

# פרשת השבוע

עורכים: אביעד הכהן, מיכאל ויגודה  
עריכה לשונית: יחיאל קארה

פרשת שמיני, תשע"ו, גיליון מס' 459

## חכמה לאחר מעשה

אברהם וינרוט\*

יותר. על כן, אם האירוע התרחש בסופו של דבר, בני אדם נוטים לטעון שהסיכוי שיתרחש היה רב.

בבואנו לשפוט את סבירותו של מעשה מסוים ולקבוע אם נעשה ברשלנות אם לאו, עלינו להיזהר ולהישמר אפוא מן ההטיה של חכמה שבדיעבד, שהרי הסבירות להתרחשותו של אירוע צריכה להיקבע על פי מה שנראו הדברים בזמן אמת בלא שתושפע מהתרחשותו של אותו אירוע בסופו של דבר. אם לא נעשה כן, עלולה רשלנות להפוך לאחריות מוחלטת. עניין "כשל החכמה שלאחר מעשה" עלה בוועדות חקירה רבות, כגון "ועדת כהן", "ועדת שמגר" לעניין הרצח במערת המכפלה, ו"ועדת החקירה לעניין רצח רוה"מ יצחק רבין ז"ל". אכן, כל ביקורת, והביקורת השיפוטית בכללה, מתבססת בהכרח על בדיקה בדיעבד של שיקולי המבוקר ומעשיו, ועל העמדתם למבחני התקינות והסבירות. אך על המבקר להיות מודע לסיכון שבהשלכה מן המאוחר למוקדם<sup>1</sup>.

## הקדמה

"השכל בא אחרי הזמן", ואנו מבינים את האירועים לאמתם לאחר שהתרחשו. ברם, דעת לנבון נקל כי חכמה לאחר מעשה אינה חכמה. ש"י עגנון המשיל זאת בסיפור בשם "תרנגול ותפילת בני אדם", המגולל את מעשהו של תרנגול הנמכר ליהודי, ומקבל את כל צרכיו עד שמגיע ערב יום הכיפורים, ואז הוא משמש כ"תרנגול כפרות". הוא מביט "כתרנגול בבני אדם" העושים בו מעשים משונים שאינו מבין את פשרם, עד שבעל הבית לוקח אותו אצל השוחט. הסיפור נחתם במשפט "אך ידיעה שלאחר מעשה, מה מועילה?".

ואף על פי כן, קיימת בלבנו הטיה מכוח חכמה בדיעבד, הנקראת גם הטיית ראייה לאחור (Hindsight bias). ביטויים כגון: "השוק היה כל כך גבוה שהוא היה חייב לרדת" או "המשבר היה בלתי נמנע" הם דוגמה להטיית החכמה בדיעבד. כלומר, ההערכה בדבר סבירות התרחשותו של אירוע מושפעת מהתרחשותו או אי-התרחשותו. אחרי שידוע לנו שאירוע מסוים התרחש, קיימת הטיה טבעית לשפוט את הסיכוי שאירוע זה היה צריך להתרחש כגבוה

\* ד"ר אברהם וינרוט, עו"ד, משרד ד"ר אבי וינרוט ושות'.

<sup>1</sup> בוועדת חקירה, תכלית הבחינה אינה בירור שיפוטי של אשמת הנפשות הפועלות, אלא הפקת לקחים מן האירוע, וביחס לזה נכון הכלל "אין חכם כבעל הניסיון", כשיש להפיק לקחים על בסיס מה שקרה בפועל. וראה פרופ' ישראל ליבליך, "ועדת חקירה מן ההיבט

בעוד שחכמה לאחר מעשה אינה חכמה, נראה כי בנוגע להכרעות משפטיות, כשאנחנו באים לשפוט דברים לאמתם ולבחון את מידת הצדק שבהם, אין מנוס לעתים מלהביט על הדברים במבט הכולל נתונים שאירעו לאחר מעשה.

