

פרשנות החוזה במשפט התלמודי

חיבור לשם קבלת תואר

דוקטור למשפטים

מאת

בני פורת

הוגש לסינט האוניברסיטה העברית, ירושלים

תשס"ט

שבט

עבודה זו נעשתה בהדרכתו של

פרופ' חנינה בן מנחם

חובה נעימה לי להודות לפקולטה למשפטים באוניברסיטה
העברית, אשר הודות לתמיכתה התאפשרה כתיבתה של
עבודת מחקר זו. כן אני מבקש להודות למכון לחקר המשפט
העברי, אשר בין כתליו נכתבה עבודת המחקר.

מחקר זה נעשה בהנחייתו הפוריה של פרופ' חנינה בן מנחם,
אשר תרומתו משוכה על פני המחקר כולו. לו אני מבקש
להודות מעומק הלב, וכן לרבים נוספים שניאותו ללבן עמי
היבטים שונים ומגוונים הפזורים לאורך העבודה.

כתיבת עבודת הדוקטורט לא היתה עולה בידי אילולי
אהבתה, תמיכתה ובעיקר סבלנותה הרבה של אשת בריתי,
רחלי. לה אני חב יותר מכפי שאני יכול להודות.

Table of Contents

<i>1.</i>	Introduction	<i>7</i>
<i>2.</i>	Three Contemporary Models of Contractual Interpretation	<i>27</i>
<i>3.</i>	The Circumstances as a Mean of Interpreting a Contract in Talmudic Law	<i>45</i>
<i>4.</i>	The Rabbinic lexicon as a Mean of Interpreting a Contract	<i>89</i>
<i>5.</i>	Customary Usage as a Mean of Interpreting a Contract in Talmudic Law	<i>143</i>
<i>6.</i>	At a Crossroads	<i>219</i>
<i>7.</i>	Language in the Rabbinic Worldview: Between Communication and Creation	<i>259</i>
<i>8.</i>	Good Faith in Contractual Interpretation	<i>297</i>
<i>9.</i>	Bibliography	<i>335</i>

תוכן כללי

7.....	הקדמה	.1
27.....	שלושה מודלים בני זמננו לפרשנות החוזה	.2
45.....	נסיבות הכריתה כאמצעי לפירוש החוזה במשפט התלמודי	.3
89.....	הלקסיקון החזו"ל כאמצעי לפירוש החוזה	.4
143.....	המשמעות המקובלת כאמצעי לפירוש החוזה במשפט התלמודי	.5
219.....	על פרשת דרכים	.6
259.....	הלשון בעולמם של חזו"ל: בין קומוניקציה ליצירה	.7
297.....	תום הלב בפרשנות החוזה	.8
335.....	ביבליוגרפיה	.9

תוכן מפורט

7	הקדמה	.1
7	מטרת המחקר	.1.1
12	טענת המחקר	.1.2
16	תיחום	.1.3
19	מתודולוגיה	.1.4
24	מבנה	.1.5
27	שלושה מודלים בני זמננו לפרשנות החווה	.2
28	אומד דעתם האובייקטיבית של הצדדים (המודל האנגלי)	.2.1
33	אומד דעתם הסובייקטיבית של הצדדים (המודל הקלאסי)	.2.2
37	המודל התכליתי	.2.3
41	במקום סיכום: מעמדה של הלשון בפרשנות החווה על פי שלושת המודלים	.2.4
45	נסיבות הכריתה כאמצעי לפירוש החווה במשפט התלמודי	.3
45	הקדמה	.3.1
46	נסיבות הכריתה – מאפיינים תיאורטיים	.3.2
49	בשיטות משפט בנות-זמננו	.3.3
52	מחלוקת ר' יהודה וחכמים	.3.4
52	הקדמה	.3.4.1
54	"אין הדמים ראה"	.3.4.2
54	גובה התמורה כקריטריון פרשני	.3.4.2.1
55	משנה	.3.4.2.2
58	תלמוד	.3.4.2.3
61	סוגיית 'שור ונמצא נגחן'	.3.4.2.4
66	"כליו עליו"	.3.4.3
66	משנה	.3.4.3.1
68	תלמוד	.3.4.3.2
71	"הכל לפי הסלע"	.3.4.4
73	בפרשנות הנדר: "הכל לפי הנודר"	.3.4.5
77	לשון המציינת לנסיבות	.3.5
79	הנסיבות כקריטריון לשוני	.3.6

85	הנסיבות כקריטריון לדרך קיום החוזה	3.7
87	הנסיבות במסגרת שאלות חוץ-לשוניות	3.8
88	סיכום	3.9
89	הלקסיקון החזו"לי כאמצעי לפירוש החוזה	4
89	מבוא	4.1.
92	היבטים תיאורטיים	4.2.
93	שני סוגים של הגדרות לקסיקאליות	4.2.1
94	פרשנות על פי לקסיקון: פגמים אפשריים	4.2.2
99	מפרשנות החוק לפרשנות החוזה	4.2.3
102	הלקסיקון החזו"לי: התזה	4.3
104	הלקסיקון ואומד דעת הצדדים	4.4
105	הלקסיקון והמשמעות המקובלת	4.5
106	"צמד ובקר"	4.5.1
107	"חמור וכליו"	4.5.2
109	"פלגא"	4.5.3
111	הלקסיקון ופרשנות הנדר	4.6
112	מבחן השלוח	4.6.1
115	"שמן" – בין ארץ ישראל לבין בבל	4.6.2
116	הצדקות המשנה ללקסיקון נדרים	4.6.3
117	בהסתיים הלקסיקון	4.7
122	סיכום	4.8
123	נספח: האמנם לפנינו לקסיקון משפטי-פרשני?	4.9
123	מיהו הנמען של משניות מסכת בבא בתרא?	4.9.1
126	מבנה תחבירי	4.9.1.1
129	הקשר	4.9.1.2
131	מידות ושיעורין	4.9.1.3
134	מן המשנה אל התלמוד	4.9.1.4
137	הלקסיקון – הלכה או הלכה למעשה?	4.9.2
143	המשמעות המקובלת כאמצעי לפירוש החוזה במשפט התלמודי	5
143	מבוא	5.1
144	מושגים ראשוניים	5.2
144	מנהג ונהג	5.2.1
145	התנהגויות רווחות ומשמעויות מקובלות	5.2.2

146	שפה מוסכמת ומשמעויות לשוניות מקובלות	5.2.3
148	המשמעות המקובלת כאמצעי פרשני – גישות בנות-זמננו	5.3
148	אומד דעתם האובייקטיבית של הצדדים (הגישה האנגלית)	5.3.1
149	אומד דעתם הסובייקטיבית של הצדדים (הגישה הקלאסית)	5.3.2
152	הגישה התכליתית	5.3.3
155	המשמעות המקובלת במשפט התלמודי: התזה	5.4
156	תוספתא	5.5.
159	תלמוד בבלי	5.6
159	תמורה במעמדה הפרשני של המשמעות המקובלת	5.6.1
167	מאפיינים	5.6.2
167	אמצעי פרשני ראשון במעלה	5.6.2.1
170	הבחנה חדה בין משמעות המקובלת בפי הכל לבין משמעות המקובלת בפי הרוב	5.6.2.2
177	מודעות הצדדים למשמעות המקובלת	5.6.2.3
180	מן המאפיינים אל המודל	5.7
180	שני מאפיינים סותרים לכאורה	5.7.1
181	קביעת גבולות השפה	5.7.2
184	"הולכין בממון אחר הרוב": השוואת סוגיות	5.7.3
189	לקסיקון פרטי	5.7.4
194	משמעות מקובלת, שימוש בשפה ופרגמטיקה	5.8
202	סיכום	5.9
203	נספח א: המשנה והמשמעות המקובלת כאמצעי פרשני	5.10
206	נספח ב: המשמעות המקובלת כאמצעי פרשני בנושאים הלכתיים מקבילים	5.11
206	קידושין	5.11.1
209	נדרים	5.11.2
215	נזירות	5.11.3
218	כעין סיכום	5.11.4
219	על פרשת דרכים	6.
219	הקדמה	6.1
223	סתירה פנימית בחוזה	6.2
229	שם פרטי ושני מסומנים אפשריים	6.3
229	הקדמה	6.3.1
230	"עשו טבי עבדי בן חורין"	6.3.2
232	"נכסיי לטוביה"	6.3.3
237	גמירות דעת לכריתת חוזה	6.4

243	דברים שבלב	6.5
250	רצה	6.6
251	שונא ההורג	6.6.1
253	בא במחותרת	6.6.2
254	מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו	6.7
256	סיכום	6.8
259	הלשון בעולמם של חז"ל: בין קומוניקציה ליצירה	7
259	הקדמה	7.1
259	פתרון פילוסופי לבעייה משפטית	7.1.1
260	הערה מתודולוגית	7.1.2
263	כוחה היוצר של הלשון במקרא ובמחשבת חז"ל	7.2
273	ההלכה בראי הפילוסופיה של הלשון	7.3
277	פרשנות החוזה כמפעל לשוני	7.4
280	פרשנות לשונית – הלכה תיאורטית או פתרון למעשה? מבט נוסף	7.5
282	בין חד-משמעוּתה של הלשון לבין רב-משמעוּתיה	7.6
	נספח: תרומתה האפשרית של הפילוסופיה של הלשון במאה העשרים להבנת מעמד הלשון במסורת היהודית 286	7.7
297	תום הלב בפרשנות החוזה	8
297	הקדמה	8.1
301	תום הלב בפרשנות החוזה במשפט המודרני	8.2
306	תום הלב בפרשנות החוזה במשפט התלמודי: הצגת הבעיה	8.3
311	"צריך ליקח לו דרך" – זכות המעבר במסגרת פרשנות החוזה	8.4
311	הקדמה	8.4.1
314	משנה	8.4.2
316	תלמוד	8.4.3
320	דלת ומפתח	8.5
322	"אין הדמים ראייה" – גובה התמורה כאמת מידה פרשנית	8.6
324	היעדר הצורך בשילוב עקרון תום הלב בפרשנות החוזה	8.7
330	פרשנות חוזה נטולת שיקולי תום-לב: חסרונות ויתרונות	8.8
335	ביבליוגרפיה	9

1. הקדמה

1.1. מטרת המחקר

החוזה הוא פרי יצירתם המשותפת של הצדדים המתקשרים זה עם זה. לא תמיד משכילים הצדדים להפיק חוזה שלם וברור.¹ החוזה עלול להתגלות כמי שמכיל תניות מעורפלות ובלתי ברורות, ולעיתים אף כחסר התייחסות להיבטים חשובים המתעוררים בהקשרו. במצבים אלו נדרש השופט לפרש את החוזה ולהשלים את החללים שבו. אחד מן התחומים בדיני החוזים, אשר מחקרו צבר תנופה רבה בשנים האחרונות, הוא **פרשנות חוזים והשלמתם**. ברצוני להקדיש עבודת מחקר זו לעיון במקורות המשנה והתלמוד העוסקים בפרשנות החוזה,² ולהגדיר את הנחות היסוד שעליהן מבוססים כללים משפטיים אלה. מפרטי ההלכות, מרסיסי הדינים ומנפתולי הדיונים התלמודיים אנסה לכנס כללי פרשנות משפטיים, ולהתחקות אחר הגיונם הפילוסופי-משפטי.

מחקר זה לא נועד להקיף את כללי פרשנות החוזה בשלימותם; לא במשפט העברי וודאי שלא בשיטות משפט אחרות. חפצי הוא להציג תובנה מסוימת, מרכזית בעיניי, העולה מתוך כללי פרשנות החוזה; מחקר זה מבקש להציג טיעון יותר מאשר לשרטט תמונה מקיפה וממצה.³

במוקד המחקר יעמדו ארבעת הפרקים שבלב מסכת בבא בתרא⁴ העוסקים, רובם ככולם, בענייני פרשנות חוזים.⁵ פרקים אלה נחשבו (ועדיין נחשבים) כפרקים טכניים, טריוויאליים, הנעדרים ממד גובה רעיוני וחסרי עומק אינטלקטואלי. תעיד על כך הכמות הזעירה, באופן יחסי, של ספרות העיון התלמודי של "האחרונים" מבתי המדרש הליטאיים שהוקדשה לפרקים אלה,⁶ ואף בין

¹ אשר לשאלה, האם כלל יתכן חוזה שלם וברור שאינו טעון פרשנות, ראו להלן, הע"ש 20.

² רבים כבר נתנו דעתם לשאלה, האם מוסד החוזה (האובליגטורי) מוכר במשפט העברי ובפרט במשפט התלמודי (ראו רשימת המקורות המובאת במאמרי – פורת, **החוזה הכפוי**, 50, הערה 1). מכאן, כי הביטוי "דיני החוזים בתלמוד" הנו בעייתי. ברם, לאורך המחקר אעסוק בדוגמאות מתחום המכר והמתנה, שהם מוסדות משפטיים שודאי מוכרים במשפט התלמודי, ובמובן זה אשתמש בביטוי "דיני החוזים בתלמוד". אני מניח, כי בדרך כלל שאלות פרשנות החוזה אינן ייחודיות לחוזה האובליגטורי, והן ניתנות להילמד גם מתוך הלכות העסקה הריאלית הנגמרת על אתר, שבה דנים במקורות המשנה והתלמוד.

³ ומטעמים מובנים, פסיקת הלכה למעשה וודאי אינה מענייניו של מחקר זה.

⁴ משנה, בבא בתרא, פרקים ד-ז.

⁵ מיותר לציין, כי בפועל יריעת המחקר תהיה רחבה יותר ותתייחס למגוון הסוגיות התלמודיות הרלוונטיות.

⁶ כך למשל, אין ולו פרק אחד המוקדש לעיון ביסודות דיני פרשנות החוזה בחיבורים קלאסיים כדוגמת חידושי ר' שמעון יהודה הכהן שקופ; חידושי הגרני"ט; קהילות יעקב (קנייבסקי). זאת חרף העובדה שחיבורים אלה הרבו לעסוק בעיונים מושגיים בתחום השפיטה, בנושאים כדוגמת רוב, חזקות וספיקות. אחרונים בולטים שבכל זאת עסקו בענייני פרשנות החוזה הם הרב ברוך בער ליבוביץ', בספרו ברכת שמואל למסכת בבא בתרא, וכן הרב יחזקאל אברמסקי בספרו חזון יחזקאל למסכת בבא בתרא. בהמשך המחקר אדון בדבריהם.

חוקרי המשפט העברי לא שפר גורלם,⁷ עד כי נדמה שגורל פרקים אלה נגזר להיות מוטלים בקרן זוית של עולם העיון והמחקר.

ואין התופעה ייחודית למשפט העברי. עד לא מכבר נחשבה הפרשנות השיפוטית בכלל, ובתחום החוזים בפרט, לפעילות משפטית טריוויאלית, אשר תהליכיה מובנים מאליהם, ואין טמונים בחובה רבדים סמויים שכדאי להתאמץ לחושפם. על מעמדה של הפרשנות בתחום המשפט נטען:

...there is not a great deal to say about the subject. As a result, nothing else as important in the law receives so little attention⁸.

אם בכל זאת רצה אדם לקלס את תחום הפרשנות, היה הוא מדמה אותו למעשה האמנות "אשר יותר משניתן להבין אותה יש לחוש אותה, ויותר משניתן לפעול בה על פי כללים יש לפעול בה על פי תחושה".⁹ הדבר כמובן נתן את אותותיו בתחומי המחקר וההוראה הנוגעים לסוגיית הפרשנות.¹⁰

⁷ בשאלת פרשנות החוזה במשפט העברי עסקו עד עתה בעיקר ורהפטיג, **דיני חוזים במשפט העברי**, 262; אלון, **המשפט העברי**, 350. ראו גם בס, **חוזים על פי דיני התורה**, 120. אשר לפרשנות תקנות הקהל, ראו הכהן, **פרשנות תקנות הקהל**. דומה כי עבודתו של הכהן היא המאמץ המקיף ביותר שנעשה עד כה כדי להתמודד עם תחום הפרשנות של טקסטים משפטיים במשפט העברי. עבודתי מובחנת מעבודתו בשלושה היבטים עיקריים: בנושא, בזמן ובמתודה. ואפרט. א) לעומת הכהן העוסק בעיקר בפרשנות מקורות החוק, וביתר פירוט – תקנות הקהל, אני מבקש לדון בפרשנות החוזה (על היחס ביניהם ראו הכהן, **פרשנות תקנות הקהל**, 34-35). כפי שניווכח להלן, אופיו המשפטי השונה של הטקסט החוזי עשוי להקרין על דרכי פרשנותו. ב) לעומת הכהן העוסק בעיקר במקורות ספרות השו"ת שמימי הביניים, מן המאה הי"א ועד המאה הטי"ז, אני מתמקד בספרות המשנה והתלמוד. ג) המתודה המנחה את הכהן היא זו המכונה דוגמטית-היסטורית, בעוד אני מבקש להיעזר במתודות שונות, בעלות אופי מושגי-פילוסופי (ראו להלן סעיף 1.4). בצד המחקרים הנזכרים לעיל יש גם לציין את ספרו של משה הלברטל, **מהפכות פרשניות בהתהוותן** (ירושלים, תשנ"ט), המוקדש גם הוא למקומה של הפרשנות המשפטית בעולמם של חז"ל, בעיקר לפרשנות פסוקי התורה. לספרו זה אתייחס ביתר הרחבה להלן, פרק 8.

⁸ R. Weisberg, 'The Calabresian Judicial Artist: Statutes and the New Legal Process', *35 Stan. L. Rev.* 213 (1983). See also R. A. Posner, 'Statutory Interpretation – In the Classroom and in the Courtroom', *50 U. Chi. L. Rev.* 800 (1983); W. Probert, 'Interpretation: Its relevance in Courts, Criticism and Jurisprudence', *25 Washburn L. J.* 1 (1985-6).

⁹ ברק, **תורת הפרשנות הכללית**, 103.

¹⁰ McMeel, *Language and the Law Revisited*, 277: "From the English lawyers' perspective, particularly the view from the academic ivory tower, the topic of contractual interpretation is almost completely invisible. It is worth briefly considering the treatment of the topic in university law schools and in academic texts. My own recollection from student days is that it surfaced briefly as an outdated mode of dealing with inconvenient exemption clauses (although one was given little clue how to go about achieving that supposedly desirable result). Even more frustratingly, particularly difficult topics in the law of contract were dismissed with an airy comment along the lines of 'perhaps that is best explained on the basis of interpretation'. In looking for further guidance, the books favoured by dons and their students proved of little assistance. Neither 'Interpretation' nor 'Construction' even

מצב זה השתנה במחקר המודרני של המשפט. העשורים האחרונים ידעו שטף אדיר של כתיבה בתחום הפרשנות השיפוטית בכלל, ופרשנות החוזים בפרט.¹¹ מעשה הפרשנות במשפט נחשף בכל עומקו, על שלל האפשרויות העקרוניות העומדות בפני הפרשן ועל מלוא המשמעויות והנפקויות שיש לבחירות פרשניות כאלה ואחרות. מרכזיותה של הפרשנות באה לידי ביטוי הן בפרקטיקה השיפוטית, שנתחים גדלים והולכים מפעילותה נעשית תחת מטריית הפרשנות,¹² והן בספרות המחקרית. מפנה זה התקבל בעיקר הודות לכמה תמורות,¹³ מהן בתחום התרבות הכללית ומהן

used to appear as headings in the contents pages or indices of the recommended university textbooks. There is a little more substance to be found if one turns to the books favoured by those at the coal-face... In the view of Lord Goff, one of the leading English judges of the twentieth century, and one of the few lawyers to have successfully straddled the boundary between academia and practice (albeit that his career was in two distinct phases) this separation between law and practice is just as well. In his view, interpretation is not a subject fit to be taught in university law schools. It is something one simply picks up on the job. This is in contrast to 'doctrinal' topics such as mistake or frustration, which are highly suitable for academic discourse (but rarely arise in practice, unlike interpretation)"

¹¹ לא אסקור כאן את מגוון הספרות שנכתבה בנושא (ראו הרשימות הביבליוגרפיות בסוף ספריהם של ברק ושל זמיר, K. Lewison, *The Interpretation of Contracts* (4th ed., London, הנוכרים להלן). כמה חיבורים בולטים הם, 2007); E. A. Kellaway, *Principles of Legal Interpretation of Statutes, Contracts and Wills* (Butterworths, 1995); R. A. Posner, 'The Law and Economics of Contract Interpretation' (November 2004), *U. Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 229*, Available at <http://ssrn.com/abstract=610983>; E. A. Posner, 'The Parol Evidence Rule, the Plain Meaning Rule, and the Principles of Contract Interpretation', *147 U. Pa. L. Rev.* 533 (1998); P. S. Ottinger, 'Principles of Contractual Interpretation', *60 La. L. Rev.* 765 (2000); I. Ayres & R. Gertner, 'Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules', *99 Yale L. J.* 87 (1989); R. Braucher, 'Interpretation and Legal Effect in the Second Restatement of Contract', *81 Colum. L. Rev.* 13 (1981); H. Keren, 'Textual Harassment: A New Historicist Reappraisal of the Parol Evidence with Gender in Mind', *13 American U. J. of Gender, Social Policy & the Law* 251 (2005); L. M. Friedman, 'Law, Rules and the Interpretation of Written Documents', *59 Nw. U. L. Rev.* 751 (1964); E. W. Patterson, 'The Interpretation and Construction of Contracts', *64 Colum. L. Rev.* 833 (1964); **פרשנות**

החווה; פרידמן, **פרשנות החווה**, 227; שלו, **דיני חוזים**, 391; זמיר, **פירוש והשלמה של חוזים**.
¹² בהקשר דיני החוזים ראו למשל דברי עטיה: ". . . it hardly seems to be open to doubt that construction has become by far the most popular technique for the solution of practically all problems in the law of contract which do not depend on unyielding rules of positive law, such as incapacity, illegality, and the requirements of consideration (Atiyah, *Essays*, 267). בעיקר נדון להלן, בעיקר

בפרק 2.

¹³ במסגרת זו אין צורך, גם לא יריעה מספיקה, לתיאור של הספרות האדירה שתיעדה וניתחה תמורות אלה. אסתפק באזכור כמה מראי מקומות מבואיים כלליים.

בתחום המשפט, ביניהן עליית קרנן של ההרמנויטיקה,¹⁴ הפילוסופיה של הלשון,¹⁵ וכן הריאליזם המשפטי¹⁶ והפרשנות במשפט.¹⁷ אכן, העובדה שדווקא בארה"ב ישנה כתיבה מפותחת ונרחבת במיוחד בתחום פרשנות החוזה נזקפת לזכות הכתיבה הנרחבת המקובלת בארץ זו במסגרת הז'אנר הנקרא 'משפט ו...!', כלומר כתיבה משפטית אינטרדיסציפלינרית.¹⁸ דא עקא, לעתים מגיעים הדברים כדי תחושה כי בתחומים רבים ה'פרשנות' הפכה למילת קסם, המעטרת כל מחקר ומבססת כל טיעון,¹⁹ עד שיש הטוענים להזנייתה של המילה ושל התחום²⁰ (למותר לציין, כי

¹⁴ G. L. Ormiston & A. D. Schrift (eds.), *The Hermeneutic Tradition: From Ast to Ricoeur* (New York, 1990); J. Grondin, *Introduction to Philosophical Hermeneutics* (New Haven, 1994); B. R. Wachterhauser (ed.), *Hermeneutics and Modern Philosophy* (New York, 1986); T. M. Seebohm, *Hermeneutics: Method and Methodology* (Dordrecht, 2004); G. Shapiro & A. Sica (eds.), *Hermeneutics: Questions and Prospects* (Amherst, 1984); G. L. Bruns, *Hermeneutics, Ancient and Modern* (New Heaven, 1992); J. Bleicher, *Contemporary Hermeneutics* (London, 1980); R. J. Howard, *Three Faces of Hermeneutics* (Berkely, 1982). בישראל התפרסמו בשנים האחרונות כמה כותרים שהוקדשו רובם ככולם להרמנויטיקה החדשה. ראו זאב לוי, *הרמנויטיקה (תל-אביב, תשמ"ד)*; זאב לוי, *הרמנויטיקה במחשבה היהודית בעת החדשה* (חיפה, תשס"ו); הלל ברזל, *דרכים בפרשנות החדשה: מתאוריה למתודה*, (רמת-גן, תש"ן); דב לנדאו, *על דרכי הפרשנות ועל עקרונותיה* (חיפה, תשס"ו).

¹⁵ לסקירות כלליות וראשוניות ראו *The Blackwell Guide to the Philosophy of Language* (Oxford, 2006); E. Lepore & C. S. Barry (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Language* (Oxford, 2006); A. Martinich (ed.), *The Philosophy of Language* (4th ed., New York, 2001); W. G. Lycan, *Philosophy of Language: A Contemporary Introduction* (New York, 2000); M. Baghramian, *Modern Philosophy of Language* (London, 1998); B. Hale & C. Wright (eds.), *A Companion to the Philosophy of Language* (Oxford, 1997). לדין מפורט יותר ראו להלן, פרק 7.

¹⁶ W. Twinnig, *Karl Llewellyn and the Realistic Movement* (Norman, 1973); J. H. Schlegel, *American Legal Realism and Empirical Social Science* (Chapel Hill, 1995); W. W. Fisher et al (eds.), *American Legal Realism* (New York, 1993); B. R. Leiter, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy* (Oxford, 2007).

¹⁷ R. Dworkin, 'Law as Interpretation', *60 Texas Law Rev.* 527 (1982); R. Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, 1986); A. Marmor, *Law and Interpretation - Essays in Legal Philosophy* (Oxford, 1998). לסקירה מושגית כללית ראו יוסף רוז, 'פרשנות ללא כוונה', *עיוני משפט יח* (1994), 407; מור, *פרשנות הפרשנות*, 359. שאלת היחס בין הפרשנות במשפט בכלל לבין פרשנות החוזה בפרט אינה פשוטה כלל עיקר. ראו למשל, Hoffmann, *The Intolerable Wrestle*, 657, לגבי הדילמה האם ועד כמה ראויים כללי הפרשנות להשתנות מתחום משפטי אחד למשנהו (פרשנות חוזים, פרשנות צוואות, פרשנות חוקים, פרשנות חוקה ועוד). לטענתו, ככל שכללי הפרשנות מלאכותיים יותר, כך גוברת הנטייה להבחין בין כללי הפרשנות לפי התחומים המשפטיים השונים. ומנגד, ככל שכללי הפרשנות טבעיים יותר ותואמים את מובנם הפשוט של הדברים, כך גוברת הנטייה להאחיד את כללי הפרשנות בכל תחומי המשפט. וראו להלן, הע"ש 64.

¹⁸ ראו McMeel, *Language and the Law Revisited*, 273.

¹⁹ ראו למשל Moore, 'The Interpretative Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?' *41 Stan. L. Rev.* 871 (1989); S. Feldman, 'The New Metaphysics: The Interpretative Turn in Jurisprudence', *76 Iowa L. Rev.* 661 (1990-1991).

הוגים פוסט-מודרניים, אשר מערערים על מרכזיותו של מחבר הטקסט²¹ ומטילים ספק בקיומו של מובן אמיתי, דווקא תומכים בהפיכת המעשה הפרשני, כל מעשה פרשני, לדרך האולטימטיבית של קריאת טקסטים²²).

במחקר זה אבקש להעזר בפירות אלה של המחקר המודרני כדי לבחון מחדש את הנחות היסוד של סוגיות פרשנות החוזה שבמשנה ובתלמוד. תקוותי, כי בכך יהיה כדי לסייע לגאולת סוגיות אלה משימונן, לאפשר את לימודן ב'עיון', תוך חשיפת תהליכי העומק המתחוללים בבסיסם. אני מקווה, כי באמצעות הדיאלוג שאערוך לאורך המחקר בין האופנים שבהם אנו מבינים כיום את תהליכי פרשנות החוזה לבין הסוגיות התלמודיות אוכל לחשוף רבדים חדשים הן ביצירתם ההלכתית של חז"ל הן בעולמם ההגותי.

²⁰ ראו דבריו הנוקבים של מור, **פרשנות הפרשנות**, 359-360: "כמו השיח על 'צורות החיים' (form of life) בשנות החמישים וכמו ה'פרדיגמה' של שנות השישים, אזכור כלשהו של המלה 'פרשנות' נהפך לחובה כמעט בכל תחום. ושוב, בדומה לשיח על 'צורות החיים' או על ה'פרדיגמה' שהנחילו וויטגנשטיין וקון לעשורים הקודמים, מסייע השיח 'הפרשני' רק במעט לגלות או לבסס מסקנה כלשהי, ולעתים קרובות הוא משמש קישוט בלבד למסקנות ספקניות על החוק, על ביקורת הספרות, על הפסיכולוגיה, על הפיסיקה וכמעט על כל דבר אחר. התיבה 'זהו רק הפירוש שלך' התדרדרה לרמה של שיחות במסיבות קוקטייל כביטוי העדיף להבעת ספקנות מטפיסית או אפיסטמולוגית בכל עניין, מבלי שיוכל לתרום הרבה להצדקתה של ספקנות זו... לעתים מנוסחת טענה זו בסיסמאות, כגון 'כל העולם הוא טקסט' או 'אין דבר המתקיים מחוץ לטקסט' או 'כל הבנה נזקקת לדעות הקדומות של הפרשנות'... ובכל זאת, אפילו בתוך מי אמבט מלוכלכים כל כך עשוי להימצא תינוק הראוי להצלה. ברצוני לבחון את מושג הפרשנות שיש להציל כאשר האינטרפרטיביזם המנופח של האופנה הפוסט-מודרניסטית העכשווית ימצה את עצמו וידעך". ראו גם דברי עטיה, לעיל, הע"ש 12.

מור מתייחס לפולמוס שנערך בשאלה, האם ישנם טקסטים ברורים שאינם צריכים פרשנות, או שמא גם הקביעה שטקסט מסוים הנו ברור ואינו טעון פרשנות היא בעצמה קביעה פרשנית. לדעת פרידמן, **פרשנות החוזה**, 231-235, לא כל 'הבנה' של טקסט היא 'פרשנות'. לידו, In claris non fit interpretatio ("הברור אינו טעון פירוש"). לגישה נגדית ראו למשל דברי השופט סקאליה: "Every statute that comes into litigation is to some degree 'ambiguous'" (A. Scalia, 'Common-Law Courts in Civil-Law System: the Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and the Law', A. Gutmann (ed.), *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, 1997, 3, 28). 47/83, **תור אויר נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים**, פ"ד לט(1), 169, 176. דסקל וויצמן אף הם עמדו על כך מן הפרספקטיבה הבלשנית: "בהירות או שקיפות של טקסט היא אידיאליזציה. כל הטקסטים הם במובן מסוים עמומים, וזקוקים לפרשנות באמצעות ההקשר" (M. Dascal & E. Weizman, 'Contextual Exploitation of Interpretive Clues in Text Understanding: an Integrated Approach' J. Verschueren & M. Bertuccelli-Papi (eds.) *The Pragmatic Perspective*, Amsterdam, 1987, 43). 205. כנגד הגישה האחרונה נטען, כי במידה מסוימת היא מרוקנת מתוכן את המילה 'פרשנות'. לדיון נוסף, ולעמדותיהם של חיים כהן וגד טדסקי בשאלה זו, ראו דניאל פרידמן, 'לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסק הדין 'אפרופים', **המשפט ח (תשס"ג)**, 483. מעבר לכך, אני מקבל את מסקנתו של פרידמן (**פרשנות החוזה**, 232), כי בסופו של יום אין בין שתי הגישות אלא הבדל סמנטי. ראו גם Solan, *The Language of Judges*, 93. כן ראו להלן, ליד ציון הע"ש 163.

²¹ ראו למשל, רולאן ברת, **מות המחבר** (תרגום: דרור משעני, תל אביב, תשס"ה).

²² על כך ראו להלן, הע"ש 164.

אשר ליצירתם ההלכתית, אמנם יש מן החוקרים שכבר התייחסו לנושא פרשנות החוזה במשפט העברי,²³ אולם עד כה הדבר נעשה בהיקף מצומצם למדי, אשר רחוק מלמצות את הפוטנציאל הטמון בו. אשר לעולמם ההגותי של חז"ל, רבות נכתב בשנים האחרונות אודות מעמדם של הלשון והשפה בעולמם של חז"ל,²⁴ ואף יש לא מעטים שבחנו זאת מתוך נקודת המבט של הניתוח ההלכתי.²⁵ ברם, כפי שאבאר בהמשך, בחינה של פילוסופיית הלשון המשתקפת מתוך כללי פרשנות החוזה מספקת לנו נקודת מבט ייחודית שעד כה טרם נבחנו כראוי. כאן אין לנו עוסקים בפרשנות של טקסטים בעלי סמכות מיוחדת (כגון פרשנות פסוקי התורה, או פרשנות דברי חז"ל הקדמונים), ואף לא בפרשנות של תבניות לשון בעלי אופי ריטואלי מיוחד (כגון פרשנות נדרים, קידושין, תרומות ומעשרות ועוד), אלא בפרשנות של לשונם הבנאלית והיומיומית של בני האדם. במובן זה, יש בכוחם של כללי פרשנות החוזה כדי לספק לנו נקודת מבט מעניינת ביותר על אחד האופנים הבסיסיים שבו ממלאת הלשון תפקיד בעולמם של חז"ל.²⁶

מחקר זה לא בא אפוא לקרוא תיגר על טענות מתחרות²⁷ ואף לא להציב תמונה אלטרנטיבית לתמונת העולם המקובלת, שכן הנושא טרם נחקר דיו והשקפת עולם מקובלת עוד לא התגבשה לגביו. תקוותי כי יהיה בו כדי לחשוף עולם שלם של חיים אינטלקטואליים שהיו חבויים עד כה, אף שהיו בהישג יד, עולם אשר חוקרים ומעיינים אחרונים לא היו מודעים לו, ושמה אף חז"ל עצמם נקטו בו עמדה כדבר המובן מאליו ובלא מודעות למשמעויות המקופלות בבחירותיהם הפרשניות.²⁸

1.2. טענת המחקר

א. עוד בדורות הראשונים של התנאים אנו מוצאים את פועלם של חכמים בתחום פרשנות החוזה. לא זו בלבד, אלא שניכר כי כבר ראשוני התנאים היו מודעים לייחודיותה של הפעילות הפרשנית שהם מבצעים, וזו לא נעשתה על ידם אגב אורחא. בהקשר זה בולטת למשל התוספתא:²⁹

²³ ראו לעיל, הע"ש 7.

²⁴ ראו המקורות המצויינים להלן, פרק 7.

²⁵ ראו להלן, הע"ש 1244.

²⁶ דומני כי דבריו של McMeel (259), *Language and the Law Revisited*, מבטאים היטב תובנה דומה: "One perceived advantage of selecting the relationship between the interpretation of private contracts and ideas about language for this study is that there is less ideological and political baggage associated with the problem of giving effect to an agreement entered into by usually only two persons, rather than a compact binding on all the members of a particular society. This allows lawyers' use of language to be seen in sharper focus, without too many extraneous circumstances intruding on the analysis" אישית, אני גם מזדהה עם טענתו (שם, 260), כי הדבר המענין (או לכל הפחות אחד הדברים המעניינים) בתחום פרשנות החוזים הוא הרפלקסיה שניתן לעשות על תפיסת הלשון המשתקפת מתוכו.

²⁷ אף שמעת לעת יש בו ממידת הפולמוס.

²⁸ על שאלת המודעות ראו להלן, ליד ציון הע"ש 80. ראו גם להלן, ליד ציון הע"ש 1479.

²⁹ תוספתא, כתובות ד, ט (מהד' ליברמן, 68). הדברים מופיעים בשינויים מסוימים בבבלי בבא מציעא קד ע"א; ירושלמי, יבמות טו, ג (מהד' זוסמן, 897); ירושלמי, כתובות ד, ח (מהד' זוסמן, 977).

דרש הלל הזקן לשון הדיוט כשהיו בני אלכסנדריא מקדשין נשים אחר בא וחוטפה מן השוק ובא מעשה לפני חכמים בקשו לעשות בניהן ממזרין אמ' להם הלל הזקן הוציאו לי כתובת אמותיכם הוציאו לו וכתוב בה כשתכנסי לביתי תהוי לי לאנתו כדת משה וישראל.³⁰

בהמשכה מונה התוספתא תנאים נוספים שאף הם היו דורשים לשון הדיוט המופיעה בהסכמים נוספים.³¹ פירוש הסכם הוא אפוא מדרשו,³² מונח טעון למדי בעולמם של חז"ל.³³

מונח מקביל המתאר את הפירוש שנותנים חכמים להסכמים בין אנשים הוא "מדרש כתובה". כך נאמר לגבי אשה שבאה ממדינת הים ואמרה שמת בעלה:³⁴

בית שמאי אומרים תנשא ותטול כתובתה. בית הלל אומרים תנשא ולא תטול כתובתה. אמרו להן בית שמאי התרתם את הערוה החמורה לא תתירו את הממון הקל? אמרו להן בית הלל מצינו שאין האחים נכנסים לנחלה על פיה. אמרו להם בית שמאי והלא מספר כתובתה נלמוד, שהוא כותב לה שאם תנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי. וחזרו בית הלל להורות כדברי בית שמאי.

בית שמאי מפרשים אפוא את לשון הכתובה ולמדים מכך שהזכות לגביית הכתובה תלויה בהיתר להינשא מחדש. האמורא רב חסדא איפין זאת ואמר:

הם דרשו מדרש כתובה.³⁵

³⁰ השוו עם לשון התוספתא, בבא בתרא יא, יג (מהד' ליברמן, 170): "אין דורשין אותו לשון הדיוט". על כך ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1094.

³¹ וכך מופיע בהמשך התוספתא, כתובות ד, י-יג (מהד' ליברמן, 68-69): "דרש ר' מאיר המקבל שדה מחבירו ומשוכה בה הבריה שמין אותה כמה היא ראויה לעשות ונותן לו שכך כותב לו אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא. דרש ר' יהודה מביא אדם על אשתו כל קרבנות שהיא חייבת אפי' אכלה את החלב ואפי' חללה את השבת שכך כותב לה ואחרי די איתאי ליד עליי מן קדמת דנא. שברה לו מקצת כתובתה שברה לו על כולה שכך היא כותבת לו אחרי די איתאי ליד עליי מן קדמת דנא. דרש ר' יהושע בן קרחא המלוה את חבירו לא ימשכנו יותר מחובו שכך כותב לו תשלמתא מנכסיה דאית לי מנכסיה דקניתי מן קדמת דנא. דרש ר' יוסה הגלילי מקום שגובין כתובה מלוה גובין אותה מלוה ואין גובין את הכתובה מקום שכופלין את הכתובה אין גובין אלא מחצה".

להרחבת העיון בסוגיית 'דורש לשון הדיוט' ראו יצחק אייזיק הלוי, **דורות הראשונים** (ירושלים, תשכ"ז), כרך א, 355; אשר גולאק, 'שטר אירוסין ודברים הנקנים באמירה', **תרביץ ג** (תרצ"ב), 365; גולאק, **השטרות בתלמוד**, 47; חנוך אלבק, **מחקרים**, 141; ליברמן, **תוספתא כפשוטה**, כרך ו, 245; אברהם שמשון רוזנטל, 'מסורת הלכה וחיידושי הלכות במשנת חכמים', **תרביץ סג** (תשנ"ד), 320, 330; אלון, **המשפט העברי**, 350; שלום אלבק, **הראיות**, 292; יצחק ד' גילת, **פרקים בהשתלשלות ההלכה** (רמת גן, תשנ"ב), 207. ראו גם המקורות המצוינים על ידי Ben-Menachem,

Judicial Deviation, 42, n. 6.

³² על כך ראו אפשטיין, **מבואות לספרות התנאים**, 501.

³³ לתולדות השרוש ד.ר.ש. ומשמעויותיו בלשון המקרא ובלשון חז"ל ראו אורבך, **ההלכה**, 70. למשמעות הייחודית העשויה להיגזר מהגדרת פרשנות החוזה כמדרש ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1339.

³⁴ משנה, יבמות טו, ג.

³⁵ בבלי, יבמות ק"ז ע"א.

אין זה מחוור לגמרי, מהו טיב המעשה הפרשני המופיע במקורות אלה.³⁶ והלא לכל הפחות במקרה של בני אלכסנדריא נראה שהמשמעות שמצא הלל הזקן בכתובה היא המשמעות הפשוטה של הלשון,³⁷ ואינה נגזרת מפרשנות מיוחדת.³⁸ הראשונים העניקו לדבר כמה הסברים, מהם שהדגישו את הממד הפרשני היצירתי בדברי הלל³⁹ ומהם שטשטשו אותו.⁴⁰ בין כך ובין כך, נראה שכבר בדור הראשון של התנאים ניתן למצוא מעשים מובהקים של פירוש חוזים ולא פחות מכך את המודעות להם ככאלה.⁴¹

ברם, דומה שמונחים אלה – 'דורש לשון הדיוט' ו'מדרש כתובה' – אינם מספיקים לפיענוח של מכלול הפעילות הפרשנית המופיעה במשנה ובתלמוד ואף לא לשרטוט גבולותיו. אדרבה, מונחים

בירושלמי אופיינו התנאים שהיו דורשין לשון הדיוט (לעיל, הע"ש 31) כמי שדורשים "מדרש כתובה". ונראה שבסוגיה ירושלמית זו 'כתובה' מציינת כתובים, ולא דווקא כתובת אשה. ראו אפשטיין, **מבואות לספרות התנאים**, 502, הערה 10.

³⁶ יש ליתן את הדעת, כי לכל הפחות בתוספתא (לעיל, הע"ש 29-31) נראה שישנו קשר מסוים, הטעון עדיין הבהרה, בין הביטוי "דורש לשון הדיוט" לבין העובדה שהטקסט המתפרש מופיע בארמית (לא בעברית).

³⁷ וכך תמה הרמב"ן: "אם כתב ליה מאי למימרא פשיטא וכי תנאי שבממון אינו קיים אא"כ תקנו חכמים, ומי איכא מאן דלא דריש" (חידושי הרמב"ן, בבא מציעא קד ע"א, ד"ה 'ר' מאיר'). ראו גם תוספות, בבא מציעא קד, ע"א ד"ה 'היה דורש'.

בנקודה זו יתכן שיש הבדל בין המקרה של בני אלכסנדריא, שבו הפרשנות של הלל נראית קרובה למשמעות הפשוטה של הטקסט, לבין המקרה שנידון ביבמות על ידי בית שמאי ובית הלל, שם נראה שמדובר בפרשנות יצירתית יותר. על כך ראו ר"י המובא בתוספות, יבמות קיז ע"א, ד"ה 'בית הלל'.

³⁸ אלא אם נקבל את הטענה, שלפיה כל מתן משמעות לטקסט הוא פירוש של הטקסט, או בלשון חז"ל 'מדרש', שכן אין טקסט שהוא ברור ואינו זקוק לפרשנות. על כך ראו לעיל, הע"ש 20 ולהלן ליד ציוני הע"ש 163-166.

³⁹ לדעת ר' יהודה בן ברזילי אלברצלוני, הלל פירש את מובנה המילולי של הכתובה בדרך לא שגרתית: "כי הלל הזקן ור' יוסי וכל אותם הזכורים שם ר"מ ור' יהודה וזולתם היו מדקדקים בלשון ההדיוטות שכותבין בשטרותיהן ודורשים אותם, כמו שהם מדקדקים בדברי תורה ודורשין אותם, ולא כפשוטן אלא מדרשות אחרים" (הובא בחידושי הרמב"ן, בבא מציעא קד ע"א, ד"ה 'ר' מאיר').

לדעת תוספות, "לשונות שלא תיקנו חכמים לכתוב אלא הדיוטות הורגלו לכותבן היה דורש ואפילו לא כתב כאילו נכתב" (תוספות, בבא מציעא קד, ע"א ד"ה 'היה דורש'). גם הרמב"ן מביא בהמשך דבריו הסבר דומה. לפי הסבר זה, הלל הפך נוסח זה לחלק מן הנוסח הרשמי והמחייב של הכתובה ("כתנאי בית דין"), אף אם הצדדים לא כתבוהו בעצמם. מכאן שמובנה של המילה 'דורש' הוא מתן תוקף משפטי לביטוי מסוים. יתכן שלפי תוספות 'דורש' הוא במובן של 'מצווה' או 'פוקד'. אכן, הרשב"א הגדיר: "פירוש דורש – חוקר אחר לשון ההדיוטות כלומר התנאים שהם רגילים להתנות ביניהן ולפסוק הדין עליהן כאלו הן תנאי ב"ד לפי שהן מורגלן להתנות כולן כן, ודורש כמו חוקר ותובע כמו ודרשת היטב" (חידושי הרשב"א, בבא מציעא קד ע"א, ד"ה 'ר"מ'). והשוו עם משמעות המילה 'דרש' המופיעה בבבלי בבא מציעא סב ע"א: "דרש בן פטורא מוטב שישתו שניהם וימותו ואל יראה אחד מהם במיתתו של חבריו". לפי הסבר זה, הלל הזקן לא בדק בהכרח דווקא את הכתובות של אמותיהם של אלה שנטען שהם ממזרים, אלא את הכתובות שהיו מקובלות באלכסנדריא. ראו שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן יז. ראו גם יצחק אייזיק הלוי, **דורות הראשונים** (ירושלים, תשכ"ז), כרך א, 355.

ליברמן, **תוספתא כפשוטה**, כרך ו, 246, הסביר בשם חלק מן הראשונים, כי חידושו הפרשני של הלל הזקן היה שיש לפרש את הקידושין שעשה הבעל לאור הכתובה שנכתבה רק אחר כך.

⁴⁰ לדעת רש"י, "דורש לשון הדיוט" משמעותו מתן תוקף משפטי לדברי הצדדים אף שאינם חלק מן הנוסח שקבעו חכמים: "שהרגילו הדיוטות לכתוב שלא כתקנת חכמים, היה דורש הלשון לפסוק הדין אחריו" (רש"י, בבא מציעא קד ע"א, ד"ה 'דורש'). ראו גם פירוש הר"ח, שם; תוספות ר"ד, שם. וראו אלבק, רוזנטל וגילת, לעיל הע"ש 31.

⁴¹ עוד לסוגיית 'דורש לשון הדיוט' ראו להלן, ליד ציוני הע"ש 1094, 1339, ובהע"ש 1485.

אלה לוכדים מספר פעילויות פרשניות המצויות בשולי המשנה והתוספתא, ומותירים חוצה להם פעילות פרשנית עניפה הנפרשת בעיקר לאורך מסכת בבא בתרא (ומסכת נדרים) ואשר אינה זוכה להמשגה שכזו. קביעת לקסיקון לפירוש מונחים בחוזה, הגדרת מעמדה הפרשני של המשמעות המקובלת, אפיון משמעות הטקסט על פי נסיבות כתיבתו,⁴² כל אלו הנם צורות נוספות של 'דורש לשון הדיוט' ו'מדרש כתובה', אף שהם אינם מצויינים ככאלה. לפיכך, מונחים אלה אמנם יאים לפתיחת הדיון בנושא פרשנות החוזה בתלמוד, אולם כדי לרדת לחקר מן הראוי לנסות ולשרטט את המודל הפרשני שיוכל להסביר את מכלול הפעילות של פרשנות החוזה בעולמם של חז"ל.

ב. טענת המחקר, בקליפת אגוז, היא כי כללי פרשנות לשון החוזה שבמשנה ובתלמוד אינם עולים בקנה אחד עם המודלים השונים של פרשנות החוזה כפי שאנו מבינים אותם כיום.⁴³ פרשנות החוזה, כפי שהיא מעוצבת במשנה ובתלמוד, אינה תואמת את מודל חשיפת אומד דעתם הסובייקטיבית של הצדדים, גם לא את המודל המבקש להגדיר את אומד דעתם האובייקטיבית, ואף לא את מודל הפרשנות התכליתית.⁴⁴ יתירה מזו, העיון בסוגיות פרשנות לשון החוזה שבמשנה ובתלמוד לאור מודלים אלה, מוביל אותנו למבוי סתום, לחוסר פשר משפטי. מהי אפוא תכליתו של הפרויקט הפרשני הרחב, לו הקדישו תנאים ואמוראים אחוז כה משמעותי מתוך יצירתם המשפטית?⁴⁵

פשרן של סוגיות אלה, כך אבקש להציע בזהירות לקראת סוף המחקר, עשוי להימצא מחוץ לשדה המשפט, בפרדס הגותם של חז"ל ובהשקפת עולמם אודות מהות הלשון ותפקידה. מעמדה של הלשון בעולמם של חז"ל, השונה במידה רבה מאד מן האופן שבו אנו רואים אתה כיום, עשוי היה להשפיע על האופן שבו הם טיפלו בבעיות הפרשנות בתחום לשון החוזה. באחת: בעיית החוזה שלשונו טעונה פרשנות נתפסה על ידי חז"ל כבעייה שהיא בעיקרה לשונית, יותר מאשר חוזית. זאת, כפי שיובהר להלן, כחלק מתפיסתם השונה את תופעת הלשון כבעלת קיום רוחני עצמאי, כחי הנושא את עצמו, ולא כתופעה שניתן למצותה כאמצעי ליצירת קומוניקציה. לפיכך, גם הפתרון שעיצבו חז"ל, לובש אופי בלשני מובהק ואינו מכיל פתרונות משפטיים אחרים שאינם לשוניים.

מחקר זה ישתרע אפוא על שני מישורים. הראשון, והעיקרי, יהיה משפטי, ובו אבקש לפרוש את כללי פרשנות החוזה, ועל גביהם להציע תובנה, שהיא בסופו של יום תְּהִיָּה, על פועלם של חז"ל בתחום זה. המישור השני יהיה פילוסופי, ובו אבקש להציע, במידת הזהירות הנדרשת, פשר הגותי לחידה המשפטית שהוצעה.

ג. בד בבד עם הצגת טענת המחקר חשוב כבר כעת להוסיף הערה משלימה, שיש בה כדי להעמידנו על הפרופורציות הראויות שיש ליתן למסקנות המחקר. יש לזכור, כי כללי פרשנות החוזה שבתלמוד אינם בהכרח מוסרים לנו את התמונה המלאה של מצב העניינים המשפטי, אלא

⁴² לדיון באמצעים פרשניים אלה מוקדשים פרקים 3-5 במחקר זה.

⁴³ מודלים אלה יתוארו להלן, פרק 2.

⁴⁴ לפיכך אני מסתייג מגישות אשר נטו לזהות את כללי פרשנות החוזה שבתלמוד עם מודלים כאלה ואחרים המקובלים במשפט המודרני. ראו להלן, הע"ש 168.

⁴⁵ לדיון בהיקף הנרחב שהקדישו חז"ל לעיסוק בפרשנות החוזה ראו להלן, ליד ציון הע"ש 405.

מתארים עבורנו מקטע אחד בלבד שלו. העובדה שעל פי משנה פלונית או סוגיה אלמונית יש לפרש את החוזה בדרך מסוימת, עדיין אינה קובעת בהכרח כי על פי התלמוד עצמו זו אכן תהיה תוצאת המשפטית של החוזה. וזאת מטעם כפול.

ראשית, לאור ההבחנה המוכרת והמקובלת במשפט העברי, בין 'הלכה' לבין 'הלכה למעשה', יהיה עלינו לשאול האם כללים אלה מעוצבים ככללים שהם להלכה או שמא ככללי הלכה למעשה.⁴⁶ דהיינו, האם אכן בכוונת חכמי התלמוד, כי דיין היושב בבית הדין יפרש חוזים על פי הלקסיקון שקבעו במשנה,⁴⁷ או בצמוד למשמעות המקובלת,⁴⁸ או שמא הלכה למעשה יהיה עליו לשקלל היבטים נוספים במסגרת מעשה הפרשנות, כגון הנסיבות המלמדות על אומד דעת הצדדים.⁴⁹

שאלה זו תקבל משנה תוקף לאור הטענה שאבקש להעלות, כי כללי הפרשנות שבמשנה ובתלמוד קשורים בטבורם בתפיסת הלשון בעולמם של חז"ל ובמידה מסוימת אף נובעים ממנה. אם אכן מדובר בכללים המשקפים תפיסות הגותיות יותר מאשר מיישמים שיקולי מדיניות משפטית, יש מקום נכבד יותר לשאלה, האם בפועל צפויים לגבור הכללים העקרוניים של הפרשנות או שמא שיקולים רלוונטיים אחרים של מדיניות משפטית ושיפוטית.⁵⁰

שנית, גם אם נניח כי כללי הפרשנות שלפנינו הם כללי הלכה למעשה, עדיין יש לזכור כי התוצאה הפרשנית אינה התוצאה המשפטית הסופית של החוזה. החוזה אמנם יכול שיתפרש בדרך מסוימת, אך אין זה אומר שבית הדין יורה לצדדים לנהוג לפיה, שכן הוא עשוי להחיל על הצדדים כללים אחרים שאינם נובעים מן החוזה או מפרשנותו. כך למשל, בפרק האחרון של עבודה זו אבקש להציג את הטענה, כי כללי פרשנות החוזה שבמשנה ובתלמוד אדישים לעקרון תום הלב.⁵¹ משמעות הדבר, כי בכמה מקרים עלולה התוצאה הפרשנית להעניק ייתרונות משמעותיים לצד אחד על חשבון הצד שכנגד. עם זאת, מכך לא נובע שזו תהיה התוצאה המשפטית הסופית. כפי שאראה באותו פרק, כללים משפטיים אחרים, שאינם קשורים בפרשנות החוזה, עשויים להורות על שינוי החוזה או על קיומו בדרך הוגנת שיש בה משום איזון האינטרסים של שני הצדדים. במקרים אלה, פרשנות החוזה תשמש נקודת פתיחה להבנת עתידו המשפטי של החוזה אך לא דווקא נקודת סיום.

1.3. תיחום

א. ככלל, הפרשנות במשפט הנה תחום מחקר רחב ידיים, בחינת ים שאין לו סוף. הכרח הוא לתחום היטב את מרחב המחקר. ולשם כך אין די בתיחומו לפרשנות חוזים, ואפילו לא לפרשנות חוזים במשפט העברי. כל אחד מן התיחומים שאמנה להלן מאפשר, מחד גיסא, התמקדות יעילה

⁴⁶ לדיון נרחב בשאלה זו ראו להלן, ליד ציון הע"ש 658.

⁴⁷ ראו להלן, פרק 4.

⁴⁸ ראו להלן, פרק 5.

⁴⁹ ראו להלן, פרק 3.

⁵⁰ על כך ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1343.

⁵¹ להלן פרק 8.

בנושאים שיידונו במהלך המחקר, ומאידך גיסא מסמן הרחבות מחקריות בכיוונים נוספים, אשר יוכלו להיעשות בעתיד על יסוד מחקר זה.

מן הבחינה הכרונולוגית אתחום את המחקר לתקופת המשנה והתלמוד. מקורות בתר-תלמודיים יידונו רק על פי מידת יחסם למקורות התלמודיים. אכן, תמונה כוללת ורחבה יותר תוכל להיות מושגת בעתיד באמצעות עיון בגלגוליהם של כללי פרשנות החוזה בתקופות מאוחרות יותר של המשפט העברי.

ב. כדי למקד עוד יותר את המחקר, הצבתי במרכזו סוגיות העוסקות ב**פרשנות** חוזים ולא סוגיות העוסקות ב**השלמת חללים** בחוזה. בחירה זו מחייבת הרחבת דברים מעטה. כאמור, חוזה הטעון פרשנות הוא חוזה שמשמעות לשונו אינה ברורה. לעומת זאת, חוזה חסר הטעון השלמה הנו חוזה שלשונו בהירה ומובנת, אלא שנעדרת בו התייחסות לנקודה רלוונטית מסוימת, ולכן עלינו להשלימו.⁵² כך הוא, למשל, בחוזה שבמסגרתו מתחייב הקבלן לספק לדיירי הבניין מעלית וכן תא שבו יותקן הגרנטור של המעלית, אך חסרה בו התייחסות לשאלה האם הגרנטור עצמו יירכש על חשבונו של הקבלן או של הדיירים.⁵³ דוגמה מן המשנה היא זו הפותחת את מסכת בבא בתרא: הסכם לחלוקת חצר משותפת בלא התייחסות לטיב החומרים שמהם ייבנה הכותל שבאמצע.⁵⁴ הגם שהבחנה בין חוזה הטעון השלמה לבין חוזה הטעון פירוש ברורה מבחינה תיאורטית,⁵⁵ לעתים קשה ליישמה בשל חוסר הבהירות בשאלה, האם הבעיה שלפנינו נובעת מעמימות הטקסט או מחסר שיש בו.⁵⁶ למרות זאת, אני סבור שמבחינה מתודית נוח להשתמש בהבחנה זו כדי לחדד תובנות שונות.

האם פירוש חוזה והשלמתו הנם שני מופעים דומים של פעולה אחת? שאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר, וקשורה הדוקות לאופן שבו אנו מבינים את תהליך פרשנות החוזה.⁵⁷ אם פרשנות החוזה נתפסת כניסיון להתחקות אחר אומד דעת הצדדים, מן הדין לראות את הפרשנות וההשלמה

⁵² לאמיתו של דבר, ישנם חסרים בחוזה אשר יתפרשו כהסדר שלילי, אותם לא יהיה צורך להשלים. לשם כך מבחינים בין חסר גלוי, שלא ניתן לקיים את החוזה בלא השלמתו, לבין חסר סמוי, אשר ניתן לפרשו כהסדר שלילי, המאפשר את קיום החוזה בלא השלמתו. על כך ראו פרידמן, **פרשנות החוזה**, 229.

⁵³ ע"א 391/80 **לסרסון נ' שיכון עובדים** פ"ד לח(2), 237.

⁵⁴ משנה, בבא בתרא א, א.

⁵⁵ למשל: "פרשנות חוזה עוסקת בפירוש הטקסט שיצרו הצדדים. השלמת חסר (לאקונה) משמעותה הוספה לטקסט הקיים" (פרידמן, **פרשנות החוזה**, 229).

⁵⁶ ראו למשל, ההתלבטות לגבי מעמדה של דרך גישה לבור מים במסגרת חוזה למכירת הבור, האם מדובר באי בהירות הטעונה פירוש או שמא בחסר הטעון השלמה (להלן, הע"ש 1486). על דילמה זו ראו באופן כללי שלו, **דיני חוזים**, 395; זמיר, **פירוש והשלמה**, 21. ראו גם ע"א 3798/94 **פלוני נ' פלונית** פ"ד נ(3), 133, 172; חיים גנז, 'שיקול דעת שיפוטי לאהרן ברק', **משפטים יח** (תשמ"ט), 509, 525-526. לגישתו הפוזיטיביסטית של רו בהגדרת הלאקונה

ראו J. Raz, *The authority of law* (Oxford, 1979), 70-77.

⁵⁷ יש לזכור, כי עצם הקביעה שלפנינו חוזה חסר צריכה להתבסס על שלב מוקדם יותר של פרשנות החוזה. הווה אומר: רק לאחר שיפורש החוזה ניתן יהיה לקבוע כי הוא סובל מחסר שיש להשלימו. ראו ע"א 3798/94 **פלוני נ' פלונית** פ"ד נ(3), 133, 174. עובדה זו מקרבת את פרשנות החוזה אל השלמת חסר בחוזה מבחינת סדר הפעולות. אולם בכך אין כדי להכריע את השאלה המושגית: האם פרשנות החוזה והשלמת חסר בחוזה (אשר פעמים רבות אכן שלובות זו בזו מבחינה פרקטית) הן פעולות דומות מבחינה מהותית או שמא שונות.

כפעולות קרובות זו לזו מבחינה עקרונית.⁵⁸ ברם, אם נראה את פרשנות החוזה כניסיון לפתור את הבעיה שלפנינו בגדר הלשון,⁵⁹ מן הדין יהיה להציב חייץ ברור בין פירוש החוזה לבין השלמת חללים שבו. חסר בחוזה מהווה בעיה נורמטיבית, ולא בעיה לשונית, שהרי החוזה לא אמר את דברו בענין הנידון. לפיכך, מנקודת מבט המבט של הלשון, פירוש החוזה והשלמתו הן שתי פעולות המובחנות זו מזו באופן מהותי.⁶⁰ זוהי אפוא ההצדקה לתיחום המחקר לשאלות של פרשנות החוזה, ומן הראוי בעתיד להרחיב את היריעה אל עבר עיון בכללי השלמת חללים בחוזה.

ג. על אף שעיקר תשומת הלב המחקרית תוקדש למקורות העוסקים בפרשנות חוזה, לאורך המחקר אשתדל להשוות את הממצאים עם סוגיות מקבילות במסכת נדרים. בדומה למאמץ הרב שהשקיעו חז"ל בפרשנות החוזה הושקע מאמץ מקביל בפרשנות הנדר, דבר המחייב עמידה על השווה ועל השונה.⁶¹ אנו נמצא, כי כללי פרשנות הנדר בעלי קרבה רבה לכללי פרשנות החוזה, במוקד שניהם עומד הממד הלשוני של נשוא הפירוש. עם זאת, בפרשנות הנדר מצויה הדגשה מעט בולטת יותר של חשיפת אומד דעתו של הנודר מאשר בפרשנות החוזה, תופעה שיהיה עלינו להידרש לה בהמשך.

הרחבת דברים ראויה, שהיא מעבר לגבולות היריעה הנוכחית, היא השוואת כללי פרשנות החוזה עם כללי הפרשנות בתחומים הלכתיים אחרים, כדוגמת הקידושין והגירושין, הנזירות והשבועות ועוד.⁶² לעניין זה יש להניח כמובן, כי טיבו של המעשה הפרשני עשוי להשתנות מתחום משפטי למשנהו, אם משום תפקידה המשתנה של השפה ("משחקי לשון", כלשונו של ויטגנשטיין⁶³) ואם משום שיקולי מדיניות משפטיים אחרים. אין הכרח כי דיני פרשנות החוזה יהיו זהים לדיני פרשנות הקידושין או לדיני פרשנות נזירות ושבועות.⁶⁴ ודומה כי התלמוד עצמו עמד על כך, בהציבו את השאלה האם הכלל הפרשני "ידות נדרים כנדרים" ראוי לחול גם בתחומים הלכתיים

⁵⁸ ראו למשל, צלטנר, **דיני חוזים**, 102, הרואה בהשלמת פרטים "בעיה מיוחדת בסוגיה של פירוש חוזה"; אהרן ברק, בע"א 554/83 **אתא נ' זולוטוב**, פ"ד מא(1) 282, 301-305, המכנה השלמת חוזה כ"פרשנות במובן הרחב". ראו גם ע"א 719/89 **מחצבות חיפה נ' חנ-רון פ"ד** מו(3), 305, 312.

מנקודת מבט זו, יתכן שיש לייחס משמעות דומה לנטייה של כותבים אנגליים להשתמש בלא הבחנה ברורה וחד-משמעית במונחים interpretation ו construction. על כך ראו McMeel, *Language and the Law Revisited*, 278.

⁵⁹ למקרים חריגים, בהם פרשנות החוזה אינה כרוכה בבעיה לשונית, ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1047 ואילך.

⁶⁰ ראו גם שלו, **דיני חוזים**, 395.

⁶¹ להיבטים המתודולוגיים של השוואת החלקים 'המשפטיים' שבמשפט העברי עם החלקים 'הדתיים' שבו ראו אנגלרד, **מחקר המשפט העברי**, 37, 64. ראו גם Ben-Menahem H., 'Is Talmudic Law is a Religious Legal System? A Provisional Analysis', *J. of L. and Religion* (forthcoming).

⁶² כעין עבודתיהם של וינרוט, **תפקיד המילים**; רוזנברג, **ידות נדרים**; Glinert, *Language Choice*.

⁶³ וויטגנשטיין, **חקירות פילוסופיות**, סעיף 7, עמ' 39. וראו סוברן, **שפה ומשמעות**, 73.

⁶⁴ "It's said that the courts draws no distinction between statutes and other written documents. I am not prepared to say that this is true in its full extent" (Camden (Marquis) v. I. R. C. [1914] 1 K.B. 641, 648). ראו גם ברק, **תורת הפרשנות הכללית**, 128; לעיל, הע"ש 17.

אחרים, כגון קידושין, צדקה, הפקר, פאה וכו', או שמא כל תחום הלכתי וכללי פרשנותו שלו.⁶⁵ להיבט זה נדרשתי בקצרה באחד מן הנספחים שלהלן, וראויים הדברים להרחבה ולהעמקה נוספים.⁶⁶

1.4 מתודולוגיה

מבין שלל מתודות המחקר שניתן להפעיל על חקר המשפט העברי⁶⁷ אני מבקש לאמץ בעיקר שתיים. הראשונה מביניהן מופרת פחות, ולפיכך אאריך מעט לגביה.

א. את המתודה הראשונה אכנה "הבנייה רציונלית" (rational reconstruction).⁶⁸ מונח זה ודרך החשיבה שהוא מציין אמנם עלולים לעורר קשיים מתודולוגיים לא מבוטלים,⁶⁹ אולם לטעמי ייתרונותיהם והפוטנציאל הגלום בהם גדולים לאין ערוך. זאת ועוד, שימוש זהיר שיעשה במתודה זו לא בהכרח ייפול במהמורות מתודולוגיות בלתי ראויות.

במונח הבנייה רציונלית כוונתי להעמדת מקורות חז"ל בפני מבנים מושגיים ותבניות חשיבה משפטיים בני-זמננו, בנסיון לנסח מחדש את העמדה הנגזרת מתוך מקורות חז"ל לגבי מושגים ותבניות אלה. כך למשל, על אף שחז"ל לא ניסחו בעצמם את התיאוריה הפרשנית העומדת בבסיס כללי פרשנות החוזה שבמסכת בבא-בתרא (למעשה הם גם לא ניסחו כללים פרשניים אלא רק פתרונות ספציפיים למגוון מקרים⁷⁰) אבקש להגדירה מחדש, וזאת באמצעות עימות פועלם של חז"ל בתחום זה עם האופנים השונים שבהם אנו תופסים כיום את תחום פרשנות החוזה.⁷¹ לשם

⁶⁵ בבלי, נדרים ו ע"ב. על כך ראו רוזנברג, *ידות נדרים*, 215; וינרוט, *תפקיד המילים* (תשנ"ו), עמ' רכט.

⁶⁶ להלן, סעיף 5.11.

⁶⁷ המתודות הקלאסיות נחשבות המחקר המשווה, המחקר הפילוסופי, המחקר ההיסטורי והמחקר הדוגמטי. על כך ראו הקדמתו של בועז כהן לספרו (*Jewish and Roman Law: A Comparative Study* (New York, 1966); אנגלרד, *מחקר המשפט העברי*, 34. כיום אנו מכירים מתודות מחקר נוספות שניתן להפעיל, ואכן מפעילים, על המשפט העברי: מחקר כלכלי, מחקר פמיניסטי, מחקר תרבותי ועוד.

⁶⁸ בעקבות G. Prudovsky, 'Can We Ascribe to Past Thinkers Concepts They Had No Linguistic Means to Express?', *36 History and Theory* 15 (1997); C. Spöerhase, 'Presentism and Precursorship', *49 Culture, Theory and Critique* 49 (2008). המתודה של הבנייה הרציונלית משמשת גם במדעי החברה. על כך ראו באופן כללי, ובדגש על ניתוח סוציולוגי של תפיסות משפטיות ופוליטיות, B. Peters, 'On Reconstructive Legal and Political Theory', M. Deflem (ed.), *Habermas, Modernity and Law* (London, 1996), 101.

⁶⁹ לביקורת נוקבת המופנית נגד מתודולוגיה זו ראו למשל, Q. Skinner, 'Meaning and Understanding in the History of Ideas', *8 History and Theory* 3 (1969).

⁷⁰ למאפיינים הקוזואיסטיים המיוחדים של משניות אלה ראו להלן, ליד ציון הע"ש 407.

⁷¹ השו"ע דברי... "Reconstructive analysis...". Peters, *Reconstructive Legal and Political Theory*, 120: tries to analyze the whole symbolic sphere that serves as the background of these specific reasons. In a reconstructive analysis we try to uncover systematic connections within such a symbolic sphere, underlying structures, constitutive categories, presuppositions, generative rules, none of which is

כך היה עלי, ראשית, לנסח את כללי הפרשנות העולים מתוך פרקי חז"ל אלה, ולאחר מכן לבדוק את משמעותם התיאורטית, תוך השוואתם למודלים הפרשניים המקובלים כיום.⁷²

למותר לציין, כי אין הדבר אומר בהכרח שהתיאוריה הפרשנית החז"לית תהלוּם מודל זה או אחר המקובל כיום. תיתכן בהחלט המסקנה, כי כל צורות ההמשגה המקובלות כיום עבור התהליך הפרשני אינן הולמות את דרכם של חז"ל. ובכל זאת, כך אני סבור, יש במהלך זה תועלת רבה עבור המעיין ובעיקר עבור מושא עיונו. עצם ההשוואה מאפשרת ומחייבת כאחת את החשיבה מחדש של הסוגיות התלמודיות ברמות הפשטה גבוהות יותר, רמות הפשטה הקרובות אל העולם המושגי המרכיב את תודעתנו. רוצה לומר, גם אם בסופו של יום יתברר כי לשם הבנת מערכת כללי פרשנות החוזה מבית מדרשם של חז"ל יש לנסח מודל מקורי וייחודי, הדבר יתאפשר הודות לעימותה עם המודלים האחרים, אותם אנו מכירים מן הספרות המשפטית בת-זמננו.⁷³

למעשה, יש במתודת ההבניה הרציונלית כדי לתרום להמשך פיתוחו של המשפט העברי בעת-החדשה. בכך אין כוונתי לפיתוח המשפט העברי בדרך המחקר הדוגמטי, כלומר מציינת פתרונות של המשפט העברי לבעיות הלכתיות-משפטיות מודרניות,⁷⁴ אלא לפיתוחו בדרך מושגית-פילוסופית, דהיינו הרחבתו של המשפט העברי אל רבדים מושגיים ותיאורטיים חדשים שבהם הוא טרם אמר את דברו.⁷⁵

מתודת מחקר זו עלולה להיות מותקפת בשתי טענות מנוגדות: אנכרוניזם מחד גיסא, ודקונסטרוקציה מאידך גיסא. יש לכאורה במתודה זו משום אנכרוניזם, שהלא חז"ל לא ניסחו את דבריהם, אולי גם לא חשבו בעצמם, בדרך מושגית מופשטת, וודאי שלא בתוך המסגרת המינוחית של המודלים הפרשניים בני זמננו. הניסיון לנסח מחדש את הסוגיות התלמודיות כתיאוריה מודרנית של פרשנות חוזה עלול להיחשד כייחוס בלתי מוצדק של דרכי חשיבה מודרניות אל חז"ל בני העת העתיקה.⁷⁶ ברי, למשל, כי ייחוס אידיאולוגיה קפיטליסטית לחכמי

normally reflected on consciously by the participants themselves, although they might in principle be able to articulate it" כפי שאסביר בהמשך, כאשר אנו עוסקים בפירוש מסוג זה של מקורות חז"ל, איננו צריכים בהכרח להניח שהם יכולים היו לנסח תובנות אלה בתוך המערכת המושגית שהייתה בידם.

⁷² השוו עם נעם זהר, 'פיתוח תיאוריה הלכתית כבסיס חיוני לפילוסופיה של ההלכה', אביעזר רביצקי ואבינועם רוזנק (עורכים), **עיונים חדשים בפילוסופיה של ההלכה** (ירושלים, תשס"ח), 43.

⁷³ וראו הלברטל, **מהפכות פרשניות**, 179: "השוואה כזאת בין תאוריות הרמנויטיות מודרניות למודעות העצמית של החכמים כפרשנים לעולם לא תהיה מלאה, אולם יש בה כדי לסייע בהבנת הבעיה באופן מושגי".

⁷⁴ זאת בלא לגרוע מחשיבותו של המחקר הדוגמטי, אך יחד עם הכרה במגבלותיו.

⁷⁵ מטפורת "מיזוג האופקים" שטבע גאדמר עשויה לתאר נאמנה את מיזוג אופקי המשפט העברי עם אופקי החשיבה של העת החדשה. ובלבד שזכור, כי במיזוג **אופקי חשיבה** מדובר כאן, ולא בהתאמת המשפט העברי כך שיחפוף לעמדות המודרניות. בהחלט יתכן, ופעמים רבות אף סביר שכך יהיה, כי עמדותיו ותפיסותיו של המשפט העברי תהיינה שונות, לעתים באופן מהותי, מן המקובל כיום. ל"מיזוג האופקים" של גאדמר ראו, H. G. Gadamer, *Truth and Method* (2nd ed., trans. by J. Weinsheimer & D. Marshall, New York, 1993), 302 מנחם מאוטנר, 'גדמר והמשפט', **עיוני משפט כג** (תש"ס), 367.

⁷⁶ על פי טענתו הביקורתית של סקינר, זו אינה כתיבה היסטורית אלא כתיבה מיתית או פיקטיבית. ראו Q. Skinner, 'Meaning and Understanding in the History of Ideas', *8 History and Theory* 3, 10 (1969).

המשנה המתירים לסוחר להוריד את השער,⁷⁷ הוא ייחוס אנכרוניסטי בעייתי. מידה דומה של אנכרוניזם תהיה גם בטענה, כי רגמ"ה שתיקן ואסר את הביגמיה ואת גירושי אשה בעל כורחה מבטא גישה פמניסיטית.⁷⁸ האם הניסיון להגדיר במונחים מודרניים את המודלים הפרשניים המשתמעים מתוך סוגיות מסכת בבא בתרא אינו לוקה באנכרוניזם דומה?

את הפתרון לבעיה זו אני מוצא בהבחנה הבאה: אין בכוונתי לטעון, כי המודלים המושגיים שאתאר עמדו לנגד עיני חז"ל או שהיו בתודעתם. כוונתי לטענה אחרת, שלפיה מודלים ותבניות אלה **נגזרים** מתוך הסוגיות התלמודיות ומתוך דברי חז"ל.⁷⁹ אין מדובר בייחוס דבר מה לכוונתם של חז"ל או להלוך חשיבתם, אלא בניסיון להתחקות אחר המשמעויות המושגיות הנגזרות מתוך דבריהם. לפיכך תיארתי מתודה זו כ"הבנייה", רוצה לומר לא פירוש של דברי חז"ל או התחקות אחר כוונתם, אלא ניסוח מחודש של הנגזר מדבריהם במישורי חשיבה אחרים.⁸⁰

מאידך גיסא, ניתן לטעון כנגדי, כי אני חוטא בדקונסטרוקציה של הטקסט התלמודי (עד כמה שדקונסטרוקציה תיחשב תווית מגונה לכתיבה בלתי ראויה),⁸¹ שכן למעשה אני מפרק ומרכיב את דברי חז"ל כרצוני, ובפועל בונה יצירה אינטלקטואלית חדשה שהקשר בינה לבין מקורה החז"לי הוא לכל היותר קשר רופף. האם הסוגיות התלמודיות ראויות לשמש אך ורק כמקורות השראה גרידא? המענה לטענה זו מצוי בחלקו השני של שם המתודה שציינתי: "רציונלית". לאמור, לא כל תיאוריה ניתנת להיגזר מתוך דברי חז"ל, אלא דווקא זו אשר נגזרת בדרך רציונלית מתוך דבריהם. אין מדובר אפוא בניסיון להשתמש במקורות חז"ל כמקורות השראה או כמורי דרך כלליים ליצירת תיאוריות מודרניות, אלא בניסיון לגזור מהם באופן אינדוקטיבי, הראוי לעמוד במבחן הביקורת, את התיאוריות המתחייבות מתוכן.⁸² לפיכך, אם ניתן יהיה לבאר את דברי

⁷⁷ משנה, בבא מציעא ד, יב.

⁷⁸ לתקנות רגמ"ה ראו אלימלך וסטרייך, **תמורות במעמד האישה במשפט העברי** (ירושלים, תשס"ב); שלמה זלמן הבלין, 'תקנות רבנו גרשום מאור הגולה בענייני אישות בתחומי ספרד ופרובאנס', **שנתון המשפט העברי ב** (תשל"ה), 200; שלמה זלמן הבלין, 'בירורים חדשים בענייני תקנות רגמ"ה: ייחוסן, תחולתן והתפשטותן', **שנתון המשפט העברי יא-יב** (תשמ"ד-תשמ"ו), 317.

⁷⁹ השו"ת, *Peters, Reconstructive Legal and Political Theory*, 108.

⁸⁰ ומכאן, שמבחינה מסוימת לא רחוק הוא לומר, שמתודת ההבניה הרציונלית מאפשרת לחוקר להבין את היצירה טוב יותר ממחברה, שכן הוא חושף ביצירה רבדים חדשים הנגזרים ממנה אשר מחברה לא היה מודע להם. לדיון בתפיסה שלפיה הפרשנות מאפשרת הבנה טובה יותר של הטקסט המתפרש מזו של המחבר עצמו ראו לוי, **הרמנויטיקה**, 93, אשר דן בכך בעקבות קאנט ושלייכמאכר. לדיון מקביל בכתיבה הרבנית ראו שי עקביא וזנר, 'עצמאות ומחויבות פרשנית: על תפיסות פרשניות בספרות הרבנית', **אקדמות ד** (תשנ"ח), 9, 24.

⁸¹ על הדקונסטרוקציה ראו להלן, ליד ציון הע"ש 164. לביקורת הדקונסטרוקציה ראו J. M. Ellis, *Against Deconstruction* (Princeton, 1989). אחד ממבקריה הבולטים הוא הפילוסוף יורגן האברמס.

⁸² מהלך זה מחייב, כמובן, להניח כמה הנחות אודות הרציונליות של המקורות המתפרשים, כלומר של חז"ל. זהו לב טיעונו של פרודובסקי (*Prudovsky, Can We Ascribe*) בהקשר המסויים שבו הוא דן. השו"ת גם עם Peters,

חז"ל בדרך מוצלחת יותר מן המודל שאבקש לתאר להלן, יהיה בכך כדי לערער את הקרקע מתחת טיעוני.⁸³

ניתנת האמת להיאמר, כי אופן הצבתי את המתודה של 'ההבניה הרציונלית' הנה פחות יומרנית וחדשנית מכפי שהיא עשויה להיראות ממבט ראשון. שיטת מחקר זו מצויה, פעמים במידה רבה ופעמים במידה מועטה, אצל רבים מחוקרי המשפט העברי, גם אם אינם מצהירים על כך במפורש. לאמיתו של דבר, כל המשגה של המשפט העברי אינה יכולה להימלט משימוש במושגי החשיבה המשפטית בת-זמננו. כאן לא ביקשתי אלא לחדד, להציף ולהעצים מגמה זו. היבטיה השונים של מתודת ההבניה הרציונלית ושל הבעיות שציינתי לעיל מחייבים עיון מקיף הרבה יותר, אשר חורג מגבולות יריעה זו.

ב. המתודה השניה שבה אשתמש היא ניתוח פילוסופי של המשפט. את הכללים, המודלים ותבניות החשיבה המשפטיים שייזונו במהלך המחקר, אבקש לנתח בזיקה למתרחש בעולם ההגותי של חז"ל, תוך הצבעה על קשרים הדדיים אפשריים ביניהם. מתודה זו קשורה עם התחום הצובר תאוצה בשנים האחרונות, אשר יש המכנים אותו 'הפילוסופיה של ההלכה'.⁸⁴ על היבט מתודולוגי זה ארחיב את הדיבור להלן, בהקדמה לפרק 6.

ג. מתודת המחקר של המשפט המשווה תשמש במחקר זה ככלי עזר משני בלבד. את המחקר המשווה אבקש לנצל כדי לפתוח בפני המשפט העברי אופקי חשיבה שהוא עצמו לא ניסח בהם את עמדותיו. שיטות משפט אחרות, אשר מציגים כללי פרשנות חוזה שאינם מקובלים במשפט העברי, ובעיקר שיטות אשר נתנו דעתן להמשגה של כללים אלה, עשויים להוות עבור המשפט העברי הזדמנות לדיון מחדש בכללים שהוא עצמו טבע.⁸⁵

לאור דבריי לעיל, אודות הדיאלוג שאני מבקש ליצור בין מקורות חז"ל לבין תבניות החשיבה בני זמננו, אך טבעי כי עיקר המשקל ההשוואתי יינתן לשיטות משפט מודרניות, ובדגש על המשפט הישראלי.⁸⁶ בעיניי, להשוואה זו חשיבות **אנליטית** גדולה ביותר, אף שלמותר לציין כי מבחינה **היסטורית** ערכה מועט, אם בכלל.

⁸³ ואכן, בהמשך אבקש לטעון, כי בקרב המקורות החז"ליים ישנן גישות מיעוט אשר דבריהם אינם עולים בקנה אחד עם הסברי, ומהם יש לגזור תיאוריה פרשנית שונה. ראו למשל, להלן, ליד ציון הע"ש 218.

⁸⁴ ראו להלן, הע"ש 1243.

⁸⁵ יש המכנים זאת "משפט משווה משחרר". ראו חנוך דגן, 'הערות על 'בעלות ושיתוף' – בעקבות ספרו של פרופסור יהושע ויסמן', **מחקרי משפט יד** (1997), 229; חנוך דגן, 'דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם', דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר (עורכים), **משפט והיסטוריה** (ירושלים, תשנ"ט), 165, 168; אריה אדרעי, 'מדוע לנו משפט עברי, עיוני משפט כה (תשס"ב)', 467, 476. ראו גם ידידיה צ' שטרן, 'מה יהודי במשפט הישראלי', אבי רביצקי וידידיה צ' שטרן (עורכים), **דברים ושברי דברים: על יהדותה של מדינה דמוקרטית** (ירושלים, תשס"ז), 13.

⁸⁶ העדפת המשפט הישראלי נעשית מטעם כפול: מבחינה סובייקטיבית, זו השיטה הקרובה לנו במקום, בזמן, בשפה ובתרבות. ומבחינה אובייקטיבית, בכל הנוגע לבעיות פרשניות בכלל, ובעיות בפרשנות החוזה בפרט, המשפט הישראלי מכיל דיון ער, תוסס, עמוק ורב-גוני בשאלות אלה.

עם זאת, אשתדל לייחד מקום בשולי העבודה למשפט המשווה באספקט ההיסטורי המתאים, כלומר השוואה למקובל בשיטות משפט מן העת העתיקה.⁸⁷ ההשוואה לשיטות משפט אלו תישא אופי היסטורי, בעוד ההשוואה לשיטות משפט בני זמננו תשרת מטרה אנליטית א-היסטורית.

ד. גם המתודה הפילולוגית-היסטורית תשמש לאורך המחקר ככלי עזר משני בלבד. בתור מושאי מחקרי אני מגדיר את המשנה והתלמוד כיצירות משפטיות ערוכות ומעוצבות, אותם ואת הנגזר מהם אני מבקש להבין ולהגדיר. הבנת המקורות הטקסטואליים שהזינו את עורכיהן, התחקות אחר גלגולי מימרות האמוראים עד שהתגבשו לסוגיה המעוצבת, חשיפת הדעות המקוריות של התנאים, כל אלו עומדים מבחינתי בשולי המחקר.⁸⁸ מבחינה זו, עבודתי דומה יותר למשימתו של החוקר את יסודותיה של שיטה משפטית מסוימת ואת מהותה, יותר מאשר לדרך עבודתו של היסטוריון של המשפט, המתחקה אחר תולדותיה של אותה שיטה משפטית. על אף שהדבר טושטש במידת מה בחלק ממחקרי המשפט העברי שנערכו בשנים האחרונות, זו, לעניות דעתי, אחת הנקודות המשמעותיות הראויה להבחין את מחקר המשפט העברי ממחקר התלמוד.⁸⁹ לפיכך, פנייה אל השכבות המוקדמות והמקוריות של הטקסט המשנאי והתלמודי תיעשה בעיקר למטרת הבנה טובה יותר של הסוגיה שנערכה והתעצבה בעקבותיהם. בהתאם, אפנה לנוסחים חלופיים בכתבי היד רק במקום שבו הערכתי כי לנוסחים אלה תיתכן השפעה מסויימת על הנושא הנידון במחקר זה.⁹⁰

ה. מחקרי מוקדש להבנה **משפטית-מושגית** של פרשנות החוזה המשתקפת מן המשנה והתלמודים, כמקורות משפטיים. לפיכך, כמעט ולא אעסוק בזווית **ההיסטורית** של אופן פעילותם של בתי הדין בתקופות אלה. אתמקד בשאלת האופן הראוי לפירוש חוזים, לא בשאלת האופן

⁸⁷ השוואה זו אינה פשוטה, שכן כפי שצויין לעיל, תחום הפרשנות המשפטית נחשב תחום משפטי מודרני, ולפיכך לא רבים המחקרים שנתנו דעתם לכללי הפרשנות בעת העתיקה.

⁸⁸ אני מזדהה עם דברים דומים שכתב דניאל אלעזר לגבי ניתוח התנ"ך בכלי חקר המחשבה המדינית: "מנקודת ראותה של המסורת המדינית היהודית יש לקרוא את התנ"ך כיצירה אחת, ללא כל קשר לנכונותן של התאוריות השונות של בקורת התנ"ך. מה שמשמעותי לגבינו אינו מידת היותו של הטקסט שבידינו מזיגה ערוכה, אלא העובדה שהוא מגיש – ומייצג – מסורת מקיפה" (דניאל י' אלעזר, 'הברית כיסוד המסורת המדינית היהודית', דניאל י' אלעזר (עורך), **עם ועדה – המסורת המדינית היהודית והשלכותיה לימינו**, ירושלים, 51, הע"ש 3). ראו גם L. Strauss,

'Political Philosophy and History', What is Political Philosophy (Glencoe, 1959), 56.

⁸⁹ יש לציין, כי בשנים האחרונות גם בין חוקרי התלמוד יש שטענו לצורך בהענקת דגש גובר והולך להבנת פועלו של עורך הסוגיה, ולא הסתפקו עוד בפירוק הסוגיה התלמודית לגורמיה. על כך ראו למשל, מנחם כהנא, 'גילוי דעת ואונס בגיטין: לחקר השתלשלות המסורות המוחלפות בעריכתן המגמתית של סוגיות מאוחרות', **תרביץ סב** (תשמ"ג), 225; מרדכי סבתו, 'המקיף את חברו משלוש רוחותיו' (בבלי, בבא קמא ד ע"ב - ה ע"א): לביורר היחס שבין ביקורת הנוסח לשאלות עריכה בחקר התלמוד הבבלי, **תרביץ ע** (תשס"א), 189. ראו גם נעם זהר, **בסוד היצירה של ספרות חז"ל: העריכה כמפתח למשמעות** (ירושלים, 2007).

⁹⁰ בהבאת כתבי יד ודפוסים חלופיים הסתמכתי בעיקר על עדי הנוסח המופיעים ומתוארים במקורות הבאים: (א) משנה – המובאות מצוטטות מתוך מהד' אלבק, ובהשוואה לעדי הנוסח המופיעים **באוצר כתבי יד תלמודיים** של בית הספרים הלאומי והאוניברסיטאי ושל החוג לתלמוד באוניברסיטה העברית. (ב) תוספתא – על פי מהד' ליברמן (במסכתות הקיימות) וחיבורו **תוספתא כפשוטה**. (ג) תלמוד בבלי – המובאות מצוטטות מתוך דפוס ווילנא, ובהשוואה לעדי הנוסח המופיעים **במאגר עדי הנוסח** של המכון לחקר התלמוד ע"ש ליברמן, תשס"ב, וכן **דקדוקי סופרים**. (ד) תלמוד ירושלמי – על פי מהד' זוסמן (ירושלים, תשס"א).

המצוי שבו חוזים פורשו בפועל. הואיל וכך, אינני רואה קושי מיוחד בטענה אפשרית, כי בפועל הפרקטיקה השיפוטית הפרשנית היתה שונה מן המתואר במקורות חז"ל.

עם זאת, שאלה קרובה שכן אבקש ליתן עליה את דעתי בהמשך, תתייחס למתח הקיים בין כללים פרשניים המסווגים כ'הלכה', כלומר שאינם מיועדים ליישום בבית הדין, לבין כללים המסווגים כ'הלכה למעשה'.⁹¹

1.5. מבנה

עבודת מחקר זו מורכבת משבעה פרקים.⁹² בפרק הבא אפתח בפרישת שלושת המודלים העיקריים המקובלים כיום להנהרת מעשה פרשנות החוזה. כפי שציינתי, העמדת סוגיות המשנה והתלמוד אל מול מודלים אלה עשויה לתרום להבנה טובה יותר של הבחירות הפרשניות שעשו חז"ל.

שלושת הפרקים שאחריו יוקדשו להגדרת שלושה כללים עיקריים בפרשנות החוזה, העולים מתוך סוגיות המשנה והתלמוד. בראשון אבחן את מעמדן של נסיבות הכריתה כאמצעי פרשני. ניוכח לדעת, כי רוב הדעות שבין חז"ל מתנגדות לפירוש החוזה על פי הנסיבות שבהן הוא נכרת. בשני נעמוד על הפרויקט הרחב שנטלו על עצמם חכמי המשנה, ואף רבים מן האמוראים, לכוון לקסיקון מונחים רחב ומפורט, המגדיר מראש את משמעויותיהם של מונחים העלולים לעורר בעיות פרשניות. ובשלישי נתחקה אחר כלל פרשני נוסף: פירוש החוזה על פי המשמעות המקובלת. כפי שאבאר בהמשך, פירוש החוזה על פי המשמעות המקובלת דומה מבחינות מסוימות לפירושו על פי הלקסיקון שקבעו חז"ל ושונה ממנו מבחינות אחרות. הצד השווה שבהם, והוא החשוב עבור הטענה הכללית המוצגת במחקר זה, הוא פירוש החוזה בגדר **הלשון**.⁹³

צירוף אחד לאחד של הממצאים משלושת פרקים אלה יביאנו אל התובנה, כי הגישות המרכזיות בקרב חז"ל מעניקות משקל מוגבר לפירוש לשוני של החוזה, תוך דחיית האפשרות לפרשו לפי אומד דעתם המשוער של הצדדים. עובדה זו מחייבת הסבר, שהרי אם לא חשיפת אומד דעתם של הצדדים מהו אפוא תכליתם של כללי פרשנות אלה?! בפרק השישי של העבודה אבקש להכריע, האם הפתרון לשאלה שהעליתי ראוי שיהיה פתרון פנים-משפטי, כלומר, נעוץ בשיקולי מדיניות משפטית המטים לטובת הפירוש הלשוני של החוזה, או שמא הפתרון ראוי שיהיה חוץ-משפטי, המבוסס בעיקרו על השקפת עולמם של חז"ל אודות מהותה של הלשון ומעמדה. כדי להכריע בדבר, אציע בפרק זה כמה מקרי בוחן, אשר יוכלו לסייע בהבהרת העניין. על פי המסקנה המתקבלת בפרק זה, חלק מן המקורות ומיעוט בין הדעות אכן מובילים להסבר פנים-משפטי לבעיית פרשנות החוזה שתוארה לעיל. על פיהם, ניתן לזהות שיקולי מדיניות המצדדים בכללים הפרשניים שתוארו. אולם דעות הרוב ומרבית המקורות אינם תומכים בכך. מהם עולה, כי מקרי

⁹¹ ראו להלן, ליד ציוני הע"ש 658, 1343.

⁹² מלבד הקדמה זו.

⁹³ עם זאת, כטוען משנה אבקש להעלות את ההשערה, כי כאן חלה תפנית מסוימת במהלך תקופת האמוראים, במסגרתה הועבר הדגש מן הפירוש הלקסיקאלי של החוזה אל עבר פירושו על פי המשמעות המקובלת. ראו להלן,

פרשנות הקשורים במישור הלשוני של החוזה הם בעלי אופי ייחודי ודורשים פתרון שונה. לפיכך, אבקש את הפתרון לתופעה שלפנינו בשדה הפילוסופיה של הלשון על פי חז"ל.

הפרק השביעי יוקדש לבחינת ייתכנותם של קשרים בין מעמד הלשון במסגרת כללי פרשנות החוזה במשנה ובתלמוד לבין מעמד הלשון בהשקפת עולמם של חז"ל. אבקש להציע, כי יתכן ותפיסתם השונה של חז"ל את מהות הלשון ומעמדה היא שחוללה את רגישותם הרבה לממד הלשוני של החוזה, ומכאן מוצא הצורה המיוחדת של הפתרונות הפרשניים אותם הם עיצבו.

הפרק האחרון של עבודת המחקר עומד בפני עצמו. הוא אינו חלק אינהרנטי של הטיעון המרכזי של עבודת מחקר זו, אלא מוסיף זווית ראייה אחרת לבעיית פרשנות החוזה. בפרק זה אבחן את השאלה, האם הכללים התלמודיים של פרשנות החוזה מכילים אי אלו היבטים של עקרון תום הלב? אני סבור כי התשובה לשאלה זו היא שלילית, ולאורך הפרק אנסה להבהיר את הדרכים השונות של התלמוד להתמודד עם הבעיות שמעוררת פרשנות חוזה נטולת סממני תום לב. היבט זה של פרשנות החוזה תופס כיום נפח כה נרחב בכתביה המשפטית, וסבורני כי ניתן להפיק מן המשפט העברי מודל העשוי לאתגר מבחינה מושגית את דיני החוזים בני-זמננו.

2. שלושה מודלים בני זמננו לפרשנות החוזה

כלים רבים עומדים לרשותו של השופט מפרש החוזה, מתוכם עליו לבור לו את המתאימים, לארגנם במבנה ההולם את תכלית הפרשנות, כל זאת בהתאם לאופן שבו השיטה המשפטית עמה הוא נמנה רואה את פני הדברים. ואין הדברים ברורים ומובנים מאליהם, אלא נתונים במחלוקות נוקבות בין השיטות השונות. כך למשל, האם יפורש החוזה לפי לשונו או שמא לפי נסיבות הכריתה? ואם שני אלה אמצעים פרשניים לגיטימיים, האם ישנה היררכיה ביניהם, הן מבחינת הקדימות הכרונולוגית הן מבחינת האמצעי הגובר במקרי סתירה?⁹⁴ דוגמה נוספת: איזה משקל, אם בכלל, יש לייחס למשמעות המקובלת במסגרת פרשנות החוזה ומאילו טעמים? מהם הקריטריונים לקביעת קיומה של משמעות מקובלת? כיצד יש לנהוג כאשר המשמעות המקובלת עומדת בסתירה עם מה שנחזה להיראות ככוונת הצדדים?⁹⁵ ודוגמה אחרונה: האם יש לפרש את החוזה על פי עקרון תום הלב (כלומר לפרש את החוזה כביכול מדובר בשני צדדים שהם תמי לב זה עם זה), ואם כן, האם כך יש לנהוג כבר בשלב הראשון של מלאכת הפרשנות או שמא רק כמוצא אחרון?⁹⁶ ועוד דילמות כיוצא באלה.

אנו מכירים כיום קשת רחבה ועשירה של גישות משפטיות לפרשנות החוזה. כל שיטת משפט וגישתה היא, על כל מרכיבי האיזונים הפרשניים המייחדים אותה. אם נבקש למפות את הגישות המרובות על פי מודלים עקרוניים, דומני כי נמצא שלושה מודלים עיקריים המתחרים על הנהרת כללי פרשנות החוזה. מודלים אלה אמנם אינם ממצים את כל כללי הפרשנות עד האחרון שבהם, אך בכוחם להעניק תמונה כללית מהימנה. הגישות המשפטיות הספציפיות הן תמהילים שונים של מודלים אלה.⁹⁷ אבקש לשרטט קווים כלליים לדמותם כדי ולאורם לנסות ולהתחקות אחר המודל המשתקף מתוך עמדותיהם של חז"ל. בפרק מבוא זה אסתפק בתיאור כללי ועקרוני של שלושת המודלים; דיונים קונקרטיים בפרטיהם השונים ייעשו לאורך המחקר בפרקים הבאים.⁹⁸

⁹⁴ על כך ראו להלן, פרק 3.

⁹⁵ על כך ראו להלן, פרק 5.

⁹⁶ על כך ראו להלן, פרק 8.

⁹⁷ כמעט מיותר לומר, כי חלוקה זו לשלושה מודלים חשובה יותר מבחינה אנליטית ומבחינה מתודית מאשר כתיאור מדויק של שיטות משפט מסוימות. בפועל מודלים אלה עשויים לשמש בערבוביה. אין הכרח ששיטת משפט פלונית תהיה עקבית בגישתה. בעיקר לאור העובדה, כי במשך שנים ארוכות לא זכה תחום הפרשנות למידה נאותה של מחקר שיטתי, ולפיכך סובל תחום זה מאקלקטיות מרובה.

⁹⁸ בסקירה שלהלן אאריך מעט יותר לגבי המודל הראשון (אומד דעתם האובייקטיבית של הצדדים) ופחות לגבי שני המודלים האחרונים (המודל הסובייקטיבי והמודל התכליתי). הטעם לכך כפול. ראשית, משום ששני המודלים האחרונים הם מן המפורסמות, וכל הרוצה להרחיב לגביהם את היריעה יוכל בנקל למצוא את מבוקשו בשורה ארוכה של פסקי דין ופרסומים מדעיים שראו אור בשנים האחרונות בישראל ובעולם. שנית, משום שהמודל הראשון קרוב יותר לדברים שנמצא בהמשך בעולמם של חז"ל, או למצער אצל חלקם, ולפיכך הוא זה שבעיקר יאתגר אותנו בחידוד הבנת העמדות המפיעות במקורות המשפט העברי.

2.1. אומד דעתם האובייקטיבית של הצדדים (המודל האנגלי)

על פי המודל הראשון, שהוא גם הקדום יותר בזמן,⁹⁹ יש לפרש את החוזה על פי אומד דעתם האובייקטיבית¹⁰⁰ של הצדדים.¹⁰¹ הגישה האנגלית הקלאסית¹⁰² אמנם העמידה בראש תכלית פרשנות החוזה את אומד דעתם של הצדדים, אלא שהיא הבחינה בין אומד דעתם האקטואלי, כפי שזו אכן היתה לנגד עיניהם באופן סובייקטיבי בעת כריתת החוזה לבין אומד דעתם האובייקטיבית. דעתם הסובייקטיבית של הצדדים, כפי היתה בעת כריתת החוזה, נתפסה על ידי גישה זו כדבר אזוטרי, אשר ההתחקות אחריה היא "an exercise in the arcane".¹⁰³ כך למשל, תואר הדבר באופן ציני משהו:

...their actual intentions are happily irrelevant, since, were it otherwise, many, and perhaps most, disputes upon points of construction would be resolved by holding that the parties were not *ad idem*.¹⁰⁴

⁹⁹ עד כמה נכון לזהות את הגישה שאתאר בסעיף זה עם המשפט העתיק? רבים נוטים לזהות שיטות משפט עתיקות עם פרשנות מילולית דוקנית של החוזה. ראו למשל, R. Zimmerman, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Cape Town, 1990), 621; צלטנר, **דיני חוזים**, 102; ברק, **פרשנות החוזה**, 275. עם זאת, יתכן שכאשר בוחנים את הדברים בזכוכית מגדלת, הם עשויים להיראות באור מעט שונה. אשר למשפט הרומי, נטען כי זוהי אמנם הגישה המקובלת בראשית דרכו, אולם בשלביו המאוחרים נטתה פרשנות החוזה דווקא להדגיש את אומד דעתם האקטואלי של הצדדים, אף שאינה מופקת מתוך הפרשנות מילולית. על כך ראו F. Schulz, *History of Roman Legal Science* (Oxford, 1953), 29; F. Pringsheim, 'Animus in Roman Law', 49 *L. Q. Rev.* 43 (1933); A. Watson, 'Narrow Rigid and Literal Interpretation in the Later Roman Republic', 37 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 351 (1969); M. Kaser, *Roman Private Law* (2nd ed., trans. by R. Dannanbring, London 1968), 44-46; A. Sheldon, *The History and Principles of the Civil Law of Rome* (London, 1883), 140. יש לציין כי במשפט הרומי קיימים מקורות, מהם נראה כי הוא פועל בדרך של פרשנות לקסיקאלית, בצורה המזכירה במידת מה את דרכה של המשנה, עליה נעמוד להלן. על כך ראו Mackintosh, *The Roman Law of Sale*, 84-89. וראו להלן, העייש 406, 408, 1538, לגבי הטענה, כי בעולם היווני והרומי אין בנמצא מקבילות לקסיקאליות כה מפורטות כפי שאנו מוצאים בעולמה של המשנה. אשר למשפט הפרסי הסאסני, דומה כי ישנם חומרים רבים רלוונטיים, אולם טרם נחקרו באופן ממצה. ראו *Bulsara, Ancient Persians*. ראו גם להלן, ליד ציון העייש 941.

¹⁰⁰ לגבי האופן שבו אני משתמש במחקר זה במילים 'אובייקטיבי' ו'סובייקטיבי' ראו להלן, העייש 1132.

¹⁰¹ על כך ראו באופן כללי G. Williams, 'Language and the Law' (in five parts) 61 *L. Q. Rev.* 71, 179, 293, 384 (1945); 62 *L. Q. Rev.* 387 (1946); McMeel, *Language and the Law Revisited*; Hoffmann, *The Intolerable Wrestle*; Lewison, *Interpretation*. נוספים נזכרים להלן בהערות השוליים לפרק זה.

¹⁰² 'קלאסית' שכן בעשורים האחרונים המשפט האנגלי עובר שינויים בתחום זה, והוא מאמץ תובנות ופרקטיקות התואמות את המודל הסובייקטיבי כפי שיתואר בהמשך. על כך ראו להלן, ליד ציון העייש 125.

¹⁰³ Bakker No. v. Total South Africa Ltd [1990] 3 S.A. 159

¹⁰⁴ Summit Investment Inc. v. British Steel Corp. [1987] 1 Lloyd's Rep. 230, 233

אם כן, במקום שמגעו של השופט יהיה עם הסובייקטיבי הסמוי ניתנת עדיפה לפרשנות החוזה על פי האובייקטיבי הגלוי, ואין לך ממצא גלוי ואובייקטיבי יותר מלשון החוזה. לפיכך כללי הפרשנות עוצבו, על פי שיטה זו, כך שישרטטו את אומד הדעת המשתקף מתוך לשון החוזה:

...one hears much use made of the word 'intention', but courts of law when on the work of interpretation are not engaged upon the task or study of what parties intended to do, but of what the language which they employed showed that they did; in other words, they are not constructing a contract on the lines of what may be thought to have been what the parties intended, but they are construing the words and expressions used by the parties themselves. What do these mean? That when ascertained is the meaning to be given effect to, the meaning of the contract by which are parties are bound. The suggestion of an intention of parties different from the meaning conveyed by the words employed is no part of interpretation, but is mere confusion.¹⁰⁵

או בניסוח מפורסם מפי הולמס:

Thereupon we ask, not what this man meant, but what those words would mean in the mouth of a normal speaker of English, using them in the circumstances in which they were used.¹⁰⁶

העדפת המשמעות הלשונית של החוזה נעשתה פעמים רבות מתוך מודעות לכך שהיא אינה אינה משקפת בהכרח את אומד דעתם האקטואלי של הצדדים,¹⁰⁷ אף שלעתים ניסו לבססה על הפרזומציה המשפטית, כי חזקה על הצדדים שהתכוונו למשמעות המילולית של האמור בחוזה.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Great Western Railway v. Bristol Corp. (1918) 87 L.J.Ch. 414

¹⁰⁶ Hoffmann, *The Intolerable Wrestle*, ראו גם Holmes, *The Theory of Legal Interpretation*, 417-418
660

¹⁰⁷ "I think it very probable that, in accepting the landlord's construction, the learned Judge has correctly assessed what the parties did indeed believe and desire to be the effect of [the clause]. But a court of construction can only hold that they intended it to have that effect if the intention appears from a fair interpretation of the words which they have used against the factual background known to them at or before the date of the lease, including its genesis and objective aim" (Philpots (Woking) Ltd v.

Surrey Conveyancers Ltd [1986] 1 E.G.L.R. 97). See also Smith v. Lucas (1881) 18 Ch.D. 531

¹⁰⁸ "...the question to be answered always is, 'What is the meaning of what the parties have said'? not

"What did the parties mean to say"?... it being a presumption *juris de Jure*... that the parties intended to say that which they have said" (R. F. Norton, *A Treatise on Deeds*, 2nd ed., London, 1928, 50)

S.S. Garston Co. v. Hickie (1885) 15 Q.B.D. 580. למותר לציין כי פרזומציה זו היא משפטית ולא עובדתית. ראו למשל ניסוחו של Lewison, *Interpretation*, 31: "For the purpose of the interpretation of contracts, the

זהו כלל הזהב הנודע שבמשפט האנגלי (the golden rule),¹⁰⁹ אשר קובע את עליונות המשמעות המילולית של החוזה. למשל:

In construing... all written instruments, the grammatical and ordinary sense of the words is to be adhered to....¹¹⁰

כלל המשלים את כלל הזהב, הוא זה הקובע את חוסר הרלוונטיות לעניין פרשנות החוזה של ראיות החיצוניות ללשון החוזה (the parol evidence rule).¹¹¹ גם לנסיבות שבהן נכרת החוזה ניתן משקל מופחת לגבי פרשנותו כל עוד ניתן לפרשו כראוי באופן מילולי. אכן, על פי תורת שני השלבים, רק בהיכשל הפרשנות המילולית יפנה הפרשן אל נסיבות הכריתה.¹¹² גישה זו אף התנגדה לפירוש החוזה לאור תכליתם העסקית של חוזים מאותו סוג.¹¹³

אמנם נכון הדבר שגם מודלים אחרים (עליהם נעמוד בהמשך) ביקשו לצמצם את גבולות הפרשנות למתחם שמאפשרת לשון החוזה, והתנגדו לפרשנות שאינה מעוגנת בלשון.¹¹⁴ אולם הפרש גדול יש בדבר. בעוד שאחרים ראו בלשון החוזה כמי שקובעת את הגבולות בתוכם רשאי השופט להפעיל מגוון רחב של אמצעים פרשניים גמישים (ויש אף שהרחיקו לכת וראו בלשון החוזה מעין קולב

intention of the parties is the meaning of the contract. There is no intention independent of that meaning".

ראו Caledonian Railway Co. v. North British Railway Co., (1881) L.R. 6 App. Cas. 114, 131¹⁰⁹.

110 Grey v. Pearson (1857) 6 H.L. Cas. 61, 106. כיוצאים מכלל זה צוינו מקרים שבהם המשמעות המילולית מובילה לתוצאה אבסורדית או לתוצאה שאינה עולה בקנה אחד עם מכלול החוזה. וראו להלן, ליד ציון הע"ש 120.

111 Jacobs v. Batavia and General Plantations Ltd [1924] 1 Ch. 287. ראו גם Lewison, *Interpretation*, 85.

על כללים אלה ראו גם פרידמן, **פרשנות החוזה**, 244; מאוטנר, **התערבות שיפוטית**, 69; H. Keren, "Textual Harassment: A New Historicist Reappraisal of the Parol Evidence with Gender in Mind", *13 American U. J. of Gender, Social Policy & the Law* 251 (2005).

112 "The approach of the English law to questions of the true construction of contracts of this kind is to seek objectively to ascertain the intentions of the parties from the words which they have chosen to use.

If those words are clear and admit of only one sensible meaning, then that is the meaning to be ascribe to them – and that meaning is taken to represent what the parties intended. If the words are not so clear and admit of more than one sensible meaning, then the ambiguity may be resolved by looking at the aim and genesis of the agreement, choosing the meaning which seems to make the most sense in the context of the contract and its surrounding circumstances as a whole". (Vitol B.V. v. Compagnie Europeene des Petrols [1988] 1 Lloyd's Rep. 574, 576)

113 ראו למשל, S.P.A. v. Tradax Ocean Transportation [1987] 1 All E.R. 81. לויסון (, *Interpretation*, 34).

43 מצייין, כי בנקודה זו חל מפנה בגישת המשפט האנגלי בעשורים האחרונים, וכי ניתן משקל רב יותר לבחינת התכלית העסקית של החוזה כפרמטר המשפיע על פרשנותו. ראו להלן, ליד ציון הע"ש 125.

114 ראו למשל, ע"א 832/81 רלפו (ישראל) נ' נורוויץ יוניון פייר אינשורנס סוסייטי לימיטד, פ"ד לט(1), 38, 45; ע"א 330/84 מדינת ישראל נ' "הלבנון" חברה לביטוח, פ"ד מ(2), 663, 667; ע"א 3804/90 זלנא להשקעות ולמסחר נ' סופרגז, פ"ד מו(5), 209, 213.

עליו צריך השופט לתלות את פירושו¹¹⁵), המשפט האנגלי ראה במשמעות הישירה והפשוטה של לשון החוזה את האמצעי הפרשני המרכזי.

נראה, כי נקודת התייחסות של גישה זו כלל ועיקר אינה הצדדים המסויימים שכרתו את החוזה אלא **צדדים סבירים**, יצירי עולם המשפט, כפי שהם משתקפים מתוך לשון החוזה.¹¹⁶ למעשה, נכון לומר כי שיטה פרשנית זו עוסקת **בהבנייה** של משמעות החוזה יותר מאשר בחשיפתו. מדיניות פרשנית אובייקטיבית זו אכן תואמת את האוריינטציה הכללית של דיני החוזים ב common law (ובשונה מן המשפט הקונטיננטלי), המעדיפה את האובייקטיבי על פני הסובייקטיבי, את הצהרת הצדדים על רצונם על פני רצון הצדדים עצמו.¹¹⁷

מהו המניע להענקת דגש כה רב למשמעות המילולית של לשון החוזה? דומה כי זהו להבטיח צפיות וודאות משפטיים, אשר דרושים להגברת הבטחון המשפטי. פרשנות חוזה המבוססת על אומד דעתם האקטואלי של הצדדים, כפי שזו היתה אצלם באופן סובייקטיבי בעת כריתת החוזה, מקשה על האפשרות לצפותה מראש. היא מניחה מלכתחילה מגוון רחב ביותר של אפשרויות פרשניות לגיטימיות. כך עלול להיווצר מצב בלתי רצוי, בו אדם שלישי (ולמען האמת גם הצדדים עצמם) יחשוש מפני הסתמכות על החוזה או על תוצאותיו, שכן פרשנותו האפשרית של החוזה לוטה בערפל ותהיה תלויה במסקנתו המשוערת של השופט אודות הכוונה האקטואלית שהיתה לצדדים.¹¹⁸ היטיב להטעים זאת הלורד דבלין:

...if a man minded only about keeping faith, the spirit of the contract would be more important than the letter. But in the service of commerce the letter is in many ways the more significant. This is because in most commercial contracts

¹¹⁵ ראו להלן, ליד ציון העי"ש 162.

¹¹⁶ הופמן הדגיש את האופי הפיקטיבי שיש להנחה זו. לדבריו, אחת ההנחות שעל בסיסן פועל בית המשפט כפרשן היא: "by assuming that the author of the utterance which has to be interpreted was not a particular live person of flesh and blood but to a greater or lesser extent a fiction of the law; in particular, that creature beloved of lawyers, the 'reasonable man' in one or other variable forms" (Hoffmann, *The Intolerable Wrestle*, 661). ראו גם: (Lewison, *Interpretation*, 20; McMeel, *Language and the Law Revisited*, 262).

Kramer, *Common Sense*, 173

¹¹⁷ O. W. Holmes, 'The Path of the Law', *10 Harv. L. Rev.* 457, 464 (1897): "In my opinion no one will understand the true theory of contract or be able even to discuss some fundamental questions intelligently until he has understood that all contracts are formal, that the making of a contract depends not on the agreement of the two minds in one intention, but on the agreement of two sets of external signs, not on the parties' having *meant* the same thing but on their having *said* the same thing". K. W. Ryan, *An Introduction to the Civil Law* (Sydney, 1962), 38; A. T. von Mehren & J. R. Gordly, *The Civil Law System* (2nd ed., Boston & Toronto, 1977), 790; K. Zwigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (2nd ed. Oxford,

1987), Vol. 2, 2. זמיר, **עקרון ההתאמה**, 129.

¹¹⁸ ראו Lewison, *Interpretation*, 25.

many more than the original parties are concerned. The contract is embodied in a document which may pass from hand to hand when the goods it represents are sold over and over again to a string of buyers, or when money is borrowed on it, or insurances arranged. The spirit of the contract gets lost on these travels and the outward form is all that matters. For the common law the sanctity of the contract means the sanctity of the written word in the form in which it is ultimately enshrined. Normally, evidence is not admissible of conversations or correspondence leading up to the contract; they cannot be used to amplify or modify the final document. That document must speak for itself. For the common law has its eye fixed as closely on the third man as the original parties; and the final document is the only thing that can speak to the third man¹¹⁹.

מכאן עולה שדבקותו הרבה של המשפט האנגלי בלשון החוזה הנה אינסטרומנטלית בלבד, כאמצעי ולא כתכלית. רוצה לומר, הלשון ניצבת במרכז ההליך הפרשני בשל התכונות הנלוות לה, כדוגמת הצפיות, הוודאות והבטחון המשפטיים. לתפיסה אינסטרומנטלית זו של הלשון שתי נפקויות עקרוניות חשובות:

א. מן הצד האחד, לעתים בכל זאת נכון המשפט האנגלי לחרוג מן הפרשנות המילולית אל עבר פרשנות קונטקסטואלית. כאשר הפרשנות המילולית מניבה תוצאות בעייתיות, למשל שאינן סבירות, ניאות המשפט האנגלי להפעיל אמצעים פרשניים החורגים מעבר לפרשנות המילולית (כגון פרשנות על פי הנסיבות, פרשנות על פי התכלית העסקית של חוזים מאותו סוג).¹²⁰ הפרשנות המילולית עדיפה מבחינת שיקולי מדיניות משפטית, אך היא אינה קדושה כשלעצמה.

¹¹⁹ P. Devlin, 'Morals and the Law of Contract', *The Enforcement of Morals* (London, 1965), 43, 44 ראו

President of India v. Jebsens (UK) Ltd [1991] 1 Lloyd's Rep. 1, at 9, H.L.: "the objective interpretation is of paramount importance in commercial affairs; commercial men have frequently to take important decisions with some speed, and it is of great importance that they all know that they can rely on courts and arbitrators, if any dispute should later arise, to adopt the same objective approach as they themselves have to adopt in the daily administration of their contracts"

¹²⁰ למשל, *Grey v. Pearson* (1857) 6 H.L.Cas. 61, 106: "In construing all written instruments, the grammatical and ordinary sense of the words is to be adhered to, unless that would lead to some absurdity, or some repugnance or inconsistency with the rest of the instrument, in which case the grammatical and ordinary sense of the words may be modified, so as to avoid that absurdity and inconsistency, but no further"

ב. ומן הצד השני, גם כאשר הבעיות הפרשניות אינן מצויות במישור הלשוני, אלא מעבר לו, מבקש המשפט האנגלי אחר פתרונות בעלי אופי אובייקטיבי, קשיח וגורף. דוגמה לכך היא מקרים של סתירה פנימית בחוזה. מקרים אלה מאופיינים כטעוני פרשנות, אף שמבחינה לשונית אין הם מעוררים כל בעיה.¹²¹ הכלל קובע כי במקרי סתירה פנימית בחוזה יפורש החוזה על פי הלשון הראשונה שבו.¹²² כלומר גם במקרים אלה יש לאמץ פתרון אובייקטיבי, קשיח וגורף, אשר יאפשר קיומם הנאות של צפיות, וודאות ובטחון משפטיים.¹²³

אשר לפסיקה האנגלית, בשנים האחרונות ניכרת בה מגמת שינוי, שעיקרה הגמשת כללי ופרשנות ומתן יתר דגש לקונטקסט, לנסיבות ולתכלית העסקית של החוזה.¹²⁴ ועדיין הדבר שנוי במחלוקת בין משפטני אנגליה.¹²⁵

2.2. אומד דעתם הסובייקטיבית של הצדדים (המודל הקלאסי)

המודל הפרשני החלופי, המבוסס על אומד דעתם הסובייקטיבית של הצדדים, מבטא מחויבות עמוקה יותר לעקרון חופש החוזים. לדידו, המודל הקודם, האובייקטיבי, מחטיא את המטרה בכך שהוא מפרש את החוזה שלא על פי דעתם של הצדדים, כשהדגש הנו על אומד דעתם

¹²¹ על כך ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1047 ואילך.

¹²² ראו *Forbes v. Git* [1922] 1 A.C. 256; *Joyce v. Barker Bros. (Builders) Ltd* (1980) 40 P. & C.R. 512. בפרשנות צוואות מועדפת הלשון האחרונה. ראו *Martin v. Martin* (1987) 54 P. & C.R. 238.

¹²³ על כך ראו *Lewison, Interpretation*, 369.

¹²⁴ לדוגמה: "The time has long since passed when agreements, even those under seal, were isolated from the matrix of facts in which they were set and interpreted purely on internal linguistic considerations... We must... inquire beyond the language and see what the circumstances were with reference to which the words were used, and the object appearing from those circumstances, which the person using them... a 'fundamental change' had in view" (*Prenn v. Simmonds* [1971] 1 W.L.R. 1381) overtaken the principles for interpreting contractual documents. Those principles, he said, have now been assimilated into 'the common sense principles by which any serious utterance would be interpreted in ordinary life' (*Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society* [1998] 1 W.L.R. 896). ראו גם *MFI Properties Ltd v. BICC Group Pension Trust Ltd* [1986] 1 All E.R. 974. *McMeel, Language and the Law Revisited*, 262-263; M. Kirby, 'Towards a Grand Theory of Interpretation: The Case of Statutes and Contracts', *24 Statute L. Rev.* (2003), 95; *Kramer, Common Sense*, 173; *Lewison, Interpretation*, 36.

¹²⁵ למשל, *BOC Group v. Centeon*, Unreported April 29, 1999, according to *Lewison, Interpretation*, 4: "The old intellectual baggage has been discarded but the courts are not traveling light. The cabin trunks have been replaced by airline suitcases; the contents are much the same, though they are expresses in more modern language". See also *Bromarin v. IMD Investments Ltd* [1998] STC 244.

הסובייקטיבית¹²⁶ והאקטואלית, כפי שהיתה בעת כריתת החוזה. יפים כאן דבריו של השופט ברנזון:

הכלל הראשון של פרשנות מסמך הוא לנסות לרדת לכוונתו האמיתית של הכותב על יסוד הדברים הכתובים במסמך כולו ובהתחשב עם הרקע הידוע של הענין. לא תמיד קובע מובנם המילולי של המילים שהשתמשו בהן. אין לראות במילים הכתובות חזות הכל, שעה שהקשר הדברים והנסיבות הסובבות את הענין מצביעות על כוונה אחרת מזו העולה מן הפירוש הרגיל של הכתוב.¹²⁷

אכן, רבים הדגישו כי פירוש החוזה אינו ענין למילונים המגדירים את משמעותם המילולית של מונחים או לכללים הנוקשים של הדקדוק והתחביר, אלא להבנת משמעותו של החוזה כפי שהוא נתפס על ידי הצדדים בעת הכריתה. כך למשל:

The meaning which a document (or any other utterance) would convey to a reasonable man is not the same thing as the meaning of its words. The meaning of words is a matter of dictionaries and grammars; the meaning of the document is what the parties using those words against the relevant background would reasonable have been understood to mean.¹²⁸

יתירה מכך. מאופיו של המודל הסובייקטיבי נגזר, כי כאשר ישנה סתירה בין אומד דעתם של הצדדים לבין המשמעות המילולית של החוזה, הראשון גובר:

מטרת הפרשנות היא לעמוד על כוונתם המשותפת של הצדדים. זוהי נקודת המוצא ועקרון היסוד... כאשר מדובר בכוונה משותפת של הצדדים הרי היא גוברת על הניסוח המילולי, כך שאם פירוש מילולי אובייקטיבי מצביע על משמעות אחת, אך מסתבר ששני

¹²⁶ כאן 'סובייקטיבי' במובן של אומד דעתם של הצדדים כפי שהיה בעת הכריתה, בשונה מאומד הדעת הקונסטרוקטיבי, שבונים השופטים מאוחר יותר לאור לשון החוזה. מובן שגם על פי המודל הסובייקטיבי, פירוש החוזה ייעשה לאור מפגש הרצונות שבין הצדדים, ולא לאור רצונו הפרטי האישי והמובחן של כל אחד מן הצדדים בנפרד. מבחינה זו, גם במודל הסובייקטיבי ישנו מאפיין אובייקטיבי מסוים. לדיון נוסף בנקודה זו ולחידודה ראו להלן, הע"ש 1132. על כך ראו Hoffmann, *The Intolerable Wrestle*, 666. ובאופן כללי ראו, ע"א 480/65 הדרי נ' מפעלים פטרוכימיים בישראל, פ"ד כ(2) 82, 84; ע"א 692/86 בוטקובסקי נ' גת, פ"ד מד(1) 57, 67; ע"א 119/83 פוגל נ' המועצה הדתית אשקלון, פ"ד לח(4) 813, 816; ע"א 5187/91 מקסימוב נ' מקסימוב, פ"ד מז(3) 177, 186; ע"א 536/89 פז חברת נפט נ' לויטין, פ"ד מו(3) 617, 627; ע"א 779/89 שלו נ' סלע פ"ד מח(1) 221, 237. בהקשר זה ראו מחלוקתם של שלו, דיני חוזים, 415 וברק, פרשנות החוזה, 409.

¹²⁷ ע"א 324/63 ישראל הלוי סגל נ' חברת ג'ורג'ני מג'י, פ"ד יח(4), 371, 373.

¹²⁸ Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society [1998] 1 WLR 896. בפסיקה הישראלית נאמרו דברים דומים לגבי פרשנות החוק: "מלותיו של החוק אינן מבצרים, שיש לכבשם בעזרת מילונים, אלא עטיפה לרעיון חי, המשתנה על פי נסיבות הזמן והמקום, לשם הגשמת מטרתו הבסיסית של החוק" (ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4), 421, 427). ובדרך קל וחומר נראה שיש להחילם גם על פרשנות חוזה.

לדעת לויטין (*Interpretation*, 6, n. 28), דברים מעין אלה שאמר הופמן מבוססים על גישה בלשנית פרגמטית. על הפרגמטיקה בבלשנות וזיקתה לפרשנות חוזים ראו להלן, ליד ציוני הע"ש 943, 948.

הצדדים התכוונו למשמעות שונה, יש להכיר בתוקפה המחייב של המשמעות השונה שעליה הסכימו הצדדים.¹²⁹

מבחינה תודעתית העצמית, התומכים במודל זה הם בדרך כלל בעלי תודעת שינוי והתחדשות, כפי שציין השופט טירקל, לפני כמעט שלושה עשורים:

דומה שפסיקתם של בתי המשפט בשנים האחרונות מצביעה יותר ויותר על אותה מגמה, להתיר מוסרותיהן של המלים הכתובות ולהגיע לחקר הכוונה האמיתית שהיתה לנגד עיניהם של המתקשרים.¹³⁰

אם המודל האובייקטיבי מדמה את הפרשנות להליך של הבנייה, הרי שהמודל הסובייקטיבי מדמה אותו להליך של חשיפה, אשר בדומה למלאכת הארכיאולוג מבקש לחשוף מתוך הממצאים שלפניו מציאות חיים שהיתה. נקודת הייחוס של מודל זה היא **הצדדים האקטואליים**.¹³¹ לשם כך מעמיד המודל הסובייקטיבי שורה של כללי פרשנות, אשר תכליתם לעמוד על כוונת הצדדים כפי שזו היתה בעת הכריתה.

כאמור לעיל,¹³² גם מודל זה מציב במרכז המעשה הפרשני את לשון החוזה, אולם הפעם במידה פחותה של חומרה ושל נחרצות. ראשית, לקונטקסט ניתן כעת משקל רב יותר בקביעת משמעות לשון החוזה. רוצה לומר: להקשר שבו נאמרו הדברים עשויה להיות השפעה מכרעת על יציאת המשמעות לתוך הנאמר,¹³³ גם אם הוא אינו עולה בקנה אחד עם המשמעות המילולית הרגילה של המילה או אפילו של המשפט.¹³⁴ שנית, שורה ארוכה של אינדקציות נוספות, הבאות מחוץ לחוזה,

¹²⁹ פרידמן, פרשנות החוזה, 235-236.

¹³⁰ ע"א 453/80 **בן נתן נ' נגבי**, פ"ד לה (2), 141, 145.

¹³¹ עמד על כך בחדות הופמן, שאמר: "... if one would nevertheless conclude from the background that something must have gone wrong with the language, the law does not require judges to attribute to the parties an intention which they plainly could not have had" (Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society [1998] 1 WLR 896).

¹³² ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 114.

¹³³ וכך תיאר זאת זוסמן בלשונו הצירורית: "בכניסה למגרש הרוסים מוצב שלט או תמרור, ועליו כתוב '15 ק"מ'. מה פירושו? הוה אומר, כלי רכב לא יגבירו שם את מהירותם מעל ל 15 קילומטר לשעה. בקרבת מקום עובר אוטובוס ציבורי, ובחזיתו מתנוססת אותה ספרה '15'. האם גם משמעותה היא כי לא ייסע האוטובוס במהירות גדולה מזו? או שמא לא יסעו בו יותר מאשר 15 איש? או שדמי הנסיעה עולים 15 אגורה? או שהשרות מסתיים בשעה 15? כל הגרסאות האלה אינן נכונות; הספרה באה לומר לך, מה הוא מהלך האוטובוס או כברת העיר בה יעבור. בסמוך מצוי המספר 15 על אחד הבתים שברחוב יפ. האם משמעותו היא כי יש בו 15 דירות, או שגרות בו 15 נפשות, או שבלשכת המקרקעין ניתן לו המספר 15, או שמותר לבנות במקום 15 חדרים או קומות? ושוב כל אלה אינם ניחושים נכונים; משמעות המספר 15 היא הפעם, כי רשות עירונית קבעה לבית הזה את המספר 15 להבדילו משכניו, הבית מס' 13 מזה והבית מס' 17 מזה, ולהקל עליך למצואו" (יואל זוסמן, 'מקצת מטעמי פרשנות', חיים כהן (עורך), **ספר יובל לפנחס רוזן**, ירושלים, תשכ"ב, 147). לדוגמה תלמודית דומה ראו להלן, הע"ש 185.

¹³⁴ ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 129.

עשויות גם הן, וביתר שאת, ללמד על אומד דעתם של הצדדים. בהקשר זה רלוונטיות ביותר נסיבות הכריתה,¹³⁵ משמעויות מקובלות,¹³⁶ תכליתו העסקית של חוזה מאותו סוג¹³⁷ ועוד.

כך למשל, מקובל לראות את דיני החוזים בישראל כמכילים פירמידה של שמונה כללי פרשנות, אשר תכליתם לחשוף במידה המיטבית את כוונת הצדדים, ולאורה לפרש את החוזה. לדירוג שבין כללי הפרשנות משמעות כפולה: קדימות כרונולוגית (כלומר, הכלל הראשון קודם בתהליך הפרשנות לכללים מאוחרים לו)¹³⁸ והכרעה במקרי סתירה. וכך תאר את הדברים (שלא בהסכמה¹³⁹) אייל זמיר:

במשפט הישראלי ובשיטות משפט אחרות מתארים את הפירוש וההשלמה כתהליך רב-שלבי, שבו נזקקים למקורות ולאמצעים שונים באורך הדרגתי. בבסיס הפירמידה (או בראשה – לפי הדימוי המועדף) עומדת הסכמת הצדדים. בהיעדר הסכמה, יש לדלות את כוונת הצדדים מתוך החוזה או נסיבות עריכתו. אם עדיין לא נמצאה תשובה לשאלה, יש לפנות לנוהג שהתגבש בין הצדדים בהתקשרויות קודמות. השלב הבא הוא השלמה לפי הנוהג הכללי, ואחריו באות הוראות ההשלמה החקוקות. לפי תיאור זה, כוונת הצדדים היא המקור החשוב ביותר להכרעה לגבי זכויותיהם, ואילו הוראות ההשלמה החקוקות הן מקור שיורי, אליו פונים רק לאחר שנכשלו המאמצים למצוא תשובה לשאלה בחוזה, בנסיבות כריתתו, בחוזים קודמים בין הצדדים, או בנוהג שלאורו נכרתה העסקה...

פירמידת הפירוש וההשלמה מבוססת באופן מובהק על עקרון חופש החוזים, ומבטאת את האידיאולוגיה האינדיבידואליסטית שברקע עיקרון זה. החוזה המפורש מבטא את כוונותיהם ורצונותיהם האמיתיים של הצדדים. החוזה הוא "הדין הפרטי" שהצדדים חוקקו לעצמם. חופש החוזים מעמיד את הרצון הפרטי, ואת ההסכמה הרצונית של שני פרטים, בראש הפירמידה הערכית והמשפטית. רק אם נותר פער כלשהו בהסכמת הצדדים, נזקקים לאמצעי הפירוש וההשלמה, ההולכים ומתרחקים בהדרגה מהרצון האקטואלי של הצדדים.¹⁴⁰

כמובן שגם בתוך המודל הסובייקטיבי ניתן להבחין בגוונים שונים. דוגמה לדבר בפולמוס שהתעורר סביב תורת שני השלבים.¹⁴¹ על פי המודל שהיה מקובל, פניית הפרשן אל נסיבות

¹³⁵ על כך ראו להלן, פרק 3.

¹³⁶ על כך ראו להלן, פרק 5.

¹³⁷ למשל: "...if detailed semantic and syntactical analysis of words in a commercial contract is going to lead to a conclusion that flouts business common sense, it must be made to yield to business common sense" (Antaios Compania Naviera SA v. Salen Rederierna AB (The Antaios) [1985] A.C. 191, 201).

על כך ראו לעיל, הע"ש 124, ולהלן, הע"ש 1435.

¹³⁸ כפוף לדיון המובא להלן, ליד ציון הע"ש 142, לגבי תורת שני השלבים.

¹³⁹ לדעת זמיר, כך אמנם מקובל לראות במשפט הישראלי את כללי פרשנות החוזה, אולם לאמיתו של דבר פני הדברים שונים.

¹⁴⁰ זמיר, **פירוש והשלמה**, 11.

¹⁴¹ לדיון נוסף בנושא זה ראו להלן, ליד ציון הע"ש 205.

הכריתה תיעשה רק כשלב שני, לאחר שימוצה הנסיון לפרש את החוזה על פי לשונו. כנגד זאת נטען, כי יש לפנות אל הנסיבות בכל הנסיבות. רוצה לומר: כבר בשלב הראשון של פירוש לשון החוזה, ניתן לשקלל את נסיבות הכריתה מבחינה פרשנית.¹⁴² ביטול תורת שני השלבים הוא נדבך נוסף בנטייתו של המשפט לעצב את כללי הפרשנות באופן אשר צמוד יותר לחשיפת אומד דעתם האקטואלית של הצדדים, כפי שזו היתה בעת הכריתה.¹⁴³ חשוב לחדד ולהבהיר, כי הן התומכים בתורת שני השלבים הן המתנגדים לה, שותפים לתפיסה כי יש לפרש את החוזה על פי אומד דעתם האקטואלי של הצדדים, אלא שהם נחלקים בטכניקה הראויה לשם כך.¹⁴⁴ אכן, דומני כי בהקשר זה יש מידה רבה של צדק בגישת השופט חשין,¹⁴⁵ אשר טוען כי בשאלת היחס שבין לשון החוזה לבין נסיבות הכריתה אין לקבוע מסמרות: הדבר ראוי להיות תלוי בסוג החוזה,¹⁴⁶ ברמתם המקצועית של מנסחי החוזה ובמידת האנרגיות שהושקעו בהכנתו.¹⁴⁷

2.3. המודל התכליתי

גישה שלישית, שהיא בעיקרה יציר העשורים האחרונים, מבקשת להוסיף למלאכת פירוש החוזה יעד נוסף, ויש שיאמרו אף להמליכו עליה. לדידה, אמנם מעיקר הדין יש לפרש את החוזה על פי אומד דעתם הסובייקטיבית של הצדדים (התכלית הסובייקטיבית של החוזה), אולם בהיכשל

¹⁴² פסק הדין המפורסם בהקשר זה הוא ע"א 4628/93 **מדינת ישראל נ' אפרופים** פ"ד מט(2) 265. ביטול תורת שני השלבים קיבלה אישור מחודש בדנ"א 2045/05 **ארגון מגדלי הירקות נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם). לא ייפלא כי הדבר גם קיבל ביטוי בתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ו – 2006, בה מופיע בסעיף 123 (א): "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין". לדיונים נוספים על משמעויות ביטול תורת שני השלבים בפסק דין אפרופים ראו פרידמן, **פרשנות החוזה**, 245; דניאל פרידמן, 'לפרשנות המונח פרשנות והערות לפסק דין אפרופים', **המשפט ח** (תשס"ג), 483; ברק, **פרשנות החוזה**, 481; מאוטנר, **התערבות שיפוטית**, 50; זמיר, **ברק ודיני החוזים**.

¹⁴³ פסק דין אפרופים, וביטול תורת שני השלבים שבאה עמו, עוררו סערה רבתי בקרב המשפטנים בישראל. עם זאת, יש מי שטוען, כי הייתה זו מהומה רבה על לא מאומה, שכן גם במצב המשפטי שקדם לפסק דין זה תורת שני השלבים לא הופעלה הלכה למעשה, ובתי המשפט ממילא העניקו משקל מוגבר לנסיבות הכריתה במסגרת פרשנות החוזה. הדבר גם תאם את המצב המשפטי המקביל באנגליה ובארה"ב, גם שם לא הופעלה למעשה הדוקטרינה המקבילה לתורת שני השלבים. על כך ראו זמיר, **ברק ודיני החוזים**. ראו גם Law Commission Report No. 154 on *Law of*

Contract: The Parole Evidence Rule (1986); Zamir, *The Inverted Hierarchy*, 1728-1731

¹⁴⁴ ראו להלן, הע"ש 171, דברי השופט חשין בדנ"א 2045/05 **ארגון מגדלי הירקות נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם).

¹⁴⁵ דנ"א 2045/05 **ארגון מגדלי הירקות נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם), פסקאות 18-25.

¹⁴⁶ כך למשל, אינו דומה המשקל שיש לייחס לנסיבות במסגרת חוזה מסחרי לבין המשקל שיש לייחס להן במסגרת הסכם לחלוקת מומון בין בני זוג מסוכסכים.

¹⁴⁷ ככל שהושקעו בניסוח החוזה משאבי זמן וידע גדולים יותר (עורכי דין, החלפת טיוטות רבות, זמן רב בניסוח החוזה וכו') כך יש לייחס משקל רב יותר למשמעות הנובעת מלשון החוזה.

אך זאת יש לזכור, כי המחיר של גישה פרשנית גמישה מעין זו שמציע חשין הוא פגיעה בוודאות ובצפיות המשפטיים.

מאמץ זה יש לפרש את החוזה על פי תכליתו האובייקטיבית, כלומר התכלית שמערכת המשפט, וביתר דיוק הרשות השופטת, מייחסת לו.¹⁴⁸

על פי גישה זו, החוזה ראוי להתפרש על פי תכליתו, אשר משולבת הן מתכלית סובייקטיבית, היא כוונת הצדדים, והן מתכלית אובייקטיבית, היא ערכיה של השיטה המשפטית. השופט יכול, ולעתים אף נדרש, לפרש את החוזה כביכול היו הצדדים לו **צדדים נורמטיביים**,¹⁴⁹ הנהוגים זה עם זה בתום לב, בשוויון, בהגינות, כתקנת הציבור, ועוד. פרשנות תכליתית של החוזה אינה בהכרח חושפת טוב יותר את כוונת הצדדים אלא מעצבת את החוזה באופן ראוי יותר.¹⁵⁰

הגישה התכליתית עשויה לטעון לייחוס התכלית האובייקטיבית לכוונת הצדדים, בחינת "רצון המשוער השערת דין"¹⁵¹ ("כוונה קונסטרוקטיבית"). אולם יהיה זה מדויק יותר לתארה כמי שלעתים פועלת במנותק מכוונת הצדדים, לטוב או למוטב.¹⁵²

יש הטוענים, כי הגישה התכליתית היא הגישה הפרשנית הראויה,¹⁵³ ויש המוסיפים כי מבחינה פרקטית היא מיושמת פעמים רבות אף על ידי אלה שאינם מודים בה במפורש.¹⁵⁴

¹⁴⁸ על הפרשנות התכליתית בדיני חוזים ראו (3rd ed., Oxford, 1998), 400; H Kötz & A. Flessner, *European Contract Law* (trans. by T. Weir, Oxford, 1997), 106; ברק, **פרשנות תכליתית**, 375; ברק, **פרשנות החוזה**, 269; שלו, **דיני חוזים**, 400; זמיר, **ברק ודיני החוזים**. לניתוח עלייתה של הפרשנות התכליתית על רקע מגמות רחבות יותר במשפט הישראלי ראו מאוטנר, **ירידת הפורמליזם**, 48. ראו גם ניר קידר, 'המהפכה הפרשנית: עלייתה של הפרשנות התכליתית בישראל', **עיוני משפט כו** (תשס"ג), 737.

¹⁴⁹ למשל, "תכלית אובייקטיבית זו עניינה התכלית הטיפוסית המתחשבת באינטרסים המקובלים על צדדים הוגנים ליחס החוזי" (ע"א 779/89 **שלו נ' סלע**, פ"ד מח(1), 221, 228), או למשל, "השאלה אינה מה הייתה כוונתם של הצדדים לחוזה הספציפי; השאלה הינה מהי 'כוונתם' של צדדים סבירים" (ע"א 4869/96 **מלילין נ' The Harper Group**, פ"ד נב(1), 845, 856).

¹⁵⁰ ברק, **פרשנות החוזה**, 297.

¹⁵¹ כלשונו של טדסקי, **המנהג**, 21.

¹⁵² ראו דברי הביקורת של גבריאלה שלו: "בספרו 'פרשנות החוזה' מעתיק ברק את מרכז הכובד מן התכלית הסובייקטיבית של החוזה, המתרכזת בכוונתם של הצדדים, אל התכלית האובייקטיבית, המשקפת עקרונות של סבירות והיגיון וכן את ערכי היסוד של השיטה. הפעלת יתר זו של התכלית האובייקטיבית פוגעת, לדעתי, בחופש החוזים ובאוטונומיית הרצון של הפרט. מתן משקל עודף לתכלית האובייקטיבית של החוזה מרחיק אותנו מכוונתם האמיתית של הצדדים, אותה כוונה שדיני החוזים מיועדים להגשים" (גבריאלה שלו, 'שחיקתו ההולכת ונמשכת של עקרון חופש החוזים', **קרית המשפט ה** (תשס"ד-תשס"ה) 335, 344-343).

¹⁵³ ברק, **פרשנות החוזה**, 158, 611.

¹⁵⁴ טיעון מעין זה מעלה אייל זמיר בספרו **פירוש והשלמה של חוזים**, בו הוא טוען לפער בין הרטוריקה השלטת בבתי המשפט, אשר מחויבת לעקרונות חופש החוזים והאוטונומייה של הפרט, לבין הפרקטיקה, אשר משקפת מעורבות רבה של בתי המשפט בפירוש החוזה ובעיצובו על פי תפיסותיהם הערכיות את החוזה הראוי. וראו הערתו של עטיה: "Even the merest tyro will soon learn, for instance, that it is not much use arguing against a particular construction of a written contract on the ground that it would produce unjust or inconvenient results for his client; but he will equally soon learn that it is perfectly permissible to present the same argument in

לעתים מתגלעת סתירה בין פירוש החוזה על פי התכלית הסובייקטיבית לבין פירושו על פי התכלית האובייקטיבית, כלומר, פרשנות החוזה הראויה לדעת בית המשפט אינה עולה עם אומד דעת הצדדים. על פי המודל התכליתי, במקרים אלה אמורה התכלית הסובייקטיבית לגבור. החוזה נתון בידיהם של הצדדים כדי לעצבו, וממילא גם כדי לפרשו. התכלית האובייקטיבית אינה אלא ברירת מחדל לאחר כשלון במלאכת ההתחקות אחר אומד דעת הצדדים.¹⁵⁵ ברם, כנגד הצגה זו של הדברים נטען, כי מעת שנשללה הדרך לפרשנות החוזה על פי תכליתו האובייקטיבית והפכה לאפשרות זמינה, נוטים שופטים באופן מהיר מדי לזנוח את מלאכת ההתחקות אחר אומד דעתם הסובייקטיבית של הצדדים, ולפרש את החוזה על פי השקפת עולמם שלהם אודות החוזה הצודק והראוי בנסיבות אלה.¹⁵⁶

מודל זה, ובעיקר מייצגו המובהק הנשיא ברק, ספגו כמה וכמה סוגי ביקורות:

א. מבחינה **מושגית** נטען, כי הגישה התכליתית אמנם נחזית כגישה פרשנית, אולם פירוש החוזה באופן "נכון" יותר ו"צודק" יותר (על פי ראייתה של מערכת המשפט) אינו מעשה

the form that 'the parties could not have intended' the contract to bear the meaning argued against .because of the results which would follow" (Atiyah, *Essays*, 246)

¹⁵⁵ ראו למשל, רע"א 3128/94 **אגודה שיתופית בית הכנסת רמת חן נ' סהר חברה לביטוח**, פ"ד (3) 281, 296; ע"א 4869/96 **מלילין נ' The Harper Group**, פ"ד (ב) 845, 856.

¹⁵⁶ כך לדוגמה כתב השופט חשין: "ביודענו כי התכלית האובייקטיבית ממתינה לנו מעבר לדלת ומזמינה אותנו בקריצה כי נשלב זרוענו בזרועה, וביודענו כי התכלית האובייקטיבית יפה ונקיה היא במראָה להפליא, רב הוא הפיתוי שלא להעמיק חקר בתכלית הסובייקטיבית וליפול ברישתה של התכלית האובייקטיבית. זו היא רוח אפרופים שאני כה חושש מפניה, ואותה ביקשתי לעצור בדרכה" (דני"א 2045/05 **ארגון מגדלי הירקות נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם), פסקה 31). לאמיתו של דבר, גם הנשיא ברק, נושא זגלה של הפרשנות התכליתית, הודה כי: "מן הבחינה התיאורטית ידה של התכלית הסובייקטיבית על העליונה... אך מן הבחינה המעשית, ידה של התכלית האובייקטיבית על העליונה. הטעם לכך הוא פרגמטי: בדרך כלל יקשה על בית המשפט למצוא כוונה שהיא משותפת לשני הצדדים" (ע"א 2553/01 **ארגון מגדלי ירקות נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(5) 481, 535). על כך יש מי שהעיר, כי "קריאה בוחנת ומעמיקה של ספרו מעלה פער בין הצהרותיו של ברק בדבר עליונותה של כוונת הצדדים ועדיפותה של הפרשנות הסובייקטיבית ובין המשקל הרב והנכבד שהוא נותן במסגרת הפרשנות התכליתית לשיקולי מדיניות, לערכים חוקתיים ולאינטרסים ציבוריים" (שלו, **דיני חוזים**, 408). כמו כן, יש מי שטען, כי פרגמטיזם זה הוא פרגמטיזם מדומה, המכסה על בחירה ערכית עקרונית: "אילו באמת התמצתה הסטייה של ברק מתורת השלבים המסורתית בנקודה הטכנית של ביטול האיסור להתחשב במידע ממקורות ומסוגים שונים, כי אז עדיין קשה היה להבין את הסערה שעורר פסק-הדין. להערכתו, הסערה שעורר פסק-דין אפרופים לא נבעה מנקודה טכנית זו, אלא מההכרה של ציבור עורכי-הדין והמשפטיים כי מאחורי ההנמקה ה"פרגמטית", מסתתרת תפיסה מהותית שכמו בהקשרים אחרים, גם בסוגיה של פירוש והשלמה מצביעה על שינוי בחלוקת הכוח בין הצדדים לבין המשפט ובית-המשפט. התכלית האובייקטיבית גוברת על התכלית הסובייקטיבית לא רק – ואפילו לא בעיקר – בשל הקושי המעשי לחשוף את הרצון הסובייקטיבי של הצדדים. התכלית האובייקטיבית כה חשובה משום שתפקידו של בית-המשפט לקדם ערכים של הוגנות, סבירות, צדק והתחשבות הדדית (הגלומים כולם בתכלית האובייקטיבית של החוזה), בעוד שהגשמת הרצון של הצדדים – ככל שהוא ניתן לקביעה – פחות חשובה" (אייל זמיר, **ברק ודיני החוזים**).

פרשני אלא שכתוב מחודש של החוזה.¹⁵⁷ לאמיתו של דבר, נראה שהדבר תלוי בהגדרת מעשה הפרשנות.¹⁵⁸

ב. בדומה לכך נטען, כי מבחינה **ערכית** הפירוש התכליתי של החוזה אינו מתיישב עם עקרונות היסוד של דיני החוזים: 'חופש החוזים' ו'האוטונומיה של הפרט'.¹⁵⁹

ג. טענה נוספת עמדה על כך, כי מבחינת **שיקולי מדיניות משפטית**, הפרשנות התכליתית, תגרום לערעור הוודאות והיציבות המשפטיים, שהם רכיבים חיוניים של דיני החוזים.¹⁶⁰

ד. ולבסוף, נטען כי מבחינה **פילוסופית**, המודל התכליתי משקף תפיסה המפקפקת בכשירות הלשון לשמש כלי יעיל לקומוניקציה בין בני אדם. כדי להצדיק את הפרשנות התכליתית פעמים רבות פועל בית המשפט כדי להרחיב את קשת המשמעויות הניתנות להימצא בטקסט החוזי, באופן המכשיל מראש את מלאכת ההתחקות אחר אומד דעת הצדדים ומצדיק את הפניה לתכלית האובייקטיבית. אמנם גם הדוגלים במודל התכליתי מודים כי השופט הפרשן אינו רשאי לסטות מן המתחם שקובעת לשון החוזה,¹⁶¹ אלא שלא אחת נראה כי לשון החוזה מורחבת או מצומצמת לפי צרכיה של הפרשנות התכליתית, עד שאין היא אלא קולב עליו תולה השופט את פרשנותו.¹⁶² ובאו הדברים עד כדי הטענה

¹⁵⁷ וכך טען חשין (דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי הירקות נ' מדינת ישראל, טרם פורסם, פסקה 2): "דומה עלינו כי בניסוחם של כללי הפרשנות שנוצקו בפרשת אפרופים רחק בית-המשפט מתפקידו המסורתי כפרשן במובנו המסורתי של מושג הפרשנות, והחל משים עצמו צד לחוזה ממש".

¹⁵⁸ מחד גיסא, ניתן להגדיר את הפרשנות המשפטית באופן נרחב למדי, כגון: "פרשנות היא מתן מובן או משמעות לאירוע. בחוזים, האירוע נושא הפרשנות הוא ה'טקסט' המעגן בחובו את החוזה... מתוך מגוון המשמעויות הלשוניות של הטקסט החוזי שולף הפרשן את משמעותו המשפטית. פרשנותו של חוזה היא אפוא שלפית משמעות משפטית מתוך מגוון המשמעויות הלשוניות של הטקסט החוזי" (ברק, **פרשנות החוזה**, 41-42). לאור הגדרה נרחבת מעין זו של הפרשנות לא ייפלא כי גם שימוש בתכלית האובייקטיבית ייקרא פרשנות. מאידך גיסא, ניתן גם להגדיר את הפרשנות בדרך מצמצמת יותר, כגון "פענוח טקסט לא ברור על ידי בחירה בין מספר אפשרויות העשויות להתיישב עמו" (פרידמן, **פרשנות החוזה**, 232). לפי זה, ספק האם שימוש בתכלית האובייקטיבית יוכל להיחשב מעשה פרשנות, ובאיזה היקף.

¹⁵⁹ שלו, **דיני חוזים**, 405.

¹⁶⁰ וכך העיד חשין על הלכי הרוח בקרב משפטנים בעקבות פסק דין אפרופים: "לא בכדי שוררת בקרב רבים מן העוסקים במשפט - שופטים, עורכי-דין וחכמי משפט - תחושה של חוסר ודאות מלונה בחשש כי חוזה כתוב וחתום - ככתבו וכלשונו - אינו עוד יכול להבטיח את זכויות הצדדים לו, שכן כיום עשוי בית-משפט לפרשו כדרכו וכי כל תוצאה (כביכול) ניתנת להשגה באמצעות פרשנות" (דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי הירקות נ' מדינת ישראל, טרם פורסם, פסקה 6).

¹⁶¹ ראו ברק ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים פ"ד מט (2) 265, 313-314; ברק, **פרשנות תכליתית**, 387.

¹⁶² ראו דברי ברק שטאמרו לגבי פרשנות החוק: "מלאכת הפירוש אינה מוגבלת אך למילים, אך המילים מגבילות את הפירוש... יתכן שינתן ללשון החוק פירוש מרחיב או פירוש מצמצם, פירוש רגיל או פירוש חריג. אך בדרך כלל יש למצוא נקודת אחיזה ארכימדית למילה בלשון החוק" (ד"ר 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701, 715, ההדגשה שלי). דברים אלו הוחלו גם על פרשנות צוואה (למשל, ע"א 1900/96 טלמצי נ' האפוטרופוס הכללי פ"ד נג(2) 817, 827) וכן על פרשנות חוזים (למשל, ע"א 2553/01 ארגון מגדלי ירקות נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 481, 531). השוו Equitable Life Assurance Society v. Hyman [2000] 3 All E.R. 961, 969: "The purpose of interpretation is to assign to the language of the text the most appropriate meaning which the words can legitimately bear"

הקטגורית, כי אין טקסט חוזי ברור, וכי כל לשון של חוזה טעונה פרשנות.¹⁶³ אלו הם הדים למהלכים בקרב כמה זרמים בפילוסופיה הפוסט-מודרנית המבקשים להצביע על חוסר הצלחתה של הלשון לעמוד במשימתה הקומוניקטיבית.¹⁶⁴ וכנגדם נטען, כי באופן יחסי, לכל הפחות מן הבחינה המשפטית, הלשון כשירה להעברת מסרים, ו"יש בעולמנו טקסטים (בכתב ובעל פה) ברורים"¹⁶⁵; אין לנסות באמצעים מלאכותיים לקעקע את הלשון מיסודה על מנת להופכה לרב משמעית.¹⁶⁶

דיון נוסף ומפורט יותר בפרשנות התכליתית אקיים בהמשך המחקר.¹⁶⁷

2.4. במקום סיכום: מעמדה של הלשון בפרשנות החוזה על פי שלוש המודלים

אני מקווה כי פרישת שלושה מודלים אלה מסייעת להבהיר את מפת הדרכים המרכזיות והעקרונות שאנו מכירים כיום להנהרת כללי פרשנות החוזה, כמו גם לחידוד חשיבותה של ההכרעה בצומת ממנה יוצאים דרכים אלה. לאורה של מפת דרכים זו יובהר בפרקים הבאים

כדוגמה יישומית לכך ראו את ניתוחו הפרשני של השופט רבלין, ע"א 2553/01 ארגון מגדלי ירקות נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 481, 492: "קריאה-תמה של החוזה מושכת במידת-מה לכיוון פרשנותם של המערערים. אולם במקרה זה, כמו במקרים אחרים, לשון הטקסט היא נקודת המוצא של הפרשנות, והיא התוחמת את גבולות הפירוש, אך אין היא יכולה להיות נקודת סיום".

¹⁶³ ברק, **פרשנות החוזה**, 57. למקורות נוספים ראו לעיל, הע"ש 20.

¹⁶⁴ כוונתי בעיקר לפוסט-סטרוקטורליזם ולדקונסטרוקציה. על הפוסט-סטרוקטורליזם ראו R. Selden (ed.), *The Cambridge History of Literary Criticism*, vol. 8: *From Formalism to Poststructuralism*, (Cambridge, 1995); P. Harrison, 'Post-structuralist Theories', S. Aitken & G. Valentine (eds), *Approaches to Human Geography* (London, 2006), 122; J. A. Berlin, 'Poststructuralism, Cultural Studies and the Composition Classroom: Postmodern Theory in Practice' *11 Rhetoric Review* 16 (1992); H. Bloom, et al., *Deconstruction and Criticism* (New York, 1979); J. Culler, *On Deconstruction: Theory and Criticism after Structuralism* (London, 1983); V. Leitch, *Deconstructive Criticism, An Advanced Introduction* (New York, 1983); J. Arac, W. Godzich & W. Martin (eds.), *The Yale Critics: Deconstruction in America* (Minneapolis, 1987); C. Norris, *Deconstruction : Theory and Practice* (3rd ed., London, 2002, תורגם לעברית על ידי צבי מרמלשטיין, תל אביב, 1988).

¹⁶⁵ פרידמן, **פרשנות החוזה**, 233.

¹⁶⁶ ובדומה טען חשין: "דרך כלל מבינים אנו את דברו של זולתנו אף ללא תהליך מורכב של פרשנות ובלא שנידרש לנסיבות ולעקרונות-על שינחנו. ומתוך שיודעים אנו כי חוזה נכתבים אף הם בידי בני אדם כמותנו – לא עוד, [אלא] שלעיתים קרובות נכתבים הם בידיהם של אנשי-משפט שלשונם היא לשונו וניסיון וכלי-משפט שבידיהם דומים הם לכלי-משפט שבידינו – אך טבעי הוא כי ברוב המקרים, ועל יסוד הנחת מוצא כי הצדדים נתכוונו למילים, לביטויי לשון ולמשפטים כפשוטם, נוכל לפרש חוזה פלוני אף ללא תהליך פרשני מורכב" (דני"א 2045/05 ארגון מגדלי הירקות נ' מדינת ישראל, טרם פורסם, פסקה 19).

¹⁶⁷ להלן, פרק 8.

מדוע, לעניות דעתי, הגישה התלמודית (לכל הפחות גישה הרוב שבה) אינה מתבארת היטב לאור מודלים אלה, ומדוע הכרח יש בבניית מודל ייחודי מתאים.¹⁶⁸

עם סיומו של פרק זה אבקש להוסיף שתי הערות קצרות לגבי מעמדה של הלשון בפירושו של החוזה, לאור המודלים השונים שסקרנו.

א. אם נבקש לדרג את המודלים השונים על פי מידת יחסם האינסטרומנטלי ללשון, נמצא כי המודל התכליתי הוא בעל היחס האינסטרומנטלי ביותר, שלא לומר ציני, כלפי הלשון בכלל ולשון החוזה בפרט. לדידו, הלשון אינה אלא מעין תחנה שעל השופט לעבור במהירות בדרך פרשנותו התכליתית.¹⁶⁹ אחריו עומד המודל הסובייקטיבי, אשר נעזר בלשון החוזה, אך לא רק בה, כדי לחשוף את אומד דעתם של הצדדים. ובראש ניצב המודל האובייקטיבי, אשר במרכז עשייתו הפרשנית מעמיד את הגדרת המשמעות הלשונית של החוזה.

אולם חשוב ליתן את הדעת, כי בסופו של יום, גם המודל האובייקטיבי רואה בניתוח הלשוני של החוזה אמצעי בלבד ולא תכלית בפני עצמה.¹⁷⁰ לדידו, הלשון היא העוגן האובייקטיבי החזק

¹⁶⁸ לפיכך אני מסתייג מקביעתו של שילם ורהפטיג (דיני חוזים במשפט העברי, 262), אשר טען לזיהוי של כללי פרשנות החוזה שבמשפט העברי עם המודל הסובייקטיבי: "כלל גדול בתורת הפרשנות של המשפט העברי הוא שכוונת הצדדים בשעת עשיית ההסכם עדיפה על לשונו של ההסכם, הפתגם 'אין להסתכל בקנקן אלא במה שיש בו' משקף את הכלל הזה... כדי להתחקות אחר כוונת הצדדים בהסכם שביניהם, נוקט המשפט העברי בעיקר בשלוש שיטות פרשניות אלה: לשון בני אדם, מנהג המקום, ואומדנא דמוכח". דבריו היו הבסיס לקביעתו של ברק, **פרשנות החוזה**, 276: "המשפט העברי, חרף מקורותיו העתיקים, נוקט גישה מודרנית בפרשנות החוזה. על פי גישה זו, כוונת הצדדים היא הכלל המרכזי בפרשנות החוזה".

ורהפטיג הסתמך בעיקר על דברי רבינו ירוחם (מישרים, נתיב כג, חלק י): "כלל גדול בידינו בכל תנאי שאדם מתנה עם חבירו שאין להלך אחר לשון הכתוב אלא אחר הכוונה לבד" (הובא גם בבית יוסף, חושן משפט, סימן סא). על כך ראו להלן, הע"ש 381.

לגבי דברי ורהפטיג יש להעיר, כי לשון בני אדם ומנהג המקום אינם כלי אולטימטיבי להתחקות אחר כוונת הצדדים. ישנם כלים מהימנים יותר לכך, כגון בדיקת הנסיבות שבהן היו הצדדים נתונים, שהתלמוד אינו מורה להפעילם (לדיון בגישת ר' יהודה ראו להלן, ליד ציון הע"ש 218 ואילך, ולדיון בסוגיית 'שור ונמצא נחן' ראו להלן, ליד ציון הע"ש 259, 801, 862, 1182). אשר לאומדנא דמוכח, נראה שהוא מלמד על דעתו של האדם הסביר, האובייקטיבי, לאו דווקא על דעתם הסובייקטיבית של הצדדים המסוימים שלפנינו (על כך ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1170). יתירה מזו, כפי שניווכח להלן, השימוש באומדנא דמוכח כלל לא נעשה כדי **לפרש** את לשון החוזה אלא כדי להעניק משקל יתר לכוונת אחד הצדדים, באופן **הגובר** על המשמעות השונה שיש ללשון החוזה.

הסתייגות דומה יש להביע משתי קביעותיו הבאות של השופט רובינשטיין (ע"א 898/03 **בנק לאומי לישראל נ' חזן פ"ד נט(3)**, 266, 279). הראשונה, כי המשפט העברי תומך בפירוש החוזה על פי תכליתו, ולעתים גם על פי תכליתו האובייקטיבית. השנייה, כי "פירוש החוזה במשפט העברי, ואפילו קריאת תניות לתוכו, מתבססים בדרך-כלל על בירורו של אומד-דעת הצדדים כפי שזה משתמע מן הנסיבות (הכוונה הסובייקטיבית)". על פניו נראה, כי הסוגיות שמביא רובינשטיין כתמיכה לדבריו אינן עוסקות בפרשנות כלל ועיקר, אלא בדין 'דברים שבלב' המטפל בבעיה שונה (ראו גם להלן, הע"ש 1162). גם דין 'כופין אותו עד שיאמר רוצה אני' שרובינשטיין הביאו אינו נראה קשור בשאלות פרשניות.

¹⁶⁹ ראו גם מאוטר, **ירידת הפורמליזם**, 48.

¹⁷⁰ בהקשר זה ראו Slim v. Daily Telegraph Ltd [1968] 2 Q.B. 157, CA: "Everyone outside a court of law recognizes that words are imprecise instruments for communicating the thoughts of one man to another... Words are the tools of his trade. He uses them to define legal rights and duties"

ביותר, ועל כן בה יש להשקיע את מרבית המאמץ כדי להבנות את אומד דעתם האובייקטיבית של הצדדים.

מבחינה זו, דומני כי כל שלושת המודלים יסכימו במידה זו או אחרת עם דברי השופט מישאל חשין, ולכל הפחות עם הרישא של דבריו:

בפירושו של חוזה אין אנו מעסיקים עצמנו במחקר לשוני גרידא, וידענו כי הפירוש מכוון עצמו לאומד דעתם של הצדדים.¹⁷¹

הערה זו חשובה עד למאד לטיעון שאפרוש בהמשך המחקר, כי חז"ל, וביתר דיוק: גישות הרוב במשנה ובתלמוד, ראו בפירוש לשון החוזה משימה לשונית, אשר עומדת בזכות עצמה ולא כאמצעי להשגת תכלית אחרת.

ב. התפתחות מעניינת בדיני החוזים שניתן להבחין בה בשנים האחרונות,¹⁷² היא עליה מחודשת של גישה בעלת מאפיינים פורמליסטיים, אשר מכנים אותה 'הפורמליזם המוגבל', 'הפורמליזם החדש' או 'אנטי-אנטי-פורמליזם'. השפעתה ניכרת גם על כללי פרשנות החוזה, ועיקרה בשיבה מחודשת אל הפרשנות המילולית של החוזה. בהקשר זה היא אף נקראת 'הטקסטואליזם החדש'.¹⁷³

¹⁷¹ ע"א 5795/90 סקלי נ' דורען, פ"ד מו(5) 811, 818. ראו גם דבריו בדנ"א 2045/05 ארגון מגדלי הירקות נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), פסקה 10: "הכול מסכימים כי עיקר בפירושו של חוזה הוא גילוי כוונתם המשותפת של הצדדים - קרא: גילוי אומד דעתם של הצדדים - וכי משימתו של הפרשן היא לחשוף ולגלות אותה כוונה משותפת. אך בעוד אשר תכלית הפרשנות ידועה ומוסכמת על הכול, חלוקות הדעות בשאלה כיצד יעשה הפרשן את דרכו לעת פעילותו לחשיפתה של כוונת הצדדים ומה תהא הטכניקה שיחזיק בה במעשה הפרשנות".

¹⁷² לעת עתה, בעיקר בכתיבה האמריקאית.

¹⁷³ O. Ben Shahr, 'The Tentative Case Against Flexibility in Commercial Law', 66 *U. Chi. L. Rev.* 781 (1999); R. E. Scott, 'The Case for Formalism in Relational Contract', 94 *Nw. U. L. Rev.* 847 (2000); A. Schwartz, 'The default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law', 3 *S. Cal. Interdisc. L. J.* 389 (1993-1994); E. A. Posner, 'A Theory of Contract Law Under Conditions of Radical Judicial Error', 94 *Nw. U. L. Rev.* 749 (2000); A Schwartz & R.E. Scott, 'Contract Theory and the Limits of Contract Law', 113 *Yale L. J.* 541 (2003); A. W. Katz, 'The Economics of Form and Substance in Contract Interpretation', 104 *Colum. L. Rev.* 496 (2004); מאוטנר, 'התערבות שיפוטית', 68-69.

L. Bernstein, 'Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms', 144 *U. Pa. L. Rev.* 1765 (1996); R. E. Scott, 'The Uniformity Norm in Commercial Law', *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law* (J. S. Kraus & S. D. Walts eds., Cambridge, 2000), 149

M. Van למותר לציין כי השפעותיה של גישה זו אינן תחומות לדיני החוזים. לדיון בפרשנות מילולית של החוק ראו M. Van Alestine, 'Dynamic Treaty Interpretation', 146 *U. Pa. L. Rev.* 687 (1998). מאמר זה נכתב בעקבות גישתו השיפוטית-פרשנית של השופט סקאליה.

נטען, כי ככל שמדובר בחוזים עסקיים מורכבים ומקצועיים, לא תמיד כשיר השופט להבין נאמנה את מכלול המעטפת העסקית הסבוכה של החוזה.¹⁷⁴ ניסיון להגדיר את נסיבות הכריתה, או את תכליתו העסקית של החוזה, עלולים שלא לעלות יפה בידי מי שהכשרתו משפטית ולא עסקית.¹⁷⁵ לפיכך, פרשנות מילולית של החוזה עשויה להלום טוב יותר את כישוריו של השופט.

לפרשנות המילולית של החוזה יוחסו כמה ייתרונות תוצאתיים. מדיניות זו תדרבן את הצדדים לנסח טוב יותר את החוזים שהם כורתים, כשההנחה היא שהם מצוידים בכישורים המתאימים לניסוח מדויק יותר של החוזה. הפרשנות המילולית גם תתרום להגברת הוודאות והצפיות המשפטיים לגבי עתידו של החוזה. גם מבחינה כלכלית, פירוש מילולי של החוזה יתרום לחסכון בעלויות העיסקה, שכן הדבר יקל על היערכות הצדדים לקראת כריתת החוזה ובעיקר לקראת הפרשנות שבית המשפט צפוי יהיה להעניק לו.

¹⁷⁴ ראו גם J. E. Murray, 'The Realism of Behaviorism under the Uniform Commercial Codes', *51 Or. L. Rev.* 269, 290 (1972); G. Miller, *Bargaining on the Red-eye: New Light on Contract Theory* (New York University Center for Law and Economics, working paper no. 08-21).

¹⁷⁵ ואף בעולם המשפט, התמחותו העיקרית אינה דווקא בדיני החוזים.

3. נסיבות הכריתה כאמצעי לפירוש החוזה

במשפט התלמודי

3.1. הקדמה

עיקר פועלם של התנאים במסכת בבא בתרא בתחום פרשנות החוזה הוא ביצירת לקסיקון מונחים עשיר במיוחד, רחב בהיקפו, אשר נועד להוות תשתית לפירוש מילולי של החוזה. עיקרה של יצירתם בתחום זה הוא במתן הגדרות רבות ככל האפשר למלים ולמונחים בתחום החוזים, אשר יהוו תשתית לפירוש החוזה על דרך הלשון. ברם, מטעמים שאפרט להלן, אני בוחר לפתוח את דיוננו דווקא באמצעי פרשני אחר.

אחד האמצעים החשובים העומד לימינו של השופט מפרש החוזה הוא בחינת נסיבות הכריתה. הנסיבות הן העובדות המלוות את כריתת החוזה, אשר מהן ניתן ללמוד רבות על כוונת הצדדים כפי שהיו במועד זה. בספרות צוינו הנסיבות בשלל תיאורים, מהם מטפוריים,¹⁷⁶ אשר דומני כי מדגישים את הפוטנציאל הפרשני הרב שיש בנסיבות, כמו גם את עושרם ואת רב-גוניותם.¹⁷⁷ פרק זה יוקדש לבחינת מעמדן הפרשני של נסיבות הכריתה בספרות המשנה והתלמוד.

בחירתי לפתוח את עיוננו דווקא במעמדן הפרשני של הנסיבות נובעת מטעם כפול. ראשית, הנסיבות הן האמצעי הפרשני הבולט ביותר הניצב לעומת לשון החוזה. המתח שבין פירוש החוזה על פי לשונו לבין פירוש החוזה על פי נסיבות הכריתה הוא מן המרכזיים שבין המתחים המעסיקים את הספרות המשפטית בתחום זה. בחינת מעמדה הפרשני של לשון החוזה חייבת לעבור אפוא דרך בחינת מעמדן הפרשני של הנסיבות. שנית, סבורני כי ספרות התנאים מכילה מחלוקת שיטתית לגבי מעמדן הפרשני של הנסיבות, שהיא אולי המחלוקת העקרונית ביותר המפורשת בדברי חכמי המשנה בעניין פרשנות החוזה. יש בה במחלוקת זו כדי למקם היטב את ראשית מגמות היסוד בקרב חז"ל בשאלת הפרשנות.

בפרק זה אבקש לטעון, כי על פי מקורות המשנה והתלמוד, חכמים פועלים כדי למעט את השימוש הפרשני בנסיבות הכריתה, שלא לומר לבטלו כמעט לחלוטין. הדבר אומר דורשני, שהרי השימוש

¹⁷⁶ כך, למשל, מתוארות הנסיבות בכמה פסקי דין: "The matrix of facts" (Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Society [1998] 1 W.L.R. 896, 912); "נתונים לבר-ניסוחיים" (ע"א 702/84 יובל גד נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד (4) 802, 807); "מעגלים מעגלים של מציאות" (ע"א 554/83 אתא נ' זולוטוב, פ"ד מא(1) 282, 306); "המסגרת העובדתית" (שם, 304). בהקשר זה מן הראוי להזכיר גם את תיאורו הצירי של סגן הנשיא מישאל חשין: "הנסיבות והחוזה היו ככלב וכזאב או כתכלת וככרתי לפני עלות השחר... כל חוזה, קרום עוטף אותו – קרום דק או קרום עבה" (דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי הירקות נ' מדינת ישראל, טרם פורסם, פסקה 16).

¹⁷⁷ על הגדרת היקף הנסיבות הרלוונטיות ראו להלן, ליד ציון הע"ש 188.

בנסיבות לשם פירוש החוזה נראה באופן אינטואיטיבי¹⁷⁸ כדרך פעולה לגיטימית וראויה. במיוחד אמורים הדברים, לאור העובדה (שאותה אוכיח בהמשך המחקר), כי דחייתן של הנסיבות ממסגרת פרשנות החוזה לא נובעת מכך שהדבר מצוי מחוץ לאופקי החשיבה של חז"ל. בתחומי משפט אחרים, שאינם פרשנות לשון החוזה, חז"ל בהחלט משתמשים בנסיבות המעשה כדי לאמוד את דעתו של האדם. חרף זאת הם בחרו שלא לעשות כן במסגרת פרשנות לשון החוזה.

בחירה זו של חז"ל תודגש ותועצם לאור עובדה נוספת, שדעות מיעוט במשנה (ר' יהודה ועוד) אכן ביקשו לשלב בפרשנות החוזה את בחינת נסיבות הכריתה, אולם דעותיהם נדחו על ידי דעות הרוב ולא נפסקו להלכה.

תרומתו של פרק זה למהלך המחקר היא אפוא על דרך השלילה, כלומר בדחיית נסיבות הכריתה ממסגרת פרשנות החוזה. בהמשך אבקש לטעון, כי הדבר משתלב היטב עם הדגש המוגבר שנותנים חז"ל לפירוש החוזה על פי בחינת לשונו, אף אם הדבר אינו תואם בהכרח את אומד דעתם האקטואלי של הצדדים. הכרת הנסיבות תורמת בעיקר לאומד דעתם של הצדדים, ולא דווקא להגדרת משמעותו הלשונית של החוזה, ולפיכך דחו אותם חז"ל מן המסגרת הפרשנית.

בהמשך הפרק, לאחר העיון בשיטותיהם של התנאים ר' יהודה וחכמים, נפנה לעיון במקורות תלמודיים אחרים. שם ניווכח, כי האמוראים העניקו מידה מוגבלת לשימוש פרשני בנסיבות. יכול אדם לראות בכך שינוי ביחס לעמדתם של התנאים. ברם, לטעמי האמוראים משקללים את הנסיבות אך ורק בשולי פרשנות החוזה, במקרים חריגים בלבד, שאותם אגדיר ואמפה בהמשך. דומני, כי אין צורך לראות בכך תמורה של ממש לגבי תלמודם של התנאים, אלא בבחינת היבטים משלימים.

קודם שנפנה למקורות המשפט העברי, נעייין קמעא בכמה מאפיינים תיאורטיים רלוונטיים של המעמד הפרשני של נסיבות הכריתה, וכן במעמדן של אלה במשפט בן-זמננו.

3.2. נסיבות הכריתה – מאפיינים תיאורטיים

א. עם פתיחת דיוננו אודות מעמדן הפרשני של נסיבות הכריתה חשוב שנבחין בין שני מישורים של השפעת הנסיבות על הבנת מילה או ביטוי המצויים בחוזה.¹⁷⁹

במישור הראשון אנו עשויים למצוא בחוזה ביטויים לשוניים אשר יקבלו את משמעותם הלשונית הבסיסית מן ההקשר הנסיבתי שבו הם נאמרו.¹⁸⁰ כך למשל, ציון מספר מסוים הנו חסר משמעות

¹⁷⁸ ראו להלן, ליד ציון הע"ש 203.

¹⁷⁹ על כך ראו גם Lewison, *Interpretation*, 219.

¹⁸⁰ ראו למשל, דברי השופט Buckley שנאמרו בתחילת המאה העשרים: "There are few words, if there be any, which bear a meaning so exact as that the reader can disregard the surrounding circumstances and the Phillips and context in which the word is employed" (Cave v. Horsell [1912] 3 K.B. 533 CA) Stratton v. Dorintal Insurance Ltd [1987] 1 Lloyd's Rep. 482; Manufactures Mutual Insurance Ltd v. Withers (1988) 5 A.N.Z. Ins. Cas. 853, 860.

אם אין יודעים באיזה הקשר הוא נאמר: מידה, גיל, משקל, ציון וכדומה.¹⁸¹ דוגמה נוספת היא המילה הארמית 'חמרא', אשר בלא הבנת ההקשר שבו היא נאמרה אין לדעת אם היא מציינת חמור או יין.¹⁸² במישור בסיסי זה אין ספק שפעולת הפרשן חייבת לכלול פנייה מיידית להקשר ולנסיבות שבהן נכרת החוזה כדי להבין נאמנה את משמעותם הלשונית הפשוטה של המילה או הביטוי.¹⁸³ קשה לשער קיומה של שיטת משפט סבירה, אשר לא תורה לשופט המפרש חוזה למכירת "כדור" לשקלל את ההקשר הנסיבתי שבו נכרת החוזה, כדי להכריע אם מדובר בכדור שהוא גלולה (בבית מרקחת), בכדור משחק (בחנות ספורט) או בכדור אקדח (בחנות לכלי נשק). המילה "כדור" מציינת בו זמנית כמה עצמים שונים, ואין לדעת את מובנה המילולי בלא ידיעת ההקשר שבו נאמרה.¹⁸⁴ כאן ההקשר קריטי להבנת המשמעות המילולית של המילה הנאמרת.¹⁸⁵

במישור השני, הסבוך יותר, יש למילה הנאמרת משמעות לשונית ברורה, אלא שהיקף משמעותה אינו מוחלט באופן חד-משמעי. כאן עשוי ההקשר לתרום להבהרת **כוונת הדובר**. דרך משל, אדם מתחייב למכור לחברו את "מכוניתו". משמעותה של המילה ברורה באופן יחסי,¹⁸⁶ ובכל זאת עשויות להתעורר שאלות שונות, כגון האם המכירה כוללת את העגלה הקשורה לוו הגרירה של המכונית? האם המכירה כוללת את האמצעים לתיקון תקרים המצויים בתא המטען של המכונית? ועוד. כאן עשוי השופט לפנות אל נסיבות הכריתה, הפעם כדי לנסות ולאמוד את דעתם של הצדדים, גם אם הדבר אינו מקדם את הבהרת המשמעות המילולית של המילה 'מכונית'.

¹⁸¹ ראו תיאורו של זוסמן, לעיל, הע"ש 133.

¹⁸² ראו M. Jastrow, *A Dictionary of the Trgumim, the Talmud Babli and Yerushalmi, and the Midrashic Literature*, Vol. 1 (London and New York, 1903), 480; M. Sokoloff, *A Dictionary of Jewish Palestinian Aramaic* (Ramat-Gan, 1990), 207. וראו להלן, ליד ציון הע"ש 358, דיון בדוגמה תלמודית נוספת. ראו גם להלן, הע"ש 185.

¹⁸³ לעתים, עד כדי העדפת המשמעות הקונטקסטואלית על פני המשמעות המילולית הפשוטה והרגילה. ראו למשל, *McCowan v. Baine and Johnston The Niobe* [1891] A.C. 401, 408.

¹⁸⁴ ואכן, שפות אחרות מייחדות מילים נפרדות לציון סוגים שונים של כדורים, כגון כדור משחק (ball), כדור אקדח (bullet), וכדור שהוא גלולה (pill).

¹⁸⁵ המעשה התלמודי מגן על הבנה מילולית של מילה אשר נטולת כל רגישות לקונטקסט שבו נאמרו הדברים, הן מבחינת השימוש במספרים הן מבחינת השימוש בשמות עצם בעלי כמה מובנים: "ההוא בר בבל דסליק לארעא דישראל, נסיב איתתא, אמר לה: בשילי לי תרי טלפי [=שני עדשים], בשילה ליה תרי טלפי. רתח עלה. למחר אמר לה: בשילי לי גרוא [=סאה], בשילה ליה גרוא. אמר לה: זילי אייתי לי תרי בוציני [=שתי דלעות או לעתים שני נרות], אזלת ואייתי ליה תרי שרגי [=שני נרות]. אמר לה: זילי תברי יתהון על רישא דבבא [=לכי שברי אותם על ראש השער]. הוה יתיב בבא בן בוטא אבבא וקא דאין דינא, אזלת ותברת יתהון על רישיה. אמר לה: מה הדין דעבדת? אמרה ליה: כך ציוני בעלי. אמר: את עשית רצון בעליך, המקום יוציא ממך שני בנים כבבא בן בוטא" (בבלי, נדרים סו ע"ב). על מעשה זה ראו עידו חברוני, 'גברים מבבל, נשים מארץ ישראל', **תכלת** 29 (תשס"ח) 89, 94.

¹⁸⁶ בהנחה שבבעלות המוכר מכונית אחת בלבד. למקרים שבהם המוכר מציין שם של ממכר מסוים אך ברשותו כמה חפצים המצוינים על ידי שם זה ראו להלן, הע"ש 1095.

ברור שהבחנה בין שני מישורים אלה לעתים קשה ליישום, ובכל זאת, דומני שהיא חשובה מבחינה עקרונית.¹⁸⁷ בפרק זה אתייחס בעיקר למקרים מן המישור השני. מקרים אלה הם המדגישים את הפער בין המלאכה של קביעת משמעותה המילולית של המילה הנאמרת לבין הניסיון לאמוד את כוונתם של הצדדים, ומבחינה זו הם החשובים למהלך הטיעון הנפרש במחקר זה.

ב. הגדרת ההיקף של הנסיבות הרלוונטיות היא שאלה קשה. מסתבר שלא ניתן להעניק לה תשובה א-פריורי. השופט הוא שיחליט בנסיבות הענין מה תהינה הנסיבות הרלוונטיות.¹⁸⁸ אכן, נראה שמספר הנסיבות הרלוונטיות הוא כמספר התרחישים האפשריים בעת כריתת החוזה, כלומר בלתי-סופי באופן עקרוני.¹⁸⁹

על דרך הרוב, הנסיבות נמצאות מחוץ לחוזה, בעובדות האופפות את כריתתו.¹⁹⁰ למשל, מצבו הפיזי של נשוא החוזה עשוי ללמד על כוונת הצדדים לגביו. כגון, חוזה למכירת "חמור", אשר הצדדים נחלקים האם הוא כולל את כלי החמור. מצבם של כלים אלה בעת הכריתה, אם היו על החמור אם לאו, עשוי לתרום לאומד דעתם של הצדדים.¹⁹¹ דוגמה נוספת היא בדיקת סביבת האינפלציה שהיתה בעת כריתת החוזה, כדי להבין האם כאשר הצדדים נקבו בסכום כסף הם התכוונו לערכו הנומינלי (ללא מנגנוני הצמדה) או לערכו הריאלי (לפי השינויים בערך המטבע).¹⁹²

ולעתים הנסיבות מצויות בתוך החוזה גופו.¹⁹³ בהקשר זה, למשל, גובה התמורה הנקובה בחוזה עשוי ללמד על כוונת הצדדים, בעיקר לגבי היקף חיוביהם ההדדיים. תמורה גבוהה במיוחד תתמוך בפירוש מרחיב של היקף חיוביו של המוכר, ולהיפך לגבי תמורה נמוכה במיוחד.¹⁹⁴

¹⁸⁷ כך למשל, על בסיס הבחנה זו ניתן לקבוע, כי הדיון שנשוב אודות דוקטרינת שני השלבים רלוונטי רק למקרים מן הסוג השני, אך לא למקרים מן הסוג הראשון. כזכור, השאלה אודות דוקטרינת שני השלבים היתה, האם הפניה אל הנסיבות תיעשה רק לאחר שמוצה הפירוש המילולי של החוזה או שמא בד בבד עמו (ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 141, ולהלן, ליד ציון הע"ש 205). אני סבור, כי בכל הנוגע למקרים מן הסוג הראשון, לא ניתן להפריד בין המשמעות המילולית לבין הבנת ההקשר הנסיבתי שבו החוזה נכרת. לפיכך, כאן ברור שהפניה אל הנסיבות תיעשה כבר בשלב הראשוני.

¹⁸⁸ ראו Kramer, *Common Sense*, 178 ובאסמכתאות מפסקי הדין שהוא מציין אליהם.

¹⁸⁹ ראו גם Atiyah, *Essays*, 270.

¹⁹⁰ אשר להתנהגות הצדדים כנסיבה רלוונטית, ראו פרידמן, **פרשנות החוזה**, 241. ראו גם רע"א 8060/95 **הנהלת בתי המשפט משרד הפנים נ' אב-חן אחסנה** פ"ד נד(1) 357; ע"א 1121/91 **משולם נ' נמני**, פ"ד מח(3) 12, 19; ע"א 6701/00 **קאלש מרדכי נ' אבנר**, פ"ד נו(5), 799, 810. ראו גם להלן, הע"ש 200, סעיף 1632 לקודקס האיטלקי.

¹⁹¹ דוגמה זו על פי המשנה, בבא בתרא ה, ב. לדיון במחלוקת התנאים בדבר ראו להלן, ליד ציון הע"ש 277.

¹⁹² ראו למשל, ע"א 224/76 **חברת נופש ערד נ' הסוכנות היהודית**, פ"ד לא(1) 449, 453; ע"א 554/83 **אתא נ' זולוטוב**, פ"ד מא(1) 282, 306; ע"א 5795/90 **סקלי נ' דורען**, פ"ד מו(5) 811, 820. ראו גם פרידמן, **פרשנות החוזה**, 300.

¹⁹³ תיאורים של הנסיבות, כגון "מסגרת עובדתית", או "קרום" העוטף את החוזה (ראו לעיל, הע"ש 176), רומזים לכאורה כי הנסיבות מצויות מחוץ לחוזה. אכן, זהו מצב העניינים במרבית המקרים. עם זאת, הדבר אינו שולל כי לעתים הנסיבות תימצאנה בתוך החוזה עצמו. וראו פרידמן, **פרשנות החוזה**, 242.

¹⁹⁴ לדיון בשאלת מעמדה הפרשני של גובה התמורה ראו להלן, ליד ציון הע"ש 222.

ג. הנסיבות תורמות לבידולו של החוזה המתפרש מחוזים אחרים מאותו סוג. עושרן הבלתי נגמר של הנסיבות מדגיש את שונותו של כל חוזה מרעהו. חוזה חוזה ונסיבותיו הוא. בכך שונה אמצעי פרשני זה מאמצעים פרשניים אחרים, כגון פרשנות מילולית, פנייה לנוהג המקובל, שימוש בעקרון תום הלב, אשר מחילים פירוש אחיד על קבוצה רחבה של חוזים, תוך הדגשת המשותף ביניהם.

זו הסיבה לכך שהנסיבות הן האמצעי הפרשני אשר יותר מכולם מדגיש את ההתחקות אחר אומד דעתם של הצדדים, כפי שזו היתה בעת הכריתה. לפיכך הוא יקר במיוחד עבור המודל הסובייקטיבי,¹⁹⁵ עד כדי הצבתו כאמצעי פרשני שאליו פונים כבר בשלב הראשון של הפרשנות, בד בבד עם ניתוח לשון החוזה.¹⁹⁶

כיוון שעיקרון של הנסיבות בחשיפת דעתם של הצדדים, אין מקום להבדיל באופן מהותי בין פרשנות החוזה על פי הנסיבות לבין השלמת חללים בחוזה על פי הנסיבות,¹⁹⁷ וכן בין בעיות פרשניות הנובעות מלשון החוזה לבין בעיות פרשניות שאינן קשורות בלשון החוזה.¹⁹⁸ באלה כמו באלה, אם אכן מהות הפרשנות מבוססת על חשיפת אומד דעתם של הצדדים, אזי ראויות הנסיבות להיות רלוונטיות במידה שווה.

3.3. בשיטות משפט בנות-זמנו

קודקסים רבים מכילים הוראה מפורשת המפנה את השופט אל נסיבות כריתת החוזה לשם פירושו. הוראה זו ממוקמת בדרך כלל בראש כללי פרשנות החוזה. כך למשל, קובע הריסטייטמנט האמריקאי:¹⁹⁹

Words and other conduct are interpreted in the light of all circumstances...

ובעקרונות ה Unidroit בדבר חוזים מסחריים בין לאומיים נקבע, כי לאחר הניסיון לפרש את החוזה על פי כוונתם המשותפת של הצדדים: "...the contract shall be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances".²⁰⁰

¹⁹⁵ ראו לעיל, ליד ציון העי"ש 126.

¹⁹⁶ על כך ראו לעיל, ליד ציון העי"ש 142, ולהלן ליד ציון העי"ש 212.

¹⁹⁷ על כך ראו לעיל, ליד ציון העי"ש 52.

¹⁹⁸ ראו להלן, ליד ציון העי"ש 1041 ואילך.

¹⁹⁹ Restatement, Contracts, second, § 202 (1) 202-2 ל U.C.C. האמריקאי. לניתוח גישתו ראו J. White & R. Summers, *Uniform Commercial Code* (5th ed., Minn., 2000), 106; J. H. Levine, "Trade Usage and Custom Under the Common Law and the Uniform Commercial Code", 40 *N.Y.U. L. Rev.* 1101 (1965).

²⁰⁰ Unidroit, *Principles of International Commercial Contracts* (1994), Art. 4.2. (2). See also Art 4.3. (2). "In interpreting a contract, the nature of the contract, :סעיף 1426, :the circumstances in which it was formed, the interpretation which has already been given to it by the

גם המחוקק הישראלי אימץ זאת, בקובעו:

חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות.²⁰¹

קודקסים אלה אינם מגדירים נסיבות רלוונטיות מהן,²⁰² ככל הנראה כיוון שמדובר בקבוצה שבאופן עקרוני פרטיה בלתי-סופיים.²⁰³ כמו כן, בספרות המשפטית לא הוקדש מקום רב להצדקת הפנייה לנסיבות. יתכן שהדבר מעיד על הטריטוריאליזם שבה נתפס אמצעי פרשני זה.

כיוון שערכן של נסיבות הכריתה בהיותן אינדיקציה לדעת הצדדים, מקובל שהנסיבות תהיינה רלוונטיות רק אם הצדדים אכן היו מודעים לקיומן.²⁰⁴

את מירב תשומת הלב בפסיקה ובספרות קיבלה השאלה, אימתי יש לפרש את החוזה על פי נסיבות הכריתה? באלו נסיבות רשאי השופט לפנות לנסיבות? לגביה ניתן להבחין במגמות שונות בין הקודקסים השונים. למעשה, שאלה זו, המוכרת כדוקטרינת שני השלבים, מקפלת בתוכה את המתח שבין הפרשנות המילולית של החוזה לבין פרשנותו הקונטקסטואלית.²⁰⁵

בארצות הקונטיננט מקובל, כי נסיבות הכריתה מהוות אמצעי פרשני ראשוני. הווה אומר: שעה שהשופט נזקק לפירוש החוזה הוא רשאי לפנות באופן מיידי אל נסיבות הכריתה, יחד עם פירוש

parties or which it may received, and the usage, are all taken into account"; The Italian Code (1969, tran. by M. Beltramo, G. Longo & J. Merryman), Art. 1362: "In order to ascertain the common intent of the parties, the general course of their behavior, including that subsequent to the conclusion of the contract, shall be taken into account". See also O. Lendo & H. Beale, *Principles of European Contract*

Law (The Hague: Kluwer International Law, 2000), Art. 5:102

²⁰¹ חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973 (להלן: חוק החוזים), סעיף 25 (א). ראו גם חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), תש"ס – 1999, סעיף 8.

²⁰² ראו למשל, "...regard", Art. 4.3. Unidroit, *Principles of International Commercial Contracts* (1994), Art. 4.3. "shall be had to all the circumstances"; Restatement, *Contracts*, second, §202 (1), comment b: "the circumstances for this purpose include the entire situation"

²⁰³ ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 188.

²⁰⁴ ראו למשל, *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society* [1998] 1 W.L.R. 896, 913; *BCCI v. Ali* [2001] 2 W.L.R. 735, 749. See also *New Hampshire Insurance Co. v. MGN Ltd.* [1996] C.L.C. 1692 (CA); *Prenn v. Simmonds* [1971] 1 W.L.R. 1381, 1384

ברם, על פי המודל התכליתי (לעיל, ליד ציון הע"ש 148), אשר מעצים את התכלית האובייקטיבית של החוזה על חשבונה של התכלית הסובייקטיבית של הצדדים, יש מקום לשקלל נסיבות שהצדדים כלל לא היו מודעים להם. ראו ברק, **פרשנות החוזה**, 463. אלא שברק מצדיק את שיקולל הנסיבות שהצדדים לא היו מודעים להם בכך שהדבר תורם לאומד דעתם של הצדדים (י"ג בהיעדר מודעות של מי מהצדדים, ניתן לעתים להסיק מהנסיבות מידע ראייתי חשוב על דבר אומד דעתם של הצדדים). הצדקה זו נראית כניסיון לרבע את המעגל.

²⁰⁵ על כך ראו M. N. Kniffin, 'A New Trend in Contract Interpretation: The Search for Reality as Opposed to Virtual Reality', 74 *Or. L. Rev.* 643 (1995); A. L. Corbin, 'The Interpretation of Words and the Parol Evidence Rule', 50 *Cornell L. Q.* 161 (1965); Lewison, *Interpretation*, 14, 85, 101 ולמקורות נוספים ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 141.

לשון החוזה.²⁰⁶ עמדה שונה היתה מקובלת במשפט האנגלו-אמריקאי. במשפט האנגלי, אשר אמון היה על פרשנות לשונית אובייקטיבית של החוזה,²⁰⁷ נהגו לפנות אל הנסיבות רק כאשר לשון החוזה אינה ברורה אלא דו-משמעית, או כאשר היא מובילה לתוצאה אבסורדית.²⁰⁸ עמדה זו היתה מקובלת גם במשפט האמריקאי עד מחצית המאה העשרים, אז חלה התקרבות אל המקובל בעניין זה בקונטיננט.²⁰⁹ שני קבצי החוק המרכזיים שנכתבו במשפט האמריקאי באמצע המאה ה-20 (הריסטייטמנט וה U.C.C.) אפשרו את הפנייה לנסיבות הכריתה כבר בשלב הראשוני של פרשנות החוזה.²¹⁰

תהליך דומה התרחש במשפט הישראלי. באופן מסורתי התפרש סעיף 25(א) לחוק החוזים²¹¹ כקובע את תורת שני השלבים, על פיה השופט רשאי לפנות לנסיבות הכריתה רק בהיכשל הניסיון לפרש את החוזה מתוכו. אם לשון החוזה ברורה, או שניתן לפרשה כיאות מתוך עצמה, לא רשאי השופט לפנות לנסיבות הכריתה.²¹² פס"ד אפרופים סימל את נקודת המפנה, שבה בוטלה תורת שני השלבים, ותחת זאת נקבע, כי על השופט לנוע חליפות בין לשון החוזה לבין הנסיבות האופפות

²⁰⁶ הקודקסים האירופאיים הקלאסיים מדגישים בראש כללי הפרשנות את פירוש החוזה על פי כוונתם האמיתית של הצדדים, שאינה בהכרח זהה עם המשמעות המילולית של החוזה. ראו סעיף 133 ל B.G.B הגרמני; סעיף 1156 לקודקס האזרחי הצרפתי; סעיף 1362 לקודקס האזרחי האיטלקי. במקורות משפטיים מאוחרים הודגש עוד יותר במפורש, כי הפנייה לנסיבות תיעשה כבר בשלבים הראשוניים של הפרשנות. ראו סעיף 4.1 לעקרונות ה Unidroit בדבר חוזים מסחריים בין-לאומיים ובסעיף 5:102 להצעת חוק החוזים האירופאי. על כך ראו O. Lando & H. Beale, *Principles of European Contract Law* (The Hague: Kluwer International Law, 2000), 291.

²⁰⁷ על כך ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 99.

²⁰⁸ על כך ראו למשל, 1 A.J.L.R. 60 (1985) *Watson v. Phipps*; 61, 106 H.L.Cas. (1857) *Grey v. Pearson*. להרחבה ראו 145, 292 *Lewis, Interpretation*, אשר לשאלה אם כך אכן נהגו בפועל בתי המשפט באנגליה ראו לעיל, הע"ש 143. לפסיקה ישראלית ברוח זו ראו ע"א 450/82 **מדינת ישראל נ' חירם לנדאו** פ"ד (1) 658; ע"א 11/87 **מדינת ישראל נ' חירם לנדאו** פ"ד (4) 287. ראו גם פרידמן, **פרשנות החוזה**, 241.

²⁰⁹ דומה שהשינוי לא פסח גם על המשפט האנגלי. ראו למשל, 1381, 1384 [1971] 1 W.L.R. *Prenn v. Simmonds*; "The time has long since passed when agreements, even those under seal, were isolated from the matrix of facts in which they were set and interpreted purely on internal linguistic considerations" ראו *Reardon Smith Line Ltd v. Yngvar Hansen-Tangen* [1976] 1 W.L.R. 989, 995: "No contracts are made in a vacuum: there is always a setting in which they have to be placed"

²¹⁰ ראו ריסטייטמנט (השני), חוזים, סעיף (1)202 (לעיל, ליד ציון הע"ש 199), ובדברי ההסבר, עמ' 87; U.C.C. 2-202. ראו גם דבריו של A. L. Corbin, 'The Interpretation of Words and the Parol Evidence Rule', 50 *Cornell L. Q.* 161, 162 (1965): "The cardinal rule with which all interpretation begins is that its purpose is to ascertain the intention of the parties. The criticized rule, if actually applied, excludes proof of their actual intention. It is universally agreed that it is the first duty of the court to put itself in the position of the parties at the time the contract was made; it is wholly impossible to do this without being informed by extrinsic evidence of the circumstances surrounding the making of the contract..." למותר לציין כי המשפט האמריקאי מכיל בכל זאת הבדלים משמעותיים בין המדינות השונות.

²¹¹ לעיל, ליד ציון הע"ש 201.

²¹² ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 142.

את כריתתו, ובדרך זו להתחקות אחר אומד דעת הצדדים; "אין מוקדם ומאוחר באיתור תכלית החוזה".²¹³ אכן, מנקודת המבט של חשיפת אומד דעת הצדדים פעמים רבות קשה להבחין בין פירוש מילולי של החוזה לבין פירושו על פי הנסיבות; "קו הגבול בין 'החוזה' לבין 'נסיבות' עריכתו של 'החוזה' עשוי להיות דק-מכל-דק, והתחומים יונקים זה מזה".²¹⁴

פסק דין אפרופים ספג ביקורות לא מעטות. הללו התרכזו בכמה היבטים, הקשורים ברטוריקה של פסק הדין ובאווירה שהוא ביקש להשרות על תחום פרשנות החוזים. נטען, כי פסק דין זה מעניק סמכויות נרחבות מדי לבית המשפט בבקשו לעצב מחדש את החוזה, כי הוא פוגע לשווא בוודאות ובצפיות של פרשנות החוזים ועוד.²¹⁵ אולם חשוב להדגיש, כי עיקרן של הביקורות לא הופנו נגד עצם חידושה העקרוני של הלכת אפרופים: העצמת מקומן של הנסיבות בתהליך פרשנות החוזה. הלכת אפרופים זכתה לאחרונה לאישורו המחודש של בית המשפט העליון,²¹⁶ ואף שולבה בתוך הצעת חוק דיני ממונות.²¹⁷

3.4 מחלוקת ר' יהודה וחכמים

3.4.1 הקדמה

סקירה רחבה של המקורות התנאיים עשויה ללמד על מחלוקת שיטתית בין ר' יהודה לבין חכמים בשאלת מעמדן הפרשני של נסיבות הכריתה. ר' יהודה מוביל קו עקבי המשקל את נסיבות הכריתה במעשה הפרשני, ואילו חכמים באופן שיטתי מתנגדים לו. אמנם גם חכמים אינם מתכחשים להשפעה מינימלית וטריוויאלית של הקונטקסט הבסיסי על סוג הפרשנות – השפעת סוג החוזה הנידון על דרכי פרשנותו.²¹⁸ אך מעבר לכך, חכמים מסרבים להעניק משקל פרשני של

²¹³ ברק, **פרשנות החוזה**, 397. ראו גם **שם**, 305: "הפרשן נע באופן חופשי מהטקסט ומנסיבות כריתתו אל ערכי היסוד, כפי שאלה מתבטאים בחזקות התכלית... הפרשן אינו פועל בשני שלבים. מחשבתו אינה מתחלקת לשתי 'פעילות'. גישתו של הפרשן היא הוליסטית. הוא שואף לאחדות ולהרמוניה".

²¹⁴ חשין, ע"א 5795/90 **סקלי נ' דורען**, פ"ד מו(5) 811, 817-818.

²¹⁵ על כך ראו בהרחבה לעיל, ליד ציוני הע"ש 157-166.

²¹⁶ דני"א 2045/05 **ארגון מגדלי הירקות נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם). אך ראו לאחרונה הסתייגות מהלכת אפרופים, ע"א 5856/06 **אמנון לוי נ' נורקייט** (טרם פורסם), פסקה 27: "על אף כללי הפרשנות שנקבעו בהלכת **אפרופים** ובהלכת **ארגון מגדלי ירקות**, מן הראוי כי במקום בו לשון ההסכם היא ברורה וחד משמעית, כגון המקרה שבפני, יש ליתן לה משקל מכריע בפרשנות ההסכם". ראו גם רע"א 4797/08 **ציון לוי נ' גיא** (טרם פורסם), פסקה 10.

²¹⁷ סעיף 188(א) לתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ו - 2006: "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה ומנסיבות העניין".

²¹⁸ המשנה קובעת (בבא בתרא ד, ט), כי דין פרשנות חוזה מכר אינו כדן פרשנות חוזה מתנה: "במה דברים אמורים? במוכר, אבל בנותן מתנה נותן את כולם". לטעם השוני בין מתנה לבין מכר ראו סוגיות הבבלי, בבא בתרא עא ע"א והירושלמי, בבא בתרא ד, ט (מהד' זוסמן, 1248); פירוש המשניות לרמב"ם, בבא בתרא ד, ט. לא אכנס כאן לשאלה, לעניין אלו דברים קיים הבדל בין פרשנות מתנה לבין פרשנות מכר. על כך ראו רשב"ם, בבא בתרא עא ע"א, ד"ה 'במה' וד"ה 'אבל'; ר"י מיגש, בבא בתרא עא ע"א, ד"ה 'במה'; רמב"ם, משנה תורה, קנין פרק כו, הלכה ה; חידושי הרמב"ן, בבא בתרא עא ע"א, ד"ה 'הא'; חידושי הרשב"א, בבא בתרא עא ע"א, ד"ה 'מתני'; חידושי הריטב"א, בבא בתרא עא ע"א, ד"ה 'א"ל'.

ממש לשאלת טיבן של נסיבות הכריתה. הלכה נפסקת, כמובן, כדעת חכמים, היא דעת הרוב. מחלוקת זו מוצאת את ביטויה בשלוש סוגיות נפרדות המטפלות במעמדן הפרשני של נסיבות שונות: גובה התמורה ("הדמים מודיעין"), מיקומו של הממכר ("כליו עליו") וסוגו ("הכל לפי הסלע"). מחלוקת מקבילה מתקיימת בין תנאים אלו במסגרת כללי פרשנות הנדרים, אולם נראה כי שם דעתו של ר' יהודה היא שהתקבלה לבסוף.²¹⁹

במהלך סקירת מחלוקות התנאים וניתוחן אעמוד גם על התייחסות התלמוד למחלוקות אלה. נמצא, כי באופן כללי, ובכפוף לכמה הסתייגויות, התלמוד הבבלי שימר את דעתם של חכמים, כפי שזו מוצגת במשנה, על פיה נסיבות הכריתה אינן גורם בעל מעמד פרשני משמעותי.

עליי להודות, כי טרם מצאתי בין הפרשנים והחוקרים תנא דמסייע לקישור שערכתי בין המחלוקות השונות של ר' יהודה וחכמים והכללתן לכדי מחלוקת שיטתית אחת.²²⁰ עם זאת הדברים מדברים בעד עצמם. את העובדה שאחרים לא עמדו על הקשר העקרוני בין מחלוקות אלה יש לייחס, לעניות דעתי, לחוסר הטיפול העיוני והמחקרי בכללי פרשנות החוזה במשפט העברי, אשר באופן מסורתי נתפסו כהלכות טכניות וספורדיות, שאינן משקפות תפיסות עקרוניות.²²¹

המסקנה העולה מעיון זה היא כי הפניה לנסיבות הכריתה כאמצעי פרשני הייתה בהישג ידם של חכמים ובאופן ראייתם. זו היתה דעתו של בר-פלוגותם, אשר אף אומצה במסגרת כללי פרשנות הנדר. מסקנתנו זו תתחזק לאור האמור בהמשך המחקר, שבו נראה כי בהקשרים משפטיים אחרים חכמים בהחלט נעזרים, כדבר שבשגרה, באפשרות של פנייה לנסיבות כדי ללמוד על כוונת

דוגמה נוספת, מאוחרת יותר, היא ההבחנה שהתקבלה בין הראשונים לעניין מסוים בין פרשנות שכירות לבין פרשנות מכר. ראו למשל, פסקי הרא"ש, בבא מציעא פרק ה, סימן ז; נימוקי יוסף, בבא בתרא פרק ה (דף לט ע"ב בדפי הרא"ש), ד"ה 'פיסקא'; טור, חושן משפט, סימן רכ; סמ"ע, חושן משפט, סימן רכ, ס"ק ח.

