

## ה"אמת" של הדיין ככלי פסיקה במשנת הרמב"ם: להלכות סנהדרין כד, א-ג

יעקב בלידשטיין

א. מקורות לעצמאות הדיין; ב. למקומם ולמעמדם של עדים בבירור האמת; ג. הדוגמאות המיימוניות ומשמעותן; ד. נסיגת הרמב"ם: שלילת עצמאותו של הדיין; ה. דין מרומה והסתלקות הדיין; ו. על הדין ועל היושר בתשובות הרמב"ם; נספח: אומדן דעת הדיין במשנת הגאונים

ההלכה הראשונה בפרק כד בהלכות סנהדרין היא בין ההלכות הנועזות והמכלילות בקורפוס המיימוני. באמירה גורפת זו אני מתכוון הן לתוצאות המעשיות העשויות לנבוע ממנה והן לצד העיוני שלה, שהרי הרמב"ם מערער כאן, לכאורה, על חלק מנכסי צאן הברזל של ההליך המשפטי ההלכתי. לנועזות של הלכתנו תורם גם היקפה, כיוון שהיא מציבה כלל המתפקד בדיני ממון כולם. ואכן, גם כשרבנו מוותר, בהלכה ב', על יישום הלכתו זו בפועל ("כל אלו הדברים הם עקר הדין אבל..."), אין הוא נסוג בו כהוא זה מדבקותו בצדקת דרכו העקרונית, כפי שניווכח בהמשך. יתרה מזו: מסתבר כי הלכות אחרות במשנה תורה נפסקות על ידי הרמב"ם בהתאם לתפיסתו העקרונית-ראשונית זו ובהשראתה, תוך התעלמות מהסתייגותו שלו עצמו, ועל כך ניתן את הדעת להלן.

מצד שני, דווקא ההעזה וההכללה המאפיינים את הלכתנו מחייבים אותנו להקפיד בקריאתה, להבין כי אף מילותיו ההצהרתיות של הרמב"ם בפתח פרק כד בהלכות סנהדרין זקוקות לקריאה מדויקת וזהירה, כדי שלא נרחיב מהן מעבר למדה ולא נכניס בהן את מה שאין בהן. על כן ההדגמה בה הרמב"ם מיישם את ההוראה הכללית עשויה, מטבע הכתיבה המשפטית, לתחום את ההוראה המכלילה.<sup>1</sup> הסיומת של הלכתנו, מקום בו הרמב"ם מורה "וכן כל

1 על חשיבותן העקרונית של הלכות אלו עמד לראשונה, דומני, הרב ח"ד הלוי, דבר

כיוצא בזה", מלמדת כי הדיין אמור להיצמד לדוגמאות הניתנות ולהרחיב מהן בעת ובעונה אחת.

### א. מקורות לעצמאות הדיין

וכך היא הוראת הרמב"ם הכללית:<sup>2</sup>

יש לדיין לדון בדיני ממונות<sup>3</sup> על פי הדברים שדעתו נוטה להם שהם אמת<sup>4</sup> והדבר חזק בלבו שהוא כן אף על פי שאין שם ראיה ברורה, ואין

המשפט, א, תל-אביב תשכ"ג, עמ' 150 ואילך, שהעיר, בין היתר, כי הלכתנו "מהוה... אחד היסודות הראשוניים של משפט התורה". ואמנם, למרות נסיגתו של הרמב"ם מהלכתו למעשה, הוא המשיך לראות בה את האידיאל ההלכתי, כפי שניווכח. בזמנו, יכול היה הרב הרצוג לכתוב ביחס לנסיגה זו: "ואין לחוש כל כך להסתייגות הבאה אחר כך בדברי רבינו הגדול" (הרב י"א הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, ג, ירושלים תשמ"ט, עמ' 57). וראו את עבודתו החלוצית והמעמיקה של ח' ש' חפץ, ראיות נסיבתיות במשפט העברי, עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשל"ד, במיוחד עמ' 50-64. חפץ, שהעמיד על פריצת הדרך המשתקפת בהלכה המיימונית שלפניו, תאר את הרמב"ם כמי שהגה את "תורת [ה]אומדנה [ה]כללית [ה]ראשונה" בספרות ההלכה.

2 הלכות סנהדרין כד, א.

3 הנאמר כאן לגבי דיני ממונות עומד בניגוד לנאמר בהלכות סנהדרין כ, א, בענייני עונשים (=דיני נפשות ומלקות). שם, "אין בית דין עונשין באומד הדעת אלא על פי עדים בראיה ברורה". וכן האריך הרמב"ם באיסור הפסיקה בנפשות על פי ראיות נסיבתיות בספר המצות ל"ת סימן רצ. למרות שנושא זה משמש רקע לענייננו, הדיון בו יחרוג ממסגרת המאמר הנוכחי. וראו ח' ש' חפץ, "אומדנה וחזקה בדיני נפשות", דיני ישראל, ח (תשל"ז), עמ' מה-נב, הסבור כי "מעיקר הדין" גם דיני נפשות אמורות היו לידון בהתחשב לאומד דעת הדיין (כממונות) אלא שהחשש להריגת נקי, מכאן, וקיום דין שמים מקביל היכול למצות את הדין עם הרשע, מכאן, הם שגרמו לייחוד שבדיני עונשים. יש לציין כי למרות זהירות גדולה זו הננקטת לגבי דיני הראיות שבדיני נפשות, טורח רבנו להוסיף במאמר מוסגר (ספר המצות ל"ת, סימן רצ, על פי תרגומו של הרב קאפח) "אין סנהדרין הורגים אותם על דרך בצוע העונש", מה שגורר את הערת הרב קאפח (במהדורת ספר המצות הכוללת את המקור הערבי והתרגום העברי): "אבל הורגין אותו דרך הוראת שעה וגדירת פרץ". משתמע מכאן כי ההריגה כהוראת שעה גם מופעלת על ידי אומדנא; ואכן המלך הורג "באמתלאות ובדדמי" (מו"נ ג, מ, בתרגום א"ת; "בידיים מוכיחות" בתרגום הרב קאפח; "על פי הספק", בתרגום מ' שוורץ). וראו יי בלידשטיין, עקרונות מדיניים במשנת הרמב"ם, מהדורה ב', רמת-גן תשס"א, עמ' 133 הע' 16; עמ' 136 הע' 23.

4 הניב 'שדעתו נוטה להם' רומז לנוסח העברי של הביטוי 'שודא דדייני', ראו הלכות זכיה ומתנה ה, ו; שם, יא, ג. האם אף בענייני הרמב"ם רומז למושג זה? יש לציין כי סוגיית

צריך לומר אם היה יודע בודאי שהדבר כן הוא שהוא דן כפי מה שהוא יודע... שאין הדבר מסור אלא ללבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת. אם כן למה הצריכה תורה שני עדים? שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים ידון על פי עדותם אף על פי שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר.

על מלוא משמעות דברי הרמב"ם אלה עמד חיים חפץ, שהצביע על ה'מהפכנות' המיימונית בענייננו: "תורת האומדנה הכללית של הרמב"ם... הופכת מן הקצה אל הקצה את המושגים היסודיים השוררים אצלנו על 'חסי הכוחות' בין דיין ועדים במסגרת דיני הראיות של המשפט התלמודי... הדיין, לפי תפיסת הרמב"ם, הוא הוא העמוד העיקרי, כמעט הבלעדי, שכל בנין המשפטים... עומד עליו. הוא ולא אחר קובע את האמת העובדתית, ולא כל שכן את 'האמת המשפטית'. במילים אחרות, הרמב"ם תפש את הדין כפונקציה של הדיין".<sup>5</sup>

החופש שהוא מנת חלקו של הדיין מקומו בתחום הראיות ואפילו בתחום הפרוצדורה; הוא אינו נוגע לקביעת הדין. "הרמב"ם מדבר על הדין הפרוצדורלי ולא על הדין המהותי". אין הרמב"ם מערב בין המחוקק לשופט.<sup>6</sup> זיקת הרמב"ם כאן לדיני הראיות והפרוצדורה ניכרת מבעד ההצהרה המיימונית: "יש לדיין לדון... על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן אף על פי שאין ראיה ברורה ואין צריך לומר אם

הבבלי בכתובות פה ע"ב, שעליה ביסס הרמב"ם את הלכותיו בענייננו, מסיימת עם מקרה של "שודא דדייני". אם הרמב"ם אכן ראה את המקרים שלנו כסוגים של 'שודא דדייני', יתברר כי יכול היה לסבור כי פסיקתו כאן נסמכת על תשתית תלמודית עקרונית ולא על כמה מקרים ספציפיים בלבד.

5 חפץ, עבודת דוקטור (לעיל הע' 1) עמוד 50 ואילך; ח' ש' חפץ, "על פי שנים עדים יקום דבר" – האמנם? תקדים, ב (תשמ"ט), עמ' 67. אמנם יש לציין כי קיימת מגמה בספרות האחרונים לצמצם את משמעות דברי רבנו: ראו לדוגמה אצל ר' יעקב מליסא, נתיבות המשפט, לחו"מ סימן טו ס"ק ב; ר' מאיר שמחה מדווינסק, אור שמח להלכת הרמב"ם על אתר, ולהלכות שאלה ופקדון ו, ד, ועוד. אף ש' אלבק, הראיות בדיני התלמוד, רמת-גן תשמ"ז, עמ' 65-67, תומך בגישת בעל הנתיבות, המתאימה לעמדותיו שלו בכלל. לגישה הקרובה לזו הנקוטה בפנים, ראו ר' מאיר אויערבך, אמרי בינה, ב, דיני דיינים סי' כד.

6 א' אדרעי, "בית הדין כאביהם של יתומים", דיני ישראל, יט (תשנז-ח), עמ' כב, הע' 56; וכן ראו ליד הע' 36 להלן.

היה יודע בודאי שהדבר כן הוא". ההוראה המיימונית נוגעת לשאלה על מה מסתמך הדיין בבואו לפסוק את הדין, כלומר, על דיני ראיות. תשובת הרמב"ם לשאלה זו, הלא היא שהדיין אמור לסמוך על הראיה שהוא בטוח בה, היא הדורשת ממנו להתייחס בהמשך הלכתנו לתפקידם ה'מתחרה' של העדים. הם האמורים לכאורה לקבוע בפני הדיין את האמת העובדתית, ובהתאם לכך אף את האמת המשפטית.

יש לציין כי הרמב"ם אינו תומך את הצהרתו המכלילה והתקיפה בפסוק או במדרש, כפי שניתן היה לצפות. אפשר לומר, כמובן, כי הבסיס המקראי לדברים נמצא בשמות כג, ז ("מדבר שקר תרחק"), כתוב שעליו מתבססת הלכת 'דין מרומה' שבהלכה ג' להלן. אם כן, נצטרך לשקול שמא הלכתנו כולה (המחייבת את הדיין לדון 'דין אמת') אינה אלא הרחבה של האיסור לפסוק 'דין מרומה'.<sup>7</sup> יש המציע, לעומת זאת, כי ההוראה המקראית לדיין "ודרשת וחקרת ושאלת היטב" (דברים יג, טו) עומדת ביסוד הלכתנו.<sup>8</sup> מאידך גיסא ניתן לטעון כי התקדימים התלמודיים הפרטניים המופיעים באמצע הלכתנו ושעליהם פסחנו לעת עתה ("כיצד, הרי שנתחייב...") הם ששימשו מקור לדברי הרמב"ם. אם כך הדבר, ראויה ההכללה המיימונית לתשומת לב. בצדק העיר יובל סיני כי הרמב"ם "פיתח מהמקורות התלמודיים שנשאו אופי מקומי וקואיטטי למדי כלל עקרונות ומופשט".<sup>9</sup> הרמב"ם גם הקנה למקורות אלה אופי אחר, מחייב. בעוד שהמקור התלמודי מוסר על התנהגותם של אמוראים במקרים מסוימים, הרמב"ם יצר נורמה מחייבת, תוך שימוש נרחב במונח "יש" במובן: "חייב". ההכללה כולה פותחת במונח זה ("יש לדיין לדון... על פי הדברים שדעתו נוטה להם שהם אמת"), וכן הדבר לגבי כל אחד משלושת המקרים בהמשך. אמנם מקובל לגמרי כי מעשים הופכים להיות נורמות, אך באותה מידה ראוי הדבר לתשומת לב, כיון שאין פיתוח זה מחויב המציאות.<sup>10</sup>

\* \* \*

7 הלכה ג' פותחת אמנם ב"ומניין לדיין שיוודע בדין שהוא מרומה...", מה שלכאורה מנתק אותה ספרותית מן ההלכות הקודמות. מצד שני, סדר ההלכות בטור (ח"מ סי' טו) עשוי לעודד את ההשערה כי הלכת 'דין מרומה' היא היסוד להלכות האחרות.

8 הלוי (לעיל הע' 1), עמ' 150.

9 "סיני, "כוחו של דיין בדין מרומה וב'קים לי בגווה' במשנת הגאונים והרמב"ם", מעליות כה (תשס"ה), עמ' 289; חפץ (לעיל הע' 1), עמ' 51.

10 מדברי רב אדא בר מתנה "ולא יהא רב פפא כבת רב חסדא?" (בבלי, כתובות פה ע"א)

דבריו המרחיבים של הרמב"ם לקראת סוף הלכתנו ("שאינן הדבר מסור אלא ללבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת") יונקים, לדעת ח' ש' חפ"ן, מן המקורות התלמודיים המטילים על הדיין את החובה לדון דין אמת לאמיתו ולדון לפי מה שעניו רואות.<sup>11</sup> אמירות ערכיות אלה נושאות אפוא מטען הלכתי משמעותי ביותר לדעת הרמב"ם. דומה כי טיב התייחסותו של רבנו לאמירות אלה בהלכות סנהדרין מעיד אף היא על גישתו.

נפתח ונעיין בהלכות סנהדרין כ, ז. כאן הרמב"ם מפרש את המונח 'גס לבו בהוראה' כמי שחותך את הדין 'קודם שיחקרהו בינו לבין עצמו עד שיהא לו ברור כשמש'. הדיין נדרש לעמוד במבחן הפנימי ("בינו לבין עצמו"). 'גס לבו' אינו מי שמסתמך ביהירותו על הכרתו האישית אלא דווקא מי שנמנע מלפנות בכנות אל הכרתו והבנתו.

עיקרון זה בא לידי ביטוי בולט יותר בעיצוב הלכות סנהדרין כג, ט. כאן הרמב"ם משלב שתי אמרות הבאות בנפרד במקור התלמודי, ובכך מקנה להן פרוש חדש. מצד אחד, התלמוד מוסר במספר מקומות על מעלתו של הדיין "הדין דין אמת לאמיתו", ואומר על הדיין שאינו דן דין אמת לאמיתו ש"גורם לשכינה שתסתלק מישראל"; ומצד שני, מעודדים את הדיין הנרתע מלפסוק שמא יוציא מכשלה מתחת ידו, באשר "אין לו לדיין אלא מה שעניו רואות".<sup>12</sup> הרמב"ם מצרף שתי הלכות אלה, כך ש'דין אמת' כבר אינו מבטא סטנדרט אובייקטיבי אלא את אותו הדבר ש'עניו' של הדיין 'רואות'. ברור עתה כי אין הדיין ממלא את תפקידו כראוי אם אינו מיישב את פסיקתו עם ראייתו האישית את המציאות. כאן 'ראיית' הדיין האישית אינה מצטמצמת לנוהלי המשפט הפרוצדוראליים בלבד.

יש לזכור, כי החובה המוטלת על דיין לנהוג כפי "מה שיראה לו" אינה מצטמצמת למקרים בהם הוא עשוי לערער בגין כך על הכללים הפרוצדוראליים של ההלכה. על בית הדין, במעמדו כ'אביהם של יתומים', לפקח על פועלם של אפוטרופוסים למיניהם ואף לסלק את האפוטרופוס המועל בתפקידו –

אמנם משתמע כי צפוי היה שרובא יפעל גם במקרה אחר כפי שפעל במקרה של החשודה על השבועה, אך לא מדובר בהכרח בנורמה מחייבת. והשוה את מקרה מרי בר איסק (בבלי, כתובות כז ע"ב) והפיכתו לנורמה בהלכות עדות ג, יב.

11 חפ"ן (לעיל הע' 1), עמ' 51; בבלי, סנהדרין ז ע"א.

12 בבלי, שבת י ע"א; סנהדרין ו ע"ב; שם, ז ע"א.

"כפי מה שייראה לדיין". ואולם גם במקרה זה פועל הדיין בצורה המערערת על הדין הממוסד, שכן מדובר אף באפוטרופוס שקבל את מינויו מאבי היתומים. וכן לשונו של רבנו בסיום שהצמיד לדיני הענישה החריגה, המחמירה מעבר להלכה הסטנדרטית לטובת צורכי השעה: "כל אלו הדברים כפי מה שייראה הדיין שזה ראוי והשעה צריכה". אף כאן באה 'ראיית' הדיין בהקשר של הענקת סמכויות ייחודיות.<sup>13</sup>

\* \* \*

היבט אחר של המחויבות המיימונית לעצמאותו האישית של הדיין בא לידי ביטוי, סבורני, בגישת הרמב"ם להלכה המזהירה את הדיין שלא ייגרר אחרי עמיתיו בקובעו את עמדתו בדין. בראש לא תעשה רפ"ג שבספר המצוות מסכם הרמב"ם ש"הוזהר הדיין מלילך אחר סברת דין אחר דרך היסמכות עליו... מבלי שיבחון הדבר בעצמו לפי חקירתו וסברתו מתוך יסודות הדין... אל... תטה עם הרוב או עם הגדולים ותשתוק ממה שיש בדעתך באותו הדין". ובמשנה תורה: "אחד מן הדיינים בדיני נפשות שהיה מן המזכין או מן המחייבים לא מפני שאמר דבר הנראה לו בדעתו אלא נטה אחרי דברי חברו, הרי זה עובר בלא תעשה...".<sup>14</sup> אמנם הדברים נסמכים על מקורות חז"ל הדורשים את הנאמר בשמות כד, ב לעניין זה, אך דומה כי אפשר להכיר בחשיבות שהרמב"ם ייחס לנושא, וזאת בשלשה מישורים. ראשית, ברור שהרמב"ם מרחיב כאן מעבר לנאמר במקורות חז"ל, וזאת על ידי השימוש בטרימינולוגיה הערכית האהובה עליו. שנית, מסתבר כי הנושא העסיק את רבנו בהקשרים שונים, וכי נקט עמדות שונות כלפיו במשך חייו.<sup>15</sup> שלישית, הרמב"ם החליט להעניק לאיסור מעמד של דאורייתא, ולמקם אותו בראש לא תעשה רפ"ג שבספר המצוות, וזאת לא הכריחוהו המקורות לעשות. דומה כי

13 הלכות נחלות י, ז; הלכות סנהדרין כד, י. וראו י' טברסקי, מבוא למשנה תורה לרמב"ם, ירושלים תשנ"א, עמ' 109-112.