## מחלוקת השופטים ב"פסק דין כנען"

דוגמה יפה למחלוקת שהתעוררה בסוגיה זו מצויה בדנ"א 2568/97 זהבה כנען נ' ממשלת ארה"ב.<sup>2</sup> מעשה שהיה שם כך היה. גב' כנען, סוחרת בשוק הפשפשים ביפו, רכשה תמורת 250 ש"ח שני ציורים מרוכלת, מרים מזרחי שמה, שנהגה למכור ממכונתה טובין מיד שנייה, ובכללם ציורי "קישט". לימים, לאחר שהסירה את הציורים ממסגרותיהם לצורכי ניקוי, מצאה גב' כנען כי הציורים מסומנים במדבקת המוזיאון היהודי בניו-יורק וחתומים בשם ראובן. גב' כנען פנתה למשטרה ולמוזיאון לברר את העניין, ועד מהרה נתגלה שמדובר בשני ציורים מקוריים של האמן ראובן רובין שהושאלו לממשלת ארצות-הברית לשם הצגתם בתערוכה של אמנות יהודית במוזיאון היהודי, ומשם הם נעלמו. ממשלת ארצות-הברית שילמה למוזיאון ישראל ולבעליהם המקוריים של הציורים סך של 115,000 דולר. השאלה שעמדה לדיון הייתה: למי נתונה הבעלות על שני הציורים - אם לגב' כנען או לממשלת ארה"ב? המחלוקת סובבת סביב שאלת תחולתה של הוראת סעיף 34 לחוק המכר (המוגדרת גם כ"תקנת השוק"), הקובע לאמור:

נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר, והמכירה היתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר, אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום-לב.

ממשלת ארה"ב טענה שהתמורה ששילמה גב' כנען אינה ראלית. גב' כנען טענה שבזמן שנרכשו התמונות, לא ידעה שהציורים הם של הצייר רובין, ועל כן התמורה ששילמה היא ראלית. המשנה לנשיא (דאז), השופט מישאל חשין, הגדיר את השאלה שנידונה במשפט כך:

התמורה ששילמה הגב' כנען עבור הציורים הייתה תמורה ממשית על-פי אמת-מבחן ex ante, ואילו על-פי

אמת-מבחן ex post, לא הייתה התמורה תמורה ממשית. השאלה הנשאלת היא אם נשפוט את מעשה המכר, והתמורה בצדו, מראש - לעת מעשה הממכר - או אם נשפוט אותו בדיעבד, לאחר מעשה הממכר. על כך נחלקו חבריי, מי לכאן ומי לכאן, והגיעה עת שאודיע למי מן המחנות אספח עצמי.

בשאלה זו נחלקו הדעות בביהמ"ש העליון. דעת הרוב, מפי השופט חשין ואחרים הייתה כי התמורה ששילמה הגב' כנען למוכרת (הגב' מזרחי) לא הייתה תמורה "ממשית", שכן במסגרת תנאיו של סעיף 34 לחוק נדרשת תמורה הנמדדת בדיעבד אחרי ביצוע המכר. לעומת זאת, דעת המיעוט (השופטים לוין, טירקל ואנגלרד) הייתה כי התקיימו תנאי "תקנת השוק", ויש להותיר את התמונה בידי מי שקנתה אותה, מפני שהתמורה אינה נמדדת לפי הידיעה בדיעבד, ויש למדוד את התמורה לפי אומד-דעתם של הצדדים בעת עריכת עסקת המכר.

