

שיקול הדעת: מושג תלמודי מנקודת מבט תורת-משפטית

חיים שפירא

הקדמה

לביטוי "שיקול דעת" יש בעברית המודרנית שתי הוראות שונות. לפי הוראה אחת הרווחת בלשון היומיום, שיקול דעת מציין את פעולת החשיבה וההערכה של הגורמים השונים לפני קבלת החלטה. כאשר אומרים לאדם "פעל מתוך שיקול דעת" מתכוונים לכך שהוא יפעל לאחר שחשב והעריך כיצד ראוי לפעול. כאשר אומרים על אדם שהוא ראוי להתמנות לתפקיד מסוים משום "שיש לו שיקול דעת" מתכוונים לכך שלאותו אדם יש יכולת להעריך את השיקולים הרלוונטיים ולהחליט החלטות נכונות.¹ לעומת זאת, בלשון המשפטית יש למונח "שיקול דעת" הוראה שונה. שיקול דעת מציין את הסמכות של בעל תפקיד להחליט בעניין קונקרטי שבא לפניו. שיקול דעת במובן זה הוא תרגומו של המושג הלועזי דיסקרציה (discretion).² במערכת או ארגון הפועלים לפי כללים נדרש כל בעל תפקיד להחליט בעניין שבא לפניו בהתאם לכללים. לעיתים הכללים אינם מספקים הנחיה מפורטת דיה ובעל התפקיד נדרש לקבל החלטה שהיא מעבר ליישום הכללים. במקרים כאלה אומרים שבעל התפקיד "הפעיל שיקול דעת",

1 "שיקול" אליעזר בן יהודה מילון הלשון העברית הישנה והחדשה כרך טו 7424 (נפתלי טור-סיני עורך 1959): "פעולת הדן והשוקל בשכלו דבר כנגד דבר". "שיקול" אברהם אבן שושן מלון אבן-שושן המרוכז: מחודש ומעודכן לשנות האלפיים 1950 (משה אזר עורך ראשי 2004): "שיקול דעת – עיון בדברים הקודם להכרעה".

2 המונח האנגלי נגזר מ־discrete שעניינו נפרד, נבדל. הוא מציין את הסמכות להחליט בעניין נפרד, קונקרטי, להבדיל מקביעה כללית (כגון כלל או חוק). למונח האנגלי יש גם כן גיוון מסוים של הוראות והוא מציין לא רק את הסמכות לקבל החלטות אלא גם את היכולת לעשות כן. ראו: *Discretion*, CONCISE OXFORD ENGLISH DICTIONARY (12th ed. 2011); *Discretion*, WEBSTER'S THIRD NEW INTERNATIONAL DICTIONARY (1971).

כלומר השתמש בסמכותו והחליט בעניין.³ לפי הוראה זו, שיקול דעת אינו מציינ את התהליך המנטלי של החשיבה אלא את ההליך הנורמטיבי של הפעלת הסמכות.⁴ בין שתי ההוראות האלה יש קרבה, שכן קבלת החלטה בעניין שאין לגביו הנחיה מוקדמת דורשת חשיבה והערכה של השיקולים הרלוונטיים.

"שיקול דעת שיפוטי" מציינ את הסמכות שנתונה לשופט להחליט במקרים שבהם אין בדין כלל ברור שהוא יכול ליישם ולכן עליו לקבוע קביעה חדשה.⁵ דבר זה קורה במקרים שבהם אין בדין כלל שנוגע לעניין או במקרים שבהם קיימים כללים סותרים שצריך להכריע ביניהם או במקרים שבהם הכלל או הסטנדרט הנוגע לעניין עמום וסובל פירושים שונים.⁶ לפי זה מקובל להבחין בין החלטות שיפוטיות שבהן השופט מיישם את הדין מבלי להפעיל שיקול דעת לבין החלטות שיפוטיות שבהן הוא נדרש להפעיל שיקול דעת ולקבוע דין חדש.⁷ הפעלה של שיקול דעת כרוכה בשימוש של השופט בנורמות או בשיקולים חוץ-משפטיים, כגון שיקולי צדק או תועלת חברתית. מכיוון שהנורמות המשפטיות אינן מספקות תשובה ברורה נדרש השופט לפנות לשיקולים חוץ-משפטיים ולקבוע על פיהם את התשובה הנכונה.

מקורו של המונח העברי הוא במונח "שיקול הדעת" המופיע בתלמוד ומציינ הכרעה שיפוטית שאינה לפי הדין אלא לפי דעתו של הדיין.⁸ בעקבות זאת נבחר המונח לשמש

- 3 שיקול דעת מציינ את הסמכות להחליט הן לפי הכללים והן מעבר ליישום הכללים. אבל בדרך כלל משתמשים במושג כאשר נעשה שימוש בסמכות מעבר לכללים. זה היסוד להבחנה הידועה של דוורקין בין שיקול דעת "חלש" (לפי הכללים) לשיקול דעת "חזק" (מעבר ליישום הכללים). ראו RONALD DWORIKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 31-34 (1977).
- 4 אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 29-30 (1987). הלשון "להפעיל שיקול דעת" מובנת רק בהקשר של הפעלת סמכות (לשון דומה מקובלת גם באנגלית: exercise of discretion).
- 5 כאשר מדובר על שיקול דעת במשמעות של חשיבה והערכה אין מפעילים דבר. H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 128 (1961); דוורקין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 81; ברק, שם, בעמ' 29, הגדיר זאת כך: "שיקול דעת שיפוטי הוא הכוח אשר הדין מעניק לשופט לבחור בין מספר חלופות כאשר כל אחת מהן היא חוקית".
- 6 הארט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 121-128; 192-194; JOSEPH RAZ, THE AUTHORITY OF LAW (1979).
- 7 הארט, לעיל ה"ש 5. דוורקין, לעיל ה"ש 3, כינה מקרים שבהם אין בדין תשובה ברורה "מקרים קשים". רוז, לעיל ה"ש 6, כינה סכסוכים שבהם יש בדין תשובה "סכסוכים מוסדרים" (regulated disputes) ואילו סכסוכים שבהם אין תשובה "סכסוכים שאינם מוסדרים" (unregulated disputes). ראו גם ברק, שיקול דעת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 58-68.
- 8 בבלי, סנהדרין ו ע"א; שם, לג ע"א; בבלי, בכורות כח ע"ב; ירושלמי, כתובות ט, ב (לג ע"א); סנהדרין א, א (יח ע"א).

תרגומו של המושג הלועזי דיסקרציה.⁹ במאמר זה אבקש לעיין בסוגיות שבהן נעשה שימוש במושג זה ולבחון אם המושג התלמודי מניח הבחנה דומה בין מקרים שבהם נדרש הדין ליישם את הדין לבין מקרים שבהם הוא נדרש להפעיל שיקול דעת וליצור דין חדש, ומהן ההשלכות של הבחנה זו. כפי שנראה, במקורות התלמודיים יש דעות שונות בנוגע לשאלות אלה. גם בתורת המשפט המודרנית הובעו דעות שונות בנוגע להבחנה זו ובנוגע לטיבו של שיקול הדעת השיפוטי.

ההבחנה בין מקרים שבהם השופט מיישם את הדין לבין מקרים שבהם הוא מפעיל שיקול דעת מעוררת שאלות בנוגע לשני צדדיה. מצד אחד, האם במקום שבו יש כלל ברור נדרש השופט ליישם אותו בלבד או שמא גם במקרים כאלה הוא נדרש להפעיל שיקול דעת? מצד אחר, האם במקום שבו אין כלל ברור נדרש השופט להפעיל שיקול דעת או שמא גם במצב כזה יש במשפט תשובה שאותה נדרש השופט ליישם? לשאלות אלה ניתנו תשובות שונות. לפי גישה המזוהה עם הפורמליזם המשפטי, ככוחם של הכללים המשפטיים לספק תשובה לכל שאלה משפטית. גם במקום שבו אין לכאורה כלל משפטי רלוונטי ניתן להסיק את התשובה באמצעות היקף מכללים קיימים או מתוך היסק מנורמות משפטיות כלליות יותר. לפי גישה זו, בכל מקרה שמובא לפניו נדרש השופט לגלות את הדין הקיים וליישמו ואין מקרה שבו הוא נדרש או אף רשאי להפעיל שיקול דעת.¹⁰ לעומת זאת, לפי הריאליזם המשפטי, כללים משפטיים אינם מסוגלים לספק תשובה ברורה למקרים קונקרטיים בשל היותם כלליים ומופשטים.¹¹

9 בפסקי דין מוקדמים של בית המשפט העליון אפשר עדיין למצוא שימוש במונח הלועזי דיסקרציה. ראו לדוגמה: ע"א 1/49 חיים (הנס) עמבור נ' אלכסנדר ורשיצקי ואח', פד"י ב 397; ע"א 2/49 ניסן רודה נ' סולל בונה בע"מ, פד"י ג 201. בתחילה תורגם מונח זה בעזרת מונחים שונים כגון "אומד הדעת" (לדוגמה: בג"ץ 39/51 עבדאללה חסן עבדול כרים נ' מנהל אגף המזון, משרד החקלאות, פד"י ה 998, 999) או "שיקול הדעת". השימוש במונח האחרון נעשה רווח יותר ועם הזמן התקבל על הכול. ראו לדוגמה: בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פד"י ב 80, 82; ע"פ 125/50 יעקובוביץ נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פד"י ו 514; בג"ץ 54/51 היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' שופט שלום ת"א, פד"י ה 1125, 1139 ועוד.

10 מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503, 507-515 (1993); (2011) 240-243 SCOTT J. SHAPIRO, LEGALISM.

11 בהקשר זה הועלו כמה טענות. ראשית, לשונם של הכללים סובלת מעמימות והם ניתנים להתפרש בדרכים שונות. שנית, ריבוי הכללים יכול להביא לתוצאות סותרות. כמעט בכל מקרה אפשר להחיל כלל וניגודו. שלישית, ניסוחו המופשט של הכלל אינו רגיש לנסיבות מיוחדות המאפיינות כל מקרה קונקרטי. ראו: Hanoch Dagan, *The Realist Conception of Law*, 57 UNIVERSITY OF TORONTO LAW JOURNAL 607-660 (2007) (ובעברית: חנוך דגן "התפיסה הריאליסטית של המשפט" ספר דליה דורנר 303 (2009); BRIAN Z. TAMANAHA, A REALISTIC THEORY OF LAW (2017).

לפי גישה זו, בשום מקרה אין השופט רשאי להסתפק בהחלה של הדין הקיים ותמיד עליו להפעיל שיקול דעת ולקבוע דין שמתאים למקרה שלפניו.

הל"א הארט נקט גישת ביניים המבוססת על ההבחנה האמורה. לדעתו ברוב המקרים ימצא השופט תשובה ברורה בחוק ורק במקרים מעטים יחסית, השייכים למה שהוא כינה הרקמה הפתוחה (open texture) של החוק, לא ימצא תשובה ברורה. תופעה זו נובעת ממגוון סיבות ובהן עמימות הטבועה בלשונם של הכללים, חוסר היכולת של המחוקק לצפות את כל המקרים האפשריים וניסוח מופשט של סטנדרטים שבו בוחר המחוקק מראש.¹² לדעתו של הארט המשפט כולל נורמות פוזיטיביות בלבד, כלומר נורמות שהתקבלו על ידי גורמים שהוסמכו לכך כגון המחוקק ובתי המשפט. במקום שאין נורמות כאלה על השופט להפעיל שיקול דעת וליצור דין חדש.

לעומת זאת, לדעתו של רונלד דוורקין, המשפט כולל גם נורמות לא-פוזיטיביות כגון עקרונות מוסריים וחרבתיים. בהיעדר כלל פוזיטיבי השופט אינו עומד מול חלל משפטי שכן הוא יכול לפסוק לפי עקרונות מופשטים שמספקים תשובה לכל בעיה משפטית. לפי זה גם במקרים קשים נדרש השופט ליישם את הדין ואין הוא רשאי לקבוע דין חדש.¹³ כדי לתאר את סוג שיקול הדעת שמפעיל השופט במקרים קשים הבחין דוורקין בין שיקול דעת "חזק" ל"חלש". לבעל סמכות נתון שיקול דעת חזק אם אין סטנדרט שמכתיב את החלטתו ולא חלה עליו חובה להחליט באופן מסוים. לעומת זאת, אם יש סטנדרט שמכתיב את החלטתו וחלה עליו חובה להחליט באופן מסוים נתון לו שיקול דעת חלש בלבד.¹⁴ הואיל ולדעתו גם במקרים שבהם אין כלל ברור כפוף השופט לסטנדרטים אחרים ניתן לשופט תמיד שיקול דעת חלש בלבד.¹⁵

המחלוקת בין הגישות השונות כוללת היבט תיאורי עם היבט נורמטיבי. לפי הארט, במקרים שבהם יש בדין תשובה ברורה על השופט ליישם אותה ובמקרים שאין תשובה כזאת עליו להפעיל שיקול דעת ולא ליישם באופן מלאכותי נורמה קיימת. לעומת זאת, לפי דוורקין, שופט אינו רשאי לקבוע נורמות חדשות ועליו לפעול תמיד מתוך תודעה של מי שמיישם את החוק. אומנם, מכיוון שבעיני דוורקין מושג החוק הוא רחב וחסר

12 הארט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 120-144.

13 דוורקין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 14-45, 81-130.

14 לעיל ה"ש 2.

15 אפשר להבחין בקרבה בין העמדה של דוורקין לגישה הפורמליסטית. לפי שתי השיטות, אין חלל משפטי ולכל שאלה משפטית יש תשובה אחת נכונה. אבל יש הבדל חשוב ביניהן. לפי הגישה הפורמליסטית, התשובה הנכונה מצויה בכללים והדרך להגיע אליה היא באמצעות היסקים לוגיים. לעומת זאת, לפי דוורקין התשובה אינה מצויה בכללים אלא בעקרונות מופשטים. לפיכך, התשובה הנכונה אינה מושגת בדרך לוגית או מושגית אלא בדרך פרשנית-ערכית. הכרעה מסוג זה אינה ניתנת להוכחה ושופטים שונים עשויים להגיע בעניין אחד למסקנות שונות. ההנחה של דוורקין, שלפיה לכל שאלה משפטית יש תשובה אחת נכונה, היא אפוא הנחה תיאורטית בלבד.

