

## אוטונומיה וסמכות בפסיקת הלכה

עיון בדברי הראשונים בסוגיית בבא בתרא סב ע"ב

- א. מבוא  
ב. 'דעבד כמר עבד' בממונות  
ג. 'דעבד כמר עבד' במצוות  
ד. חשיבות ההכרעה האוטונומית: מיהו 'בר הכי' ת. סיכום  
ה. ביאור נוסף בדבר הערך שבפסיקה אוטונומית  
ו. בעניין מנהג לילך כפוסק מסוים  
ז. כמה הערות לסיום

### א. מבוא

מספרים על בעל התומים, ר' יהונתן אייבשיץ, שנשאל על ידי גוי מדוע אנו היהודים לא נוטשים את אמונתנו והולכים אחרי הגויים שהם הרוב, שהרי בתורתנו כתוב 'אחרי רבים להטות'. ר' יהונתן ענה לו שהליכה אחר הרוב היא כלל הנהגה במצב של ספק, ואילו אנתנו כלל לא מצויים במצב של ספק לגבי אמונתנו. בנושא שאנו בטוחים בו, אין כל מקום ללכת אחרי הרוב.

הדבר נכון, כמובן, לגבי כל כללי הפסיקה במצבי ספק. הרלוונטיות של הכללים הללו מותנית בכך שנחליט כי אנתנו אכן מצויים במצב של ספק. אם איננו מצויים במצב של ספק, אין כל מקום לשימוש בכללי הנהגה של מצבי ספק. אף אחד לא יעלה בדעתו ללכת אחר רוב חנויות טריפה בעיר, ולהטריף חתיכת בשר, או לפסוק שספק דאורייתא לחומרא ולהטריף את החתיכה הזו, כאשר הוא יודע בודאות שהיא כשרה כדת וכדין.

במאמר זה ברצוני לדון בשאלה האם ניתן ליישם את ההבחנה הנ"ל לגבי 'ספיקא דרבנותא'. לשון אחר: האם ניתן להכריע במחלוקת הפוסקים בעצמנו, ובכך לקבוע שהנושא איננו מסופק בעינינו. או שמא כשישנה מחלוקת בין הפוסקים בנושא מסוים אנו מחויבים לנהוג לפי כללי ספקות, כגון ספק דאורייתא לחומרא וכדומה.

בפרק חזקת הבתים [בבא בתרא לד ע"ב - לה ע"ב] נידונים כמה כללי פסיקה שרלוונטיים למצבים של ספק ממוני. אנו מוצאים בתחום זה כללי פסיקה שונים, שנוהגים במצבים שונים, כמו 'חלוקו', 'המוציא מחבירו עליו הראיה', 'כל דאליס גבר', 'שודא דדייני', 'יהא מונח' וכדומה. הכללים הללו עוסקים בהתנהגות ההלכתית במצב שבו הבעלות על הממון מוטלת בספק, והבחירה בין הכללים הללו תלויה בשאלות כמו: מהן המוחזקויות של הצדדים בחפץ, האם הפסק יכול להיות אמת, האם לשני הצדדים יש זיקה ברורה לחפץ (דררא דממונא) וכדומה.

גם בהקשרים של איסור והיתר ישנם כללי פסיקה למצבי ספק שונים. אמנם בתחומים אלו כללי הפסיקה הם שונים בדרך כלל: ללכת לקולא בדרבנן ולחומרא בדאורייתא, ללכת אחרי הרוב (רוב הפוסקים, או רוב מציאותי, כמו למשל בדוגמה לעיל), ללכת אחרי מנהג, אחרי רבו (או מרא דאתרא), אחרי הגדול בחכמה ובמניין, אחרי רוב הפוסקים (או רוב פוסקים מוכרים, כאלו שספריהם פשטו בישראל), ללכת אחרי פוסק מסוים שקיבלנו על עצמנו וכדומה.<sup>1</sup>

חלק מן הדיונים בשאלת הפסיקה במצבי ספק, כמו גם חלק מכללי הפסיקה הנ"ל, עוסקים בספקות שהם 'ספיקא דדינא'. אלו הם ספקות שאינם ביחס למציאות העובדתית, אלא מצבים בהם המציאות ברורה וידועה לגמרי וישנו ספק מהו הדין המחייב במצב זה. ספק מסוג זה יכול להופיע בשני אופנים יסודיים:

1. מצב חדש שבו אנו פוגשים, וככל הידוע לנו אין התייחסויות הלכתיות ישירות לגביו, ועל כן לא ברור לנו מהי ההלכה במקרה זה.

2. ישנה בהלכה מחלוקת שלא הוכרעה לגבי מצב כזה, כלומר ישנן בהלכה דיעות לכאן ולכאן ('ספיקא דרבוותא').

יש לציין שהסוג השני יכול להופיע בכמה רמות הלכתיות. ייתכן מצב שהדין שנוי במחלוקת תנאים, אמוראים, ראשונים או אחרונים. כמובן, שגם משקלם התורני-הלכתי של הצדדים החולקים חשוב לצורך ההכרעה, ואכמ"ל.

1. לדיון מפורט בכללי הפסיקה הללו, ראה למשל בחוברת **כללי הוראה בהלכות מסופקות**, הרב אלישע אבינר, הוצאת מעלות (שעל יד ישיבת ברכת משה, מעלה אדומים), ירושלים תשנ"ט.

גישה הלכתית רווחת כיום להתנהגות במצבים הלכתיים שלגביהם נחלקים הפוסקים ('ספיקא דרבוותא') היא שימוש בכללי פסק למצבי ספק. במצבים כאלו אנו הולכים בד"כ אחרי מנהגים, אחרי רב מסוים, או פוסקים לחומרא בדאורייתא ולקולא בדרבנן. במקביל לכך, בספקות בדיני ממונות אנו נוהגים לפסוק 'יחלוקי', 'המוציא מחברו עליו הראיה', 'שודא דדייני' וכדומה. במאמר זה ברצוני לבחון את השאלה הבסיסית יותר: האם, ומתי, בסמכותנו להחליט שמצב מסוים כלל אינו מצב של ספק, ועל כן אין מקום לשימוש בכללי פסק שנוהגים במקום ספק במצב כזה.

שאלה זו רלוונטית בעיקר לספקות הלכתיים ('ספיקא דדינא') ופחות לספקות במציאות, שכן מטבע הדברים ההחלטה שהמציאות מסופקת היא חד משמעית יותר. אם יש לנו ספק עלינו לנהוג לפי כללי הספקות, ואם אין לנו ספק - לפי הכללים הרגילים. לגבי ספקות הלכתיים (וגם ספקות בדיני ממונות), ניתן לחלק בין שני סוגי הספק שנוכרו למעלה. בסוג הראשון (מצבים שאינם מוכרים לנו בהלכה) לא מסתבר שתתעורר בעיה כזו, שכן אם בפועל אנחנו מצויים בספק, אזי זהו מצב מסופק לגבינו. מבחינה זו מצב כזה דומה מאוד למצב של ספק במציאות.

השאלה עולה בעיקר במצבים מן הסוג השני, כלומר מצבים שבהם ישנן דיעות שונות בין הפוסקים ('ספיקא דרבוותא'). במצבים כאלו אנו יכולים לשאול את עצמנו האם זהו בהכרח מצב שעלינו להתייחס אליו כספק, ועל כן עלינו לנהוג לפי כללי הספקות, כמתואר לעיל, או שמא ניתן להכריע באופן כלשהו בעצמנו בין הדיעות השונות, וממילא לא להתייחס לכך כמצב שבו קיים ספק הלכתי.

ניתן עקרונית להעלות אפשרות נוספת לנהוג בספקות כאלו: הכרעה באופן שרירותי. לבחור לנו את הדיעה הנוחה, או זו הנראית לנו. על כך ראה מאמרו של הרב אלישע אבינר 'פסיקה שרירותית במחלוקת הפוסקים'.<sup>2</sup> במאמר הראשון באותה חוברת, שנקרא 'כללי הוראה בהלכות מסופקות', הרב אבינר מתייחס לכללי פסק במקום ספק. במאמר זה אנו דנים באפשרות הנהגה אחרת, שקודמת לשתי אלו: הכרעה בעצמנו במחלוקת הפוסקים. אם אכן ניתן להכריע בעצמנו ב'ספיקא דרבוותא', אזי מצב זה כלל אינו מצב מסופק לגבינו, ועל כן אין רלוונטיות לשני סוגי ההתנהגות הנ"ל (פסיקה לפי כללי ספק, או בחירת התנהגות שרירותית).

2. מופיע בחוברת שצוינה בהערה הקודמת.

יש להעיר, שעצם קיומו של המושג 'ספיקא דרבוותא' מורה על כך שלכאורה אין אפשרות להכריע במחלוקות כאלו, שאם לא כן כלל לא היה קיים מושג כזה. אם באמת כאשר ישנה מחלוקת בין פוסקים עלינו להחליט בעצמנו, אזי אין לנו ספק. ואפילו נמצא שגם אנו עצמנו בספק בדיון זה ולא נכריע, הרי זה יהיה 'ספיקא דדינא' ולא 'ספיקא דרבוותא'. כלומר עצם קיומה של קטגוריה כזו מורה על כך שישנו סוג ספקות ששורשו במחלוקות פוסקים בהלכה. אמנם ייתכן שבעלי גישה אוטונומית לפסיקת הלכה, כאלו שיתירו לפסוק עצמאית במחלוקות פוסקים, אך לא יכירו בקיומו של מושג כזה, או בייחודיותו, ולפחות יגבילו מאוד את תחולתו.

גישות שדוגלות באוטונומיה

התייחסות חריפה לסוגיית האוטונומיה בפסיקה מצויה בכמה מקומות בכתבי המהרש"ל. בהקדמותיו לספר **ים של שלמה** [לחולין וזב"ק] הוא כותב שפסיקת ההלכה אינה צריכה להיות מבוססת על תקדימים, אלא אך ורק על הכרעה בראיות מן התלמודים.<sup>3</sup> בהקדמתו לבי"ק הוא כותב:

3. כידוע, דבריו אלו של מהרש"ל מכוונים כנגד הגישה התקדימית בפסיקתם של הרמ"א והב"י, וזהו חלק מהפולמוס המכונה לפעמים 'פולמוס הקודיפיקציה' (לענין זה ראה **המשפט העברי**, מנחם אלון, מהדורה שלישית, מאגנס, ירושלים תשנ"ב, כרך ב', בעיקר פרקים 32 - 37).

דרכו של מהרש"ל בעניין זה מעניינת מאוד. מחד, בהקדמותיו לשי"ש הוא מתבטא באופן תקיף מאוד כנגד הפסיקה בעקבות תקדימים, ואכן הוא אינו נושא פנים לאיש. הוא מכריע בראיות מתוך התלמוד, ובמהלך הספר הוא מתבטא לפעמים באופן חריף גם כנגד גדולי הראשונים. מאידך, בפסקיו בשו"ת מהרש"ל הוא נראה מתון יותר, ושם הוא מרבה לדון בתקדימים, כלומר בדברי הפוסקים שקדמוהו, ואף קובע הלכה לפי דיעותיהם. יש לציין שהספר יש"ש הוא ספר בעל מגמה הלכתית מובהקת ולא רק פרשנית, ועל כן קצת קשה לתלות את ההבדל הזה בהבחנה בין הקשרים הלכתיים להקשרים פרשניים. ואולי בכל זאת מכיון שהשו"ת נכתב כהוראה מעשית כלפי מקרים מסוימים הגישה שם שונה, וצ"ע.

לגישה הלכתית דומה לזו של מהרש"ל, ומכמה היבטים אף קיצונית יותר, ראה מאמרו של פרופ' מאיר בניהו, 'דיעות מהפכניות בכללי ההלכה בהגהותיו של רבי [של רב] שמואל משער אריה על בית יוסף', **ספר השנה למדעי היהדות של 'יד הרב ניסים'**, ספר שלישי, ירושלים תשמ"ט. גם שם נראה שהדברים מופיעים על רקע הפולמוס נגד הב"י.

דברים מפורסמים נוספים ברוח זו, ועל רקע דומה, מופיעים ב**נתיב התורה** למהר"ל, פרק ט"ו (אנו נדון בהם להלן לקראת סוף דברינו). גם אחיו, ר' חיים, מבטא התייחסות דומה בספרו **יכוח מים חיים** שפונה בעיקר נגד הספר **תורת חטאת** לרמ"א.

כי מימות רבינא ורב אשי אין קבלה לפסוק כאחד מן הגאונים או מן האחרונים. אלא מי שיכשרו דבריו להיותן מיוסדים במופת חותך על פי התלמוד, והירושלמי ותוספתא במקום שאין הכרע בתלמוד.

דוגמה נוספת מכתבי המהרש"ל מופיעה ב**ים של שלמה** פ"ק דחולין [סוף סימן מ"ב], שם דן המהרש"ל לגבי מליקת חטאת העוף, וז"ל:

ואם נזכה לבניין בית המקדש אקנה שזכייתי כהלכה, ואף שהרמב"ם גדול בתורה היה, ואף הסמ"ג הביא ראיה לדבריו, והראב"ד ג"כ לא השיגו, לא אשא פנים לתורה, ובדקתי עד שְידי מגעת.

בפסקאות אלו המהרש"ל דן בפסיקה שחולקת על גדולי הראשונים, בראיות מתוך התלמוד. בפרק שני של **ב"ק** [סימן ה] הוא מתייחס למצב קיצוני יותר, כאשר ישנה בעיה שלא הוכרעה בגמרא עצמה, וטוען שאפילו במצב כזה אנחנו יכולים להיכנס לבעיה ולהכריע בראיות (!) לצד זה או אחר, וז"ל שם:

ואף שאין התלמוד מכריע אני באתי להכריע... בדין תיקו שנסתמה הבעיה בתלמוד ולא נפשטה ואין רשות לשום גאון בעולם לפשטה ממתניתין או מברייתא או מסברא, דהוי כחולק על תלמודא דרבינא ורב אשי, כמו שאין ליישב התיובתא שנאמרה בתלמוד. אבל כמה בעיות שנאמרו בתלמוד ולא נפשטו, אם היה חכם אחד אפילו בזמננו מביא ראיה לפשטה, הרשות בידו ואזלין בתריה. כי מאחר שלא נאמר תיקו, אם כן בספק עומד עד שיתלבן לך פשיטתו.

המהרש"ל קובע שכל בעיה שלא נפשטה בתלמוד (ומסתבר שכוונתו גם למחלוקות בין האמוראים או התנאים ולא רק לבעיות שלא נפשטו), יכול כל פוסק בכל זמן לפשטה בראיות משלו. אמנם אם התלמוד עצמו קובע שבעיה זו סלקא בתיקו או בתיובתא, אין אפשרות לפשוט אותה.<sup>4</sup>

אנו רואים שלפי המהרש"ל אמנם ישנו מושג של 'ספיקא דרבוותא', אולם הוא מצומצם ביותר. רק מחלוקות שנתרו בתיקו בתלמוד עצמו מקבלות מעמד של 'ספיקא דרבוותא'. בכל המקרים האחרים עלינו לפסוק בעצמנו.

---

4. להלן מינה המהרש"ל דן במצבים שהתלמוד סותם ב'קשיא', ואכמ"ל בזה.

נוסיף כאן עוד דוגמה מדברי הג"ר יעקב עמדין בשו"ת **שאלת יעב"ץ** [ח"ב סימן כ']:

אף לגדולים אלף פעמים ממני לא אשא פנים בתורה... על שגיאה אני אומר יש כאן שגיאה, על העלמה - העלמה... ושמעתי מאבי מורי הגאון (החכם צבי) ז"ל בשם ספר חלקת מחוקק ז"ל שאין אדם רשאי להורות עד שיהא בכחו לעקור ולמחוק סעיף מן השולחן ערוך.

ונודע מאמר הרמב"ם שבענין ההוראה אין אפילו כ"ח הנביאים חזק יותר מן החכם, אלא הולכים אחר רוב מנ"ן או אחר כ"ח הראיות לפי מראה עיני החכם. וכך היה מנהג חכמי הדורות אשר מעולם. אין משגיחין בכף מאזני הכרעת חיבור קדמון או אחרון במקום תשובות נצחות.

ועוד ראיתי בספר **תקפו כהן** לבעל הש"ך [מסימן ע"ט והלאה] שהאריך להוכיח שמהניא תפיסה בפלוגתא דרבוותא גם לפי מאן דאמר שתפיסה בתיקו לא מהניא, והביא לכך שלושה טעמים. והטעם השני [מופיע בסימן פ"ה שם] הוא שבספיקא דרבוותא התפיסה היא קודם שנולד הספק, וז"ל:

דבתיקו, כיון שאי אפשר להתברר לעולם, שאין שום אדם יכול לפשטו כיון שכבר עלה בתיקו מזמן חתימת הש"ס, אי"כ מיד בשעת חתימת הש"ס נולד הספק, וכל תפיסה מיקרי תפיסה לאחר שנולד הספק, וכמוש"כ לעיל סי' ז'.

