

תנורו של עכנאי: הרהורים על אוטונומיה, פרשנות, מדיניות הלכתית, סמכות ושלטון החוק

מאת: יוסי גרין

ראשית דבר

אחת האגדות המפורסמות, היפות והמרגשות בתלמוד היא האגדה המתארת את מחלוקת החכמים בשאלה אם תנורו של עכנאי מקבל טומאה (להלן – האגדה). על אגדה מרתקת זו – אשר ראשיתה במחלוקת, המשכה בחרם ונידוי וסופה במות הנשיא – נשתברו קולמוסין רבים ומנקודות מבט שונות. במאמר זה מבקש אני לעמוד על המסר הנלמד מאגדה זו, מסר החייב להדריך כל משפטן, מחוקק ויושב על מדין. יתרה מזו, כיון שמאגדה זו נלמדים עקרונות היסוד היורדים לשורשה של השיטה המשפטית וההלכתית, טענתי היא כי רבים מהחידושים שנקבעו בשיטת המשפט הנוהגת בישראל קדמם המספר התלמודי. עקרונות כמו שלטון החוק, אוטונומיה שיפוטית, פסיקה על פי רוב, חובת ציות לפסק דין של בית משפט מוסמך, חקר האמת, מדיניות משפטית, איזון אינטרסים ואפילו חקיקה שיפוטית מתבארים באגדה זו. מסרים חשובים נוספים יש בה אך הם אינם מענייננו, ולכן נתייחס אליהם ככל שיתחייב הדבר בהערות אגב.¹

^א משנה כלים ה, י; בבא מציעא נ"ט, ב; ירושלמי, מועד קטן, פרק ג, הלכה א.
^ב ראו למשל, י, אנגלרד, "תנורו של עכנאי" – פירושה של אגדה, "שנתון המשפט העברי א (תשל"ד)", 45; נ' בן ארי, "תנורו של עכנאי – ניתוח ספרותי", *ממעמקים* 2008, 13; י' שליון, "תנורו של עכנאי כסוג של טרגדיה", *שנתון למדעי היהדות*, 70-80: 18, 2008; י' ברנד, "תנורו של עכנאי – אגדה בלב פולמוס", *תרביץ: רבעון למדעי היהדות*, 75 (3-4): 437 - 466, תשס"ו, 2006; מ' רפלד, "פלפול, צנזורה והשכלה: לקורותיה של פרשנות אחת לסוגיית תנורו של עכנאי", *מחקרי ירושלים בספרות עברית*, י"ח (תשס"א), 7.
^ג יוער, כי מקצת ממוסדות משפטיים אלה אינם מושגים הלכתיים השגורים על לשון חכמים. את חלקם חכמי ההלכה אינם מכירים. אולם, אם נתרגם את סיפור האגדה למונחים מודרניים, נמצא כי עקרונות אלה עמדו ביסוד הפסיקה ההלכתית, הרבה לפני שהמשפטנים הישראלים לדורותיהם קבעו אותם ביסוד השיטה המשפטית.
^ד כך לא אדון במערכת היחסים בין החכמים החולקים בדבר הלכה והשלכותיה, כמו גם בחרם ובנידוי ככלי לאכוף פסק שהתקבל כדין ואף על חכמים כבני אדם בעלי רגשות.

^ד ר' יוסי גרין, מרצה בכיר, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה, ישראל.

ה על מקומה של המחלוקת ועל הפרדוקס שבה רבו הדיונים ההלכתיים. בתלמוד מפורזים אינספור מחלוקות. שקלא וטריא עומדים ביסוד הלימוד. יתרונותיה של המחלוקת רבים, אך גם חסרונותיה. המחלוקת היא כלי לליבון ההלכה כדי להגיע לחקר האמת, אך יכול שתקשה על הלימוד. המחלוקת מְפַרָה את הדיון אך גם זורעת פירוד וסיכון לערעור סמכות בית הדין. מאמר זה מבקש להאיר - מנקודת מבטו של המשפטן - את מחלוקת החכמים המתוארת באגדה והשלכותיה על מערכת המשפט הישראלי. אמנם, יש החולקים על הנסיון להסיק ממקור אחד מסקנות מרחיקות לכת, שכן יש להתמודד עם מכלול המקורות בסוגיה זו. אינני חֹלֵק על טענה עקרונית זו, שהרי אינני בא לדון במאמר זה על מקומו ושילובו של המשפט העברי במשפט במדינה. כמו כן, אין לבכונותי לדון בחובה - המובנת מאליה - להישמע לדברי חכמים, או בהלכות דְּיָיִנִים וכללי הפסיקה. די

ה ראו בהרחבה **המחלוקת בהלכה**, שני חלקים, עורכים ח' בן מנחם, נ' הכט, ש' י' וזנר, ירושלים תשס"ג.

ו להלן דוגמא אחת מני רבות: "אמר רבי חמא ברבי חנינא: מאי דכתיב ברזל ברזל בברזל יחד (משלי כ"ז, י"ז), לומר לך מה ברזל זה, אחד מחדד את חבירו, אף שני תלמידי חכמים מחדדין זה את זה בהלכה" (תענית ז, א).

ז י' אנגלרד, לעיל הערה 2.

ח ראו לענין זה א' מעוז, "מקומו של המשפט העברי במדינת ישראל", **הפרקליט מ** (תשנ"א) - תשנ"ג, ג' 53; ג' ספיר, "שני תלמידי חכמים שהיו בעירנו", **עיוני משפט כה** (תשס"א), 189.

ט חובת הציות להוראת חכמים איננה מוטלת בספק. המסגרת הנורמטיבית המחייבת לציות לסמכות החוקית היא חלק מהדין. אין זו אמונה עיוורת בחכמים (ראו למשל שבת ל"א, א), אלא הכרה בעובדה כי ללא הסכמה רחבה, ומרצון, לקבלת מרותה של הסמכות החוקית, אין ולא ניתן לקיים מערכות חיים תקינה. רעיון זה מפורש במקורות הדין העברי. וכך מצווה התורה: "כי יפלא ממך דבר למשפט ... ובאת ... אל השופט אשר יהיה בימים ההם (דברים י"ז, ח)". מסביר רש"י (שם): "אשר יהיה בימים ההם, ואפילו אינו כשאר שופטים שהיו לפניו אתה צריך לשמוע לו, אין לך אלא שופט שבימך". (השווה ראש השנה כ"ה, ב, להלן הערה נ"ט). ובהמשך מוסיפה התורה (שם, י"א): "על פי התורה אשר יורוך ועל המשפט אשר יאמרו לך תעשה, לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל". (דברים ספ"ד, א) קנ"ד): "ועל המשפט אשר יאמרו לך תעשה - מצות עשה. לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך - מצות לא תעשה. ימין ושמאל - אפילו מראים בעיניך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין - שמע להם". וכך מצינו במדרש תנאים (דברים י"ז, י"א): "ועל המשפט אשר יאמרו לך תעשה. זו מצות עשה לשמוע להן אפילו בגזרות ותקנות. שהרי הוא אומר: על פי התורה אשר יורוך - אלו גזירות ותקנות ומנהגות שיורו בהן לרבים כדי לחזק הדת ולתקן העולם". וכן מובא במדרש תנחומא: "לא יאמר אדם איני מקיים מצות זקנים הואיל ואינן מן התורה. אמר להם הקב"ה: בני אין אתם רשאים לומר כך אלא כל מה שגוזרים עליכם תהיו מקיימין שנא' (דברים י) ועשית על פי התורה אשר יורוך, למה שאף על דבריהם אני מסכים שנאמר (איוב כ"ב) ותגזר אומר ויקם לך" (מדרש תנחומא (ורשא), פרשת נשא, סימן כ"ט). ראו עוד הסברו של הרמב"ן (בפירושו שם): "לא תסור מן הדבר אשר יורוך ימין ושמאל ... וענינו, אפילו תחשוב בלבך שהם טועים והדבר פשוט בעיניך כאשר אתה יודע בין ימין לשמאלך - תעשה כמצוותם ... וזה כענין רבי יהושע ורבן גמליאל ביום הכפורים ... והצורך במצוה הזאת גדול מאד כי התורה נתנה לנו בכתב וידוע הוא שלא ישתוו הדעות בכל הדברים הנולדים והנה ירבו המחלוקות ותעשה התורה כמה תורות. וחתך הכתוב לנו הדין

לי במקור אחד – בו תחום המאמר - כדי לאשש את העובדה האובייקטיבית כי חידושי מוֹדְרָנָה (משפטיים) מצויים זה מכבר במקורותינו .

למעשה, מורכבת האגדה משני חלקים שהם ארבעה: החלק האחד, המתאר את המחלוקת בין ר' אליעזר והחכמים והמסתיים בעדותו של אליהו הנביא על תגובתו של הקב"ה: "נצחוני בני". החלק השני הוא תאור המתרחש לאחר שהמחלוקת הוכרעה והוא נחלק למעשה לשלושה חלקים: בחלק הראשון מתוארת תגובת החכמים לסירובו של ר' אליעזר לקבל את דעת הרוב: שריפת טהרותיו (כל מה שנאפה או בושל בתנור), החרמתו ונידויו. בחלק השני, מובאת תגובתו של ר' אליעזר על הפגיעה הקשה בו בשל שריפת טהרותיו ותוצאות כעסו (הסכנה אליה נקלע רבן גמליאל בים והצלתו). בחלק השלישי מתאר המספר התלמודי את שאירע עד מותו של רבן גמליאל. בצדק מעיר סטטמן כי רבים מהמבקשים להקיש מהאגדה לימינו, נוטים להתייחס רק לחלקה הראשון . אולם, בניגוד לדעתו, נראה כי אין בכך כדי לפגום במסר העולה מהויכוח שהוכרע בין החכמים. נכון, אין לנתק את הקשר בין שני חלקי האגדה. שני חלקיה – כפי שיתבאר בהמשך - משלימים זה את זה. ההכרה באוטונומיה של חכמי ההלכה והמשפט לפסוק הלכה ולהכריע את הדין, מחייבת להפעיל אמצעי אכיפה. הוא הדין בהגנה על מוסד הנשיאות ("שלא תרבינה מחלוקות בישראל"). החופש לפסוק והחובה לציית קשורים אהדדי. גם היחיד – גדול ככל שיהיה – חייב לציית לאחר שהוכרע הדין על ידי מי שהוסמך לפסוק .

התשתית העיונית לדיון זה מונחת בשלוש גישות פרשניות משלוש דיסציפלינות: משפטית, תלמודית ופילוסופית. הפרשנות המשפטית מתבססת על כתביהם של שני המשנים לנשיא בית המשפט העליון, השופט פרופ' מ' זילברג ז"ל ויבל"א השופט פרופ' מ' אלון, שניהם מומחים מהשורה הראשונה במשפט המדינה ובמשפט העברי. הפרשנות השניה נסמכת על גישתו של פרופ' י"ד גילת ז"ל, מחשובי חוקרי התלמוד שייחד מחקר למשנתו של ר' אליעזר בן הורקנוס. הפרשנות השלישית היא של הפרופסורים לפילוסופיה האמונים על המשפט העברי מ' פיש, א' שגיא וד' סטטמן.

שנשמע לבית הדין הגדול ... בכל מה שיאמרו לנו בפירוש התורה ... כי על דעת שלהם הוא נותן לנו התורה, אפילו יהיה בעיניך כמחליף הימין בשמאל". ראו עוד רמב"ם, הלכות ממרים א, א. עוד על סמכות חכמים ראו פ' שיפמן, ספק קידושין במשפט הישראלי, המכון למחקרי חקיקה, ירושלים, תשל"ה, 17 – 22.

ראו דברי השופט בן עתו בע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד ל"ה(3), 57 (1981).

ד' סטטמן, "אוטונומיה וסמכות בתנורו של עכנאי", מחקרי משפט כ"ד (תשס"ט), 639.

כאן המקום להעיר כי אינני מתכוון לדון במעמדו של השופט ובמקור סמכותו. כמו כן, אינני מתייחס במאמר זה ל"שותפותו" של האל בדיון המשפטי (שבת י, א). ראו לענין זה מ' זילברג, "טוהר השיפוט במשפט העברי", מולד כ"ג (תשכ"ה – תשכ"ו), 265, 267; בג"צ 130/66 שגב, רייכרט נ. בית הדין הרבני והרבנות הראשית לצפת, פד"י כ"א(2), 505, 548. ראו עוד י' בזק, השופט בדין העברי, (1961), 24. על מעמדו של הדיין כשליח ראו ח' בן מנחם, "דיין כשליח", שנתון המשפט העברי ט – י (תשמ"ב – תשמ"ג), 51.

על בסיס תשתית עובדתית זו עולות שתי מסקנות: המסקנה האחת, כאמור בפתיה למאמר, כי חכמי ההלכה לדורותיהם עשו שימוש בעקרונות ובכלים המשפטיים מאות שנים קודם שבתי המשפט בישראל נקטו בהם לפתרון בעיות. המסקנה השנייה, המתבססת על פרשנות מרחיבה לגישתו של גילת, היא כי אגדה זו נותנת לגיטימציה לחכמי ההלכה במסגרת האוטונומיה הנתונה להם, להתאים את ההלכה למציאות המשתנה.²

א. האגדה: סיפור המעשה ומיקומו בתלמוד א.1 האגדה ונוסחיה בתלמודים

האגדה מוזכרת בשני התלמודים. מבחינה מתודולוגית יש חשיבות רבה להציג את שני נוסחיה, ובמקביל ככל האפשר, כפי שמצינו בתלמוד הבבלי ובתלמוד הירושלמי.

ירושלמי, מועד קטן ג, א	בבלי, בבא מציעא נ"ט, ב
ביקשו לגדות את ר' ליעזר (קרבן העדה): בן הורקנוס על שחלק עם רוב החכמים בדבר הלכה.	
אמרי: מאן אזל מודע ליה (=מי ילך להודיעו)? אמר ר' עקיבה: אנא אזל מודע ליה. אתא (=בא) לגביה, אמר ליה: רבי רבי, חביריך מנדין לך. נסתיה (קרבן העדה): לקחו ר' לעזר לר"ע ויצא עמו לחוץ וראו אילן חרוב עומד, נפק ליה לברא	
אמר: חרוביתא חרוביתא אין הלכה כדבריהם איתעוקרין - ולא איתעקר'. אין הלכה כדבריי איתעוקרין - ואיתעקרת. אין הלכה כדבריהם חזרין - ולא חזרת. אין הלכה כדבריי חזרין - וחזרת (תרגום): אמר (=רבי אליעזר): חרוב חרוב, אם הלכה כדבריהם (=של חכמים) תיעקר, ולא נעקר. אם הלכה כדברי תיעקר, ונעקר. אם הלכה כדבריהם חזור, ולא חזר. אם הלכה כדברי חזור, (חזור)	תנן התם: חתכו חוליות ונתן חול בין חוליא לחוליא. רבי אליעזר מטהר וחכמים מטמאין ... וזה הוא תנור של עכנאי ... תנא: באותו היום השיב רבי אליעזר כל תשובות שבעולם ולא קיבלו הימנו. אמר להם: אם הלכה כמותי - חרוב זה יוכיח. נעקר חרוב ממקומו מאה אמה, ואמרי לה: ארבע מאות אמה: אמרו לו: אין מביאין ראה מן החרוב. חזר ואמר להם: אם הלכה כמותי - אמת המים יוכיחו. חזרו אמת המים לאחוריהם. אמרו

אינני יודע אם פרופ' גילת היה מקבל את התיזה המוצגת במאמר זה על סמך פרשנותו. אמנם, "אין משיבין את הארי לאחר מיתה" (גיטין פ"ג, ב), אך אין בכך כדי לשלול את הפרשנות האמורה. עם זאת, כדי לצאת מידי ספק, תובא התיזה המוצעת על ידי, כחלק מהדיון ולא כהמשך ישיר לגישתו של גילת. הרעיון המובע על ידי בהסתמך על פרשנותו של גילת ויישומו, תקף לא רק במשפט העברי אלא גם במשפט המדינה. לאמור, את המחלוקת בין ר' אליעזר ("השמרן") לר' יהושע ("המחדש") ניתן לפרש כמחלוקת בשאלה מעשית: עד היכן משתרעת סמכותם של חכמים לפרש את ההלכה בדרך המתאימה למציאות בימינו. גדר הספק טמון בכך שהמונחים שגילת משתמש בהם - ה"הלכה הקדומה" וה"הלכה המתחדשת" - אינם זהים לטרמינולוגיה בה אני נוקט. כמו כן, עיקר הדיון אצלו הוא בהשתלשלות ההלכה והתפתחותה, ואין הוא מתייחס להשלכות המחלוקת נשוא דיוננו. עם זאת, ובכל הכבוד הראוי, אין מניעה להשליך מהמאבק בין ר' אליעזר ור' יהושע - על בסיס פרשנותו של גילת - על התפתחות המשפט וההלכה בימינו.

