

## שתיקתו של רב: לימוד הלכה ממעשה

### בסוגיית "שמין לשואל"

#### הרב תמיר גרנות

- א. פתיחה - הצגת הבעיה
- ב. משמעות שתיקתו של רב
- ג. לפירוש השאלה: "דינא הכי"
- ד. המקורות התיאורטיים לסוגיית "שמין לשואל"
- ה. קריאה מחדש של המעשה ברב ותלמידיו רב כהנא ורב אסי
- ו. רשימו - מבט נוסף לעומק

#### א. פתיחה

במסגרת הדיון על סדרי התשלומין בנזיקין, מדייקת הגמרא בלשון המשנה (א), (ב) האומרת "חבתי בתשלומי נזק", ושואלת: מדוע לא נאמר בפשטות "חבתי בנזק"? תשובתה של הגמרא מקשרת בין לשון המשנה לברייתא אחרת שבה נקבע: "תשלומי נזק – מלמד שהבעלים מטפלים בנבלה" (י ע"ב). אם שור נפגע ומת, הנבלה נשארת בידי הבעלים – ששורו ניזוק, ועל המזיק לשלם רק את ההפרש בין ערך השור לפני הנזק ובין ערך השור אחרי הנזק. הלשון "תשלומים" שבמשנה מתפרשת לפיכך בהוראת "השלמה", כלומר המזיק חייב להשלים לניזק את ירידת הערך שגרמה מיתת השור.

להלן (שם) מביאה הגמרא את מאמרו של חזקיה, המפרש את המילים "והמת יהיה לו" (שמות כא לד) האמורות בבור כמוסכות על הבעלים – הניזק, לאמור: השור שמת בבור נשאר בידי הבעלים, והמזיק חייב לשלם את ההפרש, בדומה לאמור לעיל. הקריאה החלופית בפסוק, שאותה דוחה אביי בגמרא, היא שהמילה "לו" מוסבת על המזיק (המזיק מופיע בתחילת הפסוק: "בעל הבור

ישלם כסף ישיב לבעליו והמת יהיה לו". לאמתו של דבר, לפי פשוטו של מקרא פירוש זה נוח יותר, שכן הנושא של הפסוק הוא המזיק, בעל הבור, ולפיכך משמעות הפסוק היא שהמזיק צריך לשלם את הערך המלא של הנזק, והנבלה שייכת לו – לבעל הבור המזיק. בעל השור (הניזק) כלל אינו נזכר בפסוק, ולפיכך נראה שמדרש ההלכה עוקר את המקרא מפשוטו. ההכרעה של מדרש ההלכה לטובת הפירוש הראשון מקלה עם המזיק, שכן הוא נדרש לשלם רק על ירידת הערך (ההפרש בין מחיר השור החי למחיר השור המת), ואין הוא צריך לשלם את מלוא הנזק.

בדברי שמואל המובאים בגמרא, מנוסח כלל זה בתשלומי נזיקין באמצעות המושג "שמין"<sup>1</sup>:

אמר שמואל: אין שמין לא לגנב ולא לגזלן אלא לנזקין, ואני אומר: אף לשואל, ואבא<sup>2</sup> מודה לי

(בבא קמא יא ע"א)

שמואל קבע הלכה ששמין, כלומר מעריכים את הדבר הניזוק ומחסרים את ערך השברים או הנבלה מהערך השלם של החפץ הניזוק, רק בנזיקין, אבל לא במקרה של גנבה או גזל. דהיינו: גנב וגזלן ישלמו את מלוא ערך הנזק, ולא רק את ירידת הערך.<sup>3</sup> נסתפקה הגמרא בהבנת החלק השני בדברי שמואל:

<sup>1</sup> פירוש הגמרא בשלב זה הוא לפי רש"י ורבים אחרים. להלן בפרק החמישי של המאמר, נציע גם את החלופות הפרשניות, וראה להלן הערה 3.

<sup>2</sup> אבא הוא שמו הפרטי של האמורא רב. לשימוש בשם "אבא" תהיה משמעות בהמשך הדיון.

<sup>3</sup> פירשנו כדברי רש"י בסוגיה, וכמותו פירש גם רבנו חננאל וכן בשאלות ובתוספות כאן. בתוספות בסוגיה המקבילה בבבא מציעא צו ע"א ד"ה זיל שלים, הובאו גם הסברים אחרים למחלוקת, ואחד מהם השונה מהותית מרש"י הוא שהמחלוקת היא על פחת נבילה בלבד (כלומר ירידת ערך הנבלה בין שעת הנזק לשעת העמדה בדין – על מי היא מוטלת), ולא על גובה התשלום, שלכולי עלמא יש לשלם רק את ההפרש בין הערך המלא של החפץ ובין ערכו הנוכחי (השברים או הנבילה). כפי שכתב הרשב"א בסוגייתנו ד"ה והלכתא, בגמרא בבבא מציעא נוסף משפט להלכתא המכריע לכאורה כפירושו של רש"י: "והלכתא כרב כהנא ורב אסי, דמהדר ליה תבריה וממליא ליה דמי מנא", כלומר שנחלקו על גובה התשלום. אם כי יש להעיר שתי הערות: הראשונה, שהנוסח הזה כנראה לא עמד בפני כל הראשונים,

איבעיא להו, ה"ק: אף לשואל שמין ואבא מודה לי, או דלמא הכי קאמר:  
ואני אומר אף לשואל אין שמין ואבא מודה לי.

הספק הוא אם שמואל התכוון לצרף את דין השואל לדין הנזיקין, ולומר שגם לשואל יש שומא, או שאמר שכשם שלגנב ולגזלן אין שמין, אף לשואל אין שמין.

כדי להתיר את הספק מביאה הגמרא ראייה ממעשה. המעשה אמנם עוסק ברב ולא בשמואל, אך שמואל העיד כי רב מסכים עמו.

ת"ש: דהווא גברא דשאל נרגא מחבריה, תברה, אתא לקמיה דרב, אמר ליה: זיל שלים ליה נרגא מעליא, שמע מינה: אין שמין. אדרבה, מדאמרי ליה רב כהנא ורב אסי לרב: דינא הכי? ושתיק, שמע מינה: שמין.

המעשה הוא באדם ששאל גרזן מחברו והגרזן נשבר, ובאו השואל והמשאל לפני רב. רב פסק לשואל שישלם דמי גרזן מעולים, כלומר את מלוא הערך של הגרזן, ולפיכך נראה שרב סובר שאין שמין לשואל. אלא שהמסורת המשלימה של הסיפור מטילה צל על מסקנה זו. רב כהנא ורב אסי, שניהם תלמידי רב, שאלו את רב: האמנם הדין כן? ורב שתק, משמע שהסכים להם, ומכאן שדעתו היא ששמין.

מאמר זה יעסוק בעיקר בסיום התמוה של סיפור זה. פסיקתו של רב ניתנה בתחילה באופן החלטי, וללא נימוק. רב כהנא ורב אסי, אפשר שבמעמד הדין ואפשר שמאוחר יותר, שאלו אותו באופן ישיר: "דינא הכי", ללא שנימקו את תמיהתם. האם יש משהו בשאלתם שיכול לגרום לרב להרהר מחדש בפסיקתו? נראה שלא. ובכל זאת הוא שותק, והגמרא מסיקה משתיקתו: "שמע מינה – שמין", והלכתא נפסקה בסוף הסוגיה כרב כהנא וכרב אסי – שמין לשואל. קשה להבין את המתרחש: אם חשב כמותם לפני כן, ששמין לשואל, מדוע פסק למזיק שישלם את מלוא דמי הגרזן? אם הוא חולק עליהם, היה ראוי שיתעקש על עמדתו ויסביר; אם שינה את דעתו, מדוע עשה כן? האם יש משהו שחומק מעינינו שיכול היה לגרום לו לשנות את דעתו?

---

והשנייה – שייתכן שההלכתא משמעותה שמתר לשואל לשלם בשווה כסף, ולא דווקא מפני שהנבלה שייכת למשאל.

בחלקים הראשונים של המאמר ננסה לעמוד על ההיבטים הצורניים של הסיפור, ובמיוחד בשימת לב לשני היבטים עיקריים שלו: שתיקתו של רב והשאלה "דינא הכי". בחלק האחרון נשוב לנושא ההלכתי של הסוגיה – הלכת "שמין", וננסה להבין את הסיפור על רקע ההיבטים ההלכתיים-משפטיים הספציפיים שלו.

### ב. משמעות שתיקותיו של רב

כדי לדון במשמעות שתיקתו של רב עלינו להרחיב את היריעה מעבר לסיפור המקומי. יכולנו להעלות השערות שונות הנוגעות בבעיה המסוימת של שומה לשואל, אולם מעיון במקבילות של סיפורי פסיקה של רב ומחלוקת רב כהנא ורב אסי, עולה כי תבנית סיפורית כמו זו שמופיעה לפנינו חוזרת עוד שש פעמים בתלמוד הבבלי, ובסך הכל שבע פעמים. שש מהן מציגות סיטואציות דומות מאוד, שבהן רב פסק בדין או קבע הלכה, רב כהנא ורב אסי הקשו עליו ורב שתק. רק במקרה אחד שבו שותק רב המקשים עליו אינם רב כהנא ורב אסי. נתונים אלה די בהם כדי להניח שאת ההסבר לשתיקתו של רב עלינו לבקש לא רק בסוגיה ההלכתית המסוימת אלא בהקשר כללי יותר, אולי במשהו שקשור לעקרונות של פסיקתו ושמה במערכת היחסים האישית או הרעיונית-משפטית שבינו ובין שני תלמידיו רב כהנא ורב אסי. נשאל: האם יש מננה משותף בין הנושאים השונים שבהם נחלקו? האם הוא מננה משותף תוכני או שהוא קשור למשהו אחר? יצויין כי לעתים, כפי שנראה להלן, רב איננו שותק מיד, אלא מנסה להשיב (ראה להלן בסוגיה ממסכת ביצה) ולבסוף שותק. כיצד יש להבין את משמעות שתיקותיו?

נראה שנחלקו בפירוש משמעות שתיקתו התוספות והרמב"ם. התוספות טוען שיש להבין את השתיקה על רקע הכלל הידוע מדיני טוען ונטען: "שתיקה כהודאה", ועל כן בכל מקום שרב שותק לעומת דברי רב כהנא ורב אסי – יש לפסוק כמותם:

ומודה רב – פי' בקונטרס קודם ששתק, משמע דבשתק מודה להו, אף על גב דלקמן (עמוד ב) שתק (רבא) לאביי אף על גב דלא הודה לו אלא

שלא חש להשיבו, הכא ליכא למימר הכי דרב כהנא ורב אסי הוו כמו תלמיד חבר לרב כדאמר' (סנהדרין לו ע"ב) דלסבריה לא הוו צריכי, וברוב מקומות רב מודה כששתק להם... משמע בכל הנהו דלא מפני שלא חש להשיב שתק אלא מפני שהודה.