אבל בפלוגתא דרבוותא, שהרי יש ביד הדיין להכריע מן הש"ס או הפוסקים אפילו מסברתו כחד מינייהו, ואפילו אירע דין זה פעם אחת ולא היו הדיינים יכולים להכריע, אם יבוא עתה לפני דין אחר יכול להכריע, דהכל תלוי בדין שבא הדין לפניו, וכמ"ש מהרש"ל פ' כיצד הרגל סי' א', וכמ"ש לעיל סי' פ"ב בשם תשובת הגאונים, והוא פשוט מאד... אם כן, כל היכא דתפס מיקרי תפס קודם שנולד הספק, שהרי אם היה הדיין מכריע כחד מינייהו היה יכולת בידו להורות כן. נמצא שלא נולד הספק עד עת שבא המשפט לפני הדיין ואין בידו להכריע. וחלוק זה נראה לי ברור ואמיתי (וע"ש בסימן פ"ו שהביא לכך ראיה מתשובת מהריב"ל).

גם בספר **קונטרס הספקות** [בעיקר בכלל ה', ראה למשל שם באות ג] ניתן למצוא גישה דומה. ראה גם בדבריו בכלל ו', ס"ק ו' שהובאו להלן בסוף פרק ב' (בעניין יקים לוי).

נסיים בציטוט מספר **חוט המשולש**, להגר"ח מוולוז'ין, שבסוף סימן ט', לאחר שדן להכריע שלא כדעת רבו הכהן (והכוונה כנראה לר' רפאל הכהן, עיין בספר **עליות אליהו** הערה סב) מביא קבלה מרבו (הגר"א), וז"ל שם:

אמנם בתורה דכתיב בה אמת הלא בלתי אל האמת עינינו... וכבר הוזהרתי בזה מפי מורי קדוש ישראל רבינו הגדול הגאון החסיד מוהר"א נ"ע מוילנא שלא לישא פנים בהוראה וכו'...

(ובספר **עליות אליהו** [הערה סב] מביא תשובה זו, ומוסיף כאן: "שלא לישא פנים בהוראה אף להכרעת רבותינו בעלי השו"ע". ובנדפס הושמטה התוספת הזו).

וע"ש בכל ההקשר (ובמה שהביא מהגמרא ב"ב קל), ועיין גם בסוף סימן י"א שם.

ההתייחסות המקובלת כיום

ההתייחסות המקובלת כיום ל'ספיקא דרבוותא', לפחות במצבים קיצוניים כמו מחלוקת שלא הוכרעה בין תנאים או אמוראים, היא שהדבר אינו ניתן להכרעה על דינו. דומה כי כיום אף אחד לא יעלה בדעתו להכריע בראיות במחלוקת שלא הוכרעה בש"ס עצמו. במקרים אלו אנו מכריעים לפי כללי הנהגה במצבי ספק.

במקרים פחות קיצוניים השאלה עדיין יכולה להתעורר. למשל, כאשר ישנה מחלוקת בין הפוסקים הראשונים, ואין צריך לומר כשישנה בין האחרונים. במצב כזה השאלה היא האם עלינו לנהוג תמיד לפי דיני ספקות, או שמא אנו יכולים להכריע את ההלכה מדעתנו, להתייחס למקרה כאילו אין לגביו 'ספיקא דדינא' מבחינתנו.

למעשה, לקראת סוף תקופת הראשונים בולטת מאוד הגישה שגורסת כי אין בידינו אפשרות להכריע במחלוקות בין הראשונים. הדבר בא לידי ביטוי בשולחן ערוך (שהכריע ע"פ רוב בין שלושת עמודי ההוראה, ולא ע"פ סברא) ובנושאי כליו, ולמעשה עצם עריכתם של השו"ע והמפה של הרמ"א מבטאת גישה כזו. הדים בולטים (לעני"ד אלו כמעט ההדים האחרונים) לגישה שונה מצויים בדורם של המחבר והרמ"א, אצל המהרש"ל (כפי שראינו לעיל) ואצל המהר"ל (שדבריו יידונו בהמשך).

הדבר בולט מאוד בדברי **תרומת הדשן** [שנ"ב] שכתב וזה לשונו :

דפליגי ביה רבוותא דלעיל, וכיון דלא ידעינן כמאן הלכתא דינא דחולקין... ורציתי לומר דכל הני חולקין היינו משום דספיקא ממש נינהו, אבל ספיקא דפלוגתא דרבוותא אי לא תפסי לא זה ולא זה אית לן למימר כל דאליס גבר... אם כן, צריכינן לחלק בין ספיקא דדינא שהוא משום פלוגתא דרבוותא ובין ספיקא דדינא משום דקאי בתיקו, דהתם כתבו רבוותא דחולקין... ובנ"ד בפלוגתא דרבוותא לא שייך הך טעמא, דמי יעיד לנו שהלכה כדבר פלוני או כדבר פלוני, לכך בעינן למעבד חלוקה... הארכתי בדברים הללו משום דכללות גדולות הן בדיני ממונות.

בעל תה"ד דן בשאלה מה עלינו לפסוק במצב של פלוגתא דרבוותא. האם ההכרעה תהיה 'יחלוקו', 'כל דאליס גברי' או 'שודא'. נראה בבירור שהאפשרות להכריע במחלוקת כלל אינה עולה על דעתו. מעבר לכך, מתוך דבריו: "דמי יעיד לנו שהלכה כדבר פלוני או כדבר פלוני" (וכן העתיק מדבריו הסמ"ע [חור"ם סוף סימן קל"ט] שיוזכר להלן) לכאורה מוכח שכוונתו היא שלא ניתן להכריע במחלוקת הפוסקים (יספיקא דרבוותא).<sup>5</sup>

יש לציין שניתן למצוא התייחסויות דומות כבר בראשונים שקדמוהו, אולם בדרך כלל התייחסויות אלו עוסקות במצב שהש"ס סליק בתיקו, או שהש"ס מתבטא באופן שמצביע על מסקנה של ספק, או תיקו. ראה למשל בתוד"ה והלכתא [ב"ב לב ע"ב] ובתוד"ה וחכמים [גיטין יד ע"ב], ועוד.

בעקבות דברים אלה של בעל תה"ד כתב הרמ"א [שו"ע חור"ם סוף סימן קל"ט], וז"ל:

הג"ה: דבר שהפוסקים חולקים בו ולא תפס חד מינייהו, אם הוא דבר דשייך בו חלוקה חולקין, ואם לא שייך ביה חלוקה כל דאליס גבר.

להלן נראה שהתוספות בב"ב סב ע"ב סוברים שיש לדיין אפשרות להכריע בעצמו ב'ספיקא דרבוותא'. כמובן שאם גם הדיין עצמו מסופק בהחלט יש לדון לפי איזה כלל עליו לנהוג. על כן היה מקום לומר שגם כוונת תה"ד היא רק למצב שבו לפוסק עצמו אין כלל עמדה בנושא הנידון, ועל כן הוא נותר ב'פלוגתא דרבוותא', ורק אז

5. וראה להלן במה שנביא מדברי **הקובץ שיעורים** [ב"ב אות שני"ח] שנראה שלא פירש כן בדברי התה"ד.



מתחיל דיון האם לפסוק 'יחלוקו' או 'כל דאלים גברי' וכדומה. בדרך כלל נראה שלא מפרשים כך את דברי התה"ד והרמ"א, וגם פשט דבריהם אינו מורה כך, לכאורה. ועיין עוד בסמ"ע ובש"ך ושאר נושאי הכלים בשו"ע שם.

אמנם מצאתי בהגהות הגר"א לשו"ע שם שהביא את דברי התוספות הללו, וייתכן שבא לומר שיש לדין אפשרות להכריע ביספיקא דרבוותא, וז"ל:

ועיי בתוספות ר"פ המוכר את הבית ס"ב עב ד"ה 'איתמר' כו' אע"ג דשם הכל בדבר שאחד מוחזק, מ"מ לא עמד תוספות על עיקרן של פי' הגמרא ואמרו כאן נראה לפסוק כו' ע"ש.

לא לגמרי ברור מלשון הגר"א האם כוונתו לדברי התוספות הדנים בסוגיא עצמה שהתלבטו האם לפסוק 'יחלוקו' או 'שודא', או לקביעה העקרונית שמופיעה שם בסוף התוספות שניתן להכריע במחלוקות הפוסקים (הציטוט שהוא מביא מהתוספות כלל לא מופיע בתוספות שלפנינו, והלשון הדומה ביותר מופיעה בתחילת דברי התוספות הדנים בסוגיא עצמה). כאמור, אנו נדון בדברי התוספות הללו להלן.

מהות פעולתם של הפוסקים הראשונים

היה מקום לחשוב שאין בעמדתו של המהרש"ל כל חידוש, שכן כל מה שעשו הפוסקים הראשונים (כמו הרי"ף, הרמב"ם, הרא"ש ועוד) היה הכרעה במחלוקות שנתרו פתוחות בתלמודים. אם כן, לכאורה פשיטא שאין מניעה עקרונית לעשות כן, והשאלה היא רק למי יש הרשות והיכולת לעשות זאת. מאידך, משום מה, דבריו של מהרש"ל נראים מפתיעים בעוצמתם, ואף עוררו, ועדיין מעוררים, תגובות נגד חריפות (ראה למשל בשו"ת **נודע ביהודה** [תניינא, יו"ד סימן נ"ג] ועוד).

הסיבה לכך היא שמהות עבודתם של הפוסקים אינה כה חד משמעית. בחלק ניכר מן המחלוקות ההכרעה היא על פי כללי פסיקה שקובעים עדיפות של חכם אחד על השני באופן כללי (הלכה כר"נ או שמואל בדיני, כרב באיסורי, כר"ע מחבירו ולא מחבריו, כרשב"ג במשנתנו ועוד). ברור שהכרעות כגון אלו אינן מהוות הכרעה מדעתו של הפוסק במחלוקות פתוחות בתלמוד. הדבר תלוי אולי בשאלת מקורם ומשמעותם של הכללים הללו, ואכמ"ל.

שיטה נוספת להכרעה, הנפוצה מאוד גם היא, היא מציאת סוגיא סתמאית שנוקטת כאחת הדיעות. זוהי ראייה לטובת אחד החולקים, אולם היא נסמכת על התלמוד עצמו ולא על דעתו של הפוסק. יש מקום לראות מצב כזה כאילו התלמוד עצמו הכריע בסוגיא זו, ועל כן גם זו אינה הכרעה עצמאית של הפוסק במחלוקת. נציין, כי גם בהכרעות משני הסוגים הללו יכולות להיווצר מחלוקות בין הפוסקים, והן אכן נוצרות. גם בפרוצדורות הכרעה אלו מעורב שיקול דעת בפסיקה, והיא כלל וכלל אינה מכנית גרידא. אולם בכל זאת בדרכי הכרעה אלו כל פוסק מכריע כפי מה הוא מבין שהתלמוד עצמו מכריע, ולא מכוח דעתו וסברותיו שלו.

ביטוי של הכרעה במחלוקת אמוראים או תנאים משום שהדעת נוטה לאחת הדיעות הוא נדיר מאוד בראשונים, ואצל חלקם לא מצוי כלל. על כן בהחלט יש מקום להבין שאכן אין לנו רשות להכריע מדעתנו במחלוקות בתלמוד שנתרו פתוחות לאחר חתימתו. מאידך, הביטויים (הנדירים) הללו בראשונים אודות הכרעות על סמך דעת נוטה, מעידים שבכל זאת יש מקום גם לתפיסות פסיקה אחרות, כמו זו שראינו בדברי המהרש"ל.

גם כוונתו של המהרש"ל לא לגמרי ברורה. מחד, דבריו נראים כנוטים מאוד לאוטונומיה בפסיקה. מאידך, הוא מדבר על הכרעה בראיות במחלוקות כאלו. אם כוונתו לראיות מסוגיות סתמא אחרות, הרי זוהי כמעט עבודת פסיקה סטנדרטית (לפחות אצל ראשוני הפוסקים. אחריהם כבר ישנה נטייה לסמוך עליהם ולא להכריע בעצמנו אפילו על סמך סתמאות). אולם מסתבר מאוד שכוונתו של המהרש"ל היא להכריע על סמך ראיות נגד אחת הדיעות ממשנה או ברייתא (או מימרות סמכותיות של ראשוני האמוראים), ולא רק להוכיח שסתמא דהתלמוד עצמו, במקום אחר, פוסק כאחת הדיעות. אם אכן זו כוונתו, ישנה כאן דיעה שנוטה לאוטונומיה מרשימה בפסיקה.

רק לצורך חידוד הדברים, נתאר לעצמנו מצב כזה בבית המדרש שלנו. כאשר אנו מוצאים משנה נגד אחד הצדדים בגמרא, מייד אנו שואלים את עצמנו מה הוא היה עונה על קושיא זו, ומדוע הצד השני לא הביא אותה כראייה. במצב כזה מוטלת עלינו

החובה ליישב את שני הצדדים, שהרי משניהם מוכח שהמשנה הזו אינה סייעתא לאותה דיעה שחשבנו שהיא מסייעת לה. יש לשים לב שאילו היה עומד המהרש"ל במצב כזה, כנראה היה פוסק הלכה לפי אותה משנה או ברייתא.<sup>6</sup> הרלוונטיות של התייחסות כזו לגבינו היא יותר ביחס למחלוקות פוסקים, ראשונים ואחרונים, ופחות ביחס למחלוקות בתלמודים (אם כי, תיאורטית, ניתן לשאול גם ביחס לאפשרות פסיקה שלנו במחלוקות בתלמודים עצמם, כשיטת המהרש"ל). במאמר זה ייערך בירור בנושא ההכרעה העצמאית בעיקר במישור התלמודי, ועל ההשלכות האקטואליות נעמוד בקצרה בסוף דברינו.

### ב. 'דעבד כמר עבד' בממונות

דין 'שודא דדייני'

אחד הכללים המופיעים בסוגיית חזקת הבתים הנ"ל (ובהרבה מקבילות) הוא 'שודא דדייני'. ישנם שני כיוונים עיקריים להבנת הכלל הזה: רש"י [כתובות צד] וסיעתו סוברים שזהו היתר לדיין לעשות כפי מה שייראה לו. ר"ת סובר שזהו היתר לעשות מה שירצה, אפילו משיקולים שרירותיים לגמרי.

לפי שיטת רש"י ניתן לפרש את הכלל 'שודא דדייני' כקביעה כללית שאם יש לדיין נטיית לב, זו אינה הנהגה במצב ספק אלא החלטה לגיטימית שההלכה במצב הזה אינה מסופקת בעיניו.<sup>7</sup> פרשנות כזו מוציאה את הכלל 'שודא דדייני' מקבוצת כללי הנהגה במצבי ספק, שכן למעשה יש כאן הרשאה לדיין להכריע בעצמו בסוגיא

---

6. ובאמת יש מקום לעיין בשיטות החולקות על מהרש"ל וסוברות שאין לפסוק הלכה גם במחלוקות שנתרו פתוחות בתלמוד, ולשאול מדוע לשיטתם יש סוגיות שהשי"ס סליק בהן בתיקו, בעוד שמחלוקות אחרות נותרות פתוחות. אם אכן גם במחלוקות פתוחות לא ניתן להכריע לאחר חתימת השי"ס, הרי שמצבן הוא ממש כמו במחלוקות שסלקו בתיקו. ונראה קצת דוחק לומר שזהו רק תיעוד של מסקנת הדיון כפי שגערך בבית המדרש האמוראי, ללא כל רלוונטיות, או מסר, לפוסקים המאוחרים יותר.

7. תיתכן פרשנות כזו לכלל 'שודא דדייני' גם אליבא דר"ת, שכן ניתן לומר שמדובר במצב שבו אין כלל אמת הלכתית, ועל כן כל אחד עושה מה שירצה, וכל הנהגה היא בבחינת הנהגה אמיתית, כלומר כעין פסיקת הלכה רגילה.

הנידונה. גם הפרשנות של ר"ת יכולה לתת לגיטימציה לפסיקת הלכה אוטונומית, שכן אם מותר לעשות מה שרוצים, מסתבר מאוד שמותר גם להכריע את ההלכה עצמה. לפי זה המחלוקת בין רש"י ור"ת היא רק לאידך גיסא: לפי רש"י אין רשות, גם במצבים כאלו, לפסוק שרירותית.<sup>8</sup>

ביחס לרלוונטיות של הכלל 'שודא דדייני' לנידון דידן, יש להעיר שתי הערות:

א. האפשרות לנהוג לפי כלל זה מוגבלת למקרים מסוימים מאוד, כלומר לסוגים מיוחדים של ספק ממוני. ויש מהפוסקים שכתבו שכלל זה תקף רק באותם מקרים שמופיעים בהדיא בש"ס, במקום שנקבעה במפורש הלכה של 'שודא דדייני'.