ירושלמי, מועד קטן ג, א	ככלי, כבא מציעא נ"ט, ב
	<p>לו: אין מביאין ראייה מאמת המים. חזר ואמר להם: אם הלכה כמותי - כותלי בית המדרש יוכיחו. הטו כותלי בית המדרש ליפול. גער בהם רבי יהושע, אמר להם: אם תלמידי חכמים מנצחים זה את זה בהלכה - אתם מה טיבכם? לא נפלו מפני כבודו של רבי יהושע, ולא זקפו מפני כבודו של רבי אליעזר, ועדיין מטין ועומדין.</p>
	<p>חזר ואמר להם: אם הלכה כמותי - מן השמים יוכיחו. יצתה בת קול ואמרה: מה לכם אצל רבי אליעזר שהלכה כמותו בכל מקום! עמד רבי יהושע על רגליו ואמר: לא בשמים היא (דברים ל). מאי לא בשמים היא? אמר רבי ירמיה: שכבר נתנה תורה מהר סיני, אין אנו משגיחין בבת קול, שכבר כתבת בהר סיני בתורה: אחרי רבים להטות (שמות כ"ג).</p>
	<p>"אשכחיה (=מצא) רבי נתן לאלהו, אמר ליה: מאי עביד (=עשה) קודשא בריך הוא בההיא שעתא? אמר ליה: קא חייך ואמר: נצחוני בני, נצחוני בני.</p>
	<p>אמרו: אותו היום הביאו כל טהרות שטיהר רבי אליעזר ושרפום באש, ונמנו עליו וברכהו, ואמרו: מי ילך ויודיענו? אמר להם רבי עקיבא: אני אלך, שמא ילך אדם שאינו הגון ויודיעו ונמצא מחריב את כל העולם כולו. מה עשה רבי עקיבא? לבש שחורים, ונתעטף שחורים וישב לפניו בריחוק ארבע אמות. אמר לו רבי אליעזר: עקיבא, מה יום מיומיים? אמר לו: רבי, כמדומה לי שחברריך בדלים ממך. אף הוא קרע בגדיו, וחלץ מנעלו, ונשמט וישב על גבי קרקע. זלגו עיניו דמעות. לקה העולם שליש בזיתים ושליש בחיטים ושליש בשעורים, ויש אומרים: אף בצק שבידי אשה תפח"</p>
<p>כל הדין שבחא ולית הלכה (=כל שבחים אלה ואין הלכה) כר' אליעזר? אמר ר' חנינא (קרבן העדה: אין הלכה כר"ל דמשניתנה התורה, לכך ניתנה שההלכה כאשר יסכימו רוב החכמים שבדור): משניתנה לא ניתנה אלא אחרי רבים להטות.</p>	
<p>ולית ר' אלעזר ידע שאחרי רבים להטות? לא הקפיד אלא על ידי ששרפו טהרותיו בפניו.</p>	
<p>תמן תנינן: חיתכו חוליות ונתן חול בין חולייא לחולייא - ר' ליעזר מטהר, וחכמים מטמין, זה תנורו של חכיניי.</p>	
<p>אמר רבי ירמיה: קֶפֶךְ גדול נעשה באותו היום (קרבן העדה: מכה גדולה). כל מקום שהיתה עינו של ר' ליעזר מבטת היה נשרף, ולא עוד אלא</p>	<p>תנא: אֶדְ (ף) גדול (רש"י: מכה גדולה) היה באתו היום, שבכל מקום שנתן בו עיניו רבי אליעזר - נשרף.</p>

ירושלמי, מועד קטן ג, א	בבלי, בבא מציעא נ"ט, ב
<p>אפילו חיטה אחת חציה נשרף וחציה לא נשרף.</p>	
<p><u>והיו עמודי בית הוועד מרופפים</u>. אמר להם רבי יהושע: אם חברים מתלחמים, אתם מה איכפת לכם? ויצאה בת קול ואמרה: <u>הלכה כאליעזר בני</u>. אמר ר' יהושע: <u>לא בשמים היא</u>.</p>	<p>ואף רבן גמליאל היה בא בספינה, עמד עליו נחשול לטבעו. אמר: כמדומה לי שאין זה אלא בשביל רבי אליעזר בן הורקנוס. <u>עמד על רגליו ואמר: רבונו של עולם, גלוי וידוע לפניך שלא לכבודי עשיתי, ולא לכבוד בית אבא עשיתי, אלא לכבודך, שלא ירבו מחלוקות בישראל</u>. נח הים מזעפו.</p>
	<p>אימא שלום דביתהו, דר"א אחתיה דר"ג הואי (=אמא שלום אשתו של ר' אליעזר, אחותו של רבן גמליאל היתה). מההוא מעשה ואילך לא הוה שבקה ליה לר' אליעזר למיפל אפיה (מהיום שקרה אותו מעשה, היא לא הניחה לו להתפלל בנפילת אפיים). ההוא יומא ריש ירחא הוה, ואיחלף לה בין מלא לחסר (יום אחד היה ראש חודש והיא החליפה בין חודש מלא לחודש חסר). איכא דאמרי: אתא עניא וקאי אבבא, אפיקא ליה ריפתא (יש אומרים: בא עני ועמד על הפתח, היא הוציאה לו פרוסה). אשכחיה דנפל על אנפיה (מצאה אותו שנפל על פניו), אמרה ליה: קום קטלית לאחי (אמרה לו: קום! הרגת את אחי). אדהכי נפק שיפורא מבית רבן גמליאל דשכיב (תוך כדי כך, נשמע קול שופר המודיע כי רבן גמליאל מת). <u>אמר לה מנא ידעת</u> (אמר רבי אליעזר לאשתו: מניין ידעת)? אמרה ליה: <u>כך מקובלני מבית אבי אבא: כל השערים ננעלים חוץ משערי אונאה</u> (רש"י: לפי שצער הלב היא וקרוב להוריד דמעות)</p>

עינינו הרואות כי קיימים הבדלים בין שני הנוסחים, הבדלים אשר לחלקם השפעה על המסקנות העולות מן הסיפור. ההבדל הראשון, הבולט, הוא מיקומה של האגדה. בתלמוד הבבלי משובצת האגדה בדיני האונאה ובתלמוד הירושלמי בדיני החרם והנידוי. שיבוץ זה יכול ללמד גם על השקפת עורכי התלמוד. השיבוץ בדיני האונאה מכוון ללמדנו כי על חכמי ההלכה המתווכחים לשקול היטב את השלכות הויכוח והכרעת הדין קודם שינקטו בהליכים לאכוף אותו. ככלל, יש לאכוף הכרעה הלכתית (והוא הדין פסק הדין) בעיקר אם לבעל הדין יש השפעה רבה על הציבור. אולם, אם הכרעה חד משמעית עלולה לגרום לתוצאות הרסניות – יש לשקול האם להכריע את ההלכה בבחינת ייקוב הדין את

⁷ כשם שאונאת ממון אסורה כך אונאת דברים אסורה. לאמור, אסור לאדם לומר לחבירו דברים שיש בהם כדי להכעיסו או לצערו. ראו בבא מציעא נ"ח, ב; ספר המצוות לרמב"ם, לאוין רנ"א.

ההר או לנסות דרכים חלופיות. המספר התלמודי איננו משתף את הקורא בשאלה אם ר' יהושע וחבריו שקלו מה תהיה תגובתו של ר' אליעזר בהכריעם את הדין ובעיקר באכיפתו, למעט הקביעה כי "כל שערים ננעלים חוץ משערי דמעות". זו אמירה לא קלה על רקע תוצאותיה (צער בעקבות הנידוי ומותו של נשיא).

שיבוצה של האגדה בתלמוד הירושלמי במסגרת הדיון בדיני החרם ונידוי, מלמד, לכאורה, כי נידויו של ר' אליעזר איננו חריג בנסיבות המקרה, והראיה מספר התלמוד הירושלמי, כי ביקשו לנדות את רבי מאיר על שחלק על החכמים בדבר הלכה. אפשר שכפועל יוצא מכך, אין הזעזוע מנידויו של ר' אליעזר מובלט, למעט העדות על כעסו של ר' אליעזר. תאור הנידוי, שלא כמו בבבלי, ענייני ותופס מקום מזערי ("רבי רבי, חביריך מנדין לך") וכן הושמט התיאור הרחב (והמרגש) אודות רבן גמליאל, הצלתו ומותו לאחר מכן. יתרה מזאת, במסגרת הדיון בירושלמי נזכרת ההלכה כי "כל המביא את הרבים לידי חילול השם צריך נידוי", הלכה המסבירה מדוע על פי תפיסת ר' יהושע יש לנקוט בסנקציה כה חמורה כנגד ר' אליעזר. התעקשותו של ר' אליעזר, גדול הדור, עלולה לפגל את העם, לערער את סמכות החכמים וסופה להביא לידי חילול השם.

הבדל נוסף בין שתי הנוסחאות קשור לראיות העל טבעיות. בתלמוד הירושלמי איננו מוצאים את אַמַת המים כראיה על טבעית להוכחת טענתו של ר' אליעזר. גם כותלי בית המדרש לא נטו ליפול כראיה להוכחת ההלכה אלא בשל כך שר' אליעזר נתן בהן את עיניו לאחר שפגעו בכבודו ושרפו טהרותיו בפניו. אף בת קול יצאה "מיוזמתה" להוכיח ש"ההלכה כאליעזר בני" ולא יצאה לבקשת ר' אליעזר כדי להוכיח שההלכה כמותו "בכל מקום" כמסופר בתלמוד הבבלי.

עוד נבדלות שתי הגירסאות בכך שהטיעון של ר' יהושע "לא בשמים היא" איננו נזכר בתלמוד הירושלמי באותו הקשר כמו בתלמוד הבבלי. אכן, בשני התלמודים דוחה ר' יהושע את דברי בת קול באותו נימוק: "לא בשמים היא". ברם בתלמוד הבבלי מתפרשת אמירה זו על ידי ר' ירמיה כי יש לנהוג על פי כללי הפסיקה שבתורה הנתונה לבני האדם. בתלמוד הירושלמי עומד היגד זה בפני עצמו. שכן, בהקשר לראיותיו של ר' אליעזר אומר ר' חנינא כי אין לקבל אותן כהוכחה לצדקת טיעונו, שכן "משניתנה (=התורה) לא ניתנה אלא (לחכמים שיפסקו על פי הכלל) אחרי רבים להטות". דברי ר' חנינא אינם באים

¹ "קרבן העדה", ד"ה: "ביקשו לנדות לר' מאיר", מועד קטן, פרק ג, הלכה א; "פני משה", שם, ד"ה: "ביקשו חכמים". ומקור הדברים בעירובין י"ג, ב: "א"ר אחא בר חנינא: גלוי וידוע לפני מי שאמר והיה העולם, שאין בדורו של רבי מאיר כמותו. ומפני מה לא קבעו הלכה כמותו? שלא יכלו חבריו לעמוד על סוף דעתו, שהוא אומר על טמא טהור ומראה לו פנים, על טהור טמא ומראה לו פנים".

² ירושלמי, שם. ראו עוד תענית פרק ג, הלכה י.

³ על הבחנה נוספת בין שתי הנוסחאות לגבי הראיות העל טבעיות, ראו להלן בעמ' י"ד.

בתגובה לבת הקול, אלא בתגובה לראיות העל טבעיות החזקות (בהיותן כאמור תנאי כפול) שנזקק להן ר' אליעזר להוכיח שהלכה כמותו. אפשר, שמכאן ראיה, כי שמשניתנה התורה לבני אדם, גם הראיות המובאות להוכחת צדקת הטיעונים צריכות להיות טבעיות כמקובל אצל בני האדם.

ולבסוף, הבדל חשוב, העונה לשאלה הבלתי פתורה בתלמוד הבבלי: מדוע המשיך ר' אליעזר לעמוד על דעתו למרות הדברים הברורים שהשיב לו ר' יהושע? האין הוא יודע כי אחרי רבים להטות? מאידך, מדוע התעקש ר' יהושע לשרוף את טהרותיו של ר' אליעזר? וכי לא די בהכרעה שהתקבלה בפורום המתאים?

שתי תשובות בדבר. התשובה האחת, מנקודת מבטו של ר' אליעזר, מפורשת בתלמוד הירושלמי: "שרפו טהרותיו בפניו". ביזוי של ר' אליעזר קבל עם ועדה, שריפת טהרותיו גם אלו שלפני שהוכרעה ההלכה כר' יהושע היתה עבורו עלבון גדול מנשוא. הפגיעה והעלבון היו בלתי נסבלים מבחינתו. כך אין מתנהגים, לדעתו, עם גדול הדור. לכן, דומה, כי כעסו גדול יותר על שפגעו בכבודו מאשר על שההלכה נפסקה בניגוד לדעתו.

התשובה האחרת, מנקודת מבטו של ר' יהושע. כאמור, ר' אליעזר היה גדול הדור. רבים נהו אחריו ואחרי פסיקתו. לכן, ראה ר' יהושע חשיבות רבה להביא את ההכרעה לעם בצורה ברורה ביותר. אכן, חכמים לא היו יכולים להשלים עם ערעורו של ר' אליעזר על סמכות המוסד המרכזי גם במחיר פגיעה אישית. כך ניתן לפרש את אמירתו של רבן גמליאל (שהיה מבית הלל) בתגובה לכעסו של ר' אליעזר שכמעט עלה באותה שעה בחייו – כפי שאכן קרה בפועל: "לא לכבודי ... אלא כדי שלא תרבה המחלוקת". רבן גמליאל,

^ה מעבר לעובדה שר' אליעזר שמותי היה (ראו גילת, עמ' 317 והמקורות שם), הוא מתאפיין בכך ש"לא העביר על מידותיו" (תענית כ"ה, ב).

^ט כיוצא בזה לשון הבבלי בברכות י"ט, א: "תניא: אותו היום הביאו כל טהרות שטיהר רבי אליעזר ושרפום לפניו, ולבסוף ברכוהו".