14 ספר המצוות, ל"ת רפג; הלכות סנהדרין י, א. במשנה תורה מגביל הרמב"ם הלכה זו לדיני נפשות, ונראה שבדיני ממון רשאי כל דיין להחליט להסתמך על דעתו של הגדול ממנו. חכמי האחרונים דנים בשאלה אם העושה כך בדיני ממונות עובר איסור גם אם אינו עובר בלאו.

15 ראו י' בלידשטיין (לעיל הע' 3), עמ' 130-131 ובהע' 9 שם.

דווקא נקודה אחרונה זו מעידה יותר מכל על חשיבות עצמאותו של הדיין בעיני הרמב"ם.<sup>16</sup>

### ב. למקומם ולמעמדם של עדים בבירור האמת

השאלה היחידה שהרמב"ם מעלה כנגד תורתו זו נובעת מערעור מעמדו של מוסד העדות במשטר ההלכתי החדש אותו הוא מציג. נשאלת השאלה: מה נחיצותם – וביתר חדות: מה מעמדם – של עדים במשטר משפטי בו רשאי הדיין לקבוע על דעת עצמו את הנתונים העובדתיים שעל פיהם יוכרע הדין? והרי ידוע כי התורה קובעת ש"על פי שנים או שלשה עדים יקום דבר".<sup>17</sup> וכלשון רבנו:

אם כן למה הצריכה תורה שני עדים?

ותשובת הרמב"ם:

שבזמן שיבואו לפני הדין שני עדים ידון על פי עדותם אף על פי שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר.

מעמד העדים נשמר, אם כי לא בהיקף המקובל. למרות החובה המוטלת על הדיין לדון רק על פי "הדברים שדעתו נוטה להם שהם אמת", קיים הקשר אחד בו הדיין אינו נתבע לעמוד בתנאי מחמיר זה – הלא הוא במקום שבו מעידים עדים. או אז רשאי הדיין להכריע את הדין גם כשאינו 'יודע' מהי 'אמת'. אין הוא יודע מדעת עצמו מהי האמת, ואף אינו יודע אם העדים מעידים אמת. השכנוע הפנימי חסר אפוא. ובכל זאת קובעת התורה שעליו להאמין לעדים ולפסוק בהתאם. דברי הרמב"ם כאן אינם עונים רק על השאלה מה תפקידה של עדות, אלא גם על שאלה לא פחות חריפה: כיצד, לאור

16 ואכן, הרמב"ם לא תמיד נקט עמדה זו. ראו ברשימת המצות שלפני ספר משנה תורה ובראש הלכות סנהדרין. על בעיה זו בכללה, ראו ד' הנשקה, "שרידי ספר המצות במשנה תורה", דברי הקונגרס העשירי למדעי היהדות, ירושלים תש"ן, כרך ג, חלק א, עמ' 180-186.

17 אני מתרשם (אם כי הנושא טעון בדיקה מקיפה) ששאלותיו המפורשות של הרמב"ם (במשנה תורה, לכל הפחות) מציגות בדרך כלל ערעורים רציניים למדי על תורותיו שלו. ראו לדוגמה הלכות תשובה ה, ה; הלכות ממרים ב, ט; הלכות מלכים א, ב.

הדרישות הקפדניות שהציב רבנו בפני הדיין, יכול הוא להסתמך על עדותם של עדים שמבחינתו הם אנונימיים? שתי השאלות מוצאות את תשובתן בדברי רבנו: מצד אחד, עדים נחוצים כדי לאפשר פסיקה בכל אותם מקרים שהדיין אינו יכול לסמוך על דעתו שלו. מצד שני, ההלכה מסמיכה את הדיין לסמוך על עדותם של עדים כל עוד אינו מודע לדבר המחשיד אותה.<sup>18</sup>

\* \* \*

א. הצהרת רבנו ש"בזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים ידון על פי עדותן אף על פי שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר" מקנה לעד מעמד מיוחד; דבריו מוחזקים כדברי אמת.<sup>19</sup> כרגיל, מדובר בקונסטרוקציה משפטית: האמירה "אף על פי שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר" אינה מתארת את מצבו (האפשרי) של דיין ספציפי זה בלבד, אלא את מצבו הבסיסי והאינהרנטי של כל דיין מול כל עד: אין לדעת אם העד משקר או דובר אמת. הפסיקה על פי דברי העד אינה משקפת את הכרת הדיין כי העד דיבר אמת, אלא את הנורמה התורנית של פסיקה על פי עדים כשרים כל עוד לא הוכחו כמשקרים. תמונה זו עולה מתוך עיון במקומות אחרים במשנה תורה.

בשני מקומות משווה הרמב"ם בין החובה להישמע לדברי נביא המוחזק כנביא אמת לבין החובה לקבל דברי עדים כשרים כאמת: "בכך נצטוינו, כמו שנצטוינו לחתוך הדין על פי שני עדים כשרים ואף על פי שאפשר שהעידו בשקר הואיל וכשרים הם אצלינו מעמידין אותן על כשרותן"; "כמו שצונו לחתוך הדבר על [פי] שני עדים ואף על פי שאין אנו יודעין אם אמת העידו

18 על כן ראו דברי רדב"ז להלכה זו: "... אם יודע [הדיין] שהעידו שקר לא יאמר יהיה הקולר תלוי בצואר העדים אלא ידון לפי מה שהוא יודע ולא יחוש לעדים", המפנים לדין מרומה' (הלכה ג' להלן). הרדב"ז מאפשר לדיין לפסוק ממש כרצונו במקרה זה; וראו דברי הרדב"ז (העקביים במגמתם!) גם בנוגע להלכה ג' שם ובהשוואה לדברי כסף משנה הל' עדות ג, א. יצוין, על כל פנים, כי דברי רדב"ז אלה קנו להם מתנגדים. לגישת הרדב"ז לפסיקה על פי אומד הדעת, ראו חפץ (לעיל הע' 1), עמ' 171-175; S. Morell, *Studies in the Judicial Methodology of Rabbi David ibn Abi Zimrah*, Dallas 2004, pp. 75-85; לגישה אחרת להלכה זו, ראו: S. Ettinger, "The Role of Witnesses in Jewish Law" *Dine Israel* 22 (2003) pp. 22-23. להלן יתברר ההבדל בין גישת אטינגר לגישתי לגבי מעמדם של עדים בתפיסה המיימונית בכלל.

19 אם כי ראו הלכה ג' להלן.



אם שקר".<sup>20</sup> (הרמב"ם אמנם מסווג שני נושאים נוספים הקשורים למוסד העדות כ'גזירת הכתוב': פסול קרובים לעדות ותהליך דין עד זומם; ואף ניתן למצוא מקרה שלישי בנימוק של הקפדה בעדות ושלילת הודאה עצמית בנוגע לענישת הגוף).<sup>21</sup>

הרמב"ם מבהיר, אפוא, כי אין לתאר דברי עדים כ'אמת', הגם שהתורה מחייבת להתנהג כאילו זה המצב. ספק מתמיד ויסודי זה לגבי דברי עדים מאפשר להלכה המיימונית לא רק לתאר מצב בו "אין דעתו [של הדיין] סומכת על דברי העדים אף על פי שאינו יכל לפסלן" (תאור "דין מרומה" המשותף גם לראשונים אחרים), אלא אף להכליל ולתאר מקרה בו "עדים (ש)העידו לאדם על דבר שראה בעיניו שאינו כמו שראה שאינו שומע להן אלא יודע בודאי שהן עדי שקר".<sup>22</sup>

ב. אם למדנו שעדות אינה ערובה לאמת, ניתן לראות גם את הצד השני של אותו מטבע: גילוי האמת אפשרי גם ללא תיווכה של עדות כשרה. כך כותב רבנו בפירוש המשנה לסנהדרין ט, ה, שם הוא קובע כי "ההורג נפשות שלא בעדים" שנענש עונש כיפה אינו ההורג ללא עדות כלל, אלא:

רוצה לומר שלא בעדות שחייב בה מיתה. כגון שלא נתקיימה העדות מחמת איזו סיבה מן הסיבות המונעות מלהרוג באותה עדות ואף על פי שהיא אמת, כגון שלא היתה שם התראה או שנפלו סתירות בבדיקות וחקירות וכיוצא בזה.

20 הלכות יסודי התורה ז, ז; שם, ח, ב. גישה זו לנאמנותם של עדים נמצא כבר אצל רס"ג בהקדמה לספר השטרות, כפי שהעיר ש' אברמסון, "ארבעה פרקים בענין הרמב"ם", סיני, ע (תשל"ב), עמ' ל; והנושא כבר העסיק את חכמי האסלאם הקדומים, ראו: I. Goldziher, *The Zahiris*, Leiden 1971, p. 7. הרמב"ם גם מעיר (שם, ח, ראש הלכה ב; וכן ראו באגרת תימן, מהד' י' שילת, עמ' קלט) כי לטובת כל עד מתוך כת שני עדים מעיד עמיתו לכת שהוא אומר אמת. נמצינו למדים (א) שכשרות העד נתמכת על ידי גורם חיצוני, אך (ב) גם גורם חיצוני זה זקוק לאותה תמיכה, מה שמצביע על חשיבה מעגלית; (ג) וממילא מדובר בתמיכה על ידי עד אחד בלבד!

21 הלכות עדות יג, טו; שם, יח, ג; הלכות סנהדרין יח, ו. לדיון במשמעות המונח 'גזירת הכתוב' במקרים אלה, ראו י' שטרן, "סתירה כביכול בין מורה נבוכים למשנה תורה", שנתון המשפט העברי, יד-טו (תשמ"ח-תשמ"ט), עמ' 290-291. לדברי שטרן על הלכות עדות יח, ג (עמ' 291) השוו ספר המצות, לא תעשה רפז: "וזה גזירת הכתוב אין לה טעם בשום פנים" (בתרגום א"ת); "גזירת הכתוב שאין לו טעם כלל" (בתרגום קאפח).

22 הלכות סנהדרין כד, ג; הלכות יסודי התורה, ח, ג. הפסיקה האחרונה מערבת את שיח בית הדין ('שהעידו', 'עדי שקר') עם שיח חברתי רגיל ('אדם' ולא דיין, 'שומע').

נמצינו למדים כי קיימים מרכיבים פורמליים בהכשרת עדות לעונש אותו מטיל בית הדין הסטנדרטי שאין בחסרונום כדי לערער על האמת שבאותה עדות.<sup>23</sup> עדות כזאת אינה מספקת לחייב עונש בית דין מסיבות פורמליות בלבד, אך יש בה כדי להכניס את הרוצח לכיפה, שם ימות. (הרמב"ם מעמיד על האופי הפורמלי של ההתראה גם בפוסלו לעדות אדם שבצע עבירה "שהדברים מראים... שזה ידע שהוא רשע ועבר בזדון אף על פי שלא התרו בו" – הגם שלא ילקה על אותה העברה).<sup>24</sup>

במבט ראשון (ומפתה) נראה היה לשער כי רמת האמת הנחוצה לחייב עונש כיפה דומה לזו המאפשרת הפעלת מערכות אחרות החורגות מהנורמה הסטנדרטית: דין המלכות ועונשי בני נח.<sup>25</sup> ולא היא. במערכות אלה ניתן להעניש אפילו על פי עדותו של עד אחד.<sup>26</sup> לעומת זאת, עונש כיפה מבוצע כשאין העדות עומדת בקריטריונים הרגילים, אך מבלי לוותר על הדרישה לשני עדים.<sup>27</sup> דומה כי ניתן לציין גם נימוק לשוני זה בין המקרים. הן דין המלכות הן דיני בני נח מיועדים, בפרספקטיבה המיימונית, לשמירת הסדר החברתי, והם מופעלים רק כשהרוצח מהווה איום על סדר זה.<sup>28</sup> שיקול זה אינו נכנס לתמונה בעונש כיפה, המופעל כנראה כנגד הרוצח בגין חומרת העבירה שבידו. אמנם חומרת עבירה זו מתאפיינת לפי הרמב"ם בכך שיש בה משום "השחתת ישובו של עולם", אך זו איננה כנראה אמירה חברתית הבאה להצדיק ענישה מונעת, אלא היגד המשקף את חשיבותו של כל אדם "העוסק בישוּבו של עולם".<sup>29</sup>

23 וכך הם דברי רש"י לסנהדרין פ"א ע"ב, ד"ה בעדות מיוחדת: "עדותן אמת אלא שאין מיתתן מסורה לבית דין". וראו גם מ' לורברבוים, "תיקון עולם" על פי הרמב"ם: עיון בתכליות ההלכה", תרביץ, סד, א (תשנ"ה), עמ' 81.

24 הלכות עדות יב, סוף הלכה א. הרמב"ם הוציא הלכה זו מן המסופר בסנהדרין כו, ב (ראו: כסף משנה שם). וראו הלכה א בפרק יב כולה. אולם ניתן לטעון כי אין כאן עניין לפורמליזם שבהתראה, שהרי לא מדובר אלא בהעמדת רף גבוה יותר לחיוב עונשים מאשר לפסילת עדים.

25 על ההקבלה השוררת בין מערכות אלה, ראו בלידשטיין (לעיל הע' 3), עמ' 133-149.

26 הלכות מלכים ג, י (מלך); שם, ט, יד (בני נח).

27 הלכות רוצח ושמירת נפש ד, ח, ובכסף משנה שם.

28 ראו בלידשטיין (לעיל הע' 25). וכן ראו לגבי הנימוק לעריפת העגלה שם, עמ' 133 הע' 16.

29 הלכות רוצח שם; הלכות עדות י, ד. להפעלת הבחנה דומה בפסיקה המיימונית הקשורה לקראים, ראו מאמרי "הגישה לקראים במשנת הרמב"ם", תחומין, ח (תשמ"ח), מעמ' 501

### ג. הדוגמאות המיימוניות ומשמעותן

הלכתנו מספקת שלוש דוגמאות ("כיצד?") להכללות המתנוססות בראשה ובסופה. פסקי הלכה אלה נובעים מסוגיית הבבלי בכתובות פה א-ב, אותה קרא הרמב"ם קריאה מרחיבה וממנה יצר את ההכללה המעניקה סמכות מקיפה לדיין, כפי שראינו. ה"כיצד" בו פותח הרמב"ם את דוגמאותיו בודאי אינו בא למעט, שכן בהגיעו לדוגמה השלישית כבר מוסיף רבנו: "וכן כל כיוצא בזה", ובסיום דבריו בהלכה ג' הוא חותם: "וכן בשאר כל הדינים". ברם דומה כי הרמב"ם לא רק הכליל על בסיס דוגמאותיו אלא גם הוסיף על הנאמר בהן.<sup>30</sup> הנה, במקרה התלמודי הראשון נמצינו למדים כי הדיין המאמין ('קים לי בגווה') לעדותה המחשידה של אשה רשאי לפסול את הנחשד מלהישבע ולהעביר את השבועה לכשנגדו. ברם, לפי הרמב"ם הדיין רשאי להעביר את השבועה לצד שכנגד, אף בהעדר עדות חיצונית מחשידה, כשהוא עצמו חושד בנשבע ("ואין צריך לומר אם ידע הוא עצמו שזה חשוד"), וללא כל עדות. קביעה זו נמשכת (א) מתורתו הנרחבת של הרמב"ם, המקנה תוקף לשכנועו הפנימי של הדיין; ו-(ב) מהמקרה השלישי בסוגיית כתובות, אותו מפרש הרמב"ם (בניגוד לרי"ף) כמקרה בו סומך הדיין בעיקר על דעתו העצמאית: "ידענא ביה".<sup>31</sup> לפי זה החידוש במקרה "קים לי בגווה", מקרה בו סומך הדיין על עדותו של פסול לעדות האמין בעיניו, הוא בכך שאמינות זו מקנה תוקף כאילו מדובר בידע עצמי וישיר ("סמכה דעתו של דיין על דברי זה").<sup>32</sup> תאור דברים זה נכון גם לגבי המקרה השני, כשאדם אחר, "שסמך עליו", מסר לדיין כי שטר חוב שיצא לפניו הוא פרוע. גם במקרה כזה יהיה הדיין רשאי לסמוך על שכנועו הפנימי והישיר.

(=עיונים במחשבת ההלכה והאגדה באר-שבע תשס"ד, מעמ' 165). ברם השוו לורברבוים (לעיל הע' 23), עמ' 69.

30 כיוון שדוגמאות אלה נידונות בעבודתו של חפץ ראיתי את עצמי פטור מלחזור על פרטיהן.

31 ראו כסף משנה להלכות סנהדרין כד, ב; ב"ח חו"מ סי' טו; חפץ (לעיל הע' 1), עמ' 51-52. נחזור לנושא זה להלן.