ב. בדרך כלל הפסיקה 'שודא דדייני' בסוגיות הש"ס עוסקת בספקות במציאות ולא ב'ספיקא דדינא', ועל כן אין כאן היתר להכרעה כדיעה הלכתית מסוימת, אלא אופן הנהגה במציאות מסופקת. יש לציין, והדבר יחודד להלן, שבמצב של ספק במציאות הדיין יכול להכריע כפי ראות עיניו בשאלה המציאותית (למה התכוונו הצדדים וכדומה), ולא דווקא בשאלה ההלכתית (ראה למשל בתוד"ה וכאן אמרו [גיטין יד ע"ב], ועוד הרבה).

קביעה הלכתית שנותנת לדיין להכריע במחלוקת הלכתית ('ספיקא דדינא') מופיעה בתלמוד (לפי חלק מהראשונים) במינוח 'דעבד כמר עבד', שנדון בראשונים בסוגיית ב"ב סב ע"ב, ועל כן נתחיל בו את הדיון.

סוגיית 'אדם מוריש שבועה לבניו' [שבועות מח ע"א].

במסכת **שבועות** [מח ע"א] נחלקו רב ושמואל עם ר' אלעזר האם אדם מוריש שבועה לבניו או לא. הגמרא מסיקה [שם, ע"ב]:

8. שוב מצאתי כן בהדיא בספר **תקפו כהן** [סימן צ"ה] שמעלה את הטיעון הזה, וז"ל שם:

אבל היכא דאיכא פלוגתא דאמוראי או דרבוותא הוה אמינא דשפיר מצי הדיין למפסק כחד מינייהו אפילו בלא ראייה ובלא סברא, דנימא דהוי כמו שודא דדייני, דהא אי עבד הדיין כחד מינייהו קם דינא וכמש"ל סי' פ"ז. א"כ ה"א דה"ה לכתחילה יכול הדיין לפסוק כאיזה מהם שירצה כי יאמר קים לי כהאי מ"ד. לכך אשמועינן הרא"ש שהדיין לא יוציא ממון מספק, ומביא ראייה מפרק חזקת [הבתים]...

השתא דלא איתמר הלכתא לא כרב ושמואל ולא כר' אלעזר, האי דיינא דעבד כרב ושמואל עבד דעבד כר' אלעזר עבד.

- אפריורית, ניתן להבין את האמירה הזו בשלושה כיוונים כלליים (בדומה ל'שודאי'):
- א. כל דיין יכול לעשות ככל שירצה, אפילו באופן שרירותי (כשיטת ר"ת בדין 'שודאי').
  - ב. הדיין יכול לעשות כפי מה שנראה אמיתי במקרה שבו הוא דן (לפסוק לטובת מי שנראה צודק מבין המתדיינים שלפניו).
  - ג. הדיין יכול להכריע את ההלכה מדעתו (לפסוק כאחת הדיעות ההלכתיות).

שתי האפשרויות האחרונות נבדלות זו מזו, שכן לפי אפשרות ב' הדיין פוסק לטובת מי שנראה לו צודק במקרה זה (ראה בתוד"ה וכאן אמרו [גיטין יד ע"ב] ה"ל, ועוד), אולם הוא אינו מכריע את ההלכה העקרונית שנותרת בספק.<sup>9</sup> על כן, במקרה אחר, אם ייראה לו שהצד השני צודק, הוא יוכל לפסוק להפך. לעומת זאת, לפי אפשרות ג' הדיין יכול להכריע את ההלכה המסופקת מדעתו (או בראיות, או אולי אפילו בסברא). במצב כזה מסתבר שהוא יצטרך להיות עקבי בהכרעתו גם במקרים אחרים מסוג זה כשיבואו לפניו.

הסברות שביסוד ההסברים השונים

ישנם צדדים מסברא לנהוג ב'סיפיקא דרבוותא' לפי כל אחת מן ההבנות הללו, ונצביע כאן בקצירת האומר רק על הכיוונים העקרוניים. ניתן להבין זאת בדומה להתנהגות במצב של 'תרי ותרי', כלומר שתי כתות עדים שסותרות זו את זו לגבי מקרה מסוים (ראה בתוד"ה והלכתא [ב"ב לב ע"ב] שמניח כמובן מאליו ש'סיפיקא דרבוותא' צריך להיות כמו 'תרי ותרי', וכן לשון התה"ד והסמ"ע לעיל: "מי יעיד או יכריע הלכה כמאן"). וע"ע בקונטרס **הספקות כלל ה' באורך**.

---

יש לציין שהרא"ש, שכותב שלא לעשות כך (אנו נביא את דברי הרא"ש הללו להלן), מתכוון לאסור פסיקה שרירותית כאחת הדיעות. אולם הסברא שכתבנו למעלה, שהדיין יכול להכריע את ההלכה מדעתו, שהיא טובה יותר מפסיקה שרירותית (כבדין 'שודאי'), נשארת גם למסקנה.

9. וראה לעניין זה את דברי האו"ש [סוען ונסען ט"ו. ט] שיוזכרו להלן.

במצב של 'תרי ותרי' ישנה מציאות אחת נכונה, אולם לבי"ד אין כל דרך להגיע אליה, שכן ישנה ראייה בעוצמה מקסימלית לכל כיוון. זהו שיווי משקל שלא מאפשר לבי"ד לפעול בשום כיוון. במצב של 'ספיקא דרבוותא' ישנו דין מסופק, מפני שישנה סמכות הלכתית חשובה שמביעה עמדה לכל כיוון, ועל כן יש מקום לדמות זאת למצב של תרי ותרי. אמנם הדמיון הזה הוא מוגבל, שכן לגבי הדין שלגביו נחלקו הנהו רבוותא יש אולי מקום להתייחס כאילו שאין כאן אמת אחת, אלא כל צד הוא אמיתי באותה מידה ('אלו ואלו דברי א-להים חיים'). לעומת זאת, בתרי ותרי ברור שכת אחת שקרנית, אלא שאין לנו דרך משפטית לגלות מי היא. לאור זאת נראה את הסברות שביסוד ההבנות האפשריות שעלו למעלה:

א. **הפסיקה השרירותית** מבוססת על העובדה ששני הצדדים צודקים, כדקיי"ל 'אלו ואלו דברי א-להים חיים', ועל כן מותר לבי"ד לעשות מה שהם רוצים. זוהי תפיסה שמניחה שישנה אמת בכל צד בויתוח ('אלו ואלו'), ועל כן ניתן לעשות כמו כל אחד מהם.

ב. **הפסיקה כפי מה שייראה לדיין** במקרה המסוים הזה מבוססת על כך שמהסברא שלמעלה יוצא שאין טעם לנסות ולפסוק הלכה במצב כזה, ועל כן אנו לא עוסקים כאן בפסיקת הלכה. אולם כאן אנו מניחים שביספיקא דרבוותא ישנה רק אמת אחת, ועל כן יש למצוא אותה. במקום לפסוק הלכה, אנו יוצאים מחוץ לגבולות ההלכה ומנסים להגיע לאמת במתודות אחרות. ברור שאנו עוסקים כאן באמת העובדתית ולא באמת ההלכתית (שלגביה אין לנו כלים להגיע להכרעה במצב כזה). להלן נראה שבאיסור והיתר ובמצוות אין אפשרות כזו, שכן בספקות הלכתיים מסוגים אלו עומדת לדיון רק האמת ההלכתית, ולא אמת עובדתית כלשהי.

במקרה של 'תרי ותרי' אנו מוצאים גישה כזו בדברי הריטב"א והרמב"ן [קידושין טו ע"א], ובר"ן [כתובות ט ע"א בדפי הרי"ף], שקובעים שביתרי ותרי אין לנקוט שום פעולה אקטיבית (כעין מה שמקובל בממונות להשאיר את הממון אצל מי שהוא מצוי, כך הם מציעים גם באיסורים להותיר את המצב בעינו ולא לנקוט שום פעולה).<sup>10</sup>

10. ניתן אולי לשאול מדוע ביתרי ותרי בי"ד מסתלקים ואילו ביספיקא דרבוותא בי"ד נוקטים בדרך שונה. לכאורה גם כאן היינו צריכים לדרוש מבי"ד להסתלק. ונראה שביספיקא דרבוותא אינו מקרה מזדמן אלא הלכה מסוימת, ועל כן אין מקום לקביעה הלכתית גורפת שתמיד על

ג. **האפשרות להכריע בעצמנו** במחלוקת הפוסקים יכולה להיות מוסברת בשני אופנים:

1. מכיוון שיש דיעה מוסמכת שתומכת בכל אחד מהצדדים, אזי במקום לנהוג באופן שרירותי, ניתן לפסוק את ההלכה, שהרי כאן לא ניתן לטעות ויש על מי לסמוך בכל כיוון שנבחר. זוהי כעין הגישה של פסיקה שרירותית, אלא שההלכה לא רוצה לאפשר לדיין התנהגות שרירותית, שכן תפקידו הוא פסיקת הלכה. על כן ההלכה מחייבת אותו לפסוק את הדין. במצב כזה נראה שלא תהיה תלות במעמדו של הדיין הפוסק, שכן אפילו אם הוא לא בר הכי, פסיקתו תצא צודקת בכל מקרה. לפי גישה זו כל דיין שיושב בדין, יכול, ואולי אף צריך, לפסוק במחלוקת הפוסקים.

2. כמו בכל מצב שמגיע לפני הדיין, גם כאן הדיין אמור לפסוק את ההלכה. אין הבדל בין ספק כזה לכל ספק אחר, והדיין הוא היחיד שאמור להכריע בדין שלפניו. לפי אפשרות זו נראה שאנו מדברים רק בדין שהוא בר הכי להכריע במחלוקת בתלמוד, שאם לא כן, אין כל משמעות לפסיקה שלו כשיש חכמים גדולים ממנו (כגון חכמי התלמוד) שנחלקו בסוגיא זו. לפי גישה זו, דיין שאינו בר הכי יצטרך לנהוג ביספיקא דרבוותא לפי דיני ספקות.

חשוב לציין שברקע הדיון כאן עומד תיחוס התקופות בהלכה, שבני דורות מסוימים קיבלו על עצמם לא לחלוק על קודמיהם<sup>11</sup>: אמוראים על תנאים, ראשונים על אמוראים, אחרונים על ראשונים וכדומה. אם נניח שהכרעה במחלוקת של בני תקופה קודמת היא למעשה מחלוקת עם אחד מהם, אזי ברור שהכרעה כזו אינה

---

בי"ד להסתלק במצב כזה. יתרי ותר"י במקרה מסוים הוא התרחשות חד פעמית, ובמצב כזה יש מקום לפסוק שעל בי"ד להסתלק. בכל אופן, ברמה העקרונית שתי הגישות הן בבחינת הסתלקות מפסיקת הלכה, כמו שנתבאר.

11. אינני נכנס כאן ליסוד האיסור לחלוק על קדמונים, ולמעשה לא ברור שיסוד הדין הזה הוא קבלה על עצמם כמו שכתבתי למעלה. ראה לעניין זה את דברי **כסף משנה** [מחורים. ראש פרק ב' (שאכן תלה זאת בקבלה על עצמם)], ולעומתו את דברי **קוב"ש** [ח"ב. קונטרס דברי סופרים. סימן ב]. ובדברי הרמב"ם, בהקדמתו ליד **החזקה**, יש לפלפל טובא, ואכמ"ל בזה.

אפשרית. אולם בהחלט ניתן לומר שבמצב שבו ישנן שתי דיעות של פוסקים קדמונים, ניתן להכריע ביניהן, ואין בכך משום עבירה על איסור המחלוקת על דורות קדמונים.

על כן, הגישה שמאפשרת להכריע את ההלכה עצמה, מניחה בבירור שאין דינה של הכרעה במחלוקת כדינה של מחלוקת על פסיקה קדמונית. לעומת זאת, הכרעה שרירותית, או הכרעה ספציפית במקרה מסוים, היא אופן הכרעה שאינו מנסה לפסוק הלכה בבעיה ההלכתית הבסיסית. כיווני פסיקה כאלו יכולים להתאים להנחה שהכרעה במחלוקת של פוסקי תקופה קודמת היא כמו מחלוקת על אחד מהם, ועל כן אל לנו להכריע במחלוקת ההלכתית עצמה. אמנם גם בכיוון זה הדבר אינו הכרחי, ואכמ"ל.

הגמרא שצוטטה לעיל מתבטאת בצורה שנראית כמו כלל עקרוני בפסיקת הלכה. מפשט לשון הגמרא נראה שכל היכא דלא איתמר הלכתא ניתן להכריע בצורה של 'דעבד כמר עבד'. מאידך, העובדה שהגמרא נוקטת בלשון זו רק בסוגיא אחת, אומרת גם היא דרשני. ישנן סוגיות רבות מאוד שבהן לא איתמר הלכתא כמר או כמר, ולא מצינו לגביהן אמירה דומה. אם כן, עלינו לבחון לאור דברי הראשונים האם זהו כלל עקרוני בפסיקת הלכה, או אמירה ספציפית שרלוונטית אך ורק לסוגיא זו. עוד עלינו לבחון מה משלושת הפְּשָׁרִים שהוצעו למעלה מייצג את משמעות האמירה 'דעבד כמר עבד', ובפרט מהו היחס בינה לבין הכלל 'שודא דדייני' שהוזכר למעלה.

יש לציין, שנראה כי בסוגיית ב"ב קכד ישנה התבטאות דומה. הגמרא שם דנה האם בכור נוטל פי שניים בשבח דאתי ממילא, ונחלקו בזה רבי ורבנן. הגמרא שם בסוף עמוד א' פוסקת:

אמר רבה בר חנא אמר ר' חייא עשה כדברי רבי עשה כדברי חכמים עשה.



אמנם לא מצינו שההתייחסויות במפרשים להתבטאות הזו מקבילות לאלו שנראה בסוגיית ב"ב סב ע"ב.<sup>12</sup> נראה מההתייחסויות שם כאילו ברור שזהו פסק מספק, ולא כלל פסיקה עקרוני. נראה שהדבר נובע מכך שבהמשך הגמרא מבואר שיסוד הפסיקה הזו הוא קיומו של ספק במשמעות הכלל 'הלכה כרבי מחבירו', כלומר שזו פסיקה מסופקת. גם הלשון כאן שונה מהלשון שבסוגיית שבועות (אם כי הניסוח לא נראה שונה מהותית). אם כן, נראה שההתבטאות בסוגיית שבועות היא אכן יחידה, וזה מעורר את ההתלבטות האם יש כאן עמדה הלכתית עקרונית או כלל מיוחד לסוגיא זו.

ואכן, מצאנו בראשונים שתי גישות עקרוניות לפרשנות הפסיקה של הסוגיא בשבועות. יש מהם שהבינו אותה כאמירה שחלותרה רק במקרה זה עצמו, כתקנה מיוחדת של חכמים. ויש שהבינו שישנה כאן הנחיה כללית למצבים שבהם לא נפסקה הלכה.

דעת התוספות, רבינו יונה ונימוקי יוסף [ב"ב סב ע"ב] הסוברים שזהו עיקרון כללי הגמרא בב"ב סב ע"ב עוסקת בדינו של מי שמוכר לחברו קרקע ומגדיר אותה דרך מיצריה או דרך קרנותיה, במצבים שונים. בכמה מקרים בהם נותרת הגמרא בספק מהי משמעות ההגדרה במכירה, היא מסיקה:

אתמר לה להאי גיסא, ואתמר לה להאי גיסא, שודא דדייני.

ומפרש רשב"ם על אתר:

וקפסיק הגמרא שודא דדייני, השלכת דדיינין. מאחר דמספקא לן נעביד שודא הכל לפי העניין שיראו דדיינין, ויכירו המוכר עינו יפה או רעה, הכל לפי אומד דעתם.<sup>13</sup>

---

12. אמנם ראה מה שהביא הקוב"ש בסוגיא זו מחמיו, ר' מאיר אטלס, ונביא דבריו להלן.  
13. וכבר הבאנו שבדין 'שודא' נחלקו ראשונים האם זוהי פסיקה כראות עיני דדיינים, או שיעשו ככל שליבם חפץ. אמנם הכא כתבו כמה מפרשים (ר' למשל בעליות דרבינו יונה, מהדורת מכון התלמוד הישראלי השלם, ובהערה 79 של ר' משה הרשור שם) שכו"ע מודו שעושים כפי מה שנראה לדיין ההלכה (או כוונת הצדדים) ולא שרירותית, ועיי' ברא"ש שנביא להלן, ובעינינו למשפט על אתר ולעיל בדף לה.

ומיהו בשאר מקומות דמספקא לן בתרי לישני הלכתא כמאן, לא אמרינן שודא דדייניי עד שיפרש כי הכא, אלא המוציא מחבירו עליו הראיה.

