

שלום רוזנברג

על הוויות אביי ורבא

הפרוגרמה הבסיסית

רבים מחוקרי התלמוד, ההלכה והמשפט העברי, הודרכו על-ידי פרוגרמה בסיסית משותפת: חיפוש המערכת הכללית שממנה אפשר יהיה לגזור את הפרטים הרבים של ההלכה, בתחומיה השונים. כדברי פרופ' שלום אלבק, בספרו 'דיני הממונות בתלמוד', על ידי מערכת זאת "שוב לא יהיו לו לאדם אין סוף של פרטים, שהולכים ומשתנים עם שינוי התנהגותם של בני אדם... אלא יהיו בידי עקרונות מעטים, רחבים, גדולים ופשוטים שאינם טכניים ומסובכים, כדי לדעת על פיהם את ההלכה בכל מקרה" [18]. עלינו לעמוד אם כן, על "עקרונות הצדק המשפטיים בתחומים השונים, שהם קבועים ובלתי משתנים... שעל פיהם נפסקות ההלכות הבודדות המשתנות והולכות עם שינוי העובדות של המציאות החולפת והולכת" [31].

לכאורה, קשה שלא להסכים עקרונית עם פרוגרמה מעין זו. הבעיה תתעורר שוב ביישום הפרוגרמה, אך תהיה זאת עכשיו בעיה טכנית ולא עקרונית. כמו תיאוריה במדעי הטבע, תבנה גם התיאוריה המשפטית כדי לתת הסבר לנתונים. במקרה שלנו הנתונים הם הדינים. תיאוריה נכונה תהא אם כך זאת המסבירה את הפרטים השונים במקרים פרטיים של חוקים כלליים. התיאוריה משרתת לא רק את הבא להסביר, אלא גם את הבא לפסוק. אין זאת אומרת שלא תתעוררנה שוב בעיות. המחלוקת עדיין אפשרית. יישום העקרונות לא תמיד הוא חד-משמעי. פעמים רבות נוצרות דילמות, מפני קשיים בהבנת המציאות, והדבר פותח באריכות על-ידי פרופ' אלבק. אך לא רק זאת, לפעמים אין הפוסק יכול להכריע באופן חד-משמעי אילו חוקים או עקרונות נגזרים יש ליישם במצב הקונקרטי שלנפנינו.

בניית תיאוריה מעין זו היא נכונה ופורייה, והיא המעסיקה את החוקר העוסק במשפט עברי, אך תמורת זאת, היא עלולה לגבות מן המתעניין במחשבת ישראל מחיר יקר מדי. יצירת תיאוריה משפטית מעין זו, מביאה אותנו לפעמים לידי התעלמות מדעת או

1 ש' אלבק, 'דיני הממונות בתלמוד', תל אביב תשמ"ו. להלן אסמן בתוך הטקסט בין אריחים את מראי-המקום של המובאות מתוך ספר זה.

שלא מדעת ממה שהיה בתודעתם של החכמים כאשר קבעו הלכות. אנו עלולים לשכוח את העובדה, שכבר אצל חז"ל מצאנו נסיון לבנות תיאוריה משפטית, היא היא הסברא. לחשיפת המערכת שמתחת להלכות, כפי שהובנה על-ידי חז"ל, יש חשיבות מירבית. את התיאוריה הזאת יש לחשוף לאו דווקא מתוך חקר הדינים, אלא מתוך התעמקות בטעמים שמאחורי הדינים, הניתנים על-ידי החכמים עצמם. התיאורטיקן של המשפט מגדיר מערכת שאינה חייבת להיות זהה לא עם הטעמים של נותני המצוות, ולא — קל וחומר — עם טעמי מקיימיהן. אנו רוצים כאן לקרוא תשומת לב, דווקא לטעמים אלה. הדבר חשוב במיוחד בבואנו להבין את מפעלם של האמוראים, ובשימושם בסברא. מתוך עולם ענקי זה בחרתי להתמקד כאן ב'סברא', כפי שהשתמש בה, לדעתי, רבא בדיני ממונות. מקווה אני שנסיון זה, יתרום להבנת מהותן של הוויות אב"י ורבא בדיני ממונות.

נקודת התצפית

לפני שאגש להצגת עמדתי, מן הראוי להזכיר בקיצור את התיזה המרכזית בשיטתו של אלבק בדיני ממונות: "שהתקנות, הפירושים, האמרות, הפסקים, המדרשים והמנהגים, אינם אלא גיבושם של דרכי בני אדם", ולפיכך כל המקורות האלה אינם "מקור אחד ויחיד הם, והוא דרכם של בני אדם" [63]. אלבק מניח את קיומם של שני יסודות בסיסיים בדיני ממונות: עקרון גמירת הדעת, ועקרון השימוש בנכסים². מעקרונות אלה יכולים אנו לדרת לפרטי המציאות הסוציולוגית. הדבר דומה למערכת שיש בה הנחות יסוד או אקסיומות, וכללי מעבר, כלומר כללי היסק שעל פיהם אנו גוזרים מסקנות חדשות. במקרה שלנו כלל המעבר ניתן לניסוח פשוט: בדוק את הנוהג של רוב בני האדם, בלשונו: "תוכנה של גמירת דעת תלוי בדרכם של רוב בני אדם במציאות" [31]. הבעיות מתעוררות רק כאשר אנו נמצאים בפני שלבי מעבר בין נוהג לנוהג, או כשמקרה כלשהו אינו חל בדיקת בתוך אחת הקטגוריות הנתונות. כפי שכתבנו לעיל, הקונספציה על קיומם של עקרונות כלליים, מעין מושכלות ראשוניים, נראית לנו, ללא ספק, נכונה. אך ניתן לגשת אל הבעיה מנקודת מבט אחרת. כדי להבין נקודת מבט זו, חייבים אנו להתייחס למה שהייתי רוצה לכנות "נקודת התצפית של החכמים".