גבולות, ניתן לשופט באופן מעשי מרחב תמרון גדול. לפי שתי הגישות האלה הכרעה שיפוטית אינה תוצאה של החלת כללים משפטיים בלבד (כפי שסבורים הפורמליסטים), אלא היא משלבת שיקולים נוספים ובהם שיקולים מוסריים ותועלתיים. אבל בעוד שלפי הארט השיקולים האלה מוגבלים למקום שבו קצרה ידם של הכללים המשפטיים, לפי דוורקין הם משתרעים על פני המשפט כולו.¹⁶ הריאליסטים מערערים על קיומו של הסדר משפטי הקודם להכרעה בעניין הקונקרטי. ההסדרים המשפטיים הם תמיד תיאורטיים וההכרעה בעניין קונקרטי מחייבת את השופט להפעיל שיקול דעת.

לפרופ' חנינה בן־מנחם, שלכבודו מוקדש כרך זה, יש בעניין זה השקפה ברורה. לדעתו, הכרעה בסכסוך אינה פעולה של החלת הדין בלבד. כל החלטה שיפוטית מחייבת הערכה של הנסיבות המיוחדות של כל מקרה ולכן שופט נדרש להפעיל שיקול דעת בכל החלטה שהוא מקבל. בן־מנחם סבור שגישה זו באה לידי ביטוי גם במשפט העברי. באחד ממחקריו הראשונים הוא הראה שהמשפט התלמודי מכיר בכוחו של דין לסטות מן הדין מטעמים שונים ובעקבות זאת הוא ניסח עמדה פרובוקטיבית שלפיה המשפט העברי אינו מכיר בשלטון החוק אלא בשלטונם של אנשים.¹⁷ במחקרים שבאו לאחר מכן הוא פיתח עמדה זו הן בנוגע לתלמוד והן בנוגע לחיבורים הלכתיים מאוחרים יותר.¹⁸ העמדה המקורית שניסח בן־מנחם ממשיכה לאתגר ולהפרות את חוקרי המשפט העברי.

- 16 RONALD DWORIKIN, *LAW'S EMPIRE* 225-275 (1986).
- 17 חנינה בן־מנחם "יחס התלמוד הירושלמי והתלמוד הבבלי לסטיית שופט מן הדין" שנתון המשפט העברי ח' 113-134 (התשמ"א); HANINA BEN-MENACHEM, *JUDICIAL DEVIATION*; (להלן: בן־מנחם, סטייה מן הדין) IN *TALMUDIC LAW: GOVERNED BY MEN NOT BY RULES* (1991).
- 18 חנינה בן־מנחם, *The Judicial Process*: עמדתו בעניין זה ראו: Hanina Ben-Menachem, *The Judicial Process and the Nature of Jewish Law, in AN INTRODUCTION TO THE HISTORY AND SOURCES OF JEWISH LAW* 421-437 (Bernard S. Jackson et al. eds., 1996).
- גישה זו באה לידי ביטוי בסדרת מחקריו על טענת "קים לי", המהווה לפי פירושו הכרה בפלורליזם משפטי. ראו: חנינה בן־מנחם "טענת קים לי – המקור ההיסטורי והמשפטי" דיני ישראל 89 (התשל"ב); "טענת קים לי – לקראת ניתוח יוריספרודנטי" שנתון המשפט העברי ו-1 45 (התשל"ט-התש"ם); "ספק, בחירה ושכנוע – השוואה בין דוקטרינת 'קים לי' במשפט העברי והפרובובליזם בתיאולוגיה הקתולית" דיני ישראל כ' 13. ראו גם: Hanina Ben-Menachem, *Is There Always One Uniquely Correct Answer to a Legal Question in the Talmud?*, 6 *JEWISH L. ANN.* 164 (1987).
- על רקע זה יש לראות גם את המחקר המקיף שהוביל בנושא המחלוקת בהלכה וראו: המחלוקת בהלכה כרך א: מקורות (חנינה בן־מנחם, נתן הכט ושי עקביא וזנר עורכים, התשנ"ד); המחלוקת בהלכה כרך ב: מקורות ופירושים (חנינה בן־מנחם, נתן הכט ושי עקביא וזנר עורכים, התשס"ג). ראו גם: חנינה בן־מנחם "חקיקה ושיפוט על פי הרמב"ם" דין ויושר בתורת המשפט של הרמב"ם 211 (חנינה בן־מנחם וברכיהו ליפשיץ עורכים, התשס"ד).

בן-מנחם דן במושג "שיקול הדעת" התלמודי ובסוגיה של טעות בדין שבה הוא נכרך. הוא טען שמסקנת הסוגיה מתיישבת עם התפיסה שלפיה רשאי הדיין לסטות מן הדין במקום שנראה בעיניו.¹⁹ במאמר זה אבחן את מושג שיקול הדעת כפי שהוא מופיע במקורות התנאיים ובסוגיות השונות בתלמוד הירושלמי ובתלמוד הבבלי. תחילה אפרש את הסוגיות השונות ואעמוד על ההקשרים שבהם המושג מופיע. לאחר מכן אראה שבמקורות מובלעות דעות שונות בנוגע לנסיבות שבהן רשאי הדיין לדון לפי שיקול הדעת. למעשה, אפשר למצוא במקורות דעות מקבילות לעמדות העיקריות בתורת המשפט. יש מי שסבור שבמסגרת דין תורה דיין אינו רשאי לדון לפי שיקול הדעת כלל. יש מי שסבור שדיין רשאי לדון לפי שיקול הדעת במקום שבו אין דין ברור בלבד, ויש מי שסבור שגם במקום שבו יש דין ברור רשאי הדיין לסטות ממנו ולדון לפי שיקול דעתו.

א. הכרעה שיפוטית לפי שיקול הדעת בספרות התנאים

המונח "שיקול הדעת" אינו נזכר בספרות התנאים. עם זאת, העיקרון של הכרעה שיפוטית לפי שיקול דעתו של הדיין נזכר בספרות התנאים, וכפי שנראה הוא היסוד שעליו מתפתח מושג שיקול הדעת בתלמודים. לפי ההלכה התנאית, לצד בית הדין הקבוע רשאים בעלי דין להעמיד בית דין פרטי שהם בוחרים בעצמם.²⁰ במסגרת זו הם רשאים להסכים על כך שכל הכרעה של הדיין תהיה מקובלת עליהם. משמעותה של הסכמה זו היא שהדיין אינו מחויב לדון לפי ההלכה ורשאי להכריע לפי שיקול דעתו. וכך נאמר בתוספתא: "אמרו לו אין לנו אלא דעתך וקיבלו עליהן אין יכול לחזור בו".²¹ כלומר, אם שני בעלי הדין הסכימו ביניהם שהדיין רשאי להכריע לפי שיקול דעתו אין בעל דין אחד יכול לחזור בו.

הסכמה של בעלי הדין לכך שהדיין ידון לפי דעתו עשויה לבוא מטעמים שונים. הסכמה כזאת עשויה לייעל את הדין ולחסוך זמן ומשאבים מבעלי הדין, וכן היא מאפשרת לחרוג מן הדין להתחשב באינטרסים מיוחדים של הצדדים.²² אבל נראה שטעם מרכזי

19 כלומר, הוא רשאי לדון לפי דעתו לא רק במקום הנתון לשיקול הדעת אלא גם במקום שבו יש הלכה קבועה (דבר משנה). בן-מנחם, סטייה מן הדין, לעיל ה"ש 17, בעמ' 131-140.

20 הדוגמה הטיפוסית לבית דין פרטי היא בית דין נברר שמתואר במשנה, סנהדרין ג, א; תוספתא, סנהדרין ה, א (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 422). אבל זו אינה הדוגמה היחידה. בעלי דין היו יכולים לבחור גם דיין יחיד ולהסמיך אותו כשלושה. ראו: ירושלמי, סנהדרין א, א (יח ע"א); בבלי, סנהדרין ו ע"א והמקורות התנאיים שנזכרים להלן.

21 תוספתא, סנהדרין, שם. הלכה זו באה במסגרת הדיון בעניינו של בית דין נברר.

22 מבחינה זו יש קרבה בין הסכמה כזאת להליך של פשרה (ראו תוספתא, סנהדרין א, ב-ח (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 415); ירושלמי, סנהדרין א, א (יח ע"ב); בבלי, סנהדרין ו ע"א). ברם, המקורות התלמודיים מבחינים בין שני ההליכים. במקומות שמדובר על הסכמה לדין לפי שיקול דעתו של הדיין לא נזכרת פשרה ולהיפך, במקומות שמדובר על פשרה

לבחירה באפשרות זו קשור בכך שהסכמה כזאת פוטרת את הדיין מאחריות לטעות. לפי המשנה, דיין שטעה בדין חשוף לתביעה מצד בעל הדין שהפסיד שלא כדיו.²³ הסכמה של בעלי הדין לכך שהדיין ידון לפי דעתו פוטרת אותו מאחריות לטעות.²⁴ לפי זה, הסכמה של בעלי הדין לכך שהדיין ידון לפי שיקול דעתו היא אינטרס מובהק של הדיין. אכן, כפי שנראה מייד, מן המקורות עולה שדיינים ביקשו ולעיתים אף תבעו מבעלי דין שיקבלו את דעתם כמחייבת אף אם היא חורגת מן הדין.

במשנה אבות נאמר: "אל תהי דן יחידי שאין דן יחידי אלא אחד, ואל תאמר קבלו דעתי – שהן רשאים ולא אתה".²⁵ משנה זו התפרשה בדרך כלל כהנחיה מוסרית. ברישא היא מזהירה את הדיין לא לדון יחידי ואילו בסיפא היא קוראת לדיין שלא לכפות את דעתו על חבריו.²⁶ אבל הלשון "שהן רשאים ולא אתה" אינה הולמת פירוש זה. והנה, בפירושים מבית מדרשו של רש"י פירשו: "ואל תאמר לבעלי הדין קבלו דעתי".²⁷ לפי פירוש זה, מדובר כאן באזהרה לדיין שלא יחייב את בעלי הדין להסכים מראש לכל מה שיפסוק. הלשון "קבלו דעתי" היא אפוא לשון טכנית שמצינת את הסכמתם של בעלי הדין מראש לכל מה שיפסוק הדיין. הואיל והדיין מעוניין בדרך כלל בהסכמה כזאת מזהירה אותו המשנה שאין הוא רשאי לדרוש זאת מהם "שהן רשאים ולא אתה" – רק

או ביצוע לא נזכר שיקול דעת. נראה שפשרה נועדה מראש להביא לתוצאה שונה מזו שהייתה מתקבלת לפי הדין. המפשר או המבצע רשאים להביא בחשבון שיקולים נוספים כגון שיקולים של "שלום" ו"צדקה". לכן התוצאה של הפשרה אינה בגדר "צדק" או "אמת" (תוספתא, סנהדרין א, ב) והמקבילות בתלמודים; ראו: עמחי רדזינר "צדק צדק תרדוף: תפיסות שונות של צדק שיפוטי במשנת התנאים" **צדק שלי, צדק שלך: צדק בין תרבויות** 59 (ידידיה שטרן עורך, התש"ע); Haim Shapira, *The Debate Over Compromise and the* *Goals of the Judicial Process*, 26–27 DINE ISRAEL 183 (2009–2010).

לעומת זאת, הליך של דין בהסכמה נועד מתחילה לספק את התשובה הצודקת (כעין הליך של בוררות).

23 משנה, בכורות ד, ד. ההנחה של המשנה היא שפעולה שיפוטית כפופה לאחריות נזיקית ככל פעולה פרטית אחרת. לעומת זאת, הכרעה שיפוטית של דיין מומחה חסינה מפני תביעה. הלכה זו תידון בפירוט להלן.

24 ראו בבלי, סנהדרין ה"א ע"א ורש"י, שם, ד"ה "אי קבלוך עלייהו": לגמרי, לילך אחריו אם לדין אם לטעות ולא יתבעוך, לא תשלם. ירושלמי, סנהדרין א, א (יח ע"א) (להלן).

25 שם, ד, ח (משמו של ר' ישמעאל בנו של ר' יוסי); אבות דרבי נתן, נוסחה ב, לד.

26 רמב"ם, פירוש המשנה, שם: "התורה התירה לאדם שהוא מומחה לרבים לדון יחידי [...] והזהירה זה מכאן בדרך המוסר ולא על דרך האסור. ואמר אם יחלקו עליך חבריך בסברא אל תחייבם לקבל סברתך". וכן פירשו אחרים ובהם רבנו יונה, הספורנו, הרשב"ץ (ראו: **משנת ראובן: מסכת אבות עם פירושי הראשונים** קעב (מרדכי ליב קצנלנבוגן עורך, התשס"ה), וכן פירשו ר' עובדיה מברטנורא ומלאכת שלמה.

27 כך בפירוש המיוחס לרש"י שנדפס בדפוס וילנא של התלמוד וכן פירש ר' יעקב בר' שמשון תלמידו של רש"י בפירושו שנדפס במחזור ויטרי (ראו את שני הפירושים הללו במשנת ראובן, שם).

בעלי הדין רשאים להסמיך את הדיין לדון לפי שיקול דעתו. פירוש זה מאפשר גם להסביר את הקשר בין הרישא לסיפא במשנה. ברישא מתייחסת המשנה להסכמה על הדיין. אף שבעלי הדין רשאים להסכים שדיין יחיד ידון בעניינם, מזהירה המשנה את הדיין "אל תהי דן יחיד". בסיפא היא מתייחסת להסכמה על הדין ומזהירה את הדיין שלא יכפה את בעלי הדין לקבל את דעתו מראש "שהן רשאיין ולא אתה".²⁸

בירושלמי סנהדרין מובא מעשה שממחיש את המשא ומתן שמתנהל בין הדיין ובעלי הדין:

ר' יוסי בן חלפתא אתון תרין בר נש מידון קומוי. אמ' ליה על מנת שתדיננו דין תורה. אמ' לון אני איני יודע דין תורה אלא היודע מחשבות יפרע מאותן האנשים. מקבלין עליכון מה דנא אמר לכון.²⁹

שני בעלי הדין ביקשו מר' יוסי בן חלפתא לדון אותם דין תורה ואולם הוא סירב ודרש מהם בלשון קשה לקבל כל מה שיאמר. כלומר, הוא דרש שישכימו מראש לכל החלטה שלו גם אם היא אינה לפי דין תורה. לכאורה יש לתמוה מדוע חכם כר' יוסי בן חלפתא סירב לבקשתם של בעלי הדין לדון לפי דין תורה ואף הגיב לכך בלשון קשה.³⁰ נראה שבעלי הדין דרשו מר' יוסי לדון לפי דין תורה משום שהדבר מותיר בידם את האפשרות לתבוע את הדיין בגין טעות. ר' יוסי עמד על כוונתם זו ודרש מהם בלשון מאיימת לקבל על עצמם את כל מה שיפסוק. בעקבות זאת הם נאלצו לקבל על עצמם את דרישתו.³¹ מעשה זה ממחיש את המשא ומתן שמתקיים בין בעלי הדין והדיין בהליך שיפוטי שנערך בהסכמה. כפי שצינינו למעלה, האינטרס של הדיין בדרך כלל הוא לקבל הסכמה של בעלי הדין לדון אותם לפי שיקול דעתו ואילו האינטרס של בעלי הדין הוא שהדין יהיה לפי דין תורה. אם אין לבעלי הדין אפשרות אחרת הם נאלצים לקבל את דרישתו

28 צירוף עניינים זה בא גם בתוספתא, סנהדרין ה, א, הנ"ל: "ר' יהודה אומר: אין יחיד דן. אמרו לו אין לנו אלא דעתך וקבלו עליהן אין יכול לחזור בו".