²¹⁹ יש מקום לבחון האם, ובאיזה אופן, משתלבת עמדתו של ר' יהודה בעניין מעמד הנסיבות בתוך השקפת עולמו ההלכתית הכללית. כך למשל, יתכן שניתן למצוא קשר בין ההדגשה היתירה שנותן ר' יהודה לנסיבות הכריתה, ועמן לאומד דעתם הסובייקטיבית של הצדדים, לבין קביעתו המפורסמת שדיני הממונות הנם דינים מרשים (דיספוזיטיביים): "המתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון תנאו קיים" (בבלי, בבא מציעא נא ע"א; בבלי, בבא מציעא צד ע"א; בבלי, כתובות נו ע"א; בבלי, קידושין יט ע"ב). גם במסגרת דיני אונאת מחיר מצאנו הגמשות מיוחדות שביקש ר' יהודה לקבוע, אשר מבוססות על הדגשת אומד דעתם הסובייקטיבי של הצדדים. ראו למשל תוספתא, בבא מציעא ג, כד (מהד' ליברמן, 78): "ר' יהודה אומ' ספר תורה בהמה ומרגלית אין להן אונאה ספר תורה מפני שאין לו דמים בהמה ומרגלית מפני שרוצה לזווגן אמרו לו והלא כל דבר רוצה לזווגו" (לדיון בהלכה זו ראו פורת, **דין אונאה**, 461), וכן משנה, בבא מציעא ד, ד: "כשם שאונאה להדיט כך אונאה לתגר. רבי יהודה אומר: אין אונאה לתגר" (על כך ראו פורת, **דין אונאה**, 387). אלא שקצרה היריעה לעיון מסוג זה. על עולמו של ר' יהודה בר אלעאי ראו אהרן היימן, **תולדות תנאים ואמוראים** (ירושלים, תשמ"ז), 534; ישראל בן שלום, 'רבי יהודה בר אלעאי ויחסו לרומי', **ציון מט** (תשמ"ד), 9; בנימין לאו, **חכמים**, כרך ג (ירושלים, תשס"ח), 59; אבישי אנקר, **ר' יהודה בן אלעאי האיש ותקופתו** (דיסרטציה, בר-אילן, תשמ"ז). במבט ראשון נראה, כי האמור כאן לגבי ר' יהודה בר אלעאי אינו עולה בקנה אחד עם מסקנתו של לאו, כי "ר' יהודה בוחן תוצאות ולא כוונות" (**שם**, 75). ראו גם אחיקם קשת,

קובץ יסודות וחקירות (ירושלים, תשס"ז), 507.

²²⁰ בהסתייגות המתבקשת, כי "לא ראיתי" אינה ראייה.

²²¹ ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 6.

האדם. לפיכך, את הימנעותם מפנייה לנסיבות הכריתה במסגרת פרשנות החוזה יש לראות כהימנעות מבחירה, אותה יש להבהיר ולהצדיק, ולא כאילוץ הנובע מחוסר מודעות.

3.4.2. "אין הדמים ראה"

3.4.2.1. גובה התמורה כקריטריון פרשני

כאמור לעיל,²²² אחת מן הנסיבות העשויה לסייע באומד דעת הצדדים היא גובה התמורה.²²³ ההנחה היא שצדדים סבירים סוחרים זה עם זה תוך שכל אחד מהם חותר לרווחיות (או לכל הפחות לאי-הפסד), כלומר הקונה שואף שלא לשלם מחיר גבוה יתר על המידה ואילו המוכר מבקש שלא לקבל מחיר נמוך במיוחד; צדדים סבירים סוחרים תוך הקפדה מסוימת על עקרון שקילות התמורות.²²⁴ לפיכך שעה שישנו ספק פרשני לגבי היקף חיוביו של צד אחד לעסקה, כגון גודל הממכר או היקפו, יש מקום להכריעו לאור גובה התמורה; היקף הממכר ייקבע כך ששוויו יהיה שקול לגובה התמורה המשולמת. לשון אחר, מודרנית יותר, יש לפרש את החוזה על פי תכליתו העסקית.²²⁵

פירוש החוזה על פי גובה התמורה נחשב כיום פעולה פרשנית טריוויאלית שאינה צריכה לפני.²²⁶ כך גם נוהגים שופטים הלכה למעשה. הדוגמאות הבאות הן בבחינת פרט המלמד על הכלל. אני מתיר לעצמי להרחיב מעט בפרישתן, על מנת להמחיש עד כמה דבר שהוא כיום בבחינת מובן מאליו היה בספרות חז"ל סלע מחלוקת, אשר דווקא הרוב נוקטים בו את העמדה הבלתי צפויה.

באחד המקרים נידון בפני בית המשפט העליון בישראל וויכוח בין משכיר מקרקעין לבין שוכר בשאלה, מיהו הצד האמור על פי החוזה לשאת בהיטל דרכים שהטילה העירייה. השופט נאור הסיקה מגובה דמי השכירות החודשיים כי כוונת הצדדים היתה שהמשכיר הוא שישא בעלות

²²² ליד ציון הע"ש 194.

²²³ להלן, ליד ציון הע"ש 1540, אבקש לבחון את פירוש החוזה על פי גובה התמורה מנקודת מבט של שיקולי צדק, בשונה מנקודת המבט של אומד דעת הצדדים.

²²⁴ על עקרון שקילות התמורות ראו להלן, הע"ש 1456.

²²⁵ על כך ראו לעיל, הע"ש 137.

²²⁶ לדעת פרידמן וכהן, **חוזים**, כרך ב, 701: "כאשר גירסאות הצדדים ביחס לתוכן החוזה הינן שונות, עשוי לעתים גובה התמורה לתמוך בגירסת אחד מהם". כדוגמה לכך הם מביאים חוזה לרכישת חיטה תמורת X פרנקים, כאשר בין הצדדים מתפתח וויכוח האם מדובר בפרנקים שוויצריים או צרפתיים. לדעתם, ניתן להכריע מחלוקת פרשנית זו על פי השוואת המחיר הנקוב בחוזה עם מחיר השוק של החיטה. דברים ברוח זו כתב זמיר, בהתייחסו לסעיף 45 לחוק החוזים. סעיף זה קובע, כי חיוב שלא הוסכם על סוגו או טיבו יקוים בבינונית. לעתים ישנן כמה רמות של איכות בינונית, אז לדעתנו ניתן לפרש את החוזה תוך הסתמכות על גובה התמורה הנקובה בו (זמיר, **עקרון ההתאמה**, 210). ראו שם הפנייתו למשפט הגרמני.

זו.²²⁷ באותו פסק דין היא גם הביעה נכונות עקרונית ללמוד מגובה דמי השכירות על וויכוח פרשני אחר שהתגלע בין הצדדים: האם על פי החוזה השוכר רשאי או חייב לבנות במקרקעין ששכר.²²⁸

במקרה אחר התעוררה השאלה, האם נספח שצורף להסכם רכישת דירה, ואשר שינה באופן מהותי את זכויות הצדדים (ביחס לאמור בחוזה עצמו), צורף לחוזה בכונת מכוון או שמא בטעות. השופט דב לוין ניתח את גובה התמורה, וממנה הסיק כי טעות היא שגרמה לצירוף הנספח.²²⁹

במקרה נוסף נידון חוזה בין חברת ייבוא רהיטים לבין חברת הרכבת רהיטים, אשר קבע כי חברת הייבוא לא תרכיב רהיטים אלא באמצעות חברת ההרכבה. השאלה הפרשנית שהתעוררה היתה, האם על פי החוזה מנועה חברת הייבוא מלמכור רכיבי רהיטים (בלתי מורכבים) שלא באמצעות תיווך חברת ההרכבה. השופט י' כהן פירש את החוזה על פי עקרון שקילות התמורות, וביתר דיוק: שקילות החיובים, והסיק כי כשם שחברת ההרכבה מחויבת על פי החוזה שלא לסחור ברהיטים אלא באמצעות חברת הייבוא, כך חברת הייבוא מחויבת על פי החוזה שלא למכור רכיבי רהיטים, ואפילו בלתי מורכבים, אלא על ידי חברת ההרכבה.²³⁰

כשם שנכונות השופטים ללמוד על היקף הממכר מגובה התמורה, כך הם גם נכונות ללמוד על גובה התמורה מהיקף הממכר וערכו. כך, למשל, היה במסגרת חוזה בין חברת נופש לבין הסוכנות היהודית, שביקשה לשכור מלון עבור עולים חדשים.²³¹ החוזה קבע מחיר שכירות, אשר יהיה צמוד למדד יוקר המחיה. עוד קבע החוזה, כי אם תחול ירידה בתפוסת המלון על ידי העולים יופחת המחיר. המחלוקת הפרשנית שהתגלעה בין הצדדים היתה, האם גם המחיר המופחת יהיה צמוד למדד יוקר המחיה. השופט עציוני ניתח בין השאר את ההיגיון העסקי שבבסיס החוזה ואת המשמעות הכלכלית של ירידה בהיקף העולים המשתכנים במלון, ומהם הסיק כי גם את המחיר המופחת יש להצמיד.²³²

3.4.2.2. משנה

בעניין זה נחלקו חכמי המשנה. המקרה שבו דנו הוא של אדם המוכר לחברו 'צמד' (עול הניתן על הבקר), ובין הצדדים מתגלע ויכוח בשאלה, האם משמעות החוזה היא מכירת הצמד לבדו או שמא המילה 'צמד' מציינת את הבקר. באופן עקרוני, שאלה זו ניתנת להיפתר בשלל אמצעים פרשניים: פירוש לקסיקלי של המילה 'צמד', פירוש על פי המשמעות המקובלת, פירוש על פי היסטוריית הרכישות של הצדדים, פירוש על פי הנסיבות שבהן היו נתונים בשעת כריתת החוזה ועוד. אחד מן האמצעים, שבו דנה המשנה שלפנינו, הוא פירוש החוזה על פי גובה התמורה

²²⁷ ע"א 9236/03 ברוך מקל בע"מ נ' צח השקעות בע"מ, פ"ד נט(2), 268, 283.

²²⁸ שם, 274-275. על פי החוזה, מבנה שהשוכר יבנה בנכס יישאר בתום השכירות ברשות המשכיר, ולפיכך המשכיר היה מעוניין לחייב את השוכר לבנות בנכס. השופט נאור טענה לגבי שאלה זו, כי בפועל, במקרה שלפניה גובה דמי השכירות אינו מלמד דבר.

²²⁹ ע"א 424/89 פרקש נ' שיכון ופיתוח, פ"ד מד(4) 31, 37.

²³⁰ ע"א 464/75 פרומוטפין נ' קלדרון פ"ד ל(2) 191, 195.

²³¹ ע"א 224/76 חברת נופש ערד נ' הסוכנות היהודית, פ"ד לא(1), 449.

²³² לפיכך יהיה מדייק יותר לדבר על פרשנות החוזה "לאור שקילות התמורות", ולא דווקא על פרשנותו "לאור גובה התמורה".

הנקובה בו. ההנחה היא, ככל הנראה, כי הפער הגדול שמן הסתם קיים בין שווי צמד לבדו לבין שווי בקר יוכל ללמד על כוונת הצדדים. וכך נחלקו התנאים:²³³

מכר את הצמד לא מכר את הבקר, מכר את הבקר לא מכר את הצמד.

רבי יהודה אומר: הדמים מודיעין. כיצד? אמר לו: מכור לי את צמדך במאתים זוז, הדבר ידוע, שאין הצמד במאתים זוז.

וחכמים אומרים אין הדמים ראייה.²³⁴

אם כן, לדעת ר' יהודה, יש לפרש את המילה 'צמד' בהתאם לגובה התמורה; אם זו גבוהה במיוחד²³⁵ היא תתפרש כמציינת צמד ובקר יחדיו, ואם לאו – כצמד לבדו. הדעת נותנת, וכן פירשו בין הראשונים, כי כאן קובע ר' יהודה כלל פרשני עקרוני, ומקרה הצמד והבקר אינו אלא דוגמה.²³⁶

מהי משמעות הביטוי "הדמים מודיעין" שבפי ר' יהודה? את מה הם מודיעים?²³⁷ נראה, כי לדעת ר' יהודה הדמים מודיעין את דעת הצדדים, כלומר גובה התמורה משמש אינדיקציה לכוונתם. הדגש הנו על ההיבט הראייתי.²³⁸

חכמים מתנגדים לדעתו, ולדידם "אין הדמים ראייה". ברם, אין זה מחוור לחלוטין מה טעמם. האם חכמים חולקים על ר' יהודה במישור **הראייתי**, וסוברים כי מדובר בפערי מחירים קטנים מדי שאין בהם כדי ללמד על כוונתם המדויקת של הצדדים?²³⁹ או שמא חכמים חולקים במישור **המשפטי**, וטוענים כי על אף שזו אינדיקציה מהימנה עבור אומד דעתם של הצדדים, בכל זאת היא אינה ראייה קבילה לצורך פרשנות החוזה?²⁴⁰ אם התנגדותם של חכמים מצויה במישור הראייתי, יש לראות מחלוקת זו כמחלוקת נקודתית לגבי מהימנות המסקנות שניתן להפיק מגובה

²³³ משנה, בבא בתרא ה, א.

²³⁴ כך בכ"י פרמא. בכ"י קויפמן: "אין לדמים ראייה". ובכ"י אוקספורד לסוגייה זו שבתלמוד: "אין לך [ד]מים ראייה".

²³⁵ שאלה הראויה להיבחן בפני עצמה היא מהי תמורה גבוהה במיוחד. על כך ראו שיטה מקובצת, בבא בתרא עז ע"ב, בשם הראב"ד; חידושי הריטב"א, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'כיצד'.

²³⁶ ראו חידושי הריטב"א, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'מתני'; ראב"ד, הובא בשיטה מקובצת, בבא בתרא עז ע"ב. אך ראו בחידושי הריטב"א, שם, דעה חולקת.

²³⁷ התשובה כי הדמים מודיעין את "הפרשנות הנכונה" או את "התוצאה הראויה" הנה כמובן טאוטולוגיה.

²³⁸ בתוספתא לשונו של ר' יהודה שונה: "רבי יהודה אומר: הכל לפי הדמים" (תוספתא, בבא בתרא ד, א מהד' ליברמן, 140). נוסח זה אינו מסגיר באיזה אופן הדמים משפיעים. אולם כאמור, לשונו המובאת במשנה מורה על ההיבט הראייתי.

²³⁹ בלשון אחרת ניתן לטעון ברוח זו, כי חכמים סבורים שלעולם גובה התמורה אינו מלמד אותנו דבר על כוונת הצדדים, שכן כל אדם מעריך באופן סובייקטיבי את ערכם של החפצים שבהם הוא סוחר ואין כל תמה בכך שהוא ירכוש צמד במחיר מופרז השווה לערכם של צמד ובקר יחדיו.

²⁴⁰ השימוש במונחים אלה, הלוקחים מדיני הראיות, אינו בא לרמוז על קשר של ממש בין דיני הפרשנות לבין דיני הראיות. הוא נעשה לצרכי אילוסטרציה בלבד. וראו אליהו הרנון, **דיני ראיות**, חלק ראשון (ירושלים, תש"ל), 164: "כללי הפרשנות אינם חלק מדיני הראיות". ראו גם שלום אלבק, **הראיות**, 292.

התמורה. אולם אם התנגדותם של חכמים מצויה במישור המשפטי, מחלוקתם הופכת להיות עקרונית נגד השימוש הפרשני שמבקש ר' יהודה לעשות בנסיבות.

דומני כי מן המשנה עצמה קשה להכריע שאלה זו ולהגדיר במדויק את טעמם של חכמים. כפי שנראה בשורות הבאות, רק בעקבות דברי סוגיית התלמוד ניתן להכריע כיצד האמוראים פירשו את מחלוקתם של חכמים ור' יהודה. אולם קודם לכן אני מבקש להעיר על תופעה לשונית מעניינת, שבכל זאת עשויה להתגלות כרלוונטית עבור הדילמה שהעליתי. קיים שוני בין תבנית הלשון שבפי ר' יהודה לזו שבפי חכמים. ר' יהודה טוען כי "הדמים מודיעין", אולם חכמים אינם עונים לו במטבע לשון דומה ("הדמים אינם מודיעין"), אלא במטבע שונה: "אין הדמים ראייה". האם מכך נוכל ללמוד, כי חכמים מודים לר' יהודה במישור האחד, כי אכן הדמים מודיעין את כוונת הצדדים, אך חולקים עליו במישור האחר, המשפטי, שאין הדמים ראייה קבילה? קשה ואף בלתי אחראי, להכריע בדבר אך ורק על סמך עצם השינוי במטבע הלשון. אולם באופן מפתיע, גם במחלוקת אחרת בין חכמי המשנה אנו מוצאים שינוי לשון דומה, אשר קל יותר לאבחון כי הוא מבטא את הפער בין מהימנות הראיה במישור העובדתי לבין אי קבילותה במישור המשפטי.²⁴¹ כוונתי למחלוקת המפורסמת בין ר' אליעזר לחכמים בסוגיית תנורו של עכנאי.²⁴² ר' אליעזר טוען: "אם הלכה כמותי חרוב זה יוכיח... אמת המים יוכיחו... כותלי בית המדרש יוכיחו... מן השמים יוכיחו". ואילו חכמים לא טענו כנגדו כי הללו "לא יוכיחו", אלא שהן אינן ראיות קבילות כדי להכריע את מחלוקת החכמים, ובלשונם: "אין מביאין ראייה מן החרוב... אין מביאין ראייה מאמת המים... אין אנו משגיחין בבת קול", שכן "אחרי רבים להטות".²⁴³ לעניות דעתי, בסוגיית תנורו של עכנאי השוני שעורכים חכמים במטבע הלשון ("אין מביאין ראייה" מול "יוכיח") נועד להדגיש כי חכמים אינם חולקים על כך שאכן מדובר בראיות המעידות על עמדת הקב"ה במחלוקת החכמים, אלא שהן ראיות בלתי קבילות במסגרת הוויכוח שבין תלמידי החכמים;²⁴⁴ וויכוח אשר אמור להתבסס על טיעונים לוגיים ולא על מעשי נסים. יתכן שגם לשוני במטבע הלשון בסוגייתנו ("אין הדמים ראייה" מול "הדמים מודיעין") יש לייחס משמעות דומה.

²⁴¹ אני מודה לפרופ' ברכיהו ליפשיץ שהעמידני על אנלוגיה זו.

²⁴² בבלי, בבא מציעא נט ע"ב. מעשה תנורו של עכנאי טופל בהרחבה במחקר. ראו למשל, לאחרונה, יעקב (ג'פרי) רובינשטיין, 'סיפור תנורו של עכנאי: ניתוח ספרותי', בתוך: 'י לוינסון, י אלבוים וגי חזן-רוקם (עורכים), **הגיון ליונה – היבטים חדשים בחקר ספרות המדרש, האגדה והפיוט** (ירושלים, תשס"ז), 457; יצחק ברנד, 'תנורו של עכנאי: אגדה בלב פולמוס', **תרביץ עה** (תשס"ו), 437; דני סטטמן, 'אוטונומיה וסמכות ב'תנורו של עכנאי'', **מחקרי משפט כד** (תשס"ט), 639. לא אסקור כאן את כל הביבליוגרפיה הרלוונטית. לסקירות מעין אלה ראו יצחק אנגלרד, 'תנור של עכנאי: פירושה של אגדה', **שנתון המשפט העברי א** (תשל"ד), 45; S. L. Stone, 'In Pursuit of the Counter-Text: The Turn to the Jewish Legal Model in Contemporary American Legal Theory', *106 Har. L. Rev.* 813, 841(1993).

²⁴³ הבדל זה במטבע הלשון נשמר בעדי הנוסח השונים לסוגיה.

²⁴⁴ כלומר, חכמים אינם רומזים כי ר' אליעזר עוסק באחיזת עיניים או במעשה כשפים, אלא שמעורבות הקב"ה בוויכוח אינה רלוונטית להכרעתו.

בשורות הבאות אבקש לבסס את הטענה, כי לכל הפחות מן התלמוד נראה בבירור, שחכמים אינם חולקים על הפוטנציאל הראייתי שיש בלמידה מגובה התמורה,²⁴⁵ אלא שלטענתם אין להיעזר בכך במסגרת פרשנות החוזה.²⁴⁶ במילים אחרות, הם אינם טוענים לאי מהימנותה של ראייה זו אלא לאי קבילותה.

3.4.2.3. תלמוד

א. בתחילה דנה הסוגיה²⁴⁷ ביחס שבין האמצעי הפרשני הנידון במשנה – גובה התמורה – לבין זה שלא הוזכר בה – המשמעות המקובלת:

מכר את הצמד לא מכר את הבקר וכו' היכי דמי? אילימא דקרו לצימדא צימדא ולבקר בקר – פשיטא, צימדא זבין ליה בקר לא זבין ליה. ואלא דקרו ליה נמי לבקר צימדא – כוליה זבין ליה. לא צריכא באתרא דקרו ליה לצימדא צימדא ולבקר בקר ואיכא נמי דקרו לבקר צימדא – ר' יהודה סבר הדמים מודיעין, ורבנן סברי אין הדמים ראייה.

בהמשך המחקר אדון בהרחבה במשתמע מסוגיה זו לגבי מעמדה הפרשני של המשמעות המקובלת.²⁴⁸ בקליפת אגוז, הסוגיה מניחה כי המשמעות המקובלת, אם זו אכן קיימת באופן חד-משמעי, אמורה לגבור על המשמעות הלקסיקאלית שקבעו חכמים במשנה וכן על אינדיקציית גובה התמורה שבה משתמש ר' יהודה.²⁴⁹ לפיכך, התלמוד מבכר להעמיד את מחלוקתם של חכמים ור' יהודה במקום שבו מקובלות שתי משמעויות שונות למילה 'צמד': (א) צמד; (ב) בקר.²⁵⁰ כאן סבורים חכמים, על פי התלמוד, כי המשמעות הלקסיקאלית גוברת (שכן אין משמעות מקובלת חד-משמעית) בעוד ר' יהודה מעדיף לפרש את החוזה לפי גובה התמורה.

סבורני, כי צורת העמדה זו של הדברים מחזקת את הטענה, כי התנגדותם של חכמים לשימוש הפרשני בגובה התמורה היא משפטית-עקרונית ולא עובדתית-ראייתית. אם אכן מדובר במקום שבו יש שתי משמעויות מקובלות למילה 'צמד', הרי שלדעת ר' יהודה גובה התמורה משמש כדי לברור מתוך שתי המשמעויות המקובלות את זו שאליה התכוונו הצדדים. כאן גובה התמורה אינו פועל נגד המשמעות הלשונית, אלא בורר משמעות אחת מתוך שתיים קיימות. הדבר מחזק את הפוטנציאל הראייתי שיש בגובה התמורה כדי ללמד על אומד דעת הצדדים. הואיל וכך, סביר

²⁴⁵ והשוו: "יש לך אדם לוקח מקח ובני אדם אינן יודעין מהו אבל משכר הסרסור נתודע מה לקח, כך התורה אין אדם יודע מה היא אלא משכר שלקח משה, שנאמר 'ומשה לא ידע כי קרן עור פניו בדברו אתו'" (שמות רבה, פרשה לג).

²⁴⁶ למותר לציין, כי ככל שמדובר במקורות תלמודיים, יש בהם כדי ללמד על האופן שבו התלמוד מפרש את המשנה, לאו דווקא על תפיסתה העצמית של המשנה.

²⁴⁷ בבלי, בבא בתרא ע"ב.

²⁴⁸ להלן, ליד ציון הע"ש 754.

²⁴⁹ אכן, ראשונים רבים הדגישו, כי מן הסוגיה עולה שהשאלה "היכי דמי" מוסבת על דעות ר' יהודה וחכמים כאחד. ראו למשל, רשב"ם, בבא בתרא ע"ב, ד"ה 'היכי דמי'; נימוקי יוסף, בבא בתרא פרק ה (דף לט ע"ב בדפי הרי"ף), ד"ה 'היכי דמי'.

²⁵⁰ המשמעות השניה עשויה גם להיות צמד ובקר יחדיו. בכך נדון להלן.

שחכמים המתנגדים לשימוש בגובה התמורה גם במקרה זה, נוקטים בעמדה זו מטעמי אי-קבילות משפטית ולא מטעם העדר כוח ראייתי. המשך הסוגיה מחזק זאת עוד יותר.

ב. חלקה השני של הסוגיה דן בהתנגשות, לכאורה, בין גישת חכמים במשנה לבין דין אונאה:²⁵¹

ואי אין הדמים ראייה, ליהוי ביטול מקח!

וכי תימא, ביטול מקח לרבנן לית להו, ולא? והתנן, רבי יהודה אומר: המוכר ס"ת, בהמה ומרגלית - אין להן אונאה; אמרו לו: לא אמרו אלא את אלו!

מאי אין דמים ראייה נמי דקתני? דהוי ביטול מקח.

ואיבעית אימא: כי אמור רבנן אונאה וביטול מקח - בכדי שהדעת טועה, אבל בכדי שאין הדעת טועה לא, אימור מתנה יהב ליה.

נקודת המוצא של הסוגיה היא סתירה לכאורה בין התוצאה הפרשנית שאליה מגיעים חכמים לבין התוצאה הצפויה על פי דיני אונאה. חכמים מפרשים חוזה למכירת "צמד תמורת 200 זוז" כמתייחס לצמד לבדו, על אף שידוע שתמורה זו שוות-ערך לצמד ובקר יחדיו. תוצאה זו, על פיה הקונה משלם 200 זוז עבור נכס השווה הרבה פחות, מתנגשת עם דיני אונאה, אשר תכליתם להגן על הצדדים מפני מחיר לא הוגן. על פי דיני אונאה, יש לבטל חוזה הסובל מפער כה גדול בין התמורות.

בשלב ראשון מבקשת הסוגיה לבחון את האפשרות ש"ביטול מקח לרבנן לית להו", כלומר שלשיטתם אין להעניק סעדים למתאנה.²⁵² אם אפשרות זו היתה מתקבלת, ניתן היה לטעון, כי לדעת חכמים אין למוצר מחיר ראוי לפי אמת מידה אובייקטיבית, ולעולם המחיר הראוי הוא פרי הסכמתם הסובייקטיבית של הצדדים. לפיכך, גובה התמורה אינו אינדיקציה לדבר, ולכן חכמים אינם מתחשבים בגובה התמורה, לא לעניין פרשנות החוזה ולא לעניין הענקת סעדים למתאנה.

אולם התלמוד דוחה הסבר זה ומוכיח, כי חכמים מקבלים את העיקרון שיש להגן על המתאנה מפני מחיר מופרז ומקפח, כלומר הם מקבלים את ההנחה שבבסיס דיני אונאה כי ישנו מחיר הוגן וכי ניתן למדוד מחירים הסוטים ממנו באופן מופרז. ואם כן, הדרא קושיא לדוכתא, כיצד נפרנס את דעת חכמים הסוברים שאין הדמים ראייה ואת התוצאה הנגזרת מכך (מכירת הצמד תמורת 200) עם הכרתם של חכמים בדיני אונאה ועם התוצאה המתבקשת מכך (ביטול החוזה)?

²⁵¹ בבלי, בבא בתרא עז ע"ב - עז ע"א. לדיון בהלכות אונאה ראו ורהפטיג, **שער, מחירים**, 17; פורת, **דין אונאה**. בחרתי במילה 'אונאה', כדי להבדילה מן ה'הונאה' בת זמננו. צורה זו מקובלת בחלק ממקורות חז"ל. על כך ראו פורת, **הצדק החוזי**, 6, הערה 10; פורת, **דין אונאה**, 288, הערה 11.

²⁵² ראו רשב"ם, שם, לגבי הסברים שונים לגישת חכמים (על פי שלב זה של הסוגיה) שאינם מעניקים סעדים למתאנה. והשוו עם נוסח כ"י פריז: "וכי תימא בכי האי גונא ביטול מק' לרבנן לית להו", ובדומה בכ"י המבורג (בכ"י אסקוריל: "וכי תימא קסברי רבנן כי האי גונא לא קניא אונאה"). לפי נוסחים אלה משמע שאין מדובר בטענה אודות עמדתם הכללית של חכמים.

בנקודה זו מציע התלמוד שני הסברים.²⁵³ על פי ההסבר הראשון, המשנה מציינת רק את התוצאה הפרשנית (אליבא דחכמים), אך לא את התוצאה המשפטית הסופית: אמנם החוזה יפורש כמתייחס לצמד לבדו, אך בשל אונאת המחיר שבו יוכל הקונה לבטלו.²⁵⁴ על פי ההסבר השני, כאן מדובר בחריג שאין דיני אונאה חלים עליו: פער כה גדול בין שווי הממכר לבין המחיר המשולם מלמד שככל הנראה הקונה התכוון להיטיב עם המוכר, כלומר להעניק לו מעין מתנה, ולפיכך חוזה זה אינו נתון תחת פיקוחם של דיני אונאה.²⁵⁵

כיצד עשויים הסברים אלה להקרין על הבנת התנגדותם של חכמים לפרש את החוזה על פי גובה התמורה? נראה, כי שניהם מחדדים את התובנה, כי חכמים מודעים בהחלט לעובדה שהפירוש הלשוני שבו הם מצדדים מוביל לתוצאה בעייתית (שלא לומר בלתי סבירה²⁵⁶). על פי ההסבר הראשון, חכמים מעדיפים להניח שהקונה שגה בהערכת שווי הממכר באופן דרמטי ובטעות הסכים לשלם 200 זוז עבור צמד השווה הרבה פחות. על פי ההסבר השני הדברים חריפים עוד יותר, ולפיו חכמים מעדיפים להניח שהקונה התכוון להיטיב עם המוכר במתנת חנם ששוויה רב. כל זאת, כדי לאפשר את ההיצמדות לפירוש הלקסיקאלי המופיע במשנה, תוך אי התחשבות בממד הנסיבתי (גובה התמורה) היכול לזרוע אור בהיר יותר על כוונת הצדדים.

יתירה מכך, בהסבר הראשון מעדיפים חכמים פירוש הנצמד למשמעות המילולית של לשון החוזה, אף שהוא מוביל לתוצאה סופית של ביטול החוזה, ואין הם מעדיפים פירוש הצמוד לאומד דעתם המשוער של הצדדים, אשר יביא לקיום החוזה.²⁵⁷ דומני, כי הדבר מחזק את הטענה, כי התנגדותם של חכמים לשימוש בגובה התמורה כאמצעי פרשני אינה נובעת מבעיה שהם מזהים במהימנותה של ראייה זו, אלא בהתנגדות עקרונית לקבילותה המשפטית.

עוד יש להדגיש, כי הסוגיה קיבלה כפשטם את דברי חכמים במשנה ש"אין הדמים ראייה", ולא סייגה זאת בכל סייג שהוא. הסוגייה אינה רומזת על נסיבות מיוחדות שבהם חכמים מוכנים לשקול את פירוש החוזה על פי גובה התמורה. אכן, יש בין הפוסקים אשר בעקבות סוגיה זו פסקו כדעת חכמים, וזאת באופן גורף, ומהם משמע כי לעולם ובכל מצב גובה התמורה אינו אמצעי קביל לפירוש החוזה.²⁵⁸

²⁵³ על פי הנוסח המופיע בכ"י וטיקן, אין זה ברור שאמנם מדובר בשני הסברים נפרדים: "מאי אין לדמים ראייה נמי דקתני דהרי ביטול מקח ואי בי אמור רבנן אונאה ביטול מקח הני מילי בכדי שהדעת טועה אבל בכדי שאין הדעת טועה לא אימר מתנה הוא דיהיב ליה".

²⁵⁴ חשוב להדגיש, כי הסבר זה מעמיד את כללי הפרשנות בפרופורציה המשפטית הראויה, כמי שקובעים את נקודת המוצא של החוזה אך לאו דווקא את תוצאתו הסופית. עניין זה נידון כמה פעמים לאורך המחקר. ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 46, ולהלן ליד ציוני הע"ש 660, 1343. לניתוח דומה במשפט הישראלי (במסגרת עילת הטעות) ראו פרידמן וכהן, **חוזים**, כרך ב, 701.

²⁵⁵ שני ההסברים נפסקים להלכה על ידי הרמב"ם, משנה תורה, מכירה פרק כז, הלכה ה.

²⁵⁶ על פירוש לשוני דווקני המוביל לתוצאה בלתי סבירה ראו להלן, ליד ציוני הע"ש 387, 1435.

²⁵⁷ על שאלת העדפתו של פירוש המקיים את החוזה ראו להלן, ליד ציוני הע"ש 787, 1564.

²⁵⁸ ראו להלן, הע"ש 263. ראשונים אחרים טענו לסייגים שונים לסוגיה זו, בעיקר בשל השוואתה עם סוגיית 'שור ונמצא נגחן', שבה נעסוק להלן.

אם אכן יש אמת בדרך זו של הצגת הדברים, נראה שמחלוקת ר' יהודה וחכמים אינה בשאלה, האם גובה התמורה הנו אינדיקציה טובה לאומד דעתם של הצדדים. חכמים אכן עשויים להודות לר' יהודה בנקודה זו. מחלוקת התנאים שונה: האם כאשר לשון החוזה מעוררת בעיה פרשנית יש לפתור אותה בתוך גבולות הלשון (חכמים), או שמא בכלים חוץ-לשוניים המסייעים לחשיפת אומד דעת הצדדים (ר' יהודה). אני סבור, כי הסוגיה התלמודית הבאה מחזקת עוד יותר את דבריי.

3.4.2.4. סוגיית 'שור ונמצא נגחן'

בכמה מקומות במחקר זה אשווה את מימצאינו עם העולה מסוגיית "שור ונמצא נגחן",²⁵⁹ השוואה שאותה אני מוצא פוריה במיוחד מטעמים שיובהרו להלן. מסוגיה זו אנו יכולים ללמוד, כי כאשר מדובר בשאלה פרשנית שאינה קשורה בלשון החוזה נוקטים חז"ל בגישה פרשנית סובייקטיבית, לאמור, מפעילים אמצעים שונים כדי לחשוף את אומד דעתם הסובייקטיבית של הצדדים, כפי שזו היתה בעת כריתת החוזה. בין השאר, הם בודקים את גובה התמורה כדי כדי לחשוף את אומד דעתם המשוער של הצדדים. זאת בניגוד גמור למשתמע מסוגיית "אין הדמים ראייה". תובנה זו תומכת בטיעוני, כי התנגדותם של חכמים במשנתנו לפירוש החוזה על פי גובה התמורה אינה נובעת מאי-מהימנותה של ראייה זו, אלא מהתנגדות עקרונית לפתור בעיות לשוניות באמצעים חוץ-לשוניים.

סוגיית "שור ונמצא נגחן" דנה בחוזה למכירת שור, אשר כעבור זמן מתגלה כנגחן. הקונה טוען, כי יש לבטל את החוזה מדין מקח טעות, שהרי לא ניתן להשתמש בשור נגחן למטרת חרישה (אשר נחשב לענין זה בעל מום). כנגדו טוען המוכר, כי אין לבטל את החוזה, שכן ניתן להשתמש בשור נגחן למטרת שחיטה. גדר השאלה הוא אפוא, מה היתה תכלית רכישת השור – לחרישה או לשחיטה. ודוק, השאלה אינה לשונית, שכן המילה 'שור' מציינת בשווה שור נגחן ושור תם, כשם שהיא מציינת בשווה שור שמן ושור רזה, שור חום או שור שחור. הבעיה הפרשנית במקרה זה נוגעת לכוונת הצדדים (וביתר דגש לכוונת הקונה) כשהיא ניצבת חוץ לגדר הלשון.

במסגרת הדיון במחלוקת האמוראים רב ושמואל במקרה המתואר מציע התלמוד:

וניחזי אי דמי רדיא - לרדיא, אי דמי נכסתא - לנכסתא! לא צריכא, דאוקיר בישראל וקאי בדמי רדיא.

התלמוד מציע אפוא להכריע את הבעיה על פי גובה התמורה עליה הסכימו הצדדים.²⁶⁰ ההנחה היא, שהפער בין שווי שור לחרישה לבין שווי שור לשחיטה גבוה דיו כדי לספק אינדיקציה מהימנה לקביעת טיבה של העסקה שלפנינו.²⁶¹ התלמוד דוחה אפשרות זו באוקימתא, שכאן הפער

²⁵⁹ בבלי, בבא קמא מו ע"א - מו ע"ב. סוגיה זו מופיעה גם בבבלי, בבא בתרא צב ע"א - צב ע"ב.

²⁶⁰ בירושלמי, שביעית ה, ח (מהד' זוסמן, 195) לא מופיעה האפשרות של בדיקת גובה התמורה. זאת למרות שהירושלמי מציע לבדוק את טיבו של הקונה, באופן הדומה במידת מה למופיע בתחילת סוגיית הבבלי (על כך ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1185).

²⁶¹ כך על פי רוב המפרשים. ברם, הר"י מיגש, בבא בתרא צב ע"א, ד"ה 'וליחזי' הציע, כי פניית התלמוד לגובה התמורה נועדה לתכלית אחרת: בדיקה האם יש בעיסקה משום אונאת מחיר, באופן המזכה את המתאנה בסעדים.

בין השווי של שני סוגי השוורים הצטמצם, דמי בשר השור האמירו והשתוו עם דמי שור לחרישה, ולפיכך כעת לא ניתן להפעיל אינדיקציה זו.²⁶² אולם מן הסוגיה עולה בבירור, כי באופן עקרוני, מקום שבו יש פער משמעותי בשווי העסקה על פי כל אחד משתי האפשרויות, ניתן יהיה בהחלט להיעזר בגובה התמורה כאינדיקציה אפקטיבית.

מהו היחס בין סוגיית "אין הדמים ראייה", שבה דחו חכמים את אפשרות הפניה לגובה התמורה, לבין סוגיית "שור ונמצא נגחן", אשר קיבלה אפשרות זו ללא עוררין? כמה דרכים הוצעו לביאור הענין.

ניתן, כמובן, להכריע כי מחלוקת סוגיות לפנינו, אשר על הפוסקים להכריע ביניהן. יתכן שזו דרכם של הפוסקים, אשר אימצו באופן גורף את כללם של חכמים כי לעולם אין הדמים ראייה.²⁶³

אפשרות שנייה, שבה הלכו רבים מן הראשונים ובראשם בעלי התוספות,²⁶⁴ היא שילוב שתי הסוגיות באופן הרמוני. לדידם, חכמים מודים שבמקרים מסוימים הצדק עם ר' יהודה ש"הדמים מודיעין".²⁶⁵ על פי גישה זו, חכמים סבורים כי גובה התמורה הוא אינדיקציה פרשנית בעלת כוח מוגבל. לפיכך, זוהי אינדיקציה שאינה יכולה לעמוד בפני עצמה נגד כללי הכרעה אחרים, אולם כאשר כללי ההכרעה האחרים חלוקים בינם לבין עצמם, כלומר מובילים לתוצאות מנוגדות, יבוא גובה התמורה ויכריע ביניהם. במקרה הצמד והבקר, הן הרוב והן כללי המוחזקות תומכים

אם המחיר ששילם הקונה שווה ערך לשור חרישה, ונמצא השור נגחן וראוי רק לשחיטה, הקונה התאנה במחיר ויש להעניק לו סעדים במסגרת דיני אונאה; זאת בלא להכריע מה היתה כוונתו הראשונית ומהי הפרשנות הראויה של החוזה. וראו גם להלן, הע"ש 271. להרחבת היריעה בשאלה, האם יש לפרש את החוזה על פי גובה התמורה כדי לקדם ערכי תום לב ושקילות התמורות, ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1540.

אם היה מתקבל הסבר זה של הר"י מיגש, היה בכך כדי להעניק משנה תוקף לקביעה, כי התלמוד אינו נעזר בגובה התמורה כדי להתחקות אחר כוונת הצדדים, כדעת חכמים. ברם, הר"י מיגש עצמו דוחה הסבר זה, שכן הוא אינו מעוגן דיו בלשון הסוגיה, ולדעתו השימוש שעושה הסוגיה בגובה התמורה אכן נועד להתחקות אחר כוונת הקונה.

²⁶² בכ"י וטיקון, בבלי, בבא בתרא צב ע"א מוסבר ליהפך: "לא צריכי דזל רידיא וקאי בדמי נכיסתא".

²⁶³ ראו, למשל, רמב"ם, משנה תורה, מכירה פרק כז, הלכה ג: "ואין הדמים ראייה בכל אלו הדברים וכיוצא בהן"; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רכ, סעיף ח. ראו גם ר"י מיגש, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'הא דתנן'. ברוח זו יש גם לראות את מי שטען, כי סוגיית 'שור ונמצא נגחן' היא אליבא דר' יהודה ולא אליבא דחכמים. ראו רבינו חננאל, המובא בחידושי הריטב"א, בבא בתרא צב ע"א, ד"ה 'ונחזי'.

²⁶⁴ תוספות, בבא קמא מו ע"א, ד"ה 'ונחזי'; תוספות, בבא בתרא צב ע"א, ד"ה 'וליחזי'.

²⁶⁵ ראו למשל, רשב"ם, בבא בתרא צב ע"א, ד"ה 'וליחזי'. ראו גם נימוקי יוסף, בבא בתרא פרק ה (דף לט ע"ב בדפי הרי"ף), ד"ה 'היכי דמי'; עליות דרבינו יונה, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'לא צריכא'; חידושי הרשב"א, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'לא צריכא'; יד רמה, בבא בתרא פרק ה, ס"ק לב; שם, פרק ו, ס"ק יא; תרומות הדשן, סימן שכג; טור, חושן משפט, סימן רכ; הגהת הרמ"א, חושן משפט, סימן רכ, סעיף ח. הרמ"א הוסיף וקבע לגבי חוזה שכירות שלא פורש בו תום מועד השכירות, כי יש לפרשו על פי גובה התמורה; ראו הגהת הרמ"א, חושן משפט, סימן שיב, סעיף ב; קצות החושן, שם, ס"ק ב.

וראו שו"ת אפרסקתא דעניא, חלק ג, אבן העזר, סימן רסז, שחזר על דברי פוסקים אלה ואחר סיכם: "ועל כל פנים, הכל הוא לפי ראות עיני הדיין לפי ערך האיש והדמים". תשובתו התייחסה לחוזה בין שדכן לבין אבי הבת, אשר קבע את דמי השדכנות לפי גובה הנדוניה שיתן אבי הבת לחתן. אבי הבת נתן לחתנו כסף ומשרת דיניות, והמחלוקת שהתגלעה היתה האם משרת הדיניות הנה חלק מן הנדוניה. על כך ביקש המשיב ללמוד מגובה סכום הכסף שהחזר נתן לחתנו. וראו גם שו"ת אמרי שפר (קלצקין), סימן ל.

אשר להתנגשות בין אינדיקציית גובה התמורה לבין מנהג המדינה, ראו קצות החושן, סימן שלא, ס"ק א.

בגרסת המוכר (שעליו לתת צמד לבדו).²⁶⁶ לפיכך, העובדה שגובה התמורה תומך בגרסת הקונה (שהוא זכאי לקבל גם את הבקר) לא תכריע כנגדם.²⁶⁷ לעומת זאת, במקרה השור הנגחן מצב העניינים מורכב יותר: מחד גיסא, הרוב תומך בגרסת הקונה כי העסקה היתה למטרת חרישה ("רובא דאינשי לרדיא הוא דזביני"), ומאידך גיסא המוכר הוא המוחזק בשור. לפיכך כאן גם חכמים מודים כי גובה התמורה יכריע את הבעיה.

אפשרות זו, המונעת משיקולי הרמוניזציה של סוגיות התלמוד, סובלת משני קשיים עיקריים. הראשון, סוגיית "אין הדמים ראייה" אינה מספקת כל רמז, או שבר רמז, כי קביעתם של חכמים כי הדמים אינה ראייה היא חלקית ומסויגת. שנית, אפשרות זו מטילה על סוגיות התלמוד אילוץ לאוקימתאות מסוימות למדי. כך למשל, את מקרה הצמד והבקר עליה להסביר כמתייחסת למקרה שבו המוכר מחזיק הן בממכר (בצמד והבקר) והן בתמורה, אז אכן הוא המוחזק. אולם אם נתייחס לסיטואציה שכיחה לא פחות, שבה הקונה עדיין מחזיק בכסף (וכל שכן אם הוא גם מחזיק בצמד והבקר) הרי שכל תמונת המצב המשפטית תשתנה, שכן כעת הרוב אמנם תומך במוכר, אולם הקונה מוחזק לא פחות ממנו.²⁶⁸

על פי אפשרות שלישית, העדיפה לעניות דעתי, יש להבחין בין שתי הסוגיות כעוסקות בשתי שאלות נפרדות. סוגיית "אין הדמים ראייה" דנה בחוזה שלשונ אינה ברורה. משימתה היא פרשנות לשונית, ולפיכך גובה התמורה מהווה תחליף חוץ-לשוני לפתרון הבעיה הפרשנית הלשונית. זאת בשונה מסוגיית "שור ונמצא נגחן", שבה לשון החוזה ברורה ומחוורת והשאלה המתעוררת נוגעת אך ורק לאומד דעתם של הצדדים. חכמים אינם מתנגדים לגישת ר' יהודה, כי גובה התמורה עשוי להיות אינדיקציה טובה לאומד דעת הצדדים, ולפיכך הם אינם מתנגדים לשימוש באמצעי זה שעה שלשון החוזה אינה מושא הפרשנות. מחלוקתם של חכמים ור' יהודה מוגבלת אך ורק לחוזה המעורר בעיה פרשנית-לשונית, אז טוענים חכמים כי יש לפרש את החוזה בתוך גדריו הלשוניים.²⁶⁹ דברי הראב"ד²⁷⁰, כך נדמה לי, מבטאים היטב את הדבר:

²⁶⁶ המוכר הוא המחזיק בצמד ובבקר, ועל פי הסבר זה, הרוב מציינים בשם 'צמד' צמד לבדו. כפי שצייתי במקום אחר (להלן, הע"ש 824, 829), קביעה זו אינה נקיה מספיקות, שכן על פי הגרסאות השונות לסוגיה לא ברור כי מדובר ביחסי רוב ומיעוט בין הקבוצות השונות. אכן, תוספות מודעים לחילופי גירסאות אלה ומתייחסים להשפעתם על ההסבר שנתנו.

²⁶⁷ ואילו ר' יהודה סובר שאף במקרה זה גובה התמורה יכריע.

²⁶⁸ חשוב להדגיש, כי אם הקונה מחזיק בכסף, טענת המוחזק תעמוד לו לא רק לגבי התמורה אלא אף לגבי הממכר עצמו, אף שהוא לא מחזיק בו. הקונה יוכל לטעון, כי אם המוכר תובע את מלוא הכסף תמורת צמד לבדו עליו הראיה שאכן החוזה מתייחס לצמד לבדו ולא לצמד ובקר יחדיו. החיובים ההדדיים מותנים זה בזה (ממכר תמורת כסף) והמחזיק באחד יכול לעכב את ביצוע האחר בלא הבאת ראייה מספקת.

²⁶⁹ הסבר זה גם מיישב היטב את השאלה, מדוע סוגיות אחרות העוסקות בפירוש לשון החוזה לא העלו את האפשרות של פירוש החוזה לפי גובה התמורה, בשונה מהצעת התלמוד בסוגיית "שור ונמצא נגחן". כוונתי לסוגיות 'בית ובריה' (בבלי, בבא בתרא סא ע"ב) ו'כד וחבית' (בבלי, בבא קמא כז ע"א) שבהן נעסוק להלן (ליד ציוני הע"ש 760, 767). וראו תוספות, בבא בתרא סא ע"ב, ד"ה 'שמע מינה', שלמדו מסוגיות אלה כי הלכה כחכמים ולא כר' יהודה. תוספות אלה גם מביאים את דעות ר"י ורשב"ם, שהסבירו כי אינדיקציית גובה התמורה אינה רלוונטית באופן ספציפי לסוגיית 'בית ובריה', העוסקת במכירת מקרקעין, ואף לא באופן ספציפי לסוגיית 'כד וחבית' (תוספות, בבא קמא כז ע"א, ד"ה 'ואיכא נמי'). ראו גם חידושי הרשב"א, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'היכי דמי'. ראו גם הסברם האחר של תוספות

דרבנן מודו שבמקום שהשם שווה הדמים מוכיחים ושור לחרישה ושור לטביחה שם אחד להם הלכך הדמים ראייה ואי לדמי רדיא ודאי לרדיא זבניה כנ"ל. והחכם ישמעע ויוסיף לקח.²⁷¹

סבורני, כי זו גם כוונת הר"י מיגש:²⁷²

ואיתחזי לן בפירוקא דהאי קושיא, דהמוכר שור ונמצא נגחן לא דמי למתני אין הדמים ראייה, דכי קתני אין הדמים ראייה הני מילי לעילוי בזבינא מידי דלא זבין ליה בהדיא, כגון צמד ובקר, אבל לברורי מילתא דזבינא גופיה היכא הוא דנדע אי הוה זביני אי לא בכי הא לא אמרי רבנן אין הדמים ראייה, אלא לעולם הוי ראייה דגלוי מילתא בעלמא הוא עלה דההוא זבינא היכי היה מילתיה,²⁷³ ומשום הכי אמרינן הכא לענין המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן ולחזי דמי היכי.²⁷⁴

(תוספות, בבא קמא כז ע"א, ד"ה 'ואיכא נמי'; תוספות, בבא בתרא צב ע"א, ד"ה 'ולחזי'), שבכל זאת משלב את אינדיקציית גובה התמורה בסוגיית 'כד וחבית', על אף שכלל אינה מוזכרת בה.

²⁷⁰ שיטה מקובצת, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'הא דאמרינן'.

²⁷¹ הראב"ד מתייחס גם להסבר הנוסף (ראו לעיל, הע"ש 261), שלפיו יש לבחון את גובה התמורה כדי לבדוק את השפעת דיני אונאה על עיסקה זו: "והיינו רגילים לתרץ דלענין ביטול מקח קא מקשה, כלומר, לשמואל ודאי הוא מקח טעות הוא משום דמים יתרים שנתן בו. ולפי מה שהצעתו אין אנו צריכין לכך".

²⁷² ר"י מיגש, בבא בתרא צב ע"א, ד"ה 'ולחזי'.

²⁷³ דברי הר"י מיגש מחייבים תוספת הסבר. מדוע הנעשה בסוגיית 'צמד ובקר' נחשב כ"עילוי בזבינא מידי דלא זבין ליה בהדיא"? האם משום שהמילה 'בקר' אינה מצוינת במילון כ'צמד'? והלאו זה בדיוק השאלה הנידונה באותה סוגיה: מה נהוג לציין במילה 'צמד' – את הצמד לבדו או את הצמד והבקר יחדיו? אם הכל מציינים במילה 'צמד' את הצמד והבקר יחדיו, הרי שלא מדובר כאן בהכנסת דבר שלא נאמר בחוזה, שהרי הוא נאמר גם נאמר. ומאידך גיסא, באיזה מובן המהלך הפרשני שנעשה בסוגיית 'שור ונמצא נגחן' הוא 'גלוי מילתא בעלמא הוא עלה דההוא זבינא היכי היה מילתיה'? הלא תיאור זה ניתן להחלה גם על המקרה של 'צמד ובקר'? תמיהות אלה מובילות, לעניות דעתי, למסקנה, כי כוונת הר"י מיגש להבחין בין שאלות של פרשנות לשון החוזה (מה משמעות המילה 'צמד'), אז עוסקים בהכנסת דבר שלא נאמר בפירוש על פי המשמעות המילונאית הקבועה, לבין שאלות של התחקות אחר כוונת הצדדים (מהי מטרת רכישת השור), אז השאלה נוגעת לכוונת הצדדים בעת כריתת החוזה והיא בעלת אופי של שחזור ('היכי היה מילתיה'). עמד על כך הר"ן (חידושי הר"ן, בבא בתרא צב ע"ב, ד"ה 'ולחזי'), שהסביר כי הבחנת הר"י מיגש היא בין 'עילוי בכלל המכר דבר שאינו בכלל, כצמד ובקר, שכל שני דברים, היה לו לפרש' לבין 'ברורי מילתא כגון שור זה שבידוע שמכרו לו אלא שאנו מסופקים לאי זה דבר מכרו'. וכן הסביר בחידושי הריטב"א, בבא בתרא סא ע"ב ד"ה 'ואי אמרי': "הכא [=סוגית 'בית ובריה'] ובההיא דצמד ובקר אין אומרים לרבנן הדמים ראייה לעילוי מילתא שאינו במשמעות הלשון, משא"כ בשור ההוא שאין הדמים ראייה אלא על גילוי הדעת שבו אם לקחו לחרישה או לשחיטה, וזה ברור".

²⁷⁴ בהמשך הדברים הסביר הר"י מיגש בדרך שונה את ההבחנה בין שתי הסוגיות. על פי הסבר זה, שתי הסוגיות עוסקות בשאלה משפטית זהה: למידה מגובה התמורה על כוונת הדובר. ההבדל ביניהן הוא שבסוגית 'צמד ובקר' דרושה אינדיקציה לכוונה המשותפת של הקונה והמוכר, ועל כך לא ניתן ללמוד, לדעת חכמים, מגובה התמורה, בעוד שבסוגיית 'שור ונמצא נגחן' דרושה אינדיקציה לכוונת הקונה לבדו, ולפיכך כאן חכמים מודים (כעין זה ראו ברכת שמואל, בבא בתרא, סימן יב). ההיגיון שבהבחנה זו אינו ברור לגמרי. ואכן, כשהראשונים הביאו את דברי הר"י מיגש הם התייחסו להסברו הראשון, וכמעט תמיד התעלמו מן ההסבר השני. ראו חידושי הרמב"ן, בבא בתרא צב ע"א, ד"ה 'ליחזי'; חידושי הרשב"א, בבא בתרא צב ע"א, ד"ה 'ולחזי'; חידושי הריטב"א, בבא בתרא סא ע"ב, ד"ה 'ואי אמרי';

דברים דומים מצויים אצל ראשונים נוספים.²⁷⁵

אפשרות שלישית זו מחזקת את טענתי, כי התנגדותם של חכמים לגישת ר' יהודה היא משפטית ולא עובדתית; במישור הקבילות ולא במישור המהימנות. חכמים מודים כי גובה התמורה הוא אינדיקציה הגונה לחשיפת כוונת הדובר, "גילוי מילתא בעלמא הוא" כלשון הר"י מיגש, אולם על פי גישתם זו אינה תכלית פרשנות לשון החוזה, שהיא בירור לשוני. לפיכך הם מתנגדים באופן גורף לשימוש בגובה התמורה כאשר לשון החוזה היא שטעונה פרשנות, ואינם מתנגדים לכך שעה שהבעיה הפרשנית אינה קשורה בלשון החוזה.²⁷⁶

חידושי הריטב"א, בבא בתרא צב ע"א, ד"ה 'ונחזי'; חידושי הר"ן בבא בתרא סא ע"ב, ד"ה 'לא צריכא', ושם צב ע"ב, ד"ה 'ולחזי'.

²⁷⁵ ראו פסקי הרי"ד, בבא בתרא סא ע"א, ד"ה 'ואי קשיא': "עד כאן לא פליגי רבנן עליה דר' יהודה אלא בבקר משום דאיכא דלא קרו ליה צמד ואיהו צמד זבין ליה, אבל בשור ונמצא נחן שבין אם מכרו לרידיא בין אם מכרו לשחיטה שור מיקרי, בודאי דאמרינן שהדמים מודיעים אם לרידיא מכרו אם לחרישה, שבכל הוכחה שנוכל לברר דבר זה אנו מבררים אותו וליכא מאן דפליג בהא". וכן ראו פסקי הרי"ד, בבא בתרא צב ע"א, ד"ה 'ומקשה ולחזי'. ובעל ספר ההשלמה, בבא בתרא פרק ו, סעיף א (על דף צב ע"א) כתב: "ואף על גב דאמרי רבנן אין הדמים מודיעים הני מילי לענין צמד ובקר דתרי מילי נינהו וכיון דאדכר ליה צמד ולא בקר לא אמרינן שמכר לו הבקר בשביל הדמים כיון שלא הזכיר הבקר אבל בדבר אחד אפילו רבנן מודו שהדמים ראייה אי לשחיטה או לרידיא". והשוו שו"ת ב"ח (ישנות), סימן מז: "במוכר שור, דאין הוכחה בלשון כלל כיון שהראה לו השור שמכר לו הלכך אמרינן הדמים מודיעים". וראו גם ברכת שמואל, בבא בתרא, סימן יב.

²⁷⁶ הבחנה זו עשויה לסייע להבהרת כמה תשובות, שבהן הפוסקים פנו לגובה התמורה בלא שהם ראו בכך כל התנגשות עם ההלכה שאין הדמים ראייה. כך למשל, המהר"ם מרוטנבורג נעזר בגובה התמורה כדי לקבוע כי אדם שרכש תכשיט, אשר היה נראה כעשוי מזהב ואשר שילם תמורתו מחיר השווה לתכשיט זהב, התכוון לרכוש תכשיט זהב דווקא. לפיכך, אם התגלה כי התכשיט מכיל עופרת הרי זה מקח טעות. ראו שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, חלק ד (דפוס פראג), סימן אלף י. וראו שו"ת בנימין זאב, סימן שצז, לגבי מקרה דומה, שבו אדם רכש טבעת בחזקת זהב במחיר נמוך מן הרגיל, ולאחר מכן התגלה כי היא מכילה כסף. כחלק מן הדיון בשאלת מקח טעות הסתמך המשיב על גובה התמורה.

ר' יעקב רישר חידש, כי הדמים עשויים להיות ראייה להשלמת חלל בחוזה, אך לא לפירוש החוזה. דבריו התייחסו להבדל בין חוזה שכירות שלא נאמר בו מועד תום השכירות (ראו לעיל, הע"ש 265), לבין חוזה שכירות שנקבע בו מועד בלתי ברור כתום השכירות: "ודאי היכי שנתן לו שכירות ולא קצב לו זמן הוא נגד הסברא דלא שדי אינש זוזי בכדי איך לא יפרש השוכר או המשכיר איזה זמן קצוב אלא ודאי סמכו אשכירות כנגד מעותיו, משא"כ היכי ששכר לזמן שאמר לשנה זו רק שאנו מסתפקין איך היה כוונתם וכן במכר את הצמד אף דאיכא דקרי לצמד בקר ולבקר צמד מ"מ אין הדמים ראייה ואמרינן ששכר או מכר לו הפחות והדמים מתנה" (שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן קעה). יתכן ופשר הבחנה זו הוא בין השלמת חוזה, אשר מבוססת על התחקות אחר כוונת הצדדים, לבין פרשנות חוזה שהיא בעיקרה משימה לשונית (וראו לעיל, ליד ציון הע"ש 52). ברם, עליו להודות, כי הרב רישר מתאר את הליך הפרשנות במלים: "שאנו מסתפקין איך היה כוונתם".

באופן דומה נפסק בזמננו לגבי חוזה לרכישת מגרש, כאשר התעוררה השאלה האם הקונה רכשו למטרת בנייה או למטרת חינוך. בית הדין למד מגובה התמורה כי מטרת הקונה היתה רכישה למטרת בנייה. ראו פסקי דין – ירושלים, דיני ממונות ובירורי יוחסין ז, עמ' רא.

תובנה זו לעתים באה לידי ביטוי מפורש בדברי הפוסקים. כך למשל, לדברי הב"ח: "הדמים מודיעים כשאין הוכחה בלשון" (שו"ת ב"ח, ישנות, סימן מז). וכן ר' יאיר בכרך, כשנשאל לגבי פירושה של פשרה על פי הגדרת תכליתה, הוא הציע לבדוק את גובה התמורה שכן "ודאי אמרינן הדמים מודיעים דהרי ק"ל במקום שאינו סותר הלשון" (שו"ת חוות יאיר, סימן מ).

3.4.3. "כליו עליו"

מחלוקת נוספת של ר' יהודה וחכמים נשנתה לגבי חוזה למכירת "חמור", כאשר גדר המחלוקת בין הצדדים הוא בשאלה, האם כלי החמור כלולים במכירת החמור, אם לאו.

3.4.3.1. משנה

וכך אומרת המשנה:²⁷⁷

המוכר את החמור לא מכר את כליו.

נחום המדי אומר: מכר את כליו.

רבי יהודה אומר: פעמים מכורין ופעמים אינן מכורין; כיצד? היה חמור לפניו וכליו עליו ואמר לו "מכור לי חמורך זה" הרי כליו מכורין, "חמורך הוא"²⁷⁸ אין כליו מכורין.

על פי פשטה של המשנה, תנא קמא ונחום המדי נוקטים מתודה פרשנית דומה, אף כי ממנה מגיעים לתוצאות פרשניות הפוכות. שניהם קובעים הגדרה לקסיקאלית קשיחה, כשלדעת תנא קמא המילה 'חמור' מציינת את החמור לבדו, ואילו לדעת נחום המדי היא מציינת את החמור ואת כליו.²⁷⁹ בשאלת מעמדו הפרשני של הלקסיקון נעסוק בהרחבה להלן.

לעומתם, ר' יהודה נוקט במתודה פרשנית שונה לחלוטין, המשקללת שני אלמנטים שעל פי טבעם משתנים ממקרה למקרה: מיקום כלי החמור ובחינה מדוקדקת של דברי הקונה. ראשית, הוא בודק את מיקום כלי החמור: אם הם אינם עליו ברי לרי' יהודה כי יש לפרש את החוזה כמתייחס לחמור לבדו. אם הכלים מצויים על החמור יש לבחון בדקדקנות את מלותיו של הקונה: אם אמר "מכור לי חמורך זה" יש לפרש את ההדגשה המיוחדת ("זה") כבאה לרבות גם את כלי החמור, ואם אמר "חמורך הוא" אין כאן הדגשה מיוחדת (אלא זיהוי בעל החמור), ולפיכך החוזה יפורש כמתייחס לחמור לבדו.²⁸⁰

על פי פשטה של המשנה, אין סיבה להניח כי שני התנאים הראשונים משקללים את המרכיבים שהוסיף ר' יהודה. אדרבה, לשונו של ר' יהודה: "פעמים מכורין ופעמים אינן מכורין" מלמדת כי אלו שקדמוהו פירשו את החוזה בדרך קשיחה וגורפת, שאינה תלויית נסיבות, כך שלעולם הם מכורים (נחום המדי), או שלעולם אינם מכורים (תנא קמא).²⁸¹ דומה כי התוספתא הבאה מחזקת את הדבר:²⁸²

²⁷⁷ משנה, בבא בתרא ה, ב.

²⁷⁸ בכ"י קויפמן ובכ"י פארמה: "חמורך הוא".

²⁷⁹ עוד על מחלוקתם ראו להלן, ליד ציון הע"ש 498.

²⁸⁰ ראו בבבלי, בבא בתרא עח ע"ב.

²⁸¹ אמנם התלמוד (בבלי, בבא בתרא עח ע"א) הציע לפרש, כי כשם שר' יהודה התייחס למקרה שבו כלי החמור עליו כך גם התנאים בתחילת המשנה, אולם התלמוד דחה זאת באומרו: "רבי יהודה מלתא אחרייתי קאמר". כאמור, לעניות דעתי, מסקנה זו הולמת את פשט המשנה.

²⁸² תוספתא, בבא בתרא ד, ב (מהדי ליברמן, 141).

כיצד? "חמור וכליו אני מוכר לך" מכר את המרדעת ואת האוכף ואת שליו ואת הקלקי ואת החביק, אבל לא מכר לא את הזוג ולא את הקרקש ולא את פרומביא, ולא את דוסיקה, ולא את כומני, ולא את השק.

ר' שמעון או' היה עליו שליו מלא, נופצו ונותנו לו. ואם אמ' לו "חמור וכל מה שעליו אני מוכר לך", הרי כולן מכורין.

לדעת ליברמן,²⁸³ תוספתא זו מתייחסת למשנתנו. חלקה הראשון דן בחוזה שבו נאמר במפורש כי העסקה כוללת את כלי החמור, והתוספתא מגדירה בהתאם את קבוצת הכלים הרלוונטיים. ואילו חלקה השני דן באמירה גורפת עוד יותר: "חמור וכל מה שעליו אני מוכר לך", שבגינה מקבל הקונה את כל הכלים המצויים על החמור. מן הסיפא של התוספתא ניתן ללמוד כי היא מניחה שמדובר בכלים המצויים על החמור, והנחה זו חלה אף על הרישא של התוספתא וככל הנראה אף על המשנה שקדמה לה. כלומר, כאשר תנא קמא ונחום המדי נחלקו כיצד לפרש את המילה 'חמור' הם התייחסו (גם) לסיטואציה שהכלים מצויים על החמור.²⁸⁴ נסיבה זו לא נשקלה על ידי התנאים, למעט ר' יהודה.

מסקנת דברינו היא אפוא כי ר' יהודה הוא היחיד מבין התנאים שבמשנה ובתוספתא אשר קושר את פרשנות החוזה עם הנסיבות של מיקום הממכר. יש בין הראשונים שסברו כי הלכה כר' יהודה,²⁸⁵ זאת, בין השאר, לאור העובדה שסוגיית התלמוד דנה בגישתו. אולם מרבית הראשונים לא פסקו כדעתו ומהם נראה כי הלכה כדעת תנא קמא.²⁸⁶

אגב, בפרק זה אני מבקש להכליל את המשניות העוסקות בנסיבות שונות לכדי גישה עקרונית אחת כלפי נסיבות הכריתה. בסוגיית התלמוד העוקבת למשנתנו²⁸⁷ יש עוגן לניסיון זה של הכללה. סוגיית התלמוד, שבה נעסוק בהרחבה להלן, עורכת השוואה בין הגישה הפרשנית שבמשנתנו עם זו המופיעה במקורות תנאיים אחרים לגבי נסיבות אחרות.²⁸⁸ העובדה שמדובר בנסיבות שונות לא הטרידה את בעל הסוגיה שביקש ללמוד ממשנה אחת לרעותה. דומני, כי הדבר מלמד על ראיית הנסיבות השונות כבעיה פרשנית עקרונית אחת. אני סבור, כי קביעה זו אינה חייבת להשתנות גם

²⁸³ **תוספתא כפשוטה**, חלק י, 371. ראו גם מנחת ביכורים, בבא בתרא ד, ב; הלבני **מקורות ומסורות, בבא בתרא**, עמ' קמט.

²⁸⁴ כך הבין בעל סוגיית התלמוד (בבלי, בבא בתרא ע"א), שביקש להסיק מתוספתא זו, כי מחלוקת התנאים במשנה התייחסה לסיטואציה שכלי החמור עליו. בשל אילוצים שונים שבסוגיה (ראו להלן, בסעיף הבא) הוא נטה מפירוש זה, וניסח מחדש את לשון התוספתא: "אימא, ובזמן שאמר לו יהוא וכל מה שראוי להיות עליו".

²⁸⁵ עליות דרבינו יונה, בבא בתרא ע"ב, ד"ה 'והא דתנן'; חידושי הרשב"א, בבא בתרא ע"ב, ד"ה 'חמורך זה'. ראו גם חידושי הריטב"א, בבא בתרא ע"ב, ד"ה 'מאי שנא'; נימוקי יוסף, בבא בתרא פרק ה (דף מ ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה 'חמורך הוא'; חידושי הרי"ן, בבא בתרא ע"ב, ד"ה 'מאי שנא רישא'.

²⁸⁶ רי"ף, בבא בתרא פרק ה (דף מ ע"א); פסקי הרא"ש, בבא בתרא, פרק ה, סימן ח; רמב"ם, משנה תורה, מכירה פרק כז, הלכה ד.

²⁸⁷ בבלי, בבא בתרא ע"ב.

²⁸⁸ למשל, האם חוזה למכירת קרון כולל גם את הפרדות, כשהדבר תלוי בשאלה האם הפרדות והקרון אדוקין זה בזה. ראו בבלי, בבא בתרא ע"ב (בסוגיה זו נדון להלן, ליד ציון הע"ש 354).

כאשר מסיקה הסוגיה לבסוף, כי אין לזהות באופן מוחלט את הנסיבות השונות זו עם זו, וכי יש לעמוד ברגישות על ההבדלים הקלים ביניהן.²⁸⁹

3.4.3.2. תלמוד

על פניו נראה, כי סוגיית התלמוד²⁹⁰ מבקשת להנחיל ראייה שונה של גישות התנאים שבהם עסקנו לעיל. זאת אנו למדים מן השאלה שהעלה התלמוד לגבי משנה:

איבעיא להו: בעודן עליו מחלוקת אבל בשאינן עליו מודה להו נחום המדי, או דלמא בשאינן עליו מחלוקת אבל בעודן עליו מודו ליה רבנן לנחום?

נראה שבעל הסוגיה מניח, כי מחלוקת תנא קמא ונחום המדי צריכה להיות מושפעת באופן מסוים ממיקום כלי החמור, אלא שלא ברור לו אופן זה של השפעה מהו. לפיכך באה שאלתו, האם נחלקו התנאים כאשר כלי החמור עליו (ומסכימים כי כשאינם עליו הם אינם ניתנים לקונה), או שמא נחלקו כאשר כלי החמור אינם עליו (ומסכימים כי כשהם עליו הם ניתנים לקונה). למעשה, בשאלה זו בעל הסוגיה מייחס לתנא קמא ולנחום המדי את העקרון שמצאנו אצל ר' יהודה, כלומר, תלות הפרשנות בנסיבות.

הניסיון התלמודי לשלב בין דעת ר' יהודה לבין דעת התנאים האחרים מתחזק באחד מן השלבים הבאים של הסוגיה, ובעיקר לפי האופן שבו הוא מופיע בחלק מכתבי היד. בהמשך מביאה הסוגיה הוכחות שונות כדי לברר את התשובה לשאלה שהוצגה לעיל. מן העובדה שר' יהודה עצמו התייחס לסיטואציה שבה כלי החמור נמצאים עליו מבקש התלמוד להוכיח שאף התנאים האחרים התייחסו לסיטואציה זו (כלומר, שנחלקו כשעודן עליו). בגרסת הדפוס שלפנינו נאמר:

תא שמע: "רבי יהודה אומר: פעמים מכורין פעמים שאינן מכורין", מאי לאו אמאי דקאמר תנא קמא קאי רבי יהודה?!

כלומר, מחלוקת התנאים מתייחסת למקרה שבו כלי החמור עליו, ובא ר' יהודה והוסיף הבחנה על הבחנתם. על פי חלק מעדי הנוסח, ר' יהודה נתפס לא רק כמי שמוסיף על דבריהם אלא כמי שממש מפרשם, כלומר הבחנותיו הן הן הבחנות התנאים שבתחילת המשנה. כך, למשל, על פי כ"י וטיקן 115:

ת"ש: ר' יהוד' או': פעמים מכורין פעמים [שיוינן מכורין]. מאי לאו ר' יהודה טעמא דנחום המדי קא מפרש?!²⁹¹

אמנם התלמוד דוחה הוכחה זו וטוען, כי ר' יהודה "מילתא אחריתי קאמר", ומדבריו אין ללמוד האם תנא קמא ונחום המדי נחלקו כשכלי החמור עליו או שאינם עליו. ברם, מתוך מכלול הסוגיה ניכר, לכאורה, כי מחברה נטל את הנחת היסוד של ר' יהודה (פרשנות תלוית נסיבות) וקרא אותה אל תוך גישות התנאים האחרים.

²⁸⁹ ראו גם חידושי הרשב"א, בבא בתרא ע"א, ד"ה 'או דלמא'.

²⁹⁰ בבלי, בבא בתרא ע"א.

²⁹¹ כן מופיע בכ"י פריז 1337, ואף רבינו גרשום (בבא בתרא ע"א) ותוספות (בבא בתרא ע"א, ד"ה 'או דלמא') מביאים גרסה מעין זו.

אם כן, לכאורה לפנינו תהליך של מעבר מן המקורות התנאיים, שבהם ר' יהודה לבדו מצדד בפירוש החוזה על פי נסיבות הכריתה, אל המקורות התלמודיים, שבהם מתודה זו מיוחסת גם לשאר התנאים.²⁹²

ברצוני להציע קריאה אחרת של סוגייתנו, על פיה מתכוונת הסוגיה לטעון בדיוק את הטענה ההפוכה, כלומר, להדגיש שתנא קמא ונחום המדי אינם מתחשבים בנסיבות כריתת החוזה, וזאת בשונה מר' יהודה. אמנם הסוגיה בודקת את האפשרות לייחס לתנא קמא ולנחום המדי התחשבות בנסיבות, ולשם כך מביאה הסוגיה שורה ארוכה של הוכחות לכאן ולכאן, אולם בסופו של יום הבדיקה אינה מעלה דבר ולפיכך אפשרות זו נשללת. שלילת אפשרות זו משמעה הקביעה כי התנאים הראשונים טוענים לפירוש לקסיקאלי גורף של החוזה במנותק מנסיבות הכריתה. חיזוק לקריאה זו אני מוצא בחלק מעדי הנוסח לסוגיה.

משיקולים מתודיים אצמד מן הסוף להתחלה. עובדה האומרת דורשני היא, שחרף הנחת המוצא של הסוגיה, כי תנא קמא ונחום המדי נחלקו רק באחת מן הסיטואציות (כשעודן עליו או כשאינן עליו) הפסיקה המאוחרת לא הבחינה ביניהן, ולא ראתה הבדל בין אם כלי החמור עודן עליו ובין אם אינן עליו. כך למשל, פסק הרמב"ם:²⁹³

וכן המוכר את החמור מכר את המרדעת ואת האוכף אע"פ שאינן עליו, אבל לא מכר את השק ולא מרכבת הנשים ואפילו היו עליו בשעת המכר.

הרמב"ם פסק אפוא כדעת תנא קמא, שכלי החמור אינם נמכרים עמו, זאת בין אם עודן עליו ובין אם לאו.²⁹⁴ על מה הסתמך הרמב"ם כשהכריע שלדעת חכמים אין הבדל אם עודן עליו אם לאו, והלא הסוגיה עצמה הסתפקה בדבר ולא הצליחה להכריעו?

יש שכתבו, כי הרמב"ם פסק דבריו מספק שלא הוכרע.²⁹⁵ ברם, אחרים העירו כי לשונו החד-משמעית²⁹⁶ מלמדת שזו אינה הכרעה מספק אלא מוודאית.²⁹⁷ נראה אפוא, כי לדעת הרמב"ם הסוגיה מסיקה באופן כלשהוא שתנא קמא אינו מייחס משקל לשאלה האם כלי החמור עליו או אינם עליו. אולם אם הסוגיה העלתה 'איבעיא' ולא הצליחה להכריעה, היכן מצא הרמב"ם מסקנה פסקנית זו?

²⁹² גם בסוגיית 'אין הדמים ראייה' נוכחנו לדעת, כי חלק מן הראשונים ביקשו לייחס לחכמים את ההתחשבות העקרונית בתמורה כאינדיקציה פרשנית, כפי שקבע ר' יהודה. ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 264.

²⁹³ רמב"ם, משנה תורה, מכירה פרק כז, הלכה ד. גישה דומה עולה גם מדבריו בפירושו למשנה. כן פסקו הטור, חושן משפט, סימן רכ; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רכ, סעיף ז. פסיקת הטור היא בעקבות הרי"ף והרא"ש, אם כי הוא גם מציין לפסיקה שונה של ר"י והרמ"ה, הסוברים כי להלכה פירוש החוזה יהיה תלוי בשאלה אם כלי החמור עודם עליו או שאינם עליו.

²⁹⁴ הפריטים המוזכרים ברישא של דבריו נחשבים חריגים לשאר כלי החמור, ולכולי עלמא נמכרים עמו. זאת בעקבות דברי האמורא עולא בסוגיית התלמוד.

²⁹⁵ ראו חידושי הרי"ן, בבא בתרא ע"א, ד"ה 'אבל אוכף'; מגיד משנה, מכירה פרק כז, הלכה ד.

²⁹⁶ שאינו מזכיר מילים מתבקשות, כגון 'ספק', 'המוציא מחבירו עליו הראיה' או תלות כלשהי במצב מוחזקות הצדדים בעת התעוררות הספק. אך ראו ר"י מיגש, בבא בתרא ע"א, ד"ה 'המוכר': 'ולא איפשיטא הילכך בין בעודן עליו בין בשאינן עודן עליו אינן מכורין והמוציא מחבירו עליו הראיה'.

²⁹⁷ רש"י, בבא בתרא ע"א, ד"ה 'בעודן עליו'; תוספות יום טוב, בבא בתרא ה, ב.

ניתן לטעון, כי ניסיונותיה החוזרים ונשנים של הסוגיה להוכיח האם תנא קמא ונחום המדי נחלקו כשכלי החמור עודן עליו או שאינן עליו, ודחייה שיטתית של כל ההוכחות המובאות, מלמדים כי אכן התנאים נחלקו בשני המצבים כאחד, כלומר מחלוקתם נשנתה במנותק מן ההקשר הנסיבתי. האין ללמוד מן העובדה, שהתלמוד ביקש לייחס לתנא קמא ולנחום המדי התחשבות בנסיבות הכריתה (מיקום כלי החמור) אך לא מצא לכך כל הוכחה במקורות התנאיים, כי לדעתו ייחוס זה אינו נכון?²⁹⁸

טיעון זה נתמך באופן חזק על ידי חלק מעדי הנוסח לסוגיה זו. על פיהם, כשהציגה הסוגיה את האיבעיא בהבנת מחלוקת תנא קמא ונחום המדי היא הציעה שלוש אפשרויות ולא שתיים בלבד:²⁹⁹ שנחלקו דווקא כשעודן עליו, או שנחלקו דווקא כשאינן עליו, או שנחלקו בין בזה ובין בזה. כך למשל, מופיעה האיבעיא בכת"י המבורג:³⁰⁰

איבעיא להו בעודן עליו מחלוקת אבל בשאינן עודן עליו מודה להו נחום המדי לרבנן דאין מכורין או דילי' בשאין עודן עליו מחלוקת אבל בעודן עליו מודו רבנן לנחום המדי דמכורין או דילי' בין בזה ובין בזה מחלוקת.

נוסח זה הובא על ידי ראשונים נוספים, כגון הרי"ף³⁰¹ והרא"ש.³⁰² מנוסח זה נקל להבין, כי כאשר דחה התלמוד את ההוכחות שתנא קמא ונחום המדי נחלקו דווקא בעודן עליו או דווקא בשאינן

²⁹⁸ דרך אחרת היתה עם הרש"ש (לעיל, הע"ש 297). על פי פירושו, הרמב"ם הסיק מן הסוגיה שתנא קמא ונחום המדי נחלקו כשכלי החמור עודן עליו, וכשאינם עליו מודה נחום המדי שאינם מכורים, והלכה כתנא קמא. אלא שהרש"ש נדחק בהסבירו כיצד התקבלה מסקנה זו שהרי הסוגיה עצמה אינה מובילה לכך. אגב, הרמב"ן בחידושו (בבא בתרא ע"א, ד"ה 'אבל אוכף') הציג בשם גאונים אפשרות הפוכה, על פיה הסוגיה פשטה להיפך, כי "בשאין עודן עליו מחלוקת", אולם גם לכך אין אחיזה בסוגיה, והרמב"ן חתם: "ואיני יודע היאך".

עוד יש לסייג ולומר, כי לא כל הראשונים הסכימו עם פסיקת הרמב"ם. חלקם סברו, כי על פי מסקנת הסוגיה יש להבחין בין כלים כגון מרדעת ואוכף לבין כלים כדוגמת שק ומרכבת הנשים. הכלים מן הסוג האחרון לעולם אינם נמכרים עם החמור, בין אם הם עליו ובין אם לאו, אולם לגבי הכלים מן הסוג הראשון יש להבחין בין אם הם על החמור ובין אם אינם עליו. כך עולה מדברי הרשב"ם, בבא בתרא ע"א, ד"ה 'בעודן עליו'; חידושי הרמב"ן, בבא בתרא ע"א, ד"ה 'אבל אוכף'; חידושי הרשב"א, בבא בתרא ע"א, ד"ה 'רבנן סברי'. אחרים חולקים וסוברים כי אין להבחין בין שתי קבוצות כלים אלה לגבי מידת ההתחשבות במיקומם (על החמור או במקום אחר). ראו חידושי הרי"י מיגש, בבא בתרא ע"א, ד"ה 'המוכר'; תוספות, בבא בתרא ע"א, ד"ה 'אבל'; עליות דרבינו יונה, בבא בתרא ע"א, ד"ה 'אמר עולא'; נימוקי יוסף, בבא בתרא פרק ה (דף מ ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה 'המוכר את החמור'. נראה שזו גם דעת הרי"ף, בבא בתרא פרק ה (דף מ ע"א). ראו גם חידושי הרי"ן, בבא בתרא ע"א, ד"ה 'אבל אוכף'.

²⁹⁹ כפי שמופיע בנוסח המקובל, לעיל, ליד ציון הע"ש 290.

³⁰⁰ גרסה דומה בשינויים קלים מופיעה גם בכת"י פריז. בנקודה זו עדי הנוסח האחרים מאשרים את גרסת הדפוס שלפנינו.

³⁰¹ רי"ף, בבא בתרא פרק ה (דף מ ע"א). לגבי האפשרות השלישית, שלפיה התנאים נחלקו בין בזה ובין בזה, העיר בהגהות חוות יאיר: "רשום קו על תיבות אלו. ונכתב בצדו בגמרא לא גרסינן לה".

³⁰² פסקי הרא"ש, בבא בתרא פרק ה, סימן ח. ראו גם עליות דרבינו יונה, בבא בתרא ע"א, ד"ה 'אמר עולא'; חידושי הרמב"ן, בבא בתרא ע"א, ד"ה 'אבל אוכף'. וראו תוספות, בבא בתרא ע"א, ד"ה 'או דלמא' שהעלו אפשרות של דילמה משולשת זו.

עליו הרי שהוא מתכנס באופן טבעי לחלופה השלישית, על פיה נחלקו בין בזה ובין בזה, כלומר שאין משקל לשאלה הנסיבתית של מיקום כלי החמור.³⁰³

סוף דבר, במשנת "כליו עליו" עמדנו על גישת ר' יהודה, התומך בפירוש החוזה על פי נסיבות הכריתה, ועל גישות התנאים האחרים, שככל הנראה חלוקים עליו בנקודה זו. סוגיית התלמוד בחנה את האפשרות של יצירת מזיגה בין דעתו של ר' יהודה לבין דעות חבריו, תוך הרחבת קבוצת התומכים בפירוש החוזה על פי נסיבות הכריתה, אולם דומה שנסיון זה לא צלח, ואולי אף נדחה על ידי בעל הסוגיה באופן מוחלט.

3.4.4 "הכל לפי הסלע"

ר' יהודה וחכמים נחלקו בשלישית לגבי דרך פירוש המונח 'מקום קבר' כשהוא מופיע בחוזה מכר (מכירת מקום קבר) או בחוזה עבודה (חפירת מקום קבר).³⁰⁴ השאלה הפרשנית שנשאלה היתה, מה יהיו ממדיו של אותו 'מקום קבר' שהוזכר בחוזה באופן כללי בלבד. מחלוקתם מופיעה בתוספתא, המקבילה למשנה הבאה:³⁰⁵

המוכר מקום לחבירו לעשות לו קבר, וכן המקבל מחבירו לעשות לו קבר, עושה תוכה שלמערה ארבע אמות על שש ופותח לתוכה שמונה כוכין שלשה מכאן ושלושה מכאן ושנים מכנגדן, והכוכין אורכן ארבע אמות ורומן שבעה ורחבן ששה.

רבי שמעון אומר: עושה תוכה שלמערה שש אמות על שמנה ופותח לתוכה שלשה עשר כוך ארבעה מכאן וארבעה מכאן ושלושה מכנגדן ואחד מימין הפתח ואחד מן השמאל ועושה חצר על פי המערה שש על שש כמלא המטה וקובריה ופותח לתוכה שתי מערות אחת מכאן ואחת מכאן.

רבי שמעון אומר: ארבע לארבע רוחותיה.

רבן שמעון בן גמליאל: אומר הכל לפי הסלע.

המשנה מציגה אפוא שלוש דעות תנאיות, המבקשות כל אחת ליצוק תוכן קשיח, לקסיקאלי, למונח "קבר", ודעה רביעית – דעת רשב"ג – הסוברת כי יש לפרש את המונח באופן התלוי

³⁰³ ואכן, הרא"ש (הנ"ל בהע"ש 302) מסיים את דיונו בסוגיה: "ולא איפשיטא, הלכך בין בזו ובין בזו אינן מכורין". לצורך הטיעון שאני מפתח בסעיף זה, אני נוטה שלא לייחס חשיבות רבה לשאלה הפילולוגית-היסטורית, האם נוסח זה הוא המקור שהניע את הרמב"ם לפסוק כפי שפסק, או שמא נוסח זה הוא תוצאה של פרשנות קדמונים שפירשו את הסוגיה בדרך דומה לזו של הרמב"ם. בין כך ובין כך, פרשנות זו מבוססת בעיקרה על תוכנה של הסוגיה (דחיית כל נסיונות ההוכחה השונים שהוצעו לכאן ולכאן), המשותף לכל הגרסאות.

³⁰⁴ לעת עתה נדון בפרשנות חוזה המכר ובפרשנות חוזה העבודה כאחד, אולם בהמשך נעמוד על הבדל משמעותי ביניהם. ראו להלן, ליד ציון הע"ש 608.

³⁰⁵ משנה, בבא בתרא ו, ח.

בנסיבות המתאימות, לפי "קושי האדמה ורכותה";³⁰⁶ אינה דומה פרשנות המונח "קבר" במקום סלע רך לפרשנותו במקום סלע קשה.³⁰⁷

בתוספתא מובאת בשם ר' יהודה דעה הדומה לזו של רשב"ג:³⁰⁸

העושה חצר על פי מערה שש על שש מלא מטה אחת מיכן ואחת מיכן ופתוח לתוכה שתי מערות.

ר' שמעון או': ארבעה מארבע רוחותיה.

ר' יהודה או': בסלע הבא בידיים פותח את שתיהן מרוח אחת.

אמרו לו: אי אפשר לכן.³⁰⁹

אין זה ברור כי גישות ר' יהודה ורשב"ג אחת הן,³¹⁰ אך ברי כן הן קרובות זו לזו ברוחן: שתיהן תולות את פרשנות החוזה במצב הקרקע, כלומר בנסיבות. אף פרשני התלמוד הדגישו את הקרבה, שלא לומר הזהות, בין דעותיהם.³¹¹

סוגיית התלמוד לא דנה בדעות ר' יהודה ורשב"ג³¹² ואף לא קשרה אותן עם מימרותיו האחרות של ר' יהודה. מן הפוסקים עולה כי אין הלכה כר' יהודה וכרשב"ג.³¹³

אני מבקש להציע, כי יש לראות הלכה זו של ר' יהודה (ובנידון דידן אף זו של רשב"ג) על רצף אחד עם הלכותיו שראינו לעיל, אשר להן התנגדו חכמים. ר' יהודה עקבי בגישתו כי את החוזה יש לפרש לאור נסיבות הכריתה, ואף חכמים מתנגדים לו בשיטתיות.

המרחק הרב שבין מנהגי הקבורה בימי המשנה לבין אלו שבימי הביניים גרם למיעוט העיסוק הפרשני בסוגיה זו ובמסתעף ממנה.³¹⁴

³⁰⁶ כלשון הרמב"ם בפירוש המשניות, בבא בתרא ו, ח.

³⁰⁷ ראו ליברמן, **תוספתא כפשוטה**, חלק י, 403, לגבי רכות הסלע.

³⁰⁸ תוספתא בבא בתרא ו, כג (מהד' ליברמן, 151).

³⁰⁹ למשמעות הביטוי "אי אפשר לכן" ראו ליברמן, **תוספתא כפשוטה**, חלק י, 403; שאול ליברמן, **תוספתא ראשונים**, **חלק ב** (ירושלים, תרצ"ח), 143.

³¹⁰ הפרשנים נחלקו מהי כוונת רשב"ג באומרו "הכל לפי הסלע" – האם כוונתו למספר הכוכים שייחפרו, למספר המערות או לגודלן. ראו רמב"ם, פירוש המשניות, בבא בתרא ו, ח; רשב"ם, בבא בתרא קא ע"א, ד"ה 'הכל לפי הסלע'. לעומתו, ר' יהודה מבהיר כי הוא מתייחס לכיוון המערות.

³¹¹ ראו רשב"ם, בבא בתרא קא ע"א, ד"ה 'הכל לפי הסלע'; חכמת שלמה (מהרש"ל), בבא בתרא קא ע"א, ד"ה 'הכל לפי'; חסדי דוד, תוספתא, בבא בתרא ו, ז.

³¹² לטעם המשוער לכך ראו להלן, הע"ש 314.

³¹³ ראו רמב"ם, משנה תורה, מכירה פרק כא, הלכה ו; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ר"ז, סעיף ו.

למחלוקת זו של התנאים יש נפקות בהלכות קבורה (לגבי מרחקים בין קברים), ולא רק בדיני ממונות. מן הרמב"ן נראה כי פסק כדעת רשב"ג בכל הנוגע למרחק בין הקברים. ראו תורת האדם, שער הסוף, ענין הקבורה, סעיף ל. מדברי ר' עקיבא איגר עולה, שהבין כי הרמב"ן פוסק כרשב"ג הן בדיני קבורה הן בדיני ממונות (ראו חידושי ר' עקיבא איגר, יורה דעה, סימן שסב). אולם מדברי הרב פיינשטיין (שו"ת אגרות משה, יורה דעה, חלק א, סימנים רלג-רלד) נראה שהבין כי זו פסיקה לחומרא כרשב"ג, ואין להשליכה על דיני ממונות.

3.4.5. בפרשנות הנדר: "הכל לפי הנודר"

את דברו אמר ר' יהודה בתחום נוסף: דיני נדרים. אף במסגרתם הוא מצדד בפירוש הנדר על פי הנסיבות שבהן היה נתון הנודר בשעת הנדר; ובלשונו: "הכל לפי הנודר".³¹⁵ אלא שכאן, בשונה מפרשנות החוזה הנידונה במסכת בבא בתרא, עולה בבירור כי דעתו של ר' יהודה היא שאומצה הלכה למעשה הן במקורות המשנה הן על ידי הפוסקים.³¹⁶

העובדה שכך סובר ר' יהודה אינה צריכה להפתיענו, שהרי הוא עקבי בגישתו שהובעה בדיני החוזים. ההפתעה מצויה בהסכמה שבה התקבלו דבריו על ידי חכמי המשנה במסכת נדרים. דעת המיעוט שלו במסכת בבא בתרא הפכה במסכת נדרים לדעת הרוב. יתכן שההסבר לכך נעוץ בשוני שבין תפקיד הלשון במסגרת החוזה לבין תפקידה במסגרת הנדר, אף כי הדבר אינו ברור כל צרכו. על כך ארחיב בהמשך.³¹⁷ עתה רק חשוב לציין, כי מהלך דברים זה מחזק את ההנחה, כי הפנייה לנסיבות הכריתה לא היתה מצויה מחוץ לאופקי הראייה של חכמים. ר' יהודה העלה אותה במסכת בבא בתרא, ובמסכת נדרים דעתו אף התקבלה על דעת חבריו. הדבר מחזק אפוא את הצורך בהבהרת הטעם להתנגדותם של חכמים לשימוש בנסיבות במסגרת פרשנות חוזים.

אחד מן המקומות שבהם הביע ר' יהודה את דעתו היה בדינו של הנודר הנאה מן הכסות:³¹⁸

הנודר מן הכסות מותר בשק ביריעה ובחמילה. אמר קונם צמר עולה עלי, מותר להתכסות בגיזי צמר; פשתן עולה עלי מותר להתכסות באניצי פשתן.

רבי יהודה אומר: הכל לפי הנודר;³¹⁹ טען והזיע והיה ריחו קשה אמר קונם צמר ופשתים עולים עלי מותר להתכסות ואסור להפשיל לאחוריו.

לדעת ר' יהודה,³²⁰ אדם הנודר הנאה מסוג בד מסוים כשהוא מזיע מחמת שהוא נושא על גבו מותר ללבוש בד זה אך לא לשאתו. הנסיבות מלמדות כי כוונתו היתה לנדור הנאה מנשיאת אותו

³¹⁴ כך, למשל, כתב נימוקי יוסף, בבא בתרא פרק ו (דף מט ע"ב בדפי הרי"ף): "לא ראיתי לפרש משנה זו לפי שפירושה ארוך ואינו נוהג בינינו דינא".

³¹⁵ להלן, ליד ציון הע"ש 318. על נושא זה ראו גם רוזנברג, **ידות נדרים**, 202.

³¹⁶ יגעתי אך לא מצאתי מקורות – אמוראיים או מאוחרים יותר – אשר קשרו את גישת ר' יהודה לפרשנות הנדר עם גישתו לפרשנות החוזה. למען האמת, גם במסגרת פרשנות החוזה ההתייחסות המקובלת אל ההלכות השונות שקבע ר' יהודה אינה כאל שיטה פרשנית עקבית, אלא כאל אוסף לא מגובש של הלכות נפרדות.

³¹⁷ ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1011.

³¹⁸ משנה, נדרים ז, ג.

³¹⁹ בכ"י קאופן מנוקד: "הַנְּדָר".

³²⁰ הראשונים התלבטו האם תנא קמא חולק על ר' יהודה או שמא מר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי. ראו חידושי הרשב"א, נדרים נה ע"ב, ד"ה 'תניא'; חידושי הריטב"א נדרים נה ע"ב, ד"ה 'ר' יהודה'; פירוש ה"א מן ההר, נדרים נה ע"ב; פסקי הרא"ש, נדרים פרק ז, סימן ג; נימוקי יוסף, נדרים פרק ז (נח ע"ב בדפי הרי"ף), ד"ה 'הכל לפי'; מאירי, בית הבחירה, נדרים נה ע"ב (מהד' ליש, עמ' רה). אם אכן תנא קמא אינו חולק, יהיה בכך כדי לחזק את קביעתנו, כי דעת ר' יהודה שהיתה דעת יחיד במסגרת דיני החוזים (במסכת בבא בתרא) נתפסה כדעה המחייבת במסגרת דיני הנדרים (וראו להלן, ליד ציון הע"ש 325).

בד שהטריד אותו, אך לא משאר השימושים הרגילים הנעשים בו, "שלא נתכוון לאסור אלא בענין שהיה מצטער".³²¹ הדברים פורטו עוד יותר בתוספתא:³²²

כיצד היה ר' יהודה³²³ אמ': הכל לפי הנדר. היה טעון צמר וחצר אמ' קונם צמר עולה עלי אסור לטעון ומותר ללבוש, היה לבוש צמר וחצר ואמ' קונם צמר עולה עלי אסור ללבוש ומותר לטעון.³²⁴

האם חלוקים חכמים על ר' יהודה? במקום אחר במסכת נדרים מצאנו כי העיקרון שטבע ר' יהודה מיושם כדבר שבשגרה, ובלא שייחוס דווקא לר' יהודה:³²⁵

היו מסרבין בו לשאת את בת אחותו ואמר קונם שהיא נהנית לי לעולם, וכן המגרש את אשתו ואמר קונם אשתי נהנית לי לעולם, הרי אלו מותרות להנות לו, שלא נתכוון זה אלא לשום אישות.

היה מסרב בחבירו שיאכל אצלו, אמר קונם לביתך שאיני נכנס, טיפת צונן שאיני טועם לך, מותר ליכנס לביתו ולשתות ממנו צונן שלא נתכוון זה אלא לשום אכילה ושתיה.

משנה זו קובעת, כי לעתים יש לפרש את הנדר בשונה ממשמעות לשונו אלא על פי ההקשר שבו נאמר, כלומר, בהתאם לנסיבות שבהן היה מצוי הנודר. נדר שלא ליהנות מאישה, אשר נאמר על רקע סירוב לנישואין או על רקע גירושין, יתפרש כמתייחס דווקא ליחסי אישות. נדר שלא להיכנס לבית חבירו ואף לא לשתות טיפת צונן, אשר נאמר על רקע סירוב לסעוד אצל אותו חבר, יתפרש כמתייחס דווקא לאכילה ושתיה משמעותיים.³²⁶ אכן, התלמוד הירושלמי³²⁷ והראשונים בעקבותיו³²⁸ ציינו כי משנה זו מבטאת את העיקרון שטבע ר' יהודה: "הכל לפי הנודר".

³²¹ תוספות, נדרים נה ע"ב, ד"ה 'מותר להתכסות'. ובלשון הרמב"ם (פירוש המשנה, נדרים ז, ג): "ור' יהודה אינו הולך אחרי פשט הלשון בלבד אלא הולך אחרי הענין שעליו היה הנדר ושגללו נעשה".

³²² תוספתא, נדרים ד, ד (מהד' ליברמן, 111). ראו גם בבלי, נדרים נה ע"ב.

³²³ כך על פי כל כתבי היד (ראו גם בבלי, נדרים נה ע"ב), אולם בדפוס שלפנינו: ר' מאיר. ראו ליברמן, **תוספתא כפשוטה**, חלק ז, 458.

³²⁴ הראשונים ראו הבדל בין התוספתא לבין המשנה בשאלה, האם לדעת ר' יהודה, כאשר נודר מן הצמר ואין נסיבות מיוחדות (אינו לבוש צמר ואינו טעון צמר) ייאסר רק בלבישת צמר או גם בטעינתו. ראו ר"ן, נדרים נה ע"ב, ד"ה 'תניא'. ברם, שאלה זו קשורה לפרשנות שייתן ר' יהודה בהיעדר נסיבות מיוחדות, ולפיכך אינה מעניינתו כאן.

³²⁵ משנה, נדרים ח, ז.

³²⁶ משנה זו דוחה את לשון הנדר ("קונם לביתך שאיני נכנס, טיפת צונן שאיני טועם לך") מפני אומד דעתו של הנודר ("שלא נתכוון זה אלא לשום אכילה ושתיה"), ומסיקה כי אין על הנודר איסור לשתות טיפת צונן בבית חברו. הראשונים נחלקו בשאלה, האם יש לצעוד צעד נוסף, ולהטיל על הנודר איסור על פי אומד דעתו, אף שלא בא לידי ביטוי בלשונו, כלומר, האם במקרה זה הנודר ייאסר לסעוד בבית חברו. מחלוקת זו נובעת מן השאלה, האם ועד כמה מעשה הדיבור, מעבר להבעת כוונת הנודר, הנו חלק מהותי וקריטי במעשה הנדר. על כך ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1017. מדברי הרמב"ם (בפירושו למשנה, נדרים ח, ז) עולה, כי אמנם הנודר יהיה רשאי להיכנס לבית חברו ולטעום טיפת צונן, אולם הוא יהיה אסור באכילה ושתיה משמעותיים יותר, כפי שמשמע מאומד דעתו. אחרים סוברים, כי אומד דעתו של הנודר שאינה משתקפת בלשון הנדר אינו מחייב, ולפיכך הנודר יהיה רשאי אף לאכול ולשתות בבית חברו. ראו פסקי הרא"ש, נדרים פרק ח, סימן ה; טור, יורה דעה סימן ריח (לגבי המקרה הראשון המופיע במשנה

בהקשר זה יש גם להזכיר את המשנה הדנה באדם שנדר שלא לחרוש בפרת חברו, באופן שמעורר את השאלה הפרשנית, האם על פי הנדר דווקא הוא שאסור בשימוש בפרה או שמא הוא אסר על עצמו גם חרישה שתיעשה על ידי חברו. המשנה קובעת, כי הנדר יתפרש על פי הנסיבות: אם דרכו של הנדר לחרוש בעצמו הרי שהוא ייאסר לחרוש בה אך לאחרים יהיה מותר לחרוש בה עבורו, אולם אם אין דרכו לחרוש "הוא וכל אדם אסורין".³²⁹

הלכה נפסקה כר' יהודה,³³⁰ , ובהתאם נקבע:³³¹

כל הנודר או נשבע רואין דברים שבגללן נשבע או נדר ולמדן מהן לאי זה נתכוון והולכין אחר הענין, לא אחר כל משמע הדבור.

במקום אחר ביקש ר' יהודה ללכת צעד נוסף, ולפרש את הנדר על פי כוונותיו המשווערות של הנודר (ובשונה מן המשמעות המילולית הפשוטה של לשונו) גם כשאין נסיבות מיוחדות התומכות בכך:³³²

רבי יהודה אומר קונם יין שאיני טועם עד שיהא הפסח אינו אסור אלא עד ליל הפסח שלא נתכוון זה אלא עד שעה שדרך בני אדם לשתות יין.

אמר קונם בשר שאיני טועם עד שיהא הצום אינו אסור אלא עד לילי הצום שלא נתכוון זה אלא עד שעה שדרך בני אדם לאכול בשר.

רבי יוסי בנו אומר קונם שום שאיני טועם עד שתהא שבת אינו אסור אלא עד לילי שבת שלא נתכוון זה אלא עד שעה שדרך בני אדם לאכול שום.

טענה זו של רבי יהודה ושל רבי יוסי בנו מבוססת על אומד דעתו של הנודר ולא על המשמעות המילולית הרגילה של המילים 'עד שיהא'. למרות שמשמעותן המילולית היא 'עד בכלל',³³³ כאן

הרא"ש מצייין כי "אישות בכלל הנאה היא", כלומר אומד דעתו מצוי בכלל לשונו, ולפיכך הנודר הנאה מקרובתו או מגרושתו ייאסר לשאתן לאשה). נראה שלשון התוספתא, נדרים ד, ט (מהד' ליברמן, 113) תומכת בדעת הרמב"ם.

³²⁷ ירושלמי, נדרים ח, יב (מהד' זוסמן, 1042).

³²⁸ חידושי הרמב"ן, נדרים נה ע"ב, ד"ה 'תניא כיצד'; חידושי הרשב"א, נדרים נה ע"ב, ד"ה 'תניא'.

³²⁹ משנה, נדרים ד, ו. וראו טור, יורה דעה, סימן ריח. ישנם הבדלים בין הגרסאות השונות בשאלה, האם כשאין דרכו לחרוש הוא וכל אדם אסורין, או שמא כל אדם אסורין אך הוא עצמו מותר. ראו סיכומו של הבית יוסף, יורה דעה, סוף סימן ריח. ברם, הדבר אינו מעלה ואינו מוריד לענין עצם המתודה הפרשנית. לכך ניתן לצרף דוגמה נוספת מן הבבלי, נדרים נג ע"א - נג ע"ב: "הנודר מן הירק, בשאר שני שבוע - אסור בירקות הגינה ומותר בירקות השדה, ובשביעית - אסור בירקות השדה ומותר בירקות הגינה. אמר רבי אבהו משום רבי חנינא בן גמליאל: לא שנו אלא במקום שאין מביאין ירק מחוצה לארץ לארץ, אבל במקום שמביאין ירק מחוצה לארץ לארץ - אסור".

³³⁰ רמב"ם, פירוש המשנה, נדרים ז, ג; חידושי הרמב"ן, נדרים נה ע"ב, ד"ה 'תניא כיצד'; חידושי הרשב"א, נדרים נה ע"ב, ד"ה 'תניא'.

³³¹ רמב"ם, משנה תורה, נדרים פרק ח, הלכה ח. למקרים רבים נוספים שבהם משוקללות הנסיבות בפרשנות הנדר ראו שולחן ערוך, יורה דעה, סימן ריח, וכן בנושאי הכלים, שם.

³³² משנה, נדרים ח, ה-ו. אחר שתי משניות אלה באות המשניות הקובעות את כללו של ר' יהודה, שעל פיו יש לפרש את הנדר על פי הנסיבות (לעיל, ליד ציון הע"ש 325).

³³³ ראו משנה, נדרים ח, ג.

אומד דעתו של הנודר מלמד שהתכוון ליעד ולא עד בכלל'. אומד דעת זה אינו נתמך בנסיבות מיוחדות,³³⁴ אלא בניסיון האנושי (ליתר דיוק: היהודי) הכללי.³³⁵ כאן נחלקו הראשונים, האם אף בכגון הא, כלומר כשאין נסיבות התומכות בפרשנות הסובייקטיבית של הנדר, יש לפסוק כר' יהודה.³³⁶

אם כן, בכל הנוגע למשקלן הפרשני של הנסיבות ולאומד דעתו של הנודר דיני פרשנות הנדרים גמישים יותר מדיני פרשנות החוזים, וזאת בשני מובנים עיקריים: א) דעת המיעוט של ר' יהודה בדיני החוזים הפכה לקונצנזוס בדיני הנדרים; ב) נראה שאף ר' יהודה עצמו הלך במסכת נדרים צעד נוסף וקבע, כי חשיפת אומד דעתו של הנודר תיעשה לא רק לאור הנסיבות שבהן היה נתון אלא גם בהתאם לניסיון האנושי הכללי של "הנודר הסביר". פרשנות הנדר מתגלה אפוא כרגישה הרבה יותר לכוונתו הסובייקטיבית של הנודר,³³⁷ בהדגישה את הנסיבות שבהן היה נתון הנודר, יותר מאשר פרשנות החוזה (אליבא דחכמים). כפי שניווכח בהמשך, הדבר אכן משתלב בתמונה רחבה יותר של הבדלים בכללי הפרשנות החלים בתחומים אלה של משפט והלכה.³³⁸ במסגרת הנדר, שהוא בעיקרו דיבור פרטי שבין אדם לבין קונו, או בין אדם לבין עצמו, ניתן הדגש הפרשני על **כוונת** הדובר,³³⁹ בעוד שבחוזה, שהוא במהותו דיבור חברתי, ניתן הדגש הפרשני על משמעותו **הלשונית** של החוזה.³⁴⁰ עמד על כך הריב"ש:³⁴¹

³³⁴ גם אין נסיבות מיוחדות המפריכות זאת.

³³⁵ אגב, נראה שבמטוה זו משתמש ר' יהודה הן לקולא הן לחומרא. ראו למשל, תוספתא נדרים ג, ב (מהד' ליברמן, 108): "הנודר מן הרוטב מותר בקופה מן הקופ' מותר ברוטב. ר' יהודה אומר: אמר 'קונם בשר שני טועם' – אסור בו, ברוטבו ובהקיפו".

³³⁶ ראו רמב"ם, פירוש המשנה, נדרים ח, ה; חידושי הר"ן, נדרים סג ע"ב, ד"ה 'שדרך בני אדם'; חידושי הריטב"א, נדרים סג ע"ב, ד"ה 'מסתברא'; פסקי הרא"ש, נדרים פרק ח, סימן ג.

³³⁷ ראו דברי הרא"ם, שהתייחס להלכה המפרשת בדרך צמצום את נדרו של אדם מבגד המצער (לעיל, ליד ציון הע"ש 325): "שלא נדר אלא על דבר המצער ובוזה שיש הוכחה אזלינן בתר מחשבתו ולא אחר לשונו, ואם אמר זכור אני שכך היה מחשבתי או שאמר שכחתי כוונתי יש לנו לילך אחר ההוכחה" (שיטה מקובצת, נדרים נה ע"ב, ד"ה 'מתני מותר').

³³⁸ ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1011.

³³⁹ הדבר אינו עומד בהכרח בסתירה עם הדרישה הריטואלית המיוחדת שיתכן וקיימת בדיני נדרים, כי הנודר יוציא את הנדר בשפתיו. על כך ראו לעיל, הע"ש 326 ולהלן, ליד ציון הע"ש 1017.

³⁴⁰ אשר להשוואת פרשנות נדרים עם פרשנות תקנות הקהל ראו שו"ת מהר"י בן-לב, חלק ב, סימן פ. לדעתו, בפרשנות תקנות הקהל נהנה הפרשן מיתר חירות בהליכתו אחר כוונת הדובר מאשר בפרשנות הנדרים. במסגרת פרשנות הנדר רשאי הפרשן להסתמך על אומד דעתו של הנודר **ולצמצם** את משמעות הנדר מעבר למשמעות הלשונית הפשוטה, אולם במסגרת פרשנות תקנות הקהל רשאי הפרשן להסתמך על אומד דעת מתקני התקנות **ולהרחיב** את משמעותן מעבר למשמעותן הלשונית הפשוטה.

³⁴¹ שו"ת הריב"ש, סימן קצה (הובא גם בבית יוסף, יורה דעה, סימן ריח). ראו גם מאירי, בית הבחירה, קידושין מט ע"ב (מהד' סופר, 242).

בנדרים שנודר אדם בינו לבין עצמו, והולכין אחר כונתו משום דבעי' שיהו פיו ולבו שוים. אבל במי שנותן מתנה לחבירו, כל שלשון המתנה כולל, הולכין אחריו, ואין הולכין בזה בתר אומדנא, אא"כ הוא אומדנא דמוכח.³⁴²

מכאן נפנה לבחון סוגיות תלמודיות נוספות במסכת בבא בתרא, שאינן קשורות במחלוקת התנאים ר' יהודה וחכמים, ואשר זורעות אור נוסף על יחסי לשון החוזה ונסיבות הכריתה. בחלקן נראה, כי הקו שהותווה במשנה המשיך והשתמר גם בתלמודם של האמוראים. בחלקן האחר ניווכח, כי האמוראים בכל זאת העניקו לנסיבות מקום מסוים, שולי ומוגבל, במסגרת פרשנות החוזה. אבקש לסקור סוגיות אלה, לאפיינן, ולעמוד על הסוגים השונים של השימושים הפרשניים שהאמוראים הסכימו לעשות בנסיבות הכריתה.

3.5. לשון המצינת לנסיבות

א. הסוגיה הקצרה הבאה ממחישה את הדומיננטיות של הפירוש הלשוני של החוזה על חשבון שקלול נסיבות הכריתה. המדובר בחוזה למכירת מקרקעין, 'בית' או 'שדה', אשר נמצאים בתוך מתחם גדול יותר: הבית מצוי בתוך בירה והשדה בתוך בקעה. כשהמוכר מסמן את הממכר הוא מסמנו בגבולותיו הנרחבים, כלומר לשם ציון הבית הוא מסמן את הבירה כולה, ולשם ציון השדה הוא מסמן את הבקעה כולה. בעקבות זאת מתעורר וויכוח פרשני בין המוכר לקונה בשאלה, האם העסקה מתייחסת לבית ולשדה לבדם, כמשתמע מלשון החוזה, או שמא לבירה ולבקעה בכללותם, כמשתמע מסימון המצרים. אם נראה בסימון המצרים מרכיב נסיבתי המלווה את כריתת החוזה,³⁴³ הרי לנו מתח בין פירוש החוזה על פי לשונו לבין פירושו על פי נסיבות כריתתו. התלמוד, בעקבות רב נחמן, מבטל לחלוטין את משקל הנסיבות ומעדיף באופן גורף את המשמעות הלשונית:³⁴⁴

אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוב: המוכר בית לחבירו בבירה גדולה, אע"פ שמצר לו מצרים החיצונים - מצרים הרחיב לו...

³⁴² לדיון ב'אומדנא דמוכח' בהקשר החוזה ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1170.

את דבריו מבסס הריב"ש על קביעת הרמב"ן, כי הקריטריונים ההלכתיים לתנאי תקף (תנאי כפול ועוד) חלים רק על פעולות משפטיות שהן בין אדם לחבירו, אך לא על נדר שהוא בין אדם לעצמו. ראו חידושי הרמב"ן, בבא בתרא קכו ע"ב, ד"ה 'הרי זו מקודשת'. נראה שהרמ"א (יורה דעה סימן ריח, סעיף א), אשר פסק להלכה כריב"ש, המשיך צעד נוסף והבחין באופן דומה בין נדרים שתחולתם בין אדם לחבירו לבין נדרים שתחולתם בין אדם לעצמו. אשר לאפשרות של פניה לאומד דעתו של נותן מתנה כאשר לשון המתנה דו-משמעית ראו ט"ז, יורה דעה, סימן ריח, ס"ק ב.

³⁴³ גם אם סימון המצרים נעשה בתוך החוזה עצמו (ראו רשב"ם, להלן הע"ש 346), עדיין הדבר ייחשב כחלק מן הנסיבות, שכן תפקיד סימון המצרים הוא להגדיר במדויק את מיקום הנכס. על נסיבות המצויות בתוך החוזה ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 193.

³⁴⁴ בבלי, בבא בתרא סא ע"ב.

ואמר רב נחמן אמר רבה בר אבוא: המוכר שדה לחבירו בבקעה גדולה, אע"פ שמצר לו מצרים החיצונים - מצרים הרחיב לו.³⁴⁵

סימון המצרים הרחבים התפרש אפוא על ידי התלמוד כחסר ערך פרשני,³⁴⁶ אלא כנעשה לצרכים מתודיים בלבד. אמנם ברור שגם גישה המשקללת בפרשנות החוזה את נסיבות הכריתה לא בהכרח תראה בסימון המצרים אינדיקציה מכרעת לפרשנות מרחיבה של החוזה (ככוללת את הבירה כולה או את הבקעה כולה); ייתכנו הסברים אחרים להרחבת המצרים. אולם זו צפויה להעניק משקל מסוים לסימון המצרים, או לכל הפחות להתלבט לגבי האופן שיש לשקלו בתוך המגוון הרחב של הפרמטרים הרלוונטיים. התלמוד אינו עושה כן, אלא מבטל את חשיבותו של סימון המצרים מכל וכל. עוד מציינת הסוגיה, כי התחשבות במצרים תיעשה אם ורק אם הדבר יעוגן בלשון החוזה (ואפילו ברמיזה) שבו ייאמר:

ולא שיירית בזביני אלן כלום.³⁴⁷

קו זה נשמר גם בהמשך סוגיית התלמוד, אשר דנה ביחס שבין קביעתו של הלקסיקאלית של רב נחמן לבין המשמעות המקובלת.³⁴⁸ גם כאשר הסוגיה מעמידה את דברי רב נחמן באוקימתא, שעל פיה ישנה קבוצת מיעוט שבאותו מקום משתמשת במילה 'בית' כדי לציין את הבירה כולה, ברור לתלמוד כי אין כל משקל לעובדה של סימון המצרים אם זו אינה מעוגנת בלשון החוזה.

ב. במקום אחר מצאנו שימוש פרשני הנעשה בסימון המצרים החיצוניים. המדובר בחוזה למכירת "בית הברד וכל תשמישיו", כשגדר השאלה הפרשנית הוא האם במסגרת החוזה נכללות חנויות חיצוניות לבית הברד המתפקדות כחלק ממנו:³⁴⁹

ההוא דאמר ליה לחבריה: בית הברד וכל תשמישיו אני מוכר לך, הויא הנהו חנואתא אבראי דהוה שטחו בהו שומשמי,

אתא לקמיה דרב יוסף, א"ל: תנינא, אם אמר: בית המרחץ וכל תשמישיו אני מוכר לך – הרי כולן מכורין.³⁵⁰

אמר ליה אביי, והא תני רבי חייא: אין כולן מכורין!

³⁴⁵ לכפילות לכאורה שבדברי רב נחמן ראו הלבני, **מקורות ומסורות, בבא בתרא**, קכה.

³⁴⁶ וכך הסביר זאת הרשב"ם (שם, ד"ה 'לא צריכא'): "דמצר לו מוכר ללוקח בשטר מכירה מצרים חיצונים שחוץ לחדר דסד"א מכר את החדר שהרי בתוך המצרים הוא קמ"ל מתני' דלא מכר אלא בית והאי דמצר חוץ לחדר וכתב ביתו של פלוני מן המערב מצרים הרחיב לו".

³⁴⁷ והדגיש הרשב"ם (שם, ד"ה 'משום'): "בזביני אלן שבתוך ארבעה המצרים". עוד לשאלה כיצד במקרה זה הלשון מכילה את כל המצוי בתוך המצרים ראו חידושי הרשב"א, שם, ד"ה 'כתבו רבוותא'; חידושי הריטב"א, שם, ד"ה 'וכדרב נחמן'.

³⁴⁸ על כך ראו להלן, ליד ציון הע"ש 760.

³⁴⁹ בבלי, בבא בתרא סח ע"א.

³⁵⁰ מעשה זה מעורר שאלות נוספות בתחום פרשנות החוזה, בעיקר לגבי המתח שבין הלכה לבין הלכה למעשה. על כך ראו להלן, ליד ציון הע"ש 651.

אלא אמר רב אשי: חזינן, אי א"ל: בית הבד וכל תשמישיו ואלין מצרנהא - קני, ואי לא - לא קני.

מדוע כאן ניתן משקל לסימון המצרים, אם זה נשלל בסוגיה שראינו לעיל? נראה כי בשונה מן המוכר את "הבית" או את "השדה", הרי מי שמוכר את "בית הבד וכל תשמישיו" קובע בלשונו את הצורך בהרחבת גבולות המכר אל מעבר לגבולות הפיזיים של בית הבד כך שיכללו את כל תשמישיו. כאן לשון החוזה מזמינה את הרחבת גבולות הממכר, ולפיכך מן הלשון מתבקשת הפניה אל אינדיקציה חיצונית – סימון המצרים – שתסמן את גבולות המצרים. מה עוד, שכאן אזכור המצרים בא בתוך לשון החוזה, ואינו רק עובדה חיצונית שעשו הצדדים מעבר ללשון.³⁵¹ יתכן שהדגשה זו עולה מתוך דברי השיטה מקובצת:³⁵²

מסתברא לי דדוקא דשטחו בהו שומשומי שהשומשמין לשמן עומדין ושייכי לבית הבד ואז כמצר לו מצרים החיצונים והני בתוך המצר וכתב לו כל תשמישיו ואילין מצרנהא קני, אבל אם תשמישיהו לדבר אחר דלא שייך כלל לבית הבד לא קני עד דכתב ליה ולא שירית בזביני אילין כלום כדאמרינן לעיל.³⁵³

אם אכן כנים הדברים, עולה בידינו הסתייגות מעניינת: פרשנות החוזה צריכה להיעשות בזירה הלשונית, וככזו אין בה מקום לשקילת נסיבות הכריתה. יחד עם זאת, לעתים לשון החוזה היא שמזמינה את הפרשן לפנות לאינדיקציות חוץ-לשוניות.

3.6. הנסיבות כקריטריון לשוני

א. סוגיה תלמודית אחרת מאירה מזווית נוספת את מעמדן הפרשני של נסיבות הכריתה. מוצאה של סוגיה זו בסתירה בין שני מקורות תנאיים. מן הצד האחד קובעת המשנה:³⁵⁴

מכר את הקרון לא מכר את הפרדות, מכר את הפרדות לא מכר את הקרון.

ומן הצד השני נאמר בברייתא:³⁵⁵

³⁵¹ כ"י אסקוריל אף מדגיש במיוחד: "אי אמי' ליה הוא וכל תשמישיו אני מוכר לך ואילין מצרנהא קני ואי לא אמי' ליה אילין מצרני לא קני".

³⁵² בבא בתרא סח ע"א, ד"ה 'וחזינן', בשם שיטה לא נודעה למי.

³⁵³ והריטב"א כתב (חידושי הריטב"א, שם, ד"ה 'הוה להו'): "ולהכי אמרינן דאפילו אמר וכל תשמישיו אינם מכורות אלא א"כ אמר ואילין מצרניו, פירוש שכתב שם מצרים החיצונים דכיון דכן וא"ל וכל תשמישיו יהיו המצרים ראייה, ולא אמרינן מצרים הרחיב לו". ראו גם פירושו הראשון של הרשב"ם, שם, ד"ה 'הכי כתוב'.

דומני כי בשל כך ישנן גרסאות שייחסו חשיבות כה רבה למיקום התחבירי של המילים 'ואילין מצרנהא', כלומר, עצם סימון המצרים אינו מספיק כשלעצמו אלא יש לעגנו במבנה התחבירי מסוים של המשפט. ראו למשל רשב"ם, ד"ה 'הכי כתוב': "לשון אחר כתוב בספרים אי אמר לי בית הבד וכל תשמישיו ואילין מצרנהא לא קני דהשתא לא קאי ואילין מצרנהא אתשמישין אלא אבית הבד קאי הלכך לגבי תשמישין נאמר מצרים הרחיב לו אבל אי אמר אילין מצרני בית הבד וכל תשמישיו קני דהשתא אתרוייהו קאי וכמאן דאמר אלו מצרני בית הבד ואלו מצרני כל תשמישיו דמי. ולא נהירא דלא שנה הכי ולא שנה הכי אתרוייהו קאי וראשון עיקר". גרסה זו מופיעה בכ"י פירנצה ובכ"י אוקספורד. ראו גם הנוסח המובא בכ"י מינכן.

³⁵⁴ משנה, בבא בתרא ה, א.

מכר את הקרון מכר את הפרדות.

סתירה זו הובילה את התלמוד להבחנה הבאה:³⁵⁶

תני רב תחליפא בר מערבא קמיה דרבי אבהו: מכר את הקרון מכר את הפרדות.

והא אן לא מכר תנן.

אמר ליה: איסמיה.

אמר ליה: לא, תיתרגם מתניתך באדוקין בו.

על פי סוגיה זו, פרשנות מכירת "קרון", אם היא כוללת את הפרדות אם לאו, תהיה תלויה בשאלה אם בעת כריתת החוזה מחוברים הפרדות לקרון.³⁵⁷ הרי לנו, לכאורה, ביסוס של פרשנות החוזה על המצב הנסיבתי בעת הכריתה.

ברם, דומני שכאן הנסיבות מתפקדות באופן שונה. במקרה זה תרומתן אינה רק לברור אומד דעתם של הצדדים, אלא להגדרת משמעותה הלשונית של המילה 'קרון'. כאמור לעיל,³⁵⁸ ישנם מצבים שבהם מילה הנה רב-משמעית, ואין לדעת את משמעותה המדויקת אלא מן ההקשר שבו נאמרה.³⁵⁹ כאן נדרש ההקשר כדי להבהיר את המשמעות הלשונית של המילה, עוד קודם לאומד דעתם של הצדדים. הוא הדין למילה 'קרון'. מילה זו עשויה לציין בו זמנית הן את עגלת המטען (או הישיבה) הן את מכלול כלי התנועה, לרבות הפרדות המושכות.³⁶⁰ השאלה האם הפרדות אדוקין בעגלת המטען משפיעה על השאלה, האם המילה 'קרון' שהוזכרה בחוזה משמעותה עגלת המטען או כלי הרכב.³⁶¹ כאן הנסיבות מתפקדות במישור בסיסי יותר מן האמור לעיל, והוא סינון המשמעות הלשונית המתאימה בהקשר שנאמר.³⁶²

³⁵⁵ בבלי, בבא בתרא ע"ב.

³⁵⁶ בבלי, בבא בתרא ע"ב. הובא גם שם, ע"ב.

³⁵⁷ לדעת הר"י מיגש (בבא בתרא ע"ב, ד"ה 'הא') האינדיקציה של אדוקין בו חלה גם על המקרה של צמד ובקר (ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 233), בדומה לקרון ופרדות. זו גם דעתו של הרמב"ן בחידושו, בבא בתרא ע"ב, ד"ה 'הא דאמרנין'. על כך ראו גם רשב"ם, בבא בתרא ע"ב, ד"ה 'הכי גרסינן'; מגיד משנה, מכירה פרק כז, הלכה ב.

³⁵⁸ לעיל, ליד ציון הע"ש 181.

³⁵⁹ דוגמאות שהבאנו לעיל היו רב-המשמעויות הקיימות למלים כגון 'חמרא' (יין, חמור) ו'כדור' (כדור משחק, גלולה וכדור אקדח).

³⁶⁰ דומני, כי בלשון חז"ל עצמם ניכר לעתים כי המילה 'קרון' מציינת את מכלול כלי התנועה, לרבות החיות המושכות אותו. למשל: "אמר ר' אחא: משל למלך שבאו שבאין ושבו את בנו, והיו עבדיו מציעין לו את הקרון לרדוף אחריהן, אמר המלך אם אני ממתין עד שיציעו לי את הקרון בני אבד, מה עשה המלך, נטל סוס אחד מן הקרון ורדף אחריהן" (מדרש תהלים, מזמור יח, מהד' בובר 144). יתכן שזו גם המשמעות בבבלי, ברכות לב ע"ב: "המתפלל וראה אנס בא כנגדו, ראה קרון בא כנגדו – לא יהא מפסיק אלא מקצר ועולה".

³⁶¹ בעברית בת-זמננו, ובעיקר בעגה הצה"לית, המילה 'גלגלים' מציינת לעתים את הרכב כולו ולא רק את ארבעת גלגליו.

³⁶² יתכן שהסבר זה הולם טוב יותר את קביעתם המאוחרת יותר של הפוסקים, כי אף שהמוכר "קרון" מכר את הפרדות האדוקין בו, המוכר "פרדות" לא מכר את הקרון אף שהן אדוקין בו. מנקודת המבט של אומד דעתם של הצדדים, יתכן שהעובדה שהם אדוקין זה בזה תשפיע הן על מכירת "קרון" הן על מכירת "פרדות". אולם מנקודת

יתכן ולכך התכוון הראב"ד כשכתב: "דכל שאדוקין בו הרי הן לקרון כתנור וכירים לבית ומכתשת הקבועה".³⁶³ כלומר, שהפרדות האדוקין בקרון הופכים להיות רכיב בתוך הדבר המסומן על ידי המילה 'קרון', בדומה לאופן שבו חפצים הקבועים בבית הופכים להיות רכיב אינטגרלי מן הבית.³⁶⁴ זאת בשונה מראשונים אחרים, אשר טענו כי האינדיקציה של 'אדוקין בו' אינה מספיקה כשהיא לעצמה, וכי היא אפקטיבית רק כשמתלווית לה אינדיקציה נוספת: שהדמים מודיעין.³⁶⁵ נראה שלידם של ראשונים אלה, העובדה שהפרדות אדוקין בקרון אינה תורמת לפירוש המילולי של החוזה אלא אך ורק לחשיפת אומד דעתם של הצדדים,³⁶⁶ וכיוון שזו אינדיקציה חלשה³⁶⁷ היא פועלת רק בצירוף לאינדיקציה נוספת.³⁶⁸

אם אכן יש אמת באופן שבו הצעתי פירושה של סוגיה זו, יש בה כדי להציב סייג חשוב לדברינו בפרק זה. גם גישה פרשנית מילולית, המעדיפה את משמעות לשון החוזה על פני חשיפת אומד דעת הצדדים, חייבת להתחשב, ואפילו במידה קלה, בנסיבות. היא אמנם עשויה להתעלם מן הנסיבות שעה שהן משמשות אינדיקציה לאומד דעת הצדדים, אולם כאשר על הפרק עומדות כמה

המבט הלשונית, המילה 'פרדות' לא תציין את הקרון, גם אם הפרדות אדוקין בקרון. על כך ראו רמב"ם משנה תורה, מכירה פרק כז, הלכה ב; מעשה רקח, שם; טור, חושן משפט, סימן רכ; בי"ח, שם; פרישה, חושן משפט, סימן רכ, ס"ק ד.

שאלה מעניינת היא, האם על פי אפשרות זו (הנסיבות כקריטריון לשוני) דרושה מודעות הצדדים למצב העניינים של הפרדות והקרון בעת כריתת החוזה. מחד גיסא, המילה 'קרון' כשהיא באה בהקשר מסוים (אדוקין בו) מציינת כשהיא לעצמה את מכלול כלי הרכב, ולפיכך אין לדרוש את מודעות הצדדים למצב העניינים. מאידך גיסא, ברירת המשמעות הלשונית הרלוונטית נעשית מכוח בחירתם של הצדדים להשתמש במילה מסוימת בהקשר מסוים, ולפיכך מודעותם למצב העניינים נראית הכרחית. וראו להלן, הע"ש 369.

³⁶³ שיטה מקובצת, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'כשאדוקין בו'. הובא גם בחידושי הרשב"א, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'אמר ליה', ובחידושי הריטב"א, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'יתרגם'. ראו גם בי"ח, חושן משפט, סימן רכ.

³⁶⁴ ברם, אין לכחד כי יש מן הראשונים שדווקא טרחו להדגיש, כי מבחינה מילולית המילה 'קרון' לעולם אינה מציינת את הפרדות המושכים את הקרון. ראו חידושי הרשב"א, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'אמר ליה'. מהם עולה, כי הטעם העומד בבסיס האינדיקציה של אדוקין בו אינו בירור המשמעות המילולית של המילה 'קרון', אלא הפיכת הפרדות לתשמישי הקרון המחוברים בו, אשר לכן נמכרים עמו. יתכן שזו גם כוונת הראב"ד הנ"ל. והשוו עם לשון הרשב"א במקום אחר: "משום דהתם אין הקרון עשוי לשום תשמיש ולא ראוי לו בלעדי הפרדות או חמורים שמושכין אותו" (חידושי הרשב"א, בבא בתרא עז ע"א, ד"ה 'או דלמא').

³⁶⁵ כך למשל, בחידושי הרמב"ן, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'הא דאמרינן': "נראה לי דטעמא משום דהדמים מודיעין בשאדוקין". ראו גם נימוקי יוסף, בבא בתרא פרק ד (דף לט ע"ב בדפי הרי"ף), ד"ה 'פיסקא'; פרישה, חושן משפט, סימן רכ, ס"ק ג. כמעט ואין צורך לומר, כי על פי פשטה של הסוגיה, אינדיקציית אדוקין בו אינה מותנית בכך שהדמים מודיעין כמותה.

³⁶⁶ אכן, הנימוקי יוסף (לעיל, הע"ש 365) הדגיש, מחד גיסא, "דלעולם אין קרון ופרדות נקראין בשם אחד", ומאידך גיסא הדגיש, כי העובדה שהם אדוקים זה בזה מלמדת "שעל הכל נתכוונו", כלומר על אומד דעת הצדדים.

³⁶⁷ שהלא יתכן שהפרדות אדוקין בקרון, ובכל זאת דעתם של המוכר והקונה היתה על הקרון לבדו.

³⁶⁸ אכן, נראה שלדעת הראב"ד הנ"ל, אם הפרדות אדוקין בקרון הם יימכרו עמו, אף בלא האינדיקציה של גובה התמורה. וכך כתב בחידושי הריטב"א, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'יתרגם': "באדוקים בו: פ"י דהשתא ודאי הוה ליה כתנור וכיריים ומכתשת הקבועה שהם טפלים לבית וד"ן הוא שיהיו מכורין עמו בלא טעמא דהדמים ראייה". הריטב"א והרשב"א (לעיל, הע"ש 363), תמכו בפירושו של הראב"ד.

משמעויות מילוליות המתחרות ביניהן, לנסיבות הכריתה עשוי להיות משקל בברירת המשמעות הלשונית הרלוונטית.³⁶⁹

בטרם סיום מן הראוי לציין, כי חלק מן הפוסקים לא הביאו בספריהם הלכה זו של 'אדוקין בו',³⁷⁰ ואחרים שכן הביאוהו עשו זאת במשתמע בלבד.³⁷¹

ב. עקרון זה, שלפיו לעתים הנסיבות דרושות כדי לברור את המשמעות הלשונית הרלוונטית, עולה גם מתוך הסוגיה הבאה.³⁷² סוגיה זו דנה באדם המוכר לחבירו שדה "לבר מאילני". השאלה הפרשנית המתעוררת, היא אלו סוגי אילנות מוצאים מן החוזה על ידי ביטוי זה?

אמר ליה: לבר מאילני, אי אית ליה אילני - לבר מאילני, אי אית ליה דיקלי - לבר מדיקלי, אי אית ליה גופני - לבר מגופני, אילני וגופני - לבר מאילני, אילני ודיקלי - לבר מאילני, גופני ודיקלי - לבר מגופני.

מן הסוגיה עולה בבירור, כי פירוש החוזה יהיה תלוי בנסיבות, כלומר בסוג העצים הנטועים באותה שדה. פשר הדבר נעוץ ככל הנראה בעובדה שאמנם המילה 'אילני' מציינת על דרך הרוב אילנות באופן כללי, "כגון זיתים ותאנים ותפוחים",³⁷³ אך לעתים היא יכולה גם לציין דקלים³⁷⁴ או גפנים. ברירת המשמעות הלשונית הרלוונטית צריכה שתיעשה מתוך ההקשר הנסיבתי שבו נאמרו הדברים.³⁷⁵

³⁶⁹ לכך יש להוסיף את ההסתייגות המתבקשת, עליה עמד הרב יחזקאל אברמסקי, שלפיה הנסיבות יתרמו לברירת המשמעות הלשונית הרלוונטית רק אם הצדדים אכן מודעים לקיומן של נסיבות אלה. כלומר, דין 'אדוקין בו' יחול רק אם האדם הקונה את 'הקרן' אכן מודע שהפרדות מחוברות אליו. ובלשונו: "התם נמי מיירי שהלוקח ראה או ידע בשעת מקחו שהם אדוקים יחד. דאי לאו הכי מנא ליה ללוקח להעלות על דעתו בשעת המכירה שהם אדוקים יחד, דנימא שבקנה את הקרון נחית אדעתא דהכי שהפרדות נמי תהיינה כלולות במקחו" (חזון יחזקאל, בבא בתרא ד, א ד"ה 'מכר את העול'). על כך ראו גם להלן, הע"ש 861.

³⁷⁰ ראו ר"ף, בבא בתרא פרק ה (דף לט ע"ב), שלא הביא הלכה זו. על כך תמחו שיטה לא נודע שם מחברה, המובאת בשיטה מקובצת, בבא בתרא עז ע"ב; ב"ח, חושן משפט, סימ רכ.

³⁷¹ ראו רמב"ם, משנה תורה, מכירה פרק כז, הלכה ב: "המוכר את הקרון לא מכר את הפרדות בזמן שאין קשורות עמו". הרמב"ם העתיק את לשון המשנה בצירוף להסתייגות שמוסיפה סוגיית התלמוד, אך לא גזר מהם את המסקנה המתבקשת, כי בזמן שהן קשורות עמו נמכרים הפרדות עם הקרון.

³⁷² בבלי, בבא בתרא סט ע"ב.

³⁷³ רשב"ם, בבא בתרא סט ע"ב, ד"ה 'הייג'.

³⁷⁴ ראו רשב"ם, בבא בתרא סט ע"ב, ד"ה 'אי'.

³⁷⁵ ראו בהקשר זה הוויכוח שמנהל הרשב"ם (בבא בתרא סט ע"ב, ד"ה 'גופני') עם גישה חולקת. נראה כי הוויכוח ביניהם הוא בשאלה, האם הפתרון שמציעה הסוגיה מצוי במישור הלשוני של החוזה או במישור אומד דעתם של הצדדים: "אי אייל לבר מאילני ואין בשדה אלא דקלים וגפנים הדקלים מכר והגפנים שייר, דגפנים לגבי דקלים נקראין אילני ובכלל אילני הן טפי מדיקלי כן נראה בעיני, ויימ דאין זה וזה בכלל אילני ואין זה נקרא אילן יותר מזה והלכך המוטב דהיינו גפנים שייר לעצמו. ולא נהירא, דאם איתא דשניהן שוין ואין זה נקרא אילן יותר מזה ואיהו אמר לבר מאילני הוה לן למימר דתרוייהו שייר לעצמו שהרי גילה דעתו שהכל קרא אילני מאחר שאין כאן שום אילן אחר שיקרא אילן אלא אלו".

הגישה עמה מתפלמס הרשב"ם מופיעה אצל הר"י מיגש, בבא בתרא סט ע"א, ד"ה 'אמי ליה'. מחלוקת זו מופיעה פעם נוספת אצל הרמב"ם והראב"ד. הרמב"ם (משנה תורה, מכירה פרק כז, הלכה יב) כתב: "מכר לו שדה ואמר לו חוץ מן

ג. על פן מעניין נוסף של השפעת ההקשר הנסיבתי על מובנו המילולי של החוזה ניתן ללמוד מה המשנה הבאה:³⁷⁶

...על מנת שאראיך מאתים זוז הרי זו מקודשת ויראה לה ואם הראה על השלחן אינה מקודשת.

...על מנת שאראיך בית כור עפר הרי זו מקודשת ויראנה ואם הראה בבקעה אינה מקודשת.

כלומר, אדם מקדש אשה ומתנה את הקידושין על מנת שיראה לה נכס מסוים (מאתיים זוז או בית כור עפר), ולבסוף מראה לה נכס שאינו שלו. האם הוא יחשב כמי שקיים את התנאי, שכן הראה לה נכס כמתבקש מן המובן הלשוני המצומצם של התנאי, או שמא היה עליו להראות נכס שהוא שלו ולא עשה כן? על פי המשנה, משמעותו המילולית המצומצמת של התנאי אינה מתקבלת, ולפיכך התנאי נחשב לא מקיים והקידושין אינם תקפים.³⁷⁷

אלא שאין זה ברור לגמרי, מכוח מה נדחית המשמעות המילולית המצומצמת של התנאי? האם המשנה טוענת, כי המשמעות המילולית "האמיתית" של דברי האיש היא שעליו להראות נכס שהוא שלו, או שמא המשנה טוענת כי כאן כוונת הצדדים ברורה, שעל האיש להראות נכס שהוא שלו, וכיונה ברורה זו גוברת על המשמעות הלשונית של התנאי?

מדברי התלמוד נראה, כי כאן כוונת הצדדים גוברת:³⁷⁸

ע"מ שאראך מאתים זוז וכו'. תנא: לא נתכונה אלא לראות משלו.

...על מנת שאראך בית כור עפר. תאנא: לא נתכוונה זו אלא לראות משלו.

לפי זה, כאן אין מדובר בפירוש דברי האיש המקדש, אלא בהעדפת הכוונה (של האשה) על פני המשמעות הלשונית של דברי האיש. ולמעשה, זהו סעיף של סוגיית 'דברים שבלב'.³⁷⁹ דומני שדברי הרשב"א משקפים היטב את הפער שבין המשמעות המילולית לבין כוונת הצדדים:³⁸⁰

האילנות, אם יש בו דקלים בלבד שייר הדקלים, ואם יש בו גפנים בלבד שייר הגפנים, וכן שאר האילנות, היו בה גפנים ודקלים לא שייר אלא הגפנים, אילנות וגפנים לא שייר אלא אילנות, וכן אילנות ודקלים שייר אילנות שהמוכר בעין יפה הוא מוכר, ואם הדקלים שייר לא שייר אלא כל דקל גבוה שעולים לו בחבל והשאר הרי הוא של לוקח, ואם שאר האילנות הוא ששייר לא שייר בהם אלא כל שאין העול כובשו וכל שהעול כובשו הרי הוא של לוקח ובכלל השדה נחשב". ועליו השיג הראב"ד ואמר: "א"א הטעם שפירש לזה אינו כלום אלא שלשון בני אדם קורין לאלו אילנות סתם ולא לאלו וטעה בטעם שלו שהרי גופני קנו דקלי ודקלי לא קנו גופני עכ"ל". ראו שם, נושאי הכלים: מגיד משנה, משנה למלך, מגדל עוז, מרכבת המשנה.

יש לציין, כי גם הר"י מיגש קיבל את היחסיות שיש במשמעות השם 'אילני' כפונקציה של ההקשר שבו נאמר: "דכי אמרינן דדיקלי וגופני נמי מיקרו אילני הני מילי היכא דליכא אילני אבל היכא דאיכא אילני הוא דמיקרו אילני אבל דיקלי וגופני לא מיקרו אילני".

³⁷⁶ משנה, קידושין ג, ב-ג.

³⁷⁷ התלמוד (בבלי, קידושין ס ע"ב) מחיל דין זה גם אם מראה לה נכס שאינו שלו במלוא מובן המילה, אלא במובנים משפטיים חלקיים בלבד.

³⁷⁸ בבלי, קידושין ס ע"ב.

³⁷⁹ על סוגיית 'דברים שבלב' ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1158.

כונה זו שנתכונה היא להראות לה משלו, היא כונה ברורה ומוסכמת, שהיא מבטלת הלשון, והכונה, כמפרש כן.³⁸¹

ברם, מתוך התוספתא נראה שטעמה שונה, ולפיה המשמעות המילולית של האיש מתפרשת במובנה הרחב, כמתנה את הקידושין בכך שיראה נכס שהוא שלו:³⁸²

על מנת שאראך מאתים זו אם הראה על השלחן אין מקודשת שלא אמר להראותה אלא משלו...

על מנת שאראך בית כור עפר אם הראה בבקעה אינה מקודשת שלא אמר להראותה אלא משלו.

אם נפרש את המילים "שלא אמר... אלא" כפירוש מילולי של דברי האיש, נמצא על פי התוספתא כאן ההקשר קובע משמעות מילולית לדברי האיש השונה מן המשמעות המצומצמת; דווקא להראותה משלו ולא להראותה סתם.³⁸³ בדומה פסק הרמב"ם:³⁸⁴

אינה מקודשת עד שיראנה משלו, שמשמע שאראך שאראך שעמי לעצמי דבר זה שאמרתי לך.³⁸⁵

לפי אפשרות זו, נראה שלעתים ההקשר מורה על סטייה מן המשמעות המילולית הרגילה ובחירת משמעות מילולית שונה.³⁸⁶ אימתי הדבר מתרחש? אם לגזור על פי המקרה שבו דנה המשנה,

³⁸⁰ שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן תט. ראו גם שו"ת הרשב"א החדשות, סימן קסה.

³⁸¹ וכן פסק רבינו ירוחם, כשהוא נשען על סוגיה זו: "כלל גדול בידינו בכל תנאי שאדם מתנה עם חבירו שאין להלך אחר לשון הכתוב אלא אחר הכוונה לבד, וראיה דעל מנת שאראך מאתים זו דהאיש מקד' שלא נתכוונה זאת אלא להראות משלו" (רבינו ירוחם, מישרים, נתיב כג, חלק ז, הובא גם בבית יוסף, חושן משפט, סימן סא, ובשולחן ערוך, שם, סעיף טז). ובשו"ת פנים מאירות, חלק ג, סימן יב הסיק מסוגייה זו: "הרי לפנינו דלא אזלינן בתר דיבורו אלא בתר כוונתה, משום דאומדני דמוכח הוא שלא נתרצית אלא שיראה לה משלו ולא שיראה בית כור עפר מאחריים". על יסוד דברים אלה של רבינו ירוחם קבע שילם ורהפטיג, כי "כלל גדול בתורת הפרשנות של המשפט העברי הוא שכוונת הצדדים בשעת עשיית ההסכם עדיפה על לשונו של ההסכם, הפתגם 'אין להסתכל בקנקן אלא במה שיש בו' משקף את הכלל הזה" (ורהפטיג, **דיני חוזים במשפט העברי**, 262, וראו לעיל, הע"ש 168). אלא שכפי הנראה, משנה זו, בעיקר על פי פירושו של רבינו ירוחם, אינה דנה בפרשנות של מונחים שאינם ברורים, אלא במתח שבין לשון החוזה לבין כוונת הצדדים, שהיא סוגיה שונה מבעיית הפרשנות. כאן התלמוד אינו מפרש את משמעות דבריו של האיש, אלא טוען שכוונת האשה גוברת על המשמעות המילולית של התנאי שבקידושין. כלומר, כאן אין מדובר בפירוש הלשון אלא בהתגברות על הלשון. והרי זה אחד מן המקרים של סוגיית 'דברים שבלב'.

³⁸² תוספתא, קידושין ג, ג-ד (מהד' ליברמן, 286).

³⁸³ עם זאת, יש לזכור כי גם ניתן לפרש את המילים "שלא אמר... אלא" במובן שונה, דהיינו כלא התכוון אלא, כלומר כמתייחסים לכוונת דברי האיש ולא למשמעות לשונו. ונראה שכך הבין ליברמן, שכתב "ולא הוסיפה התוספתא אלא את הטעם, וכן הכי בבבלי" (ליברמן, **תוספתא כפשוטה**, כרך ח, 943).

³⁸⁴ רמב"ם, משנה תורה, אישות פרק ז, הלכה ד.

³⁸⁵ ובקריית ספר, אישות פרק ז: "על מנת שאראך כך וכך אינה מקודשת עד שיראה לה הוא משלו. על מנת שיש לי בית כור עפר אינה מקודשת עד שיהיה ראוי לזריעה דמשמעות אלו הלשונות הם כך".

³⁸⁶ לאמיתו של דבר, דומני שהפער בין שני ההסברים אינו כה גדול. גם אם נקבל שההסבר לדין שבמשנת קידושין מבוסס על כוונת האשה (ולא על משמעות דברי האיש), דומה שהדבר יוכל להתקיים רק משום שהמשמעות הלשונית של דברי האיש אינה חד-משמעית והיא יכולה לסבול את כוונת האשה שיראה לה דווקא משלו. עמד על כך בשו"ת

כאשר המשמעות המילולית המצומצמת יוצרת תוצאה אבסורדית (על מנת שיראה לה נכס ואפילו הוא אינו שלו), יש להעדיף משמעות מילולית סבירה יותר המתבקשת מתוך ההקשר. דומני שעמד על כך הריב"ש:³⁸⁷

כל שאפשר לתנאו שיחול בדבר מועיל מן הדין, אין לומר שיחול בדבר בטל ובלתי מועיל מן הדין. הגע עצמך: המתנה עם חבירו על מנת שיתן לו בית או שדה, היעלה על לב שיתן לו בית שאינו שלו ושבה קיים תנאו? והלא לא נתן לו כלום! ואפילו בעל מנת שאראך מאתים זוז אמרינן בפרק האומר בקדושין (ס), שאם הראה על השלחן אינה מקודשת... אלא צריך שיראנה משלו.

3.7. הנסיבות כקריטריון לדרך קיום החוזה

לפנינו סוגיה תלמודית נוספת, אשר במבט ראשון נראית כמבססת את פירוש החוזה על בחינת נסיבות הכריתה, אולם דומני שמבט נוסף ילמדנו שהיא עוסקת בדרך קיום החוזה ולא בפירושו. סוגיה זו מורכבת, בעיקר בשל גרסאותיה הרבות.³⁸⁸

הסוגיה עוסקת באדם המוכר לחברו קרקע ודקלים. נקודת המוצא של הסוגיה היא המשנה הקובעת, כי מכירת מקרקעין כוללת גם את הגידולים שעליהם.³⁸⁹ לפיכך, אדם המוכר 'ארעא', אם יש דקלים על קרקע זו הריהם של הקונה. האם יש אפוא לייחס משמעות מיוחדת להדגשה שבחוזה כי המכירה כוללת 'ארעא ודיקלי'? בהקשר זה מבחינה הסוגיה בין שלוש לשונות: 'ארעא ודיקלי', 'ארעא בדיקלי' ו'ארעא בי דיקלי'.³⁹⁰

אמר ליה: ארעא ודיקלי - חזינן, אי אית ליה דיקלי - יהיב ליה תרי דיקלי, ואי לית ליה - זבין ליה תרי דיקלי, ואי משעבדי³⁹¹ - פריק ליה תרי דיקלי.

ארעא בדיקלי - חזינן, אי אית בה דיקלי יהיב ליה, ואי לאו - מקח טעות הוא.

ארעא בי דיקלי - לית ליה דיקלי, דחזיא לדיקלי קאמר ליה.³⁹²

מהר"י בן לב, חלק א, סימן מו, שכתב על דברי הרשב"א הנ"ל: "הני מילי היכא דהלשון משמע הכי ומשמע הכי אבל כשהלשון הוא קצר ופרטי לא נכנס מכח האומדנה מה שאין יכול לסבול הלשון". כלומר, אליבא דהסבר זה, אמנם אין לקבוע שהמשמעות המילולית העיקרית של המלים "על מנת שאראך" היא "על מנת שאראך משלי", אולם זו משמעות מילולית אופציונלית, והיא זו שמאפשרת את קביעת הדין על פי אומדן כוונתה של האשה.

³⁸⁷ שו"ת הריב"ש, סימן רז.

³⁸⁸ לא אכנס כאן בשאלת מיקומה של סוגיה זו ביחס לסוגיה שאחריה (סוגיית 'לבר מדיקלא פלניא', שבה נדון להלן), שאף בה רבו הגרסאות בעדי הנוסח השונים.

³⁸⁹ ראו משנה, בבא בתרא ד, ח.

³⁹⁰ בבלי, בבא בתרא סט ע"ב.

³⁹¹ נושא השעבוד והסרתו מופיע בחלק מכתבי היד, אולם לצורך הדיון שאני מפתח כאן לא ראיתי חשיבות מיוחדת דווקא באפשרות זו.

³⁹² בכת"י מינכן (ורק בו) מופיעים שני מצבים בלבד 'ארעא ודיקלי' ו'ארעא בדיקלי'. המצב השלישי מופיע כמשולב בתוך הראשון: "א"ל ארע' ודיקלי אי אית' ב' תרי דיקלי יהיב ליה תרי דיקלי ואי לא זבין ל' תרי דיקלי מאי טע' דחזי' לדיקלי קא"ל".

על פניו נראה כי סוגיה זו מתארת פרשנות חוזה אשר תלויה בנסיבות הכריתה. היא אינה מעניקה פתרון פרשני גורף וחד משמעי, אלא בוחנת את הפרשנות ממקרה למקרה. המילה 'חזינן', המופיעה פעמיים בסוגיה,³⁹³ מבטאת את הצורך בבדיקה עובדתית. האמנם כך? סבורני שזו טעות אופטית, וכי סוגיה זו כלל לא עוסקת בשאלת פרשנות חוזה, אלא בשאלה מסוג שונה. הסוגיה אינה מתלבטת לגבי מובנו של החוזה, אלא לגבי דרך קיומו.

כך הוא למשל, לגבי שני המצבים האחרונים שבסוגיה. על פי הסוגיה, מובנו של הביטוי 'ארעא בדיקלי' הוא קרקע שיש בה דקלים. לפיכך אם מתברר שאין בה דקלים החוזה ניתן לביטול כדין מקח טעות. מנגד, הביטוי 'ארעא בי דיקלי' מובנו קרקע המסוגלת לגידול דקלים, ולפיכך היעדר דקלים אינו עילה לביטול המקח. המצב הראשון סבוך יותר, ולגביו אין זה ברור לגמרי, כיצד מבין התלמוד את תפקיד המילה 'דיקלי', המחוברת בו החיבור למילה 'ארעא'. בהקשר זה הציגו הראשונים שני הסברים עיקריים. הסברים אלו משקפים, במידה מסוימת, את הבדלי הגרסאות לסוגיה כפי שהם מופיעים בעדי הנוסח השונים.

הרשב"ם טען, כי כיוון שהמילה 'ארעא' מציינת ממילא את הדקלים הנטועים באותה קרקע, הרי שהמילה 'דיקלי' מתייחסת לדקלים נוספים, מחוץ לשדה. לפי זה, לפנינו שתי עסקאות נפרדות: המוכר מתחייב לתת לקונה את הקרקע והדקלים שעליה, וכן דקלים נוספים.³⁹⁴ לפיכך עליו לספק לקונה שני דקלים בכל דרך שהיא, אם בדרך של העברת בעלות, אם בדרך של רכישת דקלים חדשים,³⁹⁵ ואם בדרך של הסרת השיעבוד מדקלים קיימים. אליבא דרשב"ם, במילה 'חזינן' מתכוון התלמוד לבחון אם יש למוכר דקלים נוספים ('אי אית ליה'), ולא אם ישנם בשדה דקלים נוספים ('אי אית ביה').³⁹⁶

תוספות טענו,³⁹⁷ כי אין מדובר בשתי עסקאות נפרדות אלא בעסקה אחת. אמנם בדרך כלל המילה 'ארעא' מציינת את הקרקע ואת הדקלים הנטועים בה, אולם אם המוכר הוסיף את המילה 'ודיקלי' בכך הוא גורע מכוחו של הקונה, ומתחייב להעניק לו שני דקלים ולא יותר. אליבא דתוספות, השאלה אותה מנחה התלמוד לבדוק (במילה 'חזינן') היא אם יש בשדה דקלים אם לאו

³⁹³ כך בנוסח הדפוס שלפנינו. לאמיתו של דבר, המילה 'חזינן' אינה מופיעה בכל עדי הנוסח. כך למשל, מובאת הסוגיה בכ"י וטיקן: "א"ל ארעא ודיקלי [אי] אית ליה דיקלי יהיב ליה תרי דקלי לית בה דיקלי זבין ליה תרי דיקלי ארעא בדיקלי אי אית בה דיקלי זביניה זביני ואי לא מקח טעות הוא דעבד ארעא בידוקלי דהוא לדיקלי קאמי לבד מדיקלי פלניא אי טבא הוא לחודיה שייריה ואי בישא הוא ושייריה כל שכן הנך דמעיקרא שיירינהו".

³⁹⁴ ראו רשב"ם, ד"ה 'קפסיק גמרא': "אמר ליה מוכר ללוקח ארעא ודיקלי מזבנינא לך שני מכירות הן שדה זו אני מוכר לך וקנה את השדה ואת הדקלים שבתוכו ודיקלי נמי מזבנינא לך במקום אחר".

³⁹⁵ לבעיית 'דבר שלא בא לעולם' המתעוררת בהקשר זה ראו חידושי הרשב"א, ד"ה 'הא דאמרנין'; חידושי הריטב"א, ד"ה 'ארעא ודיקלי'; מחלוקת הרמב"ם והראב"ד, משנה תורה, מכירה פרק כד, הלכה יג, ובמגיד משנה שם. ראו גם שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רטז, סעיף ה; סמ"ע, שם, ס"ק יד.

³⁹⁶ ראו רשב"ם, ד"ה 'הכי גרסינן'. אכן, כמעט בכל עדי הנוסח (כ"י וטיקן, כ"י פריז, כ"י אוקספורד, כ"י אסקוריאל, כ"י המבורג, כ"י פירנצה) מופיע נוסח הדומה לזה של הרשב"ם: "אי אית ליה", ולא "אי אית ביה".

³⁹⁷ ד"ה 'ארעא ודיקלי'.

(ולא אם ישנם דקלים בבעלות המוכר).³⁹⁸ לכן, המוכר יתחייב לתת לקונה שני דקלים מתוך אלו שבשדה, אף אם ישנם שם יותר, ואף לא דקל נוסף מאלו שברשותו והם מחוץ לשדה. אם אין בשדה דקלים הוא יחויב במתן שני דקלים אחרים. נמצא, כי הן לרשב"ם הן לתוספות אין מדובר בפירוש החוזה על פי הנסיבות, אלא בבדיקת הדרך הנאותה לקיום החוזה.³⁹⁹

כדאי להדגיש ולחדד את הדברים מכיוון נוסף. פירוש החוזה על פי נסיבות הכריתה מחייב להתמקד בנסיבות כפי שאלה היו בעת כריתת החוזה.⁴⁰⁰ מנגד, כאן נראה כי המילה 'חזינן' מתייחסת למועד קיום החוזה, אז יש לבדוק האם בעל השדה מחזיק בבעלותו דקלים, אם לאו, או שמא הם משועבדים לאחר. לפיכך, כאן מדובר בבדיקת דרך קיום החוזה ולא בשאלת פרשנותו.

3.8. הנסיבות במסגרת שאלות חוץ-לשוניות

באותו עמוד דן התלמוד באדם המוכר לחבירו שדה ובה דקלים רבים, ואומר לו כי השדה תימכר לבד מדקל פלוני. גדר השאלה הפרשנית המתעוררת: האם משמעות החוזה תהיה מכירת השדה וכל הדקלים שבה, לבד מאותו דקל פלוני, או שמא מכירת השדה ובלא כל הדקלים האחרים בדומה לאותו דקל פלוני. ובמילים אחרות, האם ציונו של דקל פלוני נועד לציין אותו דקל לבדו או שמא לציין רף מסויים של דקלים מן האיכות של אותו דקל פלוני. התלמוד מכריע זאת על פי היחס האיכותי בין הדקל המסויים לבין שאר הדקלים שבשדה:

אמר ליה: לבר מדיקלא פלניא - חזינן, אי דיקלא טבא הוא - שיורי שייריה, אי דיקלא בישא הוא - כל שכן הנך.

אם זהו דקל טוב,⁴⁰¹ מן הסתם ביקש לשיירו לבדו לעצמו ואין לראות בו דוגמה לדקלים אחרים. אם זהו דקל רע, מן הסתם ביקש לשייר לעצמו אף דקלים אחרים, והשתמש באותו דקל לציין את רף המינימום.

³⁹⁸ אחד מעדי הנוסח תומך בפירוש זה. על פי כ"י מינכן, יש לבדוק האם ישנם דקלים בשדה עצמו: "אייל ארע' ודיקלי אי איתי' ב'י תרי דיקלי יהיב ליה תרי דיקלי ואי לא זבין ל'י תרי דיקלי".

³⁹⁹ נראה שהרי"ד (תוספות רי"ד, בבא בתרא סט ע"ב, ד"ה 'ארעא ודיקלי') קיבל באופן עקרוני את פירוש הרשב"ם, אך זאת רק כאשר אין על הקרקע דקלים. אם יש עליה דקלים ייתן המוכר את הדקלים שעליה, ואז תתפרש התוספת 'ודיקלי' פְנוי השטר (על סוגיית 'שופרא דשטרא' ראו להלן, ליד ציון הע"ש 581). בפירוש זה יש מרכיב נסיבתי מסויים המשתקלל בפירוש החוזה, שכן מצב הדקלים על השדה (אם ישנם כאלה) יכריע האם המילה 'ודיקלי' תתפרש כמתייחסת לדקלים שעל השדה או לדקלים אחרים. דומני, כי זו דוגמה נוספת לבעיה פרשנית חוץ-לשונית. לא ניתן לפתור בכלים לשוניים את השאלה, האם המילה 'ודיקלי' מציינת דקלים שבתוך השדה או מחוצה לה. לפיכך, כאן ניתן משקל מסויים לנסיבות. על כך ראו להלן, ליד ציון הע"ש 402, 1041.

⁴⁰⁰ ראו פירוש הרשב"ם, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'יתרגם': "בשדוקין בו – שקשורין ביחד בשעת המכירה". דברים אלה נאמרו בהקשר סוגיית אדוקין בו, ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 354.

⁴⁰¹ זאת, כמובן, במונחים יחסיים. ראו למשל פירושו של הרשב"ם, בבא בתרא סט ע"ב, ד"ה 'חזינן': "חזינן אי דיקלא טבא הוא - כלומר מן הבינוניים שטוענין פירות קצת לחודיה שייריה דדעתו ליהנות מפירות שדהו פורתא וקנה הלוקח כל השאר בכלל השדה". ראו גם המשך דבריו של הרשב"ם לגבי "דיקלא בישא"; ר"י מיגש, בבא בתרא סט ע"א, ד"ה 'אמי ליה'.

לפנינו דוגמה לפרשנות החוזה לאור הנסיבות. אכן, כאן נראה כי המועד הרלוונטי לבדיקה אינו מועד קיום החוזה אלא מועד הכריתה. המילה 'חזינן' צופה פני עבר. האם סוגיה זו עומדת בסתירה עם הסוגיות שראינו בתחילת הפרק? סבורני כי התשובה לכך שלילית, וכי מדובר במקרה חריג.

אמנם במקרה זה הפרשנות נעשית לאור הנסיבות. אולם יש לשים לב שכאן מדובר בשאלה פרשנית שככל הנראה לא ניתן לפותרה בגדר הלשון, שכן היא מצויה במישור חוץ-לשוני. מבחינה תחבירית אין פתרון לשאלה, האם המלים 'דקל פלוני' נאמרו בלשון דווקנית או כדוגמה לדקלים נוספים מאותו סוג. כפי שנראה בהמשך,⁴⁰² כאשר מדובר בשאלות פרשניות חוץ-לשוניות, שאינן פתירות בכלים לשוניים, מצדדים המקורות בפרשנות בעלת אופי סובייקטיבי יותר, הכפופה לאומד דעת הצדדים. מבחינה זו, העובדה שבסוגיית 'לבר מדיקלא פלניא' ישנה יתר התחשבות בנסיבות עולה בקנה אחד עם האמור להלן.

3.9. סיכום

כמה שאלות פרשניות שבהן דנו ונחלקו חכמי המשנה התגבשו בפרק זה לכלל דיון שיטתי בשאלת מעמדן של נסיבות הכריתה כאמצעי פרשני. דעתי היא, כי חכמים נמנעו באופן שיטתי מלשלב את נסיבות הכריתה במלאכת פרשנות החוזה. בכך, למעשה, הם דחקו הצידה את חשיפת אומד דעת הצדדים כיעד של פרשנות החוזה. תחת זאת הם העדיפו אמצעים פרשניים מילוליים אחרים, עליהם נעמוד בהמשך המחקר.

עמדתם זו נעשתה בבחירה ולא מחוסר מודעות. בשלושה מעגלים מצויה זמינותו של רעיון הלמידה מן הנסיבות עבור חכמים: (א) ר' יהודה, בר פלוגתתם, נקט כי במסגרת פרשנות החוזה יש לפנות לנסיבות הכריתה. (ב) בכל הנוגע לפרשנות נדרים חכמים עצמם הודו לו, וסברו כי "הכול לפי הנודר". (ג) כפי שנראה להלן, בתחומים אחרים שאינם קשורים בפרשנות לשון החוזה, חכמים נקטו כדבר שבשגרה כי נסיבות הדיבור/הפעולה הן אמצעי ראוי לחשיפת כוונתו של הדובר/הפועל.

עם זאת, בתלמודם של האמוראים מצאנו כמה שימושים נלווים שבכל זאת נעשו בנסיבות הכריתה: כאשר לשון החוזה בעצמה מפנה אל הנסיבות, כאשר הנסיבות דרושות לבירור משמעותו הלשונית של החוזה, וכאשר מדובר בשאלות פרשניות חוץ-לשוניות.

כאמור, תכליתו של פרק זה בהצבת סימן שאלה, יותר מאשר במתן תשובה. לאחר שעמדנו על האמצעי הפרשני שאותו בחרו חכמים שלא להפעיל, נבקש לעיין בפרקים הבאים באמצעים הפרשניים האחרים שכן אומצו על ידם.

⁴⁰² להלן, ליד ציון הע"ש 1041.

4. הלקסיקון החז"לי כאמצעי לפירוש החוזה

4.1. מבוא

אם הנסיבות אינן רכיב משמעותי בפרשנות החוזה על פי חז"ל, על אלו אדנים בכל זאת יש לבסס את עמדתם הפרשנית? חוט השדרה של פרשנות החוזה במשנה, ובמידה רבה אף בתלמוד,⁴⁰³ הוא עריכת לקסיקון מסחרי, הקובע מראש את משמעותם של מגוון מונחים העלולים לעורר בעיות פרשניות. לכך ייחד עורך המשנה כמעט ארבעה פרקים שלמים במסכת בבא בתרא,⁴⁰⁴ המהווים למעלה משליש המסכת, ולמעלה משמינית ממסכת נזיקין הכללית.⁴⁰⁵ המקיפה את מכלול דיני הממונות!⁴⁰⁶ כפי שאבאר להלן,⁴⁰⁷ אין מדובר במבנה קזואיסטי מן הזן הרגיל והמקובל בש"ס, אשר לו יש ממדים נרחבים אך מסוימים ומוגדרים. כאן מדובר במבנה עצום בהיקפו, עשיר בפרטיו במידה חריגה, אשר נותן לקוראיו תחושה כי מדובר ברשימת פריטים הראויה להיות באופן עקרוני כמעט בלתי סופית. דומני, כי גם בקנה מידה השוואתי, הלקסיקון המשפטי העשיר והמפורט שקבעו חכמי המשנה ראוי להיחשב נדיר.⁴⁰⁸

⁴⁰³ בהמשך (סעיף 5.10) אדון באפשרות של שינוי משמעותי בנושא זה בין תקופת המשנה לבין תקופת התלמוד.

⁴⁰⁴ בבא בתרא, פרקים ד-ז.

⁴⁰⁵ "כולה נזיקין חדא מסכתא היא" (בבלי, בבא קמא קב ע"א; בבלי, עבודה זרה ז ע"א). וראו אפשטיין, **מבוא לנוסח המשנה**, כרך ב, 982.

⁴⁰⁶ כדי לסבר את האוזן, אם היינו משווים זאת לתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ו - 2006 (הקודיפיקציה החדשה), ואשר מכיל כשמונה מאות סעיפים, היינו מוציאים כי הדבר מקביל להקדשת למעלה ממאה סעיפים ללקסיקון המסחרי פרשני.

לגבי היקף זה של הלקסיקון ורמת פרטנותו יש מי שציין כי "אין למצוא התפתחות מעין זו בעולם היווני רומאני" (גיל, **המוכר את החצר**, 19). בנקודה זו מתפלמס גיל עם גולאק. על כך ראו להלן, הע"ש 1538. ראו גם הערתו של קצוף, שם.

⁴⁰⁷ ליד ציון הע"ש 629. ראו גם להלן, ליד ציון הע"ש 666.

⁴⁰⁸ בקבצי החוק מן המזרח הקדום אין בנמצא פרויקט לשוני מן הסוג שאנו מוצאים במשנה. ראו אברהם לבנון (עורך), **קבצי חוקים של העמים במזרח הקדמון** (חיפה תשכ"ז). עם זאת יש לזכור, כי גם המקרא אינו מכונן לקסיקון מעין זה שקבעו חכמים, ואף כלל לא נזקק לבעיות מתחום פרשנות המכר ודומיו.

במשפט הרומי אנו לעתים מוצאים תבניות לקסיקאליות המזכירות את המצוי במשנה, אך בהיקף קטן הרבה יותר וללא שיטתיות דומה. לדוגמה 40, XVIII, Digest, (על פי 89, Mackintosh, *The Roman Law of Sale*):

The seller of a farm reserved for himself all the produce; an opinion was given that reeds and coppice-wood were included under produce.

Where it had been announced that the vats which were on the proprietor's land would pass as pertinents, an opinion was given that those which are slave who cultivated the lands had bought out of his *peculium* would also pass to the purchaser.

The wheel which serves to raise the water is a pertinent of a house no less than the bucket.

דוגמאות קלאסיות לסוג זה של פרשנות הן פרשנות חוזה למכירת בית:⁴⁰⁹

המוכר את הבית לא מכר היציע, ואף על פי שהיא פתוחה לתוכו, ולא את החדר שלפנים ממנו, ולא את הגג בזמן שיש לו מעקה גבוה עשרה טפחים וכו'

או פרשנות חוזה למכירת בשר בהמה:⁴¹⁰

המוכר ראש בהמה גסה⁴¹¹ לא מכר את הרגלים, מכר את הרגלים לא מכר את הראש, מכר את הקנה לא מכר את הכבד, מכר את הכבד לא מכר את הקנה.

המשנה טורחת להגדיר משמעויותיהם של מלים רבות נוספות, כגון 'עיר', 'שדה', 'שומרה', 'ים', 'ממל', 'דלת', 'מפתח' ועוד דוגמאות למכביר כיוצא באלה.⁴¹²

ודוק: אמנם משניות אלה מנוסחות בצורה של כללים נורמטיבים (המוכר X מכר/לא מכר Y) אולם על פי תוכן הן מציבות קשת רחבה של הגדרות לשוניות (Y נכלל/לא נכלל בהגדרת X). המעבר מן הכלל הנורמטיבי אל ההגדרה הלשונית מודגש במיוחד בהערתו הבאה של התלמוד הירושלמי. בהתייחסו לקביעתה הלקסיקלית של המשנה:⁴¹³

המוכר את בית הבד מכר את הים ואת הממל ואת הבתולות, אבל לא מכר את העכירין ואת הגלגל ואת הקורה.

תמה הירושלמי:⁴¹⁴

כל עצמו אם אין לו קורה אינו קרוי בית הבד!!

עם זאת, נראה שפירושים גורפים מעין אלה באים לידי ביטוי רק בשלב פרשני מאוחר, לאחר שכשלו אמצעים פרשניים המכוונים כלפי אומד דעת הצדדים. ראו למשל Digest XVIII, 33 (על פי Mackintosh, *The Roman Law of Sale*, 59):

When the article of sail contain a clause that "the flow of the rain-water and the eaves-drop shall remain as at present", without giving any further specification, the first thing to look to is what was the arrangement actually meant; if that is not clear, the construction which is prejudicial to the seller is to be adopted, because there is an ambiguity in the terms used.

למקורות נוספים בעניין פרשנות החוזה במשפט הרומי ראו לעיל, הע"ש 99.

⁴⁰⁹ משנה, בבא בתרא, ד, א.

⁴¹⁰ משנה, בבא בתרא, ה, ה.

⁴¹¹ בכ"י קויפמן ובכ"י פארמה: "המוכר את הראש בבהמה גסה".

⁴¹² להלן רשימה (לא בהכרח ממצה) של מונחים המופיעים במשניות אלה (82 פריטים): בית, יציע, חדר, גג, בור, דות, דרך, דלת, מפתח, מכתשת, איצטרובל, קלת, תנור, כיריים, חצר, שיחין, מערות, מרחץ, בית הבד, ים, ממל, בתולות, עכירין, גלגל, קורה, נסרים, ספסלים, וילאות, מגורות מים, אוצרות עצים, עיר, שובכות בית הבד, בית השלחין, בהמה, עבדים, סנטר, אבנים, קנים, תבואה, מחיצת הקנים, שומרה, חרוב, בתולת השקמה, גת, שובך, ספינה, תורן, נס, עוגין, מנהיגין, מרצופין, אנתיקי, קרון, פרדות, צמד, בקר, חמור, כלי החמור, סיח, פרה, בן הפרה (עגל), אשפה, זבל, מים, כוורת, דבורים, יונים, אילן קרקע, גזע, שורשים, ראש בהמה גסה, רגלים, קנה, כבד, ראש בהמה דקה, בית חתנות, בית אלמנות, קבר, בית כור עפר, נקעים, סלעים, מידה בחבל.

⁴¹³ משנה, בבא בתרא, ד, ה.

⁴¹⁴ ירושלמי, בבא בתרא, ד, ה (מהד' זוסמן, 1247).

כלומר, הקורה כלולה בהגדרה הלשונית של 'בית הבד' ולפיכך ראוי לפרש את מכירת בית הבד ככוללת גם את הקורה. הווי אומר: בתחום פרשנות החוזה, הכלל הנורמטיבי של הפרשנות נגזר מן ההגדרה הלשונית.

כפי שניווכח, מקום פרשני נכבד זה שהקנו התנאים ללקסיקון שונה באופן מהותי מן השימוש המינורי, אם בכלל, הנעשה בלקסיקון המקביל בשיטות משפט בנות זמננו. כיום נתפס הלקסיקון כבלתי מתאים לתכלית של חשיפת כוונת הצדדים העומדת ביסוד מעשה הפרשנות. הדבר מעצים את הצורך להבהיר את התכלית של כללי פירוש החוזה ביצירתם של חז"ל.

חרף הדיונים הרבים שנערכו בתלמוד, בפוסקים ובמפרשיהם, בפרטי הלקסיקון ובדרכי יישומיו, מעט מאד נכתב על התיאוריה המשפטית שבבסיסו: מהי דרך יצירתו המשפטית? מהן דרכי הפעלתו וגבולות תחולתו? מיהו הנמען שלו? ועוד. גם אלו מבין החוקרים שנתנו דעתם על פרקים אלה שבמסכת בבא בתרא התמקדו בעיקר במשמעויות הבלשוניות וההיסטוריות שלהם, ולא בניתוחם בכלים משפטיים.⁴¹⁵ לאמיתו של דבר, אף במחקר המשפטי הכללי אין נמצא כתיבה רבה אודות התיאוריה המשפטית של אמצעי פרשני זה.⁴¹⁶

בפרק שלפנינו אבקש לחדור מבעד למסך זה ולהתחקות אחר התובנות המרכזיות הנגזרות מן הלקסיקון הפרשני שבמשנה. מגמת פנינו לא תהיה לברר פרט לקסיקאלי זה או אחר, בהיבטיו הבלשוניים או ההיסטוריים, אלא להגדיר את הנחות היסוד המשפטיות של מהלך פרשני זה. בשל הפער הקיים בספרות התלמודית (והבתר-תלמודית) בין הדיון הנרחב בפן הפרגמאטי של הלקסיקון לבין מיעוט הדיון המושגי בו, יהיה עלינו לגשש דרכנו באפילה, לנסות להכליל ולהמשיג, בזהירות הראויה, את העולה מפרטי הדיונים המשנאיים והתלמודיים בנושא זה.

בשורות דלעיל הנחתי, באופן מובלע, כי לקסיקון המונחים שבמסכת בבא בתרא מיועד להנחות את השופט בפרשו את החוזה שבא לפניו. הנחה זו אינה מובנת מאליה. יש להרהר בה ואף לערער עליה מכמה פנים, עמם נתמודד בנספח לפרק זה.

מלבד הלקסיקון המסחרי שבמסכת בבא בתרא, מתווה המשנה לקסיקון מונחים מקביל במסכת נדרים, שאף הוא משתרע על פני כמה וכמה פרקים.⁴¹⁷ לאורך פרק זה אבקש להשוות שני

⁴¹⁵ משניות אלה שימשו מקור לכמה דיונים היסטוריים ובלשוניים. ראו למשל, גולאק, **השטרות בתלמוד**, 118; יהושע ברנד, **כלי החרס בספרות התלמוד** (ירושלים, תשי"ג); דניאל שפרבר, **תרבות חומרית בארץ ישראל בימי התלמוד** (ירושלים, תשנ"ד); גיל, **המוכר את החצר**, 17; צבי שטמפפר, 'מכר תנור מכר כיריים', **מעליות יט** (תשנ"ז), 56; פוקס, **המוכר את הבית**, 53.

⁴¹⁶ באופן כללי על לקסיקונים פרשניים ראו E. Crawford, *The Construction of Statute* (St. Louis, 1940) ch. XXXI; H. Silving, 'A Plea for a Law of Interpretation', 98 *U. Pa. L. Rev.* 499 (1950); J. G. Sutherland, *Statutes and Statutory Construction* (5th ed., Deerfield IL, 1992) §27.03; R. Dickerson, *The Interpretation and Application of Statutes* (Boston, Toronto, 1975), 262-282.

⁴¹⁷ פרקים א-ב, ובעיקר פרקים ו-ח.

לקסיקונים אלה ולעמוד על ההבדלים ביניהם. סבורני, כי בצד הדמיון הרב הקיים ביניהם, יש גם הבדלי ניואנסים, הנובעים מן ההקשר ההלכתי-משפטי השונה של כל אחד מן המוסדות.⁴¹⁸ כדרכי, אפתח את הדיון בסקירת מעמדו של הלקסיקון הפרשני בחשיבה המשפטית בת-זמננו, על העמדות, הבעיות והפתרונות שהוצעו בהקשר זה.

4.2. היבטים תיאורטיים

במשפט בן-זמננו מוכרת האפשרות של קביעת לקסיקון שישמש אמצעי לפירוש דברי חקיקה. כך למשל, המחוקק הישראלי קבע, תחת השפעת מורשת המשפט האנגלי, את פקודת הפרשנות ומאוחר יותר את חוק הפרשנות.⁴¹⁹ דוגמאות להגדרות לקסיקאליות המצויות בחוק זה הן:⁴²⁰

”מיטלטלין” או ”טובין” — נכסים מוחשיים שאינם מקרקעין ;

”מימי חופין” — רצועת ים פתוח לאורך חופי המדינה, ברוחב שנים עשר מילים ימיים מנקודת שפל המים שבחוף ;

”מקרקעין” – קרקע, כל הבנוי עליה והנטוע בה וכל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע, זולת מחוברים הניתנים להפרדה.

וכן הגדרות לשוניות נוספות, כגון:⁴²¹

האמור בלשון יחיד – אף לשון רבים במשמע, וכן להיפך ;

האמור בלשון זכר – אף לשון נקבה במשמע, וכן להיפך.

לקסיקונים אלה עשויים להופיע כחוק נפרד העומד בפני עצמו, אשר תחולתו משתרעת על פני החקיקה כולה,⁴²² או כסעיפים בתוך חוק קיים, החלים על אותו חוק או על חלקים מסוימים בתוכו.⁴²³ רובם של לקסיקונים אלה תכליתם לפרש את דבר המחוקק. קיימות גם אפשרות להיעזר בהם לשם פרשנות חוזים.⁴²⁴ ברם, כפי שניווכח בהמשך,⁴²⁵ שיטות המשפט בנות-זמננו ממעטות לעשות כן מטעמים שיובהרו להלן.

⁴¹⁸ ובכך, לעניות דעתי, יתכן ושגה פלק (Law and Religion, 169, n. 11), אשר ביקש להקיש מדרכי הפרשנות ותפיסת הלשון בדיני נדרים על תפיסותיה הכוללות של ההלכה, ובלא לשקול את האפשרות של שוני בכללי הפרשנות הקיים בין תחום אחד למשנהו. על כך ראו גם להלן, הע"ש 1325.

⁴¹⁹ פקודת הפרשנות [נוסח חדש]; חוק הפרשנות, תשמ"א – 1981 (להלן: חוק הפרשנות). על כך ראו ברק, **תורת הפרשנות הכללית**, 202. ברק מצוין, כי לכך אין אח ורע במשפט הקונטיננטלי.

⁴²⁰ סעיף 3 לחוק הפרשנות.

⁴²¹ סעיפים 5-6 לחוק הפרשנות.

⁴²² ”חוק זה יחול לגבי כל חיקוק והוראת מינהל...” (סעיף 1 לחוק הפרשנות).

⁴²³ דוגמה אחת מני רבות מצויה, למשל, בסעיף 91 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977, הקובע הגדרות לקסיקליות לעניין ”פרק זה”.

⁴²⁴ סעיף 25(ג) לחוק החוזים מחיל כמה סעיפים של חוק הפרשנות ”בשינויים המחוייבים, גם על פירושו של חוזה”. על כך ראו להלן, ליד ציון הע"ש 460.

4.2.1. שני סוגים של הגדרות לקסיקאליות

את הלקסיקונים המשפטיים שקובע המחוקק ניתן למיין בכמה צורות. לעניינו חשובה ההבחנה בין הגדרות לקסיקאליות שמטרתן **צילום** המשמעויות המקובלות, באותו זמן ובאותו מקום, לבין הגדרות לקסיקאליות שמטרתן **שינוי** המשמעויות המקובלות ו/או קביעת משמעויות **חדשות**.⁴²⁶ הבחנה זו רבת משמעות להבנת אופן תפקודו של הלקסיקון והתנאים הדרושים להצלחתו.

אגב, יתכן כמובן כי הלקסיקון לא יהיה עשוי מעור אחד, אלא חלק מהגדרותיו תצלמנה משמעויות קיימות ואחרות יבקשו לכונן משמעויות חדשות. כמו כן, יתכן כי לאורך זמן הגדרה לקסיקאלית שהחלה דרכה כשונה מן המשמעות המקובלת וכמי שמבקשת לעצבה מחדש, כעבור תקופה תצליח במשימתה ותתפקד כמי שמצלמת את המשמעות המקובלת ומשקפת אותה. באופן דומה גם יתכן תהליך הפוך.⁴²⁷

כאשר יבחר המחוקק לעצב את הלקסיקון כשיקוף של המשמעויות המקובלות בזמנו ובמקומו, צפויה תחולת הלקסיקון להיות מסויגת בסייג כפול:

(א) השימוש הפרשני בלקסיקון יהיה כפוף ל**קונטקסט** שבו נאמרו הדברים. הדבר מתחייב מן האופי הצילומי של הלקסיקון, שהרי המשמעות המקובלת של מונח מסוים מושפעת גם מן הקונטקסט שבו הוא נאמר.⁴²⁸ אכן, חוקי פרשנות המכילים הגדרות לקסיקאליות, נוטים להוסיף את ההסתייגות המתבקשת, כדוגמת: "הגדרה זו תחול... אם אין בענין הנידון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם אותה הגדרה".⁴²⁹

(ב) ההגדרות הלקסיקאליות תהיינה כפופות לשינויים במשמעות המקובלת. אם אכן יתרחשו שינויים שכאלה, יוכל בית המשפט לקבוע כי אבד הקלח על ההגדרה הלקסיקאלית שבחוק וכי יש להתאימה מחדש למשמעות המקובלת שנוצרה.

דא עקא, שתי הסתייגויות אלה מעלות את השאלה המתבקשת, מה תועלת יש בקביעות לקסיקאליות שמטרתן צילום המשמעויות המקובלות באותו זמן ומקום? הלא ממה נפשך: אם אכן זו עודנה המשמעות המקובלת מדוע יש צורך בקביעתה בחוק ואין די בהפנייה כללית של השופט אל המשמעות המקובלת, אותה הוא ימצא בכוחות עצמו; ואם המשמעות המקובלת כבר שינתה את פניה, אם כן אין עוד טעם בקביעה לקסיקאלית שטעמה פג! וכך סיכם זאת דיקרסון:⁴³⁰

⁴²⁵ ראו להלן, ליד ציון הע"ש 454.

⁴²⁶ ראו Dickerson, *Interpretation*, 262.

⁴²⁷ כלומר, הגדרה לקסיקאלית שתחל דרכה כמצלמת את המשמעות המקובלת, אולם בעקבות שינויים במשמעות המקובלת ייווצר ביניהן פער.

⁴²⁸ דיקרסון (*Interpretation*, 264) מדגים זאת בטענה, שאמנם בדרך כלל על פי המשמעות המקובלת לשון יחיד כוללת גם רבים, אולם לעתים מן הקונטקסט ברור שבאותו מקום לשון יחיד נאמרת בדווקא.

⁴²⁹ כלשון סעיף 2 לחוק הפרשנות.

⁴³⁰ עמ' 264-265.

Merely to codify an existing usage would appear to be a legislative superfluity. Because this kind of provision does nothing that general context does not do better, it would seem preferable to forego the attempt to codify existing usage.

בסוג השני של ההגדרות הלקסיקאליות מצויות הגדרות שקובע המחוקק בשונה מן המשמעות המקובלת של אותם מונחים.⁴³¹ מטרת שונות עשויות להניע את המחוקק לעשות כן. דוגמה לכך עשויה להיות הקביעה שלשון זכר – אף לשון נקבה במשמע וכן להיפך, קביעה התורמת לחיזוק ערך השוויון בין המינים.⁴³² דוגמה נוספת היא הגדרת זמנים ומועדים שאחת מתכליותיה האפשריות היא השרשת מעמדם של ימי מנוחה דתיים ולאומיים.

תכלית נוספת לקביעת הגדרות לקסיקאליות השונות מן המשמעות המקובלת עשויה להיות יצירת שפה מוסכמת ומונחים קבועים במקום שבו שורר ריבוי משמעויות וערפל פרשני. אם אכן המחוקק משתכנע כי בתחום מסוים שורר בלבול מושגי ורב משמעויות מיותרת, אשר עלולים לגרום אנדרלמוסיה משפטית, הוא עשוי לבחור לקבוע הגדרות לקסיקאליות אחידות. למעשה, כאן יכול המחוקק לנקוט באחת משתי האסטרטגיות הבאות: א) לקבוע את ההגדרה הלקסיקאלית בצפייה שזו תיהפך כעבור זמן למשמעות המקובלת, ומכוח זה יתחזק מעמדה כאמת מידה פרשנית. במקרה זה, הצלחת המהלך אינה תלויה במחוקק לבדו אלא בתהליכים חברתיים מקבילים, אשר יכריעו האם אכן המשמעות שביקש המחוקק לקבוע תתאזרח ותקנה שביטה בין שאר המשמעויות המקובלות.⁴³³ ב) לקבוע את המשמעות הלקסיקאלית כמחייבת מבחינה פרשנית בלא כל תלות במידת היקבעותה כמשמעות מקובלת.

4.2.2. פרשנות על פי לקסיקון: פגמים אפשריים

פירוש חוק על פי לקסיקון שקבע המחוקק שונה בכמה היבטים מדרכים אחרות של פרשנות החוק, עד שיש שתהו האמנם המונח 'פרשנות' יאה בהקשר זה. אחרים אף הוסיפו ותמהו לגבי עצם ההיגיון והתועלת שיש בעריכת לקסיקון פרשני. על אף שמחקרנו עוסק בפרשנות חוזה, לא בפרשנות חוק, חשוב שנעמוד על כמה מן המאפיינים, ובעיקר הבעיות, הקיימים בפרשנות חוק על פי בלקסיקון שקבע המחוקק, בעיות שרק מתעצמות שעה שמדובר בפרשנות חוזה:

⁴³¹ ראו גם ברק, **תורת הפרשנות הכללית**, 35, הערה 27.

⁴³² ראו ברק, **פרשנות החוזה**, 349, הערה 229; זמיר, **פירוש והשלמה**, 30, בעקבות המשפט הגרמני: *Müncher Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3 Auf. B. 2 (München, 1993), § 11-12, 1320 ההנדה רמב"ם, משנה תורה, זכיה ומתנה פרק יא, הלכה א: "שכיב מרע שאמר 'נכסים אלו לבניי' – אין הבנות בכללם". אך ראו שו"ת ראני"ח, סימן קיד: "ממה שכתוב בלשון כל איש ישראל שירצה למכור חזקתו השוכר קודם וכו' אין לדקדק כלל דדוקא איש ולא אשה וק"ל למי שיראה כל לשון ההסכמות שם".

⁴³³ ראו למשל, להלן, ליד ציון הע"ש 693, לגבי הוויכוח המתנהל כיום בישראל בשאלה, האם המונח "איש ואשתו" יכול להתפרש כמתייחס לזוג חד-מיני.

א) הבחינה המוסדית – פרשנות על פי לקסיקון מקורה במחוקק שקבע את הלקסיקון, ולא בבתי המשפט.⁴³⁴ זאת בשונה מכללי פרשנות אחרים (כגון, פרשנות לפי הקשר הדברים, לפי כוונתו המשוערת של המחוקק, לפי תכלית החוק ועוד) אשר פעמים רבות מקורם בפסיקות בתי המשפט. יתירה מכך. גם כאשר כללי הפרשנות האחרים נקבעים על ידי המחוקק, שיקול הדעת לגבי אופן יישומם המדויק נתון בידי בית המשפט, מה שאינו נכון לגבי פרשנות על פי לקסיקון.⁴³⁵ כאן, בית המשפט מיישם הגדרות קשיחות הנתונות מראש, ואינו נהנה מן האוטונומיה שבדרך כלל ניתנת בידי כשהוא נדרש לפרש את החוק וליישמו על מקרה נתון. פרשנות על פי הלקסיקון משנה את חלוקת העבודה המקובלת בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת.

ב) הבחינה המהותית – פרשנות על פי לקסיקון מכתובה, לכאורה, מסקנה פרשנית ידועה מראש. היא אינה מכוונת את פעילות השופט, אלא כובלת את שיקול דעתו וקובעת עבורו את תוצאת פרשנותו. כלשון ברק, זהו אינו "כלל פרשנות" אלא "תוצאת פרשנות".⁴³⁶

ג) הבחינה הצורנית – הגדרה לקסיקאלית אינה לובשת צורה של הוראה נורמטיבית (דוגמת 'עשה' או 'אל תעשה', 'פרש כך' או 'אל תפרש כך'),⁴³⁷ אלא צורה של קביעה עובדתית.⁴³⁸ היא אינה מציגה עצמה ככלל פרשנות, אלא כקביעת עובדה לשונית.⁴³⁹

מאפיינים אלה מייחדים את הפרשנות על פי לקסיקון על פני שאר כללי הפרשנות, ולגביה צוינו שתי בעיות מהותיות, האחת מושגית והשנייה מוסדית. שתי בעיות אלה אינן נפרדות זו מזו אלא האחת קשורה ברעותה. באופן מפתיע, יתכן שהבעיה האחת אף משמשת מפתח לפתרון זולתה.

מבחינה מושגית, יש מי שטענו, כי פירוש על פי לקסיקון מונחים שקבע המחוקק אינו מעשה פרשנות במובן המדויק של המילה. פרשנות דורשת הפעלת שיקול דעת מצדו של הפרשן (במקרה זה השופט), דבר שאינו מתקיים כאשר השופט מסביר את החוק על פי משמעות קבועה שהמחוקק הגדיר בלקסיקון. זהו מעשה של העתקת משמעות (מן ההגדרה הלקסיקאלית אל המונח הטעון הסבר) ולא מעשה פרשנות.

מבחינה מוסדית נטען, כי כאשר המחוקק קובע לקסיקון מונחים, הוא פולש מתחום הרשות המחוקקת אל תחום הרשות השופטת, ובכך מפר את העקרון החוקתי של הפרדת הרשויות. עקרון זה דורש כי מעשה החקיקה יופקד בידי הרשות המחוקקת, בעוד החלת החוק על מקרה נתון, שמינייה וביה כוללת גם את פירושו של החוק, תופקד בידי הרשות השופטת. כאשר המחוקק קובע

⁴³⁴ באופן תיאורטי, תיתכנה הגדרות לקסיקאליות שמקורן בפסיקות בתי המשפט, אולם על פי רוב זה אינו מצב העניינים.

⁴³⁵ להסתייגות חלקית מקביעה גורפת זו ראו להלן, ליד ציון הע"ש 450.

⁴³⁶ ברק, **פרשנות החוזה**, 347.

⁴³⁷ לדוגמה, "חוק יפורש לפי כוונת המחוקק", או "חוק יפורש לפי תכליתו".

⁴³⁸ לדוגמה, "יום – תקופה מחצות הלילה עד חצות הלילה שלאחריו" (סעיף 3 לחוק הפרשנות).

⁴³⁹ מאפיין זה אינו נכון תמיד. כפי שכבר ראינו לעיל, דווקא ההגדרות הלקסיקליות שבמשנה אינן מעוצבות כקביעת עובדות לשוניות (כדוגמת האמור בהע"ש 438), אלא כקביעות נורמטיביות-פרשניות: 'המוכר X מוכר/לא מכר Y'.

את כללי הפרשנות, ובפרט כאשר הוא קובע לקסיקון פרשני ידוע מראש, הוא פולש לתחומה של הרשות השופטת, נוטל ממנה את תפקידה, וחמור מכך – במקרה של קביעת לקסיקון אף נוטל ממנה את שיקול דעתה. כך למשל יש מי שטען:⁴⁴⁰

When a statute seeks to control the attitude or the subjective thoughts of the judiciary, the separation of powers doctrine has been ignored.⁴⁴¹

אגב, פרובלמטיות זו מחריפה כאשר תחולת הלקסיקון נפרשת לא רק על חקיקה הנעשית בזמן מקביל או שנעשתה בזמן עבר,⁴⁴² אלא אף על חקיקה שתיעשה בעתיד. במקרה זה כבילת שיקול הדעת תהיה לא רק של השופט אלא אף של המחוקק העתידי.

בעייתיות מוסדית מעין זו מצאה ביטוי בפסיקה שניתנה בבית המשפט העליון במדינת אילינוי לפני כשלושה עשורים. באחת הפרשות עלה לדיון אחד מחוקי המדינה שקבע, כי כאשר לשונו של חוק במדינת אילינוי יהא זהה או דומה ללשונו של חוק פדראלי מקביל, יפורש החוק המדינתי על פי הפרשנות הפדראלית. בית המשפט העליון ביטל חוק זה, ובמילים נחרצות שלל את מעורבותה של הרשות המחוקקת בקביעת הליך הפרשנות ובעיקר בקביעת תוצאותיו.⁴⁴³

על הבעיה המוסדית האמורה ניתן להתבונן מזווית הסתכלות נוספת. מבחינה הרמנויטית, פרשנות טקסט לעולם חייבת להישען על נקודה ארכימדית שמחוץ לטקסט הנתון לפרשנות, שהרי כל מה שיאמר אותו טקסט, ואפילו אם יאמר כיצד לפרשו, יהיה עצמו נתון לפרשנות. אם כן, ירבו כללי הפרשנות שנותן המחוקק לחוקיו ככל שירבו, בסופו של דבר פרשנותם תהא תלויה בנקודה שמחוץ לחקיקה עצמה, כדוגמת בתי המשפט או המשמעות המקובלת באותו מקום ובאותה תקופה. טענה זו רלוונטית באופן כללי לגבי כללי פרשנות שמבקש המחוקק לקבוע, אולם בפרט היא רלוונטית ללקסיקון פרשני שהוא קובע, אשר מיועד להחליף את שיקול דעתו הפרשני של השופט.

כיצד הוסברה אפוא נוכחותם של לקסיקונים פרשניים בתוך הקודקסים בני-זמננו? יש שטענו, כי למעשה אין מדובר כאן ב"פרשנות אמיתית" אלא ב"פרשנות מדומה".⁴⁴⁴ העובדה שמבחינה מושגית אין זה מעשה פרשני במלוא מובן המילה עשויה להסיר את הקושי המוסדי שצוין לעיל,

J. Thomas, 'Statutory Construction When Legislation is Viewed as a Legal Institution', 3 *Harv. J. Legis.* 191, 211, n. 85 (1966).

⁴⁴¹ לגישה שונה, המצדדת באופן עקרוני במעורבות המחוקק בקביעת כללי הפרשנות, ראו למשל, A. Silving, 'Plea for a Law of Interpretation', 98 *U. Pa. L. Rev.* 499 (1950).

⁴⁴² כאן עשויה לצוץ בעיה אחרת של רטרואקטיביות, שלא נדון בה במסגרת זו.

⁴⁴³ ובלשונו: "The judicial power is vested solely in the courts and the legislative branch is without power to specify how the judicial power shall be exercised under a given circumstance; it is without authority to state explicitly how the judiciary shall construe a statute" (People v. Crawford Distrib. Co. 53 Ill. 2d 648, 652) 332; 291 N.E. 2d 648, 652). פסק הדין ניתן בשנת 1972, ועד כמה שהשיגה ידי הוא חריג בדוגמתו.

⁴⁴⁴ על פי ברק, **תורת הפרשנות הכללית**, 35. ברק מרחיק לכת ואף מכנה אותם "כללים אנטי-פרשניים", שכן "הם מחליפים את הצורך לבחון את האופן בו יש לפרש את הטקסט של הנורמה המשפטית".

שכן עתה אין לראות בקביעת לקסיקון המונחים מעורבות של המחוקק במעשה הפרשנות. כך למשל, כאשר השופט מסתמך על הלקסיקון כדי להחיל על אישה סעיף חוק שנאמר בלשון זכר, אין הכרח להחשיבו כמי שמפרש את החוק, אלא כמי שמקיים את מצוות המחוקק שלא להבדיל בין איש לבין אשה.⁴⁴⁵

Wurzel חידד טענה זו באופן מענין. הוא מתנגד באופן עקרוני לכל מעורבות של המחוקק בקביעת כללים לפירוש החוק. לדידו, כללי פרשנות אומרים את המובן מאליו, ולפיכך, מחד גיסא, אין בהם צורך שכן הם טריוויאליים, ומאידך גיסא, אם תהיה בהם מידה של חידוש ממילא הם יתגלו כחסרי אפקטיביות, שכן השופט הוא שיפרש לבסוף את החוק על פי דעתו.⁴⁴⁶ אולם דווקא הוא מוכן לקבל מקרים מסוימים שבהם המחוקק מגדיר מראש משמעות של מונחים שבהם הוא משתמש. לטענתו, אמנם מדובר בקביעה הנחזית לכאורה להיראות פרשנית, אולם בפועל מדובר בקביעה נורמטיבית הלובשת צורה פרשנית. הוא מדגים את דבריו בחקיקה אוסטרית, המחייבת הורים להקצות לילדיהם חלק במקרקעין שבבעלותם. המחוקק האוסטרי מוסיף וקובע, כי "במונח 'ילד' נכלל ילד מאומץ".⁴⁴⁷ לכאורה, מדובר בהגדרה לקסיקאלית למילה "ילד". אולם בפועל זו קביעה נורמטיבית, כי מבחינה משפטית יש להשוות את זכויותיו של ילד מאומץ עם אלו של ילד טבעי. את ההגדרה הלקסיקאלית "במונח 'ילד' נכלל ילד מאומץ", יש להבין כהוראה נורמטיבית: "הורים חייבים להקצות חלק במקרקעין שלהם לילדיהם הטבעיים והמאומצים כאחד".⁴⁴⁸ ובלשונו:⁴⁴⁹

⁴⁴⁵ ברק, פרשנות החקיקה, 138, הערה 15.

⁴⁴⁶ K. Wurzel, 'Methods of Juridical Thinking', *Science of Legal Method* (trans. by E. Bruncken & L. B. Register, New York, 1921) 286, 307: "The laws governing interpretation are natural laws, not legal norms. Or does anybody imagine that any misconception will be prevented or the interpretation in any manner affected, when a statute provides something like this: 'In applying a statute, no meaning shall be given to it except such as appears from the specific sense of the words in their context and the clear intention of the legislator'?" (Austrian Civil Code, §6). Just as it suffices if a law provides for something so that it would be logically useless expressly to provide for obeying such a law, just so does it suffice if the legislator expresses his intention in any intelligible manner, and it is superfluous to add the rules by which his expression may be understood" (בלשון המעטה). אכן, דברים אלו כתב Wurzel לפני כמעט תשעים שנים. כיום אנו מודעים למגוון האפשרויות הפרשניות של טקסט בכלל, וטקסט משפטי בפרט, ולמשמעות שיש למתן הנחיות לפירושו של הטקסט הנידון. מצד שני, טיעונו דווקא נראה ריאליסטי למדי, שלא לומר פוסט מודרני, באשר הוא מודע היטב לכך שיהיו כללי הפרשנות אשר יהיו, השופט הוא זה שבסופו של דבר יפרש את הטקסט לפי קריאתו הסובייקטיבית.

⁴⁴⁷ Austrian Civil Law §763.

⁴⁴⁸ בשולי הדברים אציין תופעה משפטית מעניינת אחרת, במסגרתה כללים נורמטיביים לובשים צורה של קונספטים משפטיים כלליים (הכלל 'יש להקצות מקרקעין לילד מאומץ' לובש צורה של קונספט כללי: 'במונח ילד נכלל ילד מאומץ'). Wurzel עומד על תופעה זו בעקבות Jhering, שכינה אותה (בתרגום לאנגלית): "crystallization of legal rules into legal concepts". הסביר זאת Wurzel (עמ' 308), באומרו: "At a certain stage in the techniques of

Very frequently new rules of law are concealed in what has the form of rules of interpretation, in a manner similar to cases where a new rule of law pretends to be merely declaratory of an existing one... The expressions defining such abstract concepts, however, have the same or greater effect as new direct commands, although they are clothed in the form of mere interpretation. The science of interpretation must not allow itself to be misled by this.

אם כן, דווקא מי שמתנגד למעורבות המחוקק בקביעת כללי פרשנות עשוי באופן מפתיע לקבל הגדרות לקסיקאליות, שכן בסופו של יום הלקסיקון אינו אלא מערכת של היגדים נורמטיביים ולא של כללים פרשניים. מהלך טיעונו של Wurzel חשוב, שכן הוא מחדד את מאפייניו הייחודיים, הלא-פרשניים, של השימוש הנעשה בלקסיקון.

אחרים הגנו על השימוש בלקסיקון בטענה, כי כיוון שבדרך כלל נלווה ללקסיקון סייג טיפוסי: "אם אין בעניין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם אותה הגדרה",⁴⁵⁰ הרי שגם הפעלת הלקסיקון דורשת הפעלת שיקול דעתו העצמאי של השופט.⁴⁵¹ זה יכול להחיל את הלקסיקון הפרשני בצורות שונות, או לא להחילו על המקרה הנתון לפניו כלל ועיקר, ולפיכך בסופו של יום מדובר בעשייה פרשנית עצמאית של השופט, אשר המחוקק אינו אלא מכווין אותה באופן כללי ובלתי מחייב.

מרמין (Mermin) הלך צעד נוסף, ולאור ההסתייגות הטיפוסית שצוינה לעיל (תלות הפרשנות הלקסיקאלית בהקשר הדברים), טען נגד התועלת שיש בעצם קביעת הלקסיקון. לטענתו, אם אכן הלקסיקון מופיע בצורה גמישה ומסוייגת⁴⁵² ממילא הוא ייהפך לחסר רלוונטיות עבור השופט, ואם הוא יופיע בצורה קשיחה וגורפת, הרי שהוא עתיד להוליד תוצאות פרשניות משפטיות בלתי רצויות:⁴⁵³

Proposals for a specific legislative code of interpretative rules – even if held not to be an unconstitutional infringement of judicial power – will have no easy path to success... Assuming that statutory rules of construction are not ignored by courts, as they often have been, they too may have be interpreted.

lawmaking, it is common for laws to lose their imperative form of direct command and assume instead the form of abstract concepts from which the direct commands have to be inferred"

⁴⁴⁹ עמ' 307-308.

