



דף שבועי

פרשת שלח, תשפ"ג, מספר 1523

התקדים במשפט העברי

אלישי בן יצחק

שקילל את ה', וגם שם הושם המקלל 'במשמר' עד שיתברר מה דינו, ומי שקבע שם את המצב המשפטי היה א-לוהים.³ המשותף לשני המקרים הללו הוא שהם מהווים אירוע משפטי מכונן, המוכתר בשפה המשפטית בשם 'תקדים'.

'תקדים משפטי' מוסב על אירוע ייחודי, שהינו ראשוני, ואשר הוליד הכרעה משפטית חדשה או הכרעה שונה מהנהוג עד למקרה זה. לאחר ההכרעה המשפטית במקרה הראשוני, הופך אירוע זה לשמש כאב טיפוס לקראת הכרעות דומות במקרים בעלי נסיבות דומות ועובדות זהות, שיתבררו בפני ערכאה שיפוטית. שיטת התקדים נובעת מהיסוד הפשוט שלפיו המשפט הולך אחר המציאות, ולעולם תקדים המציאות את הנורמה המשפטית. נוהג שבעולם הוא שקודם מתרחש אירוע ייחודי שמהווה נקודת מפנה בהתייחסות הנורמטיבית, ורק אחריו נקבע הדין. הדוגמה המובהקת לכך היא ברצח הראשון בעולם, שאודותיו קראנו בפרשת בראשית. קין רצח את אחיו הבל, ונענש על מעשהו למרות שלא קדם לכך ציווי מפורש ואיסור על רצח.

עקרון התקדים המחייב מעורר מספר נקודות הטעונות בירור, והבולטות שבהן עוסקות בשאלה מה המשקל ששופט צריך לתת לתקדים המשפטי. שאלה נוספת עוסקת בתחולתו של התקדים; האם כוחו יפה רק במקרים שהמחוקק לא התייחס אליהם, או גם בפרשנות של דבר חקיקה.⁴ וכן, האם כל תקדים של כל שופט בכל ערכאה שיפוטית יחייב מכאן ולהבא.⁵ התקדים, כמו כל דבר אחר, יש בו יתרונות וחסרונות,⁶ ומשכך, הדיון בו וזיקוקו מחייבים התעסקות מתמשכת בבניינו ובאדניו.⁷ את מאמרי כאן אבקש לייחד לשאלת התקדים באספקלריית המשפט העברי.⁸

בין ענייני הפרשה מקופל האירוע שזכה לכינוי 'פרשת המקושש'. פרשייה זו מתארת אירוע שמתרחש בתקופת נדודי בני ישראל במדבר. וכך המקרא מתאר את המקרה: "וַיְהִי בְּנֵי יִשְׂרָאֵל בְּמִדְבַּר וַיִּמְצְאוּ אִישׁ מִקְשָׁשׁ עֲצִים בַּיּוֹם הַשִּׁבְעִי" (במ' טו:לב). הכתוב מתאר לנו אירוע על דמות מקראית שזהותה חסויה ולא ידועה,¹ המקושש עצים בשבת.²