32 יש לציין את הפרדוקס שלמרות ספקנותו של הרמב"ם בכלל לנאמנותם האבסולוטית של עדים, כאן הוא מוכן לאפשר לדיין לסמוך על דברי עד הנאמן עליו בצורה החורגת מכללי ההלכה.

שאלה היא, כמה ניתן להרחיק לכת במתן סמכות לדיין לפעול על פי הכרתו. טלו לדוגמה את ההלכה הבאה:

שכיב מרע שאמר, נכסי לטוביה, ומת... באו שנים לתבוע וכל אחד מהם מוחזק שמו טוביה... היה אחד שכן ואחד קרוב שכן קודם. שניהם קרובים או שניהם שכנים... יעשו הדיינים כמו שיראה להם כל מי שדעתן נוטה שעל זה אמר, נותנין לו.<sup>33</sup>

לכאורה, ניתן לדיינים להפעיל את שיקול דעתם רק במקרה שטענותיהם של הטוענים לבעלות על הנכסים שוות: אלה שכנים ואלה שכנים. בכל מקרה של הבדל איכותי (אחד שכן והשני קרוב) מכריעה ההלכה כיצד לפסוק. ברם, לאור דברינו עד עתה אפשר לפרש את הלכתנו בצורה אחרת, ולומר כי במקרה שהטוענים שווים, חייבים הדיינים לפסוק על פי מה שיראה להם ועל פי נטיית דעתם. במקרה שהטוענים שונים איכותית, מגישה ההלכה פתרון המבוסס על מנהגם של בני אדם, המעדיפים שכן על קרוב. ברם גם במקרה זה יהיה הדיין רשאי – ואפילו חייב – לפסוק על פי נטיית דעתו הנגדית, אם יש לו כזאת, אם הוא משוכנע, לדוגמה, כי הנפטר אכן הרגיש קירבה גדולה יותר לקרוב מזו שהרגיש כלפי השכן.

אם הצעה זו נראית, מגיעים אנחנו למסקנה מחודשת למדי בנוגע לאופיים של דיני ממון לפי הרמב"ם. או אז מתברר כי כללי ההלכה בדיני ממון, הנורמות הנידונות בתלמוד והמופיעות בספרי הפסק, מבוססים על מציאות סטנדרטית, הקיימת, לפי ההנחה, בכל מקרה ומקרה. ניתן להניח כי הדיין יסכים על פי רוב כי ההערכה התלמודית אכן מתאימה למקרה שלפניו – במקרה שלנו, כי אדם קרוב יותר לשכנו מאשר לקרובו – ויפסוק על פיו. הדיין אף חייב להניח כי התיאור התלמודי הוא נכון, כל עוד לא ידוע לו אחרת – ועל פי רוב לא יוכח לו אחרת.<sup>34</sup> ברם, מציאות זו עשויה להיות אחרת במקרה נתון זה או אחר, ואז רשאי (או חייב) הדיין לדון על פי המציאות הקיימת בכל מקרה ומקרה.<sup>35</sup> אפשרות חילופית תהיה, כמובן,

33 הלכות זכיה ומתנה יא, ב-ג.

34 חפץ (לעיל הע' 1), עמ' 56-57. אי לכן מאפיין חפץ את משנת הרמב"ם בנידון כיתורה עיונית.

35 ברם, אין לכל זה ולא כלום עם דחיית הרמב"ם את אומדנת ר' אחא (הלכות נזקי ממון

שהדיינים חייבים לדון לפי המציאות הסטנדרטית בכל מקרה ומקרה, גם במקרה חריג, וזאת למען האחידות המשפטית. ואולם יש לדעת כי הרמב"ם אינו מסמיך את הדיין להפעיל את הכרתו או את מצפונו בכל הקשור לתכני ההלכה. הדיין אינו מתבקש לפסוק על פי התוצאות הרצויות בעיניו או לסרב לפסוק על פי תכנים הלכתיים שאינם נראים לו. ואכן כך כתב חיים חפץ: "חשוב מאוד שלא נטעה לחשוב... [ש] אין על הדיין הגבלה משפטית כלשהי, וכי הוא... רשאי לפעול כמחוקק במשפט שלפניו. אין הדבר כן כלל וכלל... לא דעתו בדבר הצדק והיושר הרצוי... היא הקובעת, אלא שאיפתו לחשוף את האמת העובדתית... ולהחיל עליו את האמת המשפטית המצויה".<sup>36</sup> הבחנה זו משתמעת לא רק מן הלשון המכלילה, עליה עמדנו לעיל (ליד הע' 6), אלא גם מן המקרים הנידונים. במקרה הראשון מדובר באי-מתן אימון בנשבע; בשני מדובר בפסילת שטר ראייה; ואף בשלישי מדובר בהערכת הסיכוי שהנכס הנידון הוא רכושו של אדם מסוים.

#### ד. נסיגת הרמב"ם: שלילת עצמאותו של הדיין

הרמב"ם מצהיר על נאמנותו העקרונית לגישה בה נקט זה עתה, אך נסוג בו מהפעלתה הלכה למעשה. הוא עדיין מזדהה עם המכונה על ידו "עיקר הדין" – אך מורה כי אין לדון עתה על פיו. אמנם אין על הדיין לפסוק בניגוד להכרתו הפנימית; הזיקה ל'אמת' עדיין קיימת, ודעת הדיין הנוטה אחרי עדותו של אדם הנאמן עליו עדיין נשמעת. עם זאת, הדיין לא יהיה רשאי לפסוק כדעתו הנוגדת את הסטנדרט התלמודי – ולכל היותר יסתלק מהדין.<sup>37</sup> וכך הם דברי הרמב"ם בהלכה ב:

ח, יג-יד). שם מדובר בניסיון לכפות את הראייה הנסיבתית על הדיין. וראו חפץ, שם, עמ' 54. השאלה בענייננו היא האם ההכרעה בין שכן וקרוב היא ברמת דיני הראיות, דוגמת שלשה המקרים בהלכות סנהדרין כד, א (וראו לעיל הע' 6).

36 חפץ (לעיל הע' 1), עמ' 52; וכן ראו בהע' 6 לעיל. לסוגיית 'דין ויושר' נחזור בהמשך המאמר.

37 יש לציין כאן את ההבדל בין הרמב"ם והרי"ף בניהון. עיקר דינו של הרמב"ם בנוגע ל'אדם נאמן' יונק מהרי"ף (כתובות מג ע"ב, בעמודי הרי"ף), אך בעוד שהרי"ף פוסק כי במקרה זה "מחמיצין את הדין ודורשין וחוקרין עד שיתברר הדבר ויצא הדין לאמיתו",

כל אלו הדברים הם עיקר הדין. אבל משרבו בתי דינין שאינן הגונים, ואפילו היו הגונים במעשיהם אינן חכמים כראוי ובעלי בינה, הסכימו רוב בתי דיני ישראל שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה ולא יפגמו שטר ויפסידו חזקתו בעדות אשה או פסול וכן בשאר כל הדינין. ולא ידון הדיין בסמיכת דעתו ולא בידיעתו כדי שלא יאמר כל הדיוט לבי מאמין לדברי זה ודעתי סומכת על זה. וכן אין מוציאין מן היתומים אלא בראיה ברורה, לא בדעת הדיין ולא באומדן המת או הטוען. ואף על פי כן אם העיד אדם נאמן בדבר מכל הדברים ונטתה דעת הדיין שאמת הוא אומר, ממתין הדין ואינו דוחה עדותו ונושא ונותן עם בעלי הדינין עד שיודו לדברי העד או יעשו פשרה או יסתלק מן הדין.

\* \* \*

הנסיגה מנוהג שהשליט את הדיין על פסיקת הדין ניכרת כבר בתקופת הגאונים (ראו נספח א' להלן) ומתקבלת על ידי הרי"ף, ואפשר לראות את הרמב"ם כממשיך קו זה. ברם, כפי שהעירו רבים, דברי הרי"ף מתאימים לנוסח המצומצם בו הציג את תורת 'קים לי בגוויה' לראשונה, בעוד שהרמב"ם, שהרחיב בסמכויות הדיין, הוריד אותו מפיסגה הרבה יותר גבוהה ועל כן נזקק לטיעון יותר מקיף: ירידת קרנם של דייני רוב בתי הדין והסכמת בתי הדין עצמם להגביל את סמכותם העצמאית של דיינים.<sup>38</sup> קשה להימנע מן התחושה שדווקא הרמב"ם, שכה העלה על נס את ערך עצמאותו של הדיין, הצטרף בצורה כה נרחבת לערעור ערך זה למעשה. יתכן כי ההערכה הקטלנית לה זוכים כאן דייני הזמן אינה שונה מהערכות אחרות המפוזרות בכתבי הרמב"ם, אולם לא ברור מהיכן דלה הרמב"ם את התיאור ההיסטורי ("הסכמת" בתי הדין) שהוא מוסר כאן: האם מסורת קדומה בידו, או שמא לא מדובר אלא בהשערה מיימונית הבאה לפרנס את העובדה הגלויה כי דייני הזמן אינם רואים עצמם רשאים להכריע כראות עיניהם ולפי הכרתם הפנימית, השערה המפרשת את הנוהג הקיים במונחים של 'הסכמה', מושג האהוב עליו. ומה רוצה רבנו

הרמב"ם מוסיף את האופציה שהדיין יסתלק לגמרי מן הדין. לעניין זה נחזור להלן בהרחבה.

38 ראו: כסף משנה להלכות סנהדרין, שם; ב"ח לחו"מ סי' טו; ש"ך חו"מ רצו ס"ק א; חפץ (לעיל הע' 1), עמ' 57-58.

לרמוז (אם בכלל) באומרו שרק רוב בתי הדין הסכימו לוותר על זכות ההכרעה האישית?<sup>39</sup> האם הדבר קשור לעובדה ש"רבו" בתי דין בלתי-ראויים? או שמא יש כאן רמז לאותו "מיעוט" בתי דין שבכל זאת רשאים לפעול לפי המתכונת האידיאלית? זאת ועוד: השתתת ביטול סמכות הדיין על הסכמת בתי הדין פותחת פתח עקרוני להחזרת סמכות זו ליושנה: מה שניטל בהסכמה עשוי לחזור בהסכמה. ארעיותה של ההסכמה בולטת במיוחד כשהסכמה זו מבוססת על מציאות היסטורית-חברתית האמורה לחלוף.

סמכות הדיין להכריע לפי דעתו מותנית אפוא בהיותו "הגון במעשיו" ובעל "חכמה ובינה". ואמנם "כל בית דין... שהוא הגון שכינה עמהם". אך אין ללמוד מכך שהסמכות לדון נובעת מסגולות כריזמטיות המלוות בנוכחות השכינה וכי בהעדר אלה נעדרת גם סמכות. החכמה והבינה הם כישורים אנושיים טבעיים (שלא לדבר על ההגינות במעשים), והדיין הניחן בהם אמור לדבוק באמת עד כדי ביטול שבועה ופגימת שטר. קיימות אמנם שיטות משפט המסמיכות את ידי דייניהן לפעול בעצמאות ובדיסקרטיות בגלל האמונה בסגולותיהם, אך לא נראה כי הרמב"ם שותף לגישה זו.<sup>40</sup>

\* \* \*

בדיקה מדוקדקת של הלכתנו חושפת בעייתיות מבנית מעניינת שאולי יש בה ללמד על תהליך יצירת הלכה זו. כזכור, הלכה א' כללה שלוש דוגמאות לכלל הגדול של הרמב"ם: (א) הפיכת שבועה על בסיס "קים לי בגווה"; (ב) פגימת שטר על בסיס "קים לי בגווה"; (ג) סמיכת הדיין על אומדן דעתו שהנפקד לא היה אמיד דיו לקנות חפץ מסוים מהמפקיד. ניתן היה לצפות, אפוא, כי בבואו לפרט את שלילת זכויותיו של הדיין ירכז הרמב"ם את הדוגמאות כולן בסיכום

39 וראו הלכות תלמוד תורה א, יג ("רוב הנשים"). למשמעות התפיסה המיימונית של ההידרדרות ברמת חכמי זמנו, ראו: M. Kellner, *Maimonides on the Decline of the Generations*, New-York 1996, pp. 39-40 (לעיל הע' 1), עמ' 60-59.

40 נוכחות שכינה: הלכות סנהדרין ג, ז. וראו שם הלכה ד; כג, ט. יש רבים הסבורים כי אף הכישורים הנדרשים מדיין דיני ממונות לפי הלכות סנהדרין ב, ז, אינם לעכב: ראו רדב"ז, שם; לח"מ, סוף, שם. לגישה המעגנת את הסמכות בסגולה, ראו: C. K. Schneider, "Discretion and Rules", *The Uses of Discretion*, K. Hawkins (editor) Oxford 1992, pp. 61-63.

מגובש אחד, כשהוראתו העקרונית קודמת להיגד זה או חותמת אותו. ברם נראה שלא כך המצב.

למעשה, דברי הרמב"ם בהלכה ב נחלקים כך: ראשית, שלילת זכות 'קים לי בגווה', קרי מקרים (א) ו-(ב): "שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה ולא יפגמו שטר בעדות אשה או פסול וכן בשאר כל הדינים". וכאן הרמב"ם מסכם ואף מנמק: "ולא ידון הדיין בסמיכת דעתו ולא בידיעתו כדי שלא יאמר כל הדיוט לבי מאמין לדברי זה ודעתי סומכת על זה". לאחרי דברי סיכום והנמקה אלו פותח שוב רבנו: "וכן אין מוציאין מן היתומים אלא בראיה ברורה, לא בדעת הדיין", קרי מקרה (ג) דלעיל. אם תאור זה נכון, מתעוררת השאלה: מדוע עיצב רבנו את הלכתו בצורה מורכבת זו? מדוע הקדים את הכללת הסיכום לנסיגה מדוגמה (ג)? ומדוע כתב סיכום שלמען האמת מתאים בעיקר לדוגמאות (א) ו-(ב) בלבד?

הרי"ף הבחין בין מקרה (ג) למקרים (א) ו-(ב). מקרה (ג) אינו מבטא את סמכויותו הייחודיות של הדיין, שהרי מדובר במקרה שהפיקדון נמסר בנוכחות עדים. על כן גם הנסיגה מסמכויות ייחודיות אלה שבדברי הגאון אותם מאמץ הרי"ף אינה מתייחסת למקרה זה, שלגביו הוא אומר "הלכה רווחת היא ולית בה פלוגתא"<sup>41</sup>. לפי הרמב"ם, בניגוד לרי"ף, הנסיגה התייחסה לכל המקרים כולם. אך העיצוב הספרותי של נסיגה זו מראה כי הרמב"ם הפסיק לאחר המקרים הראשונים וחזר למקרה השלישי רק משסיכם את המקרים הראשונים. שמא יש לשער כי ההלכה שלפנינו נוסחה בשני שלבים. בשלב מוקדם, רבנו קיבל את גישת הרי"ף ופסק רק את המקרים (א) ו-(ב); ועל כן נדרש לסגת רק מהן בהלכה ב. מאוחר יותר הבשילה דעתו להוסיף את מקרה (ג) לאלה בהם הוסמכה הכרתו האישית של הדיין (מבלי שקיבל את פירושו של הרי"ף לעניין), ועל כן צירף גם מקרה שלישי זה בסוף הלכת הנסיגה, ובצורה שלא פרצה את המבנה הספרותי המקורי של הלכה זו.

המוסלמי, אם כי מדובר שם בכישורים ובסגולות ממינים שונים, כריזמטיים וחברתיים. דוגמה אחרת למודל זה היא משפט שלמה, וכן השוו בבלי, ראש השנה כא ע"ב: "בקש קהלת לדון דינים שבלב ללא עדים וללא התראה", אך הדבר נשלל ממנו: "יצתה בת קול ואמרה לו וכתוב יושר דברי אמת – על פי שנים עדים". וראו המקורות שבהע' הקודמת. 41 רי"ף לכתובות פרק ט (דף מג ע"ב-מד ע"א, בדפי הרי"ף); רי"ף לבבא מציעא (דף כה ע"ב בדפי הרי"ף).



גרסה אחרת של השערה זו תציע שהרמב"ם היה מוכן, בשלב ראשוני של חשיבתו בעניינינו, לבטל את עצמאותו של הדיין במקרים (א) ו-(ב), המבוססים על מתן נאמנות לאדם אחר, אך לא במקרה (ג), מקום שהדיין סמך על דעתו שלו.<sup>42</sup> בסופו של דבר, בוטלה סמכות הדיין גם במקרה (ג), אך בלי שהנוסח של הלכה ב יעורער.

\* \* \*

למרות נסיגה זו מאידיאל הדיינות בישראל, כתב הרמב"ם את הדברים הבאים בהלכות שאלה ופקדון ו, ג: "מי שבא ואמר כך וכך הפקדתי אצל אביכם ונתן סימנין מובהקין ונמצא הפקדון כמו שאמר והיה יודע הדיין שלא היה המת אמוד שזה הפקדון שלו, יש לו לדיין הזה לתת הפקדון לזה שנתן סימניו... אין לו לדיין אלא מה שדעתו סומכת עליו". הקושי בולט, וכבר עמד עליו ר' יוסף קארו בכסף משנה להלכות סנהדרין כד, ב: כיון שהרמב"ם קבע הלכה לזמנו כי לפי הסכמת בתי הדין "אין מוציאין מן היתומים אלא בראיה ברורה לא בדעת הדיין ולא באומדן המת", כיצד פסק להעביר את הפיקדון לתובע אותו על בסיס אומדנו של הדיין, וכל זאת תוך הפניה מפורשת לנאמר בהלכות סנהדרין ("ואין לו לדיין אלא מה שדעתו סומכת עליו, כמו שיתבאר בהלכות סנהדרין")? הרי הלכה זו היא מקרה (ג) שעמדנו עליו לעיל.<sup>43</sup>

יישובו של ר' יוסף קארו את הסתירה נראה כסביר מבין ההשערות. הוא מנמק את התופעה שלפנינו בכך שבהלכות פקדון (ובהלכות נחלות יא, א) הרמב"ם "כתב דין התלמוד", בעוד שבהלכות סנהדרין רשם את המתבקש מהסכמת בתי הדין.<sup>44</sup> ברם דומה כי השערה זו מעלה מיניה וביה את השאלה מדוע נהג רבנו כך? מדוע יכתוב הלכה שלפי דעתו עבר זמנה ואינה רלוונטית עוד?

