

יד נעלמה והעלם דבר

על הניתוח הכלכלי של המשפט והדגמה
באמצעות סוגיה במסכת הוריות

אריאל רכניץ

לימוד העיון הישיבתי ובעיקר הבריסקאי, מתייחס פעמים רבות למשפט כתוצאה קבועה מראש. על בית הדין לעמוד על הנתונים שמכתיבים תוצאה משפטית מסוימת, ולתקן את הסטיות ממנה. למשל: התובע טוען שהנתבע גנב לו כסף. כרגע, הכסף נמצא אצל הנתבע. אם לאחר בחינת הראיות יתברר שהגניבה אכן התרחשה, תתגלה סתירה בין המצב המשפטי – הכסף שייך לתובע, לבין המציאות – הכסף נמצא אצל הנתבע. בית הדין ישאף לתקן את המציאות כך שתתאים למצב המשפטי ויפסוק שהנתבע צריך להחזיר לתובע את הכסף. לימוד העיון מנסה להסביר את המשפט כתוצאה של סיבות ותנאים, ומציג את תפקידו של בית הדין כמעין ארכיאולוג משפטי המנסה לחשוף את האמת המשפטית המסתתרת מתחת לאבק המציאות.

בשנים האחרונות, הולכת ומתפתחת הגישה הכלכלית למשפט.¹ היא עוסקת בתוצאות של המשפט ולא בסיבות הגורמות לו. זאת ועוד – הגישה הכלכלית למשפט רואה את תפקידו של בית המשפט כיוצר מערכות תמריצים שיהוו בסיס למשא ומתן המתנהל בשוק חופשי. כלומר, בפסיקה שאינה משתלמת כלכלית לצדדים, הזכות שניתנה לאחד הצדדים על ידי בית המשפט תימכר לצד השני. הדוגמה המפורסמת² ביותר של ניתוח כלכלי של המשפט מתארת חקלאי המגדל תירס וחקלאי המגדל בקר הגרים בשכנות. הפרות של בעל הבקר אוכלות את התירס של בעל התירס. אם בית המשפט יפסוק שעל בעל הפרות להקים חומה

¹ הדגמה לניתוח כלכלי של פסק דין במאמרו של עדי אייל, 'רטוריקה כלכלית: כלכלה וספרות בניתוח המשפט' (מחקרי משפט יח).

² במאמר 'The Problem of Social Cost', Ronald Coase.

שעלותה גבוהה מעלות התירס שהפרות אוכלות, בעל הפרות יעדיף לסכם עם שכנו על תשלום בעבור התירס במקום לבנות את החומה. כלומר, פסיקת בית המשפט מציבה את הצדדים בנקודות פתיחה לקראת משא ומתן עתידי, כשלפסיקה בפני עצמה אין משמעות מלבד יחסי הכוחות שהיא יוצרת בין הצדדים.

הגישה הכלכלית למשפט מתנגשת חזיתית במתודה הבריסקאית ומציעה מתודת לימוד עיון שונה בתכלית.³ השאלות שהלמדן הכלכלן שואל שונות לחלוטין מהשאלות ששואל הלמדן הבריסקאי; תפיסתם את תפקידה של מערכת המשפט שונה, וההסברים שהם מחפשים שונים.

הלמדן הבריסקאי מנסה לפזר את הערפל שיוצרת המציאות סביב המצב המשפטי 'האמיתי' ולכן הוא יסביר כל הלכה כתוצאה מתבקשת של הנסיבות. כך למשל, הניסיון של סוגיית רבי חייא קמייתא להסביר שהמקרה של שניים אוחזים בטלית זהה בדיוק למקרה של עדים על מקצת. הסוגיה עושה שימוש במשוואות למדניות כדי לחשוף את הדין: תפיסה=אנן סהדי=עדים וכך מנסה להסביר למה השבועה מתבקשת ומובנת מאליה.

למול סוגיות רבי חייא עומד רבי יוחנן⁴ ומייצג את השיטה הכלכלית של המשפט: "שבועה זו תקנת חכמים היא, שלא יהא כל אחד ואחד הולך ותוקף בטליתו של חבירו ואומר שלי הוא".⁵ רבי יוחנן לא מנסה להסביר למה השבועה מתבקשת או מובנת מאליה אלא מסתכל על התוצאות שלה. במילים אחרות, רבי חייא רואה את השבועה כתוצאה משפטית, ואילו רבי יוחנן רואה את השבועה כיוצרת מערכת לחצים כלכליים. הלמדן הכלכלן עסוק במחשבה על מערכות התמריצים שההלכה יוצרת. כלומר, על התוצאות של ההלכה ולא על הסיבות שיצרו אותה.

