזים הרב קובע "מנהג אבותם בידם", כלומר אין הם כפופים לשיקול דעת מרן ר"י קארו, ואילו לספרדים מורה לקבל את פסקי מרן ר"י קארו.

לאו טוען שהרב עובדיה יוסף פסק מאות פעמים "לדין שקיבלנו הוראות מרן... ולדידהו שיוצאים ביד רמ"א". אבל פעמים שהוא מצטט פוסקים אשכנזים שהורו לפסוק בארץ ישראל כמרן, כי הוא "מרא דאתרא". לאו מוסיף שוודאי שפסיקות אלה מחזקות את עמדת הרב עובדיה יוסף ביחס לספרדים, ומדגיש שאין כוונת הרב עובדיה יוסף להטיל על האשכנזים את פסקי מרן ר"י קארו, אלא לשיטתו, האשכנזים ינהגו על פי הרמ"א, והספרדים – על פי מרן ר"י קארו. לאו סובר שהדוגמאות שהביא זוהר לחיזוק טענתו שכל היהודים היושבים בציון צריכים לסור למרותו של מרן ר"י קארו מועטות, ואין בהן כדי לשנות את התמונה הכללית המובהקת כל כך. וכך כותב לאו:

לפי דעתי עיון בתשובותיו של הרב עובדיה מלמד שעיקר טענתו היא שיוצאי ספרד, בכל הגלויות, קיבלו על עצמם את סמכות ר' יוסף קארו, אלא שבגלל סיבות שונות זנחו חלק מהוראותיו. כעת עם שובם למקומו של הרב, הם חוזרים למחויבותם הראשונית, והיא להישמע לכל הוראותיו. לעומתם בני העדה האשכנזית לא קיבלו מעולם את מרות הרב

<sup>104</sup> שו"ת יביע אומר, שם: "אבל אנן דלא כייפינן תלי"ת, על משמרתי אעמודה להחזיר עטרה ליושנה להורות כדעת מרן שקבלנו הוראותיו, ולהשוות מנהג עירנו ת"א-יפו כמנהג עיקו"ת ירושלים דדהבא".

<sup>105</sup> זוהר, שם, עמ' 352.

קארו, כי פסקי הרמ"א היו נר לרגלם, ומכיוון שהם עלו לארץ כקבוצה מאופיינת אין להם לנטוש את מסורת אבותם.<sup>106</sup>

לאו הסיק במחקרו שהרב עובדיה יוסף ניצב מול שתי חזיתות. האחת – הרבנות האשכנזית והממסד הדתי בארץ, שניסו לעצב הלכה אחידה, התואמת בעיקר את שיקול דעתם של פוסקי אשכנז. לאו סובר שבמאבק זה אין הרב עובדיה יוסף מכפיף את האשכנזים למורשת הספרדים אלא מעמידם במקומם. החזית האחרת היא עדות המזרח, וכאן הוא מבקש לאחד את כל עדות המזרח סביב מסורת הפסיקה של מרן ר"י קארו.<sup>107</sup>

### עמדת ערוסי

הרב ערוסי סובר, שהרב עובדיה יוסף דוגל במגמת האחדות, ואולם מגמה זו תושג מכח המנהג, וכך הוא כותב:

אולם אפשר שהר"ע יוסף אף הוא דוגל במגמת האחדות. אלא שלדעתו זו תושג לא מכח תקנות או חקירות ודרישות, אלא מכח המנהג. והואיל ולדעתו מנהג ספרד הוא מנהג א"י. והואיל ומבטא ספרד התפשט בכל בית ישראל בחיי החולין. והואיל ויש מיהודי אשכנז משתמשים במבטא ספרד גם לדברי קודש. והואיל ומבטא ספרד נהנה מהעדפה ע"י המקובלים. אם כן מבטא ספרד גם בשיבושים שיש בו הוא יהיה המאחד את כל בית ישראל. כנראה שעל רקע זה מובנת גישתם של ראשי הישיבות האשכנזיות. הם אמנם דוגלים בעקביות ובתוקף לשימור הייחודיות. אך אין זאת אומרת שאין להם שום התייחסות לאחדות. לדעתם זו תבוא מכוח המציאות. העדה שתהיה דומיננטית, מסורתה תאחד את בית ישראל. ולכן כשראו שבראשית קום המדינה הם היו הכוח הדומיננטי בתוך עולם התורה, לא ראו בכך שום פסול אם נערים מיהודי המזרח מתחנכים בישיבות האשכנזיות ונוהגים כאשכנזים, כל עוד הם מתחנכים ליראת שמים והופכים להיות גדולים בתורה.<sup>108</sup>

<sup>106</sup> לאו, להחזיר עטה ליושנה, עיונים במשנתו ההלכתית של הרב עובדיה יוסף – חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר-אילן תשס"ד, עמ' 9.

<sup>107</sup> שם, עמ' 10.

<sup>108</sup> ר' ערוסי, התנגשות הדינים בפסיקת ההלכה הבינעדית בישראל, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, אוניברסיטת תל אביב, תשמ"ז, עמ' 277.

## 4.22 הרב שלוש

לעיל הבאנו את העמדה המצדדת בקבלת ה"שולחן ערוך". דומה שהיום נהיה ה"שולחן ערוך" ספר קאנוני מחייב כמו התלמוד. השאלה היא אם יש לפוסק שיקול דעת המאפשר לו לחלוק על ה"שולחן ערוך". התשובה מובאת בדבריו של הרב שלוש, ואלה דבריו:

אין דברי מרן זצ"ל, ככתובים וכמסורים כמשה מפי הגבורה, אלא במקום שיש רב גמיר וסביר ויורד לעומקא של הלכה ודן וחקר בש"ס עם ראשונים ואחרונים בשאלה מסויימת ודעתו נוטה באותה הלכה כחלק מהפוסקים הראשונים, שמרן לא סמך עליהם, והסכימו עמו חבריו בדבר, יכול לפסוק כמותם שאין לדיין אלא מה שענינו רואות.<sup>109</sup>

אין הרב שלוש דן בשאלה אם המפעל הקודיפיקאטיבי של מרן ר"י קארו חיובי או שלילי אלא דבריו בחירות הדיין להפעיל את שיקול דעתו. הרב שלוש אינו ממעיט בערך ה"שולחן ערוך", לכן אין חכם בן זמננו יכול להורות לסטות מהוראותיו, אלא אם כן יש בידיו ראיות טובות וחזקות מספרות "הראשונים" לעמדה הנוגדת את עמדת ה"שולחן ערוך", והיא מוסכמת על חכמי דורו, כלומר לשיטתו, אין ל"שולחן ערוך" מעמד קאנוני כמו לתורה עצמה, וכלשונו – "כמשה מפי הגבורה".

## 4.23 הרב יעקב סופר

הרב סופר סובר שקבלת ה"שולחן ערוך" אינה קבלה מוחלטת, וחכם שהגיע להוראה יכול לחלוק בראיה, ומצינו שחכמי ספרד חלקו על מרן ר"י קארו והביאו ראיות לדבריהם. לדבריו, קבלת הוראות מרן לא הייתה מתורת ודאי אלא מתורת ספק. עמדה זו דומה לעמדת הרב שלוש, אבל היא מתירה את הרצועה יותר משיטתו של הרב שלוש, וכך כתב הרב סופר:

---

<sup>109</sup> הרב שלוש, חמדה גנונה, הפסיקה ההלכתית והתפתחותה עד ימינו, סי' סא עמ' רפח. ראוי לציין שעל הספר לא רשום חלק א, אבל יצאו לאור שני חלקים אחרים של הספר "חמדה גנונה". בסוף התשובה הרב שלוש מגביל את האפשרות לחלוק, כשהוא מתאר את מצב לימוד התורה היום ואומר שאולי אחד או שניים עונים על דרישות אלה. אך הוא קובע בנחרצות, שלדיין יש שיקול דעת רחב מאוד, וזה לשונו: "סוף דבר אעפ"י שכל הכתוב לעיל מעוגן ומבוסס בדברי חז"ל חכמי הש"ס והפוסקים אשר ממהם אנו שותים ומלחמם אנו נזונים, כל יהיו איש לנסות לחשוב שההלכה מסורה ביד כל רב לפסוק כפוסק אחד להקל כפי שעיניו רואות, לא תהא כזאת בישראל, כי הדברים אמורים ברב גמיר וסביר בקי במכמני התורה, זך העיון והרעיון, בעל סברה ישרה וקולע אל המטרה ולא יחטיא לאסוקי שמעתתא אליבא דהלכתא, ויראתו קודמת לחכמתו, הנמצא כזה בדורנו זה, ואם הפר"ח כתב שבדורו יכול להיות אחד או שנים כזה, אנו יתמי דיתמי מה אנו... ואם גדולי חכמי הדורות שאחרי מרן: הכנה"ג החיד"א... והחק"ל ראו בעיני רוחם את ירידת התורה בדורות הבאים והחזיקו בתוקף בקבלת הוראות מרן כדי לשמור על קיום ההלכה בישראל". הרב שלוש חוזר ומנסה להבהיר בסוף דבריו את חשיבות קבלת ה"שולחן ערוך" ושמירתו ואת עקרון חופש הפעלת שיקול הדעת, אך מדגיש שיש תנאים מגבילים, ולא כל רב יכול לפסוק על פי שיקול דעתו ולחלוק על ה"שולחן ערוך".

ונמצינו למדים שזהו טעמם של כל הני רברבי גאוני ספרד ע"ה, עם יודעם דאנן קבלנו עלינו הוראות מרן, מכל מקום בדוכתין סגיאין העלו לדינא הן להחמיר הן להקל שלא כדברי מרן ע"ה, אחר שלא היתה קבלה זו מוחלטת בכל מילי לפסוק כמרן, ואינה קבלה בתורת ודאי אלא בתורת ספק, כבר לימדנו רבינו הרשב"א שיש רשות לחכם להורות מכח ראייה דלא כאותו רב שקיבלוהו עליהם.<sup>110</sup>

על דבריו של הרב סופר יש ביקורת קשה משניים מגדולי הפוסקים בדורנו. הרב יהושע ממון מרבה להשיב על דבריו וסובר שכל מה שדייק מדברי הפוסקים אין בו כדי להסיק שאפשר לחלוק על דברי מרן ר"י קארו. לדברי הרב ממון, הפוסקים שהביא הרב יעקב סופר מודים שהעיקר להלכה הוא כפסק ה"שולחן ערוך", ורק בתורת חומרא בעלמא פסקו נגד מרן בכמה הלכות. ואולם אין מקום לערער על עקרון קבלת ה"שולחן ערוך", וזה דבר הרב ממון:

שקבלנו הוראותיו ופסקיו הקדושים קבלה החלטית אפ"י נגד אלף פוסקים... ומכאן תוכיח שרבותי הראשונים הנ"ז שם שהחמירו נגד מר"ן באיזה הלכה, זה רק מטעם חומרא בעלמא.<sup>111</sup>

כאמור, הרב עובדיה יוסף סובר שיש לקבל את הוראות מרן ר"י קארו, וקבלת הוראותיו היא בתורת ודאי ולא בתורת ספק. הוא שולל את דברי הרב יעקב סופר, וכנגד הראייה שהביא הרב סופר מדברי הרשב"א כותב הרב עובדיה יוסף:

<sup>110</sup> זכור לאברהם, קובץ תורני, בית מדרש ישיבת אליהו, חולון, תשנ"ח, עמ' כה. המחבר, הרב סופר, דן בפסיקות מרן לאור כללי ההלכה שלו, ואלה דבריו: "גם במה שלימדנו מרן ז"ל בהקדמתו לבית יוסף... דכל שנחלקו תרי מעמודי ההוראה והעמוד השלישי לא גילה דעתו, אזי יפסוק הוא כאותו עמוד ההוראה שכמותו סוברים רוב הראשונים, אף בזה לכאורה לא שמר מרן ז"ל כללו ומצאנו הרבה יוצאים מן הכלל ואציין כמה בס"ד". אחת הדוגמאות באורח חיים, סי' תקפט סעיף ה, שם פסק מרן כרמב"ם ולא כרא"ש. ומוסיף הרב סופר: "אבל כסברת הרא"ש סוברים כמעט כל הראשונים למעלה מארבעים וקרוב לחמישים" (שם, עמ' לז-לח).

<sup>111</sup> שו"ת עמק יהושע, חלק ה, סי' ד, עמ' ח-י. הרב ממון מדגיש בתשובתו את עקרון קבלת ה"שולחן ערוך", וזה לשונו: "והואלתי לבאר דדוקא בהלכות ומנהגים שהיו קיימים לפני שיצא טבעו של מר"ן בעולם התורה וההלכה. נשארו כמות שהם למרות שהם נגד דעתו דעת עליון... ועוד לקנא ראה מ"ש ידידנו ג"ע, הראש"ל הגאון הגדול המפורסם... וכמוהו ר"ר עובדיה יוסף שליט"א... ושמה הביא חבל נביאים בענין קבלת הוראות מר"ן הש"ע ע"ה, שאמרו ברוח קדשם שנתקבל מו"ר הרב בית יוסף ללכת אחר הוראותיו, ונתפשטה חכמתו הרבה והוראותיו בכל העולם, ולא היתה קריה אשר שגבה ממנו, ובכלל דברי קדשו הביא ג"כ מ"ש בשו"ת ישיב משה... העיד בגודלו משם הגאון הקדוש רבינו ישעיה בסיס זד"ל גאב"ד תוניסיה, דאנו הולכים אחר פסקי מר"ן ע"ה בכל ענין הן בדיני איסור והתר, והן בדיני ממונות, והוסיף עוד... שאנו מקובלים שבכל מקום שהגאון הקדוש מו"ר מוהר"י טאייב ע"ה בעל ערך השלחן העלה להחמיר נגד מר"ן. ומכל מקום למעשה לא היה מורה לאחרים אלא כדעת מר"ן ע"ה ורק לעצמו היה מחמיר" (שם עמ' ח-ט).



והנה הרשב"א שם סיים, שאם יש חכם ראוי להוראה כרואה ראיה לאסור מה שהם (הרי"ף והרמב"ם) מתירין, נוהג בו איסור, שאין אלו כרבם ממש וכו' ומכאן רצו להוכיח שאפשר לפסוק נגד המרא דאתרא. אולם אין זו הוכחה... יש הבדל גדול בין קבלה שקבלו עליהם קהלה אחת או שתום לנהוג כרב מסויים, אפי' אם הוא גדול בדורו לבין קבלת הוראות מרן הש"ע בארצות אלה.<sup>112</sup>

#### 4.24 סיכום ביניים

מצאנו שה"שולחן ערוך" החל להתקבל עוד בימי מחברו, מרן ר"י קארו.<sup>113</sup> רבי אליהו בן חיים – הראנ"ח, מעיד שהוראותיו של מרן ר"י קארו התקבלו במקום מושבו. ה"שולחן ערוך" התקבל בהדרגה מבחינת מקומות קבלתו ומבחינת הנושאים. מצאנו שהתעוררו שאלות בעלות פן חברתי-מעשי, והפוסקים קבעו שיש לפסוק בהן כדעת מרן ר"י קארו. נושא שחזר ביתר שאת הוא טענת "קים לי", ונמצא שאי אפשר לטעון טענה זו נגד ה"שולחן ערוך".

אם יש מנהג הסותר את דעת מרן ר"י קארו, יש שלוש שיטות:

- א. שיטת מרן ר"י קארו בהקדמתו ל"בית יוסף", שאם נהגו לאסור, אסור לאנשי הקהילה להתיר. מזה הסיק ר' משה כלפון הכהן שאם נהגו להתיר, יכולים להחמיר.
- ב. בגט לשמור על המנהג הקיים שלא להוציא לעז על הראשונים.
- ג. עמדת רבי יוסף חיים מבבל, שמנהג קדום גובר על פסק מרן ר"י קארו.

<sup>112</sup> ילקוט יוסף א, הוצאת מכון "פניני יוסף", ירושלים תשס"ד, עמ' כה-כו. יצוין שלא ברור אם אכן אלה דברי הרב עובדיה. הנ"ל מביא בספרו מאמר ארוך – "קבלת הוראות מרן השולחן ערוך", ומצטט את דברי אביו שכתב בספריו, אבל כאן אין הוא מצטט, אך ברור שעמדה זו נקט הרב עובדיה יוסף ככתוב בספריו. בעניין הסימוכין שהביא הרב יעקב סופר מהרשב"א כתב: "כי קבלת הוראות מרן הש"ע כיון שפשטה בכל ארצות עדות המזרח, קבלה זו נותנת תוקף גדול יותר מרב קהילה. וכשם שיש הפרש בין מנהג שנהוג רק אצל קהלות בודדות, לבין מנהג הפשוט בכל תפוצות ישראל, כך יש הבדל בין קהלה אחת לדבר שהוקבע אצל הכל. והרשב"א לא קאי על חכם גדול שקהלות רבות בכמה וכמה ארצות פזוריהם קיבלוהו עליהם כמרא דאתרא ובמשך כמה דורות קבעו כל גדולי הדור שאפי' אם נמצא מאה פוסקים שיחלקו על מרן אנו תופסים כדעתו... זאת ועוד, דהרשב"א איירי כאשר יש יחס כלשהו בין המרא דאתרא לבין הרב החולק, כגון שהם בני אותו דור, או הפרש של דור א' או ב' ביניהם... אבל... המרחק בזמן ובשנים בינינו למרן הקדוש ז"ל כחמש מאות שנות אור, וההפרש שיש בינינו לבינם הוא כמרחק האמוראים והתנאים כמעט" (שם). ראוי לציין שלשיטתו, חירות הדין בשיקול דעתו מצטמצמת אם זמן רב מפריד בינו ובין מרן.

<sup>113</sup> מרן ר"י קארו נולד בספרד בשנת 1488 ונפטר בצפת בשנת 1575.

## 5. מניעים לקבלת ה"שולחן ערוך"

החוקרים סוברים ששתי סיבות היו לקבלת ה"שולחן ערוך" כקודקס של ההלכה.<sup>114</sup>

### 5.1 נושאי כלים.<sup>115</sup>

כתיבת פירושים מוסמכים בלתי נפרדים מההלכה הפסוקה שב"שולחן ערוך" מחייבת את מורה ההוראה לעיין בהם לפני הפסיקה. יוצא אפוא שנושאי הכלים של ה"שולחן ערוך" לא זו בלבד שפירשו אותו, אלא אף סייעו לקבלתו כספר הפסקים המחייב והמוסמך של ההלכה. כאן נמצא הפתרון לשאלות כיצד יישמרו רציפות ההלכה והקשר עם מקורותיה ומגוון הדעות שבה. וכך כותב רבי אברהם צבי הירש אייזנשטאט בחיבורו "פתחי תשובה":

ואפשר דווקא בזמן המהרש"א שלא היה עדיין שום חיבור על השולחן ערוך, אבל האידנא שנתחברו הט"ז והש"ך ומגן אברהם ושאר אחרונים וכל דין מבואר הטעם במקומו שפיר דמי להורות מתוך השולחן ערוך והאחרונים.<sup>116</sup>

כל המעיין בדבריהם הרשות בידו לחלוק על פירושיהם וחיידושיהם. אין הם קובעים ואומרים "קבלו דעתי" אלא באו "לעורר לב המעיין", ואת אשר יבחר בשכלו הזך יקריב אליו, כלומר יש חירות בשיקול הדעת של הדיין.<sup>117</sup>

---

<sup>114</sup> טשרנוביץ, חלק שלישי, עמ' 138-158; אלון, המשפט העברי 1181; "יד גילת", הכרעת ההלכה והשולחן ערוך, בצרון כז, נג, ג (טבת-שבט תשכ"ו), עמ' 116-118.

<sup>115</sup> משנתקבל ה"שולחן ערוך" כספר פסקים של ההלכה, התפתחה סביבו ספרות ענפה של נושאי כלים והפכה לחלק מהמערכת הקודיפיקטיבית בהלכה. יש מחברים שמטרתם לציין את מקורות הדינים שב"שולחן ערוך", אחרים באו לפרשו ולהשלימו בהבאת דעות אחרות, יש שמטרתם להגן או להשיג עליו מפני השגות אחרים, ויש שראו בפסיקותיו נקודת מוצא לדיונים עיוניים טהורים ללא כל קשר ממשי להלכה שנפסקה. עם נושאי הכלים נמנים הסמ"ע, ספר "מאירת עיניים" לר' יהושע ולק כ"ץ (פעל במחצית השנייה של המאה ה-16 ובתחילת המאה ה-17). הסמ"ע, אחד מנושאי כליו החשובים והמוסמכים של ה"שולחן ערוך" ב"חושן המשפט", מטרתו להיות חלק אינטגרלי מה"שולחן ערוך" כקודקס. הש"ק אף הוא חיבור על "חושן משפט" ועל "יורה דעה". כל החיבורים האלה תרמו להחדרת ה"שולחן ערוך" בציבור (אלון המשפט העברי, עמ' 1187-1188); ראו, מימון "השולחן ערוך ונושאי כליו", בתוך: יוסף קארו, קובץ בעריכת ר' רפאל, ירושלים, תשכ"ט, עמ' 42-63.

<sup>116</sup> "פתחי תשובה" על שולחן ערוך, יורה דעה, רמז, סעיף קטן ח. בתחילת דבריו מביא את דברי המהרש"א שבמסכת סוטה. "פתחי תשובה" בהקדמותיו המפורטות עומד על חשיבות ידיעת ההלכה בספרות השאלות והתשובות ועל החשיבות בקיבוצה של הלכה זו בספרי הליקוטים שנכתבו לפניו ולאחרונה ב"שערי תשובה". מאחר שלא הספיק ר' חיים מרדכי מרגליות לחבר את ספרו "שערי תשובה", אלא על חלק אורח חיים בלבד, בא ר' אברהם צבי הירש ונטל עליו לחבר חיבור כמעשה הספר "שערי תשובה" על שאר חלקי השו"ע, ושם דן בדברי התשובות שהביא ומציג את שיקול דעתו.

<sup>117</sup> גדולי ההלכה התנגדו לפסיקה מתוך "שולחן ערוך", בהם בעל "פני יהושע", חלק ב', אבן העזר, נב: "כי ידעתי גם ידעתי כי אלמלא אמרה יהושע בן נון לא צייתא לי לפי המנהג חכמי מדינתנו יצ"ו בדבר שנדפס

טשרנוביץ סובר שעם חיבור הט"ז<sup>118</sup> והש"ך<sup>119</sup> הושלמה מלאכת ה"שולחן ערוך", ולנושאי הכלים שבאו אחריהם אין אותו ערך מיוחד לשני חיבורים אלה, כיוון שבאו להשלים מה שהחסירו הש"ך והט"ז. אבל יסוד הבניין כבר העמידוהו הש"ך והט"ז, והם נחשבים למפרשי ה"שולחן ערוך" העיקריים. ומסכם טשרנוביץ:

על פי כל אלה הננו מחליטים, כי הש"ך והט"ז העמידו חותם של קיום על השו"ע ואשרו אותו לעולם. ובכן יש להעיר, שאחרי כל השתלשלות הסבות ונפתולי אלהים שהתפתל השו"ע המפסיק הגדול עם מתנגדיו המרחיבים יצא לבסוף ועטרת הנצחון על ראשו ע"י המרחיב הגדול הש"ך. המרחיב הראשון הרמ"א יסדו והמרחיב האחרון הש"ך הציב דלתותיו.<sup>120</sup>

לאחר זמן נתחזקה סמכות ההכרעה לא של ה"שולחן ערוך" בלבד, אלא גם של שניים מגדולי נושאי כליו – הש"ך והסמ"ע.<sup>121</sup> את הדברים האלה מבטא הרב יאיר בכרך שרואה במי שטועה בהם כאילו טועה בדבר משנה,<sup>122</sup> וזה לשונו:

---

בשו"ע אין לשנות ח"ו כתורת משה". ואולם בהמשך כותב בעל השו"ת שמותר לחלוק על הוראה שב"שולחן ערוך" אם נראית קושיה גדולה, כי אין לדין אלא מה שענינו רואות. כלומר פסיקה מ"שולחן ערוך" בהעדר "בית יוסף" פוגעת בשיקול דעת הפוסק, ובוזה חשיבות המקורות; ראו, בן-מנחם, "הדפוסים הראשונים של ה"שולחן ערוך"", בתוך: ר' יוסף קארו, קובץ בעריכת י' רפאל, ירושלים, תשכ"ט, עמ' 101-120.

<sup>118</sup> ר' דוד ב"ר שמואל הלוי, הט"ז, הלוא הוא ספר "טורי זהב", מגמתו העיקרית לפרש את ה"שולחן ערוך". הפירוש הוא על כל ארבעת החלקים.

<sup>119</sup> ר' שבתי ב"ר מאיר כ"ץ. נראה שכוונת המחבר בחיבורו על "חושן משפט" הייתה לפרש ולבאר את דברי ה"שולחן ערוך", אולם מפני שכבר היה לנגד עיניו פירוש הסמ"ע, השלים אותו או ביקר אותו. אבל בפירושו על "יורה דעה" עיקר מטרתו לפרש ולבאר את ה"שולחן ערוך" ולהכריע בין דעות המחבר והרמ"א ולהצדיק את ה"שולחן ערוך" מפני התנגדות האחרונים שקמו עליו (טשרנוביץ, שם, עמ' 148).

<sup>120</sup> טשרנוביץ, שם, עמ' 156.

<sup>121</sup> טשרנוביץ סובר שבמאה ה-15 ובמאה ה-16 היו תקופות שבהן התפשט השו"ע בתפוצות ישראל, וזה לשונו: "המאה הט"ו והט"ז... היו תקופת עליה להתפשטות השו"ע. לאחר שגדולי המפרשים הש"ך והט"ז, מגן אברהם, סמ"ע, חלקת מחוקק ובית שמואל סמכו את ידיהם על השו"ע נעשה הוא לתל שכל הפנות... לא רק שהוא נעשה לפוסק האחרון והמקובל אלא שנעשה ליסוד חיי התורה והעם השו"ע נתהוו עכשו מה שהיה התלמוד עצמו לאחר חתימתו". כלומר קבלת שיקול דעת השו"ע נהייתה כמו קבלת שיקול דעת התלמוד, לכן הקבלה הייתה פסקנית. וממשיך טשרנוביץ בהשוואתו לשו"ע: "גם בדרך התפשטות לימוד השו"ע בתקופה זו אפשר לראות חזרה אל אותו חיזיון שראינו בתחילת התפשטות התלמוד, היינו כשם שעל התלמוד עלו פרשנים, כרש"י ובית מדרשו, מפלפלים כבעלי התוספות, פסקנים כאלפס ורמב"ם ובית מדרשם שקצרוהו... כך התרכזו מסביב להשו"ע בעלי מפרשים, בעלי פלפולים ובעלי קיצורים וסיכומים" (טשרנוביץ, שם, עמ' 192).

<sup>122</sup> דין שטעה בשיקול הדעת אינו חוזר, אך הטועה בדבר משנה חוזר (הש' סנהדרין, לג ע"א).

ואם כן בדורות הללו זר מאד לומר דטעו בשיקול הדעת אחר דקיימא לן כל מה שנזכר בספרי הפוסקים הוה ליה כדבר משנה, וכן מה דסתם לן הבית יוסף בשלחן ערוך דזכה שנקבע הלכה כמותו ולא חלקו עליו הבאים אחריו אין לומר קים ליה כלל נגד הכרעתו, אף לדעת יש אומרים דמצי למימר קים לי בכל דבר ממון... וכן בכל מה דסתם בית יוסף בשולחן ערוך, ובמקום הגייה רמ"א דעת חולקים והסכים עמהם, גם כן היה ליה כדבר משנה בארצות הללו דנוהגין כוותיה; ובמקום שכתב יש אומרים ולא הכריע היה ליה סמ"ע וש"כ בהכרעתו... כדבר משנה בכל ענין.<sup>123</sup>

מדברי הרב בכרך למדים שניתנה סמכות הכרעה גם לנושאי הכלים הסמ"ע והש"ך והטועה בדבריהם כאילו טעה בדבר משנה, אך לא ברור מה דעתו על נושאי כלים אחרים.

<sup>123</sup> שו"ת חוות יאיר קסה. הרב ישראל איסר מעלה שאלה מעניינת בספרו "שער המשפט" ומשאיר אותה ב"צריך עיון", והיא: מה הדין כאשר מדובר בשאלה הלכתית שיש בה שני נימוקים, והדין טעה בדבר משנה, אך האמת היא שבשאלה יש גם מחלוקת והשיקול דעת דסוגיא דעלמא לא כסברה וספק שיש לדיין, רק שהדין לא ידע על קיום המחלוקת, ופסק כן מנימוק אחר וטעה בדבר משנה, האם נראה אותו כאילו טעה בדבר משנה, או שמא כיוון שדין זה יש בו מחלוקת והכריע כאחד מהפוסקים, ואף כי לא ידע סברא זו, מ"מ טעותו היא בשיקול דעת. הרב איסר מנסה להביא סימוכין מהתלמוד (כתובות צד ע"ב), שמצב כזה נחשב לטעות בדבר משנה. בתלמוד מסופר שאמו של רמי בר חמא כתבה את נכסיה לרמי בר חמא בבוקר, אך בערב חזרה בה וכתבה אותם למר עוקבא בר חמא. בא רמי בר חמא לפני רב ששת, וזה פסק שהנכסים אכן שייכים לו, ומר עוקבא בר חמא בא לפני רב נחמן לשאול אם זכאי בנכסים, ורב נחמן פסק שזכאי בהם. רב ששת בא לרב נחמן ושאלו מדוע פסק כן, ורב נחמן השיב בשאלה דומה לרב ששת. רב ששת השיב ששטרו של רמי בר חמא קדם לשטרו של מר עוקבא בר חמא, ורב נחמן השיב שבירושלים כותבים שעות, ואילו בבבל לא כותבים שעות בשטר, לכן מחשבים את כל היום כולו כאותו זמן עצמו, לכן נימוק רב ששת בטל. רב נחמן מנמק את תשובתו ב"שודא דדייני", כלומר הכרעת דיינים. זה היה רצון האישה. רב ששת השיב לרב נחמן בנימוק דומה. רב נחמן הביא שני נימוקים לדחות את דברי רב ששת: האחד – רב נחמן משמש דיין רשמי במקומו, ואילו רב ששת איננו דיין רשמי, לכן אין בידו זכות להכריע כהכרעת דיינים. נימוק אחר – רב ששת פסק משום סברה, והתברר שטעה בפסק ההלכה. התוספות בכתובות פה ע"ב, ד"ה "שודא דדייני", והר"ן סוברים שב"שודא דדייני" אין צורך אומד, אלא הדין יכול לתת למי שירצה, אך כיוון שרב ששת לא בא מנימוק זה, נכנס להגדרה של "טועה בדין והדין חוזר". על סמך דברים אלה סובר הרב ישראל איסר שיש לקבוע בשאלה זו שנחשב לטועה בדבר משנה ולא בשיקול הדעת, אף אם יש מקום לסברה כאחד הפוסקים, וכיוון שלא הובאה בחשבון, אינה נחשבת. אבל יש מקום לראות כאילו טועה בשיקול דעת ולא בדבר משנה. הלא הוא אימץ סברה של אחד התנאים או פסקים ויוצא שדן דין תורה, והוא כדין שדן דין אמת, אלא שטעה בטעם והלכה למעשה היא שנשאר ב"צריך עיון".

## 5.2 מציאות היסטורית

טשרנוביץ מציין שני מאורעות היסטוריים שהביאו להתפשטות ה"שולחן ערוך": גזרות ת"ח ות"ט<sup>124</sup> ומעשה שבתאי-צבי וסיעתו. צמיחתה של תנועה זו הייתה אחוזה ברמזי קבלה והקיפה חלק גדול אף מטובי האומה והותירה אחריה ענן כבד בשמי היהדות.<sup>125</sup> לדבריו, מאורעות אלה הביאו למהפכה רוחנית וחומרית והשפיעו על שתי שיטות לימוד נפוצות: שיטת ההרחבה, שלפיה כל נושא הלכתי נדון בהרחבה עם המקורות והסברות הרלוונטיים, ושיטת הקודיפיקאציה. ואלה דברי טשרנוביץ:

עפ"י המאורעות הללו שהשפעה חומרית ורוחנית שלטה מעולם על דרך הלימוד של שתי השיטות, מרחיבים ומפסיקים. טבע הדבר נותן, שבדור זה אשר עברה על האומה מהפכה כזו, מהפכה חומרית ורוחנית צריכה יד בעלי ההפסקה להיות על העליונה ולדחות ממקופה את שיטת ההרחבה, אשר החזיקה מעמד בדור שקדם. וממילא מובן שההשפעה הראשונה של התקופה הזאת נעשית בולטת וניכרת על דרך התפשטות השו"ע, הוא

<sup>124</sup> גזרות ת"ח ות"ט שאירעו במאה ה-17 הביאו לחורבנם של יישובים וקהילות בכמה מארצות אירופה. מרכזי תורה מפוארים וגדולים מאוד נהרסו. ההיסטוריונים מתארים תקופה זו אף בניגודים חברתיים ובשינויים ניכרים שהביאו לחיזוק הקודיפיקאציה: "באמצע המאה ה-17 נתערערו אושיות המרכז היהודי הגדול שבמדינת פולין-ליטא בעקב מרידות הקוזאקים, גזירות 'חמיל הרשע' של שנות ת"ח-ת"ט (1648/9) ועשרים שנות מלחמות עם הרוסים והשבדים, שאף הן היו משופעות גזירות ורדיפות שונות. שלוותם היחסית של יהודי פולין... חלפה כלא היתה. מאז החלה תקופת הפגיעות והעלילות, שנמשכה עד לסוף קיומה של פולין כמדינה עצמאית... הניגודים החברתיים שנתקיימו בקהילות ישראל בתקופות הקדומות החרפו ונהפכו לאיבה חברתית ממש, כשמכאן ניצבת השכבה המנהגת של עשירים ותלמידי חכמים ומכאן השכבות הרחבות של פשוטי עם ודלים... התוצאה הבלתי נמנעת של כל ההתפתחויות הללו היתה פגיעה במוסדות ההנהגה העצמית... התוצאה היתה שמסוף המאה ה-17 ואילך רבו 'פורצי הגדר', 'האלמים התולים עצמם בשררות'... גם בתוך הקהילה האחת הורגשה מתיחות חברתית רבה. משפחות מיוחסות נאבקו על ההנהגה, על השפעה, על מינויים, על כיבודים. לעתים הוענקו התארים המכובדים 'חבר' ו'מורנו' למי שאינו ראוי. לעיתים נתמנה לרבנות מי שלא שנה או לא שימש כל צורכו, רק משום שיש לו קרובים או תומכים מקיפים או שהציע תשלום או הלוואה לקהילה הנזקקת. וכך נוצר לפעמים מצב מביך שרוב חשוב השפעתו בקהילה מועטת ותלותו בתקיפי הקהל מרובה, ולעומתו רב פחות ערך משתלט ומתנשא על הציבור" (תולדות עם ישראל בעת החדשה, בעריכת ח"ה בן ששון, הוצאת דביר, תל-אביב תש"ס, עמ' 49-53).

<sup>125</sup> מעשה שבתאי צבי וסיעתו הביא לתסיסה מיסטית. ההיסטוריונים טוענים שהחברה היהודית בפולין התגייסה למלחמה כאשר הערעור נגע לתחום האמונות והדעות: "התסיסה המיסטית, בייחוד של ספיחי השבתאות, שלא פסקה מעולם במזרח של אירופה, ונתלקחה ביתר שאת על רקע המתיחות החברתית ומשבר ההנהגה נתקלה בהתנגדות נמרצת של כל שכבות הציבור... ההזדמנות להתמודדות בתחום זה באה כאשר קם... מנהיג חדש ורב-מרץ לשרידי השבתאים בפולין יעקב פראנק... ודרש עריכת ויכוח דתי... הוכוח נתקיים ביוני 1757. מאליו מובן שאנשי פראנק הוכרזו כמנצחים, וכתוצאה מכך נשרפו ספרי התלמוד... הכת המשיכה להתקיים בחשאי ואף פיתחה תורה משלה. המסורת השבתאית הקבלית נתערבה אצל פראנק בסממני מחשבה מדיניים... אולם בראשית המאה ה-19 עברה כת זו מן העולם" (שם, עמ' 55).

כראש המפסיקים, קנה את מקומו ושעתו בתקופה זו והתאזרח כאזרח  
רענן, עד שכל הרוחות שבעולם לא הזיזו אותו ממקומו.<sup>126</sup>

ר' מנחם מנדל קרוכמל, מגדולי הפוסקים וממנהיגי הדור בתקופה זו, כותב שמשיצא לאור  
חיבור מרן ר"י קארו, ואחריו הרמ"א, ונתפשטו הספרים בקרב ישראל, שוב אין לנו אלא  
דבריהם.<sup>127</sup>

## 6. השפעת הקבלה בפסיקת רבינו יוסף קארו

ר' יוסף קארו כותב שביצירתו ההלכתית הושפע מהקבלה. לאחר שהוא מתאר בהקדמתו  
ל"בית יוסף" את דרך ביאורו והשגתו על ספרי הטורים, הוא מפרט יותר משלושים יצירות  
ספרותיות הלכתיות מגדולי ההלכה שלפניו. אחת היצירות שעליה בנה את חיבורו היא  
הזוהר, וזה לשונו:

נמצא שמי שיהיה ספר זה לפניו יהיו סדורים לפניו דברי התלמוד עם  
פירש"י, והתוספות, והר"ן... כל דבריהם מבוארים היטב, ובקצת מקומות  
מאמרי הזוהר.<sup>128</sup>

<sup>126</sup> טשרנוביץ, חלק שלישי, עמ' 139. לדבריו, מאורעות ת"ח ות"ט הביאו לירידה רוחנית של הדור, לכן היה  
צורך בספרי פסיקה שיקלו על הדורשים תשובות הלכתיות. ואולם אין להניח שלאחר מאורעות ת"ח ות"ט  
נדם קול התורה. למשל, אחרי "המגפה השחורה" הוסיף עולם התורה לשגשג ולפרוח. יי דינרי דוחה את הדעה  
שלאחר המגפה השחורה נדונה פסיקת ההלכה לעקריות ונגזר ניוון מוחלט על חיי הרוח והיצירה התורניים,  
וזה לשונו: "בדור זה קיימות שתי מגמות מנוגדות בפסיקה, מצד אחד, מורגשת שאיפה עזה להגיע לפסיקה  
זהירה, מבוססת על חקירה, מדוקדקת ומפורטת של המציאות השוטפת, שלא תמיד יכלה לעמוד בפני  
דרישות אידיאליות אלו. בתשובה לטענות שנשלחו אליו כותב המהרי"ל: 'מונח מתוך הטענות בדין מרומה  
הוא וצריך דרישה וחקירה טובא מבעלי דינין ומפי העדין מה שאי אפשר לידע מתוך הכתב'. מבחינת  
האידיאל הפסיקתי הנ"ל הוא סבור ש'ראוי היה לי לשמט מענין זה'. עם זאת ברור לו כי במקרה זה אין בידו  
לשנות את הדברים, ולכן 'מרוב ריחוק הדרך גברו עלי טורחכם ומשאכם' ואיני יכול 'להשיב הדין ריקם'...  
בשיקול פסיקה שלהם ניכרת עירנות רבה לשאלת ההשפעה הנודעת מפסיקה של בני הדור, יש היו חרדים  
לרושם שיעשו הדברים על הבריות וחששו ללעג ולקלס" (דינרי חכמי אשכנז בשלהי ימי הביניים, עמ' 75-76).  
יוצא אפוא שעל אף המאורעות היסטוריים הקשים והמצב הרוחני הירוד דנו הפוסקים בכל שאלה הלכתית.  
ולאחר גזרות ת"ח ות"ט, עם הופעת השו"ע והרמ"א, הוקל עוד לפוסקי הדור, לכן התקבל השו"ע יחד עם  
הרמ"א כספר קודיפיקאטיבי מחייב.

<sup>127</sup> שו"ת צמח צדק, סי' ט, בסוף התשובה.

<sup>128</sup> כ"ץ, "יחסי הלכה וקבלה בדורות שלאחר התגלות הזוהר" דעת ד (תש"ס) עמ' 74-57; חלמיש "קבלה  
בפסיקה של ר' יוסף קארו" דעת כא (תשמ"ח) עמ' 102-85; G. Scholem, *Major Trends in Jewish*  
*Mysticism*, New York 1941, pp. 156; תא-שמע, הנגלה שבנסתר, עמ' 27-28. הנ"ל סובר שיש מקורות  
אשכנזיים בספר הזוהר ואינם רווחים בין בעלי הלכה ספרדיים, וזה לשונו: "אניח עתה לענין הספרותי  
ואציין, בקיצור נמרץ, צרור מנהגים והלכות, שמקורם במסורת הליטורגית האשכנזית-צרפתית ואינם רווחים

בעניין הנחת תפילין בחול המועד מביא ר' יוסף קארו בהלכות תפילין דעות שונות, ועל סמך תשובת דודו, ר' יצחק קארו, פסק:

ומאחר שבתלמודא דידן לא נתבאר דין זה בפירוש, מי יערב לבו לגשת לעבור בקום עשה על דברי רשב"י המפליג כל כך באיסור הנחתם.<sup>129</sup>

כלומר הוא לא דן על פי שיקול דעתו כיצד תיפסק ההלכה, אלא שיקול דעתו הושפע מהזוהר, ופסק שאסור להניח.<sup>130</sup>

בין בעלי הלכה ספרדיים. כדי לקצר בדברים נוקקתי בעיקר לדוגמאות שכבר נותחו בעבר, על-ידי אחרים או על ידי, וציינתי למראי המקום. במקרים מועטים צירפתי ניתוח קצר, בראשי פרקים. לדעת הזוהר, זמן תפילת ערבית הוא "מששקעה חמה עד שתחשך": "א"ר אלעזר אסור ליה לבר נש למימר תושבחן דצלותיה אלא עם דמדומי חמה... וכן א"ר אלעזר, צלותא ותושבחתא דליליה מששקעה החמה עד דלא איתזי סיהרא... א"ר יהושע אמר רב, בצפרא כשהשמש זורחת הוא זמן תפילה ובעותא דישראל, ומשש שעות ולמעלה עד תשע שעות זמן תפילת המנחה, דאריב"ל א"ר יוחנן אמר רב, ממשקעה חמה עד שיראו שני כוכבים זמן תפילה האחרונה. דהכי תנו, משייראו שני כוכבים הוא תחילת משמרת ראשונה, שבאים כת הראשונה של מלאכי השרת וממתינים להם לישראל עד אותה השעה, ואז מתחילין לומר שירה ונעלו כל השערים בתושבחתן של מטה" (זהר חדש, בראשית יז ע"ד – יח ע"א). דעה זו, שלפיה שעת צאת הכוכבים היא סוף זמן תפילת ערבית כתיקונה, ומי שמתפלל לאחר מכן מוצא לפניו שערים סגורים, היא יסוד מנהג אשכנז להתפלל ערבית לפני חשכה בניגוד גמור למשתמע מפשט הסוגיות ובניגוד לדעת הפוסקים הספרדיים.

<sup>129</sup> בית יוסף, או"ח סי' לא. ר' יוסף קארו מביא את דברי התוס' במסכת מנחות לו ע"ב, המביאים ראייה מהירושלמי שחול המועד הוא זמן תפילין, והוא מביא את דעת הרא"ש הסובר שהבבלי אינו חולק על הירושלמי, וגם לפיו חייבים בהנחת תפילין בחול המועד. וממשיך ר' יוסף קארו: "ויש שמניחין בלא ברכה והמברך לא הפסיד". עוד הוא מביא את תשובת שהרשב"א שאין מניחין תפילין בחול המועד, ואת דעת התוס' והראב"ד, ומוסיף וכותב: "ועכשיו נהגו כל בני ספרד שלא להניחם בחוה"מ, ושמעתי שמקודם היו מניחים אותם כדברי הרא"ש ואח"כ מצאו שכתב רשב"י במאמר אחד שאסור להניחם בחוה"מ וע"כ נמנעו מלהניחם בחוה"מ, וכ"כ דודי הר"י יצחק קארו ז"ל בשובה, והמאמר ההוא איתא במדרש הנעלם לשיר השירים על הפסוק לריח שמניך טובים". ואולם הכרעת הזוהר נתקבלה רק בספרד. יהודי אשכנז המשיכו במנהגם להניח תפילין בחול המועד, וכך נהג המהרש"ל, כיוון שלשיטתו הזוהר אין לו סמכות להשפיע על שיקול דעת הפוסק, ואלה דבריו על ר' יוסף קארו: "גם הוא כתב המניח תפילין בח"ה חייב מיתה ואנחנו מניחים ומברכים עליהן" (שו"ת המהרש"ל, צ"ח). וכ"ץ כותב: "ואם בתחומי יהדות ספרד ואשכנז המובהקים היתה הכרעה חד-משמעית לכאן או לכאן, במקומות המפגש של בני שתי העדות ומנהגיהן, כגון באיטליה, נשארה השאלה תלויה ועומדת והיא גרמה מחלוקת שחזרה ונתחדשה מפעם לפעם". (כ"ץ, הלכה וקבלה, מאגנס, ירושלים תשס"ד, עמ' 102).

<sup>130</sup> ראוי לציין שב"שולחן ערוך", סי' לא, ס"ק ב, פסק שאסור מנימוק אחר, וזה לשונו: "בחול המועד אסור להניח תפילין מהטעם הזה בעצמו שימי חול המועד גם הם אות". ובפירושו לרמב"ם כתב: "ומנהג העולם היה להניח עד שבימי רבנן בתראי מצאו בספר הזוהר לשיר השירים שמי שמניח תפילין בחול המועד כמי שקוצץ בנטיעות ונמנעו מלהניחם עוד בחול המועד" (כסף משנה, הל' תפילין, פ"ד הל"י).

## 6.1 עמדת אלון

לדעת אלון הזכרת ספר הזוהר ביצירה הלכתית מובהקת כספר "בית יוסף" נובעת מרקע עולמה של היהדות במאה ה-16. בצפת, מקום מושבו של ר' יוסף קארו, כיהנו בקודש גם גדולי המקובלים, ובראשם ר' יצחק לוריא, המכונה "האר"י הקדוש", ושיקול דעתו ההלכתי של ר' יוסף קארו הושפע מהקבלה. ואולם סגנונו הזהיר המאופק של ר' יוסף קארו "בקצת מקומות מאמרי הזוהר", יש בו כדי לרמוז על מידתה המוגבלת של השפעת הסוד והקבלה על עולמו ההלכתי של ר' יוסף קארו.<sup>131</sup> ר' יוסף קארו קבע מפורשות ב"בית יוסף" שיש לאמץ את שיקול דעת התלמוד במקרה שהזוהר חולק עליו.<sup>132</sup>

נמצאנו למדים שר' יוסף קארו אימץ את הזוהר במשנתו ההלכתית רק אם הזוהר אינו חולק על התלמוד, ובהקדמתו ל"בית יוסף", מציין שמדובר במעט מקומות שבהם הושפע שיקול דעתו מהזוהר.<sup>133</sup>

<sup>131</sup> אלון, המשפט העברי, עמ' 1092, הערה 23.

<sup>132</sup> טור אורח חיים, כה, ו"בית יוסף", ד"ה "ויברך אשר קדשנו במצוותיו וצוונו להניח תפילין"; והש"ש, סימן לא, קרוב לסוף הסימן, וסימן קמא, ד"ה "ומתוך לשון הרא"ש"; שדי חמד ו, כללי הפוסקים, סימן ב, ס"ק ט, יב, יג; תולדות הפוסקים ב, עמ' 223, 224; ד' תמר, קרית ספר מ (תשכ"ה), עמ' 65, 71;

R.J.Z. Werblowski, *Joseph Karo, Lawyer and Mystic*, London 1962.

<sup>133</sup> על הסתירה בין ההלכה לקבלה כבר עמד כ"ץ בספרו "הלכה וקבלה" (עמ' 57-58), ואלה דבריו: "הנמשכים אחרי הקבלה לא זזו כמובן מאמונתם בגלל ערימת הקושיות של מתנגדיהם. הרים גבוהים מזו העתיקה האמונה ממקומם. אולם במישור המעשי, התאמה מסוימת בין הוראות ההלכה והקבלה היתה הכרחית. הפשרה שנתגבשה ככלל היתה, שכל אימת שדברי הקבלה סותרים את המוסכם בהלכה הוראות ההלכה הן הקובעות, אם לאו – דברי הקבלה מחייבים. כלל זה מובא כרגיל מפיו של ר' דוד אבן זמרא, הרדב"ז, ודברי עצמו גרמו לכך שקביעתו של הכלל יוחסה לו. הרדב"ז נשאל על דעתו בדבר המנהג שהלך ונפוץ בימיו, שבראש חודש חולצים את התפילין לפני תפילת מוסף. תשובתו היתה כי ידוע לו מקור המנהג והוא בספר הקנה, ועל פיו נוהג אף הוא, 'לפי שיש בידי כלל גדול בכל דבר שנכתב בגמרא או באחד הפוסקים או בעל ההלכות אפילו שיהיה הפך מה שכתוב בספרי הקבלה אני מודה בו ולא אחוש למה שכתוב באחד מאותם הספרים ולעצמי אם הוא חומרא אני נוהג אותו ואם קולא לא אחוש לה וטעמו של דבר לא ראיתי לכותבו פה. נחזור להלן לניתוחה של פסקה מעניינת זו. בהקשר דיונונו כאן שאלתנו היא, אם הרדב"ז התכוון לומר כי הוא שקבע את ה'כלל הגדול' או רק חשב להעמידו על דיוקו. למעשה אין כל ספק כי התרת הקונפליקט בין ההלכה והקבלה בכיוון הפשרה שבדברי הרדב"ז עלתה כבר על דעת חכמים בספרד שלפני הגירוש. ר' יצחק קארו (דודו של ר' יוסף קארו) אמר את דברו בהקשר שיתברר להלן: 'והשכל גוזר כן שאם חכמי הקבלה פסקו הלכה הפך פסק התלמוד יפסוק הדין כתלמוד ערוך שבידינו אבל אחר שלא נפסקה הלכה בתלמוד וגם כל הפוסקים לא פסקו הלכה כמי אלא איש לדרכו פנו ויש הכרעה בקבלה כאחד מהם ההכרעה היא לחכמי הקבלה וכן מקובלני מרבתי'".



## 6.2 עמדת כ"ץ

שילוב הלכות הזוהר בספר "בית יוסף" נדון במחקרו של כ"ץ, ומסקנתו היא שר' יוסף קארו הושפע עמוקות מהזוהר, יותר ממה שמקובל לחשוב, ובוודאי יותר מכל פוסק אחר לפניו, כיוון שלזוהר ניתנה סמכות מרחיקת לכת במשנתו ההלכתית של ר' יוסף קארו יותר משעשו קודמיו.<sup>134</sup> עד כמה הושפע ר' יוסף קארו מהזוהר, אנו קוראים בדברי כ"ץ:

לא רק שמחבר השו"ע לא נשמר מהשפעת הקבלה, הוא נשמע לה ברצון עד מקום דעת בעל הלכה גדול כמותו מסוגלת היתה להשלים עמה.<sup>135</sup>

## 6.3 עמדת חלמיש

חלמיש הראה מקומות רבים המעידים על השפעת הקבלה על ר' יוסף קארו. מטרת חלמיש הייתה להעמיד שיטה כללית שעל פיה נוכל לקבוע מתי נזקק ר' יוסף קארו לתורת הנסתר, מתי התעלם ממנה, ומתי העדיף עליה שיטות אחרות, וזה לשונו:

<sup>134</sup> כ"ץ, הלכה וקבלה, עמ' 52-70.

<sup>135</sup> כ"ץ "ייחסי הלכה וקבלה בדורות שלאחר התגלות הזוהר, דעת ד' (תש"ס), עמ' 58-74, בסוף המאמר. הנ"ל טוען שהסמכות ניתנה לקבלה עוד בתקופות קדומות, וזה לשונו: "למעשה, הענקת סמכות מסוייגת כפי שניתנה לקבלה בכלל ולזוהר בפרט אינה הסרת תקדים. דברי אגדה שבמדרשים וכדומה הכילו אף הם הוראות הלכיות ותוקפן של אלה לעומת תוקפן מקורות הלכיים ממש היה טעון הגדרה. זו ניתנה על ידי רבינו תם שקבע כי במקום שאין הוראות אלה סותרות הלכה מקובלת הן תקפות. קביעה זו של ר"ת עשויה היתה לשמש תקדים ודגם לכלל המפשר בין סמכות הקבלה וההלכה. אלא שגזרה שוה זו בין עניני הלכה הבאים בהקשר אגדי וקבלי אינה לאמיתו של דבר אלא פורמאלית בלבד. אם כי האגדה נחשבה תמיד חלק ממשי של התורה שבעל-פה, לעתים רחוקות בלבד במובן הצר של מסורת מסיני. לא אחר אלא הרמב"ן הצהיר לגבי המדרשים שהם דברי יחידים שהשמיעו כדברי הטפה בעלמא. מובן מעתה כי דברי הלכה הכלולים בהם לא יכלו לעמוד בשורה אחת עם המקורות המוסמכים של ההלכה. המצב היה שונה תכלית שינוי באשר לקבלה. הקבלה ראתה עצמה כשכבה העמוקה ביותר של תורת ישראל, שתוכנה רצון אמיתות מטאפיזיות שלפי מהותן אין להגיע אליהן אלא דרך צינורות ההתגלות. אימתי אירעה אותה התגלות, אם בו בזמן עם מתן התורה בסיני, לפניו או אחריו, ובהתאם לכך מה מידת ההערכה המגיעה לה – לא נתפרש כרגיל. שמדובר במסורת שמורה בהקפדה, שהגיעה לידי המחזיקים בה דרך שלשלת של בני עלייה שבכל דור ודור, בכך לא הוטל ספק מעולם. ומכאן, קביעות בעלות אופי הלכי שהיו שזורות במסורת איזוטירית זו זכו אף הן במעמד מיוחד. מכל מקום, להעדיף אותן על הוראות מאושרות של ההלכה, אף במקום שהן סותרות אותן, היה בחינת מהפכה שלא תיתכן. לא נותרה אפוא אלא דרך הפשרה שנתגבשה בכלל האמור. אמנם אם ראוי לומר עליו ש'השכל גוזר כן' מוטל בספק גדול. משההלכה התייצבה במערכת שלמה ומושלמת הרי כל הזדקקות למקורות חוץ, יהא טיבם אשר יהא, היה טעון צידוק. מכאן הנימה המתגוננת בדבריו של הרדב"ז לשואלו: ואל תאשימני ותחשדני שאני פוסק הלכות ומורה הוראה על דרך הקבלה אלא אני מחזיק את האמת בדרך אמת. ובהזדמנות אחרת נוסחת דבריו היא: ואל תחשדני שאני פוסק דין על ידי גימטריאות ורמזים אלא שאני מחזיק את המנהג שהיא האמת בדרך האמת. הרגשת הרדב"ז היתה, כנראה, כי על דרך עקרון אין לקבלה תפקיד לגיטימי בהכרעה בדבר הלכה" (שם).

לא היה יכול להציע אמת מידה מובהקת להסתמכותו על הזוהר, שהרי ברור... שלא בכל מקרה עשה שימוש בזוהר. היה זה יותר פרי החלטה אד-הוק של איש הלכה חריף ובעל כושר אנליטי, שבמוחו ובהווייתו לא חדלו מהתרועע שני עולמות שמדרך הטבע לא לעולם יכולים הם לדור בכפיפה אחת... היתה זו, כמדומה, נחישותו הנחרצת של פוסק, שבחושיו החדים האופייניים קבע אימתי יש לחוש לדברי הקבלה ואימתי הוא רשאי להתעלם מהם.<sup>136</sup>

#### 6.4 עמדת תא-שמע

תא-שמע מציין שר' יוסף קארו מזכיר את הזוהר והמקובלים קרוב למאה פעמים בנושאים שונים, והבלעת הזוהר בתוך "בית יוסף" בהיקף כה נרחב היא שהקנתה לזוהר את מעמדו ההלכתי הקבוע בעולמה של ההלכה, וזה לשונו:

לפיכך במקום לדבר על אימוץ הזוהר כסמכות הלכתית על ידי מרן, יש לגרוס הענקת סמכות הלכתית לספר הזוהר על ידי מרן, שהרי זוהי משמעותו ההיסטורית הנכונה של הזיווג שבין השניים.<sup>137</sup>

יוצא אפוא שר' יוסף קארו הושפע מאוד מספר הזוהר, וכך הוחל לראות בזוהר סמכות הלכתית.<sup>138</sup> תא שמע, סובר שמקומם של הזוהר והקבלה בפסיקתו של ר' יוסף קארו מצויים

<sup>136</sup> מ' חלמיש, מבוא לקבלה, עמ' 85; הנ"ל, "קבלה בפסיקה של ר' יוסף קארו" דעת כא (תשמ"ח) עמ' 85-102. ראוי לציין שאחת הדוגמאות המראות שר' יוסף קארו אימץ את הקבלה היא "הנחת תפילין בחול המועד". על זה כתב כ"ץ בספרו "הלכה וקבלה" 102: "בשאלת סמכותה של הקבלה להכריע בענייני דת ודין, הכפופים לכאורה להלכה ולהלכה בלבד, תופס דינן של תפילין של חול המועד מקום מיוחד. דין זה נזכר וחוזר ונזכר כדוגמא, הן על ידי מחייבי סמכות הקבלה והן על ידי שולליה. המחייבים מביאים ממנו ראיה, שכן דין תפילין של חול המועד היה שנוי במחלוקת בין הפוסקים ומאז נודעה דעתו של הזוהר לאיסור (זוהר שיר השירים על הפסוק "לריח שמניך טובים") נתקבלה הכרעתו – כך טען ר' יצחק קארו, דודו של ר' יוסף קארו, בתשובה שבה ביקש להסתמך על סמכות הקבלה בעניין אחר. אולם הכרעת הזוהר נתקבלה רק בספרד. יהודי אשכנז הוסיפו להחזיק במנהגם להניח תפילין בחולו של מועד וכך יכול היה נציגם המובהק, המהרש"ל, להוכיח מכך, כי אין סמכותו של הזוהר מכרעת בדבר הלכה: גם הוא כתב המניח תפילין בח"ה חייב מיתה ואנחנו מניחים ומברכין עליהן. ואם בתחומי יהדות ספרד ואשכנז המובהקים היתה הכרעה חד-משמעית לכאן או לכאן, במקומות המפגש של בני שתי העדות ומנהגיהן, כגון באיטליה, נשארה השאלה תלויה ועומדת והיא גרמה מחלוקת שחזרה ונתחדשה מפעם לפעם, כפי שנראה להלן. תיאור מהלך הדברים יש בו אפוא עניין לגופו ולחילוקי הדעות הנוגעים לסמכותה של הקבלה בשאלות דת ודין בכללם".

<sup>137</sup> ישראל מ' תא-שמע, הנגלה שבנסתר, 2001, עמ' 96.

<sup>138</sup> תא שמע סובר שר' יוסף קארו קלט מן הזוהר יותר מכל פוסק אחר לפניו, וזה לשונו (שם): "להערכת המספר היחסי של מובאות הזהר בס' בית יוסף יש להעיר עוד, כי לגבי חלק חושן משפט אין כמעט כל אפשרות להסתייע בזהר, ואף בחלקי יורה דעה ואבן העזר אין לזהר נגיעה של ממש. עיקר העניין הוא, כמובן, בחלק אורח חיים, וכל הערכה חייבת להתייחס לחלק זה בלבד. יש לזכור עוד, כי הלכות רבות שבזהר

בגלוי ובמפורש בספר "מגיד מישרים". מכאן עולה ששילוב פסקים מן הזוהר בפרט ומן הקבלה בכלל בספר "בית יוסף", איננו מקרה או הזדמנות, אלא שיטה סדורה בכל המקורות ההלכתיים על פי שיקול דעתו של המחבר.

## 6.5 סיכום

א. הקבלה השפיעה על שיקול דעתו של ר' יוסף קארו ביצירתו הקודיפיקטיבית. כך דעת רוב החוקרים. ואולם חלמיש כותב שלא הצליח למצוא כללים מתי הושפע ומתי לא הושפע, אבל ברור שהושפע.

ב. לדעת תא שמע, אימוץ הזוהר על ידי ר' יוסף קארו העניק לספר הזוהר סמכות הלכתית.

---

מוסכמות על הכול, ואין בהן חידוש, ועל כן אין צורך לציין. ובקשר לעובדה שהזוהר נזכר במפורש גם ברשימת המקורות המנויים בהקדמת הבית יוסף, יש להוסיף כי רשימה זו היא, כאמור, חלקית למדי, וחסרים בה מקורות הלכתיים חשובים המשמשים הרבה בגוף הספר; על רקע זה יש משנה ערך להזכרתו של ספר הזוהר לצד מבחר הקלאסיקה של הספרות הרבנית הרשומה שם. זאת ועוד: לא זו בלבד שר"י קארו קלט מן הזוהר יותר מכל פוסק אחר לפניו, אלא שלמעשה אין כל יחס, כמותי או איכותי, בין קליטת הזוהר על-ידי קודמיו לבין קליטתו הוא. קודמיו, המנויים כולם במאמרו של כ"ץ, וביניהם: בעל ספר האגור, הרדב"ז, הרב אברהם זכות ואחרים, אינם מביאים מן הזוהר בפרט ומן הקבלה בכלל אלא שלושה או ארבעה עניינים בלבד, בעוד מרן הביא מן הזוהר וממקובלים בני-זמנו, במפורש וכמעשה של שיגרה, עשרות פעמים, ואפשר קרוב למאה פעם, בדברים גדולים ובדברים קטנים. אך בעיקר יש לשים לב לכך כי פרסומו של ספר הזוהר בין חכמי ההלכה, בספר ובאשכנז גם יחד, תחילתו דור אחד ואולי שניים בלבד לפני הגירוש, וקודם לזה לא מצאנוהו נזכר כלל אצל חכמי ההלכה בארצות אלו, ולא השתמשו בו אלא קומץ מקובלים שקבלתם אומנותם, בעיקר בספרד, ובוודאי לא באשכנז (על ספר ציוני ראה להלן). ספר הזוהר שקוע היה בתהום הנשייה קרוב למאתיים שנה לאחר חיבורו, כלשונו של שלום: *to raise the Zohar from the comparative obscurity of its early beginnings to the foremost eminence in kabbalistic literature*; ראו, מאיר בניהו, יוסף בחירי – מרן רבי יוסף קארו, ירושלים, תשנ"א, הנ"ל, "ספר בית יוסף והמפנה שחולל בספרות ההלכה" אסופות יג (תשמ"ט), צט-קמ; יצחק טברסקי, "הרב ר' יוסף קארו בעל הש"ע" אסופות יג (תשמ"ט) רמה-רסב; ישראל תא-שמע "ר' יוסף קארו בין אשכנז לספרד – לחקר התפשטות ספר הזוהר", תרביץ נט (תש"ן) 170-153.

## פרק חמישי

### הרמ"א – ר' משה איסרליש

#### רקע

אין דרכו של הרמ"א בבעיית הקודיפיקאציה כדרכם של רבו, ר' שלום שכנא, ורב רבו, ר' יעקב פולאק. הרמ"א לא קיבל את הדעה הקיצונית שיש להימנע מהעלאת הפסיקה שבתשובות על הכתב. הוא מקפיד לשמור העתק מן התשובות ששלח לשואליו. וכך כתב לתלמידו, ר' הירש עלזישער:

דע אהובי, שכל שאילותך מיום פרידותך מעמי וכן תשובתי עליהם הם מועתקים אצלי, מחוברות עם תשובותי אשר ידעת מעלי, ולכן הוא לנגד עיני בכתבי למעלתך, וכן תעשה שהיהיו הדברים קשורים זה בזה, דבר על אופניו, ובדרך זו אין אנו צריכים לחזור הדברים הראשונים, אלא לכתוב בקצרה העניין אשר אני עליו.<sup>1</sup>

ובתשובה אחרת הוא כותב:

ואהובי, לאחר שתקרא כתבי חזור לשלחו אלי, כי כן מנהגי ליתן להעתיק כל הדברים הנוגעים בדין מן הדינים כדי שיהא שמור אצלי לעת זקנתי אשר אקוה מהשם ית"ש וש"ש.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> שו"ת הרמ"א, סימן מ.

<sup>2</sup> שם, סימן פא. יהושע הורוביץ כותב, שהאוסף של שאלות ותשובות הרמ"א מכיל קל"ב סימנים. ההוצאה הראשונה נדפסה בשנת 1640 בקראקא. אח"כ נדפס הספר עוד חמש פעמים (יהושע הורוביץ הרמ"א, רבי משה איסרליש, הוצאת הקיבוץ המאוחד, תשל"ד, עמ' 23). לדעת זיו, התשובה הקדומה בקובץ נכתבה בשנת ש"י, זמן קצר לאחר שהרמ"א נתמנה לרבה של קראקא. תשובה זו כתובה בהכנעה ובענווה רבה, כיאה לרב צעיר המכיר את ערכו ואחריותו, לקבוע הלכה על פי שיקול דעתו, ומסתיימת בהתנצלות: "נאם הקטן הרוצה להתאבק בעפר של ת"ח ולשתות בצמא את דבריהם, ולא דבר עד כה אלא כדי להתלמד, להרגיל עצמו בתוך מדותיהם, להיות כעבד אחד מן הקטנים שבהם" (שם סימן י). זיו סובר שרבות מתשובותיו של הרמ"א לא הגיעו אלינו, וזה לשונו: "מובן מאליו, כי קובץ קטן זה, המכיל רק כמאה שלושים ושתים תשובות, ומהן שלא נכתבו על ידו, אינו אלא חלק קטן מהתשובות הרבות שהריץ רבינו הרמ"א לכל שואליו ומבקשי לקחו. חבל מאוד שלא נשאר לנו כי אם אחוז קטן מתשובותיו" (הרב אשר זיו, רבינו משה איסרליש (רמ"א), עמ' קה-קו). בתשל"א הדפיס הרב זיו מהדורה חדשה ומתוקנת של שו"ת הרמ"א עם הקדמה, מבוא הגהות ומפתחות. קובץ תשובות הרמ"א יצא לאור מחדש בהוצאת יריד הספרים, ירושלים תשס"ד. יצוין שבהדפסה יש תשובה נוספת בסימן קלג: "שאלה ותשובה של הגאון מוהר"ר שאול בן הגאון מהור"ר העשיל זצ"ל". שתי תשובות, בסימנים מ"ז-מ"ח, מכילות תשובת ר' יוסף קארו בעניין צוואת שכיב מרע. שתי התשובות מלמדות על היחסים בין שני הפוסקים. בסימן מ"ח הרמ"א חולק כבוד לר' יוסף קארו וכותב בזה הלשון: "אשר מימיו אנו שותים מקנקנו... על כן אתפלל אל ה' על העתיד להאריך ימי מורנו ורבנו, נשיא אלקים בתוכנו... והנה חלילה להמרות דברי מכ"ת דמר וכל החולק

יוצא אפוא שהרמ"א ייחס חשיבות לחיבורם של ספרי קודיפיקאציה במערכת דיני ההלכה, שלא כרבו, רבי שלום שכנא. על זה יעידו שלושת ספרי ההלכה שחיבר: "דרכי משה", "תורת החטאת" והגהותיו על השולחן ערוך, הלוא היא ה"מפה".

## 1. "דרכי משה"

אלון סובר שדרכו הקודיפיקאטיבית של הרמ"א התגבשה בשלבים. תחילה הועיד הרמ"א לספר ההלכות שתי מטרות: קיבוץ שיקולי הדעת של חכמי ההלכה לנושא הלכתי מסוים. וריכוז שיקולי הדעת בדרך נוחה וקצרה.<sup>3</sup> הרמ"א מסביר בהקדמתו לספרו "דרכי משה" את מניעיו לחיבור הספר ההולם את שתי המטרות האלה, וזה לשונו:

דברי הגמרא והגאונים ורי"ף, והתוספות והרמב"ן והפוסקים ראשונים והמרדכי והאשר"י והטור הם האחרונים, כי המה באו לפני ולפנים ובראש כל המחברים הם נמנים וכאשר פסקתי מהם לפעמים דברים ברורים, באו אחרים... והראו מתוך תשובת החכמים... כתשובת הרא"ש והרשב"א ומהרי"ק, והריב"ש ומהרא"י, המה האנשים הגדולים אשר עיני אנשים מאירים... גם דברי מהר"א ומהרי"ל ומהרי"ף... ועל ידי זה דברי על פי הקדמונים היו שבורים ונחשבתי עם חבירי כבוערים.<sup>4</sup>

כלומר הרמ"א נוכח שהמסקנות שהעלה מתוך פוסקים אלה לא היו נכונות תמיד, ולדעתו, פסיקה נכונה של ההלכה יכולה לבוא לאחר העיון בדעותיהם של כל החכמים האלה. ואולם הרמ"א נוכח לדעת שעיון וחיפוש אחר כל הדעות ומציאתן מלאכה קשה היא עד מאוד, ואין הפוסק יודע תמיד אם עמדו לנגד עיניו כל הדעות. לכן הסיק הרמ"א שיש צורך בספר שיקבץ את כל הדעות שבכל עניין ועניין בדרך נוחה וקצרה שתסייע לפוסק בשיקול דעתו ויהיה סמוך ונסמך לספר אחר שכבר הוחל בו במלאכה זו. ואלה דברי הרמ"א:

ונתן בלבי לקוצרו ולבאר דברי התשובות בקצרה, ובזה הדרך שכן נהורא והיתה דעת סדורה בדברי התשובות וצעתם במשנה ובגמרא...

---

עליו כחולק על השכינה". אמנם אנו רואים את הערכתו לר' יוסף קארו, ואולם הוא מדגיש: "דברי התשובה תורה הם וללמוד אני צריך ולא אוכל לעמוד עליה אם לא בשנשא וניתן על זה". ראוי לציין שלאחר שבדק הרמ"א בקפדנות את כל התשובה וביטל את ראיותיו והוכחותיו, ביטל דעתו, וכך כתב: "נגד דעת מעלת הדרת כבוד תורתו דמר ועליו יש לסמוך באיסור דאורייתא כ"ש בממון קל".

<sup>3</sup> אלון, המשפט העברי, עמ' 1123.

<sup>4</sup> הקדמת הרמ"א ל"דרכי משה הארוך" על טור אורח חיים נדפסה בפיורדא תק"ק, ול"דרכי משה הארוך" לטור יורה דעה, זולצבאך תנ"ב.

ללקוט כל חידושי הפוסקים ביחד, כדי שיהיו בידי כאחד ולכותבם  
לזכרון.<sup>5</sup>

והספר שיהיה נסמך לחיבורו, הלוא הוא :

ספר הטורים, כי דבריהם נאה מסודרים, ובקל אפשר למצוא בו  
מבוקשו... הן זקנים הן נערים... וכל חידושי הפוסקים והתשובות  
ביחד חברתי, וסדר בעל הטורים בהם סדרתי... והיה חפצי רק  
בתכלית ולא באורך הצעות, ולפעמים הנחתי אורך הדברים מפני  
הלאות, ולכן בכל מקום הכלל והעיקר לקחתי והשאר הנחתי.<sup>6</sup>

יוצא אפוא, שזאת מטרתו הראשונה של הרמ"א בדרכו הקודיפיקטיבית ובה החל, אך  
אגב כתיבת ספרו הכניס בו שינוי ניכר הן מבחינת מטרותיו הן מבחינת צורתו, היות  
שבניית הגיע "בית יוסף" של ר' יוסף קארו למרכז היהודי בפולין וגם לידיעת הרמ"א.  
אז נוכח הרמ"א לדעת שר' יוסף קארו כבר חיבר ספר ההולם את המטרה שהועיד לספרו  
"דרכי משה". הרמ"א אף הדגיש את הערכתו למחבר,<sup>7</sup> וציין שהספר עולה על ספרו "דרכי  
משה" בעניינו ובהיקפו והיה "ימים רבים בזו המבוכה".<sup>8</sup> ואולם לאחר שעייין ב"דברי ספר  
בית יוסף ואחריתו",<sup>9</sup> גילה שיש שלוש סיבות להמשיך במפעלו "דרכי משה" ובשיטתו  
הקודיפיקטיבית (זיו מביא טעם רביעי שיובא בהמשך הדברים) :

## 2.1 סגנון תמציתי וקצר

לדעת הרמ"א, הדרך הטובה מכולן היא להביא דברים בקיצור ובתמצית, משום  
שאריכות הדברים היא אחד הגורמים למניעת הלימוד והעיון בחומר, וזה לשונו :

---

<sup>5</sup> בהקדמה שם.

<sup>6</sup> שם. ראוי לציין ש"בית יוסף" חיפש גם הוא ספר לצרף אליו את חיבורו ובחר בטור כספר נסמך, וזה  
נימוקו : "ולא ראיתי לעשות ספר זה חיבור בפני עצמו כדי שלא אצטרך לכתוב דברי מי שקדמני,  
ולכן הסכמתי לסמכו לא' מהפוסקים המפורסמים, ועלה בדעתי לסמכו לספר הרמב"ם ז"ל להיותו  
הפוסק היותר מפורסם בעולם, וחזרתי בי מפני שאינו מביא אלא סברא א' והייתי צריך להאריך ולכתוב  
סברות שאר הפוסקים וטעמים ולכן הסכמתי לסמכו לספר ארבע טורים שחבר הרב רבינו יעקב בן הרא"ש  
ז"ל, כי הוא כולל רוב דעות הפוסקים".

<sup>7</sup> שו"ת הרמ"א סימן מח ובהקדמה שם, וזה לשונו : "ובהגיע טו"ר אסתר... בשמעי נר ישראל ראש הגולה,  
ארי מסבכו עלה... וחיבר ספר בית יוסף אשר כל רואיו ידעון מעלתו ואת טובו ואת רוב טוב הצפון בקרבו,  
אז נבהלתי שפועל ריק פעלתי, ושיגעתי לריק ולבהלה, ושנתי ממני בחנם גזלתי... כי דברי נגד חכם הנ"ל  
כאין נחשבו... ואם באחת במקום אחר יעננה, כי בידיעתו הכוללת להקיף הכל... דבר אחד ממנו לא נפלי".

<sup>8</sup> בהקדמה שם.

<sup>9</sup> בהקדמה שם. הרמ"א לא עמד להביא בספרו את כל הדעות שבכל עניין ועניין, אלא "וכפי מיעוט שכלי  
בררתי היפות מתוך הרעות" (שם).

אחיים עניי הדעת שלא יאמרו שתקפה עליהם משנתם ואין שכלי מגעת להבין ולהורות מתוך אורך הדברים אשר להם ללאות... ועוד כדי להשמר מן השגיאה דבר אחד הוספתי, כי סהדי במרומים כי בכל מקום את עצמי שמרתי לומר דבר בשם אומרו לא חסרתי ולא העדפתי ועל כן מי שלא יספיקו לו קיצור אמרי הנה בכל מקום כתבתי מראי מקום על דברי, והדברים כתובים וערוכים בספרים הנמצאים לפניו ואם לא יאמין יחקור ויראה בעיניו.<sup>10</sup>

יוצא אפוא ששיטתו הקודיפיקטיבית של הרמ"א מועילה לשני סוגי לומדים: עניי הדעת ויכולו ללמוד ולהפעיל את שיקול דעתם מחד, ועשירי הדעת ששיקול דעת רחב ודורשי מקורות יוכלו לעיין במראי המקומות מאידך. דרך זו שונה מדרכו של "בית יוסף", וכלשונו של הרמ"א: "בידיעתו הכוללת... דבר אחד ממנו לא נפל".<sup>11</sup>

## 2.2 הבאת שיטת חכמי אשכנז

סיבה אחרת לחיבור "דרכי משה" היא שר' יוסף קארו לא הביא בספרו "בית יוסף" חלק ניכר מספרות החידושים, ספרות השאלות והתשובות וספרות הפוסקים של חכמי אשכנז. לדעת הרמ"א, בזה יש פגם בספר שמטרתו לקבץ את כל החומר ההלכתי, והשמטת דעותיהם של חכמי ההלכה אלה עלולה להשפיע על שיקול דעת הפוסק והכרעתו בהלכה, ואלה דבריו:

ושהוספתי על דבריו כמה וכמה, ופרצתי נגבה וימה בדברי הראשונים והאחרונים... כתבתי הרבה תשובות הגאונים ותשובות האחרונים כתשובות. מהרא"י אשר לא יכזבו מימיו והמחבר בית יוסף לא ראוה מימיו... ואשר לא הביא כלל כגון חידושי דיני אור זרוע ואגודה ושערי דורא... ושוב חידושים מקובצים אשר דברי חידושיהם רבו מלמנות.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> הקדמה שם.

<sup>11</sup> שם. עד כמה דגל הרמ"א במלאכת הקיצור אפשר להיווכח מהבאת דבריהם של חכמי ההלכה, ואלה דבריו: "כי דעתי הי' לקצר ולהבר האוכל מתוך הפסולת, בכל היכולת, לכן לפעמים שמרתי הטעמים בלא המלות, ולפעמים הנחתי הפרטים ולקחתי הכללות, כי זהו עיקר המכוון בכוונתי, ומכל מקום כתבתי על המאמר ההוא 'עכ"ל', אעפ"י ששניתני... כי מלת לשון נאמר על ג' חלקים נאמר על האבר הנקרא לשון והוא ידוע ונאמר על ענין השמועה כמו שכתוב אל עם אשר לא תשמע לשונו ושמעתיו גם כן אל כוונת המדבר והיינו כי הלשון הוא קולמוס הלב ומוציא לחוץ כל רעיונו, ולכן כתבתי עד כאן לשוני." יוצא אפוא שהרמ"א עיבד את האמור בתשובה והוציא ממנה את הרעיון המרכזי והחשוב – הטעמים בלא המילות, אך סיים "עד כאן לשוני", כלומר כוונתו היא שעד כאן רעיונו של אותו מחבר שהוא מביא את דעתו (שם).

<sup>12</sup> לדעת זיו, אחד הטעמים העיקריים שהביאו את הרמ"א לחבר את השגותיו על "בית יוסף" ועל ה"שולחן ערוך" היה העדר הבאתם של מנהגי פולין ואשכנז בחיבורים אלה. הרמ"א אסף את המנהגים שהיו קיימים במשך דורות רבים, בין להחמיר בין להקל, ולאחר שיקול דעת וליבון כל נושא, נתן להם

### 2.3 הלכתא כבתראי

הנימוק השלישי של הרמ"א להמשיך בחיבורו "דרכי משה" הוא כללי הפסיקה והכרעת הדין שקבע ר' יוסף קארו בספרו "בית יוסף". הרמ"א חולק מכול וכול על כלל הפסיקה שקבע ר' יוסף קארו, ששלושת עמודי ההוראה שיש לפסוק לפיהם הם הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש, כיוון שכלל זה נוגד את העיקרון "הלכתא כבתראי"<sup>13</sup>, שלפיו יש לתת עדיפות בהכרעת הדין לחכמי ההלכה המאוחרים על פני דעותיהם של חכמי ההלכה הראשונים, וזה לשון הרמ"א:

השלישית, והיא עיקר והיא התכלית המבוקש כזו המחקר. כי ידוע שהרב המחבר בית יוסף, בטבעו אל הגדולים נכסף, ופסק הלכה, בכל מקום על פי שנים ושלושה עדים, המה הגאונים הנחמדים הרי"ף והרמב"ם והרא"ש, בכל מקום ששנים מהם לדעת אחת נצמדים ולשאר רבנותא אדירי התורה לא חש עליהן, כך במקום הגדולים עמד לפסוק הלכה כדברי שניהם ואף כי הם קמאי ולא בתראי ולא חש לדברים שצווחו בו קמאי דנמאי. הלא הרי"ף שפסק בכל מקום כבתראי ולא לחוש לקמאי...<sup>14</sup> ועל ידי זה הדבר סותר כל המנהגים אשר באלו המדינות.<sup>15</sup>

---

תוקף חוקי והחליט איזה מן המנהגים הקיימים ראויים להיכלל בחיבוריו (זיו, רבינו משה איסרליש (רמ"א), עמ' ריט). על מנהגי אשכנז, ראו ר, ש אלפנביין, "מנהגים של כל השנה מאשכנז, לרבינו יצחק מדורא", חורב, י' (תש"ח), עמ' 129-184.

<sup>13</sup> ראו להלן דיונו בנושא הלכתא כבתראי בפרק שביעי.

<sup>14</sup> הרי"ף מרבה לצטט מ"תלמודא דבני מערבא", הלוא הוא התלמוד הירושלמי, אך כשההלכה שבתלמוד הבבלי סותרת את ההלכה שבירושלמי, גם אם הניגוד אינו מפורש אלא רק משתמע, הרי"ף מכריע על פי התלמוד הבבלי. דרך הכרעה זו שקבע הרי"ף היא עקרון פסיקה שנקבע עוד בתקופת הגאונים, שמימיהם של אבבי ורבא ואילך "הלכתא כבתראי", וכך כתב הרי"ף: "דכיון דסוגיין דגמרא דילן להתיירא לא איכפת לן במאי דאסרי בגמרא דבני מערבא, דעל גמרא דילן סמכין דבתרא הוא, ואיזהו הוי בקיאי בגמרא דבני מערבא טפי מיין ואי לאו דקים להו דהאי מימרא דבני מערבא לא דסמכא הוא לא קא שרו ליה אינהו" (רי"ף, סוף מסכת עירובין סוף סימן תרפז).

<sup>15</sup> בהקדמה שם. הרמ"א חולק על כלל הפסיקה אבל נוהר ומוזהיר מלראות בהכרעתו שלו עצמו הכרעה סופית ומחייבת, אף על פי שהכרעתו מסתמכת על "הלכתא כבתראי", וזה לשונו שם: "וכתבתי אצל כל דבר הכי נהוג וטעמא ונימוקו עמי ובכל דבר כתבתי עליו שם אומרו אם לא אמרתי מעצמי ואז כתבתי 'נראה לי' להיות נקרא בשמי ואם באולי טעיתי אתי תלין משוגתי ולא יהא נתלה באחרים סרחוני ושגגתי... לכן יראתי... אם אכתוב סתמא בדרך ברי ולא בשמא, אולי יסמכו עלי הבאים... לכן אמרתי להעלות שמי על דברי ומעתה ניתן הרשות לכל הרוצה לחלוק על אמרי והרוצה לסמוך עלי יבא ויסמוך... מכל מקום אין לציין אלא מה שענינו ראות".



### 3. הספר "תורת החטאת"

שלושת העיקרים הנזכרים לעיל בספר "דרכי משה" הרמ"א חוזר ומדגיש גם בספר ההלכה השני הגדול שחיבר – "תורת החטאת"<sup>16</sup>. בהקדמה לספר דן הרמ"א בצורך לעמוד על דעת חכמי ההלכה האחרונים<sup>17</sup> וחוזר ומזכיר שאת פסקיו הוא מייסד על הפוסקים האחרונים שהאשכנזים נוהגים לפיהם ולא נזכרו ב"בית יוסף". עקרון פסיקה חשוב אחר למדים בהקדמתו, וכך נאמר שם:

כי לפעמים כתבתי להקל, בהפסד מרובה, או לעני בדבר חשוב או לכבוד השבת. והוא מטעם כי באותם מקומות היה נראה לי כי היתר גמור הוא אליבא דהלכתא, רק שהאחרונים ז"ל החמירו בדבר, ולכן כתבתי שבמקום דלא אפשר יש להעמיד הדבר על דינו.<sup>18</sup>

כלומר אם מצד הדין הדבר מותר, אך האחרונים החמירו ואסרו, למרות הכלל "הלכתא כבתרא" הרמ"א בודק אם יש סיבות מיוחדות להקל, כגון "הפסד מרובה" אדם "עני" בדבר חשוב או "כבוד השבת".<sup>19</sup>

<sup>16</sup> "תורת החטאת" עניינו דיני איסור והיתר שמובאים בספר "שערים באיסור והיתר" הידוע בשם "שערי דורא" לר' יצחק ב"ר מוליר מדורא. על מטרת חיבור הספר כתב הרמ"א בהקדמתו: "עכשיו בדור אחרון הזה, אשר נעתק ונדפס הספר הזה (שערי דורא) כמה פעמים, כי כל אדם חושק בו לרוב קיצורו ורוצה ללמוד תורת איסור והיתר על רגל אחד כי לא כוונתי רק לדקדק במנהגי האחרונים ז"ל, כדי לידע ולהורות כיצד נוהגין. ובנה דברי האחרונים ז"ל הוא העיקר, גם עם מה שראיתי רבתי נוהגים והוא צורך גדול בזה כדי לעמוד על האמת בכל דבר. גם כי הרבה דינים אין אנו נוהגים כמסקנת הרב הגדול הגאון מהר"ר יוסף קארו, אשר כבר נתפשטו ספריו בכל ישראל, ואם יפסוק אדם אחרי דבריו בפרט בדיני איסור והיתר אשר יסד בשולחן ערוך שלו יסתור כל מנהגים שנוהגים בהם במדינות אלו". בתשובותיו בסימן ז' מוצאים שהרמ"א חש היטב באחריות הגדולה המוטלת עליו כשהוא פוסק הלכה למעשה, וכך הוא כותב למהרש"ל: "ואני אומר שיש לחוש מפני החסרון להטריף ולהוסיף על הטריפות דבר שלא שער בו אבותינו ולא חלקו בו בשום מחבר... ולכן צריך דקדוק בדין זה, כי הוא דבר הרגיל לבא תמיד ויש לחוש שמא יראו התלמידים ויקבעו הלכה לדורות, ועל כן אבקש ממעלת אדוני שיכתוב לי בזה גמר דעתו לעניין הלכה למעשה, כי באמת אילו בא מעשה לידי הכשרתיו לולא דברי אדוני שאני חושש בהן להחמיר".

<sup>17</sup> בהקדמתו הוא כותב: "כי לא כוונתי רק לדקדק במנהגי האחרונים ז"ל כדי לידע ולהורות כיצד נוהגין ובזה דברי האחרונים ז"ל הוא העיקר, גם עם מה שראיתי רבתי נוהגים".

<sup>18</sup> הרמ"א מוסיף שם: "וכן מצינו בקמאי ובתראי דעבדי הכי, כותב מהר"י מינץ סי' טו דעני כל ימות החול ועשיר בערבי שבתות שווין הן, ומכל מקום המנהג לומר להם הטעם, זה מפני עניו וזה מפני כבוד השבת, כדי שלא יתמהו שלפעמים אוסר ולפעמים מתיר, עכ"ל". כלומר יש כאן חיוב שהפוסק ינמק את שיקול דעתו בהלכה שפסק להם.

<sup>19</sup> ספר "תורת חטאת" הביא גם למחלוקת בין המהרש"ל לרמ"א. כידוע, שני גדולים אלה היו ידידים המכבדים זה את זה, והמהרש"ל כתב אליו בהערצה אף שהיה גדול מן הרמ"א בשנים. למשל, בשו"ת הרמ"א, סימן ו' כותב המהרש"ל: הלא כבר ידעתי שד' נתן לך חכמת אית"ן האזרחי לפרוק ולפרק ואף

### 3.1 התנגדות ל"תורת חטאת"

לאחר הדפסת הספר "תורת חטאת" יצא נגדו חברו ר' חיים ב"ר בצלאל, אחיו הגדול של המהר"ל מפראג, בביקורת חריפה מאוד. הוא ראה בספר הזה ספר קודיפיקאטיבי, ולדעתו, ספר כזה פוגע בשיקול דעת הפוסק ומהווה סכנה ללימוד התורה. בהקדמה לספרו "ויכוח מים חיים" נותן ר' חיים את נימוקיו לביקורתו על הרמ"א ומקשה על פסקיו ומפרקם.<sup>20</sup>

אמנם ביקורתו של ר' חיים הייתה מכוונת נגד הרמ"א, ואולם נשמעים בה גם הדים חזקים של כל המתנגדים לקודיפיקאציה ול"שולחן ערוך".<sup>21</sup> כאז כן עתה, יש התנגדות חזקה לקביעת סמכות פסקנית עליונה. לדעת ר' חיים, יש לתת לפוסק חירות בהפעלת שיקול דעתו, וכך הוא כותב בהתייחסו אישית לרמ"א בפרט ולקודיפיקאציה בכלל:

כל מחברי ספרים כאלה רק חשבו להטות אליהם את העם במתק דבריהם ולהקל מעליהם טורח הלימוד הקשה כדי להגדיל התורה ולהאדירה, אבל לא הועילו דבריהם... רק שכל עוד שהקילו הלימוד הם הוסיפו עצלות לסמוך על הספרים המונחים בקרן זוית מאין פנות אליהם. והן עתה רבו עמי הארץ יותר מה שהיו בימי הקדמונים... ואין כל ספק אצלי שגם לראשונים היה לב לחבר ספרים מיוחדים הכוללים כל דיני איסור והיתר ולהסיר המכשלה, כמו שעשה הרב ז"ל

לטהר את השרץ במ"ט פנים. ולרוב חיבתך יגעתי ביום ה' אחר הישיבה וגרמתי הפסק, ובודאי אם תעיין בו היטב ואח"כ תחזור ותעיין בדבריך תראה אף שהנפשות קרובות הלבבות רחוקות... סוף דבר אני מקבל עלי מהיום שאהבתך תהיה חקוקה בלבי". סיבת המחלוקת היא שהרמ"א הכניס בספרו "תורת החטאת" כמה הגהות על פסקי המהרש"ל בלי להזכיר את שמו ורק כתב "להוציא מלבו של חכם אחד". יצוין שאין המהרש"ל מתרעם על שהרמ"א חלק על שיקול דעתו אלא על שלא עיין בספרו תחילה. את כעסו על הרמ"א הביע המהרש"ל בספר "ים של שלמה" למסכת חולין, פרק ראשון סוף סימן כט, וזה דברו: "אחרי הדברים האלה הוגד לי איך שהמהר"ם השיג עלי בס' תו"ח שלו, שכתב ע"ד מהרא"י בשם מהר"י טרושין וכו', ואע"פ שפשוט הוא כתבתי להוציא מלבו של חכם אחד שהתיר בלא נמלח כלל, עכ"ל מהר"ם מקראקא, ואמרתי אני אם בן חכמים וגדולים אני מ"מ אין אני חכם לא בעיני ולא בעיניו, ובודאי על חכם אחד מאן דהוא כוון להשיג. והנה אמרו לי תלמידיו להדיא שעלי היתה השגתו, ונתגלגל הדבר בראות פנים והודה לי. ושאלתי את פיו איך עלה על דעתך להשיג עלי ולא עיינת בהגהות איסור והיתר שלי, וגם לא אית בספר הגדול בפ"ק וחולין... והשיב אמת שכך שמעתי שגם אתה אסרת בלא נמלח, אבל מה לך בכך הלא לא הזכרתי שמך בהדיא אלא כתבתי להוציא מלבו של חכם אחד וגבה טורא בינינו והלך לו לדרכו ונתבקש בישיבה שלמעלה".

<sup>20</sup> זיו, רבינו משה איסרליש, עמ' קמג-קמה; אלון, המשפט העברי, עמ' 1145-1149; הורוביץ, הרמ"א, עמ' 32-34. ספרו של ר' חיים יצא לאחר פטירת הרמ"א.

<sup>21</sup> בדיונו על אודות ההתנגדות לשו"ע הבאנו את דברי ר' חיים נגד הקודיפיקאציה באופן כללי. כאן אנו מתמקדים ברמ"א. ראוי להעיר שר' חיים אינו מזכיר בהקדמתו את הרמב"ם וה"שולחן ערוך", אבל בדבריו נשמעים הדים חזקים למלחמתו בקודיפיקאציה.

ויותר ממנו, אבל לא חשבו זה להסרת המכשול רק לגורם מכשול  
כאשר בארתי... בעת שלמדנו יחד בישיבת הגאון המופלא מוהר"ר  
שכנא ז"ל ושמענו מפיו השערים מדורא, אנחנו תלמידיו הפצרנו בו  
פעמים הרבה שיראה לחבר וללקט יחד את דיני אסור והיתר בסדר  
נכון, ואמר נואש לדברינו. ואין ספק אלא מטעם שכתבתי.<sup>22</sup>

#### 4. "המפה"

"המפה" הן ההגהות שהרמ"א פרש כמפה על ה"שולחן ערוך" ומבוססות על חיבורו "דרכי  
משה". שתי מטרות היו לרמ"א בהגהותיו על ה"שולחן ערוך". האחת – לבטל את  
הסמכות שנטל ר' יוסף קארו לפסוק על פי שיקול דעתו, משל ניתנו הפסקים מפי משה  
ומפי הגבורה, וכך לפתוח את דלתות ההלכה בפני התלמידים למען יוכלו לשאת ולתת  
בהלכה. המטרה השנייה – להנהיג את מנהגי אשכנז ופולין,<sup>23</sup> שהיו חשובים מאוד בעיניו.  
כשהגיע ה"שולחן ערוך" לידי הרמ"א, יצא נגדו בתרעומת גדולה ובדברים חריפים  
מאוד,<sup>24</sup> וכך כתב בהקדמתו להגהותיו ל"שולחן ערוך":

<sup>22</sup> בהקדמה לספרו "ויכוח מים חיים".

<sup>23</sup> לדעת הרמ"א, יש למנהג מקור ושורש עמוק בחיי העם, לכן הוא הוקיר מאוד את המנהגים. גם אם  
כמה מהם מנוגדים להלכה ואין נימוקם ידוע, התאמץ מאוד למצוא להם טעמים ולהוכיח את צדקתם.  
אבל פעמים שהוא אומר "מנהג טעות הוא", או "ואי איישר חילי אבטל המנהג, כי מנהג טעות הוא ואין לו  
טעם לסמוך עליו" (יו"ד סימן ק"ס, סעיף י"ח וכ"ב, ד"מ). ראוי לציין שהרמ"א הקפיד על שיקול דעת  
ודרש לשמוע את שני הצדדים. הלוא הלכה ידועה היא שאסור לדיין לדון עד שישמע טענות שני הצדדים.  
על הדיין לחקור ולדרוש כפי יכולתו את כל פרטי הסכסוך. הלכה זו היא יסוד חשוב בהפעלת שיקול דעת  
הפוסק. מכל מקום הרמ"א הדגיש דבר זה בכל הזדמנויות, וכך כתב: "ולכן פשיטא דא"א לדון בדבר בלי  
שמיעת טענות הנתבע, כי התורה אמרה שמוע בין אחיכם, ואף כי זה דבר פשוט נוכל ללמדו מדרכי  
השו"ת. כי כל דרכיו משפט ודרכיו דרכי נועם ונתיבותיו שלום... כי אף בדבר שברור לדיין שיתחייב  
הנתבע, עכ"פ צריך לשמוע טענותיו תחילה" (שו"ת רמ"א, סי' כג). וכך כתב בסי' ע"ה: "כי אף הקב"ה  
אינו דן האדם אלא באשר הא שם, ואיך חכם יראה את הנולד, ואין לנו לדון אלא לפי הזמן והמקום",  
כלומר שיקול דעת הפוסק הוא לפי הנתונים שבימיו, ואל לו לצפות את הנולד. ובסוף סימן קטז כתב:  
"ואין לדיין בזה אלא מה שענינו ראות"; ראו, תיק 1366/תשט"ו, פד"ר א, מיכאל נסט נ. ועד בית המדרש  
המרכזי בחיפה, עמ' 330-331; תיק 2535/י"ט פד"ר ג, אברהם קיסרמן נ. הרב אלכסנדר דירנפלד מנהל  
ת"ת בעל"ז, עמ' 272-287; על הגהות על השולחן הערוך ראה י' נסים, "הגהות" על שלחן ערוך, בתוך: ר'  
יוסף קארו, קובץ בעריכת י' רפאל, ירושלים תש"ט, עמ' 64-88; "הגהותיהם של רבי יעקב קאשטרו ורבי  
יעקב צמח, על שלחן ערוך" ספונות, ב (תשי"ח), עמ' 89-102; "הגהות הרמ"א על שלחן ערוך" בתוך: סיני,  
ספר היובל (תשי"ח), עמ' 29-39.

<sup>24</sup> טשרנוביץ מקשה שלכאורה שתי המטרות האלה נראות סותרות זו את זו. מצד אחד הרמ"א רצה לבטל  
את כוח ההכרעה של ההלכה הפסוקה שלקח לעצמו ר' יוסף קארו, ומצד שני חיזקו בזה על ידי שהוא  
עצמו עשה בהגהותיו שו"ע שני שכוחו ככוח השו"ע של המחבר. טשרנוביץ מיישב את הסתירה ומשווה את  
השגותיו של הרמ"א להשגותיו של הראב"ד על הרמב"ם ומסיק שאין הדברים דומים. הראב"ד בהשגותיו

ולא זה השולחן, אשר ערך לפני ה' ולא נתנו עדיין לבני אדם אשר במדינות אלו, אשר רובי מנהגיו במדינות אלו לא נהיגין כוותיה<sup>25</sup> ... כי כבר אמרו ז"ל אין למדין מן הכללות, כ"ש מן הכלל שכלל הגאון הזה לעצמו, ועי"ז נתפשטו בספריו הרבה דברים שאינן אליבא דהלכתא לפי דברי החכמים שמימיהם אנו שותים, שהם הפוסקים המפורסמים בבני אשכנז וצרפת... אשר אנו מבני בניהם, ואני ראיתי כי דבריו בשו"ע כנתנו מפי משה מפי הגבורה ויבואו התלמידים הבאים אחריו וישתו דבריו בלא מחלוקת, ובזה יסתרו כל מנהגי המדינות.

טשרנוביץ סובר שהגהות הרמ"א יש בהן הרבה חילוקי דעות על פסקי ר' יוסף קארו, חילוקי מנהגים ותוספות מרובות, אך יותר משליש מהן יש להן ערך של פירושים והסברים, נתינת טעמים, הערות והארות, הוספות וביאורים. כך הצליח הרמ"א להכשיר את ה"שולחן ערוך" שיהיה שווה לכל נפש ויתקבל על כל האומה.<sup>26</sup>

רצה בעיקר לבטל את כוח ההכרעה של הרמב"ם, וכך כתב טשרנוביץ: "הראב"ד בקש ביחוד לבטל את כוחו של הרמב"ם האיש מפני הטעמים שהסברנו ובמקומו, לפי זה שיטתו היתה שלילית, כלומר הוא בקש לבטל את כוח ההכרעה של הרמב"ם יותר מההכרעה עצמה, ולפיכך לא היה מעוניין כל כך לתת הכרעה אחרת כנגדה, והצטמצם רק בציון הפוסקים ששם מצא מקום להשיג, כי על ידי כך השיג את מטרתו לבטל את גדלו של הרמב"ם בעיני מעריציו, כדי שלא יהיה לספרו מהלכים במחנה הפוסקים, כי 'סבר לתקן ולא תיקן'. מה שאין כך הרמ"א בהגהותיו על השו"ע, הוא היה חיובי, הוא לא התנגד להכרעותיו של מהרי"ק עצמו, אדרבה הרמ"א התייחס למהרי"ק בכבוד ובהערצה, אלא שהתנגד לזה שהכריע ללכת אחרי הרי"ף והרמב"ם הספרדים והזניח את דעות חכמי צרפת ואשכנז, ובכלל התנגד לשיטת ההפסקה שיסודה הלכה פסוקה אחרונה על פי דעה אחת, אלא שההכרעה צריכה להיות נתונה להמורה על פי שיקול דעתו להכריע פעם כדעה זו ופעם כדעה אחרת" (תולדות הפוסקים, חלק ג, עמ' 46-47). עוד הבדל שמביא טשרנוביץ שם הוא שהרמ"א ביקש לשמור על מנהגי אשכנז ופולין. לכן כשהרמ"א הודה לשו"ע, לא זו בלבד שלא השיג עליו, אלא אף חיזק אותו וגם פירש הרבה מקומות סתומים שבו, כדי שיהיו ראויים לכל אחד.

<sup>25</sup> מלבד הגהותיו על השולחן ערוך הוסיף הרמ"א פירושים וביאורים לדברי השו"ע – ביאורי מלים וביאורי עניינים, והכניס תיקוני לשון והסביר ביטויים סתומים. הרמ"א העיר פוסקים שנראים לו סותרים זה את זה. פריסת ה"מפה" על ה"שולחן ערוך" סייעה רבות להתפשטותו באומה (טשרנוביץ שם עמ' 47). טשרנוביץ מדגים ומביא סעיפים שמיוסדים על משא ומתן בגמרא ואינם מובנים כשהם לעצמם בהעדר עיון במקור או פירוש מובהק והפירוש ניתן על ידי הרמ"א, וכך כתב: לדוגמא לשון המחבר: "אין נזקקין אלא לתובע תחילה ואם זיילי נכסי נזקקין לו תחילה" (חו"מ סי' כד א'), שאינו מוסבר אלא על פי המשא ומתן בגמרא... והרמ"א הוסיף על זה פירושו: "כגון ראובן תובע שמעון כו" (שם, עמ' 48). ראה נ' יצחק, "הגהות הרמ"א על השולחן ערוך" בתוך: סיני, ספר היובל (תשי"ח), 19-39; "הגהות על השולחן ערוך", בתוך: ר' יוסף קארו, קובץ בעריכת י' רפאל ירושלים, תש"ט, 64-88; "הגהותיהם של רבי יעקב צמח על השולחן ערוך" בתוך: ספונות ב' (תשי"ח), עמ' 89-102.

<sup>26</sup> טשרנוביץ שם, עמ' 57. בעל הסמ"ע העיר על הגהות הרמ"א ל"שולחן ערוך", חושן משפט קכא, ט; ומוסיף הרמ"א בהגהה: "והמלוה אומר: לא עשיתיו שליח ולא קבלתיו, ישבע השליח שנתם למלוה". על

#### 4.1 מקורות לפסקי הרמ"א

הרמ"א לא ציין מקורות לדבריו. בהקדמתו לשולחן ערוך או"ח שנדפס בחייו הוא כותב:

ואף כי דברי הם סתומים וחתומים ואין ערך להם עם דברי הגאון, כאשר כל דבריו נמצאים בספרו הגדול בית יוסף, מכל מקום הלכתי בדרכו לכתוב הדברים סתמא, כי לרוב גם דעתי בספרו תמצאהו והמעין יבחר, ואם לא ימצאהו ידקדק בדברי האחרונים אשר נתפשטו במדינות אלה... וימצא מבוקשו. כי מעט מזער הוספתי מדעתי וכתבתי כן נראה לי להודיע כי ממני יצאו הדברים.

הרמ"א עצמו התרעם על שר' יוסף קארו כתב את דבריו כ"דברי משה מפי הגבורה" ולא ציין את מקורותיו, אבל הוא מביא שני נימוקים מדוע לא ציין אף הוא את מקורותיו: כדי ליצור אחדות בין דבריו לדברי ה"שולחן ערוך" ומשום שבדרך כלל המקורות נמצאים גם ב"בית יוסף". לדעת זיו, מראי מקומות מסוימים צוינו על ידי אלמונים, שכירי המו"לים, אך אלה לא השכילו למצוא תמיד את המקום הנכון לדבריו של הרמ"א.<sup>27</sup> ראוי לציין שהמקורות חשובים לשיקול דעת הפוסק, כנזכר לעיל, ואם אין המקורות נכונים או מדויקים, יש בזה פגיעה בשיקול דעת הפוסק בבואו לעיין בספר הקודיפיקאציה.<sup>28</sup> סימון מקורות ב"שולחן ערוך" מוצאים בפעם הראשונה בדפוס קראקא משנת שפ"ז. שם המו"לים מודיעים שהוסיפו את מקורות מתוך הספר "דרכי משה" כדי לזכות את הלומדים,<sup>29</sup> וכך כתב הסמ"ע בהקדמתו ל"חושן משפט":

כדי להקל על המעיין שמתני בצדי כל דין המראה מקום ומוצא הדין... ולקטטים מדברי הב"י והד"מ... ועיני הרואה יבין וישכיל ההבדל הגדול בין המראה שהעמידו המדפיסים דק"ק קראקא בתוך השו"ע שנדפס מקרוב שם ובין המ"מ והציונים שהצבתי בס"ד.

---

זה כותב בעל הסמ"ע (שם, סק"כ): "כל הג"ה זו הוא חסר בדברי המחבר, והגיהו ותקנו מור"ם בהגהותיו, וכן הוא בטור בסעיף יב, עיין שם". ב"שולחן ערוך", חו"מ קלא, סוף סעיף ד: "וצריך להתיישב בדין זה", ודברי הרמ"א בהגהתו: "כי יש חולקין בזה". עוד דוגמאות ראה ב"תולדות הפוסקים" 49-57.

<sup>27</sup> זיו, רבינו משה איסרליש, עמ' קסח-קסט, ובהערה 184, ואלה דבריו: "ח"ד פרידברג במחברתו על 'תולדות משפחת הורוביץ' פ"א אות ד' מביא שהר"ר שמואל הורוביץ בן אחותו של הרמ"א, שהדפיס את ארבעת חלקי השו"ע עם המפה בקראקא בשנות שע"ח-שע"ט הוא עשה את הדיונים להגהות דודו, ואולי הוסיף רבי שמואל לשכללן, כמו שעשו רבים אחריו".

<sup>28</sup> החיד"א מעיר שבעל "כנסת הגדולה" נדחק לבאר מקור בהגהות הרמ"א ומדגיש שמקורות אלה נעשו אחר הדפסת ה"שולחן ערוך" והגהות הרמ"א ("ברכי יוסף" אורח חיים סימן ת"ע אות ג').

<sup>29</sup> בצד השני של שער שו"ע יו"ד.

הסמ"ע הוא אחד מנושאי הכלים החשובים ל"שולחן ערוך" בטור "חושן משפט". אחת ממטרותיו היא לכתוב מקורות ל"שולחן ערוך" ולדברי הרמ"א.<sup>30</sup>

## 5. הרמ"א והקודיפיקציה

השאלה שעולה לאור מה שהעלינו עד עתה היא אם הרמ"א תמך בקודיפיקציה או שלל אותה. דומה שיש שתי שיטות במחקר.

### 5.1 עמדת זיו

זיו, סובר שחיבור ה"מפה" על ידי ר' משה איסרליש מוכיח שמדובר כאן ביצירה חשובה מאוד, שמחזקת את היהדות, וזה לשונו:

נראה שהרמ"א היה בטוח שה"שולחן ערוך" עם ה"מפה" שלו מהווים יצירה חשובה שיש בה לחזק את היהדות, ולא כמו שחשבו רבים מבני דורם ומתלמידיהם, שספר זה עלול להחליש את כח היהדות ולגרום ליחס של ביטול לגבי הש"ס והראשונים.<sup>31</sup>

חיזוק לדבריו מוצא זיו בדברי הרמ"א:

<sup>30</sup> ר' יהושע ולק ב"ר אלכסנדר כ"ץ היה תלמידים של המהרש"ל והרמ"א. ברשותו היה העתק מכתב יד של הרמ"א. הוא סוקר בהקדמתו לפירושו על הטור וה"שולחן ערוך" את תולדות ההלכה מראשיתה ועד ל"בית יוסף" וה"שולחן ערוך" לר' יוסף קארו ו"דרכי משה" וה"מפה" לרמ"א. הוא שולל את הפסיקה מה"שולחן ערוך" וה"מפה" בלבד, ולדעתו, העדר מקורות הוא אחד הגורמים להרס ההלכה ולכן כאמור אחת ממטרותיו לחשוף מקורות ה"שולחן ערוך" וה"מפה", ואלה דבריו בהקדמתו: "וגם בכל חיבור השולחן ערוך שחברו הגאונים מהרי"ק ומור"ם שמתו לב ודעתי... וראיתי שדעת הגאונים מהרי"ק ומור"ם היתה רצויה, רק שעיני רוב המעינים בו היא סמויה. כי כוונתם היתה שלא יפסקו מתוכו קודם כל דין עם טעמו מהתלמוד ומגדולי המחברים, וכדי שלא יזוזו מזכרונם הדברים חיברו השולחן ערוך להיות עומד לפנייהם למזכרת, מה שאין כן בזמנינו... שרבים חושבים את נפשם כאילו הם מדור דיעה, ורוצים ללמוד התורה על רגל אחד, ומצפצפים ופוסקים מתוך השולחן ערוך, והם מחריבי עמינו, הפכו ברית תורת אלקינו וגורמים רעה לנפשם... כי אף שהגיעו להוראה כל שפוסקים מתוך דברי השולחן ערוך הסתום והחתום אינם מבינים גוף הדברים על בורים הכתובים לפנייהם, ק"ו כשבאים לדמות מילתא למילתא לפי העולה על דעתיהן, מפני גודל קיצור הדברים שכתבו הגאונים בחיבור הלזה". יוצא אפוא, לדעת ר' יהושע ולק כ"ץ, שלא התכוונו מחבר השולחן ערוך והרמ"א שיפסקו מתוך חיבורם אלא לאחר עיון בטור וב"בית יוסף", וחיבורו הוא פתרון וחיידוש בבעיית הקודיפיקציה כדי לאפשר ולקיים את הפסיקה מתוך ה"שולחן ערוך" וה"מפה" ולמנוע תקלה של טעות בגלל אי הבנת הדברים.

<sup>31</sup> זיו, רבינו משה איסרליש, עמ' קס. הרמ"א כותב בהקדמתו ל"דרכי משה" על "אורח חיים": "להביא הדברים בלא אורך הדעות, אשר אלו הדברים הן על התלמידים כמוני ללאות ורצונם לימוד תורה על רגל א' במעט שעות". ובמקום אחר כתב: "כ"ש עכשיו בדור אחרון הזה אשר נעתק ונדפס הספר הזה (שערי דורא) כמה פעמים, כי כל אדם חושק בו לרוב קיצורו ורוצה ללמוד תורת איסור והיתר על רגל אחד" (הקדמתו ל"תורת חטאת").

והנה בדרך זו אחייב עניי הדעת... מאחר שבקצרה השי"ע לפנייהם עם המפה המוצעת וממאכליו העשיר והדל לפי אוכלם ילקוטו, ולמראה עיניהם ישפוטו ומעתה המתעצל עושה בידים רמות.<sup>32</sup>

## 5.2 עמדת אלון

אלה דברי אלון:

הרמ"א ער לסכנה שבהבאת הדברים בקיצורם בלבד קיים חשש שהדברים יובנו שלא כראוי, ונמצא שגם הדין עלול ליחתך שלא כראוי, ואף על פי כן הוא מעדיף את דרך הקיצור, משום שאריכות הדברים היא אחד הגורמים למניעת הלימוד והעיון.<sup>33</sup>

כלומר הרמ"א דגל בדרך הממוצעת. לדעת אלון, הרמ"א השלים את יצירתו הגדולה בתחום ספרות הפוסקים בחיבורו השלישי, "המפה". מתברר שאילו חיבר מרן ר"י קארו את "בית יוסף" בלבד, לא היה הרמ"א מוסיף ומחבר יצירה זו, וכאמור, חיבר אותה רק בגלל הקיצור שב"שולחן ערוך" והחשש שהדברים יובנו שלא כראוי.<sup>34</sup> דומה ששתי השיטות חלוקות. לדעת זיו, הרמ"א ראה בהגהות שכתב יצירה חשובה לקודיפיקציה, ואילו לדעת אלון, הרמ"א לא תמך בדרך הקיצור של ר' יוסף קארו ונאלץ לכתוב את הגהותיו, כדי שדברי ה"שולחן ערוך" יובנו כראוי.

## 6. סיכום ומסקנות

- א. אין דרכו של הרמ"א כדרכו של רבו רבי שלום שכנא בסוגיית הקודיפיקציה. דרכו של הרמ"א היא לקבץ את הדעות שבכל עניין ועניין בדרך נוחה וקצרה, שתסייע לפוסק בהפעלת שיקול דעתו.
- ב. ר' חיים ב"ר בצלאל ראה בספר "תורת החטאת" ספר קודיפיקאטיבי שפוגע בשיקול דעת הפוסק, ובהקדמתו לספרו "ויכוח מים חיים" נימק את התנגדותו.
- ג. הגהותיו של הרמ"א ל"שולחן ערוך" כללו גם ביאור של דברי ר' יוסף קארו. עם סיום הגהותיו התקבל ה"שולחן ערוך" בכל תפוצות ישראל.
- ד. לדעת זיו, חיבור ההגהות על השולחן ערוך חיזק את היהדות.
- ה. לדעת אלון, הרמ"א דגל בדרך הממוצעת, וחיבור הגהותיו על ה"שולחן ערוך" נבע מאילוצים חברתיים, שמא דבריו של ר' יוסף קארו לא יובנו כראוי.

<sup>32</sup> הקדמת "דרכי משה" על "אורח חיים".

<sup>33</sup> המשפט העברי, עמ' 1125-1126.

<sup>34</sup> עם הגהותיו על ה"שולחן ערוך" השלים הרמ"א את יצירתו בתחום ספרות הפוסקים, ומעתה נכלל ה"שולחן ערוך" עם ה"מפה", כל מכלול ההלכה הנהוגה על גווניה ודרכי התפתחותה בעדות ישראל. יש כאן שילוב שיקולי דעת שונים בספר אחד שהתקבל בכל תפוצות ישראל, כנזכר לעיל.

## סיכום לפרק "קודיפיקציה ושיקול הדעת"

א. הצגנו את השאלה מה הייתה כוונתו של רבי יהודה הנשיא בעריכת המשנה. האם התכוון לערוך ספר קודיפיקציה או התכוון להביא לאומה "ילקוט תורה שבעל פה". הבאנו ארבע עמדות להשיב על השאלה:

1. לרבי הייתה מגמה קודיפיקאטיבית. בזה מצדדים רב שרירא גאון, הרמב"ם, אפשטיין ומלמד.

2. מטרת רבי הייתה ליצור "ילקוט תורה שבעל פה". בזה מצדדים רב סעדיה גאון, רב ניסים גאון, ר' שמואל הנגיד, המאירי, אלבק וגולדברג.

3. לרבי הייתה מגמה משולבת, ובה מצדדים רש"י, אורבך ודה-פריס.

4. מגמת רבי הייתה פדגוגית, כלומר ריכוז הספרות, כדי שהתלמיד ילמד בקלות. בשיטה זו מצדד גולדברג.

ב. בתקופת הגאונים נטה רוב הציבור לקודיפיקציה. בקרב מיעוט הייתה התלבטות, ובעניין זה נשאל רב פלטוי גאון. מצאנו שהגאון שולל את הקודיפיקציה, כי היא גורמת למיעוט התורה ואף קיים חשש שהתורה תשתכח. ואולם אין הוא שולל את ספרי הקודיפיקציה כעזר למי שכבר שנה את תלמודו והתעורר אצלו ספק. עוד מצאנו שהגישה המקובלת במחקר היא שמניעי הקודיפיקציה היו התפשטות הקראות וריבוי החומר.

