

חובת ההתייעצות לפני מתן פסק הדין

הרב בנימין זלצמן והרב אליהו גורפינקל

- א. מבוא / 387
- ב. הקדמה / 388
- ג. טעמה של חובת ההתייעצות - שיטות הראשונים / 391
- ד. החיובים בהתייעצות / 405
- ה. היקף החובה / 408
- ו. המייעץ / 423
- ז. תוקפו של פסק דין שהתקבל ללא התייעצות / 434
- ח. מעמדו של דיין שנמנע מלהתייעץ / 435
- ט. סוף דבר / 436
- י. נספחים / 438

א. מבוא

במסכת אבות הדריכו חז"ל את הדיינים להימנע מפזיזות בעת פסיקת הדין באומרם: "הווי מתונים בדין".¹ הדרכה זו היא העומדת ביסוד ההלכה העוסקת בחובת הדיין או פוסק ההלכה להתייעץ עם חכם אחר בבואו לפסוק הלכה. במאמר זה, ננסה לברר את גדריה של ההלכה: מתי חלה חובת ההתייעצות, על מי היא מוטלת,² ומהי הדרך הראויה ליישומה.

נושאו של המאמר נושק לנושאים נוספים כחובת המתנינות בדין, עצמאות הדיין והפוסק, לעומת מחויבותו למקורות ההלכה ולתקדימים, פסיקה של רב בחיי רבו או במקום בו מצוי גדול ממנו, דימוי מילתא למילתא, היינו, פסיקה על פי דימוי מקרה למקרה, הצורך בעיון בספרים, ומכלול תהליך הפסיקה.

1. אבות א, א.

2. מובן שהנחת היסוד היא, שההלכה לא נאמרה כלפי מי שאינו ראוי לדון, שכן לאדם כזה אסור להורות הלכה, וראה לעניין זה במסכת עבודה זרה יט, ב ובדברי הרמ"א חו"מ ח, א, בנוגע לאיסור למנות דיין שאינו יודע הלכה, על דעת שישאל את החכמים כיצד לפסוק את הדין. אעפ"כ, ראה להלן, הערה 75, שיש מי שסבר שההלכה מכוונת כלפי מי שאינו ראוי לדון. אמנם, זו דעת יחיד, שאינה מקובלת על רובם המוחלט של הפוסקים.

נושאים אלו רחבים מאוד, וכל אחד מהם ראוי לבירור מעמיק בפני עצמו. במסגרת מאמר זה, נעסוק בנושאים אלו, רק במידה שהם נוגעים לנושאו של המאמר.

ב. הקדמה

בדברי חז"ל ישנן הדרכות ברורות לפוסק ולדיין, הנוגעות לדרך פסיקת ההלכה. רוב ההדרכות עוסקות בצורך בעיון מדוקדק בדין ובמתינות, מתוך הכרה בגודל האחריות המוטלת על כתפיו של הפוסק או הדיין, כדי שדינו יהיה אכן דין אמת.

וכך לימד רבי ישמעאל, בנו של רבי יוסי -

הגס ליבו בהוראה שוטה רשע וגס רוח.³

דבריו של רבי ישמעאל בנו של רבי יוסי נאמרו כהדרכה כללית לדיינים, וייתכן שאין הם בגדר הלכה מחייבת, אלא בגדר עצה טובה בלבד. על הצורך להיות מתון בדין כהלכה מחייבת, ניתן ללמוד מן הנאמר במסכת סנהדרין, על הצורך לפסוק דין רק אחר בירורו -

דרש רבי יאשיה ואיתימא רב נחמן בר יצחק, מאי דכתיב "בית דוד דינו לבקר משפט והצילו גזול מיד עושק" וכי בבוקר דנין וכל היום אין דנין? אלא, אם ברור לך הדבר כבוקר, אמרהו, ואם לאו אל תאמרהו.⁴

רבי חייא בר אבא אמר רבי יונתן מהכא "אמור לחכמה אחותי את" אם ברור לך הדבר כאחותך שהיא אסורה לך, אומרהו, ואם לאו אל תאמרהו.

כאן מדובר כבר בהלכה מחייבת, אך ייחודה הוא בכך שאין היא מחייבת אלא את הדיין המסופק כיצד עליו לפסוק, ולא את הדיין הסבור שהדין ידוע וברור לו.

במסכת בבא בתרא מוצאים אנו הדרכה נוספת -

ת"ר: אין למדין הלכה לא מפי למוד ולא מפי מעשה, עד שיאמרו לו הלכה למעשה. שאל ואמרו לו הלכה למעשה, ילך ויעשה מעשה, ובלבד שלא ידמה.⁵

ההדרכה העקרונית, העולה ממקורות אלו היא, שאין לדיין למהר בהוראתו, עליו לעיין היטב לפני שהוא פוסק, ולדאוג לכך שכל צדדי הדין יהיו ברורים לו לחלוטין.

3. אבות ד, ז.

4. סנהדרין ז, ב.

5. בבא בתרא קל, ב.

וכן, שאין לו לדמות עניין לעניין. על רקע זה יש להבין את דברי רבי יצחק בעניין חובת ההתייעצות לפני מתן פסק דין -

דאמר רבי יצחק: מאי דכתיב "רע ירוע כי ערב זר" (משלי יא, טו)? רעה אחר רעה תבא למקבלי גרים ולערבי שלציון ולתוקע עצמו לדבר הלכה.

... ואיבעית אימא, תוקע עצמו לדבר הלכה, בדיינא דאתי דינא לקמיה וגמר הלכה ומדמי מילתא למילתא ואית ליה רבה ולא אזיל משאיל, דאמר רבי שמואל בר נחמני אמר רבי יונתן, לעולם יראה דיין עצמו כאילו חרב מונחת לו בין ירכותיו וגיהנום פתוחה לו מתחתיו.⁶

כלומר, על הדיין מוטלת החובה לברר את ההלכה בדרך הטובה ביותר, באמצעות התייעצות עם חכם. מי שלא עושה כן, נחשב ל"תוקע עצמו לדבר הלכה".

נראה שהמושג "תוקע עצמו לדבר הלכה" מבטא את כניסת הדיין לנושא הלכתי בכוח ובמהירות (=בתקיעה), ללא ההכנה והמתנינות הראויים.⁷

נראה שדברי רבי יונתן הובאו כנימוק לחובת ההתייעצות. על הדיין להתייעץ, משום גודל האחריות המוטלת עליו, שהיא בבחינת חרב המונחת בין ירכותיו וגיהנום הפתוחה מתחתיו.

החידוש העיקרי שבדברי רבי יצחק הוא, שיש בהם הטלת חובה מעשית על הדיין, להתייעץ לפני שפוסק את דינו.

מובן שהטלת חובה זו מצמצמת ביותר את עצמאותו של הדיין, יש בה כדי לגרום לעיכוב הפסיקה. מילוי החובה מקשה מאוד על הדיין בפרט, ועל מערכת בתי הדין בכלל. על כן, חשוב לברר את גדריה של חובה זו ואת סייגיה.

6. **יבמות** קט, ב.

7. **הערת עורך**: המושג "תוקע עצמו לדבר הלכה", שאוב ככל הנראה מן הסיפא של הפסוק במשלי: "ושונא תִּקְעִים בוטח". משמעותו הפשוטה של הפסוק היא, שמי שנעשה ערב עבור נכר ("כי ערב זר") יאבד כספו לבסוף ("רע ירוע"), ורק מי ששונא תוקעים, היינו, ששונא את הערבות הנעשית על ידי תקיעת כף, בוטח. ראה: **אבן עזרא, מצודת דוד, מצודת ציון ודעת מקרא** למשלי, שם. אפשר שניתן לקשור בין הפשט לדרש, על פי באורו של הגר"א למשלי, שם. הגר"א מסביר שהמלמד תורה לאחרים הוא בבחינת "ערב", משום שאם ינהג התלמיד על פי הוראתו המוטעית, הוא יתן את הדין על כך. אולם הדיין, שאינו רק מורה הלכה, אלא גם כופה על הצדדים לקיים את דבריו, הוא בבחינת "ערב קבלן", שבכל אופן יגבו ממנו את החוב, אם טעה. לפי **ביאור הגר"א** (משלי, שם), "שונא תוקעים" הוא למעשה, מי ששונא לשמש כדיין. לאור זאת, ניתן לפרש שמשמעות הדרשה היא, שמכלל ההמלצה להיות "שונא תוקעים", לחשוש מן הדין ומתוצאותיו, כפי שמובא בהמשך הסוגיה, בשם רבי יונתן. משום כך, ראוי לדיין שיתיעץ עם חכמים ממנו, לפני שיפסוק את הדין. אמנם, לפי הסבר זה, לא מדובר כאן ב"לטותא דרבנן" (ראה להלן, ליד הציון להערה 14), אלא בעצה טובה.

רבים הסבירו את ההלכה בעניין חובת ההתייעצות, על רקע חובת הדין להיות מתון בדין⁸. בדבריהם, הסבירו שהנמנע מלהתייעץ הוא מהרשעים שגס ליבם בהוראה ונקרא רשע, שוטה וגס רוח. "רשע", משום שגורם לעיוות הדין. "שוטה", משום שאינו יודע את הדין בבירור. "גס רוח", משום שמעשיו מעידים על היותו גאווה, החושב שאין הוא צריך להתייעץ⁹, כי לעולם לא יטעה.

יש לציין כי בגמרא ביבמות אין כל קישור לדין של הגס ליבו בהוראה וכו', חיבור זה נעשה על ידי הרמב"ם הטור והשו"ע, דבר המראה מצד עצמו על הקשר שיש לפי דעתם בין חובת ההתייעצות לחובת המתניות בדין.

יש לעיין, האם חובת ההתייעצות אינה חובה הלכתית, אלא הדרכה כללית, כדוגמת ההדרכות לדיין, להיות מתון בדין, המובאות במסכת אבות?

ואולי, הצורך להתייעץ נובע מן החובה להימנע מפסיקת דין שאינו ברור, שהוזכרה במסכת סנהדרין? אם כך נסביר, תצומצם החובה להתייעץ, ותחול רק על דיין המסופק כיצד עליו לפסוק את הדין.

ייתכן שחובת ההתייעצות נובעת מן האיסור לפסוק הלכה במקום רבו, אם כן החובה להתייעץ תהיה רק עם רבו של הפוסק.

כמו כן, אפשר גם שחובת ההתייעצות באה להציב סייגים לפסיקה על פי דימוי מילתא למילתא. להלן ניווכח שבדברי הפוסקים ישנן גישות שונות בדבר.

לדעתנו, על אף הקרבה הרעיונית שבין המקורות דלעיל לחובת ההתייעצות שחידש רבי יצחק, אין לשייך את חובת ההתייעצות לאף אחד ממקורות אלו באופן בלעדי, ולכן, אין גם ללמוד את גדריה וסייגיה של חובת ההתייעצות ממקורות אלו. נבקש להוכיח שחובת ההתייעצות בנויה על גביהם ומוסיפה עליהם נדבך נוסף. אחר שנעשה זאת, נעמוד על ההשלכות ההלכתיות הנובעות ממסקנה זו.

משום מה, חובת ההתייעצות לא זכתה לדיונים נרחבים, בדברי פוסקים ראשונים ומאוחרים. אף על פי כן, מתוך דברי הראשונים וספרות השו"ת, ניסינו לדלות משנה סדורה בעניין זה.

שאלות רבות מעוררת חובת הדיין או הפוסק להתייעץ. על מי מוטלת חובת ההתייעצות? מהו היקף החובה? האם היא קיימת דווקא בפסיקה בדיני ממונות או

8. ראה: רי"ף, סנהדרין, ב ע"א (בדפי הרי"ף); רא"ש, סנהדרין, פרק ראשון, סימן ט; רמב"ם, סנהדרין כ, הלכה ח, בה הוא מביא את ההלכה בעניין חובת ההתייעצות, כהמשך להלכה ז, העוסקת בחובת הדיין להיות מתון בדינו ולומר דבר ברור, ראה להלן, לפני הציון להערה 50, והשווה גם ללשון הטור והשולחן ערוך חו"מ, י.

9. ע"פ ב"ח חו"מ, י, ב; פרישה שם, ב.

גם בפסיקה בענייני איסור והיתר? האם החובה קיימת רק כאשר הדיין מסופק בדין, או אף כאשר הדין ברור לו כשמש? האם עיקר החובה דווקא בפסיקה שיש בה משום חידוש, או שיסודה בדימוי דין לדין, או שהחובה קיימת גם לגבי פסיקה בהלכות פשוטות, שמופיעות כבר בספרים? וכן, האם החובה קיימת גם אחר שהדיין כבר התייעץ בעבר על אותו דין, או על דין הדומה לו?

לבסוף, יהא עלינו לדון בשאלה, מי הוא החכם שיש להתייעץ עמו? האם חייב הדיין להתייעץ דווקא עם רבו? או שמא הוא חייב להתייעץ אף עם חכמים אחרים? ואם כך הדבר, האם חייב הדיין להתייעץ דווקא עם חכם הגדול ממנו או שהוא חייב להתייעץ אף עם מי ששווה לו בחכמה? האם חייב הדיין להתייעץ אף עם חכם המצוי במקום מרוחק, או שמא חובתו להתייעץ רק עם חכם המצוי במקומו? ולבסוף, האם יכול הדיין לצאת ידי חובת ההתייעצות באמצעות העיון בספרים?

על שאלות חשובות ונכבדות אלו נבקש להשיב בעזרת ה', בגוף המאמר.

ג. טעמה של חובת ההתייעצות - שיטות הראשונים

כדי להבין את מקור הדין ואת השיטות השונות להסבירו, נשוב ונעיין בסוגיית התוקע עצמו לדבר הלכה -

אמר רבי יצחק: מאי דכתיב 'רע ירוע כי ערב זר'? רעה אחר רעה תבא למקבלי גרים ולערכי שלציון ולתוקע עצמו לדבר הלכה".

בהמשך, מבקשת הסוגיא לברר את פירושו של הביטוי "תוקע עצמו לדבר הלכה" -

תוקע עצמו לדבר הלכה, דתניא רבי יוסי אומר: כל האומר אין לו תורה אין לו תורה. ואיבעית אימא, תוקע עצמו לדבר הלכה, בדיינא דאתי דינא לקמיה וגמר הלכה ומדמי מילתא למילתא ואית ליה רבה ולא אזיל משאיל דאמר רבי שמואל בר נחמני אמר רבי יונתן לעולם יראה דיין עצמו כאילו חרב מונחת לו בין יריכותיו וגיהנם פתוחה לו מתחתיו שנאמר הנה מטתו שלשלמה ששים גבורים סביב לה מגבורי ישראל וגו' מפחד בלילות מפחד של גיהנם שדומה ללילה.

כאמור, חובת ההתייעצות נתחדשה בסוגיא זו, ואין זכר לה במקורות אחרים. אמנם, כפי שהוזכר בהקדמה, קיימים דינים אחרים, שתכליתם דומה. בשל כך, נחלקו המפרשים והפוסקים בהבנת הסוגיא. יש מהם שביקשו לראות את חובת ההתייעצות כחלק מדינים או הדרכות שהוזכרו בהקדמה. אחרים סברו, שאין לשייך את חובת ההתייעצות לדינים אחרים, אף שתכליתם דומה. למחלוקת אלו יש השלכה רבה גם

על קביעת גדריה של חובת ההתייעצות. יתכן גם שתפיסות יסוד שונות בדבר מהותה של מלאכת הפסיקה ומידת עצמאותו של הדיין עומדות ברקע הדיון.

(א) ההתייעצות – הדרכה שאינה מחייבת לדיין

בהקדמה ובמבוא, הבאנו הדרכות אחדות ממסכת אבות, שנועדו להביא לכך שהדיין יהיה מתון בדין. לכאורה, הדרכות אלו נאמרו כהמלצה או עצה טובה, שנועדה למנוע עיוות של הדין.¹⁰ יש שראו אף בחובת ההתייעצות הנזכרת בסוגיית יבמות, הדרכה כללית לדיינים, שאין בה חובה גמורה. הסבר זה מתאים גם לשאר הדינים המובאים בסוגיית יבמות כ'ערבי של ציון' ו'מקבלי גרים', שלא נפסקו להלכה כאיסור מחייב, אלא נתפסו כהדרכה טובה.

ה'מאירי' מפרש את סוגיית יבמות בדרך זו -

כל שיש אצלו רב או חכם שהוא יכול לברר עמו ספיקותיו והוא נשען בבינתו ומדמי מילתא למילתא ומורה מתוך סברותיו, **הרי זה בקללת חכמים וראוי לגעור בו הרבה** כמי שאין אימת הוראה עליו ולעולם צריך שיהא החכם ירא בהוראה. דרך הערה אמרו: לעולם יראה דיין עצמו כאלו חרב מונחת לו בין ירכותיו וגיהנום פתוחה מתחתיו, ר"ל, שיתירא מעונש בעולם הזה ובעולם הבא, שנאמר "הנה מטתו שלשלמה ששים גבורים סביב לה כלם אחוזי חרב מלומדי מלחמה מפחד בלילות" מפחדה של גיהנם שדומה ללילה רומז שהיה מדרשו מזויין בתלמידי חכמים גדולים כדי שלא יכשלו בהוראה.¹¹

מדבריו משמע שלדעתו, אין בסוגיית יבמות דין מחייב, אלא הדרכה לדיין, כיצד ראוי שינהג בעת יושבו בדין. אמנם, זו הדרכה שיש לגעור ואולי אף לקלל את מי שאינו נוהג לפיה, אך בכל אופן, אין היא נחשבת כהלכה מחייבת.

כך ניתן להסיק גם מפירושו של המאירי למסכת ברכות, שם כתב -

תלמיד אף על פי שהגיע להוראה במקום רבו מיהא לא יורה אלא ברשות רבו כמו שיתבאר בסנהדרין ואם הדברים ברורים לו **ראוי לו** שאחר שגלה דעתו ימלך ברבו כך דנתי כך זכיתי וכך חייבתי וכיוצא בזה.¹²

10. אמנם, יש פוסקים שהעירו לגבי חובת המתנינות, שזו חובה גמורה, שמשמעותה היא, שחייב הדיין לעיין בכל דין מחדש לפני הפסיקה גם אם פסק דין זה בעבר. ראה: **ברטנורא** אבות, שם; **אורח משפט** דיינים, כה, ד"ה בסימן י; **בית מושב**, סימן י (ר' אפרים נבון, נכד ר' אפרים נבון בעל ה"מחנה אפרים", י"ל מחדש בקובץ "מנחילי משפט")

11. **בית הבחירה** יבמות, שם.

12. **בית הבחירה** ברכות ד, א. ראוי לעמוד על הבדל קל שיש בין דבריו של המאירי ביבמות, לדבריו בברכות: ביבמות, מגדיר המאירי את מי שאינו מתייעץ כמי שנאמרה כלפיו קללת חכמים. אבל

גם בדברי אחרונים, ניתן למצוא ראיות לכך שהיו שראו בהדרכה שבסוגיית יבמות, מעין עצה טובה, אך לא הדרכה מחייבת.

בחידושי אגדות למהרש"א,¹³ נכתב שהדיין צריך להתייעץ בטרם יפסוק את הדין, לפני שבעל הדין שפסק נגדו יעשה כן, דבר שעשוי לגרום לו אי נעימות, ופעמים שאף ביטול פסק דינו. מהסבר זה ניתן ללמוד שההדרכה אינה בגדר חובה גמורה, אלא זו עצה טובה בלבד.

בהתייחסו לאנשים שפסקו הלכה מבלי להתייעץ, כותב רבי יעקב עמדין -

ותלמידים שלא שמשו כל צרכן ילמדו לקח, ולזהירו **מלטותא** דתוקע עצמו לדבר הלכה דמוקמינן ל'י בדינא כו'.¹⁴

משמע שקללה מוטלת על התוקע עצמו לדבר הלכה, אך הוא לא עבר על הלכה מחייבת.¹⁵

ה'טור'¹⁶ קובע שדיין ש"פוסק הדין קודם שיחקרנו היטב בינו לבין עצמו עד שיהא ברור לו כשמש הרי זה **שוטה רשע וגס רוח**". לעומת זאת, דיין ש"יש עמו חכם בעיר שיכול להימלך בו ואינו נמלך בו הרי זה **שוטה וגס רוח**". מכאן למד הב"ח,¹⁷ שלדעת הטור, דיין שנמנע מלהתייעץ, נחשב אמנם "שוטה וגס רוח", אך אין להגדירו כ"רשע". לפי זה, ייתכן שלדעת הטור, ההתייעצות אינה בגדר חובה גמורה, ומשום כך, אין לכנות את הדיין שנמנע מלהתייעץ, "רשע". (אמנם, עיין לקמן,

בברכות הוא כותב, שראוי להתייעץ. משמע, שהמתייעץ נוהג בדרך ראויה וטובה, אך אין לקלל את הנמנע מלהתייעץ. ייתכן להסביר את ההבדל, באמצעות ההבחנה בין התייעצות על דין פשוט, להתייעצות על דין מסופק הנובע מדימוי מילתא למילתא והוראה מתוך סברות, ולא מתוך הלכה פסוקה. בדין מן הסוג האחרון, ההתייעצות הכרחית, כי הטעות בו מצויה. על כן, יש לקלל את מי שנמנע מלהתייעץ. בדין מסוג זה עסקה סוגיית יבמות. במסכת ברכות, דן המאירי בהתייעצות על דין הנלמד מהלכה פסוקה, שבו, בדרך כלל אין הטעות מצוייה, ואעפ"כ, ראוי לתלמיד להימלך ברבו.

13. מהרש"א חידושי אגדות, יבמות, שם.

14. שו"ת שאלת יעב"ץ ב, קנג.

15. וראה להלן בהערה 49, שם יבואר שיתכן שה'שאלת יעב"ץ' הבין כך אף מדברי רמב"ם ושולחן ערוך, אולם הסבר זה בדברי הרמב"ם והשולחן ערוך לא התקבל על ידי רוב האחרונים. אמנם, יתכן לדחות את ההסבר המוצע לדברי ה'שאלת יעב"ץ', ולטעון שלדעתו, חובת האיסור היא חובה גמורה, אלא שכינה חובה זו כ"לטותא דרבנן", כהסבר לדברי הגמרא, שקבעה שרעה אחר רעה תבוא על התוקע עצמו לדבר הלכה. אולם מדבריו נראה יותר שהתכוון לקללה כביטוי למורת רוח, ולא לחובה גמורה, שכן, אילו הייתה כוונתו לאיסור גמור, היה עליו לכתוב שהפוסקים ללא התייעצות עברו על האיסור לפסוק ללא התייעצות.

16. טור חו"מ, שם.

17. ב"ח שם, ס"ק ב.

שנראה לנו, שהטור סובר כשיטת הרמב"ם והשו"ע שנביא להלן כשיטה שנפסקה להלכה, וכן נראה שהבינו רוב האחרונים מדבריו).

(ב) חובת התייעצות כחלק מן האיסור להורות במקום רבו

ידועה ההלכה שאסור לתלמיד להורות הלכה במקום רבו.¹⁸ ייתכן לראות בהתייעצות אמצעי המתיר להורות במקום רבו. תלמיד שמורה הלכה במקום רבו אחר שהתייעץ עמו, אינו עובר על איסור זה.

להלן, נמצא שמדברי חלק מן הראשונים ניתן אמנם ללמוד שהם סברו שחובת ההתייעצות נובעת מן האיסור להורות הלכה במקום רבו.

1. ראב"ן

על התוקע עצמו לדבר הלכה כתב הראב"ן -

תוקע עצמו לדבר הלכה אי נמי, תלמיד שיושב בדין וסמך על לימודו ומדמה דבר לדבר ואינו שואל את רבו שבעיר.¹⁹

מדברים אלו למד ה'ברכי יוסף'²⁰ שלדעת הראב"ן, חובת הדיין להתייעץ דווקא עם רבו, ואף זאת, רק כאשר רבו מצוי בעירו. במילים אחרות, ראב"ן משייך את חובת ההתייעצות לאיסור להורות הלכה במקום רבו.