^כ ומסביר ר' דוד פרנקל, כי ר' אליעזר לא היה רואה פסול בשריפת טהרותיו לו לא היה זה בפניו, אך שריפת טהרותיו בפניו העידה לדעתו "שמעשיהם שלא לשם שמים רק להכעיסו, שהיה להם לחוש לכבודו שהוא זקן" ("קרבן העדה", שם, ד"ה: "ומשני לא הקפיד")

^א וכך מסופר בתלמוד נדה ז, ב: "כל ימיו של ר' אליעזר היו עושין כר' יהושע. לאחר פטירתו של ר' אליעזר החזיר ר' יהושע את הדבר ליושנו. כר' אליעזר בחייו מאי טעמא לא (=היו עושים כדבריו)? משום דרבי אליעזר שמותי הוא וסבר (=ר' יהושע) אי עבדינן כוותיה בחדא (=אם נעשה כמותו בדבר אחד), עבדינן כוותיה באחרנייתא (=יעשו כמותו גם בדברים אחרים), ומשום כבודו של ר' אליעזר לא מצינן מחינן בהו (=לא נוכל למחות בהם)".

^ב יושם לב כי ר' אליעזר לא רק נזקק (והראיה שקרע בגדיו וחליץ מנעליו) אלא גם הוחרם ("ברכוהו") שהיא סנקציה חמורה. ומדוע לא הסתפקו חכמים בנידויו והוצרכו "לברכוהו"? מסביר הרמב"ן (חידושי הרמב"ן, בבא מציעא נ"ט, א, בתוך ד"ה: "וברכוהו") "שכיון שלא רצה לחזור ואמר חרוב ואמת המים וכותלי בית המדרש ומן השמים יוכיחו מיחזי להו כאפקרותא, שהיה מחזיק במחלוקת יותר מדי ולפיכך ברכוהו. ואפשר שהיו אומרים מפי השמועה והוא אומר כך הוא בעיני, לפיכך לא קיבלו ממנו כל ראיות שבעולם. ואילו הורה

גיסו של ר' אליעזר, שתמך כנראה (או אולי גיבה) את ר' יהושע, איננו מונע על ידי טובת הנאה אישית, אלא מהדאגה ליציבות המערכת שהוא מופקד עליה. אין זאת אומרת כי המחלוקת כשלעצמה היא דבר שלילי. נהפוך הוא, לעתים היא הכרחית לליבון ההלכה והפסיקה ובלבד שתהיה תחומה. אחריותם של גדולי הדור מחייבת אותם לקבל את הפסיקה של הגורם המוסמך ולציית לה.

2.א. האגדה : השתלשלות האירועים, הארות והערות

קודם שנתאר את השתלשלות האירועים, נקדים שתי הערות: ההערה הראשונה, ככל שהדבר צריך למסר אותו מבקש עורך התלמוד להעביר, אין נפקא מינה לשאלה אם המתואר באגדה התרחש במציאות או רק בחלומו של תלמיד שהתנמנם. הערה שנייה, אף כי מצופה היה כי מחלוקת עקרונית שכזו, המסתיימת בטרגדיה נוראית, תפתח בסוגיה כבדת משקל (כמו בדיני איסור והיתר או בדין מדיני שבת), התפתחה המחלוקת בשאלה יבשה אם תנור שנשבר ומילאו טייט בין חלקיו כדי לחברם מקבל או איננו מקבל טומאה. הוא שאמרנו, כי חשיבותה של האגדה במסר המועבר, באישיותם ובמעמדם של החכמים המתווכחים ולא דוקא בשאלה נושא המחלוקת.

למעשה בזמן הבית, היה נעשה זקן ממרא. לפיכך החמירו עליו וברכוהו". ללמדנו, כי משהוכרעה ההלכה על ידי מי שהוסמך לפסוק, הכל חייבים לציית לפסיקה, בעיקר אישיות ברמתו של ר' אליעזר.

מטעם זה, כדי שלא לערער את סמכותו של בית הדין, דרש רבן גמליאל מר' יהושע לבוא אליו במקלו ובתרמילו ביום שחל יום הכפורים לפי חשבוננו. העימות בין ר' יהושע לרבן גמליאל נסב על כשרות העדות שקיבל בית הדין בראשות רבן גמליאל. בית הדין קיבל את עדותם וקידש את החודש (תשרי) ור' יהושע סבר כי אין לקבל את עדותם כיון שעדי שקר הם (בבלי, ראש השנה כ"ה, א; ירושלמי, ראש השנה פרק ב, הלכה ו – ז).

ראו בהרחבה על שתי הגישות בענין זה במאמרו של אנגלרד, לעיל הערה 2 בעמ' 54 ה"ש 44. לדעת ר' אליעזר איננו מקבל טומאה כיון שאיננו נחשב כלי חרס ולדעת חכמים מקבל טומאה כדין כלי חרס.

לצורך הבנת המסרים שבאגדה, נודעת חשיבות רבה להכיר את אישיותם של ר' אליעזר (בן הורקיניוס) ור' יהושע (בן חנניה). שניהם מתלמידיו של ר' יוחנן בן זכאי לאחר החורבן. על ר' אליעזר מעיד ר' יוחנן בן זכאי כי הוא בור סיד שאינו מאבד טיפה ועל ר' יהושע אשרי יולדתו (משנה אבות ב, ח). שניהם גדולי הדור אך דרכיהם נפרדות. ר' אליעזר שבכוחו להכריע את חכמי ישראל (משנה אבות ב, ה), השמותי, דוגל בגישה השמרנית, שולל את הדינמיות שבהתפתחות ההלכה. לא אמר דבר שלא שמע מפי רבו מעולם (סוכה כ"ה, א). ר' יהושע לעומתו סבור כי אי אפשר לבית המדרש בלא חידוש (חגיגה ג, א). ר' יהושע איננו נופל ברמתו מר' אליעזר ("אשרי" מלשון "שלימות"), אך שיטת לימודו שונה. גם הוא סבור שיש להעמיק בלימוד, אך אין להרתע מחידוש והתחדשות שהם חלק בלתי נפרד משיטת הלימוד. הוא "מתסס" את תלמידיו כדי לחדד את מוחם. "יודע היה ר' יהושע שאין תשובתו כלום ולא אמר כך אלא כדי לחדד בה את התלמידים" (בזיר נ"ט, א). אין תימה, איפוא, על עדותו בכמה

כאמור, הסיפור נחלק למעשה לשני חלקים שהם ארבעה: בחלקו הראשון מתואר הויכוח בין רבי אליעזר לחכמים המסתיים בתשובתו של רבי יהושע "לא בשמים היא". בחלק השני, העומד בפני עצמו, שאלת הגמרא על משמעות אמירה זו, תשובת ר' ירמיה ועדותו של רבי נתן מפי אליהו על תגובתו של הקב"ה. בחלק השלישי תגובת החכמים (שריפת טהרותיו של רבי אליעזר), החרמתו וההודעה על החרם. בחלקה האחרון של האגדה, מתוארת ההתרחשות סביב רבן גמליאל הצלתו ומותו.

תחילת הסיפור בסוגיה מושא המחלוקת, הלא הוא תנור העשוי חוליות חוליות וביניהן חול. רבי אליעזר מטהר וחכמים מטמאים. ר' אליעזר מנסה לשכנע את עמיתיו לויכוח כי התנור טהור. "באותו היום", כלשון המספר בתלמוד הבבלי, השיב ר' אליעזר "כל תשובות שבעולם ולא קיבלו הימנו". לשון ימינו, ר' אליעזר מנסה לשכנע את חבריו ומציע בפניהם את כל הטענות ההלכתיים ההגיוניים כי ההלכה כמותו. חבריו אינם משתכנעים. לפיכך, אין ר' אליעזר רואה מנוס אלא להיזקק להוכחות על טבעיות: חרוב, מים, כותלי בית המדרש ובת קול.

יש כמובן להבדיל בין שלוש הראיות הראשונות לראיה הרביעית. לא בכדי נוקט ר' אליעזר בשלוש הראשונות. החרוב, המים וכותלי בית המדרש מאפיינים את אישיותו ואמורים ליתן תוקף מוסרי לטיעונו מעבר לתוקפה של הראיה עצמה. הרביעית, בת הקול, מעמתת בין האמת האובייקטיבית (המיוצגת על ידיה) לאמת הסובייקטיבית (שהיא דעת חכמים).

עוד יש לשים לב ללשון בה נוקט ר' אליעזר בפנייתו לחכמים. הבדלי הנוסח בין שני התלמודים מלמדים על תוקפה של הראיה. ההוכחה מלשון הבבלי איננה בהכרח חד משמעית. בכל שלוש הפעמים אומר ר' אליעזר "אם הלכה כמותי" החרוב יוכיח, אמת המים תוכיח וכותלי בית המדרש יוכיחו. לאמור, ההלכה בהחלט יכולה מבחינת אמיתותה להיות כר' אליעזר, אך היות וטרם נפסקה הלכה, אין בראיות אלה כדי לקבוע כי ההלכה איננה כשיטת חכמים, והראיה שכותלי בית המדרש לא נפלו ו"אלו ואלו דברי אלקים חיים". לעומת זאת, בנוסח הירושלמי התנאי הוא כפול: "אמר (=ר') אליעזר: חרוביתא חרוביתא אין הלכה כדבריהם איתעוקרין - ולא איתעקר. אין הלכה כדבריי איתעוקרין -

עניינים: "ידון מעשה חדש ממעשה חדש ואל ידון מעשה חדש ממעשה ישן" (משנה ידים ד, ג). וכן "דבר חדוש חידשו סופרים ואין לי מה להשיב" (משנה כלים י"ג, ז).

לא במקרה מיידע המספר התלמודי את הקורא על מועד ההתרחשות. דווקא ב"אותו היום" בו הודח רבן גמליאל מנשיאותו הוכרעו כל ההלכות שהיו בספק (ברכות כ"ז, ב).

ראו חידושי אגדות מהרש"א, בבא מציעא נ"ט, ב, ד"ה: "חרוב זה יוכיח".
וכפי שמתבאר בהמשך, ההלכה נפסקה מאוחר יותר כדעת הרוב מטעמים פרוצדורליים ("אחרי רבים להטות").

ל עירובין י"ג, ב.

א

ל

ואיתעקרת. אין הלכה כדבריהם חוזרין - ולא חזרת. אין הלכה כדבריי חוזרין - וחזרת".^א כלומר, לא זו בלבד שההלכה כדעת ר' אליעזר, אלא שאיננה כדעת חכמים. לשון אחרת, רמת ההוכחה כי התנור טהור על פי הירושלמי הינה חד משמעית. אף על פי כן חכמים אינם משתכנעים.

במצוקתו כי רבה, פונה ר' אליעזר לשמים. "מן השמים יוכיחו" את צדקתי. לכאורה, התשובה משמים הינה חד משמעית: "מה לכם אצל רבי אליעזר שהלכה כמותו בכל מקום". הדעת נותנת כי ר' יהושע וחבריו יבטלו דעתם מפני דעת האל. ולא היא. ר' יהושע דוחה את הראיה מבת קול משני טעמים: הטעם האחד, שאין ההלכה נקבעת בשמים שכבר נכתב "לא בשמים היא (דברים ל)". על כך שואלת הגמרא "מאי לא בשמים היא?" השיב ר' ירמיה: "שכבר נתנה תורה מהר סיני, אין אנו משגיחין בבת קול". כלומר, אין צורך לפרש את ההלכה בהתערבות משמים. משניתנה התורה לבני האדם, ניתנה הסמכות לחכמים לפסוק. אשר על כן, אין להכריע את ההלכה על פי בת קול. הטעם השני, שכבר כתב נותן התורה: "אחרי רבים להטות (שמות כ"ג)", ומכיון שהחכמים הם הרבים – ההלכה כמותם. משניתנה התורה ניתנו גם הכלים (הדרכים) לפרש את ההלכה.

בהמשך, מספר התלמוד על המפגש בין ר' נתן לאלהיה הנביא. ר' נתן מתעניין לדעת מה "חשב" הקב"ה באותה שעה בה התנהל הויכוח בין ר' אליעזר לחבריו. השיב לו אליהו הנביא כי הקדוש ברוך חייך ואמר "נצחוני בני, נצחוני בני". כלומר, האל מודה, כביכול, כי ההלכה כר' יהושע וחבריו.^ב

ר' אליעזר איננו משתכנע. לפיכך, החליטו חכמים לשרוף את כל טהרותיו, להחרימו ולנדותו. חכמים מטילים על רבי עקיבא שהתנדב לכך - כדי להפחית מעוצמת הנזק - להודיע לר' אליעזר על הנידוי. הצער שגורם הנידוי. הצער רבן גמליאל - נשיא בית הדין באותה עת - שהיה בספינה באותה שעה סובל מצערו של ר' אליעזר. הוא ניצל מזעפו של הים בהעידו על עצמו שלא לכבודו נודה ר' אליעזר, ולא לכבוד בית אבא, אלא לכבודו של הקב"ה, שלא תירבינה מחלוקות בישראל.^ג

^א תרגום: אמר: חרוב חרוב, אם הלכה כדבריהם (=של חכמים) - תיעקר, ולא נעקר. אם הלכה כדברי תיעקר - ונעקר. אם הלכה כדבריהם חזור ולא חזר. אם הלכה כדברי חזור - וחזר.

^ב ראו שיטה מקובצת על בבא מציעא נ"ט, ב. על הסתירה בדברי האל המעיד תחילה כי "הלכה כר' אליעזר בכל מקום" לעדותו של אליהו "נצחוני בני", וכן בין הסכמתו לגישת ר' יהושע וחבריו ("אחרי רבים להטות"), לתוצאה הקשה (מותו של הנשיא) ראו א' שגיא, **אלו ואלו – משמעותו של השיח ההלכתי**, הוצאת הקיבוץ המאוחד, הדפסה רביעית 2002, 14.