על השבת הצטוו בני ישראל במעמד הר סיני: "זְכוֹר אֶת יוֹם הַשַּׁבָּת לְקַדְּשׁוֹ. שֵׁשֶׁת יָמִים תַּעֲבֹד וְעָשִׂיתָ כָּל מְלֶאכֶתֶךָ. וַיּוֹם הַשְּׁבִיעִי שַׁבָּת לַה' אֱ-לֹהֶיךָ לֹא תַעֲשֶׂה כָּל מְלֶאכֶה אֹתָהּ וּבְנֶךָ וּבִתֶּךָ עֹבֵדֶךָ וְאִמְתֶּךָ וּבַהֶמְתֶּךָ וְגֵרְךָ" (שמ' כ:ז-י). אירוע המקושש היה חדש וייחודי עבור בני ישראל באותה העת, והתשובה לשאלה מה דינו לא הייתה ידועה. לכן הכתוב מתאר: "וַיִּקְרִיבוּ אֹתוֹ הַמְצַאִים אֹתוֹ מִקְשָׁשׁ עֲצִים אֶל מֹשֶׁה וְאֶל אֹהֲרֹן וְאֶל כָּל הָעֵדָה. וַיִּנְיְחוּ אֹתוֹ בַּמִּשְׁמֶר כִּי לֹא פָרַשׁ מֶה יַעֲשֶׂה לוֹ" (במ' טו:לג-לד). כלומר, עם ישראל, התביעה הכללית, הביאו את המקושש לפני משה רבנו, הסמכות הבכירה ברשות השופטת בתקופת המדבר. סמכויותיו המשפטיות של משה רבנו הוגדרו בפרשת יתרו, כשהוקמו ערכאות השיפוט בישראל: "וַשְּׁפֹטוּ אֶת הָעָם בְּכָל יְמֵיךָ אֶת הַדָּבָר הַקָּשֶׁה יִבְיֹאוּן אֶל מֹשֶׁה וְכָל הַדָּבָר הַקָּטָן יִשְׁפֹטוּ הֵם" (שמ' יח:כו). כאמור, האירוע של המקושש הוצג בפני משה, אהרן וכל העדה, כדי לפסוק את דינו, ומשה פנה למחוקק, לקב"ה, וביקש לדעת מה דינו של מי שמקושש בשבת. תשובת ה' הייתה: "וַיֹּאמֶר ה' אֶל מֹשֶׁה מוֹת יוֹמֵת הָאִישׁ" (במ' טו:לה).

המקרה של המקושש עצים בשבת אינו הדוגמה הראשונה במקרא למצב משפטי שאינו מבורר. דוגמה נוספת לכך אנו מוצאים בפרשת המקלל המקלל המתוארת בספר ויקרא (כד:יא-טז). שם מצאו בני ישראל אדם

3 על השוני בין שני המקרים ראו: רש"ר הירש במדבר טו:לב-לה.
4 ראו בהקשר זה: אהרון ברק, פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה, כךך ב, (ירושלים, 1993) עמ' 760-764 (להלן: ברק, פרשנות).
5 ראו סע' 20 לחוק יסוד: השפיטה. וראו: ברק, פרשנות, עמ' 764-778.
6 ראו סקירה של יתרונות וחסרונות התקדים בספרו של חיים שיינ, הפילוסופיה של המשפט – עיון ישראלי (תל אביב תשס"ח), עמ' 387-389.
7 ראו בהקשר זה: גד טדסקי, "עוללות בדברי התקדימים", הפרקליט יז (תשכ"א), עמ' 244; איתן מגן, "תקדים מחייב

* אלישי בן יצחק, עורך דין ומגשר, מרצה במרכז האקדמי 'שערי מדע ומשפט', תלמיד המחלקה לפילוסופיה יהודית, אוניברסיטת בר אילן.
יהיו דברינו כאן מוקדשים לזכרה של הילדה האהובה שנקטפה בדמי ימיה תהילה ז"ל, שהימים ימי אזכרתה.
1 לדיון בשאלת זהותו של המקושש ולמחלוקת תנאים בעניין זה ראו: בבלי שבת צו ע"ב.
2 בניסיון להבין מה בדיוק היה חטאו של מקושש העצים ראו: בבלי שבת צו ע"ב, ראו גם ספרא במדבר פסקה קיג; ילקוט שמעוני במדבר רמז תשמט; לדיון בגישות השונות המובאות בחז"ל ראו: רש"ר הירש לבמ' טו:לב.