כלומר הרשב"ם קובע שישנה כאן הלכה חריגה של 'שודא דדייניי', ובאופן כללי, כשלא נאמרה הלכה במחלוקות בתלמוד, יש לנהוג לפי דיני ספקות. עוד עולה מהרשב"ם שהוא מבין שהכלל 'שודא דדייניי' הוא עיקרון שמצווה לנהוג לפי הראוי במקרה המסוים הזה (האם המוכר שבכאן מכר בעין יפה), כלומר הוא מבין את הכלל 'שודא' בדומה לאפשרות ב' לעיל בדין 'דעבד כמר עבד' (וכן מוכח מהרשב"ם לעיל לה ע"א, ע"ש). לפי זה, מסתבר מאוד שהרשב"ם יפרש את דין 'דעבד כמר עבד' בסוגיית שבועות הנ"ל כפסיקה שרירותית (אפשרות א'). לא סביר שהגמרא מאפשרת פסיקת הלכה כאחד הצדדים (אפשרות ג') במקרים מסוימים בלבד. אם אין זה אפשרי באופן כללי, הרי שאין לאפשר זאת כלל.

לעומת זאת, בתוספות ד"ה איתמר [על אתר] כתבו :

אע"ג דבעלמא בכל דוכתי אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, ואוקי ממונא בחזקת מריה, בין היכא דמספקא בעובדא היכי הוה (ספק במציאות)... בין מספקא ליה בדינא ('ספיקא דדינא')... אלא שכאן נראה לחכמים לעשות שודא.

...בכל אלו היה נראה לחכמים שיחלוקו. והיכא דלא מפרש הגמרא מידי אית לן למימר המוציא מחבירו עליו הראיה. והיכא דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר וס"ל לדיין כחד מינייהו ועבד, מאי דעבד עבד. דהכי אמר בפי כל הנשבעין [שבועות מח ע"ב] : "השתא דלא איתמר לא כמר ולא כמר, דעבד כמר עבד ודעבד כמר עבד". ואי מספקא ליה לדיין כמאן הלכתא, המוציא מחבירו עליו הראיה.

תוספות קובעים שבכל מקום שלא נפסקה הלכה, אם יש לדיין עמדה מגובשת ('ס"ל לדיין כחד מינייהו') הוא יכול לעשות כפי מה שהוא סובר. הדין 'המוציא מחבירו עליו הראיה', שנאמר במצב של ספק, קיים רק כאשר לדיין עצמו יש ספק, ולא בכל המקרים שבהם הסוגיא בגמרא סלקא בספק. ראיתו של תוספות היא מסוגיית שבועות הנ"ל, ועל כן ברור שהוא מבין את הקביעה 'דעבד כמר עבד' כהנחה

הלכתית גורפת. ועיין בעליות דרבינו יונה [נעל אתר], וכן הביא הנמו"י כאן בשמו, שכתבו בדומה לתוספות.

התוספות לא מגדירים כאן את דין 'שודא', ועל כן נראה שיש להגדירו על פי הבנתם הכללית (שהדיין יעשה מה שירצה). אולם רבינו יונה והנמו"י (שכאמור, מסכימים עם התוספות שדין 'שודא' שונה מ'דעבד כמר עבד') מגדירים אחרת את הכרעת הגמרא 'שודא דדייני':

שידונו הדיינים כפי מה שיראה בעיניהם בטעם ובסברא, כגון שיראו שהדמים מודיעים או אם מכרו המוכר בעין יפה.

כאן ברור שלא מדובר על פסיקה עקרונית כצד אחד, שהרי להלכה קי"ל שלא הולכים אחר הדמים (לא אומרים שהדמים מודיעים, ואם ניתנו דמים מרובים נקנתה סחורה מרובה), והשאלה האם המוכר מכר בעין יפה היא ודאי שאלה שהתשובה עליה משתנה לפי הנסיבות. כלומר דין 'שודא' לרבינו יונה והנמו"י נראה כפסיקה לפי הצדק המקומי (כאפשרות ב' לעיל). וכן כתבו הרא"ש והטור (ראה להלן).

לעומת זאת, הפסק 'דעבד כמר עבד', שברור שהוא פסק שונה לפי הבנת התוספות, נמו"י ורבינו יונה, מצביע על אפשרות לפסוק בסוגיא זו ברמה העקרונית כאחד הצדדים (כאפשרות ג'), לא רק בגלל שנראה לדיין שכך הייתה כוונת הצדדים במקרה זה (כאפשרות ב'). מלשון הנמו"י ורבינו יונה לא ברור האם כוונתם לזה, שכן הם כותבים שבכהאי גוונא הדיין פוסק "כפי מה שדעתו נוטה", דבר שיכול להתפרש גם כדין 'שודא'. אמנם ממהלך דברי רבינו יונה נראה בבירור שהוא מבין את 'דעבד כמר עבד' ואת 'שודא' כשני סוגי פסק שונים, שהרי הוא כותב שדין 'שודא' נאמר רק במקום דאיתמר כן בהדיא בש"ס, ואילו העיקרון של 'דעבד כמר עבד' הוא עיקרון כללי בכל מקום שלא איתמר הלכה כמר או הלכה כמר.

אם כן, עולה מדברי רבינו יונה, נמו"י ותוספות, שבכל מקום בש"ס שלא איתמר הלכה כמאן, ניתן לפסוק הלכה בעצמנו. במקומות שבהם נאמר בהדיא דין 'שודא', הרי שדין זה גופו הוא הפסק של הש"ס, ועל כן עושים כפי ראות עיני הדיין בשאלה

המקומית, אולם אין מקום לפסוק הלכה עקרונית בסוגיא המסופקת (כמו במצב שהסוגיא בש"ס סלקא בתיקו).

לשיטות אלו דין 'שודא' הוא אחד מכללי ההנהגה במצב של ספק, והוא נוהג רק במקומות שהגמרא קובעת זאת במפורש (וכנראה שבכל מקום יש למצוא נימוק מיוחד מדוע קבעו חכמים לנהוג לפי הכלל הזה). במקום שלא אתמר הלכתא כמר או כמר, וגם לא נקבע בגמרא דין 'שודא', שם נוהג דין 'דעבד כמר עבד'. זהו דין שמאפשר לדיין לפסוק במחלוקת בעצמו, ולהגדיר את המצב כמצב לא מסופק. נראה בבירור ששיטות ראשונים אלו נוקטות כגישת המהרש"ל שהובאה לעיל בפרק א'.

לפי דברי הראשונים הללו יש מקום להבין, כפי שהזכרנו גם למעלה, שגם תה"ד מתכוון לומר את דבריו רק במצב כזה (שהדיין עצמו מצוי בספק). כלומר גם תה"ד מסכים שאם לדיין יש עמדה משלו בסוגיא הנידונה אין כל מקום לדיון האם לפסוק 'שודא' או 'יחלוקי' או 'כל דאליס גברי וכדומה, אלא עליו להכריע בעצמו. כל הדיון של הפוסקים בחו"מ, בסימן קל"ט, נסוב על מצב שבו לדיין עצמו אין עמדה ברורה. אמנם כבר הערתי שלא כך מקובל לפרש את דברי תה"ד והרמ"א (וע"ש גם במה שהבאנו מהגר"א).

והנה מצאתי בקוב"ש [ב"ב אות שעי"ח] שנראה ממנו שהבין כן בפשטות גם בשיטת תה"ד, וזה לשונו שם:

בהא דעביד כמר עביד, ולא אמרינן הממע"ה, שמעתי מכי מ"ח הג"ר מאיר אטלס ז"ל דמיירי בדין שיכול להכריע מדעתו בין החולקים. אבל במי שאינו יכול להכריע אמרינן הממע"ה... ועיי בתה"ד סי' שע"ב (ונראה דצ"ל שני"ב) מ"ש בזה.

ממה שהביא הקוב"ש בסוף דבריו את דעת תה"ד, נראה שכוונתו לומר שגם תה"ד התייחס רק לדיין שאינו יודע להכריע בין החולקים. ומסתבר שכך הוא יפרש גם את דעת הרמ"א ושאר פוסקים.

אמנם ייתכן שזו קביעה תיאורטית בלבד, שכן אין כיום מי שיכול להכריע בין חולקים בתלמוד, ואפילו בין הראשונים. אלא שלהלן נראה שמדברי הרא"ש

בסנהדרין משמע שזה אינו כל כך פשוט, וייתכן שגם היום יש דיין שיכול להכריע, וכן מבואר בהדיא גם מדברי המהרש"ל שהובאו לעיל.

דעת הרא"ש בסוגיית ב"ב סב ע"ב

הרא"ש בב"ב על אתר [פרק ד' סימן ב] כותב שהדין במקרה הנידון בגמרא הוא 'שודא דדייני', כלומר לעשות לפי ראות עיני הדיין. הוא מוסיף שגם לשיטת ר"ת שדין 'שודא' הכללי הוא לעשות כפי מה שירצה, כאן הולכים לפי אומדן דעת המוכר והקונה ודמים מודיעים וכדומה (כאפשרות ב' לעיל).

ומוסיף הרא"ש [שם סימן ג], שבכל מקום שלא נפסקה הלכה כמאן, הדין הוא 'המוציא מחבירו עליו הראייה', בין בספק עובדתי ובין ב'ספיקא דדינא'. וז"ל שם:

והיכא דלא מפרש גמרא ולא איפסיק הלכתא, לית ליה לדיינא לאפוקי ממונא מספיקא. ולא יאמר הדיין כינן דלא איפסיק הלכה כמאן אעשה מה שארצה, אלא יעמיד הממון אחזקתו ולא יוציא ממון מספיקא.

מפשט דברי הרא"ש נראה שכוונתו בדבריו אלו להוציא מדעת תוספות ולפסוק כרשב"ם. אמנם הוא אינו מזכיר את הגישה של תוספות, ואינו מתייחס בהדיא לדין 'דעבד כמר עבד', אולם התייחסותו כאן לנושא, לכאורה מצביעה על כך שברקע דבריו עומדת מחלוקת רשב"ם ותוספות.

לפי הבנה זו יש לפרש את האמירה 'דעבד כמר עבד' לפי האפשרות הראשונה, שיכול ללכת שרירותית לכל כיוון (כשיטת ר"ת ב'שודא'). לא מסתבר שניתן לפסוק כאן הלכה בסוגייתנו כאחד הצדדים ע"פ ראיות, שכן מאי שנא סוגייתנו משאר סוגיות השי"ס שאין לנו רשות לעשות בהן כן (שיקול דומה העלינו לעיל בביאור דעת הרשב"ם).

מאידך, ייתכן שגם הרא"ש עצמו מסכים שניתן לפסוק הלכה במחלוקות פתוחות בש"ס, ומה שהוא בא לשלול כאן זוהי רק פסיקה שרירותית ('ולא יאמר הדיין... אעשה מה שארצה'). לפי פירוש זה, הרא"ש אינו מתייחס כאן לאפשרות לפסוק הלכה במחלוקת בש"ס, וייתכן שהוא אינו מתנגד לגישת התוספות, הנמו"י ורבינו יונה הנ"ל. להלן נמשיך לבחון את גישת הרא"ש, לאור דבריו בפסקיו לסנהדרין.

שיטת התוספות בבכורות מח ע"א

בתוד"ה דאמר [בכורות מח ע"א] הביאו, שחכמים נקטו כמה דרכי פסק בכמה מקומות, ולא תמיד קיימא לן 'המוציא מחבירו עליו הראיה'. וז"ל שם:

וי"ל שיש דברים דהיכא שהדין מסופק לחכמים כי הכא, עשו אותו כנדאי פלגא הכי ופלגא הכי... ויש דברים שאמרו חכמים 'והשתא דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר דעבד כמר עבד ודעבד כמר עבד'. ויש דברים שאמרו חכמים 'שודא דדייני' כי התם בריש המוכר את הבית [ב"ב סב ע"ב] דאמרי לה להאי גיסא ואמרי לה להאי גיסא שודא דדייני.

נראה בבירור מדברי תוספות שנקטו שכל אלו הן פסיקות מיוחדות של חכמים, כולל הפסיקה של 'דעבד כמר עבד' (שהיא שונה מדין 'שודא'). בכל המקומות הללו, קבעו חכמים, מסיבות מסוימות, דין יוצא דופן. לאור דברי התוספות כאן נראה בבירור שבמקומות שלא אמרו דין אחר הרי אנו מצווים לדון הממע"ה.

עוד נראה בבירור מתוספות כאן, כפי שטענו תוספות, נמו"י ורבינו יונה למעלה, שאכן דין 'שודא' ודין 'דעבד כמר עבד' הם שני סוגי פסק. מסתבר שתוספות כאן סוברים ש'שודא' הוא היתר לנהוג כפי מה שנראה לדיין (אפשרות ב'), ו'דעבד כמר עבד' הוא לנהוג כפי מה שירצה (אפשרות א'). בכל אופן, נראה בבירור שאלו הם כללי הנהגה במצבי ספק. לפי זה היה מקום להבין שישנה לדיין אפשרות לפסוק במחלוקות פתוחות בש"ס, אלא שזו אינה משמעות הכללים 'דעבד כמר עבד' ולא 'שודא דדייני', שהם כללים מסוימים לפסיקה במצבי ספק. אמנם מפשט לשון התוספות נראה כדברי הרשב"ם בב"ב שאין רשות לדיין לפסוק במחלוקות פתוחות בש"ס, אלא עליו לפסוק הממע"ה.

סוגיית 'כל דאליס גברי' [גיטין ס ע"ב]

בגמרא בגיטין [ס ע"ב] נחלקו רב ושמואל לגבי אמת המים, והגמרא שם פוסקת:

כיין דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר כל דאליס גבר.

גם כאן נראה מניסוח הגמרא שמדובר בכלל פסיקה עקרוני וגורף. אם כן, מצינו כאן כלל סותר, שכאשר אין הלכה מפורשת ניתן לפסוק 'כל דאליס גברי'. אמנם לא

## אוטונומיה וסמכות בפסיקת הלכה

מצאתי בראשונים שהקשו מכאן על הגמרא בשבועות הנ"ל. ועיין בתה"ד [סימן ש"ב] וברמ"א [ונושאי הכלים בחז"מ קל"ט הנ"ל], שמבוססים על הסוגיא בשבועות. על כן מסתבר שהם הבינו שאין בסוגיא בגיטין עיקרון כללי שקובע שלא ניתן להכריע. הסוגיא רק קובעת מה לעשות כאשר הדין אינו יכול להכריע בין הדיעות. וכן ראינו שכתב בהדיא הקוב"ש [ב"ב סימן שנה"ח] לגבי סוגיא זו.

ועיין בספר **תפארת יעקב** על אתר, שהקשה מה מהני פסק יכל דאלים גברי, שפירושו הוא שהם ימשיכו לריב, כאשר כל הויכוח בסוגיא היה מה ראוי לתקן לגבי אמת המים מפני דרכי שלום. ועל כן ביאר שם שמעיקר הדין לכולי עלמא היה צריך לפסוק שם 'כל דאלים גברי', ורב ושמאל נחלקו מה לתקן מדרבנן מפני דרכי שלום. וכשאי אפשר לתקן שוב חזר הדין לעיקרו, ועל כן פסקו שם כדא"ג. ודבר הנשמע הוא. אמנם לפי זה לא ניתן ללמוד מהסוגיא דהתם מאומה לעניין פסיקה במצבי ספק.<sup>14</sup>

הבדל נוסף בין סוגיית שבועות לסוגיית ב"ב יש לשים לב להבדל חשוב נוסף בין הסוגיא בשבועות לבין סוגיית ב"ב. בב"ב הדין הוא על כוונות המוכר והקונה, ועל כן שם ניתן לומר שהדין ילך אחרי מה שהוא מעריך ככוונות שני הצדדים במכירה (אפשרות ב'). לעומת זאת, המקרה בשבועות אינו תלוי בכוונות הצדדים, אלא זוהי שאלה הלכתית גרידא. מצב זה דומה למצב באיסור והיתר, או במצווה, כפי שנראה להלן. לדוגמה, אם יש 'ספיקא דדינא' או דרבנותא לגבי מאכל כלשהו אם הוא אסור או מותר, אין מקום להכריע ספציפית רק לגבי המקרה המסוים הזה (כאפשרות ב'). כאן אנו פוסקים שרירותית (כאפשרות א') או מכריעים את ההלכה (כאפשרות ג'). זוהי כנראה הסיבה לכך שבסוגיית שבועות אנו פוסקים 'דעבד כמר עבד' (שמתפרש לכו"ע כאפשרות א' או ג') ולא 'שודאי' (שלווה הדיעות מתפרש כאפשרות ב').

---

14. ועייש בראשונים (נמו"י, ר"ן, רבנו קרשקש) שביארו מדוע נקטו כדא"ג ולא 'שודאי'. ויש להעיר עוד ששיטת הרא"ש בפרק ג דב"ב היא שבדין כדא"ג יש אספקט של בירור, שכן מי שהממון שלו ישתדל יותר מחברו לזכות בו. וסברא זו ודאי אינה שייכת ביספיקא דדינא, שכן שם אף צד אינו יודע האם הוא צודק. זוהי ראייה נוספת לכך שהפסק כדא"ג כאן אינו בגלל ה'ספיקא דדינא', אלא דהדרין לעיקר הדין, כפי שכתב התפארת יעקב.