29 ירושלמי, סנהדרין א, א (יח ע"א). תרגום: שני אנשים באו לדון לפני ר' יוסי בן חלפתא. אמרו לו: על מנת שתדוננו דין תורה. אמר להם: אני איני יודע [לדון] דין תורה, אלא היודע מחשבות יפרע מאותן האנשים. קבלו עליכם מה שאני אומר לכם. גיבור המעשה הוא ר' יוסי בן חלפתא, תנא מדור אושא, אך המעשה אינו נזכר בספרות התנאים.

30 המעשה הובא בסמ"ג, עשין קז, ודבריו צוטטו בטור, חושן משפט, יב, כראיה לכך שעל הדיין להימנע מלהתחייב לדון לפי דין תורה מטעמים של יראת הדין. אבל פירוש זה אינו מסביר את לשונו הקשה של ר' יוסי. ראו: חיים שפירא "כי המשפט לאלהים הוא – על הזיקה בין האל להליך השיפוטי במקרא ובמסורת ההלכתית" מחקרי משפט כו 51, 71-74 (התש"ע). לפירוש העניין בדרך אחרת ראו: ברכיהו ליפשיץ "פשרה" המסורת הפוליטית היהודית לדורותיה 83, 90-91 (משה הלינגר עורך, התש"ע).

31 בכיוון זה פירש את המעשה גדליה אלון מחקרים בתולדות ישראל ב 31 (התשכ"ז).

של הדיין כפי שאירע במעשה זה. בסעיף הבא נראה שהליך שיפוטי מסוג זה נקרא בירושלמי "דין משיקול הדעת".

ב. ירושלמי, סנהדרין א, א: דין תורה ודין משיקול הדעת

תמן תנינן: היה דן את הדין זיכה את החייב חייב לזכאי טימא לטהור טיהר לטמא מה שעשה עשוי וישלם מביתו.

רבי בא בשם רבי אבהו: בשאמרו לו הרי את מקובל עלינו [כשלשה]³².
מה אנן קיימין, אם בשטעה ודנן משיקול הדעת בדא [ישלם מביתו] אם בשטעה ודנן דין תורה בדא [מה שעשה עשוי]³³

רבי בא בשם רבי אבהו: בשאמרו לו הרי את מקובל עלינו כשלשה על מנת שתדיננו דין תורה וטעה ודנן משיקול הדעת.

מה שעשה עשוי מפני שטעה ודנן משיקול הדעת. ישלם מביתו שהגיס דעתו לדון יחידי דין תורה דתנינן אל תהי דן יחידי שאין דן יחיד אלא אחד.³⁴

הסוגיה דנה בעניינה של המשנה בככורות ד, ד: "דן את הדין: זיכה את החייב וחייב את הזכאי, טימא את הטהור וטיהר את הטמא – מה שעשה עשוי וישלם מביתו. ואם היה מומחה לבית דין פטור מלשלם". כלומר, דיין שטעה בדין – פסק דינו תקף אבל הוא חייב לפצות את בעל הדין שהפסיד שלא כדין. אם הדיין הוא "מומחה לבית דין" יש לו חסינות ופטור מלשלם. משנה זו מובאת בראש מסכת סנהדרין משום שלפי לשונה עולה ממנה שדיין רשאי לדון דיני ממונות יחידי בניגוד למשנת סנהדרין שקובעת: "דיני ממונות בשלשה"³⁵. הסוגיה נפתחת ביישוב הסתירה בעזרת מימרה משמו של ר' אבהו: "בשאמרו לו הרי אתה מקובל עלינו כשלשה". כלומר, המשנה בככורות מדברת על דין שנערך בהסכמה ובמסגרת זו הסכימו בעלי הדין שהדיין ידון יחידי. לאחר מכן ניגשת הסוגיה לבירור גופה של ההלכה שקובעת המשנה. ברקע הסוגיה עומדות שתי

32 בכ"י לידן ובדפוס: "כשנים", אבל ברור שיש לתקן "כשלשה" ובלשון זו באים הדברים בהמשך הסוגיה (כך תיקן גם פני משה).

33 כך הציעו לתקן הרדב"ז ושיירי קרבן, וכן לייב מוסקוביץ הטרמינולוגיה של הירושלמי 115 (התשס"ט).

34 ירושלמי, סנהדרין א, א (א ע"ב)

35 בסוגיה מובאת מחלוקת אמוראים בין שמואל, שאומר "שנים שדנו דיניהם דין אלא שנקראו בית דין חצוף", לבין ר' יוחנן וריש לקיש שאומרים "שנים שדנו אין דיניהם דין". את הבאת המשנה בככורות אפשר לראות על רקע מחלוקת האמוראים או על רקע משנה סנהדרין גופה.

הנחות. לפי האחת, דיין שטעה בדין תורה – מחזירים את הדין ודנים בו מחדש.³⁶ לפי האחרת, דיין שטעה בשיקול הדעת – הדין תקף והדיין פטור מלשלם.³⁷ על רקע שתי ההנחות הללו, ההלכה שבמשנה מעוררת תמיהה שכן לא ניתן להעמיד אותה לא בדין תורה ולא בדין משיקול הדעת. בעקבות זאת מציעה הסוגיה בשמו של ר' אבהו אפשרות שלישית, שלפיה הדיין התבקש תחילה לדון דין תורה אבל לבסוף דן משיקול הדעת.

מפרשי הירושלמי פירשו את הסוגיה ברוח הסוגיה המקבילה בתלמוד הבבלי.³⁸ לפי פירוש זה, דין תורה הוא מקום שיש בו הלכה ברורה ומחייבת (כעין דבר משנה בבבלי) ואילו שיקול הדעת הוא מקום שאין בו הלכה ברורה. אם טעה הדיין במקום שבו יש דין תורה, היינו הלכה ברורה, חוזר הדין, אבל אם טעה במקום שיקול הדעת אין הדין חוזר. ר' אבהו העמיד את המשנה במקום שהדיין טעה בעניין שמסור לשיקול הדעת ולכן "מה שעשה עשוי" אבל ישלם מביתו מפני "שהגיס לדון יחידי דין תורה", כלומר מפני שהסכים בתחילה לדון יחידי דין תורה. ואולם פירוש זה אינו הולם את לשון הירושלמי. דין תורה אינו זהה לדבר משנה. דין תורה מציין הליך שיפוטי המתנהל לפי ההלכה והוא אינו מציין מקום שיש בו הלכה ברורה.³⁹ נראה שגם שיקול הדעת אינו בא כאן במשמעות של עניין שאין בו הלכה מפורשת אלא כסוג של הליך שיפוטי. פירושם של המפרשים גם אינו מסביר את הקשר בין שתי האפשרויות הללו לבין הקביעה של ר' אבהו שהדין המדובר במשנה נערך בהסכמה. לפי פירוש זה, אם הדין נערך בהסכמה ואם לאו, במקום שבו אין דין ברור צריך הדיין לדון משיקול הדעת.

בעקבות זאת, הציע גדליהו אלון לפרש את המושגים האלה בסוגיה בדרך אחרת.⁴⁰ לפי פירושו, דין תורה ודין משיקול הדעת מציינים שני מסלולים חלופיים של דין. בדין תורה מתחייב הדיין לפסוק לפי ההלכה ואילו בדין משיקול הדעת רשאי הדיין לפסוק לפי דעתו. בעקבות זאת נוכל לפרש את הסוגיה. כפי שראינו למעלה, בהליך שיפוטי שנעשה בהסכמה יכולים בעלי הדין להסכים ביניהם לא רק על הרכב בית הדין אלא גם על טיבו של הדין, אם יהיה זה דין תורה או דין משיקול הדעת. הואיל ור' אבהו העמיד את המשנה בהליך שנעשה בהסכמה, מתעוררת השאלה על איזה דין הוסכם בין הצדדים. הירושלמי בוחן את שתי האפשרויות ומראה שלפי כל אחת מהן לא ניתן להבין את הדין שקבעה המשנה. אם בעלי הדין הסכימו לדין משיקול הדעת, והדיין טעה,

36 הנחה זו מבוססת על משנה, סנהדרין ד, א: "דיני ממונות מחזירין בין לזכות בין לחובה". השו"ב בבלי, סנהדרין לג ע"א וראו בדין להלן.

37 הנחה זו מבוססת על המקורות התנאים שנוכרו לעיל וראו ה"ש 24.

38 סנהדרין ו ע"א; לג ע"א. ראו פני משה, רב"ז וקרובן העדה על אתר.

39 בלשונם של חכמים 'דין' פירושו הליך שיפוטי ולא הלכה או חוק. ראו: אפרים אלימלך אורבך **ההלכה – מקורותיה והתפתחותה** 65-67 (1984).

40 גדליהו אלון, לעיל ה"ש 31, בעמ' 30-31.

מדוע ישלם מביתו? הרי בעלי הדין הסכימו לכך ולכן צריך להיות פטור מתשלום! לעומת זאת, אם הם הסכימו על דין תורה וטעה, מדוע "מה שעשה עשוי"? במקרה זה יש להחזיר את הדין! בעקבות זאת מצטטת הסוגיה את המשך דברי ר' אבהו שלפיהם מדובר במצב מיוחד שבו בעלי הדין ביקשו תחילה: "על מנת שתדיננו דין תורה", אבל הוא דרש מהם לדרון לפי שיקול הדעת והם קיבלו זאת עליהם.⁴² מכיוון שבעלי הדין הסכימו לכך שהדין ידון אותם משיקול הדעת "מה שעשה עשוי". מאותו טעם צריך היה הדין להיות פטור גם מתשלום על הטעות, אבל מכיוון "שהגיס דעתו לדרון יחידי דין תורה", כלומר מכיוון שהסכים בתחילה לדרון דין תורה יחידי הוא נושא באחריות לטעות ועל כן ישלם מביתו.

העמדת המשנה בדין משיקול הדעת עולה גם מספר המעשים:⁴³

מההוא ששיננו: דן את הדין זיכה את החייב וחייב את הזכיי, מה שעשה עשוי וישלם מביתו. אתה אומר שהיה דן משיקול הדעת וקיבלו עליהן כן. אבל בדבר שהוא מחזר אחר התורה מתקנו במודע בית דין.

לפי ספר המעשים, המשנה בבכורות מדברת על טעות שנעשתה בעת שהדין דן את בעלי הדין משיקול הדעת לאחר שקיבלו על עצמם כן. לעומת זאת, אם טעה בדין תורה, חוזר הדין והדין צריך לתקנו "במודע בית דין", היינו בפסק דין.⁴⁴ ספר המעשים מדגיש שדין משיקול הדעת מנוגד לדין שבו הדין "מחזר אחר התורה". הוא מוסיף ומדגיש שבעלי הדין צריכים לקבל על עצמם את סמכותו של הדין לדרון משיקול הדעת, ומכאן אתה למד שאם אין הם מסכימים לכך אין הדין רשאי לדוןם משיקול הדעת.⁴⁵

41 את הלשון "וטעה ודנן משיקול הדעת" יש לפרש: טעה בעת שדן אותם משיקול הדעת. וכן "בשטעה ודנן דין תורה" פירושו: טעה בעת שדן דין תורה. אי אפשר לפרש שהטעות הייתה בעצם הבחירה בשיקול הדעת או לחלופין בדין תורה. במקרה כזה ברור שהדין צריך להיות אחראי לטעות.

42 מצב דברים כזה בדיוק מתואר בראש הסוגיה במעשה בר' יוסי בן חלפתא שנוכח למעלה. בעלי הדין ביקשו "על מנת שתדיננו דין תורה" ואילו הוא דרש מהם "קבלו מה שאומר לכם" והם אכן נאלצו לקבל את דעתו.

43 הלל ניומן המעשים לבני ארץ ישראל: הלכה והיסטוריה בארץ ישראל הביזנטית 163 (התשע"א) (ראו שם בהערות וכן את דיונו שם, בעמ' 163-165).

44 שאול ליברמן "ספר המעשים – ספר הפסקים" תרביץ ב' 379 (התצ"א), פירש ש"מודע בית דין" הוא שטר שבו נכתבים הדברים. אבל ניומן, שם, בעמ' 79-80, הראה ש"מודע בית דין" בא בלשון הפיוט כתרגום של פסק דין ביוונית (*apofasis*).

45 ספר המעשים אינו תולה את חובת התשלום בכך שהדין "הגיס דעתו לדרון דין תורה יחידי" וכאילו מתעלם מהאוקימתא של ר' אבהו (שתחילה ביקשו ממנו לדרון דין תורה ורק לבסוף דנן משיקול הדעת). מספר המעשים יוצא לכאורה שבכל מקרה שבו הסכים הדין לדרון משיקול הדעת יתחייב בגין טעות. אפשר שלפי ספר המעשים כל הסכמה של דיין לדרון יחידי (לאו דווקא דין תורה) גוררת אחריות לטעות.