134

נשרטט מודל ראשון אפשרי לפעולתם של החכמים. ניתן לראות את בעלי הדין כנמצאים בקונפליקט של אינטרסים, כשעל השופט לעמת את הטענות זו מול זו, ולקבוע לצידו של מי נמצא הדין. השופט יודע את הדין, והוא צריך לברר את העובדות. עמדותיהם של בעלי הדין, ואף מה שמתרחש בתוך מחשבתם, הם נתונים אמפיריים. האם ראובן היקנה דבר מסויים לשמעון? התשובה מתבססת על עובדה פסיכולוגית, או ליתר דיוק: עובדה פסיכולוגית-סטטיסטית, איך מתנהגת רוב האוכלוסייה. בלשון עולם הישיבות, זאת היא שאלה של "מציאות".

2 על גמירת דעת ראה גם עבודותיו של סיני דויטש, ביחוד מאמריו "גמירת דעת בהתחייבויות", דיני ישראל, ג' (תשל"ב), עמ' 207-236; "גמירת-דעת והכוונה ליצור יחסים משפטיים בדיני חוזים במשפט העברי, האנגלי והישראלי", שנתון המשפט העברי, ו-1, תשל"ט-תש"ס, עמ' 71-104.

לא כך נראים לי פני הדברים. כדי להבין את השקלא-וטריא התלמודי, יש, לדעתי, להציע מודל שונה, המצביע על שני שלבים של הפעילות ההלכתית. אמנם כן, קונפליקט האינטרסים מעמיד כל בעל דין במצב של נוגע בדבר. התנאי הבסיסי של כל משפט, הוא שהחכם לא יהיה נוגע בדבר. זהו שלב ראשון הכרחי, אך לא מספיק. קיים גם שלב שני. לפי המודל הקודם המתאר את השלב הראשון בלבד, החכם נמצא עם בעלי הדין באותה סיטואציה "היסטורית", למשל, לאחר עריכת קנייה בחברה הנוהגת לפי מערכת ברורה של חוקים ומנהגים. אולם חכם ההלכה עושה יותר מזאת. הוא יכול בסברא, לחזור אחורה אל המצב הבסיסי שלפני היות המעשה בו מתרחש המשא-ומתן בין בעלי הדין, לפני היות מנהג הסוחרים, ואף לפני היות הדין. במודל הראשון, החכם צריך לשים את עצמו באופן אידיאלי במקומו של כל אחד מבעלי הדין ולשחזר לעצמו את מצבם הנפשי של בעלי הדין בשעה שהגיעו לידי הסכם, בחינת "אל תדון את חברך עד שתגיע למקומו". החכם דן בתוצאותיו של חוזה קיים. במודל השני, יכול החכם לדון על עצם החוזה. החכם יכול לשחזר מצב ראשוני, ולבנות מודל אידיאלי של חוזה והתנהגות אידיאלית מחייבת של אנשים המתחייבים בו.

שחזור זה חשוב הוא עד למאוד, שהרי רק על-ידו ניתן להכניס בקביעת החוק ובפסיקה, בנוסף לעובדות ותנאים ריאליים, גם היבטים נורמטיביים שהחכם מביא איתו. מכאן כוחם של חכמים לא להסכים עם המצב הריאלי שנמצא לפניהם. אותו תהליך הנקרא על-ידי האמוראים 'סברא' הוא הרבה יותר מאשר שיטת הגיון בה אנו מפרשים את החוק הכתוב וגוזרים ממנו השלכות לגבי מקרים בעייתיים שאינם ברורים ומפורשים. הסברא מתארת את פעולתו של החכם שאינו עומד בתוך הסיטואציה "ההיסטורית" עצמה, אלא יוצא מנקודת מוצא הנמצאת מעל ומעבר לסיטואציה. נקודת התצפית של החכמים נמצאת בזמן שלפני-היות-חוזה כלל. אי-ההתייחסות לעובדה זאת עלולה, לדעתי, להכשיל כל נסיון להבין את פעלם של האמוראים.

דאורייתא ודרבנן

135

כתבתי לעיל שמצבו של האמורא הוא של לפני היות הדין. דבר זה נראה לכתחילה כאבסורד מוחלט, שהרי קביעותיה של התורה מחייבות באופן מוחלט. כדי להסביר זאת רוצה אני להניח הנחות יסוד מסוימות שתעמודנה וודאי במחלוקת, מבלי שאוכל כאן להוכיח אותן בצורה מספקת.

הסברא מאפינת את התחום המכונה על-ידי האמוראים 'דרבנן'. דבר זה מחייב אותנו לנסות ולהבין את הבנתם הם של מושג זה, מבלי שאנסה להכנס לבעיית קביעה היסטורית כלשהי על התקופה בה הבנה זו נקבעה או נתקבלה. הבנת מושג ה'דרבנן' נראית לי כמורכבת משלוש רמות שונות:

(א) הרמה הטקסטואלית

מקורו של הדין. פטור אני מלהרבות דברים על רמה זו, העומדת בבסיס כל דיון על הנושא.

נראה לי שההבדל בין דאורייתא לבין דרבנן חרג אל מעבר לשאלה ההיסטורית או הפרשנית על מקורם של הדינים. ההבחנה בין תחומים אלה היתה, לדעתי, פונקציה של הבדל עקרוני נוסף. 'דאורייתא' נתפס בדומה לחוקי הפיסיקה, הקובעים עובדות. 'דרבנן' תלוי בקביעת האדם. ההבדל הזה דומה להבדל בין פיזיס לנומוס. במידה מסוימת, אם להשתמש בשפה מודרנית, יש הקבלה כלשהי בין הבדל פעולתן של קטגוריות אלו לבין ההבדל שבין חוקים תיאוריים לבין חוקים נורמטיביים. יש הבדל ברור בין חוקי התנועה של ניוטון לבין חוקי התנועה של העיריה. החוקים התיאוריים מתארים מציאות המתרחשת ומשתנה על-ידי מעשי האדם, אך מבלי שלאדם, הפועל עצמו או אחר, תהיה שליטה על המכניזם של השינויים. לא כך בחוקים הנורמטיביים. כך, למשל, הזורק אבן על חברו פועל בשתי מערכות חוקיות שונות: טבעית ומשפטית. אלו הן לא רק מערכות שונות, אלא גם בעלות מעמד שונה. בדומה לכך, מעשים מסוימים של האדם, כמו, למשל, קידושי אשה, הם מדאורייתא בשנותם את המצב בעולם, תכונותיהם של אנשים וחפצים, והיחסים ביניהם. מעשים אחרים שטבעם מדרבנן, יוצרים מצבים שהם כאלה רק בגלל שאנשים שומרים על חוקים היוצרים מעין תכונות ויחסים כאלה³.