שיטה זו קשה, משום שאין היא מסבירה, מדוע ההתייעצות מתירה לתלמיד את האיסור להורות הלכה במקום רבו. הרי כאשר הרב נמצא בעיר, אין התלמיד רשאי להורות כלל, ומדוע יפתח בדיון, ולא יפנה את המתדיינים לרבו? ה'כסף משנה'²¹ כתב שבשל הקושיה היאך התלמיד דן במקום רבו, הכריע הרמב"ם שהדיין חייב להתייעץ אף עם חכם שאינו רבו.²²

ה'ברכי יוסף'²³ תירץ קושי זה, בהסבירו שהראב"ן עסק בהתייעצות עם חכם שאינו

18. שולחן ערוך יו"ד, רמב, ד.

19. ראב"ן יבמות, עמ' קכג.

20. ברכי יוסף חו"מ, י, ג.

21. כסף משנה סנהדרין כ, ח.

22. היה אולי מקום ליישב, שדעת התלמיד להתייעץ בהמשך, מתירה לו לדון ואחרי הייעוץ יחשב הדבר כפסק של רבו. אך לא נראה כן, כיון שנוכיח לקמן, שההתייעצות אינה על פסק ההלכה אלא על הדימוי בלבד, ולכן, יתכן שאינה מתייחסת כלל לפסק ההלכה הסופי. כמו-כן, ההתייעצות אינה מחייבת את המתיעץ לפסוק עפ"י העצה שקיבל. נוסף לכך, כאשר התלמיד יושב לדון או עונה לשואליו, הוא נראה כעובר איסור, כיון שהשואלים אינם יודעים שהוא עתיד להתייעץ.

23. ברכי יוסף שם.

רבו המובהק של הפוסק. לגבי חכם כזה, נפסק שרשאי להורות אף במקום רבו לאחר שקיבל ממנו רשות, ובלבד שיתיעץ עימו תחילה.

בדרך דומה, ניתן גם לתרץ, שהראב"ן עוסק אף בהתייעצות עם רבו המובהק של הפוסק, אלא שלדעתו, רשאי התלמיד להורות הלכה במקומו של רבו המובהק, אחר שנטל ממנו רשות לעשות כן,²⁴ ובלבד שיתיעץ עמו לפני שיפסוק את הדין.

למעשה, נטה ה'ברכי יוסף' להסביר שהראב"ן לא התכוון לקבוע שחובת הדיין להתייעץ רק עם רבו, והסביר שאף לדעת הראב"ן, חובת ההתייעצות מחייבת כלפי כל חכם, אף שאינו רבו של המתייעץ. אולם, מלשון ראב"ן נראה שהוא אמנם סבר שחובת ההתייעצות נכללת במסגרת האיסור להורות במקום רבו, וכך, צמצם במידה ניכרת את מידת החידוש שבדין.²⁵

2. הרשב"א

גם מדברי הרשב"א בתשובה, ניתן להבין שהוא מסכים לראב"ן בכל הנוגע לשיוכה של הלכת התקוע עצמו לדבר הלכה, לאיסור להורות הלכה במקום רבו. בתשובתו, עוסק הוא בדברי התוספתא, בה מובאים דבריו של איסי הבבלי, שאסר את הרכיבה על פרדה. על כך שאלו אותו חכמים -

הרי הוא אומר: 'והרכבתם את שלמה בני על הפרדה אשר לי והורדתם אותו אל גיחון?'²⁶

משמע, שדוד המלך לא סבר שיש איסור לרכב על פרדה, שכן אילו היה סבור כך, לא היה מצווה את עבדיו להרכיב את בנו על גבי פרדה.

על כך השיב איסי הבבלי: "אין משיבין מתקוע".

מדוע כינה איסי הבבלי את דוד המלך "תקוע"? הרשב"א, הסביר -

דוד שלא כרצון חכמים עבד, שלא היה עושה מעשיו על פי חכמים שתוקע עצמו בדבר הלכה היה ודן לעצמו.²⁷ וכמו שעשה מעשה לעצמו ולא שאל על

24. כך סובר גם הרשב"א, עיין באנציקלופדיה תלמודית, ח, 'הוראה', עמ' תקא, ובמקורות המצוינים שם בהערה 228.

25. עיין לקמן בשיטת רש"י, שם הבאנו ביאור נוסף בדברי הראב"ן.

26. רתוספתא כלאיים ה, ד.

27. הערת עורך: על הסבר זה יש לתמוה, שכן מקובל שדוד המלך נוהג היה להתייעץ בכל דבר הלכה עם מפיבושת רבו (ראה: ברכות ד, א). האם רק משום "מעידה" אחת, בחטא בת שבע, נכון יהיה לכנותו כ"תקוע"? ייתכן להסביר שהמבחן האמיתי, אם אמנם דוד הוא "תקוע" או לא, יתקיים דווקא בשעה שמאוד לא נוח לדוד להתייעץ. העובדה שלרוב נהג דוד להתייעץ, אינה מוכיחה שהתייעץ תמיד. לכן, כיון שכאשר לא היה נוח לדוד להתייעץ, הוא נמנע מכך, אפשר שאף בנושא הרכיבה על הפרדה הוא נמנע מלהתייעץ, משום שלא היה נח לו להתייעץ

פי חכמים בדבר בת שבע, כך תקע עצמו בדבר הלכה כאן, ודן לעצמו שלא כרצון חכמים אע"פ שהיה לו רב בעירו. וזהו נקרא תקוע. כדאמרינן ביבמות פרק בית שמאי (דף ק"ט ב') ולתוקע עצמו בדבר הלכה. ופי' מאי תוקע? דיינא דאתי דינא לקמיה וגמר הלכתא ומדמה מלתא למלתא ואית ליה רבה במתא ולא אזיל לשילי מיניה.²⁸

ייתכן ללמוד מדבריו שכראב"ן, אף הוא סבר שחובת ההתייעצות קיימת רק כלפי רבו המצוי בעירו. דבר זה מתאים לשיטת הרשב"א, שיותר לתלמיד להורות במקום רבו כאשר נוטל רשות. לאור זאת, ברור שיכול הרשב"א לפרש שהסוגיא עוסקת בהתייעצות עם רבו המובהק של המתייעץ.²⁹

אמנם ניתן לדחות ולומר שבמילה "רב" אין כוונת הרשב"א לרבו של הדיין, אלא למי שחכם ממנו.

3. רש"י

זכור, הוסבר שהתוקע עצמו לדבר הלכה הוא "דיינא דאתי דינא לקמיה וגמר הלכה ומדמי מילתא למילתא ואית ליה רבה ולא אזיל משאיל". רש"י, פירש זאת כך -

יודע הלכה, אלא שאין דומה לדין הבא לפניו כל כך, ומדמי מלתא למלתא, ולא משאיל לרביה.³⁰

מלשון זו הסיק ה'פנים במשפט',³¹ שאף לדעת רש"י חובת ההתייעצות היא חובה המוטלת על תלמיד להתייעץ עם רבו, ויסודה בהלכות הנוגעות לאיסור להורות הלכה במקום רבו, ולא לחובת המתנינות בדין.

לדבריו, אין להקשות, כיצד ייתכן שיוורה התלמיד הלכה במקום רבו, משום שכבר הסביר המהרי"ק,³² שלדעת רש"י, אין המורה הלכה במקום רבו חייב מיתה, אלא אם זו הוראה בדיני איסור והיתר, כפי שעשו נדב ואביהוא. אבל בממון, כיון שניתן

על כך.

28. שו"ת הרשב"א א, תצא. יתכן שניתן ללמוד מכאן גם, שהאיסור לפסוק בלא התייעצות נאמר לא רק לדיין אלא גם בכל פוסק באיסור והיתר. על כך ראה בהרחבה, להלן פרק ה, סעיף (ג).

29. לעיל, הערה 24.

30. רש"י יבמות, שם, ד"ה וגמר הלכה.

31. פנים במשפט, חו"מ י, ו, ז.

32. שו"ת מהרי"ק קע. ע"ש שמסביר על פי זה את הגמרא בסנהדרין כג, א, שהיה בית דין של רב חסדא ורב הונא באותו מקום. רש"י מסביר, שמדובר באותו מקום ממש, ולא קשה לו מהגמרא בעירובין שרב חסדא לא היה מורה אפילו ביעתא בכותחא בימי רב הונא, מכיון שבעירובין מדובר באיסורין, ובסנהדרין מדובר בממונות. לעומתו, תוס' בסנהדרין (שם, ד"ה כגון), חולק, וסובר שדיני ממונות חמורים יותר ולכן מבאר שהיו רחוקים ג' מילין זה מזה.

להחזיר את הדין, וגם בית הדין רשאי להפקיר ממון שלא כדין, מכוח הפקר בית דין, מועילה נטילת רשות מהרב, כדי שיוכל התלמיד להורות הלכה, אפילו בפני רבו.³³

לאור זאת, מסביר ה'פנים במשפט', שרש"י פירש שהסוגיא במסכת יבמות עוסקת בתלמיד שדן בדיני ממונות, לאחר שקיבל מרבו רשות לעשות כן. ואולם, אף שמותר לו להורות הלכה, מוטל עליו להתייעץ תחילה עם רבו. בדרך זו הוא מפרש גם את דברי הראב"ן, אך הוא מוסיף, שרוב הראשונים לא קיבלו את שיטת רש"י בענין החילוק בין ממון לאיסור והיתר.

(ג) חובת ההתייעצות – כדי שלא לפסוק דין שאינו ברור

במסכת סנהדרין, נאמר שאסור לדיין לפסוק דין, כל עוד אין הדין ברור לו כבוקר. חובת ההתייעצות נאמרה כלפי דיין ש"מדמי מלתא למלתא", היינו, שמשווה בין דין הבא לפניו, לדין אחר, הדומה לו. כלומר, כאשר הדין עצמו, ללא הדימוי אינו ברור לדיין, או כאשר אף הדימוי עצמו אינו ברור לו, מוטל עליו להתייעץ. יש שרצו להסיק מכך, שחובת ההתייעצות קיימת רק כאשר הדיין מסופק האם אמנם פסיקתו נכונה. הבנה כזו, מצמצמת ביותר את החידוש שיש בחובת ההתייעצות, ומשייכת אותה להלכה הקובעת שאסור לדיין לפסוק מתוך קלות ראש, ללא בירור מעמיק ויסודי של הדין.³⁴ נעייך בדברי ראשונים, שמדבריהם ניתן ללמוד שכך הבינו את חובת ההתייעצות.

1. רש"י

ייתכן שהשאלה, האם חובת ההתייעצות קיימת רק כאשר הדיין מסופק כיצד עליו לפסוק, או שמא חובה זו קיימת, אף שהדיין אינו מסופק, תלויה בשתי הגירסאות בפירושו של רש"י³⁵ לסוגית יבמות -

גירסת מהרש"ל:³⁶ "יודע הלכה שאין דומה לדין הבא לפניו כל כך, ומדמי מילתא למילתא".

גירסת הב"ח:³⁷ "יודע הלכה אלא דומה לדין הבא לפניו כל כך, ומדמי מילתא למילתא".

לפי גירסת מהרש"ל, נראה שרש"י סבר שחובת ההתייעצות קיימת רק כאשר הדין אשר ממנו מבקש הדיין ללמוד כיצד לפסוק, אינו דומה כל כך לדין שבא לפניו,

33. על הבחנה זו, בין דיני ממונות לדיני איסור והיתר, ראה גם להלן, ליד ציון הערה 144.

34. דוגמאות, ראה: אנציקלופדיה תלמודית שם, עמ' תצ-תצא, ובסנהדרין ז, ב.

35. רש"י שם.

36. חכמת שלמה חו"מ שם, ד"ה וגמר הלכה שם.

37. הגהות הב"ח יבמות שם, אות ג.

וקיים ספק, האם אמנם נכון ללמוד ממנו. משמע, שחובת ההתייעצות נועדה להכריע את הספקות שבלב הדיין בבואו לפסוק את הדין.³⁸

2. רבנו ירוחם

לגבי חובת ההתייעצות, כתב רבנו ירוחם -

דיין אינו רשאי לדון **דבר מסופק**, אם יש תלמיד חכם בעיר, קודם שישאלנו, כדי שלא לדמות דבר לדבר אלא אם כן ברור לו כבוקר.³⁹

גם מדבריו משמע שההתייעצות נועדה לפתור ספקות, כדי להביא לכך שלא יפסוק הדיין, אלא אחר שבירר את הדין היטב. במילים אחרות, רבינו ירוחם חיבר את סוגיית יבמות לסוגיית סנהדרין, וקבע שחובת ההתייעצות נובעת מהספק הקיים אצל הדיין, ולא מעצם הדימוי. לפי הסבר זה, דיין שאינו מסופק בדין ובדימוי אינו חייב להתייעץ, אף שפסקתו מבוססת על דימוי מלתא למלתא.⁴⁰

3. חוקות הדיינים

בעל 'חוקות הדיינים'⁴¹ מביא שני פירושים לחובת ההתייעצות -

צריך הדיינים שלא יפסקו הדין **עד שיהא ברור להם**, שנאמר "בית דוד כה אמר ה', דינו לבוקר משפט", ואקשינן בגמ', וכי בבוקר הם דנים, והלא כל היום הם דנים, אלא לומר לך, אם ברור לך הדבר כבוקר, אמרהו, ואם לאו אל תאמרהו, כן הוא במסכת עבודה זרה, **ואם אינו ברור לו**, שילך לפני חכם לשאול היאך הוא, ואם אינו עושה כן, עליו הכתוב אומר "רע ירוע כי ערב זר

38. יש להעיר, שלפי גירסא זו ברש"י אנו עוסקים בספק אם הדימוי נכון ולא בהכרח במקרה בו הדין כשלעצמו מסופק לדיין (שאו יתכן ואסור לו לפסוק על פי דין הגמרא במסכת סנהדרין). אם נפרש כך, הרי ששיטת רש"י אינה שייכת לנידון.

39. **רבנו ירוחם** מישרים, נתיב א, חלק ב, (ח, ב).

40. כך נראה שהבינו מדברי רבינו ירוחם: **אורח משפט** (להלן, הערה 58); **הלכה פסוקה** חו"מ י, הערה 32; **ברכי יוסף** (לעיל, הערה 20), שהבין כך את אחת השיטות בספר **חוקות הדיינים** (לקמן), וכך הבנו גם אנו. אולם, העירני ידידי העורך, שניתן ללמוד מדברי **רבינו ירוחם**, באופן דומה לדרך שבה הצענו להבין את דברי רש"י (לעיל, הערה 38), שכוונתו היא, שהדיין חייב להתייעץ כאשר הוא מסופק האם דימויו נכון, אך לגבי עצם הדין, ברור לו שהצדק עמו. אך אם עצם הדין אינו ברור לו, אין הוא רשאי לפסוק, משום דין הגמרא במסכת סנהדרין, וממילא, לא תועיל התייעצות. לפי הסבר זה, יש לשים את הדגש בדברי רבינו ירוחם על המילים "לדמות דבר לדבר". אם אמנם זהו ההסבר הנכון בדברי רבנו ירוחם, הרי שגם הוא פסק כרמב"ם וכשולחן ערוך לקמן, ושיטתו אינה שייכת לנידון. לפי"ז, המקור היחיד לשיטה שחובת ההתייעצות הוא רק במקרה של ספק בדין, היא השיטה הראשונה המוזכרת בספר חוקות הדיינים, שיטה שככל הנראה לא התקבלה להלכה, היות ואף פוסק לא התייחס אליה.

41. רבינו אברהם בר שלמה טאזארטי, תלמיד הרשב"א.

ושונא תוקעים בוטח", ודרשו חז"ל רעה אחר רעה תבוא למקבלי גרים והתוקע עצמו בדבר הלכה⁴²

ויש מפרשים, כגון דיין שבא דין לפניו והוא מדמה דבר לדבר, ויש שם ת"ח ואינו רוצה לילך לו לשאול, וע"ז נא' "רעה אחר רעה תבוא לו", כן הוא במסכת יבמות.

החיד"א⁴³ ביקש להסביר את ההבדל שבין שני הפירושים. לדבריו, לפי הפירוש הראשון, חובת ההתייעצות קיימת רק כאשר הדיין מסופק בדין. לפי הפירוש השני, חובה זו קיימת, אף כאשר אין הדיין מסופק כיצד עליו לפסוק. כן פירש את דבריו הרב עוזיאל.⁴⁴ לדבריהם, הפירוש השני בספר חוקות הדיינים, זהה לפסק ההלכה בשו"ע, וכפי שנראה להלן.

אמנם, הרב אברהם אשכנזי הסביר,⁴⁵ שגם לפי הפירוש הראשון שבדברי חוקות הדיינים, חובת ההתייעצות קיימת גם כאשר אין הדיין מסופק, אך בתחילת הדיון היה הדיין מסופק בו. ההבדל בין הפירושים השונים לדבריו נוגע בשאלה, האם חובת ההתייעצות קיימת בכל פסיקה או שמא היא קיימת רק בפסיקה שיסודה בדימוי מלתא למלתא. בעניין זה נרחיב להלן.⁴⁶

(ד) חובת ההתייעצות – דין מחודש

בניגוד לכל הנאמר בשלושת הפרקים האחרונים, נראה שמדברי פוסקים רבים יש להסיק שאין לשייך את חובת ההתייעצות המובאת בסוגיית יבמות, לאף אחד מן המקורות האחרים שהוזכרו לעיל, על אף הקרבה הרעיונית ביניהם. חובת ההתייעצות אינה קשורה לאיסור לפסוק בפני רבו, לא להדרכה הכללית להיות מתון בדין, ולא לאיסור לפסוק דין שאינו ברור. לפי שיטתם חובת ההתייעצות היא המשך ליסוד של מתינות הדין, אך יש בה "קומה נוספת" על גבי חובת המתינות. חובה זו קשורה לאיסור לפסוק דין על פי דימוי מלתא למלתא, אך יש בה חידוש, בהיותה מחייבת את הדיין להתייעץ, אף כאשר מותר לו לפסוק על פי דימוי.⁴⁷ לפי הסבר זה, יש להסביר את לשון הגמרא במסכת יבמות כפשוטה, "מדמה מילתא למילתא" אינו כינוי למצב של ספק, אלא הגדרה למצב שמחייב התייעצות.

42. חוקות הדיינים (מכון הרי פישל, ירושלים תש"ל), סימן ג סעיף ג (עמ' יז-יט)

43. ברכי יוסף, לעיל, הערה 20.

44. הרב בן-ציון מאיר חי עוזיאל, הראשון לציון, בספרו "משפטי עוזיאל", חו"מ סימן א, סעיף ג.

45. בפירושו, **שמרו משפט**, על 'חוקות הדיינים', שם.

46. בפרק ה.

47. על המקרים בהם מותר לפסוק על פי דימוי, ראה להלן, ליד ציון הערה 82.

אמנם, גם לפי שיטה זו, ישנם סייגים רבים, עליהם נעמוד להלן, בכל הנוגע לתחומי הפסיקה המחייבים התייעצות, החכמים שעמם יש להתייעץ, ועוד. סייגים אלה מקלים על הדיין את ההתמודדות עם הקשיים הכרוכים במילויה של חובת ההתייעצות, קשיים שעמדנו עליהם בהרחבה, בהקדמה.

הראשונים הפוסקים כך, לדעתנו, הם: הרמב"ם, הטור, השו"ע, ובעל 'חוקות הדיינים',⁴⁸ וכן, לדעתנו, נפסקה ההלכה. כפי שיבואר להלן.

בפרק כ מהלכות דיינים עוסק הרמב"ם בהדרכות כלליות לדיינים בעניין מתן פסק הדין. נעיין בהלכות אחדות מפרק זה -

הלכה ו

לא תעשו עול במשפט זה המעוות את הדין ומזכה את החייב ומחייב את הזכאי, וכן המענה את הדין ומאריך בדברים ברורים כדי לצער אחד מבעלי דינים הרי זה בכלל עול

הלכה ז

הגס לבו בהוראה וקופץ וחותר את הדין קודם שיחקרהו בינו לבין עצמו עד שיהא לו ברור כשמש הרי זה שוטה רשע וגס רוח, כך צוו חכמים הווי מתונין בדין, וכן איוב הוא אומר וריב לא ידעתי אחקרהו

הלכה ח

כל דין שבא לפניו דין והתחיל לדמותו בדין פסוק שכבר ידע אמתו [י"ג: אותן] ויש במדינה גדול ממנו בחכמה ואינו הולך ונמלך בו הרי זה בכלל הרשעים שלבם גס בהוראה, ואמרו חכמים רעה על רעה תבא לו שכל הדברים וכיוצא בהן מגסות הרוח הן המביאות לידי עוות הדין

מהקשר הכללי שבמסגרתו מופיעה ההלכה בעניין חובת ההתייעצות, ניתן ללמוד שהרמב"ם סבר שחובה זו קשורה לחובה להיות מתון בדין כדי שלא יעשה הדיין עוול במשפט, ולא יעוות את הדין. היות והמעוות את הדין עובר על איסור, כמבואר בהלכה ו, הרי שההתייעצות, שנועדה למנוע עיוות דין היא בגדר חובה גמורה.⁴⁹ כך הבין גם המהרש"ל מדברי הרמב"ם, שכתב -

48. בשיטה השנייה שהובאה לעיל, אחר הציון להערה 42. וכך ניתן ללמוד אף מדברי רש"י ורבינו ירוחם, כמבואר לעיל, הערות 38, 40.

49. מן הסגנון השלילי של דברי הרמב"ם, הכותב שמי שאינו מתייעץ נקרא רשע, ואינו מדגיש שישנה חובה להתייעץ, ניתן היה להסיק, שההתייעצות אינה בגדר חובה גמורה, אלא עצה טובה ותו לא. יתכן שכך הבין מדברי הרמב"ם בעל השאלת יעב"ץ (לעיל, ליד הערה 14), שכתב שזו קללת חכמים וכמבואר לעיל (שם). אך אעפ"כ נראה, שהעובדה שהרמב"ם הביא דין

אסור לכל מורה להורות ולדמות מילתא למילתא אם יש גדול במדינה ... וכאשר פירשתי סוגיית התלמוד **כן מובן מדעת הרמב"ם** להדיא.⁵⁰

הרי שההתייעצות אינה רק ראויה, אלא היא בגדר חובה גמורה. כך משמע גם מדברי רבים אחרים,⁵¹ שסברו שההתייעצות היא בגדר חובה גמורה, וקבעו **שאסור** לדיין לפסוק דין ללא התייעצות.⁵²

הרמב"ם כתב גם, שחייב הדיין להתייעץ עם כל מי "שגדול ממנו בחכמה". משמע, אף שאינו רבו. כך מסיק גם ה'כסף משנה', שמסביר -

וסובר רבינו דהאי רבה [= שבלשון סוגיית התלמוד], אין פירושו רבו ממש, דאם כן היאך הוא דן במקום רבו?⁵³

הסבר זה מתאים לשיטת הרמב"ם, שפסק שאסור לדיין להורות במקום רבו, אף אם קיבל ממנו רשות לעשות כן.⁵⁴ היות והרמב"ם סבר שלא ייתכן שתלמיד יורה הלכה במקום רבו, בשום אופן, לא ייתכן לפרש שחובת ההתייעצות מוטלת על תלמיד המורה הלכה במקום רבו. לפיכך, היה הרמב"ם חייב להסביר שחובת ההתייעצות מוטלת על כל חכם, ולא על תלמיד כלפי רבו. כך כתב גם המהרש"ל,⁵⁵ ופוסקים נוספים.⁵⁶

היו גם שדייקו זאת מלשון הסוגיא: "ואית ליה רבה", כלומר יש לו גדול. אילו הכוונה הייתה דווקא לרבו, היה צריך להיכתב "רביה" או "רב".⁵⁷

זה בהלכותיו, כינה את מי שאינו מקיימו כ"רשע", וטען שמעוות את הדין, מלמדת שלדעתו ההתייעצות היא בגדר חובה גמורה.