## המחלוקת בין רבי עקיבא איגר ורבי שמואל שטרשון

דומה כי מצינו ביטוי מוקדם למחלוקת זו בשלושה עניינים שנחלקו בהם שני גאונים תורניים: רבי עקיבא איגר (פוזן, המאה הי"ח) והרש"ש, - הרב שמואל שטרשון (וילנא, המאה הי"ח), בשאלת דרך ההכרעה ההלכתית במקום שיש ספק עובדתי בהתאם לכללי ההסתברות, דהיינו ביחס להפעלת העיקרון של הכרעה לפי רוב, הנלמד מן הפסוק: "אחרי רבים להטות" (שמות כג, ב). אמנם ההקשרים המשפטיים וההלכתיים שונים בתכלית, ויש לנקוט זהירות בבואנו להקיש בין הכרעת ספק מכוח רוב ובין "תקנת השוק" בחוק המכר, ואם זאת דומה כאמור שבשניהם עולה השאלה כיצד משפיע נתון המתברר רק בדיעבד.

העניין הראשון נוגע למשנה במסכת כתובות<sup>3</sup> העוסקת בכשרותה של אישה שנאנסה להינשא לכהן. הכלל הוא: אם האנס הוא אדם פסול (למשל ממזר) - היא אסורה לכהן; ואם הוא כשר לבוא בקהל - היא מותרת לכהן. וכיצד נדע אם היה האנס כשר או פסול? על פי מעמד רוב הנמצאים בעיר שאירע בה האונס.

ביחס למשנה זאת, מחדש רבי עקיבא איגר<sup>4</sup>, כי במקרה של רוב דחוק, כגון שיש בעיר 51 אנשים כשרים לעומת 50 פסולים, האישה הנאנסת אסורה להינשא לכהן. ונשאלת השאלה מדוע הוא פוסק כן? והרי גם רוב דחוק רוב הוא?

<sup>3</sup> משנה, כתובות א, י.  
<sup>4</sup> בתוספות שלו על המשנה.

הפסיכולוגי או - הדלות שברטרופסקציה", הפרקליט לו (התשמ"ז) 417, ולפיו השיפוט יהיה לעולם מוכתם בידע הקיים בדיעבד. ברור גם כי הכרעה משפטית במצבי ספק על בסיס רוב או עדים תשתנה, אם יתברר לאחר מעשה כי "בא הרוג ברגליו". חכמה זו שלאחר המעשה תכריע את הספק. ברם, בחינת אירוע בשעת מעשה אסור לה שתביא בחשבון את מה שנודע לנו רק לאחר המעשה.  
<sup>2</sup> פ"ד נז(2) 632.

והתשובה: כיוון שהכהן הבא לשאת את האנוסה גם הוא מבני העיר, והוא יודע שהוא עצמו לא היה האנס. אם כן, מבחינתו יש בעיר 50 כשרים לעומת 50 פסולים, וממילא אין כאן רוב, והסיכויים הם שקולים (50%) שהאנס בא מן הכשרים או מן הפסולים. מסקנתו של רבי עקיבא איגר עקב הערה חריפה זאת היא אפוא: ברוב דחוק מעין זה אין הכהן יכול להכריע על פי רוב, ואסור לו לשאת את האישה.

לעומת זאת, הרש"ש<sup>5</sup> חולק על רבי עקיבא איגר מכול וכול, וסובר כי גם במקרה זה יש לפנינו רוב, והאנוסה מותרת לכהן.

ונשאלת השאלה: מה פשר שיטת הרש"ש ובמה חולק הוא על רבי עקיבא איגר? נראה כי גדר המחלוקת נערץ בהגדרת השאלה העומדת להכרעה.

לדעת רבי עקיבא איגר, נוטלים את המקרה הנתון לפנינו בהווה, היינו בשעה שהכהן בא לשאת את האנוסה לאישה, ובוחנים טרוספקטיבית לפי כללי ההסתברות כיצד יש להשיב על השאלה: מה קרה?

לעומת זאת, לפי שיטת הרש"ש, השאלה הנידונה היא לעולם בראייה הצופה פני עתיד, ויש לשאול: מה עשוי לקרות? מובן כי כשבוחנים את השאלה מראש, אין נתון מסוים המוכנס אל תוך השאלה כהנחה, ובמקרה הנידון, השאלה אינה ביחס לכהן מסוים הבא לשאת אותה עתה לאישה, אלא שאלה כללית: נערה שנאנסת בעיר הזאת וזוהת האנס לא ידועה, האם היא מותרת לכהונה? משהוצבה השאלה ההסתברותית בלא להביא בחשבון ידיעה המתוספת לאחר מעשה, ברור כי יש רוב כשרים בעיר, ועקב זאת נקבע שהאנוסה לא נפסלה לכהונה<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> רש"ש, כתובות יד ע"ב, ד"ה במשנה.