(תוספות בבא בתרא סב ע"א ד"ה ומודה)

התוספות מציעים לפרש את השתיקה באחת משתי דרכים: השותק "לא חש להשיבו", כלומר סובר שהטענה חלשה או שגויה ואיננה צריכה תשובה, או שהשותק מודה. לדעת התוספות, את שתיקותיו של רב מול רב כהנא ורב אסי הכרחי לפרש כהודאה לדבריהם. ואף שהם כתלמידים בפני רבם, אין בכך קושי, שכן אף שניהם אמנם נזקקו לשמועותיו של רב, כחכמים שעלו מבבל לארץ ישראל והמסורת שלהם הייתה חסרה, הרי בסברה היו הם בלתי תלויים ברב ולא נהגו כתלמידיו. על כן סוברים התוספות שיש לפסוק כשניהם נגד רב בכל מקום ששתק מול טענתם, וכמסקנת סוגייתנו.

אמנם, הרמב"ם פוסק בכל הסוגיות הללו כרב, ולא כרב כהנא ורב אסי, למעט סוגייתנו בבבא קמא שבה נאמרה הלכה במפורש כמותם. יש לשאול על הרמב"ם: כיצד ניתן לפסוק כרב אם נטענה טענה נגדו ואין לו תשובה עליה? ואף אם פסיקת הרמב"ם מסתמכת גם על המשך השקלא וטריא בסוגיות השונות או על שיקולים פורמאליים, עדיין עלינו להסביר מדוע שתיקתו של רב איננה לדעת הרמב"ם ביטוי של הודאה לעמדתם, וכיצד, אם כן, יש לפרש את שתיקתו של רב לדעתו.

נסקור כעת את הסוגיות שבהן שתק רב מול רב כהנא ורב אסי, וננסה לזהות את המאפיינים המשותפים שלהם.

במשנה בסוכה נקבע כי אם יש לסוכה שתי דפנות תוכשר הסוכה בטפח נוסף, ובגמרא נחלקו היכן יש להעמיד את אותו טפח כדי להכשיר את הסוכה: ואתו טפח היכן מעמידו? - אמר רב: מעמידו כנגד היוצא. אמרי ליה רב כהנא ורב אסי לרב: ויעמידנו כנגד ראש תור! שתיק רב. איתמר נמי, אמר שמואל משמיה דלוי: מעמידו כנגד היוצא. וכן מורין בי מדרשא: מעמידו כנגד היוצא.

(סוכה ו' ע"ב)

רב סבר שיש להעמיד את הטפח סמוך לאחת משתי הדפנות (העומדות בצורת האות ר), ואילו רב כהנא ורב אסי סברו להעמידו בקודקוד הרביעי של הסוכה (כנגד ראש התור), מרוחק משתי הדפנות. כשאמרו את שיטתם לרב, שתק רב, ולא נתברר מדוע. אמנם מאמרים אמוראיים נוספים תומכים בשיטת רב, ובנוסף נוטה אליה שיטת רבי סימון בהמשך הסוגיה, המציעה להעמיד קורה רחבה מעט יותר מטפח בתוך שלושה טפחים לדופן כדי שהדופן השלישית תיחשב למעשה כארבעה טפחים. גם ההלכה נפסקה כמותו. דומה ששיטתם של רב כהנא ורב אסי נוטה אל הציור המופשט של המבנה, כלומר העמדת הטפח בקודקוד הרביעי מאפשרת להשלים קו דמיוני משני הצדדים – וכך מתקבלת תמונה סוכה שלמה, ואילו רב נוטה במקרה זה אל הקונקרטי, כלומר שלמעשה יש שתי דפנות והתחלה ממשית של שלישית. מדוע שתק רב? אין אנו יודעים.

במסכת ביצה נחלקו בעניין אפרוח שנולד ביום טוב, אם יש לו דין מוקצה. רב סבר כי כיוון שלא היה חי בערב יום בין השמשות ולפיכך איננו מן המוכן לצורך יום טוב, הוא מוקצה, ורבי יוחנן התיר אותו מפני שמתיר את עצמו בשחיטה:

אתמר: אפרוח שנולד ביום טוב, רב אמר: אסור, ושמואל ואיתימא רבי יוחנן אמר: מותר. רב אמר: אסור, מוקצה הוא. ושמואל ואיתימא רבי יוחנן אמר: מותר, הואיל ומתיר עצמו בשחיטה. אמרי ליה רב כהנא ורב אסי לרב: וכי מה בין זה לעגל שנולד ביום טוב? - אמר להו: הואיל ומוכן אגב אמו בשחיטה. - ומה בין זה לעגל שנולד מן הטרפה? - שתיק רב. אמר רבה ואיתימא רב יוסף: מאי טעמא שתיק רב? לימא להו: הואיל ומוכן אגב אמו לכלבים!...תניא כותיה דרב, תניא כותיה דשמואל ואיתימא רבי יוחנן. תניא כותיה דרב, עגל שנולד ביום טוב - מותר, אפרוח שנולד ביום טוב - אסור. ומה הפרש בין זה לזה? זה - מוכן אגב אמו בשחיטה, וזה - אינו מוכן אגב אמו.

(ביצה ו' ע"ב)

גם בגמרא זו נחלקו רב כהנא ורב אסי, אלא שבשונה מהמקרים האחרים הם מנמקים את קושייתם, ורב אף עונה להם, ולבסוף הוא שותק מפני טענתם. בסוגיה זו מנסה רבה או רב יוסף להגן על שיטת רב, והגמרא אף מביאה ברייתא כשיטתו. מתוך המשא ומתן בין רב כהנא ורב אסי לרב עולה שהם תוקפים אותו על חוסר הקוהרנטיות שבשיטתו, שכן הוא אוסר אפרוח שנולד ביום טוב כמוקצה בגלל שלא היה מוכן לאכילה בין השמשות, ומנגד עגל שנולד ביום טוב מותר, ואפילו עגל שנולד מן הטריפה, אף שאיננו מותר אגב אימו בשחיטה. רב שותק, ונראה כי שבעוד ששני תלמידיו מבקשים אחר עיקרון כללי שיקבע את הפסיקה בדיני מוקצה בכל המצבים, רב ממוקד במקרה שלפניו וסובר שהפסיקה שאפרוח הוא מוקצה נכונה, אף שאין לו היכולת לספק באותה שעה תיאוריה כללית ועקבית של דיני מוקצה. האם הנטייה להכללה ולהפשטה מאפיינת את מגמת שאלותיהם של רב כהנא ורב אסי, ולעומתם רב מפעיל הגיון קונקרטי, אינטואיטיבי, ללא הכללה? נמשיך ללוות את מחלוקותיהם:

אתמר: שנים שלקחו חבית ובהמה בשותפות. רב אמר: חבית מותרת ובהמה אסורה, ושמואל אמר: חבית נמי אסורה. מאי קסבר רב? אי קא סבר יש ברירה - אפילו בהמה תשתרי, ואי קסבר אין ברירה - אפילו חבית נמי אסורה! - לעולם קסבר יש ברירה, ושניא בהמה דקא ינקי תחומין מהדי. אמרי ליה רב כהנא ורב אסי לרב: לאיסור מוקצה לא חששו, לאיסור תחומין חששו? שתיק רב.

(ביצה לו ע"ב)

רב ושמואל נחלקו בדין תחומין לגבי החבית והבהמה, כאשר רב מבחין בין הבהמה לחבית וטוען שכל אחד יכול להוליך את חלקו שבחבית, כיוון שניתן לברר את החלק האחד מהשני, בעוד שבבהמה (לפי הסבר הגמרא) יונקים האברים אחד מהשני, ולא ניתן לברר ולומר כי זה חלקו בימין וזה חלקו בשמאל וכיוצא בזה. נראה שגם כאן פסיקתו של רב מבחינה בין הנדונים השונים, ואיננה חותרת להכללה, לעומת החולקים עליו. שמואל החולק עליו סובר שצריך להפעיל עיקרון אחד בעקביות, יש ברירה או אין ברירה, הן על החבית והן על הבהמה, ורב דן בכל מקרה לגופו. טענת רב כהנא ורב אסי

אופיינית לעמדתם בסוגיות הקודמות: הם טוענים כלפי רב שהסיבה שבגללה הוא אוסר להוליך את הבהמה בדיני תחומין, שגוף הבהמה הוא אחד, איננה תקפה בדיני מוקצה, שהרי רב לא פסק שאסורה הבהמה מכל וכל, ואם החלק של השותף הראשון אוסר את חלקו של השני - הרי כל אחד אוסר גם בחלקו, מפני שחלק חברו הוא בשבילו מוקצה. אף שלא ניתנת לנו תגובתו של רב במקרה זה, האוריינטציה של המחלוקת דומה לקודמתה: רב כהנא ורב אסי חותרים לקוהרנטיות, ומתקיפים את רב על שפסקתו איננה עומדת במבחן זה, ורב נוטה להבחין בין מצבים שונים ולפסוק בכל אחד לפי עניינו פסיקה ישירה וקונקרטי, גם כשאין היא עומדת במבחן של כלליות ועקביות. האם לפנינו מחלוקת הלכתית שיש להן שורש מטא-הלכתי, כלומר בתיאוריה של ההלכה, בעקרונות העומדים ביסודה? נמשיך לעיין:

ספינתא, אמר רב: אגרא ופגרא. אמרו ליה רב כהנא ורב אסי לרב: אי אגרא - לא פגרא, אי פגרא - לא אגרא. שתיק רב. אמר רב ששת: מאי טעמא שתיק רב? לא שמיעא ליה הא דתניא: אף על פי שאמרו אין מקבלין צאן ברזל מישראל, אבל מקבלין צאן הנכרים. אבל אמרו: השם פרה לחבירו ואמר לו: הרי פרתך עשויה עלי בשלשים דינר, ואני אעלה לך סלע בחדש - מותר, לפי שלא עשאה דמים. - ולא עשאה? - אמר רב ששת: לא עשאה דמים מחיים, אלא לאחר מיתה. אמר רב פפא, הלכתא: ספינה אגרא ופגרא.