^ג קשה להתעלם מהמסר העולה מהקורות את רבן גמליאל לאחר החרם שהוטל על ר' אליעזר. האם נהג ר' יהושע כראוי כאשר הורה על שריפת טהרותיו של ר' אליעזר והחרמתו? האם האמצעי שנקט ר' יהושע מידתי היה? האם הגשים את המטרה לשמה ננקט? כנראה שכן, למרות שרבן גמליאל שילם על כך בחייו. שאלה זו מתמצית בעצם בשיטת המשפט הישראלי

ל

ל

ל

אלא שהסיפור איננו מסתיים בהצלחתו של רבן גמליאל. צערו של ר' אליעזר גדול עד כדי כך שאשתו אמא שלום נאלצה לשמור עליו בכל יום שלא יפול על פניו בתפילת תחנון, כדי שלא יתפלל למותו של אחיה הנשיא. ואכן, באותו היום שרעיתו לא השגיחה עליו - בין משום שטעתה בחשבון הימים בהם אומרים תחנון, ובין בשל עני שבא ועמד בפתח הבית והוציאה לו לחם - נפל ר' אליעזר על פניו ואמר תחנון. אמרה לו מיד אמא שלום כי הרג את אחיה. היה זה עוד לפני שנתפרסם הדבר כי רבן גמליאל נפטר. לשאלת ר' אליעזר מנין ידעה, השיבה אמא שלום באמירה קשה הזותמת את הסיפור: "כך מקובלני מבית אבי אבא: כל השערים ננעלים חוץ משערי אונאה". מפרש רש"י: "לפי שצער הלב היא וקרוב להוריד דמעות" וכדברי התוספות "שערי דמעה (של המצטער) לא ננעלו".^ה ^ל

ב. האגדה, פרשנותה ומסריה

ב.1 פרשנות משפטית: שלטון החוק וסדרי דין

ב.1.1 גישת השופט זילברג: שלטון החוק

בשאלת המידתיות ואיזון האינטרסים. מבחן המידתיות במשפט אחד הוא מבחן ההתאמה בין המטרה לאמצעי (בג"צ 6055/95 שגיא צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נ"ג(5), 241 (1999)). וכך כותב הנשיא ברק בענין בן עטיה: "העילה בדבר מידתיות קובעת, כי החלטה שלטונית היא כדין רק אם האמצעי השלטוני אשר ננקט, לשם הגשמת התכלית השלטונית, הוא במידה הראויה, ולא מעבר לנדרש. עילת המידתיות מתרכזת אפוא ביחס שבין התכלית לבין האמצעים להגשמתה.... היא בוחנת אם האמצעים שנקט השלטון לשם הגשמת התכלית הראויה עומדים ביחס ראוי למטרה שאותה מבקשים להגשים. עילת המידתיות קובעת כי האמצעים השלטוניים צריכים להתאים להגשמת המטרה, ולא מעבר למה שנדרש לשם הגשמתה של המטרה. עקרון המידתיות נועד להגן על הפרט מפני השלטון. הוא נועד למנוע פגיעה יתרה בחירותו של היחיד. הוא קובע כי האמצעי השלטוני צריך להיגזר בקפידה כדי להלום את הגשמתה של התכלית. בכך בא לידי ביטוי עקרון שלטון החוק והוקיות השלטון" (בג"צ 3477/95 ישראל בן-עטיה נ' שר החינוך, פ"ד מ"ט (5), 10 (1996)). ראו עוד בג"צ 3648/97 ישראל סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נ"ג (2), 728, 776 (1999). כיוצא בזה הכלי האחר שבתי המשפט משתמשים בו רבות הוא איזון האינטרסים. כך לדוגמא אומר הנשיא ברק כי ערכיה של שיטת משפט, תפיסותיה היסודיות והמטרות והאינטרסים שלה מצויים בהתנגשות מתמדת ... היא (=התחרות) נפתרת על-פי האיזון הראוי בין הערכים והאינטרסים המתנגשים. איזון זה נקבע על-פי המשקל היחסי של הערכים והאינטרסים המתחרים (ע"א 6601/96 AES SYSTEMI NC נ' משה סער, פ"ד נ"ד(3), 850, 861 (2000)). אין ספק, והדברים מתבארים בהמשך, שקל ר' יהושע אם בנסיבות הענין הסנקציה שנקט כלפי ר' אליעזר היתה מידתית, סבירה. האם לא שקל במכלול שיקוליו את האינטרסים המתחרים? ודאי שכן. ללמדנו, כי מידתיות, סבירות ואיזון אינטרסים הינם כלים משפטיים שחכמינו הכירו והקדימו את חכמי המשפט המודרניים.

^ד בבא מציעא נ"ט, ב, רש"י, ד"ה: "חוץ משערי אונאה".

^ה תוס', שם, ד"ה: "חוץ משערי אונאה".

השופט זילברג רואה באגדה זו ביטוי מובהק "לשלטון החוק במחוקק (The Rule of Law), והכנסת המחוקק גופו למערכת היחסים, המשפטיים והשיפוטיים, שנוצרו בחוקים שניתנו על ידו. הוא שומר מצוותיה של תורה היינו מקבל על עצמו את מרותו של החוק, והוא – יתר על כן – 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 כל עיקר. אם הדין הוא אחרי רבים להטות, יש לפסוק על פי דין זה, גם אם אחד העומדים ל"דין תורה" הוא נותן התורה עצמו.

החשיבות שמייחס זילברג לשלטון החוק איננה מובנת מאליה. על פי תפיסתו אחריותו של השופט כבדה. אחריות זו נובעת מכך ש"בכל סכסוך שבין אדם לחברו השכינה היא, כביכול, בעלת זכויות צד שלישי - נוגע בדבר" - ונמצא שיפוטו של השופט פוגע, לשבט או לחסד, ב'אינטרסים' של האל". וכמאמר התלמוד: "כל הדין דין אמת לאמיתו נעשה שותף לקדוש ברוך הוא". שותפות זו על פי הפסוק: 'כי המשפט לאלהים הוא', מתבטאת בכך ש"השופט הוא שליחו של האל המקיים - שפטו צדק בין איש ובין אחיו – את שיווי המשקל הלאבילי שברא הבורא בחיי החברה. ואם הוא מעוות את הדין, הרי הוא מפר את האיזון ההוא, וגורם לשכינה שתיאלץ לתקן, על חשבונה היא, את הפגימה שפגם. הלא כה דברי רש"י בפירושו על הפסוק הנזכר: 'מה שאתה נוטל מזה שלא כדין – אתה מזיקני להחזיר לו, נמצא שהטית עלי את הדין'. אין לך הודאה גדולה בשלטון החוק מ'נכונותו' של הקב"ה ל"קבל" את פרשנותו (השגויה) של השופט, פרשנות המפרה את האיזון בחיי החברה, ועל הקב"ה לתקנה. קשה לתאר הדגמה מוחשית יותר לסמכותו הייחודית של חכם ההלכה בפסיקתו ולשלטון המוחלט של החוק, אף על מחוקקו, כביכול.

1 מ' זילברג, **כך דרכו של תלמוד**, אקדמון, מהדורה שניה, תשכ"ד, 70. ראייה לגישתו מוצא השופט זילברג בנאמר בירושלמי: "אמר רבי לעזר [=אלעזר]: פְּרָא בְּסִילִיּוֹס אוּ נוּמוֹס אַגְרָפוּס. בְּנוֹהַג שֶׁבְעוֹלָם, מֶלֶךְ בֶּשֶׁר וְדָם גּוֹזֵר גּוֹזֵר, רֵצָה - מְקַיֵּמָה, רֵצוּ [=אפשר שצריך להיות: רצה] - אַחֲרֵים מְקַיֵּימִים אוֹתָהּ; אֲבָל הַקְּדוֹשׁ בְּרוּךְ הוּא אֵינוֹ כֵּן, אֲלֵא גּוֹזֵר גּוֹזֵר וּמְקַיֵּימָה תַּחֲיִילָה". וכך מסביר מאמר זה השופט זילברג עצמו: פְּרָא בְּסִילִיּוֹס אוּ נוּמוֹס (=החוק) אַגְרָפוּס "בשביל המלך - החוק לא כתוב!". על דרך האימרה הלטינית: *solutus est princeps legibus*... תפיסה זו, שהיא ביטוי עילאי לרעיון "שלטון החוק", מן ההכרח שתתן אותותיה בכל ענפי ההלכה" (שם, עמ' 5 ה"ש 16).
 2 על רעיון זה הוא אומר כי הוא נועז ביותר, 'ואלמלא מקרא כתוב אי אפשר לאומר', אבל המקרא כתוב והרשות נתונה.

3 מ' אלון, **המשפט העברי**, ירושלים, תשל"ג, חלק ראשון, 228. ראו עוד בג"צ 620/85 ח"כ מוחמד מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מ"א(4), 169, 251 (1987). ואמנם מוסיף פרופ' ברק בהתייחסו ל"משקל שיש בפירושו של טקסט אלוהי לעמדתו של אלוהים לגבי פירושו. עמדת המשפט העברי הנה כי אף ש"תורה מן שמיים" היא, הרי "תורה לא בשמיים" היא,

ט

מדינת ישראל מושתתת על שלטון החוק ולא על שלטון אישים, על שלטון החוק ולא על שלטון המחוקק, על שלטון המשפט ולא שלטון השופט. אכן, היבטים רבים לשלטון החוק, אולם הבסיסיים שבהם, הנלמדים לדעת זילברג מהאגדה, מנחים את בתי המשפט בארץ שנים לאחר שכתב את הדברים: הכל - לרבות המחוקק - שווים בפני החוק, בהפעלתו ובאכיפתו. משמעות הדבר, אומר הנשיא ברק, תוך ציטוט דבריו של זילברג, היא כי כל הגורמים במדינה, בין הפרטים כיחידים וכהתאגדויות ובין זרועות המדינה, חייבים לפעול על פי החוק, ופעולה בניגוד לחוק צריכה להיתקל בסנקציה המאורגנת של החברה. שלטון החוק, במובן זה, משמעותו כפולה: חוקיות השלטון והשלטת החוק. זהו עיקרון פורמלי, שכן איננו מתעניינים בתוכנו של החוק אלא בצורך להשליטו, יהיה תוכנו אשר יהיה. שלטון החוק במובן זה אינו קשור לטיב המשטר אלא לעיקרון של הסדר הציבורי. כיוצא בזה, אומר הנשיא שמגר, כי לא יתואר ממשל תקין, אם אינו שוקד על קיומו של שלטון החוק, כי הוא שבונה את חומת המגן בפני האנרכיה והוא שמבטיח את קיום הסדר הממלכתי.

על יסוד דברים אלה, ולאור העובדה כי ערכי המשפט מתפתחים מטבעם, יש מקום לפרשנות מרחיבה לגישתו של זילברג ולהחיל את המסר הגלום בשלטון החוק על כל רכיביו.

ב.1.2.1. ראיות טבעיות ועל טבעיות בהכרעת הדין

ומשמעותה היא זו הניתנת לה על ידי בני האדם עצמם, ולא על ידי היוצר האלוהי. מכאן שאין ליוצר הטקסט שליטה על פירושו. כאשר קיימים "חילוקי דעות" בין "המחוקק העליון" לבין מפרשיו, יד המפרשים על העליונה" (א' ברק, "שותפות ודיאלוג בין הרשות המחוקקת והמבצעת לבין הרשות השופטת", מאזני משפט ד (תשס"ה – 2005), 51.

השופט ש"ז חשין בג"צ 144/50 שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה(1), 399 (1950).

השופט אלון בע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד ל"ט(2), 225 (1984).

על היבטיו השונים של שלטון החוק ראו ל' שלף, מ"שלטון החוק" ל"מרות המשפט": הרהורים וערעורים על מושג-יסוד, עיוני משפט ט"ז (תשנ"ב), 559.

בג"צ 2534/97 יהב נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נ"ג(3), 1 (1997).

ע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד מ"ז(1), 441 (1993).

ע"פ 8164/02 פלונים נ' מדינת ישראל, פ"ד נ"ה(3), 577 (2003). עם זאת יוער, כי פנים רבות לשלטון החוק, כך מניעת הגבלות על חירויות מותרת רק במסגרת החוק (בג"צ 144/50, לעיל הערה 39).

בג"צ 428/86, בשג"צ 320/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3), 505, 621 (1986).

הנשיא שמגר, שם בעמ' 555. ראו עוד א' ברק, שלטון החוק ועליונות החוקה, משפט וממשל ה (תש"ס), 375.

ט

מ

א

ב

ג

ד

ה

ו

השופט אלון דן בהרחבה באגדה זו הן בספרו והן בפסקי הדין שכתב. לדבריו, יש באגדה ארבעה מעקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית. העקרון הראשון, כדבריו של זילברג שאין הדגמה מוחשית יותר לסמכותו הייחודית של חכם ההלכה בפסיקתו ולשלטון המוחלט של החוק, אף על מחוקקו, כביכול. העקרון השני, אל לבית הדין לסמוך הכרעתו על ראיות על טבעיות. העקרון השלישי גם הוא מתחום דיני הראיות, כאשר קיים פער בין האמת העובדתית לאמת (המוחלטת) - לא תמיד גוברת האמת (המוחלטת). והראיה, הקב"ה מודה לר' יהושע שאין משגיחין בבת קול. מכאן, העקרון הרביעי שיש^ט לציית להלכה הפסוקה גם אם נראה לבעל הדין כי הפסיקה שגויה, ובלבד שנפסקה כדין ובסמכות.

עיקר דיונו של אלון מתייחס לשלושה העקרונות האחרונים. לדעתו, מסתבר כי הדעה השלטת היתה כי אין לייחס לכח על אנושי השפעה מסוימת על ההלכה. אלא שבהיבט^ט הראיתי יש לחלק, לכאורה, בין משקלה של הראיה מהבת קול לבין שלוש הראיות האחרות. החרוב ואמת המים הזזים ממקומם, וכותלי בית המדרש הנוטים ליפול הם ראיות נסיבתיות (חיצוניות) האמורים להוביל למסקנה כי הדין עם ר' אליעזר. לא כן הבת קול המתערבת במחלוקת המהותית. היא ראיה ישירה המייתרת את הצורך בראיות הנסיבתיות. אם כך, מדוע אין לקבל את בת קול כראיה להכריע את ההלכה? מה לנו יותר מבת קול – התגלות מן השמים – כדי להבין שהאמת היא עם ר' אליעזר אף שדעתו דעת יחיד?

נראה, כי אלון מודע לפירושו של רב נסים גאון שאין להביא ראיה מבת קול – בין משום שלא התערבה בוידוי ובין משום שיצאה לבחון את ר' יהושע והחכמים - ולכן שם^א את הדגש על המתח בין האמת העובדתית לאמת המשפטית.

^ט אלון, לעיל הערה 38 בעמ' 228. וכך הוא כותב בפסק דינו בענין העתון חדשות: "מצווים אנו על שמירת החוק וקיומו, שניהם כאחד ציפור נפשה של הדמוקרטיה הם. ובוא וראה עד כמה עמדו והקפידו חכמים על עקרון שלטון החוק ושמירת הכרעותיו וציוויו - "אפילו נראים הם בעיניך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין" (ספרי, דברים, פינקלשטיין, שופטים, קנד), כפי שהדברים מודגמים בצורה מופלאה במעשה תנורו של עכנאי (בג"צ 234/84 **חדשות בעמ' נ' שר הביטחון**, ל"ח(2), 485, 477 (1984)).

^ה אלון, שם, בעמ' 230.

^ט שם, עמ' 229 – 230.

^ג אמנם, משקל ראיות אלה נמוך, שכן אין להסיק מהם דבר לגבי הדין המהותי מושא הויכוח (אם התנור טהור או טמא). מחד גיסא, יכולות ראיות אלה ללמד על כוחו ומעמדו של ר' אליעזר, אך מאידך גיסא, גערתו של ר' יהושע בכותלי בית המדרש שאינם נופלים מפני כבודו, מלמדים כי מעמדו של ר' יהושע איננו נופל מזה של ר' אליעזר. על ראיות נסיבתיות בדין העברי ראו י' בן מאיר, "ראיות נסיבתיות בדין העברי", **דיני ישראל י"ח**, פ"ז.

^א הפרשנות המקובלת היא כי בת קול התערבה בוידוי ולכן היא ראיה ברורה. אולם, בשיטה מקובצת (בבא מציעא נ"ט, ב"ד"ה: "וזה לשון ה"ר נסים גאון") מובאים בשם ר' נסים גאון שני הסברים להתגלות בת קול. ההסבר האחד, "שבת קול לא אמרה הלכה כמותו בדבר זה. אמנם, בא הקול סתום, ואפשר שכיון בכל מקום זולת זה, וכדומה לו שאין הלכה כמותו

לית מאן דפליג כי מלאכת השיפוט איננה מן המלאכות הקלות. במקרים רבים כרוכה הכרעת הדין בהתחבטות ובהתלבטות קשה. לא אחת נחלק השופט עם עמיתו למותב. מה שנדמה לשופט אחד כ"הר', כדבר שאין לשאתו, נדמה לשופט אחר כ'חוט השערה', כדבר של מה בכך, ומכאן חילוקי הדעות המתגלעים לעתים קרובות בין השופטים השונים. כן או כך שכלו של השופט הוא כלי אומנותו. אמנם, אין לדיין אלא מה שעיניו רואות, אך עיניו רואות בראש ובראשונה את מה ששכלו אומר לו שהוא רואה. לכן, נקלע הוא לא אחת למתח בין האמת העובדתית שאיננה זהה לאמת המשפטית (המוכרעת על פי הראיות שבפניו). לדילמה זו ניתנה התשובה באגדה.