<sup>6</sup> לכאורה מחלוקת מעין זו, ואף מפורשת יותר, מצאנו כבר בין הראשונים, אף היא בדיני רוב, בעניין ההבחנה הידועה בין ספק שנולד במקום קביעותו (עליו חל הכלל "כל קבוע כמחצה על מחצה"), ובין ספק שנולד לגבי דבר שפרש ממקום קביעותו (עליו חל הכלל "כל דפריש מרובא פריש"). הדעות נחלקו איזה כלל חל לגבי דבר שנתברר למפרע שהיה בו ספק עוד במקום קביעותו. לדעת הרשב"א: "אם בשעה שלקח מן המקולין [=האיטליין] עדיין לא נודע שהיה שם טריפה, וגם לא נולד שם ספק, בהא לא אמרינן כל קבוע [כמחצה על מחצה דמי], שהרי בשעה שלקחו מן הקבוע לא היה שם ספק ולא נולד הספק מעולם בקבוע אלא בפורש, ואז איכא למימר כל דפריש מרובא פריש, והיינו דאמרינן ובנמצא הלך אחר הרוב" (חידושי הרשב"א, חולין צד ע"ב, ד"ה מעשה). הרא"ה חולק, וטעמו עמו: "ספק זה אינו מחודש אלא גלוי מילתא בעלמא הוא, שתחלה היה נעלם ממני שהייתי סבור שכולן מותרות, וכשנתברר שאחד אסור איגלי מילתא למפרע שבשעת מקח חתיכה זו כשפירשה מהן באותה שעה היה ספק שלה. וזה ברור" (בדק הבית, בית רביעי, שער שני, עמ' רפח בהוצאת מוסד הרב קוק).

הרש"ש מביא ראייה לשיטתו מסוגיית הגמרא במסכת בבא-בתרא<sup>7</sup>, שמובאת בה משנה האומרת שאם נמצא גזול בתוך חמישים אמה משובך יונים, הגזול של בעל השובך; ואם נמצא מחוץ לחמישים אמה, הריהו של המוצא. ומה הדין כאשר הגזול נמצא בין שני שובכים? על כך קובעת המשנה: "נמצא הגזול בין שני שובכים: קרוב לזה - שלו; קרוב לזה - שלו; מחצה על מחצה - שניהם יחלוקו". והגמרא מסיקה שם כי אם יש באחד מן השובכים יותר גוזלים מבושוכך האחר, הגזול שייך לבעל השובך שנמצאו בו רוב הגוזלים, אף על פי שהוא מרוחק יותר מן השובך האחר. לכאורה, מה עניין רוב הגוזלים בשובך? הרי ברור שהגוזלים הללו נותרו בשובך, ואילו הגזול המצוי לפנינו אינו מאלה שנותרו בשובך. איזו הוכחה יש מגוזלים אלו על הגזול שלפנינו, שהוא שונה מהם ומצוי מחוץ לשובך?

אין זאת אלא כי השאלה אינה בדיעבד, אם הגזול הזה בא משובך אחד או משובך אחר, אלא יש להציב את מדד ההסתברויות מראש, בלא להביא בחשבון ידיעה שהיא בגדר חכמה שלאחר מעשה, ולבחון מהיכן מסתבר יותר שיגיע גזול שיפרוש מן הקן. כלומר, גם אם השאלה נובעת ממעשה שהיה, אין מביאים בחשבון את העובדות המסוימות של המעשה אלא את היסוד העקרוני של השאלה, כפי שהייתה מתעוררת אילו נלמדה כסוגיה עיונית, בלי להכניס לשאלה עובדות הידועות רק בדיעבד.