שיקול הדעת בסוגיה זו מציינ החלטה של הדיין שמתקבלת לפי דעתו ולא לפי הדין. הדיין רשאי לפסוק בדרך זו רק כאשר בעלי הדין קיבלו זאת עליהם. במסגרת דין תורה הדיין חייב לפסוק לפי ההלכה ואם טעה מחזירים את הדין. סוגיה זו אינה מבחינה בין סוגים שונים של טעויות, כגון בין טעות בדבר משנה לטעות בשיקול הדעת. כלומר, היא אינה מבחינה בין מצב שבו יש בהלכה כלל ברור לבין מצב שאין כלל כזה. בכל טעות חוזר הדין. הסוגיה מניחה אפוא תמונה פורמליסטית שלפיה במסגרת דין תורה יש כללים שמספקים תשובה נכונה לכל מקרה. לפיכך הדיין אינו רשאי לדון לפי שיקול הדעת במסגרת דין תורה. הוא רשאי לעשות זאת רק במסלול חלופי המתנהל מחוץ לדין תורה. ואולם גם במסלול זה שיקול הדעת של הדיין אינו בלתי מוגבל. פסק דין משיקול הדעת יכול להיחשב מוטעה. הסוגיה אינה מבהירה כיצד אפשר לקבוע שהדיין טעה. מכיוון שמלכתחילה אין הדיין מחויב לדין תורה נראה שהדין עצמו אינו יכול להיות קנה המידה שעל פיו ייקבע אם טעה או לא. אפשר שהדבר נקבע על פי שיקולי צדק כלליים ואפשר שכדרך אחרת.⁴⁶ בדרך כלל יהיה הדיין פטור מתשלום פיצוי על הטעות משום שבעלי הדין הסכימו שידון אותם משיקול הדעת. רק במקום שבו הסכים הדיין תחילה לדון יחידי יקנסו אותו והוא יידרש לשלם.

כיצד נקבע שהייתה טעות בדין? סוגיה זו, כמו הסוגיות האחרות שנדון בהן להלן, אינה מדברת על ההליך שבאמצעותו נקבע שהייתה טעות בדין וראוי לתת על כך את הדעת. ההלכה התלמודית אינה מכירה הליך פורמלי של ערעור על פסק דין ואינה מכירה בית דין לערעורים.⁴⁷ אם כך, מי הגורם שמוסמך לקבוע שהייתה טעות בדין? בהמשכה של משנה בכורות ד, ד, שנידונה למעלה, מובא המעשה הבא: "מעשה בפרה שנטלה האם שלה והאכילה ר' טרפון לכלבים, ובא מעשה לפני חכמים והתירוה". בעקבות זאת הביין ר' טרפון שטעה וכי הוא חייב לשלם. מתוך המעשה עולה שפסק דין נחשב מוטעה כאשר בית דין חשוב יותר פסק בניגוד להוראתו של הדיין.⁴⁸ יש להדגיש שהמעשה שבא לפני חכמים לא היה אותו מעשה שבו דן ר' טרפון אלא מעשה אחר

46 לדוגמה, אם מדובר בקביעה עובדתית שהתבררה כבלתי נכונה קל יותר לקבוע שהייתה טעות. מכל מקום, אין הצדקה לקרוא לתוך הירושלמי את ההסבר שהוצע בבבלי "כגון תרי תנאי או תרי אמוראי" וכו' (סנהדרין, לג ע"א), כדרך שפירש פני משה ומפרשים אחרים.

47 גולאק טען שבית הדין הגדול פעל לפני חורבן הבית ולאחריו כבית דין לערעורים (אשר גולאק יסודי המשפט העברי ד 37-38 (התשכ"ז)). אבל אין לכך כל הוכחה במקורות. ראו: חיים דב מנטל מחקרים בתולדות הסנהדרין 252-254 (התשכ"ט); בן-מנחם, סטייה מן הדין, לעיל ה"ש 17, בעמ' 136; חיים שפירא בית הדין ביבנה: מעמד, סמכויות ותפקידים, עיונים במשפט העברי ובהלכה 327-333 (התשס"ז). כידוע, היעדרו של בית דין לערעורים הוא אחד המאפיינים של המשפט העברי לדורותיו. ראו: מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו 1521-1528 (התשמ"ח).

48 הוראות הבאות במעשים בשם "חכמים" מציינות לעיתים הוראות שהתקבלו בפורום רשמי כגון בבית הדין הגדול ביבנה או במקומות אחרים. אף כאן נראה שההוראה התקבלה

(שהרי הוא האכיל את הפרה לכלבים). כלומר, אין מדובר בהתערבות ישירה בפסק הדין אלא בפסיקה שהביאה באופן עקיף לכך שפסיקת ההלכה תיחשב מוטעית. אף על פי כן, לא מן הנמנע שדיין או בית דין חשוב יתערב בפסק דין של דיין מקומי. במקורות אמוראיים מתועדים כמה מקרים שבהם התערבו חכמים בכירים באופן ישיר בפסקי דין של דיינים מקומיים.⁴⁹ מתברר אפוא שגם בהיעדר מנגנון פורמלי של ערעור הוכרה האפשרות של בתי דין חשובים להתערב בפסקי דין מקומיים.⁵⁰ מלבד התערבות ישירה או עקיפה מצידו של דיין בכיר או של בית דין חשוב ייתכן מצב שבו הדיין עצמו מודה בטעות.⁵¹ יש להניח שסוגיה זו והסוגיות האחרות שעוסקות בטעות בדין מניחות את מכלול האפשרויות הללו.

ג. ירושלמי, כתובות ט, ב: דבר תורה, דבר משנה ושיקול הדעת

המשנה דנה ב"מי שמת והניח אשה ובעל חוב ויורשין והיה לו פקדון או מלוה ביד אחרים".⁵² שלושה נושאים תובעים את העיזבון: אישה התובעת את כתובתה, בעל חוב התובע את חובו, ויורשים המבקשים לזכות בירושה. השאלה היא מי מהם קודם לזכות בחלקו.⁵³ ר' טרפון אומר: "ינתנו לכושל שבהן", כלומר לתובע החלש ביותר שזקוק לממון יותר מאחרים.⁵⁴ לעומתו מתריס ר' עקיבא: "אין מרחמין בדין!" כלומר, הדין צריך

בישיבה רשמית של בית הדין של חכמים. ראו: שפירא, בית הדין ביבנה, לעיל ה"ש 47, בעמ' 330-331.

49 ירושלמי, כתובות ט, ב (לג ע"א) (דוגמה זו תידון להלן בפירוט); בבא בתרא ח, י (טז ע"ב); בבלי, יבמות ס ע"ב; כתובות נ ע"ב; נד ע"ב; פד ע"ב; בבא קמא יב ע"א; קיז ע"א; בבא מציעא סו ע"א; בבא בתרא קיא ע"א; חולין קלב ע"ב. ראו גם בבלי, סנהדרין כט ע"ב (ר') ישמעאל בר' יוסי ור' חייא). שם מדובר בסתירה עקיפה של פסק הדין ונדונה השאלה אם ראוי היה להפוך את פסק הדין.

50 ראו גם בבלי, סנהדרין לג ע"א, שם קבע רב נחמן שהדין חוזר "במקום שיש גדול הימנו בחכמה ובמנין". כלומר, דיין או בית דין גדול מן הראשון יכול לקבוע שהייתה טעות בדין.

51 לדוגמה, בבלי, כתובות ק ע"א. ראו גם רש"י, סנהדרין לג ע"א, ד"ה "במומחה", שמניח שההודאה בטעות נעשית על ידי הדיין.

52 משנה, כתובות ט, ב.

53 השאלה מתמקדת במיטלטלין שביד אחרים. אילו היה מדובר במקרקעין, הם היו משועבדים לכתובה ולבעל חוב (לפי סדר החיובים). אילו היה מדובר במיטלטלין שבחזקת הנפטר הם לא היו משועבדים לנושים ולכן היו נופלים לידי היורשים שזוכים בהם. השאלה היא אפוא במקרה של מיטלטלין שהיו ביד אחרים ולא הגיעו לידי היורשים.

54 זה בווראי פשוטה של המשנה. בירושלמי (ובבבלי) מובאת הצעה לפרש את הדיבור "כושל" באופן אחר, כגון "כושל שבראיותיו" אבל ברור שאין זה פשוטם של הדברים. הירושלמי דן בשאלה אם "כושל" מציין מצב גופני או כלכלי ומסכם שיש להביא בחשבון את שני הדברים: "כושל בגופו ועני".

להיקבע לפי הזכויות החוקיות ולא לפי צרכים אישיים.⁵⁵ לדעתו, זכותם של היורשים עדיפה מפני "שכולן צריכים שבועה ואין היורשין צריכין שבועה". בסוגיית הירושלמי מובא מעשה באישה ענייה שתבעה את כתובתה מהעיזבון של בעלה ובית הדין המקומי העדיף אותה על פני היורשים והעניק לה את סכום הכתובה. ר' שמעון בן לקיש סבר שפסק הדין מוטעה משום שהוא הסתמך על דעתו של ר' טרפון ואילו ההלכה היא כדעת ר' עקיבא.⁵⁶ על כן הביא את עבדיו של ר' יהודה נשיאה שיוציאו ממנה את הרכוש וישיבו ליורשים. ר' יוחנן חלק על ר' שמעון בן לקיש ואמר שלא יפה עשה.

ההסבר הפשוט למחלוקת האמוראים הוא שר' שמעון בן לקיש סבר שהלכה כר' עקיבא ואילו ר' יוחנן סבר שהלכה כר' טרפון, או לכל הפחות שדיין רשאי לפסוק כמותו.⁵⁷ ואולם, הירושלמי לא פירש את המחלוקת בדרך זו כנראה משום שהניח שגם ר' יוחנן מודה שהלכה כר' עקיבא.⁵⁸ לכן מוצע בסוגיה בשמו של ר' ירמיה פירוש אחר, שלפיו שני האמוראים מסכימים שהלכה כר' עקיבא ולדעת שניהם פסק הדין היה מוטעה. המחלוקת ביניהם הייתה בשאלה אם יש להחזיר את הדין ולהפוך את פסק הדין המוטעה. ר' שמעון בן לקיש סבר שיש להחזיר את הדין ואילו ר' יוחנן סבר שיש להעמידו במקומו. ר' ירמיה מסביר ששני החכמים מסכימים על עקרונות חזרת הדין וחלוקים במקרה זה בלבד.

אמ' ר' ירמיה קומי ר' זעירא: אי נאמר ר' יוחנן כדעתיה ור' שמעון כדעתיה, דאתפלגון. הכל מודין שאם טעו בשיקול הדעת – שאין מחזירין. מדברי תורה – מחזירין. מה פליגין, שר' יוחנן אמר בטעות

55 אין הכרח להניח שר' טרפון חולק וסבור שמרחמין בדין. ייתכן שהעיקרון מוסכם על הכול אבל ר' טרפון סבור שאם הדין קובע "ינתנו לכושל" אין זה רחמים אלא מה שקובע הדין. לעומת זאת, ר' עקיבא סבור שהכלל "ינתנו לכושל" אינו חתוך ומחייב הכרעה של הדין שתסתמך מן הסתם על רחמים. לכן הוא דורש שהחלוקה תהיה לפי הזכויות המשפטיות שאינן מחייבות שיקול דעת.

56 טעמו של ריש לקיש אינו מפורש אבל הדבר ברור מן העניין (ראו פני משה וקרובן העדה על אתר).

57 בדרך זו התפרשו הדברים בבבלי, כתובות פד ע"ב.

58 הכלל "הלכה כר' עקיבא מחברו" נזכר בבבלי, עירובין מו ע"ב בשם ר' יעקב ור' זריקא, אמוראים מהדור השלישי (מתלמידי ר' יוחנן). הדעת נותנת שהכלל היה מקובל כבר על ר' יוחנן, שכן בשמו באה סדרה של כללי פסיקה הנוגעים למחלוקות תלמידי ר' עקיבא (שם, וכן ירושלמי, תרומות ג, א (מב ע"א)). ראו יהודה ברנדס "מהפיכת הפסיקה של ר' יוחנן" בדרכי שלום: עיונים בהגות היהודית מוגשים לשלום רוזנברג 515 (בנימין איש שלום עורך, התשס"ז).

משנה שיקול הדעת. ר' שמעון בן לקיש אמר: טעות משנה דבר תורה.
היא טעות משנה היא טעות זקנים.⁵⁹

ר' ירמיה מבחין בין שלושה סוגים של טעויות: (א) טעות ב"דברי תורה", כלומר טעות בדין מן התורה.⁶⁰ (ב) "טעות משנה", כלומר טעות בדין שמקורו במשנת חכמים, היינו מדרבנן (משמעות המונח "משנה" כאן היא התורה שבעל פה או ההלכה בכללה).⁶¹ (ג) טעות ב"שיקול הדעת". מושג זה אינו מוגדר בסוגיה. מתוך ההקשר עולה שהכוונה לעניין שאין לגביו הלכה קבועה לא מן התורה ולא ממשנת חכמים. במושגים של תורת המשפט זהו "מקרה קשה" או "סכסוך בלתי מוסדר" שאין לו תשובה בדין ולכן הוא מסור לשיקול דעתו של הדיין. שני האמוראים מסכימים שבמקרה של טעות בדברי תורה יש להחזיר את הדין ולדון בו מחדש שכן הדיין פסק בניגוד להלכה, וכן שבמקרה של טעות בשיקול הדעת אין להחזיר את הדין ומה שעשה עשוי. המחלוקת ביניהם היא במקרה של טעות משנה. לפי ר' שמעון בן לקיש, טעות משנה היא כטעות בדברי תורה ויש להחזיר את הדין. לעומת זאת לפי ר' יוחנן טעות משנה היא כטעות בשיקול הדעת ולכן אין להחזיר את הדין.

שיטת ר' שמעון בן לקיש מובנת היטב. בכל מקום שבו יש הלכה מחייבת, בין שמקורה בדברי תורה ובין שמקורה במשנת חכמים, מוטלת על הדיין חובה לפסוק לפי הדין. אם הדיין טעה ולא פסק לפי ההלכה, יש לסתור את הדין ולדון בדבר מחדש כהלכה.⁶² לעומת זאת, שיטת ר' יוחנן דורשת הסבר. ר' יוחנן בוודאי אינו חולק על כך

59 ירושלמי, כתובות ט, ב (לג ע"א). תרגום: אמר ר' ירמיה לפני ר' זעירא: שמא נאמר ר' יוחנן [מחזיק] בדעתו ור' שמעון [מחזיק] בדעתו. שנחלקו: הכול מודים שאם טעו בשיקול הדעת – שאין מחזירין. מדברי תורה – מחזירין, במה הם חולקים? שר' יוחנן אמר טעות משנה [היא כטעות ב] שיקול הדעת. ר' שמעון בן לקיש אמר: טעות משנה [היא כטעות ב] דבר תורה. טעות משנה היא טעות [בדברי] זקנים (המשפט האחרון אינו מדברי ר' שמעון בן לקיש, אלא הוא הערה של התלמוד שמבארת את המושג "טעות משנה").