³ ראו למשל במאמר 'המבעיר', פרופ' יעקב רוזנברג. מתוך **על הכלכלה ועל המחיה** עמ' 161-186.

⁴ ואיתו רבי יוסי בסוגיות ממון המוטל בספק – "אם כן מה הפסיד הרמאי", **משנה** ב"מ ג, ד. וההסברים של הראשונים על 'כל דאלים גבר' ו'שורא דדיני'.

⁵ **תלמוד בבלי** ב"מ ה ע"ב.

בעוד הלמדן הבריסקאי מתפקד כארכיאולוג משפטי שעליו לחשוף את המבנים המשפטיים המסתתרים מתחת לאבק המציאות, הלמדן הכלכלן מתפקד כמהנדס חברתי – עליו לצרף את הנקודות לתמונה גדולה של מערכת תמריצים ויחסי כוחות שמערכת המשפט יוצרת.

במהלך לימוד הפרק לא יכולתי להתעלם מהתחושה שבעוד שבגמרא ובמשנה ישנם דוברים רבים של שתי האסכולות, במרוצת הדורות הדוברים של השיטה הכלכלית הולכים ומתמעטים.

מלבד העובדה שהמתודה הכלכלית מוצאת חן בעיניי, יש לה יתרונות ברורים אותם אדגים באמצעות לימוד וניתוח מספר סוגיות במסכת הוריות.

א. רקע

הסוגיות שאנתח עוסקות בדיני פר העלם דבר של ציבור, בזקן ממרא וביחסים ביניהם. אפתח ברקע קצר של כל אחד מהנושאים.

פר העלם דבר של ציבור – רקע כללי

לבית הדין הגדול היושב בלשכת הגזית מספר תפקידים וביניהם ההוראה. בשונה מבתי הדין הרגילים, בית הדין הגדול יכול להורות הלכה באמצעות שלושה כלים שהרמב"ם מפרט בהלכות ממרים:⁶ דברים הנלמדים מפי השמועה, דברים שנלמדו באחת מהמידות שהתורה נדרשת בהן ותקנות.⁷

הפרק הראשון של מסכת הוריות עוסק במקרה בו בית הדין הגדול הורה הלכה שהתבררה כטעות. מדובר במקרים שההוראה התקבלה באמצעות שימוש באחת מהמידות שהתורה נדרשת בהן בנוגע לאחת משלושים

⁶ פרק א, ב.

⁷ לתקנות שמתקן בית הדין הגדול מעמד שונה מהוראות שעה של הערכאות הנמוכות. כדי לעמוד על ההבדלים יש להשוות בין פרק ב בהלכות ממרים לפרק כד בהלכות סנהדרין.

ושש המצוות שזדונן כרת ושגגתן חטאת.⁸ במקרה כזה – בכפוף לתנאים רבים – הציבור שחטא על פי הוראת בית הדין נפטר מקורבן חטאת ובית הדין מביא פר העלם דבר של ציבור.

אחד התנאים לקיום דין פר העלם דבר של ציבור הוא שההוראה התקבלה פה אחד בבית הדין הגדול.

זקן ממרא – רקע כללי

זקן ממרא הוא זקן הסמוך להוראה 'שיש בידו קבלה'⁹ שחולק על בית הדין הגדול במצווה שזדונה כרת ושגגתה חטאת,^{10,11} ומורה לאחרים לעשות בניגוד לפסיקת בית הדין או נוהג כך בעצמו. לאחר הליך שנעשה בבית הדין הגדול, הזקן מוכרז כזקן ממרא ונהרג בחנק.

הרמב"ם¹² פוסק שזקן ממרא חייב בחנק אם הוא מורה או עושה בניגוד לדעת בית הדין גם לקולא וגם לחומרא. הרמב"ם¹³ מוסיף שבשלב הראשוני מותר לזקן להחמיר בניגוד לדעת בית הדין אך עליו ללכת לבית הדין ולומר את דעתו. לאחר שדעתו נשמעה ולא התקבלה, עליו לנהוג לפי פסיקת בית הדין גם לקולא.

גם בפר העלם דבר וגם בזקן ממרא לא מדובר על פסיקה במקרה מסוים, אלא על שאלה מה ההלכה. בשפה המשפטית המודרנית בישראל – מדובר על קביעת הלכה עקרונית ולא על פסיקה נקודתית.¹⁴

⁸ משנה כריתות א, א-ב.

⁹ משנה תורה, הלכות ממרים ג, ד.

¹⁰ מקרה נוסף שלא נדון בו כעת הוא זקן ממרא שהורה להוסיף טוטפת חמישית לתפילין (משנה תורה, הלכות ממרים ד, ג).