הרש"ש מרחיק לכת ומביא דוגמא מרהיבה כחידוש העולה לכאורה משיטתו:

בעיר אחת יש שתי חנויות לממכר בשר: אחת מוכרת בשר כשר והיקף מכירותיה עומד על 40 יחידות, והשנייה מוכרת בשר שאינו כשר והיקף מכירותיה 20 יחידות בלבד. כעת, נמצאה בעיר חתיכת בשר: האם היא כשרה אם לאו? לכאורה, ברור שיש לשייך אותה לחנות הכשרה, שהרי רוב הבשר בעיר בא ממנה, וממילא מחייבים כללי ההסתברות לקבוע כי הבשר שנמצא בא מן החנות הכשרה.

אולם מה יהא הדין כאשר בחנות הכשרה משווקים 30 חתיכות בשר מרובעות ועשר משולשות, ובחנות שאינה כשרה משווקים 20 חתיכות בשר שכולן משולשות, וחתיכת הבשר שנמצאה היא משולשת. במקרה זה, לכאורה סביר להניח כי מקור חתיכת הבשר שנמצאה הוא בחנות הלא כשרה, המוכרת את רוב החתיכות המשולשות בעיר, ועל כן החתיכה אסורה. כך לשיטת רבי עקיבא איגר, אך הרש"ש סבור כי גם במקרה זה יש ללכת אחר רוב החתיכות הכשרות, והחתיכה שנמצאה כשרה!

<sup>7</sup> בבא בתרא כג ע"ב.

ומה הגיונו של חידוש מופלג זה?

העובדתי הנתון לפנינו בשעת מעשה (כציר "קיטש" הנמכר בשוק הפשפשים ביפו), וביחס למציאות הנתונה בשעת המכירה, התמורה שקיבל המוכר סבירה. הנתונים המשנים את נתוני התמונה הם בגדר חכמה לאחר מעשה.

## סוף דבר

באחד מפסקי הדין שכתב השופט זילברג<sup>9</sup>, הוא מביא מדברי ה"נודע ביהודה" ביחס לבחינת המונחים "ראוי" ו"מוחזק", ומצא שהם דומים להגדרתו של השופט האנגלי הלורד פריי מניות ואיגרות חוב כ"chose in action". השופט זילברג אף אומר כי:

הדמיון בין הפסק האנגלי והתשובה הרבנית הוא מפתיע, ואלמלא המרחק הרב, בחומר וברוח, בין עולמו של ר' יחזקאל לנדא ועולמו של השופט פריי, השיאני ליבי לומר, כי השופט פריי ראה לפניו את הנודע ביהודה.

ביחס לזה, אומר פרופ' מנחם אֶלון<sup>10</sup>:

ולי שהייתי אז עול ימים בעולם המשפט ובמשיכה בעול חיי המעשה של המשפט, לא היה אכפת כל כך אם הלורד פריי אמנם ראה את הנודע ביהודה, אבל היה אכפת לי מאוד, שלפתע הרגשתי שוב בבית, בעולמו של הנודע ביהודה, כשהתנא דמסייע הוא הלורד פריי.

והנה תחושה זו חוזרת ומתעוררת אצלנו בסוגיה דנן, עת שנראה לכאורה, לאחר העיון בדברים שאמרנו לעיל, כי המחלוקת שניטשה בבית המשפט העליון בפסק הדין ב"פרשת כנען" בין השופט חשין ואחרים מצד אחד לבין השופטים טירקל ואנגלרד ואחרים מצד שני דומה להפליא למחלוקת שניטשה בין רבי עקיבא איגר לבין הרש"ש.