(בבא מציעא סט ע"ב)

רב פפא (וכן הרמב"ם בעקבותיו) פסק כרב גם במקרה זה, למרות שתיקתו של רב. כמובן, ניתן לטעון שרב עצמו באמת הודה בשתיקתו לרב כהנא ולרב אסי, ולולא ההגנה שהעניק רב ששת לעמדתו לא היינו פוסקים כמותו, וכן פירש הריטב"א שם:

שתיק רב מפני שלא מצא תשובה, והכין מוכח מהא דאמרינן אמר רב ששת מ"ט שתיק רב לא שמיע ליה הא דתניא וכו', דאלמא לא שתק רב מפני שלא חשש לדבריהם אלא מפני שלא מצא תשובה, והכין מתפרש האי לישנא בכל דוכתא מסתמא.

אולם מבט כללי יותר אל שתיקותיו של רב גורם לנו להניח שמשמעותן שונה. אפשר שלרב לא הייתה הוכחה או טענה זמינה להשיב כלפי טענת תלמידיו,



אך כאמור המחלוקת מתחילה במישור גבוה יותר, מטא-הלכתי, ולכן לא מתפתח משא ומתן הלכתי ממשי בין רב לרב כהנא ולרב אסי. במקרה שלפנינו נשאלה שאלה אם מותר לאדם לשכור ספינה מחברו ולהתחייב לו שאם תישבר ואפילו באונס (שוכר על פי דין תורה הבסיסי פטור מאונסים) יחזיר השוכר את ערך הספינה למשכיר. רב התיר ותלמידיו אסרו, מפני שסברו שיש בהסכם מסוג זה משום ריבית; ההתחייבות לשלם את מחיר הספינה בכל מקרה צובעת את העסקה בצבע של הלוואה, שהרי גם בה השוכר מתחייב להחזיר את הערך שלוהה בכל מקרה ולא רק את גוף הדבר ששכר, ואם לא תישבר הספינה ויחזירה, הרי זה כאילו החזיר את הכסף עצמו שלוהה או שווה כסף. מכאן שאם יוסיף השוכר וישלם שכירות (אגרא) חוץ מהתחייבותו המוחלטת להשיב את ערך הספינה (פגרא), נמצא כסף השכירות נוסף על גוף הלוואת הספינה – וזו ריבית.

מדוע התיר רב? מפני שסבר, כנראה, שאף על פי שההפשטה העיונית הקרה מנתחת מקרה זה כמקרה של ריבית, הרי למעשה עסקה זו היא באמת עסקת שכירות ולא עסקת הלוואה, ותכליתה הממשית היא לאפשר לשוכר להשתמש בספינה, ולבעל הספינה להשתכר מדמי השכירות. המשכיר אמנם רוצה בהגנה יתרה, כמו ביטוח, על ממונו המושכר, אולם הביטוח שמעניק לו השוכר איננו הופך את העסקה להלוואה, אלא משאיר אותה כעסקת שכירות עם תנאי נוסף למקרה של נזק באונס, שתפקידו הממשי הוא להגן על המשכיר. רב מחד גיסא, ורב כהנא ורב אסי מאידך גיסא, מפרשים באופן שונה לגמרי את העובדות. העסקה שבעיני רב היא עסקת שכירות, בעיניהם היא עסקת הלוואה. מי מהם צודק? זו שאלה של נקודת מבט, וכפי שנאמר למעלה, השאלה היא מטא-הלכתית וכללית. רב קורא את הסיפור שלפניו קריאה ממשית, אינטואיטיבית, ישירה, ריאליסטית ולא מושגית. תלמידיו מנתחים אותה ניתוח אידיאלי, מושגי ופורמאלי. המבט הישיר, הממשי של רב הינו מוצדק – באמת אין זו עסקת הלוואה אלא שכירות; אבל גם המבט שלהם צודק – שכירות שיש עימה התחייבות להשבת הדבר הנשכר, אפילו באונס, היא מבחינה פורמאלית כמו הלוואה. זו הסיבה העמוקה לויכוח, וגם

לשתיקה, משום שלרב אין באמת מה להוסיף, שכן לדידו רב כהנא ורב אסי פשוט אינם רואים נכוחה את המקרה. גם מצידם, כמובן, הניתוח של רב איננו מספק מבחינה תיאורטית.<sup>4</sup>

ריבוי המחלוקות וסגנון המשותף מחזקים את ההשערה שמחלוקותיהם של רב כהנא ורב אסי עם רב נעוצות בשורשי השיח ההלכתי, ב"מטא-הלכה". נראה שטענותיהם של רב כהנא ורב אסי בכל המקומות הן אכן אמיתיות, ולכן רב איננו רוצה או איננו יכול להשיב עליהן, אלא שהן נובעות מתיאוריה הלכתית שהנחות היסוד שלה שונות לגמרי מצורת החשיבה והשיח ההלכתי של רב, ולכן אין לו מילים.

---

<sup>4</sup> עוד שתי סוגיות יש בתלמוד שבהן שותק רב כלפי טענה שטוענים נגד שיטתו. הראשונה עוסקת בבעיות של פרשנות לשון המוכר (בבא בתרא סב ע"א): "מצר לו מצר אחד ארוך ומצר אחד קצר - אמר רב: לא קנה אלא כנגד הקצר. אמרו ליה רב כהנא ורב אסי לרב: ויקנה כנגד ראש תור! שתיק רב. ומודה רב, היכא דאיכא מצר ראובן ושמעון מחד גיסא ומצר לוי ויהודה מחד גיסא, מדהוה ליה למכתב ליה דראובן כנגד לוי ודשמעון כנגד יהודה, ולא כתב ליה, שמע מינה: כנגד ראש תור הוא דאמר ליה". נראה שאין במחלוקת זו תוספת משמעותית על מה שנאמר למעלה, והיא נובעת מדרכים שונות לפרש את כוונתו של המוכר את השדה.

סוגיה נוספת עוסקת בחיוב האונס את הקטנה (סנהדרין סו ע"ב): "הבא על נערה המאורסה - אינו חייב עד שתהא נערה, בתולה, מאורסה, והיא בבית אביה. באו עליה שנים, הראשון - בסקילה, והשני - בחנק". ובגמרא פירשו: "אמר רב יהודה אמר רב: זו דברי רבי מאיר, אבל חכמים אומרים: נערה המאורסה - אפילו קטנה במשמע.... בעא מיניה רבי יעקב בר אדא מרב: בא על הקטנה מאורסה, לרבי מאיר מהו? לגמרי ממעיט ליה או מסקילה ממעיט ליה? אמר ליה: מסתברא, מסקילה ממעט ליה. והכתיב ומתו גם שניהם - עד שיהו שניהן שוין! - שתיק רב. אמר שמואל: מאי טעמא שתיק רב? ונימא ליה ומת האיש אשר שכב עמה לבדו". התשובה של רב לשאלת רבי יעקב בר אדא היא אינטואיטיבית: אף על פי שהקטנה לא חייבת, הגבר חייב שהרי הוא פשע. הטענה שהוא טוען כלפיו שצריך להיות כתוב "ומתו גם שניהם" נכונה פורמאלית אבל לא צודקת, הרי באמת הגבר הוא בר עונשין והילדה איננה. לכן רב טוען מה שהוא טוען, אף שאין כאן הכללה מוצלחת של העקרון "ומתו גם שניהם". בסוגיה זו לא מופיעים רב כהנא ורב אסי, ולכן אין הכרח שהיא נסובה על אותו ציר עקרוני, אם כי רוח עמדתו של רב דומה.

כיצד יש להבין את נקודות המוצא השונות של בעלי המחלוקת? כידוע, רב קיבל את חינוכו התורני בארץ ישראל. פגישתו עם שני תלמידיו אלה אירעה כשירד לבבל ואחר כך עמד בראש הישיבה בסורא. ככל הנראה, רב כהנא קיבל מסורות רבות מרב, מסורות אותן הוא נשא מארץ ישראל, אך נשאר עצמאי כלפיו בפסיקת ההלכה. למעשה ניתן לומר, כפי שהתבטאו התוספות שהבאנו לעיל, שהיה רב כהנא תלמיד חבר לרב. כך יש להבין את קביעת הגמרא על היחסים ביניהם: "כגון רב כהנא ורב אסי, דלגמריה דרב הוו צריכי, ולסבריה דרב לא הוו צריכי" (סנהדרין לו ע"ב).

דומה שהקביעה "לסברותיו של רב לא היו צריכים" מקבלת משנה תוקף לאור ריבוי המקרים בהם הקשו על רב מסברה, ורב שתק. שמא בקביעה זו יש לחפש את שורש ההבדל ביניהם. הנטייה של רב אל הפסיקה האינטואיטיבית, הריאליסטית יותר, הממוקדת במקרה המסוים – בקונקרטי, אפשר שהיא ממסורת הפסיקה של ארץ ישראל, ויונקת מהמסורות התנאיות שרב היה קשור בהן. רב כהנא ורב אסי מייצגים כאן את ההתחלה של תורת בבל המצטיינת בסברה. ומהי הסברה? ההפשטה התיאורטית של המקרים, בקשת העיקרון הכללי, דימוי מילתא למילתא וכדומה. באמת רב כהנא ורב אסי היו עצמאיים כלפי פסיקתו של רב, ופעלו מתוך הנחות שונות אודות פסיקת ההלכה: בקשה של כללים, תביעה לקוהרנטיות, דיון מופשט ופורמאלי ועוד. המפגש בין רב כהנא ורב אסי לרב הוא מפגש בין שתי אסכולות, שקווי השיח שלהן מקבילים ולא נפגשים, ולכן הם מסתיימים פעמים רבות בשתיקה. העיון במטבע הטענה "דינא הכי", ובמיוחד במקרים שבהם רב נשאל שאלה זו, יוכל לשפוך אור נוסף על הסוגיה.

### ג. פירוש השאלה: "דינא הכי?"

בכמה מקומות בתלמוד מצאנו שחכמים או בעלי הדין שואלים את הרב הפוסק "דינא הכי" כמו בסוגייתנו. בשני מקרים מופיעה השאלה ללא הנמקה אחריה, ובשני אחרים מופיעה השאלה בתוספת הנמקה: "דינא הכי, המוציא

מחברו עליו הראיה? ההנמקה מחדדת את התימהון שבפי השואל, שהרי כלל זה, שהמוציא חברו עליו הראיה, נחשב בגמרא לעיקרון יסוד של דיני הממונות בהלכה.