נראה לי שהרמב"ם היה בדעה כי הסכמת בתי הדין שלא לאפשר לדיין לדון "על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת", לא בהכרח תתמיד. הרי הבסיס להסכמה זו הוא בריבוי בתי דין "שאינן הגונים". הידרדרות זו אינה

42 להלן נחזור להשערה זו; ראו בהמשך בסעיף 3.

43 מאוד לא נראה שמדובר כאן במקרה שאביהם הפקיד בעדים, וכשיטת הרי"ף.

44 וכן ראו לחם משנה, הלכות מלוה ולוה ב, ד.

הכרחית או מהותית; לא מדובר אלא בתופעה היסטורית ומותנית, ויש לקוות שהיא תחלוף.<sup>45</sup> במצב זה, דין התלמוד לא בוטל; הוא פשוט הופקע זמנית, ולכן מן הדין לרשום אותו במקומו המתאים.<sup>46</sup> ברם דומה כי מהלך זה כולו – איך שלא נפרנס אותו – מעיד על המחויבות של רבנו לעצמאותו של הדיין. גם כשמוסכם על עולם ההלכה ממנו ינק כי עצמאות זו עברה מן העולם, סרב רבנו לקבל את הדין ונשאר נאמן ל"עיקר הדין".<sup>47</sup>

על כל פנים, אפשר להתרשם כי הרמב"ם לא נמנע מלעודד את הדיין להעריך את המציאות שלפניו ולפעול בהתאם, אם כי משנה תורה אינו משופע בהנחיות כאלו. הנה, הרמב"ם מעודד דיין שלא להשביע לזה שברור שאין לו כלום ושהמלווה רודף אחריו להשביעו כדי לביישו או ללחוץ עליו, וזאת בניגוד לתקנת הגאונים בנידון. אמנם לא נאמר מפורשות כי הדיין סומך על הכרתו האישית, אך הלכה זו משופעת בערכי חזקה ואומדנא: "כללו של דבר, כל שיעשה הדיין מדברים אלו וכוונתו לרדוף הצדק בלבד... הרי זה מורשה

45 ראו הע' 39 לעיל.

46 כל זה מבלי להעלות לדיון את מעמדה הרעוע של הסכמה בתר-תלמודית במשנת הרמב"ם כעילה להכרה בדין התלמודי במשנה תורה. וראו טברסקי (לעיל הע' 13), עמ' 101 הע' 100. אפשר, כמו כן, להציע חלופה לתירוצו של בעל כסף משנה. כיוון שההסכמה לבטל את זכות העצמאות שיקפה את דעתם של "רוב בתי הדין", יתכן כי היא לא תחייב את בתי הדין כולם, מה שבא לידי ביטוי בהלכות שאלה ופקדון. ואולי יש להוסיף: שמא שמר הרמב"ם לבתי דין מסוימים את הזכות לשלול מעצמם את מעמדם של בתי דין "לא הגונים". קריאה אחרונה זו נמצאת כנראה במגיד משנה, הלכות מלווה ולווה ב, ד, התומך במתן סמכויות מורחבות ל"בית דין חשוב ומוחזק בחכמה ובחסידות", למרות הפקעת כוחם של בתי דין רגילים.

47 אכן דומני כי פתרונו של בעל הכסף משנה קולע לאמת. ברם אפשר להעלות כיוון אחר, ספקולטיבי יותר. כבר הזכרנו כי לפי הרי"ף נתבטלה זכות הדיין לפסוק על פי "קים לי בגווייה", והדבר מילא את ידי הדיין במקרים (א) ו-(ב). מקרה (ג), בו תבע המפקיד את החזרת פקדונו משומר שאינו אמיד לפי הערכת הדיין לרכוש לעצמו את הפיקדון, נשאר בתוקפו. אף שיערנו כי גם אם הרמב"ם כלל מקרה זה בין אלה שכוחו של הדיין בוטל לגביהם, יתכן כי הוסיף הלכה זו אחרי שכבר ניסח פסיקה ראשונית שהתייחסה למקרים (א) ו-(ב) בלבד (סעיף 2 לעיל). אפשר לשער, אפוא, כי גם הנאמר בהלכות שאלה ופקדון (ובהלכות נחלות) נכתב לפני שרבנו השוה את מקרה (ג) למקרים (א) ו-(ב) וביטל את זכות הדיין לפסוק על פי סמיכת דעתו גם ביחס אליו. הצעה קיצונית יותר תהיה כי הלכה ב כולה נוספה בשלב מאוחר בהכנת משנה תורה, ולהלן אכן נראה כי הלכות א ו-ג יוצרות רצף ספרותי ותכני. וראו דברי הרב קאפח במהדורתו לפירוש המשנה חולין א, ב, והסברם אצל " בלידשטיין, סמכות ומרי בהלכת הרמב"ם, תל-אביב תשס"ב, עמ' 202-203. ואולם, כפי שציינו בראש דברינו, תרוצו של בעל הכסף משנה

לעשות ומקבל שכר והוא שיהיו מעשיו לשם שמים".<sup>48</sup> אולם לא יהיה זה נכון למקם הלכה אחרונה זו בהקשר של הלכות סנהדרין כד, א-ב ממש. ראשית, כפי שראינו, הרמב"ם נמנע מלהשתמש במינוח המשמש אותו באותן הלכות; ושנית, מפני שמדובר בסטייה מתקנת גאונים, לא בערעור על הלכה תלמודית.<sup>49</sup> אך אין ספק כי מדובר באותו שדה ערכי. אם, בכל זאת, נרצה לכלול הלכה זו בהקשר של הלכות סנהדרין, נראה שהמושג הכי קרוב לענייננו הוא 'דין מרומה', לו מקדיש הרמב"ם את הלכה ג' בפרק כד מהלכות סנהדרין, וזאת על פי הבנה מורחבת של מושג זה, שאציע להלן.

### ה. דין מרומה והסתלקות הדיין

הלכה ג, הלכת 'דין מרומה', כמעט המשכה של הלכה א היא. מה הלכה א מסיימת בעדים, אף הלכה ג פותחת בעדים, אלא שבעוד הלכה א מסיימת בביצור מעמדם של עדים, הלכה ג פותחת בערעור מעמדם של עדים. הרמאות בה מדובר תולה את הקולר "בצווארי העדים", שהם כנראה אחראים לה, ביודעין או שלא ביודעין. אם כך הם פני הדברים, נמצינו למדים שהלכה א לעיל העניקה סמכויות למוסד העדות בעירבון מוגבל בלבד, וכדברי הרדב"ז שם.<sup>50</sup> ניתן כמעט לקרוא את הלכה ג כהמשך להלכה א גם במובן מהותי יותר: מה כאן מדובר בסמכות הדיין לפסוק "אף על פי שאין שם ראיה ברורה", אלא על פי סמיכות דעתו, אף כאן מדובר בסמכות הדיין לפסוק על פי מה ש"לבו נוקפו" ו"דעתו נוטה". הן הלכה א הן הלכה ג מציגות, אפוא,

נראה יותר מהצעה ספקולטיבית זו, אם כי אף תרוץ זה מניח את הארעיות של הנסיגה מהדין התלמודי האידיאלי.

48 הלכות מלוה ולוה ב, ד. סוגיה זו מצביעה אף על ההערכה הפשוטה והמתבקשת יותר כחלק מעבודת הדיין: "טען ואמר... אני אביא ראיה... אם נראה לדיינין שיש ממש בדבריו... ואם נראה להם שאינו בא אלא בעלילות דברים..." (הלכות מלוה ולוה כב, ב). וכן ראו טברסקי (לעיל הע' 13), עמ' 110 הע' 143.

49 כפי שהראה מ' אלון, חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי, ירושלים תשכ"ד, עמ' 48, דברי הרמב"ם מכוונים נגד דבריו המפורשים של רב האי גאון. ברם השוו מגיד משנה ולחם משנה שם.

50 ראו בהע' 18 לעיל.

הלכה עקרונית, בעוד שהלכה ב היא מעין קריאת ביניים ארעית. מכל האמור ברור שהנסיגה המתוארת בהלכה ב אינה מתייחסת ל"דין מרומה", מקום שזכותו וחובתו של הדיין נשארות בתוקפן.<sup>51</sup>

אם צודקים אנו בזה, נמצינו למדים כי הוראת רבנו לדיין החושש שהדין "מרומה" אך אינו מצליח לגלות את המוסתר אפילו בכדיקה צולבת של העדים (ראו הל' עדות ג, ב) שיסתלק מן הדין, משקפת הלכה צרופה.<sup>52</sup> אמנם בהלכה א מצליח הדיין להגיע להישגים יותר משמעותיים; אך אף בשני המקרים הראשונים שם (הפיכת שבועה ופגימת שטר – המקבילים ל'דין מרומה')<sup>53</sup> אין הדיין "חותך את הדין" אלא משפיע על תהליך הצגת הראיות, דבר העשוי לגרום לשינוי בפסיקת הדין. ברם שינוי זה אינו זהה לפסיקת הדין: פגימת השטר אינה פסילתו הטוטלית, אלא חיובו של בעל השטר בשבועה, העדפת בעל דין אחר על בעל השטר, או סירובו של דיין זה לדון על פי השטר. מתברר כי גם סמכויותיו של דיין מוגבלות על ידי גורמים אחרים, בעלי משקל משפטי.<sup>54</sup> מצד שני, ניווכח להלן כי לא נעלם מעיני הרמב"ם שהסתלקות הדיין מן הדין היא תגובה חיוורת-מה לתופעה של 'דין מרומה', תופעה שהרבתה להטריד את רבנו, כפי שנראה.

\* \* \*

51 ראו סיני (לעיל הע' 9), עמ' 290-291. למחיר שעלולה לשלם מערכת משפטית שאינה מכירה בסמכות השופט להעריך את העדות שלפניו, ראו: N. J. Coulson, *Conflicts and Tension in: Islamic Jurisprudence*, Chicago 1969, pp. 63-64. לפי המובא שם, הגורם לאי-הכרה זו נעוצה ברצונם של הדיינים להיפטר מאחריות על טעויות, וזהו בדיוק הנימוק שהמקורות התלמודיים דוחים.

52 להוציא את דעת רדב"ז כאן ש"אם נתברר שטוען שקר והעידו שקר אינו רשאי להסתלק ממנו אלא ידין כפי מה שידע", וראו בהע' 18 לעיל.

53 שהרי במקרה השלישי מדובר בפסילת טענה שתיטען אוטומטית וללא כוונת זדון.

54 וכן כבר בפרושי רבנו חננאל, ראו תוספות, כתובות פה ע"א, ד"ה מרענא. יש לציין את דברי הרמב"ם בהקדמה לפרוש המשנה, מהדורת קאפח, עמ' טז, כי בין סמכויות הדיין לקרוע "שטרות שנתקיימו עידיהן אם נראה להם בהם מה שמחייב לעשות כן", והרב קאפח מפנה לכתובות פה ע"א!; אולם הקשר הדברים בהקדמה לפרוש המשנה הוא הסמכויות החריגות של הדיין, המפורטות בהלכות סנהדרין כד, ד, אם כי שם קריעת השטר אינה מוזכרת.

דומה שהחשש מ'דין מרומה' מלווה את הדיין המיימוני לאורך ישיבתו על כס המשפט. כך ניווכח, לדעתי, מבדיקת תשובות רבנו להלן. אך כבר בראשית דרכו, בהקדמה לפרוש המשנה, פירש רבנו את משנת אבות א, א ("הווי מתונים בדין") כמכוונת למנוע 'דין מרומה': "לפי שאם ימהר שמא יש באותו דין מרמה, כמו שאומרים ע"ה 'דין מרומה'". וכפי שחזר ואמר במשנה תורה: "הקופץ וחותר את הדין" עובר על מצות חכמים: הווי מתונים בדין.<sup>55</sup> חקירת עדי ממון בדרישה וחקירה המופיעה בהלכתנו ובהלכות עדות ג, ב, באה, או אז, כדי לבדוק את מהימנות העדים, כמוכן, אך גם, אולי, להאט את קצב הדיון וקבלת ההחלטה עד שהנושא ילובן על כל היבטיו. ושמה המשך תאור הרמב"ם את הדין המרומה בהלכתנו כמצב בו "נראה לו מכלל הדברים שיש שם דברים אחרים מוסתרין ואינם רוצים לגלותו" בא להרחיב את המושג 'דין מרומה' כך שיכלול לא רק מעשי מרמה של בעלי הדין או העדים אלא אף את קיומם של נתונים שהדיין לא ירד לעומקם – בגלל החיפזון בו פסק – והעשויים לשנות את פני הדין. אולי יש להבין כך גם את הקטע בהקדמה לפרוש המשנה שהבאנו זה עתה, לפי תרגומו של הרב שילת: "אפשר שיהיה באותו דין דבר נסתר, כמו שיאמרו ע"ה 'דין מרומה'".<sup>56</sup> בפירושו למשנת אבות א, א כותב רבנו: "'הווי מתונים בדין': שישתהו מלסיים את הדין ואל יפסקוהו במהירות עד שיבינהו, לפי שאפשר שיתגלו להם עניינים שאינם נראים בעיון ראשון" (בתרגום הרב קאפח) או "שאפשר שיתגלו להם עניינים שלא יתגלו בתחילת המחשבה" (בתרגום שילת), מה שמושך עוד יותר לכיוון המתינות. החשד מפני הרמאות מוצנע, בעוד שהצורך להיאזר בסבלנות כדי לבדוק את הנושא הנידון לעומק הובלט. מסתבר כי גם הדגש המימוני על הצורך "להתיישב" בדין נובע ממגמה דומה.<sup>57</sup>

\* \* \*

55 הלכות סנהדרין כ, ז.

56 הקדמה לפרוש המשנה, משנה זרעים, מהד' הרב י' קאפח, עמ' טז; הקדמות הרמב"ם למשנה, תרגום הרב י' שילת, מעלה אדומים תשנ"ו, עמ' נח. יתכן שיש קירבה בין 'דין מרומה' כאן לבין 'עיוות הדין' שבמשנת אבות ה, ז, אם כי הדברים נתלים במקראות שונים.

57 ראו טברסקי (לעיל הע' 13), עמ' 110 ושם בהע' 143.

הרמב"ם מעלה את האופציה של הסתלקות הדיין מן הדין בשני מקרים. בראשונה, בסוף הלכה ב, כותב הרמב"ם שלמרות הסכמת רוב בתי הדין שלא לדון על פי סמיכת דעתו של הדיין, אם העיד "אדם נאמן ונטתה דעת הדיין שאמת הוא אומר" יכול הדיין להביא את בעלי הדין להודות לדברי העד או לעשות פשרה ביניהם, "או יסתלק מן הדין". במקרה השני, הלא הוא "דין מרומה", מסיים הרמב"ם את הלכה ג באומרו שאסור לדיין החושש לדין מרומה לפסוק את הדין, "אלא יסלק עצמו מן הדין". ושם יש לקשר בין ההלכות, רוצה לומר: גם אחרי שהסכימו בתי הדין שלא לדון על פי דעתו של הדיין, אם אין הדיין עצמו נותן אימון ב"הוכחות" שלפניו, הרי מבחינתו יוגדר המקרה כ'דין מרומה'. אי לכן, כשם שהדיין ב'דין מרומה' מסתלק ואינו פוסק כלל ועיקר, כך הדיין המנוע מלפסוק על פי תודעתו רשאי להסתלק.<sup>58</sup>

לא מצינו מקור תלמודי מפורש להסתלקות הדיין בכלל, גם לא באחד משני המקרים בפרט. בהקשר של שלילת זכותו של הדיין לסמוך על תודעתו, אמר הרי"ף (המסתמך כנראה על הר"ח): "ואף על פי כן בעדות אדם נאמן מחמיצין<sup>59</sup> את הדין ודורשין וחוקרין עד שיתברר הדבר ויצא האמת לאמתו", אך הסתלקות הדיין אינה מוזכרת.<sup>60</sup> ברם דומה שהלכת 'דין מרומה' שבברייתא היא המקור להלכתנו. הברייתא קובעת: "מנין לדיין שידע בדין שהוא מרומה שלא יאמר הואיל והעדים מעידין אחתכנו ויהא קולר תלוי בצואר עדים, תלמוד לומר 'מדבר שקר תרחק' (בבלי, שבועות ל ע"ב-לא ע"א). נאסר על הדיין לתלות את קולר הרמאות בצוואר העדים ולחתוך את הדין כעדותם: "מדבר

58 זיקת הלכה ב' ל'דין מרומה' נראית, אולי, גם מלשון הוראת הרמב"ם: "ממתין בדין". מצד אחד, אין כאן אלא תרגום לשון הרי"ף, "מחמיצין את הדין" (כתובות דף מג ע"ב, בדפי הרי"ף). מצד שני, קשה להתעלם מזיקת הניב לעצה להיות "מתונים בדין" כדי להימנע, לפי הרמב"ם, מדין מרומה. וראו הע' 56 לעיל.

59 כנראה, ממתנים. "אשרי דיין שמחמץ את דינו" (סנהדרין לה ע"א, וראו ר"ח, ורש"י שם ד"ה מחמץ). ספר והזהיר (א, עמ' 82) כבר קישר בין אמירה זו לבין לשון המשנה באבות א, א: "הוו מתונים בדין". וכך הם דברי ר"ח על אתר: "אשרי דיין שמחמץ את דינו, כלומר מאריך ואינו חותכו כמו מצה אלא ממתין עד שיחמיץ". וראו מדרש תנחומא משפטים, ו.