50. **שו"ת מהרש"ל** לה.

51. ראה להלן הערה 66.

52. בדבריהם נדון בפרקים הבאים.

53. **כסף משנה** לעיל, הערה 21.

54. **רמב"ם** תלמוד תורה ה, ב, ג, (ע"פ **כסף משנה** שם).

55. לעיל הערה 50.

56. ראה למשל: **ברכי יוסף** לעיל, הערה 20; **ערוך השולחן** חו"מ, י.

57. מאידך, ניתן לעמוד גם על הלשון "אית ליה". אם מדובר בחכם שאינו רבו של המתייעץ, מדוע נכתב בגמ' "אית ליה"? אמנם **בשו"ת בית מרדכי**, עט, רצה לומר שגם שיטת הרמב"ם מבוססת על האיסור להורות הלכה במקום רבו, אלא שלדעתו, כל חכם הגדול מן המתייעץ נחשב כרבו (ויש בכך מעין הרחבה לשיטת בעלי התוספות, ברכות לא, ב, ד"ה מורה הלכה, שחידשו שגדול הדור נקרא רבו של כל אדם מישראל). אולם, קשה לקבל את דבריו, בעיקר משום החידוש הגדול שבהם, חידוש אשר לא מצאנו זכר לו בדברי אף אחד מן הפוסקים. אמנם, מצאנו שלדעת חלק מן הפוסקים, ספריהם של פוסקים גדולים נחשבים כרבותינו, ועל כך ראה להלן, ליד ציון הערה 183, אך לא מצאנו פוסק שיטען שכל חכם הגדול מחברו, ייחשב כרבו.

לפי הרמב"ם, חובת ההתייעצות מוטלת על הדיין, אף בבואו לפסוק "בדין פסוק שכבר ידע אמתו". משמע, אף כאשר אין הדיין מסופק, מוטלת עליו החובה להתייעץ עם חכם גדול ממנו.

לסיכום, מלשונו של הרמב"ם למדים אנו על שלושה מאפיינים עיקריים לחובת ההתייעצות:

א. ההתייעצות היא בגר חובה גמורה, לא עצה טובה בלבד.

ב. החובה חלה על כל דיין, ולא דווקא על תלמיד כלפי רבו.

ג. החובה חלה אף על דיין שאינו מסופק כיצד עליו לפסוק.

לשלושה מאפיינים אלו, הסכימו גם הטור וה'שולחן ערוך', כפי שעולה מלשונום, שהועתקה ברובה מלשונו של הרמב"ם. לאור זאת, ברור שלדעת פוסקים אלו, ההתייעצות אינה בגדר עצה שאינה מחייבת, כעין ההדרכות המצויות במסכת אבות. חובת ההתייעצות אינה קשורה גם לסוגייה האוסרת על תלמיד להורות הלכה במקום רבו, שכן היא חלה על כל חכם שיש בעירו חכם הגדול ממנו בחכמה, אף שאינו רבו. ולבסוף, ברור שהחובה אינה קשורה לאיסור לפסוק דין שאינו ברור, שכן חובת ההתייעצות קיימת אף כשדעת הדיין ברורה. נמצאנו למדים שחובת ההתייעצות שנתחדשה בסוגיית יבמות, אינה קשורה לסוגיות אחרות, שבהן יש הדרכות דומות, ומשום כך, אין ללמוד את גדריה על פי אותן סוגיות.

אמנם, היו שסברו שהרמב"ם וה'שולחן ערוך' מסכימים לדעתו של רבנו ירוחם, הסבור שחובת ההתייעצות קיימת, רק כאשר הדיין מסופק, כיצד עליו להכריע את הדין.⁵⁸ אולם, נראה שהסבר זה אינו נכון, מן הטעמים דלהלן:

א. בספר חוקות הדיינים מובאות שתי שיטות. הראשונה מתאימה לדברי רבינו ירוחם, והשנייה אומרת שחייבים להתייעץ בכל דימוי. אם אמנם נסביר שהרמב"ם וה'שולחן ערוך' סברו שחובת ההתייעצות קיימת רק כאשר הדיין מסופק, הרי שאין פוסק שסבור שהחובה קיימת גם כשאין הדיין מסופק. אולם מדברי השיטה השנייה שבספר חוקות הדיינים הוכחנו, שחובת ההתייעצות קיימת אף כשאין הדיין מסופק. הרי ששיטה כזו קיימת בדברי הפוסקים, ומלשון רמב"ם וה'שולחן ערוך' נראה שהם הסכימו עמה.⁵⁹

ב. בניגוד לרבינו ירוחם, שחיבר את האיסור לפסוק דין שאינו ברור עם חובת ההתייעצות, הרמב"ם הטור והשו"ע הביאו את שתי ההלכות בנפרד, וקבעו לכל אחת מהן גדרים שונים. הרמב"ם מכנה בהלכה זו את הפוסק דין שאינו ברור, "רשע". אם אמנם גם הפוסק מבלי להתייעץ, פוסק למעשה בדין שאינו ברור לו,

58. ראה: אורח משפט דיינים, כה, ד"ה בסימן י; הלכה פסוקה י, הערה 32.

59. וכפי שהסבירו ופסקו הברכי יוסף והמשפטי עוזיאל.

מדוע יש צורך לשוב ולכנותו בכינוי זה, בהלכה ח? ועוד, הרי בנוגע להתייעצות, פטר הרמב"ם את מי שאין חכם גדול ממנו בעירו מן החובה להתייעץ. פטור דומה לא ניתן למי שפוסק בדין שאינו ברור לו! אמנם, ייתכן לטעון שההתייעצות, לדעת הרמב"ם, היא הפתרון הראוי למצב של ספק, אך אם כך הדבר, היה לו לרמב"ם להביא את שני הנושאים בהלכה אחת, שבראשיתה האיסור לפסוק דין ללא התייעצות, ובסופה יציג הרמב"ם את הפיתרון הראוי לספק, ההתייעצות.

ג. כדי ליישב את לשון הרמב"ם, ממנה עולה שחובת ההתייעצות קיימת אף כאשר אין הדיין מסופק, הסבירו בספר הלכה פסוקה⁶⁰, שחובת ההתייעצות קיימת כאשר בתחילת הדיון היה הדיין מסופק, אך בסופו לא. מניין המקור לחדש זאת? הרי לכאורה באופן זה גם רבינו ירוחם לא יחייב את הדיין להתייעץ. נמצא שלפי הסבר זה, אין לשיטת הרמב"ם וה'שולחן ערוך' כל אחיזה בדברי הראשונים! אין צורך להסביר את הדוחק שבכך, ובייחוד, כאשר אין בלשונו של הרמב"ם או של ה'שולחן ערוך' כל ראייה או רמז לכך שמדובר במצב של ספק.⁶¹

על כן, נראה שרבינו ירוחם, סבור כשיטה הראשונה שהביא בעל 'חוקות הדיינים', לפיה, חובת ההתייעצות קיימת אך ורק בספקות. לעומתו, ה'שולחן ערוך', הרמב"ם וה'טור' סבורים שחובת ההתייעצות קיימת אף כשאין הדיין מסופק כיצד עליו להכריע את הדין. כך הבינו החיד"א,⁶² המהרש"ל,⁶³ הרב אברהם אשכנזי,⁶⁴ והרב עוזיאל.⁶⁵ מדבריהם, וככל הנראה, הכרעה זו מקובלת על רוב האחרונים.⁶⁶

לא נותר לנו בשלב זה, אלא להבהיר את טעמה של חובת ההתייעצות לפי שיטת הרמב"ם, בהתאם לדרך שבה הבנו את שיטתו.

נראה שחובת ההתייעצות קשורה בצורך להיות מתון בדין, כדי למנוע עיוות של הדין, וזאת, דווקא כאשר הפוסק משתמש בדימוי לשם הכרעת הדין, משום שהדימוי

60. ראה לעיל.

61. על טעמים אלו יש להוסיף, שכל הפוסקים שדנו בחובת ההתייעצות, וקבעו שהיא קיימת גם בפסיקה בענייני איסור והיתר (ראה להלן, פרק ה, סעיף ג), לא העירו כלל שמדובר בספק. אף מדברי הפוסקים שדנו בשאלה, האם חובת ההתייעצות קיימת אף כאשר הדימוי זהה לחלוטין לדימוי אחר שעשה הדיין בעבר (ראה להלן, שם, סעיף א), תת סעיף 2), יש ללמוד שחובת ההתייעצות קיימת אף כאשר אין הדיין מסופק.

62. לעיל, הערה 20.

63. לעיל, הערה 50.

64. לעיל, הערה 45.

65. עיין בנספחים, ד.

66. כמבואר לעיל, בהערה 61, וכך משמע גם מדברי **ערוך השולחן**, לעיל הערה 56, והפנים **במשפט**, לעיל הערה 31, וראה בהרחבה שו"ת **יביע אומר**, ט (או"ח), סימן א' סעיף י.

הוא מסובך, דורש שיקול דעת מרובה וניתן לטעות בו בנקל היות וגם שינוי קל בין פרטי מקרים שונים יכול להיות סיבה להבדל בדין. יתירה מכך, עצם העובדה שהפוסק נדרש לדימוי, מגלה שהדין אינו פשוט. לכן, במקרה זה, הטילו חכמים על הדיין חובה להתייעץ על הדימוי בטרם יפסוק את הדין.

אולם, יש להדגיש שכיון שהקושי בפסק הדין נובע מן הדימוי, נדרש הדיין להתייעץ רק על הדימוי, ולא על עצם הפסק או על היסודות ההלכתיים העומדים בבסיסו של הפסק. לכן, ייתכן שהחכם המייעץ יסכים לדימוי אך לא יסכים לפסק ההלכה שהסיק הדיין ממנו, וכן ייתכן, שלא יסכים לדימוי אך יסכים לפסק ההלכה מטעמים אחרים.

ההתייעצות אינה משחררת את הדיין מן האחריות על פסק הדין. אחריות זו נותרת בידי של הדיין, וכאשר הוא אמנם ראוי לדון חזקה עליו שפסק כראוי. אולם, על מנת שלא יפסוק במהירות ובייחוד לא כאשר הפסק מבוסס על דימוי, נדרש הדיין להתייעץ כדי שיבחון את הדברים שוב בצורה יסודית. הייעוץ יאפשר לדיין לבחון שוב אם הדימוי נכון. הוא ישמע דעה נוספת, וכך יוכל ללבן שוב את הנושא, עם חכם גדול ממנו. היה והסכים החכם לדימוי, קיבל חיזוק לסברתו. חלק עליו, יבחן הדיין את הנושא שוב, ועתה, כאשר יש בידו זווית ראייה נוספת. אך בכל אופן, אין עצת החכם הגדול ממנו מחייבת אותו. אם יחליט הדיין, לאחר עיון נוסף להישאר בדעתו למרות שהמייעץ חלק עליו, הוא רשאי לעשות כן, וחזקה עליו שעשה כך מתוך שיקול דעת ומתינות, בהיותו תלמיד חכם הראוי להוראה, בעל מידות טובות, שאין לחשוש בו שישנה את האמת בגלל שיקולי כבוד, גאווה וכדומה. יתירה מכך, היות והייעוץ אינו מחייב, רשאי הדיין, אחר שהתייעץ, לשוב ולהתייעץ עם חכם אחר.⁶⁷

אמנם, בהקשר זה חשוב להדגיש שלמרות החירות שיש לדיין, לחלוק על המייעץ, הוא בכל זאת כפוף לכללי הפסיקה, המגבילים את סמכותו לחלוק על הלכות שהתקבלו במשנה, בתלמוד, בדברי הגאונים, ואולי אף ב'שולחן ערוך'.⁶⁸ אולם, על הכל מוסכם שחכם רשאי לחלוק על חכם בן דורו, אף שהוא גדול ממנו בחכמה.⁶⁹ כמו כן, אין הדיין רשאי לפסוק בניגוד לפסיקה המקובלת בנושא שבו הוא דן.⁷⁰ ראוי גם להוסיף, שלדעת חלק מן הפוסקים, כאשר מצוי בעירו של הפוסק חכם גדול

67. דין זה פשוט, כיון שמותר לחכם לחלוק על חכם אחר, אפילו הקודם לו, בראיות או בסברא, עיין לדוגמא בפסקי הרא"ש, סנהדרין, פרק ד, סימן ו.

68. ראה לדוגמא בנתיבות המשפט, סימן כה, חידושים, ס"ק כ

69. ראינו לעיל בדברי הרב קוק בקונטרס 'ריהטא דחקלאי' שאמר שאינו חייב לעיין בספרי אחרונים שלא ישנה את דעתו מפני דעתם גם אם יחלקו עליו, מכאן ברור שיש מקרים שיכול לחלוק על אחרונים שקדמו לו. ועיין בקובץ הפוסקים בסימן י, שהביא כמה כללים בעניין זה.

70. עיין לעיל הערה 68.

ממנו, הוא רשאי לבטל את פסק דינו.⁷¹ אולם, היות והמתייעץ אינו חייב להתייעץ על פסק הדין, אלא על הדימוי, אין סיבה שיגיע למצב שהמתייעץ ביטל את פסק דינו.

כללו של דבר: משמעותה של ההתייעצות אינה שהדיין המייעץ פוסק הלכה עבור הדיין המתייעץ, אלא הוא דן עמו, האם הדימוי שעשה נכון.⁷²

בעל ה"פנים במשפט"⁷³ מעלה אפשרות נוספת להבין את טעמה של חובת ההתייעצות. לדבריו, ייתכן שיסודה של חובת ההתייעצות בצורך לכבד את החכם שעמו מתייעצים. אולם, הוא דוחה אפשרות זו משום שאם כך היה, הייתה מחילת החכם על כבודו פוטרת את הדיין מחובת ההתייעצות, אך בתלמוד או בדברי הפוסקים אין אנו מוצאים שמחילת חכם פוטרת את הדיין מחובת ההתייעצות. אולם, ייתכן שהצורך לכבד את החכם שעמו מתייעצים יכול להוות טעם נוסף להתייעצות, אך לא טעם יחיד, וודאי שלא טעם עיקרי. להבנה כזו, עשויות להיות השלכות שונות, כגון:

דיין שיש בעירו חכם, ובכל זאת, הוא בחר להתייעץ עם חכם שגר בעיר אחרת, שחכמתו שווה לזו של החכם שבעירו, או שהוא פחות חכם ממנו. האם יהיה הדיין חייב לשוב ולהתייעץ עם החכם שבעירו? אם ההתייעצות נועדה גם כדי לחלוק כבוד לחכם שבעירו, ייתכן שאמנם נחייבו לשוב ולהתייעץ עם החכם שבעירו. אולם, אם יסוד החובה הוא, להביא לכך שפסיקתו תהיה נכונה בלבד, ברור שגם כאשר התייעץ עם חכם גדול שאינו מחכמי עירו, יצא ידי חובתו.

מה הדין כאשר יש בעיר חכמים רבים, שחכמתם רבה משל הדיין הפוסק? האם הוא יהיה חייב להתייעץ דווקא עם הגדול שבהם? לכאורה, אם חובת ההתייעצות נועדה כדי לברר את הדין היטב ולבחון את הדברים מזווית נוספת, ייצא הדיין ידי חובתו, אם יתייעץ עם חכם גדול ממנו, אף שאינו גדול החכמים שבעיר. אולם, אם ההתייעצות נועדה לחלוק כבוד לחכם הגדול, אפשר שיהיה הדיין חייב להתייעץ דווקא עם גדול החכמים שבעיר.⁷⁴

ד. החייבים בהתייעצות

סוגיית יבמות לא הגבילה את חובת ההתייעצות לדיינים מסויימים.⁷⁵ אף על פי כן,

71. ש"ך, בסיכומו לסימן כה.

72. השלכות הנובעות מכך, ראה להלן, פרק ו, סעיף ג.

73. חו"מ י, ג.

74. יודגש שלא מצאנו בדברי הפוסקים דיון במקרים אלו, ומשום כך, אין בדברינו מסקנה ברורה להלכה.

75. לעיל, הערה 2, כתבנו שככלל, מובן שחובת ההתייעצות אינה מופנה כלפי מי שאינו ראוי כלל

בדברי הפוסקים מוצאים אנו דיונים בשאלות כגון: האם החובה מוטלת אף על דיין שמונה לתפקידו על ידי בני מקומו או שמא דיין כזה נהנה מאמון בלתי מוגבל, ומשום כך, יש לפטור אותו מההתייעצות? ואם כן, האם גם רב מקומי, "מרא דאתרא" חייב להתייעץ עם חכמי עירו? ולבסוף, האם החובה מוטלת רק על דיין יחיד, או אף על בית דין של שלושה דינים?

(ב) בית דין או דיין ממונה

האם לעובדה שהדיין הפוסק בדין מונה לתפקידו על ידי בני מקומו יש משמעות לגבי חובת ההתייעצות? ואם לאו, האם לעובדה שבדין ישבו שלושה דינים, כבית דין, יש משמעות לגבי חובה זו?⁷⁶

על הפוסק מבלי להתייעץ, כתב מהרש"ל -

ואם כן, לפי זה, אסור לכל מורה להורות ולדמות מילתא למילתא אם יש גדול במדינה... ואפילו קבלו עליהם שני הצדדים, מכל מקום היה לו למנוע מלהורות, ופשיטא שכהאי גונא נקרא שוטה רשע וגס רוח מאחר שקפץ בהוראה.⁷⁷

מדבריו למדנו שחובת ההתייעצות קיימת גם כלפי דיין שקיבלו אותו הצדדים עליהם. המהרש"ל לא מתייחס אמנם לדיין ממונה, אך ניתן לומר שיתרוננו של דיין ממונה על דיין שאינו ממונה הוא, שאנשי עירו של הדיין הממונה קיבלוהו עליהם. לפי זה, נוכל להסיק שכשם שחובת ההתייעצות חלה אף על דיין שקבלו אותו הצדדים עליהם, כך היא חלה אף על דיין ממונה.

לדון. אולם, בשו"ת בית מרדכי, עט, כתב שחובת ההתייעצות מוטלת רק על דיין שלא הגיע להוראה, היינו, שאינו מוסמך לפסוק, משום שעדיין לא למד די כדי שיהיה ראוי להורות הלכה. לגבי אדם כזה, קיים איסור לדמות מילתא למילתא, כדי לפסוק דין. משום כך, עליו להתייעץ עם חכם שהגיע להוראה, לפני שיפסוק דין על פי דימוי מלתא למלתא. לפי זה, חכם שהגיע להוראה רשאי לפסוק דין מבלי להתייעץ כלל. אולם, זו דעה יחידאית. שאר הפוסקים לא הבחינו בין דיין שהגיע להוראה לדיין שלא הגיע להוראה לעניין חובת ההתייעצות, ולכן, נראה שלדעתם, החובה מוטלת על כל דיין, אף על גדולי החכמים שהגיעו להוראה.

76. לכאורה, חובת ההתייעצות אינה נוגעת לדיונים שנערכו בסנהדרין, שכן הסנהדרין הקטנה מורכבת מעשרים ושלושה דינים, שנחשבים לחכמים הגדולים ביותר במקום, וממילא, אין להם עם מי להתייעץ. אמנם, ייתכן שיהיה בעיר דיין שפסול לדון בדין מסוים, כגון זקן או סומא, אך הוא חכם מחברי הסנהדרין. במקרה זה עשויה להתעורר השאלה, האם על חברי הסנהדרין להתייעץ עמו? כיון שההתייעצות אינה פסיקה, ואין המתיעץ חייב לקבל את עמדת המייעץ (ראה לעיל, ליד הציון להערה 67), יש מקום לומר שהעובדה שהחכם המייעץ פסול לדון, אינה פוסלת אותו בהכרח גם מלשמש כמייעץ.

77. שו"ת מהרש"ל לה.

המבי"ט, דן בדבר במפורש, וקובע -

ואפילו יש בית דין מומחה קבוע בעירו, ואפילו שנתמנה, אם בא לפניו דין שצריך לדמותו צריך לימלך עם מי שגדל ממנו בחכמה וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל פרק עשרים.⁷⁸

מדברי המבי"ט נוכל ללמוד שגם דיין יחיד שמונה על ידי הציבור יהיה חייב להתייעץ, שהרי מן הסתם, מעמדו אינו עולה על מעמדו של "בית דין מומחה קבוע בעירו".

(ג) מרא דאתרא – רב מקומי

האם גם הרב המקומי, "מרא דאתרא", חייב להתייעץ עם חכמים הגדולים ממנו, או אף השוים לו בחכמה, המצויים בעירו?

מחד, ניתן לומר, ש"מרא דאתרא" אינו עדיף מבית דין קבוע, שגם הוא קיבל סמכות מאת הציבור, לדון. אבל מאידך, ייתכן שסמכותו של "מרא דאתרא" רחבה מסמכות בית הדין. "מרא דאתרא" התקבל על ידי כל בני העיר כפוסק יחיד, שאין רשות לחכם מחכמי העיר לפסוק במקומו, אלא אם קיבל רשות לעשות כן.

לפי זה, ייתכן שעצם מינויו של רב כ"מרא דאתרא" מגדירו כחכם הגדול שבעיר, אף אם אליבא דאמת, יש בעיר חכמים ממנו.⁷⁹ אם כך נאמר, ממילא נהיה חייבים לקבוע ש"מרא דאתרא" אינו חייב להתייעץ, שכן, בפועל, אין בעיר חכם הגדול ממנו בחכמה, או השווה לו בחכמה.

החיד"א⁸⁰ סבר שעל הדיין להתייעץ לא רק עם חכם גדול ממנו, אלא גם עם חכם השווה לו בחכמה.⁸¹ בהקשר זה הוא חידש, שחובה זו מוטלת גם על "מרא דאתרא".

78. **שו"ת מבי"ט** א, רפ. יש להעיר שכל הפוסקים שעסקו בדין זה, לא הביאו כלל את דברי המבי"ט. דבריו לא הובאו גם בספרים שמטרתם ללקט את דברי כל הפוסקים, כ'הלכה פסוקה', ותודה לא-ל, השאירו לנו מקום להתגדר בו. יש אף שטעו, וציינו בהקשר זה לדברי הברכי יוסף (להלן, הערה 160), ולמדו מדבריו שבית דין אינו חייב להתייעץ עם דיינים חכמים מאלו שישבו בדין. אולם, המעיין בדבריו ייווכח ש'ברכי יוסף' עסק בהתייעצות הדיין עם חכם השווה לו בחכמה. בהקשר זה, קבע 'ברכי יוסף' (שם) שבית דין אינם חייבים להתייעץ עם דיינים השוים להם בחכמה. מכאן אין להוכיח בשום אופן, שבית הדין פטורים גם מן ההתייעצות עם חכמים גדולים מאלו שישבו בהרכב בית הדין.

79. **הערת עורך**: סברא זו נאמרה כבר על ידי רבי אליהו מזרחי, מגדולי הפוסקים בטורקיה במאה הט"ז, שבהתייחסו למעמדו של רב מקומי כתב: "מכיוון שהוא ממונה עליהם הוה ליה כבית דין הגדול בירושלים, שכל החכמים היו בטלים לגביו" (שו"ת הרא"ם נז).

80. **ברכי יוסף** שם.

81. הרחבה בעניין זה, להלן, פרק ו, סעיף (א).

מכאן יש ללמוד בקל וחומר, ש"מרא דאתרא" חייב להתייעץ עם חכם גדול ממנו הדר בעירו.