נראה כי הופעתה של השאלה בצורתה הבסיסית וללא הנמקה, או בהוספת טענה שהיא בבחינת מובן מאליו, מלמדת אותנו שהשואל את השאלה מניח שהרב הפוסק יבין מאליו את השאלה, ואין צורך להסבירה. כלומר: לא מדובר בטיעון משפטי מתוחכם או בהוכחה ממקום רחוק, אלא בתמיהה על דין שנפסק, וברור לשואל שגם הפוסק מודע עוד לפני השאלה לכך שפסיקתו איננה כשורה. השאלה היא בבחינת הבעת תמיהה רטורית, שאין ציפייה שהיא תיענה במישור המשפטי, שהרי ברור שהתשובה היא שלילית - שהדין איננו כך.

ההוראה הלשונית של השאלה "דינא הכי" יכולה להתפרש באחת משתי פנים. הראשונה היא: האם זהו החוק? והשנייה: על פי ההליך השיפוטי והלכות דיניים, האם כך ראוי לפסוק?

בכמה מן המקרים השאלה "דינא הכי" מתייחסת ללא ספק להליך השיפוטי, כלומר לפי השאלה או לפי התשובה ניתן להוכיח שהדיין הפוסק סוטה מן החוק בגלל המקרה המיוחד שלפניו. במקרים אלה השאלה "דינא הכי" מפנה את תשומת הלב לפער בין החוק הכתוב ובין הפסיקה הקונקרטית. השואל תמה על הפער, והפוסק מגן עליו ומסביר אותו. דוגמה לכך נוכל למצוא במעשה אודות מרי בר איסק. לפי עדותה של הגמרא היה הלה אדם אלים. מעשה שהיה ומת אביו, וירש מרי בר איסק את כל הירושה. כעבור זמן הגיע אדם וטען שהוא אחיו וראוי לחלקו בירושה, אך מרי בר איסק הכחיש שהוא מכירו:

כי הא דמרי בר איסק, ואמרי לה חנא בר איסק, אתא ליה אחא מבי חוואה, א"ל: פלוג לי בנכסי דאבא, א"ל: לא ידענא לך, אתא לקמיה דרב חסדא, א"ל: שפיר קאמר לך, דכתיב: ויכר יוסף את אחיו והם לא הכירוהו, מלמד, שיצא בלא חתימת זקן ובא בחתימת זקן. א"ל: זיל אייתי סהדי דאחורא את, א"ל: אית לי סהדי ומסתפינו מיניה, דגברא אלמא הוא. א"ל לדידיה: זיל אייתינהו את דלאו אחוך הוא, א"ל: דינא הכי?

המוציא מחבירו עליו הראיה! א"ל: הכי דאיננא לך ולכולהו אלמי  
(ד)חברך; השתא נמי אתו ומשקרי! תרתי לא עבדי.

(בבא מציעא לט ע"ב, כתובות כז ע"ב)

כאשר באו השניים לדין לפני רב חסדא, חייב רב חסדא את האח הבא מרחוק להביא עדים על היותו בן משפחה. בשלב זה אירעה התפנית במהלך הדין, כשהאח אמר: אמנם יש לי עדים, אך הם מפחדים לבוא להעיד מאימת מרי בר איסק. לשמע זאת הפך רב חסדא את הוראתו וחייב את מרי בר איסק להביא עדים שהלה איננו אחיו. טען כלפיו מרי בר איסק: "דינא הכי? המוציא מחברו עליו הראיה!" כלומר: הרי אני, מרי, מוחזק בקרקעות, והוא טוען כלפיי תביעת ממון להוציא ממון מחזקתו. כיוון שטענותינו סותרות זו את זו, סדר הדין הוא שעל המוציא, כלומר על האח, להביא ראיה. רב חסדא השיב לעומתו: כך אני דן אותך ואת חבריך האלימים כמותך.

הסברו של רב חסדא איננו מתייחס לניתוח הכללי של המאורע המשפטי, אלא לתכונות המיוחדות של המקרה שלפניו. מפני שמרי בר איסק אלים, עלולה הפעלה של כללי הדין הרגילים, שלפיהם האח הוא ה"מוציא", לגרום לעיוות הדין, שכן למעשה אין הוא יכול לממש את זכותו החוקית להביא עדים ולהוכיח את טענותיו בגלל אישיותו המאיימת של מרי. היפוך המוחזקות והטלת חובת הראיה על מרי במקום על האח נענות, אפוא, לתביעה לחתור לצדק בכל מקרה ומקרה, תביעה שיישומה מטיל על הדיין חובה לחרוג לעתים מסדרי הדין הרגילים, כדי להתאים את סדרי הדין לתכונות המיוחדות של האירוע המשפטי המסוים. שאלת מרי "דינא הכי?" מכוונת, אם כן, לתקיפת הפער הזה בדיוק, הפער בין הכללים הנוהגים בדרך כלל ובין ההחלטה השיפוטית הספציפית של רב חסדא, שלא תאמה אותם. בדברי מרי אמנם נוספה הנמקה לתמיכה בשאלתו, "המוציא מחברו עליו הראיה", אך ברור שהוא לא הוסיף בזה שום מידע, שכן בוודאי גם רב חסדא מודע לכלל היסוד של דיני הראיות בהלכה. על כן יש לראות את השאלה כשאלה רטורית, שמשמעה הוא: כיצד זה אתה פוסק שלא כדין?!

תשובתו של רב חסדא מתאימה את עצמה לשאלה, מאשרת את החריגה מהדין הכללי ומסבירה אותה. היא מסתמכת על זכותו ואף חובתו של הדיין להפעיל שיקול דעת ולחרוג מהדין הכללי, כאשר הוא סבור שהפעלת הכללים עלולה להביא לתוצאה שיש עימה עיוות הדין. מכאן שהוראתו הסופית של רב חסדא גם איננה ניתנת להכללה, כלומר לא נוכל ללמוד ממנה על החוק הכללי, אלא רק דוגמה אישית להתנהלות של דיין במהלך משפט.

דוגמה נוספת להופעת השאלה "דינא הכי" בסיטואציה דומה היא במעשה הסבלים במסכת בבא מציעא. מסופר שם על סבלים שהעבירו חבית עבור רבה בר חנן ונשברה החבית, אך לא היו לסבלים עדים להוכחת טענתם שהשבירה

הייתה באונס. רבה בר חנן לקח מהם את גלימתם כמשכון עד שישלמו:

רבה בר חנן תברו ליה הנהו שקולאי חביתא דחמרא. שקל לגלימייהו, אתו אמרו לרב. אמר ליה: הב להו גלימייהו. - אמר ליה: דינא הכי? - אמר ליה: אין, למען תלך בדרך טובים. יהיב להו גלימייהו. אמרו ליה: עניי אנן, וטרחינן כולה יומא, וכפינן, ולית לן מידן. אמר ליה: זיל הב אגרייהו. - אמר ליה: דינא הכי? - אמר ליה: אין, וארחות צדיקים תשמר.

(בבא מציעא פג ע"א)

כשבאו לפני רב הורה לרבה בר חנן להשיב להם את גלימתם. רבה בר חנן טען כלפיו: "דינא הכי", ורב השיב לו את התשובה הפרדוכסלית: "כן, למען תלך בדרך טובים". גם בשלב השני כשטענו הסבלים שהם עניים ורעבים, ורב הורה לשלם להם שכרם אף שלא בצעו את העבודה, חזרה אותה דינמיקה, כשלטענת התובע "דינא הכי", השיב רב: "כן, ואורחות צדיקים תשמור". הטענה הבלתי מנומקת "דינא הכי" מניחה שהדיין, רב במקרה זה, יודע את מה שיודע רבה בר חנן, שהדין איננו כך, ועל כן היא גם איננה צריכה נימוק.

כאמור, זו בעצם שאלה רטורית שמשמעה: "מדוע פסקת שלא כדיון?"

תשובתו של רב מאששת את הנחתנו ששאלה זו משמשת בתלמוד במקום שבו יש חריגה מן הדין הכללי בגלל התכונות המיוחדות של האירוע המשפטי המסוים, חריגה הנובעת מחתירת הדיין לתוצאה צודקת והתאמת כללי הדין למקרה שלפניו. רב עונה לרבה בר חנן שאמנם הדין הוא כך, אך ההנמקה שלו איננה שאובה מהלכות שומרים או פועלים, אלא משדה אחר לגמרי – השדה

המוסרי. גיוס הפסוק במשלי כדי לנמק פסיקה בדיני ממונות מתמיהה, אלא אם קיימת ההבנה שחתיירה לטוב ולצדק איננה תפקידם של ארגוני גמ"ח בלבד, אלא גם של מערכת המשפט, ובמקרה שהפוסק צריך לפסוק שלא על פי הכללים, כדי שהמשפט יהיה צודק, הוא עושה זאת. נשים לב שרב איננו מבקש מרבה בר חנן לפעול לפנים משורת הדין, או לעשות מעשה חסד, אלא הוא מורה לו שכך הדין.<sup>5</sup> נמצא ששאלת "דינא הכי" משמשת גם כאן את התלמוד לשם הבעת התמיהה על הפער בין הדין הכללי ובין ההנחיה השיפוטית באירוע המסוים, והיא משקפת את מרחב הגמישות שיש לדיין לפסוק פסיקה צודקת מהותית, אף שאיננה מקיימת את החוק כלשונו.

עדות נוספת למשמעותה של טענת "דינא הכי" נמצא בדיון משפטי שבין רב נחמן לרבא. סיפור המעשה הוא בראובן שטען כלפי שמעון שהוא יושב בביתו. שמעון השיב להגנתו שהוא יושב בבית כבר שלוש שנים, וראובן לא מיחה בו, ולפי כללי החזקות הרי הבית כשלו. ראובן השיב (לפי רש"י) שבכל אותן שנים הוא גר בבית הפנימי הסמוך לבית המריבה, והיה משתמש בבית של שמעון כשהיה עובר דרכו, ועל כן לא ראה צורך למחות:<sup>6</sup>

הוא דאמר ליה לחבריה: מאי בעית בהאי ביתא? אמר ליה: מינן זבינתיה ואכלית שני חזקה, א"ל: אנא בשכוני גוואי הואי; אתא לקמיה דרב נחמן, אמר ליה: זיל ברור אכילתך. אמר ליה רבא: הכי דינא?

המוציא מחבירו עליו הראיה<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> בירושלמי מובא מעשה זה בלא המילה "אין", שיוצרת את המתה הפרדוקסלי בין האישור שזה אכן הדין ובין ההנמקה המוסרית. ייתכן שהוא הבין שפסיקתו של רב שייכת למישור שלפנים משורת הדין, ושרב באמת לא יוכל היה לכפות את פסיקתו על רבה בר חנן. בשאלה זו נחלקו גם הפוסקים.

<sup>6</sup> כך פירש רשב"ם שם.