3 ניתן להשוות במידה מסוימת שני מצבים אלה, לשתי חסימות כביש. אבן גדולה יכולה לחסום כביש. זה יכול להעשות גם על-ידי הצבת תמרור "אין כניסה". חסימה זאת מתקבלת מתוך החובה להשמע לסמכות המציבה את התמרור הזה. כניסה לכביש חסום ב"פיזיס", מדאורייתא, אינה אפשרית בכלל. כניסה לכביש החסום ב"נומוס", מדרבנן, אינה אפשרית בגלל שהיא אסורה. רעיון, עקרונית, דומה הוצג על-ידי שניים מגדולי דורנו. כך כותב ר' מאיר שמחה הכהן מדווינסק (משך חכמה לדברים יד יא): "דברי תורה האיסור בעצמו אסור, והוא העובר כמו שהוא חולה, והוא מטמא הנפש... אבל דברי סופרים הן אינן נידונין מצד עצמותן, רק מצד המצוה שאסור למרוד ולא תסור וכו' והוא כמרד". ובדומה לזה כותב ר' שמעון שקאפ (שערי ישר, שער הספקות, פרק י, מהד' ניו יורק, עמ' כח): "ולפי המתבאר לעיל נבין לחלק בין אסורי הנאה שאסורין מן התורה לאיסורי הנאה מדרבנן, דאיסור תורה נתהפך הדבר באמת לדבר שאינו ראוי, אבל איסורי הנאה מדרבנן לא אבדו באמת איכות תשמיש הראוי לאדם אלא שהאדם מתיירא להנות ממנו שמצות הלאו ד'לא תסור'... ואף דיש מקום לומר מה לי אזהרת לאו דלא יאכל מאזהרת לא תסור, אבל כבר בארנו לעיל בפרק ד' דשאני לאו ד'לא תסור' מלאו ד'לא יאכל'. דבלאו ד'לא תסור' אינו מוזהר מן התורה על האכילה ממש, אלא שישמע בקול חכמים ולפי זה החפץ ראוי לאכילה, ואף דאם יאכל ויעבור על 'לא תסור' גם כן עושה רעה בעצמו אבל אין זה חסרון באכילה עצמה".

ההשוואה לחסימת כביש, וממילא להבדל בין הנורמטיבי והדסקריפטיבי אינה מדויקת. שלא כמו בפיסיקה, יכול האדם לעבור על החוק, בשני המקרים, גם על מצווה דאורייתא גם על מצווה מדרבנן. ההשלכות העיקריות אינן לגבי מעשי האדם, אלא לגבי האונטולוגיה של העולם הנוצר. יש הבדל עקרוני בין החוק המתאר תכונות של חפצים לבין החוק היוצר תכונות אלה. לאחרונה עמד על סוגיה זו יוחנן סילמן, במאמרו "היקבעויות הלכתיות בין נומינליזם וריאליזם, עיונים בפילוסופיה של ההלכה", דיני ישראל, יב, עמ' רמט-רסו. על ההבדלים בין גישותינו אעמוד א"ה במקום אחר. אולם, מן הראוי לקרוא כאן תשומת לב להבחנה נוספת, הפותרת תמיהות רבות. אין ההבחנה שלפנינו זהה להבחנה שבין איסור גברא ואיסור תפצא. הבחנה זו היא הבחנה שיטתית,

נדמה לי שאינטואיציה זאת מתארת נכונה את משמעות המחלוקת "דאורייתא-דרבנן", המצויה פעמים כה רבות בתלמוד. אין זו רק מחלוקת על קיומו של מקור בתורה לדין, אלא מחלוקת — שהיא ביסודה תיאורטית — על מקומו של הדין במערכת. כך, למשל, בשאלה — וזו דוגמה אחת מני רבות אפשריות — האם שעבודא דאורייתא? אין אנו עוסקים בשאלה זו בבחינה הטכנית של מצווה, האם היא כתובה בתורה או לא, אלא בהבנת מהותו של מוסד משפטי. אם שעבודא דאורייתא, יכולים אנו לדמיין לעצמנו את הוצאותם של קשרים טבעיים, סמויים מן העין אך לא בלתי ריאליים, בין המלווה לבין רכושו של הלווה. קשרים אלה דומים במדה-מה לקשרים הקיימים בין הלווה, בעצם כל אדם, לבין רכושו הוא. אם שעבודא אינו מדאורייתא, הרי שיש על הלווה חובות, ועלינו לפעול לפי החובות האלה, כפי שהחוק מאפשר לנו. אולם הם בבחינת פריעת בעל חוב מצווה, ותו לא. ואף אם בית הדין ירד לנכסיו של הלווה, יש לירידה זו מעמד שונה. הזכויות כאן נוצרות ולא רק מופעלות.

(ג) הרמה המשמעותית: הסברא
ההבחנה הקודמת, שלפי הנחתי היתה בבסיס מחשבתם של חז"ל, מבדילה בין חוקי 'דאורייתא-פיסיס, לבין דרבנן, חוקים שלמרות היותם מחייבים אותנו, הם קונבנציונליים במהותם. וזאת, ב'דרבנן' יש משמעות ברורה לשאלת מובן ותכליות החוקים. אין אנו יכולים להשיב כאן, גזירת הכתוב, זוהי עובדה שאין אנו יכולים להתווכח איתה. חייבת להיות כאן עמדה הניתנת להבנה רציונלית, במילים אחרות, תקנות חכמים חייבות להיות ניתנות להסבר, בעיקר — אם כי לא רק — על-פי עקרונות תכליתיים. במקרה של דיני ממונות, על-פי תוצאות יישומה בחברה.

