

איסורא וממונא: קווי מתאר ומקרי גבול

יצחק ברנד

א. מבוא

ההבחנה שבין "איסורא" ו"ממונא" היא אחת מדרכי המיון הבולטות בהלכה, ויש לה השלכות הן על הפרקטיקה ההלכתית,¹ והן על תפיסת יסוד של ההלכה כשיטת משפט דתית.² מקורה של ההבחנה הוא כנראה בבית מדרשם של רבא ותלמידיו,³ והיא מתרחבת בסתם התלמוד, והופכת רווחת בספרות הגאונים ובספרות הרבנית שבעקבותיה.⁴

כינון של קטגוריות הלכתיות נבדלות מחייב את הגדרתן ואת קביעת גבולותיהן. הצורך בהגדרות מתחדד במקרי-גבול או בתופעות-כלאיים הלכתיות, שיש בהן שילוב או עמעום בין היבטים איסוריים לבין היבטים ממוניים. במקרים כאלה נדרש לקבוע אם לפנינו עניין שבאיסורא או עניין שבממונא, כדי שניתן יהיה להחיל עליו את הנפקויות ההלכתיות הכרוכות בהבחנה שבין התחומים.

- 1 כך, למשל, ביחס לכללי ההלכה: ספק ממונא לקולא וספק איסורא לחומרא; איסורא בטיל, ממונא לא בטיל; איסורא מממונא לא ילפינן; הלכה כרב באיסורי וכשמואל בדיני, ועוד. לשלושת הכללים הראשונים ראו במאמרי "בין 'איסורא' ו'ממונא' – לשורשיה של הבחנה" סידרא במבוא ובפרקים ב-ד (עתיד להתפרסם). לכלל האחרון ראו להלן, פרק ג.
- 2 ראו, למשל, מנחם אלון המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו א, 158-171 (התשל"ג). לעומתו, ראו משה זילברג חוק ומוסר במשפט העברי 5-6 (התשי"ב). לסקירה על עמדתו של ר' שמעון שקופ, ראו: שי עקביא וזנר "בין חובות התנהגות לחיובי ממון – לבידור של 'תורת המשפטים' במשנתו של הרב שמעון שקופ" דיני ישראל כד 1, 13-30 (התשס"ז). ראו עוד להלן, ה"ש 38. לפי האמור שם, הנורמות האיסוריות עשויות להיות אחד המבחנים לדתיותה של ההלכה. סוג אחר של מבחנים הוצע ע"י חנינה בן-מנחם וברנרד ג'קסון. ראו להלן ה"ש 185.
- 3 לשורשיה של הבחנה, לעיל ה"ש 1.
- 4 להרחבה שבסתם התלמוד ראו: לשורשיה של הבחנה, לעיל ה"ש 1, בהערה 15. על תפוצתה הרווחת של ההבחנה בספרות הגאונים והראשונים ניתן לעמוד באמצעות מספר היקרויות שלה בספרות זו (עפ"י פרויקט השו"ת) – מאות רבות לעומת עשרות בודדות בתלמוד ובסתם התלמוד.

במאמר זה נתמקד בשתי תופעות הלכתיות מרכזיות, שיש בהן עירוב תחומים שבין איסורא וממונא. התופעה הראשונה היא קטגוריה המגדירה תחום כלאיים הלכתי: "איסורא דאית ביה ממונא", והיא תידון בפרק הבא. התופעה השנייה מתייחסת למחלוקות הנוגעות לעניינים שיש בהם איסור וממון השלובים זה בזה, ונדרשת להן הגדרת זהות – אם הן איסוריות או ממוניות – לצורך הפעלת כלל הפסיקה "הלכה כרב באיסורי וכשמואל כדיני". תופעה זו תידון בפרק ג.

בשתי התופעות העירוב שבין איסור וממון מעמעם את הגבולות שבין התחומים, ולכן הוא מהווה תמריץ לקבוע את זהותן הברורה של התופעות ואת שייכותן הדווקנית לאחד מן התחומים. שורשן של התופעות המעורבות הוא בסתם התלמוד, אולם הניסיון למיין אותן ולקבוע לגביהן הגדרות וגבולות נעשה בספרות הגאונים ובספרות הרבנית שבעקבותיה. בהקשר זה ניתן להבחין בשתי גישות מרכזיות של מיון הלכתי – האחת פרקטית והאחרת תיאורטית. במהלך הדברים נבקש לייחס את שתי הגישות לגאונים ולבעלי התוספות (בהתאמה).

לאחר הצגתן של שתי הגישות נתחקה בפרק ד אחר גורמים שונים, שעשויים לעמוד ברקע ההבדלים שביניהן.

ב. איסורא דאית בה ממונא

תופעת הכלאיים הראשונה מקורה בסתם התלמוד. הסוגיה הסתמית בוחנת את מעמדו של עניין איסורי שיש לו גם השלכות ממוניות. מדובר בהקשרים הלכתיים שונים שבהם נדרשת אמירה, אלא שהאמירה שלפנינו אינה מפורשת אלא משתמעת. השאלה המתעוררת ביחס לאמירה כזו היא אם יש בה כדי ליצור חיוב, חובה או איסור, או שמא נדרשת אמירה מפורשת, שאינה משתמעת לשתי פנים. התלמוד והספרות הרבנית בוחנים שאלה זו בכמה מהקשריה ההלכתיים, על רקע ההבחנה שבין איסורא לבין ממונא.

ב.1. סוגיית הבבלי: סוטה – איסורא וממונא

אסור לאדם לקלל את חברו תוך שימוש בשמות ה' המיוחדים (שם אדנות או שם הוויה) או בכינוייו (כדוגמת חנון או רחום). העובר על איסור זה חייב מלקות.⁵ נוסחת הקללה המחייבת מן התורה היא פוזיטיבית: "יככה אלהים".⁶ כשהקללה אינה מפורשת והיא משתמעת, על דרך השלילה: "אל יככה אלהים אם תעיד עבורי", או לחלופין: "יברכך

5 תוספתא, מכות ה (ד), י (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 444); "כינויי ה'" אנציקלופדיה תלמודית כרך לא, שפא-שפג.

6 כך עפ"י פרשת הקללות שבדברים כח 22: "יִכְכֶּה ה' בְּשֹׁחֶפֶת וּבְקַדְחַת"; "יִכְכֶּה ה' בְּשֹׁחֶן מִצְרַיִם" (שם, 27); "יִכְכֶּה ה' בְּשֹׁעֲוֹן וּבְעֲוֹנוֹן וּבְתַמְהוֹן לְבָב" (שם, 28).

/ ייטיב לך השם אם תעיד עבורי" – נחלקו בה תנאים אם היא מחייבת.⁷ התלמוד דן בדעת ר' מאיר, הגורס שהיא מחייבת:

א| אל יכך – והא לית ליה לר' מאיר מכלל לאו אתה שומע היין. איפוך!
כי אתא ר' יצחק (היין) תני כדתנן.

אמ' רב יוסף: השתא דאנן תנן במתניתין [הכי], וכן כי אתא ר' יצחק תני הכי, ש'מ דווקא קתני. אלא קשיא.

ב| כי לית ליה לר' מאיר אממונא, אבל איסורא אית ליה.

ג| והא סוטה דאיסורא היא, ואמ' ר' תנחום הנקי כת'. טעמ' דכת' ה(י)נקי הא <לא> כת' הינקי מכלל לאו ליכא למשמע הן.

אלא איפוך, אפי' באיסור לית ליה.

ד| מתקיף ליה רבינא: ו[א]איסורא לית ליה? אלא מעתה שתויי יין ופרועי ראש דבמיתה, [ה'נ] לר'מ לית ליה, והתנן: ואילו שבמיתה שתויי יין ופרועי ראש!

ה| אלא לעולם איפוך, ואאיסורא אית ליה אממונא לית ליה; ושני סוטה דאיסורא דאית בה ממונא הוא.⁸

לדעת הרמב"ם בפירושו למשנה, שבועות ד, יג, נידון כאן איסור קללת חברו או קללת עצמו בשם, בהמשך לשלוש ההלכות הקודמות שבמשנה. לעומתו, רש"י סבור שקללה זו משתלבת בשבועות העדות שבה עוסק כל הפרק, לרבות הרישא שבמשנתנו. ראו רש"י, שבועות לה ע"א, ד"ה "זו היא אלה": "אם אמר לעדים אחד מן המקראות שבקלות: 'יככה השם בשחפת וגו' אם לא תעידוני'; וכן 'יככה השם'. כגון שהיה אחד קורא קללות שבתורה, ואמר לעדים 'כן יככה אם לא תעידוני'".

משנה, שבועות ד, יג (עפ"י כ"י קויפמן): "המקלל בכולם [בכל אחד מכינויי האל] חייב דב'רין רבי מאיר או' וחכמ'ים] פוטרין. המקלל אביו ואמו בכולם חייב דב'רין רבי מאיר וחכמים פוטרין. המקלל עצמו וחברו בכולם עובר בלא תעשה. יככה האלהים זו היא האלה האמורה בתורה. אל יכך יברכך וייטיב לך רבי מאיר מחייב ר' יהודה פוטר".

ר' מאיר מחייב ור' יהודה פוטר – כך גם בכ"י פארמה, ברם בנוסח שבבבלי בדפוס ראשון ובדפוס פיזארו: "ר' מאיר מחייב וחכמים פוטרם". וראו רמב"ן, שבועות לו ע"א: "והכא בר פלוגתיה דר' מאיר או רבי יוסי או רבי יהודה או רבי שמעון, ובמקצת נוסחי ספרד גרסינן ורבי יהודה פוטר".

רמב"ן, שבועות לו ע"א-ע"ב (עפ"י כ"י וטיקן 140). חילופי נוסח עיקריים: אבל איסורא אית ליה | בכ"י פירנצה: לית <אית> ליה. אלא איפוך אפי' באיסור | בכ"י מינכן 95: אלא איפוך זו ואפי' באיסור'. אלא לעולם איפוך | בכ"י פירנצה: אלא לעולם לא תיפוך. לדיון בחילופי הנוסח ראו שם, ברש"י ד"ה "ה"ג" ובתוספות ד"ה "ה"ג בקונטרס". ואאיסורא אית ליה אממונא לית ליה | בכ"י פירנצה: וכי לית ליה אממונא איסורא אית ליה.

ר' מאיר מתייחס לקללה משתמעת כאילו היא מפורשת. לדבריו, מכלל הלאו – "אל יככה השם אם תעיד עבורי", אתה שומע הן – "יככה השם אם לא תעיד עבורי", ולכן שלילת הקללה בנוסחה הראשונה, כמוה כשבועת העדים, על דרך קללה, בנוסחה האחרונה. דבריו אלו של ר' מאיר עומדים בניגוד לעמדתו הרווחת, שלפיה המתנה תנאי צריך לפרש את שני צדדיו ("תנאי כפול") – החיובי והשלילי (אם הן ואם לאו), ואין צד אחד משתמע מן הצד האחר.⁹

התלמוד דוחה אפשרות לפתור את הסתירה שבדברי ר' מאיר באמצעות היפוך הנוסח [פסקה א].¹⁰ לכן הוא מציע להבחין בין ממונא לבין איסורא [פסקה ב]: דרישת התנאי הכפול נאמרה במקורה בממונא. כך כאשר בני גד ובני ראובן מסדירים את נחלתם בארץ, הם עושים זאת בתנאי דו־צדדי המתייחס במפורש להן וללאו. דיני נחלות הם, על פניהם, עניין שבממון.¹¹ מנגד, באיסורא – בקללה או בשבועת העדות – די באמירה משתמעת, ושם – מכלל לאו אתה שומע הן.

הרציונל להבחנה זו, שבין איסורא לממונא, עשוי לנבוע מכללי הספק שבשני התחומים – ספק איסור להחמיר וספק ממון להקל.¹² אמירה משתמעת היא מסופקת, ולכן באיסורא יש להחמיר ולהתייחס אליה כאילו היא אמירה מפורשת ואסורה.¹³ לעומת זאת, בממונא לא ניתן יהיה להוציא ממון מידי הנתבע, אלא אם יצאנו מגדר הספק. נדרשת אפוא אמירה מפורשת ודאית, כתנאי כפול, כדי שנוכל לפעול על פיה בדבר שבממון.

לפי רציונל אחר, ההבחנה שבין איסורא וממונא נובעת מכללי פרשנות שונים של שני התחומים.¹⁴ איסורא נגזר, על פי רוב, מן הדין הכתוב, ובפרשנות הכתוב הנחת היסוד

- 9 משנה, קידושין ג, ד; תוספתא גיטין ה, ו (מהדורת ליברמן, עמ' 266); תוספתא, קידושין ג, ב (מהדורת ליברמן, עמ' 286).
- 10 רב יוסף קובע, כדרכו, שנוסח המשנה שבידינו הוא הנכון, הן מצד עצמו, והן משום שהוא גם הנוסח שמוכח ע"י רב יצחק מא"י לבלל. ראו יעקב נחום אפשטיין **מבוא לנוסח המשנה** א 147, 149-150, 425 (תשכ"ד). רב יצחק הוא בר־סמכא באשר לנוסח המשנה, כתלמידו של ר' יוחנן, המדייק היטב את נוסח המשנה. ראו אפשטיין, שם, 148, 243.
- 11 ראו תוספות, בבלי, קידושין מט ע"ב, ד"ה "דברים": "דהא כל תנאי ילפינן מבני גד ובני ראובן, והתם דבר שבממון"; השגות הראב"ד על הרי"ף, גיטין לז ע"ב (מדפי הרי"ף): "עיקר בני גד ובני ראובן בממונא הוא". ראו עוד: משנה תורה, הלכות אישות ו, יד; רמב"ן, ספר הזכות, גיטין לח ע"א (מדפי הרי"ף) ובחידושו לגיטין עה ע"ב; רשב"א, גיטין עה ע"ב. ראו עוד להלן ה"ש 42.
- 12 כללים אלו הם אמוראיים ומקורם, כנראה, בבית מדרשם של רבא ותלמידיו. ראו: לשורשיה של הבחנה, לעיל ה"ש 1.
- 13 כך, כנראה, סבור הנצי"ב, מרומי שדה, נדרים י ע"ב: "דאפשר שכיוון לומר בלשון מכלל לאו, מכ"מ מספק אסור משום דילמא כוון לומר לא חולין היא [...] כיון שאפשר לפרש שכוונתו לקרבן היא ה"ז אסור, וזהו בכלל ספק נדרים להחמיר [...]".
- 14 ראו להלן ה"ש 20.

החזו"לית היא שהטקסט מכיל גם מה שאינו מפורש בו.¹⁵ לכן גם אמירה משתמעת כמוה כמפורשת. מנגד, ממונא מתבסס, בדרך כלל, על חיובים שמן ההסכם, והנחת היסוד הפרשנית לגביהם היא ש"דברים שבלב אינם דברים". מהנחה זו נגזר שחיוב יוטל על האדם רק על בסיס מה שנאמר על ידו במפורש, ובהקשר זה המשתמע אינו כמפורש.¹⁶ בהמשך הדיון התלמודי, הקביעה שלפיה באיסורא די באמירה משתמעת, עומדת למבחן: בתחילה [פסקה ג] – באמצעות דיון בשבועת הסוטה.¹⁷ שבועה זו היא איסורית, ובכל זאת, נדרש לגביה היגד מפורש.¹⁸ מנגד, נידון עונשם של שתויי יין ופרועי שיער

- 15 תפיסה זו עומדת ביסודם של מדרשי ההלכה, הקושרים למקרא הלכות, אף שאינן נובעות ממנו במפורש. ראו, למשל, מנחם כהנא "מבוא למדרשי התנאים" ספרות חז"ל הארץ-ישראלית 137, 145 (מנחם כהנא ואחרים עורכים, התשע"ח). תפיסה זו בולטת במיוחד באסכולה המדרשית של ר' עקיבא. ראו כהנא, שם, עמ' 147-150. התפיסה המרחיבה של הטקסט עושה שימוש ממוקד בכלל הפרשני שלפנינו: "שכן דברי תורה נדרשין, מכלל הן לאו מכלל לאו הן". ראו מכילתא דרבי ישמעאל, מסכתא דבחדש יתרו, פרשה ח (מהדרות הורוביץ-רביין, עמ' 232). ראו עוד: מכילתא דרשב"י כא, ח (מהדרות אפשטיין-מלמד, עמ' 166); ספרי דברים, מו (מהדרות פינקלשטיין, עמ' 104); מדרש תנאים ה, טז (מהדרות הופמן, עמ' 123); שם יא, יט (עמ' 40); שם כה, טו (עמ' 169). התפיסה הנ"ל מתייחסת בענייננו לשבועה (או לקללה) שיסודה בטקסט מקראי. ראו לעיל ה"ש 6 (קללה או שבועת עדות) ולהלן ה"ש 17 (שבועת סוטה).
- 16 "דברים שבלב" אנציקלופדיה תלמודית כרך ז, קעא-קעב. ראו עוד: שו"ת לחם רב, ריג (פו ע"א, קרקוב התרמ"ה): "דלמ"ד מכלל לאו אתה שומע הן, כמפורש דמי, ולא הוי דברים שבלב".
- 17 הנוסחה המקראית של שבועת הסוטה מכילה שבועה כפולה: לקללה – אם סתתה ונטמאה: "וְאֵת כִּי שָׁטִית תַּחַת אִישׁךָ וְכִי נִטְמָאת [...] וְהִשְׁבִּיעַ הִכְהֵן אֶת הָאִשָּׁה [...] יִתֵּן ה' אוֹתָךְ לְאֵלֶּה וְלִשְׁבָּעָה בְּתוֹךְ עַמְּךָ [...] וְבָאוּ הַמַּיִם הַמְאָרְרִים הָאֵלֶּה בְּמַעַיְנֶךָ לְצַבּוֹת בְּטֵן וְלִנְפֹל יִרְדּוּ [...]". (במדבר ה 20-22); ולברכה – אם לא סתתה: "וְהִשְׁבִּיעַ אֶתְּךָ הַכֹּהֵן וְאָמַר אֶל הָאִשָּׁה אִם לֹא שָׁכַב אִישׁ אִתְּךָ וְאִם לֹא שָׁטִית טְמָאָה תַּחַת אִישׁךָ הִנְקִי מִמִּי הַמְאָרְרִים הָאֵלֶּה" (שם, 19). הראשונה היא "שבועת האלה" והאחרונה היא שבועה סתם. ראו יעקב ליכט פירוש על ספר במדבר א 78 (התשמ"ה).
- 18 בבלי, שבועות לו ע"א: "טעמ' דכת' (ה)נקי הא <לא> כת' הינקי, מכלל לאו ליכא למשמע הן". מן הסוגיות המקבילות שבבבלי משתמע שהמילה "הנקי" נדרשת בשתי משמעויות נוגדות: האחת לברכה – ניקוי מאשמה, והאחרת לקללה – חינוקי. ראו בבלי, קידושין סב, א: "בשלמא לרבי חנינא בן גמליאל, היינו דכתיב: אם לא שכב איש אותך ואם לא שטית טומאה תחת אישך הנקי, אלא לרבי מאיר, חנקי מיבעי ליה! אמר ר' תנחום: הנקי כתיב". ראו עוד בבלי, סוטה יז ע"א: "והא לית ליה לר"מ מכלל לאו אתה שומע הן! אמר רבי תנחום: הנקי כתיב". ועיינו רמב"ן, קידושין שם (בשם רבנו חננאל): "הנקי [...] תצא רוחך ונפשך מגופך, וישאר הגוף בלא נפש".

[פסקה ד]. במקרא נקבע במפורש רק איסורם, אך עונשם אינו מפורש, ובכל זאת ההלכה התנאית דנה אותם למוות.¹⁹ עונש המיתה נקבע אפוא על בסיס אמירה משתמעת.²⁰

במסקנת הסוגיה [פסקה ה] סתם התלמוד מעדיף את ההצעה האחרונה: באיסורא די באמירה משתמעת, ובדרך זו נקבע עונשם של שתויי יין ופרועי ראש. עם זאת, בסוטה נדרשת שבועה כפולה ואמירה מפורשת, משום שאינה עניין איסורי טהור: "דאיסורא דאית בה ממונא הוא". אומנם, שבועת הסוטה במקורה היא עניין איסורי, אולם יש לה גם השלכות ממוניות: אם חשדו של הבעל יתאמת, ויתברר שהאישה נבעלה על ידי אחר, היא מאבדת את כתובתה ונשללות ממנה זכויות כלכליות אחרות שיש לה כלפי בעלה.²¹

השלכות אלו מגדירות את עניינה של הסוטה כממוני,²² ולכן נדרש – כפי שנקבע בפסקה ב – ששבועתה תכיל במפורש את ההן ואת הלאו כאחת. סתם התלמוד מגדיר אפוא מחדש את הגבולות שבין איסורא לממונא. זהותו של תחום הלכתי – אם ממוני הוא או איסורי – נקבעת בעיקר על פי הפרקטיקה ולא על פי קטגוריה עיונית. לכן תחום הלכתי

19 כך נוסח האיסור במקרא: "יין וְשֵׁכָר אֶל תִּשְׁתּוּ אֹתָהּ וּבְגִידְךָ אֶתְךָ בְּבָאֶיִךְ אֶל אִהְלָ מוֹעֵד וְלֹא תִמְתּוּ [...] (ויקרא י 9), וכן: "רְאֵשִׁיכֶם אֶל תִּפְרְעוּ וּבְגִידְכֶם לֹא תִפְרְמוּ וְלֹא תִמְתּוּ" (שם, 6). ההלכה התנאית משלימה את העונש: "ופרועי הראש ושתויי יין ששימשו כולן במיתה". ראו תוספתא, סנהדרין יד, טז (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 437). ובדומה: שם, זבחים יב, יז (שם, עמ' 498); כריתות א, ה (שם, עמ' 561).