חילוק כזה בדיוק מובא באור שמה [טוען ונטען ט"ו, ט]. האו"ש דן שם בשאלה מדוע ביספיקא דרבוותא' לא הולכים אחרי חזקת מרא קמא. ובתוך דבריו שם מסביר האו"ש שבדרך כלל בדיני ממונות רגילים זה אינו 'ספיקא דדינא' אלא ספק במציאות, שהרי גם אם נתלקו חכמים האם ראייה מסוימת היא טובה או לא, הדין אינו נדרש להכריע לגבי הראייה אלא לגבי המציאות שעליה הראייה מדברת, ועל כן לא הוי 'ספיקא דדינא' אלא ספק במציאות. והראוני **דבקונטרס הספקות** [ככל ה' ס"ק ו, פסקא שנייה] חלק עליו בזה בהדיא (וע"ש באו"ש שהביא גם מתשובת רעק"א [סימן ל"ז] דסבירא ליה כדעת קונה"ס הני"ל).

סיכום ביניים

אם נבין את דין 'דעבד כמר עבד' כהנחיה כללית, וכך נראה שהבינו תוספות, נמו"י ורבינו יונה, אזי יש כאן תפיסה הלכתית שנראית מהפכנית: תפיסה שמאפשרת לדיין להכריע ולפסוק במחלוקות שלא הוכרעו, ואפילו במחלוקות שבין חכמי התלמוד (אמוראים ותנאים). זוהי בדיוק התשתית לגישתם של מהרש"ל ושאר אחרונים שראינו לעיל. לעומת זאת, מדברי הרשב"ם ב"ב ומהתוספות בבכורות עולה שבמצב של 'ספיקא דרבוותא' יש לנהוג לפי כללי ספקות (הממע"ה). בדעת הרא"ש ראינו שני כיוונים אפשריים, וכעת ננסה לברר יותר את עמדתו.

דברי הרא"ש בפרק ד' דסנהדרין

הרא"ש בסנהדרין [פרק ד' סימן ו] עוסק בסוגיית 'טועה בשיקול הדעת' ו'טועה בדבר משנה'. בתוך הדברים הוא מביא את דיעות בעל המאור והראב"ד, וחולק עליהן. דברי הרא"ש הללו מהווים אבן יסוד להתייחסות לפסיקת הלכה ביספיקא דרבוותא', ועל כן נביא כאן קטעים נרחבים מהם. וז"ל הרא"ש שם:

כתב בעל המאור ז"ל: שמעתי משום חכם גדול מחכמי דורנו שלפנינו דהאידינא לית לן טועה בשקול הדעת, שהרי כל ההלכות פסוקות בידינו או מן הש"ס או מן הגאונים שאחר הש"ס... ואני (בעה"מ) אין נראה לי דברים הללו אלא כל מי שאין טעותו מתבררת מן המשנה או מן הש"ס מפורש בלי ספק, לאו טועה בדבר משנה הוא אלא בשיקול הדעת... ומה שפסקו הגאונים אחר סתימת הש"ס מדעת מכרעת



ולא מהלכה ברורה ופסוקה מן הש"ס כסוגיין דעלמא הוי, ומאן דטעי ביה טעי בשיקול הדעת ולא בדבר משנה.

והראב"ד כתב על דברי בעה"מ דאמת אמר החכם, שאם טעה בפסקי הגאונים שלא שמע דבריהם ואילו שמע היה חוזר בו באמת ובברור, זה טועה בדבר משנה. וקרוב אני לומר שאפילו אם היה חולק על פסק הגאון מטעם שנראה לו לפי דעתו שלא כדעת הגאון ולא כפירושו, גם זה טועה בדבר משנה. שאין לנו עתה לחלוק על דברי גאון מראיית דעתנו לפרש הענן בדרך אחר כדי שישתנה הדין מדברי הגאון אם לא בקושיא מפורסמת, וזהו דבר שאין נמצא עכ"ל.

ואני (הרא"ש) אומר ודאי כל מי שטעה בפסקי הגאונים ז"ל שלא שמע דבריהם וכשנאמר לו פסק הגאונים ישרו בעיניו טועה בדבר משנה הוא. ולא מיבעיא טועה בפסקי הגאונים, אלא אפילו חכמים שבכל דור ודור שאחריהם לאו קטלי קני באגמא הן, ואם פסק הדין שלא כדבריהם וכששמע דבריהם ישרו בעיניו והודה שטעה טועה בדבר משנה הוא וחוזר.

אבל אם לא ישרו בעיניו דבריהם, ומביא ראיות לדבריו המקובלים לאנשי דורו, יפתח בדורו כשמואל בדורו, אין לך אלא שופט אשר יהיה בימים ההם. ויכול לסתור דבריהם. כי כל הדברים שאינם מבוארים בש"ס שסידר רב אשי ורבינא אדם יכול לסתור ולבנות אפילו לחלוק על דברי הגאונים...

דאמוראים האחרונים פעמים חולקים על הראשונים, ואדרבה אנו תופסים את דברי האחרונים עיקר כיון שידעו סברת הראשונים וסברתם והכריעו בין אלו הסברות ועמדו על עיקרו של דבר...

והיכא שנחלקו שני גדולים בפסק הלכה, לא יאמר הדיין אפסוק כמי שארצה, ואם עשה כן זהו דין שקר. אלא אם חכם גדול הוא, גמיר וסביר, ויודע להכריע כדברי האחד בראיות ברורות ונכוחות הרשות בידו. ואפילו אם פסק חכם אחר בענן אחר יכול החכם לסתור דבריו בראיות ולחלוק עליו כאשר כתבתי למעלה, כ"ש אם יש לו סיוע מאחד מן החולקין. ואם לאו בר הכי הוא לא יוציא ממון מספק...

שיטת הגאון והראב"ד היא שאין רשות לחלוק על פסק הגאונים, והחולק הוא כטועה בדבר משנה. ושיטת בעה"מ היא כמותם, שאין לחלוק על פסק הגאונים, אלא שלדעתו החולק נחשב כטועה בשיקול הדעת ולא בדבר משנה.

לעומתם, הרא"ש עצמו קובע בפסקה זו שלוש קביעות עקרוניות:

1. אין הבדל בין גאונים לבין חכמים מפורסמים שאחריהם (גם בדורו של הדיין דנן). רק הש"ס שסידרו רבינא ורב אשי הוא יוצא דופן שאין לחלוק על פסיקתו.
2. מי שהוא בר הכי יכול לחלוק על פסק של גאונים, כמו גם על חכמים מאוחרים יותר, ואינו נחשב טועה כלל, לא בשיקול הדעת ולא בדבר משנה. משא"כ החולק על פסק הש"ס.
3. מי שאינו בר הכי, אסור לו לפסוק שרירותית (כדין 'שודאי') אפילו במחלוקת הפוסקים, אלא יש לו לדון בדין הממע"ה. ובודאי שאין לו לחלוק על פסק מוסכם מקודמיו הגדולים ממנו.

יש לשים לב שהדיון הבסיסי כאן למעשה איננו עוסק ברשות של דיין לפסוק במחלוקת בין חכמים קודמים. בעניין זה נראה שמי שהוא בר הכי יכול להכריע. עיקר הדיון הוא במחלוקת שהוכרעו, או בפסקי הגאונים, שבוה נחלקו הראשונים הללו וכנ"ל.<sup>15</sup>

ויש לדון קצת בכוננת דברי הרא"ש הללו. האם כוונתו שהש"ס הוא יוצא דופן רק לעניין שאין לחלוק על פסיקותיו, מה שאין כן על פסיקות הגאונים למי שהוא בר הכי. או שמא כוונתו היא שהש"ס הוא יוצא דופן גם לעניין שאין להכריע במחלוקת שנותרו בו פתוחות (ודלא כמהרש"ל).

---

15. ועיין בתשובות נודע ביהודה [מהדו"ק או"ח סימן ל"ח], בתחילת התשובה מה שגוער בר' וואלף אלעסקר (וראה תיאורו של הני"ל שם בריש התשובה ובמהדו"ת יו"ד בראש סימן צ"ו). שתי התשובות הללו של הנוב"י מראות את יחסו השלילי בעליל למי שחולק על הראשונים, אולם הוא מעיר כמובן מאליו (ראה בסוף התשובה במהדו"ק) שניתן להכריע במחלוקותיהם, והדבר אינו דומה למחלוקת עליהם.

וע"ש בסוף דבריו שהוא רומז לקטע מדברי בעה"מ והראב"ד שברא"ש הני"ל (ישאין לחלוק על גאון כי אם בראיה ברורה מן התלמוד, וזה אינו אפשרי).

מפשט לשונו אין מקור לכך שגם בש"ס יש רשות להכריע, וכן נראה קצת מלשונו בב"ב שצוטטה לעיל, שזה אינו אפשרי (כדעת הרשב"ם שם). מאידך, מכיוון שכל הדיון הוא רק על הכרעה נגד פסיקות קודמות ולא על הכרעה במחלוקות פתוחות, הדבר אינו ברור לגמרי. בכל אופן, מכיון שהרלוונטיות של הדיון לגבינו היא בעיקר ביחס למחלוקות ראשונים ופוסקים, בעניין זה דעת הרא"ש ברורה: הוא בהחלט מצדד באוטונומיה בפסיקת ההלכה.<sup>16</sup>

אם כן, הרא"ש מצטרף כאן באופן עקרוני לדעת התוספות, הנמו"י ורבינו יונה, שיש רשות לכל חכם להכריע במחלוקות חכמים שלפניו שנותרו פתוחות ללא הכרעה, ואולי אפילו במחלוקות שבש"ס (כאפשרות ג'). אמנם עדיין יש לנו לדון האם כוונתו לאופן א' או ב' שהעלינו באפשרות זו לעיל. כלומר האם כוונתו שבכל צד יש אמת, ועל כן כל פוסק יכול לעשות כן, או שמא כוונתו שזוהי פסיקת הלכה ממש, ורק מי שהוא 'בר הכי' יכול לעשות כן. נבחן זאת כעת.

לעניין פסיקה נגד הכרעות חכמים מדורות קודמים ראינו שיש מחלוקת בין הראשונים הללו, אולם גם לשיטת הרא"ש ניתן לעשות זאת רק בשני תנאים:

1. רק חכם שהוא 'בר הכי' (גמיר וסביר) יכול לעשות כן.

---

16. להבדל בין מעמדן של מחלוקות בש"ס לבין המחלוקות שלאחריו, יכולות להיות שתי סיבות עקרוניות:

1. משמעות האקט הפורמלי של חתימת התלמוד כוללת גם את שלילת האפשרות לפסוק הלכה במחלוקות הפתוחות שבו.

2. אין משמעות פורמלית לחתימת התלמוד, והוא אינו אלא אוסף דיעות של חכמים קודמים. חוסר היכולת להכריע נובע מכך שחכמי התלמוד היו גדולים הרבה מאתנו (גם בדורו של הרא"ש), ועל כן הכרעה במחלוקת ביניהם אינה כמו הכרעה בין גאונים. משמעות העניין היא שביחס לחכמי התלמוד כולנו לא 'בני הכי' (הדבר אינו ברור מאליו, ראה להלן בירור קצר של המושג 'בר הכי' בדברי הרא"ש הללו).

להבחנה בין שתי האפשרויות הללו יש חשיבות רבה ביחס להשלכות לגבינו. לפי האפשרות הראשונה, אין לכך כל השלכה לגבינו, שכן תקופת הראשונים ודאי לא נחתמה פורמלית, כפי שמציין המהרש"ל. מאידך, לפי האפשרות השנייה, גם ללא חתימה פורמלית ישנם הבדלי רמה שלא מאפשרים הכרעה. לפי זה ייתכן שההבדל בינינו לראשונים הוא כהבדל שבין דורו של הרא"ש לתלמוד, ועל כן אנו לא 'בני הכי' לחלוק על ראשונים.

אמנם כל הדיון הזה מותנה בכך שאכן נבין ברא"ש שהוא שולל הכרעה במחלוקות שבתלמוד, ואפילו הכי נראה שאין דרך להכריע בכוונתו בין שתי האפשרויות שהועלו כאן.

2. ניתן לעשות כן רק ב"ראיות גמורות ונכוחות", ומשמע שלא סגי בדעת נוטה (ועיין בקונה"ס כלל ה' במה שכתב בזה).

אמנם לעניין הכרעה ב'ספיקא דרבוותא' לכאורה היה מקום לחלק, שכן ראינו שלפי אופן א' כל דיין יכול להכריע במחלוקת אמוראים, ובודאי במחלוקת הפוסקים, כלומר לא צריך להיות 'בר הכי'. המצב אינו דומה למי שבא לחלוק על פסיקת קודמיו, שכן כאן שני הצדדים הם אמיתיים, ובכל מה שיעשה לא יטעה. ולפי אופן ב' שהעלינו שם הרי שגם לעניין הכרעה במחלוקת על הדיין להיות בר הכי.

מלשון הרא"ש משמע שגם לעניין הכרעה במחלוקת שנתרו פתוחות צריך החכם להיות 'בר הכי', שכן הרא"ש מסיים את הקטע הנ"ל במילים: "ואם אינו בר הכי לא יוציא ממון מספק", ומשמע שגם הכרעה בספק הפוסקים ('ספיקא דרבוותא') לא נמסרה למי שאינו 'בר הכי'.

מי שישים לב לניסוח של הרא"ש בפסקה האחרונה שמצוטטת למעלה, יראה את הדמיון בינה לבין הפסקה שצוטטה לעיל מפסקיו בב"ב (בסוף דבריו בב"ב הוא גם מפנה בהדיא ליתר פירוט בפסקיו בסנהדרין). אם כן, דברי הרא"ש כאן אינם אלא הבהרה של דבריו בב"ב, ומסקנתנו אליבא דהרא"ש היא שהוא מבין כאפשרות ג', שפוסק בן זמנו יכול להכריע במחלוקת פתוחה בש"ס, אולם הוא יכול לעשות כן רק אם הוא בר הכי כקביעה ב' לעיל (ולהלן יתבאר). וראה גם בתשובת הרא"ש כלל א' שהובאה בספר **תקפו כהן** סימן צ"ג (וע"ש בביאורים שונים בכוונתו, עד סימן צ"ו).

כאמור, בעה"מ והראב"ד שמובאים ברא"ש עוסקים רק בשאלה של פסיקה נגד פסיקה קודמת ולא בשאלת ההכרעה האוטונומית במחלוקת פתוחות. אמנם מסתבר שאם לא ייתכן להביא ראיה נגד דעת חכמים מדורות קודמים (גאונים), גם לא ניתן להכריע במחלוקת שביניהם מכוח ראיות, ונראה סביר שגם לא מכוח 'דעת נוטה'. אם כן, ייתכן שהראב"ד ובעה"מ יצטרפו לדעת הרשב"ם והתוספות בבכורות, הסוברים שלא ניתן לפסוק עצמאית במחלוקת פתוחות מהש"ס או במחלוקת של גאונים מדורות קודמים (אם כי, זה בהחלט אינו הכרחי).

להלכה פוסק הרמ"א [ח"מ ריש סימן כ"ה] כדעת הרא"ש, שמי שהוא גמיר וסביר יכול להכריע נגד חכמים שקדמוהו בראיות מוכרחות, ואם אינו כזה אסור לו לפסוק שרירותית אלא יפסוק לפי כללי הספקות. ומכאן עוד ראיה לפירוש שהצענו בדברי הרמ"א בחו"מ סוף סימן קל"ט, שאין כוונתו לאסור הכרעה עצמאית, אלא רק להורות מה על הדיין לעשות במצב שבו אין לו עמדה במחלוקת. וראה גם בתומים [כ"ה ס"ק ב], בקונה"ס [ככלל ה', בעיקר בס"ק ג] ובחוברת הנ"ל של הרב אבינר, ולא באנו כאן אלא לברר את יסודות הדברים.

הערה מדין 'קים לי'

יש להעיר על כל הדיון כאן מן האפשרות שקיימת בדיני ממונות לטעון 'קים לי' כאחת הדיעות שלא נפסקה להלכה. אמנם עניין זה הוא סתום טובא, ורבים נלאו למצוא לו שורש ומקור, ואין כאן מקום להאריך בו. לדברינו כאן ישנן השלכות רבות על דין 'קים לי' (כעין מה שראינו לעיל סוף פרק א' לגבי דין תפיסה, שגם בזה יש להאריך), ויש מקום לבחון באורך את כל דברי האחרונים בדין זה (ראה בספר **תקפו כהן**, והקיצורים השונים לרבותינו האחרונים שדנו בזה). מקוצר היריעה נעיר כאן בקצרה רק על היבט אחד.