ג. לדעת הר"י מיגאש, שימוש בספרי הקודיפיקציה עדיף על התלמוד בשל ירידת הדורות, ואין מי שיִרד לעומק התלמוד וידלה מסקנות נכונות. לכן מי שמורה מספרי הפסיקה שחיברו הגאונים, בונה את פסק הדין שלו עליהם. לדעת אלון, עמדת הר"י מיגאש השפיעה על הרמב"ם לחבר את ספרו "משנה תורה".

אלה מניעי הרמב"ם לחיבור "משנה תורה":

1. ריבוי החומר ההלכתי.

2. חיסרון ופגם באומה העלולים להיווצר מהעדר ספר קודיפיקאטיבי.

3. "צורך אישי". הרמב"ם מדגיש שספר כזה יעזור לו להתפנות מהחקירה ומהחיפוש ומהפעלת שיקול דעת בבוא אליו שואל בשאלה הלכתית.

4. הבנת הספרות נפגמה, ולא נשאר בזמן הזה מי שיבין את דברי חכמים. נימוק זה דומה לנימוק הר"י מיגאש.

ד. הרמב"ם העדיף בפסיקתו את התלמוד הערוך על המשא ומתן התלמודי. ואלה דברי כמה מן החוקרים בעניין זה:



**עמדת אטינגר** – הרמב"ם העדיף את התלמוד הערוך, על פני המשא והמתן התלמודי אם הסברה מחייבת זאת.

**עמדת לוינגר** – יחסו של הרמב"ם למשא ומתן התלמודי גמיש מיחסו לתלמוד הערוך.

**עמדת סילמן** – שיטתו הקודיפיקטיבית של הרמב"ם, היא המשך למסורת הספרדית מבית מדרשם של הר"ף והר"י מיגאש, שיש להימנע מדעות דחיות ולהתעלם מהמשא והמתן התלמודי.

ההתנגדות לשיטתו הקודיפיקטיבית של הרמב"ם שני טעמים עיקריים לה:

1. ניפוי המשא והמתן התלמודי והבאת ההלכה בלי מקורות פוגעים בשיקול דעת הפוסק.

2. לימוד "משנה תורה" בלי לדעת את התלמוד יכול להביא את הפוסק לטעות בפסיקה.

ה. העלינו את השאלה מהו פועלו הקודיפיקטיבי של ר' יוסף קארו ונימוקיו, והסקנו ש"בית יוסף" נסמך לספרו של ר' יעקב בעל הטורים, ואלה מטרותיו:

1. כל אדם יוכל לקנות לו ידע נרחב מחיבור אחד, מעין אנציקלופדיה הלכתית.

2. לחכם ההלכה יהיו המקורות לעיון להפעלת שיקול דעתו.

3. הדיונים וליבון הסוגיות שב"בית יוסף" ירחיבו את שיקול דעתו של הפוסק בבואו להכריע בשאלות הלכתיות.

דרך פסיקת ההלכה ב"בית יוסף" היא על פי קביעת עמודי ההוראה ועל פי שיקול דעתם ותיקבע לפי הרוב. ר' יוסף קארו מודה שהדרך הטובה היא לדון בכל שיטות החכמים, והפסיקה תיקבע על פי שיקול דעתם, אך שני נימוקים עמדו לנגד עיניו להעדפת שיטתו:

1. מלאכה רבה וקשה היא להספיק לדון בכל הנושאים ההלכתיים ולהגיע למסקנות הלכתיות.

2. עקב ירידת הדורות אין מי שיכול להכריע בין גדולי עולם על פי שיקול דעת איזו סברה תתקבל, ואיזו תידחה.

הקשר בין "בית יוסף" ל"שולחן ערוך" שרוי במחלוקת בין החוקרים:

1. **עמדת אלון** – כשחיבר ר' יוסף קארו את "בית יוסף", חשב לחבר את ה"שולחן ערוך", כלומר "שולחן ערוך" הוא פרי תכנון ראשון ומשתלב עם "בית יוסף".

2. **עמדת טשרנוביץ** – כשחיבר ר' יוסף קארו את "בית יוסף", לא עלה בדעתו כלל לחבר את ה"שולחן ערוך".

לא הרי כללי הפסיקה ב"שולחן ערוך" כהרי כללי הפסיקה שב"בית יוסף". אם "בית יוסף" מבוסס על עמודי ההוראה, הרי ה"שולחן ערוך" מבוסס על הרמב"ם. מפעלו הקודיפיקאטיבי של ר' יוסף קארו עורר תגובות חריפות, והביקורת נמתחה בכמה עניינים:

1. התעלמות ממנהגי אשכנז.
2. אי אימוץ הכלל "הלכתא כביתראי".
3. פגיעה בשיקול דעת הפוסק.
4. השיטה מביאה לעצלות בלימוד תורה.
5. מוטב שהפוסק יטעה בשיקול דעתו כשהוא פוסק מהתלמוד ולא מספרי קודיפיקאציה, וכך הוא אהוב אצל הקב"ה.

הראינו שה"שולחן ערוך" החל להתקבל עוד בימי מרן ר"י קארו. ר' אליהו בן חיים – הראנ"ח, מדגיש שהוראותיו של מרן ר"י קארו התקבלו במקום מושבו. קבלת ה"שולחן ערוך" הייתה הדרגתית מבחינת המיקום, ומבחינת הנושאים שבהלכה. ראינו שהתעוררו כמה שאלות שונות בעלות פן חברתי-מעשי, והפוסקים קבעו שיש לפסוק כדעת מרן ר"י קארו. נושא שחזר ביתר שאת, הוא "קים ליי", שאי אפשר לטעון נגד ה"שולחן ערוך". אם יש מנהג הסותר, את דעת מרן ר"י קארו:

1. שיטת מרן ר"י קארו בהקדמתו ל"בית יוסף" – אם נהגו לאסור, אסור לאנשי הקהילה להתיר. מדבריו מסיק ר' משה כלפון הכהן שאם נהגו להתיר, יכולים להחמיר.
2. בעניין גט לשמור על המנהג הקיים שלא להוציא לעז על הראשונים.
3. עמדת ר' יוסף חיים מבבל – מנהג קדום גובר על פסק מרן ר"י קארו.

לדעת החוקרים, ה"שולחן ערוך" התקבל הודות לשני גורמים:

1. נושאי הכלים לא זו בלבד שפירשו את ה"שולחן ערוך", אלא אף ראו בו ספר פסקים מחייב.
  2. המאורעות ההיסטוריים הקשים שפקדו את עם ישראל הביאו את הציבור לאימוץ את ה"שולחן הערוך", ולאחר מכן נתנו גדולי ישראל את הסכמתם.
- רוב החוקרים סבורים שר' יוסף קארו הושפע מהקבלה. ואולם מ' חלמיש טוען שלא הצליח למצוא כללים מתי הושפע ר' יוסף קארו ומתי לא הושפע.

- ו. הראינו שדרכו הקודיפיקאטיבית, של הרמ"א מתבטאת בכמה נקודות:
1. דרכו הקודיפיקאטיבית של הרמ"א היא לקבץ את הדעות שבכל עניין ועניין בדרך נוחה וקצרה, שתסייע לפוסק בהפעלת שיקול דעתו.
  2. הגהותיו על ה"שולחן ערוך" כללו גם ביאור לדברי ר' יוסף קארו.
  3. עם סיום הגהותיו התקבל ה"שולחן ערוך" בכל תפוצות ישראל.
  4. ר' חיים ב"ר בצלאל ראה בספר "תורת החטאת" ספר קודיפיקאטיבי הפוגע בשיקול דעת הפוסק, ובהקדמתו לספרו "ויכוח מים חיים" כתב הקדמה ובה נימק את עמדתו.
  5. עמדת החוקרים חלוקה. לדעת זיו, הרמ"א ראה בהגהות שכתב יצירה חשובה לקודיפיקאציה, ואילו לדעת אלון, הרמ"א לא תמך בדרך הקיצור של ר' יוסף קארו ונאלץ לכתוב את הגהותיו כדי שדברי ה"שולחן ערוך" יובנו כראוי.

# חלק שני – אספקטים שונים בשיקול הדעת

## פרק שישי

### חירות הדין

#### 1. רקע

בכל דין ודין יש פנים לכאן ולכאן. אין הוראה מוחלטת של טהור וטמא, מותר ואסור. חובה על הדין לעשות "אזנו כאפרכסת", לשמוע ולהבין את כל הצדדים, לדקדק בדברים ועל-פי שיקול דעתו לפסוק בעניין שמובא לפניו להכרעה.

לחכמי ההלכה סמכות ייחודית לפרש על-פי שיקול דעתם את התורה. רעיון יסוד זה הובע על-ידי חכמי התלמוד בבירור על סמך פרשיות ופסוקים בתורה, והפרשה המרכזית היא בספר דברים:

כי יפלא ממך דבר למשפט בין דם לדם בין דין לדין ובין נגע לנגע דברי ריבת בשעריך, וקמת ועלית אל המקום אשר יבחר ה' אלהיך בו. ובאת אל הכהנים הלויים ואל השופט אשר יהיה בימים ההם ודרשת והגידו לך את דבר המשפט. ועשית על-פי הדבר אשר יגידו לך מן המקום ההוא אשר יבחר ה', ושמרת לעשות ככל אשר יורוך. על-פי התורה אשר יורוך ועל המשפט אשר יאמרו לך תעשה, לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> דברים יז, ח-יא. רש"י בד"ה "ימין ושמאל" בפסוק יא מדגיש את חובות הדין וגם את החובה לציית לדין וזה לשונו: "אפלו אומר לך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין, וכל שכן שאומר לך על ימין ימין ועל שמאל שמאל". מכאן אנו למדים על ציות מוחלט לדין. בספרי דברים, קנד, מהדורת פינקלשטיין, עמ' 207 כתוב: "אפילו מראין בעיניך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין שמע להם". את דברי הספרי מטעים בעל ספר החינוך: "וטוב לסבול טעות אחת ויהיו הכל מסורים תחת דעתם הטובה תמיד, ולא שיעשה כל אחד ואחד כפי דעתו". כלומר בעל ספר החינוך מעדיף את שיקול דעת הדין, גם אם הוא טועה, והנימוק: "שבזה יהיה חרבן הדת וחילוק לב העם והפסד האומה לגמרי. ומפני ענינים אלה נמסרה כוונת התורה אל חכמי ישראל" (תצו, מהדורת שעוועל תקח). אבל הרמב"ן בפירושו על התורה על הפסוק "לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל" כותב: "וכל שכן שיש לך לחשוב שהם אומרים על ימין שהוא ימין, כי רוח ה' על משרתי מקדשו, ולא יעזוב את חסידיו, לעולם נשמרו מן הטעות ומן המכשול". לפי פירוש אברבנאל, יש בשיקול דעת חכמים, עזרה מהקב"ה שלא יטעו בשיקול דעתם. בדומה לדעת הרמב"ן אנו מוצאים אצל אברבנאל בפירושו על התורה לדברים, שם, ד"ה ואומר: "רצה בזה שמה שאמרו ז"ל בספרי אפילו יאמרו על ימין שהוא שמאל... שהוא כפי מחשבת השואל ודעתו, לא כפי האמת עצמו כי ימין הסנהדרין הוא תמיד ימין והשמאל הוא תמיד שמאל". ראו, שו"ת שאילת דוד מקור בית אב להלכה עמ' 11; שו"ת מלמד להועיל ג, פד;

## 2. מתינות בדין

### 2.1 רקע

במשנה במסכת אבות דורשים מהדיין שיהיה מתון בדין: "הווי מתונים בדין". יש כאן הדרכה מחייבת את הדיין לפסוק לאחר שדקדק בדין במתינות. מחד ראינו שלדיין יש חירות בשיקול דעתו, ומאידך הדיין צריך להיות בעל הכרה בגודל האחריות המוטלת עליו.

על חובת הדיין להיות מתון בדין ולפסוק את הדין רק אחר בירורו אפשר ללמוד מן הנאמר במסכת סנהדרין.<sup>2</sup> ההדרכה העקרונית היא שאין לדיין למהר בהוראתו אלא עליו לעיין היטב לפני שהוא פוסק ולדאוג שכל צדדי הדיון יהיו ברורים לו לחלוטין. על המתינות והזהירות של הדיין בשיקול דעתו למדים מדברי רבי יונתן:

לעולם יראה דיין עצמו כאילו חרב מונחת לו בין ירכותיו וגהינום פתוחה לו מתחתיו.<sup>3</sup>

### 2.2 עמדת רש"י

לפי רש"י, יש כאן שני פירושים, א. מתינות, על הדיין לא למהר בהפעלת שיקול דעתו. אלא יחקור לעומק, גם אם יאריך בזמן. ב. לחוש קושי בדין, כדי שיפעיל שיקול דעתו, עד שגופו יתחמם, וכך יצא הדין לאמיתו.

---

Kaplan. L., "Daas Torah: A Modern Conception of Rabbinic Authority" in: M. Sokol (ed.), Rabbinic Authority and Personal Autonomy, New Jersey 1992, pp. 1-61;

שלום רוזנברג, סובר שפרקי אבות כחיבור מכוון בעיקרו לדיינים, ורק באופן חלקי לעם. והנימוק לכך שהעם ילמד על אופיים ותפקידם של השופטים. הוא סובר שעל העם לכבד ולהוקיר את שיקול דעת הדיין שבכל דור ודור. שלום רוזנברג, "על דרך הרוב", שנתון המשפט העברי, יד-טו (תשמ"ח-תשמ"ט), 189-216;

Hanina Ben Menachem. Judicial Deviation in Talmudic Law (1973); Jacob Neusner. The Halakhah and the Aggadah: Theological Perspectives (2001);

זרח ורהפטיג, "התקדים במשפט העברי", שנתון המשפט העברי, ו-ז (תשמ"ח-תשמ"ט), 105-132; חנינה בן מנחם, המחלוקת בהלכה (3 חלקים); יצחק אנגלרד, "על דרך הרוב ובעיית היושר במשנתו של הרמב"ם", שנתון המשפט העברי, יד-טו (תשמ"ח-תשמ"ט), 59-61. כסימוכין לשיטתו הוא מביא את דברי הרמב"ם: "ולפיכך ראוי לכבד החכם מהם ולהושיבו במעלה נכבדת, בשביל שהגיעה קבלה אליו, שהוא בדורו כמו אלו בדורם... שלא יאמרו מדוע נקבל משפט פלוני או תקנת דין פלוני- ואין הדבר, שהמשפט אינו לפלוני השופט- אלא להקדוש- ברוך- הוא שציווה אותנו בו, כמו שנאמר "כי המשפט אלוקים הוא" (דברים א, י"ז) אבל הכל משפט אחד וקבלוהו איש מפי איש על הדורות החולפים". הקדמה למשנה, מהדורת רמב"ם לעם, עמ' נד.

<sup>2</sup> סנהדרין, ז ע"ב.

<sup>3</sup> יבמות, קט ע"ב.

### 2.3 עמדת הרמב"ם

הרמב"ם מכנה את הדיין שאינו מפעיל שיקול דעת במתינות "שוטה וגס רוח": וכך הרמב"ם פוסק:

הגס לבו בהוראה וקופץ וחותר את הדין קודם שיחקרנו בינו לבין עצמו עד שיהא לו ברור כשמש הרי זה שוטה רשע וגס רוח, כך ציוו חכמים הווי מתונין בדין וכך איוב הוא אומר וריב לא ידעתי אחרת.<sup>4</sup>

### 2.4 עמדת רבנו יונה

לשיטת רבנו יונה, יש כאן דרישה שהדיין יפעיל את שיקול דעתו פעמיים, כי בהפעלת שיקול הדעת בפעם השנייה ייתכן שמסקנתו ההלכתית תשתנה.<sup>5</sup> אולם לא ברור למה התכוון רבנו יונה אם למורים הוראות ולפוסקים את הדין מוטלת חובת מתינות בשיקול הדעת. השאלה מה בא רבנו יונה למעט.

### 2.5 עמדת רבנו עובדיה מברטנורא

לשיטתו, הדיין חייב להפעיל שיקול דעת, גם אם נשוא הדיון, אינו חדש. וכך כותב רבנו עובדיה בפירושו למשנה:

שאם בא דין לפניך פעם ושתיים ושלוש, לא תאמר דין זה, כבר בא לפני ושניתי ושלתתי בו, אלא הווי מתונים, כלומר ממתינים קודם שתפסקו הדין.

### 2.6 עמדת רבי שמשון רפאל הירש

חובת הפוסק להיות זהיר בשיקול דעתו אינה מתייחסת רק לדינים שעוסקים בדיני ממונות ונפשות אלא בכל נושא הלכתי. וכך כותב רבי שמשון רפאל הירש בפירושו על המשנה:

דין אינו מתייחס רק לפסקי דינים במובן המשפטי המצומצם (דיני ממונות ודיני נפשות). מקיף הוא גם את כל ההכרעות ההלכתיות

<sup>4</sup> פירוש הרמב"ם לאבות, הוצאת שילת, עמ' א'.

<sup>5</sup> רבנו יונה מוסיף שכל אדם טועה, כמו שאמרו חז"ל, באבות פרק ד, משנה יב, "הוי זהיר בתלמוד ששגגת תלמוד עולה זדון". ומסביר שם רבנו יונה על פי שיטתו שצריך לחזור על הדרכים כדי לא לשכוח וכדי לרדת לעומק הדברים. רבנו יונה סובר שהפעלת שיקול הדעת דורשת הכנה מוקדמת, וכך הוא כותב: "ולכן יהיה זהיר, שיחזיר הדברים עד כי לא יכול לשכוח דבר ועד ירד לעומק של דברים, כי טבע האנוש קצר להבין החכמה, ולהשכחה מצויה בבני אדם. גם לא יסמך בסברא הראשונה, כמו שכתבנו בתחילת הספר, אשר בכל זה עושה זדון, כי בכל דבר מדברי התורה והמצווה שהטעות מצויה. ולא נתן אל לבו וחסא בו אין זה שוגג, אך נקרא פושע, שהיה לו לחשב כי כל אדם טועה, והיה לו לזהר שלא יחטא ולא נזהר".

(לרבות איסור והיתר וכו'). לראיה, הגמרא שבבכורות (כח ע"ב): "דן את הדין זיכה את החיים וכו' טימא את הטהור וטיהר את הטמא". הרי שבכלל דן את הדין, זיכה וחייב טימא וטיהר... הו' מתונים בא לתבוע ממורה הוראה והדין, שישקלו כל דין הבא לפנייהם בשוב דעת מחודש ובסקירת כל צדדיו, עליהם להישמר מחריצת דינם על דרך השיגרה והרגילות המלומדה.<sup>6</sup>

### 3. הטעם לחירות הדין בהפעלת שיקול דעתו

#### 3.1 עמדת הרי"ד

ראינו שלדין יש חירות בהפעלת שיקול דעתו בהכרעת ההלכה. נשאלת השאלה ממה נובע כוחם של דינים לחלוק על קודמיהם, הלא יחס האחרונים לראשונים הוא ביטול עצמי מוחלט. הצדקת חופש הפעלת שיקול דעת הדין מופיע בכתביו של רבי ישעיהו מטראני הזקן, והוא מביא שני נימוקים:

**נימוק ראשון** – אין זהות בין החכם ובין החכמה.

אין זהות בין החכם ובין התורה, וכלשונו: "וגדולה החכמה מן החכם", כלומר החכמה אינה זהה עם אדם, אלא עם האל. בהתחשב במגבלותיו של האדם אפילו הגדולים שבהם אינם מסוגלים להגיע לידע ודאי מלא ומוחלט.<sup>7</sup> לכן כל שיקול דעת של כל אדם, חכם ככל שיהיה, חייב לעמוד במבחן הביקורת.<sup>8</sup> החובה שמוטלת על הפוסק להגיע לאמת על פי שיקול דעתו מתבטאת בדבריו:

אני מה שנראה לי להוכיח מתוך הספר אני כותב. ואל תחזיקוני בזה כזוחי הלב, כי מכיר אני בעצמי שצפורן של אותם הרבנים הראשונים יפה מכרסין ולא לשומרי פתח מדרשם. אך זה יש, כל דבר שאינו נראה לי מתוך הספר אי אמרה יהושע בן נון לא צייתנא ליה, ואיני נמנע לכתוב מה שנראה לי, כי כך דרך התלמוד, לא נמנעו דרך אחרוני האמוראים מלדבר על הראשונים וגם על התנאים, וכמה משניות סתרו מעיקרם, וכמה מדברי רבים בטלו ופסקו הלכה כיחיד, כל שכן שבדבר זה חולקים רבנים גדולים ויש לנו לתור ולחקור מתוך הספר הראיות ברורות ולראות כמי ההלכה נוטה, ואין בנו כוח ודעת לשקול בפלס הרים מי גדול מחבירו, הילכך נניח הרבנים ההמה

<sup>6</sup> נושא זה זכה לפירושים שונים, אנו דנו בסוגיה מההיבט של שיקול הדעת. פירושים שונים מצויים

בפרשנות על המשנה במסכת אבות.

<sup>7</sup> ראו דיונונו בנושא זה בפרק שני לעיל.

<sup>8</sup> תשובות הרי"ד, סי' סב.

עליהם השלום בכבודם ונחזור לבינת הספרים לראות להיכן הדרך  
נוטה.<sup>9</sup>

הרי"ד פותח בציטוט המאמר התלמודי "טובה צפורן של ראשונים מכרסם של  
האחרונים".<sup>10</sup> כלומר אנו מודים ששיקול דעת הראשונים עולה על האחרונים. אולם  
בהמשך מצטט מאמר תלמודי מנוגד שנותן לאחרון לחלוק על שיקול דעת הראשון "דבר...  
אי אמרה יהושע בן נון לא צייתנא ליה",<sup>11</sup> כיוון שהאמת לפעמים עם האחרונים, והיא  
גוברת על הסמכות.

לדעתו, כל אדם, אפילו חכם מכולם, שיקול דעתו חייב לעמוד במבחן ביקורת. כשהרי"ד  
מבקר הכרעה הלכתית מסוימת של רש"י, הוא משתמש באמרת חז"ל "לפוס חורפא  
שבשתא".<sup>12</sup> כשם שכל הגדול מחברו יצרו גדול ממנו, כך כל מי שגדול מחברו מועד  
לטעויות גדולות ממנו. חכמים קטנים שיקול דעתם מביאם לשגיאות קטנות, וחכמים  
גדולים כאשר הם שוגים, שגיאתם גדולה. לכן יש להתייחס לדבריהם מחד בכבוד ומאידך  
במשנה שיקול דעת. וכך הוא כותב:

ואע"פ שהמורה (רש"י) מופלא בכל הדורות ומימיו אנו שותים והוא  
אשר נתן בנו רוח כמעט לדעת ולהבחין מאומה, אין חכמה ואין תבונה  
לנגד השם ואין חכם בעולם שינקה מן השגיאות כי החכמה אינה  
תמימה כי אם לה' לבדו, וכפי מעלת החכם גדולה כן תעלה על ידו  
שגיאה גדולה כמו שאמרו חז"ל לפוס חורפא שבשתא.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> תשובות הרי"ד, מהדורת ורטהיימר, ירושלים תשכ"ז, סי' א.

<sup>10</sup> יומא ט ע"ב.

<sup>11</sup> חולין קפא ע"א.

<sup>12</sup> סוכה נב ע"א.

<sup>13</sup> תשובות הרי"ד סימן מז, עמ' רכג. הרי"ד מחדד את דבריו בתוספות רי"ד למסכת ביצה ד ע"ב. וכך הוא  
כותב: "לא שאנו חכמים יותר מן הראשונים שאנו בקיאים בחשבון המולד (והם) לא היו בקיאים, אלא  
שהראשונים אע"פ שהיו בקיאים הרבה בחשבון יותר ויותר ממנו לא היו רשאים לעשות אלא ע"פ  
הראייה". וכך הדברים מתבטאים בדבריו של בעל שיבולי הלקט, ר' צדקיה ענו בהקדמתו: "ואם שמתי זה  
הספר לפלס ומאזני משפט להכריע בין דברי הגאונים ז"ל גם כי לא נחשב ביניהם אפ"י כנר ואבוקה באור  
הצהרים הלא המה אשר הניחו לנו מקום להתגדר בו כמו שאמרו רבותינו ז"ל... גם אנו באור חכמתם  
נראה אור והיו לנו לעינים כאשר השיב האלוף המסובל הר"ר ישעיה מטראני זצ"ל לחבר אחד אשר  
שאלהו, איך יעלה על לב להשיב על דברי הגאונים הראשונים ז"ל אשר לבם פתוח כפתחו של אולם".  
שבולי הלקט, בהקדמה עמ' יח. רש"י עצמו אמר "כשיבאו בנינו אחרינו, אם לא ימצאו מהלתקן, במה  
יגדל שמם". רש"י בבלי חולין ז ע"א, ד"ה מקום הניחו. וכך כפי שאמר רבי שמשון משנץ, מבעלי התוספות  
בצרפת בראשית המאה השלוש-עשרה: "ופעמים נגלים לאחרונים הצפרנים מראשונים". פירוש ר' שמשון  
משנץ לעדויות א, ה; ראוי לציין, שחכמי ההלכה התמודדו בפסיקה עם בעיות שונות והפעילו שיקול דעת.



## נימוק שני – משל הננס.

הרי"ד נשאל כיצד הוא חולק על הרי"ף. בתשובתו משתמש בנימוק פילוסופי הלקוח מהתרבות הנוצרית של המאה השתים-עשרה, ובו הוא מנסה לשכנע את השואל בצדקת דרכו כשחולק על הראשונים. וכך הוא כותב:

על מה שכתבת אלי, שלא אחלוק על הרב הגדול רבינו יצחק זצ"ל. חלילה לי מעשות זאת ולא עלתה במחשבה כחולק עליו, ומה אני נחשב פרעוש אחד, כתרגומו, כנגד תלמידו אף כי בדבר אחרי המלך. אך זאת אתי, כל דבר שאינו נראה בעיני, אי אמרה יהושע בן נון לא צייתנא ליה, ואיני נמנע מלדבר עליו מה שיראה לי לפי מיעוט שכלי... חלילה... לומר אף חכמתי עמדה לי, אלא 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 הוי אומר, הענק שעניו עומדות במקום גבוה יותר מן הננס. ואם תרכיב הננס על צוארי הענק, מי צופה יותר למרחוק, הוי אומר הננס שעניו גבוהות עכשיו יותר מעיני הענק. כך אנחנו ננסים רוכבים על צוארי הענקים, מפני שראינו חכמתם ואנו מעניקים עליה, ומכח חכמתם חכמנו לומר כל מה שאנו אומרים, ולא שאנו גדולים מהם.<sup>14</sup>

ראו, מ' אלון, "בעיות ומגמות ביחסי הלכה ומדינה" עמודים (תשל"ד), מע' 202; "דרכי היצירה ההלכתית בפיתרון של בעיות חברה ומשפט בקהילה" ספר זכרון ליצחק בער, ציון, שנה מד, (תשל"ט) עמ' 241-245; "ההלכה והרפואה החדשה", מולד, סדרה חדשה ד (כז), עמ' 228-236; המשפט העברי במשפט המדינה – כיצד? דעות, ר' (תשי"ט), עמ' 15-22; "המשפט העברי במשפט המדינה, על המצוי ועל הרצוי" הפרקליט, כה (תשכ"ט), 27-53; "ייחודה של הלכה וחברה ביהדות צפון אפריקה מלאחר גירוש ספרד ועד ימינו" בתוך: משה בר-יודא (עורך), הלכה ופתיחות, חכמי מרוקו כפוסקים לדורנו, תשמ"ה, עמ' 15-17; "עקרונות מוסריים כנורמה הלכתית" בתוך: דעות, כ' (תשנ"ד) עמ' 62-67; רבי יהודה הכהן קוק, מחלוקת במציאות, בתוך: אור המאיר, ליובל הרב ב"צ מ"ח עוזיאל ירושלים תש"י, עמ' קנג-קסח.

<sup>14</sup> תשובות הרי"ד, סימן סב. על קורותיו של משל זה ראו ש' אברמסון "אמרי חכמה ואמרי אנשי", מנחה ליהודה בעריכת ש' אסף, ירושלים תש"י, עמ' 27; אבן פקודה משתמש במשל זה בחובת הלכות ג, ד, עמ' 235: "אנשים למדו החמש והמקרא, והספיק להן בגרסת הפסוק מבלי הבנת העניין ואינם יודעים פרוש המלות ושימוש הלשון, והם בתכונת 'חמור נושא ספרים'. הציטוט מתוך אלחריזי, ספר תחכמוני, תל-אביב תש"ב, עמ' 412. המשל על האחרונים שאינם אלא "ננסים על כתבי ענקים" מובא בספרו של:

John of Salisbury, Metalogicon, ed C.C. Webb III, 4, pp. 136.

המשל על הננס והענק מניח את הבסיס שידיעותיהם של האחרונים יתרות על אלו של הקדמונים, כיוון שהאחרונים מתבססים על הראשונים לא משום שהם נעלים מהם, אלא משום שלאחרונים יש חוב של כבוד לראשונים, אבל לאחרונים יש ידע רחב משל הראשונים. לכן הם יכולים לשפוט ולבקר על פי שיקול דעתם את הראשונים.

לסיכום, לדעת הרי"ד יש שני נימוקים:

- א. גם דיין מאוחר על פי שיקול דעתו יכול לגלות טעויות אצל קודמיו, לכן גם לאחרונים יש חירות ואף מחויבות לפסוק על פי שיקול דעת.
- ב. בהיות האחרונים מתבססים על הראשונים ראיתם למרחוק טובה משל הראשונים.

### 3.2 הסבר מלמד בעמדת הרי"ד

אברהם מלמד כותב שהנוסח שהרי"ד בחר להשתמש בו אינו התרגום המילולי של המשל הלטיני אלא יש בו שינוי שהעצים את משמעו הרדיקלי. במקור הלטיני הננסים יושבים על כתפי הענקים, ואילו בגרסה העברית הם רוכבים על צוואריהם. לדעת מלמד, מטרתו של הרי"ד להעמיד את חכמי הדור האחרונים גבוה, שמסוגלים לראות רחוק. לכן ידיעותיהם רחבות משל קודמיהם, ויש לתת עדיפות לשיקול דעתם.<sup>15</sup>

---

ג'ון מייחס אותו למורו ברנר משרטר, פילוסוף מפורסם מראשי הסכולסטיקונים של התקופה בדרום אירופה הנוצרית המכונה "הרנסנס של המאה ה-12". שניהם היו דמויות מרכזיות בפריחה התרבותית. וראו מלמד, על כתפי הענקים, עמ' 177-182.

<sup>15</sup> ראו על כתפי ענקים, עמ' 180. מלמד כותב: "מבחינה זו הקדים המלומד היהודי את המלומד והרופא הצרפתי גי דה שוליאק (Guy de Chauliac) שהכניס תיקון דומה בנוסח הלטיני במאה הי"ד... מן הראוי לשים לב גם לעובדה שמשל זה עושה שימוש במטפורה האפלטונית הנושנה, שהשתוותה בין ראייה לידיעה ראייתו המשובחת יותר היא משל לידיעה נכונה יותר. בשביל אנשי ימי הביניים שימש המשל אמצעי מצוין לבטא אותה דו-ערכיות כבוד עמוק לסמכות הקדמונים, ועם זאת סירוב עיקש לקבל מרות בצורה דוגמטית. הוגי דעות כמו ברנר משרטר ואחרים התקשו להתמודד עם חילוקי הדעות בין שתי הסמכויות הקדמוניות הגדולות, אפלטון ואריסטו, והם ניסו לפשר ביניהם בצורה כמעט נושאת, כפי שכבר מצאנו אחד הגורמים העיקריים ליחס הביקורתי כלפי הסמכויות הקדמוניות – מישראל ומאומות העולם – הייתה העובדה שבין גדולי הקדמונים לבין עצמם היו חילוקי דעות. מצב זה כאמור, חייב את הננסים, כלומר האחרונים, לשפוט, לפשר או להכריע ביניהם, ואין הדבר אפשרי ללא הכרה בזכות הביקורת העצמאית שלהם ובעליונותו של עקרון האמת על עקרון הסמכות" שם. לעמדת מלמד, עצם העובדה שיש חילוקים בשיקול דעת הראשונים מחייב את האחרונים להפעיל שיקול דעת ולהכריע ביניהם.

#### 4. תלמוד

חירות הדיין בהפעלת שיקול דעתו מוצאים בתלמוד, וכך לומדים במסכת בבא בתרא:

אמר להו רבא לרב פפא ולרב הונא בריה דרב יהושע, כי אתי פסקא דדינא ידידי לקמייכו וחזיתו ביה פירכא, לא תקרעוהו עד דאתיתו לקמאי, אי אית לי טעמא אמינא לכו ואי לא הדרנא בי. לאחר מיתה, לא מיקרע תקרעוהו ומגמר נמי לא תגמרו מיניה. לא מיקרע תקרעיניה, דאי הואי התם דלמא הוה אמינא לכו טעמא. מגמר נמי לא תגמרו מיניה, דאין לדיין אלא מה שענינו ראות.<sup>16</sup>

חירות הדיין לדון על-פי שיקול דעתו מתבטא בפירוש רש"י, ד"ה "ואל תגמרו", ואלה דבריו: "לדון מיניה, אלא כפי שדעתכם נוטה, דאין לדיין אלא מה שענינו ראות".<sup>17</sup>

#### 5. גישת הראשונים

##### 5.1 עמדת הרמב"ם

הרמב"ם בהקדמתו למשנה תורה כותב:

וכל בית דין שעמד אחר הגמרא בכל מדינה ומדינה וחזר או התקין או הנהיג לבני מדינתו או לבני מדינות רבות, לא פשטו מעשיו בכל ישראל מפני רחוק מושבותיהם ושבוש הדרכים. והיות בית דין של אותה מדינה יחידים, ובית דין הגדול של שבעים ואחד בטל מכמה שנים קודם חיבור הגמרא, לפיכך אין כופין אנשי מדינה זו לנהוג כמנהג מדינה האחרת, ואין אומרים לבית דין לגזור גזירה שגזרה. בית דין אחר במדינתו. וכן אם למד אחד מהגאונים שדרך המשפט כך הוא,

<sup>16</sup> בבא בתרא, קל ע"ב. וכן מוצאים על חרות הדיין בתלמוד, ראש השנה כה ע"א-ע"ב: "תנו רבנן למה לא נתפרשו שמותם של זקנים הללו, שלא יאמר אדם, פלוני כמשה ואהרן פלוני כנדב ואביהוא, פלוני כאלדד ומידד, ואומר ויאמר שמואל אל העם ה' אשר עשה את משה ואת אהרן, ואומר וישלח ה' את ירבעל ואת בן ואת יפתח ואת שמואל... לומר לך ירבעל בדורו כמשה בדורו, בן בדורו כאהרן בדורו, יפתח בדורו כשמואל בדורו... ואומר ובאת אל הכהנים הלויים ואל השופט אשר יהיה בימים ההם, וכי תעלה על דעתך שאדם הולך אל הדיין שלא היה בימיו, הא אין לך לילך אלא אצל שופט שבימיו, ואומר אל תאמר מה היה שהימים הראשונים היו טובים מאלה". ראו, חולין ו ע"ב.

<sup>17</sup> בדומה לפירושו של רש"י מוצאים בפירושו של ר"ח שצריך הדיין להכריע בדין, ובלבד שיתכוון לשם שמים. וכן הרשב"ם מדגיש שהדיין יעשה כפי שדעתו נוטה, וכפי שמבין באותה שעה. רש"י מביא ראיה לכלל שראינו "אין לדיין אלא מה שענינו ראות" את המקור בנדה, כ ע"ב. וכך כותב רש"י: "רבי ראה דם בלילה וטימא ראה ביום וטהרו, המתין שעה אחת וראה, חזר וטימא אמר אוי לי שמא טעיתי, ומקשינן ודאי טעה דתניא לא יאמר חכם... אלא אין לדיין אלא מה שענינו ראות, והוא הדין לדבר התלוי בסברא דאין לו אלא מה שלבו רואהו".

ונתבאר לבית דין שעמד אחריו שאין זה דרך המשפט הכתוב בגמרא,  
אין שומעין לראשון אלא למי שהדעת נוטה לדבריו, בין ראשון בין  
אחרון.

מדברי הרמב"ם למדים :

א. חירות בית הדין לגזור, להתקין תקנות ולקבוע מנהגים על-פי שיקול דעתו אינה  
מחייבת מדינות אחרות.

ב. לדיין יש חירות בהפעלת שיקול דעתו להכריע אף נגד הגאונים.<sup>18</sup>

הרמב"ם סובר שהסמכות היחידה שעליה אין עוררין היא היצירה התלמודית. וכך הוא  
כותב בהמשך דבריו, בהקדמתו למשנה תורה :

ודברים הללו בדינים, גזרות ותקנות ומנהגות שנתחדשו אחר חיבור  
הגמרא, אבל כל הדברים שבגמרא הבבלי חייבין כל ישראל ללכת  
בהם... הואיל וכל אותם הדברים שבגמרא הסכימו עליהם כל ישראל.

יוצא אפוא שלדעת הרמב"ם שיקול דעת הדיין אינו גובר על התלמוד, כיוון שהתלמוד  
התקבל בכל ישראל.

עקרון ההסכמה, לפי הרמב"ם, מבטל כל שיקול דעת נגדי. מכאן מעמדו של בית דין הגדול  
שבירושלים שאין לדיין שיקול דעת לבטל את הוראתו. וכך הוא כותב :

<sup>18</sup> עמדת הרמב"ם שאפשר לחלוק על הגאונים מתבטאת בתשובתו: "ובכלל אומר כי כל מאמר שימצא  
לאחד מן הגאונים ז"ל המפורסמים בהוראה ולא נמצא עליהם ראייה ברורה, לא נדחה אותם ולא נטעה  
אומרים אבל נאמר אפשר שיש לו ראייה, ואין ראוי לנו שנסמוך על אותו מאמר ולא נעשה בו עד שיתבאר  
לנו. וזה עיקר גם כן כבר בארוהו לנו ז"ל באמרם לא מקרע תקרעוניה ולא מגמר תגמרו מיניה". תשובות  
הרמב"ם, בלאו, סי' ש' כרך ב, עמ' 576. מתשובת הרמב"ם משתמע בבירור שיש לדיין חופש הכרעה  
בדעות שונות שאחר התלמוד, ולא זו בלבד אלא גם אין לסמוך על דעתו של חכם ההלכה, אפילו של גאון,  
אם אין ראייה ברורה לדעתו. לא כל תקנות הגאונים נתקבלו על כל המרכזים והחכמים, ובזה שונות  
תקנות הגאונים מתקנות שהותקנו בתקופת התלמוד. הבחנה זו מובלטת אצל הרמב"ם ביחסו לתקנות  
שונות של הגאונים, כגון תקנת אגב ארבע אמות שיש לו לכל יהודי בארץ ישראל. כידוע, דרך הקניין  
המועילה לצורך מתן ההרשאה הייתה דרך קניין אגב ארבע אמות, גם אם אין לו קרקע. אצל יהודי בבל לא הייתה מצויה הקרקע,  
וזה הכביד על דרך קניין זו. כדי להתגבר על בעיה זו תיקנו כמה מן הגאונים תקנה שלפיה יש לכל אדם  
מישראל אפשרות להקנות אגב ארבע אמות, גם אם אין לו קרקע. תקנה זו מובאת אצל אסף, תשובות  
הגאונים תרפ"ז, סי' קה (עמ' צה). וכן ראו לויין אוצר הגאונים, קידושין, חלק התשובות, עמ' 60,  
טיקוצינסקי, תקנות הגאונים, עמ' 81-85. הרמב"ם ערער על תקנה זו, וביטל את שיקול דעת הגאונים.  
ואלו דברי הרמב"ם: "ועוד תיקנו שאם הרשהו ליטול מעות שיש ביד חבירו או לתבוע ממנו הלואה ולא  
הייתה למקנה קרקע, מקנה ארבע אמות מחלקו שבארץ ישראל ומקנה לו המעות על גבן, ודברים אלו  
קלים הם עד מאוד רעועים". הלכות שליחין ושותפין ג, ז.

בית הדין הגדול שבירושלים הם עיקר תורה שבעל-פה, והם עמודי ההוראה, ומהם חק ומשפט יוצא לכל ישראל, ועליהן הבטיחה תורה שנאמר על-פי התורה אשר יורוך... זו מצות עשה, וכל המאמין במשה רבינו ובתורתו חייב לסמוך מעשה הדת ולישען עליהן.<sup>19</sup>

#### 5.1.1 הסבר כסף משנה בדברי הרמב"ם

הכסף משנה מבחין בין שני מצבים. וכך הוא כותב בפירושו למשנה תורה:

למד כן רבינו ממאי דאשכחן תנאי בתראי דפליגי אקמאי, וכן אמוראי בתראי פליגי אקמאי, והא דתנו בפ"ק דעדויות שאם יראה ב"ד את דברי היחיד ויסמוך עליו שאין ב"ד יכול לבטל דברי ב"ד חבירו עד שיהא גדול ממנו בחכמה ובמנין מוקי לה רבינו בשאותו יחיד ואותם רבים נחלקו בגזרה או תקנה כלומר שאם ב"ד פסק כדעת היחיד אין ב"ד אחר יכול לחלוק עליו ולפסוק כדעת הרבים אלא אם היה גדול וכו'... אבל אם נחלקו בשזה דורש באחת מן המדות וזה באחרת אה"נ שיכול לבטל דבריו אפילו שאינו גדול כמוהו בחכמה ובמנין.<sup>20</sup>

לשיטת הכסף משנה, הרמב"ם בהלכה א' עוסק במעשה בית דין שנוצר על-ידי בית הדין הקודם שדרשו באחת מן המידות. כאן הוא סובר שבית הדין המאוחר יכול לתת טעם אחר על-פי שיקול דעתו ולסתור דברי קודמו, כיוון שכאשר המחלוקת היא בשיקול דעת פרשני, יש לבית הדין סמכות, כמו שתנאים חולקים ביניהם, והאמוראים חולקים ביניהם. ואולם בהלכות ב-ג, ו-ח הרמב"ם עוסק במעשי בית דין דוגמת גזרות ותקנות. כאן הוא סובר שאין סמכות לבית הדין המאוחר לחלוק. דומה שהכסף משנה סובר שגזרות ותקנות מטרתן לעשות סייג, ואין בהן פרשנות.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> הלכות ממרים, פ"א ה"א. בלידשטיין מעיר שהלכה זו נושאת אופי הצהרתי מובהק, ומובן שיש בה גם תוכן הלכתי. האמירה כי בית דין הגדול הוא "עיקר תורה שבעל פה" נועדה בוודאי לבסס סמכות בית הדין ומעמדו. יש להוסיף שכאן הרמב"ם מדגיש את עקרון ההסכמה, לבית הדין הגדול, ואין כאן נורמה ספציפית צרה. וכך הוא כותב: "הרמב"ם מקדיש את רובה של הלכה א, איפוא, לתיאור מעמדו של בית דין הגדול במובן הרחב ביותר. הוא בנה תיאור זה לא רק על-ידי היגדים וראיות, תוכן מהותי, אלא גם על-ידי יצירת קשרים אסוציאטיביים עם מוקדים ערכיים מרכזיים: "תורה שבעל פה", "כל ישראל", "משה רבינו ותורתו". בית דין הגדול קשור לכל אלה, ואלה אף מקרינים עליו מסגוליותם וזוהרם. סמכות ומרי בהלכות הרמב"ם, עמ' 16-17. דומה שלעמדת בלידשטיין הרמב"ם מנמק מדוע חירות הדיין מתבטלת מול החלטות בין הדין הגדול.

<sup>20</sup> פירושו על הרמב"ם, פ"ב ה"א, ד"ה בית הדין הגדול שדרשו וכו'.  
<sup>21</sup> השוו שו"ת חקרי לב, או"ח, ב, סי' צה, שם דן בשאלה בעניין עיר שיש להם קצת מנהגים בדיני-איסור והיתר, ורוב הפוסקים אוסרים, והם נוהגים להתיר – אם יש כוח לבית הדין לבטל המנהג ולאסור בהסכמת כל גדולי העיר, וגם אם אנשי העיר מסכימים לקבל את האיסור – האם אין כאן הוצאת לעז על

### 5.1.2 הסבר שיטת הרדב"ז בדברי הרמב"ם

במידות התורה יש שיקול דעת, לכן יכולים חכמים לחלוק. דברים דומים כותב הרדב"ז בפירושו למשנה תורה. הוא מבחין בין דינים שנלמדו באחת המידות ובין גזרות ותקנות. וכך הוא כותב בפירושו ל"משנה תורה":

משמע מדברי רבינו אפי' שאין ב"ד השני גדול מן הראשון בחכמה ובמנין, והא תנן סתמא במשנת עדויות אין ב"ד יכולין לבטל דברי ב"ד חבירו עד שיהיה גדול ממנו בחכמה ובמנין. וי"ל דהך מתני' מפרש רבינו בתקנות וגזרות אבל בדין מן הדינים שלמדו אותן באחת מהמדות יכול לבטל דאלת"ה במה יתקיים קרא אל השופט אשר יהיה בימים והכי משמע לישנא דלבטל דברי ב"ד חבירו דבתקנות וגזרות שייך לשון ביטול ודוק.<sup>22</sup>

הרדב"ז טוען שאם לא נקבל את האבחנה הנ"ל, מתבטל שיקול הדעת של השופט אשר יהיה בימים ההם. חיזוק נוסף לאבחנה הנ"ל הוא ש"ביטול" שייך בתקנות וגזרות ו"לסתור" שייך בפרשנות על פי שיקול הדעת.<sup>23</sup>

### 5.1.3 הסבר בלידשטיין בדברי הרמב"ם

בלידשטיין מעיר שסמכות בית הדין הגדול מההיבט ההיסטורי ומבהיר את גישת הרמב"ם שאין לחלוק על שיקול דעת התלמוד. וכך הוא כותב:

---

גדולי הרבנים שקדמו והתירו את האיסור. כלומר יש כאן שאלה אם אפשר לבטל שיקול דעת קודם. בדיון רחב בסוגיה מתייחס לדברי הרמב"ם ולסתירה שבין הלכה א', ובין הלכות ב-ג, ו-ח. ואולם אינו מקבל את ההבחנה שבפרשנות המידות ניתן לחלוק ולסתור, ובגזרות ותקנות אין אפשרות לבטל, וסובר שאף בהלכה א' הרמב"ם סובר שיש צורך שבית הדין הסותר יהיה שווה להם בחכמה ובמנין. וכך הוא כותב: "דבלאו הכי איך יבטלו דעת רבים וגדולים מהם והדעת נותן שהם הם הטועין ולא ירדו לסוף דעת בית דין הראשון".

<sup>22</sup> שם.

<sup>23</sup> הרמב"ם בהלכות ממרים א, א-ב, ממיין את המקורות המשפטיים של המשפט העברי. שם הוא מבחין בין פרשנות ובין תקנות, גזרות ומנהג. לשיטת הרדב"ז, הבחנה זו מתבטאת בהלכה ב, וכך הרמב"ם כותב: "ואחד הדברים שלמדו אותן מפי השמועה, והן תורה שבעל פה, ואחד דברים שלמדו מפי דעתם באחת מן המדות שהתורה נדרשת בהן ונראה בעיניהם שדבר זה כך הוא, ואחד הדברים שעשאו סייג לתורה ולפי מה שהשעה צריכה והן הגזרות והתקנות והמנהגות. כל אחד ואחד מאלו השלושה דברים מצות עשה לשמוע להן, והעובר על כל אחד מהן, עובר בלא תעשה. הרי הוא אומר על פי התורה אשר יורוך אלו התקנות והגזירות והמנהגות שיורו בהם לרבים כדי לחזק הדת ולתקן העולם ועל המשפט אשר יאמרו אלו דברים שילמדו אותם מן הדין באחת מן המדות שהתורה נדרשת בהן. מכל הדבר אשר יגידו לך זו הקבלה שקבלו איש מפי איש".

העובדה שמאפייני בית דין הגדול ממשיכים להתקיים, לדעת רבינו, גם אחרי היציאה מירושלים וחורבן הבית, מוכחת מדבריו בהקדמה למשנה תורה, שם הרמב"ם מתאר את תוכנם של התלמודים ומעמדם... כאן מתאר הרמב"ם את סמכותן של ההוראה והפסיקה ההלכתיות, כפי שהתגבשו בתלמוד, אחרי חורבן הבית ואובדן ירושלים, ואם נדייק, אחרי ביטול בית דין גדול של שבעים ואחד.<sup>24</sup>

בפרק ב', הלכות ב-ג, ו-ח מתארות את הסמכות המוגבלת של בית דין המאוחר לבטל דברי בית דין קודמיו. סמכות מוגבלת זו אנו שונים במקור תנאי מפורש שאליו רומז הרמב"ם בהלכות אלו. וכך אנו שונים במשנה:

שאין בית דין יכול לבטל דברי בית דין חבירו עד שיהיה גדול ממנו בחכמה ובמנין.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> בלידשטיין, סמכות ומרי בהלכות הרמב"ם, עמ' 21-22. לוינגר סובר שהמונח "מצוות" יכול לציין גם קביעות דתיות משפטיות פקודות, או הוראות בעלות אופי פרוצדוראלי. וכך הוא כותב: "כל המצוות, כולל 'מצוות עשה' ו'מצוות לא תעשה', אפשר לחלקן לשלושה טיפוסים: א. מצוות שהן חיובים ומניעות... ב. מצוות שביסודן אינן חיוב או מניעה כלל, אלא הן קביעות דתיות משפטיות בלבד... מצוות שאין חיובים או מניעות במובן הפשוט אלא 'דינים', כלומר פקודות ללא כתובת או הוראות דתיות-משפטיות בעלות אופי פרוצדוראלי". לשיטת לוינגר סמכות ושיקול דעת בית הדין גם על תחומים אלו. ראו לוינגר, דרכי המחשבה ההלכתית של הרמב"ם, עמ' 72-78. פיינטוק, פקודי ישרים, מעלה אדומים תשנ"ב, עמ' י-טו.

<sup>25</sup> עדויות פ"א מ"ה. המונח "בחכמה" פירושו שראש הישיבה בבית הדין המאוחר חכם מאותו ראש הישיבה שקדם (רמב"ם בפירושו למשנה). ואולם הרדב"ז מסביר שכללות החכמה של בית הדין בהצטרפות כולם יתרה מחכמת בית הדין הראשון. שו"ת הרדב"ז ללשונות הרמב"ם סי' אלף תצ (ק"ז). המונח "מניין" לפי פירוש הרמב"ם בהלכות ממרים פ"א ה"ד שמניין התלמידים שבישיבה של בית דין האחרון מרובה ממניין התלמידים שבישיבה של הראשון. לפי הראב"ד בפירושו לעדויות שם, מניין פירושו מניין שנים, כלומר ראש ישיבת בית הדין האחרון היה זקן בשנים מהראשון. לפי הרמב"ם, אם מדובר בצורך שעה כדי לחזק את הדת, רשאי בית דין אחר לבטל תקנת בית דין ראשון, אף על פי שבית דין שני קטן מהראשון, שלא יהיו גזרות אלו חמורות מדברי תורה, כלומר אם המצב הרוחני ירוד מאוד, וכדי להחזיר חלק גדול לדת ישראל, או כדי להציל חלק גדול מעם ישראל מלהיכשל בעבירות אחרות, יש סמכות לבית הדין האחר לבטל. רמב"ם, ממרים פ"א ה"ד. השאלה מה הדין כאשר רוצים להתיר לצורך שעה גזרת בית דין הראשון שלא לשם סייג לדברי תורה אלא כגון קטניות בפסח, שכל קהילות האשכנזים נהגו איסור מימים קדמונים, ואירעה שעת דחק כגון רעבון. יש הסוברים שיש שיקול דעת לחכמי הדור להתיר בתורת הוראת שעה, אף על פי שהיום, איננו גדולים מחכמי הראשונים שאסרו. שו"ת מהרי"ם מבריסק סי' יח'. אולם יש הסוברים, שאין לחכמי הדור שיקול דעת לבטל מה שתיקנו הראשונים אפילו לצורך שעה, אלא בשעת הדחק ומנימוקים אחרים. שו"ת דברי מלכאל ח"א סי' כח.

יוצא אפוא שבהלכה א' הרמב"ם מעניק שיקול דעת לבית הדין המאוחר לסתור דברי בית הדין הקודם, אולם בהלכות ב-ג ו-ח הוא מגביל את שיקול דעת בית הדין המאוחר לבטל דברי בית הדין הגדול הקודם.

בלידשטיין סובר שהלכה א' עוסקת בהלכות הנובעות מהדרשה. לשיטתו, דרשה כוללת כל הכרעה הנובעת מפרשנות המקורות על פי שיקול דעת, בין שמדובר במקורות מקראיים בין שמדובר במקורות חכמים שיעמדו לפני בית הדין הגדול, כלומר הלכה א' כוללת כל פרשנות או דרשות, ולא רק זו היוצאת מתוך השימוש בשלוש עשרה מידות. וכך הוא כותב:

מחקר הרמב"ם בתקופה האחרונה הירבה לשרטט את הסוגים השונים של ההתייחסות המיימוניות לכתובים פרשנות אינה חקיקה, היא פעילות שיסודה. במה שנראה בעיניו של הדיין. זאת אומרת בחיפוש האמת. נמצינו למדים, כי הלכות ממרים ב. א, עוסק בהלכה כולה, ככל שהיא תוצר של דיון והוסק, להוציא גזירות ותקנות. הרמב"ם מתעל הלכה זו כולה (להוציא גזירות ותקנות) לסוג ה"דרשות" בתיאורו הסכימטי של תורה שבעל פה. על ידי כך הורחב עוד יותר בתחום שבו אפשרית מחשבה הלכתית חוזרת ושינוי בתכני ההלכה.<sup>26</sup>

בלידשטיין מבחין בין ההלכה הנובעת מחקיקה (= גזרות, תקנות ומנהגות), שפירושה הטלת משמעת על הציבור וביטולה הוא עקיפת סמכות של בית הדין ויכול להיעשות על ידי בית דין גדול ממנו, ובין הלכה שנובעת משיקול דעת פרשני אם בית הדין הגדול של הזמן משוכנע שאינה נכונה.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> בלידשטיין, סמכות ומרי בהלכות הרמב"ם, עמ' 80-81. הוא סובר שהרמב"ם מבחין בין שני דברים. כאשר מדובר בפרשנות על פי שיקול דעת, יש סמכות לבית הדין הגדול המאוחר לחלוק על פרשנות בית הדין הגדול הקודם. אבל אם מדובר בגזירות ותקנות ומנהגים, אין סמכות לבית הדין הגדול המאוחר. וכך הוא כותב: "הלכתנו, הלכה א, עוסקת בהלכות הנובעות מהדרשה, בעוד שבהמשך הפרק עוסק רבינו בהלכות הנובעות מתקנות, גזירות ומנהגות, הלכות שבמסורת אינן נוצרות על ידי חכמים, על כן אין מקום לביטולן על ידי חכמים (להוציא ביטול ארעי, שעליו דן הרמב"ם בהמשך). מעניין ש"מנהגות" הגם שנוצרו במקורם על ידי העם, נחשבים אף הם מעשי בית דין הגדול. כיוון שאשררו על ידי גוף זה... מסתבר כי הסוגה "דרשות" תכלול כל הכרעה הנובעת מפרשנות המקורות... פרשנות אינה חקיקה. היא פעילות שיסודה במה שנראה בעיניו של הדיין, זאת אומרת בחיפוש האמת".

<sup>27</sup> שם, עמ' 82-83. וכן ראו:

D. Hartman, *Maimonids: Toran aud Philosophic quest*, Philadelphia 1976, pp. 124-126.



## 5.2 עמדת רבנו אברהם

בתשובה הנוגעת לדין בר-מצרא משתמש רבנו אברהם בן הרמב"ם לפתרון השאלה במידת ההיקש.<sup>28</sup> מתשובתו ניתן ללמוד שלדיין יש חירות בהפעלת שיקול דעתו ואף מחובתו לעשות זאת. וכך הוא כותב:

כללו של דבר, אומר אני שדיין 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 לשיקול אותם לפי כל מעשה ומעשה הבא לפניו, ולהקיש את הדין לדומה לו ולהוציא ענפים מן העיקריים ההם, ולא נכתבו המעשיות המרובות הכוללות מקצת דינים בתלמוד חינוס, וגם שיעשה הדין בעניין ההוא לפי מה שנזכר שם, אלא

---

המהר"ץ חיות, מביא מספר ראיות להוכחת שיטת הרמב"ם שאם מדובר בפרשנות אפשר לבטל דברי ביי"ד קודם. אחת ההוכחות היא שרבי יהודה הנשיא התיר לפי שיקול דעתו מנימוקים הלכתיים את השמן של עכו"ם, וכך הוא כותב: "לשיטת הרמב"ם מהן דמצינו (ע"ז ל"ה ע"ב) דהתיר ר' יהודה הנשיא את השמן של עכו"ם, וקאמר הש"ס מ"ט אסרו רב אמר דניאל גזר ושמאל אמר זליפתן של כלים אסורים אוסרתן, א"ל שמואל לרב בשלמא לדידי הטעם דאסרו משום זליפתן של כלים אסורים, היינו דהתור כי הנשיא את השמן משום דסבר נותן טעם לפגם מותר, אלא לדידך דדניאל גזר איך אפשרות לר"י הנשיא לבטל את גזירת דניאל, הרי אין ב"ד יכול לבטל דברי ב"ד חבירו אא"כ גדול בחכמה ומנין... אבל לשיטת הרמב"ם ניחא דנטל"פ אם הוא אסור או מותר, נלמד מדרשא... מ"מ אם מצא ב"ד שלאחריהם אפילו ב"ד קטן דרשא אחת לדחות הסכמת ב"ד הראשון עושים והיה סיפוק ביד רי"ה לבטל אבל אם דניאל גזר והיינו גזרה בלא טעם ודרשא רק משום סייג וגדר בכה"ג הדין מפורש דאין ב"ד יכול לבטל דברי ב"ד חבירו בשום אופן וזה ראייה ברורה לשיטת הרמב"ם דבגזירה משום סייג אין ב"ד יכול לבטל דברי ב"ד חברו, אולם בדרשא וסברא יכולים גם כן ב"ד קטן לבטל". מהר"ץ חיות, משפט ההוראה, כל כתבי א, פרק ו, עמ' שפד, שפה.

<sup>28</sup> במקורות דין בר-מצרא מכונה "תקנה". ראו אסף, מספרות הגאונים עמ' 103, שו"ת ר' אברהם בן הרמב"ם, עח, רא"ש בבא מציעא, פרק ט, כד. תקנה זו קובעת שאם יש לא' קרקע במצר קרקעו של ב', כלומר קרקעו גובלת באדמת ב', וא' מכר קרקע זו לג', יכול ב' לדרוש מן הלקוח את הקרקע ולשלם לו מה ששילם לא' במכירה. וכפי שמופיע בתלמוד "משום דינא דבר מצרא מסלקין ליה, שנאמר ועשית הישר והטוב". בבא מציעא קח ע"א. ביסוד העיקרון הזה טמון העיקרון של עשיית הישר והטוב. לדיין יש שיקול דעת בהפעלת תקנה זו, בהתאם לנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה. למשל, אם המוכר מכר ליתומים קטנים או לאישה, אין תחולת התקנה של דין בר-מצרא. וכפי שפסק הרמב"ם: "המוכר ליתומים קטנים אין בו דין בעל המצר, הטוב והישר שעושים חסד עם אלו יותר מבעל המצר, וכן המוכר לאשה אין בו דין בעל המצר מפני שאין דרכה לטרוח תמיד ולקנות, הואיל ולקחה, חסד הוא שתעמוד הקרקע בידה". הלכות שכנים יב, ה. כאן בא רבנו אברהם וכותב שיש לדיין שיקול דעת לפסוק לפי כל מעשה ומעשה הבא לפניו, ולעשות הקש בין דין לדומה לו על פי שיקול דעתו.

כדי שיסגל החכם בשמעו אותם הרבה פעמים, כוח של שיקול דעת  
ודרך טובה בהוראה למעשה.<sup>29</sup>

### 5.3 עמדת הראב"ד

הראב"ד סובר שדיין צריך שיהיו לפניו כל הדעות בנושא מסוים כדי שיוכל על פי שיקול דעתו לפסוק את ההלכה, כלומר יש לדיין חירות לפסוק נגד פוסקים אחרים.<sup>30</sup> אולם הוא מגביל את החירות כאשר הדיין חולק על דברי הגאונים. וכך הוא כותב:  
אין לנו עתה לחלוק על דברי גאון מראיית דעתנו לפרש הענין בדרך  
אחר, כדי שישתנה הדין מדברי הגאון, אם לא בקושיא מפורסמת וזה  
דבר שאין בנמצא.<sup>31</sup>

מדברי הראב"ד משמע שעקרונית אפשר לחלוק על שיקול דעת הגאונים. אולם צריך קושיא מפורסמת שתסתור את שיקול דעת הגאונים, אך דבר זה "שאינו בנמצא".

### 5.4 עמדת הרא"ש

לדעת הרא"ש, יש לדיין שיקול דעת לקבוע את נכונות ההכרעה ההלכתית. אך העיקרון הקובע הוא קבילותה על ידי חכמי ההלכה שבזמנו.  
הרא"ש מתנגד לדעה הטוענת שלדיין בזמנו אין מקום לשיקול דעת עצמאי לחלוק על הגאונים, וכך כתב:

---

<sup>29</sup> תשובות רבנו אברהם בן הרמב"ם, צז עמ' 147-148. דוגמה להפעלת שיקול דעת הדיין לחידוש משפטי כשיטת רבנו אברהם מוצאים אצל הרא"ש. במאה ה-13 בספרד, נתרבתה התופעה שאנשים השתמטו מלשלם את חובותיהם ואף הבריחו את נכסיהם בדרכים פיקטיביות כדי למנוע מן המלווה לגבות את החוב מרכושם. לפני הרא"ש הובאה שאלה על ראובן שהיה חייב הלוואה לשמעון, והלה נתן כל אשר לו ללוי כדי להפקיע חוב שמעון. מבחינה הלכתית אין פגם במתנה זו שנתן ראובן ללוי, אך ברור שיש כאן הערמה. הרא"ש פסק שהמתנה בטלה משום שיש כאן בנסיבות אותו עניין, אומדנא דמוכר, שהייתה כוונה אך ורק להבריח את הרכוש מן המלווה. הרא"ש מביא עניינים שונים מן התלמוד כדי להוכיח את שיקול דעתו בתחומים הלכתיים שונים שבהם חכמים נקטו אמצעים נגד המערימים למיניהם. ראו, שו"ת הרא"ש, עח, א.

<sup>30</sup> הראב"ד בהשגתו על דברי הרמב"ם בהקדמתו למשנה תורה. הראב"ד משיג על הרמב"ם שההלכה במשנה תורה סתמית ואחידה, וזה שולל את שיקול דעתו העצמאי של ויכולתו לפסוק הלכה, כיוון שלעיתים ידועה לדיין דעה הנוגדת את הדעה הסתמית שבמשנה תורה, אך מאחר שהדעה במשנה תורה מובאת באופן סתמי, הדיין אינו יודע אם עליו לדחות את הדעה הידועה לו בגלל גדלותו וסמכותו של בעל הדעה המובאת במשנה תורה. הראב"ד טוען גם שלעיתים הדיין אינו יודע על שתי דעות, אולם אילו ידע היה מכריע על פי שיקול דעתו כאחת הדעות.

<sup>31</sup> שם.

ואני אומר ודאי כל מי שטעה בפיסקי הגאונים ז"ל, שלא שמע דבריהם וכשנאמר לו פסק הגאונים ישרו בעיניו, טועה בדבר משנה הוא. ולא מבעיא טועה בפיסקי הגאונים, אלא אפילו חכמים שבכל דור ודור שאחריהם לאו קטלי קני באגמא הן, ואם פסק הדין שלא כדבריהם וכששמע ישרו בעיניו והודה שטעה טועה בדבר משנה וחוזר, אבל אם לא ישרו בעיניו דבריהם ומביא ראיה לדבריו המקובלים לאנשי דורו יפתח בדורו כשמואל בדורו, אין לך אלא שופט אשר יהיה בימים ההם ויכול לסתור דבריהם. כי כל הדברים שאינם מבוארים בש"ס שסדר רב אשי ורבינא אדם יכול ולבנות אפילו לחלוק על דברי הגאונים.<sup>32</sup>

לפי הרא"ש, אם לדיין שהכריע באופן מסוים מתגלה ראיה חדשה שלא ידע קודם ועומדת בניגוד להכרעתו, פסקו בטל. ואולם קביעת הרא"ש שפסק הדין בטל ונכנס להגדרת טועה 'בדבר משנה' מותנית בדיין עצמו 'ישרו בעיניו'. ואולם קריטריון הטעות אינו מותנה בשיקול דעתו הבלעדי של הדיין. הרא"ש מדגיש שעל הדיין להביא "ראיה חדשה לדבריו המקובלים לאנשי דורו", כתנאי לדחיית הראיה החדשה.<sup>33</sup>

הרא"ש ממשיך וכותב:

והיכא שנחלקו שני גדולים בספק הלכה, לא יאמר הדיין אפסק כמי שארצה, ואם עשה כן הוא דין שקר, אלא אם חכם גדול הוא גמיר וסביר ויודע להכריע כדברי האחד בראיות ברורות ונכוחות הרשות בידו. ואפילו אם פסק חכם בענין אחר יכול החכם לסתור דבריו בראיות ולחלוק עליו... ואם לא בר הכי הוא לא יוציא ממון מספק.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> פסקי הרא"ש, סנהדרין פרק ד, סי' ו.

<sup>33</sup> לשיטת הרא"ש, נכונותה של הכרעה הלכתית אינה מותנית ביחסה למצב עניינים נתון כלשהו. העיקרון שקובע את נכונות ההכרעה ההלכתית הוא קבילותה על ידי חכמי ההלכה. בזמן שבו היא נקבעת. פריימן מגלה במחקרו שהרא"ש מתעלם מפסיקתם של בני הסמכא הגדולים, אם של הגאונים אם של פוסקים וחכמים אחרים, כלומר הרא"ש סובר שלדיין יש חירות בשיקול דעתו, וכך הוא כותב: "אנו מוצאים שהוא דוחה, בין השאר, פסקיו של ר' אחא משבחה, ר' עמרם, ר' האי גאון, הר"ץ, רש"י, רבינו תם, הראב"ן, ר' יוסף הלוי, הרמב"ם, הראב"ד, ר' שמשון, ר' יונה, ר' זרחיה הלוי, הרמב"ן. במקרה אחד הוא פוסק בניגוד לדעת רבו ר' מאיר מרוטנבורג אף על פי שאותו המקרה עמד ביניהם לויכוח, והוא מבטל מנהג שר' מאיר היה נוקט, משום שהוא סובר שיש בו במנהג משום חומרא". א.ח. פריימן, הרא"ש, רבי אשר ב"ר יחיאל, ירושלים, מוסד הרב קוק, תשמ"ו, עמ' עח.

<sup>34</sup> שם הרא"ש דוחה אפילו את דעתו של הרשב"א שגדול ממנו בשנים ומקובל בכל ספרד וכך הוא כותב באחת מתשובותיו: "פליאה נשגבה היא ולא יכולתי למצא טעם וראיה לדבריו לא מגמרא בבלי ולא מגמרא ירושלמי ולא מן התוספות" שו"ת הרא"ש, כלל לה, ג. הרא"ש אף חלק על הראב"ד וקיבל את

הרא"ש קובע שני כללים בחירות הדיין בשיקול דעתו: א. אם יש שתי סברות והוא בר סמכא להכריע ביניהם, אינו יכול לאמץ את אחת הדעות בצורה שרירותית. ב. יכול הדיין לחלוק על חכם אחר ולסתור דבריו בראיות. כאן לא מדובר בהכרעה בין שני פוסקים אלא בחכם אחר שהוא חולק עליו. האוטונומיה השיפוטית המלאה של הדיין מתבטאת באחת מתשובותיו בעת כהונתו בספרד. וזה לשונו:

ומה שכתבת כי הזקן החכם רבי יעקב בן שושאן נ"ע היה שלם באותן שתי המידות ומי יעלה על לבו להרהר אחריו ולבטל פירושו, זו אינה ראייה. מי לנו גדול כרש"י זצ"ל שהאיר עיני הגולה בפירושו ונחלקו עליו בהרבה מקומות יוצאי יריכו ר"ת ור"י ז"ל וסתרו דבריו. כי תורת אמת היא ואין מחניפין לשום אדם... יפתח בדורו כשמואל בדורו... ועוד שאמרו הגאונים דמאביי ורבא ואילך הלכה כבתראי, הילכך דידן עדיפא.<sup>35</sup>

#### 5.4.1 הסבר ר' יהודה העליר בדברי הרא"ש

התייחסות ישירה לדברי הרא"ש מוצאים בדברי ר' יהודה העליר. לשיטתו, לחכמי התלמוד יש השראה אלוהית, לכן הרא"ש סובר שאין לחלוק על דבריהם או להכריע על פי שיקול דעת במחלוקתם, ומפאת מיעוט שכלו של הדיין אין הוא יכול למצוא על פי שיקול דעתו ראייה. אבל ביחס למחלוקות שאחר תקופת התלמוד על הדיין להפעיל שיקול דעת ולקבוע את עמדתו כאשר יש לו ראיות ברורות. וכך הוא כותב:

בפלוגתא דתנאי ואמוראי... לא צריך הדיין לטרוח ולחפש אחר הראיות המכריחות, שדבר זה מן הנמנעות להשיג על איזה תנא או אמוראי, כי רוח הקודש נופפה בהם... אבל הרא"ש כתב 'היכי שנחלקו שני גדולים בדבר' ובהאי ודאי יש לו לחפש אחר ראיות, כי מיום

---

פירוש רש"י והתבטא בלשון חריפה כנגד הראב"ד: "עד שעמד חכם גדול הראב"ד ז"ל ומתוך פלפולו סמך על מראית עיניו ומשמש ידיו וחלק על קבלתם להכשיר את הטריפות ולהטריף את הכשר, ואילו היה אומר לנו שהיה מקובל מרבתי כך היינו אומרים לו וזו קבלה אבל מסברת לבו פירש והביא ראיות שאין בהם ממש ואינם כדי לכותבם כי כל ראיותיו וסברותיו למראה עיניו ישפוט לכן אין לסמוך על חכמתו" פסקי הרא"ש, חולין פרק ד, סי' ז.

<sup>35</sup> שו"ת הרא"ש, כלל נה, סי' טו, עמ' נג. ר' ישעיה הורוביץ (השל"ה) מסיק מדברי הרא"ש מסקנה הקשורה לחובת הציות כלפי הדיין שהתקבל כסמכות הלכתית, ועל חירותו של הדיין הוא כותב: "הרי מבואר בדברי הרא"ש שרשאי לחלוק על הגאונים שקדמו לפניו בראיות ברורות ואנחנו צריכים לשמוע לו וזהו 'אל השופט אשר יהיה בימים ההם' ולא אחר השופט הקדום לו שפסק בענין אחר, וזהו 'על ימין שמאל', כלומר שזה מחייב והקדום לו היה מזכה, או להיפך 'על שמאל שהוא ימין' שהקדום היה מחייב וזה שמאל והוא מזכה, על זה רומז גם כן כאן 'לא תטה משפט' הישר בעיניך אף שגאון גדול לא כתב כן לא תכיר פנים". שני לוחות הברית, ירושלים תשכ"ג, חלק שלישי, פד, ב.

שנסתם התלמוד נסתמו מעיינות חכמה, ורשות ביד כל אדם לחלוק על מי שקדמו וכמו שכתב הרא"ש... כדרך שמצינו בחבורי האחרונים שסותרין דברי מי שקדמן בראיות ברורות וזה נכון.<sup>36</sup>

#### 5.4.2 סיכום שיטת הרא"ש

- א. הרא"ש סובר שלדיין יש חירות בהפעלת שיקול דעתו ואף חובה להכריע בין שני פוסקים שחולקים ביניהם.
- ב. הדיין יכול לחלוק על הגאונים אם יש לו קושיה שמקובלת על חכמי דורו.

#### 5.5 עמדת רבנו יהודה בן הרא"ש

רבנו יהודה, בנו של הרא"ש, נשאל על דרך הפסיקה שעל הפוסקים לאמץ בבואם להורות הלכה. בתשובתו הוא מדגיש שדרכם אינה דרך אביו הרא"ש, שלדעתו, פוסק אינו יכול לבחור בין שני פוסקים בהיעדר הפעלת שיקול הדעת, ואם אינו מפעיל שיקול דעת אינו יכול להוציא ממון מספק. על החובה שהפוסק יפעיל שיקול דעתו ולא לאמץ פסיקות אחרים, כתב:

וכי תאמרו מאחר שצדקו רוב דבריו ובלא מחלוקת, לא ניחוש למיעוט דבריו שנחלקו עליו, כי הכתוב אומר "אחרי רבים להטות". זה אינו שהפסוק אינו מדבר אלא בדין שנחלקו בו רבים ויחיד שנעשה כרבים, אבל מי שמחבר ספר בענין דינין והוראות שאם רובו כדין נלך אחר כולו... וחלילה וחס לדבר בעד רבינו משה ז"ל, כי הוא אמת ותורתו אמת, אבל כתבתי הענין הזה להראות שבענין ספר שנתחבר בענין

<sup>36</sup> קונטרס הספקות (מובא בשולחן ערוך, חושן משפט אחר סימן קע) כלל ה' סעיף ג. הרא"ש חיפש את האמת ההשקפתית על פי שיקול דעתו, ללא מורא ומשוא פנים לאחרים. וכך הוא כותב: "מעיד אני עלי שמים וארץ שאיני חוקר וחופש וחוטט לבטל דבריך אך אם הייתי יכול לקיימם הא חיבים עלי מאוד, אך מה אעשה תורתנו תורת אמת ואין אדם רשאי להחניף בה". שו"ת הרא"ש, כלל מו, ב. הרא"ש אף הפעיל שיקול דעת בבחירת הגרסאות השונות בגמרא, שכמובן יש להן לעתים השלכה הלכתית. למשל בהקדמה לספר צידה לדרך כותב המחבר: "ובזמן הזה... באתי ללמוד עם מורי ה"ר יהודה נ"ע בטוליטולה סדר זרעים וסדר טהרות בשיטת הרא"ש וחזרתי לפניו גרסת סדר מועד וסדר נזיקין גיטין ונקדתי הגרסאות המשונות כקריאתו". לאחד המבקרים אותו שהוא נוקט חירות בשיקול דעתו ואינו מתחשב בדעת בני סמכא הוא משיב: "מי לנו גדול כרש"י זצ"ל שהאיר עיני הגולה בפירושו ונחלקו עליו בהרבה מקומות יוצאי ירכו ר"ת ור"י ז"ל וסתרו דבריו" שם, כלל נה. ט. ראוי לציין שהרא"ש הפעיל את שיקול דעתו במתינות ובזהירות יתירה, ועוד בהיותו בגרמניה נהג לדרוש שיצרפרו אליו רבנים בני סמכא אחרים שבחנו את המקרה ודעתם כדעתו על מנת לתת גט כריתות. שם, כלל מג. ט. כאשר הובאו לפניו תעודות או חוזי קניה ישנים, היה מפעיל שיקול דעת זהיר ובודק תחילה את מקורם ואת אמינותם, ואם עלה חשש אפילו הקטן ביותר לאי כשירות התעודה, היה מוסר לבעל הדין מכתב חתום שבו אסר על כל דיין בישראל לעסוק במשפט האמור. שם, כלל סח. כ.

הדינין שאין להביא ראיה מרובו על מיעוטו, ועוד יש טעמים המונעים  
הסכמתם שאין רצוני להאריך בהם עתה.<sup>37</sup>

מדברי רבנו יהודה למדים שעל הפוסק להפעיל שיקול דעתו ולא לאמץ ספרי פסיקה של  
אחרים, כיוון שבדרך כלל חלק מסוים מהפסיקה אינו נכון. לכן בכל שאלה שהפוסק  
נשאל יפסוק על פי שיקול דעתו, וגם אם הפוסקים רבים אינו רשאי להישען עליהם.

בתשובה אחרת רבנו יהודה סובר שאם יש שתי סברות בתלמוד ולא נפסקה הלכה כאחד  
מהם, הדיין יכול לאמץ את אחת הדעות. ואולם אם המחלוקת היא בין גאונים או  
פוסקים אחרים, על הדיין להפעיל שיקול דעת כמי לפסוק. כאן הרב יהודה מביא את  
שיטת אביו הרא"ש, לכן בנידון שהובא לפניו על פסיקת אחד הדיינים כותב רבנו יהודה  
שיש מחלוקת בין הפוסקים, והדיין אימץ את אחת השיטות בוודאי על פי שיקול דעתו  
והביא ראיות.<sup>38</sup>

השאלה שנשאלת היא מדוע רבנו יהודה מבחין בין שתי סברות שבתלמוד, שהדיין יכול  
לאמץ אחת מהן ללא שיקול דעת, ובין שתי סברות שבגאונים או בפוסקים אחרים, שעל  
הדיין להפעיל שיקול דעת. דומה שהדבר נובע מתוך הערכה לדברי התלמוד שכל שיטה של  
חכם תלמודי הדיין יכול לסמוך עליה ולא להפעיל שיקול דעת. נימוק אחר לאבחנה הוא  
שהתלמוד התקבל על כל עם ישראל, כלומר כל שיטה התקבלה על דעת כל ישראל.

רבנו יהודה אינו מחייב את הדיין להשתמש בכללי הפסיקה כשיש מחלוקת בתלמוד.  
לדעתו, בהיעדר שיקול דעת הפוסק יכול לאמץ את אחת השיטות. כך משמע מדבריו וכך  
הוא כותב:

---

<sup>37</sup> שו"ת זכרון יהודה נד.

<sup>38</sup> שו"ת זכרון יהודה, נז. אלה העובדות שם: הרב משה כהן הורה לתת לכל אחת 6000 זהובים לפי מה  
שנתן האב לכל אחת מבנותיו בנישואין, ואף יותר. וגם אמדו שאילו היה האב חי והיה לו כשיעור הממון  
שהותיר אחר מותו, היה נותן סכום זה לכל אחת. ואמר על כך הרב יהודה: "כבר הורה זקן", ומביא  
סימוכין מהתלמוד (סנהדרין כט ע"ב), כלומר לפי הרב יהודה, שיקול דעת של חכם אי אפשר לבטלו. וכן  
הוא מביא הוכחה גם מהירושלמי. ההבחנה של הרב יהודה חשובה, שבמחלוקת בתלמוד מאן דעביד כמר  
עביד, ומא דעביד כמר עביד, אבל במחלוקת בתר תלמודית הדיין חייב להפעיל שיקול דעת. הרב יהודה  
מביא בשם אביו שאם הדיין לא ידע במחלוקת הגאונים ואח"כ נודע לו על מחלוקת הגאונים, אם נראים  
הדבר לרוב החכמים והוא פסק נגד אותם חכמים, נכנס להגדרת טועה בדבר משנה, ואם אי אפשר לעמוד  
על הדבר אין כאן טעות, ומה שפסק פסק.

ואין לומר זהו דוקא שמפורש בתלמוד בהדיא דעבד כמר עבד ודעבד  
כמר עבד, אבל בדבר שהוא מחלוקת בין הגאונים או פוסקים אחרונים  
אינו נוהג דין זה.<sup>39</sup>

הרב שמעון בן צמח דוראן, מתייחס לסוגיה זו וכך הוא כותב:  
ומצינו בהרבה מקומות מחלוקת בין התנאים ובין האמוראים וכבר יש  
בידינו כללים מסורים מבעלי הגמרא ומהגאונים כמאן פסקין, וראוי  
לסמוך על אותם כללים. ולפי אותם כללים מי שנפסקה הלכה כמותו  
כוותיה עבדין, ואי טעי דיינא ועביד כאידך מהדרינן עובדה כטועה  
בדבר משנה.<sup>40</sup>

לשיטתו, ראוי שהדיין יסמוך על אותם כללים ואף חייב להתחשב בכללים בהפעילו את  
שיקול דעתו. ואם אינו מתחשב, ייחשב טועה בדבר משנה, אם ההלכה אינה כמסקנתו.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> שם. חירותו של הדיין לנהוג כאחת השיטות בתלמוד לעתים באה להגן על אחד הצדדים של  
המתדיינים, אך החירות אינה באה בזכות אחד הצדדים שלא ייפגע. בשו"ת מהר"י בירב, ס', הובאה  
תשובתו של ר' יוסף פאסי. השאלה שהתעוררה נוגעת לבית דין שהשאיר בידי האישה את הנכסים שהיו  
בידיה, כי להערכתם אין לה נכסים יתר על הכתובה. ברם הדין התייחס למקרה כאילו נתנו לה את  
כתובתה, ור' יוסף פסק שאין רשות לבית דין אחר לערער על שיקול דעת בית דין אחר, ולהוציא את  
הנכסים מידה. הנימוק הוא שבתלמוד יש שתי סברות, ומדובר בבתי דין ולא בשני פוסקים, עדיין מחילים  
את הכלל, דמאן כעביד כמר עבד, ומאן דעביד כמר עביד, ואין מקום לטענה שיש טעות בשיקול דעת, או  
טועה בדבר משנה, כיוון שאין הכרעה הלכתית בתלמוד. ראוי לציין שבתשובתו ר' יוסף מבחין אם מדובר  
בחליצה, וכך הוא כותב: "כל שכן שבכל נפוצות (תפוצות) ישראל ובפרט בעיר הזאת נהגו כדברי האומר  
מצות חליצה קודמת, והרי הוא כמקובל לדורות לדון כוותייהו ולפחות לענין ממונא, ודי לנו שלא נכוף  
אותו לחליצה משום אסורא, אבל לענין ממונא מי שהורה כוותייהו הוראתו הוראה, ומשום תקון הדורות  
בנות ישראל ראוי להורות כן. ולענין ממונא יש כח לדיין במקום שיש ולמה שיסמוך לדון כוותיה היכא  
דליכא תיקון לעולם". הרב מרדכי הלוי, בספרו שו"ת דרכי נעם, אבן העזר טז, מביא שתי שיטות ולא  
מכריע, מכאן מאן דעביד כמר עביד ומאן דעביד כמר עביד. וכן הוא כותב: "וגם הרי"ף ז"ל שהביא השתי  
סברות ולא הכריע, משמע דסבירא ליה דמאן דעביד כמר עבד, ואם כן בנדון דידן שכבר נעשה מעשה ודאי  
דלא מהדרינן, כל שכן דהרמב"ם מאריה דאתרא והרבה מן האחרונים דסבירא להו כוותיה". ראוי להעיר,  
שגם אם לא נעשה מעשה משתמע מדבריו, שיש מקום להחיל הכלל מאן דעביד כמר עביד, ומאן דעביד  
כמר עביד.

<sup>40</sup> שו"ת התשב"ץ ב, רע"ב.

<sup>41</sup> בנוגע לאוטונומיה השיפוטית של חכם הדור, וחירותו בהפעלת שיקול הדעת. ניתן להוסיף את דברי רבי  
צמח בר' שלמה דוראן נכדו של התשב"ץ. דבריו מוסבים על סמכותו ותוקפן של תקנות הקהל וכך הוא  
כותב: "ומה שכתבת בעניין התקנה שעשיתם, דע שבית דין יכולים הם לעשות תקנות וגדרים בכל מה  
שירצו. ורשאים הם להפקיר ממון האדם, דאלים כוחם לעשות ולהקנות כל דבר שאין הדין יכול  
להקנותו... דבית דין יש להם כח ורשות להפקיר נכסי אדם; ולא דווקא בית דין סמוך שיכול להפקיר

הרב מרדכי הלוי כותב שכאשר התלמוד לא הכריע, וכתוב בתלמוד "מאן דעביד כמר עבד ומאן דעביד כמר עבד", וכל הפוסקים על פי שיקול דעתם אימצו את אחת הדעות, פסיקתם הופכת להלכה מחייבת שיש לנהוג לפיה. וכך כותב הרב מרדכי הלוי:

אע"ג דאמרינן בגמרא, מאן דעבד כמר עבד ומאן דעבד כמר עבד...

מכל מקום כל הפוסקים כלם פסקו כרב ושמואל... הכי נקטינן.<sup>42</sup>

הסבר לכלל אנו מוצאים בדברי חזון איש, וכך הוא כותב:

מיהו אפשר כיוון דבשיקול הדעת כל הוראה חלה כשאמרו דעבד כמר

עבד נתנו לנו רשות להכריע, ודעבד כר' יהודה שליחותא דקמאי קעבד,

והוי כאילו הכריעו קמאי כן.<sup>43</sup>

מדברי החזון איש למדים שיש כאן מחלוקת בשיקול דעת, לכן כל הוראה תחול כאילו הראשונים גם הם הכריעו כאותה הוראה שהחילו אותה.

## 5.6 עמדת הרב מאיר אבן גבאי<sup>44</sup>

הרב מאיר אבן גבאי מתקשה לקבל את הגישה שלדיין יש חירות בשיקול דעתו. לדעתו, אין לאפשרויות ההלכתיות המנוגדות מעמד שקול, כלומר עמדתו מניחה ששיקול הדעת האנושי אינו כשר ביחס להלכה. הפתרון שהרב מאיר אבן גבאי מציע הוא שההתגלות אינה רק אירוע היסטורי שהתחולל פעם אחת בעבר, אלא קול זה ראשיתו במעמד הר סיני ואינו פוסק לעולם, לכן אין מקום לחתימה הלכתית, כי פירושה הפסקת ההתגלות

---

ממון האדם, אלא בכל דור ודור יש לבית דין כח להפקיר ממון שיש לו בעלים, דיפתח בדורו כשמואל בדורו. שו"ת, יכין ובוועז, חלק ד, סימן כ.

<sup>42</sup> שו"ת דרכי נעם, אבן העזר, כה. אולם בתשובתו כותב: "מדקאמר בגמרא, הבו דלא לוסף עלה וכל הני אמוראי בתראי סברי כוותיהו, הכי נקטינן". לא ברור אם יש כלל מצטבר או תוספת שאינה מחייבת. שאלה דומה מובאת בשו"ת גנת ורדים, אורח חיים, כלל א, יב. השאלה שהתעוררה היא אם יכול בן ארץ ישראל להתפלל תפילת יו"ט כדי להוציא אדם שבא מחו"ל לארץ. השואל כותב ששאלה זו תלויה במחלוקת שכתב הטור באורח חיים סימן תקסו, שהגאונים כתבו ששליח ציבור שאינו מתענה אינו יכול להתפלל כיוון שאינו יכול לומר "עננו". והטור כותב שיכול לומר "עננו". כאן השואל רוצה לראות בזה מחלוקת שקולה ולהחיל את הכלל "מאן דעבד כמר עבד ומאן כעבד כמר עבד". על זה כותב: "וכמה תשובות בדבר, ומעיקרא אני תמוה על מעכ"ת שאמר שדבר זה תלוי במחלוקת, כאלו היא מחלוקת שקולה דמאן כעבד כמר עבד ומאן דעבד כמר עבד, והלא דברי הטור דחאום בשתי ידים ואמרו שקבלת הגאונים תכריע, ורגיל אני בכיוצא בזה לומר דברי ב"ש במקום ב"ה אינה משנה. ולא על מעכ"ת בלבד אני תמה אלא גם על כמה. פוסקים אחרונים תפסו דרך זו לעשותו סניף בדבר שיש בו מחלוקת הגם שתהיה הסברה ההיא מופרכת הרבה ואין לה רגלים כלל, שאפילו בשעת הדחק לא סמכין עלה כלל". השו"ת שו"ת גינת ורדים יורה דעה, כלל ג.ט, שו"ת גנת ורדים, חושן משפט כלל א, ב.

<sup>43</sup> חזון איש, יורה דעה קן, ס"ק ב.

<sup>44</sup> תורכיה וארץ ישראל 1480-1540.



המתמדת, ומכאן חירות הדיין להפעיל שיקול דעתו. לשיטתו, חכמים נוטלים חלק בהתגלות שאינה פוסקת לעולם. וכך הוא ממשיך וכותב:

כל מה שחידשו החכמים בכל הדורות קיבלו מן הקול ההוא, לא היה זה כפי שכלם וחקירתם... לפי שקולם הוא הקול הגדול.<sup>45</sup>

העמדה הסוברת שלאפשרויות ההלכתיות יש מעמד שקול אינה מתקבלת על הדעת, שכן בעמדה זו יש שתי בעיות. שתי אפשרויות שסותרות זו את זו אינן עשויות להיחשב שוות בתוקפן, ועמדה זו מערערת את ההכרעה האנושית ששוללת מעמד זהה לשתי אפשרויות. וכך הוא כותב:

אלו היה אפשר להעמיד דברי שניהם הנה יצדק אמרו "אלו ואלו דברי אלוהים חיים"... אבל זה אוסר וזה מתיר אי אפשר להעמיד דבר שניהם. ואם בשביל ההכרעה אחר שאינה אלא לצד האחד ואין אנו מקיימים דברי חבירו. אם הם דברי אלוהים חיים, איך יפול דבר אחד מדבריו ארצה.<sup>46</sup>

ואולם בהמשך דבריו הוא מחדש שקביעות הלכתיות אינן סותרות זו את זו. הן משקפות שתי אפשרויות שלהן מעמד ריאלי זהה, והן ביטוי לקליטת הדיין על פי שיקול דעתו של הקול האלוהי. ההכרעה ההלכתית שאינה זהה עם חברתה היא ביטוי רק למוגבלות הקליטה האנושית. וכך הוא כותב:

וכל אלה הדברים נראין כסותרין זה את זה ומשתנים. זה בצדנו, שאין ברשותנו וכוחנו די לעמוד עליהם ולזה אי אפשר לקיים שני חלקי הסותר, ונקבעה ההלכה כאחת משתי הדעות ולזה אמר 'אלו ואלו דברי אלוהים חיים' והכל אחד מצד הנותן ב"ה אבל מצדנו הם שונים והלכה כב"ה.<sup>47</sup>

<sup>45</sup> עבודת הקודש, עמ' 170.

<sup>46</sup> שם עמ' 169-170.

<sup>47</sup> שם עמ' 171. ראו דיון בסוגיה זו. שגיא, אלו ואלו, הוצאת הקיבוץ המאוחד, מהדורה שלישית, 1998, 92-98. הרב מאיר אבן גבאי אינו מקבל את התפיסה התיאולוגית שהתגלות הקב"ה על הר סיני הייתה תופעה חד-פעמית, "קול גדול ולא יסף" (דברים ה, יט). הרב מאיר אבן גבאי רואה בהתגלות זו ממשיכה לתת את הגושפנקה לחכמי ההלכה להמשיך להפעיל את שיקול דעתם. הדים לגישה זו אפשר למצוא אצל המאירי, ובספר הכוזרי לר' יהודה הלוי. גילת בספרו "יד לגילת" כותב: "רבינו מנחם המאירי... בהקדמתו למסכת אבות... קובע... שאפשר להכריע בספקות בסיוע הנבואה ולפסוק בענייני הלכה על פי הוראות נביאים מפי הגבורה. המאירי בוחן את אישיות ההלכה בימי הנביאים ובתקופת בית שני, וכותב שבאותם הימים אכן היו בידיהם דרכי לימוד, עיקריים ומצוות, שבעזרתם היו מבררים את הדינים. ומה שלא הספיקו להם ההיקש והסברא, כלומר מה שלא יכלו להגיע להכרעה על יסוד ההיגיון ודרכי הלימוד

## 5.7 עמדת המהרש"ל

המהרש"ל מחזק את האוטונומיה של הדיין. הוא רואה בהתגלות האלוהית על הר סיני ראייה לחירות הדיין בשיקול דעתו. המהרש"ל פותח את שני המבואות שכתב למסכתות בבא קמא וחולין בניתוח המשמעות של ההתגלות במעמד הר סיני. לדעתו, ההתגלות אינה רק אירוע היסטורי חד פעמי שהתרחש בזמן ובמקום מסוים והתגבש בתורה שבכתב אלא במקביל לאירוע הראשוני של ההתגלות במעמד הר סיני מתחוללת התגלות מתמדת המתבטאת בהפעלת שיקול דעת חכמים וייחוס ערך שווה למכלול הדעות החלוקות של חכמים:

כולם דברי אלוהים חיים כאילו קיבל כל אחד מפי הגבורה מפי משה  
אף שלא יצא הדבר מפי משה מעולם.<sup>48</sup>  
כלומר נושאי התורה הם חכמי ישראל שבכל דור ודור ועל פי  
שיקול דעתם נקבעת ההלכה. התורה לא נמסרה בשלמותה  
למשה, כדי שכל טקסט יהיה פתוח לפרשנות חדשה, כלומר  
ההתגלות המתמדת היא לאפשר לחכמי ישראל פתיחות בטקסט  
על פי שיקול דעתם.

גישת המהרש"ל היא שיש לדיין חירות מלאה לפסוק על פי שיקול דעתו. ביצירתו הספרותית לא נמנע לחלוק על חכמים, וכל פסיקותיו פרי שיקול דעתו שלו או של פוסקים אחרים שבדק אחריהם. המהרש"ל מתרעם על המאמינים למה שכתוב בספרים ואינם מפעילים את שיקול דעתם לראות שהדין אינו כן ואף אינם שומעים למי שעל פי שיקול דעתו, וראויות ברורות צווח שאין הדין כך.<sup>49</sup> וכך הוא כותב:

המקובלים היו מכריעים בו אחרי הרוב... אך לפעמים הייתה הנבואה מבררת להם כל תעלומה... סיכומים לשיטה זו של המאירי אנו מוצאים ב'ספר הכוזרי' לר' יהודה הלוי, כידוע תוספת הנבואה מקום מרכזי בשיטתו של ר' יהודה הלוי, והוא איננו נוטה להגביל את תוקפם ואת היקף פעולתם של הנביאים, אדרבא הנביאים שותפים לדעתו ביצירה ההלכתית". יד לגילת. מוסד ביאליק, ירושלים תשס"ב, עמ' 146. שגיא רואה בשיטת הרב מאיר אבן גבאי אין הבדל בין חכם לנביא וכך הוא כותב: "כדאי גם לשים לב, שלפי אבן גבאי הקול האלוהי הוא המקור הן של הנבואה והן של החכמה של חכמי ההלכה, מבחינה זו אין אפוא הבדל בין הנביא לחכם", שם, עמ' 94.

<sup>48</sup> הקדמה ראשונה לחולין.

<sup>49</sup> המהרש"ל כתב גם תשובות הלכתיות וחיבורים נוספים. שפיגל כותב שחיבורים אלו הם הגהות על ספרי ראשונים, מהן ארוכות מאוד. הוא כתב על הרי"ף ומפרשיו, על הרמב"ם, על הסמ"ג, על המרדכי, על הרא"ש, על הטור, ועוד. ראו שפיגל, עמודים בתולדות הספר העברי הגהות ומגיהים, הוצאת אוניברסיטת בר-אילן, רמת גן תשנ"י, עמ' 279-280. ראו רפלד, המהרש"ל והים של שלמה, עבודת דיסרטציה לקבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן, רמת גן תשנ"א, עמ' 70-22, 352-364; אסף 'משהו לתולדות מהרש"ל' ספר היובל ללוי גינצבורג, ניו-יורק תש"ן, עמ' מה-סד. המהרש"ל הגיה גם בתוך

כל אחד ראה דרך צינור שלו לפי השגתו וקיבל כפי כוח נשמתו  
העליונה לרוב עילויה או פחיתות, זה רחוק מזה עד שאחד יגיע לטהור  
והשני יגיע לקצה האחרון וטמא, והשלישי לאמצע רחוק מן הקצוות  
והכל אמת.<sup>50</sup>

עמדת המהרש"ל היא שהתלמוד הוא הקובע להלכה, ואליו כפוף הדיין אך אינו כפוף  
לגאונים או לאחרונים, ועליהם יכול לחלוק על פי שיקול דעתו. וכך הוא כותב:  
כי מימות רבינא ורב אשי אין קבלה לפסוק כ"א מן הגאונים או מן  
האחרונים אלא מי שיוכשרו דבריו להיות מיוסדים במופת חותך על פי  
התלמוד והירושלמי והתוספת' במקום שאין הכרע בתלמוד.<sup>51</sup>

התלמוד. ר' שמואל פיהם הדפיס את הגהותיו של המהרש"ל וקראן בשם חכמת שלמה. החיבור נדפס  
לאחר פטירת המהרש"ל בקראקא שנת ושל"ה; ראו רון, ביקורת נוסח התלמוד הבבלי של ר' שלמה  
לוריא, עבודת דיסרטציה לקבלת תואר דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, רמת גן תשמ"ט. שם המחבר דן  
באריכות בזיהוי דפוס מסכתות התלמוד שהיה לפני המהרש"ל, ומוכיח עד כמה חשוב זיהוי זה להבנת  
הגהותיו. הוא גם סובר שדברי המדפיס הללו אינם נכונים וכי רוב מסכתות התלמוד שהיו לפני המהרש"ל  
הן מדפוס בומברג השני. ראוי לציין שעל הרקע להגהותיו כותב ר' שמואל פיהם בהקדמתו לספר חכמת  
שלמה: "וזה הדרך אשר בחר לו להגיה גמרא רש"י תוספות לקיים פסוק ואל תשכן באהלך עולה. און  
וחקר תלי תלים הלכות על כל קוף וקוף כל מסכתא כאשר למדה בישיבתו עם תלמידים וחברים  
המקשיב' לקולו, על דרך גורעין ומוסיפין ודורשין, הוסיף וגרע ודרש וברר ולבן והעמיד ההלכה על  
בוריה". ראו שפיגל, שם עמ' 281 הערה 86. וכך מסכם שפיגל: "וכלל זה יהא נקוט בידך לגבי כל המגיהים,  
לעולם יש לראות מה נוסח הדפוס שהיה ביד המגיה. דבר ברור הוא שאם לא נעשה כן, אלא נתייחס רק  
לנוסח הדפוס הנמצא בידינו הרי שתמיד ימצאו מקומות מוקשים בדברי המגיה, והגהתו תהיה לעיתים  
מיותרת או בלתי מובנת וכבר שגו בכך גדולים וטובים", שם עמ' 285.

<sup>50</sup> הקדמה שנייה למסכת חולין.

<sup>51</sup> הקדמתו לים של שלמה על מסכת חולין: "ולא נשאתי פנים לשום אחד מהם או לבטל דעת האחרונים  
שבאו במגילות ספרים בביאורי הפוסקים והתשובות, ובכמה מקומות שבו מבלי עיון בשכלם הזך. וכאשר  
חנני אלוהים ויש לי כל ברוך המקום ברוב חסדיו, ירדתי לעמקה של הלכה והייתי יושב מתון בכל דין ודין  
קודם שחתמתי וחקיקתי בספר, וכתבתי הכל בביאור יפה ובראיות מופתיות. אף שהדור שלפנינו לעת  
ההיא מרוב חלשות ורפיון ידום אין יכולת בשכלם להשיג שגדול אחד מן המחברים יטעה בדמיונו,  
וסוקרים מה שכתוב בכתב ישן אין להרהר אחריו, ואין נותנים לבם אלא לסתור דברי חכמים, וכל מה  
שיוצא מפי אדם אפילו הוצק חן בשפתותיו ופיו מפיך מרגליות, א"ה אומרים מה גבר מגוברין הלא גם לנו  
יש לשון למודים ויד ושם בתלמוד כמותו. אבל האמונה באמונת שמייים, שהוכחתי כמה פעמים בפרט מן  
הפוסקים האחרונים, שטעו בכמה מקומות מן התלמוד כאחד מן התלמידים הטועים בעיון הלכה... ולכן  
לא אאמין לשום א' מן המחברים יותר מחבירו, אף שיש הכרע גדול בין מעלותם למי שהורגל בהם בעיון  
רב, מכל מקום התלמוד הוא המכריע, וראיות ברורות יתנו עידיהן ויצדקו". מכאן רואים שהמהרש"ל  
סובר שכל דיין לא רק רשאי אלא אף חייב להפעיל את שיקול דעתו, ולא יישא פנים לאיש ולחלוק אפילו

המהרש"ל סובר כשיטת הרמב"ם שהמכריע הבלעדי זה התלמוד, כי כל עם ישראל קיבל אותו כספר מחייב. המהרש"ל כרמב"ם אף הוא דוגל שאין מעמד מועדף מבחינת פסיקת ההלכה. אין עדיפות לשיקול דעת הראשונים על שיקול דעת האחרונים,<sup>52</sup> כי כל חכמי ישראל יונקים במישרין מן ההתגלות.<sup>53</sup>

---

על הגאונים, אלא אם כן יש הוכחה נגדית מהתלמוד, שאז מתבטל שיקול דעתו של אותו פוסק בפני התלמוד.

<sup>52</sup> ראו שו"ת נודע ביהודה, מהדורה תניינא חלק יוד סי' נ"ג. ד"ה מד. ושם כתב: "מה שהקשה על מהרש"ל מדברי הפוסקים... אטו גברא אגברא קא רמית ומצינו שהמהרש"ל ז"ל חולק אפילו על גדולי הראשונים נ"ע, כי לבו כלב הארי", אף הרב יאיר בכרך כתב: "ומשלמה ועד שלמה לא קם כשלמה", שו"ת חוות יאיר, סי' מד. ומביא בשמו של גאון אחד: "ואדברה אך הפעם, ללמד זכות כדי להעמיד דברי הגאון מהרש"ל מנוחתו כבוד, ונשמתו הטהורה אשר בלי ספק הייתה מעולם האצילות, ואיך תהיה המכשלה הזאת תחת ידו תי, ואשר כבר העידו על מהרש"ל ז"ל שאפילו נשתכחה תורה בישראל, היה מחזירה בפלפול... ומה שכתב מעכ"ת לסתור דבר מהרש"ל ז"ל לא אוכל להסכים עמו, וחלילה לי לשלוח יד במשיח ה', ואיך יכשל עמוד העולם בדבר הזה", שם סי' מג. ראו דברי חזון איש, יבמות בליקוטים סי' ג: "רבינו הגדול שהגיע לרוח הקודש מהרש"ל זללה"ה".

<sup>53</sup> המהרש"ל בחיבור "ים של שלמה" כותב בהקדמתו שכל קובצי ההלכות שתכליתם לכלול את כל דברי החכמים שקדמום על מנת להביא לשיקול דעת אחד נכשלה. לא די שלא השיגו את מבוקשם אלא אדרבה, גרמו לריבוי הספקות, כי אלה הבאים אחריהם הוסיפו לפלפל בספרים אלו וחיברו עוד ספרים, ואחר כך באו אחרוני אחרונים עד אין קץ. המהרש"ל סובר שזאת הסיבה שפירושי התורה ניתנו בעל פה ולא בכתב, מפני שאילו נכתב על התורה ספר מיוחד, היה גורל הספר כגורל ספר התורה, שכל אחד כותב את שיקול דעתו. כמו שאנו מוצאים במשנה, שחיבור המשנה הוא פירוש על התורה שבכתב, ונתרבו גם בו פירושים ומבוכות על ידי חכמי התלמוד. וכן גם בתלמוד עצמו. לכן הוא אומר "עשות ספרים הרבה אין קץ", כלומר עשיית ספרים מביאה ספרים אחרים, שבהם אחרונים על פי שיקול דעתם יבארו את הראשונים, וכן חוזר חלילה אין קץ. לכן נחוץ ספר אחד שכולל כל מה שנחוץ ויהיה בנוי בצורה שאין צורך בשום ביאורים נוספים. הוא טוען שהספרים שנתחברו אחר התלמוד לא השיגו את מטרתם, למשל ספר הרמב"ם, וכלשונו: "אמנם שהוא חבור נאה מכל אשר היו לפנינו בעניין זה". אבל הוא לוקה בחסר שאינו מראה המקורות שמהם שאב את דבריו, וגם נמצאו עליו השגות הראב"ד שבכמה מקומות הן בדברים נכוחים לעין כל, בדבר הנראה לעיניים שהמגיד משנה בעצמו הודה ולא בוש". לכן סובר המהרש"ל שחיבור ספרו תכליתו להוציא את ההלכה ממקורה בתלמוד ולשלב בו את דברי החכמים שבאו אחר התלמוד עד זמנו. עפ"י שיקול הדעת לבקר את דעותיהם אם יש להם יסוד בעומק הגיון הגמרא מבלי נשיאת פנים לאחד מהם. לדין יש חירות בשיקול דעתו. לקבוע את הפסק ההלכה על פי העיון האמיתי בדברי הגמרא. לא ברור מה הקריטריון של המהרש"ל "העיון האמיתי", הרי כל אחד לפי שיקול דעתו יטען שסובר ופוסק על פי העיון האמיתי. ראו שו"ת שערי צדק הקדמה; פסקי עזיאל בשאלות הזמן, כ, עמ' פז; שו"ת בנימין זאב, שג, עמ' עג; שו"ת בנין ציון החדשות, כב; שו"ת שרידי אש, חלק ג, ט שדי חמד, כללי הפוסקים, סימן טז, כלל מה; ברכי יוסף אורח חיים, שכח אות ח.

## 5.8 עמדת ר' חיים בר בצלאל

ר' חיים קובע שבדעתו של חכם ההלכה תמיד יש חידוש, ושיקול דעתו יכול להשתנות מעת לעת. קביעה נוספת שהוא קובע היא שיש שוני בשיקול הדעת בין חכמי ההלכה. לשיטתו, שני מרכיבים אלה הם מהותיים לתהליך ההכרעה ההלכתית, וטועה מי שחושב שיש בזה כדי לפגוע באחידותה של התורה, שכן מכלול האפשרויות ההלכתיות הן הכרעות תקפות, "אלו ואלו דברי אלוהים חיים". וכך הוא כותב:

וזאת הייתה גם כן לפנינו בישראל בכל דבר הוראה שיבוא לפני החכם אשר הגיע לגבורות ההוראה, דהיינו שיהי בן מ' לבינה, אזי יפתחו לפניו כל ספרי ההוראות ויהיו נקראים לפניו דברי האוסרין ודברי המתירין, והיה מעיין בהם באימה וביראה, ברתת ובפחד... ואם חזרה ובאה הוראה זו מאתמול וכך וכך דינה, רק כמשפט הוראה ראשונה יעשה גם כן לשנייה, להיות מתון בדבר, משום דבשנוי מעט מתהפך הענין, כמו שכתבתי כבר גם דעתו של אדם אינו שווה עליו בכל עת, ובאולי לא היה דעתו נוטה להורות בה כמו שהורה בה אתמול, ואין בזה שום השתנות או חסרון לומר שנעשית התורה על ידו כב' תורות חלילה, אדרבה כן היא דרכה של תורה ואלו ואלו דברי אלוהים חיים.<sup>54</sup>

ר' חיים בהקדמה לספרו "ויכוח מים חיים" תמה על הרמ"א שקבע את ההלכה לבדו בלי לצרף את חכמי דורו, כלומר לשיטתו, יש חירות לדיין בשיקול דעתו. אך בבואו לקבוע הלכה עליו לצרף את חכמי דורו. לא ברור למה לא תמה על פוסקים אחרים כגון הרמב"ם. וכך הוא כותב על הרמ"א:

<sup>54</sup> הקדמה זו מצויה רק בדפוס הראשון של הספר, אמשטרדם תע"ב. טשרנוביץ (רב צעיר) הביא את ההקדמה במילואה בספרו תולדות הפוסקים חלק ג, ניו-יורק 1947, עמ' 93-100. ר' חיים בר בצלאל מדגיש שאלו ואלו דברי אלוהים חיים, כלומר יש מגוון רחב של שיקולי דעת. ביטוי דומה לעמדה זו מוצאים בדבריו של בעל תוספות יום טוב. הוא מעלה את השאלה ביחס לדברי התלמוד, לכאורה קשה להבין שבית שמאי מצד אחד מטהרין ובית הלל מטמאים, ואיך אפשר לקיים את דברי שניהם, ואיך קיבל משה רבנו את שתי הגישות מפי הגבורה, כלומר אם קיבל טהור לא קיבל טמא, ואם קיבל טמא לא קיבל טהור. יתר על כן אם נסבור שדברי שניהם נכונים, כלומר כל אחד מביע את שיקול דעתו ומנמק את שיטתו, אלא בית הלל קיבלו כמו שקיבל משה רבינו, זה סותר את הגישה שרועה אחד נתנם. וכך הוא כותב: "על כן נראה שהשם יתברך נתן התורה ושלוש-עשרה מידות לדרוש בהם התורה כל חכם וחכם לפי השגת דעתו ובלבד שיעסוק ויעיין בכל כוחו בלי התרשלות". לשיטתו, האל נתן תורה שאיננה חתומה. ובצד ההוראות נמסר לעם ישראל, את שלוש-עשרה מידות, שמאפשרות לחכמי ההלכה להסיק מסקנות הלכתיות לבעיות חדשות על פי שיקול דעת הפוסק. ספר הנצחון, צילום מהדורת הקשפן אולטצורף-נירנברג 1644, ירושלים תשמ"ד, עמ' 176-177. ולכך גם התכוון רבי חיים בר בצלאל כשאמר שאלו ואלו דברי אלוהים חיים.

ואנו רואים שאפילו חכמי המשנה ותלמוד לא קבעו הלכה עד שנמנו וגמרו.<sup>55</sup>

זימר מחדש :

כשם שר' חיים נחלץ להגן על החשיבה העצמאית של הפוסק, כך גם עמד בתוקף על זכותו של כל קיבוץ יהודי לשמור על מנהגיו המיוחדים לו.<sup>56</sup>

אם כן, הפוסק אינו רשאי על פי שיקול דעתו לבטל מנהג קיבוץ יהודי. לשיטתו, במסורת מנהגים לא ניתן להתפשר אפילו לחומרה, אף שמותר בהלכה מפורשת. לשיטתו יש למסורת המנהגים משקל גדול מן ההלכה עצמה שנקבעה על פי שיקול דעת הפוסק.<sup>57</sup> לסיכום נראה שרבי חיים מעודד את הפוסק לפסוק על פי שיקול דעתו אך בשתי הגבלות: לשתף חכמי דורו ולא לפגוע במנהגים.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> בהקדמתו, לספרו "ויכוח מים חיים", ראה הערה לעיל.

<sup>56</sup> זימר, רבי חיים ב"ר בצלאל, עמ' 101.

<sup>57</sup> שיטתו בפסיקה של ר' חיים להחמיר. ועל כותב זימר: "נטייתו בהחמרה מתבטאת בכמה כללים שניתן להסיק מתוך הערותיו ב"ויכוח מים חיים". כאמור ניתן לראות קו כללי המנחה אותו כיבוד וחשיבות הפסיקה של האשכנזים האחרונים כאשר הם החמירו מן הראשונים שקדמו להם, הערות טיפוסיות הן כגון 'ואע"פ שהרב הקאר"ו יצ"ו אינו תופס דברי האחרונים הללו עיקר להיות כולם או רובם חכמי האשכנזים, לא כן אנחנו, כי האנשים האלה שלימים הם אתנו ומימיהם אנו שותים וראוי להחמיר כדבריהם'. הוא מסתייג מן הכלל המנחה את הרמ"א להקל אם התירו הקדמונים (אף ובלא רובם) אם אסרו האחרונים. ר' חיים סבור שאין להתיר ולבטל חומרת האחרונים 'דלא קטלי קני באגמא הם'. זימר, שם, עמ' 105. יוצא אפוא שלשיטתו חירות שיקול דעת הדיין מוגבלת, כי על פי תפיסתו החומרה גוברת על שיקול דעת.

<sup>58</sup> פעילות בולטת לשימור מנהגי אשכנז רואים גם אצל פוסקים אחרים. הגישה הרווחת היא שאין שיקול דעת הפוסק משנה את המנהג. ספרי מנהגים שנתחברו בסוף תקופת הראשונים, בעיקר ספר מהרי"ל, העניקו לבני הקהילות האשכנזיות כלים יעילים להכיר את מנהגם על פרטיהם ולהסתמך עליהם מול ניסיונות לערערם. כל שיקול דעת בטל מפני המנהג. כן למשל מובא בספר מהרי"ל: "אמר מהרי"ל סג"ל, אין לשנות מנהג המקום בשום עניין אפילו בניגודים שאין מורגלים שם. פעם בשעת אגדת ההלכה סיפר לנו אמ"ף, כמה גדול עונש שינוי מנהג המקום, ועד אנה מגיע ענשו של המשנה, וסיפר לנו מעשה בעצמו שהיה שליח ציבור פעם אחת בקהלת רעגנשבורג בימים הנוראים, והיה מנגן כל התפילה כמנהג מדינת אוסטריה, כי הן המנהג שם... ואמר שבאותו פעם היה אומר סליחה 'אני הוא המדבר' אשר יסד רבינו אפרים המחבר, אשר מנוחת כבודו שם בקברות העיר ההיא, ואמרו המנהגים תושבי העיר אליו, שאין מנהגם לומר אתה הסליחה, ולא שמע אליהם מסברתי דלעיל. לימים מתה בת הרב מהרי"ל סג"ל ביום כיפור, והצדיק הרב הנזכר עליו הדין, שלקתה בתו על מה ששינה באותו היום מנהג המקום". ספר מהרי"ל, מהד' מכון ירושלים, עמ' שלט-שמ.