הכתובים הם העיקר, וצריך הדין או המורה הוראה לשקול אותם לפי כל מעשה ומעשה הבא לפניו, ולהקיש את הדין לדומה לו ולהוציא ענפים מן העיקרים ההם. ולא נכתבו המעשיות המרובות הכוללות מקצת דינים בתלמוד חנם, וגם לא שיעשה הדין בענין ההוא לפי מה שנזכר שם, אלא כדי שיסגל החכם, בשמעו אותם הרבה פעמים, כח של שקול דעת ודרך טובה בהוראה למעשה. ואפילו היה בטול דין בעל מצר למי שהלך לעיר אחרת מפורש בתלמוד, היה לו לדיין להכריע בזה לכאן או לכאן, ולא כל שכן שהוא סברה של אחרונים לתקון העולם.

האחריות בפסיקת הדין מוטלת ורובצת על השופט המצווה על "צדק צדק תרדף" (דב' טז:כ). לפי המשפט העברי, שופט אינו רשאי לעשות לעצמו 'קפנדריא' ולהכריע את העניין המובא בפניו על בסיס תקדימים בלבד. התקדימים יכולים לשמש רקע, הם יכולים לשמש מצפן ערכי נורמטיבי עבור השופט, אבל ודאי הוא שאין אף מקרה הדומה בדיוק למקרה אחר, ועבור הצדדים הנידונים כל תיק הוא עולם ומלואו. משכך, תפקידו של השופט הוא לשמוע, לחקור, לבדוק ולהבין את פרטי העובדות, לגבש אותם ככל האפשר, ואז לחרוץ דין. באחד מפסקי הדין שכתב השופט ויתקון, הוא התייחס לזהירות שחלה על היושב בדין מאימוץ טכני של תקדימים. וזו לשונו:¹²

ניטיב לעשות אם לא נקבל את עול התקדים במשמעותו הדווקנית. כאמור, אינני חושש מאנדרלמוסיה ומיתר מיני פורענויות. חזקה על השופט בישראל שידע לכבד אסמכתה ולא יסטה מן ההלכה הפסוקה אלא במקרים יוצאים מן הכלל. אין אני מתעלם מן הצורך ביציבות המשפט, אך אינני מוכן לקנות יציבות במחיר של הצדק... במצב כזה יש, לפעמים, צורך לעיין מחדש בהלכות, אפילו נפסקו לא מכבר, ולא ניתן לומר שבינתיים השתנו תנאי החיים. לכן, תורת התקדים במשמעותה הנוקשה והדווקנית, לא זו בלבד שאינה צורך השעה, אלא להפך, עלולה היא להיות בעוכרי התקדמותנו.

או בניסוחו התמציתי של המאירי:¹³

ודברים אלו אין לדיין בהם אלא מה שיראה בעיניו ובאזניו ישמע ולבבו יבין.

הדף השבועי מופץ בסיוע קרן הנשיא

לתורה ולמדע, ומופיע גם באתר המידע של אוניברסיטת בר-אילן בכתובת:

<http://www1.biu.ac.il/parasha2>

כתובת דוא"ל של הדף: dafshv@mail.biu.ac.il

ניתן לפנות לכתובת זו ולקבל את הדף מדי שבוע בדוא"ל.

f הדף השבועי - אוניברסיטת בר אילן

יש לשמור על קדושת העלון

עורך: ד"ר צבי שמעון

עורכת לשון: רחל הכהן שיף

12 בג"ץ 176/54 נחום יהושע נ' ועדת לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום) ואח', פד"י ט 617, עמ' 630-631.

13 בית הבחירה למאירי כתובות נא ע"ב.

הפסוק בספר דברים: "וְאֶצְוָה אֶת שְׁפִטֵיכֶם בְּעַת הַהוּא לֵאמֹר שְׁמַע בֵּין אֲחֵיכֶם וּשְׁפִטֵתֶם צְדָק" (דב' א:טז) נדרש ע"י הספרי באופן הבא:⁹

היו מתונים בדין שאם בא דין לפניך פעם שתיים ושלש אל תאמר כבר בא דין זה לפני ושניתיו ושלשתיו, אלא היו מתונים בדין.