ה. היקף החובה

(א) כללי

לפי המבואר בסוגיית יבמות, ההתייעצות נדרשת כאשר מבקש הדיין לפסוק על פי דימוי מילתא למילתא. בהקשר זה חשוב להדגיש, שעצם השימוש בדימוי כדרך לפסיקת הלכה אינו פשוט, כמבואר במסכת בבא בתרא -

ת"ר: אין למדין הלכה לא מפי למוד ולא מפי מעשה, עד שיאמרו לו הלכה למעשה. שאל ואמרו לו הלכה למעשה, ילך ויעשה מעשה, ובלבד שלא ידמה. מאי ובלבד שלא ידמה? והא כל התורה כולה דמויי מדמינן לה! אמר רב אשי, הכי קאמר: ובלבד שלא ידמה בטריפות, דתניא: אין אומרים בטריפות זו דומה לזו, שהרי חותכה מכאן ומתה, חותכה מכאן וחיייתה.⁸²

משמע, שהפסיקה על פי דימוי היא דרך מקובלת וראויה לפסיקת הלכה, בכל דיני התורה, חוץ מדיני טריפות. אמנם, רבים העירו על כך מדברי התלמוד במסכת גיטין, גמ' שם תמהו חכמים: "וכי מפני שאנו מדמין נעשה מעשה?".⁸³ משמע, שהפסיקה על פי דימוי היא בעייתית, ולא רק בדיני טריפות. לכן הכריעו, שרק חכם גדול ובעל הוראה רשאי ללמוד ממקורות הפסיקה ולהכריע דין על פי דימוי מילתא למילתא.⁸⁴

ראוי לעיין ביחס סוגיא זו לסוגיתנו. נראה שסוגיתנו מהוה נדבך נוסף, על גבי ההיתר לפסוק על פי דימוי, לחכם גדול, בכך שהיא מוסיפה, שאף החכם הגדול נדרש להתייעץ על הדימוי עם חכם גדול ממנו, בטרם יבוא לפסוק הלכה.

אמנם, אם הסבר זה נכון, תמוה, מדוע לא הוזכרה חובת ההתייעצות בהמשכה של סוגיית בבא בתרא, שהתירה את הפסיקה על פי דימוי?

82. בבא בתרא קל, ב.

83. גיטין יט, א; לז, א.

84. ראה: יד רמ"ה בבא בתרא, שם; מאירי בבא בתרא, שם. בנוגע לשאלה, מי הוא החכם שראוי לפסוק על פי דימוי, ניתן לומר באופן כללי, שכמובן, עליו להיות חכם שראוי להורות. כיון שפסיקה על פי דימוי קשה מפסיקה רגילה, מובן, שעל החכם הפוסק על פי דימוי להיות חכם גדול. ההגדרה המדויקת בעניין זה אינה פשוטה. יש שכתבו שבדיני ממונות, די לחכם בקבלת רשות מרבו על מנת שיוכל לפסוק על פי דימוי. יש שכתבו שכאשר יושבים שלושה בדין, הם רשאים לדון, ואולי אף לדמות מילתא למילתא, אף שלא הגיעו להוראה. אך רוב הפוסקים לא הבחינו בין המקרים, וקבעו ככלל, שעל הפוסק המבקש להכריע דין על פי דימוי להיות חכם שראוי להוראה. דיון בנושאים אלו, ראה בזכרון משה (חיד"א), י.

בעל 'אורח משפט'⁸⁵ הסביר שסוגיית בבא בתרא, עוסקת בפוסק שאין גדול ממנו בעירו. על פוסק זה לא מוטלת חובת ההתייעצות, ולכן, לא הזכירה הסוגיא את החובה. ככל הנראה, כך הבינו רוב המפרשים, שהרי אם לא כן, קיימת לכאורה סתירה בין הסוגיות, משום שאחת מהסוגיות מחייבת התייעצות בפסיקה על פי דימוי, והאחרת אינה מזכירה חובה זו בהקשר זה. היות והמפרשים לא העירו על סתירה זו, יש להניח שיישבו את הסתירה כדרך שמיישבה בעל 'אורח משפט'.⁸⁶

למדנו אם כן, שביסודה, חובת ההתייעצות קיימת כאשר הפסיקה היא על פי דימוי. אולם ראוי לברר, האם רק בפסיקה על פי דימוי נדרש הדיין להתייעץ, או שמא הדיון משמש לחכמים דוגמא לפסיקה שיש בה בעייתיות, שאין היא נקייה מספקות. לפי זה, ייתכן שלעיתים, אף בפסיקה שלא על פי דימוי תהיה קיימת החובה להתייעץ.

אף אם נכריע שההתייעצות נדרשת רק בפסיקה על פי דימוי, עדיין יש לברר איזו פסיקה ראוי לה שתוגדר כפסיקה על פי דימוי, ואיזו פסיקה לא ראוי לה שתוגדר כך? ה"קצוות" של הדימוי ברורים. כך למשל, ברור שהשוואת מקרים תחשב לדימוי. כמו כן, השוואת דינים, מתוך שהם עוסקים בנושאים דומים, אף היא תחשב לדימוי. מאידך, ברור שהכרעת הלכה על פי דעת רוב הפוסקים אינה דימוי. אולם, לא ברור האם פסק דין המבוסס על ראייה שיסודה בדקדוק בלשון התלמוד ומפרשיו ובסברותיהם, ראוי להחשב לדימוי, או לפרשנות רגילה? מסתבר שיהא עלינו לבחון כל מקרה לגופו. היה והראיות מבוססות על השוואת מקרים או דינים שאינם זהים לחלוטין, יהא הדבר בגדר "דימוי". אולם אם הראיות יוכיחו שניתן ללמוד מדברי

85. אורח משפט כה (דף מב, א, ד"ה בסימן י')

86. אמנם בשו"ת בית מרדכי (עט) למד מלשון הרמב"ם חידוש גדול בחובת ההתייעצות, השופך אור גם על ענין זה: הרמב"ם (תלמוד תורה ה, ד) מגדיר כשוטה רשע וגס רוח גם את התלמיד שלא הגיע להוראה ומורה, וגם את המדמה מבלי להתייעץ (סנהדרין כ, ח) מכך לומד ה'בית מרדכי' שיסודה של חובת ההתייעצות הוא באיסור להורות כאשר עדיין לא הגיע להוראה. לפי דבריו, מי שכבר הגיע להוראה, יכול להורות מבלי להתייעץ. כסיוע להבחנתו, הוא מביא מדברי הראשונים על סוגיית בבא בתרא (לעיל, הערה 84), שחכם גדול רשאי לדמות. לפי זה, הסיבה לכך שסוגיית בבא בתרא לא הזכירה את חובת ההתייעצות היא, שהיא עוסקת בחכם שראוי להורות, שכלפיו לא חלה חובת ההתייעצות. יש לציין שהבית מרדכי מדגיש, שעל פי דברי המאירי, שכתב על חכמי דורו שיש להם להיזהר ביותר בדימוי ולא כל אחד ראוי לכך, יש להסיק שכל שכן בדורנו אין ראוי לדמות למילתא למילתא ללא התייעצות. אמנם, כאמור, שיטה זו דחוייה, כמבואר לעיל, הערה 75.

הערת עורך: אבל, תכנה דרכים נוספות ליישוב הסתירה לכאורה שבין הסוגיות, שלא כדרכו של 'אורח משפט' או כדרכו של ה'בית מרדכי'. למשל, רבנו ירוחם יוכל לתרץ שההתייעצות נדרשת רק כאשר הדיין מסופק, וסוגיית בבא בתרא עוסקת בדיין שאינו מסופק. אחרים, יוכלו להסביר שההתייעצות נדרשת רק כאשר רבו של הפוסק נמצא עמו בעיר, וסוגיית בבא בתרא עסקה בפוסק שרבו אינו גר בעירו. אמנם, הסברו של 'אורח משפט' הוא היחיד, שתואם את עמדת הרמב"ם, הטור וה'שולחן ערוך', כפי שהוסברה לעיל.

התלמוד ומפרשיו את הדין במקרה הספציפי שדן בו הפוסק, לא תוגדר הפסיקה כפסיקה על פי דימוי.

בהקשר זה ראוי לדון, האם גם השוואה של נתונים עובדתיים ראוי שתוגדר כדימוי? למשל, פוסק המכריע בדיני כתמי נידה, וקובע שמראה מסויים דומה למראה שעליו אמר לו רבו שהוא טהור. האם קביעה זו היא על פי דימוי או שמא נאמר שלאחר שהפוסק יודע את הדין במציאות מסויימת, הקביעה שהמציאות שבאה לפניו היא זהה לאותה מציאות אינה בגדר דימוי? ככלל, נראה שאחר שהדיין יודע את הדין במציאות מסויימת, הקביעה שהמקרה שבא לפניו זהה לאותה מציאות, אינה בגדר דימוי, אך גם בעניין זה, יהיה מקום לדון כל מקרה לגופו.⁸⁷

שאלות נוספות שיהא עלינו לעיין בהן בהקשר זה הן, מהו הדימוי שעליו יש להתייעץ? האם גם כאשר הדימוי הוא פשוט וברור חייב הדיין להתייעץ או שמא רק כאשר הדימוי אינו פשוט מוטלת עליו חובה זו? האם אף כאשר כבר התייעץ הדיין בעבר על דימוי דומה, מוטל עליו להתייעץ שנית?⁸⁸ ואם כן, האם כך הדין אף כשהתייעץ בעבר על אותו דימוי ממש?

לבסוף, נבקש לברר האם חובת ההתייעצות קיימת רק לגבי פסיקה בדיני ממונות, שמא אף לגבי פסיקה בדיני איסור והיתר? ואם כן, האם קיימת החובה רק כאשר פוסק לאחרים, או שמא אף כשפוסק לבני ביתו?

(ב) פסיקה שלא על פי דימוי

הרמב"ם, ה'טור' והשולחן ערוך' דנו בחובת ההתייעצות רק בנוגע לפסיקה על פי דימוי. אולם, אין הכרח לתמוד מכך שהם סוברים שאין צורך להתייעץ בפסיקה שלא על פי דימוי, משום שניתן לומר שהם העדיפו להביא את לשון הסוגיא, שדנה בפסיקה על פי דימוי. בדברי רובם המוחלט של המפרשים, אין עיסוק בהתייעצות על פסיקה שלא על פי דימוי. היחיד שעסק בכך הוא המהרש"ל. את דבריו בעניין זה הוא לומד מלשונו של המהר"ם מרוטנבורג, שקבע -

87. על פי זה נוכל להבין פשט מדוע אין לפסוק ממעשה עד שיאמר לך הלכה למעשה, שכאשר לומדים ממעשה יש צורך לדמות בין המקרים וזאת אין לעשות אם אינו חכם גדול, וגם אז חייב להתייעץ. אך אם יאמר לך הלכה למעשה פירושו שאמר לך החכם את הדין בתור כלל, וכלל הוא ידיעה, ואז אינך פוסק על ידי דימוי אלא על פי ידיעה ברורה ובכך אין בעיה.

88. יש לשים לב שיש הבדל בין השאלה האם יש חובה להתייעץ במקרה בו הפוסק בכלל לא מדמה אלא מכריע הלכה על פי ראייה או סברא או כלל הלכתי, לבין השאלה האם חייבים להתייעץ במקרה בו דימה והתייעץ ועכשיו באה לפניו אותה שאלה ממש ונדרש לאותו דימוי שכבר עשה, שבמקרה זה הדין היסודי עליו נשען הוא דימוי ויתכן שזו סיבה מספקת לחייב התייעצות נוספת.

כל פסק שאדם רואה בפי' בספר מספרי הגאונים יכול להורות בימי רבו ואפי' תלמיד גמור רק שלא יורה דבר מלבו ולא יסמוך על ראיותיו ולא ידמה למלתא למילתא

מלשון זו לומד המהרש"ל הלכות אחדות הנוגעות לחובת ההתייעצות. ובהן - דלאו דווקא מדמה מילתה קאמר תלמודא דאסור בלא שאילת רבו, אלא אפילו הראייה שמדקדק ושקיל וטרי מן התלמוד והגאונים אסור, אי לאו שראה בפירוש בפסקי הגאונים.⁸⁹

עולה מדבריו, שחובת ההתייעצות אינה רק בדימוי מילתא למילתא, אלא בכל פסיקה שאינה פשוטה וצריכה ראיות או הכרעת דין.

אמנם, ניתן לומר שגם המהרש"ל אינו מחייב התייעצות בכל פסיקה, אלא בזו שמבוססת על ראיות שאינן ברורות מדברי התלמוד והגאונים. לפי זה, כאשר הפסיקה היא על פי דעת רוב הפוסקים, נראה שאף המהרש"ל לא יחייב התייעצות.

אף אם נסיק, שהמהרש"ל מחייב להתייעץ לפני מתן כל פסק דין, מכל סוג שהוא, עדיין יש לדון, מה הדין כאשר הדיין כבר התייעץ בעבר, כאשר נדרש לפסוק במקרה זה? במקרה זה, ייתכן שיסכים המהרש"ל, שיש לפטור את הדיין מהתייעצות, משום שלאחר שהתייעץ בעבר, הפך דין זה להיות עבורו כדין המפורש בתלמוד או בספרי הגאונים. ראייה לכך ניתן להביא מגירסתו של המהרש"ל בפירושו של רש"י לסוגיא:⁹⁰ "יודע הלכה שאין דומה לדין הבא לפניו כל כך, ומדמי מילתא למילתא". משמע שכאשר המקרה שבא לפניו זהה למקרה אחר שדן עליו בעבר, אין צורך להתייעץ.

יתכן שניתן למצוא התייחסות לנושא ההתייעצות בפסיקה שלא על פי דימוי, בדברים שכתב ה"תומים", כבדרך אגב, כאשר הציג את שיטתו בפסיקת ההלכה.⁹¹ לדבריו, אין הוא נוהג לפסוק הלכה, מבלי לעיין בספרי הפוסקים שקדמו לו, אלא אם הנושא שאליו הוא נדרש הוא פשוט "כביעתא בכותחא".

ניתן להבין מדבריו, שהוא סבור שהעיון בספרים נחשב כהתייעצות,⁹² ולדעתו, חובת ההתייעצות קיימת בנוגע לכל פסיקה, בין על פי דימוי ובין שלא על פי דימוי. לפי הסבר זה, ייתכן שלדעתו, אף אם אין כל צד של דימוי בפסיקה, תיגדרש התייעצות, ואף כאשר התייעץ כבר בעבר על מקרה דומה או אף זהה, יהא עליו לשוב ולהתייעץ,

89. סימן לה.

90. ראה לעיל, ליד ציון הערה 36.

91. אורים ותומים י, אורים, ג.

92. הרחבה בנושא זה, להלן, פרק ו, סעיף ג).

כל עוד אין הנושא הנדון פשוט כ"ביעתא בכותחא".⁹³ הסבר כזה, מציג גישה מחמירה ביותר בנוגע לחובת ההתייעצות, על פיה, כמעט בכל פסיקה, נדרש הדיין להתייעץ עם חכם גדול ממנו.

אולם ייתכן, שלא לכך כיוון רבי יהונתן אייבשיץ. ייתכן שלדעתו, מומלץ ביותר לעיין בספרים לפני מתן פסק הדין, והוא אף ציין שכך הוא עצמו נוהג, אך לא ביקש לקבוע בכך הלכה מחייבת לכל מי שפוסק שלא על פי דימוי.

ייתכן גם, שמטרת העיון בספרים אינה התייעצות, אלא העיון נועד להזכיר לפוסק הלכות ששכח.⁹⁴ כך אמנם משמע שהבין החיד"א, המביא את האורים, וכותב עליו -

והחי יתן אל ליבו, שאם הגאון זלה"ה, אשר ידענו נאמנה שהיה לו זכרון גדול מאוד לא היה סומך על זכרונו והיה מעיין בספר... ואנן יתמי דיתמי, אשר באמת חסרון ידיעה ורוב השכחה גוברת וידע איניש בנפשיה, איך לא נבוש ולא נכלם להורות תיכף בלי ראות שום ספר.⁹⁵

לפי הסבר זה, אין להביא כל ראייה מדברי רבי יהונתן אייבשיץ, לעניינו.

יש להעיר, שהרב עוזיאל,⁹⁶ לאחר שפסק הלכה שחייבים להתייעץ בכל פסק שיש בו דימוי, מציין, שכן נהגו הלכה למעשה בכל הדורות להתייעץ בגדולים "בכל הלכה משפטית שנתחדשה, או בכל שאלה מסובכת אשר פתרונה דורש התעמקות הסברא והיקש דמיוני, או הכרעה בין סברות החולקים". העולה מדבריו, שייעוץ אינו רק כאשר מדמים מילתא למילתא, אלא בכל הלכה מורכבת או מחודשת. אמנם, ניתן לומר שזהו תיאור המציאות, ושכן ראוי לנהוג, אך אין זו חובה גמורה.⁹⁷

(ג) פסיקה על פי דימוי

כאמור, עיקרה של חובת ההתייעצות הוא, בפסיקה על פי דימוי. לפיכך, מן הראוי לברר האם כל פסיקה על פי דימוי דורשת התייעצות תחילה, או שמא יש דימויים שאינם דורשים התייעצות.

93. כשאלת ההיתר של אכילת ביצה עם חלב, שהיא שאלה פשוטה, שכל אדם יודע את תשובתה.
94. כלומר, יש חיוב לעיין בספר, אך אין זה מחובת ההתייעצות, ויתכן אף שהעיון בספר לא פוטר ממנה.

95. יוסף אומץ מז.

96. שו"ת משפטי עוזיאל, חו"מ א, ג.

97. וכפי שמשמע מסיכום דבריו "וכן שורת הדין מחייבת, להיות מתון בדין, להימלך בכל מי שגדול, במשא ומתן הלכותי מצד הדמיון". ולא ציין שיש להתייעץ גם בשאלה חדשה והכרעה בסברות החולקים.

1. דימוי פשוט

נעייין תחילה במפרשים שעסקו בשאלה האם גם בדימוי ברור מאוד חייבים להתייעץ וננסה לדייק בדבריהם מה הדין בדימוי זהה לדימוי עליו התייעצו כבר, נעבור אח"כ לאחרונים, שעסקו במפורש בחובת ההתייעצות לגבי דימוי שהדיין התייעץ עליו בעבר.

לעיל,⁹⁸ הזכרנו את דברי חוקות הדיינים, שכתב -

צריך הדיינים שלא יפסקו הדין עד שיהא ברור להם... ואם אינו ברור לו, שילך אצל חכם לשאול... **ויש מפרשים** כגון דיין שבא דין לפניו והוא מדמה דבר לדבר ויש שם ת"ח ואינו רוצה לילך לו לשאול

מדברי "יש מפרשים" למד החיד"א, שחובת ההתייעצות קיימת אף בנוגע לדימוי ברור, שהדיין אינו מסופק בו. אולם הרב חיים דוד הלוי⁹⁹ דן בדבריו ודייק מהם שכאשר הדימוי פשוט וברור לדיין, אין הוא חייב להתייעץ. כמו כן, לדבריו, אין הדיין חייב להתייעץ על פסק זהה לפסק שכבר התייעץ עליו בעבר.

רבי אברהם אשכנזי הבין מדברי "יש מפרשים", שחובת ההתייעצות קיימת גם כאשר אין הדיין מסופק אם דימה כראוי או לאו, ואף כאשר התייעץ בעבר על פסק הדין במקרה דומה.¹⁰⁰ הסיבה לכך היא, שקיים חשש שאם יהיה הדיין פטור מן ההתייעצות, כאשר הדין ברור, הוא עלול להתרגל לפסוק ללא התייעצות, ולבסוף, יפסוק ללא התייעצות, אף כאשר יהיה חייב להתייעץ. לפי הסבר זה, נראה שאף אם התייעץ בעבר על מקרה זהה לחלוטין לזה שדן בו עתה, יהא עליו לשוב ולהתייעץ, כדי שלא יתרגל לפסוק ללא התייעצות.

הרב עוזיאל¹⁰¹ פרש, שגם השיטה הראשונה בספר חוקות הדיינים סוברת, שבדימוי שפשוט לגמרי לדיין, אינו חייב להתייעץ.

רבי שלמה יעקב רבינוביץ,¹⁰² שכתב שחובת ההתייעצות קיימת גם כאשר לומד הדיין את הדין על פי דין פשוט וברור שהובא בספרי ההלכה, משום שייתכן שהדין שבו עוסק הדיין, אינו דומה לחלוטין להלכה שממנה מבקש הדיין ללמוד את הדין. דברים דומים כתב גם הרב משה נחמיה כהניו,¹⁰³ בנוגע להתייעצות על פסק דין עליו

98. ליד ציון הערה 41.

99. **דבר המשפט** כ, ח.

100. **שמרו משפט**, שם. יש להעיר שרוצה לפרש כך גם את דברי רבינו ירוחם ובכך מצרף אותו לשיטת הרמב"ם והשולחן ערוך.

101. לעיל, הערה 96.

102. **עין משפט**, י (לעמבערג 1882).

103. **נתיבות שלום**, אורחות משפט, דיינים ד, ו.

התייעץ כבר בעבר. אמנם, גם לפי דבריהם, כאשר קיימת זהות גמורה בין המקרה שדן בו הדיין, למקרה אחר שנפסקה בו ההלכה, אין הדיין חייב להתייעץ, משום שבמקרה זה, לא קיים חשש לטעות.

בספר בית מושב¹⁰⁴ נכתב, שאם ההלכה הברורה אינה דומה לחלוטין לנושא שדן בו הדיין, הוא חייב להתייעץ. אולם, אם הדין שבו הוא עוסק זהה לחלוטין להלכה שמובאת בספרי ההלכה, ומקובלת על הכל, אין הוא חייב להתייעץ. כמו כן, אין הדיין חייב להתייעץ שנית, על אותה הלכה שעליה התייעץ כבר בעבר.¹⁰⁵

2. התייעצות חוזרת

בפרק הקודם, הוזכר כבדרך אגב, שהיו שדנו בשאלה, האם חייב הדיין להתייעץ, כאשר התייעץ בעבר על הדימוי, בשאלה דומה שנדרש לדון בה.

לעיתים, מתבקש הדיין לדון במקרה זהה לחלוטין למקרה שדן בו בעבר. ייתכן ובעת שדן בעבר במקרה הזהה, ביקש לפסוק את הדין על פי דימוי מילתא למילתא, ואף התייעץ עם חכם ודן עמו, האם אמנם דימויו נכון. האם יהיה דיין זה חייב לשוב ולהתייעץ, על הדימוי, כאשר יתבקש לדון במקרה זהה?

בביאור הסוגיא בבבא בתרא¹⁰⁶ העוסקת בדיני דימוי, הסביר ה'נימוקי יוסף'¹⁰⁷ -

אם שאל ואמרו לו הלכה למעשה, ילך ויעשה מעשה כל ימיו בענין זה, ואינו צריך לשאול בכל פעם ופעם באותו ענין עצמו,¹⁰⁸ ואפילו בדדמי... לפי שאי אפשר לדינין המאורעין שימצאו בכתב.

נראה מדבריו, שבדימוי זהה לחלוטין, אין צורך להתייעץ לחלוטין, וכשיטת חלק מהאחרונים, שנראה להלן.¹⁰⁹

104. שם, 10.

105. **הבית מושב** מבסס את דינו על דין קודם שפסק (חו"מ, י, ב, ד"ה "והגס ליבור"), שאם הדיין דן בדין זה בעבר, לא חלה עליו חובת המתנות, ומתוך כך, נובע הפסק שהבאנו בפנים. יש להעיר, שהרע"ב, בפירושו למשנה באבות (א, א), מפרש שהציווי "הווי מתונים בדין", מתייחס גם לדין שדן בעבר: "שלא יאמר הדיין דין זה כבר בא לפני ושניתי ושלשתי וימהר לפסקו אלא יהא מתון בדין". לפי"ז, יוצא שהברטנורא אינו מסכים לדינו הבסיסי של ה"בית מושב", ומסתבר שיחלוק גם על מסקנתו, ויחייב להתייעץ גם בדימוי פשוט, ואולי אף בדימוי זהה.

106. **בבא בתרא** קל, ב.