20 ברקע הדיון התלמודי עומדת דרשת הספרא, שמיני, מכילתא דמילואים (מו ע"א, וינה התרכ"ב): "ולא תמותו – מכלל לאו אתה שומע הין". התלמוד מתייחס באופן שווה לפרשנות משתמעת של טקסט מקראי ולפרשנות דומה של אמירת אדם (בתנאי, בשבועה או בנדר). השוואה זו צריכה לעיון, משום שכללי הפרשנות של המקרא עשויים להיות שונים מכללי הפרשנות של הבטחה או חיוב הבאים מצידו של אדם. ראו לעיל סביב ה"ש 14. ראו עוד ר' אריה לייב צינץ, טיב קידושין, סימן לח:

ורבנן סבירא להו דדוקא ביתורא דקרא אמרינן באיסורא מכלל הן נשמע [לאו], מה שאין כן ביתור שהוא מכח דיבורו לא אמרינן ביה מכלל הן נשמע לאו, ולא קשיא משתויי יין דאיכא יתורא דקרא; יעקב גונדהיט תפארת יעקב חושן משפט כז (התר"ב): "פשיטא דאפילו מאן דלית ליה מכלל לאו אתה שומע הן [...] רק דסובר דאין זה כאלו פירש הן בהדיא [...] דבעינן שזוכיר בפה התנאי [...] הילכך התם דילפינן מקרא, דכתיב ולא תמותו [...] ובכמה מקומות ילפינן מקרא בדיוקים שונים ומחייבינן עלה, וכל שכן בזה.

21 משנה, סוטה א, ה.

22 רבנו חננאל, שבועות לו ע"ב: "דאית ביה ממונא – דצריכה להפקיעה כתובתה"; תוספות, גיטין עה ע"א, ד"ה "לאפוקי": "דהוי איסורא דאית ביה ממונא – דאיכא שאר וכסות ועונה וכתובה"; תוספות הרא"ש, קידושין סא ע"ב, ד"ה "בשלמא"; רשב"א, שבועות, שם: "סוטה דאידי גופה מפסדא ממונא דהיינו כתובה", ובדומה רשב"א, קידושין סב ע"ב, ד"ה "בשלמא".

שנועד ביסודו לטפל בעניין איסורי, ויש בו גם שאלות הנוגעות לזכויות כספיות שבין צדדים, ניתן להגדיר אותו כממוני, או לכל הפחות, כאיסורי וממוני כאחת.²³

ב.2. ספרות הראשונים: הרחבה לתחומי הלכה נוספים

ספרות הראשונים מרחיבה את מסקנת סתם התלמוד מהלכות סוטה לתחומים הלכתיים נוספים שבהם נידונה הדרישה לאמירה מפורשת (לשיטת ר' מאיר).²⁴ כך לעניין שבועת העדות (הנידונה בסוגיה התלמודית שלעיל),²⁵ ולעניין נדרים.²⁶ כך גם באשר לתנאי הכפול, המופיע במקורו בהקשרם של גיטין וקידושין.²⁷

23 נראה שההיבט האיסורי אינו נבלע בהיבט הממוני. ההיבט האיסורי עומד במקומו, אולם קיומו של ההיבט הממוני דורש את הרף הגבוה של אמירה מפורשת, ולכן יש להתחשב בו לחומרה (בבחינת "ארכבה אתרי רכשי"). ראו מהרי"ט אלגאזי, בכורות י ע"ב: "דכל איסור דאית ביה ממונא, איסורא בתר ממונא גריד".

24 מעגל הרחבה נוסף מזהה "איסורא דאית ביה ממונא" כעניין ממוני, בתחומים הלכתיים נוספים, שאינם עניין לדרישת האמירה המפורשת ואינם עניין לכלל הפרשות "מכלל לאו אתה שומע הן":

(א) נאמנות עד אחד – כממון נדרשים שני עדים (בבלי, שבועות מ ע"א; ירושלמי, סנהדרין ג, י; (כא ע"ג)), ומנגד, עד אחד נאמן באיסורים (בבלי, גיטין ב ע"ב-ג ע"א). מהבחינה זו נגזרות שתי הלכות:

(1) הואיל ואיסור שיש בו ממון – נחשב ממון, אם עד אחד אינו נאמן לגבי הממון שבו, לא תהיה לו נאמנות גם לגבי האיסור שבו. כך "באומר מעות שהטמין איכסם של הקדש – אינו נאמן לאסור, כיון דאיסורא דאית בי' ממונא הוא ועל ממון אינו נאמן, גם לענין איסור אינו נאמן, כיון דשרוש האיסור הוא שהוא ממון הקדש". ראו שו"ת אבני נזר, אבן העזר, מד (עפ"י רמב"ן, המובא בריטב"א קידושין סה ע"ב). ראו, במקביל, אבני נזר, חושן משפט, עט.
(2) באיסור שיש בו ממון, ייתכן שתהיה דרישה לשני עדים. ראו שו"ת תשב"ץ א, סו (כהצעה דחוייה!); "וכי תימא האי איסורא שאני דאית ביה ממונא, ובממונא בעי תרי ולא מהימן חד".

(ב) ממונא מאיסורא / איסורא מממונא – לא ילפינן: לפי הכלל התלמודי שבכותרת לא ניתן ללמוד הלכות מאיסור לממון (ולהיפך). כנגזרת מעקרון "איסורא דאית ביה ממונא" אין ללמוד הלכות מאיסור שאין בו ממון (איסורא) לאיסור שיש בו ממון (ממונא). ראו בבלי, תוספות, כתובות מו ע"ב, ד"ה "ממונא מאיסורא": "דאיסורא דאית ביה ממונא מאיסורא דלית ביה ממונא לא ילפי". במקביל, ניתן ללמוד הלכות מאיסור שיש בו ממון לממון. ראו שו"ת תשב"ץ ב, רג.

25 בבלי, שבועות לו ע"א. ראו, במקביל, ירושלמי, שבועות ד, יד (לה ע"ד; מהדורת האקדמיה ללשון עברית, 1357): "ר' יסא בשם ר' יוחנן: רבי מאיר היא דאמ' ממשמע לאו אתה שומע היין. אל יככה אם תבוא ותעדיני. הא אם לא תבוא ותעדיני יככה".

26 בבלי, נדרים יא ע"ב (לקרבן לא אוכל לך); שם, יג ע"ב (לחולין שאוכל לך).

27 משנה, קידושין ג, ד; ירושלמי, קידושין ג, ג (סד ע"א; מהדורת האקדמיה ללשון עברית, עמ' 1172): "אמ' ר' יוסי ביר' בון בכל אתר אית לר' מאיר ממשמע לאו את שומע הין

שלושה תחומי הלכה אלה הם איסוריים, והתלמוד קובע, ביחס לכל אחד מהם, שלדעת ר' מאיר נדרשת בהם אמירה מפורשת. זאת, בניגוד לכלל התלמודי שהוצג לעיל, שלפיו באיסורא ניתן להסתפק באמירה משתמעת. בספרות הראשונים מוצע פתרון לקושי זה באמצעות הרחבה של הקטגוריה "איסורא דאית בה ממונא" לתחומי הלכה נוספים. מהלך זה מחייב את הראשונים להראות שגם בתחומים אלו, איסור המעורב בממון יוגדר כממוני, ולפיכך תידרש בו אמירה מפורשת:

(א) שבועת העדות – השבועה בכלל ושבועת העדות בפרט – הן בעיקרן עניין איסורי. שתי ההלכות המרכזיות בהקשרה של שבועת העדות הן איסור חילול השבועה וחיוב הקורבן שבגינן.²⁸ מן הטעם הזה, יש הסבורים שהשבועה היא בגדר "איסורא".²⁹ עם זאת, אחד מתנאי היסוד של החיוב בשבועת העדות הוא שיש בעדות – מושא השבועה – כדי לחייב ממון.³⁰ זאת ועוד: חיוב הממון אינו רק תנאי לחיוב. הוא גם, על פי רוב, תוצאה של החיוב. מן הטעמים האלה, הגאונים ובעקבותיהם ראשונים, בעיקר חכמי ספרד (ובהם רמב"ן, רשב"א, ריטב"א ור"ן), הגדירו את שבועת העדות כאיסור שיש בו ממון, ומתוך כך ייחסו לשבועה זהות ממונית.³¹

- והכא לית ליה! אמ' ר' מתנייה: חומר הוא בעריות; בבלי, קידושין סא ע"ב.
- 28 משנה, שבועת ד, ב; משנה תורה, הלכות שבועות יב, א (עפ"י בבלי, שבועות לט ע"א).
- 29 זו, כנראה עמדת רבנו חננאל. ראו להלן ה"ש 31. מסתבר שזו גם עמדתם של רוב בעלי התוספות. ראו תוספות על שבועות לו ע"ב, ד"ה "ה"ג"; מרדכי, גיטין, תכז; פסקי רי"ד, שבועות שם; ריא"ז, קונטרס הראיות, שבועות שם (מאידך גיסא, ראו ראב"ן, שבועות שם, וראב"ה).
- 30 כך במדרשי ההלכה שבכרייתות שבתלמודים. ראו בבלי, שבועות לג ע"ב: "שאינ הכתוב מדבר אלא בתביעת ממון", ובדומה: ירושלמי, שבועות ד, ה; דף לה ע"ג. ראו עוד: משנה תורה, הלכות שבועות ט, א-ג; רש"י, שבועות לו ע"ב: "ושבועה דמתני' נמי ע"י ממון באה". ראו עוד להלן ה"ש 32.
- 31 הגדרת שבועת העדות כ"איסורא דאית ביה ממונא" תלויה בחילופי נוסח שבתלמוד. לפי נוסח הגאונים שבועת העדות יש בה ממון, ולפיכך יש לראותה כ"ממונית". ראו חידושי הרמב"ן, שבועות לו ע"ב, ד"ה "ה"ג" (ובדומה בספר הזכות, גיטין לח ע"א). ראו עוד שבועות שם – ברשב"א ("גירסת הספרים שלנו"), בריטב"א (גירסת הגאונים) ובידושי הר"ן ("מוגה מלשון רב יהודאי גאון ז"ל"). מסתבר שזו גם גרסת רש"י שם, ד"ה "ושאני סוטה" (ראו רמב"ן, רשב"א וריטב"א, שם). לפי גרסה זו ("סוטה ועדים איסורא דאית ביה ממונא שאני"), שבועת העדים מוגדרת כממונא, משום "שעל עסקי ממון הם באים" (רמב"ן, שם), או משום "דמפסדין לתובע" (ראב"ן, שבועות לו ע"ב; ראב"ה [בשמו], תשובות וביאורי סוגיות, סימן אלף מו: "דאי לית ביה ממונא לגבי עדים אית ביה (מששא) ממונא לגבי תובע").

מנגד, לפי הנוסח המצוי בכתבי היד שבידינו (להלן ה"ש 88): "ושני סוטה דאיסורא דאית בה ממונא הוא" – דווקא סוטה, ברם עדים אינם בכלל זה, "דעדים כיון דלדידהו איסורא אית ביה ולא מיחייבי ממונא – איסורא מיקרי". זהו גם הנוסח שבידי רבנו חננאל שבועות שם ושידי בעלי התוספות (ברובם). באשר לתפיסה שברקע נוסח זה ראו רשב"א, שבועות,

(ב) נדרים – הנדר על פניו הוא תופעה איסורית. כך ניתן ללמוד משמו – "איסר"³², וכך עולה מתוצאתו הבסיסית: החפץ הנידר נאסר על הנדר.³³ עם זאת, גם כאן ניתן להצביע על תוצאות לוואי ממוניות של הנדר, בגין המגבלות שמטיל הנדר על שימוש בחפצים שנידרו או על הנאה מאדם שהודר.³⁴ מגבלות אלו גורמות במישרין לפיחות בערכו הכלכלי של הנידר עבור הנודר, ובעקיפין הן מטילות עלויות כלכליות הנובעות מן הצורך בפנייה לאפקיים כלכליים, חלופיים לאלו שנחסמו בגין הנדר.³⁵

לפי הסבר אחר, האופי הממוני של הנדר נובע מן הכלל הקובע שיש לפרש את לשון הנדר לפי הלשון המדוברת ("בנדרים הלך אחר לשון בני אדם").³⁶ על פני הדברים, לא ברור כיצד כלל הפרשנות הנזכר מאפיין את הנדר כממוני.³⁷ ניתן לכאר זאת בשתי

- שם (בהתייחסו לגרסת ר"ח): "דעדים איסורא גרידתא חשיבנן להו, משום דעדים הנשבעים אינהו גופייהו לא מפסדו ממון"; נימוקי יוסף, נדרים, דף ה ע"א (מרפי הרי"ף).
- 32 במדבר ל' 3. הנדר נקרא "איסר", משום שאוסר על עצמו דבר המותר לו. ראו ספרי במדבר, קנג (מהדורת הורביץ, עמ' 200).
- 33 בבלי, נדרים ב ע"ב: "נדרים דמיתסר חפצא עליה [...] לאפוקי שבועה דקאסר נפשיה מן חפצא".
- 34 בבלי, תוספות, נדרים יא ע"א, ד"ה "דאי": "שאוטר ממון של חבירו עליו" (ובדומה בתוספות, סוטה יז ע"ב, ד"ה "אמר רבי תנחום", בשם "רבי", הוא ר' יהודה בן קלנימוס, בעל יחסי תנאים ואמוראים. ראו אפרים א' אורבך בעלי התוספות 496 (התשכ"ח); רבנו תם (מובא ברא"ש, נדרים א, סימן י): "איסורא דאית ביה ממונא הוא, כיון דאמר שאוכל לך או אהנה ממך"; ראב"ן, שבועות לו ע"ב (ד"ה "שמעתי חכמים גדולים"): "שהרי אוסר ממון חבירו הוא על עצמו או על חבירו" (ראו, בדומה בשמו, ראבי"ה, תשובות וביאורי סוגיות, תתקצא: "שאינו יכול ליהנות מממון חבירו או להנות").
- ייתכן, שזהותו הממונית של הנדר נובעת מתפיסתו החפצית, בדומה לגישה החפצית של דיני ממונות. על התפיסה החפצית של הנדר בענייננו (עפ"י בבלי, לעיל ה"ש 33), ראו חידושי הר"ן, נדרים טז ע"א: "ונדרים איסורא דאית ביה ממונא נינהו, משום דלא משכחת בהו בלא חפצא, דהא אינן חלין על דבר שאין בו ממש". וראו, בדומה, ר"ן, שבועות טז ע"א (מרפי הרי"ף): "דהא אסר חפצא עליה". על הגישה החפצית של דיני הממונות, ראו: יצחק ברנד "יש מאין": עסקאות בנכסים מופשטים במשפט התלמודי 1-2, 408-409 (התשע"ז).
- 35 ריטב"א, שבועות לו ע"ב, ד"ה "הכי גרסינן": "ובקונמות נמי הא איכא הפסד ממון, דמיתסר בההוא קונם"; תוספות הרא"ש, שבועות לו ע"ב: "סוטה ונדרים כעין ממונא הוי, דמצי למהוי בהו ממונא, דבנזירות יש בו ממון לענין קרבן". "למהוי בהו ממונא" משמע עלויות כלכליות, בדומה ל"ממון לענין קרבן".
- 36 רא"ש, נדרים, שם: "כיון דאמר בנדרים הלך אחר לשון בני אדם, דין ממונא אית להו". ראו גם בהלכותיו, נדרים א, י; נימוקי יוסף, נדרים ה ע"א (מרפי הרי"ף); המאירי, בית הבחירה, קידושין סא ע"א ובית הבחירה, שבועות לו ע"א.
- 37 אכן, רבי אברהם מן ההר סבור שהכלל "בנדרים הלך אחר לשון בני אדם" אינו ביאור ל"איסורא דאית בה ממונא", אלא הוא נימוק ישיר לכך שבנדרים אין אומרים מכלל לאו אתה שומע הן. ראו בחידושי, נדרים יא ע"א (מהדורת בלוי, עמ' כ): "ואולי הטעם

דרכים: לפי דרך אחת, איסורא וממונא מייצגים, בהתאמה, את החלק הדתי-האלוהי של ההלכה, לעומת החלק המשפטי-הארצי שלה, ובאופן אחר: את הנורמות שבין אדם למקום לעומת הנורמות שבין אדם לחברו (בהתאמה).³⁸ לפי ייצוגים אלה, ייתכן שפרשנות הנדר על פי לשון בני אדם, להבדיל מפרשנות על פי לשון תורה, משייכת אותו לתחום ארצי-חברתי, וכך ניתן לקשור את הנדר למרחב הממוני.³⁹ לפי דרך אחרת, פרשנות של הנדר כלשון בני-אדם כרוכה בתפיסת הנדר כהתחייבות אישית שאדם נוטל על עצמו. במובן זה הנדר מקביל להתחייבות חוזית שבין איש לבין רעהו.⁴⁰ כך אופיו

דבנדרים הלך [אחר] לשון בני אדם, ודרכם לבאר דבריהם. ואית דמתרצי דנדרים איסורא דאית בהו ממונא נינהו [...] ולא הבנתי מה ממונא איכא בנדרים טפי משבועות. ותירוצא קמא עיקר". והשוו לחידושי, נדרים טז ע"ב (שם נקט כאפשרות הראשונה: "או דאמרינן דכממונא דמי, דבנדרים הלך אחר לשון בני אדם").

38 הזיהוי שבין "איסורא" ו"ממונא" לבין מצוות שבין אדם למקום ובין אדם לחברו (בהתאמה) רווח באחרונים, ראו, למשל, סמ"ע חשן משפט קכב, ס"ק ג: "הני מילי באיסורא דבין אדם למקום, אבל בממונ דהוא בין אדם לחבירו"; חתם סופר, כתובות ג ע"א: "דהפקר ב"ד הפקר היינו בממונא, דדעתם שבין אדם לחבירו; אבל באיסורא, מה שבין אדם למקום – לא יתכן הפקר ב"ד" (ועיינו גם שו"ת חתם סופר, חלק ד, סימן נב); קובץ שיעורים, כתובות, כו; משך חכמה, ויקרא יט, ג. כך גם סיווג אלון את איסורא וממונא כהלכה "דתית" לעומת הלכה "משפטית" (בהתאמה), בדומה להבחנה שבין סוגי המצוות (בין אדם למקום ובין אדם לחברו). ראו: אלון, לעיל ה"ש 2, בעמ' 158-171, ובמקביל: שם, 146-147; 148, בהערה 37. ראו עוד במאמרי "איסורא" ו"ממונא" – הלכה 'דתית' והלכה 'משפטית'?", מחקרי משפט (עתידי להתפרסם).

39 פרשנות הנדר כלשון בני אדם נובעת מתלות הנדר בדעתו של האדם הנודר, בדומה לעניינים שבממונ, התלויים בדעת בני אדם. ראו "לשון בני אדם" אנציקלופדיה תלמודית כרך לז, תרנח, בהערה 124; תרסג, הערה 189 וסביבה. באופן אחר: פרשנות עפ"י לשון בני אדם מעידה על תפיסה מקילה של הנדר, בדומה לממונ ה"קל". ראו המאירי, בית הבחירה, נדרים יא ע"א (עפ"י תוספות): "שמאחר שבנדרים הלך אחר לשון בני אדם איסור קל הוא, והרי הן כממונ".

40 עפ"י מדרש התנאים מקור תקפותה של התחייבות חוזית עשוי להיות החיוב המוטל על אדם לקיים את נדרו. ראו ספרי במדבר, קנג (מהדרת הורביץ, עמ' 200): "'לא יחל דברו' – ר' אליעזר אומר: לעשות הבטאה כשבועה. ר' עקיבא אומר: 'ככל היוצא מפיו יעשה' – [לעשות הבטאה כשבועה]". לדעת ר"ד פארדו (פירוש ספרי דבי רב, ירושלים התש"ן, עמ' של) "הבטאה" באה לרבות כל התחייבות או הבטחה היוצאים מפי אדם ("אפילו דבר בעלמא דהיינו מבטא"). ראו עוד: ברכיהו ליפשיץ "מדוע אין המשפט העברי אוסף קיומה של הבטחה" משפטים כה 161, 164-165 (התשנ"ה). בענייננו, ראו טורי אבן מגילה, ה ע"א: "הא קי"ל בנדרים הלך אחר לשון בני אדם, וה"ה לענין תנאי שבין אדם לחבירו כגון לענין גיטין, וודאי אחר לשון בני אדם אזלינן".

להקבלה בין הנדר או השבועה לבין חיוב חוזי יש גם היבט היסטורי. הנדר והשבועה הם המקור הקמאי של ההתחייבות החוזית. ראו Oliver Wendell Holmes, *The Common Law* 247 (1991). ראו עוד: י' פוקרובסקי *תולדות המשפט הרומאי* 308 (התרפ"ה);

המעין-חזוי של הנדר משווה לו היבט ממוני, לפחות בהקשרה של השאלה הפרשנית, אם ניתן לשמוע הן מכלל לאו.

(ג) גיטין וקידושין (בהקשרם של משפטי התנאים) – גיטין וקידושין הם תופעות איסוריות המשיקות באופן ניכר למרחב הממוני. הקידושין והגירושין כרוכים במתן כתובה ובהסדרי מומן שונים בין הצדדים.⁴¹ קל אפוא לקבוע שכל אחד מהם הוא בגדר "איסורא דאית בה ממונא".⁴² לפי זה, הדרישה לתנאי כפול ולאמירה מפורשת היא ביסודה ממונית, ומורחבת גם לגיטין ולקידושין שיש בהם צד ממוני.⁴³

ב.3. ממונא – מאפיינים ודפוסי הגדרה

ממהלך הדברים עד כאן למדנו, שהדיון התלמודי בכלל הפרשני "מכלל לאו אתה שומע הן", קובע שימוש משתנה בכלל בין איסורא לממונא. באיסורא יחול הכלל, ושם ניתן להסתפק באמירה משתמעת. מנגד, בממונא נדרשת אמירה מפורשת, ולכן לא יחול הכלל. תחומי ההלכה המשלבים מאפיינים ממוניים ואיסוריים – יוגדרו כממוניים. מהם אפוא המאפיינים הקובעים את זהותו הממונית של תחום הלכתי?

אשר גולאק תולדות המשפט בישראל בתקופת התלמוד א 14 (הת"צ"ט): "מצינו בדיני רומא שהתפתחה בהם ההתקשרות בדברים (stipulatio) מתוך שבועה שהיה לה ערך דתי (sponsio)".

41 פסקי רי"ד, שבועות לו ע"א: "כל גט איסורא דאית ביה ממונא הוא, דגביא כתובתה, דאי נפלה קמי יבם לא הות מציא למיגבי כתובתה אי הוה בעי ליבומה"; ר"ן, שבועות טז ע"א (מדפי הרי"ף): "בגיטין וקדושין אית בהו ממונא דהיינו כתובה ותנאיה"; חידושי הריטב"א, קידושין סא ע"א.