60 המונח שכיח בשני התלמודים בהוראה זו. לדוגמה: ירושלמי, ברכות ג, א (ו ע"ב); שם, ז, א (יא ע"א), וכן בבבלי, ברכות כ ע"ב, ועוד הרבה.

61 למונח "משנה" שתי הוראות עיקריות. במקורות התנאים הוא מציין את כלל התורה שבעל-פה. "משנה" במונח זה כוללת מדרש, הלכות ואגדות. לעומת זאת, במקורות האמוראיים התייחד המונח לציין את משנת רבי. עם זאת, גם במקורות אמוראיים הוא עשוי לשמש בהוראה כללית, ובפרט במונח של הלכה כפי שהוא ממש כאן. ראו חנוך אלבק מבוא למשנה 1-2 (התשי"ט); יעקב נחום אפשטיין מבוא לנוסח המשנה ב 804 (התש"ס). ישי ריון צבי "מבוא למשנה" ספרות חז"ל הארץ-ישראלית: מבואות ומחקרים א 1-2 (מנחם כהנא ואח' עורכים, התשע"ח).

62 אני מניח שטעות בדברי תורה היא פסיקה שמנוגדת לדין מן התורה ואילו טעות בדבר משנה היא פסיקה שמנוגדת להלכה מדרבנן. על אפשרות אחרת שלפיה "טעות" היא פסיקה מתוך אידיעה של ההלכה או מתוך התעלמות ממונה (ולא כל סטייה ממונה) ראו בדיון בבבלי להלן.

שגם הלכה שמקורה במשנת חכמים מחייבת. מדוע אפוא אם טעה הדיין בדבר משנה אין הדין חוזר? מסתבר שלדעת ר' יוחנן הלכה שמקורה בדבר משנה מטילה על הדיין חובה עקרונית ("חובה לכאורה") לפסוק לפי ההלכה, אך הדיין רשאי לסטות מחובה זו אם לדעתו הדבר ראוי בנסיבות המקרה. הואיל ולדעתו גם בדבר משנה יש לדיין שיקול דעת, אם טעה ופסק שלא בהתאם להלכה אין הדין חוזר.⁶³

כפי שניתן לראות, המושג "שיקול הדעת" משמש בסוגיה זו בתפקיד שונה מאשר בסוגיית סנהדרין שנדונה בסעיף הקודם. בסוגיית סנהדרין שיקול הדעת מציין מסלול של דין מחוץ לדין תורה, ואילו כאן הוא מציין עניין או תחום במסגרת דין תורה. גם בעניינים אחרים יש הבדלים בין הסוגיות. בסוגיית סנהדרין נקבע שבמקרה של טעות בשיקול הדעת על הדיין לשלם מביתו ואילו בסוגיית כתובות חובה כזאת אינה נזכרת. מאידך גיסא, סוגיית כתובות מבחינה בין סוגים שונים של טעויות לעניין חזרת הדין ואילו לפי הסוגיה בסנהדרין בכל מקרה של טעות בדין תורה חוזר הדין ללא הבדל בסוג הטעות. נראה שכל אחת מהסוגיות הללו מתמקדת בהלכה אחרת מן המשנה. סוגיית סנהדרין דנה בעניינה של משנה, בכורות ד, ד, שקובעת כי במקרה של טעות "מה שעשה עשוי וישלם מביתו". לפיכך היא דנה בשאלה באיזה מקרה ישלם הדיין מביתו. לעומת זאת, המחלוקת הנזכרת בסוגיית כתובות מתייחסת למשנה סנהדרין ד, א, שבה נקבע העיקרון של חזרת הדין ("דיני ממונות מחזירין בין לזכות בין לחובה"). לפי ר' ירמיה, ר' יוחנן ור' שמעון בן לקיש נחלקו בשאלה באיזו טעות "מחזירין" את הדין ובאיזו "אין מחזירין".

ברם, ההבדל בין הסוגיות אינו רק במושג הדיון אלא גם בתפיסות שונות של שיקול הדעת. כפי שראינו למעלה, סוגיית סנהדרין מניחה תפיסה פורמליסטית שבה במסגרת דין תורה לכל שאלה יש בהלכה תשובה. לעומת זאת, סוגיית כתובות מניחה הבחנה בין מקרים שבהם יש כלל ברור לבין מקרים שבהם אין כלל ברור ולכן הם נתונים לשיקול הדעת. נוסף על כך, היא מבחינה בין כללים מרמות נורמטיביות שונות: דבר תורה ודבר משנה. לפי ר' יוחנן, בדבר תורה יש חובה מוחלטת להחיל את הדין. בדבר משנה החובה היא כאמור חובה עקרונית בלבד והדיין רשאי בנסיבות שנראות לו לסטות מן הדין. לעומת זאת לפי ר' שמעון בן לקיש, בכל מקום שבו יש בדין כלל מחייב חייב הדיין להחיל את הדין ואם טעה הדין חוזר. רק בתחום שבו אין כלל ברור הוא רשאי לדון משיקול הדעת. ר' שמעון בן לקיש מחזיק אפוא בהבחנה היסודית בין מקום שבו

63 כבבלי, כתובות פד ע"ב, יוחסה לר' יוחנן עמדה דומה בנוגע לכלל הפסיקה "הלכה כר' עקיבא מחברו". לפי מסקנת הדברים שם, ר' יוחנן סבר "מטין איתמר", כלומר נוטים לפסוק כך, אבל הדיין יכול לסטות מן הכלל ואין מחזירין את הדין. לעומת זאת ריש לקיש סבר "הלכה איתמר" ולכן יש להחזיר את הדין. (לעניין "מטין" ראו גם בבלי, עירובין מו ע"ב ובבא בתרא קכד ע"ב).

יש כלל ברור ובו חייב הדיין לפסוק לפי הדין לבין מקום שאין כלל כזה ובו רשאי הדיין ואף נדרש להפעיל שיקול דעת.

ד. בבלי, סנהדרין לג, ע"א: דבר משנה ושיקול הדעת

נקודת המוצא של סוגיית התלמוד הבבלי היא הסתירה בין שתי ההלכות במשנה. המשנה בסנהדרין ד, א, קובעת: "דיני ממונות מחזירין בין לזכות בין לחובה". כלומר, במקרה של טעות בדין מבטלים את פסק הדין ודנים בעניין מחדש.⁶⁴ ואילו המשנה בכורות ד, ד קובעת שבמקרה שדיין טעה בדין "מה שעשה עשוי וישלם מביתו". התלמוד מבקש ליישב סתירה זו ולצורך כך מובאים בסוגיה ארבעה תירוצים שונים.⁶⁵ לפי אחד התירוצים, המובא משמו של רב ששת, משנת סנהדרין שקובעת שמחזירין את הדין, מדברת במקום שהדיין טעה ב"דבר משנה", ואילו משנת בכורות, הקובעת שאין מחזירין את הדין אבל הדיין חייב לשלם, מדברת במקום שהוא טעה ב"שיקול הדעת". סביב תירוץ זה מתפתחת סוגיית משנה שדנה בשני המושגים הללו. אעתיק כאן את חלקה הראשון של הסוגיה:⁶⁶

64 כך מניח הבבלי וכך הניח גם הירושלמי. פשוטה של המשנה דורש עיון. לפי העניינים הנזכרים במשנה אפשר שהיא מדברת במקרה של גילוי ראייה חדשה ולא בכל טעות בדין. זאת ועוד, בתלמוד מובאת דעתו של רבא שפירש את המשנה כמדברת בדיני קנסות (בבלי, סנהדרין לב ע"ב). בהקשר זה הכוונה לדיני נזיקין ודיני גזלות וחבלות (ראו עמיהי רדזינר דיני קנסות – מחקר במשפט התלמוד 307-315 (התשס"ז)). דומה שפירוש זה קולע לפשוטה של המשנה שכן הוא מסביר יפה את ההשוואה שעושה המשנה בין דיני ממונות לדיני נפשות. בשניהם מדובר בעניינים שבהם אדם עומד לדין ושייך לדבר בהם על זכות וחובה (ראו גם חיים שפירא "בתי הדין במשנה – עיון מחדש במשנה סנהדרין פרק א" תרביץ פח, בה"ש 29). לפי פירוש זה, אין בהכרח סתירה בין משנת סנהדרין למשנת בכורות.

65 התירוץ הראשון: "אמר רב יוסף: כאן במומחה כאן בשאינו מומחה". התירוץ השני: "אמר רב נחמן: כאן שיש גדול הימנו בחכמה ובמנין כאן שאין גדול הימנו בחכמה ובמנין". התירוץ השלישי: "רב ששת אמר: כאן שטעה בדבר משנה כאן שטעה בשיקול הדעת". ואילו התירוץ הרביעי: "רב חסדא אמר: כאן שנשא ונתן ביד וכאן שלא נשא ונתן ביד". לפי פשוטם של דברים נראה שאלה ארבעה תירוצים חלופיים, אבל הפוסקים שילבו אותם זה עם זה והדבר יצר מגוון של אפשרויות. ראו רי"ף, סנהדרין, יא ע"ב-יב ע"א ("ורדייגן להא מילתא ואשכחינן לה ה' בבי"); משנה תורה, הלכות סנהדרין ו, א-ד; רא"ש, סנהדרין ד, ה; יד רמ"ה, לג ע"א, ד"ה "נקטינן בהאי דינא דדינא דטעי תריסר בבי". לסקירה של עמדות הפוסקים בסוגיה ראו: "טעות הדיינים" אנציקלופדיה תלמודית כ, תצה-תקלט.

66 לפי כ"י התימני, ירושלים, יד הרב הרצוג. על עדיפותו של כ"י זה ראו: מרדכי סבתו כתב יד תימני למסכת סנהדרין (בבלי) ומקומו במסורת הנוסח 333-343 (התשנ"ח). בנספח למאמר זה תובא הסוגיה בשלמותה וכן הסוגיה המקבילה בדף ו ע"א.

[א] רב ששת אמר: לא קשיא, כאן שטעה בדבר משנה כאן שטעה בשיקול הדעת, דאמר רב ששת אמר רבי אסי: טעה בדבר משנה חוזר טעה בשיקול הדעת אינו חוזר.⁶⁷

[ב] אמר ליה רב המנונא לרב ששת: אפילו טעה בדר' חייה ור' אושעיא? אמר ליה: אין. בדרב ושמואל? אמר לי אין. אפילו טעה בדידי ודידך? אמר ליה: אטו אנן קטלי קני אנן?⁶⁸

[ג] היכי דאמי שיקול הדעת? אמר רב פפא: כגון תרי תנאי או תרי אמוראי דפליגי אהדדי ולא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר, וסוגיא דעלמא אליבא דחד מינייהו, ואזל איהו ועבד כאידך, היינו שיקול הדעת.⁶⁹

בקטע הראשון של הסוגיה [א] מציג רב ששת את התירוץ שמיישב את שתי המשניות: "כאן [במשנת סנהדרין] שטעה בדבר משנה, כאן [במשנת בכורות] שטעה בשיקול הדעת". רב ששת מסתמך על דבריו של רבי אסי שאותם הוא מצטט: "טעה בדבר משנה חוזר בשיקול הדעת אינו חוזר". דברי רבי אסי מניחים מערכת מושגים דומה לזו שנזכרה בירושלמי, כתובות, ונראה שהם עוסקים באותה שאלה שנידונה שם: באיזו טעות הדין חוזר. כזכור, שאלה זו נידונה בהקשרה של משנת סנהדרין. רבי אסי עומד בשיטתו של ריש לקיש בירושלמי, שלפיה טעות בדבר משנה היא כמו טעות בדבר תורה ובשניהם חוזר הדין. רק בטעות בשיקול הדעת הדין אינו חוזר. רבי אסי לא הזכיר דבר תורה משום שאם הדין חוזר בטעות בדבר משנה קל וחומר שחוזר בטעות בדבר תורה.⁷⁰ רב ששת השתמש בהבחנה זו לצורך יישוב משנת בכורות עם משנת סנהדרין. לפי רב ששת, ההבחנה בין דבר משנה לשיקול הדעת יפה לשני העניינים; הן כדי לבאר את משנה סנהדרין – באיזו טעות חוזר הדין, והן כדי ליישב את הסתירה בין משנה סנהדרין למשנת

67 רב ששת הוא בן הדור השלישי לאמוראי בבל (חנוך אלבק מבוא לתלמודים 312 (התשכ"ט)). רבי אסי הוא בן הדור השלישי לאמוראי ארץ-ישראל, חברו של ר' אמי ותלמידו של ר' יוחנן (אלבק, שם, בעמ' 228).

68 תרגום: אמר לו רב המנונא לרב ששת: אפילו טעה בהלכה של ר' חייה ור' אושעיא? אמר לו: כן. בשל רב ושמואל? אמר לו: כן. אפילו טעה בשלי ושלך? אמר לו: כן. וכי אנו קוטלי קנים? יש להטעים ששמות החכמים המשתתפים במשא ומתן הם רב המנונא ורב ששת (בעל השמועה), שניהם בני אותו הדור. כך גם בכ"י מינכן וכ"י פירנצה, בניגוד לנוסח הדפוס ("אמר ליה רבינא לרב אשי").

69 תרגום: כיצד הוא שיקול הדעת? אמר רב פפא: כגון שני תנאים או שני אמוראים שחולקים זה על זה ולא נאמר שהלכה כאדון זה או כאדון זה, ומנהג העולם הוא לפי אחר מהם, והלך הדיין ופסק כמו האחר. רב פפא הוא אמורא בבלי בן הדור החמישי (אלבק, לעיל ה"ש 67, בעמ' 417) וראו להלן.

70 בירושלמי "דבר תורה" נזכר משום שלשיטת ר' יוחנן בדבר תורה חוזר הדין ובדבר משנה אינו חוזר. יש להטעים שלפי זה, רבי אסי לא בא ליישב את הסתירה בין המשניות אלא פירש את משנת סנהדרין בלבד.

בכורות – מתי חוזר הדין ומתי חייב הדיין לשלם. בעקבות זאת, בסוגיות הבבלי המושג של שיקול הדעת משמש בשני ההקשרים במובן זהה של עניין שאין לגביו דין ברור.⁷¹ הקטע השני [ב] דן בשאלה מהי טעות בדבר משנה. רב המנונא הניח שהמונח "משנה" מציין את משנת רבי,⁷² ולכן שאל את רב ששת אם טעות בדבר משנה כוללת גם טעות בהלכה מן הקובץ של ר' חייא ור' אושעיה שנחשב שני למשנה.⁷³ לאחר שרב ששת השיב בחיוב שאל רב המנונא גם על הלכות של ראשוני האמוראים (רב ושמואל) וכן על האחרונים (בדידי ודידך). לאחר שגם על שאלות אלה השיב רב ששת בחיוב התברר שהמונח "דבר משנה" אינו מוגבל למשנת רבי או לקובץ הלכות כלשהו וכי הוא כולל למעשה כל הלכה שקבעו חכמים.