¹¹ משנה תורה, הלכות ממרים פרק ד.

¹² משנה תורה, הלכות ממרים א, ד.

¹³ בהשגותיו על ספר המצוות, שורש א.

¹⁴ על ההבדל בין קביעת הלכה לפסיקה במשפט הישראלי במאמרו של בועז שנוור: 'הלכה ואין מורין כן: על היחס בין קביעת הלכה משפטית להכרעת הדין במקרה הספציפי'.

עד שיורו כולם

אחד התנאים לקיומו של דין פר העלם דבר של ציבור הוא שההוראה תתקבל פה אחד. הוראה שמתקבלת ברוב תקפה, אך אם היא תתברר כטעות - היחידים שיעשו לפיה יתחייבו חטאת. הלכה זו נמצאת בקונצנזוס בין הפוסקים. מקור ההלכה הוא בספרא:

לא היה מופלא של ב"ד שם או אמר אחד מהם איני יודע או שאמר להם טועין אתם, יכול יהו חייבין ת"ל עדת ישראל ישגו עד שיורו כולם.¹⁵

וכך היא מופיעה במשנה:¹⁶

הורו בית דין וידע אחד מהן שטעו ואמר להן טועין אתם... הרי אלו פטורין (מפר העלם דבר).¹⁷

הבבלי¹⁸ והירושלמי¹⁹ פוסקים את המשנה להלכה. הבבלי מסביר שאין צורך שכולם יורו בצורה אקטיבית אלא מספיק שלא יהיו מתנגדים. רוב הראשונים פסקו את הבבלי להלכה. למשל, הרמב"ם בהקדמתו למסכת הוריות מונה את הדרישה הזו כאחד משבעת התנאים לחיוב בפר העלם דבר של ציבור, ופוסק כך גם במשנה תורה.²⁰

ואכן, במקומות רבים כשהרמב"ם מדבר על בית הדין הגדול הוא מדגיש שהם דנים עד שיסכימו ביניהם,²¹ במידה ואינם מסכימים – מכריעים על

¹⁵ ספרא, ויקרא דבורא דחובה, פרשה ד פרק ה אות ד.

¹⁶ ובתוספתא בניסוח שלישי: "חומר בהוראה מה שאין כן בדיני נפשות וחומר בדיני נפשות מה שאין כן בהוראה שבהוראה עד שהורו כולן ובדיני נפשות הולכין אחר הרוב" (הוריות פרק א הלכה ג).

¹⁷ הוריות א, ד.

¹⁸ דף ג ע"ב: "אמר רבי יונתן: מאה שישבו להורות – אין חייבין עד שיורו כולן".

¹⁹ פרק א הלכה ב: "לית הדא פליגא על רבי מנא בר תנחום דרבי מנא בר תנחום אמר נכנסו מאה עד שיורו כולן".

²⁰ הלכות שגגות יג, א.

²¹ למשל ביחס להוראה: משנה תורה, הלכות ממרים א, ג. א, ד. פיהמ"ש הוריות א, ד, וכן סנהדרין ט, ג בנוגע לדיני נפשות בבית הדין הגדול. כך אפילו בקידוש החודש (בו יש רק שבעה דינים מתוך בית הדין הגדול): הלכות קידוש החודש ד, י.

פי רוב. לעומת זאת, כשהוא עוסק בערכאות אחרות הרמב"ם כותב מיד שמכריעים על פי רוב. כך למשל בהלכות ממרים בנוגע לבית הדין הגדול:

דברי קבלה אין בהן מחלוקת לעולם וכל דבר שתמצא בו מחלוקת בידוע שאינו קבלה ממש רבינו, ודברים שלמדין מן הדין אם הסכימו עליהן בית דין הגדול כולן הרי הסכימו, ואם נחלקו בהן הולכין אחר הרוב ומוציאין הדין אחר הרבים, וכן הגזרות והתקנות והמנהגות אם ראו מקצתן שראוי לגזור גזירה או לתקן תקנה או שיניחו העם המנהג הזה, וראו מקצתן שאין ראוי לגזור גזרה זו ולא לתקן תקנה זו ולא להניח מנהג זה נושאין ונותנין אלו כנגד אלו והולכין אחר רובן ומוציאין הדבר אחר הרבים.²²

לעומת זאת בדיני נפשות החלטה פה אחד היא דווקא חיסרון. כדי לחייב אדם מיתה, יש דרישה לוויכוח בין המזכים למחייבים ולהחלטה על מיתה שהתקבלה פה אחד אין תוקף.²³

לסיכום, הוראה שהתקבלה ברוב היא בעלת תוקף אך במקרה שהיא תתברר כטעות – כל מי שעשה לפיה יתחייב חטאת. לעומת זאת, מי שעשה מעשה על פי הוראה שהתקבלה פה אחד והתבררה כטעות פטור מחטאת ובית הדין חייבים בפר העלם דבר של ציבור.