42 רמב"ן, מלחמת ה', ביצה י ע"א-ע"ב: "דעת רבינו הגדול ז"ל הוא שהעידו תלמידיו עליו ומצוי בתשובות שלו, וצריך לפנים, שעיקר הכתוב בממון. ובפרק שבועת העדות אמרו בהפך דכי בעי תנאי כפול בממונא אבל באיסורא לא, וסוטה ועדים וכן גיטין וקדושין איסורא דאית ביה ממונא הוא". ראו גם חידושי, גיטין עה ע"ב. בעקבות רמב"ן, ראו: רשב"א, גיטין עה ע"ב ושבועות לו ע"ב; ריטב"א, לעיל ה"ש 41. וראו לעיל ה"ש 11.

43 בתלמוד הירושלמי מופיעה עמדה הפוכה, שלפיה דרישת התנאי הכפול אומנם נאמרה דווקא בגיטין ובקידושין, ברם הסיבה לכך היא דווקא חומרתם האיסורית, המברילה אותם מדיני ממונות. ראו ירושלמי, קידושין, לעיל ה"ש 27, ובמקביל: ירושלמי, עירובין ג, ה, דף כא ע"ב (מהדורת האקדמיה ללשון עברית, עמ' 468). סיעה של גאונים וראשונים אימצה עמדה זו. לגאונים – ראו: מאיר ליכטנשטיין "שיטות הגאונים בסוגיית תנאי כפול" גנוז קדם ט 169 (התשע"ג). לראשונים – ראו: ליכטנשטיין שם, ה"ש 3, בעמ' 169-170. ראו עוד: רשב"ם, בבא בתרא קלו ע"ב, ד"ה 'ואם לאו'; זרחיה הלוי, המאור הקטן, ביצה י ע"א (מדפי הרי"ף): לדעת "הרבה מן החכמים שאמרו דלא בעי תנאי כפול [...] אלא באיסורא בלחוד כגון גיטין וקידושין, שהרי אנו הולכין בממון אחר אומדן דעתא ומה לנו לדרקק בכל לשון שהוציא בו תנאו לא יהא אלא שיהא גלויי דעתא בעלמא"; רמב"ן, שבועות לו ע"ב (בהפנייתו לרי"ף ולרשב"ם).

כפי שראינו, הכלל הפרשני נידון בהקשרם של תחומי הלכה שונים: סוטה, שבועת העדות, נדרים, ובתנאים שבגיטין ובקידושין. מבט חוזר על ההצעות השונות שהעלו הגאונים והראשונים בהקשרים אלה מלמד על שני דפוסים עיקריים של אפיון או זיהוי של תחום הלכתי.

לפי דפוס אחד, תחום הלכתי עשוי להיות ממוני כאשר הוא משליך במישרין על זכויותיו הכלכליות של האדם. כך גיטין וקידושין יוגדרו ממוניים, משום שהם נוגעים לחיובים כספיים מצידו של האיש, ולזכויות שכנגדם מצידה של האישה.⁴⁴ היפוכם של דברים בסוטה: בהיותה סוטה נשללות ממנה זכויות כלכליות שונות שהאיש חב לה. לפי אותו דפוס, גם נדר יוגדר כתופעה ממונית, משום שהוא מגביל את אפשרויות השימוש בנידר, וכך הוא מגביל את זכות הקניין בו, מחד גיסא, או גורם לפיחות בערכו הכספי של הנידר, מאידך גיסא.⁴⁵

על פי הדפוס השני, זהותו של תחום הלכתי כממוני, נגזרת ממאפייני-יסוד של ממונא המצויים בו. כך, למשל, נורמה הנוגעת ליחסי איש ורעהו היא ארצית-חברתית ומאופיינת כממונית. בדרך זו ניתן להגדיר נדרים כ"ממונא" משום שהם מתפרשים בלשון בני אדם, בדומה לדיני ממונות התלויים, על פי רוב, בדעת הבריות, ככוונתם ובלשונם.⁴⁶ לפי דפוס זה, תחום הלכתי עשוי להיות מוגדר כממוני אם יש בו מאפייני חפצי מובהק. כך בדיני הקניין החלים על חפצים דווקא, וכך בהלכות נדרים המתמקדות באיסורים חפציים (להבדיל מן הדומות להן, הלכות שבועות, שהן אישיות).⁴⁷ לחלופין, מגמתו המקילה של התחום הממוני, אוספת אל תחת כנפיו עניינים הלכתיים המאופיינים במגמת פסק דומה.⁴⁸

ייתכן שהמחלוקת באשר לזהותה של שבועת העדות כרוכה בהבדל שבין שני הדפוסים. הגאונים וחכמי ספרד מתייחסים להשלכות הכלכליות של השבועה על התובע, ועל היותה מכרעת בין הצדדים ב"עסקי ממון".⁴⁹ לכן לדעתם השבועה היא בגדר "ממונא". מנגד, בעלי התוספות מתמקדים במאפייני היסוד של התופעה ההלכתית, ומצד אלה השבועה קרובה ל"איסורא".⁵⁰

44 לעיל ה"ש 41.

45 לעיל ה"ש 34, 35 וסביבן.

46 לעיל ה"ש 36-38.

47 לעיל ה"ש 33.

48 לעיל ה"ש 39 (לדעת המאירי).

49 לעיל ה"ש 31.

50 ייחוס דפוס זה לבעלי התוספות נראה בעייתי באחד מאפיקיו של הדיון באיסור שיש בו ממון. בבלי, קידושין סא ע"ב – סב ע"א) דן בכלל הפרשני "מכלל לאו אתה שומע הן" במגוון של פרשיות מקראיות: "אם תיטיב שאת ואם לא תיטיב לפתח חטאת רבין" (בראשית ד 7); "אם בחקתי תלכו [...] ואם בחקתי תמאסו" (ויקרא כו 3, 15); "הוא יתחטא בו ביום השלישי וביום השביעי יטהר ואם לא יתחטא ביום השלישי וביום השביעי לא יטהר" (במדבר יט 12).

ג. מחלוקות רב ושמואל – איסורי או דיני?

1.1. הכלל – מקורו ומעמדו

התופעה השנייה שבה מעורים איסור וממון זה בזה קשורה בכלל פסיקה המבחיץ בין שני תחומי ההלכה. הכלל קובע, שבמחלוקות שבין רב ושמואל – הלכתא כרב באיסורי והלכתא כשמואל בדיני (ממונות).⁵¹ במקרי גבול או בנורמות מעורבות שיש בהם שילוב בין היבט איסורי לבין היבט ממוני, הפעלתו של הכלל הופכת להיות קשה ומורכבת.

ספק אם הכלל הוא תלמודי. חלקו הראשון (הלכתא כרב באיסורי) עשוי להיות אמוראי, ברם, מסתבר שחלקו האחרון הוא סתמאי.⁵² מאוחר יותר, בספרות הגאונים, הכלל

בעלי התוספות בוחנים ביחס לפרשיות אלה את ההבחנה בין איסורא לבין ממונא, לעניין דרישת האמירה המפורשת (תנאי כפול). לכאורה, מדובר בפרשיות שהן איסורא, ואם כך, לא נדרשת לגביהן אמירה מפורשת שיש בה הן ולא (לעיל ב.1)! הפתרון שמוצע לקושי זה הוא שיש בהן גם ממונא: "ד'אם בחקותי' ו'אם תטיב' ו'אם תאבו' איכא כמה מצות דאית בהו ממונא, ו'הוא יתחטא' נמי שייך לענין ממון, כגון מטמא תרומה" (תוספות, שבועות לו ע"ב; תוספות רבינו שמואל, בתוך: שיטת הקדמונים, קידושין סא ע"ב). פתרון כזה ייתכן רק לפי דפוס המזוהה "ממונא" על בסיס השלכות כלכליות. לעומת זאת, אם דפוס הזיהוי מתבסס על מאפייני יסוד של התחום הממוני, אלו אינם קיימים בפרשיות הנ"ל. אכן, חכמי ספרד מניחים, בהתאם לשיטתם הכללית, שפרשיות אלה הן איסוריות, שהרי אינן משליכות במישרין על זכויותיו הכלכליות של האדם. לכן, הם מציעים לבעיית בעלי התוספות פתרונות אחרים. לפי הצעה אחת, "אף באיסורין פעמים שכופל אותן תורה שלא ליתן מקום לטועה לטעות" (רמב"ן, קידושין סב ע"א). לפי הצעה אחרת, סוגיית קידושין דוחה את ההבחנה שבסוגיית שבועות שבין איסורא לממונא (רמב"ן, שם). לפי הצעה שלישית, ניתן להסתפק באיסורא באמירה משתמעת רק באזהרת איסור. באיסור שלא בדרך אזהרה – נדרשת אמירה מפורשת. ראו ריטב"א, קידושין שם (בשם ר' פנחס הלוי, אחי הרא"ה).

51 ככלי, נידה כד ע"ב; בכורות מט ע"א-ע"ב. ראו גם בהפניות שבחיבורים הנזכרים להלן בה"ש 52.

הכלל הוא חלק מקובץ של כללי הכרעה במחלוקות בין חכמים מסוימים. ראו "הלכה" אנציקלופדיה תלמודית כרך ט, רצח-שיח. הכלל מופיע בספרי מבוא וכללים לתקופותיהם. ראו: סדר תנאים ואמוראים ב, אות לה; מבוא התלמוד (אבן עקנין), פרק ז; ספר הכריתות, ימות עולם, שער ג, כא; מבוא התלמוד לר' שמואל הנגיד (בשלהי המבוא); של"ה – כללי התלמוד (כ), אות תסג.

52 ראו מנחם כהנא "שלוש מחלוקות מוחלפות בבתי-מדרשותיהם של רב ושמואל" מחקרי תלמוד ב 302, 323 בהערה 65 (משה בר-אשר ודוד רוזנטל עורכים, התשנ"ג); Jonathan Milgram, *Methodological Musings On The Study of Kelalei Pesak: 'Hilkheta ke-Rav be-issurei ve-khi-Shemuel be-dinei'*, 61 J. OF JEWISH STUD. 278 (2010). האפשרות שהחלק האחרון של המימרה הוא סבוראי עשויה להיות נתמכת גם בעובדת היותו שני במחלוקת. ראו להלן בה"ש 55, 56.

שכיח למדי, על שני חלקיו,⁵⁵ ובהמשך, בספרות הרבנית, הוא הופך רווח ומקובל ביותר.⁵⁴ הכלל נראה, על פניו, מוסכם, אולם יש מן הראשונים הגורסים שהוא שנוי במחלוקת.⁵⁵ לחלופין, בין הגאונים יש מי שהגבילו את תחולת הכלל "הלכה כשמואל בדיני" לנהרדעא בלבד. לדבריהם, הכלל מכריז על מרחב סמכות השיפוט של שמואל ומצמצם אותה לעירו בלבד.⁵⁶ גם בין הפוסקים שאימצו את הכלל, ישנן גישות שונות באשר למעמדו ולתקפותו: יש הסבורים שהכלל נוקשה ומחייב, ויש לפסוק על פיו

53 בספרות הגאונים הכלל מופיע במלואו, על שני חלקיו, רק לעיתים. ראו: הלכות גדולות, הלכות נידה, מא; תשובות רב שטרונאי גאון, אורח חיים, עב (מהדורת ברודי); סדר תנאים ואמוראים, חלק ב, אות לג.

בדרך כלל מופיע רק חלקו של הכלל, בהתאם להקשר. בענייני איסור והיתר מופיע חלקו הראשון – "הלכתא כרב באיסורי". ראו: שאילתות דרב אחאי, בראשית, א, שאילתא י (מהדורת מירסקי, עמ' סג); שם, שמות, שאילתא לט (עמ' ב); שם, ויקרא, שאילתא קכט (עמ' רנד); הלכות גדולות, הלכות יבום וחליצה, לא; רב האי גאון, המקח והממכר, שער מג (ד"ה "הרביעי מכר"); תשובות הגאונים, גאוני מזרח ומערב, קמא; תשובות הגאונים, הרכבי, שעו; תשובות הגאונים, שערי צדק, חלק ג, שער א, נז (ד"ה "הלכתא"). בענייני ממונות (דיני) מופיע חלקו השני של הכלל – "הלכה כשמואל בדיני". ראו: שאילתות דרב אחאי, בראשית, א, שאילתא כ, (מהדורת מירסקי, עמ' קלב); שם, ויקרא, שאילתא קל, (עמ' רס); הלכות גדולות, הלכות כתובות, לו; שם, הלכות בבא מציעא, מד; שם, הלכות שבועה, נב; רב האי גאון, המקח והממכר, שער כה; תשובות הגאונים, גאוני מזרח ומערב, רכו; תשובות הגאונים, גאוני קדמונים, צ; תשובות הגאונים, הרכבי, יז; תשובות הגאונים, שערי צדק, חלק ד, שער ב, מד ("הלכה רווחת היא רב ושמואל הלכה כשמואל בדיני"); שם שם, מה; שם שם, חלק ד שער ד, לא.

54 לשם המחשה, בספרות הראשונים, הנכללת בפרויקט השו"ת, לסוגותיה השונות – פירושים וחיידושים, הלכות ופוסקים ושאלות ותשובות – הכלל מופיע, באופן מלא או חלקי, קרוב לאלף פעמים.

55 לדעת רש"י, גיטין ס ע"ב (ד"ה "כל דאלים גבר"), רב הונא בר תחליפא סבור שאין הלכה כשמואל כלל, גם לא בדיני. כך גם קובעים תוספות, שם, ד"ה "השתא". בכיוון הפוך ראו ר' שלמה אלגאזי, גופי הלכות ב, כללי אות ב, כלל צב: "אבל יש מן הגאונים שפסקו הלכה כשמואל אפילו באיסורי".

56 ראו תשובות הגאונים, הרכבי, סימן שפט (עפ"י מר רב משה הכהן, גאון מחסיא). לפי דעה אחת הפסיקה כשמואל בדיני מוגבלת לנהרדעא בלבד. לפי דעה אחרת, כלל ההלכה כשמואל בדיני חל גם בשאר ארצות, מלבד בבל. דעה שלישית סבורה שאף בבל, לאחר מותו של רב פוסקים כדעת שמואל בדיני. ייתכן שסייגים אלו אמורים דווקא בהלכה הנידונה שם (זכויות האלמנה ושאר יורשים בירושה), ראו בבלי, כתובות נד ע"א (עפ"י כ"י סנט פטרסבורג 187): "בבל וכל פרוארהא נהוג כרב, נהרדעא וכל פרוארהא נהוג כשמואל". ראו עוד כהנא, לעיל ה"ש 52 (ייתכן שחכמי פום לא קיבלו עליהם את הכלל); כהנא, שם, בעמ' 326 הערה 77 (רב יוסף לא ראה עצמו כפוף לכלל).

בקביעות.⁵⁷ אחרים סבורים שהכלל גמיש, ושהשימוש בו נתון לשיקול דעתו של הפוסק.⁵⁸ לפי גישה שלישית, הכלל מתחרה עם כללים ושיקולי פסק אחרים, ועל הפוסק לשקלל את מכלול הגורמים בבואו לקבוע את ההלכה.⁵⁹ מעיון בספרות הראשונים מסתבר, שרובם דוחים את הגישה הראשונה, שכן במקרים רבים הם חורגים מן הכלל, בנימוקים שונים ומגוונים.⁶⁰

מדובר אפוא בכלל גמיש. עם זאת, הכלל מחייב להגדיר באופן ברור את תחומי האיסור והדין-הממון, כדי שניתן יהיה לקבוע באילו מן המקרים הלכה כרב, ובאילו הלכה כשמואל. להלן נציג כמה הלכות תלמודיות בולטות, שזכו לדיון נרחב ומשלכות בין תחומי ההלכה.⁶¹ השילוב מטשטש את זהותה של ההלכה, ועל כן גאונים וראשונים עסוקים בניסיונות להיחלץ מן העמימות, כדי לקבוע להלכה זהות ברורה – איסורית או ממונית.

2.2. איסורי נדרים ויחסי ממון בין בני זוג

פעמים שאיסורי נדרים ודיני הקניין, שהם דבר שבממון, שלובים זה בזה: אדם מדיר את חברו הנאה, והוא מעוניין לתת מתנה לאדם אחר, המצוי ביחסי שיתוף (מסופקים) עם המודר. לפי הלכת המשנה, אדם שחתנו אסור עליו בהנאה, מכוח נדר, יכול להעניק מתנות כספיות לבתו, ובלבד שהמתנות ייוחדו לה, כך שלבעלה לא יהיה חלק בהן. מתנה

57 ראו ים של שלמה, מסכת ביצה ג, סימן כו: "וכי יש רשות לגאון, או למחבר, להכריע נגד קבלת הלכה, הלכתא כרב באיסורא?".

58 שו"ת הרשב"א, חלק ב שכב: "וכללות מסרו לנו [...] רב ושמואל הלכה כרב באיסורי ושמואל בדיני [...] ואם יקום אחד ויראה מן דברי זה ודברי זה ויראה בעיניו כדברי השני, לא יעשה אלא כדעתו וכסברתו [...] ומיהו פעמים שימצאו קושיא באחד מן הדברים ותקשה להם כל כך עד שיעשו כנגד הכלל".

59 שו"ת בעי חי (לבעל 'כנסת הגדולה'), חושן משפט, סימן נח: "דהנהו כללי [...] ורב ושמואל הלכה כרב באיסורי וכשמואל בדיני, היינו כשאין שם כלל אחר מנגד לכלל ההוא, אבל כשיש שם כלל אחר מנגד לכלל ההוא אין הכרח לפסוק ככלל ההוא, דמאי חזית לתפוס הכלל ההוא ולא לתפוס בכלל המנגד" (כך גם, בהמשך שם, ביחס לכללים שונים: "דלמה יגרע כלל דיחיד ורבים הלכה כרבים מכללא דהלכה כרב באיסורי, ואדרבא יראה פשוט דיותר יש לסמוך אכללא דיחיד ורבים הלכה כרבים מלסמוך אכללא דרב ושמואל הלכה כרב באיסורי").

60 ראו חיד"א, עין זוכר, מערכת ה, אות ג והפניותיו הרבות שם. ראו עוד: שם, מערכת ה, אות כג; אנציקלופדיה תלמודית, לעיל ה"ש 1, בהערות 841-850 וסביבן.

61 הלכות ששאלת זהותן – איסורא או ממונא – לא זכתה לדיון נרחב בספרות הגאונים והראשונים, לא נידונו בגוף המאמר. כך, למשל, שמיטת כספים נדחתה לנספח, ועניין חשוד על העריות (סנהדרין כו ע"ב; רי"ף ונושאי כליו, סנהדרין ה ע"ב [מדפי הרי"ף]) – לא נידון כלל.

סתמית, ללא ייחוד לבת, ניתנת גם לבעלה, וכך מופר איסור הנדר שבין החותן לחתנו. המשנה מציעה את נוסחת הייחוד:

המודר הנייה מחתנו והוא רוצה לתת <לב> לכתו מעות, אומר לה: הרי המעות האילו נתונין לך מתנה, בלבד שלא יהא לבעליך רשות בהן אלא [ו?]מה שאת נותנת בפ'ך.⁶²

נוסחת הייחוד שבמשנה מכילה רכיב שלילי וכנגדו רכיב חיובי. מצד אחד, האב שולל מחתנו הרשאה ליהנות מן המתנה. מצד אחר, האב מייעד את המתנה לשימוש מוגדר מצד בתו – לצורך מזונותיה (או לצורך מסחר שרווחיו ישמשו למזונותיה).⁶³

בתלמוד הבבלי נחלקו אם נוסחת הייחוד אכן דורשת הכוונה לשימוש מוגדר של הבת או שמא די בהרשאה כללית לבת להשתמש במעות כרצונה:

א'מר רב: לא שנו אל'א דא'מר לה מה שאת נושא'ת ונותנ'ת לפ'ך, אבל א'מר לה שתרצי עשי – קנה יתהון בעל;

ושמואל א'מר: אפילו א'מר לה מה שתרצי – לא קנה יתהון בעל.⁶⁴

רב סבור שהרשאה כללית ("מה שתרצי עשי") – אינה מספקת, משום שעקרונת "יד אשה כיד בעלה". לכן הרשאה כזו מעניקה גם לבעל זכות קניין במעות ("קנה יתהון בעל"). נדרשת אפוא נוסחת ייחוד המגדירה במדויק את ייעודן של המעות לטובת הבת.⁶⁵

62 משנה, נדרים יא, ח (עפ"י כ"י קויפמן).

חילופי הנוסח העיקריים: אלא [ו?]מה שאת נותנת בפ'ך | כך גם בקטע גניזה, קמברידג' T-SE1.90: אילא מה שאת נותנת בפ'ך (וברומה במשנה שבבבלי, כ"י מרבורג, Hr. 15.32, 40, 34: אלא מה שאת נותנת לפ'ך). ברם, בכ"י פארמה 138: אלא מה שאת נושא ונותנת בפ'ך (וכך ברומה במשנה שבבבלי בכ"י וטיקן 110-111: אלא מה שאת נושא ונותנת לפ'ך ובמשנה שבבבלי בכ"י מינכן 95: אלא כל מה שאת נושא' ונותנ' לפ'ך). מסתבר שחילוף הנוסח מושפע ממחלוקת רב ושמואל, להלן בה"ש 64.

63 טיבו של השימוש המוגדר של הבת במתנה תלוי בחילופי הנוסח של המשנה. מסתבר שלפי נוסח המשנה המקורי (כ"י קויפמן וקטע גניזה) המעות מיועדות למזונותיה של הבת – "מה שאת נותנת בפ'ך". השו"ת תוספתא, סנהדרין יא, ו (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 431): "אינו נעשה בן סורר ומורה עד שיתן לתוך פיו כשיעור או עד שיאכל בחבורה [...]"; אבות דרבי נתן, נוסחא א, פרק ו (מהדורת שכטר, עמ' 30): "וי"א לא טעם כלום [...] כשהוא הולך בדרך ראה אבן הרימה ונטלה ונתנה לתוך פיו [...]". לפי נוסח המשנה שבבבלי, וכך בדברי רב ושמואל (להלן סביב ה"ש 64), המעות מיועדות למשא ומתן (מסחר) שממנו תיטול למזונותיה. השו"ת משנה, שבועות ז, ח: "אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית", וברומה בכרייתא, בבא בתרא נב ע"ב.