## 6. גישת האחרונים

### 6.1 עמדת רבי חיים בן-עטר

המעין בחיבוריו של רבי חיים בן-עטר יגלה שלעיתים הוא חולק על שיקול דעת קודמיו ואף על הראשונים בלי להצטדק ולחלוק להם את כבודם בהשפלת ערך עצמו וביטול ישותו בדרך הביטוי "לולא דמסתפינא",<sup>59</sup> כגון: "פשוט שאין דברי הרמב"ן מחוורין",<sup>60</sup> "ודברי הראב"ד אין נראין בשום אופן",<sup>61</sup> "והכסף משנה העלים עין מכל וכל",<sup>62</sup> "ומה שהבין [הכסף משנה] בדברי הרמב"ם חוכך אני לו",<sup>63</sup> "ודברי הבית יוסף יקובלו מפי נביא דווקא כי מי גלה לו סוד זה",<sup>64</sup> "והאמת יורה דרכו כי דעת הרא"ש יחידאי בפוסקים, וכבר הקשיתי עליהם בטענות הנשמעות והשומע לי יזכה לישוב בסוכה של לוייתן".<sup>65</sup>

יוצא אפוא שלשיטתו אפשר לחלוק על שיקול דעת ראשונים, אולם הוא מתרעם על אחד המחברים שהקשה על רבנו נסים. וכך הוא כותב:

וחזיתי לחד מבני תורה שכתב בחיבור שחיבר וקרא שמו ריח השדה, וקרא תגר על דברי הר"ן כי לא דיבר נכונה, ומה מאוד ילבש אדם בוש וכלימה על שתי חסרונות, הא' שלא ישיג הבן דברי רבותיו, ולא מסתייע דלא גמר, עוד לו רוח יתירא לאפלוגי לדחות דברי רבותיו אשר לא השיג הבינם, ובאמת כי הציקתני רוח בטני איך כל הרוצה ליטול את השם, לכנוס לפנים ממחציתו להשיג על גדולי עולם, אשר עדיין לא השיג הבן דבריהם ויתגדר להקשות, שפתים ישק פי חכם, גאון טהור נפש חד בדרא קדוש ה' יאמר לו, אדוני הרב הנהדר בחכמת התורה, הוא ידיד ה' כמוהר"ר יהודא רוזניש זלה"ה, אשר שמענו כי היה חושש להדפיס אמרותיו, לבל יעמוד חי ויטעה בהבינו, ויחשב כמשיג וימצא מתעתע ח"ו, חרדתי על זאת, וחוששני שיבא כל החושב בדעתו כי איש משכיל הוא, וכפי האמת עדיין לא הגיע לחלק ממאה

<sup>59</sup> ראו ראובן מרגליות, תולדות אור החיים, באר-שבע, המכון להוצאת כתבי הר"ר ראובן מרגליות זצ"ל שע"י מוסדות "בית מוריה", [חסר שנת דפוס], עמ' ט-יד.

<sup>60</sup> בפירושו על התורה, בראשית טו, טו.

<sup>61</sup> שם, שמות כא, יב.

<sup>62</sup> ראשון לציון חדושים ליורה דעה, סי' רסב; ראוי לציון שהעורכים של הספר תולדות אור החיים מעירים שהנוסח הוא "חכך אני לו", שם עמ' י הערה ח.

<sup>63</sup> פרי תואר, סי' יד, ס"ק ג. ההערה שבציטוט תוספת המחבר או העורכים.

<sup>64</sup> שם, סי' כז, ס"ק ה.

<sup>65</sup> ראשון לציון, סוכה עמ' ד ע"א, סוף ד"ה "ומן הצד".

להבן אמרי קדוש, ויתגבר להקשות על דברי וידחה באפס ידיעה, ואין מבדיל בין טוב לרע, וימצא דברי תורה ביטלין.<sup>66</sup>

לכאורה יש סתירה בשיטתו, ואולם דומה שלשיטתו, אין סמכות לפוסק לחלוק על שיקול דעת ראשונים, למעט "בני עלייה" שכנראה הוא רואה את עצמו כאחד מהם.

## 6.2 עמדת רבי חזקיה מדיני

ר' חזקיה מדיני מחייב אדם להביע את שיקול דעתו ולהימנע להיות נושא פנים בתורה. וכך כתב:

לא ימנע אדם עצמו מלכתוב בספר שיקול דעתו אם יש לו להשיב על דברי הפוסק אפילו על גדול האחרונים... שאין לדין אלא מה שענינו רואות, ואין לנו להיות נושאים פנים לתורה, ובמלתא דתלי בסברא יתגלה לאחרונים דברים לא שיערום ראשונים.<sup>67</sup>

<sup>66</sup> תולדות אור החיים, עמ' יב. ראוי לציין שר' יעקב פארדו בחיבורו מזמור לדוד שכולל הערות לספר פרי תואר מבקר את ר' חיים בן-עטר, וכך הוא כותב בדף נו: "לא ידענא מאי כל כהאי רותחא דרתח הרב על בעל ריח השדה, וכי זוהי קושיא ראשונה שהקשו כמה מהאחרונים על שיטתם של הראשונים, ולא מפני זה נאמר שהאחרונים עדיפי מנייהו, הוא למה זה דומה לננס על גבי ענק, ואטו מי שראה לפי שכלו ועיונו קושיא על דברי אחד מן הראשונים, יעלים עיניו כאלו אינו רואה כדי שלא להשיג על גדולי עולם, ותהי האמת נעדרת מפני הכבוד, חלילה דרחמנא אמרה לא תגורו מפני איש, ושפתים ישק פי חכם אמיתי גדול דיעה הרב העצום מהר"ם לונזאנו, עיין בהקדמתו לספרו דרך חיים אשר בו השיג קושיות כבדות על הראשונים, והתנצל שם בטוב טעם, ומסיים באמרו גם הם לי לישועה, כי לא לפניהם חנף יבא... איברא ודאי דצריך להתישב ולעיין בכל מאמצי כח ליישב דברי רבותינו הראשונים, אשר הם לנו לעינים... ברם לא מפני זה ניתנה רשות להתעלם ולעוות את הכתובים, והיה העלמה כדי ליישב דלאו בר ישובא דעתא, מפני כבודן של הראשונים, דחותמו של הקב"ה אמת, וכבוד שמים עדיף, זו אף זו תמיהא לי על הרב, במאי דגזר אומר לאסור הנאת ספרו על מי שאינו מעוטר בהנהו מילי דתליין במזלא, ואיברא דמי שלומד שלא לשם שמים אלא לקנטר וכיוצא, תבואהו שואה ואינו מן המנין, אבל כל שכוונתו לשם שמים, למה יגרע מצדיק עינו ללמוד דעת למתהלכים בתמים, ואני עני אביון מודה אני בהודאה גמורה, דלא גמירנא שפיר צורתא דשמעתתא, רק מנהר זה נהר פר"ת, אע"ג דקים לי בגוואי שאיני בקי בחדרי העיון העומק, לא מנעתי עצמי מללמוד בתוכו, ובכל מקום שלא ירדתי לסוף דעתו, היד כותבת לא לדחות ולא להתגדר חלילה, רק לבקש האמת, דפשיטא לי שאין דברי הרב כפשטן, ודברים בגו איכא, ואדעתא דהכי לא קאמר מר, דא"כ לא היה קבעו בדפוס".

<sup>67</sup> שדי חמד, כללי הפוסקים, סימן ט"ז. המחבר מסתמך על פוסקים שונים ומתנה שיכוון לבו לשמים ומביא את דברי הרב פארדו בספרו שו"ת מכתם לדוד חלק יו"ד סי' נ"א דף קל"ט, ע"ג. וכך הוא כותב: ואתה המעיין לשם שמיים, צריך להודות ולא לסמוך על מה שבא בדרך אגב, לפום ריהטא בשילהי פרקיה דרב מוהר"א יצחקי בלי שום טעם, והגם שהרב הנ"ל גדול כבודו כמופלא שבסנהדרין, מכל מקום הוא בחסדו ימחול על כבודו וכבוד שמיים עדיף, ואין נושאים פנים לתורה, ומושבעים מהר סיני להורות על האמת ולקבל האמת ממי שאמרו למגדול ועד קטן". הרב יעקב פאלאג'י רואה את חירות הדיין לחלוק על



### 6.3 עמדת הרב דוד מנחם מאנשבאבד

הרב מנחם מעיד שיש לו קבלה שכאשר באה לפניו שאלה קודם בודק לפי שיקול דעתו ואחר כך מעיין על פי דיני התורה. וכך הוא כותב:

מריש כל אמינא להו מה ששמעתי מפי הרב הגאון דוד בעריש רפפורט ז"ל אבד"ק דאברא שהיה מקובל מפי רב והגאון בעל המחבר 'נודע בשערים' אבד"ק לובלין ז"ל. שבבוא לפניו איזו שאלה מקודם הוא שוקל בשכלו על אמיתות הענין לפני שכל האנושי היאך הוא ואם נראה לו לפי שכלו האנושי שהדבר אמת אז הוא מעיין עפ"י חוקי תורה"ך משפטו. וכן הוא אצלי בבוא לפני שאלת עגונה וכדומה אם ברור הדבר בעיני לפי השכל ודעת בני אדם שהדבר אמת אז אנכי מייגע את עצמי למצוא צד היתר עפ"י חוקי ומשפט תורה הקדושה, לא כן אם אמיתות הדבר מסופק אצלי.<sup>68</sup>

עדות זו על דרך פסיקת הלכה, דומה שכוונתו בנושאים הלכתיים כגון עדות וראיות, שעובר לדיון ההלכתי יש לקבוע את אמיתותם. אך אם הנושא הוא הלכתי, הנושא צריך להיבדק לגופו של עניין, כגון שאלה הלכתית בדיני שבת, דומה שאין תחולה לדבריו של הרב מנחם.

### 6.4 עמדת החזון איש

החזון איש כותב שיש חירות לדיין להפעיל שיקול דעת ולהכריע בין הפוסקים אפילו הראשונים. הוא מדגיש "הראשונים", ומדבריו משמע ראשונים ולא גאונים. נימוקו הוא שבהיעדר סמכות להכריע בין הפוסקים חסר עיקר העיסוק בתורה, לכן חובה לחלוק על

---

פוסקים אחרים "והמפורסמות אינן צריכות ראייה", וכל הפוסקים הראשונים והאחרונים מלאים מזה שפוסק ראשון פוסק הדין ועושה מעשה, ואחריו קם פוסק אחר ומדקדק בדבריו ועל פי שיקול דעתו סותר את דבריו. וכך הוא כותב: "אם נראה לדיין ראייה ברורה לסתור דינו ולפסוק דלא כוותיה, בודאי דיש לו יכולת בידו... והדברי ק"ו למקומנו שלא קבלנו לפסוק כשום אחד מהפוסקים, ואדרבה אנו תופסים ומחזיקים בדגל הקי"ל... וכ"ז בהדיא ממ"ש הרמב"ם בפ"ג מהלכות ממרים חז"ל: ב"ד גדול שדרשו באחד מן המדות כפי מה שנראה בעיניהם שהדין כן ודנו דין ועמד אחרי ב"ד אחר לסתור אותו, הר"ז סותר הדין כפי מה שנראה בעיניו... לא חיישין לכבוד הרב, ואם לא נראה דבריהם מבטלינן להו". נראה שחיוב הדין לפסוק לפי שיקול דעתו לאור מה שראינו, ושיקול דעתו הוא ההלכה, כי אין לדיין אלא מה שענינו רואות, לכן חייב ולא רק רשאי. ברור שצריך להפעיל שיקול דעת במתינות, ולא הוא נכנס להגדרה הגס ליבו בהוראה, כפי שמסביר רבינו יונה בפירושו על המשנה בפרקי אבות, פרק ד' משנה ז. שהוא ממחר בהפעלת שיקול דעתו, כדי שיראו העולם שהוא פוסק את הדין מהרה, כדי שיחשבוהו לחכם וימנעוהו לשופט ואדון עליהם.

<sup>68</sup> שו"ת חבצלת השרון, ח"ב, אה"ע, סי' כח, בילגוריי תרצ"א.

ראשונים. אך אחרים שאין להם נימוק של "עסק התורה" אינם יכולים לחלוק על הראשונים אלא לבחור בין שיקולי דעתם. וכך הוא כותב:

חשבתי שכבר הסכים על שביתת נשק ואמנם גדול השלום היא מלחמתה של תורה... לקחתי לי לחפש לעיין בגמ' עד כמה שאפשר, אף שיהיו נגד הראשונים ז"ל ולהסתפק בידיעה לחוד שדברי רבותינו עיקר ואנחנו יתמי דיתמי, ומ"מ לא לפרוש מלברר וללבן מה שאפשר לנו לקטנותו, וגם לי לקבוע כן הלכה במקום שאין מפורש להיפוך לענין פסק הלכה, ואם לא כן היה חסר לי עסק בתורה, ואמנם זה נוגע לי לעצמי אבל כמובן אחרים אין להם זיקה לדברי וחובתם לבחור דברי הראשונים ז"ל שהמה עיקר.<sup>69</sup>

## 6.5 עמדת הרב משה פיינשטיין

הרב משה פיינשטיין רואה באוטונומיה השיפוטית של הדיין בסיס לחובה המוטלת עליו לפסוק על פי שיקול דעתו, כלומר אסור לו לחמוק מהכרעה. הוא מבחין בין שני מרכיבים בשיקול דעת הפוסק – "ראיות נכונות" ו"טעמים נכונים". הראשון מבוסס על מקורות מוסמכים, והשני על נימוקים רציונליים. מתברר ששני המרכיבים מצטרפים, ובהתמלאם הדיין יכול להכריז על פסק הדין ולחלוק על האחרונים, ולפעמים על ראשונים. הרב פיינשטיין אינו מבהיר למה מתכוון בלשונו "איזה ראשונים". דומה שלשיטתו יש לצמצם את המחלוקת כלפי הראשונים. וכך הוא כותב:

ומה שכתב ידידי איך רשאים אנו לסמוך על חידושים כאלו שבארתי למעשה, ובפרט שהוא נגד אחרונים... אני אומר וכי כבר נעשה קץ

---

<sup>69</sup> שלום יהודה, חידושים לסדר מועד, ר' אלעזר מנחם פלצינסקי, ירושלים תשכ"ב, סימן ל. הדברים הם מכתב מהחזון איש. החזון איש כותב שכבר הסכים על שביתת נשק, כי שיטתו של החזון איש כבר ידועה. וכך כותב בחידושו, חושן משפט, בבא קמא יא, פ"ק כ: "וע' ברא"ש דעת ר"ח דהלכה כאב"י, ובש"ך סי' שצ"ז סק"א דעתי ז"ל להכריע כן, ואמנם דעת הר"מ נראה כהר"י, דאם הלכה כאב"י הו"ל לשנות בהדיא ד"ז שאין חיוב שן בשדה אחר רק בהתרה או נפיל גודא. גם דעת הרא"ש אינה מוכרעת. ומש"כ הראשונים ז"ל דדברי ר"ח הם דברי קבלה, צריך פירוש, וכי לא אמר ר"ח דבר מסביר רק מה שקבל וכן רבי וכל רבותיהם עד רבינו ור"א לא אמרו דבר מסביר רק מה שקבלו, הלא ודאי כולם קבלו מה שקבלו וחידשו מה שחדשו כמו כל רבותינו הראשונים ז"ל, והלא הרבה פעמים הפוסקים חולקים על ר"ח ואינם חוששים, ונראה דר"ח שימש גדול אחד שהיה זכרון ביותר והיה זקן ביותר וקבל ממנו הרבה דברים דחבריו בני דורו לא ידעו והוא ז"ל היה מספר דברים שקבל לפני חכמי דורו דברים נסתרים ונפלאים, וזה נתן לו חשיבות מיוחדת שהדורות הולכים ומתמעטין... אבל אין זה מונע מלחלוק עליו על סמך ראיות ברורות... אבל כז' אינו מכריע שלא לחלוק עליהם בראיות מן הגמ'". לדברי החזון איש, יש שני מרכיבים חשובים בשיקול דעת הפוסק שיהיו ראיות ברורות והראיות תהיינה מהגמרא, כיוון שכולם כפופים לתלמוד, ואם אתה מוכיח מהתלמוד, על פי שיקול דעתך, ראיותך ברורות.

וגבול לתורה ח"ו, שנפסוק רק מה שנמצא בספרים וכשיזדמנו שאלות שלא נמצאים בספרים לא נכריע אותם, אף כשיש בידינו להכריע, ודאי לעניות דעתי אסור לומר כן דודאי עוד יגדיל תורה גם עתה בזמנינו. ומחויב כל מי שבידו, להכריע כל דין שיבוא לידו כפי האפשר לו בחקירה ודרישה היטב בש"ס ובפוסקים, בהבנה ישירה ובראיות נכונות... ואף בדין הנמצא בספרים, ודאי שצריך המורה גם כן להבין אותו ולהכריע בדעתו קודם שיורה ולא רק מחמת שנמצא כן... ואף אם הכרעתו לפעמים נגד איזה גאוני מרבתינו האחרונים. ומה בכך הא ודאי שרשאין אף אנו לחלוק על האחרונים. וגם לפעמים על איזה ראשונים כשיש ראיות נכונות והעיקר בטעמים נכונים, ועל כיוצא בזה אמרו 'אין לדיין אלא מה שענינו רואות'.<sup>70</sup>

## 6.6 עמדת הרב עובדיה יוסף

לדעת הרב עובדיה יוסף, יש חירות לדיין לחלוק על ספרי האחרונים. שיטתו שונה משיטת החזון איש שראינו לעיל, שאפשר לחלוק על ראשונים, כי הרב עובדיה יוסף מדגיש האחרונים. וכך הוא כותב:

עוד רגע אחד אדבר על דבר המצפצפים ומהגים שאין לחלוק על ספרי האחרונים. ובראותם ספר חדש שבא להכריע נגד איזה אחרון צוחי ככרוכי בדברים הדברים. וכל היודע ספר ענינו רואות נכוחה שזהו דרך כל רבותינו למימי התנאים והאמוראים וכל אחרוני הפוסקים.<sup>71</sup>

<sup>70</sup> שו"ת אגרות משה, חלק יורה דעה א, סי' קא. בהקדמתו לספרו אגרות משה אורח חיים חלק א, מליץ הרב פיינשטיין על עצמו וגם על אחרים, שעוסקים בהוראה, הלכה למעשה. וכך הוא כותב: "האמת להוראה, שמחויב החכם להורות, וגם מקבל שכר הוא כפי שסובר אחר עיונו בכל כוחו אף האמת ממש (האמת האמתי אשר גליא כלפי שמיא) אינה כן". כלומר שיקול דעת הפוסק, יכול להיות שאינו אמיתי, אך מה שסבר אחר עיונו ובכל כוחו, זו האמת. ה"אמת להוראה" היא אמת עפ"י שיקול דעת הדיין. בהמשך ההקדמה מסביר הרב פיינשטיין את תופעת ריבוי שיקולי דעה בנושאים הלכתיים. וכך הוא כותב: "וזהו עניין כל מחלוקת רבותינו הראשונים והאחרונים, שזה אוסר וזה מתיר שכל זמן שלא נפסק כחד, יכול כל אחד להורות במקומו כמו שסובר, אף שהדין האמיתי הוא רק כאחד מהם, ושני החכמים מקבלים שכר על הוראת, ומטעם זה מצינו הרבה חילוקים גם באיסורים חמורים... ושניהם דברי אלקים חייב אף שהאמת האמתי גליא כלפי שמיא שהוא רק כאחד מהם". ראו:

A. Kirchenbourn, *Rabbi Moshe Feinstein's* 15 (1956), Judaism 364.

<sup>71</sup> שו"ת יביע אומר, חלק א', דברי פתיחה, אות יב. הרב עובדיה יוסף מדגיש אחרונים וייתכן שאינו סובר שאפשר לחלוק על ראשונים. אולם גם מי שחולק על האחרונים צריך לדבריו שיהיה גם בקי וגם בעל שיקול דעת להכריע בהלכה. וכך הוא כותב בהמשך דבריו: "ולכן אין למחבר ספר או למורה ודיין להיות רק כחמור נושא ספרים... אלא עליו לעיין היטב ולהכריע בהלכה כאשר תשיג יד עיונו (אם הרשוהו גדולי דורו לכך), והיה ה' עם השופט, ובלבד שיהיה מתון בדין ולא ימהר לחרוץ משפט, פן יהיו דמיונותיו

את הדברים האלה כתב הרב עובדיה יוסף בשו"ת יביע אומר חלק א. בחלק ט' הוא מתריע על החולקים, אף אם הם אחרונים. וכך הוא כותב:

וראיתי לנכון להעיר כאן, ולהתריע על תקלה חמורה, אודות כמה מצעירי הצאן, בני ישיבה, שלא הגיעו להוראה, ומעזים פניהם לכתוב מאמרים בהלכה, וחולקים על רבותיהם וכו' ומפרסמים את דבריהם ברבים, ולא ידעו ולא יבינו בחשיכה התהלכו, ואין הכרעתם מכרעת, כי יסוד כל דבריהם על פי סברת הכרס ללא הוכחות מוצקות מדברי הפוסקים אשר מפיחם אנו חיים וכו', ובאמת כמה צריכים לשקול בשקל הקודש כל הוראה למעשה, שתהיה לאמתה של תורה, מפי מי שהוסמך לכך מגדולי ההוראה... וכל שכן צעירים, אלו שלא מילאו כרסם בש"ס, ומתנשאים לאמר אני אמלוד, ואפסוק כאשר עם לבבי, אף מבלי עיון כראוי.<sup>72</sup>

וסברותיו בכזיב, אלא ישקול בפלס סברותיו ואחר העיון כדת יוכל ג"כ לחלוק על ספרי אחרונים כשלבו לשמיים... וכמעט שלא יראה ולא ימצא ספר אחרון הנושא ונותן באמונה על דברי המחברים שקדמוהו, שלא יחלוק וישיג על מי שקדם לדון בענין ההוא, לרחק הסברא התמוהה, ולקרר השיטה הישרה". הרב עובדיה יוסף מביא דוגמא שהוא בעצמו הפעיל שיקול דעת בפסיקתו נגד בן איש חי, וזקני חכמי בבל דרשו ממנו הסבר כיצד העז לחלוק על בן איש חי. כאשר הוכיח דבריו מהרמב"ם והשו"ע השיבו לו "וכי הגאון רבי יוסף חיים בעל בן איש חי לא ידע דבריהם, אלא הבין את דבריהם אחרת". וכך כותב הרב עובדיה יוסף: "ויענו ויאמרו, יהיה איך שיהיה, אסור לחלוק על רבינו הגאון רבי יוסף חיים בעל בן איש חי, כי מה נדע אנחנו והוא לא ידע לכן אין לזוז מדבריו ימין ושמאל", כלומר לשיטתם אין לרב עובדיה יוסף חירות בשיקול דעתו לחלוק על בן איש חי. ממשיך הרב עובדיה יוסף וכותב: "ובאמת שכל דבריהם אין להם שחר, שאין זו דרכה של תורה, והלא כתב הגאון מהרא"י בעל תרומת הדשן בפסקיו (סימן רלח), שיכול התלמיד לחלוק על רבו, שכך היא דרכה של תורה מימי התנאים שרבינו הקדוש היה חולק על אבא ורבו רבן שמעון בן גמליאל, ורבא היה חולק על רבה רבו, והרא"ש חולק על מהר"ם מרוטנבורג רבו וכו'. וכך כתב בשו"ת הרדב"ז (סימן תצה), וכן מבואר בתשובת הרא"ש (כלל נה סימן ט') שהתורה אמת כתוב בה ואין מחניפין לשום אדם, ומי לנו גדול מרש"י ונחלקו עליו יוצאי ירכו רבינו תם ורבינו יצחק בעלי התוספות... והגאון רבי יוסף חיים עצמו בכמה מקומות חלק על החיד"א והגאון רבי חיים פלאגי ושאר אחרונים", שו"ת יחווה דעת חלק ד, סימן נה.

<sup>72</sup> שו"ת יביע אומר, חלק ט', בהקדמה לספר. הרב יצחק יוסף, בנו של הרב עובדיה יוסף, בספרו ילקוט יוסף כותב שטועים החושבים שאבא הרב עובדיה יוסף מתרעם על שאברכים צעירים חולקים עליו בספריהם. דעובדא שהראו לו כמה פעמים שהקשו עליו ממחברי זמנינו על מה שכתב בספריו. ועיין בדברים לגופם בלא שום הקפדה. ובכמה פעמים חזר בו וקיבל את שיקול דעם. הרב יוסף מדגיש שעיקר כוונת אביו נגד המזדרזים להשיג מתוך נגיעות אישיות, ובהיעדר מחשבה ומתינות ועיון בדברים פשוטים שנראים לעין שטועים. ראו, ילקוט יוסף, חלק א', הוצאת מכון פניני יוסף, ירושלים, הוצאת מהדורת תשס"ד, עמ' נג. שיטתו של הרב עובדיה יוסף, מעיד בנו הרב יוסף, שמצא בכתב יד שכתב לפני חמישים שנה, שם בעמ' מט כותב: "ומצאתי בכת"י של מרן אאמו"ר שלי שכתב לפני חמישים שנה, בזה"ל: והנה יש סוגים שונים ברבנים הלומדים, ואין כל הדעות שוות, ויש כתה אשר אם יראו משפט כתוב שחור ע"ג

חלק א', של הסדרה "יביע אומר" יצא בשנת תשי"ד. דברים דומים כותב גם בחלק ג' בהקדמה. ואולם הסתייגותו בחלק ט' נבעה מזה שבמרוצת הזמן קרא הרב עובדיה יוסף בספריהם או מאמריהם של אחרים. לשיטתו, הכותבים טועים בשיקול דעתם ואינם בני סמכא. מתברר שהחולקים על מרן מחבר השו"ע הם שהגדישו את הסאה אצל הרב עובדיה יוסף, וכך הוא כותב בהמשך דבריו:

ולא עוד אלא מרהיבים עוז להורות לרבים נגד פסקי מרן, אף שגדולי הרבנים העידו שקבלנו עלינו הוראות מרן בין להקל בין להחמיר, ואפילו כנגד אלף פוסקים שחולקים עליו.

הרב עובדיה יוסף בדבריו מדגיש שאפשר לחלוק על האחרונים. ואולם מדבריו מתברר שעל הראשונים אין חירות לדין בשיקול דעתו לחלוק עליהם. הרב יצחק יוסף, בנו של הרב עובדיה יוסף, מביא בשם אביו שאין לאחרונים לחלוק על ראשונים. וכך הוא כותב:

ועוד אבא העיר על כמה ממחברי הזמן, אשר לא יחתו מאימת רבותינו הפוסקים הראשונים, וידברו אליהם כאשר ידבר איש אל רעהו... וחולקים עליהם לדינא מכח השגות הנראים להם, והרי כשם שאין לאמוראים רשות לחלוק ע"ד הראשונים... כך אין לאחרונים לחלוק ע"ד הראשונים.<sup>73</sup>

## 6.7 עמדת הרב יוסף דב סולובייצ'יק

ביטוי רב רושם לתפיסת חירות הדין בהפעלת שיקול דעתו מוצאים אצל הרב סולובייצ'יק במסתו "איש ההלכה". לדעתו, הדין בהפעילו אמת שיקול דעתו, יכול ליצור חידושים הלכתיים משמעותיים. וכך הוא כותב:

---

לבן וכותב בספר, הרי זה בעיניהם הלכה למשה מסיני, אע"פ שיהיה אחד מן האחרונים הקרובים אלינו בזמן או ממחברי הזמן, ואם תלמיד חכם יורה נגד זה, הם חורקים שן ובאים בטענות בלות ומטולאות על החכם הזה לאמר: הלא הרב פלוני הורה להיפך, ואיך תעזי לפסוק ההיפך, וכי הגעת למדרגתו וחכמתו... ויש כתה להיפך מן הראשונה, כי בראותם מה שכתב איזה ספר ישן, וכל שכן חדש מהאחרונים, שלא כתב על פי העולה על רוחו, ישתדל לנתוש להאביד ולהרוס... ויגזור אומר כי קושיותיו הם חזקות כראי."

<sup>73</sup> ילקוט יוסף, חלק א, מהדורת שנת תשס"ד, ירושלים, עמ', נד. הרב עובדיה יוסף יוצא נגד מי שחולק על הראשונים ומבטל את האחרונים לעומת הראשונים. וכך הוא כותב שם: "וכן בדורות האחרונים אי אפשר לחלוק ע"ד הראשונים, ויכולים רק לישא וליתן בהלכה לפנייהם, לפלפול בעלמא, ובלשון כבוד, כי מה אנחנו ומה חיינו לפני הגאונים הראשונים אשר משאגתם יגורו אליהם... וכבר הרעישו רבני מצרים על הפרי חדש ז"ל שכתב לחלוק בכ"ד על הראשונים, עד שהסכימו בחרמות שלא ללמוד בספרו... וכל שכן בדורנו זה, והמעין בדברי הרב גנת ורדים רעדה תאחזנו, בראותו איך פני זקן הפרי חדש לא נהדרו בזה, והתנהגו עמו בכל חומר הדין."

אין רשות לנביא, איש הטרנסצנדנטיות להשיג על גבול החכמים המכריעים על פי שכלם ודעתם איש ההלכה, הוא שליט אדיר במלכות הרוח והשכל, אין שום דבר עומד לו לשטו על דרכו, הכל משועבד והכל כפוף ומציית לו. אפילו הקב"ה כביכול מסר את הגושפנקא שלו, את חותם הממשלה בענייני התורה, לאדם, וכאילו בורא העולם בעצמו ממלא את הכרעת האדם והוראתו. "אמר ר' יצחק: כשמתכנסים מלאכי השרת לפני הקב"ה לומר אימתי ר"ה אימתי יום הכיפורים, הקב"ה אומר להם: לי אתם שואלים, אני ואתם נלך אצל בית דין של מטה.<sup>74</sup>

הרב סולובייצ'יק מצייר את איש ההלכה ככל יכול. עפ"י סיפור תנורו של עכנאי שאף מביאו בראשית דבריו. לשיטתו, אפילו בורא העולם מקבל כביכול את שיקול דעתו של איש ההלכה.

העובדה שהדיין צריך לפרש את ההלכה על פי שיקול דעתו מתייחסת לאופיו המהותי של איש ההלכה ולזיקתו לקב"ה, וכלשונו:

איש ההלכה הוא איש המתגעגע ליצירה ולחידוש התורה... חלום היצירה היא האידיאה המרכזית. בתודעתה של ההלכה, אידאת חשיבות האדם בתור שותף להקב"ה בתור יוצר עולמות... שיא השלמות המוסרית והדתית, שהיהדות שואפת להגיע אליו הוא האדם בתור יוצר.<sup>75</sup>

דומה שהרב יוסף מתייחס להכרעת הדין, כלומר כאשר הדיין מפעיל שיקול דעת ויוצר חידושים הלכתיים, הוא מגשים ערך עצמאי. לשיטתו, איש ההלכה מגלם בלימוד התורה את מלוא הווייתו כאיש יוצר עם שיקול דעת ואת מיטב הידמותו להקב"ה.<sup>76</sup>

<sup>74</sup> איש ההלכה, גלוי ונסתר, עמ' 72. הרב סולובייצ'יק מביא את המקור התלמודי, בבבא מציעא נט ע"ב. וכך הוא כותב: "עצמאיות השכל מגיעה לפעמים לשיא כזה, ששום דת שבעולם אינה יכולה לציירו. הגמרא בבבא מציעא מספרת... בההיא שעתא ואמר נצחוני בני נצחוני בני. נביא שבא ואמר בדין מדיני התורה שהוא ציווה לו שהדין כך הוא והלכה כדברי פלוני הרי זה נביא השקר וייחנק, אף על פי שעשה אות, שהרי בא להכחיש התורה. שאמרה לא בשמים היא". שם בעמ' 71-72. הרב מאמץ את שיטת הרמב"ם הלי יסודי התורה, פ"ט, ה"ד.

<sup>75</sup> שם.

<sup>76</sup> דב שוורץ סובר שהרב סולובייצ'יק בספר איש ההלכה הרבה בתיאורים המאפשרים לקורא להכיר את אישיות איש ההלכה המפעיל את שיקול דעתו מאסכולת בריסק. איש ההלכה הוא דמות מרוסנת ומפעיל את שיקול דעתו מתוך שליטה עצמית אדישה לרגשות אנושיים אלמנטריים. שיקול דעתו של איש ההלכה מונע בידי כללים מוגדרים מראש ללא סטייה ונשלט באופן מוחלט בידי המחשבה ההלכתית האידיאלית.

ואולם בניגוד למה שהנחנו לעיל שמדובר בהכרעה הלכתית, דב שוורץ, רוצה להניח, שמונח ההלכה, ב"איש ההלכה", איננו משקף את פסיקת ההלכה. כלומר את שיקול הדעת של איש ההלכה דקיום המעשי של המצוות. וכך הוא כותב:

משמעותו של מונח זה היא דרך הלימוד הבריסקאית בלבד.<sup>77</sup>

בעמוד 62 כותב הרב סולובייצ'יק: "ניגוד יסודי זה בתפיסתם האונטולוגית של איש הדת ואיש ההלכה משתקף בנפשם של האישים הללו, בכל הפסיכיקה והאופי שלהם, סתירה זו מטביעה את חותמה על פרצופם הרוחני". על כך כותב דב שוורץ: "אמנם החוויה הרגשית, המוסרית והאסתטית אינה זרה לאיש ההלכה; אולם חוויה זו איננה משפיעה כמלוא נימה על דרכי הכרתו ועל המאפיינים המוסריים והאישיותיים הנגזרים ממנה... כבר בפתחת החיבור קובע הרי"ד כי משעה שנעשה תלמיד החכם לאיש ההלכה הוא מגיע 'לידי מעלת שלמות כזו, שאין כמוה...' איש ההלכה ניהן בביטחון עצמי מוחלט ובאדישות לתחומים חוץ הכרתיים עד שדומה כי מעולם לא חווה מצבים דיאלקטיים". דב שוורץ, הגותו הפילוסופית של הרב סולובייצ'יק, הוצאת תבונות, מכללת יעקב הרצוג ליד ישיבת הר עציון, תשס"ד, עמ' 242-244. הנשיא ברק מתייחס לבעייתיות בשיקול דעת שיפוט. וכך הוא כותב: "בעיקרו של דבר נשאר שיקול הדעת השיפוטי בתחום הנסתר. רבה המיסטיות האופפת אותו ואף יסודותיו הפילוסופיים אינם ברורים. אחדות הן כנראה הסיבות לכך הראשונה, מירב השופטים אינם מסבירים את האופן שבו הם מפעילים את שיקול דעתם... השנייה מספר תורות פילוסופיות עוסקות במשפט אך לא בבית משפט, השלישית מספר תורות פילוסופיות... מתייחסות אליו באופן שאינו מאפשר כל גישה נורמטיבית והמונע גיבושה של תורת שיקול דעת שיפוטית". ברק, שיקול דעת שיפוטית הוצאת פפירוס, תשמ"ז, עמ' 23-24.

<sup>77</sup> שוורץ, הגותו הפילוסופית של הרב סולובייצ'יק, עמ' 131-132. שוורץ כותב שיש שיטה אחרת להבין את גישת הרב סולובייצ'יק. וכך הוא כותב: "אולם בחיבורים 'התודעה ההלכתית' ו'ביקשתם משם' משמעות המונח הלכה היא בדיוק הקיום המעשי של המצוות ופסיקת ההלכה. לפחות בחיבור 'התודעה ההלכתית' הלמדנות הישיבתית איננה נוכחת". אחד הנימוקים שמעלה שוורץ הוא שהרב סולובייצ'יק ביקש להנציח את עולם הישיבות בתקופה שבה נדמה היה שעולם הישיבות על סף ההתמוטטות ולא תהיה להן תקומה. בתקופת חיבור המאמר "איש ההלכה" הגיעו שרידי תלמידי החכמים לארצות הברית וחששו שספק אם יתעורר עולם זה. וכך כותב שוורץ: "לפיכך היה הרי"ד לתרגם את עולמן הפנימי של הישיבות למונחים המובנים לתרבות המערבית ומכובדים על ידה, הרי"ד הגביל את מאפייני איש ההלכה לפילוסופיה האידיאליסטית, ולמונחיה כדי לקרבם לעולם של יהודי ארצות הברית, עולם מודרני שהיה רחוק באוריינטציה התרבותית שלו מהווייתה של יהדות מזרח אירופה ומישיבותיה... נמצאנו למדים, כי הרי"ד לא היה יכול למצות לחלוטין את מסקנות 'איש ההלכה' ולהציגן כמות שהן משתי סיבות: (א) האליטיזם החרף המאפיין את עולם הישיבות בסגנון בריסק איננו מאפשר חשיפה מוחלטת של דמות איש ההלכה. (ב) ההבדל באוריינטציה התרבותית בין עולם הישיבות של מזרח אירופה ובין המציאות המודרנית הליברלית הפרגמטית והאינדיבידואליסטית המאפיינת את ארצות הברית כפה עליו למתן את קביעותיו ולרמוז בין השורות על המשמעות האוטנטית של גישת איש ההלכה". שם, עמ' 132-133. כאן שוורץ רוצה לנמק את המקורות שמופיעים באיש ההלכה שמהם למדים על כוח שיקול הדעת שהוענק לאיש ההלכה, שמקורות אלה הם כדבריו של שוורץ מהווים מיתון קביעותיו של הרב סולובייצ'יק. דומה שכוונת הרב סולובייצ'יק כפולה. גם ככוונת שוורץ וגם כפי שהעלינו, כלומר איש ההלכה בבואו לפסוק על פי שיקול דעתו הלכה למעשה וגם כאיש הלכה שמפעיל שיקול דעת להלכה עיונית. וכך כותב הרב סולובייצ'יק

## 7. גישת המחקר

### 7.1 עמדת ערוסי

ערוסי סובר, הגורם העדתי מצמצם את חירות הדיין בפסיקתו. וכך הוא כותב:

עתה נראה שלאחר הופעת השו"ע התפתחה ההכרה שכן עדה מסוימת  
חייב בכל מקרה בפסקי עדתו. אפילו פוסק שיש לו הסתייגות מהלכה זו  
או אחרת של עדתו, ראה עצמו משועבד לפסיקתו העדתית. אדיקות  
גדולה כזו לפסקי העדה ומנהגיה, כנראה לא היתה לפני השו"ע, והיא

פוגעת בחירות ההוראה.<sup>78</sup>

### 7.2 עמדת שגיא

שגיא סובר במחקרו שלשיקול דעת הפוסק יש כמה ביטויים של מעורבות הפוסק בהכרעת  
ההלכה. וכך הוא כותב:

ההיסק ההלכתי אינו הכרחי כמו ההיסק הלוגי, תפיסתו של הפוסק,  
עולם ערכיו ושיקול דעתו קובעים את ההכרעה ההלכתית עצמה...  
לפני הפוסק מונחים מקורות רבים ומגוונים בתהליך ההכרעה, הוא

---

בספרו, בעמ' 31: "יסוד היסודות ועמוד המחשבה ההלכתית, המה לא ההוראה למעשה, אלא קביעת  
הלכה עיונית, לפיכך השתמשו ועדיין משתמשים אישי ההלכה היותר גדולים, מלכהן בכהונת רבנות  
ישראל, ונספחים עלה שעה של יראי-הוראה".

<sup>78</sup> ר' ערוסי, התנגשות הדינים בפסיקת ההלכה הבינעדנית בישראל, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור  
למשפטים, אוניברסיטת תל אביב תשמ"ז, עמ' 48. דוגמא לשיטתו מביא הנ"ל, במצוות הנחת תפילין וכך  
הוא ממשיך וכותב: במצוות הנחת תפילין מניחים תחילה של יד ואח"כ תפילין של ראש. בתלמוד מצאנו  
שתי נוסחאות ברכות: "להניח תפילין", "על מצוות תפילין". רש"י הרי"ף והרמב"ם סבורים שיש לברך  
רק ברכה אחת "להניח תפילין", וזו מכוונת גם לתפילין של יד וגם לתפילין של ראש, אם הניח תפילין של  
ראש בסמוך להנחת תפילין של יד, אם לא סח בינתיים. אבל אם סח בינתיים יברך לפני תפילין של ראש  
"על מצוות תפילין". רבינו תם מהר"ם מרוטנבורג והרא"ש סבורים שבכל מקרה יש לברך שתי ברכות.  
לפני תפילין של יד "להניח תפילין", ולפני תפילין של ראש "על מצוות תפילין". ר"י קארו פסק כרש"י  
הרי"ף והרמב"ם, שיש לברך ברכה אחת. הרמ"א פסק שיש לברך שתי ברכות, אך המליץ לומר אחר  
הברכה השנייה "ברוך שם כבוד מלכותו לעולם ועד", כדי להבטיח שהברכה השנייה לא תהיה לבטלה...  
והנה מצאנו תשובה מעניינת לחכם ספרדי שחי בא"י במאה ה-17, הרב ישראל יעקב חאגיז. הוא נשאל אם  
עדיף לברך שתי ברכות על התפילין, והוא השיב כדלקמן: "שמחה היתה לי אם הייתי ממשפחת אשכנזים  
והייתי מברך שתיים. דהכי משמע יותר פשוט... אבל מה אעשה שאין לי לשנות ממנהג אבותי. זאת  
אומרת שר"י חאגיז כפוסק סבור שמנהג אשכנז לברך שתי ברכות נכון יותר, ע"פ המקורות. אך הוא מצא  
את עצמו מנוע לפי הכרתו כפוסק רק בגלל מוצאו העדתי, שהוא ספרדי". שם עמ' 48-49.



מעדיף מקור אחד על פני משנהו, כשיקולי העדפה אינם מונעים בהכרח על-ידי כללים אלא על ידי מכלול נרחב של שיקולים, אחד הבולטים שבהם הוא השיקול התכליתי או שיקול של מדיניות הלכתית רצויה כ'מניעת מחלוקת' 'מניעת הפסד'... שיקולים אחרים הם שיקולים עקרוניים... בין שיקולים אלו נמצא למשל את השיקול 'דרכיה דרכי נועם',... שיקולים אלו מנחים... דרכי הפרשנות, ולעתים את העוז להתגבר ולדחות את הטקסט לטובת היעד ההלכתי או לטובת עקרון הלכתי בסיסי.<sup>79</sup>

את שיטתו מבסס שגיא על דברי הרמב"ן שראינו לעיל, שתהליך הכרעת ההלכה על פי שיקול דעת הפוסק אינו תהליך של היסק באמצעות כללים לוגיים. הוא מביא דוגמה מסוגיה שעוסקת בפיקוח נפש<sup>80</sup> ומסיק שהקביעה ההלכתית הסופית מהווה מראה לאמונותיו וערכיו של חכם ההלכה. וכלשונו:

<sup>79</sup> שגיא, הלכה, שיקול דעת, אחריות וציונות דתית, בתוך "בין סמכות לאוטונומיה במסורת ישראל" עורכים זאב ספראי ואבי שגיא, הוצאת הקיבוץ המאוחד. הדפסה שניה 1998, עמ' 203.

<sup>80</sup> שגיא, שם, עמ' 204-205. להמחשת שיטתו נביא דוגמה. כידוע, פיקוח נפש דוחה את דיני שבת. ההנחה ההלכתית הרווחת היא שמדובר בפיקוח נפש של אדם יהודי. יש פוסקים שטענו שדין זה חל על יהודי ששומר שבת, כלומר יהודי שאינו שומר שבת אין מחללים עליו את השבת. כך למשל סבור ר' מאיר פוזנר, שלדעתו, הטעם העיקרי לחילול שבת הוא כדי שישמור הרבה שבתות (ראו בית מאיר, על שולחן ערוך סי' של). קביעתו של הרב פוזנר אינה הכרחית, ויש רבים מחכמי ישראל שחולקים עליה (ראו למשל הרב א' וולדינברג, ציץ אליעזר חלק שמיני, סי' טו, פרק ה). אך אליבא דכל פוסק דין זה אינו חל על גוי (ראו משנה ברורה סי' של, ב, אות ח). ממשיך שגיא וכותב: "לכאורה, המסקנה הנובעת מכך היא, שמאחר ואין חובה להציל את הגוי בשבת יש בהצלת הגוי משום חילול שבת. אכן היא מחכמי ישראל שהתירו פעולות כאלה ואחרות שאינן בגדר איסור דאורייתא. 'משום דרכי איבה'. אבל העמדה הרווחת היא, כי בעקרון המציל את הגוי בשבת עובר על איסורים של חילול שבת, המצדד בתיאוריה ההלכתית הפורמאלית שתיארת עשוי לספוק כפיו ולומר: "אין עצה ואין תבונה ואין חכמה נגד ה'". ציווי התורה גוברים על תחושותינו המוסריות, הוא אף עשוי להרחיק לכת ולטעון שהחובה ההלכתית עצמה מוצדקת... עמדה זו מעמידה, איפוא את שמירת השבת כערך הגובר על ערכם של חיי אנוש ולא יהודי. במסגרת הדיון ההלכתי, עמדה זו נראה לכאורה סבירה ביותר, ואולם במסורת ההלכתית מוצאים אנו גישה המטילה חובה להציל אף את הגוי, לפחות מי שמוגדר כגר תושב". שגיא מביא סימוכין לדבריו. מהפרשנות שמציע הרב יעקב אביגדור, שלדעתו החובה ההלכתית של פיקוח נפש, חל עליה בסיס אחר מוסרי להציל את הגוי בשבת. וכך כותב הרב יעקב אביגדור: "חושבים שהיהודי אין לו להציל את הנוכרי זהו שקר, הצלת הנוכרי, היא לא מצד דין וחוק התורה אלא מצד מדה טובה ואנושית שבאדם... מעתה אם הפיקוח מתארע בשבת. הדבר פשוט שבנוגע לישראל יש חוב של תורה על הפיקוח לכן מחויב הישראל לחלל השבת כדי להצילו, אבל בנוגע לנוכרי אין חוב ואין חוק המחייב לפקח, אלא מצד הרחמנות", ראו דבריו בתוך: ש"ז שרגאי (עורך) בעיות אקטואליות לאור ההלכה, ירושלים תשנ"ג, עמ' ג. ומכאן מסיק שגיא, שאת הפוסק הנחה וכלשונו: "הקביעה ההלכתית מלמדת על מכלול שיקולי הדעת 'חוץ טקסטואליים' המנחים את הפוסק".

הקביעה ההלכתית מלמדת על מכלול שיקול הדעת 'החוץ  
טקסטואלי' המנחים את הפוסק. לא הספר פסק כי אם הפוסק  
וערכיו.<sup>81</sup>

### 7.3 עמדת שיפמן

לדעת שיפמן, איש ההלכה נדרש להפעיל את שיקול דעתו ולהכריע הכרעה הלכתית  
אישית מתוך המקורות או מבין הדעות השונות שכולם בחזקת "אלו ואלו דברי אלהים  
חיים". על לחירותו של איש ההלכה כותב שיפמן:

מתברר שככל שאדם קונה לעצמו ידיעה מעמיקה יותר בדין היהודי,  
אפשרותו לסמוך על אוטוריטה מבחוץ שתשחרר אותו עצמו מקבלת  
אחריות היא קטנה יותר. הפרדוקס הוא, איפוא שאדם הרואה עצמו  
קשור בהלכה היהודית, ועקב כך רכש הבנה היסודית בה, הוא האיש  
שמידת החירות שלו בעיצובה, כמו גם מידת האחריות שלו לגביה,  
היא הגדולה ביותר.<sup>82</sup>

כלומר ככל שאיש ההלכה מעמיק ורוכש ידע בהלכה כך גדלה חירותו כאיש הלכה. ואולם  
שיפמן כותב שאיש ההלכה משתמש לעתים במנגנון הגנה של התכחשות לחירות של איש  
ההלכה. תופעה זו רווחת כאשר הפוסק טוען שאינו יכול לסטות מן ההלכה שהוא "אנוס  
על פי הדיבור" ושההלכה היא גיגית על ראשו ואין הוא רשאי לקרוע בה חלונות. לכן אין  
מקום לבוא בטענה לאיש ההלכה, שהרי הוא נאלץ להגיע למסקנה המחייבת במישרין על  
פי שיקול דעתו מטקסט מחייב.

שיפמן סובר שהכשל נובע רק מכך שאותם פוסקים קוראים את הטקסט קריאה  
"עיוורת" ושיטחית בלי לרדת לסוף דעתו ובלי שרכשו הבנה של טעמיו. ואולם אם  
הפוסקים על פי שיקול דעתם קוראים את הטקסט לעומק, הפסיקה תיראה אחרת  
וכלשונו: "קריאה מעמיקה יותר של הטקסט, לרבות לימוד מקורותיו תוביל לתוצאה  
הנכונה".<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> שגיא שם, עמ' 205.

<sup>82</sup> שיפמן, איש ההלכה נדון לחירות. בתוך, בין סמכות לאוטונומיה במסורת ישראל, עורכים זאב ספראי  
ואבי שגיא, הוצאת הקיבוץ המאוחד, הדפסה שניה 1998, עמ' 244.

<sup>83</sup> שם, עמ' 245; ראו גולדמן "המוסר הדת וההלכה", דעות כב, תשכ"ג, עמ' 76-65; גולדמן "על האמונה  
הבלתי אשלייתית, דעות יב תש"ד, עמ' 11-3; כהנא "מחקר התלמוד באוניברסיטה" בחבלי מסורת  
ותמורה, רחובות תש"ן, עמ' 130-132.

לדעת שיפמן, יש לדיין חירות בהפעלת שיקול דעתו, ואם ידע להפעילה יגיע לתוצאות נכונות. דומה ששיפמן לא תחם את "מתחם הסבירות", כיוון שגם לדיין יש מגבלה שאת חירותו צריך להפעיל על פי כללי ההלכה.

#### 7.4 עמדת טברסקי

לדעת טברסקי, לאיש ההלכה יש שיקול דעת לבסס את תוקפה של ההלכה לא רק על ההיבט הפורמליסטי שלה אלא מחובתו להתחשב בערכים הטמונים בתשתיתן של ההלכות. כדי להצביע שלהלכה יש שני פנים הוא משתמש בביטויים כמו "המערכת הכפולה של ההלכה" ו"המוקד הכפול של דין תורה". טברסקי מוסיף טיעון נוסף. לדעתו, להלכות רבות יש משמעויות ערכיות. ואולם ערכים הלכתיים אלה אינם שקופים דיים, ואת אלה הפוסק יכול לגלות על ידי לימוד עצמאי והפעלת שיקול דעת. הוא מדגיש שדין בערכי ההלכה על פי שיקול הדעת הוא לגיטימי כל זמן שהוא מאושר ומפוקח בידי גדולי תורה.<sup>84</sup>

#### 7.5 עמדת רקמן

רקמן מגדיר את היהדות "לא כדת ואף לא כאמונה" אלא כמערכת משפט.<sup>85</sup> הוא לא ראה בהלכה ערכת משפט פורמלית שאיננה תלויה ואיננה מותנית במערכות ערכיות, תרבותיות ואמוניות כלשהן. לכן הוא סובר שלפוסק יש חירות ואף חובה על פי שיקול דעתו לרכך את המרכיב "הקשיח" של ההלכה. השימוש בשיקול דעת הפוסק לשיטתו הביא להתנגדות קולנית למעשיו, בין השאר משום שהוא העמיד בסכנה את מושג ההלכה שמקובל על פי הפוסקים מדורי דורות. לדעתו, בשורשי ההלכה מצויים ערכים הומניים ומוסריים, לכן עגינותה הבלתי מוצדקת של אישה בידי בעלה פותרת את היסוד המוסרי שבתשתית קשרי הנישואין. לכן לפוסק יש שיקול דעת להכריז שבדיעבד יש כאן "מקח טעות". רקמן רואה בהיעדר שימוש בשיקול דעת בתהליך היצירה ההלכתי לריחוק חלק מהציבור מהיהדות. וכך הוא כותב:

---

<sup>84</sup> ראו מאמרו ב:

Halakhic Values and Halaknic Decisions: Rav Soloreitchik's Pesak. Regarding Women's Prayer Groups, Tradition vol. 32:3 (1998), pp. 5-18;

ראו גם מאמרו של האחים פרימר:

Aryeh A. Frimer and Dov I. Frimer, Women's Prayer Services – Theory and Practice Tradition vol. 32:2 Winter 1998, pp. 5-118.

במאמרם עמדו האחים פרימר על שיקולי דעת הפוסקים מהיבטים השקפתיים ושיקולים של מדיניות ציבורית.

<sup>85</sup> ראו רקמן, היהדות של היחיד – דת דעת וחרות, ירושלים 1988, עמ' 4.

אם ימשיכו הרבנים האורתודוקסים להמעיט בתרומתו של האדם בתהליך היצירה ההלכתי, הם ישאו באחריות לנתק שיתקיים בין ההלכה ובין אותם מבני זמננו החפצים לחזור בתשובה, אלו חוששים מאוטוריטיות חסרת פשרות, צריך לעזור להם להכיר בכך שהאדם ממלא תפקיד בתהליך פיתוחה של ההלכה.<sup>86</sup>

### 7.5.1 ביקורת לויטס על עמדת רקמן

לויטס טוען שרקמן לא ירד לעומקה של הבעיה. ההוראות החדשות בענייני הלכה כגון רפואה ושבת אין בהן שינויים מן ההלכה. למשל, אם פסקו שמותר להשתמש במכשיר של הדחת כלים גם לכלי בשר וגם לכלי חלב – דוגמה שלדברי לויטס אין כאן שינוי בהלכה ואף לא דינאמיות, אלא יישום של הלכה קבועה לפריט חדש על פי שיקול דעת הפוסק.<sup>87</sup>

### 7.6 עמדת סילמן

סילמן סובר שיש שתי גישות. האחת דוגלת בחידוש על פי שיקול דעת הפוסק ורואה בו משום ביטוי ליצירתיות מקורית, ואין בה אלא גילויים של אמיתה של תורה. והשנייה מבוססת על ההנחה שהתורה שלמה בתכלית השלמות, לכן אין מקום להוסיף חידושים על פי שיקול הדעת. הוא רואה בוויכוח שבין הלל ובין בני בתירא ביטוי לסתירה בין שתי גישות אלה. וכך אנו גורסים בתלמוד :

זו הלכה נעלמה מזקני בתירא. פעם אחת חל ארבעה עשר להיות בשבת ולא היו יודעין אם פסח דוחה את השבת אם לאו. אמרו יש כאן בבלי אחד והלל שמו ששימש את שמעיה ואבטליון... התחיל דורש להן מהיקש, מקל וחומר ומגזירה שווה... אע"פ שהיה דורש כל היום לא

<sup>86</sup> שם, עמ' 150-151.

<sup>87</sup> מחקרים בהלכה ובמחשבת ישראל, מוגשים לכבוד הרב פרופ' מנחם עמנואל רקמן, הוצאת אוניברסיטת בר אילן, רמת-גן תשנ"ד, עמ' 66, וכך מסכם לויטס את שיטת רקמן: "אפשר לסכם שגישתו של הרב רקמן מבוססת על שני עקרונות. האחד – תורת ה' היא רחבה מני ים ומכילה בתוכה מגוון רחב של דעות מנוגדות. הן בהלכה למעשה והן בעיקרי האמונה, בתנאי שאינן חורגות מיסוד היסודות, תורה מן השמים. גם התורה שבעל-פה – הוא חוזר ומדגיש – מן השמים, אבל נמסרה מן השמים לבני אדם לפרשה ולבארה ולפתח אותה כדי שתוכל להשקיף על תכליתה, שיגיע שומר התורה למטרות נשגבות מוסריות. והעיקרון השני – כוחם של החכמים בכיוון זה כמעט בלתי מוגבל. הוא גלו ס בפסוק "עת לעשות לה' הפרו תורתך" כפי שחז"ל פירשו אותו בסוף מסכת ברכות. רקמן מציין כמה וכמה עניינים בהלכה להראות שחכמינו פעלו בכיוון זה בעבר, ואיך נוכח המצב השורר כיום בעם היהודי – על פי רוב הוא מתייחס למצב בארצות הברית אבל לא נמנע מלשים לבו למצב בארץ – חייבים חכמינו היום להמשיך בכיוון זה, ולא לחשוש מה יאמרו הקיצוניים".

קיבלו ממנו, עד שאמר להן יבוא עלי כך שמעתי משמיעה ואבטליון,  
כיון ששמעו ממנו כן, עמדו ומינו אותו נשיא עליהן.<sup>88</sup>

לדעת סילמן, הלל מוכן לפשוט את הספק על פי שיקול דעתו באמצעות מדרש הלכה, ואילו עמדתם של בני בתירא מבוססת על ההנחה שאין בידי חכמים לחדש הלכה על פי שיקול דעת ולא לשחזר את תורת סיני באמצעות דרכי ההיקש, כיוון שפוסק שעל פי שיקול דעתו מקיש מעניין לעניין יוביל למסקנות שונות ואפילו סותרות.<sup>89</sup>

## 7.7 עמדת ברקוביץ

ברקוביץ סובר, שעל הדין להפעיל את שיקול דעתו בשלוש דרכים חשובות. הוא סובר שבדרכים אלו ההלכה מתרגמת את כוונת התורה כדי ליישמה במצבי אמת בחיים. וכך הוא כותב:

(א) שימוש בשכל הישר "סברה", כעיקרון מנחה; (ב) חוכמת האפשר, שלפיה החוק צריך להיות ישים בפועל; (ג) קדימותו של השיקול המוסרי, שלפיו ההלכה נתפסת כמקדמת את עקרונות המוסר המקיפים יותר הגלומים בתורה.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> ירושלמי פסחים פ"ו ה"א, לג ע"א.

<sup>89</sup> ראו סילמן קול גדול ולא יסף, עמ' 48-50. ראו א"א פינקלשטיין "שוב על המו"מ בין הללו ובני בתירא" ספר צבי וולפסון, בעריכת ש' ליברמן, ירושלים תשכ"ה, עמ' יג-רכד; אורבך, מעולמם של חכמים, עמ' 60; י. פרנקל "שאלות הרמנוטריות בחקר ספרות האגדה", תרביץ מז (תשל"ח), עמ' 149-157; יי-בן-שלום, בית שמאי ומאבק הקנאות נגד רומי, ירושלים תשנ"ד, עמ' 60 ואילך; ראוי לציין שבסוגיית הירושלמי שם מדגים ר' יוסי ב"ר שבאמצעות גזרה שווה אפשר להגיע למסקנה הלכתית שקרית כמו ששרץ יטמא באוהל, וכן בהמשך הסוגיה שם בשם ר' יוסי ב"ר בון שמפני שאדם דן קל וחומר מעצמו אפשר להשיב על הלימוד שהרי ייתכן שהוא טועה, אמנם על גזרה שווה לא משיבין, כי אין אדם דן אותה מעצמו אלא רק בקבלה ומסורת, ועל מוסרת וקבלה אין להשיב. אחד מנציגיה של התפיסה השנייה הוא רבי אליעזר. וכך אנו גורסים בתלמוד סוכה כח ע"א: "תנו רבנן מעשה ברבי אליעזר ששבת בגליל העליון ושאלוהו שלושים הלכות בהלכות סוכה. שתיים-עשרה אמר להם שמעתי שמונה-עשר אמר להם לא שמעתי... אמרו לו כל דברך אינך אלא מפי השמועה אמר להם הזקקתוני לומר דבר שלא שמעתי מפי רבותי, מימי לא קדמני אדם בבית המדרש, ולא ישנתי בבית המדרש לא שינת קבע ולא שינת עראי ולא הנחתי אדם בבית המדרש ויצאתי, ולא שחתי שיחת חולין ולא אמרתי דבר שלא שמעתי מפי רבי מעולם. אמרו עליו רבן יוחנן בן זכאי מימיו... לא אמר דבר שלא שמע מפי רבו מעולם... וכן היה ר' אליעזר תלמידו נוהג אחריו".

<sup>90</sup> א' ברקוביץ, מאמרים על יסודות היהדות, הוצאת שלם, ירושלים, תשס"ד, עמ' 137. הנ"ל מביא דוגמה של דיני נישואין וגירושין, וכיצד עקרונות אלו מיושמים, שם, עמ' 163-174. ראו את הדיון בספרים הבאים: Joel Roth. The Halakhic Process: A Systematic Analysis (1986); Jacob Neusner. The Halakha: Historical and Religious Perspectives (2002); אליעזר ברקוביץ, ההלכה כוחה

## 8. חששו של הדיין מהסתמכות לא נכונה על שיקולו

### 8.1 עמדת הרמב"ן

הרמב"ן בהקדמתו למלחמות ה' כותב שאי אפשר להוכיח מהו שיקול דעת אמת, וכלשונו:

כי יודע כל לומד תלמודינו שאין במחלוקת מפרשיו ראיות גמורות...  
אין בחכמה הזאת מופת כגון חשבוני התשבורת ונסיוני התכונות.

### 8.2 עמדת רבנו ניסים

לדעת רבנו ניסים, שיקול הדעת שקובע את ההלכה הוא של חכמים, והם נושאי ההכרעות ההלכתיות. אמנם אין ביטחון שהכרעותיהם משקפות את האמת ההלכתית, על כך הוא כותב שהרווח ממסירת פסיקת ההלכה לחכמים הוא שבדרך כלל נקבל תוצאה טובה, כלומר טעויותיהם אינן רבות. וכך הוא כותב:

כשנמסרה הכרעת הספקות לחכמי הדור... על הרוב ימשך מזה תקון ויהיה משפטם צודק. כי שגיאת החכמים הגדולים מועטת ממי שהוא למטה מהם בחכמה, וכל שכן כח הסנהדרין העומדים לפני ה' יתברך במקדשו שככינה שרויה עמהם, ועם היות שלפעמים אפשר שעל צד הפלא והזרות ישגו בדבר מה, לא חששה תורה להפסד ההוא הנופל מעט, כי ראוי לסבול אותו מצד רוב התיקון הנמשך תמיד ואי אפשר לתקן יותר מזה.<sup>91</sup>

כלומר לשיטת רבנו ניסים אין ערובה ששיקול דעת חכמים יהיה נקי משגיאות. אך הרוב יהיה נכון, כל שכן כשהשכינה שרויה עמהם. אבל גם אם לפעמים יש טעויות מזעריות, ראוי לסבול טעויות כדי לקיים חיי חברה תקינים.<sup>92</sup>

---

ותפקידה, ירושלים, תשמ"א, במיוחד בעמ' 156-198; אליעזר שמשון רוזנטל, "מסורת ההלכה וחיידושי הלכות במשנת חכמים", תרביץ, סג (תשנ"ד), עמ' 321-374; אבי שגיא, "עיון בשני מודלים של האמת ההלכתית ומשמעותם", הגיון, א (תשמ"א), 69-90.

<sup>91</sup> דרשות הר"ן, מהדורת א"ל פלדמן, ירושלים תשל"ז, עמ' קצח.

<sup>92</sup> העיקרון הבסיסי הוא שלחכמים יש סמכות מוחלטת וחובה לציית לשיקול דעתם, כדברי רש"י, דברים יז, יא. "אפילו יאמרו לך על ימין שמואל ועל שמואל שהוא ימין". אך היו שהוטרדו מגישה זו כיצד יש לציית לחובת חכמים כאשר הכרעתם על פי שיקול דעת אינה אמת. וכך כותב הרב חיים פלאגי: "לדעת האומר שיש טעם למצוות וכל מה שאסר התורה מציק לנפשותינו אף על פי שלא נדע סיבתו, איך מותר לנו אותו דבר שטעו בו הסנהדרין, כי הרי אותו דבר איסור יעשה טבעו ומה לנו להסכמתם". רבי חיים פלאגי, החפץ חיים, איזמיר תרכ"ג, סי' עו. לדבריו, יש קשר בין התפיסה שלמצוות יש טעמים ובין אמתות הלכתית, כלומר האמת ההלכתית משקפת סדר עניינים טבעי, אם הלכה שדבר הוא טמא, הרי הוא טמא. לכן שואל הרב חיים פלאגי כיצד נצדיק את סמכותם של חכמים לפסוק על פי שיקול דעתם בניגוד

### 8.3 עמדת הרב אריה ליב הכהן

הרב אריה ליב הכהן בהקדמתו לספרו קצות החושן מביע את חרדתו שמא חידושי אינם קולעים לאמתה של תורה, כלומר שיקול הדעת אינו אמת. ואם כן, אוי לנו מעלבונה של תורה. אך בהמשך דבריו הוא מרגיע את הקורא וכותב:

לא ניתנה תורה למלאכי השרת. אלא אל האדם ניתנה. אשר לו השכל האנושי... גם כי אינו אמת בערך השכלים הנבדלים.

כלומר העובדה שהקב"ה נתן את התורה לבני אדם ולא למלאכים מוכיחה שהקב"ה נתן לנו את הסמכות להפעיל את שיקול דעתנו, ועל פי שיקול דעתנו יש לנו הכוח לחדש חידושים ולהכריע בהלכה על פי השכל והנתונים האנושיים, גם אם אין זאת האמת המוחלטת. והוא חוזר ומדגיש:

הקב"ה בחר בנו ונתן לנו את התורה כפי הכרעת השכל האנושי, אף על פי שאינו אמת, ואם כן המחדשו הוא חידוש גמור, רק שיהיה אמת בהכרעת השכל.

מדבריו של הרב אריה הכהן משמע שיש שיקולי דעת שונים, או כלשונו: "השכלים הנבדלים". לדין יש חירות לפסוק לפי שיקול דעתו, וכל זמן שהמניע לפסיקה הוא שיקול דעתו, אין זה משנה אם פסק אמת או לא. התנאי שמציב הרב אריה ליב הכהן הוא "אמת

---

למציאות, ומשיב שאם חכמים על פי שיקול דעתם פסקו על דבר טמא שהוא טהור: "ונראה לומר שהקב"ה מהפך טבע הדבר כפי דברי סנהדרין" (שם). הר"ן כותב שלפי אחת השיטות, למצוות התורה אין טעם, ואין הן משקפות סדר טבעי אלא את רצון הקב"ה. לכן אי אפשר שהכרעתם של חכמים תהיה שגויה או שייגרם נזק בעקבותיה. הקב"ה העניק לחכמים את הסמכות לקבוע את ההלכה על פי שיקול דעתם. הכרעתם לא תפגע גם בסדר העניינים. שיטה זו שאותה דוחה הר"ן, מסבירה את הסתירה הלוגית באמרה "כולן פרנס אחד אמרן" (חגיגה ג ע"ב). הר"ן מצדד בטענה שההכרעות ההלכתיות צריכות לשקף את הסדר הטבעי, ונכונות הלכתית פירושה התאמה לסדר ולמבנה. וכך הוא כותב: "אבל אחרי שאנחנו לא נבחר בזה הדעת. אבל נאמין שכל מה שמנעתו התורה ממנו מזיק אלינו, ומוליד רושם רע בנפשותינו ואף על פי שלא נדע סיבתו לפי זה הדעת אם כן כשיסכימו החכמים בדבר אחד טמא שהוא טהור, מה יהיה הלא הדבר ההוא יזיק אותנו ויפעל מה שבטבעו לפעול, ואף על פי שהסכימו בו חכמים שהוא טהור... כן הדבר שאסרה לנו התורה מצד שהוא מזיק בנפש, אך ישתנה טבע הדבר ההוא מצד מה שהסכימו החכמים שהוא מותר, זה אי אפשר רק על צד הפלא. דרשות הר"ן, עמ' קצח. כלומר לפי הר"ן, הטבע יציב ואינו משתנה על ידי הכרעות החכמים, שלא כדעת ר' חיים פלאגי. ראוי לציין שהר"ן בחן פתרון אפשרי, והוא מסירת ההכרעה ההלכתית למי שבכוחו לחשוף את הסדר המציאותי הטבעי, כלומר הנביא או בת קול, שעל דרך זה יתבאר לנו אמתות הדבר עצמו (שם). הר"ן דוחה זאת מנימוקים מעניינים ולא נרתע שההלכה תיקבע על ידי הנבואה, אלא דבר אידיאלי הוא לגלות את האמת. הר"ן דוחה זאת מכמה טעמים. א. הנביאים אינם מתנבאים בכל עת. ב. צריכים לוודא את מהימנות הנבואה. לכן הר"ן מגיע למסקנתו שעדיף מעט טעויות, שאינן גורמות נזק, ולקבל רוב התיקון.

בהכרעת השכל", כלומר כל זמן שהשכל מחייב אותם. מכאן עולה השאלה מי יקבע שיש כאן הכרעה על פי השכל, אולי הכרעתו אינה על פי השכל.<sup>93</sup>

<sup>93</sup> ראוי לציין שבמשפט הישראלי הגדרת שיקול הדעת הועלתה לדיון בפסיקה. וכך אנו מוצאים את הגדרתו של השופט זוסמן בפסק הדין. ד"נ 16/61 רשם החברות נ. כרדוש, פד"י טז 1209. הוא מגדיר את שיקול הדעת כבחירה בין פתרונות "אפשריים" שונים. לשיטתו, פתרון אפשרי אינו מבחן פסי אלא מבחן נורמטיבי. ואף כותב: "אף שיקול דעת 'רגיל' מסמך את הרשות לנהוג בגבולות החוק, כפי שנראה לה לרשות המינהלית". לשיטת ברק, מטרתו של מבחן "הקהילה המשפטית" להעמיד את השופט בהפעילו את שיקול דעתו להבחין בין תפיסותיו הסובייקטיביות לבין תפיסותיה המשפטיות של החברה שבה הוא חי ופועל. לכן דומה לשיטת ברק ששיקול דעת משתנה ממקום למקום ומחברה לחברה, כלומר שיקול דעת יחסי. וכך הוא ממשיך וכותב: "עם זאת, לשם איתור תפיסתה של 'הקהילה המשפטית' אין השופט צריך לערוך משאל דעת קהל. ההכרעה בדבר תפיסתה של 'הקהילה המשפטית' היא הכרעה, שכל שופט ושופט צריך לעשותה לעצמו, עם זאת בעשותו כן, השופט אינו צריך ליתן ביטוי למיוחד ולחריג שבו. עליו ליתן ביטוי, למה שנראה לו כתפיסות היסוד של החברה (הקהילה) בה הוא חי ופועל. עליו להשקיף על עצמו מבחוץ. אכן מבחן זה של 'קהילה משפטית' אינו אלא היבט אחר של תפיסת היסוד של ספר זה, לפי הפעלת שיקול הדעת השיפוטי צריכה להיעשות באופן אובייקטיבי. 'הקהילה המשפטית' אינה אלא דרך אחרת להציג תפיסה אובייקטיבית זו". עקרון ההתקבלות. "המקובלות לאנשי דורו". עלה לדיון גם בשיטות משפט אחרות. השופט ברק מציג שאלה. והיא כיצד תימדד חוקיותה של אפשרות חוקית, כלומר שהשופט אכן הפעיל שיקול דעת. בודאי לא די בכך שהשופט סבור, מבחינתו הסובייקטיבית, כי אפשרות זו חוקית. ברק סובר שהתשובה למבחן חוקיותה של אפשרות חוקית, אינה פשוטה. ומכאן הוא מאמץ עקרון ההתקבלות שמכנה אותו "הקהילה המשפטית".

ברק רואה בקהילה המשפטית קהילה ניטרלית שאינה מסתפקת רק בתיאור מגוון שיקולי הדעת, אלא פעולתה הסטנדרטית היא ניסיון לבחון את ההכרעה השיפוטית ואת מידת ביסוסה. לשיטתו, ההכרעה השיפוטית שאלה הגיע השופט על פי שיקול דעתו לטובת אחת העמדות אינה שרירותית אלא משקפת את הנחת השופט שמבין העמדות החלוקות הכרעתו מבוססת ונכונה. הקהילה המשפטית, אם תחלוק על שיקול דעתו, תעשה זאת על ידי העלאת שיקולים נגדיים. וכך כותב השופט ברק:

"אין לנו נייר 'לקמוס' משפטי אשר לפיו תיקבע חוקיותה של אפשרות משפטית. המשפט לא פיתח מכשירים מדויקים וכלי מעבדה. מפותחים לבחינת המותר והאסור, החוקי והלא חוקי. עם זאת קיימות אפשרויות אשר כל משפטן בר-דעת יאמר עליהן כי חוקיות הן, וקיימות אפשרויות אשר כל משפטן בר-דעת יאמר עליהן כי בלתי חוקיות הן. בין קצוות אלה קיימות אפשרויות שמשפטנים בני דעת לא יגיעו לכלל הסכמה ביניהם בדבר מידת חוקיותן. אני מציע להיזקק לאמת מידה זו של 'משפטנים בני דעת' או 'הקהילה המשפטית' כאמת מידה לבחינת חוקיותה של אפשרות. 'הקהילה המשפטית' היא אפוא ההשקפה המקצועית של ציבור משפטנים באותה מדינה. אפשרות היא חוקית אם 'הקהילה המשפטית' רואה אותה כחוקית ואם תגובתה של 'הקהילה המשפטית' אינה תדהמה וחוסר אמון בבחירתה של אפשרות זו. אפשרות היא בלתי חוקית אם 'הקהילה המשפטית' רואה אותה כבלתי חוקית, ורואה כבלתי מתקבל על הדעת שמשפטן בר-דעת יבחר באותה אפשרות... בין שני הקצוות הקיצוניים מצויים מספר מצבים בהם 'הקהילה המשפטית' עצמה נחלקת בדעותיה, על מצבים אלו אין לומר כי הם בלתי חוקיים, כשם שאין לומר עליהם כי הם חוקיים... ההכרעה השיפוטית עצמה היא שתקבע את חוקיותה של האפשרות... נוכל לומר על כן, כי שיקול דעת קיים במקום ש'הקהילה המשפטית' סבורה כי לבעיה



## 9. שיקול דעת הלכתי ומשוא פנים הלכתי

### 9.1 רקע

הקשר בין שיקול דעת למשוא פנים הוא שבכל הליך שיפוטי תקין על הדיין להכריע בסכסוך ללא משוא פנים, שאם לא כן, ייפגע שיקול דעתו. חובה זו של הדיין במשפט העברי נובעת מאיסורים מפורשים.<sup>94</sup> המשפט העברי גילה גישה מחמירה מאוד במקרים שיש בהם משוא פנים,<sup>95</sup> כגון נגיעה כספית, נגיעה חומרית כמו מתן שוחד לדיין, נגיעה

---

משפטית יש יותר מפיתרון חוקי אחד... מקום ש'הקהילה המשפטית' חלוקה בעדתה, יש לשופט שיקול דעת אם לקבוע קיומו של שיקול דעת שיפוטי, אם לאו". א' ברק, שיקול דעת שיפוטי, פפירוס, תל-אביב, תשמ"ז, עמ' 33-34. ברק מוסיף שהמושג "האדם הסביר", הידוע בעולם המשפט, אינו מדויק דיו, אולם הוא משמש אבן פינה של רבים מנושא שיקול דעת שיפוטי. הוא סובר ששיקול דעת שיפוטי מניח מתחם של אפשרויות חוקיות אשר כל אחת מהן חוקית היא במסגרת השיטה וכך הוא מסכם: "כל אפשרות מחוץ למתחם, על פי עצם הגדרתה, אינה חוקית, ואין לשופט שיקול דעת אם לבחור בה, אם לא, השופט חייב שלא לבחור באפשרות זו. שיקול הדעת משרטט איפוא מתחם פורמאלי של לגיטימיות, הוא מתחם הלגיטימיות הפורמאלית. מתחם זה קובע את הגבול, ויהא הוא בלתי מדויק כאשר יהא, בין האפשרויות שלגביהן יש שיקול דעת לבין האפשרויות שלגביהן אין שיקול דעת. הפעלת שיקול דעת שיפוטי אפשרית רק במסגרתו של המתחם פנימה". שם עמ' 34. ראו ברק, "שלטון החוק" קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ו: חידושים והתפתחויות תשל"ז, עמ' 10, בג"ץ 1/50 גרוסמן ושוורץ נ. הפרקליט הצבאי, צה"ל פד"י ד 63, 71, ברק "פרשנות ושיטה: יסודות לתורה פרשנות ישראלית" עיוני משפט י', עמ' 472 ; Dworkin, *Judicial Discretion*, Go Journal of Philosophy 624 (1963), Dworkin Taking Right Seriously 81 (1977);

כהן, "פרשנות נאמנה תלתא משמע" משפטים ז, 5 (תשל"ו); הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א 292 (תשכ"ה).

<sup>94</sup> במקומות רבים בתורה מוצאים אזהרה לדיינים שידונו על פי שיקול דעת ללא משוא פנים, כגון הציווי: "ודל לא תהדר בריבו" שמות כג, ד. כלומר גם אם מדובר באיש דל, לא תעדיף אותו במשפטו. והכוונה שלא תאמר: "הואיל והוא עני ובעל דינו עשיר, והרי עשיר חייב לפרנס את העני מדין צדקה. שיקול דעתי יהיה לטובתו, ואפסוק את הדין לזכותו. מצב זה מצייר תמונה מעוותת, שהעני נוטל צדקה בדרך כבוד, כאילו זכה בדינו, על פי שיקול דעת הדיינים, בהמשך בפסוק ו', כותבת התורה: "לא תטה משפט אביון בריבו". ורש"י כותב: "אביון – לשון אוֹבָה, שהוא מדולדל ותאב לכל טובה". כלומר שהאזהרה כאן מכוונת לדיין או לבית דין, שלא לשנות לטובה את הדין האמתי, מתוך רצון להחניף לבעל דינו התקיף או העשיר, שתאב כעת לכל טובה, אלא עליך לפעול לפי שיקול דעת נטול משוא פנים.

<sup>95</sup> התלמוד במסכת סנהדרין ח ע"א היטיב לבאר את החיוב של הדיין לשפוט אך ורק על פי שיקול דעתו. וכך אנו גורסים: "לא תכירו פנים במשפט רבי יהודה אומר לא תכירו רבי אלעזר אומר לא תזכרו". התלמוד מדגים פסלות דיין ומוסיף "אושפיזכניה דרב אתא לקמיה לדינא אמר לו לאו אושפיזכני את אמר לו אין אמר ליה דינא אית לי אמר ליה פסילנא לך לדינא". וכך פסק הרמב"ם: "ולעולם יהיו בעלי דינים לפניך כרשעים... וכשיפטר מלפניך יהיו בעיניך כצדיקים כשקבלו עליהם את הדין ודון כל אחד מהם לכף זכות", הלכות סנהדרין, פכ"ג ה"י. יוצא איפוא, שהדיין פעל על פי שיקול דעתו, כול דבר שפוגע בו

מכוח קרבה משפחתית, נגיעה מכוח היות הדיין חלק מהציבור שעניינו נדון. שני נימוקים לאיסור זה:

1. פגיעה בשיקול דעת הדיין. דיין שמכריע בסכסוך מתוך משוא פנים מונע ממנו שיפוט נכון, כלומר יש פגיעה חמורה בשיקול דעתו ומקפח את זכותם של הצדדים למשפט הוגן.<sup>96</sup>

2. חיוני הוא שהצדדים והציבור כולו יהיו משוכנעים שהדיין אינו מעדיף צד זה או אחר בשל תכונותיו או השתייכותו לסוג זה או אחר של בני אדם, כלומר הצדדים והציבור ידעו שלא אופיים של הטוענים הוא שמכריע את הדין אלא משקלם של הטוענים על פי שיקול דעת הדיינים. מצב דברים זה חיוני להליך השיפוט, ובלעדיו לא יתקיים אמון הציבור ברשות השופטת, ובהיעדר אמון זה אין השפיטה יכולה למלא את תפקידה כראוי.<sup>97</sup>

---

עליו להימנע ממנו. ראוי לציין שכה חשוב שיקול דעת החופשי של הדיין, עד שההלכה מחייבת אותו שלא לקחת חלק פעיל במהלך הטעונים במשפט, ולעשות עצמו כעורך דין של אחד הצדדים: "וזה"ל בפ"ק דאבות אל תעש עצמך כעורכי הדיינים פירושו ליתומים ולבני אדם שאינם יודעים לטעון משימים לו אפטרופוס שיטעון בשביל והדיין עצמו להיות הוא טוען ולצדד טענות מצד אחר אין ראוי עכ"ל. דדוחק הוא לדיין למצוא טעם ללמד לבעל הדין אפילו טענת אמת בשביל שנרא' כקרוב או כאהוב שפסול לדון וכד משמע מפירוש רש"י פרק הכותב דפירש גבי רב נחמן עשינו עצמנו כעורכי הדיינים עשינו עצמנו כקרוב של בעל דין או אוהבו הבא אצל הדיין", שו"ת בנימין זאב ח"ב כנ.

<sup>96</sup> ראינו לעיל שהדיין ישפוט לפי שיקול דעתו, וכל פגיעה בו פוסלתו מלדון. ראוי להדגיש שהדרישה בהלכה שהשופט יהיה עצמאי ולא חת מאיש להפעיל שיקול דעת ולפסוק. אירוע דרמטי מתואר בתלמוד במסכת סנהדרין יט ע"א-ע"ב. ובו אנו רואים עימות בין המלוכה לאנשי הסנהדרין. דייני ישראל ראו עצמם בשבתם לדין עצמאיים לחלוטין ודנו על פי שיקול דעתם בלי שתהיה עליהם יראה של מלכות. וכך אנו גורסים: "דעבדיה דינאי מלכא קטל נפשא אמר להו שמעון בן שטח לחכמים תנו עיניכם בו ונדונו שלחו ליה עבדך קטל נפשא שדריה להו שלחו ליה תא אנח נמי להכא והועד בבעלי אמרה תורה יבא בעל השור ויעמוד על שורו אתא ויתיב אמר לו שמעון בן שטח ינאי אתה המלך עמוד על רגליך ויעידו בך ולא לפנינו אתה עומד אלא לפני מי שאמר והיה העולם אתה עומד שנאמר ועמדו שני האנשים אשר להם הריב וגו' אמר לו לא כשתאמר אתה אלא כמה שיאמרו חבריך נפנה לימינו כבשו פניהם בקרקע נפנה לשמאלו וכבשו פניהם בקרקע אמר להן שמעון בן שטח בעלי מחשבות אתם יבא בעל מחשבות ויפרע מכם מיד בא גבריאל וחבטן בקרקע ומתו". יוצא אפוא שהדיין כדי שידון דין אמת על פי שיקול דעתו צריך להיות חזק באופיו, ואף נגד המלכות ידון על פי האמת כך יובטח יישום נאות של הדין ומשפט הוגן לצדדים.

<sup>97</sup> בתלמוד מוצאים התייחסות חשובה לזלזול בבית הדין, כלומר בית הדין צריך להיראות זך ונקי בעיני הציבור ולהימנע מכל דבר שבעיני הציבור נחשב לזלזול, וכלשון התלמוד: "זילותא דבי דינא". ראו כתובות כו ע"ב. אף כאן אם תחושת הציבור היא שיש משוא פנים, יפחת ערכו של בית הדין בעיני הציבור ואף יבוטל כליל. אנו רואים שחכמים חוקקו שלכתחילה לא יבוא בית דין לזילותא, כגון שהמיתו אדם והוזמנו העדים, שחוששים לזילותא דבי דינא. כי כבר נעשה מעשה על פי בית דין ואי אפשר לבטלו, ולכן אין העדים זוממים נהרגים, שלא יתפרסם שמכשול זה יצא מתחת ידם של בית דין להיות זה נהרג בשקרנות.

## 9.2 עבירת השוחד

איסור לקיחת השוחד מאוזכר פעמיים בתורה. בפרשת משפטים נאמר: "ושחד לא תקח, כי השחד יעור פקחים ויסלף דברי צדיקים".<sup>98</sup> זו אזהרה לדיינים שלא ייקחו שוחד, והוא תשלום ממון או טובת הנאה כדי שהדיינים ייטיבו לנותן השוחד. בדרך כלל השוחד ניתן לדיינים כדי שיטו את הדין ויפסקו לזכותו של הנותן, אף על פי שבאמת ראוי הוא לצאת חייב בדינו. האיסור חל אף אם נותן השוחד טוען שאינו מתכוון להשפיע על שיקול דעת הדיינים להטות את הדין אלא נותן להביע בזה כבוד וידידות, אהבה וחיבה, ואפילו אם לוקחי השוחד אינם מתכוונים להטות את שיקול דעתם לטובת הנותן אלא לדון דין אמת לאמתו. הנימוק לכך הוא שירדה תורה לסוף דעתו של אדם, שאם יקבל את השוחד, הרי הוא אנוס להפעיל שיקול דעת ולהפוך בזכותו של הנותן, אף אם לא ירצה בכך.

הכתוב מבאר שהשוחד "יעור פקחים", כלומר טבעו של השוחד לשבש את שיקול דעת הדיין. גם הוא פיקח ומיטיב לראות. יש כאן מליצה שכוונתה שהשוחד נוטל את יכולת ההבחנה בין טוב לרע ובין אמת לשקר אפילו מאנשים שבדרך כלל שיקול דעתם מבחין בצורה ברורה ודקה, ומסוגלים הם לעמוד על אמתת הדין לאשורו. את טעם איסור קבלת השוחד מסביר רבא: "כיון דקביל ליה שוחדא מיניה איקרבא ליה דעתי הלבבי והוי כגופיה ואין אדם רואה חובה לעצמו".<sup>99</sup> וכך כותב רש"י:

אפילו לשפט אמת, וכ"ש כדי להטות הדין, שהרי להטות את הדין נאמר כבר, לא תטה משפט... ואפילו חכם בתורה ונוטל שוחד סוף שתטרף דעתו וישתכח תלמודו ויכה ה' מאור עיניו.<sup>100</sup>

---

והשומעים יסברו, שסיבת הטעות במיעוט חקירה ודרישה ויהיו מחטטים אחריהם אף בדינים אחרים ולטעון ששיקול דעתם מוטעה. ראו המאירי מכות, ג ע"א. וכן מחדד את הדברים פני יהושע שם ה ע"ב: "שיהיה גנאי גדול בדבר כשממה נפשך אחד מהם נהרג שלא כדין". יוצא אפוא שעל בית הדין להימנע מכל דבר שיגרום לזלזול בעיני הציבור, וודאי שכשיש משוא פנים יש לזלזל בעיני הציבור. וכתב השופט ברק: "משמעותו של חוסר משוא פנים זה הוא, שהשופט מתייחס אל הצדדים שלפניו באופן שווה, תוך שהוא מעניק להם הזדמנות שווה ויחס שווה שאין לו עניין אישי בתוצאה; שהוא מגיע לפסק דינו, לא בשל נטייתו לצד זה או אחר, אלא בשל כניעתו לדין. מצב דברים זה חיוני הוא להליך השיפוט. בלעדיו לא יתקיים אמון הציבור ברשות השופטת, בלא אמון זה אין השופט יכולה למלא את תפקידה". ברק, שיקול דעת שיפוטי, 261 פסיקה 316. השופט ברק מציין את גישתו של השופט פרנק פורטר:

*The Court's authority-possessed of neither the purse nor the sword ultimately rests on sustained public confidences in its moral sanction, Baker v. Carr 369 U.S. 186. 267 (1961).*

<sup>98</sup> שמות כג, ח.

<sup>99</sup> כתובות קה ע"ב.

<sup>100</sup> רש"י בד"ה "ושחד לא תקח".

הכתוב מוסיף "ויסלף דברי צדיקים". יש כאן נסמך וסומך. ומשמעות הפסוק שאף אם הדיין שנטל את השוחד מתכוון להוציא מפיו גזר דין נכון וצודק, כלומר להפעיל שיקול דעת אמתי, אומר הכתוב, הרי שלא מדעתו ושלא מרצונו גזר הדין שיצא מפיו מעות ומשובש. ועל ידי זה הוא מזכה את הרשע ומחייב את הצדיק. לאמור, השיקול הדעת בסופו של דבר, אכן יפגע.<sup>101</sup>

איסור לקיחת שוחד חמור מאוד, ונכפלה אזהרת לקיחתו בפרשת ראה: לא תטה משפט, לא תכיר פנים ולא תקח שחד, כי השחד יעור עיני חכמים, ויסלף דברי צדיקים.<sup>102</sup>

לדעת החזון איש, בקבלת השוחד מתבצע פגם בשיקול דעת הדיין וביכולתו לשפוט. וכך הוא כותב:

ואמנם השוחד ענין מיוחד, והוא כי מקח שוחד הוא מן הגנויות במוחלט שהתורה תעבתו, ובעקבו בסוד כחות הנפשות לעור עיני חכמים ולסלף משפט. ובהיות שאמרו שהסתכל הקב"ה בתורה וברא עולמו, חייבה התורה כח בשוחד לעור ולסלף, ולהזהיר לברוח ממנה והנה נוסף על כח נגיעה שהוא ממנהג העולם כפי טבעו בני אדם הוזמן כח טומאה בשוחד לטמטם הלב ולרדם את הבינה, להנעים בפי הדיין לזכות את משחדו.<sup>103</sup>

כלומר לשיטת החזון איש, הפגיעה בשיקול דעת הדיין היא תוצאה מטפיזית של קבלת השוחד מלבד הפגיעה הטבעית בשיקול הדעת.

### 9.2.1 שכר עבור פסיקה

הפגיעה בשיקול דעת הדיין היא גם אם לא נטל שוחד אלא שכר עבור פסיקתו. וכך אנו גורסים במסכת כתובות:

<sup>101</sup> ראו לשון רש"י, שם, ד"ה ויסלף, וד"ה דברי צדיקים.

<sup>102</sup> דברים טז, יט.

<sup>103</sup> חזון איש, פרקי אמונה ובטחון פרק ג, ראוי לציין שאיסור השוחד לא חל על דיינים בלבד, אלא על כל נציגי הציבור, הרמ"א, חו"מ סי' קסג, סעיף א; שו"ת נודע ביהודה, מהדורה קמא, חו"מ כ; שו"ת חתם סופר חו"מ קס; ברכי יוסף חו"מ סי' ט, סעיף י; שינפלא "נתינת שוחד לעובדי ציבור", תחומין ה (תשמ"ד), עמ' 332 ואילך.

קרנא הוה שקיל איסתירא מזכאי ואיסתירא מחייב ודאין להן דינא  
והיכי עביד הכי והכתיב ושחד לא תקח... הני מילי היכא דשקיל  
בתורת שוחד קרנא בתורת אגרא הוה שקיל.<sup>104</sup>

הפוסקים קבעו הדרכים לאבחון בין קבלת ממון כשכר עבור הפסיקה ובין קבלת שכר  
בטלה שמותר. דיין שחשוד שקיבל שכר לדון, דיניו בטלים, כיוון שלא דן על פי שיקול  
דעתו, שכן הושפע מהשכר שקיבל.<sup>105</sup>

## 9.2.2 שוחד דברים

ההלכה מרחיבה בהגדרת עבירת השוחד. לא רק שוחד כספי יש בו כדי להטות את שיקול  
דעת הדיין, אלא גם שוחד דברים שמהותו הסבת הנאה או טובה מסוימת לדיין. כך תהיה  
אפשרות, ואפילו רחוקה מאוד, להטות הכרעת הדין. וכך גורסים במסכת כתובות:  
תנו רבנן ושחד לא תקח אינו צריך לומר שוחד ממון אלא אפילו שוחד  
דברים נמי אסור.<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> כתובות קה ע"א. לשיטת אלבק, בתקופת התלמוד לא היה בית דין קבוע של שלשה, אלא כל מי שנוקק  
לדין מזמן את הדיינים. וכך כותב אלבק: "לאחר שנתבאר העקרון, שאין כוח ושררה בידי בית דין שבכל  
עיר ועיר לכופ את בני עירם לדון לפניו ולעשות את הדין כמו שיצווה אותם בית הדין; ואין דיינים  
קבועים וממונים, שבני עירם אינם רשאים להידון אלא לפניו ולא לפני דיינים אחרים, ואין שום אדם  
זולתם רשאי להיות דיין בעירם; ולאחר שנתבאר, שהכוח והשררה שיש ביד הדיין אינו מיוחד לו והוא  
שווה לכוחו של כל אדם מישראל להפריש את חבריו מן האיסור, לכופו לעשות מצווה ולהענישו כשעבר  
עבירה... מתוך הלכות התלמוד עולה שאין הדיינים אלא חכמים מומחים שיועצים לעם הלא נהוג בדרך  
הישרה לפי מצוות התורה, כשם שהעם הולכים אצל הרופא, השולחני, או אומן אחר כיוצא באלו,  
ושואלים אותם היאך לנהוג כדי להתרפא ממחלה או כיצד יעשו שלא יטעו בערכן של מטבעות וכיוצא  
באלה... הלכך אין מינוי דיין שונה ממינוי אומנים אחרים בעיר, שבני העיר צריכים להם", ש' אלבק בתי  
הדין בימי התלמוד, הוצאת בר-אילן, רמת-גן תשמ"ז, עמ' 44-43.

<sup>105</sup> הרמב"ם פסק: "כל דיין שנוטל שכר לדון דיניו בטלים. אבל אם היה עסוק במלאכתו ובאו לפניו שנים  
לדין ואמר להן תנו לי מה שיעשה תחתי עד שאדון לכם או תנו לי שכר בטלתי הרי זה מותר", הלכות  
סנהדרין ב, ה. וראו שו"ת בנימין זאב רנד: "ואומר אני דכל דיין דשקיל מהאי ולא מוכחא וניכר לעיניי  
דיניו בטלין ועובר אלא דלא תקח שוחד ומטפש לנפשיה אמנם אי שקיל מהאי ומהאי כההיא דקרנא  
דפרישית לעיל דמוכחא דבשכר בטלה שקיל דיניו דין ומ"מ ממדת חסידות הוא להתרחק מכל חשד למען  
ישכיל את כל אשר יעשה", ראו שו"ת חכם צבי קלא. שאלה חשובה, מעלה חיים שייך, האם איסור קבלת  
השוחד מתייחס רק לזה הנתן בטרם המשפט ובמהלכו. או גם מתנה הניתנת לשופט בתום הדיון, ראו, ח'  
שייך, הצדק במשפט העברי, הוצאת אביבים תשנ"ד, עמ' 64.

<sup>106</sup> כתובות קה ע"א.

לדעת הרמב"ם, פסקי דין שניתנו אגב מתן שוחד דברים פסולים, ואפילו אם השפעת על שיקול דעת הדיין מזערית.<sup>107</sup> לדעת בעלי התוספות, פסקי הדין לא נפסלים, ואותם דיינים נהגו חומרא בעלמא.<sup>108</sup>

שיין כותב שסיבת השוני והמחלוקת שבין דעת הרמב"ם לתוספות היא מהות עבירת השוחד. אצל הרמב"ם האלמנט המרכזי הוא שוויון מוחלט בין בעלי הדין. הקפדתו על השוויון מתבטאת אף באלמנטים מינוריים שוליים לכאורה.<sup>109</sup> לכן כאשר צד אחד גרם טובת הנאה לדיין, אף שלאותה הנאה אין ערך כלכלי, הרי כך הופר השוויון בין הצדדים, ושיקול דעת הדיין נפגם. ואולם לדעת בעלי התוספות, השוויון הפורמאלי והשולי הנו

<sup>107</sup> כך מפרט הרמב"ם בהלכות סנהדרין פכ"ג הלכה ג: "ולא שחד ממון בלבד אלא אפילו שחד דברים, ומעשה בדיין אחד שהיה עולה בדוגית קטנה לעבור בנהר ופשט אחד ידו וסייעו בעלייתו והיה לו דין ואמר לו הדיין הריני פסול לך לדין. ומעשה באחד שהעביר אברה נוצה של עוף מעל רדיד הדיין ואחר כסה רוק מלפני הדיין ואמר לו הריני פסול לך לדין. ומעשה באחד שהביא מתנה אחת ממתנות כהונה לדיין כהן ואמר לו פסול אני לך לדין. ומעשה באריס אחד של דיין שהיה מביא לו תאנים מתוך שדהו מערב שבת לערב שבת פעם אחת הקדים והביא בחמישי בשבת מפני שהיה לו דין ואמר לו הדיין הריני פסול לך לדין" ראו כסף משנה שם: "וס"ל לרבינו דכל הני עובדי דהו מימנעי מדינא לא מידת חסידות בלחוד הואי אלא כך היא שורת הדין דכל כי הני פסילי לדינא". כך סובר המהרשד"ם: "כל שכן אם יש לדיין בדיניותו שום צד הנאה שנפסל לדין... כתב הרמב"ם אם יודע הדיין שיש לעד שום צד הנאה בעולם בעדות זה אפילו בדרך רחוקה לא יעיד בה... כך לא ידון וכל הפסלות כדרך שפוסל בעד כך פוסל בדיין" שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, ח"ב, ד. ובעל חוות יאיר כותב: "ודיין או עד שיש בו צד הנאה לא יעיד ולא ידין הטעם הוא... במאחר שיגיע להיזק לאחר מצי למימר דדנת לטובתך ולהנאתך אפילו הנאתך רחוקה ולא דמי לדבר שבינו למקום ואין לאחר במעשיו לא זכות ולא חובה" שו"ת חוות יאיר קכב. ואולם בעל חוות יאיר פוסל בצורה כללית דיין שקיבל כל הנאה. ומשמע מדבריו גם שוחד דברים.

<sup>108</sup> בעלי התוספות כותבים: "כי הנך דפרח גדפא ארישא אתא ההוא גברא שקליה דאינו אלא חומרא בעלמא שהיו מחמירין על עצמן כדאשכחן בכמה דברים אבל פסולים לא הוו" (ד"ה לא למאן דסני, כת' קה, ב).

<sup>109</sup> ראו שיין, הצדק במשפט העברי, 57 ואילך. הרמב"ם פסק: "אי זהו צדק המשפט זו השויית שני בעלי דינים בכל דבר", הלכות סנהדרין כא, ה. בהמשך הרמב"ם מפרט את ההלכות שקשורות בשוויון ומבהיר שאין לאפשר לאחד מבעלי הדין לדבר כל צורכו ואילו לצד השני מצמצמים זמן הדיבור. הוא הדין בהשוואת הלבוש בין בעלי הדין וכן באשר לאופן ישיבתם או עמידתם, וכן בנוגע לסדר הקדימה של הבאים לדין. יתר על כן הרמב"ם דן אף באופן שמיעת הצדדים שקלול טענותיהם ומידת מעורבותם של הדיינים במהלך הדיון. שם הלכות א-יא. דומה שהקו שנקט הרמב"ם הוא הקפדה מקסימלית לשוויון כדי שהדיינים לא יושפעו וייפגם שיקול דעתם. ואולם הרמב"ם סובר שלעיתים הקפדה יתרה דווקא תפגע באחד הצדדים. לכן לעתים יש לסטות מהכללים הנ"ל, וכן פסק הרמב"ם: "ראה הדיין זכות לאחד מהן ובעל דין מבקש לאמרה ואינו יודע לחבר דברים או שראהו מצטער להציל עצמו בטענת אמת ומפני החימה והכעס נסתלק ממנו או נשתבש מפני הסכלות הרי זה מותר לסעדו מעט להבינו תחלת הדבר משום פתח פיך לאלם. וצריך להתיישב בדבר זה הרבה שלא יהיו כעורכי הדיינים" שם כא יא.

בגדר נמנע המציאות, שהרי הדיינים אינם פועלים בתוך חלל חברתי ריק, ואם נפסול כל קשר עם הדיין, אין לצדדים סוף. וכך כותב שיין:

לכן, מעדיפים בעלי התוספות מבחן של סבירות. כאשר שיקול הדעת המרכזי בענין זה מסור לשופט, ועליו להחליט אם קשר מסוים או טובת הנאה כלשהי יש בהם כדי למנוע ממנו פסק דין הוגן. שהרי ממהותה של מדת החסידות שהיא מסורה לפרט עצמו, ואין סמכות לכפותה על השופט ואין הרמב"ם מוכן לקבל את שיקול דעתו ובהיותו נוגע בדבר אישית, ומאידך בעלי התוספות מביעים אמון רב בדיינים ובנכונותם להוציא עצמם מלדון באותם מקרים שפסק דינם יעורר חשד שהושפע מטובת הנאה או ענין אישי.<sup>110</sup>

### 9.3 קרבת הדיינים

דוגמה שנייה למשוא פנים בדין ופגיעה בשיקול דעת הדיין היא קרבה של הנאשם לדיין. יש שלושה סוגים של קרבה משפחתית שפוסלים את הדיין: קרבה הבאה מצד האב; ב. קרבה הבאה מצד האם, קרבה הבאה מצד האישות, כלומר מצד האישה או הבעל. סוג נוסף של פסלות הדיין היא אוהב או שונא, שיש בהם השפעה על שיקול דעת הדיין.<sup>111</sup> וכך שנינו במשנה:

ואלו הן הקרובין<sup>112</sup> אביו ואחיו ואחי אביו ואחי אמו ובעל אחותו ובעל אחות אביו ובעל אחות אמו ובעל אמו וחמיו וגיסו, הן ובניהן וחתניהן<sup>113</sup> וחורגו לבדו<sup>114</sup>... האוהב והשונא, אוהב זה שושבינו, שונא כל שלא דבר עמו שלשה ימים באיבה.<sup>115</sup>

<sup>110</sup> שיין, הצדק במשפט העברי, עמ' 85.

<sup>111</sup> סוגים נוספים של פסולים להעיד ראו שולחן ערוך חו"מ סי' ז. שם המחבר דן בסוגים שונים של מצבים של פסול בדיינות, כגון אם ממזר פסול לדון, אם עד נעשה דיין ועוד. מטרתנו כאן להדגיש את ההשפעה על שיקול דעת הדיין והבאנו את הדוגמאות החשובות.

<sup>112</sup> הקרבה כאן פוסלת את הדיין לדון ולהעיד. לפי הרמב"ם, אין פסולים מדין תורה אלא הקרובים ממשפחת האב, אבל שאר הקרובים פסולים מדברי סופרים. הלכות עדות פ"ג ה"א.

<sup>113</sup> כל המנויים במשנה פסולים הם ובניהם וחתניהם משום קרבה משפחתית, כלומר יש להם השפעה על שיקול דעת השופט.

<sup>114</sup> לפי המשנה, גם אם מדובר בבן חורג פסול משום קרבה. המשנה מדגישה לבדו, כלומר בנו של בן החורג וחתנו כשרים, ברם אשת חורגו דינה כבנו החורג, כי לפי המשנה אישה כבעלה.

<sup>115</sup> סנהדרין ג, ד-ה. הן האוהב הן השונא משפיעים על שיקול דעת הדיין. המשנה בבבא בתרא, פ"ט מ"ד, מתארת שושבינו שהביא לו דורון לחופתו ואכל ושתה עמו. על פי המשנה, נהגו בימיהם שכאשר אדם נשא אישה, היו חבריו שולחים לו מתנות להוצאות ימי המשתה, והיו אותם נעים אוכלים ושותים עם החתן בשבעת ימי המשתה. מכאן מסיקים על פי המשנה שקרבה כזאת משפיעה על שיקול דעת הדיין.

לפי התלמוד, פסלות הדיינים בקרובי משפחה היא עד שלוש דרגות,<sup>116</sup> בין שהקרבה מצד האב בין שהיא מצד האם. אבל הקרובים שקרבתם המשפחתית היא למטה משלוש דרגות אינם פסולים לדון,<sup>117</sup> כי אין להם השפעה על הדיינים להטות את המשפט, ויכולים הדיינים לשפוט על פי שיקול דעתם.

יוצא אפוא שההלכה, לפי המשנה, מבחינה בשלושה סוגי קרבה שמשפיעים על שיקול דעת הדיין. הסוג הראשון מבטא קרבה חזקה של דעת ולב – הקרבה המשפחתית. הסוג השני – קרבה שנובעת מנטייה נפשית מנטלית כמו הקרבה שבין החתן לשושבינו.<sup>118</sup> הסוג השלישי – קרבה שלילית שלא דיבר עמו באיבה שלושה ימים.<sup>119</sup>

#### 9.4 הגדרת אוהב ושונא

אהבה ושנאה אינו יכולות לבוא בהגדרה הלכתית, כי אלו מסורים לרגשותיו של האדם. הרב אליהו מזרחי כותב:

אם כן מוכחא מלתא שפיר שאהבתו של זה עם שותפו היא יותר גדולה מאהבת השושבינות ואם בשושבינו שנינו שהוא פוסל.. כל שכן באהבה... שהיא יותר גדולה.<sup>120</sup>

יוצא אפוא שהגדרת אוהב נתונה לשיקול דעת הפוסק, והוא שמחליט אם יש כאן אוהב או לא. הרב גרשון אשכנזי כותב:

ואוהב הוא אוהב ורעהו ומסתמא אין רעהו יותר ממי שהוא רגיל עמו במשא ומתן.<sup>121</sup>

גם הגדרת שונא נתונה לשיקול דעת הפוסק. הרב יוסף חיים דן באריכות אם אדם שחירף את הדיין או נודה על ידו או הוכה על ידו, הוא בגדר של שונא ומשפיע לרעה על שיקול דעת הדיין, ויש לפסלו מלדון. ומסקנתו:

<sup>116</sup> ראו סנהדרין כח ע"א. לפי התלמוד, שלוש הדרגות הן: א. ראשון בראשון, למשל אב אינו יכול לדון את בנו או אח את אחיו; ב. ראשון בשני. למשל סב אינו יכול לדון את נכדו; ג. שני בשני למשל בני האחים והאחיות זה עם זה.

<sup>117</sup> אין כאן השפעה על שיקול דעת הדיין בגלל המרחק של הקרבה, כגון נכדו של ראובן עם נכדו של שמעון אחיו, שהם שלישי בשלישי.

<sup>118</sup> יש סוגי קרבה של נטייה נפשית ושנאה מדרגה נמוכה, שגם הם פסולים לדון. ראו כתובות קה ע"ב.

<sup>119</sup> רוב הפוסקים רואים בקרבה סוג שלישי שמנינו עם סוג שני כדבר אחד. והסוג השלישי נטייה נפשית של אהבה ושנאה מדרגה נמוכה. סוג זה מבוסס על דברי אמורא בתלמוד. ראו שו"ת הריב"ש תטו, התשב"ץ רעז, שו"ת דברי ריבות כד, שו"ת יביע אומר ח"ב, ב.

<sup>120</sup> שו"ת ר' אליהו מזרחי כד.

<sup>121</sup> שו"ת עבודת הגרשוני לג.



דאע"פ שמותר לשנאותו, ובכהאי גוונא אמר שאין השנאה טבעית רק  
ע"פ דבר ה' אין לחוש דדעתיה יטעהו ולא חזי ליה זכות כמו בשאר  
שונא.<sup>122</sup>

## 10. סיכום

### 10.1 שיטות הראשונים

מצאנו שאין לחלוק על שיקול דעת התלמוד, כיוון שהתלמוד התקבל בכל תפוצות ישראל.  
דומה ששמירה על קבלת התלמוד מאחדת את עם ישראל תחת המטרייה שנקראת  
תלמוד.

לדעת הרמב"ם, לדיין יש חירות מוחלטת בהפעלת שיקול דעתו, כלומר הדיין יכול לחלוק  
אף על הגאונים. לשיטתו, בית דין מאוחר אינו יכול לחלוק מוקדם כאשר מדובר בחקיקה  
ותקנות. ואולם אם מדובר במחלוקת של פירוש מידות התורה אפשר לחלוק, כי יש חירות  
לבית הדין המאוחר להפעיל שיקול דעתו.

לדעת הראב"ד, לדיין יש חירות בהפעלת שיקול דעתו אף נגד הגאונים, בתנאי שיש לדיין  
קושיה מקובלת על אנשי דורו. ואולם הוא כותב וזה דבר שאינו בנמצא.

לדעת הרא"ש, אפשר לחלוק אף על הגאונים בתנאי שהדבר מקובל על פוסקי הדור.  
לשיטתו, אפילו חובה לחלוק על שיקול דעת הפוסקים, לכן דיין שמאמץ אחת משתי  
השיטות ואינו מפעיל את שיקול דעתו כאילו דן דין שקר.

---

<sup>122</sup> שו"ת רב פעלים, חו"מ א. ראוי לציין שאם אחד מבעלי הדין מוחה ואומר שאין הדיין מקובל עליו עקב  
הקרבה, אי אפשר לדון בניגוד לרצונו. שו"ת מהר"ם מלובלין סג. והנה המהרי"ק סובר שמחאתו של בעל  
דין אינה עוזרת, כי ההכרעה מסורה לדיין, ואם הדיין משוכנע שבקרבה לא יהיה פתח להטיית שיקול  
דעתו, אי אפשר לפסלו, וכך הוא כותב: "דאין לומר שיפסל מצד החיתון, מדגרסינן בסנהדרין... אבי החתן  
ואבי הכלה מעידים זה לזה... ואין לומר... פסולין לדון מידי דהוה האוהב והשנוא... אלא ודאי שפיטא  
ופשיטה... קשרים וכל שכן לפי הלשון שמצאתי במרדכי... באוהב כדבסמוך... דאין זה אלא חומרא  
בעלמא... מדת חסידות הוא שהיו מחמירין על עצמן... ואין לחלק ולומר דהא דקאמר דאין אלא חומרא  
בעלמא. דהיינו דוקא שאין אחד מבעלי הדיינים מוחין, אבל היכא שאחד מבעלי דינין מוחה ואומר לא  
אדון בפני זה שהוא אוהבו של בעלי דינין שומעין, אפילו באהבה כלשהו... ואין זה חומרא אלא דינא. אי  
אפשר לומר כן... הרי לך בהדיא דאף על גב דאידיך קא צווה פסול... לדונו... דלא כל כמיניה מאחר שאינו  
אלא מדת חסידות וחומרא על עצמו", שו"ת מהרי"ק כא. היטיב לבטא זאת בעל שו"ת צמח צדק: "לא  
לידון אינש בנפשו בבירור גמור בוודאי שהוא אוהב לו והשני אינו אוהב לו, ולכו תלוי הדבר בדיין", שו"ת  
צמח צדק מילואים, ס; וכן ראו תשובת הרשב"א, ח"א תרפ.

לדעת רבי אברהם בן הרמב"ם, לעתים חובה על הדיין להגיע למסקנות אחרות בהלכה על פי שיקול דעתו. הוא מתרעם ואף משתמש בביטויים חריפים כלפי פוסקים שאינם מפעילים שיקול דעת בפסיקה.

### **10.2. שיטות האחרונים**

לדעת רבי חיים בן עטר, אפשר לחלוק על הראשונים. מצאנו שכנראה אין הוא מתכוון שאפשרות זו פתוחה לפני כל אחד.

לדעת החזון איש, אפשר לחלוק על ראשונים. ואולם אפשרות זו מצומצמת לאלה שהיעדר חירות זו תפגע בעסק התורה שלהם.

לדעת הרב משה פיינשטיין, אפשר לחלוק אף על ראשונים, אולם הוא מדגיש "איזה ראשונים". קשה לדעת למה הוא מתכוון. לשיטתו, חירות הדיין סובייקטיבית, כלומר האמת שבעיניו היא הקובעת, אף אם אינה האמת האמיתית.

לדעת הרב עובדיה יוסף, אין מקום לחלוק על ראשונים, ואולם הוא יוצא נגד הטוענים שבימינו אין מקום לחלוק על שיקול דעת האחרונים, כלומר לשיטתו אפשר לחלוק על האחרונים.

לדעת הרב יוסף דב סולובייצק, חשוב שאיש ההלכה יביע את שיקול דעתו, והוא מדגיש את רום מעלתו של איש ההלכה. ואולם לדעת שוורץ, אין הכוונה לאיש ההלכה במובן של פוסק הלכות, אלא כוונת הרב יוסף לשיטת הלימוד הבריסקאית.

### **10.3. שיטות החוקרים**

הראינו שדעת החוקרים היא שלפוסק יש שיקול דעת רחב להכריע בפסיקה וסמכויותיו רחבות מאוד.

גישת רקמן מרחיבה את שיקול הדעת הפוסק בניגוד לכל השיטות שראינו של הראשונים ושל האחרונים.

גישת שיפמן היא שעל הפוסק להפעיל שיקול דעת להבין את הטקסט לעומק ולרדת לעומק דברי חכמי הלכה, ואם הפוסק יעשה זאת, יוכל להגיע לפסיקות נועזות. דומה שגישתו כגישת רבי אברהם בן הרמב"ם.

## פרק שביעי

### שיקול הדעת של חכמים מאוחרים ביחס לפסיקת קודמיהם

#### 1. חכמי התלמוד

שיקול דעתם של חכמי התלמוד הועדף על כל שיקול דעת של הבאים אחריהם, ולזה ניתנו כמה נימוקים.

##### 1.1 הסכמת כל ישראל

התלמוד התקבל כספר מחייב בכל ישראל. נשאלת השאלה מדוע אין התלמוד ניתן לביקורת על פי שיקול דעת חכמים מאוחרים. תשובה לכך אנו מוצאים בדבריו של הרמב"ם, בהקדמתו למשנה תורה, וזה לשונו: "הואיל וכל אותם הדברים שבגמרא הסכימו עליהם כל ישראל". כלומר לפי הרמב"ם, הסכמת כל ישראל, מחייבת את כל הדורות המאוחרים לבטל את שיקול דעתם אם הוא נוגד את שיקול דעתם של חכמי התלמוד.

ר' יוסף קארו כותב שלכל בית דין בדור יש אוטונומיה בהבנת התורה. ואולם כל בית דין חייב לקבל את שיקול דעת חכמי התלמוד. כיוון שכל חכמי ישראל קיבלו אותו עליהם. עקרון ההסכמה לדעת ר' יוסף קארו מסביר מדוע אין האמוראים חולקים על שיקול דעת התנאים. וכלשונו:

"ואפשר לומר שמיום חתימת המשנה, קיימו וקבלו שבדורות האחרונים לא יחלקו על הראשונים, וכך עשו גם בחתימת הגמרא שמיום שנחתמה לא ניתן רשות לשום אדם לחלוק עליה.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> כסף משנה, הלכות ממרים פ"ב ה"א; רבי יוסף קארו מתייחס לסוגיה זו גם בתשובותיו. וכך הוא כותב: "שכבר ידוע שכל הפוסקים שלנו הם עפ"י התלמוד ומפיו אנו חיים, וכל אשר בשם ישראל יכנה אינו רשאי לזוז מפסק התלמוד וכל הפורש ממנו כפורש מחייו, עכ"ז יש דברים שאנו מניחים דבר התלמוד ונוהגים כספרים אחרים. ואעידה לי עדים נאמנים, ששינינו בפרק בני העיר שבתעניות קורים ברכות וקללות, ואין אנו נוהגים כך אלא אנו קוראים ויחל כדברי מסכת סופרים... והטעם לפי שאין דברים אלו תלויים בדבר אסור והתר, הרשות בידינו לקרות או להפטיר כדברי מי שיראה לנו שהוא יותר נכון, ואעפ"י שהוא נגד התלמוד, כיון שאינו דבר תלוי באסור והתר", שו"ת אבקת רוכל, כח. יוצא אפוא שלשיטת ר' יוסף קארו, הכלל הוא שאין לחלוק על שיקול דעת חכמי התלמוד אלא בסוגיות שאינן קשורות לאיסור והיתר. על ההסכמה מעיר המהר"ץ חיות מנין לר' יוסף קארו עקרון ההסכמה. וכך הוא כותב: "והנה מרן בכ"מ פ"ב מהלכות ממרים הלכה א' התעורר בקו' עצומה על רבינו לשיטתו, דהיכי דפליגי בסברות ודרשות יכול האחרון לחלוק על הקדמון אע"ג דאינו גדול בחכמה ומנין, א"כ אמאי לא פליגי אמוראי אתנאי דהא בכ"מ מקשינן לאמורא מן מתניתין או ברייתא. וכי הוא ז"ל: ואפשר לומר שמיום חתימת המשנה קיימו וקבלו עליהם שדורות האחרונים לא יחלקו על הראשונים, וכן עשו בחתימת הגמרא שמיום שנחתמה לא ניתן רשות לשום אדם לחלוק עליה, עכ"ל. ואולם מי יתן ואדע היכן מצינו בשני התלמודים שהיה אצל הקדמונים הסכמה מוחלטת הזאת, ולא בא מזה שום רמז במשנה ותלמוד, וקו' מרן חמורה מאוד על מה שהקשו בתלמוד בכל עת קו' מן

הר"ן, מנמק את עיקרון הסכמת כל ישראל שהביא הרמב"ם, כנזכר לעיל. וכך הוא כותב:

וזה ענין הסכמת הגמרא ושאיין ישראל רשאי לחלוק על דבריו כלל, והיא לנו מצוות עשה מן התורה לפי שבזמן ההוא היו חכמי ישראל מקובצים בישיבותיהם לאלפים ולרבבות... וכיוון שהסכימו רוב מנין החכמים ההם בדברים המוסכמים בגמרא נצטוונו לילך אחריהם מזאת המצווה שהיא אחרי רבים להטות.