מדברי רב ששת עולה שבכל מקום שבו יש הלכה קבועה חייב הדיין לפסוק לפי ההלכה ואם טעה ופסק שלא לפי ההלכה הדין חוזר. חנינה בן־מנחם הציע להבין את דברי רב ששת באופן שונה. הוא טען ש"טעות בדבר משנה" אינה פסיקה בניגוד להלכה גרידא אלא פסיקה שנובעת מאי־ידיעה של ההלכה. אם הדיין ידע את ההלכה ובחר שלא לפסוק כמותה אין זו טעות ואין הדין חוזר.⁷⁴ אם פירוש זה נכון, אין להסיק מהתלמוד שיש חובה לפסוק לפי ההלכה. חובתו של הדיין היא לדעת את ההלכה ולשקול אותה בלבד, אבל הוא רשאי לסטות ממנה לפי שיקול דעתו. ואולם, פירוש זה אינו הולם את השימוש במושג "טעות" במקורות השונים. ככל המקורות שראינו טעות בדין היא מצב שבו הדיין פסק בניגוד להלכה והשאלה אם ידע את הדין אם לאו אינה עומדת על הפרק. המשנה בבכורות ד, ד הגדירה טעות של דיין לפי התוצאה: "זיכה את החייב וחייב את הזכאי", וכלל לא התייחסה לשאלה אם הכיר הדיין את הדין או לא. בירושלמי כתובות ט, ב, סופר על ריש לקיש שביטל את פסק הדין של הדיין המקומי משום שפסק בניגוד לכלל "הלכה כר' עקיבא מחברו".⁷⁵ ריש לקיש התעניין בתוצאה של פסק הדין ולא חקר אם הדיין הכיר את הכלל אם לאו. גם בסוגיית הבבלי שבה אנו דנים אין רמז לכך שמקורה של הטעות באי־ידיעה של הדין.⁷⁶ גם במקומות אחרים משמש המושג

71 ראו בבבלי, סנהדרין ו ע"א ובבבלי, בכורות כח ע"ב.

72 כמשמעות השיחיה של "משנה" בספרות האמוראים. ראו לעיל ה"ש 61.

73 רש"י, שם, ד"ה "ואפילו טעה בר' חייא ור' אושעיא": "שהם סדרו התוספתא וסתמו בה מה שסתמו". בתלמוד נזכרו חכמים אלה כבעלי הלכות אך לאו דווקא תוספתא. ראו לדוגמה בבבלי, חולין קמא ע"א: "כל מתניתא דלא תניא בי ר' חייא ור' אושעיא משבשתא היא" (וכן בבבלי, תענית כא ע"א; כתובות סט ע"ב ועוד). ראו: פינחס מנדל "תוספתא" ספרות חז"ל הארץ־ישראלית: מבואות ומחקרים א 112 (מנחם כהנא ואח' עורכים, התשע"ח).

74 בן־מנחם, סטייה מן הדין, לעיל ה"ש 17, בעמ' 138.

75 ירושלמי, כתובות ט, ב (לג ע"א).

76 בהמשך הסוגיה שואל רב המנונא את רב ששת: "ואי איתא לימא ליה טועה בדבר משנה אתה וטועה בדבר משנה חוזר?" (ראו בנספח להלן). כלומר, אם נכון העיקרון ש"טעה בדבר משנה חוזר", מדוע לא פטר ר' עקיבא את ר' טרפון על ידי כך שקבע שפסיקתו מנוגדת

של טעות בדבר משנה במובן זה של פסיקה שמנוגדת לדין.⁷⁷ למיטב ידיעתי אין אפילו דוגמה אחת שבה המושג של טעות בדין מתייחס לאי־ידיעה של הדין.⁷⁸ טעות בדבר משנה היא אפוא פסיקה בניגוד להלכה קבועה. מדבריו של רב ששת אכן עולה שבמקום שיש הלכה קבועה מוטלת על הדיין חובה לפסוק לפי ההלכה ואם טעה הדיין ופסק בניגוד לכך חוזר הדין.

הקטע השלישי [ג] דן בשאלה מהי טעות בשיקול הדעת. התלמוד פותח בשאלה "היכי דמי שיקול הדעת?", כלומר, כיצד ניתן לקבוע טעות בשיקול הדעת.⁷⁹ רב פפא משיב: מדובר במחלוקת תנאים או אמוראים שלא הוכרעה אבל התפתח בעניין זה נוהג של הדיינים לפסוק כאחת הדעות.⁸⁰ טעות בשיקול הדעת היא אפוא פסיקה של דיין שאינה בניגוד להלכה קבועה ורשמית, אבל היא בניגוד למנהג הדיינים. יש לתת את הדעת לכך שדברי רב פפא, בן הדור החמישי, נתחבו בין שני קטעי משא ומתן בין רב המנונא ורב ששת. נראה שהדבר נעשה כדי להעמיד את ההגדרות של שני המושגים המרכזיים בסוגיה, טעות בדבר משנה וטעות בשיקול הדעת, זה לצד זה.⁸¹

לדבר משנה? התלמוד לא הניח דבר באשר לידיעת הדין מצידו של ר' טרפון, אלא הסתפק בכך שפסיקתו מנוגדת לדבר משנה.

77 ראו בבלי, כתובות ק ע"א; שבועות לח ע"ב.

78 בן־מנחם ציין להבחנה שנמצאת בדברי הרא"ש, סנהדרין ד, ו. הרא"ש מביא מחלוקת ראשונים בנוגע למעמדם של דברי הגאונים שאחר התלמוד. לדברי הראב"ד (שבהם מצדד גם הרא"ש), אם דיין לא ידע או התעלם מדברי הגאונים הרי זה טועה בדבר משנה. אבל אם ידע את דבריהם והכריע נגדם אין זה טועה כלל. ברם, דברים אלה נוגעים לדברי החכמים שלאחר התלמוד, שמעמדם שונה מן ההלכה שנקבעה בתלמוד בדיוק בעניין זה. בנוגע לדבר משנה, המבחן הוא אם פסק הדין הוא בהתאם להלכה או בניגוד לה.

79 אף שהשאלה אינה מזכירה טעות, ברור מתשובת רב פפא שזוהו פירושה. השאלה הזאת מתבקשת מעניינה של הסוגיה ומתאימה לקטע הקודם שעסק בשאלה מהי טעות בדבר משנה.

80 כפי שפירש רש"י שם, ד"ה "סוגיין דעלמא כאידך": "רוב הדיינים נראין להם דברי השני". וכן משנה תורה, הלכות סנהדרין ו, ב (אומנם בלשון מפליגה: "שכבר פשט המעשה בכל העולם כדברי האחר"). פירוש זה הולם את נוסח כתבי היד "סוגיא דעלמא", שהיה גם לפני הרי"ף, הרמב"ם, רש"י ואחרים. ברם, נוסח הדפוס הוא "סוגיא דשמעתא", כלומר מהלך השמועה (בתלמוד). נוסח זה היה לפני חלק מהראשונים ולפי זה פירש ביד רמ"ה: "כגון דמקשינן ומפריקין מימריה אי נמי דאמרינן שמעתתא אליביה" (= כגון שמקשים ומשיבים את דבריו או שאומרים הלכה משמו). הסבר זה מניח את קיומה של סוגיה ערוכה לפני הדיין והוא בוודאי משני.

81 מן הדברים עולה שרב ששת עצמו לא נדרש להגדרת טעות בשיקול הדעת. מסתבר שלדעתו אפשר להגדיר טעות גם בלי מנהג דיינים. גם לפי הירושלמי אפשר היה לקבוע טעות בשיקול הדעת בהיעדר כלל ברור.

האם המצב שתיאר רב פפא הוא דווקא או שמא זו דוגמה בלבד ויכולים להיות גם מצבים אחרים שמקיימים את התנאי הזה? מלשונו של רב פפא ("כגון תרי תנאי וכו'") אפשר לכאורה ללמוד שהוא ציין דוגמה בלבד. אבל לשון זו אינה מכרעת.⁸² רוב הראשונים ראו את המצב שתיאר רב פפא כדווקא, ובעיקר במה שנוגע למנהג הדיינים. הם הניחו שכדי לקבוע שדיין טעה בדין נדרשת הוכחה ברורה ואין להסתפק בסברה או בראיה ממקום אחר.⁸³ אכן, גם אם נניח שדבריו של רב פפא הם דוגמה צריך להניח שהמקרים הנוספים שיקיימו תנאי זה הם כאלה שיש בהם כלל הכרעה ברורה ואין די בהוכחה מסברה.⁸⁴

מה ניתן ללמוד מהגדרת טעות בשיקול הדעת על שיקול הדעת באופן כללי? התנאי היסודי לכך שדיין יהיה רשאי להכריע על פי שיקול הדעת הוא שאין בדבר הלכה קבועה. בתוך המרחב שנתון לשיקול הדעת תיאר רב פפא מצב מיוחד ונדיר יחסית שבו אף על פי שאין הלכה קבועה יש כלל הכרעה אחר כגון מנהג דיינים. במצב זה שיקול הדעת של הדיין מוגבל ("חלש") והוא חייב לפסוק בהתאם למנהג. המצב השכיח יותר הוא שבמקום שאין הלכה קבועה אין גם מנהג דיינים. במצב כזה יהיה לדיין שיקול דעת מלא ("חזק") ובו לא ניתן יהיה לקבוע שטעה. אכן, כך הסיקו הראשונים. הר"ן כתב: "אבל היכא דפליגי וסוגיא דעלמא לא אזלא כחד מינייהו [...] מאן דעבד כמר עבד ומאן דעבד כמר עבד".⁸⁵ פירוש: במקום שבו חולקים החכמים ואין מנהג דיינים כאחד מהם, רשאי הדיין לפסוק ככל אחת מן השיטות. למסקנה דומה הגיעה גם המאירי: "אבל כל שלא הוזכר בתלמוד כלל, או שהוזכר ולא הוכרע, ולא נתפשט המעשה כדברי האחד [...] אם אין שם ראייה ברורה – אין זה טועה כלל".⁸⁶ המאירי מדיגיש שכל מקום שאין בו הלכה קבועה, בין שהדבר לא נזכר כלל ובין שנזכר אבל שנוי במחלוקת, הוא בגדר שיקול

82 אפשר שהמונח "כגון" מציין מקרה קונקרטי (יחיד) המקיים את התנאים הללו. אפשרות נוספת היא שהתיבה "כגון" מתייחסת לחלק הראשון של הדברים בלבד. כלומר "תרי תנאי או תרי אמוראי דפליגי אהדרי" היא דוגמה למצבים נוספים שאין בהם הלכה קבועה (כגון שאין הלכה כלל בעניין זה או שההלכה אינה ברורה). אבל החלק השני – "וסוגיא דעלמא אזלא כאידך" הוא דווקא. בדרך זו פירשו את הדברים כמה מהראשונים ובהם המאירי שדבריו מובאים להלן.

83 כך קבע כבר הר"ף, יב ע"ב. כך קבע גם הרא"ש, סנהדרין ג, כו וכן טור, חושן משפט, סוף סימן כה. ברעה זו החזיק גם בן־מנחם, סטיה מן הדין, לעיל ה"ש 17, בעמ' 135–137.

84 בניגוד לדעתו של גולאק יסודי המשפט העברי, לעיל ה"ש 47, בעמ' 180, בהערה 10. גולאק טען שכל ההכרעות של בית הדין המיוסדות על סברה, כגון הערכת הראיות והטענות, הן בגדר שיקול הדעת, והן חשופות לביקורת (לדעתו לערערור) באמצעות סברה או ראייה ממקום אחר. לפי פירוש זה, כל המאמץ של רב פפא להעמיד סיטואציה מסוימת שבה ניתן להגדיר טעות הוא מיותר.

85 ר"ן, יא ע"ב (ברפי הרי"ף) ד"ה "דסוגיין דעלמא".

86 בית הבחירה למאירי, סנהדרין לג ע"א.

הדעת, ואם אין מנהג דיינים שמכריע נתון לדיין שיקול דעת מלא.⁸⁷ בדרך דומה פירש את הדברים גם הרא"ש, שקבע שאם הדיין פסק לפי סברתו ואין מנהג דיינים שסותר אותו, אי אפשר לומר שטעה.⁸⁸ נמצא שאף שהתלמוד לא דן בהיקפו של שיקול הדעת פרט למקרה של טעות, ניתן להסיק מן הדברים שכל מקום שאין בו הלכה קבועה ואין בו כלל הכרעה אחר הדבר מסור לשיקול דעת מלא של הדיין.

נסכם את התמונה העולה מן הסוגיה. לפי רב ששת, ההלכה היא מערכת של כללים, הלכות, שמקורם בדברי תורה או בדברי משנה. רב ששת מגדיר את המושג "דבר משנה" בהרחבה והוא כולל כל הלכה שקבעו חכמים, בין תנאים ובין אמוראים. בכל מקום שבו יש דין תורה או הלכה קבועה של חכמים חייב הדיין לפסוק בהתאם לדין. ואם טעה הדין חוזר. במצבים שבהם אין הלכה קבועה יש לדיין שיקול דעת לקבוע את הדין. ברוב המקרים יש לדיין שיקול דעת מלא ואין הוא מחויב לפסוק בדרך מסוימת. רב פפא הגדיר מצב נדיר יחסית שבו אפשר יהיה לקבוע שהדיין טעה. מצב זה מתאפיין בכך שאף על פי שאין בו הלכה קבועה יש בו כלל אחר, כגון מנהג דיינים המחייב את הדיין ולכן ניתן לקבוע אם טעה.

סיכום: שיקול הדעת במקורות התלמודיים

נשוב לשאלות שהצגנו בראש הדברים. האם המקורות התלמודיים מאמצים את ההבחנה בין הכרעה שיפוטית שבה מיישם הדיין את הדין לבין הכרעה שיפוטית שבה הוא מפעיל שיקול דעת? האם במקרים שבהם יש כלל ברור חייב הדיין להחיל את הדין והאם במקרים שבהם אין כלל ברור הוא נדרש להפעיל שיקול דעת? מעיון בסוגיות מתברר שהמקורות מציגים עמדות שונות בנוגע לשאלות אלה.