64 בבלי, נדרים פח ע"א (עפ"י כ"י מינכן 95).

65 במקבילה שבירושלמי רב מסתפק ברכיב השלילי השולל מן הבעל זיקה למעות. ראו ירושלמי, נדרים יא, ח (מב ע"ד), עפ"י כ"י ליידין (מהדורת האקדמיה ללשון עברית, עמ' 1051): "המודר הנאה מחתנו כ' תני ולא ליך [...] מפני שאמ' ולא ליך, הא אם לא אמ'

שמואל, בניגוד לרב, מסתפק בהרשאה כללית. לפי תפיסתו, יד אישה אינה כיד בעלה,⁶⁶ ולכן היא הזוכה במעות מכוח ההרשאה שניתנה לה.

לפנינו אפוא מחלוקת כפולה בין רב ושמואל. מחלוקת אחת – בהלכות נדרים: אם אב המדיר את חתנו רשאי להעביר לכתו מעות באמצעות נוסחת הרשאה כללית, המאפשרת לבת לעשות במעות כרצונה. המחלוקת שבנדרים תלויה במחלוקת אחרת בדיני קניין, המעצבים את יחסי הממון שבין בני-זוג: האם יד אישה כיד בעלה (בדומה לכך שיד העבד כיד רבו), או שאישה (בשונה מעבד) היא אישיות משפטית עצמאית, הנושאת בזכויות קניין משל עצמה.

כפל המחלוקות מעורר בעיית פסיקה, על רקע הכלל "הלכתא כרב באיסורי וכשמואל בדיני": אם לפנינו מחלוקת בתחום האיסורא (נדרים) או שמא זו מחלוקת בענייני ממון ובדיני (דיני קניין ויחסי ממון בין בני-זוג). לפי האפשרות הראשונה יש לפסוק כרב, ולפי האחרונה – כשמואל. כמה מן הגאונים נטו לאפשרות האחרונה,⁶⁷ ובעקבותיהם

ולא ליך – זכת האשה זכה בעלה". זו עשויה להיות עמדתו של שמואל בבבלי, עפ"י כ"י וטיקן 110-111: "רשמו' אמ' אפי' (לא) אמ' מה שתרצי עשי לא קנה יתהון בעל". "לא" מסומנת בגרש (מחק), ואם יש לקבלה כצורתה, שמואל מסתפק ברכיב השלילי (שבנוסחת המשנה) בלבד.

66 נדרים שם, רש"י ד"ה "ושמואל", ובעקבותיו בפסקי רי"ד שם. ועיינו באריכות ברשב"א, נדרים שם, ד"ה ושמואל, ובמקביל בחידושי, קידושין כג ע"ב ד"ה "ובתוספות" ("ויחלוק שמואל בין קניית עבד לקניית אשה, דטפי אלימא יד אשה מיד עבד, דאע"ג דבעבד קנה יתהון אדון בעל מנת, באשה לא קנה יתהון בעל").

67 פסיקת הגאונים כשמואל מגיעה משני כיוונים שונים. יש מן הגאונים שפסקו כך משום שהתלמוד גורס שדברי שמואל מכוונים לדברי חכמים (לעומת רב, המזוהה עם דעת היחיד החולקת, של ר' מאיר). ראו רמב"ן, קידושין כג ע"ב (= אוצר הגאונים, קידושין, חלק התשובות, קיד, עמ' 43): "וכן מצאתי למקצת רבותינו הגאונים ז"ל, שכך פסק רב סעדיה גאון ז"ל בספר המתנות, ורב שמואל הלוי הנגיד ז"ל פסק כן בשם רב עמרם ז"ל". בעקבות רמב"ן, ראו: רשב"א, קידושין שם, וכן בחידושי לנדרים פח ע"א; ריטב"א, קידושין שם; שו"ת הריב"ש, רטו.

סיעה אחרת של גאונים מגיעה למסקנה דומה, מתוך פסיקה במחלוקת מקבילה: בדומה למחלוקת רב ושמואל (נדרים שם) באשר לזכותה של אישה במתנה (כנגד בעלה) נחלקו אמוראים (קידושין שם) בדבר זכותו של עבד שקיבל מתנה על מנת שאין לרבו רשות בה (על הדמיון בין המחלוקות עמד כבר הירושלמי, נדרים יא, ח (מב ע"ד) (מהדורת האקדמיה ללשון עברית, עמ' 1051), וראו שו"ת הרמב"ם, קיט (מהדורת בלאו, עמ' 210): "וכבר נתבאר לכם [...] ושדברי רב ושמואל בנדרים מסכימים עם דברי ר' אלעזר בקידושין [...] ולכן הלכה כשמואל". רב ששת סבור שתנאי כזה מועיל כדי לזכות את העבד (לדעת רבנן). ר' אלעזר חולק על כך. לדעתו, התנאי אינו מועיל, והאדון הוא הזוכה במתנה. כמה גאונים פסקו במחלוקת האחרונה כדעת רב ששת, המקבילה לדעתו של שמואל במחלוקת הראשונה. ניתן לראות אפוא גם את פסיקתם כמצדדת בדעת שמואל. ראו האגודה, קידושין א, סימן יז: "פסק בספר המצו' והזהיר וכן רב האי גאון כרב ששת" (להפניותיו אלה ראו

הלכו חכמי ספרד, ובראשם רמב"ם ורמב"ן.⁶⁸ מנגד, בעלי התוספות וההולכים בדרכם⁶⁹ העדיפו את האפשרות הראשונה ופסקו כרב. הוויכוח הוא בתחום הטקסונומיה, ועניינו הוא הדרך הראויה למיון של בעיה הלכתית מורכבת שיש בה עירוב תחומים:

ולענין פסק הלכה. איכא מאן דפסק כשמואל דהא פלוגתייהו בדינא תליא, אי קנה יתהון בעל או לא והלכתא כשמואל בדיני [...].
והנגיד רב שמואל פסק כן בשם רב עמרם ז"ל. אבל ר"ת ז"ל והראב"ד ז"ל פסקו כרב משום דכי איתשל קמייהו לגבי נדרים איתשיל קמייהו, ואיסורי ניהו וקי"ל כרב באיסורי.⁷⁰

לפי גישה אחת, יש לאתר את המחלוקת השורשית, שממנה נגזרות, מבחינה סיבתית, המחלוקות האחרות. המיון הראשוני של המחלוקת השורשית הוא הקובע את זהותה של הבעיה שלפנינו, וזהותן של המחלוקות הנגזרות נגזרת אחר המחלוקת הראשונית. בענייננו – "פלוגתייהו בדינא תליא". המחלוקת שבהלכות נדרים תלויה במחלוקת שבדיני, שהרי שאלת חילול הנדר (בהנאת הבעל מן המעות) תלויה בשאלה אם יד אישה כיד בעלה.⁷¹ הדין שלפנינו יוגדר אפוא כממוני, ולכן יש לפסוק בו כשמואל.

לפי גישה אחרת, הגורם המכריע במיון הוא ההקשר הראשוני שבו מתעוררת השאלה ההלכתית. בנידון שלפנינו – "דכי איתשל קמייהו לגבי נדרים איתשיל קמייהו".⁷² השאלה

ספר מצוות גדול, עשה פז; והזהיר, חלק ב, ככד ע"ב (מהדורת פריימן); רב האי גאון, ספר המקח והממכר, שער ה, הדרך הרביעי (מהדורת וינה התק"ס, יב ע"ב).

68 משנה תורה, הלכות נדרים ז, יז; רמב"ן, קידושין שם. ראו עוד פסקי רי"ד, נדרים שם וקידושין שם. הדעה הרווחת היא שהרמב"ם פוסק כשמואל וכחכמים (ראו לעיל ה"ש 67). כך קובע הרמב"ם עצמו בתשובותיו, לעיל ה"ש 67 (עיינו גם בפירושו הרמב"ם למשנה, קידושין א, ג). לעמדות אחרות ראו הערות וציונים במהדורת פרנקל למשנה תורה, נדרים, שם (עמ' קיח).

69 תוספות, נדרים פח ע"א, ד"ה "לא שנו" (רבנו תם); תוספות, קידושין כג ע"ב, ד"ה "ורבי אלעזר"; תוספות הרא"ש, קידושין שם (רבנו תם). ראו גם תוספות רבינו שמואל (שיטת הקדמונים), קידושין שם; האגודה, לעיל בה"ש 67 (עפ"י רבנו תם ור"י); ראב"ד, נדרים ז, יז.

70 חידושי הרשב"א, קידושין כג ע"ב. עיקרי הדברים נזכרים כבר בדברי בעלי התוספות, לעיל ה"ש 69.

71 נימוקי יוסף (שיטת הקדמונים), קידושין שם: "ועיקר האי פלוגתא בממונא תליא, שכל שקנה הבעל אסור במודר הנאה וכל שלא קנה מותר. והיינו דנקטי רב ושמואל בלישנייהו 'קנה יתהון בעל' או 'לא קנה', ולא אמרו אסור או מותר". וראו, במקביל, נימוקי יוסף, נדרים כו ע"ב.

72 "איתשל" או "איתשיל" שבתלמוד הבבלי עשוי להתפרש באחת משתיים. ראו ערך "שאל" בתוך: MARCUS JASTROW, A DICTIONARY OF THE TARGUMIM, TALMUD BABLI, TALMUD (1903) 1507-1508; ערך "שול, שאל" בתוך: MICHAEL SOKOLOFF, A DICTIONARY OF JEWISH BABYLONIAN ARAMAIC OF THE TALMUDIC AND

שעוררה את המחלוקת נשאלה בתחילה על גבי המשנה במסגרת הלכות נדרים.⁷³ לכן יש למיין את המחלוקת במסגרת "איסורי", וכך תיקבע הלכה כרב.

נראה שהמתח בין שתי הגישות מושרה משני המוקדים של הליך הפסיקה ההלכתי: מחד גיסא, השאלה והדיון הסובב אותה, ומאידך גיסא, ההכרעה המעשית – הפסק. בעלי התוספות נוטים לגישה הראשונה הגורסת שהשאלה או השואל הם המגדירים את זהותה של המחלוקת. מנגד, הגאונים וחכמי ספרד נוקטים עמדה הפוכה, ומעדיפים את הגישה האחרונה. לרבריהם, התשובה או המשיב הם הקובעים את אופייה של המחלוקת. בחיפוש אחר הפסק, הפוסק נדרש לקבוע איזו הכרעה עליו לקבל תחילה, וממנה יגזור את תשובתו גם לשאלות הנגררות מן ההכרעה הראשונה.

ג.3. אונאה – בין איסור לממון

ג.3.א הסוגיה התלמודית – מסגרת הדיון

עניין הלכתי נוסף המשלב בין איסור וממון הוא הסכמתו של אדם לוותר על זכויותו הכספיות הנובעות מאיסור אונאה. התורה אוסרת על אדם להונות את חברו בממכר.⁷⁴ חכמים פירשו שהפקעת מחיר ביותר מחמישית מערכו של ממכר (השקולה לשישית=שנות

GEONIC PERIODS 1098-1099 (2nd ed., 2020). בדרך כלל, "איתשיל/איתשל על" מופיע בהקשרם של נדרים ושבועות או של הקדש וקדשים. משמעו הרגיל הוא שאלת חכם כדי להתיר את הנדר והשבועה או כדי לבטל את פעולת ההקדש. ראו, למשל: בבלי, כתובות עז ע"ב (שבועה); נדרים עז ע"ב (נדר); פסחים מז ע"ב (חלה); יבמות פח ע"א (הקדש). פעמים ספורות בבבלי (ובעקבותיו בראשונים), "איתשיל לענין" משמעו שאלה הלכתית הנשאלת בנושא כלשהו בבית המדרש. מתוך פעמים אלו, בשלושה מקרים התלמוד מגדיר באופן מדויק את הנושא שבו נשאלה השאלה ההלכתית, כדי לקבוע – במסגרת הנושא הממוקד – מהי קולא ומהי חומרא (בהקשרם של קולי בית שמאי וחומרי בית הלל). ראו: בבלי, יומא פ ע"ב; זבחים לח ע"ב; חולין נב ע"ב.

בענייננו – "דכי איתשל קמייהו לגבי נדרים איתשיל קמייהו" – עשוי להתפרש בשתי המשמעויות: ייתכן שמדובר בנסיבות שבהן באו האב, בתו וחתנו להתיר את הנדר שביניהם (המשמעות הראשונה), ואם כך זהו העניין ההלכתי העיקרי, והואיל וזהותו איסורית יש להכריעו כרב ולחומרא. מאידך גיסא, ייתכן שגם בנידון שלפנינו נעשה ניסיון לדייק את תחום השאלה ההלכתית שבמחלוקת (המשמעות השנייה), כדי לקבוע אם ראוי להחמיר בה (כרב) או להקל בה (כשמואל). ברברינו כאן פירשנו עפ"י האפשרות האחרונה, בגין עדיפותה מבחינה לשונית. המונחים שבהם נעשה שימוש כאן – "איתשיל קמייהו" ו"איתשיל לגבי" – הולמים יותר שאלה הלכתית. שאלת נדר או שבועה מופיעות תדיר כ"שאלה לוחסין" וכ"שאלה על נדר או שבועה". ראו, למשל: משנה, מועד קטן ג, א; נזיר ה, ג; תוספתא, עדיות א, ה; בבלי, פסחים, שם; יבמות, שם; כתובות, שם.

73 המאירי, בית הבחירה, נדרים שם: "הואיל ועיקרה בנדרים נשנית שהן איסורין".

74 "אונאה" אנציקלופדיה תלמודית כרך א, שכח-שכט.

מתמורתו בפועל) – היא בגדר אונאה, המהווה עילה לבטלות המכר ומזכה את הקונה בהשבת כספו.⁷⁵ רב ושמואל נחלקו בשאלה אם צדדים למכר רשאים להתנות על האונאה:

א| איתמר: האו' לחברו 'על מנת שאין לך עלי אונאה' – רב אמ' יש לו עליו אונאה, ושמואל אמ' אין לו עליו אונאה.⁷⁶

ב| לימא |רב| דאמ' כר' מאיר, ושמואל דאמ' כר' יהודה, דתניא: האומ' לאשה הרי את מקודשת לי, על מנת שאין ליך עלי שאר כסות ועונה – הרי זו מקודשת ותנאו בטל, דברי ר' מאיר. ר' יהודה או' בדבר שבממון תנאו קיים.

ג| אמ' לך רב: אנא דאמרי אפלו לר' יהודה. עד כאן לא קא'ר יהודה התם, אלא דידיעא ומחלא, אבל הכא מי ידע דליחול.

ושמואל אמ': אנא אמרי אפלו לר' מאיר. עד כאן לא קא'ר מאיר התם, אלא דודאי קא עקר, אבל הכא מי יימר דקא עקר.⁷⁷

סתם התלמוד מניח ("לימא") שבמוקד המחלוקת עומדת בעיית תקפותו של הסכם הנוגד את הדין. בענייננו: האם יינתן תוקף להסכם שבו הקונה מוותר על זכותו לבטל את המכר במקרה של אונאה? בהקשר זה התלמוד כורך את מחלוקתם של רב ושמואל במחלוקת תנאים שעניינה הסכם קידושין הנוגד את הדין, ועיקרה ויתור של האישה על זכויותיה הממוניות (קידושין המלווים בתניות פטור מחובות האישה כלפי האישה – שאר וכסות לעומת עונה). הכריכה בין המחלוקות נדחית, על בסיס שתי הבחנות בין הסוגיות השנויות במחלוקת.

ההבחנה הראשונה נוגעת לעצם פסלותו של החוזה: בהסכם בעניין אונאה הקונה אינו חותר תחת דין התורה ואינו מתנגש איתו. הדין אוסר מְרָמָה, אך אינו קובע חובה למכור במחיר ראוי או חובת בטלות של המכר במקרה של מחיר מופקע. גובה התמורה במכר פתוח למשא ומתן בין הצדדים, ואם הקונה יודע שהמחיר מופקע והוא מעוניין

75 שם, של-שלא.

76 במקבילה שבירושלמי מופיעה רק עמדתו של רב. ראו בבא מציעא ד, ג; דף ט ע"ב (מהדורת האקדמיה ללשון עברית, עמ' 1225): "רב אמר כל הנושא ונותן במנת (בכ"י אסקוריאל: על מנת) שאין לו אונאה יש לו אונאה".

77 בבא מציעא נא ע"א-ע"ב (עפ"י כ"י המבורג 165).

חילופי נוסח עיקריים: שאין ליך עלי שאר כסות ועונה – בכ"י פירנצה: שאין לך עלי אלא שאר... | מי ידע דליחול – בכ"י מינכן 95: מה ידע דניחול; בכ"י אסקוריאל ובכ"י וטיקן 115, 117: מי ידע דמחיל | מי יימר דקא עקר – בכ"י אסקוריאל: מי יימר דקא עביד ולא מידי.

לשלמו – הדין מאפשר זאת. לעומת זאת, מסגרת הקידושין מלווה בחובות של האיש כלפי האישה. פטור מחובות אלו יש בו משום עקירת דין התורה.⁷⁸

ההבחנה האחרת מתייחסת לידיעת הצדדים את פרטי ההסכם: בעניין אונאה הקונה מוותר על זכות כספית, אך הוא אינו יודע את שיעורה. הוויתור על בטלות המכר ועל הזכות להחזיר התמורה נעשה מבלי לדעת מה תהיה הפקעת המחיר. מנגד, בהסכם הקידושין הוויתור מתייחס לזכויות קצובות (דמי מזונות וביגוד).⁷⁹

שתי ההבחנות, המוצעות בסתם התלמוד, מבוססות על דיונים מוקדמים של האמוראים במחלוקת רב ושמואל.⁸⁰ הדיונים מופיעים בהמשך הסוגיה:

דן אמ' רב ענן: לדידי מיפרשא לי מיניה דמר שמואל: על מנת שאין
לך עלי אונאה – אין לו עליו אונאה, על מנת שאין בו אונאה – הרי
יש בו אונא'.⁸¹

רב ענן מסייג את עמדת שמואל: ההתניה כנגד האונאה אינה תקפה, כאשר היא חותרת תחת דין ההונאה גופו ("על מנת שאין בו אונאה").⁸² מנגד, ההתניה תקפה כאשר אינה

78 שו"ת הרי"ד, סה: "ולא הוי זה מתנה על מה שכתוב בתורה, דמאי דאמר רחמנא 'לא תנו' לא אמר אלא בדרך מרמה, שאין חבירו מרגיש בהונאתו [...] אבל היכא דיודע שקונה אותו ביותר מדמיו מפני שהוא חביב עליו וצריך לו, לא הוזהרה תורה על זה 'לא תנו', שאם הוא מחבבו ורוצה לקנותו ביוקר ומרבה עליו דמים, כדי שיתרצה למוכרו, מה איסור יש כאן, ולא הוזהרה תורה על זה כלל, כי אם בדרך מרמה וטעות [...] אבל גבי שאר כסות ועונה, דעקר דברי תורה, אין תנאי קיים"; ריטב"א (המיוחס לו), בבא מציעא נא ע"ב: "דעד כאן לא קאמר ר' מאיר אלא כעין קידושין דאינה מקודשת לחצאין, אבל הכא במפרש מתנה הוא דיהב ליה".

79 כך עולה מן ההקבלה שבין הבחנה זו לבין ההבחנה שבהמשך הסוגיה – בין "סתם" לבין "מפרש". ראו להלן סביב ה"ש 87, 88. בדרך זו קבעו ראשונים שהמתנה "על מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה" הוא כ"מפרש". ראו רש"י, בבא מציעא שם, ד"ה "מפרש". ראו גם בראשונים, בבא מציעא שם (רבנו יהונתן, להלן בה"ש הבאה; ריטב"א; ר"ן).

80 על הזיקה בין החלק הסתמי של הסוגיה לבין הדיון האמוראי שבעקבותיה, ראו שאלות דרב אחאי, ויקרא, שאלתא קל (מהדרות מירסקי, עמ' רס): "והוינן בה ולימא רב כרבי מאיר ושמואל כרבי יהודה, ומסקנא אמר אביי מחוורתא רב כרבי מאיר ושמואל כרבי יהודה רבא אמר לעולם רב אפילו כרבי יהודה". החלק הסתמי מוצג כפתיחה ("והוינן בה"), והדיון האמוראי – כ"מסקנא". ראו עוד רבנו יהונתן מלוניל, בבא מציעא לא ע"ב (בדפי הרי"ף): "ומסקנא דכולי עלמא מודו דעל מנת שאין לך עלי אונאה, דיש לו עליו אונאה משום דמתנה על מה שכתוב בתורה הוא [...] אבל הכא דתני אין לו עליו במפרש הוא [...] דידע וקא מחיל [...]".

81 לדידי מיפרשא לי מיניה דמר שמואל על מנת – בכ"י אסקוריאלי, בכ"י מינכן וכ"י וטיקן 115, נוסף לאחר "מר שמואל": האומר לחברו / דאו' לחבי'.
82 כך פירש רש"ם. ראו תוספות, בבא מציעא נא ע"ב, ד"ה "על מנת": "על מנת שלא יחול איסור דלא תנונו על המקח". ראו עוד בבא מציעא שם, ברמב"ן וברשב"א, וכן בראשונים

מתייחסת לדין אלא לזכויות הצדדים הנגזרות ממנו ("אין לך עליי אונאה").⁸³ הסתייגותו של רב ענן מקבילה אפוא להבחנה הראשונה שבסתם התלמוד, המתמקדת בעקירת הדין ("דודאי קא עקר [...] מי יימר דקא עקר").⁸⁴

גם ההבחנה השנייה שבסתם התלמוד מתבססת על דיון אמוראי מוקדם:

ה) מיתבי הנושא ונותן (בדברים) [באמונה] והאומ' לחברו על מנת שאין לך עלי אונאה אין לו עליו אונאה

לרב דאמ' אנא דאמרי אפלו לר' יהודה – הא מני?

ו) אמ' אביי מחזורתא רב דאמ' כר' מאיר ושמואל דאמ' כר' יהודה.

רבא אמ' לא קשיא כאן בסתם כאן במפרש.