60 אם כי גם כאן קיים דמיון להלכת 'דין מרומה' בכך שהרי"ף ממליץ לפתוח בדרישה וחקירה, כמו בדין מרומה. יש לציין כי דברי הרי"ף אלה זהים למובא באור זרוע בשם ר' חננאל. ראו: אור זרוע, פסקי סנהדרין, סוף סימן מח; וראו ב' מ' לוי, אוצר הגאונים, כתובות, ליקוטי ר"ח, עמ' 65.

שקר תרחק"; "תרחק", כנראה, כמשמעו. נמנעים מחתיכת הדין רק אם מסתלקים. יש לציין, דרך אגב, כי ברייתא זו מתארת מצב בו הדיין "יודע בדין שהוא מרומה"; הרמב"ם, לעומת זאת, מרחיב גם למקרים בהם "לבו נוקפו שיש בו רמיות", שגם במקרים כאלה "אסור לו לחתוך אותו דין". אולם, כפי שצינתי, אינני מכיר מקור קדם-מיימוני מפורש למושג "הסתלקות הדיין". הניב קיים בנוגע לויכוח בבית המדרש, ובו "נסתלק" פירושו: נשתתק.<sup>61</sup>

אפשר להתרשם כי הדיין זקוק להרשאה מיוחדת כדי שיטוש את הדין, וכי בדרך כלל אין לו להסתלק.<sup>62</sup> ואכן כותב הרמב"ם כי דיין הממונה לרבים מנוע מלסרב לדון בין בעלי דין גם בהקשרים שדיין אחר רשאי לעשות כך (כשהוא מפחד שמא יאונה לו רע בידי בעל דין אלם). דין זה חידושו של הרמב"ם הוא. הרב"ז מנמק שהממונה לרבים יכול לסמוך על הרבים שיגנו עליו, ועל כן אין לו לפרוש. אבל לי נראה שקביעת הרמב"ם היא עקרונית יותר: מתפקידו של הדיין הממונה, להישאר על משמרתו, שהרי לעת כזאת הגיע למלכות.<sup>63</sup> במקרה שלנו, לעומת זאת, הרמב"ם סבור כנראה כי דווקא הדיין המסתלק משרת את הצדק בכך שהוא מסרב להשתתף בעיוות הדין.

61 תוספתא מקואות, ז, יא, מהדורת צוקרמנדל, עמ' 660 (=בבלי, זבחים נו ע"א וברש"י שם ד"ה נסתלק); ש' ליברמן, תוספת ראשונים, ד, ירושלים תרצ"ט, עמ' 48 שורה 35-33. ראו גם תוספתא סנהדרין, ז, ו, מהדורת צוקרמנדל, עמ' 426; למרות ההקשר (הלכות בית דין) נראה כי אף שם עסוקים בדיון בנושאי אסור והיתר, טמא וטהור. כידוע, קיימת חפיפה גדולה לצדי בין הפרוצדורה בבית המדרש לבין זו של בית הדין.

62 פ' שיפמן, "הספק בהלכה ובמשפט", שנתון המשפט העברי, א (תשל"ד), עמ' 328-332; 352-350. שיפמן סוקר בהיבט השוואתי את היחס לזכות הדיין להימנע מהכרעה, ומסכם כי זכות זו זוכה למעט אהדה, כשמדובר בהסתלקות אישית מחמת שהדיין אינו יודע כיצד לפסוק. במקרים בהם ההלכה מאפשרת לדיין להסתלק מן הדין מנימוקים מוסדיים, הוא מונה (עמ' 343-344) (א) דין מרומה; (ב) מקרים בהם הדיין אומר "איני יודע" ומוחלף באחר; (ג) מקרים בהם ההלכה עצמה אינה מכריעה אלא קובעת "כל דאלים גבר" או "יהא מונח עד שיבא אליהו". ברם דומה כי במקרים שהדיין אומר "איני יודע" (משנה סנהדרין ג, ו; ה, ה; רמב"ם הלכות סנהדרין ח, ב) הדיין אינו מוחלף באחר, ולפיכך גם אינו מסתלק מבית הדין. במקרה זה מוסיפים שני דיינים, וזאת כדי לשמור על המספר האי-זוגי של בית הדין, מה שמוכיח כי הדיין הבעייתי עדיין נמצא בהרכב, ואולי גם יכול לחזור לדון ולהכריע בנושא אם ישתכנע מדברי הדיינים החדשים. גם דברי רש"י (המצוטטים בהע' 85, שם) אינם מוכיחים לענייננו. אי לכן, ניתן לומר כי גם ההלכה אינה מאפשרת לדיין להסתלק מבית הדין בטענת "איני יודע", אם כי הוא רשאי להימנע מלחוות דעתו במשפט ואף להצביע, וזאת כמובן הנקודה המהותית.

63 ראו: הלכות סנהדרין כב, א, על פי תוספתא סנהדרין, א, ז המובאת בבלי סנהדרין ו ע"ב. וראו ספרי דברים, מהדורת פינקלשטיין פסקה יז (עמ' 28-29). לא מצאתי מקור

כבר ציינו שזכותו וחובתו של הדיין להימנע מלדון 'דין מרומה' נותרה על כנה גם אחרי שבתי הדין הסכימו, כנאמר בהלכה א, "שלא יהפכו שבועה אלא בראייה ברורה, ולא יפגמו שטר... בעדות אשה או פסול... ולא ידון הדיין בסמיכת דעתו".<sup>64</sup> אמנם כל אותם מקרים טומנים בחובם מציאות של 'דין מרומה', ועל כן אין על הדיין (המנוע מלהפוך את השבועה, לפגום את השטר, או לדון על פי דעתו) לפסוק בניגוד למצפוננו והכרתו. עליו להסתלק. הסכמת בתי הדין מונעת מן הדיין לנקוט בפעולה משפטית חיובית ולא להימנע מפעולה כל שהיא. אם צדקנו בזה, עלינו לטעון כי הופעת "אדם נאמן" שדעתו של הדיין נוטה "שאמת הוא אומר" מסמיכה אותו "להמתין בדין" ולשאת ולתת עם בעלי הדין; הדיין רשאי להסתלק גם ללא נוכחותה של דמות זו, וזאת מתורת 'דין מרומה'. התנהגות הדיין במצב של 'דין מרומה' מזכירה את דמותו של הדיין האידיאלי בה פתח הרמב"ם פרק זה בהלכות סנהדרין.<sup>65</sup> הרמב"ם מתיחס בצורה דומה לאחריות המוטלת על הדיין ולכישוריו גם כשהמונח 'דין מרומה' אינו מופיע, לדוגמה במקרה של קנוניה בין העדים ובעל הדין. וכך דבריו בהלכות עדות טז, ד: "ודברים אלו אינן תלויין אלא בדעת הדיין ועוצם בינתו שיבין בעיקרי המשפטים וידע דבר הגורם דבר אחר ויעמיק לראות. אם ימצא שיש לזה העד צד הנטייה בעולם בעדות זו אפילו בדרך רחוקה ונפלאה הרי זה לא יעיד בה". הרמב"ם מצפה מן הדיין להעמיק ראות בהליך המשפטי על כל מרכיביו, כולל המציאות האנושית והדינאמיקה הבין-אישית הנרקמת לפניו.

להבחנה שהבחין הרמב"ם בין דיין הממונה לרבים לבין דיין אחר, שהעמיד את עצמו או התנדב לדון. ושמא דייק רבנו מלשון התוספתא, שאינה גורסת כמו הבבלי: "שנים שבאו לדין" אלא "שנים שבאו אצל אחד לדין". "אצל אחד", אבל לא לבית דין. האיטור החלקי המוטל על כל דיין אינו משקף איטור נטישה כללי אלא מיוחד למקרה של בעל דין קשה, ואז מצווה בכך הדיין על פי הכתוב "לא תגורו מפני איש". גם לגבי דיין הממונה לרבים נראה מדברי בית יוסף, חושן משפט סי' יב, א, שמדובר באיטור להסתלק מול בעלי דין תקיפים, ועל כן מביא בעל ב"י את תשובת הרשב"א, ב, סי' שמד. לא מצאתי שהרמב"ם קובע כי מצווה לדון, אם כי יש מצווה על הציבור למנות דיינים. אך יתכן שהדבר נרמז בספר המצות מהדורת הרב קאפח, מקום שהרב מתרגם במ"ע קעז: "כל אדם מצווה לדון דין תורה אם היה בקי בכך והחלו בעלי הדין את הדיון לפניו". והשוו ליתר התרגומים. מן הראוי לדון בקטע זה לאור הלכתנו ולאור הלכות סנהדרין ב, י, אך אין כאן המקום לדון זה.

64 על כן מופיעה הלכת 'דין מרומה' בהלכה ג ולא לפני הלכה ב.

65 ואמנם כבר ראינו כי הרי"ף אינו מזכיר את הסתלקות הדיין בהקשר של "אדם נאמן",



## ו. על הדין ועל היושר בתשובות הרמב"ם

בשנת תשל"ד פרסם א' ש' רוזנטל מאמר הזוכה לתגובות ומעורר דיון עד עצם ימים אלה. המאמר דן בשאלת יחסו של הרמב"ם לעמדה האריסטוטלית שתבעה כי מערכת המשפט תכלול אפשרות – אם חקיקתית, אם שיפוטית – לדון על פי ה"יושר" במקרים שהדין הפורמלי מביא לידי עיוות היושר. לאחרונה כונס אוסף מאמרים שהתייחסו לנושא זה על היבטיו השונים, פילוסופיים כהלכתיים.<sup>66</sup> הנחת רוב החוקרים היא כי הרמב"ם היה מודע למתח שבין כלליות החוק לבין החלתו על כל יחיד, אך לא בהכרח אימץ את הפתרון האריסטוטלי המאפשר חריגה מכללי החוק כדי להביא לתיקון מצבו של היחיד הנפגע.<sup>67</sup> הערותי כאן יתייחסו להיבט ההלכתי של השאלה.

אחדים מן החוקרים הסכימו שאין למצוא התמודדות מיימונית עם בעיה זו במשנה תורה, שאינו מכיר כלל בבעייתיות הנוצרת על ידי כלליות החוק. לעומת זאת, נטען כי התמודדות זו נחשפת בתשובות שכתב הרמב"ם, ביושרו על כס המשפט.<sup>68</sup> וכך מסכם זאב הרוי: "מתשובותיו ההלכתיות של הרמב"ם

- אולי מפני שיסוד הדבר במקום אחר. לבעיית זיקת דין מרומה למקרים הקודמים, השוו חפץ (לעיל הע' 1), עמ' 58-61; סיני (לעיל הע' 9), עמ' 290-291.
- 66 ח' בן-מנחם וב' ליפשיץ (עורכים), דין ויושר בתורת המשפט של הרמב"ם: עיונים במורה נבוכים ג, לד, ירושלים תשס"ד. רוב המאמרים שהופיעו בכרך זה כבר פורסמו בבמות אחרות, אך יש גם כאלה שפורסמו בו לראשונה. ראו גם א' ארדעי, "בית הדין כאביהם של יתומים", דיני ישראל, יט (תשנ"ז-תשנ"ח), עמ' כב, הע' 56: "ידועה היא עמדתו של הרמב"ם שלפיה לעולם אסור לדיין לסטות מן הדין על מנת להגיע לצדק... בסוגייתנו הרמב"ם מדבר על הדין הפרוצדורלי ולא על הדין המהותי".
- 67 עיקר התופעה כבר נידון על ידי הרמב"ם במורה נבוכים ג, לד. המקורות האריסטוטליים לבעיה הם האתיקה הניקומאכית, הפוליטיקה והרטוריקה. לפי א' מלמד, "הרמב"ם כמעט ולא הכיר את הפוליטיקה, ודאי שלא ממקור ראשון, שעה של'אתיקה' ולפירושיה הערביים היתה לו נגישות מלאה" (א' מלמד, "הרמב"ם על האופי המדיני של האדם", מנחה לשרה, מ' אידל ואחרים (עורכים), ירושלים תשנ"ד, עמ' 302 הע' 22).
- 68 ראו מאמריהם של חנינה בן-מנחם, שמשון אטינגר וזאב הרוי בקובץ האמור. וכן ראו את דברי סיני (לעיל הע' 9), עמ' 282-283, שנאמרו למטרה אחרת. לעומת חוקרים אלו, ראו: H. A, Davidson, *Moses Maimonides: The Man and His Works*, New-York 2005, p. 292. מלמד סבור שהרמב"ם בתשובותיו פוסק לפי שורת הדין ואינו מתחשב ביושר (equity), כשהוא מסתמך על תשובות כג ו-שפה. אולם בתשובה כג אין סיבה לחשוב שהיושר יביא לפסיקה אחרת; הרמב"ם אינו נענה שם לשיקולי רחמנות.

מתברר כי השופט מסוגל לפתור בעיות רציניות של היחיד העשוי להיפגע מחוק שאינו מתאים למצבו המיוחד. "פתרונות אלה מיושמים על ידי "ההידרשות לחוקים הקיימים, לפעמים על ידי החמרה בתנאים הדרושים לחלות החוק הבעייתי, לפעמים על ידי דיוק חדש בהגדרת החוק הבעייתי, לפעמים על ידי הפעלת חוק אחר המאפשר עקיפת החוק הבעייתי".<sup>69</sup> אין כאן אפוא עקירת החוק הכללי כדי להיענות לדרישת היושר במקרה ספציפי וחריג, אלא ניצול כל מכמני החוק עצמו כדי להגיע לפתרון הוגן.

תאור זה נאמן לנאמר ברוב התשובות הנקוטות, אם כי לא בכולן. ברם, דומה כי לא מדובר במקרים אלה בחוק כללי הפוגע בצורה עקיפה ביחיד, כפי שמציגים זאת החוקרים. המקרים בהם דן הרמב"ם בתשובות אלה אכן תואמים את החוק הכללי, אך אין בהפעלת החוק הכללי לגביהם משום פגיעה ביושר. דומה כי המניע המשותף לנקיטת מהלכים "הירואיים" וחריגים על ידי המשיב אינו הרצון לחלץ את היחיד ממלתעות החוק הכללי, כביכול. לא חוסר היושר של החוק פוגע בפרט. הזולת, בעל הדין שעומד מולו בחוסר יושר, הוא הפוגע בו. לכל היותר עלינו לומר כי הזולת מנצל את החוק בצורה בלתי ישרה (ויש גם שהחוק פוגע בכלל ולא רק בפרט). ברצוני לטעון שמושג "דין מרומה" מורחב והאחריות שהוא מטיל על הדיין משמשים עבור הרמב"ם נורמה שהביאה לכדי מעשה. הדחף לפעילות החריגה המתוארת לעיל נבע משקול נורמטיבי בסיסי ומוכר – הצלת עשוק מידי עושקו. אמנם ניווכח כי במקרים בהם ידובר הפקיע הרמב"ם לא רק את הדין הפרוצדורלי השגורתי אלא אף את הדין המהותי, ובכך חרג מגבולותיה של הלכת סנהדרין כד, א-ג. ברם אין נתון זה גורר אימוץ הדגם האריסטוטלי. כן ניווכח כי הרמב"ם אינו מפקיע את תוקפו של הדין הכללי, המתפקד כהלכה, בגלל פגיעתו בפרט; הוא מפקיע את תוקפו של הדין בגלל עיוות הדין הגורם לפגיעה בפרט במצב בו הדין מנוצל בכוונה להרע.

הצעה זו יסודה במקרים הספציפיים שנידונו בתשובות, ולא בהצהרה מפורשת מטעם המשיב. לפני שנעיין בתשובות בהן עומד האינטרס של היחיד

תשובה שפה עוסקת במקרה סטנדרטי בו אין מאפיין ייחודי; לפסוק אחרת, על בסיס היושר, פירושו ערעור על גוף ההלכה. על כל פנים, דומה כי אופיין של תשובות רבנו בהקשר החברתי דורש בדיקה שיטתית, אם כי נראה – גם מהמספר הקטן של המקרים הנידונים – שהתרשמותו השמרנית של דוידסון יש לה על מה לסמוך.

הנפגע מול החוק הכללי, נעייין בתשובות בהן הרמב"ם מציין את השלכותיו של המושג 'דין מרומה' על התהליך השיפוטי.<sup>70</sup> זאת על רקע הדיון שבפרק ה לעיל אודות מקומו של 'דין מרומה' בכתובתו ההלכתית של הרמב"ם בכלל.

\* \* \*

העדות הראשונה נמצאת בתשובות הרמב"ם, מהדורת בלאו, סימן א. התשובה פרגמנטרית, והשאלה חסרה. בדברים שנשמרו פותח הרמב"ם: "אין מתקבל על [דעת בר שכל שאחד הדיינים] יעשה אלה המעשים אשר הזכרתם אלא בגלל [פגם?] שנראה לו בדין. וידיעה שהוא דין מרומה. ואין לדיין אלא מה שעניו רואות...". מדובר בניסיון מיימוני להצדיק התנהגות שיפוטית יוצא דופן, כזאת "ש[אין] נעלם מאחד ההדיוטות ו[מכל שכן מ]דיין". הרמב"ם פותח את רשימת נימוקיו באפשרות שהדיין חרג מהמקובל בשל התמודדותו עם 'דין מרומה'. נמצינו למדים מדברי רבנו אלה כי (א) החובה למנוע 'דין מרומה' מצדיקה פסיקה החורגת מן השיקולים ההלכתיים השגרתיים, וכי (ב) הקטגוריה 'דין מרומה' וחופש הפעולה שהיא מזמינה נהגו בימיו, וכי הם לא נתבטלו עם הנסיגה הכללית מן השימוש באומדן הדיין שבהלכת סנהדרין כד, ב.<sup>71</sup>

דוגמה נוספת נמצאת בתשובות הרמב"ם סימן נח. מדובר שם באלמנה שנתנה סכום גדול במיוחד לנדוניית בתה "ולא נשאר לבנה הקטן או לשתי בנותיה דבר להסתייע בו". הרמב"ם קובע כי אם יתברר בעדים שהכסף שניתן לנדוניה הוא מממון המת, אזי תוחזר הנדוניה כולה; והיה אם אין עדים אך האלמנה הודתה שכך עשתה, עליה להחזיר את הסכום מכיסה, "לפי שהוא גזלנות בידה", אך אין מחזירים מבעל הבת. ברם, אם אין העדים מעידים שהאלמנה לקחה מכסף העיזבון, וגם היא אינה מודה בכך או היא מודה ואין לה מה לפרוע, "בזה צריך הדיין לדקדק כפי שאמרנו ולהעמיק בדרישה וחקירה ולהרבות האיום והחרמות סתם על איזה חלק שנראה לדיין בו חשד..." דברים אחרונים אלה תואמים ("כפי שאמרנו") לחשש שהעלה

70 על שני אזכורים אלה עמד כבר סיני (לעיל הע' 9) בהע' 53.