במחלוקת המהותית הדין היה עם ר' אליעזר. מעידה על כך בת הקול. זו האמת העובדתית. ברם, חכמים הגיעו על פי שכלם והבנתם למסקנה הפוכה משלו, היא האמת ההלכתית/המשפטית. בהיות ר' יהושע וחבריו הרוב - נפסקה הלכה כמותם. וכך מסביר זאת אלון :

ויהיו דברי בת קול אמיתיים בזה". תירוץ זה מאיין את הטענה כי הבת קול התערבה בויכוח ונקטה עמדה לטובת ר' אליעזר. ההסבר השני משיב לשאלה, כלום בשמים לא ידעו כי אין משגיחין בבת קול? הלא הקב"ה "הסכים" שההלכה כר' יהושע וחבריו, אם כן מדוע יצאה בת קול ולא הסתפקו בשלוש הראיות האחרות? על כך משיב ר' נסים גאון כי הבת קול לא יצאה לאשש את טענת ר' אליעזר, אלא לבחון את ר' יהושע וחכמים. וזו לשון ר' נסים גאון: "שהכוונה בזה לנסות את החכמים אם זה הקול יעתיקם ממה שמקובל בידם או לאו, וכמו שאמר כי מנסה ה' אלהיכם אתכם וגו' והורה בזה אמיתות קבלתם, וא"ר יהושע לא בשמים היא לפי שתורת ה' תמימה וכבר ניתנה לנו בסיני והודיענו שלא ישונה ממנה דבר ולא נשאר בתורתנו לא דבר סותר זה את זה ולא שום ספק שנצטרך בו למופת מן השמים וכל מקום שתמצא בתלמוד ור' יהושע הוא דאמר אין משגיחין בבת קול זהו עיקרן". ראו עוד תלמוד בבלי, מהדורת שוטנשטיין, בבא מציעא נ"ט ב, הערה 4.

לדעת הריטב"א לא השגיחו בבת קול כיון "שהתריס ר' אליעזר כנגד המרובין וקבלתם ולפיכך אין משגיחין בבת קול שכבר אמרה תורה אחרי רבים להטות" (**חידושי הריטב"א** עירובין ז, א, ד"ה: "ור' יהושע"). ראו עוד **חידושי ריטב"א** יבמות י"ד, א, ד"ה: "אמר ליה: **אור שמח**, הלכות יסודי התורה ט, ד, ד"ה: "והמתבונן בדברי".

בג"צ 188/63 **בצול נ' שר הפנים**, פ"ד י"ט(1), 337, 347 (1963).

שם.

כמובן ההנחה המובלעת בגישת השופט אלון היא כי בת קול התערבה במחלוקת גופא. ברם, בהמשך לאמור בטכסט הנסמך להערה 35 לעיל, מציעים התוספות שני הסברים לסתירה בין דברי ר' יהושע כי אין משגיחים בבת קול למסופר בתלמוד כי ההלכה נפסקה כבית הלל על פי בת קול (עירובין י"ג, א): ההסבר האחד, כי אין להשגיח בבת קול מקום שהיא סותרת דבר תורה. התורה אמרה אחרי רבים להטות, אי אפשר לסטות מהוראה זו גם אם זה רבי אליעזר (תוס', בבא מציעא נ"ט, ב, ד"ה: "לא בשמים היא"). ההסבר האחר, כי בת קול לא התערבה במחלוקת אלא יצאה לכבודו של רבי אליעזר שאמר מן השמים יוכיחו (תוס', עירובין ו, ב, ד"ה: "כאן לאהר"). ראו עוד אלון, לעיל הערה 38 בעמ' 232. מצוטטים הדברים בג"צ 620/85 **מוחמד מיעארי ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח'**, פד"י מ"א(4), 169, 254 (1987). ראו עוד בג"צ 152/82 **אלון נ. ממשלת ישראל**, פ"ד ל"ו(4), 440, 472 (1982); בג"צ 234/84 לעיל הערה 47 בעמ' 484.

הקדוש ברוך הוא בכבודו ובעצמו, נותן החוק ומקורו, שהודיע כביכול באמצעות בת הקול, שרבי אליעזר - שהיה מיעוט - כיוון לאמיתה של תורה, הוא עצמו מודה, שבניו - שסוברים אחרת, אך הם הרוב - ניצחוהו; האמת המופשטת היא אפוא כדעת היחיד... אך האמת ההלכתית היא כדעת הרוב, משום שההלכה ניתנה על דעתם של חכמי ההלכה ולפסיקתם מסכים, כביכול, נותן התורה עצמו. קשה לתאר הדגמה מוחשית יותר לסמכותו הייחודית של חכם ההלכה בפסיקתו ולשלטון המוחלט של החוק, אף על מחוקקו, כביכול.¹

ומכאן העקרון הרביעי העולה מהאגדה, אשר לביסוסה נסמך אלון על חכמי ההלכה לתקופותיהם. שופט יכול לטעות בדין. אף על פי כן, כל עוד לא התבטל פסק דינו יש למלא אחר פסק הדין (השגוי). ומדוע? אלון מציע שני הסברים בשם ר' אהרון הלוי בעל ספר החינוך. לדעתו, הדין עם ר' אליעזר כפי שמעיד גם הקב"ה. חכמים לא רק שאינם יורדים לסוף דעתו של ר' אליעזר, אלא שהם טועים בהבנת ההלכה על פי שכלם. אף על פי כן, משחייבה התורה אחרי רבם להטות, אין מנוס מלפסוק נגד האמת. עם זאת, מדגיש הר"א הלוי, אין זו פסיקה נגד האמת, שכן חזקה על פסיקת הרוב, שהיא היא האמת. וכך הוא מנמק זאת: ² ³

שבמחלוקת הזו שהיה לרבי אליעזר עם חבריו האמת היה כרבי אליעזר וכדברי הבת קול שהכריעה כמותו, ואף על פי שהיה האמת אתו בזה, ביתרון פלפולו על חבריו לא ירדו לסוף דעתו ולא רצו להודות לדבריו אפילו אחר בת קול, והביאו ראייה מן הדין הקבוע בתורה שציונתו ללכת אחרי הרבים לעולם בין יאמרו אמת או אפילו טועים, ועל זה השיב הבורא ברוך הוא נצחוני בני, כלומר אחר שהם נוטים מדרך האמת שרבי אליעזר הוא היה מכויין בזה את האמת ולא הם, והם באים עליי

ההבחנה שיוצר אלון בין האמת המופשטת לאמת ההלכתית איננה זרה לעולם המשפט. דומה הדבר במידה רבה להבחנה בין האמת העובדתית לאמת המשפטית. שופט, נדרש לפסוק בסכסוך אף שלא נכה במקום הארוע מושא הסכסוך. בפסיקתו בהכרעת הדין הוא קובע את האמת המשפטית כפי שעולה ממסכת העדויות והראיות שהוצגו בפניו. אף על פי כן, יתכן כי הכרעתו איננה תואמת את המסכת העובדתית האמיתית, אך כל עוד לא בוטלה על ידי ערכאת הערעור - היא האמת (המשפטית). ואכן, השאיפה של הכרעה שיפוטית היא להגיע לזהות בין האמת העובדתית לאמת המשפטית. עוד על היחס בין ה"אמת המשפטית" לבין ה"אמת העובדתית", ראו בג"צ 152/82 הערה קודמת, בעמ' 467 - 465; ע"פ 115/82 מועדי ג' מדינת ישראל, פ"ד ל"ח(1) 197, 225 (1984). נ' זלצמן, "אמת עובדתית" ו"אמת משפטית" - מניעת מידע מבית המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים", עיוני משפט כ"ד (תשס"א), 263; ח' שיין, הפילוסופיה של המשפט, תל אביב, תשס"ח, 57 - 64; ח' ה' כהן, המשפט, ירושלים תשנ"ז, 114.

ראו על דרך ההיקש דברים שכתב ר' ישעיהו דיטראני (שו"ת הרי"ד, סימן ס"ב): "וגדולה החכמה מן החכם, ואין חכם שינקה מן השגיאות, שאין החכמה תמימה בלתי לה' לבדו".⁴ ספר החינוך, מצוה תצ"ו.⁵

¹

²

³

⁴

⁵

מכה מצות התורה שצויתם לשמוע אל הרוב לעולם, אם כן על כל פנים יש להודות בפעם הזאת כדבריהם שתהיה האמת נעדרת, והרי זה כאילו בעל האמת נצוח. לשון אחרת, משניתן פסק הדין והוכרעה ההלכה על ידי מי שהוסמך לכך ועל פי שכלו, קמה זהות בין האמת העובדתית לאמת המופשטת או המשפטית.

ב.1.2.2 יציבות משפטית – החובה לקיים פסק דין

ההסבר האחר העומד בבסיס החובה לקיים פסק דין, גם אם הוא שגוי, הוא הסבר תועלתני. הציות לפסקי הדין נדרש כדי שלא לערער את אשיות החברה. אם כל־בעל דין יחליט אם ולאיזה פסק דין לציית, יתערערו יסודותיה של מערכת המשפט והדרך לאנרכיה בלתי נמנעת. התועלת שתצמח מקיום פסק (שגוי) שנפסק בדעת רוב על ידי מי שהוסמך לפסוק, גדולה יותר מהנזק הכרוך מאי הציות להלכה מוטעית. הנזק מסירובו של בעל דין לקיים פסק דין (מוטעה) שנפסק כדין, גדול יותר מהתועלת שעשוי הוא להפיק מאי קיום פסק הדין. ובלשונו של בעל ספר החינוך :

ואכן, מצאנו שר' יהושע עצמו עמד בפני דילמה דומה, אך שלא כר' אליעזר קיבל עליו את הכרעת בית הדין המוסמך, למרות שלדעתו – ואפשר שטענתו נכונה – בית הדין טעה. כך עולה מהויכוח עם רבן גמליאל בענין עיבור החודש. ר' יהושע נועץ בר' עקיבא: "הלך ומצאו רבי עקיבא מיצר. אמר לו: יש לי ללמוד שכל מה שעשה רבן גמליאל עשוי שנאמר (ויקרא כ"ג) אלה מועדי ה' מקראי קודש, אשר תקראו אתם בין בזמנן בין שלא בזמנן, אין לי מועדות אלא אלו. (איננו משתכנע, לכן) בא לו אצל רבי דוסא בן הרכינס. אמר לו: אם באין אנו לדון אחר בית דינו של רבן גמליאל צריכין אנו לדון אחר כל בית דין ובית דין שעמד מימות משה ועד עכשיו. שנאמר (שמות כ"ד): ויעל משה ואהרן נדב ואביהוא ושבעים מזקני ישראל ולמה לא נתפרשו שמותן של זקנים, אלא ללמד, שכל שלשה ושלשה שעמדו בית דין על ישראל הרי הוא כבית דינו של משה נטל מקלו ומעותיו בידו והלך ליבנה אצל רבן גמליאל ביום שחל יום הכפורים להיות בחשבוננו עמד רבן גמליאל ונשקו על ראשו אמר לו בוא בשלום רבי ותלמידי רבי בחכמה ותלמידי שקבלת דברי (משנה, ראש השנה פרק ב, משנה ט). ומוסיפה הגמרא שם ומספרת: תא שמע, דתניא: הלך רבי עקיבא ומצאו לרבי יהושע כשהוא מיצר, אמר לו: [רבי] מפני מה אתה מיצר? אמר לו: (רבי) עקיבא, ראוי לו שיפול למטה שנים עשר חדש ואל יגזור עליו גזירה זו. אמר לו: רבי, תרשיני לומר לפניך דבר אחד שלמדתי. אמר לו: אמור. אמר לו: הרי הוא אומר אתם, אתם, אתם (ויקרא כ"ג), שלש פעמים, אתם - אפילו שוגגין, אתם - אפילו מזידין, אתם - אפילו מוטעין. בלשון הזה אמר לו: עקיבא, נחמתני, נחמתני" (ראש השנה כ"ה, א).

וכך אומר ר' יוסף אלבו: "אבל תהיה ההכרעה מסורה תמיד אל רוב החכמים, ואף אם אפשר שיהיה היחיד יותר חכם מכל אחד מהם ויהיה יותר מסכים אל האמת מכולם, תהיה ההלכה כהכרעת הרוב, ואין היחיד רשאי לחלוק עליהם לעשות מעשה כדבריו כלל" (ספר העקרים לרבי יוסף אלבו, מאמר ג, פרק כ"ג).

שם. כמובן שביסוד הדברים עומד חופש הביטוי והדעה (במונחי ימינו) של בני האדם "חלוקין זה מזה לא ישתוו לעולם הרבה דעות בדברים, ויודע אדון הכל ברוך הוא שאילו תהיה כוונת כתובי התורה מסורה ביד כל אחד ואחד מבני אדם איש איש כפי שכלו, יפרש כל אחד מהם

וטוב לסבול טעות אחד ויהיו הכל מסורים תחת דעתם הטוב תמיד, ולא שיעשה כל אחד ואחד כפי דעתו שבזה יהיה חורבן הדת וחלוק לב העם והפסד האומה לגמרי. ומפני ענינים אלה נמסרה כוונת התורה אל חכמי ישראל, ונצטוו גם כן שיהיו לעולם כת מועטת מן החכמים כפופה לכת המרובין מן השורש הזה, וכמו שכתבתי שם במצות להטות אחרי רבים.

האמת ידועה לאל היושב עם הדיין בדין. אף על פי כן, כיון שהדיינים הם בני אנוש "זכותם" לטעות, זכות שאינה שמורה לציבור – ובעיקר לבעלי הדין – החייבים לציית לפסק הדין (גם המוטעה). לא ציות עיוור אלא מתוך הכרה שהאמת האובייקטיבית לא תמיד ניתנת להשגה, אך השמירה על סמכות החכמים בת השגה ובמתח בין האמת לסמכות – עדיפה היציבות המשפטית.

ב.1.2.3 תוקפו של פסק דין נגזר משכלו של הדיין

היציבות המשפטית מחייבת לקיים פסק דין של בית דין מוסמך, לרבות פסק דין שגוי, ובלבד שהשתכנע הדיין על פי שכלו כי זו ההכרעה הנכונה בנסיבות הענין. עמד על כך הר"נ בדרשותיו :

וזהו ענין רבי אליעזר הגדול ומחלוקתו ... הנה ראו כולם שר' אליעזר היה מסכים אל האמת יותר מהם, וכי אותותיו כולם אמיתיים, צודקים, והכריעו מן השמים כדבריו. ואף על פי כן, עשו מעשה כהסכמתם. שאחר ששכלם נוטה לטמא, אף על פי שהיו יודעים שהיו מסכימים הפך מן האמת לא רצו לטהר, והיו עוברים על דברי תורה אם היו מטהרים, כיון ששכלם נוטה לטמא, שההכרעה נמסרה לחכמי הדורות ואשר יסכימו הם – הוא אשר ציווהו ה'.