קיומה של הדרישה הזו לא מובן. הקשר בין האופן בו ההחלטה התקבלה לחיוב בקורבן המוטל על יחידים אינו ברור. במקרה הזה, מבט על התוצאות שלה אף מעלה שאלה גדולה יותר – אם היחידים יודעים שהם עלולים להתחייב חטאת אם יתגלה שבית הדין טעה, גוברים הסיכויים שהם יעדיפו להיזהר ולא לקיים את הכרעת בית הדין.

²² משנה תורה, הלכות ממרים א, ג.

²³ משנה תורה, הלכות סנהדרין ט, א.

ב. הדיון בסוגיות

אציג את הדיון במספר סוגיות, לאחר מכן אבקש לטעון ששילוב של סוגיות אלו יוצר מערכת שמפעילה לחצים על כל הגורמים בה במטרה לייצר הליך פרגמטי ופרודוקטיבי.

דין ששתק ותלמיד הראוי להוראה

הסוגיה עוסקת בדין שלא מסכים עם הוראה שהתקבלה אך לא אמר את דעתו. היא נמצאת בשני מוקדים במסכת הוריות וקיים קונצנזוס לגבי דינו של דין ששתק.

הדיון מתחיל במשנה הראשונה במסכת:

הורו בית דין וידע אחד מהן שטעו או תלמיד והוא ראוי להוראה והלך ועשה על פיהן, בין שעשו ועשה עמהן, בין שעשו ועשה אחריהן, בין שלא עשו ועשה – הרי זה חייב, מפני שלא תלה בבית דין.²⁴

דין ששתק או תלמיד הראוי להוראה חייבים בחטאת ולא נכללים בפר העלם דבר מכיוון שהם לא תלו בבית דין. הראשונים נחלקו בהבנת המושג 'תלה בבית דין',²⁵ אך בפשטות ניתן לומר שנדרשת הסתמכות של האדם שחטא על הוראת בית הדין. דין שידוע שבית הדין טעה, לא יכול להיחשב כעושה בהוראתו ומתחייב חטאת. ישנם שלושה כיוונים מרכזיים המסבירים למה דין ששתק או תלמיד הראוי להוראה נחשב שוגג ולא מזיד.

ביטל דעתו אצל דעתם

הרי"ד על הסוגיה²⁶ מסביר שהכוונה היא שתלמיד הראוי להוראה לא מסכים עם דעת בית הדין אך מניח שהם צודקים והוא טועה, לכן הוא

²⁴ משנה הוריות א, א.

²⁵ על כך ב"בעיא דרב חמא", תלמוד בבלי הוריות, ב ע"א. מחלוקת רמב"ם, רבינו יהונתן מלוניל ורש"י.

²⁶ פסקי רי"ד על מסכת הוריות, דף ב עמוד ב.

נחשב שוגג ולא מזיד אך לא נכלל בפר העלם דבר כי השגגה שלו לא נעשתה ישירות בהוראת בית הדין. דברים דומים²⁷ כותב רבינו יהונתן מלוניל.²⁸

טעה במצווה לשמוע דברי חכמים

הבבלי מביא את הדיון בין אביי לרבא ביחס למשנה:

ראוי להוראה וכו'. כגון מאן? אמר רבא: כגון שמעון בן עזאי ושמעון בן זומא. א"ל אביי: כי האי גוונא מזיד הוא!

[...]

אלא היכי משכחת לה? כגון דידע דאסור וקא טעי במצוה לשמוע דברי חכמי, לדידי נמי, דטעו במצוה לשמוע דברי חכמים.²⁹

רבא טוען שהשגגה של תלמיד חכם הראוי להוראה היא המחשבה המוטעית שעליו לעשות כדברי בית הדין גם כשהוא יודע שבית הדין טועה. אביי מציג כאן את הבעיה הלוגית המעגלית שתחזור בהמשך הדיון – אדם הראוי להוראה לא יטעה במצווה לשמוע דברי חכמים. למרות דברי אביי, מרבית הראשונים פוסקים כרבא.³⁰

זדון לשגגה

בסוגיה המקבילה בירושלמי נדחית סברת 'טעה במצווה לשמוע דברי חכמים' ומוצעת אפשרות אחרת:

הלך היחיד ועשה שוגג על פיהן

וכי יש זדון לשגגה ליחיד אצל הוריית ב"ד?