71 יצוין כי בנימוקו השני הרמב"ם משער שפעילות הלכתית שגרתית יותר הייתה מביאה לחילול השם בפני הגויים; ומכאן שמניעת חילול השם היא מניע לגיטימי לסטייה מההלכה. גם לא ברור אם ההלכה אכן נפסקה בצורה חריגה במקרה זה, או שמא רק נמסר כך לגויים.

הרמב"ם באותה תשובה: "הואיל ומראי המצבים ומסיבות העניינים מורים על היות זאת הנדוניה מממון המת, צריך בית הדין לדקדק בזה מאוד מאוד ולא להחפז בפסק הדין, לפי שבכגון זה נאמר דין מרומה". כבר ראינו שעיקוב ההכרעה והעברת בעל הדין תהליך דרישה וחקירה הם מן הכלים שיש להפעיל במקרה של 'דין מרומה'.<sup>72</sup> כאן מבהיר הרמב"ם שמתקבל רושם חזק שהמקרה הוא 'דין מרומה', ועל כן מן הראוי כי הדיין יחשוש ויפעל בהתאם, וכפי שהעיר יובל סיני, הרמב"ם אינו מציע לדיין שיסתלק מן הדין במקרה זה, כפי שהוא מורה בהלכות סנהדרין.<sup>73</sup> אנו רואים שוב כיצד החשש מ'דין מרומה' מלווה את הרמב"ם כמשיב, וכי הוא מצפה מן הדיין לזהירות דומה. דברי הסיום של הרמב"ם, בהם הוא מבהיר שעל הדיין להמשיך בחקירה "עד אשר יצא הדין לאמתו או יגדל היתום וימחול על המגיע לו", מלמדים על זכותו של הדיין לעכב את פסק הדין לתקופה ארוכה, ארוכה כל כך כדי לא להיכנע לדין מרומה.<sup>74</sup>

\* \* \*

חנינה בן-מנחם עמד על שש תשובות בהן חורג הרמב"ם מן ההלכה הכללית לטובת האדם הפרטי. החוקרים המיוצגים בקובץ "דין ויושר" דנים בתשובות אלו ובהצעתו של בן מנחם כי למעשה אימץ הרמב"ם את הפתרון האריסטוטלי של סטייה מן הדין. שלוש מתוך חמש<sup>75</sup> התשובות הרלוונטיות לענייננו כרוכות, לדעתי, במצב של 'דין מרומה', ואילו השתיים הנותרות אינן מקרים של 'יושר' פרטני מול ההלכה הכוללנית אלא התייחסות כוללנית להלכה הנדונה.

72 הלכות סנהדרין כד, ג; הלכות עדות ג, ב.

73 סיני (לעיל הע' 9), עמ' 282. הרמב"ם אינו מזכיר את זכות ההסתלקות גם בהלכות עדות ג, ב, אך זאת משום שהדבר אינו נוגע לעדים ולתהליך תשאולם, שהוא נושא הלכות אלה.

74 וראו בן-מנחם (לעיל הע' 66), עמ' 230.

75 בן-מנחם מצביע על תשובות הרמב"ם, סימן של. תשובתו שם עומדת בניגוד לנפסק על ידו בהלכות מלוה ולוה יד, ג. למעשה, התשובה תואמת את שיטת הגאונים המובאת באותה הלכה; וראו בהשגת הראב"ד, המפנה לתשובת רבנו. לא נראה שיש כאן מקרה של תשובה המנוגדת בתכלית להלכת משנה תורה. להלן הננו מעלים את האפשרות כי גם תשובה נוספת ברשימה אינה רלוונטית למבוקש.

(א) תשובות הרמב"ם, סי' ג. הרמב"ם דורש התראה כתנאי לפסילת עדים החתומים על הגט, אך ההלכה נפסקה על ידו במשנה תורה כי עבירות המפורסמות בציבור כעבירות על דין תורה פוסלות את העדים גם ללא התראה. מגמת הרמב"ם בתשובה היא, כנראה, למנוע פסילת העדים, וזאת כדי להכשיר את הגט ולמנוע מצב בו הילדים שנולדו מנישואיה השניים של האשה יוכרזו ממזרים.

ברם יצוין כי – על פי תיאורם של הדיינים השואלים – מדובר במקרה בו יזם הבעל את פסילת הגט שנתן משום ש"עברה אותו רוח קנאה לאשתו כיצד גרשה ונישאה לאחר". תיאור זה מלמד שהבעל לשעבר אינו בא לדין בידים נקיות, אלא מנסה לנצל את סעיפי ההלכה כדי להמיט אסון על אשתו לשעבר. אמנם אין כאן 'דין מרומה' במשמעותו הקלאסית, קרי רמאות. אך יש כאן ניסיון לנצל את ההלכה כדי להשיג מטרה שאינה ראויה. כפי שנראה ביתר המקרים, הרמב"ם היה רגיש במיוחד להתנהגות כזו. ניתן לומר, דומני, כי ראה במניעתה מעין הרחבה של הצו למנוע 'דין מרומה'.

אולם ייתכן כי קריאה זהירה יותר של תשובתנו עשויה להראות שאין כל סתירה בין דברי הרמב"ם כאן לדבריו במשנה תורה, בין הטפול הפרטני והחוק הכללי. קריאה כזו הציע לנו רדב"ז. הנה, השואלים פרטו שלוש האשמות שבגינן תבע הבעל לפסול את עדי הגט: הם ידועים בכך שאינם מקיימים מצוות עשה; הם ידועים כבועלי נידות להכעיס; והם עוברים על איסור גילוח הפנים בפרהסיא. רדב"ז מעיר כי אי-קיום מצוות עשה אין בו לפסול לעדות, ובעילת נידה מבוצעת בדרך כלל בצנעה, שלא בפני עדים (והודאה עצמית אינה פוסלת לעדות), ואם כן גם טענה זו אין בה לפסול את העדים. נשאר אפוא ההאשמה בגילוח הפנים, ולגביה (כך מניח רדב"ז) דרש הרמב"ם התראה. דרישה זו עולה יפה עם הלכת משנה תורה, טוען רדב"ז, אם נניח שגילוח הוא בין העבירות שהיהודי הממוצע לא ראה בהן איסור תורה. ואכן, שרגא אברמסון הפנה לתשובה בה הרמב"ם נשאל על היקף איסור גילוח ופרטיו, דבר המצביע לדעתו גם על הטשטוש בין איסורים דאורייתא ודרבנן בתודעת הציבור בנושא.<sup>76</sup> כתיבתו של הרמב"ם בתשובתנו היא סתמית במיוחד, ועל כן קשה לדחות את פירושו של רדב"ז או לאמץ אותו.

76 שו"ת רדב"ז, חלק ה, סימן אלף תקצג; ש' אברמסון, "תוספות והערות", תשובות

(ב) תשובות הרמב"ם, סימן טו. כאן מתיר רבנו לאשה 'קטלנית' (אשה שמתו שני בעליה הקודמים) להינשא בשלישית, למרות האיסור התלמודי שבדבר. הוא מנמק את העניין כך: "הדקדוק בזה הענין הקל מביא לעניינים חמורים מאוד".<sup>77</sup> לכאורה, לפנינו דחייה מודעת ומחושבת של נורמה תלמודית, על בסיס מדיניות הלכתית של שקילת נזק מול רווח. לא נראה כי יש לנו כאן עניין עם 'דין מרומה', אך גם לא נראה שהרמב"ם בא להציל פרט זה או אחר העומד מול הלכה כוללת, או לתקן מצב ספציפי בו היושר נפגע.<sup>78</sup> הרי כל אשה באשר היא נפגעת מדין קטלנית, ודברי רבנו נאמרים לגבי הלכת 'קטלנית' בכללה.

כך הדבר גם בתשובה שניה המוקדשת לנושא (סימן ריח): אמנם המקרה הוא ספציפי – ייבום של קטלנית – אך ההיתר מנוסח בצורה כוללת ומבוסס על שיקולים כוללניים: מצד אחד, ההחמרה בדיני קטלנית עשויה להוריד נשים ל'תרבות רעה', מה שכנראה מובנו ירידה לזנות.<sup>79</sup> ומצד שני, הרמב"ם גם מכליל כי "חוששין" לאיסור קטלנית רק "על דרך הניחוש והכישוף והדמיונות". אם הרמב"ם מאמין כי שיקולים אלה עומדים בבסיס האיסור לשאת קטלנית, מובן כי היה יכול לסכם ש"אין איסור בזה כלל". יתרה מזאת: אף עיצובו ומיקומו של איסור קטלנית במשנה תורה (הלכות

הרמב"ם, מהדורת י' בלאו, ח"ג, ירושלים תשכ"א, עמ' 152. ההפנייה היא לתשובת הרמב"ם סי' רמד.

77 הרמב"ם אינו מפרט כאן מה הם אותם "דברים חמורים" שכרגיל מתלווים להחמרה בדיני קטלנית. יתכן שהוא התכוון לקשיים הנערמים על חיי אשה מסכנה שנגזרת עליה בדידות וקשיי פרנסה, מה שגם עלול להביא לירידה לזנות, כפי שכנראה נרמז בתשובה אחרת שכתב הרמב"ם בנושא (ראו הע' 79 להלן). השואלים מזכירים גם את הפניה לגורמים מוסלמיים כחלק מן הסיפור וקובעים: "הענין בזה חמור ומביא אל דיני הגויים", ומסתבר כי זאת גם כוונת הרמב"ם. ראו: M. A. Friedman, "The Ransom: Divorce Proceedings in Medieval Jewish Practice", *IOS*, 6 (1976), p. 295. fn. 35, 37.

78 אמנם מצבה של האשה, כפי שהוא מתואר לפנינו, מעורר רחמים: "ונשאה האשה במצוקה באלה הימים הקשים של רעב, לא יכלה ליטול דבר מן הקרקע שהניח בעלה להתפרנס בו ולא יכלה להינשא לאיש שיוזן אותה פרוסה של לחם". מצב דומה היה בוודאי גורלן של נשים רבות שנשארו ללא בעל. במקרה שלפנינו כבר ניסתה האשה – בכך שפדתה את עצמה וגם דרשה גירושין מבעלה – לצאת מתחת ידי בעלה בעוד הוא בחיים. אך בסך הכל, התבטאויות הרמב"ם בעניין הקטלנית (ראו להלן) מראות כי גישתו המקילה היא כוללת.

79 ראו הע' 77 לעיל.

איסורי ביאה כא, לא) מרמזים למעמדה הרופף של נורמה זו לדעת הרמב"ם, ואם כן גם לא ניתן לומר כי בהיתר קטלנית קיימת סתירה בין עמדת הרמב"ם כמחוקק לבין עמדתו כשופט.<sup>80</sup> לכל היותר ניתן לומר שכיון שהלכת קטלנית כולה, ובכל מצב, פוגעת בטוב האנושי ללא הצדקה מספקת (לפי אמות-מידה מיימוניות, לכל הפחות), בא הרמב"ם לצמצם את חלותה. ברם נחוץ דיון מפורט בהרבה בנושא זה טרם נוכל להגיע למסקנה זו.<sup>81</sup>

(ג) תשובות הרמב"ם, סימן לד. כאן מדובר באשה שרוצה ללמד צעירים מלאכה ו/או קריאה, למגינת לב בעלה. הרמב"ם מסכים כי "יש לבעל למנוע אשתו מללמד קריאה או מלאכה". אך בכל זאת הוא קובע: "ודרך ההערמה

M. A. Friedman, "Tamar: A Symbol of Life: The 'Killer-Wife' Superstition in the Bible and Jewish Tradition", *AJS Review*, 15:1 (1990), pp. 50-54. הרמב"ם אמנם מוסיף כי "במקצת הזמנים יקבלו פעולתם [של "הדמיונות והדימויים"?] הגופות חלושי הבנין", מה שעשוי לרמוז למציאות אמפירית כל שהיא, לדעתו, אך גם עשוי לרמוז למציאות פסיכולוגית, שיקול שמופיע גם בהקשרים אחרים במשנה תורה.

81 טיפולו של רבנו בנושא ה'קטלנית' בתשובה ריח תואם בהיבטים מסוימים את טיפולו בנושא 'היזק ראייה' בתשובה שצה (מקוצר היריעה, אינני דן כאן בשאלת הבסיס התלמודי השונה של קטלנית והיזק ראייה, או בסבירותה של גישת הרמב"ם למקורות אלו, וראו ב' ז' בנדיקט, הרמב"ם ללא סטייה מן התלמוד, ירושלים תשמ"ה, עמ' ט-ט). שתי התשובות פותחות בהבעת פליאה מצד הרמב"ם על הצורך לתאר בפני בני שיחו המשכילים את שיקוליו בפסיקתו בנידון ("תמה אני תמיהה גדולה על תלמידי חכמים יקרים עסוקים בתורה תמיד שיסתפקו... ולא יבדילו... והיותר תימה בשאלה הוא...") (סי' ריח); "זאת השאלה לא היתה לאנשים גדולים כמוכם לשאול אותה. וכי לא שני לכו בין... ובין..." (סימן שצה)). בשני המקרים, הרמב"ם מנמק את מעמדו הרופף של הנוהג בו מדובר – דין קטלנית מכאן ודין היזק ראייה שלא במקומות מגורים מכאן – בטענה שמדובר בנוהג שחסר לו בסיס נורמטיבי איתן: מקור איסור קטלנית הוא, כפי שראינו, "על דרך הניחוש והכשוף", בעוד שהיזק ראייה מגינה לגינה הוא משום עין הרע בלבד. על כן, איסור קטלנית אינו אלא דבר מגונה (לרקע התלמודי של מושג זה, ראו ב' דה-פריס, "הקטגוריות ההלכתיות", מחקרים בספרות התלמוד, ירושלים תשכ"ח, עמ' 269-263; לרקע האיטלמי, ראו י' קרמר, "השפעת המשפט המוסלמי על הרמב"ם", תעודה, י' (תשנ"ו), עמ' 243-245. וכן ראו פרידמן (לעיל הע' 80) עמ' 53; ומנקודת ראות אחרת, ראו י' טברסקי (לעיל הע' 13), עמ' 105-106), בעוד שהיזק ראייה מן הסוג בו מדובר אינו אלא דברי חסידות (למושג זה בכתיבה ההלכתית של הרמב"ם, ראו י' טברסקי, שם, עמ' 106 הע' 123. דוידסון ראה בשתי תשובות אלו של הרמב"ם שבהן פירש הוראה תלמודית כמתן עצה טובה גרידא, טקטיקה המבקשת להצדיק את השמטתן של הוראות תלמודיות מסוימות ממשנה תורה. ראו: Davidson (לעיל הע' 68), עמ' 222.

לזאת האשה, אם דבריה דברי אמת, שתמרוד ותצא בלא מאוחר, וכופין אותו לגרשה ותשאר ברשות עצמה, תלמד מי שתרצה ותעשה מה שתרצה". אין הרמב"ם שולל את ההלכה העקרונית, אך הוא רומז כיצד תוכל "זאת האשה" לעקוף את תנאי ההלכה.

דומה כי גם במקרה זה לא מדובר במתח הקיים בין ההלכה הכללית לבין צרכי אשה מיוסרת בלבד. האשה שלפנינו סיפרה ("אם דבריה דברי אמת") כיצד בעלה נטש אותה ואת ילדיה ולא דאג לצרכיה הבסיסיים ביותר במשך תקופות ארוכות. כעת דורש הבעל מאשתו שתעזוב את ההוראה, מטה לחמה היחיד, תשוב לשרת אותו ולמלא את צרכיו, ותרשה לו להכניס אשה נוספת לבית. הרמב"ם מסכים כי לפי עיקר הדין כופים את הבעל לפרנס את אשתו או לגרש אותה; אך בעת ובעונה אחת מרשים לו למנוע ממנה את מלאכת ההוראה. אך עיקר הדין, ההלכה הקלאסית, מתעלם במקרה מקומם זה מן הרקע המתמשך של הזנחה ונטישה. אמנם לפנינו מקרה מיוחד, אך הוא נוצר על ידי רשעות, לא על ידי הגורל. מצב זה יוצר מציאות של 'דין מרומה' במובן הרחב, ניסיון לנצל חלק מן ההלכה ולהתעלם מחלק אחר. אי לכן, סבורני, מלמד הרמב"ם את "דרך ההערמה לזאת האשה אם דבריה דברי אמת". יש לציין כי הרמב"ם אינו "פוסק" לטובתה, אלא רומז כיצד תוכל לשנות את תנאי המשחק.