עם זאת, אין העדפת היציבות המשפטית וההכרה בסמכות חכמים מהווה הרשאה לדיין לפסוק ככל העולה על רוחו. גם חופש הפסיקה והשפיטה מוגבלים. על פסק ההלכה לעמוד במבחן השכל האנושי. התורה ניתנה לבני האדם, לכן גיבושה של ההלכה צריך להיות על פי שכלו של הדיין. זה מבחנו של הפוסק ובוה תחום חופש ההוראה. פרשנות החוק על פי הבנתו של הפוסק בצרוף כללי הפרוצדורה ("אחרי רבים להטות"), נותנים את התוקף לפסק גם אם הוא שגוי ומקימים את החובה לקיימו. הפרשנות צריכה להיות

דברי התורה כפי סברתו וירבה המחלוקת בישראל במשמעות המצוות, ותעשה התורה ככמה תורות". לכן יש צורך לקבוע כללי פסיקה ברורים.

^ב ראו בהקשר זה א' ברקוביץ, **ההלכה כותה ותפקידה**, מוסד הרב קוק, ירושלים, תשס"ז, ר"י. ראו עוד א' אדרעי, "הוראה או טעות": על חובת הציות במחשבת ההלכה, **עיוני משפט** כ"ד תשס"א, 463.

^ג דרשות הר"נ, דרוש ג.

במסגרת ההלכה (והחוק) ומתוכה. על כן, פרשנות הנוגדת את החוק איננה תואמת את הדין, לא בשל כך שאיננה נכונה אלא בשל כך שהדין כפוף לחוק ואין זה בסמכותו לבטלו. נמצא, כי חזקה על הלכה המוסכמת על חכמי הדורות כפי שפירשוה על פי שכלם, שלכך נתכוון נותן התורה, כפי שמסביר בעל קצות החושן :

לא ניתנה התורה למלאכי השרת, ואל האדם נתנה אשר לו שכל האנושי ונתן לנו הקב"ה התורה ברוב רחמיו וחסדיו כפי הכרעת השכל אנושי גם כי אינו אמת בערך השכלים הנבדלים ... אבל הקב"ה בחר בנו 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.

והרחיב את הדברים ר' משה פיינשטיין :

לפי מה שבארתי מדויק לשון כתרים, שנמצא שהשם יתברך עשה את אותיות התורה למלכים, היינו שיעשה החכם וידמה מילתא למילתא ויפסוק הדין כפי הבנתו טעם האותיות שבתורה, וכשיהיה מחלוקת יעשו כפי הבנת רוב חכמי התורה אף שאפשר שלא נתכוונו להאמת, ולא היה בדעת הקב"ה כן, דהקב"ה נתן את התורה לישראל שיעשו כפי שיבינו את הכתוב ואת המסור בע"פ בסיני לפי הבנתם ויותר לא יפרש ולא יכריע השי"ת בדיני התורה, שלא בשמים היא, אלא הסכים מתחילה להבנת ופירוש חכמי התורה ... ומאחר שנתברר שהאמת להוראה הוא מה שנראה להחכם לאחר שעמל ויגע לברר ההלכה בש"ס ובפוסקים כפי כוחו, בכובד ראש וביראה מהשי"ת שכן יש להורות למעשה וזה מחויב להורות, גם החכמים שבדור הזה, יש להחשיבם הגיעו להוראה ומחויבים להורות משום שהוראתם נחשב דין אמת ... וזה ענין כל מחלוקות 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.

אכן, "זכותם" – ואף חובתם – של חכמי ההלכה לפסוק על פי שכלם והבנתם. השכל האנושי של החכמים הוא הנותן את הלגיטימציה לאכיפת הפסק, גם אם הוא שגוי ובלבד שעמד בכללי הפסיקה.

^ד הקדמה לקצות החושן על שולחן ערוך, חושן משפט. עוד מצטט אלון בהקשר זה, מתשובה של הרדב"ז המופנית לא רק לפוסק ההלכה והשופט, אלא גם למחוקק: "ותו דכתיב דרכיה דרכי נועם וצריך שמשפטי תורתינו יהיו מסכימים אל השכל והסברא" (שו"ת הרדב"ז חלק ג, סימן אלף נ"ב (סימן תרכ"ז)).

^ה שו"ת אגרות משה, אורח חיים חלק א', בהקדמה.

מכאן ליישום: העקרון הקובע כי במקרה של חילוקי דעות, יש לפסוק כדעת הרוב, מעוגן בחוק הישראלי: "בית משפט הזן במותב ונחלקו דעות השופטים, תכריע דעת הרוב". באשר לביחור האמת, אכן קיים קושי. מטרתו של אזהליך השיפוטי במשפט אזרחי היא פתרון הסיכסוך וסיומו, וביחור האמת אינו אלא אמצעי כדי להגיע לפתרון זה. עם זאת, לא תמיד יעדיף בית המשפט להגיע לחקר האמת. לא אחת מונע בית המשפט עצמו במודע מלהגיע לחקר האמת העובדתית מטעמים של מדיניות משפטית, כאשר השמירה על ערכים - אינטרסים מסוימים עדיפה וחשובה בעיני המערכת המשפטית מגילוי האמת העובדתית. לעתים מחליט בית המשפט משיקולי מדיניות משפטית ואיזון בין אינטרסים מתחרים לוותר על חקר האמת. ללמדנו, כי יש ערכים העדיפים על חקר האמת. כך לדוגמא, בהתנגשות בין הצורך להגיע לחקר האמת לבין טובת הילד - גוברת טובת הילד. זוהי האמת (המשפטית) על פי שכלו של השופט, שאיננה זהה בהכרח לאמת (העובדתית). האם לא קדמם בכל אלה המספר התלמודי?

ב.3 פרשנות תלמודית: מאבק על התאמת הדין למציאות המשתנה

שני מסרים ברורים עולים, לדעת פרופ' גילת, מהויכוח ההלכתי בענין תנורו של עכנאי. המסר האחד, המתבטא באמירתו הפסקנית של ר' יהושע 'לא בשמים היא' המתפרשת כפשוטה :

- 1 סעיף 80(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד – 1984. עם זאת, ייתכנו מקרים בהם לא תהיה דעת רוב. במקרה כזה בענין אזרחי תכריע דעת אב-בית-הדין (סעיף 80(ב) לחוק הנ"ל) ובענין פלילי, יראה בית המשפט אם יש רוב דעות לגבי כל מצאא עובדתי, יסוד מיסודות העבירה או נושא אחר, המחייבים הכרעה לחיוב או לזיכוי, ויכריע בהתאם (ס"ק 1). לא היתה דעת רוב לענין סוג העונש או מידתו, תצורף הדעה המחמירה יותר לדעה המקילה הקרובה אליה (ס"ק 2); נחלקו הדעות לגבי החומרה של סוג העונש או מידתו, תכריע דעת אב-בית הדין. (סעיף 80(ג) לחוק הנ"ל). ראו לענין זה בהרחבה ר' שפירא, "אחרי רבים להטות - סעיף 80 לחוק בתי-המשפט", **עיוני משפט** י"ז (תשנ"ג), 393.
- 2 א' שטרזמן, "האמת קבורה ב"עדות שמיעה", **המשפט** א (תשנ"ג), 239; ש' אטינגר, "מחלוקת ואמת, למשמעות שאלת האמת בהלכה" **שנתון המשפט העברי** כא 37 (תש"ס). ראו עוד המקורות המוזכרים לעיל בהערה 56.
- ה ע"א 61/84 **ביאזי נ' לוי**, פ"ד מ"ב(1), 446, 476 (1984).
- ט ע"א 1354/92 **היועץ המשפטי נ' פלונית**, פ"ד מח (1) 711, 747 (1994). צוטטו הדברים בהסכמה בדנ"א 7325/95 **ידיעות אחרונות בע"מ נ' יוסף קראוס**, פ"ד נ"ב(3), 1, 91 (1998).
- ע ראו לענין זה ח' שיין, **לעיל** הערה 56 בעמ' 57 – 64.
- א ע"א 1354/92 **לעיל** הערה 69 בעמ' 749.
- ב י"ד גילת, "לא בשמים היא", בתוך: **יד לגילת**, מוסד ביאליק, עורכים: י' תא שמע וי' צ' גילת, תשס"ב, 137. עקרון זה מבוסס על התפיסה התיאולוגית, כי התגלות ה' על הר סיני היתה

התורה איננה בשמים. היא נמסרה לבני ישראל על הר סיני, ולא נשתייר הימנה בשמים'. ולפי זה מעתה כל ההכרעות ההלכתיות חייבות להתבסס על שיקול הדעת של החכמים, על השכל האנושי, ולא על בת קול מן השמים או על חזיונות נבואיים.

לשון אחרת, בהצהרתו של ר' יהושע 'לא בשמים היא' נשללת כל סמכות הכרעת ההלכה על ידי כוחות על טבעיים. אין תימה, 'איפוא, כי חכמי ההלכה הם שפיתחו את ההלכה בהתאם לתמורות שחלו עם הזמן לאחר חורבן בית המקדש. חכמים ראו בהתמודדות זו "אתגר רוחני חובה קיומית, והשתדלו למצוא מענה לבעיות במסגרת הנורמה ההלכתית על פי המידות שההלכה נדרשת בהן".^ד ^ע

המסר השני, הכרעה ברורה בין שתי אסכולות הנאבקות בשאלה איזו היא הדרך הנכונה להעביר את ההלכה לדורות הבאים: למסור אותה כמות שהיא, או להעבירה תוך התאמתה למציאות המשתנה. מחלוקת זו בין ר' אליעזר ור' יהושע בענין תנורו של עכנאי – אחת משורה ארוכה של מחלוקות ביניהם – ולא רק ב'ניהם – הביאה לפיתוחה של ההלכה ועיצובה במציאות ההיסטורית המתחלפת והמשתנה. ר' אליעזר^ז מייצג את האסכולה השמרנית העוברת מדור לדור. הוא מעיד על עצמו, כי "מעולם לא אמר דבר שלא שמע מפי רבו". ואכן, גם על רבו המובהק ר' יוחנן בן זכאי, אמרו "לא אמר דבר שלא שמע מפי רבו מעולם". ר' יהושע מייצג את ההלכה המתחדשת. במפגש עם

תופעה חד פעמית. הקב"ה הודיע באותו מעמד לעם את כל מה שרצה להודיע בתחום המצווה וההלכה ומאותו יום ואילך 'לא בשמים היא'. ראו עוד לענין זה J. Faur, "Golden Doves With Silver Dots: Semiotics and Textuality in Rabbinic Tradition," Bloomington: Indiana University Press, 1986, 13 – 14; "The Horizontal Society: Understanding the Covenant an Alphabetic Judaism," J. Faur, (2 vol.), Academic Studies Press, 2008, 26

- גילת, שם בעמ' 139. ^ג ^ע
- י' ד' גילת, **פרקים בהשתלשלות ההלכה**, (אוניברסיטת בר אילן, תשנ"ב), 13. ואכן, חוזר גילת בניתוחו על כוחם של חכמים לפסוק. ^ד ^ע
- י' ד' גילת, משנתו של ר' אליעזר בן הורקנוס ומקומה בתולדות ההלכה, הוצאת דביר, תשכ"ח, 7 – 35. ^ה ^ע
- שם, בעמ' 67 – 79; 96 – 101; 229 – 295. ^ו ^ע
- שם, בעמ' 72 – 83. כך לדוגמא, נשוא כמה מהמחלוקות ביניהם היתה השאלה מה היחס בין הכוונה והמעשה כתנאי לחיובו של אדם. ^ז ^ע
- תוספתא יבמות פ"ג, ה"ד; יומא ס"ו, ב, סוכה ט"ז ב; שם כ"ח, א; ירושלמי, יומא פ"ו, ה"ג. ראו בהרחבה גילת, שם בעמ' 7 – 35; 49, 57. ר' אליעזר שהוא בבחינת "בור סיד שאינו מאבד טיפה" (אבות ב, ח), נאמן למסורות שקיבל מרבותיו. ומה לנו עדות נאמנה יותר על מהימנותו של ר' אליעזר בהעברת המסורות לדורות הבאים מזו של האל. אמנם, בדרשותיו פתח "בדברים שלא שמעתן און מעולם (אבות דר"ג, פ"ו), אך אין בכך כדי לשלול את שמרנותו. ^ח ^ע
- סוכה כ"ח, א. ^ט

תלמידיו מעיר להם ר' יהושע כי "אי אפשר לבית מדרש בלא חידוש". העיון המעמיק בהלכה, והויכוח בין כותלי בית המדרש מובילים בסופו של דבר לחידושי הלכה. המאבק בין ר' אליעזר ור' יהושע הוא איפוא מאבק "בין ההלכה הראשונה, הבאה במסורת השמועה, שרבי אליעזר רואה בה יסוד ראשון במעלה, לבין ההלכה האחרונה, המתבססת גם על הדיון העיוני והמדרש כיסודות שווי ערך לשמועה, מתוך מגמה להענות לשאלות החיים ובעיות חוק המתעוררות מפעם לפעם".^א ^ב

זאת ועוד, גילת מדגיש את העובדה כי ר' אליעזר הוחרם "באותו היום". ולא בכדי, שכן עד ל"אותו היום" בו התקיים הדיון בבית הוועד לא הוכרעה ההלכה. חופש ההוראה להלכה ולמעשה מקובל היה בימי הבית. גם בימים הראשונים שלאחר החורבן עדין לא נתגבשה ההלכה. כל חכם הורה בעירו ובביתו על פי הקבלה שבידו ועיונו בתורה ובמסורת החכמים. משום כך^ג הקפיד ר' אליעזר כששרפו טהרותיו, גם אלה שלפני שנתקבלה ההכרעה ההלכתית, וכל זה בפניו. אולם גם ר' יהושע הקפיד על קיומה של הכרעה ברורה ועל אחידותה של ההלכה.

ב.4 היבט פילוסופי: העברת ההלכה מדור לדור

בין הפילוסופים הדנים באגדה אין אחידות דעים לגבי השאלה מהו המסר העולה ממנה ככל שיש כזה. פרופ' פיש ופרופ' שגיא^א סבורים כי המחלוקת בין ר' אליעזר לר' יהושע נסובה סביב השאלה מהי הדרך הראויה להעביר את ההלכה לדורות הבאים: השיטה המסורתנית בה דוגל ר' אליעזר, או השיטה הדינמית המקובלת על ר' יהושע. לכן, משהוכרעה המחלוקת כשיטת ר' יהושע, ובהסכמת האל, המסר הוא כי חכמי ההלכה אוטונומיים לפרש את ההלכה ולהתאימה למציאות המשתנה. לעומתם סבור פרופ' סטטמן כי לא ניתן להסיק את המסר בדבר האוטונומיה הפרשנית של חכמי ההלכה כיון שחלקה השני של האגדה מאיין מסקנה זו.^ב ^ג

^א חגיגה ג: "תנו רבנן: מעשה ברבי יוחנן בן ברוקה ורבי אלעזר חסמא שהלכו להקביל פני רבי יהושע בפקיעין, אמר להם: מה חידוש היה בבית המדרש היום? אמרו לו: תלמידך אנו ומימך אנו שותין. אמר להם: אף על פי כן, אי אפשר לבית המדרש בלא חידוש".

^א גילת, לעיל הערה 74 בעמ' 324. ומוסיף גילת ומבהיר כי הלכותיו של ר' אליעזר תאמו בדרך כלל את המסורת של בית שמאי (שייצגו את ההלכה הקדומה השמרנית) ולא של בית הלל (ששיקפו את ההלכה המתחדשת).

^ב שם בעמ' 323 וראו האסמכתא בה"ש 60.

^ג ראו בהקשר זה בטכסט הנסמך להערות 19 ו- 20 לעיל.

^ד מ' פיש, לדעת חכמה, מדע, רצינוניות ותלמוד תורה, מכון ון ליר/הקיבוץ המאוחד, מהדורה שניה, תשנ"ד, 62.