אכן, בקביעתם של חכמים בדיני ממונות יש מקום לסברא. אולם הדבר יכול להיות מורחב אף מעבר לתחום זה. הדבר מקבל משנה תוקף לאור מהותם של דיני ממונות. כאן הרי שולט הכלל של "הפקר בית דין הפקר". כלומר, ניתן לומר באופן כוללני, שמלכתחילה כולנו חתומים על ויתור זכויותינו על-פי קביעתם של חכמים, וממילא יש בכוחם לעקור אף חוקים דאורייתא בתחום זה. ההלכה כולה נמצאת כאן בתחום שניתן להפעיל עליו את הסברא.

לא אחרוג כאן אל מעבר לדיני ממונות, אך ארמוז שהסברא היא רלבנטית אף שם. אפשרות השימוש בסברא בתחום מסוים תלויה בכוח בית-הדין באותו תחום. מכאן חשיבותם של כללי יסוד מסוימים של חז"ל. הקביעה, שכל המקדש על דעתם של חכמים הוא מקדש, כמוה בקביעה "הפקר בית דין הפקר", ופירושה שיש בדינים בסוגיות אלו מרכיב הבנוי על-ידי החכמים. ממילא השיקולים בתחום זה הם פונקציה של השקפת עולם מסוימת על-פיה יכולים החכמים לבנות את החברה.

המבחינה בין שני מונחי יסוד בשפה ההלכתית: גברא וחפצא. אנו מדברים כאן על הבחנה שאינה שייכת לשפה אלא למיטא-שפה. וראה מראה-מקום לזה באנציקלופדיה התלמודית, כרך ב, ערך איסור דרבנן, הע' 23.

4 על שעבוד נכסים, ראה מאמרו של חיים פוברסקי, "שעבוד נכסים במשפט העברי", דיני ישראל, יב, עמ' קנא-קעא.

ניחא ליה

לאור הדברים שהקדמנו נוכל להדגים את השימוש בסברא, ומתוך כך להתקדם בהבנת השאלה שהצבנו בתחילת דברינו. נדגים זאת בדבריו של גדול בעלי הסברא, רבא, בסוגית 'סמנים', תוך שאשתדל להראות שהקטגוריה המשפטית 'ניחא ליה' היא אחד הביטויים המרכזיים לשימוש בסברא:

אמר רבא, אם תמצי לומר סימנין לאו דאורייתא היכי מהדרין אבידתא בסימנין? דניחא ליה למוצא אבידה דנהדר בסימנין כי היכי דכי אבדה ליה לדידיה נמי נהדרו ליה בסימנין.

אמר ליה רב ספרא לרבא, וכי אדם עושה טובה לעצמו בממון שאינו שלו. אלא ניחא ליה לבעל אבידה למיהב סימנין ולמשקליה מידע ידע דעדים לית ליה ומימר אמר כולי עלמא לא ידעי סימנין מובהקים דידה ואנא יהיבנא סימנין מובהקים דידה ושקלנא לה⁵.

המפתח להבנת דבריו של רבא מצוי בביטוי 'ניחא ליה'. זה הוא מבנה משפטי, השונה מן ה'דעת' – הרצון המודע – הבאה לידי ביטוי בפעילות האזרחית הרגילה. ביטא זאת יפה רש"י, בפירושו ד"ה אלא: "כל אובדי אבידה ניחא להו שתהא דת זו בישראל למיתב סימנין וכל הבא ונותנו יטלנה. מאי טעמא? מידע ידע דעדים לית ליה: פעמים שאין לו עדים עליה, ואם יזיקוהו לעדים לא תבוא לעולם לידו, ומימר אמר טוב לי שיחזירוהו לכל האומר סימניה, דלא שכיחא דנימא סימנין דידה אלא אנא, דכ"ע לא ידעי כו".

דברי רש"י אלה חשובים, מפני שהם מסבירים את המיוחד למושג 'ניחא ליה' כפי שמשמש בו רבא כאן. לא מדובר כאן על בחירת אחת מבין האפשרויות השונות העומדות בפני האדם, במסגרת החוק הקיים. גם דברי הסברא הראשונה וגם דברי הסברא השנייה, הנאמרת בעקבות שאלתו של רב ספרא, מניחים שתקנת חז"ל מתבססת על מעין אמנה חברתית קודמת למצב החברתי בו אנו חיים. באמנה ראשונית זו מתקבל כל חוק במסקנה הגיונית מתוך שיקול של "ניחא ליה"⁶.

5 בבא מציעא כז ע"ב. לא אכנס לבעיות הנוסח בקטע אחרון זה. חילופי הנוסחאות מעוררים את בעית זיהוי של מי שאמר את הסברא השנייה. ייתכן שדברים אלה נאמרו על-ידי רב ספרא, וייתכן שנאמרו על-ידי רבא, כפירושו של רש"י. לגבי הניתוח דלהלן אין דבר זה מכריע. תודתי נתונה לד"ר מנחם כהנא שהעיר את לבי לבעיה זו.

6 נדמה לי שלא אטעה אם אטען, שהעקרון של 'ניחא ליה' הוא פיתוח המושג "אדם רוצה". השימוש ב'אדם רוצה' הוא על-פירוב קשור עם בדיקה אמפירית, כמו, למשל, בלשון המשנה: "אומדין כמה אדם רוצה ליתן בכתובה של זו" (מכות א ב), ובתלמוד: "ושמואל אמר אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה" (בב"מ קא ע"א, וכדומה בכתובות מ ע"ב, בב"ק כ ע"א, פה ע"א, ערכין יט ע"ב, ובמקומות רבים אחרים). לא כך הוא השימוש: "אין אדם רוצה שתתבזה אשתו בבית דין" (כתובות עד ע"ב, עה ע"א, וכן צז ע"ב). זוהי אימרה של רבי יוחנן (כתובות צז ע"ב), ויש בה שימוש בעקרון מעין זה כדי להסביר את הדין. כך גם במחלוקת בבב"ב סד ע"ב: ר' עקיבא סבר אין אדם רוצה שיתן מעותיו וידרסוהו, וכן חכמים שם, כטעם למחלוקת מוכר בעין יפה מוכר, או בעין רעה מוכר. והשווה את השימוש במושג זה אצל אמוראים אחרים. כך בבב"מ לח ע"א: אמר רב כהנא אדם רוצה בקב שלו מתשעה קבים של חבריו. או בלשון אין אדם רוצה, שבדברי רב פפא (בב"ב קג ע"א).