שחזור זה מתאשר לאור האפשרות כי תשובתנו היא התשובה השניה שכתב הרמב"ם בנידון, וכי קדמה לה תשובה אחרת בה התייחס רבנו לבעיה כפי שהבעל ניסח אותה. בשאלת הבעל (סי' מה במהדורת בלאו) נמסר על עיסוקי האשה בהוראת ילדים; ועל רצונה להתגרש ורצונו להכניס אשה שניה לבית, אך הושמט לגמרי כל זכר למעללי הבעל, לנטישת אשתו ולהעדר תמיכה בה. לכן פסק הרמב"ם שהבעל אינו רשאי להכניס אשה שניה לבית ללא רשות אשתו, אך גם כי רצונה ללמד אינו עילה לתביעת גט מהבעל, שרשאי למנוע ממנה את ההוראה. בתשובה השניה, שנכתבה כנראה על בסיס הנתונים שסיפקה האשה, מוסר הרמב"ם שוב כי הבעל רשאי למנוע את אשתו מללמד צעירים, וכי אין בכך משום עילה לגירושין. אך עתה הוא מוסיף ומלמד אותה כיצד להכריח את הבעל לגרש, מה שממילא יביא לה את הזכות ללמד. בפועל, לא הזכות ללמד עומדת במרכז התמונה אלא האפשרות והטכניקה לכפות גירושין.<sup>82</sup>



התשובה שלפנינו מאירה היבטים אחרים של פעלו של הרמב"ם כמשיב וכדיין. כידוע, הרמב"ם הורה לא אחת כי אסור לדיין לייעץ לבעלי הדין כיצד יטענו. כך פירש את משנת אבות א, ח, "אל תהיה כעורכי הדיינים", בצינו שהאיסור תקף גם כשמדובר בבעל דין "עשוק ושבעל דינו טוען עליו בשקר כפי שנדמה לו, אסור לו שילמדנו טענה שתפלוטו כלל" (מסתבר כי לאור כל מה שנאמר בנוגע לאחריות הדיין שלא לפסוק לטובת הרמאי ב'דין מרומה', חלה על הדיין האחריות להציל עשוק מיד עושקו כחלק מפסק דינו). וכן פסק רבנו בהלכות סנהדרין כא, י. הדבר בא לידי ביטוי מעשי בתשובה מז: "ומה שאמרתם שהדיין אמר לבעל הדין, יכל אתה לחזור ולעשות כך ולמר כך, כל זה אינו ראוי לדיין לומר בשום פנים... לא שירמוז או ילמד לבעל הדין מה יאמר".<sup>83</sup>

אולם הרמב"ם עצמו, בתשובה לד שזה עתה דנו בה, מעיר כי "דרך ההערמה לזאת האשה, אם דבריה דברי אמת, שתמרוד ותצא...", ובכך תשתחרר מבעלה ו"תלמד מי שתרצה ותעשה מה שתרצה". האם יש בהערה זו משום מתן עצה לאחד מבעלי הדין כיצד יוכל לזכות בדינו? אולי אין כאן מתן עצה לגבי ניהול משפט זה עצמו מבחינה פורמלית, אך הננו מתקרבים לכך בוודאי מבחינת רוחם ותוכנם של דברים. ואמנם הרמב"ם אינו עומד כאן בקשר עם בעל הדין אלא מוסר את דבריו לבית הדין. אך מה הוא מצפה שהם יעשו? הוא בודאי אינו מוסר להם מידע בלבד, באומרו: "דרך ההערמה לזאת האשה... שתמרוד". הרושם המתקבל הוא כי הרמב"ם מעביר את המלצתו לבית הדין המקומי, מתוך הנחה שהדברים יועברו הלאה ל"זאת האשה". כזכור, בפרושו למשנת אבות טען הרמב"ם כי אין מלמדים טענה לבעל הדין גם אם הוא "עשוק" וטוענים נגדו טענות שקריות. תשובתו זאת מאזנת את התמונה.<sup>84</sup>

82 ההנחה שמדובר בשתי התשובות באותו המקרה מסבירה, אולי, למה רבנו ציין כאן "אם דבריה דברי האמת", שהרי גרסה אחרת (גרסת הבעל) כבר הובאה לפניו. את וידוא העובדות הניח רבנו לבית הדין המקומי. להפניות ביבליוגרפיות בנוגע לזיקת התשובות אהודי, ראו: R. L. Melamed, "He Said, She Said: A Woman Teacher in Twelfth-Century Cairo", *AJS Review*, 22:1 (1997), p. 21 fn. 7; p. 28 fn. 22.

83 וכן ראו תשובה מא.

84 אמנם הרמב"ם בהלכות סנהדרין כא, יא, מתיר לדיין לייעץ לבעל דין, ברם היתר זה מוגבל למקרה שהעורה היא ברמת הרטוריקה, לא ברמת התכנים; או במקרה שנשכחו

החידוש הגדול בתשובה זו כולה טמון לדעתי בשימוש המיימוני בטענת 'מורדת', אותה הוא מתאר בפה מלא כ"הערמה"<sup>85</sup>. הנה, 'מורדת' מוגדרת בהלכה המיימונית כאשה המסרבת לקיים יחסי אישות עם בעלה, אם בגלל שהוא מאוס בעיניה (בעניין זה כתב הרמב"ם, כידוע, "שאינה כשבויה שתיבעל לשנוי לה"), אם כדי לצער ולהקניטו. הרמב"ם אינו מכיר באשה המסרבת לקיים את שאר חובותיה כלפי בעלה כ'מורדת'. יתרה מזו: לפי א' וסרטיין, הרמב"ם הוא זה "שאפיין את האשה המורדת בטענת מאיס עלי בכך שהיא לא מסוגלת לחיות חיי אישות עם בעלה בשל גורמים רגשיים". סיכומו של דבר, דווקא הרמב"ם הגדיר את המורדת הגדרה קפדנית במיוחד. במקרה שלנו מסתבר כי הרמב"ם רומז שעדיף לאשה לטעון "מאיס עלי", וזאת כדי לזרז את תהליך הגירושין, שהרי הטוענת שברצונה לצער את בעלה בסירובה לחיות חיי אישות תחכה כשנה עד שיכפו על הבעל לגרש.

השימוש בטענת 'מורדת' במקרה שלנו הוא הערמה, וכך אומר הרמב"ם מפורשות. כל כך למה? מפני שלא שמענו עד כה שהבעל במקרה שלנו מאוס על אשתו מבחינה מינית, לא שמענו על סלידה רגשית מצדה, וכן לא שמענו שהיא רוצה לצער את בעלה.<sup>86</sup> גם לא שמענו כי האשה מעוניינת לפרק את

מבעל הדין הטענות שהיו סדורות בפיו, בגלל ההתרגשות שתקפה אותו בעת המשפט. . ואף כך מסיים הרמב"ם ש"צריך להתישב בדבר זה הרבה שלא יהיה כעורכי הדיינים", תוך הכרה בדקויות שבעניין, שהרי כל עזרה המוגשת לצד אחד הריהי כפגיעה בצד השני. יש לציין כי הלכה יא היא ה"רע במיעוטו" מבחינת הרמב"ם, שעומד כאן מול מקורות תלמודים המלמדים כי הדיין חייב, לאור הכתוב "פתח פיך לאלם", להדריך את בעל הדין ברמה תכנית; ראו בנושאי הכלים הקלאסיים. גישת הרמב"ם המינימליסטית ל"פתח פיך" מראה כמה הוא מחויב לעקרון שאין ליעץ לבעלי הדין. וראו ' טברסקי (לעיל הע' 13), עמ' 206.

85 לא נראה כי הכוונה למסירת מידע הלכתי זה לאשה, תוך הערמה על האיסור של מתן עצה לבעל דין. לעצם העניין: במקור נאמר "ווגה ההבנה אלחילה", מה שמוגדר על ידי יוסף כט כ: "artifice, device, expedient, stratagem... the use of legal means for extra-legal ends, ends that could not... be achieved directly with the Schacht, "Hiyal", Encyclopedia of means provided by the shari'a". ראו: Islam, 2nd ed., III, pp. 510-513. אני מודה לפרופסור מ' ע' פרידמן על עזרתו בליבון נקודה זו. בנוסף על ההערמה שבעצם העלאת טענת מורדת במקרה הנידון (כפי שהצעתי בגוף עבודתי), יתכן שהרמב"ם רומז כאן לשימוש בגירושין 'אפתדא', או גירושין פדיון במעטה דין מורדת. וראו פרידמן, (לעיל הע' 77), עמ' 297-301; ' י' דוד, "השקפת הרמב"ם על הגירושין", סיני, סח (תשס"ה), עמ' שפה-שפו ובהפניותיו.

86 הלכות אישות, יד, ח-יד. בשאלה אם מרידה היא רק מיחסי אישות נחלקו אמוראים,

הנישואין מבחינה עקרונית; היא מעוניינת שבעלה ימלא את חובותיו כלפיה או, לחלופין, שיתאפשר לה להמשיך וללמד צעירים. אך כל זה תורגם בתשובה מיימונית זו לטענת "מורדת". הרמב"ם רק דורש שיוכח כי האשה "דוברת אמת" כדי להצדיק את ביצוע המהלך שהוא כנראה ממליץ עליו, תוך שילוב מרתק של 'אמת' מוסרית ו'הערמה' משפטית. על כל פנים, נכונותו של הרמב"ם לנצל את מוסד ה'מורדת' בצורה שהוא עצמו מכנה 'הערמה' כדי לפתור בעיה של 'דין מרומה' או חוסר יושר שנקלעה לה בעלת הדין היא משמעותית ביותר. טענת 'מורדת' הופכת בידי הרמב"ם טענה שאפשר להשתמש בה בצורה פיקטיבית כדי להגיע לתוצאות הלכתיות רצויות. בכך מתחזקת טענת 'מורדת' הרבה מעבר לממדיה המקוריים, ממדים שהרמב"ם תרם לא מעט לעיצובם.

(ד) תשובות הרמב"ם סימן ריא: כאן מדובר בפסיקת הרמב"ם שיש לאפשר ואף לעודד צעיר שהכניס שפחה לביתו לשאתה לאשה (ואולי לגיירה), למרות האיסור (שבמשנה!) על "הנטען על השפחה", איסור המופיע ללא פשרות במשנה תורה. אף כאן, כמו בדין הקטלנית, מעיר רבנו כי הוא רגיל לפסוק כפסיקה זו גם במקרים אחרים, ומצדיק את ההקלה על בסיס התוצאות הדתיות והחברתיות הקשות המתלוות לדבקות חסרת פשרות באיסור. אך ככל שתשובה זו מנהירה את דרכי הפסיקה של הרמב"ם, אין כאן מקרה של עשיית יושר במקרה בודד מול חוק כללי. ההיתר נוגע למקרה השגרתי של יחסי אדון ושפחה.

(ה) תשובות הרמב"ם סימן שסה. כאן מדובר בגבר שדורש מאשתו שתעלה עמו לארץ ישראל, כדי שבסירובה הצפוי יגרש אותה מבלי לשלם לה את כתובתה, כהלכת המשנה. מדברי הדיינים השואלים מתברר שמדובר

ו"להלכה נפסק שמרידה היא רק מחיי אישות" (א' וסטרייך, "עלייתה ושחיקתה של עילת המורדת", שנתון המשפט העברי, כא (תשנ"ח-תש"ס), עמ' 124 והע' 7. ראו גם: הערת וסטרייך בנוגע לממד הרגשי של 'מאיס עלי' לפי הרמב"ם, שם עמ' 130. לפי זה, עד ימי הרמב"ם נתפרש 'מאיס עלי' כהנגדה ל'בעינא ליה' בלבד, וכביטוי סתמי לרצון לפרק את הנישואין. וסטרייך סבור, שם, שבכך "החליש" רבנו את הלכת מורדת, וזאת בצד ההכרה המיימונית בדין 'מורדת' כמשקף את ההלכה התלמודית, דבר שחזק את מעמד הדין. השוו לכהן: א' גרוסמן, חסידות ומורדות: נשים יהודיות באירופה בימי הביניים, ירושלים תשס"א, עמ' 441, המציין כי "הרמב"ם אינו דורש מן האישה הסבר מדוע מאסה בבעלה... די בעצם הטענה...", וראו שם עמ' 442 הע' 136 הפניות לראשונים שדרשו הנמקת המיאוס ושכנוע בית הדין כי כך אכן המקרה).

בקנוניא, וכי הבעל, שהסתכסך עם קרובי אשתו, מנצל את החומרה ההלכתית. הרמב"ם מכיר כמובן בהלכה אותה מגייס הבעל, אך הוא משיב שיש להפעיל אותה רק לגבי בעל ה"מוחזק בכשרות" ובמקרה "שלא היה בינו ולבין אשתו מריבה בשום פנים". במקרה שלפנינו קדמה המריבה לפניית הבעל לבית הדין, ולאור אפיון התנהגות הבעל ברור שהוא אינו "מוחזק בכשרות". ברור כי מגמת הבעל אינה לעלות לארץ עם אשתו, הלא היא הסיבה לחקיקת חוק זה לכתחילה, אלא לבקש "עלילות להיפטר מחיובו אשר נתחייב בו", ולמטרה זו כבר קבל יעוץ "מקצועי"<sup>87</sup>. במילים אחרות, הבעל מעוות את ההלכה בנסותו לנצל אותה תוך התעלמות ממטרתה – מגורים של בני הזוג בארץ. כיוון שכך, אין להפעיל את החוק נגד האשה כשתסרב לעלות עם בעלה (שממילא גם דרישתו היא פיקטיבית ומן השפה ולחוץ). לפי דבריו, החמיר הרמב"ם על הנוהג המקובל בימיו במערב, שם הסתפקו בהחרמת מי שבא בעלילה על אשתו ובעניית הבעל אמן על החרם – דבר שהשאיר את הכדור בחצרו של הבעל. אך כבר במדיניות פושרת זו הראו דיני המערב כי אין ליישם את תקנת המשנה בצורה תמימה, ובכך שימשו תקדים למהלך המהותי בו נקט רבנו. אפשר לראות בתשובה זו דוגמה של העמדת היושר הפרטי מול כלליות החוק. לי נראה, לעומת זאת, כי המודל ההלכתי לפסיקה זו נמצא אף כאן במושג 'דין מרומה'. על כן מקדים הרמב"ם לפסיקתו כי "בו ראוי להורות כל מי שיודע ביאור אומרו 'צדק צדק תרדוף' וביאור אמרו 'לא תשא שמע שוא' ומה שיוצא מדבריהם 'אין לדיין אלא מה שעיניו רואות'". ניב אחרון זה נמצא בהקשר של 'דין מרומה' בתשובה המקוטעת (סימן א) אותה הזכרנו לעיל, ואולי נרמז באמירת רבנו בהלכת דין מרומה כי "הדברים מסורים ללב", שהרי מדובר בצורך לקבל החלטה על בסיס הערכת מניעים וכוונות. אין כאן מקרה שבו ההלכה הכללית אינה מתאימה לצרכי המקרה היחידני, דוגמת המצב האריסטוטלי. מדובר במקרה בו צד אחד תופס את ההלכה במובנה הפורמלי ביותר, מעוות אותה ואת תכליתה, וזאת כדי להשיג את מבוקשו הדורסני. כשהרמב"ם מוסיף את תנאו ("שלא היתה מריבה בינו ולבין אשתו") כדרישה

87 ראו מה שכתבתי על תשובה זו במאמרי "הישיבה בארץ ישראל במשנת הרמב"ם", מאה שערים: עיונים לזכר יצחק טברסקי, ע' פליישר ואחרים (עורכים), ירושלים תשס"א, עמ' 182-183.

מוקדמת לגירושי האשה, הוא יורד לתכליות ההלכה ותובע שמטרתה המקורית תישמר.

הננו מתרשמים, אפוא, כי גם במקרים בהם סטה הרמב"ם מההלכה הפורמלית או פירש אותה בצורה תקיפה, מדובר על פי רוב במקרים שבהם שמירת ההלכה כנתינתה תביא לידי ניצולה למטרת מרמה ואי-צדק על ידי אחד מבעלי הדין. החשש שכך יקרה, יותר מן הסבל שתגרום ההלכה עצמה ליחיד זה או אחר, הוא מה שקבע. ואכן יש מקום לומר כי הרמב"ם לא מיהר לשלול מבעלי דין את השימוש בקניינם, גם כשהדבר פגע בזולת. מעשה באשה שהעבירה לבן אחד, אמיד, את רכושה והתעלמה לגמרי מבנה השני הנזקק. על כך כתב הרמב"ם: "תנהג בקניינה איך שתראה, ואין מרחמין בדין". לא זו בלבד שהרמב"ם לא פסק לטובת הבן השני, אלא שאף לא יעץ לאם האמורה לשתף את בנה השני והנזקק ברכושה.<sup>88</sup>

השימוש במושג 'דין מרומה' לנימוק פעילות המונעת ניצול לרעה של הלכות והמפקיעה לשם כך את הדין הנורמטיבי מרחיב את השימוש המיימוני המפורש במושג. במקרים אלה מדובר לא בעדים המרמים בלבד אלא בדין שיש בו רמאות במידה זו או אחרת. אי לכך, הדיין נוטל לעצמו במקרה זה סמכות מהותית ולא רק סמכות פרוצדוראלית. הרמב"ם, בבואו לפסוק את הלכת 'דין מרומה' בהלכות סנהדרין כד, ג, אינו מגדיר את המושג לפי משמעות מורחבת זו. למרות זאת, אני משתמש במושג כשאני בא לנמק את הפסיקה החריגה שלו. פסיקה זו אינה "מיטיבה" כעיקרון עם הצד החלש או מונעת נזק שההלכה גורמת לפרט מסוים, ובכך אין היא מתקרבת למושג היושר האריסטוטלי. היא פוסלת שימוש נלוו ומרושע בהלכה. כיוון שהרמב"ם אכן נקט מדיניות הלכתית זו, נראה היה לי לחפש אחיזה לפסיקתו בנורמה של 'דין מרומה'. אך למען האמת, התופעה חשובה יותר ממקורה, ועיקר מגמתו היה להעמיד על דפוס פעולתו של הרמב"ם גם אם נבצר ממני להצביע על מקורה.