<sup>7</sup> הגמרא מביאה שם סיפור נוסף, הסותר לכאורה את הפסיקה כאן, ומתרצת. נראה לי שהעקרון שאותו כתבנו למעלה מתקיים גם למסקנת הסוגיה: "ורמי דרבא אדרבא, ורמי דרב נחמן אדרב נחמן; דהוא דא"ל לחבריה: כל נכסי דבי בר סיסין מזבינא לך, הואי ההיא ארעא דהוה מיקרי דבי בר סיסין, אמר ליה: הא לאו דבי בר סיסין היא, ואיקרוי היא דמיקריא דבי בר סיסין; אתו לקמיה דרב נחמן, אוקמא ביאד דלוקח. א"ל רבא: דינא הכי? המוציא מחבירו עליו הראיה. קשיא דרבא

(בבא בתרא כט ע"ב, וכן שם קנט ע"ב)

נראים הדברים שגם כאן פסיקתו של רב נחמן שהיה דיין מומחה נובעת מהאבחון הייחודי של כל מקרה, ושלכן הוא הופך את חובת הראיה על הצד השני. כלומר: שאלת "דינא הכי" היא שאלה על הפער בין החוק לבין הפסיקה וניסיון להבין את הפער הזה, ולא לחלוק על עצמו של העיקרון המופיע בחוק. בסוגיה זו כמו בפסיקתו של רב חסדא במעשה דמרי בר איסק, הדיין הופך את המוחזקות ומטיל את חובת הראיה על המוחזק, כנגד דיני הראיות, ובעימות גלוי עם כלל היסוד- "המוציא מחברו עליו הראיה". נראה שכאן, כמו שם, ממלא הדיין את חובתו לשפוט בצדק, קרי: להנחות הנחיה שיפוטית שתתאים את עצמה לתכונות המיוחדות של המקרה, ולא רק תמלא את כללי הדין כלשונם הכתובה. רב נחמן הבין שהמאפיינים המיוחדים של המקרה שלפניו, אף שלא התקיימה בו חובת המחאה שרק היא מערערת את חזקת היושב בבית שלוש שנים, שונים מהמקרה הרגיל שאליו התכוון החוק. כיוון שהתנהגותו היומיומית של ראובן, הטוען שהבית שלו, מצדיקה את טענתו שלא היה לו צורך למחות, סטה רב נחמן מהכלל המעניק את המוחזקות למי שיש לו חזקת שלוש שנים, והטיל את הראיה על המוחזק. מכאן נובעת תמיהתו של רבא "דינא הכי", שבמקרה זה אפילו איננה זוכה לתשובה, שכן נראה ברור שרב נחמן סטה מהוראת הדין הכללית במכוון. שאלת רבא משקפת את ההפתעה אל מול החריגה, אבל איננה מוסיפה אינפורמציה הלכתית חדשה המחייבת את הרב נחמן בתשובה משמעותית או בשינוי של עמדתו. הגמרא אמנם הניחה שרב נחמן עמד בדעתו אף שלא השיב דבר לרבא.

---

אדרבא, קשיא דרב נחמן אדרב נחמן! דרבא אדרבא לא קשיא: התם מוכר קאי בנכסיה, הכא לוקח קאי בניכסיה; דרב נחמן אדרב נחמן נמי לא קשיא: כיון דאמר ליה דבי בר סיסין ומיקריא דבי בר סיסין, עליה דידיה רמיא לגלויי דלאו דבי בר סיסין היא, אבל הכא לא יהא אלא דנקיט שטרא, מי לא אמרינן ליה: קיים שטרך וקום בניכסי."



האזכור הנוסף בש"ס של טענת "דינא הכי" הוא בסוגייתנו בנושא שמין לשואל (מופיעה גם בבבא מציעא צו ע"ב), שבה פוסק רב שהשואל שגרזן ששאל נשבר (באונס) חייב לשלם גרזן מעולה, כלומר את מלוא התשלום, ואין שמין לו. מול טענת רב כהנא ורב אסי "דינא הכי?" הוא שותק. יש לשים לב שזהו המקרה היחיד שמצליב בין שני סוגי הסיפורים שראינו: הפוסק הוא רב, הטוענים נגדו הם רב כהנא ורב אסי, והטענה היא "דינא הכי?". יש לשים לב גם לכך שרב כהנא ורב אסי נוהגים כאן אחרת מאשר בששת המקומות האחרים, וטוענים רק "דינא הכי?" ללא נימוק.

יש להסיק, כי כמו בשאר המקומות שבהם מופיעה טענת "דינא הכי", גם אצלנו יש לה תפקיד רטורי, כשברור לשני הצדדים שההלכה איננה כפסיקת רב ובאמת שמין לשואל, ורב חרג מהפסיקה המקובלת. אלא שמקרה זה שונה משאר המקרים שבהם נטענת טענת "דינא הכי", מפני שבהבאתו לא נזכרו מאפיינים מיוחדים המצדיקים את הסטייה מהדין, ואלה גם לא נזכרים על ידי רב, שהרי רב שותק. כיצד, אם כן, עלינו לפענח את סופו של הסיפור, לאור המסקנות שעלו עד כה? נעשה זאת אחרי בירור ההיבטים התיאורטיים של הבעיה, כפי שהם עולים בסוגיית הגמרא.

#### ד. המקורות התיאורטיים לסוגיית "שמין לשואל"

ראינו למעלה שההלכה "בעלים מטפלים בנבלה", שלפיה על המזיק לשלם רק על ירידת הערך של הדבר הנזקק (השור) ולא את מלוא ערכו, וממילא הנבלה שייכת לניזק, נדרשה במדרש ההלכה שלא על פי פשוטו של מקרא. מהפשט עולה כי המזיק צריך לשלם את מחירו המלא של השור, והנבלה נשארת בידו. פער זה שבין מדרש ההלכה ובין פשוטו של מקרא משקף, ככל הנראה, מגמה כללית יותר. נראה שדיני הנזיקין בתורה שבכתב, המרוכזים בפרשת משפטים, מנוסחים על פי העיקרון הכללי יותר של "מידה כנגד מידה" המבטא עשיית צדק במישור המהותי.

בשור מועד שנגח שור כתוב: "שלם ישלם שור תחת השור", כלומר תשלום שור ממש. מי שבהמותיו הזיקו את שדה חברו, עליו נאמר: "מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם", הוא צריך לתת לניזק שדה מיטבית משלו תחת השדה שניזוקה. משמעות הפעלתו של עיקרון מידה כנגד מידה בעולם הניזקין היא שהמזיק יתקן את אשר גרם באי שמירתו, על ידי שממונו יושב הנזק באותו אופן שבו פגע הוא בממונו של הניזק. שיטה זו משרתת שתי תכליות בבת אחת: הניזק זוכה לפיצוי מלא, והמזיק נענש ממילא בפגיעה מידתית ברכושו השווה לפגיעה שפגע הוא או ממונו בניזק.

בנזקי בור ושור, שבהם לא ניתן לקיים באופן ישיר "מידה כנגד מידה", שהרי אין בתמונה לא שור שהזיק ולא שדה כמו בנזקי שן ורגל, התשלום יבוצע בכסף: "כסף ישיב לבעליו", כלשון הכתוב בבור, או "שלם ישלם המבעיר את הבערה" כלשון הכתוב באש. הנחתנו שהדין "והמת יהיה לו" האמור בבור ובשור המזיק מוסב על המזיק, אשר ישלם את מלוא התשלום ויקבל את הנבלה, מקבלת אישור נוסף על רקע המגמה הכללית לחייב את המזיק במידה כנגד המידה שבה הזיק, כאמור בשור המועד וברגל, והנבלה שייכת לו מפני שהניזק כבר קיבל את מלוא התשלום על הנזק.

לפי שיטת ההלכה בתורה שבעל פה, הקובעת שהמזיק צריך לפצות את הניזק רק על ירידת ערכו של השור, אמנם הניזק זוכה לפיצוי מלא, שהרי סכום הנבלה יחד עם תשלום ההפרש שווה למאה אחוז מערך השור (או כל דבר שניזוק), אבל המזיק משלם רק חלק מהסכום. העיקרון השני של תשלומי הניזקין, הקשור לענישה, איננו מתקיים.<sup>8</sup> נראה שהמפנה שחל בתפישת התשלומים מתורה שבכתב לתורה שבעל פה נובע מנקודה זו בדיוק. בעוד

<sup>8</sup> ניתן לשאול: הרי לפי פשוטו של מקרא, אחרי שהמזיק משלם את מלוא ערך השור הוא מקבל את הנבילה, ושוב נמצא שלא שילם מידה כנגד מידה? בנזקי שור המגמה ברורה: "שלם ישלם שור תחת השור" – כשם שהניזק איבד שור אף המזיק מאבד שור. הנבלה היא כרגע רק ערך כספי ולא שור, ולא בא הקב"ה בטרוניה עם המזיק; אחרי ששילם מלוא התשלום ואיבד אותו מנכסיו, יוכל ליהנות מהערך הכספי הזה. מסתבר שאת התשלום בבור יש להבין באותו אופן, אף שהוא נעשה בכסף.

שבתורה שבכתב חיובי הנזיקין מכוונים הן לפיצוי ולתיקון הנזק והן לתגובה הולמת וצודקת כלפי המזיק שפשע בשמירתו, הרי בתורה שבעל פה הטיפול בתחום הנזיקין מצטמצם לערכי הפיצוי והתיקון, ומכוון להשבת החיים על כנם ולא לעשיית צדק מהותי או לענישה. מגמה זו בולטת גם בפירושי חז"ל לתשלומי מיטב, כפי שאבאר בעז"ה במקום אחר. במהלך הסוגיה עולה בעיה נוספת, שיש לה השלכות אפשריות גם על סוגיית "שמין לשואל":

א"ל רב כהנא דרב: אלא טעמא דכתב רחמנא והמת יהיה לו, הא לאו הכי, הוה אמינא נבילה דמזיק הויא, השתא אי אית ליה לדידיה כמה טריפות יהיב ליה, דאמר מר: ישיב - לרבות שוה כסף ואפילו סובין, דידיה מבעיא? לא נצרכא, אלא לפחת נבילה.