בקונה"ס [ככלל ו' ס"ק ו'] הביא דיעות הסוברות שניתן לטעון 'קים לי' כמיעוט נגד רבים. והביא שם שהתומים [בקיצור תקפו כהן, קכ"ג-קכ"ד] הקשה לאותן דיעות כיצד, לפי דעתן, פסק מרן בשו"ע כרוב בין שלושה פוסקים (הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש), ואיך לא חש לזה שהמוחזק יכול לטעון קים לי כמיעוט. ותו, דלחינם טרחו הפוסקים המחזקים דיעותיהם בראיות שונות, דלעולם יאמר המוחזק קים לי דלא כוותיהו. ובעל קונה"ס כתב ליישב טענתו הכללית של התומים, וז"ל:

גם מה שהקשה דאם כן לחינם טרחו ועמלו הפוסקים המחזקים דעותיהם שהמוחזק יאמר קים לי נגדם, ח"ו לא לחינם הוא. שבודאי האי כללא דקים לי לא נאמר אלא כשהדיין אשר הדין ההוא בא לפניו אינו מכריע מסברתו לחד מנהון. אבל כשהוא מכריע מסברתו, יכול להכריע אפילו כיחיד נגד רבים, ואפילו להוציא מהמוחזק. וכדתנן בריש עדיות (פ"א מ"ה) למה מזכירין דברי היחיד בין המרובין וכו', שאם יראה בית דין דברי היחיד יסמוך עליו. ופירש הראב"ד ז"ל שאם יראה לבי"ד שהלכה כדברי היחיד

יקבע הלכה כמותו. והלכך כל אחד מחויב להרחיב דעתו ולחזק בראיות, שהראיות יתנו עדיהן ויצדקו, ואם נכוחות וישרות הן, יעוררו לב הדיין המשכיל ע"ד אמת להכריע כמותו.

אמנם לדעת התומים נראה שאכן אין מקום לפסיקה עצמאית בספיקא דרבוותא, אלא שהוא נשאר בצ"ע על דיעות אלו. ואכמ"ל יותר בזה.

### ג. 'דעבד כמר עבד' במצוות

ההבדל בין מצוות לממונות

כאמור, בהקשר של איסור והיתר, או מצוות, נראה שלא שייך ללכת אחרי נטיית הלב לגבי האמת המקומית (אפשרות ב' לעיל), שכן אין כאן שום תלות בכוונת הצדדים. השאלה המסופקת היא מהי ההלכה המחייבת, וזו מחייבת בכל המקרים. במקרה כזה נראה שעומדות בפנינו שתי אפשרויות בלבד:

1. לתת לדיין להכריע הלכה עקרונית (אפשרות ג' לעיל).
2. לתת לדיין אפשרות לפסוק שרירותית (אפשרות א', כדין 'שודא' לפי ר"ת).

אמנם לכאורה נראה שהאפשרות השנייה היא כלל הנהגה בספק, כמו דין 'שודא' לר"ת, ועל כן גם היא אינה מצביעה בהכרח על אפשרות שעומדת בפני הפוסק להחליט שהוא אינו מסתפק. אלא שזהו הבדל רק ברמת הפרשנות המטא-הלכתית, שכן ברמה ההלכתית אופן הנהגה כזה מאפשר גם לפסוק את ההלכה. אם הדיין יחליט ללכת לכיוון שנראה לו משיקולים הלכתיים, זה ודאי לא יותר גרוע מדין שמכריע שרירותית, ועל כן ברור שזה יהיה מותר לו. אמנם ישנו הבדל מעשי בין שתי האפשרויות: אם אכן הוא ממש פוסק את ההלכה, ולא רק פועל שרירותית, נראה שהוא לא יוכל לשנות את פסיקתו במקרים שונים באופן שרירותי, כלומר הוא יצטרך לשמור על עקביות, וכמו שנתבאר לעיל.

'דעבד כמר עבד' במצוות

והנה מצאנו את דין 'דעבד כמר עבד' גם בעניין של מצווה (ענייני או"ח). נחלקו ר' יהודה ורבנן במשנה לגבי זמן מנחה וערבית [ברכות כו ע"א]:

תפלת המנחה עד הערב. ר' יהודה אומר עד פלג המנחה.

ובגמרא [שם כז ע"א] איתא :

השתא דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר, דעבד כמר עבד ודעבד כמר עבד.

יש לציין שכמו בגמרא בשבועות, גם כאן הניסוח נראה כללי. נראה לכאורה שיש כאן עיקרון כללי שבכל פעם שלא נאמרת הלכה ברורה כחד מאן דאמר, ניתן לנהוג כמו כל אחד מהצדדים. מאידך, שוב נראה תמוה שהגמרא לא מביאה לשון כזו בשאר המחלוקות ההלכתיות שלא הוכרעו בש"ס, ועל כן היה מקום להבין שזהו דין מיוחד דווקא למחלוקת הזו. על כן עלינו לבחון גם ביחס לסוגיא זו האם מדובר בעיקרון כללי, וכן לבחון מה משמעות האמירה 'דעבד כמר עבד' בסוגיית ברכות.

מן ההתייחסויות של המפרשים והפוסקים בסוגיא זו נראה שרובם מפרשים את האמירה הזו כרשות לנהוג איך שרוצים ולא כרשות להכריע את ההלכה. מאידך, מסתבר שהתוספות, רבינו יונה והנמו"י בבי"ב שהבינו את לשון הגמרא בשבועות כעיקרון כללי, וכנראה התבססו בכך על הלשון בגמרא "השתא דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר", יפרשו גם את ההתבטאות הדומה בסוגיית הגמרא בברכות כעיקרון כללי. ואילו תוספות בבכורות ורשב"ם שהבינו את האמירה בסוגיית שבועות כאמירה ייחודית (ולא כעיקרון פסיקה כללי), נראה שגם כאן הם יבינו כך.

באשר למשמעות הלשון הזו, גם כאן יש מקום להסתפק האם הכוונה היא שניתן לפסוק הלכה ברמה העקרונית כר' יהודה או כרבנן, או שניתן לנהוג כמי מהם שנרצה, באופן שרירותי (ונפקא מינה היא האפשרות לשנות את התנהגותנו מפעם לפעם). גם ביחס להיבט הזה מסתבר שאותם ראשונים ימשיכו לפרש כפי דעתם בסוגיית שבועות.

חשוב לציין שאמנם הלשון בשתי הסוגיות זהה, אלא שבניגוד למקרים הקודמים, שעסקו בדיני ממונות, ושם ההנחיה 'דעבד כמר עבד' פנתה באופן טבעי לדיינים, הגמרא כאן פונה לכל אדם פרטי שמתלבט מתי להתפלל מנחה או ערבית. על כן יש מקום להבין שדווקא כאן אין הכוונה שניתן לפסוק בראיות כר' יהודה או כרבנן

אלא לפסיקה, או התנהגות, שרירותית. הדבר אמור לפי ההסבר הראשון לאפשרות ג', כלומר שעל הפוסק להכריע הלכה בכל מצב שעומד לפניו. לפי הבנה זו ראינו שמסתבר שמדובר בפוסק שהוא בר הכי. לפי ההבנה השנייה, שגורסת שישנה אמת בכל צד במחלוקת ('אלו ואלו דברי א-להים חיים'), ראינו שכל פוסק, ואולי גם כל הדיוט, יכול לפסוק ככל צד שייראה לו, ועל כן אפשרות זו קיימת גם כאן. במפרשים ובפוסקים על אתר מצאנו אופנים שונים לפירושו של פסק הגמרא (ראה בפירוט בספר **עיניים למשפט**, ברכות שם). יש שכתבו שכל אחד חייב לשמור על עקביות מלאה לכל אורך חייו: או כר' יהודה או כרבנן. יש שכתבו שניתן לשנות מפעם לפעם, אולם לא בתרתי דסתרי (כלומר לא להתפלל מנחה וערבית באותו היום באותו הזמן). אמנם חלקם אמרו כן רק משיקולים דרבנן, כלומר שלא יהיה מחזי כחוכא, אולם מעיקרא דדינא ניתן לנהוג גם באופן של תרתי דסתרי. ויש שכתבו שניתן לנהוג באופן של תרתי דסתרי גם הלכה למעשה.

היחס לסוגיות אחרות

שוב ראיתי בקוב"ש [ב"ב אות שט"ז] שהביא מסוגיית עירובין ז ע"א שיש כלל דכל היכא דמשכח תרי תנאי או תרי אמוראי, ולא איפסיק הלכתא לא כמר ולא כמר, דעביד כמר עביד ודעביד כמר עביד. וכתב שכך רואים גם בסוגיית ברכות כז ושבעות מח. אמנם מלשונו שם, וכן מוכח בסוגיית עירובין עצמה, ברור שהוא לא תפס זאת כאפשרות לפסוק הלכה, אלא כרשות לנהוג שרירותית בכל אחת מהדרכים. וכן מצינו [שם אות רע"א] שהביא מתוספות [ב"ב סב ע"ב] ומהרא"ש [סנהדרין הנ"ל. וראה גם בדברי הקוב"ש ב"ב סוף אות שט"ח] שהכלל 'דעבד כמר עבד' הוא רק למי שיודע להכריע. והקשה עליהם מהגמרא בברכות שמוכח מכל הפוסקים שהכלל מכיוון כלפי כל העולם ולא דווקא כלפי מי שיודע להכריע.

ונראה בבירור שכוונתו להקשות שהכלל 'דעבד כמר עבד' אינו כלל שמאפשר הכרעה במחלוקות הלכתיות כמו שרצינו לפרש לעיל, אלא זהו כלל שמאפשר לכל אחד לנהוג באופן שרירותי לפי כל אחת מהדרכים ההלכתיות שבמחלוקת.

ולעיל הוכחנו שלפי חלק מהראשונים לא זו הכוונה בדברי הגמרא בשבעות הנ"ל, וייתכן שהם יפרשו כן גם בסוגיית ברכות. אמנם הערנו שיתכן שבסוגיית ברכות לכולי עלמא צריכים לפרש כשיטת הקוב"ש, שכן שם הסוגיא אינה פונה לדיינים (שכן לא מדובר בדיני ממונות), אלא לכל אחד מישראל. במצב כזה מסתבר שאין



אפשרות להתיר הכרעה הלכתית, ועל כן ייתכן שהכוונה היא להתיר את כל צורות ההנהגה באופן שרירותי (מקביל לכלל 'שודא' בממונות).

ובאמת, הסוגיא בעירובין נראית לכאורה רלוונטית לענייננו, ואולי אף סותרת לדברינו עד כאן. הגמרא [ד ע"ב] מביאה ברייתא האומרת:

לעולם הלכה כבית הלל, והרוצה לעשות כדברי בית שמאי עושה כדברי בית הלל עושה. מקולי ב"ש ומקולי ב"ה רשע מחומרי ב"ש ומחומרי ב"ה עליו הכתוב אומר "הכסיל בחשך הולך". אלא אי כב"ש כקוליהון וכחומריהון אי כב"ה כקוליהון וכחומריהון.

ובהמשך [ד ע"א] מעמידים את הברייתא ואומרים:

ואיבעית אימא הכי קאמר: כל היכא דמשכחת תרי תנאי ותרי אמוראי דפליגי אהדדי כעין מחלוקת ב"ש וב"ה, לא ליעבד כי קוליה דמר וכי קוליה דמר ולא כחומריה דמר וכי חומריה דמר, אלא או כי קוליה דמר וכחומריה עביד או כקוליה דמר וכחומריה עביד.

בגמרא שם מובאת אפשרות נוספת, לפיה אפשר לעשות כחומרי שניהם ובלבד "דלא סתרי אהדדי".

לסיכום הדיון בסוגיא ראה למשל באנציקלופדיה תלמודית [ערך 'הלכה' סעיף י"ב], שהאריכו לבאר איך עלינו לנהוג כשלא נפסקה הלכה, וכן במאמריו הנ"ל של הרב אבינר. לכאורה יש כאן סתירה לכל דברינו, שכן נראה שכאשר לא נפסקת הלכה אנו יכולים לכל היותר לנהוג באופן שרירותי כמו אחד הצדדים, אולם שניהם נתפסים כלגיטימיים, והיה מקום להסיק שבמצב כזה אין לנו רשות להכריע בסוגיא הנידונה.

אמנם לאור כל מה שראינו (ועוד נראה), צריך לומר שבסוגיא זו מדובר על מצב שבו לדיין (או למורה ההוראה) אין הכרעה משל עצמו (או שהוא אינו בר הכי), ואז השאלה היא כיצד עליו לנהוג. אנו, כאמור, דנים ברובד בסיסי יותר: האם בכלל דיין חייב להימצא במצב כזה. לטענתנו כאן, אם ישנה לפוסק עמדה משל עצמו בסוגיא הנידונה, הוא כלל אינו נזקק לכללי הסוגיא דעירובין שְמורה מה לעשות במצב של

פלוגתא דרבוותא. לאור האמור כאן ברור שסוגיית עירובין כלל אינה רלוונטית לנידון דידן.

פסק ההלכה

להלכה בעניין ההכרעה האוטונומית במחלוקות הלכתיות ביחס למצוות ואיסורים, עיין ברמ"א (יו"ד ה"ב, ג) ובפתחי תשובה [שם ס"ק ב ועיין גם ברמ"א בסעיף א' שם]. ומשמע שיכול כל פוסק לפסוק כפי מה שנראה לו, במגבלה של כבוד לחכמים השונים, ובמגבלה שלא יתיר את מה שאסר חבירו באותו מקרה.

#### ד. חשיבות ההכרעה האוטונומית: מיהו 'בר הכי'

משמעות הקריטריון של 'בר הכי'

עד כאן ראינו שלדעת הרבה מרבתינו הראשונים והאחרונים יכול דיין שהוא 'בר הכי' להכריע במחלוקות בין קודמיו, ואולי אפילו במחלוקות שנותרו פתוחות בתלמוד. אמנם ניתן להקשות על כך שתי קושיות שהן אחת:

א. כבר הערנו שנראה לכאורה כי קביעה זו היא תיאורטית בלבד, שהרי מקובלנו כי אין כיום מי שיכול להכניס ראשו בין תנאים, אמוראים, ראשונים, ואפילו חשובי האחרונים, שקוטנם עבה ממותנינו (וראה בספר **תקפו כהן** לש"ך סימן ע"ט מה שהביא משם רבינו שמואל ב"ר ברוך שכתב מטעם זה שאין לנו להכריע במחלוקות קודמינו).

ב. ומאידך גיסא, אם יהיה היום אדם שהוא 'בר הכי', אזי האמירה כאילו הוא יכול גם בדורותינו להכריע בפלוגתא דרבוותא היא טריוויאלית, וכולם מחויבים להסכים לה. כל הבעיה היא רק שאנו איננו בני הכי. לפי זה אין כל מקום לדיון שבכאן.

הטענה השנייה אינה הכרחית כלל וכלל, שהרי מקובל מאוד לחשוב שחוסר היכולת להכריע במחלוקות של קודמינו (לפחות עד הראשונים) אינה נגזרת רק מכך שאיננו בני הכי (אולי גם מכך), אלא גם מן העובדה שקיבלנו על עצמנו לא לחלוק על דורות

קודמים. כלומר, כמו שאמוראים אינם חולקים על תנאים וראשונים על אמוראים וכדומה, כך גם אנו איננו יכולים להכריע במחלוקות שנתרו פתוחות ביניהם.<sup>17</sup> לאור דברינו הקודמים עולה כי תפיסה זו אינה בהכרח נכונה. אמנם קיבלנו על עצמנו לא לחלוק על פוסקים קודמים (לפחות מהראשונים), אולם בהחלט ניתן להכריע במחלוקות שנתרו פתוחות ביניהם. התנאי לכך הוא שהפוסק שעושה כן יהיה 'בר הכי'. כאן בהחלט ישנו חידוש.

מיהו 'בר הכי' - בירור דעת הרא"ש

לשם בירור הטענה הראשונה שלמעלה, נחזור כעת לדברי הרא"ש שמצוטטים בפרק ב', וננסה לברר מתוך דבריו מי הוא אותו 'בר הכי' שיכול להכריע במחלוקות הפוסקים, ואולי אף במחלוקות פתוחות שבתלמוד. ננסה להראות כאן שיכול להיות גם כיום מישהו שהוא 'בר הכי' להכריע במחלוקות של פוסקים קודמים.

בתוך דברי הרא"ש ישנו ביטוי שאומר דרשני. הרא"ש קובע ש"יפתח בדורו כשמואל בדורו, ואין לך אלא הדיין שבימך". כלומר הנחת הרא"ש היא שחכמי זמנו אכן קטנים מחכמי הדורות הקודמים, ובנדאי מחכמי התלמוד. ומאידך, הוא קובע ש"יפתח בדורו כשמואל בדורו", כלומר שמותר להם להכריע, ולנו לסמוך עליהם. לכאורה עולה מדבריו שכל פוסק יעשה ככל יכולתו, ואין לדיין אלא מה שענינו רואות. לא ברור איך דברים אלו מתיישבים עם הדרישה שיהיה 'בר הכי', שהרי, כפי שהוא עצמו רומז בדבריו הנ"ל, אף אחד בדורו אינו ממש 'בר הכי' להכריע במחלוקות בין חכמי הש"ס.