⁴⁵⁰ סעיף 2 לחוק הפרשנות; ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 429.

⁴⁵¹ ראו ברק, **תורת הפרשנות הכללית**, 35.

⁴⁵² כגון זו הנזכרת לעיל, ליד ציון הע"ש 450.

⁴⁵³ S. Mermin, *Law and the Legal System – An Introduction* (2nd ed., Boston and Toronto, 1982) 267

And if they are formulated very precisely in an attempt to avoid interpretation, their resulting rigidity can prove too inequitable for some situations.

החשובה לענייננו היא התובנה, שמתן הגדרות לקסיקאליות קשיחות עלול לבטא השתלטות המחוקק על המעשה הפרשני, שאמור באופן טבעי להיות מסור בידיו של השופט ונתון לשיקול דעתו. דיקרסון סיכם בעייתיות זו:⁴⁵⁴

Statutes of the kind traditionally called "interpretation acts" are ineffectual so far as they try to codify or change the actual meaning of words and phrases, or to codify or change the general principles of communication. They are also unsatisfactory in not clearly delineating the different functions they perform, especially with reference to whether specific provisions are to be used during the cognitive process or later as rules of law.

In general, it is fruitless in a statute to try to recite or manipulate matters essentially of fact. At best, such provisions perform a modest service in reminding the reader of some of the established usages, rebuttable presumptions, and normally tacit assumptions that constitute the bulk of legislative context. Unfortunately, because their inevitable incompleteness tends to mislead, this information should be left to the appropriate reference books.

4.2.3. מפרשנות החוק לפרשנות החוזה

ואם בפרשנות חוק אמורים הדברים, על אחת כמה וכמה שהם אמורים, וביתר שאת, שעה שמדובר בפרשנות חוזה. מחוקק המגדיר לקסיקון מונחים שעל פיו יפורשו חוזים מבצע כפייה פרשנית כפולה. הוא כופה דעתו על השופט, שאמור היה לפרש את החוזה על פי שיקול דעתו שלו, והוא כופה דעתו על הצדדים לחוזה, שיתכן וביקשו להעניק לו את המשמעות הרצויה בעיניהם, שאינה בהכרח תואמת את המשמעות האמורה בלקסיקון.⁴⁵⁵ פירוש חוזה על פי לקסיקון מתאפיין

⁴⁵⁴ Dickerson, *Interpretation*, 280.

⁴⁵⁵ השוו לדבריו של השופט מנחם אלון (שנאמר בהקשר אחר): "קביעה מראש על חזקה, כי חיוב שיסודו בהוראת חיקוק מהווה, מן הסתם, כל עוד לא הוכח ההפך, חלק מהחייבים שהצדדים לחוזה התכוונו לקבל עליהם, לא זו בלבד שאינה עולה בקנה אחד עם כלל היסוד של פרשנות החוזה לפי אומד דעתם של הצדדים, אלא הריהי, לדעתי, בבחינת גזירה שאין רובו של הציבור יכול לעמוד בה. שהרי לא רק ההדיוט אלא גם יודעי דת ודין אינם מצויים בשבילי החיקוקים השונים הכוללים חיובים מחייבים שונים, הנוגעים לעניין שבו דנים התנאים המוסכמים בחוזה, וכיצד ניתן לומר, שמן הסתם היה בדעתם של הצדדים להסכים על קיום חובה שבהוראת חיקוק, שכלל לא היה בהישג דעתם ובידיעתם!" (ע"א 391/80 לסרסון נ' שכונ עובדים פ"ד לח(2) 237, 260).

ככופה חד-משמעות על הלשון, בעוד שזו מופעלת על ידי הצדדים בדרך גמישה, עשירה ופרגמטית.⁴⁵⁶

אכן, כמעט בכל הקודקסים האזרחיים בני זמננו אין בנמצא לקסיקון מונחים פרשני שאליו מופנה השופט לשם פרשנות חוזים.⁴⁵⁷ יוצאים מכלל זה הם למשל, המשפט האנגלי וחוק החוזים הישראלי. בחוק האנגלי נמצאה הקביעה הבאה:⁴⁵⁸

In all deeds, contracts, wills, orders and other instruments executed, made or coming into operation after the commencement of this Act, unless the context otherwise requires:

- (a) 'Month' means calendar month;
- (b) 'Person' includes a corporation;
- (c) The singular includes the plural and vice versa;
- (d) The masculine includes the feminine and vice versa.

וכך נקבע מפסקי מפקי הדין:⁴⁵⁹

... were a word is defined by act of parliament to mean a precise quantity, the parties using that word in a contract, must be presumed to use it in the sense given to it by the legislature, unless it appear from other parts of the contract that they used it differently.

גם חוק החוזים הישראלי מפנה את השופט מפרש החוזה לרשימה לקסיקאלית המצויה בחוק הפרשנות.⁴⁶⁰ אולם חוק החוזים אינו מפנה את השופט מפרש החוזה אל מכלול ההגדרות

⁴⁵⁶ ראו Kramer, *Common Sense*, 175. להשפעת הפרגמטיקה על פרשנות חוזים ראו להלן, העי"ש 948.

⁴⁵⁷ בהקשר זה אציין את הקודקס האזרחי הצרפתי (קוד נפוליאון); הקודקס האזרחי הגרמני (ב.ג.ב.); חוק החיובים השווייצרי; הקודקס האזרחי האיטלקי; הקודקס האזרחי של קוויבק; העקרונות של Unidroit בדבר חוזים מסחריים בין-לאומיים; הצעת חוק החוזים האירופאי. כן אזכיר את חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), תשי"ס – 1999.

⁴⁵⁸ Law of Property Act 1925, Ch. 20 s. 61. על כך ראו גם Lewison, *Interpretation*, 117.

⁴⁵⁹ Smith v. Wilson (1842) 9 Cl. & Fin. 355. לגישה שונה במשפט האנגלי ראו להלן, ליד ציון העי"ש 470.

⁴⁶⁰ סעיף 25(ד) לחוק החוזים: "סעיפים 2, 4, 5, 6, 7, 8 ו-10 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, וסעיף 57 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על פירושו של חוזה, אם אין הוראה אחרת לענין הנדון ואם אין בענין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם תחולה כאמור". קודם לחקיקת חוק הפרשנות הפנה סעיף זה לפקודת הפרשנות.

הלקסיקאליות שבחוק הפרשנות, אלא רק לרשימה מצומצמת למדי מתוכו,⁴⁶¹ והוא אף נמנע מלהפנותו להגדרות לקסיקאליות רלוונטיות המצויות בפקודת הפרשנות.⁴⁶²

על אף מידת הצמצום שגזר על עצמו חוק החוזים הישראלי בהפנותו את השופט להגדרות הלקסיקאליות שבחוק הפרשנות, לא נמנעו חוקרי דיני החוזים בישראל מלהשמיע ביקורות שונות אף כלפי הפניה מצומצמת זו. יש שביקורתם היא אסתטית בעיקרה, ולדידם אין זו דרך אלגנטית להפנות את פרשן החוזה לחוק פרשנות שאינו ממין העניין.⁴⁶³ אחרים מעלים ביקורת מהותית יותר, על פיה אין מקום לשימוש בלקסיקון מונחים קשיח שעה שמדובר בפרשנות חוזה (בשונה מפרשנות חוק), שבה ההתחקות אחר כוונת הצדדים היא אמת המידה הראשית לפרשנות;⁴⁶⁴ זהו "תכתוב ציבורי לתוך המסגרת הפרטית" של הצדדים עושי החוזה.⁴⁶⁵ אכן, הפנייה ללקסיקון שבחוק הפרשנות אינה מתיישבת עם הפירמדה המקובלת של כללי הפירוש וההשלמה, המבוססת על התחקות אחר אומד דעת הצדדים.⁴⁶⁶

מכאן הנטייה לפרש את סעיף 25(ד) לחוק החוזים בדרך מצמצמת, על פיה סעיף קטן זה יופעל רק לאחר שמיצה השופט את ניסיון ההתחקות אחר אומד דעת הצדדים ואת שאר האמצעים הפרשניים שברשותו.⁴⁶⁷ על פי גישה זו, פירוש החוזה על פי אומד דעת הצדדים קודם בזמן ובמעלה⁴⁶⁸ לפירושו על פי חוק הפרשנות.

⁴⁶¹ 'אדם', לשון יחיד, לשון רבים, לשון זכר, לשון נקבה, 'או', 'אחר', 'עד', תקופת זמן.

⁴⁶² כגון הגדרותיהם של: 'ספינה', 'בית', 'ייבוא', 'ייצוא', 'כלי-טיס', 'שכירות', 'ישראל' ועוד.

נראה כי בפרקטיקה השיפוטית פרשנות החוזה על פי הלקסיקון (בהסתמך על סעיף 25(ד) לחוק חוזים) אינה נדירה, ובעיקר בערכאות הנמוכות. ראו למשל, בג"צ 125/50 **קבוצת החוגים בית השיטה נ' יושב ראש והחברים של בית הדין למניעת הפקעת שערים וספסרות בחיפה**, פ"ד ה, 113; ע"א 476/87 **קוקיא נ' עיריית ירושלים**, פ"ד מב(1), 166, 167; ת"א 19703/96 (י-ם) **פלמונים נ' אלמונים**. בהקשר זה שופטים מקפידים לפנות לחוק הפרשנות רק לגבי רשימת המונחים המנויים בסעיף 25(ד) לחוק החוזים, ולא לגבי מונחים אחרים בחוזה הטעונים פרשנות, אף שהגדרתם מצויה בחוק הפרשנות ובפקודת הפרשנות, כדוגמת 'מטלטלין' (ה"פ 163/94 (י-ם) **מראוני נ' רוטמן**, פ"מ תשנ"ו (1), 506), או 'הענקת סמכות מנהלית' (עב' (ת"א) 1032/00 **אולומצקי נ' הסתדרות המהנדסים**, פ"סקה 46). כמו כן, כאשר שופטים מסיקים כי פירוש החוזה על פי חוק הפרשנות עומד בסתירה עם פרשנותו על פי אומד דעת הצדדים או על פי הקשר הענין, הם מבכרים את האפשרות האחרונה. ראו ה"פ 2219/03 (י-ם) **גבעת יעל נ' סעד רסולי** (השופט דרוק, פ"סקה 47); ע"א 2350/01 (י-ם) **אלח'אלדי נ' אלח'אלדי**, פ"סקה 13; דיון מג/01-1341 (ארצי) **מזל מימון נ' המוסד לביטוח לאומי**, פד"ע טו(1), 234; דיון מא/00-98 (ארצי) **זגורי (אטיאס) נ' המוסד לביטוח לאומי**, פד"ע יג, 359.

⁴⁶³ ראו שלו, **דיני חוזים**, 432.

⁴⁶⁴ ברק, **פרשנות החוזה**, 350.

⁴⁶⁵ כלשון ברק, **פרשנות החוזה**, 347.

⁴⁶⁶ זמיר, **פירוש והשלמה**, 30.

⁴⁶⁷ שלו, **דיני חוזים**, 433.

⁴⁶⁸ כלומר, גובר במקרי סתירה.

כיוון שפירוש החוזה על פי לקסיקון שקבע המחוקק אינו משקף בהכרח את כוונת הצדדים, נראה שכאשר יפורש החוזה על פי הלקסיקון לא תהיה דרושה מודעות הצדדים לתוכנו של הלקסיקון, אף לא לעצם קיומו.⁴⁶⁹

אחת הפרשות שנידונה באנגליה מדגימה דיון מרתק ורלוונטי בעניין זה. באותה פרשה נידונה פרשנות פוליטית ביטוח, שבה הוזכר הביטוי 'הממלכה המאוחדת' (United Kingdom), כשעלתה השאלה האם הנו כולל גם את 'איי התעלה' (Channel Islands).⁴⁷⁰ לשם כך הוצע להיעזר בהגדרת המחוקק את המונח 'האיים הבריטיים' (British Islands). דעת השופט פירס היתה, כי ניתן, בהסתייגות מסוימת, להיעזר במשמעות שקבע המחוקק:

The language of that paragraph clearly shows that the Act does not include the Channel Islands in the United Kingdom. The fact that the Interpretation Act, 1889, assigns a meaning to a word in Acts of Parliament does not necessarily mean that it has that meaning in commercial documents. Nevertheless, it is of some guidance in ascertaining their true construction.

עמיתו, השופט דיוויס, התנגד לכך באופן עקרוני:

Speaking for myself, I find it very difficult to see that any assistance can be derived in this case from the provisions of the Interpretation Act, 1889, even if they could possibly be said to apply to a policy of insurance as opposed to a statute.

לא פרשנו סקירה זו אלא כדי להדגיש ולהבליט את הפרובלמטיות שיש בשילוב לקסיקון במסגרת פרשנות החוזה. מכאן חוסר הטריטוריאליזם שיש במדיניותם של חכמים, אשר קבעו בלב משנת בבא בתרא לקסיקון רחב ומפורט, המיועד לשמש נר בידי הדיין מפרש החוזה.

4.3. הלקסיקון החז"לי: התזה

כאמור לעיל, חכמי המשנה מקדישים מקום רחב ידיים לפרישת לקסיקון עשיר במיוחד של מונחים שונים הקשורים בחוזה.⁴⁷¹ דומני, כי אם ניעזר בהבחנה שהציב דיקרסון⁴⁷² נמצא, כי

⁴⁶⁹ ברק, *פרשנות החוזה*, 347; זמיר, *פירוש והשלמה*, 30, בעקבות K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, (6 Auf., München, 1983), 338-339.

⁴⁷⁰ Navigators and General Insurance Co. Ltd. v. Ringrose [1962] 1 All E.R. 97 C. A.

⁴⁷¹ אני מבקש לציין שתי עובדות מעניינות לגבי הלקסיקון שבמסכת בבא בתרא, אשר אינן עומדות במוקד מחקר זה. אני מקווה כי ניתן יהיה להשלים את העיון בהם במקום אחר.

(א) רובו ככולו של הלקסיקון מוקדש להגדרת שמות-עצם: בית, ספינה, חצר, תנור וכדומה. כמעט ואין בו הגדרת משמעות של פעלים. מדוע חכמים רואים לנכון לפרש שמות ולא פעלים? אם מאפיין זה היה ייחודי למשנת בבא בתרא לא היה הדבר מעורר תמה. הפועל העיקרי שרלוונטי למסכת זו הוא 'למכור', מילה שמשמעותה מוגדרת באופן מספק. פעלים אחרים פחות רלוונטיים, שכן הם מתאימים לחוזים אובליגטוריים יותר מאשר לעסקאות ריאליות.

ללקסיקון שבמסכת בבא בתרא דגש מעט שונה ממקבילו שבמסכת נדרים. מסכת נדרים מעצבת לקסיקון שבעיקרו מתפקד **כצילום** של המשמעויות המקובלות. פרשנות הנדר על פי הלקסיקון החז"לי הנה, בסופו של יום, פרשנותו על פי המשמעות המקובלת, על כל הנפקויות המשתמעות מכך, עליהן נעמוד להלן. במסכת בבא בתרא, לעומת זאת, המשנה מעצבת לקסיקון מונחים **הקובע** משמעויות רלוונטיות. הלקסיקון אינו בהכרח מצלם את המשמעויות המקובלות (אף שיתכן כי פעמים רבות כך קורה בפועל) אלא מקבע באופן בלתי תלוי משמעויות לקסיקאליות מסוימות. זהו ניסיון של חכמים "להשתלט" על השפה המשפטית-חזונית, ולעצב אותה בדרך אחידה ומשותפת שתחול על כל שחקני השוק. לפיכך, במסכת בבא בתרא מדובר בלקסיקון קשיח הרבה יותר, אשר פחות קשוב הן לתנודות הצפויות במשמעויות המקובלות⁴⁷³ הן לכוונות אפשריות של הצדדים.⁴⁷⁴

שאלה כפולה שעליה מן הראוי ליתן את הדעת: מה מניע את חז"ל להשקיע כה רבות מכוחם וממרצם ביצירת לקסיקונים ארוכים ומפורטים? ומהי הסיבה הגורמת להבדל בין תפקוד הלקסיקון שבמסכת נדרים לבין מקבילו שבמסכת בבא בתרא?

וכידוע, מעמדם של חזים אובליגטוריים בעייתי במשפט העברי, לכל הפחות בתקופה זו (ראו לעיל, הע"ש 2). אלא שגם בלקסיקון המקביל במשנת נדרים מצאנו, כי רוב מניינו ובניינו מוקדש להגדרת שמות ולא להגדרת פעלים (למעט המשניות בתחילת המסכת, המגדירות משמעותם של פעלים שונים בסביבתו הסמנטית של הפועל נדר, כגון 'מופרשני', 'מודרני' וכדומה). יתכן, והדבר מצריך בדיקה נוספת, כי ניתן לקשור עובדה זו לוויכוח "אם השפה העברית מדגישה את השם או את הפועל" (ליפשיץ, **משפט ופעולה**, 24). שאלה זו ניתנת להיבחן בכלים היסטוריים-בלשניים, אך לא פחות מכך היא גם עניין לפילוסופים לענות בו. בהקשר זה ראו זאב לוי, 'מעמדה ומקורה של השפה על פי הגותם של האמאן, מ' מנדלזון וייג הרדר', **דעת** 31 (תשנ"ג), 28, 39; E. Cassirer, *The Philosophy of Symbolic Forms, I*; 267; T. Boman, *Hebrew Thought Compared with Greek* (New York, 1966) 131, 184. לדעת ולטר בנימין, למשל, יסוד השפה, ובעיקר לאור סיפור הבריאה שבספר בראשית, נעוץ בשם, ולא בפועל. ראו ולטר בנימין, **על הלשון**, 284.

ב) רובו ככולו של המאמץ הפרשני במשנה ובתלמוד מוקדש לפירוש מלים. המשנה והתלמוד אינם מתרכזים בפירוש החוזה כמכלול, וגם לא בפירוש משפטי, אלא בפירוש מילותיו. על פניו נראה, כי הפרויקט הלקסיקאלי מושתת על ההנחה כי המילה היא רכיב היסוד של השפה. זו כמובן אינה תפיסה שהיא מחויבת המציאות. הפילוסוף גוטלוב פרגה פיתח בספרו **יסודות האריתמטיקה** (ראה אור בברסלאו, 1884) את "עקרון ההקשר", שלפיו למילה יש משמעות רק בתוך הקשר של משפט. משמעותה של המילה היא התרומה למשמעות של המשפט שבו היא נתונה. אלא שלאמיתו של דבר, יש ליתן את הדעת כי גם כאשר המשנה מגדירה את משמעותם של מלים, היא אינה דנה בהן כשהן נטולות הקשר, אלא היא מתייחסת אל מלים כשהן משובצות בתוך משפטים (כגון, "המוכר את הבית"). לפיכך, יתכן שגם כאן יש לראות את התפיסה החבויה בדבר התלות ההכרחית שיש למשמעות של מילה בתוך הקשר של משפט שבו היא נאמרה.

⁴⁷² לעיל, ליד ציון הע"ש 426.

⁴⁷³ בפרק הבא אבקש להציג את הטענה, כי יתכן וכאן חל שינוי מסוים בין המקורות התנאיים לבין המקורות התלמודיים. במקורות התלמודיים הלקסיקון נדחה במידה רבה ממעמדו הדומיננטי מפני המשמעות המקובלת.

⁴⁷⁴ במאפיין 'קשיח' כוונתי לכך שהלקסיקון אינו משתנה בקלות, ושהוא חל על הצדדים גם אם אין זה ברור שזו היתה כוונתם המשותפת. בצד זאת, הלקסיקון עשוי להיות גמיש בהיבט משלים אחר. ככל שהלקסיקון יכיל הגדרות יותר מסועפות, היורדות לפרטים ולפרטי פרטים, כך תתאפשר החלה גמישה שלו. כפי שנראה בהמשך, תהליך שכזה אכן פוקד את הלקסיקון החז"לי. וראו למשל, דוד האן, 'היקפו של קנין מקרקעין', **גליון פרשת השבוע** 232 (משרד המשפטים, תשס"ו).

4.4. הלקסיקון ואומד דעת הצדדים

אין צורך להרחיב בדבר, שפירוש החוזה על פי הגדרות לקסיקאליות קבועות מראש עלול שלא להיות תואם את כוונתם הסובייקטיבית של הצדדים הספציפיים שלפנינו. הדבר נובע מעצם התכונה הגורפת והקשיחה שיש ללקסיקון.⁴⁷⁵ דומה כי הדבר עולה מתוך דבריו הבאים של התלמוד, בהתייחסו להגדרה הלקסיקאלית שבמשנה הבאה:⁴⁷⁶

המוכר את השדה מכר את האבנים שהם לצורכה ואת הקנים שבכרם שהם לצורכו ואת התבואה שהיא מחוברת לקרקע...

בהתייחסו למילים "תבואה שהיא מחוברת לקרקע" העיר התלמוד:⁴⁷⁷

ואף על גב דמטאי⁴⁷⁸ למיחצד.

כלומר, התבואה המחוברת לקרקע נמכרת עם השדה, אף שכבר הגיע זמן קצירתה. והסביר הרשב"ם:⁴⁷⁹

ובדלא מטאי לא איצטריך למיתני 'מכר' דפשיטא היא, שהרי השדה מוכר עכשיו לגמרי וזה הלוקח לא יניח למוכר לבשל כאן פירותיו, וללקיטה השתא לא חזו, הלכך פשיטא דודאי מכר.

אמור מעתה: תבואה שאינה עומדת להיקצר ודאי וודאי שנמכרת עם השדה, שהרי זהו אומד דעתם הברור של הצדדים; אין זה סביר שהקונה ירכוש שדה, בעוד התבואה שעליה, שאינה עומדת להיקצר בטווח הזמן הקרוב, תיוותר בבעלות המוכר.⁴⁸⁰ חידושה של ההגדרה הלקסיקאלית של המשנה, כך על פי התלמוד (בפירושו של הרשב"ם), הוא שגם תבואה העומדת להיקצר, שלגביה כוונת הצדדים אינה ברורה וישנה סבירות לא מבוטלת שאין כוונתם למוכרה עם השדה, הריהי בכל זאת כלולה בו ונמכרת עמו. הדבר ממחיש, כך אני סבור, כי תכלית הלקסיקון אינה בשיקוף אומד דעתם הסובייקטיבית של הצדדים אלא במתן פתרון פרשני גורף, אף שיתכן ואינו משקף אומד דעת זה.

⁴⁷⁵ אלבק מסביר את תפקיד הלקסיקון, כמו גם אמצעים פרשניים אחרים, כאמצעי לקביעת אומד דעתם האובייקטיבית של הצדדים. ראו שלום אלבק, **דיני הממונות**, 137-138. דומני, כי בדברי המבוא לפרק זה, וכן בדוגמאות שיובאו להלן, יש כדי להציג תמונה שונה מזו של אלבק. לביקורת כללית על שיטת אלבק ראו אנגלרד, **מחקר המשפט העברי**, 59. ראו גם ברוך שיבר, 'שיטתו של אלבק במחקר המשפט התלמודי', **משפטים ח** (תשל"ח), 91.

⁴⁷⁶ משנה, בבא בתרא ד, ח.

⁴⁷⁷ בבלי, בבא בתרא סט ע"א.

⁴⁷⁸ בכ"י מינכן: "אע"ג דקיימי למחצד".

⁴⁷⁹ שם, ד"ה 'ואע"ג'.

⁴⁸⁰ בכ"י המבורג ובכ"י אסקוריאל הודגשו הדברים עוד יותר: "ואת התבואה המחוברת לקרקע – פשיטא, לא צריכא אע"ג דחזיין למחצד".

4.5. הלקסיקון והמשמעות המקובלת

אחת השאלות המרכזיות והמעניינות בהקשר ללקסיקון שקבעו חז"ל הוא היחס שבינו לבין המשמעות המקובלת. הדבר ראוי להיבחן משתי זוויות שונות הקשורות זו בזו: (א) דרך היווצרות הלקסיקון; (ב) מעמדו המשפטי של הלקסיקון. אשר לדרך היווצרות הלקסיקון, מן הראוי לשאול כיצד בחרו חז"ל את ההגדרות הלקסיקאליות המופיעות במשנה? האם הללו משקפות ומנציחות את שהיה מוסכם ומקובל בזמנם ובמקומם, או שמא הללו מקבעות משמעויות שונות מן המשמעויות המקובלות?⁴⁸¹ מבחינת מערכת יחסיו המשפטיים של הלקסיקון עם המשמעות המקובלת יש לשאול, כאשר מתגלעת סתירה (שאינה ניתנת ליישוב) בינו לבין המשמעות המקובלת – מי גובר?

ישנה מידה מסוימת של קשר בין שתי השאלות, אף שאין זה קשר חד-משמעי. אם דרך היווצרות הלקסיקון הנה על ידי שיקוף המשמעות המקובלת באותו זמן ובאותו מקום, יש לשער כי מן הבחינה המשפטית יהיה הלקסיקון כפוף לשינויים במשמעות המקובלת שיתרחשו מעת לעת.⁴⁸² מנגד, אם מלכתחילה דרך היווצרות הלקסיקון היתה מנותקת מן המשמעות המקובלת, ואולי אף מנוגדת לה, קשה לשער כי מעתה ואילך יהיה כפוף הלקסיקון למשמעות שתהיה מקובלת באותו זמן ומקום.⁴⁸³

לעניות דעתי, כאן נמצא הבדל של ניואנס בין הלקסיקון שקבעו חכמים במסכת בבא בתרא (פרשנות חוזה) לבין מקבילו במסכת נדרים (פרשנות נדר). מסכת נדרים מדגישה את הממד הצילומי של הלקסיקון ואת זיקתו למשמעות המקובלת. הדגשה זו אינה מופיעה במסכת בבא בתרא, ובה דווקא מצטיירת התמונה של פער בין הלקסיקון לבין המשמעות המקובלת. הלקסיקון שבמסכת בבא בתרא נראה כמעצב שפה, ולא רק כמצלם את המשמעות המקובלת באותו זמן ומקום. בהמשך הדברים אבקש לבסס טענה זו ולהידרש לפשרו של ההבדל.⁴⁸⁴

כאן נחוצה ההסתייגות הבאה. כאשר אנו דנים ביחסי הלקסיקון והמשמעות המקובלת, כוונתנו להיבטים העומדים מעבר להשפעה הטרוויאלית הבסיסית ביותר של השפה הנוהגת באותו מקום. הלא ברור כי גם בתחום החוזים יושפע הלקסיקון מן השאלה, האם החוזה נכרת בארץ דוברי ארמית או דוברי עברית. הדברים עולים מתוך הסוגיה הבאה, המדגישה את השפעת השפה הנוהגת באותו מקום על הגדרות הלקסיקון:⁴⁸⁵

⁴⁸¹ על כך ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 426.

⁴⁸² אם כי הדבר אינו הכרחי. בהחלט יתכן כי במקורו נוצר הלקסיקון כשיקוף של המשמעות המקובלת, אולם מרגע שנקבע בחוק הוא התקבע מבחינה משפטית באופן שאינו תלוי עוד בשינויי הזמן והמקום.

⁴⁸³ אלא אם יבקשו לעשות רוויזיה במעמד הלקסיקון, לחרוג מכוונת יוצריו ולכפוף אותו מעתה ואילך למשמעות המקובלת.

⁴⁸⁴ לדיון בפשרו של הבדל זה ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1011.

⁴⁸⁵ בבלי, בבא בתרא ע"א.

רבי נתן אומר: המוכר את הספינה – מכר את הביצית.⁴⁸⁶ סומכוס אומר: המוכר את הספינה – מכר את הדוגית.

אמר רבא: ביצית היינו דוגית,⁴⁸⁷ רבי נתן בבלאה הוה קארי לה בוצית, כדאמרי אינשי: בוציאתא דמיאשן; סומכוס דבר ארץ ישראל קארי לה דוגית, כדכתיב: "ואחריתכן בסירות דוגה" (עמוס ד, ב).

דיונונו להלן יתמקד במערכות קשרים מורכבות יותר בין הניואנסים של המשמעויות המקובלות (בתוך גבולותיה של שפת הארץ) לבין אלה שחז"ל קבעו בלקסיקון. כיוון שמשניות בבא בתרא אינן נדיבות בחשיפת התשתיות של הלקסיקון שהן קובעות, אאלץ להתבסס בעיקר על האופן שבו האמוראים הבינו את מהות הלקסיקון שבמשנה, וכן על הנגדתו עם העולה מן הלקסיקון המקביל שבמסכת נדרים.

4.5.1. "צמד ובקר"

לעיל עיינו בסוגיית "צמד ובקר" בהקשר למעמדן הפרשני של הנסיבות (גובה התמורה).⁴⁸⁸ כזכור, במשנה חכמים מגדירים את משמעויותיהם של המלים 'צמד' ו'בקר':⁴⁸⁹

מכר את הצמד לא מכר את הבקר, מכר את הבקר לא מכר את הצמד.

על קביעה זו תמה התלמוד:⁴⁹⁰

היכי דמי? אילימא דקרו לצימדא 'צימדא' ולבקר 'בקר' – פשיטא,⁴⁹¹ צימדא זבין ליה, בקר לא זבין ליה!⁴⁹² ואלא דקרו ליה נמי⁴⁹³ לבקר 'צימדא' - כוליה זבין ליה!

כלומר, מה טעם יש בקביעת ההגדרות הלקסיקאליות במשנה, הלא המשמעות המקובלת היא שתקבע. בפרק הבא, הדין במעמדה הפרשני של המשמעות המקובלת, אעמוד על תמורה שמבקש הבבלי לערוך כאן מן הלקסיקון אל המשמעות המקובלת. אולם כאן ברצוני להסב את תשומת הלב לאופן (המשוער) שבו ראה בעל הסוגיה את דרך היווצרות הלקסיקון במשנה. מתוך שאלתו ("היכי דמי? אילמא דקרו... ואלא דקרו...") נראה, כי לדידו חז"ל קבעו את הלקסיקון במנותק מן

⁴⁸⁶ בכ"י פירנצה: "את הביסיס".

⁴⁸⁷ בכ"י וטיקן, בכ"י אוקספורד ובכ"י המבורג: "ביצית ודוגית חדא מילתא היא".

⁴⁸⁸ ליד ציון הע"ש 233.

⁴⁸⁹ משנה, בבא בתרא ה, א.

⁴⁹⁰ בבלי, בבא בתרא עז ע"ב. למעשה, תמיהת התלמוד התייחסה לא רק לגבי דעת חכמים, אלא גם לגבי דעת ר' יהודה, שאמר "הדמים מודיעין"; ראו לעיל, הע"ש 249, ולהלן הע"ש 758. לשיטת ר' יהודה ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 235.

⁴⁹¹ המילה "פשיטא" אינה מופיעה בכל עדי הנוסח.

⁴⁹² בכ"י פריז: "צמדא אמי ל[י]ה, בקר לא אמי ליה".

⁴⁹³ המילה "נמי" אינה מופיעה בכל עדי הנוסח. על כך ראו להלן, הע"ש 757.

המשמעות המקובלת ולא כשיקוף שלה. מכאן הפער שבהחלט יכול להיווצר בין המשמעות הלקסיקאלית לבין המשמעות המקובלת.⁴⁹⁴

לפיכך נאלץ בעל הסוגיה להעמיד את המשנה באוקימתא, עליה נעמוד בהרחבה להלן, המדגישה את הפער בין המשמעות המקובלת לבין המשמעות הלקסיקאלית:

לא צריכא, באתרא⁴⁹⁵ דקרו ליה לצימדא וצמדא בקר, ואיכא נמי⁴⁹⁶ דקרו לבקר צימדא...

4.5.2. "חמור וכליו"

גם בסוגיה זו עסקנו לעיל מזווית מעמדן הפרשני של הנסיבות,⁴⁹⁷ וכעת אבקש להעיר לגבי מעמדו הפרשני של הלקסיקון. כזכור, שלוש דעות הובאו במשנה:⁴⁹⁸

המוכר את החמור לא מכר את כליו.

נחום המדי אומר: מכר את כליו.

רבי יהודה אומר: פעמים מכורין ופעמים אינן מכורין. כיצד? היה חמור לפניו וכליו עליו ואמר לו 'מכור לי חמורך זה' – הרי כליו מכורין, 'חמורך הוא'⁴⁹⁹ – אין כליו מכורין.

תנא קמא ונחום המדי מעניקים הגדרות לקסיקאליות הפוכות למילה 'חמור' (לגבי השאלה האם כליו נכללים עמו). מה הוביל כל אחד מהם להגדרה ההפוכה מזולתו? המשנה אינה מתייחסת להנמקותיהם, אולם בתלמוד אנו מוצאים לכך שני הסברים. הסברים אלה משקפים, לעניות דעתי, שתי תפיסות שונות של אופן היווצרות הלקסיקון.

בסוגיה הסמוכה הסביר עולא:⁵⁰⁰

תנא קמא סבר סתם חמור לרכוב קאי ונחום המדי סבר סתם חמור למשאוי קאי.

על פי עולא, התנאים נחלקו בשאלה, האם אנו מניחים שסתם חמור שבשוק עומד לרכיבה, ואז כלי המשא שעליו לא ייחשבו חלק אינטגרלי מהגדרתו,⁵⁰¹ או שמא אנו מניחים שסתם חמור

⁴⁹⁴ אמנם יכול אדם לטעון, כי השאלה "היכי דמי" אינה מכוונת לביורור כוונתו של התנא מחבר המשנה אלא לביורור האופן שבו יש ליישם את המשנה מבחינה מעשית. כלומר, יותר משמבקש המקשן להבין את המשנה הוא מבקש לקבוע את דרכי החלטה. ברם, מתוך הקשר הסוגיה, ובעיקר מן השלב שבו נאמר 'פשיטא', נראה שבעל הסוגיה מבקש גם להבין את המשנה כשהיא לעצמה ולא רק לתהות לגבי דרכי החלטה בפועל.

⁴⁹⁵ בכ"י מינכן: "רובינא".

⁴⁹⁶ להלן, הע"ש 824, 829, נדון בשאלה, האם כאן מדובר בקבוצת מיעוט, או שמא בקבוצה השווה בגודלה לקבוצה הראשונה.

⁴⁹⁷ ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 277.

⁴⁹⁸ משנה, בבא בתרא ה, ב.

⁴⁹⁹ בכ"י קויפמן וב"י פארמה: "חמורך ההוא".

⁵⁰⁰ בבלי, בבא בתרא ע"א.

⁵⁰¹ ולפי זה יתכן, כי אמנם כלי המשא לא ייחשבו חלק מן העסקה, אולם כלי הרכיבה אכן ייכללו בה. על כך ראו להלן, ליד ציון הע"ש 506.

למשא עומד, ולפיכך כלי המשא שעליו ייכללו בהגדרתו.⁵⁰² ניתן לטעון, אף כי הדבר אינו הכרחי, שלדעת עולא מחלוקת התנאים היא בסופו של יום אמפירית – מה טיבה של מכירה טיפוסית של חמור.⁵⁰³

נראה כי לאביי השקפה שונה. במקום אחר מנה אביי רשימת תנאים שעסקו במתן הגדרות לקסיקאליות, אשר המשותפת לכולם היא הנוסחה כי המילה X מציינת אף את תשמישיו של X:⁵⁰⁴

אמר אביי: ר"א ורשב"ג ור' מאיר ורבי נתן וסומכוס ונחום המדי, כולו סבירא להו: כי מזבין איניש מידי, איהו וכל תשמישתיה מזבין. ר"א - דתנן, ר"א אומר: המוכר את בית הבד - מכר את הקורה. רשב"ג - דתנן, רשב"ג אומר: המוכר את העיר - מכר את הסנטר. ר' מאיר - דתניא, ר' מאיר אומר: מכר את הכרם - מכר תשמישי הכרם. רבי נתן וסומכוס - ביצית ודוגית. נחום המדי - הא דאמרן.

הרשב"ם הדגיש, כי לדעת אביי אין מדובר ברשימת תנאים המחזיקים בדעה זהה אלא בגישה דומה. יתכן כי לגבי מקרה ספציפי הם יחלקו זה על הגדרתו הלקסיקאלית של חברו, אלא שהם בעלי גישה עקרונית דומה, המכלילה את תשמישי הדבר בדבר עצמו.⁵⁰⁵ אם כן, נראה שלדעת אביי, מחלוקת תנא קמא ונחום המדי כללית יותר מאשר השאלה המצומצמת: "סתם חמור למה עומד?" אלא הנה מחלוקת בשאלת דרכו העקרונית של הלקסיקון: האם בהגדרת דבר מסוים יש לכלול אף את תשמישיו אם לאו. רק לאור זאת יש מקום להכליל תחת כותרת אחת הגדרות לקסיקאליות שונות, כגון זו של נחום המדי למכירת חמור, זו של רשב"ג לגבי מכירת עיר, זו של ר' מאיר לגבי מכירת כרם ועוד. נראה אפוא, שלדעת אביי הלקסיקון מתעצב במנותק מן המציאות האמפירית הסובבת, בעוד שעולא רואה בלקסיקון מעין שיקוף של המקובל והטיפוסי.

דרך אגב, למחלוקת תיאורטית זו שבין עולא לבין אביי אף צפויה להיות נפקות משפטית. אליבא דעולא, תנא קמא סובר שסתם חמור לרכיבה עומד, ולפיכך בשונה מכלי המשא שאינם נמכרים עמו כלי הרכיבה אכן נמכרים עם החמור.⁵⁰⁶ אולם לדעת אביי נראה, שטעמו של תנא קמא הוא שהמוכר דבר מוכרו לבדו ובלא תשמישיו. האם מכאן נסיק, כי לדעתו תנא קמא יסבור שהמוכר

⁵⁰² כשיש מקום להתלבט על פי שיטה זו לגבי מעמדם של כלי הרכיבה.

⁵⁰³ הדבר אינו הכרחי, שכן אף לדעת עולא ניתן לומר, כי חכמים מבקשים לקבוע הגדרות ולא לשקף מציאות קיימת. אלא שטענה זו תתקשה להתמודד עם השאלה, מה ראו חכמים לקבוע כי סתם חמור לרכיבה עומד, אלא אם נקבל שזו קביעה שרירותית גרידא.

⁵⁰⁴ בבלי, בבא בתרא ע"ב.

⁵⁰⁵ רשב"ם, בבא בתרא ע"ב, ד"ה 'כולהו'. הרשב"ם הדגיש, כי אביי לא אמר שהללו "אמרו דבר אחד" אלא ש"כולהו סבירא להו: כי מזבין איניש מידי – איהו וכל תשמישתיה מזבין". להרחבת דברים בנקודה זו ראו הלבני, **מקורות ומסורות, בבא בתרא**, עמ' קלד. לדיון כללי בתופעה זו בספרות האמוראים ראו קוסמן, **השיטה כשיטה**, 103.

⁵⁰⁶ וכך אומר עולא (בבלי, בבא בתרא ע"ב): "מחלוקת - בשק ודיסקיא וכומני, דתנא קמא סבר: סתם חמור לרכוב קאי, ונחום המדי סבר: סתם חמור למשאוי קאי; אבל אוכף ומרדעת, קילקלי וחבק דברי הכל מכוורין". ופירש רשב"ם: "אוכף ומרדעת – בין לרכיבה בין למשאוי".

חמור לא מכר את כליו – לא את כלי המשא ואף לא את כלי הרכיבה? דומני שתשובה זו הולמת את פשט הסוגיה. וכך אכן באר הראב"ד:⁵⁰⁷

ונראה דאביי לא סבר לה להא דעולא, אלא כפשטא דמתניתין דלעיל, דכי אמר ליה 'חמור וכליו' – מכר אוכף ומרדעת, אי לא – לא, ואפילו הכי שק ודיסקיא לא מכר דלאו כליו נינהו, דסתם חמור לרכיבה עומד. ונחום המדי סבר למשוי עומד, ואף על גב דלא אמר ליה 'חמור וכליו' – שק ודיסקייה כל שכן אוכף ומרדעת כולן מכורין משום דחזו לתשמישיה.

גם הדעה שהזכיר רבינו יונה (בלא הסכמה) מלמדת על מחלוקת בין אביי לבין עולא:⁵⁰⁸

איכא מאן דאמר דאביי פליג אדעולא... אביי סבירא ליה דבאוכף ומרדעת נמי פליגי, דרבנן סברי דלא מזבין תשמישיה, ונחום המדי סבר דאיהו ותשמישיה זבין.

אולם מרבית הראשונים ביקשו לטשטש את השוני בין אביי לבין עולא ולהעמידם בשיטה אחת, "דלא נוקים פלוגתא דלא הזכירוה בגמרא",⁵⁰⁹ "שאילו בא לחלוק על פירוש המשנה שפירש עולא היה לו לאביי לפרש על המשנה פירוש אחר".⁵¹⁰ לדידם, אף אביי מודה שלדעת תנא קמא המוכר 'חמור' מכר את כלי הרכיבה, ומחלוקתו נוגעת אך ורק לכלי המשא. מאליה עולה השאלה, אם כן מדוע לא הכליל אביי אף את תנא קמא ברשימת התנאים הסוברים שהמוכר דבר מכר גם את כליו? על פי התשובה הרווחת, זאת משום שנחום המדי הכליל במכירת החמור גם את כלי המשא, שהם שכיחים פחות מכלי הרכיבה שאליהם התייחס תנא קמא.⁵¹¹

גם על פי הסבר זה של הראשונים נראה כי מחלוקתם של תנא קמא ונחום המדי הנה עקרונית יותר מאשר אמפירית; היא מבוססת על טיבו של הלקסיקון ולא על הערכת המשמעות המקובלת. שהרי על פי הסברם, הכל מודים שסתם חמור לרכיבה עומד אלא שנחלקו עד כמה יש להתחשב בשימוש הנוסף שיש לו למשא.

4.5.3. "פלאגא"

א. הסוגיה התלמודית הבאה עוסקת בהגדרת משמעותה החוזית של המילה "פלאגא".⁵¹² ברגיל משמעה חצי, אולם בהקשרים מסוימים היא עלולה לסבול מדו-משמעות שיש להכריעה. המדובר באדם המחזיק בבעלותו מחצית שדה, וכעת מוכר את 'חציה' לחבירו. האם יש לפרש את החוזה כמתייחס למחצית השדה, כלומר לכל החלק שבבעלות המוכר, או שמע לרבע השדה, היינו לחצי

⁵⁰⁷ הובא בשיטה מקובצת, בבא בתרא ע"ב, ד"ה 'אלא תנא'.

⁵⁰⁸ עליות דרבינו יונה, בבא בתרא ע"ב, ד"ה 'אמר אביי'. רבינו יונה לא קיבל פירוש זה, וטען שאביי לא חלק על עולא, כפי שיוסבר להלן.

⁵⁰⁹ כלשון חידושי הריטב"א, בבא בתרא ע"א, ד"ה 'אמר עולא'.

⁵¹⁰ כלשון רבינו יונה, הנזכר לעיל, הע"ש 508.

⁵¹¹ ראו חידושי הרשב"א, בבא בתרא ע"א, ד"ה 'רבנן'. הריטב"א (לעיל, הע"ש 509), העלה את שתי האפשרויות: "והשתא אתא דעולא כאביי, אי נמי... פליג עליה דאביי". והכריע: "וקמא עיקר". גם הנימוקי יוסף, בבא בתרא פרק ה (דף מ ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה 'מתניי', ביקש להסביר, בדרכים שונות, מדוע אביי אינו חולק על עולא. לדבריו, הכללת אביי בין הסוברים שהמוכר דבר מוכר גם את תשמישי אינה מוציאה את עולא מרשימה זו.

⁵¹² בבלי, בבא בתרא סב ע"ב.

שבבעלות המוכר. רבה⁵¹³ הציע כי משמעות המילה 'פלגא' תיקבע על פי מיקומה בתוך המשפט שבו היא נאמרת:

פלגא דאית לי בארעא – פלגא, פלגא בארעא דאית לי – ריבעא.

כלומר, אם אמר המוכר: "חצי שיש לי בשדה" ייתן לקונה מחצית השדה, ואם אמר "חצי בשדה שיש ליי" ייתן לקונה רבע (כלומר, חצי מן החצי שבבעלותו).⁵¹⁴ הקושי בדברי רבה נעוץ בעובדה שמבחינה מילולית שני משפטים אלו סובלים, ובלא קושי רב, גם את הפירוש ההפוך: "חצי שיש לי בשדה" יכול להתפרש כמתייחס למחצית האחזקה שלי בשדה, כלומר, רבע השדה, בעוד ש"חצי בשדה שיש ליי" יכול להתייחס למחצית השדה כולה. ואמנם, על כך באה תמיהתו של אביי:

מאי שנא הכי ומאי שנא הכי?

מתמיהתו של אביי על השרירותיות שיש בקביעתו הלכסיקאלית של רבה ניתן ללמוד, כי לדעתו זו אינה מבוססת על משמעות מקובלת. אם אכן כך היה, רבה פשוט היה עונה לו כי אמנם אין בכך הגיון תחבירי ברור אלא שזו המשמעות המקובלת. אכן, מהמשך הסוגיה⁵¹⁵ עולה, כי רבה דבק בעמדתו ולא ראה לנכון לנמק לאביי את עמדתו. סבורני, כי יתכן והטעם לכך נעוץ בעובדה שאכן אין לרבה נימוק בהיר לדבריו. מדובר בקביעה לקסיקאלית, שבסופו של דבר הנה שרירותית במידה רבה. המילה 'פלגא' סובלת מדו-משמעות העלולה ליצור בלבול ומחלוקות רבות בין-הצדדים לחוזה. לפיכך קובע רבה הגדרות לקסיקאליות, הפעם בכפוף למיקום המילה במשפט. הגדרות אלו אינן שיקוף של משמעות מקובלת או של היגיון תחבירי. הן בסך הכל ניסיון לתת סימנים מוגדרים במה שהוא מעורפל מיסודו.

דברים דומים מצויים בהמשך הסוגיה לגבי שימוש במילים 'פלגא' ו'פסיקא' בהקשר אחר.⁵¹⁶ אף כאן רבה קבע הגדרות לקסיקאליות שונות לכל מילה, ודומה שגם כאן קביעותיו שרירותיות, עד שגרמו לאביי לתמוה "מאי שנא הכי ומאי שנא הכי". במקרה זה, ובשונה מן הקודם, מביא

⁵¹³ בכ"י וטיקן, בכ"י אוקספורד ובכ"י אסקוריל: "רבא".

⁵¹⁴ הפוסקים העירו, שכאשר המשפט אינו יכול לסבול דו-משמעות זו אין עוד להתלבט לגבי משמעות המילה 'פלגא'. לדעת המרכזי (בבא בתרא פרק ו, סימן תקע), אדם הנותן לבנו מתנה "חלק שמינית מבית שיש לוי", ומתברר כי האב מחזיק רק ברבע מהבית, חייב ליתן לו שמינית מהבית כולו (כלומר מחצית מאחזקתו בבית) ולא שמינית מן הרבע. הסיבה לכך, ש'בית' בלישנא דאינשי מציין את הבית כולו, ולא את חלקו בבית. וכן נפסק על ידי הרמ"א, חושן משפט, סימן ריד, סעיף ז. פסק זה סויג במקרה שבו שני בתים מצויים תחת קורת גג אחת, אז חוזרת הדילמה, האם המילה 'פלגא' שתוזכר בהקשר זה תתייחס לקומפלקס כולו או לבית האחד המצוי באחזקת אחד השותפים. וראו שו"ת כנסת יחזקאל, סימן פו.

⁵¹⁵ בה נעסוק בנפרד להלן, ליד ציון הע"ש 644.

⁵¹⁶ "ואמר רבה: מצר ארעא דמינה פלגא – פלגא, מצר ארעא דמינה פסיקא – ט' קבין. אי"ל אביי: מאי שנא הכי ומי"ש הכי? אישתיק. סבור מינה: אידי ואידי פלגא, ולא היא, דאמר רב יימר בר שלמיה, לדידי מפרשא לי מיניה דאביי: בין מצר ארעא דמינה פלגא ובין מצר ארעא דמינה פסיקא, אי אי"ל: אלין מצרנהא – פלגא, לא אי"ל: אלין מצרנהא – תשעה קבין" (בבלי, בבא בתרא סב ע"ב - סג ע"א). המדובר באדם המוכר לחברו חלק משדהו ולא הגדיר במדויק כמה: פעם אחת אמר שממצר פלוני יקבל הלה 'פלגא', ופעם אחרת אמר שיקבל 'פסיקא'. וראו כסף משנה, מכירה כא, כג: "פירוש: המוכר או נותן חלק משדהו ולא פירש חלק השדה אלא כתב כך זה השדה מצר ראובן ומצר שמעון היא ארעא שלי שממנה פלגא או פסיקא החלק שאני מוכר לך".

התלמוד גישה שונה, שאינה עורכת הבחנה לקסיקאלית בין שתי המילים, אלא מפרשת אותם על פי התוספת שוליות (או לא נלווית) להם; במקרה זה פירוש המילים 'פלגא' ו'פסיקא' יהיה תלוי בשאלה האם נוספה למשפט התוספת "אילין מצרנהא". דומני, כי גם מסוגיה זו נוכל לתלמוד לגבי המאפיין השרירותי הקיים בהיווצרות הלקסיקון, שאין בו כדי לשקף היגיון מילולי או משמעות מקובלת כלשהי.

ב. ברם, יש לסייג ולהדגיש כי השרירותיות בקביעת המילון אינה יכולה להיות מוחלטת; מידה מסוימת של עקביות חייבת להישמר בה. על כך אנו למדים מסוגיה אחרת. המשנה קובעת:⁵¹⁷

המוכר את החמור מכר את הסיח, מכר את הפרה לא מכר את בנה.

קביעה זו אין התלמוד מוכן לקבל בצורתה השרירותית, שכן מה הגיון יש בהכללת הסיח במכירת החמור בעוד העגל אינו נכלל במכירת הפרה!⁵¹⁸ כדי ליישב את המשנה נאלצת הסוגיה להעמידה באוקימתא:⁵¹⁹

היכי דמי? אי דאמר ליה 'היא ובנה', אפילו פרה ובנה נמי! אי דלא א"ל 'היא ובנה', אפילו חמור נמי לא!

אמר רב פפא, דאמר ליה: 'חמור מניקה ופרה מניקה אני מוכר לך'. בשלמא פרה, איכא למימר לחלבה בעי לה, אלא חמור מאי קא"ל? ש"מ: היא ובנה קאמר ליה.

כלומר, כאשר המוכר מציין 'פרה מניקה' יפורשו דבריו כפשטם, כלומר מכירת הפרה וחלבה, אך ללא העגל. ומנגד, כאשר המוכר מציין 'חמור מניקה' אין זה סביר לפרש דבריו כמתייחסים לחלב האתון (שאינו כשר לשתייה), ולפיכך נפרשם כמתייחסים לסיח. בין אם נפרש אוקימתא זו כפשטה של המשנה ובין אם לאו,⁵²⁰ דין ודברים זה מלמד כי גם אם הגדרות הלקסיקון הן שרירותיות, הן חייבות לשמור על מידה של עקביות.

4.6. הלקסיקון ופרשנות הנדר

אם במסכת בבא בתרא שמרה המשנה על שתיקה בנוגע לדרך היווצרות הלקסיקון, ורק בתלמוד מצאנו שברי רמזים בענין, משנת נדרים נדיבה הרבה יותר. ממנה עולה, כי בענייני נדרים יש קשר אמיץ בין הלקסיקון לבין המשמעות המקובלת, על כל המשתמע מכך לגבי הגמשתו הנדרשת של הלקסיקון. יתירה מכך, לא רק שמשניות נדרים מתחשבות במשמעות המקובלת,⁵²¹ אלא שנראה

⁵¹⁷ משנה, בבא בתרא ה, ג.

⁵¹⁸ נראה כי שאלה זו כלל אינה מתעוררת על פי נוסח כ"י קויפמן וכ"י פארמה למשנה: "המוכר את החמור לא מכר את הסיח מכר פרה לא מכר את בנה".

⁵¹⁹ בבלי, בבא בתרא ע"ב.

⁵²⁰ אמנם על פי פשטה של המשנה הסברו של רב פפא חסר אחיזה. אולם נראה שהסברו מבוסס על דברי התוספתא (בבא בתרא ד, ד, מהד' ליברמן 141): "פרה מניקה אני מוכר לך" – לא מכר את הולד". וראו ליברמן, **תוספתא כפשוטה**, חלק י, 372.

⁵²¹ דבר שכפי שנראה להלן, ליד ציון הע"ש 738, רמוז בתוספתת בבא בתרא, אך לא במשנה עצמה.

כי במידה מסוימת הן מסבירות את הלקסיקון כצילום של המשמעות המקובלת. סבורני, כי עמדה זו, ושתיקתן המקבילה של משניות בבא בתרא, מלמדות זו על זו.

4.6.1. מבחן השלוח

א. אחת המשניות הבולטות בהקשר זה היא המשנה המציעה את מבחן השלוח. מבחן השלוח מהו? אדם נודר הנאה מדבר מה, באופן המעלה את השאלה האם נדרו חל על חפץ מסוים שספק אם הנו אבר בתוך הקבוצה שצויינה בנדר. במקרה זה, כך מציעה המשנה, נבדוק כיצד אדם שנשלח לרכוש את הדבר הראשון היה נוהג לגבי הדבר השני:⁵²²

הנודר מן הירק מותר בדלועין, ורבי עקיבא אוסר.

אמרו לו רבי עקיבא: והלא אומר אדם לשלוחו 'קח לי ירק' והוא אומר 'לא מצאתי אלא דלועין'.

אמר להם: כן הדבר או שמא אומר הוא לו 'לא מצאתי אלא קטנית', אלא שהדלועין בכלל ירק, ואין הקטנית בכלל ירק.⁵²³

המשנה דנה באדם הנודר הנאה מן 'הירק', ואין זה ברור האם הנדר חל גם על 'דלועין', ובמילים אחרות, האם יש לפרש את המילה 'ירק' ככוללת את 'דלועין'. המשנה מניחה, כי אדם הנשלח לרכוש 'ירק', ואינו מוצא אלא דלועין, לא ירכוש אותם באופן אוטומטי, אלא ישאל לדעת שולחו. חכמים למדים מכך, כי הדלועין אינן בכלל ירק, שהרי אם היו בכללם היה השלוח קונה אותם בלא שישאל את פי שולחו. ר' עקיבא, לעומתם, מגיע למסקנה ההפוכה. העובדה שהשלוח רואה לנכון לשאול את שולחו מעידה על הקשר הקיים בין הדלועין לבין הירק; אם היה מדובר בדברים חסרי קשר, כגון ירק וקטנית, לא היה כל מקום לשאלתו מעיקרה. וכפי שהסביר התלמוד:⁵²⁴

רבנן סברי: כל מילתא דצריך שליחא לאמלוכי עלה – לאו מיניה הוא, ורבי עקיבא סבר: כל מילתא דמימליך שליחא עלה – מיניה הוא.⁵²⁵

כאמור, חכמים מדגישים את הבידול שעושים אנשים בין 'ירק' לבין 'דלועין' בעוד שר' עקיבא מדגיש דווקא את הזיקה שמקובל למתוח ביניהם. החשוב לדידנו הוא הצד השווה שבהם: כדי להגדיר את המשמעות הלקסיקאלית של המילה 'ירק' הם מסכימים כי יש לבחון את המשמעות שמקובל לייחס לה, וזאת באמצעות עריכת מבחן של האדם המצוי (ובפרפרזה על דברי חז"ל: 'השלוח המצוי'). חכמים ור' עקיבא נחלקים לגבי דרך הפעלת מבחן זה, אך מסכימים לגבי הרלוונטיות שלו עבור קביעת הלקסיקון.

⁵²² משנה, נדרים ז, א.

⁵²³ ארבע המלים האחרונות אינן מופיעות בכ"י קויפמן ובכ"י פארמה.

⁵²⁴ בבלי, נדרים נד ע"א.

⁵²⁵ פסיקתא ההלכה בנושא זה מורכבת. ראו חידושי חתם סופר, נדרים נד ע"א, ד"ה 'הנודר מן הירק'.

אם אכן המשמעות המקובלת היא שעומדת ביסוד הדיון הלקסיקאלי שבמשנה זו, אך צעד אחד נוסף דרוש כדי להגיע למסקנת הר"ן, כי הלכה למעשה הגדרתה של המילה 'ירק' תשתנה ממקום למקום:⁵²⁶

מיהו דווקא באתרא דמימליך שליחא עליהו, אבל באתרא דלא מימליך עליה מותר, דכל מידי דלא מימליך עליה לאו מיניה הוא.

ר' מנחם המאירי הגדיר זאת כך:⁵²⁷

וכן צריך שתדע שהמלכת שליח אף היא בדין לשון בני אדם לפי המקום ולפי הזמן כשאר עניינים שבנדרים, ואם יש כאן דבר שאין רגילין עכשיו לימלך עליהן השליח, אף על פי שמצאנוה בתלמוד בהמלכת שליח, דנין אותה לפי המקום ולפי הזמן.⁵²⁸

ב. למסקנה זו עוגן בדברי התלמוד עצמו, שתלה את ההגדרות הלקסיקאליות שבמשנה בתנאי הזמן המקום. וכך אמר התלמוד לגבי ההגדרה שבמשנה,⁵²⁹ כי 'מבושלי ויצלי' הם שני מושגים נפרדים, ולפיכך "הנודר מן התבשיל מותר בצלי ובשלוק":⁵³⁰

תניא: ר' יאשיה אוסר, ואע"פ שאין ראייה לדבר - זכר לדבר, שנא' ויבשלו (את) הפסח באש כמשפט.

לימא בהא קמיפלגי, דרבי יאשיה סבר: הלך אחר לשון תורה, ותנא דילן סבר: בנדרים הלך אחר לשון בני אדם!

לא, דכולי עלמא - בנדרים הלך אחר לשון בני אדם, מר כי אתריה ומר כי אתריה, באתרא דתנא דילן - לצלי קרו ליה צלי ולמבושל קרו ליה מבושל, באתרא דר' יאשיה - אפילו צלי קרו מבושל.

והא קרא נסיב לה! אסמכתא בעלמא.

דומני, כי מבחן השלוח המוזכר במסכת נדרים, והעדרו הבולט במסכת בבא בתרא, מלמד על הבדלי הדגשים בין הלקסיקונים שבשתי מסכתות אלו. הלקסיקון לפרשנות הנדר נתפס כמשקף את המשמעות המקובלת, ולפיכך במסגרתו יש להפעיל את מבחן השלוח. הלקסיקון לפרשנות החוזה משקף את הגדרתם הבלתי תלויה של חכמים. לפיכך מבחן השלוח אינו רלוונטי.⁵³¹

ג. לעניות דעתי, סוגיית הירושלמי על משנת 'הנודר מן הירק' מחזקת את טענתי מכיוון שונה:⁵³²

⁵²⁶ ר"ן, נדרים נד ע"ב, ד"ה 'ולענין הלכה'.

⁵²⁷ בית הבחירה, נדרים נד ע"א (מהדורת ליס, עמ' ר).

⁵²⁸ וברמב"ם, משנה תורה, נדרים פרק ט, הלכה ו: "כל דבר שדרך שליח באותו מקום להימלך עליו הרי הוא בכלל המין שנאמר לשליח סתם". ראו גם ט"ז יורה דעה, סימן ריז, ס"ק ט, בענין השינוי מתקופה לתקופה.

⁵²⁹ משנה, נדרים ו, א.

⁵³⁰ בבלי, נדרים מט ע"א.

⁵³¹ אמנם התלמוד במסכת בבא בתרא (אך לא המשנה!), העלה באופן דרמטי את משקלה של המשמעות המקובלת. בכך נעסוק בפרק הבא.

⁵³² ירושלמי, נדרים ז, א (מהד' זוסמן, 1038).

מעשה הנודר מן הבשר יהא אסור בבשר דגים וחגבים, שכן אדם או לחבירו קח לנו בשר והוא או לחבירו לא מצאתי אלא דגים.

אלא ר' עקיבה סבר מימר הדילועין בכלל ירק, ורבנין אמרין אין הדילועין בכלל ירק. אף למידת הדין כן: ירק גינה זה מכור והיו שם דיילועין על דעת דר' עקיבה מכורין, על דעתון דרבנין אינן מכורין, ובהבקר ובהקדש כן.

הירושלמי אינו מקבל את דברי המשנה כפשטם, ואינו מסכים כי אכן מבחן השלוח הוא העומד ביסוד מחלוקת התנאים. אם כך היה, טוען הירושלמי, עלולות היו להיות לכך תוצאות בלתי סבירות, כגון הכללת דגים וחגבים במילה 'בשר'. לפיכך הירושלמי מפרש את מחלוקת התנאים כמחלוקת לקסיקאלית רגילה, במסגרתה כל תנא מעניק הגדרה בלתי-תלויה משלו.⁵³³ המענין הוא, כי משעשה כן הירושלמי, הוא הולך ומרחיב את הדבר, ומחיל מחלוקת זו גם על פרשנות חוזים, הפקר והקדש (מכר, הפקר או הקדש של ירק גינה). כלומר, התהליך של נטישת מבחן השלוח ואימוץ ההגדרות הלקסיקאלית הקשיחות, הוא שאפשר לירושלמי להרחיב את מחלוקת התנאים שבמשנה ולהחילה על תחומים משפטיים נוספים.⁵³⁴ שאלה בפני עצמה היא מדוע הבבלי לא הרחיב את מבחן השלוח גם לפרשנות חוזים, כפי שנעשה בירושלמי.⁵³⁵

ד. על זוית נוספת של מבחן השלוח נוכל להתבונן מהתייחסות אחרת של התלמוד הבבלי למשנתנו. לנדר שתי נפקויות מרכזיות: א) קביעת האסור והמותר; ב) קביעת העונש בגין הפרת הנדר. בהתייחסו לדברי ר' עקיבא שבמשנה מעיר אביי:⁵³⁶

אמר אביי: מודה רבי עקיבא לענין מלקות, שאינו לוקה.

כלומר, אף שלדעת ר' עקיבא, הנודר מן הירק אסור בדלועין, אם בכל זאת אכל דלועין אינו לוקה כדין מי שהפר נדרו. מה הטעם לכך? יש מן הראשונים שהסבירו, כי טעם הדבר בספק המלווה את מבחן השלוח; "ומספיקא לא אמר למילקיה".⁵³⁷ ברם, ספק אם טעם זה הולם את פשטה של הסוגיה, אשר לא ציינה כי אביי אמר דבריו מספק ולא מוודאי. אכן, מדברי הפירוש המיוחס לרש"י⁵³⁸ נראה, כי טעמו של אביי שונה; עונש המלקות בא על הפרת האיסור "לא יחל דברו"⁵³⁹

⁵³³ נראה כי על פי הירושלמי, טיעוני מבחן השלוח שבמשנה אינם הטעם לדעות התנאים אלא **הדגמה** לטיעונם. ראו גם חזון יחזקאל, חידושים, נדרים ד, א.

⁵³⁴ אך בנימוקי יוסף, נדרים פרק ו (דף יח ע"א בדפי הריף), ד"ה 'גרסינן בירושלמי', כתב על דברי הירושלמי: "פירוש דבמכירה והפקר והקדש כך הולכין אחר לשון בני אדם". כלומר, להבנתו התלמוד הירושלמי לא נטש את מבחן השלוח.

⁵³⁵ שהרי אליבא דבבלי, גם המשמעות המקובלת היא אמת המידה המרכזית לפרשנות חוזים. על כך ראו להלן, ליד ציוני הע"ש 754, 794. זאת בשונה מן הירושלמי, המותיר את הלקסיקון שקבעו חז"ל כאמת המידה המרכזית לפרשנות חוזים. על כך ראו להלן, ליד ציון הע"ש 792.

⁵³⁶ בבלי, נדרים נד ע"א.

⁵³⁷ כלשון תוספות, נדרים נד ע"א, ד"ה 'מודה הוא'. ראו גם ר"ן, שם, ד"ה 'אמר אביי'.

⁵³⁸ על הפירוש המיוחס לרש"י למסכת נדרים ועל בעיית זיהוי מחברו ראו ינ"ה אפשטיין, 'פירושי הריב"ן ופירושי וורמייזא', **תרביץ ד** (תרצ"ג), 153, 175; ישראל מי תא-שמע, **הספרות הפרשנית לתלמוד**, חלק ראשון (ירושלים, תשנ"ט), 53. ראו גם דב בער צאמבער, 'מאמר על פירוש רש"י להמסכתות נדרים ומועד קטן', בתוך: אברהם גייגר, **ספר פרשנדא – על חכמי צרפת מפרשי המקרא** (ירושלים, תשל"א).

והוא אינו חל כאן שכן ככל הנראה הדלועין לא באו במפורש בנדרו של האדם אלא רק במשתמע, כתוצאה ממבחן השלוח:⁵⁴⁰

מודה רבי עקיבא – אף על גב דאוסר בדלועין, אם אכל דלועין אינו לוקה דקסבר ליכא מלקות דלא יחל דברו הואיל וצריך לאימלוכי ביה עלה.

דומני כי מדברי המיוחס לרש"י עולה, שמבחן השלוח מלמד על **כוונת הנודר** יותר מאשר על **משמעות לשון נדרו**. נוצר כאן פער מעניין בין משמעות המילים 'נודר מן הירק', שאינה מכילה את הדלועין, לבין כוונת הדובר, אשר מכוח מבחן השלוח מתפרשת לדעת ר' עקיבא כמתייחסת אף לדלועין. לפיכך, אליבא דאביי, אמנם הנודר אסור אף בדלועין, שכן זו הייתה כוונת נדרו, אך אינו לוקה אלא על הירק.⁵⁴¹ כמובן, אין הכרח שר' עקיבא עצמו יסכים את ההבחנה שהציע אביי (בין איסור הנדר לבין המלקות הבאות בגינו), אולם אין הדבר גורע מעצם התובנה שהציע אביי, כי מבחן השלוח מלמד על אומד דעתו של הנודר יותר מאשר על משמעות לשונו.⁵⁴²

4.6.2. "שמן" – בין ארץ ישראל לבין בבל

בתוספתא נדרים מצויות כמה הוכחות נוספות לקשר ההדוק בין הלקסיקון שקבעו חז"ל לבין המשמעות המקובלת. כך למשל, לגבי פרשנות המילה 'שמן' נאמר:⁵⁴³

[הנודר] מן השמן' מותר בשמן שומשמן. ומקום שמסתפקין בשמן שומשמן אסור אף בשמן שומשמן.

תוספתא זו מעניקה הגדרה לקסיקאלית למילה 'שמן' אולם תוך כדי דיבור היא דואגת לאפשר את הגמשתה של הגדרה זו על פי המשמעות המקובלת. מן הברייתא הבאה, המתייחסת לאותו

⁵³⁹ במדבר ל, ג.

⁵⁴⁰ המיוחס לרש"י, נדרים נד ע"א. ראו גם חידושי הרשב"א, שם, ד"ה 'הא דאמר'.

⁵⁴¹ ובמאירי, בית הבחירה, נדרים נד ע"א (מהד' ליס, עמ' ר): "זה שביארנו במשנתנו שאף לר' עקיבא כל שנדר מן הירק המתבשל אע"פ שהדלועין בכללם אינו לוקה, לדעתנו לא סוף דבר מירק לדלועין אלא כל דבר שלא היה הנדר בפרט אלא שנכללו בו מתורת המלכת שליח אינו לוקה עליו". ראו גם חידושי הרשב"א, שם, ד"ה 'הא'.

⁵⁴² במקום אחר במסכת נדרים לכאורה נראה כי החפיפה שבין ההגדרה הלקסיקאלית לבין המשמעות המקובלת מועתקת על ידי התלמוד מעולם הנדרים אל עולם החושים. בהקשר לדברי רשב"ג שהובאו בתוספתא (נדרים ג, ה, מהד' ליברמן, 109): "קרביין לא בשר, אכליהון לא אנשי", הוסף בסוגיה הבבלית (בבלי, נדרים נד ע"ב): "אוכליהן כבשר לענין זביני לא בר אינש" (תוספת זו אינה מופיעה בכ"י מינכן, אך מופיעה בכתבי היד האחרים). המפרשים התלבטו בשאלת המשמעות המדויקת של תוספת זו (ראו מיוחס לרש"י, נדרים, שם, ד"ה 'וכן היה'; פירוש הרא"ש, שם, ד"ה 'לאו בר אינש הוא'; נימוקי יוסף, שם, ד"ה 'קרביים'; רש"י, מעילה כ ע"ב, ד"ה 'קרביים'; רבינו גרשום, שם; תוספות, שם, ד"ה 'קרביים'), אולם באופן כללי משמעותה, כי אף לענין מכר (זביני), הקרביים אינם נחשבים בשר, ומי שאינו נוהג כך אינו נחשב אדם, כלומר אינו אדם רגיל אלא סוטה מן המקובל. תוספת זו מופיעה בדפוסים (וילנא וונציה), וכן בחלק מכתבי היד (וטיקן ומוסקבה-גינזברג). היא אינה מופיעה בכת"י מינכן. תוספת זו אינה מופיעה בסוגיה המקבילה בבבלי, מעילה כ ע"ב. אכן, הראשונים עצמם העירו כי מדובר בתוספת מאוחרת שאינה חלק מן הסוגיה המקורית. ראו שיטה מקובצת, נדרים נד ע"ב, בשם הרא"ש. ראו גם אוצר הגאונים, נדרים, 95. על כך ראו גם ליברמן, **תוספתא כפשוטה**, חלק ז, 449.

⁵⁴³ תוספתא, נדרים ג, ג (מהד' ליברמן, 108).

מקרה, עולים הדברים ביתר חדות ובהירות, וממנה משמע כי ההגדרה הלקסיקלית של המילה 'שמן' מעיקרה תלויה במשמעות המקובלת באותו מקום: ⁵⁴⁴

תניא: הנודר מן השמן – בארץ ישראל מותר בשמן שומשמן ואסור בשמן זית, ובבבל אסור בשמן שומשמן ומותר בשמן זית, מקום שמסתפקין מזה ומזה אסור בזה ובוזה. ⁵⁴⁵

4.6.3. הצדקות המשנה ללקסיקון נדרים

המסקנה שאליה הגענו נתמכת מכיוון נוסף במשנת נדרים. לעתים, כאשר התנא מבקש להצדיק את בחירתו הלקסיקאלית, הוא מעניק לכך צידוקים שונים, ביניהם שניים רלוונטיים לדיוננו: פעמים הוא טוען כי ההגדרה הלקסיקאלית משקפת את אומד דעתו של הנודר, ופעמים הוא טוען שהיא משקפת את המשמעות המקובלת. וכך נאמר ברצף המשניות הבאות: ⁵⁴⁶

הנודר מרואי החמה אסור אף בסומין **שלא נתכוין זה אלא** למי שהחמה רואה אותו. ⁵⁴⁷

הנודר משחורי הראש אסור בקרחין ובעלי שיבות, ומותר בנשים ובקטנים **שאינן נקראין** שחורי הראש אלא אנשים.

הנודר מן הילודים מותר בנולדים, מן הנולדים אסור בילודים. ⁵⁴⁸ רבי מאיר מתיר אף בילודים. וחכמים אומרים **לא נתכוין זה אלא** במי שדרכו להוליד. ⁵⁴⁹

המשנה עושה אפוא מעברים כמעט בלתי מורגשים מן ההצדקה "שלא נתכוין זה אלא" (אומד דעת הנודר) להצדקה "שאינן נקראין" (המשמעות מקובלת) וחוזר חלילה, בלא הבחנה ביניהם. אין זאת אלא, כי במסגרת הנדר מרכז משקל הכובד נתון על כוונת ליבו של הנודר, ולפיכך הלקסיקון מתעצב כשיקוף של המשמעות המקובלת, שכאן נתפסת כמקבילה לאומד כוונת הנודר. עוד חשוב להדגיש, כי משניות אלה אינן כופפות את הלקסיקון בפני המשמעות המקובלת, אלא מסבירות את הלקסיקון עצמו כבנוי על צילום של המשמעות המקובלת ושל אומד דעתו של הנודר.

דברים דומים מצוים בתוספתא לגבי פרשנות המילה 'תבשיל': ⁵⁵⁰

הנודר מן התבשיל אסור בצלי ובשלוך ובמבושל ואסור בסיטרות ⁵⁵¹ רכות מפני שהחולין אוכלין בהן פיתן.

⁵⁴⁴ בבלי, נדרים נג ע"א.

⁵⁴⁵ דוגמה יחידה מצאתי לכך בתוספתא בבא בתרא: "המוכר את הראש בבהמה גסה לא מכר את הרגלים. מקום שנהגו למכור הרי אילו מכורות" (תוספתא, בבא בתרא ד, ה, מהד' ליברמן 142). לדיון בתוספתא זו ראו להלן, ליד ציון הע"ש 738.

⁵⁴⁶ משנה, נדרים ג, ז-ט.

⁵⁴⁷ מן הרמב"ם בפירושו למשנה זו עולה בבירור כי כאן מדובר במתן הגדרה לשונית גורפת ולא באומד דעתו הסובייקטיבית של הנודר שלפנינו: "כל זה ברור. והוא מדבר בלשונות המפורסמים המורים על כך אצלם באותו הזמן. וכלל הוא אצלנו בכל זה אמרם בנדרים הלך אחר לשון בני אדם".

⁵⁴⁸ שתי מלים אלה אינן בכ"י קויפמן ובכ"י פארמה.

⁵⁴⁹ אכן, התלמוד (בבלי, נדרים ל ע"ב) מסביר משנה זו בכלל הלשוני: "בנדרים הלך אחר לשון בני אדם".

⁵⁵⁰ תוספתא, נדרים ג, א (מהד' ליברמן, 107).

אף כאן נראה בבירור, כי נוהג מסוים הוא שעומד ביסוד ההגדרה הלקסיקאלית שקבעו חכמים.⁵⁵² נוכחנו אפוא לדעת כי על פי משניות נדרים לקסיקון מונחי הנדר קשור במשמעות המקובלת – הן בדרך היווצרותו הן בכפיפותו בפני המשמעות המקובלת – באופן שלא מצאנו לו מקבילה במשניות מסכת בבא בתרא.⁵⁵³ נשוב כעת לעיין בהיבטים נוספים של הלקסיקון המופיע במסכת בבא בתרא.

4.7. בהסתיים הלקסיקון

הבנתנו את אופן תפקודו של הלקסיקון תיטיב אם נתחקה אחר האמור להתרחש בעת שמסתיים הלקסיקון. והלוא הוא חייב להסתיים. רחב ופרוש ככל שיהיה, הלקסיקון חייב להיות סופי ומוגבל, בעוד עושר המילים והמונחים הזקוקים להגדרה יהיה רחב הימנו, אם לא בלתי סופי.⁵⁵⁴ כיצד נוהגים חז"ל עת הם מגיעים לקצה גבולו של הלקסיקון?

א. דרך ההתמודדות הבסיסית היא כמובן המשך פיתוח הלקסיקון והרחבתו. כאשר מושג חדש מזדמן לפני החכמים, מושג שטרם נמצאה לו הגדרה הולמת בלקסיקון, נמשכת מלאכת הפיתוח ומוענקת לו הגדרה מתאימה. למתודה זו אנו מוצאים הדים רבים בכתיבה התלמודית. כבר לעיל עמדנו על הגדרות לקסיקאליות שחידשו האמוראים, כגון 'פלגא', 'פסיקא' ועוד. הדוגמה הבאה תמחיש לאיזו רמת פירוט עשויה להגיע מלאכת פיתוח הלקסיקון, על הגדרותיו השונות ותתי-הגדרותיו. סוגיה זו עוסקת בפירוש שיש להעניק למכירת "שדה", אשר בחוזה סומנו שלושה מצריו בעוד הרביעי לא צוין. כאן ניצבות שלוש פרשנויות אפשריות למילה "שדה": א) כמציינת את השדה כולו לרבות המצר הרביעי; ב) כמציינת את השדה כולו להוציא המצר הרביעי; ג) כמציינת אך ורק את השטחים הצמודים לשלושת המצרים שצוינו בחוזה להוציא את שאר השדה. בהתאם, הסוגיה מבחינה בין מצבים שונים של המצר הרביעי, אשר ישפיעו על הגדרתה הלקסיקאלית של המילה "שדה":⁵⁵⁵

אמר רבא, הלכתא: קנה הכל חוץ ממצר רביעי. ולא אמרן אלא דלא מבלע, אבל מבלע - קנה. וכי לא מבלע נמי לא אמרן אלא דאיכא עליה ריכבא דדיקלא והוי תשעת קבין, אבל ליכא עליה ריכבא דדיקלא, ולא הוי תשעת קבין - קנה. מכלל דכי מובלע, אע"ג דאיכא עליה ריכבא דדיקלא והוי תשעת קבין - קנה.

⁵⁵¹ 'לסיטרות' כמה גרסאות שונות: 'אימרות', 'טריות', 'הטריות', 'איטריות', ומכל מקום אלו מיני ריקים לקינוח הסעודה, המכילים שומשומין, דבש ועוד. הרכים שבהם היו מתעכלים יפה, ובהם היו נעזרים לרפואה ולשיפור התזונה. ראו ליברמן, **תוספתא כפשוטה**, חלק ז, 440.

⁵⁵² הדים למחלוקת בעניין זה ניתן לראות במחלוקתם של ר' יוחנן ור' יאשיה בשאלה האם: "הלכו בנדרים אחר לשון בני אדם" או שמא "הלכו בנדרים אחר לשון תורה" (ירושלמי, נדרים ו, א, מהד' זוסמן 1033. ראו גם שם, ז, א, מהד' זוסמן 1038; שם, ח, א, מהד' זוסמן 1040; ירושלמי, נזיר ו, ט, מהד' זוסמן 1121; בבלי, נדרים מט ע"א). בהקשר זה אופייניים הסברי התלמודים כי אין מחלוקת בדבר. על פי הבבלי, "דכולי עלמא בנדרים הלך אחר לשון בני אדם, מר כי אתריה ומר כי אתריה". ואילו על פי הירושלמי, "לא אמר ר' יאשיה אלא לחומרין", כלומר לחומר אלא בלבד. על כך ראו גם בהרחבה חזון יחזקאל, חידושים, נדרים ד, א.

⁵⁵³ אשר לתמורה המתרחשת בתלמוד הבבלי במסכת בבא בתרא ראו להלן, סעיף 5.6.

⁵⁵⁴ ראו גם מאוטר, **כללים וסטנדרטים**, 334.

⁵⁵⁵ בבלי, בבא בתרא סב ע"ב.

רמת פיתוח הלקסיקון המודגמת במובאה זו הנה כה גבוהה, עד שלמעשה היא מבקשת להעניק הגדרה נפרדת לכל סיטואציה אפשרית (מצר מובלע או לא מובלע, אשר גודלו תשעת קבין או פחות מכך, ואשר גדלים עליו דקלים או לא גדלים עליו דקלים).⁵⁵⁶ הרי זה כמעט לטעון: יש לפרש את החוזה על פי הנסיבות. אלא שלא כך הוא: כאן ניתנת הגדרה קשיחה לכל סיטואציה וסיטואציה, אשר מבקשת להגשים פתרון ידוע מראש, ולא פתרון גמיש המתגלה תוך כדי הדיון בנסיבות הקונקרטיים.

דרך אגב, פיתוח הלקסיקון עשוי לנבוע לא רק ממפגש עם מונחים שטרם הוגדרו, אלא כתוצאה מסתירה בין שתי הגדרות לקסיקאליות נתונות. כך למשל, בסוגיה הבאה נידונות הגדרות של "חצר", "חנויות הפתוחות לחצר" ו"חנויות שאינן פתוחות לחצר". סתירת מקורות מתגלה לגבי המונח "חנויות הפתוחות לכאן ולכאן", וכדי ליישבה הסוגיה עורכת תת-הבחנה נוספת, בין "חנויות הפתוחות לכאן ולכאן שרוב תשמישן לפנים החצר" לבין "חנויות הפתוחות לכאן ולכאן שרוב תשמישן חוץ לחצר":⁵⁵⁷

ת"ר: המוכר את החצר - מכר בתים החיצונים ובתים הפנימים ובית החולסאות; חנויות פתוחות לתוכה - נמכרות עמה, ושאינן פתוחות לתוכה - אין נמכרות עמה; פתוחות לכאן ולכאן - [אלו] ואלו נמכרות עמה...

אמר מר: פתוחות לכאן ולכאן - נמכרות עמה. והא תני ר' חייא: אין נמכרות עמה!

לא קשיא: הא דרוב תשמישתייהו לגו, הא דרוב תשמישתייהו לבר.

תהליך דומה מתרחש כאשר מתגלה סתירת מקורות לגבי הגדרתם של מצודות חיה ועוף במסגרת מכירת 'עיר'⁵⁵⁸ ועוד.

פיתוח הלקסיקון עשוי גם להיות פרי המעבר משפה לשפה. לדוגמה, לאחר שהמשנה נותנת הגדרותיה למילה 'חצר',⁵⁵⁹ התלמוד מוסיף ומחדש הגדרות למילים מקבילות בארמית השייכות לאותו שדה סמנטי: 'דירתא' ו'דרתא'.⁵⁶⁰

ב. אולם ברי הוא, כי אף לפיתוח הלקסיקון ישנם גבולות; יינתנו הגדרות, להם יתווספו הגדרות משנה ותתי-הגדרות, אך גם לכך ישנו גבול. דוגמה לדבר מצאנו בסוגיה הבאה, הדנה בהגדרותיהם של מונחים הקשורים במכירת שדה:⁵⁶¹

בעי רבי אלעזר: מלבנות של פתחים, מהו? היכא דמחברי בטינא לא תיבעי לך - דהא מחבר, כי תיבעי לך - דנקיטי בסיכי, מאי? תיקו.

⁵⁵⁶ הלכה זו של רבא מובאת בכמה פרטי הבדלים בין עדי הנוסח השונים, אולם אין ביניהם הבדל עקרוני לעניין רמת פיתוח הלקסיקון ופירוטו.

⁵⁵⁷ בבלי, בבא בתרא סז ע"א.

⁵⁵⁸ בבלי, בבא בתרא סח ע"ב.

⁵⁵⁹ משנה, בבא בתרא ד, ד.

⁵⁶⁰ בבלי, בבא בתרא סז ע"א.

⁵⁶¹ בבלי, בבא בתרא סט ע"א.

בעי רבי זירא: מלבנות של חלונות, מהו? מי אמרינן: לנוי בעלמא הוא דעבידי, או דלמא כיון דמחברי - מחברי? תיקו.

בעי רבי ירמיה: ⁵⁶² מלבנות של כרעי המטה, מהו? כל היכא דמיטלטלי בהדה לא תיבעי לך - דהא מיטלטלי, כי תיבעי לך - היכא דלא מיטלטלי, מאי? תיקו.

ה'תיקו' מבטא בהקשר זה את חוסר היכולת לתת פתרון לקסיקאלי למקרה הנדון. ⁵⁶³ ואין התלמוד מפרש, האם במקרים אלה יפורש החוזה על פי אמצעים פרשניים אחרים, אשר לא צוינו בסוגיה, או שמא יוותר בלתי מפורש, וההכרעה השיפוטית תינתן על פי כללי ההכרעה בספיקות.

ג. הסוגיה הבאה נדיבה יותר במתן הצצה למצב העניינים המתרחש בתום הלקסיקון. אני מבקש לנתח אותה בפירוט ובדקדוק, שכן קשה להגדיר במדויק את המסקנה העקרונית המתבקשת ממנה. לעניות דעתי, ממנה נובע כי לאחר תום הניסיון לפרש את החוזה באופן מילולי, כלומר מיצוי השימוש בלקסיקון, ⁵⁶⁴ מסתיים תפקידם של כללי הפרשנות. כללי פרשנות החוזה פועלים במישור המילולי, ולפיכך הם אינם אפשריים עוד. כעת נפתחים בפני הדיין שני אפיקי פעולה אפשריים: (א) קביעה כי לפניו ספק פרשני שאין הוא יכול להכריעו, ולפיכך עליו לנהוג בהתאם לכללי ההכרעה בספקות; (ב) לפרש את החוזה על פי שיקול דעתו העצמאי, ובלא הנחייה מסודרת של כללי פרשנות קבועים. שתי אפשרויות אלה כמובן שונות זו מזו באופן מהותי, אולם הצד השווה שבהן, שאינן מספקות כללי פרשנות מעבר למישור הלשוני.

את הסוגיה שבה נדון כבר הזכרנו לעיל. ⁵⁶⁵ סוגיה זו דנה בהיבט מסוים של פירוש עסקת מכר. על פי מסקנתה, בשניים מן המצבים ישנה מחלוקת בין המקורות (שתי לישנות בשם רבא), המספקים כל אחד הגדרה לקסיקלית שונה. כיצד יפעל אפוא הדיין כאשר ניתנות לו שתי הגדרות לקסיקאליות נוגדות? הפתרון המוצע בסוגיה הוא 'שודא דדייני': ⁵⁶⁶

⁵⁶² בכ"י מינכן לא מופיעה פיסקה זו.

⁵⁶³ לסקירת סוגיות ה'תיקו' בתלמוד ראו הרב אברהם אנג'ל, **פיתוחי חותם** (שאלוניקי, תקע"ט); הרב אהרן יהושע פסין, **תיקו** (ירושלים, תשס"ו).

⁵⁶⁴ או המשמעות המקובלת, עד כמה שזו מחליפה את הלקסיקון. על כך ראו להלן, פרק 5.

⁵⁶⁵ היא המשך הסוגיה שבה דנו לעיל, ליד ציון הע"ש 555.

⁵⁶⁶ בבלי, בבא בתרא סב ע"ב. דין 'שודא דדייני' מופיע בתלמוד כמה פעמים. לעיון מקיף בסוגיות אלה ראו Ben-Menachem, *Judicial Deviation*, 80-82, 150-158. דומה כי סוגייתנו היא היחידה מביניהם המתמודדת עם בעיית פרשנות לשון. בכל שאר המקרים הספק אינו נובע מבעיה לשונית. כך למשל, לגבי המקרה של האומר "נכסי לטוביה" וראו שני אנשים הקרויים טוביה (בבלי, כתובות פה ע"ב). כאן ההוראה של השם הפרטי ברורה, אלא שיש לשם זה שני מסומנים רלוונטיים (בסוגיה זו נדון בהרחבה להלן, ליד ציון הע"ש 1087). ובדומה, כן הוא לגבי שני שטרות היוצאים ביום אחד, ואין ידוע מי קודם (בבלי, כתובות צד ע"א). אלא שיש מקום להתלבט לגבי המקרה של "הולך מנה לפלוני" ומתו פלוני ואחר כך מת גם השולח (בבלי, גיטין יד ע"ב). מקרה זה מעורר את הדילמה, האם על השליח לתת את הכסף ליורשי פלוני או להחזירו ליורשי השולח. כאן יש להתלבט האם זוהי בעיה פרשנית-לשונית (כלומר, מהי משמעות המילה 'פלוני' – פלוני לבדו או שמא אף יורשיו במקרה הצורך) או שמא זו בעיית חסר בחוזה שיש להשלימו. אלא שמעבר לכך, מקרה זה מעורר גם שאלות משפטיות אחרות, כגון מעמד הכסף כשהוא בידי השלוח ועוד כיוצא בזה (על כך ראו גם להלן, הע"ש 1124). בהמשך המחקר (ליד ציון הע"ש 1108), אדון בדין 'שודא דדייני' מזוויות נוספות.

שמעינן מתרוייהו לישני דרבא... דהיכא דמבלע, וליכא עליה ריכבא דדיקלא, ולא הוי תשעת קבין - קנה; לא מבלע, ואיכא עליה ריכבא דדיקלא והוי ט' קבין - לא קנה; מבלע ואיכא עליה, לא מבלע וליכא עליה - אתמר לה להאי גיסא ואתמר לה להאי גיסא, שודא דדייני.

השאלה אותה נבקש לברר בשורות הבאות היא, מהי השפעתו הצפויה של דין 'שודא דדייני' על כללי פרשנות החוזה? וביתר פירוט: (1) מהי משמעותו של דין 'שודא דדייני' במסגרת הליך הפרשנות בסוגיה זו? (2) האם דין 'שודא דדייני' שהוזכר בסוגיה זו הוא חריג או שמא דין מייצג? ונדון בראשון ראשון ובאחרון אחרון.

כידוע, הראשונים נחלקו בשאלה, שודא דדייני מהו? האם מדובר בניסיון של הדיינים להתחקות אחר אומד דעת הצדדים, או שמא בהפעלת שיקול דעת חזק של הדיינים לעשות כפי הראוי בעיניהם בנסיבות אותו עניין. כך למשל, בסוגייה הנזכרת מביע הרשב"ם את דעתו:⁵⁶⁷

שודא דדייני – השלכת הדיינין, מאחר דמספקא לן נעביד שודא הכל לפי הענין שיראו הדיינין ויכירו המוכר עינו יפה או רעה הכל לפי אומד דעתם.

ואילו לדעת רבינו תם, שודא דדייני הוא:⁵⁶⁸

למי שירצה הדיין ליתן.

נראה אפוא, כי אליבא דרשב"ם, הדיין מונחה לפרש את החוזה על פי אומד דעתם המשוער של הצדדים במקרה הנתון לפניו. זו אמנם פרשנות חוזה, אולם שלא על פי כללים מנחים אלא לפי שיקול דעתו העצמאי של הדיין. מנגד, אליבא דרבינו תם, הדיין לא יחויב לפרש את החוזה, אלא יכריע את הסכסוך כפי הבנתו את התוצאה הצודקת בנסיבות העניין.

האם האמור בסוגיה זו יכול לשמש בניין אב לשאר מקרי הפרשנות שבהם לא מתאפשר להפעיל את כללי הפרשנות המילוליים? דומה כי התשובה לכך שלילית. אם ניתן ללמוד מסוגיה זו, הרי זה על דרך השלילה. סוגיה זו נראית חריגה לגבי אחיותיה.

כבר הראשונים, בעיקר אלה שמבית מדרשו של הרמב"ן וממשיכיו, העירו, כי התוספת 'שודא דדייני' המופיעה בסוגיה הנה מאוחרת, המיוחסת לרב יהודאי גאון.⁵⁶⁹ בין אם התוספת מאוחרת

⁵⁶⁷ בבא בתרא סב ע"ב, ד"ה 'איכא דאמרי'. ורבינו גרשום כתב: "שאם יראו בית דין שדעתו של מוכר קרובה ללוקח שהוא אוהבו או שקרובו ומוכר לו בעין יפה יתננה לחלקו של לוקח ואם לאו למוכר". דעה זו נחשבת במחקר לפרשנות המקורית והקדומה יותר של דין 'שודא דדייני'. ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1111. למקורות נוספים ראו להלן, הע"ש 1108, 1109.

⁵⁶⁸ תוספות, בבא בתרא לה ע"א, ד"ה 'שודא'. לסיכום דין 'שודא דדייני' ראו ר' בנימין וולף לעוו, **שערי תורה**, חלק שני, כרך א (ירושלים, תשס"ד), כלל יט; ר' אברהם דוד כ"ץ, 'האומדן בדיני הראיות', ירון אונגר ועדו רכניץ (עורכים), **משפטי ארץ ב – טענות וראיות** (עפרה, תשס"ה), 107, 142-145.

⁵⁶⁹ חידושי הרמב"ן, בבא בתרא סב ע"ב, ד"ה 'ימה שכתוב': "ולישנא דמר רב יהודאי גאון ז"ל הוא... ומרבנן סבוראי קבלו פסק זה". ובחידושי הרשב"א, שם, ד"ה 'שודא דדייני': "כתב ר"ש ז"ל ומיהו בשאר מקומות דמספקא לן בתרי לישני הלכתא כמאן לא אמרי' שודא דדייני עד שיפרש התלמוד כי הכא אלא המוציא מחבירו עליו הראיה ע"כ, ויש אומרים שזה מלשון רב יהודה גאון ז"ל, ומ"מ לו שומעין בזה שקבלתו מרבנן סבוראי". ראו גם חידושי הריטב"א, שם, ד"ה 'ויש בגמרא'. על כך ראו גם ב"מ לוי, 'רבנן סבוראי ותלמודם', י"ל פישמן-מימון (עורך), **אזכרה לרב קוק**,

ובין אם לאו, מדובר בסיומת חד-פעמית של הסוגיה, שאיננו מוצאים כמותה בשאר הסוגיות הדומות הדנות בפרשנות חוזים, אף שגם הן מגיעות למבוי סתום במישור הלקסיקאלי ומצהירות יתיקו'.⁵⁷⁰

לכך יש להוסיף, כי סוגיה זו חריגה גם לגבי הפעמים הספורות שבהם התלמוד ציין את דין 'שודא דדייני', וזאת בהיבט כפול:⁵⁷¹ (א) כאן מדובר במכר, בעוד מרבית הסוגיות דנות במתנה; (ב) כאן מדובר בספק משפטי (סתירת מקורות), בעוד בשאר המקרים הספק עובדתי.⁵⁷²

אכן, יש מן הראשונים שתמהו, מדוע חתמה הסוגיה בדין 'שודא דדייני', ולא בכללים המקובלים של הכרעה בספיקות, כגון 'המוציא מחבירו עליו הראיה'.⁵⁷³ מכל מקום, כך הם טענו, אין להרחיב את דין 'שודא דדייני' שבסוגיה זו לסוגיות פרשניות נוספות, בבחינת אין לך בו אלא חידושו. בדרך כלל, כאשר לא מתאפשר פירוש החוזה על פי ההגדרות שנתנו חכמים יש להכריע את המקרה על פי הכלל המוציא מחבירו עליו הראיה.⁵⁷⁴

חלק ד (ירושלים, תרצ"ז), עמ' קמה, קנה-קנו. בהתאם הסיק בן מנחם (*Judicial Deviation*, 153): "It follows that Talmudic law proper did not grant discretion to judges in this case". מן הראוי לציין, כי התוספת מופיעה גם בעדי הנוסח לסוגיה.

⁵⁷⁰ ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 561.

⁵⁷¹ ראו Ben-Menachem, *Judicial Deviation*, 150.

⁵⁷² מבחינה זו, ההכרעה 'שודא דדייני' במקרה של סתירת מקורות מקבילה להכרעה 'דעבד כמר עבד ודעבד כמר עביד'. ראו בבלי, ברכות כז ע"א; בבלי, שבועות מח ע"ב; אוצר הגאונים, כתובות צד ע"א, סימן תשן, בשם רב נחשון גאון; Ben-Menachem, *Judicial Deviation*, 153, n. 39.

⁵⁷³ חידושי הרמב"ן, בבא בתרא סב ע"ב, ד"ה 'ומה שכתוב': "קשיא לי דכל ספיקי במוכר ולוקח המוציא מחברו עליו הראיה הוא וכל פלוגתא דמספקא ותיקו דגמי קולא לתובע וחומרא לנתבע הוא וקרקע בחזקת בעליה עומדת, אלא יש לומר שקבלה היא ביד הגאון ז"ל בון, ומרבנן סבוראי קבלו פסק זה... והוצרכתי לכתוב זה שלא ילמדו ממנו לשאר ספיקות ותיקו שבתלמוד...". בעלי התוספות עמדו על חד-פעמיותו של דין 'שודא דדייני' שבסוגייתנו, אולם לא הבהירו את הסיבה לכך: "אף על גב דבעלמא בכל דוכתי אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה ואוקי ממונא בחזקת מריה, בין היכא דמספקא בעובדא היכי הוה... בין מספקא לן בדינא... כאן נראה לחכמים לעשות שודא" (תוספות, בבא בתרא סב ע"ב, ד"ה 'איתמר'). וברשב"ם, שם, ד"ה 'איכא דאמרי': "ומיהו בשאר מקומות דמספקא לן בתרי לישני הלכתא כמאן לא אמרינן שודא דדייני עד שיפרש כי הכא אלא המוציא מחבירו עליו הראיה".

⁵⁷⁴ יוצאת מכלל זה גישת הרמב"ם. הרמב"ם החיל את דין 'שודא דדייני' גם על מקרה אחר, שאמנם הופיע באותו עמוד בסוגיית התלמוד, אך לגביו לא נזכר בגמרא דין 'שודא דדייני'. באותו מקרה נידונו ספקות אחרים הנוגעים לפרשנות מכירת חצר, לגביהם סיים התלמוד את דבריו באמירה 'תיקו': "איבעיא להו: סיים לו את הקרנות, מהו? כמין גאם, מהו? בסירוגין מהו? תיקו" (בבלי, בבא בתרא סב ע"א). ופסק הרמב"ם: "סיים לו את הזויות בלבד ולא סיים לו את המצר שלכל רוח, או שסיים לו שני מצרים כמין גא"ם, או שסיים לו חלק מכל רוח ורוח – הרי זה לא קנה את כולם אלא יקנה ממנה כפי מה שמסר לו וכמה שיראו הדייני" (רמב"ם, משנה תורה, מכירה פרק כא, הלכה טז). לדעת הכסף משנה, שם, הרמב"ם מפעיל בהלכה זו את דין 'שודא דדייני', אלא שאין זה ברור מנין זאת לרמב"ם והלא התלמוד סיים את הסוגיה בתיקו, כלומר המוציא מחבירו עליו הראיה. הכסף משנה שיער שבגרסת הרמב"ם לתלמוד נוספו המלים "שודא דדייני". לכך לא מצאתי תמיכה בבדיקת עדי הנוסח לסוגיה. לעומתו טען הש"ך (חושן משפט, סימן ריט, ס"ק ב), שכאן אין מדובר ב'שודא דדייני'. לדבריו, 'שודא דדייני' על פי שיטת הרמב"ם דומה לגישת רבינו תם, כלומר יעשה הדיין כפי שיקול דעתו, בעוד שבהלכה זו הרמב"ם מנחה את הדיין לפרש את החוזה לפי אומד דעת הצדדים. ובלשונו: "נראה לי דגם הרמב"ם אין כוונתו כאן לשודא, רק כפי מה שיראו הדיינים שיעור שמכר לו, מה שאין כן לעיל סעיף ב, שכתב כפי מה שיראו לאיזה דרך שדעתו נוטה יעשו".

אם כן, נראה כי לדעת רוב הראשונים, דין 'שודא דדייני' במקרה זה הנו חריג שאין להקיש ממנו על מקרים אחרים.⁵⁷⁵ בסופו של יום, דומני כי עיקר תרומתה של סוגיה זו עבור הבנת כללי פרשנות החוזה הנה על דרך השלילה. סוגיה זו מדגישה כי הפירוש הלשוני של החוזה הנו סוף כללי הפרשנות. אם לא יימצא הדיין פתרון פרשני לחוזה במישור הלשוני הוא ייקלע למבוי סתום, ובפניו תעמודנה שלוש אפשרויות עקרוניות:

- א. האפשרות העיקרית, החלה במרבית המקרים, היא הכרעה על פי כללי הספקות, כלומר דחיית התביעה בשל אי הרמת נטל הראיה; המוציא מחבירו עליו הראיה.
- ב. אפשרות משנית, על פי חלק מן הראשונים, הפעלת שיקול דעת חזק לפתרון הראוי בעיני הדיין, מכוח דין 'שודא דדייני'. נראה שאפשרות זו חלה רק על מקרים בודדים בלבד, אשר לא ברור לגמרי מהו המכנה המשותף להם.
- ג. אפשרות משנית נוספת, על פי ראשונים אחרים, היא הפעלת שיקול דעת חלש יותר, שעניינו פירוש החוזה לפי אומד דעתם המשוער של הצדדים, אף זאת מכוח דין 'שודא דדייני'. גם אפשרות זו חלה רק על מקרים בודדים, כדוגמת הסוגיה הנזכרת.

4.8. סיכום

יצירת לקסיקון מונחים רחב ועשיר היתה לפרויקט הפרשני העיקרי בתקופת התנאים. פרויקט זה משקף את תפיסתם כי הפתרון לחוזה הטעון פרשנות ראוי שיהיה בגדר הלשון. הדבר עולה בקנה אחד עם התנגדותם העיקרית של חכמי המשנה לפירוש החוזה על פי הנסיבות, עליה עמדנו בפרק הקודם.

דומני, כי ביטוי מובהק לאופי הלשוני של פרשנות החוזה, כפי שהיא משתקפת ממשניות אלה, ניתן לראות בדבריו הבאים של רב האי גאון:⁵⁷⁶

יש דברים הנכנסי' במכר ויש דברים שאין נכנסי' במכר ונתלמוד מן הלשון שאמרו המוכר בשעת מכירה אם אנו רואי' אותו לשון שהכל הוא מכור הרי הכל מכור...

השוואת הלקסיקון המופיע במסכת בבא בתרא עם מקבילו שבמסכת נדרים מלמדת על הבדל של דגשים בין ייעוד שני הלקסיקונים. בעוד שבדיני הנדרים מודגשת כוונת הנודר, ובהתאם מוגמש הלקסיקון כך שאכן יחשוף את כוונתו המשוערת של הנודר, בדיני החוזים מודגש הפתרון האובייקטיבי הנעשה בגדר הלשון. לפיכך הלקסיקון לובש אופי קשיח ואובייקטיבי יותר, ואין המשנה קושרת את הלקסיקון בתנודות המשמעות המקובלת.

כאשר הפירוש המילולי של החוזה אינו מניב תוצאה המניחה את הדעת המקורות אינם משרטטים כללי פרשנות חלופיים, ונראה כי ההליך הפרשני הרשמי נעצר. מכאן עשוי המקרה הנדון להיות מוגדר כספק, עליו חלים כללי ההכרעה בספקות, או לחלופין נתון לפרשנותו האוטונומית של הדיין, שאינה מונחית על ידי כללים ברורים ומסוימים.

⁵⁷⁵ למעט שיטת הרמב"ם, שכאמור לעיל אינה ברורה כל צרכה.

⁵⁷⁶ ספר המקח והממכר, שער כ.

4.9. נספח: האמנם לפנינו לקסיקון משפטי-פרשני?

במהלך הפרק הנחתי כי הגדרות לקסיקאליות שקבעו חכמי המשנה נועדו לשמש כלי פרשני בעת שיושב השופט על מדין ולפניו חוזה הטעון פירוש. הדבר אינו מובן מאליו. יש להתמודד עם שתי שאלות מתודולוגיות, שבכוחן לערער על הנחה זו:

א. כאשר חז"ל קובעים את הלקסיקון במשניות מסכת בבא בתרא האם הם ממענים את דבריהם אל השופט או שמא דווקא אל הצדדים לחוזה?

ב. בהנחה שהנמען של משניות אלה הנו השופט, האם יש לראותן כקובעי הלכה או שמא כקובעי הלכה למעשה?

לאמיתו של דבר, שאלות אלה אינן ייחודיות לסוגיה שלפנינו; במידה רבה ניתן וראוי להחילן על מגוון רחב של סוגיות במשנה ובתלמודים. אולם אני אצמצם את עיוני בהן לזווית הייחודית של פרשנות חוזים.

4.9.1. מיהו הנמען של משניות מסכת בבא בתרא?

א. בשתי דרכים ניתן לקרוא את משניות בבא בתרא העוסקות בפרשנות החוזה. כל אחת מהן צובעת את המשניות האמורות בצבעים משפטיים שונים בתכלית. לשם כך נוכל להיעזר בהבחנה התורת-משפטית שבין שתי קבוצות של נמענים פוטנציאליים לחוק: האזרח מול השופט, הבחנה אשר במידה מסוימת קשורה להבחנה תורת-משפטית נוספת: כללי התנהגות מול כללי הכרעה.⁵⁷⁷ אף שההבדל בין שתי דרכים אלה עשוי להיראות במבט ראשון סמנטי ופעוט-ערך, סבורני כי הוא רב-ערך הן במישור התיאורטי הן בהשלכות המשפטיות שתיגזרנה ממנו.

מן הצד האחד, ניתן לראות משניות אלה כממוענות לציבור הסוחרים או לצדדים לחוזה. תפקידן ליצור שפה מסחרית אחידה ומשותפת אשר תקל על ההתקשרויות השונות. כך למשל, שני צדדים המתקשרים בחוזה למכירת בית, יוכלו בנקל להסתמך על ההגדרות המופיעות בפרק 'המוכר את הבית', המתארות בפרוטרוט מה כלול במכירת הבית ומה אינו כלול בה. על פי קריאה זו, משניות אלה אינן ממוענות לשופט היושב על מדין. כאשר זה האחרון יצטרך להכריע בסכסוך שהובא לפניו, דרך משל האם במכירת הבית כלול היציע אם לאו, יהיה עליו לתת משקל פרשני משני למשנת בבא בתרא הקובעת: "המוכר את הבית לא מכר את היציע",⁵⁷⁸ ולהעצים שיקולים

⁵⁷⁷ המאמר החשוב בהקשר זה הנו של מאיר דן כהן, 'Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law', 37 Har. L. Rev. 625 (1984). ראו גם שי עקביא וזונר, 'על קוהרנטיות

ואפקטיביות בהלכה – בירור ראשוני בין של ההבחנה בין לכתחילה ודיעבד', דיני ישראל כ-א (תשס"א), 43, 51. כאמור, ההבחנה בין סוגי נמעני המשנה קשורה בהבחנה שבין כללי התנהגות לבין כללי הכרעה. כלל הממוען לשופט הנו כלל הכרעה שיפוטי, בעוד שכלל הממוען לאזרח הנו כלל התנהגות. ברם, לעת עתה אני מעדיף שלא לקשור בין שתי ההבחנות. כפי שניווכח להלן (ליד ציון הע"ש 658), העובדה שכלל לובש אופי מסוים עדיין אינה גוזרת בהכרח שגם מבחינה מעשית הוא יופעל ככזה. לא תמיד ה'הלכה' זהה עם ה'הלכה למעשה'. לפיכך, דומני שראוי להפריד בין השאלה מיהו נמענו העקרוני של הכלל המשפטי לבין השאלה היכן וכיצד הוא יוגשם בפועל.

⁵⁷⁸ משנה, בבא בתרא ד, א.

פרשניים אחרים שאינם נזכרים כאן, כדוגמת נסיבות הכריתה, גובה התמורה, כוונתם המשוערת של הצדדים ועוד.

אך ניתן לקרוא משניות אלה כממוענות לדיינים. תפקידן לשמש אמצעי פרשני דומיננטי במקרי סכסוך. על הדיין מפרש החוזה לשוב למשניות בבא בתרא, ולאורך לקבוע את משמעות החוזה. מובן שקריאה זו אינה שוללת את האפשרות שגם הסוחרים הנם מנמעני המשנה. אדרבה, הדעת נותנת, כי אם ההגדרות הלקסיקאליות שבמשנה צפויות לכוון את הכרעותיהם של הדיינים, אף הסוחרים יכוונו בהתאם את צעדיהם מלכתחילה.⁵⁷⁹ אולם החשוב הוא, שעל פי קריאה זו, הדיינים מצויים בקבוצת נמעני המשנה.⁵⁸⁰

דילמה זו אודות קריאת משניות בבא-בתרא בעלת חשיבות רבה למהלך פרק זה. טענותיי המתייחסות למשמעות הפרשנית שיש למצוא במשניות אלה תעמודנה רק על פי הקריאה השניה, הרואה בהן כללי פרשנות הממוענים לדיינים.

ב. דילמה זו חשובה גם אם היינו מניחים שחכמי המשנה והתלמוד אינם מודעים לה כלל ועיקר, שכן הכרח לנקוט לגבה עמדה גם בלא שמודעים לכך. ברם, מתוך אחת הסוגיות העוסקות בפרשנות חוזים נראה בבירור שחכמי התלמוד מודעים ברמה זו או אחרת להבדל שבין הסוגים השונים של נמעני כללי הפרשנות. סוגיה זו דנה בהכנת חוזה למכירת מקרקעין ובדרך פרשנותו:⁵⁸¹

אמר רב יהודה: האי מאן דמזבן ארעא לחבריה, צריך למכתב ליה: 'קני לך דיקלן ותאלין והוצין וציצין'.⁵⁸² ואע"ג דכי לא כתב ליה הכי קני, אפ"ה שופרא דשטרא הוא.⁵⁸³

על פי סוגיה זו, מוכר קרקע צריך לפרש בחוזה כי במכירה כלולים כל מיני האילנות שבאותה שדה,⁵⁸⁴ זאת למרות שאף אם הדבר לא ייכתב, כך יפורש החוזה.⁵⁸⁵ אם כן, מה טעם בכתובת

⁵⁷⁹ השוו עם פתיחת הדיון להלכות אלה של הרב עזרא בצרי, **זיני ממונות**, חלק ב (ירושלים, תשל"ו), עמ' קכד: "אולם טוב לדעת בכלל, שכל מי שעורך חוזה או הסכם עליו לפרט בדיוק מה הוא קונה. לדוגמא, הקונה בית עליו להקפיד שבשטר המכר יצויין בדיוק מה הוא מוכר לו בכלל הבית, סוג הדלתות, החלונות, הארונות, מאיזה עץ נעשו או שמו של בית החרושת או הנגריה, וזאת כדי שלא תתעוררנה בעיות אחר המכירה שהקונה יטען שרימו אותו והדלת היא מסוג גרוע וכיוצא בזה". וראו גם להלן, ליד ציון הע"ש 635.

⁵⁸⁰ מובן שגם במסגרת אפשרות זו הצדדים יוכלו באמצעות הלקסיקון לפתור בעצמם את המחלוקת שביניהם ובלא שיגיעו אל בית הדין. אולם בכך אין כדי לשנות את אופיו של הלקסיקון ככלל הכרעה, הממוען באופן עקרוני לבית הדין.

⁵⁸¹ בבלי, בבא בתרא סט ע"ב.

⁵⁸² לשטרות נוספים שמתקין רב יהודה ראו בבלי, גיטין סז ע"ב; בבלי, גיטין פו ע"א. על כך ראו גם אשר גולאק, 'שטר מכירת עבד בדיני התלמוד', **תרביץ ד** (תרצ"ג), 1; גולאק, **השטרות בתלמוד**, 128. אני מודה לדי"ר עמיחי רדזינר שהפנה את תשומת ליבי למקורות אלה. ראו גם בבלי, יבמות לט ע"ב.

⁵⁸³ בכת"י אסקוריאלי: "שופרא דשטרא עדיף".

⁵⁸⁴ הרמב"ם (משנה תורה, מכירה פרק כד, הלכה יד) פסק סוגיה זו, אך שנה אותה לגבי מכירת פרדס (ולא מכירת קרקע). והעיר הסמ"ע (חושן משפט, סימן רטז, ס"ק א) כי זאת לרבותא, שאף בפרדס, אשר מאליו ברור כי כולל גם אילנות, טוב שיפרט את מכירת האילנות, וכל שכן במכירת קרקע סתם.

⁵⁸⁵ ראו משנה, בבא בתרא ד, ח-ט. ראו גם לעיל, הע"ש 399.

משפט זה?⁵⁸⁶ תשובת התלמוד היא, "שופרא דשטרא הוא", או בלשון הרמב"ם: "נויי השטר הם".⁵⁸⁷ מסתברת דעתם של הראשונים, שאין מדובר בעניין אסתטי גרידא, אלא בהכוננת הצדדים לעצב את החוזה בדרך שתימנע סכסוכים והתדיינויות משפטיות מיותרות בהמשך, "דלשון חכמים שלום, וכדי לסלק התרעומת אמר כן... וכי היכי דלא ליתו לאינצויי".⁵⁸⁸ כלומר, אם הצדדים יפרטו היטב את החוזה בעת כריתתו, מעבר למינימום הנדרש, יובהרו הדברים כראוי, כך תימנענה טעויות משפטיות אפשריות⁵⁸⁹ ותחסכנה התדיינויות מיותרות.⁵⁹⁰ אם כן, אין ההוראה לכתוב את המשפט האמור אלא בבחינת "עצה טובה קא משמע לך",⁵⁹¹ או כלשון בעל הטורים "טוב הוא לפרש בשטר".⁵⁹² ואנו נוסיף ונאמר, הוראה זו ממוענת עבור הצדדים, על מנת שתדריכם בעת עריכת החוזה, אך לאו דווקא עבור בית הדין: בעת שיפרש הדיין את החוזה הוא אינו אמור לבחון האם הצדדים מילאו אחר כלל זה אם לאו, אלא עליו לשקול שיקולים פרשניים אחרים.⁵⁹³

ג. כיצד אפוא נכריע, האם מכלול משניות בבא בתרא נושאות אופי של כללים הממוענים לצדדים ('שופרא דשטרא') או של כללים הממוענים לבית הדין? הוכחות משפטיות כמעט ואינן בנמצא, שכן כל הגדרה לקסיקאלית, כדוגמת: "המוכר את הבית לא מכר את היציע", עשויה להיקרא בו-זמנית בשתי הצורות גם יחד. לפיכך, ניאלץ לשים ייבוינו בניתוח לשוני-ספרותי של האמור במשניות אלה.⁵⁹⁴ לשם כך נעזרתי בכמה פרמטרים, אשר איששו את הנחת, כי יש לראות משניות

⁵⁸⁶ טענה אפשרית היא, כי רב יהודה עצמו סבר שהוספת המשפט האמור דרושה מבחינה פרשנית, כלומר שללא תוספת זו לא יימכרו האילנות עם השדה (וראו ראב"ד, המובא בחידושי הרשב"א ובחידושי הרמב"ן, שכך למד מן המילים "צריך למכתב ליה"). ואילו עורך הסוגיה הסב דבריו להיות שופרא דשטרא בלבד. אם כן, דברינו להלן יהיו אליבא דעורך הסוגיה, ולא על פי דעתו המשוערת של רב יהודה עצמו. לאפשרות של השפעה פרתית על רב יהודה ראו גולאק, **השטרות בתלמוד**, 123.

⁵⁸⁷ רמב"ם, משנה תורה, מכירה פרק כד, הלכה יד.

⁵⁸⁸ כלשון חידושי הרשב"א, בבא בתרא סט ע"ב, ד"ה 'אמר רב יהודה'. הביטוי 'שופרא דשטרא' רווח בספרות השו"ת, ונראה שיש לו תפקיד פרשני משמעותי. הדברים דורשים מחקר נוסף, מעבר לגבולות היריעה הנוכחית.

⁵⁸⁹ רשב"ם, שם, ד"ה 'שופרא': "דאפילו אי אתו לפני בית דין טועין יהיב ליה שהרי מפורשין בתוך השטר". ראו גם רבינו גרשום, שם.

⁵⁹⁰ רמב"ם, משנה תורה, מכירה פרק כד, הלכה יד: "כדי להסתלק מן הדינין והטענות". ובחידושי הר"ן, שם, ד"ה 'ואע"ג ציין את שתי המטרות: "דלא איצטרך למיתי בדינא ודיינא, אי נמי מפני חשש בית דין טועין".

⁵⁹¹ חידושי הר"ן, שם, ד"ה 'ואע"ג'.

⁵⁹² טור, חושן משפט, סימן רטז.

⁵⁹³ לא כך סבר הראב"ד שטען, כי אף אליבא דסוגיה זו, אם לא ייכתב המשפט האמור ("קני לך דיקלן ותאלין...") בית הדין יפרש את החוזה לטובת המוכר. ראו ראב"ד, המובא בחידושי הרשב"א, בבא בתרא סט ע"ב ד"ה 'אמר רב יהודה', ובחידושי הריטב"א, שם, ד"ה 'צריך'. אלא שהרשב"א והריטב"א לא קיבלו דבריו, וטענו כי אין לייחס כל משקל פרשני להיגד שהוא 'שופרא דשטרא' גרידא.

⁵⁹⁴ חקר המשנה בכלים ספרותיים אינו תחום מחקר מפותח. אמנם עסקו בו מעט בעבר. ראו למשל, בנימין דה-פריס,

הגלגול הספרותי כגורם בהתפתחות ההלכה, **תולדות ההלכה התלמודית** (ת"א, תשכב), J. Neusner, *The oral*; 115

114 *Torah – The sacred books of Judaism* (San Francisco, 1986) (לביקורת גישתו של נויזנר ראו וולפיש,

שיטת העריכה הספרותית במשנה, 30). וראו סקירתו הביבליוגרפית של וולפיש, **שיטת העריכה הספרותית במשנה**,

5. אולם כמחקר שיטתי הוא זכה לעדנה רק לאחרונה. ראו וולפיש, **שיטת העריכה הספרותית במשנה**; אברהם

וולפיש, שיקולים ספרותיים בעריכת המשנה ומשמעותיותיהם, **נטועים א** (תשנ"ד), 33; אברהם וולפיש, 'משחקי לשון

אלה ככללים הממוענים לבית הדין ולא רק ככללים הממוענים לצדדים. אין מדובר בהוכחות חד-משמעיות, שהרי המשנה עצמה אינה מצהירה על נמעניה ואינה מפרשת את אופי כלליה. זאת ועוד, ישנם מאפיינים שדווקא תומכים בראיית כללים אלה כממוענים בעיקרם אל הצדדים.⁵⁹⁵ ובכל זאת, סבורני כי הצטברות של הוכחות, גם אם כל אחת מהן אינה חד-משמעית כשלעצמה, תומכת במסקנה כי בית הדין הוא נמענו העיקרי של כללים אלה.

לאמיתו של דבר, לצורך הטיעון המועלה בעבודת מחקר זו אוכל להסתפק גם במסקנה רכה יותר. אף אם נניח שחז"ל אינם מודעים במידה מספקת למלוא המשמעות של ההבחנה בין שני סוגי הכללים האמורים, ולפיכך מבחינתם המשניות מוענו אל הצדדים ואל הדיינים בערבוביה, יש בכך כדי לאשש את הטיעון שהעליתי בפרק זה. כדי לייחס למשניות בבא בתרא אפקט פרשני ולהסיק ממנו על טיבם של כללי פרשנות החוזה, די בכך שמשניות אלה משמשות גם ככללים המופנים אל בית הדין, ואפילו הן מעוצבות כך בלא כוונה מיוחדת.

4.9.1.1 מבנה תחבירי

הסקת מסקנות משפטיות מתוך ניתוח המבנה התחבירי של קובץ הלכתי (במקרה שלנו המשנה) צריכה להיעשות בזהירות ובמתירות. הן משום שקשה לקבוע מסמרות באבחון התופעות התחביריות, ובעיקר משום שהתבניות התחביריות הן אופציות סגנוניות, אשר אין בידינו ביטחון רב לגבי הסיבות המחוללות אותן (אם בכלל ישנן סיבות ברורות שכאלה). שגרת הלשון, למשל, עשויה להיות הסבר אלטרנטיבי, צנוע הרבה יותר, לשינויים במבנים התחביריים. למרות זאת, ובמלוא הזהירות הראויה, אבקש להצביע על הבדל תחבירי מענין שבין משניות בבא בתרא לבין משניות נדרים, ואף אציע לו פשר. הבדל תחבירי זה נוגע למערכת הזמנים שבה מופיעות משניות אלה.⁵⁹⁶

במשנה, 'נטועים ג (תשנ"ה), 79. ראו גם M. Simon-Shoshan, 'Halakhic Mimesis: Rhetorical and Redactional Strategies in Tannaitic Narrative' 24 *Diné Israel* 101 (2007). לטענת וולפיש, עריכת המשנה מבוססת אף על שיקולים ספרותיים, העומדים מעבר לשיקולים ההלכתיים-משפטיים, ובכוחם להסביר תופעות רבות ומגוונות. לדידו (וולפיש, 'שיטת העריכה הספרותית במשנה', 18-19), אמנם המשנה אינה טקסט ספרותי שמטרתו יצירת אפקט אסתטי, אלא טקסט משפטי שתכליתו דיון בנורמות מחייבות, אולם יש בה אלמנטים ספרותיים מובהקים, כגון חזרות לשוניות, מבנים ספרותיים ועוד, אשר מצדיקים את ניתוחם הספרותי-רעיוני. אני מזדהה עם טענת וולפיש ('שיטת העריכה הספרותית במשנה', 22-23), כי במסגרת הניתוח הספרותי של המשנה (כמו גם של טקסטים ספרותיים אחרים), אין לייחס חשיבות מכרעת לשאלה, האם צורות ספרותיות אלו נקבעו באופן מכוון על ידי המחבר/העורך או שמא בדרך אינטואיטיבית. לטעמי, הצורה הספרותית עומדת בזכות עצמה ואפילו היא נוצרה בדרך מקרה (למשל, שיבוש בהעתקה וכדומה) או על ידי התערבות גורם שלישי. בסופו של יום, היא הצורה הספרותית שהתגבשה במשנה.

⁵⁹⁵ ראו להלן (ליד ציון הע"ש 634) דיונו לגבי 'מידות ושיעורין'.

⁵⁹⁶ נושא כללי זה זכה למחקר מקיף על ידי מרדכי מישור, 'מערכת הזמנים בלשון התנאים (דיסרציה, ירושלים, תשמ"ג). במחקר זה התחקה מישור אחר המבנים השונים הקיימים בלשון חז"ל בתחום מערכת הזמנים. ברצוני להודות לד"ר מישור, איש האקדמיה ללשון העברית, על הערותיו ששלח לי לגבי האמור בסעיף זה.

למשניות הרבות שבמסכת בבא בתרא, העוסקות בקביעת הלקסיקון המסחרי, מבנה תחבירי החוזר על עצמו במרביתם המוחלטת של המופעים. דומני, כי יש לייחס לו משמעות משפטית מסוימת אודות נמען הכלל. למשניות המקבילות במסכת נדרים מבנה תחבירי שונה.

הבה נשאל עצמנו, האם מבחינה תחבירית, משניות הלקסיקון הפרשני שבמסכת בבא בתרא מתארות חוזה שכבר נכרת או חוזה העומד להיכרת. מבחינה תחבירית (ורק מבחינה זו), תיאור חוזה שכבר נכרת תומך בתמונה של פנייה לשופט הצריך להכריע בין הצדדים לאותו חוזה. ומנגד, תיאור חוזה טרם כריתתו מטה את הכף לתמונה של הכוונת הצדדים בעת המשא ומתן. על רקע זה דומה, כי משניות בבא בתרא מתארות חוזה שכבר נכרת, בעוד המשניות המקבילות במסכת נדרים הנן צופות פני עתיד.

התבנית השגורה במשניות בבא בתרא היא: "המוכר את ה X מוכר/לא מכר⁵⁹⁷ את ה Y", למשל:

המוכר את הספינה מכר את התורן.⁵⁹⁸

תבנית זו מופיעה ברוב המקומות⁵⁹⁹ והדבר חוזר על עצמו בכתבי היד השונים, וכן בתוספתא. מבנה תחבירי זה כולל מעבר מזמן הווה ('המוכר את...') לזמן עבר ('מכר את...'). יכול היה התנא לשנות הכל בלשון הווה ('המוכר את... מוכר את...') או הכל בלשון עבר ('מכר את... מכר את...'), ולא עשה כן. רק במקומות ספורים במשנת בבא בתרא מופיעה תבנית זו כולה בלשון עבר,⁶⁰⁰ אולם בדרך כלל מופיעה התבנית המעורבת,⁶⁰¹ ולבטח לא התבנית כולה בלשון הווה. השערתי היא, כי פנייה בלשון עבר או בלשון מעורבת מורה על מקרה שכבר אירע, חוזה שנכרת,⁶⁰² ובמשתמע על כלל הכרעה.⁶⁰³

אכן, במשניות המקבילות במסכת נדרים ממד הזמן שונה. שם התבנית השגורה באה כולה בלשון הווה: "הנודר מן ה X מותר/אסור ב Y". למשל:

⁵⁹⁷ לעתים מופיעה תבנית פוזיטיבית, כגון: "המוכר את הספינה מכר את התורן", לעתים נגטיבית, כגון: "המוכר את החמור לא מכר את כליו" (משנה, בבא בתרא ה, ב). ולעתים בצורה פוזיטיבית ונגטיבית כאחד, למשל: "המוכר את החצר מכר בתים בורות שיחין ומערות אבל לא את המטלטליו" (משנה, בבא בתרא ד, ד). סוג התבנית (פוזיטיבית, נגטיבית או משולבת) נבחר לפי סוג ההדגשה הנצרכת באותה הגדרה, אם לרבות פרטים או אם למעטם.

⁵⁹⁸ משנה, בבא בתרא ה, א.

⁵⁹⁹ בהמשך נדון בחריגים.

⁶⁰⁰ משנה, בבא בתרא ה, א; שם, ג.

⁶⁰¹ דגם זה שכיח למדי בלשון חז"ל. מישור (מערכת הזמנים, 63), מציין לדוגמאות נוספות, כגון: "הכונס את יבמתו זכה בנכסים של אחיו" (משנה, יבמות ד, ז); "הבא על יבמתו... אחד המערה ואחד הגומר – קנה... וכן הבא על אחת מכל העריות... פסל" (משנה, יבמות ו, א-ב); "המוכר עבדו לגוי או לחוצה לארץ – יצא בן חורין" (משנה, גיטין ד, ו); "הפוצע זיתים בידיים טמאות – טימאן" (משנה, טהרות ט, ה).

⁶⁰² וכן לדעת מישור (מערכת הזמנים, 39): "צורת פעל משמשת להבעת מצב שנולד ממעשה שהיה".

⁶⁰³ באופן כללי, מערכת המושגים שבה השתמש מישור להבהרת מערכת הזמנים היתה: 'לכתחילה', 'בדיעבד', 'מעיקרא' וכדומה. אני סבור שכאן עשויים המושגים המשפטיים – כללי הכרעה וכללי התנהגות – להעשיר את הדיון הבלשני בחשיפת פן נוסף של משמעות המבנה התחבירי של לשון המשנה.

הנודר מן המבושל **מותר** בצלי ובשלוק. אמר 'קונם תבשיל שאיני טועם' **אסור** במעשה קדירה רך **ומותר** בעבה...⁶⁰⁴

יכול היה התנא לשנות אף במסכת נדרים בלשון עבר,⁶⁰⁵ או לכל הפחות בלשון מעורבת,⁶⁰⁶ ולא עשה כן, אלא השתמש בלשון הווה.⁶⁰⁷ אני מבקש להציע, כי הבדל תחבירי זה משתלב בתוך הבדל קונספטואלי רחב יותר (אותו אפרוש בהמשך), המתייחס לנמען המשנה. מסכת נדרים פונה אל הנודר ומדריכה אותו, מכאן ולהבא, במה הוא אסור ובמה הוא מותר. על כן לשון הווה הולמת יותר מלשון עבר. אמנם למשניות אלה גם עשויה להיות משמעות עבור בית הדין, אשר בדיעבד ייקבע את גזר דינו של אדם שלכאורה עבר על נדרו, אולם זו משמעות משנית ועקיפה; הנמען העיקרי של משניות אלו הוא הנודר עצמו. מסכת בבא בתרא, לעומתה, פונה אל השופט בבית הדין ומדריכה אותו כיצד לשפוט חוזה שכבר נכרת. לפיכך לשונה לשון עבר (בצורתה הגורפת או המעורבת).

חיזוק לטענה זו אני מוצא בסוג מיוחד של משניות בבא בתרא, העוסקות בפרשנות חוזה אובליגטורי, כלומר חוזה הצופה פני עתיד (בשונה מחוזה ריאלי, חוזה מכר, שבו נגמרת העסקה על אתר). יהא אשר יהא הבסיס המשפטי לתוקפו של חוזה העבודה במשפט העברי,⁶⁰⁸ בפועל זהו חוזה הקושר את הפועל בחיוב לבצע פעולה בעתיד. אכן, במשניות אלה המבנה התחבירי משתנה, ושנוי **כולו** בלשון הווה, על פי התבנית: 'המקבל מחבירו לעשות לו X עושה Y'. כך למשל:⁶⁰⁹

המוכר מקום לחבירו לבנות לו בית וכן **המקבל** מחבירו לבנות לו בית חתנות לבנו ובית אלמנות לבתו **בונה**⁶¹⁰ ארבע אמות על שש דברי רבי עקיבא...

במקרה זה, החוזה אינו נגמר על אתר, ברגע הכריתה. מרגע זה ואילך חלה חובתו של מקבל העבודה לבצעה בתקופה הקרובה. אכן, כאן הנמענים המרכזיים הם הצדדים לחוזה, האמורים לקיימו מכאן ואילך, לאו דווקא בית הדין שאחר כך ידון בו; לפיכך הלשון היא לשון הווה.⁶¹¹

⁶⁰⁴ משנה נדרים ו, א. אף שכאן המילה 'אמר' המופיעה באמצע המשנה באה בלשון עבר.

⁶⁰⁵ למשל, 'נדר מן המבושל הותר בצלי ובשלוק. אמר... נאסר במעשה קדירה רך והותר בעבה'.

⁶⁰⁶ למשל, 'הנודר מן המבושל הותר בצלי ובשלוק. אמר... נאסר במעשה קדירה רך והותר בעבה'.

⁶⁰⁷ למעשה, טענתי מתייחסת אל המילה 'אסור' יותר מאשר אל המילה 'מותר'. המילה 'מותר' מציינת לא רק את הבינוני, אלא גם מצב מתמשך של היתר ללא שינוי כל שהוא. זאת בשונה מן המילה 'הותר', המציינת פעולה ששינתה מצב אסור למצב מותר. וכן להיפך לגבי צמד המילים 'אסור' 'נאסר'. לפיכך אדם שנדר מ X **נאסר** מ X (ולא **אסור** מ X), כלומר מצבו השתנה לענין X. אולם אותו אדם **מותר** ב Y (ולא **הותר** ב Y) שכן לענין זה מצבו לא השתנה. לפיכך, ציפיינו ללשון עבר מתייחסת בעיקר למילה 'אסור' - 'נאסר', בדומה ללשון התוספתא, יבמות יג, ז (מחד' ליברמן, 47): "מי שהיה נסוי שתי יתומות קטנות ומת, בא יבם על הראשונה וחזר ובא על השנייה, **נאסרו** שתייהן עליו". לדוגמה נוספת ראו משנה, חגיגה ב, ו: "הטובל לקודש והחזק לקודש **אסור** לחטאת, טבל לחמור **הותר** הקל" (כך על פי כ"י קויפמן וכ"י פרמה, אך בנוסח הדפוס שלפנינו: "מותר לקל"). על כך ראו עוד מישור, **מערכת הזמנים**, 208. ראו גם יהושע בלאו 'בינוני פעול בהוראה אקטיבית', **עיונים בבלשנות עברית** (ירושלים, תשנ"ו), 313.

⁶⁰⁸ ראו שילס ורהפטיג, **דיני עבודה במשפט העברי**, כרך א (תל אביב, תשכ"ט), 88; ברכיהו ליפשיץ, **עובד וקבלן – בין קניין לבין התחייבות** (ירושלים, תשנ"ד), 33; ורהפטיג, **ההתחייבות**, 231.

⁶⁰⁹ משנה, בבא בתרא ו, ד.

⁶¹⁰ בכ"י פארמה: "עושה", ובצדו נרשם: "בונה".

ניתן לטעון נגד דבריי, כי אין להסיק מסוג הפעולה המתוארת על סוגו של הנמען. כלומר, השוני במבנה התחבירי של המשניות בשתי המסכתות אינו נובע מנמען שונה אלא מסוג שונה של פעולה. החוזה נגמר על אתר ועל כן מתואר בלשון עבר, בעוד הנדר נמשך על פני פרק זמן ארוך יותר ולפיכך מתואר בלשון הווה. אין בידי לסתור טיעון זה באופן מוחלט. אכן, כפי שצינתי לעיל, קשה להכריע לגבי הסיבה המחוללת סגנון תחבירי זה או אחר (אם ישנה סיבה מוגדרת שכזו). ובכל זאת אני סבור, כי המאפיין שהעליתי כאן משתלב בתמונה רחבה יותר של כמה אינדיקציות לכך שמשניות בבא בתרא ממוענות לדין היושב בבית הדין.⁶¹²

4.9.1.2. הקשר

אמנם רוב משניות בבא בתרא מוקדשות להגדרת הלקסיקון המסחרי, אולם בתוכן משולבות כמה משניות אחרות, לעתים חלקי משניות, הדנות באמצעים פרשניים אחרים שאינם לקסיקאליים. בפרקים אחרים של מחקר זה אני דן בטיבם של אמצעים פרשניים אלה. כאן אני רק מבקש להעיר על תרומתן של משניות אלה ליצירת ההקשר המשפטי של מכלול משניות בבא בתרא העוסקות בפרשנות החוזה. לדעתי, אותן המשניות האמורות הן באופן מובהק משניות הממוענות לבית הדין. עיקרן בהנחיית הדין לפניו בא סכסוך חוזי, ולא בהכוונה מראש של התנהגות הצדדים לחוזה. משניות אלה פזורות בתוך רצף משניות בבא בתרא, והמעבר בין אלה הלקסיקאליות לאלה האחרות נעשה באופן טבעי והרמוני. הקשר זה מלמד, כי נמעני משניות בבא בתרא, לרבות החלקים הלקסיקאליים הרבים שבהם, הם הדיינים, ולא רק הסוחרים. אדגים זאת בשתי משניות:

⁶¹¹ לאמיתו של דבר, משנה זו דנה בשני סוגי חוזים: תחילתה בחוזה מכר והמשכה בחוזה עבודה. דומני כי הדומיננטיות של חוזה העבודה במשנה זו היא המכתיבה את המבנה התחבירי. רוצה לומר: אילו היתה הרישא לבדה, היו דברי ר' עקיבא צפויים להופיע כך: 'המוכר מקום לחבירו לבנות לו בית נתן לו ארבע אמות על שש'. לדוגמה נוספת ראו משנה, בבא בתרא ו, ח.

⁶¹² בהקשר זה, אינני נוטה לייחס משקל למאפיין תחבירי נוסף של משניות אלה, והוא יידוע של החפצים הנזכרים במשנה. משניות הלקסיקון במסכת בבא בתרא טורחות לאזכר את החפצים השונים כשקודמת להם ה"א הידיעה, למשל "המוכר את הבית לא מכר את היציע". זאת בעוד יכול היה התנא לחסוך באותיותיו ולשנות: "המוכר בית לא מכר יציע". יידוע החפץ מדגיש מן הבחינה התחבירית את ההתייחסות למקרה נתון ולא לתופעה כללית; הבית המסוים ולא בית באופן כללי. הדבר הולם את אופיה הקזואיסטי של המשנה. ברם, מבנה קזואיסטי יכול להתאים לכלל הכרעה כמו גם לכלל התנהגות, ולכן אין בו כדי לסייע לענייננו כאן. אכן, מהיבט תחבירי זה אין הבדל בין משניות בבא בתרא לבין משניות נדרים; אף באלה האחרונות נשמר המבנה התחבירי של התייחסות למקרה נתון ומיידע. למקומה של ה"א הידיעה בלשון המשנה ראו משה צבי סגל, **דקדוק לשון המשנה**, (תל-אביב, תרצ"ו), 53-56; חנוך ילון, **מבוא לניקוד המשנה** (ירושלים, תשכ"ד), 26-28; אור, **תחביר לשון המשנה**, 235-252.

יש לציין, כי לעתים מופיע הלקסיקון בלא יידוע החפץ. כך למשל, על פי כ"י קויפמן וכ"י פארמה למשנת בבא בתרא ד, ג: "מכר בית מכר כיריים" (בדפוס שלפנינו הגרסה שונה: "המוכר את הבית מכר את הדלת... ולא את התנור ולא את הכירים"). לכתבי יד נוספים בעלי גרסה דומה ראו פוקס, **המוכר את הבית**, 64). אך זו בהחלט צורה חריגה. יתכן שיש לזקוף שינוי זה לכך ש"שמתגלה במשנה רפיפות מסוימת בשימושה של ה"א הידיעה" (אור, **תחביר לשון המשנה**, 251). רפיפות זו באה לידי ביטוי בנוסח המעורב המופיע במשנה, בבא בתרא ה, ג: "המוכר את החמור לא מכר את הסייח מכר פרה לא מכר את בנה" (כך על פי כ"י קויפמן וכ"י פארמה, ובשונה מנוסח הדפוס: "המוכר את החמור מכר את הסייח, מכר את הפרה לא מכר את בנה"). לדיון נוסף ראו גם מישור, **מערכת הזמנים**, 31.

א. משנת "אין הדמים ראייה",⁶¹³ שבה כבר עסקנו לעיל, דנה בפרשנות חוזה למכירת 'צמד' (אם הנו כולל את הפרה אם לאו). כזכור, במשנה נחלקים חכמים ור' יהודה. חכמים מבקשים להכריע את הדבר על פי הגדרה לקסיקאלית ואילו ר' יהודה טוען כי יש לפרש את החוזה לפי גובה התמורה:⁶¹⁴

מכר את הקרון לא מכר את הפרדות, מכר את הפרדות לא מכר את הקרון. מכר את הצמד לא מכר את הבקר, מכר את הבקר לא מכר את הצמד.

רבי יהודה אומר: הדמים מודיעין; כיצד? אמר לו מכור לי צמדך במאתים וזו הדבר ידוע, שאין הצמד במאתים וזו.

וחכמים אומרים: אין הדמים ראייה.⁶¹⁵

לעניות דעתי, קשה לראות בכלל של ר' יהודה – 'הדמים מודיעין' – כלל הממוען לצדדים ולא לבית הדין, שהרי איזו התנהגות של הצדדים הוא בא לכוון מלכתחילה?!⁶¹⁶ יהיה זה הולם יותר לראותו ככלל השייך לבית הדין, ואשר קובע כי על השופט לפרש את המונחים שבחוזה לפי גובה התמורה. ואם אכן אמת בדבר, הרי שיש לראות משנה זו בכללותה, ואף את שאר המשניות שלפניה ושלאחריה, ככאלה המפנות את דבריהם אל בית הדין היושב על מדין. שאם לא כן, ימצא כי ר' יהודה וחכמים הנחלקים במשנה אחת אינם משוחחים זה עם זה במישור זהה; אלה טוענים בחיטים (כללים המופנים לצדדים) וזה עונה להם בשעורים (כללים המופנים לדיינים).

ב. מסקנה דומה מתקבלת ממשנת "הכל לפי הסלע",⁶¹⁷ שגם בה דנו לעיל.⁶¹⁸ משנה זו דנה בפירושו של המונח 'מקום קבר', ובה נחלקים התנאים לגבי ההגדרה הלקסיקאלית המתאימה למונח זה. בנוסף נזכרת דעת רשב"ג, אשר קובע פירוש גמיש, הבוחן כל מקרה לגופו:

המוכר מקום לחבירו לעשות לו קבר, וכן המקבל מחבירו לעשות לו קבר, עושה תוכה שלמערה ארבע אמות על שש, ופותח לתוכה שמונה כוכין, שלשה מכאן ושלשה מכאן ושנים מכנגדו, והכוכין אורכן ארבע אמות ורומן שבעה ורחבן ששה. רבי שמעון אומר: עושה תוכה שלמערה שש אמות על שמנה, ופותח לתוכה שלשה עשר כוך, ארבעה מכאן

⁶¹³ משנה, בבא בתרא ה, א.

⁶¹⁴ ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 233.

⁶¹⁵ ראו לעיל, הע"ש 234.

⁶¹⁶ כדי לטעון שר' יהודה קובע כלל התנהגות יש לפרש את דבריו כך: צדדים המתקשרים בחוזה צריכים להניח מראש כי החוזה יפורש בהתאם לגובה התמורה. במילים אחרות, זוהי הנחיה להקפיד על שקילות התמורות. קשה לקבל זאת, שכן מבחינה פרשנית המלצה זו נראית מובנת מאליה, שלא לומר טריוויאלית, ומבחינה נורמטיבית ממילא מצוות אונאה כבר מחילה על הצדדים חובה מעין זו.

דרך נוספת להסבר דברי ר' יהודה כקובע כלל התנהגות היא לטעון, שר' יהודה אינו קובע כלל פוזיטיבי אלא נגיבי. כלומר, חידושו אינו שהדמים מודיעין, אלא שההגדרה הלקסיקאלית שקבעו חכמים אינה רלוונטית; הצדדים צריכים בעת הכריתה להקפיד ולפרש את הסכמתם החוזית, שכן בית הדין לא יסתמך על ההגדרה הלקסיקאלית שקבעו חכמים. אף הסבר זה דחוק, שכן לשונו של ר' יהודה פוזיטיבי ולא נגיבי והעיקר חסר מן הספר.

⁶¹⁷ משנה, בבא בתרא ו, ח.

⁶¹⁸ ליד ציון הע"ש 305.

וארבעה מכאן ושלושה מכנגדן ואחד מימין הפתח ואחד מן השמאל. ועושה חצר על פי המערה שש על שש כמלא המטה וקובריה, ופותח לתוכה שתי מערות אחת מכאן ואחת מכאן. רבי שמעון אומר: ארבע לארבע רוחותיה. רבן שמעון בן גמליאל: אומר הכל לפי הסלע.

הבה נשאל עצמנו, האם ניתן לפרש את קביעתו של רשב"ג "הכל לפי הסלע" ככלל המופנה אל הצדדים העורכים את החוזה, ואם כן, איזו התנהגות נועד הוא לכוון? הלא משמעות דברי רשב"ג היא "כל מקרה לגופו" וקשה לראות בהם כלל התנהגות הממוען לצדדים.⁶¹⁹ סביר יותר לראות בדבריו כלל המופנה אל הדיין, אשר מונחה שלא להסתמך על הגדרות לקסיקאליות קבועות וגורפות, אלא לפרש כל מקרה לגופו, לפי דרגת הקושי של הסלע באותו מקום. ואם אכן רשב"ג ממען את דבריו אל הדיין, הדעת נותנת להעמיד באור זה גם את בני פלוגתתו הקובעים הגדרות לקסיקאליות, ובכך תישמר מידת העקביות הדרושה להעמדת המחלוקת על תילה.⁶²⁰

4.9.1.3 מידות ושיעורין

א. מן המפורסמות הוא תכונתה של המשנה לקבוע דבריה במידות ושיעורין מדויקים; "בארבעים סאה הוא טובל, בארבעים סאה חסר קרטוב אינו יכול לטבול בהן".⁶²¹ לצורה ספרותית זו נודעו משמעויות משפטיות חשובות,⁶²² מהן שעשויות להיות רלוונטיות לשאלה הניצבת לפתחינו, ודווקא להאירה באור שונה מן האמור לעיל.

אף למידותיה ולשיעוריה של המשנה יש מידות ושיעורין שונים, ואין הם אחידים בכל מסכת ובכל נושא. דומני, כי מידת עוצמתו של מאפיין זה עשויה להאיר פן מסוים הנוגע לנמעני המשנה.

⁶¹⁹ אלא אם נפרש דבריו ככלל נגטיבי אשר למעשה אומר: אל לצדדים לסמוך על פירושים לקסיקאליים קשיחים שיתין בעתיד בית הדין, אלא עליהם לנסח מראש את כוונותיהם במלוא הבהירות האפשרית. לעניות דעתי, הסבר זה אפשרי אך בעל הסתברות נמוכה יותר, וסובל מן הקשיים שצוינו לעיל, בסוף הע"ש 616.

⁶²⁰ נגד הטיעון מן ההקשר ניתן להעלות את הטיעון הבא: לעיל (לד ציון הע"ש 611) טענתי, כי במשניות העוסקות בחוזהים אובליגטוריים המבנה התחבירי מלמד על הדגשת כללי ההתנהגות ולא כללי ההכרעה. זאת משום שמדובר בחוזהים הצופים פני עתיד. אם נצרף אבחנה זו אל טיעון ההקשר נמצא, כי משניות אלה עשויות לצבוע את המשניות שבסביבתן באור של כללי התנהגות ולא של כללי הכרעה. אם לא כך יהיה, נמצא שחלק מן המשניות קובעות כללי הכרעה וחלקן כללי התנהגות, ואינן מצויות במישור אחד.

דומני שדין טיעון זה להידחות, גם אם לא בצורה חד-משמעית. כאשר מדובר באותו סוג חוזה, ובעיקר כאשר מדובר באותה משנה גופה, קשה לקבל את הטענה, כי חלק מן הדעות ממענות עצמן אל הצדדים (ולא אל הדיינים) בעוד דעות אחרות, החלוקות על אלו הראשונות, ממענות עצמן אל הדיינים. אולם כאשר מדובר בסוגים שונים של חוזהים (ריאליים מול אובליגטוריים) יש פחות קושי לטעון, כי סוג נמעניה של המשנה משתנה לפי הענין הנידון, ובמקביל לשינויים במבנה התחבירי של המשנה.

⁶²¹ משנה, מנחות יב, ד.

⁶²² ראו רי"א הלוי, **דורות הראשונים, חלק ב** (פרנקפורט, תרס"א), 364; זילברג, **כך דרכו של תלמוד**, 45; חיים כהן, 'על המידות והשיעורין', **שנתון המשפט העברי ג-ד** (תשל"ו-תשל"ז), 217; ברכיהו ליפשיץ, 'עד כמה כללית היא כלליותו של החוק לפי הרמב"ם', ח' בן-מנחם ובי' ליפשיץ (עורכים), **דין ויושר בתורת המשפט של הרמב"ם** (ירושלים, תשס"ד) 273, 290. וראו להלן, הע"ש 1467. לניתוח מוזוויית נוספת ומשלימה ראו H. Ben-Menahem, 'Is Talmudic

.Law ia a Religious Legal System? A Provisional Analysis', *J. of L. and Religion* (forthcoming)

משניות בבא בתרא מצטיינות ברמת פירוט גבוהה במיוחד של מקרים ומקרי מקרים.⁶²³ בכך כוונתי להעיר לא על עצם המבנה הקזואיסטי של משניות אלה, שהוא טבעי ומובן מאליו,⁶²⁴ אלא על הריבוי העצום של המקרים. ואבאר. על דרך הרוב, כאשר המשנה נוהגת בדרכה הקזואיסטית, ניכר כי מדובר בדוגמאות בלבד, המקפלות בתוכן קביעות עקרוניות. לקביעות עקרוניות אלה תחולה רחבה הרבה יותר מן הדוגמאות הספורות המדגימות אותן.⁶²⁵ תעיד על כך העובדה, שדי למשנה בהבאת מספר מועט של מקרים ודוגמאות כדי למצות את דברה בתחום מסוים. זהו מבנה קזואיסטי בנגלה אך נורמטיבי בנכסה.⁶²⁶ דוגמה לדבר במשנה העוסקת בדיני מקח טעות:⁶²⁷

ארבע מדות במוכרין: מכר לו חטים יפות ונמצאו רעות הלוקח יכול לחזור בו; רעות ונמצאו יפות המוכר יכול לחזור בו; רעות ונמצאו רעות, יפות ונמצאו יפות אין אחד מהם יכול לחזור בו; שחמתית ונמצאת לבנה, לבנה ונמצאת שחמתית, עצים של זית ונמצאו של שקמה, של שקמה ונמצאו של זית, יין ונמצא חומץ, חומץ ונמצא יין, שניהם יכולין לחזור בהן.

במשנה זו מובאים כמה מקרים (עשרה במספר), המדגימים שוב ושוב אי אלה עקרונות דומים. למותר לציין, כי המשנה אינה מבקשת להקיף את כל מגוון המקרים האפשרי, אלא להדגים כמה כללים באמצעות מקרים ספורים. דוגמה נוספת לקוחה משתי משניות⁶²⁸ הקובעות את דיני התנאים בקידושין. משניות אלו אמנם מכילות כמה דוגמאות של מקרים (שמונה-עשר במספר), אולם מתוכן ברור שהן אינן מבקשות להקיף אפס קצהו של מגוון המקרים האפשרי, אלא למסור כמה דוגמאות קלאסיות מהן ניתן יהיה ללמוד למקרים אחרים שאינם נזכרים במשנה:

התקדשי לי בכוס זה של יין ונמצא של דבש, של דבש ונמצא של יין, בדינר זה של כסף ונמצא של זהב, של זהב ונמצא של כסף, על מנת שאני עשיר ונמצא עני, עני ונמצא עשיר – אינה מקודשת. רבי שמעון אומר: אם הטעה לשבח מקודשת.

על מנת שאני כהן ונמצא לוי, לוי ונמצא כהן, נתין ונמצא ממזר, ממזר ונמצא נתין, בן עיר ונמצא בן כרך, בן כרך ונמצא בן עיר, על מנת שביתי קרוב למרחץ ונמצא רחוק, רחוק ונמצא קרוב, על מנת שיש לי בת או שפחה גדלת ואין לו, או על מנת שאין לי ויש לו, על מנת שאין לי בנים ויש לו, או על מנת שיש לי ואין לו, ובכולם אף על פי שאמרה: בלבי היה להתקדש לו, אף על פי כן אינה מקודשת, וכן היא שהטעתו.

שונים לחלוטין פני הדברים במשניות בבא בתרא הפורשות את הלקסיקון המסחרי. במשניות אלה תיאורי המקרים השונים אינם מובאים כהדגמה של כללים ועקרונות, ואפילו לו כבסיס לאנלוגיה

⁶²³ לדוגמה נוספת ראו להלן, הע"ש 634.

⁶²⁴ לצורה הקזואיסטית במשנה ראו בנימין דה-פריס, 'לצורת ההלכות בתקופת התנאים', **מחקרים בספרות התנאים** (ירושלים, תשכ"ח), 81; זילברג, **כך דרכו של תלמוד**, 13; אלון, **המשפט העברי**, 879; *Moscovitz, Talmudic Reasoning*.

⁶²⁵ ראו גם להלן, הע"ש 1467.

⁶²⁶ ראו *Moscovitz, Talmudic Reasoning*, 47.

⁶²⁷ ראו גם זילברג, **כך דרכו של תלמוד**, 23.

⁶²⁸ משנה, בבא בתרא פרק ה, משנה ו.

⁶²⁸ משנה, קידושין ב, ב-ג.

למקרים אחרים, אלא כניסיון להקיף ולכסות את מגוון המקרים האפשריים (עד כמה שהדבר ניתן להיעשות).⁶²⁹ משניות אלה מקיפות רשימה עצומה של מונחים אותם הן מבארות בדרך של הגדרות לקסיקאליות.⁶³⁰ לעיל גם ציינו את העובדה, כי למעלה משליש מסכת בבא בתרא מוקדש לטובת עניין זה,⁶³¹ הרבה הרבה למעלה משתי המשניות המוקדשות לנושא הנכבד של דיני תנאים בקידושין, או מן המשנה היחידה המוקדשת לארבע המידות במוכרים (מקח טעות). מה ניתן ללמוד מכך?

היה זה משה זילברג שהעמידנו על כך, שכאשר המחוקק מכוון את דבריו אל השופט הוא נוקט לשון כללית ועקרונית, תוך שהוא סומך על שיקול דעת השופט בהפעלת הכלל ויישומו, בעוד שכאשר הוא נוקט לשון ספציפית, קזואיסטית, מפורטת ומדויקת, הוא מכוון את דבריו אל האזרח, שאינו אמור להפעיל שיקול דעת אלא ליישם את שנאמר לו.⁶³² זילברג התייחס באופן כללי אל תכונת המידות ושיעורין המאפיינת את כתיבתם של חז"ל, ובעיקר למקומות שבהם היא מגיעה לרמת דיוק קיצונית. דומני כי דבריו מקבלים משנה רלוונטיות בהקשר לתכונה הבולטת של ריבוי מקרים ודוגמאות במשניות בבא בתרא העוסקות בפרשנות החוזה. ריבוי זה, עד כדי ניסיון להקיף כמה שיותר מקרים ודוגמאות, עשוי ללמד על כך שהנמען של משניות אלה אינו הדיין אלא האזרח. לדין די בנקיטת מספר מועט של מקרים, מהם יוסקו – במפורש או במשתמע – כללים או אנלוגיות שאותם הוא יידרש להחיל במקרים אחרים.⁶³³ תיאור רחב ביותר של מקרים ודוגמאות הולם יותר כללים הממוענים לאזרח, ובמקרה זה לציבור הסוחרים.⁶³⁴ מכאן לכאורה, ראיה לסתור דברינו הקודמים, כי משניות הפרשנות שבמסכת בבא בתרא ממוענות בעיקרן לדיינים ולא לסוחרים.

ב. עם זאת, דומני שאין הדבר ממצה לגמרי את הענין, וזאת מטעם כפול: ראשית, העובדה שמשניות אלה ממוענות לדיינים אינה סותרת כי הן ממוענות במקביל גם לסוחרים.⁶³⁵ בהחלט יתכן כי משניות בבא בתרא מכוונות מלכתחילה את דבריהן לשני יעדים מקבילים: להכוונת הסוחרים קודם כריתת החוזה ולהכוונת הדיינים היושבים על מדין. מטעם זה יש מקום לשנות בצורה כה מפורטת ונרחבת.

⁶²⁹ מובן שלא ניתן להקיף את כל מגוון המקרים האפשריים. לעיל (סעיף 4.7) ייחדנו דיון לשאלת סופיות הלקסיקון והמשך הרחבתו.

⁶³⁰ ראו לעיל, הע"ש 412, רשימת המונחים המופיעים במשניות אלה. ראו גם להלן, ליד ציון הע"ש 666.

⁶³¹ לעיל, ליד ציון הע"ש 406.

⁶³² זילברג, **כך דרכו של תלמוד**, 45.

⁶³³ בהמשך (ליד ציון הע"ש 637 ואילך) ניווכח, כיצד ניתן לשנות את הלקסיקון החז"לי בדרך של כללים ולא בדרך של הדגמת מקרים פרטניים.

⁶³⁴ תופעה דומה אנו מוצאים, למשל, במסכת כלים, אשר מגדירה את מעמדם ההלכתי של כלים שונים (לענייני הכשר לקבלת טומאה). במסכת זו התנאים אינם מסתפקים בהבאת מספר מצומצם של מקרים אשר ידגים את העקרונות השונים, אלא מביאים עשרות רבות של דוגמאות, אם לא למעלה מכך, המקיפים את מגוון כלי הבישול והאפייה המוכרים בזמנם. שם נראה בבירור כי חכמים מפנים את דבריהם לבעל הבית, המנהל את המטבח שבביתו, ולא לרב או לחכם שאמורים לפסוק הלכה בעניינם, ולפיכך חכמים אינם סומכים על שיקול דעתו אלא מבקשים להקיף את מכלול המקרים הרלוונטיים כולם.

⁶³⁵ ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 580.

שנית, בחלק ממקורות התנאים ניכר מאמץ להכליל את הדוגמאות הפרשניות הרבות ולהפיק מהן כללים עקרוניים. אמנם מדובר בתוספתאות, ואין להיחפז ולהסיק מהן על המשנה, אולם בהחלט ניתן ללמוד מהם על מגמות מעניינות בעולמם של תנאים.⁶³⁶ כך למשל, לאחר הצגת הרשימה המפורטת של הפריטים הכלולים במונח 'בית' והפריטים שאינם כלולים בו, אמר רבי אליעזר בדרך של כלל עקרוני:⁶³⁷

כל המחובר בקרקע הרי זה מכור.

וברצותה לקבוע את הגדרת המונח 'עיר', קבעה התוספתא את הכלל:⁶³⁸

כל שאינו מכור בשדה מכור בעיר.

דוגמה נוספת מצויה בהקשר להגדרת המונח 'כרם', לגביה קבע אבא שאול:⁶³⁹

כל העושה לתשמיש הכרם הרי זה מכור.

בתלמוד עצמו התרחבו הדברים, והגדרות לקסיקאליות פרטניות הוכללו והומשגו לכלל עקרונות לקסיקאליים.⁶⁴⁰ מגמה זו של צמצום המקרים והפרטים על ידי שילובם בכללים עקרוניים יותר, דווקא מתיישבת טוב יותר עם תמונה הרואה במקורות אלה כללים שיעדם הוא בית הדין.

לאור דברינו לעיל, כי אין סתירה בין ראיית משניות אלה כמופנות לשופט לבין ראייתן כמבקשות לכוון את התנהגות הסוחרים מלכתחילה, אין תמה על הימצאותן המקבילה של שתי המגמות הספרותיות כאחת.⁶⁴¹ התיאור המפורט של המקרים נועד לאזני הצדדים, בעוד הכללתם ממוענת אל בית הדין.

4.9.1.4. מן המשנה אל התלמוד

אם במשניות בבא בתרא מצאנו אך רמזים להיותן כללים הממוענים לדיינים, דומני כי בתלמוד הדברים מפורשים לאין ערוך.

⁶³⁶ על תופעת ההפשטה וההכללה אצל האמוראים המאוחרים כבר עמדו כמה חוקרים: דה-פריס, **תולדות ההלכה התלמודית**, 142; אורבך, **ההלכה**, 123; אברהם גולדברג, 'צמצום מחלוקת אצל אמוראי בבלי', **מחקרי תלמוד א** (תשי"ן), 135; דוד הלבני, **מקורות ומסורות – בבא קמא** (ירושלים, תשנ"ג), 14; יעקב ג'פרי רובינשטיין, 'פירושי מקורות תנאיים על ידי עקרונות כלליים ומופשטים', **נטיעות לדוד** (עורכים: יעקב אלמן, אפרים בצלאל הלבני וצבי אריה שטיינפלד, ירושלים, תשס"ה), עמ' רעה-שד; L. Jacobs, *The Talmudic Argument* (Cambridge, 1984), 32, 107, 161. כאן אני מתייחס אל מגמת הכללה והפשטה בתוך ספרות התנאים גופה. על כך ראו Moscovitz, *Talmudic Reasoning*, 98.

⁶³⁷ תוספתא, בבא בתרא ג, א (מהד' ליברמן, 138).

⁶³⁸ תוספתא, בבא בתרא ג, ה (מהד' ליברמן, 139).

⁶³⁹ תוספתא, בבא בתרא ג, ו (מהד' ליברמן, 139).

⁶⁴⁰ ראו למשל, בבלי, בבא בתרא ע"ב: "אמר אביי: ר"א ורשב"ג ור' מאיר ורבי נתן וסומכוס ונחום המדי, כולו סבירא להו: כי מזבין איניש מידי, איהו וכל תשמשתיה מזבין". תופעה מעין זו נסקרה ונידונה על ידי קוסמן, **השיטה כשיטה**, 103. על כך ראו גם לעיל, ליד ציון הע"ש 505.

⁶⁴¹ אם כי, כפי שרמזנו לעיל, יתכן שבהקשר זה יש להבחין בין מגמות שונות בקבצים השונים, ואין זה מחוור שדין אחד למשנה ולתוספתא.

א. כאמור, בסוגיית 'שופרא דשטרא'⁶⁴² צוין באופן חריג לגבי אחת ההגדרות הלקסיקאליות כי היא חסרת נפקות פרשנית, וכל ערכה אינו אלא "שופרא דשטרא", כלומר, כלל שנועד להכווין את התנהגות הצדדים ואין מקומו בפעילות בית הדין. על דרך ההנגדה, מכאן נוכל ללמוד, כי היגדים פרשניים אחרים שאינם מסומנים כ"שופרא דשטרא" הם כללים שאותם אמור הדיין להפעיל בעת שיפרש את החוזה.⁶⁴³

ב. בתלמוד מצויות גם הוכחות ישירות יותר. כך למשל אנו מוצאים בסוגיה הדנה במשמעותו המדויקת של המונח 'פלגא'.⁶⁴⁴ כזכור, רבה הציע שתי הגדרות לקסיקאליות, התלויות במיקומה של המילה 'פלגא' בתוך המשפט שבו נאמרה. לעיל דנו בחלקה הראשון של הסוגיה, באופן שבו הוא מלמד על דרך היווצרות הלקסיקון, וכעת נעיין בחלקה השני, ממנו ניתן ללמוד על מקום הפעלתו של הלקסיקון:

אמר רבה: ⁶⁴⁵'פלגא דאית לי בארעא' - פלגא, 'פלגא בארעא דאית לי' - ריבעא.

א"ל אביי: מאי שנא הכי ומ"ש הכי? אישתיק.

אמר אביי: אנא סברי, מדאישתיק קבולי קבלה, ולא היא, חזינא הנהו שטרי דנפקי מבי מר, וכתיב בהו הכי: פלגא דאית לי בארעא - פלגא, פלגא בארעא דאית לי - ריבעא.

אביי תמה בקול על טיב ההבחנה שבין שתי ההגדרות שקבע רבה, ולתומו סבר כי בעקבות כך רבה חזר בו. אולם לאחר שראה אביי את השטרות שיצאו מתחת ידו של רבה הבין כי הלה נותר איתן בדעתו. אני מבקש כעת לנסות ולברר מהם אותם שטרות שיצאו תחת ידו של רבה? האם רבה היה צד לחוזה באותם שטרות, אולי היה עד החתום בתחתיתם, או שמא דיין שהכריע בעניינם?⁶⁴⁶ באיזה מובן נוכח אביי לדעת, כי רבה התמיד בגישתו הפרשנית למילה 'פלגא'?

על פי פשוטו נראה, כי אביי ראה שרבה הוסיף וכתב על גוף החוזה את פירושו: כאשר כתוב היה בחוזה "פלגא דאית לי בארעא" הוסיף רבה וכתב, כלומר פירש - "פלגא", וכאשר כתוב היה "פלגא בארעא דאית לי" כתב-פירש רבה - "ריבעא". ברם, אין זה ברור, ואף אין זה מוסכם בין

⁶⁴² ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 581.

⁶⁴³ כך טענו הרשב"א והריטב"א, כדי להוכיח את שיטתם שלהיגד שהוא "שופרא דשטרא" אין משקל פרשני (בשונה משיטת הראב"ד, ראו לעיל, הע"ש 593). לטענתם, העובדה שרק כאן צוין התלמוד כי מדובר ב"שופרא דשטרא", ולא בשאר ההיגדים הפרשניים שבמשנה ובתלמוד, מלמדת כי להם ישנו כוח פרשני בבית הדין, בשונה ממימרתו של רב יהודה. ראו חידושי הרשב"א, בבא בתרא סט ע"ב, ד"ה 'אמר רב יהודה'; חידושי הריטב"א, שם, ד"ה 'צריך למכתב'.

⁶⁴⁴ בבלי, בבא בתרא סב ע"ב. ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 512.

⁶⁴⁵ בחלק מכתבי היד: "רבא" (ראו לעיל, הע"ש 513).

⁶⁴⁶ מן הראוי לשקול אפשרות נוספת, לפיה אין מדובר בשטרות אמיתיים שרבה התייחס אליהם (כצד לחוזה או כעד או כדיון), אלא בשטרות לדוגמא, מעין שבלונות, שהוציא רבה מתחת ידו על מנת שבהם ישתמשו בעתיד צדדים לחוזה. אפשרות זו אינה מסתברת בעיני. בסוגיה זו רבה מתמודד עם ניסוח קלוקל ודו-משמעי, אשר מעלה את התהיה האם הוא מצוין את מחצית השדה או רבע ממנה. אם אכן היה מבקש רבה לכוון מלכתחילה משמעויות ברורות (חצי שדה או רבע שדה) הדעת נותנת שיקבע ביטויים ברורים שאינם מעוררים שאלות פרשניות מעין אלה. העובדה שרבה מבקש להגדיר את משמעותם של ביטויים דו-משמעיים (ולא למנוע מלכתחילה את השימוש בהם) מלמדת, לעניות דעתי, כי הוא אינו מכוון מלכתחילה משמעויות ברורות אלא מטפל בדיעבד בביטויים מעורפלים. וראו תחילת דברי הריטב"א, המובאים להלן, ליד ציון הע"ש 649.

הראשונים, באיזה סטאטוס כתב רבה פירושיו אלו. מן התוספות נראה, שמדובר בתיאור של פרקטיקה שיפוטית שנהגה בבית דינו של רבה: ⁶⁴⁷

פלגא דאית לי בארעא – פלגא, כלומר, היו מגבין פלגא. פלגא בארעא דאית לי – ריבעא, היו מגבין אותו ריבעא.

מראשונים אחרים נראה, שמדובר במסירת עדות, אותה כותבים העדים בגופו של שטר. וכך פירש הרשב"ם: ⁶⁴⁸

אותו שטר שהיה כתוב בראשו איך פלוני אמר לנו הו עדים שאני מוכר לפלוני פלגא דאית לי בארעא היה מוכיח בסופו שפלגא היה מוכר לו, שכך היה כתוב וקנה פלוני מן פלוני חצי השדה בכך וכך ממון, ואותו שכתוב בו פלגא בארעא דאית לי היה מפרש בסוף השטר שהקנה לזה הלוקח רביע השדה.

ולדעת הריטב"א: ⁶⁴⁹

דחזינא להו לספרי דרבא דכתבי בשטרי פלגא דאית לי בארעא וכו'. פ"י ליכא למימר שזה הלשון כותבין בגופו של שטר דהא לא שייך ליה כלל, אלא לומר שבראש השטר כותבין אמר לנו פלוני הנני מוכר לפלוני פלגא דאית לי בארעא וכשהם חוזרים ומפרשין המכר בסוף השטר הם מבררין דפלגא קאמר, ובאידיך לישנא מפרשין אותו שהוא ריבעא. ⁶⁵⁰

ישנם, כמובן, הבדלים רבים בין פרשנותו של שופט היושב על מדין לבין פרשנותו של עד המוסר עדותו, הן מבחינת מעמדה המשפטי של הפרשנות הן מבחינת מערכת השיקולים בדרך הפעלתה. אולם המשותף להן, והוא החשוב לענייננו, שאין מדובר בכלל שנועד לכוון את הצדדים לחוזה בעת המשא ומתן, אלא בכלל הכרעה פרשני, שנועד ליצוק משמעות לתוך ביטויים שכבר ניתנו בתוך ההסכמה החוזית.

ג. גם מן המעשה הבא אנו יכולים ללמוד על תפיסה פרשנית דומה של הלקסיקון. במעשה זה נידונה השאלה, האם במסגרת מכירת 'בית הבד וכל תשמישיו' נכללות גם חנויות חיצוניות לשטיחת השומשומים אם לאו: ⁶⁵¹

ההוא דאמר ליה לחבריה: בית הבד וכל תשמישיו אני מוכר לך,

הוא הנהו חנואתא אבראי דהו שטחו בהו שומשמי.

אתא לקמיה דרב יוסף, א"ל: תנינא, אם אמר: בית המרחץ וכל תשמישיו אני מוכר לך - הרי כולן מכורין.

אמר ליה אביי, והא תני רבי חייא: אין כולן מכורין!

⁶⁴⁷ תוספות, שם, ד"ה 'חזינא'.

⁶⁴⁸ שם, ד"ה 'מבי מר'.

⁶⁴⁹ חידושי הריטב"א, שם, ד"ה 'דחזינא'.

⁶⁵⁰ אגב, מכאן היה מי שלמד, כי מסירת עדות יכולה שתכלול אלמנטים פרשניים מסוימים, וכלשון הר"ן, שם, ד"ה 'ולא היא': "ומכאן שהעדים יכולין לכתוב פירוש הלשון, ואין צריכין לכתוב הלשון בעצמו".

⁶⁵¹ בבלי, בבא בתרא סח ע"א. בהיבטים אחרים של סוגיה זו כבר עסקנו לעיל, ליד ציון הע"ש 349.

אלא אמר רב אשי: חזינן, אי א"ל: בית הבד וכל תשמישיו ואלין מצרנהא - קני, ואי לא - לא קני.

רב יוסף מבקש אם כן, להכריע את השאלה שנשאל על פי ההגדרה הלקסיקאלית שנתנו חז"ל לנוסחה: "וכל תשמישיו אני מוכר לך".⁶⁵² אביי מציג מקור בעל עמדה הפוכה, ובא רב אשי ומיישב בין המקורות.⁶⁵³

האם סוגיה זו עוסקת בתיאור ריאלי של מקרה שהיה או שמא בדיון תלמודי במקרה היפותטי? הדבר אינו ברור לגמרי. על פי המבחנים שקבע בן-מנחם⁶⁵⁴ נראה שיש להפריד בין שני חלקי הסוגיה. לגבי חלקו הראשון, הכולל את תיאור המקרה ואת הוראתו של רב יוסף, ישנם שיקולים התומכים בכך שמדובר במקרה ריאלי שהיה,⁶⁵⁵ וישנם שיקולים התומכים בכך שמדובר בדיון היפותטי.⁶⁵⁶ זאת בעוד חלקו השני של המעשה, שבו משקלל רב אשי את תוספת אמירת "ואלין מצרנהא",⁶⁵⁷ הנו המשך מאוחר הרבה יותר שנאמר במסגרת דיון תיאורטי ובמנותק מן ההקשר ההיסטורי-ריאלי של המעשה שהיה בבית דין. בין כך ובין כך, נראה בבירור שסוגיה זו מתייחסת אל הלקסיקון כדבר המופנה אל הדיין.

4.9.2. הלקסיקון – הלכה או הלכה למעשה?

א. גם לאחר שהסקנו, כי הלקסיקון שקבעה המשנה נתפס (גם) כמערכת כללים הממוענת לבית הדין ולא (רק) ככללים המכוונים לאזניהם של הצדדים, עדיין אין להיחפז ולהסיק מכך כי מדובר

⁶⁵² אמנם יתכן כי באמתחתו של רב יוסף היו מצויים טיעונים פרשניים נוספים, מעבר להגדרה הלקסיקאלית שאותה הוא ציטט, אלא שהם לא תועדו בסוגיה אשר פיתחה את הדיון לכיוון סתירת המקורות שעליה הצביע אביי. ברם, הדבר אינו גורע מן הקביעה, כי על פי הסוגיה הערוכה לפנינו, רב יוסף ביקש להכריע את השאלה הפרשנית שלפניו על פי ההגדרה הלקסיקאלית שהיתה בידו. במיוחד הדברים אמורים אם נקבל את הטענה, כי "שתיקה בויכוחים שבין תנאים ואמוראים... מהווה הסכמה" (בן מנחם, **יחס התלמוד**, 118, הערה 14). לאור זאת, בחירתה של הסוגיה שלא להעלות בשם רב יוסף טיעונים פרשניים ואמצעים פרשניים נוספים, עשויה ללמד כי לדעתה המישור הלקסיקאלי הוא המישור הרלוונטי לפתרון הבעיה הפרשנית הנידונה. לדיון מקיף במשמעויות שיש לתגובת חכמים בדרך של שתיקה ראו ר' ראובן מרגליות, "שתיקה לחכמים", ר' יהודה ליב הכהן פישמן (עורך), **אזכרה לרב קוק**, חלק ג (ירושלים, תרצ"ז), עמ' ריא (וראו הערת הרב פישמן (מימון) לדברי הרב מרגליות, שם, עמ' ריט); מרגליות, **מחקרים**, 90. ראו גם דיונו של הלבני, **מחקרים ומסורות, בבא בתרא**, עמ' קכו, ומסקנתו: "ייתכן שאין לשתיקה משמעות אחת קבועה. אפשר שעתים השתיקה מביעה הודאה בצדקת השואל, ועתים היא מביעה חוסר הסכמה עם השואל".

⁶⁵³ בכת"י פירנצה ובכת"י מינכן מופיע נוסח אחר לסיומת הסוגיה, לפיו פתרונו של רב אשי תולה את הדבר במיקום המלים "ואלין מצרנהא" בתוך המשפט. ראו גם רשב"ם, שם, ד"ה 'הכי כתוב'.

⁶⁵⁴ Ben-Menahem, *Judicial deviation*, 33-40.

⁶⁵⁵ א) התבנית "אתא לקמיה", מלמדת על מקרה שהיה. ב) רב יוסף אינו מגיב ב"אמר" סתמי, שהיה בו כדי להעיד על מסירת הלכה כללית, אלא ב"אמר ליה" (כך בכל הגירסאות, ובישנויים לא משמעותיים ביניהם), המעיד על תשובת הדיין לאדם הפונה אליו.

⁶⁵⁶ א) לא מוזכר שמו של האדם הפונה אל הדיין. ב) רב יוסף אינו נותן הכרעה שיפוטית אלא מצטט הלכה (ממנה נובעת ההכרעה).

⁶⁵⁷ לדיון בנושא סימון המצרים שבסוגיה זו ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 350.

בכללי הכרעה המבקשים כי יוגשמו הלכה למעשה.⁶⁵⁸ עדיין יש לבעל דין לטעון, כי יתכן ומשניות אלה מבקשות לבטא תיאוריה משפטית, 'הלכה' בלשון חכמים, ולא פרקטיקה משפטית, המכונה 'הלכה למעשה'. האם מחברי הלקסיקון פועלים כפוסקי הלכה, אשר דנים בסוגיה הלכה למעשה, או שמא כתיאורטיקנים משפטיים (ראש ישיבה), המפלפלים בסוגיה לכאן ולכאן, אך מודעים לכך שיישומה למעשה דורש שקלול אלמנטים הלכתיים רבים ונוספים. האם ניתן לראות במעשיו של הלל הזקן, אשר אל מול מציאות חיים נתונה בקהילה היהודית באלכסנדריא היה דורש לשון הדיוט,⁶⁵⁹ בית אב לכללים פרשניים אחרים שבתלמוד, או שמא דווקא מעשה זה מדגיש את המאפיין התיאורטי של הכללים הפרשניים האחרים?

חשיבותה של שאלה זו רבה עבור חקר המשפט העברי בכלל,⁶⁶⁰ וכלפי הנושאים הנידונים במחקר זה בפרט. אם משניות אלה תסווגנה כהלכה, אך לא כהלכה למעשה, יתכן שציפייתנו מדיין הנדרש לפרש חוזה תהיה כי הוא ישלב שיקולים פרשניים נוספים – כגון נסיבות הכריתה, נוהג קודם של הצדדים ועוד – בתוך המעשה הפרשני, מעבר לאמור במשנה עצמה.

ברור, כי עד רמה מסוימת יש לראות משניות אלה, בדומה לסוגיות נוספות, כמבטאות הלכה שאינה הלכה למעשה, ואף התלמוד עצמו מעמידנו על כך כמעט בפירוש. אדגים זאת בסוגיית "אין הדמים ראייה", אותה כבר הזכרנו כמה פעמים.⁶⁶¹ כזכור, חכמים טוענים, כי גובה התמורה אינו אינדיקציה פרשנית, ולפיכך אין מניעה לפרש חוזה למכירת 'צמד' כמתייחס למכירת צמד לבדו על אף שגובה התמורה שווה לצמד ובקר יחדיו. על כך הקשה התלמוד, כי מסקנה זו עומדת בסתירה עם האמור בדיני אונאה, על פיהם יש לבטל חוזה המכיל פער גדול בשקילות התמורות. שתי תשובות ניתנות בתלמוד לשאלה זו. על פי התשובה הראשונה, יש להפריד בין שאלת פרשנות החוזה, שבמקרה זה תגיע למסקנה כי לפנינו חוזה למכירת צמד תמורת מחיר השווה לצמד ובקר יחדיו, לבין שאלת התוצאה המשפטית הסופית, על פיה אנו נבטל את החוזה בשל חוסר שקילות התמורות (אונאה). על פי התשובה השנייה, כאן מדובר במקרה חריג שדיני אונאה אינם חלים עליו. לאור האמור לעיל, ניתן לראות שתי תשובות אלה כמבטאות שתי נקודות מבט אפשריות על הטקסט התלמודי.⁶⁶² על פי התשובה הראשונה, המשנה במסכת בבא בתרא קובעת את הפרשנות הראויה לחוזה, אך לא את תוצאתו המשפטית הסופית. לשם כך יש לשקלל מרכיבים משפטיים

⁶⁵⁸ אם כי, ניתן להסיק זאת מן המעשים התלמודיים שראינו לעיל (ליד ציוני הע"ש 644 651) המלמדים על שיפוט הלכה למעשה לאור הלקסיקון החז"לי. ראו גם להלן, ליד ציון הע"ש 668.

⁶⁵⁹ ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 29.

⁶⁶⁰ על כך ראו חנוך אלבק, **מבוא לתלמודים**, 545; אורבך, **בעלי התוספות**, 566; אלון, **המשפט העברי**, 795, 1215; מנחם אלון, 'עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי', **משפטים ח** (תשל"ח), 99, 119; אנגלרד, **מחקר המשפט העברי**, 47; בן מנחם, **חקיקה ושיפוט**, 223; ברכיהו ליפשיץ, "מנהגי ומקומו במדרג הנורמות של 'תורה שבעל פה'", **שנתון המשפט העברי כז** (תשס"ו-תשס"ז), 123, 133; אברהם קורמן, 'הלכה והלכה למעשה', שמעתין ה 20 תשכ"ט; M. Simon-Shoshan, **Halachah Lema'aseh: Narrative and Legal Discourse in the Mishnah** (Ph.D. diss., University of Pennsylvania, 2005).

⁶⁶¹ בבלי, בבא בתרא עז ע"ב. ראו גם לעיל, ליד ציוני הע"ש 233, 613. לדיון מפורט בחלק של הסוגיה שבו אדון בשורות הבאות ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 251.

⁶⁶² מובן שאינן בהכרח מוציאות זו את זו.

נוספים, שאינם חלק מפרשנות החוזה, דוגמת דיני אונאה. רק בצירוף מכלול השיקולים המשפטיים – הפרשניים והאחרים – נוכל לעמוד נכונה על התוצאה המשפטית בענין זה.⁶⁶³ על פי התשובה השניה, המשנה במסכת בבא בתרא מבקשת למסור לנו את תמונת המצב המשפטית המלאה של החוזה הנידון, לא רק את האספקט הפרשני שלו. אם המשנה אינה מציינת את השפעת דיני אונאה על מעמדו המשפטי של החוזה הרי זה, ככל הנראה, משום שמדובר בחריג שאין דיני אונאה חלים עליו. על פי תשובה זו, כבר המשנה עצמה, ולא רק התלמוד, מבקשת למסור תמונת מצב משפטית שלמה של החוזה הנידון, ולא להציג אספקטים חלקיים בלבד.⁶⁶⁴

נמצאנו למדים, כי יש מקום לשקול את קריאת משניות פרשנות החוזה כמבטאות כללי פרשנות שהם להלכה בלבד, אך לא הלכה למעשה. זו תהיה תלויה במגוון רחב של שיקולים משפטיים המצויים במקומות אחרים במשנה.

הבאתי סוגיה זו כדוגמה לפער הקיים בין הדיון המשפטי שהוא להלכה בלבד לבין ההלכה למעשה, פער הנובע מקיומם של כללים מכמה תחומים במשפט הרלוונטיים כולם למקרה נתון.⁶⁶⁵ אולם בנספח זה אינני מבקש לבחון את היחס בין כללי פרשנות החוזה לבין כללים משפטיים אחרים, אלא את מצב העניינים בתוך תחומה של פרשנות החוזה. האם הכללים הפרשניים האמורים במשנה, וכן בסוגיות התלמוד, מבקשים למסור כללים משפטיים ישימים הלכה למעשה, אשר מציגים את תמונת המצב הפרשנית לאשורה, או שמא הם מבטאים דיון פרשני תיאורטי, אשר יישומה בפועל דורש התחשבות בשיקולים פרשניים נוספים?

ב. קשה להכריע בדבר באופן חד-משמעי, האמנם הלקסיקון נתפס על ידי חכמים כהגדרות שהן הלכה למעשה. המאפיין של משניות אלה כמכילות ריבוי עצום של תיאור מקרים ופירוט מצבים,⁶⁶⁶ תומך בטענה שאין מדובר כאן בדיון משפטי תיאורטי, אלא בדיון בעל אופי יישומי. עבור דיון תיאורטי די לדון במקרים ספורים המשמשים דוגמאות ראויות, מדגם מייצג, ואין טעם להיזקק לכל מקרה אפשרי לגופו. מנגד, תמונה של מסירת הנחיות משפטיות בנות-יישום הלכה למעשה, עשויה להתיישב טוב יותר עם תיאור נרחב של ריבוי מקרים ומצבים.⁶⁶⁷

לכך גם יש להוסיף את שראינו לעיל לגבי שני התיאורים של מעשי הפרשנות שנעשו בבתי דינים של חכמי התלמוד.⁶⁶⁸ על פניו נראה, כי אמוראים המפעילים את הלקסיקון בבית דינים רואים בו מערכת של כללי הלכה למעשה ולא הלכה בלבד. עם זאת, יש להעיר כי לגבי אחד התיאורים אין

⁶⁶³ וראו גם שו"ת ב"ח (ישנות), סימן מז.

⁶⁶⁴ לעניות דעתי, התשובה הראשונה של התלמוד הולמת יותר את פשט המשנה שלפנינו. נראה כי המשנה לא התייחסה לדיני אונאה, ואין סיבה מפורשת להניח כי לדעתה מדובר בחריג לדינים אלה.

⁶⁶⁵ להלן, סעיף 8.7, אציג דוגמאות נוספות שבהן התוצאה הפרשנית אינה התוצאה המשפטית המחייבת, שכן על החוזה חלים כללים משפטיים נוספים, חוץ-פרשניים, המשפיעים על חובותיהם וזכויותיהם של הצדדים.

⁶⁶⁶ על כך ראו לעיל, ליד ציוני הע"ש 407, 629.

⁶⁶⁷ אני נוקט לשון זהירה – "עשויה להתיישב טוב יותר" – שכן גם מערכת כללים המיועדת ליישום הלכה למעשה אינה חייבת להקיף את כל המקרים והמצבים, ויכולה בהחלט להסתפק בציון כמה דוגמאות לכללים המשפטיים (או אף לוותר בכלל על ציון דוגמאות). וראו לעיל, ליד ציוני הע"ש 627-628.

⁶⁶⁸ לעיל, ליד ציוני הע"ש 644, 651.

זה ברור עד כמה מדובר בתיעוד של מעשה שהיה או שמא במקרה תיאורטי.⁶⁶⁹ מה עוד, שקשה להכריע בדבר זה בבחינת הספרות התלמודית כשלעצמה.⁶⁷⁰ עד כמה שהשיגה ידי, מעבר לשני התיאורים הקצרים האמורים אין בידינו תיעוד משמעותי נוסף של מקרי פרשנות חוזה כפי שהם נוהגים בפועל, הלכה למעשה. יהיה יעיל יותר לבדוק את הדבר באמצעות עיון ביקורתי בספרות השו"ת לדורותיה, אשר תוכל ללמד על האופן המעשי שבו נוהגים הפוסקים לפרש חוזים הנקרים בדרכם.⁶⁷¹ אלא שפרספקטיבה זו חורגת מן המסגרת שקבענו למחקר זה, ועוד חזון למועד.

בהמשך המחקר⁶⁷² אבקש להציע זווית ראייה נוספת לשאלה זו, שהיא אולי מהותית יותר מאלה שהוצעו עד כה. אני סבור, כי ככל שכללי הפרשנות בכלל, והלקסיקון בפרט, יעוגנו בשיקולי מדיניות משפטיים, כך הדעת נותנת כי אלה יהיו כללים שיש להפעילם הלכה למעשה. אם כללים אלה נועדו להגשים פתרון צודק לסכסוך החוזי, לשפר את היעילות הכלכלית וכדומה, אין סיבה שלא להגשימם בפועל. ומנגד, ככל שכללים אלה יעוגנו בתפיסות הפילוסופיות של חז"ל וברבדים התיאורטיים של השקפת עולמם, כך יהיה מקום לראות כללים אלה כתיאוריה משפטית, ככאלה שנועדו לקבוע את נקודת הפתיחה לדיון הפרשני אך לא את תוצאתו הסופית. נטייתי האישית,

⁶⁶⁹ על כך ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 654.

⁶⁷⁰ יש לזכור, כי התלמוד משקף בראש ובראשונה את הוויית החיים שבתוך בית המדרש הבבלי (המשפט הכתוב), ואין הוא בהכרח יצירה מסוגה של ספרות השו"ת, הפורשת תיעוד חי של בתי הדין בפעילותם (המשפט הנוהג). וראו דיונו של ישעיהו גפני, **יהודי בבל בתקופת התלמוד** (ירושלים, תשנ"א), 19-14. ראו גם אריה אדרעי, 'כיצד זוכרים? זכרון השואה בחברה הדתית ובחברה החילונית', **תרבות דמוקרטית 11** (תשס"ח), 11, 41.

⁶⁷¹ אסתפק בשתי דוגמאות הממחישות את הבעייתיות הקיימת בדבר. מן הצד האחד, תשובתו הבאה של הרב פיינשטיין (שו"ת אגרות משה, חושן משפט חלק א, סימן נג) ממחישה כיצד הפוסק, אשר נדרש לפרש חוזה קונקרט, מפעיל הלכה למעשה את ההגדרות הלקסיקאליות המופיעות במסכת בבא בתרא. במקרה זה נידון חוזה למכירת חנות, כאשר הקונה והמוכר נחלקים בשאלה, האם קיר עץ ודלת מסויימים נכללים במכירה זו. הרב פיינשטיין מפרש את החוזה על פי ההגדרות הלקסיקאליות שבמסכת בבא בתרא (ואפילו לא על פי המשמעות המקובלת). הדיון שהוא ערך לגבי הנסיבות של אותו מקרה נועד אך ורק כדי לבחון באיזה אופן יש להחיל הגדרות לקסיקאליות אלה על המקרה שלפניו.

מן הצד השני, פסיקתו הבאה של הרב אברהם שפירא (סתירה בתוך שטר', **תחומין כח**, תשס"ח, 95) מדגימה כיצד נוטש הפוסק את הכללים הלקסיקאליים שבמסכת בבא בתרא ומפרש את החוזה שלפניו על פי ניתוח הנסיבות הספציפיות שליוו את כריתתו ועל פי אומד דעת הצדדים הנגזר מכך. בפסק דין זה נידון הסכם גירושין, אשר הכיל סתירה לכאורה באחת מתניותיו. נאמר בו, "כי כל הרהיטים הנמצאים בבית ישארו בשביל האשה, חוץ מהחפצים האישיים של הבעל, מכוונת הכתיבה, פסנתר קטן, מטה וכלי המטה ובגדי". על פי הרישא של תניה זו, הדברים שאינם מוגדרים כרהיטים צריכים להינתן לבעל. בעוד על פי הסיפא, רק חפצים אישיים מסויימים צריכים להינתן לבעל, לא כולם. הרב שפירא מנתח הסכם זה כמכיל סתירה הניתנת ליישוב (ולפיכך אין צורך לבחור בצלע אחת של התניה ולדחות את האחרת), אלא שהדבר תלוי באופן שבו תפורש הסיפא של תניה זו, האם היא באה לרבות או לצמצם. הרב שפירא מדמה מקרה זה לאחד מן המקרים שנידונו ופורשו במסכת בבא בתרא. אולם לקראת סופו של פסק הדין הוא עומד על המאפיינים הייחודיים של המקרה שלפניו, ומכריעו על פי בחינת מערכת היחסים שבין הבעל והאשה וכן על פי משלח ידה של האשה, המלמדים על כוונת הצדדים בעניין זה.

בהקשר זה דומני שיתכן ויש לייחס משמעות רבה להערתו של המגיד משנה (מלוה ולוה פרק כז, הלכה יז): "הכותב בו מטבע וכו'. כל זאת הבבא מפורשת שם ובגמרא יש חילוק בין אומר דינרין לאומר דינרי לפי שדינרי בלא נו"ן הכוונה של זהב ובנו"ן ר"ל של כסף והביאו בגמרא משנה מכרחת כן ואין מכל זה בהלכות ולא בדברי רבינו ז"ל כלום והטעם לפי שאין לנו עכשיו מדקדקין בלשון כל כך".

⁶⁷² להלן, סעיף 7.5.

שאותה אבהיר בהמשך המחקר,⁶⁷³ היא כי יסודו של המאמץ הלקסיקלי החז"לי נעוץ בתפיסת עולמם אודות תופעת הלשון בעולמו של האדם.

⁶⁷³ פרקים 6-7.

5. המשמעות המקובלת כאמצעי לפירוש

החוזה במשפט התלמודי

5.1. מבוא

בפרקים הקודמים עמדנו על מגמת פניהם של חכמים למעט במשקלן של נסיבות הכריתה במסגרת ההליך הפרשני, תוך שהם מעצימים את משקלו הפרשני של הלקסיקון שעוצב תחת ידם במשנה. בפרק זה נעיין במעמדו הפרשני של אמצעי נוסף: המשמעות המקובלת.

הפנייה למשמעות המקובלת היא כלי פרשני זמין ומצוי. בקלות יחסית ניתן לבדוק, למשל, את המשמעות שמקובל לייחס, במקום ובזמן הרלוונטיים, למונח "בית" במסגרת חוזה מכר,⁶⁷⁴ או למונח "אלימות" במסגרת חוזה ביטוח.⁶⁷⁵ מאליו מובן שאפשרות זו אינה מציעה פתרון עבור כל הבעיות הפרשניות, אולם היא רלוונטית לחלק ניכר שבהן, וזאת במידה רבה של נוחות יחסית. רוצה לומר: זו אפשרות שכל שיטת משפט – מודרנית או עתיקה – העוסקת בפרשנות החוזה צפויה להתמודד עמה ולשקול את אפשרותה. למותר לציין כי העמדה שתתקבל בנושא זה אינה מובנת מאליה, שהרי אין זה ברור באלו אופנים יש להיזקק למשמעות המקובלת כאמצעי פרשני, לאלו מטרות ובאלו מינונים? כמו כן, כיצד ראוי לאזן אמצעי פרשני זה עם אמצעים פרשניים אחרים?

סבורני, כי עיון ביקורתי במקורות חז"ל שדנו בשאלות אלו מעלה שאלות כבדות-משקל. אפתח בדיון תיאורטי בשאלת מעמדה הפרשני של המשמעות המקובלת, ולאחר מכן אשליך את מסקנותינו על סוגיות התלמוד. תהליך זה יבליט כמה קשיים מהותיים שיעלו מתוך הסוגיות, ואותם אבקש ליישב על ידי הגדרת המודל העומד אחר השימוש הפרשני שעושה התלמוד במשמעות המקובלת. מודל זה יעלה בקנה אחד עם דברינו עד כה, אודות נטייתם של חז"ל לטפל בבעיית פרשנות החוזה בכלים לשוניים. גם את המשמעות המקובלת הם ראו ככלי לעיצוב הלשון ולשרטוט גבולותיה, ולא דווקא כאינדיקציה לדברים אחרים, כגון אומד דעת הצדדים או התוצאה החוזית הראויה וכדומה.

טענת משנה בפרק זה היא שהלקסיקון מאפיין בעיקר את המקורות התנאיים ואת ראשית תקופת האמוראים, ואילו השימוש הפרשני במשמעות המקובלת מאפיין את המקורות התלמודיים המאוחרים יותר. טענה זו ראויה לחלוק ברכה בפני עצמה. כפי שנראה, ישנם הבדלים משמעותיים ומעניינים בין השימוש הפרשני בלקסיקון לבין השימוש הפרשני במשמעות המקובלת, ואם אכן ישנה תמורה שכזו בין דורות התנאים והאמוראים הרי שהיא דורשת פשר. אולם מבחינת הטיעון העיקרי המועלה בעבודתי טענת-משנה זו אינה כה קריטית. מטעמים שאפרט בהמשך, אני נוטה להדגיש דווקא את המשותף לשימוש הפרשני בלקסיקון ולשימוש

⁶⁷⁴ ראו להלן, ליד ציון העי"ש 760.

⁶⁷⁵ ראו להלן, ליד ציון העי"ש 679.

הפרשני במשמעות המקובלת, והוא הנטייה לפתור את הבעייה של פירוש החוזה בכלים לשוניים. לפיכך, בין אם מדובר באמצעים פרשניים העוברים תמורה בין התקופות, ובין אם הם משמשים במקביל באותה תקופה, מתחזקת טענתי. מטעם זה בחרתי לייחד את הדיון בטענת-משנה זו בנספח לפרק. פרק זה יעסוק אפוא במעמד של המשמעות המקובלת במקורות התלמוד, ואילו בנספח אבחן האם דברים דומים מצויים גם במשנה.

5.2. מושגים ראשוניים

אפתח בהגדרת כמה מושגים ראשוניים.

5.2.1. מנהג ונוהג

מקובל כיום להבחין בין "מנהג" לבין "נוהג".⁶⁷⁶ מנהג הוא התנהגות חברתית שהמשפט מעניק לה מעמד של **מקור משפטי מחייב**, העומד בשורה אחת עם חוקים, תקנות, תקדימים ועוד;⁶⁷⁷ גם בפייהם של הפוסקים שגור הביטוי: "מנהג ישראל – תורה היא".⁶⁷⁸ לעומתו, הנוהג מציין עובדה אמפירית של התנהגות רווחת שאינה יוצרת נורמה מחייבת, אף שעשויות להיות נודעות לה משמעויות משפטיות אחרות. אחת ממשמעויות אפשריות אלה היא שימוש בנוהג כאמצעי לפירוש חוזה (או כל טקסט משפטי אחר). כך למשל, במסגרת פוליסת ביטוח, שהגדירה כי המבוטח ישופה בגין נזקים שנגרמו לו עקב "אלימות", התעוררה השאלה הפרשנית האם מונח זה מציין גם אלימות מילולית (אשר גרמה להתקף-לב של המבוטח). בין השופטים היה מי שענה לשאלה זו בחיוב, וזאת לאור העובדה שמקובל לייחס משמעות זו למונח "אלימות".⁶⁷⁹

חז"ל אמנם אינם מבחינים מושגית בין מנהג לבין נוהג, ומתארים את שני המצבים המשפטיים בצורה אחידה.⁶⁸⁰ אולם הדבר אינו גורע מן החשיבות האנליטית והמשפטית של הבחנה זו, גם

⁶⁷⁶ ראו ע"א 25/50 וולפסון נ' ספיניס, פ"ד ה', 265, 275; ע"א 236/60 עיריית נצרת נ' דוד יוסף ששון, פ"ד יד(4), J. H. Levie, 'Trade custom' לבין 'usage' ראו 2367, 2369; טדסקי, המנהג, 16. במשפט המקובל מבחינים בין 'custom' לבין 'usage' ראו J. H. Levie, 'Trade Usage and Custom under the Common Law and the Uniform Commercial Code', 40 N.Y.U. L. Rev. 1101 (1965). מונח רלוונטי נוסף הוא 'practice'. עם זאת, היחס בין המונחים בעברית לבין מקבילותיהם באנגלית אינו חד-משמעי. ראו טדסקי, שם.

⁶⁷⁷ לשאלת מעמדו של המנהג במשפט הישראלי ראו טדסקי, המנהג; רות גביוון, 'בטול המגילה: המנהג ועקרונות הפסיקה', משפטים ד (תשמ"ה), 325. דן בין, 'מנהג ונוהג במשפטנו הפלילי – מקור משפטי מצוי או רצוי', מנחם אלון, משה בן זאב, אהרן ברק ומשה לנדוי (עורכים), ספר יצחק כהן (תל אביב, 1989), 310; שמעון שטרית, 'המנהג במשפט הציבורי', יצחק זמיר (עורך), ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (ירושלים, 1993), 375.

⁶⁷⁸ ראו למשל, בית יוסף, אורח חיים, סימן רכח.

⁶⁷⁹ "אנו משתמשים לעתים קרובות בדיבור 'אלימות מילולית'. ביטוי זה מופיע לא פעם בפסקי דין של בית משפט זה. הוא מקובל בספרות המשפטית" (השופט (כתוארו אז) ברק, ע"א 779/89 יעקב שלו נ' סלע חברה לביטוח, פ"ד מח(1), 221, 227). כנגדו טען השופט אור (שם, 234), כי השימוש בביטוי זה הוא מטפורי. מן העובדה שמצמידים את המילה "מילולית" למילה "אלימות" יש להסיק, לדעתו, כי לא מקובל לייחס למילה "אלימות" לבדה את המשמעות של אלימות מילולית. יצויין כי השופט ברק לא פנה אל המשמעות הרווחת בציבור הרחב, אלא לזו הרווחת בקרב קהיליית המשפטנים. על כך ראו להלן, ליד ציון הע"ש 727.

⁶⁸⁰ הדבר נכון גם לגבי חלק מן המשפטים בני-זמננו ולעתים אף לגבי המחוקק עצמו; ראו טדסקי, המנהג, 17.

כאשר אנו בוחנים את דברי חז"ל.⁶⁸¹ רבות נכתב על היחס בין הלכה לבין מנהג.⁶⁸² אך דומה, כי הכתיבה הרבה התמקדה בשאלת מעמדו של **המנהג** כמקור המייצר נורמות מחייבות. אני, לעומת זאת, מבקש לדון ב**נוהג** הכללי מבחינת הפוטנציאל הפרשני הטמון בו. בפרק זה אתייחס אפוא לנוהג, אלא אם אציין שאנו עוסקים במנהג.

5.2.2. התנהגויות רווחות ומשמעויות מקובלות

הנוהג המקובל עשוי לציין הן דפוסי התנהגות רווחים הן משמעויות לשוניות מקובלות. לצורך הטיעון שבפרק זה חשוב להבחין ביניהם, וזאת על רקע הבחנה הנוספת, בין פרשנות חוזים לבין השלמתם.⁶⁸³ עבור פרשנות החוזה מתאים יותר המובן של הנוהג כמשמעות לשונית מקובלת, בעוד שעבור השלמת חסר בחוזה מתאים יותר המובן של הנוהג כהתנהגות רווחת.

כפי שכבר ציינו לעיל, חוזה חסר הטעון **השלמה** הנו חוזה שלשונו בהירה ומובנת, אלא שנעדרת בו התייחסות להיבט רלוונטי מסוים. יש לחדד, כי החוזה אינו מעורר בעיה לשונית, אלא נורמטיבית. ניסיון להשלים את החלל החוזי באמצעות פניה לנוהג הכללי, תוביל את הפרשן אל **ההתנהגויות הרווחות** בציבור. כך למשל עשתה המשנה,⁶⁸⁴ אשר דנה בהסכם לחלוקת חצר משותפת, ואשר הצדדים לחוזה לא פירטו את טיב החומרים שמהם ייבנה הכותל שבאמצע. המשנה קובעת, כי החומרים שייבחרו יהיו "כמנהג המדינה". כאן הבעיה אינה לשונית, שכן החוזה כלל לא הזכיר את בניית הכותל, מה עוד שהמילה 'כותל' חלה בשווה על כל חומרי הבנייה המנויים במשנה. מנהג המדינה מספק לנו מקור נורמטיבי לבחירת החומרים מהם ייבנה הכותל.

שונה הדבר כאשר לפנינו חוזה שלם, שלשונו אינה ברורה ולפיכך טעונה **פירוש**. כאן, אם ירצה הפרשן לפנות אל הנוהג הכללי, תהיינה רלוונטיות בעיקר **המשמעויות המקובלות** בציבור, באמצעותן ניתן יהיה לפרש את המונח הטעון פירוש. כזהו, למשל, הדיון התלמודי בשאלה, האם חוזה למכירת "חבית" מתייחס לכלי קיבול גדול (חבית, בלשונו) או לכלי קיבול קטן (כד),⁶⁸⁵ או

⁶⁸¹ על כך ראו גם אלון, **המשפט העברי**, 754.

⁶⁸² ראו למשל מרדכי פוגלמן, 'מנהג המקום ומנהג המדינה', **סיני יז** (תש"ה), עמ' שסב; בנימין דה-פריס, 'השפעת המנהג בשטח ההלכה התלמודית', **תולדות ההלכה התלמודית** (תל אביב, תשכ"ב), 169; מאיר חבצלת, 'יחס הגאונים והרמב"ם אל המנהג', **סיני נד** (תשכ"ד), עמ' קנה; יצחק זאב כהנא, 'היחס בין ההלכה והמנהג', **מחקרים בספרות התשובות** (ירושלים, תשל"ג), 108; ברכיהו ליפשיץ, 'מנהג מבטל הלכה', **סיני פו** (תש"ס), עמ' ח; ברכיהו ליפשיץ, 'מנהג ומקומו במדרג הנורמות של יתורה שבעל פה', **שנתון המשפט העברי כד** (תשס"ו-תשס"ז), 123; דוד הנשקה, 'מנהג מבטל הלכה', **דיני ישראל יז** (תשנ"ג-תשנ"ד), עמ' קלה; הרב אברהם שרמן, 'מנהג המדינה ביחסי עובד ומעביד', **תחומין יח** (תשנ"ח), 236; דליה אבן, **דסואטודו; מנהג מבטל הלכה** (דיסרטציה, ירושלים, תשל"ז); רון קליינמן, **מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי** (דיסרטציה, בר-אילן, תש"ס). למקורות נוספים ראו קליינמן, **מנהגי הסוחרים**, 7, הערה 1.

⁶⁸³ להבחנה בין פרשנות חוזים לבין השלמתם ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 52.

⁶⁸⁴ משנה, בבא בתרא א, א.