(י"ע"ב)

רב כהנא לא הבין מה החידוש בקביעה ש"המת יהיה לו" – לניזק, שהרי אף אילו הפסוק לא היה אומר דבר, או שהיינו לומדים ממנו שהנבלה שייכת למזיק, סוף סוף זכותו של המזיק לשלם את חובו בשווה כסף, והנבלה הרי היא שווה כסף לגיטימי.<sup>9</sup> מה זה משנה, אם כך, אם הנבלה למזיק או לניזק? רב השיב שההשלכה היא במקרה של פירות בערך הנבלה. אם הנבלה לניזק, כל פירות בערכה הוא על חשבון הניזק, ואם הנבלה למזיק – כל מה שפחת ערכה – יפסיד המזיק, ואם ביום התשלומים היא שווה פחות מבשעת הנזק – יצטרך המזיק להשלים את ההפרש מכספו. ברי שהנפקא מינה משקפת שתי תפישות מהותיות: אם נפרש "והמת יהיה לו" לניזק, הרי המזיק חייב רק את ההפרש אבל אין לו שום צד בעלות על השור. אולם אם נפרש שהנבלה של המזיק והוא יכול לשלם אותה מדין שווה כסף, הרי שהנזק גרם שהנבלה תהיה קנויה לו, וכשהוא נותן אותה לניזק הרי זה מדין שווה כסף, כאילו נתן לו כלים או עצים או אבנים, ואין לזה קשר לנזק עצמו.

<sup>9</sup> יש להעיר ששאלה זו איננה לפי מסקנת רב הונא בדף ט ע"א – "או כסף או מיטב" אבל לא שווה כסף.

נתבונן כעת לעומקה של השאלה אם "שמין לשואל", כלומר האם מוטל עליו לשלם רק את ירידת הערך של החפץ הניזק, או שהוא צריך לשלם את מלוא הנזק? כדי להבין את שני הקטבים שביניהם ממוקמת האיביעא בנוגע לשואל, נתבונן בדין הגנב והגזלן מחד גיסא – שלהם אין שמין, ובדין המזיק מאידך גיסא – שלו שמין. מהם ההבדלים בין גנב וגזלן למזיק הגורמים את ההבדל בתשלומים?

א. אשמה – גנב וגזלן פשעו וחטאו, ולכן ראוי שהתשלומים יבטאו גם תגובה צודקת מהותית כלפי מעשיהם, שיש בה מרכיב של ענישה. לכן הם משלמים את מלוא התשלום ואין להם כל קולא בתשלומין. המזיק, לעומת זאת, איננו פושע או עבריין שיש להענישו. גם אם יש להתלבט אם אי שמירה יש בה צד עבירה או אשמה, ברור שהאינטרס המובהק להעניש את הגנב או הגזלן אינו קיים בנוגע למזיק, וכאמור ניכרת מגמה חז"לית ברורה להשאיר את תחום הנזיקין במישור האזרחי של פיצוי ותיקון, ולא לדון בו במישור הפלילי.

ב. פגיעה בבעלות - גנב וגזלן במעשיהם מבקשים לפגוע בבעלות של בעל החפץ ולהעבירו לרשותם. ההלכה מכירה פורמאלית בקניין גולה על ידי שינוי בחפץ או שינוי רשות (להלן צג ע"ב ובעוד מקומות). כיוון שהחפץ עובר לרשותם, הן מבחינת כוונתם והן מבחינה פורמאלית, הטענה שהחפץ שייך עדיין לנגזל והם צריכים להשלים רק את ההפרש איננה נכונה כלפיהם, ולכן עליהם לשלם את מלוא החפץ. לעומתם, המזיק איננו מתכוון לפגוע בבעלותו של הניזק, ולמעשה אין קשר ישיר בין נזק לפגיעה בבעלות, שהרי הדבר הניזק יכול להישאר בשלמותו ואצל בעליו ועדיין יהיה זה נזק.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> המקרה היחיד בנזיקין שבו יש פגיעה בבעלות הוא שן ורגל, שם בהמותיו של המזיק פולשות לרשותו של הניזק. אולי זו עצמה הסיבה לתשלומי מיטב.

אמנם, התוספות (ד"ה אין שמין). מזכירים לנו שלגבי תשלומי גנב וגזלן עלינו להתמודד גם עם האפשרות שישלם את הנבלה מדין שווה כסף, וכפי ששאל רב כהנא את רב לעיל לגבי נזיקין. התוספות אצלו טוענים שאף שבנזיקין אופציה זו אמנם קיימת, הרי שהקביעה של שמואל שאין שמין לגנב ולגזלן שוללת גם את החלופה של תשלום בשווה כסף, שכן כתוב: "אשר גזל" – כעין שגזל.<sup>11</sup> אמנם, רשב"ם בסוגיה המקבילה במסכת בבא מציעא חולק על רש"י והתוספות בבבא קמא, ואומר שגם גנב וגזלן יכולים לשלם שווה כסף ואפילו סובין, ועל כן יכולים לשלם גם את הנבלה. לכן הוא נאלץ לפרש שהקביעה שאין שמין לשואל משמעותה היא רק לעניין פחת הנבלה, שהוא מפסיד את ירידת ערך הנבלה משעת הנזק עד שעת התשלום, מה שאין כן בניזק שהנבלה שייכת לו לגמרי.<sup>12</sup>

מה מעמדו של השואל? נראה שהוא אכן ממוקם אי שם בין גזלן וגנב לבין מזיק. התוספות מסבירים כי לדעה ששואל דינו כגנב וגזלן ואין שמין לו, גם הטעם לדין דומה. לפי מה שאמרנו למעלה, הגנב והגזלן משלמים את מלוא הנזק משתי סיבות: האשמה, והבעלות שעברה אליהם. אף כי בשואל אין אשמה, אבל מעבר של בעלות יש, כמו בגנב ובגזלן:

והיינו טעמא דגנב וגזלן קנו מיד כשהוציאו מרשות בעלים, אבל מזיק לא נתחייב אלא כמו שהזיק. והיינו טעמא דמאן דאמר אף לשואל, כיון דחייב באונסין נמצא שקנאו משעה שהוציא מיד הבעלים, והדמים הוא דנתחייב כמו גנב וגזלן.

(תוספות יא ע"א)

התוספות הבינו שהגורם לדין שאין שמין לגנב ולגזלן הוא המרכיב השני, כלומר הפקעת הבעלות מידי הבעלים המחייבת אותם בתשלום מלא, והם מסבירים שהמצב הפורמאלי בשואל דומה, אף שהסיבות שונות. שואל איננו

<sup>11</sup> עיין שם בתוספות לעניין לימוד נוסף שהביא מן הירושלמי בסוגייתנו: "חיים שניים ישלם".

<sup>12</sup> ראייתו מכך שהסוגיה לפני כן עוסקת בפחת נבילה. אבל לשון "שמין" קשה כמובן מאוד על פירוש, וגם אין משמעות דברי רב כך, וראה להלן. בעניין שיטתו ראה תוספות בבא מציעא צו ע"ב ד"ה זיל שלים.

מתכוון, כמובן, להפקיע את הבעלות של המשאיל, שהרי כוונתו להחזיר את החפץ והוא נוטלו ברשות. השאלה היא מהו המעמד של החפץ בעודו ברשותו של השואל ונתון לו לשימוש. התוספות טוענים שמתוך כך שחייבה תורה את השואל באונסין ניתן להוכיח שהחפץ נמצא בבעלותו עד שיחזירו, שהרי כן הוא הדין גם בגנב ובגזלן "שקנו משעה שהוציא מיד בעלים". ואף שהגזלן מתכוון לקנות והשואל לא, זהו הסטטוס שנתנה לו תורה. החיוב באונסין הוא כמובן סימן לבעלות ולא סיבתה. ומדוע הוא מוכיח שהחפץ נחשב בבעלותו של השואל? כנראה מפני שלדעתם אין לחייב אדם על מה שאירע לו באונס, בשום מקרה, שהרי אין לו כל אשמה או אחריות, ולא פשע כלל לגבי האונס. מדוע אם כן הוא חייב? התוספות הבינו שרק אם החפץ נחשב בבעלות השואל בשעה שהוא אצלו, נוכל לומר שהוא חייב באונסיו כבעלים המפסיד את שלו, בעוד שאת ההשבה הוא חייב בחובת השבה מלאה. אם החפץ בידו – חייב להחזיר את החפץ, ואם החפץ איננו – ישלם את מלוא התשלום.

אמנם, ניתן להבין שהחיוב באונס הינו מעין "ביטוח" שהטילה תורה, שנובע מהזיקה הייחודית שבין שואל למשאיל. המשאיל נותן חפץ ללא כל תמורה. התורה "ביטחה" אותו בכך שהבטיחה את חזרת החפץ שנתן, בכל מקרה, כדי שלא תהיה יד המשאילים על התחתונה, שלא בצדק. כל השומרים האחרים יש בהם רווח לבעלים החפץ מצידו בשמירה, ולכן אין חיובו של השומר מוחלט. ייתכן ששיטת התוספות, הסוברים שרק אם השואל נחשב בעלים ניתן להסביר את חיובו באונסין, קשורה לעמדתם בסוגיית חיוב אדם המזיק באונס. נחלקו התוספות והרמב"ן אם חייב אדם המזיק באונס, אפילו הוא אונס גמור (כז ע"ב ד"ה ושמואל).<sup>13</sup> הרמב"ן סבר שאדם חייב תמיד, וזו משמעות המשנה ש"אדם מועד לעולם" – אפילו אונס לגמרי (בבא מציעא פב ע"ב). לדעת התוספות (כז ע"ב ועוד) חייב אדם המזיק רק באונס שאיננו גמור, כלומר שיש לו רמה מסוימת של אחריות על הנזק, והבחינו בין אונס כעין אבידה – שחייב, לאונס כעין גניבה – שפטור, ובוודאי פטור באונס גמור כגון רוח

<sup>13</sup> תוספות בבא קמא כז ע"ב ד"ה ושמואל.

שאינה מצויה וכיוצא בזה. התוספות הסוברים שלא ניתן לחייב אדם באונס גמור, ומשווים בין דיני נזיקין לדיני שומרים לעניין זה, מוכרחים אם כן לפרש את חיובו של השואל שלא במסגרת אחריות שיש לו על הנזק, שהרי השואל חייב גם באונס גמור, אלא חיובו באונס הוא מפני שמעמדו כבעלים בזמן ההשאלה.