מסתבר מאוד שכוונת הרא"ש היא לדיין, או פוסק, שהוא בעל יכולת לשאת ולתת כדרכה של תורה, גם אם ברור שאינו במדרגתם של קודמיו. כלומר הדרישה שיהיה 'בר הכי' אינה אומרת שיהיה במדרגתם של חכמי הש"ס, אולם הוא צריך להיות 'גמיר וסביר' במונחי הדור שבו הוא עצמו פועל. ראינו שהרא"ש סובר כהבנה השנייה באפשרות ג', שהכרעת הדיין, או הפוסק, היא הכרעה אמיתית של ההלכה

---

17. ישנן דיעות שונות בשאלה מדוע באמת מקובל שבני דור מאוחר אינם חולקים על בני דורות קודמים. כאן הגדרנו באופן כללי שהסיבה היא משום שקיבלו עליהם לנהוג כך, ואכמ"ל.

המסופקת, ועל כן הוא צריך להיות 'בר הכי'. רק להכרעה של דיין שהוא בבחינת 'יפתח בדורו' יכולה להיות משמעות של פסיקת הלכה.

דעת הגאונים

ונראה דזו גם כוונת תשובת הגאונים [דפוס פראג סימן כ"ג] שמביא הש"ך בספר **תקפו כהן** [סימן פ"ב], וז"ל שם :

שאלת היכא דאיכא שתי תשובות לשני גאונים חלוקים זה על זה, וכל אחד מבעלי הדינים או הדיינים נקט חד מינייהו, היכי עבדין.  
תשובה: יכריע הדיין הנמצא גדול כפי הזמן, הדעת מהאחד שיראה בעיניו. ומה שהוא מכריע בלבבו, אם נתלה הבע"ד הא' בדברי הגאון האחר אין משגיחין בו...

מדברי הגאונים עולה, כפי שראינו גם ברא"ש, שדיין שהוא 'בר הכי' בזמנו יכול להכריע במחלוקות קודמיו. יש לשים לב שאין כאן אמירה מחוסר ברירה בלבד, כפי שאולי נראה במבט שטחי. תמיד קיימת לפני כל דיין האפשרות לפסוק שהמוציא מחבירו עליו הראיה, או לפי שאר דיני ספקות.<sup>18</sup> על כן נראה בבירור שישנה כאן אמירה עקרונית, כפי שגם ראינו למעלה בדעת הרא"ש. במשמעותם העקרונית של דברים אלו נעסוק כעת.

טעם הדבר

לכאורה קשה מדוע בכלל לפסוק הלכה ע"י מי שקטן מהחכמים של הדורות הקודמים, אף אם הוא כיפתח בדורו. סוף סוף אם אכן חכמי הדורות הקודמים היו גדולים יותר אזי מסתבר שהם אלו שצודקים, ועל כן אל לו לדיין לילך אחר דעתו שלו אלא להכריע כמותם.

18. אולי יש בכל זאת מקום להבין שאמנם ישנו כאן חוסר ברירה, ואין לפסוק כאן עפ"י דיני ספקות. כאן מדובר (כלשון השאלה) במצב שבו כל אחד מבעלי הדין טוען 'קים לי', ואולי הם סוברים שיש לו אפשרות לתפוס עפ"י דיני תפיסה. מסיבה זו ייתכן שהגאונים סוברים שעל הדיין להכריע את הדין במצב כזה, ולא לפסוק עפ"י דיני ספקות. אולם כל זה לא מופיע בלשונם, ועל כן נראה כדברינו למעלה.

היה מקום לומר שאין ערך לאמת הלכתית, אלא 'אלו ואלו דברי א-להים חיים' כפשוטו. אלא שזה אינו, שכן הרא"ש אינו מאפשר לכל אחד לנהוג כך, אלא למי שהוא 'גמיר וסביר' בדורו. כלומר ברור שהרא"ש מודע לאפשרות של טעות בהלכה, ואף מנסה למנוע אותה. מאידך, גם אותו 'גמיר וסביר' שבדורו, הוא קטן מחכמי הדורות הקודמים (ובודאי מחכמי הש"ס), ומדוע להורות לו לפסוק נגד גדולי הדורות הקודמים ולקחת סיכון של טעות בהלכה.

מדברי הרא"ש והגאונים הללו עולה התפיסה שמטרת הפסיקה אינה רק להגיע להכרעה הנכונה, אלא שלעצם תהליך הפסיקה העצמאית ישנו ערך תורני חשוב. מי ששייך בפסיקת הלכה, ושהכרעה שלו במחלוקות החכמים מהדורות הקודמים אינה כחוכא ואטלולא, מחוייב לפסוק על פי דעתו את ההלכה, ולהכריע במחלוקות בין קודמיו. ישנו ערך חשוב לפסיקה אוטונומית, וערך זה הוא שדוחה את הערך לנהוג נכון מבחינה הלכתית. על כן, מחד אין לפסוק כפי שנראה לכל דיין, אלא רק לדיין חשוב בדורו (גמיר וסביר). מאידך, דיין חשוב יכול, ולמעשה צריך (וזה כנראה עיקר החידוש), לפסוק אוטונומית.

דוגמאות להבחנה בין הלכה ואמת הלכתית

ישנן דוגמאות לעניין של פסיקת הלכה משיקולים שאינם דווקא האמת ההלכתית.<sup>19</sup> נביא כאן רק דוגמה אחת מיני כמה וכמה.<sup>20</sup> הר"ן [דרשות הר"ן דרוש י"א, וסיעון דומה מופיע שם גם בדודוש השביעי] מתקשה מדוע זקן ממרא, שהוא תלמיד חכם שהגיע להוראה, כאשר הוא יודע שהסנהדרין טועה בהלכה, בכל זאת מחוייב לשמוע בקולה. סוף סוף הוא יודע שהוא מחלל שבת, ואף יהיה נזק לנפשו מכך, ומדוע שלא ינהג ויורה כפי שהוא מבין.

ומסביר הר"ן שהערך של אחדות ההלכה וציות לחכמי הסנהדרין (מעמד החכמים) עולה על הערך של קיום ההלכה האמיתית. ראה גם בספר **החינוך** [מצוות ע"ה, תצ"ה, תצ"ו, בשורשי המצוה] שמעלה טיעון דומה.

---

19. ואולי כך גופא מוגדרת האמת ההלכתית עצמה.

20. דוגמאות נוספות, שכל אחת דורשת דיון לעצמה: הלכה ואין מורין כן. פסול קרובים לעדות ולדין ועוד.

לפי זה נאמר שהערך של פסיקת הלכה אוטונומית גם הוא חשוב, ועל כן יש מקום לשלם עבורו 'מחיר' הלכתי, כלומר לקחת אפשרות של טעות בהלכה בכדי לא למנוע מאתנו אפשרות לפסוק אוטונומית.

ערכה של פסיקה אוטונומית - שיטות המהר"ל והר"י מיגאש  
הערך שבפסיקת הלכה אוטונומית עלה בתקופות שונות בהיסטוריה של ההלכה,  
ובעיקר סביב מה שמכונה 'פולמוסי הקודיפיקציה'.<sup>21</sup> עמדה אוטונומית חדה ביותר  
מוצגת במהר"ל ב**נתיב התורה** [סוף פרק ט"ו]:

כי יותר ראוי ויותר נכון שיהיה פוסק מתוך התלמוד, ואף כי יש לחוש שלא  
ילך בדרך האמת ולא יפסוק הדין לאמיתו, שתהיה ההוראה לפי האמת, מכל  
מקום אין לחכם רק מה שהשכל שלו נותן ומבין מתוך התלמוד. וכאשר  
תבונתו וחכמתו תטעה אותו, עם כל זה הוא אהוב אל השם יתברך כאשר  
הוא מורה כפי מה שמתחייב מן שכלו, ואין לדיין רק מה שענינו רואות. והוא  
יותר טוב ממי שפוסק מתוך חבור אחד ולא ידע טעם הדבר כלל שהולך כמו  
ענף בדרך.

ובאולי יאמר אם כן בדור הזה שאינם בקיאים בתלמוד ולא ידעו אותו איך  
נפסק הלכה, הלוא בודאי קשה הוא דבר זה שנשתכחה תורה ואין אנו  
ראויים לפסוק הלכה. וכל זה מה שאין אחד חוזר על תלמודו להיות בקי  
ורגיל בלמודו...

העולה מן המהר"ל שישנו ערך עליון לפסיקה אוטונומית, אפילו במחיר של טעות  
בפסיקה. עדיף בעיני הקב"ה מי שמורה משכלו שלו ולא על סמך ספר קודם, ואפילו  
הוא טועה, ממי שמורה מתוך ספר (עפ"י תקדים) ואפילו הוא צודק.<sup>22</sup>  
ולעומת זאת, בשו"ת הר"י מיגאש [תשובה ק"ד], נשאל הר"י מיגאש האם ראוי לתת  
להורות מתוך ספרי הגאונים אפילו למי שאינו יודע מה מקור הדין בש"ס, ומה דרך  
ההתנהלות ההלכתית. ונראה לכאורה ששם מובאת גישה הפוכה ממש, וזה לשונו:

21. ראה המשפט העברי למנחם אלון, כרך ב', שכמעט כולו מוקדש לסוגיא זו.  
22. והשווה לזה את דברי קצות החושן בהקדמתו הידועה, שכתב: "הקב"ה בחר בנו ונתן לנו את  
התורה כפי הכרעת השכל האנושי אף על פי שאינו האמת. ואם כן המקדשו הוא קידוש גמור רק  
שיהיה אמת בהכרעת השכל האנושי".

דע שהאיש הזה ראוי יותר להתיר לו להורות מאנשים רבים קבעו עצמם להוראה בזמננו זה ורובם אין בהם אפילו אחד משני דברים אלו, רצוני לומר: הבנת ההלכה והעמידה על דעת הגאונים ז"ל. ואותם שמדמים להורות מעיון ההלכה ומחוזק עיונם בתלמוד הם שראוי למנעם מזה, לפי שאין בזמננו מי שיהיה ראוי לכך ולא מי שהגיע בתכמת התלמוד לכלל שוירה מעיונו מבלי שיעמוד על דעת הגאונים ז"ל.

אבל מי שמורה מתשובות הגאונים וסומך עליהם ואעי"פ שאינו יכול להבין בתלמוד הוא יותר הגון ומשובח מאותו שחושב שהוא יודע בתלמוד וסומך על עצמו. שהוא אעי"פ שהוא מורה מסברא בלתי אמתות מראיות הגאונים ז"ל מ"מ אינו טועה בזה לפי שהוא מה שעשה ע"פ ב"ד גדול מומחה לרבים עשה. ומי שמורה מעיונו בהלכה אפשר שהוא חושב שאותה הלכה מחייבת אותה הוראה והיא אינה מחייבת, והטעהו עיונו או טעה בפירושה. ואין בזמננו זה מי שיגיע בתלמוד לגדר שיוכל לסמוך להורות ממנו.

בתשובת הר"י מיגאש רואים לכאורה קביעה ממש הפוכה מזו שראינו במהר"ל: עדיף מי שמורה מתוך ספר ואפילו אינו מבין את הנאמר בו כראוי, מפני שכך הוא כנראה יקלע לאמת, ממי שמורה מתוך עיונו ועלול לטעות. ניתן אולי לראות כאן מחלוקת האם פסיקת הלכה היא ניסיון לקלוע לאמת או שעצם הפסיקה האוטונומית היא עצמה הערך שבפסיקת הלכה. אולי אפילו ניתן לראות כאן מחלוקת האם יש אמת הלכתית או לא.

אמנם אם נעיין היטב בשני הקטעים, נראה שבמישור העקרוני שניהם לדבר אחד התכוונו. גם המהר"ל אינו טוען שאין אמת הלכתית, שהרי הוא מדבר מפורשות על מי שטועה בהלכה (אלא שהוא סובר שהוא עדיף על פוסק שצודק כשהוא מורה מתוך ספר). כוונת מהר"ל לומר שישנו ערך לפסיקה אוטונומית, ועל כן לפעמים עדיף לפסוק אוטונומית גם אם במחיר טעות בהלכה, בדיוק כפי שראינו לעיל ברא"ש.

מאידך, גם המהר"ל לא מגיע למסקנה שכל אחד יכול לעשות כן, שהרי הוא מסיים את הפרק בקביעה שבדורו רבים אינם יכולים לעשות כן כי לא הגיעו ליכולת להורות. כלומר גם הוא מגביל את ההמלצה לאוטונומיה בפסיקה רק למי שהוא 'בר הכי' (גמיר וסביר בדורו, כדעת הרא"ש).

אם נבחן כעת את דברי הר"י מיגאש נראה שמופיעים בהם אותם אלמנטים. הר"י מדבר על הסכנה שבטעות הלכתית, ועל כן לא מוכן לאפשר לכל פוסק להורות עצמאית. מאידך עולה די בבירור מדבריו שאם מישהו הוא כן 'בר הכי', הוא בהחלט אמור לפסוק על פי שכלו, אלא שלהערכתו מעטים בדורו הם 'בני הכי'. נמצא שמהר"ל והר"י מיגאש אמרו דבר אחד, ואולי ישנו הבדל ביניהם לגבי הערכת המציאות: האם בדורם יש 'בני הכי' או לא.

אם כך, נראה בבירור שלכו"ע ישנה אמת הלכתית, ועל כן ישנן גם טעויות הלכתיות, וברור שיש לנסות ולהימנע מהן. מאידך, ישנו גם ערך לפסיקה עצמאית, אולי גם במחיר טעות בפסיקה (אם כי, בתשובת הר"י מיגאש לא מפורש כן). על כן מי שאינו 'בר הכי' אינו יכול לפסוק עצמאית, אולם מי שכן 'בר הכי', אף אם הוא קטן מחכמי הדורות הקודמים, בהחלט נקרא לפסוק עצמאית. והן הן דברי הרא"ש, הגאונים, התוספות, רבינו יונה ונמו"י הנ"ל, כמו שנתבאר. והן הן דברי מהרש"ל, הש"ך, היעב"ץ, הגר"א וקונה"ס, כפי שראינו לעיל בפרק א'.

### ה. ביאור נוסף בדבר הערך שבפסיקה אוטונומית

ונראה לבאר את הערך שישנו בפסיקה עצמאית, על פי הגמרא בקידושין [נח ע"ב]. הגמרא שם מספרת שנשאלה שאלה בפני ר' טרפון וזקנים שהיו מסובים בעליית בית נתזה, האם תלמוד גדול או מעשה גדול. המסקנה שם היא: "תלמוד גדול שמביא לידי מעשה".

והדברים צריכים עיון, שהרי דרך הביטוי המקובלת היא שקטן נתלה בגדול ממנו, כלומר אם ערכו של התלמוד הוא שהוא מביא לידי מעשה, אזי המסקנה המתבקשת לכאורה היא שהמעשה הוא המטרה והתלמוד הוא האמצעי. אם כך, לא ברור כיצד קובעת הגמרא, באותו משפט עצמו, שהתלמוד הוא הגדול?

ואולי אפשר לומר שהגמרא לא קבעה שהתלמוד גדול, אלא שהתלמוד שמוביל לידי מעשה הוא הגדול. כלומר החקירה מעיקרא ליתא, דלא תלמוד גדול ולא מעשה גדול, אלא אליבא דאמת אלו הם שני דברים בלתי נפרדים. המטרה היא לנהוג בשרשרת אחת שחוליה ראשונה שבה מובילה לשנייה: תלמוד שמביא לידי מעשה. פסיקה ולתמוד כאלו מהווים 'תלמוד' מסוג שונה לגמרי, וגם 'מעשה' מסוג שונה לגמרי.



בנוהג שבעולם כיום, שכאשר אנו לומדים 'עיון' אזי אנו אומרים סברות כאשר יעלה על לבנו, אולם הלכה למעשה אנו נוהגים לפסוק כספרי הפסק הנפוצים (שו"ע, קיצש"ע, ערוה"ש, מ"ב ועוד). באופן לימוד ופסיקה כזה המעשה מנותק לגמרי מן התלמוד, שכן תלמוד לחוד ומעשה לחוד. המסקנה המעשית אינה קשורה ללימוד, ובודאי אינה נובעת ממנו. זוהי הסיבה לטעות הרווחת היום שלימוד ה'עיון' אינו נחשב כלימוד 'להלכה', ורק שינון ספרי פסק נחשב כלימוד 'להלכה'.

ונלענ"ד דאין לך טעות גדולה מזו. לימוד ה'עיון' הוא הלימוד להלכה. הסברא שאומרים ב'עיון' היא אשר צריכה להדריך אותנו במנהגי המעשיים. רק כך מטרת הלימוד היא באמת המעשה: "תלמוד שמביא לידי מעשה". סברת 'שני דינים' של הגר"ח, או של כל אחד אחר, היא סברא להלכה. והרי מטרת סברותיו של הגר"ח הייתה להסביר את הרמב"ם, שהוא ספר של פסקי הלכה. הגר"ח עצמו (ובנו הגר"ז בעקבותיו) גם פסק כך הלכה למעשה.<sup>23</sup>

אם כן, עבודת ה' של לימוד ופסיקה כפי שהמהר"ל מבטא, וכפי שראינו גם מהרש"ל, תוספות, רבינו יונה והרא"ש מציגים, היא ביטוי ומימוש של רעיונות וסברות הלימוד המופשט בעולם המעשה. דבר זה קורה רק כאשר מסקנות הלימוד שלנו בלימוד ה'עיון' הן הן המסקנות ההלכתיות שלפיהן ננהג הלכה למעשה. במצב כזה אדם לומד, וכל סברא שהוא מעלה מקבלת ביטוי ונפקא מינה מעשית בעולם המעשה.<sup>24</sup> זוהי תמציתה של השראת שכינה בתחתונים, שהיא היא מטרת הבריאה.