כלומר לפי הר"ן, כוח ההסכמה בא משום שהתקבל בקרב רוב חכמי ישראל שהיו מקובצים בישיבותיהם, מה שאין כן בדורות האחרונים, שבהם התפזר העם. לכן חייבים אנו להמשיך בקבלת כלל הלכתי זה, ולבטל את שיקול דעתנו כשמנוגד לשיקול דעת חכמי התלמוד.<sup>2</sup>

תנא על אמורא, או מזה שאין רשות לשום אדם לחלוק על הגמרא אע"ג שנותן טעם לסתור דבריהם. ראינו דגם הוא כותב בטעמא מפני שהסכימו כל ישראל ע"ז, אבל לא ידעתי היכן מצא הסכמה זאת. והנ"ל דהנה בודאי כלל דיוחיד ורבים הלכה כרבים שייך אע"ג דלא היו החכמים במעמד אחד, כמו שמצינו... רבן פליגי עלך ויחיד ורבים הלכה כרבים. הרי אע"ג שלא היה יודע מ"מ שייך הלכה כרבים, אולם לא מטעם דכ' אחרי רבים להטות, רק מסתמא דעת הרוב הוא נוטה יותר שיתאמתו דבריהם. אבל חוק מצות התורה ד'לא תסור' אינו נופל ע"ז, כיון שלא נגמר במנין ולא עמד היחיד לפנייהם לטעון סברותיו. והנה ידענו כי רבינו הקדוש היה הגדול שבכל בני דורו, ולא נמצא איש בדורו ידמה אליו בגודל יחוסו בתוקף חכמתו בנדבת כיסו בעצמת ענוותנותו ולא היה שום ב"ד כדורו. ואף אם בגולה היה חנניה אחי ר' יהושע. מ"מ מיכך הוי כייף לרבי... והוא בירושלמי פ"ק דסנהדרין. ומפני זה כל דבר שנוכח במשנה בסתם, לא יהיה אלא מנהג טוב שהסכימו כל החכמים יחד ופשטו בכל ישראל, שוב אפילו גדול במנין אין יכול לבטל, והוראתו של רבינו הקדוש היתה מתפשטת בכל העולם, כי היתה מצודתו פרוסה על כל המקומות אשר היו ישראל מצויים שמה". תורת הנביאים, חלק א', מאמר לא תסור, עמ' קט-קיא; לדעת הרב רצון ערוסי, יש לבי"ד מאוחר מרחב תמרון וכך הוא כותב: "זאת אומרת שלכל בי"ד מאוחר, יש מרחב תמרון בתחום הפסיקה, לסטות מדברי קודמו, ואפילו הבי"ד המאוחר לא היה גדול במנין ובחכמה מקודמו, ויתכן אפילו שהיה קטן במנין ובחכמה מקודמו. הכבילה של ביה"ד המאוחר היא בתחום החקיקה בלבד. דבר זה עולה מדברי הכס"מ. רמב"ם. שם. הוא תמה על הרמב"ם. מדוע בתלמוד אין אמורא יכול לחלוק על תנא, הרי בי"ד מאוחר יכול לבטל דברי קודמו בפסיקה. אפילו אינו גדול ממנו במנין ובחכמה. הוא תירץ "שמיום חתימת המשנה קיימו וקבלו שדורות האחרונים לא יחלקו על הראשונים". הכס"מ הוסיף לפי אותו הסבר וכתב: "וכן עשו גם בחתימת הגמ' שמיום שנחתמה לא ניתן רשות לשום אדם לחלוק עליה". נשאלת השאלה מדוע הכס"מ נזקק לתירוץ זה? הרי על תירוץ זה מהר"ץ חיות תמה ובצדק "מי יתן ואדע היכן מצינו בשני התלמודים שהיה אצל הקדמונים הסכמה מוחלטת הזאת, ולא בא מזה שום רמז במשנה ובתלמוד". מהר"ץ חיות, ח"א, מאמר לא תסור, עמ' קט. בעוד שהכס"מ יכל לתרץ שבי"ד מאוחר יכול לבטל דברי קודמו בפסיקה אם הוא שווה לו, לא כשהוא קטן ממנו. משמע שהכס"מ סבר שאפילו בי"ד מאוחר שהוא קטן מקודמו רשאי לבטל דברי קודמו בפסיקה. מהר"ץ כשהוא לעצמו תירץ שהתלמוד מקשה על אמורא כחיד כשהוא חולק על תנא. לא כן היה עושה כשמדובר על בי"ד. לכן לדעתו בימינו אין חולקים על התלמוד כי דבריהם נתקבלו בבי"ד. והיום אין לנו גדר בי"ד (ר' ערוסי "התנגשות הדינים בפסיקת הלכה הבנעדית בישראל", עבודת דוקטור, אוניברסיטת תל-אביב, תשמ"ז, עמ' 454 והערה 391).

<sup>2</sup> דרשות הר"ן, דרשה יב, עמ' ריב.

המהר"ץ חיות מנמק את עקרון "הסכמת כל ישראל" בגדולת רב אשי שחיבר וחתם את התלמוד, ולא היה גדול ממנו בכל העולם. לכן התלמוד התקבל על כל עם ישראל, וכן היתה התופעה היסטורית חד-פעמית. וכך הוא כותב:

ובדורות האחרונים, לא יכלו כל החכמים ביחד לבוא ולהתאסף במקום אחד להמתיק סוד ולפקח בטובתן של ישראל, הן ע"י המלחמות והקטטות שהיה בעולם והן על ידי הפירוד העצום אצל חכמי ישראל בעצמם ולא יכלו בנקל לבוא בהסכמה מוחלטת ודיעה אחת.

יוצא אפוא, לשיטת המהר"ץ חיות, שאילו התקבצו חכמי ישראל בדורות המאוחרים יחד, הרי שיקול דעתם שהיה מתקבל אז היה מחייב את כל ישראל כמו התלמוד.<sup>3</sup>

## 1.2 ירידה בשקידה שהביאה לירידה בשיקול הדעת

ר' יצחק מוורגירטן<sup>4</sup> מחלק בין שיקולי הדעת של חכמי התלמוד ומבכר את הראשונים על האחרונים, ואלה דבריו:

ביארתי שחכמי התלמוד הראשונים נתעלו בהשגת חכמת תורתנו הקדושה יותר מחכמי התלמוד האחרונים מפני ששקדו עליה יותר מהם, וחכמי התלמודים ירדו אחורנית מחכמי התלמוד האחרונים מצד עומק המושג וקוצר המשיג.<sup>5</sup>

דומה שלדעת רבי יצחק, חכמי התלמוד האחרונים ירדו ברמת שיקול הדעת בגלל היעדר שקידה כדורות הראשונים. יתר על כן הם לא הבינו היטב את שיקול דעת הראשונים, לכן הוא סובר שאין מקום לחלוק על שיקול דעתם.<sup>6</sup>

## 1.3 כוח של בית דין הגדול

ר' אלחנן וסרמן סובר שקיבוץ כל חכמי ישראל שווה ערך לשיקול הדעת של בית דין הגדול, ומכאן כוחם של חכמי התלמוד, ואלה דבריו:

ונראה דקיבוץ כל חכמי ישראל יש לו כח של ב"ד הגדול אפילו בזמן דליכא סמוכין דהא בשעת חתימת התלמוד כבר בטלה הסמיכה, ומ"מ

<sup>3</sup> תורת הנביאים, חלק א, מאמר לא תסור, עמ' קט-קיא.

<sup>4</sup> הונגריה, מאה 16.

<sup>5</sup> תוקף התלמוד, מאמר ב, פרקים ג-ד; ראו, אלבק "סוף ההוראה ואחרוני האמוראים", בתוך: סיני ספר היובל, תשי"ח, עמ' 57-73.

<sup>6</sup> לאור מסקנותיו הנ"ל המתברר מסיק שאין מקום לחלוק על התלמוד. וכך הוא כותב: "ולפי זה מחויב, שאין ביכולתנו להרהר ולחלוק על חכמי התלמוד לא להלכה ולא למעשה במקום שדבריהם מתנגדים לדעתנו, מאחר שאין למחלוקת שום מציאות רק בסברא הנתועה בהרגשת השכל בפנימיות הנפש... א"כ אם אנו באים לחלוק על חכמי התלמוד מיד נולד לנו ספק בעצמות האמת הגמור", שם.

חייבין כל ישראל לשמוע להן, דכיון דאמרה תורה, אין לך אלא שופט  
אשר בימך ואין לנו שופט אחר אלא הסכמת כל חכמי ישראל שבאותו  
הדור הראויין להוראה ע"כ צותה תורה לשמוע להן.<sup>7</sup>

מדבריו משמע שלכל חכמי הדור יש כוח השווה לשיקול דעת בית הדין הגדול, ואילו יכלו  
להתאסף, היו קובעים הלכה כמו בית הדין הגדול.

#### 1.4 הופעת רוח הקודש

לשיטת החזון איש, חכמי הדור שאחר המשנה ראו את מיעוט הלבבות שבדורו וידעו שהאמת  
עם בעלי המשנה, ואין בכוחם להשיג מה שהשיגו התנאים. לכן לא היו רשאים לחלוק עליהם  
והיו רק לומדים את דברי התנאים. לדעתו, נימוק זה כוחו יפה אף לחכמים המאוחרים  
לתלמוד, ומכאן כוחם של חכמי התלמוד. וכך כתב החזון איש :

אבל האמת בזה שדור שאחר המשנה, ראו את מיעוט הלבבות... וידעו  
לבטח שהאמת לעולם עם הראשונים... לא היו רשאים לחלוק והיו רק  
שונים את כל דברי התנאים שקדמום... וכל הסכמותיהם היה בהשגחת  
הבורא ית' ובהופעת רוח הקודש וכבר הסכים הקב"ה על ידן... וכן היה  
בדור חתימת התלמוד, וכן אמרו שם, רבינא ור"א סוף הוראה.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> קובץ שעורים, קונטרס דברי סופרים, עמ' צו-צז. החזון איש משיג על דברי רבי אלחנן וסרמן וכך הוא כותב:  
"דברי סופרים סי' ב' (ס"ק ה') כ' דטעם שאין לאמורא לחלוק על המשנה, משום שהסכימו בה רוב חכמי  
ישראל, וכן בגמ' בזמן רבינא ור"א, ובזמן חתימת התלמוד היה להם כח לחלוק על המשנה, וגם עכשיו אם  
יתקבצו כל חכמי ישראל יוכלו לחלוק על הגמ', והדברים אסור לשומען. ולדברים האלה אין חילוק בין תנא  
לאמורא כלל אלא שאירע הדבר שבזמן המשנה נתקבצו חכמי ישראל כלן או רובן. ונצטרך לומר שכל דין  
המוזכר במשנה נמנו עליו ומצאו עליו הסכמת רוב החכמים, בין הוזכר בשם אומרו ובין שנשנה סתם, וא"כ  
אם נשנה במחלוקת של יחיד ורבים, זה אות שהסכימו עליו הרבים, וא"כ אין כח לאמורא לפסוק כיחיד  
שבמשנה. ועוד איך פסקין כברייתא נגד המשנה, והלא ע"כ ר"ח ור"א לא תנו רק מה שהסכימו עליהם רוב,  
דא"כ איך יתכן שיחלקו ברייתא ומתני'. ועוד למה לא יחלוק אמורא על תנא שבברייתא. ועוד מאי האי דאמר  
רב תנא הוא ופליג אם הסכימו כבר הרוב על דין זה א"א לחלוק אף שהוא תנא, ואם לא הסכימו עליו רוב אף  
אמורא יכול לחלוק. ועוד אם בזמן הגמ' בחתימתם היו יכולים לחלוק למה בטלו דברי אמורא בשביל תנא נהי  
דאמורא בזמנו לא היה לו כח לחלוק. אבל בזמן רור"א שפיר היו יכולין לפסוק כאמורא נגד תנא, ואין כלל  
שם תנא ואמורא לפני רבינא ור"א", קובץ ענינים, עמ' קצד-קצז (השגות החזון-איש על קונטרס דברי  
סופרים).

<sup>8</sup> קובץ ענינים עמ' קצד-קצז. הרב וסרמן משיב על השגות של החזון איש ועל דבריו, וכך הוא כותב: "אבל  
באמת אין כלל בלי יוצא מן הכלל... דהא ידוע ומוסכם גם בדורות של אחר חתימת התלמוד שחכמי הדורות  
האחרונים לא הגיעו אף לקרסולי הדורות הראשונים, מ"מ ידוע ג"כ יוצאים מן הכלל בזה, כמו שהעידו  
הראשונים ז"ל על רבינו האי גאון שהיה גדול הגאונים אף שהיה אחרון להם בזמן, וכן ידוע מה שאמר הגר"ח  
מוולז'ין על רבו הגר"א שאולי היתה מדרגתו כהרמב"ן והרשב"א, וא"כ היה הגר"א במדרגתו גדול יותר  
מהרבה דורות שקדמוהו. ואם נאמר דהא דאין אמורא חולק על התנא הוא רק מה"ט לחודיה דאינו בר

החזון איש כותב שיש בדברי התנאים "השגחת הבורא ית' ובהופעת רוח הקודש וכבר הסכים הקב"ה על ידן".<sup>9</sup> לכן שיקול דעתם הוא עליון על שיקול דעת האמוראים, וכך בדור חתימת התלמוד, לכן אין לחלוק על שיקול דעת חכמי התלמוד. אולם החזון איש אינו מביא מקורות לדבריו אלא מבסס אותם כאחד מיסודות האמונה וכדבריו:

משרשי האמונה, שכל הנאמר בגמ', בין במשנה ובין בגמ' בין בהלכה ובין באגדה, הם הדברים שנתגלו לנו ע"י כוח נבואי, שהוא כוח נשיקה של השכל הנאצל עם השכל המורכב בגוף.<sup>10</sup>

## **2. שיקול דעת האמוראים לעומת שיקול דעת התנאים**

### **2.1 רקע**

מלבד מאמוראים ראשונים בודדים כגון רב, שעליו נאמר "רב תנא ופליג",<sup>11</sup> אין אמורא חולק על שיקול דעת התנא. לפיכך אם נמצא מקור תנאי שסותר את דברי אחד האמוראים, חייב האמורא ליישב את המקור התנאי כדי שלא יימצא סותר את שיקול דעתו. אם האמורא לא יכול ליישב את הסתירה, הרי המסקנה נוסחה במלים "תויבתא דרבי פלוני תיובתא",<sup>12</sup> כלומר שיקול דעת האמורא נדחה מפני שיקול דעת התנא.

### **2.2 תיאום שיקול דעת האמורא לשיקול דעת התנא**

לדעת הרשב"ם, לעתים שיקול דעת האמורא נדחה, גם אם התלמוד אינו אומר זאת במפורש. לדעתו, יש בהבאת סיוע לשיקול דעת אמורא אחד משום דחייה לשיקול דעת האמורא החולק עליו. וכך הוא כותב:

---

פלוגתיה, א"כ לא ננעלה הדלת בהחלט, שהרי אפשר שימצא אחד מאלף בין האמוראים אשר יסכימו עליו חכמי זמנו שהוא ראוי לחלוק על תנא, ובגמ' משמע שא"א בשום אופן לאמורא יהיה מי שיהיה לחלוק על תנא, ואפילו אם אפשר שהוא ראוי להיות בר פלוגתיה, וא"כ ע"כ יש עוד טעם אחר בזה שהוא דין תורה שהאמורא אינו יכול לחלוק על התנא, וכן הגאונים על חכמי הגמ', אף אם היה במציאות גאון לאחר חתימת הגמ' שהכל יסכימו עליו שהוא בר פלוגתיה של חכמי הגמ' מ"מ אסור לו לחלוק עליהן", קובץ ענינים, עמ' קצט (תשובת הר"א וסרמן להשגה הנ"ל). מכאן משמע מדברי הרב ורסמן שיכולים יחידי סגולה להגיע לדרגות גבוהות בשיקול דעתם ואף להעמיק יותר מדורות קודמים.

<sup>9</sup> ראו דיונו בפרק עשירי בהקשר לסוגיה כוח עליון והשפעתו בהלכה.

<sup>10</sup> קובץ אגרות החזון איש, חלק א', מכתב טו.

<sup>11</sup> רב נולד בשלהי תקופת התנאים, במחצית השנייה של המאה השנייה, ורבו היה רבי יהודה הנשיא. רב ירד לבבל וייסד את ישיבת סורא ונחשב לאמורא הראשון. סמכותו ושיקול דעתו היו גדולים בעיני בני דורו והדורות הבאים כאחד התנאים.

<sup>12</sup> לדוגמה, ברכות י ע"ב: "הקורא מכאן ואילך לא הפסיד. אמר רב חסדא אמר מר עוקבא ובלבד שלא יאמר יוצר אור. מתיבי הקורא מכאן ואילך לא הפסיד כאדם שהוא קורא בתורה אבל מברך הוא לפניו ואחת לאחריה, תיובתא דרב חסדא תיובתא".

וכן כל מקום שנחלקו שני אמוראים בתלמוד. וברייתא מוכחת כדברי אחד מהן, פעמים שהקשו בבית המדרש לאותו אמורא עצמו והתם אמרינן תיובתא דפלוני תיובתא ופעמים שלא הוזכרה בבית המדרש בשעת מחלוקת עד לאחר זמן, והתם גרסינן תניא כוותיה דפלוני.<sup>13</sup>

אם אמורא צריך להוכיח את שיקול דעתו בוויכוח שבינו ובין אמורא אחר, הדרך הפשוטה היא הוכחה שתנא סובר כמותו. רוב המשא ומתן התלמודי בנוי על העיקרון הזה. כשמובאת מחלוקת בשיקול דעת של שני אמוראים, מביאים מקור תנאי שממנו משמע כדעת אחד מהם, ודבר זה מחייב את האמורא השני ליישב את המקור כדי שיהיה תואם את שיקול דעתו.<sup>14</sup>

### 2.3 שיקול דעת רב ורבי היא נגד שיקול דעת התנא

רבי ישועה בן יוסף הלוי כותב שאין לאמורא לחלוק על שיקול דעת התנא. ואולם על רב ועל רבי היא מתרצים שהם כתנאים, אך תירוץ זה דחוק. וכך הוא כותב:

האמורא אין לו כח לחלוק על התנא בשום פנים בעולם. ואמנם גבי רב ורבי חייא מצינו שאומר לפעמים רב תנא הוא ופליג בפ"ק דכתובות, ר' חייא תנא הוא ופליג ... ופשיטא שאינם תנאים, שלא הוזכרו לא במשנה ולא בבריתא, אלא רוצה לומר שהם חשובים כמו תנאים ויכולים לחלוק על משנה וברייתא, וזה התירוץ אינו מתרץ אלא מתוך דוחק גדול, שאינו מוצא תירוץ אחר.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> תשובת רשב"ם לראב"ן, בתוך ספר ראב"ן רצא ע"ג.

<sup>14</sup> אם האמורא אינו מצליח, שיקול דעתו נדחה. במקרים רבים הקושיה על האמורא מתורצת על ידי שמוצאים מקור תנאי שבו חולקים תנאים בשיקול דעתם באותה מחלוקת של האמוראים ואומרים "תנאי היא", כלומר מחלוקת זו כבר בין תנאים היא שנויה ושיקול דעתו של האמורא שהקשינו עליו זהה עם שיקול דעתו של אחד התנאים באותה מחלוקת. לעתים את המקור התנאי מביאים בהעדר הקביעה "תנאי היא". כלומר די שאמורא יוכיח שיש תנא כלשהו ששיקול דעתו כמוהו כדי שדבריו ידחו כגון: "אמר רב, שכיר שעות דיום גובה. כל היום שכיר שעות דלילה גובה. כל הלילה, ושמואל אמר שכיר שעות דיום גובה כל היום ושכיר שעות דלילה גובר כל הלילה וכל היום. תנן, שכיר שעות גובר. כל הלילה וכל היום תיובתא דרב אמר לך רב לצדדין קתני... תנן ... תנאי היא... שכיר שעות דלילה גובה. כל הלילה דברי רבי יהודה, רבי שמעון אומר שכיר שעות דיום גובה. כל היום, שכיר שעות דלילה גובה. כל הלילה וכל היום", בבא מציעא קיא ע"א.

<sup>15</sup> הליכות עולם, שער ב, פרק ב (עמ' 22). על דבריו כותב ר' יוסף קארו בחיבורו כללי הגמרא על ספר הליכות עולם: "לא דק שרבי חייא הוא שסדר הברייתות וכדאמרינן בסוף חולין. ורב סדר הברייתות של תורת כהנים כמו שכתבתי לעיל. מצינו שאומר על לוי תנא הוא ופליג. ובפ' יש בכור בתוס' ר' חנינא תנא הוא ופליג. כתב הרשב"א ז"ל פרק ב' דב"ק אמרי בי רב היינו רב הונא או רב המנונא היכי פליגי אברייתא, וי"ל דמשמיה דרב אמרי לה ורב תנא הוא ופליג. ודע שמצינו דבר זר דמתיב על רב מברייתא ולא מתרץ רב תנא הוא ופליג, בפ"ג דמכות אמר רב גידל אמר רב זר שאכל מחטאת ואשם לפני זריקה לוקה מתב רבא וכו' אלא אי איתמר הכי איתמר אמר רב זר שאכל לפני מחטאת לפני זריקה פטור, וקשה אמאי איצטריך לשבושי מימרא דרב לימא



## 2.4 פירוש הברייתא על ידי האמורא שלא תסתור שיקול דעתו

הרא"ש שאין אמורא חולק על תנא, אולם יכול האמורא לפרש את הברייתא, וכך לא תסתור את דבריו. ואם האמורא אמר סברה על פי שיקול דעתו, דבריו נדחים וסומכים על הברייתא. וכך הוא כותב:

אע"ג דהאמורא יש לו כח לשבש הברייתא, כדאמר רבא לעיל, ואף על גב דאיתותב שמואל הלכתא כוותיה, ה"מ היכא דהאמורא יודע הברייתא ומשבש אותה, אבל אם האמורא אומר דבר סברא דנפשיה ונמצא ברייתא דלא כוותיה. סמכינן אברייתא, דאילו היה יודע האמורא הברייתא לא היה פליג עליה.<sup>16</sup>

הרא"ש מביא פסק מהרי"ף שפסק כרבי יצחק. הרא"ש משיג עליו, שהרי ר' יצחק אמורא ואינו יכול לחלוק על שיקול דעת התנא. לכן כותב הרא"ש: "ונראה לי שרב אלפס סובר דרבי יצחק הוא תנא וברייתא היא והלכה כדברי המיקל בעירוב".<sup>17</sup>

## 2.5 צרות וטרדות

רבי דוד ניטו מביא את השיח של הכוזרי שסובר שהאמוראים ביטלו את שיקול דעתם מפני התנאים, כי הכירו בהם שהיו גדולים. ואולם אין הוא מקבל את טענה זו, ולשיטתו, אין האמוראים חולקים על התנאים רק מרוב הצרות והטרדות, כלומר היתה תופעה היסטורית שגרמה לעדיפות בשיקול דעת התנאים. וזה לשונו:

אמר הכוזרי: והלא מצאנו ראינו שאב"י עצמו אמר שהוא ובני דורו, שהיו בדור החמישי של האמוראים, היו יותר חכמים מרב יהודה שהיה בדור השלישי... אמר החבר: מיעוט הלב שאמרו על עצמם... אינו ממיעוט השכל, אלא מרוב הצרות והגזרות והטרדות.<sup>18</sup>

---

רב תנא הוא ופליג, ותירץ הריטב"א ז"ל דטעמא משום דהא מתניתא בתורת כהנים דהיא ספרא דבי רב. ולי נראה לתרץ בענין אחר דשאני הכא דרב גידל הוא דאמר משמיה דרב וטפי עדיף לומר דטעה רב גידל מלומר רב תנא הוא ופליג. ובפ' ד' וה' כתבו התוספות ז"ל דאליבא דר"ע פליגי והא דאיתותב רב מברייתא י"ל דחשיב ליה גמרא תיובתא משום דאירי בסיפא ר' יהודה ורבי שמעון שהם תלמידי ר"ע כדאמרינן בסנהדרין וכולהו אליבא דר' עקיבא. ודע שמצינו דבר מתמיה דמתיב לרבי מברייתא ומסיק בתיובתא פ' המפלת בעא ר' יוסי בר שאול מרבי המפלת כמין עורב ושליא קשורה בו מהו א"ל דבר שאינו שאלת איתיביה המפלת בהמה חיה ועוף ושליא עמהם וכו' תיובתא".

<sup>16</sup> רא"ש, ברכות, פרק ג, סי' לה.

<sup>17</sup> רא"ש, עירובין, פרק ה, סי' יא.

<sup>18</sup> הכוזרי השני, ויכוח שלישי, מב-נח. ר' דוד ניטו (איטליה-אנגליה, 1654-1728).

רבי דוד ניטו מצדד בביסוס תוקפו של התלמוד על חכמתם של חכמים מאוחרים. ואולם הוא סובר שהנחה רופפת שיוצרת הבחנה מהותית בין הדורות אינה מתיישבת עם המציאות וכלשונו:

אמר הכוזרי: קשה לי במאוד מאוד להאמין שכל עוד העולם מתיישן והולך דעתן של בני אדם גם כן מתמעט והולך. וזהו דבר שאין הדעת סובלתו והניסיון מכחישו, שהרי עינינו הרואות, שבחכמי אומות העולם טוב צפורן של אחרונים מכרסן של ראשונים. אמר החבר: מיעוט הלב שאמרו על עצמם האחרונים אינו ממיעוט השכל אלא מרוב הצרות והגזרות והטרדות<sup>19</sup>

יוצא אפוא, לדעת רבי דוד ניטו, שגם האחרונים יכולים לחלוק על קודמיהם, כיוון שהניסיון מורה על תהליך מתמיד של התקדמות ההכרה. לכן ההבחנה שנתן היא היסטורית. כאמור, ריבוי הצרות והגזרות הוא שיצר את הפער בין שיקול דעת חכמי התלמוד לזה של חכמים מאוחרים.

## 2.6 המסורת ופיזור האומה משפיעים על שיקול הדעת

ר' משה גלאזנר<sup>20</sup> מסביר מדוע יש הבדלים בין שיקולי הדעת של חכמי התלמוד ומדוע הועדף שיקול דעתם על זה של הבאים אחריהם:

א. משה רבנו קיבל את התורה שבעל פה כדי למסרה לישראל. אבל שלא כתורה שבכתב שנמסרה מילה במילה, התורה שבעל פה נמסרה "העניין ולא המילות". וכל דבר שנמסר בעל פה משתנה על פי שיקול דעתו של המקבל במסרו לאחר, וכלשונו: "והנה על ענין הנמסר על פה, בטבעו מונח שישונה בהבנתו מאיש לאיש דכל אחד מכניס בו מעט מהשגתו והבנתו הפרטית... ומה"ט פסלו עד מפי עד".<sup>21</sup>

<sup>19</sup> שם.

<sup>20</sup> הונגריה, 1848-1924.

<sup>21</sup> דור רביעי, מסכת חולין, הקדמה. ראוי לציין שהרב גלאזנר קושר את שיקול הדעת באיסור לכתובת תורה שבעל פה. וכך הוא כותב: "ומעתה, מי שאינו רוצה לעקם האמת, יגיע להחלטה שמה שנמסר פירוש התורה ע"פ ונאסר לכתבה, הוא כדי שלא לעשותה קיום לדור דורות ושלא לקשור ידי חכמי דור ודור לפרש הכתובים כפי הבנתם, כי רק על אופן זה נבין נצחיות התורה. כי שינוי הדורות ודעותיהם מצבם ומעמדם הגשמי והמוסרי דורשות שינוי דיניהם תקנות ותיקונים. וראיתי בספר הכתב והקבלה שטרך ג"כ למצוא טעם למה נמסרו רובי דיני התורה ע"פ, ולא עוד אלא שקשה לו יותר, כי הרבה פרשיות שבתורה נשתנו מכל וכל ע"י התושבע"פ שהוציאם מפשוטם, ולמה לא כתבה לשון מבוררת שלא תהינה בה הבנות מתחלפות. וכתב דלדעתו הוא כדי לנסות את האדם אם יקבל פירוש האמיתי של חז"ל, עיי"ש מה שהאריך. ובאמת אינו כדאי להשיב על דברים בטלים כאלו, ויפה היתה שתיקתו מדיבורו וכל ההתחכמות בזה אינו אלא להוסיף תימא על תימא... אבל פירושה שהיא תושבע"פ אינה נקראת אמת מוחלטת רק אמת הסכמית התלוי בהבנת השופט שבימך, אבל מהאי טעמא גופא נקראת 'חיי עולם' הנוטעים בתוכנו, כי בה יבא רוח החי של כל דור ודור

ב. הדורות ודעותיהם, מצבם ומעמדם דורשים שינוי. לכן יש צורך בתקנות ותיקונים על פי שיקול דעת חכמי ההלכה, ולדעתו, רק חכמי התלמוד מוסמכים לכך.

ר' משה גלאזנר סובר שהסמכות לשנות את הדברים על פי שיקול דעת נתונה לחכמים שחיו בארץ ישראל בלבד, וזה לשונו:

אבל רק רוח האומה וחכמיה השרוי' על אדמתה וחיה חיי עם שלם ומוגבל בעצמיותו מכל צד שלא נתערב בו רוח או"ה בטח למסור לה התורה כדי לפרשה ולדרשה כפי הבנת שופטי כל עת ועת... אבל לא על אומה המפוזרה בין האומות וחכמיה מועקים מעול גלות הגוף והנפש וכל רוחות שבאומות העולם מנשבות בהם וממיתות את רוח הקודש שבהם עד שאמרו חז"ל כל הדר בחו"ל דומה כמי שאין לו אלוה.<sup>22</sup>

יוצא אפוא, לדעת רבי משה גלאזנר, שהקבלה הייתה בעת חתימת התלמוד, ורק אומה שיושבת בארצה יכולה לקבוע כלל הלכתי שמחייב את כל עם ישראל.<sup>23</sup>

### 3. ביטוי הערצת האחרונים לראשונים

#### 3.1 ראשונים כמלאכים

התפיסה של בני הדורות המאוחרים כרוכה בעדיפותם של הראשונים על האחרונים. וזה לשון התלמוד הירושלמי:

ר' חגי בשם שמואל בר נחמן הראשונים חרשו וזרעו ניכשו כיסחו עידרו קצרו עימירו דשו זרו בררו טחנו הרקידו לשו קיטפו ואפו, ואנו אין לנו מה לוכל רבי אבא בר זמינא בשם ר' זעירא אין הוון קדמאיי מלאכין אנן בני אינש ואין הוון בני אנש אנן חמרים. אמר ר' מנא בההיא שעתא אמרין אפי לחמרתיה דר' פנחס בן יאיר לא אידמינן.<sup>24</sup>

בדימוי שונה אנו מוצאים:

רבי כד הוה בעי מקשייא על דרבי יוסי אמר אנן עליבייה מקשייא על דרבי יוסי שכשם לבין קדשי הקדשים לבין חולי חולין כך בין דורינו לדורו של

---

לפעולת אדם אשר על שם זה נקראת 'חיי עולם', וכדי ליתן חיזוק (אויטאריטעט) לחכמי התורה שבכל דור ודור שלא תתפרד האומה לכתות שונות, ציוותה התורה פרשת זקן ממרה", שם.<sup>22</sup>

<sup>23</sup> דומה שכוונתו שהקבלה הייתה לפני החורבן, והכתיבה שלאחר החורבן חייבה את עם ישראל. כך משמע מהמשך דבריו: "כי ע"י שנתנה המשנה לישראל המכילה כל דיני התורה בכללותיהם ופרטותיהם, א"א שיזיק להם ולתפארתם רוח הגלות העכורה, כמו שהיתה מזקת לתורה שבכתב הסובלת לטהר ע"י המדות השרף ב'קן טעמים'". ואולם בעת כתיבת המשנה והתלמוד וחתימתה היה עם ישראל בגלות, לכן דבריו צריכים עיון.<sup>24</sup> ירושלמי, שקלים פרק ה, א (מח, ע"ג).

רבי יוסי, אמר רבי ישמאל בי רבי יוסי, כשם שבין זהב לעפר כך בין דורינו לדורו של אבא.<sup>25</sup>

### 3.2 לבן של ראשונים כפתחו של אולם

תפיסה זו רווחה עד גיבושה גם בתלמוד הבבלי, וכך אנו גורסים בתלמוד הבבלי: "אמר ר' יוחנן: לבן של ראשונים כפתחו של אולם ושל אחרונים כפתחו של היכל ואני כמלא נקב מחט סידקית".<sup>26</sup> וגישה דומה לירושלמי שראינו לעיל:

אמר ר' זירא אמר רבא בר זימונא: אם ראשונים בני מלאכים אנו בני אנשים ואם ראשונים בני אנשים אנו כחמורים. ולא כחמורו של ר' חנינא בן דוסא ושל ר' פנחס בן יאיר אלא כשאר חמורים.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> ירושלמי, גיטין פרק ו, ז (מח, ע"ב). גם מבחינה רוחנית אנו עדים שהדורות המאוחרים, תפיסתם כרוכה בעדיפותם של הראשונים. וכך גורסים בירושלמי, יומא פרק א, א (לח, ע"ג): "מצאנו שלא חרב הבית בראשונה אלא שהיו עובדים ע"ז ומגלים עריות ושופכי דמים. וכן בשני. רבי יוחנן בר תורתא אמר מצאנו שלא חרבה שילה אלא שהיו מבזים את המועדות ומחללין את הקודשים, מצאנו שלא חרב הבית בראשונה אלא שהיו עובדי ע"ז ומגלי עריות ושופכי דמים. אבל בשני מכירין אנו אותם שהיו יגיעין בתורה וזהירין במצות ובמעשרות וכל... טובה היתה בהן אלא שהיו אוהבין את הממון ושונאין אילו לאילו שנאת חנם, וקש' היא שנאת חנם שהיא שקולה כנגד ע"ז וגילוי עריות ושפיכות דמי... ר' זעירה ור' יעקב בר אחא ור' אבונה הוון יתבין, אמרין ביותר שבראשון נבנה ובשני לא נבנה א"ר זעירה הראשונים עשו תשוב' והשניים לא עשו תשובה א"ר אלעזר הראשונים נתגלה עוונם ונתגלה קיצם השניים לא נתגלה עוונם ולא נתגלה קיצם שאלו את רבי אליעזר דורות האחרונים כשרים מן הראשונים אמר להן עידיכם בית הבחירה יוכיח אבותינו העבירו את התקרה, ויגל את מסך יהודה אבל אנו פעפענו את הכתלים האומרים ערו עד היסוד בה אמרו כל דור שאינו נבנה בימיו מעלין עליו כאילו הוא החריבו".

<sup>26</sup> עירובין, נג ע"א.

<sup>27</sup> שבת קיב ע"ב. גם בתלמוד הבבלי אנו עדים שהדורות המאוחרים תפיסתם כרוכה בעדיפותם של הראשונים, וכך גורסים במסכת ברכות כ ע"א: "אמר ליה רב פפא לאבבי מאי שנא ראשונים דאתרחיש להו ניסא ומאי שנא אנן דלא מתרחיש לן ניסא אי משום תנויי בשני דרב יהודה כולי תנויי בנויקין הוה, ואנן קא מתנינן שיתא סדרי וכי הוה מטי רב יהודה בעוקצין האשה שכובשת ירק בקדרה ואמרי לה זיתים שכבשן בטרפיהן טהורים אמר הויות דרב ושמואל קא חזינא הכא, ואנן קא מתנינן בעוקצין תליסר מתיבתא, ואילו רב יהודה כי הוה שליף חד מסאניה אתי מטרא ואנן קא מצערין נפשין ומצוח קא צוחין ולית דמשגח בן אמר ליה קמאי הו קא מסרי נפשיהו אקדושת השם, אנן לא מסרינן נפשין אקדושת השם". כלומר שבדורות המאוחרים מתואר שלמדו יותר, אבל מההיבט הרוחני, בדורות הקדומים מסרו נפשם על קידוש השם. ראו, ברכות לה ע"ב; יומא ט ע"ב. במסכת נדה כד ע"ב, מתוארת ירידה פיזית וכך אנו גורסים: "אבא שאול ארוך בדורו הוה ורבי טרפון מגיע לכתפו ור' טרפון ארוך בדורו הוה ור"מ מגיע לכתפו, רבי מאיר ארוך בדורו הוה ורבי מגיע לכתפו, רבי ארוך בדורו הוה ורבי חייא מגיע לכתפו ורבי חייא ארוך בדורו הוה ורב מגיע לכתפו, רב ארוך בדורו הוה ורב יהודה מגיע לכתפו, ורבי יהודה ארוך בדורו הוה ואדא דיילא מגיע לכתפו פרשתבינא דפומבדיתא קאי ליה לאדא דיילא עד פלגיה וכולי עלמא קאי לפרשתבינא דפומבדיתא עד חרציה".

### 3.3 החולק על הראשונים כחולק על ה'

ירידת הדורות משתקפת בתשובתו של רב שרירא גאון. וכך הוא כותב בתשובה לאחד השואלים, שמתרעם על תלמידים שחולקים על הגאונים ושואלים "מנין להם דבר זה":  
והיך באים שועלים אשר לא ראו מאורות וחושבי' לאמר סרה על ה' ועל נחלתו... כי כולם דברי אלהים חיים... וכל החולק על שום דבר מכל דבריהם כחולק על ה' ועל תורתו.<sup>28</sup>

לשיטת רב שרירא גאון, אפילו פוסקים מאוחרים אינם יכולים לחלוק על הגאונים. קל וחומר כאשר מדובר בתלמידים, וכפי שמתאר בתשובתו "ולא השיגו אפי' דבר קטון ממה שהשיג תלמיד תלמידיהם של קטן שבגאונים".

### 3.4 החולק על הראשונים רשע

העדפת שיקול דעת הראשונים על האחרונים מוצאים בדברי החיד"א המיוחסים לרמב"ם. וכך הוא כותב:

הלכה כבתראי כתב הרמב"ם בס' הכללים הנקרא סדר עולם כ"י:  
הלכתא כבתראי במה שיכריעו בדבריהם, בין רבים לרבים או בין יחיד ליחיד או בין יחיד לרבים, אבל אין הכונה שיחלקו בתראי עם קמאי בשום דבר מכל הדברים שדברו הראשונים, זה לא היה ולא יהיה חלילה להם מרשע, וכיוצא בזה נאמר אם משה לא אמרו אלעזר מניין לו, ואם רבי לא שנאה רבי חייא מנא ליה ומקרא מלא כתיב שאל אביך ויגדך ומרגלא בפי התינוקות של בית רבן אל תטוש תורת אמך עכ"ל הביאו רבינו בצלאל אשכנזי בכלליו כ"י.<sup>29</sup>

מהתשובה למדים שאפשר להכריע בין הראשונים, אולם אסור לאחרונים לחלוק על הראשונים, והחולק עליהם נקרא רשע. דומה שהתשובה שמיוחסת לרמב"ם טעונה בדיקה. החיד"א מביא את התשובה בשם רבנו בצלאל בכלליו שבכתב יד, אך לשיטת הרמב"ם, כפי שהביא בהקדמתו למשנה תורה, אפשר לחלוק אפילו על הגאונים להוציא דברי התלמוד כיוון שכל ישראל קיבלו אותו, ודעתו סותרת את הדברים הנ"ל.

<sup>28</sup> שו"ת שערי צדק, הקדמה תשובת (רב שרירא גאון); ראו, שו"ת מהר"י בן לב, ג, יד; שו"ת מים עמוקים (ראנ"ח), יב; שו"ת דבר משה א, נג; שו"ת נחפה בכסף ב, יורה דעה, ח; שו"ת שבט בנימין, ריח; שו"ת חקקי לב א, יורה דעה, לט (מר, 1); שו"ת שואל ונשאל ה, כב; שו"ת מנחת יצחק ד, מז ענף ג; שו"ת מהר"י וייל, קנא; שו"ת מהר"ם מינץ, צח; שו"ת הרד"ך, בית יב, חדר ג; שו"ת בנימין זאב, רלט; שו"ת הרמ"א, נז; שו"ת הרמ"ע מפאנו, לב.

<sup>29</sup> עין זוכר, מערכת, כלל נא.

### 3.5 הטחת דברים במי שמזלזל בראשונים

הטחת דברים במי שמזלזל בשיקול דעת ראשונים מוצאים בדבריו של ר' שלמה בר צמח, וזה לשונו:

תחלת דברי וראשית אמרי אומר אני, שמה שאני רואה בד, שאינך מעריך דברי הפוסקים האחרונים ... הם ז"ל אשר סוקרים התלמוד בסקירה אחת ודברי הפוסקים ישנים גם חדשים מנחי להו בכסתייהו, יעלה בשכלך שנעלם מהם הדין ההוא. ומי יתן והיה שימצא בדור הזה מי שיבין דבריהם על נכון.<sup>30</sup>

תגובה קשה מוצאים בדבריו של החיד"א שמתרעם על הרב יעקב עמדין שהשתמש בביטויים חריפים נגד הראשונים. וכך הוא כותב:

ונבהלתי מראות ואשתומם כשעה מפני היד שנשתלחה לכתוב כך על גדולי עולם הרשב"א ורבינו ירוחם ומרן, שאין חכמי דורנו כדאים להיות תלמידיהם בחכמה וביראה תלת סמכי קשוט וקדישי עליון.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> שו"ת התשב"ץ ד, הטור השני, לד. ראוי לציין שגם גישת מהר"ם אלאשקר ביחס לגאונים היא התבטלות מוחלטת. וכך הוא כותב: "וידוע הוא דלא באו הגאונים ז"ל לומר דהלכה כבתראי אלא על הדורות שקדמו להם מחכמי התלמוד, לא על הבאים אחריהם שלא ראו דבריהם ולא הבינו דרכיהם, ולא ניתן דבר זה אלא לנביאים, ואם יש מי שרוצה להקש הראשונים בעלי התלמוד לאחרונים ולכלול גם בהם דבר זה, לאו כל כמיניה ואינו כדאי לזה, וכדבעינן למימר קמן... והנה כמה פעמים אנו רואים לגדולי האחרונים עצמן שמבטלים דעתם מפני דעתם של ראשונים. ואומרים, אף על פי שאין נראה כן מן הגמרא שלנו ומן הירושלמי, אחר שיצא הדבר מפי פלוני אנחנו מבטלין דעתנו מפי דעתו", שו"ת מהר"ם אלאשקר, נד. דברים חריפים מוצאים בדבריו של רבי שמואל די מודינה: "והנה... והמפקפק אחר דבריהם עתיד ליתן את הדין מי הוא זה ואיזה הוא אשר ימלאנו לבו לערער כו'... עד הראשונים שהיה לבם פתוח כפתחו של אולם לא מלאם לבם להורות כן להקל כ"ש דורות אלו שאין להם יחס לראשונים כקוף בפני אדם", שו"ת מהרשד"ם אבן העזר, קכז. וכן ראו דבריו במקור אחר, שם, חושן משפט, שעו. וכן ראו, שו"ת גנת ורדים, יורה דעה, כלל ג, ג; שו"ת נודע ביהודה, מהדורה קמא, אורח חיים, לא; שם מהדורה תנינא, יורה דעה צו. כותב הרב יחזקאל לנדא: "ידעתי כי כאשר יבואו דבריו בדפוס יפרוץ הרבה בדברי הפוסקים הראשונים, כי אף שהיה איש צדיק יסוד עולם וחסיד ופרוש גדול, היה לו לב אמיץ בגבורים ולא נשא פנים לגדולי הראשונים והיה נקל בעיניו לסתור דבריהם ולהרוס יסודותיהם... ואמנם לעת עתה הוא בג"ע העליון בישיבה של מעלה, ובלי ספק הוא משתעשע שם עמם אף כי השיג עליהם, כי כוונתו היתה לשם שמים". במקום אחר כותב הנודע ביהודה: "אך אעפ"כ אין בנו כח לחלוק מסברא על הראשונים אפילו להחמיר", שם, מהדורה תנינא, אבן העזר, יב (דף ה טור א).  
<sup>31</sup> מחזיק ברכה, אורח חיים קע. א. ראוי לציין שהיעב"ץ עצמו מתרעם על שואל שהשתמש בביטויים חריפים נגד ראשונים. וכך הוא מבטא את תמיהתו: "ואתמה מאוד על לשון השואל ששלח רסן מפיו ושלח יד לשונו... שרה את אלקים קדושי עליון רבותינו הגאונים הקדמונים ז"ל באמור עליהם ששגו, דא עקא ולא תהא כזאת בישראל אף ששגיאות מי יבין, מ"מ חלילה לומר בכאן משגה הוא כאלו נתנו ח"ו מכשול לרבים, הלא ידע כי לא ביין שגו ונבלעו או בשכר תעו מדרך השכל חלילה ליפול ברשת המוקש להעביר את העם, הס מלהזכיר ועתיד ליתן את הדין ע"ז", שו"ת שאילת יעב"ץ א, נו.

### 3.6 ירידת שיקול דעת האחרונים

ביטוי רב רושם להדגשת הפער בין שיקול דעת הראשונים לאחרונים מוצאים בדברי ר' חיים ב"ר בצלאל. מדבריו משתקפת תודעת ירידת שיקול הדעת של בני הזמן שאינם דומים בשיקול דעתם וביצירתם לבני הדורות שעברו. ר' חיים מדגיש את חשיבות שיקול דעת הראשונים. לכן הוא מאיץ לשקוד על דבריהם שבספריהם. וכלשונו:

הגאונים מחברי הספרים הראשונים היו יושבים על מעינות חכמת מרחבי ים התלמוד והיה להם לב נכון לחדש ממנו דינם יום יום. ובזמננו זה נסתמו מעיינות החכמה... ירוץ דברו אל ים החכמה הן הפוסקים הקדמונים, ולשאוב משם מים בששון ממעיני הישועה.<sup>32</sup>

### 3.7 לא להכריע בין הראשונים

ר' שלמה קלוגר מתרעם נגד המכריעים בין שיקולי הדעת של הראשונים. וכך הוא כותב:

ואל ישגיח ר"מ בספר משכנות יעקב כי כל ספר זה אינו נח לי, כי בחר לו להכריע בין הראשונים ולהכניס ראשו ביניהן, ולא כן... כי חלילה להכניס עצמו בין הראשונים ז"ל, רק בדבר חדש אשר לא דברו הראשונים בזה הרשות נתונה לתלמידים כחכמי זמנינו לומר דעתם, אבל לא להכריע בין ההרים.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> הקדמה זו מצויה רק בדפוס הראשון של הספר אמשטרדם תע"ב, ההקדמה מובאת במילואה בספרו של ח' טשרנוביץ (רב צעיר) תולדות הפוסקים, חלק ג, ניו-יורק 1947, עמ' 93-100. הקטע המצוטט בעמ' 97.

<sup>33</sup> שו"ת טוב טעם ודעת, מהדורה תנינא, השמטות, מד. וכן כותב בעל שו"ת דברי חיים, יורה דעה. קז: "בדבר זה האריכו גדולי הראשונים, ואין דרכי לפלפל אינה שיטה מהם נכונה כי דבר זה הוא רק גסות רוח ודבר הבלים. כי מי אני להכריע בין גדולי הראשונים, וכך צריך כל אחד לתרץ כל אחת מהשיטות, אך לא להכריע. כי מה יודעים אנו ולא ידעו המה". ובמקור אחר כותב: "ובודאי אין בחכמי האחרונים לדחות דברי הקדמונים אם לא נמצא בדורות הקדמונים חולקים עליו, כי אנו כאין נגד חכמתם ותורתם וחסידיהם ויראתם, ועלינו לקבל דבריהם באהבה הגם שהוא נגד התלמוד", שם, אבן העזר, ח. ראו שו"ת סמיכה לחיים, אבן העזר, ט (דף ס טור ב). ר' יהונתן אייבשיץ מביא את דברי מרן ר"י קארו שכתב בהקדמתו לבית יוסף שאין בידו להכריע על פי ראיות בין הפוסקים, ומהם מוכיח שלא למהר להכריע בין שיקולי דעת של ראשונים. וכך הוא כותב: "אלא להיות שהיה אב בחכמה ורך בשנים והרחיב פיו בלשון מדברת גדולות על רבינו הש"ך, לא חס על כבודו אשר באורו נראה אור לכל בני הגולה ומטובו חיינו, וכמו כן שם ידו להכריע בין הרים הגדולים רבותינו הקדמונים והרחיב פיו על הרי"ף ורמב"ן והרא"ש...ומי לנו גדול מרבינו מהר"י קארו ז"ל, אשר ממש מיום רבה ור' יוסף לא קם כיוסף הזה סיני ועוקר הרים זקן ויושב בישיבה, ומכל מקום אמר בהקדמתו כי אין בידו להכריע בכח הראיה בין הפוסקים רק אחרי רבים בבנין ובמנין להטות וכך יפה לנו", אורים ותומים, חושן משפט, סימן כה, תומים פתיחה. וראו מחזיק ברכה, אורח חיים רמד, ד; שם הגדולים, מערכת גדולים מערכת מ, אות קסב; שו"ת חיים שאל ב, לח (אות עד).

### 3.8 שיקול דעת הראשונים תורה שלמה

החזון איש כותב שאין לנטות מדברי הראשונים. וזה לשונו:

ומי"מ דברי הראשונים ז"ל אף בשיקול הדעת הם תורה שלמה, ועל פי דבריהם ז"ל הננו מוזהרים לעשות, ודבריהם שהגיעו לידינו מספרותם הם השופטים אשר בימינו כאילו הם חיים אתנו היום, ואין כאן מקום לנטות מדבריהם.<sup>34</sup>

### 3.9 סיכום

יוצא אפוא שיש התבטלות מצד האחרונים כלפי גדולי תורה ראשונים. התבטלות זו לא באה מתוך ענווה מעושה או בשל דרך ארץ כלפי דורות ראשונים. מידת ענווה אינה קשורה עם מידת השקר שלא להעריך נכונה את שיקול הדעת ואת הידיעות של כל אחד ובתוך זה את של עצמו. ר' שמעון בר יוחאי אמר: "ראיתי בני עליה והם מועטים, אם אלף הם. אני ובני מהם, אם מאה הם ואני ובני מהם, אם שניים הם אני ובני מהם". רגש הגאווה היה זר לתנאים ולאמוראים. רבי שמעון העריך הן את שיקול דעת וידיעות בני העלייה הן את של עצמו ובנו. התבטלות זו כנה ואמיתית ונובעת בתפיסה של בני הדורות המאוחרים בדורות המוקדמים שכרוכה בעדיפותם של שיקול דעת הראשונים על האחרונים.

## 4. הלכתא כבתראי

### 4.1 רקע

ההערכה הגדולה לדברי הראשונים לא מנעה מחכמי ההלכה לקבוע כלל גדול בפסיקה שההלכה כדברי האחרונים. כלל זה לכאורה מנוגד לעיקרון של עדיפות שיקול דעת הראשונים מן האחרונים, אלא שכלל זה מהותו ותפקידו מבוססים על סמכות הדיין לפסוק על פי שיקול דעתו, כלומר הדיין המאוחר מעיין בכובד ראש, ביראה ובענווה בדברי הראשונים. ומשהגיע למסקנתו, נפסקה ההלכה כדבריו ולא כדברי הראשונים.

<sup>34</sup> חזון איש, אורח חיים, סד (קונטרס יח שעות). וכן כתב במקור אחר: "ודברי רבותינו ז"ל קימים כמסמרות נטועים, חוששני להתחייב לפרש", שם, שם, קמ, א. במקור אחר מתרעם על סותרי דברי הראשונים: "והנה אנן יתמי דיתמי, אין לנו להרוס דברי הראשונים ז"ל ולומר למעשה דר"י החסיד והרא"ש והטור לא כיונו ח"ו והאמת קבלו ממני שאני יודע יותר מהם". חזון איש, קובץ אגרות, חלק א, מכתב לב. וכן ראו שו"ת יביע אומר, א (מהדורה בתרא) דברי פתיחה.



## 4.2 שיטת הגאונים

### 4.2.1 סדר תנאים ואמוראים

המקור הראשון שבו נזכר הכלל "הלכתא כבתראי" הוא בסדר תנאים ואמוראים:

כל היכא דפליגי תרי תנאי או תרי אמוראי בהדי הדדי ולא אתמר הלכתא  
לא כמר ולא כמר, אי איכא רבה בהדי תלמידא, לית הלכתא כתלמידא  
במקום רבה עד רבא, ומרבא ואילך הלכתא כבתרא.

רבה חי בדור השלישי לאמוראי בבל, ורבא חי בדור הרביעי לאמוראי בבל, כלומר עד דור שלישי לאמוראי בבל טרם התקבל הכלל "הלכתא כבתראי", והחל מהדור הרביעי, מרבא ואילך, נקבע שיש לקבל את שיקול הדעת המאוחר. אך סייג חשוב במקור זה: "אין הלכה כתלמיד במקום הרב".<sup>35</sup>

כלל אחר מופיע בסדר תנאים ואמוראים בסימן כד: "אע"פ שנתנו חכמים כלל לומר פלוני ופלוני הלכה כפלוני, היכא דאיכא אמוראי בתראי דקיימי כחד מינייהו הלכתא כוותיה".

כלל דומה מופיע בסימן נ: "כל היכא דתשכח קמאי דפליגי, ובתראי דפליגי נמי בההוא פלוגתא, כגון אביי ורבא או בתראי אחריני, הלכתא כבתראי".

בשני המקורות האחרונים אין הכלל "אין הלכה כתלמיד במקום רבו".<sup>36</sup> אך מכל המקורות עולה שהכלל "הלכתא כבתראי" בסדר תנאים ואמוראים בא להגביל את השימוש בכללי הפסיקה למקרים שבהם לא נפסקה ההלכה בתלמוד, והכלל הוא "הלכתא כבתראי".

---

<sup>35</sup> ראו מאמרו של שטמפר "הלכתא כבתראי" גישות שונות בתקופת הגאונים. שנתון המשפט העברי, האוניברסיטה העברית, ירושלים, כרך כ"ב תשס"א-תשס"ד, עמ' 435-413, מדבריו משמע שזה אחד הכללים החריגים לכלל "הלכתא כבתראי" ושם כתב: "הכלל עוסק במקרה שבו חלוקים רב ותלמיד זה על זה, וקובע שיש לפסוק כדעת הרב. ההבחנה בין התקופה המאוחרת (החל מרבא) למוקדמת (עד רבא) המופיעה בנוסח החיד"א, מצויה בארבעה עדי נוסח בלבד מבין חמישה עשר. אפשר לקבוע שהבחנה זו היא תוספת מאוחרת, על אף העובדה שטרם נעשה מחקר מקיף על אילן הנוסח סדר תנאים ואמוראים, משום שאין לה זכר בעדי הנוסח המזרחיים ואף עדי הנוסח האשכנזיים נחלקים בנקודה זו. עקבות הממצא הטקסטואלי מוליכים לתקופת הראשונים באשכנז, ואכן הראשון המבחין באופן מפורש בין הדורות השונים של האמוראים הוא רבנו תם. לדבריו, כך "רגיל היה רבי חננאל לפסוק", וכיוון שרבנו חננאל נתפס כחוליה בשרשרת המסירה של הגאונים החלו להתייחס לרבנו תם כמסורת מוסכמת של הגאונים". שם בעמ' 420-419 שטמפר סובר שקשה להכריע האם זהו המניע להתערבות בנוסח סדר תנאים ואמוראים או שמא הנימוק הוא הרצון להרמוניזציה, של הכלל "הלכתא כבתראי" שנמצאת בסדר תנאים ואמוראים, וייתכן ששני הדברים גרמו.

<sup>36</sup> וכן הגבלת זמן בתחולת הכלל.

#### 4.2.2 עמדת רב שמואל בן חפני גאון

לדעת רב שמואל בן חופני גאון, כאשר רב ותלמיד חולקים, יש להעדיף את שיקול דעת התלמיד, כיוון שהתלמיד מאוחר לרבו. הוא אף יוצא חוצץ נגד השיטה ההפוכה שבסדר תנאים ואמוראים. וכך הוא כותב:

ובאשר לתלמיד ורב הרי שלא נאמר בזה כפי שהזכירו, אליו על פי רוב הלכה כדברי תלמיד בדברי אמוראים כיוון שהוא בתרא והלכתא כבתריי.<sup>37</sup>

שטמפפר מביא את יישום הכלל מספר הגירושין:

"וכן כתוב שם: וההלכה בזה כמאמר רב חסדא כיוון שהוא בתרא ביחס לרב הונא, כיוון שהוא תלמיד רב הונא וקימא לו הילכתא כבתראי".

רב שמואל בן חופני אינו מפרש מדוע מועדף האמורא האחרון אף אם מדובר בתלמיד ורבו. סקליר מנמק את שיטת רב שמואל בן חופני. לדעתו, גישה זו נבעה מן הטעם שמפעלם ההלכתי של חכמים להשוות מסורות סותרות ולקבוע על-פי שיקול דעת איזו מהן אמינה. לכן האחרון שמאמץ מסורת מסוימת קובע את ההלכה לדורות. וכך הוא כותב:

In this conception the halahic statements of the Talmudic rabbis are to be reports... of traditions from the prophet Moses, transmitted by scholars from generation to generation. Thus the

<sup>37</sup> המקור נכתב בערבית ממבוא התלמוד, פרק עד (כ"י הספריה הבריטית Or, G5563). תרגום הקטע על-ידי שטמפפר. מקור נוסף שבו פוסק רב שמואל בן חופני, שההלכה כתלמיד במקום רבו הוא במחלוקת ר' חנינא ורב בשאלה אם יכולה האישה למנות שליח שיקבל גטה ביד שליח הבעל (גיטין סג ע"ב). בעניין זה הביא ספר העיטור, אות ש שלישות גט, מז ע"ב, בשם רבי שמואל בן חפני: "וכתב ר"ש בן חפני חמשה עניינים בקבלה החמישי שלא תקבלנו מיד שליח בעלה כרב דאמר אין האשה עושה שליח לקבל גיטה מיד בעלה". כאן רואים שרב שמואל בן חופני נאמן לשיטתו שיש לפסוק כתלמיד נגד הרב ואינו מצמצם את תחולת הכלל, כלומר אין הוא מבחין בין תקופות האמוראים, וכדבריו של שטמפפר: "שכן כתב 'לאמורין' ובספר הגירושין מיישם כלל זה למחלוקת רב הונא ורב חסדא בדור השני והשלישי, הוא גם אינו מסייג את דבריו למצב שבו חולק התלמיד לאחר מות רבו, ואם סבר כן היינו מצפים שיפרט זאת לפחות במבוא התלמוד". שטמפפר שם במאמרו עמ' 427. בעניין זה ממשיך שטמפפר וכותב שיש להבין את דברי רבי שמואל שהביא ר' בצלאל אשכנזי. וכך כתב: "דהא אמרינן בריש בתרא, אמר רב נחמן אמר שמואל גג הסמוך וכו' ורב נחמן ידיה אמר וכו', ובפרק האיש מקדש נמי א"ר נחמן יתומין שבאו לחלק וכו' ורב נחמן ידיה. אמר וכו' והויה בהו הלכתא כרב נחמן ידיה דקאמר לאו היינו סברא דנפשיה אלא הינו קבלת עצמו ע"ש". שטמפפר מבין את הדברים כך: בקטע הזה הגאון מטפל בסוגיית מחלוקת רב ותלמיד, מנקודת מבט הרואה את חכמים מבררי מסורת. ותלמיד שפוסל מסורת רבו על-פי שיקול דעתו, יכול לעשות זאת, אך ורק אם הוא מסתמך על מסורת אחרת. והקושי במלים "רב נחמן ידיה אמר", כלומר כנגד מסורת רבו. לכאורה רב נחמן דחה מסורת רבו על-פי שיקול דעתו, מסביר הגאון שאין רב נחמן מסתמך על שיקול דעתו לדחות את מסורת רבו אלא על מסורת אחרת שהייתה לו.

sages did not generate new law through exegesis, but only transmitted reports; and, since human errors creep into the transmission, false traditions we create much of the discussion in the Gemara of tannaitic traditions can thus be seen as an attempt to determine which of them are valid [...].<sup>38</sup>

### 4.2.3 עמדת רב האי גאון

רב האי גאון סובר כשיטת סדר תנאים ואמוראים ששיקול דעת הרב מועדף על שיקול דעת התלמיד. במחלוקת בין ר' יוחנן ור' אלעזר ובין בר קפרא פסק רב האי גאון כדעת בר קפרא. וכך הוא כותב: "דכולהו תלמידי אינון לגבי בר קפרא".<sup>39</sup>

מכאן רואים שלשיטת רב האי גאון, יש לפסוק כחכם הקדום, אף אם אינו רבו המובהק של החולק, כיוון שר' אלעזר תלמידו של ר' יוחנן. בתשובה אחרת פסק כר' אלעזר המודעי נגד ר' יוסי ורבי: "כי ר' אלעזר המודעי הוא רב לכל אילו וכולן כתלמידי תלמידיו".<sup>40</sup>

תשובה אחרת בשם רב האי גאון שמביא המהרי"ק סותרת את תשובת רב האי גאון שראינו לעיל "דכולהו תלמידי אינון לגבי בר קפרא". וכך כותב המהרי"ק:

וכתב רב האי גאון בת"ש וז"ל. עכשיו באנו לחקור דברי רבי יוחנן שהוא בתראה, מימר אמרין ששמע דברי רבי מוציאין לפרנסה וראה בהם

<sup>38</sup> D.E. Sklare, *Samuel ben Hofni Gaon and his Cultural World: Texts and Studies*, Leiden 1996, pp. 43-44.

<sup>39</sup> תשובות הגאונים, הרכבי, ס' עט עמ' 48, ראו, גרונר, רב האי גאון ודרכו בהלכה (דיסרטציה), ירושלים תשל"ד עמ' 67-68. שם המחבר מביא דוגמאות לשיטתו של רב האי גאון.

<sup>40</sup> שם, ס' שנח, עמ' 181. שטמפר מסיק במאמרו שלדעת רב האי גאון, כאשר אמורא מאוחר מכריע במחלוקת קדומה, הרי כך ההלכה. וממשיך וכותב: "ואין דברים אלה באים בגבולו של הכלל 'אין הלכה כתלמיד', הבא לקבוע העדפה של אחד הצדדים במחלוקת בין רב ותלמיד. דומה כי יישום ברור של הדברים אנו מוצאים בדברי הגאון בעניין כתב שניתנה בו תורה וכתב שבימי עזרא". שם במאמרו עמ' 432. בסוגיה זו נחלקו ר' יוסי, רבי ור' שמעון בן אלעזר בשם ר' אלעזר בן פרטא בשם ר' אלעזר המודעי. ועל כך כותב רב האי גאון: "הלכה כר' שמעון בן אלעזר שאמר משם ר' אלעזר בן פרטא שאמר משם ר' אלעזר המודעי כתב זה לא נשתנה מעולם. אחת כי ר' אלעזר המודעי הוא רב לכל אילו וכולן כתלמידי תלמידיו... ועוד דמסקנא דשמעתא על דר' אלעזר המודעי והא קא מפרקי רבנן ומשנו אליביה... ומפרשין כאיצד רב טעמא ושמואל טעמא ור' יוחנן טעמא ורב אשי דהוא בתרא טעמא, להודיעך דכילהו כר' אלעזר המודעי סבירא להו". יוצא אפוא שרב האי גאון מרחיב את תחולת הכלל "אין הלכה כתלמיד" לא רק ביחס רב ותלמיד אלא גם למחלוקת שבין כל חכם ובין חכם מאוחר ממנו, כי המאוחר הריהו תלמיד תלמידו, ואם כן לא נפסוק הלכה כמותו. אך במקרה של מחלוקת בין חכמים קדומים ששם כבר הוכרעה בדור מסוים כאחד מצדדי המחלוקת, אנו חייבים לקבל את פסק ההלכה שנתקבל. דוגמא נוספת לעקרון זה, ראו, אוצר הגאונים לברכות, חלק הפירושים, ס"י קו.

קושיא ודחם וכיון שדחם רבי יוחנן שהוא בתראה לא עבדינן כר' או  
דלמא... עכ"ל.<sup>41</sup>

### יישוב הסתירה

תא שמע דוחה את ייחוס הדברים לרב האי גאון או לגאון אחר.<sup>42</sup> אבל ברודי אינו מקבל את  
דבריו וסובר שקשה לדחות תשובת גאון, אף אם הוא מופיע במקור יחיד ומאוחר, כשהמקור  
מצטט את התשובה ולא מביאה כפרפראזה כללית.<sup>43</sup>

### 4.3 הלכתא כבתראי מאביי ורבא

בסדר התנאים ואמוראים נאמר שהלכתא כבתראי מימי רבא, ואביי לא הוזכר, אולם  
הרא"ש מזכיר גם את אביי, וכך הוא כותב:

ומצאתי כתוב, שנסתפקו הגאונים היכא דפליגי רבה ורבא הלכתא כמאן,  
משום שקיימא לו דמאביי ורבא ואילך הלכתא כבתראי כנגד רבה שהיה  
רבם, או לא והלכך יש להחמיר.<sup>44</sup>

לפי הרא"ש, הגאונים הסתפקו האם להחיל את הכלל "הלכתא כבתראי" מאביי ורבא, אף  
אם הם חולקים על רבה רבם. לכן כותב הרא"ש שיש להחמיר. דומה שכוונתו להחמיר

---

<sup>41</sup> שו"ת מהרי"ק סי' סד. מכאן מסיק תא שמע שרב האי גאון החיל כלל זה על ראשוני האמוראים, אך לדעתו,  
ספק רב אם אכן רב האי גאון אמר דברים אלו. תא שמע, הלכה, מנהג ומציאות באשכנז, מאגנס ירושלים,  
תש"ס, עמ' 66. מסקנת צ' גרונר בעבודת הדוקטוראט, שבמחלוקת שבין אמוראים לא מצאנו שרב האי גאון  
השתמש בכלל של "תלמיד במקום רב", "האחרון שלגביו רב האי גאון מחיל את הכלל הזה הוא רב חסדא".  
וממשיך גרונר: "אולם... לגבי אותם הדורות הקודמים לא השתמש רה"ג בכלל "כבתראי", השימוש בכלל  
"כבתראי" מצאנו אצלו רק מרבר. ורב יוסף ואילך". גרונר רב האי גאון, ודרכו בהלכה, עבודה לשם קבלת  
התואר דוקטור, ירושלים תשל"ד, עמ' 67-68. תא שמע אינו מקבל את דברי גרונר וכותב שגרונר נמשך אחרי  
הריטב"א שכותב: "אע"ג דקיי"ל אין הלכה כתלמיד במקום הרב, היינו כשחולק עמו בחיו ושמע רבו ולא חזר  
בו, אבל כשחלק עמו לאחר מותו לא אמרינן הכי דאי לאו הכי לא היה אמרינן הלכה כבתראי... ואין הלכה  
כתלמיד במקום הרב וכך כתב רבינו האי גאון ז"ל". דבריו הובאו באוצר הגאונים, נדרים סי' עה. תא שמע,  
אינו מקבל את שיטת גרונר וכך הוא כותב: "לפי זה כל הבתראי הנם באופן עקרוני תלמידי קמאי ואבדה  
ההבחנה שהעמדנו לעיל. אולם הריטב"א הוא היחיד המוסר דבר זה בשם רה"ג, ואי אפשר שרב האי אמרו,  
שהרי שפתיו ברור מיללו כי במקום שהלכה כרב נגד התלמיד כך יהא גם במחלוקת תלמידי התלמידים עמו,  
ואלו בודאי נחלקו לאחר מות הרב ושלא בפניו. לפיכך אין לי ספק כי סיום הדברים אצל גרונר: 'הלכתא  
כבתראי [בדורות מאוחרים בלבד, לפי דעתו... י"ת] נראה שהוא אך ורק בתנאי שאין התלמיד חולק על רבו  
בחיו אין להם עניין ושיטת הגאון הפוכה מן הקצה וכמעט בכל מקרה יסבור הלכה כבתראי, כמוסבר לעיל:

שם עמ' 66.

<sup>42</sup> שם, עמ' 70.

<sup>43</sup> כך כותב, שטמפפר, שם עמ' 434, הערה 89 במאמרו בשם ברודי, בעל-פה.

<sup>44</sup> רא"ש, כתובות, פרק ז, סי' יג.

ולהעדיף את שיקול דעת רבם ולא להחיל את הכלל. ואולם בסדר תנאים ראינו שהכלל "הלכתא כבתראי" חל גם כשתלמיד חולק על רבו.<sup>45</sup>

הרב ניסים שלמה אלגאזי דן בשאלה שהעלה הרא"ש. מסקנתו היא שבמחלוקת עם רבם הלכה כרבם. וכך הוא כותב:

העולה מזה, דהרא"ה והרא"ש והרי"ף והר"ה וראב"ה והרשב"א ז"ל,  
סוברים דכשאמרו מאביי ורבא ואילך הלכה כבתראי, היינו מהם ואילך,  
אבל מהם לרבם שהיה רבה הלכה כרבם.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> במקום אחר הרא"ש מביא שתי שיטות בעניין העדפת שיקול דעת רבו ותלמידו. וכך הוא כותב: "והא מילתא איפליגו בה רבוותא. איכא מאן דפסיק כרב יוסף משום דהוא רביה (דרבא) ועוד דהא רב אויא סבר כוותיה 'שקיל משכונא... ואיכא מאן דפסיק (דרבא) משום דבתראה הוא וקי"ל הלכתא כבתראה, והתוספות כתבו דהלכתא כרבה לגבי רב יוסף". רא"ש, שבת, פרק כג, סי' א. גם רבנו אברהם בן הרמב"ם מקבל הלכת רב ומעדיף אותה על הלכת רבי עקיבא. וכך הוא כותב: "ואשר לראיה שמביאים מכך שר' עקיבא היה משתחוה בסתר, הנה אין ראוייה יותר מהראיה שכך היה משתחוה בגלוי, כפי מה שמתבאר מהמעשה שהבאנוהו, שכך היה מנהגו ושלא נמנע אלא מצד רצפה של אבנים או מצד היותו אדם חשוב, ורב מאוחר מר' עקיבא בהרבה והילכתא כבתראי". בתשובתו מנסה רבנו אברהם למצוא עוד נימוקים. האחד כך היה מנהגו האישי, השני שאולי מצד היותו אדם חשוב. המספיק לעובדי ה' חלק ב פרק כה, עמ' 170. נשאלת השאלה אם אביי ורבא נכללים בכלל "הלכתא כבתראי", או שמא הכלל חל מאביי ורבא ואילך, כלומר שיקול דעת חכמי האמוראים גובר החל מהדור החמישי. בשאלה זו דנו הראשונים והשאירו אותה ללא הכרעה. וכך כותב הרב יחזקאל לנדא: וקי"ל הלכה כבתראי מאביי ורבא ואילך, היינו מאביי ורבא ואילך. אבל אביי ורבא עצמם הם נכללים בכלל זה להיות הלכה כמותם במקום שהם חולקים על אמוראי קדמאי, כתב בכסף משנה הלכות נדרים (פ"ח ה"ו) שהוא ספק, וכן כתב הלחם משנה (שם) בשם הרא"ש והרי"ף ע"ש, וא"כ אין לנו הכרעה אם הלכה כרבא או כרבי יוחנן (שו"ת נודע ביהודה מהדורה תניינא, אבן העזר, קנו). הרב מלאכי הכהן דן בשאלה זו ומגיע למסקנה ששיקול דעת האחרונים מכריע אף בתקופת אביי ורבא, אבל רק כשמדובר ברב ותלמידו. וכך הוא כותב: הלכה כבתראי אמרינן אף באמוראי קדמאי קודם אביי ורבא, אלא שמאביי ורבא ואילך הלכה כתלמיד במקום הרב אף אם חולק עמו פנים אל פנים. משא"כ בקודמים דאי פליג בהדי רביה לית הלכתא כתלמוד, אבל אי בתר הכי פליגי עליה נקטינן כוותיה דבתרא הוא (יד מלאכי, כללים קסז-נסח). הרב מלאכי הכהן מוכיח את שיטתו מהראשונים וכותב: "ואיך שיהיה מעינן שפיר מכל האמור דדעת הרי"ף והרמב"ם וסתם תוספות והרי"ק והרשב"א ורבי יונה והמרדכי והגות מיימון ומהרי"ט ומשהר"ש הלוי הוא דאמרינן הלכה כבתראי אף באמוראי קדמאי קודם אביי ורבא, וגדולה מזו מצאתי ראיתי... דאף לגבי תנאי כתב שהוא אחרון ראה דברי ר' עקיב' ור' יוסי הגלילי ופליג אשניהם לכן הלכה כמותו, עד כאן. והוא אצלי חדוש גדול". הרב יצחק לאמפרונטי, בספר פחד יצחק, ערך אין הלכה כתלמיד. כותב שבנוגע לשאלה האם אביי ורבא בעצמם הם הלכה כמותם כנגד רבם, או לא. שיש בזה דעות. וכותב: "פליגי אם כדור רבא היה הלכה כבתראי, או אם דוקא אחר רבא ואילך הלכה כבתראי, ודור רבא הוא בעצמו בכלל שאין הלכה כתלמיד במקום רבו, והרא"ש השיג כמה פעמים על הרי"ף, דלפעמים נראה שפוסק כרבא שהוא בתרא, ולפעמים כרבה משום דהוא רביה פרב"ה פחד יצחק, ערך הלכה כתלמיד. הרב פרדו, מתייחס לשאלה וסובר שדעת רוב הפוסקים כאשר אביי או רבא חולקים על רבם רבה, שאין הלכה כתלמיד במקום הרב.

<sup>46</sup> יבין שמועה, כללים רעג-רעד.

הרב רפאל מילדולה סובר אף הוא שהלכה כרבם. למסקנתו, אף הרמב"ם סובר כך, וכך הוא כותב: "אבל מאשר שלא מצינו בפירוש סברתו של הרמב"ם ז"ל, בזה אפשר דס"ל כהר"י רבו ז"ל דאפילו אביי ורבא נגד רבם אין הלכה כתלמיד במקום הרב".<sup>47</sup>

#### 4.4 התנגדות ותמיכה בכלל "הלכתא כבתראי"

ראינו שהכלל "הלכתא כבתראי" חל בתקופת הגאונים, אבל לאחר זמן חל כרסום בתוקפו, ולצד התומכים קמו לו מתנגדים או אחרים שקבעו לו סייגים.

##### 4.4.1 התנגדות

ר' שלום שכנא התנגד לכלל הזה, וכך הוא כותב:

ומינה דהלכה כהפוסקים כהרא"ש והמרדכי דהוּו בתרייהו טובא כדפליגי עלייהו דמה"ט הלכה כבתרא דהוא חזא טעמא דקמא ואפ"ה פליג, וכן קבלתי הלכה למעשה מאדוני מורי אבי... מהר"ר שלום המכונה שכנו... בקשתי עם הרבה לומדים... שיעשה פוסק ותשובתו... יודע אני ששוב לא יפסקו כ"א אכתוב מטעם הלכתא כבתראי, ואין רצוני שיסמכו העולם עלי.<sup>48</sup>

יוצא שלשיטתו של הרב שלום שכנא הכלל "הלכתא כבתראי", אולם מטעמי צניעות אין הוא חפץ ששיקול דעתו יועדף ויסמכו עליו כל העולם.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> שו"ת מים רבים, חושן משפט, נג.

<sup>48</sup> שו"ת הרמ"א, סי' כה, מהדורת זיו, עמ' קנו. הדברים הובאו בשמו על ידי בנו, ר' ישראל.

<sup>49</sup> רפ"ד כותב שלכאורה יש לערער על פרשנותו ועדותו של רבי ישראל בדברי אביו, שכן חכם אחר, ר' חיים ב"ר בצלאל, תלמידו של ר' שלום שכנא, כותב דברים אחרים: "וכמו שלא יערב לו לאדם רק המאכל שתקן לו הוא עצמו, כפי אשר תאוה נפשו לאכול ואינו רוצה להיות מצפה על שלחן ערוך שלהם ולזה מנעו הראשונים מלחבר שום ספר מיוחד על דיני איסור והיתר לקבוע המנהג והלכה לרבים... כי בעת שלמדנו... אנחנו תלמידיו הפצרנו בו פעמים הרבה שיראה לחבר וללקט יחד את כל דיני איסור והיתר... ואמר נואש לדברינו... ואין ספק שאינו אלא מטעם שכתבתי". רפ"ד סובר שמדברי רבי חיים, משתמע שהנימוק לכתוב ספרי פסקים בענייני איסור והיתר. בשל נימוקים אידיאולוגיים, כי סיכום ההלכה ואחידותה סותרים את בסיס מהותה ועקרונותיה, ולא מהנימוק של "הלכתא כבתראי". רפ"ד סובר שיש לקבל את גרסת הבן, וכך הוא כותב: "אף על פי שאי אפשר לדחות לחלוטין את דברי התלמיד. נראה שיש לקבל את גרסתו של הבן, מן הנימוקים האלה: א. ר' חיים ב"ר בצלאל, מתאר בהקדמת ספרו בכלל ט, את תקופת לימודו אצל רש"י כיגירסתא דינקוטא, וזמן רב עבר עד שנכתבו הדברים. ב. נוסח הדברים: 'ואין ספק שאינו אלא מטעם שכתבתי', מורה על סברא אישית של הכותב. ג. ר' ישראל המשיך את דרכו של אביו הרש"י כרב וכראש ישיבה בלובלין, ומדגיש: 'וכן קבלתי הלכה למעשה מאדוני מורי... כמסורת פסיקה'. אברהם מאיר רפ"ד "הלכתא כבתראי אצל חכמי אשכנז ופולין במאות ה'ט"ו-ט"ז, סידרא ח, הוצאת אוניברסיטת בר-אילן רמת גן תשנ"ב, עמ' 130-131. על המשכת דרכו של הרב שכנא על ידי בנו, ראו בית ישראל בפולין, ב, ירושלים תשי"ד, עמ' 239, תעודה מס' 14.

גם ר' חיים ב"ר בצלאל לא קיבל את הכלל שיש לקבל את דברי האחרונים, וכך הוא כותב בדברי ביקורת על שיטת הרמ"א:

ולקמן בכלל כד דין ג כתב [הרמ"א] שלא מלאו לבו לחלוק על דברי רבינו ירוחם וכתב בטלה דעתו נגד דבריו ואין לזוז ממנו, א"כ מי התיר לו כאן לחלוק עליו. סוף דבר ואין נשמעין לדבריו במקום שבא לחלוק על שום פוסק קדמון מסברא דנפשיה אם לא שיש לו סיוע מדברי פוסק אחר.<sup>50</sup>

מדברי ר' חיים ב"ר בצלאל עולה שיש התנגדות לשימוש בכלל "הלכתא כבתראי" הרווח בשיטת הרמ"א. אלא אם כן האחרון מוצא סיוע לשיקול דעתו מפוסק אחר. להשקפת עולמו ולדרכו בפסיקה יש משני יסודות: מנהג המקום והנטייה להחמיר, וכך כותב י' זימר: סבורני איפוא שדרך פסיקתו מוכיחה שהוא המשיך את המסורת האשכנזית... שיסודותיה הם זהירות במנהג המקום והנטייה להחמיר.<sup>51</sup>

#### 4.4.2 תמיכה

הרא"ש סובר שיש להחיל את הכלל, לא מצד גדולתם של האחרונים, אלא מצד שידעו את סברות הראשונים, ועל-פי שיקול דעתם הכריעו. וכך הוא כותב:

אבל הדין ההוא פשיטא שיש לחלוק על דבריהם, דאמוראים האחרונים פעמים חולקים על הראשונים, ואדרבה אנו תופסין דברי האחרונים עיקר, כיוון שידעו סברת הראשונים והכריעו בין אלו הסברות ועמדו על עיקרו של דבר.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> ויכוח מים חיים, אמשטרדם תע"ב כלל ב, דין א.

<sup>51</sup> זימר, ר' חיים ב"ר בצלאל מפרידבורג, ירושלים, תשמ"ז, עמ' 106. ר' חיים ב"ר בצלאל כותב במקום אחר על התנגדותו להחלת הכלל הלכתא כבתראי: "ואע"ג דדברי מהר"י ז"ל אינו נראה אל הקארו יצ"ו כמו שכתב... מ"מ אטו מי שרוצה להחמיר ותופס דברי מהר"י עיקר – כנגד הקארו יצ"ו, שמהר"י ז"ל היה חכם גדול מדורות הראשונים ואנו נוהגים אחריו מאוד, והקארו חכם דורנו וגם בהרבה דברים אין אנו נוהגים אחריו, וגם הוא מן המקילין במקום חומר", ראו זימר (שם), עמ' 112 בתשובת רבי חיים ב"ר בצלאל בענין קידושין בדויים מתוך כתב יד שפרסם זימר. על חשיבות המנהג בדברי ר' חיים מוצאים בדבריו: "וכתב עוד [הרמ"א]... יש להקל באותה חתיכה הואיל ואף כבישול אין החתיכה אסורה, רק משום מנהג בעלמא עכ"ע, וכבר כתבתי דאין דבריו נכונים בזה, דמנהג אבותינו תורה היא ואין לזוז ממנו, כ"ש הכא דכבר נתחזק אצלנו באיסור גמור", שם, עמ' 3.

<sup>52</sup> הרא"ש, סנהדרין, פרק ד, סי' ו. וכן בעל הגהות מיימוניות כותב: "ואנו אין לנו אלא דברי מהר"ם דהוא בתרא והוא דברי שלום". הגהות מיימוניות, הלכות חמץ ומצא ח, אות ג. ראוי לציין שאף בנו של הרא"ש, הרב יהודה בספרו שו"ת זכרון יהודה, כג. כותב בשם אביו: "כאשר אמרת בענין הדבק כן הוא, וממקום שרצה להסתייע מספר תרומות נכשל, ואם פיו הכשילו לדבר על אדוני תועה. הוא ימצא את עצמו ברעה כאשר לא תעמוד לו השעה, ועל-פי כתבך לא אכתוב לו דבר, אבל יהיה שמור אצלי עד אשר אמצא מקום. ובפסקי סנהדרין כתב א"א ז"ל שגם בחכמי דורו כבתרא. בביטויים קשים משתמש המהר"ק כנגד מי שלא פסק הלכתא כבתרא. וכותב לו, ואוי לאותו מורה הוראה, שפסק היתר בנוגע לאשת איש נגד כל הפוסקים

### 4.4.3 הסתייגויות

יש המסייגים את הכלל "הלכתא כבתראי" מכמה היבטים.

#### 4.4.3.1 תשובת גאון שהאחרונים לא ידעו עליה:

הרמ"א סובר אף הוא שלאחר התלמוד חל הכלל "הלכתא כבתראי", אולם אם נמצאה תשובת גאון שהאחרונים לא ידעו עליה, לא חל הכלל הזה, כיוון שאילו ידעו את תשובת הגאון, אפשר ששיקול דעתם של האחרונים היה משתנה. וכך הוא כותב:

כל מקום שדברי הראשונים כתובים על ספר והם מפורסמים, והפוסקים האחרונים חולקים עליהם, כמו שלפעמים חולקים על גאונים, חולכים אחר האחרונים דהלכה כבתראי מאביי ורבא ואילך... אבל אם נמצא תשובת גאון ולא עלה זכרונו על ספר, ונמצאו אחרים חולקים עליו, אין צריכים לפסוק כדברי האחרונים, שאפשר שלא ידעו דברי הגאון, ואי הוי שמיע להו הדרי בהו.<sup>53</sup>

---

המאחרים, שו"ת המהרי"ק, קסט. המהר"ם פאדראה, מביא בשם מהר"י מונץ שהשיב, שיש שיטות שונות. מביא את שיטת המהרי"ק שרובה פסקיו הולך אחר האקוד"ה, ואולם שיטת מהרי"ו אחר דעת מהר"ם, מכיוון שהיה מתייחס אחריו, בקירבה משפחתית, אעפ"י שבתשובותיו כתב שהמנהג כהר"ש. והאור זרוע סובר שיש לפסוק אחר ראב"ה כי היה בעל מעשה. ואף מביא שיטת הגהות מיימוניות שהבאנו לעיל, ומכאן מסיק לשיטת בעל הגהות מיימוניות שיש לפסוק את ההלכה כבעל הטורים.

<sup>53</sup> הגהות הרמ"א, חושן משפט כה, ב. בהקדמתו לספרו דרכי משה, חושן משפט, הרמ"א מסתייג מכלל הפסיקה של ר' יוסף קארו, שהתעלם מהכלל הלכתא כבתראי. ובשו"ת הרמ"א, כה. כותב: "שהמהר"ם מרוטנבורג, דרכו לפסוק כרי"ף אלא אם כן התוספות חלקו עליו. ובנימוק שהם היו בקיאים בספרים יותר מכל פוסק אחר". וממשיך וכותב: "ומינה דהלכה כהפוסקים כהר"ש והמרדכי דהו בתרייהו טובא כדפליגי עליהו, דמה"ט הלכה כבתרא דהוא חזה טעמא דקמא ואפ"ה פליג ש"מ ידע דלית בה מששא, אבל קמא דלמא אי הנה שמע טעמא דבתרא היה הדר ביה. ע"כ יש לפסוק כתוספות היכא דלא פליגי כוותיה וכן קבלתי הלכה למעשה מאדוני מורי אבי הגאון ומאורן של כל בני הגולה מהר"ר שלום המכונה שכנ"ו". ההוכחה שמביא מהרב שכנ"ו, מתקשרת לאופיו של הרב שכנ"ו שמתוך ענווה לא רצה שישמכו עליו, וכן צריך לפסוק כהוראת השעה. וכך ממשיך וכותב: "וחי נפשי עולמים דזמנין סגיאיין ביקשתי עם הרבה לומדים ממנו שיעשה פסק, ותשובתו הייתה מחמת רוב חסידותו וענוונותו אשר היה עניו יותר מכל האדם אשר על-פני האדמה ואמר יודע אני דשוב לא יפסקו כ"א כאשר אכתוב מטעם דהלכה כבתרא, ואין רצוני שישמכו העולם עלי ר"ל כגון היכא דאיכא פלוגתא בתי רבוותא והוא יכריע או לפעמים יחלוק ואכן לציין כי אם מה שענינו רואות, לכן יעשה כל אחד כפי הוראת שעה כאשר עם לבבו, ומה"ט לא עשה נמי רבו הגאון מהרי"ף שום ספר, גם שום תשובה ששלחו למרחוק לא העתיקו בביתם אלו הגאונים מה"ט, אף כי היה נחשב בעיניהם ליוהרא". מדבריו משתמע, שכתובת ספר פוסקים או אפילו תשובה תפגע בכלל הלכתא כבתראי. ראוי לציין שאף רבי יוסף קארו, במספר מקומות, כותב שהוא פוסק לפי הכלל הלכתא כבתראי. וכך הוא כותב: "נשאל לרבינו שריא ורבינו האי... וכתב הרמב"ן ז"ל עליהם, ודברי תימא הם... ולענין הלכה נקטינן כדברי התוספות והרמב"ן דבתראי ניהו". לשיטתו שיש לפסוק לפי הכלל הלכתא כבתראי ראו: בית יוסף, יורה דעה, שעה ד"ה שאלה,



המהרי"ק סובר שהכלל חל, ואם לא נקבל אותו בטענה שלא ידעו דברי הראשונים, בטל טעם "הלכתא כבתראי". ואולם הוא מסייג את תחולת הכלל כאשר דברי הראשונים כתובים בספר ידוע ומפורסם שחזקה שידעו והכירו אותו ולא פסקו לפיו. אמנם אם האחרונים לא ידעו את דברי הגאון והתשובה לא נכתבה בספר ידוע, יש מקום לטעון שאילו ידע, היה חוזר בו, כלומר הכלל לא חל. וכך הוא כותב:

ולפי הנלע"ד דדוקא היכא שדברי הראשונים כתובים על ספר ידוע ומפורסם, אבל מה שנמצא כתוב בתשובת גאון אחד ולא עלה זכרנו על ספר ידוע אפילו אם ימצא פוסק אחרון שיפסוק בהפך מהגאון הקודם לו איכא למימר דילמא לא שמיע ליה לאותו פוסק האחרון ואי שמיע הוה הדר ביה.<sup>54</sup>

#### 4.4.3.2. מרחק הזמן

מהר"ם אלשיך אינו מקבל את הכלל בכל מצב. הוא שולל את תחולת הכלל אם בין בתראי לקודמיהם יש פער גדול בזמן. דוגמה לכך הוא מביא את התנאים והאמוראים. כיוון שהתנאים בדרגה גבוהה משל האמוראים, אי אפשר שאמורא יחלוק על פי שיקול דעתו על שיקול דעת התנא. לכן גם בדורות המאוחרים מתחשבים בפער בין שני הגופים. בתשובתו הוא דן בשאלה אם לקבל דברי המהרי"ק, אף שסברתו שלא כסברת התוספות וסמ"ג. מהר"ם אלשיך אינו מקבל את השיטה שיש להעדיף שיקול דעת המהרי"ק, מפני שהוא בתראי, כיוון שבין המהרי"ק לתוספות וסמ"ג קיים פער כמו בין אמורא לתנא. וכך הוא כותב:

שאע"ג דסברת מהרי"ק שלא כדעת התו"ס, לא יעלה על לב לומר דכיון דבתרא הוא נקטינן כותיה. דלא סברא היא... ועוד דעד כאן לא אמרינן הלכה כבתראי לגבי קמאי, אלא כשאין בין בתראי לקמאי אאל כהדרגת אמוראי קמאי לאמוראי בתראי, אבל היכא דאיכא בינייהו כהדרגת שבין אמוראי לתנאי לא אמרינן, דהא מתנאי לאמוראי לא אמרינן הלכה כבתראי. אלא אדרבה אין גם א' מהאמוראים בלעדי רב דתנא הוא יחלוק על תנא אם אין תנא מסייעו וסומך עליו. וא"כ דהשתא אין ספק שהמהרי"ק שהוא מדורותינו אלה, לא אמרי עליו לגביה התו"ס דהלכה כמותו שהוא בתרא לגביה דידהו.<sup>55</sup>

---

וכן ראו בית יוסף יורה דעה, שצא ד"ה וכתב הרוקח. שו"ת אבקת רוכל, סא, שו"ת בית יוסף, דיני גוי מסיח לפי תומו, ב (עמ' רעז).

<sup>54</sup> שו"ת מהרי"ק, צד.

<sup>55</sup> שו"ת מהר"ם אלשיך, לט.

שיטה דומה לשיטת מהר"ם אלשיך היא שיטת מהר"ם אלאשקר. הוא מתייחס לשואל שהביא את שיטת רבו בשם המהרי"ק שהלכה כבתראי אף אם הפוסק הוא יחיד כנגד רבים, כלומר אין משמעות למרחק הזמן בין הפוסקים, אפילו אחרון נגד ראשונים. מהר"ם אלאשקר אינו מקבל שיטה זו ואינו מאמין שזו שיטת המהרי"ק. המהרי"ק בתשובתו מעלה את הראשונים לדרגת אדם, והאחרונים אפילו לא לקוף. ולכן אין מקום שאחרון יחלוק על ראשונים בהסתמך על הכלל "הלכתא כבתראי". וכך הוא כותב:

שמה שכתבת שאמר לך רבך בשם כמה"ר יוסף קולון ז"ל, ואף בפוסקים איכא למימר הכי דהלכה כבתראי עד שדחק עצמו לומר דאפילו יחיד אצל רבים שקדמוהו... ואני תמיה אם דברים כאלו יצאו מפי הרב ז"ל... והלואי שיבינו דורות אלו הקל שדברי הראשונים.<sup>56</sup>

ובמקום אחר כתב: "דאפילו יחיד כנגד יחיד אין הולכין אלא אחר הגדול, וכל שכן בהיותו ראשון דקמאי עדיף".<sup>57</sup>

הרב משה אבן חביב מתייחס אף הוא לדברי המהרי"ק ומסביר שכוונת המהרי"ק היא כאשר הפוסקים האחרונים גדולים בחכמה כמו הפוסקים הראשונים, כלומר יש כאן צמצום תחולת הכלל אף לשיטת המהרי"ק. וכך הוא כותב:

והדבר תמוה בעיני כל חכם לב, שנאמר דהלכה כפוסקים אחרונים של דורות הללו נגד הפוסקים הראשונים אבות העולם, הרי"ף והרמב"ם והרא"ש וזולתם מגדולי הראשונים... ולע"ד יראה דאף לדעת מהרי"ק דס"ל דהלכה כבתראי אף בפוסקים, היינו דוקא כשהפוסקים האחרונים הם גדולים בחכמה כפוסקים בראשונים.<sup>58</sup>

הרב שמואל אבן סיד מצמצם את ממד הזמן ומחדש שני כללים: א. תחולת הכלל "הלכתא כבתראי" היא כאשר המחלוקת אינה בין תלמיד לרב; ב. הכלל הנ"ל קודם לחתימת התלמוד, אולם לאחר התלמוד שיקול דעת תלמיד יכול לגבור על שקול דעת רבו. וכך הוא כותב:

ויראה לי, שהכללים האלו דאין הלכה כתלמיד במקום הרב והלכה כבתראי, אינן אלא בין חכמי הגמרא, אבל אחר שנחתם התלמוד, אזלינן אחר המביא ראיה נכונה והמסביר דברא, כי כולם תלמידים הם מחכמי הגמרא שמהם לומדים ראיות וסברות לדבריהם.<sup>59</sup>

<sup>56</sup> שו"ת מהר"ם אלאשקר, נד.

<sup>57</sup> שם נו.

<sup>58</sup> גט פשוט, כללים, כלל ג.

<sup>59</sup> כללי שמואל, כלל קיג. הרב בנימין בן הרב מתתיהו בספרו שו"ת בנימין זאב ע"ה כותב: "מכל מקום כיוון שרבו כמו רבו הפוסקים דאומרים דכופין בנשוי אשה ובתראי אינון ראוי לנו ללכת אחרים, ואכן פסקין

ר' אברהם הלוי מתייחס לממד הזמן ואף מצמצם את הכלל לתקופות מסוימות, ואלה דבריו:

וע"כ לא אמרו קצת פוסקים דאין לדורות האחרונים לחלוק על הראשונים אלא כשהם רחוקים הרבה, כגון לחלוק על גאון או על הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל שהם עמודי ההוראה וקדמונים הרבה, בזה אין לנו רשות. אבל בפוסקים אחרונים שהם קרובים זה לזה מאה שנה או מאתיים, כגון ממהר"ם אלשיך, פשיטא דיכול לחלוק עליו והלכה כבטראי ובפרט שדברי הש"ך בכל מה שהשיג על הרמ"א ז"ל בזה הם קושיות חזקות.<sup>60</sup>

דומה שלשיתנו, מחד יש ירידת הדורות, ומאידך ההלכה נקבעה כאחרונים, לכן "מאה או מאתים [שנים]" עדיין אין פער בין שיקול דעת הראשונים לאחרונים. אך אם מדובר במאות שנים, הפער גדול. וכלשונו "ובזה אין רשות".

#### 4.4.3.3 מוחזק למובהק בחכמה

ר' יהונתן אייבשיץ סובר שיש כוח לאחרונים, ואנו נעדיף את שיקול דעתם. ואולם הסמכות לחלוק היא כשמדובר באחד מהאחרונים שמובהק בחכמה ויש לו שיקול דעת הלכתי להכריע, אבל אם אינו בעל נתונים כאלה, אין לשמוע לדבריו אם הוא חולק על הקדמונים אשר חכמתם ושיקול דעתם הם לנו לעיניים ולחומה. וכך הוא כותב:

דאין הרב מהרי"ק לומר כשהוא חולק על תוסי' דהלכה כבטראי. כי אין ערכם שוה כמדרגות אמוראין קמאי לאמוראי בתראי. וממנו תקיש לדורות שלנו אשר בעו"ה תשה כחה של חכמה, המקום יעיר עלינו רוח מרומים.<sup>61</sup>

ר' יהונתן אייבשיץ חש גם הוא בירידת הזמן כר' אברהם הלוי. אמנם אין הוא מגדיר את ממד הזמן, ואולם הוא מביא דוגמא בין מהרי"ק לבין התוספות. ראוי לציין ששניהם חיו במאה ה-17.

---

בכולא דיכתין דהלכה כבטראי". ראו דבריו גם בסי' קנט. ראו כנסת הגדולה, יורה דעה ב, כללי הפוסקים כלל לט.

<sup>60</sup> שו"ת גנת ורדים, חושן משפט כלל ה, ט.

<sup>61</sup> אורים ותומים, חושן משפט, סימן כה, אורים ס"ק כב.

## 4.5 גישת החוקרים

### 4.5.1 עמדת תא שמע

תא שמע בדיונו על הכלל "הילכתא כבתראי" מסיק:

א. יש מחלוקת שיטתית ומפורשת בין חכמי ספרד ובין חכמי אשכנז. לדעת חכמי אשכנז, הכלל חל בכל תקופות הפוסקים בכל הדורות, ואינו נוגע רק לתקופה התלמודית. ולדעת חכמי ספרד, "פניהם אל הגדולים הקדמונים המפורסמים בחכמה ולא אל המאוחרים בזמן". כלומר חכמי ספרד ביטלו את שיקול דעתם מול שיקול דעת הראשונים.<sup>62</sup>

ב. החלת הכלל על תקופת הפוסקים, אצל חכמי אשכנז חלה כנראה במאה ה-14. וכלשונו:

רק במאה ה-14 החלו, כנראה חכמי האשכנזים בהחלת הכלל של "הילכתא כבתראי". על תקופות הפוסקים, וזאת לאחר שייחסו לו משמעות רחבה ועקרונית יותר מלשאר כללי הפסיקה חבריו... מפנה זה נעוץ בשינוי המכריע שחל בעולם הרוח באירופה הנוצרית... בשאלת היחס בין חכמת הקדמונים וחכמת ההווה... שינוי זה שמצא את ביטוי במשל "הננס והענק".<sup>63</sup>

לדעת תא שמע, הכלל "הילכתא כבתראי" חל בקרב חכמי אשכנז רק במאה ה-14. הוא סובר שהראשון שביטא כלל זה הוא הרא"ש, ובניו ביטאו אותו בתפיסה מופלגת. אחריהם השתמשו חכמי אשכנז בכלל זה. לראשונה הרחיב את הכלל ר' יוסף קולון במאה ה-15, ומימיו הלך הכלל ונתרחב. והיטיב לבטא דבר זה הרמ"א, גדול הפוסקים האשכנזים בדורות האחרונים, בהקדמת לספרו "דרכי משה".<sup>64</sup>

<sup>62</sup> תא-שמע, הלכה, מנהג ומציאות באשכנז 1100-1350, עמ' 59. לדעת תא שמע, הראשון שביטא את הכלל הלכתא כבתראי בתפיסה מופלגת הוא ר' יהודה בן הרא"ש בתשובתו זכרון יהודה, סי' ג, שבה ביקש להכריע את ההלכה כדעת אביו הרא"ש נגד בעל התרומות, ונימוקו שאביו מאוחר ממנו, וצריך להחיל עליו "הילכתא כבתראי". הוא יצא נגד הסברה שהלכה כבתראי חלה רק על האמוראים. מכאן סובר תא שמע שהפיתוח הראשון של ביטוי הכלל הלכתא כבתראי נבע מר' יהודה ור' יעקב בני הרא"ש, שפיתחו את דברי אביהם. ר' יובל במאמרו 'ראשונים ואחרונים' *Antiqui et Moderni* ציון נו (תשנ"ב) עמ' 376, הע' 16, סובר אחרת. לדעתו, דברי הרא"ש שעליהם מוסבים דברי בניו הם אינטרפרטציה מאוחרת של עמדתו. וכך הוא כותב: "העמדה המיוחסת שם לרא"ש, כאילו השתמש בכלל גם לשם הכרעת מחלוקות בין פוסקים בתר תלמודיים, היא אינטרפרטציה מאוחרת של עמדתו, כפי שמוכח מביקורת דבריו במקור הנזכר שם והמתואר לעיל הע' 13". על כן כותב תא שמע שפירושו של יובל רחוק מן הדעת. וכלשונו: "והוא לא שם לב לכך כי ה'אינטרפרטציה המאוחרת' היא שלבניו ביניהם ר' יעקב שעמד לצדו ולמד מפיו", תא שמע הלכה, מנהג ומציאות באשכנז, עמ' 59 הערה 2.

<sup>63</sup> את המשל "הננס והענק" הביא ר' ישעיהו די טרני, בעל תוספות רי"ד, שמנמק את גישתו לחלוק עד קודמיו. שו"ת הרי"ד תשובה ס"ב.

<sup>64</sup> הרמ"א הביא כמה נימוקים לכתיבת ספרו. הנימוק השלישי הוא שר' יוסף קארו לא אימץ את הכלל הלכתא כבתראי. וכך הוא כותב: "והוא עיקר והוא התכלית... כי ידוע שהרב המחבר בית יוסף בטבעו אל

וכך תא שמע מסכם את שיטתו:

תפיסתו של הכלל 'הלכתא כבתראי' ככלל הגדול של המשפט העברי, אינה משקפת את מהותו המקורית, ואף לא את גלגוליו העיקריים של הכלל, אלא את שלבו האחרון בלבד, ואף זאת על-פי המסורת האשכנזית בלבד. בעיקרו אין 'הלכתא כבתראי' אלא כלל אחד בין עשרות כללי פסיקה אחרים, שנתגבשו רובם בתקופת הגאונים (או הסבוראים), כחלק ממאמציהם להסדיר את השימוש הנורמטיבי בתלמוד כבספר הלכה בלעדי.<sup>65</sup>

לדעת תא שמע, אין בכלל הזה אסמכתא למתן חירות בשיקול דעת הדיין, אלא אלמנט מצמצם ולא מרחיב, כלומר יש כאן הפניה אל פוסקי העבר והנחיה לתת תוקף למאוחרים בזמן. לשיטתו, לאחר זמן, בראשית המאה ה-14, הרחיבו חכמי אשכנז את משמעות הכלל. ומן המאות ה-15 וה-16 החילו חכמי האשכנזים את הכלל גם כלפי בית הדין הפוסק עצמו, אף כי עשו זאת במרומז ולא במפורש. מפנה זה כולו חל בשל שינוי מכריע בעולם הרוח באירופה הנוצרית במאה ה-12 בשאלת היחס שבין חכמת הקדמונים ובין חכמת ההווה<sup>66</sup> שמצא את ביטויו במשל "הננס והענק" וכך ממשיך וכותב תא שמע:

עקרון עצמאות הפסיקה... היה תמיד יסוד מרכזי בפרקטיקה של ההלכה. אך דבר אין לו ולא היה מעולם עם הכלל של 'הלכתא כבתראי' שהוא מעצם הגדרתו אלמנט מצמצם ולא מרחיב. משמעותו העיונית... הנה שימור כוחו היחסי של כל שלב בפסיקה האמוראית כלפי שלב הפסיקה הקודם לו גם לעתיד. רק בראשית המאה ה-14 החלו חכמי אשכנז בהחלת הכלל של 'הלכתא כבתראי' על תקופות הפוסקים, וזאת לאחר שייחסו לו משמעות רחבה ועקרונית יותר מלשאר כללי הפסיקה חבא... מפנה זה נעוץ... בהכרה שנתגבשה אז בדבר עקרון ההדרגתיות בתהליך השגת

---

הגדולים נכסף... הרי"ף והרמב"ם והרא"ש... ואף כי הם קמאי ולא בתראי, ולא חש לדבריהם שצווחו בו קמאי דקמאי... לפסוק הלכה בכל מקום כתבראי ולא לחוש לקמאי, ואפילו במקום הרב אצל התלמיד, וכן פסקו האחרונים תמיד ובראשם מהרי"ק ומהרא"י... ועל-ידי זה הדבר סותר כל המנהגים אשר באלו המדינות, אשר רובם בנויים על הכלל הזה בפשטות ובתמימות".

<sup>65</sup> תא שמע, הלכה מנהג ומציאות באשכנז, עמ' 76.

<sup>66</sup> שם. תא שמע כותב שהמהפכה המתבטאת בתפיסה זו עיקרה בהכרה שלמדע יש אופי מצטבר, כלומר אנו יודעים עוד בזכות הישגיהם של הקדמונים. וכלשונו של תא שמע: "הכרה זו היא שאפשרה לחכמי ימי הביניים להודות בשגיאותיהם של חכמי הקדם הנערצים. מבלי לפגום במאומה מגדולתם וממעמדם בעיניהם כאבות החכמה... התפיסה הגלומה בדימוי הענק והננס הניחה, לראשונה שיפור איכותי בטיב פסיקתם של ה'בתראי' וכתוצאה מכך אפשרה גם את החלתו של הכלל על התקופה הרבנית, והפיכתו מכלל הלכה תלמודי 'מקומי' לכלל הלכה עקרוני ומתמיד". שם עמ' 72-73.

החכמה, ובהתקדמות המתמדת המתרחשת בנושא זה מדור לדור, שינוי זה, שמצא את ביטוי במשל 'הננס והענק'.<sup>67</sup>

תא שמע סובר שהשינוי שמצא את ביטוי במשל "הננס והענק" לא נודע ולא נקלט בעולם האיסלאם, ומכאן האיחור הרב שבקליטת התפיסה החדשה של הכלל "הלכתא כבתראי" בין חכמי ישראל שחיו בתרבות זו. וכך הוא כותב:

ואין צריך לומר אצל הספרדים. ר' יוסף קארו, מהר"ם אלאשקאר ומהר"ם אלשיך החזיקו במסורת שונה, ופניהם אל הגדולים הקדמונים, המפורסמים בחוכמה ולא אל המאוחרים בזמן. וכבר ביטא השקפה זו הרמב"ם בהקדמתו ליד החזקה.<sup>68</sup>

תא שמע מחזק את שיטתו בדברי מהר"ם אלאשקאר שתקף קשות עמדה זו שהלכה כבתראי בכל הדורות ואף גיחך עליה. לכן לשיטת המהר"ם אלאשקאר: "לא באו הגאונים ז"ל לומר בהלכה כבתראי אלא על הדורות שנדמו להם מחכמי התלמוד. לא על הבאים אחריהם, שלא ראו בדבריהם ולא הבינו דרכיהם, ולא ניתן דבר זה אלא לנביאים".<sup>69</sup>

לדעת תא שמע, הכלל "הלכתא כבתראי" מצומצם בהוראתו למקרה שפוסק זקוק להכריע בין קדמונים למאוחרים ואין לפניו שיקולים נוספים, כגון רוב ומיעוט או איסור ממון. כאן הוא חייב להעדיף את כח האחרונים גם אם שיקול דעתו נוטה לקודמיהם. מכאן מסיקים

---

<sup>67</sup> תא שמע, הלכה מנהג ומציאות באשכנז, עמ' 76. הוא סובר שהדימוי במשל של "הננס והענק" נוצר לראשונה במאה ה-12 על-ידי ברנארד משארטר, פילוסוף מפורסם שעמד בראש מדרש ידוע בעירו והיה מראשי הסכולסטיקנים. לדימוי הזה יש משמעות פילוסופית, דתית ותרבותית עמוקה. ניסוחו של המשפט נשתמר בדברי תלמידו, ג'ון מסולסבורי. שם עמ' 71. תא שמע מפנה למקורות לנושא זה:

G. Sarton, *Notes and Correspondence*, Isis 24 (1935), pp. 107-109; E. Jeanean, *Nani Gigantum Hur meri Insidente's rirarium* 5 (1969), pp. 79-99;

R.K. Merton, *On the Shoulders of Giants*, New York, 1965: "הננס והענק".

<sup>68</sup> שם, עמ' 60. ראו הקדמת ר' יוסף קארו לשו"ע; מהר"ם אלאשקאר נ"ד, פד, צד; שו"ת מהר"ם אלשיך סי' לט. ראוי לציין שהמקור ברמב"ם שמסתמך עליו תא שמע למדים ממנו שני דברים: האחד שלדין יש חירות בשיקול דעתו ויכול הוא לחלוק אף על גאונים, והשני – שאין מקום לחשיבות ראשון או אחרון, אלא למי שהדעת נוטה לדבריו. מכאן מסיק תא שמע שלפי הרמב"ם לא חל הכלל "הלכתא כבתראי", וכך כותב הרמב"ם בהקדמתו ליד החזקה: "וכן אם לימד אחד מהגאונים שדרך המשפט כך הוא, ונתבאר לבית דין אחר שעמד אחריו שאין זה דרך המשפט הכתוב בתלמוד אין שומעין לראשון אלא למי שהדעת נוטה לדבריו, בין ראשון בין אחרון". כלומר לאחרון יש סמכות לחלוק על ראשון. אך אין דעתו מחייבת אותנו כהלכתא כבתראי.

<sup>69</sup> שו"ת מהר"ם, אלאשקאר סי' נד.

שאינן בכלל זה נתינת כוח ההכרעה בידי אותו פוסק על-פי שיקול דעתו, אדרבה, ההנחיה המחייבת את הפוסק "כבתראי" שוללת ממנו הכרעה שיפוטית חופשית על-פי שיקול דעתו.<sup>70</sup>

בזמן התלמוד ניתן כוח ההכרעה האחרון בידי הפוסק ובית הדין של ההווה, אך לא מהטעם של "הלכתא כבתראי", שלדעת תא שמע לא היה ידוע לחז"ל בזמן התלמוד, אלא מן הטעם "יפתח בדורו כשמואל בדורו".<sup>71</sup> כלל זה כפשוטו וכהקשרו בסוגיה עוסק במתן כוח וסמכות לבית הדין כמוסד שיפוטי מחייב.<sup>72</sup> וכך כותב תא שמע:

אין קשר בין ייפוי כוחו של בית הדין לבית הכלל של 'הלכתא כבתראי' הכלל האחרון הוא, כאמור, כלל של הכרעה במחלוקת, ומחייב את הפוסק להכריע על-פיו, בעוד שייפוי כוח בית הדין אינו מחייב את בית הדין עצמו כלל, אלא את הכפופים לו דווקא. ייפוי כוח בית הדין מתייחס, לפי עצם טיבו והגדרתו, רק להווה... אולם אין להסיק ממנו... את הכלל ההלכתי... 'הלכתא כבתראי'... עקרון כוח בית דין מאפשר לבית הדין לאכוף את סמכותו אף במקום שפסקיו חורגים מכללי ההלכה.<sup>73</sup>

<sup>70</sup> תא שמע, הלכה, מנהג ומציאות באשכנז, עמ' 67.

<sup>71</sup> ראש השנה כה ע"ב.

<sup>72</sup> לדעת תא שמע, הכלל "יפתח בדורו כשמואל בדורו" אינו דין בכללי הכרעה של מחלוקת, אלא הכוונה למתן כוח וסמכות לבית הדין כמוסד שיפוטי באותו הזמן. וכך שנינו למשנה שם: "ועוד באו שנים ואמרו ראינוהו בזמנו ובליל עיבורו לא נראה, וקיבלו רבן גמליאל. אמר רבי דוסה בן הרקנס עדי שקר הן, היאך מעידין על האשה שילדה למחר כריסה בין שניה, אמר לו רבי יהושע, רואה אני את דבריך שלח לו רבן גמליאל יגונרני עליך שתבוא אצלי במקלך ובמעוטיך באם הכיפורים שחל להיות בחשבונך, הלך ומצאו רבי עקיבא מצר... בא לו אצל רבי דוסה בן הרקנס אמר לו אם באים אנו לדון אחר בית דינו של רבן גמליאל. צריכין אנו לדון אחר כל בית דין שעמד מימות משה ועד עכשיו... אלא ללמד שכל שלשה ושלושה שעמדו בית דין על ישראל הריהם כבית דינו של משה". וכך כותב תא שמע שם, עמ' 68: "ובניסוח שבגמרא: 'שאפילו קל שבקלים ונתמנה פרנס על הציבור הרי הוא כאביר שבאבירים'. מעניינת ההדרגה היורדת: 'בית דינו של משה', 'כל שלשה שעמדו בית דין', 'קל שבקלין', אשר ממנה אתה למד שהושוו כל בתי הדין לעניין זה, למרות התפיסה הפשוטה אצל חז"ל בדבר הירידה המתמדת של בתי הדין המתוארת בגמרת ראש השנה. קושי עיוני זה לא נעלם, כמובן מעיני חז"ל, והם העמידוהו במילים ברורות בסוף אותה סוגיה: 'ובאת אל הכהנים הלויים ואל השופט אשר יהיה בימים ההם (דברים יז, ט), וכי תעלה על דעתך שאדם הולך אצל הדיין שלא היה בימיו? הוא אין לך לילך אליו אצל שופט בימיו. ואומר: 'את תאמר מה היה שהימים הראשונים היו טובים מאלה' (קהלת ז, כ). הרי שללה הגמרא בפירוש את הלגיטימיות מן השאלה 'מה היה' בהקשר לכוח בית הדין, אף שלא הסבירה מדוע באמת אין לשאול שאלה מעניינת זו". לאמר לפי גישת תא שמע הכלל "יפתח בדורו כשמואל בדורו" כמו שבית הדין בדורו כשמואל, היה לו שיקול דעת. כן גם בית דין בדורו של יפתח שהוא, כיפתח יש לבית הדין שיקול דעת.

<sup>73</sup> שם, עמ' 68.