תוספות, בהסברם את פסיקתו של רב שאין שמין לשואל, מתמקדים בדמיון בין שואל לגזולן מצד הקניין שיש להם בחפץ, אשר נותן להם מעמד של בעלים ומחייב אותם בתשלום מלא. אולם, ניתן לדון גם במרכיב האשמה כגורם לחיוב. ממבט ראשון, הגזולן והגנב אמנם אשמים במעשה העברה שעשו, ולכן יש מקום לחייבם במישור הפלילי – להשיב להם על מעשיהם מידה כנגד מידה כענישה, ולחייבם לשלם את מלוא הערך של החפץ הנגנב. מה שאין כן השואל שכל מעשיו כשרים, ואין להאשימו בעברה, ולכן הדעת נותנת שנחייבו רק בפיצוי על ירידת הערך ותו לא. אולם, ממבט שני, נראה שהשואל גם איננו דומה למזיק, שכן המזיק אין לו שום זיקה אישית כלפי הניזק. מוטלת עליו אמנם אחריות כללית לשמור, אולם הוא לא פשע כלפי הניזק ואין לו אחריות אישית כלפיו. השואל יצר זיקה אישית עם המשאיל, ויש עליו אחריות אישית כלפיו להשיב לו את החפץ שלקח. מבחינה מוסרית יש עליו גם חובה של הכרת טובה כלפי המשאיל. השואל אחראי כלפי המשאיל באופן אישי ומתוך התחייבות להשבת החפץ שלקח, שלא כמזיק שאין לו כל אחריות אישית אלא חיוב כללי לשמור, וחיוב לפצות ולתקן על הנזק שעשה. לשואל אמנם אין אשמה הגורמת חיוב השבה שלם של החפץ או ערכו כמו גנב וגזולן, אך לשואל מוטלת עליו חובה אישית שמקורה בהתחייבות ובהסכמה, שהשלכותיה דיניות דומות, ולכן לדעת רב, גם אם לא נניח שהשואל הוא בעלים, על המזיק לשלם את הערך המלא של הנזק.

**ה. קריאה מחדש של המעשה ברב ותלמידיו רב כהנא ורב אסי**

כעת, כשבדינו הן התשתית התיאורטית והן הרקע הסיפורי והצורני הרחב

להבנת המעשה של רב ותלמידיו, רב כהנא ורב אסי, נחזור לקרוא בו ונסה להציע הסברים אפשריים לחלקיו השונים:

אמר שמואל: אין שמין לא לגנב ולא לגזלן אלא לנזקין, ואני אומר: אף לשואל, ואבא מודה לי. איבעיא להו, ה"ק: אף לשואל שמין ואבא מודה לי, או דלמא ה"ק: ואני אומר אף לשואל אין שמין ואבא מודה לי? ת"ש: דהווא גברא דשאל נרגא מחבריה, תברה, אתא לקמיה דרב, א"ל: זיל שלים ליה נרגא מעליא, ש"מ: אין שמין. אדרבה, מדאמרי ליה רב כהנא ורב אסי לרב: דינא הכי? ושתיק, ש"מ: שמין.

כבר סגנון מאמרו של שמואל מעורר תמיהה. שמואל אומר כי אין שמין לגנב ולגזלן אלא לנזקין, ומוסיף: "ואני אומר אף לשואל". והרי הוא עצמו הדובר גם בחלק הראשון, אם כן מה פירוש "ואני אומר"? ניתן להציע שני פתרונות. אחד מהם עולה מתוך סוגיית הירושלמי שם הגירסה שונה:

רב יהודה בשם שמואל אין שמין לא לגנב ולא לגזלן ולא לשואל אלא לנזקין  
ואני אומר אף לשואל (אין) שמין.  
ואבא מודה לי. ומאן הוא אבא רב או אבא בר אבוב. א"ר חסדא נעשה עיקר טפילה.

(ירושלמי בבא קמא א, א)

בירושלמי כמה שינויים ביחס לסוגייתנו:

- א. זהות הדובר – בירושלמי המאמר מובא מפי רב יהודה בשם שמואל. נראה שהתוספת בנוגע לשואל "ואני אומר" מתייחסת למצטט, הלא הוא רב יהודה בעצמו, המוסיף על דברי שמואל אותו ציטט. אם כך הוא, אין בזה קושי.
- ב. לפי הנוסח המצוטט למעלה, בגוף דברי שמואל כבר נאמר שלא שמין לשואל, והוא מסווג יחד עם גנב וגזלן. אם כך נפתר הספק שבבבלי, שכן התוספת "ואני אומר אף לשואל" חולקת בודאי על האמור בדברי שמואל, ויש לגרוס: "אף לשואל שמין" (ולא כפי שתיקן אחד המהדירים בירושלמי, בסוגריים, אולי בעקבות הבבלי).



ג. אם אכן רב יהודה הוא המצטט, התוספת "ואבא מודה לי" תמוהה, שכן אבא הוא שמו של רב כפי שמואל, חברו, אבל רב יהודה תלמידו אין ראוי שיקרא לו כך, ובודאי אין ראוי שיאמר עליו "אבא מודה לי". וכפי שמקשה הירושלמי עצמו: "נעשה עיקר טפילה". על כן יש לומר ש"אבא" הוא האמורא אבא בן הדור השלישי, תלמידם של רב הונא ורב יהודה עצמו, שנקרא כאן באופן יחידאי אבא סתם. הפני משה במקום, שנתקשה כנראה בזיהוי של אבא בר אבוה זה, הבין שהמדובר באבא אביו של שמואל ולפי זה פירש שהדובר הוא שמואל ולא רב יהודה, כמו בבבלי. לפירוש זה הספק של הגמרא הוא אם אבא הוא כינוי לרב (כמו שהבין הבבלי) חברו של שמואל, או פשוט לאביו של שמואל, ועל זה אומר רב חסדא: "נעשה עיקר טפילה". כלומר אין זה ראוי שיגיד בן על אביו - שאביו מודה לו. מסקנת הירושלמי לפי הפני משה היא כבבלי.

ד. המעשה בפסיקת רב איננו מובא בירושלמי. ייתכן שזה מפני שמסקנתו היא שאבא איננו רב, כפי שכתבנו, וייתכן גם שלא הכיר את המעשה.

לפי הירושלמי אפשר שהמאמר במקורו הובא כציטוט מפי שמואל, והמצטט (רב יהודה) הוא המוסיף "ואני אומר", ובסגנון דומה פירשו התוספות על פי הירושלמי: "בשאלות דרב אחאי - גרי" אמר שמואל אמר לי אבא" (יא ע"א). ואם כך הוא, הרי "אבא" שהוא רב לפי הבבלי הוא הדובר, ושמואל מוסיף "ואני אומר" ומציין שאבא מודה לו בזה, ולפי זה יש לקרוא גם את ההמשך.<sup>14</sup> רש"י שהתקשה גם הוא במבנה הציטוט פירש אחרת: "אמר שמואל – מנהג דיינים הוא". כלומר שמואל מתאר את הנוהג הרווח בבית הדין, אחר כך הוא מוסיף עליו משלו: "ואני אומר אף לשואל" והגמרא נסתפקה אם לשואל שמין אם לאו. מדוע פירש רש"י כי מנהג דיינים הוא, ולא הלכה? אפשר שנתקשה בנוסח "ואני אומר", ולכן הבין ששמואל מתאר את הנוהג הקיים

<sup>14</sup> התוספות מקבלים את גירסת השאלות ודוחים את פירוש רש"י, ראה להלן.

ולא מוסר הלכה מדעתו. אפשר גם שרש"י הבין שהדיון בדרכי התשלומין איננו דיון בהלכה קבועה וחתוכה, אלא הם דברים המסורים לבתי הדין לקבוע לפי ראות עיניהם כיצד יש לנהוג הלכה למעשה, הן בעברות שונות כגון גניבה, גזלה, נזק, שאלה וכדומה, הן במקרים שונים לפי ענייניו של כל מקרה ותכונותיו המיוחדות.<sup>15</sup> אפשר שפירושו של רש"י מקבל תמיכה בהמשך המעשה, וכדלהלן.

נפנה כעת לתיאור המעשה. למעלה נתקשינו בשלבים השונים של התיאור. רב פוסק: "זיל שלים ליה נרגא מעליא", רב כהנא ורב אסי שואלים: "דינא הכי?" ורב שותק. מה טיבו של תיאור זה, וכיצד יש להבינו? למעלה ראינו שטענת "דינא הכי" מופנית תמיד כלפי הפסיקה הקונקרטית, ותמחה על הפער בינה ובין החוק, מתוך הנחה שהחוק מוסכם על כולם ובכלל זה גם על הדיין הפוסק. וקשיא לן, הרי במעשה שלפנינו אין כל מאפיין ייחודי, ומדוע שרב יסטה מהחוק הכללי, אם אמנם החוק אומר ששמין לשואל? ועוד קשה: האם מי שרצה להוכיח מפסיקת רב שרב סובר "אין שמין לשואל" התעלם מהסיפא של המעשה, שבו שתק רב לנוכח טענת תלמידיו? אם נקבל את דברי רש"י שבמנהג דיינים עסקינן ולא בפירוש דברי התורה או במדרש ההלכה, ייקל עלינו להבין את המתרחש. קביעת התשלומים מסורה, כנראה לפי רש"י, בידי הדיינים, ובעניין זה יש מסורות שיפוטיות שונות. שמואל מסר את מנהג הדיינים הרווח ואת דעתו בעניין שואל, והוסיף שרב מודה לו. ובכך, כשפסק רב לשלם דמי גרוזן שלם, הוא פעל ברשות ובסמכות, שהרי זו סמכותו לדון בדיני התשלומים כפי ראות עיניו, ואין חוק כתוב שמחייב אותו אלא מנהג דיינים בלבד. רב כהנא ורב אסי השואלים "דינא הכי" תמחים, מפני שהם יודעים כנראה שמנהג הדיינים הרווח הוא שונה, ושמין לשואל. בשלב זה ניתן להציע שתי אפשרויות להסבר עמדתם: אפשרות אחת היא ששמין לשואל מפני שגם שואל כמזיק, ודינו "והמת יהיה

<sup>15</sup> ראה רמב"ם הלכות גזלה ב, טו, שהבין שההלכה שאין שמין בגזלה היא תקנה.

לו"; אפשרות אחרת היא כפי שהקשו התוספות אצלנו וכפי שקיים הרשב"ם בתוספות בבבא מציעא (ראה לעיל) להלכה גם בגנב וגזלן, שיכול השואל לשלם בשברי הגרזן מדין שווה כסף, כמו בכל תשלום בדיני ממונות. משתיקתו של רב, לפיכך, אין להסיק כל מסקנה, שהרי תלמידיו באמת לא טענו שהוא טועה, אלא שהוא חורג מהמנהג הרווח. גם לרב אין מה לענות כלפיהם, שכן הכרעתו הלכה למעשה היא לגיטימית, ואיננה צריכה נימוק. ואולי ניתן לצרף לפירושינו לפי רש"י את שיטת ריב"ם המתאימה לדברי רש"י, כפי שהביאם התוספות בבבא מציעא:

דלרב שנשבר כלי ברשות שואל, פותחין לו שישלם לו דמי נרגא מעליא ואין מלמדין אותו לשלם השברים. ומ"מ אם רצה לשלם השברים בחשבון ישלם. אבל לרב כהנא ולרב אסי מלמדין אותו לשלם השברים כיון שהם ברשות משאיל.