ז) והתניא במה דברים אמורים בסתם, אבל במפרש – מוכר שאמ' ללוקח

חפץ זה שאני נותן לך במאתים יודע אני שאינו שוה אלא מנה, אין לך

עלי אונאה אין לו עליו אונאה [...].⁸⁵

מסתבר שעיקרו של הדיון שבסתם התלמוד [פסקאות ב-ג], על הכריכה שבין מחלוקת רב ושמואל (תנאי באונאה) לבין מחלוקת התנאים (תנאי בקידושין), שורשיו בוויכוח שבין אביי ורבא [פסקה ו].⁸⁶ אביי סבור שאכן קיימת כריכה כזו. רבא חולק על כך. לדבריו,

הנזכרים להלן, בה"ש הבאה.

83 תלמיד הרשב"א, שיטת הקדמונים, בבא מציעא נא ע"א:

אמרו 'על מנת שאין בו אונאה' תנאם בטל, לפי שהן מתניין לעקור מן התורה [...] אבל כשאמר 'על מנת שאין לך עלי אונאה' אינן מתניין לעקור דבר מן התורה, אלא שמוחלין האונאה זה לזה; ריטב"א, מכות ג ע"ב: "דכי אמר ע"מ שאין לך עלי אונאה תנאו קיים, לפי שהתנאי הוא ביניהם וכאילו מוחל לוקח הונאתו, אבל כשהתנאה ע"מ שאין בו אונאה התנה שאין במקח הזה דין אונאה כלומר שלא תחול עליו, והוא מתנה על מה שאי אפשר דע"כ תחול בו דין אונאה.

ראו עוד בחידושי, בבא מציעא נא ע"ב.

84 רב ענן מכוון את הסתייגותו לרבאי שמואל, וכך גם ההבחנה הראשונה: "ושמואל אמ' [...] אלא דודאי קא עקר אבל הכא מי יימר דקא עקר" [פסקה ג].

85 בבא מציעא נא ע"א-ע"ב (עפ"י כ"י המבורג 165).

חילופי נוסח עיקריים: **כאן בסתם כאן במפרש** – בכ"י מינכן: **כאן בסתו' כא' במפור'** (וכן בהמשך בברייתא: **במד"א בסת' אבל במפור'**) | **חפץ זה שאני נותן לך במאתים יודע אני שאינו שוה אלא מנה** – בכ"י פירנצה: **שאני נותן לך במנה יודע אני שאינו שוה אלא פלג | שאינו שוה אלא מנה אין לך עלי אונאה** – בכ"י אסקוריאל ובכ"י מינכן: **"לאחר מנה"** נוסף: **על מנת שאין [...]**.

86 ראו שמא י' פרידמן "על דרך חקר הסוגיא" מחקרים ומקורות – מאסף למדעי היהדות א 277, 294 בהערה 42 (חיים זלמן דימיטרובסקי עורך, התשל"ח): "נראה שבעל הסתם הוא שמקדים דבריו לפני מימרות האמוראים, לאחר שאלה כבר נקבעו בגמרא, ואף שואב טעמו ולשונו מן הנאמר להלן בדברי האמורא". וראו דוגמאות שונות המובאות שם בהמשך

ייתכן שגם לדעת רב, הסכם ויתור על הונאה עשוי להיות תקף.⁸⁷ כך יהיה כשהויתור אינו "סתם" אלא "מפורש". בויתור סתמי הקונה אינו מודע לסכום הכספי שהוא מוותר עליו, ולכן אין לגביו גמירת דעת והוא אינו תקף. מנגד, בויתור מפורש הסכום הכספי גלוי ומוסכם, ולפיכך הוא תקף.⁸⁸ עמדתו של רבא היא אפוא ההבחנה השנייה שבסתם התלמוד, הנוגעת לידיעה ביחס למחילה ("דידעה ומחלא [...] מי ידע דליחול").⁸⁹

ג.3 ב. מחלוקת רב ושמואל – עמדות הפוסקים

כפי שראינו לעיל, הן בסתם התלמוד והן בדיונים האמוראיים המקבילים, מחלוקת רב ושמואל בעניין הסכם ויתור על זכויות בגין אונאה מתמקדת בשני נושאים עיקריים: האחד – ההיתכנות של עקירת דין תורה, והאחר – מחילת זכויות. שמואל מדגיש את הנושא

דבריו, בעמ' 295. דברי פרידמן מובאים כביקורת על חנוך אלבק **מבוא לתלמודים** 588 (התשמ"ז): "יש שבדברי האמוראים עומדים בפני עצמם [...] בלי קשר לסתם שקדם להם, בכל זאת לפי הסדר שנסדרו בגמרא, קרוב לוודאי שהסתם הוא מזמן קדום".

87 רבא משיב על שאלת התלמוד [פסקה ה] המתקשה ליישב את הברייתא לדעת רב. דבריו מכוונים אפוא לדברי רב. הזיקה שבין דברי רבא לבין דברי רב, נידונה באריכות בדברי הראשונים, משום שעשויה להיות לה השפעה על פסק ההלכה במחלוקת רב ושמואל. ראו להלן בה"ש 101.

88 להסבר אחר להבחנה שבין "סתם" ו"מפורש", ראו שו"ת הרי"ד, לעיל ה"ש 78. לדעת רוב הראשונים, ההבחנה שבין "סתם" ו"מפורש" מתייחסת לידיעת הקונה את הסכום הכספי שעליו הוא מוותר (הסכום ידוע כשהוא מפורש). כך עולה מן הברייתא [פסקה ז] התומכת בהבחנה: "במה דברים אמורים בסתם, אבל במפורש – מוכר שאמ' ללוקח חפץ זה שאני נותן לך במאתים יודע אני שאינו שוה אלא מנה [...]". זו ההבנה הרווחת בין הראשונים, בבא מציעא שם. ראו: רבנו חננאל; רש"י; פסקי רי"ד (ושו"ת הרי"ד הנ"ל); ר' יצחק אבן גיאת, שיטת הקדמונים; ריטב"א; רבינו יהונתן מלוגיל, בבא מציעא לא ע"ב (מדפי הרי"ף).

עם זאת, יש שפירשו שההבחנה אינה מתייחסת לסכום הנמחל אלא לעצם המחילה: "סתם" משמעו שאין התניה מפורשת על המחילה, ו"מפורש" משמעו שההתניה מפורשת. ראו ריב"ן, המובא בתוספות, בבא מציעא נא ע"ב, ד"ה "במה": "בסתם פי' שלא אמר ע"מ, אבל מפורש ע"מ שאין לך עלי אונאה – נעשה כאומר יודע אני שאינו שוה". ראו עוד ריב"א, המובא בריטב"א (המיוחס לו), בבא מציעא שם. פירוש זה הולם את המשמעות הרווחת של ההבחנה בין "סתם" ו"מפורש" בתלמוד הבבלי. ראו, למשל: חגיגה ח ע"ב; כתובות סא ע"ב; גיטין עה ע"ב.

89 ההתאמה בין ההבחנות שבדברי האמוראים (רב ענן ורבא) להבחנות של סתם התלמוד, הולמת גם את ייחוסן לשמואל ולרב. רב ענן מתמקד בדברי שמואל: "לדידי מיפרשא לי מיניה דמר שמואל", בהתאם להבחנה הראשונה: "ושמואל אמ' [...] אלא דוראי קא עקר אבל הכא מי יימר דקא עקר" [פסקה ג]. במקביל, רבא מתמקד בדברי רב (ראו לעיל ה"ש 87), בהתאם להבחנה השנייה: "אמ' לך רב [...] אלא דידעא ומחלא אבל הכא מי ידע דליחול" [פסקה ג].

הראשון,⁹⁰ ולכן, לדבריו, הסכם שאין בו עקירת הדין אלא ויתור על זכויות בין הצדדים ("על מנת שאין לך עלי אונאה") – תקף. לעומתו, רב מתמקד בנושא השני.⁹¹ לדעתו, הבעיה העיקרית בויתור על זכויות היא היעדר גמירת הדעת. מבחינה זו, קונה המוחל על זכותו למחיר הוגן (מכוח איסור אונאה), אינו מודע באופן מלא למחיר המחילה (תרתי משמע), ולכן אין תוקף למחילה, אף שהיא מוצעת רק כוויתור על זכויות בין הצדדים.

בספרות הגאונים והראשונים נחלקו הדעות כיצד יש לפסוק במחלוקת רב ושמואל. ברקע המחלוקת עומדים שני שיקולים מרכזיים: שיקול אחד נוגע למשקלה של כל עמדה, בהתייחס לתומכים בה או למזדהים איתה, על פי הסוגיה התלמודית. השיקול האחר מתייחס לכלל הפסיקה "הלכתא כרב באיסורי וכשמואל בדיני".

לצורך הדיון שלפנינו, נתמקד כאן בעיקר בשיקול השני. השאלה המרכזית שבבסיס שיקול זה היא אם יש לסווג את מחלוקת רב ושמואל שלפנינו כ"איסורי" או כ"דיני". מצד אחד, הלכות אונאה הן תחת איסור תורה. מצד אחר, הנפקות שבמחלוקת היא ממונית במובהק, משום שהיא נוגעת לבטלות המכר ולהחזר התמורה.

בין הגאונים יש שנוטים לסווג את המחלוקת כעניין ממוני ("דיני"). כך בשאילתות,⁹² ובעקבותיו – בהלכות גדולות.⁹³ למרות הסיווג הם סוטים מכלל הפסיקה שהלכה

90 הדגש ניתן לכך הן בסתם התלמוד והן בדברי רב ענן. ראו לעיל ה"ש 89: "רודאי קא עקר אבל הכא מי יימר דקא עקר".

91 המיקוד מפורש בסתם התלמוד ובדברי רבא, לעיל ה"ש 89: "דידעא ומחלא אבל הכא מי ידע דליחול".

92 שאילתות דרב אחאי, ויקרא שאילתא קל (מהדורת מירסקי, עמ' רס). פסק השאילתות מובא בספרות בעלי התוספות, ראו להלן בה"ש 95, עמ' 102 (תוספות, תוספות הרא"ש, אור זרוע ומהר"ם מרוטנבורג).

93 ספר הלכות גדולות, הלכות בבא מציעא, סימן מד. על זיקת הלכות גדולות לשאילתות, ראו יעקב נ' אפשטיין מחקרים בספרות התלמודית ובלשוונות שמיות ב 461, ובהערה 6 (התשמ"ח); ירחמיאל ברודי צוהר לספרות הגאונים 118-119 (1998).

כך, כנראה, פוסק גם רב האי גאון, המקח והממכר, שער לה (השוו לאמור להלן בה"ש הבאה): "ותרע שהתנאי מבטל הלכות האונאה כגון שאם פירש המוכר ללוקח ואמר לו זה החפץ שאני מוכר לך במאתים אינו שוה זה הדמים ועל זה אתה נכנס אין על המוכר תורת אונאה כיון שהודיעו. וכמו כן אם פירש הלוקח למוכר [...]". ראו עוד ספר מצוות גדול, להלן ה"ש 102.

כשמואל בדיני, משום שלפי נוסח התלמוד שבידיהם,⁹⁴ הסוגיה נוטה לעמדתו של רב.⁹⁵ חכמי ספרד, ובראשם רמב"ן ותלמידיו, גורסים גם הם שתחום המחלוקת הוא דיני-ממוני.⁹⁶ לדבריהם, נושא המחלוקת איננו איסור אונאה, אלא תוקפו של ויתור על זכויות כספיות הנובעות מאונאה.⁹⁷ הוויתור נעשה במסגרת הסכם מכר, והמחילה

94 לפי נוסח הגאונים: "רבא אמר: לעולם רב אפילו כרבי יהודה וכי תניא ההיא במפרש, אבל בסתם לא גמר ומחיל, אמר מי יימר דאית ביה אונאה". נוסח זה משלב את דברי סתם התלמוד [פסקה ג] בדברי רבא [פסקה ו]. בדרך זו רבא סבור, בניגוד לאב"י, שרב נוקט כדעת ר' יהודה. כך, גם לדעת רב, מחילת האונאה תהיה תקפה, כאשר היא מפורשת בין הצדדים. המאמץ שעושה רבא ליישב את הברייתא בדרך של רב ("וכי תניא ההיא [...]"), מעניקה משקל לעמדתו של האחרון, ולפיכך הלכה כמותו. ראו תוספות, בבא מציעא שם, ד"ה "במה": "ובשאלתות דרב אחאי [...] פוסק כרב משום דהך ברייתא קאי כוותיה [...] ואתיא לדידיה שפיר כר' יהודה [...]".

רמב"ן, הנזכר להלן בה"ש 96, מזהה אף הוא את הניסיונות ליישב את עמדתו של רב, אלא שהוא מסיק ממצא זה מסקנה הפוכה: "כיון דבגמ' מהדרי עלה דרב בשמעתין טובא, ולא מצו לאוקמה בהלכתא ומפקי לה מינה, לא מוקמינן בה אנן אוקימתא חדתא מדעתין קלישתא [...]".

95 שאליות, שם. לפי המקבילה בהלכות גדולות, נראה שהשאליות מבחין בפסקו בין סתם למפרש: "ואף על גב דהילכתא כשמואל בדיני במפרש, בסתם לא סבירן לן כוותיה, דהא תניא במה דברים אמורים בסתם ורבי יהודה היא" (הלכות גדולות, שם). לפי"ז, האמור בשאליות "בהא לא סבירא לן כוותיה", משמע "בסתם". אכן, בשאליות, בפסקה הקודמת לזו המובאת כאן, הנידון הוא "בסתם".

96 רמב"ן, מובא בחידושי ר"א, כתובות פד ע"א: "מוקמינן לפלוגתייהו במפרש, כי היכי דלא יתוקם דשמואל בתיובתא [...] ושמואל בעלמא קיימא לן דהלכתא כוותיה, ושבור מלכא הוא בדיני" (הדברים כולם חתומים בשמו של "רבנו נ"ר"). דברי רמב"ן בחיבוריו עמומים במקצת, אבל גם מהם עולה העדפתו את דעת שמואל. ראו רמב"ן, מלחמות ה', כתובות מב ע"א (בדפי הרי"ף), ובמקביל בספר הזכות, דף מב ע"א-ע"ב: "דמשום דקשיא ברייתא לרב [...] והא שמואל דיינא הוא ושבור מלכא הוא ונחית לעומקא דדינא [...] ובודאי כיון דבגמ' מהדרי עלה דרב בשמעתין טובא, ולא מצו לאוקמה בהלכתא ומפקי לה מינה, לא מוקמינן בה אנן אוקימתא חדתא מדעתין קלישתא [...]". (רמב"ן מבליט בעיקר את הסתייגותו של הבבלי מדעתו של רב). ראו עוד ר' ברוך הספרדי, שיטת הקדמונים, בבא מציעא נב ע"א.

עמדת הרמב"ם (משנה תורה, הלכות מכירה יג, ד) – שנויה במחלוקת. ייתכן שפסק כשמואל. כך סבור הר"ן, בבא מציעא נא ע"ב. מנגד, רוב הראשונים סבורים שהרמב"ם פסק כדעת רב. ראו ספר מצוות גדול, לא תעשה קע; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, סימן נ; הגהות מיימוניות, מכירה שם, ג; ארחות חיים, חלק ב, סימן מב – דין אונאה (מהדרת שלזינגר, עמ' 473); לחם משנה, מכירה שם. העמימות בדברי הרמב"ם, עשויה לנבוע מן העמדה המורכבת של הגאונים, לעיל ה"ש 92, 93.

97 ראו ר' אשר מלוניל, שיטת הקדמונים, בבא מציעא נא ע"א: "ואי משום דאונאה איסור היא, הא לענין דינא פליגי אי משלם ליה מיד". כך גם תמהו התוספות בבא מציעא נא

מנוסחת כעניין שבין הצדדים: "על מנת שאין לך עליי אונאה"⁹⁸. כל אלה הם מאפיינים מובהקים של ממונא ושל דינים שבין אדם לרעהו.

הסיווג הממוני של דין מחילת האונאה מקבל חיזוק מהמקבילה התלמודית שלו – תניית הפטור על חובות האיש כלפי אשתו. אף שמקורן של החובות הוא איסורי – "שֶׁאָרְהָ כְּסוּתָהּ וְעִנְתָּהּ לֹא יִגְרַע" (שמות כא, י), הן מוגדרות, לפחות בחלקן כ"דבר שבממוז".⁹⁹ כך גם באופן רחב יותר בדיני ממונות. אף שהם כרוכים באיסור גזל, מגדירים אותם, על פי עיקרם, כממוניים.¹⁰⁰

חכמי ספרד גוזרים מן הסיווג את הפסק (בניגוד לגאונים).¹⁰¹ לדבריהם, אם הסיווג ממוני, הפסק המתבקש הוא "הלכה כשמואל בדיני". לכן בכל מקרה שהצדדים התנו על מחילת האונאה יינתן לה תוקף.

ע"ב, ד"ה "במה": "תימה דהא לא פליגי אם מותר לעשות כן אלא פליגי אם חייב להחזיר האונאה". תמיהה זו מוצגת כקושי על עמדתם שלהלן, שאונאה היא איסורא.

98 רשב"א, בבא מציעא, שם: "ולא איסורא הוא אלא ממונא, ד'אין לך עלי' קאמר". ראו עוד לעיל ה"ש 83.

99 פסקי רי"ד, בבא מציעא שם: "ממונא מיקרי, דומיא דשאר כסות ועונה לר' יהודה דקרי להו ממונא, אף על גב דאיכא בהו איסורא לאו דלא יגרע". רי"ד חורג מעמדת בעלי התוספות. ראו להלן בה"ש 102.

100 פסקי רי"ד שם: "ובכלל ממונא דעלמ' איכא איסור' למיגזל ית חבריה, ואפי' הכי אמרי' הילכת' כשמואל בדיני". ראו, כיוצא בזה, ריטב"א, להלן בה"ש 103. בעלי תוספות אחרים מאמצים באופן עקרוני עמדה זו, אולם לדעתם אין ללמוד מדיני ממונות בכללם לאיסור אונאה. ראו תוספות הרא"ש, בבא מציעא שם: "ולא דמי לשאר דיני גזל, דהלכתא כשמואל ולא אמרינן דהיינו איסורא". ראו, בדומה, אור זרוע, פסקי בבא מציעא, קנ"ד. על היחס בין איסור גזל לבין איסור אונאה, ראו בהרחבה ר' ישראל ז' גוסטמן קונטרסי שיעורים – בבא מציעא 176-178 (התשנ"ב).

שאלת הסיווג של דיני ממונות על רקע איסור גזל, נידונה באריכות בספרות האחרונים. ראו: כנסת הגדולה, הגהות בית יוסף, חושן משפט, סימן כה; אורים ותומים, קיצור תקפו כהן, דף לז ע"א (מהדורת ורשה, התרמ"ב); שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן נא; שערי יושר, שער ה, פרק א.

101 רמב"ן דוחה את ראיית הגאונים, הנ"ל ליד ה"ש 93, 94, הן משום שנוסח התלמוד שלפניהם הוא בדומה לזה שלפנינו, והן משום שלדעתם רבא אינו נוקט עמדה פרויטיבית המצדדת ברב. לדבריו, רבא מציע את דבריו כאפשרות בלבד. ראו מלחמות ה' (ובמקביל בספר הזכות, דף מב ע"א-ע"ב): "וכשנתישבנו בדבר אנו רואים דהא דאמר רבא התם ל"ק וכו' לאו לאוקומי רב כר"י [...] אלא כלפי שאמר אביי מחוורתא רב כר"מ [...] א"ל רבא ברייתא לא תקשי דמ"ד כר"י נמי מחלק בין סתם למפרש [...] ומיהו בדבר ושמואל לא אכרע רבא התם כלום [...]".

דברי רמב"ן צריכים לעיון על רקע עדותו של רשב"א, בבא מציעא עט ע"א: "וכבר דנתי עליה לפני הרמב"ן ז"ל ודחה, דהא לרב קאמרינן ורב כר"מ ס"ל במתנה על מה שכתוב בתורה דתנאו בטל [...]". רשב"א (שם) דוחה את דברי רבו: "ואמרתי שאין לבעלי הגמרא

סיעה אחרת של פוסקים, ובמרכזה – בעלי התוספות, מסווגת את מחלוקת רב ושמואל כעניין שבאיסור.¹⁰² לדבריהם, המחלוקת מתעוררת ונידונה במסגרת דיני אונאה, ששורשם באיסור אונאה.¹⁰³ לפי הבנתם של בעלי התוספות, רב ושמואל נחלקו בשאלה אם מותר לצדדים למכר להתנות על איסור אונאה, כך שגם המחלוקת עצמה, לא רק שורשיה, היא בגדר איסור והיתר.¹⁰⁴

בין שתי סיעות הפוסקים החותרות לסיווג חד – איסורא או ממונא, מוצגת גם עמדת ביניים, שלפיה המחלוקת היא דואלית, ויש לסווגה בהתאם לנסיבות, לעיתים כעניין שבאיסור, ולעיתים כעניין שבממון:

לכתחילה, שאם יודע המוכר שיש אונאה בחפץ זה, אף על פי שיאמר לו 'אין לך עלי אונאה' – אסור למכור, אבל בדיעבד היינו דין ממון, וא"צ להחזיר אונאה.¹⁰⁵

למסקנה, עמדה זו נדחית (שם):

פשוט כן, שהרי אמרו בפלוגתא דרב ושמואל באונאה [...] ואמרינן לימא רב דאמר כר"מ ושמואל דאמר נר' יהודה ורחינן לא אמר לך רב אנא דאמרי אפילו לרבי יהודה, אלמא לא איפשיטא להו".

102 בעלי התוספות, ברובם, תולים את עמדתם בפסקו של רבנו חננאל, בבא מציעא נא ע"ב: "וקיימא לן כרב באיסורי ואונאה איסורא היא". מסתבר שר"ח אימץ את עמדתם של חלק מן הגאונים. ראו ספר מצוות גדול, לאוין, קע: "ונחלקו גאונים בזה [...] יש שפוסק כשמואל שהרי [...] פוסק כמותו בדינין [...] ויש שפוסק כרב מפני שזו איסורא היא והלכה כמותו באיסורים". ראו עוד תוספות, בבא מציעא נא ע"ב, ד"ה "במה" (פסק התוספות כאן אינו ברור); תוספות הרא"ש, בבא מציעא שם; אור זרוע, פסקי בבא מציעא, קנד; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, סימן נ ("ולא שמענו אדם שערער על זה מעולם"); מרדכי, כתובות, רמז ריג (בשם מהר"ם); רא"ש, בבא מציעא, פרק ד, יז. הראב"ד שותף לעמדתם של בעלי התוספות (דבריו מובאים אצל רשב"א ור"ן, בבא מציעא נא ע"ב).