²⁷ שיטת רבינו יהונתן מלוניל בפר העלם דבר מורכבת ושונה מהרי"ד אך לעניין הזה כוונתם זהה.

²⁸ פירוש רבנו יהונתן על הרי"ף מסכת הוריות (לפי דפי הש"ס) דף ב עמוד א.

²⁹ תלמוד בבלי הוריות, ב ע"א.

³⁰ למשל הרמב"ם בפיהמ"ש ובמשנה תורה הלכות שגגות יג, ה. וכן המאירי על הסוגיה.

רבי אימי בשם רשב"ל מתניתא כגון שמעון בן עזאי יושב לפניהן. מה אנן קיימין אם ביודע כל התורה ואינו יודע אותו דבר אין זה שמעון בן עזאי ואם ביודע אותו הדבר ואינו יודע כל התורה שמעון בן עזאי הוא אצל אותו הדבר.³¹

הירושלמי, בדומה לאביו, שואל איך ייתכן שאדם ראוי להוראה לא יודע שבית הדין טעו.

אלא כי נן קיימין ביודע כל התורה וביודע אותו הדבר אלא שהוא כטועה לומר תורה אמרה אחריהם אחריהם.

ואם בטועה לומר התורה אמרה אחריהם אחריהם אין זה שמעון בן עזאי כהדא דתני יכול אם יאמרו לך על ימין שהיא שמאל ועל שמאל שהיא ימין תשמע להם ת"ל ללכת ימין ושמאל שיאמרו לך על ימין שהוא ימין ועל שמאל שהיא שמאל.

הירושלמי מציע את האפשרות של 'טעה במצווה לשמוע דברי חכמים' ודוחה אותה בנימוקיו של אביו - אם אכן מדובר בתלמיד הראוי להוראה, עליו לדעת שאין חיוב לעשות כדברי חכמים בניגוד לדעתו.

מאי כדון רבי יוסי בשם רבי הילא לפי שבכל מקום שוגג פטור ומזיד חייב וכאן אפילו מזיד פטור מפני שתלה בב"ד.

לבסוף מוצעת אפשרות אחרת - למרות שתלמיד הראוי להוראה העושה בהוראת בית הדין הוא מזיד - שכן הוא יודע שבית הדין טעו - במקרה הזה הוא נחשב לשוגג 'מפני שתלה בבית הדין'. זו אפשרות תמוהה מאוד שמובאת בלי שום הסבר. הראשונים ניסו להידחק ולהסביר שהוא לא יכול להיות מזיד כי אין מי שיתרה בו.³²

לימוד הסוגיה בצירוף עם דיני זקן ממרא מעלה שאלה - מה סמוך שחולק על בית הדין צריך לעשות? אי אפשר להתעלם מהעובדה שמדובר

³¹ תלמוד ירושלמי הוריות פרק א הלכה א.

³² למשל: רידב"ן על הירושלמי שם ותוס' דא"ש על הבבלי, הוריות דף ב עמוד ב.

על זקן שסמוך להוראה – כלומר, אם הוא יעשה בניגוד להוראת בית הדין – בין לקולא בין לחומרא – הוא ייחשב לזקן ממרא ויתחייב חנק. לעומת זאת, אם הוא יעשה לפי דעת בית הדין הוא יתחייב חטאת. לפני שנשיב נעיין בעוד מספר סוגיות.

עם הארץ שידע שטעו עם הארץ שעשה לפי ההוראה

בסוגיית תלמיד הראוי להוראה ראינו שאדם שלא מסכים עם בית הדין ולמרות זאת עשה לפי הוראת בית הדין חייב חטאת רק אם הוא סמוך או ראוי להוראה. כלומר, עם הארץ שלא מסכים עם בית הדין ולמרות זאת עושה בהוראתם, פטור מחטאת. וכך פוסק הרמב"ם:

כיצד? הורו בית דין לאכול חלב הקיבה כולו, וידע אחד מן הקהל שטעו ושחלב הקיבה אסור ואכלו מפני הוראתן, שהיה עולה על דעתן שמצוה לשמוע מבית דין אף על פי שהם טועים, הרי זה האוכל חייב חטאת קבועה על אכילתו, ואינו מצטרף למנין השוגגים על פיהם. במה דברים אמורים? כשהיה זה שידע שטעו חכם או תלמיד שהגיע להוראה, אבל אם היה עם הארץ הרי זה פטור. שאין ידיעתו באיסורין ידיעה ודאית ומצטרף לכלל השוגגים על פיהם.³³

כלומר, בניגוד לתלמיד חכם הראוי להוראה, עם הארץ שידע שבית הדין טעו ולמרות זאת עשה לפי הוראתם – פטור. הסיבה לכך לא מספיק ברורה – מה הכוונה "שאין ידיעתו באיסורין ידיעה ודאית"? האם זו קביעה פוזיטיבית? אם כן, מה יהיה הדין במצב שיש עם הארץ שידעו באיסורין ודאית? בנוסף, ההלכה אינה סימטרית – אם הסיבה שתלמיד חכם עושה לפי הוראת בית הדין היא המחשבה ש'מצווה לשמוע בדברי חכמים', למה רמת הוודאות של היחיד באיסורים משפיעה על החיוב שלו בחטאת? נמשיך הלאה.