שיקול זה פירושו, שכדאיתו של חוק מסוים אינה נמדדת כסיטואציה הנמצאת לפנינו, בה ייתכן, למשל, שרמאי יקבל אבידה על-פי סימנים. עלינו לשקול את הפסק מנקודת תצפית אחרת. כאן בא לידי ביטוי ההבדל היסודי בין שני השלבים עליהם רמזנו לעיל, בין שתי גישות שונות לחלוטין למשפט. האחת מתבססת על החוק והנוהג הקיים, העלול להיות על-פירוב תוצאה של כוחו של השליט או של השכבה השלטת. השנייה מהווה נסיון לחזור למעין מצב מקורי, ולאחר מכן לשחזר על-פיו את החוק בחברתנו.⁷ ארמזו לדוגמה נוספת בה משתמש רבא במושג 'ניחא ליה'. לפנינו המקרה המעניין (בבא מציעא צו ע"ב), בו נפלו לה [לאשה] נכסים מאביה אחרי שנשאת, ובתוכם מעות של הקדש, צרורין ומונחין, שאין הבעל יודע על קיומם. הבעל זוכה בזכות להשתמש בנכסים וממילא גם במעות הקדש. למרות שאין הבעל יודע שיש בנכסים שהוא זכה בהם מעות של הקדש, ייתכן שבזכייה זו מעל. על זה אומר רבא: "מאן לימעול? לימעול בעל, דהיתרא ניחא ליה דליקני, איסורא לא ניחא ליה דליקני". באותה צורה, מסביר רבא, ניתן להראות שגם האשה אינה מועלת. על זה מוסיף רבא "נימעלו בית דין", כפירוש רש"י: "בית דין של ישראל שבאותו דור, שכל תקנות המשפט תלויה בהן ועל ידיהן נוהלות חוקות המתוקנים לצבור מאז, והיו כמו שתקנו לו הם קנין זה, ונמצאו הם המקנין לנכסי הקודש והוציאו לחולין". מפירושו זה של רש"י למדנו, דרך אגב, שני דברים: [א] קנין זה הוא אחד מאותם קנינים שביד הדין מקנה לאדם. [ב] יש לתפוס את בית-הדין שבכל דור, כמי שממשיך לקבוע את הסדר המשפטי 'דרבנן'. הסדר המשפטי כולו בנוי, כפי שאנו רואים, על סברת ה'ניחא ליה'.

המקור המשולש של ההתחייבויות

כדי להאיר מנקודת מבט אחרת את ההשקפה היסודית העומדת מאחורי השימוש בסברא, בחלקים אלה של דיני ממונות, אשתמש בדרגם השליחות. ברצוני להפוך את הדגם. אנסה לטעון שיש להשוות את החכמים, קובעי החוק, לשליחי הציבור. אלא שקיימות צורות לא-סטנדרטיות של שליחות, אשר יכולות להוות דגם לפעולתם של החכמים.⁸ שלושה מוסדות עומדים בפנינו: שליחות, זכייה ואפוטרופסות. מוסדות אלה מאפינים שלוש רמות שונות בהבנת היחס שלפנינו. השליחות מתאפשרת על-ידי מתן סמכות

7 ההבדל בין הסברא הראשונה לשנייה הוא קל מאוד. הביקורת של רב ספרא נכונה, אם ההחלטה להחזיר בסימנים נעשתה עכשיו, בהיות האדם 'מוצא אבידה'. אולם אין הדברים כך. ההחלטה נעשתה לא בזמן ההיסטורי, אלא "לפני היות ההיסטוריה", בזמן אל-זמני. באותה דילמה אליהיסטורית, הוא יכול להחליט גם על החזרת האבידה, שהרי כל אדם הוא באותו זמן בבחינת 'אובד' ו'מוצא' בעת ובעונה אחת. למרות זאת, הניסוח השני מדויק יותר, שהרי מי שיכול לוותר על האבידה הוא בעל האבידה ולא המוצא.

8 על הקשר בין בית-דין ושליח, ראה מאמרו של חנינה בן מנחם "דיין כשליח", שנתון המשפט העברי, ט, תשמ"ב-תשמ"ג, עמ' 51-71. גישתי כאן נראית לי שונה מגישתו. אין אני דן על מעמדו של הדיין-השופט, אלא של החכם שהוא גם מחוקק ומחדש על-פי הסברא. התייחסות מלאה לסוגיה זו חורגת מעבר לגבולות מאמרי זה.

משפטית לרצונו של האדם, הזכייה היא השלמת רצונו של האדם לטובתו. אנו זוכים עבורו כאשר הזכות הזאת היא חד-משמעית. לעומת זאת באפוטרופסות, חייבים אנו להניח גם אפשרות לחייב את האדם כדי לזכותו. מטרתנו היא לפעול לפי עקרון המקסימליזציה של התועלת של האדם עליו אנו באים להגן⁹.

שלושה מוסדות משפטיים אלה מתאימים לרמות השונות בפעילותם של החכמים. הרמה הראשונה בנויה על בסיס יכולתו של האדם להתחייב, כלומר על כוח רצונו של אדם, "דעתו", בלשון חז"ל. החכמים הם רק שליחי החברה. החוק נותן גושפנקא ל'גמירת הדעת' של בני האדם, ומבוסס על הנחת היסוד שהמציאות המשפטית והשינויים בה, הם ביטוי ותוצאה לרצון בני האדם¹⁰.

מעבר לרובד זה, ישנן רמות נוספות בהן מתערב בית הדין התערבות פעילה יותר בשם רצונו הבלתי מפורש של האדם. הרובד הראשון בנוי על בסיס יכולתו של האדם להתחייב. הרובד השני — על מעין החלטה קולקטיבית הבנויה על הכראות של כל פרט ופרט. הרובד השלישי — על סמכותו של בית הדין, ליצור דינים חדשים ואף להתערב ברבדים הראשונים. הסברה של רבא בנויה על שימוש ברמה השנייה והשלישית, כלומר על הזכייה והאפוטרופסות.