תפיסה זו מבקשת להרחיק את השופט מקיבעון פסיקת הנובע רק מהישנות המקרה. במילים אחרות, הישנות המקרה מספר פעמים אינה מחייבת בהכרח שבכל פעם תהיה התוצאה זהה. לא בכדי התפיסה המקראית מניחה כקביעה "כִּי הַמִּשְׁפָּט לֹא-לֵהִימ הוּא" (דב' א:יז). לנוכח קביעה זו, הנביא ישעיה ממשך וקובע את המוטל על האדם: "לְמַדוּ הַיָּטֵב דְרָשׁוּ מִשְׁפָּט" (יש' א:יז).

שאלת המחויבות של הדיין לפסקים ולעמדות של פוסקי הלכה קדומים יותר נידונה גם ע"י הרב אשר בן יחיאל, המוכר בכינוי הרא"ש. הוא הניח עיקרון שיש בו כדי להאיר את דיונונו כאן, וכך הם דבריו:¹⁰

אבל אם לא ישרו בעיניו דבריהם ומביא ראיות לדבריו המקובלים לאנשי דורו. יפתח בדורו כשמואל בדורו. אין לך אלא שופט אשר יהיה בימים ההם ויכול לסתור דבריהם. כי כל הדברים שאינם מבוארים בש"ס שסדר רב אשי ורבינא אדם יכול לסתור ולבנות אפילו לחלוק על דברי הגאונים... אבל הדיין ההוא פשיטא שיש לחלוק על דבריהם דאמוראים האחרונים פעמים חולקין על הראשונים ואדרבה אנו תופסין דברי האחרונים עיקר כיון שידעו סברת הראשונים וסברתם והכריעו בין אלו הסברות ועמדו על עיקרו של דבר.

לשיטתו של הרא"ש, התקדימים אינם אמורים להגביל את הדיין עד שאינו רשאי לסטות מהם. ההפך הוא הנכון; במציאות משתנה, פסיקה שניתנה אתמול אינה יכולה בהכרח להכריע על המקרה של מחר. כל תקופה ומאפייניה, וההכרעות הראויות לה. מיצוי מלאכת השיפוט אינה פעולה טכנית שעוסקת באיתור התקדים המשפטי וביישומו כמות שהוא על המקרה הנדון.

ר' אברהם בנו של הרמב"ם כתב תשובה ובה הניח לדיין כלל שיפוטי ביחס לפסיקה על בסיס תקדימים בלבד, וכך הוא קובע:¹¹

כללו של דבר, אומר אני שדיין שאינו הולך בפסקיו אלא אחר מה שכתוב ומפורש הוא חלש ורפה, ולפי זה יתבטל מה שאמרו אין לדיין אלא מה שענינו רואות. ואין הדבר כן, אלא הדברים

– קשיי יישומו במישור האנכי, הפרקליט מג (תשנ"ז), עמ' 324; מאיר שמגר, "על התקדים ועל ודאות הדין", משפטים יז (תשמ"ז-מ"ח), עמ' 433; מיכל טמיר, "עלותו השקועה של התקדים", דין ודברים א (תשס"ה), עמ' 211; עדנה קפלן הגלר, "תחולה עתידית לתקדימי בית המשפט העליון", מאזני משפט ד (תשס"ה), עמ' 125; עמרי בן צבי, "התקדים כמוסד פילוסופי", משפטים מ (2011), עמ' 777; 8 ראו: מנחם אלון, המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו, כרך א, מהדורה שלישית, (ירושלים תשנ"ח), עמ' 768-805; זרח ורהפטיג, מחקרים במשפט העברי, (ירושלים תשמ"ה), עמ' 45; חיים כהן, "התקדים במשפט העברי", שנתון המשפט העברי ו-ז (תשל"ט), עמ' 105.

9 ספרי דברים פיסקא טז.

10 פסקי רא"ש סנהדרין פרק ד סימן ו.

11 שו"ת רבי אברהם בן הרמב"ם סימן צז.