107. **נימוקי יוסף** בבא בתרא נח, ב (דפי הרי"ף).

108. ניתן לדייק מכך, שאין צורך להתייעץ לגבי דינים הכתוב בספרים. על כך בהרחבה, ראה להלן, פרק ו, סעיף (ג).

109. אמנם, נראה שהאחרונים פרשו דבריו באופן אחר כפי שנראה בפרק הבא.

בפרק הקודם, הבאנו את דבריו של רבי אברהם אשכנזי, שחייב את הדיין להתייעץ אף כאשר הדין ברור לו לחלוטין, כדי שלא יתרגל לפסוק ללא התייעצות. לפי דבריו, ייתכן שהדיין יהיה חייב להתייעץ על פסק דין המיוסד על דימוי מילתא למילתא, אף שבעבר כבר התייעץ על דימוי זהה, כדי שלא יתרגל לפסוק ללא התייעצות.

רבים תלו את התשובה לשאלה המוצגת בראש הפרק, בהבנת לשון הטור. וזו לשונו -

צריך הדיין להיות מתון בדין, שלא יפסקנו עד שיחמיצנו וישא ויתן בו ויהיה ברור לו כשמש כי ברוב משא ומתן ירד לעומקו כמו שאמר אסף "כי יתחמץ לבבי וכליותי אשתונן", והגס לבו בהוראה וקופץ ופוסק הדין קודם שיחקרנו היטב בינו לבין עצמו עד שיהא ברור לו כשמש, הרי זה **שוטה רשע וגס רוח**. וכל מי שבא לידו דין ומדמהו לדין **אחר שבא לידו כבר ופסקו** ויש עמו חכם בעיר שיכול להימלך בו ואינו נמלך בו הרי זה **שוטה וגס רוח**¹¹⁰.

הפוסקים הציגו דרכים שונות להבין את הביטוי: "אחר שבא לידו ופסקו". לדעת ה'פרישה'¹¹¹, פירוש הביטוי הוא -

אף על פי שנמלך בדין הראשון כראוי (דאם לא כן למאי נפקא מינה קאמר שמדמהו לדין שבא לידו כבר) מכל מקום צריך שימלך בכל פעם שמא טעה בדעתו ואינו דומה לדין הראשון לגמרי.

מדבריו עולה, שחובת ההתייעצות קיימת אף שכבר התייעץ הדיין על אותו דימוי, בדין דומה. אמנם, מנימוקו של ה'פרישה' ניתן ללמוד שלא מדובר על התייעצות על אותו דימוי, עבור דין זהה לחלוטין, משום שבכגון דא, אין מקום לחשש "שמא טעה בדעתו ואינו דומה לדין הראשון לגמרי". על כן נראה, שכוונתו היא שאף בכואו לפסוק דין במקרה דומה מאוד, עליו להתייעץ על דימוי מלתא למלתא, אף שהתייעץ כבר על הדימוי לדין הקודם, הדומה מאוד.

הב"ח¹¹² הסביר את דברי הטור כך -

דאתא דינא קמיה, הוא הדין הראשון, ונמלך ברבו עליו וגמר הלכתא, ואחר כך בא דין אחר לפניו, ומדמהו לאותו דין וכו' הרי זה שוטה וכו' כי חייב הוא להימלך ברבו בכל דין ודין, ולא כן פירשו שאר המפרשים.

גם לגבי הבנת דבריו, אין תמימות דעים בין הפוסקים. לדעת ה'קצות החושן'¹¹³,

110. טור שם.

111. פרישה חו"מ י, ג, ד"ה ומה שכתב; סמ"ע, שם, ס"ק ד.

112. ב"ח, שם, ג.

113. סימן י ס"ק א.

כוונתו היא שלדעת הטור, חייב הדיין להתייעץ, אף כאשר מדובר בדימוי זהה עבור מקרה זהה לזה שכבר התייעץ עליו. כך סבור גם רבי אהרן וולקין, בעל 'חושן אהרן'.¹¹⁴

ה'חושן אהרן' אף הוסיף, שמאחר שבסופו של דבר, התייעץ כבר הדיין על דין זהה ודימוי זהה, אין לכנותו "רשע", אם לא התייעץ. משום כך, לא כינה הטור את מי שנמנע מלהתייעץ כרשע, בניגוד לרמב"ם ול'שולחן ערוך', שקבעו שדיין שאינו מתייעץ הוא מכלל הרשעים שלבם גס בהוראה.

מדוע אמנם יהיה חייב הדיין להתייעץ על דימוי זהה לדימוי שעשה בעבר וכבר התייעץ עליו? ייתכן שהסיבה לכך היא, כפי שהסביר רבי אברהם אשכנזי,¹¹⁵ שהכוונה היא, להרגיל את הדיין להתייעץ תמיד, כדי שלא ימנע מלהתייעץ, כאשר אמנם ראוי להתייעץ.

הב"ח סיים דבריו, באומרו ששאר המפרשים לא פירשו את חובת ההתייעצות, כפי שפירשה ה'טור'. לדבריהם, חובת ההתייעצות אינה קיימת, כאשר הדיין כבר דן במקרה זהה, דימה אותו לדין אחר, והתייעץ על הדימוי, וכעת בא לפסוק שוב, על פי אותו דימוי.

דרך אחרת להבנת דברי הב"ח, נאמרה על ידי בעל 'שמרו משפט' ובספר 'הלכה פסוקה'.¹¹⁶ לדבריהם, הב"ח הסביר שלדעת הטור, אם בא הדיין לפסוק דין במקרה דומה למקרה שעליו התייעץ כבר בעבר, עליו לשוב ולהתייעץ על הדימוי, משום שייתכן שהדימוי שהיה יפה למקרה שדן בו בעבר, אינו יפה עבור המקרה הדומה לו. אולם, אם המקרה הנדון זהה לחלוטין למקרה שנדון בעבר, ומבקש לדמות כפי שעשה בעבר, אם התייעץ בעבר, אין הדיין חייב לשוב ולהתייעץ בבואו לפסוק דין במקרה זהה, על פי אותו דימוי.¹¹⁷

יש להעיר, שהב"ח הדגיש שרוב המפרשים חולקים על הטור. לפי הסבר 'שמרו משפט' ו'הלכה פסוקה', דעתם היא, שאין הדיין חייב להתייעץ על דימוי מילתא למילתא אם התייעץ כבר בעבר על דימוי זה, בבואו לפסוק דין דומה. אבל, לא ברור מי הם אותם מפרשים, ומהי סברתם.

ייתכן, שלדעת אותם מפרשים, אם הדיין התייעץ כבר עם חכם אחר בבואו לפסוק במקרה דומה, על פי אותו דימוי, הוא כבר עמד, במהלך ההתייעצות על העקרונות

114. סימן י'.

115. **שמרו משפט**, שם.

116. סימן י', הע' 34-35.

117. **בהלכה פסוקה** (שם), רצו לדחוק גם את הקצות כדבריהם, אך נראה שהסבר זה דחוק, ומצאנו במשפטי עוזיאל (שם), שהבין את הקצות כדברינו לעיל (אמנם חלק עליו להלכה, ע"ש).

שאמורים להנחותו, בבואו לדמות בין מקרה שבו הוא דן, להלכה שממנה הוא מבקש ללמוד את הדין. על כן, קיים כבר את חובת ההתייעצות, בבואו לפסוק במקרה הדומה, בעבר. אולם, אם מעולם לא התייעץ על דימוי זה, אף לא בבואו לפסוק במקרה דומה, ייתכן שאין הוא מודע לכל העקרונות שאמורים להנחותו בבואו לפסוק דין, על פי דימוי להלכה ידועה.

פירוש נוסף בדברי הב"ח מצאנו בספר משפטי עוזיאל¹¹⁸: דעת הטור היא שצריך להמלך בכל דין שיש בו דימוי, גם אם הדימוי ברור לו, אא"כ התייעץ בעבר על דימוי זהה. ה"ש מפרשים" סוברים צריך להתייעץ רק כאשר אין דמיונו ברור לו, והוא טוען ששתי דעות אלו הינן כשתי דעות הראשונים שנזכרו בספר חוקות הדיינים, שהבאנו לעיל. הוא פוסק להלכה כדעת הטור, המחמירה להתייעץ אפילו אם דמיונו ברור לו.

עולה מדבריו לעניינינו, שבמקרה שהדיין התייעץ בעבר על דימוי זהה, אינו צריך להתייעץ שנית.

גם הרב חיים דוד הלוי¹¹⁹ פסק, שאין צורך להתייעץ שנית במקרה הזה לחלוטין למקרה עליו התייעץ בעבר.

כללו של דבר: חובת ההתייעצות קיימת, לדעת רובם המוחלט של הפוסקים, רק כאשר מבקש הדיין לפסוק דין על פי דימוי מלתא למלתא.¹²⁰ לפי רוב הפוסקים, הדיין פטור מחובה זו, אם כבר התייעץ בעבר על אותו דימוי ממש, בבואו לפסוק דין במקרה זהה. לגבי דימוי ברור או מקרה דומה למקרה שעליו שאל, נחלקו האחרונים. נראה שרובם יודו בדימוי פשוט, כגון ביעתא בכותחא, או דומה מאוד למקרה שעליו שאל, ומחלוקתם היא במקרה שרק לדיין ברור שדימויו נכון, וכן כאשר לדיין נראה פשוט שדומה למקרה עליו שאל.

נראה שמחלוקתם תלויה בשאלה, היא האם קיימות בכלל שתי שאלות זהות, או שתמיד קיים הבדל בין המקרים והדיינים. אם קיימות שאלות זהות, יתכן שדיין שכבר התייעץ על שאלה דומה, או שמצא אותה מפורשת בפוסקים, לא יצטרך להתייעץ שוב, אך אם נבין שאין שתי שאלות כאלה, ותמיד ישנו יסוד של דימוי בהשוואת דינים, יש לחשוש שמא יש טעות בדימוי, ועלינו להכריע מתי חוששים שהדיין טעה בדימוי ומתי לא. לא באנו להכריע כמי לפסוק, ורק נעיר, שעכ"פ, ראוי לדיין ולפוסק, לכל הפחות לעיין בספרי ההלכה לפני פסיקתו, וכפי שנראה בהמשך.¹²¹

118. לעיל, הערה 96.

119. עיין לעיל הערה 99.

120. בין אם הדימוי הוא בין המקרים ובין אם הדימוי הוא בסברות או בראיות.

121. פרק ו, סעיף (ג).

(ד) איסור והיתר**1. עיון בסוגיות**

זכור, את דברי הברייתא, המובאת במסכת בבא בתרא, שקבעה שאם "שאל ואמרו לו הלכה למעשה, ילך ויעשה מעשה, ובלבד שלא ידמה", פירש רב אשי: "ובלבד שלא ידמה בטריפות".

ה'נימוקי יוסף'¹²² הסביר -

אם שאל ואמרו לו הלכה למעשה, ילך ויעשה מעשה כל ימיו בענין זה, ואינו צריך לשאול בכל פעם ופעם באותו ענין עצמו,¹²³ ואפילו בדדמי... לפי שאי אפשר לדינין המאורעין שימצאו בכתב.

מדבריו היה מי שהסיק שבהוראה בענייני איסור והיתר, אין הדיין חייב להתייעץ, אפילו כאשר יסוד ההוראה בדימוי מילתא למילתא.¹²⁴

אולם, ניתן לדחות מסקנות אלו, משום שהברייתא עסקה בהוראה של אדם הנוגעת לעצמו, ולא לאחרים. ייתכן שדווקא בהוראה כזו, אין אדם חייב להתייעץ, משום שאין חשש שההוראה תפגע באחרים. אולם, כאשר ההוראה נוגעת לאחרים, ייתכן שיהא על הדיין להתייעץ.¹²⁵

ייתכן גם, שהחידוש בדברי 'נימוקי יוסף' הוא, שאם רבו של אדם אינו נמצא בעיר, הוא רשאי לפסוק לעצמו, בהסתמך על הוראות דומות ששמע בעבר מרבו. אך אם רבו מצוי בעיר, יהא עליו להתייעץ עמו, ולא להורות הלכה ללא התייעצות.¹²⁶

לפי הסברים אלו, דברי 'נימוקי יוסף' נאמרו רק במקרים מסויימים, שאין ללמוד מהן על הכלל. סיוע לכך ניתן ללמוד מדברי 'נימוקי יוסף' עצמם, שנאמרו על דרך הכלל, מבלי להגבילם לעניינים הוגעים רק לאיסור והיתר. אילו דברי 'נימוקי יוסף' לא עסקו בהוראות חריגות, היו דבריו סותרים את העולה מסוגיית יבמות, שבדיני ממונות, חייב הפוסק להתייעץ על דימוי מלתא למלתא.¹²⁷

122. **נימוקי יוסף** בבא בתרא נח, ב (דפי הרי"ף).

123. ניתן לדייק מכך, שאין צורך להתייעץ לגבי דינים הכתוב בספרים. על כך בהרחבה, ראה להלן, פרק ו, סעיף (ג).

124. ראה: **קובץ הפוסקים** חו"מ י, עמ' קסג.

125. הרחבה בעניין זה, בפרק הבא.

126. כך הוסבר **באורח משפט**, חו"מ כה, (דף מב, א).

127. למרות שניתן לומר שהנימוקי יוסף סובר כשיטות שסוגיית יבמות אינה מלמדת הוראה מחייבת, אך האחרונים לא למדוהו כך.

על חובת ההתייעצות בדיני איסור והיתר ניתן ללמוד גם מן הסוגיא במסכת חולין, הדנה בהלכה שחידש רב יוסף, לפיה, כהן שמעוניין לסייע לתלמיד חכם, רשאי לתת לו במתנה את מתנות הכהונה שאותו תלמיד חכם חייב לתת לו, ובלבד שידוע שהתלמיד חכם רגיל לתת לו אותן.

בהקשר זה מסופר -

רבא ורב ספרא איקלעו לבי מר יוחנא... עביד להו עגלא תילתא. אמר ליה רבא לשמעיה (רש"י: לשמשו של בעל הבית, והוא כהן, ובעל הבית נותן לו מתנותיו): זכי לן מתנתא, דבעינן למיכל לישנא בחרדלא, זכי ליה. רבא אכל, ורב ספרא לא אכל.

אקרייה לרב ספרא בחלמא (=הקריאו לרב ספרא בחלומו את הפסוק): "מעדה בגד ביום קרה חומץ על נתר ושר בשירים על לב רע (רש"י: כן האומר דברי תורה למי שאינו יודע להבין בהם).

אתא לקמיה דרב יוסף, אמר ליה: דלמא משום דעברי אשמעתא דמר (=אולי אמרו לי כך, משום שעברתי על דבריך)? אמר ליה: כי אמרי אנא באחר, שמעא - בעל כרחיה מזכי, וכי אמרי אנא, למאן שלא אפשר ליה, הא אפשר ליה ואלא מאי טעמא אקריין הכי? כלפי רבא. ולקריין לרבא? רבא נזוף הוה.¹²⁸

רש"י¹²⁹ פירש שרבא נקרא "נזוף", משום שפסק הלכה על פי דימוי, מבלי להתייעץ על כך עם רב יוסף. היות והלכתו של רב יוסף עוסקת בדיני איסור והיתר, ניתן להסיק שגם בפסיקה מסוג זה, קיימת חובת ההתייעצות.¹³⁰

אמנם, 'אורח משפט' טען שגם כאן, ניתן לטעון שמדובר בדין יוצא מן הכלל, שאין ללמוד ממנו, לכל הפסיקות בענייני איסור והיתר. וזאת משתי סיבות:

1. הסוגיא עוסקת באכילת איסור על ידי תלמידי חכמים, דבר שנחשב כגנאי גדול לתלמיד חכם. ייתכן שדווקא במקרה כזה, כדי למנוע את הגנאי, חייב התלמיד חכם להתייעץ.

2. ייתכן שרבא נדרש להתייעץ רק משום שראה שרב ספרא נמנע מלאכול, ולכן,

128. חולין קלג, א.

129. רש"י, שם, ד"ה נזוף.

130. ים של שלמה (חולין שם, יג) למד ממקור זה גם, שאף תלמיד חכם מובהק, הנוהג לסמוך על הוראותיו להקל, חייב להתייעץ, אף אם התיר לו רבו לנהוג כפי שהורה, אם בכל אופן יש הבדל קל בין הוראת רבו לפסיקתו, וההבדל דורש לדמות מלתא למלתא.

היה עליו לחשוש שמא דימויו אינו נכון.¹³¹

בעל 'פנים במשפט'¹³² טען שניתן להוכיח, שחובת ההתייעצות קיימת גם בנוגע להוראה בדיני איסור והיתר, מדברי איסי הבבלי שבתוספתא.¹³³ כזכור, טען איסי שאין ללמוד הלכות כלאיים, מדוד, משום שהוא נחשב ל"תקוע", משום שאינו נוהג להתייעץ עם חכמים, וקיים חשש שאף בהלכה המדוברת, פסק מבלי להתייעץ. משמע, שחובת ההתייעצות קיימת אף בנוגע לפסיקה בדיני איסור והיתר (כלאיים).¹³⁴

המהרש"א¹³⁵ מוכיח, שסוגיית יבמות עוסקת בדיני ממונות דווקא, מסופה. בסוף הסוגיא מובא מאמרו של רבי יונתן: "לעולם יראה הדיין את עצמו כאילו חרב מונחת לו בין ירכותיו וגיהנום תחתיו, שנאמר: 'הנה מטתו שלשלמה...'. בעלי התוספות¹³⁶ הסבירו, שרבי יונתן למד את דרשתו מן המילים "אחוזי חרב" שבפסוק, שמשמען: "מזויינין בדין, כדרשינן בסנהדרין מויחגור דוד חרבו, שדנו לנבל בסנהדרין". על פי דבריהם הסיק מהרש"א, שחובת ההתייעצות נאמרה דווקא לגבי דיון בדיני ממונות,¹³⁷ הדורשים חכמה יתירה, כפי העולה מדברי רבי ישמעאל, שאמר: "הרוצה שיחכים יעסוק בדיני ממונות".

עוד מוסיף המהרש"א, שמסתבר, שדווקא בדיני ממונות צריך הדיין להתייעץ, משום שבדינים אלו, קיים חשש שבעל הדין שיצא חייב בדין, ילך לדיין אחר כדי לברר האם דנו אותו כהלכה. ההתייעצות נועדה למעשה, להקדים את ההתייעצות של בעל הדין עם דיינים אחרים, ולמנוע מן הדיין אי-נעימות או אף מן הצורך, במקרים מסויימים, לפצות את בעל הדין, אחר שתתגלה טעותו.

131. השווה לדברי מהר"ם בן חביב, להלן, ליד ציון הערה 157.

132. **פנים במשפט**, י, ה.

133. לעיל, הערה 26.

134. אמנם, ייתכן שדוד הוגדר כ"תקוע" משום שלא התייעץ גם בפסיקה בענייני ממונות. כוונת איסי הייתה, שמאחר שאין דוד נוהג להתייעץ בדיני ממונות, אין ללמוד ממנו הלכה, גם בדיני האיסור וההיתר, אף שלגבי דינים אלו, לא קיימת חובת ההתייעצות. אמנם, הסבר זה נראה דחוק למדי, מה גם שהרשב"א (לעיל, ליד ציון הערה 28) עצמו הבין שדוד נחשב כ"תקוע" משום שנמנע מלהתייעץ עם חכמים בשאלה, האם בת שבע מותרת לו, שאלה שאינה נוגעת כלל לדיני ממונות.

135. **מהרש"א** יבמות, שם.

136. **תוספות** יבמות, שם, אחוזי חרב.

137. אם כי מלשונם של בעלי התוספות משמע שהביטוי "אחוזי חרב" משמעו, דיון העוסק בדיני נפשות, כדיון שעסק בו דוד, שחגר חרבו כדי לדון את נבל להריגה.

2. הכרעת ההלכה

מהר"ם מרוטנבורג פסק -

כל פסק שאדם רואה בפירושו בספר מספרי הגאונים יכול להורות בימי רבו ואפילו תלמיד גמור רק שלא יורה דבר מלבו ולא יסמוך על ראיותיו ולא ידמה מילתא למילתא¹³⁸

מן הביטוי "כל פסק", למד המהרש"ל -

וממילא ידעינן דקאי אכל דבר בין אהוראות איסור בין אממוץ¹³⁹

בשו"ת בית מרדכי¹⁴⁰ נכתב, שייתכן שבשאלה, האם יש להתייעץ גם בהוראות הנוגעות לאיסור והיתר, נחלקו ראשונים. רוב מפרשי התלמוד, הזכירו בדבריהם את המושגים "דין" או "דיין", בבואם לדון על חובת ההתייעצות. מושגים אלו משמשים בדרך כלל לדיני ממונות. על כן, ניתן להסיק מדבריהם, שחובת ההתייעצות קיימת רק בדיני ממונות. ההגיון שבדבר הוא, שדווקא בדיני ממונות, המורכבים וקשים מדינים אחרים, נדרשת חכמה יתירה, ולכן חייב הדיין להתייעץ לפני שיכריע את הדין. בדינים אחרים, הקלים יותר, אין הפוסק נדרש להתייעץ.

אבל מדברי המאירי,¹⁴¹ שהטיל את חובת ההתייעצות על "כל מי שיש אצלו רב או חכם שיכול לברר עימו ספקותיו", ניתן ללמוד שחובת ההתייעצות מוטלת גם על רב הפוסק הלכה בענייני איסור והיתר.

על פי דיוק זה, נוכל גם לומר, שהרמב"ם, שהטיל את חובת ההתייעצות על "כל דיין", ביקש לקבוע שחובה זו קיימת רק לגבי פסיקה בדיני ממונות. לעומת זאת, 'שולחן ערוך', שככלל, העתיק את לשון הרמב"ם בהלכה זו, העדיף בעניין זה את לשון הטור, שהטיל את חובת ההתייעצות על "כל מי שבא לידו דין". ייתכן שעשה כך כדי לחלוק על הרמב"ם, שחייב רק את הדיין להתייעץ, ולא את מורה ההוראה באיסור והיתר, אך ייתכן גם שכוונתו להדגיש שאף לדעת הרמב"ם, חובת ההתייעצות קיימת הן כלפי דיין, והן כלפי מורה ההוראה.

אולם, נראה שיש לדחות את דיוקו של 'בית מרדכי', משום שלמרות שבדרך כלל משמשים המונחים "דין" ו"דיין" לדיונים בדיני ממונות, יש ונעשה בהם שימוש גם

138. הובא בשו"ת המהרש"ל לה, מובא בשולחן ערוך יו"ד רמב, ט, ובהגהות מיימוניות תלמוד תורה ה, ג.

139. שו"ת מהרש"ל לה.

140. שו"ת בית מרדכי (פוגלמן), עט.

141. לעיל, הערה 11.

כאשר מדובר בהוראה בענייני איסור והיתר.¹⁴²

לדעת בעל שו"ת שואל ונשאל,¹⁴³ ניתן ללמוד שחובת ההתייעצות קיימת גם בהוראה בענייני איסור והיתר, מקל וחומר, וזו לשונו -

והגם דכל זה אמור בחלק חושן משפט, דהוי דיני ממונות, נראה לעניות דעתי, דכל שכן בדיני איסור והיתר, דהרי בדיני ממונות כיון שבאו לדון לפניו ונתרצו ללכת על פי דעתו יש פנים להקל, דהוה ליה כאלו קבלו עליהם דעתו, ואף על פי כן, מצד ההוראה כדין חייב להמלך במי שגדול ממנו בחכמה, וכל שכן איסור והיתר. ועוד, דהממון ניתן להמחל לא כן האיסור וההיתר דאולי יבוא להתיר את האיסור, דלא שייך ביה מחילה. ומה שלא הזכיר מרן ז"ל דין זה רק בחושן משפט משום דשם כתב דיני דיינים וודאי מינה מכל שכן לאיסור והיתר. והגם דיש לצדד ולומר דדוקא גבי דינים ממונות שהם מקצוע גדול בתורה וכמו שאמרו הרוצה שיחכים יעסוק בדיני ממונות, מכל מקום נראה לעניות דעתי כעת דאין לחלק ביניהם כלל, ואדרבה, אם בדיני ממונות, שלגביהם שייכת מחילה יש להתייעץ, כל שכן באיסור והיתר.