תא שמע מדגיש שהאמוראים ראו בחופש שיקול דעת בית הדין עיקרון דינמי של ההלכה החיה בשעתה. כך אותן הוראות חדשות לא היה בכוחן לחייב את המשך התפתחותה של ההלכה בעתיד.<sup>74</sup> ואולם כאן יש מחויבות מסוימת של כפיפות דרך ארץ של תלמיד בפני רבו, ובגבולותיה של אותה שיטה הוכר חופש הפסיקה גם בתחום האישי על-פי הכלל "במקום שיש חילול השם אין חולקין כבוד לרב".<sup>75</sup> וכך כותב תא שמע:

אך הכלל 'הלכתא כבתראי' – לדעת האשכנזים – מעניק תוקף הלכתי לפסקים מן ההווה גם כלפי העתיד. עקרון 'השופט אשר יהיה בימים ההם' והכלל 'הלכתא כבתראי' אינם מקבילים, ובוודאי שאינם זהים, אף אם אינם סותרים לגמרי אהדדי... משלימים הם זה את זה על חשבון זה.<sup>76</sup>

## 4.5.2 עמדת אלון

אלון מסיק מהקדמת המהרש"ל לספר "ים של שלמה" על מסכת חולין שהמהרש"ל לא ייחס חשיבות לכלל "הלכתא כבתראי". וכך הוא כותב:

<sup>74</sup> על הבעייתיות הכרוכה בעקרון ייפוי כוח בית דין רואים מהסתירה שלכאורה קיימת בינו ובין משנת עדויות פ"א מ"ה הקובעת: "אין ביי"ד יכול לבטל דברי ביי"ד חברו עד שיהיה גדול ממנו בחכמה ובמנין". הרמב"ם פתר, בעיה זו בהלכות ממרים פ"ב ה"א בחידושו: "ביי"ד גדול שדרשו באחת מן המידות כפי מה שנראה בעיניהם שהדין כן ודנו דין, ועמד ביי"ד אחר ונראה לו טעם אחר לסתור אותו, הרי זה סותר ודן כפי מה שנראה בעיניו, שנאמר "אל השופט אשר יהיה בימים ההם", אינך חייב ללכת אלא אחר ביי"ד שבדורך" וכך ביי"ד שגזרו גזרה או תיקנו תקנה והנהיגו מנהג... ועמד אחריהם ביי"ד אחר וביקש לבטל... אינו יכול עד שיהיה גדול מן הראשונים בחכמה ובמנין".

<sup>75</sup> במחלוקת בשיקול דעת בין רב לתלמידו ראו ירושלמי, גיטין פרק א, ב. בבלי, עירובין סב ע"א; בבלי, קידושין לא ע"ב; בבלי, סנהדרין ה ע"ב; בבלי סנהדרין ק. ע"א. הרמב"ם פסק: "כשם שאדם מצווה בכבוד אביו ויראתו כך הוא חייב בכבוד רבו ויראתו יתר מאביו... ואין לך כבוד גדול מכבוד הרב ולא מורא ממורא הרב. אמרו חכמים מורא רבך כמורא שמים לפיכך אמרו כל החולק על רבו כחולק על השכינה שנא' "בהצותם על ה'", וכל העושה מריבה עם רבו עושה מריבה עם השכינה שנאמר "אשר רבו בני ישראל ויקדש בס" וכל המתערעם על רבו כמתערעם על ה' שנאמר "לא עלינו תלונותיכם כי על ה'", וכל המהרהר אחר רבו כאילו מהרהר אחר שכינה שנאמר "וידבר העם באלקים ובמשה" הלכות תלמוד תורה, פ"ה ה"א. וכך הרמב"ם ממשיך בה"יג. "איזהו חולק על רבו זה שקובע לו מדרש ויושב ודורש ומלמד שלא ברשות רבו ורבו קיים, ואף על-פי שרבו במדינה אחרת, ואסור לאדם להורות בפני רבו לעולם, וכל המורה הלכה בפני רבו חייב מיתה... כגון שראה אדם עושה דבר האסור מפני שלא ידע באיסורו או מפני רשעו, יש לו להפרישו ולומר לו דבר זה אסור, ואפילו בפני רבו ואף על פי שלא נתן לו רשות, שכל מקום שיש חילול השם אין חולקין כבוד לרב". ראו, ארחות חיים, הלכות תלמוד תורה, כח; שו"ת מהרי"ק קסט; שו"ת ר' משה פרויניציאלו, ו; שו"ת מהרשד"ם, חושן משפט, א; שו"ת תרומת הדשן, פסקים וכתבים, רלח. שו"ת מהר"ם מינץ, עמ' תקצח; שו"ת מהר"י ברונא קמ-קמא; שו"ת הרדב"ז א, תצה; הגהות הרמ"א יורה דעה, רמב, ג; ש"ך, שם ס"ק ג; באר שבע, סנהדרין ק' ע"א.

<sup>76</sup> שם, עמ' 69.



דרך פסיקתו של המהרש"ל סותרת אפוא בהחלט את דרך הכרעתו של ר' יוסף קארו – שיש לילך לפי הרוב בשלושה עמודי ההוראה... אך שונה היא גם מדרך הפסיקה של בן דורו ומקומו – הרמ"א. המהרש"ל אינו מיחס כל חשיבות מיוחדת לעקרון הפסיקה 'הלכתא כבתראי' שמדובר בגאונים ובפוסקים האחרונים שבהם – כפי שעשה הרמ"א – אלא כדי שלא יבוא בעל דין ויאמר שפסק המהרש"ל כפי שפסק משום שלא ידע דעה פלונית או אלמונית ואילו ידע זו היה פוסק לפיה.<sup>77</sup>

### 4.5.3 עמדת רפ"ד

רפ"ד מסיק שבמאות ה-15-16 נעשה הרבו מאוד להשתמש בכלל "הלכתא כבתראי", שנהפך לגורם ראשון במעלה. על העדפת שיקולי דעת האחרונים כותב רפ"ד:

תוארה כאן תמונת המאות י"ד-ט"ו באשכנז: מנהגי קהילות נסיונות שלא להכריע חד-משמעית, שיקולי פסיקה המושפעים ממוצאם של חכמים ומסורות אישיות. כן שיערנו, שמעמד הכלל – לעומת מעמדו של הרא"ש – הוא בבואה לדרכי ההוראה דאז. מאידך גיסא הדגשתו והבלטתו אצל רוב חכמי פולין במאה ה"ט, נובעת כנראה מהצורך להסדרת תקינותם של "ליקויים" אלו. עקרונות, "הלכתא כבתראי" משולל כל זיקה למסורת אישית, אינו מורכב ומפותל עם סמכותם של בעלי הוראה קמאיים ומנותק מכבלי המנהג. בכך הוא רוכש לעצמו מימד על זמני מתמיד, ובכללותו הוא מורה על נטיות ההכרעה של חכמי פולין בתקופה זו.<sup>78</sup>

לדעת רפ"ד, המהרש"ל לא התעלם לחלוטין מהכלל "הלכתא כבתראי". רפ"ד מביא דוגמאות מן הספר "ים של שלמה".<sup>79</sup> וכך כותב המהרש"ל שם:

וא"כ מכ"ש היכא דאתחזק ריעותא וא"ז [=ואור זרוע] בעל הוראה ובתראי הוא וראוי לחוש לדבריו... וכ"ש לפי מה שכתבנו לעיל.<sup>80</sup>

<sup>77</sup> המשפט העברי, עמ' 1156.

<sup>78</sup> רפ"ד "הלכתא כבתראי" אצל חכמי אשכנז ופולין במאות ה"ט-י"ט. סידרא ח, הוצאת אוניברסיטת בר-אילן רמת גן, עמ' 139.

<sup>79</sup> שם, עמ' 135.

<sup>80</sup> ביצה פ"ד סי' יט. תלמידו של המהרש"ל, ר' בנימין אהרן סאלניק, שהיה תלמיד הרמ"א, כותב: "ומעכשיו אבא אל הענין בעצמו ואומר כי כל הרוצה לפסוק ולהכריע היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא זה לא יתכן כי אם באחד משלושת הדרכים א. שיוכיח בראיות גמורות מתוך התלמוד או מתוך פסקי הגאונים. ב. אפילו בלא הוכחות וראייה אלא כיוון דחזינן דאיכא רוב מנין ורוב בנין פסקינן הלכתא כוותיה כיחיד ורבים הלכה כרבים. ג. דבכל מקום פסקינן הלכה כבתראי נגד קמאי מאבאי ורבא ואילך", שו"ת משאת בנימין סי' סב;

רפולד מעיר שר' יוסף כ"ץ דוגל בכלל ההלכתי "הלכתא כבתראי". וכך כתב ר' יוסף:

ואעפ"י שכתב האלפסי... והכי שדר רבינו האי גאון... מ"מ הלא למי כל

חמדת ישראל הוא מאור עינינו הרא"ש ז"ל שהוא בתראה כתב עליו.<sup>81</sup>

ובמקום אחר כתב:

אבל מ"מ הואיל והרא"ש ז"ל בתראה הכריע כר"ת ופליג על

האלפסי בסברא ובטעם גדול... וא"כ נראה לפסוק בר"ת וכהרא"ש

ובנו.<sup>82</sup>

לדעת רפולד, ר' יוסף כ"ץ שייך לבית מדרשם של הרב שלום שכנא והרמ"א, כפי שעולה מדבריו שדבק בכלל "הלכתא כבתראי". שלא כרב שכנא, ר' יוסף כ"ץ אישר שידפיסו את ספריו. מדבריו עולה נימה של התנצלות, כנראה בהשפעת הרב שלום שכנא שסירב בכל תוקף להדפיס ולהנציח את שיקול דעתו, וכך הוא כותב:

ונאמן עלי היודע ועד שלא כתבתי זאת רק להיות לצרכי וזקנתי מפני

יראת השמר לך פן תשכח וגומר, וכדי שלא אצטרך לאבד זמן במהדורא

בתרא, והנה זקנתי ושבתי והבנים בני בני יצ"ו הליצוני ... והכרחוני ליתן

להדפיסו וההכרח לא ישובח ולא יגונה.<sup>83</sup>

#### 4.5.4 עמדת יובל

יובל עסק בשאלה מתי נוצר לראשונה בתודעת חכמי אשכנז קו תיחום בין תקופת ה"ראשונים" ובין תקופת ה"אחרונים". הוא הסיק שהקו עובר בימי המגפה השחורה והגזרות הקשות הנלוות באמצע המאה ה-14.<sup>84</sup> לשיטתו, המהרי"ק היה הראשון שהשתמש

---

ראו: N. Shulman, *The Responsa Mas'at Binyamin Rabbi Benjamin Aharon Ben Arraham Solnik*, N.Y., 1971, p. 11.

<sup>81</sup> שו"ת שארית יוסף, סי' ג עמ' יז.

<sup>82</sup> שם סי' סב, עמ' קמט, ובמקום אחר הוא כותב: "ואין לומר אדרבה שהר"י מהר"י סג"ל סמך עצמו על דקדוק של תשובת מהר"ם, והרא"ש הוא תלמיד מהר"ם ופוסק שלא כמהר"ם א"כ הוא בתראה, זה אין ראוי, כי תשובות מהר"ם לא היו בספר מחובר בימי הרא"ש, וי"ל שלא ידע הרא"ש אותה תשובה של מהר"ם, ואח"כ מהר"י סג"ל נתפרסם הספר או אותה תשובה באתה לידו", שם סי' נב, עמ' קלו; ובמקור אחר: "והנה הראב"ד והרא"ש ובנו ר' יעקב בעל הטורים הם בתראי, שם סי' ג, עמ' יט.

<sup>83</sup> הקדמת ספר שארית יוסף לר' יוסף כ"ץ, מהדורת ר"א זיו-ניו-יורק, תשד"מ, עמ' 4.

<sup>84</sup> על זה כותב יובל: "ואכן המאה הי"ד מציינת שפל בהיסטוריה הפוליטית והתרבותית של היהודים בגרמניה. מאתיים שנה שלווה באופן יחסי – מאז ימי מסע הצלב הראשון בשנת 1096 – פינו מקומן לקראת סוף המאה הי"ג לשרשרת של פגיעות קשות, שהפילו אלפי חללים. כבר בשנת 1298, בגל הפרעות הראשון המכונה גזירת רינדפליש, נהרגו לפחות חמשת אלפים איש, יש לשער כי גם בפרעות ארמלדר, הפגיעות ביהודים במגפה השחורה שבה פחתה האוכלוסיה היהודית בגרמניה בשני שליש. אסונות אלה השביתו כמעט כליל את הפעילות הספרותית. במחצית השנייה של המאה הי"ד לא נתחבר באשכנז שום חיבור הלכתי בעל

בכלל זה בעקבות המהרי"ל. ואולם לדעתו, המהרי"ק החיל את הכלל אך ורק על קבוצת החכמים שחיה ופעלה בין דור מהר"ם מרוטנבורג לדור ר' יעקב בעל הטורים, כלומר עד אמצע המאה ה-14. בהם בלבד ראו מהרי"ל וחבריו, ומהרי"ק אחריהם, פוסקים בתראיים לעומת הפוסקים שלפניהם. את דבריו הוא מנמק בכמה טיעונים. עיקר טיעונו הוא שלמרות השימוש המופלג של המהרי"ק בכלל זה לא נמצאה בדבריו עדות להחלת הכלל על חכמים אשכנזים מפורסמים כגון מהרי"ל, מהר"י וייל ומהר"ם פולדא, שפעלו בין זמן המהר"ם ובין זמנו הוא. יובל אף הרחיק לכת וסבר שאף ר' יעקב פולק ור' שלום שכנא לא עלה בדעתם להעניק כוח הכרעה של "בתראי" לפוסקים שחיים בהווה.<sup>85</sup> וכך מסכם יובל את שיטתו:

האסכולה הגורסת 'הלכתא כבתראי', שיוסף קולון היה דובריה הנמרץ ביותר, העניקה עדיפות אוטומטית לפוסקים שחיו במפנה המאה הי"ג ובראשית המאה הי"ד. תביעה להכרה בעדיפותם נשמעה כבר בראשית המאה הי"ד, מפי תלמידיהם, אבל אז היא ביטאה הערצה טבעית של תלמידים לרבותיהם, במאה הט"ו ... הפכה לשיטת פסיקה גורפת. הכלל 'הלכתא כבתראי' קיבל במאה הט"ו משמעות של כוח משמר, ובכך ביטא את הערכת העצמית הנחותה של חכמי התקופה. לא תמונה של ירידת דורות מתמשכת לפנינו אלא של התבטלות עצמית. אין זו רק עמדה של חברה מסורתית כי אם גם עמדה של חברה במשבר, אולי נכון יותר לומר של חברה לאחר משבר שחיה בצלו.<sup>86</sup>

#### 4.5.5. עמדת ווזנר

ווזנר מגיע למסקנה מנוגדת לזו של תא שמע.<sup>87</sup> הוא סובר שהמחלוקת השיטתית בין חכמי ההלכה האשכנזים לספרדים בסוגיה זו אינה כה עמוקה ושיטתית כפי שתיאר אותה תא שמע. ווזנר מוכיח ממקורות שונים שיש להגמיש את הגדרת תיחומה של המחלוקת בין המסורת האשכנזית לספרדית ביחס להרחבת הכלל. הוא העלה שזולת מקורות ספרדיים מעטים<sup>88</sup> בדרך כלל הפוסקים הספרדיים אינם מתנגדים במפורש להחלת הכלל על מחלוקות

רמה... גם העדר רציפות חיה של לימוד תלמיד מפי רב, שיטה שהיא אבן יסוד במסורת הלימוד האשכנזית", יובל, 'ראשונים ואחרונים' *Antiqui et Moderni*, ציון נו תשנ"ב, עמ' 392-393.

<sup>85</sup> ראו תגובת תא שמע, הלכה, מנהג ומציאות באשכנז, עמ' 76-78.

<sup>86</sup> שם, עמ' 392.

<sup>87</sup> ראו ווזנר, 'הלכתא כבתראי' – עיון מחודש, שנתון המשפט העברי, האוניברסיטה העברית, ירושלים כרך ב, תשנ"ה-תשנ"ז, עמ' 151 ואילך.

<sup>88</sup> ווזנר מסתמך במאמרו על מקורות ספרדיים, שמהם משמע שיש לאמץ את הכלל הלכתא כבתראי, כגון שו"ת אבקת רוכל, סימנים יח, יט, פט וכך הוא מוסיף: "לאור מימצאים אלו דומני שיש להגמיש את הגדרת תיחומה של המחלוקת בין המסורת האשכנזית לספרדית ביחס להרחבת הכלל. זולת מקורות ספרדיים בודדים... הרי שבדרך כלל הפוסקים הספרדים אינם מתנגדים במפורש ובמוחלט להחלת הכלל על מחלוקות

בתר תלמודיות. ואולם ווזנר סובר שחכמי ספרד סייגו את הרחבת הכלל כאשר מדובר בשיקול דעת של הרי"ף, הרמב"ם או הרא"ש, גדולי הפוסקים ששיקול דעתם התקבל במסורת הספרדית כ"מרי דאתרא" שאין לחלוק על שיקול דעתם. אבל חכמי אשכנז לא אימצו את הכלל "מרי דאתרא" בגרסתו המורחבת, לכן פעלו תמיד על פי הכלל "הלכתא כבתראי".<sup>89</sup>

#### 4.6 סיכום

בפרק זה נדון יחס החכמים המאוחרים לחכמים המוקדמים והעלינו את המסקנות האלה:

א. שיקול דעת חכמי התלמוד מחייב את כל החכמים המאוחרים, כיוון שכל עם ישראל הסכים לקבל עליו את שיקול דעתם.

ב. האמוראים אינם חולקים על התנאים, לפיכך אם נמצא מקור תנאי שסותר את דברי אחד האמוראים, חייב האמורא ליישבו כדי שלא יימצא סותר את שיקול דעתו.

ג. ביטויים רבי רושם מדגישים את הפער בין שיקול דעת הראשונים לאחרונים, כגון: "ליבן של הראשנים כאולם", "ראשונים כמלאכים".

ד. ההערכה הגדולה לדברי הראשונים לא מנעה מחכמי ההלכה לקבוע כלל גדול בפסיקה שההלכה כדברי האחרונים, כלומר "הלכתא כבתראי".

#### ה. גישת החוקרים:

1. תא שמע – לדעת תא שמע, יש מחלוקת שיטתית מפורשת בין חכמי ספרד ובין חכמי אשכנז בתחולת הכלל "הלכתא כבתראי". לדעתו, חכמי אשכנז החילו את הכלל לפני חכמי ספרד. הטעם שנותן תא שמע הוא שמשל "הננס והענק" לא נודע ולא התקבל בעולם האיסלאם.
2. לדעת רפלד – במאות ה-15-16 הרבו מאוד להשתמש בכלל "הלכתא כבתראי" שנהיה גורם ראשון במעלה להעדפת שיקולי דעת האחרונים.
3. ווזנר חולק על תא שמע וסובר שהמחלוקת השיטתית בין חכמי ההלכה האשכנזים לספרדים אינה כה עמוקה ושיטתית. הוא הראה שבדרך כלל אין הפוסקים הספרדיים מתנגדים במפורש להחלת הכלל "הלכתא כבתראי" על מחלוקות בתר תלמודיות.

---

בתר תלמודיות. עם זאת דומה שחכמי ספרד סייגו את הרחבת הכלל במקרה שהקדמונים הם הרי"ף, הרמב"ם או הרא"ש, גדולי הפוסקים אשר התקבלו במסורת הפסיקה הספרדית כ"מארי דאתרא" אשר אין לחלוק עליהם. במקרים אלו העדיפו חכמי ספרד את ההכרעה כ"מרא דאתרא" ולא כ"בתראי"... חכמי אשכנז, לעומת זאת, לא אימצו את מוסד ה"מרא דאתרא" בגרסתו המורחבת (בדרך של "קבלת פוסק") ועל כן פעלו תמיד על פי הכלל "הלכתא כבתראי".

<sup>89</sup> שם. עמ' 157-158.

4. לדעת יובל, המהרי"ק החיל את הכלל "הלכתא כבתראי" אך ורק על קבוצת החכמים שחיה ופעלה בדור מהר"ם מרוטנבורג ורבי יעקב בעל הטורים, כלומר עד אמצע המאה ה-14.

## פרק שמיני

### התקדים ושיקול דעת בתי הדין

#### 1. מבוא

בחינת השאלה מחייבת להבהיר את המושג "תקדים". לענייננו משמעותו פסק דין קודם המחייב לא את הצדדים בלבד אלא את כל הציבור. מכאן נשאלת השאלה אם לדיין יש היתר לפסוק על פי שיקול דעתו שלא כאמור בתקדים, או שמא הדיין כפוף לתקדים ואינו רשאי לפסוק הלכה שנוגדת אותו.

אין עוררים שפסק דין סופי של בית דין יש לו ערך רב כמקור לידיעתו וללימודו של המצב ההלכתי ושל פרשנות ההלכה. מצד אחד אם התקדים מחייב כפסק הלכה, ודאי שהוא תורם לאחידותה של ההלכה, ובזה יש משום ערובה נגד מחלוקות בהלכה שלא תיעשה התורה ליותר מתורה אחת. עוד יש בזה הבטחת יציבותה של ההלכה המורה על מסורות ההלכה ועמידה על ודאות פרשנות ההלכה. יתרה מזו, הצדדים למשפט יכולים לחזות מראש את תוצאות דינם בביטחון ולכוון מעשיהם מלכתחילה כדי להימנע ממשפטים.

ואולם חובת הציות לתקדים יש בה מגרעות. היא מנציחה את הטעות ההלכתית אם יש טעות בתקדים. היא מצמצמת את יכולת הדיין להבין את החוק ולפרשו על-פי נסיבות הזמן ועל פי שיקול דעתו.<sup>1</sup>

התקדים כמקור משפטי מחייב לא היה ידוע במשפט הרומי.<sup>2</sup> שיטת התקדים המשפטי המחייב הוא נחלת המשפט האנגלוסקסי, האמון על המשפט המקובל, ה-Common Law שנוצר על-ידי הפסיקה מעניין לעניין בדרך אינדוקטיבית, שלפיה העובדות הן היוצרות את החוק.<sup>3</sup>

בסעיף 33 של חוק בתי המשפט, תשי"ז 1957, נאמר:

א. בית משפט יונחה על-ידי הלכה שנפסקה בבית משפט גבוה ממנו.

<sup>1</sup> ראו מאמרו של ורהפטיג, שנתון המשפט העברי, ו-ז, האוניברסיטה העברית, ירושלים, תשל"ט-תש"ס, עמ' 105-132.

<sup>2</sup> פוקורובסקי, תולדות המשפט הרומאי, ירושלים, תרפ"ח, עמ' 114-115.

<sup>3</sup> J, Salmond, *Jurisprudence* (12<sup>th</sup> ed London 1957), pp. 141 FF; Allen op cit., pp. 161-162; ראו, י' אנגלרד, "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלית", הגות והלכה, יב (תשכ"ח), עמ' 129-184; "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי", משפטים ו' (תשל"ה), עמ' 294-303.

ב. הלכה שנפסקה בבית משפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון.<sup>4</sup>

שיטת המשפט העברי אינה כוללת את מוסד הערעור ואינה מכירה בעקרון התקדים המחייב, כיוון שלפי המשפט העברי לכל דין יש חרות בהפעלת שיקול דעתו, ועליו לפסוק בלא כפיפות למקורות קודמים.<sup>5</sup> להלן נבדוק אם שיקול דעתם של בתי הדין האזוריים כפוף לשיקול דעתו של בית הדין הגבוה לערעורים<sup>6</sup> ואם שיקול דעת בית הדין הגדול שהיה לפני החורבן הוא תקדים מחייב.

הפתרון במשפט העברי לדרישת אחד הצדדים לערעור הוא סתירת הדין, כלומר גם לאחר שניתן פסק הדין עדיין אפשר לפתוח את הדיון מחדש.<sup>7</sup> העילה עשויה להיות טעות שנתגלתה בפסק הדין או ראיות חדשות שנמצאו לבעל הדין לאחר מתן פסק הדין ויש בו לסתור, לכן אין צורך בהקמת מוסד לערעורים.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> סעיף 33 צמצם את היקף עקרון התקדים המחייב הנהוג בבתי המשפט בישראל וקיבל חיזוק בפסיקתו של בית המשפט העליון בפסק דין בג"צ 287/52, 34/52, 324/52 ראם ואח' נ. שר האוצר פ"ד ח 494. המחוקק האציל על בית המשפט העליון סמכות חקיקתית עצומה והפלה בין שני סוגי שופטים: שופטי העליון שהם מיעוט, ושאר השופטים, שהם מוגבלים בשיקול דעתם ובאנליזה המשפטית שלהם מרחב השפיטה שנשאר להם הוא רק הסמכות להשוות בין עניין לעניין, לדמות מילתא למילתא ולהסיק מסקנות אם העניין דומה להלכה בעליון.

<sup>5</sup> ראו פרק ראשון, חירות הדין.

<sup>6</sup> מערכת השיפוט הרבני בישראל אינה הראשונה בתולדות המשפט העברי שהוקם בה בית דין לערעורים. למשל, בבולגריה הועלתה טענה נגד סמכותו של בית הדין הגבוה לערעורים, כי הדבר מנוגד להלכה הרווחת "אין לדין אלא מה שענינו ראות". הרב דוד פיפאני כותב: "כל כהאי גוונא דנידון דדן דמעיקרא הכי תקינו שבי ואפרכי וראשי הקהלות בהתאספם, וקיימו וקבלו עליהם... דכי יהיה ריב בין אנשים ועמדו... לפני דייני עירם, ומי שיצא חייב אינו רצוי במה שדנהו אותו הבית דין, שיהיה לו רשות לבוא ולדון לפני בית דין הגדול, פשיטא ודאי דמי שיצא זכאי חייב... לבוא לדון עוד הפעם, דראשי העם יכולין לתקן מה שיראה בעיניהם... ומאחר דכל העם אשר בשער והזקנים יודעים דזו היא תקנת העיר, אין כאן זלזול לבית הדין הראשון, ומעקרא אדעתא דהכי נחתי". חושן האפוד חלק השו"ת, חו"מ סימן מב. כלומר הסמכות של בית הדין לערעורים היא לתקן תקנות, והעם ידע ויודע ואין כאן זלזול בבית הדין הראשון.

<sup>7</sup> בשיטות משפט שונות מקובל העיקרון של סופיות הדין. משמוצו ההליכים המשפטיים בסוגיה מסוימת וניתן פסק דין סופי על-ידי בית המשפט, אין מקום לפתוח את העניין מחדש. יש כמה נימוקים לזה: א. טובת הציבור דורשת לשים קץ לדיונים ולא להטיל ספק בהלכה שנקבעה סופית; ב. אין לאפשר לתובע להשתמש בשירותים שהמדינה העמידה לרשותו יותר מפעם אחת. ראו, ע"א 211/65 היועץ המשפטי לממשלה והמוסד לביטוח לאומי נ. שלמה מזן, פד"י (ט"ד) עמ' 32, בעמ' 42. עמדת המשפט העברי שונה בתכלית. כאן שורר העיקרון שיש מקום לסתור את הדין, כיוון שעל הדין לדון דין אמת, וכל זמן שיש מקום לטענה שהדין אינו דין אמת, חייבים לסתור את הדין ולדון מחדש.

<sup>8</sup> ההדגשה היא אין נחוצ, כיוון שעמדת המשפט העברי היא שלכל צד במשפט העברי יש זכות להוכיח שפסק הדין שהוצא נגדו אינו נכון בהתמלא התנאים הנדרשים.

## 2. תקדים ושיקול דעת בית הדין הגדול

הבסיס המקראי למוסד שיפוטי עליון מצוי בספר במדבר,<sup>9</sup> שם ניתן הצו למשה לאסוף "שבעים איש מזקני ישראל... ונשאו אתך במשא העם", המתפרש עתה כצו לדורות.<sup>10</sup> התפקיד השיפוטי של בית דין הגדול מעוגן במשנה שבראש מסכת סנהדרין ובמקורות המסונפים אליה בתוספתא ובתלמודים.<sup>11</sup> הרמב"ם מכונן את הסמכות ההלכתית בישראל, שביטוייה המוסדיים מרוכזים בבית הדין הגדול או בסנהדרין של שבעים ואחד חברים.<sup>12</sup> אין מוסד אחר המוסמך להורות הלכה מחייבת את עם ישראל, כלומר אין בית הדין הגדול עומד ביחס לשום מוסד אחר בכל הקשור להוראת התורה. וכך פוסק הרמב"ם:

<sup>9</sup> במדבר יא טז-יז.

<sup>10</sup> הרמב"ם בספר המצוות, עשה קעו, מפנה לפרשת במדבר יא. בלידשטיין כותב: "דומה שנוכל להעלות כמה הכללות גסות בנוגע לזיקה של הוראת התורה שבעל-פה לבית דין הגדול במקורות שקדמו לרמב"ם. מכל שלוש הקטגוריות האלו – מסירת המסורות פרשנות/דרשנות, וחקיקת תקנות וגזרות – החקיקה היא המעוגנת ביותר בעשייה של מוסד מרכזי... רבים המקרים שחכמים שונים מוסרים מסורות, כשם שפרשנות דרשנות התורה מובאת בדרך כלל בשמם של חכמי תנאים ואמוראים יחידים. על מה מתבססת איפוא עמדתו הנחרצת של הרמב"ם, עמדה שהקנתה אופי כה שיטתי וממוסד לעיצוב התורה שבעל-פה?" וענה על כך בלידשטיין: "אין ספק שהתשובה לשאלה זו נמצאת באותם מקורות שהרמב"ם עצמו מפנה אליהם בספר המצוות ובהלכות ממרים, פרק א... כאן כבר נאמר, שהנוטלים חלק במחלוקת באים 'לבית דין הגדול שבלשכת הגזית שממנו יוצאות תורה לכל ישראל', וכאן אף נגזר דינו של חכם שמסרב לקבל מרות הוראתית זו". י' בלידשטיין סמכות ומרי בהלכת הרמב"ם, פירוש שנכתב להלכות ממרים א-ד, הוצאת הקיבוץ המאוחד, תשס"ב, עמ' 14-15. אם כן אין אפשרות לחלוק על שיקול דעתו של בית הדין הגדול, ומי שחולק עליו נגזר דינו. על מסורת ההלכה שנמסרה מבית הדין הגדול כאשר התעורר ספק נשאלת השאלה אם רק מלשכת הגזית נמסרה המסורת. בלידשטיין, שם בעמ' 14, סובר: "אין בכך להוכיח כי מסורות נמסרות רק מלשכת הגזית. רבים המקרים שחכמים שונים מוסרים מסורות, כשם שפרשנות/דרשנות התורה מובאת בדרך כלל בשמם של חכמי תנאים ואמוראים יחידים". ראו לעניין זה א"א אורבך, "הדרשה כיסוד ההלכה ובעיית הסופרים", ספר היוכל לכבוד גרשום שלום במלאת לו שישים שנה, ירושלים תשי"ח, עמ' מ-נו. וכן א' ביכלר, הסנהדרין, ירושלים תשל"ה, עמ' 37 ואילך.

<sup>11</sup> פרק ראשון של מסכת סנהדרין דן במערכת השיפוט מבית הדין הנמוך עד לסנהדרין ובשופטים ובייעוד שלהם באומה. מצוה מן התורה למנות בתי דין בכל עיר ועיר שבארץ ישראל. שנאמר (דברים טז, יח): "שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך". ושלושה סוגי בתי דין היו: א. בתי דין של שלושה דיינים, שתפקידם לדון דיני ממונות וקנסות. ב. בתי דין של עשרים ושלושה שנקראים "סנהדרין קטנה", תפקידם לדון בדיני נפשות. ג. בית הדין הגדול של שבעים ואחד, שנקרא "סנהדרין גדולה" או "הסנהדרין". ומקום מושבו היה בלשכת הגזית שבמקדש, אחד מתפקידיו של בית הדין הגדול להכריע בספקות שבהלכה. כלומר התקדים שנקבע על ידו מחייב את כל בתי הדין ואינם יכולים לחלוק עליו על פי שיקול דעתם.

<sup>12</sup> במונח "סנהדרין", מתכוונים בדרך כלל לבית הדין הגדול שבלשכת הגזית הנקראת "סנהדרין גדולה", כדי להבדיל בינה ובין "סנהדרין קטנה" שהייתה צריכה להיות בכל מקום שהתנאים דרשו ואפשרו זאת. הסנהדרין הגדולה, נוסף למעמדם כאינסטנציה העליונה לבירור ההלכות, רק לה היה שיקול דעת הלכתי שמחייב את כולם, כגון נביא השקר, כהן גדול שחטא, עיר הנידחת. ראו, משנה סנהדרין פרק ח.



בית דין הגדול שבירושלים הם עיקר תורה שבעל-פה, והם עמוד ההוראה, ומהם חוק ומשפט יוצא לכל ישראל, ועליהם הבטיחה תורה שנאמר על פי התורה אשר יורוך ועל המשפט אשר יאמרו לך תעשה זו מצות עשה, וכל המאמין במשה רבינו ובתורתו חייב לסמוך מעשה הדת אליהם ולהשען עליהם.<sup>13</sup>

מתברר שבתקופת בית הדין הגדול חל עקרון "התקדים המחייב", וכל בתי הדין האחרים, אם נשאלו לדבר הלכה ואין מסורת בידיהם בעניין זה, אין להם סמכות לחדש הלכה. התיאור ההדרגתי של תהליך ההכרעה מוביל עד לבית הדין שעל פתח העזרה, ושם נקבעת ההלכה, ומשם יוצאות הוראה לכל ישראל.<sup>14</sup>

ביטוי הולם לסמכות של בית הדין הגדול והפיכת הלכתם כתקדים מחייב מוצאים בדברי ספר החינוך, שכותב שאף אם יטעו בדבר אחד, לא נחלוק על שיקול דעתם, וכלשונו: "ולא שיעשה כל אחד ואחד כפי דעתו שבזה יהיה חורבן הדת, וחלוק לב העם והפסד האומה".<sup>15</sup> גישה אחרת שמעצימה את סמכות בית הדין הגדול ללא גבולות מוצאים בדברי הר"ן, ונימקו שזה ציווי האל.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> הלכות ממרים פ"א ה"א. הרמב"ם מתייחס לדברים האלה גם בספר המצוות: "כל מי שאינו עושה כהוראתו, עובר בלא תעשה, שנאמר לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל... שכל חכם שמורה על דבריהם מיתתו בחנק... אחד דברים שלמדו אותן מפי השמועה, והם תורה שבעל-פה, ואחד דברים שלמדו מפי דעתם באחת מן המדות שהתורה נדרשת בהן ונראה בעיניהם שדבר זה כך הוא, ואחד דברים שעשאו סייג לתורה ולפי מה שהשעה צריכה והן הגזירות והתקנות והמנהגות כל אחד ואחד מאלו השלשה דברים מצות עשה לשמוע להן והועבר על כל אחת מהן בלא תעשה", ספר המצוות, מצות לא תעשה, שיב.

<sup>14</sup> ראו, סנהדרין פח ע"ב.

<sup>15</sup> ספר החינוך ביאר ונימק את עצמת סמכותה של הסנהדרין גם כשהיא טועה אולם אינו כותב במפורש סנהדרין, אך מדבריו ברור שמדובר בסנהדרין: "אפילו יאמרו לך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין, לא תסור ממצותם, כלומר, שאפילו יהיו הם טועים בדבר אחד מן הדברים, אין ראוי לנו לחלוק עליהם אבל נעשה כטעותם, וטוב לסבול טעות אחד, ויהיו הכל מסורים תחת דעתם הטוב תמיד, ולא שיעשה כל אחד ואחד כפי דעתו, שבזה יהיה חרבן הדת וחלוק לב העם והפסד האומה לגמרי", תצו. מהדורת שעוועל, תקח.

<sup>16</sup> הר"ן בדרשותיו, דרוש יא, כותב: "ובא בקבלת רבותינו ז"ל, אפילו אומרים לך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין, כלומר אפילו ברור לך הדבר שאין האמת כדברי הוראת הסנהדרין אף על פי כן שמע אליהם. כי כן צוה ה' יתברך שננהוג בדרכי התורה ומצותיה, כפי מה שיכריעו הם, יסכימו לאמת או לא יסכימו. וזה כענין רבי יהושע עם רבן גמליאל שצוהו רבן גמליאל שיבוא במעותיו ביום הכפורים שחל להיות בחשבונו וכן עשה שאחרי שה' יתברך מסר ההכרעה אליהם, מה שיסכימו הם הוא מה שצוה ה' יתברך בדבר ההוא... גם אם ישגו ויורו בדבר האסור שהוא מותר המשכו אחר עצתם... ולכן צוה התורה ואמרה לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל". דרשות הר"ן מהדורת א"ל פלדמן, ירושלים תשל"ד, הדרוש השביעי, עמ' קיב ואילך. הר"ן מתייחס במפורש לסנהדרין ואינו מנמק כספר החינוך. לשיטתו, רצון האל הוא שלא נחלוק על שיקול דעתם. גישה דומה נוקט הרמב"ן, אך לשיטתו, אין כאן טעות, ואפילו שנחשוב שיש כאן

### 3. סמכותו של בית דין לבדוק אחר שיקול דעת של בית דין חברו

לבית דין שמורכב מתלמידי חכמים גדולים יש כוח להעביר תחת שבט הביקורת שלו פסקי דין של בתי דין אחרים ולגלות בהם טעויות העשויות להביא לבטלותם. כך עולה מהסוגיה שבתלמוד שמסכת סנהדרין :

שנים שנתעצמו בדין, אחד אומר נדון כאן ואחד אומר נלך למקום הוועד, כופין אותו ודן בעירו, ואם הוצרך דבר לשאול כותבין ושולחין, ואם אמר כתבו ותנו לי, מאיזה טעם דנתוני, כותבין ונותנין לו.<sup>17</sup>

"מקום הוועד" הוא מקום שיש בו מורי הוראה גדולים מן היושבים בבית הדין המקומי שאליו פונים הצדדים לדין. מסוגיה זו למדים שפנייה למקום הוועד תיתכן בשני מקרים : א. לצורך בירור שאלה הלכתית תוך כדי הדיון בבית הדין המקומי שנבצר ממנו לפתור אותה על פי שיקול דעתו ; ב. בדיקת נכונותו של פסק הדין לאחר שנסתיים הדיון.<sup>18</sup>

הסמכות לבטל את שיקול דעת בית הדין הקודם אינה מצויה בידי אותו בית דין שגילה את הטעות בפסק הדין אלא אך ורק בידי בית הדין הראשון שפסק את הדין, כלומר נחוץ שבית הדין הראשון יודה בטעותו ואז יחזור הדין ויידון מחדש. ואולם אם אין בית הדין הראשון מודה בטעות, או שבית הדין אינו קיים עוד, אי אפשר להביא לביטול שיקול דעתו של בית דין קודם.<sup>19</sup>

### 4. הקמת בית דין לערעורים

מפנה מסוים הסתמן בתחילתה של המאה הקודמת, והוא הקמת בית דין לערעורים. בבית דין זה יהא אפשר לערער על פסקי דין שיינתנו על-ידי בתי דין שבמחוזות ובערים. בתלמוד

---

טעות, יש לסור למרותם, ונימוקו : "רוח השם על משרתי מקדשו, ולא יעזוב את חסידיו לעולם נשמרו, מן הטעות ומן המכשול". כלומר אם על פי שיקול דעתך נדמה לך שהם טועים, בטל שיקול דעתך וקבל את דעתם. גם הרמב"ן אינו מתייחס לסנהדרין דווקא אלא לכל חכמי הדור. רמב"ן, פירושו על התורה, דברים, יז, יא. גם רבי יהודה הלוי סובר שלא ייתכן שחברי הסנהדרין יטעו בשיקול דעתם, כי היו מצווים לדעת כל החכמות, כוזרי פ"ג, מא.

<sup>17</sup> סנהדרין לא ע"ב, ראו רש"י שם, ד"ה התוקף את חבירו בין, והשוו רמב"ם הלכות סנהדרין, פרק ו, הלכה ו, שם משתמע ש"מקום הוועד" הוא בית הדין הגדול בירושלים. כלומר לשיטתו, רק בית הדין הגדול יש לו סמכות לבדוק ולבקר פסקי דין של בתי דינים רגילים. ראו, א' שוחטמן, "תורת ההנמקה במשפט העברי", שנתון המשפט העברי ו-ז, תשל"ט-תש"מ, עמ' 319 ואילך.

<sup>18</sup> ראו הסוגיה שם בסנהדרין.

<sup>19</sup> ראו שו"ת תשב"ץ, ח"ג, סי' קסה, ב. ברבי, טעות בדין (דיין שטעה בדין), עבודת מוסמך, אוניברסיטת בר-אילן, רמת גן תשנ"ו, עמ' 21-22.

אין בית דין לערעוירים, אבל יש אפשרות לבעל הדין לבקש שיתברר משפטו לא לפני בית דין פלוני אלא בבית הדין הגדול.

המתנגדים, טענו שעצם הקמת בית דין לערעוירים יש בו פגיעה בשיקול דעת הדיין. משרד הדתות ביפו הגיש הצעת החלטה האומרת:

אין מקום במשפט התורה לבית דין לערעוירים זולת אם יווסד בית דין הגדול, אזי הרשות לבעלי הדין ללכת לפני בית דין הגדול הזה בטרם שיגישו את משפטם לפני בית דין של שלושה, ומכל שכן, אם כבר הגישו את משפטם לפני בית דין וקיבלו עליהם בקגא"ס (בקנין גמור אגב סודר) ויצא פסק דין לא יוכל אחד הצדדים להימנע מלקבל את פסק הדין בטענת הגשת ערעור להרבנות הראשית.<sup>20</sup>

יתדות הלכתיים לדברי המתנגדים מצויים בסוגיה בבבא בתרא,<sup>21</sup> שממנה עולה כלל: "בי דינא בתר בי דינא לא דייקיי". משמעות הדברים היא שאין בית דין אחד בודק אחר פסיקתו ושיקול דעתו של בית דין חברו. אנו מוצאים בדברי התשב"ץ<sup>22</sup> שכל זמן שבית הדין הראשון לא הודה בטעותו, אין הדין חוזר ואין כוח בידי בית דין שהוא, לבד מבית הדין הגדול בירושלים, כלומר הסנהדרין, לבטל פסק דין של בית דין אחר.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> התור, תרפ"א גליון יח. אמנם אסף כותב בספרו "בתי הדין וסדריהם", (עמ' 86-74, 140-137) שהיו מוסדות לערעור בכל רחבי הפזורה בתקופה הרבנית (ספרד, טורקיה, פולין ועוד); "לסדרי בתי הדין באשכנז", המשפט העברי, א (תרפ"ו), עמ' 286-295; בתי הדין וסדריהם אחר התלמוד, ירושלים, תרפ"ד. ואולם אלון טוען שזו הייתה בעיקרה תופעה של מציאות היסטורית שכמעט לא נדונה לגופה בהלכה, לא לחיוב ולא לשלילה, והקמת בית דין לערעוירים בירושלים נתקבלה כחידוש וכתקנה. אלון, המשפט העברי, עמ' 668.

<sup>21</sup> בבא בתרא קלח, ע"א.

<sup>22</sup> שו"ת התשב"ץ, ח"ג, סימן קסה. ראוי להעיר שבנוסח התקנות משנת תש"ג לא הייתה הוראה בעניין סתירת הדין. שוחטמן סובר שאולי הטעם שבמסגרת אותן תקנות נחדש מוסד הערעור, שייתר, לכאורה, את הצורך במתן האפשרות שאחד מבעלי הדין ידרוש סתירת הדין. כי מעתה יש בידי אחד הצדדים לערער על פסק הדין שאותו רוצה לסתור. ראו, שוחטמן סדרי הדין, עמ' 425, הערה 21.

<sup>23</sup> בתקנות הדיון החדשות משנת תש"ך התקינו את האפשרות לסתור את הדין. בדברי המבוא לתקנות, עמ' 5, סעיף 3. רק להגיש בקשה לסתירת הדין, נאמר שיש לבית הדין האזורי שדן בעניין, כאמור במפורש בתקנה קיז (1), וכפי שנפסק בערעור תשכ"ה/165 (לא פורסם פסק דין מיום יא באייר תשכ"ו). ישבו בדין הרבנים י"ש אלישיב, ס"ח עבדי ושי' (ישראל). אבל, בפס"ד אחר שניתן על-ידי רב שאותו קיבלו הצדדים עליהם והתובע שהפסיד חזר ותבע בפני בית הדין הרבני כאשר הציג מכתב מאותו רב, שבו מצדד הרב בכך שלאור טענת התובע שיש בידו טענות נוספות, יש לו אפשרות לתבוע את הנתבע בכל בית דין שיוכשר בעיניו. בית הדין הסכים לבקשת התובע לסתור את הדין. ראו פסק הדין בתיק 3301/717 תשנ"ה פד"ר ו, עמ' 315, בעמ' 317-318.

## 5. תמיכה בהקמת בית הדין הגדול לערעורים

תמיכה בהקמת בית הדין הגדול לערעורים מצאנו אצל הרב קאלישר והרב עוזיאל ואף בבית הדין לערעורים.

### 5.1. עמדת בית הדין הגבוה לערעורים:

בית הדין הרבני הגבוה לערעורים נימק את סמכותו. וזה לשונו:

בכל פסק דין יש שני יסודות שעל-פיהם בית הדין לערעורים מבטל פסק דין של בית הדין האזורי. חדא מכח תקנות הדיון, ואדעתא דהכי הצדדים מתדיינים, שבית הדין לערעורים יבדוק מחדש את הבעיה, אם יש כאן דין בטעות, ואין כאן דין של 'בי דינא בתר בי דינא לא דייקי, ומכיוון שנשפטים מחדש, ניתן פסק דין חדש. ושנית שמכיוון דכך נתקנו תקנות הדיון לכתחילה. יש לומר דבית דין פסק אדעתא דהכי, שלא יעורער בבית הדין הגדול.<sup>24</sup>

בית הדין הגבוה לערעורים, סובר שאין מקום לטענה "בי דינא בתר בי דינא לא דייקי". נימוקו שיש סמכות לבדוק שיקול דעת הערכאה הקודמת. מכוח תקנת הדיון.<sup>25</sup> שהרי הצדדים, על דעת כן הם מתדיינים, שפסק הדין ייבדק שוב, האם ישבו טעות. וכאילו שנשפטים מחדש. נימוק נוסף שמעלה בית הדין. מכיוון שתקנות הדיון נתקנו עובר למתן פסה"ד. בית הדין שנתן בסוגיה, הוא דן על דעת שלא יעורער בבית הדין הגדול, והסכים ששיקול דעתו יבוקר.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> ערעור תשל"ד/67, פד"ר י, עמ' 168 בעמ' 180.

<sup>25</sup> דומה שבית הדין קובע את סמכות תקנות הדיון מכוח תקנות הקהל. זאת חקיקה שמקורה מכוח הציבור. על סמכות הקהילה כותב אלו: "מצד אחד ניתנה לקהל סמכות מלאה בדיני ממון, בדיני עונשין ובדיני הלכות הציבור, להתקין תקנות לפי המגמות הכלכליות והחברתיות שבאותה שעה. גם אם היה תוכן של תקנות אלה מנוגד להוראה שבהלכה. ומצד שני היו תקנות אלה גופן לחלק המשפט העברי על-ידי פיקוח מצד חכמי ההלכה ובמידה מסוימת על-ידי אישורו של אדם חשוב, ובעיקר על-ידי בדיקת התקנות, שיהיו תואמות את עקרונות היושר והצדק של ההלכה, ובדרך פרשנותן של התקנות מטעם חכמי ההלכה. מצד אחד מנהגיו ותקנותיו של הקהל מבטלים הלכה בתחומים נרחבים של המשפט העברי, ומצד שני 'מכל מקום ראוי ונכון לדקדק היטב, אם נוכל להשוות כל המנהגים לדין תורה, ואף אם לא לגמרי, מכל מקום עדיף שנמצא סעד וסמך מדברי חכמים ולאוקמינהו בטעם וסברא' (תרומת הדשן שמב)... תקנות הקהל הן אחת היצירות הגדולות שיצר המשפט העברי ופיתח בדרכו הארוכה והמגוונת... יש בהן בתקנות אלה אף משום יצירת עקרונות יסוד בדרכי החקיקה של ציבור עברי לפי הדין העברי, ומשום פיתוח וגיווש של עקרונות יושר וצדק... שנדרשו תקנות הקהל למלא אחריהם". אלו המשפט העברי, עמ' 631-630.

<sup>26</sup> נראה שכוונת בית הדין הגבוה לערעורים היא שאין כאן פגיעה בשיקול דעתו של בית הדין הנמוך אלא דיון מחדש. וכלשונו: "ומכיוון שנשפטים מחדש ניתן פסק דין מחדש".

## 5.2. עמדת הרב צבי הירש קאלישר

אלה דבריו:

בודאי לא מסתבר שאם פסקו בית דין ראשון, לא יהיו רשאים בית דין אחר לחפש אחריהם אם הבעל דין קובל לפניהם, שלפי דעתו טעו בדין. למה לא נחוש לדבריו, הלא מצינו הרבה פעמים בש"ס 'אתו קמיה דפלוני', וחלק על הראשון... לזה נראה, דאם ירצה לדון ולטעון שנית, ודאי אין נזקקין לו ואין גובים שום טענות או עדות... אבל... יראו בית הדין השני את הפסק דין והטענות הכתובים... ויחפשו אחריהם אם ימצאו טעות בדין ויתברר האמת.<sup>27</sup>

לשיטתו, ברור שאין בכלל האמור כדי למנוע בעד בית דין אחר מלבקר את שיקול הדעת של קודמו ולהביע את דעתו אם מוטעה הוא אם לאו. אבל בית הדין השני לא ישמע טענות או עדות אלא יסמוך על בית הדין הקודם. הביקורת היא כיצד הפעיל בית הדין הקודם את שיקול דעתו.

## 5.3. עמדת הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל

הרב עוזיאל דן בשאלת מוסד הערעור כאשר התעוררה בארץ ישראל השאלה הלכה למעשה. לדעתו, אין בכלל הזה כדי לשלול הקמת מוסד הערעורים. ואלה דבריו:

הלכה זו נאמרה בגמ'... כהלכתא פסוקה, אבל אחרי העיון נבין שהלכה זו לא נאמר בדרך אזהרה וצווי, אלא בדרך משפטית, בהנהגת בית דין, שאין בית דין אחר מדקדק בפסקיו של בית דין הראשון... וכיוון שזו אינה אזהרה ולא איסור אלא דבר הרגיל בין בתי דינים, לכן לא פסק מרן את המאמר הזה בהלכותיו... ומהאמור מתברר... איננו אוסר את הביקורת המשפטית ואדרבא גם התלמוד וכל שאר תלמידי חכמים יכולים לבקר את הדין ולסותרו.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> מאזנים למשפט, על השו"ע חו"מ, סי' יט, ס"ק ב.

<sup>28</sup> שו"ת משפטי עוזיאל, חומ' סי' א, סעיף טו. הרב מביא בתשובתו את הרמב"ם שלא פסק הלכה זו, אלא בהלכות עדות. וזה לשון הרמב"ם בהלכות עדות, פרק ו הלכה ה: "ולעולם אין בית דין בודקין אחר בית דין אחר אלא מחזיקין אותו שהן בקיאים ולא יטעו אבל בודקין אחר העדים", לשיטת הרב עוזיאל, הרמב"ם בא ללמדנו שיעקר הדין דבודקין אחר העדים. וממה שכתב "לעולם אין בית דין בודקים" מלמדנו שאין זה לעיכובא, אלא דאין בית הדין חייבים לבדוק, לכן אינם רגילים לבדוק, כיוון שמעמידים כל בית דין בחזקתו שהוא בודאי דן על-פי הדין והאמת. הרב עוזיאל מנמק מדוע לא היה בית דין לערעורים בעבר. לדעתו, אין הדבר נובע מהתנגדות לבית דין לערעורים אלא: "מפני ששקדו על תקנת בתי הדין שבישראל להרימם במדרגה משפטית גבוהה מאוד שכל הנכנס לדון יכנס בלב שלם ובטוח ובאמונה גמורה לשופטיו, ולכן בחרו לתת לבעלי הדין זכות הבחירה בדיונים והטילו עליהם לברור להם בית דין יפה, ובכל זאת נתנו גם זכות הבקרת לכל רב אשר ימצא טעות בדין ובהוראה וחיבוהו לחוות דעתו ולגלות את הטעות שבדין". נראה

לשיטתו, אין כאן הלכה מחייבת אלא נוהג בין בתי דין, ואם יש אילוצים חברתיים לתקן תקנה ולהקים מוסד לערעורים, מאמר זה אינו מהווה מכשול.

בשנת תרפ"א, 1921, הוחלט להקים בית דין גבוה לערעורים.<sup>29</sup> לפי האמור לעיל דבר זה חדש בעולם ההלכה. כעבור זמן חל כרסום בחידוש חשוב זה. יש שאחד הצדדים מערער על סמכות זו, ויש שבתי הדין האזוריים מסרבים לקבל עליהם את שיקול דעת בית הדין הגדול לערעורים.

## 6. התנגדות למוסד הערעורים

עיון בפסקי הדין של בתי דין אזוריים מלמד שכמה מבתי הדין מסרבים לקבל את שיקול דעת בית הדין הגדול לערעורים. דעה זו מנומקת בעמדתה העקרונית של ההלכה המוסרת לדין חרות בשיקול הדעת. דעה זו זכתה להנמקה מפורטת בדעת מיעוט בפסק דין, וכך נכתב:

זאת היא הוראה מוזרה מאוד, ובזה הולך בית הדין לערעורים בעקבות בית הדין לערעורים של בתי המשפט האזרחיים, המחייב את בתי המשפט לפסוק למעשה כפי שבית המשפט לערעורים קובע, ולא כפי דעת השופטים המחוזיים, ובתי הדין לערעורים משווה עצמו לבית המשפט.

דעת המיעוט תוקפת את בית הדין הגדול לערעורים ומשווה אותו לבתי המשפט לערעורים שכופה את שיקול דעתו על ערכאות נמוכות ממנו. גישה זו, טוענת דעת המיעוט, אינה מקובלת בהלכה, וממשיך ואומר:

אולם מעולם לא מצאנו ולא שמענו שמישהו מרבתינו גדולי הדורות כולם, העוסקים בתורת רבינא ור' אשי אבותיהם של ישראל, יתיימר להורות לאחרים שיפסקו דווקא כפי דעתם. ואדרבא את ההפך מזה מצאנו וראינו בספריהם אשר באורם נראה אור.<sup>30</sup>

---

שלשיטתו ההצדקה להקים בית דין לערעורים היא המצב הירוד בלימוד בתורה, ולא כבתקופות הקדומות, שאז לא היה צורך בזה. חיזוק למסקנה זו, דברי הרדב"ז שבשו"ת המביט, ח"ב, סוף סי' קעב, שם כתב שהכלל אינו חל אלא על זמניהם של חכמי התלמוד: "אבל האידנא דייקין ודייקין... דהאי דנא לא בקיאי כל כך בדינין, הלכך דייקין בתר בית דין".

<sup>29</sup> התור, תרפ"א, מגליון טו, מיום י"ב בשבט ואילך; דיון מפורט של הדיונים, בגליון כא-כב, מיום כ"ד באדר א'.

<sup>30</sup> תיק 520/תשכ"ו, מתן פסק הדין, תשכ"ט 30.9.1968.

## 7. סמכויותיו של בית הדין לערעורים

### 7.1. ערעור על שיקול דעת הבורר

בפסק דין שניתן בבית הדין הגדול לערעורים בירושלים הובא עניין שבדיני ממונות. מבחינת החוק עניין זה אינו בסמכותו השיפוטית של בית הדין הרבני, ולכן יש בו סמכות של בורר.<sup>31</sup> הצד שהפסיד בדינו בערכאה הראשונה ביקש לערער על שיקול דעת הדיין לפני בית הדין הגדול לערעורים. לעומתו טען הצד שכנגד שבשטר הבוררות נקבע שיש לקבל את שיקול דעת הדיין, לכן אין מקום לערער לבית הדין הגדול. כאשר הובאה שאלה זו להכרעת בית הדין הגדול לערעורים, נפסק שקיימת זכות ערעור על שיקול דעת הדיין שניתנה בפסק הדין. נימוקו של בית הדין לערעורים היה שמוסד הערעור משנתקבל, דינו כדין תורה, ואף אם הדיון המשפטי הראשון יסודו בבוררות.<sup>32</sup>

### 7.2. ערעור על שיקול דעת בהליך משפטי

במקרה אחד הורה בית הדין הרבני הגדול לערעורים לבית הדין הרבני האזורי בירושלים להעביר תיק מסוים לבית הדין הרבני האזורי בתל-אביב. בית הדין הרבני בירושלים סירב לציית להוראה זו. ראוי לציין שאין כאן מחלוקת בשיקול דעת הדין המהותי אלא בשיקול דעת בדרך הפרוצדוראלית, ואף כאן סירב בית הדין האזורי לבטל את שיקול דעתו.<sup>33</sup>

סיוע לקיומו קיבל בית הדין הגדול לערעורים מבית המשפט העליון. נשיא בית המשפט העליון דאז, השופט זוסמן, הורה לבית הדין האזורי שבירושלים לציית לשיקול דעת בית

<sup>31</sup> חוק הבוררות התקבל בשנת 1968, ס"ח 535. החוק בא להחליף את פקודת הבוררות המנדטורית, שלפיה ולפי החוק הישראלי, פס"ד שניתן על-ידי בית דין רבני בשבתו כבורר יש לאכפו על-ידי בתי המשפט הכלליים.

<sup>32</sup> תיק 1/4/705, בנ"א אוסף פסקי דין רבניים, בעריכת ורהפטיג תש"י 1950. ובעמ' עא שם: "מכיוון שדבר הערעורים, נתקבל לתקנת חכמים, שדינה כדין תורתנו הקדושה, וכל הנכנס לדין נכנס אדעתא דהכי". כך נקבע בתקנה ד ובתקנה קא לתקנות הדיון בבתי הדין בארץ ישראל, ירושלים, תש"ג. ראוי לציין שבשנת 1943 הותקנו תקנות הדיון בבתי הדין בארץ ישראל על-ידי מועצת הרבנות הראשית לארץ ישראל. בהקדמה לתקנות כתוב שהכנתן של תקנות אלה החלה עוד בימיהם של הרב קוק והרב יעקב מאיר. בתחילת התקנות יש הערה ובה כתוב: "רובן מקורן בשולחן ערוך ושאר הפוסקים, מקצתן הותקנו על-ידי מועצת הרבנות הראשית לארץ ישראל לשם הסדר הדיון בבתי הדין בארץ ולתקנת הרבנות". במקרה הזה, עניין בוררות, מקור כוחו של בית הדין הוא שבעלי הדין קיבלו עליהם על דעת כן שבית הדין יפסוק בשאלה שהוצבה לפנייהם אם ראה לנכון לדון בה.

<sup>33</sup> בג"ץ 35/72 קליר נ. בית הדין הרבני האזורי ירושלים, פד"י כו (1) 757; ראו, ברק, "לקראת קונדיפיקציה של המשפט האזרחי" עיוני משפט ג', תשל"ג, עמ' 5-10; "ההוראה בדבר עצמאות החוק ובעיית הלכונה בחקיקה הישראלית החדשה", משפטים ה, תשל"ד, עמ' 99-100; "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכויים וסיכונים", משפטים ז, תשל"ו, עמ' 15-16; "על השופט כפרשן", משפטים יב, תשמ"ג, עמ' 248-249.

הדין הגדול לערעורים. בפתח פסק דינו אומר השופט זוסמן: "זהו מקרה מצער ויוצא דופן דל סכסוך שנפל בין שתי הדרגות של מוסדות השיפוט הרבניים".<sup>34</sup>

עמדת, בית המשפט העליון ברורה, ולפיה מתבטל שיקול דעת הערכאה הנמוכה, ועליה לציית להוראות הערכאה הגבוהה. בסיום פסק הדין אנו קוראים: "אין צריך לומר שההיררכיה הקיימת בין מוסדות השיפוט המורכבים מדרגות שונות, מחובתה של הדרגה הראשונה לציית להוראותיה של דרגת הערעור".<sup>35</sup>

### 7.3. ערעור על שיקול דעת בדין המהותי

בעניין אחר<sup>36</sup> שהוא בדין המהותי מדובר בפסק דין שניתן על-ידי בית הדין הרבני האזורי בירושלים, ובו נקבע שאישה פלונית חל עליה דין מורדת. האישה ערערה לבית הדין הרבני הגדול לערעורים, וזה החליט לקבל את הערעור ופסק ש"אין אנו מוצאים שיש לפסוק על האשה דין מורדת".<sup>37</sup> בית הדין האזורי לא הסכים לבטל את שיקול דעתו ולקבל את החלטת בית הדין הרבני לערעורים. יתר על כן בית הדין האזורי שבירושלים אף הכריז שבית הדין הרבנים לערעורים פסק את פסקו כאשר לא ברור במה מדובר:

---

<sup>34</sup> שם, עמ' 758.

<sup>35</sup> שם עמ' 759-760. במקרה אחר הוגשה עתירה לבג"ץ. הבקשה הייתה לבטל החלטתו של בית הדין הגדול לערעורים כיוון ש"בית הדין הרבני הגדול פגע בכללי הצדק הטבעי בכך שנטל לעצמו את הסמכות לדון בעצמו בעניין במקום לשוב ולהחזירו לבית הדין האזורי. בכך ניטלה ממנו (מן המבקש) ערכאת ערעור". ראוי לציין שהפנייה לבג"ץ היא ערעור על עמדת בית הדין העליון שרשאי להפעיל שיקול דעת ולפסוק בעניין הנידון. בית המשפט העליון דחה את העתירה, בקבעו: "משסירב עם החלטתו, לא נותרה כנראה, לפי דעתו של בית הדין הרבני הגדול, כל דרך אליו לטפל בדיון בעצמו". בג"ץ 352/82 בן זאב נ. בית הדין הרבני הגדול, ואח' פד"י לו (3) עמ' 250, בעמ' 252.

<sup>36</sup> ע"א 682/81 פריד נ. פריד פד"י לו (2) 695.

<sup>37</sup> שם, עמ' 696. על זה כותב הנשיא לנדוי: "לא זו בלבד שבית הדין של ערכאה ראשונה פסק בניגוד גמור לפסק דינה של ערכאת הערעור שמעליה, אלא אם בית הדין אף הרשה לעצמו להכריז, כי לערכאת הערעור 'לא נהיר כלל במה מדובר'. יש להוסיף כאן שאיש מבעלי הדין לא ביקש מבית הדין האזורי להיזקק מחדש לשאלה, אם המערערת מורדת, אחרי שבית הדין הגדול אמר את דברו, אלא זאת עשה בית הדין האזורי על דעת עצמו, כאשר שני בעלי הדין פנו אליו בבקשה משותפת להסיר עיקול כדי לאפשר ביצוע של הסכם לחלוקת רכוש משותף שעשו. אף אכן חולקין על כך, שבין פסק הדין של בית הדין הגדול ובין החלטת בית הדין האזורי מאלול תש"מ לא השתנתה בנסיבות הנוגעות לשאלה, אם המערערת מורדת". יוצא אפוא שבית המשפט העליון התערב בשיקול הדעת וביטל את החלטתו של בית הדין האזורי, מאחר שבית הדין הגדול לערעורים החליט לבטל אותה.



מאחר ולבית הדין הגדול לא נהיר בכלל במה מדובר, ובפסק הדין שניתן...  
לא מוזכר אפילו ברמז רמיזא עניין הכתובה, לכן חוזר בית הדין על  
החלטתו... כי דינה של האשה מורדת.<sup>38</sup>

בית המשפט העליון ביטל את החלטתו של בית הדין האזורי ונימוקו שבית הדין הרבני הגדול  
לערעורים החליט לבטל אותה. הנשיא לנדוי תומך את יתדותיו גם בתקנת בית הדין  
הרבניים. ואלה דבריו:

הדבר גם נובע ברורות מתקנה קל"ח של תקנות הדיון של בתי הדין  
הרבניים... בספרו הנ"ל...<sup>39</sup> מתאר המחבר המלומד את הוויכוחים  
שקדמו להקמתו של בית הדין הגדול בימי המנדט הבריטי, והוא מציין  
שם, בעמ' 668, שלמרות דעת המתנגדים "הוקם אז בית דין לערעורים,  
ובכך נתחדשה ביודעין הלכה חשובה במשפט העברי". אין בזה שום  
כפייה מצפונית של הדיין, שהוא נאלץ, כביכול, לדון בניגוד להכרתו בדבר  
הדין הנכון, כי משאמרה ערכאת הערעור את דברה, הוצאה סמכות  
הפסיקה. בעניין ממילא מידי הערכאה הראשונה.<sup>40</sup>

מבחינת תפיסת עולמה של ההלכה הדוגלת בריבוי שיקולי דעת ומאפשרת חופש פסיקה נרחב  
אכן יש כפייה על בית הדין האזורי לפסוק בניגוד לרצונו, אך מטרת התקנה שהכירה במוסד  
בערעור להוציא את הסמכות מבית הדין האזורי והאחריות המשפטית רובצת על מוסד  
הערעור. לזה התכוון השופט לנדוי "שאין בזה כפייה מצפונית של הדיין" כי "הוצאה סמכות  
הפסיקה בעניין ממילא מידי הערכאה הראשונה".<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> שם, עמ' 697-696.

<sup>39</sup> הכוונה לספרו של מנחם אלון המשפט העברי, הוצאת מאגנס, ירושלים, תשל"ח, ראה את הציטוט  
במהדורת תשנ"ח, עמ' 667.

<sup>40</sup> שם, עמ' 699-698.

<sup>41</sup> ראו מאמרו של ורהפטיג "על התקדים במשפט העברי" שנתון המשפט העברי ו-ז (תשל"ט-תש"מ) עמ' 105.  
בעמ' 131 המחבר דן ביחסים שבין בתי הדין האזוריים ובית הדין הרבני הגדול לערעורים. דברי הנשיא לנדוי,  
מובאים במאמרו של ורהפטיג, ומציין שאינם מקובלים עליו. אלון מתייחס לדברי ורהפטיג וכותב: "גישת  
ורהפטיג אינה מקובלת על דעת השופט לנדוי ובצדק, שהרי אין היא עולה בקנה אחד עם מהותי של מוסד  
הערעור ומטרתו של מוסד זה, וזו נסיגה מן המטרה המקורית שלשמה הוקם מוסד הערעור במערכת  
השיפוטית הרבנית". המשפט העברי, עמ' 1528 הערה 198. אלון משווה בין דברי לנדוי ובין גישת בית הדין  
הרבני האזורי, וזו מסקנתו: "מאלף הוא השוני שבקונספציה המשפטית, שדרך אגב היא נידונית בדברים  
האמורים של הנשיא לנדוי, לעומת הדברים שהבאנו בתחילתו של עניין, בדעת המיעוט שבבית הדין הרבני  
האזורי. באותה החליטת מיעוט נעשתה הבחנה בין בעלי הדין שיכולים לקבל על עצמם להחלטת בית  
הדין הרבני הגדול לערעורים, לבין דיינים שכלל אינם יכולים להסכים שהם יפסקו שלא לפי הבנתם ומצפונם.  
הנמקה הפוכה מזו אנו שומעים מפי הנשיא לנדוי, שאם בעלי הדין יכולים לקבל על עצמם להחלטת

הרב עובדיה הדאיה, שהיה חבר בית הדין הגדול לערעורים, כותב על סירוב בית הדין האזורי לקבל החלטת בית הדין לערעורים:

ובית הדין הגדול לא מצא יסוד לפסק בית הדין הראשון, ופסק אחרת, הרי מחובת בית הדין הראשון להיכנע, לפסק בית הדין הגדול, כפי החוק וכפי פסק השו"ע... ומכיוון שבית הדין הראשון לא נכנע לפסק בית הדין הגדול... ולכן מחובתו להגן על כבודו שהוא כבוד ישראל... מכיוון שזה נוגע להגנה על כבוד בית הדין הגדול, הרי הוא סמכות העליונה שחייב להגן על כבודו, בכל מחיר, ואין כוח לאף אחד שיוכל להפריע לו בזה.<sup>42</sup>

גישתו של הרב עובדיה הדאיה היא שלבית הגדול יש סמכות לבטל שיקול דעתו של בית הדין האזורי, ואם בית הדין האזורי יתנגד לקבל הכרעתו, חובתו לאלץ את בית הדין האזורי לקבל את פסיקתו. הרב הדאיה אינו מגלה באלו אמצעים יש זכות לבית הגדול להשתמש. מקור הסמכות הוא החוק וגם ההלכה שנפסקה בשו"ע, חו"מ סימן יד, סעיף א'.

לפי החוק ראינו עד עתה שבהמ"ש העליון כפה את פסיקת בית הדין הגבוה. לפי השו"ע נפסק: "שני בעלי הדין שאחד אומר נלך לביה"ד הגדול ואחד אומר נדון כאן, כופין אותו ודן בעירו".

לפי השו"ע יוצא שצד אחד אינו יכול לכפות על הצד השני ללכת לבית הדין הגדול. אך הסמ"ע מסביר את דברי השו"ע בנתבע, כלומר אם התובע דורש מהנתבע, ויש בסיס לטענותיו ללכת לבית הדין הגדול, כופים את הנתבע, כלומר זכותו של התובע לדרוש שהדיון יעשה על-פי שיקול דעת של בית הדין הגדול. לדעת הרב הדאיה, בית הדין הגבוה לערעורים מקביל לבית הדין הגדול ורשאי לדרוש שדיון מסוים יתקיים בבית דין אחר.<sup>43</sup>

שוחטמן, מעיר שסמכות של בית הדין הגבוה לערעורים לכפות את שיקול דעתו אינה אלא ביחס לבית הדין הרבניים הפועלים במסגרת השיפוט הרבני בישראל. ואלה דבריו:

בית הדין הגדול לא ייזקק לערעור על פסק דין שניתן על-ידי בית דין שאינו פועל במסגרת זו. כמו כן לא ייזקק בית הדין הגבוה לערעורים לערעור על פסק דין של בית דין אזורי, הפועל אמנם במסגרת השיפוט

---

דרגת הערעור, קל וחומר לדיינים שחייבים הם לציית לערעור, שהרי הדיין 'בהתמנותו לערכאת דיון ממלכתית, שמעליה ערכאת ערעור, הוא מקבל על עצמו את דין הציות לערכאת הערעור, ועל מנת כן ממנים אותו. אין בזה שום כפייה מצפונית על הדיין, שהוא נאלץ, כביכול לדון בניגוד להכרתו בדבר הדין הנכון". המשפט העברי, עמ' 1528.

<sup>42</sup> ישכיל עבדי, חלק ו חלק אבן העזר סי' כה.

<sup>43</sup> ראו, אסף, "בבל וארץ ישראל בתקופת הגאונים", השלח לד, תרע"ח, עמ' 281-195; וספריו בתי הדין וסידריהם אחר חתימת התלמוד, תנופת הגאונים וספרותה; לסדר בית הדין באשכנז, המשפט העברי א, תרפ"ו, עמ' 105-120.

הרבני, אבל בחוסר סמכות, דהיינו שלא קיבל את הסכמתם של בעלי הדין להתדיין בפניו (בענייני ממון) הטעם לכך הוא, שאין סיכוי שפסק הדין הזה יכובד, בית הדין הגדול גם לא ייזקק לערעור על פסיקתו של בית דין הפועל במסגרת מערכת השיפוט הרבני, אם הורה בית הדין האזורי לא במסגרת סמכותו אלא בתוקף מעמדו כבית דין המורה בענייני איסור והיתר גרידא.<sup>44</sup>

## 8. היקף פעילותו של בית הדין לערעורים

במערכת השיפוט בבית הדין הגבוה לערעורים אפשר לערער לא רק על פסק דין סופי אלא אף על החלטה שנתקבלה במהלך הדיון, כיוון שגם אותה החלטה אפשר לראות בה שיקול דעת סופי על-פי תקנה קיט (1): "כל פסק דין וכל החלטה של בית דין אזורי ניתנים לערעור לבית הדין הגדול".

ואולם רק במקרה אחד קובעות תקנות הדיון שאין אפשרות לערער אלא בקבלת רשות ערעור מבית הדין הגדול. וכך נקבע בתקנה קיט (2): "על פסק דין זמני אין ערעור אלא לאחר קבלת רשות לערער מבית הדין הגדול".

יוצא אפוא שכאשר מדובר בפסק דין זמני או החלטה שאינם קובעים סופית את זכויותיהם וחובותיהם של בעלי הדין, אין כאן שיקול דעת סופי, ולא תינתן אפשרות לערער על החלטה זו, אלא אם בית הדין הגדול על-פי שיקוליו לא מאשר זאת.

שוחטמן מנמק תקנה זו וכותב:

שלילת זכות הערעור אינה עלולה בהכרח לגרום נזק שאינו ניתן לתיקון לשום צד, שהרי בית הדין טרם פסק סופית בעניינו. אכן אפשר שגם פסק

<sup>44</sup> סדר הדין, עמ' 449-450. שוחט מביא שם סיטואציה בערעור תשט"ז/42 (לא פורסם, התיק שמור בארכיון בית הדין הגדול בירושלים). המעשה הוא מעמדו האישי של ילד שגור על-ידי אביו בלא הסכמת האם שאינה יהודייה. האם טענה שאין סמכות לבית הדין האזורי לדון בסוגיה זו, כי אין הוא כבית דין במסגרת סמכויותיו שעל-פי החוק אלא כמי שהתבקש להורות הוראה בענייני איסור והיתר. פסה"ד אושר על-ידי בית הדין הגדול שבו ישבו בדין הרבנים הרצוג, הדאיה, ובן-מנחם. יוער שבפסק דין אחר של בית הדין הגבוה לערעורים, שבו ישבו הרבנים הרצוג, ברוטו והדאיה, הביא הרב הרצוג סברה שאם בית הדין האזורי חרג ממסגרת שטר הבוררות, אין בזה כדי לשלול את הסמכות מבית הדין הגבוה לבקר את פסק הדין, כיוון ש"אפשר להניח שבתור הרבנות הראשית לארץ ישראל יש לנו דין בית הועד או בית הדין הגדול, וכל בעל דין יש לו הזכות לדרוש מכל בית דין שבארץ ישראל לפרש מ'איזה טעם דנתוני'... ולהגיש לפנינו לברר אם הוא על-פי התורה דין אמת וצדק" (ערעור 1/11/79 לא פורסם, בנזק המדינה, מיכל 4806, תיק 103/40). שוחטמן מעיר שהרב הרצוג לא הכריע בנקודה זו משום הספק "אם בכלל יש לנו עפ"י התורה הכח לדון בתור בית דין לערעורים, שהרי הכח שלנו... נובע מתוך תקנות הקהל, והתקנות הללו מצטמצמות במסגרת הידועה". כלומר כאשר התביעה ממונית צריך הסכמת הצדדים.

דין המוגדר כזמני עלול לגרום נזק שאינו ניתן לתיקון, ולפיכך קיימת האפשרות לערער, אבל הדבר מותנה בקבלת רשות מבית הדין הגדול.<sup>45</sup>

לדעת שוחטמן, כל זמן שאין שיקול דעת סופי, עדיין לא נגרם נזק שאינו ניתן לתיקון. אך אם ייגרם נזק, ידון בית הדין הגבוה ברשות בערעור.<sup>46</sup>

הזכות לערער היא כאשר בידי המערער פסק דין או החלטה המכוונים נגדו, כלומר הערעור על שיקול דעת שהופעל, אולם אם מדובר בהחלטה, אין זכות לערער.

אישה אחת הגישה תביעה לבית הדין בתל-אביב, וזה סירב לדון בתביעתה, כיוון שהתובעת התנפלה בגסות על ראש בית הדין ואף איימה עליו בפציעת ראשו וכדומה. במשך יומיים היא הפריעה למהלך הדיונים ולעבודת בית הדין. התובעת הגישה לבית הדין הגדול לערעורים בקשת רשות ערעור, ובית הדין הגדול דחה את התביעה, כיוון שאין כאן פסק דין ובו שיקול דעת שעליהם מערערת התובעת.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> שנת תש"ך.

<sup>46</sup> בערעור תשל"ט/14 (לא פורסם, התיק שמור בארכיון בית הדין הגדול בירושלים) שם יש דוגמא שבית הדין הגדול לערעורים, נענה לבקשת רשות ערעור על החלטת ביניים, בנסיבות קרובות ל"פסידא דלא הדרי" (נזק שאינו ניתן לתיקון).

<sup>47</sup> תיק בקשות לערעורים 22/2/6 (לא פורסם, בגנוז המדינה, מיכל 4735 תיק 112/5, אות ל). בית הדין הגבוה לערעורים לא יבקר את שיקול דעת קודמו, אלא אם כן יש לכך בסיס על-פי התקנות או ההלכה. לכן אם צריך לבקש רשות לערער והוגש לבית הדין הגדול ערעור על החלטה זמנית בלא שקדמה לכך בקשת רשות ערעור כנדרש, ידון בית הדין בערעור כאילו היה בקשה לרשות ערעור, ורק אם ימצא שיש מקום למתן רשות, ידון בערעור גופו. כך עולה מפסק דינו של בית הדין הגדול שניתן בערעור על מתן צו הפרדה זמני בין הבעל לאשתו. בית הדין האזורי החליט להוציא צו הפרדה בין הבעל לאישה עד להחלטה חדשה. הבעל ערער על החלטה זו, ובית הדין הגדול דן תחילה אם יש לדון בו בכלל, כיוון שההחלטה היא זמנית. בית הדין אכן דן והגיע למסקנה שיש לדון בערעור על החלטה זו למרות היותה זמנית מהנימוקים האלה: א. צו הפרדה אף שהוא לתקופה זמנית, ההחלטה היא חמורה, הן מחמת חומרתה כלפי קיומם של חיי נישואין הן מחמת שאי אפשר כלל וכלל להשלים את הזמן שניתן עליו צו הפרדה, אם יתגלה שאין ממש בתביעת האישה. ב. מטעמו של הבעל נשמעה טענה בדבר חוסר סמכות, כלומר בית הדין שנתן את ההחלטה חרג מסמכותו, "וזהי פגיעה רצינית בעצם עניין עשיית צדק ולא מהראוי לדחות את העיון בה לאחר גמר המשפט". ראו ערעור תשל"ט/264 פד"ר י"ב עמ' 161. ראוי לציין שיש סוגי החלטות, שאין אפשרות לערער על שיקול דעת שבהן, גם לא בדרך של בקשת רשות. תקנה קכא קובעת: "אין ערעור על החלטה בדבר מהלך הדיון אלא יחד עם ערעור על פסק הדין גופו, זולת אם זוהי החלטה הגומרת את הדיון באופן שלא יינתן עוד פסק דין בנדון". אולם יש חריגים, כגון בערעור תשכ"ב/11 (לא פורסם, התיק שמור בארכיון בית הדין הגדול בירושלים).

## 9. אימוץ שיקול דעת בית הדין

הצדדים או אחד מהם רשאים להצהיר מראש שמקבלים עליהם שיקול דעת הערכאה הראשונה ומוותרים על הערעור. תקנה קכד לתקנות הדיון קובעת:

הצהירו כל הצדדים לפני בית הדין כי הם מוותרים על זכותם לערער, יירשם הדבר בפרטיכל, ואין פסק הדין ניתן לערעור. הצהיר צד אחד כאמור, לא יוכל הוא לערער אלא אם כן ערער יריבו.<sup>48</sup>

יוצא אפוא שיש הבחנה אם שני הצדדים הסכימו או צד אחד בלבד הסכים. שוחטמן מנמק את תקנת הדיון שאם אחד הסכים יוכל לערער רק אם חברו ערער על כך:

הטעם לכך שהצהרת צד אחד בלבד אינה מחייבת אלא בתנאי שהצד שכנגד לא יגיש ערעור, הוא, שרואים את המצהיר כמי שלא מסר את הצהרתו אלא על דעת כן שלא יערער חברו, אילו חשב שהלה יערער ודאי שלא היה מוותר על זכות העומדת אף לו.

שוחטמן מוסיף שוויתור על הזכות לערער על שיקול דעת הערכאה הראשונה יכול לבוא בשטר הבוררות שחתמו עליו בעלי הדין. הסכמה זו מחייבת, ואם למרות האמור בשטר הבוררות יוגש עליו ערעור, ידחה בית הדין לערעורים את הערעור.<sup>49</sup> ואולם אם בית הדין האזורי חרג ממסגרת שטר הבוררות ודן בסכסוך ממוני אחר שבין בעלי הדין, יש סמכות לבית הדין לערעורים לדון בחלק שבו חרג בית הדין האזורי. דומה שהנימוק לתפיסה זו הוא שלצדדים יש היתר לקבל את הערכאה הראשונה, וזה חל על מה שקיבלו עליהם.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> תקנות הדיון, שנת תש"ך.

<sup>49</sup> כך נפסק בערור 1/55/707 (לא פורסם, בנזק המדינה, מיכל 4775. ההחלטה מיום ט"ו אדר א' תש"ח. ישבו בדין הרבנים עוזיאל, הרצוג וקלמס). שוחטמן מעיר שבתשובת ר' יצחק מלאטש המובאת על-ידי ר' בונפיל, הרבנות באיטליה בתקופת הרנסאנס, ירושלים תשל"ט, עמ' 275 (תעודה 52) שם כתב שגם אם בעלי הדין קיבלו שלא יערערו ולא ידרשו מתן נימוקים לפסק הדין ולטענת אחד מבעלי הדין טעו בדבר משנה או בדבר הלכה, עליהם להתדיין שוב בפני בית דין יפה שיבדוק אחר פסיקת הראשון, כיוון שמדובר כאן בטעות בדבר משנה, וכידוע, הטועה בדבר משנה חוזר. ושם בעניין הנידון חרג בית הדין הראשון מסמכותו, כיוון שלפי שטר הבוררות הוא הוסמך לפסוק לפי הדין או קרוב לדין, ואילו הוא פסק פסק-דין של פשרה.

<sup>50</sup> הרב הרצוג בערעור 1/11/709 סובר ומנמק ש"אם באו בעלי דין לפניו, ונשמעה בפניהם תביעה ממונית אכן החוק מונע, אף בהעדר שטר בוררות, מלפסוק כדין התורה ומלדרוש מהנתבע, מהבחינה הדתית והמוסרית, לקבל את פסק דינם עפ"י דין תורה... ואעפ"י שכל תנאי שבממון קיים, אכן התנאי ההוא חל עליה, ויש לבית דין הגדול כוח מצד התורה לדון בה ולהחליט" (פסה"ד לא פורסם, בנזק המדינה, מיכל 4806 תיק 103/40). הרב עדס הצטרף לחוות דעת הרב הרצוג, אך הרב בן-ציון מאיר חי עוזיאל בחוות דעת נפרדת כותב: "כי עצם כוחו החוקי של בית הדין להזדקק לתביעה כספית... מקורו בשטר הבוררות, ומאחר שבנידון דגן מראה שטר הבוררות ששני הצדדים באו מלכתחילה. לידי הסכם שלא לערער על הפסק שיוציא בית הדין הרי... אין מקום הדין פועל עוד כבית דין אלא כבורר או כחבר בוררים הכפוף לחוק הבוררות הכללי". שוחטמן מעיר שהרב

שוחטמן מעלה שאלה חשובה בעניין הזכות לקבל את שיקול דעת הערכאה הראשונה, והיא שאם מתברר שפסק הדין מוטעה, הרי מחובת בית הדין להוציא דין אמת, וכיצד יכולים הצדדים להתחייב לדבר שיש בו מניעת חשיפת האמת. שוחטמן מבחין בין תביעה בדיני ממונות ובין תביעה בדיני אישות. כאשר מדובר בתביעה ממונות, לצדדים הזכות לקבל שיקול דעת מוטעה של בית הדין ואף לא לערער עליו. אולם אם מדובר בתביעה בדיני אישות, לא יהיה תוקף להצהרת האדם שהוא מוותר על זכות הערעור. לדוגמה, אדם מגיש תביעת גירושין נגד אשתו בטענה שזינתה ומצהיר מראש שמקבל את שיקול דעת הערכאה הראשונה ולא יערער עליה. במהלך הדיון מתברר שהאישה אכן זינתה, אלא שבית הדין בערכאה הראשונה אינו רואה לנכון מסיבה כלשהי לתת פס"ד שמחייב אותו לגרשה ומבקש שלום בית. במקרה כזה, טוען שוחטמן שוויתור הבעל אינו מחייב את בית הדין הגדול לערעורים.<sup>51</sup>

## **10. עמדת בית המשפט העליון**

שיטת ההלכה אינה מכירה בעקרון התקדים המחייב אלא גורסת שעל הדיין לפסוק את הדין על-פי שיקול דעתו. אכן יש בתי דינים ששוללים את סמכות בית הדין הגבוה לערעורים לצוות עליהם לפעול נגד שיקול דעתם.

גישה זו ביקר בית המשפט העליון. לדעתו, מינוי בתי הדין הרבני הוא שיטת שיפוט שכוללת ערכאת ערעור. לכן כל דיין שמתמנה לתפקידו ידע שמינויו בא לו על דעת כן שפסקי הדין שלו על-פי שיקול דעתו יהיו נתונים לביקורת שיפוטית של בית הדין לערעורים, ועליו לציית לבית הדין הגדול לערעורים:

עצם הקמת בית הדין הגדול לערעורים יצרה מבנה היררכי במערכת השיפוט הרבני והמסקנה המתבקשת היא, שאין ערכאת שיפוט נמוכה מוסמכת להמרות פיה של ערכאת הערעור, באותו עניין שבו פסק בית הדין של ערעור את פסקו.

---

עוזיאל אינו מתייחס בחוות דעתו לסברת הרב הרצוג, וייתכן שהשתכנע מדבריו לאחר שהגיעה אליו חוות דעת הרב הרצוג. על פסק הדין שניתן על יסוד חוות דעת הרב הרצוג חתם כמובן גם הרב עוזיאל.

<sup>51</sup> סדר הדין, עמ' 451-452.

## **11. סיכום ומסקנות**

- א. בתקופת בית הדין הגדול לא חל הכלל "אין לדיין אלא מה שעיניו רואות", כלומר כל בתי הדין הנמוכים כפופים לשיקול דעתו.
- ב. הקמת בית הדין לערעורים כרסמה בכלל "אין לדיין אלא מה שעיניו רואות", כיוון שלבתי הדין לערעורים יש סמכות לבקר את שיקול דעת בתי הדין האזוריים.
- ג. ראינו שיש השוללים את הקמת בית הדין לערעורים מהנימוק שאין לפגוע בחירות הדיין, וחובה להשאיר על כנו את הכלל "אין לדיין מה שעיניו רואות".

## **פרק תשיעי**

### **ריבוי דעות בהלכה**

#### **1. רקע**

הדיון ההלכתי במשנה, במדרשי ההלכה, בתלמודים ובספרות הבתר תלמודית מאופיין בריבוי הדעות. לעתים יש הכרעה בין שיקולי הדעת, ולעתים הדעות נותרות ללא הכרעה. בעניין ריבוי דעות בהלכה יש להבחין בין מחלוקת בת-קיימא ובין ריבוי דעות זמניים בשעת הוויכוח. אופיו ומהותו של לימוד תורה הוא דיון ודיאלוג בין הלומדים בצוותא. הדיאלוג בחברותא מלווה בוויכוחים ובהיעדר הסכמה. אם צד אחד מהצדדים הצליח להוכיח את צדקתו או לשכנע את בר הפלוגתא שלו, מסתיים הוויכוח בהסכמה, ואין כאן מחלוקת בין הצדדים, אלא יש כאן שיקול דעת אחד שהתקבל. אך אם הוויכוח אינו מסתיים כך, כלומר אם איש לא הצליח לשכנע את יריבו בצדקתו וכל צד מתבצר בעמדתו, הרי יש כאן ריבוי דעות.

לא תמיד ריבוי דעות מתהווה מוויכוח ודיאלוג ממשיים של לימוד בצוותא אלא אף בין חכמים שמעולם לא למדו בצוותא זה עם זה. לעתים מפרידות ביניהם מאות שנים. נראה שאם ניתנה לצדדים החולקים הזדמנות לפנות איש אל רעהו בניסיון לשכנע זה את זה, אפשר שהצדדים היו מגיעים לכלל הסכמה איזה שיקול דעת יתקבל. ביטוי מעשי להבחנה שראינו מצוי בהפעלת הכלל הקלאסי "יחיד ורבים הלכה כרבים". לדעת כמה מן הראשונים, הכלל חל רק כאשר חכמים נחלקו פנים אל פנים, וניתנה הזדמנות לכל הצדדים לשכנע איש את רעהו בצדקתו.<sup>1</sup>

#### **2. ההתנגדות לריבוי הדעות**

##### **2.1 בשל "זוחי הלב"**

##### **2.1.1 התוספתא**

---

<sup>1</sup> במקורות רבים מתואר לימד התורה כ"מלחמתה של תורה". כך מובלטת המרכזיות והחשיבות שברבוי שיקול הדעת. וכך אנו שונים: "הכל גבורים עושי מלחמה, וכי מה גבורה עושים בני אדם ההולכים בגולה, ומה מלחמה עושים בני אדם זקוקים בזיקים והנתונים בשלשלאות, אלא גבורים אלו גבורי תורה, כעניין שנאמר ברכו ה' מלאכיו גבורי כוח עושי דברו וגו' עושי מלחמה שהיו נושאים ונותנים במלחמתה של תורה שנאמר על כן יאמר בספר מלחמות ה'" ספרי, דברים, האזינו, מהודרת פינקלשטיין, ברלין ת"ש, שנה (עמוד 370); ראו, אבות דרבי נתן, נוסח א, א; אדר היקר, מעט צרי, פתיחה; לב שומע, מערכת ע, כלל יב; מורה נבוכים חלק א, עא, מהדורת קאפח; ירושלים תשי"ז, השו"י, לדבריו של הרב פאלאגיי בכל החיים, כללים, איזמיר תרל"ד, כללים יט-כג; כה. בתלמוד יש לעיתים קרובות אבחון, ראו הליכות עולם, כללי התלמוד, ורשה תרמ"ג, שער ב; ש' אלבק, סוף ההוראה ואחרוני האמוראים, סיני ספר היובל (תשי"ח), 57-73.



ראינו לעיל (פרק א) שלדיין יש חירות בהפעלת שיקול דעתו, כלומר עמדת ההלכה בריבוי שיקול הדעת היא חיובית למרות הקשיים הרבים שיש בריבוי הדעות. ואולם יש קולות מנוגדים השוללים את ריבוי הדעות בהלכה. וכך אנו שונים בתוספתא:

משרבו זחוחי הלב רבו מחלוקות בישראל, והן הן שופכי דמים.<sup>2</sup> משרבו מקבלי מתנות נתמעטו ימים ונתקצרו שנים. משרבו תלמידי שמי והלל שלא שמשו כל צרכן הרבו מחלוקות בישראל. ונעשו שתי תורות.<sup>3</sup>

#### 2.1.1.1 ביאור התוספתא

רש"י מפרש במקבילה במסכת סוטה:<sup>4</sup> "זחוחי הלב, שאינם מטיין את אזנם לשמוע יפה מפי רבם וסומכים על בינתם לדקדק שמועתם". וכך במקבילה במסכת חולין.<sup>5</sup> ומפרש רש"י: "זחוחי, לשון גבוהי הלב, שלא דקדק מפי רבו כל צרכו וסמכו על לבם".

לפי פירוש רש"י יש קשר הגיוני בין ריבוי זחוחי הלב ובין ריבוי הדעות. רשלנותם של התלמידים, שנבעה מגאוותם האישית, גרמה שנשענו רק על בינתם, והתוצאה הייתה היעדר "אמת הלכתית" וריבוי דעות. ר' יום-טוב ליפמן העליר, בעל "תוספות יום טוב", מסיק ממקור זה:

אע"פ שהיה בידם כל הכללות... הנה מפני מיעוט לבם ועכירת דעתם בסבת טרדות הצרות, אפשר להם שידמו דבר לדבר ואינו כן, אלא דומה לדבר אחר.<sup>6</sup>

דומה שנימוקו של בעל "תוספות יו"ט" שונה מפירושו של רש"י. לדעתו, היעדר האמת ההלכתית אינה מגבהות לב אלא ממיעוט לבם בשל הצרות. בהמשך דבריו בעל תוספות יו"ט מציג עמדה מסייגת, ואלה דבריו:

ומכל מקום כיון שהכללות שבידיהם אמתיים, ומסורות להם ממש רבינו ע"ה מפי הגבורה, מפני כן אלו ואלו דברי אלהים חיים הן, המזכין והמחייבין המטהרין והמטמאין האוסרין והמתירין. כמו שפרש"י...

<sup>2</sup> כאן הובא הנוסח בכתב יד וינה על התוספתא. אולם תוספת זו – "והן שופכי דמים" – ליתא בכתב יד ערפורט ובמקבילות, סוטה מז ע"ב, וחולין ז ע"א. הר"ש ליברמן, מפרש שבנוסח של כתב יד וינה, מדובר במחלוקת חברתית של "גבוהי לב פשוטים... שפעמים והתירו (חכמים) את דמן" בעוד שבכתב יד ערפורט מדובר בתלמידים זחוחי לב ובמחלוקות הלכתיות.

<sup>3</sup> תוספתא, סוטה יד, ט.

<sup>4</sup> מז ע"ב.

<sup>5</sup> ז ע"א.

<sup>6</sup> הקדמה לפירושו למשנה תוספות יום-טוב. ראו פירושו למסכת אבות, פרק ה משנה יז.

דזמנין דשייך האי טעמא וזמנין דשייך האי טעמא, שהטעם מתהפך לפי שני הדברים בשני מועט.

מכאן יוצא שלפי רש"י ולפי בעל תוספות יו"ט, אין בריבוי הדעות תופעה שלילית. הדברים סותרים בסתירה ומסיק את מה שראינו לעיל בדבריהם. שגיאה חש ששני הניסוחים של בעל תוספות יו"ט מלמדים שבתפיסתו המחלוקת היא בסיסית במסורת ההלכתית, עד שגם מי ששולל את המחלוקת חייב להעניק משקל חשוב לעצם קיומה.<sup>7</sup>

מדברי רש"י ובעל תוספות יו"ט נראה שיש שני מצבים: האחד – ריבוי דעות מתוך רשלנות בשל גבהות לב, והאחר – תופעה לאחר ליבון הדברים ודקדוקם. שכל אחד מביע את שיקול דעתו זו נורמה חיובית בהלכה.

רבי יצחק מאַגְרִיטין מתקשה לקבל את הסבר רש"י שתופסי התורה לא הטו אוזן לשמוע דברי רבם כראוי בשל גודל לבם. לכן הוא תולה את ריבוי הדעות בתלאות ובפגעי הזמן שמפעם לפעם פוקדים את העם, וכך נפגם שיקול הדעת. וזה לשונו: וכאשר זאת הייתה הסבה שלא שקדו על החכמה כל כך ונחלשה סברתם ולא נשתוו בשכלם, לכן רבתה ביניהם המחלוקת.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> שגיא, אלו ואלו, עמ' 73-74. שגיא מדגיש שלכאורה ניתן להניח שר' יום טוב הציג שתי עמדות סותרות. אך לשיטתו סובר שגיא שר' יום-טוב מציג את הסתירה הבסיסית בין שני יסודות מהותיים לשיח ההלכתי, וכך הוא מוסיף וכותב: "רבי יום-טוב אינו מסתפק באחידות הפרוצדוראלית ובקביעת התקפות של מכלול העמדות. לדעתו לעובדה 'שהכללות שבידיהם אמיתיים' יש השלכות מעשיות, ובהקשר זה הוא מצטט עמדת רש"י. יוצא שהעובדה שהכללים הבסיסיים של הפרוצדורה ההלכתית פרשנית 'אמיתיים' מהווה חומה בצורה בפני סטייה מוחלטת מהמערכת ההלכתית; תוקפן של מכלול העמדות מעוגן אפוא באחידות של העקרונות הכלליים המשותפים. אבל לעובדה זו יש גם השלכה על תהליכי ההכרעה עצמם: לכל עמדה יש זמנה 'זימנין דשייך האי טעמא וזמנין דשייך האי טעמא'. עמדה זו... מחויבת להניח הנחה נוספת על אודות טיבם של ההיסקים ההלכתיים. אם להלכה יש היסק לוגי, וההכרעה ההלכתית היא מסקנה מתחייבת מ'הכללות שבידם', אין דרך להימלט מן המסקנה שאחת הגישות היא אכן מוטעית לחלוטין". שם. מכאן הוא מסיק שקשה לקבוע שאותו שיקול דעת, כלומר אותה דעה דחוייה רלוונטיות כשלהי, מקורו בטעות.

<sup>8</sup> תוקף התלמוד, מאמר ב, פרק ג. שם, בפרק ד, כותב רבי יצחק בעניין ריבוי דעות שכל מחלוקת שהייתה ותהיה בחכמת התלמוד בנויה על פי הסברה שמקורה בשיקול דעת שכלי בפנימיות הנפש, ואם גם התחלת מחלוקתם מתחילה ברשות הכתוב, שורשה מסברה אחד ששונה מסברת חברו. וכך הוא ממשיך וכותב: "אם אמנם שלכל אחד מבעלי המחלוקה היה האמת מבואר מצד הרגשת שכלו, עם כל זה מצד עצמות האמת כפי אשר יסכים עליו ואל אמת ית"ש היה לכל אחד בספק השקול... אם היה אחד מבעלי המחלוקה גדול בחכמה, הוכרח שני לבטל את דעתו מצד הקש הנצוח, שדעת בעל חכמה יתירה יותר אמתי מדעת זולתו שאינו גדול כל כך בחכמה... ביארתי שחכמי התלמוד הראשונים נתעלו בהשגת חכמת תורתנו הקדושה יותר מחכמי

## 2.2 שלא שימשו כל צורכן

### 2.2.1 התוספתא

על הסיבה "שלא שימשו כל צרכן" מצינו לאחר תיאור סדר ההכרעה בתקופה קדומה. וכך שנינו בתוספתא סנהדרין, ז ע"א:

אמר רבי יוסי, בראשונה לא היו מחלוקות בישראל,<sup>9</sup> אלא בבית הדין של שבעים בלשכת הגזית...<sup>10</sup> משם היה יוצאת הלכה ורווחת בישראל.<sup>11</sup> משרבו תלמידי שמאי והילל שלא שימשו כל צורכן הרבו מחלוקות בישראל.<sup>12</sup>

תוספתא זו מתארת את סדר ההכרעה של כל בעיה הלכתית. במקרה שלא הוכרע הדין בבית-דין במקום כלשהו, פנו לבית-הדין הגדול בלשכת הגזית, וזה דן בעניין כשבדין יושבים לא פחות מעשרים ושלושה דיינים. היסוד המרכזי שקובע את הכרעת הדין אינו שיקול הדעת אלא המסורת. ההלכה היא בראש ובראשונה מסורת שנמסרת מדור לדור, ותפקידו של המוסד למסרה. בהיעדר מסורת יש סדר דין ברור להכרעה בסוגיה ההלכתית, והוא העמדה למניין. תהליך פורמאלי זה הוא אפשרות של משא ומתן מקדים, שבו כל אחד מביע את שיקול דעתו, וכל העמדות מלובנות. ואולם משא ומתן זה אינו מסתיים בהכרעה של שיקול דעת מסוים שיתקבל אלא בהעמדה למניין. ההכרעה תיהפך למסורת בדורות הבאים, וכך מובטח שלא תיעשה התורה כשתי תורות, וכלשון התוספתא: "משרבו תלמידי שמאי והילל

---

התלמוד האחרונים מפני ששקדו עליה יותר מהם, וחכמי התלמודים ירדו אחרונות מחכמי התלמוד האחרונים מצד עומק המושג וקוצר המשיג.

<sup>9</sup> להשוואה מפורטת של המקבילות ראו א' ויס "לשאלת טיב הבית דין של שבעים ואחד", ספר היובל לכבוד לוי גינצבורג, חלק עברי, ניו-יורק תש"ו עמ' כא-כט. על ראשית המחלוקת בין המשפטנים הרומיים, ראו א"ש רוזנטל, "מסורת והלכה וחידושי הלכות במשנת חכמים", תרביץ סג (תשנ"ד), עמ' 321.

<sup>10</sup> הנוסח בבבלי, סנהדרין פח ע"ב: "אמר רבי יוסי מתחילה לא היו מרבין מחלוקות בישראל, אלא בבית דין של שבעים ואחד יושבים בלשכת הגזית. אולם בכתב יד מינכן הנוסח כבתוספתא.

<sup>11</sup> שם, נוסף: "ואומר (=המופלא) כך דרשתי וכך דרשו חברי, כך למדתי וכך למדו חברי". לפי תוספת זו, אנו למדים שגם בערכאות נמוכות היו חילוקי דעות בין הדיינים, בשאלות של פרשנות. אך אינם יכולים להכריע בדרך של עמידה למניין. דומה שרק בית הדין הגדול יכול להעמיד במניין. כי המסורת צריכה לצאת מבית הדין הגדול ולא מהנמוכים ממנו. כי לו הסמכות להחליט על השיקול דעת הסופי. יתר על כן אם כל בית דין נמוך יביא להצבעה. יהיו דעות שונות בין בתי הדין, וירבו חילוקי הדעות. לעניין "מופלא של בית דין", ראה אלבק בפירושו למשנה הוריות א, ד. וכן בהשלמות והתוספות ובמצוין שם.

<sup>12</sup> בכתב יד וינה ובדפוס התוספתא, וכן במקבילה שבירושלמי סנהדרין התוספת "ונעשו שתי תורות". אך במקבילות שבתוספתא חגיגה, בבלי סנהדרין פח ע"ב, וסוטה מז ע"ב, הנוסח הוא "ונעשית תורה כשתי תורות". בעל "חסדי דוד" מעיר בנקודה זו שנוסח הבבלי עדיף "דבקושטא אינה אלא תורה אחת... אלא דבעיני ההמון נראה כשתי תורות".

שלא שימשו כל צורכן הרבו מחלוקות בישראל". כלומר היעדר שיקול דעת אחיד נבע מכישלונות של היעדר שימוש כל הצורך.

ראוי לציין ש"זחוחי לב" הם אלה שאינם מטים את אוזנם לשמוע את דברי רבם וסומכים על שיקול דעתם לדקדק במה שנמסר להם, ואלה ש"לא שימשו כל צורכן" הם תלמידים שמיעטו לשמש את רבותיהם וללמוד מדרכיהם, וכך פגמו בהעברת המסורת מדור לדור.<sup>13</sup>

## 2.2.2 ירושלמי

התלמוד הירושלמי מתאר את העבר האידיאלי עד המצב העכשווי שבו רבו הדעות בין החכמים ומדגיש שלא שימשו כל צורכן, ולעתיד לבוא, כשיבוא בן דוד, יחזור המצב האידיאלי ויהיה שיקול דעת אחיד אצל חכמים ולא יהיו עוד מחלוקות. ואלה דברי הירושלמי:

בראשונה לא היתה מחלוקת בישראל, אלא על הסמיכה בלבד.<sup>14</sup> ועמדו שמאי והלל ועשו אותן ארבע. משרבו תלמידי בית שמאי ותלמידי בית הלל ולא שמשו את רביהן כל צורכן ורבו המחלוקות בישראל ונחלקו לשתי כתות, אילו מטמאין ואילו מטהרין, ועוד אינה עתידה לחזור למקומה עד שיבוא בן דוד.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> ראו דברי הירושלמי, חגיגה פ"ב ה"ב (עז ע"ד).

<sup>14</sup> על המסורת בדבר קיומן של מחלוקות קדומות נוספות ויחסן למקור שהבאנו עמדו בעלי התוספות, חגיגה טז עא, ד"ה יוסין בן יעזר: "בירושלמי אמר בראשונה לא היה מחלוקת אלא על הסמיכה בלבד ועמדו שמאי והלל ועשו ארבע, משרבו תלמידי שמאי והלל שלא שמשו כל צורכן רבו מחלוקות בישראל ונחלקו לשתי כתות. ויש לתמוה הרי נחלקו כבר בימי שאול על מלוה פרוטה (סנהדרין יט ע"ב) ושמא כיון דשאלו ובית דינו הוו סברי דעתו אמלוה, ולא היה אדם חולק עליו רק לפי סברת דוד לא מתקרי מחלוקת". וראה בעל תוספות ישנים יומא נט עא, ד"ה שני כהנים על דברי הברייתא: "תניא אמר רבי ישמעאל שני כהנים גדולים שנשתיירו במקדש ראשון, זה אומר בידי הקפתי וזה אומר ברגלי הקפתי זה נותן טעם לדבריו וזה נותן טעם לדבריו...". מהר"ץ חיות התייחס לעניין זה במבוא התלמוד, פרק יד וכך הוא כותב: "וכך מצינו גם כן (סנהדרין פז, ב) דמתחילה לא היו מחלוקת בישראל משום דעל כל הדבר המסופק והיו דעות שונות עמדו למנין והכריעו כדעת המרובין, וכך מזמן יוסי בן יעזר שהיה בזמן החשמונאים, שנתפזרו חכמי הדור בשעת גזירות אנטיוכוס למקומות שונות, ולא היו יכולים להתאסף במקום אחד ולא היה אפשרות לעמוד על הדברים למנין להיות נמנים וגומרים, ומפני זה נשארה ענין הסמיכה מני אז במחלוקת... וכל זאת אחר כך הטיב ה' לעמו ושב הסנהדרין למקומם שוב, לא שמענו מחלוקת בשאר דברים רק בסמיכה לבד נחלקו... אכן המעיין היטב יראה דלא קשה מידי דלא נחשב מחלוקת בסמיכה, רק מפני שהתמידה המחלוקת זמן ארוך והייתה מחלוקת קיימת בישראל, שלא נכרעה בשיבות הקודמות מזמן יוסי בן יעזר עד זמן אחרון תלמידי שמאי והלל". מהר"ץ חיות, מבוא התלמוד, פרק יד. וראו בהגהותיו לשבת טו ע"א ד"ה גמרא והאיכא בוצר לגת.

<sup>15</sup> חגיגה פ"ב ה"ב (עז ע"ד). בירושלמי, ברכות, פ"ה ה"ב (ט ע"ב): "שמעון בר יוחי בעא קומי רבי יוחנן דבר שהוא נוהג ובא חכמים חולקין עליו אמר לו על ידי שעיקרה בכוס שכחה בתפילה". ראו ירושלמי שבת פ"ט ה"א (יז ע"א).

### 2.2.3 בבלי

כך גורס התלמוד במסכת שבת:

תנו רבנן כשנכנסו רבותינו לכרם ביבנה אמרו עתידה תורה שתשתכח  
מישראל... תניא רבי שמעון בן יוחי אומר חס ושלוש שתשתכח תורה  
מישראל שנאמר... שלא ימצאו הלכה ברורה, ומשנה ברורה במקום  
אחד.<sup>16</sup>

לפי רבי שמעון בן יוחי, המאמר "עתידה תורה שתשתכח מישראל" פירושו ריבוי הדעות. לא  
תהיה הלכה ברורה עם שיקול דעת אחד. רש"י מפרש: "הלכה ברורה בטעמים שלא יהא בה  
מחלוקת". כאן אין האשמה נגד התלמידים שלא שימשו את רבם אלא בגלל מאורעות  
היסטוריים עתידיים – "כשנכנסו רבותנו לכרם ביבנה" – היה העם מדולדל רוחנית וגשמית,  
והייתה ירידה בפוריות שיקול דעות וקשה היה למצוא מורה הוראה שיאמר הלכה על פי  
שיקול דעתו שתהיה מקובלת על כולם.<sup>17</sup>

## 2.3 הגאונים

### 2.3.1 רקע

ההסתייגות מתופעת ריבוי הדעות בולטת בתקופת הגאונים יותר מבתקופת האמוראים. כך  
עולה מעיון בספרות הגאונים מחד ובספרות האמוראים מאידך. יתר על כן, ההיגד "אלו ואלו  
דברי אלהים חיים הן", שנהיה לאחד הביטויים הקלאסיים של הבעת יחס חיובי לריבוי  
שיקולי הדעת, לא נזכר על-ידם. הגאונים אף התאמצו להציג את ההלכה כנטולת מחלוקת  
ככל האפשר.<sup>18</sup> מגמה זו מובנת על רקע הפולמוס החריף שבינם ובין הקראים. הדים לדבר

<sup>16</sup> קלח ע"ב.

<sup>17</sup> גורם המחלוקת במסכת ברכות (כב ע"ב) הוא היעדר הבנת תקנות וקודים הלכתיים. אין כאן נימוק  
היסטורי או רשלנות או שכחה. וכך אנו גורסים: "מכדי כולו אמוראי ותנאי בדעזרא קמיפלגי, ונחזי עזרא  
היכי תקן אמר אביי עזרא תקן לבריא... ואתו אמוראי ופליגי בחולה מר סבר... ומר סבר... ואתו אמוראי וקא  
מיפלגי בחולה, מר סבר... ומר סבר". בתלמוד בבלי ברכות לג עא: "העשירו קבעוה כל הכוס, הענו חזרו  
וקבעוה בתפלה, והם אמרו המבדיל בתפלה צריך שיבדיל על הכוס". רש"י בד"ה העשירו קבעוה על הכוס:  
"ואז נשתכח תקנת עזרא, וכשחזרו והענו קבעוה בתפלה ונחלקו היאך ואמרהו" כלומר השכחה היא הגורם  
לריבוי הדעות.

<sup>18</sup> וראו האמונות והדעות, הקדמה (עמ' י); הסבר למחלוקות שבתלמוד אנו מוצאים בדבריו של רבינו סעדיה  
גאון, וזה לשונו: "ואם ישאל אדם כיצד נכנסו לתוך המשנה והתלמוד מחלוקות בין בעלי הקבלה? נאמר: אין  
אלה מחלוקות באמת, אלא נראות כמחלוקות בתחילת הגעת הדברים לשומע, ולאמיתו של דבר הן משלושה  
סוגים: א. חכם הראה את עצמו כחולק על חברו והקניטו כדי שיוודע לו על ידי כך טיב דעתו, וכמו שהראה  
משה את עצמו ככועס על אהרן ובניו ששרפו את שער החטאת מחסרון ידיעה. ב. הדבר נשמע מפי הנביא  
בשני אופנים שונים: באופן אחד הוא מותר ובשני אסור. וקדם אחד מן החכמים והזכיר את האופן המותר  
ובא השני והזכיר את האסור. ודברי שניהם צודקים, כי הדבר ההוא אמנם מותר באופן אחד ואסור באופן

אנו מוצאים בהערה של ר' שמואל אבן עלי גאון על התוקפים את ההלכה היהודית מבחוץ, ודומה שהדברים מופנים אף לקראים. וכך הוא כותב:

הרי הישיבה היא מקום משה רבינו ובה תושלם דת וישראל, וכל מי שחולק עליה הרי הוא חולק על אדון התורה שהיא מקומה, וחולק על משה רבינו עליו השלום אשר היא כסאו.<sup>19</sup>

הסבר לתוספתא מצוי בדבריו של רב סעדיה גאון, וזה לשונו:

ואמרו חכמי ישראל במי שלא השלים עניני החכמה, משרבו תלמידי שמאי והלל שלא שמשו כל צרכן רבתה המחלוקת... למדונו דבריהם אלה שאם התלמידים השלימו למודיהם לא תהא ביניהם מחלוקת ולא ויכוחים.<sup>20</sup>

רב סעדיה גאון מדגיש את הנחיצות בתהליך הלימוד והעיון כתנאי להגיע לשיקול דעת אמיתי, כלומר המצב הראשוני של חכמים הוא בגדר מצב זמני של ספק, שנפתר על ידי לימוד, עיון וזיקוק. אך היעדר לימוד מביא לתמידות הספק. רב סעדיה גאון אינו מסביר מדוע לא שימשו כל צורכן – בגלל רשלנות או בשל היעדר כושר לימודי.

---

אחר. ודוגמה לזה מה שאמר הכתוב "לא תשחית את עצה" (דברים כ, יט) ואמר "רק עץ אשר תדע" וגו' (שם שם, כ). ואמר "בת כהן כי תהיה לאיש זר... לא תאכל" (ויקרא כב, יב) ואחריו כן נאמר "ובת כהן כי תהיה אלמנה... מלחם אביה תאכל" (שם שם, יג). ואין הבדל שבהם הכתוב מכריע בין שני פוסקים ומתברר אחר כך. ג. אחד מן החכמים שמע דבר חלקי ודימה בנפשו שהוא שלם, ואחרים שמעו סופו של דבר, וכשהזכיר הראשון מה שעלה על דעתו טענו נגדו ואמרו: אנו שמענו סופו של דבר והוא מצמצם את שמועתך אתה. ודוגמה לכך, אדם קורא בחומש השלישי שבתורה "ובגד כלאים שעטנו" (ויקרא יט, יט) והוא סובר זה כולל הכל, וכשהוא אומר דבר זה לפני מי שקרא את כל התורה, הלה מודיעו שהכתוב צמצם את הכלל בחלק החמישי ועשאו פרט כאמור "צמר ופשתים" (דברים כב, יא), וכן כל כיוצא בזה" (פירושי רב סעדיה גאון לבראשית, פתיחה, עמ' 187-188. הקטע שלפנינו מובא בתרגומו של מ' צוקר מתוך "פירושי הרב סעדיה גאון לבראשית". ראו מאמרו בעניין מחלוקת במסורות: "לבעיית המחלוקת במסורות", ספר היובל לש' בארון, ג, עמ' שכז; על שימוש הקראים בתופעת המחלוקת בפולמוס נגד הרבנים ראו אסף, "דברי פולמוס של קראי קדמון נגד הרבנים", תרביץ ד (תרצ"ג), עמ' 35-41, 193-205. וראו מה שחידש בעניין זה אברמסון, "אחת שאלה ושתיים תשובות", שנתון המשפט העברי יא-יב (תשמ"ד-תשמ"ו), עמ' 1-40, ובנספח שם, עמ' 38; הסברים לתופעת המחלוקת בדברי גאוני בבל ראו י' פאור, עיונים במשנה תורה להרמב"ם, ירושלים תשל"ח, עמ' 33 ואילך. על עמדת הקראים בעניין פסוקים מקבילים ומקרים שרחוק מהם מרחק פסוקים ראו מ' צוקר, "המחלוקת בין הקראים והרבניים בעניין עשה דוחה לא תעשה", דיני ישראל ו (תשל"ה), עמ' 181 ואילך, ובפרט עמ' 185 שם.

<sup>19</sup> ש' אסף, "קובץ של אגרות ר' שמואל בן עלי ובני דורו", תרביץ א, תר"ץ, עמ' 64-65, וראו שו"ת שערי צדקה, הקדמה.

<sup>20</sup> האמונות והדעות, הקדמה, מהדורת ר"י קאפח, ירושלים תש"ל, עמ' י.