עם זאת, יש מבין בעלי התוספות שפסקו הלכה כשמואל. כך סבור ר"י (מובא בספר האגודה, בבא מציעא שם, סימן טט). ראו עוד ספר יראים, קכז [רנט]: "רב ושמואל הלכתא כרב באיסורי וכשמואל בדיני והני דיני ניהו"; פסקי רי"ד, בבא מציעא נא ע"ב ("הילכך הדרי' לכללא דרב ושמואל הלכה כשמואל בדיני, ואונאה דינא דממונא הוא ולא איסורא"), ובדומה בשו"ת הרי"ד, סה.

103 רשב"א, בבא מציעא נא ע"ב: "דעיקר מחלוקתן באונאה היא"; ריטב"א (המיוחס לו), בבא מציעא שם: "ושמאן טעמא דר"ח ז"ל, משום דכתב 'אל תונג', אסורא חשיב ליה"; אורחות חיים, מב, דין אונאה, א: "כי איתשיל לענין איסור איתשיל, פי' לא תונג". לדין במינוח "כי איתשיל [...] איתשיל", ראו לעיל ה"ש 71.

ריטב"א, בבא מציעא שם, יוצא כנגד טיעון זה: "דהאי ודאי [אי] להאי קרית איסור, כל דין ממון אסור הוא לעכב ממון חבירו שלא כדין".

104 תוספות הרא"ש, בבא מציעא שם: "דהכא מסתמא פליגי לכתחילה אי אסור לעשות כן או לא", ובדומה באור זרוע, לעיל ה"ש 102.

105 ריטב"א (המיוחס לו), בבא מציעא נא ע"ב.

וליתא. דודאי אין דבר א' נחלק לחצאין, כדאמרינן דמאן דעביר כחומרי דמר וכחומרי דמר, עליו הכ' אומר והכסיל בחשך הולך.

הדחייה אינה ברורה, הן מצד הטיעון שבבסיסה, והן מצד האסמכתא שברקע הטיעון. הטיעון שלפיו "ודאי אין דבר אחד נחלק לחצאין", אינו מובן: אירוע משפטי אחד, עשוי להיות בעל כמה היבטים, מהם ממוניים ומהם איסוריים. כך, למשל, המליץ שכר שכיר – הריהו עובר איסור. עם זאת, לו יתבע העובד את שכרו – הרי זה דבר שבממון.¹⁰⁶ מדובר אפוא ב"אחד רב-פנים" ולא ב"אחד שנחלק לחצאים". ומדבר שאנו דנים בו נצא ונלמד: התלמוד כורך או מקביל בין תניית הפטור שבהסכם מכר לבין תניות הפטור שבהסכם קידושין. תניות אלו יסודן באיסור – "לא גרע", ובכל זאת, רואים את חלקן כממוניות (שאר וכסות), ותניה אחרת נידונה כאיסור.¹⁰⁷

האסמכתא שברקע הטיעון, יסודה בהנחיה התנאית, שלא ראוי לפסוק במחלוקת לחומרה ובאופן משתנה, פעם כדעה אחת ופעם כדעה אחרת.¹⁰⁸ הבעייתיות שבפסיקה כזו אינה בחומרת היתר, אלא בכך שנוקטים כשני צדדים שבמחלוקת, גם כשהם נוגדים זה את זה. הקושי הוא אפוא בסתירה הפנימית שבהתנהגות ההלכתית.¹⁰⁹ בנידון שלפנינו לא קיימת בעיה כזו. האיסור להונות אינו מחייב את ביטול המכר ואת השבת התמורה. כך קובעת אחת ההלכות היסודיות שבדיני אונאה: האיסור להפקיע מחיר הוא בכל שהוא, ובכל זאת האונאה חוזרת רק משתות ומעלה.¹¹⁰

שאלת המיון או הסיווג של אונאה חוזרת שוב למרחב שבין השאלה ההלכתית לבין הפסק (ברומה לדיון שלעיל ג.2 | איסורי נדרים הכרוכים ביחסי ממון בין בני זוג) או, לחלופין, למתח שבין התיאוריה לפרקטיקה. הגישה הנוטה אל הפרקטיקה (רמב"ן ובית מדרשו) מסווגת דיון הלכתי לפי השלכותיו המעשיות. אם הן נוגעות לזכויות הכלכליות של הצדדים, יש לסווג את הדיון כממוני. לעומת זאת, אם ההשלכה העיקרית היא

106 ראו, בהרחבה, בני בראון "הלנת שכר בפסיקת החפץ חיים: לקראת מודרניזציה של דיני העבודה ההלכתיים?" *תרכיץ* עה 501, 530-531 (התשס"ו).

107 ראו פסקי רי"ד, לעיל ה"ש 100, וראו דעת ר' יהודה, לעיל ה"ש 77 וסביבה ("בדבר שבממון תנאו קיים").

108 תוספתא סוכה ב, ג (מהדורת ליברמן, עמ' 262) ובמקביל: תוספתא, יבמות א, יג. להפניות נוספות ראו ליברמן שם, ה"ש 22.

109 שאול ליברמן *תוספתא כפשוטה* סוכה 855, עפ"י בבלי, עירובין ז ע"א.

110 כך סבור רמב"ן, ויקרא כה יד-טו: "שודאי המאנה את חבירו לדעת עובר בלאו [...] אבל רבותינו חדשו באונאה תשלומים בשתות המקח, וביטול מקח ביותר משתות [...]". ראו עוד: שולחן ערוך, חושן משפט רכז, ו, ובסמ"ע שם, ס"ק יד; קרית מלך רב, מלוה ולוה ד, א (אונאה – ברומה לגזל – אסורה בפחות משווה פרוטה). לדעות נוספות, ראו "אונאה" אנציקלופדיה תלמודית כרך א, שכט.

הנורמטיביות של המעשה (איסור/רשות/חובה), כי אז הדיון ימוין כאיסורי. במסגרת הגישה הפרקטית תיתכן גמישות במיון, כך שדיון הלכתי אחד עשוי להיות איסורי בהקשר מסוים וממוני בהקשר אחר (עמדת הביניים).

גישה אחרת נוטה אל התיאוריה (בעלי התוספות). לפי גישה זו שאלה הלכתית תסוגג על פי המרחב ההלכתי שבו היא עולה. אם מרחב זה עיקרו איסורא השאלה תוגדר איסורית, ולהיפך בממונא. לחלופין, בכל שאלה יש להתייחס לשורשיה, להברידל מענפיה. הפוסק נדרש לבחון מהו היסוד ההלכתי המזין את השאלה שלפניו. כך, למשל, בדיון שבדיני אונאה השאלה השורשית אינה מתייחסת לסכום הכספי שאותו נדרש צד להשיב לחברו. השאלה היסודית היא מהיכן נובעת דרישת ההשבה, והמענה לה הוא ברור: דרישת ההשבה הממונית יסודה באיסור אונאה, ולכן הדיון יוגדר כאיסורי.¹¹¹

ג.4. מאיסור נידה לנזקי שור

סוגיה שלישית שיש בה שילוב בין איסור וממון מתייחסת לכפל מחלוקות בשני התחומים: המחלוקת הממונית – בדינו של השור הנגח, והאיסורית – בעניין וסת הנידה. תופעה זו שונה מקודמותיה משום שכאן לא מדובר במחלוקת אחת בעלת היבטים שונים, אלא בשתי מחלוקות שונות בעלות מכנה משותף.

השאלה המשותפת לשתי המחלוקות היא מתי הופך אוסף מקרים אקראיים לתופעה קבועה, והיא נידונה בתלמוד בשני הקשרים שונים. האחד בדיני נזיקין: כיצד הופך שור – על רקע נגיהותיו – משור תם לשור מועד; והאחר – בהלכות נידה: מתי נקבעת לאישה וסת על פי ראיותיה.

בשני ההקשרים נחלקו רב ושמואל באותה המחלוקת. תחילה – בהלכות נידה:

איתמ' ראת דם יום חמש' עשר בחדש זה ויום שש' עשר בחדש זה – רב
א': קבע' לה וסת לדילוג,

ושמו' א' עד שתשלש בדילוג.¹¹²

מדובר באישה הרואה דם אחת לחודש, בימים שונים ובמחזוריות קבועה: בכל חודש הווסת מגיעה ביום בחודש שהוא העוקב ליום שבו הופיעה הווסת בחודש הקודם ("וסת הדילוג"). כך, למשל, במקרה שראיית הדם הראשונה הייתה ב"ז בתשרי, השנייה – ב"ח במרחשוון, השלישית – ב"ט בכסלו, וכך הלאה. רב סבור שדי בשלוש ראיות כאלה

111 למחלוקת דומה בעניין שמיטת כספים, ראו נספח.

112 בבלי, נדה סד ע"א (עפ"י כ"י מינכן 95).

יום חמש' עשר בחדש זה ויום שש' עשר בחדש זה | עפ"י כ"י וטיקן 110-111: חמש' עשר יום בחור' זה ויום ששה עש' בחודש זה יום שבעה עש' בחור' זה. כך גם בכל כתבי היד בסוגיה המקבילה בכבא קמא. ראו בה"ש הבאה.

כדי לקבוע וסת. שמואל חולק ולדעתו נדרשות ארבע ראיות כאלה, כדי ליצור קביעות של שלושה דילוגים.

מחלוקת דומה שנויה בעניינו של שור מועד. גם כאן הנגיחות האקראיות של השור בדילוג קבוע מוציאות אותו מגדר "תם" ומגדירות אותו כ"מועד":

נגה שור בחמשה עשר בחדש זה בששה עשר בחדש זה בשבעה עשר בחדש זה – פלוגתא דרב ושמואל.

רב אמ' קבע לו וסתו ושמואל אמ' לא קבע לו וסת, דאתמר גבי נדה:

ראתה חמשה עשר בחדש זה ששה עשר בחדש זה שבעה עשר בחדש זה –

רב אמ' קבע לה וסת לדלוג ושמואל אמ' עד שת[ש]לש לדלוג.¹¹³

מנוסח התלמוד נראה בכירור שהמחלוקת המקורית של רב ושמואל היא בהלכות נידה, ומשם היא מועברת לדינו של שור המועד.¹¹⁴

כך עולה מהמינוח שבו משתמש התלמוד – קביעת וסת – ביחס לשור הנגח,¹¹⁵ וכך מסתבר גם מן ההפניה "דאתמר גבי נדה".¹¹⁶

מהו אפוא הסטטוס של המחלוקת המועברת באשר לכללי הפסק המצדדים ברב באיסורי ובשמואל בדיני? מצד אחד ניתן לראות את המחלוקת כדיני משום שהיא שנויה בדיני נזיקין, ואם כך – הלכה כשמואל.¹¹⁷ מצד אחר, הואיל והיא מחלוקת מועברת

113 בבלי, בבא קמא לו ע"ב (עפ"י כ"י המבורג 165).

רב אמ' קבע לו וסתו ושמואל אמ' לא קבע לו וסת | בכל כתבי היד (אסקוריאל, מינכן 95, וטיקן 116 ופירנצה) – חסר. דאתמר גבי נדה | בכ"י אסקוריאל וטיקן: דאיתמר; בכ"י פירנצה: דאיתמר נמי כי האי גוונא גבי נידה; בכ"י מינכן: [נמי גבי נדה כי האי גוונא] – נוסף בגליון.

114 רא"ש, בבא קמא פרק ד, ד: 'ויש מן הגדולים שאומרים דכיון שלא נחלקו בנגיחות, אלא שהספר מדרק מחלוקת זה מתוך אותו מחלוקת שנחלקו בוסתות [...]'.¹¹³

115 כך בעד הנוסח הבכיר – כ"י המבורג. ראו בה"ש 113. אומנם, המונח "וסת" בלשון חז"ל משמעו תופעה קבועה או הרגל, גם בהקשרים שאינם קשורים לנידה. ראו, למשל, משנה נדרים ט, ט; ספרי דברים, א (מהדורת פינקלשטיין, עמ' 6); בבלי, כתובות קי ע"ב (ובמקבילות); ירושלמי, יומא א, א, דף לח ע"ג; בראשית רבה פז, ז (מהדורת תיאודור-אלבק, עמ' 104); סוקולוף, ארמית בבליית, 395. מכל מקום, ברוב-רובן (בכ" 99%) של ההיקריות של המונח הוא מופיע בהקשרן של הלכות נידה, והוא אינו מופיע, ולו פעם אחת נוספת, בעניינו של שור מועד. מסתבר אפוא שהשימוש במונח וסת ביחס לשור מועד נובע מהעברה מן המחלוקת המקורית שבנידה.

116 עפ"י הנוסח שבכתבי-היד אסקוריאל וטיקן (לעיל ה"ש 113) אומנם אין הפניה מפורשת להלכות נידה ("דאתמר" בלבד, ללא ההמשך "גבי נדה"), ברם, הפניה כזו משתמעת.

117 משנה תורה, הלכות איסורי ביאה ח, ו, והלכות נזקי ממון ו, יא. ועיינו: מגיד משנה, איסורי ביאה, שם; פרישה, יורה דעה, קפט, ס"ק יג; רמב"ן, הלכות נדה, פרק ה, יג; פסקי רי"ד, בבא קמא שם; אור זרוע, חלק ג, פסקי בבא קמא, קפד; פסקי ריא"ז, נדה פרק ט, הלכה ב,

מסתבר שיש לפנות תחילה למחלוקת המקורית שבהלכות נידה. שם – באיסורי – הלכה כרב, ופסק זה יועבר גם לדינו של השור הנגח.¹¹⁸

שתי האפשרויות הללו מניחות שמתבקש פסק אחיד בשתי המחלוקות. עם זאת, קיימת גם האפשרות לפצל את הפסק בהתאם לתחומי המחלוקת: בעניינו של השור המועד – הלכה כשמואל, ובהלכות נידה – כרב.¹¹⁹ תוצאה דומה מתקבלת גם לפי אפשרות רביעית, הגורסת שאין הכרעה בין שתי האפשרויות. לכן, מחמת הספק, יש לפסוק לקולא בעניינו של השור הנגח, ולחומרא בהלכות נידה, בהתאם לכלל הספק הרווח: ספק ממון להקל וספק איסור להחמיר.¹²⁰

לפנינו אפוא דוגמה נוספת לדיון הלכתי בין־תחומי, הנוגע הן בממונא והן באיסורא. גם כאן, מתקיים ויכוח בין שתי גישות על דרך המיון או השייך הקטגורי של דיון כזה. לפי גישה אחת, הגדרת התחום נעשית על פי שיקולים עיוניים תיאורטיים, ובראשם – התחום הראשוני שבו עלתה השאלה לדיון ובו נשנית המחלוקת המקורית. בענייננו, במהלך אפיון של שתי המחלוקות שבין רב ושמואל, נקבע שהמחלוקת המקורית היא זו שבהלכות נידה, וכך מוגדרת המחלוקת הכפולה "איסורית", והלכה כרב בשתייהן. כך הכריעו בעלי התוספות.¹²¹

יח (רדוק: "ביום חמשה עשר דראייתה..."). וראו ראב"ד, בעלי הנפש, שער תיקון הוסתות, סימן ג: "רכיון דתלינן להעדה דשור המועד בקביעת וסתות [...] וקי"ל הלכתא כשמואל בדיני".

118 רא"ש, לעיל ה"ש 114: "ועיקר פלוגתייהו בוסתות והלכתא כרב באיסורין [...] ובעיקר פלוגתייהו הלכתא כרב ה"נ הלכתא כרב, וכן דעתי נוטה [...] וכיון שנחלקו בוסתות, ונגיחות וסתות טעם אחד להם, על כן סמכינן אדרב בתרוייהו [...]". כך הכריעו רבנו חננאל (מובא ברמב"ן וברשב"א, נדה שם), וכן בעלי התוספות (ברמב"ן, נדה שם: "וכזה מורין חכמי הצרפתים בתוספות"). מדובר, כנראה, דווקא בבעלי התוספות הצרפתים. ראו: תלמיד רבנו תם, בבא קמא לז ע"ב; ש"ך, יורה דעה קפט, ס"ק יח (להבדיל מבעלי התוספות האשכנזים והאיטלקים. ראו: פסקי רי"ד, אור זרוע וריא"ז, לעיל ה"ש 117; ראב"ן, להלן בה"ש הבאה). ראו עוד: ראב"ד (מובא ברמב"ן וברשב"א, נדה שם. והשוו לדבריו בבעלי הנפש, לעיל ה"ש 117); רשב"א, תורת הבית הארוך, בית ז, שער ג ("יש לחוש ולהחמיר כדברי ר"ח ז"ל והרב ר' אברהם ז"ל").

119 ראב"ן, בבא קמא: "ואף על גב [ודכנידה] הלכה כרב, בשור המועד הלכה כשמואל, דקיימ"ל הילכתא כרב באיסורי וכשמואל בדיני"; ר' זרחיה הלוי בהשגותיו על בעלי הנפש, שער תיקון הוסתות, סימן ג, אות יז: "דכי היכי דקי"ל כשמואל בדיני הכי נמי קי"ל כרב באיסורי בין לקולא בין לחומרא [...] אף על גב דמדמינן נגיחות לוסתות, דמיי בעלמא הוא דמדמינן להו, אבל לא תליא חדא בחברתה [...] ואף על גב דפליגי הלכתא אהדדי, לא חישינן מידי [...]"; המאירי, בית הבחירה, בבא קמא, שם.

120 ראב"ד, בעלי הנפש, לעיל ה"ש 117: "מספקא לן הא מילתא, ובנגיחות עברינן כשמואל לקולא לנתבע [...] וגבי ראיות נמי נקטינן חומרי דרב וחומרי דשמואל [...]".

121 לעיל ה"ש 118.

לפי גישה אחרת אופייה של שאלה הלכתית נגזר מן ההקשר המסוים שבו היא נשאלה. בהתאם לכך, מחלוקת רב ושמואל בעניינו של השור הנוגח בדילוג, עולה בהקשר נזיקי-ממוני, ולכן הכרעת הפסק במחלוקת צריכה להיות כשמואל. כך פסקו חכמי ספרד, ובראשם רמב"ם ורמב"ן.¹²²

גם כאן, כמו בפרקים קודמים (ג.2. וג.3. בסופם) נמשכת תנועת המוטלת של הפסק ההלכתי – בין השאלה שבתחילה לבין ההכרעה שלבסוף, ולחלופין, בין העיון התיאורטי לבין ההכרעה המעשית. שוב ניתן לפגוש בקוטב הראשון את בעלי התוספות, ובקוטב השני את חכמי ספרד (בהמשך לגאונים).

ג.5. ריבית – בין איסורא לממונא

הסוגיה הרביעית המשלבת היבט ממוני והיבט איסורי נוגעת להלכות ריבית. המלווה לחברו בריבית עובר על איסור תורה, ולאחר שנפרע החוב הוא חייב להחזיר את דמי הריבית ללווה (להלן – חיוב הריבית).¹²³ כיצד יש לסווג חיוב זה – כעניין שבאיסורא, הנובע מאיסור הריבית, או כעניין שבממונא, שהרי החוב הוא כספי?

ג.5.א דינרי זהב – טיבעא או פירי

העמדה הרווחת בספרות הגאונים ובספרות הראשונים מגדירה ריבית כאיסורא. כך מצינו בתשובת גאונים:

הכין קא חזיננא, דהא מילתא דדינרי לגבי פירות – ספיקא היא, ועבדינן בה לעינין רבית דהוא איסורא לחומרא, ולעינין מקח וממכר דהוא ממונא לקולא. לעינין רבית – כסאה בסאה דאמו, ולעינין מקח וממכר – כטיבעא מדמינן ליה, ולא מחייבינן ליה למוכר בזביני במשיכת דינרין אלא מי שפרע בלחוד, כי דמחייבינן ליה כטיבעא.¹²⁴

122 לעיל ה"ש 117.

123 אמוראי א"י (ר' אלעזר ור' ינאי) קובעים שריבית קצוצה יוצאה בדיינים. ראו בבלי, תמורה ו ע"א-ע"ב; ירושלמי, בבא מציעא ה, א; דף י ע"א (מהדורת האקדמיה ללשון עברית, עמ' 1226). כך פוסק הרמב"ם, משנה תורה, הלכות מלוה ולוה ד, ו; שם, ו, א.

124 תשובות הגאונים, הרכבי, סימן עח (מהדורת התרמ"ז, עמ' 47). התשובה מיוחסת לרב האי גאון, והיא חלק מקובץ תשובותיו אל יוסף בן עמרם וחכמי סיג'למאסה, ראו: שם, לפני סימן סח (עמ' 32); צבי גרונר "רשימת תשובות רב האי גאון" עלי ספר יג 5, 84 מס' 11 (התשמ"ו); שרגא אברמסון במרכזים ובתפוצות בתקופת הגאונים 46-55 (התשכ"ה). קובץ התשובות הנזכר נכלל בקונטרס "המפקיד אצל חברו בהמה או כלים", כ"י סנט פטרסבורג 32. ראו אתר "מאגרים", מפעל המילון ההיסטורי ללשון עברית.

התלמוד דן בשאלה כיצד יש להתייחס לעסקה שבה אדם מחליף דינרי זהב במטבעות כסף. האם יש לראות את דינרי הזהב, ביחס למטבעות הכסף, כטובין ("פירות") או כמטבע ("טיבעא"). לשאלה זו שתי נפקויות.