⁶⁸⁵ בבלי, בבא קמא כז ע"א. בסוגיה זו נדון בהרחבה להלן.

במילים אחרות מהי המשמעות שיש לייחס לשם 'חבית'. כאן הפנייה לנוהג הכללי (עליה נעמוד בהרחבה להלן) לובשת אופי לשוני, ומתמקדת במשמעות שמקובל לייחס לשם זה.⁶⁸⁶

עוד ציינו לעיל, כי היחס בין פירוש החוזה לבין השלמתו תלוי בתכלית התהליך הפרשני. אם זו ממוקדת בחשיפת אומד דעת הצדדים הרי שיש לראות את הפרשנות ואת ההשלמה כשתי פעולות דומות, אשר יש שאף מכלילים אותן כתת-סוגים של פעילות פרשנית אחת.⁶⁸⁷ כן הוא הדבר על פי הגישה התכליתית.⁶⁸⁸ ברם, מנקודת המבט של הלשון הרי שפרשנות חוזה והשלמת חללים בחוזה עשויות להתגלות כפעולות שונות בתכלית. פרשנות החוזה נובעת, בדרך כלל,⁶⁸⁹ מבעיה בתחום הלשון. לפיכך, הפתרון שיינתן יכול שיהיה בגדר הלשון. זאת בעוד השלמת חסר בחוזה בדרך כלל אינה נובעת מבעיה לשונית, שהרי הצדדים לא הביעו את דעתם בעניין הנידון.⁶⁹⁰ בהמשך הפרק אדגיש את ההבחנה המהותית בין הפירוש לבין ההשלמה, ולפיכך כאן חשוב להדגיש כי בפרק זה אעסוק במשמעויות מקובלות ולא בהתנהגויות רווחות.

5.2.3. שפה מוסכמת ומשמעויות לשוניות מקובלות

השפעתן של המוסכמות החברתיות על השפה המדוברת עשויה להיות ברבדים שונים של השפה. ברובד הבסיסי ביותר המוסכמות החברתיות **מעצבות** את השפה, וזאת על ידי דחיית משמעויות מסוימות וקבלת אחרות. אם, דרך משל, בעת העתיקה משמעו של הביטוי "לשלם כסף" היה תשלום מתכת מסוג כסף, משמעו בתקופות מאוחרות יותר הוא תשלום ערך כספי (המגולם במטבעות נחושת, בשטרות נייר או בספרות על צג המחשב). נוהג אמצעי התשלום בזמננו הדיר מן השפה השגורה את המשמעות של תשלום מתכת כסף; כיום כדי לציין יש להדגיש במפורש, כי הקונה מתחייב לשלם למוכר במתכת מסוג כסף.⁶⁹¹

⁶⁸⁶ כלומר, במשמעות הלשונית שמקובל בין האנשים לייחס למילה 'חבית', ולא בהתנהגות הרווחת בין הרוכשים כלי קיבול.

⁶⁸⁷ ראו לעיל, הע"ש 58, גישת צלטנר (**דיני חוזים**, 102), הרואה בהשלמת פרטים "בעיה מיוחדת בסוגיה של פירוש חוזה"; ברק, בע"א 554/83 **אתא נ' זולוטוב**, פ"ד מא(1) 282, 301-305, המכנה השלמת חוזה כ"פרשנות במובן הרחב" (ראו גם ע"א 719/89 **מחצבות חיפה נ' חנ-רון פ"ד** מו(3), 305, 312).

⁶⁸⁸ ראו לעיל, סעיף 2.3.

⁶⁸⁹ ליוצאים מן הכלל ראו להלן פרק 6, שבו אנו עוסקים בשאלות פרשנות חוזה שאינן במישור הלשוני.

⁶⁹⁰ דומני כי יתכן והבחנה זו מצאה ביטוי בדבריו הבאים של רב האי גאון (ספר המקח והממכר, שער כ), שביקש ללמוד בדרך 'כל שכן' ממעמדו של הנוהג בשאלות לשוניות למעמדו של הנוהג בשאלות התנהגותיות: "יש דברים הנכנסים במכר ויש דברים שאין נכנסים במכר ונתלמוד מן הלשון שאמרו המוכר בשעת מכירה, אם אנו רואים אותו לשון שהכל הוא מכור הרי הכל מכור ואם אין אנו יכולים להתלמד מן הלשון הרי אנו חוזרים על מנהג המקומות שהמכר נמכר ועל אותו מנהג של שוקים ואין ללוקח הזה כי אם מה שנהגו לעשות כמדות אלו הדברים שהרי אנו רואים לדברים שיש להם שם שהולכים אחר מנהג הקריאה ונדונו בו כל שכן שראוי שנדינו כמנהג השוקים והתגרי בענין מכירתם".

⁶⁹¹ המעניין הוא, כי התלמוד עצמו מתלבט בשאלה, האם משפט שנאמר בחוזה: "לשלם כסף" מתייחס לתשלום מטבע או לתשלום במתכת כסף. על דברי הברייתא (בבלי, בבא בתרא קסה ע"ב), כי המתחייב לשלם "כסף", ולא ציין כמה, יחוייב לשלם דינר כסף, שואל התלמוד: "אמר מר: 'כסף' – אין פחות מדינר כסף. ואימא נסכא? אמר רבי אלעזר: דכתוב ביה 'מטבע'". כלומר, רק אם נאמר בחוזה "מטבע כסף" יפורש הכסף כמתחייב למטבעות, ואם נאמר "כסף"

דוגמה אחרת נוכל ליטול מפסיקת בג"צ בשאלת משמעות המונחים 'בן-זוג', 'בעל' ו'אשה'.⁶⁹² בעבר הוכרע, כי אמנם המשמעות הלשונית מתייחסת לבני-זוג דו-מיניים, ולא חד-מיניים, אולם גם נאמר שתהליכים חברתיים עשויים בעתיד לשנות משמעות לשונית זו.⁶⁹³ אכן, לאחרונה ביהמ"ש המחוזי בנצרת הירהר ועירער במשמעותם הלשונית והמשפטית של מונחים אלו,⁶⁹⁴ זאת בהסתמך על השינויים שעברו ביחסם של החברה והמשפט אל הזוגות החד-מיניים.

ברובד שני המוסכמות החברתיות אינן מעצבות שפה אלא **מפרשות** אותה. הן אינן דוחות מן השפה משמעויות שונות אלא יוצרות מדרג של משמעויות מקובלות, כאלה המקובלות יותר וכאלה המקובלות פחות. העדיפות הפרשנית ניתנת, כמובן, לראשונות. לדוגמה, בפני בית דין בירושלים נידון חוזה למכירת ספר תורה תמורת \$22,000, ואשר עורר את השאלה, האם החוזה מחייב את הקונה לשלם בשטרות אמריקאיים או שמא מאפשר לו לשלם בשקלים ישראלים לפי ערכו היציג של הדולר ביום התשלום.⁶⁹⁵ בית הדין פנה למשמעות המקובלת של הביטוי "תשלום בדולרים" וקבע כי יש לפרש את החוזה כמחייב את הקונה לשלם בשטרות אמריקאיים (כך!). אכן, מבחינה לשונית עדכנית ביטוי זה הוא בעל שתי משמעויות מקבילות, אשר מדורגות על ידי המשמעות המקובלת.

בלבד יוכל הנושה לדרוש נסכא, כלומר מתכת כסף. וראו בדומה בבלי, כתובות קי ע"ב וכן בבלי, מנחות קז ע"א לגבי המקבל על עצמו "הרי עלי זהב" או "הרי עלי כסף".

הראשונים נחלקו בשאלה, מה עומד ביסוד הנחת התלמוד כי הפרשנות נסכא למילה 'כסף' עדיפה באופן טבעי על פני הפרשנות של 'דינר כסף'. יש שטענו כי הסיבה לכך סמנטית, ויש שטענו כי הסיבה לכך משפטית, ונעוצה בכלל תפסת מועט תפסת, כלומר שווי נסכא פחות מדינר כסף. ראו תוספות, בבא בתרא קסה ע"ב, ד"ה 'אימא'; תוספות, מנחות קז ע"א, ד"ה 'ודילמא'; תוספות כתובות קי ע"ב, ד"ה 'ואימא'.

⁶⁹² בג"צ 721/94 אל על נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5), 749.

⁶⁹³ השופט קדמי, בג"צ 721/94 אל על נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5), 749, 775: "כאשר תגיע החברה לכלל מסקנה, כי גם זוג חד-מיני ראוי לשמש 'תא' בסיסי של המבנה החברתי לצדו של הזוג הדו-מיני, וכאשר תקבע כללים להיווצרותו, למותן הכרה פורמאלית בקיומו ולהבטחת המחויבות ההדדית בין מרכיביו לשיתוף וליציבות – כי אז תשתנה משמעותו הלשונית המושגית של הדיבור 'זוג' ו'משפחה' בהקשר זה, והזוג החד-מיני ידור במסגרת לשונית חדשה לצד הזוג הדו-מיני. אך כל עוד אין הסכמה חברתית כאמור – הזוג החד-מיני אינו בא בגדר 'זוג' בלשונו ואינו מוכר באחד מתאי הגרעין של חברתנו". ראו גם דברי הנשיא ברק, שם, 758. יש לציין כי בית הדין הארצי לעבודה הירהר באפשרות לפרש באופן שונה את הביטוי 'בן-זוג', אולם גם הוא לא הרחיק לכת ולא שקל לצקת משמעות מיוחדת למילים 'בעל' ו'אשה'. ראו דב"ע נג 3-160 אל-על נ' דנילוביץ, פד"ע כו, 339, 349. למותר לציין, כי ההכרעה השיפוטית לא הסתמכה על ניתוח לשוני גרידא של המונחים הנוכריים, אלא שיקללה היבטים משפטיים אחרים (כגון עקרון השוויון בכלל, ועקרון שוויון ההזדמנויות בעבודה בפרט).

⁶⁹⁴ ע"א (נצ') 3245/03 ירושת המנוח ש.ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה במשרד האפוטרופוס הכללי פ"מ תשס"ג (2), 721. לפסקי דין נוספים שבהם עלתה שאלת הפרשנות הלשונית-משפטית של המונחים 'משפחה', 'בן משפחה', 'בן זוג', 'איש ואשתו' ו'איש ואשה' (והובעו דעות לכאן ולכאן), ראו ע"א 2000/97 ניקול קלדרון נ' קרנית פ"ד נה(1) 12; ע"מ (ת"א) 10/99 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 10 לפסק דינו של סגן הנשיא פורת; תמ"ש (ת"א) 6960/03 בעניין ק' צ. ו' מ. פסקאות 11-20; ת"ע (נצ') 710/01 פלוני נ' האפוטרופוס הכללי. ראו גם מנשה שאוה, 'משמעות 'בן זוג' בחקיקה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו', אהרן ברק ומנשה שאוה (עורכים), **מנחה ליצחק** (תל אביב, 1999), 197.

⁶⁹⁵ פסקי דין ירושלים, דיני ממונות ובירורי יהדות ג, עמוד מא.

חלוקה זו – לשפה מוסכמת ולמשמעויות רווחות – נוחה מבחינה מתודית, כשברור שבפועל ישנם מקרי-ביניים, אשר ייקשה לסווגם לכאן או לכאן. עם זאת, דומני שהיא יעילה להבהרת הפרובלמטיות שיש בפנייה למשמעות המקובלת כאמצעי פרשני. ואבאר.

בכל הנוגע לרובד הראשון, כלומר, הסתמכות על השפה המוסכמת, ברור ומובן מאליו שכל שיטת משפט חייבת לעשות כן. חוזים יפורשו על פי השפה המוסכמת בהווה, לא על פי שפת העבר. אך ספק האם ניתן לכנות זאת פעילות פרשנית במלוא מובן המילה. הקביעה כי התחייבות "לשלם כסף" משמעה בזמננו התחייבות לשלם ערך כספי (ולא מתכת כסף) אינה בחירת משמעות מתוך מגוון רחב של משמעויות אפשריות.⁶⁹⁶ הפעילות הפרשנית הסבוכה יותר, שאינה מובנת מאלה ואשר תעמוד במוקד עיוננו בפרק זה, שייכת לרובד השני, בו הפרשן מסתמך על המשמעות המקובלת כדי לברור את המשמעות הרצויה מתוך מגוון רחב של משמעויות קיימות ורלוונטיות.

5.3. המשמעות המקובלת כאמצעי פרשני – גישות בנות-זמננו

בשונה מן השימוש בלקסיקון שקבע המחוקק כאמצעי לפירוש החוזה, שהוא נדיר בשיטות המשפט בנות זמננו, השימוש במשמעות המקובלת רווח הרבה יותר. לפיכך, גם הדיון התיאורטי באמצעי זה רחב ועשיר.

דומני, כי ניתן לסמן שלוש גישות עקרוניות, אשר מקבלות בחיוב את המשמעות המקובלת כאמצעי פרשני, אך נבדלות זו מזו בהצדקה ובדרך היישום. גישות אלה משקפות את שלושת המודלים העקרוניים של פרשנות החוזה, כפי שהיצגתי בתחילת המחקר.⁶⁹⁷ שלוש גישות אלה שותפות ביחסן האיטרומנטלי למשמעות המקובלת. עבור כל אחת ואחת מהן המשמעות המקובלת מסייעת לשקף דבר מה אחר, שהוא הוא מושא בקשתן האמיתי.

5.3.1. אומד דעתם האובייקטיבית של הצדדים (הגישה האנגלית)

הגישה המעניקה את המשקל הרב ביותר למשמעות המקובלת היא זו המבקשת לפרש את החוזה על פי אומד דעתם האובייקטיבית של הצדדים. המשמעות המקובלת משקפת את האופן שבו 'האדם הסביר' אמור להבין את הביטוי החוזי הרלוונטי. אכן, המשפט האנגלי הקלאסי שהעמיד בראש מעייניו את the plain and literal meaning⁶⁹⁸ מצא את המשמעות המקובלת עונה על הגדרה זו. כך למשל נטען באחד מפסקי הדין המנחים בענין זה:⁶⁹⁹

⁶⁹⁶ וראו לעיל, ליד ציון הע"ש 163, דיון בשאלה, האם ישנם טקסטים משפטיים ברורים או שמה כל טקסט משפטי זקוק לפרשנות.

⁶⁹⁷ לעיל, פרק 2.

⁶⁹⁸ ראו המקורות המובאים להלן, הע"ש 700.

⁶⁹⁹ Robertson v. French (1803) 4 East. 130, 135. בפסק דין זה נידונה שאלת פרשנותו של חוזה ביטוח.

it is to be construed according to its sense and meaning as collected in the first place from the terms used in it, which terms are themselves to be understood in their plain, ordinary and popular sense.⁷⁰⁰

המשמעות המקובלת הרלוונטית היא זו שנהגה במועד כריתת החוזה.⁷⁰¹

במשפט האנגלי הוצבו כמה סייגים לשימוש במשמעות המקובלת:⁷⁰² שזו לא תסתור חוק; שזו לא תסתור את החוזה עצמו כפי שהצדדים עיצבו אותו; שזו לא תסתור משמעות ייחודית שהוסכמה בין הצדדים.

נראה כי על פי גישה זו המשמעות המקובלת ניצבת במקום גבוה בסולם כללי הפירוש וההשלמה, שהרי בשיטה זו המשמעות המילולית של הטקסט היא האופציה הפרשנית הראשונית, וכפי שראינו, המשמעות המילולית מזוהה פעמים רבות עם המשמעות המקובלת. וטעם הדבר ברור: המשמעות המקובלת מאפשרת מציאת פתרון פרשני צפוי וידוע מראש (באופן יחסי), המקל, בין השאר, על הסתמכותם של בני אדם שלישיים על החוזה. לדידה של גישה זו, המשמעות המקובלת היא אמצעי פרשני יעיל לקידום ערכים מסוגם של וודאות, יציבות ובטחון משפטי. לפיכך, היא אינה נוטה להבחין באופן מהותי בין תפקיד המשמעות המקובלת במסגרת פרשנות חוזים לבין תפקיד הנוהג במסגרת השלמת חללים בחוזה;⁷⁰³ כשם שהמשמעות המקובלת משמשת אמצעי מרכזי לפירוש חוזים כך התנהגות רווחת משמשת אמצעי מרכזי להשלמת חללים בחוזה.⁷⁰⁴

5.3.2. אומד דעתם הסובייקטיבית של הצדדים (הגישה הקלאסית)

הגישה השניה, המעמידה במרכז פעילותה את תכלית חשיפת אומד דעת הצדדים, עשויה אף היא להיעזר במשמעות המקובלת, אולם בדרך שונה. לדידה, חשיבותה של המשמעות המקובלת היא בסיועה לחשיפת אומד דעתם של הצדדים. ההנחה היא, שהצדדים, כבני אדם מן היישוב, מודעים למשמעויות המקובלות במקומם, ובהיעדר נסיבות מיוחדות, הוא מכירת המבנה ללא תכולתו, מסתבר שאף הצדדים המסוימים שלפנינו **התכוונו** למשמעות זו. כמעט מיותר לומר, שהצדדים רשאים לסטות מן המשמעות המקובלת, בין במפורש ובין במשתמע. כוונתם המשותפת הסובייקטיבית גוברת על

⁷⁰⁰ ראו גם Anson, *Principles*, 136. עובדה מעניינת היא, כי המודעות לפער בין המשמעות המקובלת לבין המשמעות הלקסיקאלית מאפיינת את הכתיבה המודרנית ולא את הכתיבה הקלאסית. השוואת נוסח זה של אנסון עם המהדורות הישנות יותר של ספרו מלמדת כי בעבר לא הושם דגש על הפער האפשרי בין שני הסוגים של המשמעויות האובייקטיביות (המשמעות הלקסיקאלית והמשמעות המקובלת). ראו למשל, מהדורה 13 משנת 1912, עמ' 314.

⁷⁰¹ Hext v. Gill (1872) L. R. 7 Ch.App. 699, בעקבות Lewison, *Interpretation*, 150.

⁷⁰² ראו Robertson v. French (1803) 4 East. 130, 135; Anson, *Principles*, 311-312; Lewison, *Interpretation*, 148.

⁷⁰³ ראו לעיל, ליד ציוני הע"ש 52, 683.

⁷⁰⁴ ראו אנסון, לעיל הע"ש 702.

המשמעות המקובלת.⁷⁰⁵ אך בהיעדר ראייה לסתור, אנו מייחסים את המשמעות המקובלת לכוונת הצדדים עצמם. כך מצדיקה, למשל, שלו את הפנייה הפרשנית ל"משמעות הנודעת"⁷⁰⁶ של ביטוי:

כאשר צדדים לחוזה מסוג מסוים משתמשים בביטויים ובתניות שנוהגים להשתמש בהם בחוזים מאותו סוג, מסתמא הם מתכוונים להעניק לביטויים ולתניות אלה את המשמעות הנודעת להם באותם חוזים... הכלל הטמון בסעיף 25(ג) נובע מאומד דעתם של הצדדים וכפוף לאומד דעת זה.⁷⁰⁷

באור זה יש להסביר את נטייתם של קודקסים רבים למקם את הפנייה למשמעות המקובלת רק בסופם של כללי הפרשנות,⁷⁰⁸ לאחר השימוש באמצעים הישירים לחשיפת כוונת הצדדים.⁷⁰⁹ אכן, על פי התיאור הקלאסי של פרמידת כללי הפירוש וההשלמה⁷¹⁰ מצויה הפנייה לנוהג הכללי ולמשמעות המקובלת בשלב נמוך באופן יחסי.

מגישה זו עשויות להיגזר כמה נפקויות עיקריות לגבי אופן השימוש הפרשני במשמעות המקובלת:

א. כאמור, הפנייה למשמעות המקובלת תיעשה בשלב **מאוחר** יחסית של התהליך הפרשני, שכן היא אמצעי פרשני **משני**. קודם לה הניסיון לפרש באופן ישיר את כוונת הצדדים

⁷⁰⁵ ראו, למשל, Restatement, second, §221, note b.

⁷⁰⁶ כלשון סעיף 25(ג) לחוק החוזים. סעיף זה מקביל לאמור בכמה קודקסים נוספים. ראו, למשל, ריסטייטמנט, השני, סעיף 202; סעיף 2047 לקודקס האזרחי של לואיזיאנה (גרסת 1998). כך ראו ההפניות הנזכרות להלן, הע"ש 708.

⁷⁰⁷ שלו, **דיני חוזים**, 430. דברים דומים כתב זמיר, **חוק המכר**, 155: "תכלית ההוראה [של סעיף 25(ג) הני"ל], כתכליתם של כללי פירוש החוזה בכלל, הוא לכוון לכוונתם האמיתית של הצדדים. כאשר שני הצדדים פועלים בתחום מסחרי כלשהו, ומשתמשים במונחים או תניות השגורים בתחום זה, יש להניח שהם התכוונו להשתמש בהם לפי משמעותם המיוחדת באותו תחום, ולא דווקא במשמעותם המילולית או הרווחת בציבור בכלל". ראו גם ע"א 779/89 **יעקב שלו נ' סלע חברה לביטוח**, פ"ד מח(1), 221, 236.

⁷⁰⁸ סעיף 25 לחוק החוזים מקדיש את ס"ק א לאומד דעת הצדדים, ואת ס"ק ג למשמעות המקובלת. הדבר חוזר על עצמו בסעיף 26 (הדן בהשלמת חללים בחוזה), אשר גם בו ישנה קדימות של "פנייה לנוהג הקיים בין הצדדים" על פני "פנייה לנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג" (בהקבלה לסעיף 5 לחוק המכר, תשכ"ח – 1968, וראו זמיר, **חוק המכר**, 148). מבנה דומה מצוי בקודקסים נוספים. ראו סעיף 4.3 לעקרונות ה Unidroit בדבר חוזים מסחריים בין-לאומיים: "In applying Articles 4.1 and 4.2, regard shall be had to all the circumstances, including: (a) preliminary negotiations between the parties; (b) practices which the parties have established between themselves; (c) the conduct of the parties subsequent to the conclusion of the contract; (d) the nature and purpose of the contract; (e) the meaning commonly given to terms and expressions in the trade L. Lando & H. Beale, משנת 2000 (מתוך *Principles of European Contract Law*, The Hague: Kluwer International Law, 2000 **פרשנות החוזה**, 690), סעיפים (e), (f), 5:102 (e), (f); סעיף 1856 לקודקס האזרחי המקסיקני. כל זאת בהנחה שהקודם בסדר הסעיף קודם בחשיבותו.

⁷⁰⁹ כגון, בחינת לשון החוזה, נסיבות כריתת החוזה, נוהג קודם של הצדדים עצמם, וכו'.

⁷¹⁰ ראו זמיר, **פירוש והשלמה**. על כך ראו גם לעיל, ליד ציון הע"ש 138.

עצמם,⁷¹¹ זאת באמצעים שונים, כגון ניתוח המבנה הכללי של החוזה ולשונו, הנסיבות שבהן נכרת החוזה, הנוהג האיניבידואלי ששרר בין הצדדים בחוזים קודמים שכתרו (אם היה כזה), ועוד. פניית השופט למשמעויות המקובלות בחברה תיעשה רק אחר כך.⁷¹² ההנחה היא שלצדדים תיתכן כוונה משל עצמם, שאינה הולמת בהכרח את המשמעות המקובלת, ועל כן הפניה לנוהג הכללי היא ברירת מחדל ולא יותר.

ב. המשמעות המקובלת יוצרת חזקה **עובדתית** כלפי כוונת הצדדים, לא חזקה משפטית. מן הבחינה העובדתית אנו מניחים, כל עוד לא הוכח אחרת, כי הצדדים התכוונו למשמעות המקובלת במקומם. לפיכך, ככל שתלך ותתפורר חזקה עובדתית זו קשה יהיה להצדיק את הפנייה למשמעות המקובלת. חזקה זו עומדת איתן שעה שידוע כי הצדדים היו מודעים למשמעויות המקובלות במקומם. סדק ראשון ייפער תחתיה, כאשר ידובר בצדדים (ואפילו באחד מהם) שהוכח כי לא היו מודעים בזמן כריתת החוזה למשמעות המקובלת של הביטוי הנידון.⁷¹³ סדק זה ילך ויתרחב אם יתברר כי לא רק שהצדדים לא היו מודעים למשמעות המקובלת, אלא שאף לא יכולים היו להיות מודעים לה, כדוגמת מהגרים בחברה חדשה.⁷¹⁴ כעת כבר קשה לייחס לכוונת הצדדים משמעות שכלל אינה מצויה באופק תודעתם. באור זה יש לראות את הסירוב לפרש חוזים בין אנשי מקצוע לבין הדיוטות מן הקהל הרחב על

⁷¹¹ קדימות זו עשויה להיות בהיבט כפול: מהותי וכרונולוגי. מבחינה מהותית, אינדיקציות ישירות על כוונה שונה של הצדדים תגבר על המשמעות המקובלת. מבחינה כרונולוגית, הפנייה למשמעות המקובלת תיעשה רק בהיכשל ניסיונות הלמידה על כוונת הצדדים עצמם באופן ישיר. הקדימות המהותית בולטת בדברים הבאים שבריסטיימנט השני: "...express terms are given greater weight than course of performance, course of dealing, and usage of trade; course of performance is given greater weight than course of dealing or usage of trade; and course of dealing is given greater weight than usage of trade." (§203, b) הכרונולוגית, ראו להלן, ליד ציון הע"ש 722.

⁷¹² קדימות זו עולה, למשל, מתוך הדברים הבאים: "Words are to be construed according to their strict and primary acception, unless from the context of the instrument, and the intention of the parties to be collected from it, they appear to be used in a different sense..." (*Chitty on Contracts*, 582 בעקבות *Mallan v. May* (1844) 13 M.&W. 511, 517. לערוך דומה ראו ריסטיימנט, השני, §202, ס"ק 3, וכן שם, הערה e. ראו גם לעיל, ליד ציון הע"ש 708, ובהע"ש עצמה.

⁷¹³ ראו דבריו של טדסקי: "מכיוון שהוא [הנוהג] מבוסס על אימוצו המשוער על ידי הפרט, שורת ההגיון דורשת שהפרט הכיר אותו בשעת עריכת העיסקה – או לפחות שידע על קיום נוהג (אף אם לא ידע מהו תכנו בדיוק) והסכים לקבל את מרותו. אמנם... בכל שיטת משפט בה מפרשים הצהרת רצון על פי חזותה החיצונית, על פי צפייתו של נמען ההצהרה, אפשר שבתנאים מסויימים יראו את ההצהרה כנושאת בחובה התייחסות לנוהג – משום שהמצהיר היה צריך לדעת עליו, אף אם למעשה לא ידע עליו" (טדסקי, **המנהג**, 17). השוו ע"א 25/50 **שמריהו וולפסון נ' חברת ספינס** פ"ד 265, 268; ת"א (י-ם) 2065/64 **ארבע מנחם נ' שדה עוזיה מושב עובדים**, פ"מ מ"ג, 104, 106.

⁷¹⁴ כמה קודקסים דורשים כי לכל הפחות תהיה מודעות בכוח, כלומר שהצדדים יכולים היו להיות מודעים למשמעות המקובלת. ראו, למשל, Restatement, second, §220 1: "An agreement is interpreted in accordance with a relevant usage if each party knew or had reason to know of the usage..." *United States v. Haas* ראו גם *& Haynie Corp.*, 577 F.2d 568 (9th Cir. 1978). כך גם הופיע בסעיף 9(ב) לחוק המכר (מכר טובין בין לאומי), תשל"א – 1971 (אשר בוטל על ידי חוק המכר (מכר טובין בין לאומי), תשי"ס – 1999).

פי המשמעויות המקובלות בתוך חוג אנשי המקצוע.⁷¹⁵ על אחת כמה וכמה, שעל פי גישה זו אין לפרש את החוזה על פי משמעויות מקובלות שהתחדשו ובאו לעולם אחר כריתת החוזה.⁷¹⁶

ג. מבחינת הפנייה לנוהג הכללי אין הבדל מהותי בין פירוש חוזה לבין השלמת חסר שיש בו.⁷¹⁷ בשני המקרים אנו חותרים לחשוף את כוונת הצדדים המשוערת, ולפיכך הפנייה לנוהג המקובל היא בעלת משקל דומה.⁷¹⁸

אף כאן מעמדה של המשמעות המקובלת הוא אינסטרומנטלי בעיקרו, כלומר, כאמצעי לחשיפת אומד דעתם של הצדדים.

5.3.3. הגישה התכליתית

הגישה התכליתית מייעדת למשמעות המקובלת תפקיד פרשני נוסף.⁷¹⁹ לדידה, כוחה של המשמעות המקובלת אינו רק בחשיפת כוונתם האקטואלית של הצדדים, אלא גם בעיצוב אובייקטיבי נכון יותר של החוזה. כאמור לעיל, על פי גישה זו, החוזה ראוי להתפרש על פי תכליתו, אשר מכילה, בין השאר, את תכליתו האובייקטיבית. תכלית אובייקטיבית זו מעוצבת כביכול היו הצדדים לחוזה "מתקשרים נורמטיביים", הנוהגים זה עם זה בתום לב, בשוויון, בהגינות, כתקנת הציבור, ולענייננו – אף בהתאם לנורמות החברתיות הרווחות ולמשמעויות המקובלות בחברה. הנוהג הכללי והמשמעויות המקובלות עשויים להיתפס כמשקפים מידה מסוימת של הוגנות, סבירות או יעילות.⁷²⁰ על פי גישה זו, חשיבותה של משמעות המקובלת

⁷¹⁵ כך למשל, קבעה השופטת דורנר, לגבי ויכוח בשאלה האם יש לפרש את הביטוי 'שטח ברוטו של דירה' ככולל גם שטחים ברכוש המשותף של הבניין: "הוכח כי בענף הבנייה נהוג לכלול בשטח ברוטו של דירה חלקים ברכוש המשותף והצמודות... לדעתי, אין זה סביר כי מי שאינו נמנה עם חוגי המקצוע בענף הבנייה יעלה על דעתו כי שטח דירתו ברוטו כולל גם חלקים במדרגות, בפיר המעלית, בחניה וכדומה... על-כן, אין לפרש 'שטח ברוטו' על-פי מובנו בענף הבנייה כמשקף את אומד הדעת המשותף של הצדדים, אלא יש לתת לו את משמעותו בלשון הרגילה והמקובלת בחברה" (ע"א 6025/92 צמיתות נ' חרושת חימר, פ"ד נ(1), 826, 835).

⁷¹⁶ ראו שלו, דיני חוזים, 447. דעתה שונה מדעת צלטנר, המובאת להלן, ליד ציון הע"ש 726.

⁷¹⁷ ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 57, 687.

⁷¹⁸ כך, למשל, קובע ה U.C.C. האמריקאי בסעיף 1-205(3): "A course of dealing between parties and any usage of trade in the vocation or trade in which they are engaged or of which they are or should be aware give particular meaning to and supplement or quality terms of an agreement". ראו גם ריסטיימנט השני, חוזים, סעיף 222(3); סעיף 1376 לקודקס האזרחי הפיליפיני; זמיר, פירוש והשלמה, 22, הערה 18. אשר לגישות המתייחסות להשלמת חוזה כמקרה פרטי של פרשנות חוזה ראוי לעיל, ליד ציון הע"ש 687. לגישה שונה ראו שלו, דיני חוזים, 395 (לעיל, ליד ציון הע"ש 60).

⁷¹⁹ ראו לעיל, סעיף 2.3.

⁷²⁰ על רקע זה ראוי לציון בחירתו של ה B.G.B. הגרמני (סעיף 157) להצמיד את הכלל המורה לפרש את החוזה על פי תום הלב לכלל המורה לפרשו על פי המשמעות המקובלת: "Contracts shall be interpreted according to requirements of good faith, giving consideration to the common usage". דומה כי נוסח זה מדגיש את הממד האובייקטיבי שיש בפרשנות זו, שאינו נובע מאומד דעת הצדדים. דרך אגב, המחוקק הישראלי נקט לשון דומה –

נעוצה לא רק בתרומתה לחשיפת כוונת הצדדים, אלא גם בהצביעה על פירוש "נכון" יותר של החוזה.⁷²¹

מכאן סלולה הדרך להסקת מסקנות שונות מאלו שהגיעו הגישות הקודמות:

א. עתה אין הכרח שהפנייה לנוהג הכללי ולמשמעות המקובלת תיעשה בשלב מאוחר של התהליך הפרשני. על בסיס ההנחה שהמשמעות המקובלת מאומצת בלא קשר הכרחי עם כוונתם האקטואלית של הצדדים, אין צורך לראות בכך שלב משני של התהליך הפרשני, ברירת מחדל גרידא, אלא זהו עשוי להיות שלב בסיסי, הנעשה במקביל למלאכת חשיפת כוונתם המשוערת של הצדדים.⁷²²

ב. הנוהג הכללי יוצר חזקה **משפטית** כלפי כוונת הצדדים, לא רק חזקה עובדתית. המשמעויות המקובלות עשויות להיות מיוחסות לחוזה אף אם יוכח שהצדדים (שניהם או אחד מהם) כלל לא היו מודעים אליהן.⁷²³ הדבר עשוי לבוא בעוצמות שונות. ניתן לפרש את החוזה על פי המשמעות המקובלת אף שהצדדים לא היו מודעים לה, ובלבד שהיה עליהם להיות מודעים לה.⁷²⁴ יתירה מכך, ניתן גם לפרש את החוזה על פי המשמעות

"בדרך מקובלת ובתום לב" (סעיפים 12 ו 39 לחוק החוזים) – אלא שזו לא השתמרה בסעיף 2 לתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ו – 2006, אשר שימרה את הדרישה "בתום לב" תוך שהיא משמיטה את המלים "בדרך מקובלת".

⁷²¹ גם על פי גישה זו, הדעת נותנת כי החוזה לא יפורש על פי המשמעות המקובלת שעה שמחוויר כי לצדדים עצמם היתה כוונה שונה; אז תגבר התכלית הסובייקטיבית על התכלית האובייקטיבית. ראו T.D Rakoff, 'The Implied Terms of Contracts', J. Beaston & D. Friedmann (eds.) *Good Faith and Fault in Contract Law* (Oxford, 1995), 191; זמיר, **פירוש והשלמה**, 28; ברק, **פרשנות החוזה**, 610.

⁷²² על כך ראו מאמרו של Rakoff (הנוכח לעיל בהע"ש 721), 192. ברק התייחס לנקודה זו במסגרת דיונו בתורת שני השלבים. על כך ראו לעיל, ליד ציוני הע"ש 141, 205.

⁷²³ ובלבד שלא יוכח שלצדדים היתה כוונה **פוזיטיבית** הנוגדת את המשמעות המקובלת. כאשר החוזה מפורש על פי משמעות מקובלת שאחד הצדדים לא היה מודע לה, עשוי אותו צד לטעון כי יש להעניק לו סעדים בגין טעות בכריתה. ראו זמיר, **פירוש והשלמה**, 29, ובמקורות המצויינים על ידו. אמנם טענה זו תתקבל רק במקרים נדירים, אך יש בה כדי להמחיש עד כמה הפרשנות על פי המשמעות המקובלת עשויה לחרוג מאומד דעת הצדדים. יש יסוד להניח, כי הגישה הפרשנית הקלאסית לא תקבל טענת טעות בגין פרשנות על פי המשמעות המקובלת, שהרי היא משתמשת במשמעות המקובלת כאמצעי לחשיפת כוונתם האקטואלית של הצדדים. ראו גם סעיף 2047 לקודקס האזרחי של לואיזיאנה (רביזיית 1984), הערה b.

⁷²⁴ ראו, למשל, סעי' 9(ב) לחוק המכר (מכר טובין בין לאומי), תשל"א – 1971 (אשר בוטל על ידי חוק המכר (מכר טובין בין לאומי), תשי"ס – 1999); U.C.C. האמריקאי, סעיף 1-205(3) (לעיל, הע"ש 718); J. White & R. Summers, ; J. Calamari & J. Perillo, *The Law of Uniform Commercial Code* (4th ed., vol.1, Minn., 1995), 114; *Contract* (4th ed., St. Paul: West, 1998), 162 "In this latter case : [where a usage applies simply because both or one of the parties ought to have known it] it is the law itself which confers binding force on the usage, and to explain its application on the basis of an implied agreement between the parties amounts to a legal fiction" (M. J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 2nd ed., NY, 1997, 115, 113). למקורות נוספים ראו בונל, שם, הערה 24; זמיר, **פירוש והשלמה**, 28, הערה 39.

המקובלת, ואפילו הצדדים לא יכולים היו להיות מודעים לה.⁷²⁵ ולבסוף, דומה כי הביטוי החזק ביותר של גישה זו הוא הנכונות לפרש את החוזה על פי נוהגים ומשמעויות מקובלות שהתחדשו ובאו אחר מועד כריתת החוזה.⁷²⁶

ג. בשם פנייה לנוהג המקובל עשוי בית המשפט לפנות למשמעות של ביטוי מסוים כפי שזו התקבלה בפסיקות קודמות.⁷²⁷ ניצבת כאן ההנחה (הסמויה) כי פרשנות שכבר התקבלה בבית המשפט בעבר עשויה לתרום לפירוש הוגן יותר וראוי יותר של החוזה שלפנינו. כך לדוגמה, במקרה שכבר הזכרנו לעיל, בו התעוררה השאלה האם המונח 'אלימות' כולל גם אלימות מילולית ביקש בית המשפט את המשמעות המקובלת של מונח זה, ובמסגרת זו פנה לפסיקותיו הקודמות, בהן נזכרו ביטויים כגון 'אלימות נפשית', 'אלימות מילולית' ועוד.⁷²⁸ דעת לבנון נקל, כי פרשנות מעין זו אינה מקדמת אותנו במסע אחר אומד כוונת הצדדים (אין זה סביר להניח שהם מודעים לפסיקות בית המשפט מן העבר), אלא היא תורמת להתאמת החוזה הנידון עם תפיסותיו החברתיות של בית המשפט.⁷²⁹

ד. על פי הגישה התכליתית, יתכן וניתן יהיה להתנות את פירוש החוזה באור המשמעות המקובלת רק אם זו עברה מבחן מסוים של סבירות ונאותות. משמעות מקובלת שתיראה בעיני בית המשפט כבלתי ראויה עלולה לקבל מעמד פרשני מופחת או להישלל

⁷²⁵ זו דעת אהרן ברק, **פרשנות החוזה**, 610: "החזקה שבסעיף 25(ג) לחוק החוזים היא חזקה משפטית. היא חלה גם אם יוכח שהצדדים או אחד מהם לא היו מודעים כלל לנוהג, ובנסיבות העניין גם לא היו צריכים להיות מודעים לאותו נוהג. היא מהווה ביטוי לתכלית האובייקטיבית... בכך מתבטא השוני המהותי בין תפקיד הנוהג בתכלית הסובייקטיבית של החוזה לבין תפקיד הנוהג בתכלית האובייקטיבית של החוזה. בתכלית הסובייקטיבית מהווה הנוהג חלק מה'נסיבות'. הוא מסייע בחשיפת אומד דעתם של הצדדים. אך טבעי הוא אפוא כי הנוהג יוכל לסייע בהבנת אומד דעת הצדדים רק אם הוא ידוע להם. לא כן בתכלית האובייקטיבית. כאן ממלא הנוהג תפקיד שונה לחלוטין. הוא נועד לגבש תכלית של החוזה המשלבת את מובנו לדין הכללי. לעניין תפקיד זה, אין זה מעלה ואין זה מוריד אם הצדדים היו מודעים לנוהג אם לאו". ראו גם זמיר, **פירוש והשלמה**, 28.

⁷²⁶ צלטנר, **דיני חוזים**, 109. יש לציין, כי אמנם הנשיא ברק קיבל עמדה זו בכל הנוגע ל**השלמת פרטים** בחוזה (ברק, **פרשנות החוזה**, 159), אך הוא אינו מתייחס לכך בהקשר **פרשנות חוזה** (שם, 611). ברם, היקש פנימי בתוך ספרו מעלה את האפשרות המסתברת שהוא גם יסכים לפרש את החוזה על פי נוהג שהתחדש אחר כריתת החוזה.

⁷²⁷ ראו *Chitty on Contracts*, 583; E. A. Kellaway, *Principles of Legal Interpretation of Statutes*, 433 (Butterworths, 1995); ברק, **פרשנות החוזה**, 351. ברק אינו מסכים עם ציטי, כי משמעויות שהתקבלו בפסיקות קודמות **מחייבות** את בית המשפט, אלא לדעתו הן רק **מרחיבות** את טווח המשמעויות הלשוניות. על כך ראו גם Solan, *The Language of Judges*, 6; C. D. Cunningham, J. N. Levi, G. M. Green, & J. P. Kaplan, 'Plain Meaning and Hard Cases', *103 Yale L. J.* (1994), 1561, 1612-1613. לדין מעין זה במשפט העברי ראו שו"ת ר' אליהו מזרחי, סימן טז, ממנו נראה שמנהג שפשט בקרב פסיקות בתי הדין אינו מחייב אם לא פשט בקרב הציבור כולו. הנימוק הניתן לכך הוא שהמנהג מחייב על בסיס ההנחה שהצדדים קיבלו על עצמם את המנהג, "שהרי אין כח המנהג יכול להתפשט גבי ממונא על מי שאינו רוצה להתנהג באותו מנהג".

⁷²⁸ ע"א 779/89 **יעקב שלו נ' סלע חברה לביטוח**, פ"ד מח(1), 221, 227; ראו גם ע"פ 121/53 **היועץ המשפטי לממשלה נ' אוחנה**, פ"ד ח, 92, 104-106; דב"ע לא/4-1 **בנק אוצר לחיל – מרכז הסתדרות הפקידים**, פד"ע ב 260, 269.

⁷²⁹ ראו זמיר, **פירוש והשלמה**, 28.

לחלוטין.⁷³⁰ תכונה זו משתלבת היטב עם המיקום הגבוה שמעניקה הגישה התכליתית לעקרון תום הלב במסגרת כללי הפירוש וההשלמה.⁷³¹ זאת בשונה מן הגישה הקלאסית, אשר מעניקה משקל פרשני שווה לכל סוגי המשמעויות המקובלות.⁷³²

ה. גם הגישה התכליתית לא צפויה להבחין באופן מהותי בין פרשנות חוזים לבין השלמתם מפרספקטיבת הפנייה לנוהג הכללי.⁷³³

אף כאן המשמעות המקובלת נושאת אופי אינסטרומנטלי. חשיבותה נעוצה במה שהיא משקפת, כשכאן הדגש הוא על הוגנות, סבירות ויעילות. ובכך נחשפת אחת הנקודות המשותפות לגישה זו ולאלו שקדמוה: המשמעות המקובלת, שבעיקרה מציעה פתרון לשוני לבעיה, נרתמת לטובת פתרון מסוג שונה, חוץ-לשוני, אותו היא משקפת בצורה עקיפה.

5.4. המשמעות המקובלת במשפט התלמודי: התזה

כפי שניווכח להלן, שעה שחז"ל נזקקים למשמעות המקובלת כאמצעי לפירוש החוזה, הם עושים כן לתכלית שונה מזו שהוצגה לעיל. חז"ל מייחסים למשמעות המקובלת תפקיד פרשני מהותי לעין ערוך, ולמעשה בתלמוד מוצגת המשמעות המקובלת כאחד מן האמצעים הראשיים לפירוש החוזה, אם לא העיקרי שבכולם. למעמד מרכזי זה של המשמעות המקובלת יש כמה וכמה נפקויות משפטיות עליהן נעמוד בהמשך. בסיסה הרעיוני הוא: התלמוד משתמש במשמעות המקובלת כדי לקבוע את **גבולות השפה**, ולא דווקא כדי לפרש את **כוונת הצדדים** או כדי לאתר את התוצאה החוזית **הסבירה וההוגנת**, ואף לא כדי להשיג **וודאות ויציבות** משפטיים.⁷³⁴ אדם המזמין שירות מחבירו ומתחייב לשלם בתמורה סך מסוים ב"דולרים", ובמקומם של הצדדים מקובל כי המונח "תשלום בדולרים" מציין תשלום בשטרות אמריקאיים (ולא בשקלים ישראלים לפי ערך דולרי),⁷³⁵ יהיה חייב לשלם את התמורה בשטרות אמריקאיים משום שזו המשמעות הלשונית בשפה בה דוברים הצדדים. אם ניעזר בהבחנה שערכנו לעיל,⁷³⁶ בין שפה מוסכמת אשר

⁷³⁰ וראו צלטנר, **דיני חוזים**, 108. ראו גם Halsbury-Simonds, *The Laws of England* vol. XI (London 1955), §346, 186. יתכן והדבר גם נובע מן המבנה שנקבע בסעיף 157 ל B.G.B.; ראו לעיל, הע"ש 720.

⁷³¹ על מקומו של עקרון תום הלב בפרשנות החוזה ראו להלן, פרק 8.

⁷³² אין צריך לומר, שגם לפי הגישה הקלאסית ניתן להתנגד לפרשנות על פי המשמעות המקובלת בטענה שהיא מוליכה לתוצאות חוזיות הפוגעות בתקנת הציבור או שאינן תמות-לב. אך זאת ניתן יהיה לעשות במסגרת דוקטרינות חוזיות חוץ-פרשניות, על כל המגבלות הכרוכות בכך, לא כחלק מן ההליך הפרשני עצמו.

⁷³³ ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 718; ראו גם דעתו של ברק, לעיל, הע"ש 726.

⁷³⁴ ובכך אני מסתייג מדבריו של שלום אלבק, שעל פי דרכו מפרש את תפקידה של המשמעות המקובלת כאמצעי להגדרת אומדן דעתם האובייקטיבית של הצדדים. ראו שלום אלבק, **דיני הממונות**, 137-138. זאת בדומה לאופן שבו הוא באר את פעולת הלקסיקון שקבעו חז"ל, ראו לעיל, הע"ש 475. הביקורת שהפננו לעיל כלפי דבריו רלוונטית גם כאן.

יש להודות, כי נראה שבין הפוסקים ישנן גישות שמהן עולה תפיסה של המשמעות המקובלת כאמצעי לחשיפת אומדן דעתם של הצדדים. על כך ראו הדיונים הנערכים להלן, הע"ש 791, 831-834, 843.

⁷³⁵ ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 695.

⁷³⁶ ליד ציון הע"ש 691.

קובעת משמעויות מסוימות כמשמעויות ייחידאיות, לבין המשמעות המקובלת אשר יוצרת היררכיה בין כמה משמעויות המתקיימות במקביל בשפה, נמצא כי חז"ל מטשטשים הבחנה זו ונוטים לראות במשמעות המקובלת אבן דרך הקובעת את גבולות השפה עצמה. למשמעות המקובלת תפקיד מצמצם, לא תפקיד מרחיב.

ובמילים אחרות: התלמוד מפעיל את המשמעות המקובלת כאמצעי פרשני בדרך שאינה שונה באופן מהותי מן האופן שבו המשנה מפעילה את הלקסיקון שקבעו חז"ל. זה כמו זה נועדים להגדיר את גבולות השפה. המשמעות המקובלת אינה משמשת לחשיפת כוונת הצדדים יותר מאשר הלקסיקון. ההבדל בין שני אמצעים פרשניים אלה מתמצה בסוג הפתרון הלשוני, וזאת בעיקר סביב שני מאפיינים עיקריים:

א. המשמעות הלקסיקאלית ידועה מראש, בעוד המשמעות המקובלת מתגלית רק בדיעבד, לאחר שהדיין נדרש לסכסוך שלפניו ובוחר לפותרו באמצעות איתור המשמעות המקובלת.

ב. המשמעות הלקסיקאלית חלה באופן אחיד (במידה יחסית) על פני זמנים ומקומות שונים, ואילו המשמעות המקובלת מכילה מרכיב מסוים של גמישות, המאפשר לה להשתנות ביתר קלות מעת לעת ומקהילה לקהילה.

אולם שניהם – הלקסיקון והמשמעות המקובלת – אינם חורגים ממישור הפעילות הלשונית. ואין מדובר בהגדרה סמנטית גרידא; לתפיסה זו של המשמעות המקובלת נפקויות משפטיות ישירות, עליהן נעמוד להלן.

הסתייגות חשובה לדומיננטיות של המשמעות המקובלת יהיה עלינו לשקול בהמשך לאור מעמדו של הלקסיקון הפרטי.⁷³⁷

לדעתי, תזה זו באה לידי ביטוי בכמה סוגיות בתלמוד הבבלי, ושורשיה בכמה תוספתאות. עם זאת, דומה שקשה לייחסה למשנה. בסופו של הפרק אקדיש נספח לדיון בעמדת המשנה בשאלת המעמד הפרשני של המשמעות המקובלת.

5.5. תוספתא

א. כאמור, התלמוד הבבלי הוא שהעניק את המעמד הפרשני המרכזי למשמעות המקובלת. ברם, כבר בתוספתא ניתן לאתר כמה מקורות, אשר שימשו בסיס למגמה זו. אחת מהן היא זו הדנה בשאלה, האם חוזה למכירת "ראש בהמה" יפורש כמתייחס רק לראשה, או שמא גם לרגליה, כלומר, האם יש לפרש מונח זה כמציין את הבהמה כולה או שמא רק אחד מאבריה. וכך קובעת התוספתא:⁷³⁸

המוכר את הראש בבהמה גסה לא מכר את הרגלים. מקום שנהגו למכור – הרי אילו מכורות.

⁷³⁷ על כך ראו להלן, סעיף 5.7.4.

⁷³⁸ תוספתא, בבא בתרא ד, ח (מהד' ליברמן, עמ' 142).

על אף שהתוספתא קובעת הגדרה לקסיקאלית קשיחה למונח "ראש בהמה גסה"⁷³⁹, היא מוסיפה ואומרת, כי בסופו של יום משמעות המונח תיקבע על פי המשמעות המקובלת באותו מקום. המשמעות הלקסיקאלית שקבעו חז"ל למונח זה ברישא תידחה מפני המשמעות המקובלת שבסיפא.⁷⁴⁰ הדעת נותנת, כי באמצעות דוגמה זו מתכוונת התוספתא לקבוע כלל מנחה. ואכן, מרבית הראשונים פירשו תוספתא זו כקובעת את הכלל האומר, כי פרשנות חוזה תיעשה בראש ובראשונה על פי המשמעות המקובלת.⁷⁴¹

ב. תוספתא אחרת התפרשה בתלמוד כמקור לתפקיד הפרשני של המשמעות המקובלת. וכך אומרת התוספתא:⁷⁴²

'פרדסי אני מוכר לך', אף על פי שאין בו אילנות – הגיעו, שלא אמ' לו אלא שמו; 'כרם אני מוכר לך', אף על פי שאין בו גפנים – הגיעו, שלא אמ' לו אלא שמו; 'כור אני מוכר לך', בין שהוא כבית עשרים סאה ובין שהוא כבית ארבעים סאה – הגיעו, שלא אמ' לו אלא שמו.

על פי התוספתא, ניתן לפרש את המילים 'פרדסי', 'כרם' ו'בית' כור [עפר]⁷⁴³, כמציינים שמות פרטיים, ולא דווקא כמציינים שמות עצם כלליים.⁷⁴⁴ לפיכך, אותן שדות ספציפיות המצוינות על

⁷³⁹ בדומה למשנה, בבא בתרא ה, ה: "המוכר ראש בהמה גסה לא מכר את הרגלים, מכר את הרגלים לא מכר את הראש".

⁷⁴⁰ לפי הפירוש שאני מציע, המילים "מקום שנהגו למכור" מציינות נוהג לשינוי, כלומר משמעות מקובלת. הן אינן מציינות בהכרח נוהג מעשי. רוצה לומר, יתכן ובאותו מקום אנשים נוהגים לעתים לרכוש ראש בהמה לבדו ולעתים ראש בהמה עם רגליה. אולם מבחינה לשונית, באותו מקום הביטוי 'ראש בהמה' מציין גם את רגליה, ומי שמעוניין בראש הבהמה בלא רגליה מציין זאת במפורש. להבחנה בין משמעות מקובלת לבין התנהגות רווחת ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 683.

⁷⁴¹ כך למשל, קבע רב האי גאון: "ולעולם צריך שילך אחר מנהג המדינה ובכל מקום ומקום ועל אותן דרכים שפירשנו, וכדגרסינן בתוספתא: מקום שנהגו למכור הרי אלו מכורים... והכי נמי צריך לחקור ולדקדק... קריאת שם החפץ בכל מקום ומקום היאך קורין אותו" (ספר המקח והממכר, סוף שער כ). וכן במאירי, בית הבחירה בבא בתרא פג ע"ב (מהד' סופר), 392. ראשונים רבים אחרים איזכרו את דברי התוספתא כקובעים כלל עקרוני: רשב"ם, בבא בתרא פג ע"ב, ד"ה 'מתני'; חידושי הרשב"א, שם, ד"ה 'מתני'; חידושי הריטב"א, שם, ד"ה 'וכן מתניתין'; נימוקי יוסף, בבא בתרא פרק ה (דף מא ע"ב בדפי הרי"ף), ד"ה 'מתני'; רבינו ירוחם, מישרים, נתיב י, סוף חלק ד. ראו גם פסקי הרא"ש, בבא בתרא, פרק ה, סימן יב. גם מפרשי הרמב"ם ציינו, כי התוספתא היא מקור הכלל שקבע הרמב"ם, שיש לפרש על פי "השמות הערוכות בפי הכל". ראו מגיד משנה, מכירה פרק כו, הלכה ז; הגהות מיימוניות, שם, ס"ק א. וראו ליברמן, **תוספתא כפשוטה**, חלק י, 376, שציון לאפשרות של דעה שונה בין הראשונים.

יתכן שעיקרון דומה מצוי בתוספתא הדנה בחוזה למכירת יין, אשר לא הוגדרה בו איכות היין הנמכר. על פי התוספתא, היין יהיה בעל איכות גבוהה על פי המקובל באותו מקום. ראו תוספתא, בבא בתרא ו, ח-ט (מהד' ליברמן, 148). ברם, נראה שכאן מדובר בהשלמת חסר בחוזה ולא בפירוש מונח הטעון פירוש. על כך ארחיב להלן, ליד ציון הע"ש 959.

⁷⁴² תוספתא, בבא בתרא ו, יח (מהד' ליברמן, 150). תוספתא זו מופיעה בכמה מקומות בתלמוד, בשינויים קלים באופן יחסי, אשר על חלקם נעמוד להלן. ראו בבלי, בבא בתרא ז ע"א; בבלי, בבא מציעא קד ע"א; ירושלמי, מעשרות ב, ה (מהד' זוסמן, 271); ירושלמי, כתובות ח, ו (מהד' זוסמן, 994). לסקירת שינויים אלה ראו ליברמן, **תוספתא כפשוטה**, חלק י, 401.

⁷⁴³ הביטוי השלם "בית כור עפר" מופיע בבבלי. ליברמן מתקן את התוספתא, על פי כתב יד ערפורט: "בית כור".

⁷⁴⁴ למשל, השם הכללי 'כרם' מציין חלקת קרקע שיש בה גפנים, אולם השם הפרטי 'כרם' עשוי לציין חלקת קרקע ספציפית אף שאין בה גפנים.

ידי שמות פרטיים אלה תעבורנה לבעלות הקונה אף אם הן אינן ממלאות אחר ההגדרות המילונאיות של שמות העצם הכלליים המקבילים.⁷⁴⁵ המוכר רשאי לתת לקונה חלקת קרקע הנקראת 'פרדס' אף שאין בה אילנות, מתחם הנקרא 'כרם' אף שאין בו גפנים, ושטח הנקרא 'בית כור עפרי' על אף שגודלו קטן⁷⁴⁶ יותר. אלא שהתוספתא אינה מפרשת מיהו הקובע את שמה הפרטי של חלקת הקרקע הנידונה. נראה כי זהו הרקע לתוספת המצויה בגרסת התלמוד הבבלי,⁷⁴⁷ אשר קושרת את "שמו" שהוזכר בתוספתא עם המשמעות המקובלת:

תניא: האומר "בית כור עפר אני מוכר לך", אע"פ שאינו אלא לתך – הגיעו, שלא מכר לו אלא שמא, **והוא דמיתקרי בית כור**; "פרדס אני מוכר לך", אע"פ שאין בו רמונים – הגיעו, שלא מכר לו אלא שמא, **והוא דמיתקרי פרדס**; "כרם אני מוכר לך", אע"פ שאין בו גפנים – הגיעו, שלא מכר לו אלא שמא, **והוא דמיתקרי כרמא**.⁷⁴⁸

אף כאן, התוספתא, הפעם על פי התוספת שהוסיפו אמוראים,⁷⁴⁹ מבססת את פרשנות החוזה על המשמעות המקובלת.⁷⁵⁰ אכן, להלכה זו הצמיד הרמב"ם את הכלל החותם את דיני פרשנות מכירת מקרקעין:⁷⁵¹

וכן כל הדברים האלו במקום שאין שם מנהג, כמו שביארנו, אבל במקום שיש מנהג הלך אחר המנהג ואחר לשון רוב אנשי המקום הידועים להן.

יש לחדד, כי אמנם דברים אלה מזכירים את שראינו לעיל במשנת נדרים,⁷⁵² אולם בהבדל חשוב אחד. משנת נדרים טענה לא רק לעליונות המשמעות המקובלת על פני המשמעות הלקסיקלית, אלא שהמשמעות הלקסיקלית היא שיקוף של המשמעות המקובלת. טענה אחרונה זו אינה מצויה בתוספתת בבא בתרא.

נראה אפוא, כי מקור מעמדה הפרשני של המשמעות המקובלת נעוץ בדברים אחדים שבתוספתא. התלמוד הוא שהוסיף וחיידד את הדברים לכדי מתודה שיטתית ומקיפה.

⁷⁴⁵ לתהליך היווצרות הפער בין שם השדה לבין הגדרת המושג (בשל שינויים במצב השדה), ראו שיטה מקובצת, בבא מציעא קד ע"א, בשם רבינו יהונתן.

⁷⁴⁶ מלשון התוספתא עולה, כי הדין זהה במצב ההפוך: כאשר החלקה האמורה גדולה מבית כור. הדבר אינו מצוי במקבילות הבבליות לתוספתא, אך נראה שאינו בדווקא. וראו חסדי דוד, בבא בתרא ו, ה.

⁷⁴⁷ בבלי, בבא בתרא ז ע"א. וכן בבלי, בבא מציעא קד ע"א.

⁷⁴⁸ בכ"י וטיקן לבבלי, בבא בתרא ז ע"א: "אף על פי שאין בו אלא רימונים הגיעו... אף על פי שאין בו אלא שני גפנים הגיעו...".

⁷⁴⁹ התוספת הבבלית לתוספתא זו מודגשת לאור העובדה שהירושלמי לא הביאה, אלא ציטט את התוספתא בצורתה המקורית. ראו ירושלמי, מעשרות ב, ה (מהד' זוסמן, 271); ירושלמי, כתובות ח, ו (מהד' זוסמן, 994). הדבר משתלב היטב בתפיסה, כי העצמת המשמעות המקובלת הנה פרי יצירתו של התלמוד הבבלי, ובשונה מן המשנה (ראו להלן, סעיף 5.10). ומן הירושלמי (ראו להלן, ליד ציון הע"ש 792).

⁷⁵⁰ דומה שקשה לפרש את המילה 'דמיתקרי' כדבר הנקרא בפי המוכר או בפי שני הצדדים, אלא מסתבר יותר לפרשה כדבר הנקרא בפי הקהילה. וכן הובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא קד ע"א, בשם רבינו יהונתן: "והוא דמתקרי בית כור, כלומר, שכן שם השדה בפי בני המדינה".

⁷⁵¹ רמב"ם, משנה תורה, מכירה פרק כח, הלכה טו.

⁷⁵² לעיל, ליד ציון הע"ש 521 ואילך.

5.6. תלמוד בבלי

ניצני דברים המפוזרים בתוספתא עובו והורחבו בתלמוד הבבלי, עד שהפכו למדיניות שיטתית. כמה פעמים תמה התלמוד על מקורות קדומים, מהם תנאיים ומהם אמוראיים, על שכביכול התעלמו מן האפשרות לפרש את החוזה על פי המשמעות המקובלת. לפיכך נאלצה הסוגיה להעמידם באוקימתאות שונות ומשונות. אפתח בהצגת תמיהות אלו של התלמוד, המדגישות את תהליכי התמורה במעמדה הפרשני של המשמעות המקובלת. אחר כך אבקש לאפיין את האופנים שבהם מפעיל התלמוד אמצעי פרשני זה. לבסוף אנסה להבהיר את הרציונל הנגזר מתוך מאפיינים אלה.⁷⁵³

5.6.1. תמורה במעמדה הפרשני של המשמעות המקובלת

כאמור, בתבנית החוזרת על עצמה פעמים מספר, תמה התלמוד מדוע נפקד מקומה של המשמעות המקובלת במסגרת דיונים שונים, תנאיים או אמוראיים, בכללי פרשנות החוזה:

א. כזכור, המשנה מגדירה את משמעותם של המונחים "צמד" ו"בקר" לעניין שימושיהם המסחריים:⁷⁵⁴

מכר את הצמד לא מכר את הבקר. מכר את הבקר לא מכר את הצמד.⁷⁵⁵

על קביעה גורפת זו תמה התלמוד.⁷⁵⁶ לדעתו, קודם שפונים להגדרה הלקסיקאלית שנתנו חז"ל, יש לפנות למשמעות המקובלת בפי אנשי המקום:

היכי דמי? אילימא דקרו לצימדא 'צימדא', ולבקר 'בקר' – פשיטא, צימדא זבין ליה, בקר לא זבין ליה! ואלא דקרו ליה נמי לבקר 'צימדא' – כוליה זבין ליה!

כלומר, אם באותו המקום נוהגים להבחין בין שני מונחים אלה, אזי עלינו לפרש מכירת 'צמד' כמכירת צמד לבדו, ואם נוהגים לציין את הבקר במונח 'צמד', עלינו לפרש מכירת 'צמד' כמכירת צמד ובקר יחדיו.⁷⁵⁷ המשמעות המקובלת גוברת אפוא על המשמעות הקבועה שהגדירה המשנה.⁷⁵⁸

⁷⁵³ התלמוד אינו מרכז את דבריו בנושא בסוגיה אחת, אלא מפזרם בכמה סוגיות. לפיכך, דיונו יתפרש באופן סימולטני על פני כמה סוגיות נפרדות.

⁷⁵⁴ משנה, בבא בתרא ה, א.

⁷⁵⁵ לדיונים מזוויות אחרות במשנה זו ובסוגיית התלמוד שאחריה ראו לעיל, ליד ציוני הע"ש 233, 489, 614.

⁷⁵⁶ בבלי, בבא בתרא עז ע"ב. להערות נוסח על מובאה זו ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 490.

⁷⁵⁷ אין זה מחוור לחלוטין מה כוונת התלמוד בתארו את המצב: "דקרו ליה נמי לבקר 'צימדא'". על פי כ"י מינכן, כ"י פריז, הנוסח המובא בחידושי הרשב"א וכן בדפוסי וילנא ופזרו, נראה כי בשלב זה הסוגיה מניחה שלמונח 'צמד' יש שני מובנים רווחים מקבילים: צמד לבדו או בקר. כך משמע מן הנוסח: "ואלא דקרו ליה נמי לבקר 'צימדא'", כלומר גם בקר מכונה 'צמד', ואף צמד לבדו מכונה 'צמד' (בחידושי הריטב"א המילה "נמי" מופיעה אחר כך: "ואלא דקרו ליה לבקר נמי צמד"). כלומר, ששני המונחים – 'בקר' ו'צמד' – מסמנים כל אחד בנפרד את המובן בקר. וכך הסביר הריטב"א: "פ"י דכל בני העיר קורין אותו פעמים בקר ופעמים צמד". יתכן, אם כי לא בהכרח, שבמסגרת כפל האפשרויות לציון הבקר, ישנו גם כפל משמעויות למונח 'צמד' – צמד לבדו וכן בקר. הדבר עולה במפורש מהמשך דברי הריטב"א שיובאו להלן).

בשל קושייתו הנוכרת התלמוד מסביר, כי המשנה מייחסת את דבריה למצב עניינים מורכב, שבו רווחות שתי משמעויות מקובלות לאותו מונח:

לא צריכא, באתרא דקרו ליה לצימדא 'צימדא' ולבקר 'בקר', ואיכא נמי דקרו לבקר 'צימדא'.

במשמעות התירוץ ארחיב להלן. כאן לא ביקשתי אלא להמחיש את הקושי שבו נתקל התלמוד, ואת המקום הדחוק אליו הוא נאלץ להיכנס בהסבירו את דברי המשנה,⁷⁵⁹ והכל בשל הנחתו, כי למשמעות המקובלת מעמד פרשני הגובר על זה של ההגדרה הלקסיקאלית שקבעו חז"ל.

ב. השתלשלות דברים דומה מצויה במקום נוסף במסכת בבא בתרא.⁷⁶⁰ רב נחמן דן בשאלה, האם מכירת בית שחצר גדולה מצויה בפתחו ("בירה") כוללת את הבית לבדו או שמא אף את החצר. על פי רב נחמן, על אף שהמוכר סימן את גבולות הבירה כולה, המכירה כוללת את הבית לבדו. את סימון המצרים הרחבים מבכר רב נחמן להסביר כבלתי מהותי, ואת החוזה הוא מפרש על פי המשמעות הלקסיקאלית של המונח 'בית':

המוכר בית לחבירו בבירה גדולה, אף על פי שמצר לו מצרים החיצונים – מצרים הרחיב לו.⁷⁶¹

אם כן, יש לשאול, מדוע ברי לתלמוד שבמקרה זה יש לפרש את החוזה כמכירת הבקר (ולא כמכירת צמד לבדו), שהיא רק אפשרות אחת מבין שתיים רלוונטיות? ראשונים רבים הסבירו, כי אכן אין הכרח לפרש כך את החוזה, אלא אם ישנו שיקול נוסף התומך בפרשנות המונח 'צמד' כבקר. שיקול נוסף זה עשוי להיות, למשל, תמורה חוזית השווה בערכה לצמד ובקר יחדיו. כלומר, שאין מודים חכמים לר' יהודה ש"הדמים מודיעים". ראו למשל, חידושי הריטב"א: "ואם תאמר, וכיון דשני לשונות משמע, יהא יד הלוקח על התחונה: יש לומר, דכיון דשקולין הן דין הוא שיהו הדמים מודיעין ומכריעין" (חידושי הריטב"א, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'כוליה זבין ליה'). וראו רשב"ם, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'כוליה זבין ליה'; עליות דרבנו יונה, שם, ד"ה 'היכי דמי'; חידושי הרשב"א, שם, ד"ה 'היכי דמי'; יד רמה, בבא בתרא פרק ה, סימן לב; נימוקי יוסף, בבא בתרא פרק ה (לט ע"ב בדפי הרי"ף), ד"ה 'היכי דמי'. יתכן, שעל פי עדי נוסח אחרים הבעיה כלל אינה עולה. בכ"י וטיקן, כ"י המבורג, כ"י אסקוריאלי וכ"י אוקספורד המילה "נמי" אינה מופיעה. נראה כי מנוסח זה משמע, שכעת הסוגיה מניחה שלמונח 'צמד' ישנה משמעות אחת: בקר. ככל הנראה, הרוצה למכור צמד לבדו יצטרך להדגיש במפורש שהוא מוכר "צמד לבדו". לפיכך, המוכר 'צמד' באופן סתמי יחויב לתת את הבקר.

הטור, חושן משפט, סימן רכ, פסק להלכה שתי אפשרויות אלה: "ואם הכל קורין לבקר 'צמד', לא מיבעיא אם אין קורין לצמד לבדו צמד עד שיפרשו צמד לבדו והוא מכר לו צמד סתם פשיטא שהכל מכור אפילו בלא הודעת דמים, אלא אפילו אם הכל קורין לצמד לבדו ג"כ צמד סתם כיון שהכל קורין ג"כ לבקר צמד אמרין הדמים מודיעין".

⁷⁵⁸ על פי חלק מן הראשונים (ראו רשב"ם, שם, ד"ה 'היכי דמי'; חידושי הרשב"א, שם; חידושי הריטב"א, שם), שאלת התלמוד "היכי דמי" מוסבת לא רק על דברי חכמים ("מכר את הצמד לא מכר את הבקר"), אלא גם על דברי ר' יהודה ("הדמים מודיעים"). לדידם, המשמעות המקובלת גוברת אף על נסיבות כריתת החוזה, כגון גובה התמורה, אליבא דר' יהודה. אדם שרכש 'צמד' תמורת תשלום השווה בערכו צמד ובקר יחדיו, ובקהילתו המשמעות המקובלת למונח 'צמד' היא צמד לבדו, ישלם את מלוא המחיר הנקוב בחוזה ויקבל צמד לבדו (אף כי הוא עשוי להיות זכאי לסעדים על פי דיני אונאת מחיר). על כך ראו לעיל, הע"ש 249.

⁷⁵⁹ מתוך הסוגייה ניכר, כי קיומן של שתי קהילות לשוניות במקום אחד, אשר מייחסות למילה זהה הוראות שונות, נחשבת יוצאת מגדר הרגיל.

⁷⁶⁰ בבלי, בבא בתרא סא ע"ב.

⁷⁶¹ לדיון בשאלת מעמדן של הנסיבות לאור סוגיה זו ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 344.

אף כאן תמה התלמוד, כיצד ניתן לקבוע בדבר מסמרות לקסיקאליים כה גורפים, והלא פרשנות מונחים מעין אלו ראויה להיות תלויה במשמעות המקובלת בפי אנשי המקום:

היכי דמי? אילימא דקרו ליה לבית 'בית', ולבירה 'בירה' – פשיטא, בית זבין ליה, בירה לא זבין ליה! אלא דלבירה נמי קרו לה 'בית' – כוליה זבין ליה!⁷⁶²

הווי אומר, אם מקובל להבחין בין המשמעויות של שני מונחים אלו, ברור שהמוכר 'בית' אינו צריך ליתן אלא את הבית לבדו, ללא הבירה.⁷⁶³ ואם מקובל לציין את הבירה במונח 'בית', הרי שהמוכר את הבית חייב לתת גם את הבירה שעמה.⁷⁶⁴ הנה כי כן, לדעת הסוגיה, המשמעות המקובלת גוברת על המשמעות שביקש רב נחמן לקבוע. ואף כאן נאלץ התלמוד להעמיד את דברי רב נחמן באוקימתא לא שכיחה, על פיה מנהג המקום מכיל שתי משמעויות מקובלות המתרוצצות במקביל:

לא צריכא, דרובא קרו ליה לבית 'בית' לבירה 'בירה', ואיכא נמי דלבירה קרו ליה 'בית'.⁷⁶⁵

דרך דומה עושה סוגיה זו בהתייחסה לדברי רב נחמן לגבי מכירת שדה בתוך בקעה גדולה.

אם כן, תהליך דומה לזה שראינו לעיל בסוגיית 'צמד ובקר' התרחש גם בסוגיית 'בית ובירה'. אלא בעוד ששם המעבר היה מן המשנה אל סוגיית התלמוד, כאן אירעה התמורה בתוך תקופת האמוראים עצמה.⁷⁶⁶

⁷⁶² הסיפא של פסקה זו ("אלא... ליה") אינה מופיעה בכת"י אוקספורד.

⁷⁶³ כלומר, המשמעות המקובלת גוברת הן על המשמעות הלקסיקלית הנגדית שקבעו חכמים (ובהקשר זה רב נחמן), הן על אינדיקציות נסיבתיות הפוכות (בהקשר זה, מצרים המקיפים אף את הבירה). וראו חידושי הרשב"א, בבא בתרא סא ע"ב, ד"ה 'מדמהו ליה'; חידושי הריטב"א, שם; חידושי הר"ן, שם; פסקי הרא"ש, בבא בתרא פרק ד, סימן ב; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ריד, סעיף ז. ראו גם לעיל, הע"ש 758.

⁷⁶⁴ לעיל (הע"ש 757), בהקשר לסוגיית 'צמד ובקר', העלתי שתי אפשרויות לביאור הטיעון: "ואלא דקרו ליה נמי לבקר 'צמדא'". הראשונים דנו בשתי אפשרויות אלה ביחס לשלב המקביל בסוגייתנו: "אלא דלבירה נמי קרו לה 'בית'". סיעה אחת ביארה, כי כעת התלמוד מניח, שהכל מכנים בירה בשם 'בית', והרוצה לציין בית ללא בירה צריך להדגיש "בית לבדו". לפיכך ברי לתלמוד, כי המוכר 'בית' מכר אף את הבירה שעמו, בלא תלות בשאלת המצרים. וכך פירש ריב"ם: "דכולי עלמא כשמזכירין בית סתם כל הבירה משמע, וכשרוצין להשכיר בית אחד בלא בירה צריכין לפרש ולומר בית אחד בלא בירה אני אומר. א"כ אפי' לא מצר מצרים החיצוניים כולה זבין ליה" (הובא בתוספות, בבא בתרא סא ע"ב, ד"ה 'אלא'). ראו גם רשב"ם, שם, ד"ה 'כוליה זבין ליה'; רמ"א, חושן משפט, סימן ריד, סעיף ז. סיעה שניה ביארה, כי בשלב זה התלמוד מניח שהמילה 'בית' מציינת בית עם בירה, אך גם עשויה לציין בית לבדו. לפיכך, העדפת המשמעות המרחיבה מוצדקת בשל הרחבת המצרים החיצוניים, הכוללים את הבירה כולה. וכך פירש ר"י: "ואלא דקרו לבירה נמי בית כמו שקורין לבית בית – כוליה זבין ליה כיון דמצר לו מצרים החיצוניים" (הובא בתוספות, שם). ראו גרסת הרי"ף, בבא בתרא פרק ד (דף לג ע"ב): "ואלא דקרו ליה לבירה נמי בית"; הגהות חוות יאיר, שם, ס"ק א, שביקש להשמיט המילה 'נמי'. נוסח הרי"ף מצוי אף בכת"י המבורג, כ"י פריז (ובכת"י פירנצה הובא: "דקרו ליה נמי לבירה"), ברא"ש, בתוספות וביד רמה. הריטב"א בחידושו לא גרס את המילה 'נמי' (וכן בכת"י וטיקן ובכ"י אסקוריל), אך הסביר את הסוגיה על פי דרכו של ר"י.

⁷⁶⁵ לדיון נרחב באוקימתא זו ראו להלן, ליד ציון הע"ש 765.

⁷⁶⁶ ראו להלן, הע"ש 778.

ג. המשנה במסכת בבא קמא דנה באחד מדיני הנוזיקין, ובהקשרו השתמשה במושגים "חבית" ו"כד" בלא הבחנה ביניהם.⁷⁶⁷ על כך העיר רב פפא:⁷⁶⁸

היינו כד היינו חבית.

בעקבותיו הקשה בעל הסוגיה⁷⁶⁹ ותירץ:

למאי נפקא מינה? למקח וממכר.⁷⁷⁰

כלומר, המוכר לחבירו 'חבית' רשאי לתת לו כד, שכן 'היינו כד היינו חבית'.⁷⁷¹ על תשובה זו הקשה התלמוד:

היכי דמי? אילמא באתרא⁷⁷² דכדא לא קרו 'חבית', וחבית לא קרו 'כדא' – הא לא קרו לה!⁷⁷³

כלומר, מה משמעות הקביעה הלקסיקאלית "היינו כד היינו חבית", והלוא הדבר צריך להיקבע על פי המשמעות הרווחת בפי אנשי אותו מקום.⁷⁷⁴ אף כאן נאלץ התלמוד להעמיד את המשנה באוקימתא לא שגרתית, ולייחסה למקום שבו יש מנהג מפוצל:

⁷⁶⁷ "המניח את הכד ברשות הרבים, ובא אחר ונתקל בה ושברה – פטור. ואם הוזק בה – בעל החבית חייב בנוזק" (משנה, בבא קמא ג, א). לחקר כלי החרס בתקופת המשנה והתלמוד ראו ברנד, **כלי החרס**, בעיקר עמ' קיא ואילך, עמ' קצה ואילך. לדיון ספציפי יותר ראו Haut, *Kad and Havit*, 100.

⁷⁶⁸ בבלי, בבא קמא כז ע"א.

⁷⁶⁹ למעשה, אין זה ברור האם תמיהת התלמוד היא על דברי רב פפא, או אולי על המשנה עצמה (על שהשתמשה בלא הבחנה במונחים 'כד' ו'חבית'; ראו חידושי הראב"ד, שם, ד"ה 'המניח'), או שמא על דברי סתם התלמוד (שדקדק בדברי המשנה והקשה "פתח בכד וסיים בחבית", ראו פירוש רבינו חננאל, שם; חידושי הרשב"א, שם, ד"ה 'למאי נפקא מינה'; חידושי הר"י מלוניל, שם).

⁷⁷⁰ יש מי שהעיר, כי הצורך במציאת נפקות משפטית לגיוון הלשוני שבמשנה הוא הנחה שהחדיר סתם התלמוד לסוגייתו. לדבריו, כאשר אמר רב פפא "היינו כד היינו חבית" כוונתו היתה אך לציין את הגיוון הלשוני. הוכחה לכך יש בסוגיה מקבילה (בבלי, ערכין י ע"א), בה נאמר: "פתח בחליל ומסיים באבוב! אמר רב פפא: היינו חליל היינו אבוב", ובלא כל אזכור של נפקות משפטית הנובעת מכך. ראו הערות ש' אטלס לחידושי הראב"ד, בבא קמא כז ע"א, הערה ב. לדעת רי"י אפשטיין (**מבואות לספרות התנאים**, 234), גיוון הלשון שבמשנה נובע ממיזוג מקורות תנאיים שונים. לעומתו סבור הלבני (**מקורות ומסורות, בבא קמא**, ירושלים, תשנ"ג, עמ' צט), כי הגיוון הלשוני נובע מטעמים ספרותיים. ראו גם Haut, *Kad and Havit*, 94. אך ראו Lifshitz, *Kad and Havit*, 144, שטען, כי קשה להניח שלאור הנפקויות המשפטיות החמורות שייחסו התנאים לגיוון הלשון שבמקרא, יראה רב פפא בגיוון הלשון שבמשנה עניין אסתטי גרידא. זאת ועוד, בוודאי הצדק עם ליפשיץ (שם, עמ' 145), כשטען שאף אם שיקולים ספרותיים עומדים בבסיס גיוון הלשון שבמשנה, אין בכך כדי להבהיר את עמדת סתם התלמוד שראה בכך דבר בעל נפקות משפטית.

⁷⁷¹ ראו זרח ורהפטיג, **זריחת השני, בבא קמא**, כז ע"א, על רש"י ד"ה 'למקח וממכר', שהעיר כי אם הקונה מתנה במפורש שרוצה חבית ולא כד, בוודאי חייב המוכר ליתן לו חבית. לדעתו, הסוגיה דנה במוכר וקונה שדיברו על חבית באופן כללי.

⁷⁷² המילה 'באתרא' אינה מופיעה ברבים מעדי הנוסח (כ"י פירנצה, כ"י וטיקן, כ"י המבורג), ובחלקם מופיע 'דוכתא'.

⁷⁷³ בסוגיה זו לא מופיע החלק ההפוך, אותו מצאנו בסוגיות האחרות הנידונות בפרק זה, אשר היה אמור להיראות מעין זה: "ואלא דחבית נמי קרו כדא - פשיטא".

⁷⁷⁴ ראו ביאור הגר"א, חושן משפט, סימן רטו, ס"ק כג, שציין סוגיה זו כמקור לפסיקת השולחן ערוך, חושן משפט, סימן רטו, סעיף ח: "אף במוכר ולוקח אין כל אלו הדברים האמורים וכיוצא בהם אלא במקום שאין שם מנהג ולא

לא צריכא, דרובא קרו לה לכדא 'כדא' ולחבינתא 'חביתא',⁷⁷⁵ ואיכא נמי⁷⁷⁶ דקרו לחביתא 'כדא' ולכדא 'חביתא'.⁷⁷⁷

בדומה לסוגיית 'בית ובירה', השינוי במעמד המשמעות המקובלת מתרחש בסוגיה זו בתוך תקופת האמוראים.⁷⁷⁸

מן המקובץ עולה, כי התלמוד מניח שהמשמעות המקובלת היא אמצעי פרשני מרכזי, אליה יש לפנות בראשית מלאכת פירוש החוזה. כיוון שדרכו זו אינה דרך המשנה ואף לא דרכם של מקורות

שמות ידועים לכל דבר ודבר בפני עצמו, אבל במקום שנהגו שהמוכר כך מכר כך, הרי זה מכור, וסומכים על המנהג בין בקרקעות בין במטלטלין, וזה עיקר גדול בכל דברי משא ומתן, הולכים אחר לשון בני אדם באותו מקום, ואחר המנהג".

⁷⁷⁵ בכ"י פירנצה: "לא צריכ' דרובא קרו ליה לכדא כדא ורובא קרו ליה לחבית' חביתא".

⁷⁷⁶ בכ"י מינכן, בכ"י המבורג ובכ"י וטיקן: "ומיעוטא".

⁷⁷⁷ בכ"י אסקוריל מופיע רק: "ואיכא נמי דקרו ליה לחביתא כדא".

לשיקולי העריכה העומדים ביסוד הסוגיה ראו *Haut, Kad and Havit; Lifshitz, Kad and Havit*, 100, לדעת Haut, המשנה עצמה וגם רב פפא לא התכוונו לקבוע דבר בתחום דיני החוזים אלא רק לציין את חוסר המשמעות המשפטית של חילופי המונחים 'כד' ו'חבית'. העורך המאוחר של הסוגיה הוא שניצל את דברי רב פפא כדי לעצב סוגיה משפטית, הדנה במעמדו של נוהג הרוב. גם אם נקבל תיאור זה של התפתחות הסוגיה, אינני רואה צורך לקבל את המשך דבריו: "He [=the stam] thus created our sugia intending no practical or halakhic consequence whatsoever, but merely as an exposition for the sake of Torah and its study and glorification, and also as introduction to the third chapter of Baba Kama". יהיה הטעם שהניע את עורך הסוגיה אשר יהיה, לבסוף הוא יצר סוגיה הלכתית-משפטית קלאסית, בעלת פוטנציאל רב לנפקויות משפטיות מובהקות. וראו ביקורתו של ליפשיץ, 144. וראו לעיל (הע"ש 89) בעניין שינוי במגמת מחקר התלמוד להכיר בחשיבות הבנת ההיגיון שהדריך את העורך המאוחר של הסוגיה המוגמרת.

אולם למעשה, על אף שליפשיץ מבקר את Haut, הוא מציע קריאה לא כל כך שונה של הסוגיה. אליבא דליפשיץ (Lifshitz, *Kad and Havit*, 147-148) אמנם הסוגיה נחזית להיראות כסוגיה משפטית מובהקת, אולם הטענה העיקרית של עורך הסוגיה היא שאין ליחס משמעות של ממש לגיוון הלשון שנקטה בו המשנה. רוצה לומר, אמנם ברוב המקרים אנו מבחינים בין המונח 'כד' לבין המונח 'חבית' (על הנפקויות המשפטיות הנגזרות מכך), אולם יש מקרים מועטים שבהם אנו לא מפעילים הבחנה זו ומשתמשים בלא הבחנה בשני המושגים כאחד, כדוגמת המשנה הפותחת את פרק שלישי במסכת בבא קמא. ובלשונו: "Thus, the sugia is not really a halakhic sugia at all. It is a pseudo-halakhic sigia, and has an interpretive orientation. While the interpretation is presented using the halakhic format of question and answer, halakhic terminology, and so on, its thrust is to advise us that we should not try to discern any halakhic inferences, as nothing can be deduced from the manner of speaking of these Tannaim. We attribute to the stam sophistication, literary sensitivity, and awareness of the limitation of the genre within which he is working - awareness that enables him to use them to his advantage". מטבעה של קריאה מסוג זה, קריאה חתרנית ביסודה, שקשה להעריכה ולהתווכח עמה (כל טיעון שיועלה נגדה מתוך פשטה של הסוגיה יידחה בטענה שהוא חלק מן המצג שעורך הסוגיה מנסה ליצור). אומר רק זאת, שאף אם נקבל את הצעת קריאתו של ליפשיץ, לטעמי אין בה כדי ליצור פחות במעמדה ההלכתי-משפטי של סוגיה זו. גם אם כוונת עורך הסוגיה היתה שונה, התוצאה הסופית שהתקבלה היא של סוגיה משפטית מובהקת, וכך אכן מפרשי התלמוד והפוסקים לדורותיהם התייחסו אליה. אנו נתח אפוא סוגיה זו בכלים המשפטיים המתאימים.

⁷⁷⁸ ראו לעיל, הע"ש 766.

אמוראיים קדומים אחרים, כמה וכמה פעמים הוא נאלץ לפרשם בדוחק כדי שיתאימו עם הנחה זו.⁷⁷⁹

ד. האם המעשה התלמודי הבא – 'נכסי דבי בר סיסין'⁷⁸⁰ – ראוי להיחשב כמעשה לסתור? הדבר בהחלט יתכן, אולם לדעתי יש להבחין מן הסוגיות שראינו לעיל.

בסוגיה זו נידון אדם שמכר לחברו "כל נכסי דבי בר סיסין". בין הצדדים התפתח וויכוח לגבי אחת משדותיו של המוכר, שהיתה ידועה בשם זה. הקונה תבע לקבלה לידו, ואילו המוכר טען כי אמנם היא ידועה בשם זה אך מעולם לא היתה שייכת לבר-סיסין. זה ביקש אפוא לקבל את הקרקע הידועה כשל בר סיסין בעוד זה התעקש ליתן רק את הקרקע שאכן היתה של בר סיסין בעבר.

רבא פסק לטובת המוכר, כי הוא יוכל לתת לקונה את השדה שהיתה של בר סיסין בעבר, וטעמו: "המוציא מחבירו עליו הראיה". רב נחמן, לעומתו, פסק לטובת הקונה, כלומר שהקונה יוכל לעמוד על כך שיקבל את השדה הידועה כזו של בר סיסין. התלמוד הצביע על סתירה, לכאורה, בין פסק זה של רב נחמן לבין פסק אחר שלו, שבו הוא השליך את נטל הראיה על הקונה. על פי התירוץ שבסוגיה, העובדה שכאן היה זה שמה הרווח של השדה הוא שהניע את רב נחמן להעביר את נטל הראיה אל המוכר:

כיון דאמר ליה דבי בר סיסין ומיקריא דבי בר סיסין, עליה דידיה רמיא לגלויי דלאו דבי בר סיסין היא.⁷⁸¹

מדברים אלה נראה, כי הסוגיה מניחה שצירוף המילים "נכסי דבי בר סיסין" אינו מתפקד כשם אלא כתיאור עובדתי. על פי סוגייה זו, הקונה יקבל את השדה רק אם יוכח שהיא אכן היתה שייכת בעבר לבר סיסין. השם הרווח של שדה זו – "נכסי דבי בר סיסין" – אינו בעל ערך עצמי, אלא לכל היותר הוא אינדיקציה אפשרית לכך שאכן השדה היתה בעבר בבעלות בר סיסין. הוויכוח בין רבא ורב נחמן הוא בשאלת מהימנותה של אינדיקציה זו ובנטל הראיה הנגזר מכך. רבא סבור כי חרף שם זה עדיין על הקונה רובץ נטל הראיה, ואילו רב נחמן סבור כי שמה הרווח של השדה מסייע די הצורך בהרמת נטל הראיה כי היא אכן היתה בעבר בבעלות בר סיסין.⁷⁸² אולם אף לא אחד מהם מעלה את האפשרות, כי כיוון שזה שמה הרווח של השדה (דבר שאינו מוטל בסוגיה בספק) הקונה יזכה בה, בין אם היא היתה בעבר בבעלות בר סיסין ובין אם לאו. מן

⁷⁷⁹ וראו ע"א 130/50 **עמל נ' שינדלר**, פ"ד ו 710, 714-715, שם עמד זילברג על האופן שבו יש להסיק מסוגיית 'כד וחבית' את מעמדה הפרשני הדומיננטי של המשמעות המקובלת. זילברג אף מפנה לשו"ת הרשב"ש, סימן רפח: "שכבר ידעת בכל התלמוד, שהמקח והממכר הולך אחר לשון בני-אדם והמפורסם בענייני לשונם בענייני שמותם".

⁷⁸⁰ בבלי, בבא בתרא ל ע"א; שם, קנט ע"ב. לשאלת מיקומו בתלמוד של מעשה זה ולשאלת הטעם לכפילותו ראו תוספות, בבא בתרא קנט ע"ב, ד"ה 'ההוא'; יד מלאכי, סימן תכט; אפשטיין, **מבוא לנוסח המשנה**, כרך ב, 917; חנוך אלבק, **מבוא לתלמודים**, 664; א"ש רוזנטל, 'תולדות הנוסח ובעיות עריכה בחקר התלמוד הבבלי', **תרביץ נו** (תשנ"ח), 1, 35.

⁷⁸¹ בחלק מעדי הנוסח מופיע: "כיוון דכולי עלמא קרו לה דבי בר סיסין והוא אמ' לאו דבי בר סיסין היא עליה רמיא לגלויי דלאו דבי בר סיסין היא" (כ"י פריז, ובשינויים קלים גם בכ"י פירנצה, בכ"י מינכן ובכ"י אוקספורד).

⁷⁸² ראו עליות דרבינו יונה, שם, ד"ה 'דר"י אדר"י ל"ק'.

הסוגיה עולה בבירור, כי אם יצליח המוכר להוכיח, כי על אף שמה המקובל של השדה היא מעולם לא היתה של בר סיסין, אף רב נחמן יודה שהקונה לא יוכל לקבלה, למרות שמה המקובל.

סוגיה זו עומדת, לכאורה, בסתירה עם דברינו לעיל. ניתן היה לצפות שפרשנות החוזה תיעשה על פי המשמעות המקובלת, בין אם שם זה משקף נאמנה את המציאות העובדתית ובין אם לאו. אם מכר לו את "נכסי דבי בר-סיסין", וזהו אכן שמה הרווח של שדה זו, האין זו סיבה מספקת כשלעצמה לפסוק לטובת הקונה?! ובמילים אחרות: לעיל ראינו את קביעת התוספתא, כי המוכר 'פרדסי' לחבירו יכול לתת לו חלקת קרקע הקרויה בפי כל 'פרדסי' אף שאין בה רימונים, והמוכר 'כרסי' לחבירו יכול לתת לו חלקת קרקע הקרויה בפי כל 'כרסי' אף שאין בה גפנים.⁷⁸³ ואם כן, מה בין קרקע הידועה כ'כרסי' אף שאין בה גפנים לבין קרקע הידועה כ'נכסי דבי בר סיסין' אף שמעולם לא היתה שייכת לו?!⁷⁸⁴ האם אמנם סוגיית 'נכסי דבי בר סיסין' מלמדת אותנו על גישה תלמודית שונה, כזו הרואה במשמעות המקובלת אינדיקציה ל"משמעות האמיתית" וכמי שחסרת ערך משפטי כשלעצמה?⁷⁸⁵

דומני, כי אין לקבל מסקנה זו מכמה טעמים,⁷⁸⁶ אשר העיקרי שבהם הוא זה: יש להבחין בין שני סוגים של משמעות מקובלת: משמעות מקובלת של **שם** ומשמעות מקובלת של **תיאור מיידע**. 'חבית', 'בית', 'צמד', 'כרסי', 'פרדסי' ודומיהם הם שמות, בעוד ש'נכסי דבי בר סיסין' קרוב יותר להיות תיאור מיידע ('הנכסים שהיו שייכים לבר-סיסין').⁷⁸⁷ מה בין שם לבין תיאור מיידע? שם

⁷⁸³ לעיל, ליד ציון הע"ש 747.

⁷⁸⁴ דומני כי הרב מרדכי יפה, בעל לבוש עיר שושן (חושן משפט, סימן ריח, סעיף כה), פירש את הסוגיה בדרך לא שגרתית, באופן שאם היה מתקבל היה עשוי לסייע לטענתי שבפרק זה. על פי הסוגיה, המוכר יזכה בשדה רק אם יביא ראייה נגד טענת הקונה. על פי הרש"ם (בבא בתרא ל ע"א, ד"ה 'כיווני'), ראייה זו צריכה ללמד שהשדה הקרויה 'של ראובן' מעולם לא היתה **בבעלות** ראובן. אולם לדעת עיר שושן, על המוכר להביא ראייה מסוג שונה. עליו להוכיח **שכונת** הצדדים היתה לשדה אחרת ולא לשדה זו הקרויה 'של ראובן', שכן "כל העם קורין אותה של ראובן, דמסתמא לא היתה דעת הלוקח אלא על זו שהכל קורין לו כן". כלומר לדעתו, מסקנת הסוגיה היא כי השם המקובל הוא שקובע. על דחיית פירושו ראו סמ"ע, חושן משפט, סימן ריח, ס"ק סו.

⁷⁸⁵ דברים דומים עולים מסוגיית 'ארעא דבי חייא' (בבא בתרא סא ע"ב). גם בסוגיה זו נראה, אם כי בצורה פחות בולטת, כי השם המקובל 'ארעא דבי חייא' אינו נתפס כשם העומד בפני עצמו אלא כתיאור עובדתי, ונכונותו תלויה בכך שהוא אכן משקף מציאות מסוימת.

⁷⁸⁶ מעבר להסבר שלהלן יש להוסיף שני דגשים. א) יתכן שיש להבחין בין גישת רב נחמן עצמו לבין גישת עורך הסוגיה. עורך הסוגיה וודאי נצמד למשמעות הלשונית המדויקת, העובדתית, של הביטוי 'נכסי דבי בר סיסין' ולא למשמעות הרווחת. אולם אין הוכחה שזו גם גישת רב נחמן עצמו. יתכן שנימוקו של רב נחמן עצמו שונה: אך ורק משום שזה שמה הרווח והמקובל של השדה, זאת בדומה לעיקרון שבתוספתא: "שלא מכר לו אלא שמא". ב) יש לזכור, כי סוגיה זו עוסקת ברב נחמן, הוא רב נחמן שבסוגיית 'בית ובריה' ראינו לעיל (ליד ציון הע"ש 760), אכן הדגיש את המשמעות הלקסיקאלית של המונחים 'בית', 'בירה', 'בקעה' וכו'. ואכן, התלמוד בסוגיית 'בית ובריה' העמיד את המשמעות המקובלת כאלטרנטיבה לגישת רב נחמן.

⁷⁸⁷ הטור (חושן משפט, סוף סימן ריח), חידש כי אם אדם מוכר לחבירו את "שדה ראובן", וברשותו שדה אחת בלבד, אף אם יוכח ששדה זו מעולם לא היתה של ראובן, חייב המוכר להעבירה לקונה. ההסבר לכך הוא, ככל הנראה, שכאן הנסיבות מלמדות, שהביטוי 'שדה ראובן' אינו תיאור מיידע אלא שם עצם פרטי, ולפיכך החוזה יתפרש כמתייחס לשדה זו. וראו בית חדש, חושן משפט, סוף סימן ריח. נראה שפרשנות זו נסמכת על העיקרון שלפיו פירוש המקיים את החוזה עדיף. על כך ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1564. השולחן ערוך השמיט תוספת זו, ונראה שלדעתו לעולם לא ניתן לפרש תיאור מיידע כשם עצם פרטי.

עצם אינו עומד תחת מבחני אמת ושקר.⁷⁸⁸ נוהג המציין כד בשם 'חבית' אינו שקרי יותר מנוהג המציין חבית בשם 'חבית'. אלו שתי צורות לגיטימיות לשימוש במילה 'חבית', כשההכרעה ביניהן נתונה בידי הנוהג הכללי. לעומת זאת, תיאור מיידע בהחלט נתון להכרעתו של מבחן אמת ושקר. נוהג המציין שדה מסויימת כנכס שהיה שייך לבר-סיסין ייחשב שקרי אם השדה מעולם לא היתה שייכת לאדם זה.⁷⁸⁹ דומני, כי זו הסיבה לכך שמכירת 'פרדס' תוכל באופן עקרוני להתפרש כמתייחסת לחלקת קרקע אף שאין בה רימונים, ומנגד, מכירת 'נכסי דבי בר סיסין' לא תוכל להתפרש כמתייחסת לקרקע שמעולם לא היתה של בר-סיסין, אף שבטעות כך היא כונתה.⁷⁹⁰

לפיכך, על אף קירבתה לכאורה של סוגיה זו לנושא דידן, דומני כי אין בה כדי לסתור את טענתנו אודות המשקל הפרשני הרב שמייחס התלמוד למשמעות המקובלת.⁷⁹¹

⁷⁸⁸ על כך ראו קריפקי, **שמות והכרח**, 52, בעקבות ניתוחו של ג'ון סטיוארט מיל, בספרו *A System of Logic*. ראו גם דיונו הנרחב של K. S. Donnellan, 'Reference and Definite Description', *75 The Philosophical Review* 281 (1966).

⁷⁸⁹ העובדה שזהו שימוש שקרי במלים אינה הופכת אותו לבלתי לגיטימי. למשל, לעתים שמות מציינים דברים בדרך של סגיי נהור; אדם נמוך עשוי להיות מכונה בפי חבריו 'אריכא'. על האפשרות לפרש בדרך זו את המילים "נכסי דבי בר סיסין" ראו להלן, בהערת שוליים הבאה.

⁷⁹⁰ ראו רשב"ם, בבא בתרא ל ע"א, ד"ה 'כיוון': "דהא פשיטא לן דהאי דאמר ליה נכסי דבי בר סיסין מזבנינא לך הכי קאמר ניכסי שקניתי ממנו ולא נכסי שלא קניתי ממנו אף על פי שנקראין כן. כך נראית השיטה". כן ראו חידושי הריטב"א, שם: "והיינו טעמא דכי א"ל נכסי דבי בר סיסין וכו' אינו נראה אלא על אותם שהיו דבי בר סיסין ואפילו אמר לו קרקע דבי בר סיסין וכו' אינו נותן (אלא) מאותם שהם ידועים שלא היו שלו ואע"ג דמיקרו הכי, ולא אמרינן בהא שמא בעלמא אמרי לך".

הסברי זה אינו שלם, אלא סובל מכמה קשיים. כאמור, אני מניח כי לדעת התלמוד, משמעות השם 'נכסי דבי בר סיסין' היא תיאור מיידע: 'הנכס שהיה של בר סיסין'. אלא שעדיין יש לשאול, מדוע כך הבין זאת התלמוד, ולא הניח כי ניתן להסביר את השם "נכסי דבי בר סיסין" בצורות נוספות:

(א) שם זה אינו מציין שהנכס היה של בר סיסין, אלא מציין עובדה אחרת, למשל, שזהו נכס טוב כנכסיו של בר סיסין, או שפירותיו עסיסיים כאלו של בר סיסין וכדומה. אם התלמוד היה מפרש זאת כך, היה מקום לפסוק כי המוכר יוכל לתת שדה זו לקונה, אף שמעולם לא היתה של בר סיסין.

למען האמת, קושיה זו אינה חזקה, שכן היא אינה משנה את התמונה באופן מהותי. גם לדידה, עדיין מדובר בתיאור מיידע, אלא שכעת הוא מציין עובדה שונה. בעייתיות דומה תתעורר אם יתברר שגם תיאור מיידע זה הוא שקרי (כגון, שהנכס אינו טוב כנכסיו של בר סיסין או שפירותיו אינם עסיסיים כשלו, אף שהוא נודע בשם זה).

(ב) תיאור זה לובש צורה חיצונית של תיאור מיידע, בעוד שלמעשה הוא מתפקד כתיאור שמני רגיל לכל דבר וענין. על פי אפשרות זו, השם "נכסי דבי בר סיסין" אינו מביע טענה עובדתית, אלא משמש כינוי גרידא. אמנם זהו שם ארוך יותר מן הרגיל, אשר בצורתו מזכיר תיאור מיידע, אולם בפועל הוא מתפקד כשם רגיל, ואין בינו לבין מצב העניינים העובדתי ולא כלום (דוגמה לתופעה מעין זו הביא קריפקי, **שמות והכרח**, 53: "אני מניח שכולם שמעו על 'האימפריה הרומית הקדושה', שהיתה לא אימפריה, לא רומית ולא קדושה").

אמנם הדבר אפשרי באופן תיאורטי, וראו ורהפטיג, **דיני הוהים במשפט העברי**, 82. ברם, נראה שמסיבותיו הוא התלמוד הניח שתיאור הבנוי בצורה של תיאור עובדתי אכן משמש כתיאור מיידע ולא כשם עצם פרטי. דרך אגב, לדעת הטור (לעיל, הע"ש 787) הסבר זה בר יישום, אך רק בנסיבות מסוימות.

⁷⁹¹ ברם, מן הסיבות של דבריו הבאים של הרמב"ם נראה כי הוא לא הבחין בין תפקוד המשמעות המקובלת בסוגיה זו לבין תפקודה במסגרת הכללית של פרשנות החוזה: "האומר לחבירו שדה ראובן אני מוכר לך, וכיון שבא הלוקח להשתמש בה אמר לו המוכר אינה זו השדה שהיתה של ראובן אלא כך היא קרויה ולעולם לא היתה לו, אלא זו היא

ה. התמורה שעורך התלמוד הבבלי במעמדה הפרשני של המשמעות המקובלת תובלט עוד יותר על ידי השוואת הסוגיות שדנו בהן לעיל עם מקבילותיהן בתלמוד הירושלמי. באופן עקבי, איננו מוצאים לתבנית הבבלי 'היכי דמי – אילימא דקרו לה הכי... ואלא דקרו ליה הכי...' הד בסוגיות המקבילות בתלמוד הירושלמי. דומה כי הירושלמי ממשיך ומחזיק בתפיסה הפרשנית הלקסיקאלית בדומה לזו המתקיימת במשנה,⁷⁹² ואינו רואה בה דבר שיש לתמוה עליו או לסייגו כעומד בשולי המשמעות המקובלת. הסיבות שניתן להעניק להבדל זה שבין עמדת התלמוד הבבלי לבין עמדת התלמוד הירושלמי עשויות להיות זהות לסיבות להבדל המקביל שבין המשנה לבין התלמוד הבבלי.⁷⁹³

5.6.2. מאפיינים

לאחר שעמדנו על המשקל הפרשני הרב שמייחס התלמוד למשמעות המקובלת, נבקש לאפיין בצורה מדוייקת יותר את הדרך שבה הוא נעזר בה כדי לפרש את החוזה. לכך ישנם שני מאפיינים מרכזיים, אשר במבט ראשון עשויים להיראות נוגדים האחד את רעהו. הראשון מרחיב באופן משמעותי את השימוש הפרשני במשמעות המקובלת בעוד השני מצמצמו במידה ניכרת. אפתח בהצגתם ובניתוחם, ולאחר מכן עציג מודל, אשר עשוי להסבירם בדרך קוהרנטית.

5.6.2.1. אמצעי פרשני ראשון במעלה

התלמוד רואה במשמעות המקובלת אמצעי פרשני ראשון במעלה. מתוך הסוגיות שסקרנו לעיל עולה, כי מקום שבו המשמעות המקובלת יכולה לזרוע אור על הבעיה הפרשנית שלפנינו יש לפנות אליה בראש ובראשונה, עוד קודם שיפנה הדיין לכלים אחרים שיש בידו. מאפיין זה הוא שעומד בבסיס התבנית התלמודית השכיחה: "היכי דמי? אילימא דקרו ל... , פשיטא...! ואלא דקרו ליה... [פשיטא שההפך]!".

על מעמד זה של המשמעות המקובלת עמד הרמב"ם,⁷⁹⁴ אשר לאחר שפרש את מגוון הכלים הפרשניים, סיכם ואמר:

אף במוכר ולוקח אין כל אלו הדברים וכיוצא בהן מעניינים אמורים אלא במקום שאין שם מנהג ולא שמות ידועים לכל דבר ודבר בפני עצמו. אבל במקום שנהגו שהמוכר כך מכר כך

שהיתה של ראובן ולקחתיה ממנו והיא שמכרתיה לך, על המוכר להביא ראיה, ואם לא הביא זוכה הלוקח בזו שכל העם קוראים של ראובן, וכן כל כיוצא בזה הלך אחר השם שהוא פשוט בפי הכלי" (רמב"ם, משנה תורה, מכירה פרק כא, הלכה כא). זאת בשונה מן השולחן ערוך, חושן משפט, סימן ריח, סעיף כה, שהשמיט סיומת זו, ומן הטור, חושן משפט, סוף סימן ריח, שנקט בלשון מינורית עוד יותר. יתכן אפוא, שמכאן נלמד כי לדעת הרמב"ם תפקיד הנהגה הכללי במסגרת פרשנות החוזה אינו חורג מן הממד הראייתי, כאינדיקציה לכוונת הצדדים, כלומר, בהתאם לגישה הקלאסית שתוארה לעיל (ליד ציון הע"ש 705); על כך ראו גם להלן, ליד ציון הע"ש 831.

⁷⁹² על הפער בין התפיסה הלקסיקלית שבמשנה לבין תפיסת המשמעות המקובלת שבתלמוד הבבלי ראו להלן, סעיף 5.10.

⁷⁹³ על כך ראו להלן, ליד ציון הע"ש 969.

⁷⁹⁴ רמב"ם, משנה תורה, מכירה פרק כו, הלכות ז-ח. קביעה מעין זו חוזרת כמה פעמים בדברי הרמב"ם. ראו שם, פרק כז, הלכה יא; שם, פרק כח, הלכה טו. עוד לייחודיות שיטתו ראו לעיל, הע"ש 791, ולהלן, ליד ציון הע"ש 831.

הרי זה מכור וסומכין על המנהג, וכן מקום שאין קורין אלא 'בית' לבית לבדו או שקורין 'בית' לבית וכל סביבותיו ולכל שעל גביו – הולכין אחר לשון אנשי המקום. וכן הדין במוכר חצר או שדה או עיר או מטלטלין – בכל הולכין אחר השמות הערוכות בפי הכל.

וזה עיקר גדול: בכל דברי משא ומתן הולכין אחר לשון בני אדם באותו המקום ואחר המנהג, אבל מקום שאין ידוע בו מנהג ולא שמות מיוחדין, אלא יש קורין כך ויש שקורין כך, עושים כמו שפירשו חכמים בפרקים אלו.⁷⁹⁵

אכן, קביעתו הנזכרת של הרמב"ם, כי פרשנות החוזה תיעשה בראש ובראשונה על פי המשמעות המקובלת, יושמה פעמים רבות בספרות השו"ת הלכה למעשה.⁷⁹⁶ יתירה מכך. מעמד זה שניתן

⁷⁹⁵ אני מתלבט האם דבריו הבאים של רב האי גאון (ספר המקח והממכר, ראשית שער כ), מבטאים תפיסה שונה, לפיה המנהג מכריע מבחינה פרשנית רק בהיעדר פתרון לשוני-לקסיקאלי: "יש דברים הנכנסים במכר ויש דברים שאין נכנסים במכר ונתלמד מן הלשון שאמרו המוכר בשעת מכירה אם אנו רואים אותו לשון שהכל הוא מכור הרי הכל מכור ואם אין אנו יכולים להתלמד מן הלשון הרי אנו חוזרים על מנהג המקומות שהמכר נמכר ועל אותו מנהג של שוקים ואין ללוקח הזה כי אם מה שנהגו לעשות כמדות אלו הדברים שהרי אנו רואים לדברים שיש להם שם שהולכים אחר מנהג הקריאה ונדונו בו כל שכן שראוי שנדינו כמנהג השוקים והתגרי' בענין מכירתם". יתכן שכאן רב האי מתייחס למצב שבו אין כל פתרון לשוני, גם לא מכוח המשמעות המקובלת, אז לפנינו חסר בחוזה שיש להשלימו על פי הנהג (וראו לעיל, ליד ציון הע"ש 683).

⁷⁹⁶ מחקר זה אינו עוסק בניתוח ספרות השו"ת, ולפיכך אין בכונתי להציג טענה גורפת לגבי המצוי בספרות זו. אינני מבקש לטעון כי בכל התשובות העוסקות בפרשנות החוזה הפניה למשמעות המקובלת נעשית בראשונה, אלא רק לטעון כי הדבר נכון לגבי חלק ניכר של התשובות, וזאת בהשראת הסוגיות שניתחנו בפרק זה. אתן לכך כמה דוגמאות על קצה המזלג: א) הרשב"א קבע, כי הנותן או מוכר 'מלבושים' – אין תפילין וציץ בכלל זה, אך קשורי הראש כן נכללים בכך, "שאין הולכין במתנה ומכירה אלא אחר לשון בני אדם" (שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קפג. ראו גם שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן קסא). ב) אדם מכר בהמה שחוטה, והתנה עם הקונה שיקבלה 'אם כשרה ואם טרפה'. לבסוף התברר שהיא נבילה. הריב"ש פסק, כי הקונה חייב לקבלה אף על פי שמבחינה לקסיקאלית והלכתית נבילה אינה טריפה. טעמו, שכן "במקח וממכר, אזלינן בתר לישנא דאינשי: שאין מדקדקין בין נפסלה בשחיטה, או אם נשחטה כראוי ודבר אחר גורם לה ליפסל. ובין לזו, ובין לזו 'טרפה' קרו לה" (שו"ת הריב"ש, סימן תג). ג) המבי"ט דן בשאלה, כיצד לפרש את היקפה של התחייבות 'למכירת בית', והכריע את הדבר על פי המשמעות המקובלת בצפת בת-זמנו (שו"ת מבי"ט, חלק ב, סימן מו). ד) במקום אחר הוא מפרש בדרך דומה תנייה הקובעת שאם האשה תמות בלא 'זרע של קיימא' יחזיר בעלה חצי מנדונייתנה לאמה. השאלה שהתעוררה היתה, האם תינוק שנפטר בתוך חודש לאחר לידתו ייחשב 'זרע של קיימא'? (שו"ת מבי"ט, חלק ב, סימן נה. ראו גם שו"ת מר ואהלות, אה"ע, סימן יב). ה) המהרש"ל פירש את המונח 'מקום בבית הכנסת' (במסגרת מתנה שהעניק חותן לחתנו) על פי המשמעות המקובלת בזמנו (שו"ת מהרש"ל, סימן עד). ו) ר' יעקב רישר השתמש במשמעות המקובלת כדי להכריע את השאלה הפרשנית, האם הקנאת זכות לאפות בתנור בערבי שבתות וימים טובים כוללת גם את הזכות לאפות בו בערב שמחה פרטית, כדוגמת ברית מילה (שו"ת שבות יעקב, חלק ב, סימן קמט). ז) במתודה דומה הוא השתמש כדי להכריע בשאלה הפרשנית, האם תניה האוסרת על אחד הצדדים למכור או למשכן נכס מסויים כוללת גם את האיסור להשכירו (שו"ת שבות יעקב, חלק ג, סימן קנו). ח) היקף המונח 'גלימה' במסגרת מתנה נקבע על פי משמעותו המקובלת (שו"ת תורה לשמה, סימן שכז). ט) חוזה למכירת 'דירה' התפרש ככולל גם את החלקים המשותפים בבניין (גג, חדר מדרגות ומקלט), זאת על פי המשמעות המקובלת והנהג הרווח (פסקי דין – ירושלים, דיני ממונות וביורוי יהדות, כרך ה, עמ' עא. החוק הישראלי מסדיר את העניין בסעי' 55 לחוק המקרקעין, התשכ"ט – 1969). י) חוזה למכירת ספר תורה תמורת \$22,000 התפרש על פי המשמעות המקובלת כמתייחס לתשלום בדולרים אמריקאיים ("ירוקים") ולא כמתייחס לתשלום בשקלים לפי השער היציג של הדולר (פסקי דין – ירושלים, דיני ממונות וביורוי יהדות, כרך ג, עמ' מא).

למשמעות המקובלת כמעט מייתר את שאר כללי פרשנות החוזה שהמשנה והתלמוד הרבו לדון בהם, שהרי הם נדחים מפניה. אכן, על אף שלקסיקון המונחים שקבעו חז"ל הובא על ידי הפוסקים המרכזיים, יש שטענו כי אין צורך לטרוח ולהביאו בספרי הפסיקה המאוחרים יותר, ולכל הפחות לא בצורת השלמה והנרחבת, שכן ממילא המשמעות המקובלת היא שתקבע.⁷⁹⁷

הדבר אינו מובן מאליו. אם אכן המשמעות המקובלת משמשת כלי עזר לחשיפת כוונת הצדדים, אין הצדקה להעניק לה מעמד פרשני כה מרכזי. הלוא ישנם אמצעים פרשניים טובים יותר לחשיפת כוונת הצדדים, הראויים להיות קודמים לה בפירמדת כללי פרשנות החוזה. אלו הם האמצעים המלמדים באופן ישיר על כוונותיהם של הצדדים הספציפיים שלפנינו, כגון נסיבות הכריתה, גובה התמורה, נוהג אינדיבידואלי של הצדדים בחוזה קודמים ועוד. המשמעות המקובלת יעלה עבור חשיפת הכוונה של הצדדים כגורם המשלים אמצעים אלה, אך לא כעומד בראשם.⁷⁹⁸ לשון אחרת: היינו מצפים, כי לאחר השאלה "היכי דמי", שבאה בתגובה לקביעתה הפסקנית של המשנה ("המוכר את הצמד לא מכר את הבקר"), תוצע תשובה המבוססת על פירוש החוזה על פי זהות הצדדים, על פי נסיבות הכריתה, על פי נוהג קודם שהיה בין הצדדים ועוד. התעלמותו מכל אלה מלמדת, לכאורה, על הבכורה שהוא מעניק למשמעות המקובלת.

נגד דברי ניתן לטעון שאינם בדין: לא ניתן ללמוד מסוגיות אלה על העדפה פרשנית מוחלטת של המשמעות המקובלת, אלא רק על העדפתה על פני הלקסיקון שקבעו חז"ל. רוצה לומר: אמנם מסוגיות אלה עולה, כי פירוש החוזה על פי המשמעות המקובלת קודם לפירושו על פי המשמעות הלקסיקאלית שקבעו תנאים ואמוראים, אך לא ניתן להסיק מסוגיות אלה על קדימות המשמעות המקובלת לאמצעים פרשניים אחרים, אשר כלל לא הוזכרו בסוגיות שלפנינו. סוגיות אלה מבודדות שני אמצעים פרשניים – המשמעות המקובלת ולקסיקון המונחים שקבעו חז"ל – ומעמתות אותן זו עם זו, אך אינן משקללות את כל מגוון האמצעים הפרשניים הרלוונטיים.⁷⁹⁹

אין בידי תשובה אחת ויחידה לטענה זו, אולם דומני כי הצטברות של כמה סיבות מחלישה מאד את כוחה:

א. אם באמת כך היה, היינו מצפים למצוא אי אילו עקבות ליחסיות המעמד הפרשני של המשמעות המקובלת. היינו מצפים למצוא סייגים, גלויים או סמויים, להפנייה הגורפת למשמעות המקובלת, כדוגמת התבנית "הכא במאי עסקינן" ודומותיה, שתבהיר כי המשמעות המקובלת אינה אמצעי פרשני אולטימטיבי, אלא אמצעי בעל כוח יחסי המשתלב בתוך מערך אמצעים

⁷⁹⁷ ראו פתחי חושן, כרך ז', דיני הקניינים, פרק יד, ס"ק ה. בהקשר זה מן הראוי לציין את חיבורו של רבי ישראל יעקב אלגאזי, 'מענה לשון, לשון בני אדם' (בתוך ספרו קהלת יעקב, חלק ב), שבו הוא הולך ומגדיר את משמעותם של מאות מלים וביטויים בעלי משמעות הלכתית ומשפטית (בעיקר על בסיס ליקוט מחיבורים הלכתיים שונים). דומני, כי מבחינה מסוימת ניתן לראות חיבור זה כהמשך פיתוח ועדכון של המפעל הלקסיקלי שהחלו בו חכמי המשנה. הרחבת העיון בחיבור זה חורגת מגבולות יריעת המחקר הנוכחי.

⁷⁹⁸ וראו דברינו לעיל, ליד ציון הע"ש 711.

⁷⁹⁹ למתח שבין הלכה לבין הלכה למעשה, בהקשר פרשנות החוזה, ראו לעיל, סעיף 4.9.2.

פרשניים נוספים. בסוגיות הנזכרות אין לכך רמז, ונראה שזו הסיבה שהובילה את הרמב"ם לנסח את דבריו בצורה כה חד-משמעית.⁸⁰⁰

ב. גם אם נקבל את טענת הנגד הגורסת כי בפועל הדין יתמוך בשקלול של אמצעים פרשניים נוספים, לא ניתן להכחיש כי התלמוד בחר להפנות את זרקוריו העיוניים, התיאורטיים, אל המשמעות המקובלת, ואותה לעמת חזיתית עם לקסיקון המונחים של חז"ל. בחירה מתודית זו מלמדת על המעמד המועדף שמקנה התלמוד למשמעות המקובלת.

ג. הקביעה בדבר מעמדה המרכזי של המשמעות המקובלת משתלבת היטב עם התמונה הכללית העולה מתוך מחקר זה, על פיה חז"ל אינם רואים את תכלית פרשנות החוזה בחשיפת הכוונה האקטואלית של הצדדים לחוזה אלא בפירוש החוזה במישור הלשוני. קביעה זו נתמכת, מחד גיסא, במקום הפרשני השולי שמעניקים המשנה והתלמוד לבחינת נסיבות הכריתה, ומאידך גיסא במקום המרכזי המוענק במשנה ללקסיקון המסחרי.

ד. וזאת העיקר, סבורני כי הנגדת מבנה הסוגיות שראינו לעיל עם סוגיה נוספת – סוגיית 'שור ונמצא נגחן'⁸⁰¹ – מבליטה בבירור את העדפת המשמעות המקובלת כאמצעי לפירוש החוזה על פני נסיבות הכריתה. בהמשך אייחד דיון נפרד לסוגיית 'שור ונמצא נגחן', אולם כבר עתה נוכל לומר, כי בסוגיה זו עולה שאלה פרשנית שאינה בגדר הלשון: צדדים שהתקשרו בחוזה למכירת 'שור' האם עשו כן למטרת חרישה או למטרת שחיטה. שאלה זו אינה ניתנת לפתרון לשוני, אלא לפתרון המתייחס במישרין לאומד דעת הצדדים. ואכן, סוגיה זו מפנה את הדין ראשית אל בחינת נסיבות הכריתה, אחר כך אל בחינת הנוהג האינדיבידואלי שהיה בין הצדדים, ורק בסופה מפנה הסוגיה אל הנוהג הרווח באותו מקום. שוני זה בין הסוגיות מבליט את המעמד האולטימטיבי הניתן בסוגיות שראינו לעיל למשמעות המקובלת כאמצעי פרשני לשוני.⁸⁰²

5.6.2.2. הבחנה חדה בין משמעות המקובלת בפי הכל לבין משמעות המקובלת בפי הרוב

מן הדיון התלמודי עולה, כי פניה למשמעות המקובלת תיעשה דווקא אם מדובר במשמעות המקובלת בפי כל. אם היא מקובלת בפי הרוב בלבד, לא בפי הכל, ערכה הפרשני אינו עולה על המשמעות המקובלת בפי המיעוט.⁸⁰³ מאפיין זה עולה מתוך כמה וכמה סוגיות, שבחלקן כבר דנו

⁸⁰⁰ לעיל, ליד ציון הע"ש 794.

⁸⁰¹ בבלי, בבא קמא מו ע"א; בבלי, בבא בתרא צב ע"א; ראו גם ירושלמי, שביעית ה, ח (מהד' זוסמן, 195).

⁸⁰² אמנם יתכן שיש קושי בלמידה מתוך השוואה בין שתי סוגיות שונות, שהרי יתכן כי מדובר בשני עורכים שונים, שאולי גם חלוקים זה על זה בתפיסותיהם הפרשניות. ברם, באופן מתודולוגי עקרוני אני מבכר לקבל את דבריו של חנוך אלבק, ש"לא בכל מקום בולטות הסתירות כל כך עד שאין למצוא מוצא אחר ליישבן אלא על ידי חילוק המקורות. פעמים הרבה אפשר להשלים בין הניגודים בחילוקים דקים, כדי 'לא להרבות מחלוקות'" (חנוך אלבק, **מבוא לתלמודים**, 561. ראו גם שם, 557-575).

⁸⁰³ השוו שו"ת מבי"ט, חלק ב, סימן מו: "נראה כי המנהג שסומכים עליו הוא הערוך וידוע בפי הכל...". ראו גם להלן, ליד ציון הע"ש 831, לשון הרמב"ם בעניין זה. לדיון משפטי מודרני בשאלה זו ראו A. Schwartz & R. E. Scott, 'Contract Theory and the Limits of Contract Law', 13 *Yale L. J.* 541, 570 (2003-2004). לטענתם של שורף וסקוט, קודם שהשוטפ יכריע כיצד לפרש את החוזה עליו להכריע על פי איזו שפה עליו לפרש את החוזה, והדבר מקבל משנה רלוונטיות כאשר באותו מקום ישנן כמה קהילות סמנטיות שבהן קבוצות רוב וקבוצות מיעוט (הדוגמה

לעיל. בהן מופיע הטיעון, כי הלקסיקון שקבעו חז"ל רלוונטי רק במקום שבו אין משמעות המקובלת בפי הכל, כגון כאשר היא מקובלת בפי הרוב באופן זה ובפי המיעוט באופן אחר. הווי אומר, רק משמעות המקובלת בפי הכל גוברת על הלקסיקון שקבעו חז"ל, אך לא משמעות המקובלת בפי הרוב. הדבר אומר דורשני, שכן מנקודת המבט של אומד דעת הצדדים אמור להיות יתרון ברור למשמעות המקובלת בפי הרוב על פני משמעות המקובלת בפי המיעוט. לאחר שאתחקה אחר טיעון זה, המופיע בכמה וכמה סוגיות, אבקש לעיין בו וביסודותיו מבחינה תיאורטית.

א. נפתח בסוגיית "כד וחבית". כאמור, בעקבות דברי רב פפא "היינו כד היינו חבית", שאל התלמוד:⁸⁰⁴

היכי דמי? אילימא באתרא דכדא לא קרו חבית וחבית לא קרו כדא הא לא קרו לה.

ותירץ:

לא צריכא דרובא קרו לה לכדא כדא ולחביתא חביתא, ואיכא נמי דקרו לחביתא כדא ולכדא חביתא. מהו דתימא זיל בתר רובא, קא משמע לן דאין הולכין בממון אחר הרוב.

כלומר, דברי רב פפא⁸⁰⁵ מיוחסים למקום שבו הרוב מציינים כד בשם 'כד' וחבית בשם 'חבית', ואילו המיעוט⁸⁰⁶ משתמשים באופן שונה במונחים אלה. הוה אמינא, כי נלך אחר הרוב, כלומר, המוכר 'חבית' יחוייב לתת חבית (ולא יוכל לטעון כי השם 'חבית' שבחזוה מצייין כד). קא משמע לן התלמוד, בשמו של רב פפא, כי המוכר כן יוכל להסתמך על המשמעות המקובלת בפי המיעוט (המכנים כד בשם 'חבית'). טענת הקונה להסתמכות על המשמעות המקובלת בפי הרוב לא תתקבל, ולפיכך בשם ההגדרה הלקסיקאלית שקבע רב פפא ("היינו כד היינו חבית") יוכל המוכר לתת לו כד.

מאליה כמובן, עולה השאלה, מדוע מועדפת הפרשנות המסתמכת על המיעוט? במה היא עדיפה על המשמעות שמייחסים הרוב למונח 'חבית'? סיעה אחת של ראשונים, וגם יש לומר המרכזית, הסבירה, כי אכן אין זה בדווקא שפרשנות המיעוט היא שתקבע, אלא הכל הולך אחר המוחזק.⁸⁰⁷

שבה הם דנים היא של חוזה שבו אדם מתחייב להעביר רכוש ל"אשתו", כאשר בקרב רוב אנשי אותה קהילה "אשתו" היא מי שנישאה לו באופן חוקי, בעוד שבקרב קבוצות מיעוט "אשתו" היא בת זוגתו לחיים משותפים.

⁸⁰⁴ וראו לעיל, הע"ש 772-777.

⁸⁰⁵ לשאלה כלפי מי מוסבים דברים אלה של התלמוד ראו לעיל, הע"ש 758. למען נוחות הדיון אתייחס מעתה לרב פפא כמושא הדיון התלמודי.

⁸⁰⁶ בחלק מעדי הנוסח התלמוד מצייין קבוצה זו כ"מיעוטא" (ראו לעיל, הע"ש 776). ראו גם רבינו חננאל, בבא קמא כז ע"א; ר"ף, בבא קמא, פרק ג (דף יב ע"א); חידושי הראב"ד, בבא קמא כז ע"א; ראב"ן, בבא קמא סימן ח; חידושי תלמיד הרשב"א, שם; ספר ההשלמה, בבא קמא פרק ג, סימן א; שו"ת הריב"ש, סימן תג; שו"ת עבודת הגרשוני, סימן ג. ברם, נראה שגם לפי הנוסח האחר שבו נאמר "ואיכא נמי", מתוך הקונטקסט ברור שמדובר בקבוצת מיעוט.

⁸⁰⁷ ראו, למשל, תוספות, בבא קמא כז ע"א, ד"ה 'ואיכא נמי' (ראו גם תוספות, בבא קמא כז ע"ב, ד"ה 'קמ"ל'); הגהת אשרי המובאת בפסקי הרא"ש, בבא קמא, פרק ג, סימן א; נימוקי יוסף, בבא קמא, פרק ג (דף יב ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה 'קמ"ל דאין הולכין'; מאירי, בית הבחירה בבא קמא כז ע"א (מהד' שלזינגר, 87); ראב"ן, בבא קמא סימן ח; פירוש ר"י מלוניל, בבא קמא כז ע"א; שו"ת הריב"ש, סימן תג. ראו גם ים שלמה, בבא קמא, פרק ג, סימן א;

טענת המוחזק היא שתתקבל לאו דווקא משום שפרשנותו היא הקובעת אלא משום שהצד שכנגד לא הצליח להרים את נטל הראיה. אם המוכר הוא המוחזק, כגון שבידו הממכר והתמורה (כשכבר שילם הקונה), פרשנותו היא שתיקבע, עד שיוכיח הקונה אחרת. מגן ניתן בידו של המוכר, לא חרב. כן הוא גם לאידך גיסא: אם המוכר כבר נתן לקונה חבית, וכעת הקונה מחזיק הן בחבית הן בתמורתה, לא תישמע טענת המוכר כי יש לפרש את החוזה כמתייחס לכד.⁸⁰⁸

הקושי בהסבר זה טמון באילוץ שהוא מטיל על הסוגיה. על פי הסבר זה, מסקנת הסוגיה כי המוכר רשאי לתת לקונה את הכד רלוונטית רק כאשר בידי המוכר מצויים הן הממכר והן תמורתו. אם הקונה עדיין מחזיק בכסף, ועל אחת כמה וכמה אם הקונה מחזיק הן בכסף הן בחבית, ידו תהיה על העליונה. אוקימתא זו אינה עולה במפורש, ולעניות דעתי גם לא במשתמע, מתוך דברי התלמוד.

מדברי ראשונים אחרים נראה, כי לעולם תתקבל פרשנותו של המוכר, ובלא תלות בשאלת נטלי הראיות.⁸⁰⁹ הטעם לכך אינו ברור כל צרכו.⁸¹⁰

תהא אשר תהא ההצדקה לאימוץ הפרשנות המקובלת בפי המיעוט, הצד השווה שבהסברים אלה הוא שהמשמעות המקובלת בפי הרוב איבדה את כוחה. אין עדיפות מיוחדת למשמעות המקובלת בפי הרוב. הדבר שונה ממשמעות המקובלת בפי הכל, אשר כפי שראינו לעיל היא האמצעי הפרשני האולטימטיבי. בהמשך דברינו נחזור ונעיין בכלל שבו חתמה הסוגיה: "אין הולכין בממון אחר הרוב", בהשפעתו על כללי הפרשנות, ובזיקתו למחלוקתם המפורסמת של רב ושמואל.⁸¹¹

ב. סבורני כי בסוגיית 'בית ובירה', שאף בראשיתה דנו כבר לעיל, נוכל למצוא אישור נוסף למסקנה שעלתה מסוגיית 'כד וחבית'. מבנה סוגייה זו דומה למבנה סוגיית 'כד וחבית' (בשינויים המתחייבים כמובן), והדעת נותנת שעריכתך נעשתה תוך מודעות של זו לעריכתה של זו.⁸¹² עם זאת, ישנו הבדל קל אך משמעותי בין הסוגיות. כאמור,⁸¹³ רב נחמן קבע:

שו"ת מהרלב"ח, סימן צ; שו"ת מלבושי יום טוב (ליפמן), חלק א, חושן משפט, סימן ה. עוד ראו חידושי הרש"ש, בבא קמא כז ע"א.

⁸⁰⁸ אם המוכר מחזיק בממכר והקונה מחזיק בתמורה, כגון שעשו קניין סודר, יכול המוכר לטעון כי לא ייתן לו אלא כד, אך גם הקונה יכול לטעון כי לא ייתן לו הדמים אלא אם יקבל לידי חבית. המשמעות המעשית היא, כי במקרה זה לא ניתן יהיה לאכוף את החוזה.

⁸⁰⁹ כך למשל, רש"י, בבא קמא כז ע"א, ד"ה 'למקח וממכר': "שביד המוכר לתת לו איזה שירצה". ראו גם חידושי הראב"ד, בבא קמא כז ע"א, ד"ה 'המניח את הכד'; יד דוד, בבא קמא, כז ע"א, ד"ה 'תוספות ד"ה ואיכא נמי'. וראו שו"ת מהרלב"ח, סימן צ, ד"ה 'ולשואל שישאל', אשר מעלה אפשרות כי רש"י אינו חולק על תוספות. ראו גם Haut,

Kad and Havit, 90, n. 16; ורהפטיג, **דיני חוזים במשפט העברי**, 80.

⁸¹⁰ יתכן שההסבר לכך נעוץ בכלל "הלך אחר פחות שבלשונות", החל כאשר אין פתרון לשוני לבעיה הנידונה ("היינו כד היינו חבית") ולפיכך זכאי הקונה לקבל כד בלבד. על הקשר בין דין 'פחות שבלשונות' לסוגייתנו, ראו שו"ת מלבושי יום טוב, הנ"ל בהע"ש 807. לפי זה, אין מדובר בכלל פרשני, אלא בכלל הכרעה בספיקות. על כך ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1062 ואילך.

⁸¹¹ על כך ראו להלן, סעיף 5.7.3. לדיון נוסף ראו שו"ת ר' אליהו מזרחי, סימן טז; שו"ת אמרי שפר (קלצקין), סימן ל.

ראו Lifshitz, *Kad and Havit*, 144.

⁸¹³ ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 760.

המוכר בית לחבירו בבירה גדולה, אף על פי שמצר לו מצרים החיצוניים מצרים הרחב לו.
 כלומר, המוכר "בית" לא מכר את הבירה. על כך תמה התלמוד, שהלוא הדבר צריך להיקבע על פי המשמעות המקובלת של השם "בית", ותירץ:

לא צריכא, דרובא קרו ליה לבית בית, לבירה בירה, ואיכא נמי דלכירה קרו ליה בית. מהו דתימא כוליה זבין ליה, קא משמע לן, מדהוה ליה למכתב ולא שיירית בזבני אלן כלום ולא כתב, שמע מינה שירי שיר.

על פי ההוה אמינא של הסוגיה, יש להעדיף את פרשנות המיעוט, המציינים במילה 'בית' אף את הבירה. מאליו ברור שההצדקה להעדפת פרשנות המיעוט היא העובדה שהמוכר סימן את גבולות הבית והבירה יחדיו ('מצרים הרחב לו'), עובדה התומכת בכך שיש לפרש את השם 'בית' במובנו הרחב, ובשונה מן המשמעות המקובלת בפי הרוב.⁸¹⁴ המעניין הוא, כי אף כשהתלמוד דוחה את ההוה אמינא, ומאמץ את הפרשנות החלופית, הוא אינו עושה כן בנימוק שזוהי המשמעות המקובלת בפי הרוב, אלא בנימוק שונה: היה על הקונה לציין במפורש כי הממכר עובר לידיו בשלימות – הבית והבירה יחדיו – ומשלא עשה כן אין לייחס משמעות לסימון המצרים החיצוניים.⁸¹⁵ על פי הסוגיה, טיעון הנגד לסימון המצרים החיצוניים אינו המשמעות המקובלת בפי הרוב אלא החסר הקיים בדברי הקונה אשר פועל לרעתו.⁸¹⁶ לעניות דעתי, הדבר מלמד כי בעיני בעל הסוגיה, אין כל משקל מיוחד למשמעות המקובלת בפי הרוב. ברי לתלמוד, כי אם מדובר היה במשמעות המקובלת בפי הכל (שיבית' הנו בית לבדו) די היה בכך כדי לגבור מבחינה פרשנית על סימון המצרים החיצוניים. אך אם מדובר במשמעות המקובלת בפי הרוב אין הדבר מעלה או מוריד. ובלשון אחרת: מן השלב שבו עברה הסוגיה לדון בסיטואציה שבה אין משמעות המקובלת בפי הכל, היא פסקה מלייחס משקל פרשני למשמעות המקובלת.

את מסקנה שהעלתי לעיל יש לסייג כי היא נכונה לאור המצטייר מחלק מעדי הנוסח כי כאן מדובר ביחסי רוב ומיעוט ("דרובא קרו ליה... ואיכא נמי...").⁸¹⁷ ברם, מעדי נוסח אחרים נראה ששתי המשמעויות המקובלות הן בעלות היקף זהה באופן יחסי.⁸¹⁸ לפי זה, סוגיית 'בית ובירה'

⁸¹⁴ וכך הסביר בחידושי הריטב"א, בבא בתרא סא ע"ב, ד"ה 'גירסת רוב הספרים': "הכא אפילו אחר המיעוט הוה סלקא דעתך דאזלינן, כי המצרים החיצוניים שתפס הוכיח לנו שזה האיש מן המיעוט כיון דהיה יכול לממצר במצרי גואי".

⁸¹⁵ אם אכן החסר בדברי הקונה ניטרל את משקל סימון המצרים החיצוניים, מדוע אפוא מתקבלת הפרשנות המצמצמת (בית לבדו) ולא הפרשנות המרחיבה (בית ובירה)? נראה שכאן יש להיעזר באחד מן הפתרונות שהצענו לעיל, ליד ציון הע"ש 807, ולהלן, ליד ציון הע"ש 827. לחלופין, יתכן שהחסר בדברי הקונה מלמד במישרין על כוונתו התואמת את הפרשנות המצמצמת.

⁸¹⁶ ראו חידושי הריטב"א, בבא בתרא סא ע"ב, ד"ה 'היכי דמי'.

⁸¹⁷ כך בכ"י המבורג, בכ"י מינכן ובכ"י פריז, וכן מופיע בדפוס פיזרו ובדפוס ווילנא שלפנינו. ראו גם נוסחאות הראשונים, המובאות בהערות השוליים הבאה.

⁸¹⁸ בכת"י פירנצה, בכ"י אסקוריל ובכת"י אוקספורד במקום 'דרובא' נכתב 'דאיכא', וכן בדפוס לובלין של"ו (ע"פ דק"ס). ובכת"י וטיקן: "אלא לא צריכא דקרו לבית...". כן עולה מגרסת הרשב"ם, בבא בתרא סא ע"ב, ד"ה 'דאיכא דקרו'. ואף הרש"ל הגיה ומחק את המילה 'דרובא'. מנגד, גרסת ראשונים אחרים מחזקת את הנוסח שלפנינו. ראו רי"ף, בבא בתרא פרק ד (דף לג ע"ב); פסקי הרא"ש, בבא בתרא, פרק ד, סימן ב. נוסח חד-משמעי ברוח זו מצוי

אינה דנה ביחסי רוב ומיעוט בתוך המשמעות המקובלת, ולפיכך אינה עומדת במישור זהה עם סוגיית 'כד וחבית'.⁸¹⁹ תומכת בכך העובדה שסוגיה זו אינה מאזכרת את הכלל "אין הולכין בממוך אחר הרוב" ואת מחלוקת רב ושמואל הקשורה בו.⁸²⁰

ג. סוגיה אחרת בתלמוד (סוגיית 'צמד ובקר') משיקה לנושא שבו אנו עוסקים, אולם אין זה ברור האם היא אכן מתייחסת ליחסי רוב ומיעוט. הדבר תלוי בקביעת הנוסח המדויק של הסוגיה. לעיל עמדנו על חלקה הראשון של סוגייה זו,⁸²¹ כעת נעיין בחלקה השני. כזכור, המשנה קבעה: "המוכר את הצמד לא מכר את הבקר", ועל כך תמה התלמוד "היכי דמי?". לאחר שבייר את צדדי ספקו הוא ענה:

לא צריכא, באתרא דקרו ליה לצימדא וצמדא לבקר בקר, ואיכא נמי דקרו לבקר צימדא; ר' יהודה סבר הדמים מודיעין, ורבנן סברי אין הדמים ראייה.

לדעת ר' יהודה, כאשר מקובלות שתי משמעויות שונות למילה 'צמד' גובה התמורה הוא שיכריע את פרשנות החוזה ("הדמים מודיעין").⁸²² ואילו לדעת חכמים הדמים אינם ראייה, ולפיכך הקונה יקבל צמד לבדו.

מדוע חכמים סבורים כי יש להעדיף את המשמעות המקובלת בפי אחת הקבוצות ("דקרו ליה לצימדא צימדא ולבקר בקר") ולא את זו שבפי הקבוצה האחרת ("דקרו לבקר צימדא")?⁸²³ כדי להתיר שאלה זו יש ליתן את הדעת על יחסי הכוחות שבין שתי הקבוצות שבאותה קהילה.

בחינושי הרמב"ן, בבא בתרא סא ע"ב, ד"ה 'לא צריכא': "לא צריכא, דרובא קרו... ומיעוטא קרו...". ראו גם חידושי הריטב"א שכתב: "גירסת רוב הספרים, והיא גירסת רבינו שמואל, לא צריכא דרובא קרו... ואיכא מיעוטא דקרו...". הריטב"א אף הוסיף: "ישתי הגירסאות עולות לטעם אחד".

⁸¹⁹ סוגיה זו ממשיכה ודנה בדבריו המקבילים של רב נחמן: "המוכר שדה לחבירו בבקעה גדולה, אף על פי שמצר לו מצרים החיצונים – מצרים הרחיב לו", ומשאה ומתנה נכפל ומובא כאן בשנית. אף כאן נחלקו הגרסאות האם מוזכרים יחסי רוב ומיעוט. בחלק מעדי הנוסח מופיע: "לא צריכא, דאיכא דלשדה קרו ליה שדה, ולבקעה - בקעה, ואיכא נמי דלבקעה קרו לה שדה..." (כ"י פירנצה, כ"י אסקוריל, כ"י אוקספורד וכן בדפוס ווילנא שלפנינו). אך בעדי נוסח אחרים מופיע: "דרובא קרו לה לשדה שדה" (כ"י מינכן, כ"י המבורג, וכן בדפוס פיזרו). וכן בחידושי הרשב"א, בבא בתרא סא ע"ב, ד"ה 'לא צריכא'; חידושי הר"ן, בבא בתרא סא ע"ב, ד"ה 'לא צריכא'. ובכת"י וטיקן ובכ"י פריז נכתב: "לא צריכא דקרו לשדה שדה".

⁸²⁰ וראו להלן, הע"ש 825.

⁸²¹ ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 754.

⁸²² לדיון בגישת ר' יהודה ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 233.

⁸²³ אין זה מחוור לגמרי, האם מדובר בשתי קבוצות המשתמשות כל אחת במשמעות אחרת של המונח 'צמד', או שמא בשתי משמעויות המתקיימות במקביל באותה קבוצה חברתית. על פי רוב עדי הנוסח, מדובר בנוהג המפוצל בין שתי קבוצות שונות בחברה, שכל אחת משתמשת באופן שונה במונח 'צמד'; "ואיכא נמי דקרו...". אך על פי גרסת הרי"ף יתכן שמדובר בנוהג שבו החברה כולה משתמשת בצורה דו-משמעית: "לא צריכא דקרו ליה לצמד צמד ולבקר בקר וקרו ליה לצמד נמי בקר" (וראו שם, הגהות מא"י, ס"ק א, שביקש לתקן גרסת הרי"ף כגרסתנו). והסביר בחידושי הרמב"ן, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'לא צריכא': "פירוש, כולן קורין כן לפעמים... והכא ליכא רובא ולא מיעוטא". יתכן שגרסת כת"י המבורג דומה לגרסת הרי"ף (ראו דק"ס לגבי הגהתה), וכן גרסת המקח והממכר, שער כ, הדרך העשירי. ראו גם הנוסח המובא בעליות דרבינו יונה, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'לא צריכא'.

על פי חלק מעדי הנוסח (וכן בנוסח הדפוס), בסוגיה שלפנינו לא נזכרו רוב ומיעוט, אלא נידונו יחסיהן של שתי משמעויות מקובלות שכוחן באוכלוסיה אינו ידוע.⁸²⁴ לכך מצטרף הטיעון שסוגיית 'צמד ובקר' לא איזכרה את הכלל "אין הולכין בממון אחר הרוב" ואת מחלוקתם המפורסם של רב ושמואל בנושא.⁸²⁵ אם אכן מדובר בשתי קבוצות שוות בגודלן (באופן יחסי), אין למצוא העדפה מהותית באחת ולא ברעותה. לפיכך יש מקום להסבר, כי הכרעת חכמים מבוססת על פנייה ללקסיקון שקבעו חז"ל במשנה. רוצה לומר, כי כאשר בקהילה ישנן כמה משמעויות מקובלות תכריע ההגדרה שקבעו חז"ל בלקסיקון שבמשנה; המשמעות המקובלת תדחה את המשמעות הלקסיקאלית רק כאשר היא מקובלת בפי הכל.⁸²⁶ על פי הסברים חלופיים, הכרעת חכמים נובעת מכך שהמוכר הוא המוחזק ולפיכך על הקונה מוטלת הראיה,⁸²⁷ או שהיא נובעת מכוח הכלל "הלך אחר פחות שבלשונות".⁸²⁸

דרך אגב, ההבדל בין הסברים אלה משקף מחלוקת לגבי מעמדו של הלקסיקון שקבעו חכמים לאחר שנקבע כי המשמעות המקובלת גוברת עליו. על פי ההסבר הראשון, המשמעות המקובלת עדיפה על המשמעות הלקסיקלית, אך לא מבטלת אותה לחלוטין. כאשר המשמעות המקובלת אינה מספקת פתרון נאות יש לפרש את החוזה על פי המשמעות הלקסיקלית. על פי ההסבר השני

⁸²⁴ בעדי נוסח רבים לא נזכר קיומו של רוב: "באתרא דקרו ליה... ואיכא נמי דקרו...". כך עולה מכת"י אוקספורד, כת"י המבורג, כ"י פריז, כ"י וטיקן, כ"י המבורג, כ"י אסקוריל, וכן בדפוס וילנא ופיזרו. נוסח זה נתמך על ידי ספר המקח והממכר, שער כ, הדרך העשירי; רשב"ם, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'היג לא צריכא'; רי"ף, בבא בתרא, פרק ה (דף לט ע"ב); חידושי הרמב"ן, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'לא צריכא'; נימוקי יוסף, בבא בתרא פרק ה (דף לט ע"ב), ד"ה 'לא צריכא'; פסקי הרא"ש, בבא בתרא, פרק ה, סימן ז. וראו להלן, הע"ש 829. וכך למשל, הסביר נימוקי יוסף: "דאיכא מקצת דקרו להו בחד שמא, ואיכא מקצת דקרו לצמד צמד ולבקר בקר". אמנם, בכת"י מינכן נכתב: "לא צריכא, דרובא קרו ליה...", וכן גרסו היד רמה, בבא בתרא, פרק ה, סימן לד; חידושי הריטב"א, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'לא צריכא' (אך גם מגרסאות אלה של הראשונים לא משמע כאבן האזל. ראו להלן, ליד ציון הע"ש 836). עוד לסקירת הגרסאות השונות ראו עליות דרבינו יונה, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'לא צריכא'; תוספות בבא בתרא צב ע"א,

ד"ה 'וליחזי'; תוספות בבא קמא מו ע"א, ד"ה 'וניחזי'. ראו גם Lifshitz, *Kad and Havit*, 145.

⁸²⁵ ראו גם לעיל, ליד ציון הע"ש 802.

⁸²⁶ יתכן שזו כוונת הרמב"ן והר"ן שכתבו: "מדתנן לא מכר מילתא פסיקא תנן שאפילו דמים ביד לוקח ומכר לו בקנין או באגב נותן לו צמד וכופין אותו ליתן מאתים, ולא מהניא הכא חזקה דממונא דכל היכא דתנן לא מכר דינא פסיקא קתני בהו בכולה מתניתין" (חידושי הרמב"ן, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'לא צריכא'; ובסגנון דומה בחידושי הר"ן, שם, ד"ה 'ורבנן סברי').

⁸²⁷ כך, למשל, לדעת הרשב"ם (ד"ה 'ורבנן סברי'): "ולא מכר את הבקר דיד לוקח על התחונה דאוקי ממונא בחזקת מריה ולא אמרינן הדמים מודיעין". ראו גם יד רמה, הנ"ל בהע"ש 836. בשונה ממנו טוען הרמב"ן, כי המוכר רשאי לתת צמד לבדו אף אם גם הקונה מוחזק (בתמורה), כלומר שזו אינה הכרעה על בסיס נטלי הראיות (חידושי הרמב"ן, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'לא צריכא'). כמותו נפסק בטור, חושן משפט, סימן רכ.

⁸²⁸ ראו חזון יחזקאל, בבא בתרא, פרק ד, הלכה א, חידושים, ד"ה 'מכר את הצמד'. להסבר אחר ראו פסקי דין ירושלים – דיני ממונות וביורורי יהדות, חלק ג, עמ' מא: "במכירת צמד ובקר, מכיון שכולם קורין לצמד 'צמד', ואלא שיש אשר באומרים 'צמד' כוונתם גם לבקר, וגם הם אילו היו רוצים למכור רק צמד היו אומרים 'צמד', יוצא על כן שהמהות של 'צמד' הוא צמד לבדו, ולכן קיימא לן שמכר את הצמד לא מכר את הבקר, ואפילו שהמעות עדיין ביד הלוקח מוציאין ממנו ונותנים למוכר". טענה זו, ש"המהות של צמד הוא צמד לבדו" אינה מחוורת כל צרכה, ואין זה ברור מה עניין 'מהות' לכאן.

נראה, כי המשמעות המקובלת ייתרה לגמרי את המשמעות הלקסיקאלית, וגם כאשר המשמעות המקובלת אינה ניתנת להגדרה ברורה לא נעשה שימוש בהגדרה הלקסיקלית שבמשנה.

בין כך ובין כך, אם נקבל שבסוגיה זו אין מדובר ביחסי רוב ומיעוט הרי שאין אפשרות ללמוד מכאן על מעמדה של משמעות המקובלת בפי הרוב.

ד. ברם, יש שטענו לגבי סוגיית צמד ובקר כי הנוסח שונה, וכי אלה המכנים צמד במילה 'צמד' ובקר במילה 'בקר' הם הרוב.⁸²⁹ לפי נוסח זה ניתן לטעון, כי הכרעת חכמים שהמוכר את הצמד ייתן לקונה צמד לבדו נובעת מן העקרון של הכרעה על פי המשמעות המקובלת בפי הרוב.⁸³⁰ זוהי טענתו של בעל אבן האזל, כי סוגיה זו היא המקור לפסיקת הרמב"ם:

במקום שיש מנהג הלך אחר המנהג ואחר לשון רוב אנשי המקום הידועים להן.⁸³¹

פסיקה זו אינה עולה לכאורה בקנה אחד עם מסקנת סוגיית 'כד וחבית', ומקורה של פסיקה זו, לדעת אבן האזל, בסוגיית 'צמד ובקר'.⁸³² מדבריו עולה, כי חרף מחלוקת האמוראים רב ושמואל בשאלה הכללית האם הולכים בממון אחר הרוב,⁸³³ מסוגיית 'צמד ובקר' יש ללמוד שהכל מסכימים שבענייני פרשנות הולכים אחר לשון הרוב.⁸³⁴

⁸²⁹ טיעון זה נתמך על ידי הגרסה המופיעה בכ"י מינכן: "לא צריכי רוב דקרו ליה לצימד צימד' ולבקר בקר ואיכ' דקרו ליה נמי לבקר צימד'". נראה שהוא נשלל על ידי הגרסה המופיעה בכ"י פריז, בכ"י אוקספורד ובכ"י אסקוריל: "לא צריכא דאיכא דקרו [ליה] ... [ואיכא נמי] דקרו" (בכמה שינויים קלים ביניהם), שכן לפיה נראה שמדובר בשתי קבוצות בעלות גודל זהה. יש להתלבט האם מן הגרסאות המופיעות בכ"י המבורג: "לא צריכא דקרו... ואיכא דקרו ליה..." ובכ"י וטיקו, דפוס פיזרו ודפוס וילנא: "לא צריכא באתרא דקרו... ואיכא דקרו...", ניתן ללמוד שמדובר בקבוצת רוב מול קבוצת מיעוט. ובחידושי הרמב"ן, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'לא צריכא' כתב: "והכא ליכא רובא ולא מיעוטא". וראו לעיל, הע"ש 824.

⁸³⁰ ולפי זה התלמוד מפרש את המשנה כקובעת כלל של הליכה אחר המשמעות המקובלת בפי הרוב, אף אם הדמים מודיעין ההיפך.

⁸³¹ רמב"ם, משנה תורה, מכירה פרק כח, הלכה טו. ראו גם לשונו שם, פרק כז, הלכה ב: "...מכר את הבקר לא מכר את הצמד, ואפילו במקום שקורין **מקצת** לצמד בקר", ודברי מגיד משנה, שם. אין זה ברור האם דבריו אלה סותרים את דבריו במקומות אחרים בחיבורו, בהם ישנה הדגשה של לשון הכל. ראו שם, פרק כז, הלכה יא: "אל ילוז מענין העיקר הגדול בדברים אלו שהוא מנהג המדינה והשמות הידועים ביחוד לכל דבר ודבר, ובמקום שאין מנהג ולא שם **שהכל** אומרים לו ביחוד ולא שיתוף הולכין אחר אלו הכללות שביארו חכמים כמו שביארנו". וכן ראו שם, פרק כו, הלכות ז-ח: "...בכל הולכין אחר השמות הערוכות בפי **הכל**. וזה עיקר גדול בכל דברי משא ומתן הולכין אחר לשון בני אדם באותו המקום ואחר המנהג, אבל מקום שאין ידוע בו מנהג ולא שמות מיוחדין אלא יש קורין כך ויש שקורין כך עושים כמו שפירשו חכמים בפרקים אלו". עוד לגבי שיטת הרמב"ם ראו להלן, הע"ש 832.

⁸³² אבן האזל, מכירה, פרק כח, הלכה טו: "דמהך סוגיא דצמד ובקר מוכח דבענין הלשון לכולי עלמא אזלין בתר רובא, דהרוב קובע הלשון לכל העולם, דהכל יודעים ואפילו המיעוט איך שהרוב קוראים... והשמיטו הסוגיא דכדא וחביתא דהך סוגיא דהיא בדוכתא בדיני מכירה עדיפא, כידוע דרך הראשונים בדרכי ההלכה". ראו גם שו"ת הליכות אליהו, חו"מ, סימן כה, בהערה; Lifshitz, *Kad and Havit*, 145.

⁸³³ על כך ראו להלן, סעיף 5.7.3.

⁸³⁴ תפיסה עקרונית מעין זו של אבן האזל עולה גם מתוך שאלתו של הברכת שמואל, בבא בתרא סימן נט, ס"ק ב: "הנה גבי צמד ובקר קשה לי הא הוי ספק בלשון ואם כן מאי שנא מספק מעכשיו ולאחר לי יום דלא אזלין בתר כל אחד ואחד, ואם כן הרוב יהיה עושה את הלשון ללשון, ואם כן אם אומר להיפוך יהיה דברים שבלב, כמו דחזיין

אולם כפי שטענו לעיל, הן הנוסח הן ההקשר אינם תומכים בהסברו של אבן האזל, כי בסוגייתנו נקבע כלל ההליכה אחר המשמעות המקובלת בפי הרוב. יתירה מכך, נראה שעל פי הסברו של אבן האזל העיקר חסר מן הספר, שכן חכמים מציינים במפורש את התנגדותם לכלל הפרשנות של ר' יהודה ואומרים שאין הדמים ראייה, אך הם אינם מצהירים על כלל הפרשנות המתחדש לדעתם בסוגיה זו, על פיו יש לפרש את החוזה בהתאם ללשון הרוב. הדבר אינו מהווה קושי עבור ההסבר הראשון אותו הצגתי, שכן לדידו חכמים אינם קובעים כאן כלל פרשני חדש, אלא משנכשלה הפניה למשמעות המקובלת הם שבים אל ההגדרה הלקסיקאלית שקבעו חז"ל במשנה.

יש אפוא יסוד להניח, כי סוגיית 'צמד ובקר' מתייחסת למקום שבו ישנם שני שימושים רווחים לשם 'צמד', שהם בעלי היקף זהה באופן יחסי.⁸³⁵ לאמיתו של דבר, גם אלו מבין הראשונים שגרסו כי המציינים בשם 'צמד' את הצמד לבדו הם הרוב, הסבירו שמשמעות זו מאומצת מטעם שונה ולא מטעם שהם הרוב.⁸³⁶ אם כן, ככל הנראה סוגיית צמד ובקר מטפלת במשמעות מקובלת שאינה חד-משמעית – אם משום דו-משמעויותה, אם משום פיצולה בין קבוצות שונות בחברה – אך ללא שיש בה יחסים ברורים של רוב ומיעוט.

5.6.2.3. מודעות הצדדים למשמעות המקובלת

האם פרשנות החוזה על פי המשמעות המקובלת תלויה בכך שהצדדים אכן מודעים לה? האם ניתן לפרש חוזה למכירת צמד על פי המשמעות המקובלת באותו מקום, אם יוכח שאחד הצדדים לא היה מודע למשמעות מקובלת זו?

בכוחה של שאלה זו להשפיע באופן מהותי על הבנת אופן תפקודה של המשמעות המקובלת.⁸³⁷ אם ההנחה היא שהמשמעות המקובלת משמשת כאינדיקציה לכוונת הצדדים ומסייעת בחשיפתם, אין טעם להסתמך עליה שעה שהוכח כי הצדדים (או אחד מהם) לא היו מודעים לה, כל שכן אם

במסכת קידשין דף ו' דהאומר חרופתי מקודשת שכן ביהודא קורין לארוסה חרופה, ופריך ויהודא רובא דעלמא, הרי דמהני הרוב לעשות לשון". גם בתשובתו, המעורפלת משהו, הוא אינו סוטה מתפיסה זו. דברים ברורים ברוח זו – מתן מעמד פרשני דומיננטי למשמעות המקובלת בפי הרוב – מצויים בדברי הרב יחזקאל אברמסקי: "בענייני מקח וממכר שהם בינו לחברו דינין מה היא דעת בני אדם במשמעות הלשון, כתב הרמב"ם בהלכות מכירה (סוף פרק כח): 'וכל הדברים האלו במקום שאין שם מנהג כמו שבארנו. אבל מקום שיש מנהג הלך אחר המנהג ואחר לשון רוב אנשי המקום הידועים להם'. דמשמעות הלשון של דברי בני אדם במשאל ומתנם נקבעת בכל אתר ואתר על פי רוב האנשים הידועים להם שהם אנשי המקום, דזה ברור שכל הבא למכור או לקנות, ודאי אדעתא דמשמעות הלשון הנהוג פה בעיר שהוא לשון רוב אנשי המקום הידועים להם נחית במקחו וממכרו" (חזון יחזקאל, נדרים ג, ב, חידושים, ד"ה 'והיינו', ובדומה מופיע בחזון יחזקאל, בבא בתרא ד, ו). ראו להלן, הע"ש 1015, לגבי ההקשר המלא של דבריו.

⁸³⁵ אכן, לדעת פוסקים רבים, הרמב"ם אינו חולק על הכלל העולה מסוגיית 'כד וחבית', ואף לדעתו משמעות מקובלת צריכה להיות זו המקובלת בפי הכל. לדבריהם, יש לייחס את דברי הרמב"ם הנ"ל (ליד ציון הע"ש 831) למקום שבו המיעוט זניח באופן חריג ולמעשה נחשב כמי שאינו. ראו ים של שלמה, בבא קמא, פרק ג, סימן א (מיעוט דמיעוט); שו"ת מלבושי יום טוב (ליפמן), חלק א, חושן משפט, סימן ו (מיעוט מהגרים שאינם מאנשי המקום הוותיקים); נחל יצחק, חלק א, סימן סא, סעיף ב, ענף ד, ד"ה 'והנראה לי בזה' (מיעוט משוער שקיומו אינו ידוע בוודאות). ראו גם חזון יחזקאל, בבא בתרא ד, ו, חידושים.

⁸³⁶ ראו יד רמה, בבא בתרא, פרק ה, סימן לד; חידושי הריטב"א, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'לא צריכא'.

⁸³⁷ על כך ראו גם לעיל, ליד ציוני הע"ש 469, 713, 723.

לא יכולים היו להיות מודעים לה. מנגד, אם למשמעות המקובלת ערך לשוני עצמאי (כפי שאטען להלן), יתכן וניתן יהיה להסתמך עליה אף כשהצדדים אינם מודעים לה.⁸³⁸

יגעתו ולא מצאתי במקורות התלמודיים התייחסויות משמעותיות לשאלה זו.⁸³⁹ אולם פרשני ימי הביניים נתנו דעתם על כך, בעיקר בהקשר סוגיית 'לא מכר לו אלא שמא'.⁸⁴⁰ כאמור, סוגיה זו דנה באדם המוכר נכס מסוים שלו שם ידוע, וקיים פער בין המשמעות הרווחת של אותו שם לבין משמעותו המילולית (נקרא 'פרדס' אף שאין בו רימונים, 'כרם' אף שאין בו גפנים וכדומה). על פי התלמוד, הקונה יקבל את הנכס על פי המשמעות המקובלת של שמו, אף אם אינה תואמת את המשמעות המילולית. הפוסקים דנו בשאלה, מה יהיה הדין אם יוכח שהקונה לא היה מודע למשמעות מקובלת זו, למשל שלא ידע ששדה זו נקראת 'כרם' או 'פרדס' (אף שאין בה רימונים או גפנים)?⁸⁴¹

מתוך דברי התלמוד עצמו קשה להסיק עמדה ברורה בענין.⁸⁴² אולם נראה שהראשונים גיבשו דעה מוצקה יותר בנושא. מדברי תוספות, למשל, נראה שהמשמעות המקובלת תהיה רלוונטית רק כאשר הצדדים מודעים לה:

וכגון שהלוקח יודע שיש לו קרקע שקרוי בית כור, דאם לא כן הרי הטעהו, ואפילו אם רואה שבשעת מכירה שאין שם בית כור יכול לומר סבור הייתי שהיית משלים לי בית כור.⁸⁴³

⁸³⁸ בדומה לאופן שבו הגישה התכליתית מפעילה את המשמעות המקובלת, אף כשהצדדים לא היו מודעים לה. ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 723.

⁸³⁹ בהסתייגות המתבקשת, כי "לא ראיתי" אינה ראייה.

⁸⁴⁰ בבלי, בבא מציעא קד ע"א; בבלי, בבא בתרא ז ע"א. וראו לעיל, ליד ציון הע"ש 742.

⁸⁴¹ בשולי הדברים אציין, כי אין זה מפתיע שדווקא לגבי מקרה זה התרכזו דיוני הראשונים בנושא. כשיש משמעות מקובלת לשם עצם כללי (בית, ספינה, תנור וכדומה) יהיה זה נדיר שאחד הצדדים אינו מודע למשמעות המקובלת. לעומת זאת, כאשר המשמעות המקובלת היא של שם עצם פרטי (שדה פלוגית) יתכן גם יתכן שהקונה אינו מודע למשמעות המקובלת שהוענקה לאותו נכס.

⁸⁴² בין עדי הנוסח אין הסכמה בשאלה, האם נוסח הסוגיה הוא 'והוא דמתקרי' או 'והוא דקרו', כלומר האם בלשון סביל (והוא שנקרא כרם) או בלשון פעיל (והוא שקוראים אותו כרם). בנוסח הנדפס (דפוסי ווילנא ופיזרו), וברוב עדי הנוסח שבכתבי היד נאמר למשל: "והוא דמתקרי כרמא". מאידך גיסא, במיעוט עדי הנוסח נאמר: "והוא דקרו לה כרמא" (ובעניין זה אין אחידות בין הנוסח המופיע בבבא מציעא לבין מקבילו בבבא בתרא). ברם, אינני חושב שיש בכך כדי לסייענו לפתור את השאלה, האם הסוגיה מתייחסת למשמעות המקובלת באופן כללי או שמא למשמעות שהיא במודעות שני הצדדים לחוזה. הן לשון פעיל והן לשון סביל עשויות לסבול את שתי המשמעויות כאחת. דרך אגב, גם בלשון הרמב"ם עצמו אין אחידות בענין זה: "... לפיכך צריך המוכר להביא ראייה שהוא נקרא בית כור... והוא שיהיו קוראין אותו כרם... והוא שיקרא פרדס..." (רמב"ם, משנה תורה, מכירה פרק כח, הלכה יד).

⁸⁴³ תוספות, בבא בתרא ז ע"א, ד"ה 'והוא דקרו ליה'. ראו גם הגהות מיימוניות, מכירה, פרק כח, ס"ק ה. דומני שכך גם משמע בחידושי הריטב"א, בבא בתרא ז ע"א, ד"ה 'מי לא תניא': "שמא מילתא היא כי הרבה בני אדם לוקחין מפני שיהא להם שם שיש להם פרדס או כרם".

בעניין אחר, שהוא ספק פרשנות חוזה ספק השלמת חללים בחוזה, טען הר"ן כי הנוהג המקובל רלוונטי רק כאשר הצדדים היו מודעים לו, שכן רק אז הוא משקף את אומד דעתם. שו"ת הר"ן, סימן עה: "וואף על פי שעכשיו פשט המנהג בפירפנייאן שהנודר סתם לדי' חבורות יפרע לאלו הדי' ר"ל ת"ת וחולים ומאור וצדקה הרי ראובן בעת שצוה

מדברי השיטה מקובצת נראה שהמשמעות המקובלת היא שתכריע, אף אם הקונה אינו מודע לה :
...הוה ליה כמוכר שמא דהא ידיע ליה אידך, אי נמי בדלא ידיע ליה סוף סוף אידך לא
מכר אלא זו, ושמא בעלמא הוא דאית ליה.⁸⁴⁴

דברים דומים עולים מפירוש הב"ח לדברי הרמב"ם והטור :

וצריך לומר, דסבירא ליה להרמב"ם ולרבינו דכיון שאומר בית כור שיש לי במקום
פלוגי⁸⁴⁵ אף על פי שאין הלוקח יודע שיש לו קרקע שקרוי בית כור מכל מקום הוי ליה
לאסוקי אדעתיה לאתנויי ולפרושי דליהוי בית כור ממש ומדלא פירש סביר וקביל, הלכך
מצי אמר ליה שמא זביני לך.⁸⁴⁶

אין זה ברור אפוא מה דעת המקורות התלמודיים בעניין מודעות הצדדים למשמעות המקובלת.
אף אצל פוסקי ימי הביניים אין בדבר הסכמה.⁸⁴⁷ נראה שמתאימים כאן דברי קליינמן, שכתב

לא היה בפירפנייאן ולא היה יודע במנה זה שכבר בא בתוך השאלה שכשהיה דר בפירפנייאן לא היה בפירפי קופה
של צדקה, ולפיכך אין לומר שעל דעתם צוה".

גם הדברים הבאים שנכתבו בשו"ת ר' אליהו מזרחי, סימן טז, נקשרים בתפיסתו כי תחולת המנהג תלויה במודעותו
של האדם לקיומו של המנהג : "ומכיון שכן הוא חזין ההוא מנהגא דמתא אי מנהגא ברורה פשוטא היא לכל בני מתא
אמרין אן שהדי דאדעתא דמנהגא עשה מה שעשה וכאילו התנה הוא עצמו בפירוש על הדבר וצריך לקיים תנאו ולא
מכח המנהג שנהגו אחרים ואף על גב דהשתא צוח ואמר לא נתכונתי לכך ולא נתרציתי בזה מעולם אפילו הכי אמרין
אן שהדי דלא עשה אלא על פי המנהג והשתא הוא דקא הדר ביה ולא כל כמיניה אבל אי לא הוי ההוא מנהגא ברורה
ופשוטא לכל בני מתא אמרין דלמא מעיקרא לא שמיע ליה ההוא מנהגא אי נמי שמיע ליה ולא בעי למעבד אלא
כאידך מנהגא דנהיגי ביה קצת בני מתא ומכיון שכן הוא הוה ספיקא ומספיקא לא מפיקין ממונא מחזקתיה".

גם הש"ך, חושן משפט, סימן מב, ס"ק לו, סבור שהמנהג חל רק כאשר הצדדים מודעים לו. ראו גם שו"ת נדיב לב,
חלק ב, חושן משפט, סימן מה-מו; שו"ת צל הכסף, חושן משפט, סימן לא-לג.

⁸⁴⁴ שיטה מקובצת, בבא מציעא קד ע"א, ד"ה 'ולימא שמא'.

⁸⁴⁵ דברי הב"ח באו בעקבות נוסח דבריו השונה של הרמב"ם (משנה תורה, מכירה פרק כח, הלכה יד, ובעקבותיו
הטור, חושן משפט, סימן ריח) : "האומר לחבירו בית כור פלוגי אני מוכר לך".

בעקבות הדגשה זו של הרמב"ם, אין זה הכרח כי תוספות (לעיל, ליד ציון הע"ש 843) לא יסכימו שזה אכן הדין כאשר
המוכר מתייחס לשדה מסוימת ואותה מכנה 'בית כור' (ולא מתייחס באופן כללי לשדה בלתי מוגדרת).

⁸⁴⁶ ב"ח, חושן משפט, סימן ריח. וכן דעת הפרישה, שם, ס"ק יד. הב"ח מנמק הלכה זו באומד דעתו של הקונה (יסביר
וקביל). אולם לעניות דעתי הקשר הדברים תומך בכך שאין מדובר יותר מאשר ברטוריקה. אכן, דומני כי דברי
הפרישה (שם), הדומים עקרונית לדעת הב"ח, נעדרים רטוריקה זו : "ונראה דכאן אף אם אין הלוקח מכירה מכל
מקום כיון דנקרא בית כור והוא אמר לו 'פלוגי' על הלוקח רמיא להודע אם כור ממש קאמר ליה או שם בית כור ולא
הויא מקח טעות".

⁸⁴⁷ שילם ורהפטיג (דיני חוזים במשפט העברי, 262) ביקש להסיק מן הדברים הבאים של הרמב"ם, כי המשמעות
המקובלת תהיה רלוונטית רק כאשר הצדדים מודעים לה. וכך אמר הרמב"ם (משנה תורה, מכירה פרק כח, הלכה
טו) : "במקום שיש מנהג הלך אחר מנהג המדינה ואחר לשון רוב אנשי המקום הידועה להן". והוסיף ורהפטיג :
"כלומר למתקשרים". ברם, נראה שאין הכרח בדבר, שכן המילה 'להן' עשויה להתייחס אל אנשי המקום או אל בית
הדין. דומני שכך גם עולה מן המקבילות האחרות שברמב"ם. בסוף פרק כו (הלכה ח) כתב הרמב"ם : "זה עיקר גדול
בכל דברי משא ומתן, הולכין אחר לשון בני אדם באותו המקום ואחר המנהג, אבל מקום שאין ידוע בו מנהג ולא
שמות מיוחדין, אלא יש קורין כך ויש שקורין כך עושים כמו שפירשו חכמים בפרקים אלו". כלומר 'ידוע' לאנשי
המקום או לבית הדין. וכן בסוף פרק כז (הלכה יא) : "אל ילוז מעיניך העיקר הגדול בדברים אלו שהוא מנהג המדינה

בעניין מעמדו של המנהג⁸⁴⁸ כמקור מחייב: "הרושם העולה... הוא כי הצדדים מוחזקים כפועלים על דעת המנהג גם אם מנהג זה אינו ידוע להם. בקרב האחרונים נחלקו הדעות בעניין זה".⁸⁴⁹

5.7. מן המאפיינים אל המודל

5.7.1. שני מאפיינים סותרים לכאורה

שני המאפיינים שעליהם הצבענו – מעמד הבכורה הפרשני שניתן למשמעות המקובלת בפי הכל, ושליטת מעמדה הפרשני של משמעות המקובלת בפי הרוב – אינם מתיישבים, לכאורה, זה עם זה, וראיתם כמכלול מחייב הסבר מיוחד.

ראשית, נראה ששני מאפיינים אלה פועלים בכיוונים מנוגדים. המאפיין הראשון מעצים את כוחה הפרשני של המשמעות המקובלת, ומעמידה בראש פירמידת כללי הפרשנות. ואילו המאפיין השני מצמצם מאד את תחולתה, על ידי ביטול כוחן הפרשני של משמעויות מקובלות רבות, רק עקב כך שהן מקובלות בפי הרוב, לא בפי הכל.

קושי מהותי יותר מצוי במישור של תיאוריית פרשנות החוזה. אם נניח שהפנייה למשמעות המקובלת נעשית כדי ללמוד על כוונת הצדדים,⁸⁵⁰ הרי ששני מאפיינים אלה תמוהים ובלתי מובנים. כפי שכבר ציינו לעיל, על כוונת הדובר ניתן ללמוד באמצעים שונים ומגוונים. הפנייה למשמעות המקובלת היא רק אחת מהם, לאו דווקא המרכזית. קודם שנלמד על כוונתם על ידי המשמעות המקובלת, יש לנסות ולפענחה על פי תכלית החוזה, ההיגיון הפנימי שבו, נסיבות הכריתה, היסטוריית ההתנהגויות של הצדדים ועוד. כמו כן, בהנחה שאכן הפנייה למשמעות המקובלת נעשית כדי לאמוד את דעת הצדדים, אין זה מן הדין לערוך הבחנה כה חמורה ומהותית בין משמעות המקובלת בפי הכל לבין משמעות המקובלת בפי הרוב. ההסתברות הסטטיסטית נותנת, שהמשתמש במונח מסוים מתכוון למשמעות המקובלת בפי הרוב יותר מאשר לזו המקובלת בפי המיעוט.⁸⁵¹ אמנם משמעות המקובלת בפי הכל מסתברת יותר, אך ההבדל ביניהם

והשמות הידועים ביחוד לכל דבר ודבר, ובמקום שאין מנהג ולא שם שהכל אומרים לו ביחוד ולא שיתוף הולכין אחר אלו הכללות שביארו חכמים כמו שביארנו". אף כאן המילה 'ידועים' אינה מתייחסת לצדדים.

⁸⁴⁸ להבחנה בין מנהג לבין נוהג ראו לעיל, סעיף 5.2.1.

⁸⁴⁹ קליינמן, **מנהגי הסוחרים**, 356. וראו שם את מקורותיו.

⁸⁵⁰ ולעיל, הע"ש 843, אכן ראינו כי ישנן תפיסות הלכתיות לפיהן המנהג המקובל רלוונטי משום שהוא משקף את אומד דעת הצדדים. ראו גם לעיל, ליד ציוני הע"ש 832, 834.

⁸⁵¹ כפי שאכן עולה מן הסוגיה בבבלי, נדרים נג ע"א, וראו לעיל, ליד ציון הע"ש 1007.

עמד על כך, על פי דרכו, בעל שו"ת עבודת הגרשוני, סימן ג: "הרי מפורש, באתרא דלא קרי כלל לחביתא 'כדא' אף על פי שהמוכר מוחזק אינו יכול ליתן לו כד ולומר שלכך כוונתו כמו שקורין באתרא אוחרא, כיוון שבאתרא הדא לא קרי ליה הכי. אבל לעניות דעתי משם ראינו דלא אמרינן הכי אלא דווקא היכא שרוצה לפרש היפך כל דעת הבנת השומעים, אבל אם אינו מוכרח כל כך שכל השומעים יבינו היפך כוונתו בזה לא אמרינן הוי ליה לפרש, דהא כשרובא קורין לחביתא 'חביתא' ולכדא 'כדא' ומיעוטא קורין לכדא 'חביתא' מסתמא הבנת השומעים יותר נוטה שמכר לו חביות שמשמעו גדולה ממה שנאמר שיבינו השומעים כדא, אפילו הכי אמרינן המוציא מחברו עליו הראיה, והוא מה שרצינו".

נראה עניין כמותי ולא מהותי.⁸⁵² גם הגישה התכליתית צפויה להעניק משקל של ממש למשמעות המקובלת בפי הרוב (שאולי יהיה פחות מזה של משמעות המקובלת בפי הכל, אך בוודאי גדול יותר מזה של משמעות המקובלת בפי המיעוט). אכן, בשיטות משפט אחרות אנו מוצאים, כי די במשמעות המקובלת בפי הרוב כדי לפרש לאורה את החוזה.⁸⁵³

5.7.2. קביעת גבולות השפה

דומני כי פתרון לבעיות אלה נוכל למצוא אם נגדיר באופן שונה את הבסיס המשפטי של המשמעות המקובלת כאמצעי פרשני על פי התלמוד הבבלי. באחת: התלמוד אינו נעזר במשמעות המקובלת כדי לחשוף כוונת הצדדים (גם לא כדי לשרטט את החוזה הסביר והראוי), אלא כדי לתחום את גבולות השפה. המשמעות המקובלת מספקת פתרון לשוני, שהוא מטרת הפעילות הפרשנית, ואינה משמשת אמצעי למטרה אחרת, כגון אומד דעת הצדדים. באמצעות המשמעות המקובלת התלמוד מבקש לסנן את המשמעויות המילונאיות שאינן שמישות בשפה הנוהגת, ולהותיר את המשמעות המקובלת כמשמעות הרלוונטית. גבולות השפה נקבעים על פי השימוש בשפה.⁸⁵⁴ אם במקום פלוני נוהגים לציין כד בשם 'חבית' אנו נחייב את הקונה 'חבית' להסתפק בכך; לא דווקא משום שלכך הוא בהכרח התכוון, אלא משום שזו המשמעות הלשונית הרלוונטית היחידה של החוזה בזמן ובמקום הנתונים.⁸⁵⁵ בהמשך הדברים אבקש להעניק תשתית תיאורטית רחבה יותר לרעיון המשמעות המקובלת כתוחמת את גבולות השפה, בעיקר בעקבות תובנות שיש בידינו כיום לאחר הישגי הבלשנות והפילוסופיה של הלשון במאה העשרים.

⁸⁵² משוואה זו בולטת למשל בריסטיימנט השני, § 221, הערה a : b "The more general and well established usage is, the stronger is the inference that a party knew or had reason to know of it".
⁸⁵³ ראו, למשל, §1-205 U.C.C., הערה 5: "...full recognition is... available... for usages currently observed". See by the great majority of decent dealers, even though dissidents ready to cut corners do not agree". See also Restatement, second, §219, note b ("A word usage exists when few or many people use a word or phrase..."); Louisiana Civil Code (1998 ed.), § 2047 ("The words of a contract must be given their generally prevailing meaning").
 ראו, A. Schwartz & R. E. Scott, 'Contract Theory and the Limits of Contract Law', 13 Yale L. J. 541, (2003-2004) 584.

לדיון בפסיקת הרמב"ם, הסובר ש"הלך אחר המנהג ואחר לשון רוב אנשי המקום הידועים להן", ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 831. לסיכום עמדת הפוסקים בעניין מעמדו של מנהג (בשונה מנוהג) המקובל על הרוב ראו קליינמן, מנהגי הסוחרים, 11.

⁸⁵⁴ התיאור שלפיו המשמעות המקובלת מצמצמת את גבולות השפה הפוך לתיאור של ברק, לפיו המשמעות המקובלת מרחיבה את טווח המשמעויות הפרשניות הרלוונטיות. לדידו, המשמעות המקובלת מוסיפה משמעות רלוונטית למגוון המשמעויות הקיימות: "המשמעות הניתנת לביטויים ולתניות בנוהג היא תמיד חלק ממגוון המשמעויות הלשוניות של החוזה" (ברק, פרשנות החוזה, 345). תיאור זה משתלב בתפיסת ברק את הממד הלשוני של החוזה כ"נקודת אחיזה ארכימדית", בה צריך השופט להיתלות כשהוא מפרש את החוזה. על כך ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 162.

⁸⁵⁵ ראו, למשל, שו"ת עבודת הגרשוני, סימן ג: "לעולם אמרינן כל מה שמבינים השומעים הווי ליה כאילו פרוש בהדיא, ואינו יכול לפרש דברו להפך הבנת השומעים".

תובנה זו זורעת אור על שני המאפיינים שלפנינו. כיוון שהמשמעות המקובלת קובעת שפה, לא חושפת כוונה, היא מוצבת בראש כללי הפרשנות. התחקות אחר כוונת הצדדים רלוונטית רק לאחר שנקבע טווח המשמעויות הלשוניות הרלוונטיות של דיבורם. לפיכך, שלב הגדרת גבולות הטווח הלשוני קודם לשלב חשיפת כוונת הצדדים, וזו הסיבה למקום המרכזי והראשוני שמעניק התלמוד למשמעות המקובלת בפי הכל. הווי אומר, קודם שנעשית הפנייה למילון המונחים שקבעו חז"ל, יש לשאול: "היכי דמי? אילימא דקרו ל... פשיטא...! ואלא דקרו ליה... [אם כן פשיטא שההפך]!" ; שאלה זו מקדימה (ופעמים רבות גם מייתרת) אמצעים פרשניים אחרים שתכליתם חשיפת כוונת הצדדים.

לאור זאת נראה, כי המשמעות המקובלת שמכוחה יפורש החוזה חייבת להיות מקובלת בפי הכל, לא רק בפי הרוב. אמנם משמעות המקובלת בפי הרוב מלמדת גם היא על כוונת הצדדים, אך אין בה כדי לייחד משמעות לשונית רלוונטית בשפה; גם המשמעות המקובלת בפי המיעוט הנה חלק מטווח המשמעויות הלשוניות המקובלות באותו מקום.⁸⁵⁶ אכן, מפרספקטיבת קביעת גבולות השפה, משמעות המקובלת בפי הרוב קרובה יותר לזו המקובלת בפי המיעוט, מאשר למשמעות המקובלת בפי הכל, ולפיכך היא אינה מכריעה לבדה את הבעיה הפרשנית. שתיים אלה – פרשנות המקובלת בפי הרוב ופרשנות המקובלת בפי המיעוט – קובעות יחדיו את גבולות השפה ותוחמות את קשת האפשרויות הפרשניות. משמעות המקובלת בפי חלק מן החברה, ואפילו הוא מיעוט, אינה כמי שאינה, אלא היא חלק מטווח המשמעויות הלשוניות של המונח הנידון.

תובנה זו עולה בבהירות מן הסוגיות שסקרנו לעיל. הן בסוגית 'צמד ובקר' הן בסוגית 'בית ובירה' התלמוד דן במקרים שבהם חלק מן הנסיבות תומכות במתן פירוש מרחיב לחוזה.⁸⁵⁷ הדיון התלמודי מניח, כי הפירוש המרחיב לא יתקבל אם המשמעות המקובלת בפי הכל תומכת בפירוש המצמצם, ומאידך גיסא, הפירוש המרחיב יתקבל⁸⁵⁸ אם קיימת משמעות מקובלת שכזו, ואפילו היא מקובלת בפי קבוצת מיעוט בלבד.⁸⁵⁹ מכאן נלמד, כי המשמעויות המקובלות בפי הרוב ובפי המיעוט קובעות את גבולות השפה, ועל גבי נדבך זה יפורש החוזה על פי אינדיקציות נוספות. הדברים נוסחו בבהירות על ידי הריטב"א:⁸⁶⁰

⁸⁵⁶ וכך הגדיר בשו"ת מבי"ט, חלק ב, סימן מו: "נראה כי המנהג שסומכים עליו הוא הערוך וידוע בפי הכל... נר' שאפי' היה קצת קורין כן אם לא היו ערוך בפי כל יכול חבירו לומר אני לא הבנתי לשון זה כמו שאתה מבין או אני קורא שם בית אלא לבית לבדו ולא לשום דבר חוצה". מהמשך דבריו ניכר כי הוא מתחבט בשאלה, האם משמעות המקובלת בפי הרוב אינה מחייבת משום שהיא מאפשרת **כוונה** שונה של אחד הצדדים או משום שהיא מאפשרת **שימוש לשוני** שונה על ידי אחד הצדדים.

⁸⁵⁷ בסוגית 'צמד ובקר' גובה התמורה תומך בפרשנות החוזה כמתייחס למכירת צמד ובקר יחדיו. בסוגית 'בית ובירה' סימון המצרים החיצוניים תומך בפרשנות החוזה כמתייחס למכירת בית ובירה יחדיו.

⁸⁵⁸ בכפוף כמובן, להלכות הקובעות את הקבילות הפרשנית של כל נסיבה ונסיבה. ראו למשל לעיל, ליד ציון הע"ש 264, דיון בשאלה האם ישנם מצבים שבהם חכמים מודים שהדמים מודיעין. כמו כן התלמוד קובע, כי סימון המצרים החיצוניים ייחשב נסיבה רלוונטית רק אם ילווה באמירת "ולא שירית בזביני אילין כלום".

⁸⁵⁹ לשאלה האם בסוגיות אלה מדובר ביחסי רוב ומיעוט או ביחסים בין קבוצות חברתיות בעלות משקל זהה באופן יחסי, ראו לעיל הע"ש 824, וכן ליד ציון הע"ש 818.

⁸⁶⁰ חידושי הריטב"א, בבא בתרא סא ע"ב, ד"ה 'לא צריכא'. בדומה ראו גם חידושי הרשב"א, שם, ד"ה 'מדמהו ליה'; חידושי הר"ן, שם, ד"ה 'מדמהו ליה'; פסקי הרא"ש, פרק ד, סימן ב; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ריד, סעיף ז.

הכא אפילו כתב 'ולא שיירית בזביני אילין קדמאי כלום' לא מהני, משום דליכא אפילו מיעוטא דקרו לחדר בית, ולעולם לא מהני הרחבת המצרים עם 'ולא שיירית בזביני אילין וכו' אלא כשהוא בכלל הלשון הדבר המכור ואפילו במיעוטו, דהא 'בזביני אילין' קאמר.

ראיית המשמעות המקובלת כאינדיקציה לחשיפת כוונת הצדדים אינה עולה בקנה אחד עם מקורות אלה, שכן מבחינה סטטיסטית מסתבר שכוונת הצדדים היתה עם המשמעות המקובלת בפי הרוב. אכן, אם התלמוד היה מעניק מעמד בכורה למשמעות המקובלת, אך לא מבחין באופן כה חד בין משמעות המקובלת בפי הכל לזו שבפי הרוב, היינו יכולים לקבל את הטענה כי המשמעות המקובלת משמשת בעיניו אמצעי אולטימטיבי לחשיפת כוונת הצדדים, טענה מעניינת בפני עצמה.⁸⁶¹ אולם כאמור, ההבחנה שעליה עמדנו, בין משמעות המקובלת בפי הכל לזו שבפי הרוב, אינה תומכת בטענה זו. היא מובילה, כך לעניות דעתי, לראיית המשמעות המקובלת ככלי לקביעת גבולות השפה.

⁸⁶¹ וכפי שראינו לעיל (הע"ש 834), זו אכן טענה שהועלתה בפי כמה מן האחרונים, כגון אבן האזל וחזון יחזקאל. נראה שגישה זו של החזון יחזקאל קשורה בחידוש נוסף שיצא מתחת ידיו. לדעת הרב אברמסקי, הדין שהמוכר את הצמד מכר את הבקר (למשל כאשר המשמעות המקובלת של המילה 'צמד' היא בקר), מותנה בכך שהקונה יהיה מודע לכך שאכן יש למוכר בקר. אם אדם רוכש מחברו 'צמד', והוא כלל אינו מודע לכך שיש למוכר בקר, הוא יקבל אך ורק את הצמד ולא את הבקר. ובלשונו: "מסתברא מילתא שדין זה הוא דווקא בידע הלוקח בשעת המכירה כי גם פרות יש לו למוכר, אז אמרינן שהלוקח דעתו לקנות ממנו את העול והפרות השייכות אליו, והמוכר על פי אומד דעת הלוקח נחית למכור לו את ממכרו. אבל אם לא ידע הלוקח שיש לו להמוכר פרות, אין לנו לומר שהלוקח בקנותו העול אדעתא דהכי נחית שבמקחו כלולות גם פרות, הלא היה לו להלקוח להעלות על דעתו דלמא אין ליה להמוכר שום פרות, ובאופן כזה נחית הלוקח אדעתא דהכי שהעול לבד לקח הימנו (דאטו העול מבלי פרות אין שם 'עול' עליו) ואין להלוקח פרות אפילו אם היו לו להמוכר בשעת המכירה" (חזון יחזקאל, בבא בתרא ד, א ד"ה 'מכר את העול'). הן מנוסח לשונו הן מתוכן דבריו עולה, כי לדידו המשמעות המקובלת מתפקדת כאינדיקציה לאומד דעתם של הצדדים, ולפיכך כאשר הקונה אינו מודע לכך שלמוכר יש בקר לא ניתן ליחס לו אומד דעת זה. ברם, אם נניח שהמשמעות המקובלת מתפקדת כמי שקובעת את גבולות השפה, יתכן שהמסקנה תהיה שונה. אדם הרוכש 'צמד', והמשמעות המקובלת של מילה זו היא בקר, ייחשב כמי שרכש בקר אף שהוא לא היה מודע לעובדת קיומו של הבקר אצל המוכר. אלא שיש להוסיף למסקנה זו שתי הסתייגויות מתבקשות, שיש בהן כדי להקהות את חריפותה: א) גם אם במקרה זה נחשיב את הקונה כמי שרכש בקר, משום שכך היא לשונו אף שלא היה מודע לכך, אין בדבר זה כדי לשלול ממנו את האפשרות לטעון למקח טעות. עדיין הוא יוכל לטעון, כי אף שהוא רכש בקר (מכוח השימוש במילה 'צמד') הוא לא התכוון לעשות כן ומן הראוי לאפשר לו לבטל את החוזה בשם עילת הטעות (כמובן, בכפוף לדרישות הנובעות מדיני הראיות). ב) בלא קשר עם ההנחה העקרונית של החזון יחזקאל (שתפקיד המשמעות המקובלת ללמד על דעתם של הצדדים), אין מניעה עקרונית לקבל את טענתו, כי לעולם המילה 'צמד' גם מציינת צמד לבדו (וראו לעיל, הע"ש 757, דיון בנקודה זו על פי עדי הנוסח השונים לסוגיה). ואכן, לעיל דנו בשאלה, מדוע ברור לסוגיה כי יש להעדיף את המשמעות המרחיבה על פני המשמעות המצמצמת. תהיה התשובה לכך אשר תהיה, לא מופרך הוא לטעון, כי גם מודעתו של הקונה משפיעה על המשמעות הלשונית של המילה. ולפיכך, מקום שהקונה כלל אינו מודע שלמוכר יש בקר סביר שמן הבחינה הלשונית עצמה יש להעדיף את המשמעות של 'צמד' כצמד לבדו.

5.7.3. "הולכין בממון אחר הרוב": השוואת סוגיות

הטענה, כי המשמעות המקובלת מתפקדת ככלי לקביעת גבולות השפה, תודגש לאור השוואת הסוגיות דלעיל עם המחלוקת התלמודית המפורסמת בשאלה, האם הולכים בממון אחר הרוב. לענייננו, מחלוקת זו מופיעה בסוגיית 'שור ונמצא נגחן',⁸⁶² ומאוזכרת בסוגיית 'כד וחבית'.

כזכור, בסוגייה זו נידון חוזה לרכישת שור, אשר מאוחר יותר נמצא נגחן, וכעת מתגלע וויכוח בין המוכר לבין הקונה האם הרכישה נעשתה למטרת חרישה או שחיטה. התלמוד מסביר, כי מדובר במקרה שבו כשלו הניסיונות ללמוד מן הנסיבות על כוונת הקונה (גובה התמורה והנוהג האינדיבידואלי של הקונה), ולפיכך עולה האפשרות להכריע את הספק על פי נוהגם של רוב הקונים. ההנחה היא, שהרוב רוכשים למטרת חרישה, כך שאם אכן נכריע את הספק על פי הרוב נקבל את המסקנה כי מכר זה הוא מקח טעות. בנקודה זו נחלקו האמוראים האם יש להכריע את הספק שלפנינו על פי הכלל "זיל בתר רובא" (רב), או על פי הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" (שמואל).

מהו היחס בין מחלוקת אמוראים זו לבין מעמדה הפרשני של משמעות המקובלת בפי הרוב? האם רב, הסובר כי מכוח נוהג הרוב יש לקבל את טענת הקונה למקח טעות, סובר גם כי פרשנות החוזה תיעשה על פי המשמעות המקובלת בפי הרוב? לטענתי, מן התלמוד מתבקשת הבחנה עקרונית בין מחלוקתם של רב ושמואל לבין בעיית פרשנות החוזה. ממחלוקתם של רב ושמואל בשאלת הכרעה של ספקות בדיני ממונות על פי הרוב לא נגזרת מחלוקת מקבילה בשאלת פרשנות החוזה על פי המשמעות המקובלת; כאן הכל מסכימים שאין נזקקים למשמעות המקובלת בפי הרוב כאמצעי פרשני.

בכל הסוגיות שסקרנו לעיל, העוסקות בפרשנות החוזה, לא הוזכרה מחלוקתם של רב ושמואל.⁸⁶³ זאת על אף שמדובר במחלוקת כללית ועקרונית בין שניים מגדולי האמוראים, אשר על פניו אמורה להיות רלוונטית למקרה של ספק בכוונת צדדים שנקטו מונח שמשמעותו לא ברורה; מה לי ספק בכוונת קונה שרכש שור ומה לי ספק בכוונת קונה שרכש 'חבית', 'צמד' או 'בית'. האין זה אך טבעי, שכאשר מתעורר ספק בפירוש מונח, והרוב מייחס למונח זה משמעות אחת בעוד המיעוט משמעות אחרת, תהיה ההכרעה הפרשנית נתונה במחלוקת רב ושמואל?! ובכל זאת, התלמוד נמנע מלקשור בין השניים, ושתיקתו רועמת. היעדר האזכור המתבקש של מחלוקת האמוראים בהקשר סוגיות פרשנות החוזה תומך, לעניות דעתי, בקיומה של הבחנה מהותית ביניהם.⁸⁶⁴

אמנם, כאשר התלמוד דן בסוגיית 'כד וחבית' במשמעות המקובלת בפי הרוב מול משמעות המקובלת בפי המיעוט,⁸⁶⁵ הוא הוסיף ואמר:

⁸⁶² בה עסקנו מעט לעיל (ליד ציוני הע"ש 259, 801), ובהמשך (ליד ציון הע"ש 1182), נעסוק בה בהרחבה.

⁸⁶³ למעט אזכור חלקי בסוגיית 'כד וחבית', ובכך נעסוק להלן, ליד ציון הע"ש 865. וראו Lifshitz, *Kad and Havit*.

145.

⁸⁶⁴ לבעייתיות הקיימת בניסיון להסיק מהשוואה של סוגיות נפרדות ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 802.

⁸⁶⁵ "לא צריכא דרובא קרו לה לכדא 'כדא' ולחביתא 'חביתא', ואיכא נמי דקרו לחביתא 'כדא' ולכדא 'חביתא'".

מהו דתימא זיל בתר רובא, קא משמע לן דאין הולכין בממון אחר הרוב.⁸⁶⁶

ההוא אמינא דומה לדעתו של רב בעוד הקא משמע לן מזכיר לנו את דעתו של שמואל. ברם, דומני שהעובדה שדעת רב לא הוזכרה כאן (כדעה מגובשת, מעבר לאפשרות של הווא אמינא), ואף שמו של שמואל לא הופיע במפורש, דווקא עשויה ללמד שכאן מסכימים האמוראים, ולפיכך נקטה הסוגייה לשון שמחד גיסא מזכירה את מחלוקתם, ומאידך גיסא נוקטת אנונימיות ופסקנות ללא מחלוקת בדבר.⁸⁶⁷ אכן, רוב הראשונים הסבירו, כי אף רב מסכים שבכל הנוגע לפרשנות המונח "חבית" יש לקבל את דעת שמואל.⁸⁶⁸

מאליו מובן ששאלת המפתח היא, במה שונה המקרה שבו דנים רב ושמואל מן המקרים שבהם דנו לעיל. מדוע כאן רב מודה, ואינו טוען שניתן להסיק על כוונת הצדדים מתוך המשמעות המקובלת בפי הרוב, כפי שעשה כן לגבי כוונת רוכש השור? קבלת המודל המוצע בפרק זה, שלפיו תפקידה של המשמעות המקובלת בקביעת גבולות השפה (ולא בחשיפת כוונת הדובר), עשויה להבהיר את הענין.⁸⁶⁹ כפי שארחיב על כך בהמשך, מכירת "שור" אינה מעוררת כל בעיה סמנטית בהגדרת המשמעות הלשונית של החוזה, שכן שור תם ושור נגחן שניהם מכונים "שור", בדומה לשור שמן ושור רזה, שור בהיר ושור כהה.⁸⁷⁰ כאן השאלה המתעוררת נוגעת להגדרת כוונותיו של הקונה ומטרותיו, והיא קשורה בדין מקח טעות. במסגרת זו נחלקו האמוראים האם ניתן להכריע את הספק בהגדרת כוונת הקונה על פי הכלל "זיל בתר רובא" או שמא אין לנו אלא "המוציא

⁸⁶⁶ ראו חידושי הראב"ד, בבא קמא כז ע"א, ד"ה 'המניח', הסובר שכאן מודה רב לשמואל (כפי שנבאר להלן), ולפיכך מציע להשמיט את הסיפא של משפט זה ('דאין הולכין...').

⁸⁶⁷ כמובן אפשרי ההסבר שדעת רב לא הוזכרה שכן "הלכתא כשמואל בדיני" (בבלי, בכורות מט ע"ב). וראו להלן, הע"ש 868. אך דומני שהסבר זה אינו מניח את הדעת, ואינו מסביר את ההתעלמות המוחלטת מדעת רב.

⁸⁶⁸ בראש כולם תוספות, בבא קמא כז ע"א, ד"ה 'ואיכא נמי'. ראו להלן, ליד ציון הע"ש 879. עם זאת, יש ראשונים מהם משמע שרב חולק אף בסוגייתנו. ראו שו"ת הריב"ש, סימן תג; ראב"ן, בבא קמא סימן ח. בעל ים של שלמה, בבא קמא, פרק ג, סימן א טען, שמסיבה זו הרי"ף והרא"ש לא הביאו להלכה את סוגיית 'כד וחבית', שכן ממילא כבר נפסקה הלכה כשמואל. השו"ת חידושי הריב"ש, בבא בתרא סא ע"ב, ד"ה 'היכי דמי'. רש"י, בבא קמא כז ע"ב, ד"ה 'אין הולכין', דימה את סוגייתנו לסוגיית 'שור ונמצא נגחן', אך אין זה ברור האם לדעתו כאן רב מודה לשמואל או חולק עליו (על פי חלק מן הפרשנים, לדעת רש"י מסקנת הסוגייה היא כשמואל בלבד. ראו שו"ת מהרלב"ח, סימן צ; פני יהושע, בבא קמא כז ע"ב, ד"ה 'בפרש"י בד"ה אין הולכין'). עוד ראו מאירי, בית הבחירה, בבא קמא כז ע"א (מהד' שלזינגר, 87).

⁸⁶⁹ הסבר זה מיתר, לעניות דעתי, את הסברו של Haut, Kad and Havit, 92, אשר ניסה להבחין בצורה מלאכותית בין הסוגיות.

⁸⁷⁰ וכך כתב הרמב"ן בהקשר אחר, בהסבירו מדוע רק בסוגיית 'שור ונמצא נגחן' ישנו ניסיון להכריע את הספק על פי גובה התמורה: "והתם גבי שור ונמצא נגחן היינו טעמא דאמרינן וליחזי דמי היכי, דכיוון דחד שמא אית להו לשור תם ולמועד והאי גברא עביד דזבין להא ולהא, אף על גב דרובא לרדיא זבני הוו דמים ראייה, דלגלויי מילתא בעלמא הוא" (חידושי הרמב"ן, בבא בתרא סא ע"ב, ד"ה 'פירש"י שמואל'). השו"ת דבריו עם הסבר הר"י מיגש (בחידושו, בבא בתרא צב ע"א, ד"ה 'ליחזי דמי'): "ואתחזי לן בפירוקא דהאי קושיא דהמוכר שור ונמצא נגחן לא דמי למתני אין הדמים ראייה דכי קתני אין הדמים ראייה הני מילי לעילוי בזבינא מידי דלא זבין ליה בהדיא כגון צמד ובקר אבל לברורי מילתא דזבינא גופיה היכא הוא דנדע אי הוה זביני אי לא בכי הא לא אמרי רבנן אין הדמים ראייה אלא לעולם הוי ראייה דגלויי מילתא בעלמא הוא עלה דההוא זבינא היכי היה מילתיה, ומשום הכי אמרינן הכא לענין המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן ולחזי דמי היכי". ראו גם חידושי הר"ן, בבא בתרא סא ע"ב, ד"ה 'לא צריכא'. לסוגיית 'הדמים ראייה', ולדיון נרחב בדברים אלו של הרמב"ן והר"י מיגש ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 272.

מחברו עליו הראיה".⁸⁷¹ שונה מכך היא בעיית **פרשנות לשון החוזה**. מונח כדוגמת "בית" מעורר שאלה סמנטית, האם הוא מציין אף את הבירה אם לאו. שאלה זו שונה משאלת הגדרת כוונת הצדדים (ובמידה רבה גם קודמת לה). בהנחה שהפניה למשמעות המקובלת נעשית לשם תחמת גבולות השפה מובן מדוע כאן רב אינו חולק. המשמעות המקובלת בפי הרוב אינה יכולה לסמן את גבולות השפה, שכן המשמעות המקובלת בפי המיעוט מצויה אף היא בתוכם.⁸⁷²

⁸⁷¹ את כלל ההכרעה על פי הרוב (דעת רב) ניתן להסביר במונחים הסתברותיים, כלומר שישנו סיכוי רב שאף הקונה שלפנינו רכש את השור לחרישה). אולם נראה כי כאן מדובר בכלל טכני של הכרעת ספיקות. אכן, העובדה שרוב האנשים רוכשים שוורים לחרישה אינה מלמדת על ההסתברות שזו גם כוונת הקונה שלפנינו, שהרי התלמוד כבר הקדים ואמר כי מדובר באדם הנהוג לרכוש שוורים הן לחרישה הן לשחיטה; "והיא גופה קשיא לך, כיוון דגברא זבין להאי ולהאי כי רובא דעלמא לרדיא זבני מאי הוי והא איהו לאו מרובא הוי!" (ראב"ד, המובא על ידי הרשב"א, שיטה מקובצת, בבא בתרא צב ע"ב).

מסקנה זו תתחזק, אם תתקבל הגרסה שלפיה אין מדובר ברוב של **אנשים הרוכשים** למטרת שחיטה, אלא ברוב של **שוורים הנרכשים** למטרה זו. כאן וודאי הרוב משמש אמצעי טכני של הכרעה ולא אינדיקציה סטטיסטית, שהרי יתכן שמיעוט אנשים רוכשים את מרבית השוורים בשוק לחרישה, ואין ללמוד מכך דבר על כוונתו של רוכש ספציפי זה, שקרוב לוודאי שייך דווקא לקבוצת הרוב ולא לקבוצת המיעוט. בחלק מן הגרסאות לסוגיה מופיע "רובא דאינשי", כגון בסוגיית בבלי, בבא קמא מו ע"ב על פי כ"י פירנצה ועל פי הנוסח בדפוס ווילנא ושונצינו, וכן בסוגיית בבלי, בבא בתרא צב ע"ב על פי כ"י וטיקן. לעומת זאת, בחלק מן הגרסאות מופיע "רובא לרדיא זבני", כגון בסוגיית בבלי, בבא קמא מו ע"ב על פי כ"י מינכן, כ"י וטיקן, כ"י המבורג וכ"י אסקוריל, וכן בסוגיית בבלי, בבא בתרא צב ע"ב על פי כ"י פריז, כ"י מינכן, כ"י המבורג, כ"י אסקוריל וכן הנוסח בדפוס ווילנא ופיזרו. וראו רשב"ם, בבא בתרא צב ע"ב, ד"ה 'ורובא'.