לפי זה, ייתכן שהשאלה, האם חייב הדיין להתייעץ בהוראות בענייני איסור והיתר, תלויה בשאלה, אלו דינים חמורים יותר דיני ממונות או דיני איסור והיתר? מחד, ניתן לומר שדיני ממונות חמורים יותר, משום שאלו דינים מסובכים שכדי לפסוק בהם, צריך הדיין להיות בעל חכמה מרובה, כפי שעולה מדברי המהרש"א. משום כך, חובת ההתייעצות קיימת רק בדיני ממונות. מנגד, ניתן לומר שדיני איסור והיתר חמורים יותר, משום שבניגוד לדיני ממונות, תוצאת הפסיקה אינה הפיכה, ואין לבית הדין סמכות להתיר את האיסור, כפי שיש להם סמכות לחייב את הזכאי בדיני ממונות, מכוח "הפקר בית דין הפקר", כפי שעולה מדברי ה'שואל ונשאל'.¹⁴⁴ משום כך, ייתכן לומר שאם בדיני ממונות קיימת חובה להתייעץ לפני מתן פסק דין, על אחת כמה וכמה שחובה זו קיימת גם לגבי הוראה בענייני איסור והיתר.

למעשה, כתב ה'תומים'¹⁴⁵ שצריך להתייעץ גם בפסיקה בדיני איסור והיתר, וכך סבר גם החיד"א.¹⁴⁶

142. ראה למשל: רש"י ביצה כז, א, ד"ה אלמא; רש"י קידושין ו, א, ד"ה לא יהיה. גם היושבים בדין כדי לקדש את החודש ולעבר את השנה נקראים דיינים (ראה: סנהדרין ב, א).

143. שו"ת שואל ונשאל ה, יו"ד, קיא.

144. והשווה לדברי המהרי"ק (לעיל, הערה 32), המציג מחלוקת דומה בין רש"י לתוספות בענין המורה הלכה במקום רבו.

145. אורים ותומים סימן י, ס"ק ג.

146. זכרון משה סימן י. גם בספרו חיים שאל (א, כט) דן על חובת ההתייעצות בקשר לדיני עירובין, השייכים לאיסור והיתר, ולא לדיני ממונות.

נוכל אם כן לסכם, שניתן אמנם ללמוד מכמה סוגיות שיש להתייעץ גם בהוראה בדיני איסור והיתר, אך ראינו שיש שדחו ראיות אלו. להלכה, נטיית רוב הפוסקים היא, שחובת ההתייעצות קיימת אף בנוגע להוראה בדיני איסור והיתר.

(ה) פסיקה לעצמו

לגבי ההלכה האוסרת על תלמיד להורות הלכה במקומו של רבו, נפסק שרשאי התלמיד להורות הלכה בתוך ביתו, לעצמו, אף שרבו נמצא במקומו.¹⁴⁷ האם נוכל להסיק מכך שגם לגבי חובת ההתייעצות, אין אדם חייב להתייעץ על פסיקה לעצמו? ה'פנים במשפט'¹⁴⁸ השיב על כך בשלילה. לדבריו, חובת ההתייעצות קיימת גם לגבי הוראה של אדם לעצמו, משום שיסוד החובה בצורך למנוע עיוות של הדין. צורך זה קיים הן בפסיקה לאחרים, והן בפסיקה לעצמו.

ה'פנים במשפט' אף מוסיף ראייה לקביעתו, מדברי הרשב"א,¹⁴⁹ שהסביר שדוד נקרא "תקוע", משום שלא התייעץ עם החכמים כשלקח את בת שבע וזו הייתה פסיקה לעצמו.¹⁵⁰

ו. המייעץ

סוגיית יבמות עסקה בהתייעצות עם רב. בפרקים הקודמים, הוכחנו שלדעת רוב הפוסקים, אין הכוונה דווקא לרבו של המתייעץ. אולם, עדיין יש לדון בהקשר זה, האם על המייעץ להיות חכם מן המתייעץ?

שאלה נוספת שנדון בה היא, האם על המייעץ להיות חכם שכשר לדון בדיון שבו עוסק המתייעץ, או שמא אף הפסול לדון, כשר לייעץ?

לבסוף, נדון בשאלה מעניינת שהתעוררה בעקבות המצאת הדפוס וריבוי הספרים והיא, האם יכול הדיין לצאת ידי חובת ההתייעצות, על ידי עיון בספרי הפוסקים?

(א) התייעצות עם חכם הקטן או שווה למתייעץ בחכמה

הרמב"ם,¹⁵¹ קבע שעל הדיין המבקש לפסוק דין, להתייעץ עם מי ש"גדול ממנו בחכמה". מכאן, שאינו חייב להתייעץ עם חכם השווה לו ואם יתייעץ הדיין עם חכם

147. כך פסק הפנים במשפט, ועיין בשולחן ערוך יו"ד רמב, בפתחי תשובה שם, ה.

148. פנים במשפט י, ג.

149. לעיל, הערה 28.

150. הערת עורך: אבל, ניתן לדחות את הראיה, משום שלליקחת בת שבע יש משמעות רבה וחמורה כלפי הזולת - אוריה החיתי. לכן, קשה להגדיר זאת כפסיקה לעצמו, בתוך ביתו.

151. לעיל, אחר הציון להערה 48.

שאינו חכם כמותו, או אפילו חכם כמותו, אך אינו גדול ממנו בחכמה, לא ייצא ידי חובתו כאשר יש גדול ממנו בעיר.¹⁵² ה'שולחן ערוך',¹⁵³ העתיק את לשון הרמב"ם בעניין זה.

אבל הטור¹⁵⁴ כתב שהדיין חייב להתייעץ אם "יש עמו חכם בעיר שיכול להימלך בו". מכך שהטור לא כתב שההתייעצות צרכיה להיות עם "חכם גדול ממנו", וכן, מכך שהטור לא הגדיר את מי שאינו מתייעץ כ"רשע", הסיק 'חושן אהרן',¹⁵⁵ שלדעת הטור, חייב הדיין להתייעץ אף עם חכם השווה לו בחכמה, כאשר אין גדול ממנו.¹⁵⁶ דיון בשאלה זו התגלגל מתוך דברים שכתב הריב"ש,¹⁵⁷ על רב עיר שנמנע מלהתייעץ עם חכמי עירו. בדבריו, ביקר הריב"ש את אותו רב, וקבע שנהג שלא כדיון. בנוגע למשמעותה של הביקורת, יש מחלוקת בין הפוסקים.

המהר"ם בן חביב בספרו עזרת נשים הסביר שביקורתו של הריב"ש נבעה מכך שרב העיר עסק בדין חמור, הנוגע להיתר עגונות, וידע שחכמי עירו חולקים על פסיקתו. לפי זה, הסיק המהר"ם, אם לא ידוע לרב שחכמי העיר חולקים על פסיקתו, אין הוא חייב להתייעץ עמם, אף כשפסיקתו נוגעת להלכה חמורה, שבה הוא מיקל.

אמנם, הוסיף מהר"ם בן חביב, שראוי לרב להימלך עם חכמי עירו, כדי ש"נימטי שיבא מכישורא",¹⁵⁸ היינו, כדי שהאחריות על הפסיקה תתחלק בין חכמים רבים, ולא ישא הוא לבד באחריות הכבדה לטעות. החיד"א¹⁵⁹ הסביר שכוונת המהר"ם

152. לא נכנסנו במאמר זה לברר מהו גדר "גדול ממנו". מסתבר, שהכוונה לגדול בחכמה ובמנין, כפי שמתפרש ביטוי זה בעניני כבוד ת"ח והכרעה בספיקות הלכתיים. 'מנין', הוא ריבוי שנים או ריבוי תלמידים. עיין ב**דרכי משה** יו"ד רמו, שכותב שמעלת מנין עדיפה על מעלת חכמה, ולפי זה, דיין חכם יצטרך לילך אל הקטן ממנו אם יש לקטן 'מנין' יותר משלו. נראה עוד בהמשך, שראוי לדיין להיות עניו, ולהתייעץ גם עם השווים לו בחכמה, ובודאי שבמקום ספק מי גדול ממי, ראוי להיות עניו.

הערה נוספת שיש להעיר בהקשר זה היא, שאין חובה לפרש את המושג "גדול ממנו", באופן רחב ביותר, שמשמעותו, שמי שרק מי שגדול מזולתו בכל ענפי ההלכה, ייחשב כ"גדול ממנו". אפשר בהחלט שחכם שיש גדולים ממנו בענפי הלכה אחרים, ייחשב לגדול שבעיר, בתחום ההתמחות הייחודי לו.

153. **שולחן ערוך** חו"מ י, ג.

154. **טור**, שם.

155. **חושן אהרן** חידושים על השולחן ערוך, חו"מ, י.

156. הנחתו היא, שמי שנמנע מלהתייעץ עם גדול ממנו, ראוי להחשב כ"רשע", אך לא כן, מי שנמנע מלהתייעץ עם מי ששווה לו בחכמה.

157. **שו"ת הריב"ש** שעח.

158. **סנהדרין** ז, ב.

159. **ברכי יוסף** חו"מ י, ד.

היא, שרב העיר אינו חייב להתייעץ עם חכמי עירו השווים לו בחכמה, אם כי ראוי שיעשה כך, לפנים משורת הדין.

אולם החיד"א לא הסכים עם ההסבר של המהר"ם בן חביב לביקורתו של הריב"ש. לדבריו, סבר הריב"ש שרב העיר נדרש להתייעץ עם חכמי עירו, , אף שהם שווים לו בחכמה, וזאת, אף כשלא ידוע לו שהם חולקים על דעתו. הוא אף מדגיש שכך יש לנהוג בימנו, כיון שנתמעטה החכמה.

אמנם, החיד"א¹⁶⁰ מסייג, וקובע שבית דין הנוהג לפסוק במתינות, אינו חייב להתייעץ לפני מתן פסק הדין עם חכמים השווים לו. מדבריו משמע שאף שבמקרה זה, אין בית הדין חייב להתייעץ, בכל אופן ראוי שיעשה כן, לפנים משורת הדין.

לדעת החיד"א, אין בני העיר רשאים לקבל על עצמם לנהוג לפי פסיקות הרב המקומי בנושאים חמורים, ולפטור אותו מחובת ההתייעצות כשיש חכמים אחרים בעיר, אף כשלא ידוע שחולקים עליו, וצריכים מראש כשמקבלים את הרב להתנות, שיתיעץ עם שאר חכמי העיר.

כסיוע לדבריו, מביא החיד"א מדברי פוסקים אחרים, שהכריעו שאין לקבל את פסיקת "מרא דאתרא" להקל, כשחכמי עירו או גדולי הדור חולקים עליו.¹⁶¹

כללו של דבר: לפי 'ברכי יוסף', חובת ההתייעצות מוטלת אף על "מרא דאתרא", בין כשידוע שחכמי עירו חולקים עליו, ובין שלא ידוע שחכמי עירו חולקים עליו. ההתייעצות תהיה, בין עם חכמי העיר הגדולים ממנו בחכמה, ובין עם אלו השווים לו בחכמה. אמנם, חובה זו קיימת בעיקר כשבא הרב המקומי להקל באיסור חמור, אם כי ראוי לו שיתיעץ עם חכמי עירו על כל הוראה ודין.

(ב) התייעצות עם חכם המתגורר במקום מרוחק

עד היכן צריך הדיין להרחיק, כדי להתייעץ? הרמב"ם¹⁶² כתב שצריך הדיין להתייעץ עם חכם גדול ממנו המצוי עמו "במדינה". משמע, בארצו של הדיין. לפי הסבר זה, דרשו חכמים מן הדיין להיטלטל ממקום למקום, או לשלוח מכתב, כדי לצאת ידי חובת ההתייעצות. פעולות אלו, ללא ספק, יעכבו את מתן פסק הדין.¹⁶³

160. שם.

161. אמנם, פוסקים אלו לא דנו בחובת התייעצות, אלא פסקו שאין ראוי לציבור לקבל את פסיקות "מרא דאתרא" להקל באיסור חמור, כאשר חכמי עירו או גדולי עולם חולקים עליו.

162. לעיל, אחר הציון להערה 48.

163. כיום, ניתן להתייעץ בנקל עם חכם מרוחק, באמצעות הטלפון, הפקס והדואר האלקטרוני. אולם, מן הראוי לדון על ההגיון שבהלכה, לפי הזמן בו התקבלה, כאשר אמצעים אלו לא היו קיימים. אפשר גם שהתייעצות מקוונת אינה יכול להיות תחליף להתייעצות פנים אל פנים.

אולם, ידוע שלעיתים, הרמב"ם מכנה "עיר" בשם "מדינה".¹⁶⁴ לכן, ייתכן שאף הרמב"ם, כשכתב "במדינה", כוונתו למקומו של הפוסק, ולא לארצו.¹⁶⁵

ה'טור'¹⁶⁶ וה'שולחן ערוך'¹⁶⁷ לא חייבו התייעצות עם חכם גדול שנמצא "במדינה", אלא הגבילו את ההתייעצות לדיין ש"יש עמו חכם בעיר". משמע, שאין הדיין חייב להתייעץ, אלא עם חכם המצוי בעירו. ואמנם, מדברי רוב הפוסקים נראה שאין הדיין חייב להתייעץ עם חכם שאינו נמצא בעירו.

המהרש"ל פסק שחייב הדיין להתייעץ עם חכם הנמצא עמו באותה ארץ.¹⁶⁸ הוא אף מוכיח זאת מכך שסוגיית התלמוד לא הבחינה בין דיין שיש במקומו חכם גדול ממנו, לחכם שאין במקומו חכם כזה, אך יש חכם גדול ממנו במדינה, וזו לשונו -

לפי זה, אסור לכל מורה להורות ולדמות מילתא למילתא אם יש גדול במדינה, ואין לומר דווקא בדאית ליה רבא במתא (=במקומו) קאמר תלמודא דאסור, דהא סתמא קאמר תלמודא 'ואית ליה רבא', ולא קאמר 'במתא' ועוד, דאי במתא איירי, מאי אריא דאסור משום דלא שאל מרביה, תיפוק ליה דמורה במקום רבו... כלומר שיש לו אדם גדול ממנו אפילו אינו רבו וגם כן אינו אצלו, אפילו הכי אסור

כאמור, חייב הדיין להתייעץ דווקא עם חכם גדול ממנו, הנמצא "עמו בעיר". בהקשר זה יש לדון בשאלה, האם חייב הדיין להתייעץ עם חכם גדול ממנו שהגיע לעירו לתקופה קצרה? ולחילופין, האם חכם הגר במקום אחד, אך מגיע באופן תדיר למקום אחר, ייחשב כבן אותו מקום לעניין הצורך להתייעץ עם חכמי המקום הגדולים ממנו?

ייתכן שאת התשובה לשאלות אלה נוכל ללמוד מלשון ה'טור'.¹⁶⁹ הטור הדגיש שהדיין חייב להתייעץ עם חכם המצוי בעירו, ו"יכול להימלך בו". מלשון זו ניתן ללמוד שחובת ההתייעצות קיימת, כל אימת שיש לדיין יכולת להתייעץ עם חכם גדול ממנו. לפי זה, כאשר הדיין נפגש באופן תדיר עם חכם גדול ממנו, הוא חייב להתייעץ עמו לפני מתן פסק דין, המיוסד על דימוי מלתא למלתא.

164. ראה למשל: רמב"ם סנהדרין א, א, ב, ובלחם משנה סוף הלכה א, שם; שם כה, י; סמ"ע חו"מ יא, יב.

165. כך כתב בשו"ת בית מרדכי (פוגלמן), עט.

166. לעיל, הערה 154.

167. לעיל, הערה 153.

168. יש לעיין בדבריו מה כוונתו במדינה, האם לגבול מדיני או לאיזור, לא הארכנו בזה כיוון ששיטתו לא הובאה כלל על ידי הפוסקים המאוחרים.

169. לעיל, הערה 154.

נמצאנו למדים, שלדעת רוב הפוסקים, אין הדיין חייב להתייעץ עם חכם שאינו מצוי בעירו. אולם, בסוגיית יבמות אין זכר לסייג זה, מהו אם כן מקורו? נראה שניתן להשיב על כך בשתי דרכים:

א. אילו היו חכמים מחייבים כל דיין להתייעץ עם כל חכם השווה לו בחכמה או הגדול ממנו בחכמה, היה הדבר גורם לעיכוב רב במתן פסק הדין, והטלת עומס בלתי נסבל על גדולי החכמים, שהיו נדרשים לא רק לפסוק בשאלות המופנות אליהם, אלא גם לייעץ לדיינים רבים, כיצד עליהם לפסוק.¹⁷⁰ על כן, הבינו הפוסקים שחייב להיות סייג, שיגביל את חובת ההתייעצות, באופן שיהפוך אותה לחובה שתשרת את בתי הדין, תבטיח מתן פסק דין מדויק ונכון יותר, ולא חובה המסרבלת את הדיון וגורמת להלנת הדין. סייג זה, הוא הסייג הקובע שאין הדיין חייב להתייעץ עם חכם שאינו גר בעירו.

ב. בעבר, משמעותה של הטלת חובת ההתייעצות עם חכם מרוחק הייתה, שעל כל חכם לנדוד למרחקים בדרכים לא סלולות, על גבי סוסים או חמורים, כדי להגיע למקומו של החכם שעמו הוא צריך להתייעץ. לא ייתכן לכנות דיין שנמנע מלעשות כך, "רשע".¹⁷¹ אם בכל אופן, מכנה סוגיית התלמוד את מי שנמנע מלהתייעץ כ"רשע", הרי שהכוונה למי שנמנע מלהתייעץ עם חכם הגר בעירו, עמו היה יכול להתייעץ בנקל.¹⁷²

המהרש"א,¹⁷³ כתב שעל הדיין, הפוסק בדיני ממונות להתייעץ, כדי שלא יקדימונו בעל הדין שיצא חייב בדין, ויתיעץ עם חכם אחר, ובעקבות זאת, יבין שהדיין טעה בפסיקתו. לפי הסבר זה, מובן שההתייעצות היא דווקא עם חכם הנמצא בעיר, שכן, רק כלפיו קיים חשש סביר שבעל הדין יתייעץ עמו על פסק הדין שניתן לו.

170. כפי שאמר יתרו למשה.

171. אמנם, בספרות השו"ת, מצוי שנשלחות שאלות גם לחכמים ממקומות רחוקים, אך בדרך כלל אלו שאלות כבדות משקל, דיונים חדשים, שדורשים הכרעה של גדולי הדור. גם בשאלות מסוג זה, לא נראה נכון וראוי לכנות כרשע, דיין שראוי להורות הלכה, שנמנע מלהתייעץ עם חכמים אחרים, שאינם מצויים בעירו.

172. יתכן, שיש נפקא מינה בין שתי הסברות: לפי הסברה השנייה, יש מקום לומר שבימינו, כיון שא"צ להיטלטל ימים רבים כדי לשאול חכם שנמצא בכל מקום בעולם, ייתכן בהחלט שמי שנמנע מלשאול את גדול הדור ייקרא רשע, כי הטורח לשאול את גדול הדור זהה לטורח שנדרש כדי לשאול חכם שבעירו. אבל, אם יסוד הסברה הוא בצורך להקל על מתן פסק הדין ולמנוע עומס מגדולי הדור, סברא זו קיימת גם היום, ולשינויים הטכנולוגיים אין כל השפעה עליה. אמנם, לדעתנו, אין כאן שתי סברות שונות מהותית, אלא יסוד אחד המדבר על פגישה טבעית עם החכם, שאינה מטריחה את המייעץ ואת המתיעץ.

173. מהרש"א יבמות שם.

בימינו, ההתייעצות עם חכם שאינו מצוי בעירו של הדיין אינה כרוכה בקשיים. ניתן להתייעץ באמצעות טלפון, פקסימיליה ודואר אלקטרוני, במהירות הבזק. האם עובדה זו עשויה להביא לשינוי ההלכה בעניין חובת ההתייעצות עם חכם מרוחק?

נראה לנו שהתשובה לכך שלילית. אין בדינו הסמכות, להרחיב את ההלכה ולחייב את הדיינים להתייעץ עם חכמים מרוחקים.¹⁷⁴ יתירה מכך, לאור מה שהוסבר עד כה, חובת ההתייעצות קיימת כאשר יש מפגש יומיומי טבעי, של הדיין, עם חכם גדול ממנו, אין טעם להרחיב את החובה.¹⁷⁵

אמנם, כאשר הפסיקה נוגעת לשאלות מורכבות ומסובכות, לשאלות חדשות, שהפסיקה בהם עשויה להיות מעין "תקדים", או שיש לפסיקה השלכה על כל העם, ראוי לכל פוסק, אף אם הוא הגדול בעירו, להתייעץ עם חכם גדול ממנו, אף שאינו גר בעירו.¹⁷⁶

(ג) התייעצות עם הפסול לדון

מובן הדבר שעל המייעץ להיות דיין שראוי לדון, באופן עקרוני, משום שאם לא כן, יהיו חסרים לו הכלים הראויים, על מנת לייעץ. אולם, שאלה מעניינת עשויה להתעורר, כאשר המייעץ פסול לדון במקרה המסויים, עליו מבקשים להתייעץ עמו. האם עובדת היותו פסול לדון תחייב גם את פסילתו מלייעץ? למשל, האם קרוב של

174. **הערת עורך:** עקרונית, נראה שאין סיבה שלא לקבוע שהשינויים הטכנולוגיים עשויים לשנות את ההלכה בעניין זה. לשם כך לא נדרשת סמכות מיוחדת, היות ואף המגבלה שבדברי הראשונים, אינה מפורשת בתלמוד, וכפי שהסיקו הכותבים, יסודה בתנאי חיים שונים מאלו שקיימים היום. אמנם, השיקול הראשון דלעיל, אחר הציון להערה 169, מחייב מחשבה נוספת, לפני הרחבת ההלכה, שעלולה להטיל עומס רב על כתפי גדולי הדיינים, שמעתה יתווסף לתפקידם תפקיד נוסף, הדורש זמן רב ומאמץ – ייעוץ לדיינים. אולם, נראה שגם בעיה זו היא פתירה.

175. **הערת עורך:** כל האמור בעניין זה, נכון כמובן, כאשר מדובר בערים קטנות, כעין אלו שעליהן דנו חז"ל והפוסקים. אולם בימינו, ישנן ערים גדולות ביותר, בהן לא קיים בהכרח מפגש תדיר בין החכמים המצויים בעיר. למשל, האם דייני ירושלים נפגשים תדיר עם גדולי החכמים שבירושלים, כהג"ר מרדכי אליהו, הג"ר אברהם אלקנה כהנא שפירא, הג"ר י' ש' אלישיב ואחרים? על כן, ספק רב אם יש כיום בסיס להגבלת ההתייעצות לתחומי "עיר" דווקא.

תגובת הכותבים: השאלה, האם הגדרת "עיר" עשויה להשתנות בימינו מעניינת אמנם, אך נראה שבכל אופן, נדרש גבול מסוים לחובת ההתייעצות, וגבול זה הוא גבול העיר. אין בידנו גבול אחר וכן בכל הפוסקים שהזכירו את ההגבלה של עיר לא שינו את הגדר של עיר למרות שהערים גדלו מימי חז"ל וה'שולחן ערוך'.