לפי ירושלמי, סנהדרין א, א, אם טעה הדיין בדין תורה הדין חוזר. הסוגיה אינה מבחינה בין טעות בדבר משנה לטעות בשיקול הדעת. בכל טעות חוזר הדין. הסוגיה אינה מאמצת אפוא את ההבחנה בין מקום שבו יש כלל ברור למקום שאין כלל כזה.

87 המאירי מגדיר את מרחב שיקול הדעת באופן רחב (כל מקום שאין בו הלכה קבועה) ואילו את כלל ההכרעה (מנהג הדיינים) באופן דוקני. דבריו על "ראיה ברורה" מתייחסים לראיה מן התלמוד שאותה הוא רואה כדבר משנה.

88 רא"ש, סנהדרין ג, כו. דבריו מתייחסים לסוגיה בבבלי, סנהדרין כט ע"ב, שם נאמר שר' ישמעאל בר' יוסי טעה בדין ואף על פי כן לא החזירו את הדין. הרא"ש מסביר: "ולא הוי ר' ישמעאל כטועה בשיקול הדעת כיון שלא נחלקו תנאים ואמוראים בדבר זה תחילה. ור' ישמעאל לפי שסברתו לחייב אין כוח לר' חייא להוכיח שטעה אלא בסברא נחלק עליה". לפי הרא"ש, ניתן לקבוע טעות רק כאשר הדיין פסק במקום שבו נחלקו תנאים או אמוראים והמנהג הכריע אותה. אם הדיין פסק מכוח סברה במקום שבו אין כלל הלכה לא ניתן לקבוע שטעה. דברי הרא"ש הובאו בטור, חושן משפט, סוף סימן כה.

היא מניחה שההלכה מספקת תשובה לכל שאלה והדיין חייב לפסוק לפי ההלכה בכל עניין. בתמונה פורמליסטית זו אין מקום לשיקול דעת של הדיין. הסוגיה מכירה בשיקול הדעת רק בהליך שמחוץ לדין תורה. במסלול זה מסכימים בעלי הדין מראש שהדיין יפסוק לפי שיקול דעתו. אומנם גם במסלול זה שיקול הדעת של הדיין מוגבל. הסוגיה מניחה שגם בפסק דין לפי שיקול הדעת יש תשובה נכונה ודיין שפסק בניגוד לכך טעה. כלומר, גם במקום שבו הדיין אינו פוסק לפי הכללים קיימים עקרונות מופשטים שמחייבים אותו לפסוק בדרך מסוימת.

ירושלמי, כתובות ט, ב, מניח מדרג שכולל שלשה סוגים של נורמות: דבר תורה, דבר משנה ושיקול הדעת. מדרג זה מניח את ההבחנה בין מקום שבו יש כלל ברור לבין מקום שבו אין כלל כזה. ר' שמעון בן לקיש מתייחס להבחנה זו בלבו. לדעתו בכל מקום שבו יש הלכה קבועה, בין שמדובר בדבר תורה ובין שמדובר בדבר משנה, חייב הדיין לפסוק לפי הדין ואם טעה מחזירים את הדין. במקום שבו אין הלכה קבועה, רשאי הדיין להחליט לפי שיקול הדעת ואם טעה אין מחזירים את הדין. ר' שמעון בן לקיש מאמץ אפוא את ההבחנה היסודית, הפוזיטיבית, בין הכרעה שיפוטית לפי הדין לבין הכרעה שיפוטית לפי שיקול הדעת.

לעומת זאת, ר' יוחנן מחזיק בעמדה מורכבת יותר. הוא מסכים לכך שבדבר תורה חובה על הדיין להחיל את הדין ובשיקול הדעת מטבע הדברים אין חובה כזאת. אבל הוא סבור שגם בטעות בדבר משנה אם טעה הדיין אין מחזירים את הדין. כלומר, מעמדה של טעות בדבר משנה הוא כשל טעות בשיקול הדעת. כפי שהצענו למעלה, נראה שר' יוחנן סבור שבדבר משנה יש אומנם חובה עקרונית ליישם את הדין אבל ניתן לדיין שיקול דעת לסטות ממנה. יש לתת את הדעת לכך שדבר משנה הוא הקטגוריה המרכזית מבין השלוש שהוצעו והיא תופסת את רוב בניינה של ההלכה. כלומר, לפי ר' יוחנן ברוב השאלות המשפטיות יש לדיין שיקול דעת אם לאמץ את הדין. זוהי עמדה מעין ריאליסטית המכירה בצורך לבחון כל מקרה לגופו.

הבבלי מבחין היטב בין הכרעה שיפוטית המבוססת על הדין לבין הכרעה שיפוטית המבוססת על שיקול הדעת. הבבלי קובע באופן חד־משמעי – "טעה בדבר משנה חוזר". הוא אינו נותן מקום לדעה החולקת שלפיה אם טעה בדבר משנה אינו חוזר. כלומר, התלמוד מניח שבמקום שבו יש הלכה קבועה חייב הדיין ליישם את הדין. הקטגוריה של דבר משנה מתוארת בפירוט והיא כוללת את כל סוגי ההלכות שקבעו חכמים. לעומת זאת, במקום שבו אין הלכה קבועה, בין שאין הלכה כלל ובין שהיא שנויה במחלוקת, הדיין נדרש להכריע לפי שיקול הדעת. בדרך כלל הכרעה כזאת אינה ניתנת לביקורת ואם טעה אין מחזירים את הדין. במקרים נדירים שבהם יש מנהג דיינים חייב הדיין לפסוק לפי המנהג, ואם טעה הדין חוזר. המסגרת המושגית שמציג התלמוד הבבלי משקפת אפוא הבחנה דומה להבחנה הפוזיטיבית בין מקום שבו יש דין ברור לבין מקום

שאינן בו דין ברור ובהתאם לכך את ההבחנה בין תפקידו של השופט כמיישם את הדין לבין תפקידו כיוצר דין.

כל המקורות התלמודיים שותפים להנחה הבסיסית ששיקול הדעת מציין את סמכותו של הדיין להחליט לפי דעתו ולא דווקא לפי הדין. כל המקורות שותפים גם לדעה שבמקום שהדיין מוסמך לרון לפי שיקול הדעת החלטתו מוגנת מפני חזרת הדין. עמדה זו שונה מן המקובל במשפט המודרני כפי שבא לידי ביטוי בין השאר במשפט הישראלי. במשפט הישראלי כל החלטה של שופט כפופה לערעור, בין שעניינה הוא פירוש חוק ובין שעניינה הפעלה של שיקול דעת. העובדה שהחלטה של בית משפט הייתה במסגרת שיקול הדעת שמסור לו אינה מחסנת את החלטה מפני ביקורת של ערכאת הערעור.⁸⁹ המשפט התלמודי לעומת זאת מגן על החלטה שהתקבלה במסגרת שיקול הדעת.

89 במשפט האמריקאי יש מערכת מסועפת של כללי ביקורת שיפוטית (standards of review). לפי הכללים האלה יש הגנה מסוימת על שיקול הדעת של הערכאה הדיונית, אבל הדבר מקובל בעיקר בהחלטות פרוצדורליות של בית המשפט (כגון היתר להגשת מסמכים באיחור). במקרים כאלה ערכאת הערעור תתערב רק כאשר יש שימוש לרעה בשיקול הדעת (abuse of discretion). אבל כשמדובר בעניינים מהותיים, ערכאת הערעור תתערב גם בהחלטות שניתנו כתוצאה מהפעלה של שיקול דעת. ראו: Kelly Kunsch, *Standard of Review (State and Federal): A Primer*, 18 SEATTLE UNIV. L. REV. 11-49 (1994); Yves-Marie Morissette, *Appellate Standards of Review Then and Now*, 18 J. APP. PRAC. & PROCESS 55 (2017).

נספח: סוגיות הבבלי בשלמותן⁹⁰

סנהדרין לג, ע"א

[דיני ממונות מחזירין בין לזכות בין לחובה. ודיני ממונות מחזירין ורמינהי דן את הדין חייב את הזכאי זיכה את החייב, טימא את הטהור, טיהר את הטמא, מה שעשה עשוי וישלם מביתו [...]]

[א] רב ששת אמר: לא קשיא, כאן שטעה בדבר משנה כאן שטעה בשיקול הדעת, דאמר רב ששת אמר רבי אסי: טעה בדבר משנה חוזר טעה בשיקול הדעת אינו חוזר.

[ב] אמר ליה רב המנונא לרב ששת: אפילו טעה בדר' חייה ור' אושעיה? אמר ליה: אין. בדרב ושמואל? אמר לי אין. אפילו טעה בדידי ורידך? אמר ליה: אטו אנן קטלי קני אנן?⁹¹

[ג] היכי דאמי שיקול הדעת? אמר רב פפא: כגון תרי תנאי או תרי אמוראי דפליגי אהדדי ולא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר, וסוגיא דעלמא אליבא דחד מינייהו, ואזל איהו ועבד כאידך, היינו שיקול הדעת.⁹²

[ד] איתיביה רב המנונא לרב ששת: מעשה בפרה שלבית מנחם⁹³ שנטלה האם שלה והאכילה ר' טרפון לכלבים ובא מעשה לפי חכמים והתירוה. אמ' תודוס הרופא אין פרה וחזירה יוצאת מאלכסנדריה שלמצרים אלא אם כן חותכין האם שלה בשביל שלא תלד. אמ' ר' טרפון הלכה לה חמורך טרפון. אמר לו ר' עקיבה: פטור אתה שכל המומחה לבית דין פטור מלשלם. ואם איתא לימא ליה טועה בדבר משנה את! ועוד, אי נמי בשיקול הדעת טעית, מומחה לבית דין אתה וכל המומחה לבית דין פטור מלשלם!⁹⁴

90 לפי כ"י התימני, ירושלים, יד הרב הרצוג.

91 תרגום לעיל.

92 תרגום לעיל.

93 התוספת "שלבית מנחם" אינה מן המשנה. מקורה כנראה בתוספתא, בכורות ד, ח (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 539), שעוסקת בעניין אחר ("אמר ר' יוסי: 'מעשה בפרה שלבית מנחם'"). לעניין זה ראו בבלי, בכורות מ ע"א ובתוספתא, שם, ד"ה "בפירן של בית מנחם". לנוסח התוספתא ראו: שאול ליברמן **תוספת ראשונים** א 271 (התשנ"ט).

94 תרגום: [...] ואם יש וכדברך], [היה צריך] לומר לו טועה אתה בדבר משנה, וגם אם בשיקול הדעת טעית מומחה לבית דין אתה וכו'. (לפי נוסח זה, קושיית רב המנונא נותרה בלא תשובה). נוסח זה היה כנראה לפני הרי"ף, יא ע"ב, וראו סבתו, לעיל ה"ש 66.

נוסח אחר: [...] ואם איתה לימא ליה טועה בדבר משנה את! חדא ועוד קאמר, חדא טועה בדבר משנה אתה וטועה בדבר משנה חוזר ועוד, אי נמי בשיקול הדעת טעית מומחה לרבים אתה וכל המומחה לרבים פטור מלשלם.⁹⁵

[ה] אמר ליה רב נחמן בר יצחק לרבא: מאי קא מותיב לה רב המנונא לרב ששת, דילמא לעולם אמר ליה טעה בדבר משנה חוזר ושאי פרה דהאכילה לכלבים וליתה דתיהדר. האי מאי, אי אמרת בשלמה טועה בדבר משנה אינו חוזר, אלמא⁹⁶ קם דינא, היינו דקא מיפחיד ר' טרפון ואמר הלכה לה חמורך טרפון ואמר ליה ר' עקיבא פטור אתה מלשלם שמומחה לבית דין אתה וכל המומחה לבית דין פטור מלשלם. אלא אי אמרת טעה בדבר משנה חוזר, לימא ליה כיון דאילו הואי פרה הוה הדרא בעינה דינך לא דינה ולא עבדת ולא כלום, הכא נמי לא עבדת ולא כלום.⁹⁷

בחלק הראשון של הסוגיה (קטעים א-ג) דנתי למעלה. כאן אדון בשני החלקים האחרונים של הסוגיה.

בקטע הרביעי [ד] שב התלמוד למשא ומתן בין רב המנונא לרב ששת. רב המנונא מקשה על רב ששת שתירוצו אינו מתאים למשנה בככורות. לפי המשנה בככורות, ר' עקיבא נימק את הפטור של ר' טרפון בכך שהוא "מומחה לבית דין". אבל לפי רב ששת, ר' עקיבא היה צריך לתלות את הפטור בהבחנה בין דבר משנה לשיקול הדעת. אם טעה בדבר משנה – פטור משום שבמקרה זה הדין חוזר. אם טעה בשיקול הדעת – פטור משום שהוא מומחה לבית דין.⁹⁸ לפי נוסח כתב היד התימני, קושיית רב המנונא נותרת

95 לפי דפוס וילנא, וכך בכ"י מינכן ובכ"י פירנצה. תרגום: ואם יש [כדברך], [היה צריך] לומר לו טועה אתה בדבר משנה! [דבר] אחד ועוד [אחד] אמר לו, אחד, טועה אתה בדבר משנה וטועה בדבר משנה חוזר. וגם אם בשיקול הדעת טעית, מומחה לרבים אתה ומומחה לרבים פטור מלשלם (לפי נוסח זה, רב ששת השיב לרב המנונא). נוסח זה היה לפני רוב הראשונים ובהם רבנו חננאל, רש"י, תוספות, יד רמה ועוד.

96 כך צ"ל (בכ"י ירושלים: "אילימא") וכך הוא בכ"י פירנצה ומינכן ובדפוס.

97 תרגום: אמר לו רב נחמן בר יצחק לרבא: מה מקשה רב המנונא לרב ששת. אולי אמר לו טעה בדבר משנה חוזר אבל שונה [המקרה של] פרה שהרי האכילה לכלבים ואי אפשר שתחזור. [אמר לו רבא:] זה מהו, אם אתה אומר טועה בדבר משנה אינו חוזר, כלומר הדין עומד [במקומו], לכן פחד ר' טרפון ואמר [...] אלא אם אתה אומר טעה בדבר משנה חוזר, יאמר לו כיוון שאילו הייתה פרה [קיימת] היא הייתה חוזרת בעינה, דינך אינו דין ולא עשית כלום, גם עכשיו [כשהפרה איננה קיימת] לא עשית ולא כלום.