את דברינו יש לסייג לאור גרסת הירושלמי. כאמור, על פי הבבלי מדובר באדם הרוכש בעצמו שוורים שונים, חלקם כדי לחרוש בהם וחלקם כדי לשוחטם. ראו רשב"ם, בבא בתרא צב ע"א, ד"ה 'ה"ג'; רא"ש, בבא קמא, פרק ה, סעיף א. ברם, מן המקבילה בירושלמי (שביעית ה, ח, מהד' זוסמן 195) משמע, שמדובר בסרסור הקונה שוורים כדי למוכרם, ולפיכך הוא רוכש שוורים מכל הסוגים שכן לקהל לקוחותיו צרכים שונים. אליבא דירושלמי יש מקום לטענה, כי העובדה שהרוב רוכשים למטרת חרישה אכן יוצרת סטטיסטיקה התומכת בכך שזו גם היתה כוונת הסרסור שלפנינו, אשר מתאים את קניותיו לפי צרכי לקוחותיו. יש גם מי שניסה לפרש בדרך זו את סוגיית הבבלי. ראו אוצר הגאונים, בבא קמא, חלק התשובות, עמ' 34. עוד לשאלה זו ראו חלקת יואב, חושן משפט, סימן טו; אבני מילואים, סימן מה, ס"ק ז.

⁸⁷² דברים מעין אלה נמצאו מפורשים בחידושי של הרב ברוך דוב ליובביץ' (ברכת שמואל, בבא קמא, סימן כא): "דהנה יש ספק שהוא בהלשון, ויש ספק כזה שהוא ספק בכוונה, והנה ספק בלשון צמד אם נכלל בו גם בקר באופן דרובא קרו לצמד צמד ולבקר בקר, ומיעוטין קרו לבקר צמד, ספק זה הוא ספק בהלשון, וכן הכא בלשון חבית וכד, דרובא קרא לחביתא חביתא ולכדא כדא והמיעוט קרו לכדא חביתא ולחביתא כדא הוה ספק בהלשון, ועל כורחך לא אזלינן גבי ספק כזה בתר כוונה לגלות אנפשיה דהוא כיוון לאחד מהצדדים... דהוי זה דברים שבלב נגד מה שנראה לפנינו. ועל כורחך מצי אמר המוכר אם הוא המוחזק גם בדמים דקים ליה כהמיעוט דכך הוא הלשון וכוונתו היתה רק לכד לחוד, וכיון דהוא המוחזק בדמים וטוען בביר, וברי וחזקה עדיף יותר מרוב, על כורחך הדין הוא דכך הוא הלשון כהמיעוט דקרו לכדא חביתא, ומוכר הלוקח לקבל כד דאזלינן בתר ברי וחזקה והוי הלשון כהמיעוט, על כורחך גם אצלך היה הלשון לכד... אבל גבי המוכר שור לחברו ונמצא נחון בזה הוי הספק לא בהלשון, דהלשון בין אם לרדיא זבין בין אם לנכסתא זבין הוי קרוי שור, אלא דהספק הוא בכוונה אם כיוון לקנות לרדיא או לנכסתא, בזה לא מצי המוחזק לטעון בבירי דמצי המוציא לטעון שהוא כיוון לרדיא או לנכסתא" (השוו עם דבריו המובאים לעיל, הע"ש 834). בכך ביקש בעל הברכת שמואל לבאר את הגישה הסוברת שההכרעה בסוגיית 'כד וחבית' נעשית על פי כלל המוחזק (ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 807), אולם בכוחם גם לבאר את ההסברים האחרים לסוגיה זו (ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 809). ראו גם ורהפטיג, **דברים שבלב**, 206, הערה 68. עוד על היחס בין מחלוקת רב ושמואל בסוגיית 'שור ונמצא נחון' לבין סוגיית 'כד וחבית' ראו שלום אלבק, **הראיות**, 73.

אכן, השיטה מקובצת⁸⁷³ קבע באופן קטגורי, כי ענייני פרשנות מונחים ושמות שונים משאר ספיקות בדיני ממונות, ולגביהם אין לאמץ את המשמעות המקובלת בפי הרוב. הוא אמנם לא הסביר את הסיבה לשוני זה,⁸⁷⁴ אך עיגנו בסוגית 'כד וחבית':

דבכל מילתא דתליא בשמא לא אזלינן בתר רובא, דאיכא למימר האי גברא לישניה בתר מיעוטא, והכי אמרינן בבבא קמא פ' המניח את הכד, לא צריכא דרובא קרו לכדא כדא כו' מהו דתימא זיל בתר רובא קא משמע לן דאין הולכין בממון אחר הרוב כי האי דתליא בשמא ובלישנא...⁸⁷⁵

דומני שזהו אף העומד ביסוד הסברו של הרמב"ן, אף שהוא עצמו חוכך בדעתו בדבר:⁸⁷⁶

והיינו טעמא נמי דלא אזלינן בתר רובא לרב דאזיל בתר רובא גבי שור ונמצא נגחן, משום דאיכא למימר כי אזלינן בתר רובא הני מילי היכא דכולי עלמא קרו לה בחד שמא ורובא דעלמא להכי זבני, כגון הך דשור ונמצא נגחן, אבל במידי דאית להו תרי שמות אף על גב דרובא דעלמא קרו ליה הכי לא אזלינן בממונא בתר רובא. ולא נהירא לן.⁸⁷⁷

עלי להודות שהסברי זה אינו עולה בקנה אחד עם הסברים אחרים המופיעים בספרות הראשונים. הללו מסכימים שבסוגיית 'כד וחבית' רב מודה לשמואל, אך מנמקים זאת בסיבות טכניות, שאינן מבטאות את הייחודיות של בעיית פרשנות לשון החוזה. כך, למשל, לדעת הר"ר ישעיה,⁸⁷⁸ הרוב שקונה שוורים לחרישה הוא רוב מוצק ומבוסס ("ידוע ומפורסם") יותר מן הרוב המכניס חבית בשם "חבית", ולפיכך במקרה האחרון מודה רב לשמואל שאין הולכים אחר הרוב. מדברי רבינו תם נראה,⁸⁷⁹ שבמקרה של רכישת השור כוונת הקונה לבדו היא שקובעת, ולפיכך יכול הקונה להעיד על עצמו שהוא מן הרוב, אך במקרה של רכישת החבית כוונת שני הצדדים קובעת, ולכן הקונה אינו יכול להסתמך על הרוב שהרי המוכר טוען שהוא מן המיעוט.⁸⁸⁰ דומה, כי מכאן יש

⁸⁷³ נדרים נג ע"א, ד"ה 'גמרא ספק איסור'. ראו גם דעת הרא"ם המובאת שם.

⁸⁷⁴ טיעונו המופיע להלן: "דאיכא למימר האי גברא לישניה בתר מיעוטא" מתאים עקרונית לכל מקרי רוב ומיעוט, ולפיכך אינו נראה כמסביר את ההבדל העקרוני בין שני המקרים אלא כמתאר אותו.

⁸⁷⁵ דבריו נסובו על סוגיית בפרשנות נדרים, בה נדון להלן, ליד ציון הע"ש 1007. על פי פרשנותו, סוגיה זו חוזרת על הכלל שנלמד בסוגיית 'כד וחבית', ולדידו היא נוקטת כי שעה שמדובר בפרשנות מונחים (כאן במסגרת נדרים) אין לילך אחר משמעות המקובלת בפי הרוב. דא עקא, מלשון סוגייה זו נראה כי מדובר בחומרא מיוחדת הקשורה בדיני נדרים, ולא לבעיה הכללית של פרשנות מונחים. על כך ראו להלן, הע"ש 1010. ראו גם חקרי לב, יורה דעה, סימן קא.

⁸⁷⁶ חידושי הרמב"ן, בבא בתרא סא ע"ב, ד"ה 'והיינו טעמא'.

⁸⁷⁷ והשוו עם הסבר הראב"ד בחידושו לבבא קמא כז ע"א, ד"ה 'המניח', שטען כי כאן רב מודה, שכן חבית וכד "חד מינא וחד תשמישא היא".

⁸⁷⁸ שיטה מקובצת, בבא קמא כז ע"ב, ד"ה 'קמ"ל'.

⁸⁷⁹ תוספות, בבא קמא כז ע"א, ד"ה 'ואיכא נמי'.

⁸⁸⁰ ראו גם תוספות רבינו פרץ, בבא קמא כז ע"ב, ד"ה 'קמ"ל'. למעשה, טענת רבינו תם מבוססת על הכלל שלפיו מוחזקות מועילה להכרעה בספקות רק במקום שהיא מלווה בטענת ברי, לא בטענת שמא. וראו שו"ת בית מאיר, סימן טז, ד"ה 'והנהי'; שו"ת שואל ומשיב, מהדורה תליתאה, חלק ב, סוף סימן סו; שם, מהדורה רביעאה, חלק ג, סימן פד, ד"ה 'ובזה' (ס ע"ד); בית אהרן (וולקין), בבא קמא, כז ע"א, ד"ה 'תוד"ה המניח'; חידושי ר' שמעון יהודה שקאפ, בבא קמא, סימן כו.

ללמוד שראשונים אלו ראו במשמעות המקובלת אינדיקציה לחשיפת כוונת הצדדים,⁸⁸¹ ולפיכך לא ציינו את פרשנות לשון החוזה כקטגוריה ייחודית ונפרדת. אכן, כבר לעיל רמזנו, כי יתכן והרציונל התלמודי, שלפיו המשמעות המקובלת מתפקדת כמסמנת את גבולות השפה, לא השתמר אצל חלק מן הראשונים.⁸⁸²

חיזוק נוסף לגישתי מצאתי בסוגיית הסבלונות.⁸⁸³ התלמוד דן באיש ששלח מתנות למיועדת להיות אשתו, ומעלה את האפשרות כי בגין כך הם יוגדרו כבר עתה כמקודשים זה לזה. לדעת חלק מן הראשונים, ההסבר לכך הוא שהמתנות נחשבות ככסף הקידושין שנותן האיש לאשה.⁸⁸⁴ על פי הסבר זה, השאלה העומדת על הפרק קשורה באומד דעתם של האיש נותן הסבלונות והאשה המקבלתם. ואכן, סוגיית התלמוד מכריעה את בעיית הסבלונות באמצעות הליכה אחר הרוב:

מאי הוי עלה? אמר רב פפא: באתרא דמקדשי והדר מסבלי חיישינן, מסבלי והדר מקדשי לא חיישינן.

הרש"ש עמד על כך שהבחנה שקבע רבינו תם בין מחלוקת רב ושמואל לבין סוגיית 'כד וחבית' אינה הבחנה קטגורית, ולפיכך אינה חלה בכל מקרה של מכירת חבית. ראו חידושי הרש"ש, בבא קמא כז ע"א, ד"ה 'יתוד"ה ואיכא'. בפסקי דין ירושלים – דיני ממונות ובירורי יהדות, כרך ד, עמ' רג, נידון עניינה של אשה אשר רכשה משקפיים, ואחר כך גילתה שקיבלה עדשות פלסטיק, ולא עדשות זכוכית כפי שחשבה. מקרה זה הושווה בפסק הדין לסוגיית 'כד וחבית'. על פי דברינו, לכאורה נכון יותר להשוות מקרה זה לסוגיית 'שור ונמצא נחון', שכן אף במקרה זה לא מתעוררת בעיה של פרשנות לשון חוזה (אלה ואלה נקראים עדשות משקפיים), אלא בעיה של זיהוי כוונת הקונה. אלא שהדיינים עשו כן בהסתמך על פירוש רבינו תם לסוגיית 'כד וחבית', שאכן לא קבע הבחנה מהותית בין הסוגיות השונות.

⁸⁸¹ ראו למשל, רשב"ם, בבא בתרא עז ע"ב, ד"ה 'ורבן סברי': "היכא דכל בני העיר קורין לבקר צמד כיון דפשיטא לן דהאי גברא רגיל לקרות גם לבקר צמד וגם דמים הרבה יש כולה זבין ליה". ראו גם שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רסט: "פעמים, שיד בעל השטר על העליונה, בזמן שהלשון שאמר כולל לפי דעת השומעים. ולפיכך מי שכתב סתם, על דעת משמעות הוא כותב, שאילולי כן היה לו לפרש, כיון שהוא יודע שסתמן של דברים משמע בהפך כוונתו". על כך ראו גם ורהפטיג, **דיני חוזים במשפט העברי**, 264.

⁸⁸² ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 831, דיונונו בשיטת הרמב"ם, אשר יתכן שהשווה את משקלם של משמעות המקובלת בפי הרוב עם משמעות המקובלת בפי הכל. והשוו עם לשונו בעניין שונה, אך קרוב במהותו: "...כל הנושא ונותן סתם – על מנהג המדינה הוא סומך" (רמב"ם, משנה תורה, מכירה פרק טו, הלכה ה). וראו גם גישות הרא"ם והר"ן, לעיל הע"ש 843.

לדוגמאות נוספות של ניתוח סוגיית 'כד וחבית' כפועלת במישור חשיפת כוונת הצדדים (ולא במישור קביעת גבולות השפה) ראו חידושי ר' שמעון שקאפ, בבא קמא, סימן כו; בית אהרן (וולקין), בבא קמא, כז ע"א, ד"ה 'יתוד"ה המנחין'. אחתם בדברי אחד מפוסקי זמננו: "נראה שבדיני ממונות, ובפרט בדיני שכירות, שאמרו הלך אחר המנהג הוא משום שמסתמא על דעת מנהג המקום עושים, ולכן כשאין המנהג שכיח לא שייך לומר כן, ואף על פי שגם אם אינו יודע המנהג אמרינן כן, היינו משום שמסתמא סומך על המנהג, וכשאינו שכיח לא שייך לומר כן" (פתחי חושן, הלכות שכירות, פרק ז, הערה יז, עמ' קמט, ד"ה 'כתב הרמ"א').

⁸⁸³ בבלי, קידושין נ ע"ב.

⁸⁸⁴ רש"י, קידושין נ ע"ב, ד"ה 'חוששין לסבלונות'. אחרים ראו בשליחת הסבלונות אינדיקציה לכך שהאיש כבר קידש את האשה קודם לכן (ראו תוספות, שם, ד"ה 'חוששין לסבלונות').

מקדשי והדר מסבלי פשיטא! לא צריכא דרובא מקדשי והדר מסבלי ומיעוטא מסבלי והדר מקדשי, מהו דתימא ניחוש למיעוטא קא משמע לן.⁸⁸⁵

לסוגיה זו גירסאות נוספות,⁸⁸⁶ מהן משמע כי דווקא כאן יש לחשוש למיעוט בשל חומרת האיסורים הכרוכים בדיני הנישואין. אך מכל מקום העיקר ברור, והוא שכאשר מדובר בהתחקות אחר אומד דעת הצדדים⁸⁸⁷ הרוב הוא קבוצת ההתייחסות הרלוונטית.⁸⁸⁸ אין הדבר דומה לבעיית פרשנות לשון החוזה, בה ראינו שמשקל זהה מיוחס לרוב ולמיעוט.

5.7.4. לקסיקון פרטי

א. הטיעון שלפיו המשמעות המקובלת קובעת את גבולות השפה מחייב התמודדות עם בעיית הלקסיקון הפרטי. כפי שניווכח להלן, אין מדובר בבעיה צדדית; יתכן שבהסתייגות האמורה בסעיף זה יש כדי להעניק זווית ראייה חשובה, פרופורציה נאותה, לאמור במחקר זה כולו.

הצדדים לחוזה עשויים לקבוע ביניהם לקסיקון פרטי, כלומר שלמונחים מסויים תהיה ביניהם הוראה שונה מן המקובל. למשל, הם עשויים לקבוע כי מטילי זהב יכוננו בשפתם הפרטית 'גבינה צהובה', וישקל חדש' יציין דולר. כאשר הם יכרתו חוזה "למכירת 10 ק"ג גבינה צהובה תמורת תשלום 100,000ש"ח" כוונתם תהיה למכירת מטילי זהב במשקל הנקוב תמורת \$100,000.⁸⁸⁹ הסכסוך החוזה-פרשני יתעורר, אם למשל הקונה יטען שיש לפרש את החוזה על פי משמעותו המקובלת, ובהתאם לקבוע כי עליו לשלם סכום שיקלי ולא סכום דולרי. לצורך הדיון נתעלם מן השאלות הראייתיות שוודאי יוצאו ונניח כי הקונה אינו מתכחש ללקסיקון הפרטי,⁸⁹⁰ אלא שלטענתו חרף קיומו יש לבכר את המשמעות המקובלת כפרשנות הקובעת.⁸⁹¹

האם החוזה יפורש על פי המשמעות המקובלת או על פי המשמעות הפרטית שקבעו הצדדים? אין צורך להאריך בביאור החשיבות של שאלה זו עבור הנושא שנידון בפרק זה. אם המשמעות המקובלת חשובה משום שהיא אינדיקציה לכוונת הצדדים, ברור שלקסיקון פרטי אמור לגבור על המשמעות המקובלת. הלקסיקון הפרטי מלמד על דעתם של הצדדים בעת הכריתה באופן ישיר

⁸⁸⁵ בכ"י מינכן: "לא צריכי דמיעוט דרובי מקדשי והדר מסבלי ורובי במיעוט מסבלי והדר מקדשי מהו דתימי לא ניחוש למיעוט קמ"ל". ובדפוס ספרדי: "לא צריכא דמיעוטא מקדשי והדר מסבלי ורובא מסבלי והדר מקדשי מהו דתימא לא ניחוש למיעוטא קא משמע לן".

⁸⁸⁶ ראו למשל, גרסת רבינו חננאל המובאת על ידי תוספות, קידושין נ ע"ב, ד"ה 'הכי גרסינן'.

⁸⁸⁷ בהנחה שזו אכן השאלה שבבסיס סוגיית הסבלונות. ראו לעיל, הע"ש 884.

⁸⁸⁸ אלא אם שיקולים הלכתיים אחרים, כגון חומרת האיסורים הכרוכים בדבר, מובילים לחשוש אף לקבוצת המיעוט.

⁸⁸⁹ פעמים רבות המניעים לקביעת לקסיקון פרטי עלולים להיות פליליים, כגון הונאת שלטונות המס, אך יתכנו גם מניעים חוקיים, כגון שמירה על סודיותם של פרטים בחוזה מפני מתחרים עסקיים.

⁸⁹⁰ או לחלופין שהמוכר הצליח להוכיח ולשכנע את בית המשפט כי אכן היה קיים לקסיקון פרטי שכזה.

⁸⁹¹ עוד נניח כי קביעת הלקסיקון של הדברים היה דבר הגלוי ביניהם, ואינו נופל תחת הסיווג 'דברים שבלבי'. לדיון בסוגיית 'דברים שבלבי' ולקשריה עם בעיית פרשנות החוזה ראו להלן, סעיף 6.5.

יותר וטוב יותר מן המשמעות המקובלת.⁸⁹² ואכן, שיטות משפט רבות דוגלות בפירוש החוזה על פי הלקסיקון הפרטי מאשר לפרשו על פי המשמעות המקובלת.⁸⁹³ מנגד, אם למשמעות המקובלת יש חשיבות עצמאית, למשל כקובעת את גבולות השפה, יתכן שיש מקום להעדיפה על פני הלקסיקון הפרטי.⁸⁹⁴

מהי עמדת התלמוד בשאלה זו? יגעתני ולא מצאתי סוגיות העוסקות בכך במישרין.⁸⁹⁵ הדבר הקרוב ביותר הוא הקביעה החוזרת ונשנית של התנאים, כי על אף שישנן הגדרות לקסיקליות מדויקות

⁸⁹² שאלה אחרת, שלא נדון בה כאן, מתייחסת לסוג הראיות שיוכלו להוכיח קיומו של לקסיקון פרטי. גישה המעלה על נס את הטקסט החוזי, תטה להגביל את האפשרות להביא ראיות לקיומו של לקסיקון פרטי לראיות המצויות בתוך הטקסט החוזי עצמו. וראו Lewison, *Interpretation*, 174.

⁸⁹³ ראו למשל, Lloyd v. Lloyd (1837) 2 My. & Cr. 192, ובפסקי הדין הנוספים אליהם מפנה לייסון *Interpretation*, 138. כן ראו J. H. Wigmore, A. L. Corbin, *Contracts* (Vol. 3, St. Paul, Minn., 1960), 155; *Evidence in the Trails of Common Law* (Vol. 9, Boston, 1981), 223; ע"א 922/91 חוסיין מחמד סלימאן אבו ג'בארי נ' המאגר הישראלי לבטוח רכב, פ"ד מח(3), 340, 348.

לעתים השופט מייחס לצדדים לקסיקון פרטי, אף שכלל לא ברור שהם אכן התכוונו לו. ראו דברי הביקורת של השופט מצא כלפי האופן שבו דעת הרוב פירשה את החוזה, ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים, פ"ד מט(2), 265, 286. חשוב לציין, כי שימוש יתר בדוקטרינת הלקסיקון הפרטי עלולה לנבוע משיקולי פרשנות תכליתית (ראו לעיל, סעיף 2.3), אז היא אינה שימוש אותנטי בדוקטרינה זו.

⁸⁹⁴ במהלך מחקר זה אערך כמה השוואות בין תובנות העולות מכללי פרשנות החוזה שבתלמוד לבין תובנות מודרניות בתחום הפילוסופיה של הלשון (ראו גם להלן סעיף 5.8 וכן להלן פרק 7). על רקע זה חשוב להדגיש, כי בעניין הלקסיקון הפרטי אין קשר בין השאלה המשפטית של מעמד הלקסיקון הפרטי לבין הדיון הפילוסופי בן זמננו אודות ייתכנותה שפה פרטית (וראו אזכור קצר בעניין אצל דורנר, דנג"צ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4), 817, 841). כאשר וויטגנשטיין דן בשאלת ייתכנותה של שפה פרטית הוא התייחס לשפה שהיא **במהותה** פרטית, כלומר שהאדם שהמציא אותה אינו יכול ללמדה לאחרים, שכן רק הוא נחשף להוראותיה של שפה זו. לעומת זאת, במסגרת סוגיית הלקסיקון הפרטי אנו דנים בשפה פרטית שהמציאו הצדדים לחוזה, אשר ניתנת להילמד על ידי אחרים. מובן שגם מישור הדיון שונה: כאן אנו דנים במעמדו ה**נורמטיבי** של הלקסיקון הפרטי ולא בייתכנותו ה**אנליטית**. על השפה הפרטית בהגותו של וויטגנשטיין נכתב רבות. ראו למשל, J. V. Canfield (ed.), *The Philosophy of Wittgenstein, Vol. 9: The Private Language Argument* (New York, 1986); O. R. Jones (ed.) *The Private Language Argument* (London, 1971); A. Kenny 'Cartesian Privacy', G. Pitcher (ed.), *Wittgenstein: The Philosophical Investigations* (London, 1968), 352; S. Kripke, *Wittgenstein on Rules and Private Language* (Oxford, 1982); J. V. Canfield, 'The Community View', *105 The Philosophical Review* 469 (1996).

יש שעמדו על קשרים אפשריים שונים בין תיאוריית השפה הפרטית של וויטגנשטיין לבין המשפט. ראו R. L. Birmingham, 'Teaching Contracts: Coming Home to Roots', *69 Boston U. L. Rev.* 435, 454 (1989); G. Binder, 'Institutions and Linguistic Conventions: The Pragmatism of Lieber's Legal Hermeneutics', *16 Cardozo L. Rev.* 2169 (1995); A. Schwartz & R. E. Scott, 'Contract Theory and the Limits of Contract Law', *13 Yale L. J.* 541 (2003-2004).

⁸⁹⁵ יש מי שנקטו כדבר המובן מאליו שהתלמוד מעדיף את הלקסיקון הפרטי על פני המשמעות המקובלת. כך למשל, לדעת זרח ורהפטיג, אם הכל מציינים כד בשם 'חבית', ושני הצדדים שלפנינו הסכימו כי הם יצינו חבית בשם 'חבית' יתנאי כזה בטח היה תופסי" (זריחת השני, בבא קמא כז ע"א, על רש"י ד"ה ילמקח וממכר). ברם, דומה שאין מדובר

לשמות שונים (כגון 'בית', 'עיר' וכדומה) אם נאמר בחוזה "וכל מה שבתוכו" הכל יהיה קנוי לקונה. למשל:

המוכר את הבית מכר את הדלת אבל לא את המפתח מכר את המכתשת הקבועה אבל לא את המטלטלת מכר את האיציטרובל אבל לא את הקלת ולא את התנור ולא את הכירים. בזמן שאמר לו: הוא וכל מה שבתוכו הרי כולן מכורים.⁸⁹⁶

ברם, כאן אין מדובר בלקסיקון פרטי, שבו הצדדים קובעים משמעות חדשה לשם (למשל 'בית'), אלא קובעים כי עמו יימכרו דברים הנמצאים בתוכו אף שאינם כלולים בו מבחינת הגדרתו הלשונית.⁸⁹⁷

ב. אלא שלדעתי, גם גישה המדגישה את הפרשנות הלשונית של החוזה, מעין זו שביקשתי לפרוש לעיל, לא בהכרח תתנגד לקדימותו של הלקסיקון הפרטי על פני המשמעות המקובלת. גם אם תתקבל הטענה שבמשפט העברי הלקסיקון הפרטי גובר על המשמעות המקובלת לא יהיה בכך כדי לסתור את דבריי שלעיל, אודות התפקיד שמעניק התלמוד למשמעות המקובלת כתוחמת את גבולות השפה.

בדבר המובן מאליו ובלא הוכחות ברורות יש מקום לשקול את האפשרות כי המשמעות המקובלת תהיה עדיפה על פני לקסיקון פרטי. זו למשל, הגישה העשויה להצטייר מדבריו הבאים הרשב"א. הרשב"א דן במקרה שבו הכל מכנים בית בשם 'בית' ובירה בשם 'בירה', והמוכר, שמתחייב לתת לקונה 'בית' ומסמן אף את המצרים החיצוניים, אומר לו "כל מה שיש בתוך המצרים מכרתי לך ולא שיירתי לעצמי בהם כלום". לדעת הרשב"א, המוכר חייב במסירת הבית לבדו, ו"לא מכר לא את הבור ולא את הדות ולא שום דבר שאינו בכלל הלשון או בתשמישו, ואפילו מצר מצרים החיצונים..." (חידושי הרשב"א, בבא בתרא סא ע"ב, ד"ה 'מדהוה ליה'. ראו גם שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן כד). מדברי הרשב"א נראה, כי אכן במקרה זה ישנו פער בין הכוונה הברורה של הצדדים (בית וכל מה שיש בתוך המצרים) לבין המשמעות המקובלת של המונח (בית לבדו), ובכל זאת יש להעדיף את זו האחרונה. הרשב"א מציין, כי טעמו לדון זה שונה מן הטעם שנתנו רבותיו, הסוברים כי במקרה זה גם כוונת הצדדים לא חרגה מן המשמעות המקובלת, ובלשונו: "ונראה לי כי הדין דין אמת ולא מן הראיות שהביאו".

השוו גם עם חידושי הר"ן, בבא בתרא סא ע"ב, ד"ה 'מדהוה ליה': "וכן הדעת מכרעת, דכיון שבית מכר לו ואין בירה בכלל בית כלל, כי כתב ליה ולא שיירית מאי הוי, שהרי הוא אינו אומר אלא שלא שייר במכר בית זה כלום, אבל להוסיף על מכר הבית משום לשון זה מניין".

גישה שונה היא זו של הריטב"א, אשר קובע כי במקרה הנ"ל תמכר הבירה כולה, אף שאין הדבר נכנס בתוך המשמעות המקובלת של השם 'בית': "ומיהו באומר כל מה שיש תוך המצרים האלו מכור לך מכר את הכל דהשתא לא תלה מילתא במה שהוא בזביני, וכן דעת רבינו הרא"ה נר"ו והרב אחיו ז"ל" (חידושי הריטב"א, בבא בתרא סא ע"ב, ד"ה 'לא צריכא'). לשאלת פסיקת ההלכה במחלוקת זו ראו נימוקי יוסף, בבא בתרא פרק ד (דף לה ע"ב בדפי הרי"ף), ד"ה 'מותניי'; רמ"א, חושן משפט, סימן רטו, סעיף א.

ראו גם להלן, הע"ש 980, שיטת החפץ חיים, אשר בתחום הלכתי אחר העדיף את המשמעות המקובלת על פני לקסיקון פרטי.

⁸⁹⁶ משנה, בבא בתרא ד, ג.

⁸⁹⁷ נראה כי בכל הנוגע לקבלת נזירות התלמוד הירושלמי מכיר במפורש בלקסיקון פרטי שיוצר לו האדם. על פי הירושלמי (נזיר א, א, מהד' זוסמן 1097), אם אמר "שאזכיר פת אהא נזיר" הרי זה יהיה נזיר באמירת 'הריני פת'. אולם כפי שנראה להלן, הדבר קשור לבסיס ההלכתי השונה של קבלת הנזירות. ראו להלן, סעיף 5.11.3. וראו שם לגבי עמדת הבבלי בעניין.

לעניות דעתי, אמנם התלמוד יתקשה לקבל טיעון הקובע, כי הצדדים יכולים לקבוע לעצמם שפה פרטית השונה מן השפה המקובלת.⁸⁹⁸ אך הוא בהחלט יוכל לקבל הצדקה חלופית, שלפיהו הלקסיקון הפרטי מכריע, משום שבאמצעותו נחשפת כוונתם המשותפת של הצדדים, אף שאינה באה לידי ביטוי בלשון החוזה. ההנחה היא, כי כוונתם המשותפת של הצדדים, כאשר היא ברורה ומחוררת, עשויה לגבור על לשון החוזה; מפגש הרצונות מכריע אף שהוא מצוי חוץ לגבולות השפה.⁸⁹⁹ למה הדבר דומה? לשניים העומדים בצד כיסא ומתקשרים בחוזה מכר, במסגרתו אומר האחד לחבירו: "אני מוכר לך את זה" ומצביע על הכיסא.⁹⁰⁰ כאן ברור שתוקפו של החוזה אינו מבוסס על משמעותו הלשונית, שכן מן הבחינה הלשונית הטהורה המילה "זה" אינה מציינת כיסא.⁹⁰¹ החוזה תקף משום שהצדדים הוכיחו, באמצעים חוץ-לשוניים (הצבעה), את כוונתם להתקשר בחוזה למכירת הכיסא.⁹⁰²

⁸⁹⁸ זהו אחד הטיעונים הרווחים כיום בזכות ההכרה בלקסיקון הפרטי. ראו למשל, ברק בע"א 708/88 **שלמה שפס נ' בן יקר גת**, פ"ד מו(2) 747, 743: "בקביעת מיתחם המשמעויות הלשוניות של הטקסט החוזי פועל הפרשן כבלשן. הוא שואל עצמו מהן המשמעויות שניתן ליתן, בשפה שבה נכרת החוזה – ואם לצדדים לקסיקון משלהם, במסגרת לקסיקון זה – ללשונו. מתוך מגוון המשמעויות הלשוניות שולף הפרשן משמעות (משפטית) אחת ויחידה. כלל השליפה' הינו אומד דעתם של הצדדים, כלומר התכלית שהחוזה נועד להגשים". ראיית הלקסיקון הפרטי כמכשיר להרחבת השפה עולה גם מתוך דבריו (הפעם בהקשר לצוואה) בע"א 1900/96 **איזבל טלמציני נ' האפוטרופוס הכללי**, פ"ד נג(2), 817, 836.

⁸⁹⁹ יתכן שהדבר מסביר את התעלמותם של המשנה והתלמוד מבעיית הלקסיקון הפרטי במסגרת פרשנות החוזה. חז"ל מקדישים פרקים אלה לפירוש החוזה בדרך הלשון, ואילו הלקסיקון הפרטי עוקף את הממד הלשוני על ידי שהוא מוביל אותנו ישירות אל כוונת הצדדים בלא הזדקקות ממשית ומשמעותית אל הלשון. אכן, דווקא בהקשר הלכות נזיר, שם הממד הלשוני של קבלת הנזירות עומד בצל כוונת הלב, חז"ל דנו בשימוש בלקסיקון פרטי, כמובא לעיל, הע"ש 897.

⁹⁰⁰ ראו למשל, דיונו של החתם סופר (שו"ת חתם סופר, חלק ה, חושן משפט, סימן קה) לגבי המוכר שפחה מעוברת, ואומר שמוכר לו 'שפחה זו' (והיא לפנייהם). נפסק כי אף וולדה מכור הגם שלא הוזכר בחוזה. בדוגמאות מורכבות יותר ניתן יהיה לוותר גם על מילים אחרות בחוזה, כגון 'אני', 'מוכר' או 'לך'.

⁹⁰¹ "אני איננו שמו של שום אדם, 'כאן' איננו שמו של שום מקום, 'זה' איננו שם. אבל יש להם קשר עם שמות. באמצעותם מבארים שמות" (ויטגנשטיין, **חקירות פילוסופיות**, סעיף 410, עמ' 158). רוזנברג (**ידות נדרים**, 208), עמד על תופעה דומה לגבי המלים 'אמן', 'כך' ו'לא': "השימוש במילה 'אמן'... כמו מלים אחרות, 'כך' ו'לא' למשל, לית לה, למלה זאת, מדרגמיה כלום. אין בה משל עצמה, אך אנו מסוגלים להבין אותה באופן מלא ומושלם".

⁹⁰² תובנה דומה עולה מתוך דברי Lord Cottenham L.C. in *Lloyd v. Lloyd* (1837) 2 My.&Cr. 192: "If the provisions are clearly expressed and there is nothing to enable the court to put upon them a construction different from that which the words impart, no doubt the words must prevail; but if the provisions and expressions be contradictory, and if there be grounds, appearing from the face of the instrument, affording proof of the real intention of the parties, then that real intention will prevail against the obvious and ordinary meaning of the words. If the parties have themselves furnished a key to the meaning of the words used, it is not material by what expressions they convey their intention" זהו גם הדגש בדבריו של ברק בע"א 4628/93 **מדינת ישראל נ' אפרופים** פ"ד מט (2) 265, 304, בשונה מהדגשתו בפסק דין **שפס** (הני"ל בע"ש 898), שהתמקדה בהרחבת טווח המשמעויות הלשוניות כהצדקה לקבלת הלקסיקון הפרטי.

יתירה מכך, כפי שכבר ציינו כמה וכמה,⁹⁰³ נראה שדיני החוזים במשפט העברי כלל אינם מציבים דרישה הכרחית של דיבור או אמירה מצידם של הצדדים. עקרונית, אם הצדדים יצליחו להביע את מפגש רצונם בלא מלים יוכל להיכרת חוזה מחייב.⁹⁰⁴ הדבר מחזק את הטענה, כי מפגש הרצונות כשהוא עשוי לעמוד בזכות עצמו, גם אם אינו בא לידי ביטוי בלשון.

דומני שהוא הדין ראוי להיות כאשר הצדדים קובעים לעצמם לקסיקון פרטי. במקרה זה הצדדים אמנם אינם פועלים בתוך מסגרת הלשון, אולם בכל זאת הם מצליחים לחשוף את כוונתם המשותפת, והיא שתכריע את גורלו של החוזה.

אין אפוא סתירה הכרחית בין הקביעה כי במסגרת פרשנות לשון החוזה ניתן מעמד בכורה למשמעות המקובלת בפי הכל לבין הקביעה כי כאשר הצדדים סטו במפורש מן המשמעות המקובלת וקבעו לעצמם לקסיקון פרטי יוכרע החוזה (לא לשונו) על פי כוונת הצדדים.

כדי לחדד את הדברים אדגיש אותם מזווית נוספת. לכשנעיין בדבר נמצא, שבעיית הלקסיקון הפרטי מובחנת מהותית מבעיית פרשנות החוזה, ושייכת למישור שונה של דיני החוזים. המקרה הקלאסי של בעיית הלקסיקון הפרטי מתרחש כאשר לפנינו לא מונחת כל בעיית פרשנית. למשל, ברור כי משמעות לשון החוזה היא שעל המוכר להעביר לקונה גבינה צהובה תמורת 100,000 ₪, וגם ברור כי על פי הלקסיקון הפרטי שקבעו הצדדים על המוכר להעביר לקונה מטילי זהב תמורת 100,000 \$. הבעיה שנוצרה היא ידו של מי תגבר: של לשון החוזה או של כוונת הצדדים? בעיה זו דומה לסוגיית 'דברים שבלב',⁹⁰⁵ אלא שבעוד ששם נידונה כוונת ליבו של צד אחד שלא מצאה את ביטויה בלשון החוזה, כאן נידונה כוונת ליבם המשותפת של שני הצדדים שלא מצאה את ביטויה בלשון החוזה. ולפיכך, על אף שדברים שבלב אינם דברים, כאן הלקסיקון הפרטי יכריע. אולם זהו אינו הליך פרשני של דבר הטעון פירוש.

בשונה מכך, בפרקי הפרשנות שבמסכת בבא בתרא אנו דנים במקרים שבהם הביטוי הנאמר אינו ברור ודורש הבהרה. כאן באה קביעתם הפרשנית של חז"ל, כי החוזה יפורש על פי משמעות לשונו, כשיש מקורות המדגישים את המשמעות הלקסיקלית שנקבעה על ידי חכמים, ויש מקורות המדגישים את המשמעות המקובלת.

⁹⁰³ ראו למשל מחלוקתם של בעל ברכת שמואל (קידושין, סימן א) והרי"ד סולובייצ'יק (רשימות שיעורים, נדרים חלק א, עמ' קלו) בשאלה, האם קידושין מותנים בדיבור מצדו של הבעל. מתוך שיחם נראה כי הם מניחים שבדיני קניינים אין דרישה הכרחית של דיבור. וכך למשל טען הברכת שמואל, שם: "בקידושין בענין אמירה מגזירת הכתוב ד'כי יקח' דבעינן נתן הוא ואמר הוא, וביאור הך גזירת הכתוב הוא דגבי קידושין מה דבעינן דעת הבעל אין זה רק משום דין קנין כמו דבעינן גבי מקח וממכר דעת משום חלות הקנין, אלא מלבד דין דעת לעשות קנין כמו בשאר קניינים דבעינן דעת וכוונת קונה, בעינן בזה דעתו דבעל בכדי שיהי' מעשה קיחה, וכל זמן דליכא דעתו אין כאן מעשה קידושין...".

⁹⁰⁴ אמירת 'לך חזק וקני' (ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קצב, סעיף ב), וכן אמירת 'לך משוך וקני' (שם, סימן קצז, סעיף ג) מתייחסות למקרים פרטיים ולא למכלול דיני הקניין והחוזים. וראו חידושי דברי חיים (הלברשטאם, צאנז), בבא מציעא טז ע"א: "היכי דאנן סהדי או שגילה דעתו שרוצה שיקנה לא בעינן שיאמר לך חזק וקני". וכן פסקי דין - ירושלים דיני ממונות א פס"ד בעמ' רלה, רלו: "יתירה מכך, כשיש אומדנא דמוכח, קובעים את כוונת הדברים אפילו אם היא סותרת לכאורה את הלשון הכתובה בשטר". לדוגמה של מתנה הניתנת בלא מלים ראו אבני מילואים, סימן כח, ס"ק מט.

⁹⁰⁵ על כך ראו בהרחבה להלן, ליד ציון הע"ש 1158.

מכאן עולה, כי מבחינה קונספטואלית הדין אודות הלקסיקון הפרטי ראוי להיות קודם לדין שאנו עורכים בעבודת המחקר הנוכחית. שהרי כוונה מוסכמת של הצדדים גוברת על לשון החוזה גם אם לא באה בו לידי ביטוי, או באה בו לידי ביטוי שגוי. עצם קיומו של החוזה, כמו גם קביעת תוכנו וגבולותיו, תלויים במפגש הרצונות של הצדדים יותר מאשר בלשונו. זאת כאשר הצדדים הצהירו על מפגש רצונם בדרך ברורה ובהירה, גם אם לא בתוך גבולות הלשון המקובלת. ברם, זהו אינו המקרה הרגיל והשכיח. על דרך הרוב אין ידוע לנו על לקסיקון פרטי שקבעו להם הצדדים. הביטוי העיקרי המפורש לרצון הצדדים הוא לשון החוזה. דרכים אחרות ללמוד על אומד דעתם הם אינדיקציות שיש בהם מן הספקולציה, ואינן בגדר הצהרה מפורשת. כאן, במקרים אלה, מתעוררת בעיית פרשנות החוזה. לפיכך, גם אם מבחינה קונספטואלית יש להקדים את הדין בלקסיקון הפרטי, מבחינה מעשית, הלקסיקון הפרטי מאבד את הרלוונטיות שלו לטובת שאלות פרשניות אחרות הנוגעות ללשון החוזה עצמו.

5.8. משמעות מקובלת, שימוש בשפה ופרגמטיקה

א. הרעיון שהעלתי לעיל בשם התלמוד הבבלי, כי המשמעות המקובלת מתפקדת כקריטריון לקביעת גבולות השפה, מזמין את הרחבת היריעה התיאורטית בעניין זה. בעיקר הדברים אמורים, כאשר טיעון זה משמיע הד קדום לשני רעיונות בני זמננו, העומדים במרכז חקר הבלשנות והפילוסופיה של הלשון: הפרגמטיקה (בלשנות) והשימוש בשפה (פילוסופיה של הלשון).⁹⁰⁶ הרחבה זו ראויה לחלוק ברכה בפני עצמה, וכאן אסתפק בראשי דברים בלבד.⁹⁰⁷

כאמור, מן התלמוד הבבלי משתקפת התפיסה שלפיה משמעותו הלשונית של החוזה תיקבע על פי המשמעות המקובלת. התלמוד דוחה תפיסה חלופית, שאמנם אף היא מפרשת את החוזה פירוש מילולי, אולם לדידה המשמעות הלשונית מצויה בלקסיקון שנקבע א-פרוורי, על ידי חז"ל יושבי בית המדרש. כנגד זאת טוען התלמוד, כי המשמעות הלשונית נקבעת בנוהג שברחוב השוק, אשר הדעת נותנת כי זיהויה יהיה תוך כדי מעשה ולא דווקא לפניו.⁹⁰⁸

לפנינו גישה, המזהה את השפה עם השפה הנוהגת, השפה בה משתמשת החברה. משמעויות לשוניות העומדות חוץ לטווח זה נחשבות כמי שאינן. המרחב הלשוני הציבורי הוא שקובע בפועל את הפירוש המשפטי שיינתן להתקשרויות חוזיות. תכונות אלו של השפה ושל הפרשנות מזמינות דיונים תיאורטיים רחבים יותר. מה טיבו של הכוח המכוון שמעניקים האמוראים למשמעות המקובלת לגבי קביעת הלשון? אם אכן הפרשנות צריכה להיעשות בגדר הלשון (ולא בגדר אומד דעת הצדדים) מדוע כה חשובה המשמעות המקובלת?

⁹⁰⁶ על ההיבטים המתודולוגיים של השוואה בין מקורות חז"ל לבין תיאוריות בנות-זמננו ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 68.

⁹⁰⁷ הרחבת הדברים שבסעיף הנוכחי מהווה סטייה מסויימת מן הניתוח המשפטי שבפרק זה, אך אני סבור שאתנחתא פילוסופית זו עשויה לתרום להעשרת הדין הנערך לאורך הפרק.

⁹⁰⁸ בהמשך (סעיף 5.10) אבקש לבסס את הטענה, כי למעשה התלמוד נוטה בנקודה זו מתפיסת המשנה, ולפנינו תמורה מספרות המשנה (לרבות הדורות הראשונים של האמוראים) אל הספרות המאוחרת של התלמוד. אולם טיעון הסטורי זה אינו מרכזי לעבודת המחקר, וברצוני להעניק פשר לעמדת התלמוד, בין אם היא צמחה כמתחרה לעמדת התנאים ובין אם לאו.

שיקולי מדיניות משפטית אינם תומכים במובהק במתן משקל כה מועדף למשמעות המקובלת. וודאי שלא בהעדפה חד-משמעית של המשמעות המקובלת בפי הכל תוך כדי דחיית משמעות המקובלת בפי הרוב והשוואתה עם זו המקובלת בפי המיעוט.

אני סבור שגם שיקולים היסטוריים אינם זורעים אור מספיק להבהרת הדבר. אדרבה, המשפט הסאסני, שתחתיו פעלו אמוראי בבל, לא ראה במנהג המקובל גורם משפטי בעל חשיבות, כך לכל הפחות עולה משתיקת מקורותיו בענין זה. לא נראה אפוא שמשם ייבאו האמוראים את העצמת מעמדה הפרשני של המשמעות המקובלת.⁹⁰⁹ לכך גם מצטרף השיקול הבא. באחת הסוגיות שלעיל ראינו, כי נקודת המוצא הלקסיקאלית, הלא-מנהגית, היא זו של רב נחמן. מבין האמוראים כולם נחשב רב נחמן למקורב לתרבות הסאסנית.⁹¹⁰ קשה אפוא לטעון כי הסוגיה סופחת מסביבתה הפרסית את מעמד המשמעות המקובלת, וזאת בניגוד לגישתו של רב נחמן עצמו. אדרבה, באופן כללי (אך לא גורף) הסתמא התלמודי נחשב כמי שנמצא בקונפליקט עם התרבות הסאסנית.⁹¹¹

ב. דומני כי יתכן וניתן למצוא לדבר מענה באחד מן ההיבטים של תפיסת הלשון בעולמם של חז"ל.⁹¹² הדבר קשור באופן שבו חז"ל רואים את מערכת היחסים שבין הלשון לבין הקיום החברתי. ודבר זה ראוי להיבחן באופן דו-צדדי, כלומר השפעת הלשון על המבנה החברתי, ומנגד השפעת המבנה החברתי על אופיה של הלשון. נפתח בכיוון הראשון.

על פי חז"ל, לא רק שהלשון מושפעת מן התרבות הלאומית,⁹¹³ כלומר שישנם הבדלים מהותיים בין הלשונות של עמים שונים,⁹¹⁴ דבר שהוא כמעט ברור מאליו, אלא שהלשון היא המגדירה את

⁹⁰⁹ כך טען באזני פרופי' יעקב אלמן, בשיחה שקיימתי עמו בנושא זה (שבת פרשת במדבר, תשס"ו). אני מודה לו על הזמן שהואיל להקדיש לי לשיחה בעניין זה. יתירה מזו, כפי שנראה להלן (ליד ציון הע"ש 941), יתכן שהמדרש רומז כי עמדה זו התגבשה דווקא במנוגד למה שמצטייר בעיניו כתפיסה הפרסית.

⁹¹⁰ ראו Y. Elman, 'Acculturation to Elite Persian Norms and Modes of Thought in the Babylonian Jewish Community of Late Antiquity', יעקב אלמן, אפרים בצלאל הלבני וצבי אריה שטיינפלד (עורכים), **נטיעות לדוד** (ירושלים, תשס"ה), 31, 48. אלמן מפנה בעניין זה למאמר נוסף מפרי עטו, שטרם ראה אור: 'Returnable Gifts: in Rabbinic and Sasanian Law', *Irano-Judaica VI*

⁹¹¹ ראו Y. Elman, 'Middle Persian Culture and Babylonian Sages: Accommodation and Resistance in the Shaping of Rabbinic Legal Tradition', C. E. Fonrobert & M. S. Jaffee (eds.), *The Cambridge Companion to the Talmud and Rabbinic Literature* (Cambridge, 2007) 165. הדברים כמוכן אינם חד-משמעיים, וישנם מקורות סתמאיים שדווקא מלמדים על התקרבות לתרבות הסאסנית. וראו למשל, צבי אריה שטיינפלד, **עם לבדד: מחקרים במסכת עבודה זרה** (רמת-גן, תשס"ח), 304.

⁹¹² מבחינה מתודולוגית, קו החשיבה בסעיף זה דומה לקו החשיבה בעבודת המחקר כולה: ניסיון להבהיר קביעות משפטיות בתחום פרשנות החוזה על בסיס הנחות יסוד בפילוסופיה של הלשון בעולמם של חז"ל. על כך ראו להלן, סעיף 7.1.1.

⁹¹³ כאן "לאום" במובנו המקראי כעם – "שני גוים בבטן ושני לאומים ממעיך יפרדו ולאום מלאום יאמץ ורב יעבד צעיר" (בראשית כה, כג) – ולא במובנו המודרני המדינתי.

⁹¹⁴ ראו למשל: "אמ' ר' יונתן דבית גוברין: ארבעה לשונות נאים שישתמש בהן העולם ואילו הן: לעז לזמר רומי לקרב סורסי לאיליאי עברי לדיבור ויש אומ' אף אשורי לכתב" (ירושלמי, מגילה א, יא, מהד' זוסמן 748; ירושלמי, סוטה ז, ב, מהד' זוסמן 933).

הגבולות של הקיום הלאומי.⁹¹⁵ ההבחנה בין עם פלוני לבין עם אלמוני מוצגת כהבחנה בין לשונותיהם.⁹¹⁶ החלוקה הטיפולוגית של חז"ל את האנושות לשבעים אומות מקבילה לחלוקה של תופעת השפה לשבעים לשונות.⁹¹⁷ ומקרא מלא דיבר הכתוב: "מאלה נפרדו איי הגוים בארצותם איש ללשונו למשפחותם בגויהם",⁹¹⁸ ואומר: "מדינה ומדינה ככתבה ועם ועם כלשונו".⁹¹⁹ ביטוי לכך ניתן לראות במטבעות לשון טיפוסיות, כגון המטבע המאוחר: "אשר בחר בנו מכל עם ורוממנו מכל לשון".⁹²⁰ אכן, אצל חז"ל המלים 'אומה' ו'לשון' פעמים רבות נרדפות זו לזו, באופן המסגיר כי בעיניהם אומה ולשונה כמעט חד הם. למשל, "מלמד שהחזירה הקב"ה על כל אומה

⁹¹⁵ על כך ראו גם גרוס, **ברית הלשון**, 10.

⁹¹⁶ באופן המעורר שאלות מעניינות, כגון האם ניתן לחשוב על שני עמים נפרדים שהם דוברי שפה זהה או שמא השפה הזוהה מגדירה אותם כעם אחד? האם ניתן לחשוב על עם אחד אשר תת-קבוצות שבו דוברות שפות שונות או שמא לפנינו שני עמים נפרדים? ועוד.

בהקשר זה מרתק לחשוב על מחקרם החדש של אדרעי ומנדלס. אדרעי ומנדלס חקרו את זיקתם של חז"ל, בתקופה שאחר בית שני, אל הגולה היהודית במזרח בהשוואה ליחסם אל הגולה היהודית במערב. מסקנתם היתה כי התקיים נתק של ממש בין יהדות ארץ ישראל וגולת המזרח לבין יהדות המערב. לטענתם, הגורם העיקרי שחולל נתק זה הוא הפער הלשוני בין היהדות הדוברת עברית-ארמית (יהדות ארץ ישראל ויהדות המזרח) לבין היהדות הדוברת יוונית (יהדות המערב). נתק זה התחולל ברמות שונות, החל מן הרמה הסוציולוגית ועד למרכיבי עולמם הרוחני: "The Jewish world during the period under discussion began to separate into two worlds with an ever-widening gap between them. This gap was the result of a geographical divide as well as a language barrier of Hebrew and Aramaic vs. Greek. In the course of time, two different knowledge bases and two distinct literatures were created – in the west, the Bible in its Greek translation along with the Apocrypha and Pseudepigrapha, and in the east, Rabbinic literature. This gap naturally led to a normative gap of distinct diasporas. While the east developed a normative standard presented by the Rabbis, the west maintained a biblical normative system based on Septuagint". (Edrei & Mendels, *A Split Jewish Diaspora I*, 130). במאמר ההמשך שכתבו, טענו אדרעי ומנדלס, כי חכמים לא גישרו על מחסום הלשון (באמצעות תרגומים) מסיבות אידיאולוגיות ולא מחוסר יכולת. המחיר של תרגום התורה שבעל פה ליוונית עלול היה להיות אובדן הייחודיות של הזהות היהודית, על כן חכמים הקפידו על שמירת זהותה הלשונית בעברית. ראו Edrei & Mendels, *A Split Jewish Diaspora II*, 163 וראו גם להלן, הע"ש 923.

⁹¹⁷ וראו למשל מהר"ל מפראג, אור חדש א ע"ב, "הלשון נחשב צורת כל אומה"; ר' צדוק הכהן מלובלין, דובר צדק, 144: "עיקר חיות האדם הוא בדיבור, וכל לשון של אומה הוא עיקר כוחם וחיותם". וראו גם גרוס, **ברית הלשון**, 103, 126.

⁹¹⁸ בראשית י, ה. וראו אברבנאל על התורה, בראשית י, ב, בשם הר"ן: "היתה חלוקתם כפי חלוקות הלשוניות, והענין מוכיח כן לפי שחתם בכל אחד מהם ואמר איש ללשונו למשפחותם ללשוניותם, כי לא יחלק אותם אלא בהחלק הלשוניות, ועל זה הצד היה מקובל אצל חז"ל שהלשוניות הם שבעים".

⁹¹⁹ אסתר ג, יב. וראו 'לשון', אנציקלופדיה מקראית ד, 531: "הלשון מציינת את הגוי".

⁹²⁰ ראו גם גרוס, **ברית הלשון**, 10. ובהתאם טענת ריה"ל: "קרה אותה [=השפה העברית] מה שקרה את נושאייה: חלשה בהחלשם ונדלדלה בעקב התמעטם" (כוזרי ב, סח).

ולשון ולא קיבלוהו,⁹²¹ או "לא קיבלו ישראל את התורה אלא כדי שלא תהא **אומה ולשון** שולטת בהן".⁹²²

לפיכך אין זה מפתיע, כי השמירה על טהרת הלשון נקשרה בעיני חז"ל כהכרחית ומהותית לשמירת זהותו של העם, ואכן שלושה מתוך ארבעת הדברים שבזכותם נגאלו ישראל ממצרים קשורים בלשון: "שלא שינו את שמם, שלא שינו את לשונם, שלא היה בהן לשון הרע, שלא היה בהן פרוץ ערייה".⁹²³ אף סימן מסור היה בידי חז"ל לזיהוי מלכות שאינה הוגנת: "דאין להם לא כתב ולא לשון".⁹²⁴ ומכיוון אחר, אנו מוצאים כי החזון המשיחי אודות אחדות האנושות בא לידי ביטוי אצל בחז"ל בחזון אודות אחדות הלשון: "שעירבב הקב"ה את לשונם ולא היה אחד מהם יודע לשון חבירו... בעולם הזה היו האומות והבריות חולקין על הקב"ה, אבל לעולם הבא כולן שוין כתף אחד לעבדו, שנאמר כי אז אפוך אל עמים שפה ברורה [לקרוא כולם בשם ה' לעבדו שכם אחד]".⁹²⁵

ג. במקביל לאופן שבו הלשון מגדירה את הקיום הלאומי, עלינו גם לתת את הדעת לכיוון ההפוך: האופן שבו החברה היא המכוננת ומגדירה את הלשון. ואין כוונתי לפן ה**היסטורי**, שבמסגרתו יש לשאול האם ובאיזה מובן שפה פלונית היא תוצר של דינמיקה חברתית או שמא היא קודמת לקיום החברתי?⁹²⁶ כאן כוונתי לפן ה**לוגי**, שבמסגרתו יש לשאול, האם ניתן לייחס ללשון קיום

⁹²¹ בבלי, עבודה זרה ב ע"ב.

⁹²² בבלי, עבודה זרה ה ע"א. וכן למשל: "מה אריה מלך על כל חיות השדה אף מלכי בית יהודה אינם מתייראין מכל עם ולשון" (שכל טוב, בראשית פרק מט, מהד' בובר 314).

הדים מאוחרים הרבה יותר לתפיסה מעין זו ניתן למצוא ברומנטיות האירופאית. ראו למשל, שמואל הוגו ברגמן, **תולדות הפילוסופיה החדשה – מתקופת ההשכלה עד עמנואל קאנט** (ירושלים, תשל"ג), 50, 93; זאב לוי, **היהדות בתמונת עולמם של האמאן, הרדר וגיתה** (ירושלים, תשנ"ה), 100. ראו גם אנטוני ד' סמית', **האומה בהיסטוריה** (תרגום: איה ברויאר, ירושלים, תשס"ג).

⁹²³ פסיקתא דרב כהנא, פסקא יא, ד"ה ד"ה ד"ה גן נעול' (מהד' מנדלבוים, 182).

יתכן שעל רקע זה יש לראות את הסתייגותם המאוחרת של חכמים מתרגומה של התורה ליוונית, ועוד יותר מכך את הנימוק שנתנו חלק מהם לשימור המשנה בעל פה: העלאת המשנה על הכתב תאפשר לתרגמה יוונית, ובכך תתבטל ייחודיותו של עם ישראל. וכך נאמר בפסיקתא רבתי פרשה ה ד"ה ילמדנו [רבינו] מהו' (מהד' איש שלום יד ע"ב): "אמר ר' יהודה ברבי שלום, ביקש משה שתהא המשנה בכתב. וצפה הקדוש ברוך הוא שהאומות עתידין לתרגם את התורה ולהיות קוראים בה יוונית ואומרים אין הם ישראל. אמר לו הקדוש ברוך הוא: הא משה, עתידין האומות להיות אומרים אנו הם ישראל אנו הם בניו של מקום, וישראל אומרים אנו הם בניו של מקום. ועכשיו המאזניים מעויין. אמר הקדוש ברוך הוא לאומות: מה אתם אומרים שאתם בניי, איני יודע אלא מי שמסטרין שלי בידו הוא בני. אמרו לו ומה הם מסטרין שלך. אמר להם זו המשנה". ראו גם תנחומא, פרשת כי תשא, סימן יז (מהד' בובר, 116). לדיון ביחסים המשתנה של חכמים לשפה היוונית ולתרגומי התורה ראו ליברמן, **יוונית ויוונית**, 225, 301; שולמית אליצור, **למה צמנו? מגילת תענית בתרא ורשימת צומות הקרובות לה** (ירושלים, תשס"ז), 197; Edrei &

Mendels, *A Split Jewish Diaspora II*, 163.

⁹²⁴ בבלי, גיטין לו ע"ב. ראו גם בבלי, עבודה זרה י ע"א.

⁹²⁵ תנחומא, נח סימן כח (מהד' בובר, 56). וברוח זו אף ניתן לפרש את דברי הנביא: "כי אז אהפוך אל עמים שפה ברורה לקרוא כולם בשם ה' לעבדו שכם אחד" (צפניה ג, ט).

⁹²⁶ שאלה זו מקורה בדיונים האפלטוניים שדנו במתח שבין תפיסות טבעיות של השפה לבין תפיסות הסכמיות שלה, בעיקר בדיאלוג קראטילוס, **כתבי אפלטון א** (מהד' ליבס, ירושלים ותל אביב, תשי"ם), 511. ראו גם, N. Kretzman,

עצמאי, במנותק מן השימוש החברתי הנעשה בה, או שמא קיומה הפעיל של הלשון בתוך המסגרת החברתית הוא הוא עצם קיומה? כדי להבהיר שאלה חמקמקה זו ולחדדה אבקש להיעזר בדיונים פילוסופיים בני זמננו.⁹²⁷

לדוויג ויטגנשטיין היה הפילוסוף שהעמיד שאלה זו במלוא חדותה, אליה הוא הגיע דרך השאלה שהטרידה פילוסופים של הלשון: האם ובאיזה מובן ישנו קשר בין מבנה השפה לבין מצב העניינים בעולם, אשר מיוצג לכאורה על ידי השפה? מהו הקשר הלוגי בין מסמנים לבין מסומנים? האם ישנו בכלל קשר לוגי בין המילה 'כלב' לבין הכלב המסומן על ידה? תהייתו של ויטגנשטיין לא נסובה על הגורם ההיסטורי שעיצב את השפה, או שהנחה אותנו לציית לה,⁹²⁸ אלא על המובן הלוגי של היחס בין השפה ומבניה לבין העולם שלכאורה מיוצג על ידה.⁹²⁹ ויטגנשטיין המאוחר כפר בתורת התמונה, שלפיה השפה היא תמונה של העולם החיצוני המסומן על ידה, וטען כי השפה אינה אלא שימוש חברתי.⁹³⁰ הווי אומר, השימוש בשפה (או אם נרצה: המשמעות המקובלת), אינו רק אינדיקציה למשמעות הנכונה, שהיא בעלת קיום נפרד ועצמאי; אלא השימוש בשפה הוא הוא המשמעות עצמה.⁹³¹ ובלשונו: "המשמעות של מילה היא השימוש בה בלשון".⁹³²

'Plato on the Correctness of Names', 8 *American Philosophical Quarterly* 126 (1971); G. Fine, 'Plato on Naming', 27 *The Philosophical Quarterly* 289 (1977); C. W. Chilton, 'The Epicurean Theory of the Origin of Language', 13 *American J. of Philosophy* 159 (1962). ראו סקירתו של רביצקי, **תפיסת הלשון של הרמב"ם**, 185. נדמה כי גם בימינו אלה דילמה זו לא ירדה מסדר היום המחקרי. נעם חומסקי הוא אשר בזמננו העלה מחדש את הטיעון, שמקורה של הלשון בטבע האדם (רעיון הדקדוק האוניברסלי), עוד קודם להסכמה החברתית. על כך ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1379.

⁹²⁷ וראו סוברן, **שפה ומשמעות**, 56, 76.

⁹²⁸ ראו ויטגנשטיין, **חקירות פילוסופיות**, סעיף 198, עמ' 114.

⁹²⁹ לתפיסות האלטנטיביות אליהן מתנגד ויטגנשטיין ראו ברעלי, **אובייקטיביות וכללים**, 374.

⁹³⁰ על כך ראו ברעלי, **סימן וסמל**, 375: "את המשמעות של ביטוי יש לתפוס במונחי השימוש שנעשה בו במסגרת השימוש בשפה". ראו גם H. Ishiguro, 'Use and Reference of Names', P. Winch (ed.), *Studies in the Philosophy of Wittgenstein* (London, 1969) 20; J. Contant, 'Wittgenstein on Meaning and Use', 21 *Philosophical Investigations* 222 (1998); C. Diamond, 'Does Bismarck Have a Beetle in his Box?', A. Crary & R. Read (eds.), *The New Wittgenstein* (New York, 2000), 273. לדעת ברעלי, על אף שמקובל לייחס רעיון זה לוויטגנשטיין המאוחר, למעשה הוא מצוי בצורה גולמית ובוסרית כבר ביצירתו המוקדמת, הטרקטטוס.

⁹³¹ על כך ראו ברעלי, **אובייקטיביות וכללים**, 373. וכפי שחידד ברעלי במקום אחר: "המשמעות של מילים בשפה נעוצה, לפי תפיסתו של ויטגנשטיין, בשימוש שנעשה בהן. טענה זו אינה אומרת רק שעל מנת לגלות את משמעותה של מילה מסוימת כדאי לשים לב לשימוש שנעשה בה; אין היא רק בבחינת המלצה מעשית לבלשן או ללומד. היא תזה פילוסופית שעל פיה השימוש במילה הוא שמכוון את משמעותה, הוא שמסביר מה פירוש עצם ייחוס המשמעות למילה" (ברעלי, **חווית המשמעות**, 428). אשר לשאלה אם שימוש בשפה אליבא דוויטגנשטיין הוא בהכרח שימוש חברתי בשפה או שמא ניתן גם לדבר על שימושו של היחיד ראו, J. V. Canfield, 'The Community View', 105 *The Philosophical Review* 469 (1996). לביבליוגרפיה נרחבת ראו שם, הערה 2.

⁹³² **חקירות פילוסופיות**, סעיף 43, עמ' 55. ובניסוחים נוספים: "אי אפשר לנחש איך מילה מתפקדת. צריך להתבונן ביישום שלה, וממנו ללמוד" (**חקירות פילוסופיות**, סעיף 340, עמ' 144); "כל סימן בפני עצמו נראה מת. מה מעניק לו חיים? – בשימוש הוא חי. כלום יש אז נשמת חיים באפו – או אולי השימוש הוא נשמת אפיו" (**חקירות פילוסופיות**, סעיף 432, עמ' 163).

לכך יש השפעה דרמטית על הבנתנו את השפה.⁹³³ כשעוגן קיומה של השפה הוא השימוש הרגיל בה, אין עוד טעם, למשל, בנסיון לבצע ניתוח פילוסופי מטאפיסי של מילים או מונחים, אלא מן הראוי להתרכז בהבנת אופן השימוש היומיומי הנעשה בהם.⁹³⁴ אל לה לפילוסופיה לפתור את בעיותיה על ידי יצירת שפה מושגית אלטרנטיבית.⁹³⁵ בהמשך נעמוד על השלכות נוספות של תפיסה זו בתחומי מחקר אחרים.⁹³⁶

מכיוון אחר חיזק קריפקי את תלותה הלוגית של השפה בשימוש הנעשה בה. אחת השאלות שהטרידה את קריפקי, כמו גם פילוסופים אחרים של הלשון, מה מאפשר את השימוש בשם עצם פרטי, כאשר הדובר מעולם לא פגש את המסומן של אותו שם עצם? כיצד יכול אדם לדבר על 'אריסטו', אם הוא מעולם לא פגש את אריסטו עצמו ולפיכך השם 'אריסטו' בפיו הוא לכאורה חסר הוראה? בניגוד לתשובות אחרות שניתנו לשאלה זו,⁹³⁷ קריפקי טען לרעיון שרשרת ההוראה. על פיו, יש הצדקה לוגית לשימוש בשם עצם פרטי, רק אם המשתמש פגש באותו עצם, או שפגש באדם אחר שפגש באותו עצם וכן הלאה. ההצדקה לשימוש בשם עצם פרטי מעוגנת בשרשרת ההוראה, המועברת בתוך מסורות קהילתיות-לשוניות. על פי תיאורו, תהליך השיום מתחיל במפגש פרטי של הדובר עם המסומן עצמו. המסגרת הקהילתית, שבה הדובר מתחכך עם דוברים אחרים ומעביר להם את השמות שיצר, היא המאפשרת לקהילה שלמה להשתמש בשם עצם פרטי, על אף שרוב חבריה מעולם לא פגשו בו. ההשתייכות הקהילתית היא המאפשרת את השימוש בשמות עצם פרטיים, אשר אין לדובר מגע ישיר עמם.⁹³⁸ ומכאן, כי הקהילה⁹³⁹ היא התנאי ההכרחי המצדיק את השימוש בשמות עצם פרטיים בתוך גבולותיה.⁹⁴⁰

⁹³³ ראו גם ביקס, **שאלות פרשנות**, 472.

⁹³⁴ "אנו מחזירים את המלים משימושן המטפיסי אל שימושן היום-יומי" (**חקירות פילוסופיות**, סעיף 116, עמ' 82). וכן: "בשום פנים ואופן אסור לפילוסופיה להתערב בשימוש בפועל בשפה; בסופו של דבר היא מסוגלת אפוא רק לתאר. שכן אין היא מסוגלת אף לבססו. היא משאירה את הכול כפי שהוא" (**חקירות פילוסופיות**, סעיף 124, עמ' 84). ראו גם שם, סעיף 130, עמ' 85: "משחקי הלשון הבהירים והפשוטים שלנו אינם בבחינת מחקרים מקדימים לאיזה משטור עתידי של השפה, - קירובים ראשונים, כביכול, ללא התחשבות בחיכוך ובהתנגדות של האויר. אדרבא, משחקי הלשון ניצבים כאן **כעצמים להשוואה**, האמורים לשפוך אור, באמצעות דמיון והבדל, על מצב השפה שלנו".
⁹³⁵ "אין כוונתנו לעדן, או להשלים, באופן חסר תקדים את מערכת הכללים לשימוש במלותנו" (**חקירת פילוסופיות**, סעיף 133, עמ' 86).

⁹³⁶ בהקשר זה מאלפת ההשוואה בין קביעתו של החפץ חיים (עליה נעמוד להלן, הע"ש 980), כי מבחינה הלכתית אין להשתמש במילה שאינה שמישה בקהילה שבה מצוי הדובר (אף שהדובר עצמו מבינה), לבין עמדתו של וויטגנשטיין כי אין שפה שהיא מחוץ לשימוש בשפה.

⁹³⁷ המפורסמת שבהם היא זו של ברטנראד ראסל (בספרו **בעיות הפילוסופיה**, תרגום: מ' שטרנברג, ירושלים, תשנ"א, פרק ה), אשר טען כי מבחינה לוגית אנו רשאים להשתמש בשם פרטי אף שאיננו מכירים באופן בלתי אמצעי את המסומן שלו, רק משום אנו מכירים באופן בלתי אמצעי את אשכול התכונות המרכיבות שם פרטי זה. למשל, אנו רשאים להשתמש בשם 'אריסטו', אף שמעולם לא פגשנו את אריסטו, כיוון שאם נפרק שם זה נמצא שמשמעו 'מחבר ספר האתיקה'. כיוון שאנו מכירים את ספר האתיקה אנו יכולים לציין את מחבר ספר האתיקה, כלומר את אריסטו.

⁹³⁸ וכך תאר זאת קריפקי: "מישהו, נניח, תינוק, נולד; הוריו קוראים לו בשם מסויים. הם מספרים על אודותיו לחבריהם. אנשים אחרים פוגשים בו. באמצעות צורות דיבור שונות השם נפוץ מחוליה לחוליה כמו בשרשרת. דובר המצוי בקצה המרוחק של שרשרת זו, ששמע על, נניח ריצ'רד פיינמן, בכיכר השוק או במקום אחר, עשוי להורות על ריצ'רד פיינמן למרות שאין הוא יכול לזכור ממי שמע לראשונה על פיינמן או ממי שמע בכלל על פיינמן. הוא יודע

ד. באור כל זה יהיה מענין לקרוא את המעשה החז"לי המפורסם הבא :

חד פרסי אתא גבי רב, אמר ליה אלפני אוריא, אמר ליה אמור אל"ף, אמר ליה מאן דיימר דהוא אל"ף ימרון דאינו כן, אמור בי"ת, אמר ליה מאן אמר דהוא בי"ת. גער בו והוציאו בנזיפה. אזל לגבי שמואל, א"ל אלפני אוריא, אמר ליה אמור אל"ף, א"ל מאן דיימר דהוא אל"ף, אמר ליה אמור בי"ת, אמר ליה מאן אמר דהוא בי"ת. אחדיה באודניה ואמר אודני אודני, אמר ליה שמואל מאן אמר דהוא אודניך, אמר ליה כולי עלמא ידעין דהוא אודני, א"ל און הכא כולי עלמא ידעין דהוא אל"ף ודהוא בי"ת. מיד נשתתק הפרסי וקביל עלוי...⁹⁴¹

מה פשר הדין ודברים בין אותו פרסי לבין רב ושמואל? ניתן לפרש את שאלתו "מאן דיימר דהוא אל"ף, ימרון דאינו כן" כמעלה טענה מקומית, שמא הנכם – רב ושמואל – משתמשים בשפה ובאותיותיה באופן שגוי. אולם נראה ששאלתו מהותית יותר: גם בהנחה שהנכם משתמשים 'נכון' בשפה, מה מעניק לכך את התוקף? מדוע נכון יותר לראות בסימן 'א' את האות אל"ף ולא את האות בי"ת? ועל כך באה תשובתו המפתיעה של שמואל, כי אין ללשון קיום עצמאי מחוץ לשימוש החברתי הנעשה בה אשר מעניקה לה את תוקפה; 'כולי עלמא ידעין דהוא אל"ף'.

מעשה זה חשוב לא רק מבחינת תוכנו אלא גם מבחינת האישים המוזכרים בו. שתי תפיסות הלשון המיוצגות בו – הספקנות הלוגית מחד גיסא, ועיגון הקיום הלשוני בקיום החברתי מאידך גיסא – מיוחסות לתרבות הפרסית ולתרבות היהודית בהתאמה.⁹⁴²

ה. כדי לעמוד טוב יותר על המשמעות העשויה להיגזר מבחירתם של חז"ל להעצים את מעמדה של המשמעות המקובלת, אני מבקש לציין תחום נוסף שעלה וצמח במאה העשרים בתחום חקר הלשון, הפעם בשדה הבלשנות: הפרגמטיקה.⁹⁴³ הפרגמטיקה ביקשה לחדד את עובדת קיומה של

שפיינמן הוא פיזיקאי מפורסם. קטע מסויים של תקשורת המגיע בסופו של דבר אל האדם עצמו אכן מגיע אל הדובר. ואז הוא מורה על פיינמן למרות שאינו יכול לזהותו באופן ייחודי. אין הוא יודע מהי דיאגרמת פיינמן, אין הוא יודע מהי התיאוריה של פיינמן... כך שאין הוא חייב לדעת את הדברים הללו, אלא, במקום זאת, נוצרה שרשרת תקשורת החוזרת אל פיינמן עצמו, מכוח חברותו בקהילה שהעבירה את השם מחוליה לחוליה, ולא בעזרת טקס שקיים באופן פרטי בחדרו: 'בפיינמן' תהיה כוונתי לאדם שעשה כך וכך וכך" (קרפיפקי, **שמות והכרה**, 112). וכך הוא תאר את מקומה של המסורת הקהילתית כתנאי הלוגי של אפשרות השימוש בשמות עצם (שם, 126): "ההוראה נקבעת בעצם מכוח העובדה שהדובר הינו חבר בקהילת דוברים המשתמשים בשם. השם הועבר אליו מכוח המסורת מחוליה לחוליה". ראו שם, 156, לגבי שמות מינים.

⁹³⁹ בעקבות זאת עמד בוזגלו, במאמרו 'מסורת ולשון' (טרם פורסם), על היווצרותן של 'קהילות סמנטיות'.

⁹⁴⁰ מאמרו של מאיר בוזגלו, 'מסורת ולשון' (טרם פורסם), מוקדש להשוואת הגותו של קרפיפקי עם תופעות פילוסופיות-לשוניות במסורת היהודית.

⁹⁴¹ קהלת רבה, פרשה ז.

⁹⁴² הצבה זו של הדברים עשויה לחזק את טענתי לעיל (ליד ציון הע"ש 909), כי עליית מעמדה של המשמעות המקובלת בספרות האמוראים אינה נובעת בהכרח מן הסביבה של התרבות הפרסית.

⁹⁴³ הספרות בתחום רחבה ביותר. ראו למשל, S. C. Levinson, *Pragmatics* (Cambridge, 1983); A. Kasher, ראו למשל, *Pragmatics* (London, 1998); P. Grundy, *Doing Pragmatics* (London, 2000). ראו סקירתה של סוברן, **שפה ומשמעות**, 137.

זווית בלשנית חדשה ששממנה ראוי לנתח תופעות לשוניות. בשונה מן הדקדוק, התחביר והסמנטיקה, הפרגמטיקה ביקשה להבין את הלשון לאור השימוש הנעשה בה בפועל.

ניטול כדוגמה את המשפט: 'כל עשר דקות אדם נשדד בניו-יורק'. מבחינה סמנטית טהורה אין פגם בפירוש המשפט כטוען שאיש ושמו 'אדם' נשדד כל עשר דקות בניו-יורק. כמו כן אין פגם בפירוש המשפט כטוען שאדם פלוני, ששמו אינו ידוע, נשדד כל עשר דקות בניו-יורק. ברם, על בסיס פרגמטי ברור שיש לאמץ פירוש שלישי, לפיו בכל עשר דקות נשדד בניו-יורק אדם שונה. פירוש זה מבוסס על העדפת השימוש החברתי המעשי הנעשה במשפט זה על פני ניתוחו הדקדוקי.⁹⁴⁴ או למשל נוכל ליטול את המשפט 'אתה דורך על רגלי'. התחביר הקלאסי יתקשה להסביר את המוזרות שיש בפירוש משפט זה כמשפט חיווי המציין עובדה אמפירית; הפרגמטיקה, לעומת זאת, מסייעת להבין שכאן מדובר בבקשה או בציווי, אשר משמעו: 'הסר את רגלך מעלי'.⁹⁴⁵

הפרגמטיקה הושפעה עמוקות מרעיון השימוש בשפה של וויטגנשטיין המאוחר. היא נוטה להדגיש את ההקשר שבו דבר מסוים נאמר, וזאת במטרה לחדד את 'משמעות הדובר' (במובחן מ'משמעות המשפט' ו'משמעות המבע').⁹⁴⁶ אולם הפרגמטיקה גם הדגישה את ההקשר התרבותי-חברתי הכללי שבו מילה או משפט נאמרים. וכפי שהגדירה סוברן:⁹⁴⁷

הפרגמטיקה... הייתה לענף בלשני עצמאי, המתייחס למבעים ולמשמעות בדרך מורכבת, מזוויות חדשות ובכלי חקר מתגוונים והולכים. הקשר הוא גם ההקשר הרחב יותר, לא זה המיידי של השמעת הטקסט בניסיונות מסוימות, אלא ההקשר התרבותי, המביא אל השיח את עולמות הדעת ואת נהגי התרבות של קהילות דוברים.

לעליית הפרגמטיקה בתחום הבלשנות נודעו גם עקבות בתחום חקר המשפט, ובדגש על תחום הפרשנות במשפט.⁹⁴⁸ דומה שבישראל מבטאים זאת היטב דברי השופט גולדברג: "סבורני, כי אין

⁹⁴⁴ בעקבות אור, **פרשנות פרגמטית**, 12.

⁹⁴⁵ M. Dascal, *Pragmatics and the Philosophy of mind I: Thought in Language* (Amsterdam, ראו גם, 1983), 34.

⁹⁴⁶ H. P. Grice, 'Utterer's Meaning, Sentence Meaning, and Word Meaning', J. Searle (ed.). *The Philosophy of Language* (Oxford, 1971), 54.

⁹⁴⁷ סוברן, **שפה ומשמעות**, 149.

⁹⁴⁸ G. Binder, 'Institutions and Linguistic Conventions: The Pragmatism of Lieber's Legal Hermeneutics', *16 Cardozo L. Rev.* 2169 (1995); לבנת, **עיונים**, 191; לנדוי, **המשפט במשפט**, 37; אור, **פרשנות פרגמטית**, 7; משה אור, יתועלת של הבלשנות הפרגמטית בעת מחלוקת פרשנית של טקסטים משפטיים, **העברית ואחיותיה 2-3** (2002), 105.

להשפעת הפרגמטיקה על תחום פרשנות חוזים ראו 6 Kramer, *Common Sense*, 173; Lewison, *Interpretation*, n. 28; McMeel, *Language and the Law Revisited*, 265.

חשוב לזכור, כי לא בכל פעם שפרשנות משפטית מכונה פרגמטית היא אכן קשורה בפרגמטיקה. ברק למשל, מכנה את פרשנותו פרגמטית (ע"א 133/79 **בוכמן נ' אלנסארה**, פ"ד לה(22), 64, 68), אולם נראה שכוונתו לפרשנות תכליתית. וראו אור, **פרשנות פרגמטית**, 19.

בכוחה של ההגדרה המילונית כדי להכריע במחלוקת הפרשנית, שכן מילותיו של החוק אינן מבצרים, שיש לכבשם בעזרת מילונים".⁹⁴⁹

אני סבור, כי רעיון דומה מקופל בתבנית התלמודית: 'היכי דמי? אילימא דקרו ל... פשיטא, ואלא דקרו ל.... [פשיטא שלא]'. אמוראי בבל פועלים לדחיית משמעויות לשוניות לקסיקאליות, הנקבעות באופן א-פריורי, ותחתם ממליכים את המשמעות המקובלת בהתאם לשינויי הזמן והמקום. הם אינם עושים כן משום שזו דרך טובה יותר לקלוע לאומד דעת הצדדים, אלא משום שזו דרך נכונה יותר להבין את הלשון ולהגדירה.⁹⁵⁰

5.9. סיכום

המשמעות המקובלת נתפסת בתלמוד הבבלי ככלי המעצב את השפה וקובע את גבולותיה. לתבונה זו כמה תוצאות. על שתיים עמדנו לעיל: (א) מיקום גבוה של המשמעות המקובלת בפירמדה של כללי פירוש החוזה; (ב) עריכת הבחנה מהותית בין משמעות המקובלת בפי הכל, שאכן לאורה יפורש החוזה, לבין משמעויות המקובלות בקרב חלקים מן הקהילה, אשר יעילות רק כדי לסמן את טווח המשמעויות האפשריות לפרשנות.⁹⁵¹

כאן אבקש להצביע על תוצאה נוספת. נראה כי המשמעות המקובלת אינה מתפקדת בתלמוד הבבלי כיוצרת חזקה, לא **חזקה עובדתית**⁹⁵² החושפת את כוונת הצדדים, גם לא **חזקה משפטית**⁹⁵³ המנסחת מחדש את כוונתם. מישור פעולתה המשפטי בסיסי יותר: הרובד הלשוני שבו מתעצבת השפה. על פי קו חשיבה זה, אין הכרח שהצדדים יהיו מודעים למשמעות המקובלת,

⁹⁴⁹ ע"פ 787/79 **חיים מזרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(4), 421, 427. קו חשיבה זה עשוי להשפיע לא רק על תוכן הפירוש אלא גם על זהות המפרש. האמנם שופט שאינו בלשן ואינו בקיא במכמני הדקדוק והתחביר הוא בעל כושר מספיק לפרש חוזה, צוואה או חוק, כאשר השלב הראשון של הניתוח הנדרש הנו בחינה לשונית של הטקסט הרלוונטי? וראו ביקורתה של לנדוי, **המשפט במשפט**, 58. ברם, אם נניח כי הפרשנות צריכה להיעשות בכלי הפרגמטיקה, ייקל להבין את הרלוונטיות של מעשה הפירוש הלשוני הנעשה על ידי שופט, אף שאינו בלשן מקצועי.

⁹⁵⁰ שאלה מעניינת, החורגת מגבולות יריעה זו, נוגעת בקשר האפשרי שאולי קיים בין התפיסה המעגנת את הלשון בקיום החברתי לבין האידיאולוגיה הקהילתית. וראו J. V. Canfield, 'The Community View', 105 *The Philosophical Review* 469 (1996). לקריאות קהילתניות של המסורת היהודית ראו חנוך דגן, 'דיני עשיית עושר:

בין יהדות לליברליזם', ד' גוטוויין ומ' מאוטנר (עורכים), **משפט והיסטוריה** (ירושלים, תשנ"ט), 165; פניה עוז זלצברגר, 'יורשים יהודיים של הרפובליקה המודרנית', **תכלת** 13 (תשס"ג), 89.

⁹⁵¹ שאלה הראויה לעיון נפרד, היא מהו מעמדה של המשמעות המקובלת במסגרת מעגלים פרשניים אחרים בעולמם של חז"ל, כגון פירוש המקרא או פירוש המשנה.

⁹⁵² ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 713.

⁹⁵³ ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 723.

שכן זו קובעת את השפה עבורם.⁹⁵⁴ ברם, נראה כדי שהמשמעות המקובלת תהיה רלוונטית לפירוש החוזה היא צריכה להתקיים בעת כריתת החוזה, ולא שתיווצר במועד מאוחר יותר.⁹⁵⁵

5.10. נספח א: המשנה והמשמעות המקובלת כאמצעי פרשני

תופעה הצריכה עיון, שאני מודה כי עדיין אינה מחוורת לי דיה, היא התעלמותה של המשנה מן המשמעות המקובלת כאמצעי לפירוש החוזה. כפי שראינו לעיל, התלמוד הבבלי מכוון את הזרקורים של כללי הפרשנות למשמעות המקובלת. גם התוספתא מאזכרת זאת מעת לעת. אולם בין המשניות העוסקות בפירוש החוזה לא מצאתי התייחסות המלמדת על כך שלמשמעות המקובלת ישנו תפקיד במלאכה זו.

חשוב כמובן להדגיש כי המשנה מכירה את הכוח המשפטי הטמון בנוהג הרווח. בהקשרים אחרים, שאינם מקרים קלאסיים של פרשנות חוזה, המשנה מרבה לפנות לנוהג הכללי ולהסתייע בו. אלא שבכל הנוגע לפירוש לשון החוזה איננו מוצאים לכך עקבות מקבילים. שני שימושים עיקריים המשנה עושה בפנייה לנוהג הכללי במסגרת המשפט הפרטי:

ראשית, לעתים היא מפנה לנוהג הכללי כדי לשאוב ממנו כללים, אשר יחייבו את הצדדים. במקרים אלה הפנייה לנוהג אינה כאמצעי פרשני אלא **כמקור נורמטיבי**; כמנהג ולא כנוהג.⁹⁵⁶ כך למשל, אליבא דרשב"ג, היקף החבות הכספית של חתן לכלתו (לקניית בשמים ותמרוקים) ייקבע על פי מנהג המדינה.⁹⁵⁷ ובמקום אחר קובעת המשנה, כי דרכי המדידה בחנות ייעשו על פי מנהג המקום.⁹⁵⁸

שימוש שני, הקרוב יותר לענייננו, הוא **השלמת חללים** בחוזה. כאשר שניים התקשרו בחוזה והחסירו התייחסות לפרטים רלוונטיים, המשנה מנחה להשלים פרטים אלה על פי הנהג והמקובל.⁹⁵⁹ אדגים זאת בכמה משניות. במסגרת דיני עבודה נקבע, כי הנוטל את שדה חברו לעבדה, ובחוזה שביניהם לא פורטה העבודה המוטלת על מקבל השדה, ייקבעו חובותיו על פי הנוהג: "המקבל שדה מחברו: מקום שנהגו לקצור – יקצור, לעקור – יעקור, לחרוש אחריו –

⁹⁵⁴ כאמור לעיל (ליד ציון הע"ש 839), התלמוד לא התייחס במפורש לנקודה זו. דברי משקפים את עמדתם של חלק מן הראשונים.

⁹⁵⁵ זאת בשונה מן הגישה התכליתית, שטענה כי ניתן לפרש את החוזה גם על פי משמעות מקובלת שהתחדשה לאחר כריתתו. ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 726. גם לכך לא מצאתי התייחסות מפורשת וישירה בתלמוד.

⁹⁵⁶ להבחנה בין נוהג למנהג ראו לעיל, סעיף 5.2.1.

⁹⁵⁷ משנה, כתובות ו, ד: "החתן מקבל עליו עשרה דינרין לקופה לכל מנה ומנה. רבן שמעון בן גמליאל אומר: הכל כמנהג המדינה". לדעת רשב"ג, גם דרך עשיית שטר (אם כגט פשוט או כגט מקושר) תיקבע על פי מנהג המדינה (משנה בבא בתרא י, א).

⁹⁵⁸ משנה, בבא בתרא ה, יא: "מקום שנהגו למוד בדקה – לא ימוד בגסה, בגסה – לא ימוד בדקה, למחוק – לא יגדוש, לגדוש – לא ימחוק". ראו גם תוספתא, בבא בתרא ה, ג (מהד' ליברמן, 144).

בהקשר אחר קובעת המשנה (בבא מציעא ד, יא), כי חרף הכלל האוסר על מכירת יין שהתערב בו מים, הדבר מותר במקום שנהגו כן. אך נראה ששם הסיבה שונה: במקום שכך נהגו אין חשש של תרמית.

⁹⁵⁹ להבחנה בין פרשנות חוזה לבין השלמת חלל שבו, ולבעייתיות שיש ביישומה, ראו לעיל, ליד ציוני הע"ש 55, 683.

יחרוש, הכל כמנהג המדינה".⁹⁶⁰ בדומה נקבע לגבי מועד תחילת יום העבודה של הפועל, מועד סיום יום העבודה, ולגבי זכותו של הפועל למזונות; אף כאן מנהג המקום יהיה מקור להשלמת הפרטים החסרים בחוזה.⁹⁶¹ כן קובעת המשנה, כי שניים שהסכימו לחלוק חצר משותפת, אך לא פירטו בהסכמתם את החומר שממנו ייבנה הכותל שבתווד, ישתמשו בחומרים הנהוגים במקומם.⁹⁶² המשנה גם נעזרת במנהג המקום כדי להשלים פרטים שונים בחוזה "עסקא".⁹⁶³

לבד מכך, יש לזכור כי בהלכות נדרים המשנה שילבה את המשמעות המקובלת במסגרת פרשנות הנדר, הן כאבן יסוד של הלקסיקון שקבעו חכמים⁹⁶⁴ הן כאמצעי פרשני עצמאי.⁹⁶⁵

אנו למדים אם כן, כי האפשרות לפנות לנוהג המקובל לא נעלמה מעיני חכמי המשנה אלא היתה ידועה להם וזמינה בידם. הדבר מעצים את התמיהה העולה נוכח שתיקתה הרועמת של המשנה בעניין שילוב המשמעות המקובלת במסגרת פרשות החוזה. למעשה, תמיהה זו אינה נחלתנו לבדנו; כפי שראינו לעיל,⁹⁶⁶ מקורה בדברי התלמוד הבבלי אשר בפיו היתה שגורה הקושיה מה טעם יש בהפניית הפרשן ללקסיקון שקבעו חז"ל במשנה והלא המשמעות המקובלת היא שתקבע. תירוציו של התלמוד, שהעמידו את המקורות שקדמו לו כמתייחסים למקרים חריגים ונדירים, רק מדגישים את המרחק בין תפיסת התלמוד אודות המשמעות המקובלת לבין תפיסת המשנה.

דומני, כי קשה לקבל את הטענה שהפנייה למשמעות המקובלת כאמצעי פרשני היתה עבור המשנה דבר המובן מאליו שאין צורך להזכירו במפורש. מלבד הריח האפולוגטי הדבק בטיעון זה, הוא נסתר לאור העובדה שבהקשרים אחרים שזכרו לעיל המשנה כן טורחת ומציינת את הצורך לפנות לנוהג המקובל. קשה אפוא לראות בכך דבר המובן מאליו. כן יש לזכור, כי המקרים שבהם אין אפשרות לפנות למשמעות המקובלת הם מועטים,⁹⁶⁷ וקשה לומר כי המשנה מכוונת דבריה רק למקרים לא-שכיחים ושותקת ביחס למקרים הרווחים.

⁹⁶⁰ משנה, בבא מציעא ט, א.

⁹⁶¹ משנה, בבא מציעא ז, א: "השוכר את הפועלים ואמר להם להשכים ולהעריב, מקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב אינו ראוי [בכ"י קויפמן ובכ"י פארמה: "אינו יכול"] לכופן; מקום שנהגו לזון – יזון, לספק במתיקה – יספק, הכל כמנהג המדינה".

⁹⁶² משנה, בבא בתרא א, א-ב: "מקום שנהגו לבנות גויל גזית כפיסין לבנים בונים הכל כמנהג המדינה". ובדומה ראו תוספתא, בבא בתרא ו, ח-ט (מהד' ליברמן, 148): "חבית של יין אני מוכר לך – נותן לו יין יפה. חבית של יין זו אני מוכר לך – נותן לו יין המתקבל בחנות. חבית זו אני מוכר לך – אפי' חומץ הגיעו. מאה חביות של יין אני מוכר לך – נותן לו יין יפה כרוב יין הנמכר [באותו מקום. מאה חביות של יין אלו אני מוכר לך – נותן לו יין יפה מרוב יין הנמכר] באותה חנות. מאה חביות אילו אני מוכר לך – אפילו חומץ הגיעו" (השלמות ליברמן בעקבות כ"י ערפורט ודפוס ראשון, וכן הוא בירושלמי, בבא בתרא ו, א, מהד' זוסמן 1250).

⁹⁶³ משנה, בבא מציעא ה, ה: "שמין פרה וחמור וכל דבר שהוא עושה ואוכל למחצה. מקום שנהגו לחלוק את הולדות מיד – חולקין, מקום שנהגו לגדל – יגדלו".

⁹⁶⁴ ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 546.

⁹⁶⁵ ראו להלן, ליד ציון הע"ש 986.

⁹⁶⁶ סעיף 5.6.1.

⁹⁶⁷ ראו לעיל, הע"ש 759.

קשה גם לטעון, כי המשנה מציעה כללי פרשנות שהם בבחינת 'הלכה', בעוד הפנייה למשמעות המקובלת היא בבחינת 'הלכה למעשה',⁹⁶⁸ כלומר שבפועל המשנה מצפה כי הדין מפרש החוזה ייפנה אל המשמעות המקובלת. זאת בשל כמה סיבות: (א) כפי שראינו לעיל, בהקשרים אחרים המשנה מפנה אל הנוהג הרווח, ואם כן עדיין לא התבאר מה נשתנה הכא מהתם. (ב) כפי שצינו לעיל, התלמוד עצמו תמה על המשנה מדוע היא מתעלמת מאפשרות הפנייה למשמעות המקובלת. האמנם יש בסיס לטענה, כי התלמוד דן במישור של 'הלכה למעשה', בעוד שהמשנה דנה במישור של 'הלכה' בלבד, והלוא הבחנה זו, שבוודאי יש לה אחיזה בהיבטים אחרים שבמשפט העברי, אינה בהכרח בין קבצי הלכה שונים, אלא בין רבדים שונים של אותו קובץ הלכתי!

עוד קשה לקבל את הטענה, כי המשנה לא השתמשה במשמעות המקובלת כאמצעי פרשני כיוון שבארץ ישראל שבתקופה זו היתה זהות בין המשמעות הלקסיקאלית שקבעו חכמים לבין המשמעות שהיתה מקובלת בקהילות ארץ ישראל, שאופיינו באחידות גבוהה באופן יחסי. טענה זו נסתרת לאור העובדה שבהקשרים הלכתיים אחרים המשנה כן ראתה לנכון להיעזר במשמעות המקובלת, על שינויי הזמן והמקום הנגזרים מכך.

דומני כי אין מנוס מן האפשרות, שבעיני המשנה קיים שוני מהותי ועקרוני בין אופי הפעולה של פירוש החוזה לבין אופי הפעולה של השלמת חללים בחוזה,⁹⁶⁹ דבר הבא לידי ביטוי לגבי מעמדה של המשמעות המקובלת. אמנם מנקודת המבט של אומד דעת הצדדים פירוש והשלמה הן פעולות בעלות אופי דומה, אך זו אינה תכלית פרשנות החוזה על פי חז"ל, אשר סוברים כי את החוזה יש לפרש על פי משמעות לשונו. חז"ל ככל הנראה מניחים כי הלשון נקבעת על ידי חכמי הלשון – חכמי ההלכה – ולא על ידי המון העם. המשמעות המקובלת בידי ההמון אינה משקפת בהכרח את הלשון "הנכונה". לפיכך, כאשר דרוש פתרון לשוני יש לפנות אל המשמעות שקבעו חז"ל בלקסיקון.⁹⁷⁰ לעומת זאת, כאשר מתעוררת בעיה שאינה לשונית, כגון כאשר יש בחוזה חלל אשר הצדדים לא התייחסו אליו, אין מניעה מלהשלים חלל זה על פי הנוהג הרווח.

יתכן ובנקודה זו יש למקד את התמורה המשתקפת מתוך התבנית החוזרת של השאלות שבתלמוד הבבלי נגד המשנה (וראשוני האמוראים). התלמוד הבבלי מניח שהמשמעות המקובלת, על כל מאפייניה הדינמיים והבלתי מדויקים (בהשוואה למשמעויות שקבעו חז"ל בלקסיקון) היא הגורם העיקרי המעצב את הלשון והתוחם את השפה. לדידו, דווקא מנקודת המבט של ההתחקות אחר המשמעות הלשונית של החוזה יש להעמיד את המשמעות המקובלת מעל המשמעות שקבעו חכמי בית המדרש.

אם אכן יש אמת בהבחנה זו, דומני כי היא עשויה לעניין היסטוריונים של התקופה. הללו עשויים להסביר טוב יותר את ההשפעה האפשרית שהייתה לחיים הקהילתיים בבבל, המאופיינים ביתר ביזור ופיזור קהילתיים ובפיחות במעמדם של מרכזי הכוח, על שינוי בתפיסת הלשון ומעמדה של המשמעות המקובלת.

⁹⁶⁸ להבחנה בין 'הלכה' לבין 'הלכה למעשה' ראו לעיל, סעיף 4.9.2.

⁹⁶⁹ ראו לעיל, ליד ציוני הע"ש 52, 683.

⁹⁷⁰ יתכן שזאת בשונה מפרשנות הנדר, שבה ישנה הדגשה של כוונת הנדר על פני הדגשת הלשון, ולפיכך גם המשמעות המקובלת נתפסת כאמצעי יותר רלוונטי. ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 521, ולהלן, ליד ציון הע"ש 1011.

5.11. נספח ב: המשמעות המקובלת כאמצעי פרשני בנושאים

הלכתיים מקבילים

עד עתה דנתי במעמדה של המשמעות המקובלת במסגרת פרשנות חוזים. מעניין לבדוק את מעמדה הפרשני המקביל בתחומים הלכתיים אחרים, כדוגמת קידושין, נדרים, נזירות ועוד. הדברים המובאים בנספח זה ראויים לעיון ולהרחבה בפני עצמם; בשל קוצר היריעה הבאתים על קצה המזלג, כפי הדרוש להשוואתם עם האמור בידי פרשנות החוזה, ובכך תפתחנה דלתות לכיווני עיון ומחקר נוספים.

התחומים ההלכתיים שיידונו בנספח זה הם: קידושין, נדרים ונזירות. זאת בשים לב להנחה שטיבו של המעשה הפרשני עשוי להשתנות מתחום משפטי-הלכתי למשנהו, ואין הכרח שכללי הפרשנות יהיו זהים בכל התחומים.⁹⁷¹ כבר בפתח הדברים יש להעיר, כי הללו שייכים, לכאורה, לקטגוריה שונה בתכלית מזו של החוזים, וזאת מכוח התפקיד שהם מייצגים לשפה. בשונה מן החוזה, שבו נראה כי לשפה תפקיד קומוניקטיבי בין הצדדים לחוזה (ובמידה מסוימת, גם בינם לבין כולי עלמא), בתחומים ההלכתיים האחרים, יתכן שלשפה תפקיד נוסף: ריטואלי, כלומר, כאן השפה נועדת לא רק לתקשר בין בני אדם אלא גם לשמש חלק מן הריטואל הדתי. כך הוא במסגרת הנדרים והנזירות, יתכן שגם במסגרת דיני הקידושין. לתפקיד זה עשויה להיות נודעת השפעה על תפקודה הפרשני של המשמעות המקובלת.

5.11.1 קידושין

באופן כללי, נראה כי מעמדה של המשמעות המקובלת בקידושין דומה לזו שבמקח וממכר, אם כי יתכן ויש הבדל מסוים בין שני התחומים.

גם במסגרת דיני הקידושין נתפסת המשמעות המקובלת כאמצעי לפירוש הדברים שאומר המקדש למתקדש. על כך אנו למדים מסוגית התלמוד הדנה באיש שאמר לאשה: "הרי את חרופתי"⁹⁷²:

איבעיא להו חרופתי מהו?

ת"ש דתניא האומר חרופתי מקודשת שכן ביהודה קורין לארוסה חרופה.

ויהודה הוא רובא דעלמא?

הכי קאמר: האומר חרופתי מקודשת שנאמר "והיא שפחה נחרפת לאיש", ועוד ביהודה קורין לארוסה חרופה.

ויהודה ועוד לקרא?

אלא הכי קאמר: האומר חרופה ביהודה מקודשת שכן ביהודה קורין לארוסה חרופה.

⁹⁷¹ ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 64.

⁹⁷² בבלי, קידושין ו ע"א.

נקודת המוצא של הסוגיה, כמו גם נקודת הסיום שלה, כי המשמעות המקובלת ביהודה מרחיבה את גבולות השפה, כך שאף המילה 'חרופתי' נחשבת לשון קידושין. הפער בין תחילת הסוגיה לסופה הוא בשאלה, האם משמעות מקובלת זו חלה ללא הגבלת מקום או שמא ביהודה בלבד.

הנימוק שמביאה הברייתא לכאורה אינו מובן, שהרי מדוע לשונם של אנשי יהודה תקבע משמעות חדשה עבור העולם כולו, וזו אכן תמיהת עורך הסוגיה: "ויהודה היא רובא דעלמא?"⁹⁷³ יתכן שכדי להצדיק דברים אלה של הברייתא (שכנראה שימשה מקור לפסיקת הרמב"ם⁹⁷⁴), נצטרך להניח כי שפה או משמעות מקובלת שזכו להסכמה חברתית במקום מסוים מועלים ומקבלים מעמד עצמאי החורג מן הגבולות הגיאוגרפיים של אותה הסכמה. הלכך ניתן להשתמש בהם בכל מקום, אף היכן שהם אינם חלק מן השפה המדוברת.⁹⁷⁵

על פי מסקנת הסוגיה, רק באזור יהודה יש בכוחה של אמירת "הרי את חרופתי" ליצור קידושין. המשמעות המקובלת במקום מסוים קובעת משמעות חדשה רק באותו המקום.⁹⁷⁶ מסקנה זו מעוררת שאלה מרתקת, עליה עמדו חלק מן הראשונים והאחרונים. האם במשפט "האומר חרופה ביהודה מקודשת" כוונת הסוגיה לתחולה גיאוגרפית או לתחולה פרסונלית? האם משמעות זו חלה על המצויים בחבל ארץ יהודה או שמא על אנשי יהודה באשר הם. רוצה לומר: האם איש ואשה מיהודה המצויים בגליל יכולים להתקדש באמירת "הרי את חרופתי"? היצמדות דווקנית ללשון הסוגיה ("האומר חרופה ביהודה") תביאנו למסקנה כי התחולה הנה גיאוגרפית. רק ביהודה מתפרשת המילה 'חרופה' כמקודשת, אך לא חוץ ליהודה, אף אם הדוברים הם אנשי יהודה.⁹⁷⁷ מהסבר זה עולה כי השימוש החברתי בשפה מגדיר אותה כשפה תקפה רק באותו מקום.

⁹⁷³ מדברים אלה ניתן לכאורה להסיק כי לשון הרוב קובעת ואין צורך במשמעות המקובלת בפי הכל, שהרי לפיהם אם יהודה היא רובא דעלמא אכן לשון 'חרופתי' היתה קבילה ותקפה בעולם כולו. זאת בשונה ממשקנתנו לעיל (ליד ציון הע"ש 803). אולם דומני כי משני טעמים אין להיחפו בקבלת מסקנה זו: ראשית, מדובר בלשון הפרזה, שתכליתה תמיהה על הברייתא שביקשה להחיל את לשון אנשי יהודה על העולם כולו. רוצה לומר, יהודה אינה כל העולם, גם לא רובו, אלא מיעוטו (אך ראו תוספות ר"י הזקן, והערת המגיה שם). שנית, וזאת העיקר, כאן מדובר בהרחבת גבולות השפה ולא בצמצום (הוספת לשון קידושין חדשה, אך לא פסילת אחרות), ולתכלית זו אכן לשון הרוב ראויה להיות יעילה, כמו גם לשון המיעוט.

⁹⁷⁴ מדברי הרמב"ם (משנה תורה, אישות פרק ג, הלכה ו) משמע שלדעתו בכל מקום ניתן לקדש אשה במילה 'חרופה', אף מחוץ ליהודה. לגישתו ניתנו כמה הסברים (ראו כסף משנה, שם). ביניהם יש מי שהסביר, כי הרמב"ם הסתמך על גרסת הר"ח, לפיה הסוגיה הסתיימה לאחר ציטוט הברייתא המובאת כתא שמע. ראו חידושי הרשב"א, קידושין ו ע"א, ד"ה 'אלא'.

⁹⁷⁵ אכן, גישת הרמב"ם היא כי שפה שהתקבלה במקום מסוים תקפה מבחינה הלכתית אף במקומות שאין היא נוהגת. ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1006.

⁹⁷⁶ וכך קבע הריטב"א: "ושמעין מהכא שקידושין שנאמרו בכל לשון שמשמעותו באותו מקום לשון קידושין הו קידושין אף על פי שאינו לשון תורה, ואומר ללעזות בלעז וערבית לערבים ויוונית ליוונים" (חידושי הריטב"א, קידושין ו ע"א, ד"ה 'אלא הכי'). ראו גם פסקי הרא"ש, קידושין, פרק א, סימן ב. אך ראו שיטה לא נודעה למי, קידושין ו ע"א, ד"ה 'האומר חרופתי', אשר בהסברו השני טען, כי המשמעות המקובלת ביהודה למילה 'חרופה' מחייבת רק משום ש"יש להם על מה שיסמוכו, דכתיב 'נחרפת לאיש'", כלומר המשמעות המקובלת אינה תקפה בזכות עצמה, אלא רק בצירוף לפסוק המורה כמותה.

⁹⁷⁷ זאת בניגוד לפירוש אלטרנטיבי, גמיש יותר, שיטען כי הכלל חל על אנשי יהודה באשר הם. לפיו, המשפט "האומר חרופה ביהודה" מתייחס לאנשי יהודה, ונאמר בצורה זו מטעמי קיצור וסגנון בלבד.

עמד על כך הרב יצחק הוטנר: "דין לשון נוצר דוקא על ידי ההשתמשות בה בין בני אדם של המקום הזה".⁹⁷⁸ נראה שזו גם דעתו של הריטב"א.⁹⁷⁹ בעל החפץ חיים הרחיב ופיתח עקרון זה.⁹⁸⁰

לפי פירוש זה, יעלה בידינו הבדל מעניין בין מעמד השפה המקובלת בדיני הקידושין לבין מעמדה המקביל בדיני מקח וממכר. אמנם יתכן שלשון 'חרופתי' תקפה כלשון קידושין רק ביהודה, אך לא מחוצה ליהודה ואפילו היא נאמרת על ידי אנשי יהודה. ברם, אין זה סביר כי כך יהיה הדין גם במקח וממכר. הדעת נותנת, כי שניים הסוחרים בשפת ארץ מוצאם יהיה ממכרם ממכר גם אם הם מצוים בארץ שאינה דוברת את שפתם. כאן ברור ששפת החוזה יכולה לחרוג מן הגבולות הגיאוגרפיים שבהם החוזה נכתב ונחתם.⁹⁸¹ שפת הקידושין צריכה אפוא להיות שפת אנשי המקום בו מצוים הצדדים המתקדשים, בעוד ששפת החוזה צריכה להיות השפה המקובלת בקהילה של

⁹⁷⁸ ספר הזכרון לר"י הוטנר (עורך: יוסף בוקסבוים, ירושלים, תשד"מ), עמ' רח.

⁹⁷⁹ ראו הציטוט מדבריו לעיל, הע"ש 976, וכך הסבירו החפץ חיים המובא להלן. כן ראו וינרוט, **תפקיד המילים** (תשנ"ו), עמ' רח-רלט. אלא שלמעשה קשה לקבוע בדבר מסמרות. מחד גיסא, בראשית דבריו הריטב"א מתייחס ל"קידושין שנאמרו בכל לשון שמשמעותו באותו מקום לשון קידושין", כלומר, המבחן הוא מבחן המקום ולא מבחן שפת הדובר. מאידך גיסא, בסוף דבריו מרחיב הריטב"א את דבריו ל"ערבית לערבים ויוונית ליוונים", כלומר, על פי שפת הדובר ולא על פי שפת המקום (בשונה מנוסח אפשרי אחר: "ערבית בערב ויוונית ביוון").

⁹⁸⁰ בהסתמך על סוגיית 'חרופתי' הסיק ר' ישראל מאיר הכהן מראדין (ביאור הלכה, אורח חיים, סימן סב, סעיף ב) מסקנה מרחיקת לכת בהלכות קריאת שמע. הלכה היא שקריאת שמע נאמרת בכל לשון, והפוסקים סייגו הלכה זו בכך שתהא לשון זו מובנת לאדם הקורא קריאת שמע (ראו רמב"ם, משנה תורה, קריאת שמע פרק ב, הלכה ז). מסוגיית 'חרופתי' במסכת קידושין הסיק החפץ חיים סייג נוסף, והוא שהלשון צריכה גם להיות מובנת לאנשי המקום שבו נקראת קריאת שמע. רוצה לומר, יהודי סיני השוהה באנגליה לא יוכל לקרוא קריאת שמע בשפה הסינית, על אף שהוא מבינה על בוריה, שכן זו אינה שפת אנשי המקום. ובלשונו: "ודע עוד דנ"ל בפשיטות דאותן דברים הנאמרים בכל לשון הוא דוקא אם אנשי אותו המדינה מדברים כך אבל אם אנשי המדינה אינם יכולין לדבר זה הלשון ורק הוא ועוד איזה אנשים יודעים זה הלשון זה לא נחשב לשון כלל למדינה זו שאינה מכרת בו הלשון".

חידושו מרחיק לכת בשני מובנים. ראשית, כפי שנראה בהמשך, ניתן להתווכח אם אכן זו כוונת התלמוד במסכת קידושין. שנית, ההיקף מדיני קידושין לדיני קריאת שמע גם הוא אינו מחויב המציאות, שכן יתכן שיש מקום להפריד בין השניים. הקידושין הם אינטראקציה בין-אישית, חברתית, ועל כן לשון אנשי המקום הנה גורם כבד-משקל, בעוד קריאת שמע היא דיבור שבין אדם לקונו, ועל כן בה הדגש עשוי להיות על שפת הדובר, המעידה על הבנתו ועל כוונת ליבו, אף אם אינה שפת אנשי המקום.

מכל מקום, נראה שהחפץ חיים מייצג גישה המעצימה את מעמדה של המשמעות המקובלת ואפילו בעניינים שבין אדם לקונו, עד כדי דחיקת שפתו של הדובר שאינה מובנת לאנשי המקום. הרב יצחק הוטנר (לעיל, הע"ש 978) העיד על תשומת הלב המרובה שנתן החפץ חיים לסוגיה זו. מדברים אלו הסיק הרב הוטנר כמה מסקנות מעניינות, חלקן מרחיקות לכת אפילו עוד יותר: א) על אף שמותר לקרוא קריאת שמע בכל לשון, הקורא קריאת שמע בשפת האספרנטו לא יצא ידי חובתו, שכן "אף על פי שיש לה לשפה זו צורת לשון בכל פרטיה, מכל מקום מכיון שבכל העולם אין שום מקום ידוע מיוחד לבני אדם המשתמשים בשפה זו, אין שמה לשון לענין דינאי". ב) בית המקדש אינו מקום של קהילת דוברים מסוימת, ולפיכך מצוות שיש לאומרן במקדש (ווידי מעשר ואמירת הכהן לסוטה) ניתן לאומרן בכל לשון המדוברת בעולם. ג) הסיבה לדרישה שהדובר יבין את המילים אותן הוא אומר היא כדי שהוא ישתתף בשפה הקהילתית שבה הוא מצוי. לפיכך, במקדש, שבו ממילא כל שפות העולם תקפות, אין צורך בהבנת הדובר את השפה.

הרב שמואל רוזובסקי טען, כי מהלכות נדרים עולה שאין זו דעת הרמב"ם ופוסקים נוספים, הסוברים כי שפה מוסכמת קבילה ותקפה גם חוץ לגבולות הגאוגרפיים בהם היא רווחת. ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1006.

⁹⁸¹ וכך שיער גם וינרוט, **תפקיד המילים** (תשנ"ו), עמ' רח-רלט.

הצדדים לחוזה, אף אם הם אינם מצוים כעת בקהילתם. הדבר מתיישב היטב עם השוני בין מעשה הקידושין לבין החוזה. הקידושין נתפסים בהלכה כמעשה כלפי כולי עלמא, לא רק כלפי הצדדים המתקדשים עצמם; הביטוי "האיש מקדש" התפרש בתלמוד "דאסר לה אכולי עלמא כהקדש"⁹⁸². ברוח זו תובן הדרישה כי הקידושין ייעשו בשפה הנוהגת באותו המקום שבו הם נערכים. החוזה, לעומת זאת, הוא מעשה שבעיקרו מתייחס לשני הצדדים לחוזה, המשנים את מערך זכויותיהם וחובותיהם ההדדיות, ורק בעקיפין הוא יוצר שינוי כלפי כולי עלמא.⁹⁸³ שפת החוזה צריכה אפוא להיות שפת הקהילה אליה משתייכים הצדדים לחוזה, אך לאו דווקא השפה המדוברת במקום הגיאוגרפי שבו הם מצוים.

עוד עולה מסוגית 'חרופתי', כי כאשר ישנו מתח בין הלשון המקובלת לבין לשון תורה זו האחרונה גוברת. אם המילה 'חרופה' תתפרש בלשון תורה כמקודשת⁹⁸⁴ ניתן יהיה לקדש אשה במילה זו גם במקומות שבהם לא מקובל לייחס לה משמעות קידושין.⁹⁸⁵ הדבר משתלב היטב עם האופי הריטואלי של מעשה הקידושין, שאינו מאפיין את מעשה כריתת החוזה.

5.11.2. נדרים

א. וכמעשה הקידושין כן מעשה הנדרים.⁹⁸⁶ אף כאן עקרון יסוד בפרשנות הנדר הוא הליכה אחר המשמעות המקובלת. על אף שכאן כבר מדובר בשפה שעיקרה במערכת היחסים שבין אדם ואלוהיו, המשמעות המקובלת נתפסת כאמצעי כבד-משקל בפרשנות הנדר ובקביעת גבולות תחולתו. מקום שקיימת משמעות מקובלת יתפרש הנדר על פיה.

על המעמד של המשמעות המקובלת ניתן ללמוד מכמה מקורות תנאיים ואמוראיים, על חלקם עמדנו כבר לעיל עת דנו ביחסים שבין לקסיקון הנדרים לבין המשמעות המקובלת (ובתוך כדי עמידה על ההבדל לעניין זה בין דיני החוזים לבין דיני הנדרים).⁹⁸⁷ כך למשל, המשנה קובעת כי אדם הנודר נדר מסוים ומגביל אותו בזמן "עד הקציר", יתפרש נדרו "הכל לפי מקום נדרו: אם היה בהר – בהר, ואם היה בבקעה – בבקעה",⁹⁸⁸ כלומר המשמעות המקובלת באותו מקום לביטוי 'תחילת הקציר' היא שתקבע. אכן, כלל פרשנות המופיע פעמים רבות בתלמוד, אותו כינה

⁹⁸² בבלי, קידושין ב ע"ב. אכן, עדי הקידושין נתפסים על ידי הפוסקים כחלק אינטגרלי של מעשה הקידושין (ע"די קיום), לא רק כאמצעי ראיתי. ראו סוגיית 'המקדש בעד אחד ואפילו שניהם מודים', קידושין סה, א, וכלשון קצות החושן, סימן רמא, ס"ק א: "דעיקרא דמלתא דצריך עדים בגוף הקידושין הוא בכדי שיוודע לעלמא".

⁹⁸³ בשונה מעדי הקידושין, העדים לחוזה הם אמצעי ראיתי **אפשרי**, אך אינם תנאי הכרחי לתוקף החוזה.

⁹⁸⁴ ראו מרדכי ברויאר, 'אמה עברייה ושפחה חרופה', **מגדים טז** (תשנ"ב), 19.

⁹⁸⁵ בלשון חז"ל המילה 'אירוסין' מורה על קידושין, ובלשון זמננו היא מורה על שידוכים. יש בין הפוסקים שהתחבטו בשאלה, האם אדם הנותן לאשה "מתנת אירוסין" עשוי להיחשב כמקדשה, כלומר האם כאן לשון חז"ל גוברת על המשמעות המקובלת בזמננו. ראו הרב בנימין אדלר, **הנישואין כהלכתם**, כרך א (ירושלים, תשד"ם), עמ' קיח, ושם במקורות המובאים בהערה 268.

⁹⁸⁶ עוד על פרשנות נדרים ראו רוזנברג, **ידות נדרים**, 193; וינרוט, **תפקיד המילים** (תשנ"ו), עמ' רלא.

⁹⁸⁷ לעיל, סעיף 4.6.

⁹⁸⁸ משנה, נדרים ח, ד.

הרמב"ם "עיקר הגדול",⁹⁸⁹ קובע: "בנדריים הלך אחר לשון בני אדם",⁹⁹⁰ על שינויי הזמן והמקום המתחייבים מכך; "מר כי אתריה ומר כי אתריה".⁹⁹¹

לבד מעצם המעמד המרכזי שמקנה המשנה למשמעות המקובלת כאמצעי לפירוש הנדר, מן ההדגשה "הכל לפי מקום נדרו" אנו עשויים להגיע לשתי מסקנות נוספות. ראשית, נראה שנקודת הזמן הרלוונטית לפרשנות הנדר היא מועד **אמירת** הנדר ולא מועד **קיומו**.⁹⁹² וכך הגדירה הברייתא:⁹⁹³ "תניא: הנודר עד הקיץ בגליל וירד לעמקים אע"פ שהגיע הקיץ בעמקים אסור עד שיגיע הקיץ בגליל", כלומר, הנדר מתפרש על פי המשמעות המקובלת במקום אמירת הנדר, והדעת נותנת שכן הוא גם לגבי מועד אמירתו. שנית, וזאת יש לומר בזהירות רבה יותר, יתכן שאף כאן הדגש הוא על המשמעות המקובלת במקום שנדר ("לפי מקום נדרו"), לאו דווקא על המשמעות המקובלת בשפת המקום שממנו בא הנודר.⁹⁹⁴ כלומר, איש עמקים המצוי בגליל והוא נודר 'עד הקיץ', יתפרש נדרו על פי המשמעות המקובלת בגליל ולא על פי זו המקובלת בעמקים.⁹⁹⁵ זאת בדומה לאמירת 'הרי את חרופתי' על ידי איש יהודה המצוי בגליל.⁹⁹⁶

תשומת לב מיוחדת הוקדשה במסגרת דיני הנדריים לטיפול במעמדה של תת-שפה, אשר עשויה להיווצר משיבושים בשפה או מהתפתחות דיאלקטים שונים, וכפי שיבואר להלן. במסגרת דיני ההפלאה (נדריים, נזירות, חרם וכו') נקבע כי גם שימוש בכינויים תקף ומחייב. כך, למשל, כינויי נדריים (כגון "מודרני ממך, מופרשני ממך, מרוחקני ממך") חלים כנדריים, וכינויי הנזירות (כגון

⁹⁸⁹ משנה תורה, נדריים פרק ט, הלכה יג.

⁹⁹⁰ ראו בבלי, ראש השנה יב ע"ב; בבלי, יומא עו ע"ב; בבלי, נדריים ל ע"ב; בבלי, נדריים מט ע"א; בבלי, ערכין ט ע"ב; בבלי, ערכין יט ע"ב. פעמים רבות כלל זה מובא נגד הניסיון לפרש את הנדר על פי לשון תורה.

⁹⁹¹ בבלי, נדריים מט ע"א. וכך קבע הרמב"ם (משנה תורה, נדריים פרק ט, הלכה א): "בנדריים הלך אחר לשון בני אדם באותו מקום ובאותו לשון ובאותו זמן שנדר או נשבע בו... הולכין בו אחר הלשון של בני העיר". נראה כי הסיומת 'בני העיר' (במקום 'בני אדם') מבליטה את האופי המשתנה של המשמעות המקובלת.

⁹⁹² הבחנה זו ייחודית לנדר, שכן על דרך הרוב בחוזה מכר וכן בקידושין אין פער בין מועד הדיבור וכריתת החוזה לבין מועד קיומו. החוזה האובליגטורי אינו רווח בכתובה התלמודית (אם בכלל הוא מופר; ראו לעיל, הע"ש 2, וליד ציון הע"ש 608). לעומתם, הנדר, השבועה וקבלת הנזירות צופים פני עתיד ואובליגטוריים על פי טבעם. עוד לנקודת הזמן הרלוונטית בפרשנות חוזה אובליגטורי ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 726.

⁹⁹³ בבלי, נדריים סב ע"ב.

⁹⁹⁴ נראה כי לשונו של ר' יעקב בעל הטורים מפורשת יותר בעניין זה: "ואנו הולכים אחר המקום שעומד בו הנודר בשעת הנדר אפי' אם הולך אחר כן הנודר אל מקום אחר" (טור, יורה דעה, סימן רכ). וראו צפנת פענח, הלכות נדריים, פרק י, הלכה י. ברם, יש מן הראשונים שקבעו, כי פרשנות על פי המשמעות המקובלת בנדריים יכולה להסתמך על שפתו המקובלת של הנודר, גם אם אינה השפה המקובלת במקומו. ראו חידושי הריטב"א, נדריים נג ע"א, ד"ה 'תניא הנודר': "ובנדריים הלך אחר לשון בני אדם במקומו ובשעתו, ובאותו לשון שהוא רגיל לדבר בו אם אינו מדבר כלשון מקומו". השוו חידושי הרשב"א, נדריים, מט ע"א, ד"ה 'ימותר בביצה': "ומיהו אין הולכין בכל אלו אלא לפי לשון המקומות ולשון הנודר".

⁹⁹⁵ שאלה דומה עשויה להתעורר במקרה של אדם הנודר כשהוא במקום פלוני ומבקש להחיל את הנדר כשיהיה במקום אלמוני. ראו חידושי חתם סופר, נדריים סב ע"ב, ד"ה 'הנודר עד הקיץ'.

⁹⁹⁶ ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 980. כאן הנימוק לכך יהיה אופיה הריטואלי של אמירת הנדר ולא המשמעות הישירה שיש לדיבור כלפי כולי עלמא; ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 982. ראו גם בבלי, נדריים יח ע"ב, לגבי השפעת המשמעות המקובלת באותו מקום על פרשנות המונחים 'תרומה' ו'חרם'.

"ניזיק, נזיח, פזיח" כנזירות.⁹⁹⁷ ככל הנראה מדובר בשיבושי לשון ובהטיות לשון שהיו מקובלים בקהילות מסוימות ו/או מחדירת שפות זרות.⁹⁹⁸ חכמי התלמוד נחלקו בשאלה,⁹⁹⁹ האם דווקא הכינויים המנויים במשנה אומצו באופן מיוחד על ידי חכמים ("לשון שבדו להם חכמים", יתכן בשל קרבתם לביטויים המקוריים בעברית),¹⁰⁰⁰ או שמא אלו אך דוגמאות להטיות לשוניות המקובלות במקום ובזמן נתונים.¹⁰⁰¹ הדעה האחרונה שוב ממחישה את השפעתה של השפה המקובלת על פרשנות הנדר.¹⁰⁰²

ב. סוגיית 'כינויי נדרים' שבתלמוד גררה אחריה בתקופת הראשונים דיונים מרתקים, כגון השאלה מה מעמדם של שיבושי לשון אשר קנו שביתה בשפה המקובלת. הרמב"ם פירש את ה'כינויים' שבמשנה כשיבושי לשון רווחים ("לשון עילגים") וקבע כי הם תקפים ומחייבים אך רק במקום שבו הם רווחים.¹⁰⁰³ הרמב"ם מייחס אפוא לשימוש הרווח את הכוח להעניק תוקף גם

⁹⁹⁷ להרחבת היריעה בנושא כינויי נדרים ונזירות ראו רוזנברג, *ידות נדרים*, 205; וינרוט, *תפקיד המילים* (תשנ"ו), עמ' רל; Glinert, *Language Choice*, 162.

⁹⁹⁸ ראו תיאורו המפורסם של הרמב"ם בפירוש המשנה, נדרים א, ב (תרגום הרב קאפח): "יסוד קלקול כל לשון הוא כשנכנסת בה שפה אחרת ומתערבת בתוכה. וכל הכינויים האלו היו אצל העלגים מן הגוים מחמת שמשבשים את הלשון ומחוסר יכולתם להוציא האותיות במוצאם הנכון כגון הזג' והאפרנ' (כושים וצרפתים) וזולתם, ועברו אלו הכינויים אל ההמון עד שהיו אלו הכינויים מורים אצלם על מה שמורה עליו המונח הראשון". לסקירה היסטורית-פילולוגית של הכינויים השונים ראו אפשטיין, *מבואות לספרות התנאים*, 376; ליברמן, *יונות והתיינות*, 88. לגישה הסוברת שהכינויים אינם בגדר שיבושי שפה ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1005.

⁹⁹⁹ מחלוקת ר' יוחנן וריש לקיש בבבלי, נדרים י ע"א. מחלוקת זו מופיעה בהיפוך שמות בירושלמי, נדרים א, ב (מהד' זוסמן, 1021). ראו אפשטיין, *מבואות לספרות התנאים*, 376.

¹⁰⁰⁰ "דדמי טפי ללשון תורה מלשונות אחרים" (תוספות, נזיר ב ע"א, ד"ה 'נזיר'). אך ראו פירוש הרא"ש, נדרים י ע"א, ד"ה 'לשון שבדו להם חכמים': "ובאלה הלשונות ראו חכמים שהיו לעגי שפה שלא היו בקיאים לדבר עברית מדברים בהם ותקנו אותם לכנויים ולא בשביל שאלו האותיות קרובין ללשון יותר משאר האותיות". למחלוקת זו עשויה להיות נפקות הלכתית לגבי הדרישה כי הדובר יבין את משמעותם של כינויים אלה. ראו תוספות, נדרים ב ע"א, ד"ה 'כל'; חידושי הרשב"א, שם, ד"ה 'כל כינויי'; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רז, סעיף א; הגהות ר' עקיבא איגר, שם.

מגישה זו למד הרשב"א, כי גם חכמים יכולים לברוא שפה העומדת במקום שווה עם שאר הלשונות. כלומר, לדידו אין מעמד מיוחד לשימוש החברתי בשפה, אלא אך ורק להסכמה הפורמלית המכוננת אותה. וכלשונו: "שהרי כל הלשונות אינן אלא מוסכמות, ואף אלו כיוון שהסכימו עליהם חכמים, מי שנודר בהם מתכוין לנדר גמור כנודר באחד משאר הלשונות שבדו להם כל עם ועם לשונו" (חידושי הרשב"א, נדרים ב ע"א, ד"ה 'ככל כינויי נדרים כנדרים').

¹⁰⁰¹ "שאלו היו ידועין אצלם והכירום, והוא הדין לכל השאר" (חידושי הרשב"א, נדרים ב ע"א, ד"ה 'כל כינויי'). על פי גישה זו לא ברור מדוע הללו נקראו 'כינויים', והלוא הם מעיקר הלשון המוסכמת במקומם. יתכן שהסיבה לכך היא שמקורם בשיבושי לשון רווחים ('כינויים' במונח 'שיבושים'). עוד ראו חידושי הרשב"א, נדרים ב ע"א, ד"ה 'כל כינויי'.
¹⁰⁰² כך, למשל, קבע הטור (יורה דעה, סימן רז): "וכן בכל מקום ומקום הולכין אחר הלשון הרגילין בו שאם יש להם כינוי לנדר ונדר בו הוא נדר". ראו גם שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רז, סעיף א. קביעה זו רלוונטית הן להוספת כינויים חדשים שהחלו להיות רווחים, הן להשמטת כינויים ישנים שאינם נוהגים עוד. ראו בית יוסף, שם; פרישה, שם.

¹⁰⁰³ "יש מקומות שאנשיהם עלגים ומפסידין את הלשון ומכנין על דבר בדבר אחר הולכין שם אחר הכנוי. כיצד כל כנויי קרבן כקרבן? האומר הרי הן עלי קונם קונח קונו הרי אלו כנויין לקרבן. חרק חרף חרף הרי אלו כנויין לחרם. וכן כל כיוצא בזה הולכין אחר לשון כלל העם באותו מקום ובאותו זמן" (רמב"ם, משנה תורה, נדרים פרק א, הלכה טז). בדומה ראו גם משנה תורה, שבועות פרק ב, הלכה ה; משנה תורה, נזירות פרק א, הלכה ח. ראו גם מאירי, בית

לשיבושי הלשון.¹⁰⁰⁴ לעומתו סבור הר"ן, כי הכינויים שבמשנה הם חלק מן השפה התקנית, בעוד "כינויי הכינויים" הם שיבושי לשון, אשר התנאים נחלקו לגבי מעמדם.¹⁰⁰⁵

דיון אחר נערך בשאלה, האם המשמעות המקובלת עשויה להיות תקפה גם מחוץ לגבולות הגיאוגרפיים שבהם היא רווחת. יש המציינים, כי בכך נחלקו הרמב"ם והריטב"א.¹⁰⁰⁶

ג. נשוב לדיון התלמודי במעמדה הפרשני של המשמעות המקובלת. מתוך אחת הסוגיות העוסקות בפרשנות הנדר נראה שגם משמעות המקובלת בפי הרוב עשויה להיות גורם פרשני רלוונטי:¹⁰⁰⁷

תניא: הנודר מן השמן – בארץ ישראל מותר בשמן שומשמן ואסור בשמן זית, ובבבל אסור בשמן שומשמן ומותר בשמן זית, מקום שמסתפקין מזה ומזה אסור בזה ובוזה.

הבחירה, נדרים ב ע"א (מהד' ליס, עמ' ו); סמ"ג, לא תעשה, רמב; פירוש רבינו אברהם מן ההר, נדרים י ע"א, ד"ה 'לשון גויים'. על פי גישה זו, 'לשון אומות' היא לשון וולגרית, לשון ההמון; ראו מאירי, בית הבחירה, נדרים ג ע"א (מהד' ליס, עמ' יט).

¹⁰⁰⁴ וראו ש"ד, יורה דעה, סימן רז, ס"ק א: "כיון שעובדי כוכבים מדברים בהן אף על פי שאינו מעיקר לשונם אלא משיבוש שהוא בידם הרי הוא נדר גמור, וכל שכן שאר לשונות העובדי כוכבים". אולם עדיין זהו תוקף מוגבל, שכן בשונה מן השפה התקנית, אשר לדעת הרמב"ם תקפה בכל מקום, שיבושי הלשון תקפים רק במקום שבו הם נוהגים. על כך ראו גם שלמי נדרים, י ע"ב, ד"ה 'וקיי"ל כר' יוחנן; תורת הנזיר (הוטנר), פרק א, הלכה ח; משאת משה, נדרים, סימן א.

להסבר שונה ראו חידושי ר' שמואל (רוזובסקי), נדרים, סימן א. לדעתו, הרמב"ם אינו סבור ששיבושי השפה הם חלק מן השפה, אלא שעל אף שהם אינם חלק מן השפה הם מלמדים על כוונת הדובר. מכאן הוא מסיק, כי במקום שבו דרוש דווקא ביטוי בשפה, ואין די באינדיקציה לכוונת הדובר, לא יהיה ניתן להשתמש בכינויים. לכן, לדעתו הרמב"ם לא יתיר לקרוא קריאת שמע בכינויים, אף שמותר לקרותה בכל לשון מקובלת. אלא שספק אם הדבר עולה לגמרי בקנה אחד עם האופן שבו הרמב"ם אפיין את הכינויים העילגים כ"לשון כלל העם" (לעיל, הע"ש 1003). עוד קובע ר' שמואל רוזובסקי, שם, כי לדעת הריטב"א (ראו להלן, הע"ש 1006) שיבושי לשון רווחים הופכים להיות חלק אינטגרלי של השפה המקובלת, על כל המשתמע מכך. אלא שיש לעיין האם אליבא דריטב"א כינויים הם שיבושי לשון; יתכן שבעיניו הם חלק מן השפה התקנית (וראו להלן, הע"ש 1006).

¹⁰⁰⁵ דברי הר"ן באו בהקשר מחלוקת התנאים (בבלי, נדרים י ע"א) בשאלה האם כינויי כינויים מותרים (בית הלל) או אסורים (בית שמאי). באחד מהסבריו מציע התלמוד כי הללו נחלקו בשאלה האם "בהני משתעי אומות". מן המיוחס לרש"י (ד"ה 'ובית הלל סברי') עולה כי מדובר במחלוקת אמפירית, כלומר האם לשון האומות מכילה אף את כינויי הכינויים. אולם לדעת הר"ן (שם, ד"ה 'ובית הלל סברי') מדובר במחלוקת עקרונית. לדידו, כינויי כינויים הם שיבושי שפה, אשר בית שמאי מכירים בתוקפם ובית הלל אינם מכירים. נראה כי לכך גם התכוון הרשב"א בחידושו, שם, ד"ה 'ובית הלל'.

מדברי הרא"ש עולה הסבר אחר למחלוקת התנאים. לדבריו אין מדובר בשיבושי שפה אלא בשינויים פנימיים (דיאלקטים) בין הקהילות השונות החולקות שפה משותפת; לדעת בית שמאי "אין לכל העם שפה אחת, שאותם הרחוקים מעיקר הלשון אין להם שפה ברורה כמוותם ומשנים הלשון במקצת" (פירוש הרא"ש, שם, ד"ה 'מאן דאמר'), ואילו בית הלל סבורים כי "אין לנו לתפוס אלא עיקר הלשון" (שם, ד"ה 'ובית הלל').

¹⁰⁰⁶ ראו תורת הנזיר (הוטנר), פרק א, הלכה ח; חדושי ר' שמואל (רוזובסקי), נדרים, סימן א. לגישת הרמב"ם ראו לעיל, הע"ש 1004. הריטב"א אמנם מתייחס לכינויי נדרים, אולם נראה שלדעתו 'כינויים' אינם שיבושי לשון: "במקומות אחרים שאין נוהגים בכינויין אלו לא הוי נדר ולא שבועה, אבל אם יש להם כינויים אחרים חייב בהם, ומסתברא דלשון לעז וערב וכיוצא בו ככינויין חשיבי ואסור בהן" (חידושי הריטב"א, נדרים ב ע"א, ד"ה 'כל כינויי'). וראו הרב אהרן יפה'ן, מהדיר חידושי הריטב"א למסכת נדרים (מהד' מוסד הרב קוק), עמ' ז הערה 38. דברים אלה של הריטב"א שימשו בסיס לדברי החפץ חיים, בקובעו הלכה דומה בהלכות קריאת שמע. ראו לעיל, הע"ש 980.

¹⁰⁰⁷ בבלי, נדרים נג ע"א.

פשיטא!

לא צריכא דרובא מן חד מסתפקין; מהו דתימא איזיל בתר רובא, קא משמע לן ספק איסורא לחומרא.

מסוגיה זו אנו למדים, כי כאשר ישנן שתי משמעויות רווחות למילה 'שמן' יש העדפה עקרונית ברורה למשמעות המקובלת בפי הרוב, אלא שאופיו של הנדר והחומרה הדתית הכרוכה בו¹⁰⁰⁸ מחייבים אותנו לחשוב גם לפרשנות שבפי המיעוט. הווי אומר: ההסתברות בעד המשמעות שבפי המיעוט נמוכה יותר, אולם כיוון שבנדרים עסקינן יש להתחשב גם בה.¹⁰⁰⁹

מבחינה מסוימת סוגיית 'הנודר מן השמן' עומדת בניגוד לסוגיית 'כד וחבית'. בשתייהן אין אימוץ של הפרשנות המקובלת בפי הרוב, אולם טעמן שונה זו מזו, ואף שולל, לכאורה, זו את זו. בנדרים הטעם לכך הוא "ספק איסורא לחומרא" (ומשמע שבנושאים שאינם איסוריים, כגון ממונות, אכן הולכים אחר הרוב) ואילו בחוזים הטעם הוא "אין הולכין בממון אחר הרוב" (ומשמע שבנושאים שאינם ממוניים, כגון בנדרים, הולכים אחר הרוב).¹⁰¹⁰ כיצד ניישב את הדבר? אם לא נניח שמחלוקת סוגיות לפנינו,¹⁰¹¹ יתכן שיש מקום לשער כי טעם הדבר נעוץ בהבדל שבין תחום החוזים לבין תחום הנדרים. ואבאר.

ד. לאורך המחקר עמדנו על כמה הבדלי דגשים בין פרשנות החוזה לבין פרשנות הנדר. בעוד שבפרשנות החוזה הלכה כחכמים, החולקים על ר' יהודה ואינם משקללים בפרשנות החוזה את **נסיבות** הכריתה, הרי שבפרשנות הנדר נראה שהנסיבות מקבלות משקל פרשני משמעותי יותר.¹⁰¹² בעוד שבפרשנות החוזה **הלקסיקון** מצטייר כגורם המעצב את השפה, לאו דווקא בהתאם למשמעות המקובלת, הרי שבפרשנות הנדר נראה שהלקסיקון מתפקד כמי שמצלם את המשמעות המקובלת וכפוף לה.¹⁰¹³ ולבסוף, כפי שראינו זה עתה, בעוד שבפרשנות החוזה נראה שאין משקל מיוחד **למשמעות המקובלת בפי הרוב**, הרי שבפרשנות הנדר המשמעות המקובלת בפי הרוב

¹⁰⁰⁸ וכפי שמודגש בלשון הרמב"ם: "כל ספק נדרים להחמיר" (משנה תורה, נדרים פרק ט, הלכה ד).

¹⁰⁰⁹ הראשונים פירשו, כי הספק הוא האם הנודר התכוון לשמן זית, לשמן שומשומין או לשניהם כאחד. לפיכך, מספק אנו אוסרים אותו בשני סוגי השמן. ראו תוספות, נדרים נג ע"א, ד"ה 'מהו דתימא'; ר"ן, שם, ד"ה 'ספק איסורא' (אך ראו חזון יחזקאל, המובא להלן בהע"ש 1015). האפשרות שהוא התכוון לשני סוגי השמן כאחד יוצרת הבחנה בין מקרה זה שבו חוששים לחומרא לבין מקרים אחרים בנדרים שבהם הספק הוא האם התכוון לסוג א או לסוג ב ושלפיכך בהם לא חוששים לחומרא.

¹⁰¹⁰ אך ראו שיטה מקובצת, נדרים נג ע"א, אשר טשטש את ההבחנה בין שתי הסוגיות ובין שני התחומים והציגם כמקשה אחת: "דבכל מילתא דתליא בשמא לא אזלינן בתר רובא דאיכא למימר האי גברא לישניה בתר מיעוטא, והכי אמרינן בבא קמא, פ"ה המניח את הכד לא צריכא דרובא קרו לכדא כדא וכו' מהו דתימי זיל בתר רובא קמ"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב כי האי דתליא בשמא ובלישנא". על כך ראו גם לעיל, ליד ציון הע"ש 875. ראו גם חידושי הריטב"א, נדרים נג ע"א, ד"ה 'ולענין דיני ממונות'. וראו דיוני הנרחבים של הרב אהרן יפה'ן, מהדיר חידושי הריטב"א למסכת נדרים (מהד' מוסד הרב קוק), נדרים יח ע"ב הערה 476, נדרים ל ע"ב הערה 651, נדרים נג ע"א הערה 236.

¹⁰¹¹ וראו לעיל, ליד ציון הע"ש 802.

¹⁰¹² ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 218.

¹⁰¹³ ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 483.

נתפסת באופן עקרוני כבעלת משקל פרשני כבד יותר מזו המקובלת בפי המיעוט, ולפיכך היא מחייבת התייחסות מיוחדת.

הבדלי דגשים אלה מצטרפים לכדי תמונה שלמה. במסגרת פרשנות הנדר הדגש ניתן לחשיפת כוונת הנודר, ובהתאם כללי הפרשנות מטפלים בלשונו של הנודר כאינדיקציה לכוונתו. לפיכך, מיוחסת חשיבות רבה לנסיבות שבהן נאמר הנדר. כמו כן, הלקסיקון שקבעו חכמים נתפס כאינדיקציה למשמעות המקובלת ולא כדבר העומד בפני עצמו. ולבסוף, למשמעות המקובלת בפי הרוב מיוחס באופן עקרוני משקל כבד יותר מן המשמעות המקובלת שבפי המיעוט, שהרי המשמעות המקובלת בפי הרוב עשויה להוות אינדיקציה טובה יותר לכוונת הדובר. כאן ההתחשבות במשמעות המקובלת בפי המיעוט נובעת אך ורק מן הטעם של "ספק איסורא לחומרא"¹⁰¹⁴. זאת בשונה מפרשנות החוזה שבה לשון החוזה מטופלת כדבר העומד בפני עצמו. ואכן בהתאם, הנסיבות שבהן נכרת החוזה נדחקות אל שולי המעשה הפרשני. כמו כן, הלקסיקון שקבעו חכמים משמש כגורם עצמאי המעצב את השפה (ולא כאינדיקציה לדבר אחר). ולבסוף, כל עוד המשמעות המקובלת מפוצלת ולא אחידה אין משמעות פרשנית לשאלה אם היא מקובלת בפי הרוב או בפי המיעוט, שהרי זו כמו זו תורמות לשרטוט גבולות השפה.¹⁰¹⁵

מדוע אפוא מסכת נדרים נוטה להדגיש את כוונת הנודר הניבטת בעד לשון הנדר בעוד מסכת בבא בתרא רואה בלשון החוזה דבר העומד בפני עצמו? האם הדבר קשור בשוני שבין טיבו של מעשה הנדר לבין טיבו של מעשה כריתת החוזה? הנדר הוא בעיקרו שיח שבין אדם לעצמו, או בין אדם

¹⁰¹⁴ אשר למצבי נדרים שונים, שבהקשר פרשנותם הפוסקים העניקו לרוב מעמד מכריע, ראו ב"ח, יורה דעה, סימן כ, ד"ה 'ואם המקום'; ט"ז, יורה דעה, סימן רכ, ס"ק כ; ש"ך, יורה דעה, סימן רכ, ס"ק כד; לחם משנה, נדרים פרק י, הלכה ט; חידושי חתם סופר, נדרים סב ע"ב, ד"ה 'קציר חטים'; אור שמח, נדרים פרק ט, הלכה יז.

¹⁰¹⁵ הסבר שונה לחלוטין, למעשה הפוך, מצוי בדברי הרב יחזקאל אברמסקי, ומפאת חשיבותו אצטטו בהרחבה: "לכאורה נראה שאין הספק איך היתה כוונת הנודר באמרו קונם עלי שמן סתם, שהרי נאמן הוא הנודר לפרש את דבריו ולומר אם היה בדעתו לאסור עליו אך שמן זית או גם שמן שומשמן. ודוחק לומר דמיירי בשכח איך היתה כוונתו בשעת נדרו, ומספיקא נאסר גם בשמן שומשמן. דבשכח איך היתה כוונתו באמרו 'קונם עלי שמן', מסתברא דניזל אחרי הנודר, ואם הוא מן הרוב שאין קורין שמן סתם אלא לשמן זית, ודאי היתה כוונתו לאסור עליו שמן זית לבד.

לכן נראה דמיירי שנדר ואסר עליו מה שיש במשמעות הלשון 'שמן' סתם. והספק הוא ספיקא דדינא בעצם הלשון, אם על ידי זה שהמיעוט קורא גם לשמן שומשמן שמן סתם, יש במשמעות הלשון 'קונם עלי שמן' גם שמן שומשמן, או כיון שרוב אנשי המקום אין קורין שמן סתם אלא לשמן זית, הרוב הוא קובע את משמעות הלשון, ואין בלשון 'קונם עלי שמן' אך שמן זית לבד.

והיינו דמסיק בסוגית הגמרא 'קא משמע לן ספק איסורא לחומרא' וכמבואר בדברי הרמב"ם 'אין הולכין אחר הרוב אלא הרי זה ספק נדרים, וכל ספק נדרים להחמיר'. כלומר רק בנדרים אין הולכים אחר הרוב בקביעת משמעות הלשון, שנדרים הם מילתא דנודר. וכיון שנדר סתם ואסר עליו מה שיש במשמעות הלשון, באופן זה אנו דיינין על עצם הלשון ולא על כוונתו. ואולי כיוון שהמיעוט קורא לשמן שומשמן שמן סתם, יש במשמעות עצם הלשון גם שמן שומשמן. אבל בענייני מקח וממכר שהם בינו לחברו דיינין מה היא דעת בני אדם במשמעות הלשון... משמעות הלשון של דברי בני אדם במשאם ומתנם נקבעת בכל אתר ואתר על פי רוב האנשים הידועים להם שהם אנשי המקום... (חזון יחזקאל, נדרים ג, ב, חידושים, ד"ה 'לכאורה'). וראו לעיל, בהע"ש 834, דבריו המלאים לגבי מקח וממכר ודיון בהם. ראו גם חידושי הגר"ט, נדרים, 'בעניין סתם נדרים להחמיר', עמ' יד, טו, ד"ה 'והנה לכאורה'.

לאלוהיו, לאו דווקא בין אדם לחברו.¹⁰¹⁶ תפקידו הם הממד הריטואלי שבקבלת הנדר ו/או עדות לכוונת ליבו של הדובר; במסגרת הנדר האינטראקציה הבין-אישית זניחה.¹⁰¹⁷ יתכן שבשל כך, לב פרשנות הנדר מבוסס על התחקות אחר כוונת הנודר,¹⁰¹⁸ ואף הלקסיקון והמשמעות המקובלת נרתמים כדי לסייע לכך. לעומתו, החוזה, שהוא אינטראקציה שבין אדם לחברו, מבוסס בעיקרו על הלשון, שהיא מקום המפגש האמיתי שבין שני הצדדים. יותר מאשר החוזה מהווה מפגש הרצונות של הצדדים הוא מהווה מפגש של לשונותיהם. כאן הדגש ניתן על הבנת משמעותו הלשונית של החוזה ולהגדרת גבולות השפה, לעתים על חשבון חשיפת כוונתם של הצדדים.

הסבר משוער זה אינו ממצה את העניין וודאי שאינו חף מביקורת. מבחינה מסוימת, ניתן היה לצפות כי דווקא המעשה הריטואלי של הנדר יוביל להדגשה של המעשה החיצוני, האובייקטיבי, דהיינו של הלשון. זאת בשונה מן החוזה, שהוא קרוב הרבה יותר אל הדיבור הבנאלי והיומיומי, אשר בדרך כלל נתפס כאמצעי להבעת מחשבותיו וכוונותיו של הדובר. אני מבכר להותיר אפוא את ההסבר לפשר ההבדלים שבין פרשנות הנדר לבין פרשנות החוזה כהצעה ראשונית, אשר תשמש בסיס לעיון ולדיון נוספים שמן הראוי לערוך בעתיד.

5.11.3. נזירות

קבלת הנזירות אף היא חלק מדיני ההפלאה, ואף בהקשרה נידונה המשמעות המקובלת כאמצעי פרשני, אולם נראה שכאן ניתן לה תפקיד שונה. בשלב זה אסייג ואומר, כי דברינו להלן מבוססים בעיקרם על דברי הירושלמי ועל דברי הרמב"ם בעוד שדברי הבבלי נתונים לפרשנויות שונות.

מן המובאה הבאה מתוך התלמוד הירושלמי עולה, כי ניתן לקבל נזירות בלשון שנקבעה בלקסיקון פרטי שיצר לו האדם. על דברי המשנה: "האומר 'אהא' הרי זה נזיר"¹⁰¹⁹ שאל התלמוד הירושלמי:¹⁰²⁰

מה נן קיימין? אם במתכוין ליזור, אפי' אמי' שאזכיר פת אהא נזיר – נזיר, אם בשאינו מתכוין ליזור, אע"ג שהוציא נזירות מפיו לא יהא נזיר. כך אם היה קורא בתורה והזכיר נזיר נזיק?!

¹⁰¹⁶ אף כי גם יתכן שימוש חברתי בנדר, כגון הדרת אדם מנכסי זולתו. ברם, זהו ממד נלווה לממד העיקרי של מוסד הנדר.

¹⁰¹⁷ הדברים קשורים בשאלה שבה עסק וינרוט (תפקיד המילים, תשנ"ו, עמ' רלא), האם לאמירת הנדר תפקיד 'דקלרטיבי' או 'קונסטטוטטיבי', כלשונו. וינרוט (עמ' רלח) ניתח את הדעה הסוברת שאדם שבא מסין ונמצא כעת באנגליה, והוא נודר בשפה הסינית, לא יהיה חייב בנדרו (ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 994; לדעה דומה בהלכות קריאת שמע ראו לעיל, הע"ש 980). מהלכה זו הוא למד שלדיבור הנדר תפקיד קונסטטוטטיבי ולא דקלרטיבי, שהרי דיבור זה מעיד על כוונת הדובר.

¹⁰¹⁸ במדרש מופיעה דעה המרחיקה לכת, עד כדי וויתור על הדרישה כי הנדר ייאמר בפה: "איש כי יפלא – כשיפרש; לנדור – פרט למהרהר בלב. ומנין אתה מרבה הגומר בלב? ת"ל נדר" (ספרי זוטא, נשא ו, מהד' האראוויטץ, 240).

¹⁰¹⁹ משנה, נזיר א, א. על משנה זו ראו אפשטיין, **מבואות לספרות התנאים**, 376; ליברמן, **יוונית ויוונית**, 87; דוד וייס הלבני, 'סידרה ומחברה של משנה נזיר פרק א', **הקונגרס העולמי הרביעי למדעי היהדות**, כרך א (ירושלים, תשכ"ז), 153.

¹⁰²⁰ נזיר א, א (מהד' זוסמן, 1097). ראו גם לעיל, הע"ש 897.

אליבא דירושלמי, ניתן לקבל נזירות באיזכור המילה 'פתי', אם אכן כוונת הדובר לקבל על עצמו נזירות בדיבור זה,¹⁰²¹ ואין מקבלים נזירות בדיבור תקין אם אינו מלווה בכוונת הלב המתאימה (כגון שהזכיר נזירות במסגרת לימוד בתורה). אמנם יש צורך שכוונת הלב תמצא ביטוי כלשהו בשפתו של הנודר, אולם לא דרושה הלימה בין משמעות דבריו לבין כוונת ליבו.¹⁰²²

בסוגיה המקבילה שתלמוד הבבלי מובא דיון, שיתכן ויש לראות בו מקבילה עקרונית לדברי הירושלמי, אף כי אין הכרח בדבר. בהתייחסו לקביעה הנזכרת של המשנה, התלמוד קיבל את הסבר האמורא שמואל: "כגון שהיה נזיר עובר לפניו".¹⁰²³ בעקבות כך בא הדיון הבא:¹⁰²⁴

ודלמא לפוטרו מן קרבנותיו קאמר? דקאמר בלבו. אי הכי מאי למימרא? מהו דתימא בעינן פיו ולבו שוין קמ"ל.

כלומר, אמנם הדיבור 'אהא' אין משמעותו קבלת נזירות, ואפילו נזיר עובר לפניו, שכן באותה מידה ניתן לפרשו כהתחייבות לשאת בחיובי קרבנותיו של הנזיר. הסיבה הגורמת להחלת נזירות על אדם זה היא כוונת ליבו לעשות כן (ולא דיבורו).

ניתן לפרש, כי לדעת הבבלי אין צורך שהכוונה לקבל נזירות תבוא לידי ביטוי מילולי מלא. גם דיבור שאין משמעו קבלת נזירות, כגון אמירת 'אהא', מספיק לקבלת נזירות אם אכן זו כוונת הדובר. אין דרישה כי פיו ולבו יהיו שווים.¹⁰²⁵ האין זה מתבקש לצעוד צעד נוסף ולומר, כדוגמת האמורא בירושלמי, כי גם דיבור שאין משמעו קבלת נזירות, כגון האומר 'אהא פתי', מועיל לקבלת נזירות אם זו כוונת הדובר?!¹⁰²⁶

יש להודות כי זו אינה הפרשנות האפשרית היחידה. ניתן גם לפרש כי לדעת הבבלי, אף שאין צורך בחפיפה מוחלטת בין כוונת הלב לבין הדיבור יש צורך בחפיפה חלקית. אמירת 'אהא' כשנזיר עובר

¹⁰²¹ אשר לכוונה לקבל נזירות על ידי צירוף אותיות שהוא חסר כל מובן בשפה, ראו הרב זאב גוסטמן, קונטרסי שיעורים, נדרים, שיעור א, ס"ק כד, עמ' כג.

¹⁰²² וראו גם וינרוט, **תפקיד המילים** (תשנ"ו), עמ' רלו. לשאלה האם לקסיקון פרטי מעין זה צריך להיות מוגדר מראש, ראו רוזנברג, **ידות נדרים**, 212.

הדגשה זו של כוונת הנודר על פני הדיבור שאמר, עשויה לכאורה לעמוד בסתירה עם מקורות אחרים, מהם משמע שדווקא בנדרים ישנה חשיבות לביטוי הנדר בפורמולה מסוימת, תוך המעטה בחשיבות כוונתו של הנודר. גבולות היריעה אינם מאפשרים לנו לדון בכך בהרחבה. על כך ראו וינרוט, **תפקיד המילים** (תשנ"ו), עמ' רכט; Glinert, *Language Choice*, 164.

¹⁰²³ אשר לנפקות העשויה להיות לסוגיה זו על המעמד הפרשני של הנסיבות ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1199.

¹⁰²⁴ בבלי, נזיר ב ע"ב.

¹⁰²⁵ וכך פירש המיוחס לרש"י, ד"ה 'קמ"ל': "קא משמע לן דלא בעינן [שיהא מוציא בשפתו מה שיהרהר בלבו]". נראה שכן דעתו של הרמב"ם בפירושו למשנה: "ובא להשמיענו שאין אנו צריכים בנזירות פיו ולבו שוין, אלא כיון שהיה בלבו ואף על פי שפיו אינו מורה על ענין זה הוראה גמורה הרי זה חייב בנזירות". דברים אלה עולים בקנה אחד עם דבריו במשנה תורה (ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1028). אך ראו קרית ספר, על הלכות נזירות לרמב"ם, פרק א, הלכה ה: "דכיון שגמר בלבו להזיר מחשבת הלב מגליא אכל הני לישני דלהזיר קאמר והוּו פיו ולבו שווים והוי כמי שפירש דלא נתנה נזירות אלא להפלאה". עוד על דרישת פיו ולבו שווים ראו רוזנברג, **ידות נדרים**, 198-199.

¹⁰²⁶ ברם, יש הטוענים כי הבבלי והירושלמי חלוקים בנקודה זו. ראו הרב זאב גוסטמן, קונטרסי שיעורים, נדרים, שיעור א, ס"ק כד, עמ' כג. זו גם דעתו של וינרוט, **תפקיד המילים** (תשנ"ו), עמ' רלו.

לפניו הנה דיבור מפורש דיו המשקף את כוונת ליבו של מקבל הנזירות; אין בכך כדי להכשיר כל דיבור באשר הוא, אם משמעותו המקובלת מנותקת לחלוטין מכוונת מקבל הנזירות.¹⁰²⁷

בעניין זה פסק הרמב"ם:¹⁰²⁸

אין אומרים בנזירות עד שיוציא בשפתיו דבר שמשמעו אצל כל העם כענין שבלבו, אלא כיון שגמר בלבו והוציא בשפתיו דברים שעניינם שיהיה נזיר אע"פ שהן עניינות רחוקות ואע"פ שאין במשמען לשון נזירות הרי הוא נזיר.

נראה אפוא כי לדעת הרמב"ם, המשמעות המקובלת "אצל כל העם" אינה קובעת בפרשנות הנזירות; כוונת הדובר היא שחשובה.¹⁰²⁹ נראה שדבריו מעוגנים בדברי הבבלי, ואף עולים בקנה אחד עם הירושלמי.¹⁰³⁰ מדברי הרמב"ם בולט כי מדובר בכלל ייחודי לפרשנות הנזירות,¹⁰³¹ שאינו חל על דיני ההפלאה האחרים, כגון נדרים ושבועות.¹⁰³²

מדוע שונה הנזירות משאר דיני ההפלאה? יתכן שההסבר לכך נעוץ בשוני שבין תוכן הנזירות לבין תוכן הנדר. אמנם הן הנזירות הן הנדרים הם התחייבות שבין אדם למקום; "הנזירות הוא נדר מכלל נדרי איסר".¹⁰³³ ברם, בשונה מן הנדר שאת תוכנו צריך הנודר להגדיר, תוכנה של הנזירות קבוע וידוע מראש,¹⁰³⁴ למעט משך הנזירות אותה קובע הנזיר. קבלת הנדר היא פעולת דיבור המגדירה את תוכן הנדר, בעוד קבלת הנזירות היא פעולת דיבור שבה האדם מקבל על עצמו את

¹⁰²⁷ זו גישת תוספות, ד"ה 'מהו דתימא': "קמ"ל דמחשבת הלב מגליא אדיבורו דאהא כי נזיר עובר לפניו דאהא נזיר קאמר וכהאי גוונא הוי שפיר פיו ולבו שוין". כך גם עולה משו"ת הרא"ם, סימן נא ומדברי קרית ספר, הני"ל בהע"ש 1025.

¹⁰²⁸ משנה תורה, נזירות פרק א, הלכה ה.

¹⁰²⁹ הפוסקים סייגו את דבריו בטענה שהם אינם חלים על דיבור שמשמעותו המקובלת היא אי-קבלת נזירות. ראו שו"ת הרא"ם, סימן נא; שו"ת מהרלב"ח, סימן נו.

¹⁰³⁰ זאת למרות שהרמב"ם אינו מזכיר את הדוגמה הנידונה בירושלמי (האומר 'שאזכיר פת אהא נזיר'). וראו צפנת פענח, שבועות פרק ב, הלכה ה, שהצביע על הקשר בין דברים אלה של הרמב"ם לבין הירושלמי.

¹⁰³¹ על כך תמה הקרן אורה (נזיר, ב ע"ב, ד"ה 'ודילמא אהא'): "משמע דנזירות לחוד יצא בזה מכלל שאר נדרים. וזה אינו, דהא בכל נדרים איתרבו ידות נדרים כנדרים". אלא שיתכן שדין נדרים אינו זהה לגמרי לדין ידות נזירות. על כך ראו במקורות המצויינים להלן, הע"ש 1032. עוד יש להעיר, כי יתכן שגם מחידושי הרשב"א, קידושין נ ע"א, משמע שסוגית בבלי, נזיר ב ע"ב, אינה ייחודית לדיני הנזירות.

¹⁰³² השו"ע עם לשון ספר החינוך, מצווה שעד: "שאין אומרים בנזירות שיהיו דברי פיו בכיוון כלבבו כמו בשבועה, אלא מכיון שבלבבו להנזיר ואמר דברים שיש להבין בהן שיהא נזיר אף על פי שהן מלות שאין ענין הנזירות מובן מתוכן יפה הרי זה נזיר". בדומה ראו גם צפנת פענח, שבועות פרק ב, הלכה ה; משאת משה, נדרים, סימן א; הרב יעקב חיים סרנא, 'בדין ידות בנדרים ובנזירות', מוריה יב (תשמ"ג), עמ' קעד, קעה; הרב יוסף דוב סולוביצ'יק, רשימות שיעורים, נדרים, חלק א, עמ' קלו. זו אינה דעת הרב ברוך בר לויבאוויץ' (ברכת שמואל, קידושין, סימן א, ס"ק יא), שהסביר את דברי הרמב"ם כמייחדים את הנזירות על פני הקידושין, ולא על פני שאר דיני ההפלאה (אך ראה דבריו בשיעורי הגרבי"ד, קידושין, סימן ד, מהם נראה כי לדעתו שונה הנזירות מן הנדרים והקידושין כאחד). גם הרב גוסטמן לא ראה בדברים אלה של הרמב"ם כלל המייחד את הנזירות על פני הנדרים. ראו קונטרסי שיעורים, נדרים, שעור א, ס"ק כד, עמ' כג. וכן דעתו של וינרוט, תפקיד המילים (תשנ"ו), עמ' רלו, אשר לא הבחין בין נדרים לבין נזירות, ולפיכך הסיק כי קיימת מחלוקת בבלי וירושלמי בנושא.

¹⁰³³ רמב"ם, משנה תורה, נזירות פרק א, הלכה א.

¹⁰³⁴ כפוף לכמה סייגים, כגון 'נזירות שמשוין' (ראו רמב"ם, משנה תורה, נזירות פרק ג, הלכות יג-יד) ועוד.

ההתחייבויות שכבר מעוגנות במוסד הנזירות. יתכן שלפיכך ישנה חשיבות יתירה לשפה שבה מובע הנדר ולהתאמתה עם השפה המקובלת, בעוד שלגבי הנזירות המשקל נתון על כוונת לבו של מקבל הנזירות. הלכך די בכוונת הלב הבאה לידי ביטוי בשפתו של מקבל הנזירות, גם אם לא בשפה המקובלת.¹⁰³⁵

סוף דבר, אם נמקם את התחומים ההלכתיים בהם עסקנו על ציר מעגלי, נמצא קרבה מעניינת בין שני הקצוות. מן הצד האחד עומד הדיבור הפשוט, הטרוויאלי, הקומוניקטיבי, היוצר חוזה, לגביו טענו כי יש להכיר בתקפותו של הלקסיקון הפרטי שקובעים לעצמם הצדדים. ומן הצד האחר עומד הדיבור היוצר, הריטואלי, של קבלת הנזירות, ואף לגביו נוכחנו לדעת כי ישנה הכרה בלקסיקון הפרטי שיוצר הדובר. זאת, אולי, בשונה מנקודות המצויות בתווך, כדוגמת הקידושין והנדרים, שבהם הממד הפורמלי של הריטואל מוביל לדחיית הלקסיקון הפרטי. אולם קרבה זו שבין כריתת החוזה לבין קבלת הנזירות אינה מלמדת על טעם זהה לשני הדינים. במסגרת הנזירות לדיבור יש תפקיד שולי, עיקרה מבוסס על כוונת הלב של מקבל הנזירות. אין הבדל של ממש בין אמירת 'הריני נזיר' לאמירת 'הריני פת' אם בשניהם כוונת הדובר זהה. לפיכך מלכתחילה המשמעות המקובלת מקבלת תפקיד פרשני משני, אם בכלל. במסגרת כריתת החוזה, לעומת זאת, לדיבור תפקיד מרכזי. הוא המדיום העיקרי ליצירת החוזה, והמשמעות המקובלת היא אחד מן האמצעים המרכזיים לפרשו. רק במצבי קיצון, שבהם ישנה אינדיקציה לכוונת הדוברים אף שאינה עולה בקנה אחד עם המשתמע מדיבורם, מועדפת כוונתם על פני שפתם.

5.11.4. כעין סיכום

מעמדה הפרשני של המשמעות המקובלת משתנה מתחום הלכתי זה לחברו. במסגרת פרשנות חוזים המשמעות המקובלת מתפקדת כקובעת את גבולות השפה. לפיכך משקלה כבד, ונוצרת השוואה בין מעמד המשמעות המקובלת בפי המיעוט לזו המקובלת בפי הרוב. נראה כי מצב דברים דומה שורר בתחום פרשנות הקידושין, אם כי יתכן שאופי מוסד הקידושין מחייב שדברי האיש המקדש יהיו בעלי משמעות אף בשפת אנשי המקום שבו הוא מצוי בעת הקידושין. גם במסגרת פרשנות הנדרים זוכה המשמעות המקובלת למעמד מרכזי; "בנדרים הלך אחר לשון בני אדם". אולם כאן תפקידה שונה. במסגרת הנדרים מוסט מרכז משקל הכובד לכוונת הדובר, ובהתאם המשמעות המקובלת מתפקדת כאינדיקטור לכוונתו. לפיכך משמעות המקובלת בפי הרוב היא בעלת משקל מכריע. שונה מהם קבלת הנזירות, שבה עיקר הבניין מיוסד על כוונת הדובר, בעוד שלדיבור תפקיד משני. לפיכך, במסגרתה נעדרת המשמעות המקובלת משקל פרשני, והנזירות עשויה לחול גם מכוח מילים "אע"פ שהן עניינות רחוקות ואע"פ שאין במשמען לשון נזירות" (כלשון הרמב"ם).

¹⁰³⁵ הלכה זו עומדת, לכאורה, בסתירה עם ההלכה שכבר ראינו לעיל, כי כינויי נזירות תקפים רק במקום שבו הם רווחים (ראו לעיל, הע"ש 1003), כלומר שאין די בכוונת הלב לקבלת הנזירות המלווה בביטוי שפתיים שאינו חלק מן השפה המקובלת. אולם זו סתירה מדומה. כאשר כוונת הלב לקבלת נזירות ברורה אכן די בביטוי שפתיים כלשהו, אולם כאשר איננו יודעים בבירור מה כוונת ליבו של הדובר אז המשמעות המקובלת של דבריו היא שתקבע. על כך ראו משאת משה, נדרים, סימן א.

6. על פרשת דרכים

6.1. הקדמה

א. אנו ניצבים בפרשת דרכים. לממצאים שאספתי עד כה, לתופעה שתיאתי בפרקים הקודמים, ניתן באופן עקרוני להעניק שני הסברים שונים. כל אחד מהם עשוי לתמוך בתמונה משפטית שונה בתכלית של מהות פרשנות החוזה במשפט התלמודי. אומנם הצטברות של הדברים שהועלו בפרקים הקודמים תומכת, לעניות דעתי, בהעדפת הסבר אחד על פני רעהו. עם זאת, בנקודה זו של המחקר חשוב ליתן דין וחשבון על המתח הקיים ביניהם ועל הדרכים האפשריות לפתרונו. אשר על כן, בפרק זה אבקש לפרוש הסברים אלה ולהכריע ביניהם.

בפרקים הקודמים ראינו, כי המשנה והתלמוד מציגים מבנה של פרשנות חוזה המבוססת על פרמטרים לשוניים קשיחים, אובייקטיביים וגורפים. מבנה זה מורכב משלושה נדבכים: (א) שימוש מוגבר בלקסיקון מסחרי שקבעו חז"ל; (ב) שימוש מוגבר במשמעות המקובלת, אשר גם הוא נושא אופי לקסיקאלי;¹⁰³⁶ (ג) התנגדות לשימוש בנסיבות. תמונת מצב זו אומרת דרשני. מדוע חכמים מעדיפים פרשנות חוזה לשונית, שהיא גורפת ואובייקטיבית, על פני פרשנות חוזה גמישה יותר, המבקשת להתחקות אחר אומד דעתם האישי של הצדדים?

דומני כי א-פריורי תופעה מעין זו עשויה להיות מוסברת בשני סוגים של הסברים: הראשון מעניק לתופעה הסבר פנים-משפטי ואילו השני מעניק לה הסבר חוץ-משפטי, שהוא בעיקרו פילוסופי. כדי להכריע ביניהם אציב בהמשך הפרק אמות-מידה שונות, אשר יסייעו לנו לגבש עמדה בדבר. יצויין, כי שני הסברים אלה אינם בהכרח חייבים לעמוד בסתירה זה לזה. יתכן כי לשניהם יהיו תומכים בקרב קבוצות שונות בחז"ל, ואולי אף שניהם יתקיימו במקביל אצל אותם חכמים. ברם, הדבר אינו גורע מחשיבות ההבחנה העקרונית ביניהם.

בביטוי 'הסבר פנים-משפטי' כוונתי להסבר המבוסס על שיקולי מדיניות משפטית, כדוגמת השגת ודאות, בטחון ויציבות משפטיים. ואבאר. למערכת המשפט חשוב להבטיח כי האזרחים ידעו את מצבם המשפטי לאשורו; מצב עניינים שבו עתידם המשפטי לוט בערפל אינו רצוי. וודאות משפטית זו חשובה כדי להקנות בטחון משפטי. ותנאי נוסף לבטחון המשפטי הוא היציבות המשפטית, כלומר יציבותן של נורמות ומצבים משפטיים לאורך זמן.¹⁰³⁷ פרשנות החוזה על פי אומד דעתם הסובייקטיבית של הצדדים מקשה על השגת ייעדים אלה. כאשר חוזים הטעונים פרשנות ייבדקו כל מקרה לגופו, והדיין יצטרך לאמוד את דעתם המשוערת של הצדדים הספציפיים שלפניו על פי רמזים שונים שהוא משער למצוא (נסיבות, גובה תמורה ועוד), עתידו של החוזה עלול להיות בלתי ברור ובלתי ניתן לצפיה מראש. צדדים לחוזה למכירת בית אינם יכולים להיות בטוחים כיצד יפורש החוזה, למשל אלו פריטים ייכללו בו ואלו יותרו מחוצה לו, ועל כן לא

¹⁰³⁶ לשאלה האם מדובר בתמורה של ממש או שמה שינוי דגשים בלבד ראו לעיל, סעיף 5.10.

¹⁰³⁷ ראו למשל, ע"א 685/88 קוטרמן נ' קרן תורה ועבודה, פ"ד מז(2) 598, 602; פרידמן, פרשנות החוזה, 235.

יוכלו לתכנן כראוי את עתידם הכלכלי. גם צדדים שלישיים המבקשים להסתמך על החוזה יתקשו לעשות כן, שכן מובנו של החוזה תלוי בפרשנות שתינתן לו בעתיד. כדי למנוע מצב זה, כך ניתן לטעון, המשפט התלמודי מגדיר באופן קשיח את התוצאות הפרשניות, ומקנה וודאות גבוה לגבי עתידו של החוזה. בדרך זו מוקרב אומד דעתם המשוערת של הצדדים על מזבח ערכי הוודאות והבטחון המשפטיים. אכן, לעיל ראינו כי זהו סוג הנימוקים שהעניק המשפט האנגלי למדיניות פרשנית דומה.¹⁰³⁸

במיוחד עשויים הדברים להיאמר לגבי המשפט העברי. על דרך הרוב, המשפט העברי מעדיף שימוש בכללים על פני שימוש בסטנדרטים,¹⁰³⁹ וזאת כחלק מנטייתו למען את דבריו אל האזרח ולא (רק) אל הדיין.¹⁰⁴⁰ הכללים אכן צופים פני עתיד, ומשיגים הכוונת התנהגות טובה יותר מן הסטנדרטים, וזאת בשל היותם ברורים וקבועים. מזווית זו עשויים להשתלב היטב כללי פרשנות ואומד הדעת שהם בעלי אופי קשיח ולקסיקאלי.

בוורסיה שונה להסבר זה ניתן לנסות ולטעון, כי לדעת חז"ל, אומד דעתם הסובייקטיבית של הצדדים אינו דבר שבאפשר. אין זה רק ענין של מדיניות, של חוסר רצון, אלא של חוסר יכולת. האדם יראה רק לעיניו, לא ללב, ואין לו לדין אלא מה שראות עיניו. לפיכך, אל לו לבנות את בנינו על בסיס ספקולציה אודות כוונתם המשוערת של הצדדים. עליו להסתפק בנתונים הגלויים, שהם בראש ובראשונה לשון החוזה, ורק על בסיס זה לפרשו.

ברם, הסבר זה, על שתי הוורסיות שלו, לא יעמוד על רגליו אם נגלה שבאופן כללי, ולהוציא את סוגיית פרשנות לשון החוזה, המשפט התלמודי נוקט בגישה שונה, המגלה יתר רגישות לאומד דעתם הסובייקטיבית של הצדדים, גישה שאינה ממהרת להפעיל חזקות כלליות ואומדנות אובייקטיביות שעה שניתן במאמץ סביר להתחקות אחר אומד דעתו של האדם הנידון לפנינו. אם כך נמצא, וזאת נברר במהלך הפרק, מתבקש הסבר שונה לבעיית פרשנות לשון החוזה. או אז

¹⁰³⁸ ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 118.

¹⁰³⁹ על כך ראו בהרחבה D. Kennedy, 'Form and Substance in Private Law Adjudication', 89 *Harv. L. Rev.* 1685 (1976); L. Kaplow, 'Rules versus Standards: An Economic Analysis', 42 *Duke L. J.* 557 (1992); מאוטנר, **כללים וסטנדרטים**, 328. להרחבת העיון ראו המקורות שמביא מאוטנר שם, הערה 36. כך מגדיר מאוטנר (שם, 326) את ההבחנה בין כללים לבין סטנדרטים: "נורמה מובהקת מהסוג של כלל היא זו המתנה תוצאה משפטית מסוימת בהתקיימותם של תנאי מוקדם עובדתי אחד או תנאים מוקדמים עובדתיים אחדים ששאלת התקיימותם ניתנת להכרעה בקלות. לעומת זאת, נורמה מובהקת מהסוג של סטנדרט היא נורמה המתנה תוצאה משפטית מסוימת בהפעלתו של קריטריון (המגלם בדרך כלל, ערך מסוים). ההבדל העיקרי בין כלל ובין סטנדרט מתבטא אפוא במידת הדיוק של התוכן הנמסר באמצעות הנורמה המשפטית: כלל הוא נורמה "סגורה": תוכנה של הנורמה נמסר בו מראש ברמה גבוהה יחסית של ספציפיות. הפעלתו של כלל היא טכנית. אין היא מצריכה שימוש בשיקול דעת. מפעילו של הכלל אינו נדרש לתרום מהותית כלשהי משלו לעיצוב תוכנה של הנורמה. לעומת זאת, סטנדרט הוא נורמה "פתוחה": תוכנה של הנורמה נמסר בו מראש באורח כללי, באופן המחייב הוספה בשלב שהוא מאוחר להתרחשות האירוע שלגביו מוחל הסטנדרט. מפעילו של הסטנדרט נדרש להפעיל שיקול דעת לצורך הכרעתו במסגרת הקריטריון הקבוע בסטנדרט. בעשותו כן הוא יצק לתוך הסטנדרט את תוכנו הסופי, המתאים לחול בנסיבות העניין שבפניו". מאמר שעתיד לראות אור בקרוב, המקיף נושא זה מזוויות רבות, נכתב על ידי אוריאל פרוקציה, 'כללים וסטנדרטים בספר הברית'.

¹⁰⁴⁰ ראו זילברג, **כך דרכו של תלמוד**, 45.

נצטרך לבדל את בעיית פרשנות לשון החוזה משאלות אחרות הקשורות באומד דעתם של הצדדים, אותן אתאר להלן. מהלך זה יחייב מתן הסבר נפרד לבעיית לשון החוזה, אשר יתבסס על המאפיינים הייחודיים של בעיות לשוניות, כפי שאלה נתפסים בעולמם של חכמים. אבקש להציע, בזהירות הראויה, כי יתכן ואת מדיניות פרשנות לשון החוזה כפי שהצגתי בפרקים הקודמים יש לראות כקשורה בעקיפין עם האופן שבו תופעת הלשון נתפסת בעולמם של חז"ל, אשר אינה דומה לאופן שבו אנו מבינים אותה כיום. הפרק הבא יוקדש לדיון במעמדה של תופעת הלשון בהשקפת עולמם של חז"ל, ובזיקתה האפשרית לנושא מחקר זה.

ב. כדי להכריע בשאלה שלפנינו אבחן כמה מקרים של חוזים המעוררים בעיות פרשניות (או כאלה הקרובות לבעיות פרשניות), אשר אין לאפיינן כבעיות לשוניות.¹⁰⁴¹ רוצה לומר: חרף העובדה שלשון החוזה ברורה ומשמעותה בהירה ואינה שנויה במחלוקת בין הצדדים, מתעוררות שאלות פרשניות אחרות. אם ניווכח כי במקרים אלה נוקטים חז"ל במדיניות פרשנית שונה, הקשובה הרבה יותר לאומד דעת הצדדים ופחות נוטה לפתרונות אובייקטיביים קשיחים וגורפים, נוכל לאשש את הקביעה, כי המבנים הפרשניים שראינו בפרקים הקודמים אכן קשורים דווקא במישור הלשוני של החוזה ובבעיות הפרשניות הנובעות ממנו. מנגד, אם נמצא כי גם במקרים אלה ממשיכים חז"ל במדיניות פרשנית אובייקטיבית וקשיחה, נוכל לאשש את הקביעה, כי חז"ל מונעים בעיקר מן הרצון להגשים ייעדי מדיניות משפטית כגון ודאות, בטחון ויציבות משפטיים.

את הדילמה הזו כדאי להציג בדרך נוספת: עד עתה דנו בשאלות פרשניות שעוררו ככל בעיות במישורים נפרדים: במישור הלשוני משמעות לשון החוזה אינה מוגדרת, ובמישור החוזי אומד דעת הצדדים אינו ברור. למשל, מכירת 'בית', אשר לא ברור האם היא כוללת אף את היציע, מעוררת הן את שאלת אומד דעתם של הצדדים לחוזה והן את משמעותו הלשונית של המונח 'בית'. מכאן מוצא ההתחבטות, האם הפתרון הלקסיקאלי שבמשנה נובע מתוך רצון להתמודד עם הקשיים שיש בנסיון לאמוד את דעת הצדדים, או שמא הוא נובע מתוך רצון חכמים לקבוע מסמרות בשפה. שונות מכל אלה הבעיות הפרשניות שנבחנו בפרק זה, אשר מעוררות אך ורק את בעיית אומד דעתם של הצדדים, ולא את שאלת משמעותו הלשונית של החוזה.

שני המקרים הראשונים שבהם נדון יהיו מתחום פרשנות החוזה. שני המקרים האחרונים יהיו מתחום כללי כריתת החוזה ופגמים בכריתה. השניים האחרונים אמנם מעוררים בעיה קלאסית של פרשנות חוזים, אולם כדי להכריעם יש להתחקות אחר אומד דעת הצדדים. ארבעת מקרי הבוחן הם:

1. **סתירה פנימית בחוזה** – החוזה עלול לסבול מסתירה פנימית שיש בו. במקרה זה מתעוררת בעיה פרשנית לגבי אומד דעתם של הצדדים, זאת למרות שמבחינה לשונית יש משמעות ברורה ומדויקת לכל אחת מצלעות הסתירה.

2. **שם פרטי ושני מסומנים אפשריים** – לעתים החוזה מציין שם פרטי, וניתן לפרשו כמתייחס למסומן זה או למסומן אחר. למשל, החוזה קובע כי פלוני ייתן סכום כסף 'לטובה', ושני אנשים ששםם 'טובה' מתייצבים וטוענים להיותם המוטבים מן החוזה.

¹⁰⁴¹ השו מאוטנר, **התערבות שיפוטית**, 55.

כפי שאבהיר להלן, אף במקרה זה לא מתעוררת בעיה לשונית, אף שאומד דעתם של הצדדים הוא בלתי ברור וטעון פרשנות.

3. **גמירת הדעת לכרות חוזה** – אחד מן השלבים הבסיסיים של יצירת חוזה הוא גמירת הדעת של הצדדים לכרות חוזה משפטי מחייב. הדבר כמובן מחייב לאמוד את דעתם ולהכריע האמנם רצונותיהם של הצדדים נפגשו. הדבר דומה לאומד הדעת הנעשה במסגרת פרשנות החוזה, אלא שבמקרה זה אין מדובר בהכרח בלשון בלתי ברורה הטעונה פירוש.

4. **דברים שבלב** – לעתים מתגלה פער בין מה שאמרו הצדדים בפיהם¹⁰⁴² לבין מה שאמרו בלבם. אמנם על דרך הרוב דברים שבלב אינם דברים, אולם כפי שנראה להלן, יש יוצאים מן הכלל שבהם הדברים שבלב מכריעים. במקרים אלה עלינו להתחקות אחר הדברים שבלב הצדדים, כלומר לאמוד את דעתם. אף כאן לשון החוזה ברורה, ובעיית אומד דעתם של הצדדים אינה קשורה בה.

על פי ההסבר הראשון שהצענו לעיל, נצפה כי גם בארבעת מקרי הבוחן הנזכרים יפעיל המשפט התלמודי פתרונות קשיחים, אובייקטיביים וגורפים. לאמור, אמנם מקרים אלה אינם מאופיינים כשאלות לשוניות. ברם, העובדה שהם עוסקים בדברים חמקמקים וסובייקטיביים מסוג אומד דעת הצדדים, תגרום להעדפת פתרונות קשיחים וצפויים מראש, המבוססים על פרזומציות גורפות, ואשר אינן מותרות מרחב רב לתוצאות המשתנות על פי הנסיבות המסוימות של כל מקרה לגופו.

מנגד, ההסבר השני שהצענו לעיל יקבל תמיכה, אם נמצא שבמקרי הבוחן הנזכרים המשפט התלמודי מגמיש את פתרונותיו ומעניק מענה התואם כל מקרה ומקרה לגופו, לפי אומד דעתם האקטואלי של הצדדים המסוימים שלפניו. לעניין זה, גם פתרון המגדיר את המצב המשפטי במקרי בוחן אלה כספק בלתי מוכרע, עליו יש להחיל את כללי ההכרעה בספיקות,¹⁰⁴³ ייחשב כהימנעות ממתן פתרון פרשני גורף ואובייקטיבי. אם כך נמצא, נוכל להסיק כי הגישה הפרשנית האובייקטיבית והקשיחה שראינו בפרקים הקודמים אינה עניין של מדיניות פרשנית עקרונית במשפט העברי, אלא היא קשורה במאפיין הייחודי של משניות בבא בתרא: בעיות פרשנות בתחום **לשון החוזה**.

ג. בשולי הדברים אוסיף, כי סוגיה נוספת עשויה להימצא רלוונטית לדיון שבפרק זה: השלמת חללים בחוזה. כפי שכבר הזכרתי לעיל, פעולת ההשלמה נעשית כאשר החוזה חסר התייחסות למצב עניינים מסויים, והצדדים נחלקים באשר לדרך ההתנהגות המתאימה.¹⁰⁴⁴ כאן השאלה הפרשנית נובעת מתוך העדר התייחסות לשונית ולא מתוך התייחסות לשונית עמומה או מעורפלת. השלמת חללים בחוזה מעניינת במיוחד, כיוון שאף בה מודגם הנתק בין השאלה מהו

¹⁰⁴² או שכתבו בחוזה שהועלה על הכתב.

¹⁰⁴³ כגון 'המוציא מחבירו עליו הראיה', 'יחלוקו', 'כל דאליס גברי וכדומה.

¹⁰⁴⁴ על כך ראו לעיל, ליד ציון העי"ש 52, ובסעיף 5.2.2.

אומד דעתם של הצדדים (לגבי העניין החסר בחוזה) לבין העדרה של בעייה לשונית לגבי מובנו של החוזה.

ברם, סוגיה זו דורשת מחקר נוסף ועצמאי שטרם נעשה. מה עוד שסיווג מקרים שונים, אם הנם בגדר פרשנות חוזה או בגדר השלמת חללים בחוזה, אינה ברורה כל עיקר, ואף היא ראויה לקבוע ברכה בפני עצמה.¹⁰⁴⁵ לפיכך אניח לעת עתה לסוגיה חשובה זו, ועוד חזון למועד.

ד. את הדיון בפרק זה אשלים בעיון במעמדן המשפטי של הנסיבות כאינדיקציות לאומד דעתו של אדם כפי שהדבר מופיע בתחומי משפט אחרים מעבר לדיני החוזים. מהם אבקש להסיק, כי חז"ל ראו את הגדרת אומד דעתו של אדם על פי הנסיבות שבהן היה נתון כפעולה שגרתית ומובנת מאליה.¹⁰⁴⁶ דבר המחזק את הטענה שבפרק זה, כי סירובם לעשות כן בסוגיות פרשנות לשון החוזה קשורה באופן שבו הם הבינו את הבעיות הפרשניות הלשוניות כבעיות ייחודיות.

6.2. סתירה פנימית בחוזה

א. כאמור, החוזה עלול להחיל סתירה פנימית. הסתירה עלולה להימצא בתוך משפט מסוים, או בין שני חלקים בחוזה. כל אחד מן הצדדים טוען, כי רק אחד ממרכיבי הסתירה¹⁰⁴⁷ הוא המחייב. למותר לציין, כי הדרך העדיפה לפתרון תהיה באמצעות פירוש החוזה אשר יסלק את הסתירה מעיקרא.¹⁰⁴⁸ ברם, כאשר מדובר בסתירה שאינה ניתנת ליישוב, על השופט יהיה להכריע איזה רכיב מצלעות הסתירה הוא שיתקבל. המייחד מקרה זה, שהוא אינו מעלה כל בעיה לשונית שהיא. מבחינה סמנטית ומבחינה תחבירית לשון החוזה ברורה ומחוררת, אלא שהיא מכילה סתירה פנימית. הבעיה הפרשנית המתעוררת בהקשר זה נוגעת אך ורק לשאלת אומד דעת הצדדים.

מבחינה השוואתית מסתמנות שתי גישות עקרוניות לבעיה. על פי הגישה האנגלית הקלאסית, במקרים של סתירה פנימית בחוזה חל הכלל 'תפוס לשון ראשון',¹⁰⁴⁹ כלומר הצלע הראשונה

¹⁰⁴⁵ טלו כדוגמה את המשנה הראשונה במסכת בבא בתרא, המתייחסת לשניים שהסכימו לחלוק את החצר, אך לא התייחסו לשאלה מה יהיה הדבר שיפריד בין שני חלקי החצר ומאלו חומרים הוא ייבנה. המשנה קובעת שעליהם להציב כותל באמצע, והיא מגדירה את החומרים שמהם ייבנה הכותל. האם יש לנתח מקרה זה כחלל בחוזה שיש להשלימו (הצדדים הסכימו לחלוק את החצר, אך לא התייחסו לשאלת הכותל והחומרים שמהם ייבנה) או שמא כפרשנות חוזה (הצדדים הסכימו לחלוק את החצר, והמשנה מפרשת חלוקת חצר מהי).

¹⁰⁴⁶ וראו גם רוזנברג, **ידות נדרים**, 208-210.

¹⁰⁴⁷ אפשר גם לפתח טיעון, לפיו אחד הצדדים יטען לפירוש שלישי, הנובע משלילתם של שני חלקי הסתירה גם יחד. אך הדבר חורג מגבולות יריעה זו.

¹⁰⁴⁸ על כך ראו רשב"ם, בבא בתרא קה ע"ב, ד"ה 'מהו דתימא'; תוספות, שם, ד"ה 'ובא'; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן מב, סעיף ה. ראו גם ברכת שלמה, חושן משפט, סימן יד, ס"ק י-יא. לדוגמה ראו פסיקתו של הרב שפירא, לעיל הע"ש 671. אשר לשאלה מה ייקרא יישוב נאות של הסתירה ראו סמ"ע, חושן משפט, סימן מב, ס"ק י; ש"ך, שם, ס"ק ט.

¹⁰⁴⁹ ובצוואות חל הכלל 'תפוס לשון אחרון'. ראו Lewison, *Interpretation*, 370.

שבסתירה היא שתכריע.¹⁰⁵⁰ עדיפותו של פתרון זה בתרומתו להשגת צפיות, יציבות ובטחון משפטיים.¹⁰⁵¹

על פי גישה נגדית, על השופט לאמוד את דעת הצדדים¹⁰⁵² ואת תכלית החוזה,¹⁰⁵³ ולאור זאת להכריע איזו צלע שבסתירה יש להעדיף. לפי גישה זו, לא ניתן אפוא לדעת מראש איזה פירוש יינתן, אלא הדבר ייעשה לפי נסיבות הענין.

המשפט העברי עסק בשאלה זו בשלושה מקומות מרכזיים. מתוך המקורות מסתמנות שתי גישות עקרוניות בקרב חז"ל לבעיה זו. האחת דומה באופן עקרוני לגישה האנגלית שתוארה לעיל (אף ששונה ממנה מבחינה יישומית), והשניה אינה דומה לפתרונות שצויינו אלא מציעה פתרון מסוג אחר.¹⁰⁵⁴ לפי פתרון זה, שדומה כי הוא גם מייצג את גישת הרוב, סתירות בחוזה הן בעיות בלתי פתירות מבחינה פרשנית, ולפיכך הן נשלטות על ידי כללי התנהגות במקרי ספק.¹⁰⁵⁵

ב. במסכת בבא בתרא דנה המשנה בחוזה למכירת קרקע, אשר מכיל סתירה פנימית בנוגע למידת הקרקע; במקום אחד מופיע בחוזה כי מדובר במידה מדויקת ('מידה בחבל') ובמקום אחר נאמר כי במידה משוערת ('הן חסר הן יתר').¹⁰⁵⁶ בן ננס סבור, כי לעולם תכריע הלשון האחרונה:

מדה בחבל אני מוכר לך¹⁰⁵⁷ הן חסר הן יתר – בטל הן חסר הן יתר¹⁰⁵⁸ מדה בחבל.

הן חסר הן יתר מדה בחבל – בטל מדה בחבל הן חסר הן יתר, דברי בן ננס.

על פניו נראה, כי קביעה זו של בן ננס הנה כעין לקסיקאלית. הוא מציע שלא לבחון כל מקרה לגופו, או ללמוד מן הנסיבות שבהן נכרת החוזה על אומד דעתם של הצדדים. ההסבר שניתן לגישת בן ננס – "תפוס לשון אחרון דחזר בו בתוך כדי דיבור מן הראשון"¹⁰⁵⁹ – אינו מתייחס

¹⁰⁵⁰ ראו למשל 216/90 *Forbes v. Git* [1992] A.C. 662; Lewison, *Interpretation*, 369; ובישראל ראו ע"א 216/90 **מדינת ישראל מע"צ נ' מרכז מכירות מתכת לקטרה**, פ"ד מו(4), 211, 214; ברק, **פרשנות החוזה**, 589. לגישה שונה במשפט האנגלי, שאינה הגישה הרווחת, ראו 6 C.B. 662 *Walker v. Giles* (1848) Wilde C.J. עשויים להיות פתרונות גורפים אחרים, לדוגמה שצלע שבסתירה הכתובה בכתב יד תגבר על הצלע הנגדית שבסתירה הכתובה בדפוס. ראו ע"א 381/61 **פבזנר נ' לוי**, פ"ד טו(3), 2357, 2362.

¹⁰⁵¹ לגישתו העקרונית של המשפט האנגלי הקלאסי בתחום פרשנות החוזה ראו לעיל, סעיף 2.1.

¹⁰⁵² ראו אגרנט ע"א 112/58 **מוטור יוניון נ' פרובק**, פ"ד יג(2), 871, 880.

¹⁰⁵³ ע"א 5532/93 **גונזבורג נ' גרינוולד**, מט(3), 282, 300; ברק, **פרשנות החוזה**, 590.

¹⁰⁵⁴ זיהויו של ברק (**פרשנות החוזה**, 590) את עמדת המשפט העברי במקרה זה כדוגלת בפתרון של 'תפוס לשון אחרון' אינה ממצה את מורכבות עמדתו של המשפט העברי בסוגיה זו. ברק הסתמך על ורהפטיג, **דיני חוזים במשפט העברי**, 267, אך גם ורהפטיג מציג עמדה מורכבת יותר של המשפט העברי בשאלה זו.

¹⁰⁵⁵ על הספק במשפט העברי ראו ע"א 238/53 **בוסליק נ' היועץ המשפטי** פ"ד ח, 4, 21; פנחס שיפמן, 'הספק בהלכה ובמשפט', **שנתון המשפט העברי א** (תשל"ד), 328 (=נדפס גם בספרו **ספק קידושין במשפט הישראלי**, ירושלים, תשל"ה).

¹⁰⁵⁶ משנה, בבא בתרא ז, ג.

¹⁰⁵⁷ בכ"י קויפמן, בכ"י פרמא ובכ"י קיימברידג' ליתא "אני מוכר לך".

¹⁰⁵⁸ בכ"י קויפמן ובכ"י קיימברידג': "אם חסר אם יתר", וכן בהמשך המשנה. בכ"י פרמא מופיע בחלק הראשון "אם חסר אם יתר" ובחלק השני "הין חסר הין יתר".

¹⁰⁵⁹ כלשון הרשב"ם, בבא בתרא קד ע"ב, ד"ה 'מדה בחבל'. וכן בתוספות ר"ד, בבא בתרא קה ע"א ד"ה 'חלוקין'.

למאפיינים הייחודיים של המקרה המסוים שלפנינו אלא מניח חזקה אובייקטיבית וגורפת לגבי כלל בני האדם, שבלשון האחרון חזרו בהם מן הנאמר בלשון הראשון.¹⁰⁶⁰

גישת חכמים, עמם מתפלמס בן ננס, אינה מופיעה במשנה. בתלמוד עצמו מעיר רבי אבא בר ממל בשם רב: "חולקין עליו חבריו על בן ננס".¹⁰⁶¹ ואף רב יהודה אמר בשם שמואל: "זו דברי בן ננס, אבל חכמים אומרים: הלך אחר פחות שבלשונות".¹⁰⁶² כדי לרדת לחקר גישת חכמים, עלינו לעיין במשניות נוספות, המציעות גישות אחרות.

ג. המשנה במסכת בבא מציעא דנה בחוזה שכירות למשך שנה, כשבמהלכה התעברה השנה. מי יישא בעלות של שכירות החודש הנוסף – המשכיר או השוכר? זו שאלה לשונית מן הסוג שבה עסקנו בפרקים הקודמים (מהי משמעות המילה 'שנה?'), ובהתאם נקבעה במשנה הגדרה לקסיקאלית, המבחינה בין חוזה שכירות ל'שנה' לבין חוזה שכירות ליחודשים:¹⁰⁶³ "המשכיר בית לחבירו ל'שנה' – נתעברה השנה נתעברה לשוכר. השכיר לו ליחודשים' – נתעברה השנה נתעברה למשכיר".¹⁰⁶⁴ בעקבות הלכה זו דנה המשנה במקרה נוסף:

מעשה בציפורי באחד ששכר מרחץ מחבירו בשנים עשר זהב לשנה מדינר זהב לחדש, ובא מעשה לפני רבן שמעון בן גמליאל ולפני רבי יוסי ואמרו: יחלוקו את חדש העבור.

בחוזה זה נאמרה הן הנוסחה של 'שנה' והן של 'חודש', ומכאן הסתירה הפנימית לגבי זהותו של הראוי לשאת בעלות חודש העיבור. הכרעת התנאים, כי על הצדדים לחלוק ביניהם את עלותו של חודש זה מצטיירת ככלל התנהגות במצב של ספק בלתי מוכרע.¹⁰⁶⁵ ולא כהכרעה פרשנית. היא אינה מאמצת את פרשנות השוכר או את פרשנות המשכיר, ואף לא מציעה פרשנות ביניים. היא מכריעה את הדבר על פי כללי הכרעה בספיקות.¹⁰⁶⁶

אכן, מסקנה המתבקשת מן הסוגיה היא כי ההכרעה 'יחלוקו' תושפע ממצב המוחזקות של הצדדים, וכן מן המועד המדויק שבו התביעה הועלתה (בסוף החודש, באמצעיתו או בסופו),¹⁰⁶⁷

¹⁰⁶⁰ לדוגמה במשפט הרומי שבה מופעל כלל מעין 'תפוס לשון אחרון', ראו Mackintosh, *The Roman Law of Sale*, 86.

¹⁰⁶¹ בבלי, בבא בתרא קה ע"א.

¹⁰⁶² בבלי, בבא בתרא קה ע"א. וכך נפסקה הלכה. ראו רמב"ם, משנה תורה, מכירה פרק כח, הלכה יא; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ריח, סעיף יד. לדיון בדגש המיוחד שבדברי הרמב"ם ראו להלן, הע"ש 1062.

¹⁰⁶³ משנה, בבא מציעא ח, ח.

¹⁰⁶⁴ לדיון בלשונות שונים של השכרה לשנה ראו חידושי הרשב"א, נדרים סג ע"א, ד"ה 'קונם'; חידושי הרשב"א, ראש השנה ז ע"ב, ד"ה 'ותנא'; שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קל וכן סימן רצד; חידושי הריטב"א, בבא מציעא קב ע"ב, ד"ה 'המשכיר'; חידושי הריטב"א, ראש השנה ז ע"ב, ד"ה 'ופרכינן'; חידושי הריטב"א, ראש השנה יב ע"ב, ד"ה 'והא'; רמב"ם, משנה תורה, נדרים פרק י, הלכה ד; רמב"ם, משנה תורה, שכירות פרק ז, הלכה ב; מגיד משנה, שם; שער המשפט, חושן משפט, סימן שיב, ס"ק ב; יד דוד, ראש השנה ז ע"ב.

¹⁰⁶⁵ מעין מה שכתב הרשב"ם בעניין הסתירה במידת הקרקע הנמכרת: "דכיוון שבתוך כדי דיבור אמר שתי הלשונות אין ידוע על איזה נתכוין יותר" (רשב"ם, בבא בתרא קה ע"א, ד"ה 'קא משמע לך').

¹⁰⁶⁶ "הוי ממון המוטל בספק וחולקים, דמספקא להו אי אמרינן תפוס לשון ראשון או לשון אחרון" (רשב"ם, שם, ד"ה 'חולקין').

¹⁰⁶⁷ ראו בבלי, בבא מציעא קב ע"ב; בבלי, בבא בתרא קה ע"א.

הכל לפי כללי ההכרעה בספיקות על פרטיהם השונים. מסקנה זו מלמדת כי אין מדובר בפרשנות החוזה, אלא בהפעלת כללי התנהגות במקרים של ספקות בלתי מוכרעים.¹⁰⁶⁸

ד. במשנה אחרת נראה פתרון מסוג שונה שמציעים חכמים. משנה זו דנה בסתירה פנימית לעניין גובה התשלום, ומבחינה בין סתירה פנימית בין שני חלקים קרובים בשטר, לבין סתירה בין שני חלקים רחוקים בו (עליון ותחתון):¹⁰⁶⁹

כתב¹⁰⁷⁰ בו: זוזין מאה דאינון¹⁰⁷¹ סלעין עשרין, אין לו אלא עשרין. זוזין מאה דאינון תלתין סלעין, אין לו אלא מנה.¹⁰⁷²

כסף זוזין דאינון, ונמחק, אין פחות משנים. כסף סלעין דאינון, ונמחק, אין פחות משנים. דרכונות דאינון, ונמחק, אין פחות משנים.

כתוב בו מלמעלה מנה ומלמטה מאתים, מלמעלה מאתים ומלמטה מנה, הכל הולך אחר התחתון. אם כן למה כותבין את העליון? שאם תמחק אות אחת מן התחתון ילמוד מן העליון.

כאמור, הרישא והסיפא של המשנה דנות בסתירה פנימית בחוזה לגבי גובה בתשלום.¹⁰⁷³ ברישא מדובר בסתירה פנימית בתוך משפט אחד, אז חל הכלל כי התובע (בעל השטר) מקבל את הסכום הנמוך מבין השניים הנקובים בחוזה. בסיפא מדובר בסתירה בין החלק העליון שבשטר לבין החלק התחתון שבו, אז חל הכלל "הכל הולך אחר התחתון".

אשר לסיפא, דומה כי היא ייחודית לדיני שטרות, במסגרתם נקבע כאן כי החלק המחייב בשטר הנו החלק התחתון, בעוד חלקיו העליונים אינם אלא מעין גיבוי למקרי מחיקה בחלק התחתון. לפיכך החלק התחתון מכריע.¹⁰⁷⁴ אם כן, כאן אין מדובר למעשה בסתירה פנימית, שכן החלק התחתון, שהוא החלק הקובע, ברור ומחור.¹⁰⁷⁵

החלק במשנה החשוב לדידנו, אשר אכן מכיל סתירה פנימית אמיתית, הוא הרישא. הפתרון שמציעה המשנה בחלק זה – בעל השטר יקבל את הסכום הנמוך מבין השניים¹⁰⁷⁶ – נראה כפתרון שונה מזה שהוצע במשנה הקודמת – יחלוקו. ברם, נראה שאף כאן אין מדובר בכלל פרשנות,

¹⁰⁶⁸ הלכה נפסקה בעקבות אחת דעות האמוראים, שקרקע בחזקת בעליה קיימת, כלומר יד המשכיר על העליונה. ראו רמב"ם, משנה תורה, שכירות פרק ז, הלכה ב; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שיב, סעיף טו. גישה זו וודאי אינה מפרשת את החוזה אלא מיישמת את אחד מכללי ההכרעה בספיקות.

¹⁰⁶⁹ משנה, בבא בתרא י, ב. להרחבת העיון בסוגיה זו ראו ורהפטיג, **דיני חוזים במשפט העברי**, 267; אלון, **המשפט העברי**, 358.

¹⁰⁷⁰ בכתבי היד השונים: "כתוב".

¹⁰⁷¹ בכתבי היד השונים: "דיהימו".

¹⁰⁷² בכ"י קויפמן חסרה המילה 'מנה'.

¹⁰⁷³ המציעתא דנה בהשלמת מלים שנמחקו, ולפיכך אינה מעניינתו כאן.

¹⁰⁷⁴ יתכן שדימוי מתאים לכך הוא סתירה בין טיוטה של החוזה לבין נוסחו הסופי.

¹⁰⁷⁵ וראו ההסבר בפסקי דין - ירושלים דיני ממונות, כרך א, פס"ד בעמ' קצג, ד"ה 'אמנם'.

¹⁰⁷⁶ וכך נפסקה הלכה. ראו רמב"ם, משנה תורה, מלוה ולוה פרק כז, הלכה טז; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן מב, סעיף ה. להרחבת דברים ראו שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רסט.