(תוספות בבא מציעא צו ע"ב ד"ה זיל שלים)

דברי ריב"ם נשענים על ההנחה שהניחו התוספות לעיל בשם רשב"ם, שבכל מקרה יכול השואל לשלם את השברים (הנבלה) מדין שווה כסף; אלא שעומדת בעינה השאלה העקרונית אם השואל הוא הבעלים של הנבלה (החפץ הניזוק) ולפיכך עיקר הדין שישלם את מלוא ערך הנזק, או שהנבלה ברשות משאיל ולפיכך עיקר הדין הוא שישלם רק את הפיצוי עבור ירידת הערך. בין כך ובין כך הרי כולם מסכימים שיכול השואל לשלם את הנבלה, מעיקר הדין כי היא ברשות המשאיל, או מדין שווה כסף, ולפיכך מדוע פסק רב שישלם דמי גרזן שלמים? ריב"ם הסביר שרב נהג כך מפני שסבר שאין ראוי ללמד את השואל שישלם שווה כסף, אף שמעיקר הדין מותר לו לעשות כן. על כן, בלי שהבינו עד תום את עמדתו, הקשו רב כהנא ורב אסי "דינא הכי", שכן אליבא דאמת, וכפי שראינו בכל המקרים האחרים, היה ברור להם שרב איננו חולק בעיקר הדין וסובר שיכול השואל למעשה לשלם את הנבלה. לכן טענו כלפיו "דינא הכי", בהנחה שיש הסכמה על העובדות המשפטיות. אלא שרב, אף שסבר כמותם שניתן לשלם בשווה כסף, לא רצה להורות כך למעשה. לכן הוא לא היה יכול אלא לשתוק, שהרי משעה שחשפו התלמידים שיש אפשרות לשלם את הנבלה ולא את מלוא סכום הנזק, הרי כבר יכול

השואל לעשות כרצונו, ורב לא יוכל להתנגד. פירוש זה מקבל תמיכה מהשאלה ששאל רב כהנא את רב (לפי גירסאות אחדות רבה) ומופיעה בסוגיה למעלה (י ע"ב), מדוע צריך את הפסוק "והמת יהיה לו", והרי יכול המזיק לשלם שווה כסף, שכן למדנו: "ואפילו סובין". רב כהנא עצמו, החולק על רב כאן בסוגיה, סובר שתשלום שווה כסף הוא לכתחילה, ואפשר שזו בדיוק שאלתו כאן בעניין שואל: מדוע שלא ישלם השואל את הנבילה מדין שווה כסף.<sup>16</sup>

בין לפי רש"י ובין לפי ריב"ם מתבאר הסיפור היטב, שכן כפי שהוכח, הוא איננו מציג מחלוקת אודות החוק, אלא אודות הנוהג הראוי ברמה השיפוטית. לפיכך, הן השאלה "דינא הכי" אשר מכוונת תמיד כלפי ההכרעה השיפוטית ולא כלפי החוק (כלומר כלפי מעשה הדין הממשי, השיפוט, ולא כלפי החוק או המשפט הכתוב), הן שתיקתו של רב והן קטיעת הסיפור באמצע ללא הבאת העדות על תגובת רב כהנא ורב אסי, מתבארים היטב. השתיקה איננה הודאה בכך שהם צודקים והוא טועה, אלא שגם דעתם לגיטימית, כמו דעתו שלו, ושבאמת אין תשובה במישור הפורמאלי לשאלתם, אלא שזו היא ההכרעה הראויה וגם הלגיטימית לפי ראות עיניו של הדיין – רב.

גם אם לא נקבל את פירוש ריב"ם כלשונו, הרי שאם נניח כרש"י שהפסיקה בענייני תשלומי נזק ודומיהם פתוחה לעיצוב של מסורות שיפוטיות שונות של הדיינים, נוכל לבאר את הדיון בין רב לתלמידיו כך: לדעתם, שואל דינו כמזיק, שהרי השומרים נמנו עם המזיקים בכרייתות השונות גם לעניין התשלומים: "וכולהו כאבות לשלם ממיטב" (ה ע"א), וכשם שהקלו על המזיק הקלו גם על השואל, שלא ישלם אלא את ירידת הערך, כפיצוי על הנזק שנעשה. ועוד, קל וחומר הוא: מה מזיק שיש בו צד פשיעה - שמין לו, שואל שנאנס (בהנחה שכך המקרה) על אחת כמה וכמה? ובאמת אין השואל קונה קניין בחפץ (שלא כתוספות), וחיובו באונסין הוא רק מכוח התחייבותו

<sup>16</sup> ראה עוד לפירושי הגמרא השונים בדברי הרשב"א כאן דף יא ע"א ד"ה והלכתא אין שמין, וברמב"ן בחידושיין על בבא מציעא צו ע"ב.

להשיב את החפץ שלקח, במסגרת הגדרת אחריותו כאחריות "ביטוחית", שהרי זה הדבר היחיד שהוא חב למשאל. לכן הנבלה או השברים שייכים למשאל, ומעיקר הדין שמין לשואל, בדיוק כמו למזיק. נראה שרב אשר הורה לשואל לשלם נזק שלם עשה כך משום שמהבחינה המוסרית, שיש לה גם היבט משפטי, הוא סבר שראוי כי השואל שיש עליו אחריות אישית להשיב את החפץ, וחובה מוסרית כלפי המשאל שכן נהנה מטובתו, ידאג להשבת המצב לקדמותו כפי שהיה טרם ההשאלה – כהנהגה ראויה שבין אדם לחברו. כמו במקרים האחרים שבהם נחלקו רב כהנא ורב אסי עם רב, רב נמנע מפסיקת הדין תוך סיווג השואל לקטיגוריה כוללת יותר, כשומר או כמזיק, ודן בו לגופו לאור התכונות המיוחדות של זיקת ההשאלה, בעוד שני תלמידיו פעלו על פי עיקרון כללי, שבמקרה זה הוא העיקרון החל על כל המזיקים, ושואל כמו שאר השומרים נמנה עליהם.

אמנם, שונה סוגיה זו במסקנתה מהסוגיות האחרות בהם נחלקו, שכן אצלנו מסיימת הסוגיה בפסיקת הלכה כרב כהנא וכתב אסי – ששמין לשואל, בעוד שבשאר במקומות אין הכרעה ברורה, ולעתים נוטה הסוגיה לטובת רב. לדעת התוספות, כפי שראינו לעיל, יש לפרש את שתיקתו של רב בדרך כלל כהודאה לשיטתם, אך הרמב"ם פסק בשאר המחלוקות כרב על אף שתיקתו. אפשר שההבדל בין סוגייתנו לסוגיות האחרות טמון גם בעובדה שאין המקרה שלפנינו ייחודי בתכונותיו, ואיננו שונה ממקרים אחרים דומים של שאלה, ולכן הנטייה להכללה ולפעולה כמנהג הדיינים, לפי הפירוש הראשון, או כשאר הנזיקין לפי הפירוש השני, יש לה משקל רב יותר בהכרעת ההלכה שלא כרב.

### 1. רשימו - מבט נוסף לעומק

הבה ננסה לתמצת את שלמדנו מעיון בפסיקת רב בסוגיית שמין לשואל, הן במישור המתודולוגי הן במישור התוכני:

- א. עלינו לשים לב בעת לימוד פסקי הלכה בתלמוד לא רק ל"מה" – למהות הפסק, אלא גם ל"איך" – כלומר לאופן שבו צוטט פסק ההלכה, ולסיפור שברקע שלו אם יש כזה. לשון אחרת: עלינו לשים לב לצורה ולא רק לתוכן, ולא רק מסיבות אסתטיות או סיפוריות. הבנת הצורה וההקשר יש לה השלכות על הבנת הדין.
- ב. בהמשך לזאת, לימוד הלכה ממעשה מחייב בחינה לא רק של הצד התיאורטי של הדין, אלא גם של המצב הספציפי שהיה לנגד עיניו של הפוסק, ושל דרכי הפסיקה שלו.
- ג. מחלוקת הלכתית יכולה לנבוע מסיבות הקשורות לסוגיה הספציפית שבדיון, אבל לעתים הסיבה למחלוקת נעוצה בפערי שיח מהותיים, שמקורם בעקרונות של פסיקת ההלכה – ב"מטא-הלכה".
- ד. בחינה השוואתית של "מעשי רב", פסקי הלכה שיש להם מבנה דומה, יכולה ללמד רבות אודות דרכי הפסיקה והעקרונות שלה.
- ה. יש לשים לב גם לרקע הביוגרפי ולמערכות היחסים בין הדמויות המופיעות בדיון ההלכתי. במקרה שלפנינו נתברר כי רב כהנא ורב אסי היו אמנם תלמידים של רב אך גם חלקו עליו בשאלות עקרוניות, ואפשר שמחלוקתם קשורה לראשית ההתפתחות של דרכי הלימוד בבבל, שרב כהנא ורב אסי הם ממצעביה, ולעומתם רב מייצג את מסורת הלימוד והפסיקה הארץ ישראלית. הכללה זו טעונה כמובן הוכחות נוספות.
- ו. גישתו ההלכתית של רב היא ריאליסטית, מדגישה את הייחודי ואת הממשי, ונותנת דעתה לפערים שבין החוק ובין הפסיקה הקונקרטית, בעוד גישתם של רב כהנא ורב אסי נוטה אל ההכללה, מבקשת לגזור את הפסק המסוים מתוך עקרונות כלליים וחותרת לקוהרנטיות.

ז. ראינו כי הטענה "דינא הכי?" הוראתה הקבועה בתלמוד היא שאלה אודות הפער שבין החוק הכתוב לפסיקה או הדין שנפסק, מתוך הנחה שגם השואל מודע לפער הזה.

ח. לבסוף, אפשר שבעוד שעמדתם של רב כהנא ורב אסי ש"שמין לשואל" מתבקשת מתוך ניתוח פורמאלי של מעמד השואל כמזיק, והשוואת דינו לדיני המזיקין, הרי שפסיקת רב מתבקשת לאור אינטואיציה משפטית-מוסרית: אינטואיציה שלפיה כל פסיקה שאיננה תשלום מלא תחשב להתעלמות ממערכת היחסים הייחודית בין השואל למשאל – ברמה המשפטית, ותפגע בעיקרון המוסרי של הכרת הטוב הראויה של השואל כלפי המשאל.