### 2.3.2 טעות במסורת

רב שמואל בן חופני גאון מנסה להסביר את תופעת המחלוקת בנימוקים שונים. להלן אביא את אחד מנימוקיו החשובים לתופעת ריבוי הדעות, ואלה דבריו:

אבל המחלוקת בתורה שבעל-פה, לפעמים באה המחלוקת לשני פנים אחד לשלילה ואחד לחיוב, שהאחד שמע באופן מסויים והשני באופן אחר, ואין שם סתירה כיון שהם על שני פנים, וזה כגון אמרם (בבא בתרא מו, ב): 'אמר שמואל: אריס מעיד'. ואמרו: 'והתניא: אינו מעיד?', ותירצו שזה אמר אריס מעיד אם לא היה בשדה שהוא בה פירות, ומה שאמר אינו מעיד אם היה בה פירות והוא אריס בה, ובזה ישבו שתי השמועות, והוא אמרם: 'לא קשיא, הא דאיכא פירי בארעא הא דליכא פירי בארעא'.<sup>21</sup>

בקטע הזה הגאון מסביר רק את המחלוקת שבהן החולקים מייחסים את מסורותיהם הסותרות לשמועה. במקרים אלה הוא טוען שדברי החולקים כולם אמיתיים, כי המקור לדברי כל אחד מהחולקים הוא אכן שמועה מהימנה, והמחלוקת נבעה מכך שאחד החולקים (או שניהם) לא שמע את השמועה במלואה או שמא ביאורו לשמועה הוא מוטעה.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> מבוא התלמוד לרב שמואל בן חפני גאון. הקטע הזה מתורגם מערבית ונכלל במאמרו של ש' אברמסון, "מן הפרק החמישי של מבוא התלמוד לרב שמואל בן חפני גאון, סיני פח (תשמ"א), עמ' קצג-ריח.

<sup>22</sup> שם הגאון מביא עוד נימוקים וכך הוא כותב: "ויש ששתי השמועות אחת לשבח ואחת לגנאי והם בפנים שונים, כגון אמרם... 'העונה אמר אחר ברכתיו הרי זה מגונה?' ותירצו שמשבח ב'בונה ירושלים', והמגונה אחרי 'המוציא' וכיוצא בה מברכות הדומות לה. ופעמים נחלקים השומעים מפני ששניהם שמעו מרבים דבר אחד, ואחר כך חזר בו הרב, וידע אחז מהם בחזרתו והשני לא ידע, כגון אמרם... 'אין צדין דגים וכ', מותרין למאי? רב אמר מותרין לקבל. ולוי אמר מותרין באכילה. אמר רב: לעולם אל ימנע אדם מעצמו מבית המדרש אפילו שעה אחת, דהא אנא ולוי הוה יתבין במדרשא קמיה דרבי כד אמרה להא שמעתא, באורתא אמר מותרין באכילה, בצפרא הדר ביה ואמר מותרין לקבל, אנא דהואי בבי מדרשא הדרי בי ולוי דלא הוה בבי מדרשא לא הדר ביה'. ופעמים שומע אחד השומעים את הענין באופן כללי והשני שומע בפרט, ונחלקים בפשט, כגון אמרם באופן כללי... 'בכל מערבין ומשתתפין חוץ מן המים ומן המלח'. ואמרו בפרט... 'והא איכא כמהין ופטירות דלא מערבין בהו?' ועל זה אמר רבי יוחנן: 'אין למדין מן הכללות ואפילו במקום שנאמר חוץ'. וכן גם כן באמרם באופן כללי... 'כל מצות עשה שהזמן גרמה – אנשים חייבין ונשים פטורות', ואמרו עוד... 'כל מצות עשה שלא הזמן גרמה – אחד אנשים ואחד נשים חייבין'. ואמרו בפרט ארישא... 'והרי מצה ושמחה והקהל דמצות עשה שהזמן גרמה ונשים חייבות?' ואמרו בפרט אסיפא: 'והלא תלמוד תורה ופריה ורביה ופדיון הבן דמצות עשה שלא הזמן גרמה ונשים פטורות?'. ופעמים ישבו תלמידים לפני רבם, והיה בידו שמועה ממי שאין הלכה כמותו והזכיר אותה שמועה בתוך איזה נושא ושמע השומע והבין מכלל דבריו שכך הלכה, והשני שמע את ביאור הענין, ולפיכך באין לידי מחלוקת. וזה הוא שאמר ר' יהודה... 'אם כן למה מזכירין דברי היחיד בין המרובים? שאם יאמר אדם: כך אני מקובל, אומרים לו: כדברי איש פלוני קיבלת'. דברים נוספים בעניין הסתירות שבתלמוד מובאים בספרו של הגאון "מבוא התלמוד", פרק קמד. גם הם נדפסו על ידי אברמסון במאמרו "שלושה פרקים לרב שמואל בן חפני", ספר הזכרון לרבי שאול ליברמן, בעריכת ש"י פרידמן, ניו-יורק וירושלים תשנ"ג, עמ' 233-262.

### 2.3.3 פיזור העם לאחר החורבן

רב שרירא גאון קושר בין הזכרת שמות התנאים במשנה ובין המחלוקת, כיוון שלדעתו, דעה המוסכמת על הכול אין צורך למסור אותה בשם חכם מסוים. הוא מוסיף וקושר את המחלוקות לריבוי התלמידים שהתרשלו ולא שימשו כל צורכן עם חורבן בית המקדש. הגאון משתמש במשפט "ואיפליגו רבנן לכל צד" כדי לתאר את המצב העגום שחכמי ישראל התפזרו בגלל החורבן וגזרות השמד, ונראה שהוא מכוון למצב של ריבוי הדעות בהלכה. מדבריו אנו שומעים התנצלות על המחלוקות בישראל, וזה לשונו:

וכיון דחרב בית המקדש ואזלו לבית תר [=לביתר] וחרבה נמי בית תר ואיפליגו רבנן לכל צד, ומשום הנך מהומות ושמד ושגושי וצרות לא שמשו כל צרכן, נפישו מחלקות, מן כד נחת [=נח] נפשיה דרבן יוחנן בן זכאי והוה רבן גמליאל, ועדאין הוה איכא ר' דוסא בן הרכינס ואחרניי נמי מן הנהו ראשונים. [ו]אע"ג דאידחו בית שמאי ונקבעה כל הלכה כבית הלל, הוה איכא פליגא בדברים אחרים בדורו של רבן גמליאל, כי הוה ר' אליעזר דהוא שמותי ור' יהושע דאינון תלמידי רבן יוחנן בן זכאי.<sup>23</sup>

### 2.3.4 מחלוקות מדומות

יש להזכיר את פרשנותו של רב האי גאון לתקנת רבי אבהו בעניין תקיעת שופר. הגאון מסביר שריבוי שיקולי הדעת שנזכרים בתלמוד ולכאורה נראים במחלוקות אינם מחלוקת הלכתית שבה כל דעה שוללת את הדעה האחרת, ואלה דבריו:

היו כולן יוצאין ידי חובה, והחכמים היו יודעין כן, אבל המון העם היו טועין שהיו סבורין שיש חילוק ביניהן ושלא יצאו אלו או אלו. וכדי להוציא מלבן של הדיוטות וגם שלא תהא תורה כשתי תורות. בא רבי אבהו ותקן לעשות כל אחד כדברי אלו ואלו.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> איגרת רב שרירא גאון, עמ' 9-10 (נוסח צרפתי); ראו בשירו של רבי שמואל הנגיד, שנדפס במאמרו של ש' אברמסון, "מתורתו של רב שמואל הנגיד מספרד", סיני ק (תשמ"ז), עמ' ט-יא.

<sup>24</sup> אוצר הגאונים לראש השנה, לד ע"א; ראו ע' פוקס "דרך הכרעה, סמכות של טקסטים ומודעות עצמית – הרהורים על דרכי הפסיקה בשלהי תקופת הגאונים", סוגיות במחקר התלמוד, יום עיון חמש שנים לפטירתו של אפרים א' אורבך ירושלים תשס"א, עמ' 100 ואילך; ראוי לציין שהרמב"ם במשנה תורה הלכות שופר ג, ב מתייחס לספק שנפל בתקיעת שופר וגם לתקנתו של רבי אבהו, ודבריו אינם זהים להסברו של הגאון. וכך כתב הרמב"ם: "תרועה זו האמורה בתורה נסתפק לנו בה ספק לפי אורך השנים ורוב הגלות ואין אנו יודעין היאך היא, אם היא היללה... או האנחה... או שתיהן... לכך אנו עושין הכל". וכן יש להעיר שהריטב"א בחידושי לראש השנה לד ע"א מביא את תשובת הרב האי גאון, וכך הוא כותב: "ונשאל רבינו ז"ל: וכי קודם שבא רבי אבהו לא יצאו ישראל ידי תקיעת שופר, שהרי נראה שהיה הדבר ספק ביניהם ענין התרועה, כדאמרן 'בהא ודאי פליגי...' ואין ספק שהכרעה היתה להם בדבר, כי האיך אפשר שבמצוה כזו שהיתה בכל שנה לא ידעו אמתתה ולא ראו אלו לאלו איש מפי איש עד משה רבינו עליו השלום איך היה נוהג? והשיב הוא ז"ל, כי בודאי תרועת תורה בכל אחת מאלו בין בגנוחי בין בילולי, שכוונת התורה בתרועה



## 2.4 התרשלות התלמידים

עמדת הראב"ד, בעל ספר הקבלה, מכוונת נגד טענת הקראים שמחלוקות בשיקול דעת חכמים מעידות שאין להם מסורת מסיני. הראב"ד כותב שדברים שעברו בקבלה אין בהם מחלוקת בשיקול הדעת, אך הייתה התרשלות מצד התלמידים שקיבלו את העיקרים והתרשלו בלימוד הפרטים, וכאשר באו להסיק את הפרטים על פי שיקול דעתם, נפלו ביניהם מחלוקות, ואלה דבריו:

זה סדר הקבלה כתבנוהו להודיע לתלמידים, כי כל דברי רבותינו ז"ל, חכמי המשנה והתלמוד, כולם מקובלים חכם גדול וצדיק מפי חכם גדול וצדיק... עד אנשי כנסת הגדולה שקבלו מהנביאים זכר כולם לברכה. ולעולם חכמי התלמוד, וכל שכן חכמי המשנה, אפילו דבר קטן לא אמרו מלבם, חוץ מן התקנות שתקנו בהסכמת כולם כדי לעשות סייג לתורה. ואם לחשך אדם שיש בו ריח מינות לומר מפני שנחלקו בכמה מקומות לפיכך אני מסופק בדבריהם, אף אתה הקהה את שיניו והודיעהו שהוא ממרה על פי בית הדין ושלא נחלקו רז"ל לעולם בעיקר מצוה אלא בתולדותיה, ששמעו עיקרה מרבותיהם ולא שאלום על תולדותיה מפני שלא שמשו כל צרכן.<sup>25</sup>

יוצא אפוא שחכמים נדרשו להתמודד גם עם גורמים חיצוניים שונים שהשתמשו במחלוקת לתקוף את אמינותה של המסורת הרבנית, שבה יש מגוון רחב של שיקולי דעת. כאן אין הראב"ד מצטט "כך דרכה של תורה", אלא משיב שיש לבסס ולחזק את אמינותה של המסורת.<sup>26</sup>

---

לעשותה מקולות ושברים. ובתחלה היה עושה זה שברים וזה יבבות כפי מה שנראה לו שהוא יותר יפה, והיו כולן יוצאין ידי חובה, והחכמים היו יודעין כן, אבל המון העם היו טועין שהיו סוברין שיש חילוק ביניהן ושלא יצאו אלו או אלו. וכדי להוציא מלבן של הדיוטות וגם שלא תהא תורה כשתי תורות, בא רבי אבהו ותקן לעשות כל אחד כדברי אלו ואלו. וגם הוסיף תרועה אחת משלו, כי נתן דעתו לתקן התרועה בכל מיני קול נשבר שאפשר הנוהגין, ומפני שהיה הדבר נראה להדיוטות שיש מחלוקת ביניהן נקיט ליה תלמודא על דרך מחלוקת ובדרך קושיא ותירוץ".

<sup>25</sup> ספר הקבלה, עמ' 47. הספר עוסק בתולדות החכמים מאדם הראשון ועד זמן המחבר, ר' אברהם אבן דאוד הלוי (הראב"ד הראשון) (ספרד 1110-1180) בתוך: סדר החכמים וקורות הימים מהדורת נוי באומר, אוקספורד תרמ"ח. השוואה בין הראב"ד לרמב"ם, ראו ד' הרטמן, הרמב"ם הלכה ופילוסופיה, תל-אביב תש"מ עמ' 98;

M. Halbertal, *People of the Book-Canon Meaning and Authority* 1977 pp. 54-63.

<sup>26</sup> מקור לביטוי "דרכה של תורה" מצוי במשנה שבמסכת אבות ו, ד: "כך היא דרכה של תורה, פת במלח תאכל ומים במשורה תשתה ועל הארץ תישן וחיי צער תחיה". ראו:

B.S. Jackson, *Maimonides' Definitions of TAM and Muad*, *The Jewish Law Annual* vol. 1 (1978), pp. 174.

## 2.5 לא נתנו לב לברר טעמי ההלכה

רש"י רואה במחלוקת פגם שחכמים לא נתנו לב לברר את טעמיה, כלומר דברי מי ראויים לקיים. רש"י נשען על דברי התוספתא שראינו לעיל "משרבו תלמידי שמאי והלל שלא שימשו כל צרכם רבו מחלוקות בישראל", ועל פירושו השיטתי במקומות אחרים בתלמוד. הביטוי "שימוש תלמידי חכמים" פירושו: "ללמוד תלמוד, הוא יישוב טעמי המשניות מה טעמן ומהיכן למדו",<sup>27</sup> ובמקום אחר פירש: "הוא הגמרא התלויה בסברא שהיו נותנים לדברי משנה טעם, והיו מתאספים יחד ועוסקים בכך, והיא דוגמת הגמרא שסדרו האמוראים",<sup>28</sup> ובמקום אחר הוא כותב: "להסבירו סתומות המשנה וטעמיה והוא הנקרא תלמוד".<sup>29</sup> וכך הוא כותב:

לפי שמשברו תלמידי שמאי והלל שהיו לפניו שלושה דורות רבו מחלוקות בתורה ונעשית כשתי תורות מתוך עול שעבוד מלכויות וגזירות שהיו גוזרין עליהן ומתוך כך לא היו יכולים לתת לב לברר דברי החולקים. עד ימיו של רבי שנתן הקב"ה לו חן בעיניו אנטונינוס מלך רומי כדאמרין בעבודה זרה (י), (ב), ונחו מצרה ושלח וקבץ כל תלמידי ארץ ישראל. ועד ימיו לא היו מסכתות סדורות, אלא כל תלמיד ששמע דבר מפי גדול הימנו גרסה ונתן סימנים: הלכה פלונית ופלונית שמעתי משם פלוני. וכשנתקבצו אמר כל אחד מה ששמע, ונתנו לב לברר טעמי המחלוקת דברי מי ראויין לקיים.<sup>30</sup>

## 2.6 חילוקי דעות בפירוש "הכללים הידועים"

המצדד הבולט בגישה השוללת את ריבוי הדעות הוא הרמב"ם, הצועד בעניין זה בעקבות הגאונים. מטרתו הייתה שחרור לימוד התורה מהוויכוח והפולמוס שאפיינו את תופעת ריבוי

<sup>27</sup> יומה פו ע"א; ד"ה "ומשמשי".

<sup>28</sup> ברכות מז ע"ב; ד"ה "שלא שימש תלמידי חכמים".

<sup>29</sup> שבת יג ע"ב; ד"ה "ושימש תלמידי חכמים"; וכן מפרש במגילה כו ע"ב, ד"ה ואפילו שונה הלכות: "כלומר, אפילו לא שימש תלמידי חכמים בתלמוד ובגמרא אלא במשניות ובברייתות"; מגילה כח, ע"ב, ד"ה הי צינא דמלא ספרי: "אינו אלא כסל שמילאוהו ספרים, ואין מבין מה בתוכה, אף שונה הלכות ולא שימש תלמידי חכמים ללמוד שיבינוהו טעמי משנה, ופעמים שדברי משנה סותרין זה את זה וצריך לתרצה, כגון 'הכא במאי עסקינן', וכגון 'הא מני רבי פלוני היא', וכגון 'חיסורי מיחסרא', אינו יודע מה שונה"; סוטה כב ע"א, ד"ה ולא שימש תלמידי חכמים: "ללמוד סברת הגמרא בטעמי המשנה מה הם, רשע הוא, שאין תורתו על בורייה ואין ללמוד הימנו, שעל ידי הטעמים יש חילוק באיסור והיתר, ובדיני ממונות לזכות ולחייב, ובטהרות לטמא ולטהר"; חולין מד ע"ב, ד"ה ושמע תלמידי חכמים: "גמר לתרץ טעמי המשנה ומשניות הסותרות זו את זו והיינו גמרא". למדים מכאן שלשיטתו של רש"י היעדר פירוש ונימוק לריבוי הדעות מביא למחלוקת פגומה, כלומר אין מחלוקת אמיתית בשיקול הדעת.

<sup>30</sup> רש"י, בבא מציעא לג ע"ב, ד"ה בימי רבי.

שיקולי הדעות,<sup>31</sup> שכן לשיטתו, רק עמדה אחת מבין כל הדעות החולקות משקפת את האמת ההלכתית. וכך כתב הרמב"ם:

אחרי שאזכור כאן יסוד גדול שנראה לי להזכירו כאן, והוא יש לטוען לומר, אם היו פירושי התורה מקובלים ממש, כפי הכללות שאמרנו... שהפירושים המקובלים ממש אין בהם מחלוקת כלל, לפי שעד עכשיו לא מצאנו שנפלה מחלוקת בין החכמים בשום זמן ממש רבינו עד רב אשי... אבל סברת מי שחשב שגם הדינים שיש בהם מחלוקת קבלה ממש, ונפלה בהם מחלוקת מחמת טעות בקבלה או שכחה... הנה זה חי ה', דבר מגונה ומוזר מאוד, והוא דבר בלתי נכון ולא מתאים לכללים.<sup>32</sup>

יוצא אפוא, לשיטת הרמב"ם, שריבוי הדעות הוא שיבוש שחל במשך הדורות, תוצאה של המחלוקת בין תלמידי שמאי לתלמידי הלל, שאֵלו ואֵלו לא שימשו כל צורכן, ובשל הבדלי הפירוש של ה"כללים הידועים". דומה שהרמב"ם סובר כשיטת רב סעדיה גאון, שהיעדר כושר הלימוד גרם שהתורה תיעשה כשתי תורות, וכך הוא ממשיך ואומר:

וכאשר נתמעט למוד תלמידיהם ונחלשו אצלם דרכי הדין בהשואה לשמאי והלל רבותיהם, נפלה מחלוקת ביניהם בשעת המשא ומתן בהרבה ענינים, לפי שכל אחד מהם דן לפי כח שכלו ולפי הכללים הידועים לו.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> ראו בעבודתנו בחלק הקודיפיקאציה ושיקול הדעת בפרק שלישי העוסק בשיטתו הקודיפיקאטבית של הרמב"ם.

<sup>32</sup> פירוש המשניות לרמב"ם, הקדמה לסדר זרעים, מהדורת קאפח, ירושלים תשכ"ג, עמ' ח. שיטתו משתקפת גם בפירושו למשנה בעדויות א, ה: "ולמה מזכירין דברי היחיד בין המרובין, הואיל ואין הלכה אלא כדברי המרובין, שאם יראה בית דין את דברי היחיד ויסמוך עליו, שאין בית דין יכול לבטל לדברי בית דין חבירו עד שיהיה גדול ממנו בחכמה ובמניין". כותב הרב בפירושו למשנה: "כונת הלכה זו, שאם היה בית דין שכבר עשה כדעת יחיד, לא יוכל בית דין אחר לחלוק עליו בכך ולפסוק את הדין כדעת המרובים, אלא אם כן היה מניינו יותר מבית דין הקודם שעשה כדעת אותו היחיד ויותר חכם ממנו, כלומר שהיה ראש ישיבת זה הבית הדין חכם יותר מן הקודם". כלומר לשיטת הרמב"ם, אין במשנה אמירה מפורשת שאפשר להכריע בעתיד כדעת היחיד הדחוי. אלא שהמשנה מדברת ביחיד שכבר נפסקה ההלכה כמותו בעבר על ידי בית דין פלוני, ואין בתי הדין המאוחרים לאותו בית דין יכולים לבטל את הכרעתו של בית הדין הראשון, לפסוק כשיטת היחיד, אלא אם יהיו גדולים ממנו בחכמה ובמניין שאז תינתן עדיפות לשיקול דעתו.

<sup>33</sup> המהר"ץ חיות פקפק רבות בטענת הרמב"ם שלא היו מחלוקות בישראל עד לריבוי התלמידים שלא שימשו כל צורכם – "שנתמעט למוד תלמידיהם ונחלשו אצלם דרכי הדיון". כלומר אין קו משווה בשיקול דעתם. על כך כותב המהר"ץ חיות: "ומה רחוק ונמנע ענין זה מן האפשרות שבני אדם כולם ישוו משך ט"ז מאות שנה בדיעה אחת ולא יהיה נולד בזמן מן הזמנים ענין ספק ותלוי ופירוד דיעות חכמים בדין חדש אשר הובא לפנייהם". מהר"ץ חיות, משפט ההוראה, פרק א (כל כתבי מהר"ץ חיות, א ירושלים תשי"ח, עמ' שסד-ו). כלומר לשיטת מהר"ץ חיות, אין כאן תאונה היסטורית, אלא תוצאה של טבע הלומדים.

שיטת הרמב"ם בכמה מקומות היא שבפירושים המקובלים ממשו ובהלכה למשה מסיני לא נפלו מחלוקות. היה מקום להבין שכוונת הרמב"ם היא שאם חכם אחד מוסר שמועה או הלכה למשה מסיני, אין האחרים יכולים להטיל ספק בדבריו, כיוון שחכמים הקפידו מאוד במסירת ההלכה, ועל כן לא היה אפשר לפקפק באמינותו של המוסר ובמהימנותה של השמועה שהעביר. ואולם לפי גישה זו יש קושי, שהרי מצאנו בתלמוד מחלוקות רבות בהלכה למשה מסיני.<sup>34</sup> אפשר ליישב את דברי הרמב"ם על ידי הבחנה בין שתי אמירות שלו הנבדלות זו מזו. לפי אמירה אחת, אין רשות לחכם לחלוק על הלכה שמקובלת ממשו, כלומר רק כאשר אותו חכם מודה במהימנותה של השמועה ואינו מטיל ספק בפירושה, אין הוא יכול לחלוק על אותה שמועה. אמירה אחרת היא שאם החכם מסופק במהימנותה של השמועה וטוען שלאמתו של דבר אין היא "שמועה" כלל, יכול הוא לחלוק עליה. וכמובן, יכול שטיפול מחלוקת בפירושה של השמועה וגם זו מחלוקת לגיטימית ללא ספק.<sup>35</sup> כך הבחינו בירושלמי בין מחלוקת על הלכה שנמסרה כעדות שאינה מחלוקת לגיטימית ובין מחלוקת לגיטימית בפרשנות העדות או במהימנותה.<sup>36</sup> גישתו השלילית של הרמב"ם בדבר המחלוקת מתבטאת בדברים האלה:

ולא תפול מחלוקת ומשא ומתן אלא בכל מה שלא שמענו בו קבלה, ותמצאם בכל התלמוד חוקרים על דרכי הדין שבגללם נפלה מחלוקת בין החלוקים ואומרים 'במאי קא מיפלגי?', או 'מאי טעמא דר' פלוני?', או 'מאי ביניהו?', כי יש שהם הולכים בדרך זו בענין זה במקצת מקומות ומבארים סבת המחלוקת, ואמורים שפלוני סומך על דבר פלוני ופלוני סומך על דבר פלוני, וכיוצא בה. אבל סברת מי שחשב שגם הדינים שיש בהם מחלוקת ממשו, ונפלה בהם מחלוקת מחמת טעות בקבלה או שכחה, ושהאחד צודק בקבלתו והשני טעה בקבלתו, או ששכח, או שלא שמע מרבו כל מה שצריך לשמוע, ומביא ראיה לכך מה שאמרו... "משרבו תלמידי שמאי והלל שלא שמשו כל צרכן רבתה מחלוקת בישראל ונעשית תורה כשתי תורות" – הנה זה, חי ה', דבר מגונה ומוזר מאד, והוא דבר בלתי נכון ולא מתאים לכללים.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> ראו אנציקלופדיה תלמודית כרך ט עמ' שע; שדי חמד מערכת ה כלל ג, כרך ב עמ' 168.

<sup>35</sup> ראו המחלוקת בהלכה, חלק שלישי עמ' 545.

<sup>36</sup> וכך אנו שונים בתלמוד הירושלמי, יבמות פ"ג ה"א (יג ע"ב). "בית שמאי אומרים אין ממאנין כו'. תמן תנינן רבי יודה בר אבא העיד חמשה דברים: שממאנין את הקטנות. ועל עדות חולקין על עיקר עדות חולקין. כך היתה עיקר עדותן: בית שמאי אומרים אין ממאנין אלא ארוסות, ובית הלל אומרים ארוסות ונשואות". ראו אורבך, "הדרשה כיסוד ההלכה ובעיית הסופרים", תרביץ כז (תשי"ח), עמ' 169.

<sup>37</sup> פירושו למשנה, שם; דברי הרמב"ם מובאים בשינויים קלים במנורת המאור, נר ב, כלל ז, חלק א, פרק א, וכך כותב המחבר: "שנינו בפרק ה מאבות... 'כל מחלוקת שהיא לשם שמים סופה להתקיים ושאינה לשם

## 2.7 היעדר מאמץ לתרץ סתירות

הרב יצחק לאמפורנטי כותב שכל זמן שיש לאל ידינו לפרש דברי כל מחבר ולא לסתור את דברי הראשונים, אנו חייבים לעשות זאת ולמנוע מחלוקות בישראל. ואלה דבריו: כי כל עוד שיש לאל ידינו לפרש כל מחבר בענין שלא יסתור את אמריו הראשונים, אנו מחוייבים לעשות כן, אפילו להכניס פילא בקופא דמחטא, ואם כן מה זה ועל מה זה אתה רוצה לפרש דברי הרב קארו בדרך סברתך ולהוציא נפקותא ומשמעות מלבד כדי להקשות אחרי כן סברתו אסברתו.<sup>38</sup>

## 2.8 גישת החוקרים

### 2.8.1 עמדת הרב דוד צבי הופמן

הרב הופמן מציע ניתוח טקסטואלי המאיר באור חדש את הסיבות ההיסטוריות לריבוי הדעות. בניגוד לנוסח שבתוספתא "בראשונה לא היו מחלוקות" מופיע בתלמוד: "מתחילה לא היו מרבין מחלוקות".<sup>39</sup> לדעת הרב הופמן, הנוסח שבתוספתא סביר יותר, כי זהו עיקר דבריו של ר' יוסי. בתחילה לא היו מחלוקות, משום שהדרך להכרעת הדין הייתה מסודרת. הופמן משער שהקטע "משרבו תלמידי שמאי והלל שלא שמשו כל צרכן" הוא מאמר נוסף, וזה לשונו: "הנהו מאמר נוסף מאת עורך התוספתא כדי להשלים את הסיפור הראשון".<sup>40</sup> כלומר לשיטתו, לפי הסיפור המקורי, המחלוקות התהוו בשל ביטולו של בית דין הגדול ולא בשל התנהגותם של התלמידים, וכך כתב:

---

שמים אין סופה להתקיים. איזו היא מחלוקת שהיא לשם שמים? זו מחלוקת הלל ושמאי, ושאנינה לשם שמים זו מחלוקת קרח ועדתו. ואע"פ שקראוה כאן מחלוקת הלל ושמאי אינה אלא מתלמידיהם, כי לא מצינו בתלמוד מחלוקת בין הלל ושמאי אלא בהלכות מיוחדות, לפי שההיקש של שניהם בכל מה שמוציאים בדרך ההיקש קרוב זה לזה, וגם העיקרים המסורים אצל זה הם כמו העיקרים המסורים בעצמן אצל זה. כללו של דבר, דעות שניהם היו שלמין ושיוין וקרובים אל האמת, כדגרסינן בשבת... 'אמר רב הונא בשלושה מקומות נחלקו שמאי והלל' וכו'. וכשנתמעטה חקירת התלמידים נחלש היקשם כשתעריכהו להיקש שמאי והלל רבותיהם, אז נפלה מחלוקת ביניהם בשעת עיונם בדברים רבים, לפי שהיקש כל איש מהם לפי שכלו ולפי העיקרים המצויים אצלו. ועל זה אמרו בסנהדרין... 'תניא: אמר רבי יוסי: בתחילה לא היו מחלוקות בישראל'... וגם בכל זה אינם אשמים, שאין אנו מטריחין שני אנשים החולקים שיתראו בשכלן של יהושע ופנחס שקבלו ההלכה מפי משה רבינו ע"ה, והיה דעתם שוה בלי חילוק סברה, וגם אינם תחת אשמה הואיל ואינם כמו שמאי והלל או למעלה מהם, די להם שיגעו בתורה והשיגו משכלם כפי יכולתם".

<sup>38</sup> פחד יצחק, ערך "חתיכה הרואיה להתכבד" (דף נט, טור ד).

<sup>39</sup> סנהדרין פח ע"ב.

<sup>40</sup> המשנה הראשונה ופלוגתא דתנאי, ירושלים תשל"ד, פרק ה, עמ' 49.

בלי ספק התכוון ר' יוסי אל אותו הזמן שהסנהדרין העתיקה מושבה  
מלשכת הגניט לחנויות ארבעים שנה קודם חורבן הבית, שמאז בטלו גם  
דיני נפשות.<sup>41</sup>

לשיטת הרב הופמן, המחלוקת התהוותה על ידי פגיעה בתהליך של מסורת, וכל פלג הכריז  
שסברתו היא המסורת האותנטית, וכל פגם בשיקול דעת אחיד היווה תשתית לצמיחת ריבוי  
הדעות. ואלה דבריו:

אנחנו רואים איפה ברור, שכאן מדובר ממחלוקת בהוראות המקובלות,  
שנתהוו על ידי פקפוק וגירסת המסורה. רק אצל פלוגות כאלה צודקים  
הדברים: 'נעשה תורה אחת כשתי תורות'; משום שכל אחת מהפלגות  
המריבות זו עם זו הכריזה ואמרה שסברתה הנה התורה המסורה.  
בפלוגתא כזאת לא הכריעה הסנהדרין ברוב דעות... אחרי ששני עדים  
כמאה עדים דמו, וכששנים באים ואומרים שכך וכך קיבלו המסורה אין  
הרוב שכנגדם יכול לבטל את עדותם של הראשונים, פלוגות כאלה לא  
נמצאו קודם בית שמאי ובית הלל.<sup>42</sup>

## 2.8.2 עמדת גילת

לדעת גילת, תורתם של בית שמאי ובית הלל וריבוי הדעות שלהם בהלכה ובאגדה משקפות  
מפנה בהתפתחותה של התורה שבעל-פה בסוף ימי הבית השני. מפנה זה בתולדות ההלכה  
התבטא בכמה עניינים.<sup>43</sup>

בתקופת שמאי והלל הוקמו והתפתחו בתי מדרש גדולים לתורה והחלו למלא תפקיד מרכזי  
בחיים התרבותיים של עם ישראל במקום בתי כנסת. עד אז התכנס העם בשבתות ובימים  
טובים בבתי הכנסת והקדיש את רוב היום להקשבה ולהאזנה לשיעורי תורה שנמסרו על ידי

---

<sup>41</sup> שם 50.

<sup>42</sup> שם 52. הרב הופמן מפנה לרמב"ם (הלכות ממרים א, ד) המתאר את התהוות המחלוקת באופן דומה:  
"כשהיה בית דין הגדול קיים לא הייתה מחלוקת בישראל... משבטל בית דין הגדול רבתה מחלוקת בישראל,  
זה מטמא ונותן טעם לדבריו, וזה מטהר ונותן טעם לדבר, זה אוסר וזה מתיר". הרב הופמן כותב שבתלמוד  
במסכת סוטה מז ע"ב נאמר: משרבו זוחי הלב רבו מחלוקות בישראל משרבו תלמידי שמאי והלל שלא  
שימשו כל צרכן רבו מחלוקות בישראל ונעשית תורה כשתי תורות". רש"י מסביר את הביטוי "זוחי לב":  
"שאין מטין את אזנם לשמוע יפה מפי רבם וסומכים על בינתם לדקדק בשמועתם". הרב הופמן מאמץ פירוש  
רש"י ואף מצביע על ביסוסו בדברים הנ"ל.

<sup>43</sup> ראו יד לגילת, עמ' 156 ואילך.

חכמים. בשיעורים אלה ביארו חכמים את חוקי התורה והדריכו את העם באורח החיים הנדרש על פי ההלכה.<sup>44</sup>

כיוון שהמוני העם היו עסוקים בכל ימות השבוע במלאכתם מבוקר עד ערב, ומוסדות למבוגרים בדרך כלל לא היו קיימים, הרי ההתכנסויות בבתי הכנסת בשבתות ובימים טובים מילאו חלל ריק, כדברי הירושלמי: "לא ניתנו שבתות וימים טובים, אלא לעסוק בהן בדברי תורה".<sup>45</sup> ואולם בתקופת הלל ושמאי חל מפנה, וקמו בתי מדרש לתורה, ובהם התרכזו חכמים רבים והפכו למוקדי ההשפעה על החיים הרוחניים בישראל. בבתי מדרש אלה ביררו את ההלכה, הושמעו שיקולי דעת שונים ונדונו צורכי השעה לאור ההלכה. קיומם של שני גופים אלה, שייצגו שתי אסכולות, כל אחד ושיקול דעתו, היה תופעה שהטרידה את חכמי ישראל.<sup>46</sup> גילת סבור שהיו שתי תפיסות. האחת רואה בתורה הלכה פסוקה וחד משמעית לפי שיקול דעת אחיד שאי אפשר להטות, לכן כל חילוקי הדעות בהלכה הם תופעה שלילית,

---

<sup>44</sup> למשל, כך מתאר פילון האלכסנדרוני, שחי במצרים בזמנו של הלל הזקן, את יום השבת: "ביום זה, ביום השבת, נפתחים בכל עיר בתי כנסיות, והקהל יושב בשורות שורות, טורים טורים, מסודרים לפי הגיל, ומקשיבים קשב רב לחכמים המומחים אשר יפרשו לה את הענינים הסתומים וישמיעו להם את הדברים, אשר על פיהם עליהם לכוון את דרך חייהם." על חירות הצדיק 81, התרגום על פי "בער, ישראל בעמים, ירושלים תשט"ו, עמ' 52. ראוי לציין שהמסורת התלמודית מעמידה את הלל הזקן בשורה אחת עם מפעלו של עזרא הסופר. במסכת סוכה, כ"א, אומר ריש לקיש, שהיה אמורא ארץ-ישראל במאה השלישית: "שבתחלה כשנשתכחה תורה מישראל, עלה עזרה מבבל ויסדה, חזרה ונשתכחה, עלה הלל הבבלי ויסדה", כלומר כעזרה שעלה מפרס לארץ ישראל בשנת 457 לפנה"ס ולימד את שבי הגולה תורה והניח את יסודותיה לדורות הבאים, כך עשה הלל, שעלה מבבל בסוף המאה הראשונה שלפנה"ס. הוא חידש את לימוד התורה בארץ ישראל לאחר שנשתכחה, וכך קבע את המידות שהתורה נדרשת בהן, כלומר פיתח את שיקול דעת הלומדים והקים בתי מדרש לתורה וייסד את בית מדרשו שידוע בכינוי "בית הלל". ואולם עד לאותה תקופה העם התרכז בבתי כנסיות, כאמור.

<sup>45</sup> שבת פט"ו ה"ג.

<sup>46</sup> תופעת ריבוי הדעות לא התקבלה תמיד בקורת רוח אצל חכמים. על כך כותב גילת: "המסורת התלמודית המאוחרת לא ראתה תמיד בעין טובה את המחלוקות בדברי הלכה. חכמי התלמוד המאוחרים ראו את ההלכה כנורמה קבועה, חד-משמעית ואחידה. הגיעו הדברים עד כדי כך, שאחד האמוראים (רב) מניח, כי בית שמאי לא עשו כדבריהם (יבמות יד ע"א) כלומר, גם כאשר בית שמאי חולקים בהלכה על בית הלל, הרי למעשה נהגו גם בית שמאי כבית הלל. כל המחלוקות בין בית שמאי ובית הלל הן – לדעתו של אמורא זה – דיונים תיאורטיים בלבד. אך בפועל לא חלקו כלל בית שמאי על בית הלל, ולא עשו כדברי עצמם. זוהי דעה, שקשה מאוד לקבל אותה, ואף התלמוד ביבמות (טו ע"א) דוחה אותה. אולם דברים אלה של האמורא מוכיחים מה רבה היתה המבוכה, אשר מחלוקות בית שמאי ובית הלל הכניסו ללבותיהם של הלומדים".

ומקורם בתלמידים שלא ירדו לסוף דעתם של רבותיהם. התפיסה השנייה היא שריבוי שיקולי הדעת הוא לגיטימי, כי בתורה יש גישות ודעות שונות.<sup>47</sup>

וכך מסכם גילת את שיטתו, כיצד נתרבו שיקולי הדעת בהלכה :

דומה לזה היתה גם השתלשלותה של ההלכה שלנו. בתקופת בית שני היה אופיה של ההלכה סמכותי, אינסטיטוציוני, ובדרך כלל ללא מחלוקת וללא עוררין, רק בימי בית שמאי ובית הלל, עם התפתחותם של בתי המדרש הגדולים והתגברות העיון בתורה ובמדרשי הכתובים, נתעוררו חילוקי דעות בין חכמי בית המדרש. מחלוקות אלה של בית שמאי ובית הלל, אשר עסקו בפרשנות התורה בזיקה להלכה הקדומה, ביחס לבעיות חברה ובשאלות של הגות פילוסופית – הוגדרו על ידי חז"ל כמחלוקות לשם שמים... לשם חדירה לעומק של הלכה.<sup>48</sup>

### 2.8.3 עמדת שגיא

לדעת שגיא, אושיות ההלכה היא המסורת. לחיזוק עמדתו מביא את התלמוד בסנהדרין :

אמר רב כהנא הוא אומר מפי השמועה והן אומרים מפי השמועה אינו נהרג. הוא אומר כך הוא בעיני והן אומרים כך הוא בעינינו אינו נהרג, עד שיאמר כך הוא בעיני והן ואמרים מפי השמועה.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> גילת אינו רואה במחלוקת בית שמאי ובית הלל דבר שלילי, אלא תופעה חיובית שמציינת שלב מתקדם בתולדות ההלכה. גילת משווה תופעה זו למערכות משפטיות אחרות, למשל התפתחותם של המשפט הרומאי ושל ההלכה המוסלמית. וכך הוא מבהיר את גישתו: "אנו מכירים תופעה דומה גם במערכות משפטיות אחרות, למשל בהתפתחותם של המשפט הרומאי ושל ההלכה המוסלמית. עיקרו של החוק, של כל חוק, הוא בתחום המעשה. זהו צו, פקודה לאדם מה עליו לעשות, וכיצד עליו להתנהג. ההוראה על קיום החוק היתה נמסרת מדור לדור, מאב לבן ומרב לתלמיד. דרך הלימוד הקדום היתה מעשית ושימושית בבחינת 'כזה ראה וקדש'. במשך הזמן הפך החוק נושא לעיון מדעי, לעיון אקדמי, אנשי חוק ומשפט השתדלו לעמוד על שוריו, לפענח את עקרונותיו, לפרק את מרכיביו ולעקוב אחרי השתלשלותו. עם העיסוק האקדמי בחוק נוצרו בתי אולפנא, אקדמיות לחקר המשפט, בהם חקרו המשפטים את החוקים, ליבנו אותם, והסבירו אותם לחוגים רחבים. עם העיון ועם הניתוח של החוק, באו לידי ביטוי דעות והשקפות מנוגדות, שהרי אין להניח שדעות כל החוקרים היו שוות ואחידות. קמו אפוא זרמים ואסכולות, שחלקו זה על זה, ושפירשו את החוקים באופנים שונים. זרמים אלה השפיעו, כל אחד על פי דרכו, על עיצובו של החוק ועל קליטתו בדורות הבאים".

<sup>48</sup> יד לגילת, עמ' 159-160. גילת מדגיש שבית שמאי ובית הלל היו רק שני בתי מדרש, כלומר שתי אסכולות ולא שתי כיתות שנלחמות זו בזו, כדברי התלמוד שמעלה על נס את היחסים הטובים ששררו בין שני הבתים, שאף על פי שנחלקו בית שמאי ובית הלל בצורות ובאחיות, בגט ישן ובספק אשת איש וכו', לא נמנעו בית שמאי מלקחת נשים מבית הלל, ובית הלל לא נמנעו מלקחת נשים מבית שמאי (יבמות יד ע"ב). כלומר חילוקי הדעות, לא חילקו את האומה לשניים. שם עמ' 166.

<sup>49</sup> סנהדרין פח עא.



שגיא טוען שכאשר המחלוקת היא במסורת, החולק על הרבים נעשה לזקן ממרא ונידון למיתה. ואולם במחלוקות שבין מסורות סותרות, היינו דעות שונות שמשמרות את עצם תבנית יסוד המסורת, אין הזקן נהרג. וכך ריבוי הדעות – אם הוא בשיקול הדעת בלבד ואין בהם איום על מסורת – אין הזקן נהרג. ואלה דברי שגיא:

רק במצב שבו מעומתת 'שמועה' מול שיקול דעת, כך הוא בעיני מתחוללת

פגיעה במסורת, ולפיכך הזקן הממרא נהרג.<sup>50</sup>

במסכת עדויות מתארת המשנה ארבע עדויות שעליהן נחלקו חכמים עם עקביא בן מהללאל, ולפי אחת הדעות אף גרמה לנידויו.<sup>51</sup> ואולם לבנו אמר עקביא "חזור בך בארבעה דברים",<sup>52</sup> כיוון ש"אני שמעתי מפי המרבים... אבל אתה שמעת מפי היחיד ומפי המרבין, מוטב להניח דברי היחיד ולאחוז בדברי המרבין".<sup>53</sup> שגיא סובר שהנימוק הפורמאלי של רב כהנא "שהרי לא הרגו את עקביא בן מהללאל"<sup>54</sup> נושא אף הוא מסורת מבוססת. שגיא סובר שרב כהנא מוכן להכיר במחלוקות המתהוות מקיומן של מסורות נוגדות אבל לא במחלוקת של שיקול דעת כנגד מסורת.

גישה קיצונית ששוללת את המחלוקת אנו מוצאים בדבריו של רבי אלעזר:

ור' אלעזר אומר אפילו הוא אומר מפי השמועה והן אומרים כך הוא

בעינינו נהרג, כדי שלא תרבה מחלוקת בישראל. ואם תאמר מפני מה לא

הרגו את עקביא בן מהללאל מפני שלא הורה הלכה למעשה.<sup>55</sup>

לפי תפיסה זו, ריבוי שיקולי הדעת אפשרי רק בדיון התיאורטי בבית המדרש. ואולם ההלכה כנורמה מחייבת חייבת להיות אחידה ואף גוברת על ערך המסורת. שגיא מבחין בין דברי רבי יוסי ובין דברי רבי אלעזר. מדברי רבי יוסי משתמע שההתנגדות למחלוקת היא דתית – "נעשית תורה בשתי תורות". מדברי רבי אלעזר ההתנגדות למחלוקת היא חברתית – "שלא תרבה מחלוקת בישראל". שגיא מנמק את ההבחנה ואלה דבריו:

סביר להניח שהמצדד בנימוק הדתי עשוי, לפחות באופן עקרוני, לאפשר

מחלוקת במקום שברור שאין התורה 'נעשית שתי תורות'. לעומת זאת,

---

<sup>50</sup> שגיא, אלו ואלו, עמ' 180.

<sup>51</sup> עדויות פרק ה משנה ו.

<sup>52</sup> שם, משנה ז.

<sup>53</sup> שם.

<sup>54</sup> שם.

<sup>55</sup> שם.

אם השיקול הוא חברתי, יש לדחות כל אפשרות של מחלוקת, שהרי מצב המחלוקת היא גורם מפלג מבחינה חברתית.<sup>56</sup>

דומה שכל מחלוקת בשיקול דעת גורמת שהתורה תיעשה כשתי תורות, לכן לא ברור החילוק שעשה שגיא.

### סיכום עמדת שגיא

קיימים שיקולים, מהם עיוניים ומהם מעשיים, שעלולים להוליך למצב של שלילת ריבוי הדעות, כאשר כל מורה הוראה מביע שיקול דעת. העובדה שמשתקפת היא שהאמת אינה ידועה וגלויה. מציאות זאת מאיימת על המבנה החברתי ועל אחידות התורה.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> אלו ואלו, שם, עמ' 180-181.

<sup>57</sup> שגיא מסתמך על מקור תנאי. לדעתו, ממנו אפשר ללמוד על מגמה לצמצומה של המחלוקת. המשנה במסכת עדויות (א, ה) מעוררת את השאלה: "ולמה מזכירין דברי היחיד בין המרבין הואיל ואין הלכה אלא כדברי המרבין". לשאלה זו מוצעות שתי תשובות. הראשונה רואה במחלוקת ערך שיש לו השלכות הלכתיות, והשנייה שוללת את הערך ההלכתי של המחלוקת והיא טוענת כך: "אמר ר' יהודה, אם כן למה מזכירין דברי היחיד בין המרבין לבטלה, שאם יאמר האדם כך אני מקבל יאמר לו כדברי איש פלוני שמעת". שגיא סובר שלפי גישת רבי יהודה עצם הזכרת המחלוקת נועדה לסתום את הגולל על ההשלכות ההלכתיות של המחלוקת ולא לאפשר את קיומה כלל. האדם אינו יכול לטעון שהוא נושא מסורת, שהרי ההלכה כבר הוכרעה. רבי יהודה מעלה טעם אחר להתנגדות של ריבוי דעות, והוא שההלכה כבר הוכרעה. לדעת שגיא, השיקול הזה אינו בהכרח שיקול מסורתי אלא פורמאלי. הכרעת ההלכה אינה מעניקה כל הכשר לדעה הדחוייה. שגיא מביא כסימוכין לדבריו את הרמב"ם הסובר שסיבת התהוות המחלוקת היא ביטול בית הדין שבלשכת הגזית (הלכות ממרים א, ד). דברי הרמב"ם משתלבים עם דבריו, שלפיהם התורה במובנה המדויק נמסרה בשלמותה למשה בסיני: "דע שכל מצוה שנתן הקב"ה למשה רבינו ניתנה עם פירושה, היה הקב"ה אומר לו המקרא ואחר כך אומר לו פירושו וביאורו וכל מה שכלל אותו המקרא המוחכם" (הקדמה לפירוש המשנה, מהדורת קאפח, ירושלים תשכ"ד, עמ' א). שגיא מגיע למסקנה שלפי שיטת הרמב"ם מחלוקת היא תקלה היסטורית, וכך כותב שגיא: "לפי הרמב"ם המחלוקת היא, איפוא, תקלה היסטורית שניתן לתקנה לא באמצעות גילוי האמת אלא באמצעות חקיקה וסמכות. זהו גם ההקשר שבו יש להבין את מפעלו הקודיפיקאציה של הרמב"ם. אין הוא מיועד לגלות את האמת אלא לבסס נורמה הלכתית מוסכמת. שכן נורמה זאת היא המרב שהתורה תובעת מן האדם. אכן, אם נביא בחשבון שהשלמות האנושית העליונה במשנתו הפילוסופית של הרמב"ם, אינה מושגת באמצעות הנורמה ההלכתית אלא באמצעות ההכרה האינטלקטואלית, יכולים אנו להבין היטב את נכונותו של הרמב"ם לאמץ נורמה הלכתית שאינה ההישג האינטלקטואלי העליון", שם, עמ' 181-183.

### 3. המחלוקת כיסוד מעצב

#### 3.1 "אלו ואלו דברי אלקים חיים הן"

במסכת עירובין אנו גורסים:

א"ר אבא אמר שמואל: שלש שנים נחלקו בית שמאי ובית הלל, הללו אומרים הלכה כמותנו והללו אומרים הלכה כמותנו, יצאה בת קול ואמרה: אלו ואלו דברי אלהים חיים הן והלכה כבית הלל.<sup>58</sup>

ההיגד "אלו ואלו דברי אלהים חיים" מתייחס לדעות חלוקות בהלכה כבית הלל וכבית שמאי ובא לומר ששתי הדעות הן אמת מבחינה הלכתית, וראויות להתקבל.

מקור נוסף שבו אנו מוצאים את ההיגד "אלו ואלו דברי אלהים חיים" הוא מסכת גיטין. שם נחלקו האמוראים במעשה פילגש בגבעה. המחלוקת נסבה בפירוש הפועל "ותזנה". רבי אביתר דרש לשון מזון, לפיכך הוא אומר: "זבוב מצא לה". רבי יונתן דרש לשון זנות, לפיכך הוא אומר: "נימא מצא לה". על מחלוקת זו מספר התלמוד שאליהו הנביא התגלה לרבי אביתר וסיפר לו שהקב"ה עוסק בפרשת פילגש בגבעה וחוזר על דעות האמוראים "אביתר בני כך הוא אומר, יונתן בני כך הוא אומר". רבי אביתר תמה על דברי אליהו ושאל: "חס ושלוש מי איכא ספיקא קמי שמיא? והשיב לו אליהו: "אלו ואלו דברי אלוהים חיים הן. זבוב מצא ולא הקפיד. נימא מצא והקפיד".<sup>59</sup>

הווה אומר: ההיגד "אלו ואלו דברי אלהים חיים" מורה על שוויון בין הדעות ללמדנו שהאמת ההלכתית יכולה להיות במחלוקת הלכתית או עובדתית. אם הדיין קבע בפסק דינו שאדם חייב על סמך עובדות שאינן נכונות לדעתו של דיין אחר, מבחינת ההלכה חל עליו הכלל "אין לדיין אלא מה שעיניו רואות", כמו שחל עליו בנושא הלכתי. יוצא אפוא, שהמחלוקת בהלכה אינה תקלה היסטורית אלא ביטוי חיובי ופורה בלימוד תורה.

#### 3.2 בעלי אסופות

במסכת חגיגה התלמוד מביא מדרש על הפסוק בקהלת: "דברי חכמים כדרבנות, וכשמשמרות נטועים בעלי אסופות, נתנו מרועה אחד". וכך אנו גורסים שם:

בעלי אסופות אלו תלמידי חכמים שיושבים אסופות אסופות בתורה. הללו מטמאין והללו מטהרין, הללו אוסרין והללו מתירין... שמא יאמר אדם. היאך אני למד תורה מעתה. תלמוד לומר. כולם נתנו מרועה אחד אל אחד נתן, פרנס אחד אמרו. מפי אדון כל המעשים ברוך הוא.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> עירובין יג ע"ב.

<sup>59</sup> גיטין ו ע"ב.

<sup>60</sup> חגיגה ג ע"ב.

כלומר האדם שואל במחלוקת מתמדת "הללו מטמאין והללו מטהרין". מהי האמת? התשובה היא שכל הדעות החולקות הן אמת ומשקפות את דבר ה'. יתר על כן, ריבוי הדעות יהיו בעיניך כאמת, וכדברי המדרש בהמשך: "אף אתה עשה אזניך כאפרכסת... לשמוע את דברי מטמאים ואת דברי מטהרים את דברי אוסרין ואת דברי מתירין".<sup>61</sup>

### 3.3 התורה לא ניתנה חתוכה

מקור נוסף שבו יש ביטוי חיובי למגוון שיקולי הדעת הוא התלמוד הירושלמי. וכך אנו גורסים במסכת סנהדרין:

א"ר ינאי: אילו ניתנה התורה חתוכה 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.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> מכאן רואים שגם דעות אחרות, אף כאלה שנדחו הן דברי תורה. על המקור התלמודי שהבאנו ראו גם תוספתא, סוטה פ"ז ה"א-י"ב. התייחסות לדברי התלמוד בחגיגה אנו מוצאים בדברי המהר"ל, דרשות מהר"ל דרוש על התורה (עמ' מא): "ובאולי יעלה בדעתך, הרי אף למוד אחד או דין אחד מהתורה לא נמצא שלא יהיה בו מחלוקת תנאים ואמוראים או גאונים וקדושי עליון ודיעות שונות זה או מר בכה וזה אומר בכה. וכי לכל מי שאין הלכה כמותו אין שכר על תורתו או כ"ש שיהיה ח"ו בעונש הזה, והרי בית שמאי אין כל דבריהם הלכה וכי יהא ח"ו בכלל זה? לא מחכמה. שאלת על זה. כי על זה אמרו בפ"ק בחגיגה... בעלי אסופות אלו ת"ח שיושבין אסופות אסופות ועוסקין בתורה, הללו מטמאין והללו מטהרין הללו אוסרין והללו פוסלין והללו מכשירין. שמא יאמר האדם, היאך אני לומד תורה מעתה, ת"ל... כולם נתנו מרועה אחד אל אחד נתן פרנס אחד אמרן מפי אדון כל המעשים ב"ה... הלא יש לפקפק מהצורך לומר מפי אדון כל המעשים ומה ענין לשון זה לכאן, אלא שבא לומר שאל יקשה לך מכיון שאינם הלכה איך ניתנו מרועה אחד ומה לנו ולזה, על זה אמר שהם מפי אדון כל המעשים. ר"ל כמו שרבי המעשים הם מאתו ית' ככל הנבראים שעם שהם מחולקים ומהם הפכיים לגמרי, עם כל זה כלם מן השי"ת שהוא אחד וכלם יש בהם האמת... ככה ריבוי הדעות בעצמם הם כלם מאתו ית' ואף אם הם הפכיות. מ"מ כל אחת יש לה בחינה אמיתית מצד כמו שיבא עדות וראיה ברורה כמשל ודמיון. וכמו שהנמצאים הגם שכל אחד אמת מצד בחינתו, מ"מ ימצא לפעמים אחד מהם הקרוב אל האמת יותר מחברו והוא האמת הגמור. כי אין ספק שהאדם קרוב אליו בעצמו יותר מכל הבר"ח. כן הדעות המחולקות יש קרובה אל האמת לגמרי והיא הלכה. אבל אעפ"כ אותה שאינה אמת גמור עד שתהא הלכה, אין לדחותה מפני זה... ולכן כל אחת מהדעות היא תורה ויש שכר טוב לפעולתם בכוונתם לשי"ש לאל אחד שאמרם". דברי המהר"ל מפראג יכולים גם להסביר את גישתו המתנגדת לקודיפיקאציה. השווה דברו כאן לדברינו בנושא הקודיפיקאציה.

<sup>62</sup> סנהדרין פ"ד ה"ב (כב ע"א).

מכאן למדים שריבוי שיקולי הדעת המתבטא במחלוקות חז"ל מכוון מאת נותן התורה, לכן היא לא ניתנה חתוכה וחד-משמעית, כלומר מבחינת האל כל הדעות אמת, וכשיש מחלוקת, שיקול דעת הרבים הוא שיקבע.<sup>63</sup>

### 3.4 לימוד מכתרי אותיות

ביטוי מובהק ונועז לגישה הרואה במרכז לימוד התורה תהליך של שיח הלכתי של שיקולי דעת שונים מצוי במסורת התלמודית הבאה:

אמר רב יהודה אמר רב בשעה שעלה משה למרום. מצאו להקב"ה שיושב וקושר כתרים לאותיות. אמר לפניו רבונו של עולם מי מעכב על ידך אמר לו אדם אחד יש שעתיד להיות בסוף כמה דורות ועקיבא בן יוסף שמו שעתיד לדרוש על כל קוץ וקוץ תילין תילין של הלכות, אמר לפניו רבונו של עולם הראהו לי, אמר לו חזור לאחורידך. הלך וישב בסוף שמונה שורות ולא היה יודע מה הן אומרים, תשש כוחו. כיון שהגיע לדבר אחד

---

<sup>63</sup> מקורות אלו מלמדים אותנו שריבוי שיקולי הדעת אינם סותרים את האמת ההלכתית, וכל שיקול דעת הוא אמת. מקור נוסף שממנו ניתן ללמוד על מחלוקת ואמת הלכתית הוא במסכת בבא מציעא פו ע"א, בעניין בהרת, וכך אנו גורסים שם: "אמר רב כהנא: אישתעי לי רב חמא בר ברתיה דחסא: רבה בר נחמני אגב שמדא נח נפשיה אכלו ביה קורצא בי מלכא, אמרו: איכא חד גברא ביהודא דקא מבטל תריסר אלפי גברי מישראל ירחא בקייטא וירחא בסתוא מכרגא דמלכא. שדרו פריסתקא דמלכא בתריה ולא אשכחיה... ערקואזיל לאגמא. הוה יתיב אגירתא דדקולא וקא גריס. קא מיפלגי במתיבתא דרקיעא: אם בהרת קודמת שער לבן טמא ואם שער לבן קודם לבהרת טהור. ספק – הקב"ה אומר טהור, וכולהו מתיבתא דרקיעא אמרי טמא, ואמרי: מאן נוכח, נוכח רבה בר נחמני דאמר רבה בר נחמני, אני יחיד בנגעים, אני יחיד באהלות, שדרו שליחא בתריה, לא הוה מצי מלאך המוח למקרב ליה מדלא הוה קא פסיק פומיה מגרסיה, אדהכי נשב זיקא ואויש ביני קני, סבר גונדא דפרשי הוא. אמר: טהור טהור. יצאת בת קול ואמרה, אשריך רבה בר נחמני שגופך טהור, ויצאתה נשמתך בטהור". אחד הדברים שאפשר ללמוד ממקור זה הוא שהאמת ההלכתית לעתים שרויה במחלוקת אף למעלה. בשו"ת "מן השמיים" ג השואל מצטט בתשובה את הביטוי "אלו ואלו דברי אלהים חיים": "ועוד שאלתי על סדר פרשיות שבתפילין וכך הייתה שאלתי: אנא המלך הגדול הגבור והנורא חכם הרזים מגלה נסתרות מגיד נעלמות שומר הברית והחסד, הגדל נא חסדך עמנו היום וצוה למלאכך הקדושים להודיעני את אשר נסתפקנו בסדר פרשיות של תפילין, כי יש מהחכמים האומרים הויות באמצע ואם החליף פסולות, ויש מחכמים האומרים הויות כסדרן ואם החליף פסולות, ועתה מלך מלכים צוה למלאכך הקדושים להודיעני הלכה כדברי מי, ודברי מי אתה מחבב. והשיבו: אלו ואלו דברי אלהים חיים, וכמחלוקת למטה מחלוקת למעלה. הקב"ה אומר הויות באמצע וכל פמליא של מעלה אומרים הויות כסדרן, והוא אשר דיבר ה' 'בקרובי אקדש ועל פני כל העם אכבד', וזה כבודו בהיות פרשת מלכות שמים תחילה". מקור זה והמקור התלמודי שהבאנו מראים שאין אמת אחת אפילו למעלה בשמים. מכאן למדים שהמחלוקת בשיקול הדעת היא דבר חשוב ובסיסי בלימוד התורה.

אמרו לו תלמידיו, רבי מנין לך, אמר להן הלכה למשה מסיני, נתישבה דעתו.<sup>64</sup>

### 3.5 אין מחלוקת, ויש לגלות את האמת

לדעת הרי"ד (ר' יהושע דטראני), מטרת עיונם של חכמי ההלכה האחרונים בדברי הראשונים הוא לגלות את האמת. וכך הוא כותב:

אם כן במקום שאנו רואים שזה חולק על זה... אנו על מי נסמך, הנוכל לשקול בפלס הרים וגבעות במאזנים ולומר שזה גדול מזה, שנבטל דברי זה מפני זה. הא אין לנו אלא לחקור אחר דבריהם שאילו ואילו דברי אלוהים חיים הן, ולפלפל ולהעמיק מכח דבריהם להיכן הדין נוטה, שכך עשו חכמי המשנה והתלמוד, לא נמנעו מעולם האחרונים מלדבר על הראשונים ומלהכריע 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.<sup>65</sup>

ממובאה זו למדים שכוונת הרי"ד היא ששתי הדעות הן נכונות, כי "אלו ואלו דברי אלוהים חיים". אך ייעודנו וחובתנו הם להכריע על פי שיקול דעתנו מי בעל הסברה האמתית. ומי שנראה שדבריו נכונים, המסקנה היא שהשני שוגה. הרי"ד מגלה מה דעתו בנוגע למחלוקת. דומה שאינו שולל אותה ואף אינו מעודד אותה. לשיטתו, היה רצוי דעה אחת, אך כורח המציאות שדעותיהם של האנשים אינן שוות, לכן יש חילוקי דעות.<sup>66</sup>

### 3.6 מחלוקת תלמיד על אביו ורבו

הרב ישראל איסרליין נשאל אם מותר לתלמיד לחלוק על שיקול-דעת רבו. תשובתו היא שאם לתלמיד יש ראיות נגד דעת רבו, מותר לו לחלוק, כיוון שכך דרכה של תורה מימי התנאים, והראיה – רבנו הקדוש חלק בכמה מקומות על אביו ועל רבו, רשב"ג. וכן מצינו מימי האמוראים שרבה היה חולק על רבה שהיה רבו, וכן בתקופת הגאונים, ואלה דבריו:

<sup>64</sup> מנחות כט ע"ב, השו"ש שבת פט ע"א; ילקוט שמעוני בהעלותך רמז תשל"ו: "בפרגוד של הקב"ה כתות כתות של סנהדרין שהיו יושבים ודורשים התורה במ"ט פנים... שיושבים ודורשים הלכה למשה מסיני".

<sup>65</sup> שו"ת הרי"ד, סי' סב.

<sup>66</sup> ראו אטינגר, מחלוקת ואמת – למשמעות שאלת האמת בהלכה, שנתון המשפט העברי, המכון לחקר המשפט העברי, האוניברסיטה העברית, ירושלים, תשנ"ח-תש"ס, עמ' 48-49. שם המחבר מנסה לפתור את הסתירה שלכאורה קיימת בדברי הרי"ד. ומעלה: "הרי"ד מצביע איפוא לפי הפירוש המוצע, על שני תחומים של שאלת האמת ההלכתית, ומדבריו עולות תשובות שונות לשאלה זו, בכל אחד מן התחומים: מצד כוונתו של האל, המחוקק – "אלו ואלו דברי אלוהים חיים", ואילו במישור ה"נמוך", הפרשני ההגיוני רק דעה אחת היא נכונה.

בגאונים אשירי חולק בכמה דוכתין אמהר"ם שהיה רבו מובהק אין לי לבאר יותר מזה כי דברים אלו צריכים תלמוד מפה אל פה.<sup>67</sup>

בתשובתו של הרב ישראל איסרליין רב הנסתר על הנגלה בעניין תופעת המחלוקת בהלכה, ולא ברור מדוע המשיב בוחר לומר את דעתו במלואה בעל-פה דווקא.

### 3.7 התנאים למחלוקת

המהר"ם מינץ דן במחלוקת בין החכמים בעניין ריב בין שני אנשים באיטליה, ובתשובתו הוא רואה בריבוי דעות תופעה חיובית, וזה לשונו :

וכן יש כמה וכמה דינים שיש סברות וראיות לכאן ולכאן בלי הכרח ומופת אך כל אדם יש לו שכל העיוני להוציא לאור ההווים בדמיון מן הכוח אל הפועל לכן כל תלמיד חכם דגמר וסבר ונקט רשותא מריש גלותא... יש לו רשות... למיגדר מילתא... ולא מצינו כת אחת שזלזל כת אחרת שכנגדו... אשר יש מרבותי שכתבו לזכות ראובן וכתבו גזירות ומרורות על שמעון ויש שכתבו לזכות שמעון וכתבו מרורות על ראובן... ולא חזינא שום זילותא.<sup>68</sup>

מדברי המהר"ם עולה שאין פסול בריבוי דעות, ועל כל אחד לפסוק על פי שיקול דעתו, ובלבד שיתקיימו שני תנאים : שיהיה תלמיד חכם שהגיע לרמת הוראה ויקבל רשות מראש הגולה. לא ברור מדוע יש לקבל רשות של ראש הגולה. ייתכן שהכוונה היא רשות מאנשי הקהילה. המהר"ם נזקק להדגיש את שכיחות המחלוקת הן בבירור ההלכה בשאלות משפטיות הן בפסיקת הלכה למעשה בשאלות ממוקדות, כיוון שתשובתו נועדה לרבנים שחלקו בפסק הלכה במעשה שבה לפניהם, וכלשונו : "הן על דינין בלא מעשה או על מעשה הבא לפניהם."

### 3.8 ריבוי דעות על סמך הלוחות השניים

ר' נפתלי צבי-יהודה ברלין (הנצי"ב). נתן ביטוי לתודעה שריבוי הדעות ושיקולי הדעת הם מרכז לימוד התורה. בפירושו לשמות הוא כותב :

אבל בלוחות השניות ניתן כח לכל תלמיד ותיק לחדש הלכה, ע"פ המדות והתלמוד... ומזה הטעם צוה הקב"ה שיהיה הלוחות השניים בפיסול ידי משה, לא משום שלא זכו למעשה אלהים, אלא להורות, דהלכה

<sup>67</sup> שו"ת תרומת הדשן, פסקים וכתבים, רל"ח. ראוי לציין שגם הרדב"ז נשאל אם מותר לתלמיד לחלוק על רבו והשיב בלשון דומה לבעל "תרומת הדשן" : "אמת כי הראשונים היו חולקין שהרי רבנו הקדוש חלק על אביו ועל רבו בכמה מקומות וכן נמצא באמוראים רבא היה חולק על רבה בר נחמני בכמה מקומות וכן הרשב"א ז"ל על הרמב"ן... וכן בכל דור ודור" (שו"ת הרדב"ז א, תצה).

<sup>68</sup> שו"ת מהר"ם מינץ, צט.

המתחדשת בכח לוחות הללו היא השתתפות עמל האדם בסיעתא דשמיא,

כמו עצם הלוחות שהיה מעשה משה וכתובת הקב"ה.<sup>69</sup>

הנצי"ב סבור שיש הבדל מהותי בין האידיאל של לימוד תורה שהציבו הלוחות הראשונים לזה שהציבו הלוחות השניים. בלוחות השניים ניתנה האפשרות ללומדים ותיקים להפעיל את שיקול דעתם ולחדש הלכה על פי כללי המידות וכללים אחרים שנקבעו בספרות חז"ל. דומה שלשית הנצי"ב המחלוקת בדעות השונות שכל אחד חידש לפי שיקול דעתו מציבה את האדם כשותף לעיצובה של התורה.

הנצי"ב בפירושו לספר דברים מתייחס למסורת המדרשית שלפיה "כל מה שתלמיד ותיק עתיד לחדש" נאמר למשה מסיני.<sup>70</sup> מסורת זו משקפת תפיסה מסורתנית, כלומר האדם אינו מחדש על פי שיקול דעתו, ובוודאי אין הוא שותפו של האל בעיצובה של התורה. ואולם הנצי"ב מציע פרשנות ייחודית, וזה לשונו :

דבראשונות לא ניתן כוח החידוש כלל אלא מה ששמע משה הלכות, ידע מקורם בתורה שבכתב, על פי חוקים ומשפטים. אבל לא ידע לחדש בעצמו. אלא בדימוי מילתא למילתא, ולא בחידוש הפלפול. מה שאין כן בשניות. ניתן הכוח לחדש הלכות בכל דור, והיינו מה שתלמיד ותיק עתיד לחדש.<sup>71</sup>

להבנת דבריו, של הנצי"ב נביא את משמעותם של "חוקים" ו"משפטים" אליבא דשיטתו :  
חוקים המה המדות שהתורה נחקקת בהם, איך לדרוש ולהוציא מדיוק התורה הלכות שלא נתפרשו... והמשפטים אלו הדינים שנחקרו על פי החוקים.<sup>72</sup>

נמצאנו למדים שלדעת הנצי"ב הלוחות הראשונים עיצבו את הצורך לבצע היסק לנושאים אחרים שאינם מצויים בתורה שבכתב. ואולם, כך טוען הנצי"ב, הסק זה אינו חידוש כלל ועיקר, שהרי הוא מבוסס על פי כללים ברורים, והם י"ג המידות, שאינן מגלמות, לפי הנצי"ב, את כוח היוצר האנושי. אך הלוחות השניים, שהם מעשי ידי האדם, מגלמים את האידיאל של החידוש על פי שיקול דעת הדיין. מעתה הביטוי התלמודי "מה שתלמיד ותיק עתיד לחדש", שהובן לתוכני ההלכה שכולם נמסרו למשה מסיני עובר שינוי שורשי ואין הוא מתייחס כלל לתוכני הלכה אלא לכוח החידוש שעל שיקול דעת עצמי של הדיין. כוח החידוש

<sup>69</sup> פירוש העמק דבר, ספר שמות, לד, א.

<sup>70</sup> שם.

<sup>71</sup> שם.

<sup>72</sup> שם.



הזה הוא שניתן בסיני, כל תלמיד ושיקול דעתו, כלומר שיקולי דעת שונים או מחלוקות בשיקול הדעת. כל אלה נמסרו למשה בסיני.

לפי הנצי"ב, חלקו של הדיין בהפעלת שיקול דעתו מסביר לא רק את המחלוקת אלא אף את ההתפתחות הבין-דורית, כלומר דור חדש על פי שיקול דעתו יבין אחרת מדור שקדם לו, והמחלוקות יהיו בהפרש של דורות, כי התורה מתעצבת על ידי התהליך העיוני עצמו. ביטוי מאלף לכך נותן הנצי"ב, וכך הוא כותב:

כמו שאי אפשר לחכם בסתרי הטבע להתברך בלבבו כי עמד על כל סתרי הטבע... ולא עוד אלא אפילו מה שהעלה בחקירתו, אם אין לו בחינה ברורה כי כך הוא, יכול להיות שיבוא רעהו או בדור שאחריו וחקרו באופן אחר ויסתור בנין הקודמו. כך אי אפשר להתברך לחוקר בטבע התורה ולעמוד על כל השינויים והנדרש שום לב, ולומר כי הוא עמד על כולן. וגם מה שביאר אין הוכחה שכיון שלאמיתה של תורה. ומכל מקום עלינו לעשות מה שבידינו.<sup>73</sup>

<sup>73</sup> פירוש העמק דבר, ספר בראשית, קדמת העמק, אות, ה. ראו, א' שגיא אלו ואלו, עמ' 184. כך שגיא הבין בדברי הנצי"ב. ראוי לציין ששגיא מבחין במעמד המחלוקת בין סובלנות לפלורליזם, ואלה דבריו: "המשותף למכלול שיקולי הסובלנות הוא אי הכרה בערך העצמי או הפנימי של העמדה הנסבלת. הסובלן טוען שהאמת היא אתו, אך משיקולים שונים הוא מוכן לרסן את עצמו. לעתים אין הוא מכיר אפילו בערך המכשירני של העמדה הנסבלת, אך משיקולים תועלתיים אין הוא פועל, ולעתים הוא רואה בעמדה הנסבלת אמצעי להשגת מטרותיו. שונה בתכלית השינוי רעיון הפלורליזם. מן הבחינה ההיסטורית והסוציולוגית רעיון הפלורליזם אינו משקף את יחסה של קבוצת הרוב כלפי קבוצת מיעוט או יחידים סוטים. הוא חלק ממסגרת תרבותית ליברלית המחייבת את חופש הדעות וחופש הפעילות שאינו מייחס מעמד מועדף לעמדת קבוצת הרוב. הפלורליזם – מבחינה מושגית הפלורליזם אינו משקף פרדוקס של התנגדות והסכמה. הפלורליסט, בניגוד לסובלן, מייחס לעמדת הזולת ערך עצמי או פנימי. ייחוס ערך שכזה לעמדות הזולת אינו משקף רלטיביזם או ספקנות מוחלטת. שכן עמדות אלה אינן מסוגלות ואינן מתיימרות לבסס ולהעדיף עמדה אחת על פני זולתה, ואילו הפלורליסט סבור שעמדותיו מבוססות ואולי אף עדיפות על עמדות הזולת. עם זאת, הפלורליסט נבדל מהסובלן בכך, שאין הוא מחויב לבלום את עצמו מלפעול כנגד הזולת. שכן הפלורליסט אינו מניח שיש לו טעמים המצדיקים פעילות שכזו. אין הוא רואה בעמדת הזולת סטייה מהנכון, עמדה מגונה או רוע, המחייבים פעילות. העדפותיו הערכיות אינן כה מוחלטות עד שהן מחייבות אותו לשלול את עמדות הזולת. הפלורליסט מכבד את תוכן של העמדות המנוגדות, הוא מנהל שיח אמיתי עם העמדות הנגדיות משום שיש לו עניין אמיתי בדעות המנוגדות, כעמדות בעלות ערך. ואולם שאלת המפתח היא: מאחר ולפלורליסט יש העדפות ערכיות – מדוע רואה הוא ערך עצמי או פנימי אף בעמדות המנוגדות? שאלה זו מהווה נייר לקמוס המאפשר לנו להבחין בין שתי גרסאות עיקריות של פלורליזם שאותם אכנה 'פלורליזם חלש' ו'פלורליזם חזק'. הפלורליזם החלש אינו מוותר כליל על ההנחה שקיימת אמת אחת ושיש למצוא אותה אלא שהוא מתבסס על עמדה ספקנית וטוען שאין דרך לחשוף אמת זו אלא תוך עימות מתמיד על עמדות מנוגדות", שם עמ' 192.

### 3.9 תרומת המחלוקת לשיח ההדדי בלימוד תורה

על דרך התורה והחשיבות שכל אחד יביע את שיקול דעתו אנו מוצאים בדבריו של ר' חיים בתיאורו לחוויית השיח הדדי בלימוד תורה. ואלה דבריו:

והנה הלימוד נקרא מלחמה, כמו שאמרו 'מלחמתה של תורה', אם כן גם התלמידים לוחמים יקראו, וכמו שאמרו חז"ל (בבלי, קידושין ל, ב): 'לא יבושו וגו' כי ידברו את אויבים בשער' (תהלים קכז, ה), אפילו אב ובנו הרב ותלמידו נעשו אויבים זה את זה ואינם זזים משם כו'. ואסור לו לתלמיד לקבל דברי רבו כשיש לו קושיות עליהם, ולפעמים יהיה האמת עם התלמיד, וכמו שעץ קטן מדליק את הגדול. וזה שאמר 'יהי ביתך בית ועד לחכמים והוי מתאבק', מלשון 'ויאבק איש עמו' (בראשית לב, כד), שהוא ענין התאבקות מלחמה, כי מלחמת מצוה היא. וכן אנו נגד רבותינו הקדושים אשר בארץ ונשמתם בשמי מרום, המחברים המפורסמים, וספריהם אתנו, הנה על ידי הספרים אשר בבתנו, בתינו הוא בית ועד לחכמים אלה, הוזהרנו גם כן וניתן לנו רשות להתאבק וללחום בדבריהם ולתרץ קושייתם, ולא לישא פני איש רק לאהוב האמת.<sup>74</sup>

### 3.10 תרומת המחלוקת לחידושי תורה

ר' צדוק הכהן דן באריכות במשמעויות של דברי התלמוד שבמסכת מנחות ומצדד בדעה שלפיה היצירה ההלכתית היא פרי השראה אלוהית: "דברי אלוהים חיים", כלומר ההלכה היא פעילות הנעשית ברוח הקודש. עם זה תהליך היצירה ההלכתית משקף בראש ובראשונה תודעת חידוש על פי שיקול דעת הלומד. משה, כך טוען רבי צדוק, אינו המגלם של המסורת, אלא "מה שנמסר למשה, הכח לדרוש בפלפולו מן התורה ולהמציא ההלכות".<sup>75</sup> רבי צדוק חוזר ומבליט את החידוש והיצירה האנושיים בתהליך של הלימוד. וכך הוא כותב:

ועל זה נאמר תזל כטל אמרתי, שאף שתורה שבעל פה גם כן דברי אלהים חיים, מכל מקום החכם המחדש נראה לו בשעת מעשה שמחדש מעצמו, וכמו טל שאינו נראה שיורד מן השמים כך כשרואין הארץ לח יודעין שירד טל.<sup>76</sup>

<sup>74</sup> רוח חיים, אבות א, ד.

<sup>75</sup> ראו, פרי צדיק, דברים, ירושלים תשנ"ט, עמ' קפו. בהמשך דבריו, כותב רבי צדוק: "והוא לבדו זכה להיות לו טעם והבנה לדרוש שזה בפלפול מסיני אבל לו נמסר רק הלכה בלא שום טעם וכמו שאמרו... כהלכתא בלא טעם ופירש רש"י כאלו קבלה משה הלכה מסיני שאין צריך לתת בה טעם, וכך אמרו... הן הן הדברים שנאמרו למשה מסיני ולא טעמא בעי וכפירוש רש"י בתמיה וכי לא טעמא בעי כהלכה למשה מסיני". שם, עמ' קפז.

<sup>76</sup> שם, עמ' קפו.

### 3.11 הכשר המחלוקת והכרעתה לפי הרוב

לדעת הרב משה פיינשטיין, חשיבות המחלוקת נגזרת מהתפקיד המרכזי שיש לאדם בתהליך הפרשני והעיצובי של התורה. הפרשנות והמסקנות ההלכתיות על פי שיקול דעת הם אנושיים, ועיצובם בהתאם לשינויים שבין בני אדם. הרב פיינשטיין נותן ביטוי לקשר שבין היבטים אלו לבין הסיפור במנחות:

לפי מה שבארתי מדויק לשון "כתרים". שנמצא שה' יתברך עשה את אותיות התורה למלכים, היינו שיעשה החכם וידמה מלתא למילתא ויפסוק הדין כפי הבנתו טעם האותיות שבתורה, ושיהיה מחלוקת יעשו כפי הבנת רוב חכמי התורה אף שאפשר שלא נתכוונו להאמת ולא היה דעת ה[ק]ב"ה כן. דהקב"ה נתן את התורה לישראל שיעשו כפי שיבינו את הכתוב ואת המסור בעל פה בסיני לפי הבנתם ויותר לא יפרש ולא יכריע השי"ת בדיני התורה שלא בשמים היא.<sup>77</sup>

### 3.12 ריבוי הדעות כשירה

ר' ברוך אפשטיין מדמה את ריבוי הדעות לשירה להסברת תופעת המחלוקת, וזה לשונו:

וכל מחלוקת התנאים והאמוראים והגאונים והפוסקים באמת למבין דבר לאשורו, דברי אלהים חיים המה ולכולם יש פנים בהלכה ואדרבא זוהי תפארת תורתנו הקדושה והטהורה וכל התורה כולה נקראת שירה ותפארת השיר היא כשקולות משונים זה מזה וזהו עיקר הנעימות ומי שמשוטט בים התלמוד יראה נעימות משונות בכל הקולות המשונות זה מזה.<sup>78</sup>

### 3.13 גישת החוקרים

#### 3.13.1 עמדת דה-פריס:

דה-פריס סובר שהמחלוקת – טיבה ומהותה, מקורה והבעיות הכרוכות בה – היא בעלת חשיבות רבה להבנת השתלשלות ההלכה בתקופת התנאים. לדעתו, אין הבדל של ממש בין התפתחות ההלכה ובין התפתחות מערכות משפט אחרות.

המאפיין של סוגיית המחלוקת במשפט העברי הוא מה שנמסר בספרות התלמוד על התהוותה ועל תפקידה בעיצוב פני ההלכה, עד שנראית חלק בלתי נפרד מעצם קיומה של ההלכה, וכך הוא מסכם את דבריו:

ברור המחלוקת כשלעצמה היא מן הדברים הטבעיים, כי לא ישתוו הדיעות בכל העניינים הן בנוגע לחריצת משפט במקרה מסויים ולפסק דין

<sup>77</sup> אגרות משה, אור חיים, חלק א, הקדמה.

<sup>78</sup> ערוך השולחן, חושן משפט, בהקדמה.

והן בנוגע למסורת... אף ידועה העובדה כי עם ההתרחבות וההתעמקות העיונית הבאה כשלב שני בהתפתחות החוק אחרי שהפך ממסורת, ידיעת זקנים, תורה איזוטרית ומנהג אבות לעיון מדעי, נוצרות אסכולות ומסתמנות השקפות שונות החלוקות ביניהן גם בשדה המעשה.<sup>79</sup>

### 3.13.2 עמדת טשרנוביץ:

לדעת טשרנוביץ, מאז ומתמיד היו מחלוקות, כיוון שטבע העולם הוא שתתעורר מחלוקת, כיוון שאין כל הדעות שוות. ואולם שיקולים היסטוריים גרמו לריבוי הדעות בהלכה, ואלה דבריו:

ההלכות בכללותיהן הן הן הצורה של החיים הלאומיים והדתיים של האומה; כל זמן שהחיים הלאומיים היו כתיקונם, שמשו ההלכות המסגרת התקיפה של החיים והקיפו כחומה בצורה את כל חיי העם, משנפרצה החומה, נתפזרו אבניה לכל רוח, והאומה פשטה צורה ולבשה צורה.<sup>80</sup>

טשרנוביץ תולה את המחלוקת בשני גורמים: הצדוקים שפעלו בימי החשמונאים וההתייוונות בימי מלכות יוון. לדעתו, כל זמן שהמלחמה הייתה מלחמת הכוח, שהיא מלחמה של מפלגות שולטות, יכול הניצחון לבוא רק בעזרת הכוח הממשי, אולם משפסק הכוח, התחילה מלחמת הרוח, ונתרבו הוויכוחים ודברי הפולמוס, הפלפולים והדרשות ומלחמת דברים.

טשרנוביץ סובר שבימי שלטון המפלגות המתנגדות נשתכחו הרבה הלכות, כיוון שאלה הן נימוסי חיים במסכת אבות ומנהגי סדר המדינה, וכיוון שהדברים לא נכתבו אלא נמסרו בע"פ, נשתכחו ואבדו מן החיים. יש שנשתכחו הם ושורשיהם לחלוטין, ויש שעיקרן נשתמרו, אך פרטיהן ודקדוקיהן נשתכחו. ואלה דבריו:

שמכיוון שהיו נשמרים רק אצל יחידי סגולה שבדור ושרובן נהגו בהן בסתר, מן הנמנע שלא יהיו נופלים בהן שינויים, זה נוהג כך וזה נוהג כך. הכול כפי הקבלה שקבל מאביו או מרבו, והכול לפי הטעם והכוונה שכל אחד ואחד כיון בהם.<sup>81</sup>

<sup>79</sup> דה-פריס, מחקרים בספרות התלמוד, עמ' 172. בעניין שיטות משפט הנ"ל מוסיף וכותב: "תופעה זו ידועה גם בהתפתחות המשפט הרומאי, ומחמת חוסר אינסטנציה אחרונה מכריעה מאיזו סיבה שתהיה, מתפתחות האסכולות לזרמים המפלגים ומפרידים בין שהפירוד הוא מוחלט ונוצרת מתיחות ויחס של איבה, בין שהפירוד מתבטא רק בנוהג שונה ולעיתים, לפי קווים גיאוגרפיים כמו בהלכה האיסלאמית".

<sup>80</sup> תולדות ההלכה, חלק רביעי, עמ' 284.

<sup>81</sup> שם, עמ' 85.

### 3.13.3 עמדת רוזנברג

רוזנברג מחלק את סוגיית המחלוקת בהלכה לשלושה סוגים.

- א. המחלוקת התוכנית. זו מחלוקת שמתרחשת על פי שיקול הדעת להוציא מסקנות הלכתיות מן "העיקרים המקובלים" על כל חכמי ההלכה. אבל ביישום הכללים והעיקרים מתפצלים חכמי ההלכה איש איש ושיקול דעתו.
- ב. המחלוקת הצורנית. כאן יש הסכמה כללית על תוכנה של ההלכה שמבוססת על המסורת, אך ניטשת מחלוקת בדבר הקשר של ההלכה אל הפסוקים. גם כאן כמו בסוג הקודם, כל חכם הלכה ושיקול דעתו.
- ג. מחלוקת היסטורית. בעבר לא היו מחלוקות, אך "משרבו תלמידי שמאי והלל שלא שמשו כל צרכן רבו מחלוקות בישראל",<sup>82</sup> נוצרה תופעה של שיקולי דעת שונים, משום שלא שימשו כל צורכן.<sup>83</sup>

לדעת רוזנברג, שיקול הדעת ההלכתי שמוביל לחידוש בהלכה הוא מקור הסמכות העיקרי והבלעדי של ההגות היהודית בהלכה ובמחשבה. מכאן גם הערך החשוב של המשא ומתן וריבוי הדעות בהלכה. רוזנברג מסיק מהסוגיה שבמנחות<sup>84</sup> שבבסיסה של התורה שבעל-פה עומדת תפיסה משולבת מסורת וחידושים שחכמי ההלכה מחדשים על פי שיקול דעתם. מכאן הלגיטימציה למגוון שיקולי הדעות, כיוון שזה אחד מערכי היסוד האופייניים לתרבות ההלכתית.<sup>85</sup>

### 3.13.4 עמדת גילת

התורה מצווה אותנו: "בנים אתה לה' אלהיכם, לא תתגודדו, ולא תשימו קרחה בין עיניכם למת".<sup>86</sup> כתוב זה נדרש בספרי:

---

<sup>82</sup> סנהדרין פח ע"ב.

<sup>83</sup> רוזנברג, לא בשמיים היא, תורה שבעל פה מסורת וחידוש. הוצאת תבונות, תשנ"ז, עמ' 47. ראו צוקר "לבעיית המחלוקת במסורות (הרמב"ם נגד ר' יעקב בן אפרים מארץ ישראל), ספר היוכל לכבוד שלום בארון ירושלים תשל"ה, עמ' שיט-שכט; ליברמן, כוונות וכוונות בארץ ישראל עמ' 214 והערה 69 שם. רוזנברג מציג שלושה כיוונים עיקריים בתחום היצירה ההלכתית על פי שיקול הדעת, ובכל כיוון אפשר למצוא מגוון של שיקולי דעת: א. היצירה ההלכתית היא פיתוח התורה שבכתב שנעשה על ידי שימוש בכללי ההיגיון האנושי; ב. התורה היא מערכת פתוחה המכילה אפשרויות מקבילות שונות ונעשית על ידי פסיקתם של החכמים; ג. הפסיקה ההלכתית היא המשך לתהליך ההתגלות של התורה מן השמיים.

<sup>84</sup> מנחות כט ע"ב.

<sup>85</sup> לא בשמיים היא, עמ' 10.

<sup>86</sup> דברים יד, א.

לא תתגודדו לא תעשו אגודות, אלא היו כולכם אגודה אחת. וכן הוא  
אומר הבונה בשמיים מעלותיו ואגודתו על ארץ יסדה.<sup>87</sup>

על דרשה זו מסתמך גילת ומעלה את ערכה וחשיבותה של אחדות האומה והיותה אגודה אחת. גילת מוכיח שהאמוראים בתלמוד, שלא כתנאים, מעניקים לפנייה להיעשות אגודה אחת הוראה הלכתית קונקרטית. ומחילים אותה כאיסור על חילוקי דינים בין אוכלוסיות שונות בעם ישראל.<sup>88</sup>

גילת סובר שהעתקת המדרש "לא תתגודדו, לא תעשו אגודות אגודות", מעבר למדרש של אגדה רגיל וקביעתו כנורמה הלכתית שמחייבת כל יחיד וכל ציבור בישראל חלה בין הדורות שבין התנאים לאמוראים. גילת סובר שבתקופה זו הייתה מגמה לבטל את המחלוקת בהלכה ולקבוע נורמות הלכתיות אחידות לכל עם ישראל. מגמה זו הביאה לסידורן של משניות החכמים ועריכתן, לבירורם של ספקות בהלכה בבית הוועד ולהכרעות במחלוקות החכמים. בקובצי ההלכה שחוברו, אנו רואים ביטוי גם לחילוקי הדעות בפירוש המצוות, ורבים מובאים במקורות בלא הכרעה. ראשוני האמוראים אמנם השתדלו לקבוע כללים לפסק ההלכה במחלוקות התנאים, ואולם מציאותן של משניות שאין להם הכרעה הדאיגה את החכמים, שעלול להתהוות מצב שיהיו שתי תורות. לכן, כדי למנוע תופעה זו וכדי ליצור אחידות בהלכה ובאורח החיים של האומה ללא מחלוקת ושיקול דעת אחיד שלפיו ינהגו, נאחזו בדרשה של "לא תתגודדו". וכך כתב גילת:

נאחזו החכמים שפעלו בתקופת המעבר, גם בדרשה "לא תתגודדו לא תעשו אגודות אגודות". הם הרחיבו את משמעותה. החילו אותה על המחלוקת בהלכה, וקבעו אותה כקו מנחה, כעקרון הלכתי וכאיסור ממש, לשתי חבורות לשתי עדות שלא תהא אחת עושה כחכם פלוני והשניה כחכם פלמוני, או לשני בתי דין, שלא יהיו הללו מורים כחכם זה והללו כחכם זה.<sup>89</sup>

<sup>87</sup> ספרי, ראה, צו, עמ' 158.

<sup>88</sup> גילת, פרקים בהשתלשלות ההלכה, הוצאת אוניברסיטת בר-אילן, רמת-גן, תשנ"ד, עמ' 161 ואילך. גילת מביא אף מקורות אחרים. ראו, ספרי וזאת הברכה, שמו, עמ' 403, רעיון זה מצוי גם בספרי שם על הכתוב "ויהיה בישורון מלך": "כשישראל שוים בעצה אחת מלמטה, שמו הגדול משתבח מלמעלה, שנאמר ויהי בישורון מלך, אימתי בהתאסף ראשי עם". לסיכום כותב גילת: "הנה כי כן, בתורתם של תנאים באה הקריאה להיעשות אגודה אחת, להיות בעצה אחת, ולא לעשות אגודות אגודות, במשמעות רחבה וכוללת, בהקשר דרשני לפסוקים שונים ובלא השלכות הלכתיות". אולם גילת מוכיח ממקורות תלמודיים שהאמוראים נתנו פירוש אחר, למשל מהמשנה בירושלמי פסחים פ"ד ה"א, ל ע"ד, והסוגיה שם, שריש לקיש ור' יוחנן כאחד לומדים שב"לא תתגודדו" יש איסור עשיית אגודות – שלא "יהיו חלוקים אלו עם אלו" ושלא "יהיו עושין אלו כדרך זה ואלו כדרך זה".

<sup>89</sup> פרקים בהשתלשלות ההלכה, שם, עמ' 167.

יוצא אפוא, לשיטת גילת, שחכמים ראו במחלוקת תופעה שלילית וניסו לצמצמה על ידי הרחבת הדרשה של "לא תתגודדו". ואולם יש הבחנה בין מקורות תנאים, שבהם משתקפת חירות בשיקול דעת מורה ההוראה, שהיו מקובלים בימים ראשונים, ובין תקופת ראשוני האמוראים, שבה שלטה הפרשנות ההלכתית המחייבת של "לא תתגודדו".<sup>90</sup> כך מסיק גילת מדברי הרמב"ם:

ובכלל אזהרה זו שלא יהיו שני בתי דינים בעיר אחת. זה נוהג כמנהג וזה נוהג כמנהג אחר, שדבר זה גורם למחלוקות גדולות, שנאמר לא תתגודדו, לא תעשו אגודות אגודות.<sup>91</sup>

המספר הרב של המנהגים הכלליים והמקומיים שנתהוו בתקופות שאחר התלמוד מיקד את תשומת לבם של החכמים לבעיות המתעוררות על ידי הסתירות וההבדלים שבמנהגים השונים. הבעיות שהתעוררו בגין השוני שבמנהגים החרפו עם תקופת הנדודים והגירושים בימי הביניים. ההתעצמות הפנימית בקהילות חידדה את המודעות ואת הרגישות לסכנות הצפויות מהפילוג. וכך כותב גילת:

מצד אחד, התנגדות לכל סטייה מהוראות הקהל וממנה בא ורתיעה מפני כל פילוג רעדה, אשר יכולה להיגרם אפילו על ידי שינוי נוסח תפילה מן הנוסח המקובל במקום, התנגדות שהביאה לעיתים גם למניעת הקמת מניין שני או בית כנסת נוסף. ומצד אחר, ההכרה שאי אפשר להתעלם ממצביאתן של חטיבות מיוחדות בעלות מסורות חברתיות ודתיות משלהן. ביישובים המתחדשים וההכרח לאפשר להן להמשיך במסורותיהן כדי למנוע את פרישתן המוחלטת מן העיר.<sup>92</sup>

גילת מעלה דילמה קשה. מחד, כדי שלא יהיו אגודות אגודות, הייתה התנגדות לשינויים. מאידך הייתה גם הכרה בחטיבות מיוחדות, ביישובים חדשים. סיוע לדבריו נמצא בספרות התשובות, מן המאה השש-עשרה ואילך. למשל, כך כתב רבי משה אלשיך:

<sup>90</sup> גילת, סובר שעם חתימת התלמוד וחיבור ספרי הלכה וקביעת כללי ההוראה על ידי הגאונים נחשבו האגודות או האישים שעשו ושהורו בניגוד להכרעת ההלכה לעבריינים. שם, 169.

<sup>91</sup> הלכות עכו"ם פ"ב ה"ד. גילת כותב: "ולא זו בלבד, נראה כי גם החששות מפני השפעתה הגוברת של הקהילה הקראית במצרים במאה השנים-עשרה, אשר הרמב"ם השתדל להורידה מגדולתה וממעמדה", שם, 169. ראו יוסף פאור הלוי, עיונים במשנה תורה, ירושלים תשל"ח, עמ' 136 ואילך.

<sup>92</sup> גילת, שם, 122, ראו י' כ"ץ מסורת ומשבר, עמ' 185-181.

האמת כי טוב להטות אחרי הסובר. כי כל הקהילות שבבתי כנסת העיר כקהל אחד. כי רבים חללים תפיל המחלוקת, הנמשכת מתחת יד סברת הפרד כל בית כנסת ובית כנסת מרוב הקהילות בעיר אחת.<sup>93</sup>

וכך מסכם גילת את שיטתו:

ראינו איפוא, כי הכתוב "לא תגודדו", אשר ביאורו: לא תעשו שריטות בבשרכם... נתפרש על ידי התנאים, מלשון "גדוד", ונדרש כנגד ההתגודדות, ההתפלגויות הכיתתיות, אשר השו בישראל בסמוך לחרבן ולאחריו... ברם. מגמת גיבושה והאחדתה של ההלכה בסוף תקופת התנאים, והיעד להנחילה לעם כמשנה ברורה וכתורה אחת, קצובה וחתוכה הניעה את החכמים, שחיו במפנה דורות התנאים והאמוראים, להעניק תוקף הלכתי מחייב לדרשה" לא תגודדו לא תעשו אגודות אגודות"... פרשנות מחודשת זו, לא תאמה את מקורות התנאים, המשקפים את חירות ההוראה והיעדר הכרעה חד משמעית.<sup>94</sup>

יוצא אפוא שלשיטת גילת, בין דורות התנאים והאמוראים ראו חכמים בריבוי הדעות בהלכה תקלה היסטורית. אין בה דבר מהותי להלכה, בניגוד לתקופת התנאים, שראו במחלוקת את אחד מערכי היסוד שמאפיינים את התרבות ההלכתית. דומה שלפי גילת, המציאות ההיסטורית שינתה את גישת חכמי האמוראים הראשונים.

### 3.13.5 עמדת שגיא

שגיא טוען שהסיפור שבמסכת מנחות מציב את משה במעמד אחר מזה שבמשנה במסכת אבות ומקורות אחרים. לפי מקור זה אין משה מקבל את התורה בכללותה ומוסרה לנושאי המסורת. משה מקבל את התורה שבכתב ואת המסורת. ואולם התורה רחבה מאוד וגדולה משני יסודות אלה. הדורות הבאים הם שיקבעו על פי שיקול דעת את גבולותיה, כלומר המדרש שהוא חידוש ונשען על "כתרים" מבליט את ממד שיקול הדעת של חכמי ההלכה. משה נושא המסורת אינו יכול לשבת לפני רבי עקיבא נושא החידוש בשורות הראשונות של

<sup>93</sup> שו"ת אלשיך, ירושלים, תשל"ה, סי' נט, ראו שו"ת מהריב"ל, ירושלים תש"ך חלק ב, סי' עב: "ואפילו בשאלוניקי, דכל איש ואיש מדבר כלשון עמו, וכשבאו מן הגרושים כל לשון ולשון קבעו בפני עצמו, ואין יוצא ואין בא מקהל לנהל, וכל קהל וקהל מפרנסים עניי לשונם. וכל קהל וקהל נכתבו בפנקס המלך לבדו, דהוא נראה כל קהל כעיר בפני עצמה, אפילו הכי נוהגים שרוב הקהילות כופים לקבל אחד להכרעתם". לעומת זאת כותב רבי דוד הכהן, תשובות הרד"ך, בית יא, ירושלים תשכ"ח, דף לא סע"ד: "קהל בענין זה כעיר בפני עצמו, שאין בני העיר כפופים לבני עיר אחרת, ואין בני קהל אחד כפופים לבני קהל אחר, דהואיל וכל קהל נוהג כמנהגו הראשון הו' להו כשני בתי דינין בעיר אחת, וקיימו לן כרבא דהיכא דאי כא שני בתי דינין בעיר אחת, אלו נוהגים לאיסור ואלו נוהגים להיתר, ואין כאן משום לא תגודדו".

<sup>94</sup> גילת, פרקים בהשתלשלות ההלכה, שם, עמ' 179-180.



בית המדרש. בסיפור יש איזון בין החידוש של חכמים ובין המסורת, כלומר התורה אינה מתנתקת ממקורה, וגם רבי עקיבא נזקק בסופו של דבר למסורת "רבי מנין לך אמר להן הלכה למשה מסיני". ואולם לימוד התורה אינו רק תהליך של שינון וזכירה אלא תהליך של הפעלת שיקול הדעת וחידוש ודרישה בכל קוץ וקוץ. יש כאן עידוד שכל חכם הלכה יביע את שיקול דעת, וריבוי הדעות הוא דבר חיוני בלימוד התורה.<sup>95</sup>

### 3.13.6 עמדת סילמן

סילמן טוען שיש שתי גישות ביחס חכמי ההלכה למחלוקת. גישה אחת מניחה שהקביעות ההלכתיות מכוונות לתשובות יחידות וחד משמעיות בכל שאלה הלכתית, ומכאן שאין מקום בתורה לקביעות מנוגדות ולחילוקי דעות. גישה שנייה מניחה שיש מקום לקביעות הלכתיות מנוגדות, כיוון שמקורן בתורה השמיימית עצמה.<sup>96</sup> סילמן טוען שבקרב המכריעים במחלוקת יש שני סוגים. סוג אחד סובר שיש צורך בהכרעה גם בשאלות עיוניות שאינן נוגעות הלכה למעשה, כמו הכרעות הלכתיות בענייני אגדה, או שאלות הלכתיות שהן "הלכתא דמשיחא",<sup>97</sup> שאינן נוהגות הלכה למעשה בשעת ההכרעה. סוג שני סובר שההכרעה היא רק במישור המעשה אך לא במישור העיון.<sup>98</sup>

<sup>95</sup> שגיא, אלו ואלו, עמ' 184 ואילך.

<sup>96</sup> סילמן אינו משתמש בהיגד "אלו ואלו דברי אלוהים חיים" שבעירובין יג ע"ב. בהמשך דבריו הוא מתייחס למשנה (אבות פ"ה מ"ז) שאומרת: "מחלוקת שהיא לשם שמים סופה להתקיים", ודומה שכוונתו שלכל דעה בהלכה יש הסברים, כלשונו "שמיימית", על פי תורת הקבלה.

<sup>97</sup> בתלמוד ביטוי זה נאמר בלשון תמיהה: האם יש מקום להכריע במחלוקת ולפסוק הלכה בדברים שאינם נוהגים אלא לימות המשיח? ואולם לומדים ועוסקים בדברי תורה אף בדינים שאינם נוהגים בזמן הזה, כגון משניות ומחלוקות של הלכות עבודה במקדש, אך הנימוק לכך הוא שתורה היא, אבל אין קובעים בהם הלכה כאשר יש מחלוקת, כיוון שקביעת הלכה היא רק להורות הלכה למעשה במה שנוהג עכשיו. ראו, סנהדרין נא ע"ב; זבחים מה ע"א, רש"י שם ד"ה "א"ל הלכה". ואולם מצינו בתלמוד שאמוראים פסקו הלכה בדברים שאינם נוהגים בזמן הזה, כלומר הייתה הכרעה במחלוקת. אחד התירוצים שניתנו הוא שההכרעה הייתה במקומות שיש נפקא מינה להלכה למעשה בזמן הזה, כגון בפסק הלכה אם ממזרים עתידים להיטהר, שיש נפקא מינה אם להתרחק היום ממשפחות שאינן ידועות. וכן בהלכה אם כהן גדול שמינו אחר תחתיו חוזר לעבודתו, שיש נפקא מינה בזמן הזה לסוגיית פרנס שנתמנה על הציבור ועבר מחמת האונס. ראו, קידושין עב ע"ב, יומא יג ע"א.

<sup>98</sup> סילמן, קול גדול ולא יסף, עמ' 70-71. הנ"ל בדונו בנושא המחלוקת מבחין בין פסק הלכה מברר ובין פסק הלכה מכונן, ואלה דבריו: "במקביל יש להבחין בין שני אפיוניים חלופיים בהתייחסות למהותו של פסק הלכה. יש שהוא נתפס כ'פסק מברר' אשר תפקידו מובן כחשיפת האמת ההלכתית הקיימת מצד עצמה; ויש שהפסק נתפס כגורם המכונן נורמות הלכתיות חדשות (=פסק מכונן) והמעניק מחדש לאחת החלופות התיאורטיות מעמד של 'הלכה למעשה'. סמכותם המכוננת של חכמים, פוסקי ההלכה, מעגונת בחובה מדאורייתא לציית להם 'לא תסור', עם זאת יש שמוענקת סמכות מכוננת לחכמים גם לפי הגישה האחדותית, ולא בדיעבד, בהתחשב באילוצים חיצוניים... חכמי ימי הביניים הדגישו את החשיבות שיש לסמכותם

סילמן מבחין בין העמדה שמאופיינת בפסיקה הלכתית ובין העמדה שמעניקה עדיפות למשא ומתן שמובע במחלוקות חכמים. וכך הוא כותב:

העמדה השלמותית הנוטה לגישה האחדותית כרוכה בהופעתה של סוגה מרכזית בספרות הפסיקה, המאופיינת בכך שהיא ממעטת להיזקק לדעות הלכתיות דחויים ומתעלמת ככל שרק ניתן מהמשא והמתן ההלכתי. לעומת זאת במסגרת העמדות האחרות הנוטות לגישה הריבוית<sup>99</sup> מוענק למשא ומתן ולריבוי הדעות מעמד חיובי, ומכאן שהצורך בהכרעה מעשית – צורך שמשותף כאמור לשתי הגישות – גורר בעקבותיו התייחסויות מתונות יותר הן למחלוקת ההלכתיות והן למשא ומתן ההלכתי.<sup>100</sup>

כסימוכין לדבריו מביא סילמן את הגישה האומרת שבכל מחלוקת יש דעה אחת שהיא מוטעית מעיקרה, ואין טעם להיזקק לה. דבריו נתמכים מדברי רבי יצחק ב"ר משה פרופיאט דוראן. וכך כתב:

כי הוא בלתי אפשרי שיתייחד החיבור הזה התלמודי בהך זאת ההצלחה לאדם. לפי שהחיבור הזה... כולל המחלוקות הגדולות אשר נפלו בין חכמי ישראל במשפטי התורה, אשר האחד מחלקי הסותר לבד הוא הצודק וזולתו בטל. ואי אפשר שתתחייב הצלחה נצחית מהבטל, וכבר אמרו על דברי המחלוקות האלה, משרבו תלמידי שמאי והלל שלא שמשו כל צרכן, רבו מחלוקות בישראל ונעשית תורה כשתי תורות, והחיבור הנזכר מלא כולו מהמחלוקות האל והדומים להם.<sup>101</sup>

לשיטתו, הופעת חילוקי הדעות בין חכמי התורה היא סימן היכר מובהק לתהליך של כרסום בדיעת התורה, שמקורו בחולשות בסיסיות להגיע לאמת המוחלטת. לכן אין במשא ומתן

---

המכוננת של חכמים במקרים אלה, סמכות הבטיחה את אחדות העם והתורה שלא תעשה תורה כשתי תורות". כלומר לשיטת סילמן יש שני תפקידים במחלוקת, האחד לקבוע ולחשוף את האמת מצד עצמה, והשני – לקבוע נורמה הלכתית חדשה. ראו:

M. Rosensweig, *Eilu ve Eilu Divrei Elohim: Halakhic Pluralism and Theories of Controversy* Rabbinic Authority and Personal Authority. Ed M.Z. Sokol London, 1992.

שם סובר המחבר שבמישור העיוני קל יותר להסביר את נימוקן של דעות מנוגדות ולעמוד על סבירותן היחסית.

<sup>99</sup> להבנת המונחים שהוזכרו בציטוט, יש לעיין בפרק הראשון שבספר. תחת הכותרת ראשית דבר: הבחנות יסוד, עמ' 11 ואילך.

<sup>100</sup> קול גדול ואל יסף, עמ' 71.

<sup>101</sup> הקדמה למעשה אפוד, וינה תרכ"ה, עמ' 6. ראו רפל "הקדמת ספר מעשה אפוד לפרופיאט דוראן", סיני ק (תשמ"ז), עמ' תשסט.

התלמודי מטרה שכל אחד יפלפל על פי שיקול דעתו בשאלות ההלכתיות אלא מדובר בחולשה של ירידת הדורות.<sup>102</sup>

### 3.13.7 עמדת אורבך

לדעת אורבך, המחלוקת אינה תורמת להלכה ואף לא בנתה את ההלכה הקדומה, ואלה דבריו:

אופייה האינסטיטוציונאלי של ההלכה הקדומה מאושר גם על ידי שתי מידות המציינות אותה: היעדר מחלוקת ואנונימיות. לא הדיאלקטיקה הפרשנית ולא הדיון העיוני הם שקבעו, אלא הסמכות. סמכות זו הייתה של מוסדות, ולכן נזכרים לכל היותר שיאים ואבות בית דין<sup>103</sup> שעל שמותיהם, נקראות קצת תקנות וגזרות.<sup>104</sup>

<sup>102</sup> ראו תמורה טז ע"א, סוטה מז ע"ב, ורש"י שם ד"ה שהכל בו. לדעת רש"י, ה"אשכולות" זכו ל"תורה באמיתה ואין דופי ושכחה ומחלוקת. רש"י בתמורה שם, ד"ה דופי של סמיכה, סובר שהמחלוקת יסודה בסטייה מאמתה של תורה. ואולם אין רש"י מתכוון למחלוקות התלמוד אלא למחלוקות הבתר תלמודיות. סילמן הביא מקור זה ב"קול גדול ולא יסף", עמ' 72. ובהערה 7 כתב: "ראוי לציין כי יש וחילוקי הדעות מוסברים על רקע הנטייה האנושית לשכחה שהשפעתה הולכת וגוברת ככל שחולף הזמן ממועד מעמד הר סיני, וכך נמסר מפי רשב"י: עתידה תורה שתשכח מישראל. והלא כבר נאמר כי לא תשכח מפי זרעו? אלא איש פלוני אוסר ואיש פלוני מתיר, איש פלוני מטמא איש פלוני מטהר ולא ימצאו דבר ברור... משמעות הביטוי 'דבר ברור' הוא הדבר שאיננו שנוי במחלוקת ועם חלוף הדורות ברירות זו הולכת ומתעממת, חולשה אנושית זו הוא ביטוי של ירידת דורות איכותית, שכן 'אם ראשונים כמלאכים אנו כבני אדם, ואם ראשונים כבני אדם אנו כחמורים'. מכאן ההנחה שבתורתו של משיח לא תשלוט השכחה... ומנקודת מבט זו יש לכאורה להבין גם את דעתו של ר' שמעון שאלוהו הנביא בא 'להשוות המחלוקת'... ר"א אזולאי... שמבאר שכוונת המשנה שאלוהו יתרוץ את 'הקושיות שהיו על דברי הראשונים'.

<sup>103</sup> אורבך סומך את דבריו על דברי רס"ג: "והכא הוא מילתא הראשונים לא אתידע שמהתהון אלא שמותם של נשיאים ושל אבות בית דין בלבד. משום דלא הוה מחלוקת ביניהון אלא כל טעמי דאורייתא הוה ידעין להון ידיעה ברורה". אגרת רב שרירא גאון, הוצאת לוי, עמ' 8. על כך כותב אורבך: "ואין כוונתו של הגאון, לדעתי, שלא היו דעות חלוקות אלא שדעות כאלו היו בכלל 'ההלכה' ולא ראו צורך לזכרן או להזכירן, ורב שרירא גאון בעצמו פירש כך במקום אחר". אורבך, מעולמם של חכמים, עמ' 54. כלומר לפי אורבך, רב סעדיה גאון סובר שהיו דעות חלוקות, אך הדעות האלה היו בכלל הלכה, ולא ראו צורך להזכירן. אורבך מוכיח את דבריו מדברי רב סעדיה גאון במקום אחר, שם עמ' 22. וכך כותב רב סעדיה גאון: "דהנך ראשונים דקמי חורבן הבית לא אצטריכו להכי, הואיל ותורה שבע"פ היא ולא אתאמרו טעמייהו בדברים ידועים כגון תורה דכתיבא, אלא ידעי וגמרי טעמייהו בלבבהון וכל חד וחד מגמר להו לתלמידו כאדם המספר לחברו ומלמדו באיזה לשון שירצה, וכיון דמכנפין בלשכת הגנית ובבתי מדרשות הם מסודרות לאומרן מיד. וממשלתא אית להו בלא עקתא ובלא פחדא ומן שמיא הו מסייעין להון והו ברירין להון טעמי תורה כהלכה למ"מ ולית בהו חילוף ולית בהו פלוגתא".

<sup>104</sup> מעולמם של חכמים, עמ' 54. ראו אורבך הדרשה כיסוד ההלכה ובעיית הסופרים" תרביץ כז (תשי"ח), עמ'

166-182.

תפיסתו של אורבך היא שההלכה הקדומה היא פרי חקיקה מכוונת ופסקי דין שנתן בית המשפט. שיטה זו היא שקובעת היום את ההלכה במשפט העברי ולא חילוקי המלומדים. ואולם מי שמעיין בפסקי הדין יגלה שהשופטים בהכרעתם בסוגיה שעולה לדיון דנים ומתייחסים לספרות ולמחלוקות שמחוץ לבית המשפט. דיונים והבעת דעות שעולים על הכתב באקדמיה, עם המחלוקות שבהם, משפיעים על שיקול דעת השופטים. מכאן השאלה מנין לאורבך ש"היעדר מחלוקות ואנונימיות" הם שאישרו את אופייה של ההלכה. אולי הדיונים שהיו בבית המדרש, אכן השפיעו בפסיקה וכלשונו "מוסדות"?<sup>105</sup>

### 3.13.8 עמדת מנחם כהנא

כהנא דן במחלוקות מנקודת מבט אחרת שראינו עד כה. במחקרו הוא בוחן את עיצובה של המחלוקת התנאית בפועל. דיונו התמקד בשלוש משניות המשוקעות בקבצים קדומים ומוצגות בהן מחלוקות הלכתיות המלוות במשא ומתן מפורט. המשניות הן: ידיים ד, ג מקובץ "בו ביום"; עדויות ד, ב-ג מקובץ עדויות ר' יהושע; קובץ שאלות ר' עקיבא בכריתות ג, ז-י. במשניות הללו מוצג עימות בין פסיקת הלכה על פי שמועה ובין פסיקת הלכה על פי שיקול דעת, כלומר אין כאן עימות בין שני שיקולי דעת אלא בין שמועה לשיקול דעת. מטרת המחקר היא, כלשונו: "מתוך מגמה להתחקות אחר דרך עיצובן של המחלוקות ומגמותיה".<sup>106</sup>

כהנא טוען שמתוך העיון בדרך עיצובן של שלוש המחלוקות במשניות רואים שיש הצגה מגמתית של המשא והמתן כמוביל להכרעה הלכתית מפרשת או רמוזה. וזה לשונו:

המשנה במסכת ידיים הסבירה את טעמי ההלכה הפסוקה... ובו זמנית ביצרה את מעמדה של הישיבה ואת תקפות שיקוליה והכרעותיה. המשנה במסכת עדויות נימקה מדוע יש לצדד בהלכותיו של ר' יהושע... ובד בבד חיזקה את הלגיטימיות של השימוש במידת קל וחומר ובמידות הגיוניות אחרות בקביעת ההלכה; ואילו המשנה בכריתות הציגה את שאלותיו של

<sup>105</sup> אורבך חוזר על שיטתו וכותב: "כפי שהוכחתי במקום אחר, הייתה ההלכה בתקופה הקדומה אינסטיטוציונלית והיא הוסיפה להתנסח בסגנון של הלכות קצובות ופסוקות כדיני התורה, משפטיה וחוקיה. בוודאי שהיו חילוקי דעות. אבל נמסרה ונלמדה רק ההלכה המוכרעת, הגם שזו לא הייתה שווה בכל מקום ומקום... ביררתי שם גם את הנסיבות ההיסטוריות שהביאו עמן את השינוי המשמעותי בדרכי מסורת ההלכה, לרבות חילוקי הדעות השונים, הספיקות נתעוררו לאו דווקא בגלל מרחק הזמן, אלא סמוך לזמנים ואפילו בחייהם של האמוראים הראשונים". כלומר מה שנמסר ונלמד הוא ההלכה שכבר הוכרעה. לאמור לשיטתו לא הייתה חשיבות למחלוקות. ראו אורבך "בתי דין של כ"ג ומיתות בית דין". דברי הקונגרס העולמי החמישי למדעי היהדות ב, ירושלים 1972, עמ' 37 ואילך.

<sup>106</sup> ראו כהנא, עיונים בעיצובה של מחלוקות במשנה ובמגמותיה. תרביץ עג, חוברת א' תשס"ד, עמ' 51 ואילך.