176. ואכן, לפי הידוע לנו, כך נוהגים ת"ח רבים בפסיקתם. כך שמענו מהרבנים א' שרמן, ש' אבינר ו' אריאל. כך משמע מדברי ה'ברכי יוסף' (שם), וכ"כ המשפטי עוזיאל (שם), שכן נהגו בכל הדורות להתייעץ "לא רק לת"ח גדול שבעיר, אלא גם לגדולי הדור בכל מקום שהם חונים". כך מקובל בשם הרצי"ה קוק זצ"ל, וכך מסתבר.

בעל דין יהיה פסול מלייעץ לדיין הדן בדין קרובו? וכן, האם נוגע בדבר יהיה פסול מלייעץ לדיין הדן בדיון שאליו יש לו נגיעה?

לעיל,¹⁷⁷ עמדנו על כך שהמתייעץ אינו מחוייב לעצת המייעץ. כמו כן, הייעוץ אינו על פסק הדין, אלא על הדימוי.¹⁷⁸ לפיכך, נראה שיש מקום להתיר לדיין להתייעץ עם קרובו של בעל דין, משום שהדיין פסול לדון את קרובו על פי גזירת הכתוב.¹⁷⁹ המקור הפוסל את הקרוב מלדון את קרובו, פוסל אותו מלדון, לא מן הייעוץ, שהוא כאמור, שונה באופן מהותי מן הדין.¹⁸⁰

אמנם, כאשר הפסול נובע מחמת נגיעה, שוחד וכדומה, מוצאים אנו בכמה מקומות בתלמוד, שקיים חשש להטיית דעתו של הדיין, אף כאשר אין הוא דן בפועל.¹⁸¹ לכן, נראה שבמקרים אלו, כשם שלא יהיה הדיין רשאי לדון, כך הוא לא יהיה רשאי ליעץ.¹⁸²

(ד) התייעצות בספרים

חובת העיון בספרים לפני מתן פסק דין קשורה לשתי הלכות:

א. **האיסור להורות הלכה במקום רבו:** ספרים רבים נכתבו על ידי רבותינו הראשונים, או על ידי פוסקים מפורסמים מגדולי הדורות שעברו. בספרים יש

177. אחר הציון להערה 66.

178. שם.

179. **שולחן ערוך** חו"מ ז, ט. ועיי' **בבא בתרא** קנט,א, ששם משמע שהוא גזירת הכתוב.

180. **הערת עורך:** הקביעה שהקרובים פסולים לדון ולהעיד לקרוביהם מגזירת הכתוב, לא נועדה לצמצם את תחולת הפסול, אלא להרחיבה. אך אין ספק שלרוב, דעתו של קרוב נוטה לטובת קרובו, לא פחות מאשר נוטה דעתו של הנוגע בדבר, או של המשוחד. לכן, אם אמנם יש סיבה לפסול את הנוגע בדבר, או את המשוחד מן הייעוץ, אין סיבה שלא לפסול גם את הקרוב. אמנם, ספק רב אם קיימת סיבה כזו, וראה להלן, הערה 182.

181. כך למשל, מסופר ב**כתובות** קה,ב, על רבי ישמעל ברבי יוסי שפסל עצמו מן הדין משום שלדעתו, קיבל שוחד מאריסו, ולאחר מכן, נטתה אמנם דעתו לטובת אריסו, אף שלא ישב בדין.

182. **הערת עורך:** אבל, היות והייעוץ הוא על הדימוי בלבד, אין סיבה שהמייעץ יידע במי מדובר, ועל מה נסוב הדיון. ניתן לנסח לפניו שאלה עקרונית, שלא תסגיר את זהות בעלי הדין או את הנושא הנדון. אם ייעשה הדבר בחכמה, החשש שמא תהיה דעת המייעץ מוטה לא יהיה קיים. משום כך, אין סיבה לפסול, לא את הקרוב, לא את הנוגע ולא את המשוחד.

תגובת הכותבים: לדעתנו אין הענין קשור לשאלה אם המייעץ יודע מי הם בעלי הדין, אם כי יש להניח שלרוב, יידע זאת, שכן, ברור לו שלא בכדי הוא נפסל מלדון, על אף שהוא הגדול שבעיר. נראה שבאופן עקרוני, יש להימנע מלהבחין בין המקרים השונים ("לא פלוג"). היסוד הוא, שהיכן שדעתו של הדיין מוטה, אין הוא מסוגל לדון באופן אובייקטיבי. דעתו של קרוב אינה מוטה, אלא שגזרת הכתוב פסלה אותו מלדון. לכן, אין סיבה לפסול אותו מלייעץ, כיון שהתורה לא פסלתו מכך.

ביטוי לעמדתם בנושאים הלכתיים שונים, ולכן, הגדיר רבי יעקב ריישר¹⁸³ בעל השבות יעקב את הספרים כ"רבותינו". משום כך, אסור לפוסק להורות הלכה ללא עיון בספר, משום שבכך הוא עובר על האיסור להורות הלכה במקום רבו¹⁸⁴.

ב. **חובת ההתייעצות:** הספרים הם מעין חכם גדול ממנו הנמצא עמו בעיר, עמו חייב הפוסק להתייעץ לפני מתן פסק הדין¹⁸⁵.

סיכום נאה של דעות הפוסקים בעניין חובת ההתייעצות בספרים, ישנו בשו"ת יביע אומר¹⁸⁶ מכלל הדברים עולה שיש מן הפוסקים שחייבו את הדיין לעיין בספרים לפני מתן פסק הדין. אולם לדעת רוב הפוסקים, אין הדיין חייב לעיין בספר לפני פסק הדין, אם כי, אף לדעתם, כך ראוי לנהוג.¹⁸⁷ ויש הסוברים שהעיון בספרים לפני מתן פסק דין הוא בגדר "מידת חסידות" ותו לא. בהקשר זה מן הראוי להדגיש את שהדגישו כמעט כל הפוסקים, שהעיון בספרים אינו מוגבל לספרים שחברו על ידי הפוסקים הראשונים, אלא אף לספרים שחברו בידי פוסקי זמננו.

אבל, מן הראוי להדגיש שדעות הפוסקים בעניין זה אינן נוגעות ישירות לענייננו. ייתכן שאף אלו שאינם מחייבים עיון בספרים לפני מתן פסק הדין, יסכימו שיש בעיון זה כדי לפטור את הדיין מהתייעצות.

יש לתת את הדעת לכך שאם אמנם ייקבע שיש לעיין בספרים כדי לצאת ידי חובת ההתייעצות, יהא בכך חומרה רבה, שכן מעתה, לא יהיה הדיין רשאי להסתפק בייעוץ של חכם גדול ממנו הנמצא בעיר, אלא יהא עליו גם לעיין בספרים. אולם מנגד, תהא זו חומרה המביאה לידי קולא, שכן, הדיין לא יידרש לכתת רגליו אל חכם גדול ממנו הנמצא בעירו, ולא לשאול את דעתו בכל דרך אחרת.¹⁸⁸ די שיעיין בספרים הנמצאים בביתו, וייצא ידי חובת ההתייעצות.¹⁸⁹

183. שו"ת שבות יעקב סד.

184. כך כתב גם פרי מגדים, פתיחה כוללת, סדר ג, אות א. מקורות נוספים בשיטה זו, ראה בשו"ת יביע אומר, או"ח א, י.

185. שו"ת יביע אומר שם. יתכן שזאת גם כוונת התומים (לעיל, הערה 91), שעל הלכת ההתייעצות שבשולחן ערוך כתב, שהוא עצמו נוהג לעיין בספרים לפני מתן פסק הדין. אך ראה לעיל, ליד ציון הערה 94, שניתן להסביר דבריו גם בדרך אחרת.

186. שם.

187. וראה גם: שדי חמד ו, יב – יט, ב (נדפס מחדש עם הערות וציונים בקובץ מאבני המקום יג (בית-אל תשס"א) עמ' 18–43) שהביא הקונטרס ריהטא דחקלאי להראי"ה קוק זצ"ל ועוד הרבה אחרונים שכתבו כן; תעלומות לב כללים, אות א; קובץ הפוסקים חו"מ י.

188. למעשה, הורה לנו הרב יעקב אריאל, שלדעתו אמנם יוצאים כל הפוסקים ידי חובת ההתייעצות באמצעות העיון בספרים.

189. בשו"ת מהרש"ל (לעיל הערה 139) הביא בשם המהר"ם שדבר הכתוב במפורש בספרי הגאונים יכול לפסוק אף בלי להתייעץ. גם כאן לכאורה רואים שעל ידי העיון בספר נפטר

אמנם, ההתייעצות בספרים, כתחליף להתייעצות עם חכם, אינה פשוטה כל עיקר. לעיל, הדגשנו שישנם דעות רבות הסוברות שחייב הדיין להתייעץ על דימוי שבעזרתו הוא מבקש לפסוק את הדין, אף שכבר התייעץ בעבר על דימוי דומה. כמו כן, אם המקרה שבו הוא עוסק אינו דומה לחלוטין למקרה שדן בו בעבר, או שהדימוי אינו זהה לחלוטין לדימוי שעשה בעבר, חייב הדיין להתייעץ לכל השיטות. רק כאשר הדיין עוסק במקרה זהה לחלוטין לזה שעסק בו בעבר ופסק בו על פי דימוי מילתא למילתא, אחר הייעוץ, אין הוא חייב לשוב ולהתייעץ אם מבקש עתה לפסוק על פי אותו דימוי.

לפיכך, לעיתים רבות, לא די בעיון בספרים. אם הנאמר בספר עוסק במקרה דומה לזה שבו עוסק בו הדיין, אך לא זהה לחלוטין, יהיה הדיין חייב להתייעץ עם חכם, שכן פסיקתו היא על פי דימוי בין המקרה שבו הוא עוסק, למקרה שנדון בספרים. נמצא, שהעיון בספרים יוכל להוות תחליף להתייעצות, רק אם בספרים דנו המחברים בדיוק באותו מקרה שבו הוא עוסק.

זאת ועוד. אין להשוות בין "תורה שבכתב" ל"תורה שבעל-פה". לעיתים, יש בכוחה של המילה הכתובה להטעות את הקורא. הקורא עלול לחשוב שמן הכתוב בספר יש ללמוד את ההלכה במקרה בו הוא עוסק, ולא היא. יתרונה של ההתייעצות בעל פה הוא, שיש בכוח המייעץ להבהיר את עמדתו על בוריה, מבלי להשאיר מקום לטעות. יש באפשרות המייעץ ללבן ולהבהיר את דבריו למתייעץ מתוך משא ומתן הלכתי שיביא לכך שהמתייעץ יירד לעומק דעת המייעץ. כל זאת, אינו אפשרי בדרך כלל, כאשר המתייעץ לומד את דעת המייעץ מן הספר, שבו, לעיתים רבות, נכתבים הדברים בצורה לא מדוייקת, או בקיצור נמרץ.¹⁹⁰

במאמרו הידוע, 'ריהטא דחקלאי', כותב הרב קוק שהחובה לעיין בספרים לפני מתן פסק הדין, כוללת רק ספרי ראשונים, או ספריהם של גדולי הפוסקים, שהדיין יבטל דעתו מפני דעתם, אם ימצא שחולקים עליו. אך בספרי פוסקים מאוחרים, אין הדיין חייב לעיין לפני מתן פסק הדין, מדין "ספק ספיקא". היינו, קיים ספק, האם אמנם אותם פוסקים לא יסכימו עם הכרעתו של הדיין, ואף אם יחלקו עליה, ספק אם יקבל את דבריהם. לכן, אין לחייב את הדיין לעיין בספרי פוסקים מאוחרים לפני מתן פסק הדין, כאשר מראש לא רבים הסיכויים שעיון זה ישנה את עמדתו.

מחובת ההתייעצות אך כבר ראינו לעיל שכאן מדובר שבספר כתוב בדיוק הפסק שמחפש ושוב אינו מדמה כלל ולא מדובר פה במקרה שמדמה דבריו למה שכתוב בספר או שסתם דימה דבר לדבר ועיין בספר שבמקרה זה עדיין חייב להתייעץ.

190. כמובן שהערה זאת מוציאה הרבה מהחידוש מהדין של עיון בספר כתחליף להתייעצות, ועיין לקמן במסקנות ההלכה.

למעשה, מן הראוי להעיר שבעניין זה קיים הבדל יסודי בין שיטת הפסיקה האשכנזית, לשיטת הפסיקה הספרדית. ככלל, ניתן לומר שהפוסקים האשכנזיים נטו להכריע הלכה על פי עיון בסוגיות התלמוד ודברי הראשונים, ותו לא.¹⁹¹ לעיתים, יצטטו אמנם הפוסקים האשכנזיים מדברי פוסקים מאוחרים, אך אין הם רואים הכרח להכניס בפסקת ההלכה את שיקולי הפוסקים המאוחרים.¹⁹²

לעומת זאת, שיטת הפסיקה הספרדית מקפידה בדרך כלל על פסיקה על פי כל מקורות ההלכה, החל מן התלמוד ומפרשיו הראשונים, וכלה בפוסקים המאוחרים ביותר, עד פוסקי זמננו.¹⁹³

ייתכן שהיסוד להבדל זה נובע מהשקפות שונות בדבר המושג "רב". הפוסקים האשכנזים גרסו, ככל הנראה שהספרים אינם נקראים רבותיו של הפוסק, כיוון שרק רב חי, שממנו למד הפוסק, ראוי להיקרא רבו, או שספר אינו נחשב חכם הנמצא בעירו יותר מהתלמוד ודברי הראשונים, בהם עיין.

לסיכום, ראינו גישות שונות בעניין ההתייעצות בספרים. יש שראו בכך תחליף להתייעצות, ואף חייבו זאת. לעומתם, יש שטענו, שאין חובה לעיין בספרים, בודאי לא בספרי האחרונים. נראה שלשיטתם, העיון בספרים אינו יכול להוות תחליף להתייעצות מהסיבות שצויינו לעיל. למעשה, גם הפוסקים שסברו שאין חובה לעיין

191. עיין בהקדמה לשו"ת אגרות משה שכותב שעל כל פוסק לפסוק בכל שאלה הבאה לפניו ואין לו לחשוש לטעות בגלל הכלל שאין לדיין אלא מה שענינו רואות, ולמרות שהפוסקים היום לא נחשבים כמי שהגיעו להוראה בזמן התלמוד, נחשבים כך היום, ודי לפוסק בכך שיעיין היטב לפי דעתו בגמרא ובפוסקים (הראשונים) ויפסוק על פי סברתו. הוא אף מדגיש שכל מי שבא לפסוק על פי דבריו, יעיין תחילה בסוגיית התלמוד. בעניין זה הוא חולק במפורש על כמה מגדולי הפוסקים הספרדים, כגון התעלמות לב, והחיים שאל, שכתבו במפורש שאין היום לסמוך על הכלל שאין לדיין אלא מה שענינו רואות כיוון שזה נאמר בימי הראשונים שהיו גדולים בחכמה, ובדורנו אין לסמוך על זה, ולכן יש לעיין בספרי הראשונים והאחרונים ולפסוק על פי דבריהם ולא על פי הסברא. כנראה שמכך גם נובעת המחלוקת המעשית בשאלה, עד כמה יש לעיין בספרי אחרונים לפני מתן פסק הדין.

192. כן עיין בשו"ת נודע ביהודה יורה דעה, קמא, נה שכתב: "ואני תמה וכי אין צרי בגלעד הלא כמה רבנים גדולי הדור הקרובים אצלו ולמה בחר בדרך רחוקה וגם ראיתי שרום מעלתו בעצמו ידיו רב לו בפוליו. אך הואיל וקרא אענהו כפי מיעוט השגתי. וראיתי את מעלתו בונה וסותר בדברי הגאון בעל שב יעקב וחבריו בתשובת שב יעקב והדברים ארוכים, ואני אין דרכי לשום עיון בתשובות האחרונים חכמי זמננו ולא אפילו בקודמים לפנינו דור או שני דורות ודי לנו בהעמיק עיוננו בדברי התלמוד ופוסקים ראשונים והסמוכים להם עד הגיענו לבעלי שלחן ערוך אשר סדרו לנו שלחן מלא ברכת ה' ולא זולת זה בדברי תשובות שאחריהם שאין לנו להשען על הכרעתם יותר מעל הכרעתינו וא"כ למה זה נבלה זמנים באריכות דבריהם?". נראה שנגד דברים אלו יצאו חלק מגדולי הספרדים בספריהם.

193. התייחסות לעניין זה, ראה בשו"ת יביע אומר, לעיל הערה 184.

בספרים, הסכימו, שראוי לעיין בהם לפני כל פסק, וכך גם שמענו בע"פ מפוסקים שונים.¹⁹⁴

2. ההתייעצות בספרים והתקדים המשפטי המנחה – ניתוח השוואתי

העיקרון הקובע שלתקדים יש ערך משפטי מחייב, מקובל היה בעיקר במשפט האנגלו-סכסי.¹⁹⁵ יחד עם עקרונות משפטיים אחרים, שהמשפט הישראלי "ירש" משיטת המשפט האנגלית, שהייתה נהוגה בארץ בתקופת שלטון המנדט, "ירש" המשפט הישראלי גם את עיקרון התקדים המשפטי המחייב.¹⁹⁶

כיום, תחולתו של עיקרון התקדים המשפטי המחייב רחבה פחות מזו הקיימת במשפט האנגלי. לפי סעיף 33א לחוק בתי המשפט, תשי"ז – 1957, "בית משפט יונחה על ידי הלכה שנפסקה בבית משפט גבוה ממנו". סעיף 33ב קובע ש"הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון".

רבים עסקו בשאלה, האם אמנם עיקרון התקדים המשפטי המחייב קיים במשפט העברי.¹⁹⁷ העיסוק בכך אינו מעניינו של מאמר זה, אך ככלל נאמר, שאין המשפט העברי גורס שהדיין צריך להיות כפוף בפסיקותיו לתקדימים של פוסקים אחרים.

אמנם, מכל המוזכר בשני הפרקים הקודמים, ניתן להסיק, שחובת ההתייעצות בספרים, מקבילה או אולי זהה לתורת התקדים המשפטי המייעץ או המנחה, המוזכר בסעיף קטן א' של החוק, הקובע שבית המשפט יונחה על ידי הלכה שנפסקה בבית משפט גבוה ממנו.

משמעותו של סעיף 33א לחוק היא, שהשופט נדרש להתחשב בפסקי דין שנתקבלו בערכאות גבוהות ממנו, בבואו לפסוק את הדין. לא זו בלבד, אלא שהוא גם חייב לבדוק ולבחון, האם אמנם קיימים תקדימים, האמורים להנחותו בבואו לפסוק את הדין.

חובה זו, דומה מאוד לחובה שקיימת במשפט העברי, לדעת חלק מן הפוסקים, שאין הדיין רשאי לפסוק את הדין לפני שעיין בספרי הפוסקים, ובחן, האם הם דנו בשאלות דומות לאלו שהוא עוסק בהן, ובדק מה הייתה פסיקתם.

194. הגר"י אריאל, ועוד.

195. סקירה רחבה יותר בעניין זה, ראה: ז' ורהפטיג, "התקדים במשפט העברי", **שנתון המשפט העברי**, ו-ז (ירושלים תשל"ט-תשמ"ם), 107-108.

196. ביטוי לכך, עוד בטרם התקבל הדבר בחוק, יש בדברי השופט ויתקון בבג"צ 176/54, **נחום יהושע נ' ועדת ערעור לפי חוק הנכים ואח'**, פ"ד ט 617, 624: "ברור ונעלה מכל ספק, שבית המשפט סמך ידו על ההלכה האנגלית בדבר כוחו המחייב של התקדים בצורתה המוחלטת".

197. ראה: ורהפטיג, שם; מ' אלון, **המשפט העברי, תולדותיו מקורות עקרונותיו** (ירושלים תשנ"ח), כרך ב, עמ' 799-804.

את החובה שבחוק, לבחון דווקא את התקדימים של "בית משפט גבוה ממנו", ניתן להשוות לחובה להתייעץ דווקא עם חכם גדול ממנו.¹⁹⁸

אולם נראה, שהדמיון חיצוני בלבד. כאמור, העיון בספרים אינו פוטר את הדיין מהתייעצות בלתי אמצעית עם חכם גדול ממנו, אם הנושא שנדון בספר אינו זהה או דומה מאוד לנושא בו הוא דן.¹⁹⁹ נמצא שלפי החוק, חייב השופט לעיין בפסקי בית המשפט הגבוה ממנו, אולם ההכרעה בשאלה, האם הנושא הנדון בהם והשיקולים המשפטיים שהובאו בהם רלוונטיים לנושא בו הוא דן היא בידיו. לעומת זאת, לפי המשפט העברי, דווקא בעניין זה עליו להתייעץ עם חכם גדול ממנו, בעוד שלאחר ההתייעצות, הוא חופשי לפסוק בניגוד לדעתו של המייעץ. במילים אחרות, החוק מחייב התייעצות על הדין הראוי, אך לא על הדימוי. המשפט העברי מחייב התייעצות על הדימוי ולא על הדין הראוי.

ז. תוקפו של פסק דין שהתקבל ללא התייעצות

מה תוקפו של פסק דין שניתן ללא התייעצות, האם פסק הדין בטל, או שמא נאמר שפסק הדין קיים, על אף שהדיין חטא בכך שנמנע מלהתייעץ לפני מתן פסק הדין? ה'פנים במשפט'²⁰⁰ הכריע, שלמרות שדיין שפסק את הדין מבלי להתייעץ נקרא "רשע", אין לבטל את פסק הדין, אם לא התברר שטעה. כראיה לדבריו, הוא מביא שתי הלכות ידועות בתלמוד, בהן, אין מפקיעים את תוקפו של מעשה, על אף שהמעשה אסור.

הלכה אחת היא המכונה דין "עני המהפך בחררה". ההלכה קובעת שמי שרכש חפץ שהעני ביקש לרוכשו, או עשה עסק עם אדם, שעה שהוא ידע שהעני ביקש לעשות את אותו עסק עם אותו אדם, נחשב כ"רשע". אף על פי כן, עובדה זו אינה גורמת לכך שהעיסקה תבוטל.

כמו כן, למרות שאמרו חכמים על דיין הנוטל שכר בטלה דלא מוכח,²⁰¹ שמעשיו מכוערים, אין הדבר גורם לביטול פסיקותיו.

198. אם כי, אין כל הכרח שהשופטים בבית משפט גבוה יהיו חכמים יותר או בקיאים בחוק יותר משופטים בבית משפט נמוך.

199. ביקורת חריפה על אלו המבקשים להסתמך על דברי פוסקים קדומים, ולהכריע דין על פי דימוי לדבריהם מבלי להתייעץ על כך עם גדולים מהם, ראה בדברי **יד רמ"ה ומאירי** לעיל, הערה 84.

200. **פנים במשפט**, שם.

201. עקרונית, אין הדיין רשאי ליטול שכר על הדין, אלא אם זהו "שכר בטלה", היינו, שכר על כך שביטל את עבודתו הקבועה ועקב כך הפסיד. כאשר יש לחכם עבודה קבועה המשולמת לו

גם ללא ראיות אלו, נראה שהגיון רב יש בדברי 'פנים במשפט'. חובת ההתייעצות אינה קשורה ישירות לפסק הדין, אלא לחובת הדיין להיות מתון בבואו לפסוק את הדין. הדיין רשאי גם לחלוק על החכם המייעץ, ולכן, ברור שאין לקבוע באופן החלטי, שכל דין שהתקבל ללא התייעצות, אינו נכון. אמנם, קיים חשש שמא מי שאינו מתייעץ יטעה עתה, או בעתיד. משום כך הוא אמנם מוגדר כ"רשע", אך כיוון שיייתכן בהחלט שפסק דינו נכון, אין לבטל את פסק הדין כאשר הוא נכון מצד עצמו.

ח. מעמדו של דיין שנמנע מלהתייעץ

אחר שדנו על תוקפו של פסק דין שהתקבל ללא התייעצות, מן הראוי שנדון במעמדו של דיין, שנמנע מלהתייעץ.