כלומר, כלל המגדיר את המשמעות "הנכונה" של השטר, אלא בכלל הכרעה בספיקות, שלפיו בעל השטר אינו יכול לתבוע מן החייב מעבר למינימום המתחייב מן הראייה הקיימת. וכלשון הרשב"ם: "דיד בעל השטר על התחתונה והמוציא מחבירו עליו הראיה".¹⁰⁷⁷

אם כן, לדעת בן ננס יש לפתור מקרי סתירה פנימית באמצעות קביעת כלל פרשני גורף וקשית. ואילו לפי גישת חכמים,¹⁰⁷⁸ יש להגדיר את הסתירה כמקרה ספק ולהפעיל את הכללים המתאימים.

ה. מחלוקת זו הולכת ונמשכת גם בתלמודם של האמוראים.¹⁰⁷⁹ את הפסיקה 'יחלוקי' במקרה של חוזה השכירות מפרש שמואל:¹⁰⁸⁰ "בבא באמצע החדש עסקינן, אבל בא בתחלת החדש - כולו למשכיר, בסוף החדש - כולו לשוכר". תמצית טענתו היא, כי הכל הולך אחר המוחזק, ולפיכך יש לתת משקל למצב המוחזקות, אשר משתנה בין המועדים השונים של השכירות. ניכר כי לדעת

¹⁰⁷⁷ רשב"ם, בבא בתרא קסה ע"ב, ד"ה 'כתוב בו'. במקום אחר (בבא בתרא קה ע"א, ד"ה 'הלך אחר פחות שבלשונות') מתנסח הרשב"ם באופן שכביכול מלמד, כי הכלל 'הלך אחר פחות שבלשונות' מעוגן באומד דעתו של המוכר: "הלכך היא דאמר ליה מדה בחבל והן חסר והן יתר חזינן אם הותיר כל שהוא להכי אמר מדה בחבל ויחזיר, ואם פיתח כל שהוא להכי א"ל הן חסר הן יתר שהיה ירא שמא לא יהיה כאן בית כור שלם והגיעו". אולם מתוך הקשר הדברים עולה בבירור שהבסיס לפרשנות זו הוא העובדה שהמוכר מוחזק בקרקע, ולא משום שאומד דעתו האקטואלי מורה כן. לדיון נוסף ראו ברכת שלמה, חושן משפט, סימן יד, ס"ק ז.

בשו"ת מלבושי יום טוב (ליפמן), חלק א, חושן משפט, סימן ה, דן באפשרות שלפיה הכלל 'הלך אחר פחות שבלשונות' אינו הכרעה בספק, "אלא משום תפשת מרובה לא תפשת, שהיא מידה וודאית, ובכל מצוותיה של תורה סגי בשיעור הקטן שיהיה שמו עליו" (לשון ר' אליעזר משה מפניסק, עמו מתפלמס בעל המלבושי יום טוב בתשובה זו). לעניין זה הוא מציע להבחין בין מקרה שבו ההבדל שבין הלשונות הוא בעל משמעות כמותית לבין מקרה שבו ההבדל הוא בעל משמעות איכותית. על כך ראו גם בהרחבה חזון יחזקאל, בבא בתרא ד, א, ד"ה 'מכר את הצמד'.

מלשון הרמב"ם מסתמן פירוש שונה לכלל 'הלך אחר פחות שבלשונות'. וכך פסק הרמב"ם, משנה תורה, מכירה פרק כח, הלכה יא: "האומר לחבירו בית כור עפר אני מוכר לך מדה בחבל בין חסר בין יתר, או שאמר בית כור אני מוכר לך בין חסר בין יתר מדה בחבל, הלך אחר הפחות שבלשונות ואין לו אלא כדין אם חסר אם יתר" (ובעקבותיו נפסק בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן ריח, סעיף יד. ראו גם דברי הטור, חושן משפט, סימן ריח). פירושו זה אינו מוביל לתוצאה שיד הנתבע על העליונה, שכן על פיו לעתים המוכר יצטרך לתת 'אם יתר'. על כך ביקרו הראב"ד בהגהתו. מרבית נושאי הכלים ביקשו בכל זאת לפרש את הרמב"ם באופן הדומה לדרכו של הרשב"ם שתוארה לעיל. ראו מגיד משנה, שם; מגדל עוז, שם; ש"ך, חושן משפט, סימן ריח, ס"ק ב. פירוש זה גם הולם את דברי הרמב"ם בפירושו למשנה: "ואין הלכה כבן ננס, אלא מקבל הקונה בכל כיוצא בלשונות המשותפים הללו פחות שבשעורים והוא אמרם הלך אחר הפחות שבלשונות" (פירוש המשנה, בבא בתרא ז, ג). הסבר זה גם קרוב יותר לפירושו של הר"י מיגש (ראו ר"י מיגש, בבא בתרא קה ע"א, ד"ה 'אמי רב יהודה'), על כך עמד המגיד משנה, שם. אחרים ביקשו לפרש את הרמב"ם בדרך שונה. ראו סמ"ע, חושן משפט, סימן ריח, ס"ק מב וס"ק מג. יש מי שתלה הבדלים אלה בפירוש הרמב"ם בגרסאות השונות לדברי הרמב"ם, אם נוקטים "ואין לו אלא כדין אם חסר אם יתר" או שמא נוקטים "ואין לו אלא כדין הן חסר הן יתר". ראו מעשה רקח, מכירה פרק כח, ס"ק ח. לסיכום ראו אבן האזל, מכירה פרק כח, הלכה יא.

לדיון בכלל יד בעל השטר על התחתונה ראו בס, **חוזים על פי התורה**, 120; הרב נחום שיינין, 'ספקות בשטרות וגדרי יד בעל השטר על התחתונה', **דברי משפט א** (תשנ"ו), עמ' רלח. קביעתו של בס, כי "הכלל ההלכתי העיקרי בפירוש חוזים הוא יד בעל השטר על התחתונה" נראית בעייתית, הן משום שזהו אינו הכלל ההלכתי המרכזי בענייני הפרשנות, הן משום שככל הנראה כלל זה אינו כלל פרשני אלא כלל התנהגות במקרי ספק.

¹⁰⁷⁸ רשב"ג ור' יוסי במשנת בבא מציעא, וגישת התנא במשנת זוזין מאה'.

¹⁰⁷⁹ וראו חידושי הריטב"א, בבא מציעא קב ע"ב, ד"ה 'ושמואל'.

¹⁰⁸⁰ בבלי, בבא בתרא קה ע"א; בבלי, בבא מציעא קב ע"ב.

שמואל, אין מדובר בפירוש של החוזה או ביישוב הסתירה שבו, אלא בהכרעת ספק שאינו פתיר מבחינה פרשנית.

רב נחמן מציג גישה שונה, אולם בעלת אוריינטציה דומה. לדעתו, לעולם יד המשכיר תהיה על העליונה, ובלא קשר במועד השכירות שבו התעוררה המחלוקת בין הצדדים, שכן "קרקע בחזקת בעליה קיימת".¹⁰⁸¹ נראה שאף רב נחמן מפעיל את כללי ההכרעה בספיקות, אלא שהוא מנתח באופן שונה את מצב המוחזקות.

לעומתם, רב הונא בשם רב מקבל את הכלל 'תפוס לשון אחרון', ובהקשר הסתירה בעניין גובה התשלום הוא קובע: ¹⁰⁸² "איסתרא מאה מעי – מאה מעי; מאה מעי איסתרא – איסתרא".¹⁰⁸³ לגבי דעתם של חכמים אשר פסקו יחלוקו בעניין הסתירה שבחזרה השכירות, אמר רב: ¹⁰⁸⁴ "אי הואי התם הוה יהיבנא כוליה למשכיר".¹⁰⁸⁵

ו. מסיכום הדברים עולה, כי ישנה גישה הסוברת, שמקרי סתירה פנימית יוכרעו על פי כלל הפרשנות 'תפוס לשון אחרון'. עמה נמנים בן ננס, רב ורב הונא. נראה כי גישה זו מבקשת להחיל אמת מידה פרשנית אובייקטיבית וגורפת במקרה זה, וזאת באופן העולה בקנה אחד עם שאר בעיות פרשנות החוזה שבהם דנו בפרקים הקודמים. גישה זו הולמת את הטענה, כי חז"ל מעדיפים את הפרשנות הלקסיקאלית משיקולי מדיניות של וודאות יציבות ובטחון משפטיים. לפיכך, היא אינה מבדילה באופן מהותי בין בעיות פרשניות במישור הלשוני של החוזה לבין בעיות פרשניות חוץ-לשוניות. את כולם היא מבקשת לפתור באמצעים קשיחים, גורפים וידועים מראש.

לעומתם, בעלי הגישה השניה סבורים, כי מקרי סתירה אינם פתירים מבחינה פרשנית, ולפיכך יש להפעיל בהם את כללי ההכרעה בספקות. זו דעתם של רשב"ג, ר' יוסי, התנא במשנת 'זוזין מאה', שמואל ורב נחמן.

שומה על הגישה השניה להבהיר, מה בין הבעיה הפרשנית הנובעת מסתירה פנימית בחוזה לבין זו הנובעת ממונח בלתי ברור שיש בו? מדוע חוסר בהירות לגבי כוונת הצדדים בעניין ביטוי מסויים נפתר על ידי מתן הגדרה קשיחה וגורפת, בעוד שחוסר בהירות דומה לגבי כוונתם במקרה סתירה פנימית נתפס כספק בלתי מוכרע? מה בין אומד הדעת של הצדדים במקרה "זוזין מאה דאינון סלעין עשרין" לבין אומד דעתם במקרה "המוכר את הבית"?

דומני כי התשובה לכך טמונה במישור השונה של שתי בעיות פרשניות אלה. אמנם בשני המקרים קיים חוסר בהירות לגבי כוונת הצדדים, אולם במקרה השני מקורו של חוסר הבהירות במישור

¹⁰⁸¹ בבלי, בבא מציעא קב ע"ב.

¹⁰⁸² בבלי, בבא בתרא קה ע"ב.

¹⁰⁸³ לדעת הרשב"א (שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רסט) יש לסייג ולומר, כי אם ניכר שהסתירה הפנימית נובעת מטעות חשבונאית, ולא משינוי דעת, אף רב מודה שאין מפעילים את הכלל 'תפוס לשון אחרון' אלא את הכלל 'הלך אחר פחות שבלשונו'.

¹⁰⁸⁴ בבלי, בבא מציעא קב ע"ב.

¹⁰⁸⁵ כפי שנובע מהחלת הכלל 'תפוס לשון אחרון' על מקרה זה.

הלשוני של החוזה. לפיכך, סוג הפתרון הפרשני הניתן במקרה השני – מתן הגדרה לשונית לביטוי הטעון פירוש – אינו רלוונטי למקרים של סתירה פנימית.

ניתוח גישה זו מוביל לטענה שיש לייחד את הבעיות הפרשניות שבמישור לשון החוזה כתופעה נבדלת. הוא מוליך למתיחת קו ברור בין בעיות פרשניות לשוניות, אותן יש לפתור באמצעות הגדרות לשוניות, לבין בעיות פרשניות שאינן לשוניות, אותן יש לפתור בדרך של כללי ההכרעה בספיקות. כאמור לעיל, גישה זו היא גישת הרוב, אשר גם נפסקה להלכה.

6.3. שם פרטי ושני מסומנים אפשריים

6.3.1. הקדמה

לאורך מרבית הפרקים הקודמים עסקנו בשאלת פרשנותם של שמות עצם **כלליים**, כגון 'בית', 'דלת', 'שדה' וכדומה. עמדנו על כך שהאתגר הפרשני שהציבו לעצמם חז"ל בהקשר זה היה מתן הגדרה לשונית לשמות אלה.¹⁰⁸⁶

בסעיף זה אני מבקש לעסוק בשאלת פרשנות קרובה אך שונה. שאלה זו מתעוררת לגבי משמעותם של שמות עצם **פרטיים**, כאשר קיימים להם כמה מסומנים אפשריים. לדוגמה, אדם מתקשר בחוזה עם 'טוביה', וכעבור זמן מוצא עצמו חשוף לתביעתם הכפולה של שני אישים ששם 'טוביה', אשר כל אחד מהם טוען להיותו בעל הזכות.¹⁰⁸⁷ או למשל, שניים מתקשרים בחוזה למכירת מקרקעין, ובחוזה מוגדר הממכר כ"שדה של פלוני העומדת למכירה", ובפועל מתברר ששתיים משדותיו עומדות למכירה, כך שכל אחת מהן מסומנת בנפרד על ידי הביטוי הנזכר.¹⁰⁸⁸

¹⁰⁸⁶ אם בדרך של לקסיקון ואם בדרך של הפניה למשמעות המקובלת.

¹⁰⁸⁷ אמנם במקרה זה היריבות אינה בין שני הצדדים לחוזה אלא בין שניים הטוענים, כל אחד בנפרד, להיותם בעלי הזכות. אולם הפתרון ליריבות זו צריך להיעשות בגדר פרשנות החוזה. אשר לשאלה, האם קיומה של יריבות בין שני תובעי הזכות (השניים ששם טוביה) עשויה לשחק לידי הצד שכנגד, ראו לחם משנה, זכיה ומתנה, פרק יא, הלכה ג; ש"ך, חושן משפט, סימן רנג, ס"ק לט. וכלשון הלחם משנה: "אמאי לא נאמר כאן... דהיורשים מצו מדחו לכל א' מנייהו לומר לו לא עליך אמר אבא אלא על חבירך, ולחבירו גם כן בכהאי גוונא". לדעת הש"ך, באופן עקרוני הצד שכנגד יכול "באמת לדחות לכל אחד ואחד", למעט בכמה מקרים חריגים (אם הצד שכנגד אינו בחיים ואין לו יורשים, או כאשר יורשיו רוצים לקיים את דבריו, או כאשר שני האנשים ששם טוביה כותבים הרשאה זה לזה).

¹⁰⁸⁸ ציינו דוגמאות בעקבות הדיונים התלמודיים, אך כמובן ישנן גם דוגמאות מן העת החדשה. למשל, חוזה לאספקה שאמורה להיות מועברת באמצעות אניה ושמה *pearless*, אלא שלבסוף מתגלה שזהו שמן של שתי אוניות נפרדות שהפליגו במועדים שונים. ראו *Raffles v. Wichelhaus* (1864) 2 Hurl. & C. 906. ולמשל, עסקת מקרקעין שבה צויין שם מקום, ולבסוף מתגלה ששני מקומות זהו שם. ראו *Kyle v. Kavanagh*, 103 Mass. 356, 4 Am. Rep. 560 (1869). על כך ראו גם *Holmes, The Theory of Legal Interpretation*, 418; W. F. Young, 'Equivocation', 64 *Colum. L. Rev.* 619, 623-625 (1964).

חשוב לציין, כי אם יוכח שכל אחד מן הצדדים לחוזה התכוון למסומן אחר, המסקנה עלולה להיות שכלל לא נכרת חוזה ביניהם שכן מפגש הרצונות לא התקיים. זאת בלא שמגיעים לשאלת פרשנותו של החוזה. כזהו למשל טיבו של הדיון במקרה האונייה פירלס הנזכר לעיל. אנו לעומת זאת דנים במקרים שבהם אין סיבה להניח שכל צד התכוון

מקרים אלו מעניינים, משום שלא ניתן לפותרם בגדר הלשון. אם השאלה מה משמעותה של המילה 'בית' (למשל, אם היא כוללת את החצר אם לא) ניתנת להיפתר על ידי מתן הגדרה לקסיקלית למילה זו, הרי ששאלת משמעותו של שם פרטי אינה ניתנת לפתרון לשוני; מבחינה לשונית שם פרטי יכול שיסמן כמה עצמים במקביל ואין כל פגם בדבר.¹⁰⁸⁹ כך למשל, שם פרטי כדוגמת 'טוביה' מסמן במקביל הן אדם פלוני הן אדם אלמוני, ו"כמה יוסף איכא בשוקא"¹⁰⁹⁰. גם ביטוי כגון "השדה של פלוני העומדת למכירה" עשוי לסמן במקביל הן את שדהו הצפונית הן את שדהו הדרומית, ואין הדבר יכול וצריך להיפתר בגדר הלשון. לפיכך, יש חשיבות לשאלה כיצד מתמודדים חז"ל עם בעיות פרשניות בהקשר שם פרטי בעל שני מסומנים אפשריים.

אם אמרנו שאין לבעיה זו פתרון בגדר הלשון אין זה אומר שאין לה פתרון פרשני. ניתן כמובן לקבוע, שמקרים מעין אלה ייפתרו על פי אומד דעתם האקטואלי של הצדדים.¹⁰⁹¹ פתרון מסוג אחר עשוי להיות קביעת חזקות גורפות, המספקות פתרון פרשני ידוע מראש.¹⁰⁹² ופתרון שלישי עשוי להתבסס על כללי ההכרעה בספקות, לאמור, המקרה יוגדר כבלתי פתיר מבחינה פרשנית וככזה יש להחיל עליו את כללי ההתנהגות הרלוונטיים.¹⁰⁹³

אבקש להראות כי המקורות התלמודיים מתחבטים בין אפשרויות פרשניות אלה. נראה כי המקורות העיקריים מעדיפים פתרון גמיש המבוסס על אומד דעתו של הדובר, ולחלופין מוותרים על פירוש החוזה ומכריעים את הבעיה על פי כללי ההתנהגות בספיקות. כמעט ואיננו מוצאים ניסיון לפתור את הבעיה בדרך של חזקות קבועות וגורפות.

6.3.2. "עשו טבי עבדי בן חורין"

התוספתא הבאה דנה בשני מקרים שבהם מצויין שם פרטי, ושני אנשים שזהו שמם טוענים להיותם בעלי הזכות. במקרה הראשון אדם מצווה לשחרר את עבדו 'טבי' ומתברר כי לו שני

לחפץ השונה מזה שהתכוון הצד שכנגד (או לכל הפחות, הדבר לא הוכח). לפיכך התקיים ביניהם מפגש רצונות ואכן יש חוזה, אלא שאנו מתלבטים לגבי פרשנותו.

¹⁰⁸⁹ אך ראו הגדרתו של הולמס: "By the theory of our language, while other words may mean different things, a proper name means one person or thing and no other" (Holmes, *The Theory of Legal Interpretation*, 418). מנגד ראו 199-200 W. V. O. Quine, *Methods of Logic* (3rd ed., London, 1978), להרחבת היריעה ראו דיונו של יונג, לעיל הע"ש 1088, ובמקורות הרבים אליהם ציין בהערותיו.
¹⁰⁹⁰ בבלי, פסחים סח ע"ב.

¹⁰⁹¹ כך למשל, במקרה הנזכר של מכירה 'לטוביה' ובאים לפנינו שני אנשים ששם טוביה, יש לבחון את מערכות קשריו של המוכר עם שני אנשים אלה, את היסטוריית ההתקשרויות שלו עמהם (אם ישנה כזו), את שיקולי הדעת העסקיים שהיו עשויים להנחות אותו וכדומה. לאור כל זאת יש לנסות ולשרטט דיוקן אפשרי של אומד דעתו, ובאמצעותו לפרש את החוזה ולקבוע את זהות הקונה.

¹⁰⁹² כגון הקביעה, שחזקה על אדם שיבקש להיטיב עם תלמיד חכם יותר מאשר עם עם הארץ, או חזקה שיבקש להיטיב עם שאר בשרו מאשר עם אדם זר, וכדומה.

¹⁰⁹³ 'מוחזק', 'המוציא מחבירו עליו הראיה', 'יחלוקו' וכו'. ראו לעיל, הע"ש 1055.

עבדים שזהו שמם. במקרה השני אדם מורה לתת סכום כסף ליוסף בן שמעון ושני אנשים שזהו שמם טוענים לזכותם לקבל את סכום הכסף: ¹⁰⁹⁴

האומ' עשו טבי עבדי בן חורין והיו שם שני טבי אין דורשין אותו לשון הדיוט לומר לזה היה אוהב ולזה לא היה אוהב אלא שניהן יוצאין בני חורין ונוטלין משניהן דמי אחד מהן.

האומר תנו מאתים דינר ליוסף בן שמעון והיו שם שני יוסף בן שמעון אין דורשין לשון הדיוט לומ' לזה היה אוהב ולזה לא היה אוהב אלא שניהם חולקין בשוה.

נמצא אפוא, כי על פי התוספתא איננו בודקים את אומד דעתו של הדובר ("לומר לזה היה אוהב ולזה לא היה אוהב"), אלא היא מנחה לפעול כבמצב של ספק בלתי פתיר על פי עקרון יחלוקן. ¹⁰⁹⁵ דברי התוספתא "אין דורשין אותו לשון הדיוט" ¹⁰⁹⁶ מלמדים לכאורה שמדובר בכלל עקרוני, ¹⁰⁹⁷ ולא בהנחה שכאן מדובר במקרה ספציפי שבו אומד הדעת של הצדדים אינו אפשרי. ¹⁰⁹⁸

בין כך ובין כך, ההיבט החשוב לדידנו הוא הפתרון שאינו מופיע בתוספתא. התוספתא אינה מנחה לפתור את המקרה באמצעות קביעה של כללי פרשנות גורפים, כגון שחזקה שהעבד המשוחרר יהיה העבד הוותיק, העבד המבוגר, העבד הטוב וכדומה. ¹⁰⁹⁹ כלומר, כאן התוספתא אינה נוקטת מדיניות פרשנית דומה לזו שראינו בפרקים הקודמים.

¹⁰⁹⁴ תוספתא, בבא בתרא יא, יג (מהד' ליברמן, 170).

¹⁰⁹⁵ נראה שהכרעה על פי כללי ההתנהגות בספק גם מתאימה להבהרת סוגיה אחרת הדנה במקרה בעל מאפיינים דומים: אדם מוכר נכס מסוים ומציינו בשמו הפרטי, ומתברר כי שם פרטי זה מסמן שני נכסים שונים, ואין ידוע לאיזה התכוונו. וכך אומר התלמוד (בבלי, בבא בתרא סא ע"ב): "ההוא דא"ל לחבריה: ארעא דבי חייא מזבנגא לך, הואי ליה תרתי ארעתא דהוה מתקרין דבי חייא, אמר רב אשי: חדא אמר ליה, תרתי לא א"ל...". אם כן, חייב המוכר ליתן לו קרקע אחת בלבד. אך איזו ייתן לו מבין השתיים? הסוגיה אינה מפרשת את הדבר. הרשב"ם טען (שם, ד"ה 'ארעא'): "ויטול הלוקח הפחותה שבשתייהן דיד בעל השטר על התחתונה". זאת, ככל הנראה, ברוח דברי הבבלי, מנחות ק"ב ע"ב: "בית בביתי אני מוכר לך ונפל – מראהו נפול, עבד בעבדי אני מוכר לך ומת – מראו מת". (ראו גם בבלי, בבא בתרא קע"ב ע"א; חידושי הריטב"א, בבא בתרא סא ע"ב, ד"ה 'חדא אמר ליה'; רמב"ם, משנה תורה, מכירה פרק כא, הלכה ט). כאן לפנינו אפוא ציון שם פרטי בעל שני מסומנים, ואין נעשה מאמץ לאמוד את דעת הצדדים אלא מופעל כלל ההתנהגות 'יד בעל השטר על התחתונה' (עוד לכלל זה ראו לעיל, הע"ש 1077). ראו גם שו"ת

הרשב"א, חלק ב, סימן רסט. השו"ת דיונו של 419, *Holmes, The Theory of Legal Interpretation*.

¹⁰⁹⁶ המילה 'אותו' ליתא בכ"י ערפורט ובתוספתא דפוס ראשון. ראו ליברמן, **תוספתא כפשוטה**, חלק י, 462. לדיון בסוגיית 'דורש לשון הדיוט' ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 30.

¹⁰⁹⁷ על כך עמד הרא"ה: "דקאמר אין דורשין לשון הדיוט, משמע דאפילו היכא דאיכא למדרש לא דרשינן" (חידושי הרא"ה, כתובות פה ע"ב, ד"ה 'ההוא'). את דבריו כיוון הרא"ה נגד פירוש מעין זה של הרמב"ן, המובא להלן בהע"ש 1122.

¹⁰⁹⁸ לעיל טענתי, כי לבעיה של שם פרטי לא ניתן לתת פתרון בגדר הלשון, אלא רק בגדר אומד דעתם של הצדדים. ברם, הביטוי "אין דורשין אותו לשון הדיוט" עשוי לכאורה ללמד כי השאלה העומדת כאן על הפרק היא דרישת הלשון, כלומר מתן הגדרה לשונית לשם 'טבי' או לשם 'יוסף בן שמעון'. אלא שדומני כי כולי האי לא דייקינן, ואין הכרח להסיק מביטוי זה השגור בפיהם של חז"ל על אופייה המדויק של הבעיה הנידונה במקרה זה.

¹⁰⁹⁹ או חזקות דומות במקרה של 'תנו מאתים דינר ליוסף בן שמעון', כגון שיתנו לתלמיד החכם, לקרוב המשפחה, לשכן וכדומה.

6.3.3. "נכסיי לטוביה"

שלא כמעשה התוספתא מעשה הסוגייה הבאה שבמסכת כתובות.¹¹⁰⁰ בסוגיה זו נידון אדם המצווה נכסיו 'לטוביה'¹¹⁰¹ והשאלה המתעוררת היא האם האדם שבא וטוען כי הוא 'טוביה' הוא אכן הראוי להיות מוטב מן החוזה. ודוק, הבעיה אינה נובעת מכך שאנו מפקפקים שמא הוא רמאי ושמנו אינו טוביה, אלא שמא הכוונה הייתה לטוביה אחר ולא לו. בהקשר זה הסוגייה דנה בכמה מצבים רלוונטיים, כאשר השלישי שבהם מתייחס לבואם של שני אנשים ששם 'טוביה' ואשר טוענים, כל אחד בנפרד, לזכותו לקבל את רכושו של הנפטר:¹¹⁰²

ההוא דאמר להו: נכסיי לטוביה, שכיב, אתא טוביה, א"ר יוחנן: הרי בא טוביה.¹¹⁰³

אמר טוביה ואתא רב טוביה - לטוביה אמר, לרב טוביה לא אמר; ואי¹¹⁰⁴ איניש דגיס ביה - הא גיס ביה.

אתו שני טוביה,¹¹⁰⁵ שכן ותלמיד חכם - תלמיד חכם קודם, קרוב ות"ח - ת"ח קודם. איבעיא להו: שכן וקרוב, מאי? ת"ש: "טוב שכן קרוב מאח רחוק". שניהם קרובים ושניהם שכנים ושניהם חכמים - שודא דדייני.

נתמקד עתה בחלק השלישי של הסוגייה ('אתו שני טוביה'), ובהמשך נשוב לחלקיה הקודמים. כאמור לעיל, כאשר ציווה את נכסיו 'לטוביה' ובאו שני טוביה אין, וגם לא יכול להיות, פתרון לשוני לבעיה שלפנינו. שמות פרטיים מסוג זה מסמנים בו זמנית אלפי אנשים ברחבי העולם. מהו אפוא טיבו של הפתרון המוצע על ידי הסוגייה? בראשיתה, היא מציעה מדרג, על פיו, אם אחד מן השניים הוא תלמיד חכם הוא יקבל את הרכוש, אחריו תינתן עדיפות לשכן ולבסוף יקבל שאר הברש. מהו ההיגיון העומד מאחורי פירמידה זו? הדעת נותנת, וכך פירשו ראשונים רבים, כי זו מערכת **חזקות** המתייחסת לאומד דעתו המשוער של בעל הרכוש. ההנחה היא שהוא מעדיף יותר מכל להנות מנכסיו תלמידי חכמים,¹¹⁰⁶ אחריהם את שכניו ולבסוף את קרוביו. למותר לציין, כי זהו אומד דעת **אובייקטיבית**, המגדיר את אומד דעתו של 'האדם הסביר', ואינו שוקל את אומד דעתו הסובייקטיבית של בעל הרכוש שלפנינו.¹¹⁰⁷

¹¹⁰⁰ עוד לניגוד שבין שני המקורות ראו Ben-Menachem, *Judicial Deviation*, 156-157.

¹¹⁰¹ מעניינת העובדה, כי השם הנידון בסוגיה זו ובתוספתא הנזכרת לעיל הוא דומה, אם לא זהה (וזאת על שאף שהסוגיה אינה מזכירה את התוספתא).

¹¹⁰² בבלי, כתובות פה ע"ב.

¹¹⁰³ בכ"י לנינגרד-פירקוביץ': "כבר בא טוביה".

¹¹⁰⁴ בכ"י לנינגרד-פירקוביץ' נוסף: "ואי איכא איניש...".

¹¹⁰⁵ בכ"י וטיקן ובכ"י לנינגרד-פירקוביץ': "שני טוביים".

¹¹⁰⁶ ראו למשל, רש"י, שם, ד"ה 'ת"ח קודם': "דמסתמא אדם מצדיק מעשיו לזכות בשעת מיתה".

¹¹⁰⁷ באופן עקרוני ניתן היה לטעון, כי פירמידה זו מבטאת תוצאות חלוקתיות רצויות, שאינן בהכרח קשורות באומד דעתו של בעל הרכוש. כלומר, הסוגייה מעניקה העדפה לתלמידי החכמים משיקולים אובייקטיביים שאינם קשורים באומד דעתו של בעל הרכוש, ואפילו לא באומד דעתו האובייקטיבית. ברם, גם אם ניתן לנסות ולבנות טיעון מעין זה לגבי קדימות תלמידי החכמים, קשה יותר להלום את הדבר לגבי השלבים הבאים שבמדרג שקובעת הסוגיה: העדפתם של שכנים ואחר כך של קרובים.

חלק זה של הסוגיה, עד כמה שניתן לראותו כעומד בפני עצמו, מבטא הד ברור לרעיון של פרשנות אובייקטיבית וגורפת של החוזה, גם כשאין מדובר בבעיה לשונית. אולם השלב הבא בסוגיה מהווה שינוי של ממש.

כאשר "שניהם קרובים ושניהם שכנים ושניהם חכמים", כלומר כאשר המדרג שקבעה הסוגיה אינו יעיל, יש להפעיל את הפתרון: שודא דדייני.¹¹⁰⁸ כידוע, הראשונים נחלקו בשאלה, האם מובנו של שודא דדייני הנו הפעלת שיקול דעת בנסיון לאמוד את דעתו **הסובייקטיבית** של הדובר,¹¹⁰⁹ או שמא נתינת סמכות לדיין לאמץ את הפתרון הנחשב בעיניו כצודק, "שהדיין ייתן למי שירצה".¹¹¹⁰ וכבר הוכיח בן-מנחם, כי הגישה הראשונה, כלומר שודא דדייני כאומד דעתו הסובייקטיבית של הדובר, משקפת את הפרשנות הקדומה יותר, המקורית, של המונח שודא דדייני.¹¹¹¹ דומה אפוא, כי את המקרה האחרון מבקשת הסוגיה לפתור באמצעות אומד דעתו **הסובייקטיבית** של הדובר.

שתי מגמות פרשניות אפוא לפנינו, ואין זה ברור האם על פי סוגיה זו יש לפרש את החוזה על פי אומד דעתו האובייקטיבית של הדובר (לפי המדרג של ת"ח, שכן וקרוב) או שמא על פי אומד דעתו הסובייקטיבית (שודא דדייני).¹¹¹² כדי לחדד את השאלה אציב את המקרה הבא: לפנינו ניצבים שני אנשים ושם טוביה – האחד ת"ח והאחר קרוב – הטוענים כל אחד להיותו המוטב. על פי אומד דעתו הסובייקטיבית של בעל הרכוש (באותו מקרה) סביר יותר שהוא העדיף את קרובו, אולם על פי אומד דעתו האובייקטיבי שקבעו חכמים יש להעדיף את הת"ח. האם כאן תינתן העדיפות למדרג האובייקטיבי שקבעה הסוגיה או שמא לאומד דעתו הסובייקטיבית של בעל הרכוש?

¹¹⁰⁸ לדיון נוסף בכלל שודא דדייני ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 566 ואילך. להרחבת המקורות בעניין ראו לעיל, הע"ש 568, 566.

¹¹⁰⁹ ראו למשל רמב"ם, משנה תורה, זכיה ומתנה פרק יא, הלכה ג: "יעשו הדיינין כמו שיראה להם, כל מי שדעתן נוטה שעל זה אמר נותנין לו"; וכן מאירי, בית הבחירה, כתובות פה ע"ב (מהד' סופר, 380): "ודנין לפי אומד דעתם למי מהם היה אוהב יותר או לפי מה שמשערין בדעתו". ראו גם תוספות רי"ד, כתובות פה ע"ב; רש"י, כתובות פה ע"ב, ד"ה שודא דדייני; טור, חושן משפט, סימן רנג; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רנג, סעיף כט. וראו לעיל, ליד ציון הע"ש 567.

¹¹¹⁰ לשון רבנו תם, תוספות כתובות פה ע"ב, ד"ה שודא. ראו גם דברי הרמב"ן, הנזכרים להלן, הע"ש 1118; חידושי הר"ן, כתובות פה ע"ב, ד"ה שניהם. וראו לעיל, ליד ציון הע"ש 568.

¹¹¹¹ Ben-Menachem, *Judicial Deviation*, 150, 157. הוכחה לכך מצא בן מנחם בתוספתא שבה דנו לעיל ("האומי עשו טבי עבדי"). כזכור, תוספתא זה מתנגדת לפתרון של "דורשין אותו לשון הדייט לומר לזה היה אוהב ולזה לא היה אוהב", כלומר לאומד דעתו הסובייקטיבית של הבעלים. לא רחוק הוא לומר, שכאן התוספתא מתנגדת לפתרון המכונה במקורות אחרים שודא דדייני. מכאן למד בן מנחם, כי שלילת התוספתא את דוקטרינת שודא דדייני מלמדת על התפיסה הקדומה (הקדם-תלמודית) של מוסד זה, כלומר כהתחקות אחר אומד דעתו הסובייקטיבית של הדובר.

¹¹¹² כמובן שיש לשקול את האפשרות כי לפנינו שני קטעי סוגיה בעלי עמדות שונות. חלקה הראשון דוגל בפתרון הבעייה באמצעות אומד דעת אובייקטיבי, ואילו השני באמצעות אומד דעת סובייקטיבי. מכל מקום, כאן אני מבקש לרדת לחקר עמדתו של עורך הסוגיה, אשר העמיד על רצף אחד שני חלקים אלה של הסוגיה. על כך ראו גם לעיל, ליד ציון הע"ש 88.

אם להכריע בדבר על פי מבנה הסוגיה, נראה שראשית יש להפעיל את מערכת החזקות, ולהתעלם מאומד דעתו הסובייקטיבית של הדובר, אשר יופעל רק בשלב שני, לאחר שכשל הניסיון להשתמש במערכת החזקות ("שניהם קרובים ושניהם שכנים ושניהם חכמים"). אולם יש מהראשונים שלא פירשו כך, ודומה שלגישתם אחיזה איתנה בסוגיה. לדידם, גם בשלב הראשון תינתן עדיפות לאומד דעתו הסובייקטיבית של בעל הרכוש, גם אם זו אינה עולה בקנה אחד עם מערכת החזקות שקבעה הסוגיה. כך כתב ר' יעקב, בעל הטורים:¹¹¹³

וכן אם אחד מהם קרוב ואחד תלמיד חכם תלמיד חכם קודם דמסתמא דעתו קרובה יותר לתלמיד חכם אלא אם כן שידוע שדעתו קרובה יותר לשכנו או לקרבו.

לדידו נראה, שאומד הדעת הסובייקטיבי גובר על החזקה שקבעה הסוגיה. כלומר, היפוך השיטה: מערכת החזקות שקבעה הסוגיה מופעלת רק בהיעדר אפשרות ברורה לאמוד את דעתו הסובייקטיבית של הדובר. דומני שלכך גם התכוון ר' מנחם המאירי בפירושו,¹¹¹⁴ וכך אף נהג הר"ן הלכה למעשה.¹¹¹⁵

¹¹¹³ טור, חושן משפט, סימן רנג. וכן פסק הרמ"א, חושן משפט, סימן רנג, סעיף כט.

¹¹¹⁴ לדעת המאירי, בית הבחירה, כתובות פה ע"ב (מהד' סופר, 380): "כל שיש בו קצת הוכח שעליו אמרה נותנין לו". אמנם, יתכן שכאן המאירי התכוון למקרה שבו בא רק אדם אחד ששמו טוביה, וחדש שיש ליתן לו אף שלא ברור שאליו היתה הכוונה (ראו הערה ב של המהדיר, שם). עם זאת, מתוך הקשר הדברים נראה שמדובר גם כשיש כמה אנשים ששם טוביה. מה עוד, שלאחר שפרש המאירי את הפירמדה שקבעה הסוגיה, הוא הוסיף: "וכל אלו לדעתי בשניהם מאותה העיר". ודומני שכוונתו, שאף שהפירמדה חלה רק כאשר מאפייני הקרבה לבעל הרכוש דומים, אך לא אם הנסיבות מלמדות על קרבה יתירה לאחד מן האנשים (ראו הערה ח של המהדיר, שם, אשר ביקש להסביר את הדבר על פי הלכת 'עניי עירך קודמין'. ברם ההקשר של הלכה זו לכאן אינו ברור).

¹¹¹⁵ שו"ת הר"ן, סימן עה. במקרה זה אדם ביקש לצוות חלק מרכושו לחבורות גמ"ח שהיו בעירו. אותו אדם שאל כמה חבורות שכאלה ישן, ולאחר שנענה כי ישנן ארבע חבורות שכאלה ציווה להן חלק מרכושו. לאחר שנפטר התברר כי ישנן חמש חבורות שכאלה (תלמוד תורה; חולים; מאור; צדקה; קברים) וכל אחת טענה לזכותה לרבע מרכוש הנפטר. הר"ן התמודד עם שתי שאלות: א) האם יש לחלק את הרכוש לארבע חבורות בלבד או לכל החמש. הר"ן שלל את האפשרות האחרונה מטעמים שונים, שאין מקומם כאן. ב) בהנחה שאכן החלוקה תהיה בין ארבע חבורות בלבד, כיצד נכריע מי החבורה שלא תזכה לקבל. בהסתמך על סוגיית 'אתו שני טוביה' מכריע הר"ן את השאלה שלפניו על פי אומד דעתו הסובייקטיבית של בעל הרכוש, כשלדידו יש להפעיל בראש ובראשונה את הכלל 'שודא דדייני', אלא אם ישנה הוכחה ברורה עוד יותר לאומד דעתו של בעל הרכוש: "אלו אמר 'הריני מניח כך לחבורת מצוה' והיו שם הרבה חבורות ואין הכרעה מבוארת ביניהם דנין אותה בשודא דדייני, על פי הפירושים שנתפרשו בענין שודא, אבל כאן רואה אני הכרעה לחברת הקברים לפי שהוא היה מאותה החבורה... כיוון שהוא רגיל בחבורת הקברים נראה שאי אפשר להוציא חבורת אותן הקברים מכלל אותן חבורות ונמצאת אותה חבורה זוכה ברביע ההנחה".

לעומת זאת, ראו שו"ת נודע ביהודה, מהדורה תנינא, חושן משפט, סימן מח, ממנו נראה כי כאשר אחד התובעים הנו תלמיד חכם יש לזכותו באופן גורף על פי המדרג האובייקטיבי שקבעה הסוגיה, ובלא לנסות לאמוד את דעתו הסובייקטיבית של בעל הרכוש. באותה תשובה נידון עניינה של אלמנה שציוותה את נכסיה לנכדתה ושמה טריינלה. לאחר מותה התברר כי לה שתי נכדות בשם זה, האחת מהן נשואה לצורבא מרבנן. הנודע ביהודה טוען שכאן אין להחיל את המדרג שקבעה הסוגיה, שכן הסוגייה התייחסה לתלמיד חכם ולא לאשת תלמיד חכם, ו"אין לנו לחדש בזה לומר שאשת חבר כחבר". אולם מוסיף ומעיר: "ואילו היה הדבר נוגע לבעלה של טריינלה היה הדבר פשוט שמגיע לו... ומטעם שמסתמא אדם מצדיק נפשו בשעת מיתה ואין לך מצוה גדולה מהמהנה ת"ח מנכסיו".

הטור לא ציין מקור להלכתו זו, ואף הבאים אחריו לא ראו לנכון להעיר על כך אלא הציגו זאת כדבר המובן מאליו.¹¹¹⁶ דומני כי ניתן לעגן את דבריו בסוגיה שלפנינו. ראשית, אם אכן אנו מקבלים שפירוש המונח 'שודא דדייני' הוא אומד דעתו הסובייקטיבית של הדובר,¹¹¹⁷ ועל פי הסוגיה הדיין אכן אמור לשער אומד דעת זה, קשה לתחום את הפעלתו אך ורק לשלב השני לאחר הניסיון למצות את החזקות האובייקטיביות שקובעת הסוגיה ובהתעלם לחלוטין מאומד דעתו הסובייקטיבית של הדובר. ניחא כאשר מדובר באומד דעת שיש בו מן הניחוש והספקולטיביות, אז יש מקום להפעילו רק לאחר מיצוי החזקות האובייקטיביות שקבעה הסוגיה, אולם האם הדבר אפשרי שעה שמדובר באומד דעת ברור ומחורר!¹¹¹⁸ שנית, וזאת העיקר: הדבר כמעט ומתבקש מן החלק השני של הסוגיה. כזכור, הסוגיה קבעה כי אם ציווה את נכסיו ל'טוביה' ובא אדם המכונה 'רב טוביה' וטוען שהוא המוטב, אין להעניק לו את הזכות, שכן אין חפיפה בין נוסח לשונו של בעל הרכוש לבין כינויו של התובע. אולם, הסוגיה מוסיפה ומסייגת את עצמה, כי הדבר יהיה שונה "אי איניש דגיס ביה", כלומר אם ידוע שהם רגילים זה אצל זה בקירבה יתירה. אז יקבל הטוען את הזכות אף שהוא מכונה 'רב טוביה' "ומגו דגייסי אהדדי קורא לו בשמו כאילו לא נסמך".¹¹¹⁹ כאן למדנו, כי אומד דעתו של הדובר עשוי לגבור על אי התאמה בין שמו של המוטב (כפי שהוא מופיע בחוזה) לבין כינויו המקובל של התובע. דומני כי לא רחוק לומר שהוא הדין, ואולי אף בקל וחומר, שאומד דעתו של הדובר יגבר על חזקה משפטית שקבעו חכמים, על פיה אדם מעדיף תלמידי חכמים על פני שכניו, ואת שכניו על פני קרוביו.

סוף דבר, דומה כי הן השלב השני של הסוגיה ('אי איניש דגיס ביה') הן סופה ('שודא דדייני') תומכים בפירוש שם פרטי בחוזה על פי אומד דעתו הסובייקטיבית של הדובר. יתכן ואין הדברים נכונים לגבי אחד משלביה האמצעיים של הסוגיה, שם נקבע מדרג אובייקטיבי וקשיח של ת"ת, שכן וקרוב. שלב זה עשוי להיות מוסבר כאפשרות המופעלת רק בהעדר אומד דעת סובייקטיבי של הדובר וכברירת מחדל.¹¹²⁰ לחלופין ניאלץ להסבירה כדעה נוגדת, הסוברת שאף פרשנות שם פרטי

¹¹¹⁶ גישת הטור נפסקה על ידי הרמ"א, חושן משפט, סימן רנג, סעיף כט.

¹¹¹⁷ וזו אכן הבנתו של הטור את המושג 'שודא דדייני'. ראו טור, חושן משפט, סימן רנג.

¹¹¹⁸ אציג טיעון זה מכיוון נוסף. הרמב"ן (חידושי הרמב"ן, כתובות פה ע"ב, ד"ה 'שודא') טען בעד פרשנות 'שודא דדייני' כסמכות הדיין למציאת פתרון צודק בעיניו, ונגד פרשנות 'שודא דדייני' כאומד דעתו הסובייקטיבית של הדובר. בהקשר זה טען הרמב"ן נגד רש"י, כי אם אכן מדובר באומד דעת הדובר, כיצד ניתן להפעילו במקרה ששני התובעים שווים (שניהם תלמידי חכמים, שניהם שכנים, שניהם קרובים), שהרי אין ביניהם כל הבדל, ובלשונו: "ולא מחורר מדאמרי' שניהם קרובים שניהם שכנים וכו' משמע שהם שוין בכל ענין". הדעת נותנת, כי רש"י ישיב לקושיה זו, שעל אף השוויון בין התובעים בפרמטרים הפורמליים המוזכרים במדרג שבסוגיה, אין הכוונה שהם זהים לחלוטין זה לזה בכל תכונותיהם ובכל מאפייניהם. ולפיכך, גם כאשר שניהם תלמידי חכמים, שכנים וקרובים עדיין יש מקום לאמוד את דעתו של הדובר (וראו ר"ן, כתובות פרק ט (דף מד ע"א בדפי הרי"ף), בהתייחסו לקושיית הרמב"ן: "ואין זו קושיא"). כיוון דאתינן להכי, אם אכן אומד דעת הצדדים מקיף מאפיינים נוספים מעבר לאלה שמנתה הסוגיה במדרג הפורמלי שקבעה, אך מתבקשת היא מסקנת בעל הטורים, כי מקום שבו אומד דעת מורה בבירור על תוצאה שונה מזו המושגת באמצעות הפעלת המדרג שבסוגיה, הוא הקובע.

¹¹¹⁹ רש"י, כתובות פה ע"ב, ד"ה 'דגיס ביה'.

¹¹²⁰ דומה שכן ראה זאת בעל הטורים, אשר כפי שראינו לעיל (ליד ציון הע"ש 1113), טוען להפעלת המדרג שבסוגיה רק לאחר שנבחן אומד דעתו הסובייקטיבית של הדובר. אולם אפשרות זו קשה לאור העובדה שעל פיה מבנה הסוגיה

ראויה להיעשות על פי לקסיקון קשיח וקבוע מראש.¹¹²¹ בין כך ובין כך, סוגיה זו שונה מן האמור בתוספתא הנ"ל, אשר סברה כי אין להכריע את שאלת אומד דעתו של האדם ("אין דורשין אותו לשון הדיוט"), אלא יש להותירה בספק ולהחיל את כללי ההתנהגות המתאימים.¹¹²²

מכל מקום, בין לתוספתא ובין לסוגיית כתובות, את בעיית שני המסומנים של שם פרטי אין לפתור באמצעות חזקות אובייקטיביות גורפות וקבועות מראש,¹¹²³ זאת בשונה ממה שעלה בידינו בהקשר הסוגיות העוסקות בפרשנות לשון החוזה.¹¹²⁴

היה צריך להיות הפוך. כלומר, ראשית להציע את אפשרות 'שודא דדייני', ורק אם הדבר אינו מתאפשר לפנות אל החזקות שקבעה הסוגיה.

אם בכל זאת נבקש ליישב אפשרות זו על פי פשטה של הסוגיה נילץ לטעון, כי יש להבחין בין אומד הדעת המבוסס על אינדיקציה ברורה לבין 'שודא דדייני' כאומד דעת משוער בלבד. ולפי זה, ראשית יש לבחון האם ישנה אינדיקציה ברורה שעשויה ללמד על דעתו של בעל הרכוש. אם יש כזו, היא המכרעת ראשונה. אם אין כזו בנמצא, עלינו להפעיל את מדרג החזקות שקובעת הסוגיה. ואם גם זה אינו באפשר (שכן שני התובעים זהים בתכונותיהם) מונחה בית הדין לבצע 'שודא דדייני', שהוא ניסיון לאמוד באופן אינטואיטיבי את דעתו של הדובר, אף שאין כל אינדיקציה ברורה התומכת באפשרות זו או אחרת.

¹¹²¹ בדומה לדעת המיעוט בסוגייה הדנה בסתירה פנימית בחוזה. ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 1060.

¹¹²² הראשונים עמדו על הסתירה בין התוספתא לבין סוגיית כתובות וניסו ליישבה על פי דרכם. יש שאמרו כי אכן התוספתא וסוגיית כתובות אינן עולות בקנה אחד והלכה כסוגיית כתובות (ראו חידושי הרשב"א, בבא בתרא קעג ע"א, ד"ה 'תוספתא'; מאירי, בית הבחירה, כתובות פה ע"ב (מהד' סופר, 380); ראו גם ש"ך, חושן משפט, סימן רנג, ס"ק לט), ויש אף שטענו כי התוספתא "משבשתא", שהרי סוגיית כתובות כלל לא טרחה לאזכרה (חידושי הרא"ה, כתובות פה ע"ב, ד"ה 'הוא'). אחרים טענו, כי יש לאבחן בין המקרים הנידונים בתוספתא ובסוגיית כתובות. בסוגיית כתובות יש טעם לנסות ולאמוד את דעתו של הדובר, מה שאין כן בתוספתא, ולפיכך התוספתא שללה את האפשרות של בדיקת "לזה היה אוהב ולזה לא היה אוהב" והכריעה "יחלוקו". הטעם לכך, כך הסביר הרמב"ן (חידושי הרמב"ן, כתובות פה ע"ב, ד"ה 'שודא'. ראו גם חידושי הר"ן, כתובות פה ע"ב, ד"ה 'שניהם'), הוא שבתוספתא אין מדובר באינטרקציה משפטית שמקורה במעשה או בדיבור של בעל הרכוש. לגבי שחרור העבד, אין מדובר באדון ששחרר את עבדו (שהרי המשחרר עבדו עובר בעשה, ואין להניח זאת לגבי בעל העבד) אלא בעבד שאחרים פדו אותו. לפיכך, אומד דעתו של האדון אינו רלוונטי. וכן בסיפא של התוספתא, אין מדובר באדם שבחר להעניק מנה לפלוני אלא באדם שגילה כי הוא חייב חוב קודם לפלוני. לפיכך, אף כאן אומד דעתו, למי היה אוהב ולמי אינו אוהב, אינו רלוונטי, שכן אדם לווה גם ממי שאינו אוהב. כדי להעמיד טיעון זה על תילו נאלץ הרמב"ן להציע שינוי בגרסת התוספתא, ובמקום "תנו מאתיים דינר ליוסף בן שמעון" להציע גרסה אחרת: "יש מאתיים דינרין ליוסף בן שמעון" (ליברמן, המובא להלן, מעיר כי ככל הנראה מדובר בשינוי גרסה על דעתו של הרמב"ן, שהוא למעשה פירוש לתוספתא, ולא בגרסה שונה שהיתה לפני הרמב"ן). ראו גם מגיד משנה, זכיה ומתנה פרק יא, הלכה ב; בית יוסף, חושן משפט, סימן רנג; רמ"א, חושן משפט, סימן רנג, סעיף כט. בשונה מן הרמב"ן, טען הנימוקי יוסף, בבא בתרא פרק י (דף פ ע"ב בדפי הרי"ף), ד"ה 'מתני', כי את הסיפא של התוספתא יש להסביר כמתייחסת להענקת מתנה ליוסף בן שמעון (ולא כגילוי חוב קיים), שכן רק כך תהיה משמעות לאפשרות העקרונית (שאמנם נשללה) "לזה היה אוהב ולזה לא היה אוהב". ראו גם חידושי הריטב"א, בבא בתרא קעג ע"א, ד"ה 'גרסינן'; ש"ך, חושן משפט, סימן רנג, ס"ק לט; מחנה אפרים, זכיה ומתנה, סימן לח; ליברמן, **תוספתא כפשוטה**, חלק י, 463.

¹¹²³ בכפוף להסתייגות העולה מן האמור לעיל, בהע"ש 1121.

¹¹²⁴ יתכן ומן הראוי לדון בהקשר זה בסוגיה קרובה (בבלי, גיטין יד ע"ב). הסוגיה דנה באדם שנאמר לו "הולך מנה לפלוני" והלך ובקשו ולא מצאו. מה יעשה השליח עם הכסף שניתן לו והנמען אינו בנמצא? בסוגיה מצויים פתרונות שונים, מהם קשיחים וגורפים (הכסף יינתן למשל או לירשי פלוני) מהם גמישים ("כל מה שירצה שליח יעשה"), ומהם תואמים כללי הכרעה בספקות (יחלוקו). באופן עקרוני, ניתן לתת את הבעיה בכלי פרשנות החוזה: מה משמעות המונח 'פלוני' – הוא עצמו דווקא או שמה גם יורשיו. ברם, אינני בטוח שזהו הניתוח הנכון, ולכל הפחות לא

נראה שבאופן דומה יש להבין את האמור בתוספתא הבאה:¹¹²⁵

האומ' תנו מאתים דינר לבית הכנסת תנו ספר תורה לבית הכנסת ינתנו לבית הכנסת הרגיל בו, ואם היו שנים והיה רגיל בשתייהן יתנו לשניהן. האומ' תנו מאתים דינר לעניים ינתנו לעניי אותה העיר.

אף כאן בעל הרכוש הזכיר שם ('בית הכנסת') אשר מציין כמה מסומנים אפשריים. על פי הרישא, כאשר ניתן בקלות לאמוד את דעתו הסובייקטיבית ולהבין לאיזה בית כנסת התכוון הרי שכך יש לעשות ("נתנו לבית הכנסת הרגיל בו"); "דאומדנא דדעתא היא דכל הנודרים סתמא על אותו כנסת שרגילים בו הם נותנים דמסתמא כל אחד אוהב שיהיו הקדשותיו בבית הכנסת שמתפלל בו יותר משאר כנסיות ושיפרנס עניי קהלתו יותר מעניי שאר הקהלות".¹¹²⁶ המציעתא של התוספתא מתייחסת למקרה שבו יש קושי לבצע אומד דעת זה ("היו שנים והיה רגיל בשתייהן") ובהתאם היא מחילה את הכלל 'יחלוקי'.¹¹²⁷

6.4. גמירות דעת לכריתת חוזה

א. כידוע, המשפט העברי מציב שתי דרישות עקרוניות לכריתת חוזה: מעשה קנין וגמירת דעת.¹¹²⁸ בפרק זה אבקש לעיין באחד מהיבטיה של השאלה הרחבה: מהן האינדיקציות לקיומה של גמירת הדעת? באלו אמצעים ניתן לאמוד דעתו של אדם?¹¹²⁹

הן פוסקי ההלכה הן חוקרי המשפט העברי התלבטו בשאלה, האם דרישת מעשה הקנין הנה רכיב בתוך דרישת גמירת הדעת – כהעדה על גמירת הדעת או כגורם המסייע בעיצובה – או שמא הנה עומדת בפני עצמה.¹¹³⁰ תהא אשר תהא התשובה לשאלה זו, הכל יסכימו כי עצם קיומו של מעשה

הניתוח המתחייב. יתכן גם לראות מקרה זה כחלל בחוזה שיש להשלימו. אם אכן מדובר בהשלמת חלל בחוזה, הרי שמערכת השיקולים עשויה להיות שונה (וראו לעיל, ליד ציון הע"ש 1044). עוד ייתכן, כי שאלות הפרשנות וההשלמה כלל לא עולות לדיון בסוגיה זו, שכן היא דנה במישורי דיון אחרים, הקשורים בדיני השליחות והקנין (על כך ראו גם לעיל, הע"ש 566). לעת עתה אותיר אפוא סוגיה זו מחוץ לדיון של מחקר זה. להרחבת הדברים ראו Ben-Menachem, *Judicial Deviation*, 151.

¹¹²⁵ תוספתא, בבא קמא יא, ג (מהד' ליברמן, 58).

¹¹²⁶ שו"ת הרא"ם, סימן נג. ראו גם שו"ת הר"ן, סימן עה; שו"ת אבקת רוכל, סימן קכב.

¹¹²⁷ בדרך שונה הלך ליברמן (**תוספתא כפשוטה**, חלק י, 463). לדעתו, הבחירה בבית הכנסת שרגיל בו נעשית לא מחמת אומד דעתו, אלא כיוון שזו החובה המוטלת על בעל הרכוש. זאת בהתאם לאמור בתוספתא מגילה ב, טו (מהד' ליברמן, 352): "יחיד שפסק צדקה בעירו נותנה לעניי עירו, בעיר אחרת נותנה לעניי עיר אחרת".

¹¹²⁸ לסקירת מקורות ראו להלן, הע"ש 1130. אינני נכנס כאן בשאלה, האם יש צדק בטענתו של דויטש, כי דרישת מעשה הקנין חלה רק על חוזה ריאלי, אך לא על חוזה אובליגטורי. זאת כיוון שענייני שבפרק זה הוא בדרישת גמירת הדעת, שוודאי קיימת בשני סוגי החוזים הללו. ראו דויטש, **גמירות דעת בהתחייבויות**, 207; ליפשיץ, **אכיפת הבטחה**, 169.

¹¹²⁹ בפרק זה אדון בלא הבחנה בכמה יסודות נפשיים שונים – גמירות הדעת, סמיכות הדעת ועוד. אף שיש להבחין ביניהם לכמה עניינים חשובים, דומני כי ניתן לדון בהם במשותף לענין דרכי אומד הדעת.

¹¹³⁰ על כך ראו הריא"ה הרצוג, **פסקים וכתבים**, כרך ט, חושן משפט, סימן קיא; הרב אשר וייס, קונטרס מנחת אשר – בגדרי הקניינים והלכותיהם (ירושלים, תשס"ד), סימן ב; גולאק, **יסודי המשפט העברי**, ספר ראשון, 57; זרח

קנין אין בו כשלעצמו כדי לוודא שאכן הצדדים גמרו בדעתם לכרות חוזה מחייב; צדדים יכולים לבצע באופן פיזי מעשה קנין ועדיין לא יהיה בכך כדי ללמד שהם גמרו בדעתם להתקשר בחוזה מחייב. לשם כך דרושות לנו אינדיקציות נוספות. הטובה מכולן היא כמובן דברי הצדדים כי בכוונתם לכרות חוזה מחייב. אולם בהנחה שהדבר אינו בנמצא, היאך נאמוד את דעתם?

בפרק זה לא אבקש לשרטט את מלוא רוחב האינדיקציות המשמשות לכך, דבר שנידון במחקרים אחרים.¹¹³¹ רובן ככולן של אינדיקציות אלה מבוססות על חזקות אובייקטיביות שקובעים חז"ל, לפיהן במצבים מסויימים יש לצדדים כוונה לכרות חוזה מחייב. כאן בכוונתי להתמודד עם שאלה ממוקדת יותר: האם אומד דעתם של הצדדים ניתן להילמד אך ורק על פי חזקות אובייקטיביות, גורפות, המתייחסות אל האדם הסביר, או שמא ניתן ללמוד גם מן הנסיבות הספציפיות והייחודיות שבהן היו נתונים הצדדים המסויימים שלפנינו.¹¹³² אבקש לטעון, כי חז"ל לא ראו כל

ורהפטיג, 'למקורותיו של חוזה התחייבות במשפט העברי', **מחקרים במשפט העברי** (רמת-גן, תשמ"ה), 83; שילם והרפטיג, **דיני חוזים במשפט העברי**, 5; שלום אלבק, **יסודות דיני הממונות**, 192; שלום אלבק, 'מהותו של החוזה במשפט העברי', **עיוני משפט ו** (תשל"ח-תשל"ט), 513, 515; דויטש, **גמירות דעת בהתחייבויות**, 207; דויטש, **גמירת דעת וכוונה**, 81; ורהפטיג, **ההתחייבות**, עמ' ה; ליפשיץ, **אסמכתא**, 394; ליפשיץ, **אכיפת הבטחה**, 161; בס, **חוזים על פי דיני התורה**, 60.

¹¹³¹ על כך ראו בעיקר מחקריהם של אשר גולאק, שלום אלבק, סיני דויטש ואיתמר ורהפטיג, הנזכרים לעיל בהע"ש 1130. עוד לנושא זה ראו אריה ליב גרייבסקי, 'התיאוריה של יעצמאות הרצון' ושל 'הצהרת הרצון' במשפט הצרפתי, הגרמני והעברי, **המשפט ד** (תר"צ-תרצ"א), 54; יעקב יוחנן רבינוביץ, 'גמירת הדעת במשפט העברי, האנגלי והאמריקאי', **בצרון ז** (תש"ג), 271; ישראל רוזנברג, 'כוונה בקניינים', **הפרדס טז** (תש"ג), 10; בנימין ליפקין, 'להגדרת מושג רצון הבעלים בקניינים', **סיני ספר היובל** (תשי"ח), עמ' שעג, **סיני מב** (תשי"ח), עמ' שנה.

¹¹³² חשוב להבחין בין שני מובנים של המלים 'אובייקטיבי' ו'סובייקטיבי' בהקשר אומד גמירות הדעת. המובן האחד של המילה 'אובייקטיבי' הוא של גמירות דעת שקיבלה ביטוי חיצוני בפני הצד שכנגד, כלומר שהוצהרה בפניו ולכן נחשבת משותפת לשני הצדדים. זו תמצית הקביעה, כי אין משמעות משפטית למחשבה שאדם גומר בדעתו פנימה (באופן סובייקטיבי) ואינו נותן לה ביטוי חיצוני, ובמלים אחרות: "דברים שבלב אינם דברים" (על כך ראו להלן, סעיף 6.5). המובן השני של המילה 'אובייקטיבי' מתייחס לסוג הקריטריונים שילמדו על אומד דעתם (המוצהר) של הצדדים. לפי מובן זה, דרושים קריטריונים אובייקטיביים, קשיחים, לקסיקליים, המתייחסים לאדם הסביר, ואין להסתפק בקריטריונים גמישים, המתייחסים באופן סובייקטיבי לצדדים הקונקרטיים שלפנינו. לאמיתו של דבר, על פי מובן זה, אומד הדעת האובייקטיבית אינו של הצדדים עצמם אלא של הצדדים הסבירים (ראו גם לעיל, ליד ציון הע"ש 116), ולפיכך כאן הביטוי "אומד הדעת" הנו במידה רבה ביטוי מושאל. לאורך מחקר זה, אני משתמש במונחים 'אובייקטיבי' ו'סובייקטיבי' במובנם השני (אלא אם נאמר אחרת). כלומר, עיקר תשומת לבי מוקדשת במחקר זה לשאלה כיצד אומדים את דעתם של הצדדים ועל פי אלו אמות מידה, ולא דווקא לשאלה האם ובאיזה אופן צריכה גמירת הדעת של הצדדים לקבל ביטוי הצהרתי-חיצוני ביניהם. על כך ראו גם לעיל, הע"ש 126.

לפיכך למשל, הטענה שאני מעלה בפרק זה, כי חז"ל מאפשרים לאמוד את דעתם של הצדדים בדרך סובייקטיבית, אינה נסתרת מטענתו הבאה של סיני דויטש (**גמירות דעת וכוונה**, 91): "גמירת הדעת במשפט העברי נבדקת בקריטריונים אובייקטיביים ולכן נדרשות הוכחות חיצוניות כדי להעיד על קיומה". מתוך הקשר הדברים נראה שכוונת דויטש לגמירת דעת אובייקטיבית במובנה הראשון, גמירת דעת שקיבלה ביטוי חיצוני שניתן לבדוק. כאן הוא אינו מתייחס למובנה השני, כגמירת דעת אובייקטיבית של האדם הסביר. ראו גם דויטש, **גמירות דעת בהתחייבויות**, 216: "לא די בכך שכל צד גומר דעתו באופן סובייקטיבי, אלא יש צורך שבאופן אובייקטיבי יוכח שהיתה כאן גמירות דעת של הצדדים להתקשר ביחסים משפטיים תקפים. לשם כך דרשו חכמים מהצדדים ביטוי חיצוני לגמירות הדעת או נסיבות שיוכיחו על גמירות הדעת". אכן, בהמשך נראה כי לדעת דויטש ניתן ללמוד על אומד דעת הצדדים מתוך הנסיבות הספציפיות שבהן היו נתונים.

בעיה להסיק מתוך הנסיבות הספציפיות שבהן היו הצדדים נתונים ולאמוד את דעתם הסובייקטיבית לגבי הכוונה לכרות חוזה מחייב. הם אמנם אינם עושים כך כדבר שבשגרה, אלא בדרך כלל פונים לחזקות אובייקטיביות, אולם הדבר בהחלט בתחום האפשר, ואף בגדר המובן מאליו.

אם אכן כנים הדברים, יש בכך כדי להדגיש ניגודיות חריפה בין ההלכות הקובעות את קיומו של חוזה מחייב, אשר מכירות באפשרות אומד דעת סובייקטיבי של הצדדים, לבין ההלכות המסדירות את דרכי פרשנותו, אשר מבוססות על פרשנות אובייקטיבית של המונחים הטעונים פירוש.

ב. דוגמה לשימוש בחזקות אובייקטיביות כדי לקבוע האם לצדדים כוונה להעביר בעלות על נכס נוכל למצוא במשנה הבאה. משנה זו דנה באדם המוסר בגד לאומנים שונים, ובהקשר זה היא קובעת אלו חלקים היוצאים מן הבגד ניתנים לאומן ואלו נשארים בבעלותו של בעל הבית: ¹¹³³

מוכין שהכובס מוציא הרי אלו שלו, ושהסורק מוציא הרי אלו של בעל הבית. הכובס נוטל שלשה חוטין והן שלו, יתר מכן הרי אלו של בעל הבית. אם היה השחור על גבי הלבן נוטל את הכל והן שלו. החייט ששייר מן החוט כדי לתפור בו, ומטלית¹¹³⁴ שהיא שלש על שלש, הרי אלו של בעל הבית.¹¹³⁵ מה שהחרש מוציא במעצד הרי אלו שלו, ובכשיל של בעל הבית, ואם היה עושה אצל בעל הבית אף הנסורת של בעל הבית.

דוגמה נוספת בתוספתא הבאה, שבמידה רבה מקבילה למשנה שראינו זה עתה: ¹¹³⁶

מה שחרש מוציא במעצד והנפסק במגרה הרי אילו של בעל הבית, מתחת המקדח ומתחת הרהיטני והמגרר במגרה הרי אילו שלו.

הנותן עורות לעובדן הקציצין והתלושין הרי אילו של בעל הבית והיוצא עם שטף המים הרי אילו שלו.

אם הלכות אלה אכן מבוססות על אומד דעתו של בעל הבית, אשר חזקה עליו כי במצבים המנויים בתוספתא הוא מוותר על בעלותו לטובת האומן, הרי שאומד זה אינו מתייחס לדעתו האקטואלית של בעל הבית המסוים שלפנינו אלא הוא מאפיין את דעתו של בעל הבית הסביר.¹¹³⁷

ובדומה, גם אם אנו מקבלים את טענתו של גולאק, כי בדיני החוזים המשפט העברי מדגיש את: "הדעה הסובייקטיבית של הנושאים ונותנים" (גולאק, **יסודי המשפט העברי**, ספר ראשון, 76), עדיין אין בה כדי ללמדנו על האופן שבו נאמוד את דעתם: האם נשתמש באמות מידה אובייקטיביות של האדם הסביר או שמא באמות מידה סובייקטיביות המתאימות לצדדים המסויימים שלפנינו.

¹¹³³ משנה, בבא קמא י, י.

¹¹³⁴ בכ"י קויפמן ובכ"י פרמא: "מטלית".

¹¹³⁵ בכ"י קויפמן ובכ"י פרמא: "חייב ל[ה]חזיר לבעלים".

¹¹³⁶ תוספתא, בבא קמא יא, טו-טז (מהד' ליברמן, 60).

¹¹³⁷ ראו למשל דברי רש"י, בבא קמא קיט ע"א, ד"ה 'הכובס', המדגישים את האופי האובייקטיבי של אומד דעת זה: "ואין הבעל הבית מקפיד, ומן הדין הן שלו, והמקפיד לא הוי קפידא".

ג. לאור מקורות אלה ודומיהן בולטים מקורות אחרים אשר מנחים לאמוד את דעתו הסובייקטיבית של בעל הבית שלפנינו. וכך למשל, נאמר בהמשך אותה תוספתא: ¹¹³⁸

מסתתי אבנים מפסקי גפנים מנקפי הגין מנכשי זרעים בזמן שבעל הבית מקפיד עליהן אסורין משום גזל אין בעל הבית מקפיד עליהן מותרין משום גזל. ¹¹³⁹

הווי אומר: התוספתא אינה מספקת חזקה ברורה שתנחה האם בעל הבית מקפיד על החלקים הנשארים בשולי מלאכות אלה אם לאו. כל מקרה ייצטרך להיבדק לגופו.

וכן גם נאמר באחת הברייתות: ¹¹⁴⁰

תניא: סופי תאנים ומשמר שדהו מפני ענבים, סופי ענבים ומשמר שדהו מפני מקשאות ומפני מדלעות, בזמן שבעל הבית מקפיד עליהן - אסורין משום גזל וחייבין במעשר, בזמן שאין בעל הבית מקפיד עליהן - מותרין משום גזל ופטורין משום מעשר! ¹¹⁴¹

לאמור, אומד דעתו של בעל הבית ייקבע ספציפית לאותו מקרה, ואין הכרח לקבוע בדבר מסמרות אשר יחולו מראש על כל בעלי הבתים. ¹¹⁴²

ברם, מתוך מקורות תנאיים מעין אלה אין הכרח גמור לומר כי אומד דעתו של בעל הבית ("בזמן שאין בעל הבית מקפיד עליהן") יילמד מתוך התנהגותו או מתוך הנסיבות. ניתן בכל זאת לטעון (אף שלדעתי זה אינו פשוט הדברים), כי כוונת התוספתא שאומד דעת בעל הבית, אם הנו מקפיד אם לאו, יילמד מתוך דיבורו.

ד. תלמודם של אמוראים ברור יותר בנקודה זו. על דרך הכלל, הללו נוטים לתת סימנים אובייקטיביים המסייעים לאמוד את דעתו של אדם בנוגע לשאלה האם היה בכוונתו לכרות חוזה מחייב. ¹¹⁴³ דוגמאות לכך הן קבלת תמורה או טובת הנאה אחרת, ¹¹⁴⁴ כתב ¹¹⁴⁴ ועוד. אולם ככל הנראה, חז"ל אינה רואים את הרשימה שקבעו כרשימה סגורה וקשיחה. ניתן לאמוד את דעתם של הצדדים בדרכים גמישות נוספות. ¹¹⁴⁵ לפיכך למשל, על אף שהתלמוד קובע, ¹¹⁴⁶ כי רק כאשר

¹¹³⁸ תוספתא, בבא קמא יא, יח (מהד' ליברמן, 61).

¹¹³⁹ ראו גם בבלי, בבא קמא קיט ע"ב. והשוו תוספתא, בבא קמא יא, יז (מהד' ליברמן, 61).

¹¹⁴⁰ בבלי, פסחים ו ע"ב.

¹¹⁴¹ והשוו: "אסיפת תאנים ומשמר שדהו מפני ענבים אסיפת ענבים ומשמר שדהו מפני ירק אם היו פועלין עוברין ביניהן אם היה בעל הבית מקפיד עליהן הרי אלו חייבין ואם לאו הרי אלו פטורין" (תוספתא, מעשרות ג, יב, מהד' ליברמן 240).

¹¹⁴² על כך ראו גם בנימין ליפקין, 'להגדרת מושג 'רצון הבעלים' בקניינים', **סיני ספר היובל** (תשי"ח), עמ' שעג, שעה-שעז.

¹¹⁴³ על כך ראו בהרחבה דויטש, **גמירת דעת וכוונה**, 91-92; ורהפטיג, **דיני חוזים במשפט העברי**, 10; Rabbi Isaac Herzog, *The Main Institutions of Jewish Law*, vol 2 (London, 1967), 108.

¹¹⁴⁴ בבלי, קידושין כו ע"א. לסקירת מעמדה של טובת הנאה בשלבי כריתת החוזה ראו ש"י פרידמן, 'הנאה וקניינים בתלמוד', **דיני ישראל 3** (תשל"ב), 115.

¹¹⁴⁵ זו גם דעתו של דויטש, אשר סבר כי רשימת הקריטריונים שמנו חז"ל כדי ללמד על אומד דעת הצדדים הנה רשימה פתוחה, אשר למעשה משמעותה היא למידה מן הנסיבות. ובלשונו: "ניתן להסיק מעקרן זה, אם ניישמו לדורנו, שגם נסיבות מחייבות אחרות, כמו הצהרה בפני עו"ד, תוכל לשמש כראיה לגמירת הדעת ותיצור חוזה מחייב"

הדמים יינתנו למוכר ניתן להעריך שהצדדים גמרו בדעתם להתקשר בחוזה מחייב למכירת מקרקעין,¹¹⁴⁷ הוא מוסיף ואומר כי לעתים מן הנסיבות ניתן ללמוד על אומד דעתם להתקשר בחוזה מחייב אף בלא מתן דמים, כגון "במוכר שדהו מפני רעתה".¹¹⁴⁸

תפיסה דומה ניכרת גם בסוגיית 'מחוסר אמנה'.¹¹⁴⁹ בסוגיה זו נידון בין השאר אדם שהציע להעניק מתנה ולאחר מכן חזר בו. מכאן מוצא השאלה, האם בשל כך המציע ייחשב מחוסר אמנה, כשהדבר ראוי להיות תלוי באומד דעתו של הניצע, האם הוא סמך דעתו על ההצעה שקיבל אם לאו. אף סוגיה זו מבקשת לתת סימנים אובייקטיביים, גורפים, לאומד דעתו של הניצע, כגון הבחנה בין מתנה מרובה לבין מתנה מועטת.¹¹⁵⁰ אך גם היא מניחה כדבר המובן מאליו, כי לעתים אומד דעתו של הניצע יילמד מתוך הנסיבות הספציפיות שבהן היה שרוי, אשר לא ניתן לצפותן מראש ולא לתת בהן סימנים. דוגמה לדבר מצויה באותה סוגיה לגבי אומד דעתם של פועלים המקבלים מבנו של בעל הבית הצעה לתנאי עבודה משופרים. לדעת התלמוד, כיוון שההצעה הגיעה מבנו של בעל הבית, ולא ממנו עצמו, "לא סמכא דעתייהו".

ה. סוגיית 'היה מדבר עמה על עסקי גיטה וקידושיה' עשויה להמחיש טיעון זה מכיוון נוסף. ניתן לנתח סוגיה זו כעוסקת בשתי שאלות נפרדות הבנויות זו על גב זו: הראשונה, כיצד יש לפרש לשונות לא ברורים של קידושין, כגון 'הרי את עצורתי', 'הרי את צלעתי', 'הרי את חרופתי' ועוד. השנייה, כיצד יש לקבוע האם לבני הזוג הייתה כוונה ליצור קשר נישואין מחייב. אשר לשאלה הלשונית, הסוגיה קובעת כי לשון הקידושין תתפרש על פי מנהג המקום.¹¹⁵¹ לגבי השאלה השנייה, מן הסוגיה נראה שהדבר יילמד מתוך ההקשר הנסיבתי שבו היו נתונים בני הזוג:¹¹⁵²

ת"ר: הרי את אשתי, הרי את ארוסתי הרי את קנויה לי - מקודשת; הרי את שלי, הרי את ברשותי, הרי את זקוקה לי - מקודשת...

איבעיא להו: מיוחדת לי, מהו? מיועדת לי, מהו? עזרתי, מהו? נגדתי, מהו? עצורתי, מהו? צלעתי, מהו? סגורתי, מהו? תחתי, מהו? תפושתי, מהו? לקוחתי, מהו? פשוט מיהא חדא, דתניא: האומר לקוחתי - הרי זו מקודשת, משום שנאמר: כי יקח איש אשה...

(דויטש, **גמירת דעת וכוונה**, 92). ראו גם שם, 94, וכן דויטש, **גמירות דעת בהתחייבויות**, 218. מסקנה זו נראית גם מדברי הרב הרצוג (לעיל, הע"ש 1143, עמ' 109): "There are certain exceptions in the Talmud where the conveyance is effected by mere word of mouth because of the circumstantial evidence of *g'mirath hada'at*"

¹¹⁴⁶ בבלי, קידושין כו ע"א.

¹¹⁴⁷ "במכר לא קנה עד שיתן לו דמים" (שם). רש"י (ד"ה 'עד שיתן דמים'): "דלא גמר מוכר ומקנה עד דקביל דמים".

¹¹⁴⁸ רש"י, שם, ד"ה 'מפני רעתה': "דניחא ליה דלקנייה שטרא ללוקח כי היכי דלא מצי למיהדר ביה".

¹¹⁴⁹ בבלי, בבא מציעא מט ע"א.

¹¹⁵⁰ ראו רש"י, בבא מציעא מט ע"א, ד"ה 'מודה ר' יוחנן במתנה מועטת': "שאין מותר לחזור, משום דסמכא דעתיה דמקבל אדיבוריה, וכי אמר מותר לחזור - במתנה מרובה קאמר, דלא סמכא דעתיה דמקבל דלקיימיה לדיבוריה".

¹¹⁵¹ על כך עמדנו בהרחבה לעיל, סעיף 5.11.1.

¹¹⁵² בבלי, קידושין ו ע"א.

במאי עסקינן?¹¹⁵³ אילימא בשאין מדבר עמה על עסקי גיטה וקידושיה, מנא ידעה מאי קאמר לה? ואלא במדבר עמה על עסקי גיטה וקידושיה, אע"ג דלא אמר לה נמי! דתנן: היה מדבר עם אשה על עסקי גיטה וקידושיה, ונתן לה גיטה וקידושיה ולא פירש, ר' יוסי אומר דין, ר' יהודה אומר: צריך לפרש; ואמר רב הונא אמר שמואל: הלכה כר' יוסי! אמרי: לעולם במדבר עמה על עסקי גיטה וקידושיה, ואי דיהיב לה ושתיק ה"נ, הב"ע - דיהיב לה ואמר לה בהני לישני, והכי קא מיבעי ליה: הני לישני לקידושי קאמר לה,¹¹⁵⁴ או דילמא למלאכה קאמר לה? תיקו.

אני סבור כי סוגיה זו ממחישה היטב את השוני שבין פרשנות הלשון שנקטו הצדדים לבין אומד דעתם לעניין יצירת קשר משפטי מחייב. בכל הנוגע לפרשנות לשונם, הסוגיה מציגה גישה של פרשנות לקסיקלית-אובייקטיבית, המושפעת מלשון תורה, מלשון חז"ל ומן הלשון המקובלת באותו מקום. ומנגד, בכל הנוגע לאומד דעת הצדדים, אם בכוונתם להינשא זה לזו, הדבר נלמד מתוך ההקשר שבו הם פועלים, ובמסגרת זו יש לבדוק את טיב מערכת היחסים שביניהם ובדגש על נושא שיחתם הקרוב למעשה הקידושין: האם 'היה מדבר עמה על עסקי גיטה וקידושיה'.¹¹⁵⁵

זהו מוצאה של שאלת התלמוד, איזה ערך יש לבירור הלשוני של לשון 'חרופתי' ודומותיה, והלא אומד הדעת הנו שאלה נפרדת ומקדמית. לפיכך, אם לא היה מדבר עמה על עסקי קידושיה הרי שהלשון הפורמלית של הקידושין ('הרי את חרופתי') אינה יכולה לחפות על העדר כוונה להתקדש, ואם היה מדבר עמה על עסקי קידושיה, הרי שאף אם לא אמר לה לשון קידושין היא מקודשת לו גם בלא מלים.¹¹⁵⁶ כלומר, בהקשר מעשה הקידושין אומד הדעת קובע (כך על פי דעת ר' יוסי הנפסקת בסוגיה להלכה). תשובת הסוגיה היא, כי אמנם ההקשר מלמד על אומד דעתם של הצדדים להתקדש זה לזו, אולם הלשון הבלתי-שגרתית שבה בחרו מציבה על כך סימן שאלה, ומכאן החשיבות שיש בבירור המשמעות של נוסח הדברים שאמרו.

מתוך דין ודברים אלה מתחווה הפער הקיים בין הפירוש הלשוני של דברי הצדדים, הנעשה בכלים אובייקטיביים ולקסיקאליים, לבין אומד דעתם, אשר יכול להיעשות מתוך הנסיבות הספציפיות והסובייקטיביות שבהן היו נתונים.¹¹⁵⁷

¹¹⁵³ "במאי עסקינן - בהנך לישני דקא מיבעיא לן אי הוּו קידושין או לא" (רש"י, קידושין ו ע"א, ד"ה 'במאי עסקינן').

¹¹⁵⁴ בכמה כתבי יד: "לקידושי משתמע" (או בצורות דומות).

¹¹⁵⁵ בהמשך הסוגיה נידונה שאלת הסמיכות הנדרשת בין מעשה הקידושין לבין השיחה המוקדמת אודות קידושיה.

¹¹⁵⁶ וראו אבני מילואים, סימן כז, ס"ק ט, שכתב בעניין גמירות הדעת הדרושה להעברת בעלות על נכס: "דודאי אינו יוצא מרשות לרשות עד שיתרצה הנותן - או באמירה או בדברים שבלב כל אדם, וכגון מדבר על עסקי מכירה ונתינה, דהוי ליה נמי כמו דיבור בשעת מעשה".

¹¹⁵⁷ בשולי הדברים אבקש להתייחס להיבט מסויים בגישתו של פרופ' שלום אלבק לעניין הנידון בסעיף זה. לדעת אלבק, אומד הדעת לעולם מושג בכלים אובייקטיביים (כאן 'אובייקטיבי' במובנו השני, ראו לעיל, הע"ש 1132), ולא בדרך אומד דעתם הסובייקטיבית של הצדדים שלפנינו מתוך הנסיבות המסויימות שבהן היו: "אין גמירת הדעת סובייקטיבית אלא אובייקטיבית. אין אנו זקוקים לגמירת דעתם של הקונה והמקנה הללו דווקא, ואין גמירת הדעת תלויה בהם. כשרוב בני אדם גומרים דעתם בתנאים כאלה, הרי זו גמירת דעת, והקונה והמקנה אינם יכולים לחזור בהם, אפילו אם קונה ומקנה אלו לא גמרו דעתם. וכן, אם שניהם גמרו בדעתם שלא לחזור בהם במקום שרוב בני אדם אינם גומרים דעתם, הרי אלו דברים שבלב, ואינם דברים" (שלום אלבק, **דיני הממונות בתלמוד**, 132).

6.5. דברים שבלב

א. למסקנה דומה אפשר להגיע מתוך עיון בסוגיית דברים שבלב.¹¹⁵⁸ סוגייה זו דנה בפער שעלול להתקיים בין משמעות הלשון שבה נקט אחד הצדדים לבין כוונת ליבו ומחשבתו. למשל, אדם מוכר את ביתו, ואף שהוא לא אמר זאת בשעת המכר הוא עושה כן על מנת שיעלה לארץ ישראל.¹¹⁵⁹ לבסוף עלייתו לארץ אינה יוצאת לפועל, והוא מבקש לבטל את המכר בטענה שתכלית העסקה אינה יכולה לצאת לפועל.¹¹⁶⁰ לעומתו, הקונה טוען כי לשון החוזה לא כללה תניה מעין זו, ולפיכך אין לתלות בכך את תוקפה של העסקה. האם המשפט יניח את מרכז משקל הכובד על כוונת הלב של הצדדים (כל אחד בנפרד) או שמא על הדיבור החיצוני שהתנהל ביניהם? בכך עוסקת סוגיית דברים שבלב.

בראשית הדברים חשוב להדגיש, כי על דרך הכלל, סוגיית דברים שבלב אינה מעוררת כל שאלה פרשנית. במקרים הנידונים בסוגיה זו ישנה בהירות לגבי משמעות הלשון שבה נקטו הצדדים

כאן אין בכוונתי לבקר באופן כללי את המתודולוגיה של מחקריי של אלבק. על כך ראו אנגלרד, **מחקר המשפט העברי**, 59-64; ברוך שיבר, 'שיטתו של אלבק במחקר המשפט התלמודי', **משפטים ח** (תשל"ח), 91; ישראל צבי גילת, 'שלום אלבק, יסודות בדיני הממונות בתלמוד, תשנ"ד', **הפרקליט מב** (תשנ"ה), 427. אני מבקש להתעכב על הוכחה אחת משורת הוכחותיו, שכן לעניות דעתי דווקא היא שמבליטה את הטיעון שהעלתי בפרק זה ובפרקים שקדמו לו. ברצותו לאשש את גישת אומד דעתם האובייקטיבית של הצדדים אלבק מצטט את הלכת הרמב"ם המתארת את פרשנות **לשון החוזה**: "ואם בדבר שבני אדם אלה מעולם לא גילו שגמרו דעתם, או אומדים את גמירת דעתם לפי דעת רוב בני אדם, על אחת כמה וכמה בדבר שבני אדם אלה הסכימו וגמרו דעתם ועשו קניין על כך, או אומדים את התנאים והפרטים של גמירת הדעת שהקונה והמקנה הסכימו ביניהם, לפי דרכם של רוב בני אדם, אם קונה ומקנה אלה לא גילו דעתם, על אלו תנאים הסכימו. ואף התנאים והפרטים שהקונה והמקנה מסכימים ביניהם וגומרים בדעתם ומגלים ומפרשים אותם, אינם מתפרשים ומתקיימים אלא לפי דרכם של רוב בני אדם. כלשון הרמב"ם: 'וזה עיקר גדול בכל דברי משא ומתן, הולכין אחר לשון בני אדם באותו המקום ואחר המנהג' (רמב"ם, מכירה פרק כו, הלכה ח). ודבר זה נאמר בתלמוד על דינים שונים... 'מכר את הקרון לא מכר את הפרדות, מכר את הפרדות לא מכר את הקרון, מכר את הצמד לא מכר את הבקר, מכר את הבקר לא מכר את הצמד' (משנה, בבא בתרא ה, א). ומבואר בגמרא, שבמקום שקוראים גם לבקר צמד, מכר עם הצמד גם את הבקר, ואינו יכול לומר, שהוא אינו קורא גם לבקר צמד. כיון שבני המקום קוראים גם לבקר צמד, על דעת כן מכר, ואילו רצה למכור צמד בלבד, היה עליו לפרש... הוא הדין לכל ענייני המכירה בפרק הרביעי ובפרק החמישי בבבא בתרא" (שלום אלבק, **דיני הממונות בתלמוד**, 137-138). אמנם אלבק צודק כי בכל הנוגע "לכל ענייני המכירה בפרק הרביעי ובפרק החמישי בבבא בתרא" חז"ל קובעים אמות מידה אובייקטיביות, אך דומה כי אין זה מן הטעם שהציג. בפרקים אלה נידונות שאלות לשוניות מתחום פרשנות לשון החוזה, ובהן אכן ניתן פיתרון לשוני אובייקטיבי וגורף. אך בכך אין כדי ללמד על דרכם של חז"ל בשאלת אומד דעתם של הצדדים כשזו אינה קשורה ברובד הלשוני של החוזה.

¹¹⁵⁸ על סוגיה זו ראו השופט זילברג, ע"א 130/50 **עמל נ' שינדלר**, פ"ד ט, 163; ורהפטיג, **דיני חוזים במשפט העברי**, 52; ורהפטיג, **דברים שבלב**, 191; 'דברים שבלב', אנציקלופדיה תלמודית ז, עמ' קע. ראו גם הרב חיים שמואלביץ, 'קונטרס בענין כוונה ורצון, סימן א - דברים שבלב', הרב יוסף בוקסבוים (עורך), **ספר הזכרון למרן רבי חיים שמואלביץ** (ירושלים, תש"ם), עמ' קסא; שמואל בלקין, 'בענין ידות נדרים ודברים שבלב וחילוקים בין ענייני איסור וממוין', **הפרדס לח** (תשכ"ד), 10.

¹¹⁵⁹ בעקבות בבלי, קידושין מט ע"ב.

¹¹⁶⁰ למותר לציין, כי כדי שנוכל לדון בתביעתו של המוכר לביטול החוזה (עוד לפני שננקוט עמדה אם יש לקבלה או לדחותה) יהיה עליו להוכיח שאכן בעת כריתת החוזה זו הייתה כוונתו. למעשה, הסעיף הנוכחי מוקדש לעיון בדרכים הקבילות להוכחת כוונה מעין זו.

(במקרה הנזכר – מכירת הבית ללא כל תנאי) וכן ישנה בהירות לגבי המשמעות של כוונת המוכר (מכירת הבית בתנאי שיעלה לארץ).¹¹⁶¹ כאן השאלה אינה פרשנית ואין בה משום בירור משמעות, אלא זו שאלה של מדיניות משפטית:¹¹⁶² האם יש להעניק את משקל היתר לדיבור שבין הצדדים או שמא לכוונת ליבם?¹¹⁶³

הוכחת קיומה של כוונת הלב אצל אחד הצדדים, מעבר למשתמע מתוך משמעות לשונו, כרוכה באומד דעתו. השאלה שבה אבקש להתמקד בסעיף זה תהיה: מהן הדרכים הלגיטימיות להוכחת קיומה של כוונת הלב? האם ניתן לאמוד את דעתו הסובייקטיבית של אחד הצדדים על בסיס הנסיבות הספציפיות שבהן הוא היה נתון?

ב. רבות נכתב על סוגיית דברים שבלב, וכדי להאיר את הפינה הרלוונטית עבורנו בפרק זה אסתפק בקצירת האומר. הכלל 'דברים שבלב אינם דברים' קובע את עליונות הדיבור על פני כוונת הלב של הדובר (כוונה אשר לא באה לידי ביטוי בדיבורו).¹¹⁶⁴ כלל זה חל במסגרת דיני הממונות וכן בדיני גיטין וקידושין, וככל הנראה חל גם במסגרת דינים שבין אדם למקום.¹¹⁶⁵ הצדקות שונות ניתנו לכלל זה, ואין כאן המקום לסוקרם.¹¹⁶⁶

למרות שעל דרך הרוב 'דברים שבלב אינם דברים', לעתים דברים שבלב הנם דברים והם מחייבים מבחינה משפטית.¹¹⁶⁷ ישנן כמה קבוצות של מצבים, חריגים אמנם, שבהם כוונת ליבו של הדובר אכן מכרעת, זאת על אף שלא באה לידי ביטוי בדיבורו. המאפיין מצבים אלו הוא שקיפות כוונת הדובר, כלומר, היותה גלויה וחשופה לכל, אף לצד שכנגד, חרף העובדה שהדובר לא ביטאה בשפתיו.¹¹⁶⁸

קבוצה אחת היא של מצבים שבהם הדובר מגלה את דעתו, באמצעות דיבור אחר למשל, ובכך נותן עוגן ושקיפות לכוונת לבו. לדוגמה, אדם מוכר את ביתו, ותוך כדי המכירה הוא משיח עם הקונה כי הוא עושה כן אך ורק על מנת לעלות לארץ ישראל. אמנם כוונה זו אינה חלק מן הנוסח

¹¹⁶¹ בכפוף, כמובן, להוכחת קיומה של כוונה כזו, כאמור לעיל.

¹¹⁶² לדוגמה של ערוב עניינים בין שאלת פרשנות חוזה במשפט העברי לבין דין 'דברים שבלב' ראו ע"א 898/03 **בנק לאומי לישראל נ' חזן פ"ד נט(3), 266, 279.**

¹¹⁶³ לפיכך, הדיון בסוגיית 'דברים שבלב' נעשה במחקר זה באופן אגבי, ואינו עומד בלב העיון של הפרקים הקודמים אשר עוסקים בסוגיות פרשנות החוזה.

¹¹⁶⁴ בבלי, קידושין מט ע"ב - נ ע"א.

¹¹⁶⁵ על כך ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1194, וכן בהע"ש 1206.

¹¹⁶⁶ השאלה העיקרית שנשאלה בהקשר זה הייתה, האם ההצדקה של כלל זה מבוססת על ערך הביטחון המשפטי, המצריך הסתמכות דווקא על ההצהרה החיצונית, או שמא הוא מבוסס על חוסר ממשותה של מחשבת הלב שאינה באה לידי ביטוי חיצוני. על כך ראו בהרחבה ורהפטיג, **דברים שבלב**, 195.

¹¹⁶⁷ לדעת חלק מן הפוסקים, במתנה לעולם דברים שבלב הוו דברים. ראו הגהת הרמ"א, חושן משפט, סימן רז, סעיף ד; סמ"ע, שם, ס"ק י. דיונו להלן יתרכז במכר, או במתנה אך אליבא דפוסקים הסבורים שאף כאן דברים שבלב אינם דברים.

¹¹⁶⁸ לסקירה כללית ראו ורהפטיג, **דברים שבלב**, 193.

הרשמי של החוזה, ברם גילוי הדעת שניתן עשוי להעניק תוקף למחשבת לבו, כך שהחוזה יהיה ניתן לביטול אם יתברר שהמוכר מנוע מלעלות לארץ.¹¹⁶⁹

קבוצת שנייה, מובהקת אף היא, כוללת מצבים המאופיינים כ'אומדנא דמוכח' לגבי כוונת הדובר. חז"ל קבעו רשימת חזקות, שבהן אנו מניחים כי הדבר גלוי לכל מה הייתה כוונת הדובר, אף שזו לא נאמרה במפורש.¹¹⁷⁰ כך למשל, חזקה כי אדם השומע שמת בנו ולכן כותב כל נכסיו לאחר, יהיה מעוניין בביטול המתנה אם יתברר שבנו חי.¹¹⁷¹ אף שסייג זה לא בא לידי ביטוי מילולי, אלא התקיימה אך ורק בכוונתו המשוערת של הנותן, אנו מסתמכים עליו מכוח אומדנא דמוכח. כמו כן, אדם הכותב כל נכסיו לאשתו, ולא לילדיו, מוחזק כמתכוון לעשותה אפטרופוס על נכסיו ולא להעביר לה את הבעלות עליהם.¹¹⁷² וישנן, כמוכח, דוגמאות נוספות.¹¹⁷³ מאפייני אומדנא דמוכח נידונו בהרחבה הן בספרות הרבנית הן בספרות המחקר.¹¹⁷⁴

אמנם באמצעות האומדנא דמוכח מבקשים חז"ל לרדת לסוף כוונתו של הדובר,¹¹⁷⁵ אולם חשוב לשים לב כי מדובר באומד דעתו האובייקטיבית, כלומר, אומד דעתו של האדם הסביר, ולא דווקא אומד דעתו הסובייקטיבית של הדובר המסויים שלפנינו.¹¹⁷⁶ דומה כי אופי אובייקטיבי זה של האומדנא דמוכח משתקף היטב באחד מן הביטויים שקשרו לו הראשונים: "שאני הכא שהם דברים שבלבו **ובלב כל אדם**".¹¹⁷⁷ רוצה לומר, לדברים אלה שבלב יש תוקף משפטי משום שהם

¹¹⁶⁹ ראו בבלי, קידושין נ ע"א. למוותר לציין כי הדבר עשוי להיות תלוי בפרטים שונים, כגון מה היה התוכן המדויק של גילוי דעתו (תנאי, תכלית כללית וכדו'), מהי המשמעות של "על מנת לעלות לארץ ישראל" (ניסיון לעלות, עלייה פיזית, השתקעות בארץ וכדו').

¹¹⁷⁰ שאלה החורגת מגבולות יריעה זו, היא האם רשימה זו פתוחה או סגורה.

¹¹⁷¹ בבלי, בבא בתרא קלב ע"א; שם, קמו ע"ב. הדבר שנוי במחלוקת תנאים, וכבר בסוגיה נקבעה הלכה כר' שמעון בן מנסיא, הסובר שאין מתנתו מתנה.

¹¹⁷² בבלי, בבא בתרא קלא ע"ב; שם, קמד ע"א; בבלי, גיטין יד ע"א.

¹¹⁷³ ראו למשל, בבלי, כתובות צז ע"א (סיכול מטרת החוזה; על כך ראו גם חפץ, **ראיות נסיבתיות**, 30).

¹¹⁷⁴ ראו 'אומדנא', אנציקלופדיה תלמודית א, עמ' רצה; איתמר ורהפטיג, 'אמדן דעת ונפש בני אדם במשפט העברי', **בדד 6** (תשנ"ח), 69. לדיון נרחב ראו שו"ת ר' אליהו מזרחי, סימן טז.

¹¹⁷⁵ הדבר מצא את ביטויו בלשונו הזהב של הרמב"ם. ראו למשל, משנה תורה, מכירה פרק יט, הלכות ה-ו: "המוכר קרקע לחבירו והתנה עמו שכל אונס שיוולד בקרקע זה יהיה חייב לשלם... אבל אם נפסק הנהר שהיה משקה אותה... הרי זה פטור, שאלו וכיוצא בהן אונס שאינו מצוי הוא ולא עלה על לב המוכר דבר זה הפלא בעת שהתנה, וכל אונס שאינו מצוי אינו בכלל התנאי הזה. והוא הדין לכל תנאי ממון **שאומדין דעת המתנה** ואין כוללן באותו התנאי אלא דברים הידועין שבכללן היה התנאי והם שהיו בדעת המתנה בשעת שהתנה". לשון דומה מופיעה בתשובותיו (מהד' בלאו, כרך ב, סימן שעג): "הנה נראה ברור... שלא נדון על נוסח לשון התנאי ולחייב כל מה שיראה ממנו... עם כל זה החיוב הוא **כפי מה שיראה לנו אומדן דעת האיש** המתנה על עצמו במה שאינו מחוייב ולא נחייבהו אלא במה שנאמת ונברר שהיה כוונתו ורצונו עת התנאי". אני מודה לד"ר צבי שטמפפר שהיסב את תשומת לבי לתשובה זו.

¹¹⁷⁶ למשל, חזקה על כל אדם סביר שאינו נותן נכסיו לאחר אם היה יודע שבנו חי. או למשל, חזקה על כל אדם סביר (במונחי הסבירות התלמודיים כמוכח), שאם נותן את נכסיו לאשתו ולא ליורשיו כוונתו להעמידה כאפטרופוסית על נכסיו ולא להעביר את הבעלות על שמה.

¹¹⁷⁷ כלשון חידושי הריטב"א, בבא בתרא קמו ע"ב, ד"ה 'אומדנא דמוכח שאני'.

צפויים אצל כל אדם סביר.¹¹⁷⁸ מכאן גם נובע, כי במקרי אומדנא דמוכח יותר משאנו מבקשים נסיבות ייחודיות היוצרות את האומדנא דמוכח, אנו מקיימים חזקה א-פריורית אשר אינה נסתרת על ידי הנסיבות.¹¹⁷⁹

ג. שאלה סבוכה הרבה יותר, אשר אין לה התייחסות מפורשת במקורות התלמודיים, היא האם ניתן לאמוד את כוונת ליבו של הדובר על בסיס הנסיבות הספציפיות הייחודיות שבהן הוא היה נתון. כלומר, בהתייחס למקרה שאינו נופל תחת החזקות הכלליות של אומדנא דמוכח שקבעו חכמים, ושאינן אנו יודעים כיצד ינהג בו האדם הסביר, האם ניתן לקבוע על בסיס הנסיבות הספציפיות של אותו מקרה כי כוונת ליבו של הדובר המסוים שלפנינו הנה כה שקופה וגלויה עד שהיא נכנסת תחת הגדרת "דברים שבלב הוו דברים"? מדובר כמובן, בנסיבות בולטות במיוחד, אשר יוכלו לחשוף בבירור ולעין כל את כוונת הלב שאינן באות לידי ביטוי לשוני.

לדעת איתמר ורהפטיג, למשל, כשם שניתן להכיר בדברים שבלב מכוח אומדנא דמוכח כך גם ניתן להכיר בהם בהסתמך על ניתוח הנסיבות הספציפיות של המקרה הנידון.¹¹⁸⁰ ורהפטיג לא נימק

¹¹⁷⁸ שאלה מעניינת, הראויה לקבוע ברכה בפני עצמה, היא האם אומדנא המלמדת על נתונים עובדתיים עדיפה על פני אומדנא המלמדת על כוונות ומחשבות פנימיות או שמא נחותה ממנה. על כך ראו שו"ת מהרי"ק, סימן קכט; ליפקין, **גדר אומדנא**, עמ' תקנ; הרב אליהו בקשי-דורון, בנין אב, חלק א, סימן עא, ס"ק ד; 'אומדנא', אנציקלופדיה תלמודית א, עמ' רצה; חפץ, **ראיות נסיבתיות**, 146.

¹¹⁷⁹ כך למשל, במקרה של אדם ששמע שמת בנו וכתב נכסיו לאחר (לעיל, ליד ציון הע"ש 1171) אין נסיבות מיוחדות התומכות בכך שהוא אכן התכוון לסייג את המתנה בכך שבנו לא יחזור ויופיע. זו חזקה כללית המבוססת על טבעו של האדם הסביר, אשר אינה נסתרת על ידי הנסיבות הספציפיות של המקרה שלפנינו. דוגמה לנסיבות העשויות לסתור חזקה זו היא של אדם ששמע שמת בנו וכתב נכסיו לאחר, אך שיר חלק מנכסיו ולא נתנם לאותו אחר (ראו רמב"ם, משנה תורה, זכיה ומתנה פרק ו, הלכה א).

אמנם מדברי חלק מן הראשונים עשוי להשתמע, כביכול במקרה זה הנסיבות הן **המוכיחות** את אומד הדעת. ראו למשל לשון הרמב"ם (שם): "לעולם אומדין דעת הנותן, אם היו הדברים מראין סוף דעתו עושין על פי האומד אע"פ שלא פירש, כיצד מי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת וכתב כל נכסיו לאחר מתנה גלויה גמורה ואחר כך בא בנו אין מתנתו קיימת, שהדברים מוכיחין שאילו ידע שבנו קיים לא היה נותן כל נכסיו". וכן לשון הר"ן (קידושין פרק ב, דף כ ע"ב בדפי הרי"ף, ד"ה 'אמר רבא'): "כל כהאי גוונא כיון שהענין מוכיח מתוכו לאו דברים שבלב ניהו אלא הרי הוא כאילו נאמר בפירוש". אך דומני, כי הביטויים הנזכרים, כגון "הדברים מראין", "הדברים מוכיחים", "העניין מוכיח מתוכו" מוסבים על טבע האדם הסביר שאינו מוכחש על ידי נסיבות המקרה.

¹¹⁸⁰ ורהפטיג, **דברים שבלב**, 197: "לכאורה אין כל מניעה לכך כי יתכן גם מקרה פרטי של 'דברים שבלב המוכיחין' בו נעדיף את הכוונה המוכחת על ההצהרה החיצונית". דברים אלה כתב ורהפטיג כביקורת על פסק דינו של זילברג, ע"א 130/50 **עמל נ' שינדלר**, פ"ד ט, 163. העובדות הרלוונטיות לענייננו הן: שינדלר שכר חדר מאדם, שאחר כך התברר שאינו הבעלים האמיתי. לפיכך הוא הופנה לעו"ד לוי, בא כוח הבעלים האמיתי, עמו הוא התקשר עמו בחוזה שכירות. מתוך הקשר הדברים הובן שהחוזה התייחס לחדר "המוחזק על ידי", כלומר על ידי שינדלר. שינדלר התגורר בחדר החיצוני שבאותו בית, ולו הוא התכוון, אולם המשכיר סבר בטעות כי שינדלר מתגורר בחדר הפנימי, ולפיכך הוא השכיר את החדר החיצוני לחברת עמל. השאלה שהתעוררה, האם החדר החיצוני אכן הושכר לשינדלר או שמא לחברת עמל. זילברג בחן את המקרה, בין השאר, על פי גישת המשפט העברי. לדבריו, אמנם המשכיר סבר כי הוא משכיר לשינדלר את החדר הפנימי, אולם דיבורו התייחס לחדר המוחזק על ידיו, הוא החדר החיצוני, ולאור הכלל 'דברים שבלב אינם דברים' יש להעניק את החדר החיצוני לשינדלר (מורכבות נוספת של המקרה נבעה מכך שהגדרה "החדר המוחזק על ידיו" לא באה לידי ביטוי מפורש בחוזה עצמו, אולם היתה הבסיס למשא ומתן בין הצדדים. מורכבות זו אינה רלוונטית לדיון שלנו, ולכן אניח כי הגדרה זו אכן הנה חלק מן החוזה). ביקורתו של ורהפטיג היתה,

קביעה זו אלא ראה בה דבר המובן מאליו. דומני, כי עיון במקורות התלמודיים יכול לאשש את מסקנתו.¹¹⁸¹

ד. מסוגיית 'שור ונמצא נגחן'¹¹⁸² נראה כי הנסיבות בהחלט עשויות להעניק משקל מחייב לכוונת הצדדים אף שזו לא באה לידי ביטוי בלשון החוזה.¹¹⁸³ כזכור, הסוגיה דנה בחוזה למכירת שור, אשר מאוחר יותר נמצא נגחן. הקונה מבקש לבטל את החוזה כדין מקח טעות, שהרי עם שור נגחן לא ניתן לחרוש כראוי, ואילו המוכר מבקש לקיים את החוזה, שכן אין מניעה לשוחטו. המענה לשאלה האם יש בחוזה מקח טעות צריך להיות נגזר ממטרת הרכישה של השור – לשחיטה או לחרישה – אשר עמדה לנגד עיני הקונה בעת כריתת החוזה. שאלה זו אינה יכולה להיות מוכרעת על פי לשון החוזה, שכן המילה 'שור' חלה בשווה על שור נגחן ושור תם כאחד.¹¹⁸⁴ לפיכך, האפשרות היחידה לבסס טענת מקח טעות היא על יסוד אומד דעתו של הקונה. אמנם כוונת ליבו של הקונה אינן רלוונטיות, שהרי "דברים שבלב אינם דברים", אולם כאן כנראה הסוגיה מניחה שבנסיבות המסוימות כוונתו גלויה אף לצד שכנגד, ומכוחה ניתן יהיה לשקול את ביטול החוזה בטענת מקח טעות.

התלמוד מבקש אפוא לבחון את כוונתו המשוערת של הקונה, ולשם כך נבדקות כמה עובדות נסיבתיות. ראשית, נבדקים הרגלי הרכישה של הקונה: "אי גברא דזבין לנכסתא – לנכסתא, אי לרדיא – לרדיא". כלומר, הרגלי הרכישה של הקונה ילמדו אותנו על כוונותיו המסוימות בחוזה שלפנינו. את הרגלי הרכישה של הקונה ניתן לבדוק באמצעות היסטוריית הרכישות שהוא נהג לבצע בעבר (אם נהג לרכוש לשחיטה או לחרישה), או באמצעות סוג משלח ידו (אם מקצועו חורש

כי מתוך הנסיבות (שיפורטו להלן) ניתן היה לעמוד על כוונתו של המשכיר, ולפיכך יתכן שאכן הדברים שבלבו ייחשבו דברים תקפים ומחייבים.

למרות שאני מסכים עם טיעונו העקרוני של ורהפטיג, יש להעיר בביקורתיות על דבריו, כי הוא התייחס לנסיבות שאירעו אחר כריתת החוזה (לאחר הסכם השכירות עם שינדלר, העו"ד השכיר את החדר החיצוני לחברת עמל). גם אם נקבל שנסיבות ייחודיות בעת הכריתה יוכלו ללמד על כוונותיו של אחד הצדדים ולהעניק להן תוקף, קשה לטעון כן לגבי נסיבות שהתחדשו רק אחר כך ואשר הצד שכנגד (שינדלר) לא יכול היה להיות מודע להן בעת הכריתה.

¹¹⁸¹ אמנם לשונו של הרמב"ם בהלכה הבאה עשויה לרמוז לתפיסה שונה, אך דומני שזו אינה כוונתו. וכך פסק הרמב"ם (משנה תורה, מכירה פרק יא, הלכה ט): "אבל המוכר סתם אע"פ שהיה בלבו שמפני כך וכך הוא מוכר, ואע"פ שמראין הדברים שאינו מוכר אלא לעשות כך וכך ולא נעשה אינו חוזר, שהרי לא פירש ודברים שבלב אינן דברים". האם מכאן נלמד שלדעת הרמב"ם נסיבות ספציפיות – "שמראין הדברים" – אינן יכולות ללמד על אומד הדעת? דומני שהתשובה לכך שלילית. נראה שבביטוי "אע"פ שמראין הדברים" הרמב"ם מציין, שהמוכר מוכיח שאכן הייתה בליבו כוונה שונה (כלומר שטיעונו של המוכר עובר את מבחן הראיות), אך לאו דווקא שכוונה זו הייתה ידועה בעת הכריתה לאנשים אחרים והקונה בכללם.

¹¹⁸² בבלי, בבא קמא מו ע"א; בבלי, בבא בתרא צב ע"א. לסוגיה זו כבר נדרשנו כמה פעמים במהלך המחקר. ראו לעיל, ליד ציוני הע"ש 259, 801, 862.

¹¹⁸³ על כך ראו גם שלום אלבק, **הראיות**, 316; חפץ, **ראיות נסיבתיות**, 14.

¹¹⁸⁴ ראו למשל, ברכת שמואל, בבא בתרא, סימן נט, ס"ק א: "הכא [=שור נגחן] אין כאן דין לשון כלל, ורק דהוי ספק בכוונה". וראו בהרחבה להלן, ליד ציון הע"ש 1190.

או שוחט).¹¹⁸⁵ בין כך ובין כך מדובר בנסיבה קלאסית, אשר על פי סוגיית התלמוד יש להסיק ממנה על אומד דעתו של הקונה.¹¹⁸⁶

בשלב שני התלמוד מציע לבחון נסיבה נוספת, שבה כבר דנו לעיל: גובה התמורה שניתנה כנגד השור.¹¹⁸⁷ ההנחה היא, שישנם הפרשי שווי בין שור המיועד לשחיטה לבין שור המיועד לחרישה, ולפיכך ישנה סבירות שגובה התמורה יוכל ללמדנו על כוונתו המשוערת של הקונה.

דומני, כי סוגיה זו היא דוגמה מובהקת להתבססות על נסיבות ספציפיות על מנת להעניק משקל מכריע לכוונותיו הבלתי-מבוטאות של הדובר.¹¹⁸⁸

אכן, לעיל ציטטנו דעות שונות של ראשונים, אשר עמדו על כמה ניגודים בין סוגיית 'שור ונמצא נגחן' לבין סוגיות אחרות העוסקות בפרשנות החוזה.¹¹⁸⁹ ראשונים אלה עמדו, כל אחד על פי דרכו, על כך שניגודים אלה נובעים מן ההבדל העקרוני שבין סוגיית 'שור ונמצא נגחן', אשר עוסקת בבעיה חוץ-לשונית הנוגעת אך ורק לאומד דעת הצדדים, לבין סוגיות פרשנות החוזה, אשר עוסקות בראש ובראשונה בשאלות לשוניות מובהקות. וכך למשל כתב הרי"ד:¹¹⁹⁰

עד כאן לא פליגי רבנן עליה דר' יהודה¹¹⁹¹ אלא בבקר משום דאיכא דלא קרו ליה צמד ואיהו צמד זבין ליה, אבל בשור ונמצא נגחן שבין אם מכרו לרידיה בין אם מכרו לשחיטה

¹¹⁸⁵ הנוסח המובא בבבלי מאפשר את שני ההסברים: "וינחזי אי גברא דזבין לרדיא, אי גברא דזבין לנכסתא. לא צריכא, בגברא דזבין להא ולהא". ברם, הנוסח המובא בירושלמי תומך באפשרות השניה: "מה אן קיימין אם בשמכרו לאריס דברי הכל לחרישה מכר אם בשמכרו לטבח דברי הכל לשחיטה מכר אלא כי נן קיימין בשמכרו לסרסור" (ירושלמי, שביעית ה, ח, מהד' זוסמן 195). והשוו עם לשון פסקי הרא"ש (בבא קמא, פרק ה, סימן א): "וימוקי פלוגתא באדם שקונה לשחיטה ולחרישה, אבל אי זבין לחד מינייהו אזלין בתר אומדנא ומסתמא לפי מנהגו קנאו. אבל כיון דזבין להכי ולהכי ליכא למיקם עליה דמילתא לפי מנהג הקונה".

¹¹⁸⁶ ככל הנראה, התלמוד מניח כי המוכר מודע להרגלי הרכישה של הקונה (להיסטוריית הרכישות שלו או למשלח ידו), ולפיכך אין חל כאן הכלל 'דברים שבלב אינם דברים'. וכפי שכתב הרשב"ם, בבא בתרא צב ע"א, ד"ה 'ויליחזי': "וכגון שהיו מכירין זה את זה". כן מובא בפסקי הרא"ש, בבא בתרא פרק ו, סימן ב. בעל ספר ההשלמה (בבא בתרא פרק ו, סימן א) חולק, ולדעתו די בכך שהרגלי הרכישה של הקונה יהיו ידועים לבני אדם אחרים, אף אם לא למוכר, כדי למנוע כאן את החלת הכלל 'דברים שבלב אינם דברים'. וכפי שניסח זאת ר' מנחם המאירי (בית הבחירה, בבא קמא, מו ע"א, מהד' שלזינגר 143): "כל שהולכין בו אחר כוונת הלב... אין מחלקין בין שנודע ללוקח בין שלא נודע הואיל ונודע לרוב העולם". ראו גם ורהפטיג, **דברים שבלב**, 203.

¹¹⁸⁷ ראו לעיל, סעיף 3.4.2.

¹¹⁸⁸ וראו רמב"ם, משנה תורה, מכירה פרק טז, הלכה ה, אשר בסיום הלכה זו הוסיף: "וכן כל כיוצא בזה".

¹¹⁸⁹ ניגודים אלה התרכזו בכמה היבטים: א) בסוגיית 'שור ונמצא נגחן' גובה התמורה נחשב ראייה לכוונת הצדדים, בעוד שבסוגיה אחרת נפסק כדעת חכמים ש"אין הדמים ראייה" (ראו לעיל, סעיף 3.4.2). ב) בסוגיית 'שור ונמצא נגחן' הפנייה לנוהג הכללי נעשית בשלב מאוחר יחסית, ולא כאמצעי ראשון במעלה וקודם בזמן, בניגוד למופיע בסוגיות אחרות (ראו לעיל, סעיף 5.6.2.1). ג) בהמשך סוגיית 'שור ונמצא נגחן' נראה שנוהג המקובל על הרוב הנו אינדיקציה רלוונטית נוספת, בעוד שסוגיות מקבילות העוסקות בפרשנות החוזה מלמדות שרק נוהג המקובל על הכל הוא שקובע (ראו לעיל, סעיף 5.6.2.2).

¹¹⁹⁰ פסקי הרי"ד, בבא בתרא סא ע"א, ד"ה 'ואי קשיא'.

¹¹⁹¹ שאין הדמים ראייה.

שור מיקרי, בודאי דאמרינן שהדמים מודיעים אם לרידיא מכרו אם לחרישה, שבכל הוכחה שנוכל לברר דבר זה אנו מבררים אותו וליכא מאן דפליג בהא.¹¹⁹²

ה. מסוגיית נדרים נוכל ליטול דוגמה נוספת לעקרון שלפיו ניתן לאמוד את כוונת ליבו של הדובר מתוך הנסיבות המסוימות שבהן היה נתון. המשנה דנה במי שנדר שרכשו אינו שלו, מחמת שחשש שהשלטונות יחרימוהו: "ונדרים להרגין ולחרמין ולמוכסין שהיא תרומה אף על פי שאינה תרומה, שהן של בית המלך אף על פי שאינן של בית המלך"¹¹⁹³.¹¹⁹⁴ על כך העיר התלמוד: ¹¹⁹⁵

היכי נדר? אמר רבי עמרם אמר רב באומר יאסרו פירות העולם עלי אם אינן של בית המלך.

כיון דאמר 'יאסרו' איתסרו עליה כל פירי עלמא!!

באומר 'היום'.

אי דאמר 'היום' לא מקבל מיני מוכס.

באומר בלבו 'היום' ומוציא בשפתיו סתם. ואף על גב דסבירא לן דברים שבלב אינן דברים לגבי אונסין שאני.

כלומר, אף על פי שברגיל אין לייחס משקל הלכתי לדיבור שבלבו של אדם שאינו בא לידי ביטוי בשפתיו, בנסיבות הספציפיות של הבעת נדר תחת איומי האנסין "הענין מוכיח מצד עצמו, שהרי מערים לישבע לחרמים, והדבר ברור שהוא נשבע לזמן קצר בכל מה שהוא יכול לדחותם ולא הו דברים שבלב".¹¹⁹⁶

ו. דומני כי באור זה יש לראות סוגיות נוספות שבהן הנסיבות מלמדות על כוונתו של אדם בעת שתיקתו. כך למשל, שתיקת אשה אל מול מעשי בעלה המחלק את נכסיו לבניו התפרשה כמחילה על זכות כתובתה.¹¹⁹⁷ בדומה התפרשה שתיקתו של אדם אל מול מעשי נזק שעושה לו חברו.¹¹⁹⁸

ז. יתכן שהדבר גם עולה מתוך סוגיית 'האומר אהא' שבדיני קבלת נזירות.¹¹⁹⁹ המשנה קבעה כי: "האומר 'אהא' הרי זה נזיר",¹²⁰⁰ ועל כך העיר התלמוד: ¹²⁰¹

¹¹⁹² לדעות נוספות מן הראשונים ראו לעיל, ליד ציוני הע"ש 269, 873.

¹¹⁹³ בכ"י קויפמן: "אף על פי שאינה שלהן", ובדומה בכ"י פרמא.

¹¹⁹⁴ משנה, נדרים ג, ד.

¹¹⁹⁵ בבלי, נדרים כח ע"א.

¹¹⁹⁶ ר"ן, קידושין פרק ב, (דף כ ע"ב בדפי הרי"ף), ד"ה 'אמר רבא'. על כך ראו גם שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חושן משפט, סוף סימן מה; שדה חמד, קונטרס הכללים, מערכת הדלת, אות עו. ראו גם ורהפטיג, **דברים שבלב**, 196.

¹¹⁹⁷ בבלי, בבא בתרא קלב ע"א. ראו גם מרגליות, **מחקרים**, 90.

¹¹⁹⁸ ראו 'הרחקת נזיקין', אנציקלופדיה תלמודית י, עמ' תרפט. עוד על מחילה שבלב, למידה מן הנסיבות ואומדנא דמוכח ראו שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חושן משפט, סימן מה; קצות החושן, סימן יב, ס"ק א; נתיבות המשפט, שם, ס"ק ה. ראו גם 'דברים שבלב', אנציקלופדיה תלמודית ז, עמ' קעד.

¹¹⁹⁹ בסוגיה זו כבר עסקנו לעיל, ליד ציון הע"ש 1023.

¹²⁰⁰ משנה, נזיר א, א.

¹²⁰¹ בבלי, נזיר ב ע"ב.

דלמא אהא בתענית קאמר.

אמר שמואל: כגון שהיה נזיר עובר לפניו.

התלמוד מסרב אפוא להניח שהמשמעות של אמירת 'אהא' תהיה קבלת נזירות, שהרי יתכן והכוונה לדבר אחר (כגון קבלת תענית). לפיכך מעמיד שמואל את המשנה בסיטואציה שבה הנסיבות – כגון שהיה נזיר עובר לפניו – תומכות בייחוס כוונה של קבלת נזירות.¹²⁰² ודוק, כאן הנסיבות אינן תורמות לפירוש משמעות המילה 'אהא', שהיא מטבעה סובלת משמעויות רבות,¹²⁰³ אלא להבהרת כוונתו של האומר אותה.¹²⁰⁴

כמובן שכאן מתבקשת השאלה, כי גם אם ישנן נסיבות המסייעות לאמוד את כוונתו של האומר 'אהא' הלא עדיין אין מדובר באמון שהוא ברור וחד-משמעי.¹²⁰⁵ ובמלים אחרות: מדוע במקרה זה ניתן משקל הלכתי מכריע לכוונתו של האומר 'אהא', והלא כוונות אלה אינן שונות מן המקרים הרגילים של 'דברים שבלב'.¹²⁰⁶ יהיה הפתרון אשר יהיה, החשוב לדידנו הוא שברי לתלמוד כי בכוחן של הנסיבות לסייע לבירור כוונת ליבו הסובייקטיביות של הדובר המסויים שלפנינו.

ח. דומני, כי מגוון הדוגמאות שנסקרו בסעיף זה ממחישות היטב את מודעותם של חכמים לכוון הטמון בלמידה מן הנסיבות על אומד דעתו של הדובר המסויים שלפנינו. נכוונתם במקרים אלה ללמוד מן הנסיבות על כוונת הדובר מבליטה את הכרעתם שלא לעשות כן במקרים של חוזה שלשוננו טעונה פירוש, אותם הם ביקשו לפתור בכלים לשוניים.

6.6. רצח

אני מבקש להשלים תמונה זו במבט מפרספקטיבה משפטית רחבה יותר. גם בענפים משפטיים אחרים, שאינם קשורים לדיני החוזים ולאומד כוונת הצדדים, חז"ל נוקטים כדבר שבשגרה את

¹²⁰² הסוגיה בהמשכה אינה מסתפקת בנסיבות אלה (שהיה נזיר עובר לפניו), שכן "דלמא לפוטרו מן קרבנותיו קאמר". הפתרון שמציעה הסוגיה – "דקאמר בלבו", כלומר שמקבל על עצמו נזירות – ייחודי לדיני קבלת נזירות, שאינם דורשים כי פיו ולבו של הדובר יהיו שווים. על כך ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 1022.

¹²⁰³ אם בכלל ניתן לדבר על משמעות שיש למילה הבודדת: 'אהא'.

¹²⁰⁴ לכאורה, לשון הריטב"א (חידושי הריטב"א, קידושין נ ע"א, ד"ה 'וקמה לה') מלמדת שלדעתו כאן הנסיבות מפרשות את הדיבור עצמו, כלומר את משמעות המילה 'אהא': "דכיון דנזיר עובר לפניו ואמר 'אהא' הרי הוא כאומר אהא כזה". עם זאת, באותה מידה יתכן שהריטב"א מתייחס לכוונת הדובר ולא דווקא למשמעות לשונו. דומני שלשון הר"ן ברורה יותר: "כל שהענין מוכיח מתוך דבריו אף על פי שלא השלים דבורו מהני מדין ידות" (ר"ן, קידושין פרק ב, דף כ ע"ב בדפי הר"ן, ד"ה 'אמר רבא').

¹²⁰⁵ אף שבהמשך העלתה הסוגיה את האפשרות, שלפיה "בזמן שזויר עובר לפניו ליכא לספוקא במילתא אחרינא".

¹²⁰⁶ לדעת הרשב"א בחידושו (קידושין נ ע"א, ד"ה 'ואסיקנא'), כאן מלכתחילה לא חל הכלל 'דברים שבלב אינם דברים', שכן מחשבת לבו של הדובר (להיות נזיר) אינה עומדת בסתירה עם דיבורו ('אהא'), אף שהיא גם לא באה בו לידי ביטוי. ובכך שונה הדבר מן המקרה הקלאסי של סוגיית 'דברים שבלב', שבה כוונת אחד הצדדים עומדת בסתירה עם משמעות הדיבור. על כך ראו גם שער המשפט, סימן צח; שו"ת אחיעזר, חלק ב, יורה דעה, סימן יט, ס"ק ג; חידושי הגר"ט, נדרים, סימן מט, עמ' 149. על פי הסבר אחר, יתכן שבכל הנוגע לדיבור שבין אדם למקום חל הכלל 'דברים שבלב הוו דברים'. ראו מאירי, בית הבחירה, קידושין נ ע"א (מהד' סופר, 242).

בחינת נסיבות המעשה כדי ללמוד על כוונת העושה.¹²⁰⁷ הם אינם מאמצים קו נוקשה, שלפיו אנו חסרי נגישות לכוונותיו הנסתרות של אדם ולפיכך עלינו לשפוט אותו אך ורק על פי מעשיו הניכרים כלפי חוץ. זאת ועוד, אומדן כוונותיו נעשה על פי הנסיבות הספציפיות שבהן היה נתון, אומדן דעתו הסובייקטיבית, ולא רק על פי קריטריונים אובייקטיביים גורפים וקשיחים המלמדים על כוונתו של האדם הסביר. בכך יש כדי להדגיש פעם נוספת את הדרך הבלתי שגרתית שבה צעדו מרבית המקורות שראינו לעיל בהתמודדותם עם בעיות פרשנות לשון החוזה.

הדבר עולה, למשל, משתי סוגיות במשפט הפלילי. סוגיות אלו קשורות במעמדן של הראיות הנסיבתיות:¹²⁰⁸ האחת בנוגע ליסוד הנפשי בעבירת הרצח¹²⁰⁹ והשניה לדין רודף. במסגרת זו לא אוכל להרחיב בסוגיות אלו, אולם גם אזכורן בקליפת אגוז דיו להבהיר את כוונתי.¹²¹⁰

6.6.1. שונא ההורג

הלכה היא, שהורג בשוגג גולה ואילו רוצח במזיד (לאחר שהתרו בו) דינו מיתה. המשנה דנה במצבים שבהם הנסיבות מלמדות על הסתברות גבוהה שההריגה נעשתה במזיד, או לכל הפחות בשוגג הקרוב למזיד.¹²¹¹ המדובר באדם שהרג את חברו בדרך המזכירה הריגה בשוגג אולם ידוע כי ההורג שונא לנהרג;¹²¹² עובדה זו מעלה חשד של ממש כי ההריגה היתה מכוונת. וכך אומרת המשנה:¹²¹³

השונא אינו גולה.

רבי יוסי בר יהודה אומר: השונא נהרג מפני שהוא כמועד.

¹²⁰⁷ ראו באופן כללי שלום אלבק, **הראיות**, 72; אברהם דוד כץ, 'האומדן בדיני הראיות', ירון אונגר ועידו רכניץ (עורכים), **משפטי ארץ**, כרך ב (עפרה, תשס"ה), 107, 121.

¹²⁰⁸ מעמד הראיות הנסיבתיות במשפט העברי וכן מעמד האומדנות והחזקות הכלליות נחקר בהרחבה. ראו למשל, לפיקין, **גדר אומדנא**, עמ' תקמא; הרב אליהו בקשי-דורון, 'הוכחות ועדויות נסיבתיות בהלכה', **תורה שבעל פה י** (תשכ"ח), עמ' קלח; הרב אליהו בקשי דורון, **בנין אב**, חלק א, סי' עא; שלום אלבק, **הראיות**, 297; חיים חפץ, **ראיות נסיבתיות במשפט העברי** (דיסרטציה, ירושלים, תשל"ד); חיים חפץ, 'מקומן של ראיות נסיבתיות במשפט העברי', **משפטים א** (1968-1969), 67; חיים חפץ, 'גדרי אומדנה וחזקה בדיני נפשות במשפט העברי', **דיני ישראל ח** (תשל"ז), עמ' מה; חיים חפץ, 'יעל פי שניים עדים יקום דבר' האמנם? – ראיות נסיבתיות בבית דין, להלכה ולמעשה', **תקדים ב** (תשמ"ט), 59; יהושע בן מאיר, 'ראיה נסיבתית במשפט העברי', **דיני ישראל יח** (תשנ"ה-תשנ"ו), עמ' פז; הרב שלמה אישון, 'ראיות נסיבתיות בדיני ממונות', **תחומין יט** (תשנ"ט), 239. בדרך כלל, מחקרים אלה התייחסו בעיקר ללמידה מן הנסיבות על היסוד העובדתי של המקרה הנידון, ולא ללמידה מן הנסיבות על היסוד הנפשי של האדם. כמו כן, ההתייחסות היתה בדרך כלל אל אומדנות וחזקות כלליות, ופחות תשומת לב הוקדשה לשאלת משקלן של נסיבות ספציפיות.

¹²⁰⁹ על כך ראו בהרחבה יעקב חבה, **היסוד הנפשי בעבירת רצח במשפט העברי** (דיסרטציה, רמת-גן, תש"ס).

¹²¹⁰ על כך ראו גם פלטיאל דיקשטיין, 'שוגג ומזיד, אונס ורצון', **המשפט העברי ד** (תרכ"ג), 27, 61-57; שלום אלבק, **יסודות העבירה**, 105-102; חבה, **היסוד הנפשי**, בעיקר פרקים ד, ו, ח.

¹²¹¹ אמנם ההורג בשוגג הקרוב למזיד אינו נידון למוות כדין רוצח, אולם הוא גם אינו גולה כדין הורג בשגגה.

¹²¹² ראו בהרחבה חבה, **היסוד הנפשי**, 106.

¹²¹³ משנה, מכות ב, ג.

רבי שמעון אומר: יש שונא גולה ויש שונא שאינו גולה; זה הכלל: ¹²¹⁴ כל שהוא יכול לומר, לדעת הרג, אינו גולה, ושלא לדעת הרג, הרי זה גולה.

התנאים נחלקו אפוא מה דינו של שונא ההורג. הכל מסכימים כי העובדה שההורג שונא את ההורג תומכת באפשרות שההריגה לא נעשתה בשגגה. לדעת תנא קמא, לפיכך אין ההורג גולה (אף שדינו אינו מוות). ר' יוסי בר יהודה מרחיק לכת ואומר, כי בנסיבות אלה אף אין לעמוד על דרישת ההתראה, ודי בהן כדי להטיל גזר דין מוות על ההורג.

יש להדגיש, כי המאפיין הנקרא 'שונא' אינו דבר הניתן לבדיקה גורפת, קשיחה, מעין לקסיקלית. על פניו נראה, כי זהו מאפיין שבדיקתו מחייבת עיון מדוקדק בכל מקרה לגופו, לפי נסיבותיו הוא. ¹²¹⁵ רוצה לומר, כאשר מנחים חז"ל לבדוק אם ההורג שונא, הם למעשה מנחים לבדוק באופן פרטני, בכל מקרה ומקרה, את מערכת היחסים שבין ההורג וההורג וממנה לשער את היסוד הנפשי שהתקיים אצל ההורג.

ר' שמעון המופיע במשנה מוליך את הדברים צעד נוסף. לדידו, העובדה שמדובר בשונא אינה מספיקה כשלעצמה כדי לקבוע באופן קרוב לוודאי שההורג פעל במזיד. לכן, כדי לגזור את דינו של השונא יש לבחון נסיבות נוספות. סוגיית התלמוד מחדדת את השפעת הנסיבות על הגדרת כוונותיו של ההורג: ¹²¹⁶

רבי שמעון אומר: יש שונא גולה וכו'. תניא, כיצד אמר רבי שמעון: יש שונא גולה ויש שונא שאינו גולה? נפסק – גולה, נשמט – אינו גולה.

הסוגיה משקפת אם כן את ההנחה, כי מן הנסיבות של צורת מעשה ההריגה ניתן יהיה להסיק אודות מצבו הנפשי של ההורג השונא, אם הרג לדעת או שלא לדעת, ובהתאם לקבוע את דינו. ¹²¹⁷

¹²¹⁴ בכ"י קויפמן ובכ"י פרמא ליתא "זה הכלל".

¹²¹⁵ זאת בשונה מדבריו של חבה, **היסוד הנפשי**, 107: "תנא קמא ורבי יוסי אינם בודקים, לכאורה, את הלך הנפש של העבריין שבפניהם ומספיק שמדובר במי שמתאים להגדרת שונא כדי לקבוע את יחסו הנפשי למעשה העבירה – ההריגה, ולקבוע שאינו בגדר שוגג לדעה אחת, ושהוא בבחינת מזיד לפי הדעה האחרת. המבחן נראה כללי ואובייקטיבי". נראה שחבה הושפע מן ההגדרה שנתן מאוחר יותר הרמב"ם לשונא הנידון בהלכה זו, שהיא אכן נראית כמבחן אובייקטיבי: "ואי זהו שונא זה שלא דבר עמו שלושה ימים מפני האיבה" (משנה תורה, רוצח ושמירת הנפש פרק ו, הלכה ז). אלא שמן הראוי לדון, האמנם הגדרה זו שנתן הרמב"ם אכן הולמת את פשטם של דברי חז"ל בסוגיה. מכל מקום, בהמשך דבריו מבקש חבה למתן את אופיה האובייקטיבי של הגדרה זו.

¹²¹⁶ בבלי, מכות ט ע"ב.

¹²¹⁷ ראו גם שלום אלבק, **יסודות העבירה**, 12, 141.

6.6.2. בא במחותרת

א. דברים דומים מצאנו גם בדינו של הבא במחותרת.¹²¹⁸ אדם המוצא פורץ בביתו רשאי להרוג את הפורץ, שכן ישנו חשש סביר שהפורץ יבצע את זממו אף במחיר הריגת בעל הבית (אם זה יתנגד לו). התלמוד הוסיף את הסייג, שהדבר כפוף לקיומו של חשש סביר כי אכן הגניבה עלולה להידרדר לשפיכות דמים.¹²¹⁹ אם הנסיבות אינן תומכות בתרחיש זה אסור לבעל הבית להורגו. אף כאן הנסיבות הן שילמדו על כוונותיו המשוערות של הגנב. כדוגמה לכך ניתן להביא את הבחנת התלמוד בין אב הפורץ לבית בנו, שלגביו אין חשש כי הוא ידרדר את הגניבה לרצח, לבין בן הפורץ לבית אביו. אמנם זו הבחנה גורפת ואובייקטיבית, העלולה לטשטש את ההבדלים בין המקרים השונים. אולם מדברי האמורא רב נראה, שיש ליישם הבחנה זו בדרך שהיא תלויה בנסיבות הספציפיות של כל מקרה ומקרה:

אמר רב: כל דאתי עלאי במחותרתא - קטילנא ליה, לבר מרב חנינא בר שילא. מאי טעמא? אילימא משום דצדיק הוא - הא קאתי במחותרתא! אלא משום דקים לי בגווייה דמרחם עלי כרחם אב על הבן.

ב. דוגמה נוספת להשפעת הנסיבות על הגדרת כוונותיו של הרודף נוכל למצוא בדין ההתראה ברודף.¹²²⁰ סוגיית התלמוד דנה בשאלה, האם זכות ההגנה העצמית מותנית בכך שקודם לכן המתגונן יתרה ברודף, שאלה הנוגעת ככל הנראה ליסוד המשפטי של דין רודף.¹²²¹ בהקשר זה אומר התלמוד:¹²²²

תניא אידך: מחותרת אין לי אלא מחותרת; גגו חצירו וקרפיפו מניין? תלמוד לומר ימצא הגנב - מכל מקום. אם כן מה תלמוד לומר מחותרת - מחותרתו זו היא התראתו.

כלומר, אין צורך להתרות בגנב החותר תחת הבית (ואולי גם במי שפורץ דרך הגג, החצר והקרפף¹²²³), שכן די בנסיבות המחשידות כדי ללמד על כוונותיו של הפורץ. יודגש, כי טענת

¹²¹⁸ על דין בא במחותרת ועל דין רודף ראו אהרן אנקר, **הכרח וצורך בדיני עונשין** (רמת גן, תשל"ז), 212; איתמר ורהפטיג, 'הגנה עצמית בעבירות רצח וחבלה' **סיני פא** (תשל"ז), עמ' מוח; דב פרימר, 'הגדרת דין רודף', **אור המזרח לא** (תשמ"ג), 325 (פרופ' פרימר פרסם באור המזרח סדרת מאמרים בנושא); הרב יהודה זולדן, 'התגוננות אישית וציבורית - רודף, בא במחותרת ומלחמה', **מלכות יהודה וישראל** (מרכז שפירא, תשס"ב), 284. ראו גם מאמרו השנוי במחלוקת של הרב מיכאל אברהם, 'הריגת גנב לצורך הגנה על רכוש', **תחומין כח** (תשס"ח), 174.

¹²¹⁹ בבלי, סנהדרין עב ע"א - עב ע"ב.

¹²²⁰ על דיני ההתראה ראו אהרן אנקר, 'יסודות במשפט הפלילי העברי', **משפטים כד** (תשנ"ד), 177, 192; ישראל צבי גילת, 'לתוקפה של חובת ההתראה במשפט העונשין העברי', **מחקרי משפט ו** (תשמ"ח), 217; אורי דסברג, 'התראה - מקור הדין וטעמו', **תחומין יא** (תשנ"א), 307; חבה, **היסוד הנפשי**, 55; 'התראה', אנציקלופדיה תלמודית יא, עמ' רצא.

¹²²¹ לדיון בשאלה האם ההיתר להרוג את הרודף מבוסס על הגנתו של הנרדף או שמא על אשמתו הרודף ראו דבריהם של אנקר, פרימר ורהפטיג, הנוכחים לעיל, הע"ש 1218.

¹²²² בבלי, סנהדרין עב ע"ב.

¹²²³ נראה שבדבר זה נחלקו רש"י והרמב"ם. לדעת רש"י (סנהדרין עב ע"ב, ד"ה 'זו היא התראתו') ניתן לוותר על דרישת ההתראה רק אם הגנב בא במחותרת. ואילו מדברי הרמב"ם (משנה תורה, גניבה פרק ט, הלכה ח) נראה, שבכל דרכי הפריצה הנוכרות אין דרושה ההתראה.

התלמוד אינה רק שהעובדה שהגנג חותר תחת הבית מלמדת על פוטנציאל של מסוכנות עבור בעל הבית, אלא שהיא מלמדת על מצבו הנפשי של הפורץ (ולפיכך ניתן לוותר על דרישת ההתראה).

עם זאת, כלפי הדוגמה האחרונה ניתן לטעון, כי כאן אין מדובר בהנחיה לבדוק את הנסיבות הייחודיות של כל מקרה, אלא בקביעת אומדנא כללית, שלפיה חזקה על אדם (הגנג הסביר) הפורץ דרך מחתרת שהוא בעל יסוד נפשי מספיק לביצוע הריגה.¹²²⁴

6.7. מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו

א. דברים שהיו מובנים מאליהם בסוגיות במשפט הפלילי נידונו במפורש בסוגיות העוסקות בדיני טומאה וטהרה וכן בהלכות מקדש וקרבתיו. הכלל העולה מסוגיות אלו הוא: מחשבתו של אדם ניכרת מתוך מעשיו.

הסוגיה הבאה דנה באדם המבקש להטביל בשעת בין השמשות כלי שנטמא.¹²²⁵ הלכה היא, שלשם טהרתו זקוק הכלי הטבול להערב שמש, כלומר שיעבור עליו מועד הערב שמש. לכן, מן הראוי להרחיק ולאסור הטבילת כלי בשעת בין השמשות, כדי שלא יטעה אדם וישתמש בכלי בלא שעבר הערב שמש.

התלמוד מציע, כי מחלוקת שנאמרה בדין זה התייחסה למקרה שבו המטביל מיהר ורץ אל המקווה בשעת בין השמשות, כך שניתן להסיק מתוך ריצתו כי הוא מודע להלכת הערב שמש וכי הוא סבור שיספיק להטביל את הכלי קודם לזמן. לפיכך אין לחשוש כי הוא ייכשל בהלכה זו:

אמר רבא:¹²²⁶ אשכחתינהו לרבנן דבי רב דיתבי וקא אמרי: במחשבתו נכרת מתוך מעשיו קמפלגי. והיכי דמי - כגון דנקיט מנא בידיה, ורהיט ואזיל בין השמשות לאטבוליה. מר

¹²²⁴ מן הראוי לציין כאן סוגיה נוספת מדיני הטיקין. בבבלי, בבא קמא צג ע"א, נידון עניינו של אדם הנותן לאחר רשות לפגוע בו, בגופו או ברכושו. הוא נשאל על ידי המזיק האם הוא רוצה שיפגעו בו או ברכושו ועונה 'הן'. הסוגיה דנה בשאלה, האם אמירת 'הן' תתפרש כפשוטה והמזיק פטור, או שמא במשמעות הפוכה, כלשון סגי נהור, והמזיק חייב (בהתאם נידונה משמעותה של אמירת 'לאו'). וכך אומר התלמוד: "ר' יוחנן אמר יש הן שהוא כלאו ויש לאו שהוא כהן (בכ"י פירנצה: "הן שהוא בלאו... לו שהוא בהן". בכ"י וטיקין: "הן שהוא לאו... לאו שהוא הן"). תניא נמי הכי: 'הכני, פצעני, 'על מנת לפטור' ואמר לו 'הן' הרי יש הן שהוא כלאו. 'קרע את כסותי, 'על מנת לפטור', ואמר לו 'לאו' הרי לאו שהוא כהן". כלומר, על פי הסוגיה, פעמים שמשמעותה של אמירת 'הן' היא כפשוטה ופעמים שמשמעותה בלשון סגי נהור. יתכן שיש מקום לפרש זאת כתלות בנסיבות ובהקשר המסוים שבו נאמרו הדברים, לאו דווקא לפי משמעותם המילולית. ברם, הראשונים ביקשו לתת בדבר סימנים קבועים, החלים באופן גורף על קשת רחבה של מקרים. יש שאמרו, כי אבחנת הסוגיה היא בין לשון תמיהה לבין לשון ניחותא ('הן?' או 'הן!'). יש שאמרו, כי ההבחנה של הסוגיה מבוססת על סוג הנזק שנגרם (נזק גוף או נזק רכוש). ראו רש"י, שם, ד"ה 'ורבי יוחנן'; תוספות, שם, ד"ה 'ורבי יוחנן'. נראה שדבריהם מעוגנים בחלק מכתבי היד של סוגיה זו. למשל, בכ"י המבורג מופיע: "ר' יוחנן אמ' יש הן"ן שהוא כלאו ויש לאו שהוא כהן"ן כיצד לאו במתמיהה הן"ן הן"ן במתמיהה לאו". ובדומה בכ"י וטיקין. לעומת זאת, בכ"י אסקוריל מופיע: "ר' יוחנן אמ' יש הן שהיא כלאו ויש לאו שהוא כהן הן במ...". הרי הוא כלאו לאו במתנה הרי הוא כהן תניא נמי הכי פצעני על מנת לפטור ואמ' לו הן הרי יש הן שהוא כלאו וחייב קרע את כסותי על מנת לפטור אמ' לו לאו בתמיהה הרי לאו שהוא כהן ופטור".

¹²²⁵ בבלי, ביצה יט ע"א.

¹²²⁶ בכ"י מינכן: "רבה".

סבר: האי דקא רהיט ואזיל - מידע ידע דבעי הערב שמש, ומר סבר: מחמת מלאכתו הוא דקרהיט.¹²²⁷

ואמינא להו אנא: במחשבתו נכרת מתוך מעשיו - דכולי עלמא לא פליגי, כי פליגי - כגון דאיטמי בפחות מכעדשה, ואתא לקמיה דרבנן לשילוי: בפחות מכעדשה, איטמי אי לא?¹²²⁸ מר סבר: מדהא לא גמיר, הא הערב שמש נמי לא גמיר, ומר סבר: הא הוא דלא גמיר, הא הערב שמש גמיר.¹²²⁹

אליבא דרבא, הכל מסכימים שמחשבתו של אדם ניכרת מתוך מעשיו,¹²³⁰ ולכן אין חולק שמן העובדה שאדם רץ וממהר להטביל את כליו בשעת בין השמשות ניתן להסיק שהוא אכן מודע להלכת הערב שמש.¹²³¹ לעניות דעתי, גם רבנן דבי רב אינם טוענים לקיומה של מחלוקת עקרונית לגבי הכלל 'מחשבתו של אדם ניכרת מתוך מעשיו'. אלא שלדעתם יתכן שאת ריצתו של האדם ניתן לפרש בצורות נוספות, כגון שהוא ממהר למלאכתו, ולאו דווקא מחמת שקיעת החמה הדוחקת בו מבחינה הלכתית.

ב. סוגיה נוספת עסקה גם היא בשאלה, האם מחשבתו של אדם ניכרת מתוך מעשיו.¹²³² סוגיה זו דנה בשאלה, האם מחשבתו של קטין ניכרת מתוך מעשיו, ובמשתמע עולה ממנה בבירור, כי לגבי אדם גדול (בגיר) אין חולק שמחשבתו ניכרת מתוך מעשיו. הדוגמה הנידונה בסוגיה זו היא של קטין הנוטל קרבן עולה הנמצא בדרום המזבח,¹²³³ ומוליכו לצפון, שהוא מקום העולה, ושוחטו שם. האם מתוך שינוי המקום נוכל ללמוד על כוונתו לשחוט את הקרבן לשם קרבן, או שמא נייחס את הדבר לסיבה סתמית אחרת. לא אכנס כאן בכל נבכי סוגיה סבוכה זו. החשוב לדידנו הוא מה שלא נאמר בה, אך משתמע ממנה בבירור: מחשבתו של בגיר ניכרת מתוך מעשיו.

ג. כלל זה – מחשבתו של אדם ניכרת מתוך מעשיו – שימש מאוחר יותר את הפוסקים במגוון רחב של נושאים בעת שביקשו להתחקות אחר כוונת לבו של הפועל על פי הנסיבות בהן הוא היה נתון. סקירת מקורות אלה שבספרות הפוסקים, מיונס וניתוחם, חורגת מגבולות יריעה זו, ועוד חזון למועד.¹²³⁴

¹²²⁷ בכ"י וטיקן: "למיעבד ליה צורכיה הוא דנקיט ליה".

¹²²⁸ בכ"י וטיקן: "כי פליגי כגון שניטמאו לו שני כלים חד בכעדשה וחד בפחות מכעדשה ואתא לקמיהו דרבנן לשיילי הי טהור והי טמא".

¹²²⁹ בכ"י מינכן: "דלא כתיבא בהדיא". ובדומה בכ"י אוקספורד ובכ"י וטיקן.

¹²³⁰ רש"י, שם, ד"ה 'דכולי עלמא': "דכולי עלמא לא פליגי - דודאי ניכרת באיניש דעלמא".

¹²³¹ לפיכך רבא מסביר את המחלוקת בענין אחר (שאינו מענייננו כאן): האם טעותו של אדם לגבי הלכה אחרת בענייני טומאה וטהרה מלמדת על אי ידיעתו הלכות נוספות כגון הלכת הערב שמש.

¹²³² בבלי, חולין יב ע"ב - יג ע"א.

¹²³³ שהוא אינו מקום כשר לשחיטת עולה.

¹²³⁴ רשימה חלקית של תשובות מרכזיות שבהן נעשה שימוש בכלל זה (הרשימה המלאה מונה מאות תשובות): שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן שי; שו"ת מהרי"ק, סימן קא; שו"ת מהר"ם פדובה, סימן כד; שו"ת ב"ח (ישנות), סימן צז; שו"ת חוות יאיר, סימן נט; שו"ת חוות יאיר, סימן רטו; שו"ת פנים מאירות, חלק א, סימן נג; שם, חלק ב, סימן כא; שו"ת אבני נזר, חלק יורה דעה, סימן קד; שו"ת מנחת יצחק, חלק י, סימן ז; שו"ת ציץ אלעזר, חלק יב, סימן כט; פסקי דין רבניים, חלק ט, 209. ראו גם משנה ברורה, סימן ס, ס"ק י.

מסקנת הדברים היא אפוא, כי חז"ל לא ראו בכוונה מרכיב נפשי נעלם, אשר רק ההצהרה המילולית ולחלופין החזקה האובייקטיבית כשירות לחושפו. הם לא הגבילו את נגישות המשפט למבעיו החיצוניים של האדם, אלא הרחיבוהו גם לנבכי נפשו. בהתנהגותו ובנסיבות שבהן הוא פעל הם ראו אינדיקציות מספיקות לחשיפת כוונתו הסובייקטיבית של הפועל, על כל המשמעויות המשפטיות הנגזרות מכך.

6.8. סיכום

א. מן המקובץ עולה תמונה שאינה ברורה לחלוטין ומאפייניה אינם חדים ובהירים. באופן כללי ובפרספקטיבה רחבה של המשפט העברי, ניתן בהחלט לומר כי אומד דעתו הסובייקטיבית של אדם, הנלמד מתוך הנסיבות שבהן הוא היה נתון, נעשה כדבר שבשגרה. אמנם חכמים מחבבים את השימוש באמות מידה אובייקטיביות, בחזקות כלליות ובאומדנות א-פריוריות, אך הדבר אינו סותר ואינו שולל שימוש נרחב שהם עושים בלמידה פרטנית מתוך נסיבות ספציפיות וייחודיות על אומד דעתו הסובייקטיבית של אדם הנתון בזמן ובמקום מסוימים. כלל נקוט בידי חז"ל: מחשבתו של אדם ניכרת מתוך מעשיו.

נראה, שגם במסגרת דיני החוזים, חז"ל נוהגים כדבר המובן מאליו לאמוד את דעתם הסובייקטיבית של כל אחד מן הצדדים מתוך הנסיבות שבהן היה נתון. לפיכך למשל, השאלה האם הצדדים גמרו בדעתם להתקשר בחוזה משפטי מחייב, פעמים רבות תילמד מתוך הנסיבות שבהן הם פעלו. הוא הדין כאשר נשקלת האפשרות להעניק תוקף משפטי למחשבתו של אחד הצדדים ולכוונתו, אף שהיא לא באה לידי ביטוי בשפתיו, וזאת למשל כדי לבטל טענת מקח טעות. דבריו שבלב יילמדו מתוך ניתוח התנהגותו וניתוח המעטפת העובדתית שבה הוא היה מצוי.

לאור כל זאת, מתחדדת השאלה מדוע גמישות זו באומד דעת בני אדם לא חדרה אל הסוגיות שבמסכת בבא בתרא העוסקות בפרשנות לשון החוזה? מדוע חכמים דחו באופן שיטתי את גישתו של ר' יהודה, אשר זו היתה בדיוק גישתו הפרשנית – לפרש את החוזה על פי הנסיבות המשתנות ממקרה למקרה – ותחת זאת העדיפו לפרשו על פי לקסיקון קשיח שקבעו חז"ל (או על פי המנהג)?

ב. כיוון של פתרון ביקשנו למצוא בבדיקת אופיין של הפתרונות המשפטיים שנותנים חכמים לבעיות פרשניות שאינן מצויות במישור הלשוני של החוזה (סתירה פנימית בחוזה, שם פרטי עם שני מסומנים). נוכחנו לדעת, כי על פי גישה הנראית כגישת המיעוט יש לפתור בעיות מעין אלה בכלים אובייקטיביים, קשיחים וגורפים. סתירה פנימית תיפתר על פי אמות מידה ידועות מראש, כגון תפוס לשון אחרון. הכרעה בין שני תובעים, שהם בעלי שם פרטי זהה, תיעשה על פי מדרג קשיח שקבעו חז"ל. האוריינטציה של פתרונות אלה דומה בבירור לזו שפגשנו במשניות מסכת בבא בתרא העוסקות בפירוש לשון החוזה. נראה שבאופן כללי, גישה זו מונעת מתוך שיקולי מדיניות של קידום וודאות, בטחון וצפיות משפטיים, ועל כן היא מבקשת להכריע שאלות פרשניות – לשוניות ובלתי לשוניות – בדרך אובייקטיבית וקשיחה, שאינה מניחה מקום לעמימות ולחוסר וודאות.

אלא שגישת הרוב נראית שונה. לדידה, בעיות פרשניות שאינן לשוניות יש לפותרן אם בדרך של אומד כוונתם הסובייקטיבית של הצדדים, ואם בדרך של הותרת הדבר כספק בלתי פתיר תוך

החלת כללי ההתנהגות בספיקות. בין כך ובין כך, גישה זו נמנעת מלהכריע בעיות פרשניות אלה בכלים אובייקטיביים קשיחים.

הדבר כמובן מחדד את השאלה, מה גרם להיווצרות ההבדל בין שאלות פרשניות לשוניות לבין שאלות פרשניות שאינן לשוניות? מדוע היה ברור לחכמים כי שאלות פרשנות שמעורבים בהם היבטים לשוניים הן תופעה ייחודית, המצריכה מענה דווקא בכלים לשוניים, אשר בטבעם הם לקסיקליים וקשיחים? מדוע סף ההתגמשות של חכמי התלמוד הגיע אך ורק עד כדי שקלול המשמעות המקובלת, וללא התחשבות בנסיבות הספציפיות היכולות ללמד על אומד דעתם האישי של הצדדים?

דומני כי ייקשה להבהיר את הדבר על בסיס נימוקים משפטיים מסוגם של שיקולי המדיניות שהוזכרו לעיל. יתכן שפתרון לשאלה זו – פשר הכללים של פרשנות לשון החוזה במשנה ובתלמוד – לא יימצא בתחום המשפט אלא באופן שבו נתפסה תופעת הלשון בהשקפת עולמם של חז"ל. אפשרות זו אבקש להציע בהרחבה, ובמלוא הזהירות הנדרשת, בפרק הבא.

7. הלשון בעולמם של חז"ל: בין קומוניקציה ליצירה

7.1. הקדמה

7.1.1. פתרון פילוסופי לבעייה משפטית

אני סבור כי מן הפרקים הקודמים עולה בידינו תמונה משפטית בעלת קווי מתאר ברורים ובהירים באופן יחסי, אלא שפשרה אינו מחוור. בפרק זה אבקש לנסות ולהעניק פשר לתופעה המשפטית שתיארת.

נוכחנו לדעת, כי בעיני חכמים, פרשנות חוזה ראויה היא זו המבוססת על איתור משמעותו הלשונית של הטקסט, בעיקר באמצעות לקסיקונים מסוגים שונים. עמדה זו, כך ראינו, אינה יכולה להיות מוסברת בשיקולי מדיניות, המבקשים אחר וודאות, צפיות ובטחון משפטיים. כאן מזדקרת במלא עוצמתה השאלה, מדוע חכמים כה מוטרדים מן הבעיה הלשונית שמעורר החוזה, עד שבה הם נותנים את כל מעייניהם? מה יש בלשון החוזה אשר לוכד את מבטם, עד שמאפיל על האפשרות לפתור את הבעיה הפרשנית באמצעות אומד דעת הצדדים? מדוע, למשל, המילה 'בית' המופיעה בחוזה המכר כובלת את המאמץ החז"לי למחוזות הלשון, בניסיון להגדיר את משמעותו המדויקת של המונח, ובאופן המונע יחס אינסטרומנטלי למילה דהיינו ככלי עזר להגדרת מפגש הרצונות של המוכר והקונה, ובתוך כדי שימוש באינדקציות נוספות שמעבר ללשון?

בפרק זה אבקש להציע, בכל הזהירות הנדרשת, השערה לפשרה הפילוסופי של סוגייה זו. אפרוש כמה אבני דרך מרכזיים, אשר סומנו על ידי חוקרי מחשבת ישראל כמבטאים את האופן שבו יש להבין את מעמדה של הלשון ומהותה בעולמם של חז"ל, ואשר שונה מהותית ממעמדה במורשת המערבית-נוצרית. אטען, כי ייתכן ותפיסה פילוסופית חז"לית זו עולה בקנה אחד עם עמדות הלכתיות שונות בתחומי הלשון בכלל, ובתחום פרשנות החוזה בפרט.

מהלך חשיבה זה מתאפשר במידה רבה הודות לכמה הישגים של חקר הפילוסופיה של הלשון במאה העשרים, אשר פתחה בפנינו אופקי חשיבה חדשים אודות מהות הלשון ואופני תפקודה. בנספח לפרק זה אסקור כמה אבני דרך מרכזיים בתולדות הפילוסופיה של הלשון במאה העשרים, אשר עומדים ברקע הדיונים שאערוך לאורכו של הפרק הנוכחי.

עלי להודות, כי בשונה מן האמור בפרקים הקודמים, שם אני מקווה כי פסעתי על קרקע יציבה באופן יחסי, המסקנה המוצעת בפרק זה היא בעלת אופי ספקולטיבי. אני סבור כי הצלחתי להצביע על קושי ברור המלווה את כללי פרשנות החוזה שבתלמוד, אולם הפתרון המוצע בפרק זה אינו אלא בגדר השערה. יגעתי ולא מצאתי מקור חז"לי המאשש במפורש את הקשר בין כללי פרשנות החוזה, כפי שתיארתי אותם לעיל, לבין תפיסת הלשון המשתקפת בעולמם של חז"ל אשר תתואר בשורות הבאות. בהמשך גם אסביר מדוע אינני מצפה לקיומו של מקור שכזה. כל שעלה בידי הוא מאפיין בולט של כללי פרשנות החוזה מבית מדרשם של חז"ל ומאפיין דומה של תפיסת

הלשון בעולמם, וברצוני להציע את ההשערה להיותם ניזונים ממקור אחד. לפנינו שני חוטים בעלי גוון דומה היוצאים מכיס אחד, האין זה סביר כי מפקעת אחת הם באו?!

7.1.2 הערה מתודולוגית

מהלך זה – מתן פשר לכללי פרשנות החוזה על בסיס מעמד הלשון במחשבת חז"ל – טעון הסבר והצדקה. האם יש לבקש הסבר לתופעה משפטית פלונית אך ורק בתוך עולם המשפט עצמו, או שמא לעתים ניתן וראוי לבקשו בנקודה ארכימדית שמחוצה לו, בעולם הפילוסופיה למשל? מן הראוי גם לפתח את הדיון לשאלות מדויקות יותר, כגון באיזה מובן עשויה הפילוסופיה להסביר בחירה משפטית בהסדר מסויים: האם כהיסק אנליטי,¹²³⁵ אולי כזיקה אידיאולוגית משותפת או שמא כמקור השראה גרידא? האם אכן הפילוסופיה היא שמעצבת את המשפט, או שמא המשפט הוא שמעצב את הפילוסופיה, ואולי הללו מתפתחים במקביל בלא שניתן להצביע על הגורם הדומיננטי מביניהם?¹²³⁶

בעיני, קשה לקבל את ההנחה, כי עולמם המשפטי של חז"ל אינו קשור באופן מהותי עם מסכת האמונות והדעות המרכיבה את השקפת עולמם.¹²³⁷ הדבר נכון לגבי כל משפטן, שאינו פועל במרחב סטרילי המנותק מהקשר תרבותי-פילוסופי-חברתי.¹²³⁸ ועוד יותר אמורים הדברים לגבי חז"ל, אשר הווייתם המשפטית קשורה היתה בנימים רבים עם יצירתם הספרותית והפילוסופית.¹²³⁹ אישים רבים בקרב חז"ל התפרסמו כיוצרים אשר שילבו באישיותם הרוחנית

¹²³⁵ כלומר שתפיסה פילוסופית פלונית מחייבת קביעה של נורמה משפטית אלמונית.

¹²³⁶ וראו זאב הרוי, 'בין פילוסופיה מדינית להלכה במשנת הרמב"ם', עיון כט (תש"ס), 212; יצחק טברסקי, **מבוא למשנה תורה לרמב"ם** (ירושלים, תשנ"א), 361; רביצקי, **תפיסת הלשון של הרמב"ם**, 202. לסקירה כללית של גישות שונות לניתוח פילוסופי של המשפט ראו דוד אנוך ואלון הראל, 'עיון פילוסופי במשפט ואודותיו', **דין ודברים ח** (תשס"ח, טרם פורסם).

¹²³⁷ הדובר המודרני המזוהה יותר מכל עם הנחה זו הוא ישעיהו ליבוביץ', למשל במאמרו 'מצוות מעשיות', **יהדות, עם יהודי ומדינת ישראל** (ירושלים ותל אביב, תשל"ט), 13.

¹²³⁸ מחד גיסא ראו אביגדור לבונטין, 'על דין ודברים אחרים', **משפטים ט** (תשל"ט), 175, ומאידך גיסא ראו אוריאל פרוקצ'יה, 'בועות משפט', **משפטים כ** (תש"ן), 9. אין ספק כי התפיסה שהולכת ותופסת הגמוניה בעשורים האחרונים, לפיה המשפט נתפס כתחום אינטרדיסציפלינרי, מחזקת את הניסיון להסביר תופעה משפטית באמצעות תחומי מדע אחרים. וראו למשל מנחם מאוטנר, **על החינוך המשפטי** (תל אביב, תשס"ב); איל זמיר, 'על המחקר המשפטי האינטגרטיבי', **דין ודברים ד** (תשס"ח, טרם פורסם). במיוחד הדברים אמורים על פי הגישה המחקרית משפטית, הנקראת 'משפט ותרבות'. ראו שולמית אלמוג, 'משפט וספרות, הלכה ואגדה', **מחקרי משפט יג** (תשנ"ז), 413; מנחם מאוטנר, 'המשפט כתרבות: לקראת פרדיגמה מחקרית חדשה', מנחם מאוטנר, רונן שמיר ואבי שגיא (עורכים), **רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית** (תל אביב, תשנ"ח), 545; מנחם מאוטנר, **משפט ותרבות** (רמת גן תשס"ח); מנחם מאוטנר, **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** (תל אביב, תשס"ח); אורית קמיר, 'מודל לחשיבה משפטית-תרבותית', **דין ודברים ד** (תשס"ח, טרם פורסם).

¹²³⁹ חשוב להדגיש, כי אינני מתכוון לטעון שחכמים משקללים באופן מודע בתוך שיקולי הפסיקה ועיצוב ההלכה את מסכת אמונותיהם ודעותיהם. השאלה, מהם השיקולים שפוסק ההלכה רשאי להפעיל במהלך פסיקתו, היא עניין לדיון ארוך ומורכב, שאין כאן מקומו. וראו המקורות המופיעים להלן, הע"ש 1468. כאן כוונתי להעלות השערה אודות קשרים סמויים בין עולם ההלכה לבין עולם האמונות והדעות של חכמים, ולפיכך מבחינה זו שאלת המודעות של חכמים אינה עומדת בהכרח בלב הענין (וראו לעיל, ליד ציון הע"ש 80).

משפט ותרבות, הלכה ואגדה.¹²⁴⁰ תירה מכך, גם ההלכה עצמה, כמערכת משפט, התאפיינה כמי שמקיימת מערכת סימביוטית אינטנסיבית עם הסביבה התרבותית וההגותית של חז"ל יוצריה.¹²⁴¹

ואכן, שורת מחקרים הלכתיים-משפטיים הלכו בדרך מתודולוגית זו, וביקשו להנהיר מוסדות משפטיים על יסוד השקפותיהם הפילוסופיות של חז"ל.¹²⁴² דומה כי לאחרונה אף ניתן לסווגם תחת תת-הדיסציפלינה הצוברת תאוצה, אשר יש המכנים אותה 'הפילוסופיה של ההלכה'.¹²⁴³ ובתוך קבוצה רחבה זו של מחקרים, ניתן לזהות תת-קבוצה, אשר ביקשה להסביר הלכות ומוסדות משפטיים שונים על יסוד תפיסתם הפילוסופית-לשונית של חז"ל.¹²⁴⁴

¹²⁴⁰ ראו אביגדור שגן, **עולמה של ספרות האגדה** (תל אביב, תשמ"ז), 96; שולמית אלמוג, **משפט וספרות** (ירושלים, תש"ס), 48.

¹²⁴¹ R. M. Cover, 'Nomos and Narrative', 97 *Harv. L. Rev.* 4 (1983-1984). וראו מאמרו המפורסם של ביאליק, 'הלכה ואגדה', **כל כתבי ח"נ ביאליק** (תל אביב, תש"ך), עמ' רכג. כן ראו הראי"ה קוק, אורות הקודש, חלק א, עמ' כה. לדיון ביחסי הלכה ואגדה ראו ציפורה כגן, **הלכה ואגדה כצופן של תרבות** (ירושלים, תשמ"ח); שולמית אלמוג, 'משפט וספרות, הלכה ואגדה', **מחקרי משפט יג** (תשנ"ז), 413; שולמית אלמוג **משפט וספרות** (ירושלים, תש"ס), 29; אבינועם רוזנק, 'אגדה והלכה: הרהורים על מגמות בהגות ובמחקר הפילוסופיה של ההלכה', עמיחי ברהולץ (עורך), **מסע אל ההלכה** (תל אביב, 2003), 285. לספרות נוספת ראו יעקב בלידשטיין, 'תורת ארץ ישראל ותורת בבל במשנת הנצי"ב מוולוז'ין', אבי רביצקי (עורך), **ארץ ישראל בהגות היהודית בעת החדשה** (ירושלים, תשנ"ח), 466; נריה גוטל, 'תורת ארץ ישראל – התלמוד הירושלמי במשנת הרב קוק', איתמר ורהפטיג (עורך), **ישועות עוז – בענייני גאולה ומשיח** (ירושלים, תשנ"ו), 390; יובל שרלו, **תורת ארץ ישראל לאור משנת הראי"ה** (חיספין, תשנ"ח); יהושע ויצמן, **זהב הארץ: פרקים להבנת דרכי הלימוד של תורת ארץ ישראל** (מעלות, תשס"ו).

¹²⁴² ראו למשל בן מנחם, **יחס התלמוד**, 113; Ben-Menachem, *Judicial Deviation*; הלברטל, **מהפכות פרשניות**; יהודה ברנדיס, **אגדה למעשה: עיונים בסוגיות משפחה, חברה ועבודת השם** (ירושלים, תשס"ח); יאיר לורברבוים, **צלם אלוהים: הלכה ואגדה** (ירושלים, תשס"ד); יעקב בלידשטיין, **עקרונות מדיניים במשנת הרמב"ם** (מהדורה ב, רמת גן, תשס"א); יעקב בלידשטיין, **סמכות ומרי בהלכת הרמב"ם** (תל אביב, תשס"ב); יעקב בלידשטיין, **עיונים במחשבת ההלכה והאגדה** (באר שבע, תשס"ד); נעם זהר, **בסוד היצירה של ספרות חז"ל: העריכה כמפתח למשמעות** (ירושלים, 2007); יעקב נגן, **חג הסוכות במחשבת חז"ל** (דיסרטציה, ירושלים, תשס"ד); יעקב נגן, **נשמת המשנה: צוהר לעולמה הפנימי של המשנה** (עתניאל, תשס"ז).

¹²⁴³ משה הלברטל, 'דוד הרטמן והפילוסופיה של ההלכה', אבי שגיא וצבי זהר (עורכים) **מחויבות יהודית מתחדשת**, כרך א (ירושלים, תשס"ב), 13; אבינועם רוזנק, 'אגדה והלכה: הרהורים על מגמות בהגות ובמחקר הפילוסופיה של ההלכה', עמיחי ברהולץ (עורך), **מסע אל ההלכה** (תל אביב, 2003), 285; אבינועם רוזנק, **הלכה הנבואית: הפילוסופיה של ההלכה במשנת הראי"ה קוק** (ירושלים, תשס"ז). וראו לאחרונה אביעזר רביצקי ואבינועם רוזנק, **עיונים חדשים בפילוסופיה של ההלכה** (ירושלים, תשס"ח).

מן הראוי לעיין, האמנם הביטוי 'הפילוסופיה של ההלכה' הולם תחום מחקרי זה. על פניו נראה, כי ביטוי זה עלול לסבול מכמה פגמים. בין השאר, הוא מטשטש את קו הגבול המיוחד את תחום תורת המשפט של חז"ל על פני שאר התחומים במחשבת ישראל. כמו כן, נראה שביטוי זה כבר מניח, כי הגותם של חז"ל היא שעומדת ביסוד יצירתם ההלכתית, הנחה שאינה מובנת מאליה ולכל הפחות מן הראוי להרהר בה מכיוונים שונים. שאלות אלה ודומותיהן ראויות לקבוע ברכה בפני עצמן. ראו גם אבי שגיא, 'הרהורים על המכשלות ועל האתגרים בפילוסופיה של ההלכה', אביעזר רביצקי ואבינועם רוזנק (עורכים), **עיונים חדשים בפילוסופיה של ההלכה** (ירושלים, תשס"ח), 27; נעם זהר, 'פיתוח תיאוריה הלכתית כבסיס חיוני לפילוסופיה של ההלכה', שם, 43.

¹²⁴⁴ ראו רוזנברג, **ידות נדרים**; שלום רוזנברג, 'הערות לתפיסת הלשון בהגותם של חז"ל', יצחק הקלמן (עורך), **אבי עפרים** (ירושלים, תשס"ב), 111; שלום רוזנברג, 'כוחה של טעות: סוגיות בשפה ובפרשנות', **אקדמות יב** (תשס"ב),

חרף כל זאת חשוב לציין, כי באופן כללי, אין זה מדרכם של חז"ל ללוות את יצירתם המשפטית בדיונים מפורשים על הרציונליים העומדים בבסיסם,¹²⁴⁵ ובייחוד אמורים הדברים לגבי תחום הפילוסופיה של הלשון. בכך אין כדי להתמיהנו, ואף לא כדי לערער את הזיקה עליה אצביע בהמשך. כפי שניווכח להלן, הנחות המוצא הייחודיות של חז"ל לגבי מהות הלשון ותפקידה הן כה בסיסיות ומשוקעות בהוויית עולמם, עד שנוכחותן והשפעתן בתחומים השונים של יצירתם אינה צריכה לפנינו והיא כמעט בבחינת דבר המובן מאליו.¹²⁴⁶ הרי זה כאופן שבו איננו רואים את מסגרת המשקפיים שעל אפנו, דווקא משום שהיא כל העת לנגד עינינו.¹²⁴⁷ יאים כאן דבריו של וויטגנשטיין אודות הטריטוריאליזם שיש בעיסוק בשאלות ממין אלה:¹²⁴⁸

ההיבטים של הדברים שהם החשובים ביותר עבורנו הם חבויים, בשל פשטותם ורגילותם. (אי-אפשר להבחין בכך, – כי זה מצוי תמיד מול עינינו.) היסודות האמיתיים של מחקרו של אדם כלל לא מעוררים את תשומת-לבו. אלא אם כן דבר זה עצמו עורר פעם את תשומת לבו. – ופירושו של דבר: אין אנו שמים לב למה שכאשר רואים אותו לבסוף, הוא הדבר הבולט ורב העוצמה ביותר.

יתירה מכך. כפי שכבר נאמר, מחקר זה מבוסס מבחינה מתודולוגית על ניסיון **להבנות מחדש** את ההיבטים המשפטיים והפילוסופיים הנגזרים מתוך יצירתם של חז"ל, יותר מאשר **לשחזר** את

153; ליפשיץ, **אכיפת הבטחה**, 173-174; וינרוט, **תפקיד המילים**; רביצקי, **תפיסת הלשון של הרמב"ם**; Z. W. Falk,

Law and Religion (Jerusalem, 1981), 165; Glinert, *Language Choice*

מבחינה זו אני מזדהה עם מתודת החשיבה שהתווה ברכיהו ליפשיץ בעניין פתרונה של בעייה משפטית אחרת (סוגיית 'קניין דברים'): "ההימנעות מאכיפת הבטחות אינה משרתת תכלית מעשית בלבד, אלא בעיקר מבטאת אמונות ודעות. להשקפת העולם, כך יתברר, מקום חשוב בניסיונות להסביר את הגישות השונות ביחס להבטחה. אני סבור, שלגבי התקופה שאנו עוסקים בה מן הראוי לקבוע את משמעותם של המונחים המשפטיים גם מתוך בדיקת זיקתם לכלל עולם המושגים של בני אותה תקופה, שכן למרות קיומם של הבדלים מסויימים בין מרכיביו השונים היה זה עולם אחיד. בייחוד היתה השפה כלי הבעה מדוייק, שצירף ואיחד את התחומים השונים שבעולם ההכרה של חכמים, שעם שלנו בעומקה של הלכה עסקו גם בדברים שברומו של עולם, אחד דבר גדול ואחד דבר קטן" (ליפשיץ, **אכיפת הבטחה**, 173-174).

לדיון השוואתי במעמד הלשון במשפט העברי, בנצרות ובמשפט הרומי ראו B. Cohen, 'Letter and Spirit in Jewish and Roman Law', *Jewish and Roman Law: A Comparative Study*, Vol. I (New York, 1966), 31; B.

Cohen, 'Letter and Spirit in The New Testament', *ibid.*, 58.

דרך אגב, כפי שניווכח בהמשך, מבחינה מתודית הדבר אינו ייחודי לחקר ההלכה. גם בתחום המשפט הכללי קיימים מחקרים מעניינים המתחקים אחר זיקות שונות שבין המשפט לבין הפילוסופיה המודרנית של הלשון. ראו להלן, הע"ש 1317.

אני מודה לד"ר אבירם רביצקי על הערות והארות רבות שתרם לי במהלך שיחות ארוכות שערכנו על נושאים הנידונים בפרק זה.

¹²⁴⁵ יצחק היינמן, **טעמי המצוות בספרות ישראל**, חלק א (מהד' שלישית, ירושלים, תשי"ד), 34.

¹²⁴⁶ אך ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1339.

¹²⁴⁷ השו"ע עם דברי Peters (120), *Reconstructic Legal and Political Theory*, אשר הובאו לעיל, הע"ש 71.

¹²⁴⁸ וויטגנשטיין, **חקירות פילוסופיות**, סעיף 129, עמ' 85.

תודעתם ההלכתית.¹²⁴⁹ זו אפוא סיבה נוספת להדגשת המקומות שבהן ישנה הלימה גבוהה בין נגזרות מתוך יצירתם של חז"ל בתחומי המשפט ובתחומי הפילוסופיה, גם אם חז"ל עצמם לא היו מודעים לכך. לא בהשפעה מודעת עסקינן כאן, אלא בעלייה בקנה אחד של קווי חשיבה הנגזרים מתחומים שונים של יצירה.

7.2. כוחה היוצר של הלשון במקרא ובמחשבת חז"ל

א. בבואנו לעיין בתפיסת הלשון המשתקפת במחשבת חז"ל, עלינו לקבל כי דברים הנראים כיום מובנים מאליהם, ואפילו אקסיומטים, בעולמם של חז"ל היו שונים בתכלית השינוי. הדבר נובע מן הפער שבין תקופות המקרא וחז"ל לתקופתנו אנו, אך יותר מכך אחראית לכך השפעתה בת אלפי השנים של תפיסת הלשון במורשת הלטינית-נוצרית, אשר כפי שנראה להלן שונה באופן מהותי ממקבילתה במורשת היהודית הקדומה.¹²⁵⁰

למותר לציין, כי אינני מבקש לטעון, שהתמונה שאתאר להלן היא הדעה היחידה והבלעדית בקרב חז"ל. לבטח ישנם מקורות בעלי אוריינטציה שונה. ובכל זאת, דומני כי התמונה שאתאר אכן משקפת נאמנה מגמות מרכזיות ודומיננטיות בתפיסת עולמם של חז"ל.

כדי להתחקות נאמנה אחר עמדותיהם של חז"ל בשאלת מעמד הלשון ומהותה חובה עלינו לפתוח בעיון במקרא, אשר היה הגורם המשפיע ביותר על תפיסת עולמם בתחום זה. למרות שהדברים להלן מהווים חריגה מסוימת מן הנושא המרכזי של המחקר, חשוב לי לפרוש אותו, ומעט בפרוטרוט, כדי שנוכל לספוג כראוי את המקום שתפסה הלשון בעולמם של חז"ל ולהפנים בהתאם את השפעותיה הצפויות.¹²⁵¹

עוד אקדים ואומר, כי דומני שלנו קיים קושי לא מבוטל בניסיון לעמוד על פשרן של ההנחות המקראיות והחז"ליות בענייני מהות הלשון. כיצד למשל, יש להבין את משמעותן של קביעות מעין אלה שנראה להלן, שהאל בורא את העולם באמצעות הדיבור, ואשר המשכה במתן השמות על ידי

¹²⁴⁹ על כך ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 68.

¹²⁵⁰ וראו דן, **על הקדושה**, 118: "שלטונה המוחלט של הנצרות בתרבות המערבית בעת החדשה גרם לכך, שתפיסת הלשון שלה, שניזונה גם מתפיסת הלשון של הפילוסופיה היוונית והמדע היווני, ההלניסטי והרומי, שלטה באירופה גם בשעה שהחלו להופיע תפיסות פילוסופיות ומדעיות חילוניות בתורת הלשון. תפיסות הלשון העברית (והערבית) לא גובשו בניסוחים מדעיים, ונדחו לקרן זוית על ידי המחקר המדעי החדש בתחום זה. לא נמצא מערער, זה מאות שנים רבות, על התפיסה כי הלשון אנושית היא, וכי ייעודה הוא הקומוניקציה".

¹²⁵¹ מבחינה כרונולוגית, מן הראוי היה לדון בתפיסות לשון שרווחו אצל יהודים אחרים באזור תקופתם של חז"ל, כגון פילון האלכסנדרוני, שהרבה ליתן דעתו בעניינים אלה. ברם, קוצר היריעה, ובעיקר השפעתו הקלושה על תפיסותיהם ההלכתיות של חז"ל, מחייבים אותנו לדלג על הגות חשובה זו. לדיון במעמד הלשון בהגותו של פילון ראו M. Niehoff, 'What is in a Name? Philo's Mystical Philosophy of Language', *2 Jewish Studies Quarterly* (1995) 1; ליבס, **תורת היצירה**, 111; גרוס, **ברית הלשון**, 33. כמו כן, ניתן כמובן להמשיך סקירה זו ולהפליג מחז"ל אל ההגות היהודית בימי הביניים שעסקה בהרחבה ובעומק ברבדים שונים של הלשון. אך כאמור, לצורך מחקר זה די בסקירת מקורות חז"ל. בנספח לפרק זה אבקש להצביע בקצרה על כמה אבני דרך חשובים במקומה של הלשון במחשבת ישראל במאה העשרים.

אדם הראשון? או לדוגמה, באיזה אופן אנו מסוגלים להבין את דברי חז"ל כי העולם הזה נברא באות ה"א? משימה זו אינה פשוטה כלל ועיקר עבור האדם המודרני, אשר לו הנחות יסוד שונות בתכלית אודות מהות הלשון. אני סבור, כי בנקודת הזמן שבה אנו מצויים – ראשית המאה העשרים ואחת – אנו נהנים מיכולת טובה יותר למתן פשר אל תוך תפיסות עולם לשוניות עתיקות אלה. חקר הפילוסופיה של הלשון, אשר קיבל תנופה אדירה במהלך המאה העשרים, צייד אותנו בנקודות מבט חדשות ומקוריות, העשויות להציע פרספקטיבה חדשה על הנחות היסוד של המקרא וחז"ל לגבי מהות הלשון. על כך ארחיב בנספח לפרק זה

ב. המקרא מציב שתי הנחות יסוד לגבי מהות הלשון:

מקורה של הלשון אלוהי.

ללשון תפקיד יוצר, ואין הקומוניקציה ממצה את מהותו.

שהאל התנ"כי דובר בלשון (ואינו מופיע אך ורק באמצעות חזיונות, תמונות, הארות נטולות מלים וכדומה), זהו דבר שאינו צריך לפנינו. אולם על פי הפסוקים הראשונים של ספר בראשית, לא רק שהאל דובר בלשון אלא שהוא עושה כן עוד קודם היות אדם.¹²⁵² לפיכך, האדם אינו יכול להיתפס כמקור הלשון.¹²⁵³ זאת בשונה מן המורשת היוונית, שראתה בלשון תופעה אנושית, בין אם מקורה בהסכמה חברתית ("לשון הסכמית") ובין אם מקורה בטבע האדם ("לשון טבעית").¹²⁵⁴

לצורך הטיעון המובא בפרק זה מרכזית יותר ההנחה השנייה אודות ייעוד הלשון (אשר כפי שנראה להלן, קשורה הדוקות בהנחה הראשונה). עיון במקראות מעלה, כי ללשון יש ייעוד נוסף מעבר לתפקידה הקומוניקטיבי. הלשון היא בעלת תכונה של יצירה.¹²⁵⁵ ואכן, בריאת העולם בלשון נעשית: "ויאמר אלוהים: יהי אור, ויהי אור".¹²⁵⁶ ואף המשורר בתהילים טורח ומדגיש: "בדבר ה' שמים נעשו",¹²⁵⁷ "לעולם ה' דברך ניצב בשמים".¹²⁵⁸ שימוש בלשון כמעשה הבריאה

¹²⁵² אף כי אם לדייק, ספר בראשית אינו מתאר את הבריאה של הלשון עצמה על ידי האל, ועדיין נותרה פתוחה השאלה, האם לדעתו הלשון אכן נבראה על ידי האל או שמא היא קדמונית כמותו.

¹²⁵³ ככל הנראה, להנחה זו לא שותפים חלק מן הרציונליסטים בימי הביניים, בראשם הרמב"ם. ראו דן, **על הקדושה**, 110, הערה 10; ליבס, **תורת היצירה**, 308, הערה 66; גרוס, **ברית הלשון**, 69. לעיון נרחב בהגותו הלשונית של הרמב"ם ראו רביצקי, **תפיסת הלשון של הרמב"ם**.

¹²⁵⁴ ראו הדיאלוג קראטילוס, **כתבי אפלטון**, כרך א (מהד' ליבס, ירושלים ותל-אביב, תש"ם), 511. להרחבה ראו N. Kretzmann, 'Plato on the Correctness of Names', 8 *American Philosophical Quarterly* 131 (1971); M. T. Larkin, *Language in the Philosophy of Aristotle* (Paris, 1971), 21; D. K. W. Modrak, *Aristotle's Theory of Language and Meaning* (Cambridge, 2001), 19. ראו גם דן, **על הקדושה**, 114; דן, **קדושת הלשון**, 78; רביצקי, **תפיסת הלשון של הרמב"ם**, 188.

¹²⁵⁵ חשוב להדגיש, כי אין כאן טענה לחוסר יכולתה של הלשון לקיים קומוניקציה סבירה בין אנשים (ברוח טיעונים שהעלו הוגים פוסט-מודרניים בעלי גישות הדקונסטרוקציה והפוסט-סטרוקטורליזם), אלא לכך שהקומוניקציה אינה מהותה הבלעדית והממצה של הלשון. על כך ראו גם דן, **על הקדושה**, 109-108.

¹²⁵⁶ בראשית א, ג. במקומה של הלשון בתיאור הבריאה שבפרק ב של ספר בראשית ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1266.

¹²⁵⁷ תהילים לג, ו. על כך ראו גם ליקוטי מוהרי"ן, חלק א, תורה סד.

¹²⁵⁸ תהילים קט, פט, וכן: "כי הוא אמר ויהי הוא ציוה ויעמוד" (תהילים לג, ט). והשוו הסברו המפורסם של הרש"ז מלאדי, שער היחוד והאמונה, פרק א: "פי' הבעש"ט ז"ל כי דברך שאמרת יהי רקיע בתוך המים וגו' תיבות ואותיות

שולל את האפשרות למצותה ככלי תקשורת, שהרי בעידן זה האל הנו יחידו של עולם ואין לו עוד עם מי שישוחח.¹²⁵⁹ כאן מתגלה מהותה הנוספת, תפקידה היוצר.¹²⁶⁰

האם מאפיינים אלה של הלשון מותנים בזהות הדובר המפעיל אותה? רוצה לומר: האם אלו מאפיינים ייחודיים של לשון האל או שמא שותפה להם גם לשונו של בשר ודם?¹²⁶¹ קשה לצפות כי לשון האדם תשמש כלשון בוראת, שהרי מעשה הבריאה ייחודי לאל. ברם, נראה כי בכל הנוגע לאופי היוצר של הלשון, אשר הוא א-קומוניקטיבי בטיבו, גם לשון בני אדם שותפה לו. פרק ב של ספר בראשית מתאר את הזמן שאחר בריאת האדם וקודם בריאת האשה, כלומר עת שבה אדם הראשון עדיין עומד לבדו בעולם. האל מביא אל אדם את כל החיות שברא למען יקרא להם שמות: "ויצר ה' אלהים מן האדמה כל חית השדה ואת כל עוף השמים ויבא אל האדם לראות מה יקרא לו וכל אשר יקרא לו האדם נפש חיה הוא שמו".¹²⁶² בפשטי הפסוקים לא נתבאר שמות אלה מה טיבם וכיצד בחר בהם האדם. אולם לגבי תהליך זה נוכל לציין כמה מאפיינים בולטים: (א) תכליתם של שמות אלה אינו אפשרות תקשורת בין בני אדם, שכן עדיין אין כאלה בנמצא מלבד אדם הראשון.¹²⁶³ (ב) הזיקה שיוצר הפסוק בין בריאת החיות על ידי האל לבין הענקת שמותם על ידי אדם עשויה לתמוך בקביעה, כי קריאת השמות על ידי אדם משובצת כהשלמת תהליך הבריאה.¹²⁶⁴ (ג) תומכת בכך גם ההקבלה הקיימת בין קריאת האל בשמו של כל דבר לאחר שבראו, כסיום תהליך הבריאה המתואר בפרק א של ספר בראשית,¹²⁶⁵ לבין קריאת האדם בשם כל חיה

אלו הן נצבות ועומדות לעולם בתוך רקיע השמים ומלוכשות בתוך כל הרקיעים לעולם להחיותם... כי אילו היו האותיות מסתלקות כרגע ח"ו וחוזרות למקורן היו כל השמים אין ואפס ממש והיו כלא היו כללי". ראו גם אורבך, *חז"ל*, 177-178, 188-189; דן, *על הקדושה*, 110; גרוס, *ברית הלשון*, 11.

¹²⁵⁹ לדעת זאב פלק (Law and Religion, 167, n. 3): "The creative function of language, as represented in the story of creation, is a reflection of the insight that human creativity depends upon language. This idea is then ascribed by way of anthropomorphism to divine action" למסור את התמונה ההפוכה, לפיה האדם הוא שמדבר ויוצר בלשון האל, לא ליהפך.

¹²⁶⁰ דן (*על הקדושה*, 110), מוסיף וקובע היררכיה בין התפקיד היוצר של הלשון לבין תפקידה הקומוניקטיבי: "אם בכוחה [של הלשון] לברוא עולמות, שימושה להעברת מסרים אנושיים הוא משני שבמשני". דן מדמה את השימוש הקומוניקטיבי שעושים בני האדם בלשון, לאדם השותה מים כשאנו יודעים שהייעוד שהיה בבריאת המים בעולם רחב יותר מאשר הרווית צמאנו של האדם. ראו גם Dan, *The Language of Creation*, 147. הטיעון שאבקש להציע לאורך פרק זה מבוסס על הדומיננטיות והבולטות שיש לתכונתה היוצרת של הלשון, ובלא תלות הכרחית בשאלת היחס ההיררכי המדויק שיש בינה לבין התכונה הקומוניקטיבית.

¹²⁶¹ ראו גם ליפשיץ, *אכיפת הבטחה*, 175-176.

¹²⁶² בראשית ב, יט. בהמשך האדם קורא בשם אף לאשה. על פי המדרש (בראשית רבה, פרשה יז, מהד' תיאודור-אלבק 156), אדם אף מעניק לעצמו ולאל את שמותם.

¹²⁶³ אלא אם נתעקש שמטרת קריאת השמות נועדה לאפשר תקשורת בין האדם לבין האל, ולחלופין בין האדם לבין בעלי החיים, או בין אדם הראשון לבין צאצאיו שבעתיד.

¹²⁶⁴ וראו גרוס, *ברית הלשון*, 16: "הדברים אינם קיימים ואינם נקראים להיות נוכחים, אלא אם כן הם עתידים להשתחרר בדיבור האדם. למעשה, אין דבר הנחלץ מן הלא מוגדר ואין דבר החודר להכרה אם לא נקרא לו שם".

לפרשנות הפוכה, אודות פיחות במשמעותה של המילה לאור סיפור זה ראו Falk, *Law and Religion*, 167.

¹²⁶⁵ למשל, "ויקרא אלהים לאור יום ולחשך קרא לילה" (בראשית א, ה); "ויקרא אלהים לרקיע שמים" (שם, ח); "ויקרא אלהים ליבשה ארץ ולמקוה המים קרא ימים" (שם, ט).

וחיה לאחר שנבראה, כמתואר בפרק ב. מן המקובץ עולה, כי התהליך שבו האדם מעניק שמות לבעלי החיים שלצידו משולב כחלק בבניית העולם הסובב אותו ובעיצובו, וזהו מאפיין של הלשון אשר קודם מבחינה כרונולוגית, ושמא אף מבחינה מושגית, לשימוש שנעשה בלשון לצרכי קומוניקציה עם הזולת.¹²⁶⁶

דומני, כי גם במעשה המפורסם של מגדל בבל, בו מתואר תהליך היווצרות השפות, ניתן להבחין במאפיינים קרובים של הלשון. מעשה זה חשוב לנו כאן במיוחד, משום שהוא מאפיין את היווצרות שלל השפות שבעולם, לא רק זו שבה נברא העולם. פרשנים וחוקרים רבים כבר האריכו בעניין אפיון חטאם של אנשי דור הפלגה ושל העונש אותו קיבלו, אני מבקש להתמקד בתפיסת מהות הלשון המשתקפת מסיפור זה. כזכור, בתגובה לבניית המגדל נאמר: "ויאמר ה' הן עם אחד ושפה אחת לכלם וזה החילם לעשות ועתה לא יבצר מהם כל אשר יזמו לעשות. הבה נרדה ונבלה שם שפתם אשר לא ישמעו איש שפת רעהו".¹²⁶⁷ על פי הפסוקים נראה, שברגע כינון שלל השפות¹²⁶⁸ מצויים אנשים רבים שכל אחד דובר שפה אחרת, ואף אחד מהם אינו מבין את שפת זולתו.¹²⁶⁹ ברגע מכונן זה איש איש ושפתו שלו.¹²⁷⁰ אמנם כעבור זמן, לאחר שבני האדם נפוצים על פני כל הארץ וממשיכים להתרבות, נוצרות משפחות משפחות אשר דוברות בשפות שונות, אז הלשון אכן שבה ומתפקדת במישור הקומוניקטיבי. אולם דומה, כי באותו רגע מכונן של בבל כל אדם מחזיק בשפה שונה משל חברו, והיא שמגדירה ומבדלת אותו מזולתו. ייסוד

¹²⁶⁶ וולטר בנימין (**על הלשון**, 289) מציין את העובדה המעניינת, כי בפרק ב של ספר בראשית האדם עצמו נברא במעשה האל ולא בדיבור האל (בראשית ב, ז). כלומר, כאן האדם אינו נברא באמצעות הלשון, אלא הלשון ניתנת לו (אך השוו לבראשית א, כו-כז). על פי פירושו של וולטר בנימין, זו החירות המיוחדת שהעניק הקב"ה לאדם בתחום הלשון: "אלוהים לא ברא את האדם במאמר, והוא לא קרא לו בשם. הוא לא רצה להכפיפו ללשון; באדם שילח אלוהים מתוכו לחופשי לשון זו ששימשה אותו ככלי של הבריה" (בנימין, **על הלשון**, 290). אך ראו בראשית ה, ב: "זכר ונקבה בראם ויברך אותם ויקרא את שמם אדם ביום הבראם". בהמשך דבריו (עמ' 292-293) הוא דן במקומה של הלשון במסגרת חטא אדם הראשון.

¹²⁶⁷ בראשית יא, ו-ז.

¹²⁶⁸ ואף כאן בולט כי מקורן של הלשונות נעוץ במעשה האל ולא בהסכמת בני האדם. וראו ההדגשה המופיעה בפרקי דרבי אליעזר, פרק כד: "וירד הב"ה ושבעים המלאכים הסובבים את כסא כבודו ובלבל לשונם לשבעים גוים ולשבעים לשון".

¹²⁶⁹ כידוע, חז"ל החרילו את תמונת חוסר הקומוניקציה ששררה בין בוני מגדל בבל, עד שבלבל הלשונות הביא עליהם מוות: "אמר ר' אבה משפתם אעשם נבלה, הוה חד אמר לחבריה אייטי לי מיה והוא מייטי ליה עפרא, הוה מחי ליה ופצע מוחיה, אייטי לי כולב ומייטי ליה מגרופי [הוה מחי ליה ופצע מוחיה] הה"ד משפתם אעשה נבלה" (בראשית רבה, פרשה לח, מהד' תיאודור-אלבק 359).

¹²⁷⁰ כך על פי פשטי המקראות. חז"ל הוסיפו פרטים שונים, אשר עשויים להשפיע על מסקנה זו ואף לשנותה. למשל, על פי הדעה שהקב"ה אמנם בלל את לשון אנשי המגדל לשבעים לשונות, אולם במגדל היו יותר משבעים אנשים, עולה כי השפות היו שמישות מבחינה קומוניקטיבית גם ברגע היווצרותן (ראו למשל פירוש אברבנאל לבראשית יא, א). כמו כן, על פי הדעה הסוברת, כי אנשי המגדל ידעו את כל שבעים הלשונות, ועונשם היה שהשכחו מכל אחד מהם שישים ותשע לשונות, גם עולה כי היווצרות הלשונות עצמן לא היתה כרוכה בא-קומוניקטיביות. ראו חזקוני, בראשית יא, ז. ראו גם ירושלמי, מגילה א, יא (מהד' זוסמן, 748).

השפות נתפס אפוא כמעשה המכוון זהויות בדרך א-קומוניקטיבית, שלא לומר אנטי-קומוניקטיבית.¹²⁷¹

אופיה היוצר של הלשון מתגלה במקרא מזווית נוספת. בעולמו של המקרא, פעמים רבות המילה (או לכל הפחות מלים מסוימות), נתפסת כבעלת ממשות וחיות עצמאיים, ולא רק כאמצעי להוראה על הדבר המיוצג על ידה.¹²⁷² לדוגמה, שמו של האל נתפס לא רק כאמצעי להוראה על האל, אלא כיש העומד בפני עצמו:¹²⁷³ שמו של האל מתגלה לאדם (במובחן מהתגלות האל עצמו),¹²⁷⁴ שמו של האל הוא מקור עצמאי לברכה,¹²⁷⁵ ואף עלול להיות מושא לקללה.¹²⁷⁶ מעניינת לא פחות היא בחירתו של נוח לקרוא לבנו הנבחר בשם 'שם', כלומר מילה.¹²⁷⁷ תופעה זו מצאה לה

¹²⁷¹ עם זאת יש לזכור, כי אמנם פרק יא בספר בראשית מוסר לנו תיאור של פיצול הלשונות בדרך טראומטית, מעשה מגדל בבל. אולם נראה שבפרק י נמסר תיאור שונה של פיצול הלשונות הנעשה בדרך אבולוציונית: "מאלה נפרדו אי הגויים בארצותם איש ללשונו למשפחותם בגויהם" (בראשית י, ה). וראו יהודה אליצור, 'מגדל בבל וסולם יעקב', **ישראל והמקרא** (רמת-גן, תש"ס), 44. דברינו כאן מתייחסים לתיאור פיצול הלשונות כפי שמופיע בפרק יא.

¹²⁷² השו"ש, שמות עצם פרטיים בישראל, אנציקלופדיה מקראית ח, 29, 35: "מקובל לחשוב שהשם במקרא אינו רק תווית המזהה את האדם כי אם הכרזה המגדירה את אופיו ומהותו של בעל השם... יתירה מזו, ידיעת השם היא ידיעת האיש ומהותו, כי השם הוא הנפש". ראו גם יהודה דביר, **ייעודה של השליחות בשם המקראי** (תל אביב, תשכ"ט), 13. כן ראו J. Pedersen, *Israel, Its Life and Culture* (London, 1926), vol. 1, 245-259. כפי שאסביר בהמשך, אין בהכרח מדובר כאן בתפיסה מאגית של השפה. על כך ראו להלן, הע"ש 1272.

¹²⁷³ ראו גם גרוס, **ברית הלשון**, 15, הערה 15, בעקבות וולטר בנימין.

¹²⁷⁴ ראו שמות ג; שמות ו. לפיכך לא ייפלא, כי לעתים בית המקדש נתפס כבית לשמו של האל, "לבנות בית לשמיי" (מלכים א, ח, יח).

¹²⁷⁵ כגון "ושמו את שמי על בני ישראל ואני אברכם" (במדבר ו, כז).

¹²⁷⁶ המקלל את הקב"ה מתואר כמי שנוקב "את השם" (ויקרא כד, יא). ואכן, בני ישראל מצווים לירא לא רק את הקב"ה אלא גם "את השם הנכבד והנורא הזה" (דברים כח, נח). לעניין זה השו"ש דברי ר' אברהם אבן עזרא, בפירושו הקצר לשמות ג, יג: "וטעם כל שם רמו לנקרא, והקורא הוא נושא כל שם בפה או במחשבה. והנקרא לא ישתנה בעבור שני השמות, על כן האומרים כי בשם יעשו מעשים גדולים לא ידעו השם...".

מאוחר יותר חז"ל מכנים את הקב"ה עצמו: 'השם', כינוי שהשתרש עד ימינו. למשל: "וכך היה אומר אנא השם עויתי פשעתי חטאתי לפניך אני וביתי אנא השם כפר נא לעונות ולפשעים ולחטאים שעויתי ושפשעתי ושחטאתי לפניך אני וביתי" (משנה, יומא ג, ח). ובמשנה, ברכות ד, ד, מובא במהד' אלבק: "רבי יהושע אומר המהלך במקום סכנה מתפלל תפלה קצרה אומר הושע השם את עמך את שארית ישראל", (אך בכ"י קויפמן ובכ"י פרמא מופיע י"י). ראו גם דביר, **השם המקראי**, 18.

ראויה לציון העובדה, כי בלשון חז"ל אנו מוצאים מעין הרחבה של תופעה לשונית זו, במסגרתה שמו של הדבר תופס את מקומו של הדבר עצמו. לדוגמה, קרבן הפסח שנשחט בלא כוונה מתאימה מכונה בלשון חז"ל "הפסח ששחטו שלא לשמו" (משנה, פסחים ה, ב), כביכול השחיטה צריכה להעשות לשמו של הקרבן, יותר מאשר לקרבן עצמו. פלק (Law and Religion, 167) מפנה לדוגמאות נוספות: "אינו נותן אלא משום הפקר" (משנה, פאה א, ג); "פסח על שום שפסח המקום" (משנה פסחים י, ה); 'שלא השם המביאו לידי מכות מביאו לידי תשלומין' (משנה מכות א, ב); "שלא בטל שם כלי מעליה" (משנה כלים ג, ג). למותר לציין, כי השימוש של המילה 'שם' בכל הדוגמאות הללו אינו זהה. לקרבה שבין 'שם' ו'שום' בלשון חז"ל ראו דביר, **השם המקראי**, 14.

¹²⁷⁷ השו"ש, שמ"ש, שמ"מ, אנציקלופדיה מקראית ח, 1: "שם משמעותו בעברית ובלשונות שמיות אחרות (נוסף על משמעותו הבסיסית) מוניטין, זכר, זרע; ובמליצה הוא נרדף לגבורה וכבוד". ראו גם דביר, **השם המקראי**, 18.

ביטוי מפתיע בעברית (גם המקראית), שבה המילה 'דבר' משמשת לציון עצם מסוים בעוד שורשה האטימולוגי נעוץ בפעולה הלשונית (דיבור) של תיאור אותו עצם.¹²⁷⁸

בעברית המקראית לא רק שהלשון נתפסת כבעלת חיות עצמאית לגבי העצמים המתוארים על ידה, אלא שהיא גם מתוארת כמכוננת את תהליכי התודעה הפנימיים של האדם.¹²⁷⁹ כלומר, לא החשיבה קודמת לדיבור, אלא הדיבור קודם לחשיבה.¹²⁸⁰ החשיבה מתוארת במקרא כתהליך של דיבור, כגון "ויאמר בלבו",¹²⁸¹ ותהליכי הבנה מתוארים במונחי שמיעה, כגון "אשר לא ישמעו איש שפת רעהו".¹²⁸² אכן, השורש ה.ג.ה משמש בו זמנית לציון החשיבה ולציון הדיבור כאחד.¹²⁸³

ג. הנחות מקראיות אלה אודות מהות הלשון הונחלו לחז"ל, אשר המשיכו לפתחן על פי דרכם, עד שגם בהשקפת עולמם "הדיבור נתפס... לא רק כאמצעי תקשורת בין בני האדם, אלא ככוח פועל, דינמי ויוצר".¹²⁸⁴ את תכונתה היוצרת, הבוראת, של הלשון הביעו חז"ל במימרות קלאסיות כדוגמת: "בעשרה מאמרות נברא העולם",¹²⁸⁵ או במטבע הלשון שבתפילה: "אשר בדברו מעריב ערבים". בצד החזרה על הרעיון המקראי, יש מחז"ל שהוסיפו והדגישו, כי תכונתה היוצרת של הלשון עשויה להתגלות כבר ברכיבי היסוד שלה – באותיות,¹²⁸⁶ ולעתים בכתרים שעל האותיות¹²⁸⁷

¹²⁷⁸ דואליות אשר בולטת בפסוק כגון "הלא זה הדבר אשר דברנו אליך במצרים לאמור" (שמות יד, יב). ראו גביע צרפתי, 'עיונים בסמנטיקה של לשון חז"ל ובדרשותיהם', לשוננו ל (תשכ"ה), 29, 32; גרוס, ברית הלשון, 12, הערה 9, בעקבות אנדרי נהר; ליפשיץ, אכיפת הבטחה, 176.

¹²⁷⁹ על כך ראו הרב דוד כחן (הנזיר), קול הנבואה, עמ' כח, לא, וכן להלן, ליד ציון הע"ש 1403; ליבס, תורת היצירה, 113.

¹²⁸⁰ את המשמעות הפילוסופית שניתן למצוא בקביעה בלתי טריוויאלית זו אפתח להלן, בנספח לפרק זה.

¹²⁸¹ בראשית יז, יז.

¹²⁸² בראשית יא, ז. וראו רש"י שם.