^ה א' שגיא, לעיל הערה 32, בעמ' 11.

^ו סטטמן, לעיל הערה 11, בעמ' 650.

לדעתו של פיש ר' אליעזר הוא דוברת התקיף והמובהק של העמדה המסורתנית . על פי התפיסה המסורתנית, מהותה של מצוות תלמוד תורה היא: כזה ראה, הבן, שגן וקדש, ומסור את תלמודך עד כמה שניתן בשלמותו לתלמידך מבלי לאבד טיפה. תלמוד תורה, לפיכך, אינו יכול להיות, מפעל פרוגרסיבי . לעומת זאת, גישתו של ר' יהושע שונה. אין הוא חולק על כך שהתורה שבכתב עוברת ככתבה וכלשונוה ומבלי לשנות בה דבר. לא כן התורה שבעל פה המבארת את התורה שבכתב. על פי תפיסתו של ר' יהושע מתוח קו הפרדה ברור של תחומי הסמכות והאחריות בין התורה שבכתב לתורה שבעל פה, כשזו האחרונה נתונה באופן בלעדי לשיקול דעתו של המבאר האנושי, עד כדי כך שגם הקב"ה בכבודו ובעצמו מנוע מלהתערב בהכרעה האנושית .

בדרך דומה נוקט אבי שגיא. גם הוא סבור כי גישתו ההלכתית של ר' אליעזר היא הגישה המסורתנית, היינו מסירת המסורות שקיבל מרבתי. לכן, אין הוא נזקק לצידוקים ענייניים לצדקת עמדתו, אלא להוכחת אמינותו כמוסר נאמן של המסורת שבידו . מטעם זה בחר ר' אליעזר להביא ראיות על טבעיות ולא להסתפק בטיעוני הרציונליים. לא כן ר' יהושע. לדעתו, יש להביא נימוקים ענייניים ולא מופתים המוכיחים את נאמנותו האישית של ר' אליעזר. על רקע זה באה תגובתם החריפה של החכמים. ר' אליעזר איננו מוכן להשתכנע כי גישתו המסורתנית מאיימת על עצם השיה ההלכתי, כיון שאיננה מייחסת את הערך הראוי לגורם המניע את השיה ההלכתי כולו – הטיעון והביקורת הענייניים. המסורתנות שוללת מהחכמים את היכולת למצוא את הפתרונות לבעיות החדשות .

גישה אחרת מוצגת על ידי סטטמן . גם לדעתו ניתן להסיק מחלקה הראשון של האגדה את המודל האוטונומי לפיו חכמי ההלכה אוטונומיים בפרשנות ההלכה . דא עקא, חלקה

ז פיש, לעיל הערה 84 בעמ' 62.

ח שם בעמ' 63.

ט שם בעמ' 70.

י א' שגיא, לעיל הערה 32 בעמ' 12 – 13.

יא שם בעמ' 12. עם זאת, ראוי לציין כי גם שגיא מודע לקושי שמעורר חלקה השני של האגדה ולתגובת האל. בהקשר זה הוא מביא פרשנות של דוד וייס הלבני, לפיה יתכן שהאל הסכים עם ביקורתו של ר' יהושע, אך לא הסכים להתנהגותם של חכמים. לכן, 'חייך' כלפי דברי ר' יהושע וזעם על התנהגות חכמים (D. Weiss Halivni, Peshat and Derasha, Oxford) (1990, 107). כמו כן, מביא שגיא את דעתו של הרטמן הרואה באגדה זו "פרדוקס של תוקף וכניעות". ראו ד' הרטמן, מסיני לציון, חידושה של ברית, תל אביב, 1993, 47 – 48 ; 62 – 64 .

יב סטטמן, לעיל הערה 11.

יג הביטוי העיקרי והמדדים של האוטונומיה מצוי בהיעדר כפיפות החכמים לדבר האל ובקביעה כי התורה לא בשמים היא ולכן אין מקשיבים למסרים אלוהיים לגבי פרשנותה הראויה. ביטוי נוסף לאוטונומיה הוא האופן שבו מכריעים את ההלכה בארץ, כלומר בהכרעה דמוקרטית, על פי רוב. לדעתו, "המסר העולה מתנורו של עכנאי לפי הבנה זו הוא, שחכמי ההלכה אוטונומיים לחלוטין בקביעת ההלכה ובפרשנותה, ועל כן הם יכולים לשלב בפרשנותם את תפיסותיהם הערכיות והמוסריות כפי שיראו לנכון. במובנים אלה, לתנורו של עכנאי יש מסר כמעט חתרני. הוא מאפשר ואף מעודד, פרשנויות חדשניות של ההלכה בהתאם למציאות

השני של האגדה המבטא מודל סמכותני , קרי מודל פֿרֿשני הפוך למֿודל האוטונומי, מאיין את המודל האוטונומי. לפיכך, אם סיפור תנורו של עכנאי רלבנטי בכלל לוויכוח על לגיטימיות השינויים בהלכה, עשוי הוא לסייע דווקא לצד השמרן – אם אכן רוב זה משקף רוב מנין ובנין של הרבנים – יותר מאשר לצד החדשן .^ה ^ז

בכל הכבוד הראוי אין קריאתה של האגדה על שני חלקיה מאיינת את הפרשנות המשפטית והתלמודית. נהפוך הוא, המודל הסמכותני משלים את המודל האוטונומי. המחלוקת מתרחשת בבית הועד "באותו היום", שם מתבררות הלכות היוצאות לכלל ישראל. משנפסקה ההלכה - על בית הדין לוודא כי תקויים. משסרב ר' אליעזר – שהיה שמותי - לעמוד מאחורי הפסיקה, ומחשש כי בשל מעמדו הרם ילכו רבים בעקבותיו, לא היה מנוס מהפעלת הסמכות על ידי שריפת טהרותיו בפניו ובהחרמתו . אוטונומיה^ז

המשתנה. הוא מעניק לגיטימיות לדעות הלכתיות דחויית" (עמ' 647). כאן המקום להעיר כי סטטמן מגיע למסקנה זו על בסיס דברי הוגים ופרשנים. כך למשל, מצטט סטטמן מדברי הרב גולניקין, כי "המסר של האגדה ברור. ה' נתן לנו את התורה בהר סיני, אבל מאז ויתר על זכותו לפרשה ולשנותה. הוא הטיל אחריות זו על החכמים שבכל דור ודור, החייבים לפרש את ההלכה בהתאם לצרכים ולבעיות שבדורם. דעת הרוב קובעת, לא ראיות מן השמים" (ד' גולניקין, **הלכה לימינו: גישת התנועה המסורתית להלכה**, תשנ"ח, 20). לעניות דעתי פרשנות זו גורפת, שכן הקב"ה ויתר על זכותו לפרש את התורה בניגוד לכללים, אך אין לראות בויתור זה ויתור גורף. והראיה, ההלכה כבית הלל נקבעה על פי בת קול (עירובין י"ג, א). ואכן, הרב ברקוביץ שגם ממנו מצטט סטטמן, סובר כי "רבי יהושע נתן ביטוי לרעיון ... אין מנוס ממנגנון ומסדר אנושי לקבוע את ההלכה על פי הכללים שבתורה לפי מיטב הבנתם של החכמים את הענין שעליו הם דנים" (א' ברקוביץ, **ההלכה: כוחה ותפקידה**, התשמ"א, 215).

המסר הסמכותני מודגש לדעת סטטמן בחלקה השני של האגדה: בשריפת טהרותיו של ר' אליעזר, בהחרמתו ובקורות את רבן גמליאל. ואכן, מדגיש סטטמן, ובצדק, כי את האמצעים הדרסטיים הננקטים כלפי ר' אליעזר, יש להבין כמסר לר' אליעזר ולחכמים כי תורה יוצאת לישראל מבית הדין ביבנה, בהתאם להחלטת רוב הדיינים, ואיש אינו רשאי לדחותה על בסיס מסורות פרטיות, עמדות אישיות, או מה שנתפס בעיניו כהתגלות אלוהית (סטטמן, הערה 11 לעיל בעמ' 650).

שם, בעמ' 641.

ואכן, במחלוקת אחרת בין ר' אליעזר לר' יהושע הדברים מפורשים יותר. וכך שני בברייתא (נדה ז, ב): "אמר לו רבי אליעזר לרבי יהושע: אתה לא שמעת (בענין דין ארבע נשים שדיין שעתן) אני שמעתי. אתה לא שמעת אלא אחת ואני שמעתי הרבה ... כל ימיו של רבי אליעזר היו עושין כרבי יהושע, לאחר פטירתו של רבי אליעזר החזיר רבי יהושע את הדבר ליושנו. כרבי אליעזר בחייו מאי טעמא לא? משום דרבי אליעזר שמותי הוא, וסבר, אי עבדינן כוותיה בחדא – עבדינן כוותיה באחרנייתא, ומשום כבודו דר' אליעזר לא מצינן מחי בהו. לאחר פטירתו של ר' אליעזר, דמצינו מחזינן בהו, החזיר את הדבר ליושנו". מכאן ראינו נוספת לטיעון כי הסמכות לפסוק ניתנה לחכמים אף אם איננה ההלכה הטהורה. שהרי, כיצד פסקו כר' יהושע שעה שהוא עצמו מודה שהדין עם ר' אליעזר ואף הורה כן לאחר מותו. הווה אומר, במסגרת האוטונומיה הנתונה לחכמי ההלכה מכח העקרון "לא בשמים היא" לקבוע הלכה, כלולה גם הסמכות לשקול גם שיקולי מדיניות. לשון אחרת, שיקולי מדיניות (הלכתית) הם חלק לגיטימי, לעתים בלתי נפרד, בפסיקת ההלכה.

פרשנית ללא סמכות בצידה אינה אלא דיון תיאורטי. החופש לקבוע הלכה, ואף לחדש הלכה כדי להתאימה למציאות המשתנה, מחייב מתן סמכות לכפות את ההלכה המתקבלת על ידי הגורם המוסמך ועל פי כללי הפסיקה. אמנם, האוטונומיה הפרשנית איננה חזות הכל, אך מי שמקבל את המודל האוטונומי חייב להכיר ביחסיותה של האוטונומיה. האוטונומיה הנתונה לחכמים לפסוק הלכה מוגבלת על ידי כללי הפרשנות. כשם שהאל מחייב לכללים שקבע, כך מחייבים חכמי ההלכה לאותם כללים. משפעלו חכמי ההלכה במסגרת סמכותם, פסיקתם מחייבת גם את החולקים ויהא מעמדם אשר יהא.¹ ומכאן המסקנה כי אוטונומיה וסמכות אינם סותרים זה לזה אלא משלימים זה את זה. אין סתירה בין שני חלקי האגדה. למחלוקת כפי שנתבאר, שתי פנים: הפן החיובי המעורר חשיבה, ליבון ודיון עד לשלב ההכרעה, והפן השלילי ההורס המתבטא בגרימת פירוד, בערעור הסמכות עד כדי אנרכיה.

ג. דיון ופרשנות

ככל שנעדין בשלוש הפרשנויות של האגדה נמצא יותר הבדלים בהדגשים השונים ופחות במהות. גישת המשפטנים מאששת את הנטען במאמר, כי חכמי ההלכה הקדימו את חידושי המודרנה. מפרשנותם עולה כי עקרונות משפטיים דוגמת שלטון החוק, הציות לפסקי דין, לרבות פסקי דין שגויים, כל עוד לא בוטלו ע"י ערכאת הערעור, קבעום חז"ל מאות שנים קודם שבית המשפט העליון בישראל קבע הלכות בסוגיות אלה. כיוצא בזה ההכרעה על פי רוב ומקומן של ראיות על טבעיות. אף ההכרה באוטונומיה של השופט לפסוק על פי שכלו והבנתו, הכרה המבוטאת באמירתו של ר' יהושע 'לא בשמים היא' אינה מחידושי הפסיקה של בתי המשפט בישראל.

לעומת זאת גישת הפילוסופים מדגישה בעיקר את המחלוקת על דרך העברת התורה וההלכה לדורות הבאים. גישה זו איננה נטולת השלכות על דרך הפסיקה. הגישה המסורתית המיוצגת על יד ר' אליעזר מתעלמת מהמציאות המשתנה. ההלכה (ולענייננו

¹ אם כך, אם הפרשנות מכירה בסמכותם של חכמים לפסוק הלכה, אין בהכרעה סוג של "אקטיביזם שיפוטי", אלא התאמת ערכי התורה למציאות המשתנה.

² עם זאת, אין להתעלם מהקושי עליו מצביע סטטמן באשר להתרחשות סביב רבן גמליאל (שאינו מעורב ישירות במחלוקת בין ר' יהושע ור' אליעזר). מחד גיסא, האל משתכנע מטיעונו כי לא רצה להרבות מחלוקת ולכן נח הים מזעפו. מאידך גיסא, כעסו של ר' אליעזר גורם למותו של רבן גמליאל. חלקה האחרון של האגדה המתאר את מותו של רבן גמליאל, בין שהוא חלק בלתי נפרד מהאגדה, ובין שהוא תוספת מאוחרת, איננו אמור להשפיע על המסקנה כי שני המודלים מהווים יחידה אחת המאפשרת את המסקנות מהאגדה. לעניות דעתי יש לקרוא קטע זה כתאור מערכת היחסים בתוך המשפחה. ר' אליעזר "מביא" את המחלוקת הביתה. הוא כועס על גיסו רבן גמליאל המייצג את מוסד הנשיאות על שלא גיבש אותו. סופו הטראגי של רבן גמליאל מעיד על אי יכולתו של ר' אליעזר להשלים עם העובדה כי הוחרם על ידי חבריו שפסקו הלכה שלא כדעתו המגובה בבת קול.

החוק) כפי שקבעו ראשונים עוברת מדור לדור כמו שהיא "וכל הרוחות שבעולם אם ימלאו חפניהם רוח, לא יזיונו ממקום תורתנו הקדושה". מול גישה זו עומדת גישתו של ר' יהושע, שאכן התורה שבכתב לא תשתנה, אך הסמכות לפרש אותה – היא התורה שבעל פה – נתונה לחכמים (והשופטים) מכח האוטונומיה הפרשנית, ובכלל זה לקבוע הלכה שתתן מענה לבעיות המתעוררות במציאות המשתנה. במידה רבה דומה מסר זה למסר העולה מגישתו של גילת ולפיו המחלוקת בין ר' אליעזר ור' יהושע משקפת מאבק בין שתי אסכולות: בין האסכולה השמרנית (המיוצגת על ידי ר' אליעזר) לאסכולה המתפתחת והמתחדשת (המיוצגת על ידי ר' יהושע).

אמנם, "אין משיבין את הארי לאחר מיתה", אף על פי כן, ארשה לעצמי במסגרת החופש האקדמי, לטעון כי פרשנותו של גילת חייבת לשמש נר לרגלי פוסקי ההלכה והשופטים בימינו אלה. טענה זו עומדת על שני אדנים: האדן האחד, הזיהוי של ה"הלכה הקדומה", כהגדרתו של גילת, עם ההלכה הקפדנית, השמרנית והמסגרת, וה"הלכה המתחדשת" עם ההלכה החדשה זו המתחשבת במציאות המשתנה. האדן השני, הדרישה כי בנוסף לתכונות האישיות הנדרשות מהדיין (והשופט) כתנאי למינויו, עליו להתמצא לא רק בדין, אלא עליו להיות בעל יכולת ללמוד גם תחומים אחרים. שכן, כפי שמסביר הגר"א "הדיינים צריכין להיות בקיאים גם בטבעו של עולם בכדי שלא יהיה דין מרומה, דאם לא יהיה בקי בענינים אף שיהיה בקי בדין תורה, לא יצא אמת לאמתו, כלומר אף על פי שיפסוק אמת לא יהיה לאמתו... ולכן צריך הדיין להיות בשניהם בקי... היינו חכם

ט שו"ת חתם סופר, יורה דעה, סימן של"ה.