זכייה: הרובד השני הוא מטעם זכייה, דרכה אנו מאפשרים את בנייתם של אותם המוסדות והדינים, שיש בהם עדיפות ברורה על פני המצב האלטרנטיבי, למרות שבני האדם לא בחרו בהם במפורש. וכך מגדיר רש"י את הזכייה: "זוכין לו לאדם שלא בפניו דאנן סהדי דניחא ליה דניהוי האי שלוחא להכי"¹¹. ככלל ניתן לומר, שה'ניחא ליה' קובע את העדיפות של מצב מסוים על פני מצב אחר¹². החכמים יכולים לפעול לפי עקרון מקסימליזציה לתועלת האדם, ולזכות אותו בשל כך. אך זו חייבת להיות מקסימליזציה היוצרת עדיפות בכל המקרים, ובכל הממדים של המקרה. עדיפות טוטלית זו מתקיימת במקרים מועטים בלבד, מתוך "שפעמים ... זו חובתם, דאיכא דלא ניחא ליה בחלק שנפל לך"¹³.

אפוטרופסות: כדי להדגים את פעילותו של בית הדין ברובד השלישי, נשתמש בדיון הגמרא במסכת קדושין (מב ע"א):

אמר רבא בר רב הונא אמר רב גידל אמר רב: מנין ליתומים שבאו לחלוק

9 עד כאן נולדות ההתחייבויות על-פי 'רצונו' של האדם, ועל-פי האינטרסים שלו. מעבר להן קיים רובד רביעי, שמבוסס על כוחם של החכמים, על הפקר בית דין, למשל, כדי לתקן בעיות חברתיות. לא אכנס כאן לרובד זה, אליו ארמוז שוב להלן.

10 תורת 'גמירת הדעת' פירושה שהעברת הקנינים, למשל, אינה תוצאה של מעשי קנין. מעשים אלה אינם אקטים מגיים. הם אינם אלא ביטוי לרצונם של הצדדים השונים. הבעיות ביישום עקרון זה, הן תוצאה של ספקות או קשיים המתעוררים בעקבות מגבלות בגמירות הדעת, כמו במקרה של חרש שוטה וקטן, או בעקבות בעיות בגמירת הדעת, כמו למשל, במקרה של אונס במכירה.

11 גיטין ט ע"ב, ד"ה יחזור. והשווה ב"מ יב ע"א, ד"ה גבי מתנה.

12 השווה סוגיית נתינת גט ושחרור עבד על-ידי זכייה, ביחוד גיטין יג ע"א.

13 רש"י ד"ה אלא כדרכא.

בנכסי אביהן שבית דין מעמידין להם אפוטרופוס לחוב ולזכות, לחוב אמאי אלא לחוב ע"מ לזכות — ת"ל ונשיא אחד נשיא אחד ממטה תקחו (במדבר לד יח).

המקור בתורה מתייחס לחלוקת הארץ לשבטים, וזכיייתם של יונקי שדיים בה. הגמרא רוצה ללמוד מפסוק זה מקור לעקרון הזכיייה: "זכין לאדם שלא בפניו", אלא שהגמרא מפריכה זאת, שהרי בחלוקת הארץ אין רק זכות, יש בה גם חובה: "ותסברא, זכות היא הא חובה נמי איכא, דאיכא דניחא ליה בהר ולא ניחא ליה בבקעה ואיכא דניחא ליה בבקעה ולא ניחא ליה בהר".

כאן נעוץ ההבדל הברור שבין זכיייה ואפוטרופוס. אלה הם שני מודלים הקובעים דרכים שונות לבניית מוסדות משפטיים ומערכת משפטית בכלל. דרך אחת היא זאת המאפשרת לזכות בני האדם למרות שלא עשו פעולה מפורשת. הדרך האחרת, בניה על בסיס העקרון לפיו בית הדין יכול לפעול, ומתוך כך, לזכות ולחייב גם יחד את היתומים: "לחוב על מנת לזכות", דהיינו "לזכותם ולהנאתם ואם יתחייבו בדין מה שעשו עשו"¹⁴.

ניתן לומר, שדרך השליחות ודרך הזכיייה גם יחד, מאפינות השקפת עולם ליברלית, בעוד שהשלישית מבטאת פילוסופיה פטרנליסטית, כפי שחז"ל ביטאו זאת בתארים את עצמם במפורש כ"אביהם של יתומים". הדרכים הראשונות בנויות על הסכמת האנשים. הראשונה — על ההסכמה המפורשת, השנייה — על ההסכמה שממילא. למרות ההבדלים שביניהן, יש בהן הרבה מן המשותף. תורת השליחות מתבססת על חוזה מפורש, מדעת, שנקבע על-ידי רצון הצדדים, לעומת זאת, תורת הזכיייה והאפוטרופוס מתבססת על מעין חוזה או אמנה חברתית ראשונית, בה אנו מסכימים מבלי שהתחייבונו במפורש, שלא מדעת. נראה לי שההבדל בין שתי הגישות מסביר באופן חלקי כמה מחלוקות בין אביי ורבא בדיני ממונות. רבא הירבה להשתמש בדרך השנייה, על-פי העקרון של 'ניחא ליה', כלומר חוזה שלא נחתם במפורש. המחלוקת על יאוש שלא מדעת היא דוגמה שבונה אב. יש במחלוקת הזאת יישום — קיצוני אולי — של העקרונות שאנו מנתחים כאן. רבא מתבסס לא על רצונו המפורש של בעל הקנין, אלא על רצונו של האדם האידיאלי.

לדעתי, חז"ל היו רגישים להבחנה שבין הרבדים השונים. אדגים זאת על-ידי דוגמה אחת. הסוגיה של 'דברים שבלב' (קידושין מט ע"ב ואילך).

ההוא גברא דזבין לנכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל ובעידנא דזבין לא אמר ולא מידי, אמר רבא הו' דברים שבלב, ודברים שבלב אינם דברים. מנא ליה לרבא הא?