בלשון חז"ל אני מוצאים כי לעתים הבנה מתוארת כשמיעה ולעתים כראיה. כך למשל, מן הצד האחד: "ממשמע שנאמר... שומע אני... תלמוד לומר... (בבלי, ביצה כא ע"א), ומן הצד השני "רואה אני את דבריך" (משנה, ראש השנה ב, ח). כמו כן, בתלמודים רווחים ביטויים כגון 'תא שמעי', 'שמע מינה', וכדומה, אשר בולטים בניגודיותם לביטוי הרווח בזוהר 'תא חזי'.

לדיון בביטויים מקבילים בשפה האנגלית ראו G. Lakoff and M. Johnson, *Metaphors We Live By* (Chicago and London, 1980), 48. אחת הדוגמאות שבה הם דנים היא של משפט אופייני כגון: "I see what you're saying."

"It looks different from my point of view"

מעניינת העובדה, כי בעוד המקרא, והעברית בכלל, מתארים את החשיבה במונחי דיבור, הרמב"ם לעומת זאת מתאמץ להסביר את פעולות הדיבור והשמיעה שנאמרו לגבי הקב"ה כתהליכי חשיבה. ראו למשל פתיחה למורה נבוכים, וכן מורה נבוכים חלק א, פרק סה.

¹²⁸³ מחד גיסא "והגית בו יומם ולילה" (יהושע א, ח), אשר מובנו נראה כפעולה פנימית של לימוד או של שינון, ומאידך גיסא, "לא יהגו בגרונם" (תהלים קטו, ז) במובנו כדיבור.

¹²⁸⁴ כלשונו של ליפשיץ, אכיפת הבטחה, 175.

¹²⁸⁵ משנה, אבות ה, א. או לדוגמה: "מאמרו של הקב"ה הוא מעשה, אמר הקב"ה אמרתי דבר הרי מעשה נעשה" (מדרש תהלים, מזמור קז).

¹²⁸⁶ כגון "העולם הזה נברא בה"א והעולם הבא נברא ביו"ד" (ירושלמי, חגיגה ב, א, מהד' זוסמן 786); בבלי, ברכות נה ע"א: "יודע היה בצלאל לצרף אותיות שנבראו בהן שמים וארץ". וראו שלום, התורה במיסטיקה היהודית, 40; גרוס, ברית הלשון, 46.

– ולא דווקא במשמעות הסמנטית המלווה את המלים. הווי אומר, גם תווי האותיות אינם רק סימנים נוחים להרכבת מלים, סימנים שהם בני המרה.¹²⁸⁸ במובן מסוים, יתכן כי האותיות עיקר הן לא פחות מן המלים.¹²⁸⁹

במקביל לציון תכונתה היוצרת של הלשון, חכמים מדגישים את אופיה הא-קומוניקטיבי המתגלה מעת לעת. כך למשל יש לראות כמה מאמרי חז"ל אופייניים, אשר מציינים כי הלשון עשויה להכיל בו זמנית כמה משמעויות שונות, באופן שבלתי ניתן להיתפס אצל השומע. המפורסם שבהם הוא: "זכור ושמור שניהם בדיבור אחד נאמרו, מה שאי אפשר לפה לומר ולא לאוזן לשמוע".¹²⁹⁰ מהו אפוא תפקידו של דיבור זה, אם הוא אינו כשיר ליצור תקשורת בין בני אדם (ואף לא בין הקב"ה לבין האדם), שהרי אין הפה שיוכל לאומרו ואין האוזן שתוכל לשומעו? דומה כי כאן מבקשים חז"ל להבליט, כי הלשון מתפקדת כמי שמכוננת את עצם הדבר, ולא דווקא כמי שמוסרת את תיאורו באזני אחרים.

תפיסה זו של הלשון היא שככל הנראה עומדת ביסוד אחד מן המפעלים החז"ליים המרכזיים ביותר: המדרש.¹²⁹¹ דומה, כי ייחודו של מפעל המדרש אינו מתמצה באינטנסיביות הפרשנית שהוא מייצר, אלא נעוץ בהנחה העקרונית, הקטגורית, כי הפסוק מכיל רבדים רבדים של משמעויות, בהיקף כמעט בלתי-סופי, אותם הדרשן הולך וחושף בדרשותיו.¹²⁹² הנחת יסוד זו אפשרית רק על גבי תפיסת הלשון כמי שיוצרת תכנים ומשמעויות, ולא רק מוסרת אותם בדרך

¹²⁸⁷ ראו דן, *על הקדושה*, 113.

¹²⁸⁸ השו"ר צדוק הכהן מלובלין, ליקוטי מאמרים, 213: "אמנם בלשון הקודש הכתב גם הוא קדוש עוד למעלה מקדושת הלשון".

¹²⁸⁹ בנקודה זו נראה הבדל בולט בין חלק מן המקורות המדגישים את כוח היוצר הגלום באותיות, לבין מקורות אחרים שלכאורה מבליטים את המשמעות הסמנטית כבעלת כוח הבריאה. כך למשל, מאמר חז"ל הנזכר לעיל – "בעשרה מאמרות נברא העולם" – נראה כמייחס את כוח הבריאה למאמר, כלומר למשפט. לדיון בשאלה האם רכיבי היסוד של השפה הם האותיות, המלים או המשפטים, ראו לעיל, הע"ש 472.

¹²⁹⁰ ירושלמי, נדרים ג, ב (מהד' זוסמן, 1025). לדוגמאות נוספות ראו ירושלמי, שם; ירושלמי, שבועות ג, י (מהד' זוסמן, 1351). גם לגבי עשר הדברות אמרו חכמים "שאמר הקב"ה עשרת הדברות בדיבור אחד וחזר ופירטן דיבור דיבור בפני עצמו" (מכילתא דרבי ישמעל, יתרו – מסכתא דבחדש, פרשה ד).

¹²⁹¹ בנושא זה התברכו ביבול רב של כתיבה. אסתפק בהפניה אל שלום, *התורה במיסטיקה היהודית*, 63; גרשום שלום, 'הרהורים על אפשרות של מיסטיקה יהודית בימינו', *דברים בגו*, כרך א (תל אביב, 1975), 83-71; דן, *על הקדושה*, 112; D. Stern, *Midrash and Theory* (Illinois, 1997). ראו גם שו"ת הרדב"ז חלק ג, סימן א' סח (תרמג).

¹²⁹² זאת ועוד, לא אחת חומר הגלם של המדרש אינו הפסוק או המילה, אלא האותיות. למשל, "רבי יהודה בן בתירה אומר: נאמר בשני ונסכיהם בששי ונסכיהם בשיעי כמשפטם הרי מ"ם יו"ד מ"ם מים מכאן רמז לניסוך מים מן התורה" (בבלי, שבת קג ע"ב). וכן אמר ר' יוחנן: "אנכי נוטריקון – אנא נפשי כתיבת יהבית" (בבלי, שבת קה ע"א). והדבר אכן הולם את התפיסה הא-קומוניקטיבית של השפה, לפיה האותיות עומדות בזכות עצמן כנושא ראוי למדרש. השו"ר ליבס, *תורת היצירה*, 118: "השקפת ספר יצירה על אופיה האלהי של הלשון עומדת ביסוד התיאוריות והפרקטיקות של היצירתיות הלשונית, הן זו של גלגול האותיות והן זו של היצירתיות הדרשנית". למקומה של הלשון ביצירה הקבלית ראו G. Scholem, *Major Trends in Jewish Mysticism* (Jerusalem, 1941), 15; משה אידל, *אברהם אבולעפיה: לשון תורה והרמנויטיקה* (ירושלים ותל אביב, תשנ"ד). להבדלים בגישותיהם לגבי היחס שבין העברית לשאר הלשונות ראו להלן, הע"ש 1306.

קומוניקטיבית. שהרי הקומוניקציה תובעת מן הלשון שתכיל משמעויות ברורות ומוגדרות, בעוד המדרש מבקש בלשון בדיוק את התכונה ההפוכה,¹²⁹³ בבחינת "אחת דיבר אלוהים שתיים זו שמעתי כי עז לאלוהים",¹²⁹⁴ ו"מה פטיש זה מתחלק לכמה ניצוצות אף כל דבור ודבור שיצא מפי הקב"ה מתחלק לכמה טעמים".¹²⁹⁵

נראה שגם בעולמם של חז"ל, באופן דומה למתואר במקרא, תכונותיה הייחודיות של הלשון אינן מוגבלות ללשון הקב"ה, אלא בשינויים המחויבים הן מצויות גם בלשון בני האדם. בעיני חז"ל, הלשון היתה מרכיב עיקרי המשתתף בשרטוט טבע האדם, בהערכת טיבו ובהגדרת אנושיותו. האדם מוגדר כ"רוח ממללא",¹²⁹⁶ או כפי שדורג מאוחר יותר בין צורות החיים השונות כ"מדבר".¹²⁹⁷ לדעת חז"ל, חכמת אדם בלשונו תוכר.¹²⁹⁸

אין זה מחוור לגמרי, האם תכונות אלה של הלשון נתפסות על ידי חז"ל כייחודיות לשפה העברית או שמא מאפיינות את הלשון באופן כללי, על שלל השפות הקיימות. למותר לציין כי חז"ל רואים

¹²⁹³ הסבר זה שונה מהסברו של הלברטל, שטען לגבי נקודה זו כי "אין לחפש פה תאוריה על הלשון בכללה, אלא עמדה ביחס לכתבי הקודש" (הלברטל, **מהפכות פרשנית**, 202). כלומר נראה שלדודו, ההנחה של המדרש לגבי רב המשמעויות שיש לפסוק מבוססת על ההתגלות שהולידה אותו ולא על מאפייניה של הלשון. דומני, כי לא ניתן לחלוק על כך שההתגלות שבסיס כתבי הקודש מעצימה פי כמה וכמה את המוטיבציה של החכם לדרוש את הכתוב, אולי היא גם מגישה עבורו את רב המשמעויות. ברם, נראה שחכמים לא הגבילו את פעולת הדרשה לפסוקים או למלים שמקורם בכתבי הקודש. הם דרשו גם את משמעותם של מלים שמקורם בתוך סביבת החול שבה הם חיו. כך למשל, "אמי ר' יהודה למה נקרא שמו אמרכל מפני שמר על הכל" (תוספתא, שקלים ב, טו, מהד' ליברמן 211); "תנא דבי רבי ישמעאל: למה נקרא שמה צפור דרור מפני שדרה בבית כבשדה" (בבלי, שבת קו ע"ב); "למה נקרא שמה אשורית שמאשרת בכתב" (בבלי, סנהדרין כב ע"א). ובדומה דורשים חז"ל מלים נוספות כגון 'קשואים' (בבלי, ברכות נו ע"ב), 'שעועית' (ירושלמי, כלאים א, א, מהד' זוסמן 145), 'ריאה' (בבלי, חולין מט ע"א) ועוד. כמו כן, להלן (הע"ש 1306) נראה כי במהלך דרשותיהם חכמים גם נעזרו לא אחת בשפות זרות, דבר המחליש את תלותה של הדרשה בהתגלות. והשוו עם דברים שהביא ר' מנשה מאיליא בשם הגר"א: "ושמעתי מפה קדוש הגאון החסיד נ"ע מהר"ר אלי' מוויילט זללה"ה... שאף במשנה יש פשוט ודרש" (בינת מקרא, הוראדנא, תקע"ח, הקדמה).

¹²⁹⁴ תהילים טב, יב.

¹²⁹⁵ פסיקתא זוטרטא (לקח טוב), שמות פרק כ, ד"ה (ב' אנכי ה" (מהד' בובר, 134). במקומות אחרים (למשל פסיקתא זוטרטא, שם, וכן בבלי, שבת פח ע"ב) מופיע "נחלק לשבעים לשונות", ובכך נעסוק בהמשך. מבחינה זו, מאמר חז"ל המפורסם "דברה תורה כלשון בני אדם" (ראו למשל, בבלי, ברכות לא ע"ב, ובמקומות רבים נוספים) צריך להתפרש במובן רחב הרבה יותר: דברה תורה גם כלשון בני אדם. כלומר, בין שלל המשמעויות המקופלות בפסוק מצויה גם המשמעות הפשוטה והמקובלת אצל בני אדם. על כך ראו דן, **על הקדושה**, 114.

¹²⁹⁶ על פי תרגומו המפורסם של אונקלוס לפסוק "ויהי האדם לנפש חיה" (בראשית ב, ז). וראו גרוס, **ברית הלשון**, 14; ליפשיץ, **אכיפת הבטחה**, 176.

¹²⁹⁷ ראו למשל כוזרי, א, לה; מורה נבוכים א, נב. וכך כתב המהר"ל מפראג, נתיבות עולם, נתיב התורה, פרק ד: "אין המחשבה הוא האדם, רק הדיבור". ראו שם בהרחבה, נתיב הלשון, פרקים א-ב. ראו גם וולטר בנימין, **על הלשון**, 287. למותר לציין כי הגדרת האדם כמדבר אינה יהודית במקורה, אלא אימוץ הגדרה אריסטוטלית.

¹²⁹⁸ "א"ר אחא בשעה שבה הקב"ה לבראות את אדם הראשון נימלך במלאכי השרת, אמר להם נעשה אדם, אמרו לו אדם זה מה טיבו, אמר להן חכמתו מרובה משלכם, מה עשה הקב"ה: הביא לפניו בהמה וחיה ועופות, אמר להן זה מה שמו ולא היו יודעין, וזה מה שמו ולא היו יודעין. העבירם לפני אדם, אמר לו זה מה שמו, שור, וזה מה שמו גמל, וזה מה שמו, חמור, וזה מה שמו, סוס... " (בראשית רבה, פרשה יז, מהד' תיאודור-אלבק 156). ראו גם רביצקי, **תפיסת הלשון של הרמב"ם**, 191, הערה 18.

את העברית כשפה היחידה שהיא לשון הקודש,¹²⁹⁹ שפתו של הקב"ה,¹³⁰⁰ שבה ברא את עולמו,¹³⁰¹ השפה הראויה ביותר לדיבור.¹³⁰² ברם, האם יש באלה כדי לשלול משאר השפות את תכונתן היוצרת והא-קומוניקטיבית? בהקשר זה חשוב לזכור את הדגשתם של חז"ל כי האל דובר גם בלשונות נוספים, ואף נותן את התורה בכל שבעים הלשונות.¹³⁰³ זאת ועוד, גם מתן השמות שנעשה על ידי אדם הראשון, אשר לעיל ראינו כי הוא קשור באופיה היצירתי והא-קומוניקטיבי של הלשון,¹³⁰⁴ נזכר בחלק המקורות החז"ליים כנעשה בכל שבעים הלשונות.¹³⁰⁵ ואכן בהתאם אנו מוצאים, אמנם לא בצורה רווחת, כי מדרש המלים החז"לי מופעל גם כלפי מלים בשפות אחרות מלבד העברית.¹³⁰⁶ כלומר, התפיסה כי הלשון מקפלת בתוכה עושר בלתי מוגבל של משמעויות אינה בלעדית דווקא לעברית.¹³⁰⁷

¹²⁹⁹ ראו דן, **על הקדושה**, 115: "הרעיון שתיתכן לשון קודש שאיננה עברית הוא אבסורד גמור בקונטקסט יהודי".
למונחים השונים (ארבעה במספר) של המונח 'לשון הקודש' במסורת היהודית ראו הרב דוד כהן (הנזיר), קול הנבואה עמ' כט. למקורות הדנים באפיוניה של העברית כלשון הקודש ראו רביצקי, **תפיסת הלשון של הרמב"ם**, 198, הערה 47.

¹³⁰⁰ ראו למשל, ירושלמי, מגילה א, יא (מהד' זוסמן, 748): "שהיו מדברין בלשון יחידו שלעולם בלשון הקודש".
¹³⁰¹ ראו בראשית רבה, פרשה יח (מהד' תיאודור-אלבק, 164): "רבי פנחס ורבי חלקיה בשם רבי סימון אמרי: כשם שניתנה בלשון הקודש כך נברא העולם בלשון הקודש, שמעת מימך אומר גיני גיניה, איתא איתתא, אנתרופי אנתרופיאי, גברא גברתא, אלא איש ואשה למה? שהלשון הזה נופל על הלשון הזה".

¹³⁰² ראו למשל, ירושלמי, סוטה ז, ב (צוטט לעיל, הע"ש 914). וכן ירושלמי, שבת א, ג (מהד' זוסמן, 370): "תני בשם ר' מאיר: כל מי שהוא קבוע בארץ יש' ואוכל חוליו בטהרה ומדבר בלשון הקודש וקורא את שמע בבוקר ובערב מובטח לו שהוא מחיי העולם הבא". אשר ליחסם האמביוולנטי של חז"ל כלפי היוונית ראו ליברמן, **יוונית ויוונית**, 225. ראו גם לעיל, הע"ש 923.

¹³⁰³ כך למשל מופיע בספרי, דברים, פיסקה שמג (מהד' פינקלשטיין, 395): "כשנגלה הקדוש ברוך הוא ליתן תורה לישראל לא בלשון אחד אמר להם אלא בארבעה לשונות, שנאמר ויאמר ה' מסיני בא זה לשון עברי וזרח משעיר למו זה לשון רומי הופיע מהר פארן זה לשון ערבי ואתה מרבבות קדש זה לשון ארמי". ראו גם בבלי, סוטה לג ע"א; בבלי, סנהדרין כא ע"ב; בראשית רבה, פרשה לו (מהד' תיאודור-אלבק, 342); אסתר רבה, פרשה ד, אות יב. בהקשר זה גם יש לציין את המקורות המקבילים את שבעים הפנים שבתורה אל שבעים הלשונות. ראו הרב דוד כהן (הנזיר), קול הנבואה, עמ' יג.

¹³⁰⁴ ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 1262.

¹³⁰⁵ תנחומא, הוספה לפרשת דברים, סימן ב (מהד' בובר, 4). ראו גם בבלי, סנהדרין לח ע"ב.

¹³⁰⁶ למשל: "תניא: לטטפת לטטפת לטוטפות הרי כאן ארבע, דברי רבי ישמעאל. רבי עקיבא אומר: אינו צריך, טט בכתיב – שתיים, פת באפריקי – שתיים" (בבלי, סנהדרין ד ע"ב). וכן, "אמר רבי יוחנן משום רבי אלעזר: אין לו להקדוש ברוך הוא בעולמו אלא יראת שמים בלבד, שנאמר ועתה ישראל מה ה' אלהיך שואל מעמך כי אם ליראה וגו' וכתוב ויאמר לאדם הן יראת ה' היא חכמה וגו', שכן בלשון יוני קורין לאחת הן" (בבלי, שבת לא ע"ב). ובשם ריש לקיש נאמר: "כל המגדל כלב רע בתוך ביתו מונע חסד מתוך ביתו, שנאמר למס מרעהו חסד, שכן בלשון יונית קורין לכלב למס" (בבלי, שבת סג ע"ב). ראו גם תנחומא, במדבר, סימן כא (מהד' בובר, 18); ילקוט שמעוני, תורה, רמז תרכב ד"ה ית"ר באשר ישרפי (מהד' מוסד הרב קוק, 627). בספרות חז"ל מצויות דוגמאות רבות נוספות. ראו גם ליברמן, **יוונית ויוונית**, 188.

וראו לעיל (הע"ש 36) הזיקה שבין הביטוי 'דורש לשון הדיוטי' לבין הטקסטים הכתובים ארמית המתפרשים-נדרשים מכוחו.

¹³⁰⁷ עובדה מאלפת היא, כי מבחינה מינוחית חז"ל אינם מציבים אל מול הביטוי 'לשון הקודש' את הביטוי הניגודי המתבקש 'לשונות החול', אלא את הביטוי 'כל לשון' (ראו למשל משנה, סוטה ז, א-ב: "אלו נאמרין בכל לשון... ואלו

ד. תפיסה זו של הלשון הנה כה מהותית ומרכזית בעולמם של חז"ל, עד שהביאה את יוסף דן לטעון כי היא קו פרשת המים המבדיל בין הנצרות לבין היהדות.¹³⁰⁸ לדעת דן, תרגום כתבי הקודש ללטינית, אשר לא נתפסה בעיני המאמינים הנוצריים כשפה אלוהית,¹³⁰⁹ היה כרוך לא רק בהורקת התכנים משפה אל שפה, אלא באבדן מאפייני אין-סופיותה של הלשון ושל רב-המשמעויות המקופלות בה.¹³¹⁰ העתקת כתבי הקודש אל שפה קומוניקטיבית רגילה, שמטה את הקרקע תחת מדרש הכתובים, ומכאן החלפת אין-סופיות המשמעות מבית מדרשם של חז"ל באמיתות נוצריות דוגמטיות וחד-משמעיות.¹³¹¹

שילוב זה, שבין התפיסה היוונית אודות אנושיותה של השפה¹³¹² עם המורשת הנוצרית בדבר אופיה הקומוניקטיבי, הם שהנחילו לחשיבה המערבית את תפיסתה הרזה של השפה,¹³¹³ אשר לא היתה נחלת חז"ל.

ה. יש מי שביקש לטעון, כי תכונתה היוצרת של הלשון בולטת במקורות חז"ל הקובעים את תוקפם של פעולות משפטיות הנעשות בדיבור. ההלכה מכירה בכוחו של הדיבור לחולל מצבים

נאמרין בלשון הקודש"י). בכך הם תורמים להקהיית הניגודיות שבין העברית לבין שאר הלשונות, שהרי אף הן אינן חול גמור. על כך ראו Glinert, *Language Choice*, 159.

העמדה המוצגת כאן קרובה יותר לזו של ליבס, שטען כי המאפיינים הנוכחים של הלשון נתפסים בעיני חז"ל (כולם או לכל הפחות בעיני הגישות המרכזיות שבין חכמים) כאוניברסליים, כמאפיינים את הלשון באופן כללי. זאת בלא להכחיש את ההיררכיה שקובעים המקורות בין העברית לבין שאר הלשונות. וכך כתב ליבס, **תורת היצירה**, 118: "השקפת ספר יצירה על אופיה האלהי של הלשון עומדת ביסוד התיאוריות והפרקטיקות של הצירתיים הלשונית, הן של גלגול האותיות והן זו של היצירתיים הדרשנית, שעליהן נעמוד להן. אך מן הראוי לציין כאן שתכונות אלה אינן מיוחדות ללשון אחת מסוימת. זו טבעה של הלשון בכלל, ורוח היא באנוש, ובכך הכירו בדרך כלל גם המיסטיקאים היהודים. בכך חולק אנוכי על דעה אחרת שנשמעת במחקר המיסטיקה היהודית, ובחזות מיוחדת אצל יוסף דן, ולפיה בכתבי הקבלה פעורה תהום בין הלשון העברית לבין שאר שבעים לשון. בעוד שאר הלשונות הן לשונות חול הסכמיות בעלות משמעות סמנטית פשוטה, רק העברית היא לשון קודש, ורק היא ניתנת לדרשות ולרוח הקודש. בעיני השקפה זו מוגזמת היא ובלתי מדויקת. נכון אמנם שבלשון העברית ברא הקב"ה את העולם, והיא היא לשון הקודש... אבל בכך, מחד גיסא, לא נהפך לקדוש כל מה שנכתב עברית, ומאידך גיסא בכך לא הוצאו שאר הלשונות מן הכלל לענייני קדושה ודרשה או אף רוח הקודש". לגישתו של דן ראו למשל, **על הקדושה**, 111.

¹³⁰⁸ ראו דן, **על הקדושה**, 115. ובמקום אחר העיד על עצמו דן: "בשנים הרבות שאני עוסק בנושא זה לא מצאתי הבדל רב משמעות ועמוק בין שתי הדתות יותר מאשר בתפיסת הלשון. זהו הבדל נוקב, שממנו מסתעפים הבדלים רבים אחרים, המונעים שיג ושיח בין שתי הדתות" (דן, **קדושת הלשון**, 75). ראו גם גרוס, **ברית הלשון**, 69-78. לגישה חולקת ראו ליבס, **תורת היצירה**, 119.

¹³⁰⁹ ובשונה מן האסלאם שאכן רואה בערבית את שפת האל. כמוכן שלא נובע מכך שתפיסות הלשון ביהדות ובאיסלאם זהות. לשם כך די להבחין בעובדה החשובה, שהערבית קדמה להופעת האסלאם (אף בעיני התודעה האיסלאמית עצמה), בעוד שהיהדות ירדה לעולם כשהיא כרוכה בעברית.

¹³¹⁰ כפראפרזה על דברי חז"ל (לעיל, הע"ש 1295) ניתן לומר, כי לאחר שהתורה תורגמה ללטינית 'דיברה תורה אך ורק בלשון בני אדם'.

¹³¹¹ לטענת דן, **קדושת הלשון**, 79, הדבר גם השפיע על יחסן השונה של הדתות כלפי האמנויות הויזואליות.

¹³¹² ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 1254.

¹³¹³ למפנה שהתרחש בתפיסת הלשון במהלך המאה העשרים ראו להלן, סעיף 7.7.

משפטיים חדשים, כגון כריתת חוזה, קידושי אשה, הבעת נדר, מתן פסק-דין וכדומה.¹³¹⁴ לעניות דעתי, קשה שלא לראות טיעון זה על רקע אחת מן התפניות בחקר הבלשנות שפותחה במחצית השנייה של המאה העשרים, ולפיה יש להבחין במאפייניה הייחודיים של הקבוצה המכילה משפטים המתפקדים כמשפטים יוצרים (speech act) ושאינם משפטים מתארים.¹³¹⁵

לאור האמור לאורך פרק זה, אני סבור כי חז"ל ראו את תכונתה היוצרת של הלשון בפרספקטיבה רחבה הרבה יותר, השוכנת בעצם הלשון ככזו, על מגוון התופעות הלשוניות המרכיבות אותה, ובלא שהיא מוגבלת לפעולות דיבור מסוימות הנאמרות ליצירת מצבים משפטיים חדשים.¹³¹⁶ לפיכך, עלולה להיות מידה יתירה של צמצום בטענה, כי תפיסתם של חז"ל את תכונתה היוצרת של הלשון באה לידי ביטוי הלכתי בהכרה בקיומן של פעולות משפטיות הנעשות בדיבור. דומני, כי טביעות אצבעותיה של השקפה זו בעולם ההלכה צפויות להימצא במובן רחב הרבה יותר של האופן שבו ההלכה מבינה את השימוש היומיומי שעושה האדם בלשון. בהמשך אבהיר, מדוע תחום פרשנות החוזה מתאים לחשיפת ממדי הרוחב של מעמד הלשון בעולמם של חז"ל, כפי שתוארה בשורות הקודמות.

7.3. ההלכה בראי הפילוסופיה של הלשון

אך טבעי לצפות, שתפיסות כה מהותיות בתחום הלשון, שהיא מן השיתין העמוקים ביותר בהוויית האדם, תותרנה את חותמן בתחומי יצירה נוספים וביניהן המשפט. אכן, כמה חוקרי משפט עמלו על חשיפת זיקות אפשריות בין חקר הפילוסופיה של הלשון לבין תחומים שונים בעולם המשפט.¹³¹⁷ גם בין חוקרי ההלכה היו מי שביקשו להצביע על קשרים אפשריים בין תפיסות הלשון של חז"ל לבין יצירתם ההלכתית.¹³¹⁸

¹³¹⁴ כפי שלמשל טען רוזנברג, **ידות נדרים**, 194: "בעולם המשפט השפה בוראת עולמות, לפעמים יש מאין. המלה יוצרת חלות ואף מבטלת אותה, משנה את המציאות, למן הסטאטוס האישי ועד למצב הכלכלי...". דומני, כי הנחה דומה משתמעת מבין השורות של ליפשיץ, **אכיפת הבטחה**, 175 (וראו להלן, הע"ש 1328).

¹³¹⁵ כגון אמירת 'ברוך הבא'. מקורה של הבחנה זו בספרו של אוסטיין J. L. Austin, *How to Do Things with Words*, (Cambridge, Mass., 1962). See also P. F. Strawson, 'Intention and Convention in Speech Acts', *73 Philosophical Review* 439 (1964); J. Searle, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, (Cambridge, Eng., 1969); J. Searle, F. Kiefer & M. Bierwisch, *Speech Act Theory and Pragmatics* (Boston and London, 1980); K. Bach & R. M. Harnish, *Linguistic Communication and Speech Acts*, (Cambridge, Mass., 1979); S. L. Tsohatzidis (ed.), *Foundations of Speech Act Theory: Philosophical and Linguistic Perspectives*, (London, 1994); W. P. Alston, *Illocutionary Acts and Sentence Meaning*, (Ithaca, 2000). לדיון בהשלכות של הבחנה זו על חקר המשפט העברי ראו יוסף פאור, 'מבע ביצועי ומבע היגדי בהלכה', **דיני ישראל כ-כא** (תש"ס-תשס"א), 101.

¹³¹⁶ מה עוד, שכפי שנרמז לעיל, התופעה של משפטים המתפקדים כיוצרי מצבים (להבדיל ממשפטים המתארים מצבים) אינה ייחודית לעברית ואינה מייחדת את השקפת חז"ל.

¹³¹⁷ ראו דברי McMeel (260), *Language and the Law Revisited*, על ההשפעות העקרוניות שיש למשנותיהם הלשוניות של וויטגנשטיין וחומסקי על התפתחות דיני החוזים, ופרשנות החוזים בפרט: "Briefly surveying the wider environment, there have been major developments in the various fields of language studies: the

רובם ככולם של מחקרים אלה התמקדו בנושאים הלכתיים בעלי אופי ריטואלי מובהק, ודנו במעמדה של הלשון לאורך של הלכות כדוגמת נדרים וניירות, קידושין וגירושין, תפילה, תרומות ומעשרות.¹³¹⁹ אופי ריטואלי זה היטה את הדיונים העקרוניים שנערכו במחקר לשתי שאלות יסוד מרכזיות:

א. האם ההלכה מכירה בעליונות מהותית של לשון הקודש על פני שאר הלשונות? מה בין הלכות הדורשות כי דברים מסויימים (כגון, "מקרא ביכורים וחליצה, ברכות וקללות, ברכת כהנים וברכת כהן גדול"¹³²⁰) ייאמרו בלשון הקודש בלבד, לבין הלכות אחרות המתירות לומר דברים אחרים (למשל, "קריאת שמע, תפילה וברכת המזון"¹³²¹) בכל

philosophy of language; the rise of semantics; the birth of cognitive science, and its implications, in particular, for modern linguistics; and the development of literary theory. It may be thought unlikely that such developments in the history of ideas could have any impact upon legal approaches to private transactions. Nevertheless, in the appellate courts at least it seems that some of these insights have helped to transform the way in which judges (say) they construe contracts" Solan, *The Language of Judges*, 10, 87, 98, 170; Hoffmann, *The Intolerable Wrestle*; W. F. Young, 'Equivocation in the making of agreement', *64 Columbia L. Rev.* 619 (1964); G. Binder, 'Institutions and Linguistic Conventions: The Pragmatism of Lieber's Legal Hermeneutics', *16 Cardozo L. Rev.* 2169 (1995); J. Yovel, 'What is Contract Law About? Speech Act Theory and a Critique of 'Skeletal Promises'', *Nw. U. L. Rev.* 937 (2000); ביקס, *שאלות פרשנות*, 463; מאוטנר, *התערבות שיפוטית*, 49, הערה 70. מאוטנר, שם, מציין למקורות רלוונטיים נוספים. לניתוח הזיקה שבין הפילוסופיה של הלשון של וויטגנשטיין לבין הפילוסופיה המדינית ראו Pitkin, *Wittgenstein and Justice*; J. Tully, 'Wittgenstein and Political Philosophy', *17 Political Theory* 172 (1989).

¹³¹⁸ לרשימת המחקרים ראו לעיל, הע"ש 1244. וכך הסביר ברכיהו ליפשיץ בעניין אחר: "אני סבור, שלגבי התקופה שאנו עוסקים בה מן הראוי לקבוע את משמעותם של המונחים המשפטיים גם מתוך בדיקת זיקתם לכלל עולם המושגים של בני אותה תקופה, שכן למרות קיומם של הבדלים מסויימים בין מרכיביו השונים היה זה עולם אחיד. בייחוד היתה השפה כלי הבעה מדוייק, שצירף ואיחד את התחומים השונים שבעולם ההכרה של חכמים, שעם שלנו בעומקה של הלכה עסקו גם בדברים שברומו של עולם, אחד דבר גדול ואחד דבר קטן" (ליפשיץ, *אכיפת הבטחה*, 173-174). עוד לדיון זה של ליפשיץ ראו להלן, הע"ש 1328.

¹³¹⁹ להוציא את ליפשיץ, *אכיפת הבטחה*. ראו להלן, הע"ש 1328.

¹³²⁰ משנה, סוטה ז, א.

¹³²¹ משנה, סוטה ז, ב.

לשון?¹³²² האם יש מקום להבחין בין אופן תפקודו של הדיבור כשהוא נעשה בלשון הקודש לבין אופן תפקודו כשהוא נעשה בלשונות אחרים?¹³²³

ב. האם הלכות המורות על אמירת דבר מסוים, מבוססות על הדגשה של הפורמולה של הדיבור, הנוסח הקבוע, או שמא על התוכן המובע? עד כמה מוכנה ההלכה להגמיש את מטבעות הלשון שקבעו חז"ל ולאפשר הבעת תוכן דומה במלים אחרות?¹³²⁴ שאלה זו קשורה כמובן בשאלה בסיסית יותר, האם הדיבור, שהנו רכיב מרכזי במסגרות ריטואליות אלה, נדרש כשלעצמו או שמא כמשקף את מצבו הנפשי של הדובר?¹³²⁵

דומני, כי ההתרכזות היתירה של מחקרים אלה בהלכות בעלות אופי ריטואלי גרמה להחמצה מסוימת בלכידת עמדותיהם של בעלי ההלכה בשאלות הקלאסיות של תורת הפרשנות.¹³²⁶ מחקרים אלה מניחים באופן מובלע, כי הדברים שאדם אמר בשעת נדר או בשעת קידושין הם בעלי משמעות ברורה, או שפרשנותם היא מעשה טריוויאלי שאינו צריך הבהרה מיוחדת, ועל גבי הנחה זו הם דנים בשאלת היחס שבין הדיבור לבין כוונת הלב, או ביחסי השפות השונות שבהן הדיבור מובע.¹³²⁷

¹³²² ראו למשל דיונו של גלינרט (1964, *Language Choice*) לגבי ההבדל שבין הלכות נדרים, בהם נקבע כי אם הנדר הובע בעברית הוא עשוי לחול אף אם הנודר אינו מבין את השפה, לבין הלכות קידושין, בהם נקבע שהללו יחולו רק אם הדובר מבין את שאמר, ואפילו אמר זאת בעברית. לטענת רביצקי, **תפיסת הלשון של הרמב"ם**, 213, באופן כללי ניתן לומר שהרמב"ם פועל לקירוב מעמדה ההלכתי של לשון הקודש לזו של שאר הלשונות.

¹³²³ כדוגמת המחלוקת המפורסמת בין הרמב"ם לבין הראב"ד בשאלה, האם החובה לדקדק באותיותיה של קריאת שמע ייחודית לקורא אותה בלשון הקודש או שמא חלה גם על הקורא אותה בכל לשון. ראו רמב"ם, משנה תורה, קריאת שמע פרק ב, הלכה י ובהגהת הראב"ד, שם.

¹³²⁴ למשל, לברך 'המוציא חלה מן האדמה' במקום לברך 'המוציא לחם מן הארץ'. או למשל, לומר 'הרי את אשתי במקום לומר 'הרי את מקודשת לי'.

¹³²⁵ דיונו של רוזנברג, **ידות נדרים**, מתרכז בין השאר במתח שבו נתונים דיני הנדרים, בין הדגשת כוונת הנודר לבין משמעות הדברים שיצאו מפיו. מתח זה מודגש במצבים שבהם הובע דיבור שאין משמעו קבלת נדר, אף שזו היתה כוונת הנודר, וכן מצבים שבהם נאמרו דברים שמשמעם קבלת נדר אף שלא זו הייתה כוונת הדובר.

זהו גם הציר סביבו נע דיונו של וינרוט, **תפקיד המילים**. וינרוט דן במתח הקיים בין דיבור שתפקידו העדה על כוונת הדובר (בלשונו 'תפקיד דקלרטיבי') לבין דיבור שתפקידו עצמאי, ובלא תלות בכוונת הדובר (בלשונו 'תפקיד קונסטיטוטיבי'). לטענתו, לענין זה מן הראוי להבחין בין תחומים הלכתיים שונים שבהם משתנה עוצמתו של התפקיד הקונסטיטוטיבי של הדיבור.

מבחינה זו פלק (1967, *Law and Religion*), מבטא עמדה הפוכה, המבקשת להדגיש באופן בולט את אופיו הקומוניקטיבי של הדיבור בתוך מסגרת ההלכה. מעמדה זו גור פלק מסקנות המפחיתות את משמעותו הנורמטיבית של פורמלות לשוניות קבועות (בברכות, בקידושין וגירושין וכדומה). תחתן הוא ביקש להעצים את המשמעות הקונסטיטוטיבית.

לדיון נרחב בשיטת הרמב"ם בעניין זה ראו רביצקי, **תפיסת הלשון של הרמב"ם**, 213.

¹³²⁶ דומני, כי להתרכזות היתירה בהלכות בעלות אופי ריטואלי יש "מחיר" נוסף, והוא הדגשה בלתי מוצדקת של מאפיינים מיסטיים או מאגיים בתפיסת הלשון של חז"ל. על כך ראו להלן, הע"ש 1334.

¹³²⁷ אמנם בחלק מן המחקרים הנזכרים מחבריהם הגדירו כי הם עוסקים בשאלות של פרשנות. אך לעניות דעתי, עירוב פרשיות יש כאן. לא כל הלכה הנוגעת בענייני לשון עוסקת בענייני פרשנות. כך למשל, בדברים הבאים עוסק

בשונה ממחקרים אלה, אני מבקש למקד את המבט בתחום משפטי בעל אופי בלתי ריטואלי – דיני חוזים – ולגביו להבין את ההשפעה האפשרית של תפיסות הלשון של חז"ל על כללי הפרשנות.¹³²⁸ החוזה יכול שיערך בכל שפה, ומלכתחילה הוא אינו כבול לפורמולות קבועות של דיבור. סביבה משפטית זו משחררת אותנו מן האילוצים של תחומים ריטואליים אחרים, ומאפשרת לנו לבחון את כללי הפרשנות עצמם שקבעו חז"ל ואת תפיסת הלשון המשתקפת מהם.¹³²⁹ דווקא העובדה שבמסגרת דיני החוזים הדיבור מתפקד בצורתו הבנאלית והיומיומית, ובלא כל מאפיין ריטואלי, היא שמאפשרת לנו לבחון בצורה פתוחה יותר את האופן הבלתי שגרתי שבו חז"ל ניסו להבין ולפרש את משמעות דיבורו של אדם.¹³³⁰

וינרוט בשאלות שונות הקשורות לדיבור הנדר, אך נראה שהוא עוסק בדיבור שמשמעותו ברורה, ולפיכך דינו אינו קשור לשאלת הפרשנות: "המילים בנדר הן בנות כח מאגי המנותק במידה רבה מכוונתו הסובייקטיבית של הנודר, וכוחו אינו שואב מתפקידו ככלי לביטוי רצונו של הנודר. להבנה זו השלכה ברורה על כללי הפרשנות הנוהגים ביחס למילות הנדר. משום כך, אין הנודר יכול לחזור בו מן הנדר, ולאחר שהמילים יצאו מפיו, שוב אין תחולת הנדר תלויה ברצונו של הנודר. משום כך ראינו כי לא ניתן לוותר על אמירה מפורשת גם כשהכוונה של הנודר ברורה היא...!" (וינרוט, **תפקיד המילים** (תשנ"ו), עמי רלט, ההדגשה שלי – ב.פ.).

¹³²⁸ זהו סוג השימוש שעושה ליפשיץ, **אכיפת הבטחה**, בתפיסת הלשון בעולמם של חז"ל כדי להסביר הלכה תמוהה בתחום דיני החוזים במשפט העברי. השאלה שבה דן ליפשיץ היא מדוע המשפט העברי אינו מכיר בתוקפה של התחייבות אובליגטורית ('קניין דברים'; ראו לעיל, הע"ש 2). ליפשיץ מציע, כי בעיני חז"ל הדיבור הנו כלי יוצר, שפסגת מבעו היא כושר ההבטחה, כלומר יכולתו של אדם ליטול אחריות על העתיד באמצעות דיבורו. לפיכך, טוען ליפשיץ, חז"ל נמנעו מלהעניק תוקף משפטי מחייב להבטחה, אותה הם ביקשו להותיר כאתגר מוסרי עבור האדם, הנקרא לממש בה את סגולתו (להסבר שונה של ליפשיץ ראו ליפשיץ, **אסמכתא**, פרק שישי. מאוחר יותר הוא דחה הסבר זה; ראו ליפשיץ, **אכיפת הבטחה**, 171). דומני, כי במונח תפקיד יוצר התכוון ליפשיץ למונח של הדיבור כמעין speech act, ובדגש על מעשה ההבטחה (ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 1314).

בין אם יתקבל הסברו של ליפשיץ לגבי הבעייה המסוימת של 'קניין דברים' ובין אם לאו, אני סבור שעצם הזיקה שהוא ביקש למתוח בין דיני החוזים במשפט העברי לבין הפילוסופיה של הלשון בעולמם של חז"ל היא זיקה חשובה ומתבקשת. היא שונה בדרכה מן הכתיבה המצויה לגבי יחסי ההלכה ומחשבת הלשון בעולמם של חז"ל. בדרך זו אני מבקש ללכת במחקר זה.

¹³²⁹ מבחינה זו אני מוצא טעם רב בדבריו של McMeel (259) *Language and the Law Revisited*, שנאמר בהקשר אחר: "One perceived advantage of selecting the relationship between the interpretation of private contracts and ideas about language for this study is that there is less ideological and political baggage associated with the problem of giving effect to an agreement entered into by usually only two persons, rather than a compact binding on all the members of a particular society. This allows lawyers' use of language to be seen in sharper focus, without too many extraneous circumstances intruding on the analysis".

¹³³⁰ לפיכך אני מסתייג מן הדברים הבאים של וינרוט: "בדומה למישור המאגי, גם במישור הדתי של עבודת האלוקים על ידי תפילה, קריאת שמע וברכות, יש למילים כח עצמאי משלהן, אם הן נאמרות בלשון הקודש. לאמירה זו יש תוקף קונסטיטוטיובי יוצר אף אם הדובר אינו מבין דבר ומבחינתו באופן סובייקטיבי אין למילים שאמר כל משמעות, ובלבד שהוא מודע לפשר מעשיו. בדיני הקניינים לעומת זאת, מהות המילים אך ורק ביטוי לכוונתו הסובייקטיבית של אומרו... ומכאן לכאורה כי בקניינים שבהם נגמר המקח על ידי דיבור, כגון בהקדש וצדקה שבהם 'אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט' כל תכלית האמירה היא ליצור ולשקף גמירות דעת של המוכר, ואין באמירה דבר לבד מגמירות דעת זו. הדיבור במקרה זה הוא איפוא ביטוי לרצונו הסובייקטיבי של האומר. אין למילה זו קיום עצמאי וכוח משלה. היא אינה יוצרת דבר לבד מביטוי רצון הדובר וגמירות דעתו, וממילא אחר כוונתו ורצונו הדובר יש להתחקות במקרה

7.4. פרשנות החוזה כמפעל לשוני

אני סבור, כי אם נפנים את המקום הייחודי והשונה שתפסה תופעת הלשון בעולמם של חז"ל, כפי שהוצע בשורות לעיל, יתכן שהדבר יקל עלינו להבהיר את המשמעויות שיש להתמודדותם של חז"ל עם בעיית פרשנות החוזה.

כזכור, כללי פרשנות החוזה מבית מדרשם של חז"ל מבוססים על פתרון הבעיה הפרשנית בכלים לשוניים. כדי להגדיר את משמעות החוזה הם מעניקים משקל מוגבר להגדרות הלשוניות של המונחים הטעונים פירוש, הגדרות המבוססות על לקסיקון מונחים שקבעו חז"ל או על המשמעות המקובלת. לעיל ביקשתי להדגיש, כי עם כל השוני הקיים בין שני מאגרים לשוניים אלה, שניהם תחומים בתוך המישור הלשוני ואינם חורגים ממנו.¹³³¹ הדבר בולט בעיקר לאור מגמתם השיטתית של חכמים לדחוק את הדעה הטוענת, כי בפירוש החוזה יש לשקלל את הנסיבות הספציפיות שבהם הצדדים היו נתונים בעת הכריתה. ניכר אפוא כי חכמים בוחרים לעצב את כללי פרשנות החוזה על פי משמעות לשונו, לאו דווקא על פי אומד דעתם הסובייקטיבית של הצדדים.¹³³² מהו אפוא פשר הדבר? מדוע הממד הלשוני של החוזה כה יקר וחשוב היה בעיניהם של חכמים?

אם נבקש להסיק מכללי הפרשנות שראינו לעיל על מערכת היחסים שבין לשון החוזה לבין מפגש הרצונות של הצדדים, אני סבור שנמצא כי לשון החוזה נתפסת על ידי חכמים כדבר העומד בפני עצמו. אמנם מלכתחילה השימוש שעשו בה הצדדים נועד ליצירת מפגש הרצונות ולתיאורו, אולם משעה שהדבר מצא את ביטויו בלשונם, כביכול הופכת הלשון ונהיית לחי הנושא את עצמו. לשון החוזה פוסקת מלשמש כלי בידי הצדדים והיא כובשת את מרכז הבמה והופכת לשחקן ראשי. לפיכך, חוסר בהירות לגבי המשמעות הלשונית של החוזה מטרידה את חז"ל כשלעצמה, עד שהפתרון הפרשני שהם מגבשים ממוקד כל כולו במישור זה של הלשון. יתכן שזהו הגורם המסתתר בבחירתם של חז"ל להתמודד עם הממד הלשוני של החוזה לכשעצמו, ובמנותק משאלת אומד דעתם של הצדדים. במילים אחרות: את כללי פרשנות החוזה נכון לראות כפרוייקט לשוני מבית מדרשם של חז"ל.

דומני, כי אי אפשר שלא לחשוב בהקשר זה על מעמדה הכללי של הלשון בעולמם של חכמים, כפי שתואר לאורך פרק זה. ראינו, כי הלשון נתפסה על ידם כבעלת תפקיד מכונן בהוויית העולם והאדם, כחי הנושא את עצמו, אשר הקומוניקציה אינה אלא אחד ממופיעיה הרבים, ולא בהכרח העיקרי שבהם. אם אכן כך נתפסה הלשון בעיני חז"ל, שמא יש בכך כדי להעניק פשר ומשמעות נוספת לבחירתם שלא לכוון את כללי פרשנות החוזה אל הממד האינסטרומנטלי-קומוניקטיבי של

של ספק והוא המכריע" (וינרוט, **תפקיד המילים** (תשנ"ו), עמ' רכח-רכט). אני מקווה שבפרקים הקודמים של מחקר זה הוכח באופן מספק שכללי פרשנות החוזה אינם מכוונים לחשיפת "רצונו הסובייקטיבי של האומר". ובהמשך פרק זה אני מבקש להוסיף את הטענה, כי גם במסגרת דיני החוזים חז"ל מייחסים ללשון החוזה קיום עצמאי.

¹³³¹ כלומר, גם המשמעות המקובלת מתפקדת כאמצעי להגדרת הלשון ולא לאומד דעתם של הצדדים. על כך ראו לעיל, סעיף 5.7.

¹³³² זאת חרף העובדה, שבתחומי משפט אחרים (ובכלל זה שאלות פרשניות שאינן קשורות בלשון), אומד דעתו הסובייקטיבית של האדם נחשב על ידי חז"ל כדבר בר-השגה וכאמת מידה משפטית כבדת-משקל. ראו לעיל, פרק 6.

הלשון. כללים אלה אכן אינם מתייחסים אל הלשון כאמצעי, אלא מניחים שהלשון היא תכלית בפני עצמה. הלשון עצמה יקרה היתה בעיני חכמים מכדי למצותה כאינסטרומנט בידי בני אדם. לפיכך, התופעה של מלים שונות בשפת היום יום – בית, ספינה, דלת, שדה, עיר וכדומה – שמשמעותן המדוייקת אינה ברורה ולא ניתן להגדיר בבירור את מובן, נתפסה אצל חכמים כבעיה מהותית יותר מאשר חוסר בהירות לגבי כוונתם של המוכר והקונה. הלשון, אשר אמורה להגדיר, לחדד ולהבהיר, גורמת לערפול ולטשטוש. ככל הנראה, יותר משחז"ל מוטרדים בנקודה זו לעתיד ההתקשרות שבין המוכר והקונה הם חוששים לעתיד הלשון ומקומה בחברה.

המענה שמוצאים חז"ל לבעיה זו מקופל בפרוייקט הלשוני הנפרש בפרקים אלה שבמסכת בבא בתרא, שבהם חז"ל עושים לשיקומה של הלשון. בשלב ראשון הם עושים זאת על ידי שרטוט לקסיקון מונחים רחב, המעמיד את הלשון על תילה. בפרקים אלה חז"ל אינם מסתפקים בהדגמה של דרכי פירוש או בהבאת מקרים טיפוסיים ספורים, אלא הם מבקשים להקיף בהגדרותיהם הלשוניות את מכלול המלים והביטויים הרלוונטים.¹³³³ בשלב מאוחר יותר בוחרים האמוראים להחליף את הלקסיקון במאגר לשוני דינאמי וחי: המשמעות המקובלת. במובן מסוים, יש לאפיין פרקים אלה שבמסכת בבא בתרא כפרקי לשון, אשר הימצאותם בתוך דיני הממונות מעניקה להם גוון משפטי ברור.¹³³⁴

¹³³³ אני מבקש להזכיר את שצינו לעיל (ליד ציוני הע"ש 407, 629, 666), כי המשניות העוסקות בפרשנות לשון החוזה מאופיינות בקוואיזם רב, שלא לומר קיצוני. אין מדובר בהדגמה של מספר מקרים, אלא בניסיון להקיף כמה שיותר הגדרות לשוניות. קשה להצדיק את היקפו הנרחב של מפעל זה אך ורק על רקע הצורך לספק מענה לוויכוח הנטוש בין המוכר לבין הקונה. היקף נרחב זה מתיישב טוב יותר עם הטענה שהעלתי, כי מפעל פרשנות לשון החוזה נועד להבהיר את השפה ולהפוך אותה לשפה ברורה. לפיכך, אין מדובר בהדגמת עקרונות, אלא ברשימה מילונאית רחבה עד כמה שאפשר.

¹³³⁴ מכמה מן המחקרים העוסקים בתפיסת הלשון שבהלכה (ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 1318) עולה כי הם תחמו את עיונם למרחב שבין שני קטבים מנוגדים. שני קטבים אלה מייצגים את שתי האפשרויות העקרוניות שביניהם מתלבטים החוקרים, או לחלופין שביניהם מתלבטים המקורות ההלכתיים שלפניהם. מן העבר האחד עומדת תפיסה 'רציונלית', הרואה בלשון דבר המלמד על עניינים שבנפש, ואשר תכליתו ומהותו היא הקומוניקציה. ומן העבר השני עומדת תפיסה מיסטית ו/או מאגית של הלשון, הרואה בה כמין דבר המפעיל באופן א-רציונלי מערכות שונות – פיסיות, קוסמיות או הלכתיות. כך למשל, דן וינרוט בשתי אפשרויות קצה: "המילים בנדר הן בנות כח מאגי המנותק במידה רבה מכוונתו הסובייקטיבית של הנודר, וכוחן אינו שואב מתפקידן ככלי לביטוי רצונו של הנודר. להבנה זו השלכה ברורה על כללי הפרשנות הנוהגים ביחס למילות הנדר" (וינרוט, **תפקיד המילים** (תשנ"ו), עמ' רלט, ההדגשה שלי – ב.פ.). ניוודיות דומה עמדה לנגד עיניו של אבירם רביצקי, שכתב: "בתפיסת הרמב"ם הלשון מביעה 'עניינים שבנפש'. לאמור, כוחה של הלשון מתמצה בהבעת תכנים סמנטיים וקומוניקטיביים. תפיסת הלשון האריסטוטלית של הרמב"ם בולטת בניגודה לתפיסות לשון **מיסטיות ומאגיות**. מקום שעבור הרמב"ם פוסקת הלשון מלתפקד, שם היא מתחילה את תפקידה עבור **המיסטיקון והמאגיין**. בתפיסות **המאגיות והמיסטיות** של הלשון נתפסת הלשון כתופעה מטאפיזית בעלת עומק וכוחות, העולים מעל ומעבר לפונקציה ההבעה והקומוניקציה. מכאן הלגיטימיות שיש בתפיסות אלה ל'שמות' חסרי משמעות סמנטית" (רביצקי, **תפיסת הלשון של הרמב"ם**, 225, ההדגשות שלי – ב.פ.). יש לזכור, כי במקרה זה הבינריות שביחס לתופעת הלשון מיוחסת לרמב"ם עצמו. וראו למשל מורה נבוכים, חלק א, פרקים סא-סב. ראו גם אברהם יהושע השל, **תורה מן השמים באספקלריה של הדורות** (לונדון וניו-יורק, תשכ"ב), 209, 216; דביר, **השם המקראי**, 15.

ואין צריכה להתמיהנו העובדה, שאת מרצם הלשוני הביאו חז"ל לידי ביטוי דווקא בעולם המשפט. אם נקבל את הטענה המסתברת כי ההלכה היא לב היצירה החז"לית (כמו גם לוז היצירה היהודית לאורך מרבית שנותיה),¹³³⁵ אך טבעי ומתבקש שבה ייתנו חז"ל ביטוי לתפיסות היסוד שבעולמם, ותפיסות הלשון וודאי בכלל זה. רוצה לומר: מי שעיקר מעייניהם נתונים בשאלות הלכה ומשפט, הדעת נותנת כי שם גם ייתנו ביטוי לשאלות המרכזיות המנסרות בחלל עולמם.

כפי שראינו, לא רק פרשנות החוזה שימשה פלטפורמה לפרויקט הלשוני של חז"ל, אלא גם פרשנות הנדר. מסכת נדרים מכילה לקסיקון אשר דומה מפנים רבות ללקסיקון שבמסכת בבא בתרא. דיני פרשנות הנדר, בדומה לדיני פרשנות חוזה, נחזו בעיני חז"ל כמקום ראוי להבהרת משמעותם של מלים, מונחים וביטויים רלוונטיים. עם זאת, כפי שכבר נאמר לעיל, יתכן שאופיו של הנדר כמעשה דתי, בשונה מאופיו החברתי של החוזה, הביא להדגשה מעט בולטת יותר של כוונת הנודר על פני משמעות דיבורו.¹³³⁶ ולפיכך, במסגרת פרשנות הנדר הלקסיקון לובש אופי גמיש יותר, כשלעיתים הוא נוטה להעמיד במוקד המעשה הפרשני את כוונת הנודר ואת הנסיבות שבהן הוא היה נתון.¹³³⁷

כאמור, כללי פרשנות לשון החוזה אינם מפרשים בדרך זו או אחרת את הקשרים שביניהם לבין תפיסת הלשון בעולמם של חז"ל, ואין אנו יוצאים מגדר השערה בעלמא. עם זאת, הדבר טבעי

דומני, כי הצבה קוטבית זו נובעת מן ההתרכזות היתירה בהלכות בעלות אופי ריטואלי, בהן נוצרת תחושה שכביכול הלשון פועלת באופן מיסטי. רוצה לומר, אם הנדר או השבועה או מעשה הקידושין צריכים להיאמר דווקא בלשון הקודש, ככל הנראה השפה נתפסת כפועלת בדרך מיסטית ולא בדרך הקומוניקטיבית-רציונלית הרגילה. אני סבור כי מבחינה זו, עיון במחשבת הלשון המשתקפת מתחומי הלכה בלתי ריטואליים, כגון כללי פרשנות החוזה, עשוי להעניק אפקט משחרר. אם בתחום זה אנו מוצאים כי תכלית הקומוניקציה אינה ממצה את האופן שבו חז"ל מבינים את תפקיד הלשון, יש מקום לבקש אחר תפיסה שונה של הלשון, אך שאינה בהכרח מיסטית או מאגית, בהתאם לאופיו הבנאלי של תחום הלכתי זה. כאן דרושה דרך ביניים. אכן, אני סבור שלאורכו של פרק זה השתדלתי להציג תפיסה חז"לית הרואה בלשון דבר מהותי המעצב את מרכיבי הזהות הבסיסיים ביותר של העולם והאדם, אולם זאת לאו דווקא במונחים מיסטיים. מבחינה זו אני מזדהה עם יוסף דן שטען (**על הקדושה**, 122): "קדושת הלשון ואין סופיות המשמעות הגנוזות בה איננה תופעה מיסטית. היא תוצאה ישירה והכרחית של התפיסה כי קדמה הלשון לאדם ולעולם, וכי מהותה אלוהית...". או כפי שטען במקום אחר: "Is the 'language of creation' a mystical concept? Our tendency to identify anything mysterious, illogical and beyond comprehension as 'mystical' would tempt as to identify this phenomenon as an expression of a mystical attitude. Yet when analyzed carefully, I believe, a different result will be reached" (Dan, *The Language of Creation*, 153-154).

¹³³⁵ השוו למשל, ישעיהו לייבוביץ', 'ייחודו של עם ישראל', **אמונה, היסטוריה וערכים** (ירושלים, תשמ"ב), 112, 114.

¹³³⁶ ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 1011.

¹³³⁷ הדבר אינו בהכרח עומד בסתירה עם מסקנה העולה ממקורות אחרים, ולפיה חלק מן הריטואל של מעשה הנדר הנו הדיבור, כלומר שאין הנדר קם אך ורק על סמך כוונת הנודר אם לא הוציא את הנדר בשפתיו (ראו וינרוט, **תפקיד המילים** (תשנ"ו), עמ' רלא. וראו מחלוקת הראשונים, המובאת לעיל, הע"ש 326). זאת בשונה מדיני הקניינים, שבהם ככל הנראה הדיבור שבין הצדדים אינו הכרחי וניתן ליצור חוזה מחייב על בסיס אומדנא דמוכח (וראו לעיל, הע"ש 903). הריטואל של הנדר עשוי לדרוש פעולת דיבור מצידו של האדם הנודר, אך הפרשנות של דברי הנודר תיעשה באופן גמיש וסובייקטיבי ובהדגשה של אומדן דעתו של הדובר.

וצפוי, ואינו צריך להפתיענו. לאור העובדה שמקומה של הלשון בעולמם של חז"ל הוא עמוק, מרכזי ומהותי, אך טבעי הוא שעקבותיה של תפיסה זו תגענה למקומות שאף חז"ל עצמם לא עמדו על כך באופן גלוי ומפורש.¹³³⁸

עם זה, דומני כי אף על פי שאין ראיה לדבר, רמז יש כאן. לעיל ראינו, כי המונח שנבחר על ידי חכמים לציון פרשנות חוזה הוא "דורש לשון הדיוט" או "מדרש כתובה".¹³³⁹ אין צורך לומר, כי הזיהוי המינוחי של פירוש החוזה עם מדרש החוזה אינו דבר טריוויאלי, אלא דבר טעון ביותר בעולמם של חכמים. הווי אומר, פירוש החוזה כמוהו כפירוש פסוקי התורה. וכבר בתלמוד עמד האמורא רב חסדא על הקרבה שבין שני סוגי הפירושים. בהתייחסו לטענתם של בית שמאי, כי מנוסח לשון הכתובה יש ללמוד שזכאות האשה לפרעון כתובתה תלויה בקבלתה היתר לנישואין חדשים,¹³⁴⁰ אמר רב חסדא:¹³⁴¹

נתייבמה – יבמה נכנס לנחלה על פיה; הם דרשו מדרש כתובה, אנו לא נדרוש מדרש תורה? יקום על שם אחיו אמר רחמנא, והרי קם.

וכפי שניסח זאת הרמב"ן, בשם ר' יהודה בן ברזילי:¹³⁴²

כי הלל הזקן ור' יוסי וכל אותם הזכורים שם ר"מ ור' יהודה וזולתם היו מדקדקים בלשון ההדיוטות שכותבין בשטרותיהן ודורשים אותם, כמו שהם מדקדקים בדברי תורה ודורשין אותם, ולא כפשטן אלא מדרשות אחרים

נמצא אפוא, כי בעולם המושגים של חז"ל פירוש החוזה קרוב למדרש התורה בשמו, ושמא גם במהותו. הנחות יסוד שעומדות בבסיס המפעל של מדרש הכתובים עשויות לעמוד גם בבסיס פרקי המשנה וסוגיות התלמוד שהסדירו את פרשנות החוזים.

7.5. פרשנות לשונית – הלכה תיאורטית או פתרון למעשה? מבט

נוסף

א. אופן זה של הצגת הדברים עשוי להעמידנו על מסקנה חשובה נוספת לגבי מעמדם הסיפוט של כללי פרשנות החוזה שבמשנה ובתלמוד. אם אכן פשרם של כללים אלה נעוץ במעמדה של הלשון בהשקפת עולמם של חז"ל, ואם אכן יש לקרוא פרקים אלה של מסכת בבא בתרא כפרקי לשון, כמפעל לשוני, יש מקום לשער שבעניין זה יתקיים פער של ממש בין ההלכה הכתובה, התיאורטית, לבין ההלכה הנוהגת. ואבאר.

¹³³⁸ ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 1246.

¹³³⁹ על כך ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 29.

¹³⁴⁰ ולפיכך, לדעתם, האשה שבאה ממדינת הים ואמרה "מת בעלי" לא רק שתוכל להינשא לאחר, אלא גם תהיה זכאית ליטול כתובתה. ראו משנה, יבמות טו, ג. ראו גם לעיל, ליד ציון הע"ש 34.

¹³⁴¹ בבלי, יבמות ק"ז ע"א.

¹³⁴² חידושי הרמב"ן, בבא מציעא קד ע"א, ד"ה יר' מאיר'. השו"ת דברי המבוא לספרא דבי רב, כרך א, מהדורת פינקלשטיין (ניו יורק, תשמ"ט), 124: "הלל דרש לשון הדיוט, ואף שבאותו מקרה לא הוצרך להשתמש באחת ממידותיו, הרי מבואר מסגנון הברייתא שהלל היה דורש דברי הדיוט כמו שהיה דורש את הכתוב".

פירוש חוזה למכירת 'בית' על פי הגדרתה הלשונית-לקסיקלית של מילה זו עשוי אולי להלוך תפיסות מסוימות במחשבת חז"ל, אולם ספק אם יתרום לעשיית צדק בין הצדדים לחוזה. פירוש בדרך זו עשוי להעניק לאחד הצדדים זכויות שונות, למשל להעניק לקונה חלקים בבית שהם שנויים במחלוקת, וזאת רק משום שכך המשמעות הלקסיקלית של המילה 'בית', אף שיתכן והצדדים מעולם לא הסכימו על כך. למעשה, בדרך זו חכמים תורמים להיווצרות מצב שבו המחוקק הוא שקובע את חלוקת הזכויות והחובות בין הצדדים ולא הצדדים עצמם¹³⁴³ (אלא אם הצדדים משכילים להביע בחוזה את כוונתם באופן כולל וחד-משמעי¹³⁴⁴). מבחינה תוצאתית, הדבר עלול לפגוע במוטיבציה של מתקשרים פוטנציאליים לכרות חוזה, שכן בכך הם מסתכנים שעתידו של החוזה יפורש על פי המשמעות שקבעו חכמים מנסחי הלקסיקון (או על פי המשמעות המקובלת), ובכל מקרה לא על פי האופן שבו הם עצמם כצדדים לחוזה הבינו את הסכמתם המשותפת.¹³⁴⁵

אמנם וודאי שגם ישנו היבט תוצאתי חיובי לפירוש הלשוני של החוזה. מדיניות פרשנית זו צפויה לדרבן צדדים הנתונים בשלב המשא ומתן להבהיר טוב יותר את כוונותיהם ולחדד באופן מדויק את מפגש רצונותיהם, שכן הם יודעים כי אם לא כך יעשו הרי שהחוזה יפורש על פי אמות מידה לשוניות אובייקטיביות וגורפות. קונה היודע, למשל, כי המוכר את הבית אינו מוכר את התנור המטלטל שבו, יתעקש לפרש בחוזה שרכישת הבית כוללת בתוכה את רכישת התנור. לחלופין הוא צפוי להפחית את מחיר התנור ממחיר הקנייה. אם לא ייעשה כן אין לו להלין אלא על עצמו.

אלא שמבחינת שיקולי המדיניות נראה שתוצאה זו עדיין אינה מצדיקה את הפרשנות המילולית של החוזה. היא צפויה לסרב באופן מהותי את תהליך כריתת החוזה, אשר יהפוך להיות תהליך מייגע ומתיש, שבו מתעכבים באופן פרטני ודקדקני על כל קוץ וקוץ בתיאור החפץ הנמכר. אין צורך לומר, כי במונחים כלכליים הדבר ייקר לשווא את הכנת החוזה, ועלול להפחית את יעילותו.¹³⁴⁶ הצדדים לא יוכלו להרשות לעצמם לפשט ולזרז את תהליכי הכריתה, שכן הם לא יוכלו לסמוך על בית הדין שבעת הצורך יפרש את החוזה בהתאם לכוונת הצדדים.

זאת ועוד. כפי שטענו לעיל,¹³⁴⁷ הפרשנות המילולית אמורה לחול גם על צדדים שכבר כרתו את החוזה וכלל לא היו מודעים מלכתחילה לקיומו של הלקסיקון שקבעו חז"ל, ודאי שלא לפרטי פרטיו. במקרה זה, פירוש החוזה על פי הלקסיקון עלול להוביל לתוצאות שתיחשבה בלתי צודקות. מכוחו יחול על הצדדים פתרון גורף, שאינו משקף בהכרח את ההסכמות המשוערות ביניהם, אף שקשה יהיה לטעון במקרה זה כי לצדדים אין להלין אלא על עצמם.

¹³⁴³ להתנגשות בין הלקסיקון לבין עקרון חופש החוזה ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 455.

¹³⁴⁴ על כך ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1346.

¹³⁴⁵ אמנם השימוש בלקסיקון תורם להגברת הוודאות והבטחון החוזיים, שכן התוצאה הפרשנית צפויה מראש (על כך ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 118, ולהלן, ליד ציון הע"ש 1459). ברם, תוצאה צפויה זו עלולה להרתיע את הצד ששלול להיפגע ממנה מלהתקשר בחוזה.

¹³⁴⁶ ראו למשל, F. H. Buckley, 'Three Theories of Substantive Fairness', 19 *Hofstra L. Rev.* 33 (1990-1991).

¹³⁴⁷ ראו דיונו לעיל, סעיף 4.9.1.

ב. אני סבור, שדווקא הדגשה של הזיקה שבין כללי הפרשנות שבמשנה לבין מעמד הלשון במחשבת חז"ל, עשויה לתרום להתרת הסבך שתואר בשורות הקודמות. לעניות דעתי יש מקום לבחון את ההשערה, כי את הכללים של פרשנות החוזה שבמשנה ובתלמוד יש לסווג כ'הלכה' יותר מאשר 'הלכה למעשה'.¹³⁴⁸ כלומר, הכללים של הפרשנות המילולית של החוזה מיועדים לביצור מעמדה של הלשון ולשכלולה, ולפיכך תחום מחייתם העיקרי הוא במישור התיאורטי, הכתוב. זאת בעוד שבמישור היישומי, הנוהג, קיימת מחויבות גדולה הרבה יותר להחלת פתרון העושה צדק עם הצדדים ואשר מקדם שיקולי מדיניות נוספים. בעבודת בתי הדין (להבדיל מדיוני בית המדרש) צפויה להימצא הדגשת יתר של אומד דעתם הסובייקטיבית של הצדדים, שקילת הנסיבות וכדומה.¹³⁴⁹ אם אכן תימצא אמת בהשערה זו, עשויה להתקבל בידינו תמונה מעניינת, לפיה הכללים הכתובים של פרשנות החוזה משקפים מאמץ לשוני של חז"ל, שאת טעמיו פירטנו לעיל, בעוד שבפועל הפרשנות תתחשב בשיקולים משפטיים פרשניים קלאסיים, כדוגמת אומד דעת הצדדים, צדק, יעילות ועוד.

למותר לציין, כי אין להכריע את השאלה, האם כללי פרשנות החוזה שבמסכת בבא בתרא הם הלכה או הלכה למעשה, על פי השערה אודות פשרם הפילוסופי. הדבר צריך להיות מוכרע לאור עיון הלכתי קפדני במקורות המשנה והתלמוד. אלא כפי שכבר נאמר לעיל,¹³⁵⁰ ניתוח הספרות התלמודית אינו מביא להכרעה חד-משמעית בדבר. לפיכך, אני סבור שכאן עמידה על פשרם התיאורטי של כללי פרשנות החוזה עשויה בכל זאת ליתן כיוון מסויים לגבי זיהוי המישור שבו הם פועלים.

7.6. בין חד-משמעותה של הלשון לבין רב-משמעויותיה

לפני סיום, אני מבקש לחדד את האמור בפרק זה על-ידי התמודדות עם סתירה לכאורה בין שתי מגמות בקרב חז"ל ביחסם ללשון, בין זו המשתקפת ממפעל המדרש לבין זו שמצאה ביטוי בכללי פרשנות החוזה.

א. לעיל טענתי, כי חז"ל מוטרדים מבעיית עמימותה של הלשון, כפי שהיא משתקפת בתחום פרשנות החוזה, ולפיכך הם מייחדים פרקים שלמים במסכת בבא בתרא (ובמסכת נדרים) להבהרת הלשון באמצעות מתן הגדרות לקסיקאליות מדויקות למלים, מונחים וביטויים. נראה כי חז"ל חפצים לראות לנגד עיניהם לשון שהיא חד-משמעית, בהירה וברורה. מלים כגון 'בית', 'ספינה', 'שדה', 'דלת', 'תנור' ועוד, חייבות לקבל הגדרה חותכת וחד-משמעית, שאינה מותרת אחריה מרחב פרשני,¹³⁵¹ שלא לומר מאפשרת עמימות.

¹³⁴⁸ על כך ראו בהרחבה לעיל, סעיף 4.9.2.

¹³⁴⁹ כדוגמת פסק דינו של הרב אברהם שפירא, אשר תואר לעיל, הע"ש 671.

¹³⁵⁰ ליד ציון הע"ש 666.

¹³⁵¹ כמובן שהצדדים יכולים במשותף לקבוע בחוזה תכנים שונים מאלה שנקבעו בלקסיקון שבמשנה (ראו למשל, לעיל, ליד ציון הע"ש 897). אולם חשוב ליתן את הדעת, כי בכך אין כדי לשנות את ההגדרות הלשוניות שקבעו חז"ל. אם, דרך משל, הצדדים יקבעו בחוזה כי הבעלים מוכר לקונה את הבית ללא הדלת (בשונה מן המופיע במשנה, בבא

הדבר אינו עולה לכאורה בקנה אחד עם תפיסתם של חז"ל את רב-משמעויותיה של הלשון, כפי שהיא משתקפת מתוך עולם המדרש. ראינו לעיל, כי המפעל הדרשני מבוסס על ההנחה כי הלשון מכילה רב-משמעויות (שלא לומר אין-סוף משמעויות).¹³⁵² זהו עקרון 'שבעים פנים לתורה',¹³⁵³ שהוא מן התשתיות המרכזיות של עולם המדרש, במסגרתו הדרשן מפיך מגוון עצום של משמעויות מתוך דיבור אחד.

מדוע אפוא חז"ל שבמסכת בבא בתרא מניחים, שמבחינה לשונית יש ערך לחתירה להבהרה חד-משמעית של המונחים 'בית', 'שדה' ו'עיר', ואינם מוכנים לקבל את ההנחה כי יש כמה משמעויות אפשריות למונחים אלה, ומתוכם ראוי לברור את המתאימה לפי נסיבות הזמן והמקום?! והלא מונחים אלה בדיוק, כשהם מופיעים בפסוקי התורה נדרשים על ידי חז"ל בקשת רחבה, כמעט בלתי סופית, של משמעויות אפשריות; בעיני חכמי המדרש, "אין בית אלא שכינה", "אין שדה אלא בית המקדש" ו"אין שדה אלא נערה המאורסה".¹³⁵⁴ ברור ומובן מאליו שמשמעויות כה מרחיקות לכת אינן רלוונטיות לתחום החושים, אך האין זה מתבקש כי חז"ל שבמסכת בבא בתרא לכל הפחות יניחו, כי המילה 'שדה' עשויה להכיל בו זמנית כמה משמעויות פשוטות יותר – כגון שדה הכוללת את האבנים, השומרה והחרוב שבתוכה וכן שדה שאינה כוללת אותם¹³⁵⁵ – ובלא שיהיה צורך לקבע באופן גורף וא-פריורי את הפירוש האחד והיחיד שאין בלתו?¹³⁵⁶

ב. דומני, כי אמנם שני מאפיינים אלה של הלשון – חד-משמעויותה ורב-משמעויותה – מתקיימים במקביל ובו זמנית, אולם בשני מישורים נפרדים. לשם כך יש להבחין בין מובנה הגלוי של הלשון, שבו חכמים חותרים לבהירות ולחד-משמעויות מקסימליים, לבין המובן הסמוי שהלשון נושאת בחובה, שם הם מניחים את אין-סופיותה. כשהם מפרשים את הלשון, הם חותרים להעמדתה על

בתרא ד, ג) אמנם לשון החוזה היא שתכריע. אולם הדבר רק ידגיש, כי ההגדרה של המילה 'בית' כוללת את הדלת, ולפיכך יש צורך בתוספת המיוחדת המוציאה את הדלת מן החוזה.

¹³⁵² ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 1292.

¹³⁵³ לגלגולי ביטוי זה ראו חננאל מאק, 'שבעים פנים לתורה – למהלכו של ביטוי', משה בר אשר (עורך), **ספר היובל לרב מרדכי ברויאר**, חלק ב (ירושלים, תשנ"ב), 449.

¹³⁵⁴ לדוגמה: "ויהי בהיותם בשדה – אין שדה אלא בית המקדש (בראשית רבה, פרשה כב, מהד' תיאודור-אלבק 213); "בתוך חמש שנים שמנע מחייו של אברהם עבר עשו הרשע שתי עבירות קשות: בא על נערה מאורסה והרג את הנפש, הדה הוא דכתיב 'ויבא עשו מן השדה' ואין שדה אלא נערה מאורסה' (פסיקתא דרב כהנא, פיסקא ג – זכור, מהד' מנדלבוים, 37); "אמר ר' יהודה: מהו 'מדלג על ההרים'? אמר הקב"ה: אם אני מסתכל במעשיהם של ישראל אין נגאלים לעולם אלא למי אני מסתכל? לאבותיהם הקדושים... ואין הרים אלא אבות" (שמות רבה, פרשה טו); "יבחכמה יבנה בית' ואין בית אלא שכינה" (אוצר המדרשים, אצילות, מהד' אייזנשטיין, 68).

¹³⁵⁵ על פי משנה, בבא בתרא ד, ח-ט.

¹³⁵⁶ רק בהקשר התלמודי, שהעמיד במקדד העניין הלשוני את המשמעות המקובלת, ראינו כי במקום שבו ישנן כמה משמעויות מקובלות (רוב ומיעוט) תיתכנה כמה משמעויות לגיטימיות למילה אחת. ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 856. זוהי אכן חלק מן ההגמשה המלווה את המעבר מן הלקסיקון אל המשמעות המקובלת.

חד-משמעותה, וכשהם דורשים את הלשון הם מניחים את רב משמעויותיה.¹³⁵⁷ הרי זו מעין ההבחנה שבין 'פשטי' לבין 'דרשי'.¹³⁵⁸

מן הצד האחד, תפיסתם של חז"ל את הלשון כדבר בעל כוח יוצר, שאין למצותו כאמצעי קומוניקטיבי, מובילה אותם לבקש במישור הגלוי של הלשון את בהירותה וחד-משמעותה. בעיניהם, מונחים וביטויים העלולים לסבול דו-משמעות מאיימים על תפקודה השלם והרצוי של הלשון. אמנם הדבר אינו מהווה בהכרח מכשול ליצירת תקשורת סבירה בין בני אדם,¹³⁵⁹ אולם הוא עלול להכשיל את משימתה העיקרית של הלשון: כושרה לברוא עולם, לכונונו ולארגנו. לפיכך, חז"ל מרכזים מאמץ רב כדי להגדיר נאמנה את שלל המונחים והביטויים הרלוונטיים.

במקביל לתפיסה זו (ואולי כנביעה ממנה), חז"ל מניחים כי הלשון מקפלת בתוכה עושר של משמעויות נסתרות. אופיה הא-קומוניקטיבי של הלשון, ובעיקר מקורה האלוהי, מוביל להכרה ביכולתה של הלשון לשאת רב משמעויות, מעבר למה שיכולה לשאת על גבה הקומוניקציה הבנאלית בין בני אדם. הדרשן מבקש אפוא למצוא בלשון פירושים מפרושים שונים, המתקיימים כולם במקביל.¹³⁶⁰

¹³⁵⁷ אף שגם פירוש נקרא על ידי חכמים 'מדרשי', באופן המטשטש את הגבולים ביניהם. ראו לעיל, ליד ציוני הע"ש 32, 1291.

¹³⁵⁸ הגדרתם המדויקת של המונחים 'פשטי' ו'דרשי' היא שאלה סבוכה, החורגת מגבולות יריעה זו. על כך ראו מ"צ סגל, **פרשנות המקרא** (מהד' שניה, ירושלים, 1971), עמ' א; שלום רוזנברג, 'בין פשט לדרש: על פרשנות ואידיאולוגיה', **דעות לו** (תשכ"ט), 91; דוד הנשקה, 'אין מקרא יוצא מדי פשוטו, **המעין יז** (תשל"ז), 7, 52; לוי, **הרמנויטיקה**, 19; לנדאו, **דרכי הפרשנות**, 119; נריה גוטל, 'פולמוס הפשט והדרש: תיחום הוויכוח ומקומו', **בד"ד 18** (תשס"ז), 5. וראו רשימת המקורות שמביא גוטל, שם, הערה 1.

¹³⁵⁹ שכן די בהקשר שבו הדברים נאמרים כדי להבהיר את כוונת הדובר. דומה, כי כיום בעקבות זרם הפרגמטיקה בבלשנות (ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 943), יש מקום לטענה כי גם במישור הלשוני גופו לא ניתן לדבר על חד-משמעויות של מילים או של ביטויים. ההקשר קריטי להבנת המשמעות המילולית (ולא רק להבנת כוונתו של הדובר), והוא כמובן משתנה ממקרה למקרה. כך למשל בדוגמה של המשמעות תלוית ההקשר שיש למשפט 'אתה דורך על רגלי' (לעיל, ליד ציון הע"ש 945). באופן כללי, נראה שחכמים מבקשים אחר משמעויות חדות וברורות שאינן תלויות בהקשר. אם כי, כפי שראינו לעיל (ליד ציון הע"ש 354 ואילך), ישנן דוגמאות ספורות שבהן אף חכמים מכירים בקיומן של כמה משמעויות, שהברירה ביניהן תלויה בהקשר שבו נאמרו. ראו גם לעיל, הע"ש 185.

¹³⁶⁰ למערכת היחסים המתקיימת בין חד-ממדיותו של רובד הפשט לבין רב-ממדיותו של רובד הדרש ראו פרנקל, **דרכי האגדה**, חלק א, 83. פרנקל מדגיש, כי הדרשן, המוסיף רבדים רבדים של משמעות, מודע היטב לקיומו המובחן של רובד הפשט החד-משמעי. ביטויים קלאסיים לציונו של רובד הפשט הם 'משמעו', 'כמשמעו', 'פשטיה דקרא', 'אורחיה דקרא' ועוד. הטענה שהעליתי בסעיף זה עולה בקנה אחד עם קביעה זו, ולפיה רב המשמעויות של הלשון במסגרת המדרש אינה מכחישה את חד-משמעויות של הלשון במסגרת מובנו הפשוט. עם זאת, יתכן שיש מקום לסייג מעט את קביעתו של פרנקל, שכן "הביטויים 'כשמועו', 'כמשמעו', 'ככתבו', 'ככתבם' – אינם מעידים דווקא על ניסיון לעמוד על פשוטה של הפרשה, אלא באים לתאר את המובן המילולי של הביטוי, שלא תמיד הוא מובנו הפשוט של הפסוק". על כך ראו הלברטל, **מהפכות פרשניות**, 117, הערה 3.

ראו גם לוי, **הרמנויטיקה**, 21. לוי מתמודד עם ההסבר שלפיו ברובד הפשט חותרים לפירוש חד-משמעי משום שבו החתירה היא לפירוש ה'אמיתי', בעוד שברובד הדרש מתאפשר קיומם המקביל של פירושים רבים שכן בו האמת אינה קריטריון פרשני.

אלה הם אפוא שני משחקי לשון שונים שבשפה. זאת ועוד, יתכן כי אין מדובר אך ורק בשני משחקי לשון נפרדים, בשתי תמונות שונות של הלשון, אשר אפשר שמשקפות א-נומליות של השפה. יתכן שלפנינו שני היבטים אשר במובן מסוים תומכים האחד את רעהו. כך למשל, חד-משמעוּתה של הלשון במישור הפשט עשויה להשלים את רב-המשמעוּת שבמישור הדרש, ובכך לתרום להצלתה מידי אנרכיה לשונית.¹³⁶¹ המדרש מאפשר מגוון בלתי סופי של משמעוּת לכל מילה ומילה. האין בכך כדי לאיים על יכולתה של הלשון להמשיך ולהתקיים? אם המשמעוּת הנמצאות במילה 'שדה' מגיעות עד ליבית המקדש' ולינערה המאורסה'¹³⁶² איזה גרעין של משמעוּת עוד נותר ממנה, ובמה היא נבדלת מכל מילה אחרת שיכולה גם היא להכיל משמעוּת אלה? ובמילים אחרות: האם יש שוני של ממש בין תפיסת חז"ל את א-סופיות המשמעוּת של הלשון לבין תפיסות פוסט-מודרניות מסוג הדקונסטרוקציה, המערערות על עצם קיומה של משמעוּת יציבה למילה ולמעשה דוגלות בחוסר משמעוּת?¹³⁶³ דומני, שדווקא על רקע שאלות מעין אלה עשוי מפעל הלקסיקון של חז"ל לקבל חשיבות מפתיעה. חכמים רחוקים מרחק רב מתפיסת חוסר משמעוּתו של הטקסט, שכן לדידם במישור הגלוי יש לו מובן חד-משמעי ובר הגדרה ברורה. רב משמעוּתוּתה הנסתרות של המילה מתקיימות במקביל להכרה בחד משמעוּתה הגלויה.¹³⁶⁴

¹³⁶¹ ובהתאם, מן הראוי לשקול את תרומתה של רב-המשמעוּת שבמישור הדרש להעשרת תפיסת חד-המשמעוּת שבמישור הפשט.

¹³⁶² ראו לעיל, הע"ש 1354.

¹³⁶³ ראו הברטל, **מהפכות פרשניות**, 202: "רעיון ריבוי המשמעוּת של הטקסט אצל החכמים אינו מבטא יחס ספקני למושג המשמעוּת... ניתן אף לומר ההפך: בטקסט יש ריבוי משמעוּת ולא חוסר משמעוּת או אבדן משמעוּת. יש בו מ"ט פנים לכאן ומ"ט פנים לכאן, ולא חוסר פנים". דומני, כי בדבריו אלה הברטל מצביע על קיומה של הבחנה זו יותר מאשר מסביר את פשרה. ראו גם D. Stern, 'Midrash and Indeterminacy', *5 Critical Inquiry* 132 (1988), וכן זאב לוי, **הרמנויטיקה במחשבה היהודית החדשה** (ירושלים וחפה, תשס"ו), 174.

¹³⁶⁴ לדעת דן, **על הקדושה**, 120, הגורם שהציל את המסורת הדרשנית מפני אנרכיה רוחנית הוא המסורת ההלכתית. זו קבעה, במנותק מן הלשון, את המעשה החד-משמעי שיש לעשותו, ובתוך מסגרת המעשה ההלכתי התאפשר המדרש חסר הגבולות. בסעיף זה אני מבקש להוסיף על דבריו, ולהציע כי גם בתוך העולם הלשוני עצמו חכמים תקעו יתדות יציבים ללשון ולמשמעוּתוּתה, תוך הבחנה בין רבדים שונים של הפעילות הלשונית, ובכך הבטיחו את שמירת צורתה המגובשת של הלשון תחת פעילותו של המדרש.

7.7. נספח: תרומתה האפשרית של הפילוסופיה של הלשון במאה

העשרים להבנת מעמד הלשון במסורת היהודית

א. יש מי שטען, כי תפיסת הלשון שבמקרא ובמחשבת חז"ל כפי שתוארה לעיל – מקורה האלוהי של הלשון ותפקידה היוצר א-קומוניקטיבי – מנוגדת לתפיסה המקובלת אצל כל חוקרי הלשון בדורות האחרונים.¹³⁶⁵ הללו הניחו כי הלשון היא תופעה אנושית, וכי מהותה היא הקומוניקציה בין בני אדם. אני סבור, כי יתכן ולאור תמורות חשובות בפילוסופיה של הלשון במאה העשרים יש מקום לסייג קביעה גורפת זו, בעיקר בכל הנוגע לתפקידה המכונן של הלשון.¹³⁶⁶ יתירה מכך, דווקא ההישגים שהתקבלו בפילוסופיה של הלשון במאה העשרים, מאה אשר הוגדרה בין השאר כמאה של הפילוסופיה של הלשון,¹³⁶⁷ עשויים לצייד אותנו בכלים טובים יותר להבנת משמעויות העומק של תפיסת הלשון המקראית והחז"לית.¹³⁶⁸

בלא להתיימר לסקור באופן מקיף וממצה עניינים שונים בתחום הפילוסופיה של הלשון, ברצוני למנות על קצה המזלג ובאופן טלגרפי כמה אבני דרך רלוונטיים שהתחדשו בתחום זה במאה העשרים. אנו עשויים להיווכח כי תפיסות מקראיות וחז"ליות אודות מהות הלשון מתעוררות מחדש בזמננו אנו, כמוכן בהבדלי סגנון ותוכן מתחייבים. וודאי לא נצפה לפגוש אצל הוגה מודרני את התפיסה כי באמצעות הלשון האל בורא את העולם, אולם לא רחוקים ממנה הם הטיעונים בני זמננו, לפיהם רק באמצעות הלשון ומכוחה יכול העולם להינתן לאדם, ובלא הלשון ייחשב העולם כמי שאינו.

יתר על כן, דומני כי תפיסות מודרניות אלה עשויות להעניק לתפיסות המקראיות והחז"ליות שראינו לאורך פרק זה מובן עמוק ומורכב, אשר מציב אותן באופן פורה יותר בתוך אופקי

¹³⁶⁵ דן, *על הקדושה*, 109.

¹³⁶⁶ כלומר, דבריי בנספח זה אינם מתייחסים לתפיסות מקראיות וחז"ליות אחרות, כגון מקורה האלוהי של הלשון או אין סופיות המשמעויות שיש בלשון. לגביהן וודאי הצדק עם דן כי הן אינן נחלת חוקרי הלשון בדורות האחרונים. נספח זה מוקדש לאופייה המכונן של הלשון.

¹³⁶⁷ וראו סוברן, *שפה ומשמעות*, 27.

¹³⁶⁸ בנספח זה, כמו גם לאורך המחקר כולו, הדגש ניתן על הפילוסופיה של הלשון ולהבדיל מן ההרמנויטיקה. הפילוסופיה של הפרשנות, ההרמנויטיקה (ראו לעיל, הע"ש 14), אמנם דנה בשאלות פרשנות, ולכאורה אין הולמת ממנה עבור הנושא שבמוקד מחקר זה. אולם עיסוקה בבעיית הפרשנות נעשה מזווית שונה, שלדעתי אינה עולה כאן לדיון של ממש. ההרמנויטיקה הוטרדה בעיקר מן הפער העמוק הקיים בין הקורא הפרשן לבין הטקסט המתפרש, ובין שני אלה לבין מחבר הטקסט (באופן דומה ניתן גם לנתח את התהליך של פרשנות אירוע היסטורי או פרשנות של מצב עניינים מסוים). פער זה עשוי להתקיים במונחים תרבותיים, אתיים, פילוסופיים וכדומה. הוא עשוי לנבוע מפער היסטורי בין מחבר הטקסט לבין קוראיו, מפער סמכויות ועוד. ספרו של הלברטל, *מהפכות פרשניות*, מדגים היטב את הערך המוסף שיש לבחינת מסורות פרשניות של חז"ל לאור הישגי המחקר ההרמנויטי. במחקר הנוכחי, לעומת זאת, אני עוסק בפרשנות של מלים או משפטים הנאמרים בתוך הקשר היסטורי וגיאוגרפי מצומצמים, ללא קיומם של פערים משמעוטיים בין יוצרי הטקסט (הצדדים לחוזה) לבין מפרשיו (בית הדין).

החשיבה שלנו.¹³⁶⁹ מכאן חשיבותו של נספח זה לפרק הנוכחי העוסק במעמדה של הלשון בעולמם של חכמים.

אכן, הפילוסופיה של הלשון במאה העשרים סללה דרכים ביקורתיות חדשות בהבנתנו את מהות הלשון ואופן תפקודה, ויש בכוחה לאפשר לנו להתבונן מנקודות מבט בלתי שגרתיות על הנחות שכביכול טריוויאליות ומובנות מאליהן. למעשה, כבר בכמה מחקרים נעשה שימוש בהישגים כאלה ואחרים של הפילוסופיה של הלשון במאה העשרים כדי להבין טוב יותר מהלכים שונים בעולמם הלשוני של חז"ל ושל חכמים מתקופות מאוחרות יותר.¹³⁷⁰ וכך כתב בשעתו פרנץ רוזנצווייג לגבי המאפיינים היהודיים של הגותו הכללית, אשר כפי שנראה להלן במרכזה ניצבה תופעת הלשון:

את המחשב החדש במלים עתיקות אלה קיבלתי, ובהן חזרתי והבעתי אותו... דווקא בשביל מה שהוא בא לחדש עולות לו המלים היהודיות העתיקות... מלים יהודיות, ככל שהן עתיקות, יש להן חלק בנעורי הנצח של המלה. ואם העולם נפתח לפניהן הן מחדשות את העולם.¹³⁷¹

ב. את השאלה, האם ניתן למצות את תופעת הלשון ברעיון הקומוניקציה או שמא יש לה תפקיד עמוק יותר בעיצוב הוויית האדם,¹³⁷² אני מבקש לבדוק באמצעות עיון בשאלה מקבילה אחרת:

¹³⁶⁹ יודגש, שכמובן אין בכוונתי לטעון לחפיפה או להקבלה בין תפיסת הלשון של חז"ל לבין אי אלה מבין הוגי המאה העשרים, גם לא לקשרים היסטוריים ביניהם. אולם אבקש לטעון כי קיים ביניהם דמיון מעניין המזמין קיומו של דיאלוג משותף ופורה. הצבה מתודולוגית מעין זו מצאתי בהקדמה של מאיר בוזגלו למאמרו 'מסורת ולשון' (טרם פורסם), שבו הוא מפגיש בין הפילוסופיה של הלשון של ריה"ל, איש ימי הביניים, לבין זו של סול קריפקי, בן המאה העשרים.

¹³⁷⁰ ראו למשל יהודה ליבס, 'נחמן מברסלב ולדוויג ויטגנשטיין', *דימוי 19* (2000-2001), 10; הרב שג"ר, 'אמונה ולשון לפי האדמו"ר הזקן מחב"ד מפרספקטיבת פילוסופיית הלשון של ויטגנשטיין', משה הלברטל, דוד קורצויל ואבי שגיא (עורכים), *על האמונה* (ירושלים, תשס"ה), 365; גלעד ברעלי, 'על תלמוד תורה שחולק', *אלפיים 17* (תשנ"ט), 9, *אלפיים 20* (תש"ס), M. Buzaglo, 'Critique of Pure Gematry', M. Sharon (ed.), *Studies in Modern*; 169; R. Chatterjee, *Religions, Religious Movements and the Babi-Baha'I Faiths* (Leiden, 2004), 127; Wittgenstein and Judaism (New York, 2005). לספרות נוספת העוסקת בפילוסופיה של הלשון במסורת היהודית (מעבר למקורות שנוכרו לאורך פרק זה) ראו בנימין איש שלום, 'השפה כקטיגוריה דתית בהגותו של ר' י"ד סולוביצ'יק', משה בר אשר (עורך), *ספר היובל להרב מרדכי ברויאר* (ירושלים, תשנ"ב), 799; רחל אליאור, *חירות על הלוחות* (תל אביב, תשנ"ט), פרק ד: 'תפיסת השפה בחסידות'; רבקה ש"ץ-אופנהיימר, *החסידות כמיסטיקה* (ירושלים, תש"ס), פרק ט: 'עולם הדיבור ועולם המחשבה'; יונתן גרוסמן, 'תפיסת הלשון והאותיות בהגות ר' צדוק הכהן מלובלין', *שנה בשנה* (תש"ס), 172; M. Levi-Rubin, 'The Language of Creation or the Primordial Language, a Case of Cultural Polemic in Antiquity', *49 Journal of Jewish Studies* 306 (1988); A. V. Ettin, *Speaking Silences, Stillness and Voice in Modern Thought and Jewish Tradition* (London, 1994); M. Idel, 'Reification of Language in Jewish Mysticism', S. Katz (ed.), *Mysticism and Language* (New York 1992), 42. לביבליוגרפיה נוספת ראו הרשימה המקיפה בסוף ספרו של גרוס, *ברית הלשון*.

¹³⁷¹ רוזנצווייג, 'המחשב החדש', *נהריים*, 234.

¹³⁷² וראו למשל אסא כשר, 'דת ושפה', משה חלמיש ואסא כשר (עורכים), *דת ושפה – מאמרים בפילוסופיה כללית ויהודית* (תל אביב, תשמ"ב), 25.

האם החשיבה קודמת ללשון ולדיבור או שמא הלשון היא שקודמת לחשיבה? האם יש אמת בתמונת העולם האינטואיטיבית, לפיה ראשית עוברות בראשו של אדם מחשבות ורק אחר כך הוא מנסח אותן במלים ובמשפטים, או שמא המחשבה היא שמונעת על ידי הלשון?¹³⁷³

שורה של הוגים בני המאה העשרים ערערו, כל אחד ואחד על פי דרכו, על תמונת עולם מקובלת זו. לטענתם, הלשון קודמת לחשיבה ומעצבת אותה, ואינה רק מושפעת ממנה ומונעת על ידה. הם העמידו אותנו על כך, שאנו נולדים אל הלשון ומוטלים אל תוך הגבולות שהיא מציבה לנו. הלשון היא שקובעת את גבולות החשיבה של האדם. בלא הלשון אין לאדם היכולת לקלוט את הסובב

¹³⁷³ תמונת עולם אינטואיטיבית זו, לפיה המחשבה קודמת ללשון ומצויה מעבר לה, ימיה עתיקים, והיא מצאה לה ביטויים רבים לאורך תולדות המחשבה האנושית. אופייניים בהקשר זה תיאורים כדוגמת זה של ברוך שפינוזה: "דווקא מן העובדה שאלוהים נתגלה לכריסטוס או לרוחו, באופן לא אמצעי, ולא באמצעות מלים ותמונות כמו לנביאים, אין בידנו להכיר כל דבר אחר אלא זה שכריסטוס תפס את הדברים הנגלים לאמיתם, כלומר הכירם; שכן אין דבר מוכר אלא כשהוא נתפס ברוח גרידא מעבר למלים ולתמונות" (**מאמר תיאולוגי-מדיני**, פרק ד, תרגום: ח' וירשובסקי, ירושלים, תשכ"ב, 50). וכן התיאור דקארט את הגורם הרביעי לטעויותינו: "קושרים אנו את תפישותינו לדיבורים מסוימים על מנת לבטאן בפיו, וזוכרים את הדיבורים יותר משאת הדברים. לכן, אין כמעט ביכולתנו לתפוש דבר כלשהו באורח כה מובחן, עד שנפריד לגמרי בין מה שאנו תופסים לבין הדיבורים שנבחרו כדי לבטאו" (**עקרונות הפילוסופיה**, חלק א, תרגום: שרה ירצקי ושלמה קרניאל, ישראל 1979, פסקה 74, עמ' 61). ראו גם תיאורו של דה סוסיר: "נניח אפוא שני אנשים, א' וב', המשווחים זה עם זה. נקודת המוצא של המסלול נמצאת במוחו של אחד מהם, למשל א', ובו מצורפות תופעות התודעה – שנכנה אותן מושגים – לייצוגים של הסימנים הלשוניים או לדימויים אקוסטיים המשמשים לביטוי" (דה סוסיר, **קורס בבלשנות מודרנית**, 48). וכך תאר זאת אליעזר שביד: "דרכם של פילוסופים אידיאליסטים להניח שהלשון מובחנת מן המחשבה. המחשבה היא הפעולה הפנימית המהותית של הרוח, ואילו הלשון היא מערכת סימנים נבדלת מן המחשבה המשמשת למסור אותה לזולתנו. על ידי הבחנה זו נשלם הבידוד בין המחשבה המרוכזת בעצמה לבין המציאות החיצונית לה" (שביד, **ריאוריינטציה**, 203-204).

מתמונת עולם זו מתבקשת המסקנה כי החשיבה יכולה שתיעשה גם ללא מלים. למשל: "The question whether thought is possible without language has been a favorite topic of discussion among philosophers. Some interesting reminiscences of his childhood by Mr. Ballard, a deaf-mute instructor in the National College at Washington, show it is possible" (William James, *The Principles of Psychology*, New York, 1890, 266).

תמונת עולם זו מצויה כמובן גם אצל הוגים יהודיים. בולטים הדברים, לדוגמה, בהגותו של הראי"ה קוק, שכתב: "המחשבות הקודמות לכל האותיות הן משוטטות בנו תדיר" (הראי"ה קוק, ראש מילין, עמ' א) ראו גם אורות הקודש, חלק ב, עמ' שלו, 'המעין המילולי'; שם, חלק ג, עמ' רעד; שם, עמ' רפד. ראו גם תיאורו של הרב י"ד סולובייצ'ק, על התשובה, 62: "כל אמוציה, כל תחושה, רעיון והרהור, מתבחרים לאדם ונתפסים על ידו לאחר שהצליח לבטאם במשפטים בעלי מבנה הגיוני ודקדוקי. כל כמה שאדם מתהלך ברעיונות סתומים, ויהיו שגיאם ונשגבים כאשר יהיו, כל זמן שלא הוציאם מן הנסתר אל הנגלה – הם אחרים, שונים ונעלמים... האדם עצמו אינו יודע מה מתרחש אף בליבו שלו, עד שהוא מגבש הרגשיו ורעיונותיו ויוצקם לדפוסי ביטוי". על כך ראו גם גרוס, **ברית הלשון**, 206-207.

דרך אגב, לתפיסה אינטואיטיבית זו יש עקבות ברורים בשפת היומיום. בהקשר זה אופייניים באנגלית ביטויים מטפוריים, כגון: 'It's difficult to put my ideas into words'. 'Try to pack more thought into fewer words'. 'His words carry little meaning'. 'Your words seem hollow' מטפורת העל הגורסת: "linguistic expressions are containers for meanings". ראו M. Reddy. 'The Conduit Metaphor', A. Ortony (ed.), *Metaphor and Thought* (2nd ed., Cambridge, 1993), 164.

אותו, ובלעדיה הוא חסר אפשרות לחשוב ולהגות. מכאן נובע, כי מהות הלשון עמוקה יותר מאשר הקומוניקציה, והיא שותפה בכירה בעיצוב מרכיבי הזהות והתודעה הבסיסיים ביותר של האדם.

ההוגה הבולט ביותר בהקשר זה הוא לודוויג ויטגנשטיין. במשפט אופייני הוא טוען: "כאשר אני חושב בשפה, לא עולות על דעתי 'משמעויות' המתוספות אל הביטוי המילולי; אלא השפה עצמה היא כלי החשיבה".¹³⁷⁴ מכאן, למשל, כי איננו יכולים לחשוב אודות מושגים הנצבים מעבר לגבולות שמציבה לנו הלשון.¹³⁷⁵ אך צעד נוסף היא הטענה, כי הלשון היא המדיום דרכו העולם ניתן לנו, ורק באמצעותה אנו תופסים את הסובב אותנו. כלומר, בשונה מקאנט שסבר כי המציאות נתונה לנו על פי הגבולות של תבניות ההכרה האנושית, על פי ויטגנשטיין המציאות נתונה לנו על פי הגבולות שמציבה לנו הלשון.¹³⁷⁶

ממקום אחר, מקום אקסזוטנציאלי, הושמעו דברים דומים על ידי מרטין היידגר (בעיקר בהגותו המאוחרת). על פי היידגר, דבר יכול להיות ישנו רק כאשר הוא מצוי במילה: "רק כאשר נמצאת מילה ליש, אז היש הוא יש... רק המילה מקנה ליש את ישותו".¹³⁷⁷ אמנם "האדם מתנהג כאילו הוא מעצב את הלשון ושולט בה, אך לאמיתו של דבר הלשון שולטת באדם".¹³⁷⁸

על רצף זה אני מבקש למקם אף את הפרויקט הבלשני של נעם חומסקי.¹³⁷⁹ חומסקי גילה, כי באדם טבוע מלידה 'דקדוק אוניברסלי', כלומר עקרונות תחביריים משותפים, אשר כל השפות

¹³⁷⁴ ויטגנשטיין, **חקירות פילוסופיות**, סעיף 329, עמ' 141. ובניסוח דומה, על דרך השלילה: "הקבלה מטעה: הזעקה, ביטוי של כאב – המשפט, ביטוי של מחשבה! כאילו מטרת המשפט היא להבהיר למישהו מה המרגש שלך – רק לא בקיבה, כביכול, אלא במנגנון החשיבה" (שם, סעיף 317, עמ' 139). ראו גם שם, סעיף 120, עמ' 83; שם, סעיף 339, עמ' 143.

¹³⁷⁵ "כדי להתוות גבול למחשבה היה עלינו להיות מסוגלים לחשוב את שני צדדיו של הגבול (כלומר, היה עלינו להיות מסוגלים לחשוב את מה שאינו נותן את עצמו לחשיבה). ניתן איפוא להתוות את הגבול רק בשפה, ומה שנמצא מצידו האחר של הגבול יהיה פשוט חסר מובן" (ויטגנשטיין, **מאמר לוגי פילוסופי**, הקדמה, עמ' 5). ראו גם שם, סעיף 4.115. בהקשר זה מאלפת ההשוואה עם דברי ר' נחמן מברסלב: "הדיבור הוא הגבול של כל הדברים, כי הגביל חכמתו בהאותיות, שאותיות אלו הם גבול לזה ואותיות אלו הם גבול לזה" (ליקוטי מוהר"ן, חלק א, תורה סד). וכבר היו מי שהשוו את הגותם הלשונית של ר' נחמן מברסלב ולודוויג ויטגנשטיין. ראו ליבס, לעיל הע"ש 1370; גרוס, **ברית הלשון**, 125, הערה 19.

¹³⁷⁶ השו סוברן, **שפה ומשמעות**, 27.

¹³⁷⁷ Martin Heidegger, *Unterwegs zur Sprache* (Pfullingen, 1959), 164. תרגום לעברית על פי אברהם מנסבך, **קיום ומשמעות: מרטין היידגר על האדם, הלשון והאמנות** (ירושלים, תשנ"ח), 117.

¹³⁷⁸ Martin Heidegger, *Vorträge und Aufsätze* (Pfullingen, 1954), 146. תרגום לעברית על פי מנסבך, **קיום ומשמעות**, 120. ובלשון אחרת קובע היידגר: "הלשון אינה יצירת בני האדם" (על פי מנסבך, שם, 105), שהרי "אין יכול היה האדם להמציא את הכוח השומר עליו, את מה שמאפשר לו להיות אדם" (Martin Heidegger, *Einführung in die Metaphysik*, Tübingen, 1953, על פי מנסבך, שם, 105).

¹³⁷⁹ תרומתו העיקרית של חומסקי לפילוסופיה של הלשון באה כמובן מכיוון הבלשנות יותר מאשר מכיוון הפילוסופיה. לא אפנה כאן אל הספרות המקיפה שנכתבה על הגותו של חומסקי. אסתפק בהפניה אל A. Kasher, *The Chumskyan Turn* (Cambridge, 1991); S. Pinker, *The Language Instinct: How the Mind Creates Language* (New York, 1994); R. Jackendoff, *Patterns in the Mind: Language and Human Nature* (New York, 1994). ובהקשר לנושאים הנדונים כאן ראו סוברן, **שפה ומשמעות**, 27.

מצייתות להם. הילד הרוך אמנם אינו נולד כשהוא יודע שפה, אולם הוא נולד עם יכולת חזקה של למידת שפה. תהליך למידת השפה אינו רכישתה מן החוץ.¹³⁸⁰ הוא רוכש מן החוץ פריטים לשוניים שונים, עליהם הוא מחיל את הדקדוק האוניברסלי שכבר טבוע בו מלידה.¹³⁸¹ גם על פי חומסקי, לא ניתן עוד למצות את הלשון כאמצעי תקשורת גרידא. הלשון היא חלק מן המבנה הבסיסי ביותר של תודעת האדם.¹³⁸²

בצד ההבדלים המהותיים שוודאי קיימים בין שיטות אלה, דומה שיש להם גם מכנה משותף, והוא התפיסה שלפיה הלשון היא הכלי המעצב באופן עמוק ומהותי את תודעת האדם, היא המדיום דרכו הוא קולט את סביבתו ומבינה, ואין למצותה כאמצעי קומוניקציה.¹³⁸³ האם הדבר

¹³⁸⁰ זאת בניגוד לתיאוריות הביהביוריסטיות, שטענו כי השפה אינה אלא התנהגות אחת מבין שלל התנהגויות, אותה רוכש האדם מן החוץ בדרך של אימון.

¹³⁸¹ במובן מסוים חומסקי חוזר אל הוויכוח העתיק, האם השפה הנה טבעית או מוסכמת (ראו לעיל, הע"ש 1254), ובדרך חשיבה מדעית מודרנית הוא מחזק את הגישה הראשונה, שיסודותיה נטועים כבר אצל אפלטון. אולם כאן הדגש החשוב לדידו הוא שדקדוק היסוד של השפה טבוע במבנים הקוגניטיביים הבסיסיים ביותר של האדם.

¹³⁸² ובלשונו: "Thus language is a mirror of mind in a deep and significant sense. It is a product of human intelligence, created anew in each individual by operations that lie far beyond the reach of will or consciousness" (N. Chomsky, *Reflections on Language*, New York, 1975, 4) ראו גם זאב לוי, יעם חומסקי והמהפכה החומסקיאנית בבלשנות, בתוך: יעם חומסקי, **לשון ורוח** (תל אביב, תשל"ט), 13. להשוואת גישתו של חומסקי עם מקורות שונים במחשבת ישראל ראו Dan, *The Language of Creation*, 150.

¹³⁸³ סיכום ממצה לכך מצאתי בדבריה של פיטקין, אשר דנה בהשפעות החברתיות והפוליטיות שיש לתיאוריית הלשון של וויטגנשטיין: "A natural language is obviously a social product. It exists before any particular individual speaker is born; he is initiated into it; the changes he makes in it during his lifetime are likely to be infinitesimal; and it remains after his death. Clearly, he is the product of his language much more completely than it is his product... the society shapes the individual speaker in accord with its own image... language is a patterned unity greater than any of the individuals who participate in it and independent of any of them. At the same time, our language is one of the most intimate and significant constitutive features of ourselves. We not only speak in that language, but we think in it as well. Its categories are what each of us has available for conceptualizing and understanding the world; its framework is the basis for all but the most basic and inarticulate of our thoughts. What we can say and think is very largely determined by the language we have available. ... Language seems to provide a model of membership showing how norms can be learned, acquired without choice and without a real alternative, and yet end up being obligatory.... The rules of grammar seem to bind individual speakers even though they were never contractually adopted; we obey them because they have become part of ourselves. They are not obstacles to our freedom, but our very means of self expression" (Pitkin, *Wittgenstein and Justice*, 194, 199).

לייקוף וגיונסון העלו דברים דומים לגבי אופן תפקודה הקוגניטיבי של התופעה הלשונית של המטפורה: "The idea that metaphors can create realities goes against most traditional views of metaphor. The reason is that metaphor has traditionally been viewed as a matter of mere language rather than primarily as a means of structuring our conceptual system and the kinds of everyday activities we perform. It is reasonable

מהווה כר פורה לעריכת דיאלוג בין התפיסה המקראית והחז"לית אודות מהות הלשון ככלי שבו האל בורא את העולם ואשר תיפקודה קודם לשלב הקומוניקציה, לבין המשמע המודרני של היות הלשון המדיום שבו ורק בו מתאפשרת נוכחותו של העולם עבור האדם!:

ג. דומני כי מהלך זה יודגש ויועצם עוד יותר אם נסב את המבט אל עבר יצירתם של כמה הוגים יהודיים בני המאה העשרים, אשר פיתחו תיאוריות פילוסופיות-לשוניות קרובות לאלה שנזכרו לעיל, כשהם מתבססים באופן מודע על מקורות ומושגים מן המורשת היהודית.¹³⁸⁴ מושגי יסוד שעמדו בבסיס הגותם הלשונית הם בריאה, התגלות, צלם אלוהים ודומיהם. הוגים אלה וודאי אינם עומדים במקום דומה מבחינת מעמדם והשפעתם עם ההוגים הבולטים והידועים שנידונו לעיל, אולם המודעות למאפייניה הייחודים של קבוצת הוגים זו עשויה לסייע בניסיון יצירת הדיאלוג שבין הישגי הפילוסופיה של הלשון במאה העשרים לבין תפיסות הלשון בעולמם של חז"ל.

הבולט בין כולם הוא פרנץ רוזנצווייג.¹³⁸⁵ רוזנצווייג מבקש לקבוע יסוד לפילוסופיה חדשה, מחשב חדש בלשונו, השונה באופן מהותי מן המחשב הישן. לדידו, קו פרשת המים המבחין בין שני סוגי הפילוסופיה הוא הקו המפריד בין הלוגיקה המבוססת על החשיבה המושגית-צורנית המופשטת¹³⁸⁶ לבין הלוגיקה המבוססת על הלשון.¹³⁸⁷ ההגות החדשה, טוען רוזנצווייג, מתבססת על ראשוניותה של הלשון בתודעת האדם.

enough to assume that words alone don't change reality. But changes in our conceptual system do change what is real for us and effect how we perceive the world and act upon those perceptions" (G. Lakoff & M. Johnson, *Metaphors We Live By*, Chicago and London, 1980, 145). כי באופן כללי הם מניחים תפיסה רזה ואינסטרומנטלית של הלשון, ועל רקע זה בולטת תפיסתם השונה את התופעה המטפורית.

¹³⁸⁴ בצד המקורות שצוינו להלן בהערות השוליים, ראו גם זאב לוי, **הרמנויטיקה במחשבה היהודית בעת החדשה** (חיפה, 2006).

¹³⁸⁵ על הפילוסופיה של הלשון בהגותו של רוזנצווייג ראו הורביץ, **בעיות השפה והדיבור**, 25; יוסף טרנר, **אמונה והומניזם** (תל אביב, 2001), 47-72; שורץ, **שפה, מיתוס, 185-194**, 333-383; שורץ, **ממיתוס להתגלות**, 262-291; שמואל הוגו ברגמן, **הפילוסופיה הדיאלוגית מקירקגור עד בובר** (ירושלים, תשל"ג), 199-245; שביד, **ריאוריינטציה**, 181-218; עמיר, **דעת מאמינה**, 73-78, 151-157. ראו גם גרוס, **ברית הלשון**, 145-173.

¹³⁸⁶ "כיון שסבר האידיאליזם שיעלה בידו לעמוד מנגד לזרמה של ההתגלות, מאס – ואופייני הדבר, כפי שראינו – בלשון בתורת אורגאנון, ונאלצים הינו ליצור בשבילו, בעקבות היסודות שלו גופא, את מערכת הסמלים האלגבראיים. חסר היה הביטחון התמים בלשון. לא היה את נפשו של האידיאליזם להקשיב ולהשיב לקול זה, נטול לשון לכאורה, אבל דווקא משום כך ממשי ביותר, המהדהד בו באדם. הוא דרש נימוקים, חישובים, אפשרות החישוב, כל אלה דברים שהלשון לא היתה יכולה לספק לו והמציא לו את הלוגיקה שסיפקה את כולם" (רוזנצווייג, **כוכב הגאולה**, 179).

¹³⁸⁷ "במקום המיתודה של המחשב, שפיתחה אותה כל הפילוסופיה שעד כאן, באה המיתודה של הדיבור" (רוזנצווייג, **המחשב החדש, נהרים**, 231). ראו סיכומו של שורץ, **ממיתוס להתגלות**, 270: "את החידוש העיקרי במחשב החדש, שרוזנצווייג דוגל בו, יש לראות בתפיסתו את השפה כקטיגוריה ראשונית של ההתגלות. בעוד שבתורות פילוסופיות קודמות הוארה הדת בלי הזדקקות כלשהי או, למצער, בלי הזדקקות ראשונית לשפה, הרי ב'כוכב הגאולה', השפה היא היא עיקר מבעה של ההתגלות".

גם רוזנצווייג סבור, כי האדם פועל כשהוא כבר נתון בתוך מסגרת הלשון. הלשון קובעת את מסגרות תודעתו, ואף החשיבה אינה אלא אחד ממיני הדיבור.¹³⁸⁸ על פי רוזנצווייג, הלשון אינה רק מגדירה את המציאות או מפרשת אותה, אלא היא היוצרת את המציאות.¹³⁸⁹ מה מצא רוזנצווייג בלשון? הוא מצא בה את המפגש החי, הדינאמי, השופע והממשי עם ההווייה הסובבת את האדם (ובשונה מן המפגש הסטאטי, הקר והמנוכר שמאפשרת החשיבה המופשטת). בלשון הוא גם מצא את הרכיבים הבסיסיים ביותר לכינון של מערכות יחסים, שהרי זו טיבה של הלשון כמי שיוצרת יחסים – יחסים שבין דוברים שונים ויחסים בתוך חלקי המשפט עצמו.¹³⁹⁰ על יסוד זה כינה שביד את שיטתו של רוזנצווייג: "אקזיסטנציאליזם לשוני",¹³⁹¹ כלומר גישה המבוססת על חווייתו הקיומית של האדם כפי שהיא מעוגנת בלשונו החיה.

ובכן, גם אליבא דרוזנצווייג, לא ניתן למצות את התופעה הלשונית כאמצעי טכני ליצירת קומוניקציה; הוא "תופס את הלשון יותר מצורה טכנית של תקשורת בין-אישית, ורואה בה למעשה רובד ראשוני של הקיום".¹³⁹²

אולם בשונה מן ההוגים שצוינו לעיל, רוזנצווייג מבסס את פילוסופית הלשון שלו על אדנים תיאלוגיים. לדידו של רוזנצווייג, אם הלשון היא היוצרת את המציאות, הרי שהיא כלי הבריאה, ואם היא המדיום דרכו המציאות נתפסת על ידי האדם, הרי שהיא גם כלי ההתגלות. כוח מכונן שכזה לא יכול להימצא בלשון מתוך עצמה, הוא קיים בלשון שכן היא לשון האל.¹³⁹³ היא המדיום שבו בורא האל את העולם ובה הוא מתגלה.¹³⁹⁴ הלשון עצמה, בעיני רוזנצווייג, היא תופעה של

¹³⁸⁸ כך למשל, לדעת הורביץ, **בעיות השפה והדיבור**, 26: "באשר לויכוח בין החוקרים אם יכולה להיות מחשבה בלי מילים סובר רוזנצווייג כי דבר זה בלתי אפשרי. השפה היא היסוד של המחשבה, אין מחשבה בלא מילים. בשעה שהאדם מדבר מחשבותיו מתפתחות מתוך דיבורו ולא להיפך!". וכך סיכם זאת שביד, **ריאוריינטאציה**, 204, בהקשר הגותו של רוזנצווייג: "קודם כל יש לשים לב לאמת המקוימת בהתנסותנו הישירה שאיננו יכולים להפריד חד משמעית בין המחשבה לבין הדיבור, גם אם מתנסים אנו בכך שהמחשבה מתחילה עוד לפני הדיבור, ואפילו לפני הדיבור הפנימי, וגם אם עובדה היא שהלשון מורכבת מסימנים מוסכמים, בני המרה, שאנו מקבלים מבחוץ ומפקידים בהם את מטען מחשבתנו, הרי מיד מתנסים אנו גם בכך שאי-אפשר לחשוב מחשבה מלאה וברורה בלי דיבור, ועל כן יש להניח שראשית המחשבה היא גם ראשית הדיבור העתיד להישמע, ובאותה מידה מתנסים אנו גם בכך שהסימנים המוסכמים, בני המרה, שאנו קולטים מזולתנו, מוציאים בנו אל הפועל הכנה קודמת לדבר, הכנה שהיא סגולה מהותית של הרוח. רק מפני שקיימת בנו הכנה קודמת כזאת מסוגלים אנו למסור את מחשבתנו לזולתנו, אם כן איננו רשאים לזהות זהו גמור בין מחשבה לדיבור, אבל גם איננו יכולים לנתקם זה מזה. הם קשורים ברצף אחד של התהוות. המחשבה היא ראשית הדיבור, והדיבור הוא שלמות המחשבה. כלומר, המחשבה איננה פעילות רוחנית סגורה בתוכה. להיפך, היא פתוחה ממהותה החוצה. היא נשלמת באמירה למישהו, בהיותה נענית ובהיענותה. המחשבה מתהווה ונשלמת כשיחה". ראו גם עמיר, **דעת מאמינה**, 75.

¹³⁸⁹ ראו שביד, **ריאוריינטאציה**, 204.

¹³⁹⁰ ראו רוזנצווייג, 'המחשב החדש', **נהריים**, 231; שביד, **ריאוריינטאציה**, 208-209.

¹³⁹¹ שביד, **ריאוריינטאציה**, 197.

¹³⁹² טרנר, **אמונה והומניזם**, 59.

¹³⁹³ למשל, "לא כדרכי אנוש דרכי אלוהים, אבל דבר אלוהים ודבר האדם דבר אחד הוא. מה ששומע האדם בלבבו כלשון אדם שלו הוא הדבר היוצא מפי אלוהים" (רוזנצווייג, **כוכב הגאולה**, 185).

¹³⁹⁴ ראו טרנר, **אמונה והומניזם**, 49.

התגלות, תופעה ניסית.¹³⁹⁵ צלם אלוהים שבאדם הוא הדיבור.¹³⁹⁶ ובלשונו המטפורית של רוזנצווייג:

הלשון היא המוהר של הבורא לאנושות... הלשון מבראשית היא, בדברו נעשה האדם לאדם.¹³⁹⁷

חשוב להדגיש, כי בסיס תיאולוגי זה ניתן על ידי רוזנצווייג ללשון כתופעה אוניברסלית, ולא דווקא לשפה זו או אחרת.¹³⁹⁸

את השורות הנוגעות להגותו של רוזנצווייג אחתום במובאה שבה הוא מבקש להסביר מה הופך את הגותו להגות יהודית דווקא:

ידעתי גם ידעתי: על שפתיו של נוצרי היו עולות לא מלים אלה אלא פסוקים מן 'הברית החדשה'... ועל שפתי עלו מלים אלו. וזהו – כמדומני – סימנו של ספר יהודי. לא ספר העוסק ב'עניינים יהודיים' – שאז היו גם ספרי הפרוטסטנטים במקצוע התנ"ך נחשבים ספרים יהודיים – אלא ספרו של אדם שבשביל מה שהוא בא לומר, ודווקא בשביל מה שהוא בא לחדש, עולות לו המלים היהודיות העתיקות.¹³⁹⁹

בתקופה קרובה לרוזנצווייג, כתב הרב דוד כהן (הרב הנזיר) דברים בעלי אופי דומה.¹⁴⁰⁰ אולם הרב הנזיר עיגן תובנות אלה בצורה נרחבת ומעמיקה הרבה יותר במקורות חז"ל וחכמי ימה"ב.¹⁴⁰¹

ביסוד מפעלו של הרב הנזיר עומד הנסיון להתחקות אחר 'ההגיון העברי השמעי', לאמור לוגיקה שונה מזו שהורשה לנו יוון הקלאסית, כזו שאינה מבוססת על העיון (ראייה), המסמל את התהליכים הלוגיים של הדדוקציה והאינדוקציה, אלא על ההקשבה (שמיעה), המסמלת את

¹³⁹⁵ עמד על כך טרנר, **אמונה והומניזם**, 55: "רוזנצווייג רואה בלשון התרחשות ניסית, מפני שהיא פורצת את גבולות התודעה ומגלה בנפש האדם את אופיו הפלאי של הקיום, כפי שהוא נישא במסגרת ההתרחשות של מעשה אלוהי טרנסצנדנטי". רוזנצווייג אף מנתח ביתר פירוט תבניות תחביריות שונות, אותן הוא מזהה עם דפוסי הבריאה, ההתגלות והגאולה. ראו טרנר, **אמונה והומניזם**, 69.

¹³⁹⁶ ראו שביד, **ריאוריניטאציה**, 206.

¹³⁹⁷ רוזנצווייג, **כוכב הגאולה**, 147. וראו בענין זה את דברי גרשום שלום, **דברים בגו**, חלק ב (תל אביב, תשל"ו), 420: "האמת ניתנה להיאמר שגם בדבריו על השפה... כיוון רוזנצווייג לעומק דעת הקבלה הבזויה. אשר לשפה, הרי הדבר ידוע היטב: תורת השפה זוהי כפי דברי אחד מגדולי הקדמונים 'חכמת הגיון הפנימי' של חכמי הקבלה".

¹³⁹⁸ מן הראוי לציין בקצרה את יחסו של רוזנצווייג לשפה העברית. את מעלתה הוא ראה דווקא בהיותה שפת קודש, כלומר שפה המשמשת לענייני קדושה בלבד, ולא שפה חיה. לטענתו, שפה שאינה חיה גם אינה יכולה למות, והיא קשורה בנצחיותו של ישראל. ראו רוזנצווייג, **כוכב הגאולה**, 325-327. על פניו נראה, כי תחיית השפה העברית בעת החדשה אינה עולה בקנה אחד עם תמונת עולם זו. ועל כך ראו להוסיף, כי אף מפעלם של חז"ל בתחום פרשנות לשון החווה, שבו עוסק מחקר זה, מעיד על אופיה החי והנושם של העברית, ועל ההחמצה שיש בצמצומה לשפת קודש.

¹³⁹⁹ רוזנצווייג, 'המחשב החדש', **נהריים**, 219, 234.

¹⁴⁰⁰ על הקרבה בין הגותו הלשונית של הרב הנזיר להגותו הלשונית של פרנץ רוזנצווייג עמד שוורץ, **ממיתוס להתגלות**, 262. עוד להגותו של הרב הנזיר בתחום הלשון ראו גרוס, **ברית הלשון**, 208.

¹⁴⁰¹ אכן, בעוד שאליבא דרוזנצווייג מדובר בהגיון לשוני אוניברסלי, לפי הרב הנזיר ההגיון השמעי מיוחד להגות היהודית.

החשיבה האנלוגית, ובקירבה רבה על הלשון והדיבור.¹⁴⁰² בהקשר זה מציין הרב הנזיר לכמה תופעות מעניינות באטימולוגיה העברית, הממחישות את תפיסת החשיבה כסוג של דיבור פנימי.¹⁴⁰³

אף הרב הנזיר קובע את 'זהות הלשון והמחשבה',¹⁴⁰⁴ ו'הרהור כדבור דמי'.¹⁴⁰⁵ הוא אף מוסיף ומציין כי 'פתגמים של הומבולד-בקר, האדם הוא אדם רק על ידי הלשון, רגיל לכל יודע ספר בישראל, בנוסחת התרגום, ויהי האדם לנפש חיה, לרוח ממללא'.¹⁴⁰⁶

אסיים בציון מסתו של ולטר בנימין, 'על הלשון בכלל ועל לשונו של האדם'.¹⁴⁰⁷ לפי בנימין: "אין שום דבר או התרחשות, בין בטבע החי ובין בטבע הדומם, שאין לו חלק, במובן מסוים, בלשון".¹⁴⁰⁸ מעשה הבריאה שבספר בראשית משמש את בנימין כדי להגדיר את מהות האנושיות כיכולת להעניק שמות לדברים. בלשון מבטא האדם את אנושיותו, ולפיכך אין לצמצמה אך ורק ככלי לקומוניקציה.¹⁴⁰⁹ יתירה מכך, המובן העמוק של שליטתו של האדם בטבע נעוץ בשליטתו בלשון, ובכך הוא משלים את מעשה הבריאה,¹⁴¹⁰ אשר נברא בדיבור.¹⁴¹¹ בנימין הולך וטווה את תיאוריית הלשון שלו על פי ניתוחו את חטא אדם הראשון, דור הפלגה ועוד.

¹⁴⁰² "ההגיון העברי שמעי הוא, ולא עיוני. המחשבה העברית הוא דבור פנימי, דברים שבלב, שהבינה שומעתם ושופטת בס" (הרב דוד כהן, **קול הנבואה**, ירושלים, תש"ל, עמ' כה). על מושרשותה במסורת המערבית של מטפורת החשיבה כראייה ראו G. Lakoff & M. Johnson, *Philosophy in the Flesh: The Embodied Mind and its Challenge to Western Thought* (New York, 1999), 53. ראו גם סוברן, **שפה ומשמעות**, 115.

¹⁴⁰³ הרב הנזיר מציין, כי החכמה נקראת "דבר ה'", כלומר דיבור, ומאוחר יותר היא נקראת "מאמר", "מימרא" ו"לוגוס" (אצל פילון). בלשון המקרא פעולת החשיבה מתוארת כדיבור הלב, למשל, "ויאמר אל לבו" (בראשית יז, יז). ראו **קול הנבואה**, עמ' כה, ושם דוגמאות נוספות. אגב, כפי שכבר ציינתי לעיל (ליד ציון הע"ש 1283) גם המלה 'הגיון' הנה דו-משמעית, ומתייחסת למחשבה וללשון כאחד.

¹⁴⁰⁴ הרב דוד כהן, **קול הנבואה**, עמ' לא. וראו שם את ההשלכות ההלכתיות השונות שמצא הרב הנזיר לקביעה זו.
¹⁴⁰⁵ בבלי, ברכות כ ע"ב. ראו הרב דוד כהן, **קול הנבואה**, עמ' רפג. אגב, החזון איש קיים דיון הלכתי מרתק בשאלה, האם ההלכה מכירה בקיומו של הרהור מופשט שאינו מנוסח בתבניות לשוניות. ראו חזון איש, אורח חיים, סימן כט, ס"ק ח. להרחבת הדברים ראו וינרוט, **תפקיד המילים** (תשנ"ז), עמ' סח-ע.

¹⁴⁰⁶ הרב דוד כהן, **קול הנבואה**, עמ' כח.
¹⁴⁰⁷ משנת 1916. מתוך ולטר בנימין, **מבחר כתבים, חלק ב: הרהורים** (תרגום: דוד זינגר, תל אביב, תשנ"ו), 284.
¹⁴⁰⁸ ולטר בנימין, **על הלשון**, 284. בהמשך דבריו ולטר בנימין מסתייג מפני זיהוי מלא בין ישותו של דבר לבין ישותו הלשונית.

¹⁴⁰⁹ "השקפה זו היא התפיסה הבורגנית של השפה, שמופרכותה וריקנותה תתבררנה בהירות גדלה והולכת בדברים הבאים. היא טוענת: אמצעי התקשורת הוא המלה, מושאה הוא העניין, הנמען שלה הוא אדם. לעומתה אין ההשקפה האחרת מכירה שום אמצעי, שום עניין ושום נמען של התקשורת. היא טוענת: בשם מודיעה המהות הרחנית של האדם את עצמה לאלוהים" (ולטר בנימין, **על הלשון**, 286).

¹⁴¹⁰ "כל הטבע כולו, ככל שהוא מודיע עצמו, מודיע עצמו בלשון, כלומר בסופו של דבר באדם. על כן הוא אדוני הטבע ויודע לכנות את הדברים בשם. רק דרך מהותם הלשונית של הדברים מגיע הוא מתוך עצמו להכרתם – הווי אומר בשם. מעשה הבריאה של האל נשלם כאשר הדברים מקבלים את שמם מן האדם, שהלשון לבדה היא הדוברת בתוכו בשם" (ולטר בנימין, **על הלשון**, 287).

¹⁴¹¹ ולטר בנימין, **על הלשון**, 290.

דומני, כי מטען זה שהועמס על כתפנו במאה העשרים על ידי הפילוסופיה הכללית של הלשון, ובפרט הפילוסופיה היהודית של הלשון, מצייד אותנו בכלים פוריים יותר לקריאה מחודשת של מקורות חז"ל – האגדתיים וההלכתיים כאחד – העוסקים בתחומים אלה.¹⁴¹²

¹⁴¹² בשים לב, כמובן, לדומה ולשונה שבין המסורות השונות. וראו לעיל, הע"ש 1366.

8. תום הלב בפרשנות החוזה

8.1. הקדמה

את הפרק האחרון של המחקר ברצוני להקדיש לשאלה אחרת בתחום פרשנות החוזה: פירוש חוזים על פי עקרון תום הלב. דומני, כי עמדתו של המשפט העברי בשאלה זו מעניינת במיוחד מטעם כפול. ראשית, משום שלכאורה היא אינה עולה בקנה אחד עם עמדתו הרחבה יותר לגבי מעמדו של עקרון תום הלב במסגרת דיני החוזים. שנית, משום שהיא אינה תואמת עמדות מקובלות כיום בתחום זה, ולמעשה מציבה תמונת עולם הפוכה. לפיכך נראה, כי יש בכוחן של הסוגיות התלמודיות שנראה להלן כדי להציע "טקסט נגדי", ולהוות "אלטרנטיבה אמיתית למשפט שמציע לנו המערב".¹⁴¹³

לשאלת מקומו של עקרון תום הלב במסגרת פרשנות החוזה חשיבות רבה. מבחינה פרקטית, בכוחה להשפיע באופן דרמטי על תוצאות פסקי דין המבוססים על פרשנות חוזה, כפי שאכן נעשה בכמה פסקי דין מפורסמים שניתנו בעשרות השנים האחרונות.¹⁴¹⁴ מבחינה תיאורטית, שאלה זו חשובה משום שהיא מוקרנת באופן עמוק מן האופן שבו אנו מבינים הן את עקרון תום הלב, מהותו ואופני יישומו, הן את תחום הפרשנות, תכליתו ודרכי הגשתו. לפיכך, אף שפרק זה אינו חלק מרצף הפרקים הקודמים לאורך המחקר, הוא מהווה נקודת מבט משלימה למעמדה של פרשנות החוזה במשפט התלמודי.

הביטוי "פירוש החוזה על פי עקרון תום הלב" סובל לכל הפחות שלושה מובנים שונים.¹⁴¹⁵ שניים מהם טריוויאליים. בפרק זה בכוונתי לדון במובן השלישי, הפרובלמאטי מבין שלושתם.

במובן ראשון, על השופט לפרש את החוזה כשהוא, השופט, נוהג בתום לב. אם בכך הכוונה שעליו למלא את תפקידו הפרשני נאמנה, הרי שאין לך דבר יותר מובן מאליו. ואם הכוונה שעל השופט לקדם את הפרשנות המשקפת את תום ליבו, כלומר את מצפונו ואת תפיסות הצדק הרוחשות בקרבו, אף אם אין עולות בקנה אחד עם מצוות המחוקק, הרי שבכך באים אנו בשעריה של בעיה

* פרק זה עובד למאמר ועתיד לראות אור בכתב העת **משפטים**. אני מבקש להודות לפרופ' אריה אדרעי, לפרופ' איל זמיר, לפרופ' ברכיהו ליפשיץ ולרב ברוך קהת, שקראו טיוטות קודמות של המאמר והאירו את עיני בנקודות חשובות. כתיבת פרק זה התאפשרה הודות לקרן המחקר על שם מקס ובלה גוגנהיים במוסד ואתיקה יהודיים, ועל כך נתונה תודתי.

¹⁴¹³ כלשון חנוך דגן, 'דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם', דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר (עורכים), **משפט והיסטוריה** (ירושלים, תשנ"ט), 165, 168.

¹⁴¹⁴ ראו במקורות המובאים להלן, הע"ש 1438-1440.

¹⁴¹⁵ ראו למשל המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק בע"א 4628/93 **מדינת ישראל נ' אפרופים** פ"ד מט(2) 265, 327; ברק, **פרשנות החוזה**, 217-218. לתיאור הבחנות נוספות בתוך ביטוי זה ראו מאוטנר, **התערבות שיפוטית**, 27.

חשובה אחרת והיא זכות/חובתו של שופט לסטות מן הדין,¹⁴¹⁶ שאלה שלא אדון בה במסגרת עבודה זו.

במובן שני, על השופט לפרש את החוזה לפי אומד דעת הצדדים, שהוא הוא הפירוש ההוגן, תם הלב, של החוזה. מובן זה אינו אלא רדוקציה של המונח 'תום לב' (בהקשרו הפרשני) אל המונח 'אומד דעת הצדדים', ועל כן הוא חסר ערך מוסף.¹⁴¹⁷

על פי המובן השלישי, על השופט לפרש את החוזה על-פי ההנחה שהצדדים היו תמי לב זה עם זה, כש"תום לב משמעותו הגינות, יושר ואמון ביחסי הצדדים לחוזה".¹⁴¹⁸ על השופט לפרש את החוזה, תמיד או בנסיבות מסוימות, תוך שהוא חורג מאומד דעתם האקטואלית של הצדדים ומייחס להם כוונות תמות לב, אף שמבחינה ריאלית הדבר אינו נכון בהכרח. מובן זה של פירוש החוזה על פי עקרון תום הלב הוא שיעמוד במוקד פרק זה. יותר משאנסה לאפיין את טיבה של הפרשנות על פי עקרון תום הלב אבקש לבחון את עצם הלגיטימיות שלה.

המוטיבציה לפרש את החוזה על פי עקרון תום הלב (במובנו השלישי) נראית במבט ראשון ברורה ומובנת מאליה. בדרך זו יצליח השופט להביא את החוזה לתוצאה הוגנת יותר מזו שהיה מגיע אליה מכוח פרשנות 'רגילה' נטולת סממני תום לב. זאת בהנחה שבית המשפט מייעד לעצמו למטרה, בדרך זו או אחרת, להבטיח הגינות חוזית מהותית ולא רק הגינות חוזית תהליכית.¹⁴¹⁹ עם זאת, יש לזכור, עצם הרצון להבטיח את הגינותו המהותית של החוזה עדיין אינו תומך דווקא בשימוש בכלי הפרשנות. כפי שנראה להלן, קיימים כלים משפטיים אחרים, שיכולים גם הם להשיג מטרה זו. היתרון של השימוש דווקא בכלי הפרשנות גלום בשני היבטים עיקריים: הוא מעניק לשופט גמישות רבה וכך פעולה נרחבת למדי, שכן הפרשנות, מטבעה, היא תחום משפטי אלסטי. בצד זאת, השימוש בכלי הפרשנות מאפשר לשופט, אם ירצה בכך, להסוות את התערבותו בתוכן החוזה ובהסכמת הצדדים בתוך רטוריקה של פירוש כוונתם והתחקות אחר אומד דעתם. בהקשר זה אופייניים מונחים, כגון 'התכלית האובייקטיבית של החוזה'¹⁴²⁰ ו'פרשנות במובן

¹⁴¹⁶ ראו למשל, ברק, **שיקול דעת שיפוט**, 39, 442; רות גביוון, **שיקול דעת מנהלי באכיפת החוק** (ירושלים, תשנ"א), 54. לניתוח עמדתו של המשפט העברי ראו Ben Menahem, *Judicial Deviation*; בן מנחם, **יחס התלמוד**, 113; בן מנחם, **חקיקה ושיפוט**, 211. לביקורת גישתו ראו יעקב בלידשטיין, 'היאמת' של הדיין ככלי פסיקה במשנת הרמב"ם, **דיני ישראל כד** (תשס"ז), 119, 146.

¹⁴¹⁷ פרידמן, **פרשנות החוזה**, 237.

¹⁴¹⁸ שלו, **דיני חוזים**, 411. וראו זמיר, **פירוש והשלמה**, 24: "עיקרון זה דורש התחשבות הדדית בין הצדדים, התנהגות הגונה וסבירה, קיום סטנדרטים מוסריים וחברתיים מינימליים וכדומה. פירוש החוזה מתחשב אפוא בערכים חברתיים וציבוריים ולא רק ברצון ובכוונה פרטיים".

¹⁴¹⁹ המאמר המכונן בהקשר זה הוא A. A. Leff, 'Unconscionability and the Code - The Emperor's New Clause', *115 U. Pa. L.Rev.* 485 (1967). ראו גם Gordley, *Equality*, 1625; פרידמן וכהן, **חוזים**, כרך א, 54. לעיון בעמדת המשפט התלמודי במתח שבין שתי אפשרויות אלה ראו פורת, **הצדק החוזי**; פורת, **דין אונאה**, 375; פורת, **החוזה הכפוי**.

¹⁴²⁰ ראו למשל, ע"א 779/89 **שלו נ' סלע חברה לביטוח**, פ"ד מח(1), 221, 228.

הרחב¹⁴²¹, מונחים מאולצים משהו, אשר נועדו להקל על דחיסת תפיסותיו הערכיות של בית המשפט אל תוך המשמעות המשפטית של החוזה שיצרו הצדדים.¹⁴²²

הרתיעה מפני פירוש החוזה על פי עקרון תום הלב גם היא נראית ברורה ומובנת. שופט המפרש את החוזה על פי עקרון תום הלב משפר את החוזה עבור הצדדים, ולמעשה משכתב אותו מחדש עבורם.¹⁴²³ אם אנו מבקשים לקבל עלינו את עקרון 'חופש החוזים' אנו עלולים לחוש שלא בנוח עם המגמה לפרש את החוזה בחריגה מאומד דעתם של הצדדים (שלא לומר בניגוד אליה) ולאור עקרונות מוסריים כדוגמת תום הלב.

כמעט ואין צריך לומר, ששאלה זו מושפעת עמוקות ובמישרין מתנועות מטוטלת נרחבות יותר בעולם החוזים: תהליכי עלייתם וירידתם של עקרונות חופש החוזים ותום הלב¹⁴²⁴ (בכיוונים מנוגדים זה לזה),¹⁴²⁵ התגוששות בין מגמות צדק חוזי תהליכי לבין מגמות צדק חוזי מהותי,¹⁴²⁶ מתח משתנה בין ערכים לבין פורמליזם בעולם המשפט¹⁴²⁷ ועוד,¹⁴²⁸ כל אלה צפויים להשפיע, ואכן

¹⁴²¹ ראו למשל, ע"א 554/83 'אתא' חברה לטכסטיל נ' עיזבון המנוח זלוטלוב, פ"ד מא(1) 282, 299, 304-301.

¹⁴²² מנגנון רטורי מעניין נוסף הוא שינוי ההתייחסות אל הביטוי 'אומד דעת הצדדים' מלשון נקבה ("דעתם של הצדדים משתמעת") אל לשון זכר ("אומד הדעת משתמע"). לשון נקבה מדגישה את דעת הצדדים, הסובייקטיבית, בעוד לשון זכר מדגישה את האומדן האובייקטיבי שמבצע השופט. על כך ראו זמיר, פירוש והשלמה, 136.

לביקורת השימוש במונחים אלה ראו זמיר, פירוש והשלמה, 135: "ברור למדי, שסטייתו של השופט ברק ממונחיו של החוק לא נעשתה בהיסח הדעת. הסבר אפשרי לכינוי של השלמת פערים בשם 'פירוש במובן הרחב' הוא, שכינוי זה מקרב את הפיתרון שאליו הגיע בית המשפט לרצון הצדדים עצמם, לבסיס הפירמידה. בדרך זו מוסווה המקור החברתי של הנוהג הכללי ושל המקורות הנוספים למילוי פערים בחוזה, ומוצנע התפקיד היוצר של בית המשפט".

¹⁴²³ ובאופן מסורתי, בית המשפט אינו רואה את תפקידו בכתיבת החוזה ובשיפורו עבור הצדדים. ראו למשל, המ' 162/52 נשיונל אינשורנס אנד גרטי קורפורישון לימיטד נ' מובושיביץ פ"ד ז 238, 246; ע"א 12/61 אלטמן נ' אלטמן פ"ד טו 1911, 1912-1913; ע"א 11/87 מדינת ישראל נ' חירם לנדאו, פ"ד מג(4), 287, 293.

¹⁴²⁴ עקרון תום הלב חדר לדיני החוזים בישראל במסגרת חוק החוזים, סעיפים 12 ו 39. מאז הוא זכה לכתיבה בהיקף נרחב ביותר. ראו למשל שלו, דיני חוזים, 85; פרידמן וכהן, חוזים, כרך א, 511; גואלטירו פרוקציה, 'קווים לתורת תום הלב', עיוני משפט יג (תשמ"ח-תשמ"ט), 41; גואלטירו פרוקציה, 'הפרת הובה לנהוג בתום לב', הפרקליט לט (תשמ"ט-תשנ"א), 65; גואלטירו פרוקציה, 'תחולת עקרון תום הלב בשיטה הישראלית', הפרקליט לט (תשמ"ט-תשנ"א), 291; נילי כהן, 'דפוס החוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק', הפרקליט לז (תשמ"ז), 13; דרורה פלפל, 'תום לב במשא ומתן לכריתת חוזה', עיוני משפט ה (תשל"ו-ז), 608; עלי בוקשפן, 'תם ומושלם – על אמון כתאוריית על של דיני החוזים ועל עקרון תום הלב כמשלים אמון, יציבות וודאות בראי פסיקתו של הנשיא שמגר', עיוני משפט כג (תש"ס), 11.

¹⁴²⁵ שניים מן הבולטים שתיארו תהליכים אלה הם: P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*; M. J. Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract* (Oxford, 1979); G. Gilmore, *The Death of Contract* (Ohio, 1974); of *Freedom of Contract* (Cambridge, Mass., 1993); גבריאלה שלו, 'מה נותר מחופש החוזים', משפטים יז (תשמ"ח), 465, 473; שלו, דיני חוזים, 41; נילי כהן, 'השוויון מול חופש החוזים', המשפט א (תשנ"ג), 131. עוד ראו שחר ליפשיץ, הסדרה חוזית של יחסים זוגיים במשפט האזרחי (דיסרטציה, רמת-גן, תשס"ב), 263.

¹⁴²⁶ ראו לעיל, הע"ש 1419.

¹⁴²⁷ מנחם מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תל אביב, תשנ"ג).

¹⁴²⁸ ראו גם שירלי רנר, 'דיני חוזים – מגמות והערכה', משפטים כא (תשנ"א), 33.

משפיעים, על יחסי הפרשנות ותום הלב. אך כפי שניווכח להלן, יתכן שלתחום הפרשנות מאפיינים המבדילים אותו מתחומים אחרים של דיני החוזים.

שאלת היחס בין עקרון תום הלב לבין פרשנות החוזה זכתה להתייחסות נרחבת בכתביה המודרנית של דיני החוזים.¹⁴²⁹ דומני, כי ניתן לקבוע שהיא טרם זכתה לכל התייחסות בהקשרו של המשפט העברי.¹⁴³⁰ יתירה מכך, לכשנעיין באור זה בסוגיות התלמודיות נגלה כי עמדותיו אומרות דורשני, הן משום שלכאורה הן אינן עולות בקנה אחד עם מגמות נרחבות יותר בדיני החוזים שבתלמוד, הן משום שכשלעצמן הגיון המשפטי אינו ברור כל צרכו. אטען, כי בניגוד למה שפעמים רבות מקובל בשיטות משפט בנות זמננו (והמשפט הישראלי בכללן), הכללים התלמודיים של פרשנות החוזה אדישים לחלוטין לעקרון תום הלב ואינם כפופים לו. זאת חרף העובדה שעקרון תום הלב נהנה מנוכחות רבה מאד באגפים אחרים של דיני החוזים במשפט העברי. עוד אטען, כי דווקא המקום הרב שהעניקו חז"ל לעקרון תום הלב בדיני החוזים במשפט העברי הוא שייתר את הצורך בהחדרתו אל כללי פרשנות החוזה, והותיר אותם כשהם משוחררים מן האילוץ שיש בעקרון תום הלב. דומה כי על פי המשפט התלמודי, ניתן להשיג תוצאות דומות בדרכים משפטיות אחרות שאינן כרוכות בפירוש מחדש של החוזה. בסופו של הפרק אבקש לבחון את הנגזרות המשפטיות של מדיניות זו, את יתרונותיה ואת חסרונותיה.

למותר לציין, כי אין בכוונתי להציג **כקושיה** עבור המשפט התלמודי את העובדה שהוא אינו מפעיל טכניקות פרשניות מודרניות אשר חודשו בדיני החוזים בעת החדשה. הפער הכרונולוגי בין השיטות מסביר באופן מניח את הדעת את ההבדלים ביניהם.¹⁴³¹ אלא שבכוונתי להיעזר במודלים הפרשניים המודרניים שאנו מכירים כיום כדי לנסות להבין ולהגדיר טוב יותר את אופני התמודדותו של המשפט התלמודי עם בעיות דומות. בדומה לפרקים הקודמים שבמחקר, אף כאן ההשוואה היא מושגית א-היסטורית.

¹⁴²⁹ ראו שלו, **דיני חוזים**, 411; פרידמן, **פרשנות החוזה**, 252; ברק, **פרשנות החוזה**, 213; זמיר, **פירוש והשלמה**, 23; גואלטירו פרוקציה, 'קווים לתורת תום הלב', **עיני משפט יג** (תשמ"ח-תשמ"ט), 41, 65; מאוטנר, **ירידת הפורמליזם**, 48; מאוטנר, **התערבות שיפוטית**, 48; דרורה פלפל, 'סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי)', תשל"ג – 1973 והזיקה לדין הגרמני, **הפרקליט לו** (תשמ"ד), 53, 63.

¹⁴³⁰ כך למשל בשני החיבורים המרכזיים שעד עתה התמודדו (גם אם בתמציתיות) עם נושא פרשנות החוזה במשפט העברי; ראו ספריהם של ורהפטיג ואלון, הנזכרים לעיל בהע"ש 7. בס אמנם התייחס לעניין וקבע כי "עקרון תום הלב, המשפיע רבות במשפט הישראלי על פירוש החוזה ואומדן דעת הצדדים, אינו מוכר כעיקרון משפטי בהלכה" (בס, **חוזים על פי דיני התורה**, 122), אולם הוא לא הרחיב ופירט מעבר להערה לאקונית זו.

¹⁴³¹ די להרחיק לכת עד שנת 1949 כדי לקרוא באחד מפסקי הדין של בית המשפט העליון, כי "חלילה לו, לבית המשפט, לפרש את החוזה לפי עקרונות יושר סתם או להתחשב במה שלדעתו של בית המשפט היו צריכים הצדדים, באופן הגיוני, להתכוון לו" (ע"א 39/47 **אשר נ' בירנבאום**, פ"ד ב 533). על כך ראו רשימותיהם של אמנון גולדברג, איל זמיר, מנחם מאוטנר וגיא מונדלק, המופיעים אצל דפנה ברק-ארז (עורכת), **משפטים ראשונים: שיחות בעקבות פסקי-דין של בית-המשפט העליון בשנה הראשונה להיווסדו** (תל אביב, 1999), 89 ואילך.

8.2. תום הלב בפרשנות החוזה במשפט המודרני

בשיטות משפט רבות מקובל כי חוזים יש לפרש לפי עקרון תום הלב. יש מהן, כגון גרמניה, אוסטריה, איטליה, יוון ופורטוגל,¹⁴³² שקבעו את הדבר בחקיקה. באחרות, בעיקר שיטות ממשפחת המשפט המקובל, כך נוהגים בפועל בתי המשפט, אף שהמחוקק לא קבע זאת במפורש.¹⁴³³ כך למשל, בבתי המשפט האנגליים מקובל, כי לא רק שיש לפרש את החוזה באופן שימנע תוצאות אבסורדיות¹⁴³⁴ או תוצאות עסקיות בלתי סבירות,¹⁴³⁵ אלא לעתים יש לפרשו אף באופן שימנע תוצאות חוזיות בלתי הוגנות. לדוגמה, באחד מפסקי הדין נאמר:

¹⁴³² ראו סעיף 157 ל B.G.B. ("Contracts shall be interpreted according to the requirements of good faith,)
 "The contract shall be (giving consideration to common usage); סעיף 1366 לקודקס האזרחי האיטלקי)
 "interpreted according to good faith". התרגומים הנם על פי ברק, **פרשנות החוזה**. ראו גם סעיף 914 לקודקס
 האזרחי האוסטרי; סעיף 200 לקודקס האזרחי היווני; סעיף 239 לקודקס האזרחי הפורטוגלי. על כך ראו ברק,
פרשנות החוזה, 173, 216; זמיר, **פירוש והשלמה**, 23.

¹⁴³³ ראו E. A. Farnsworth, *Contracts*, (3rd ed., New-York, 1999) § 5.1 at 325, § 7.11 at 474
 (interpretation affected by public policy); J. H. Baker, 'From Sanctity of Contract to Reasonable
 Taylor Equip. Inc. v. Expectation', 32 *Current Legal Prob.* 17, 31 (1979)
 M. Van Alestine, 'Dynamic Treaty', 98 F 3d 1028, 1032 (8th Cir., 1996)
 Interpretation', 146 *U. Pa. L. Rev.* 687 (1998). בהקשר המשווה של המשפט העברי יש עניין רב בהערותו של
 Bulsara לגבי המשפט הפרסי בעת העתיקה, במיוחד לאור קרבתו בזמן ובמקום למשפט התלמודי בבבל: "Their
 [=the contracts] implicit or explicit terms would be binding on each and all on either side, and should
 be interpreted rightly and fairly, whether under the same or altered circumstances" (Bulsara, *Ancient
 Persians*, 68)

¹⁴³⁴ Tillmans v. Knutsford, [1908], 2 K.B. 385, Farwell L.J.: "In a mercantile document or a statute
 there is a presumption that business men do not intend to do anything absurd, which is some slight
 Schuler v. Wickman Machine Tool Sales, ראו גם guide; but in all cases it is a matter of construction"
 [1974] A.C. 235.

¹⁴³⁵ וכך אמר השופט דינג: "In short, whenever the wide words, in their natural meaning, would give rise
 to an unreasonable result, the judges either rejected them as repugnant to the main purpose of the
 contract or else cut them down to size in order to produce a reasonable result" (Mitchell Ltd. v. Finney
 Lock Seeds Ltd., [1983] Q.B. 284). See also Glofield Properties Ltd. v. Morley, [1989] 2 E.G.L.R. 118,
 C.A., Nourse L.J.; Tito v. Waddell, [1977] Ch. 314; Lewison, *Interpretation*, 291

פרידמן, **פרשנות החוזה**, 253-254, מציע להבחין בין סבירות כאמת מידה פרשנית לבין אבסורדיות כאמת מידה
 פרשנית. על פי הצעתו, סבירות תשמש אמת מידה פרשנית רק כאשר לשון החוזה סובלת שני פירושים. אבסורדיות,
 לעומת זאת, תוכל לשמש אמת מידה פרשנית גם נגד לשון מפורשת.

...In a question such as this, however, where one has to deduce the intention of the parties from all the circumstances... I think one is free to assume that they intended a fair and commercial result rather than unfair one.¹⁴³⁶

הגדרה ישירה יותר, שלא לומר בוטה, ניתנה על ידי לויסון:

The court will sometimes manipulate the construction of the contract in order to achieve a fair result on the facts of the particular case.¹⁴³⁷

גם בישראל שופטים נוהגים לפרש את החוזה על פי עקרון תום הלב, אף שהדבר לא מצא את ביטוי בדבר חקיקה. בהקשר זה אופייניות פסיקות כדוגמת זו של השופט חשין:

בקרבתנו עצמנו אל פירושו של חוזה על נושא עסקי, נשים בכליניו שכל ישר של אנשי עסק סבירים והגונים, ועל דרך זה נהפוך בו בחוזה בנסותנו להתחקות אחרי כוונותיהם של הצדדים.¹⁴³⁸

או בדומה לזו של השופטת דורנר:

יש להתחקות אחר אומד דעתם של הצדדים על יסוד ההנחה כי פעלו כאנשים הגונים וסבירים.¹⁴³⁹

ורשימת הדוגמאות ארוכה.¹⁴⁴⁰ עמדה זו מצאה ביטוי גם בספרות המשפטית הישראלית.¹⁴⁴¹

Laura Investment Co. Ltd. v. Havering London Borough Council, [1993] 1 E.G.L.R. 124 (Hoffman¹⁴³⁶ J.). See also Datastream International Ltd. v. Oakeep Ltd., [1986] 1 W.L.R. 404, Warner J.: "Faced with that choice as to the meaning of the word, ... I prefer the meaning that does not produce an unreasonable and unfair result"

.Lewison, *Interpretation*, 48, 292¹⁴³⁷

¹⁴³⁸ ע"א 5795/90 סקלי נ' דורען בע"מ פ"ד מו(5), 811, 819. אך ראו דעותיהם של השופטים לוי ובך, שם, 831-830.

¹⁴³⁹ השופטת דורנר, ע"א 6025/92 צמיתות נ' חרושת חימר, פ"ד נ(1), 826, 834.

¹⁴⁴⁰ ע"א 554/83 אתא נ' זולוטוב, פ"ד מא(1), 283, 301 (לביקורת פסק הדין ראו זמיר, פירוש והשלמה, 131 ואילך); ע"א 5559/91 ק.צ. מפעלי גז ואנרגיה נ' מקסימה המרכז להפרדת אויר פ"ד מז(2), 642, 649; ע"א 5187/91 מקסימוב נ' מקסימוב פ"ד מז(3), 177, 186; ע"א 1395/91 וינוגרד נ' ידיד, פ"ד מז(3), 793, 800; ע"א 3645/92 שאול קלנר נ' ששה לופוביץ ואח', פ"ד מז(4), 133, 144; ע"א 3833/93 לוי נ' לוי פ"ד מח(2), 862, 870; ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים פ"ד מט(2), 265, 305; ע"א 6276/95 מגדלי באך נ' חוזה, פ"ד נ(1), 562, 567; ע"א 3128/94 אגודה שיתופית בית הכנסת רמת חן נ' סהר חברה לביטוח פ"ד נ(3), 281, 304; ע"א 7824/95 תשובה נ' בר נתן פ"ד נה(1), 289, 302; ע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עזבון המנוחה מילגרום הינדא נ' מרכז משען פ"ד נב(4), 145, 162; דני"א 1792/00 מדינת ישראל נ' שדמון פ"ד נו(5), 643, 663. לסקירת הפער בין פסיקות מאוחרות של בית המשפט העליון בתחום פרשנות החוזה לבין פסיקות בשנותיו הראשונות, ראו הרשימות המצוינות לעיל, הע"ש 1431.

¹⁴⁴¹ ראו שלו, דיני חוזים, 411; ברק, פרשנות החוזה, 222; פרידמן, פרשנות החוזה, 237 ("אין ספק שכאשר לשון החוזה מציבה בפני בית המשפט מספיק אפשרויות שכולן באות בחשבון, יטה בית המשפט לבחור בפירוש הנראה בעיניו הצודק ביותר"); זמיר, פירוש והשלמה, 24-23; דרורה פלפל, יסע"ף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973 והזיקה לדין הגרמני, הפרקליט לו (תשמ"ד), 53, 63; מאוטנר, ירידת הפורמליזם, 62-56.

לא למותר לציין, כי אלו דוגמאות לשילוב מוצהר של שיקולים מוסריים בתוך מלאכת פרשנות החוזה. הדבר עשוי גם לבוא, ובהיקפים נרחבים יותר, בצורה סמויה ונסתרת.¹⁴⁴² ביקורות מסוגים שונים הועלו נגד חלק מפסקי הדין, בעיקר כלפי אלה שהרחיקו לכת בשימוש הפרשני שעשו בעקרון תום הלב.¹⁴⁴³ ברם, חשוב לזכור כי הביקורות שהועלו לא יצאו נגד עצם שילובו של עקרון תום הלב בפרשנות החוזה,¹⁴⁴⁴ אלא נגד מינוני השימוש שנעשה בו: ¹⁴⁴⁵ נגד המהירות שבה זונח בית המשפט את פרשנות החוזה לאור תכליתו הסובייקטיבית ופונה לפרשו על פי תכליתו האובייקטיבית,¹⁴⁴⁶ נגד היחס הלא פרופורציונלי לכאורה שנוצר בין עקרון תום הלב לבין עקרונות פרשניים אחרים המבקשים אחר אומד דעת הצדדים.¹⁴⁴⁷ נטען, כי כללי הפרשנות נמתחו יותר על המידה לשם השגת התוצאה הראויה בעיני בית המשפט,¹⁴⁴⁸ וכי למעשה בית המשפט החל

¹⁴⁴² כך למשל תאר זאת עטייה: "Even the merest tyro will soon learn, for instance, that it is not much use arguing against a particular construction of a written contract on the ground that it would produce unjust or inconvenient results for his client; but he will equally soon learn that it is perfectly permissible to present the same argument in the form that 'the parties could not have intended' the contract to bear the meaning argued against because of the results which would follow" (Atiyah *Essays*, 246).

¹⁴⁴³ הבולט שבהם, פס"ד אפרופים. ראו למשל, פרידמן, **פרשנות החוזה**, 245; דניאל פרידמן 'לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסק דין אפרופים', **המשפט ח** (תשס"ג), 483; המשנה לנשיא חשין, דנ"א 2045/05 **ארגון מגדלי הירקות נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם), פסקה 2 ואילך. ברק ענה למבקרו בספרו, **פרשנות החוזה**, 500.

¹⁴⁴⁴ אך ראו דברי שופט אנגלרד, דנ"א 1792/00 **מדינת ישראל נ' שדמון** פ"ד נו(5), 643, 658.
¹⁴⁴⁵ שלו, **דיני חוזים**, 411: "ברק... נותן משקל רב, לטעמי רב מדי, לעקרון תום הלב בתהליכי הפירוש וההשלמה. באמצעות תורת הפרשנות שלו מרחיב ברק את סמכות בית המשפט להתערב בחוזים ואף לעצב מחדש את תניותיהם, לעתים בניגוד לרצונם הברור של הצדדים".

¹⁴⁴⁶ המשנה לנשיא חשין, דנ"א 2045/05 **ארגון מגדלי הירקות נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם), פסקה 28: "הגם שהכל מסכימים כי תכלית סובייקטיבית – בה עיקר, הלכה למעשה נחפו בית המשפט לעיתים להידרש לתכלית אובייקטיבית בלא שמיצה את מסעו אל התכלית הסובייקטיבית שעמדה נגד עיני הצדדים". שם, פסקה 31: "עד אשר נידרש לתכלית האובייקטיבית של חוזה, לעקרון תום הלב ולחזקות מכוח הדין האמורות לקבוע כיצד יפורש חוזה פלוני, שומה עלינו לעשות ככל יכולתנו לנסות ולרדת לסוף דעתם של בעלי החוזה, בין מתוך הכתב בין ממקורות לגיטימיים אחרים. אכן, ביודענו כי התכלית האובייקטיבית ממתינה לנו מעבר לדלת ומזמינה אותנו בקריצה כי נשלב זרוענו בזרועה; וביודענו כי התכלית האובייקטיבית יפה ונקיה היא במראָה להפליא; רב הוא הפיתוי שלא להעמיק חקר בתכלית הסובייקטיבית וליפול ברישתה של התכלית האובייקטיבית".

¹⁴⁴⁷ השופט רבלין, דנ"א 2045/05 **ארגון מגדלי הירקות נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם), פסקה 12; המשנה לנשיא חשין, פרשת ארגון מגדלי הירקות, פסקה 17. אשר לשלב החדש הניתן לעקרון תום הלב בפירמידת הפירוש וההשלמה, ראו זמיר, **פירוש והשלמה**, 25: "הנכונות להתחשב בערכים חברתיים וציבוריים כבר בשלב הברור של הרצון והכוונה הפרטיים של הצדדים, בשלב האומדן של דעת הצדדים, מערערת את המבנה הנקי והמסודר של הירארכיית הפירוש וההשלמה. למעשה, ראש הפירמידה נושק לבסיסה". ראו גם, Zamir, *The Inverted Hierarchy*, 1710.

¹⁴⁴⁸ השופט (כתוארו אז) חשין: "יש הסוברים כי בתי המשפט מתחו את כללי הפרשנות אל מעבר למידה הראויה להם; כי לאמיתם של דברים חרגו כללי הפרשנות מהיותם כללי פרשנות – במובנו הלגיטימי של המושג – וכי באחוזם בקרדום הפרשנות פלשו בתי המשפט עמוקות – בלא אומר ובלא נשמע דברם – אל תחום המשפט המהותי. נציין ונדגיש, כי הביקורת אינה מפנה עצמה אל **היעדים** שבתי המשפט משווים נגד עיניהם, אלא אל **הדרכים** (קרי –

להשתתף במלאכת הכנת החוזה.¹⁴⁴⁹ יש שטענו מכיוון אחר, כי טושטש קו הגבול בין פרשנות חוק לבין פרשנות חוזה, לענין מעורבותו האקטיבית של בית המשפט והחדרתו את ערכיו אל תוך מעשה הפרשנות.¹⁴⁵⁰ לדידם, השימוש בעקרון תום הלב במסגרת פרשנות החוזה הוא אמנם לגיטימי, אך "טעון הפעלה זהירה ומתונה", וראוי שייעשה "רק כאשר מתקיימים תנאים מיוחדים, ויוצאי דופן".¹⁴⁵¹

שאלה שמן הראוי ליתן לה את הדעת, וזאת נעשה בהרחבה בהמשך, היא האם הפרשנות היא הכלי המשפטי הראוי לקידום מטרותיו של עקרון תום הלב. שהרי מטרות אלה עשויות להיות מושגות גם באמצעים משפטיים אחרים שאינם פרשניים, כגון הפעלה ישירה של סעיפי תום הלב שבחוק החוזים,¹⁴⁵² או באמצעות שימוש מכוון בדיני הפגמים בכריתת החוזה שיופעלו לשם הגשמת מטרות אלה.¹⁴⁵³ הלא גם פרשנות החוזה על פי עקרון תום הלב אינה אלא "התערבות מכוח הדין, בחסות כללי הפרשנות, בהסכם שביניהם".¹⁴⁵⁴

מהי אפוא עדיפותה של הזירה הפרשנית עבור קידום עקרון תום הלב? הדעת נותנת, כי זו נעוצה באפשרות לקיים בפועל מדיניות אקטיביסטית¹⁴⁵⁵ על פי גישת הצדק החוזי המהותי, בד בבד עם שמירה על רטוריקה של מדיניות פאסיבית על פי גישת הצדק החוזי התהליכי. לשון אחרת: קידום מוסווה של עקרון שקילות התמורות¹⁴⁵⁶ תוך כדי המשך הצהרה על קדושת עקרון חופש החוזים. הפרשנות נתפסת כהתערבות חלשה יותר של בית המשפט, שהרי כביכול הוא אינו אלא מפרש את

הטכניקות) שבהן מהלכים הם לקראת אותם יעדים" (רע"א 3128/94 **אגודה שיתופית בית הכנסת רמת חן נ' סהר חברה לביטוח פ"ד נ(3) 281, 305-304**).

¹⁴⁴⁹ המשנה לנשיא חשין, דני"א 2045/05 **ארגון מגדלי הירקות נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם), פסקה 2: "דומה עלינו, כי בניסוחם של כללי הפרשנות שנוצקו בפרשת אפרופים רחק בית המשפט מתפקידו המסורתי כפרשן במובו המסורתי של מושג הפרשנות, והחל משים עצמו צד לחוזה ממש". השוו עם דברי השופט לוי, ע"א 554/83 **אתא נ' זולוטוב**, פ"ד מא(1), 283, 323: "דא עקא, שהסכנה שלפניה עשוי הפרשן לעמוד היא שמא 'יגניב', דרך קביעת אומד דעתם של הצדדים לחוזה, את אומד דעתו שלו לגבי התוצאה הצודקת לפי הערכתו וייחס את הערכתו שלו לצדדים לחוזה, ועל ידי כך יהפוך בפועל דוקטרינה של פרשנות לדוקטרינה לבר-חוזית".

¹⁴⁵⁰ המשנה לנשיא חשין, דני"א 2045/05 **ארגון מגדלי הירקות נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם), פסקה 36.

¹⁴⁵¹ שלו, **דיני חוזים**, 413. ראו גם פרידמן, **פרשנות החוזה**, 253: "ראוי לחתור לכך שישמר איזון מתאים ושמוגמה זו לא תגלוש לכך שבית המשפט יכתוב את ההסכם עבור הצדדים בנסיבות שבהן ערכו הסכם סביר (אף אם בעיני בית המשפט היה מקום לכתוב הסכם עדיף)".

¹⁴⁵² סעיפים 12 ו 39 לחוק החוזים, המטילים, בהתאמה, את החובה לנהוג בתום לב בשעת המשא ומתן ובשעת קיום החוזה.

¹⁴⁵³ ראו תיאורו של זמיר, **פירוש והשלמה**, 42 ואילך. ניתוח זה של זמיר מקביל לניתוחים שנעשו בשיטות משפט אחרות. ראו P. S. Atiyah, 'Contract and Fair Exchange', *Essays*, 329; Collins, *Contract*, 254; Gordley, *Equality*, 1625. אין צורך לומר, כי שימוש מכוון בדיני הפגמים בכריתת החוזה אינו פחות מניפולטיבי מאשר פירוש החוזה לפי עקרון תום הלב.

¹⁴⁵⁴ פרידמן, **פרשנות החוזה**, 253.

¹⁴⁵⁵ לזיקה בין אקטיביזם שיפוטי לבין פרשנות חוזים ראו מאוטנר, **התערבות שיפוטית**, 21; זמיר, **ברק ודיני החוזים**.

¹⁴⁵⁶ לדיון בעקרון שקילות התמורות ראו Gordley, *Equality*; Atiyah, *Essays*, 329; זמיר, **פירוש והשלמה**, 89;

זמיר, **רצון חופשי**, 796; זמיר, **הבסיס התיאורטי**, 492.

מובן הדברים שהצדדים קבעו לעצמם. לפיכך, גם כשמדובר בהחדרת נורמות של תום לב אל החוזה נוח יותר לשופטים להלביש את פועלם בתחפושת של מעשה פרשנות. עמד כך, על פי דרכו, השופט דנינג, שאמר:

They [the Judges] still had before them the idol, 'freedom of contract'. They still knelt down and worshipped it, but they concealed under their cloaks a secret weapon. They used it to stab the idol in the back. This weapon was called 'the true construction of the contract'.¹⁴⁵⁷

בלשון מעודנת יותר ניסחה זאת גבריאלה שלו:

כללי פרשנות נחשבו תמיד אמצעי יעיל להשגת הרמוניה בין כללים, עקרונות ומאויים שונים, ובעניננו: עקרון חופש החוזים מול השאיפה לעשיית צדק בנסיבות הענין.¹⁴⁵⁸

כמעט ואין צורך לומר, כי פירוש החוזה על פי עקרון תום הלב גובה מחירים שונים, ואינו רק מעניק יתרונות. פירוש החוזה על פי עקרון תום הלב נוטל מן הצדדים את אבן הפינה של החוזה – את מובנו – ומעביר אותו אל השופט. בצד הפגיעה העקרונית בעקרון חופש החוזים, הדבר גם מוביל לערעור הוודאות והצפיות הדרושים כל כך ליציבות עולם החוזים. וכך אמר השופט חשין, בתגובה לפסק דין אפרופים: "לא בכדי שוררת בקרב רבים מן העוסקים במשפט – שופטים, עורכי דין וחכמי משפט – תחושה של חוסר ודאות מלווה בחשש כי חוזה כתוב וחתום – ככתבו וכלשונו – אינו עוד יכול להבטיח את זכויות הצדדים לו, שכן כיום עשוי בית משפט לפרשו כדרכו וכי כל תוצאה (כביכול) ניתנת להשגה באמצעות פרשנות".¹⁴⁵⁹

דרך זו גם מתמרצת צדדים פוטנציאלים שאינם מעוניינים לנהוג זה בזה בתום לב לנסח את חוזהם בדרך מדויקת וברורה יותר, אשר תחסום את בית המשפט מלפרש את החוזה כפי הבנתו (ולכל הפחות תקשה עליו לעשות כן).¹⁴⁶⁰ תוצאה בלתי רצויה זו אופיינית לשימוש במעשה הפרשנות יותר מאשר להחלת עקרון תום הלב מכוח הדין, שהרי זו האחרונה אינה תלויה בלשון שבה ניסחו הצדדים את הסכמתם ובפרשנותה.

לבסוף, ואולי זאת העיקר, דומה כי פירוש החוזה על פי עקרון תום הלב לוקה בפגם של "חוסר יושר אינטלקטואלי".¹⁴⁶¹ מדיניות זו יוצרת פער בין הרטוריקה השלטת (חופש החוזים וזכות

¹⁴⁵⁷ השופט דנינג, Mitchell Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd, לעיל, הע"ש 1435.

¹⁴⁵⁸ שלו, **תניות פטור**, 70.

¹⁴⁵⁹ המשנה לנשיא חשין, דני"א 2045/05 **ארגון מגדלי הירקות נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם), פסקה 6. ראו גם שלו, **תניות פטור**, 71. אמנם לדעת מאוטנר, **התערבות שיפוטית**, 57, כאשר פרשנות החוזה על פי התכלית האובייקטיבית מוכרת ומוצהרת יש פחות חשש לחוסר מודעותם של הצדדים לקיומה של פרשנות זו. ברם, המודעות לעצם קיומה של פרשנות מסוג זה אינה מקנה ידיעה של תוצאותיה. ערכי הוודאות והצפיות עדיין נתונים בסכנה.

¹⁴⁶⁰ ראו שלו, **תניות פטור**, 71: "הצבת כללי הפרשנות תשמש למנסחי החוזים מורה דרך יעיל לניסוח מחודש של תניות הפטור, כך שיעברו את כור ההיתוך של בית המשפט ובדלית ברירה אף יזכו בגושפנקא משפטית".

¹⁴⁶¹ כלשון שלו, **תניות פטור**, 71. דומני כי שלו לא חזרה מאוחר יותר על ביטוי לא-פשוט זה. מאוטנר, **התערבות שיפוטית**, (56-57) זיהה בעיה מעין זו רק אם יסתיר בית המשפט את שיקוליו המוסריים שבפרשנות החוזה, אולם לא

ההתנאה של הצדדים) לבין הפרקטיקה המיושמת בפועל; להלכה הסכמת הצדדים היא העומדת במוקד עולם החוזים, בעוד שלמעשה הסכמה זו מעוצבת מחדש לפי תפיסתו של בית המשפט.¹⁴⁶² כאשר מטושטשים הגבולות, ובית המשפט בוחר להסוות את פעילותו למען השגת חוזה צודק ברטוריקה נוחה במקום להגדיר נאמנה את טיב עשייתו, ישנו חשש לערפול מיותר, אולי עד כדי "עיוות וניווון מושגי יסוד בדיני חוזים".¹⁴⁶³

8.3. תום הלב בפרשנות החוזה במשפט התלמודי: הצגת הבעיה

לאור כל זאת, אני מבקש לבחון, האם כללי פרשנות החוזה שנקבעו במשנה ובתלמוד מכילים אלו היבטים של עקרון תום הלב? יהיה אשר יהיה טיבם של כללי פרשנות החוזה בתלמוד – התחקות אחר אומד דעת הצדדים, מתן פירוש לשוני לחוזה וכדומה¹⁴⁶⁴ – האם במסגרתם מונחה הדין לשקלל את האופן שבו היו נוהגים זה בזה צדדים שהם תמי לב, ולאור זאת לפרש את החוזה? האם ניתן לזהות בכללים אלה את טביעות האצבע של תפיסותיהן המוסריות של חז"ל ושל השקפותיהם החברתיות?

לעניות דעתי התשובה לכך שלילית. עיון בכמה סוגיות מוביל למסקנה ההפוכה. חז"ל מבקשים לעצב כללי פרשנות חוזים, המניחים לגבי הצדדים הנחות ריאליסטיות למדי, אשר אינן טעונות במטענים ערכיים מסוגו של עקרון תום-הלב. יתירה מכך, חז"ל אף אינם חוששים מלפרש את החוזה על יסוד הנחה כי הצדדים צרי עין ואנוכיים זה כלפי זה. עקרון תום הלב, בגרסה זו או אחרת, אינו נוכח בעולמם של הכללים התלמודיים של פרשנות החוזה.

חשוב להדגיש, כי השאלה שהצגנו עומדת בעינה הגם שאין כל ציפייה כי מקורות המשפט העברי יזכירו באופן מילולי את המונח 'תום לב'. ביטוי זה אמנם עברי הוא,¹⁴⁶⁵ אולם הוא אינו חלק במערכת המושגים של המשפט העברי. ואכן, אין זו דרכו של המשפט העברי לעשות שימוש

אם יבחר להצהיר עליהם: "ההכרה במקומו של הרכיב האובייקטיבי בפרשנות הינה מעשה של ריאליזם משפטי, דהיינו, גילוי של שקיפות, כנות ויושר מצד בית המשפט באשר לאופן שבו הליך הפרשנות של החוזה מתנהל מקדמא דנא. המצב שבו הקטגוריה של הפרשנות האובייקטיבית אינה מוכרת כקיימת לצד הקטגוריה של הפרשנות הסובייקטיבית הינו מצב של 'צביעות': דיני החוזים (השופטים) אומרים דבר אחד אך עושים דבר אחר. חסרונו של מצב זה טמון אפוא בשקריות שבו". לדיון בשאלת חשיבותה של הכנות במסגרת מתן הנמקות שיפוטיות ראו S. C. Idleman, 'A Prudential Theory of Judicial Candor', 73 *Tex. L. Rev.* 1307, (1995); D. L. Shapiro, 'In Defense of Judicial Candor', 100 *Harv. L. Rev.* 731 (1987). ולדיון מיוחד בבעיה בזה בתחום פרשנות החוזה ראו זמיר, **ברק ודיני החוזים**.

¹⁴⁶² שלו, שם, אף הוסיפה וקבעה כי זו "אינה פרשנות אמיתית".

¹⁴⁶³ שלו, שם.

¹⁴⁶⁴ לשאלות אלה ודומותיהן הוקדשו הפרקים הקודמים בעבודת מחקר זו.

¹⁴⁶⁵ למשל, "יהי לבי תמים בחוקיך למען לא אבוש" (תהלים קיט, פ); "בתם לבבי ובנקיך כפי עשיתי זאת" (בראשית כ, ה, ראו גם שם, ו); "ואתה אם תלך לפני כאשר הלך דוד אביך בתם לבב ובישר לעשות ככל אשר צויתך חקי ומשפטי תשמר" (מלכים א ט, ד). ראו גם תהלים עח, עב; תהלים קא, ב; שכל טוב, בראשית כז (מהד' בובר, 113); ילקוט שמעוני, תורה, רמז פ (מהד' מוסד הרב קוק, 330). וראו השופט (כתוארו אז) אלון, ע"א 148/77 **רוט נ' יושפה** פ"ד לג(1), 617, 633.

במושגי שסתום מעין אלה.¹⁴⁶⁶ ברם, גם אם בשמו זה אין הוא מופיע, תוכנו ומהותו וודאי שורים על המשפט העברי ומופיעים לרוב, בכמה שינויים מתחייבים, במקורות המשנה והתלמוד. הללו רוויים בנורמות, פזורות ומפורדות כמיטב המסורת הקזואליסטית,¹⁴⁶⁷ שאותן היינו מסווגים כיום תחת הכותרת 'עקרון תום הלב'.

לא זו אף זו; מכמה בחינות חשובות, ניכר כי המשפט התלמודי מבקש להמליך על דיני החוזים היבטים נרחבים של עקרון תום הלב, נרחבים אף יותר מן המקובל כיום. מערכת הקשרים המסועפת שמניח המשפט העברי בין המשפט לבין המוסר¹⁴⁶⁸ הובילה את חכמי המשנה והתלמוד להתוות שורה ארוכה של נורמות ודפוסי התנהגות ממשפחת תום הלב, שאליהם כפופים הצדדים לחוזה. אמנה, בקליפת אגוז, כמה מן המרכזיים שבהם:¹⁴⁶⁹

א. דיני אונאה מטילים על הצדדים המתקשרים בחוזה את החובה לסחור במחירים הוגנים, ואף מעניקים תרופות רלוונטיות במקרי הפרה. למעשה, דינים אלה קובעים את עקרון שקילות התמורות.¹⁴⁷⁰ כידוע, משפטני דורנו מתחבטים בשאלה זו, האמנם יש לפרש את חובת תום הלב בצורה כה מרחיבה, כמשתרעת עד כדי פיקוח על הגינות תוכן החוזה ושקילות תמורותיו.¹⁴⁷¹ עוד בתקופת המשנה (ובהשראת המקרא¹⁴⁷²) חז"ל ענו על כך בחיוב.

¹⁴⁶⁶ זילברג, *כך דרכו של תלמוד*, 483.

¹⁴⁶⁷ זילברג, *כך דרכו של תלמוד*, 451; אלון, *המשפט העברי*, 879; Moscovitz, *Talmudic Reasoning*. ראו גם יעקב (ג'פרי) רובינשטיין, 'פירושי מקורות תנאיים על ידי עקרונות כלליים ומופשטים', בתוך יעקב אלמן, אפרים בצלאל הלבני וצבי אריה שטיינפלד (עורכים), *נטיעות לדוד* (ירושלים, (תשס"ח), עמ' רעה. וראו לעיל, ליד ציון הע"ש 624.

¹⁴⁶⁸ לא אבקש להקיף כאן סוגיה רחבה ועשירה זו. אסתפק בכמה מראי מקום מרכזיים. זילברג, *כך דרכו של תלמוד*, 504; אליעזר גולדמן, 'המוסר, הדת וההלכה', *מחקרים ועיונים* (ירושלים, (תשנ"ז), 265; אלון, *המשפט העברי*, 125; הרב אהרן ליכטנשטיין, 'מוסר והלכה במסורת היהודית', *דעות מו* (תשל"ז), 5; הלברטל, *מהפכות פרשניות*, 22; A. Kirshenbaum, *Equity in Jewish Law* (New Jersey, 1991); S. Shilo, 'On one Aspect of Law and Morals in Jewish Law: Lifnim Meshurat Hadin', *13 Israel Law Review* 359 (1978); S. Shilo, 'Kofin Al Midat S'dom: Jewish Law's Concept of Abuse of Rights', *15 Israel Law Review* 49 (1980); S. Shilo, 'Equity as a Bridge Between Jewish and Secular Law', *12 Cardozo L. Rev.* 737 (1991). ראו גם ביקורתו של מנחם מאוטנר על ספרו הנ"ל של קירשנבאום, 'אקוויטי במשפט העברי', *עיוני משפט יח* (תשנ"ד), 639. לגישה שונה ראו ישעיהו לייבוויץ, 'מצוות מעשיות', בתוך *יהדות, עם יהודי ומדינת ישראל* (ירושלים ותל אביב, (תשל"ט), 13.

¹⁴⁶⁹ ראו באופן כללי אלון, ע"א 148/77 *רוט נ' ישופה* פ"ד לג(1), 617, 633; שילם ורהפטיג, 'תום לב בדיני חוזים', *נזיר אחיו*, כרך ג (ירושלים, (תשל"ח), עמ' רכה.

¹⁴⁷⁰ ראו פורת, *דין אונאה*, 375; פורת, *הצדק החוזי*, 27, שם ביקשתי להוכיח, כי יסודו המשפטי של דין אונאה נעוץ בעקרון שקילות התמורות ואין לראותו כנת-סעיף של דין מקח טעות. וראו לעיל, הע"ש 1456.

¹⁴⁷¹ שלו, *דיני חוזים*, 115; פרידמן וכהן, *חוזים*, כרך א, 538-539; זמיר, *פירוש והשלמה*, 53; ע"א 554/83 *אתא' חברה לטכסטיל נ' עיזבון המנוח זולוטוב*, פ"ד מא(1) 282, 300; ע"א 627/84 *נודל נ' פינטו*, פ"ד מ(4), 477, 484-485; ע"א 4839/92 *גנז נ' כץ*, פ"ד מ"ח(4), 749; דנ"א 1792/00 *מדינת ישראל נ' שדמון*, פ"ד נו(5), 643, 658.

¹⁴⁷² לדיון במקורות המקראיים של דין אונאה ראו אברהם אהוביה, 'מהי היא 'הונאה'?', *בית מקרא יח* (תשל"ג), 51; פורת, *דין אונאה*, 307.

ב. במקום שבו כבר הסכימו הצדדים על פרטי החוזה, אך טרם השלימו את כריתתו לכדי חוזה תקף, מחייב אותם המשפט העברי לנהוג זה בזה בהוגנות ומגביל את יכולתם לסגת מהתחייבויותיהם. לשם כך הוא מייחד סנקציות מתאימות, המשקפות מצב ביניים זה, כדוגמת 'מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי דור הפלגה', 'מחוסר אמנה' ו'אין רוח חכמים נוחה הימנו'.¹⁴⁷³

ג. המשפט העברי אינו תוחם את הגנת תום הלב לשני הצדדים לחוזה; על הצדדים לחוזה לנהוג על פי אמת מידה דומה גם כלפי בני אדם שלישיים, אף שאינם קשורים במישרין למעגל החוזי אלא מושפעים ממנו בעקיפין. בסדרת מקרים התערבו חכמי המשנה והתלמוד בחופש החוזי כדי לבטל חוזים או לסכלם כאשר אלה נחשדו שנעשו באופן מלאכותי, כקנוניה שמטרתה פגיעה בלתי לגיטימית באינטרסים של בני אדם שלישיים.¹⁴⁷⁴ בכך מרחיב המשפט העברי את היקף האנשים המוגנים באמצעות עקרון תום-הלב אף מעבר למקובל במשפט הישראלי.¹⁴⁷⁵

ד. יתירה מכך. נראה שחובת תום הלב חלה גם על בני אדם שלישיים כנגד שני הצדדים לחוזה. שניים המצויים במשא ומתן חוזי בשלבים מתקדמים יהיו מוגנים (כל אחד בנפרד) מפני ניסיונו של אדם שלישי להתערב ביניהם כדי להטות את ההתקשרות החוזית לכיוונו.¹⁴⁷⁶

¹⁴⁷³ לסקירה ראו זילברג, **כך דרכו של תלמוד**, 559; ורהפטיג, **דיני חוזים במשפט העברי**, 16; השופט אנגלרד, ע"א 6370/00 **קל בנין נ' ע.ר.מ. רעננה**, פ"ד נו(3), 289, 305.

¹⁴⁷⁴ ראו למשל בבלי, בבא מציעא קח ע"א (רכישה מדורגת של מקרקעין, שמטרתה עקיפת זכות הקדימה של שכן, 'בר מצרא'); בבלי, ערכין כג ע"א (גירושין מלאכותיים שמטרתם פגיעה כספית באדם שלישי, כגון ערב, הקדש ולוקח). דומני, כי סוגיה זו טרם זכתה למחקר ממצה. טיוטת מחקר מצויה כיום כחלק מסדרת חוק לישראל (בעריכת נחום רקובר), כנספח לפירוש סעיף 13 בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973. במשפט הישראלי הוסדר הדבר רק בתחום דיני המסים, שם מגינה על עצמה המדינה מפני עסקאות מלאכותיות הנרקמות נגדה. ראו דוד גליקסברג, **גבולות תכנון המס (ירושלים, תש"ף)**, 213-252.

¹⁴⁷⁵ על פניו נראה, כי אדם שלישי, שאינו חלק מן האינטראקציה החוזית, אינו יכול לטעון נגד אחד הצדדים כי נהג כלפיו שלא בתום לב. יוצאים מכלל זה הם משתתפים במכרז, החייבים לנהוג זה כלפי זה בתום לב (ראו ת"א (ת"א) 513/94 **מנדלי מרכז שלום בע"מ נ' עיריית תל אביב יפו ואח'**, פס"מ תשנ"ה (3) 360, 370), וכך אדם שלישי המוטב מן החוזה. כמו כן, אדם שלישי זכאי לטעון, כי הצדדים הפרו את חובת תום הלב זה כלפי זה, וכי הוא נפגע מכך בעקיפין. ראו וינבוים, **תום לב**, 77. לדעת וינבוים, מן הראוי להרחיב עוד יותר את תחולת עקרון תום הלב: "אם מקבלים את הטענה כי סעיף 61(ב), בצירוף הוראות סעיפים 12 ו 39 לחוק החוזים, אמנם יוצר עילת תביעה עצמאית כנגד מפר החובה, הרי שיש לומר כי הפרת חובת תום הלב מצד הפועל את הפעולה המשפטית אינה מוגבלת רק כנגד האדם שכלפיו מכוננת הפעולה ישירות, אלא גם כלפי כל מי שעלול להיפגע מפעולה זו, ובלבד שאותו צד ג נמצא בתחום הסיכון שמבצע הפעולה חייב לקחת אותו בחשבון, באופן סביר, כאשר הוא מבצע את הפעולה".

¹⁴⁷⁶ עניין זה נידון במשפט העברי במסגרת הכלל "עניי המהפך בחררה ובא אחר ונטלה הימנו נקרא רשע" (בבלי, קידושין נט ע"א). ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רלו, סעיף א. על כך ראו שילם ורהפטיג, 'עקרונות הסגת גבול', **סיני עז** (תשל"ה), עמ' רנד; הרב ישראל מאיר לאו, 'איסור השגת גבול – עניי המהפך בחררה', **תורה שבעל פה יט** (תשל"ז), 106; נחום רקובר, **המסחר במשפט העברי (ירושלים, תשמ"ח)**, 123.

גם כאן סבור וינבוים, **תום לב**, 77, כי ראוי שבמשפט הישראלי יהיה דין דומה: "כל הגורם בחוסר תום לב לצד א להפר את חובת תום הלב שצד א חב כלפי צד ב (למשל, גורם לצד א לפרוש, ללא צידוק מספיק, ממשא ומתן המתנהל

המשפט העברי מעניק אפוא לחובות אלה מוטת כנפיים רחבה, הן מבחינה עניינית הן מבחינה פרסונלית. במונחי חובות תום הלב המקובלים כיום מדובר באחריות בהיקף נרחב ביותר. היא מאבני היסוד של דיני החוזים במשפט העברי.¹⁴⁷⁷ סבורני כי יש בכך כדי ללמד על האחיזה הרבה שקנתה לה במשפט העברי הגישה, כי הצדדים לחוזה (ולמעשה גם שחקנים נוספים) חייבים לנהוג זה בזה במידה רבה של אחריות ורגישות. בשל כך, חריפה יותר השאלה המוצגת בפרק זה: מדוע לא מצאה גישה זו את ביטוייה גם במסגרת כללי פרשנות החוזה שבמשנה ובתלמוד?

כמענה לטיעון נגד אפשרי חשוב לציין, כי ככל הנראה, עצם הרעיון של פרשנות טקסט המושפעת מערכיו של הפרשן לא היה זר לחז"ל ואף קרוב אצל דעתם. בכל הנוגע למדרש התורה, כבר הצביע הלברטל בהרחבה "על המקום הרחב שתופסים שיקולים מוסריים כקריטריונים פרשניים"¹⁴⁷⁸ בספרות מדרשי חז"ל. מספר פעמים, כאשר בפניהם עומדות כמה אפשרויות לפרש את מובנם של פסוקי התורה, חז"ל אינם מנסים להסתיר כי בחירתם בפרשנות זו או אחרת קשורה בהשקפת עולמם הערכית בעניין הנידון. עוד מוסיף הלברטל ומדגיש, כי אין מדובר בשיקולים מוסריים סמויים, תת-מודעים, אלא בשיקולים מוסריים גלויים ומוצהרים.¹⁴⁷⁹ על יסוד דבריו, מתחזקת השאלה מדוע לא מופעלת מתודה דומה גם במסגרת פרשנות החוזה.¹⁴⁸⁰

עם צד ב, משא ומתן המצוי בשלביו הסופיים), מפר את חובות תום הלב שהוא חב כלפי צד ב – ישירות – בלא כל קשר לחבותו האפשרית בגין עוולת גרם הפרת חיוב שמכוח חוק". לגבי החבות הנויקית ראו נילי כהן, **גרם הפרת חוזה** (ירושלים, תשמ"ו), 29.

¹⁴⁷⁷ בהקשר דיני אונאת מחיר כתבתי (**דין אונאה**, 289-290): "דין אונאת מחיר, המחייב את הצדדים לסחור במחירים הוגנים, מבטא תפיסה של אחריות בין-אישית, בה נושא כל אחד ואחד כלפי הגנה על ענייניו של האחר. אחריות זו מוטלת על כתפי המשתתפים בחיי המסחר, ותמציתה בחובתם לנהל את עסקיהם באופן שאינו מקפח את האינטרסים הכלכליים של זולתם. דין אונאה חותר לכוון את המתקשרים בחוזה לעצב חוזה שתוכנו הוגן ותמורותיו שקולות. תפיסת הצדק החוזי המשתקפת מתוך דין זה היא של צדק חוזי מהותי".

¹⁴⁷⁸ הלברטל, **מהפכות פרשניות**, 168.

¹⁴⁷⁹ "המדרשים שלפנינו משקפים ברירה מודעת בין אפשרויות פרשניות תוך שימוש בשיקול מוסרי כבורר פרשני" (הלברטל, **מהפכות פרשניות**, 174). כדוגמה אחת מתוך שלל הדוגמאות בהן דן הלברטל אביא את הפרשנות לפרשיית בן סורר ומורה (ראו הלברטל, **מהפכות פרשניות**, 48). חכמים מתחבטים לגבי טעם מצווה זו וממילא גם לגבי היקפה ולגבי התנאים לתחולתה. בהקשר זה אומר המדרש:

אמר רבי יוסי הגלילי וכי מפני שאכל זה תריטמר בשר ושתה חצי לוג יין האיטלקי אמ' תורה יצא לבית דין ויסקל? אלא הגיעה תורה לסוף דעתו של בן סורר ומורה שסוף מגמר נכסי אביו ומבקש למודו ואינו מוצא, ויוצא לפרשת דרכים ומלסטים את הבריות. אמרה תורה ימות זכאי ואל ימות חיוב, שמיתתן של רשעים הנייה להן והנייה לעולם, ולצדיקים רע להם ורע לעולם (מדרש תנאים לדברים כא, כא, מהד' הופמן 131, ובמקבילות ספרי דברים פיסקא רכ, מהד' פינקלשטיין, 253; ירושלמי, סנהדרין ח, ז, מהד' זוסמן 1309; בבלי, סנהדרין עב ע"א).

כלומר, מתוך הנחתו המקדמית, כי לא יתכן שעונשו של נער שאכל תריטמר בשר ושתה חצי לוג יין האיטלקי (ואפילו בדרך גניבה) יהיה עונש מוות, מפרש רבי יוסי הגלילי את דינו של בן סורר ומורה כפעולת מניעה ("ימות זכאי ואל ימות חיוב") ולא כמעשה ענישה.

למותר לציין, כי הפרשן המשתמש בשיקולים אלה סבור כי הם אינם רק נחלת השקפת עולמו, אלא מבטאים את השקפת עולמו של ההלכה (על כך ראו בהערה הבאה). אולם לטענת הלברטל אין בכך כדי לשלול את הקביעה, כי הבחירה בין שתי פרשנויות אפשריות נעשית על בסיס שקילה מוסרית מודעת ולא דווקא על בסיס מבחן טקסטואלי

תמיהה זו עשויה להחריף עוד יותר לאור הכלל הפרשני הבא. אצל פוסקי ימי הביניים אנו מוצאים את הכלל הקובע, כי בין שני פירושים אפשריים לחוזה יש להעדיף את הפירוש המעמידו כחוזה חוקי ההולם את תקנת הציבור.¹⁴⁸¹ כלל נקוט בידם ש"יש לפרש הלשון בענין שלא יהיה עבירה",¹⁴⁸² ובניסוח דומה נקבע כהנחה פרשנית כי "לא שביק איניש מצוה ועביד איסורא [=לא עוזב אדם מצווה ועושה איסור]".¹⁴⁸³ לעתים באים הדברים עד כדי קבלת פירוש המעמיד את החוזה באור חוקי ואפילו הוא כופה עצמו על המובן הפשוט של הלשון.¹⁴⁸⁴ אמנם, לא מצאתי תמיכה לעקרון זה במקורות המשנה והתלמוד,¹⁴⁸⁵ אולם העובדה שהפוסקים ראוהו כדבר המובן

או כל מבחן פורמאלי אחר. לדיון נוסף, ביקורתי, ראו אבי שגיא, 'משה הלברטל, מהפכות פרשניות בהתהוותן', **דעת** 42 (תשנ"ט), 171.

¹⁴⁸⁰ ההבחנה בין פרשנות פסוקי התורה ומאמרי חז"ל לבין פרשנות חוזה הנה ברורה. פרשנות טקסט בעל מעמד נורמטיבי גבוה נהנית ממידה רבה של עקרון החסד, כפי שתיארו קוויין, *W.V.O. Quine, Words and Object*, (Cambridge, Mass., 1960), 58-59. על פי עקרון זה, פרשן עושה חסד עם הטקסט המתפרש כאשר הוא מבקש לקרוא את הטקסט בצורה המוצלחת ביותר. לענייני משמעות עקרון זה היא שילוב ההנחה הפרשנית, כי הפסוקים הטעונים פירוש ראויים לעמוד בסטנדרטים המוסריים הגבוהים ביותר (כפי שמבינם הפרשן עצמו). וכך ניסח זאת הלברטל (**מהפכות פרשניות**, 85-86): "לפי מגמה זו, רשאי הפרשן לשלב שיקולים מוסריים, גם אם אינם נתלים במקראות. את שילובם של שיקולים כאלה מצדיק הפרשן בוודאות הדתית שלו על אודות דמותו של הקב"ה. האפשרות ש'מפני שאכל תרטימר בשר ושתה חצי לוג יין הוא נסקל', סותרת לא רק את ערכיו שלו, אלא גם את ודאותו בנוגע לצדקתו של נותן התורה, כפי שהתבטא הרמ"ה – 'וחלילה לאל מרשע'... לפי גישה זאת, לומר שטקסט הוא קדוש, פירושו להעניק לו בפרשנות את מרב החסד האפשרי משום שזהו טקסט שאין להניח לגביו שהוא טועה. לגבי טקסט קדוש נפעיל את עקרון החסד לא רק כדי לתת לו משמעות במקרה שפירוש מילולי יוצר חוסר משמעות, אלא גם כדי להתאים אותו לקריטריונים הגבוהים ביותר של שלמות". (לגישה שונה, הטוענת כי דווקא קדושתו של הטקסט מביאה להעדר כל צורך בעקרון החסד, ראו הלברטל שם, 191). ובשונה מכך, פרשנות חוזה, שהוא טקסט בנאלי ויומיומי, אינה צפויה להכיל מידה כה רבה של עקרון החסד. ברם, בכך יש כדי להסביר את הבדלי דרגות המוטיבציה בין שילוב שיקולים מוסריים בפרשנות פסוקי תורה לבין שילובם בפרשנות חוזה, אולם אין בכך כדי לשלול את הרלוונטיות העקרונית של שיקולי מוסר גם במסגרת פרשנות חוזה.

¹⁴⁸¹ על כך ראו אליאב שוחטמן, **מעשה הבא בעבירה** (ירושלים, תשמ"א), 191; הכהן, **פרשנות תקנות הקהל**, 310.

¹⁴⁸² שו"ת הרא"ש, כלל סח, סימן יג; טור, חושן משפט, סימן סא.

¹⁴⁸³ שו"ת הריטב"א, סימן קסז. תשובה זו התייחסה לשאלה, האם ניתן לפרש דברי אדם שהקדיש דבר מה כמתייחסים להקדש עניים.

לתשובות נוספות ראו שו"ת הרא"ש כלל יח, סימנים ד-ה (פרשנות תניית שיפוט ואיסור ערכאות של גויים); שם, כלל סח, סימן יג (כני"ל); שם, כלל פה, סימן ג (פרשנות מתנה ליבניו אם מתייחסת אף לבנותיו); שם, כלל קח, סימן טו (פרשנות שטר הלואה ואיסור ריבית); שו"ת מהרשד"ם, יורה דעה, סימן סח (כני"ל); שו"ת גינת ורדים, יורה דעה, כלל ו, סימן ו (כני"ל); שו"ת מהר"ם פדובה, סימן מה; שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן ריג (פרשנות תניית שיפוט ואיסור ערכאות של גויים); על כך ראו גם אליאב שוחטמן, **סדר הדין** (ירושלים, תשמ"ח), 113, הערה 134.

גם תקנות הקהל יתפרשו על פי עקרון דומה. ראו למשל שו"ת הריטב"א, סימן קנו; שו"ת הריב"ש, סימן שלא; שו"ת רבי בצלאל אשכנזי, סימן י. להרחבה ראו הכהן, **פרשנות תקנות הקהל**, 289.

¹⁴⁸⁴ ראו שו"ת מהרשד"ם, יורה דעה, סימן סח: "יש לנו לדחוק עצמנו בכל מה שנוכל ושלא ליקח דברי הכתב כפשוטו הנראה מהם שהמשא ומתן היה באיסור גמור של תורה".

¹⁴⁸⁵ הפוסקים הנ"ל לא הביאו לעקרון זה הוכחות תלמודיות. אם כי לפי הכהן (**פרשנות תקנות הקהל**, 290), הערה 287), יתכן שיש לראות בית אב לעקרון זה בדברי מדרש הספרי: "זאת היא מידה בתורה – כל כלל ופרט שדרך הדין לוקה בו נתקיימו זה וזה אל תלקה דרך הדין" (ספרי במדבר ח, מהד' הורביץ, 15). נראה שעל פי מדרש זה, כאשר

מאליו, ולא מצאו לו הוכחות נגדיות בתלמוד, עשויה ללמד משהו על האופן שבו הם הבינו את רוחה של הפרשנות על פי מקורות חז"ל. אם אכן מונחה הפרשן לפרש את החוזה כך שיעלה בקנה אחד עם חוקים כאלה ואחרים מדוע אין הוא מונחה לפרשו כך שיעלה גם בקנה אחד עם הדרישות המוסריות שמטילים חז"ל על הצדדים לחוזה? אדרבה, כפי שניווכח להלן, הפרשן צפוי להניח הנחות ריאליסטיות, לעתים בלתי מחמיאות, לגבי הצדדים שלפניו, ועל בסיס זה לפרש את החוזה.

לאחר שאציג שלוש סוגיות מן התלמוד, המלמדות, כל אחת על פי דרכה, על העדר מקומו של עקרון תום הלב במעשה הפרשנות, אבקש להעניק לתופעה זו פשר, ומתוכו לגזור כמה לקחים ומסקנות.

8.4. "צריך ליקח לו דרך" – זכות המעבר במסגרת פרשנות

החוזה

8.4.1. הקדמה

אדם מתקשר בחוזה לרכישת נכס מקרקעין, למשל בור מים, המצוי בתוך נחלתו של המוכר. כדי להגיע אל הנכס עליו לחצות את גבולו של המוכר. כיצד יפורש החוזה לעניין זכות המעבר אל הנכס?¹⁴⁸⁶ האם יורשה הקונה לחצות את נחלת המוכר כדי להגיע לנכס שרכש, או שמא הוא יהיה מנוע מכך עד שיתקשר לשם כך עם המוכר בחוזה נוסף (מן הסתם בתוספת תשלום)?

גם הסיטואציה ההפוכה עשויה להתגלות רלוונטית: אדם מתקשר בחוזה למכירת נחלתו לקונה. במסגרת החוזה נקבע, כי בור המים המצוי באותה נחלה יישאר בבעלות המוכר. אף כאן אין החוזה מציין במפורש את זכות המעבר אל הבור. האם יהיה רשאי המוכר לחצות את נחלת הקונה כדי להגיע לבור המים שנותר ברשותו, או שמא לשם כך יהיה עליו להתקשר עמו בחוזה נוסף?¹⁴⁸⁷

הפעלה של אחד מן הכללים הפרשניים (כאן מובא כדוגמה "כלל ופרט") עלולה להביא לתוצאה הנוגדת את הדין אזי אין להפעיל את הכלל הפרשני כדי ש"אל תלקה דרך הדין".