פ מסקנה זו מגישת הפילוסופים נסמכת על פרשנותם של פיש ושגיא. שכן, גישתו המסתייגת של סטטמן נדחתה על ידי.

א גיטין פ"ג, ב.

ב וכך כותב גילת: "אכן ההלכה הראשונה, כפי שהיא באה לידי ביטוי במקורות מאותם הימים, הן הפרושיים והן הכיתיים, מצטיינת בחומרתה... אלא שעם התפתחותם של מרכזי התורה והתפשטותו של מדרש ההלכה בבתי האולפנא, החלו עיונים ובירורים להגדרתם של המונחים והאזהרות שבתורה (גילת, לעיל הערה 73 עמ' 12).

ג וזו לשונו של גילת: "עיצוב דמותה של של ההלכה לאור התמורות שחלו עם אבדן ירושלים והמקדש, לא הצטמצם, כאמור, בתחום המצוות שיסודן בעבודת המקדש. אף גורמים נוספים, כגון המצוקה הכלכלית שלאחר החורבן... הניעו את חכמי התורה לעיין מחדש בבעיות חוק ומשפט שהכבידו והעיקו על המשך החיים התקינים של האומה. בעקבות בירורים שקיימו חז"ל במקורותיהן, בטיבן ובתוקפן של הרבה הלכות המקובלות, ובהיעזרם באינטרפרטציה מחדשת של ההלכה ושל דרכי מדרש המקראות, פיתחו החכמים נתיבים חדשים לפתרון הבעיות שהזמן גרמן ושהציבור התלבט והתחבט קשות בהן. ההתמודדות עם השאלות שהמציאות ההיסטורית, המתחלפת והמשתנית, מעלה אותן, היתה מאז ומתמיד מוקד מחשבת חז"ל. תופשי התורה ראו בה אתגר רוחני וחובה קיומית, והשתדלו למצוא מענה לבעיות במסגרת הנורמה ההלכתית על פי המידות שההלכה נדרשת בהן" (גילת, הערה קודמת בעמ' 13).

ד ראו רמב"ם, סנהדרין ב, ז.

בעניני תורה ופיקח בעניני עולם . המאבק בין ר' אליעזר לר' יהושע - אליבא דגילת - הוא מאבק בין ההלכה השמרנית להלכה המתחדשת. אי אפשר לחדש הלכה בתקופה בה ההתקדמות המדעית משפיעה כמעט על כל תחומי החיים, אלא לאחר שילמד הדיין את החידוש המדעי ויהיה בקי בו. העברת ההלכה לתלמידים בהתעלם מהמציאות תביא להתאבנותה, כשברור לכל כי תורת ישראל תורת חיים היא.

גילת כתב את הדברים לפני למעלה מארבעים שנה. הגר"א כמאתיים שנים לפניו, אך הדברים מקבלים משנה תוקף בימינו. עם זאת, חשוב להדגיש כי מדובר בפתרונות הלכתיים במציאות המשתנה **במסגרת ההלכה**. ההלכה, בדומה לכל שיטת משפט, איננה נותנת תשובה לכל בעיה. היא שומרת על המסגרת, אך בד בבד מציעה עקרונות ומעמידה כלים להגיע לפתרון, אך יהא זה יומרני ולא נכון לומר כי באמתחת ההלכה תשובה ופתרון לכל בעיה. לכן, משמעות הקביעה כי הגישה השמרנית נדחתה – "בהסכמתו" כביכול של הקב"ה – הינה לא רק מתן לגיטימציה לפתח את ההלכה, אלא הוראה להתמודד **במסגרתה** עם הכנסת חידושי המדע והטכנולוגיה לחיינו. על הדיין והמשפטן בעת הזו להבין, כי גם אם לא הכל שפיט ולא הכל פתיר, אין הם פטור מהחובה לנסות למצוא במסגרת הדין את הבסיס המשפטי המאפשר לעשות שימוש בכלים המדעיים שהועמדו לרשותם.

אכן, מן המפורסמות כי מערכת המשפט מפגרת אחרי ההתפתחות המדעית. חכמי ההלכה והמשפט נדרשים בשנים האחרונות להתמודד עם יישומי הטכנולוגיות המתקדמות בתחומי החיים השונים. טול לדוגמא את פרשת נחמני. בית המשפט נדרש להכריע

^ה פירוש הגר"א (מקראות גדולות, פרדס), משלי, ו, ד. ראו כיוצא בזה "שכוונתם במה שאמרו דין אמת לאמתו, רוצה לומר, שדן לפי המקום והזמן בענין שיש לאמתו, ולאפוקי (= להוציא) שלא יפסוק תמיד דין תורה ממש, כי לפעמים שצריך הדיין לפסוק לפנים משורת הדין לפי הזמן והענין; וכשאינו עושה כן אף שהוא דין אמת - אינו לאמיתו. על דרך שאמרו חז"ל (בבא מציעא, ל, ב): לא נחרבה ירושלים אלא שהעמידו דיניהן על דין תורה ולא לפנים משורת הדין" (**דרישה**, טור, חושן משפט, א, ס"ק ב).

^י ראו דברים שכתב השופט טירקל במאמרו "תיקון הלב" המצוטטים בפסק דינו בענין נחמני (דנ"א 2401/95 **רותי נחמני נ' דניאל נחמני**, פ"ד נ(4), 661, 736): "ההתקדמות העצומה שהיתה בתקופתנו בכל תחומי המדע והטכנולוגיה, ובעיקר התקדמות הרפואה ופיתוח הטכנולוגיה הרפואית, יצרו בעיות שלא היו מוכרות לנו... והחריפו בעיות שהיו ידועות לנו מכבר. הסיפור הקלסי על אותם שניים שהיו מהלכין במדבר ורק בידי אחד מהם קיתון של מים - הקיתון שבו נתונים חייו של האחד הפך ממצע תאורטי של דיון תלמודי למציאות כואבת וממשית מאד, והשאלה שהוא מעלה היתה לשאלה אקטואלית התובעת את פתרונה. אותה התקדמות מחקה את הגבולות הבטוחים וששטשה את הדרכים הסלולות שבהן הלכו המדען, הרופא והמשפטן ותחומים מוגדרים היו למרחבים פתוחים ומפחידים. נוצר מתח, ואולי גם קרע, בין הישגיהם של המדע ושל הרפואה לבין הערכים שהתפתחו במשך ההיסטוריה האנושית" (י' טירקל, "תיקון הלב" **הפרקליט** מ (תשנ"ב-ג) 34).

^ז דנ"א 2401/95 הערה קודמת, בעמ' 680. באותו מקרה התערורו שאלות משפטיות והלכתיות רבות, ובהן השאלה מה מעמדה של הביצית המופרית ומי בעליה. בני הזוג נחמני התקשו בהעמדת צאצאים בדרך הטבע. פנו לפונדקאות שלאחר מאבקים משפטיים אושרה להם באופן חריג. לאחר שנשאבו ביציות מרותי נחמני, ביציות שהופרו בזרעו של דני נחמני, נפרדו בני

בסכסוך משפחתי כאוב שאין לו פתרון בחוק, סכסוך שנולד על רקע שימוש בפרוצדורה רפואית מתקדמת. בסופו של דיון ארוך הכריע בית המשפט בדיון נוסף בהרכב מורחב, ליתן את הביציות המופרות לרותי נחמני בתקוה שתצליח לממש את אמהותה. אפשר להסכים עם הכרעת הדין ואפשר לבקר אותה, אך אי אפשר לומר כי בית המשפט לא ניסה למצוא פתרון חוקי שלא שְׁעָרום אבות המשפט בדורות עָבְרוּ. הוא הדין דייני בית הדין האזורי והגדול. כלום לא למָקְרה מעין זה כִּיִּן גילת?

דוגמא נוספת למקרה שטרם הוכרע בבית המשפט, אך בודאי יונח לפתחו. המחוקק לא צפה – ולא יכול היה לצפות – כי טכנולוגיית ההפריה החוץ גופית המאפשרת הולדת ילד מתאי רביה של תורמים, תשתכלל בתוך מספר שנים כשיטת טיפול מקובלת. שאלה אחת מני רבות הדורשת הכרעה הוא מהו מבחן ההורות וכיצד ייקבע ייחוסו של ילד אחר מולידיו? נפקותה של שאלה זו לענין ירושה, ייבום וחליצה, כשרות ועוד. יכול הדין אֵלֶּה השופט "המאמץ" את גישתו של ר' אליעזר לדחות את התביעה על הסף, בטענה שלא שמע כדבר הזה מרבתי. הכרעה העלולה כמוכן להביא לתוצאה קשה. יכול הוא ללכת בדרכו של ר' יהושע, לדון בתביעה, לחדש הלכה ולפסוק על פי שכלו האנושי. אם כך יחליט, יהיה עליו לקבוע כיצד קם היחס הורה – ילד, והאם ייחוס יילוד אחר מולידו נגזר מקשר הדם (מבחן גנטי) או ממבחן אחר (יחסי אישות, זהות היולדת). בדרך זו יוגדרו "הורים", "אב", "אם" (שהעמידו) "ילד" ו"צאצא" על דרך ההפריה החוץ גופית.

הזוג כשבבית החולים נשמרו בהקפאה אחת עשרה ביציות מופרות. רותי ביקשה לקבלן כדי להמשיך בתהליך ההולדה ודני התנגד.

ראו דברי השופט ט' שטרסברג – כהן בפרשת נחמני: "אכן, אין אנו נקראים לפרש חוק מסוים ואין אנו נדרשים ליישם חוק כזה. גם במקרה זה, כבאחרים, נקראים אנו להכריע בסוגיות שאינן מסודרות על-ידי חוק מיוחד. עלינו לקבוע נורמה משפטית בעלת משמעות ערכית. בעשותנו כן, אין אנו מצויים בחלל ריק. לרשותנו עומד עולמו העשיר של הדין הקיים על כל ענפיו המשליכים על הסוגיה הנדונה (שם, עמ' 680). וכן כותב השופט צ' טל: החוק שותק במקרה דנן מפני היות "צולע ומדדה אחרי הרפואה", ולפנינו אפוא תחום משפטי-רפואי שטרם הוסדר על-ידי המחוקק. קיומו של חסר בדין מטיל על בית המשפט את החובה לפתח את המשפט כדי לתת מענה למקרה המובא לפניו. אין הוא רשאי לשבת בחיבוק ידיים בבחינת שב ואל תעשה" (הערה קודמת בעמ' 700).

ראו הרב א' ח' שרמן, "הפריה חוץ גופית אצל זוג פרוד", תחומין כ"ב (תשס"ב), 392. ראו עוד בהרחבה י' גרין, 'פרו ורבו' בעידן המודרני: משפט והלכה, דיונון מבית פרובוק בע"מ, 2008, 232 - 257 ובמיוחד ה"ש 220.


ראו לענין זה י' גרין, "ולא תהא הביצית המופרית כעובר לירושה?", מאזני משפט, א (תש"ס), 393; י' גרין, "הולדה לאחר מיתה באמצעות הפריה חוץ – גופית והשלכותיה על דיני יבום וחליצה", מאזני משפט ב (תשס"א - תשס"ב), 207; י' גרין, "האם קיים פיתרון לבעיית הממזרות, באמצעות טכנולוגיות רפואיות בשטח הפריין?", מאזני משפט ז (תש"ע), 441. בין השאר ללכת בדרך ההיקש כלשון הרא"ש: לדון "דבר מדבר ונלמוד דבר מדבר, כי חכמי התלמוד לא הספיקו לכתוב כל הנולדות העתידות לבוא, המתחדשות בכל יום, אלא שהבאים אחריהם יוצאים בעקבותיהם ומדמיין מילתא למילתא" (שו"ת הרא"ש, סימן ע"ח).

למותר לציין, כי ניתן להביא דוגמאות רבות נוספות, אך די בדוגמאות אלה כדי להמחיש את השלכות האגדה על מציאות ימינו. גישתו של גילת חשובה היא בעיני כיון שהיא "מכריחה" את הדיין והשופט לזנוח את הדרך הקלה ולהחמיר, אם אפשר לכנותה כך, ולחפש את הפתרון הראוי במסגרת ההלכה והדין בהתאמה .

סוף דבר

רבים נדרשו לאגדה מופלאה זו וכל אחד מצא בה מקום להתגדר בה. רבים העירו והאירו את היבטיה השונים, אך ניתוח המוקדש להשלכותיה המשפטיות בכלל על ההלכה והמשפט בימינו חסר. מאמר זה מיועד למלא חסר זה. הטענה המרכזית במאמר זה היא כי רב המשותף על המפריד בין תפיסת המשפט העברי והמשפט הישראלי. העקרונות הבסיסיים לפיהם פועלים בתי המשפט בארץ מצויים זה מכבר במקורותינו. אמנם, מדובר במקור אחד, וספק אם בכלל ניתן ללמוד מן האגדה, אך אין בכך כדי לפגום בטענה כי אגדה זו יכולה להיות – כפי שאכן היתה – מקור השראה ליושבים על כס המשפט.

שלושה מסרים מועברים באמצעות אגדה זו: שלטון החוק, הציות לפסקי הדין, לרבות החלטות שגויות והעדפת ההלכה המתחדשת על ההלכה השמרנית. שלושה מסרים אלה משלימים זה את זה למערכת עקרונית וערכים שכווחם יפה לכל שיטת משפט . יש באגדה זו הכרה באוטונומיה של חכמי ההלכה והמשפט לפסוק, ובד בבד הגבלה על חופש הפסיקה. הפסיקה ניתנה לבני האדם ולכן חייבת להיות על פי שכלם האנושי, קרי על פי הבנתם את ההלכה או החוק ובמסגרתם. דיני הראיות וכללי הפרוצדורה מקנים את התוקף לפסיקה. וכפי שכותב פרופ' ברק: "אגדה זו - מופלאה היא. אין מודרנית ממנה. היא מצביעה על הניתוק בין יוצר הטקסט לבין מפרשו ועל סמכותו של המפרש לפרשו אף בניגוד לפרשנות של יוצר הטקסט. בצדק" .

ולבסוף, לי נראה, כי המסקנה החשובה ביותר העולה מן האגדה היא ההכרה בזכותם של חכמי ההלכה (והמשפט) – זכות שהיא גם חובה – לעשות שימוש בכלים ההלכתיים (והמשפטיים) כדי להתאים את ההלכה והחוק למציאות המשתנה. 

^ב וכבר פירש רש"י את הכלל "כח זהירא עדיף" באומרו כי "טוב לו להשמיענו כח דברי המתיר הסומך על שמועתו ואינו ירא להתיר, אבל כח האוסרים אינה ראייה שהכל יכולין להחמיר אפילו בדבר המותר" (רש"י, ביצה ב', ב', ד"ה : "דהיתרא עדיף ליה"). ראו עוד משנה, ידים פרק ד, משנה ג; שו"ת שאילת יעבץ חלק ב, סימן קמ"ו.

^ג זילברג, לעיל הערה 36 בעמ' 5.

^ד א' ברק, "שותפות ודיאלוג בין הרשות המחוקקת והמבצעת לבין הרשות השופטת", מאזני משפט ד תשס"ה, 51, 56.