הראשונה מתייחסת לתקפות העסקה: אם דינרי הזהב הם טובין, לפנינו עסקת חליפין תקפה, ולאחר שניתנו דינרי הזהב, מתחייב מי שקיבלם ליתן את תמורתם במטבעות כסף. מנגד, אם דינרי הזהב נחשבים מטבע – העסקה אינה תקפה, משום שמטבע אינו קונה מיטלטלין. עם זאת, אף שחליפין אינם נקנים בכסף, אם שולמה תמורה – ביטול העסקה כרוך בהכרח "מי שפרע" לחובת המבטל.¹²⁵

הנפקות השנייה מתייחסת להלכות ריבית: אם דינרי הזהב הם טובין, אדם שלוה דינרי זהב אינו יכול להחזיר את תמורתם בדינרי זהב, משום שחכמים אסרו על אדם שלוה פירות להחזיר פירות תמורתם ("סאה בסאה").¹²⁶ הסיבה לכך היא שקיים חשש שבינתיים הפירות התייקרו, ונמצא שהלווה פורע את חובו בריבית. הלווה נדרש אפוא להחזיר – בכסף – את שוויים של הפירות, כפי שהוא בעת ההשבה. מאידך גיסא, אם דינרי הזהב הם מטבע, הלווה נדרש להחזיר דינרי זהב, ואין בכך כל בעיית ריבית.¹²⁷

בתשובתו שלעיל מניח רב האי גאון ששאלת הגדרתם של דינרי הזהב אינה מוכרעת. לפיכך, מחמת הספק, כל נפקות תוכרע לפי עניינה: תקפות העסקה הוא עניין שבממונא, ולכן ספק ממוזן מקל עם הנתבע. הווה אומר: דינרי הזהב הריהם כמטבע. לא יינתן אפוא תוקף לעסקה, ומי שביטלה – יעמוד במי שפרע. לעומת זאת, חיוב הריבית הוא איסורי וספקו להחמיר. בהקשר זה יש להתייחס לדינרי הזהב כפירות, ומי שלוה מהם לא יחזיר אותם אלא את שוויים. רב האי מאפיין אפוא את ריבית כאיסורא.

ג.5.ב מחילה

נפקות נוספת לזהות האיסורית של חיוב הריבית הועלתה על ידי הגאונים, וביניהם רב האי גאון,¹²⁸ בהקשרה של האפשרות למחול את החיוב. בין הגאונים יש הסבורים

125 בבלי, בבא מציעא מד ע"א-ע"ב. ראו בפירוט: רון ש' קליינמן "קללת 'מי שפרע': דת, משפט וחברה" מחקרי משפט כו 179, 181-186 (התש"ע).

126 בבלי, בבא מציעא עה ע"א; משנה תורה, הלכות מלוה ולוה י, ב; "כסף (א)" אנציקלופדיה תלמודית כרך לא, תרסז-תרסח.

127 בבלי, בבא מציעא מד ע"ב.

128 התשובה המובאת להלן, בה"ש הבאה, מופיעה במסגרת קובץ שנשלח לרב אברהם בר משה מקאבס. ראו תשובות הגאונים, הרכבי, בכותרת לסימן שלו ולסימן שלט, וכן בסוף סימן שמד. לפי זמנו של ר' אברהם, מסתבר שהמשיב היה רב האי גאון. ראו מנחם בן-ששון צמיחת הקהילה היהודית בארצות האסלאם 147-148 והערה 215 (התשנ"ז); ירחמיאל ברודי ואחרים אוצר הגאונים החדש: בבא בתרא, 43 בהערה 4 (התשע"ז); שמחה עמנואל תשובות הגאונים החדשות, כו (התשע"ט).

שהחיוב לא ניתן למחילה,¹²⁹ ולכן הנושה חייב להחזיר את דמי הריבית שנטל, גם אם החייב מוחל עליהם.

ריטב"א, בשם מורו הרשב"א,¹³⁰ תולה את עמדת הגאונים באופיו האיסורי של חיוב הריבית:

ודעת מורי נ"ר כדעת הגאונים. וטעם הדברים אומר מורי נ"ר, דתביעת רבית לא היא כשאר תביעות בגזל ואונאה וכיוצא בהן, דאית ליה על חבריה שיעבוד ממון, אלא חיוב הוא שחייב הכתוב להחזיר איסור שבלע. תדע, דהא רבי יוחנן סבר דרבית קצוצה אינה יוצאה בדינין, וגם לדברי הכל אם מת בניו פטורין אלא בדבר המסויים מפני כבוד אביהם בלבד, ואלו בגזל ואונאה בניו חייבים כשהניח אחריות נכסים; ובוראי דטעמא כדאמרן, דחיובא דרמא עליה רחמנא הוא; וכענין חוב, למ"ד פריעת בעל חוב מצוה ושעבודא לאו דאורייתא, אלא דהתם איכא דינ ממון לחברו ומהניא מחילה, אבל הכא לשמים הוא חיוב, וכיון שכן לא תועיל לו מחילת חברו, וכן עיקר.¹³¹

129 ראו תשובות הגאונים הרכבי, סימן שמב: "ומוכחא מילתא דליכא הכא מחילה [...] או נמי כגון רבית דאסרה רחמ' ואפילו מאן דיארע לית ליה לאחוליה וכל שכן מאן דלא יארע. אבל מאי דלאו איסורא הוא ולא מוכח אילא כהדין עיניאנא, דאיפשר ויפה שמוחל לאחיו העברת המים [...]". לתשובה זו מקבילות שונות. ראו גרונר, לעיל ה"ש 124, בעמ' 87-88, מספר 7; ברורי, שם, בהערה 4. הרמב"ם סבור שזו הוראת "מקצת הגאונים", והוא עצמו חולק עליהם. ראו משנה תורה, הלכות מלוה ולוה ד, יג: "יראה לי שאין הוראה זו נכונה [...] אם רצה למחול מוחל, כדרך שמוחל הגזל".

130 ריטב"א (להלן בה"ש הבאה) מוסר את הדברים בשם מורו – רשב"א, ואכן עיקרי הדברים מופיעים בחידושי הרשב"א, בבא מציעא סא ע"ב, ד"ה "ור' אלעזר": "מסתברא לי דלא יוצאה בדינין לרדת לנכסיו קאמר, אלא שהוא מצוה להחזיר מדכתיב: 'וחי אחיך עמך', ובמצות עשה כופין אותו ומכין אותו עד שתצא נפשו [...] ותדע לך, דאי לא, בניס נמי ליחייבי לאהדרוי בהניח להן אביהן אחריות כדרך שאמרו בגזל [...] אלא כדאמרן דליכא אלא מצות עשה דוחי אחיך עמך [...]". הרשב"א חוזר להבחנה שבין הרין והאיסור שבדינית, בהקשרים נוספים. ראו בחידושי הרשב"א, בבא מציעא סו ע"א, ד"ה "ורב נחמן": "שאם היה בו איסור רבית ולא שנו כאן אלא לענין דינא [...] לא היה שונה סתם 'הרי היא שלו', אלא היה לו לשנות 'ואסור לעשות כן מפני איסור רבית'". ראו עוד בחידושי שם, סב ע"א: "שעל נתינת הרבית הקפידה התורה אף על פי שהחזיר הממון, ותדע לך שהרי חייב גם הלוה, אלא דמצוה באנפי נפשיה רמיא עליה, מדכתיב 'וחי אחיך עמך'". מסתבר שלפנינו עיקרון המקובל בבית המדרש הרמב"ני מראשיתו. ראו חידושי הרמב"ן, בבא מציעא סב ע"א: "שעל נתינת הרבית הקפידה תורה אף על פי שהחזיר [...] דלאו משום ממון הוא דחייביה רחמנא, אלא מפני שזה מעשה איסור [...]".

131 ריטב"א, בבא מציעא סא ע"א, ד"ה "מה להנך".

לפי העיקרון המוצג כאן, דיני החיובים נחלקים לשניים: "שעבוד ממון" שיש בו "דין ממון לחברו", ומנגד – חיוב דתי המוטל מן התורה – "חיובא דרמא עליה רחמנא [...] לשמים הוא חייב". עם הסוג הראשון נמנים חיובים הנובעים מגזל ומאונאה, וכן החובה על החייב לפרוע את חובו. חיובים אלה נובעים מזכותו המשפטית של הצד שכנגד. חיוב ריבית הוא מן הסוג השני. לחייב אין זכות משפטית לתבוע את דמי הריבית ששולמו על ידו.¹³² זאת ועוד: לנושה עומדת זכות משפטית פוזיטיבית בדמי הריבית שבידו.¹³³

החיוב להחזיר את דמי הריבית הוא אפוא דתי, ומקורו בצו הלכתי הדורש מן הנושה להחזירם. האופי הדתי-האיסורי של חיוב הריבית מוכח ("תדע") משתי הלכות: האחת – החיוב אינו אכיף, ועל כן "ריבית קצוצה אינה יוצאה בדיינים"; והאחרת – החיוב אינו בר-ירושה. לפיכך, אב הנושה בחברו ונטל ממנו דמי ריבית – יורשיו אחריו פטורים מלהחזירם, אלא אם דמי הריבית ניכרים ("דבר המסויים").¹³⁴ גם בנסיבות אלה החיוב להחזיר אינו נובע מן הזכות המשפטית של החייב, אלא מחובת היורשים בכבוד אביהם.¹³⁵

לדעת רשב"א, ההכרעה בשאלה אם חיוב הוא בר-מחילה תלויה באופיו של החיוב: חיוב מן הסוג הראשון – חיוב ממוני כלפי חברו – ניתן למחילה. חיוב כזה נובע מזכותו

132 לדעת ריטב"א שם, ההבחנה בין שני סוגי החיובים – גזל ואונאה מצד אחד, וריבית מצד אחר – מקורה בתלמוד, בבא מציעא, שם. הבבלי קובע שנדרשת נורמה ייחודית האוסרת ריבית, והיא נבדלת מאיסורי גזל ואונאה: "מה להנך שכן שלא מדעת, תאמר בריבית דמדעתיה". מוקד האיסור בגזל ובאונאה הוא נטילת ממון מחברו, בעל כורחו וללא ידיעתו. לעומת זאת, ריבית אסורה גם אם היא מוסכמת. הנפקות הבולטת של הבחנה זו היא האפשרות למחול על החיובים הנובעים מן האיסור: גזל ואונאה אסורים ומחייבים, משום שהם "שלא מדעת". מכאן, שאם יהיו מדעת, כגון ע"י מחילה, אין הם מחייבים. מנגד, ריבית אסורה ומחייבת גם מדעת. לכן, היא אינה ניתנת למחילה.

133 ראו ריטב"א, בבא מציעא סה ע"א (בשם רשב"א ורמב"ן 1): "ממון של רבית ממון גמור הוא, וקני ליה מאי דשקיל ליה, שהרי אין יורשין חייבין להחזיר, אלא דרחמנא רמא עליה לשלם. הילכך קנייה אלא שהוא חוב עליו לשלמו, ואלו קידש בו את האשה מקודשת, ואם אסר נכסיו סתם, אף זה בכלל". לנושה זכות קניינית בדמי הריבית שקיבל לידיו. מן הזכות נגזרות כמה השלכות: יורשי הנושה פטורים מהשבת דמי הריבית (ראו להלן ה"ש 13 וסביבה); הנושה זכאי לקדש אישה בדמי הריבית; דמי הריבית הם חלק מנכסיו של הנושה, ולכן אם אסר את נכסיו באמצעות נדר, הקדש וכיו"ב – האיסור יחול גם על דמי הריבית. ראו, באופן דומה: ריטב"א, קידושין ו ע"ב. ראו עוד: שערי יושר, שער ה, פרקים ג-ד; ש"ע י וזנר חשיבה משפטית בישיבות ליטא: עיונים במשנתו של הרב שמעון שקופ 223, 256 (התשע"ו).

134 תוספתא, בבא מציעא ה, כה-כו (מהדורת ליברמן, עמ' 92): "מת והניח לפני בניו לא יחזירו בניו [...] אבל הניח להן אביהן פרה שדה וטלית וכל דבר שיש בו אחריות חייבין להחזיר". בעקבות התוספתא, ראו בתלמודים: בבלי, בבא קמא צד ע"ב; בבלי, בבא מציעא סב ע"א; ירושלמי, בבא קמא י, א, דף ז ע"ב (מהדורת האקדמיה ללשון עברית, עמ' 1211). ראו עוד שאלו ליברמן תוספתא כפשוטה בבא מציעא 231-232.

135 יורש (א) אנציקלופדיה תלמודית כרך כג, תקכה-תקכו, ובמיוחד בהערות 155-156 וסביבן.

המשפטית של הצד שכנגד, ואם הוא מוותר עליה – הזכות פוקעת: "התם דאיכא דינ ממון לחברו ומהניא מחילה". לעומת זאת, חיוב ריבית אינו נובע מזכותו של החייב אלא מחובתו הדתית של הנושה. הוויתור על הזכות אינו מסור אפוא בידי החייב: "אבל הכא לשמים הוא חייב, וכיון שכן לא תועיל לו מחילת חברו".¹³⁶

ג.ג.5 הלכתא כרב באיסורי

סיווגם של הלכות הריבית כ"איסורא" משליך על כללי פסיקה שונים, המבדילים בין "איסורא" ל"ממונא". כך לגבי כלל הפסיקה הנידון כאן: הלכתא כרב באיסורי וכשמואל בדיני.¹³⁷

אכן, רבנו חננאל פוסק בשתי מחלוקות שבין רב ושמואל בהלכות ריבית כדעתו של רב, ונימוקו בידו: הלכות ריבית הן איסורא, והלכתא כרב באיסורי.

מחלוקת אחת מתייחסת להלכת המשנה, האוסרת לערוך עסקת מכר פירות בשלב מוקדם של עונת הפרי, בו עדיין לא נקבע מחירם של הפירות. החשש הוא שמחיר הפירות יעלה, וכך יקבל הקונה לידיו כמות גדולה של פירות, יותר מזו שאמור היה לקבל לו הייתה העסקה נערכת עתה. הכמות הנוספת של הפירות היא בגדר "תרבית", ונתניתה

136 הרמב"ם שם מציג רציונל בעל עיקרון דומה: "שכל רבית שבעולם מחילה היא, אבל התורה לא מחלה ואסרה מחילה זו". עם זאת, לדעת הרמב"ם האיסור מונע את המחילה לא רק בעצם קיומו, אלא כהוראה מפורשת: כל ריבית מתבססת מעצם טבעה על נכונות של החייב לוותר על פירעון החוב כמות שהוא, ולשלם על ההלוואה מחיר נוסף של דמי הריבית (ראו מאירי, בית הבחירה, בבא מציעא סא ע"ב, בהתייחסו לדעת הרמב"ם: "שכל עצמו של רבית מחילה היא"). איסור הריבית, המופנה הן ללווה והן לחייב, משמעו שהתורה מתנגדת לוותר כזה ואוסרת אותו. כך, התורה אוסרת במפורש מחילה מצידו של החייב: "התורה לא מחלה ואסרה מחילה זו".

137 בספרות האחרונים הזהות האיסורית של ריבית משליכה על שני כללי פסק נוספים, ושניהם במצבי-ספק:

(א) ספק איסורא לחומרא: כאשר יש ספק אם לפנינו מקרה של אבק ריבית, שאינה יוצאה בדיינים, או של ריבית קצוצה, שיוצאה בדיינים – ר' שמואל די מודינה (שו"ת מהרשד"ם, יורה דעה, סב), סבור שזהו ספק שבאיסורא, ולכן יש להחמיר ולאכוף את השבת הריבית בדיינים. ר' אהרן ששון, שו"ת תורת אמת, קסב, מסתייג מדבריו. לדעתו, חיוב הריבית הוא ממוני, ולכן ספקו להקל. ראו עוד: ש"ך, יורה דעה קעז, ס"ק סח; שו"ת אבני נזר, יורה דעה, קנה; שו"ת יביע אומר, חלק ט, יורה דעה, כה.

(ב) קים לי: היבט אחר של המחלוקת במצב הספק הנ"ל הוא זכותו של הנתבע (הנושה) לטעון קים לי, כדי לפטור את עצמו מחיוב הריבית. מהרשד"ם, שם, סבור שלפנינו איסורא, ולכן לא ניתן לטעון קים לי (טענה זו תיתכן בממונא בלבד. ראו שו"ת מהרי"ק, סימן קמט; ר' חיים בנבנישתי, כנסת הגדולה, הגהות בית יוסף, חושן משפט, סימן סז, אות כח). החולקים עליו, הנ"ל, סבורים שהספק שלפנינו הוא ממוני, ולכן בנסיבות אלה טענת קים לי אפשרית. ראו עוד שו"ת מהר"ש לבית הלוי, יורה דעה, יג.

וקבלתה אסורות מדרבנן.¹³⁸ עם זאת, אם הפירות מצויים כבר בידי המוכר, אף שמדובר בשלב טרום עונתי, רואים את המכר כאילו בוצע, אף שהפירות טרם הועברו לקונה. רב ושמואל מנסים להגדיר את השלב החקלאי המדויק שבו ניתן לקבוע שהפירות נחשבים למצויים בידי המוכר.

אמ'ר רב: מחוסר שתיים – פוסק, שלש – אינו פוסק.

ושמואל אמ'ר: בידי אדם – אפילו מאה פוסק, בידי שמים – אפילו אחת אינו פוסק.¹³⁹

רב סבור שמשלב שבו נעשתה בפרי כל מלאכתו לשלביה השונים, למעט שני השלבים האחרונים, הפרי נחשב כמצוי בידי המוכר. כך, למשל, תבואה שהונחה בשמש לייבוש, אף שהיא חסרה דישא וזרייה, נחשבת כאילו נגמרה מלאכתה, והיא ראויה לתמחור ולמכירה. שמואל סבור שגמר המלאכה אינו תלוי במספר השלבים שנותרו, אלא בשאלה אם הם תלויים באדם או שהם בידי שמיים. ככל שהם תלויים באדם, רואים אותם כאילו נעשו. מנגד, אם מדובר בשלבים התלויים במזג האוויר או בגורמי טבע, התבואה או הפירות אינם כשירים למכירה, ולא ניתן לתמחר אותם.

כאמור, רבנו חננאל פוסק כרב:

וקיימא לן כרב. חדא, דסוגיא דשמעתין כוותיה וכל מה דאקשו עליה פיריקה, וסוף ריבית איסורא הוא, וקיימא לן הילכתא כרב באיסורי.¹⁴⁰

מחלוקת אחרת בין רב ושמואל מתייחסת לעסקה בין בעל בהמה לבין מגדלה. לפי תנאי העסקה, המגדל מקבל מחצית משווייה של הבהמה כהלוואה, אותה ידרש להחזיר. במחצית האחרת הצדדים שותפים לרווחים ולהפסדים, עד לסכום שהוא שלישי משווייה של הבהמה בעת שנערכה העסקה.¹⁴¹ רווחים שמעבר לשליש הנזכר, יינתנו למגדל הבהמה כתמורה עבור עבודתו.

138 ספרא, בהר, פרשה ה, פרק ו (ב) (מהדורת וייס, דף קט ע"ב-ע"ג); משנה, בבא מציעא ה, א.

139 בבא מציעא עד ע"א (עפ"י כ"י המבורג 165).
מחוסר שתיים – בקטע גניזה (Oxford: Heb. d. 45/38-39) נוסף: פוסק עמד על הגדיש | בידי אדם... בידי שמים – בכ"י אסקוריאל: בידי שמים אפי' אחת אינו פוסק' בידי אדם אפי' מאה פוסק.

140 כך, בשם רבנו חננאל, באור זרוע, ג, פסקי בבא מציעא, סימן רלב. ראו גם פסקי רי"ד, בבא מציעא שם; שיטה מקובצת שם.

141 הבסיס לתנאי העסקה הוא תקנת חכמים. ראו משנה תורה, הלכות שלוחין ושותפין ו, ב: תקנו חכמים, שכל הנותן מעות לחבירו להתעסק בהן, יהיה חצי הממון בתורת הלואה והרי המתעסק חייב באחריותו, אף על פי שאבד באונס, והחצי האחר בתורת פקדון, והרי הוא באחריות בעל המעות, ואם נגנב או אבד החצי של פקדון אין המתעסק חייב לשלם, ולפיכך יהיה שכר זו החצי – אם הרויח – של בעל המעות.

הלכות ריבית מחייבות שבעסקה מעין זו תינתן תמורה למגדל, שאם לא כן נמצא שהוא מחזיר לבעלים את הלוואתו, ונוסף על כך מעניק להם את עבודתו. כך ההלוואה נפרעת בתוספת ריבית. השאלה המתעוררת היא אם בעסקה המתוארת ניתנת תמורה למגדל עבור עבודתו.

אמ'ר רב: מותר שלישי בשכר – הרי זה מותר, ושמואל אמ'ר: לא מצא מותר שלישי ילך לביתו ריקם?

אלא אמ'ר שמואל: קוצץ לו דינר.¹⁴²

לדעת רב, אף ששכרו של המגדל תלוי ברווחים שמעבר לשלישי והוא מסופק, רואים אותו כתמורה, המתירה את העסקה משום ריבית. לעומת זאת, שמואל סבור שתמורה מותרת ושאינה ודאית – אינה מספקת מבחינת הלכות ריבית. לפיכך, נדרש שבתנאי העסקה ייקבע שכר ראוי שיינתן למגדל תמורת עבודתו.

למסקנת התלמוד שם, גם לדעת רב נדרשת תמורה מוכטחת מראש. תמורה כזו עשויה להינתן באופן מותנה כמותר השלישי או, לחלופין, באמצעות זכייה בראש הבהמה. לפי הצעה אחרת, ישנן נסיבות מיוחדות שבהן לא נדרשת תמורה כדי להחזיר את העסקה. כך יהיה אם למגדל יש בהמה משלו. בנסיבות אלו, הוצאותיו בגידולה של בהמת חברו הן אגביות ושוליות, ואין לראותן כריבית הניתנת לבעל הבהמה.

גם במחלוקת זו פוסק רבנו חננאל כרב:

שמע מינה דאי אית ליה למקבל עיסקא אחריתי לדידי, דשקיל וטרי.
אע"ג דלא שקל שכר טורחו ממרי עיסקא שרי.

כרב דפר' ריבית איסורא הוא, וקיימא לן הילכתא כרב באיסורי.¹⁴³

שוב, הזהות האיסורית של הלכות ריבית מכתובה את פסק ההלכה – כרב.¹⁴⁴

142 בבא מציעא סט ע"א (עפ"י כ"י המבורג 165).