ה'פנים במשפט'²⁰² חידש, שגם פוסק שלא פסק בפועל הלכה למעשה, רק חשב לפסוק ולדמות מבלי להתייעץ נקרא שוטה רשע וגס רוח על כוונתו זאת, למרות שלמעשה הלך בסופו של דבר לחכם הגדול ממנו, והוא פסק את הדין.

כמו כן, כתב²⁰³ שדיין שפסק דין מבלי להתייעץ נקרא "רשע" אף שלא טעה בדימויו.²⁰⁴ ההגיון שבכך הוא, שרשעות הדיין אינה נובעת מן הטעות שבפסק הדין, אלא מחוסר המתינות בבואו לפסוק דין.

בעל 'פתחי משפט'²⁰⁵ הביא במסגרת הדיון על חובת ההתייעצות, את דבריו של רבי יעקב ב"ר שמואל, אב"ד צויזמיר, שפסק שמורה הוראה שטעה בדינו אין מעבירים אותו מתפקידו,²⁰⁶ וכן את דבריו של מהרש"ל,²⁰⁷ שפסק לגבי מי שהוחזק כמורה הוראה, וטעה, אפילו בדבר ערווה, שאין מנדים אותו, לא מורידים אותו מגדולתו, ולא מכלימין אותו.²⁰⁸

לפי שעות, הרי זה שכר בטלה שמוכח, כיון שידוע וברור שהדיין הפסיד כסף עקב כך שנאלץ לדון. אבל, כאשר אין לחכם עבודה קבועה, אלא לעיתים הוא עובד ולעיתים לא, הוא רשאי אמנם ליטול מן המתדיינים שכר, בטענה שהיה יכול אולי למצוא עבודה אחרת באותו זמן. שכר זה נקרא שכר בטלה דלא מוכח, כי לא ברור שבאמת הדיין הפסיד מן הצורך לשבת בדין. שכר כזה אסור לדיין ליטול על פי הלכה, אך אין מבטלין את פסק דינו של דיין שנטל שכר בטלה דלא מוכח.

202. פנים במשפט י, ד.

203. שם, ז.

204. עיין שם, שמביא ראייה לדבריו.

205. פתחי משפט, י.

206. שו"ת בית יעקב לא

207. ים של שלמה יבמות טז, יא.

208. הים של שלמה (שם) כתב שרבינו ירוחם הביא את דברי הרמ"ה בעניין התרת עגונה, שבכל דבר שחכמים קבעו שאין מעדיין עליו אם יש חכם שהתיר, מנדין אותו. משמע שיש דינים

מדבריו משמע שלדעתו, אין לסלק דיין שפסק ללא התייעצות מתפקידו, אף אם הוא מוחזק כמורה הוראה, ואף שטעה בדינו. אבל, יש מקום לערער על דבריו. דיין או פוסק שטעה, אינו נקרא "רשע", משום שאם הטעות נעשתה בתום לב, אין סיבה להאשים את הדיין. לעומת זאת, דיין שטעה בגלל שעבר על חובת ההתייעצות, נהג שלא כדין, ראוי לכנותו "רשע", וממילא, ייתכן שראוי גם לסלקו מתפקידו.

ועוד יש לעיין, האם יש משמעות הלכתית לכך שהדיין שפסק דין ללא התייעצות נקרא "רשע". לעת עתה, לא מצאנו מי שדן בזה. ייתכן שאין לכבד דיין כזה, או לא למנותו לתפקידים חשובים.

ככלל, להגדרת אדם כ"רשע" ישנן משמעויות שונות בסוגיות התלמוד, אך מסתבר שלא נכון להשליך מהן לנידוננו. יש שהגדרת אדם כ"רשע" מתירה לבזותו, אך ספק רב אם ניתן לומר שמותר לבזות דיין שנמנע מלהתייעץ, בייחוד אם לא טעה בדינו. מסתבר שיש מקום להבחין בין דיין שנמנע מלהתייעץ בזדון, לדיין שנמנע מכך בשוגג, וכן, בין דיין שלא התייעץ על פסק דין קל לדיין שלא התייעץ על פסק דין חמור.

עוד יש לדון בשאלה, האם גם מי שלא התייעץ בשוגג נקרא "רשע"? מסתבר הדבר שאין להגדיר דיין שנמנע מלהתייעץ בשוגג כרשע, משום שחובת ההתייעצות נועדה להביא לכך שהדיין יפסוק את הדין במתינות. אם אמנם היה הדיין מתון בדינו, אלא שלא ידע שיש בעיר חכם הגדול ממנו, או שלא ידע שבמקרה שבו עסק חייבים להתייעץ, אין סיבה לקרותו רשע. ועוד יש להתייעץ עם גדולים מאתנו בחכמה, כדי ששיבו על שאלות אלו.

ט. סוף דבר

ההלכה העוסקת בחובת ההתייעצות, היא מן ההלכות ה"עניות" שלא זכו שרבים יעסקו בבירורן הלכה למעשה. ייתכן, שהסיבה לכך נובעת מן ההבדל בין המבנה החברתי שהיה קיים בעבר, למבנה החברתי שקיים בימנו. בעבר, גרו יהודים בקהילות קטנות, שלכל אחת מהן היה רב, שנחשב כ"גדול שבעירו". כיון שהקהילות היו קטנות, לא היו בהן תלמידי חכמים רבים, שחכמתם מרובה משל הרב המקומי, וכן, לא הייתה בעיה לפנות לרב בכל שאלה שהתעוררה. אי לכך, היישום המעשי של ההתייעצות היה נדיר, וייתכן שמשום כך, לא הרבו הפוסקים לעסוק בהלכה זו.

כיום, המציאות שונה. ישנן ערים גדולות, ובהם ב"ה תלמידי חכמים רבים שהם ברי סמך לפוסק הלכה, לא פחות מן הרב המקומי. יתירה מכך, לרוב, הרב המקומי אינו

בהם אם חכם טועה כן מורידים אותו ממשרתו, ויתכן שגם בנדוננו, תלוי באיזה דין טעה.

פנוי להשיב על כל השאלות, והמצב שבו יש בעיר פוסקים רבים, מיקל על עבודתו. על כך יש להוסיף, שישנן ערים רבות, שבהן גרים תלמידי חכמים גדולים, מגדולי הדור, שאינם משמשים ברבנות. מצב זה מעורר שאלות רבות בכל הנוגע לחובתו של כל פוסק להתייעץ לפני מתן פסק הדין. משום כך, חשוב ביותר לברר היטב את ההלכה בעניין חובת ההתייעצות.

תחילה, ביקשנו לברר האם ההלכה בעניין חובת ההתייעצות קשורה להלכות אחרות הנוגעות להדרכה המורה לדיין להיות מתון בדין, לאיסור לפסוק במקום רבו, או לאיסור לפסוק דין כאשר אין הפסיקה ברורה ופשוטה לדיין.

נוכחנו לדעת שלדעת הרמב"ם, הטור וה'שולחן ערוך', חובת ההתייעצות אינה קשורה לאחת מן ההלכות האלו, ואין ללמוד את גדריה מהלכות אלו. אלא היא בגדר הלכה מחודשת: בניגוד להדרכה להיות מתון בדין, שאינה בגדר חובה גמורה, חובת ההתייעצות היא חובה גמורה. בניגוד לאיסור לפסוק במקום רבו, חובת ההתייעצות קיימת כלפי כל חכם שגדול מן המתיעץ בחכמה, אף שאין הוא רבו. ובניגוד לאיסור לפסוק בדין שאינו ברור לדיין, חובת ההתייעצות קיימת, אף כאשר הדין הסופי פשוט וברור לדיין.

למדנו שהחובה להתייעץ, מהווה קומה נוספת על גבי הדין שאין לדמות מילתא למילתא. ולכן קיימת רק כאשר בתהליך הפסיקה משתמש הפוסק בדימוי מילתא למילתא, היינו, בהשוואה בין שני מקרים או שני דינים.

להרבה דעות חובת ההתייעצות אינה קיימת, כאשר הדימוי פשוט ביותר, "כביעתא בכוחא", ויש סוברים שאף כאשר הדימוי דומה ביותר למקרה שדן בו הפוסק, אין הדיין חייב להתייעץ, אף שאין הדבר פשוט "כביעתא בכוחא".

מצאנו שחובת ההתייעצות מוטלת על כל דיין, בין הגיע להוראה ובין אם לאו, אם יש בעיר חכם גדול ממנו. אף על רב העיר, ולדעת המבי"ט, אף על בית דין הקבוע שבעיר.

מצאנו שחובת ההתייעצות קיימת גם בהוראות הנוגעות לדיני איסור והיתר וגם בשאלות שבתוך ביתו.

ההתייעצות תהיה עם חכם הגדול בחכמה מן המתיעץ, הגר בעירו.

נראה שלמעשה, ניתן לסמוך על הפוסקים המתירים עיון בספרים כתחליף להתייעצות, ובלבד שהכתוב בספר יהיה דומה ביותר לנושא שבו עוסק הדיין.²⁰⁹

209. וזאת בצירוף השיטות שהזכרנו לעיל, הסוברות שאין חובה להתייעץ במקרים פשוטים, וכן אין חובה להתייעץ כאשר הדימוי הוא פשוט. יש להוסיף כי שמענו מהרב שלמה אבינר, שהיום שרוב השאלות כבר נידונו בספרים, נקראות כל השאלות, פשוטות ביותר "כביעתא

אין המתייעץ חייב לקבל את דברי המייעץ, משום שחובת ההתייעצות לא נועדה להגביל את עצמאותו כפוסק, אלא להביא לכך שיהיה מתון בדינו, וישמע דעה נוספת של תלמיד חכם גדול ממנו בטרם יפסוק את הדין. וזאת, בעיקר כאשר הוא עוסק בפסיקה על פי דימוי.

נעיר, שמתוך שיחות עם תלמידי חכמים רבים העוסקים בפסיקה בפועל, נוכחנו, שלא קיימת מודעות לחובת ההתייעצות, או שהיא נתפסת כעצה טובה בעלמא. החידוש הגדול העולה ממאמרינו הוא, שהשדרה העיקרית של הפוסקים: הרמב"ם, הטור, השו"ע, המהרש"ל, החיד"א, ערוך השלחן,²¹⁰ הרב עוזיאל, ועוד, ראו הלכה זו כחובה גמורה.²¹¹ על פי זה, כל פרטי הדינים שנתבררו במאמר, נוגעים למעשה לרוב פוסקי דורינו. על כן באנו להעלות את הדברים על שולחנם של חכמים, על מנת שיביעו חוות דעתם בעניין.

נוסיף, שבמקורות רבים, מצאנו שגדולי הדורות הזהירו מפני הוראת הלכה בצורה חפוזה, על פי דימוי מילתא למילתא, והדגישו שיש להיזהר מכך בייחוד בדורות אלו, שבהם נחלשו הדעות. על כן, הורו לעיין היטב בספריהם של הפוסקים, ראשונים כאחרונים, לפני מתן פסק הדין, הן על מנת שיתחשב הדיין בדעתם והן על מנת שלא יטעה בדין מחמת השכחה.²¹²

יהי רצון שנזכה תמיד לפסוק הלכה לאמיתה של תורה, ושנזכה לראות מהרה בכינונה של הסנהדרין שתפשוט את כל הספקות.

י. נספחים

ראינו לנכון להביא לפני הקורא כמה מהתשובות שהתייחסנו אליהם בגוף המאמר הן מפאת חשיבותם והן על מנת שניתן יהיה להבינם היטב, בהיותם מוצגים בשלמותם.

בכותחא" ולכן אין חובה להתייעץ ויש להתייעץ רק כאשר עוסקים בשאלות חדשות שלא נידונו בעבר. ואכן, נראה, שכך נוהגים בפועל, וסומכים על העיון בספרים במקום התייעצות בעל פה, וכן הבאנו לעיל שכך שמענו מהרב יעקב אריאל.

210. **ערוך השולחן** חו"מ, סימן י.

211. כמוכן, עפ"י פרטי הדינים שהובאו בגוף המאמר. ולא כדברי האומרים שדעת הרמב"ם והשולחן ערוך היא, שחובת ההתייעצות קיימת רק כאשר הדיין מסופק בדינו, וכפי שהארכנו להוכיח בגוף המאמר [פרק ג, (ד)].

212. ועיין **בשדי חמד** (עיין לעיל הערה 187), ומאמר **ריהטא דחקלאי** (שם), שהביאו הדרכות כלליות שראוי שכל פוסק ינהג בהם בבואו לפסוק הלכה.

(א) שו"ת מבי"ט, א, רפ - התייעצות דיני בית דין קבוע, עם גדול מהם הנמצא בעיר

הדרך הד', אם יש רשות לקהל לתקן ולעשות הסכמ' שלא יוכלו לדון אלא פלוני ופלוני אעפ"י שיש אחרים ראויים לדון כמותם, נראה דמצות מינוי דיינים היא הגדולים שבעיר בחכמה ושלימים יותר מאחרים בשבע מדות שמנו חכמים בדיינים, ואין אלו רשאים להסתלק מלהיות דיינים, אלא א"כ ידעו שיש לשם ראוי להוראה, וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל פ' עשרים אבל אם הדור צריך לו אינו יכול להסתלק וקרין עליה ועצומים כל הרוגיה. וכן בני העיר חייבים למנות את זה שהגיע להוראה ולא אחרים שלא הגיע להוראה. וכיון שהגיע להוראה, נראה דיכולים למנותו אפילו יש אחרים גדולים ממנו, דכמו שהם יכולים להסתלק כיון שיש שם ראוי להוראה כדאמ', ה"נ הם יכולים למנות קטנים ממנו כיון שהם ראויים להוראה. והא דתניא "אחר חכמים לשיבה, אחר רבי אליעזר ללוד, אחר ריב"ז וכו', היינו מצוה לבעל דין, כדתניא "צדק צדק תרדוף הלך אחר בית דין יפה, אחר רבי אליעזר וכו', דהיינו למי שהולך לב"ד והם הבעלי דינים שהם יכולים לכופף זה את זה ללכת לפני ב"ד יפה על הדרך הנזכרת למעלה. ואפילו יש ב"ד מומחה קבוע בעי', ואפילו שנתמנה, אם בא לפניו דין שצריך לדמותו, צריך לימלך עם מי שגדל ממנו בחכמה וכמו, שכתב הרמב"ם ז"ל פ' עשרים. ונראה, דאין קהל יכולים לעשות הסכמה שלא ילכו לדין אלא לפני הב"ד שקבעו, אפילו הוא מומחה, אי איכא גדול ממנו, דהא מצווין הן הבעלי דינים לילך מן התורה אחר ב"ד יפה כדכתיב "צדק צדק תרדוף", כדאמר, ויכולין לכופף זה את זה.

(ב) שו"ת מהרש"ל, סימן לה

1. פירוש המושג – "תוקע עצמו לדבר הלכה"

ע"כ, באתי לחפש ולצדד זכות לאותו המורה באולי מליץ יושר אחד מיני אלף יהא עמו. ואף שאין נפקותא כ"כ בדין, שאם רוב הגאונים כנגדו הרי הוא כטועה בדבר משנה, כאשר אוכיח לקמן, מ"מ, כדי שלא יכלם בדין ויקרא ב"ד טועה, ע"כ מחוייבים אנו לחקור בזכות התנצלותו. ואם בכל החקירה והדרישה ליכא גברא דקאי כוותיה, מה נדבר ונצטדק, האלהים מצא עון עבדו, כי שגגת התלמוד עולה זדון, והצור יציל משגיאות. שלמה אמר בחכמתו "רע ירוע כי ערב זר ושונא תוקעים בוטח". ההוא מקרא צרפו וזקקו ר' יצחק במסכת יבמות בפ' ב"ש (ק"ט): "רעה אחר רעה תבא למקבלי גרים ולערכי של ציון ולתוקע עצמו לדבר הלכה". ואית ביה תרי לישני בתלמוד: ללישנא קמא מפרש, כל האומר אין לו אלא תורה כו' וללישנא בתרא מפר', כגון דאתא דינא קמיה וגמר הלכה ומדמי מילתא למילתא ואית לית רבא /ליה רבה/ ולא אזיל משאיל מיניה, כי הא דאמר ר' שמואל בר נחמני א"ר

יונתן, לעולם יראה דיין עצמו כאלו חרב מונחת לו בין יריכותיו וגיהנם פתוחה לו מתחתיו, שנ' הנה מטתו של שלמ"ה ששי"ם גבורים סביב לה מגיבורי ישראל כולם אחוזי חרב מלמדי מלחמה, איש חרבו על יריכו מפחד בלילות, דהיינו מפחד של גיהנם שדומה ללילה ע"כ הסוגיא. ואף שכתב באשר"י בפרק חזקת הבתים וז"ל: "ולפי מה שהגאונים פסקו בכל איכא דאמרי לישנא קמא עיקר ולפי שכך היה שגור ברוב העולם אלא שמקצת החכמים אמרו בע"א כו', ע"כ כן פסק הריב"א", א"כ משמע, דבכל מקום הלשון ראשון עיקר והשני טפל לו, וכן דעת הריטב"א ובסוגיא זו נמי נימא הכי, מ"מ, נראה כאן דלכ"ע לישנא בתרא עיקר, מאחר שאמר ואיבעית אימא ואינו דומה לא"ד, וזהו מובן, וכן הביאו הרי"ף והרא"ש לישנא בתרא לפסק הלכה בפ"ק דסנהדרין, אלמא שהוא עיקר. ועוד, הלא אפילו בא"ד רגיל לפסוק הרי"ף כלישנא בתרא שסידר רב אשי באחרונה שהוא עיקר, כמו שכתב האשר"י בשמו בפ"ק דב"ק, והוא גופיה פסק כה"ג בסוף הפרק, אלמא מה שכתב האשר"י בפר' חזקת הבתים לפי הגאונים, היינו אליבייהו וליה לא סבירא ליה. ותדע, שהוא גופי' פסק אח"כ בסוף המוכר פירות דהלכה כלישנא בתרא דא"ד, והיינו כדעת הרי"ף גאות שפסק כן בפ"ק דע"ז, וכאשר הביא הרא"ש וכן דעת הרמב"ם ורוב הגאונים, א"כ ק"ו גבי /איבעית/ איבעי אימא דלישנא בתרא הוא עיקר. ועוד, מאחר דהנך תרי לישני לא פליגי אהדדי, א"כ כולם סלקי אליבא דהילכתא ושניהם אמת, וכאשר פסק האשר"י בריש פ"ק וז"ל "כל הני אוקימתא כולן הלכות פסוקות הם ולא פליגי אהדדי אלא מר אמר חדא" כו' וכה"ג פוסק בכמה דוכתי. ואפי' בשני פירושים אליבא דתלמודא, פוסק הרא"ש ששניהם אמת וסלקי אליבא דהלכה בפרק שור שנגח את הפרה (מ"ו): גבי אין נזקקים לתובע תחילה וכה"ג פסק מהרר"א בתרומת הדשן גבי עדות נשים, וכן חיבר בשערי דורא גבי כעינא דתורא כו', א"כ ק"ו בתרי לישני דתלמודא מאחר דלא פליגי ושניהם סברות ישרות הן, א"כ מכל הנ"ל נשמע דלישנא בתרא שהבאתי, עיקר הוא לכ"ע.

2. גדריה של חובת ההתייעצות

וא"כ, לפי זה אסור לכל מורה להורות ולדמות מילתא למילתא **אם יש גדול במדינה**. וא"ל **דווקא בדאית ליה רבא במתא** קאמר תלמודא דאסור, דהא סתמא קאמר תלמודא "ואית ליה רבא" ולא קאמר 'במתא'. ועוד, דאי במתא איירי, מאי אריא דאסור משום דלא שאל מרביה, ת"ל דמורה במקום רבו.

ואפי' קבלו עליהם שני הצדדים, מ"מ היה לו למנוע מלהורות, ופשיטא שכה"ג נקרא שוטה רשע וגס רוח, מאחר שקפץ בהוראה.

ומן הנראה, אפי' כשאינו מדמה מילתא למילתא, אפ"ה היה לו למנוע עצמו מלקפוץ בהוראה, וכן יראה מדברי מהר"ם שפסק כנדון דידן, וז"ל: "כל פסק שאדם

רואה בפיו בספר מספרי הגאונים יכול להורות בימי רבו ואפיו תלמיד גמור רק שלא יורה דבר מלבו ולא יסמוך על ראיותיו ולא ידמה מילתא למילתא ע"כ.

ושמענין מיניה תלת מילי: **חדא**, אפיו מי שהוא ראוי להוראה וראה פסק אחד שמותר להורות, אפ"ה אינו מורה אלא בימי רבו. ולא בפניו, מדלא אמר רבותא אפילו בפני רבו רק בימי רבו קאמר, ומדקאמר אח"כ אפיו תלמיד משמע דלעיל מיניה איירי אפילו באדם גדול שהגיע להוראה. וא"ל דלעיל כל אדם, ומי שהוא מוחזק להוראה אפיו בפני רבו מותר והא דכתב בימי רבו משום הך שריותא גבי תלמיד שכתב אחריו קאמר הכי, דזה אינו מותר אלא בימי רבו ולא לפני רבו, אבל לעולם בעל הוראה שרי בכל עניין, א"נ, משום הא לא כתב רבותא ברישא דאפיו בפני רבו מותר בעבור הסיפא שלא ידמה מילתא למילתא ולסמוך על לבו דאסור אפילו בימי רבו. ז"א, מדלא כתב מהר"ם בזה הלשון כל פסק שאדם רואה בפיו כו' אפיו הוא תלמיד גמור יכול להורות בימי רבו, ומדאפליג מהר"ם לתרתי בבי לשנות הלשון, כדי לאשמועינן דאפילו בעל הוראה ואדם גדול לא שרי אלא בימי רבו ולא לפניו, דלא תימא דווקא אתלמיד קאי שאסור לפני רבו אלא בכל עניין אסור. **תניינא**, דלאו דווקא מדמה מילתה קאמר תלמודא דאסור בלא שאילת רבו, אלא אפילו הראייה שמדקדק ושקיל וטרי מן התלמוד והגאונים אסור, א"ל שראה בפיו בפסקי הגאונים, כמו שכתב מהר"ם לעיל. **תליתאי**, דלא תימא דווקא היכא שנתאמץ וקופץ להוראה אסור, אבל מי שקבלוהו שני הצדדים עליהם שרי בכל עניין דהא מדכתב מהר"ם כל פסק כו' משמע בלא פלוג לעולם אסור מדן[לא] כתב סתמא **וממילא ידעינן דקאי אכל דבר בין אהוראות איסור בין אממון** אלא לאשמועינן אפילו כה"ג שפיו אפ"ה אסור אם כן ע"כ סוגיא דתלמודא בפר' ב"ש אפיו רבו אינו אצלו מ"מ אסור. וא"ל דוקא כשיש לו רבו מובהק אבל כשאין לו רבו מובהק וק"ו שאינו מובהק דשרי אפילו כשיש גדול ממנו בעיר אצלו והוא במדינה, ז"א, מדלא כתב תלמודא בקצרה ולא אזיל ושאל שמעתא מרביה, דאז הוה משמע כפשוטו דאיירי ברביה, אלא כך כתב תלמודא "ואית ליה רבא ולא אזיל" כו', **כלומר, שיש לו אדם גדול ממנו אפילו אינו רבו** וג"כ אינו אצלו, אפ"ה אסור היכא דרוצה לדמות מילתא למילתא ולסמוך על ראייתו. וכאשר פירשתי סוגית התלמוד, כן מובן מדעת הרמב"ם להדיא שכתב בפ"כ דהלכות סנהדרין (ה"ח) וז"ל "כל דין שבא לפניו דין והתחיל לדמותו לדין פסוק שכבר ידע ויש במדינה גדול ממנו בחכמה ואינו הולך ונמלך בו הרי הוא בכלל הרשעים שלבם גס בהוראה ואמרו חכמים רעה על רעה תבא לו". אלמא, ממש כדברי...