עוד יתכן, אם כי הדבר מצריך בירור נוסף, כי בתוספתא הדנה במעשה בני אלכסנדריא (כתובות ד, ט, מהד' ליברמן, 68) משתקפת פרשנות כתובה המונעת מתוך שיקולי מדיניות של מניעת ממזרים בישראל: "דרש הלל הזקן לשון הדיוט, כשהיו בני אלכסנדריא מקדשין נשים אחר בא וחוטפה מן השוק ובא מעשה לפני חכמים בקשו לעשות בנייהן ממזרין אמ' להם הלל הזקן הוציאו לי כתובת אמותיכם הוציאו לו וכתוב בה כשתכנסו לביתי תהוי לי לאנתו כדת משה וישראל". עם זאת, מתוך ההקשר הכולל של תוספתא זו נראה שדרישת 'לשון הדיוט' אינה של פרשנות מוטית משיקולים ערכיים. על כך ראו בהרחבה לעיל, ליד ציון הע"ש 29 ואילך.

¹⁴⁸⁶ למען הדיוק, יש להתלבט האם שאלה זו תסווג בתחום פרשנות החוזה (כלומר, האם במכירת נכס כלולה גם המשמעות של מכירת זכות המעבר אל הנכס) או שמא בתחום השלמת חללים בחוזה (כלומר, בהנחה שהחוזה אינו מתייחס לזכות המעבר, האם עלינו להשלים חלל זה). לדיון בכיוון זה ראו הרב אליעזר יהודה פינקל, דברי אליעזר, בבא בתרא, סימן טו, ס"ק ב. למשמעויות השונות שיש להבחנה בין פרשנות לבין השלמה ראו לעיל, ליד ציוני הע"ש 52, 683.

¹⁴⁸⁷ אמנם המקרה השני נראה כתמונת ראוי של המקרה הראשון. ברם, כפי שניווכח להלן, במשפט העברי מבחינים ביניהם. לפיכך, חשוב שנסווגה נגד עינינו את שני המקרים באופן סימולטני.

בבעיית זכות המעבר ניתן לדון משני היבטים: דיני מקרקעין ודיני חוזים.¹⁴⁸⁸ מבחינת דיני המקרקעין יש לשאול, האם בעלותו של אדם על נכס מכילה מיניה וביה¹⁴⁸⁹ אף את זכות המעבר אליו. היבט זה רלוונטי לא רק להתקשרויות חוזיות, אלא גם למצבי שכנות אחרים שאין מקורם בחוזה.¹⁴⁹⁰ מבחינת דיני החוזים, אשר עומדים בלב דיונונו כאן, יש לשאול, האם יש לפרש את ההתקשרות שבין המוכר לבין הקונה כמעניקה לקונה את זכות המעבר אל הנכס שרכש? ייאמר מיד, שזכות המעבר מכוח דיני המקרקעין אינה מיינתרת בהכרח את זכות המעבר שמכוח דיני החוזים, שכן זו האחרונה צפויה להיות רחבה יותר מן הראשונה. ייתכנו מצבי-ביניים מסתברים, שאינם מצדיקים הענקת זכות מעבר מכוח דיני המקרקעין לכשעצמם, אך עשויים להצדיק את הענקת הזכות מכוח פרשנות החוזה. למשל, אם לבעל הנכס, אשר תובע זכות מעבר, כבר קיימת דרך גישה אל הנכס שהליכה בה כרוכה בקושי רב, והוא תובע מן הצד שכנגד דרך גישה נוחה וסבירה יותר; במקרה זה דיני המקרקעין צפויים שלא לתמוך בתביעתו לקבלת דרך גישה קלה יותר, אולם אם מצב העניינים נגרם בעקבות חוזה, יתכן שיהיה מקום לשקול את תביעתו לקבלת דרך גישה סבירה.¹⁴⁹¹

בכל הנוגע להיבט החוזי, עקרון תום הלב תומך בפירוש החוזה כמקנה את זכות המעבר לבעל הנכס.¹⁴⁹² תהיה זו התנהגות שלא בתום לב להקנות נכס ללא זכות גישה אליו.¹⁴⁹³ כך, לכל הפחות, כאשר מדובר בזכות נלווית שהיא מהותית¹⁴⁹⁴ למימוש הנכס.¹⁴⁹⁵ לדוגמה:

¹⁴⁸⁸ להבחנה זו ראו ע"א 153/67 שלב נ' נוה הררי מואב, פ"ד כא(1) 617, 620-621; ע"א 351/67 כהן נ' וקסלמן, פ"ד כא(2), 665, 661. להרחבה ראו רייכמן, זיקת הנאה, 121.

¹⁴⁸⁹ מכוח כורח או מכוח שימוש עתיק שנים.

¹⁴⁹⁰ כגון שניים היורשים נחלת אביהם, והאחד אינו יכול להגיע לנחלה שקיבל אלא אם יחצה את שטח אחיו. אשר לזכות מעבר הנובעת מדיני מקרקעין ולא מפרשנות חוזה, ראו מחלוקת אדמון וחכמים (משנה, כתובות יג, ז): "מי שהלך למדינת הים ואבדה דרך שדהו, אדמון אומר: ילך בקצרה, וחכמים אומרים: יקנה לו דרך במאה מנה או יפרח באויר". על פי דעת שמואל, המופיעה בתלמוד הירושלמי, כתובות יג, ז (מהד' זוסמן, 1015), נראה שמחלוקת התנאים מתפרשת כמחלוקת בשאלת קיומה של זכות מעבר מכוח הבעלות על מקרקעין. זאת בשונה משאר הפירושים המופיעים בתלמוד הירושלמי (שם) ובתלמוד הבבלי (כתובות קט ע"ב; יבמות לו ע"ב), לפיהם המחלוקת היא במישור דיני הראיות והספקות, ומתייחסת לסיטואציה הייחודית שבה כבר היתה לבעל השדה דרך גישה אלא שזו אבדה בתוך השדות המקיפים אותה. על כך ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קמח; קונטרס הספקות, כלל ו, סעיף יב; שערי יושר, שער ה, פרק י. עוד למחלוקת אדמון וחכמים ראו להלן, הע"ש 1511. לענין זיקת הנאה וזכות מעבר בחלוקת שותפות, ראו גם 'חלוקת שותפות', אנציקלופדיה תלמודית טו, עמ' תט.

¹⁴⁹¹ וכך כתב השופט לנדוי: "על זכות מעבר מחמת כורח נאמר, שהיא ניתנת רק במקרה של כורח מוחלט ולא כאשר קיימת דרך אחרת אל אדמתו של הטוען לזכות, אם כי המעבר בדרך האחרת כרוך בקושי רב, ואילו לגבי מעבר על פי 'הקניה משתמעת' מקילים בתי המשפט יותר, בצאתם מן ההנחה שבעת המכירה התכוונו הצדדים לכל אותן זכויות המעבר הדרושות להנאה סבירה בחלק שנמכר ובחלק שנותר בידי המוכר" (ע"א 153/67 שלב נ' נוה הררי מואב, פ"ד כא(1) 617, 620-621). ראו שם מקורותיו בפסיקה האנגלית.

¹⁴⁹² במשפט האנגלי מקובל הכלל כנגד גריעה ממענק (the rule against derogation from grant): 'המעניק דבר ביד האחת לא ישלול את האמצעים ליהנות מאותו דבר ביד השניה' (בעקבות Birmingham, Dudley & District Bankinf Co. v. Ross, (1888) 38 Ch.D. 295, 313, על פי רייכמן, זיקת הנאה, 122. ראו גם Wheeldon v. Burrows, (1879) 12 Ch.D. 31; ע"א 153/67 שלב נ' נוה הררי מואב, פ"ד כא(1) 617, 620-621).

On a severance of two properties, anything like a right of way, or any other easement which is used, and which is reasonably necessary for the reasonable and comfortable use of the part granted, is intended to be granted too. The principle is that the grantor is assumed to have intended that his grant shall be effectual.¹⁴⁹⁶

אמנם יכול אדם לטעון, כי לכאורה אין לייחס חוסר תום לב למכירת נכס ללא זכות גישה אליו, שהרי ביד הקונה נתונה האפשרות להתקשר בחוזה נוסף עם המוכר ולרכוש בתשלום את זכות המעבר. מדוע הוגן יותר להעניק לקונה זכות מעבר ללא תשלום נוסף, ולא להגן על אינטרס המוכר ולהתנות את זכות המעבר בתשלום תמורה נאותה? ברם, נראה שאין כן פני הדברים. אם לא יפורש החוזה באופן המעניק לקונה את זכות המעבר, יהיה מצוי המוכר בעמדת יתרון, אשר תאפשר לו לסחוט את הקונה ולהוציא מידי סכום מופרז תמורת זכות המעבר בנחלתו. הקונה מצוי בעמדה שבה הוא נאלץ לרכוש את זכות המעבר, שאם לא כן לא יוכל לממש את הנכס שרכש, בעוד המוכר חסר אינטרס להקנות לו זכות זו. המוכר צפוי אפוא לנצל את היתרון שבידו ולתרגמו למחיר מקפח שאותו הוא ידרוש מן הקונה תמורת זכות המעבר.¹⁴⁹⁷ זו הסיבה שעקרון תום הלב צפוי לתמוך בפירוש החוזה כמעניק את זכות המעבר לרוכש, ללא תשלום נוסף.

¹⁴⁹³ ראו למשל פרידמן, **פרשנות החוזה**, 274, שכתב בהקשר פרשנות חוזים ותום לב: "דוגמה בולטת היא זו של חוזה להשכרת דירה בבנין. ברור שאף אם לא נאמר דבר בחוזה כוללת השכירות גם זכות מעבר בחצר וחדר המדרגות המוביל לדירה, שאם לא כן לא יוכל הדייר להשתמש במושכר והזכות תתרוקן מתוכנה". ראו גם רייכמן, **זיקת הנאה**, 124: "הכלל מושתת על ההנחה של הגינות הצדדים (common honesty)", בעקבות Harmer v. Jumbil, [1921] 1 Ch. 200 (C.A.), 226. אשר לשאלה, אם ניתן להגיע לתוצאה דומה מכוח דיני הטעות, ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1562.

¹⁴⁹⁴ מקרים בתחום האפור הן של זכויות נלוות שאינן הכרחיות. למשל, האם לשוכר יש זכות לתלות שלט באזור של המשכיר, או האם זכותו להעביר למושכר חוט אנטנה העובר דרך שטח המשכיר? ראו פרידמן, **פרשנות החוזה**, 274. מקרה גבולי נוסף הוא של זכות נלווית שהיא הכרחית מבחינה כלכלית בלבד. כלומר, בידי הקונה מצויה האפשרות הפיזית להגיע אל הנכס, אולם דרך הגישה הקיימת אינה יעילה מבחינה כלכלית. האם כורח כלכלי יביא להקניית זכות מעבר בשטח המוכר? ראו רייכמן, **זיקת הנאה**, 127.

¹⁴⁹⁵ בפסיקה האנגלית נקבע, כי קבלת זכות המעבר מכוח דיני החוזים קלה יותר מאשר קבלתה מכוח דיני המקרקעין. כאשר מדובר בהתקשרות חוזית, אין צורך להוכיח כורח מוחלט, כלומר שאין כל דרך אחרת אל הנכס. די להוכיח כי דרכי גישה אחרות כרוכות בקושי רב. על כך ראו בפרשת Bayley, המוזכרת בהערה הבאה.

¹⁴⁹⁶ Bayley v. Great Western Rly, (1884), 26 Ch. D. 434, 453. ראו גם ע"א 153/67 **שלב נ' נוה הררי מואב**, פ"ד כא(1) 617, 620. לדוגמה מן הפסיקה הישראלית ראו ע"א 1/57 **ביחובסקי נ' וינברגר** פ"ד י"ב, 605. ראו גם ע"א (י-ס) 34/61 **קלמנט נ' טוקלטואוב**, פ"מ מחוזיים ל"ו 126. לדעת רייכמן, **זיקת הנאה**, 132, פרשנות זו גם מתבקשת מסעיף 11 לחוק המכר: "המוכר לא קיים את חיוביו, אם מסר... נכס שאין בו האיכות או התכונות הדרושות לשימוש הרגיל או המסחרי או למטרה מיוחדת המשתמעת מן ההסכם". דוגמה לפסיקה ישראלית מוקדמת שלא קיבלה עקרון זה ראו ע"א 253/47 **לוי נ' קליין** פ"ד ב, 107. לביקורת ראו רייכמן, **זיקת הנאה**, 127.

¹⁴⁹⁷ ראו J.W. Simonton, 'Ways by Necessity', 25 Colum. L. Rev. 571, 578 (1925). דומה כי מדובר בסיטואציה הדומה למדי לתופעה המוכרת כבעיית הסחטן (holdout problem). בעיית הסחטן מתעוררת שעה שלאינטראקציה מסוימת דרושה הסכמת כמה אנשים, ודי בהתנגדות אחד מהם כדי לסכלה (למשל, סלילת כביש

עוד חשוב לציין, כי מנקודת מבטו של עקרון תום הלב נראה שאין להבחין בין שני המקרים שבהם פתחנו.¹⁴⁹⁸ כשם שלדידו יש לפרש את החוזה למכירת בור מים כמקנה לרוכש את זכות המעבר לבור, כך בדומה יש לפרש את החוזה ההפוך (מכירת מגרש אך בלא הבור שבמרכזו) כמשייר בידי המוכר את זכות המעבר לבור המים שהשאיר ברשותו ולא מכר לקונה.¹⁴⁹⁹

כל זאת על פי הגישה הדוגלת בפירוש החוזה לאור עקרון תום הלב, אך לא על פי גישתם הפרשנית של חז"ל. חכמי המשנה נחלקו לגבי מעמדה החוזי של זכות המעבר, אימתי היא ניתנת לבעל הנכס ואימתי לא, אולם מדברי הכל עולה, כי בהחלט ייתכנו מצבים שבהם החוזה יקנה לאחד הצדדים נכס ללא זכות מעבר אליו.

8.4.2. משנה

בשני מקומות במשנה נחלקו חכמים ור' עקיבא בעניין זכות המעבר. בראשונה נחלקו לגבי המוכר לחבירו 'בית'. לכך יש להקדים את דין המשנה הקובע את הכלל הלקסיקאלי, לפיו המילה 'בית' המצוינת בחוזה מכר אינה כוללת את הבור שבתחומו, הנשאר בבעלות המוכר (אלא אם הצדדים ציינו במפורש גם את מכירת הבור).¹⁵⁰⁰ בהקשר זה נחלקו התנאים לגבי זכות המעבר אל הבור:¹⁵⁰¹

[המוכר את הבית לא מכר את היציע...]. לא את הבור ולא את הדות,¹⁵⁰² אף על פי שכתב לו 'עומקא ורומא'.

וצריך ליקח לו דרך, דברי רבי עקיבא. וחכמים אומרים: אינו צריך ליקח לו דרך. ומודה רבי עקיבא בזמן שאמר לו 'חוץ מאלו' שאינו צריך ליקח לו דרך.

מכרן לאחר, רבי עקיבא אומר: אינו צריך ליקח לו דרך, וחכמים אומרים: צריך ליקח לו דרך.

הדורשת רכישת שטחים מבעלי כל המקרקעין לאורך התוואי המתוכנן). הסחטן הוא אותו יחיד הדוחה את ההצעה הניתנת לשאר המצויים בפוזיציה דומה לו, ודורש תמורה גבוהה בהרבה. ראו L. Cohen, 'Holdout and Free Riders', 20 *J. Legal Stud.* 351 (1991); F. H. Stephen, *The Economics of the Law* (Iowa, 1988), 113; R. A. Posner, *Economic Analysis of Law* (7th ed. Boston, Toronto & London, 2007), 56; זמר, **רצון חופשי**, 791; זהר גושן, 'הצבעה אסטרטגית בדיני חברות', **משפטים כג** (תשנ"ד), 109, 117. בסיטואציה שאנו דנים בה כאן, המחזיק בדרך הגישה לבור מצוי בפוזיציה דומה לסחטן: האינטרס שלו למכור את דרך הגישה נמוך בהרבה מן האינטרס של הצד שכנגד לרוכשה. לפיכך, הוא צפוי לתרגם זאת לאסטרטגיה של דחיית הצעות מקובלות והצבת דרישות גבוהות במיוחד. לפיכך מסתבר, כי מצבו של מי שרכש בור מים ללא זכות מעבר **גרוע יותר** ממצבו בטרם רכש את הבור; קודם הרכישה של הבור הוא יכול היה להימנע מרכישתו ולרכוש בור אחר (עם תוספת תשלום סביר עבור זכות המעבר), בעוד שכעת הוא נתון לסחיטת המוכר.

¹⁴⁹⁸ לעיל, ליד ציון הע"ש 1487.

¹⁴⁹⁹ זו גם דעתו של רייכמן, **זיקת הנאה**, 125, הסבור, כי יתכנו מצבים שבהם דווקא למוכר יושארו זיקות מסוימות במקרקעין המועברים. ראו גם D.W. Elliot, 'Non Derogation from Grant', 80 *L. Q. Rev.* 244, 260 (1964).

¹⁵⁰⁰ לדיון בטיבו הפרשני של הלקסיקון שקבעו חז"ל ראו לעיל, פרק 5.

¹⁵⁰¹ משנה, בבא בתרא ד, ב.

¹⁵⁰² לדיון בהבדלים שבין 'בור' לבין 'דות' בסוגיה זו ראו הלבני, **מקורות ומסורות, בבא בתרא**, עמ' קל.

אם כן, לדעת ר' עקיבא, על אף שבמקרה הראשון הבור נותר בבעלות המוכר, אין לו למוכר זכות מעבר אל הבור. אם בכל זאת הוא חפץ בדרך גישה אל הבור עליו "ליקח לו דרך", כלומר לרכוש מן הקונה זכות מעבר. לעומתו סבורים חכמים, כי יחד עם הבור נותרה בידי זכות מעבר אל הבור, ולכן אינו צריך לרכוש אותה בשנית מן הקונה.¹⁵⁰³ ברם, אם הבור נותר ברשות המוכר כחלק מתניה מפורשת בהסכם ('בזמן שאמר לו "חוץ מאלו"'), ולא מפרשנותו, מודה ר' עקיבא לחכמים כי הבעלות על הבור כוללת את זכות המעבר.¹⁵⁰⁴

בחלקה השני מתייחסת המשנה למקרה ההפוך: אדם מוכר לחברו בור ומותיר בבעלותו את שאר הבית והחצר שסביבו.¹⁵⁰⁵ האם יש לפרש את החוזה כמעניק לרוכש זכות מעבר לבור שקנה? לדעת ר' עקיבא, התשובה חיובית ואין הקונה צריך לרכוש בנפרד את זכות המעבר.¹⁵⁰⁶ חכמים חולקים וסוברים ש"צריך ליקח לו דרך".¹⁵⁰⁷

¹⁵⁰³ מהי המשמעות של קבלת זכות מעבר (כל תנא לפי שיטתו)? האם מדובר בבעלות מלאה על דרך הגישה, או שמא הכוונה לזכות שימוש בדרך הגישה אף שאינה בבעלותו? יש מן המפרשים שמהם נראה כי אין מדובר בבעלות מלאה אלא בשעבוד בלבד, כלומר בזכות שימוש. ראו למשל, רשב"ם בבא בתרא פב ע"ב, ד"ה 'מתקיף לה'; חידושי הריטב"א בבא בתרא סד ע"ב, ד"ה 'ודחיני'. על כך ראו גם ברכת שמואל, בבא בתרא, סימן נד.

¹⁵⁰⁴ אין זה מחוור לגמרי מדוע סבור ר' עקיבא, כי אם המוכר אמר במפורש "חוץ מאלו" מקנה לו החוזה זכות מעבר לבור שנותר ברשותו? מדוע יש משמעות לשאלה, אם הבור נותר בבעלות המוכר מכוח כלל הפרשנות שקבעה המשנה (המוכר את הבית לא מכר את הבור) או שמא מכוח תניה מפורשת שקבע המוכר?

יש אומרים, כי ייתור הלשון שנקט המוכר (שהרי גם בלא המלים 'חוץ מאלו' אמור הבור להיוותר ברשותו) הוא שמוביל לפירוש מרחיב זה. ראו רשב"ם, בבא בתרא סד ע"א, ד"ה 'בזמן' ('ותנאי שלא לצורך הוא, שהרי אינן בכלל בית, אלא לטפוי מילתא קאתי ושייר לו דרך'); ר' עבדיה מברטנורה, בבא בתרא ד, ב. יתכן שיש מקום לומר, כי מבחינה מילולית, אזכור מפורש של הבור ('חוץ מאלו') משמעו הבור לרבות דרך הגישה אליו. שמא הדבר עולה מתוך דברי ר' מנחם המאירי (בית הבחירה, בבא בתרא עא ע"א, מהד' סופר 360): "ולענין דרך יראה לי שכל שמוכר בפירוש אי זה דבר או משיירו לעצמו יש לו דרך, ולא נאמר שאין לו דרך אלא במה שנשתייר מאליו ולא נכלל בכלל המכר".

כל אחד משני ההסברים אינו ברור כל צרכו. אם אכן מדובר בייתור לשון, איזה פשר ייתנו לה חכמים, שממילא סוברים שיש למוכר את זכות המעבר לבור שנותר בבעלותו? ואם אכן נקבל את פירושו של הרשב"ם (בבא בתרא סד ע"א, ד"ה 'בזמן'), לפיו חכמים טוענים "לרווחא דמילתא אמר כן", מדוע לא נאמר כן גם לגבי ר' עקיבא ולא נעניק למוכר את זכות המעבר?

מנגד, קשה לקבל את הטענה, כי המשמעות המילולית של האזכור המפורש של הבור משמעה הבור לרבות דרך הגישה אליו. אם אכן כך, האם לא היה זה מן הראוי להותיר בידי המוכר את זכות הגישה אל הבור גם כאשר הבור נותר בבעלותו מכוח כלל הפרשנות ולא מכוח אזכורו המפורש? יתירה מכך. דברי המאירי קשים, בעיקר לאור העובדה שבמקרה ההפוך, כאשר אדם רוכש בור מים, סבורים חכמים כי אין הוא זכאי באופן אוטומטי למעבר אל הבור, וזאת למרות שהבור הוזכר במפורש בחוזה. המאירי (שם) היה ער לקושי זה, ופטר אותו בטיעון שאינו נראה כממצה את הענין עד תומו: "ואף על פי שבמכרן לאחר אמרו חכמים צריך ליקח לו דרך, מכל מקום לדעת ר' עקיבא שהלכה כמותו יש לדון כדברינו".

¹⁵⁰⁵ וראו פירוש הרמב"ם למשנה זו.

¹⁵⁰⁶ פוסקים מאוחרים העירו, כי כל זאת אמור כשלקונה אין דרך גישה אחרת אל הבור. ראו שו"ת הריב"ש, סימן רמח; רמ"א, חושן משפט, סימן ריד, סעיף ב. אשר לשאלה, האם זכות המעבר תינתן לו גם כאשר יש לו דרך גישה חלופית אל הבור אלא שהיא פחות נוחה מזכות המעבר שהוא תובע, ראו שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק ג, סימן צח, אשר העלה צדדים לכאן ולכאן ולא הכריע בדבר. ראו גם לעיל, הע"ש 1495.

¹⁵⁰⁷ הלכה נפסקה כר' עקיבא. ראו פירוש הרמב"ם למשנה, בבא בתרא ד, ב; רשב"ם, בבא בתרא סה ע"א, ד"ה 'כר' עקיבא; רמב"ם, משנה תורה, מכירה פרק כה, הלכה ג; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ריד, סעיף ב.

מחלוקת דומה נשנתה בין תנאים אלה לגבי מקרה מקביל של מוכר שדה ומשייר לעצמו את בור המים שבתוכו.¹⁵⁰⁸

כיצד יש להגדיר במדויק את מחלוקתם העקרונית של ר' עקיבא וחכמים? זו שאלה שתשובתה אינה ברורה, ועליה נרחיב בהמשך. יתכן שמחלוקתם נקודתית ומתייחסת אך ורק לבעיית זכות המעבר, יתכן גם כי מחלוקתם עקרונית יותר, וזכות המעבר אינה אלא דוגמה. החשוב לדידנו הוא, כי בין כך ובין כך, הן ר' עקיבא הן חכמים מקבלים כלגיטימית, כל אחד על פי דרכו, את פרשנות החוזה שלפיה אדם יחזיק בבעלותו בבור, ובלא שהחוזה מתפרש כמקנה לו דרך גישה אל הבור.¹⁵⁰⁹

8.4.3 תלמוד

כאמור, סוגיית התלמוד¹⁵¹⁰ מתלבטת לגבי טעמם של ר' עקיבא וחכמים וממילא גם לגבי היקף מחלוקתם; האם זו מוגבלת לסיטואציה המסוימת הנידונה במשנה, או שמא מחלוקת עקרונית יותר לפנינו.¹⁵¹¹ שלוש פרשנויות מוצעות בסוגיה:

א. ר' עקיבא וחכמים נחלקים בעניין פרשנות החוזה וזכות המעבר, האם עדיפה נקודת מבטו של הקונה שאינו רוצה "שיתן מעותיו וידרסוהו אחרים", כלומר שאומד דעתו מורה שאינו מסכים להעניק זכות מעבר בשטח שרכש (ר' עקיבא), או שמא עדיפה נקודת מבטו של המוכר, שאינו רוצה "שיטול מעות ויפרח באויר" (חכמים).

אפשרות זו נדחתה על ידי הסוגיה, שכן בכוחה להסביר את המקרה הראשון, שבו הבעלים מוכר את ביתו ומשייר לעצמו את הבור, אך לא את המקרה ההפוך, שבו הוא מוכר את הבור ומשייר לעצמו את הבית.

ב. ר' עקיבא וחכמים נחלקו בעניין פרשנות החוזה וזכות המעבר בשאלה עקרונית יותר, האם באופן שיטתי יש להטיל את מרכז משקל הכובד על אומד דעתו של הקונה (ר')

¹⁵⁰⁸ משנה, בבא בתרא ד, ט.

¹⁵⁰⁹ אליבא דר' עקיבא הדבר יקרה כאשר הוא מוכר את ביתו/שדהו והבור נותר ברשותו, ואילו אליבא דחכמים כאשר הוא מוכר את בורו לאחר.

¹⁵¹⁰ בבלי, בבא בתרא סד ע"ב.

¹⁵¹¹ בתלמוד הירושלמי (כתובות יג, ז, מהד' זוסמן 1015; ראו גם ירושלמי, בבא בתרא ד, ב, מהד' זוסמן 1247) מוצע הסבר חלופי לגישת ר' עקיבא. לפיו, ר' עקיבא סבור שיש להעניק לרוכש הבור זכות מעבר לא מחמת פרשנות החוזה אלא מכוח זכותו במקרקעין שברשותו. לפי הסבר זה, ר' עקיבא ואדמון (ראו לעיל, הע"ש 1490) אמרו דבר אחד, והוא נביעתה של זכות המעבר מתוך זכותו של אדם במקרקעין שבעלותו. וראו הסברו של בעל יפה עינים, בבא בתרא סד ע"א, לפיו יסוד הדבר יהיה בתקנת חכמים (תקנת חכמים משוערת זו עשויה להיות מעין "תנאי יהושע בן נון", המופיעים בבבלי, בבא קמא פא ע"א, ומוזכרים בסוגיה הנ"ל בתלמוד הירושלמי. ראו גם תוספתא, בבא מציעא ב, כח, מהד' ליברמן, 72). התלמוד הירושלמי דוחה אפשרות זו, ומדגיש כי ר' עקיבא אמר דברו דווקא כשמדובר בחוזה הטעון פרשנות.

עקיבא) או שמא על זו של המוכר (חכמים).¹⁵¹² זאת בין אם הבעלים מכר את הבית ושייר לעצמו את הבור ובין אם מכר את הבור ושייר לעצמו את הבית.

ג. ר' עקיבא וחכמים נחלקו בשאלה העקרונית עוד יותר של פרשנות החוזה, האם "מוכר בעין יפה מוכר" (ר' עקיבא), ויש לפרש חוזים לרעת המוכר, או שמא "מוכר בעין רעה מוכר" (חכמים), ויש לפרש חוזים לטובתו.¹⁵¹³ לפי אפשרות זו, מחלוקת התנאים תהיה רלוונטית גם למקרים נוספים שאינם קשורים בשאלת זכות המעבר.¹⁵¹⁴

האפשרות השלישית, אשר התקבלה לבסוף על דעת הסוגיה,¹⁵¹⁵ מעלה שאלות מעניינות וכבדות משקל,¹⁵¹⁶ כגון מדוע נוטים האמוראים לפרש את מחלוקת התנאים בהיקף נרחב יותר מן האמור במשנה עצמה? ושאלה חשובה עוד יותר: מהו בכל זאת גבול מחלוקתם של חכמים ור' עקיבא, על פי אפשרות זו, שהרי ברור כי לא כל שאלה פרשנית המתעוררת בין המוכר לבין הקונה (כגון האם מכירת בית כוללת את התנור¹⁵¹⁷ וכדומה), תוכרע על פי מחלוקת זו של תנאים אלה!¹⁵¹⁸ לעת עתה אניח לשאלות אלה, שאינן הכרחיות להמשך הטיעון הנפרש בפרק זה.

¹⁵¹² התלמוד עצמו אינו מגביל אפשרות זו דווקא לשאלת זכות המעבר. ובלשונו: "דלמא בהאי פליגי, דרבי עקיבא סבר בתר דעתא דלוקח אזלינן ורבנן סברי בתר דעתא דמוכר אזלינן". הראשונים הם שהגבילו את הדברים לשאלת זכות המעבר. ראו רשב"ם, בבא בתרא סד ע"ב, ד"ה 'ודלמא'; תוספות, שם, ד"ה 'ממאי'. ראו גם חידושי הריטב"א, שם, ד"ה 'ואלא מסיפא'. נראה שפירושה הכרחי, שאם לא כן אפשרות ב תחפוף לגמרי לאפשרות ג.

¹⁵¹³ לביאור המונחים 'עין יפה' ו'עין רעה' ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1523.

¹⁵¹⁴ מקרה נוסף אשר התלמוד סיפחו למחלוקת ר' עקיבא וחכמים הוא של בעל שדה המוכר לפלוני אילנות, ובין הצדדים ניטש וויכוח בשאלה האם מכירת האילנות כוללת גם את הקרקע שבה הם נטועים (למשל, לענין האפשרות לנטוע אילנות חדשים לאחר שאלה ייבשו). על פי התלמוד, הדבר יהיה שנוי במחלוקתם של ר' עקיבא וחכמים, אם מוכר בעין יפה מוכר או שמא בעין רעה. ראו בבלי, בבא בתרא לו ע"א; שם, עא ע"א. עם זאת, התלמוד מעיר כי במקרה ההפוך, שבו בעל השדה מוכר את השדה ומשייר לעצמו את האילנות, כולי עלמא יודו שהוא משייר לעצמו גם את הקרקע שבה הם נטועים. ראו מאירי, בית הבחירה, בבא בתרא לו ע"א (מהד' סופר, 207). לדוגמאות נוספות ראו להלן, הע"ש 1518.

¹⁵¹⁵ לדעת הלבני (מקורות ומסורות, בבא בתרא, עמ' קלא), קביעה זו "מרבנן סבוראי הוא".

¹⁵¹⁶ כאשר המוכר חייב להעניק לקונה הבור זכות מעבר (אלבא דר' עקיבא), האם עליו להעניק דרך גישה קלה ומהירה, או שמא הוא יכול לפטור עצמו במתן דרך גישה ארוכה ונפתלת? יש מי שטען, כי יתכן שהדבר יהיה תלוי בהבדל שבין ההגדרות השונות שניתנו למחלוקת חכמים ור' עקיבא. על פי ההגדרה השלישית – מוכר בעין יפה מוכר – נראה שעליו ליתן את דרך הגישה הקלה והמהירה. ראו שו"ת עין יצחק, חלק ב, אבן העזר, סימן סח. ראו גם פסקי דין ירושלים, דיני ממונות וביורורי יהדות, חלק ה, עמ' עט.

¹⁵¹⁷ ראו משנה, בבא בתרא ד, ג.

¹⁵¹⁸ שאלה זו העלה, על פי דרכו, הרב שלמה טנא, ברכת שלמה, חושן משפט, סימן יד, ס"ק ה: "לפי זה, הרי אם נתן במתנה או מכר בית, וכתב בשטר 'בית בביתי מכור לך' למה לא נפרש שהכוונה היא לבית הגדול מפני דבעין יפה הוא נתן?"

בכל הנוגע לשני המקרים המרכזיים שאליהם ייחס התלמוד את מחלוקת ר' עקיבא וחכמים – זכות מעבר לנכס, ובעלות על קרקע במסגרת רכישת אילנות (ראו לעיל, הע"ש 1514) – נראה שהם בעלי מכה משותף בולט. בשניהם אין אפשרות לממש את הנכס ללא זכויות נלוות אלה. אין אפשרות ליהנות מן הבור ללא זכות מעבר אליו, ובעלות על אילנות ללא בעלות על הקרקע שבתוכה הם נטועים אף היא בעלות בעייתית, כפי שניסח זאת התלמוד: "דאי לא שייר לימא ליה עקור אילנא (אילנך שקול) וזיל". (לדעת חלק מן הראשונים, יש לפרש זאת כטענה אפשרית של בעל השדה כלפי בעל האילנות, שלא יוכל לנטוע אילנות חדשים אם אלה ימותו. ראו למשל רשב"ם, בבא בתרא לו ע"ב; רשב"ם,

יהיו הדברים איך שיהיו, על פי כל האפשרויות שהציעה הסוגיה ניכר כי היא אינה רואה כל פגם בתוצאה הפרשנית שלפיה אדם (המוכר או הקונה, לפי סוג העסקה) יחזיק בבור מכוח החוזה

בבא בתרא ע"ב, ד"ה 'דאם' וד"ה 'ומשני'; מאירי, בית הבחירה, בבא בתרא לו ע"א (מהד' סופר, 207). לדעת ראשונים אחרים, יש לפרש זאת כטענה אפשרית שכבר עתה, עוד כשהאילנות חיים, ייטול אותם בעליהם וייטע אותם בקרקע אחרת. ראו למשל תוספות, בבא בתרא לו ע"א, ד"ה 'לימא'; תוספות, בבא בתרא ע"ב, ד"ה 'לימא ליה'; רמב"ם, משנה תורה, מכירה פרק כד, הלכה ח; אבן האזל, שם; חידושי הר"ן, בבא בתרא לו ע"א, ד"ה 'דאי'; ראו גם חידושי הר"ן, בבא בתרא ע"ב, ד"ה 'דאי'. לפי זה היה נראה לומר, כי גם על פי ההגדרה המרחיבה של מחלוקת ר' עקיבא וחכמים, אין היא חלה אלא על מקרי פרשנות המתייחסים לזכויות נלות הכרחיות.

ברם, נראה שהרשב"ם הגדיר את מחלוקתם של ר' עקיבא בהיקף נרחב ביותר, שקשה להבין עד היכן גבולו: "רבי עקיבא סבר מוכר בעין יפה מוכר בכל דיני מכירות שבעולם" (רשב"ם, בבא בתרא סד ע"ב, ד"ה 'דרבי עקיבא'); "דאפילו בשאר מקומות דליכא הנך טעמים [=בענין זכות מעבר] מייפה ר' עקיבא כח לוקח משום עין יפה ורבנן מייפין כח מוכר משום עין רעה" (שם, ד"ה 'אלא לאו'). ואכן, בין הפוסקים נמצאו לעתים שימושים נרחבים במחלוקת ר' עקיבא וחכמים, הרבה מעבר לדוגמאות הספורות שנידונו בתלמוד. ראו למשל שו"ת רדב"ז, חלק א, סימן קפח; שו"ת רדב"ז, חלק ה, סימן קצב. יתכן ששורש למגמת הרחבה זו מצוי בסוגיה שבבבלי, בבא בתרא סה ע"ב. באותה סוגיה הציע התלמוד, כי ר' אליעזר, הסובר לענין פרשנות החוזה ש"כל המחובר כקרקע הרי הוא כקרקע", מבסס את דעתו על הכלל "מוכר בעין יפה מוכר". זוהי אפוא הגדרה נרחבת ביותר לגישתו של ר' עקיבא, אשר נראית כמתפרשת על פני מגוון רחב ביותר של שאלות פרשניות שנידונו בפרקי מסכת בבא בתרא.

נסיון לצמצם את הגדרת מחלוקתם של ר' עקיבא וחכמים נמצא בשו"ת לחם רב, סימן קכו: "גם אני אומר, כאן כשידענו מה הדבר שמכר, אז נאמר ודאי שאותו הדבר מכרו בהחלט דלא נשאר לו דרך, וכן אם מכר חצר ושייר לעצמו בית מכרו בהחלט ואינו למונעו שלא יאפיל עליו... אבל כשלא ידענו הדבר שמכר אם הוא פחות או מעולה, נאמר יד הלוקח על התחונה והפחות מכר לו". ראו גם שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן שי, שהחריג את המקרה שלפניו מתוך מחלוקתם של התנאים, בטיעון: "מכל מקום, מה דאפשר שלא נכלל בהמכר אינו בכלל זה".

אף הרב טנא (ברכת שלמה, חושן משפט, סימן יד, ס"ק ה) ניסה להציב הגדרה מצמצמת: "...יש הלכה מה שהוא נותן מתכוון בעין יפה, היינו לגבי תנאי הנתינה יש לקבוע שנתן בעין יפה, כגון שנתן שדה הרי שהתכוון גם לתת דרך לשדה זו כי שדה בלי דרך היא נתינה בעין רעה. אבל כשהספק הוא על עצם המתנה אם נתן את הטוב והמובחר או שלא נתן דווקא את המעולה על זה לא נאמר הכלל שנותן דווקא את המעולה, כי יש לפעמים נותנים מתנה חשובה ויש שנותנים מתנה מועטת וכן במכר יש לפעמים שמוכר את הטוב ויש שמוכר את הגרוע, ורק לגבי תנאי הנתינה ישנו הכלל שנותן בעין יפה ובוודאי מתכוון לתת כאמור שדה בתוספת הדרך לשדה זו". אלא שדומה, כי הבחנה זו בין "תנאי הנתינה" לבין "עצם המתנה" אינה מחוורת כל צרכה. האם אדם המוכר 'בית', וספק אם הדלת והמפתח כלולים במכירה זו (בכך נעסוק להלן), ייחשב הדבר לספק ב"עצם המתנה" או לספק ב"תנאי הנתינה"? האם המקרה של מוכר האילנות בתוך שדה, אשר התלמוד החיל עליו את מחלוקת התנאים, אכן תואם את הגדרותיו של הרב טנא? וראו הפיתוח שנתן הרב טנא להגדרותיו שם, בס"ק ו. דומני, כי הגדרה מצמצמת יותר, המתמקדת בתנאים ההכרחיים למימוש הנכס, שבלעדיהם לא ניתן לממש את הנכס או שהוא חסר כל ערך, נותנת ממדים ברורים יותר למחלוקתם של ר' עקיבא וחכמים.

בין כך ובין כך, בכל הנוגע למתנה, הכלל 'נותן בעין יפה נותן' חל בהיקף רחב יותר מאשר הכלל המקביל 'מוכר בעין יפה מוכר' (וראו רשב"ם, בבא בתרא ע"ב, ד"ה 'במוכר'). לפיכך, אם אמר 'נתנו לפלוני בית המחזיק מאה חביות', ונמצא הבית מחזיק מאה ועשרים חביות, יתנו לפלוני את הבית כולו, שכן נותן בעין יפה נותן (בבבלי, בבא בתרא ע"ב, ד"ה 'רמב"ם, משנה תורה, זכיה ומתנה פרק יא, הלכה כב; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רנג, סעיף יד). לניסיון לקבוע גבול להפעלת כלל זה גם במסגרת מתנה ראו שו"ת מכתם לדוד, יורה דעה, סימן א.

להבחנה עקרונית בין תחולת הכלל בדיני מכר ומתנה לבין תחולתו בדיני הקדש ראו הרב טנא, ברכת שלמה, שם.

אולם זאת בלא שהחווה יקנה לו דרך גישה וזכות מעבר אל הבור.¹⁵¹⁹ אם ירצה לממש את בעלותו על הבור יהיה עליו להיכנס למשא ומתן נוסף עם בעל הבית שבתחומו נמצא הבור ולרכוש את זכות המעבר.¹⁵²⁰

ביטוי מובהק לממד האבסורדי המלווה תוצאה משפטית זו, שלפיה החווה מקנה (או משייר) לאדם בור ללא דרך גישה אליו, אנו מוצאים במטבע הלשון שבחר התלמוד לתאר את סברת חכמים:¹⁵²¹ "אין אדם רוצה שיטול מעות ויפרח באויר". רוצה לומר, כי אליבא דר' עקיבא, אדם המוכר את ביתו ומשייר לעצמו את בור המים שלו, ייאלץ לפרוח באויר אם ירצה להגיע לבורו ולשתות ממנו.¹⁵²²

דומני, כי מטבע לשון נוסף ילמדנו, עד כמה אין פרשנות החווה שבתלמוד משקללת שיקולי הוגנות. כזכור, על פי התלמוד, פרשנותם של חכמים מבוססת על אומד דעתו של המוכר המתומצת במלים: "מוכר בעין רעה מוכר". מטבע לשון זה טעון מבחינה ערכית. הביטוי 'עין רעה' מציין בלשון חז"ל מידה מגונה. הוא מציין דרך רעה,¹⁵²³ מאפיין את תלמידיו של בלעם הרשע,¹⁵²⁴ מבטא מידה של קמצנות,¹⁵²⁵ ואף קשור בפגיעה בזולת בדרך מאגית כלשהי.¹⁵²⁶ כאשר חכמים טוענים כי יש לאמוד את דעתו של המוכר כמי שפועל מתוך 'עין רעה', ובעיקר כאשר הדבר מוביל לתוצאה קשה ובלתי סבירה מבחינת הקונה, הם מייחסים למוכר הנחה ריאליסטית, בלתי מחמיאה, שבעליל אינה מבטאת תום לב.¹⁵²⁷ אם להיעזר במטפורה שנטבעה בזמנו על ידי בית המשפט העליון בישראל,¹⁵²⁸ לא רחוק הוא לומר, כי חכמים מניחים מבחינה פרשנית, כי לפנייה שני צדדים לחווה שהם בחינת אדם לאדם זאב.

¹⁵¹⁹ אכן, בהמשך טוען התלמוד (בבלי, בבא בתרא סה ע"א), כי ר' עקיבא וחכמים יודו, שכאשר הבעלים מוכר לפלוני את החלק האחד של הנכס ולאמוני את החלק האחר, "אין להן דרך זה על זה", כלומר הם מקבלים את הנכס ללא זכות מעבר בשטח של הקונה האחר.

¹⁵²⁰ אשר לשאלה, האם אין להסביר את ההיגיון שבתוצאה פרשנית זו בכך שהיה מצופה כי הקונה ידאג לאינטרסים שלו בגדר החווה, ולפיכך אין לו להלין אלא על עצמו, ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1539.

¹⁵²¹ בבלי, בבא בתרא סד ע"ב. וראו לעיל, ליד ציון הע"ש 1512.

¹⁵²² השו"ב בראשית רבא, פרשה כב (מהד' תיאודור-אלבק, 213): "ויאמר קין אל הבל אחיו וגו', על מה היו הדינין אמורים, אמרו בוא ונחלק העולם, אחד נטל את הקרקעות ואחד [נטל] את המיטלטלין, דין אמר ארעא דאת קאים דידי היא, ודין אמר מה דאת לביש דידי הוא, דין אמר חלוש [בחלק מכ"י: חלוץ], ודין אמר פרוח".

¹⁵²³ "אמר להם צאו וראו איזוהי דרך רעה שיתרחק ממנה האדם, רבי אליעזר אומר עין רעה" (משנה, אבות ב, ט).

¹⁵²⁴ משנה, אבות ה, יט.

¹⁵²⁵ ראו למשל בבלי, כתובות ק ע"א, ובמקומות רבים נוספים.

¹⁵²⁶ למשל, "שנכנסה בה עין רעה והפילה עוברה" (בראשית רבא, פרשה מה, מהד' תיאודור-אלבק, 453), ובנוסחאות אחרות (ראו שם): "שהכניסה בה שרה עין רעה והפילה עוברה".

¹⁵²⁷ וכפי שצינתי לעיל, גם ר' עקיבא הסבור כי "מוכר בעין יפה מוכר" מגיע לתוצאה דומה, לפיה החווה מותרת בידי מוכר השדה את הבור, אך ללא זכות גישה אליו. באופן דומה לחכמים, גם פרשנות זו ראויה להתאפיין כחסרת תום לב.

¹⁵²⁸ ד"נ 22/82 בית יולס נ' רביב משה, פ"ד מג(1) 483, 441.

8.5. דלת ומפתח

דוגמה נוספת לפרשנות חוזה שלכאורה מובילה לתוצאה הנוגדת את עקרון תום הלב מצויה במשנה הבאה. המקרה הנידון הוא של אדם המוכר 'בית', ובין הצדדים מתגלע וויכוח בשאלה, האם במכירת ה'בית' נכללים גם הדלת והמפתח, או שמא הקונה ייאלץ לשלם עליהם בנפרד.¹⁵²⁹ וכך נאמר במשנה:¹⁵³⁰

המוכר את הבית מכר את הדלת אבל לא את המפתח, מכר את המכתשת הקבועה אבל לא את המטלטלת, מכר את האיציטרובל אבל לא את הקלת ולא את התנור ולא את הכירים. בזמן שאמר לו 'הוא וכל מה שבתוכו' הרי כולן מכורים.

משנה זו מבוססת על פרשנות לשונית-לקסיקלית של החוזה, אשר למעשה מגדירה את משמעות המילה 'בית'. הדלת כלולה אפוא במכירת הבית, אולם לא המפתח הפותח את הדלת. הטעם להבחנה ברור מתוך המשנה עצמה: בית נחשב דבר קבוע, ועל כן נכללים בו דברים קבועים בלבד, כגון דלת ומכתשת קבועה, אך לא מטלטלים, כדוגמת מפתח ומכתשת המטלטלת.¹⁵³¹ אכן, מן התלמוד נראה, כי בנקודה זו נחלקו התנאים: זה אומר כי אמת המידה הרלוונטית הנה קביעות הדבר, וזה אומר כי אמת המידה הרלוונטית הנה סוג השימוש בו. לפיכך, לדעת האחרון המפתח כלול במכירת הבית:¹⁵³²

לימא מתניתין דלא כר' מאיר, דאי ר' מאיר, הא אמר: מכר את הכרם - מכר תשמישי כרם!

אפילו תימא ר' מאיר, התם קביע, הכא לא קביע.

והא מפתח דומיא דדלת קתני, מה דלת דקביעא, אף מפתח דקביע!¹⁵³³

אלא מחוורתא, מתניתין דלא כר' מאיר.

הנה כי כן, לדעת ר' מאיר אמת המידה הרלוונטית היא סוג השימוש הנעשה בדבר. דבר המשמש את הכרם נמכר עמו. לפיכך דין דומה ראוי שיהיה למפתח הבית, ולכל הפחות למפתח המשמש את הבית דרך קבע.¹⁵³⁴

¹⁵²⁹ למותר לציין, כי כל זאת בהנחה שהם לא התנו במפורש בעניין זה, הנתון בסופו של דבר להחלטותיהם המשותפות.

¹⁵³⁰ משנה, בבא בתרא ד, ג.

¹⁵³¹ ראו רשב"ם, בבא בתרא סה ע"א, ד"ה 'אבל לא'. ובאו הדברים במפורש על ידי בעל הטורים (חושן משפט, סימן ריד): "המוכר את הבית מכר כל הדברים הקבועים כגון דלת ומנעול והאיציטרובל ומכתשת הקבועה והתנור והריחים אם קבועים הם ולא מכר המפתח אפילו הוא קבוע בדלת ולא המכתשת המיטלטלת ולא הקלת". וראו גם קרויס, **קדמוניות התלמוד**, 373. אך ראו גם גיל, **המכר את החצר**, 21.

¹⁵³² בבלי, בבא בתרא סה ע"ב.

¹⁵³³ יש מן הראשונים שאמרו כי הכוונה למפתחות הנמצאים דרך קבע בתוך הדלת (רשב"ם, בבא בתרא סה ע"ב, ד"ה 'והא מפתח'), ויש שאמרו כי הכוונה למפתחות שמיועדים דרך קבע לדלת מסוימת בלבד (תוספות ר"ד, בבא בתרא סה ע"ב). שתי הדעות הובאו על ידי הרשב"א בחידושו לבבא בתרא סה ע"ב, ד"ה 'מה דלת'. ראו גם חידושי הריטב"א, שם.

דין זה של המשנה, כי במשמעות המילה 'בית' ייכללו רק דברים הקבועים בבית אך לא דברים המטלטלים שבו, עשוי להתיישב על הלב במקרים אחרים, אך מעורר קושי מיוחד בדינו של המפתח. דומה, כי ההגדרות הלקסיקאליות האחרות שבמשנה, כדוגמת הקביעה כי מכתשת המטלטלת אינה כלולה במכירת 'בית', אינן מובילות לתוצאות בלתי סבירות ובלתי הוגנות. מוכר הבית ייטול עמו את המכתשת המטלטלת ויעבירה לביתו החדש, ואילו הקונה יביא לבית שרכש את המכתשת המטלטלת שלו. ואם הקונה ירצה דווקא במכתשת המטלטלת של המוכר יהיה עליו לרכשה בנפרד במסגרת משא ומתן חופשי שיערך בין הצדדים. אולם כיצד נפרנס את הקביעה, כי המפתח אינו כלול במכירת הבית? מה יעשה המוכר במפתח, אם הדלת והמנעול עברו לבעלות הקונה, ומה יעשה הקונה בדלת ומנעול שהמפתח להם אינו ברשותו?! הלא הקונה יהיה חייב לרכוש מחדש מפתח זה דווקא, מפתח אשר יהיה חסר תועלת עבור המוכר המחזיק בו!¹⁵³⁵ לשון אחרת: כשיבוא הקונה לרכוש את המפתח מידי המוכר, צפוי המוכר להימצא בעמדת סחיטה, לסרב למכור את המפתח ולחלופין לדרוש עבורו מחיר מופרז ובלתי הוגן.¹⁵³⁶

כדאי לנסח את הדברים מכיוון נוסף. כאמור, הקונה מקבל לידי את הדלת והמנעול, אך לא את המפתח. אם יתפתחו תנאי משא ומתן בין המוכר לבין הקונה על רכישת המפתח, אין מניעה עקרונית שמחירו יאמיר עד מעט למטה משווי הדלת והמנעול (זאת בהנחה שהחלופה האחרת בפניה ניצב הקונה היא החלפת הדלת והמנעול). משמעות הדברים היא, כי אף שמבחינה פורמלית המשנה קבעה כי בידי הקונה יהיו הדלת והמנעול, מבחינה כלכלית גם אלו לא יהיו בידו והוא עלול להיאלץ לשלם עליהם פעם נוספת.

חשוב לציין, כי כל דברינו בסעיף זה מבוססים על ההנחה, שאכן מגובה במחקר ההיסטורי, כי כבר בתקופת המשנה היו המפתחות (לכל הפחות חלק מן המפתחות) מותאמים למנעולים מסוימים, ולא ניתנים לשימוש בדלתות אחרות.¹⁵³⁷

¹⁵³⁴ אם משום שהוא קבוע בתוך הדלת, ואם משום שהוא מותאם לפתיחת דלת מסוימת. ראו לעיל הע"ש 1533.

¹⁵³⁵ כאילוטרציה ראו הערתה של השופטת לידסקי (שאמנם נאמרו בהקשר שונה לחלוטין), ת"פ 8199/95 (ת"א) **מדינת ישראל נ' שגיא איל**, פסקה 6, כי אדם הרוכש דלת עם מנעול ודאי מקבל עמם גם את המפתח ואינו צריך לשכפל בעצמו.

¹⁵³⁶ מעין מה שתארו תוספות (בבא בתרא עו ע"ב, ד"ה 'קני'), בהקשר אחר לגמרי: "שמצא שטר לאחר יאוש ומוכר לבעליו ביוקר". כלומר, מלווה איבד שטר חוב והתייאש ממצאיתו, ולפיכך על פי דיני השבת אבידה השטר שייך למוצא אותו. במצב שנוצר בעל השטר זקוק לשטר החוב כדי שיוכל לגבות את חובו, בעוד המוצא אינו יכול להפיק תועלת מן ההחזקה בו (הוא אינו יכול לגבות בו חוב שאינו שלו, ולפיכך גם אינו יכול למכרו לאחר). התוצאה הצפויה תהיה שהמוצא ימכור את השטר לבעלים המקורי, וזאת תמורת מחיר מופרז, אשר גבוה מן המחיר המקובל בשוק עבור שטרי חוב סחירים. וראו לעיל, הע"ש 1497.

¹⁵³⁷ וכלשון הרשב"ם, בבא בתרא סה ע"ב, ד"ה 'הרי כולן מכורין': "מפתח נמי עיקר תשמישו לפותחת של דלת זו ואין ראוי לאחרת". ראו גם שיטת הרי"ד, לעיל הע"ש 1533. בהקשר זה יש גם להזכיר את דברי ר' יהושע בן לוי: "המוכר בית לחבירו כיון שמסר לו מפתח - קנה" (בבלי, בבא קמא טא ע"ב), וכן את הסבר דברי התלמוד, שם: "כיוון שמסר ליה מפתח, כמאן דאמר ליה לך חזק וקני דמי".

הנחה זו אכן מקבלת אישושה מן המחקר ההיסטורי. לדעת קרויס "כל דלת ודלת יש לה מפתח מיוחד" (קרויס, **קדמוניות התלמוד**, 373). לכל הפחות בחלק מן המקרים, אין אפשרות כניסה לבית ללא פתיחתו במפתח המיוחד לו, ומכאן הצורך בחידוש הדין: "המוסר מפתחו לעם הארץ - הבית טהור, שלא מסר לו אלא שמירת המפתח" (משנה,

האין זה סביר יותר, ואף הוגן יותר, כי החוזה יתפרש כך שהמפתח ייכלל במכירת הבית?! הקונה הוא שזקוק למפתח, בעוד שלמוכר אין תועלת בו.¹⁵³⁸ הפרשנות ההפוכה, לפיה המפתח יוותר בידי המוכר, מובילה לכאורה למצב של סחיטת הקונה בידי המוכר.

אמנם יכול אדם לטעון, כי הקונה, אשר אמור היה להכיר משנה זו, היה גם אמור לדאוג שבחווה יצויין במפורש כי המפתח יינתן לו. לחלופין היה עליו להתמקח ולתמחר במחיר הבית את העדר המפתח. אם לא עשה כן, למרות שהכיר את דין המשנה, אין לו להלין על עצמו. ברם, דין טיעון זה להתקבל רק אם נניח שמשנה זו (ודמותיה) פונה אל הצדדים הנתונים במשא ומתן כדי לסייע להם להגדיר את החוזה שהם עומדים לכתוב. אולם לעיל כבר הסקנו, כי משניות אלה פונות (גם) אל הדיין שבבית הדין, אשר אמור לפרש על פיהן את החוזה שהגיע לפניו, בין אם הצדדים היו מודעים לאמור במשניות אלה ובין אם לאו.¹⁵³⁹ אם הצדדים לא היו מודעים לכלל זה שבמשנה, קשה יהיה להלין על קונה שלא הבטיח כי החוזה יכלול גם את מפתח הבית, ואם בכל זאת כך יפורש החוזה הרי שבה וחוזרת הבעיה האמורה של חוסר ההגינות הקיימת לכאורה בפרשנות זו.

8.6. "אין הדמים ראה" – גובה התמורה כאמת מידה פרשנית

ביטוי שלישי להפרדה בין פרשנות החוזה לבין עקרון תום הלב מצאתי בסוגיית 'אין הדמים ראה', שבה כבר עסקנו לעיל.¹⁵⁴⁰ כזכור, בסוגיה זו נחלקו חכמי המשנה¹⁵⁴¹ במקרה של אדם המוכר לחברו 'צמד', ובין הצדדים מתגלע ויכוח בשאלה, האם יש לפרש את החוזה כמתייחס למכירת הצמד לבדו או שמא המילה 'צמד' מציינת את הבקר. לדעת ר' יהודה: "הדמים מודיעין", ואילו לדעת חכמים: "אין הדמים ראה".

טהרות זו, א), כלומר, אף שעם הארץ קיבל את המפתח לבית, ולמעשה בידו האפשרות להיכנס לבית, אין חוששים כי הוא אכן נכנס לבית וטימא אותו. לדלתות שונות בבית מפתחות שונים, כאמור במשל חז"ל הידוע: "כל אדם שיש בו תורה ואין בו יראת שמים דומה לגזבר שמסרו לו מפתחות הפנימיות ומפתחות החיצונות לא מסרו לו" (בבלי, שבת לא ע"ב). ראו גם תיאור שיני המפתחות במשנה כלים יד, ח, ובפירוש המשניות לרמב"ם, שם. לסקירה כללית של שיטות סגירות הבית בתקופה זו ראו קרויס, **קדמוניות התלמוד**, 361-376, ובדגש על המפתח, שם, 374-371; יגאל ידן, **הממצאים מימי בר-כוכבא במערת-האיגרות** (ירושלים, תשכ"ג), 95-103; דניאל שפרבר, **תרבות חומרית בארץ ישראל בימי התלמוד** (ירושלים, תשנ"ד), 49-59. ראו גם C.H.P. Quennell, *Everyday Life in Roman and Anglo-*

Saxon Times (New York, 1959), 73-75.

¹⁵³⁸ גם גולאק עמד על פי דרכו על תמיהה דומה, ואף העלה השערה היסטורית כדי ליישבה על דרך המנהג: "הלכות אלה, שמקצתן נראות מוזרות למדי, כמו למשל שהג והמפתח אינם כלולים במושג 'בית', מסתברות לאור העובדה, שבימים ההם היה מנהג מקובל לפרט בחוזה הקניין כל פרט ופרט של הבית, וכל מה שלא הוזכר בפירוש בחוזה לא נכלל במכירה" (גולאק, **השטרות בתלמוד**, 119). בעמ' 121 ביקש גולאק לטעון, כי מן הפאפירוסים עולה שאף ביוון ובמצרים המפתח והדלת לא נמכרו עם הבית אלא אם צוינו במפורש. ברם, מהערתו של קצוף, בעמ' 119, הערה 3, עולה, שבדוגמה שהביא גולאק לא נזכר המפתח כדי להכלילו במכירת הבית אלא כדי לציין שהוא במצב תקין.

¹⁵³⁹ ראו לעיל, סעיף 4.9.1.

¹⁵⁴⁰ סעיף 3.4.2.

¹⁵⁴¹ משנה, בבא בתרא ה, א.

לעיל ביקשתי להסביר,¹⁵⁴² כי מחלוקת זו של ר' יהודה וחכמים הנה חלק ממחלוקת שיטתית ומקיפה שלהם בשאלה, האם נסיבות הכריתה ראויות לשמש אמצעי פרשני. ר' יהודה סבור, כי נסיבות הכריתה (ובמקרה זה גובה התמורה) ראויות להשתקלל בפרשנות החוזה. לדעתו, "הדמים מודיעין" את אומד דעת הצדדים. לעומתו סבורים חכמים, כי הנסיבות אינן חלק מן האמצעים הראויים לפירוש החוזה; "אין הדמים ראייה".¹⁵⁴³

ברם, ראוי ליתן את הדעת, כי ישנו טיעון נוסף התומך בפירוש החוזה על פי גובה התמורה. לא רק שהדבר מסייע בחשיפת אומד הדעת של הצדדים ("הדמים מודיעין"), אלא שהוא עשוי לתרום לפירוש הוגן יותר של החוזה, בהבטיחו כי התמורות המוחלפות בחוזה תהיינה שקולות. רוצה לומר, כי פירוש החוזה לפי גובה התמורה עשוי להתגלות לא רק כפירוש הנכון¹⁵⁴⁴ אלא גם כפירוש ההוגן, שכן בכוחו לסייע להבטיח כי החוזה יהיה מאוזן בתוכו. פרשנות זו תמנע מצבים מקפחים שבהם אדם מוצא עצמו משלם תמורה גבוהה במיוחד עבר נכס זול (רוכש צמד תמורת מאתיים זול), או מוכר נכס יקר ומקבל לידי תמורה נמוכה במיוחד (מוכר בקר תמורת זוזים אחדים).

אפשרות פרשנית זו רלוונטית במיוחד בהקשר המשפט התלמודי. המשנה, והתלמוד בעקבותיה, עיצבו את דיני אונאת מחיר כמי שקובעים את חובת הצדדים לסחור במחירים הוגנים.¹⁵⁴⁵ לא זו בלבד, אלא הם גם מעניקים סעדים שונים למתאנה, כלומר לצד שמצא עצמו נפגע כתוצאה ממחיר מקפח.¹⁵⁴⁶ אם אכן דיני החוזים שבתלמוד מקבלים על עצמם, תחת משטר דיני אונאה, להשיג חוזים שתמורותיהם שקולות, מדוע אפוא לא מגויסים כללי הפרשנות להשגת תכלית זו? מדוע חכמים אינם מודים לר' יהודה כי יש לפרש חוזה למכירת 'צמד' על פי גובה התמורה, וזאת לאו דווקא מטעמו כי "הדמים מודיעין" את אומד דעת הצדדים, אלא כדי למנוע היווצרות חוזה שיש בו אונאת מחיר, כלומר כדי להבטיח חוזה שתמורותיו שקולות?

למעשה, שאלה זו אינה רק פרי העיון הביקורתי במשנה, היא כמעט ומתבקשת מתוך הדין התלמודי שנערך בעקבותיה.¹⁵⁴⁷ כפי שכבר ראינו לעיל, התלמוד עצמו הוא שמקשה על חכמים, כי שיטתם שאין לפרש את החוזה על פי גובה התמורה, עלולה להתנגש עם דיני אונאה, אשר שוללים קיומה של תמורה מקפחת ומעניקים סעד בגינה.¹⁵⁴⁸

עוד ראינו, כי לשאלה זו מציע התלמוד שני תירוצים. על פי התירוץ הראשון, אמנם המשנה מציינת את התוצאה הפרשנית לדעת חכמים, אולם זו אינה התוצאה המשפטית הסופית; אף שהחוזה יפורש כמתייחס לצמד לבדו, הקונה יוכל לבטל את החוזה בגין אונאת המחיר שיש בו. על פי התירוץ השני, כאן מדובר בחריג שאין דיני אונאה חלים עליו ("בכדי שאין הדעת טועה").

¹⁵⁴² ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 240.

¹⁵⁴³ לדיון בסוגיית 'שור ונמצא נחן', ממנה עולה לכאורה כי ניתן לפרש את החוזה לפי גובה התמורה, ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 259.

¹⁵⁴⁴ "נכון" במונחי ההתחקות אחר אומד דעת הצדדים, דבר שכאמור שנוי במחלוקת תנאים.

¹⁵⁴⁵ ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 1470.

¹⁵⁴⁶ ראו להלן, ליד ציון הע"ש 1566.

¹⁵⁴⁷ בבלי, בבא בתרא ע"ב - ע"ב - ע"א.

¹⁵⁴⁸ ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 251.

על בסיס דברים אלה נוכל להוסיף ולשאול: אם אכן חכמים כפופים לדיני אונאה ולתפיסה המשפטית הנגזרת מהם, ואם אכן ברורה לתלמוד ההתנגשות הקיימת בין התוצאה הפרשנית (על פי חכמים) לבין דינים אלה, מדוע אין התלמוד מציע לפרש את החוזה בדרך שמלכתחילה תימנע התנגשות זו? מדוע אין מתקבלת דעתו של ר' יהודה, כי יש לפרש את החוזה על פי גובה התמורה, וזאת כדי להתאים את החוזה עם דיני אונאה? דומני, כי סוגיה זו ממחישה מזווית נוספת, כי חז"ל לא ראו קשר בין שאלת פרשנות החוזה לבין עקרון תום הלב (בניסוחיו החז"ליים השונים). עקרון תום הלב, למשל בצורתו כדיני אונאה, נתפס על ידם כמרכיב חוץ-פרשני, שאמנם עשוי להתנגש עם תוצאת מעשה הפרשנות אך אינו חודר את קליפתה ואינו משתתף בעיצוב דמותה.

8.7. היעדר הצורך בשילוב עקרון תום הלב בפרשנות החוזה

אם נסכם את שראינו עד כה נמצא, כי על אף שעולמם המשפטי של חז"ל רווי היה בנורמות שאותן היינו מסווגים כיום כשייכות למשפחת תום הלב, בולטת העובדה, כי הדבר לא מצא את ביטויו בכללי פרשנות החוזה. חז"ל סבורים היו כי את החוזה יש לפרש בהתעלם לגמרי מעקרון תום הלב או מכל אחד מיישומיו האחרים בהלכה. הדבר תמוה עוד יותר לאור העובדה המסתברת, כי חכמים הכירו באפשרות של פרשנות טקסט המושפעת משיקולים ערכיים ומשיקולי הרמוניה של החוק.¹⁵⁴⁹

מהו אפוא טעם הדבר? ובצד הבחינה התיאורטית עוד יש לשאול, כיצד נפרנסו מבחינה פרקטית? כיצד יתגונן רוכש דירה, אשר החוזה שכרת יפורש כמעניק לו את הדלת אך לא את המפתח, מפני סירובו של המוכר למכור לו את מפתחות הבית? ומה יעשה אם המוכר נאות למכור את המפתחות, אך זאת בתנאים בלתי סבירים, למשל תמורת ערך פחות רק במעט ממחיר הדלת עצמה? מה יעשה אדם הרוכש בור מים בתוך חצר חבירו,¹⁵⁵⁰ וכעת אינו יכול לגשת אל הבור ולממש את בעלותו? כיצד ישכנע את בעל החצר למכור לו זכות מעבר,¹⁵⁵¹ וגם אם יצליח לעשות כן, כיצד יוגן מפני ניסיונות טבעיים של בעל החצר לסחוט ממנו מחיר גבוה תמורת השימוש בדרך הגישה? האם אכן חז"ל מתכוונים כי אין לו אלא "לפרוח באוויר"?

אני סבור, כי הפתרון לבעיה זו פשוט ומאלף כאחד. הוא נעוץ דווקא במקום הדומיננטי והמשמעותי שמעניקים חז"ל לעקרון תום הלב במסגרת דיני החוזים. במובן מסוים הבעיה שהועלתה לעיל היא בעיה מדומה, והיא נובעת מן הניסיון להבין את עולמם המשפטי של חז"ל על פי התבניות המקובלות במשפט בן זמננו.¹⁵⁵² יש להודות, כי אמנם פתרון זה מופיע במפורש רק במקורות מאוחרים הרבה יותר (בהם אדון להלן), אולם דומני כי הם אינם משקפים התפתחות

¹⁵⁴⁹ ראו לעיל, ליד ציוני הע"ש 1478-1484.

¹⁵⁵⁰ כך אליבא דחכמים. אליבא דר' עקיבא תעלה שאלה דומה לגבי אדם המוכר את חצרו ומשייר לעצמו את בור המים שבאמצע החצר.

¹⁵⁵¹ ואכן, מלשון חכמים במחלוקתם עם אדמו"ן (ראו לעיל, הע"ש 1490): "יקנה לו דרך במאה מנה או יפרח באויר", משתמע כי ברי להם שהפתרון הריאלי לבעיית בעל המקרקעין יימצא בדרך כלכלית של משא ומתן לרכישת זכות המעבר.

¹⁵⁵² בהמשך אבהיר מדוע בכל זאת לדעתי מדובר בדיון חשוב ופורח, על אף שמוצאו בבעיה מדומה.

הלכתית מאוחרת, אלא מבטאים חידוד ויישום של עקרונות הקיימים ממילא כבר בספרות התלמודית.¹⁵⁵³

חז"ל אינם זקוקים לגייס את פרשנות החוזה לשם השגת תניות חוזיות הוגנות ומאוזנות כיוון שבידם כלים משפטיים חלופיים, ישירים יותר, להשגת תוצאה זו. אלו הן נורמות החלות על הצדדים באופן קוגנטי ואשר מחילות עליהם חובות מן הדין לנהוג זה בזה בתום לב. אם אחד הצדדים מסרב למכור לצד שכנגד את זכות המעבר, יכול המשפט לכפות עליו להעניק לו דרך גישה, לכל הפחות מעת לעת לפי המינימום הנדרש. משכך יהיה, סביר כי בעל החצר יעדיף למכור לקונה את זכות המעבר, ולא להיאלץ מכוח הדין להעניק לו אותה חנם אין כסף. בכוחו של המשפט לכפות על מוכר הבית למכור לקונה את מפתחות הבית, זאת גם אם הדבר לא פורש בחוזה. לא פחות חשובה מכך היא העובדה, שמחירן של עסקות אלה (זכות המעבר, מפתח הבית) יהיה נתון לפיקוחו של הדין, כך שהמוכר לא יוכל לנצל את עמדת המיקוח המשופרת שבה הוא ניצב כדי לסחוט את הצד שכנגד. דוגמאות לנורמות שבכוחן להשיג תוצאות אלה הן 'כופין על מידת סדום', 'ועשית הישר והטוב', 'השבת אבידה',¹⁵⁵⁴ דיני אונאה ועוד, שעליהם נעמוד בהמשך. בעטיין אין למשפט צורך בכללי פרשנות החוזה לשם השגת תוצאה הוגנת ומאוזנת. לשון אחרת: קיומה של קשת נרחבת של חובות קוגנטיות ממשפחת תום הלב, משחררת את כללי פרשנות החוזה מן הכפיפות לעקרון זה.

טיעון מעין זה נמצא בפסק דין שניתן לפני שנים אחדות באחד מבתי הדין שבירושלים.¹⁵⁵⁵ בתוך כדי הילוכו דן בית הדין בסוגיית אדם המוכר לחבירו בור מים שבתוך חצרו. לדעת בית הדין, אם בעל החצר יסרב למכור לקונה את זכות המעבר, ניתן לחייבו להעניק לקונה דרך גישה לבורו מעת לעת, גם אם הדבר לא פורש בחוזה. כשם שמוצא אבידה¹⁵⁵⁶ חייב להשיבה לבעליה, כך גם בעל החצר חייב להשיב את הבור לבעליו, כלומר לאפשר לו דרך גישה אל הבור.¹⁵⁵⁷ אמנם, מכוח כלל זה תינתן לבעל הבור דרך גישה באופן ארעי ומזדמן בלבד, ולא באופן קבוע וגורף:

¹⁵⁵³ אם בכל זאת ייטען, כי אופן הצגת הפתרון חוטא למצב העניינים במשפט התלמודי, הרי שלכל הפחות הוא משקף עמדות מאוחרות יותר הקיימות במשפט העברי, ומבחינה זו הוא לא פחות מאתגר.

¹⁵⁵⁴ כבר בתלמוד התפרשה מצוות השבת אבידה באופן נרחב, כקובעת את חובתו של אדם לפעול להצלת אינטרס רכושי של הזולת הנתון בסכנה. ראו בבבלי, בבא מציעא לא ע"א; רמב"ם, משנה תורה, גזלה ואבידה פרק יא, הלכה כ; מיכאל ויגודה, **השבת אבידה** (ירושלים, תשנ"ב), 2.

¹⁵⁵⁵ בית הדין לדיני ממונות ולבירור יהדות של הרבנות הראשית לירושלים, כרך ה, עמ' עט. פסק הדין עסק באדם שמכר לחברו דירה בתוך בניין דירות, ובין הצדדים ניטש וויכוח בשאלה, האם העסקה כוללת את זכות הקונה להחנות את רכבו בחצר הבנין.

¹⁵⁵⁶ חשוב להדגיש, כי על פי המשפט העברי חובת השבת אבידה חלה על הרואה אבידה, המחויב להרימה ולהשיבה לבעליה. הוא מנוע מלהתעלם ממנה ולהמשיך בדרכו. זאת בשונה, למשל, מחובת השבת אבידה במשפט הישראלי החלה אך ורק על מי שבחר ליטול את האבידה לידיו. על כך ראו גם ע"א 546/78 **בנק קופת עם נ' הנדלס**, פ"ד לד(3), 57, 70; ויגודה, **השבת אבידה**, 28.

¹⁵⁵⁷ כאמור לעיל (הע"ש 1554), שורשיה של פרשנות מרחיבה זו לדין השבת אבידה מצויים כבר בתלמוד, אשר החיל את הדין גם על הצלת מקרקעין מאבדן קרוב: "ראה מים ששוטפין ובאין [לשדה חבירן] הרי זה גודר בפניהם. אמר רבא: 'לכל אבידת אחיך' (דברים כב, ג) – לרבות אבידת קרקע".

גם לדעת חכמים שמוכר בעין רעה מוכר ואינו חייב לתת לו דרך, זה דוקא באופן קבוע, אבל לצורך תשמישו לפרקים בודאי שמחוייב לתת לו, דלא גרע ממשיב אבידה. ואף בנידון דידן, גם אם נאמר שאינו חייב לתת לו שביל כניסה ברוחב המספיק לכניסת מכונת, מ"מ לפרקים שהוא צריך להיכנס ולצאת עם מכונת לפריקת וטעינת סחורה, בודאי שחייב לתת לו, דלא גרע ממשיב אבידה.¹⁵⁵⁸

יתכן שלמסקנה דומה ניתן גם להגיע מכוח הכלל 'כופין על מידת סדום', המאפשר בנסיבות מסוימות לאכוף על אדם לאפשר לזולתו ליהנות מאחת מזכויותיו, אם אין הדבר גורם הפסד (של ממש) לבעל הזכות.¹⁵⁵⁹ בנסיבות אלה עשוי כלל זה לחייב את בעל החצר להעניק דרך גישה מעת לעת לבעל הבור.¹⁵⁶⁰

דומני, אף כי לא מצאתי סימוכין לכך, כי תוצאה דומה תהיה במקרה של בית ומפתח. אמנם מכירת הבית תתפרש ככוללת את מכירת הדלת אך לא את המפתח. ברם, אם יתקש המוכר שלא למכור לקונה את המפתח (אף שהוא עצמו אינו יכול לעשות בו כל שימוש), הוא צפוי להיות מחויב לאפשר לקונה לעשות את השימוש המינימלי הדרוש במפתח, וזאת מכח כללים כדוגמת 'השבת אבידה' ו'כופין על מידת סדום'.

¹⁵⁵⁸ בית הדין לדיני ממונות ולבירור יהדות של הרבנות הראשית לירושלים, כרך ה, עמ' עט, פג. דברים אלה נכתבו בעקבות הרב גרינמן, חדושים ובאורים, בבא בתרא סד ע"א, ד"ה 'מכרן לאחר': "ואפשר עוד שכל הנידון לזכות בדרך שיוכל להכנס בשעה שדרך בני אדם נכנסים... אבל לאפשר לו להכנס לפרקים להוציא המים מן הבור והדות יש לומר דחייב בכל ענין, והרי גם מדין השבת אבדה אפשר לחייבו בזה...".
אך ראו שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק א, סימן א, ממנו נראה שהדבר יוכל להיעשות מכוח הכלל 'ועשית הישר והטוב', וזאת לפני משורת הדין בלבד.

¹⁵⁵⁹ לדין בכלל 'כופין על מידת סדום' ראו הרב אהרן ליכטשטיין, 'לבירור 'כופין על מידת סדום'', **הגות עברית באמריקה** (תשל"ב), 362; יהושע ליברמן, 'כופין על מידת סדום – היבט כלכלי', משה קופל ועלי מרצבך (עורכים), **ספר הגיון: מחקרים בדרכי חשיבה של חז"ל**, (אלון שבות, 1995), 165; אברהם וינרוט, 'שימוש לרעה בזכות במשפט העברי ('כופין על מידת סדום)', **דיני ישראל יח** (תשנ"ה-תשנ"ו), נג; רע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון** פ"ד נה(1) 199, 226, 246; בש"א (י-ם) 2813/05 **חברת העובדים השיתופית הכללית נ' הרב דניאל ביטון**, פסקה 89 ואילך.

¹⁵⁶⁰ מעין זה נפסק על ידי הרב מרדכי פרבשטיין, 'שו"ת בדין כופין על מדת סדום', **שורת הדין ב** (תשנ"ד), עמ' שכג. במקרה זה כפה בית הדין על הנתבע לאפשר לשכנו להעביר מקרר שקנה דרך המרפסת של הנתבע, כשזו היתה הדרך האפשרית היחידה להכניס את המקרר לביתו. יש להעיר, כי במקרה זה לא היתה התקשרות חוזית בין הנתבע לנתבע. לדין בפסק דין זה ראו השופט דרורי, בש"א (י-ם) 2813/05 **חברת העובדים השיתופית הכללית נ' הרב דניאל ביטון**, פסקה 93. ראו גם הרב מאיר בטיסט, 'סכסוך בין אחיות בזכות לסייע לאמן', **תחומין כז** (תשס"ז), 288, אשר דן בשאלה, האם רשאית אשה לכפות על אחותה שתאפשר לה כניסה לביתה כדי שתוכל לסעוד את אמן.
הסבר זה עלול להיראות מוקשה לאור אחת הפרשנויות שניתנו לגישת חכמים שנחלקו עם אדמון (ראו לעיל, הע"ש 1490). על פי שמואל נראה, כי חכמים מתייחסים למקרה הקלאסי של זכות מעבר מכוח כורח (ולא למצב המיוחד של דרך גישה שהיתה כבר קיימת ואבדה בתוך שדות אחרים). לדידם, בעלות על מקרקעין אינה גוזרת בהכרח זכות מעבר לאותן מקרקעין, ולפיכך בעל המקרקעין ייאלץ לרכוש את זכות המעבר בכסף מלא או "יפרח באויר". דומה, כי על פי פרשנות זו, חכמים אינם נוטלים בחשבון כלל קוגנטי שיכפה להעניק לו זכות מעבר ארעית, למשל מכוח דיני השבת אבידה. עם זאת, זהו אינו ההסבר הרווח למחלוקת חכמים ואדמון. לפי רוב ההסברים (ראו שם), הללו נחלקו בעניין אחר, כאשר היתה לשדה דרך גישה אלא שזו אבדה בין שדות אחרים. כאן אין עוררין על כך שלבעל השדה מגיעה זכות מעבר, אלא שאין זה ברור מי מבין בעלי השדות המקיפים אותה הוא שייאלץ לשאת בנטל זה.

בנקודה זו הציע הרב גרינמן, איש בני ברק, מבנה משפטי נוסף שתוצאתו צפויה להביא לחיוב בעל המקרקעין להעניק זכות מעבר לבעל הבור. לדבריו, אם יסרב המוכר, בעל החצר, להעניק לרוכש הבור דרך גישה אל הבור, יוכל הקונה לטעון לביטול החוזה מכוח עילת הטעות. הקונה ביקש לרכוש בור מים שניתן להשתמש בו, ונמצא בידו בור מים בלתי שמיש:

כשהמוכר אינו חפץ למכור לו דרך כלל, לכאורה ראוי שיכול הלוקח לבטל המקח, דעדיף טובא מזבין אדעתא למיסק לארעא דישראל,¹⁵⁶¹ דמה תועלת בבור ודות שאין לו דרך עליהם?!...¹⁵⁶²

ברם, חשוב לזכור כי פתרון זה מגבלותיו בצידו. האחת, הוא אינו מגשים את ציפיותו החוזית של רוכש הנכס (לקבל דרך גישה לבור שרכש), אלא מחזיר את הצדדים לנקודת הזמן הטרם-חוזית. יתכן שאפשרות זו – ביטול החוזה – תהיה עדיפה בעיני בעל הבור על פני החזקה בבור ללא דרך גישה,¹⁵⁶³ אולם היא נחותה לגבי אפשרויות אחרות המקנות לבעל הבור דרך גישה לבור שרכש. השנייה, קונסטרוקציה זו מעמידה את הפרשנות הדווקנית שבתלמוד (הקניית בור ללא דרך גישה) כפרשנות המביאה בסופו של יום לביטול החוזה. הדבר אינו עולה בקנה אחד עם הנטייה להעדיף פרשנות המקיימת את החוזה על פני פרשנות המביאה לבטלותו (עד כמה שמגמה זו אכן קיימת בכללי הפרשנות שבתלמוד).¹⁵⁶⁴

יהיה איך שיהיה, נראה שהמוכר יחויב על פי דין להעניק לרוכש הבור דרך גישה אל הבור, ואפילו תהיה זו דרך גישה ארעית. לפיכך, נשללת ממנו האפשרות הקיצונית של סחיטה, שלפיה הוא יטען שאינו מוכן למכור את זכות המעבר לקונה ולא לאפשר לו דרך גישה. לשון אחרת: אם הוא אכן יחויב להעניק לקונה דרך גישה ארעית אל הבור, הוא צפוי להיכנס עמו למשא ומתן להקניית זכות מעבר קבועה תמורת תשלום.

האם במסגרת משא ומתן זה הוא בכל זאת יוכל לנצל את עמדת המיקוח שלו כדי לסחוט מן הקונה חוזה בתנאים מקפחים, למשל תמורת מחיר מופרז? דומני כי התשובה לכך שלילית. המשפט העברי קובע מנגנונים מורכבים של פיקוח על הגינות תניות החוזה. אלה עשויים להיות מופעלים במקרה זה לטובת הקונה הנתון בסכנת סחיטה, ולהבטיח כי החוזה שיכרות יכיל תניות הוגנות ומאוזנות. באמצעות דיני אונאה, שתכליתן הבטחת מחירים הוגנים ושקילות התמורות,¹⁵⁶⁵ יוכל רוכש הבית להבטיח כי המפתח שהוא ייאלץ לרכוש ייקנה במחיר הוגן. באופן דומה, בעל הבור יוכל להבטיח כי רכישת זכות המעבר תיעשה בתנאים סבירים. לאיזה סעד יוכל הקונה לקוות? בכל הנוגע לעסקאות מיטלטלין, דיני אונאה מקנים למתאנה סעד של תיקון המחיר על פי המחיר המקובל בשוק או סעד של ביטול החוזה, הכל בהתאם לשיעור סטיית המחיר.¹⁵⁶⁶

¹⁵⁶¹ ראו בבלי, קידושין מט ע"ב.

¹⁵⁶² חידושים ובאורים, בבא בתרא סד ע"א.

¹⁵⁶³ ראו לעיל, בסוף הע"ש 1497.

¹⁵⁶⁴ ראו אלון, המשפט העברי, 360; ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, 275, 277. ראו גם הכהן, פרשנות תקנות הקהל, 292. אך ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 254, שם הציע התלמוד לאמץ פרשנות המובילה בעקיפין לבטלות החוזה.

¹⁵⁶⁵ על עקרון שקילות התמורות ראו לעיל, הע"ש 1456, 1470.

¹⁵⁶⁶ ראו ורהפטיג, שער, מחירים, 133; פורת, דין אונאה, 441.

בכל הנוגע לעסקות מקרקעין, על פי חלק מן הפוסקים, דיני אונאה מעניקים סעד של ביטול החוזה,¹⁵⁶⁷ וזאת בסטיות מחיר של 'פלגא', כלומר של 100%.¹⁵⁶⁸

אמנם, דיני אונאה מחילים שורה ארוכה של מנגנוני איזון ובלימה, המאפשרים לצדדים הרוצים בכך דרכים שונות ומגוונות להתנות על דיני אונאה ולמעשה לעקוף אותם.¹⁵⁶⁹ עם זאת, אין בכך כדי לגרוע מן הקביעה, כי צד שאינו מעוניין בכך, יוכל להתעקש על זכויותיו ולהבטיח את האינטרס החוזי שלו מכוח דיני אונאה.¹⁵⁷⁰ וכך כתב הרב גרינמן:

ואפשר דאין הכי נמי, שאם לא יחפוץ למכור לו דרך, או שיעלה בשכרה כנכסי דבר מריון,¹⁵⁷¹ אי נמי כשיעור שתהא אונאה בבור ודות כדינם, דאמנם יוכל לבטל המקח.

יש להודות, כי כשם שלעיל ציינו לגבי זכות הביטול (מכוח טענת טעות) שהיא מעניקה פתרון חלקי בלבד לרוכש הבור (המעוניין לקיים את החוזה ולקבל זכות מעבר, ולא לבטלו לחלוטין), הוא הדין לגבי זכות הביטול מכוח טענת אונאה. עם זאת, יש לזכור, במטלטלין קיימת גם הזכות לתבוע את תיקון המחיר בהתאם למחיר השוק,¹⁵⁷² וכמו כן, לדעת פוסקים רבים, איסור אונאה¹⁵⁷³ חל גם על עיסקאות במקרקעין, ואף על סטיות מחיר קטנות יותר מאלה שצויינו לעיל.¹⁵⁷⁴ גם אם בדיעבד לא יספק הסעד של ביטול החוזה את מלא מבוקשו של בעל הבור, שימוש מושכל באיסור אונאה בעת המשא ומתן יוכל להביאו לתוצאה הרצויה של רכישת זכות המעבר בגבולות הלגיטימיים של המחיר ההוגן.

נמצא אפוא, כי אמנם הרוכש בית או בור מים עשוי למצוא עצמו קשור בחוזה שבית המשפט יפרשו באופן דווקני – כמי שמקנה לו בית ללא מפתח, בור ללא דרך גישה – אולם פתרון הולם לבעייתו הוא ימצא בדוקטרינות אחרות במשפט העברי, אשר יאסרו על המוכר לנצל פרשנות זו לשם ניצולו של הקונה. המוכר לא יוכל למנוע מן הקונה את הדבר שהוא זקוק לו (מפתח, דרך גישה) למימוש הנכס שרכש, ומשהם ייכנסו למשא ומתן על רכישה מסודרת יפקח הדין על הגינות תניות החוזה וימנע מן המוכר את האפשרות לנצל את מעמדו כדי לסחוט את הצד שכנגד.

¹⁵⁶⁷ למעשה, הדבר עולה מתוך סוגיית התלמוד שכבר ראינו לעיל. כאמור, על קביעת המשנה כי חוזה לרכישת 'צמד' יתפרש כלשונו, אף שהתמורה שוות ערך לצמד ובקר יחדיו, העיר התלמוד כי התוצאה המשפטית צפויה להיות ביטול החוזה מכוח הסעדים הנתונים במסגרת דיני אונאה. ההסבר הנוסף שמציעה הסוגיה, כי יתכן שמקרה זה נופל תחת אחד מחריגי דיני אונאה (לפיו בסטיות מחיר קיצוניות באופן בלתי סביר לא יוגן המתאנה; ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 255), אינה משנה את פני הדברים באופן עקרוני.

¹⁵⁶⁸ ראו טור, חושן משפט, סימן רכז; רמ"א, חושן משפט, סימן רכו, סעיף כט; סמ"ע, שם, ס"ק נ-ב; ש"ך, שם, ס"ק יז; נתיבות המשפט, שם, חידושים, ס"ק לא. לסקירה ראו פתחי חושן, כרך ד, פרק י, סעיפים ג-ד; ורהפטיג, **שער, מחירים**, 155; פורת, **דין אונאה**, 458.

¹⁵⁶⁹ ראו פורת, **דין אונאה**, 452.

¹⁵⁷⁰ לשאלה האם מנגנוני האיזון והבלימה מביאים לאיזון דיני אונאה ראו פורת, **דין אונאה**, 461.

¹⁵⁷¹ ראו בבלי, בבא בתרא יב ע"ב.

¹⁵⁷² בלשון חז"ל: "מקח קיים ומחזיר אונאה". ראו פורת, **דין אונאה**, 406.

¹⁵⁷³ כלומר האיסור עצמו, בשונה מן הסעד הניתן למתאנה. ראו ורהפטיג, **שער, מחירים**, 131.

¹⁵⁷⁴ ראו, פורת, **דין אונאה**, 455, 458.

כעת ברור מדוע הבעיה שהועלתה בפרק זה היא במידה מסוימת בעיה מדומה. השאלה, מדוע המשפט העברי אינו משקלל במעשה הפרשנות את עקרון תום הלב, היא שאלה מטעה. דווקא בשל המקום הרב שייחד המשפט העברי, על פי דרכו, לעקרון תום הלב, הוא לא ראה צורך לגייס לתכלית זו את כללי הפרשנות. יש בשאלה זו גם מעט אנכרוניזם,¹⁵⁷⁵ שכן היא מניחה כנקודת מוצא וכמושכל ראשון את החיבור המקובל בזמננו בין כללי פרשנות החוזה לבין עקרון תום הלב, ומכאן עולה התמיהה לכאורה על עמדתו השונה של המשפט העברי. ברם, אני סבור כי שאלה זו אינה מיותרת אלא שאלה פורייה ובעלת חשיבות רבה. רק באמצעות ההשוואה לסוגיית תום הלב בפרשנות החוזה, כפי שהיא מנותחת במשפט בן זמננו, בכוחנו להבחין בעמדתו הסמויה המקבילה של המשפט העברי ולזרוע אור על גישתו העקרונית ועל הסוגיות הרלוונטיות השונות. זאת ועוד. השוואה זו מאפשרת לנו לחדד טוב יותר את תרומתו האפשרית של המשפט העברי לבעיה שמתחבטים בה שיטות משפט בנות-זמננו. רוצה לומר: לעתים אמירת המובן מאליו עשויה להתגלות כחשובה, בעיקר שעה שטרם הוא נאמר במפורש, ובעיקר כאשר עבור גישות אחרות הוא בבחינת חידוש מרענן.

אמנם במישור התוצאתי, שני המודלים שהוצגו כאן (של המשפט העברי ושל המשפט המודרני) עשויים להגיע לתוצאה קרובה למדי, שלפיה בית המשפט צפוי להוביל את הצדדים להתנהגות ביתר רגישות ואחריות זה לאינטרסים של רעהו. ברם, ההבדל ביניהם נעוץ בעיקרו בדרך המובילה לתוצאה זו.¹⁵⁷⁶ דומני כי המשפט העברי מציג מודל פשוט ואלגנטי יותר, של הגעה לתוצאה אליה מגיעים שיטות אחרות בדרך נפתלת.

הדעת נותנת, כי את ההבדלים האמורים בין שתי השיטות ניתן ואף ראוי לעגן בהבדלים מערכתניים נרחבים יותר: במקום שמייחדת מערכת המשפט להחלת שיקולי מוסר וערכי אחריות חברתית,¹⁵⁷⁷ וכן בהיקף הסמכות שהיא מעניקה לעצמה ולשופטיה לכרסם לשם כך בחירותם של חברי הקהילה.¹⁵⁷⁸ ככל שמעמדם של ערכים ליברליים, כגון חירות הפרט, חופש החוזה וכדומה, עולה, כך מצטמצם מרחב הפעולה של המשפט להתערב באוטונומיה של הצדדים לשם השגת יתר איזון והוגנות ביניהם. מכאן הצורך שתואר לעיל, הקיים בשיטות משפט כדוגמת המשפט הישראלי, להסוות את מעורבות בית המשפט בחירות הצדדים על ידי שימוש בלבוש של מעשה הפרשנות. הרחבה זו של יריעת המחלוקת בין השיטות עשויה לתרום לא רק להבנה טובה יותר שלהן, אלא גם לחדד את האלטרנטיבה שמציע בענין זה המשפט העברי, על ההיבטים השונים העשויים להיגזר ממנו, שעליהם נעמוד בפרק הבא.

¹⁵⁷⁵ לבעיית האנכרוניזם ראו גם לעיל, ליד ציון הע"ש 76.

¹⁵⁷⁶ וראו דברי השופט חשין, רע"א 3128/94 **אגודה שיתופית בית הכנסת רמת חן נ' סהר חברה לביטוח פ"ד** (3) 281, 304: "לאמיתם של דברים חרגו כללי הפרשנות מהיותם כללי פרשנות – במובנו הלגיטימי של המושג – וכי באחזם בקרדום הפרשנות פלשו בתי המשפט עמוקות – בלא אומר ובלא נשמע דברם – אל תחום המשפט המהותי. נציין ונדגיש, כי הביקורת אינה מפנה עצמה אל ה**יעדים** שבתי המשפט משווים נגד עיניהם, אלא אל ה**דרכים** (קרי – הטכניקות) שבהן מהלכים הם לקראת אותם יעדים" (ההדגשות במקור – ב.פ.).

¹⁵⁷⁷ וראו לעיל, הע"ש 1468.

¹⁵⁷⁸ לכך עשויה גם להתקשר שאלת מעמדו של השופט וחופש הפעולה הניתן לו, הן במערכת יחסיו עם המחוקק (ראו לעיל, הע"ש 1416) הן במערכת יחסיו עם הצדדים הנידונים לפניו. על כך ראו גם זמיר, **ברק ודיני החוזה**.

8.8. פרשנות חוזה נטולת שיקולי תום-לב: חסרונות ויתרונות

לפנינו אפוא שתי אפשרויות עקרוניות להחדרתו של עקרון תום הלב אל תוך המארג החוזי: באמצעות כללים קוגנטיים או בדרך שילובו בשיקולי פירוש החוזה. כמובן שאין מדובר באפשרויות דיכוטומיות המוציאות זו את זו. יכול אדם לטעון לקידומו של עקרון תום הלב בשתי האפשרויות במקביל. אולם כדאי יהיה להשוותן זו לזו, ולבחון את יתרונותיהן ואת חסרונותיהן.

כפי שכבר ציינו לעיל, אחד היתרונות הבולטים של קידום עקרון תום הלב בדרך פירוש החוזה הנו בגמישות היחסית שהוא מקנה להתמודדות המשפט עם חוזים בלתי הוגנים, באשר הפרשנות נחשבת לאמצעי משפטי אלסטי באופן יחסי. זאת בשונה מקידום עקרון תום הלב באמצעות כללים קוגנטיים מוגדרים, אשר עלול להיות נתון בסד של הגדרות משפטיות מדויקות, תוך קושי של השופט לפעול בדרך חופשית בשטחי ההפקר האפורים.

עוד בכוחו של השימוש במעשה הפרשנות להקל על שופט המבקש להסוות את המקום הדומיננטי שהוא מעניק לעקרון תום הלב. הפרשנות מטבעה נתפסת כמי שמתחקה אחר מובנו הנכון של החוזה שיצרו הצדדים עצמם, ובכך מוצנע לכאורה חלקו היצירתי של השופט ושל השקפותיו הערכיות. בסביבה משפטית המבקשת לייחד את ראש ההיררכיה לערכים מסוג החירות והאוטונומיה של הפרט ולעקרונות כדוגמת חופש החוזים וחופש ההתנאה, מתאימה המעטפת הפרשנית כדי לקדם באופן מוסווה את עקרון תום הלב.

מאפיין נוסף שניתן למצוא בגישה זו, אשר יש שאולי יראו בו יתרון, הוא יצירת מראית-עין של הצדדים לחוזה כבני אדם מהוגנים. באמצעות ההנחה הפרשנית כי הצדדים לחוזה תמי-לב זה עם זה, ניתן לטשטש ולהעלים באופן חלקי תופעות מכוערות בעולם החוזים, מצבי קיפוח וחוסר הוגנות. הדבר עשוי לתרום לתדמית מהוגנת יותר של השחקנים הפועלים בתחום זה. זאת בשונה משימוש בכללי קוגנטיים של חובות תום לב, אשר דווקא מדגיש ומעצים את הדימוי של שחקני עולם החוזים כמי שאינם פועלים על פי עקרון תום הלב.

דומני, כי האלטרנטיבה העולה מתוך הסוגיות התלמודיות שראינו לעיל מחדדת את היתרונות הגלומים בגישה המתחרה: החלת עקרון תום הלב על הצדדים באופן קוגנטי ולא באמצעות פרשנות החוזה. יישום עקרון תום הלב בדרך של כללים קוגנטיים תורם ליתר צפיות, וודאות ובטחון חוזיים. כאמור, אחת מן הטענות המרכזיות שהושמעו נגד פסק דין אפרופים היתה כי הוא מערער את יכולתם של הצדדים לחוזה, ושל צדדים שלישיים המבקשים להסתמך עליו, לצפות מראש מה תהיה המשמעות שתינתן לחוזה.¹⁵⁷⁹ זאת בשל הגמישות הרבה האופיינית למעשה הפרשנות אשר צוינה לעיל. בשונה מכך, שמירת עקרון תום הלב מחוץ לזירה הפרשנית תורמת ליכולתם של הצדדים ושל שאר שחקני השוק לצפות באופן בהיר יותר כיצד יפורש החוזה על ידי בית המשפט, ומה תהיה תוצאתו המשפטית לאור כללי תום הלב שיחיל בית המשפט על הצדדים לחוזה.

¹⁵⁷⁹ "חוזה כתוב וחתום – ככתבו וכלשונו – אינו עוד יכול להבטיח את זכויות הצדדים לו, שכן כיום עשוי בית משפט לפרשו כדרכו וכי כל תוצאה (כביכול) ניתנת להשגה באמצעות פרשנות" (השופט חשין, לעיל הע"ש 1459).

באופן מעט פרדוכסלי, דווקא תכונה זו של וודאות וצפיות עשויה להקשות עם צדדים המעוניינים להפר את עקרון תום הלב. ככל שמדובר בכללים קוגנטיים, ישנו מרחב פעולה צר יותר לצדדים כדי לנסות ולצאת מתחום שליטתו של עקרון תום הלב, אשר אינו תלוי בכוונת הצדדים ובנוסח הלשון שהם קבעו בחוזה. מנגד, ככל שעקרון זה מקודם באמצעים פרשניים, יש בידי צדדים המעוניינים שלא לנהוג זה בזה בתום לב כדי להחזיר אל תוך לשון החוזה ניסוחים שיבהירו את כוונותיהם האמיתיות, ויקשו על מלאכתם של שופטים שיבקשו לפרש את החוזה על פי עקרון תום הלב.¹⁵⁸⁰

בצד היבטים פרקטיים אלה, יש לגישה זו יתרונות במישורים עקרוניים יותר, ולטעמי גם חשובים יותר. הפעלת עקרון תום הלב באמצעות כללים קוגנטיים נעשית בדרך גלויה ומוצהרת. למעשה, היא כרוכה במעין הצהרה פרוגרמטית של השיטה על מחויבות הפועלים במסגרתה לנהוג על פי עקרון תום הלב. שיטה המבקשת להעמיד עקרון זה בחזית פעילותה ולהציב אתוס של חברה מהוגנת ותמת לב תעדיף לקדמו באמצעות כללים שיוחזו לשם כך, ולא באמצעות מסווה של פעילות פרשנית סמויה של החוזה. מכאן גם נובע, כי גישה הבוחרת לקדם את עקרון תום הלב באמצעות כללים קוגנטיים ברורים אינה סובלת מפגם של חוסר יושר אינטלקטואלי, עליו הרחבנו לעיל.¹⁵⁸¹

דומני, כי כדאי גם יהיה לנסות ולדרג בין שתי הגישות על פי מידת היותן נגועות במאפיינים של פטרנליזם.¹⁵⁸² אבקש לטעון, כי באופן פרדוכסלי, דווקא הגישה התלמודית, המבחינה בין תחום פרשנות החוזה לבין תחום עקרון תום הלב, תורמת להפחתה ראויה של הפטרנליזם במשפט.¹⁵⁸³ הפטרנליזם במשפט הנו תופעה מוכרת, שפעמים רבות נחשבת הכרח בל יגונה.¹⁵⁸⁴ ברם, מקובל כי הפטרנליזם אינו חיובי כשלעצמו, וראוי להימנע ממנו שעה שישנן דרכים חלופיות, לא פטרנליסטיות, להשגת תוצאה דומה. הרצון להימנע ככל האפשר מפטרנליזם במשפט נובע

¹⁵⁸⁰ ראו ניתוחה של גבריאלה שלו, לעיל, ליד ציון הע"ש 1460.

¹⁵⁸¹ ראו לעיל, ליד ציון הע"ש 1461.

¹⁵⁸² על הפטרנליזם ראו G. Dworkin, 'Paternalism', R. Sartorius (ed.), *Paternalism* (Minneapolis, Minn., 1983), 19; G. Dworkin, 'Paternalism: Some Second Thoughts', R. Sartorius (ed.), *Paternalism* (Minneapolis, Minn., 1983), 105; D. Scoccia, 'Paternalism and Respect for Autonomy', *100 Ethics* 318 (1990); J. Kleinig, *Paternalism* (New Jersey, 1984); D. Van DeVeer, *Paternalistic Intervention* (Princeton, 1986).

¹⁵⁸³ על הפטרנליזם במשפט בכלל, ובדיני חוזים בפרט, ראו J. Feinberg, 'Legal Paternalism', *1 Canad. J. Phil.* 105 (1971); D. Luban, 'Paternalism and the Legal Profession', *1981 Wis. L. Rev.* 454; D. Kennedy, 'Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power', *41 Maryland L. R.* 563 (1982); A. T. Kronman, 'Paternalism and the Law of Contracts', *92 Yale L. J.* 763 (1983); D. L. Shapiro, 'Courts, Legislatures and Paternalism', *74 Virg. L. R.* 519 (1988); זמיר, **פירוש והשלמה**, 107-113; זמיר, **הבסיס התיאורטי**, 505, ובמקורות המצויינים בהע"ש 141; עופר גרוסקופף, 'פטרנליזם, תקנת הציבור, והמונופול הממשלתי בשוק ההימורים', **המשפט** 11 (2001), 8-13, 64-75.

¹⁵⁸⁴ לסקירת הוראות בדין האזרחי בישראל המאופיינות כפטרנליסטיות ראו זמיר, **פירוש והשלמה**, 110, הערה 277.

מתפוסות המעלות על נס את חירות האדם, תבונתו והאוטונומיה הפרטית שלו.¹⁵⁸⁵ כלפי מה אמורים הדברים? אמנם הפטרנליזם במובנו הרגיל אינו קשור לסוגיה שבה אנו דנים כאן, אולם דומני כי ישנו מובן אחר של פטרנליזם שאכן עשוי להתגלות כרלוונטי. מקובל להגדיר פטרנליזם כהתערבות בחירותו של אדם למען טובתו הוא.¹⁵⁸⁶ מובן זה אינו רלוונטי לסוגיה שלפנינו. הטלת החובה על אדם לנהוג בתום לב (אם בדרך של כלל קוגנטי ואם בדרך של פרשנות חוזה) אכן מהווה פגיעה בחירותו, אולם היא נעשית לטובת הצד שכנגד ולא לטובת עצמו.¹⁵⁸⁷ אך ניתן גם לדבר על מובן אחר של פטרנליזם: השתלטות על זכותו של הזולת לבטא בעצמו את עולמו הפנימי. כלומר, ניסיון לייחס לזולת מחשבות-כוונות-רציות אף שבפועל לא עלו על דעתו מעולם, כגון "אני יודע טוב ממך מה באמת הנך רוצה" או "אומר לך למה באמת כוונתך". אף זו סוג של פעילות פטרנליסטית.¹⁵⁸⁸ אם ניעזר בבחינה זו כדי לדרג את שתי הגישות לקידום עקרון תום הלב, דומני כי נמצא, שהסוואת עקרון תום הלב באמצעים של פרשנות חוזה סובלת מבעיה של פטרנליזם, אשר אינה קיימת בגישה התלמודית הנגדית. כאשר בית המשפט מפרש את החוזה לפי עקרון תום הלב הוא מייחס לצדדים (באופן קונסטרוקטיבי) כוונות תמות לב, אף שככל הנראה אלה מעולם לא עלו על דעתם. בית המשפט מגדיר מחדש את מפגש הרצונות של הצדדים, ומספר להם "למה התכוונו באמת".¹⁵⁸⁹ מנגד, הבחנה בין המעשה הפרשני לבין חובת תום הלב משיגה תוצאה משפטית דומה בלא לשלם את המחיר הפטרנליסטי. היא אינה מייחסת לצדדים כוונות שלא עלו על דעתם, אלא מטילה עליהם חובות התנהגות, אף שבכוונתם לא היה לנהוג כך מלכתחילה.¹⁵⁹⁰

¹⁵⁸⁵ למשל, "פטרנליזם זה יפה הוא לכל אותן דוגמאות שעמדנו עליהן, שבהן המחוקק בחקיקתו ובית המשפט בפרשנותו חיפשו ומצאו את האיזון שבין חופש ההתקשרות לבין רמת הכשרות. אבל מהו הערך שיצדיק פטרנליזם של כפיית עקרון השוויון במכרז פרטי, שהצדדים אינם מבקשים אותו ולא ציפו לו?... מי שם אותנו לצפות עבור הצדדים למכרז דבר שהם עצמם לא מצפים לו?" (המשנה לנשיא אלון, ד"ר 22/82 **בית יולס נ' רביב משה**, פ"ד מג(1), 441, 470). ראו גם ע"א 294/91 **חברת קדישא נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2), 464, 514.

¹⁵⁸⁶ ראו למשל, הגדרתו של [T]he interference with a person's liberty of action של Dworkin, *Paternalism*, 20: "justified by reasons referring exclusively to the welfare, good, happiness, needs, interests, or values of the person being coerced".

¹⁵⁸⁷ אלא אם נציב טיעון מורכב, לפיו התנהגות בתום לב פועלת גם לטובת האדם עצמו ולא רק לטובת זולתו. למשל, משום שבסיטואציה אחרת, כשהוא יהיה מועד להיפגע מהתנהגות שלא בתום לב, הוא עצמו ייצא נשכר מחובה זו. למעשה, טיעון זה הנו וורסיה של טיעון מסך הבערות של ג'ון רולס. ראו H. Collins, 'Distributive Justice through Contracts', *45(2) Current Legal Prob.* 49, 54 (1992); זמיר, **פירוש והשלמה**, 93. טיעון מסך הבערות מופיע בספרו המפורסם של רולס, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass., 1971), 136.

¹⁵⁸⁸ הדבר קרוב יותר לסוג הרך של הפטרנליזם (ראו למשל Dworkin, *Paternalism II*, 106). דוגמה קרובה (אך לא זהה) שבה דן דוורקין, היא זו של רופא שאינו מספר למטופל שלו את מלוא חומרת מצבו, וזאת לטובתו של המטופל עצמו.

¹⁵⁸⁹ ראו דברי השופט דנינג (לעיל, ליד ציון הע"ש 1457): "the true construction of the contract". אך ראו רשימתו הנוכרת לעיל של מנחם מאוטנר (לעיל, הע"ש 1431), עמ' 110.

¹⁵⁹⁰ זמיר, **פירוש והשלמה**, 112, מבקש לטעון, כי פטרנליזם עשוי להתקיים לא רק בכללים קוגנטיים אלא גם בכללי פרשנות חוזה. מדרג זה נובע מהגדרתו, המקובלת יש לומר, את הפטרנליזם כ"התערבות בחירותו של אדם במטרה לקדם את טובתו הוא" (שם, 107). לפי המובן הנוסף שהצעתי כאן למונח פטרנליזם, יתכן כי הפטרנליזם מתקיים בכללי פרשנות חוזה בעוצמה גדולה יותר מאשר בכללים קוגנטיים אחרים.

במילים אחרות: היא מכבדת יותר את האוטונומיה של הצדדים להגדיר בעצמם את מפגש הרצונות שלהם, אף שהיא שומרת לעצמה את הזכות להורות להם לנהוג בפועל אחרת, לפי הנדרש מעקרון תום הלב. יטען הטוען, ובצדק, כי מדובר בענין רטורי גרידא, אך סבורני כי גם אין להכחיש שלרטוריקה תפקיד חשוב בעיצובו של אתוס חברתי.

מכאן נגזר היבט חשוב נוסף ובו אחרת. המדיניות הפרשנית שנוקט התלמוד מאפשרת לו להביט על הצדדים באופן ריאליסטי ונוקב, שלא לומר מביד. טענת חכמים, כי "מוכר בעין רעה מוכר", על כל הקונוטציות השליליות שביטוי זה טעון בהן,¹⁵⁹¹ אינה מיפה את טבע האדם, אלא חושפת אותו במלוא מערומיו. נראה כי חכמים אינם מבקשים לטשטש את אופיים של הצדדים אלא תובעים מהם לשנות את התנהגותם. האם הכרה בממד ריאליסטי זה של הצדדים, ושל טבע האדם בכלל, אינה תנאי מוקדם והכרחי לתביעה שמעתה ואילך אכן ינהגו זה בזה ביתר תום לב?

¹⁵⁹¹ ראו לעיל, ליד ציוני העי"ש 1523 - 1527.

9. ביבליוגרפיה

9.1 ספרים בעברית

- אבן דליה, **דסואטודו**; מנהג מבטל הלכה (דיסרטציה, ירושלים, תשל"ז).
- אדלר הרב בנימין, **הנישואין כהלכתם** (ירושלים, תשד"ם).
- אורבך אפרים אלימלך, **בעלי התוספות** (ירושלים, תשכ"ח).
- אורבך אפרים אלימלך, **ההלכה – מקורותיה והתפתחותה** (ירושלים, תשנ"ד).
- אורבך אפרים אלימלך, **חז"ל – פרקי אמונות ודעות** (ירושלים, תשכ"ט).
- אזר, **תחביר לשון המשנה** אזר משה, **תחביר לשון המשנה** (ירושלים, תשנ"ה).
- אידל משה, **אברהם אבולעפיה: לשון תורה והרמנויטיקה** (ירושלים ותל אביב, תשנ"ד).
- אלבק, **מבוא לתלמודים** אלבק חנוך, **מבוא לתלמודים** (תל אביב, תשכ"ט).
- אלבק, **מחקרים** אלבק חנוך, **מחקרים בברייתא ותוספתא ויחסן לתלמוד** (ירושלים, תש"ל).
- אלבק, **דיני הממונות** אלבק שלום, **דיני הממונות בתלמוד** (תל אביב, תשל"ו).
- אלבק, **הראיות** אלבק שלום, **הראיות בדיני התלמוד** (רמת-גן, תשמ"ז).
- אלבק, **יסודות בדיני הממונות** אלבק שלום, **יסודות בדיני הממונות בתלמוד** (תל אביב, תשל"ח).
- אלבק, **יסודות העבירה** אלבק שלום, **יסודות העבירה בדיני התלמוד** (רמת-גן, תשנ"ז).
- אלון, **המשפט העברי** אלון מנחם, **המשפט עברי – תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו** (מהד' שלישית, ירושלים, תשמ"ח).
- אליאור רחל, **חירות על הלוחות** (תל אביב, תשנ"ט).
- אליצור יהודה, **ישראל והמקרא** (רמת-גן, תש"ס).

אליצור שולמית, למה צמנו? מגילת תענית בתרא ורשימת צומות הקרובות לה (ירושלים, תשס"ז).

אלמוג שולמית, משפט וספרות (ירושלים, תש"ס).

אנגיל הרב אברהם, פיתוחי חותם (שאלוניקי, תקע"ט).

אנציקלופדיה מקראית, (ירושלים, תש"י-תשמ"ט).

אנציקלופדיה תלמודית לענייני הלכה (ירושלים, תש"ז-תשס"ז).

אנקר אבישי, ר' יהודה בן אילעאי האיש ותקופתו, (דיסרטציה, בר-אילן, תשמ"ז).

אנקר אהרן, הכרח וצורך בדיני עונשין (רמת גן, תשל"ז).

אפשטיין יעקב נחום הלוי, מבוא לנוסח המשנה (ירושלים, תשס"א).

אפשטיין יעקב נחום הלוי, מבואות לספרות התנאים (ירושלים, 1957).

בוקסבוים יוסף (עורך), ספר הזכרון לר"י הוטנר (ירושלים, תשד"מ).

בלידשטיין יעקב, סמכות ומרי בהלכת הרמב"ם (תל אביב, תשס"ב).

בלידשטיין יעקב, עיונים במחשבת ההלכה והאגדה (באר שבע, תשס"ד).

בלידשטיין יעקב, עקרונות מדיניים במשנת הרמב"ם (מהד' ב, רמת גן, תשס"א).

בן מנחם חנינה ולפשיץ ברכיהו (עורכים), דין ויושר בתורת המשפט של הרמב"ם (ירושלים, תשס"ד).

בצרי הרב עזרא, דיני ממונות (ירושלים, תשל"ד-תשמ"ב).

ברגמן שמואל הוגו, הפילוסופיה הדיאלוגית מקירקגור עד בובר (ירושלים, תשל"ג).

אנציקלופדיה מקראית

אנציקלופדיה תלמודית

אפשטיין, מבוא לנוסח המשנה

אפשטיין, מבואות לספרות התנאים

- ברגמן שמואל הוגו, **תולדות הפילוסופיה החדשה – מתקופת ההשכלה עד עמנואל קאנט** (ירושלים, תשל"ג).
- ברזל הלל, **דרכים בפרשנות החדשה: מתאוריה למתודה**, (רמת-גן, תש"ן).
- ברנד יהושע, **כלי החרס בספרות התלמוד** (ירושלים, תשי"ג).
- ברנדיס יהודה, **אגדה למעשה: עיונים בסוגיות משפחה, חברה ועבודת השם** (ירושלים, תשס"ה).
- ברק אהרן, **פרשנות במשפט – פרשנות החוזה** (ירושלים, תשס"א).
- ברק אהרן, **פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה** (ירושלים, תשנ"ג).
- ברק אהרן, **פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית** (ירושלים, תשנ"ב).
- ברק אהרן, **פרשנות תכליתית במשפט** (ירושלים, תשס"ג).
- ברק אהרן, **שיקול דעת שיפוטי** (תל אביב, תשמ"ז).
- ברק-ארז דפנה (עורכת), **משפטים ראשוניים: שיחות בעקבות פסקי-דין של בית-המשפט העליון בשנה הראשונה להיווסדו** (תל אביב, 1999).
- ברת רולאן, **מות המחבר** (תרגום: דרור משעני, תל אביב, תשס"ה).
- גביזון רות, **שיקול דעת מנהלי באכיפת החוק** (ירושלים, תשנ"א).
- גולאק אשר, **השטרות בתלמוד** (עורך: רנון קצוף, ירושלים, תשנ"ד).
- גולאק אשר, **יסודי המשפט העברי**, (תל אביב, תשכ"ז).
- גילת יצחק דב, **פרקים בהשתלשלות ההלכה** (רמת גן, תשנ"ב).
- גליקסברג דוד, **גבולות תכנון המס** (ירושלים, תש"ן).
- גפני ישעיהו, **יהודי בבל בתקופת התלמוד** (ירושלים, תשנ"א).

- גרוס, ברית הלשון
גרוס בנימין, ברית הלשון – הדיבור במחשבת ישראל (ירושלים, תשס"ה).
- דביר, השם המקראי
דביר יהודה, ייעודה של השליחות בשם המקראי (תל אביב, תשכ"ט).
- דן, על הקדושה
דן יוסף, על הקדושה (ירושלים, תשנ"ח).
- דקארט רנה, עקרונות הפילוסופיה (תרגמו: שרה ירצקי ושלמה קרניאל, ישראל, 1979).
- היימן אהרן, תולדות תנאים ואמוראים (ירושלים, תשמ"ז).
- היימן יצחק, טעמי המצוות בספרות ישראל (מהד' שלישית, ירושלים, תשי"ד).
- הכהן, פרשנות תקנות הקהל
הכהן אביעד, פרשנות תקנות הקהל במשפט העברי, (דיסרטציה, ירושלים, תשס"ג).
- הלבני דוד, מקורות ומסורות, ביאורים בתלמוד מסכת בבא קמא (ירושלים, תשנ"ג).
- הלבני דוד, מקורות ומסורות, ביאורים בתלמוד מסכת בבא בתרא (ירושלים, תשס"ח).
- הלברטל, מהפכות פרשניות
הלברטל משה, מהפכות פרשניות בהתהוותן (ירושלים, תשנ"ט).
- הלוי יצחק אייזיק, דורות הראשונים (ירושלים, תשכ"ז).
- הרנון אליהו, דיני ראיות (ירושלים, תש"ל).
- השל אברהם יהושע, תורה מן השמים באספקלריה של הדורות (לונדון וניו-יורק, תשכ"ב).
- וולפיש, שיטת העריכה
וולפיש אברהם, שיטת העריכה הספרותית במשנה על פי מסכת ראש השנה, (דיסרטציה, ירושלים, תשס"א).
- ויגודה מיכאל, השבת אבידה (ירושלים, תשנ"ב).
- ויטגנשטיין, חקירות פילוסופיות
ויטגנשטיין לודוויג, חקירות פילוסופיות (תרגמה: עדנה אולמן-מרגלית, ירושלים, תשס"א).

- ויטגנשטיין, מאמר לוגי פילוסופי, (תרגום: עדי צמח, תל אביב, תשנ"ה).
- ויטגנשטיין, מאמר לוגי פילוסופי
- וינבוים, תום לב
- וינבוים ישראל, בדרך מקובלת ובתום לב (סדן, תש"ס).
- ויצמן יהושע, זהב הארץ: פרקים להבנת דרכי הלימוד של תורת ארץ ישראל (מעלות, תשס"ו).
- ויצמן יהושע, זהב הארץ: פרקים להבנת דרכי הלימוד של תורת ארץ ישראל (מעלות, תשס"ו).
- וסטרייך אלימלך, תמורות במעמד האישה במשפט העברי (ירושלים, תשס"ב).
- וסטרייך אלימלך, תמורות במעמד האישה במשפט העברי (ירושלים, תשס"ב).
- ורהפטיג, ההתחייבות
- ורהפטיג איתמר, ההתחייבות: תוקפה, אופייה וסוגיה (ירושלים, תשס"א).
- ורהפטיג זרח, זריחת השני, בבא קמא (ירושלים, תשל"ג).
- ורהפטיג שילם, דיני חוזים במשפט העברי (ירושלים, תשל"ד).
- ורהפטיג שילם, דיני עבודה במשפט העברי (תל אביב, תשכ"ט).
- ורהפטיג שילם, דיני חוזים במשפט העברי (ירושלים, תשל"ד).
- זהר נעם, בסוד היצירה של ספרות חז"ל: העריכה כמפתח למשמעות (ירושלים, 2007).
- זהר נעם, בסוד היצירה של ספרות חז"ל: העריכה כמפתח למשמעות (ירושלים, 2007).
- זילברג, כך דרכו של תלמוד
- זילברג משה, כך דרכו של תלמוד (ירושלים, תשכ"ב).
- זמיר, חוק המכר
- זמיר אייל, חוק המכר, תשכ"ח – 1968 (ירושלים, 1987).
- זמיר, עקרון ההתאמה
- זמיר אייל, עקרון ההתאמה בקיום חוזים (ירושלים, תש"ן).
- זמיר, פירוש והשלמה של חוזים
- זמיר אייל, פירוש והשלמה של חוזים (ירושלים, תשנ"ו).
- חבה, היסוד הנפשי
- חבה יעקב, היסוד הנפשי בעבירת רצח במשפט העברי (דיסרטציה, רמת-גן, תש"ס).
- חומסקי נעם, לשון ורוח (תל אביב, תשל"ט).
- חומסקי נעם, לשון ורוח (תל אביב, תשל"ט).
- חפץ, ראיות נסיבתיות
- חפץ חיים, ראיות נסיבתיות במשפט העברי (דיסרטציה, ירושלים, תשל"ד).
- חפץ חיים, ראיות נסיבתיות במשפט העברי (ירושלים, תשל"ד).
- טברסקי יצחק, מבוא למשנה תורה לרמב"ם (ירושלים, תשנ"א).
- טברסקי יצחק, מבוא למשנה תורה לרמב"ם (ירושלים, תשנ"א).

אביב, תשל"ט).

- לנדאו, דרכי הפרשנות** לנדאו דב, **על דרכי הפרשנות ועל עקרונותיה** (חיפה, תשס"ו).
- לעוו ר' בנימין וולף, **שערי תורה**, (ירושלים, תשס"ד).
- לפשיץ, אסמכתא** לפשיץ ברכיהו, **אסמכתא – קניין וחיוב במשפט העברי** (ירושלים, תשמ"ח).
- לפשיץ, משפט ופעולה** לפשיץ ברכיהו, **משפט ופעולה – מונחי חיוב וקנין במשפט העברי** (ירושלים, תשס"ב).
- לפשיץ ברכיהו, **עובד וקבלן – בין קניין לבין התחייבות** (ירושלים, תשנ"ד).
- לפשיץ שחר, **הסדרה חוזית של יחסים זוגיים במשפט האזרחי** (דיסרטציה, רמת-גן, תשס"ב).
- מאוטנר, ירידת הפורמליזם** מאוטנר מנחם, **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (תל אביב, תשנ"ג).
- מאוטנר מנחם, **משפט ותרבות** (רמת גן תשס"ח).
- מאוטנר מנחם, **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** (תל אביב, תשס"ח).
- מאוטנר מנחם, **על החינוך המשפטי** (תל אביב, תשס"ב).
- מישור, מערכת הזמנים** מישור מרדכי, **מערכת הזמנים בלשון התנאים** (דיסרטציה, ירושלים, תשמ"ג).
- מנסבך, קיום ומשמעות** מנסבך אברהם, **קיום ומשמעות: מרטין היידגר על האדם, הלשון והאמנות** (ירושלים, תשנ"ח).
- מרגליות, מחקרים** מרגליות ר' ראובן, **מחקרים בדרכי התלמוד וחידותיו** (ירושלים, תשכ"ז).
- נגן יעקב, **חג הסוכות במחשבת חז"ל** (דיסרטציה, ירושלים, תשס"ד).
- נגן יעקב, **נשמת המשנה: צוהר לעולמה הפנימי של המשנה** (עתניאל, תשס"ז).

- סגל משה צבי, **דקדוק לשון המשנה**, (תל-אביב, תרצ"ו).
- סגל משה צבי, **פרשנות המקרא** (מהד' שניה, ירושלים, 1971).
- סוברן, **שפה ומשמעות** סוברן תמר, **שפה ומשמעות – סיפור הולדתה ופריחתה של תורת המשמעים** (חיפה, תשס"ו).
- סוסיר פרדיננד דה, **קורס בבלשנות מודרנית** (תרגום: אבנר להב, תל אביב, 2005).
- סמית' אנטוני ד', **האומה בהיסטוריה** (תרגום: איה ברויאר, ירושלים, תשס"ג).
- עמיר, **דעת מאמינה** עמיר יהודע, **דעת מאמינה – עיונים במשנתו של פרנץ רוזנצווייג** (תל אביב, תשס"ד).
- פורת, **הצדק החוזי** פורת בנימין, **הצדק החוזי בדין התלמודי** (עבודת גמר, ירושלים, תשס"ב).
- פסין הרב אהרן יהושע, **תיקו** (ירושלים, תשס"ו).
- פרידמן וכהן, **חוזים** פרידמן דניאל וכהן נילי, **חוזים** (אבירם, תשנ"א-תשס"ד).
- דה פריס, **תולדות ההלכה התלמודית** דה פריס בנימין דה, **תולדות ההלכה התלמודית** (תל אביב, תשכ"ב).
- פרנקל, **דרכי האגדה** פרנקל יונה, **דרכי האגדה והמדרש** (גבעתיים, תשנ"א).
- צלטנר, **דיני חוזים** צלטנר זאב, **דיני חוזים של מדינת ישראל** (תל אביב, תשל"ד).
- קליינמן, **מנהגי הסוחרים** קליינמן רון, **מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי** (דיסרטציה, רמת-גן, תש"ס).
- קרויס, **קדמוניות התלמוד** קרויס שמואל, **קדמוניות התלמוד** (ברלין-וינה, תרפ"ד).
- קריפקי, **שמות והכרח** קריפקי סול (שאול), **שמות והכרח** (תרגום: אבישי רווה, ישראל, 1994).
- קשת אחיקם, **קובץ יסודות וחקירות** (ירושלים, תשס"ז).
- ראסל ברטנראד, **בעיות הפילוסופיה** (ירושלים, תשנ"א).
- רביצקי אביעזר ורוזנק אבינעם (עורכים), **עיונים חדשים**

- בפילוסופיה של ההלכה** (ירושלים, תשס"ח).
- רוזנצווייג, **כוכב הגאולה** רוזנצווייג פרנץ, **כוכב הגאולה** (תרגום: יהושע עמיר, ירושלים, תש"ל).
- רוזנצווייג, **נהריים** רוזנצווייג פרנץ, **נהריים** (תרגום: יהושע עמיר, ירושלים, תשל"ח).
- רוזנק אבינעם, **ההלכה הנבואית: הפילוסופיה של ההלכה במשנת הראי"ה קוק** (ירושלים, תשס"ז).
- רקובר נחום, **המסחר במשפט העברי** (ירושלים, תשמ"ח).
- ש"ץ-אופנהיימר רבקה, **החסידות כמיסטיקה** (ירושלים, תש"ס).
- שוורץ, **ממיתוס להתגלות** שוורץ משה, **ממיתוס להתגלות** (רמת גן, תשל"ח).
- שוורץ, **שפה, מיתוס** שוורץ משה, **שפה, מיתוס, אמנות: עיונים במחשבה היהודית בעת החדשה** (ירושלים ותל אביב, תשכ"ז).
- שוחטמן אליאב, **מעשה הבא בעבירה** (ירושלים, תשמ"א).
- שוחטמן אליאב, **סדר הדין** (ירושלים, תשמ"ח).
- שטיינפלד צבי אריה, **עם לבדד: מחקרים במסכת עבודה זרה** (רמת-גן, תשס"ח).
- שיפמן פנחס, **ספק קידושין במשפט הישראלי** (ירושלים, תשל"ה).
- שלו, **דיני חוזים** שלו גבריאלה, **דיני חוזים – החלק הכללי**, (מהד' ג, ירושלים, תשס"ד).
- שלו, **תניות פטור** שלו גבריאלה, **תניות פטור בחוזים** (ירושלים, 1974).
- שלום גרשום, **דברים בגו** (תל אביב, תשל"ו).
- שנאן אביגדור, **עולמה של ספרות האגדה** (תל אביב, תשמ"ז).
- שפינוזה ברוך, **מאמר תיאולוגי-מדיני** (תרגום: ח' וירשובסקי, ירושלים, תשכ"ב).
- שפרבר דניאל, **תרבות חומרית בארץ ישראל בימי התלמוד** (ירושלים, תשנ"ד).

שרלו יובל, **תורת ארץ ישראל לאור משנת הראי"ה** (חיספין, תשנ"ח).

תא-שמע ישראל מ', **הספרות הפרשנית לתלמוד** (ירושלים, תשנ"ט).

9.2. מאמרים בעברית

אברהם הרב מיכאל, 'הריגת גנב לצורך הגנה על רכוש', **תחומין כח** (תשס"ח), 174.

אדרעי אריה, 'כיצד זוכרים? זכרון השואה בחברה הדתית ובחברה החילונית', **תרבות דמוקרטית 11** (תשס"ח), 11.

אדרעי אריה, 'מדוע לנו משפט עברי', **עיוני משפט כה** (תשס"ב), 467.

אהוביה אברהם, 'מהי היא 'הונאה'?', **בית מקרא יח** (תשל"ג), 51.

אזר משה, 'פרשנות פרגמטית של טקסטים משפטיים', **בלשנות עברית 50-51** (תשס"ב), 7.

אזר, **פרשנות פרגמטית**

אזר משה, 'תועלת של הבלשנות הפרגמטית בעת מחלוקת פרשנית של טקסטים משפטיים', **העברית ואחיותיה 2-3** (2002), 105.

איש שלום בנימין, 'השפה כקטיגוריה דתית בהגותו של ר' י"ד סולוביצ'יק', משה בר אשר (עורך), **ספר היובל להרב מרדכי ברויאר** (ירושלים, תשנ"ב), 799.

אישון הרב שלמה, 'ראיות נסיבתיות בדיני ממונות', **תחומין יט** (תשנ"ט), 239.

אלבק שלום, 'מהותו של החוזה במשפט העברי', **עיוני משפט ו** (תשל"ח-תשל"ט), 513.

אלון מנחם, 'עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי', **משפטים ח** (תשל"ח), 99.

אלמוג שולמית, 'משפט וספרות, הלכה ואגדה', **מחקרי משפט יג**

(תשנ"ז), 413.

אלעזר דניאל י', 'הברית כיסוד המסורת המדינית היהודית',
דניאל י' אלעזר (עורך), **עם ועדה – המסורת המדינית היהודית**
והשלכותיה לימינו (ירושלים, תשנ"א), 51.

אנגלרד יצחק, 'מחקר המשפט העברי – מהותו ומטרותיו',
משפטים ז (תשל"ח), 34.

אנגלרד, **מחקר המשפט**
העברי

אנגלרד יצחק, 'תנור של עכנאי: פירושה של אגדה', **שנתון**
המשפט העברי א (תשל"ד), 45.

אנוך דוד והראל אלון, 'עיון פילוסופי במשפט ואודותיו', **דין**
ודברים ח (תשס"ח, טרם פורסם).

אנקר אהרן, 'יסודות המשפט הפלילי העברי', **משפטים כד**
(תשנ"ד), 177.

אפשטיין יעקב נחום הלוי, 'פירושי הריב"ן ופירושי וורמייזא',
תרביץ ד (תרצ"ג), 153.

בוקשפן עלי, 'תם ומושלם – על אמון כתאוריית על של דיני
החוזים ועל עקרון תום הלב כמשלים אמון, יציבות וודאות בראי
פסיקתו של הנשיא שמגר', **עיוני משפט כג** (תש"ס), 11.

בטיסט הרב מאיר, 'סכסוך בין אחיות בזכות לסייע לאמן',
תחומין כז (תשס"ז), 288.

ביאליק חיים נחמן, 'הלכה ואגדה', **כל כתבי ח"נ ביאליק** (תל
אביב, תש"ד), עמ' רכג.

בין דן, 'מנהג ונוהג במשפטנו הפלילי – מקור משפטי מצוי או
רצוי', מנחם אלון, משה בן זאב, אהרן ברק ומשה לנדוי (עורכים),
ספר יצחק כהן (תל אביב, 1989), 310.

ביקס בריאן, 'שאלות פרשנות בפרשנות', **עיוני משפט יח** (1994),
463.

ביקס, **שאלות פרשנות**

בלאו יהושע 'בינוני פעול בהוראה אקטיבית', **עיונים בבלשנות**
עברית (ירושלים, תשנ"ו), 313.

בלידשטיין יעקב, 'ה'אמת' של הדיין ככלי פסיקה במשנת

- הרמב"ם, **דיני ישראל כד** (תשס"ז), 119.
- בלידשטיין יעקב, 'תורת ארץ ישראל ותורת בבל במשנת הנצי"ב מוולוז'ין', אבי רביצקי (עורך), **ארץ ישראל בהגות היהודית בעת החדשה** (ירושלים, תשנ"ח), 466.
- בלקין שמואל, 'בענין ידות נדרים ודברים שבלב וחילוקים בין ענייני איסור וממוין', **הפרדס לח** (תשכ"ד), 10.
- בן מאיר יהושע, 'ראיה נסיבתית במשפט העברי', **דיני ישראל יח** (תשנ"ה-תשנ"ו), עמ' פז.
- בן מנחם חנינה, 'חקיקה ושיפוט על פי הרמב"ם', חנינה בן מנחם וברכיהו לפשיץ (עורכים), **דין ויושר בתורת המשפט של הרמב"ם** (ירושלים, תשס"ד), 211.
- בן מנחם חנינה, 'יחס התלמוד הירושלמי והתלמוד הבבלי לסטיית שופט מן הדין', **שנתון המשפט העברי ח** (תשמ"א), 113.
- בן שלום ישראל, 'רבי יהודה בר אלעאי ויחסו לרומי', **ציון מט** (תשמ"ד), 9.
- בנימין ולטר, 'על הלשון בכלל ועל לשונו של האדם', ולטר בנימין, **מבחר כתבים, חלק ב: הרהורים** (תרגם דוד זינגר, תל אביב, תשנ"ו), 284.
- בס דוד, 'חוזים על פי דיני התורה', **כתר א** (תשנ"ו), 18.
- בקשי-דורון הרב אליהו, 'הוכחות ועדויות נסיבתיות בהלכה', **תורה שבעל פה י** (תשכ"ח), עמ' קלח.
- ברויאר מרדכי, 'אמה עבריה ושפחה חרופה', **מגדים טז** (תשנ"ב), 19.
- ברנד יצחק, 'תנורו של עכנאי: אגדה בלב פולמוס', **תרביץ עה** (תשס"ו), 437.
- ברעלי גלעד, 'ויטגנטשיין על חוויית המשמעות ומשמעות המוסיקה', **עיון נג** (2004), 428.
- ברעלי גלעד, 'ויטגנטשיין על אובייקטיביות וכללים', **עיון נב**
- בן מנחם, **חקיקה ושיפוט**
- בן מנחם, **יחס התלמוד**
- בנימין, **על הלשון**
- בס, **חוזים על פי דיני התורה**
- ברעלי, **חוויית המשמעות**
- ברעלי, **אובייקטיביות**

ברעלי, סימן וסמל

ברעלי גלעד, 'סימן וסמל, שימוש ומשמעות ב'טרקטטוס' של ויגטנשטיין, **עיון נד** (תשס"ו), 375.

ברעלי גלעד, 'על תלמוד תורה שחולן', **אלפיים 17** (תשנ"ט), 9.

גבזון רות, 'בטול המגילה: המנהג ועקרונות הפסיקה', **משפטים ד** (תשמ"ה), 325.

גוטל נריה, 'פולמוס הפשט והדרש: תיחום הוויכוח ומקומו', **בד"ד 18** (תשס"ז), 5.

גוטל נריה, 'תורת ארץ ישראל – התלמוד הירושלמי במשנת הרב קוק', איתמר ורהפטיג (עורך), **ישועות עוזו – בענייני גאולה ומשיח** (ירושלים, תשנ"ו), 390.

גולאק אשר, 'שטר אירוסין ודברים הנקנים באמירה', **תרביץ ג** (תרצ"ב), 365.

גולאק אשר, 'שטר מכירת עבד בדיני התלמוד', **תרביץ ד** (תרצ"ג), 1.

גולדברג אברהם, 'צמצום מחלוקת אצל אמוראי בבלי', **מחקרי תלמוד א** (תש"ן), 135.

גולדמן אליעזר, 'המוסר, הדת וההלכה', **מחקרים ועיונים** (ירושלים, תשנ"ז), 265.

גושן זהר, 'הצבעה אסטרטגית בדיני חברות', **משפטים כג** (תשנ"ד), 109.

גיל משה, 'המוכר את החצר לא מכר אלא אוירה שלחצר', **תרביץ מו** (תשל"ז), 17.

גיל, המוכר את החצר

גילת ישראל צבי, 'לתוקפה של חובת ההתראה במשפט העונשין העברי', **מחקרי משפט ו** (תשמ"ח), 217.

גילת ישראל צבי, 'שלום אלבק, יסודות בדיני הממונות בתלמוד', **תשנ"ד**, הפרקליט **מב** (תשנ"ה), 427.

גנז חיים, 'שיקול דעת שיפוטי לאהרן ברק', **משפטים יח**

(תשמ"ט), 509.

גרוסמן יונתן, 'תפיסת הלשון והאותיות בהגות ר' צדוק הכהן מלובלין, **שנה בשנה** (תש"ס), 172.

גרוסקופף עופר, 'פטרנליזם, תקנת הציבור, והמונופול הממשלתי בשוק ההימורים', **המשפט 11** (2001), 8; 64.

גרייבסקי אריה ליב, 'התיאוריה של 'עצמאות הרצון' ושל 'הצהרת הרצון' במשפט הצרפתי, הגרמני והעברי', **המשפט ד** (תר"צ-תרצ"א), 54.

דגן חנוך, 'דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם', דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר (עורכים), **משפט והיסטוריה** (ירושלים, תשנ"ט), 165.

דגן חנוך, 'הערות על 'בעלות ושיתוף' – בעקבות ספרו של פרופסור יהושע ויסמן', **מחקרי משפט יד** (1997), 229.

דויטש סיני, 'גמירות דעת בהתחייבויות במשפט העברי', **דיני ישראל ג** (תשל"ב), 207.

דויטש, גמירות דעת בהתחייבויות

דויטש סיני, 'גמירת דעת והכוונה ליצור יחסים משפטיים בדיני חוזים במשפט העברי, האנגלי והישראלי', **שנתון המשפט העברי ו-ז** (תשל"ט-תש"ס), 71.

דויטש, גמירת דעת וכוונה

דיקשטיין פלטיאל, 'שוגג ומזיד, אונס ורצון', **המשפט העברי ד** (תרצ"ג), 27.

דן יוסף, 'קדושת הלשון והצורה', אמילי בילסקי ואביגדור שנאן (עורכים), **גבולות של קדושה** (ירושלים, 2003), 74.

דן, קדושת הלשון

דסברג אורי, 'התראה – מקור הדין וטעמו', **תחומין יא** (תשנ"א), 307.

האן דוד, 'היקפו של קנין מקרקעין', **גליון פרשת השבוע 232** (משרד המשפטים, תשס"ו).

הבלין שלמה זלמן, 'בירורים חדשים בענייני תקנות רגמ"ה: ייחוסן, תחולתן והתפשטותן', **שנתון המשפט העברי יא-יב** (תשמ"ד-תשמ"ו), 317.

הבלין שלמה זלמן, 'תקנות רבנו גרשום מאור הגולה בענייני אישות בתחומי ספרד ופרובאנס', **שנתון המשפט העברי ב** (תשל"ה), 200.

הורביץ רבקה, 'קוים לבעיות השפה והדיבור בהגות רוזנצווייג', **דעת 6** (תשמ"א), 25.

הורביץ, בעיות השפה והדיבור

הלבני דוד וייס, 'סידרה ומחברה של משנה נזיר פרק א', **הקונגרס העולמי הרביעי למדעי היהדות, כרך א** (ירושלים, תשכ"ז), 153.

הלברטל משה, 'דוד הרטמן והפילוסופיה של ההלכה', אבי שגיא וצבי זוהר (עורכים) **מחויבות יהודית מתחדשת, כרך א** (ירושלים, תשס"ב), 13.

הנשקה דוד, 'אין מקרא יוצא מדי פשוטו', **המעין יז** (תשל"ז), 7.

הנשקה דוד, 'מנהג מבטל הלכה', **דיני ישראל יז** (תשנ"ג-תשנ"ד), עמ' קלה.

הרוי זאב, 'בין פילוסופיה מדינית להלכה במשנת הרמב"ם', **עיון כט** (תש"ם), 212.

וונר שי עקביא, 'על קוהרנטיות ואפקטיביות בהלכה – בירור ראשוני בין של ההבחנה בין לכתחילה ודיעבד', **דיני ישראל כ-כא** (תשס"א), 43.

וולפיש אברהם, 'משחקי לשון במשנה', **נטועים ג** (תשנ"ה), 79.

וולפיש אברהם, 'שיקולים ספרותיים בעריכת המשנה ומשמעויותיהם', **נטועים א** (תשנ"ד), 33.

וינרוט אברהם, 'שימוש לרעה בזכות במשפט העברי (כופין על מידת סדום)', **דיני ישראל יח** (תשנ"ה-תשנ"ו), נג.

וינרוט אברהם, 'תפקיד המילים ומשמעותן', **סיני קיח** (תשנ"ו), עמ' רכו, **סיני קיט** (תשנ"ז), עמ' נח.

וינרוט, תפקיד המילים

ורהפטיג איתמר, 'אמזן דעת ונפש בני אדם במשפט העברי', **בדד 6** (תשנ"ח), 69.

ורהפטיג איתמר, 'דברים שבלב וטעות בהלכה', **דיני ישראל ג** (תשל"ב), 191.

ורהפטיג, דברים שבלב

ורהפטיג איתמר, 'הגנה עצמית בעבירות רצח וחבלה' **סיני פא**
(תשל"ז), עמ' מח.

ורהפטיג איתמר, 'שער, מחירים ואונאה', **כתר ד** (תשס"ד), 13.

ורהפטיג זרח, 'למקורותיו של חוזה התחייבות במשפט העברי',
מחקרים במשפט העברי (רמת-גן, תשמ"ה), 83.

ורהפטיג שילם, 'עקרונות הסגת גבול', **סיני עז** (תשל"ה), עמ' רנד.

ורהפטיג שילם, 'תום לב בדיני חוזים', **נזיר אחיו, כרך ג**
(ירושלים, תשל"ח), עמ' רכה.

זהר נעם, 'פיתוח תיאוריה הלכתית כבסיס חיוני לפילוסופיה של
ההלכה', אביעזר רביצקי ואבינועם רוזנק (עורכים), **עיונים**
חדשים בפילוסופיה של ההלכה (ירושלים, תשס"ח), 43.

זולדן הרב יהודה, 'התגוננות אישית וציבורית – רודף, בא
במחותרת ומלחמה', **מלכות יהודה וישראל** (מרכז שפירא,
תשס"ב), 284.

זוסמן יואל, 'מקצת מטעמי פרשנות', חיים כהן (עורך) **ספר יובל**
לפנחס רוזן (ירושלים, תשכ"ב), 147.

זמיר אייל, 'הבסיס התיאורטי של חוק המכר (דירות)', **משפטים**
ל (תש"ס), 459.

זמיר אייל, 'השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק,
בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה',
משפטים (טרם פורסם).

זמיר אייל, 'רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות',
משפטים כט (תשנ"ט), 783.

זמיר איל, 'על המחקר המשפטי האינטגרטיבי', **דין ודברים ד**
(תשס"ח, טרם פורסם).

חבצלת מאיר, 'יחס הגאונים והרמב"ם אל המנהג', **סיני נד**
(תשכ"ד), עמ' קנה.

חברוני עידו, 'גברים מבבל, נשים מארץ ישראל', **תכלת 29**
(תשס"ח) 89.

ורהפטיג, **שער, מחירים**

זמיר, **הבסיס התיאורטי**

זמיר, **ברק ודיני החוזים**

זמיר, **רצון חופשי**

חפץ חיים, "על פי שניים עדים יקום דבר" האמנם? – ראיות נסיבתיות בבית דין, להלכה ולמעשה, **תקדים ב** (תשמ"ט), 59.

חפץ חיים, 'גדרי אומדנה וחזקה בדיני נפשות במשפט העברי', **דיני ישראל ח** (תשל"ז), עמ' מה.

חפץ חיים, 'מקומן של ראיות נסיבתיות במשפט העברי', **משפטים א** (1968-1969), 67.

טדסקי גד, 'המנהג במשפטנו הנוהג והעתידי', **משפטים ה** (1973), 9.

טדסקי, **המנהג**

כהן חיים, 'על המידות והשיעורין', **שנתון המשפט העברי ג-ד** (תשל"ו-תשל"ז), 217.

כהן נילי, 'דפוסי החוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק', **הפרקליט לז** (תשמ"ז), 13.

כהן נילי, 'ה'שוויון' מול חופש החוזים', **המשפט א** (תשנ"ג), 131.

כהנא יצחק זאב, 'היחס בין ההלכה והמנהג', **מחקרים בספרות התשובות** (ירושלים, תשל"ג), 108.

כהנא מנחם, 'גילוי דעת ואונס בגיטין: לחקר השתלשלות המסורות המוחלפות בעריכתן המגמתית של סוגיות מאוחרות', **תרביץ סב** (תשנ"ג), 225.

כץ אברהם דוד, 'האומדן בדיני הראיות', ירון אונגר ועידו רכניץ (עורכים), **משפטי ארץ, כרך ב** (עפרה, תשס"ה), 107.

כשר אסא, 'דת ושפה', משה חלמיש ואסא כשר (עורכים), **דת ושפה – מאמרים בפילוסופיה כללית ויהודית** (תל אביב, תשמ"ב), 25.

לאו הרב ישראל מאיר, 'איסור השגת גבול – עני המהפך בחררה', **תורה שבעל פה יט** (תשל"ז), 106.

לבונטין אביגדור, 'על דין ודברים אחרים', **משפטים ט** (תשל"ט), 175.

לבנת זהר, 'עיונים בשיח המשפטי הפרשני: משמעות המשפט', 'משמעות המבע' ו'משמעות הדובר', רנה בן שחר וגדעון טורי

לבנת, **עיונים**

(עורכים) **העברית שפה חיה ג** (תל אביב, 2003), 191.

לוי זאב 'מעמדה ומקורה של השפה על פי הגותם של האמאן, מי
מנדלזון וי"ג הרדר' **דעת 31** (תשנ"ג), 28.

לוי זאב, 'נעם חומסקי והמהפכה החומסקיאנית בבלשנות', נעם
חומסקי, **לשון ורוח** (תל אביב, תשל"ט), 13.

לוי בן-מימין מנשה, 'רבן סבוראי ותלמודם', יהודה לייב הכהן
פישמן מימון (עורך), **אזכרה לרב קוק, חלק ד** (ירושלים, תרצ"ז),
עמ' קמה.

ליבס יהודה, 'נחמן מברסלב ולדוויג ויטגנשטיין', **דימוי 19**
(2000-2001), 10.

ליברמן יהושע, 'כופין על מידת סדום – היבט כלכלי', משה קופל
ועלי מרצבך (עורכים), **ספר הגיון: מחקרים בדרכי השיבה של**
חז"ל, (אלון שבות, 1995), 165.

ליכטנשטיין הרב אהרן, 'מוסר והלכה במסורת היהודית', **דעות**
מו (תשל"ז), 5.

ליכטנשטיין הרב אהרן, 'לבריור כופין על מידת סדום', **הגות**
עברית באמריקה (תשל"ב), 362.

ליפקין הרב בנימין, 'גדר אומדנא ורוב בדיני ממונות ובדיני
נפשות', **התורה והמדינה יא-יג** (תש"כ-תשכ"ב), עמ' תקמא.

ליפקין, **גדר אומדנא**

ליפקין הרב בנימין, 'להגדרת מושג 'רצון הבעלים' בקניינים',
סיני ספר היובל (תשי"ח), עמ' שעג, **סיני מב** (תשי"ח), עמ' שנה.

ליפשיץ ברכיהו, 'מדוע אין המשפט העברי אוכף קיומה של
הבטחה?', **משפטים כה** (תשנ"ה), 161.

ליפשיץ, **אכיפת הבטחה**

ליפשיץ ברכיהו, 'מנהג מבטל הלכה', **סיני פו** (תשי"ס), עמ' ח.

ליפשיץ ברכיהו, 'מנהג' ומקומו במדרג הנורמות של 'תורה שבעל
פה', **שנתון המשפט העברי כד** (תשס"ו-תשס"ז), 123.

ליפשיץ ברכיהו, 'עד כמה כללית היא כלליותו של החוק לפי
הרמב"ם', חנינה בן-מנחם וברכיהו לפשיץ (עורכים), **דין ויושר**
בתורת המשפט של הרמב"ם (ירושלים, תשס"ד), 273.

לנדוי רננה 'המשפט במשפט: בלשנות משפטית – הבלשן בשירות המשפטן', **עיוני משפט** כב (1999), 37.

מאוטנר מנחם, 'אקוויטי במשפט העברי', **עיוני משפט יח** (תשנ"ד), 639.

מאוטנר מנחם, 'גדמר והמשפט', **עיוני משפט כג** (תש"ס), 367.

מאוטנר מנחם, 'המשפט כתרבות: לקראת פרדיגמה מחקרית חדשה', מנחם מאוטנר, רונן שמיר ואבי שגיא (עורכים), **רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית** (תל אביב, תשנ"ח), 545.

מאוטנר מנחם, 'התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל', **עיוני משפט כט** (2005), 17.

לנדוי, **המשפט במשפט**

מאוטנר, **התערבות שיפוטית**

מאוטנר, **כללים וסטנדרטים** מאוטנר מנחם, 'כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה', **משפטים יז** (תשמ"ח) 321.

מאק חננאל, 'שבעים פנים לתורה – למהלכו של ביטוי', משה בר אשר (עורך), **ספר היובל לרב מרדכי ברויאר, חלק ב** (ירושלים, תשנ"ב), 449.

מור מייקל סי, 'פרשנות ה'פרשנות'', **עיוני משפטי יח** (1994), 359.

מור, **פרשנות הפרשנות**

מרגליות ר' ראובן, 'שתיקה לחכמים', יהודה ליב הכהן פישמן מימון (עורך), **אזכרה לרב קוק, חלק ג** (ירושלים, תרצ"ז), עמ' ריא.

סבתו מרדכי, "המקיף את חברו משלוש רוחותיו" (בבלי, בבא קמא ד ע"ב – ה ע"א): לבירור היחס שבין ביקורת הנוסח לשאלות עריכה בחקר התלמוד הבבלי, **תרביץ ע** (תשס"א), 189.

סטמן דני, 'אוטונומיה וסמכות ב'תנורו של עכנאי'', **מחקרי משפט כד** (תשס"ט), 639.

סרנא הרב יעקב חיים, 'בדין ידות בנדרים ובנזירות', **מוריה יב** (תשמ"ג), עמ' קעד.

עוז זלצברגר פניה, 'שורשים יהודיים של הרפובליקה המודרנית',

תכלת 13 (תשס"ג), 89.

פאור יוסף, 'מבע ביצועי ומבע היגדי בהלכה', **דיני ישראל כ-כא**
(תש"ס-תשס"א), 101.

פוגלמן מרדכי, 'מנהג המקום ומנהג המדינה', **סיני יז** (תש"ה),
עמ' שסב.

פוקס עוזיאל, "'המוכר את הבית... מכר תנור מכר כיריים"?
ריאליה, נוסח ופרשנות במשנת ב"ב בתרא פ"ד מ"ג', **נטועים ד**
(תשנ"ח), 53.

פוקס, המוכר את הבית

פורת בנימין, 'דין אונאת מחיר – יסודותיו, עקרונותיו וערכיו'
כתר ד (תשס"ד), 281.

פורת, דין אונאה

פורת בנימין, 'החוזה הכפוי ועקרון הצדק החוזי', **דיני ישראל כב**
(תשס"ג), 49.

פורת, החוזה הכפוי

פלפל דרורה, 'סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי)', תשל"ג – 1973
והזיקה לדין הגרמני, **הפרקליט לו** (תשמ"ד), 53.

פלפל דרורה, 'תום לב במשא ומתן לכריתת חוזה', **עיוני משפט ה**
(תשל"ו-ז), 608.

פרבשטיין הרב מרדכי, 'שו"ת בדין כופין על מדת סדום', **שורת**
הדין ב (תשנ"ד), עמ' שכג.

פרוקצ'יה אוריאל, 'בועות משפט', **משפטים כ** (תש"ן), 9.

פרוקצ'יה אוריאל, 'כללים וסטנדרטים בספר הברית' (טרם
פורסם).

פרוקצ'יה גואלטירו, 'הפרת החובה לנהוג בתום לב', **הפרקליט**
לט (תשמ"ט-תשנ"א) 65.

פרוקצ'יה גואלטירו, 'קווים לתורת תום הלב', **עיוני משפט יג**
(תשמ"ח-תשמ"ט), 41.

פרוקצ'יה גואלטירו, 'תחולת עקרון תום הלב בשיטה הישראלית',
הפרקליט לט (תשמ"ט-תשנ"א), 291.

פרידמן דניאל 'לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסק דין

אפרופים', **המשפט ח** (תשס"ג), 483.

פרידמן דניאל, 'פרשנות החוזה', דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים, כרך ג**, (אבירם, תשס"ד), 227.

פרידמן, **פרשנות החוזה**

פרידמן ש"י, 'הנאה וקנינים בתלמוד', **דיני ישראל 3** (תשל"ב), 115.

פרימר דב, 'הגדרת דין רודף, **אור המזרח לא** (תשמ"ג), 325.

פריס בנימין דה, 'לצורת ההלכות בתקופת התנאים', **מחקרים בספרות התנאים** (ירושלים, תשכ"ח), 81.

צאמבער דב בער, 'מאמר על פירוש רש"י להמסכתות נדרים ומועד קטן', בתוך: אברהם גייגר, **ספר פרשנדא – על חכמי צרפת מפרשי המקרא** (ירושלים, תשל"א).

צרפתי גד בן עמי (גב"ע), 'עיונים בסמנטיקה של לשון חז"ל ובדרשותיהם', **לשונו ל** (תשכ"ה), 29.

קוסמן אדמיאל, 'ה'שיטה' כשיטה – היווצרותה ואופן התקבלותה בבתי המדרש בארץ ישראל ובבבל', **סידרא ד** (תשנ"ג), 103.

קוסמן, **השיטה כשיטה**

קורמן אברהם, 'הלכה והלכה למעשה', **שמעתין ה** (תשכ"ט) 20.

קידר ניר, 'המהפכה הפרשנית: עלייתה של הפרשנות התכליתית בישראל', **עיוני משפט כו** (תשס"ג), 737.

קמיר אורית, 'מודל לחשיבה משפטית-תרבותית', **דין ודברים ד** (תשס"ח, טרם פורסם).

רבינוביץ יעקב יוחנן, 'גמירת הדעת במשפט העברי, האנגלי והאמריקאי', **בצרון ז** (תש"ג), 271.

רביצקי אבירם, 'תפיסת הלשון של הרמב"ם: פילוסופיה והלכה', **תרביץ עו** (תשס"ז), 185.

רביצקי, **תפיסת הלשון של הרמב"ם**

רובינשטיין יעקב (גיפרי), 'סיפור תנורו של עכנאי: ניתוח ספרותי', יי לוינסון, יי אלבוים וגי חזן-רוקם (עורכים), **הגיון ליונה – היבטים חדשים בחקר ספרות המדרש, האגדה והפיוט** (ירושלים, תשס"ז), 457.

רובינשטיין יעקב (גיפרי), 'פירושי מקורות תנאיים על ידי עקרונות כלליים ומופשטים', בתוך יעקב אלמן, אפרים בצלאל הלבני וצבי אריה שטיינפלד (עורכים), **נטיעות לדוד** (ירושלים, תשס"ה), עמ' רעה.

רוזנברג ישראל, 'כוונה בקניינים', **הפרדס טז** (תש"ג), 10.

רוזנברג הרב שמעון גרשון (שג"ר), 'אמונה ולשון לפי האדמו"ר הזקן מחב"ד מפרספקטיבת פילוסופיית הלשון של ויטגנשטיין', משה הלברטל, דוד קורצווייל ואבי שגיא (עורכים), **על האמונה** (ירושלים, תשס"ה), 365.

רוזנברג שלום, 'בין פשט לדרש: על פרשנות ואידיאולוגיה', **דעות לז** (תשכ"ט), 91.

רוזנברג שלום, 'הערות לתפיסת הלשון בהגותם של חז"ל', יי הקלמן (עורך), **אבי עפרים** (ירושלים, תשס"ב), 111.

רוזנברג שלום, 'ידות נדרים', משה בר (עורך), **מחקרים בהלכה ובמחשבת ישראל** (רמת-גן, תשנ"ד), 193.

רוזנברג, **ידות נדרים**

רוזנברג שלום, 'כוחה של טעות: סוגיות בשפה ובפרשנות', **אקדמות יב** (תשס"ב), 153.

רוזנטל אברהם שמשון, 'מסורת הלכה וחידושי הלכות במשנת חכמים', **תרביץ סג** (תשנ"ד), 320.

רוזנטל אברהם שמשון, 'תולדות הנוסח ובעיות עריכה בחקר התלמוד הבבלי', **תרביץ נז** (תשנ"ח), 1.

רוזנק אבינועם, 'אגדה והלכה: הרהורים על מגמות בהגות ובמחקר הפילוסופיה של ההלכה', עמיחי ברהולץ (עורך), **מסע אל ההלכה** (תל אביב, 2003), 285.

רוז יוסף, 'פרשנות ללא כוונה', **עיוני משפט יח** (1994), 407.

רייכמן אוריאל, 'השפעת זיקת ההנאה על הלכות שכנים', **עיוני משפט ד** (תשל"ה), 121.

רייכמן, **זיקת ההנאה**

רנר שירלי, 'דיני חוזים – מגמות והערכה', **משפטים כא** (תשנ"א), 33.

שאוה מנשה, 'משמעות 'בן זוג' בחקיקה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו', אהרן ברק ומנשה שאוה (עורכים), **מנחה ליצחק** (תל אביב, 1999), 197.

שביד אליעזר, 'ריאוריינטאציה רוחנית כשיטת מחשב', **חשיבה מחדש** (ירושלים, 1991), 181.

שביד, **ריאוריינטאציה**

שגיא אבי, 'הרהורים על המכשלות ועל האתגרים בפילוסופיה של ההלכה', אביעזר רביצקי ואבינועם רוזנק (עורכים), **עיונים חדשים בפילוסופיה של ההלכה** (ירושלים, תשס"ח), 27.

שגיא אבי, 'משה הלברטל, מהפכות פרשניות בהתהוותו', **דעת** 42 (תשנ"ט), 171.

שטמפפר צבי, 'מכר תנור מכר כיריים', **מעליות יט** (תשנ"ז), 56.

שטרית שמעון, 'המנהג במשפט הציבורי', יצחק זמיר (עורך), **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** (ירושלים, 1993), 375.

שטרן ידידיה צ', 'מה יהודי במשפט הישראלי', אבי רביצקי וידידיה צ' שטרן (עורכים), **דברים ושברי דברים: על יהדותה של מדינה דמוקרטית** (ירושלים, תשס"ז), 13.

שיבר ברוך, 'שיטתו של אלבק במחקר המשפט התלמודי', **משפטים ח** (תשל"ח), 91.

שיינין הרב נחום, 'ספקות בשטרות וגדרי יד בעל השטר על התחתונה', **דברי משפט א** (תשנ"ו), עמ' רלח.

שיפמן פנחס, 'הספק בהלכה ובמשפט', **שנתון המשפט העברי א** (תשל"ד), 328.

שלו גבריאלה, 'מה נותר מחופש החוזים', **משפטים יז** (תשמ"ח), 465.

שלו גבריאלה, 'שחיקתו ההולכת ונמשכת של עקרון חופש החוזים', **קרית המשפט ה** (תשס"ד-תשס"ה) 335.

גרשום שלום, 'משמעותה של התורה במיסטיקה היהודית', **פרקי יסוד בהבנת הקבלה וסמליה** (תרגום: יוסף בן שלמה, ירושלים, תשל"ז), 36.

שלום, **התורה במיסטיקה היהודית**

שמואלביץ הרב חיים, 'קונטרס בענין כוונה ורצון', הרב יוסף בוקסבוים (עורך), **ספר הזכרון למרן רבי חיים שמואלביץ** (ירושלים, תש"ם), עמ' קסא.

שפירא הרב אברהם, 'סתירה בתוך שטר', **תחומין כח**, תשס"ח, 95.

שרמן הרב אברהם, 'מנהג המדינה ביחסי עובד ומעביד', **תחומין יח** (תשנ"ח), 236.

9.3 ספרים בלועזית

- Alston W. P., *Illocutionary Acts and Sentence Meaning*, (Ithaca, 2000).
- Anson, *Principles* Anson W. R., *Principles of the English Law of Contract* (26th ed., Oxford, 1984).
- Arac J., Godzich W. & Martin W. (eds.), *The Yale Critics: Deconstruction in America* (Minneapolis, 1987).
- Atiyah, *Essays* Atiyah P S, *Essays on Contract* (Oxford, 1990).
- Atiyah P.S, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Oxford, 1979).
- Austin J. L., *How to Do Things with Words* (Cambridge, Mass., 1962).
- Bach K., & Harnish R. M., *Linguistic Communication and Speech Acts* (Cambridge, Mass., 1979).
- Baghramiam M., *Modern Philosophy of Language* (London, 1998).
- Ben-Menachem, *Judicial Deviation* Ben-Menachem H., *Judicial Deviation in Talmudic Law* (Boston, 1991).

- Bleicher J., *Contemporary Hermeneutics* (London, 1980).
- Bloom H., et al., *Deconstruction and Criticism* (New York, 1979).
- Boman T., *Hebrew Thought Compared with Greek* (New York, 1960).
- Bonell M. J., *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (2nd ed., NY, 1997).
- Bruns G. L., *Hermeneutics Ancient and Modern* (New Heaven, 1992).
- Bulsara, *Ancient Persians* Bulsara S. J., *The Laws of the Ancient Persians* (Bombay, 1937).
- Calamari J. & Perillo J., *The Law of Contracts* (4th ed., St. Paul: West, 1998).
- Canfield J. V. (ed.), *The Philosophy of Wittgenstein, Vol. 9: The Private Language Argument* (New York, 1986).
- Cassirer E., *The Philosophy of Symbolic Forms* (New Haven, 1953-1996).
- Chatterjee R., *Wittgenstein and Judaism* (New York, 2005).
- Chitty on Contracts* Chitty J. D., *Chitty on Contracts* (27th ed. London, 1994).
- Chomsky N., *Reflections on Language* (New York, 1975).
- Cohen B., *Jewish and Roman Law: A Comparative Study*

- (New York, 1966).
- Collins, *Contract* Collins H., *The Law of Contract* (4th ed., London, 2003).
- Corbin A. L., *Contracts* (St. Paul, Minn., 1960).
- Crawford E., *The Construction of Statute* (St. Louis, 1940).
- Culler J., *On Deconstruction: Theory and Criticism after Structuralism* (London, 1983).
- Dascal M., *Pragmatics and the Philosophy of Mind I: Thought in Language* (Amsterdam, 1983).
- Devitt M. & Hanley R. (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Language* (Oxford, 2006).
- Dickerson, *Interpretation* Dickerson R., *The Interpretation and Application of Statutes* (Boston, Toronto, 1975).
- Dworkin R., *Law's Empire* (Cambridge, 1986).
- Ellis J.M., *Against Deconstruction* (Princeton, 1989).
- Ettin A.V., *Speaking Silences, Stillness and Voice in Modern Thought and Jewish Tradition* (London, 1994).
- Falk, *Law and Religion* Falk Z. W., *Law and Religion* (Jerusalem, 1981).
- Farnsworth E.A., *Contracts*, (3rd ed., New-York, 1999).
- Fisher W.W. et al (eds.), *American Legal Realism* (New York, 1993).
- Frege F. L. G., *Die Grundlagen der Arithmetik* (Breslau, 1884).
- Gadamer H.G., *Truth and Method* (2nd ed., trans. by J.

Weinsheimer & D. Marshall, New York, 1993).

Gilmore G., *The Death of Contract* (Ohio, 1974).

Grondin J., *Introduction to Philosophical Hermeneutics* (New Haven, 1994).

Grundy P., *Doing Pragmatics* (London, 2000).

Hale B. & Wright C. (eds.), *A Companion to the Philosophy of Language* (Oxford, 1997).

Halsbury-Simonds, *The Laws of England* (London 1955).

Heidegger M., *Einführung in die Metaphysik* (Tübingen, 1953).

Heidegger M., *Unterwegs zur Sprache* (Pfullingen, 1959).

Heidegger M., *Vorträge und Aufsätze* (Pfullingen, 1954).

Herzog Rabbi I., *The Main Institutions of Jewish Law* (London, 1967).

Howard R. J., *Three Faces of Hermeneutics* (Berkeley, 1982).

Jackendoff R., *Patterns in the Mind: Language and Human Nature* (New York, 1994).

Jacobs L., *The Talmudic Argument* (Cambridge, 1984).

James W., *The Principles of Psychology* (NY, 1890).

Jastrow M., *A Dictionary of the Targumim, the Talmud Babli and Yerushalmi, and the Midrashic Literature* (London & NY, 1903).

Jones O. R. (ed.) *The Private Language Argument* (London, 1971).

Kaser M., *Roman Private Law* (2nd ed., trans. by R. Dannanbring, London, 1968).

Kasher A., *The Chumskyan Turn* (Cambridge, 1991).

Kircshenbaum A., *Equity in Jewish Law* (New Jersey, 1991).

Kleinig J., *Paternalism* (New Jersey, 1984).

Kötz H & Flessner A., *European Contract Law* (trans. by T. Weir, Oxford, 1997).

Kellaway E.A., *Principles of Legal Interpretation of Statutes, Contracts and Wills* (Butterworths, 1995).

Kripke S., *Wittgenstein on Rules and Private Language* (Oxford, 1982).

Lakoff G. & Johnson M., *Philosophy in the Flesh: The Embodied Mind and Its Challenge to Western Thought* (New York, 1999).

Lakoff G. & Johnson M., *Metaphors We Live By* (Chicago & London) 1980.

Lando O. & Beale H., *Principles of European Contract Law* (The Hague: Kluwer International Law, 2000).

Larenz K., *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, (6 Auf., München, 1983).

Larkin M. T., *Language in the Philosophy of Aristotle* (Paris, 1971).

- Law Commission Report, *Law of Contract, The Parole Evidence Rule* (London, 1976).
- Leitch V., *Deconstructive Criticism, an Advanced Introduction* (New York, 1983).
- Leiter B. R., *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy* (Oxford, 2007).
- Lepore E. & Barry C.S. (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Language* (Oxford, 2006).
- Levinson S. C., *Pragmatics* (Cambridge, 1983).
- Kasher A., *Pragmatics* (London, 1998).
- Lewison, *Interpretation* Lewison K., *The Interpretation of Contracts* (4th ed., London, 2007).
- Lycan W. G., *Philosophy of Language: A Contemporary Introduction* (New York, 2000).
- Mackintosh, *The Roman Law of Sale* Mackintosh J., *The Roman Law of Sale* (2nd ed., Edinburg, 1907).
- Marmor A., *Law and Interpretation - Essays in Legal Philosophy* (Oxford, 1998).
- Martinich A. (ed.), *The Philosophy of Language* (4th ed., New York, 2001).
- Mermin S., *Law and the Legal System – An Introduction* (2nd ed., Boston & Toronto, 1982).
- Mill J. S., *A System of Logic* (London, 1856).
- Miller G., *Bargaining on the Red-eye: New Light on*

Contract Theory (New York University Center for Law and Economics, working paper no. 08-21)

Modrak D. K. W., *Aristotle's Theory of Language and Meaning* (Cambridge, 2001).

Moscovitz, *Talmudic Reasoning*

Moscovitz L., *Talmudic Reasoning: From Casuistic to Conceptualization* (Tubingen, 2002).

Neusner J., *The Oral Torah – The Sacred Books of Judaism* (San Francisco, 1986).

Norris C., *Deconstruction: Theory and Practice* (3rd ed., London, 2002)

Norton R. F., *A Treatise on Deeds* (2nd ed., London, 1928)

Ormiston G. L. & Schrift A. D. (eds.), *The Hermeneutic Tradition: From Ast to Ricoeur* (New York, 1990).

Pedersen J., *Israel, Its Life and Culture* (London, 1926)

Pinker S., *The Language Instinct: How the Mind Creates Language* (New York, 1994).

Pitkin, *Wittgenstein and Justice*

Pitkin H., *Wittgenstein and Justice* (Berkeley, 1972).

Posner R. A., *Economic Analysis of Law* (7th ed. Boston, Toronto & London, 2007).

Quennell C. H. P., *Everyday Life in Roman and Anglo-Saxon Times* (New York, 1959).

Quine W. V. O., *Words and Object*, (Cambridge, Mass., 1960).

Quine W. V. O., *Methods of Logic* (3rd ed., London, 1978).

Raz J., *The Authority of Law* (Oxford, 1979).

Rawls J. *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass., 1971).

Ryan K. W., *An Introduction to the Civil Law* (Sydney, 1962).

Schlegel J. H., *American Legal Realism and Empirical Social Science* (Chapel Hill, 1995).

Scholem G., *Major Trends in Jewish Mysticism* (Jerusalem, 1941).

Schulz F., *History of Roman Legal Science* (Oxford, 1953).

Searle J., Kiefer F. & Bierwisch M., *Speech Act Theory and Pragmatics* (Boston & London, 1980).

Searle J., *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language* (Cambridge, Eng., 1969).

Seebohm T. M., *Hermeneutics: Method and Methodology* (Dordrecht, 2004).

Selden R. (ed.), *The Cambridge History of Literary Criticism, vol. 8: From Formalism to Post Structuralism* (Cambridge, 1995).

Shapiro G. & Sica A. (eds.), *Hermeneutics: Questions and Prospects* (Amherst, 1984).

Sheldon A., *The History and Principles of the Civil Law of Rome* (London, 1883).

- Simon-Shoshan M., *Halachah Lema'aseh: Narrative and Legal Discourse in the Mishnah* (Ph.D. diss., University of Pennsylvania, 2005).
- Sokoloff M., *A Dictionary of Jewish Palestinian Aramaic* (Ramat-Gan, 1990).
- Solan, *The Language of Judges* Solan L. M., *The Language of Judges* (Chicago & London, 1993).
- Stephen F. H., *The Economics of the Law* (Iowa, 1988).
- Stern D., *Midrash and Theory* (Illinois, 1997).
- Sutherland J. G., *Statutes and Statutory Construction* (5th ed., Deerfield IL, 1992).
- Trebilcock M. J., *The Limits of Freedom of Contract* (Cambridge, Mass., 1993).
- Tsohatzidis S. L. (ed.), *Foundations of Speech Act Theory: Philosophical and Linguistic Perspectives* (London, 1994).
- Twinnig W., *Karl Llewellyn and the Realistic Movement* (Norman, 1973).
- Van DeVeer D., *Paternalistic Intervention* (Princeton, 1986).
- Von Mehren A. T. & Gordly J. R., *The Civil Law System* (2nd ed., Boston & Toronto, 1977).
- Wachterhauser B. R. (ed.), *Hermeneutics and Modern Philosophy* (New York, 1986).
- White J. & Summers R., *Uniform Commercial Code* (5th

ed., Minn., 2000).

Wigmore J. H., *Evidence in the Trails of Common Law* (Boston, 1981).

Zimmerman R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Cape Town, 1990).

Zweigert K. & Kötz H., *Introduction to Comparative Law* (3rd ed., Oxford, 1998).

9.4 מאמרים בלועזית

Ayres I. & Gertner R., 'Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules', *99 Yale L. J.* 87 (1989).

Baker J. H., 'From Sanctity of Contract to Reasonable Expectation', *32 Current Legal Prob.* 17 (1979).

Ben Shahr O., 'The Tentative Case against Flexibility in Commercial Law', *66 U. Chi. L. Rev.* 781 (1999).

Ben-Menahem H., 'Is Talmudic Law is a Religious Legal System? A Provisional Analysis', *J. of L. and Religion* (forthcoming)

Berlin J. A., 'Post structuralism, Cultural Studies, and the Composition Classroom: Postmodern Theory in Practice' *11 Rhetoric Review* 16 (1992).

Bernstein L., 'Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms', *144 U. Pa. L. Rev.* 1765 (1996).

Binder G., 'Institutions and Linguistic Conventions: The

Pragmatism of Lieber's Legal Hermeneutics', *16 Cardozo L. Rev.* 2169 (1995).

Birmingham R. L., 'Teaching Contracts: Coming Home to Roots', *69 Boston U. L. Rev.* 435 (1989).

Braucher R., 'Interpretation and Legal Effect in the Second Restatement of Contract', *81 Colum. L. Rev.* 13 (1981).

Buckley F. H., 'Three Theories of Substantive Fairness', *19 Hofstra L. Rev.* 33 (1990-1991).

Buzaglo M., 'Critique of Pure Gematry', M. Sharon (ed.), *Studies in Modern Religions, Religious Movements and the Babi-Baha'I Faiths* (Leiden, 2004), 127.

Cohen L., 'Holdout and Free Riders', *20 J. Legal Stud.* 351 (1991).

Cohen M. D., 'Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law', *37 Harv. L. Rev.* 625 (1984).

Collins H., 'Distributive Justice through Contracts', *45(2) Current Legal Prob.* 49 (1992).

Contant J., 'Wittgenstein on Meaning and Use', *21 Philosophical Investigations* 222 (1998).

Corbin A. L., 'The Interpretation of Words and the Parol Evidence Rule', *50 Cornell L. Q.* 161 (1965).

Cover R. M., 'Nomos and Narrative', *97 Harv. L. Rev.* 4 (1983-1984).

Cunningham C. D., Levi J.N, Green G.M., & Kaplan

- J.P., 'Plain Meaning and Hard Cases', *103 Yale L. J.* 1561 (1994).
- Dan, *The Language of Creation* Dan J., 'The Language of Creation and its Grammar', *Jewish Mysticism*, Vol. I (New Jersey, 1998), 129.
- Dascal M. & Weizman E., 'Contextual Exploitation of Interpretive Clues in Text Understanding: An Integrated Approach'. J. Verschueren & M. Bertuccelli-Papi (eds.) *The Pragmatic Perspective* (Amsterdam, 1987), 43.
- Devlin P., 'Morals and the Law of Contract', *The Enforcement of Morals* (London, 1965), 43.
- Diamond C., 'Does Bismarck Have a Beetle in his Box?', A. Crary & R. Read (eds.), *The New Wittgenstein* (New York, 2000), 273.
- Donnellan K. S., 'Reference and Definite Description', *75 The Philosophical Review* 281 (1966).
- Dworkin, *Paternalism* Dworkin G., 'Paternalism', R. Sartorius (ed.), *Paternalism* (Minneapolis, Minn., 1983), 19.
- Dworkin, *Paternalism II* Dworkin G., 'Paternalism: Some Second Thoughts', R. Sartorius (ed.), *Paternalism* (Minneapolis, Minn., 1983), 105.
- Dworkin R., 'Law as Interpretation', *60 Texas Law Rev.* 527 (1982).
- Edrei & Mendels, *A Split Jewish Diaspora I* Edrei A. & Mendels D., 'A Split Jewish Diaspora: Its Dramatic Consequences', *16 Journal for the Study of the Pseudepigrapha* 91 (2007).
- Edrei & Mendels, *A Split Jewish Diaspora II* Edrei A. & Mendels D., 'A Split Jewish Diaspora: Its Dramatic Consequences II', *17 Journal for the Study of*

the Pseudepigrapha 163 (2008).

Ellit D. W., 'Non Derogation from Grant', *80 L. Q. Rev.* 244, (1964).

Elman Y., 'Acculturation to Elite Persian Norms and Modes of Thought in the Babylonian Jewish Community of Late Antiquity', אפרים בצלאל הלבני וצבי יעקב אלמן, *אריה שטיינפלד (עורכים), נטיעות לדוד (ירושלים, תשס"ה), 31*.

Elman Y., 'Middle Persian Culture and Babylonian Sages: Accommodation and Resistance in the Shaping of Rabbinic Legal Tradition', C. E. Fonrobert & M. S. Jaffee (eds.), *The Cambridge Companion to the Talmud and Rabbinic Literature* (Cambridge, 2007), 165.

Elman Y., 'Returnable Gifts in Rabbinic and Susanian Law', *Irano-Judaica VI* (forthcoming).

Feinberg J., 'Legal Paternalism', *1 Canad. J. Phil.* 105 (1971).

Feldman S., 'The New Metaphysics: The Interpretative Turn in Jurisprudence', *76 Iowa L. Rev.* 661 (1990-1991).

Fine G., 'Plato on Naming', *27 The Philosophical Quarterly* 289 (1977).

Friedman L. M., 'Law, Rules and the Interpretation of Written Documents', *59 Nw. U. L. Rev.* 751 (1964).

Glinert, *Language Choice*

Glinert L. H., 'Language Choice in Halakhic Speech Acts', R. L. Cooper & B. Spolsky (eds.) *The Influence of Language on Culture and Thought* (Berlin, 1991), 157.

Gordley, *Equality*

Gordley J., 'Equality in Exchange', *69 Cal. L. Rev.* 1587

(1981).

Grice H. P., 'Utterer's Meaning, Sentence Meaning, and Word Meaning', J. Searle (ed.). *The Philosophy of Language* (Oxford, 1971), 54.

Harrison P., 'Post-structuralist Theories', S. Aitken & G. Valentine (eds), *Approaches to Human Geography* (London, 2006), 122.

Haut, *Kad and Havit*

Haut I. H., 'Kad and Havit', *13 The Jewish Law Annual* 87 (2000).

Hoffmann, *The Intolerable Wrestle*

Hoffmann L., 'The Intolerable Wrestle with Words and Meanings' *114 South Africa L. J.* 656 (1997).

Holmes, *The Theory of Legal Interpretation*

Holmes O. W., 'The Theory of Legal Interpretation', *12 Harv. L. Rev.* 417 (1899).

Holmes O. W., 'The Path of the Law', *10 Harv. L. Rev.* 457 (1897).

Idel M., 'Reification of Language in Jewish Mysticism', S. Katz (ed.), *Mysticism and Language* (New York 1992), 42

Idleman S. C., 'A Prudential Theory of Judicial Candor', *73 Tex. L. Rev.* 1307, (1995).

Ishiguro H., 'Use and Reference of Names', P. Winch (ed.), *Studies in the Philosophy of Wittgenstein* (London, 1969), 20.

Kaplow L., 'Rules versus Standards: An Economic Analysis', *42 Duke L. J.* 557, (1992)

Katz A. W., 'The Economics of Form and Substance in

Contract Interpretation', *104 Colum. L. Rev.* 496 (2004).

Kennedy D., 'Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power', *41 Maryland L. Rev.* 563 (1982).

Kennedy D., 'Form and Substance in Private Law Adjudication', *89 Harv. L. Rev.* 1685 (1976).

Kenny A. 'Cartesian Privacy', in G. Pitcher (ed.), *Wittgenstein: The Philosophical Investigations* (London, 1968), 352.

Keren H., 'Textual Harassment: A New Historicist Reappraisal of the Parol Evidence with Gender in Mind', *13 American U. J. of Gender, Social Policy & the Law* 251 (2005).

Kirby M., 'Towards a Grand Theory of Interpretation: The Case of Statutes and Contracts', *24 Statute L. Rev.* 95 (2003).

Kniffin M. N., 'A New Trend in Contract Interpretation: The Search for Reality as Opposed to Virtual Reality', *74 Or. L. Rev.* 643 (1995).

Kramer, *Common Sense* Kramer A., 'Common Sense Principles of Contract Interpretation', *23 Oxford J. of Legal Studies* 173 (2003).

Kretzman N., 'Plato on the Correctness of Names', *8 American Philosophical Quarterly* 126 (1971).

Kronman A. T., 'Paternalism and the Law of Contracts', *92 Yale L. J.* 763 (1983).

Leff A. A., 'Unconscionability and the Code - The

- Emperor's New Clause', *115 U. Pa. L. Rev.* 485 (1967).
- Levie J. H., 'Trade Usage and Custom under the Common Law and the Uniform Commercial Code', *40 N.Y.U. L. Rev.* 1101 (1965).
- Levi-Rubin M., 'The Language of Creation or the Primordial Language, a case of Cultural Polemic in Antiquity', *49 Journal of Jewish Studies* 306 (1988).
- Lifshitz, *Kad and Havit* Lifshitz B., 'Kad and Havit: More on the Role of the Stam', *13 The Jewish Law Annual* 144 (2000).
- Luban D., 'Paternalism and the Legal Profession', *1981 Wis. L. Rev.* 454.
- McMeel, *Language and the Law Revisited* McMeel G., 'Language and the Law Revisited: An Intellectual History of Contractual Interpretation' *34 Common L. World Rev.* 256 (2005).
- Moore M. S., 'The Interpretative Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?' *41 Stan. L. Rev.* 871 (1989).
- Murray J. E., 'The Realism of Behaviorism under the Uniform Commercial Codes', *51 Or. L. Rev.* 269 (1972).
- Niehoff M., 'What is in a Name? Philo's Mystical Philosophy of Language', *2 Jewish Studies Quarterly* 1 (1995).
- Ottinger P. S., 'Principles of Contractual Interpretation', *60 La. L. Rev.* 765 (2000).
- Patterson E. W., 'The Interpretation and Construction of Contracts', *64 Colum. L. Rev.* 833 (1964).
- Peters, *Reconstructive Legal and Political* Peters B., 'On Reconstructive Legal and Political Theory', M. Deflem (ed.), *Habermas, Modernity and*

Theory

Law (London, 1996), 101.

Posner E. A., 'The Parol Evidence Rule, the Plain Meaning Rule, and the Principles of Contract Interpretation', *147 U. Pa. L. Rev.* 533 (1998).

Posner E. A.. 'A Theory of Contract Law under Conditions of Radical Judicial Error', *94 Nw. U. L. Rev.* 749 (2000).

Posner R. A., 'Statutory Interpretation – In the Classroom and in the Courtroom', *50 U. Chi. L. Rev.* 800 (1983).

Posner R. A., 'The Law and Economics of Contract Interpretation' (November 2004), *U. Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 229*, Available at <http://ssrn.com/abstract=610983>.

Pringsheim F., 'Animus in Roman Law', *49 L. Q. Rev.* 43 (1933).

Probert W., 'Interpretation: Its Relevance in Courts, Criticism and Jurisprudence', *25 Washburn L. J.* 1 (1985-6).

Prudovsky, *Can We Ascribe*

Prudovsky G., 'Can We Ascribe to Past Thinkers Concepts They had No Linguistic Means to Express?', *36 History and Theory* 15 (1997).

Rakoff T. D., 'The Implied Terms of Contracts', J. Beaston & D. Friedmann (eds.) *Good Faith and Fault in Contract Law* (Oxford, 1995), 191.

Reddy M.. 'The Conduit Metaphor', A. Ortony (ed.), *Metaphor and Thought* (2nd ed., Cambridge, 1993), 164.

Scalia A., 'Common-Law Courts in Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and the Law', A. Gutmann (ed.), *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* (Princeton, 1997), 3.

Schwartz A. & Scott R. E., 'Contract Theory and the Limits of Contract Law', *13 Yale L. J.* 541 (2003-2004).

Schwartz A., 'The default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law', *3 S. Cal. Interdisc. L. J.* 389 (1993-1994).

Scoccia D., 'Paternalism and Respect for Autonomy', *100 Ethics* 318 (1990).

Scott R. E., 'The Case for Formalism in Relational Contract', *94 Nw. U. L. Rev.* 847 (2000).

Scott R. E., 'The Uniformity Norm in Commercial Law', J. S. Kraus & S. D. Walts (eds.), *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law* (Cambridge, 2000), 149.

Shapiro D. L., 'Courts, Legislatures and Paternalism', *74 Virg. L. Rev.* 519 (1988).

Shapiro D. L., 'In Defense of Judicial Candor', *100 Harv. L. Rev.* 731 (1987).

Shilo S., 'Equity as a Bridge between Jewish and Secular Law', *12 Cardozo L. Rev.* 737 (1991).

Shilo S., 'Kofin Al Midat S'dom: Jewish Law's Concept of Abuse of Rights', *15 Israel L. Rev.* 49 (1980).

Shilo S., 'On one Aspect of Law and Morals in Jewish

Law: Lifnim Meshurat Hadin', *13 Israel L. Rev.* 359 (1978).

Silving H., 'A Plea for a Law of Interpretation', *98 U. Pa. L. Rev.* 499 (1950).

Simon-Shoshan M., 'Halakhic Mimesis: Rhetorical and Redactional Strategies in Tannaitic Narrative' *24 Diné Israel* 101 (2007).

Simonton J. W., 'Ways by Necessity', *25 Colum. L. Rev.* 571 (1925).

Skinner Q., 'Meaning and Understanding in the History of Ideas', *8 History and Theory* 3 (1969).

Spoerhase C., 'Presentism and Precursorship in Intellectual History', *49 Culture, Theory and Critique* 49 (2008).

Stern D., 'Midrash and Indeterminacy', *5 Critical Inquiry* 132 (1988).

Stone S. L., 'In Pursuit of the Counter-Text: The Turn to the Jewish Legal Model in Contemporary American Legal Theory', *106 Harvard. L. Rev.* 813 (1993).

Strauss L., 'Political Philosophy and History', *What is Political Philosophy* (Glencoe, 1959), 56.

Strawson P. F., 'Intention and Convention in Speech Acts', *73 Philosophical Review* 439 (1964).

Thomas J., 'Statutory Construction When Legislation is Viewed as a Legal Institution', *3 Harv. J. Legis.* 191 (1966).

Tully J., 'Wittgenstein and Political Philosophy', *17 Political Theory* 172 (1989).

Van Alestine M., 'Dynamic Treaty Interpretation', *146 U. Pa. L. Rev.* 687 (1998).

Watson A., 'Narrow Rigid and Literal Interpretation in the Later Roman Republic', *37 Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 351 (1969).

Weisberg R., 'The Calabresian Judicial Artist: Statutes and the New Legal Process', *35 Stan. L. Rev.* 213 (1983).

Williams G., 'Language and the Law' (in five parts) *61 L. Q. Rev.* 71, 179, 293, 384 (1945); *62 L. Q. Rev.* 387 (1946).

Wurzel K., 'Methods of Juridical Thinking', *Science of Legal Method* (trans. by E. Bruncken & L. B. Register, New York, 1921), 286.

Young W. F., 'Equivocation in the Making of Agreement', *64 Columbia L. Rev.* 619 (1964).

Yovel J., 'What is Contract Law About? Speech Act Theory and a Critique of 'Skeletal Promises'', *Nw. U. L. Rev.* 937 (2000).

Zamir, *The Inverted Hierarchy*

Zamir E., 'The Inverted Hierarchy of Contract Interpretation and Supplementation', *97 Colum. L. Rev.* 1710 (1997).

9.5 פסיקה רבנית

ערעור תשל"ב/122, פסקי דין רבניים ט, 200.

תיק 602-נא, פסקי דין – ירושלים (בה"ד לדיני ממונות של הרה"ר לירושלים) א, עמ' רלה.

- תיק 191-נא, פסקי דין - ירושלים (בה"ד לדיני ממונות של הרה"ר לירושלים) א, עמ' קצג.
 פסקי דין – ירושלים (בה"ד לדיני ממונות של הרה"ר לירושלים) ג, עמוד מא.
 תיק 180-נו, פסקי דין – ירושלים (בה"ד לדיני ממונות של הרה"ר לירושלים) ד, עמ' רג.
 תיק 274-נו, פסקי דין – ירושלים (בה"ד לדיני ממונות של הרה"ר לירושלים) ה, עמ' עא.
 תיק 201-נו, פסקי דין – ירושלים (בה"ד לדיני ממונות של הרה"ר לירושלים) ה, עמ' עט.
 תיק 128-תשס, פסקי דין – ירושלים (בה"ד לדיני ממונות של הרה"ר לירושלים) ז, עמ' רא.

9.6 פסיקה ישראלית

- בג"צ 125/50 קבוצת החוגים בית השיטה נ' יושב ראש והחברים של בית הדין למניעת הפקעת
 שערים וספסרות בחיפה, פ"ד ה, 113.
 בג"צ 47/83, תור אויר נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד לט(1), 169.
 בג"צ 721/94 אל על נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5), 749.
 ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3), 701.
 ד"נ 22/82 בית יולס נ' רביב משה, פ"ד מג(1), 441.
 דנ"א 1792/00 מדינת ישראל נ' שדמון, פ"ד נו(5), 643.
 דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי הירקות נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 11.5.06).
 דנג"צ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4), 817.
 ע"א 39/47 אשר נ' בירנבאום, פ"ד ב, 533.
 ע"א 253/47 לוי נ' קליין, פ"ד ב, 107.
 ע"א 25/50 וולפסון נ' ספיניס, פ"ד ה, 265.
 ע"א 130/50 עמל נ' שינדלר, פ"ד ו, 710.
 ע"א 238/53 בוסליק נ' היועץ המשפטי, פ"ד ח, 4.
 ע"א 1/57 ביחובסקי נ' וינברגר, פ"ד יב, 605.
 ע"א 112/58 מוטור יוניון נ' פרובק, פ"ד יג(2), 871.
 ע"א 236/60 עיריית נצרת נ' דוד יוסף ששון, פ"ד יד(4), 2367.
 ע"א 12/61 אלטמן נ' אלטמן, פ"ד טו, 1911.
 ע"א 381/61 פבזר נ' לוי, פ"ד טו(3), 2357.
 ע"א 324/63 ישראל הלוי סגל נ' חברת ג'ורג'ני מג'י, פ"ד יח(4), 371.
 ע"א 480/65 הדרי נ' מפעלים פטרוכימיים בישראל, פ"ד כ(2), 82.

- ע"א 153/67 שלב נ' נוה הררי מואב, פ"ד כא(1), 617.
- ע"א 351/67 כהן נ' וקסלמן, פ"ד כא(2), 665.
- ע"א 464/75 פרומוטפין נ' קלדרון, פ"ד ל(2), 191.
- ע"א 224/76 חברת נופש ערד נ' הסוכנות היהודית, פ"ד לא(1), 449.
- ע"א 546/78 בנק קופת עם נ' הנדלס, פ"ד לד(3), 57.
- ע"א 133/79 בוכמן נ' אלנסארה, פ"ד לה(22), 64.
- ע"א 391/80 לסרסון נ' שיכון עובדים, פ"ד לח(2), 237.
- ע"א 453/80 בן נתן נ' נגבי, פ"ד לה(2), 141.
- ע"א 832/81 רלפו (ישראל) נ' נורוויץ יוניון פייר אינשורנס סוסייטי לימיטד, פ"ד לט(1), 38.
- ע"א 450/82 מדינת ישראל נ' חירם לנדאו, פ"ד מ(1), 658.
- ע"א 119/83 פוגל נ' המועצה הדתית אשקלון, פ"ד לח(4), 813.
- ע"א 554/83 'אתא' חברה לטכסטיל נ' עיזבון המנוח זולוטוב, פ"ד מא(1), 282.
- ע"א 330/84 מדינת ישראל נ' "הלבנון" חברה לביטוח, פ"ד מ(2), 663.
- ע"א 627/84 נודל נ' פינטו, פ"ד מ(4), 477.
- ע"א 702/84 יובל גד נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד מ(4), 802.
- ע"א 692/86 בוטקובסקי נ' גת, פ"ד מד(1), 57.
- ע"א 11/87 מדינת ישראל נ' חירם לנדאו, פ"ד מג(4), 287.
- ע"א 476/87 קוקיא נ' עירית ירושלים, פ"ד מב(1), 166.
- ע"א 685/88 קוטרמן נ' קרן תורה ועבודה, פ"ד מז(2), 598.
- ע"א 708/88 שלמה שפס נ' בן יקר גת, פ"ד מו(2), 743.
- ע"א 424/89 פרקש נ' שיכון ופיתוח, פ"ד מד(4), 31.
- ע"א 536/89 פז חברת נפט נ' לויטין, פ"ד מו(3), 617.
- ע"א 719/89 מחצבות חיפה נ' חנ-רון, פ"ד מו(3), 305.
- ע"א 779/89 יעקב שלו נ' סלע חברה לביטוח, פ"ד מח(1), 221.
- ע"א 216/90 מדינת ישראל מע"צ נ' מרכז מכירות מתכת לקטרה, פ"ד מו(4), 211.
- ע"א 3804/90 דלתא להשקעות ולמסחר נ' סופרגז, פ"ד מו(5), 209.
- ע"א 5795/90 סקלי נ' דורען, פ"ד מו(5), 811.
- ע"א 294/91 חברת קדישא נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2), 464.
- ע"א 922/91 חוסיין מחמד סלימאן אבו ג'בארי נ' המאגר הישראלי לבטוח רכב, פ"ד מח(3), 340.

- ע"א 1121/91 משולם נ' נמני, פ"ד מח(3), 12.
- ע"א 1395/91 וינוגרד נ' ידיד, פ"ד מז(3), 793.
- ע"א 5187/91 מקסימוב נ' מקסימוב, פ"ד מז(3), 177.
- ע"א 5559/91 ק.צ. מפעלי גז ואנרגיה נ' מקסימה המרכז להפרדת אויר, פ"ד מז(2), 642.
- ע"א 3645/92 שאול קלנר נ' סשה לופוביץ ואח', פ"ד מז(4), 133.
- ע"א 4839/92 גנז נ' כץ, פ"ד מ"ח(4), 749.
- ע"א 6025/92 צמיתות נ' חרושת חימר, פ"ד נ(1), 826.
- ע"א 3833/93 לוינ נ' לוינ, פ"ד מח(2), 862.
- ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים, פ"ד מט(2), 265.
- ע"א 5532/93 גונזבורג נ' גרינוולד, פ"ד מט(3), 282.
- ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3), 133.
- ע"א 6276/95 מגדלי באך נ' חוזה, פ"ד נ(1), 562.
- ע"א 7824/95 תשובה נ' בר נתן, פ"ד נה(1), 289.
- ע"א 1900/96 איזבל טלמצ'יו נ' האפוטרופוס הכללי, פ"ד נג(2), 817.
- ע"א 4869/96 מיליין נ' The Harper Group, פ"ד נב(1), 845.
- ע"א 2000/97 ניקול קלדרון נ' קרנית, פ"ד נה(1), 12.
- ע"א 6370/00 קל בנין נ' ע.ר.מ. רעננה, פ"ד נו(3), 289.
- ע"א 6701/00 קאלש מרדכי נ' אבנר, פ"ד נו(5), 799.
- ע"א 2553/01 ארגון מגדלי ירקות נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5), 481.
- ע"א 898/03 בנק לאומי לישראל נ' חזן, פ"ד נט(3), 266.
- ע"א 9236/03 ברוך מקל בע"מ נ' צח השקעות בע"מ, פ"ד נט(2), 268.
- ע"א 5856/06 אמנון לוי נ' נורקייט (טרם פורסם), 28.1.08.
- ע"פ 121/53 היועץ המשפטי לממשלה נ' אוחנה, פ"ד ת, 92.
- ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4), 421.
- ע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עזבון המנוחה מילגרומ הינדה נ' מרכז משען, פ"ד נב(4), 145.
- ע"א 3128/94 אגודה שיתופית בית הכנסת רמת חן נ' סהר חברה לביטוח, פ"ד נ(3), 281.
- ע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1), 199.
- ע"א 8060/95 הנהלת בתי המשפט משרד הפנים נ' אב-חן אחסנה, פ"ד נד(1), 357.
- ע"א 4797/08 ציון לוי נ' גיא (טרם פורסם), 16.9.08.

- בש"א (י-ם) 2813/05 חברת העובדים השיתופית הכללית נ' ביטון (לא פורסם, 8.12.06).
- דב"ע לא/4-1 בנק אוצר לחיל – מרכז הסתדרות הפקידים, פד"ע ב, 260.
- דב"ע מא/0-98 (ארצי) זגורי (אטיאס) נ' המוסד לביטוח לאומי, פד"ע יג, 359.
- דב"ע מג/01-1341 (ארצי) מזל מימון נ' המוסד לביטוח לאומי, פד"ע טו(1), 234.
- דב"ע נג/160-3 (ארצי) אל-על נ' דנילוביץ, פד"ע כו, 339.
- ה"פ (י-ם) 163/94 מראוני נ' רוטמן, פ"מ תשנ"ו(1), 506.
- ה"פ (י-ם) 2219/03 גבעת יעל נ' סעד רסולי (לא פורסם, 2.5.04).
- המ' 162/52 נשיונל אינשורנס אנד גרטי גורפורישון לימיטד נ' מבושיביץ, פ"ד ז, 238.
- ע"א (י-ם) 34/61 קלמנט נ' טוקלטואוב, פ"מ לו, 126.
- ע"א (י-ם) 2350/01 אלח'אלדי נ' אלח'אלדי, (לא פורסם, 13.1.02).
- ע"א (נצ"י) 3245/03 ירושת המנוח ש.ר. נ' היוע"מ לממשלה במשרד האפוטרופוס הכללי, פ"מ תשס"ג(2), 721.
- ע"מ (ת"א) 10/99 פלונית נ' היועהמ"ש לממשלה, פ"מ תש"ס, 831.
- עב' (ת"א) 1032/00 אולומצקי נ' הסתדרות המהנדסים (לא פורסם, 10.2.04).
- ת"א (י-ם) 2065/64 ארבע מנחם נ' שדה עוזיה מושב עובדים, פ"מ מ"ג, 104.
- ת"א (ת"א) 513/94 מגדלי מרכז שלום בע"מ נ' עיריית תל אביב יפו ואח', פ"מ תשנ"ה, 360.
- תמ"ש (ת"א) 6960/03 ק' צ. ו' י' מ. (לא פורסם, 21.11.04).

9.7 פסיקה זרה

- Antaios Compania Naviera SA v. Salen Rederierna AB (The Antaios) [1985] A.C. 191.
- Bakker No. v. Total South Africa Ltd [1990] 3 S.A. 159.
- Bayley v. Great Western Rly, (1884), 26 Ch. D. 434.
- BCCI v. Ali [2001] 2 W.L.R. 735.
- Birmingham, Dudley & District Banking Co. v. Ross, (1888) 38 Ch.D. 295.
- Bromarin v. IMD Investments Ltd [1998] S.T.C. 244.
- Caledonian Railway Co. v. North British Railway Co., (1881) L.R. 6 App. Cas. 114, HL.

Camden (Marquis) v. I. R. C., [1914] 1 K.B. 641.

Cave v. Horsell, [1912] 3 K.B. 533, CA.

Datastream International Ltd. v. Oakeep Ltd., [1986] 1 W.L.R. 404.

Equitable Life Assurance Society v. Hyman, [2000] 3 All E.R. 961.

Forbes v. Git, [1922] 1 A.C. 256.

Glofield Properties Ltd. v. Morley, [1989] 2 E.G.L.R. 118, C.A..

Great Western Railway v. Bristol Corp. (1918) 87 L.J.Ch. 414.

Grey v. Pearson, (1857) 6 H.L. Cas. 61, QB.

Harmer v. Jumbil [1921] 1 Ch. 200.

Hext v. Gill, (1872) L.R. 7 Ch. App. 699.

Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society [1998] 1 WLR 896.

Jacobs v. Batavia & General Plantations Ltd, [1924] 1 Ch. 287.

Joyce v. Barker Bros. (Builders) Ltd., (1980) 40 P. & C.R. 512 Ch D.

Kyle v. Kavanagh, 103 Mass. 356, 4 Am. Rep. 560 (1869).

Laura Investment v. Havering London Borough Council [1993] 1 E.G.L.R. 124.

Lloyd v. Lioyd, (1837) 2 My. & Cr. 192.

Mallan v. May (1844) 13 M.&W. 511.

Manufactures Mutual Insurance Ltd v. Withers (1988) 5 A.N.Z.

Martin v. Martin, (1987) 54 P. & C.R. 238.

McCowan v. Baine and Johnston The Niobe, [1891] AC 401.

MFI Properties Ltd v. BICC Group Pension Trust Ltd [1986] 1 All E.R. 974.

Mitchell Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd., [1983] Q.B. 284.

Navigators and General Insurance Co. Ltd. v. Ringrose [1962], 1 All ER 97, CA.

New Hampshire Insurance Co. v. MGN Ltd. [1996] C.L.C. 1692.

People v. Crawford Distrib. Co. 53 Ill. 2d 332, 291 N.E. 2d 648, (1972).

- Phillips and Stratton v. Dorintal Insurance Ltd [1987] 1 Lloyd's Rep. 482.
- Philpots (Woking) Ltd v. Surrey Conveyancers Ltd [1986] 1 E.G.L.R. 97.
- Prenn v. Simmonds [1971] 1 W.L.R. 1381.
- President of India v. Jebsens (UK) Ltd [1991] 1 Lloyd's Rep. 1, H.L.
- Raffles v. Wichelhaus (1864) 2 Hurl. & C. 906.
- Reardon Smith Line Ltd v. Hansen-Tangen, [1976] 1 W.L.R. 989.
- Robertson v. French (1803) 4 East. 130.
- S.P.A. v. Tradax Ocean Transportation [1987] 1 A11 E.R. 81.
- S.S. Garston Co. v. Hickie (1885) 15 Q.B.D. 580.
- Schuler v. Wickman Machine Tool Sales, [1974] A.C. 235.
- Slim v. Daily Telegraph Ltd [1968] 2 Q.B. 157, CA.
- Smith v. Lucas (1881) L.R.18 Ch. D. 531.
- Smith v. Wilson (1842) 9 Cl. & Fin. 355.
- Summit Investment Inc. v. British Steel Corp. [1987] 1 Lloyd's Rep. 230.
- Taylor Equip. Inc. v. John Deere Co., 98 F 3d 1028 (8th Cir., 1996).
- Tillmans v. Knutsford, [1908], 2 K.B. 385.
- Tito v. Waddell, [1977] Ch. 314.
- United States v. Haas & Haynie Corp., 577 F.2d 568 (9th Cir. 1978).
- Vitol BV v. Compagnie Europeene des Petroles [1988] 1 Lloyd's Rep. 574, CA.
- Walker v. Giles (1848) 6 C.B. 662.
- Watson v. Phipps (1985) 60 A.J.L.R. 1.
- Wheeldon v. Burrows, [1879] 12 Ch. D. 31.