כיוון שהשאלה המוצגת בפני הדיינים אינה כוללת את המידע הנמצא בידנו לאחר מעשה, אודות מאפייני חתיכת הבשר המסוימת שנמצאה, אלא השאלה היא לעולם עקרונית, פרוספקטיבית, ובוחנת עקרונית מראש, מה דין חתיכה שתימצא בעיר זו, בלא להכניס בתוך השאלה נתונים עובדתיים העתידים להיוודע לנו רק לאחר מעשה. וכיוון שאלו הם נתוני השאלה ואופן הצגתה, בלא להביא בחשבון ידיעה שהיא בגדר חכמה לאחר מעשה, יש רוב להכשיר.

אכן, זהו חידוש מופלג, מפני שגם אם נאמר שיש לשאול את השאלה מראש, הלוא לכאורה הנתון בדבר צורת החתיכות גם הוא היה ידוע מראש, ולפי זה מסתבר כי מעולם לא היה רוב להכשיר. על כן, הרש"ש מסיים את דיונו במילים "ודבר זה צריך עדיין תלמוד".

ודוק היטב. עניינה של מחלוקת האחרונים הוא: עד כמה העובדה שברור בדיעבד שהספק שנוולד לא יצא מחלק מן הרוב, יש בה כדי להשפיע על תחולת הכלל: "כל דפריש - מרובא פריש [=כל דבר שפרש - (ההנחה היא) שמהרוב פרש]". לדעת רבי עקיבא איגר, אין לקחת במניין הרוב את הפרטים שאין לגביהם ספק בדיעבד. לדעת הרש"ש לעומתו, הכלל נותר נכון<sup>8</sup>, משום שהרוב נמדד בשעת היווצרות הספק ולא לאחר מעשה, כיוון שחכמה לאחר מעשה אינה בגדר חכמה.

בהתאם להסבר זה, הסיבה היחידה להתעלמות מן הנתון הרלבנטי לכאורה של צורת החתיכות או זהותו של האנס, שבוודאי הכהן הנדון אינו נמנה עליהם, נובעת מן העובדה שמדובר בנתונים שלא היו לפנינו בעת היווצרות הספק כספק תיאורטי.

אם כנים הדברים, ובזהירות הראויה, שמא ניתן להסיק שב"פרשת כנען", כשבודקים את הסבירות של תמורה, אין להביא בחשבון לשיטת הרש"ש את הנתון העובדתי שאנו יודעים אותו לאחר מעשה, שמדובר בציר מקורי של "ראובן רובין", ויש להביט על העובדות לפי המצב

<sup>8</sup> לדעת הרש"ש, אין אומרים שאין לקחת בחשבון את הפרטים שאינם בכלל הספק אלא בדין ביטול ברוב. הוא מפנה בעצמו בעניין זה למשנה (תרומות ד, ח-ט). עקרונית, אסור למי שאינו כוהן לאכול בתרומה. אבל אם נפלה תרומה לתוך חולין, התרומה בטלה, אם היא בכמות מזערית של עד אחוז אחד מן התערובת, ומותר או לאכול את כל התערובת. אולם אם פירות החולין שנפלה לתוכם תרומה מורכבים מפריטים נבדלים, כגון: "חמשים תאנים שחורות וחמשים לבנות", ונפלה תאנה שחורה של תרומה לתוך החולין: "שחורות אסורות [מפני שידוע שאחת מהן תרומה, ואין כמות מספקת של תאנים שחורות כדי לבטל אותה] והלבנות מותרות". וכיוון שידוע שהתאנים הלבנות אינן בכלל הספק, אין לקחת אותן בחשבון במניין הרוב. אבל, כאמור, לדעת הרש"ש, כן הוא רק בביטול איסור ברוב ולא בהכרעת ספק מכוח הרוב.

<sup>9</sup> המ' 89/51 מיטובה נ' קזם, פ"ד ו, עמ' 4, בעמ' 9 (3.1.52).  
<sup>10</sup> מנחם אֶלון, "משה זילברג - ביאליק של המשפט העברי", בתוך באין כאחד, ירושלים תשמ"ב, עמ' 36, בעמ' 42.