אילימא מהא דתנן יקריב אותו מלמד שכופין אותו, יכול בעל כרחו תלמוד לומר לרצונו הא כיצד, כופין אותו עד שיאמר רוצה אני. ואמאי הא בלביה לא ניחא ליה, אלא לאו משום דאמרין דברים שבלב אינן דברים. ודלמא שאני התם דאנן סהדי דניחא ליה בכפרה.

לפנינו נרקמות יחד שתי סוגיות. ברקע הדיון עומד פרדוקס מוחלט, כיצד ייתכן שנוכל לכפות בני אדם לעשות מעשים שלגביהם נדרש, לפי התורה, רצון האדם.

כיצד ייתכן לאחד ביניהם, בחינת: "כופין אותו עד שיאמר רוצה אני" (קידושין נ ע"א).

את הפרדוקס ניתן לפתור בשתי צורות שונות:

[א] אנו מתחשבים רק באמירתו של האדם, מבלי להתחשב בדעתו, בזה ש"בלביה לא ניחא ליה". כלומר, אנו מחשיבים כ"רצונו" של האדם רק מה שנאמר לנו במפורש על-ידו, למרות שהחלטה זו הושגה על-ידי כפייה. ההסכמה הופכת לפורמלית בלבד.

[ב] אנו מניחים קיומו של מאבק פנימי באדם בין שני רצונות שונים, ואם כי מצד אחד "בלביה לא ניחא ליה", מצד אחר "אנן סהדי דניחא ליה בכפרה".

בהמשך הסוגיה על כפייה ורצון, מובאת דוגמה מהלכות גיטין. עליה נאמר בגמרא: "שאני התם משום דמצוה לשמוע דברי חכמים". אין כאן פורמליזם אלא פטרנליזם. לא פתרון פורמלי של קבלת הסכמה, אלא שימוש ב"אנן סהדי", בו החכמים לוקחים את מקומו של האדם, וקובעים את החלטתו לאור האינטרסים הרחבים יותר והאמיתיים יותר שלו עצמו. החכמים משתמשים כאן בעקרון השלישי.

באופן כללי יש לראות גם ב"אנן סהדי", ביטוי לשימוש בסברא. פעילותו של בית הדין מיוצגת לפעמים בביטוי "אנן", כמו, למשל, ב"אנן סהדי" עדות המלמדת אותנו ענינים עובדתיים. אולם, כמו ב"ניחא ליה", גם ב"אנן סהדי" עושים חכמים פעמים רבות את חשבונו של אדם, במקומי¹⁵. האנן סהדי מלמד אותנו משהו על הרצון הפנימי של האדם, השונה מהרצון שבא לידי ביטוי בחושים. זהו רצון כמוס, או שמא רצון אמיתי בו "אנו" עושים את החשבון האמיתי במקומו.

כפי שרמזנו לעיל, מעבר לרבדים הקודמים ישנו רובד רביעי, המבוסס על כח בית דין: "כי דינא אלימי לאפקועי ממונא" (ב"ב קעב ע"א). זהו כלל המתאר את הסמכות המבוססת, בדברי רש"י, על העקרון של הפקר בית דין הפקר (גיטין לו ע"א). נדגים אותו בעקרון שרבא מציג: "אין אונס בגיטין", הבנוי לפי דברי התלמוד על "סברא דנפשיה": "משום צנועות ומשום פרוצות, משום צנועות דאי אמרת לא להוי גט זימנין דלא אניס וסברה דאניס ומיעגנ' ויתבה" (כתובות ב ע"ב — ג ע"א). ונראים הדברים שגם שם מחלקת הגמרא בין שתי מתודות שונות. האחת מבוססת על רצון הבעל שלא בא לידי ביטוי מפורש, והשנייה מבוססת על כוח בית דין, הקובע על-פי סמכותו מתי בטל הגט ומתי לא, לפי העקרון "כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש". גבולותיהן של קביעות החכמים שנויים במחלוקת אם "יש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה" (יבמות פט ע"ב)¹⁶.

השיטות האלטרנטיביות

הסברא מנסה להבין את תקנות החכמים, כמודרכים על-ידי רצונם היסודי של בני האדם, הקודם להסכמים שנחתמו על-ידיהם. אין הדבר פותר את כל הבעיות. הסכמה יסודית

15 השווה, למשל, את דברי התוספות, קידושין מט ע"ב, ד"ה דברים שבלב: "ואומר ר"י ... דאנן סהדי דאדעת' דהכי עבדי... וגם יש דברים דאפילו גילוי מלתא לא בעי כגון ההיא דהכותב על נכסיו לאחרים ושמע שיש לו בן שהמתנה בטילה... לפי שאנו אומדים שלכן היה בדעתו, וכמו כן אנן סהדי דלא זבן אלא אדעתא למיסק לארעא דישאל".

16 זה כלל נוסף המאפשר ליישם תיאוריה דרבנן גם בתחום בו, לכאורה, כלל אין סמכות בידי חכמים.

זאת חייבת להיות מתורגמת לפרטים, ולפיכך היא מעמידה אותנו בפני בעיות חדשות, לפעמים בלתי ניתנות לפתרון. אנו נזדקק אז לעקרונות נוספים.

כך נוכל להשקיף, למשל, על הסוגיה בבבא בתרא קע"א ע"ב, הדנה במקרה שאבד שטר מלווה. בהמשך הסוגיה לומדים אנו שוב על השימוש ב'ניחא ליה' על-ידי רבא (שם קע"א ע"א): "עבוד רבנן מילתא דניחא ליה למלוה וניחא ליה ללוה". במקרים מעין אלה, כאשר יש הסכמה בין המלוה האידיאלי ללוה האידיאלי, ההסכמה היא תוצאה של קיום אינטרסים משותפים, או מתאימים למרות היותם שונים. במקרים כאלה יש סימטריה, וניתן בקלות לתקן תקנה. אולם רבא מעמיד אותנו בפני האבעיות שפתרוןן קשה. ישנם מקרים בהם קשה לקבוע באופן חד-משמעי האם אמנם 'ניחא ליה' (שם קע"א ע"ב). במקרים אחרים קשה למצוא התאמה בין ה'ניחא ליה' השונים, של המלוה ושל הלוה. זהו מקרה של אסימטריה, שאינו ניתן לפתרון קל. דוגמה יפה לאסימטריה מעין זו מתקיימת במקרה של תשלום חלקי תוך אבדן השטר. אביי מעמיד אותנו בפני שתי אפשרויות: האם נטיל על המלווה את האחריות לשמור על השטר, או על הלווה את האחריות לשמור את השובר? רבא עונה על הבעיה כשהוא קובע אסימטריה, על-ידי תוספת עקרון: "עבד לזה לאיש מלוה", כלומר, "מוטב שיהיה טורח, ודאגת שמירת שטר מוטל על הלוה יותר מן המלוה" (רש"י).