³³ משנה תורה, הלכות שגגות יג, ה.

עם הארץ שעשה בניגוד להוראה

במקרה שעם הארץ עשה בניגוד להוראה להקל, למשל אכל חלב שבית הדין אסרו – דינו כרת.³⁴

במקרה שעם הארץ עושה בניגוד להוראה להחמיר – למשל, לא אוכל חלב שבית הדין התירו, הרמב"ם פוסק שהוא עובר על לאו של 'לא תסור':

כל מי שאינו עושה כהוראתן עובר בלא תעשה שנאמר לא תסור מכל הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל, ואין לוקין על לאו זה...³⁵

כלומר, עם הארץ שעושה בניגוד להוראה עובר על לאו אך לא לוקה.

מאה שישבו להורות

נבחן כעת סוגיה נוספת ובהמשך נסביר כיצד היא קשורה לעניין. מקורות רבים תומכים בטענה שניתן להוסיף דיינים מעבר לשבעים ואחד הדיינים הקבועים. כל אחד מהמקורות האלו מהווה חלק מדין בסוגיות שונות ולא אביא כאן את כל הדיונים, אלא רק את החלקים שמציבים את האפשרות של הוספת דיינים. כך למשל בבבלי:³⁶

אמר רבי יונתן: מאה שישבו להורות – אין חייבין עד שיורו כולן, שנאמר: ואם כל עדת ישראל ישגו, עד שישגו כולן.³⁷

³⁴ זו המשמעות של תפקידו של בית הדין הגדול כמורה הוראה – ההלכה נקבעת לפי הוראתו ולכן אדם שעושה במזיד בניגוד להוראת בית הדין בדבר שזדונו כרת ושגגתו חטאת – חייב כרת ומלקים אותו מכת מרדות.

³⁵ **משנה תורה**, הלכות ממרים א, ב. בהמשך ההלכה הרמב"ם מפרט שמדובר במעשה בניגוד להוראת בית הדין שהתקבלה באחת משלושת דרכי ההוראה – שמועה, מידות שהתורה נדרשת בהן ותקנות.

³⁶ מימרא דומה מובאת בירושלמי: "והא ר' מנא בר תנחום אמר נכנסו מאה עד שיורו כולן" (תלמוד ירושלמי, הוריות פרק א, הלכה ב).

³⁷ תלמוד בבלי הוריות, ג ע"ב.

בירושלמי נראה שהוספת הדיינים הייתה הליך סטנדרטי, קיים מעמד של 'חוץ לשבעים':

ניחא גר, ממזר בית דין ממנין ממזרין?

[..]

רבי חנניה רבי מנא חד אמר בתוך שבעים וחרנה אמר חוץ לשבעים. מאן דמר חוץ לשבעים – ניחא. ומאן דמר בתוך שבעים הא חוץ לשבעים לא? מכיון שאינו ראוי להורייה נעשה כאבן.³⁸

בסוגיות שונות לאורך המסכת ישנם מקורות נוספים המניחים שקיימת סיטואציה כזו או אחרת של הוספת דיינים.³⁹ לצערי, לא מצאתי התייחסויות לאופן שבו מצרפים דיינים נוספים. למרות זאת, אפשר לשער שכל מי שסמוך היה יכול להצטרף לדיון.

ג. סיכום ביניים ודיון בסוגיות

במהלך הדיון בסוגיות טענתי שלוש טענות:

1. בהוראה אין מגבלה על מספר הדיינים, כל מי שסמוך יכול להצטרף לדיון.
2. הוראה יכולה להתקבל ברוב אך להוראה שלא התקבלה פה אחד אין את רשת הביטחון של פר העלם דבר של ציבור. במקרה של טעות, כל מי שעשה בהוראת בית הדין יתחייב חטאת.

³⁸ תלמוד ירושלמי, הוריות פרק א, הלכה ד.