ר' עקיבא לרבנותיו ובמקביל שרטטה את התפתחות מעמדו משואל למשיב דעתני.<sup>107</sup>

כהנא מוסיף ואומר שבמאמרו נעשה ניסיון לחשוף את הלקח המשני שמשתמע מאופן הצגת המחלוקות. לדעתו, בשלוש המשניות למדים כיצד מבוצע המעבר מביסוס הלכה על פי שמועות אל הצורך הגדל והולך ללימוד על פי דין. הוא מוצג על רקע העימות עם רבי אליעזר.<sup>108</sup> על הלקח מכל משנה ומשנה מוסיף וכותב:

במשנת ידיים אישר ר' אליעזר מכוח המסורת שבידו את הכרעת החכמים על פי שיקול דעתם; במשנת עדויות נדחתה מסורתו היחידאית של ר' אליעזר על פי עדותם הנגדית של ר' יהושע וחכם נוסף שנתמכה בקל וחומר,<sup>109</sup> והתקבלו שני הלכות אחרות של ר' יהושע שהתבססו על הגיונו העקיב; ובמשנת כריתות הוצג כוחו המתגבר והולך של ר' עקיבא שפתח כשואל צייתן, המשיך בתשובתו לר' יהושע 'אם הלכה נקבל ואם לדין יש תשובה' וסיים בוויכוח חסר עקבות עם ר' אליעזר.<sup>110</sup>

כהנא מסכם את התיזה שהעלה במחקרו, שבחלקה אינה יוצאת מגדר השערה.<sup>111</sup> ואולם מקצת ההצעות והמסקנות בכוחן לתת מענה חלקי על השאלה מדוע עורכי המשניות בחרו להציג נושאים מסוימים בעזרת מחלוקת שמלווה במשא ומתן של שיקול דעת מפורט ולא הסתפקו בהצעה קצרה וסתמית של הלכה או בהצעת מחלוקת קצרה בהיעדר נימוקים

<sup>107</sup> שם, עמ' 80-81. כהנא מעיר: "בקריאה צמודה במחלוקות המשנה שנדונו לעיל עולה כי עיצובן הוא מלאכת מחשבת מופלאה, ומעוררת הערצה. לשונן קב ונקי, ניסוחן קצוב ומדויק, סגנון מעודן ועתיר רמזים, תבניתן ערוכה לתלפיות ולקחן מאלץ. דא עקא עיצובן של המחלוקות בדרך זו מקשה על הקורא, המודרני, הרחוק כל כך מעולמן הלשוני, הלאלי והתרבותי, להבינן כיאות תוך עמידה על מלוא משמעותן" שם, עמ' 80.

<sup>108</sup> בעניין עימות רבי עקיבא עם מורו רבי אליעזר טוען כהנא שיחסו של רבי עקיבא עם מורו רבי יהושע היה קרוב, ולא אחת פעל עמו במשותף כנגד רבי אליעזר. הפולמוס במחלוקת בשיקול הדעת ביניהם משתקף, כך טוען כהנא, במקורות רבים, כגון הפולמוס לפי עדות התלמוד הירושלמי פסחים ו, (גלג ע"ב): "שלש-עשרה שנה עשה ר' עקיבא נכנס אצל ר' לעזר ולא היה יודע בו, וזו היא תחילת תשובתו הראשונה לפני ר' אליעזר. אמר לו ר' יהושע הלא זה העם אשר מאסת בו צא נא והלחם בו". כלומר אצל רבי עקיבא היה מהפך דרמטי במעמדו מתלמיד שנחבא אל הכלים לחכם הנלחם על שיקול דעתו, ולא חת להיכנס למחלוקת, להילחם במלחמתה של תורה. ועל כן שילם מחר יקר מאוד: "תניא אמר לו ר' אליעזר, עקיבא בשחיטה השבתני בשחיטה תהא מיתתו" פסחים סט ע"א. לניתוחם של מקורות נוספים שעוסקים בסוגיה זו. ראו:

S. Friedmau, *The Further Adreutures of Rav Kahana*, P. Schafer (ed.). *The Talmud Yerushalmi and Graec-Roman Culture*, III, Tubingen 2003, pp. 247-271.

<sup>109</sup> לדרך לימודו ושימושיו של רבי אליעזר בן הורקנוס במידת קל וחומר. ראו, י"ד גילת משנתו של ר' אליעזר בן הורקנוס ומקומה בתולדות ההלכה, תל-אביב תשל"ח, עמ' 74-70.

<sup>110</sup> שם, עמ' 81.

<sup>111</sup> שם, עמ' 81. הני"ל מעיר שהדברים אמורים ביתר שאת בעניין דוגמה ממשנת כריתות.

העורכים במשניות אחרות. ואולם כהנא יודע שמחקר המחלוקת במשנה לא מוצה במאמרו, וכך הוא מסיים:

שלוש המשניות שנדונו במאמר זה הן כאמור משניות קדומות יחסית, ולאור חוסר אחידותה של המשנה ורבגוניות של מקורותיה ברי שאין להסיק מהן מסקנות כוללניות. מחקר עיצובה של המחלוקת במשנה דורש עיון מקיף ומעמיק בעיצובן של מחלוקות מנומקות נוספות, המופיעות בקבצים, במסכתות ובסדרים מגוונים, והמייצגות משניות שנערכו בתקופות שונות ובידי חכמים שונים, ולא באתי אלא לפתוח ולעורר.<sup>112</sup>

### 3.6 סיכום ומסקנות

#### ההתנגדות לריבוי דעות

ראינו מקורות תלמודיים המתארים את המצב האידיאלי שאין מחלוקות בהלכה אלא שיקול דעת אחד, כלומר הגישה בתלמוד שוללת את המחלוקת.

העלינו שעמדת הגאונים מסתייגת מתופעת ריבוי הדעות, והם אף התאמצו להציג את ההלכה כנקייה ממחלוקת ככל האפשר. מגמה זו מובנת על רקע הפולמוס החרף בינם ובין הקראים.

רב סעדיה גאון מדגיש את הנחיצות בתהליך של הלימוד כתנאי להגיע לשיקול דעת אמתי, כלומר לשיטתו הספק הוא זמני ונפתר על ידי לימוד ועיון וזיקוק, והיעדר לימוד מביא לתמידות הספק.

לדעת רש"י ובעל תוספות יום-טוב, יש קשר הגיוני בין רשלנותם של התלמידים ובין ריבוי שיקולי הדעת בהלכה.

ראינו שהמצדד הבולט בגישה השוללת את ריבוי הדעות הוא הרמב"ם. לשיטתו, רק עמדה אחת מבין כל הדעות החולקות משקפת את האמת ההלכתית.

---

<sup>112</sup> שם, עמ' 81.

## **גישת המחקר**

1. הרב הופמן הציע ניתוח טקסטואלי לתוספתא שההיר באור חדש את הסיבות ההיסטוריות לריבוי המסורות. מסקנתו היא שהמחלוקת התהוותה על ידי פגיעה בתהליך של מסורות, וכל פלג הכריז שסברתו היא המסורת האותנטית.

2. גילת סובר שהגורם לריבוי הדעות הוא בהשתלשלותה של ההלכה. בתקופת בית שני היה אופייה של ההלכה סמכותי, בדרך כלל ללא מחלוקת וללא עוררין. ואולם בימי בית שמאי ובית הלל התפתחו בתי מדרש גדולים, ובהם התגבר העיון בתורה ובמדרשי הכתובים, נתעוררו חילוקי דעות בין חכמים, וכך נתרבו שיקולי הדעת בהלכה היהודית.

3. לדעת שגיא, על פי המקורות קיימים שיקולים מהם עיוניים ומהם מעשיים, שעלולים להוליך למצב של הרס המבנה החברתי ואחידות התורה.

## **המחלוקת כיסוד מעצב**

ראינו שבתלמוד יש גישה נגדית שרואה בריבוי דעות "אלו ואלו דברי אלהים חיים". כלומר היגד זה מצביע על שוויון בין הדעות, שהאמת ההלכתית יכולה להיות במחלוקת הלכתית או עובדתית. וכלשונו של רבי ינאי: "אילו ניתנה התורה חתוכה לא הייתה לרגל עמידה".

רבי יהושע דטראני אומר ש"אלו ואלו דברי אלהים חיים" מחד, כלומר כל הדעות שבמחלוקת הן נכונות, ומאידך הוא סובר שאין חכם שיינקה משגיאות, ותפקידנו להכריע על פי שיקול דעתנו.

לדעת הנצי"ב, הלוחות הראשונים עיצבו את הצורך לבצע תהליכי היסק, אולם היסק זה אינו חידוש כלל ועיקר, שהרי הוא מבוסס על כללים ברורים והם י"ג המידות, שלדעתו אינן מגלמות את כוח היוצר האנושי. אך הלוחות השניים, שהם מעשי ידי האדם, מגלמים את האידיאל של החידוש. לדעתו, חלקו של הדיין בהפעלת שיקול דעתו מסביר לא רק את המחלוקת, אלא אף את ההתפתחות הבין-דורית.

## גישת החוקרים

1. לדעת דה-פריס, המחלוקת חשובה מאוד להבנת השתלשלות ההלכה בתקופת התנאים, והיא לגיטימית בהחלט.
2. לדעת טשרנוביץ, המחלוקת היא דרך הטבע, כיוון שאין הדעות שוות זו לזו, ושני גורמים הביאו למחלוקת: הצדוקים במלכות החשמונאים והמתיוונים במלכות יוון.
3. לדעת סילמן, יש שתי עמדות, האחת מאופיינת בפסיקה הלכתית, והשנייה מעניקה עדיפות למשא ומתן.
4. לדעת גילת, בין הדורות התנאים והאמוראים ראו חכמים בריבוי הדעות בהלכה תקלה היסטורית. ואולם המציאות ההיסטורית שינתה את גישת חכמי האמוראים הראשונים.
5. לדעת אורבך, ההלכה הקדומה היא פרי חקיקה מכוונת תוצאה של פסקי דין שנתנו על ידי בתי הדין. ריבוי הדעות בהלכה לא תרם לפסיקה, והן היו פרי המלומדים שבבתי המדרש.
6. כהנא דן במאמרו בשלוש משניות קדומות והתייחס לעורכי המשניות שבחרו להציג נושאים מסוימים בעזרת מחלוקת שמלווה במשא ומתן של שיקול דעת מפורט. ואולם הוא מדגיש שכדי להגיע למסקנה כוללת יש לחקור את עיצובה של המחלוקת בכל המקורות.



## פרק עשירי

### כוח על-אנושי ושיקול הדעת בהכרעת ההלכה

#### 1. נביא

כידוע, התורה האצילה סמכות כללית לחכמי ההלכה לקבוע את דמותה של מערכת ההלכה. סמכות זו נהייתה למכשיר רב-עצמה להמשך יצירתה של ההלכה ופיתוחה הן בתקופת התלמוד הן לאחר תקופת התלמוד.<sup>1</sup> אבל הנביא אינו רשאי להשתתף בקביעת ההלכה. על הפסוק האחרון שבספר ויקרא – "אלה המצוות אשר צִוָּה ה' את משה אל בני ישראל בהר סיני",<sup>2</sup> נאמר בספרא: "אלה המצוות – אין נביא רשאי לחדש עוד דבר מעתה",<sup>3</sup> וכן נקבע בתלמוד שהלכה שנשכחה יש להיזכר בה בעיון על פי שיקול דעת אנושי ולא על פי רוח הקודש.<sup>4</sup> השאלה היא מדוע שוללים מכוחות על-אנושיים להכריע את ההלכה ונותנים עדיפות לשיקול דעת אנושי דווקא. על זה משיב הרמב"ם:

ולא הרשנו הקדוש ברוך הוא ללמוד מן הנביאים אלא מן החכמים, אנשי הסברות והדעות, ולא אמר ובאת אל הנביא אשר יהיה בימים ההם אלא ובאת אל הכהנים הלויים ואל השופט.<sup>5</sup>

דומה שלפי הרמב"ם יש כאן ציווי מהתורה שכאשר אדם רוצה לדעת את התשובה ההלכתית, עליו לפנות אל מורה הוראה. ולא לחינם הדגישה התורה "ובאת אל הכהנים הלויים ואל השופט".<sup>6</sup> הרמב"ם בהקדמתו למשנה תורה מקצה מקום מכובד לנביאים ולבתי

<sup>1</sup> כוחם וסמכותם של חכמי ההלכה בכל הנוגע לתחומי החיים מההיבט ההלכתי מעוגנים בתורה. וכך כותבת התורה בדברים יז, י-יא: "ועשית על-פי הדבר אשר יגידו לך מן-המקום ההוא אשר יבחר ה' ושמרת לעשות ככל אשר יורוך. על-פי התורה אשר יורוך ועל-המשפט אשר-יאמרו לך תעשה לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל"; ראו אור ה', מהדורת הר"ש פישל, ירושלים תש"ן, מאמר ג, כלל ה, פרק ב; אפרים א' אורבך "הלכה ונבואה" תרביץ, יח (תש"ז), עמ' 1-27.

<sup>2</sup> ויקרא כז, לד.

<sup>3</sup> פרשת בְּחֻקֵּי, פרק יג, ז.

<sup>4</sup> תמורה טז ע"א. ראו, את דברי הירושלמי ברכות פ"א, ה"ד (ג, ע"ב): "חמורים דברי זקנים מדברי נביאים... נביא וזקן למי הן דומין, למלך ששולח ב' פלמטריין שלו למדינה; על אחד מהן כתב. אם אינו מראה לכם חותם שלי וסמנטיירין שלי אל תאמינו לו, ועל אחד מהן כתב, אע"פ שאינו מראה לכם חותם שלי האמינוהו בלא חותם וסמנטיירין. כך בנביא כתיב. ונתן אליך אות או מופת (דברים יג, ב) ברם הכא, על פי התורה אשר יורוך" (שם יז, יא).

<sup>5</sup> הקדמת הרמב"ם לפירוש המשנה. ראה יוסף בן מתתיהו (קדמוניות היהודים, ספר רביעי, עמ' 130), שמתאר את ההרכב שבדברים (יז, ט) כך: "והכהן הגדול והנביא ומועצת הזקנים". הוספת הנביא היא נגד מה שכתוב בתורה.

<sup>6</sup> דב' יז, ט.

דיניהם כקובעי מסורת הקבלה שבהלכה, אולם בתחום זה פעלו הנביאים כחכמים ולא כנביאים. וכך כתב הרמב"ם:

אם יעמוד איש בין מן האומות בין מישראל, ויעשה אות ומופת ויאמר שה' שלחו להוסיף מצוה או לגרוע מצוה או לפרש במצוה מן המצוות פירוש שלא שמענו ממש... הרי זה נביא שקר.<sup>7</sup>

כלומר לפי הרמב"ם, אין בין מעמדו של נביא בקביעת ההלכה על פי שיקול דעתו למעמדו של כל חכם הלכה אחר, ואם יבוא ויטען שסברתו היא האמתית, כי כך אמר לו הקב"ה, כותב הרמב"ם:

שהנביא כשיסבור סברא ויסבור כמו כן מי שאינו נביא סברא ויאמר הנביא כי הקדוש ברוך הוא אמר אלי שסברתי אמת, לא תשמע אליו, רק אלף נביאים, כולם כאלהו ואלישע, יהיו סוברים סברה אחת, ואף חכמים וחכם יהיו סוברים הפך הסברא ההיא, אחרי רבים להטות כהלכה כדברי אלף חכמים וחכם ולא כדברי הנביאים הנכבדים.<sup>8</sup>

## 2. בת קול<sup>9</sup>

הסמכות המוחלטת שניתנה לחכמי ההלכה לקבוע את ההלכה על פי שיקול דעתם והיעדר כל השפעה של גורם על-אנושי בהכרעת ההלכה מתבטאת בדרך ציורית מופלאה באגדה

---

<sup>7</sup> הלכות יסודי התורה ט, א. ובהלכה ד שם: "וכן אם עקר דבר מדברים שלמדנו מפי השמועה או שאמר בדין מדיני התורה שה' צוה לו שהדין כך הוא, והלכה כדברי פלוני הרי זה נביא שקר... שהרי בא להכחיש התורה שאמרה לא בשמים היא". כלומר אין הפונקציה של הנבואה משפיעה על ההלכה, שכן הנביא "לא לעשות דת הוא בא, אלא לצוות על דברי התורה ולהזהיר העם שלא יעברו עליה, כמו שאמר האחרון שבהן (הנביא מלאכי) 'זכרו תורת משה עבדי' (שם, הלכה ב).

<sup>8</sup> הקדמת הרמב"ם לפרוש המשנה. בהקדמתו לזרעים סובר הרמב"ם שרק בעקירת המצוות לפי הוראת שעה מקבלים את דבריו מטעם גדר הפרצות כאלהו בכרמל, או עצה בהנהגת האומה, כגון שלא להפר ברית שכרתו עם אומה מושלת או שלא לבקש אהבת אומה אחרת. בדברים כאלה סובר הרמב"ם שחייבים לשמוע בכל עת לדברי הנביא שמוחזק ונאמן מפי ה', אבל בפרטי המצוות ואופן עשייתן אין מקום להכרעה על פי הנביא אלא על פי שיקול דעת חכמי ההלכה. יש לתת לנביאים מעמד של פוסק אם יורו, למשל, על פי המידות שהתורה נדרשת בהן. ומה שעשו יהושע ופנחס, מכוח סברה עשו, כמו שרבינא ורב-אשי עשו על פי סברותיהם.

<sup>9</sup> בת קול פירושו קול נסתר הנשמע לאנשים, כל אחד בלשונו (על-פי סוטה לג ע"א). מדרגתה נמוכה מרוח הקודש ומשמשת תחליף לה משנסתלקה מישראל (על-פי יומא ט, ע"ב; מורה נבוכים חלק ב' פרק מב; כוזרי מאמר ג, פרקים יא, מא, עג; רמב"ן על התורה [שמות כח, ל]), ומטרתה להעביר קול חדש מהקב"ה להודיע סודו ליראיו (ראו תוספות יום טוב, יבמות פרק טז, משנה ו. ניתוח המונח על פי דקדוק העברית הוא "הבת של הקול", כלומר דרגה שנייה של הקול. על פי המסורת, לא היו שומעים את הקול עצמו, שיוצא מן השמים, אלא מאותו קול יצא קול אחר, דומה לאדם הנותן מכה בכוח ושומע קול אחר היוצא ממנו למרחוק. (עוד על "בת-קול" ראה סנהדרין יא ע"א, תוס' ד"ה בת קול). הרי"ף נשאל למה לא נקרא "בן קול", והשיב שלא שמענו טעם, אלא פעמים אומרים בלשון זכר ופעמים בלשון נקבה (שו"ת הרי"ף סי' א).

התלמודית בעניין מחלוקת שבין רבי אליעזר בן הורקנוס ובין רבי יהושע וחבריו בעניין תנורו של אדם אחד ושמו עכנאי.<sup>10</sup> לדעת רבי אליעזר, אין התנור מקבל טומאה והוא טהור, ולדעת רבי יהושע, התנור מקבל טומאה והוא טמא.<sup>11</sup>

רבי אליעזר ניסה לשכנע את חבריו שההלכה כמותו והשיב את כל התשובות בדרך ההיגיון והסברה כדי להוכיח ששיקול דעתו אמת. ואולם חכמים לא קיבלו את תשובותיו, לכן עבר להוכחות מגורם על-אנושי, כלומר לא מתוך שיקול דעת. נסיונותיו להוכיח מחורב, מאמת המים ומכותלי בית המדרש נכשלו. אז אמר להם רבי אליעזר "אם הלכה כמותי מן השמים יוכיחו". ואכן יצאה בת קול ואמרה לחכמים שההלכה כרבי אליעזר בכל מקום. יש כאן גורם על-אנושי המבטל את שיקול דעתם של חכמים וקובע הלכה כשיקול דעת ר' אליעזר. עמד רבי יהושע על רגליו<sup>12</sup> ואמר "לא בשמים היא". כלומר החרוב, אמת המים, וכותלי בית המדרש, ואף בת קול, שהיא התגלות מן השמים, אינם רשאים להתערב בקביעת ההלכה, כי משניתנה התורה לבני אדם, הרי "לא בשמים היא".<sup>13</sup> ר' ירמיה מנמק את דברי ר' יהושע על סמך האמור בתורה "אחרי רבים להטות".<sup>14</sup>

וכאן האגדה מגיעה לשיא תיאורה :

אשכחיה רבי נתן לאלהו אמר לי מאי עביד קודשא בריך הוא בההיא שעתא. אמר ליה קא חייך ואמר נצחוני בני נצחוני בני.

כלומר הקדוש ברוך הוא בכבודו ובעצמו, נותן התורה ומקורה, הודיע כביכול באמצעות בת קול שרבי אליעזר, אף שהוא במיעוט, שיקול דעתו הוא הנכון, והוא שכיוון לאמתה של

<sup>10</sup> משנה כלים ה, י. עכנאי, הכוונה לשמו של אדם ששמו עכנאי, כך מפרש הגר"א בפירוש אליהו רבא על כלים, שם (ראה תוספות בבבא מציעא נט ע"ב, ד"ה זה תנור של עכנאי). בסוגיה התלמודית נדרש השם מלשון "נחש", כיוון שהקיפו דברים כנחש. ובירושלמי מועד קטן פ"ג ה"א ; י, ע"ב הגרסה היא "חכייני", והוא שם מקובל. והירושלמי דרש חכייני מלשון "חרך גדול נעשה באותו היום, כל מקום שהייתה עינו של רבי ליעזר מבטת היה נשרף", כלומר מכה גדולה נעשתה באותו היום.

<sup>11</sup> בבא מציעא נט ע"ב. שם נתעוררה מחלוקת תנאים בשאלה הלכתית על דיני טומאה וטהרה, והיא אם תנור שחתכו אותו לחוליות ונתנו חול בין חוליה לחוליה, דינו ככלי חרס המקבל טומאה או ככלי אדמה שאינו מקבל טומאה.

<sup>12</sup> רבי יהושע הגיב כששמע את הבת קול אבל לא הגיב בנסיונות הוכחה הקודמים של רבי אליעזר. דומה שכאן ראה רבי יהושע התערבות ממשית על-אנושית.

<sup>13</sup> לשון הכתוב: "כי המצוה הזאת אשר אנכי מצוך היום לא נפלאה היא ממך ולא רחקה היא לא בשמים היא, לאמר מי יעלה לנו השמימה ויקחה לנו וישמיענו אותה ונעשנה ולא מעבר לים היא לאמר מי יעבר-לנו אל עבר הים, ויקחה לנו וישמיענו אותה ונעשנה כי קרוב אליך הדבר מאד בפיך ובלבבך לעשותו (דברים ל, יא-יד). מכאן למד הרמב"ם את הכלל "לא בשמים היא" (הלכות יסודי התורה ט, ד).

<sup>14</sup> שמות כג, ב.

תורה. הוא עצמו מודה שבניו שסוברים אחרת הם הצודקים, כי כך כתוב בתורה – "אחרי רבים להטות". האמת המופשטת היא כדעת רבי אליעזר בן הורקנוס, אך האמת ההלכתית היא כדעת הרוב.<sup>15</sup>

## 2.1 עמדת הראב"ד<sup>16</sup>

הראב"ד מסתמך בענייני הלכה על מה שהורו לו מן השמים. למשל, בהלכות לולב והדס שנקטם ראשם פוסק הרמב"ם שכשרים הם, ואפשר לברך עליהם בחג הסוכות. על זה כתב הראב"ד: "כבר הופיע רוח הקודש בבית מדרשו מכמה שנים, והעלינו שהוא פסול".<sup>17</sup> שלא כרמב"ם, בעיני הראב"ד רוח הקודש עדיפה על פני שיקול דעת שהרמב"ם הפעיל כדי להכשיר את ההדס.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> דיון מפורט באפשרות לחוסר תיאום בין האמת המשפטית ובין האמת העובדתית ההיסטורית בתורת המשפט הכללית מופיע בפסק דינו של בית המשפט העליון בבג"צ 152/82, אלון נ' ממשלת ישראל, פד"י לו (4) עמ' 449. וכך כותב השופט מנחם אלון: "אקדים ואומר, ודומה כי 'אמת' מקובלת היא זו, שהגדרת 'אמת' וקביעתם של מבחני האמת בכל תחום מתחומי החשיבה והעשייה האנושית, קשות הן כקריעת ים סוף. כמה יגיעות יגעו בכך וכמה מחשבות חשבו ועלו בלבם של הוגים ומלומדים ועדיין לא עלתה בידם, ואולי אין היא ניתנת כל עיקר להשגה בתפיסתם של בני אנוש. וידיעתה אינה אלא נחלת 'עולם האמת'. ומשמדובר על בירור האמת בעולמה של מערכת המשפט, אין כוונתנו אלא לבירור האמת, במידה שניתן להגיע לחקרה על פי הנורמות המהותיות והכללים הפרוצדוראליים שבאותה מערכת משפט, שבמסגרתה מתקיים הבירור המשפטי" (שם עמ' 465). וראה עמדת המשפט העברי לשיטת אלון, שם 472 ואילך, וגישת השופטת בן-פורת, עמ' 463-456. ראה בבא מציעא נט ע"ב; בירושלמי האגדה מובאת במועד קטן ג, א. בין שני המקורות יש הבדלים חשובים. על ההשוואה בין שני מקורות ראה:

A. Gutmann, *The Significance of Miracles for Talmudic Judaism*, HUCA 20 (1947), pp. 363.

על רקעה ההיסטורי של האגדה ראה:

M. Aberbach, *Did Rabban Gamliel II Impose the Ban on Rabbi Eliezer ben Hyrcanus?*, JQR 54 (1964), pp. 201.

<sup>16</sup> הראב"ד חי ופעל בפרובנס (צרפת) בשנים 1120-1198.

<sup>17</sup> הלכות לולב, פ"ח, ה"ה, הגהת הראב"ד שם.

<sup>18</sup> הראב"ד הוא המבקר החריף מכולם שקם בחיי הרמב"ם ונחשב כאחד מגדולי חכמי ההלכה. מחלוקתו התקיפה של הראב"ד יצאה על דרכו של הרמב"ם בקביעת הלכה סתמית בהיעדר מקורות הלכתיים והבאת דעות שונות, שהיא חיונית, לדעתו, לעצם מהותה של ההלכה ולדרכי פסיקתה. אך כאן המחלוקת היא בעקרון חשוב אחר. כאמור, אין הרמב"ם רואה בכוחות על-טבעיים כלי-עזר אלא בשיקול דעת חכמי ההלכה בלבד, ואילו הראב"ד מסתייע ברוח הקודש. ראוי להעיר שלשיטת כ"ץ, השלב הקרוב בהתפתחות הקבלה, לאחר חיבור "ספר הבהיר" בצרפת קשור לשמו של הראב"ד, חוגו ובני משפחתו, שתרמו לזרם המיסטי. יש המפרשים את דברי הראב"ד כפשוטם, כגון רבי חיים ויטאל, בהקדמתו לספר עץ חיים, מהדורת וארשה תרנ"א ד ע"ב, שו"ת מהריב"ל ג, סימן קטז; אמסטרדם תפ"ו נט, ע"א, אך רבי משה בן חביב, בעל "כפות תמרים" על מסכת סוכה (הספר כפות תמרים כלול בספרו של רבי משה חביב, שמות בארץ, קונשטנטינא תפ"ב, בפסקה יב, ע"א), סובר שמדובר ב"דרך גוזמא". כ"ץ מוסיף שאף טברסקי (וכהגדרתו – הביוגרף

גילת סובר שהקרבה לחוגים של חסידות אשכנז או לעולם הקבלה והמיסטיקה הביאו את חכמי ימי-הביניים להאמין ברוח הקודש ובגילויי שכינה בבית מדרשם כמשמעם,<sup>19</sup> ואלה דבריו: "כי אכן הם האמינו ברוח הקודש ובגילויי שכינה בבית מדרשם, וסמכו עליהם גם בענייני הלכה".<sup>20</sup>

דוגמה בולטת להשפעת השראה אלוקית ורוח הקודש על פסקיהם של חכמים בימי הביניים היא הספר "שאלות ותשובות מן השמים", שאלות שהמחבר פנה בשאלת חלום לקבל תשובות.<sup>21</sup> למשל, כששאל ר' יעקב, מחבר הספר, אם מותר לנשים לברך על תקיעת שופר בראש השנה ועל הלולב בסוכות, נענה מן השמים שהרשות בידי הנשים לברך על הלולב ועל השופר, וכך נוהגות הנשים האשכנזיות וכמה מן הנשים הספרדיות. הרב עובדיה יוסף מתנגד וסובר שאסור לנשים לברך, ואם יברכו – ברכתן לבטלה, כיוון שאין לסמוך על תשובות מן השמים אלא על שיקול דעת הפוסק, היות ש"לא בשמים היא".<sup>22</sup>

---

המודרני של הראב"ד), אסף שורה ארוכה של לשונות זהות ודומות בדברי חכמים בדורו של הראב"ד שאין ספק שהשימוש בהם היה מליצי, והכרזה פומבית של הראב"ד על שימוש ברוח הקודש פוגמת במידת ההסתר והצניעות שנהגו המקובלים של אותם דורות. כך עולה מתיאוריו ההיסטוריים של גרשם שלום. לפי שיטה זו, אף לשיטת הראב"ד, במשא ומתן ההלכתי שלט שיקול דעת חכמי ההלכה ללא מצרים. ראה כ"ץ, הלכה וקבלה, עמ' 16-17.

<sup>19</sup> ראו לעיל בפרק ד' בסעיף 6 בדיונונו בהשפעת הקבלה על פסיקת רבינו יוסף קארו.

<sup>20</sup> "יד גילת", עמ' 148. המחבר מסיק שהכתוב "לא בשמים היא" כפשוטו עניינו תשובה, ואין כוונתו להגדיר את דרכי הפסיקה ופרשנות התורה. בימי קדם, בימי בית ראשון ובית שני, התבטאה היצירה ההלכתית אף בסיוע ממרומים – נבואה ורוח הקודש. אבל הדבר נשתנה משחרב הבית השני בשל גורמים פנימיים וחיצוניים. השינוי הזה הודגש והובלט על ידי רבי יהושע בדור יבנה בהצהרתו "לא בשמים היא", ומאמרו "אין משגיחין בבית קול" נתקבל על ידי רוב החכמים.

<sup>21</sup> לשיטת ראובן מרגליות, מחברי הספר הם ר' יעקב ממרויש ור' יעקב מקורביל (ראה בשער הוצאת הספר, לבוב תרפ"ט ובהקדמה, עמ' 7), מבעלי התוספות ומחכמי התורה בצרפת בסוף המאה ה-12 וראשית המאה ה-13. ראוי לציין שאורבך מביא בספרו "בעלי התוספות" (עמ' 150) את דברי ראובן מרגליות אך אינו מחווה דעתו (גילת, "יד גילת", עמ' 148).

<sup>22</sup> יחווה דעת, סי' סח. השאלה היא אם נשים שבדרך כלל פטורות ממצוות עשה שהזמן גרמן יכולות לקיים מצוות לולב ומצוות תקיעת שופר שתלויות אף הן בזמן, כלומר האם מצוות אלה חריגות או נכללות בכלל. במקורות יש מחלוקת בין הפוסקים: לשיטת רבנו תם, אף הוא מבעלי התוספות, רשאיות הנשים לברך על כל מצוות עשה שהזמן גרמא כשרוצות לקיימן, אף על פי שהן פטורות מהן, הואיל והן מקבלות שכר על עשייתן, שכן משמע ממאמר חז"ל (קידושין, לא ע"א): "גדול המצווה ועושה יותר ממי שאינו מצווה ועושה", היינו גם מי שאינו מצווה ועושה יש שכר לפעולתו (תוספות, ראש השנה, לג ע"א). ר"ת מנמק את דבריו על פי שיקול דעתו ולא נעזר בכוחות על-טבעיים. ייתכן שבעל הספר "שאלות ותשובות מן השמים", רצה להסתייע בספקות שהתעוררו. גם הדעה שלא לברך נסמכת על שיקול דעת הפוסק, וכך, למשל, פסק הרמב"ם (הלכות ציצית, פ"ג ה"י, הלכות סוכה ולולב, פ"ו, ה"יג), שאין הנשים מברכות על מצוות עשה שהזמן גרמא, כיוון שפטורות ממצוות ואינן יכולות לומר בברכתן "אשר קדשנו במצוותיו וציוונו". וכך נוהגות נשים אשכנזיות

## 2.2 עמדת רבנו ניסים

רבנו ניסים רואה בבת הקול שבסיפור תנורו של עכנאי ניסיון של הקב"ה לחכמים, אם ידבקו בעמדתם שההלכה מושתתת על שיקול דעת חכמי ההלכה והשכל האנושי הבונה, או שמא ייכשלו ויסברו שהופעת בת קול משנה את ההלכה. וכך כתב רב ניסים:

והשנית שלא היתה הכוונה אלא לנסות את החכמים, אם יניחו הקבלה שבידם והגמרא שבפיהם בשביל בת קול ואם לאו, ודומה למה שכתוב כי מנסה ה' אליהם אתכם והנה נודע על כל זאת בירור קבלתם וזה שאמר ר' יהושע לא בשמים היא כלומר כי תורת ה' תמימה וכבר ניתנה לנו בסיני והודיענו כי אינו מחליף ממנה דיבור אחד ואין בתורתנו חיסרון ולא ספק כדי שנצטרך אל ראייה מן השמים.<sup>23</sup>

המסקנה העיקרית בדברי רב ניסים היא שאין בתורתנו חיסרון, וכל שאלה הלכתית חדשה אפשר לפתור אותה על פי שיקול דעת הלכתי, ומכאן מסקנתו שאגדה זו אינה אלא ניסיון לבחון אם נניח את הגמרא שבפינו בשביל בת קול.<sup>24</sup>

## 2.3 עמדת ר' יהודה הלוי

בשיטתו של ר' יהודה הלוי הנבואה תופסת מקום מרכזי, ואין הוא מגביל את היקף פעולתם של הנביאים. אדרבה, לדעתו, הנביאים שותפים ביצירה ההלכתית ואף הייתה להם השפעה מכוח נבואתם. יתרה מזו חובה לשמוע לנביא שדבק בו העניין האלוהי והשכינה שורה עליו, והוא מקבל סיוע ממרומים, מן השכינה. לדעת ר' יהודה הלוי, כל זמן שהייתה נבואה קיימת בישראל, היו הנביאים הפרשנים המוסמכים של ההלכה, ושיקול דעתם גבר על כל שיקול

---

לברך לפי הרמ"א, שאימץ את שיטת ר"ת והתוספות, אך כמה מן הנשים הספרדיות לא מברכות, כשיטת השו"ע (שו"ע, אורח חיים, סי' תקפ"ט סעיף יז). ראוי להדגיש שהשפעת הספר "שאלות ותשובות מן השמים" שינה את דעתו של החיד"א, שבראשונה כתב ב"ברכי יוסף" (סי' תרנ"ד) בשם זקני גדולי דורו שנשים שמברכות המנהג בטעות יסודו ונהגו בבלי דעת, ומציין שכך מצא אצל רבו בספרו "הנחפה בכסף", ושינה את שיקול דעתו לאחר שמצא ב"שאלות ותשובות מן השמים", שפסק על פי שאלת חלום מן השמים שנשים רשאיות לברך, ופסק בספרו שאלות ותשובות "יוסף אומץ" (סימן פב) שנשים רשאיות. יוצא מכך שאם החיד"א שינה את דעתו וחזר בו בגין אימוץ דברי ר"ת הנזכרים לעיל, הרי יש כאן שינוי שיקול דעת אישי והעדפת שיקול דעת אחר. מהלך זה ידוע בדרכי הפסיקה, אך כאן ההעדפה נבעה מתשובה שניתנה בחלום.<sup>23</sup> פירוש רבנו נסים לברכות יט ע"ב.

<sup>24</sup> בחלק הראשון של הקטע מביא רבנו ניסים עוד תשובה כדי לשלול את סמכות בת הקול בסיפור תנורו של עכנאי, וזה לשונו: "בת הקול לא אמרה שהלכה כמותו בדבר זה, אלא בכל מקום סתם היא אמרה, ואפשר לומר כי בכל מקום זולתי זה המקום היתה כוונתה או מה שדומה לו, שטעמו, שאין הלכה כרבי אליעזר בזה המקום ויהיו דברי בת הקול נכונים וקיימים". רבנו נסים מקהה את העוקץ, שהרי אכן בת הקול שיקרה כביכול, לכן הביא פירוש זה. רעיון דומה מביאים בעלי התוספות, שלפיהם בת הקול לא יצאה אלא משום כבודו של רבי אליעזר שביקש סיוע מן השמים (תוס' ב"מ נט ע"ב, ד"ה לא בשמים היא).

דעת של חכמים אחרים. משפסקה הנבואה סמוך לחורבן נעזרו חכמים ברוח הקודש ובבת קול, וכל תקנותיהם כאילו נאמרו מפי הגבורה.<sup>25</sup> מכאן שאין מקום לבת קול באגדת תנורו של עכנאי, כי מדובר בתקופה שלאחר החורבן.

#### 2.4 עמדת המאירי<sup>26</sup>

המאירי סוקר בהקדמתו למסכת אבות את תולדות חכמי הדורות עד זמנו ואת יסודות התורה שבעל-פה וקובע שאפשר להכריע ספקות בסיוע הנבואה ולקבוע את ההלכה על פי הוראות הנביאים מפי הגבורה, כלומר אין כל עדיפות לשיקול דעת הפוסק על פני כוחות על-טבעיים. המאירי מוסיף שבימים ההם אכן היו בידיהם דרכי לימוד, עיקרים ומצוות שבעזרתם היו מבררים את הדינים, וכשלא היה די בהיקש ובסברה על פי שיקול דעתם להגיע להכרעה, היו מכריעים על-פי הרוב, ככתוב "אחרי רבים להטות", אך המאירי כותב:

היתה הנבואה מבררת להם כל תעלומה... שהנבואה תגיד השגות עיוניות.

לא תוכל העיון להשיגם כל שכן הסברא.<sup>27</sup>

לדעת המאירי, את ההלכה מבררים על פי השכל האנושי הרגיל, ואם לא נמצא פתרון לשאלה אף לאחר שימוש בדרכי ההיגיון והסברה באמצעות המידות שהתורה נדרשת בהן, נעזרים בנבואה או בבת קול, ומה שיכריע הכוח העל-אנושי יתקבל על ידי חכמים.

<sup>25</sup> הכוזרי, מאמר שלישי, יא, מא, עג. ר' יהודה הלוי מבליט את הכתובים שבספר דברים יח (יח-יט), שם נאמר: "נביא אקים להם מקרב אחיהם כמוך ונתתי דברי בפיו ודבר אליהם את כל אשר אצונו והיה האיש אשר לא ישמע אל דברי אשר ידבר בשמי אנכי אדרש מעמו". יוצא שלפי ר' יהודה הלוי הוא מכוון לאמתה של תורה ואם לא תשמע אליו "אנכי אדרש מעמו", אבל לפי הרמב"ם, מי שישמע לנביא ייענש, והנביא נביא שקר ודינו מיתה. כלומר אם תעדיף שיקול דעת הלכתי על פני דברי הנביא, לפי הרמב"ם, כך היא דרך התורה, ואילו לפי ר' יהודה הלוי, אתה עובר על ציווי ה', ואז "אנכי אדרש מעמו". ר' יהודה הלוי מגביל את ההתגלות עד לחורבן, ולשיטתו, השראה נבואית או דומה לה קיימת רק "במקום אשר יבחר", והכתוב "לא תוסיפו על הדבר אשר אנכי מצוה אתכם ולא תגרעו ממנו" (דברים ד, ב) לא נאמר אלא להמון העם, שלא יחדשו מצוות מדעתם כלבבם ולא יתחכמו על פי שיקול דעתם לקבוע אותן כדברי תורה, אך האיסור הזה לא חל על הנביא, שדבק בו העניין האלוהי והשכינה שורה עליו. ומה שאנו מברכים על קריאת המגילה "אשר קדשנו במצוותיו וציוונו על מקרא מגילה" או על הדלקת נרות "אשר קדשנו במצוותיו וציוונו להדליק נר של חנוכה", כי תקנות אלה תיקנו אותם חכמים בזמן שבית המקדש היה קיים, לכן מצוות אלה כאילו ציוונו הקב"ה. ואולם הלכות שנוצרו לאחר חרבן בית שני אינן נקראות מצוות, ואין לברך עליהן בשם ומלכות, ויש לראות בהן תקנות או מנהגים בלבד. לכן השאלה למי לשמוע – לנביא או למורה הוראה שפסק על פי שיקול דעתו, היא תיאורטית, כי אף לשיטת ר' יהודה הלוי, כיוון שמשחרב הבית פסקה הנבואה (אגרות הראי"ה, איגרת תסז לרב י"ל פישמן (מימון) משנת תרע"ג; אורבך, חז"ל פרקי אמונות ודעות, עמ' 254-278; נחום אריאלי, "תפיסת ההלכה אצל רבי יהודה הלוי", דעת, שנה א (תשל"ח), עמ' 43-45.

<sup>26</sup> חי ופעל בפרובנס. נפטר ב-1315.

<sup>27</sup> מהדורת פראג, עמ' 20.

אם-כן, שיטת המאירי מסבירה את העובדות באגדת "תנורו של עכנאי": רבי אליעזר ניסה את כוחו בדרך המקובלת, להכריע על פי שיקול דעתו. ולכן השיב להם כל תשובות שבעולם. ואולם כשראה ששיקול דעתו אינו מתקבל, השתמש בבת קול.

## 2.5 עמדת המהר"ל<sup>28</sup>

המהר"ל מקשה וכותב: "כי הדבר הזה אין אפשר שיהיה הדיוט מנצח לרבו בדרך הלכה,<sup>29</sup> לכן המהר"ל רואה ב"ניצחון" הסבר ליחסו של הקב"ה "כנותן" לבני ישראל "כמקבלים", ורצונם של הבנים הוא רצונו של האב. וזה לשונו:

כי מצד שקבלו תורה מסיני וזכו במידה זאת של אחרי רבים להטות, אין לדבר הזה ביטול. ועל זה אמר הקב"ה: 'נצחוני בני', שאני אומר שכך ראוי להם לעשות ומסכים אני עמהם, אף כי אמרתי שהלכה כר"א. 'נצחוני בני' כמו האב שבניו מנצחים אותו והאב עושה רצונם עד שהאב רוצה וחפץ במה שחפץ בנו.<sup>30</sup>

## 2.6 עמדת ר' משה מפיזנץ

כנראה, ר' משה לא יכול להסכים לדחיית בת קול משמים, ולדעתו, בת הקול היא אמת מבחינת התוכן ומחייבת מבחינה נורמטיבית, כלומר שיקול דעת חכמים עלול להיות מוטעה, לפיכך אין הוא מחייב. לשיטתו, האל מגיב בחיך של אירוניה על עמדתם של רבי יהושע והחכמים, שכביכול רוצים לנצחו, ואלה דבריו:

ומה שלא השגינו בבת קול הוא פשוט. ואמרו אחיך הקב"ה הוא פשוט וברור, כי ידוע שהתורה וכן החכמים ז"ל דברה כלשון בני אדם. ולזה יאמר בזה האופן כאלו הקב"ה עושה מתשובת רבי יהושע זה חוכא ואיטלולא 'שחוק עשה אלקים', על פי טעה טעות גדול; כי לא נאמר בתורה 'אחרי רבים להטות' בלתי אם לבן אדם שאינו יודע על אמיתות הענין ובירורו, ואליו ציווה אחרי רבים להטות. וזה לא שייך לפה לדבר מול הכבוד הגדול י"ת היודע אמיתת כל דבר. וזה ודאי אחיך קב"ה שבניו

<sup>28</sup> אוסטריה ופולין, 1512-1609.

<sup>29</sup> באר הגולה, באר רביעי, דפוס צילום, לונדון תשכ"ד, עמ' נה. ביטוי לרעיון שחכמים עשו את רצונו הנצחי של הקב"ה בציותם לצו התורה שצריך ללכת לפי הרוב נמצא אצל המהר"ץ חיות במילים "נצחוני בני" – לא ניצחון במובן של התגברות על יריב אלא "בעת ששמע הקב"ה איך לא השגינו החכמים על כל המופתים יוצאים מגדר הטבע שהראה ר"א לאמת דעתו ואמרו לא בשמים היא כבר כתבת בתורה אחרי רבים להטות אם כן הראיה איך שתול על לבם העיקר הגדול שהי"ת הוא נצחי ואינו נופל בו שינוי ומקרה, וזה הכוונה נצחוני בני שהראו כי מאמינים שהוא נצחי" (פירושו על בבא מציעא נט ע"א).

<sup>30</sup> באר הגולה, באר רביעי שם.



רוצים לנצחו בדמיונות וטענות מדומות בלתי אמיתיות. וכל זה ברור מאוד לכל מבין ויודע ספר.<sup>31</sup>

## 2.7 עמדת ר' משה בונמש

ר' משה בונמש מבדיל בין הלימוד בישיבה של מעלה ובין פסיקת ההלכה על פי שיקול דעת חכמים בעולם הזה. לדעתו, הכלל "אחרי רבים להטות" חל רק בעולמנו, משום שבשל מחלוקות אין הדין לאמתו, היות שהלימוד למעלה הוא לימוד לשם שמים ונטול פניות זרות, ואילו הלימוד בעולם הזה איננו לימוד לשמה תמיד, ואלה דבריו:

שיש יצר הרע וכל אחד אומר אני גדול ממך. גם הלימוד יכול להיות שלא לשמה. ולכן צוה הקב"ה אחרי רבים להטות. מה שאין כן בעולם הבא בלימוד ישיבה של מעלה אשר שם הלימוד לשם שמים ולא לשום פנייה אחרת אין שייך חשש זה ואין צריך להיות אחרי רבים אם היחיד מכוון להלכה. לכן אמר רבי יהושע לבת קול: 'לא בשמים היא' ר"ל מחלוקת שלנו אינה בישיבה של מעלה וכבר כתבת בהר סיני שהוא על הארץ בעוה"ז אחרי רבים להטות. וגם בת קול אמיתי הוא שבשמים נקבע כר"א שהוא יחיד נגד רבים. בישיבה של מטה אין אנו משגיחין בזה, אלא אחרי רבים להטות.<sup>32</sup>

## 2.8 עמדת הגר"א<sup>33</sup>

הגר"א התנגד לשיטת הגילוי, ולדבריו, ההתגלות מתבטאת בעצם ההלכה המתחדשת. עמדתו של הגר"א מתבטאת בציטוט מפירושו לתיקונים, שם הוא מדגיש שבהלכה שמקורה בהתגלות ה' זכה רק משה רבנו, אך מימות יהושע ההישגים בהלכה הם על ידי יגיעה ושיקול דעת אנושי, וזה לשונו:

ולחמה של תורה אינה אלא מן הארץ כמו שאדם שזורע והמטר משקה והארץ מוציאה הלחם, כך לחמה של תורה אינה אלא מה שמוציאה הארץ... וז"ש "לחם אבירים אכל איש" משה רבינו ע"ה, שהוא זה הלחם לשובע.<sup>34</sup>

הגר"א אף אומר במפורש שאם יש ספק בדבר תורה, הוא יוכרע לפי שיקול דעת חכמי ההלכה ולא לפי בת קול, וזה לשונו:

<sup>31</sup> דרש משה, קראקא שמ"ט, דף נט.

<sup>32</sup> מהדורה בתרא למהרש"א על הסוגיה. המחבר הוא חתנו של המהרש"א, ובהקדמה לספרו הוא מציין כי חידושי האגדות המובאים בספר הם כולם שלו ולא של המהרש"א.

<sup>33</sup> ליטא, 1720-1797.

<sup>34</sup> תיקון נ"א, מהדורת וילנא תרכ"ז דף 6 ע"א.

על כך כשיצא הבת קול ואמר הלכה כר"א עמד רבי יהושע על רגליו ואמר לא בשמים היא ר"ל שכבר יצא הפסק דין מיד הדיין על כן אין אנו משגיחין בבית קול ולא בשום נברא בעולם במה שנוגע בענייני הדת רק כפי הסכמת חכמי התורה למטה.<sup>35</sup>

## 2.9 עמדת ר' אריה ליב הכהן<sup>36</sup>

ר' אריה ליב הכהן רואה בהכרעת השכל האנושי שבידי חכמי ההלכה קביעת הלכה, כי התורה לא ניתנה למלאכי השרת, אלא לאדם הפועל על פי שיקול דעתו, והאמת תיקבע על פי הסכמת חכמים בשכל האנושי, וכך כתב בהקדמתו ל"קצות החושן":

אמנם לזאת יחרד איש פן ידבר בתורה בדברים אשר לא כן ושכל האנושי לואה (עייף) להשיג האמת... אך לא ניתנה התורה למלאכי השרת, ואל האדם נתנה אשר לו שכל האנושי... ונתן לנו את התורה כפי הכרעת שכל האנושי אף על פי שאינו אמת, ואם כן המחדשו הוא חידוש גמור, רק שיהיה אמת בהכרעת השכל האנושי... שתעלה אמת מן הארץ, והאמת יהיה כפי הסכמת החכמים בשכל האנושי.

אם-כן, שתי אמתות לפנינו: המוחלטת והאנושית. המוחלטת היא למלאכי השרת, והאנושית – לבני אדם, כלומר התורה ניתנה כפי הכרעת שכל אנושי, על פי שיקול דעת חכמי ההלכה ואף על פי שאינו אמת מוחלטת, הריהו אמת הלכתית. ר' אריה ליב רואה ביצירה ההלכתית פיתוח של התורה שבכתב על פי שיקול דעת הנקבע לפי כללי ההיגיון האנושי. אין הוא רואה סתירה בשיקולי דעת שונים של חכמים, אלא כך היא דרכה של תורה – מערכת פתוחה שיש בה כמה אפשרויות, וכך דרכו של פוסק הלכה – לבחור בין האפשרויות, ועל פי שיקול דעתו יאמץ את ההכרעה הנראית לו. דברים אלה מתבטאים בקטע שהוסיף בהקדמתו ל"קצות החושן":

אמרו לפניו (מלאכי השרת)... משום שידוע ששכל האדם ילאה להשיג האמת בהיות בארץ שורשו... ולא יהיה על פי האמת הרי אתה מבזה תכשיט שלך שחותמך אמת. ועל זה השיב הקב"ה, זהו רצוני, שתעלה אמת מן הארץ, והאמת יהיה כפי הסכמת החכמים בשכל האנושי... וזאת ברכת התורה, אשר נתן לנו תורת אמת... שנתן לנו תורה שבעל פה מתנה גמורה כפי הכרעת החכמים.

ר' אריה ליב לא מזכיר בדבריו בת קול, אך בין השיטין אין ספק ששיטתו היא שיש לאמץ שיטת רבי יהושע "לא בשמים היא". המחלוקת בין משה למלאכי השרת היא מחלוקת בין

<sup>35</sup> קול אליהו להגר"א, עמ' פג.

<sup>36</sup> חי במאה ה-18 ובמאה ה-19.

שתי גישות בדרכי הפסיקה – שכלו המוגבל של האדם והשכל האידיאלי, שהאדם ילאה מלהשיגו, וההכרעה שהקב"ה נתן היא רצונו – שהאמת תהיה כפי שיקול דעת חכמים. נראה שקטע זה מתקשר לסיפור תנורו של עכנאי, ששם אמר הקב"ה "נצחוני בני, נצחוני בני", כלומר זה רצון הקב"ה, כדברי רבי יהושע "לא בשמים היא".<sup>37</sup>

## 2.10 עמדת החת"ם סופר והחזון איש<sup>38</sup>

הרב משה סופר, בעל "חתם סופר", מסביר שדברי הראב"ד שרוח הקודש הופיעה בבית מדרשם היו בדרך המליצה, וכוונת הדברים היא שהייתה רוח ה' על עוסקי תורה לשמה שזוכים לכוון לאמת, ואף כי לפי רמת חכמתם ושכלם לא ישיגו זאת, הקב"ה בחסדיו מרעיף עליהם רוח הקודש להבין כמו שזכה עתניאל בן קנז לכוון לאמת על ידי פלפול וקל וחומר וגזרה שווה. על זה נאמר "אעפ"י שניטלה הנבואה מן הנביאים מחכמים לא ניטלה".<sup>39</sup>

יוצא אפוא, לפי החת"ם סופר, ששיקול דעת בהלכה הוא לפי שכלו של חכם ההוראה, אולם יש שחכם ההלכה מגיע לרמה גבוהה של שיקול דעת בסיוע שמיימי. עמדה דומה נקט החזון איש, שבהשגחה העליונה בכל דור ודור היא על יחידים שהקב"ה שתלם, וכשהם מעמיקים בהלכה, הרי הם כמלאכים, ורוח ממרום שורה עליהם, וזה לשונו :

ועל פיהן נקבעו הלכות באישות החמורה ובשעת ובשאר הלכות החמורות

ורוח חזק לפעמים מפומהון נפיק בדברים חוצבי להבות, וכל זה חביב

לפניו ית'.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> ר' אריה ליב, בעל "הקצות החושן", היה מאדירי התורה בימיו. המעיין בחיבוריו יגלה את המרב שאדם יכול לעשות בשכלו ובשיקול דעתו. השיטה שהבאנו תואמת את השיטה שבחיבוריו. בהקדמתו הוסיף קטע שבו רואים את גישתו לשיקול דעת אנושי: "שרואה כמה פעמים שכיוון אל דברי ראשונים, דאינין קשוט ואורייתא דילהון קשוט, לזה ראוי לחדש כפי שכלו וכוחו". כלומר האדם מגלה עמדה דומה כראשונים שרחוקים ממנו בזמן וגם כידוע ברמת הלימוד (אם הם, כמלאכים אנו כבני אדם), וזה מכשיר את שיקול דעתך וקובע שחידושך חידושי אמת. ר' אריה ליב מעודד את מורה ההוראה שלא יירתע מלהביע את דעתו (בעיה פסיכולוגית זו קיימת אצל בעלי יראה הוראה רבים) אלא ישתדל ככל יכולתו לפעול כפי שיקול דעתו שחנן אותו הקב"ה. התורה לא ניתנה למלאכי השרת, ואף אם אין הכרעתנו אמת, האמת תהיה כפי הסכמת החכמים בשכל האנושי. נראה שאין שיטה זו תואמת את שיטת בעל ספר החינוך. במצווה ע"ח נאמר "ובכן, בעשותנו מצוותם (של הרוב) אנו משלימים מצוות האל, ואפילו אם לא יכוונו לפעמים החכמים אל האמת, חלילה, עליהם יהיה החטאת ולא עלינו". בעל ספר החינוך דורש מהפוסק אמת מוחלטת, לכן שיקול דעת רבים בדרך כלל עדיף, אף שהם עלולים גם לטעות, אך עליהם החטאת (הש"י י' אנגלרד: "תנורו של עכנאי – פירושה של אגדה" שנתון המשפט העברי א', עמ' 51, ראו הערה 28).

<sup>38</sup> חת"ם סופר: אוסטריה-הונגריה, 1762-1839; חזון איש: ליטא-ישראל, 1878-1953.

<sup>39</sup> שו"ת החתם סופר, אורח חיים, סי' ר"ח.

<sup>40</sup> אגרות חזון איש, חלק א, אגרת לג.

החזון איש מקבל את עמדת החת"ס סופר ומוסיף ששיקול הדעת ההלכתי ברמה הגבוהה מכול מצוי אצל יחידים שמקבלים סיוע שמיימי, לכן הוא רואה את שיקול דעתו של הגר"א ברמה גבוהה עד שיכול לחלוק על השו"ע, ואכן חלק עליו במאות מקומות, כי אין שיקול דעתו כשיקול דעת חכם הלכה רגיל, אלא זכה אף לסיוע של רוח הקודש לבד מיגיעתו בתורה. החזון איש מעמיד את הגר"א בשורה של משה רבנו, וכך כתב: "אנו מתייחסים להגר"א בשורה של משה רבינו ע"ה, עזרה ע"ה. רבינו הקדוש, רב אשי, הרמב"ם".<sup>41</sup>

מדברי החת"ס סופר והחזון איש משמע ששיקול דעת של חכם ההלכה יכול להגיע לרמה גבוהה מזו שמסוגל להשיג בשכלו האנושי, אם הוא זוכה לסיוע שמימי. נראה שלשיטתם ההלכה איננה כבת קול, אבל שיקול דעת אנושי כרום מעלתו הרוחנית של הפוסק זוכה בסיוע משמים שיהיה אמיתי.<sup>42</sup>

### 3. גישת בעלי המוסר

את הקביעה "אין לדין אלא מה שענינו ראות" בעלי המוסר מפרשים שהפעלת שיקול דעת החכמים נחשבת להתגלות הדורשת תנאים מוסריים שחייבים לאפיין את חכם התורה, ובהיעדרם אין הוא מכוון על פי שיקול דעתו לאמתה של תורה. וכך כתב ר' ישראל מסלנט, אבי תורת המוסר:

אמר, אחרי כי ידוע, שתורה אינה פסיקה מן השמים, ורק נמסרה לחכמי הדור, דיירי ארץ בקביעת המועדים. בכריתות ומיתות בית דין, הכל כאשר נראה לבית דין שלמטה, ועל ידו נפסק הדין בשמים להלכה למעשה, ואין לדין אלא מה שענינו ראות, ואם כן הלא צריך הדין להשלים עצמו במידות תחילה, ואז לא יהיה משוחד, ואז אין לו לדין אלא מה שענינו ראות, כי יש לו עיניים.<sup>43</sup>

ר' ישראל מסלנט, מאמץ את פירושו של רבי יהושע "לא בשמים היא", שהתורה נמסרה לחכמי הדור, ופסקם הוא ההלכה שתתקבל בשמים בבחינת "נצחוני בני, נצחוני בני". אין הדין נפסק כבת קול אלא כשיקול דעת חכמים, אך על הדין להשלים עצמו תחילה במידות וכך לא ייפגם שיקול דעתו. ר' ישראל מעודד חידושי תורה על פי השכל ושיקול דעת ומבליט את החידוש ואת חוסר החידוש:

לא יראה אלא מה שהיה כבר שנברא בששת ימי בראשית, אבל ההוגה בתורה מוצא בה תמיד חידושי טעמים רענן שנאמר (משלי ה, ט) "דדיה

<sup>41</sup> שם, לב, תחילת הפסקה... נחזור לשיטת הגר"א.

<sup>42</sup> כך, עולה מדבריהם.

<sup>43</sup> חכמה ומוסר, ניו-יורק תשי"ז, עמ' כז.

ירוק בכל עת" ... שאמר רבי אליעזר בן הורקנוס דברים שלא שמעתן אוזן  
במעשה מרכבה.<sup>44</sup>

הרב דסלר אינו רואה במחלוקת חכמים סתירה, אלא עניינה הוא איך לעשות, אולם בתוכן העניין לא תיתכן מחלוקת, כמאמר חז"ל "אלו ואלו דברי אלהים חיים הן", וכלשונו: "דשתי הדעות שני מבטים אמת, ושניהם אמת". הרב דסלר נותן משל שאם ניקח גיליון של נייר, ואחד יראה אותו מצד עוביו והשני יראה אותו רק מהצד השטחי, הרי תפרוץ מחלוקת ביניהם אם הנייר הוא שטחי או חד, וכל אחד יסבור בשכלו כי חברו טועה.

אם-כן, אין הרב דסלר סובר שיש שיקולי דעת שונים בין חכמים, וכל שיקול דעת הוא נכון, אלא כל אחד רואה את הגיליון ממבט אחר. הן רבי אליעזר הן חכמים צודקים, כל אחד בשיטתו. ומוסיף הרב דסלר שמכאן מובנים דברי חז"ל שלעתיד לבוא יהיה המבט בהלכה בבחינת מידת הדין, לכן תהיה ההלכה כבית שמאי, וכלשונו: "בכל אחד ראה את האמת מצד בחינת מדתו בעבודת ה'".<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> אמרי בינה, ורשה תרל"ח, דפים ח-יב. ראוי להעיר שיש שהשמיעו דברי הסתייגות מחידושי תורה על פי שיקול דעת מתוך עמדה עקרונית שפרשנות תלמודית שאין לה שורש בראשונים היא דבר שלילי. כך מצינו בין חכמי המשנה שלא אמרו דבר שלא שמעו מרבותיהם, וכך כתב רבי לוי אבן חביב אל אחד השואלים שחידש פירוש בגמרא: "הפיר[וש] כולו כפי הנראה לעניות דעתי אין לו מקום ודרכנו אנחנו אינו לחדש פי' הלכה שלא זכרוהו הראשונים, אדרבה, אם לפעמים מזדמן ועולה בדינו איזה פיר' בהלכ' חדש נרא' יפה אנו משתדלים לבקש עליו קושיות ודוחקים ולבטלו מטעם שכיון שלא כתבוהו ראשונים ודאי שאינו אמת" (שו"ת מהרלב"ח, סי' לו).

<sup>45</sup> מכתב מאליהו, חלק ג', עמ' 253. עמדה דומה נוקט אף המהרש"ל ב"ים של שלמה" בהקדמתו לבבא קמא. לדבריו, אין שיקול דעת שהוא נכון לחכם אחד ומוטעה לחכם אחר, אלא כל מה שחכמים אמרו מימות משה רבנו עד עתה, הם דברים כדרבנות, וכולם ניתנו מרועה אחד, ואין לתמוה על ריחוק הדעות שאחד מטמא ואחר מטהר, אחד אוסר ואחר מתיר. אם מכוונים לבם לשם שמים, כאילו קיבל כל אחד מפי הגבורה ומפי משה, אף שהדברים לא יצאו מפי משה מעולם. יוצא אפוא במחלוקת רבי אליעזר וחכמים אין השאלה מי גבר – בת קול או חכמים, אלא ההלכה נקבעה לפי הרוב, אך שתי הדעות נכונות. נראה שבשל כך יצאה בת קול – לאמת אף את דברי רבי אליעזר בן הורקנוס. הסבר דומה נותן המהרש"ל על פי הקבלה, שהמקובלים כתבו נימוק לשיקולי הדעת השונים, כיוון שכל הנשמות היו בהר סיני וקיבלו במ"ט צינורות. והן שבעה פעמים שבעה מזוקק שבעתיים, והם הקולות ששמעו וגם ראו, כל ישראל רואים את הקולות ואת הדעות המחלוקות בצינור וכל אחד רואה דרך צינור שלו לפי השגתו, ומסיים: "וקבל כפי כוח נשמת עליונו לרוב עילויים. או פחיתות זה רחוק מזה עד שאחד יגיע לטהור והשני יגיע לקצה האחרון לטמא והשלישי לאמצעית רחוק מן הקצוות והכל אמת והבן".

## 4. גישת החוקרים

### 4.1 עמדת הלבני

התלמוד מספר במסכת בבא מציעא שהאל מקבל בשמחה את קביעתו של רבי יהושע ששיקול דעתו של חכם ההלכה הוא הקובע ולא התערבות על-טבעית. בהמשך הדברים מסופר שדעתו של האל לא נחה מתגובת חכמים, ששרפו את כל טהרות רבי אליעזר ואף נידוהו. כאשר הודיע רבי עקיבא לרבי אליעזר על החלטת חכמים "זלגו עיניו דמעות, לקה העולם בשליש זיתים ושליש בחיטים ושליש בשעורים... כל מקום שנתן בו עיניו רבי אליעזר נשרף".<sup>46</sup> יתרה מזו, כשהפליג רבן גמליאל באַגנייה, נקלע לסערה וחיוו היו בסכנה, והבין שאין כאן סערה מקרית, אלא תגובת האל למעשיו, לכן אמר שנראה לו שאין זה אלא בשביל רבי אליעזר בן הורקנוס. עמד על רגליו ואמר: "רבונו של עולם גילוי וידוע לפניך שלא לכבודי עשיתי ולא לכבוד בית אבא עשיתי, אלא לכבודך שלא ירבו מחלוקות בישראל נח הים מזעפו".

נמצאנו למדים שיש כאן תגובה התומכת בדעת חכמים "נצחוני בני", אך מתגובה אחרת המשמיעה לנו שהאל כועס על חכמים, ואף חיי רבן גמליאל הנשיא היו בסכנה, עולה השאלה אם משמע מכאן שהאל מסכים עם שיטת רבי אליעזר בן הורקנוס, ואם כן, מדוע אמר "נצחוני בני".<sup>47</sup>

הלבני מסביר את ההבדל בין שתי תגובות האל. בתגובה הראשונה האל מסכים עם רבי יהושע, לכן "חייך" כלפי דברי רבי יהושע, אך בתגובה השנייה כעס האל על התנהגות חכמים, כלומר האל מסכים שלחכמי ההלכה יש חירות בהפעלת שיקול הדעת אך התנגד לביטול

---

<sup>46</sup> בבא מציעא נט ע"ב.

<sup>47</sup> רבן גמליאל שנשיא היה לא היסס לנקוט צעדים חריפים כדי לבסס את סמכותו, לא לכבודו אלא שלא ירבו מחלוקות בישראל. רבן גמליאל התייחס בתקיפות לרבי יהושע בבירור השאלה אם תפילת ערבית רשות או חובה. לפי הברייתא שאל אחד התלמידים את רבי יהושע בדבר תפילת ערבית, וזה פסק לשיטתו שתפילת ערבית רשות, אך אותו תלמיד פנה בשאלה זו גם לרבן גמליאל, וממנו נענה שתפילת ערבית חובה, וגילה לו את תשובת רבי יהושע, ואמר לו רבן גמליאל "המתן עד שיכנסו בעלי תריסין", ושם חזר אותו תלמיד ושאל, ורבן גמליאל ענה חייב. פנה רבן גמליאל לחכמים ושאל אם יש אדם שחולק בדבר זה? נענה רבי יהושע ואמר לא ומשום כבודו של רבן גמליאל לא רצה להתווכח. אמר לו רבן גמליאל "והלא משמך אמרו לי ערבית רשות, ואמר לו עמוד רבי יהושע על רגליך ויעידו בך". התמרמרות רבה היתה על רבן גמליאל ואמרו לחוצפית המתורגמן "עמוד", ועמד (ברכות כז ע"ב – כח ע"א; ראש השנה, כה ע"א). סיפור זה מעורר תמיהה מדוע כאן לא נענש רבן גמליאל כמו בתנורו של עכנאי. כמו כן בסיפור של רבי יהושע ניסה העם לטובתו, לכן רבן גמליאל הלך לפייסו, ושני האירועים דומים. ואולם אפשר שרבי אליעזר חלק על חכמים, לכן תגובת חכמים הייתה קיצונית, אך כאן הביע רבי יהושע את שיקול דעתו בלבד, ומדובר בשאלה שהופנתה אליו באופן אישי על ידי אחד התלמידים.

פסקיו ולהחרמתו של רבי אליעזר, כי בזה חכמים מצרים את החופש של כל חכם להשמיע את דעתו, ובמצב זה רבי אליעזר אינו יכול ללמוד ולהשמיע בפני חבריו את דעתו. בצעד זה של חכמים האל רואה פגיעה בעמדה האינטלקטואלית שמדגישה את ערך העיון שפתוח לכול, ואל להם לחכמים להשתמש בסמכותם לסילוקו של חכם מחבורת הלומדים. וכך נאמר בירושלמי:

ולית ר' אלעזר ידע שאחרי רבים להטות לא הקפיד אלא על ידי ששרפו  
טהרותיו לפניו.<sup>48</sup>

לפי הירושלמי, אין רבי אליעזר חולק על חכמים שזכותם לקבוע הלכה, אלא סובר שאל להם לחכמים לנקוט צעד קיצוני ולשרוף טהרותיו, וההדגשה היא "לפניו". בזה הוא רואה את סילוקו מקהילת הלומדים, בייחוד כאשר נידוהו.<sup>49</sup>

## 4.2 עמדת זילברג

זילברג כותב שאגדה זו מפורסמת, והתפעלו מיופייה חכמים וסופרים. ואולם לדעתו יש בה יותר מיופי ספרותי, וזה לשונו:

נגלה עלינו אופיו המיוחד של המשפט העברי. כאן שלטון החוק (The Rule of Law) במובן האבסולוטי של ביטוי זה. שלטון החוק במחוקק והכנסת המחוקק גופו למערכת היחסים, המשפטיים והשיפוטיים שנוצרו בחוקים שניתנו על ידו. הוא... נכנע לפירוש האבתנטי הניתן על ידי המפרשים המוסמכים לכך, לאמור מקבל עליו את מרות שיפוטו של גוף אוטוריטטיבי – הרוב – שהוסמך על ידו לשם הכרעת ספק, גם כאשר ספק זה אינו נראה לו כספק כל עיקר, אם הדין הוא אחרי רבים להטות, יש לפסוק על פי דין זה גם אם אחד העומדים לדין תורה הוא נותן התורה עצמו.<sup>50</sup>

זילברג מבטא בלשון הזהב שלו את הרעיון שהוא מוצא באגדה, והוא שלטון החוק – שיקול דעת הרוב שגובר על שיקול דעת היחיד. הכלל שמביא זילברג הוא מודרני, אך בלשון ההלכה "שליטת התורה בידי חכמים", וכלשונו: "עצום, עצום מכדי תפיסת השכל הפשוט שלנו".

<sup>48</sup> מועד קטן פ"ג ה"א.

<sup>49</sup> D. Weiss Halivni, *Peshat & Derash*, pp. 107ff, וראה הערות 3-6 בעמוד 79.

<sup>50</sup> שנתון המשפט העברי, כרך א, ירושלים תשל"ד עמ' 45-56, ראה גם ספרו "כך דרכו של תלמוד", עמ' 68 ואילך.

### 4.3 עמדת גילת

#### 4.3.1 אופי המחלוקת

העימות בין רבי אליעזר בן הורקנוס לחכמים אינו מחלוקת נוספת בין חכמים, אלא נוגע ליסודות ההלכה, י' גילת דן אופיו של העימות, וזה לשונו:

המחלוקת בתנורו של עכנאי היתה שיאה של האבקות ארוכה וממושכת בין ר' אליעזר לבין חכמים ובית הנשיא. ההתעצמות ביניהם היתה מיוסדת בדרך כלל על המאבק בין ההלכה הראשונה, הבאה במסורת השמועה, שר' אליעזר רואה בה יסוד ראשון במעלה, לבין ההלכה האחרונה, המתבססת גם על הדיון העיוני והמדרש כיסודות שווי-ערך לשמועה, מתוך מגמה להענות לשאלות חיים ובעיות חוק המתעוררות מפעם לפעם.

יוצא מכאן שלשיטת גילת יש שתי תיזות. האחת נסמכת על רבי אליעזר בן הורקנוס – לאמץ את ההלכה הראשונה שבאה במסורת השמועה, והאחרת – אימוץ ההלכה האחרונה המתבססת על שיקול דעת חכמי ההלכה במקורות חז"ל, שהם יסודות שווי-ערך לשמועה, כדי לפתור בעיות שמתחדשות בכל יום ויום. נראה שלפי רבי אליעזר בן הורקנוס, ניתן לפתור את הבעיות על פי המסורת, אך חכמים דרשו גם דיון והפעלת שיקול דעת.<sup>51</sup>

תגובת חכמים מעוררת שאלה קשה אם זו דרכה של תורה, ואין זכות לרבי אליעזר בן הורקנוס להביע את שיקול דעתו.<sup>52</sup> לשיטת גילת, אפשר להבין את תגובת חכמים, כיוון שאין כאן מחלוקת רגילה, אלא מחלוקת על דרכי הלימוד והטיעון ההלכתיים, לכן תגובתם

---

<sup>51</sup> פניית רבי אליעזר בן הורקנוס לבת קול שתוכיח שאכן הלכה כמותו מעידה על גישתו לאמץ את מסורת השמועה, לכן להוכיח אפשר להשתמש בכוח על-אנושי, ואין כאן שיקול דעת אלא קבלת מסורת. אורבך מעיר ששני כיוונים התפתחו בתפיסת התורה, ואחד מהם הוא הרחקה קיצונית של התורה מכל תלות בכוחות על-אנושיים, בנבואה מרוח הקודש ובבת קול. לא זו בלבד שנביא אינו רשאי לחדש הלכה או להכריע במחלוקת בפוסקים כדברי אחדים מן התנאים, אלא רבי יצחק וריש לקיש אמרו שמה שניבאו הנביאים קיבלו מסיני, כי הקול שנשמע בהר סיני כבר כלל את דברי הנביאים שבכל הדורות, ורק כאשר הגיע הזמן להשמעת הנבואה המסוימת שהדור הוכשר לפרסומה, הופיע הנביא המיוחד לכך, שקיבל את הנבואה המתאימה במעמד הר סיני. לכן לא זו בלבד שאין חידושים מצד הנביא בהלכה אלא אף בנבואה אין חידושים, הדברים קיימים מאז ומקדם אך פרסומם חל בזמנים שונים, וגם החכמים שעומדים בכל דור ודור כל אחד ואחד קיבל את שלו מסיני (אורבך, חז"ל פרקי אמונות ודעות, עמ' 270). **מדברי אורבך נראה** שלשיטת רבי אליעזר בן הורקנוס, אין חידושים לא בנבואה ולא בהלכה, ואפשר להגיע להלכות מתחדשות על פי שיקול הדעת. אך לדברי גילת, לפי רבי אליעזר בן הורקנוס ההלכה הראשונה הבאה במסורת השמועה תפתור את בעיות הזמן.

<sup>52</sup> שיא הקיצוניות בתגובתם היה שנידוהו: "אותו היום הביאו כל טהרות שטהר רבי אליעזר ושרפום באש ונמנו עליו וברכוהו" (בבא מציעא שם).



הולמת. חכמים מגלים כאן התנגדות נחרצת לגישה מסורתנית, שלדעתם מאיימת על עצם השיח ההלכתי הן ברמה התיאורטית של לימוד התורה הן ברמה המעשית של הכרעת ההלכה.

העמדה של השיח ההלכתי מייחסת את הערך הראוי לשיקול דעת חכמי ההלכה. יש טיעונים וביקורות עניינים, אך לתפיסה המסורתית יש רק שינון ומסורות. עמדה זו נוטלת מן החכמים את היכולת להתמודד כראוי עם בעיות השעה והזמן, כי בהיעדר מנגנון פרשני ודרשני שמופעל על פי שיקול דעת, אין פתרון הולם לבעיות חדשות.

חכמים לא שללו מרבי אליעזר בן הורקנוס את הזכות ללמוד, לחקור ולהורות, אך משניסה לקבוע נחרצות אף באמצעים על-אנושיים שהלכה כמותו ואין דרך לחלוק עליו, נאלצו חכמים לנקוט צעד חריף. מנכסי צאן הברזל של ההלכה בזמן הבית ולאחר חורבנו הוא שכל חכם יכל להורות בעירו ובביתו על פי המסורת שבידו, אבל חציית הקו על ידי רבי אליעזר בן הורקנוס הובילה את חכמים לצעד קיצוני.<sup>53</sup>

גישה זו, שמראה בבירור את האופי המסורתני של רבי אליעזר בן הורקנוס, נראה שהיא קיצונית מדי. יש מקום לבוא ולטעון שגישת רבי אליעזר מסורתנית ואף יש לה תימוכין: "לא אמר דבר שלא שמע מפי רבו מעולם";<sup>54</sup> "בור סיד שאינו מאבד טפה, קנקן זפותה שמשמרת את יינה".<sup>55</sup> ואולם נראה שאף רבי אליעזר דגל בשיח ההלכתי, בהפעלת שיקול הדעת ובפרשנות שאינה אוטונומית. אבל כאשר יש מסורת, היא גוברת על השיח ההלכתי. לכן רבי אליעזר הביא כל תשובה שבעולם, כלומר השתמש בטיעונים הלכתיים כדי לשכנע חכמים שאין הוא שולל את השיח ההלכתי, וכאשר נכשל נסיונו, השתמש באמצעים על-

---

<sup>53</sup> גילת, משנתו של רבי אליעזר בן הורקנוס ומקומה בתולדות ההלכה, תל-אביב תשנ"ח, עמ' 323-325. שגיאה סובר בספרו "אלו ואלו" כשיטת גילת שרבי אליעזר בן הורקנוס מייצג את הגישה ההלכתית שהמונח המתאים לתיאורה "מסורתנית". ומנמק שכך טבעו של מסורתן טיפוסי – אין הוא נזקק להוכיח את עמדתו, אלא עליו להוכיח באופן אישי שהוא אדם נאמן ומוסר כראוי את המסורת שבידו, ומהימנות זו מוכיחים על ידי הבאת ראיות על-טבעיות המלמדות על איכותו של המוסר. עוד ידוע שרבי אליעזר בן הורקנוס העיד על עצמו שלא אמר דבר שלא שמע מפי רבו מעולם (תוספתא יבמות, פ"ג, ה"ד). תכונתו הבולטת היא "בור סוד שאינו מאבד טפה, קנקן זפותה שמשמרת את יינה" (אבות דרבי נתן פ"ד, אבות פ"ב מ"ח). שגיאה אף סובר שרבי אליעזר מתעקש ומביא עוד ראיות, כיוון שחכמים אינם מסכימים לסוג הראיות שהביא, אך מבקשים ראיות טובות מהן, אך חכמים ביקרוהו על שיטתו והתנגדו לעצם דרך הטיעון שהציע רבי אליעזר (שגיאה, אלו ואלו, עמ' 11-12).

<sup>54</sup> אבות דרבי נתן שם.

<sup>55</sup> אבות שם.

אנושיים. אף חכמים אינם שוללים את המסורת, אלא ששיקול דעת הרוב גובר אף על המוסרת.<sup>56</sup>

### 4.3.2 הלכה כבת קול

התלמוד במסכת עירובין מתאר מחלוקת ייחודית בין בית שמאי ובין בית הלל במגוון נושאים, מה שאין כן במחלוקת רבי אליעזר בן הורקנוס וחכמים שעסקה בשאלה ייחודית – "תנורו של עכנאי". מחלוקת בית שמאי ובית הלל ארכה שלוש שנים, וכל אחד טען שהלכה כמותו. כאן, בהיעדר בקשה להתערבות שמימית כמו אצל רבי אליעזר בן הורקנוס, יצאה בת קול ואמרה שכל דעה במחלוקת דברי אלוהים חיים היא, כלומר שני שיקולי דעת שונים בקביעת ההלכה הם אמת, אך ההלכה כבית הלל. וזה לשון התלמוד:

אמר רבי אבא אמר שמואל שלש שנים נחלקו בית שמאי ובית הלל, הללו אומרים הלכה כמותנו והללו אומרים הלכה כמותנו יצאה בת קול ואמרה, אלו ואלו דברי אלהים חיים והלכה כבית הלל וכי מאחר שאלו ואלו דברי אלוהים חיים מפני מה זכו בית הלל לקבוע הלכה כמותן מפני שנחין ועלובין היו ושונין דבריהן ודברי בית שמאי, ולא עוד שמקדימין דברי בית שמאי לדבריהן.<sup>57</sup>

מקור זה מעלה כמה שאלות:

- א. במסכת בבא מציעא, בעניין תנורו של עכנאי, הוכחנו ששיקול הדעת גובר על בת קול, ואילו כאן נקבעה הלכה כבית הלל על פי בת קול.
- ב. התלמוד מנמק את העדפת בית הלל על בית שמאי, בהיותם נוחים ועלובים ומקדימים דברי בית שמאי לדבריהם. וכי נוכל נעדיף יחס אישי על שיקול דעת הלכתי, הלוא מטרת הפוסק היא להגיע לאמת ההלכתית, וחובה עליו לאמץ על פי שיקול דעתו את הנימוקים שנראים לו נכונים, ואין מקום להתחשב בממד האישי. ואם כך, מדוע אף במקרים אחרים לא נעדיף פוסקים שמקדימים את דברי החולקים עליהם לדבריהם.
- ג. בהמשך הדברים למדים שבית שמאי חריפים מבית הלל, והשאלה מתחזקת: אם כך, מדוע לא נעדיף את שיקול דעתם? אמנם מצינו שבעלי התוספות מסבירים את העדפת בית הלל בהיותם רוב, אך עיון במקור מראה שאין זכר לנימוק זה, אלא רק בת קול והממד האישי של בית הלל.

<sup>56</sup> אורבך מסיק במאמרו "מסורת והלכה" שההלכה אינה מסורת בלבד, אבל היא מוכרעת על-ידי סברה ושיקול דעת נכון, וזה לשונו: "גם לאחר נידויו של רבי אליעזר בן הורקנוס היו תנאים אשר רצו לפסוק כמותו אם משום שזאת היתה ההלכה הקדומה אם משום היותה ההלכה הנוהגת במקומם" (אורבך, מעולמם של חכמים, עמ' 67).

<sup>57</sup> עירובין יג ע"ב.

יש הרואים הבדל בין שתי הסוגיות בתפקיד שהבת קול מגלמת. בבבא מציעא הבת קול מצדיקה את העמדה המסורתית של רבי אליעזר בן הורקנוס, שרואה בשיקולי דעת שונים ערך שלילי, שכן כל מחלוקת משקפת דעות שונות במסורת. אבל בעירובין תפקיד הבת קול הפוך לחלוטין. אין היא שוללת את הדיון הפתוח, אדרבה, היא מעודדת שיקולי דעת שונים – "אלו ואלו דברי אלוהים חיים". מעמד בית שמאי שווה למעמד בית הלל מבחינת העיון התיאורטי, היינו לימוד תורה בבית המדרש, אך בתחום המעשי כיצד לפסוק את ההלכה, יש עדיפות לבית הלל.<sup>58</sup>

נמצאנו למדים שבבבא מציעא תפקיד הבת קול הוא לחזק את המסורתנות ולהעדיפה על פני השיח ההלכתי שמופעל על ידי שיקול דעת הפוסקים, לכן שם נדחית הבת קול על ידי רבי יהושע במאמר הידוע "לא בשמים היא", היינו אפילו הוכחה שמימית אין בכוחה לבטל את שיקול הדעת ההלכתי. אך בעירובין תפקיד הבת קול הוא לחזק את שיטת חכמים – "אלו ואלו דברי אלוהים חיים", כלומר יש חשיבות לשיח ההלכתי ולשיקול דעת שמובע במחלוקת, ושיקול דעת בית הלל מועדף על פני שיקול דעת בית שמאי. על זה שואל התלמוד שאם אלו ואלו דברי אלוהים חיים, מדוע נעדיף שיקול דעת בית הלל, ועונה התלמוד: "מפני שנוחים ועלובים ומקדימים דברי בית שמאי לדבריהם". תכונה זו חשובה בפסיקה ההלכתית. פוסק נוח שמאזין לדברי חברו ומתייחס אליו בהערכה ואינו מתעקש לאמץ את שיקול דעתו, ופתוח לסברות אחרות, ועל ידי מחשבה שוב נוטה לשיקול דעתו, הרי פעל

<sup>58</sup> שגיא, "אלו ואלו", עמ' 16; הנ"ל סובר בהמשך דבריו (עמ' 175) שבמסורת ההלכתית, יש שתי גישות יסוד. האחת רואה במחלוקת ערך שלילי, היינו תקלה היסטורית שמקורה במציאות אנושית מסוימת, ובני אדם הם בלבד גורמים למחלוקת. אין דבר חיובי במחלוקת, לכן יש להימנע ממנה ולאמץ את שיטת המסורת ההלכתית, כשיטת רבי אליעזר בן הורקנוס. לפי גישה זו נראה, ששיקול הדעת האמיתי הוא במסורת, ואין שום העדפה למחלוקת, המפלגת את שיקול הדעת האמיתי לשני גורמים הדוחים זה את זה. הגישה האחרת רואה במחלוקת ערך חיובי וחשוב, אחד מערכי היסוד האופייניים לתרבות ההלכה. אין כאן תקלה מאופי הטבע האנושי, אלא זה טבעה של ההלכה, ומכאן המטבע הידוע "אלו ואלו דברי אלוהים חיים" שבעירובין. לתיאור המחלוקת כתופעה היסטורית שגיא מביא את הברייתא במסכת סנהדרין, שמתארת את סדר ההכרעה בכל שאלה הלכתית שמתעוררת, כשהיסוד המרכזי שקובע את הכרעת הדין הוא המסורת שנמסרת מדור לדור, והיא ההלכה, ותפקידו של המוסד להכריע במסורת. התיאור ההדרגתי שבברייתא מוביל עד לבית הדין שבפתח העזרה, ואם אין הכרעה הלכתית, יש סדר דין ברור להכרעת הדין, והוא העמדה למניין, וההכרעה שתתקבל תהפוך למסורת. לתיאור המחלוקת כיסוד מעצב שגיא מביא את המקור במנחות כט ע"ב. התלמוד מספר שם שכאשר משה עלה למרום מצא את הקב"ה "שיושב וקושר כתרים לאותיות" כדי להכין מצע לדרשותיו של רבי עקיבא בעתיד. משה התפעל מרבי עקיבא ואמר לאל שמוטב שרבי עקיבא ייתן התורה והאל משיב למשה שכך עלה במחשבה לפניו. מסיפור זה לומד שגיא שהיצירה ההלכתית לא מתנתקת ממקורה. יש איזון עדין בין החידוש ובין המסורת, ובהמשך הסיפור שם אף רבי עקיבא נזקק בסופו של דבר למסורת, ולימוד התורה אינו תהליך של שינון וזכירה אלא תהליך של דרישה וחידוש על ידי הפעלת שיקול דעת.

מתוך אובייקטיביות גמורה. שיקול דעת כזה של בית הלל גובר על שיקול דעת בית שמאי, אף אם הם חריפים מבית הלל.

### 4.3.3 משמעות ההיגד "לא בשמים היא"

גילת מביא את דעת הרמב"ם שמן ההיגד "לא בשמים היא" למדים שאין מקום להתערבות כוח על-אנושי בפסיקת ההלכה על פי שיקול דעתם חכמים. ואולם לשיטת גילת, המעיין בתורה בספר דברים ייווכח לדעת שאין זה פשוטו של מקרא.<sup>59</sup> לדעתו, הפסוקים שלפני כן דנים במצוות התשובה, בחובה המוטלת על כל אדם מישראל לחזור בתשובה ולהתחרט על מעשיו הרעים: "ומל' ה' אלהין את לבבך ואת לבב זרעך לאהבה את ה'... כי תשוב אל ה' אלהיך בכל לבבך ובכל נפשך... בהמשך לפסוקים אלה נאמר, כי המצוה... ולא רחוקה היא ממך לא בשמים היא ולא מעבר לים הוא".<sup>60</sup> כלומר אילו היתה מצווה זו מחייבת אותך לעלות לשמים או להגיע למרחקים, היית יכול להשתמט ולהימנע מלקיים אותה, מפני שאיננה בהישג ידך. אבל מצווה זו קרובה אליך מאוד, לא בשמים היא, אלא בפיך ובלבבך לעשותה. ועל כן עליך לקיים אותה בנפש חפצה. וכתב על זה גילת:

ולפי זה אין להסיק כלל מפשוטם של פסוקים אלה את הכלל שאין נביא רשאי לחדש, ושאינן לנביא מעמד מיוחד בהכרעות ההלכה, שהרי פסוק זה איננו דן בכלל המצוות שבתורה, אלא במצווה פרטית אחת בלבד, במצוות התשובה.<sup>61</sup>

לדעת גילת, האמירה הפסקנית של רבי יהושע "לא בשמים היא" משמעה שהתורה איננה בשמים. היא נמסרה לבני ישראל על הר סיני, ולא נשאר הימנה בשמים, ומעתה כל ההכרעות ההלכתיות חייבות להתבסס אך ורק על שיקול דעת חכמים ועל השכל האנושי ולא על כוח על-אנושי. לדעת גילת: "אמירה זו של רבי יהושע היא אשר העניקה לפסוק מספר דברים את ההוראה רבת המשמעות להלכה ולמחשבת ישראל".<sup>62</sup> גילת סובר שמדרש אגדה זה הפקיע את הכתוב "לא בשמים היא" מפשוטו וניתק אותו מהקשרו והתפרש

<sup>59</sup> דברים, ל יא-יד.

<sup>60</sup> שם, ל.

<sup>61</sup> גילת, יד לגילת, עמ' 138. הנ"ל מציין שאכן מפרשי המקרא כגון הרמב"ן, ספורנו ור' יוסף אלבו (בעל ספר העקרים) מפרשים שכל הקטע דן במצוות תשובה. לי נראה שאפשר שהרמב"ם יסבור שפסוק זה בא ללמדנו שני דברים – שמצוות תשובה כוללת קיום כל המצוות מעת החזרה בתשובה, וודאי ששלב זה בחיי החוזר כולל את כל פסיקת חכמי ההלכה, שלפי הרמב"ם יהיו על פי שיקול דעת (שם, עמ' 139).

<sup>62</sup> שם, עמ' 139. והשווה את קביעתו של בער, ישראל בעמים, ירושלים, תשט"ו, עמ' 109-108; "אבל לבסוף ראו צורך לרסן את כוחו המאגי של החכם היחיד, כדי להגיע לידי הכרעה המחייבת את כולם. טיפוסי בעניין זה הוא המעשה בתנור של עכנאי והנידוי של רבי אליעזר בן הורקנוס בייחוד בנוסח של הבללי, בין אם קדום הוא או מאוחר".

כמכוון לכלל התורה והמצווה ונהפך לדוגמה, לאחד מכללי ההלכה שאין משגיחין ואין מתחשבים בבת קול ובדברי הנביאים שבאים לחדש הלכה, ואלה דבריו:

כללים אלה מיוסדים על התפיסה התיאולוגית, כי התגלות ה' על סיני הייתה תופעה חד פעמית, 'קול גדול ולא יסף' (דברים ה, יט). התגלות זו שהיתה מלווה במתן תורה, כללה בתוכה כל מה שהקב"ה רצה להודיע לבני ישראל בתחום המצווה וההלכה, ומאותו יום ואילך 'לא בשמים היא' אין לכוחות עליונים להכריע בענייני הלכה. ההכרעה המעשית בענייני דת ודין מסורה אך ורק לחכמים.

#### 4.3.4 הלכות שנתחדשו על ידי הנביאים

גילת כותב שאם נבדוק את המקורות נמצא שהתלמוד הכיר בהלכות שנתחדשו על ידי הנביאים ומספר על חכמים שהיו ראויים לרוח הקודש ונעזרו בהשגחה עליונה בכוחות על שכליים כדי להגיע להכרעות הלכתיות ברורות ושקולות. גילת מביא שתי דוגמאות.<sup>63</sup>

##### א. ערבה יסוד הנביאים

התלמוד במסכת סוכה מביא את דעתו של רבי יוחנן: "ערבה יסוד נביאים היא".<sup>64</sup> כלומר, הנביאים הם שהורו לנו לעשות כן.<sup>65</sup> על זה שואלים בתלמוד שלפי מסורת אחרת מצווה זו היא הלכה למשה מסיני ולא מיסודם של נביאים. התלמוד משיב ששכחם וחזרו ויסדום, כלומר מצווה זו היא הלכה למשה מסיני, אולם דבר זה נשתכח מישראל, ולאחר זמן חזרו וייסדו, וחידשו אותה הנביאים על פי דבר ה'.<sup>66</sup>

##### ב. קביעת חג פורים

קביעת חג פורים לדורות לא התקבלה בנקל. הזקנים והנביאים שבדורו של מרדכי הצטערו וחשו מצוקה נפשית על שנדרשו ממרדכי ואסתר לקבוע את מצוות קריאת

<sup>63</sup> אם מעיינים במקורות נראה שאין להתעלם מן המסורת שהשגיחו בבת קול, כלומר שיקול הדעת נדחק כשיצאה בת קול, כגון במחלוקת בית שמאי ובית הלל. הללו אומרים הלכה כמותם והללו אומרים הלכה כמותם. להכרעת הוויכוח הכריעה בת קול שאמרה "אלו ואלו דברי אלוהים חיים" והלכה כבית הלל (עירובין ג, ע"ב).

<sup>64</sup> סוכה מד ע"א. בתורה נצטוונו בשתי מצוות שעלינו לקיים בחג הסוכות. האחת – נטילת ארבעת המינים – לולב, אתרוג, הדסים וערבות, ולשמוח בהם לפני ה' שבעת ימים. והאחרת – לשבת בסוכה שבעת ימים. במשנה אנו מוצאים מצווה נוספת, והיא מצוות חבטת ערבה. מצווה זו היו נוהגים בה בזמן שבית המקדש היה קיים, בכל ימי חג הסוכות. וכל יום מימות החג היו יורדים למוצא שליד ירושלים ומשם היו מלקטים ענפים גדולים של ערבות, מביאים אותם לבית המקדש ומקיפים בהם את המזבח, וזוקפים אותם בצדי המזבח. ביום השביעי של החג, שאנו מכנים אותו "הושענא רבא", היו מקיפים את המזבח שבע פעמים.

<sup>65</sup> כך פירש רבינו חננאל שם.

<sup>66</sup> כך פירש רש"י שם.

מגילת אסתר לדורות, כדברי רבי חלבו בשם רבי שמואל בר נחמן: "שמונים וחמשה זקנים ומהם שלשים וכמה נביאים היו מצטערין על הפסוק הזה". הכוונה לפסוק שבספר ויקרא: "אלה המצות אשר צוה ה' את משה". כלומר אלה שנצטוו על ידי משה, אין להוסיף עליהן ואין לגרוע מהן. כלומר שאין נביא רשאי לחדש דבר עוד מעתה. והנה מרדכי ואסתר מבקשים מאתנו לחדש דבר. ואולם לבסוף נאותו לקיים את ימי הפורים, לעשות אותם ככתבם וזמנם בכל שנה ושנה.<sup>67</sup>

#### 4.3.5 שיקול הדעת בהתפתחות ההיסטורית

גילת סובר שההלכה הקדומה בימי הבית השני הכירה בכוחם של נביאים לחדש הלכות, ובלבד שאינן נוגדות את דיני התורה ואינן פוגעות במה שציוותה התורה על עם ישראל. ההלכה הקדומה ברוח הקודש ובבית קול היו אמצעים של ההשגחה העליונה להנחות את עם ישראל ולחדש הלכות בעת הצורך לאמתה של תורה.

עלייתה של הנצרות והתפתחות כתות יהודיות נוצריות שהאמינו בנבואתו של ישו גרמו מפנה בתפיסה זו סמוך לחורבן. כיתות אלה חידדו את השאלה אם התגלות ה' על הר סיני הייתה מאורע חד פעמי בבחינת "קול גדול ולא יסף",<sup>68</sup> או שמא ייתכנו עוד התגלויות כאלה למטרות מסוימות. כידוע, על פי הנצרות, הייתה התגלות נוספת, ובה ניתנה הברית החדשה במקום הברית הישנה. בדעה זו ראו חז"ל ערעור כוחה וסמכותה של התורה בכלל, ושל התורה שבעל פה בפרט, לפיכך השתדלו להשמיט את הבסיס לדעות אלה. חז"ל הוכיחו והדגישו שאפילו נביא אמת אין לו רשות לחדש דבר לאחר מתן תורה, וודאי שאין מקום לחידושה של תורה על ידי התנועה הנוצרית, ששיטתה מתעלמת ממצוות ומעיקרים שהתורה במפורש ציוותה את עם ישראל ומתעלמת מהם.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> לפי המסופר בירושלמי (מגילה פ"א ה"ה), מרדכי ואסתר פנו לזקנים ולנביאים שבזמנם וביקשו מהם לקבוע את י"ד באדר חג לדורות בקריאת המגילה ומשלוח מנות ומתנות לאביונים. בתחילה הצטערו הנביאים והתלבטו בזה, כי אין נביא רשאי לחדש. אולם לבסוף נאותו לקיים את הפורים, לעשות אותם ככתבם וזמנם בכל שנה ושנה. בירושלמי שם, מנמקים מה ראו נביאי הדור לשמוע לדברי מרדכי ואסתר (וראה עוד מדרש רות רבה ד, ה). נראה שמרדכי ואסתר קבעו על פי שיקול דעתם ורק רצו חיזוק לדבריהם, כדי שהציבור יקבלם בלא עוררין, לכן פנו לנביאים. ואולם בעניין חנוכה לא פנו וקבעו לדורות. גילת כותב שבמשנת רבי אליעזר בנו של רבי יוסי הגלילי (ענעלאו, ד"צ ירושלים, תש"ל, עמ' 117) נאמר במפורש בזו הלשון: "המתנבא לחדש דבר נבואתו, כגון מרדכי לחדש מקרא מגילה, יחזקאל לחדש צורת הבית לעתיד לבוא, הרי זה צריך אות ומופת אבל המזהיר על תורת משה רבינו שלא להוסיף ושלא לגרוע, אינו צריך אות ומופת". מכאן מסיק גילת שעל פי מקורות אלה, מצוות קריאת מגילה בחג הפורים נתחדשה על ידי הנביאים, כמו מצוות ערבה בחג הסוכות, שהיא יסוד נביאים, והם שקבעו לדורות.

<sup>68</sup> דברים ה, י"ט.

<sup>69</sup> ראוי להעיר שחז"ל ידעו שיש גופי הלכות, תקנות ומנהגים חדשים שנוסדו על ידי נביאים. בכמה מקומות בתלמוד אכן האמוראים מקשים שאין נביא רשאי לחדש הלכה, ומתריצים ש"שכחום וחזרו ויסדום" (שבת נד

גילת מסיק במחקרו שרוב חכמי הדור אימצו את התפיסה שהתגלות ה' על הר סיני הייתה תופעה חד פעמית, וכל התורה כולה, על הלכותיה ודקדוקיה ופירושיה ניתנו למשה בהר סיני, ובידי החכמים ניתן שיקול דעת לפענח את פרטי ההלכות, ללמוד סתום מן המפורש ולהכריע בספקות ובמחלוקות מבלי שיצטרכו לגילויים אלוהיים חדשים, ולדברי מדרש רבה, הקב"ה לימד את משה רבנו כללים על פי שיקול הדעת, כלומר הקב"ה מסר למשה את הכללים, את המידות שהתורה נדרשת בהן, ובעזרתם יוכלו חכמים לפענח את פרטי ההלכות. וכך מסכם גילת את שיטתו:

הכתוב 'לא בשמים היא' כפשוטו איננו בא להגדיר את דרכי פסיקתה ואת דרכי פרשנותה של התורה. אכן בתקופות דומות, בימי בית ראשון ובית שני, כשבית המקדש היה קיים באה היצירה ההלכתית לידי ביטוי גם על ידי סיוע ממרומים, על ידי הנבואה ורוח הקודש. הדבר נשתנה עם חורבן הבית השני בעקבות גורמים פנימיים וחיצוניים. השינוי הזה הודגש והובלט על ידי ר' יהושע בדור יבנה בהצרתו 'לא בשמים היא' ובשללו כל סמכות להכרעה על ידי כוחות על-טבעיים, במאמרו 'אין משגיחין בבית קול'. דעה זו שהיה בה משום חידוש, וחכמים רבים חלקו עליו, נתקבלה לבסוף על ידי רוב החכמים.<sup>70</sup>

יוצא אפוא, לשיטת גילת, שהתגברות שיקול הדעת על כוחות על-אנושיים אינה מקורית בהלכה אלא התפתחות היסטורית. גילת מוסיף ואומר שחילוקי דעות לא בטלו במשך הדורות, ואפשר להיווכח, שגם בתקופה הבתרא תלמודית רווחו שתי תפיסות, וכלשונו: "מצד אחד שיטתו של הרמב"ם ומצד שני שיטתו של רבי יהודה הלוי ותומכיו".<sup>71</sup>

#### 4.4 עמדת אנגלרד

לדעת אנגלרד, אין כל יסוד להסיק על סמך אגדה אחת מסקנה מפליגה ששיקול דעת הרוב הוא שקובע, ויש אף מי שמצא באגדה זו ביטוי לזרם אנטי סמכותי במחשבת היהדות.<sup>72</sup> וזה

ע"א, כלומר ההלכות האלה כבר ניתנו מסיני ואינן חדשות, אלא שנשתכחו במשך הזמן, והנביאים רק העלו אותן מתהום הנשייה וחזרו ותיקנון וקבעו לדורות. וכך כתב גילת: "אלא שלדברי האמוראים, הנביאים לא התבססו בחידוש הלכות אלה על כוחם הנבואי, על חזיונות נבואיים, אלא על דרכי המדרש המקובלים, ועל סברא וההגיון. לפי זה בעצם אין הבדל בין דברי נביאים לדברי חכמים, אלו ואלו אינם מיוסדים על גילויים אלוהיים, אינם מתבססים על גורמים על שכליים, אלא מעוגנים בעיון ובסברא ובדרכי הלימוד שהיו רווחים בבתי המדרש. דעה זו על היעדר סמכות לכוח על-אנושי בקביעת ההלכה נתקבלה על דעת רבים מחכמי ההלכה" (יד לגילת, עמ' 145).

<sup>70</sup> שם, עמ' 149.

<sup>71</sup> שם.

<sup>72</sup> ראו E. Formm, *Psychoanalysis and Religion*, New Haven, 1950, pp. 45sq; והשוו ביקורתו של W. Kaufmann, *Critique of Religion and Philosophy*, New York, 1958, pp. 238-240; op. et loc.

אולם, תופעה שכיחה היא כי אף חוקרים העוסקים ביהדות באופן כללי או במשפט היהודי באופן מיוחד, מסתמכים על חומר אגדתי במטרה להסיק מסקנות כלליות על טיב היהדות והמשפט היהודי. דרך זו היא בעייתית ביותר; החוקר הבא לנסח עקרון כללי בנושאים אלה, אינו רשאי להסתפק בבחירת מקור זה או אחר. עליו להתמודד עם מכלול המקורות כדי להביא ראיות משכנעות כי המקור המובא על ידו הוא בעל אופי מייצג לגבי קביעתו העקרונית. כמו כן אין הוא יכול להתעלם מן ההיבט ההיסטורי והפילולוגי של החומר.<sup>73</sup>

cit; אנגלרד מסכם את דבריו, וזה לשונו: "לא הבאנו הרהורים אלה על מתודה, העשויים להישמע כפשטניים, אלא לתכלית אחת ויחידה: תיאור מטרת רשימתנו זו. אין בכוונתנו לחקור את תוכן האגדה שלפנינו חקירה היסטורית, פילולוגית או חקירה מדעית דומה. כמו כן אין אנו באים להסיק מתוכה, או להדגים באמצעותה, רעיון שבהשקפת עולם. ענין אחד לנגד עינינו. הסיפור האגדתי כפי שהוא מובא בתלמוד רווי מתח רב והוא נוגע לבעיות יסוד של השקפת עולם. האגדה היא בעלת אופי פרובוקטיבי וכל כולה אומרת דרשני. אפשר היה איפוא לצפות כי היא תעורר תגובות אצל חכמי ישראל במשך הדורות הבאים. תגובה זו היא אשר תשמש נושא לרשימתנו. נוכח הפלורליזם בענייני אמונה ודעה ששרר ביהדות ההלכתית, אין תימה שהאגדה פורשה באופנים שונים ולעתים מנוגדים. החוט המקשר בין כל הפירושים הוא נקודת המוצא המשותפת של המפרשים: ראיית ההלכה כתורת חיים ואת התלמוד על כל חלקיו כביטוי אוטנטי של עולם היהדות... העובדה שדברי חז"ל נחשבו בעיני הדורות הבאים כביטוי מוסמך ומחייב למחשבת היהדות... הרחיבה את חוג המפרשים שנוקקו לאגדה. לא רק אלה שמצאו בה סימוכין לשיטתם הסתמכו עליה, אלא אף, ואולי דווקא, אלה שנתקשו בה בגלל השקפתם ראו צורך לפרשה" (אורבך, חז"ל, פרקי אמונות ודעות, עמ' 3; והשווה את ביקורתו הכללית של לבונטין, הפרקליט, כך יח (תשכ"ב), עמ' 182).

<sup>73</sup> שנתון המשפט העברי א, תשל"ד, עמ' 45-56; ראוי לציין שאנגלרד מתייחס לניסים שהתרחשו באותו יום וכך הוא כותב: "בעיה אחרת שנידונה על ידי חכמים בתקופות השונות היא הניסים שהתרחשו באותו יום בבית המדרש ביזמת ר' אליעזר. דומה כי אפשר להצביע על שתי מגמות יסוד בפירושים הנוגעים לניסים אלה. שתי המגמות אינן מקבלות את סיפור מעשה הניסים כפשוטו. לפי שיטה אחת הניסים לא התרחשו כלל בפועל, אלא אחד מחכמי בית המדרש נתנמנם וראה הכל בחלום... פירוש זה אינו אלא ביטוי לשיטה הידועה הנוטה לשלול התרחשות ניסים באופן כללי והשואפת להסביר את הניסים שאירעו לחז"ל כמראות חלום... בעלי המגמה האחרת מציעים פירוש אלגורי למופתים הנזכרים בסיפור. מטרת הפרשנים היא לייחס לכל סוג של ראייה המובאת על ידי ר' אליעזר משמעות ספציפית הקשורה למחלוקת הנידונה. מאמצם הדרשני מכוון להראות קשר ענייני בין החרוב, אמת המים וכותלי בית המדרש לבין דעתו של ר' אליעזר עצמו. הזכרת מידותיו באה כדי לשכנע את החכמים כי הצדק אתו במחלוקתם... לפי דרך דרוש אחרת מסמלים הנושאים הנזכרים לא מידות של ר' אליעזר אלא של חכמים אחרים העשויים לתמוך בדעתו... דרך דרוש נוספת... מקשרת את הראיות לא עם אישיותו של אדם, אלא עם טיעונו הענייני של ר' אליעזר... קשר ענייני בין הראיות לבין המחלוקת עולה גם מדרושו של ר' יוסף בן-יעקב בעל ספר ראש יוסף... בפילפול עצום הוא מקשר בין הראיות לבין שאלת טומאתו של התנור. את הפירוש האלגורי המפליג ביותר מצאנו אצל ר' אפרים לונטשיץ בספר עוללות אפרים. המחבר מדמה את התנור לעבירת לשון הרע שאין לה שום תקנה בתשובה



#### 4.5 עמדת גולדשטיין

מ' גולדשטיין מסיק בעבודתו שבתקופת חז"ל קיימות שתי גישות כלפי השימוש וההסתייעות בגורמים שמימיים בהלכה. גישה אחת שוללת כל הסתייעות בכוחות על אנושיים. הגישה השנייה אינה שוללת עזרה מכוחות על אנושיים. ואולם החוקר מגיע למסקנה שאכן שיקול הדעת ההלכתי הוא עיקר הלימוד וכלשונו:

עם זאת, יש להדגיש ולומר כי עיקר הלימוד ההלכתי על כל שלביו, ובעיקר בשלב ההכרעה בשלב ההכרעה, נעשה בתקופת חז"ל, ע"י לימוד ודיון בבית המדרש.<sup>74</sup>

#### 5. סיכום ומסקנות

לשיטת הרמב"ם, מעמדו של נביא בקביעת ההלכה על פי שיקול דעתו שווה למעמדו של כל חכם אחר, ואם הנביא יפרש את המצווה פירוש שלא שמענו ממשה רבנו, הרי זה נביא שקר, ודינו מיתה.

הראב"ד סובר שיש מקום להסתמך על בת קול וכותב שבבית מדרשו הופיעה בת קול. ואולם יש המפרשים את הדברים כפשוטם, כגון ר' חיים ויטאל, ויש המפרשים אותם שלא כפשוטם אלא בדרך "גוזמא" (טברסקי ואחרים).

לשיטת רבנו ניסים, יש בהופעת בת הקול שבסיפור של תנורו של עכנאי ניסיון מן השמים, שבו ניסה הקב"ה את החכמים לראות אם ידבקו בעמדתם שההלכה מושתתת על פי שיקול דעת, או יטעו ויסיקו שהופעת בת קול משנה את ההלכה.

לשיטת ר' יהודה הלוי, חייבים לשמוע לדברי הנביא כי כל זמן שהייתה נבואה קיימת בישראל, היו הנביאים הפרשנים המוסמכים של ההלכה, כלומר לשיטתו, הנבואה גוברת על שיקול הדעת, ואין סמכות לבת קול, כי מדובר בתקופה שלאחר החורבן. גישה דומה מצאנו אצל המאירי.

ההיגד "נצחוני בני, נצחוני בני" אינו מקובל על כל המפרשים כפשוטו. לדעת רבי משה מפזנץ, המשמעות של ההיגד היא "חוכא ואיטלולא" לרבי יהושע. לדעת המהר"ל, הניצחון הוא שרצון האל הוא רצון בניו.

---

ובמעשים טובים, עד אשר יפייס את מי שחטא נגדו. הראיות של ר' אליעזר מסמלות, לפי שיטה זו, עבירות חמורות אחרות להן יש תקנה בתשובה, ראיות שאינן משכנעות את החכמים. שם, עמ' 54, הערה 44.

<sup>74</sup> מ' גולדשטיין, הסתייעות בגורמים מן השמיים בהכרעת הלכה, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר אילן תשס"ה, עמ' 289.

מצינו שאפשר ללמוד מאגדת תנורו של עכנאי ששיקול הדעת האנושי גובר על כוחות על-אנושיים. כך סוברים ר' אריה לייב הכהן, ר' ישראל מסלנט, הרב דסלר, החת"ס סופר והחזון איש.

### **עמדת החוקרים**

לדעת גילת, האמירה הפסקנית של רבי יהושע "לא בשמים היא" מלמדת אותנו שההכרעות ההלכתיות חייבות להתבסס אך ורק על שיקול דעת הפוסקים. למסקנתו, ההלכה הקדומה בימי בית שני הכירה בכוחם של נביאים לחדש הלכות. המפנה חל בעלייתה של הנצרות ובהתפתחות כתות יהודיות נוצריות שהאמינו בישו ובהתגלות נוספת. בדעה זו ראו חז"ל ערעור כוחה וסמכותה של התורה בכלל ושל התורה שבעל-פה בפרט. לכן חז"ל השתדלו להשמיט את הבסיס לדעות אלו.

לדעת אנגלרד, אין כל בסיס להסיק על סמך אגדה אחת מסקנה מפליגה ששיקול דעת הרוב קובע, אלא לשיטתו, יש לבדוק את כל המקורות. ואולם הדעה הרווחת בקרב החוקרים היא ששיקול דעת הפוסק גובר על כוחות על-אנושיים.

## מסקנות הדיון

המחקר שלפנינו עניינו שיקול הדעת בפסיקת ההלכה, כלומר כיצד מתבטא שיקול הדעת של פוסקי ההלכה בחיבוריהם ההלכתיים. להלן נסקור את המסקנות שעלו במחקר:

### תקופת התנאים:

ר' יהודה הנשיא מטרתו בחיבור המשנה איננה ברורה. אפשר להניח שמטרתו הייתה קודיפיקאטיבית – המשנה היא חיבור קודיפיקאטיבי הנשען על שיקול דעתו של הכותב. סברה אחרת היא שר' יהודה הנשיא ביקש לשמר אוסף של שיטות וסברות של חכמים. אבל אפשר שמטרת ר' יהודה הנשיא הייתה משולבת, כדעת אורבך, היות שהמעין המשנה לא יוכל להתעלם משתי האפשרויות שהובאו כאן. ייתכן שהרמב"ם הושפע משיטתו הקודיפיקאטיבית של ר' יהודה הנשיא כשחיבר את חיבורו ההלכתי "משנה תורה".

### תקופת הגאונים:

רוב העם בחר בספרי פסיקה הערוכים בשיטה הקודיפיקאטיבית. אבל רב פלטוי גאון מתנגד למנהג זה, ולדעתו, הספרים הקודיפיקאטיביים אינם אלא ספרי עזר למי שכבר שנה את תלמודו ומסתפק בעניין מסוים. המניעים העיקריים לקודיפיקאציה בעת ההיא היו ריבוי החומר והופעת הקראים שכפרו בתורה שבעל פה ובהלכה היהודית המסורתית.

### תקופת הראשונים:

לדעת הר"י מיגאש, ספר הלכות קודיפיקאטיבי לא זו בלבד שאפשר לפסוק על פיו, אלא הוא אף עדיף על העיון והחיפוש בסוגיה התלמודית. ייתכן שמלבד השפעת המשנה אף דעה זו של הר"י עודדה את הרמב"ם ליצור לפי שיקול דעתו את הקודקס ההלכתי הגדול שלו, שלימים נודע בשם "משנה תורה", ועל-פיו יהיה אפשר להורות ולפסוק הלכות. בחיבור "משנה תורה" ראה הרמב"ם צו השעה וצורך גדול לאומה. המתנגדים לשיטת הרמב"ם רואים בה פגיעה בשיקול דעתו של הפוסק בשל היעדר ציון מקורות, ובשל קבלה שרירותית של גאון מסוים במקרה של מחלוקת והיעדר בקיאות מספקת בתלמוד בקרב פוסקים שיסמכו את פסקיהם על פי שיטת הרמב"ם.

### תקופת האחרונים:

נראה שמטרת ר' יוסף קארו בספרו "בית יוסף" הייתה לתת למורה ההוראה כלים מתאימים להפעלת שיקול דעת בבואו להורות ולפסוק. שלא כמו הרמב"ם, ר' יוסף קארו מביא בחיבורו מעין אנציקלופדיה הלכתית שתביא למעין בו בקיאות נרחבת בעולם ההלכה ותסייע בידו ללבן סוגיות הלכתיות סבוכות בבואו להורות ולפסוק.

ר' יוסף קארו נמנע מלהפעיל את שיקול דעתו ולפסוק על פי ראיות מן המקורות, ושלושה טעמים עמו:

1. מלאכה מרובה עד מאוד היא להביא את כל שיטות הפוסקים ולהסביר את מעלותיהן ומגרעותיהן ולנמק את הכרעתו בכל עניין.
2. אין המחבר משים עצמו מוסמך להעדיף דברי פוסק אחד על דברי פוסק אחר.
3. המחבר בחר להותיר בידי הפוסק את שיקול דעתו האישי, וכוונתו הייתה שהבא לפסוק ילמד את חיבורו ויקנה לו בקיאות מספקת בטרם יפסוק.

ר' יוסף קארו קבע כללים ברורים בפסיקת ההלכה כדי למנוע מכשול וטעות בשיקול דעתו של הפוסק. יש מחלוקת בעניין מניעיו של ר' יוסף קארו לחיבור את ה"שולחן ערוך". לפי אחת הדעות, המחבר ראה בחיבורו "בית יוסף" חלק אחד בלבד בפתרון בעיית הקודיפיקאציה בהלכה. אמנם חובה שבספר הלכות יובאו כל המקורות התלמודיים ודעותיהם של חכמי ההלכה, ואולם ספר כזה אין בו כדי לספק את צורכי הקודיפיקאציה במלואם. ר' יוסף קארו הניח שקודקס נוח ויעיל צריך שיהיה קצר ובהיר ותובא בו ההלכה הסופית בלבד.