דבר זה מביא אותנו להערתנו האחרונה על מהות הסברא. נוכל לעמוד על מלוא משמעותה של סברת ה'ניחא ליה', אם נשווה אותה לסברא אלטרנטיבית אפשרית לקביעת ההלכה.

אלטרנטיבה כזו קיימת. המקור המיידני להלכה הוא הירויספרודנציה, כלומר הכללת המקרה הפרטי שהגיע לידי שיפוט לפני חכם. אולם, ניתן להפוך שיטה זו שבדיעבד למתודה הלכתית חזקה הרבה יותר. נדמה לי שלא אטעה אם אטען, שהקביעה הקלאסית של ההלכה נעשית על-ידי סימולציה של משפט. ניתן לשחק את התפקידים השונים ולטעון את הטענות השונות, ועל-ידי זה להגיע לידי ההכרעות האידיאליות. זו האפשרות האחת, אפשרות שניתן לכנותה קלאסית. כנגדה יש להבין את הסברא, המהווה לגבי דידה אלטרנטיבה.

המודעות להבדל זה תתרום, לדעתי, להבנה נוספת של הוויות אביי ורבא. כדי להבהיר זאת, נשתמש בדוגמה מוחשית: "שומר שמסר לשומר. רב אמר פטור, ור' יוחנן אמר חייב" (ב"מ לו ע"א). הדוגמה הזו מעניינת מפני שהיא אחת הדוגמאות, בהן מצאנו מחלוקת לא בעצם הדין אלא בטעמו, בסברא. אביי ורבא חלוקים בהסבר דעתו של ר' יוחנן. המחלוקת אינה נעוצה בטעמים כלכליים, חברתיים וכדומה, אלא בתיאוריה ההלכתית עצמה.

הסברו של אביי לדברי ר' יוחנן מתבסס על העקרון: "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר". ההלכה חייבת לתת תוקף למסקנות הנובעות מהחזרה הריאלי שיש בפנינו, כלומר, להסכם שבין הרצונות. אביי מתנגד להרחיב את תחולת החוזה, על-ידי תוספות "פוטנציאליות". לעומת זאת, רבא מרחיב מיד את תחולת החוזה: "כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד". זוהי הרחבה התלויה במין הסכם עקרוני, המונח מכללל בבסיס כל חוזה. הסכם עקרוני זה נקבע על-ידי חכמים. זהו מעין מקרה נוסף של ה'ניחא ליה', למרות שאין הוא מנוסח בצורה כזאת. הניסוח "על דעת" פירושו, שאני מגביל את דעתי ומקבל ללא ידיעתי החלטות הנובעות מדעת אחרת, בעיקרו של דבר

שיקוליו של בית הדין, אך גם שיקוליו של הצד השני בחוזה. כפי שרש"י מסביר זאת, הטענה "על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד" היא פסוק קצר, כוונת טענה זו היא "על דעת שהנפקד מוסרו לאשתו ובניו הגדולים ואין יכולין לומר אין רצוננו שיהיה פקדוננו ביד אחר". פעולתי נקבעת על-ידי רצון שאיננו שלי. פירוש הדבר, לכאורה, שאין אני יכול להתנגד להעברת השמירה. למרות הכל אין הדבר כך. ר' יוחנן צודק, אך הפסק שלו מבוסס, לפי רבא, לא על תוכן החוזה, אלא על עקרון אחר: "את מהימנת לי בשבועה, האיך לא מהימן לי בשבועה". אין אנו יכולים להרחיב את חלותו של חוזה השמירה, שהרי המפקיד יכול לטעון שאין הוא רוצה לעשות עם פלוני חוזה כלל. במילים אחרות, בחוזה השמירה ישנו ממד אישי, והוא הנאמנות בשבועה. זהו יחס אישי בין אנשים שאיננו ניתן להעברה אלא על-ידי הסכמה מפורשת של הצדדים.

אותה סוגיה נותנת לנו הזדמנות לראות את גבולותיה של האפשרות האלטרנטיבית לסברת ה'ניחא ליה': ההכללה על בסיס המקרה הספציפי. הכללה זו היא פעמים רבות "מסוכנת", כפי שמראה רב חסדא בסוגיה זו (שם). השיפוט הקונקרטי הוא החלטה — מעין פונקציה — המתבססת על נתונים קונקרטיים רבים ושונים, ולפיכך, אינם מאפשרים את ההכללה הנכונה. ההכללה אפשרית אם כן רק אחרי שתהליך הסימולציה התקיים.

הרשיתי לעצמי להציע פרוגרמה להבנת המחלוקת היסודית שבין אב"י ורבא. הדוגמה שלפנינו מצביעה על מחלוקת במתודה של פרשנות חוזים. פירושו של רבא חופשי יותר מאשר פירושו של אב"י. אך הבדל זה נעוץ לא בעצם הבנת טקסט החוזה, אלא ביחס שונה לנקודת המוצא הכללית של מערכת דיני הממונות. אב"י המינימליסט, רואה במערכת את הנסיון לתת גיבוי משפטי וכוח כפייה לחוזים הנכרתים על-ידי בני אדם. רבא רואה אותם במסגרת של הסכמה יסודית קודמת, אמנה חברתית ראשונית, לאורה יכולים החכמים לפרש את רצון הצדדים שכרתו חוזה.

Offprint from

'ALEI SHEFER

Studies in the Literature of Jewish Thought

Presented to Rabbi Dr. Alexandre Safran

edited by
Moshe Hallamish



Bar-Ilan University Press