---

23. ויש שיביאו כאן את המעשה הידוע בשאלה ששאל הגר"ח את ר' יצחק אלחנן, וביקשו לענות לו רק 'כן' או 'לא', שכן על כל נימוק שיציג ר' יצחק אלחנן הגר"ח יכול היה לענות בנימוקים נגדיים.

על רקע זה יש לציין שהגר"ח היה רבה של העיר בריסק, ומסתבר שהוא קיבל משכורת כדי לפסוק הלכות, ולא כדי לשאול את ר' יצחק אלחנן שאלות בהלכה. ברור וידוע שפסקי ההלכות שלו נבחנו באותו כור מבחן שנבחנו הסברות שלו ברמב"ם. על כן, הדוגמה הנ"ל, על אף שיש בה עומק, אינה מבטאת את מלוא ההנהגה ההלכתית של הגר"ח, ולענ"ד גם לא את זו הנדרשת מאתנו.

וראה דוגמאות לשימוש ההלכתי ב'שני דינים' של הגר"ח במאמריהם של יוסי זובדבני ואורי סדן בביטאון זה.

24. במצב כזה ישנה גם אחריות שלא להעלות סברות שאינן עומדות במבחן של הלכה למעשה. כיום אין מניעה להעלות כל סברא, שכן הפסיקה הלכה למעשה כמעט ואינה תלויה בסברות שעלו בלימוד. מי שמוכן לחלל שבת מכוח סברא שהוא מעלה כמסקנה בלימודו, ברור שיהיה שבעתיים בסברות שהוא מעלה.

במובנים מסוימים זו אינה אלא תביעה להתנהגות רציונלית, כלומר קריאה לאדם (שהוא 'בר הכי', במונחים הקודמים) לנהוג בפועל בעולם המעשה כפי מה שעולה בעיונו השכלי.

מעבר לקריאתו הידועה של ר' ישראל מסלנט שקבע שהציווי הראשון שחל על כל יהודי הוא 'לא להיות טיפשי', אנו מרחיבים את היריעה ומציעים שהמטרה הבסיסית היא לשאוף להיות רציונלי, כלומר לשאוף להיות מי שהוא 'בר הכי', ועל כן מישוהו שיכול לנהוג כפי הדרכת שכלו.

### ו. בעניין מנהג לילך כפוסק מסוים

בקוב"ש [ב"ב אות דע"ב] מובאת תשובת הר"י בן הרא"ש [סימן נ"ד] שהביא שבקהילת טוליטולא הסכימו לפסוק כהרמב"ם זולת במה שהרא"ש חולק עליו. וכתב על כך הר"י שהנהגה זו סותרת את דברי הרא"ש שהובאו לעיל. לפי הרא"ש ראינו שמי שאינו יודע להכריע בדין כלשהו אל יאמר אעשה כדברי פלוני, ואם עשה כן זהו דין שקר. במקרה כזה עליו לפסוק בממונות המוציא מחבירו עליו הראיה ובאיסורין לפי דיני ספקות.

לפי שיטה זו למעשה יוצא שהדיין חייב להכריע, ואינו יכול כלל להסתמך על כללי הכרעה, או ללכת אחרי פוסק כזה או אחר. בכל מצב שבו הוא אינו יכול להכריע עליו לנהוג לפי דיני ספקות. זוהי גישה אוטונומית קיצונית ביחס לפסיקת הלכה. לכאורה זו מסקנה מתבקשת מדברי הרא"ש הללו. לפי זה אין לעדות המזרח ללכת אחרי המחבר, ולאשכנזים אחרי הרמ"א, ובכלל אין מקום לקבל על עצמנו פוסק כלשהו (משנה ברורה, וכדומה). תמיד עלינו להכריע במחלוקות ההלכתיות עצמן, או ללכת לפי דיני ספקות. זו נראית מסקנה קיצונית למדי, על אף שנראה כי היא עולה בבירור מדברי הרא"ש.

וע"ש בקוב"ש שהקשה על הר"י מהגמרא בעירובין [מ"ו ע"ב] שהביאה כללי פסיקה מסוגים כאלו: ר' מאיר ור' יהודה הלכה כר' יהודה, ר' יהודה ור' יוסי הלכה כר' יוסי, וכך עוד רבים.<sup>25</sup>

25. הקוב"ש מניח שכללים אלו הם כללים מנחים גורפים. אמנם היה מקום לומר שכללים אלו הם סיכום של כל הפסיקות ההלכתיות הקונקרטיות, שכן יצא שבכל המחלוקות בין ר' מאיר לר' יהודה נפסקה הלכה כר' יהודה. ואכמ"ל בזה.

על כן הוא מפרש שם, שאם אדם, או קהילה, מכריעים שפוסק פלוני הוא בר סמכא גדול יותר, זה בהחלט ניתן להיעשות גם לשיטת הרא"ש. רק אם אין לנו אפילו אפשרות להכריע מיהו בר סמכא גדול (וגם לא להכריע במחלוקת ההלכתית עצמה), רק אז עלינו ללכת עפ"י דיני ספקות. כך הוא מפרש גם את כוונת הר"י בתשובה הנ"ל (שידע שאין בכוחם של בני קהילת טוליטולא להכריע גם מי הוא בר סמכא גדול יותר). אמנם בדברי ר"י לא משמע כן, וצ"ע.<sup>26</sup>

לאחר מכן כותב הקוב"ש [שם אות רע"ג] שבהרבה קהילות מצינו שעושים כן ולא שמענו שיש חולק על כך. וביאר הקוב"ש שכל ציבור יכול למנות עליו בי"ד, כעין בי"ד הגדול לכל ישראל, ובכה"ג ודאי שיש לאותו בי"ד סמכות להכריע הלכות עבור אותו ציבור. וכל מה שהרא"ש כתב שלא יאמר הדיין אעשה כדברי פלוני, זהו רק בדיין שרוצה לעשות כן באקראי, ולא על פי מנהג קבוע, וע"ש.

אם כן, שיטת הר"י היא שעל הדיין לפסוק הלכה בעצמו, או ללכת עפ"י דיני ספקות. אין כל מקום שיחיד או קהל יסתמכו על פוסק מסוים באופן שרירותי. כפי שראינו רוב הפוסקים חולקים על ר"י, וגם מדברי הרא"ש עצמו זו אינה מסקנה מוכרחת.<sup>27</sup>

## ז. כמה הערות לסיום

א. כפי שעולה מדברינו הגישה לאוטונומיה בפסיקה השתנתה לאורך הדורות. בתקופת הראשונים ראינו דיעות לכאן ולכאן, ובזמננו נראה שגישה של אוטונומיה מלאה אינה קיימת כלל. בערך בתקופת חיבור השו"ע והמפה אנו מוצאים כמה קולות, (מסתבר שהם הופיעו כתגובה לשו"ע עצמו בפולמוס הקודיפיקציה), שקוראים לשמור על פסיקה אוטונומית (בעיקר המהרש"ל והמהר"ל). לאחר מכן הקולות הללו כמעט נעלמים, ומשתלטת הגישה התקדימית בפסיקה. ברור שהמינון של הסתמכות על תקדימים לעומת פסיקה עצמאית הוא משתנה, וזו אינה שאלה פשוטה של כן או לא, ועל כן בכל הדורות, וגם בזמננו, ניתן למצוא מינונים שונים של אוטונומיה מול הסתמכות על תקדימים אצל פוסקים שונים.

26. ועיין בקונה"ס [כלל ו' ט"ק ו'] שכתב בשם הרדב"ז [חיד' אלף קפ"ז] דבכה"ג לא ניתן לטעון אפילו 'קים ליי כנגד הפוסק המקובל באותו מקום.

27. ועיין בקוב"ש [ב"ב אות רע"ד] מה שהביא מתשובת הרמ"א, ומה שהקשה עליו הקוב"ש עצמו.

ב. רווחת הרגשה שבאופן הפסיקה הנוהג כיום, כלומר פסיקה לא אוטונומית, אנחנו 'הולכים בעקבי הצאן', או 'הולכים על בטוח'. התחושה היא שאין לכך מחיר, ועל כן לכאורה אין סיבה שלא לנהוג כך, שכן זוהי הצורה הסבירה ביותר להגיע לאמת ההלכתית ולא לטעות. אולם, כפי שראינו כאן, ישנו מחיר גם לאופן פסיקה כזה. האוטונומיה בפסיקה אינה היתר, או אפשרות, בלבד, אלא ערך חיובי ומחייב (למי שהוא 'בר הכי') שיש לשאוף אליו. כפי שראינו, האמת ההלכתית אינה המטרה היחידה והבלעדית של פסיקת ההלכה. האוטונומיה גם היא בעלת ערך עצמי.

ג. די ברור שמבחינת פסיקת הלכה בדורנו הרלוונטיות של הדיון היא לא כלפי מחלוקות פתוחות בתלמוד, אלא בעיקר כלפי מחלוקות בפוסקים, אחרונים ואולי גם ראשונים. מאידך, ניתן לראות כאן גישה עקרונית שנותנת לגיטימציה לאוטונומיה בפסיקה, ואף מחייבת לנהוג כך. בודאי עולה מכאן קריאה להגדלה (מבוקרת) של מינון השימוש בדרך הפסיקה הזו.

ד. אמנם, כפי שראינו, פסיקה אוטונומית רלוונטית רק לפוסק שהוא 'בר הכי', כלומר גמיר וסביר במונחי דורו, אולם כמודל שעומד בפני כל אחד מהלומדים יש בנאמר כאן חידוש עקרוני. לאור הדברים הללו נראה שעל כל לומד לשאוף להגיע למצב שבו הוא יהיה 'בר הכי', כלומר פוסק אוטונומית מתוך המקורות, ולא דווקא למצב שהוא יודע על בוריים את כל ספרי פסקי ההלכה. לפחות על פי המהר"ל, פסיקה אוטונומית היא מטרות עבודת ה' (זהו 'גדול תלמוד שמוביל לידי מעשה'), אלא שעל הפוסק להיות 'בר הכי'. כזכור, הדבר אמור גם במחיר של אפשרות לטעות בפסיקה.

ה. נעיר כאן הערה מתודולוגית. בסוגיית אפשרות הפסיקה האוטונומית ביספיקא דרבוותא' עצמה ישנה מחלוקת הפוסקים, ועל כן היא עצמה בבחינת 'ספיקא דרבוותא'. על כן ישנה בעיה מהותית איך להכריע את השאלה הזו עצמה (השאלה האם ראוי לפסוק באופן אוטונומי, או לא).

לכאורה יכול לעלות הטעון שרוב הפוסקים, בודאי אלו שהתקבלו להלכה, מכריעים שאי אפשר לפסוק אוטונומית ביספיקא דרבוותא'. אלא שטענה זו אינה יכולה להיות מכרעת, והסיבה לכך היא לוגית גרידא: זו עצמה הסוגיא הנידונה. הכרעה

ז. על אף כל ההסתייגויות הללו יש לדברים שבכאן השלכות רבות, הן על הפסיקה והן על אופן וצורת הלימוד, ואין כאן המקום להאריך בזה.

### ח. סיכום

ראינו דעת הרבה ראשונים (תוספות, רא"ש, רבינו יונה, נמו"י, גאוניס ועוד) ואחרונים (מהרש"ל, מהר"ל, ש"ך, יעב"ץ, קונה"ס, קוב"ש) הסוברים שיש כוח עקרוני ביד פוסק להכריע במחלוקות בין קודמיו (פלוגתא דרבוותא), ואולי אף במחלוקות שבתלמוד. לפי דעת הקוב"ש נראה שזו גם דעת הראשונים החולקים (כמו תה"ד שזכר אצלו, וכנראה גם רשב"ם בב"ב ס"ב ותוספות בכורות), ודבריהם האוסרים לעשות זאת נוגעים רק למקרים בו הדיין אינו בר הכי. דעת הר"י בן הרא"ש הייתה שבכלל אין אפשרות לפסוק באופן אחר (אלא שראינו שזוהי דעת יחיד). אם כן, היכולת להכריע במחלוקות של רבוותא אינה כרוכה בהכרח ביכולת לחלוק עליהם. מסקנתנו היא שגם אם אין לנו יכולת לחלוק על פוסקים קודמים, עדיין יש בידינו היכולת להכריע במחלוקות שביניהם.

מאידך, היה מקום לחשוב שהאפשרות לאוטונומיה בפסיקה היא רק קביעה תיאורטית, שהרי מי שהוא בר הכי אולי יכול להכריע בפלוגתא דרבוותא כמו שנתבאר, אולם לכאורה נראה שאף אחד אינו בר הכי. יש לציין שכך אכן נראה מלשון חלק ניכר מהפוסקים (למשל בדעת הראשונים החולקים, ובאחרונים כמו התומים שהבאנו ועוד רבים אחרים).

אולם, כפי שראינו, מהרא"ש ותשובת הגאוניס עולה שיבר הכי אינו בהכרח פוסק שמצוי בדרגתם של קודמיו, אלא, כלשון הגאוניס: 'גדול כפי הזמן'. מכאן יוצא שפסיקה אוטונומית, לפחות במידה מסוימת, היא שאיפה רלוונטית גם לבני זמננו. עוד ראינו, בעיקר בדברי מהר"ל, שהאוטונומיה בפסיקה ההלכה היא חובה ולא רק זכות. ביארנו ביסוד הדברים שזוהי הדרך בה 'התלמוד מביא לידי מעשה'.

המסקנה העיקרית היא שיש להציב בפני הלומדים את הגברת האוטונומיה בפסיקה (במינונים הרלוונטיים), ובבסיסה את השאיפה להגיע להיות 'בר הכי' (לפחות 'כפי הזמן'), כמטרה מרכזית בלימוד.

בסוגיא זו עפ"י פוסקים, היא עצמה בבחינת הסתמכות על התקדימים ולא הכרעה אוטונומית. מי שדוגל בהכרעה אוטונומית אינו משתכנע מטיעון כזה, שכן את הטיעון הזה עצמו הוא איננו מקבל (גם בסוגיא זו עצמה הוא מצדד בפסיקה אוטונומית). בשאלה מה לעשות ב'ספיקא דרבותא' לא ניתן להכריע לפי הכללים של 'ספיקא דרבותא', שכן הם עצמם מצויים כאן במוקד הויכוח. דומה כי מסיבה זו ניתן לראות פוסקים, כמו השאגת אריה והמהרש"ל, שהכריעו מחלוקות ראשונים מדעתם בסברא ובראיות, ולא חשו לדעת חבריהם שסברו שאין לעשות כן, על אף שחבריהם היו ללא ספק הרוב. בדברינו לעיל בכל פרק הבאנו את דעת השו"ע והרמ"א בסוגיות הנידונות, אולם לכאורה לא לגמרי ברור האם המשקל שיש לתת לדעתם בעניין ספציפי זה הוא מכריע, וכמו שנתבאר.<sup>28</sup>

ו. כאמור לעיל, הצגת הדברים היא תיאורטית בלבד, שכן כיום נראה שאין מקום לפסיקה אוטונומית ממש. הסיבה לכך היא שגם אם לא מקבלים את הסמכות הפורמלית של הפוסקים להכריע בסוגיא זו (מסיבות לוגיות, וכמו שנתבאר), ברור שיש משקל מכריע למנהג הפוסקים לפחות ככל מנהג אחר בישראל. ברור שלא ניתן להתעלם מהנהוגים הרווחים בעולם ההלכתי, שמסתמך על תקדימים בצורה מאוד ברורה, ובפרט על רבותינו הרמ"א והמחבר. לעיל ראינו שאפילו הרא"ש והמהרש"ל, שהם שני מקורות עיקריים שהבאנו לאוטונומיה בפסיקה, מקבלים את האיסור לפסוק כנגד פסיקה מפורשת של התלמוד (ואפילו להכריע במצב של תיקו). אם כן, נראה שלא ייגרע חלקו של הנהוג שלא להכריע במחלוקות בתלמוד, ובדרך כלל גם במחלוקות בין רבותינו הראשונים ואף הפוסקים האחרונים, מהנהוג ההוא. מסיבות אלו יובן כי הכוונה כאן היא אך ורק לעמוד על הערך העקרוני שבאוטונומיה בפסיקה, לקרוא להגברת המינון של האוטונומיה בפסיקה, ולהציע מודל שונה מעט לאידיאל שאותו עלינו להציב בפני הלומדים ובני הישיבות.

---

28. פולמוס הקודיפיקציה שהתנהל במאה ה-16 למניינם, שבמסגרתו נאמרו דברי מהרש"ל ומהר"ל הללו, נערך כנגד הרמ"א והמחבר עצמם. כידוע, הם עצמם היו שייכים לסיעת הפוסקים שמסייגת מאוד את האוטונומיה בפסיקה, והדברים עתיקים.