³⁹ כך למשל מסביר פרופ' צבי אריה שטיינפלד בספרו 'הוריות – מחקרים במשנה ובתלמודים' את המושג 'מופלא' (פרק 10 – מופלא של בית דין, עמ' 195-212). עוד בעניין זה מבחינה לשונית במאמרו של הוגו מנטל 'The Titles Ab bet din, hakam, and Mufli', פרק שלישי מתוך הספר 'Studies in the History of the Sanhedrin'. כך גם רבינו חננאל ברך ה' ע"ב: "אלא כגון שהיו יותר מע"א...". והמאירי ברך ג ע"ב: "הא נצטרפו אחרים עמהם בהוראה..."

יד נעלמה והעלם דבר | 221

3. את דיני אדם שידע שבית הדין טעה בהוראה (בנוגע לסמוך ותלמיד הראוי להוראה אין הבדל בין הוראה שהתקבלה ברוב לבין הוראה שהתקבלה פה אחד) ניתן לסכם כך:

עשה בניגוד להוראה להחמיר	עשה בניגוד להוראה להקל	עשה לפי ההוראה	
חייב חנק	חייב חנק	חייב חטאת	סמוך
עובר על "לא תסור"	חייב כרת	חייב חטאת	תלמיד הראוי להוראה
עובר על "לא תסור"	חייב כרת	פטור מחטאת	עם הארץ בהוראה שהתקבלה פה אחד
עובר על "לא תסור"	חייב כרת	חייב חטאת	עם הארץ בהוראה שהתקבלה ברוב

מערכת הלחצים

כעת נבחן את האינטרסים של הגורמים השונים לאור הלכות אלה, תוך כדי ההליך ולאחריו.

האינטרסים במהלך הדיון בהוראה

לבית הדין יש מוטיבציה להגיע להסכמה פה אחד מכיוון שרק במקרה כזה, היחידים שיעשו בהוראתם יהיו פטורים מקורבן חטאת. בנוסף, מסתבר שהציבור לא יישמע להוראה שאין לה את רשת הביטחון של פר העלם דבר של ציבור – כלומר, חיוב בחטאת של היחידים במקרה של

החלטה שהתקבלה ברוב, נועד לגרום לבית הדין לנסות ולהגיע להסכמות כך שההוראות יתקבלו פה אחד.

כל זקן סמוך יכול להשתתף בדיון, גם הוא לא חלק מ-71 הדיינים הקבועים, ויש מערכת תמריצים שגורמת לו לעשות זאת. סמוך שלא ישתתף בדיון ותקבל הוראה בניגוד לדעתו נמצא בפני דילמה לא סימפטית בין שתי אפשרויות גרועות:

- א. הוא יכול לעשות לפי ההוראה של בית הדין ואם בית הדין יודה בטעותו הוא יתחייב חטאת.
- ב. הוא יכול לעשות בניגוד להוראה, להיחשב לזקן ממרא ולהתחייב בחנק.

ממילא כל זקן סמוך ינסה להימנע ככל האפשר ממצב כזה. התוצאה של מערכת הלחצים הזו היא מוטיבציה גבוהה מצידו של הסמוך להגיע לדיון ולהשמיע את דעתו כדי לשכנע את בית הדין. המוטיבציה הזו מתלכדת עם המוטיבציה של בית הדין להגיע להסכמה פה אחד. במילים אחרות, ההליך של קבלת ההוראה יוצר מצב שבו ניתן משקל לדעתו של כל זקן סמוך, ועל כל אחד מהזקנים מופעל לחץ להשמיע את דעתם. כדי לאזן את המשקל הרב שניתן לדעתו של כל זקן, להוראה יש תוקף גם אם היא מתקבלת ברוב.

לאחר פסיקת ההוראה

לאחר ההחלטה, גם לפי רוב, הכללים מתעלים את הדמויות השונות לקבל החלטות מסוימות.

1. דינו של זקן

זקן שמורה או עושה בניגוד לפסיקת בית הדין נהרג בחנק. ואם הוא יעשה לפי הוראת בית הדין, הוא ייחשב שוגג ולא מזיד – כלומר, אני מציע

ששיטת הירושלמי של 'זרון לשגגה' מנסה להניע את הזקן לעשות כדעת בית הדין.⁴⁰

2. תלמיד חכם שאינו סמוך

תלמיד חכם הראוי להוראה שאינו סמוך נמצא בהתלבטות לא פשוטה בפני עצמו.

אם הוא חולק על בית הדין להקל, אזי האפשרויות שלו הן:

- א. לעשות כהוראתם ולהתחייב חטאת.
 - ב. לעשות בניגוד להוראתם ולהתחייב כרת.
- ולכן הוא יעשה כהוראתם.