מקובל להניח שר' יוסף קארו אימץ בחיבורו "שולחן ערוך" את דעת הרמב"ם. השאלה העולה מכאן היא מדוע שינה המחבר את שיטת הפסיקה שנקט בחיבורו הראשון "בית יוסף". הלא על פי האמור בהקדמת המחבר לטור "אורח חיים", אחת משאיפותיו היא ליצור תורה אחת ושיקל דעת אחד על פי כללים שקבע, והנה על פי הדעה שהמחבר אימץ את שיטת הרמב"ם, יש כאן שתי שיטות פסיקה: שיטה אחת לפי "בית יוסף" ואחרת לפי "שולחן ערוך".

מתברר שר' יוסף קארו חיבר את "בית יוסף" כדי שישמש ילקוט תורה שבעל פה וצירף את דעתו בדבר כללי פסיקה אידיאליים למצבים שתיאר בהקדמתו לטור "אורח חיים", ואילו "שולחן ערוך" נועד להיות ספר קודיפיקאטיבי טהור שחיבר אותו לקהילות המערב הנוהגות על פי הרמב"ם.

להתנגדות למפעלו הקודיפיקאטיבי של ר' יוסף קארו כמה נימוקים:

1. יש כאן פגיעה בשיקול דעתו של הפוסק.
2. היעדר בקיאות העלול להשפיע על שיקול דעתו של הפוסק.
3. השמטת דעות חכמי אשכנז והתעלמות מן הכלל "הלכתא כבתיארי".
4. ההקלה שבמציאת הלכה פסוקה מונעת התעמקות ויגיעה במקורות ההלכה ופוגעת בשיקול דעתו של הבא לפסוק הלכה.
5. הקודיפיקאציה נוגדת את כללי ההלכה שאחד מקווי אופייה הוא ריבוי דעות ושיטות המאפשר לפוסק לשנות את שיקול דעתו ואת פסיקתו על פי צו השעה.

רוב חכמי צפת במאה ה-16 היו תלמידי ר' יוסף קארו. הטובים שבהם עמדו בראש חמש ישיבות שייסד והפיצו את שיטתו הקודיפיקטיבית בכל תפוצות ישראל. המחבר התיר לתלמידיו לפסוק הלכות בעודם בחורים, ואלה פסקו על פי רבם ללא כל סטייה, וכך התקבל ה"שולחן ערוך" בהדרגה.

יש שלוש שיטות להכריע במקרה שיש מנהג הסותר את ר' יוסף קארו:

1. אם נהגו לאסור, אל להם לאנשי הקהילה להתיר. מכאן הסיק ר' משה כלפון הכהן שאם נהגו להתיר, אפשר להחמיר.

2. יש לשמר את המנהג הקיים כדי שלא להוציא לעז על שיקול דעתם של הראשונים.

3. מנהג קדום גובר על פסירת ר' יוסף קארו, כדברי ר' יוסף חיים, בעל "בן איש חי".

במחקר מונים שתי סיבות עיקריות להפיכת ה"שולחן ערוך" לקודקס המקובל של ההלכה.

1. הבאת נושאי כלים במהדורות ה"שולחן ערוך", שתפקידם לפרש את דברי המחבר ועל הפוסק לעיין בהם בטרם יכריע. כך אפשר לשמור על רציפות ההלכה ועל הקשר עם מקורותיה להציג את שיקולי הדעת שהביאו לפסיקתה.

2. גזרות ת"ח ות"ט והופעת שבתאי צבי, שתנועתו נסמכה על רמזי קבלה והקיפה רבים מטובי האומה. מאורעות אלה השפיעו על שיטת ההרחבה מחד ועל שיטת הקודיפיקציה מאידך.

ר' יוסף קארו הושפע מן הקבלה שגדולי חכמי צפת עסקו בה בימיו, בראשם ר' יצחק לוריא (האר"י הקדוש) וספר הזוהר תופס מקום נכבד בספר "בית יוסף". מחד השפעה זו הייתה מוגבלת, והמחבר קובע שיש לאמץ את שיקול הדעת שבתלמוד במקרה שהוא חולק על הזוהר, ומאידך היא הייתה רבה משהייתה על הפוסקים שלפניו.

הרמ"א לא קיבל את דעת רבותיו, ר' שלום שכנא ור' יעקב פולאק, שסברו שיש להימנע מהעלאת הפסיקה על הכתב כדי שלא ליצור קודיפיקציה. אחד המניעים של הרמ"א לחבר את השגותיו ל"בית יוסף" ול"שולחן ערוך" הוא היעדר מנהגי פולין ואשכנז בשני הספרים האלה. הרמ"א ליקט את המנהגים שרווחו דורות רבים, ולאחר שליבן היטב כל נושא, נתן למנהגים תוקף הלכתי וקבע אלו מהם ייכללו בחיבוריו. בעניין חיבור ה"מפה" על ה"שולחן ערוך" יש מחלוקת. לפי דעת אחת, הרמ"א רואה בהגהות אלה יצירה קודיפיקטיבית חשובה, ולפי דעה אחרת, הרמ"א התנגד לדרך הקיצור של ר' יוסף קארו וחש צורך לכתוב את הגהותיו כדי שדברי ה"שולחן ערוך" יובנו כראוי.

## אספקטים שונים בשיקול הדעת

### חירות הדיין

בדיון בעניין שיקולי הדעת בהיבט של חירות הדיין עלו המסקנות האלה:

### עמדת הראשונים:

לדעת הרמב"ם, חירות בית הדין לגזור, להתקין תקנות, ולקבוע מנהגים על-פי שיקול דעתו אינה מחייבת מדינות אחרות. לדיין יש חירות בהפעלת שיקול דעתו להכריע אף נגד הגאונים. הוא סובר שהסמכות היחידה שעליה אין עוררין היא היצירה התלמודית. יוצא אפוא ששיקול דעת הדיין אינו גובר על התלמוד כיוון שהתלמוד התקבל בכלל ישראל. לפי הרמב"ם, עקרון ההסכמה מבטל כל שיקול דעת נגדי. מכאן מעמדו של בית דין הגדול שבירושלים שאין לדיין שיקול דעת לבטל את הוראתו.

לשיטת הכסף משנה, הרמב"ם עוסק במעשה בית דין שנוצר על-ידי בית הדין הקודם שדרשו באחת מן המידות. כאן הוא סובר שבית הדין המאוחר, על-פי שיקול דעתו, יכול לתת טעם אחר ולסתור דברי קודמו, כיוון שכאשר המחלוקת בשיקול דעת פרשני, יש לבית הדין סמכות, כמו שתנאים חולקים ביניהם, וכן אמוראים חולקים ביניהם.

לדעת הרדב"ז, מידות התורה בהן מופעל שיקול דעת, ולכן יכולים חכמים לחלוק. דברים דומים כותב הרדב"ז בפירושו למשנה תורה. הוא מבחין בין דינים שנלמדו באחת המידות לבין גזרות ותקנות. לדעתו, אם לא נקבל את האבחנה הנ"ל, מתבטל שיקול הדעת של השופט אשר יהיה בימים ההם. חיזוק נוסף לאבחנה הנ"ל, "ביטול" שייד בתקנות וגזרות ול"סתור" שייד בפרשנות על פי שיקול הדעת.

לדעת רבנו אברהם בן הרמב"ם בתשובה הנוגעת לדין בר-מצרא, לדיין יש חירות בהפעלת שיקול דעתו ואף מחובתו לעשות זאת.

הראב"ד סובר שלדיין צריך שיהיו לפניו כל הדעות בנושא מסוים. כדי שיוכל על פי שיקול דעתו לפסוק את ההלכה. כלומר יש לדיין חירות לפסוק נגד פוסקים אחרים. אולם הוא מגביל את החירות כאשר הדיין חולק על דברי הגאונים. מדבריו משמע שאפשר לחלוק על שיקול דעת הגאונים, אולם צריך קושיה מפורסמת שתסתור את שיקול דעת הגאונים, אך דבר זה "שאין בנמצא".

לדעת הרא"ש, יש לדיין שיקול דעת לקבוע את נכונות ההכרעה ההלכתית. אך העיקרון הקובע הוא קבילותה על ידי חכמי ההלכה שבזמנו. הוא מתנגד לדעה הטוענת שלדיין בזמנו אין מקום לשיקול דעת עצמאי לחלוק על הגאונים. לדבריו, אם לדיין שהכריע באופן מסוים מתגלה ראייה חדשה שלא ידע קודם ועומדת בניגוד להכרעתו, פסקו בטל. ואולם קביעת

הרא"ש שפסק הדין בטל ונכנס להגדרת טועה 'בדבר משנה' מותנית בדיין עצמו 'ישרו בעיניו'. אולם קריטריון הטעות אינו מותנה בשיקול דעתו הבלעדי של הדיין. הוא מדגיש שעל הדיין להביא "ראיה חדשה לדבריו המקובלים לאנשי דורו" כתנאי לדחיית הראיה החדשה. הרא"ש קובע שני כללים בחירות הדיין בשיקול דעתו: א. אם יש שתי סברות והוא בר סמכא להכריע ביניהם. אינו יכול לאמץ את אחת הדעות בצורה שרירותית; ב. יכול הדיין לחלוק על חכם אחר ולסתור דבריו בראיות. כאן לא מדובר בהכרעה בין שני פוסקים אלא בחכם אחר שהוא חולק עליו. האוטונומיה השיפוטית המלאה של הדיין מתבטאת באחת מתשובותיו, בעת כהונתו בספרד.

לשיטת הרב יהודה בנו של הרא"ש, אין הפוסק יכול לבחור בין שני פוסקים בהיעדר הפעלת שיקול הדעת. אם אינו מפעיל שיקול דעת אינו יכול להוציא ממון מספק. מדבריו למדים שעל הפוסק להפעיל שיקול דעתו ולא לאמץ ספרי פסיקה של אחרים, כיוון שבדרך כלל אחוז מסוים מהפסיקה אינו נכון. לכן בכל שאלה שהפוסק נשאר, יפסוק על פי שיקול דעתו, וגם אם הפוסקים רבים אינו רשאי להישען עליהם.

בתשובה אחרת הרב יהודה סובר שאם יש שתי סברות בתלמוד ולא נפסקה הלכה כאחת מהן, הדיין יכול לאמץ את אחת הדעות. רק אם המחלוקת בין גאונים או פוסקים אחרים, על הדיין להפעיל שיקול דעת כמי לפסוק. כאן הרב יהודה מביא את שיטת אביו הרא"ש, ולכן בנידון שהובא לפניו בעניין פסיקת אחד הדיינים כותב הרב יהודה שיש מחלוקת בין הפוסקים, והדיין שאימץ את אחת השיטות על פי שיקול דעתו הסתמך על ראיות. הרב יהודה, אינו מחייב את הדיין להשתמש בכללי הפסיקה כשיש מחלוקת בתלמוד.

הרב מאיר אבן גבאי מתקשה לקבל את הגישה שלדיין יש חירות בשיקול דעתו. לדעתו, אין לאפשרויות ההלכתיות המנוגדות מעמד ריאליסטי שקול. כלומר עמדתו מניחה כי שיקול הדעת האנושי – האוטונומי – אינו לגיטימי ביחס להלכה. הפתרון שהרב מאיר אבן גבאי מציע הוא שההתגלות אינה רק אירוע היסטורי שהתחולל פעם אחת בעבר אלא קול זה ראשיתו במעמד הר סיני, אולם אינו פוסק לעולם, לכן אין מקום לחתימה הלכתית, כיוון שחתימה פירושה הפסקת ההתגלות המתמדת. מכאן נובעת חירות הדיין בהפעלת שיקול דעתו. לשיטתו, חירות הדיין אינה נובעת מהכוח שהקב"ה העניק לו, אלא חכמים נוטלים חלק בהתגלות שאינה פוסקת לעולם. לדעתו, העמדה הסוברת שלאפשרויות ההלכתיות יש מעמד שקול אינה מתקבלת על הדעת.

המהרש"ל מחזק את האוטונומיה האינטלקטואלית של הדיין. הוא רואה בהתגלות האלוהית על הר סיני ראיה לחירות הדיין בשיקול דעתו. המהרש"ל פותח את שני המבואות שכתב למסכתות בבא קמא וחולין בניתוח המשמעות של ההתגלות במעמד הר סיני. לדעתו, ההתגלות אינה רק אירוע היסטורי חד פעמי שהתרחש בזמן ובמקום מסוים והתגבש בתורה

שבכתב, אלא במקביל לאירוע הראשוני של ההתגלות במעמד הר סיני מתחוללת התגלות מתמדת שבאה לידי ביטוי בהפעלת שיקול דעת חכמים. אם כן, נושאי התורה הם חכמי ישראל שבכל דור ודור, ועל פי שיקול דעתם נקבעת ההלכה. התורה לא נמסרה בשלמותה למשה, כדי שכל טקסט יהיה פתוח לפרשנות חדשה, כלומר ההתגלות המתמדת היא לאפשר לחכמי ישראל פתיחות בטקסט על פי שיקול דעתם. לדיין חירות מלאה לפסוק על פי שיקול דעתו. המהרש"ל מתרעם על המאמינים לכתוב בספרים ולא מפעילים את שיקול דעתם לראות שהדין אינו כן ואינם שומעים למי שעל פי שיקול דעתו וראיות ברורות צווח שאין הדין כך. התלמוד הוא הקובע להלכה, אליו כפוף הדיין, אך אין הוא כפוף לגאונים או לאחרונים, ועליהם יכול לחלוק על פי שיקול דעתו. המהרש"ל סובר כשיטת הרמב"ם, שהמכריע הבלעדי זה התלמוד, כי כל עם ישראל קיבל אותו כספר מחייב. המהרש"ל כרמב"ם אף הוא, דוגל שאין מעמד מועדף מבחינת פסיקת ההלכה. אין עדיפות לשיקול דעת הראשונים על שיקול דעת האחרונים, כי כל חכמי ישראל יונקים במישרין מן ההתגלות.

ר' חיים בצלאל קובע שבדעתו של חכם ההלכה תמיד יש חידוש ושיקול דעתו יכול להשתנות מעת לעת. קביעה נוספת שהוא קובע, שיש שוני בשיקול הדעת שבין חכמי ההלכה. לשיטתו, שני מרכיבים אלה הם מהותיים לתהליך ההכרעה ההלכתית, וטועה מי שחושב שיש בזה כדי לפגוע באחידותה של התורה, שכן מכלול האפשרויות ההלכתיות הן הכרעות תקפות – "אלו ואלו דברי אלוהים חיים". בהקדמה לספרו "ויכוח מים חיים" הוא תמה על הרמב"ם, שקבע את ההלכה לבדו. מבלי לצרף את חכמי דורו. כלומר לשיטתו יש חירות לדיין בשיקול דעתו. אך בבואו לקבוע הלכה, עליו לצרף את חכמי דורו. אמנם לא ברור למה לא תמה על פוסקים אחרים כגון הרמב"ם. כלומר, רבי חיים בצלאל מעודד את הפוסק לפסוק על פי שיקול דעתו אך בשתי הגבלות. האחת לשתף חכמי דורו, והשנייה לא לפגוע במנהגים.

### **שיטת האחרונים**

מצאנו שרבי חיים בן-עטר חולק על קודמיו, אף על הראשונים בלי להצטדק ולחלוק להם את כבודם בהשפלת ערך עצמו וביטול ישותו בדרך הביטוי "לולא דמסתפינא". כגון: "פשוט שאין דברי הרמב"ם מחוורין", "ודברי הראב"ד אין נראין בשום אופן", "והכסף משנה העלים עין מכל וכל", "ומה שהבין [הכסף משנה] בדברי הרמב"ם חוכך אני לו", "ודברי הבית יוסף יקובלו מפי נביא דווקא כי מי גלה לו סוד זה", "והאמת יורה דרכו כי דעת הרא"ש יחידאי בפוסקים, וכבר הקשיתי עליהם בטענות הנשמעות והשומע לי יזכה לישב בסוכה של לויתן". נמצא שלשיטתו, אין סמכות לפוסק לחלוק על שיקול דעת ראשונים למעט "בני עליה" שכנראה הוא רואה את עצמו כאחד מהם.



החזון איש כותב שיש חירות לדיין להפעיל שיקול דעת ולהכריע בין הפוסקים אפילו הראשונים. הוא מדגיש "הראשונים", ומדבריו משתמע ראשונים ולא גאונים. נימוקו הוא שבהיעדר סמכות להכריע בין הפוסקים חסר עיקר העיסוק בתורה, ולכן למסקנתו חובה לחלוק על ראשונים. אך אחרים שאין להם נימוק "עסק התורה" אינם יכולים לחלוק על הראשונים, אלא לבחור בין שיקולי דעתם.

לדעת הרב עובדיה יוסף, יש חירות לדיין לחלוק על ספרי האחרונים. שיטתו שונה משיטת החזון איש שראינו לעיל, שאפשר לחלוק על ראשונים. בדבריו הוא מדגיש שאפשר לחלוק על האחרונים, ואין חירות לדיין בשיקול דעתו לחלוק על הראשונים.

הרב משה פיינשטיין רואה באוטונומיה השיפוטית של הדיין בסיס לחובה המוטלת עליו. כלומר אסור לו לחמוק מהכרעה. הרב מדגיש כי הסמכות והחובה שיש לדיין לפעול מבוססות שיקול דעתו. ומבחין בין שני מרכיבים בשיקול דעת הפוסק: "ראיות נכונות" ו"טעמים נכונים". הראשון מבוסס על מקורות מוסמכים, והשני על נימוקים רציונליים. מסתבר ששני המרכיבים מצטרפים, ובהתמלאם יכול הדיין להכריז על פסק הדין. ויכול הדיין לחלוק על האחרונים, ולפעמים על ראשונים. הרב אינו מבהיר למה מתכוון "איזה ראשונים". דומה שלשיטתו יש לצמצם את המחלוקת כלפי הראשונים.

ביטוי חשוב לתפיסת חירות הדיין בהפעלת שיקול דעתו מוצאים אצל הרב סולובייצ'יק במסתו "איש ההלכה". לדעתו, הדיין בהפעילו אמת שיקול דעתו יכול ליצור חידושים הלכתיים משמעותיים. העובדה שהדיין צריך לפרש את ההלכה על פי שיקול דעתו מתייחסת לאופיו המהותי של איש ההלכה, ולזיקתו להקב"ה. כלומר כאשר הדיין מפעיל שיקול דעתו ויוצר חידושים הלכתיים, הוא הגשים ערך עצמאי. לשיטתו, איש ההלכה מגלם בלימוד התורה את מלוא הווייתו כאיש יוצר עם שיקול דעת ואת מיטב הידמותו להקב"ה. הרב סולובייצ'יק מצייר את איש ההלכה ככל יכול. עפ"י סיפור תנורו של עכנאי, שאף מביאו בראשית דבריו. מאמץ הרב, את הגישה שכביכול אפילו בורא העולם מקבל את שיקול דעתו.

### **עמדות החוקרים**

שגיא מסיק על שיקול דעת הפוסק שיש כמה ביטויים של מעורבות הפוסק בהכרעת ההלכה. ההיסק ההלכתי אינו הכרחי כמו ההיסק הלוגי. תפיסתו של הפוסק, עולם ערכיו ושיקול דעתו קובעים את ההכרעה ההלכתית עצמה.

לדעת שיפמן, איש ההלכה נדרש להפעיל את שיקול דעתו ולהכריע הכרעה הלכתית אישית מן המקורות או מן הדעות השונות שכולן בחזקת "אלו ואלו דברי אלהים חיים". הוא סובר שככל שאדם קונה לו ידיעה מעמיקה בדין היהודי, אפשרותו לסמוך על אוטוריטה מבחוצ

שתשחרר אותו עצמו מקבלת אחריות תקטן. לדבריו, הכשל נובע רק מכך שאותם פוסקים קוראים את הטקסט קריאה "עיוורת" ושטחית בלי לרדת לסוף דעתו ובלי שרכשו הבנה של טעמיו. אם כן, לדיין יש חירות בהפעלת שיקול דעתו, ואם ידע להפעילה, יגיע לתוצאות נכונות. נראה ששיפמן לא תחם את "מתחם הסבירות", כיוון שגם לדיין יש מגבלה, ואת חירותו צריך להפעיל על פי כללי ההלכה.

לדעת טברסקי, לאיש ההלכה יש שיקול דעת לבסס את תוקפה של ההלכה לא רק בהיבט הפורמליסטי שלה, אלא מחובתו להתחשב בערכים הטמונים בתשתיתן של ההלכות. כדי להצביע שלהלכה יש שני פנים הוא משתמש בביטויים כמו "המערכת הכפולה של ההלכה" ו"המוקד הכפול של דין תורה". עוד אומר טברסקי שלהלכות רבות יש משמעויות ערכיות. ואולם ערכים הלכתיים אלה אינם שקופים דיים, ואותם הפוסק יכול לגלות על ידי לימוד עצמאי והפעלת שיקול דעת. הוא מדגיש שדיון בערכי ההלכה על פי שיקול הדעת הוא לגיטימי כל עוד הוא מאושר ומפוקח בידי גדולי תורה.

רקמן לא ראה בהלכה מערכת משפט פורמלית שאיננה תלויה ואיננה מותנית במערכות ערכיות, תרבותיות ואמוניות כלשהן. לכן הוא סובר שלפוסק יש חירות ואף חובה על פי שיקול דעתו לרכך את המרכיב "הקשיח" של ההלכה. השימוש בשיקול דעת הפוסק הביא להתנגדות קולנית למעשיו, בין השאר משום שהוא העמיד בסכנה את מושג ההלכה שמקובל על פי הפוסקים מדורי דורות. לדעתו, בשורשי ההלכה מצויים ערכים הומניים ומוסריים. לכן עגינותה הבלתי מוצדקת של אשה בידי בעלה פותרת את היסוד המוסרי שבתשתית קשרי הנישואין. ולכן לפוסק יש שיקול דעת להכריז שבדיעבד יש כאן "מקח טעות". רקמן רואה בהעדר שימוש בשיקול דעת בתהליך היצירה ההלכתי לריחוק חלק מהציבור מהיהדות.

סילמן סובר שיש שתי גישות. האחת דוגלת בחידוש על פי שיקול דעת הפוסק ורואה בו ביטוי ליצירתיות מקורית, ואין בה אלא גילויים של אמתה של תורה. השנייה מבוססת על ההנחה שהתורה שלמה בתכלית השלמות, לכן אין מקום להוסיף חידושים על פי שיקול הדעת. הוא רואה בוויכוח שבין הלל ובין בני בתירא ביטוי למתח בין שתי גישות אלה. אם הלל מוכן לפשוט את הספק על פי שיקול דעתו באמצעות מדרש הלכה, הרי עמדתם של בני בתירא מבוססת על ההנחה שאין בידי חכמים לחדש הלכה על פי שיקול דעת ולא לשחזר את תורת סיני באמצעות דרכי ההיקש, כיוון שפוסק שעל פי שיקול דעתו מקיש מעניין לעניין ומוביל למסקנות שונות ואפילו סותרות.

### **יחס הפוסקים המאוחרים לשיקול דעת קודמיהם**

בדיוננו בעמדת הפוסקים המאוחרים לשיקול דעתם של הקודמים להם הועלו המסקנות הבאות:

ההערה הגדולה לדברי הראשונים לא מנעה מחכמי ההלכה לקבוע במשך הזמן כלל גדול בפסיקה, שההלכה כדברי האחרונים. כלל זה לכאורה מנוגד לעיקרון של עדיפות שיקול דעת הראשונים מן האחרונים. ואולם כלל זה מהותו ותפקידו מבוססים על סמכות הדיין לפסוק על פי שיקול דעתו. כלומר הדיין המאוחר מעיין בכבוד ראש, ביראה ובענווה בדברי הראשונים, וכאשר הגיע למסקנתו, נפסקה ההלכה כדבריו ולא כדברי הראשונים.

לדעת רב שמואל בן חפני גאון, כאשר רב ותלמיד חולקים, יש להעדיף את שיקול דעת התלמיד. נימוקו שהוא מאוחר ביחס לרבו. והוא אף יוצא חוצץ נגד השיטה ההפוכה שבסדר תנאים ואמוראים. אין הוא מפרש את שיטתו מדוע מועדף האמורא האחרון אף אם מדובר בתלמיד ורבו. סקליר מנמק את שיטת רבי שמואל בן חפני, ולדעתו, גישה זו נבעה מתפיסתו שמפעלם ההלכתי של חכמים להשוות מסורות סותרות ולקבוע על-פי שיקול דעת איזו מהן אמינה יותר. לכן האחרון שמאמץ מסורת מסוימת קובע את ההלכה לדורות.

רב האי גאון נוקט כשיטת סדר תנאים ואמוראים ששיקול דעת הרב מועדף על-פני שיקול דעת התלמיד. במחלוקת בין ר' יוחנן ור' אלעזר ובין בר קפרא פסק רב האי גאון כדעת בר קפרא. מכאן שלשיטת רב האי גאון, יש לפסוק כחכם הקדום, אף אם אינו רבו המובהק של החולק.

לדעת הרב שלום שכנא, הכלל "הלכתא כבתראי" חל, ומנימוקיו אינו חפץ ששיקול דעתו יועדף ויסמכו עליו כל העולם.

רבי חיים בצלאל לא קיבל את הכלל ההלכתי "הלכתא כבתראי". לדעתו, אין להשתמש בכלל "הלכתא כבתראי" הרווח בשיטת הרמ"א. החרג לשיטתו, שהאחרון מוצא סיוע לשיקול דעתו מפוסק אחר. השקפת ועולמו ודרכו בפסיקה, נובעת משתי יסודות: מנהג המקום והנטייה להחמיר.

מהר"ם אלאשקר אינו מקבל את הכלל ההלכתי כבתראי תמיד. הוא שולל את תחולת הכלל כאשר בין בתראי לקודמיהם יש פער גדול של זמן. כדוגמא הוא מביא את התנאים והאמוראים. כיוון שהתנאים הם בדרגה גבוהה משל האמוראים, אין אפשרות שאמורא יכול על פי שיקול דעתו לחלוק על שיקול דעת התנא. לכן גם בדורות המאוחרים מתחשבים בפער בין שני הגופים. בתשובתו הוא דן אם לקבל דברי המהרי"ק, על אף שסברתו שלא כסברת התוספות וסמ"ג. מהר"ם אלשיך, אינו מקבל את השיטה שיש להעדיף שיקול דעת

המהמרי"ק, כיהוא בתראי, כיוון שבין המהרי"ק לתוספות וסמ"ג קיים פער כמו בין אמורא לתנאי.

רבי אברהם הלוי מתייחס לממד הזמן בתקופות מסוימות. לשיטתו, מחד יש ירידת הדורות, ומאידך ההלכה נקבעה כאחרונים, לכן אין פער בין שיקול דעת הראשונים לאחרונים. רק אם מדובר במאות שנים, הפער גדול.

רבי יהונתן אייבשיץ סובר שיש כוח לאחרונים, ואנו נעדיף את שיקול דעתם. אך הוא מסייג את הכוח לחלוק כאשר מדבר באחד מהאחרונים שמובהק בחכמה ויש לו שיקול דעת הלכתי להכריע. אבל אם אינו בעל נתונים כאלה, אין לשמוע לדבריו, אם הוא חולק על הקדמונים, אשר חכמתם ושיקול דעתם הם לנו לעיניים ולחומה. רבי יהונתן אייבשיץ חש אף הוא בירידת הזמן, כרבי אברהם הלוי. אמנם רבי יהונתן אינו מגדיר את ממד הזמן, ואולם מביא דוגמה לפער השנים שבין מהרי"ק לבין התוספות.

### **עמדות החוקרים:**

לדעת תא-שמע, יש מחלוקת ברורה בין חכמי ספרד ובין חכמי אשכנז בעניין החלת הכלל "הלכתא כבתראי". לדעתו, חכמי אשכנז הקדימו את חכמי ספרד בהחלת הכלל, כיוון שמשל "הננס והענק" לא היה ידוע בארצות האיסלאם.

וויזנר חולק על תא-שמע וסובר שאף הספרדים יש שהם מקבלים את הכלל "הלכתא כבתראי" במחלוקות בתר-תלמודיות, ורק במקרים מעטים אין הם מאמצים את הכלל.

לדעת יובל, המהרי"ק החיל את הכלל "הלכתא כבתראי" רק על כמה חכמים שחיו ופעלו בדורם של המהר"ם מרוטנבורג ור' יעקב "בעל הטורים" – עד אמצע המאה ה-14.

לדעת רפלד, במאות 15-16 הרבו להשתמש בכלל "הלכתא כבתראי" וכך העדיפו בבירור את שיקול דעתם של האחרונים.

### **התקדים ושיקול דעת בתי הדין**

שיטת המשפט העברי אינה כוללת את מוסד הערעור ואף אינה מכירה בעיקרון התקדים המחייב, כיוון שלפי המשפט העברי, לכל דין יש חירות בהפעלת שיקול דעתו, ועליו לפסוק בלא כפיפות למקורות קודמים.

מפנה מסוים הסתמן בתחילתה של המאה הקודמת, והוא הקמת בית דין לערעורים. בבית דין זה יהא אפשר לערער לפניו על פסקי דין שיינתנו על-ידי בתי דין שבמחוזות ובערים. בתלמוד אין בית דין לערעורים, אבל יש אפשרות לבעל הדין לבקש שיתברר משפטו לא לפני בית דין פלוני אלא בבית הדין הגדול. המתנגדים, טענו שעצם הקמת בית דין לערעורים, יש

בו פגיעה בשיקול דעת הדיין. לדבריהם, מתוך הסוגיה שבבבא בתרא עולה כלל: "בי דינא בתר בי דינא לא דייקיי". ומשמעות הדברים היא שאין בית דין אחד בודק אחר פסיקתו ושיקול דעתו של בית דין חבירו. אנו מוצאים בדברי התשב"ץ, שכל זמן שבית הדין הראשון לא הודה בטעותו, אין הדין חוזר. ואין כוח בידי בית דין שהוא, לבד מבית הדין הגדול בירושלים, כלומר הסנהדרין, לבטל פסק דין של בית דין אחר.

בית הדין הרבני הגבוה לערעורים נימק את סמכותו וסובר שאין מקום לטענה "בי דינא בתר בי דינא לא דייקיי". נימוקו שיש סמכות לבדוק שיקול דעת הערכאה הקודמת. מכוח תקנת הדיון. שהרי הצדדים, על דעת כן הם מתדיינים, שפסק הדין ייבדק שוב, האם ישבו טעות. וכאילו שנשפטים מחדש. נימוק נוסף שמעלה בית הדין. מכיוון שתקנות הדיון נתקנו עובר למתן פסה"ד. בית הדין שנתן בסוגיה, הוא דן על דעת שלא יעורער בבית הדין הגדול, והסכים ששיקול דעתו יבוקר. לדעת ר' צבי-הירש קאלישר, ברור שאין בכלל האמור כדי למנוע בעד בית דין אחר מלבקר את שיקול הדעת של קודמו ולהביע את דעתו אם מוטעה הוא אם לאו. אבל בית הדין השני לא ישמע טענות או עדות אלא יסמוך על בית הדין הקודם. אלא הביקורת היא, כיצד הפעיל בית הדין הקודם את שיקול דעתו. לדעת הרב בן-ציון מאיר חי עוזיאל, אין כאן הלכה מחייבת אלא נוהג בין בתי דין, ואם יש אילוצים חברתיים לתקן תקנה ולהקים מוסד לערעורים, מאמר זה אינו מהווה מכשול.

בשנת תרפ"א, 1921, הוחלט להקים בית דין גבוה לערעורים. דבר זה, לפי מה שראינו לעיל, חדש בעולם ההלכה. כעבור זמן חל כרסום בחידוש חשוב זה. לעתים אחד הצדדים מערער על סמכות שיפוט זו, ולעתים בתי הדין האזוריים מסרבים לקבל עליהם את שיקול דעת בית הדין הגדול לערעורים.

### **ריבוי דעות בהלכה**

מצאנו שבריבוי דעות בהלכה יש שתי גישות: התנגדות לריבוי הדעות ותפיסת ריבוי הדעות כיסוד מעצב בהלכה.

### **ההתנגדות לריבוי דעות**

התלמוד שולל את המחלוקת. אף הגאונים מסתייגים מתופעת ריבוי הדעות, והם התאמצו להציג את ההלכה כנקייה ממחלוקת עד כמה שאפשר. מגמה זו מובנת על רקע הפולמוס החריף שבינם לבין הקראים. לדעת רב סעדיה גאון, הספק הוא זמני ונפתר על בלימוד ועיון וזיקוק.

לדעת רש"י ובעל תוספות יום-טוב, יש קשר הגיוני בין רשלנותם של התלמידים ובין ריבוי שיקולי הדעת בהלכה.

הרמב"ם מצדד בריבוי דעות, ולשיטתו, רק עמדה אחת מבין כל הדעות החולקות משקפת את האמת ההלכתית.

### **גישת המחקר**

הרב הופמן הציע ניתוח טקסטואלי לתוספתא כדי להאיר באור חדש את הסיבות ההיסטוריות לריבוי המסורות. לדעתו, המחלוקת התהוותה על ידי פגיעה בתהליך של מסורות.

גילת סובר שהגורם לריבוי הדעות היה התפתחות של בתי מדרש גדולים בימי שמאי והלל, שבהם התגבר העיון בתורה ובמדרשי הכתובים, וכך נתעוררו חילוקי דעות בין חכמים ונתרבו שיקולי הדעת בהלכה היהודית.

לדעת שגיא, על פי המקורות קיימים שיקולים עיוניים ומעשיים שעלולים להוליך למצב של הרס המבנה החברתי ואחידות התורה.

### **המחלוקת כיסוד מעצב**

רבי יהושע דטראני אומר ש"אלו ואלו דברי אלהים חיים", כלומר כל הדעות שבמחלוקת הן נכונות מחד, ומאידך הוא סובר שאין חכם שיינקה מן השגיאות.

הנצי"ב סובר שהלוחות הראשונים עיצבו את הצורך לבצע תהליכי היסק, אבל אין זה חידוש כלל ועיקר, היות שהוא מבוסס על כללים ברורים – י"ג המידות שהתורה נדרשת בהן, שלדעתו, אינן מגלמות את הכוח היוצר האנושי. אך הלוחות השניים, שהם מעשה ידי אדם, מגלמים את האידאליזם של החידוש, וחלקו של הדין בהפעלת שיקול דעתו מסביר לא רק את המחלוקת, אלא אף את ההתפתחות הבין-דורית.

### **עמדת החוקרים**

לדעת סילמן, יש שתי עמדות – פסיקה הלכתית ומשא ומתן. לדעת גילת, בדורות התנאים והאמוראים ראו חכמים בריבוי הדעות תקלה היסטורית. ואולם המציאות ההיסטורית שינתה את גישת חכמי האמוראים הראשונים. לדעת אורבך, ההלכה הקדומה כהלכה היא פרי חקיקה מכוונת, וריבוי הדעות בהלכה לא תרם לפסיקה.

### **כוח על-אנושי ושיקול הדעת בהכרעת ההלכה**

בשאלת שיקול דעת אנושי כנגד שיקול דעת על-אנושי העלינו שתי עמדות: העמדה הרווחת היא שהשיקול האנושי גובר על השיקול העל-אנושי. כך שיטת כמה מן הראשונים, כגון הרמב"ם, רבנו נסים, ומן האחרונים – רבי אריה ליב הכהן, רבי ישראל מסלנט, הרב דסלר, החת"ם סופר והחזון איש.

עמדה אחרת מצדדת בשיקול על-אנושי. כך הראב"ד, המציין שבבית מדרשו הופיעה בת קול, ר' יהודה הלוי, הקובע שחובה לשמוע לדברי הנביא כל זמן שהייתה נבואה קיימת בישראל.

#### **דעות החוקרים:**

לדעת גילת, האמירה "לא בשמים היא" מלמדת שההכרעות ההלכתיות חייבות להתבסס אך ורק על שיקול דעת הפוסקים. אמנם ההלכה הקדומה בימי בית שני הכירה בכוחם של נביאים לחדש הלכות, ואולם עם עליית הנצרות והתפתחות כתות יהודיות נוצריות שהאמינו בישו ובהתגלות נוספת חששו חז"ל מערעור כוחה וסמכותה של התורה בכלל ושל התורה שבעל-פה בפרט והשתדלו להשמיט את הבסיס לדעות אלו.

לדעת אנגלרד, אין כל בסיס להסיק על סמך אגדה אחת מסקנה מפליגה ששיקול דעת הרוב קובע. לשיטתו, יש לבדוק את כל המקורות.

אם-כן, הדעה בקרב החוקרים היא ששיקול דעת הפוסק גובר על כוחות על-אנושיים.

## רשימת קיצורים

1. אורבך, ההלכה  
א"א אורבך, ההלכה מקורותיה והתפתחותה, גבעתיים תשמ"ד.
2. אורבך, מעולמם של חכמים  
אפרים א' אורבך, מעולמם של חכמים, ירושלים תשס"ד.
3. אורבך, בעלי התוספות  
אפרים א' אורבך, בעלי התוספות תולדותיהם חיבוריהם שיטתם, ירושלים תשנ"ו.
4. אלבק, משנה  
ח' אלבק, מבוא למשנה, ירושלים תשי"ט.
5. אלבק, תלמודים  
ח' אלבק, מבוא לתלמודים, תל-אביב תשכ"ט.
6. אלון, המשפט העברי  
מ' אלון, המשפט העברי, א-ג מהדורה שלישית, ירושלים תשמ"ח.
7. אפשטיין, מבואות  
י"נ אפשטיין, מבואות לספרות התנאים, ירושלים תשי"ז.
8. בונפיל, הרבנות באיטליה  
ראובן בונפיל, הרבנות באיטליה בתקופת הריניסאנס, ירושלים תשס"ה.
9. בן מנחם, המחלוקת בהלכה  
ח' בן-מנחם, המחלוקת בהלכה, חלקים א-ג, עורכים בן-מנחם, נתן הכט, שי ווזנר, חלק א', ירושלים תשנ"ב, חלק ב, ירושלים תשנ"ד, חלק שלישי, ירושלים תשס"ג.
10. בן-שלום, בית שמאי  
י' בן-שלום, בית שמאי ומאבק התנאים נגד רומי, הדפסה רביעית, ירושלים תשס"א.
11. ברודי, צוהר לספרות הגאונים  
י' ברודי, צוהר לספרות הגאונים, הוצאת הקיבוץ המאוחד, תל אביב, 1998.
12. ברזל, על מבנה היהדות  
א' ברזל, על מבנה היהדות, תל-אביב תשנ"ד.
13. בשן, בין שמרנות לקידמה  
א' בשן, ר' מרדכי בן יוסף גיו (1825-1917) רבה של טנגייר – בין שמרנות לקידמה, בתוך: הישן יתחדש והחדש יתקדש, עורכים יהודה פרידלנדר, עוזי שביט, אבי שגיא, תל-אביב תשס"ה.
14. גילת, יד לגילת  
יצחק ד' גילת, יד לגילת, ירושלים תשס"ב.
15. דה פריס, מבוא כללי לספרות התלמודית  
בנימין דה פריס, מבוא כללי לספרות התלמודית, תל-אביב 1966.
16. גילת, פרקים בהשתלשלות ההלכה  
יצחק ד' גילת, פרקים בהשתלשלות ההלכה, רמת גן תשנ"ד.
17. דינרי, חכמי אשכנז  
י"א דינרי, חכמי אשכנז בשלהי ימי הביניים, ירושלים תשמ"ד.



18. הלברטל, **מהפכות פרשניות בהתהוותן** מ' הלברטל, **מהפכות פרשניות בהתהוותן**, ערכים כשיקולים פרשניים במדרשי הלכה, ירושלים תשנ"ט.
19. וינריב, **דת ומדינה** א' וינריב, **דת ומדינה היבטים פילוסופיים**, תל-אביב, 2000.
20. זוהר ושגיא, **מעגלי זהות** צ' זוהר וא' שגיא, **מעגלי זהות יהודית בספרות ההלכתית**, תל-אביב 2000.
21. זוהר, **אורח חיים חילוני** צ' זוהר, **אורח חיים חילוני: מימוש 'קבלת המצוות' הנחוצה לגיור בר-תוקף**, עיון בפסיקתו של הרב משה הכהן, בתוך ספר זיכרון לפרופסור זאב פלק ז"ל עורכים רבקה הורביץ, משה דוד הר, יוחנן דוד סילמן, מיכאל קורנאלדי, ירושלים תשס"ה.
22. חלמיש, **הקבלה בתפילה בהלכה ובמנהג** מ' חלמיש, **הקבלה בתפילה בהלכה ובמנהג**, רמת גן תש"ס.
23. כ"ץ, **בין יהודים לגויים** י' כ"ץ, **בין יהודים לגויים**, הדפסה שלישית, ירושלים תשנ"ט.
24. כ"ץ, **האורתודוכסיה כתגובה** י' כ"ץ, **"האורתודוכסיה כתגובה ליציאה מן הגטו ולתנועת הרפורמה"**, בתוך: ההלכה במיצר, בעריכת י' כ"ץ, ירושלים תשנ"ב.
25. כ"ץ, **הלכה וקבלה** י' כ"ץ, **הלכה וקבלה**, ירושלים תשמ"ד.
26. כ"ץ, **לאומיות יהודית** י' כ"ץ, **לאומיות יהודית מסות ומחקרים**, ירושלים תשמ"ג.
27. כ"ץ, **מסורת ומשבר** י' כ"ץ, **מסורת ומשבר**, ירושלים תשי"ח.
28. לאו, **ממרון עד מרן** ב' לאו, **ממרון עד מרן**, משנתו ההלכתית של הרב עובדיה יוסף, תל אביב 2005.
29. לופו, **ש"ס דליטא** י' לופו, **ש"ס דליטא ההשתלטות הליטאית על בני תורה ממרוקו**, תל-אביב 2004.
30. ליבוביץ, **הלכה וקבלה** ר' ליבוביץ, **הלכה וקבלה – השתקפות הקבלה אצל הרב עובדיה יוסף**, בתוך: מגל חידושי תורה ו מאמרים, רמת גן תשס"ד, עמ' 297-319.
31. ליברמן, **יוונית** ש' ליברמן, **יוונית ויוונית בארץ ישראל**, ירושלים תשנ"ג.
32. ליברמן, **תוספתא כפשוטה** ש' ליברמן, **תוספתא ראשונים**, א-ד ירושלים תרצ"ז.
33. מלמד, **על כתפי ענקים** א' מלמד, **על כתפי ענקים**, **תולדות הפולמוס בין אחרונים לראשונים בהגות היהודית בימי הביניים ובראשית העת החדשה**, רמת גן, תשס"ד.
34. סילמן, **קול גדול ולא יסף** יוחנן ד סילמן, **קול גדול ולא יסף תורת ישראל בין שלמות להשתלמות**, ירושלים תשנ"ט.

35. סמט, תגובת ההלכה  
מ' סמט, "תגובת ההלכה על המודרניזציה", דעות, לו(תשכ"ט) עמ' 26-30.
36. ספראי ושגיא, בין סמכות לאוטונומיה  
ז' ספראי ואבי שגיא (עורכים), בין סמכות לאוטונומיה במסורת ישראל, הדפסה שנייה 1998.
37. ספרי, דברים  
א"א פינקלשטיין, ספרי על ספר דברים, ניו-יורק תשנ"ג.
38. פלק, תורה והגות  
ז' פלק, תורה והגות, ירושלים תשס"א.
39. צוקרמאנדל, תוספתא  
מ"ש צוקרמאנדל, תוספתא, ירושלים תש"ל.
40. קפלן, אורתודוקסיה בעולם החדש  
ק' קפלן, אורתודוקסיה בעולם החדש, ירושלים תשס"ב.
41. רוזנברג, לא בשמים היא  
ש' רוזנברג, לא בשמים היא תורה שבעל-פה – מסורת וחידוש, אלון שבות, תשנ"ז.
42. רפאל, יובל "סיני"  
י' רפאל (עורך), יובל "סיני", קובץ תורני מדעי עם הופעת כרך המאה, ירושלים תשמ"ז.
43. שביד, דימוקראטיה והלכה  
א' שביד, דימוקראטיה והלכה, פרקי עיון במשנתו של הרב חיים הירשנזון, ירושלים תשנ"ז.
44. שביד, חשיבה מחדש  
א' שביד, חשיבה מחדש פריצות דרך במחשבה היהודית הדתית והלאומית במאה ה-20, ירושלים 1991.
45. שגיא, אלו ואלו  
א' שגיא, אלו ואלו, מהדורה שלישית תל-אביב, 2002.
46. שגיא, יהדות: בין דת למוסר  
א' שגיא, יהדות: בין דת למוסר, תל-אביב 1998.
47. שוחטמן, סדר הדין  
א' שוחטמן, סדר הדין, ירושלים תשמ"ח.
48. שטרן, שניים או חזין במציאות  
ידידיה צ' שטרן, שניים או חזין במציאות זה: אומר כולה חוק וזה אומר כולה הלכה, בתוך: כלביא יקום, בעריכת הדס גולדברג, תל אביב תשס"א, עמ' 185-187.
49. שילת, אגרות הרמב"ם  
י' שילת, אגרות הרמב"ם מהדורה משלימה מדויקת עפ"י כתבי יד, ירושלים תשנ"ה.
50. שפירא, הגות הלכה וציונות  
י' שפירא, הגות, הלכה וציונות על עולמו הרוחני של הרב יצחק יעקב ריינס, תל-אביב 2002.
51. תא-שמע, הנגלה שבנסתר  
ישראל מ' תא-שמע, הנגלה שבנסתר לחקר שקיעי ההלכה בספר הזוהר, נוסח מורחב, תל-אביב, 2001.

## ביבליוגרפיה

### ספרי שאלות ותשובות

- אברהם ב"ר מרדכי הלוי, **גינת ורדים**, ד"צ קושטא תע"ו-תע"ז.
- אברהם חיים ב"ר מסעוד חי אדאדי, **ויקרא אברהם**, ד"צ ליוורנו תרכ"ה.
- אהרן ב"ר יוסף ששון, **תורת אמת**, ד"צ ונציה שפ"ו.
- אהרן ב"ר עזריאל, **כפי אהרן**, ירושלים תרל"ד-תרמ"ו.
- אוסף תשובות גאוני בבל, **שערי צדק**, נדפסו ע"נסים מודעי, ד"צ סלוניקי תקנ"ב.
- אליהו ב"ר בנימין הלוי, **זקן אהרן**, ד"צ קושטא תצ"ד.
- אליהו ב"ר יוסף רפאל חזן, **תעלומות לב**, ליוורנו-אלכסנדריה תרל"ט-תרס"ג.
- אליהו בן חיים, **הראנ"ח**, ד"צ קושטא (ש"ע?).
- אליהו מזרחי, **הרא"ם**, ד"ח ירושלים תרצ"ז.
- \_\_\_\_ **מים עמוקים**, ד"צ ברלין תקל"ח.
- אליעזר וולדנברג, **ציץ אליעזר**, ירושלים תשמ"ה-תש"ן (מהדורה מתוקנת).
- אלעזר חיים ב"ר צבי שפירא, **מנחת אלעזר**, ד"צ מונקאטש-פרשבורג תרס"ב-תר"ץ.
- אלעזר פלקלש, **תשובה מאהבה**, ד"צ פראג תקס"ט-תקפ"א.
- אפרים זלמן מרגליות, **בית אפרים**, ד"צ ורשה תרמ"ד.
- אריה ליב צינץ, **משיבת נפש**, פיעטרקוב תר"ס.
- אריה ליבוש בולחובר, **שם אריה**, ד"צ וילנה תרל"ג-ד.
- אשר ב"ר יחיאל, **הרא"ש**, ד"צ וילנה תרמ"ה.
- בן ציון מאיר חי ב"ר יוסף רפאל עזיאל, **משפטי עזיאל**, ירושלים תרצ"ה-תשכ"ד.
- \_\_\_\_ **פסקי עזיאל בשאלות הזמן**, ירושלים תשל"ז.
- בנימין אהרן סלניק, **משאת בנימין**, ד"צ וילנה תרנ"ד.
- בנימין ב"ר מתתיה, **בנימין זאב**, ד"ח ירושלים תשי"ט.
- בנימין פונטרימולי, **שבט בנימין**, ד"צ שאלוניקי תקפ"ד.
- דוד ב"ר חיים כהן מקורפו, **הרד"ך**, ד"צ אוסרוהא תקצ"ד.
- דוד ב"ר שמואל פרידמן, **שאלת דוד**, ד"צ פיעטרקוב תרע"ג.
- דוד בן זמרא, **הרדב"ז**, ד"צ ורשה תרמ"ב.

דוד חיים שלוש, **חמדה גנוזה**, ירושלים תשל"ו.  
 דוד פארדו, **מכתם לדוד**, ד"צ שאלוניקי תקל"ב.  
 דוד צבי הופמן, **מלמד להועיל**, ד"צ פפא"מ תרפ"ו-צ"ב.  
 חיים ב"ר אריה ליב האלברשטאם מצאנז, **דברי חיים**, ד"צ בילגוריי תרפ"ט.  
 חיים ב"ר יעקב פאלאגי, **חיים ביד**, ד"צ אזמיר תרל"ג.  
 \_\_\_\_ **חיים ושלום**, אזמיר תרי"ז-תרל"ב.  
 \_\_\_\_ **חקקי לב**, ד"צ שאלוניקי ת"ר-תר"ט.  
 \_\_\_\_ **סמיכה לחיים**, ד"צ שאלוניקי תקפ"ו.  
 חיים ב"ר ישראל בנבנשתי, **בעי חיי**, ד"צ שאלוניקי תקמ"ח-תקנ"א.  
 חיים דוד הלוי, **עשה לך רב**, ת"א תשל"ו-תשמ"ט.  
 חיים חזקיהו מדיני, **אור לי**, ד"צ איזמיר תרכ"ח.  
 חיים יוסף דוד אזולאי, **חיים שאל**, ד"ח ירושלים תשמ"ו.  
 \_\_\_\_ **יוסף אומץ**, ד"ח ירושלים תשמ"ו.  
 חיים מברונא, **מהר"י ברונא**, ד"ח ירושלים תש"ך.  
 חיים מוולוז'ין, **חוט המשולש**, ד"צ וילנה תרמ"ב.  
 יאיר חיים ב"ר משה שמשון בכרך, **חוט שני**, ד"צ מונקאטש תרנ"ו.  
 \_\_\_\_ **חות יאיר**, ד"צ לבוב תרנ"ד.  
 יהודה אסאד, **מהר"י אסאד**, ד"צ למברג-פרשבורג תרל"ג-תר"ם.  
 יהודה בן הרא"ש, **זכרון יהודה**, ד"צ ברלין תר"ו.  
 יהודה קובו, **יאודה יעלה**, שאלוניקי תרנ"ח.  
 יהושע ב"ר יוסף מקרקא, **פני יהושע**, ד"צ לבוב תר"ך.  
 יהושע מנחם אהרנברג, **דבר יהושע**, ירושלים-ת"א תש"ל-תשל"ו.  
 יואל סרקיס, **הב"ח החדשות**, ד"צ ירושלים תשי"ט.  
 \_\_\_\_ ד"צ אוסטרעהא תקצ"ד.  
 יום טוב אלשבילי, **הריטב"א**, מהדורת קאפח, ירושלים תשי"ט.  
 יום טוב ב"ר ישראל יעקב אלגאזי, **שמחת יו"ט**, מונקאטש תרי"ע.  
 יום טוב ב"ר משה צהלון, **מוהרי"ט צהלון**, ד"צ ונציה תנ"ד.

יונה לנדסופר, **מעיל צדקה**, ד"צ פראג תקי"ז.

יונה נבון, **נחפה בכסף**, ד"צ קושטא-ירושלים תק"ח-תר"ג.

יוסף ב"ר אברהם מולכו, **שלחן גבוה**, שלוניקי תקט"ז-תקמ"ד.

יוסף ב"ר משה הלוי נזיר, **מטה יוסף**, ד"צ קושטא תע"ז-תפ"ו.

יוסף ב"ר משה טירני, **מהרי"ט**, ד"צ למברג תרכ"א.

יוסף ב"ר שלמה קולון, **מהרי"ק החדשות**, בתוך ש"ות ופסקי מהרי"ק החדשים, מהדורת פינס מכון ירושלים תשד"מ.

\_\_\_\_ **מהרי"ק**, ד"ח ירושלים תשמ"ח.

יוסף בן לב, ד **מהר"י בן לב**, "ח בני ברק תשמ"ח.

יוסף חיים ב"ר אליהו אל-חכם, **רב פעלים**, ירושלים תרס"א-ע"ג.

יוסף קארו, **אבקת רוכל**, ד"צ לייפציג תרי"ט.

\_\_\_\_ **בית יוסף**, ד"ח ירושלים תשי"ד.

יוסף שאול נתנזון, **שואל ומשיב**, ד"צ לבוב תרכ"ט-ל"ז.

יחזקאל ב"ר יהודה לנדא, **נודע ביהודה**, ד"צ וילנה תרפ"ח.

יחיאל יעקב ווינברג, **שרידי אש**, ירושלים תשל"ז (הדפסה שניה).

יעקב ב"ר יהודה וייל, **מהר"י וייל**, ד"ח ירושלים תשמ"ח.

יעקב ב"ר יוסף רישר, **שבות יעקב**, פראג תמ"ט.

יעקב ב"ר משה מולין, **מהרי"ל**, מהדורת מכון ירושלים, ירושלים תש"ס.

יעקב ב"ר צבי עמדין, **שאלת יעבץ**, ד"צ לבוב תרמ"ד.

יעקב בי רב, **מהר"י בי רב**, ד"ח ירושלים תשמ"ח.

יעקב יוקב עטלינגר, **בנין ציון החדשות**, ד"צ וילנה תרל"ח.

\_\_\_\_ **בנין ציון**, ד"צ אלטונא תרכ"ח.

יעקב ישראל חאגיז, **הלכות קטנות**, ד"צ ירושלים תרנ"ה.

יעקב ממרויש, **מן השמים**, מהודרת מרגליות, ירושלים (ללא שנת הדפוס).

יעקב פראג"י, **מהרי"ף**, אלכסנדריא תרס"א.

יצחק אייזק ב"ר יעקב חבר וילדמן, **בנין עולם**, חלק יורה דעה ד"צ ורשה תרי"א.

יצחק ב"ר ששת, **הריב"ש החדשות**, מהדורת פרנקל, ד"צ מונקאטש תרס"א.

יצחק ב"ר ששת, **הריב"ש**, ד"צ וילנא תרל"ח.

יצחק בכר דוד, **דברי אמת, וקונטרסים בעניינים שונים**, ד"צ הברשט תרכ"א.

יצחק הרצוג, **היכל יצחק**, ירושלים תש"ך-תשכ"ז.

יצחק וייס, **מנחת יצחק**, מהודרת צילום חדשה, ירושלים תשמ"ט.

ישועה שבאבו ידיע זיין, **פרח שושן**, ד"צ קושטא תצ"ב.

ישעיה דטראני הזקן, **הרי"ד (תשובות הרי"ד)**, מכון התלמוד הישראלי השלם, ירושלים תשכ"ז.

ישראל ב"ר פתחיה איסרלין, **תרומת הדשן**, ד"צ ורשה תרמ"ב.

ישראל מאיר ב"ר יוסף מזרחי, **פרי הארץ**, קושטא-סלונקי תפ"ז-תקט"ו.

כלפון משה הכהן, **שואל ונסאל**, ג'רבא-ירושלים-נתיבות תשי"ב-תשנ"א.

לוי ב"ר יעקב בן חביב, **הרב"ח**, ד"צ למברג תרכ"ה.

מאיר איזנשטאט, **פנים מאירות**, ד"צ לבוב תרנ"א.

מאיר ב"ר ברוך, **מהר"ם מרוטנבורג**, ח"א ד"צ קרימונא שי"ז-ח, ח"ב פראג שס"ח, ח"ג ד"צ לבוב תר"כ.

מאיר ב"ר גדליה, **מהר"ם מלובלין**, ד"צ ורשה תרמ"א.

מלכיאל צבי ב"ר יונה הלוי טננבוים, **דברי מלכיאל**, ד"צ וילנה-פיעטרקוב תרנ"א-תרס"ד.

מנחם מנדל ב"ר אברהם קרוכמל, **צמח צדק**, ד"צ אמשטרדם תל"ה.

מנחם מנדל ב"ר שלום שכנא שניאורסון, **צמח צדק (לובביץ)**, ד"צ וילנה תרל"א-תרמ"ד.

מנחם עזריה מפאנו, **הרמ"ע מפאנו**, ד"ח ירושלים תשכ"ג.

מרדכי ב"ר יהודה הלוי, **דרכי נעם**, ד"צ ונציה תנ"ז.

מרדכי בנעט, **פרשת מרדכי**, ד"צ סיגט תרמ"ט.

משה איסרלש, **הרמ"א**, מהדורת זיו, ירושלים תשל"א.

משה ב"ר חיים אלשיך, **מהר"ם אלשיך**, מהדורת פורגס, בני ברק תשמ"ב.

משה ב"ר יוסף טירני, **המבי"ט**, ד"צ לבוב תרכ"א.

משה ב"ר יצחק אלאשקר, **מהר"ם אלאשקר**, ד"ח ירושלים תשמ"ח.

משה ב"ר מרדכי גלנטי, **מהר"ם גאלנטי**, ד"ח ירושלים תש"ך.

משה ב"ר שלמה אמאריליו, **דבר משה**, ד"צ שאלוניקי תק"ב.

משה בן מימון, **הרמב"ם**, מהדורת בלאו, ירושלים תשמ"ו.

משה מינץ, **מהר"ם מינץ** (שו"ת ונספחים מכתבי יד ובתוכם קונטרס שלושה ענפים), מכון ירושלים, ירושלים תשנ"א.

משה סופר, **חתם סופר**, ד"ח ירושלים תשמ"ב.

משה פיינשטיין, **אגרות משה**, ניו-יורק תשי"ט-תשמ"ה.

משה שתרוג, **ישיב משה**, ג'רבא תרפ"ד-צ"ב.

משנה הקטן, **משנה הלכות**, ניו יורק תשל"ח-תשמ"ז.

נסים ב"ר ראובן גירונדי, **הר"ן**, מהדורת פלדמן, ירושלים תשד"ס.

נפתלי צבי יהודה ברלין, **משיב דבר**, הנצי"ב מוולוז'ין, ד"צ ורשה תרנ"ד.

עבדאללה אברהם יוסף סומך, **זבחי צדק**, בגדאד תרס"ד.

עובדיה יוסף, **יביע אומר**, ירושלים תשי"ד-תשמ"ו.

\_\_\_\_ **יחזה דעת**, ירושלים תשל"ז-תשמ"ד.

עזרא ב"ר רפאל מרדכי מלכי, **עין משפט**, קושטא תק"ל.

עקיבא גינז איגר, **רבי עקיבא איגר**, מהדורה קמא, ד"צ ורשה תקצ"א.

צבי הירש ב"ר יעקב אשכנזי, **חכם צבי**, ד"צ למברג תר"ס.

צמח ור' שמעון בני ר' שלמה, **יכין ובעז**, ד"צ ליוורנו תקמ"ב.

רחמים יוסף פרנקו, **שערי רחמים**, ירושלים תרמ"א-תרס"ב.

רפאל מילדולה, **מים רבים**, ד"צ אמשטרדם תצ"ז.

שלמה ב"ר יצחק הלוי, **מוהר"ש הלוי**, ד"צ שאלוניקי ת"ן.

שלמה ב"ר שמעון, **הרשב"ש**, ד"צ ליוורנו תק"ב.

שלמה בן אדרת ספרד, **הרשב"א**, מהדורת מכון תפארת התורה, ירושלים תש"ן.

שלמה יצחק ב"ר שמואל דוד לוין, **מנחת שלמה**, ניו יורק תשכ"ג.

שלמה יצחקי, **תשובות רש"י**, מהדורת אלפנבין, ניו יורק תשי"ג.

שלמה קלוגר, **טוב טעם ודעת**, ד"צ למברג-פודגורזע תר"ך-תר"ס.

שמואל אבוהב, **דבר שמואל**, ד"צ ונציה תס"ב.

שמואל ב"ר אלקנה אשכנזי, **מקום שמואל**, ד"צ אלטונא תצ"ח.

שמואל ב"ר יחזקאל לנדא, **שיבת ציון**, ורשה תרמ"א.

שמואל ב"ר משה די מדינה, **מהרשד"ם**, ד"צ לבוב תרכ"ב.

שמואל הלוי ואזנר, **שבט הלוי**, בני ברק תש"ל-תש"ן.

שמעון בן צמח דוראן, **התשב"ץ**, ד"צ למברג תרנ"א.

**תשובות הגאונים הרכבי**, תשובות גאוני בבל, מהדורת הרכבי, ד"צ ברלין תרמ"ז.

**תשובות המאירי**, ראה לעיל **מגן אבות**.

**תשובות חכמי צרפת ולותיר**, תשובות מחכמי צרפת מהמאות ה-12 וה-13, מהדורת מילר, וינר תרמ"א.

## ספרות רבנית

**אבות דרבי נתן**, תוספתא למסכת אבות, מהדורת שכטר, ד"צ וינה תרמ"ז.

אברהם ב"ר משה די בוטון, **לחם משנה**, ביאורים על משנה תורה, בתוך משנה תורה.

אברהם ב"ר שלמה אליגרי, **לב שמח**, פירוש על ספר המצוות לרמב"ם, בתוך ספר המצוות, ד"צ ורשא תרנ"א.

אברהם בן הרמב"ם, **המספיק לעובדי ה'**, הלכה ועניינים שונים, מהדורת נסים דנה, רמת גן, אוניברסיטת בר אילן, תשמ"ט.

\_\_\_\_ **מאמר על אודות דרשות חז"ל לר' אברהם בן הרמב"ם**, בתוך מלחמות השם, מהדורת מרגליות, מוסד הרב קוק (חש"ד).

אברהם יצחק הכהן קוק, **אדר היקר**, תולדות הר' אברהם דוד תאומים רבינוביץ (האדר"ת), ירושלים תש"ד.

\_\_\_\_ **אגרות הראי"ה**, ירושלים תשנ"ב.

\_\_\_\_ **עץ הדר**, על פסלותם של אתרוגים מורכבים, ד"צ ירושלים תרס"ז.

אברהם ישעיהו קרליץ, **קובץ אגרות החזון-איש**, אגרות, בני ברק תשל"ו.

אברהם ישראל ב"ר בנימין זאב, **אורים גדולים**, חידושי הלכות ושו"ת, ד"צ אזמיר תקי"ח.

אהרן ב"ר יעקב הכהן, **ארחות חיים**, ירושלים תשט"ז.

אהרן יעללינעק, **בית המדרש**, אסופת מדרשים עתיקים מדפוסים ישנים וכתבי יד, ד"צ לייפציג תרי"ג-תרל"ח.

אלחנן ווסרמן, **קובץ ענינים**, חידושים למסכתות הש"ס וסוגיות, תל-אביב תשכ"ד-תשכ"ז.

\_\_\_\_ **קובץ שיעורים**, חידושים למסכתות הש"ס וסוגיות, תל אביב תשכ"ד-תשכ"ז.



אלכסנדר זוסלין הכהן, **אגודה**, פסקים לפי סדר הש"ס, סדר נזיקין, מהדורת בריזל, ירושלים תש"ל-תשל"ג.

בנימין מנשה לוין, **אוצר הגאונים**, תשובות גאוני בבל ופירושיהם לפי סדר התלמוד, חיפה-ירושלים תרפ"ח-תש"ב.

דוד ניטו, **הכוזרי השני**, הוכחות על אמיתות תורה שבעל פה, ד"ח ירושלים תשי"ח.

דוד פאדרו, **חסדי דוד**, פירוש לתוספתא, ד"צ ליוורנו תקל"ו-תק"ן.

\_\_\_\_ **מזמור לדוד**, ביאורים על ספר פירות גנוסר על שו"ע יו"ד, ליוורנו תקע"ח.

חיים ב"ר בצלצאל מפראג, **ויכוח מים חיים**, השגות לספר תורת החטאת של הרמ"א, ההקדמה נדפסה בתוך תולדות הפוסקים, ר' חיים טשרנוביץ (רב צעיר), ח"ג, עמ' 93-100.

חיים ב"ר ישראל בנבנשתי, **כנסת הגדולה**, אסופת דעות הפוסקים עם ביאורים ופלפולים לפי סדר הטור, ד"צ ליוורנו-אזמיר-קושטא תי"ח-תקס"ז.

חיים ב"ר שלמה הכהן, **לב שומע**, כללי התלמוד והפוסקים, ד"צ ליוורנו תרמ"ה.

חיים בן עטר, **חפץ ה'**, פירוש למסכת הוריות, בתוך אוצר הפירושים על מס' הוריות, הוצאת מזכרת גיטה, תשכ"ט.

חיים חזקיהו מדיני, **שדי חמד**, אנציקלופדיה בעניני הלכה ואגדה וכללי הפוסקים, ד"צ ורשה תרנ"א-תרע"ב.

חיים יוסף דוד אזולאי, **ברית עולם**, הערות על ספר חסידים, בתוך ספר חסידים, מהדורת מרגליות, ירושלים תשי"ז.

\_\_\_\_ **ברכי יוסף**, חידושי דינים על שולחן ערוך, ד"צ וינה תר"ך.

\_\_\_\_ **מחזיק ברכה**, חידושי הלכות שו"ע או"ח ויו"ד, ד"צ שאלוניקי תקע"ב.

חיים ב"ר יעקב פאלאגיי, **כל החיים**, כללים, ד"צ אזמיר תרל"ד.

חיים מוולוז'ין, **רוח חיים**, פירוש על מסכת אבות, וילנה תרי"ט.

**חמדה גנוזה**, קובץ תשובות גאוני בבל, ירושלים תרכ"ג.

חסדאי קרשקש, **אור ה'**, ארבעה מאמרים ביסודי הדת ועיקרי האמונה, ד"צ פירארה שט"ו.

יהודאי גאון, **הלכות גדולות**, פסקים לפי סדר הש"ס (מיוחס לר' יהודאי גאון), מהדורת הילדסהימר, ברלין תרמ"ח-תרנ"ב.

יהודה ב"ר שמואל הלוי, **ספר הכוזרי**, חיבור הגנה על הדת היהודית, מהדורת אבן שמואל, דביר תשל"ג.

יהודה העשיל לעווענבערג, **אמרי חן**, חידושים וביאורים על הרמב"ם הלכות ממרים, בני ברק תש"ן.

יהודה ליב פישמן-מימון, **הנותן בים דרך**, מאמר על דרכי הלימוד, ברדיטשוב תרס"ג.

יהודה ליוא ב"ר בצלאל, **באר הגולה**, ד"צ לונדון תשכ"ד.

\_\_\_\_ **דרך חיים**, פירוש לפרקי אבות, ד"צ לונדון תשכ"א.

\_\_\_\_ **דרשות מהר"ל**, ד"צ לונדון תשכ"ד.

יהונתן אייבשיץ, **אורים ותומים**, חידושים על שו"ע חושן משפט, ד"צ ורשה תרמ"ב.

\_\_\_\_ **כרתי ופלתי**, פלפולים בהלכה על שו"ע יו"ד, ד"צ לבוב תרנ"ז.

יהושע ואלק כ"ץ, **סמ"ע**, (=ספר מאירת עיניים), נושא כלים לשו"ע חו"מ, בתוך שולחן ערוך.

יום טוב אלשבילי, **חידושי הריטב"א**, חידושים לתלמוד, ד"צ מונקאטש תרס"ח.

יוסף הלוי ב"ר מאיר אבן מיגש, **חידושי הר"י מיגש**, חידושים למסכת בבא בתרא, מהדורת הר"מ שפירא, בני ברק תשל"ט.

יוסף ענגיל, **בית האוצר**, כללים ובירור מושגים, ד"צ פיעטרקוב תרס"ג.

יחיאל עפשטיין, **ערוך השולחן**, פיעטרקוב תרס"ו.

יוסף קאפח, **האמונות והדעות**, מהדורת ר"י קאפח, ירושלים תש"ל.

\_\_\_\_ **הקדמתו לפירוש המשנה תורה לרמב"ם**, מכון משה, ירושלים תשמ"ד.

\_\_\_\_ **על דרכו ומשנתו של הרמב"ם**, תחומין ח, עמ' 511-520.

\_\_\_\_ **שאלות חכמי לוניל ותשובות הרמב"ם - כלום מקוריות הן?**, ספר הזכרון לרב נסים, ירושלים, תשמ"ה, חלק ב.

יעקב חיים סופר, **כנסת יעקב**, פסקי הלכה חידושים והערות, ירושלים תשמ"ט.

\_\_\_\_ **כרם יעקב**, פסקי הלכה חידושים והערות, ירושלים תשמ"ט.

יעקב מנשה, **אהל יעקב**, כללים, שלוניקי תקצ"ב.

יצחק צבי, **תוקף התלמוד**, על סמכות התלמוד הבבלי, ד"צ אופן תר"ט.

יצחק ב"ר משה מוינה, **אור זרוע**, פסקים לפי סדר השי"ס, ד"צ זיטומיר-ירושלים, תרכ"ב-תר"ן.

יצחק ב"ר משה עראמה, **עקידת יצחק**, פירוש פילוסופי על התורה, ד"צ ורשה תרמ"ג.

יצחק למפרונטי, **פחד יצחק**, אנצקלופדיה תלמודית, כוללת גם תשובות מרבנים שונים, ד"צ וינציא-ריגיו-ליוורנו תק"י-ת"ר, וליק-קניג-סברג-פרשבורג-ברלין תרכ"ד-מ"ח.

ישועה הלוי, **הליכות עולם**, כללי התלמוד, ד"צ ורשה תרמ"ג.

יששכר בער אילנבורג, **באר שבע**, חידושים על הש"ס ושו"ת, ד"צ ורשה תר"ן.

לוי גינצבורג, **גאוניקה**, שו"ת גאונים מן הגניזה, ניו יורק 1909.

מאיר ב"ר יעקב הכהן שיף, **חידושי מהר"ם שיף**, חידושים לתלמוד, בתוך ש"ס וילנא.

מאיר דן פלוצקי, **כלי חמדה**, חידושים ופלפולים לפי סדר פרשיות השבוע, פיעטרקוב-ורשה תרס"ו-תרצ"ח.

מלאכי הכהן, **יד מלאכי**, כללים, ד"צ פרמישלא תרל"ז.

מנחם המאירי, **בית הבחירה**, פירוש לתלמוד ופסקי הלכות, מהדורת סופר, ירושלים תשנ"ב.

משה אבן חביב, **גט פשוט**, באור הלכות גיטין וכללים, מהדורת מכון ירושלים, ירושלים תש"ס.

משה איסרלש, **דרכי משה**, הגהות על ארבעה טורים, בתוך ארבעה טורים, ומהדורת מכון ירושלים (דרכי משה השלם).

משה ב"ר נחמן, **חידושי הרמב"ן**, חידושים לתלמוד, ד"צ ירושלים תרפ"ח.

משה בן מימון, **אגרות הרמב"ם** לחכמי מונטפשייר, בתוך איגרות הרמב"ם, מהדורת שילת, ירושלים תשמ"ז.

\_\_\_\_ **מורה נבוכים**, מחשבה יהודית, מהדורת קאפח, ירושלים תשל"ז.

משה הכהן, **הלכה למשה**, כללים, בני ברק תשמ"ד.

משה חיים לוצאטו, **דרך עץ חיים**, מוסר, ד"צ ורשה תרפ"ו.

\_\_\_\_ **מאמר על אגדות חז"ל (רמח"ל)**, בתוך מדרש רבה, מהדורת וילנא תרמ"ז.

משה שמואל גלזנר, **דור רביעי**, חידושים למסכת חולין, קלויזנבורג תרפ"א.

ניסים שלמה ב"ר אברהם אלגאזי, **יבין שמועה**, כללים ופירוש להליכות עולם, ד"צ ורשה תרמ"ג.

נסים ב"ר ראובן גרונדי, **דרשות הר"ן**, דרשות, מהדורת פלדמן, ירושלים תשל"ד.

\_\_\_\_ **חידושי הר"ן**, חידושים לתלמוד, בני ברק תשמ"א.

נפתלי צבי יהודה ברלין, **עמק הנצי"ב**, פירוש לספרי, ירושלים תשל"ז.

\_\_\_\_ **העמק דבר, פירוש לתורה**, ירושלים תשכ"ז.

**סדר תנאים ואמוראים**, סדר תולדות תנאים ואמוראים וכללי פסיקה, חיבור מתקופת הגאונים, מערכת הספרים, בסוף האות ס.

סעדיה גאון, **אמונות ודעות**, יסודי האמונה והתורה, מהדורת קאפח, ירושלים תש"ל.

**ספר החינוך**, על תרי"ג מצוות, מחבר אנונימי מתלמידי הרשב"א, מהדורת אשכול, ירושלים תשכ"א.

צבי הירש חיות, **מבוא התלמוד (מהר"ץ חיות)**, יסוד התלמודים והנהגת חכמי התלמוד בהלכה אגדה ודרוש, בתוך כל ספרי מהר"ץ חיות, ירושלים תשי"ח.

צבי הירש קאלישר, **מאזניים למשפט**, בירור הדינים בשו"ע חושן משפט, קרוטושין-קניגסברג תרט"ו.

צבי יהודה הכהן קוק, **מחלוקת במציאות**, בתוך אור המאיר, ליובל הרב ב"צ מ"ח עזיאל, ירושלים תשי"י, עמ' קנג-קסח.

צדוק הכהן מלובלין, **צדקת הצדיק**, הגות ומחשבה, ד"צ לובלין תרע"ג.

**רא"ש**, פסקי הלכה לפי סדר התלמוד, אשר ב"ר יחיאל, בתוך ש"ס וילנא.

רפאל יוסף ב"ר חיים חזן, **חקרי לב**, חידושי הלכות לפי סדר שו"ע, ד"צ שאלוניקי-ליוורנו תקמ"ז-תקצ"ב.

שאול ישראלי, **עמוד הימיני**, בירורי הלכה בענייני מדינה ושו"ת בעניינים שונים, תל אביב תשכ"ו.

שלום מרדכי הכהן שואדרון, **דעת תורה**, פירוש לשולחן ערוך יורה דעה, מכון דעת תורה, ירושלים תשכ"ב-תשמ"ב.

שלמה ב"ר אדרת, **חידושי הרשב"א**, חידושים לתלמוד, ד"ח זכרון יעקב תשמ"ח.

שלמה חכים, **כסא שלמה**, דרשות והספדים, ד"צ שלוניקי תר"ז.

שלמה לוריא, **חכמת שלמה**, הגהות והערות על התלמוד, בתוך ש"ס וילנא.

\_\_\_\_ **ים של שלמה**, חידושים למסכתות התלמוד, ד"צ שטעטין תרכ"א.

שמואל אבן סיד (סיריליו), **כללי שמואל**, כללי התלמוד, מהדורת סופר, ירושלים תשל"ב.

שמואל בן חפני גאון, **מבוא התלמוד לרב שמואל בן חפני גאון**, מבוא לידיעת המשנה והתלמוד, בתוך 'מן הפרק החמישי של מבוא התלמוד לרב שמואל חפני', ש' אברמסון, סיני פח, עמ' קצג-ריח.

שרירא גאון, **אגרת רב שרירא גאון**, מהדורת לוין, ד"צ חיפה תרפ"א.

## ספרות מחקר

- אורבך, א.א., "הדרשה כיסוד ההלכה ובעיית הסופרים", **תרביץ**, כז (תשי"ח), 182-166.
- \_\_\_\_ "חלקם של חכמי אשכנז וספרד בפולמוס על הרמב"ם ועל ספריו", **ציון**, יב (תשי"ז) 149-159.
- \_\_\_\_ "הלכה ונבואה", **תרביץ**, יח (תשי"ז), 27-1.
- \_\_\_\_ "מבוא למשנה' ומאה שנה לחקר המשנה", **מולד**, יז (תש"ד), 440-422.
- אטינגר, ש', "הסברא במשנה תורה", **שנתון המשפט העברי**, כרך יד-טו (תשמ"ח-תשמ"ט), עמ' 16.
- אלבק, ח', "מבוא למשנה". ירושלים, תשי"ט.
- \_\_\_\_ "סוף ההוראה וסיום התלמוד", **סיני**, ספר יובל (תש"ח), 79-73.
- אלבק, ש', "יסודות משטר הקהילות בספרד עד הרמ"ה (1180-1244)", **ציון**, כה (תש"ד), עמ' 121-85.
- \_\_\_\_ "סוף ההוראה ואחרוני האמוראים", **סיני**, ספר היובל (תשי"ח), 73-57.
- אלון, מ', "בעיות ומגמות ביחסי הלכה ומדינה", **עמודים**, תשל"ד, עמ' 207-202, 264-256.
- \_\_\_\_ "דרכי היצירה ההלכתית בפתרון של בעיות חברה ומשפט בקהילה", **ספר זכרון ליצחק בער** (ציון, שנה מד, תשל"ט), עמ' 245-241.
- \_\_\_\_ "ההלכה והרפואה החדשה", **מולד**, סדרה חדשה ד (כז), עמ' 236-228.
- \_\_\_\_ "המשפט העברי במשפט המדינה – כיצד?", **דעות**, י' (תשי"ט), עמ' 22-15.
- \_\_\_\_ "המשפט העברי במשפט המדינה, על המצוי ועל הרצוי", **הפרקליט**, כה (תשכ"ט), 53-27.
- \_\_\_\_ "ייחודה של הלכה וחברה ביהדות צפון אפריקה מלאחר גירוש ספרד ועד ימינו", בתוך: משה בר-יודא (עורך), **הלכה ופתיחות, חכמי מרוקו כפוסקים לדורנו**, תשמ"ה, עמ' 17-15.
- \_\_\_\_ "מניעים ועקרונות בקודיפיקציה של ההלכה", **הגות והלכה**, יב (תשכ"ח), עמ' 119-75.
- \_\_\_\_ "עקרונות מוסריים כנורמה הלכתית", בתוך: **דעות**, כ' (תשכ"ב), עמ' 67-62.

- אלפנביין, י.ש, "מנהגים של כל השנה מאשכנז, לרבינו יצחק מדורא", **חורב**, יי (תש"ח), עמ' 184-129.
- אנגלרד, י', "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי", **הגות והלכה**, יב (תשכ"ח), עמ' 198-161.
- \_\_\_\_\_, "תנורו של עכנאי – פירושה של אגדה", **שנתון המשפט העברי**, כרך א' (תשל"ד-1974), עמ' 56-45.
- \_\_\_\_\_, "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי", **משפטים** ו' (תשל"ה), עמ' 303-294.
- \_\_\_\_\_, "על דרך הרוב ובעיית היושר במשנתו של הרמב"ם", **שנתון המשפט העברי**, יד-טו (תשמ"ח-תשמ"ט), 59-61.
- אסף, ש', "בבל וארץ ישראל בתקופת הגאונים", **השלח**, לד (תרע"ח), עמ' 295-286.
- \_\_\_\_\_, **בתי הדין וסדריהם אחר חתימת התלמוד**, ירושלים, תרפ"ד.
- \_\_\_\_\_, "לסדרי בתי הדין באשכנז", **המשפט העברי**, א' (תרפ"ו), עמ' 120-105.
- \_\_\_\_\_, **תקופת הגאונים וספרותה...**, ירושלים, תשט"ו.
- \_\_\_\_\_, "קובץ של אגרות ר' שמואל בן עלי ובני דורו", **תרביץ** א (תר"ץ), עמ' 64-65.
- אפשטיין, י.ג, "מעשים לבני א"י", **תרביץ**, א', ספר ב' (תר"ץ), עמ' 42-33.
- \_\_\_\_\_, **מבואות לספרות התנאים**, ירושלים, תשי"ז.
- \_\_\_\_\_, **מבואות לספרות האמוראים**, ירושלים, תשכ"ג.
- \_\_\_\_\_, **מבוא לנוסח המשנה** (מהד' שניה), ירושלים, תשכ"ד.
- אריאלי, ט', "התפיסה הסטטית והתפיסה במשפט העברי", בתוך: **דברי הקונגרס העולמי הרביעי למדעי היהדות**, א' (1967), עמ' 179-175.
- בנדיקט, ב.ז, "טשרנוביץ, חיים, תולדות הפוסקים", **קרית ספר**, כה (תש"ט), עמ' 176-164.
- \_\_\_\_\_, "הערות לתולדות הרי"ף", **קרית ספר**, כז (תשי"א), עמ' 120-119.
- \_\_\_\_\_, "לתולדותיו של מרכז התורה בפרובנס", **תרביץ**, כב (תשי"א), עמ' 109-85.
- \_\_\_\_\_, "לדרכו של הרמב"ם בטעמו של דין", **תורה שבעל פה**, ו' (תשכ"ד), 87 ואילך.
- בן-מנחם, ח', הכת נתן ושי ווזנר (עורכים), **המחלוקת בהלכה**, כרך ראשון, בוסטון וירושלים (חש"ד).

- בן-מנחם, נ', "הדפוסים הראשונים של השלחן ערוך", בתוך: ר' יוסף קארו, **קובץ בעריכת י. רפאל** (ירושלים, תשכ"ט), עמ' 101-120.
- בער, י', "היסודות ההיסטוריים של ההלכה", **ציון**, יז (תשי"ב), עמ' 1-55, 173; כ"ז (תשכ"ב), עמ' 117-155; כ"ה (תשכ"ג), עמ' 116.
- ברודי, ר', "להערכה נכונה של משנה תורה לרמב"ם", **תרביץ** נג (תשמ"ד) 318-325.
- ברק, א', "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי", **עיוני משפט** ג' (תשל"ג), עמ' 5 ואילך.
- \_\_\_\_\_, "ההוראה בדבר 'עצמאות החוק' ובעיית הלאקונה בחקיקה הישראלית החדשה", **משפטים** ה' (תשל"ד), עמ' 99 ואילך.
- \_\_\_\_\_, "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכויים וסיכונים", **משפטים** ז' (תשל"ו), עמ' 15.
- \_\_\_\_\_, "על השופט כפרשן", **משפטים** יב (תשמ"ג), עמ' 248.
- \_\_\_\_\_, **שיקול דעת שיפוטי**, תל אביב, הדפסה שלישית 1993.
- ברקוביץ, א', **ההלכה כוחה ותפקידה**, ירושלים, תשמ"א.
- גולדשטיין, מ', "הסתייעות בגורמים מן השמיים בהכרעת הלכה", **עבודת דוקטור**, אוניברסיטת בר-אילן, תשס"ה.
- גילת, י', **משנתו של ר' אליעזר בן הורקנס ומקומה בתולדות ההלכה**, תל-אביב, תשכ"ח.
- גינצבורג, ל', **תלמוד ירושלמי – שרידי הירושלמי מן הגניזה אשר במצרים**, ניו-יורק, תרס"ט (צילום: ירושלים, תשכ"ט).
- גלינסקי, י', "ארבעה טורים והסרות ההלכתית של ספרד במאה ה-14, אספקטים היסטוריים, ספרותיים והלכתיים", **עבודת דוקטור**, אוניברסיטת בר-אילן תשנ"ט.
- דה-פריס, ב', המחלוקת, **סיני**, נג תשכ"ג, עמ' רצו-שא.
- הבלין, ש.ז., "משנה תורה לרמב"ם-סוף גאונים", **המעין**, ה', חוברת ג' (תשכ"ח), עמ' 41-59.
- הלווי, י.א., **דורות ראשונים**, פרנקפורט ענ"מ, תרנ"ז-תרס"ו (צילום: ירושלים, תשי"ז).
- ווייס, א.ה., **דור דור ודורשיו**, ויילנא, תרנ"ג (צילום: ירושלים, תשכ"ד).
- זיו, א', **הרמ"א**, ירושלים, תשי"ז.
- זילברג, מ', "לשאלת עריכת קודקס עברי", **הפרקליט** ד' (1947), עמ' 262-265.
- זימר, א', **ר' חיים ב"ר בצלאל מפרידברג**, ירושלים, תשמ"ז.

- חיות צ.ה, **דרכי משה**, בתוך: רבינו משה בן מימון, קובץ בעריכת י.ל. פישמן (מימון), חלק שני (ירושלים, תרצ"ה), עמ' 1-77.
- \_\_\_\_ **כל ספרי המהר"ץ חיות**, ירושלים, תשי"ח.
- טברסקי, י', "על השגות הראב"ד למשנה תורה", בתוך: ספר **היובל** לצבי וולפסון (חלק עברי) (ניו-יורק, תשכ"ה), עמ' 169-186.
- \_\_\_\_ "לדמותו של הרמב"ם (מסה על מעמדו הייחודי בתולדות ישראל)", **אסופות**, תשנ"ז ט-לה.
- טשרנוביץ, ח', **תולדות ההלכה** (מהד' שניה). ניו-יורק, תש"ה.
- \_\_\_\_ **תולדות הפוסקים**. ניו-יורק, תש"ו-תש"ח.
- יובל, י', "ראשונים ואחרונים – Antiqui et Moderni (תודעת זמן ותודעה עצמית באשכנז)", **ציון** נז: ד (תשנ"ב), עמ' 389-391.
- כ"ץ, י', **מסורות ומשבר** (מהד' שניה). ירושלים, תשכ"ד.
- כהן, ח.ה, "על המשפט העברי בחיינו", **פתחים** ב(32), תשל"ה, עמ' 43-47.
- כהן, י', "שיפוט רבני ושיפוט חילוני", **דיני ישראל** ז (תשל"ז), עמ' רה.
- לאו, ב', "להחזיר עטרה ליושנה, עיונים במשנתו ההלכתית של הרב עובדיה יוסף", **עבודת דוקטור**, אוניברסיטת בר-אילן תשס"ד.
- לוינגר, י', **דרכי המחשבה ההלכתית של הרמב"ם**. ירושלים, תשכ"ה.
- לנדוי, מ', "הלכה ושקול דעת בעשיית המשפט", **משפטים** א, תשכ"ח, עמ' 292.
- מימון, י.ל, "השולחן ערוך ונושאי כליו", בתוך: יוסף קארו, **קובץ בעריכת י. רפאל** (ירושלים, תשכ"ט), עמ' 42-63.
- מלמד, ע.צ, "המעשה במשנה כמקור להלכה", **סיני** מו (תש"ד), עמ' 152-166.
- מרגליות, ר', "הרמב"ם והראב"ד", **סיני** לו (תשי"ד), עמ' 387-390.
- נסים, י', "הגהות על שלחן ערוך", בתוך: ר' יוסף קארו, **קובץ בעריכת י. רפאל** (ירושלים, תש"ט), עמ' 64-88.
- \_\_\_\_ "הגהותיהם של רבי יעקב קאשטרו ורבי יעקב צמח על שלחן ערוך", **ספונות**, ב' (תשי"ח), עמ' 89-102.
- \_\_\_\_ "הגהות הרמ"א על שלחן ערוך", בתוך: **סיני**, ספר **היובל** (תשי"ח), עמ' 29-39.



- סולוביצ'ק, י"ד, **איש ההלכה – גלוי ונסתר**, ירושלים תשל"ט.
- סילמן, י', "תורה אלוהית שלא בשמים היא" – בירור טיפולוגי, אוניברסיטת בר-אילן, ספר השנה **למדעי היהדות והרוח**, כב-כג (תשמ"ח), עמ' 265-267.
- ערוסי, ר', "הגורם העדתי בפסיקת ההלכה (כפיית גט במורדת "מאיס ליי" – אצל יהודי תימן)", **דיני ישראל י-י"א** (תשמ"א-תשמ"ג), עמ' קכה.
- \_\_\_\_\_, "התנגשות הדינים בפסיקת ההלכה הבינעדתית בישראל", **עבודת דוקטור**, אוניברסיטת תל-אביב, תשמ"ז.
- \_\_\_\_\_, אחדות התורה והעם במשנת הרמב"ם, **תחומין ח**, עמ' 484.
- \_\_\_\_\_, קריאת תרגום התורה וההפטרה בציבור, **סיני**, פח (תשמ"א), עמ' ריט-רלח.
- \_\_\_\_\_, ברכת הדלקת נר של יום טוב (ברור מנהגי תימן), **סיני** פה (תשל"ט), עמ' נה-צו.
- \_\_\_\_\_, אבלות בפורים (לברור מנהגי יהודי תימן), **סיני** (תשמ"ג), רנד-רסה.
- פאעור, י. הלוי, "יחס חכמי הספרדים לסמכות מרן כפוסק", בתוך: רבי יוסף קארו, **קובץ בעריכת י. רפאל** (ירושלים, תשכ"ט), עמ' 189-197.
- פרידמן, ד', "ההוראה בדבר עצמאות החוק ובעיית הלאקונה בחקיקה הישראלית החדשה", **משפטים ה'** (תשל"ד), עמ' 91.
- פרנקל, ז', **דרכי המשנה**, ליפסיה, תרי"ט (צילום: תל-אביב, תשכ"ט).
- קרוכמל, נ', **מורי נבוכי הזמן**, לעמבערג, 1861 (נדפס בכתבי הרנ"ק שיו"ל ע"י ש. ראבידוביץ, תרפ"ד).
- קרלין, א', "ההלכה והמשפט בתורתו של רבינו סעדיה גאון", בתוך רב סעדיה גאון, **קובץ בעריכת י.ל. מימון** (ירושלים, תש"ג), עמ' 428-441.
- רוזנברג, ש', "על דרך הרוב", **שנתון המשפט העברי**, יד-טו (תשמ"ח-תשמ"ט), עמ' 189-216.
- רוזנטל, א.ש', "מסורת ההלכה וחיידושי הלכות במשנת חכמים", **תרביץ סג** (תשנ"ד), עמ' 374-321.
- רפלד, מ', המהרש"ל והים של שלמה, **עבודת דוקטור**, אוניברסיטת בר-אילן, תשנ"א.
- שאווה, מ', "האם סטייה או התעלמות של בית דין דתי מהוראת חוק חילונית המופנית אליו במיוחד, כמוה כחריגה מסמכות", **הפרקליט כ"ח** (תשל"ב-ג), עמ' 299.

- שגיא, א', "בעיית ההכרעה ההלכתית והאמת ההלכתית", **דיני ישראל** 15 (תשמ"ט-תש"ן), עמ' ז-לח.
- \_\_\_\_ "עיון בשני מודלים של האמת ההלכתית ומשמעותם", **הגיון** (א) תשמ"א, עמ' 69-90.
- שיין, ח', "על דרך הרוב – מחלוקת מדומה?" **דעת**, אוניברסיטת בר אילן, תשמ"ד, עמ' 55.
- שטרן, ש.מ', חליפת המכתבים בין הרמב"ם וחכמי פרובינצא, **ציון** טז (תשי"א) עמ' 16-29.
- שפיגל, י.ש', **עמודים בתולדות הספר העברי הגהות ומגיהים**, רמת גן, תשנ"ו.
- \_\_\_\_ **עמודים בתולדות הספר העברי כתיבה והעתקה**, רמת גן, תשס"ה.
- תמר, ד', ביקורת על: "R.J.Z. Werblowski, Joseph Karo, Lawyer and Mystic", בתוך: **קרית ספר מ' (תשכ"ה)**, עמ' 65-71.

## פסיקה רבנית

תיק 337/תשי"ג, **פד"ר** א, עמ' 313-316.

תיק 4553/תשי"ג, **פד"ר** א, עמ' 81-84.

תיק 1366/תשט"ו, **פד"ר** א, מיכאל נסט נ. ועד בית המדרש המרכזי בחיפה, עמ' 330-331.

ערעור תשט"ז/107, **פד"ר** ב, עמ' 233-239.

ערעור תשי"ז/18, **פד"ר** ב, עמ' 262-265.

תיק 103/תשי"ז, **פד"ר** ב, עמ' 65-96.

תיק 2535/י"ט **פד"ר** ג, אברהם קיסרמן נ. הרב אלכסנדר דירנפלד מנהל ת"ת בעלז, עמ' 272-287.

תיק 3898/תשכ"א, **פד"ר** ו, עמ' 265-272.

תיק 3301/717/תשכ"ה **פד"ר** ו, עמ' 317-318.

תיק 3898/תשכ"ו, **פד"ר** ו, עמ' 265-278.

תיק 107/כ"ז, **פד"ר** ו, עמ' 365-376.

ערעור תשל"ג/217, תשל"ד/61, **פד"ר** ט, עמ' 352-356.

ערעור תשל"ד/67, **פד"ר** י, עמ' 168-180.

תיק תשל"ה/2559, **פד"ר** יא, עמ' 4-29.

ערעור תשל"ז/85, **פד"ר** י, עמ' 331-338.

ערעור תשמ"ד/218, **פד"ר** יב, עמ' 194-195.

## **פסיקה אזרחית**

בג"צ 152/82 אלון נ. ממשלת ישראל, פ"ד לו, עמ' 449.

בג"צ 403/71 אלכורדי נ. בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד כו(2), 72-66.

בג"צ 352/82 בן זאב נ. בית הדין הרבני הגדול ואח', פ"ד לו (3), עמ' 280.

בג"צ דניאל נ. בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(2), 693, 697.

בג"צ 578/80 גנאים נ. מואסי, פ"ד לה(2), 43-29.

בג"צ 338/83 הטלי נ. בית הדין הארצי לעבודה, פד"י לו(4), 650-645.

ע"א 503/80 זעפרן נ. מוזר, פ"ד לד(4), 835-831.

ע"א 682/81 פריד נ. פריד, פ"ד לו(2), 695.

בג"צ 35/72 קליר נ. בית הדין הרבני האזורי ירושלים, פ"ד כו(1), עמ' 757.

ע"א 451/66 קורנפלד נ. שמואלוב, פ"ד כא(1), 324-310.

ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ. גורדון, פ"ד לט(1), 126-113.

ע"א 481/73 רוזנברג נ. שטסל, פ"ד כט(1), 516-505.

ד"נ 16/61 הרשם החברות נ. כרדוש, פ"ד טז, 1209.

- Aberbach, M., *Did Rabban Gamliel II Impose the Ban on Rabbi Eliezer ben Hyrcanus?*, *JQR* 54 (1964), p. 201.
- Arusi R., Maimonides as Binding Authority, at: N. Rakover, Maimonides as Codifier of Jewish Law, p. 83.
- Aryeh A., Frimer and Dov I. Frimer, "Women's Prayer Services – Theory and Practice" *Tradition* vol. 32:2 Winter 1998, pp. 5-118.
- Benn, S.I. "Freedom and the Concept of a Person", *Proceedings of the Aristotelian Society*, 76 (1975-76), pp. 123-128.
- Bodenhcimcr, A.I., *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, Cambridge, 1974, pp. 341-345.
- Boyarin, D., *Intertextuality and the Reading of Midrash*, Bloomington 1990, p. 35.
- Cardozo, The Growth of Law (1924).
- Carom, A., *Judicial Certitude*, New Catholic E, vol.3 pp. 412-413.
- Cohen, B., *Jewish and Roman Law*, 1966, vol.2, pp. 651-709.
- Cohn, H., "Jewish Law in Israeli Jurisprudence", *L. Caplan Lecture on Jewish Law*, Hebrew Union College Press, pp. 3-25.
- Dworkin, R.A., *Judicial Discretion*, *Go Journal of Philosophy* 624, 1963.
- \_\_\_\_\_ *Taking Right Seriously* 81 (1988).
- Elon, M., "The Sources and Nature of Jewish Law and its Application in the State of Israel", in: *ILR*, 2 (1967), 515-565; 3 (1968), 88-126, 416-457; 4 (1969), 80-140.
- Friedman, S., "The Further Adventures of Rav Kahana", P. Schafer (ed.). *The Talmud Yerushalmi and Graeco-Roman Culture*, III, Tübingen 2003, pp. 247-271.
- Gutmann, A., The Significance of Miracles for Talmudic Judaism, *HUCA* 20, 1947, p. 363.

Hanina Ben Menachem. *Judical Deviation in Talmudic Law* (1973).

Halivni, D.W., "On Man's Role in Revelation", in J. Neusner E.S. Frerichs etc. (eds.),  
**From Ancient Israel to Modern Judaism, Essays in Honor of Marvin Fox**,  
Vol. 1, Atlanta, 1989, p. 33.

\_\_\_\_\_ **Peshat and Derash**, Oxford, 1990.

\_\_\_\_\_ *Peshat and Derash*, New York and Oxford 1991.

Hare, R.M., *Freedom and Reason*, Oxford 1982.

Hart, L.A., *The Concept of Law*, Oxford, 1961, p. 139.

Hartman, D., *Maimonides: Torah and Philosophic Quest*, Philadelphia 1976.

Jacob Neusner. *The Halakhah and the Aggadah: Theological Perspectives* (2001).

\_\_\_\_\_ *The Halakha: Historical and Religious Perspectives* (2002).

Jeanean, E., *Nani Gigantum Hur meri Insidente's rirarium* 5, 1969, pp. 79-99.

Jenkins, J., *Social Order and the Limits of Law*, Princeton.

Joel Roth. *The Halakhic Process: A Systematic Analysis* (1986).

Kaplan, L., "Daas Torah: A Modern Conception of Rabbinic Authority", In: M. Sokol  
(ed.), *Rabbinic Authority and Personal Autonomy*, New Jersey, 1992, pp. 1-61.

Kaufmann, W., *Critique of Religion and Philosophy*, New York, 1958.

Lorberbaum, M., *Politics and the Limits of Law in Jewish Medieval Thought:  
Maimonides and Nissim Gerondi*, Dissertation, A. for the degree of Doctor of  
Philosophy, Submitted to the Senate of the Hebrew University, 1992, pp. 114-119.

Louis Jacobs. *Tur. Prelace to Hoshem Mishpat – Translation and Commentary*. 6 *The  
Jewish Law Annual* (1987).

- Maimonides as Binding Authority, at: N. Rakover, *Maimonides as Codifier of Jewish Law*, p. 83.
- Merton, R.K., *On the Shoulders of Giants*, New York, 1965.
- Nemoy, L., *Aman ben David, a Re Appraisal of Historical Data*, Semitic Studies in Memory Immanuel Lewy, Budapest 1947 pp. 239-248.
- Raphael, D.D., "The Intolerable", In: S. Mendus (ed.) *Justifying Tolerance Conceptual and Historical Perspectives*, New York, 1988, pp. 140-145.
- Roth, J., Justification for Counterversy Under Jewish Law, *California Law Review* 76, 1988, pp. 338-387.
- Sarton, G., Notes and Correspondence, *Isis* 24, 1935, pp. 107-109.
- Scholem, G., *Major Trends in Jewish Mysticism*, New York 1941.
- Shulman, N., *The Responsa Mas'at Binyamin Rabbi Benjamin Aharon Ben Avraham Solnik*, N.Y., 1971.
- Sklare, D.E., *Samuel ben Hofni Gaon and his Cultural World: Texts and Studies*, Leiden 1996.
- Stern, D., "Midrash and Indeterminacy", *Critical Inquiry* 15:1 (1988), p. 140-145.
- Twersky, I., "The Beginning of Mishneh Torah Criticism", In: **Biblical and Other Studies**, Cambridge, Mass., 1963, pp. 161-182.
- \_\_\_\_\_, *Rabad of Posquieres*, Cambridge Mass 1962.
- Werblowski, R.J.Z., **Joseph Karo, Lawyer and Mystic**, London, 1962.
- Winch, P., "The Idea of Social Science", in: ed. **Bryan R. Wilson**, *Rationality*, Oxford 1985, pp. 1-17.

The Court's authority-possessed of neither the purse nor the sword ultimately rests on sustained public confidences in its moral sanction, *Baker v. Carr* 369 U.S. 1961, pp. 186-267.



# ABSTRACT

## PART I – CODIFICATION AND REASONING

The first part of this study examines the relationship between codification and reasoning in deciding Halakha (Jewish Law). This part contains five chapters:

**Chapter I** presents the issue of what was the intention of R. Judah the Patriarch in redacting the Mishnah – to edit a book of codified law or to bestow upon the nation a “Digest of the Oral Law.”

Some see in the Mishnah compilation a codifying trend – a compilation of laws. Others assert that it is a collection of the deliberations of deciders (*posekim*) and the creation of a “Digest of the Oral Law.” Still others maintain that the Mishnah compilation represents an integrating the above trends, while others see it as a pedagogical oeuvre.

**Chapter II** discusses the Gaonic period in which most of the people were inclined towards codification. Among a minority of scholars there were doubts, and they turned to Rav Paltoi Gaon with this issue. This gaon rejected codification, since it damages the reasoning process of the decider and may even induce the disremembering of the Torah (laws). However, he did not reject the use of codes as an aid to one who has already completed his studies and now some doubt has arisen. This study also noticed that the accepted position among modern scholarship is that the motivation for codification stemmed from the spread of Karaism as well as the excess of halakhic material.

**Chapter III** explores the period of R. Joseph ibn Megas during which there were further doubts towards codification and reasoning. According to R. Joseph ibn Megas, the use of books of codification was preferable to analyzing the Talmud

because of the decline among the generations, and no single person could comprehend the depths of the Talmud discussion with his own reasoning and draw accurate legal conclusions. Accordingly, one who decides Jewish Law based upon the codified volumes authored by the Gaonim has built his legal brief upon their writings. According to M. Elon, the position taken by R. Joseph ibn Megas influenced Maimonides to compile his own *Mishneh Torah*.

This chapter continues by analyzing Maimonides' motives for compiling the *Mishneh Torah*. These included the glut of halakhic material that caused difficulties for the decider to employ his reasoning skills, a defect and drawback for the nation that may arise due to the lack of book of codification, and Maimonides' own personal use. Maimonides emphasized that a book like his will aid him in freeing time for searching, analyzing, and employing his reasoning when approached to answer some halakhic query. Since comprehension of the literature is deficient, there was no contemporary left that could comprehend the words of the Sages. This last rationale is similar to the one suggested by R. Joseph ibn Megas.

The study noted that Maimonides preferred a "Talmud" devoid of deliberations as opposed to Talmudic deliberations in his legal decision-making. Among modern scholarship there are various approaches:

According to the first point of view Maimonides preferred the prepared Talmud to Talmudic deliberation if reasoning so dictated. The second position shows that Maimonides' attitude towards Talmudic deliberations is more flexible than his outlook concerning the prepared Talmud.

Another approach demonstrated that the Maimonidean position on codification continued the Spanish tradition of Alfasi and R. Joseph ibn Megas, that one should refrain from rejected reasoning and disregard Talmudic deliberations.

The study found two essential arguments for the opposition to Maimonides' method of codification: His code ignored the Talmudic deliberations and formulated the law without any references to sources, thereby impairing the reasoning power of the decider. Accordingly, learning the Mishneh Torah without knowing the reasoning of the Sages of the Talmud can lead the decider to err in his decision.

**Chapter IV** analyzes the codification efforts of R. Joseph Caro. The *Beit Yosef* which is dependent upon the *Turim* by R. Jacob b. Asher has these objectives: Anyone can acquire general knowledge from one compendium, like an encyclopedia of Halakha; the decider will have sources to analyze for his reasoning process; the deliberations and elucidations of the Talmud passages in the *Beit Yosef* will expand the reasoning of the decider when he must decide legal issues.

The methodology employed in the *Beit Yosef* for deciding Halakha was to determine who were the great deciders of Jewish Law, their legal conclusions and their reasoning, and in cases of controversy, the law was determined by majority opinion. R. Joseph Caro admitted that the best method was to deliberate all the positions of medieval Rabbis, and the legal decision should be made according to their reasoning. Nonetheless, two arguments stood before him causing him to prefer his own approach: A. The decline of generations – there was no one who could determine by his own reasoning which position and analysis among the great

scholars to accept or to reject. B. To complete an analysis of all halakhic subject matter and to reach conclusions was a great and difficult task.

In the discussion concerning the codification efforts of R. Joseph Caro the issue of the link between the *Beit Yosef* and the *Shulkhan Arukh* was raised. A disagreement among academicians was found concerning this issue: Some have the view that when R. Joseph Caro penned the *Beit Yosef*, he hadn't considered to author the *Shulkhan Arukh*. Others opine that R. Joseph Caro had originally planned to write the *Shulkhan Arukh* and it is integrated with the *Beit Yosef*.

The decision-making of the *Shulkhan Arukh* differs from that of the *Beit Yosef*. The latter is based upon the earlier decisions of the great deciders of Jewish Law while the former is anchored in the Maimonidean formulation of Jewish Law.

R. Joseph Caro's codification efforts instigated sharp responses. Criticism was leveled at various aspects: ignoring Ashkenazic(northern European) customs; not adapting the principle that the law is like the later authority; damaging the reasoning of the decider; fear that it would foster laziness in the study of Torah; preference for the decider to err in his reasoning while deciding from the Talmud in opposition to deciding from codes, and the former is most loved by the Holy One blessed be He.

In this chapter's discussion of the reception of the *Shulkhan Arukh*, it was found that the *Shulkhan Arukh* began to be accepted already during the lifetime of R. Joseph Caro. R. Elijah b. Hayyim (Ranah) emphasized that the decisions of R. Joseph Caro had been accepted in Safad. The reception of the *Shulkhan Arukh* was gradual in terms of locale and topics of Jewish Law. Some practical social issues were raised, and the deciders resolved to determine the law in accordance with R.

Joseph Caro's decisions in the *Shulkhan Arukh*, and thus, his code had a lasting influence on socio-religious life. Another hot issue was employing the principle of "I embrace the legal position of..." (*kim lee*) against the *Shulkhan Arukh* – it was decided that it can not be used against the *Shulkhan Arukh*.

According to modern scholarship the *Shulkhan Arukh* was received by the Jewish people for two reasons: A. The commentaries explaining the various laws in the *Shulkhan Arukh* viewed it as a binding code. B. Harsh historical events befalling the Jewish people led them to accept the *Shulkhan Arukh*, and *de facto* the great Rabbis gave their blessing and appropriation.

**Chapter V** addresses the codification activities of R. Moses Isserlis (Rema). His codification method was to assemble a variety of interpretations of each topic in a brief and convenient manner that would aid the decider in using his reasoning devices. His annotations to the *Shulkhan Arukh* included explanations of the words of R. Joseph Caro. With the completion of his annotations, the *Shulkhan Arukh* was received in all of the Diaspora.

Concerning Rema's *Torat haHatat* on dietary laws, R. Hayyim b. Bezalel viewed it as a code that damages the reasoning of the decider, and in his introduction to his *Viku'ah Mayyim Hayyim* argued his views.

Scholars are divided concerning Rema's methodology: According to A. Siev, Rema viewed his annotations as a work significant to codification. In M. Elon's view, Rema did not support the brief method of R. Joseph Caro and therefore was forced to pen his annotations so that the reasoning of the *Shulkhan Arukh* would be understood properly.

## PART II – VARIOUS ASPECTS OF REASONING

**Chapter VI** contains a discussion of the limits of the authority of a judge, of which there are various opinions among the deciders.

According to one opinion the judge has absolute freedom to employ his reasoning faculties, i.e., the judge has the right to disagree even with the Gaonim. A later court cannot disagree with an earlier court on matters dealing with legislation and regulations. However, in a question of a disagreement concerning the meaning of the hermeneutical principles of the Torah, the later court may disagree, since it has the liberty to employ its own reasoning. According to another view, a judge has the right to use his own reasoning even against the Gaonim as long as he has asked a conventional question that was well-received by the leading Rabbis of his generation. According to some deciders, one may disagree even with the Gaonim, as long as his argumentation is acceptable to the generation's leading deciders. However, with regards to deciders, it is an obligation to disagree with the reasoning of the deciders, and thus a judge who adapts one of the two positions and does not use his reasoning powers is considered to have issued a false judgment.

Some authorities allow disagreement with only some of the medieval Rabbis (*rishonim*). The freedom of the judge is subjective, i.e., the legal truth even if it is not the objective truth. Other deciders had determined that although one can disagree with medieval Rabbis, this possibility is not open to everyone, but to someone where this lack of freedom would impair his Torah enterprise. Other deciders prohibited any disagreement with the medieval Rabbis, but one could disagree with later Rabbis (*aharonim*).

Some say that at times it is incumbent upon the judge to reach different conclusions in Jewish Law according to his own reasoning. However, this does not refer to an authority of Jewish Law in the sense of a decider, but a man of Halakha who employed the methodology of the Brisk school of Torah study.

Among the academics, there are some different approaches to the issue of reasoning: Some have the view that the process of deciding the law according to the reasoning of the decider is not a process of logical deduction; rather, the final legal decision reflects the beliefs and values of the expert in Halakha.

Others claim that the expert in Halakha must employ his reasoning powers and make personal halakhic decisions from the sources or from various opinions, since all are considered to be “these and those are the words of the living God.” An error in the halakhic decision results from the decider’s “blind” and superficial reading of the text without an in-depth analysis and understanding of its underlying principles. However, if the deciders undertake a profound reading of the text according to their reasoning, their decision-making will be received as correct and appropriate.

Some scholars claim that the Man of Halakha can use his reasoning not only to formally base the authority of the Halakha, but to also confirm it with the values imbedded in the foundations of the Halakha.

Another scholarly view opines that there are two essential approaches for the use of reasoning by the judge: One asserts that the decider who employs his reasoning is creative and sees in his work expressions of originality and a revelation of the truth of the Torah. The other approach assumes that the Torah is the epitome of perfection, and thus there is no room for to add any innovation

based upon one's reasoning. The debate between Hillel and the sons of Beteirah expressed the contradiction between these two outlooks.

**Chapter VII** deals with the relationship of later sages to earlier ones. It was found that the reasoning of the Sages of the Talmud obligates later Rabbis, since all of Jewry agreed to accept their reasoning. The Ammoraim do not disagree with the reasoning of the Tannaim, and thus if a tannaitic source is found that contradicts an Ammora's views, that Ammora must explain the source so that it does not contradict his reasoning. Many expressions emphasize the gap between the reasoning of the earlier sages and that of the later ones, such as: "the heart of the early sages is like a hall," and "the early sages are like angels."

However, the great admiration for earlier generations did not prevent the Rabbis to eventually invoke a great principle in halakhic decision-making, according to which the law is in accord with the later authority (*halakha kebatrai*).

According to scholars, there is a systematic disagreement between Sephardic (Spanish and non-European) sages and Ashkenazic (northern European) sages concerning when this principle came into effect – it took effect earlier among Ashkenazic sages than among Spanish ones, since the parable of the dwarf and the giant was unknown in Islamic lands.

In the 15<sup>th</sup> and 16<sup>th</sup> centuries, the principle of the law being like later sages was employed very often, and became a primary factor in the reasoning of later Rabbis (*aharonim*).

The disagreement between Ashkenazic and Sephardic sages of Jewish Law is not so deep and systematic. With the exception of a few Sephardic sources,



Sephardic deciders generally do not explicitly oppose employing this principle of *halakha kebatrai* on post-Talmud controversies.

R. Joseph Colon employed this principle of the law is like the later Rabbi only with the Rabbis who flourished in the generations of R. Meir (Maharam) of Rothenberg and R. Jacob b. Asher, author of the Turim, including the deciders who flourished until mid-14<sup>th</sup> century.

**Chapter VIII** examines the issue of halakhic precedent and it was found that during the period of the Great Sanhedrin, the principle of “a judge has only what his eyes see” was not valid for lower courts, meaning that any lower court is bound by its reasoning of the Great Sanhedrin. The establishment of the Rabbinical High Court for Appeals gnawed into the principle of “a judge has only what his eyes see” since it has the authority to review the reasoning of local courts. Accordingly, some rejected the establishment of the High Court of Appeals since it would impair the free choice of the judge, and it is an obligation to keep the principle of “a judge has only what his eyes see” in its eminent standing.

**Chapter IX** looks into the issue of a prolific amount of reasoning among the deciders, i.e., controversy among them. Two approaches were presented: One rejects the prolific amount of reasoning among the deciders while the other supports the prolific amount of reasoning among the deciders and views controversy as a contribution to halakhic development.

According to scholars, controversy is significant for the understanding of the development of the Halakha in the tannitic period, and is certainly legitimate. Since no two minds are alike, controversy is natural. Two factors caused the

controversies: Greek sympathizers during the Greek period and the Sadducees in the Hashmonean and Roman periods.

Between the generations of the Tannaim and Ammoraim, the Sages saw the prolific amount of positions in the Halakha as an obstruction of historical proportions. However, the historical reality changed the approach of the early Ammoraim.

The early Halakha was the result of calculated legislation from judicial decisions that had been delivered by the courts, and the prolific amount of positions did not contribute to the legal decision-making of the Halakhah; that resulted from the learned men of the study halls.

M. Kahana dealt with the three early mishnayot and related to the redactors who decided to depict certain topics by means of controversies that accompanied the deliberations of detailed reasoning. However, he emphasized that in order to come to general conclusions, one must analyze the determining nature of controversy in all sources.

**Chapter X** considers whether metaphysical powers prevail over the reasoning of the decider and here there were two positions: The first holds that human reasoning takes precedence over metaphysical intervention. The second allowed for relying upon some metaphysical revelation such as the *bat kol* (lit. daughter of a voice, a Heavenly voice) to take precedence.

According to modern scholarship, the definitive statement by R. Joshua “It is not in Heaven!” teaches that all halakhic decisions must be based upon the reasoning of the deciders. However, the early Halakha during the second Temple recognized the power of prophets to establish new laws. The change came with

rise of Christianity and the development of Judeo-Christian sects that believed in Jesus and the other revelations. The Sages viewed any further revelation after Sinai as undermining of the power and authority of the Torah in general and especially the Oral Law, and subsequently, they strove to eliminate the basis for such views.

On the basis of a single homily or legend one cannot really conclude that the majority's reasoning determines the law; instead one must investigate all the sources. Nevertheless, the general opinion among modern scholars is that the reasoning of the decider does indeed prevail over any metaphysical manifestation.

# CONTENTS

Hebrew Abstract

Introduction

Part I: Codification and Reasoning

Chapter I:	The Period of the Mishnah .....	1
Chapter II:	The Period of the Gaonim .....	17
Chapter III:	Maimonides' <i>Mishneh Torah</i> .....	24
Chapter IV:	<i>Beit Yosef</i> and <i>Shulkhan Arukh</i> .....	48
Chapter V:	R. Moses Isserlis (Rema) .....	100

Part II: Various Aspects of Reasoning

Chapter VI:	The Judge's Freedom .....	116
Chapter VII:	The Reasoning of Later Authorities in Relation to the Decisions of Earlier Ones .....	171
Chapter VIII:	Precedent and Reasoning in the Courts .....	206
Chapter IX:	Numerous Opinions .....	224
Chapter X:	Metaphysical Powers and Reasoning in Deciding Halakha .....	265
Conclusions	.....	291
Bibliography	.....	307

English Abstract

This work was carried out under the supervision of

Professor Yosef Rivlin

Department of Talmud, Bar-Ilan University

**The Influence of Reasoning (*shikul – hadaa't*)  
on Halakha**

**Ben-Zion Barbi**

Department of Talmud

Ph. D. Thesis

Submitted to the Senate of Bar-Ilan University

Ramat-Gan, Israel - February, 2006