98 רש"י על אתר, ד"ה "טועה בדבר משנה" מזכיר את המשנה, חולין ג, ב שמונה בין המומים הכשרים: "נטלה האם שלה". כלומר, יש מקום לומר שר' טרפון טעה בדבר משנה. אפשר להסביר את שתי האפשרויות שמעלה רב המנונא כתלויות בשאלה מתי נקבעה ההלכה במשנה. אם ההלכה הייתה קיימת לפני המעשה, נמצא שר' טרפון טעה בדבר משנה. לעומת

בלא תשובה. לעומת זאת, לפי הנוסח האחר, רב ששת השיב לרב המנונא "חדא ועוד קאמר". כלומר, ר' עקיבא פטר את ר' טרפון משני הטעמים. טעם אחד הניח בלי לפרש וטעם שני פירש.

יש כמה שיקולים להעדיף את נוסח כ"י ירושלים. ראשית, כתב יד זה עדיף באופן כללי על פני עדי הנוסח האחרים.⁹⁹ שנית, לפי הנוסח האחר, תשובת רב ששת לא באה בשמו (או בלשונו "אמר ליה") אלא בשם סתם התלמוד.¹⁰⁰ עובדה זו עשויה לרמז על כך שמדובר בתשובה שאינה מקורית. שלישית, הדיון בקטע הבא (ה) עוסק בשאלת תוקפה של קושיית רב המנונא. דיון זה מובן טוב יותר אם הקושיה נותרה ללא תשובה. אם רב ששת השיב לרב המנונא כראוי, מה מקום יש לדון בתוקפה של השאלה? נמצא שלפי הנוסח העדיף דברי רב ששת נותרו בתיובתא.

בקטע החמישי (ה) דנים אמוראים בדור שלאחר מכן (הדור הרביעי לאמוראי בכל) בקושיה שהקשה רב המנונא על רב ששת. רב נחמן בר יצחק מבקש להפריך את הקושיה בנימוק שבמקרה הנידון לא היה ניתן להחזיר את הדין שכן ר' טרפון כבר האכיל את הפרה לכלבים. לכן, הטעם היחיד לפטור את ר' טרפון היה הנימוק שהזכיר ר' עקיבא. רבא משיב ואומר שאף על פי שבאופן מעשי לא ניתן היה להחזיר את הדין, העיקרון עדיין רלוונטי. אם בטעות בדבר משנה חוזר הדין, כדברי רב ששת, נמצא שהפסיקה של ר' טרפון לא הייתה תקפה והאחריות על אובדן הפרה הייתה מוטלת על הבעלים שהשליכו אותה לכלבים.¹⁰¹ העובדה שר' עקיבא לא נימק את הפטור של ר' טרפון בדרך זו מלמדת שלדעתו טעה בדבר משנה אינו חוזר. רבא מעמיד אפוא את קושיית רב המנונא במקומה ולפי זה הסוגיה מסתיימת בקושיה על רב ששת.¹⁰²

מהלכה של הסוגיה בקטעים ד-ה ומסקנתה (לפי כ"י ירושלים) קשים. לכאורה התשובה על קושיית רב המנונא פשוטה וקשה להבין מדוע דברי רב ששת נותרו בקושיה (בקטע ד). רב ששת היה יכול להשיב "הכא במאי עסקינן בשטעה בשיקול הדעת". הרי המקרה הובא לפני ר' טרפון לפני שחכמים קבעו בו הלכה. אם כך, זהו מקרה טיפוסי של שיקול הדעת!¹⁰³ אכן, כפי שנראה מייד, בסוגיה המקבילה בסנהדרין ו, ע"א, התלמוד

זאת אם ההלכה נקבעה רק לאחר המעשה, בעקבות פסיקתם של חכמים, נמצא שר' טרפון טעה בשיקול הדעת.

99 סבתו, כתב יד תימני, לעיל ה"ש 66.

100 התירוץ "חדא ועוד קאמר" בא בתלמוד באופן כללי רק בשם הסתמא דגמרא.

101 רש"י, ד"ה "לאו כלום עבדת": "דאיהו הוא דאפסיד אנפשיה שהשליכה לכלבים". ראו גם תוספות ד"ה "השתא".

102 לפי הנוסח האחר, רבא אומנם מעמיד את הקושיה של רב המנונא במקומה, אבל התירוץ של הגמרא לעיל ("חדא ועוד קאמר") גם הוא עומד במקומו ודברי רב ששת מיושבים (ראו יד רמ"ה, ד"ה "אייתיביה", בסוף הפסקה).

103 גם אם נניח, כדברי רש"י, לעיל ה"ש 98, שקושיית רב המנונא הסתמכה על המשנה בחולין ג, ב, רב ששת היה רשאי לומר שהמשנה נקבעה לאחר המעשה בעקבות פסיקתם של חכמים

העמיד את המשנה בפשטות במקרה של "טעה בשיקול הדעת". בעקבות זה לא מובן מדוע חכמי הדור הבא (בקטע ה) דנו בקושיית רב המנונא ומדוע מסתיימת הסוגיה בקושיה על רב ששת. לפני שננסה להשיב על שאלות אלה נעיין בסוגיה המקבילה.

סנהדרין ו, ע"א:

[א] איתיביה רבי אבה לר' אבהו: דן את הדין, וזיכה את החייב וחייב את הזכאי, טימא את הטהור טיהר את הטמא – מה שעשה עשוי ומשלם מביתו. אמר ליה: הכא במאי עסקינן – דקיבלוהו עילאויהו. אי הכי אמאי משלם מביתו? דאמרי ליה: כי קבילנא לך עלן אדעתא דדיינת לן דינא דאורייתא.¹⁰⁴

[ב] אמר ליה רב ספרא לרבי אבא: דטעה במאי? אילימא דטעה בדבר משנה – והאמר רב ששת אמר רבי אסי:¹⁰⁵ טעה בדבר משנה – חוזר. אלא דטעה בשיקול הדעת.¹⁰⁶

[ג] היכי דמי בשיקול הדעת? אמר רב פפא: כגון תרי תנאי ותרי אמוריי דפליגי אליבא דהדרי, ולא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר, וסוגיית דעלמא אליבא דחד מינייהו, ואזל איהו ועבד כד אידך – היינו שיקול הדעת.

הסוגיה הזאת מתמקדת במשנת בכורות. החלק הראשון של הסוגיה [א] מקביל לדיון של ירושלמי, סנהדרין, ומשתתפים בו אותם חכמים שנזכרים שם.¹⁰⁷ השאלה הראשונה של ר' אבא היא: כיצד המשנה מדברת על דן יחיד והרי "דיני ממונות בשלושה"? ר' אבהו משיב על כך שבעלי הדין קיבלו על עצמם דן יחיד. השאלה השנייה היא: אם כן, מדוע חייב הדיין לשלם מביתו? התשובה על כך היא משום שהם קיבלו אותו על עצמם כדי שידון דין תורה ואם טעה אין זה דין תורה.¹⁰⁸ בקטע הבא [ב] שואל רב ספרא את רבי אבא

(כפי שאכן מסתבר). לכן מדובר בעניין של שיקול הדעת.

104 תרגום: אמר לו: במה אנו עוסקים כאן? שקיבלוהו עליהם. אם כך, מדוע משלם מביתו? [מפני] שאמרו לו קיבלנו אותך עלינו על דעת שתדון אותנו דין תורה. בנוסח כ"י מינכן והדפוס: דאמרו ליה דיינת לן דין תורה (וראו להלן).

105 בכתב היד: אמר רבי אסי אמר רב ששת, ויש לתקן כאמור בפנים.

106 תרגום: אמר לו רב ספרא לרבי אבא: במה טעה? אם נאמר שטעה בדבר משנה, הרי רב ששת אמר בשם רבי אסי טעה בדבר משנה חוזר. אלא [יש לומר] שטעה בשיקול הדעת.

107 לעיל, פרק ב.

108 כפירוש רש"י: "וכיון דטעה לאו דין תורה הוא" (שם, ד"ה "דין תורה"). תשובה זו שונה מן התשובה שהשיב הירושלמי, שלפיה מכיוון שבעלי הדין ביקשו תחילה לדון דין תורה (יחיד) והדיין הסכים לכך, הוא נקנס גם על טעות בדין משיקול הדעת. לפי כ"י מינכן והדפוס, נוסח התשובה כאן הוא: "דאמרו ליה דיינת לן דין תורה". התשובה הזאת יכולה להתפרש כמו בירושלמי. לפי נוסח זה, הקטע הראשון בסוגיה שומר על המסורת הארץ-ישראלית

על טיב הטעות שבה מדובר לאור ההבחנה שהעמיד רב ששת.¹⁰⁹ אם טעה בדבר משנה, חוזר הדין והדיין פטור! על כרחך, יש להניח שהטעות שבה מדברת המשנה היא טעות משיקול הדעת. בקטע השלישי של הסוגיה [ג] מצטט התלמוד את דברי רב פפא בנוגע לשיקול הדעת. לפי דברי רב פפא, טעות בשיקול הדעת נקבעת רק במקרה שבו מצד אחד, יש מחלוקת שלא הוכרעה ומצד אחר, יש מנהג דיינים להכריע כאחת הדעות.¹¹⁰

הסוגיה מאמצת אפוא את ההבחנה של רב ששת, שלפיה בטעות בדבר משנה חוזר הדין ואילו בטעות בשיקול הדעת הדין אינו חוזר, ומעמידה את משנת בכורות בשיקול הדעת. כמו כן, הסוגיה מאמצת את הסברו של רב פפא למצב של טעות בשיקול הדעת. על רקע סוגיה זו קשה להבין מדוע בסוגיה בדף לג לא השיב רב ששת שיש להעמיד את משנת בכורות בשיקול הדעת. נוסף על כך מסקנת הסוגיה בדף לג, ע"ב, שונה ממסקנת הסוגיה בדף ו, ע"א. הסוגיה בדף ו מאמצת את דברי רב ששת, ואילו הסוגיה בדף לג לכאורה דוחה אותם. על כך יש להוסיף שבכמה מקומות נוספים מקבל התלמוד את ההבחנה של רב ששת ונראה שבדרך כלל היא אינה שנויה במחלוקת.¹¹¹ נמצא שלא זו בלבד שמסקנת הסוגיה בדף לג, ע"א, קשה מצד עצמה, היא גם אינה מתיישבת עם הסוגיות האחרות בבבלי. יש לשער שבעקבות קשיים אלה נוצר הנוסח האחר בסוגיה שלפיו רב ששת השיב לרב המנונא תשובה מספקת.

כיצד יש להסביר את הסוגיה לפי הנוסח העדיף של כ"י ירושלים? היסוד לכך נמצא בדברי הרי"ף שלפניו היה נוסח זהה לזה שבכ"י ירושלים.¹¹² הרי"ף פסק הלכה כרב ששת, שבדבר משנה חוזר הדין ובשיקול הדעת אינו חוזר, אך לצד זה קבע שאת משנת בכורות אין לפרש לפי רב ששת אלא לפי רב חסדא.¹¹³ כלומר, משנת בכורות המדברת על כך

כדיוק. ברם, במסגרת הסוגיה הבבליית המסגרת המושגית משתנה. התלמוד מניח שהדיין חרג מדין תורה מפני שטעה בדין (כפי שפירש רש"י). ובעקבות זאת, מתעוררת השאלה באיזו טעות טעה הדיין, בדבר משנה או בשיקול הדעת. נוסח כ"י התימני משקף אפוא את התשובה בהקשר של הסוגיה הבבליית.

109 רב ספרא היה אמורא בבלי, בן הדור השלישי, שעלה לארץ ישראל (אלבק, לעיל ה"ש 67, בעמ' 302).

110 כאמור לעיל, הסברו של רב פפא מאוחר לדברי רב ששת וגם לדברי רב ספרא ורבי אבא. המלאכותיות בפירושו של רב פפא מתבררת אם נחיל אותה על המקרה של ר' טרפון שנוכר באותה משנה. לפי דברי רב פפא, צריך לומר שהשאלה שנשאל ר' טרפון הייתה שנויה במחלוקת והיה מנהג דיינים כאחת הדעות (שהפרה מותרת!). כשר' טרפון הורה להשליך את הפרה לכלבים הוא פסק בניגוד למנהג וטעה.

111 בבלי, כתובות פד ע"ב; שם, ק ע"ב; שבועות לח ע"ב; בכורות כח ע"ב; המקורות הללו מובאים על ידי הפוסקים המאמצים גם הם את ההבחנה של רב ששת. ראו לדוגמה בדברי הרי"ף בה"ש 113 להלן.

112 כפי שציין סבתו, לעיל ה"ש 66.

113 זו לשון הרי"ף: "וקיימא לן כרב חסדא [...] וקיימא לן נמי כרב ששת דטעה בדבר משנה חוזר ובכמה דוכתינן אמרינן נעשה כמי שטעה בדבר משנה [...] אלמא הכין היא הלכתא.

שריין חייב לשלם על טעותו, מדברת על מצב שנשא ונתן ביד. אם נתרגם את הדברים למגמת העריכה של הסוגיה, נאמר שעורכי הסוגיה הקשו על רב ששת כדי לסלול את הדרך לתירוצו של רב חסדא שהובא אחרון בסוגיה. עם זאת, הם לא התכוונו לדחות את ההבחנה של רב ששת לגופה.¹¹⁴ המסקנה שהסוגיה מאמצת את ההבחנה של רב ששת עולה גם מן העובדה שדבריו זוכים לדיון הרחב ביותר בסוגיה. לפי מסקנת הדברים, כל סוגיות הבבלי שעוסקות בעניין מאמצות את ההבחנה של רב ששת שלפיה בטעות בדבר משנה חוזר הדין ואילו בטעות בשיקול הרעת אין הדין חוזר והדין חייב לשלם.

אלא אע"ג דקיי"ל דטעה בדבר משנה חוזר פירווקא דהני מתניאתה לאו כדפריק רב ששת הוא אלא כדפריק רב חסדא". תרגום: ומקובל עלינו כרב חסדא [...] ומקובל עלינו גם כרב ששת שאם טעה בדבר משנה חוזר ובכמה מקומות אומרים נעשה כמי שטעה בדבר משנה [...] כלומר, כך היא ההלכה. אלא אף על פי שמקובל עלינו שטעה בדבר משנה חוזר, התירוץ של המשניות האלה אינו כפי שתירץ רב ששת אלא כפי שתירץ רב חסדא (רי"ף, יא ע"ב). לפי זה תירוצו של רב חסדא נוסף על ההבחנה של רב ששת. כלומר, מדובר בטעות בשיקול הרעת ובמצב שנשא ונתן ביד (כך פסק הרי"ף וכן שאר הפוסקים).