אם הוא חולק על בית הדין להחמיר, האפשרויות שלו הן:

- א. לעשות כהוראתם ולהתחייב חטאת.
 - ב. לעשות בניגוד להוראתם ולעבור על לאו של 'לא תסור'.
- כך שהוא יבחר לעשות בניגוד להוראתם ולהחמיר.⁴¹ כלומר, בשני המקרים הוא יחמיר.

3. עם הארץ

אצל עם הארץ יש הבדל בין החלטה שהתקבלה ברוב לבין החלטה שהתקבלה פה אחד. בהחלטה שהתקבלה פה אחד, הוא תמיד יבחר לעשות כהוראת בית הדין. כיוון שאם בית הדין טעה הוא ייפטר מקרבן ובית הדין יביא פר העלם דבר של ציבור. לעומת זאת, בהחלטה שהתקבלה ברוב הוא תמיד יחמיר, שכן הוא נמצא במצב זהה לזה של תלמיד חכם הראוי להוראה.

⁴⁰ אם זקן שעושה כדעת בית הדין היה נחשב מזיד ומתחייב כרת, הוא היה צריך לבחור בין כרת לחנק שחומרם זהה או דומה. ההנמכה של המזיד לשוגג מייצרת לחץ על הזקן לבחור לעשות כדעת בית הדין.

⁴¹ הגמרא עצמה (ב ע"ב) קובעת את סדר העדיפויות הזה – "כגון דידע דאסור וקא טעי במצווה לשמוע דברי חכמים", ובירושלמי (א, א): "ואם בטועה לומר התורה אמרה אחריהם אחריהם... יכול אם יאמרו לך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין תשמע להם? ת"ל ללכת ימין ושמאל".

ההבדל הזה יוצר את התמריץ של בית הדין להגיע להסכמות פה אחד. בנוסף, גם אם החלטות התקבלו ברוב, הסיכוי שהציבור ינהג לפיהן קטן. כך נוצרת מעין ברירה טבעית של הלכות שנותנת עדיפות לאלו שהתקבלו פה אחד.

כלומר, לאחר שההוראה מתקבלת, מערכת הלחצים הפלורליסטית שהופעלה בהליך הדיון בהוראה מתחלפת במערכת לחצים שתוצאתה התקבלות מהירה של ההוראה החדשה.

השילוב של שתי מערכות היחסים האלו יוצר הלכה מאוחדת ופרגמטית – מצד אחד כל הדעות נשמעות וזוכות להתייחסות בשלב הדיון, ומצד שני לאחר שמתקבלת החלטה, מתבצע ישור קו.

כך דברי הרמב"ם:

כשהיה בית דין הגדול קיים לא היתה מחלוקת בישראל, אלא כל דין שנולד בו ספק לאחד מישראל שואל לבית דין שבעירו אם ידעו אמרו לו אם לאו הרי השואל עם אותו בית דין או עם שלוחיו עולין לירושלים ושואלין לבית דין שבהר הבית אם ידעו אמרו לו אם לאו הכל באין לבית דין שעל פתח העזרה, אם ידעו אמרו להן ואם לאו הכל באין ללשכת הגזית לבית דין הגדול ושואלין, אם היה הדבר שנולד בו הספק לכל, ידוע אצל בית דין הגדול בין מפי הקבלה בין מפי המדה שדנו בה אומרים מיד, אם לא היה הדבר ברור אצל בית דין הגדול דנין בו בשעתן ונושאים ונותנים בדבר עד שיסכימו כולן, או יעמדו למנין וילכו אחר הרוב ויאמרו לכל השואלים כך הלכה והולכין להן, משבטל בית דין הגדול רבתה מחלוקת בישראל זה מטמא ונותן טעם לדבריו וזה מטמא ונותן טעם לדבריו זה אוסר וזה מתיר.⁴²

⁴² משנה תורה, הלכות ממרים א, ד.

ד. סיכום

הצעתי להשתמש בגישה הכלכלית לניתוח המשפט ללימוד העיון כאלטרנטיבה ללימוד העיון הבריסקאי. הדגמתי את הניתוח הכלכלי באמצעות הצגת הדיונים השונים בסוגיות בהוריות ובזקן ממרא. במהלך הדיון עלו בעיות הנובעות מהניסיון להסביר כל הלכה כמתבקשת בפני עצמה; כך למשל הפלונטר סביב 'מצווה לשמוע דברי חכמים', הניסיונות למצוא פשר בהבדל בין חכם הראוי להוראה לבין עם הארץ והמלכוד שדיין ששתק נמצא בו. הצעתי לקרוא את הסוגיות הללו כמערכת תמריצים היוצרת התנהגות שבתורה הופכת את בית הדין הגדול לאוטוריטה הלכתית יחידה ופרגמטית.