88 תשובות, סי' כג. דוידסון (לעיל הע' 81) עמ' 292 הע' 167, מפנה לתשובה זו כדוגמה לאטימות הרמב"ם בפני עקרונות היושר (equity). אמנם דומה כי עקרון היושר (או כל עיקרון מוסרי אחר) לא יתבע מהאם שתחלק את המתנה בין בניה; אך מצד שני, אין הרמב"ם מוכן לחרוג מתפקידו המשפטי כדי להמליץ על עשיית חסד.

**נספח : אומדן דעת הדיין במשנת הגאונים**

במהלך דיוננו עד כה נתוודענו לגישת גאון לא מזוהה המובאת על ידי הרי"ף: "וחזינן לגאון דקאמר דהאידינא לא אפשר ליה לדיין למימר קים לי בגויה דלא בריר לן קים לן בגויה היכי הוי".<sup>89</sup> מדברי גאון זה נראה שאין הגאון חולק על העיקרון של הכרעה על פי 'קים לי בגויה' אלא מגביל את השימוש בו בזמנו ("האידינא"). ברם דומה כי יחס הגאונים ככלל ל'קים לי בגויה' ולהכרעת הדיין על פי אומדן דעתו, הוא יותר אמביוולנטי ומורכב, וזאת ברמה עקרונית. בתשובה שיוחסה לרב שרירא ורב האי נאמר כך: "...האי דינא שודא דדייני הוה או כגון שודא דדייני דהוה אית ליה לרבא למידיניה כדהואי. ולפיכך סמך אבת רב חסדא. כגון יורשים הבאים לגבות מן היורשים, דרבותינו שבארץ ישראל אמרו 'נשבעין שבועת היורשין וגובין' ורבותינו שבבבל אומרים 'אין אדם מוריש שבועה לבניו ויורשי ליה משתבעי שבועת היורשין ומפקעי... אפכא רבא לשבועה אשכנגדה שתשבע ותגבה כרבותינו שבארץ ישראל. ומאי דעבד עבד דאמר רב חמא 'דיינא דעבד כרב ושמואל עבד ודיינא דעבד כרבי אלעזר עבד'".<sup>90</sup> משמעות הדברים היא כי מותר לומר 'קים לי בגויה' אך ורק במקרים הנתונים ל'שודא דדייני'. השאלה שעלתה לפני רבא בסוגית כתובות הייתה שנויה במחלוקת בין חכמי ארץ ישראל וחכמי בבל,

89 רי"ף, כתובות פרק ט (דף מג ע"ב, בדפי הרי"ף) (תרגום: וראינו לגאון שאמר כי עכשיו אין באפשרותו של דיין לומר "מוחזק אני בו", שאין זה ברור לנו כיצד דנים "מוחזק אני בו"). לפי ר' מנחם מאירי לכתובות פה ע"א (בית הבחירה על מסכת כתובות, מהדורת א' סופר, ירושלים תש"ז, עמ' 376) הרי"ף מביא מסורת זו בשם "גאונים". לדיון בזיהוי הגאון בו מדובר, ראו א' שוחטמן, "לדרך קביעתן של תקנות גאונים", שנתון המשפט העברי, יא-יב (תשמ"ד-תשמ"ו), עמ' 675 הע' 84.

90 הדברים מובאים בשו"ת מהר"ם אלשקר סי' קיט-קכ (=ב' מ' לוי), אוצר הגאונים, כתובות, חלק התשובות, סי' תרל עמ' 262) (תרגום: דין זה הוא מקרה של שקול דעת הדיינים או דומה לשקול דעת הדיינים, ולפיכך יכול היה רבא לדון ככה. ולפיכך הוא סמך על בתו של רב חסדא. כמו במקרה של יורשים הבאים לגבות מן היורשים, שרבותינו שבארץ ישראל אמרו "נשבעין שמועת היורשים וגובים" ורבותינו שבבבל אומרים "אין אדם מוריש שבועה לבניו", ויורשי ליה נשבעין שבועת היורשים ומפקיעין [...]. הפך רבא את השבועה על זאת שמולה שתישבע ותגבה כרבותינו שבארץ ישראל. ומה שעשה עשוי, שאמר רב חמא, "דיין שעשה כרב ושמואל - עשה, ודיין שעשה כר' אלעזר - עשה").

ורבא היה ממילא חופשי להכריע בה כרצונו (או כחכמתו). שיטה זו מקובלת גם על רבנו חננאל, שכתב על סיפור רבא שלפנינו: "והני מילי במילתא דהוא שודא דדייני".<sup>91</sup> מגמת תשובת רב שרירא ורב האי היא לצמצם בצורה ניכרת ועקרונית את השימוש בכלל 'קים לי בגויה' ולמנוע מן הדיין לסמוך על הכרתו האישית.<sup>92</sup>

הד דומה עולה מכתבי גאונים גם בסוגיות אחרות. בתשובה (של רב פלטי?) המתייחסת לעמדת שמואל כי נוקטים שודא דדייני<sup>93</sup> בשתי שטרות היוצאין בזה אחר זה, נאמר: "ובית דין הגדול הוא דאלימין למעבד שודא דדייני, אבל דייני הדיוטות לא". איך שלא נגדיר כאן "בית דין הגדול", ברור שמרבית בתי הדין אליהם התייחס הגאון הם בגדר 'הדיוטות', ולפיכך מנוע מהם לדון על-פי שודא דדייני. פרוש זה לדברי רב נחמן לרב ששת: "אנא דיינא ומר לאו דיינא"<sup>94</sup> (כתובות צד ע"ב) נראה קיצוני למדי.<sup>95</sup> בהמשך נמסר שאומרים שודא רק בקרקעות, ואילו בהלוואות מחלקים את הממון המוטל בספק מבלי לאפשר לדיין מרחב תמרון רב.<sup>96</sup> ועוד: האמירה הכללית ש"אין לדיין אלא מה שענינו ראות" הוגבלה בצורה דומה על ידי רב שר שלום גאון: "בבית דין הגדול נאמר שאין למעלה הימנו, אבל שלא בבית דין הגדול אין

91 ב' מ' לוי, אוצר הגאונים, כתובות, ליקוטי רבנו חננאל, סוף עמ' 64.  
92 ראו שוחטמן (לעיל הע' 89), עמ' 673. דבריו אינם לגמרי מובנים לי, אך כפירושי עולה הן מתוך לשון ר"ח והן מתוך ההפניה לסוגיית שבועות מז ע"א (מחלוקת חכמי א"י ובבבל). וכן ראו חפץ (לעיל הע' 1), עמ' 38-39. יתכן כי גם המשך תשובת רש"ג, המעמיד תנאים נוקשים יותר להסתמכות הדיין על העד הפסול, מטרתה אף היא לצמצם את השימוש ב'קים ליה'.

93 למשמעות דוקטרינת 'שודא דדייני' והגדרותיה השונות, ראו ח' חפץ, (לעיל הע' 1); H. Ben-Menahem, *Judicial Deviation in Talmudic Law: Governed by Men, Not by Rules*, New-York 1991 pp. 80-82; 150-158. אציין רק כי נראה שלדעת חפץ (עמ' 39 ואילך) 'שודא' התלמודי עשויה להתפרס על מקרים אחרים בהם ניתן היה להיעזר בו, בעוד שהגאונים, כחלק ממגמת הצמצום שנקטו בה, הגבילו את השימוש בו למקרים הנקובים בתלמוד. וכן עיין בדברי הסיכום שם עמ' 21.

94 כתובות צד ע"ב (תרגום: אני דייין אך אדוני אינו דייין).  
95 ראו רש"י, שם ד"ה אנא. לכאורה נותר שטח אפור בין 'הדיוטות' לבין 'בית דין הגדול'. והשוו חפץ (לעיל הע' 1), עמ' 42.

96 ב' מ' לוי, אוצר הגאונים, כתובות, חלק התשובות, סי' תשמב-ח (עמ' 327-328). למקורות אלו הפנה שוחטמן (לעיל הע' 89), עמ' 675 הע' 84. יצוין כי הרמב"ם אינו מונע מבית דין רגיל לפסוק על פי 'שודא דדייני'; ראו במקורות שצוינו לעיל הע' 4.

להכניס עצמן בספק שגורמין לעצמן ולכל ישראל...<sup>97</sup> אמנם אין זה ברור לגמרי לאיזו מטרה כיוון רב שר שלום את חיציו וכיצד התנהלו העניינים אותם רצה לשלול, אך מגמת הדברים ברורה.

נמצינו למדים, אפוא, כי דברי הגאון שהביא הרי"ף הם חלק ממדיניות כוללת יותר, שמטרתה למנוע מדיינים מקומיים את הזכות לפסוק בין מתדיינים על פי הכרתם העצמית ותודעתם, כשאינן לתחושות אלה בסיס בהלכה הפורמלית. יש ומדיניות זו מתבטאת כפרשנות עקרונית לסוגיה התלמודית, יש והיא מתבססת על שינויים שכביכול אירעו בין ימי התלמוד וזמננו, אך המגמה דומה.<sup>98</sup> ראייה כוללת זו, המשלבת את הסוגיות השונות לכדי מסכת אחת, מצינו אצל רבנו תם, שכתב: "כך כתבו הגאונים לענין שודא דדייני דלא אלימא בי דינא דהשתא למידן שודא דדייני ולא אלימי נמי למימר קים לי ביה ולא אלימי לאפקועי ממונא בכי האי גוונא וכגון הפקר בית דין..."<sup>99</sup>

\* \* \*

אולם מול עדויות אלה לצמצום זכות הדיין לסמוך על הכרתו העצמית והעצמאית אפשר למצוא עדויות – בעיקר מפי רב האי גאון – התומכות, לכאורה, בזכות זו וממליצות על ניצולה. חומר זה כונס, רובו ככולו, בעבודותיהם של חיים חפץ ויובל סיני, והשאלה העקרונית העולה ממנו נידונה גם על ידי ר' שמעון בן צמח דוראן (תשב"ץ). נראה לי כי יש להוסיף לדברי רשב"ץ (שעוד נתייחס אליהם) כי הכוונה, בכל אחת משלוש העדויות בהן מדובר, ל'דין מרומה' ולחובת הדיין לעמוד על המשמר נגדו. סימן לכך הוא סיכומו של רבנו תם את תורת הגאונים שזה עתה הבאנו. הגאונים שללו, לפי ר"ת, את זכותם של דייני הזמן לדון על פי שודא דדייני, קים לי בגויה והפקר בית דין; לא ראינו שנגרע זכותם למנוע דין מרומה.<sup>100</sup>

97 סי' העיטור ח"ב (דף א ע"ג).

98 על מגמת צמצום השימוש ב'שודא דדייני', ראו חפץ (לעיל הע' 1), עמ' 39 ואילך.

99 כרם חמד, ז (1843), עמ' 49, מובא על ידי חפץ (לעיל הע' 1), עמ' 42 הע' 43. (תרגום: כך כתבו הגאונים לענין שקול דעת הדיינים – שבית דין שבימינו אינם חזקים דים לדון בשקול דעת הדיינים ואינם חזקים דים גם לומר "מוחזק אני בו" ואינם חזקים דיים להפקיע ממון בצורה זו וכגון בהפקר בית דין).

100 ראו חפץ (לעיל הע' 1), עמ' 42.



הנה דברי רב האי במשפטי השבועות שלו: "וראוי לדיין לדקדק בדין, ואם יבין בו מרמה לא יאמר לפי טענת בעלי הדין ועדות העדים אני דן... אלא ראוי לדקדק ולתלות המרומה ולעשות כמו שמבין ובלבד שיכוין לבו לשמים".<sup>101</sup> רב האי מדגיש כי בכל הקשור לדין מרומה על הדיין לסמוך על הבנתו בבירור העניין. במקרה אחר קבעו רב האי ורב שרירא כי דין מרומה לפנייהם, והמליצו לדיין המקומי שלא לקבל כעדות שטר החתום על ידי עדים שאין יודעים לקרוא עד שלא ייבדק העניין. כאן, כמובן, וכדברי יובל סיני, לא מדובר בפסיקה המבוססת על תחושה סובייקטיבית; החידוש בדברי רש"ג ורה"ג הוא שאין הולכים אחרי ההלכה הפורמלית בלבד. על כל פנים, שוב מדובר בחשש לדין מרומה.<sup>102</sup>

המקור האחרון אליו נפנה הוא מורכב יותר. כך היא תשובת רב האי כפי שהיא מופיעה אצל ר' שמעון בן צמח דוראן: "סברא דילנא ודאבא מרי ז"ל, ידוע בדיני מעולם למיזל בתר אומדנא ומידק דייקנא לעולם בתר עיקר המעשים שלא יהא בהם מרמה ועול ולמיזל בתר קושטא דמעשיה ולגלויי כל מילי לאורה, כדאמרינן מניין לדיין שידוע בדין מרומה וכו', ואמרי הלכה כרבי שמעון בן מנסיא דאמרי אין מתנתו קיימת, שאילו היה יודע שבנו קיים לא היה כותב לאחרים. ואמר רב נחמן הלכה כרבי שמעון בן מנסיא דאזיל בתר אומדנא. ורבוותא דהוה בהן יראת שמים הכי הוה סוגייהון ומנהגן, כדאמר ליה רב חסדא למרי בר איסק הכי דאין לך ולכלהו חברך".<sup>103</sup>

101 שערי שבועות, חלק ראשון, שער שבועת היסת, ד"ה וראוי לדיין (ירושלים, ללא תאריך, עמ' מו). מובא אצל סיני (לעיל הע' 9), עמ' 275.

102 ב' מ' לוין, אוצר הגאונים, כתובות, חלק התשובות, ס' קפג, עמ' 62-63; סיני (לעיל הע' 9), עמ' 275-276.

103 שו"ת תשב"ץ, חלק א, ס' פ (תרגום: הסברה שלנו ושל אבי מורי ז"ל היא שידוע שבדינים הולכים לעולם אחרי האומדנה ומדייקים לעולם אחרי עיקר המעשים שלא יהיה בהם מרמה ועול, ללכת אחרי האמת שבמעשה ולהוציא את הכל לאור, כפי שנאמר "מניין לדיין שידוע בדין מרומה וכו'". ואמרי הלכה כר' שמעון בן מנסיא שאמר "אין מתנתו קיימת, שאילו היה יודע שבנו קיים לא היה כותב לאחרים". ואמר רב נחמן הלכה כרבי שמעון בן מנסיא שהולך אחרי אומדנה. ורבוותא שהיה בהם יראת שמים כך דרכם ומנהגם כפי ש אמר רב חסדא למרי בר איסק "כך אני דן לך ולכל חבריך"; חפץ (לעיל הע' 1), עמ' 33-34. גם תשובת הרי"ף המצוטטת באריכות על ידי חפץ שם, עמ' 34, היא מקרה של דין מרומה.

אין ספק כי רב האי מבליט בתשובתו את האחריות המוטלת על הדיין להסתמך על אומדנא בהקשר של החשש לדין מרומה. זאת המטרה הראשונה שהוא מונה: "שלא יהא בהם מרמה ועול", וכן המקור הראשון עליו הוא מסתמך: "כדאמרינן מניין לדיין שיודע בדין מרומה וכו'". ואולם בין הראיות התלמודיות הספציפיות שרב האי מצטט בהמשך, אחת אכן מתארת מקרה של חשש לעוול ההולך ומתרקם (מעשה מרי בר איסק);<sup>104</sup> אך השניה הוא מקרה של אומדן דעת של נותן מתנה (הלכת ר' שמעון בן מנסיא) ללא כל רמז למעשה מרמה מאחורי הקלעים.<sup>105</sup> כאן אכן נראה שהגאון ראה את השימוש באומדנא, גם ללא חשש מדין מרומה, בעין יפה.<sup>106</sup>

על כל פנים, ר' שמעון בן צמח דוראן מעלה לדיון את המתח שבין דברי הגאון – אותו הוא מזהה עם רה"ג – שהביא הרי"ף ודברי רה"ג בתשובה. בדברים שבריי"ף קבע הגאון ש"האידנא" לא הופכים שבועה או פוגמים בשטר על בסיס 'קים לי בגויה' של הדיין; בעוד שבתשובתו ממליץ רה"ג על השימוש באומדנא. רשב"ץ מבחין, בתשובתו, בין אומדנא המשקפת נתונים אובייקטיביים לבין אומדנא הסומכת על תחושותיו הסובייקטיביות של הדיין.<sup>107</sup>

כך או אחרת, תשובת הרי"ף הארוכה המסתמכת על אומדנא עוסקת אף היא במעשה מרמה, וכדבריו: "וכבר מצינו לרבותינו שדנו לבעלי ערמה להחמיר... וכן אני בתשובה זו... וכן צריך הדיין הבקי שיבחין את הרמאי מזולתו ולא יפסוק לפי שרשי הדינים במקום שיש רמאות...".<sup>108</sup> נמצינו למדים כי אף הרי"ף עצמו לא סבר כי שיטת הגאון מונעת ממנו מלהסתמך על הכרתו האישית כדי לקבוע שיש לפניו דין מרומה ולפעול בהתאם.

104 כתובות כז ע"ב; בבא מציעא לט ע"ב.

105 בבא בתרא קמו ע"ב.

106 קריאה מדוקדקת של דברי רה"ג מראה שהבחין בין שני התקדימים. פסיקת רב נחמן כר' שמעון בן מנסיא מורה כי יש להכריע גם במקרים אחרים של מתנות לפי התקדים של ר"ש בן מנסיא, אך אין בה הנחיה מעבר לכך. ברם דברי רב חסדא למרי בר איסק, "הכי דאינא לך ולכלהו חברך" מתירים התנהגות דומה בכל מקרה שאדם כמו מרי מעורב בו.

107 וראו בהע' 5 לעיל.

108 א' הרכבי, תשובות הגאונים, ברלין 1887, הרכבי עמ' 239, 324, סימן תנו; חפץ (לעיל הע' 1), עמ' 34-35.