143 ר' זכריה אגמאתי, ספר הנר, בבא מציעא שם (כ"י המוזיאון הבריטי), בשם רבנו חננאל. ראו עוד: אור זרוע, פסקי בבא מציעא, סימן ר; המיוחס לריטב"א, בבא מציעא שם; ר' ברוך הספרדי, שיטת הקדמונים, בבא מציעא, שם; פירוש רבנו חננאל, בבא מציעא, שם. מאידך גיסא, נוסח דברים כמעט זהה מובא באופן סתמי. ראו: ראב"ן, בבא מציעא סט ע"א. באופן דומה פוסק גם ר"ף, דף מ ע"א (מדפיו): "והלכתא כרב דקי"ל הלכתא כרב באיסורי". בעקבותיו, ראו משנה תורה, הלכות שלוחין ושותפין ו, ב (עיינו כסף משנה ולחם משנה, שם); רא"ש, בבא מציעא, פרק ה, סימן לט; ריטב"א, בבא מציעא סט ע"א; ריא"ז, קונטרס הראיות, בבא מציעא שם; האגודה, בבא מציעא, פרק ה, סימן צב.

144 יש הסבורים, שהרמב"ם פוסק כדעת שמואל, ולדעתם ענייני עסקה שבהלכות ריבית הם ממוניים ולא איסוריים. ראו אבן האזל, הלכות שלוחין ושותפין, שם (ד"ה "ונראה דיש"): "ונראה דיש לומר דהרמב"ם אינו פוסק כרב אלא כשמואל [...] ומה דכתבו הרי"ף והרא"ש דהלכתא כרב באיסורי, יש לומר דזהו דוקא בדיני איסור והיתר ממש, אבל בדיני עסקא,

ג.5.7 שיטת הגאונים – חריג?

לכאורה, אפיון חיוב ריבית כאיסורי על ידי הגאונים חורג משיטתם במיון וזיהוי של תופעות הלכתיות. כפי שראינו בפרקים קודמים, הגאונים נוטים לגישה פרקטית, שלפיה שאלה הנוגעת לזכות כלכלית או לחיוב כספי מזוהה כממונית. לפי גישה כזו, החיוב המוטל על נושה להשיב לחייב את הריבית שנטל ממנו, אמור להיות ממוני. זאת ועוד: הנימוק שברקע הזיהוי האיסורי של חיוב הריבית מניח הנחה תיאורטית, שלפיה חיוב ריבית הוא כלפי שמיים ולא כלפי חברו. האומנם סטו בכך הגאונים מדרכם הפרקטית לדרכם התיאורטית של בעלי התוספות?

דומה שהתשובה לכך שלילית. לשיטת הגאונים, המבחן הראשוני, העיקרי והשכיח לאפיון תופעה הלכתית כממונית, הוא אכן במיקודה בזכות כלכלית או בחיוב כספי. עם זאת, מבחן כזה אינו בלעדי, ולא די בו, משום שפעמים שזכות או חיוב כאלה נובעים מחובה דתית ונגזרים מעניין שבאיסור. כך, למשל, חובתו של אדם לבער מביתו או מנכסיו איסורי הנאה שונים. אף שחובה זו נוגעת לממונו של אדם ופוגעת בזכויותיו הכלכליות, מסתבר שהיא איסורית.¹⁴⁵

נדרשים אפוא מבחנים נוספים, לצד המבחן הראשוני, לצורך הגדרתם של זכות או חיוב כממוניים. רשב"א וריטב"א מציעים שני מבחנים כאלה:¹⁴⁶ מבחן החיוב הממוני הוא בהיותו יוצא בדיינים.¹⁴⁷ היותו של חיוב אכיף היא המגדירה אותו כחיוב משפטי (להבדיל ממעשה שברשות או מחיוב שאינו משפטי).¹⁴⁸ מבחן הזכות הממונית הוא בהיותה בת-ירושה. מושאים אחרים שאינם ממון – אינם ניתנים להורשה.¹⁴⁹ לשיטת

כיון דברין ממון עסקינן וטעמא דהלכתא כשמואל בממונא משום דהוי דיינא ופסק כל עניני ממון, לכן גם דיני עסקא הוי ממונא".

145 ראו שו"ת נודע ביהודה, מהדורה קמא, אורח חיים, טו. בדבריו הוא מבחין בין החובה לשרוף תרומה טמאה, שחלה על כל אדם, לבין חובת ביעור חמץ, החלה דווקא על הבעלים. עם זאת, נראה שלדבריו שתי החובות הן ביסודן איסוריות. ראו עוד: "איסורא לבריה לא מורית" אנציקלופדיה תלמודית כרך ב, פה.

146 ראו לעיל ה"ש 131, 134.

147 דוגמה לכך היא זכותם של הכוהנים במתנות כהונה. זכות זו עשויה להיות דתית, אך נקבע שהיא משפטית, ועל כן היא אכיפה. עיינו ספרי דברים קסה, 214: "משפט הכהנים, מלמד שהמתנות יוצאות בדיינים". ראו בהרחבה יצחק ברנד יש מאין – עסקאות בנכסים מופשטים במשפט התלמודי 153 (התשע"ז).

148 ראו משה מנדלסון ירושלים – כתבים קטנים בענייני יהודים ויהדות 75-76, 132-133 (התש"ז). מנדלסון מבחין בין המשפט האכיף לבין הדת האוטונומית-הוולונטרית. באופן אחר, בתורת המשפט מבחן האכיפה מאפיין נורמה משפטית, לפי גישתם של הפוזיטיביסטים. ראו: אלון הראל מבוא לפילוסופיה של המשפט 5, 11-17 (2017).

149 ראו, בפירוט רב: "ירושה" אנציקלופדיה תלמודית כרך כה, קצט-ריא. באשר לירושה באיסור, ראו שם, ריב, ובמיוחד בהערה 1147 וסביבה.

הגאונים מבחן היסוד נותר אפוא המבחן הפרקטי. למעשה, גם שני המבחנים המשניים הנלווים אליו אינם תיאורטיים ואינם מתחקים אחר סממני זהות מהותיים של התחום הממוני. מדובר בפרקטיקות מובהקות המופיעות באופן רווח בהקשרים ממוניים ונעדרות מן התחום האיסורי.

ד. בין ממונא לאיסורא: דפוסים של דרכי זיהוי

ד.1. דפוס זיהוי – בעקבות הפרקים הקודמים

בפרקים הקודמים עמדו למבחן תופעות הלכתיות שונות, שמעורבים בהם ממונא ואיסורא. במהלך הפרקים הובחנו כמה דפוסים עיקריים של מאפיינים, המזהים תופעה הלכתית כממונית או כאיסורית.

לפי דפוס אחד, תופעה הלכתית מזוהה באמצעות השלכותיה המעשיות הישירות. אם ההשלכות נוגעות בעיקרן לזכויות כלכליות או לחיובים כספיים של בעלי הדבר תוגדר התופעה כממונית. אם הפרקטיקה הנגזרת מן התופעה סובבת בעיקרה סביב ענייני איסור והיתר היא תזוהה כאיסורית.¹⁵⁰

לפי דפוס אחר, המתווה של ההליך ההלכתי הוא המגדיר את זהותו. בדפוס זה ניתן להבחין בין שתי גישות: גישה אחת מתמקדת בשאלה ההלכתית, כפי שהיא נשאלה במקורה. אם השאלה נוגעת לעניינים שבממון, ההליך כולו יוגדר כממוני; ולהיפך, אם השאלה נוגעת לעניינים שאינם בממון, כי אז יוגדר ההליך כאיסורי. גישה אחרת מדגישה את התשובה ההלכתית. במהלך התשובה הפוסק נדרש להגדיר לעצמו מהי השאלה הראשונית שאותה עליו לפתור. לא אחת, המענה לשאלה המוצגת לפני הפוסק נגזר מתשובה לשאלה אחרת. זהותה של שאלה ראשונית זו גוזרת את זהותו של ההליך בכללו.¹⁵¹ למעשה, גם לפי דפוס זה, אמצעי הזיהוי הבסיסי הוא הפרקטיקות של התופעה ההלכתית. ברם, אמצעי זה מופעל רק לאחר שלב מוקדם שבו נקבעת שאלת המפתח של ההליך ההלכתי. זהותה של השאלה, לפי המבחן הפרקטי, מושלכת על ההליך ההלכתי בכללו.

דפוס שלישי מניח שממונא ואיסורא הם תחומי הלכה נבדלים מהותית, ולא רק פרקטית. התחום הממוני מאופיין בכך שהנורמות שלו הן ארציות והן בין אדם לחברו, בניגוד לנורמות הדתיות של התחום האיסורי שהן בין אדם למקום.¹⁵² לחלופין, הנורמות של התחום הממוני הן "רכות" ומקילות, לעומת הנורמות האיסוריות הנוקשות

150 ראו לעיל סביב ה"ש 22, 31, 44, 45, 96-99.

151 ראו לעיל סביב ה"ש 72, 103.

152 ראו לעיל סביב ה"ש 38-40, 46-47, 98.

והמחמירות.¹⁵³ לפי דפוס זה, תופעה הלכתית תזוהה על פי התאמתה לאחד מתחומי ההלכה במאפייני העומק שלה: אם תופעה זו היא ארצית-חברתית היא תוגדר כממונא. לחלופין, אם לתופעה זו פנים נוקשות ומחמירות היא תזוהה כאיסורא.

הדפוס הראשון – הפרקטי – רווח בעיקר בספרות הגאונים.¹⁵⁴ לעומתו, הדפוס השלישי – המהותי – שכיח בעיקר בין בעלי התוספות.¹⁵⁵ באשר לדפוס השני – הגישה המתמקדת בשאלה ההלכתית רווחת יותר בין בעלי התוספות.¹⁵⁶ מנגד, הגישה המדגישה את התשובה ההלכתית או את הפסק שכיחה יותר בספרות הגאונים.¹⁵⁷ דרכי הזיהוי של תופעה הלכתית – אם ממונית היא או איסורית – שנויות אפוא במחלוקת: הגאונים נוקטים גישה פרקטית וממקדים את הזיהוי בשלב הפסיקה למעשה. לעומתם, בעלי התוספות מאמצים עמדה תיאורטית, המעדיפה את שלב השאלה והעיון המקדמי בה.

ד.2. הגאונים ובעלי התוספות – בין פסיקה מעשית לעיון תיאורטי

ההבדל היסודי בין הדפוסים שתוארו לעיל – הפרקטי לעומת העיוני-התיאורטי – הוא מבחין טיפוסי ושיטתי בין חיבוריהם של הגאונים לבין יצירתם של בעלי התוספות. בעוד נטייתם הברורה של הגאונים היא לפרקטיקה, בעלי התוספות נוקטים גישה אקדמית-עיונית.¹⁵⁸

אפרים א' אורבך כבר עמד על קיומן של מגמות מעורבות בחיבוריהם של בעלי התוספות – מגמה עיונית ומגמה מעשית. לדעת אורבך, עירוב המגמות שכיח הן בתוספות והן בחיבורים ההלכתיים (תשובות ופסקים) של בעלי התוספות:

- 153 ראו לעיל ה"ש 39 וסביב ה"ש 48.
- 154 ראו לעיל סביב ה"ש 31, 49, 67, 92-100, 145-148.
- 155 ראו לעיל סביב ה"ש 50, 69, 102-104, 111.
- 156 ראו לעיל סביב ה"ש 72-73, 102-104.
- 157 ראו לעיל סביב ה"ש 67-68, 71.
- 158 יוצאים מכלל זה חיבורים מאוחרים – באשכנז, מזה, ובספרד, כהמשך לספרות הגאונים מזה. בין החיבורים האשכנזיים המאוחרים יש הנוטים אל הפרקטיקה. כזו היא "הספרות ההלכתית המקצועית", המתפתחת במאה הי"ד באשכנז. ספרות זו מתמקדת בתחום הלכתי מקצועי מסוים: מילה, שחיטה, כתיבת סת"ם, ועוד כהנה. ראו ישראל מ' תא-שמע "קווים לאופייה של ספרות ההלכה האשכנזית במאה הארבע עשרה" **כנסת מחקרים: עיונים בספרות הרבנית בימי הביניים** (להלן: **כנסת מחקרים**) כרך א: אשכנז 317, 318 (יחזקאל חובב עורך, התשס"ה). מנגד, בספרד המאוחרת רווחת ספרות של פלפול וחילוקים, שהיא בעיקרה עיונית, ואינה מעשית. ראו ישראל מ' תא-שמע "תוספות גורניש – מהותן ויחסן של שיטות 'הפלפול' ו'החילוקים'" **כנסת מחקרים** כרך א 345, 350-351. עם זאת, גם בשיטת הפלפול והחילוקים, הסגנון הספרדי חותר לפרקטיקה, לעומת הסגנון האשכנזי המתעניין בדרך המחשבה של בעלי הסוגיה.

גם כשהיו עסוקים בפירוש הסוגייה התלמודית לא אבדה להם לבעלי התוספות הזיקה למציאות ולשאלותיה, וכשבאו להשיב עליהן או לסכם פסק הלכה, לא יכלו להינתק מהשיטה הדיאלקטית-ביקורתית הן בדרך הדיון והן בהרצאת העניינים.¹⁵⁹

השילוב שבין עיון ומעשה, מתוך דיון אקדמי-תיאורטי, ניוון מגורמים שונים: הראשון שבהם הוא מתודולוגי. בעלי התוספות ראו את עצמם כממשיכי התלמוד ושיטתו. כשם שהדיון התלמודי משלב בין משא ומתן בית-מדרשי לבין מעשי רב ופסקי הלכה, כך בחרו בעלי התוספות לשלב בין דיון דיאלקטי לבין הוראה מעשית.¹⁶⁰ גורם שני קשור לתפיסה דתית, שלפיה אדם מצווה לחתור אחר השגת האמת האלהית, ולשם כך הוא נדרש לעיון מעמיק וביקורתי, הנערך באמצעות דיון דיאלקטי ופלורליסטי.¹⁶¹ גורם שלישי הוא מוסדי-פוליטי. באירופה של המאות השתים-עשרה והשלוש-עשרה רווחו אידיאות שביכרו ידע ותבונה חופשיים ופתוחים לכול, על פני שלטון ידע המבוסס על היררכייה וסמכות. אידיאות כאלו היו רווחות בעולם הנוצרי, מחד גיסא, ובעולם האקדמי והמשפטי, מאידך גיסא.¹⁶²

159 אפרים א' אורבך **בעלי התוספות** 524 (התשכ"ח). ראו עוד שם, בעמ' 566-567. מסתבר שחלק מחיבוריהם של בעלי התוספות (טוך) נטה יותר לעיון התיאורטי, וחלק אחר (תוספות שאנץ) נטה יותר לפרקטיקה. ראו אורבך, שם, בעמ' 568-569. באופן אחר, ייתכן שבעלי התוספות האשכנזים נטו יותר לחיבורי פסק, לעומת בעלי התוספות הצרפתים, שהעדיפו חיבורים עיוניים. לדיון בעניין זה ראו אברהם גרוסמן "מפעלו של א"א אורבך בחקר הספרות והתרבות היהודית בימי הביניים" **מדעי היהדות** 3, 53, 18-19 (התשע"ח). ראו עוד: ישראל מ' תא-שמע **הספרות הפרשנית לתלמוד – חלק ראשון: 1000-1200** 71-70 (התש"ס).

160 אורבך, שם, בעמ' 573-574. השילוב שבין עיון למעשה רווח גם בספרות הגלוסטורית והקאנוניסטית, וגם לכך יש השפעה על חיבוריהם של בעלי התוספות. ראו שם, בעמ' 749-750.

161 אורבך, שם, בעמ' 526-527. מאפיין זה בולט גם בסגנון של התשובות הנכתבות ע"י בעלי התוספות וחכמי אשכנז. כך, למשל, תשובות חכמי אשכנז הקדומות הן מולטילטרליות, ורב בהן הפלפול והדיון העיוני בשאלה. במסגרת זו התשובה אינה בגדר פסק מעשי והחלטי, אלא היא בגדר חוות-ידע ושלב בדיון מתמשך. מנגד, תשובות חכמי ספרד בתקופה המקבילה הן על פי רוב בילטרליות ופסקניות – בין המשיב לשואל. ראו ישראל מ' תא-שמע "מבוא לספרות השו"ת של חכמי אשכנז וצרפת" **כנסת מחקרים** כרך א 117, 122-123.

162 אברהם גרוסמן סבור שהגישה העיונית הדיאלקטית של בעלי התוספות הראשונים מושפעת מן הסכולסטיקה הנוצרית או מן האסכולה המשפטית המורדרנית של פאביה. ראו בחיבורו **חכמי צרפת הראשונים** 450, 454-456 (התשנ"א). ראו עוד: תא-שמע, **הספרות הפרשנית לתלמוד**, לעיל ה"ש 159, בעמ' 89-91, 115-117.

לעמדות חולקות, ראו חיים סולוביצ'יק "בירורים בהלכה של אשכנז הקדומה (ב): דיאלקטיקה, סכולסטיקה וראשיתן של 'התוספות'" **סידרא** כד-כה 267 (התש"ע). ראו עוד: ישראל מ' תא-שמע "מקבילים שאינם נפגשים – ישיבות בעלי התוספות והסיבה האקדמית בצרפת

ספרות הגאונים שונה משמעותית מחיבוריהם של בעלי התוספות, בכל ההיבטים שהוצגו לעיל. לא מצוי בה השילוב שבין עיון ומעשה. אדרבה, הגאונים הבחינו במובהק בין פירוש לתשובה ובין שניהם לבין פסק הלכה.¹⁶³ נטייתם הברורה של הגאונים היא אל הפרקטיקה.¹⁶⁴ כך, פעילותם הספרותית העיקרית של הגאונים היא בכתיבת שאלות ותשובות.¹⁶⁵ פעילות ענפה אחרת היא חיבורם של ספרים המסכמים את ההלכה התלמודית. חיבורים אלה הם נטולי מגמה אקדמית ונועדו לשמש כמדריך מעשי.¹⁶⁶ המסה העיקרית בכתיבתם של הגאונים מתמקדת אפוא בהלכה למעשה.

גישתם הפרקטית של הגאונים כרוכה בתפיסה סמכותנית והיררכית של ההלכה. ספרות השאלות והתשובות נכתבת בחבורה,¹⁶⁷ לאחר דיונים בישיבות שהן אליטיסטיות וסגורות.¹⁶⁸ הדיון ההלכתי והמבנה החברתי-המוסדי בישיבות הגאונים הוא היררכי

במאות הי"ב-הי"ג "כנסת מחקרים כרך ד: ארצות המזרח, פרובנס ומאסף 149, 152-158 (יחזקאל חובב עורך, התש"ע) (למרות המכנה המשותף בין שיטת הלימוד בישיבותיהם של בעלי התוספות לבין המתודה המקובלת באקדמיה המקבילה בצרפת, ישנם גם הבדלים משמעותיים בין שתי האסכולות הלימודיות).

163 אורבך, לעיל ה"ש 159, בעמ' 525.

164 גם חיבוריהם של חכמי ספרד הראשונים, בעקבות הגאונים, מתאפיינים במגמתם המעשית ובחיתרתם לבידור ההלכה. מגמה זו מלווה בסגנון נחרץ ובהימנעות מאזכור שמותיהם של חכמים קודמים. דרך לימוד זו באה אל חכמי ספרד בעקבות הגאונים וחכמי צפון אפריקה. ראו ישראל מ' תא-שמע "שיפוט עברי ומשפט עברי במאות הי"א-הי"ב בספרד" כנסת מחקרים כרך ב: ספרד 239, 353-372 (יחזקאל חובב עורך, התש"ד).

165 ברודי, לעיל ה"ש 93, בעמ' 44.

166 שם, בעמ' 111, 149-150. עם זאת, יש מן השאלות והתשובות של הגאונים שהן "אקדמיות" (עוסקות בפרשנות או בהשוואה בין מקורות שונים). ראו: ROBERT BRODY, THE GEONIM: OF BABYLONIA AND THE SHAPING OF MEDIEVAL JEWISH CULTURE 188 (1998) גם בסוגות גאוניות אחרות ניתן למצוא חיבורים "אקדמיים" הכוללים כתבים פרשניים ומתודולוגיים, אולם הם מופיעים באופן שיטתי ויזום, רק לקראת סוף תקופת הגאונים. ראו ברודי, לעיל ה"ש 93, בעמ' 181.

167 כך עפ"י עדותו של ר' נתן הבבלי, המובאת אצל אדולף נויבאוור סדר החכמים וקורות דברים הימים חלק ב 88 (התרנ"ג). ראו עוד: ברודי, שם, בעמ' 46; Brody, שם, בעמ' 186.

168 ראו אברהם גרוסמן חכמי אשכנז הראשונים 409-410 (התשמ"א). גרוסמן עומד על הפער בין הגישה ההיררכית בישיבות בכל לבין אוירת בית המדרש הפתוח והחופשי בישיבות אשכנז הקדומות. גרוסמן עומד כל כך גם בחיבורו חכמי צרפת הראשונים 532-536 (התשנ"א). לדבריו ישיבות הגאונים הן אליטיסטיות וסגורות. לעומתן, הישיבות של חכמי אשכנז וצרפת הראשונים הן דמוקרטיות וא-פורמאליות. ראו שם, בעמ' 450-452.

תא-שמע מצביע על סממנים דומים בהם מתאפיינת פרשנות הגאונים. לדבריו, פרשנותם – "סגורה". המפרש תמציתי מאד ואיננו מעוניין בהרחבת אופקיו הפרשניים של נמען הפירוש. בנוסף, הפירושים הם תמציתיים, סמכותיים ומוניסטיים (ללא ברירות פירוש אחרות). היפוכם של מאפיינים אלו מאפיין את פרשנות התלמוד האירופית ראו ישראל מ' תא-שמע "פרשנות הגאונים" כנסת מחקרים כרך ד 3, 6 (ושם, בעמ' 8-9).

ומוקפד, ובראשו עומד ראש הישיבה.¹⁶⁹ הוא הסמכות המכרעת, ופסקי ההלכה נקבעים על פיו. המתווה של פסק ההלכה אחיד. על פי רוב, אין בו התדיינות בין דוברים. הוא נעדר דיאלקטיקה ונכתב באופן ממוקד. יצירתם של הגאונים משקפת אפוא עמדה המעדיפה סמכות מכוח תפקיד ושליטה, וזאת בניגוד לתפיסת הסמכות של בעלי התוספות המבוססת על תבונה וידע.¹⁷⁰

דפוסי הזיהוי של תופעה הלכתית – אם לממון ואם לאיסור – הולמים אפוא את דרכם ושיטתם של יוצריהם. הגאונים מבכרים את הדפוס הפרקטי ואת הזיהוי באמצעות התשובה, הראויים לגישתם הסמכותנית ולמגמתם הפסקנית המעשית. מנגד, בעלי התוספות מעדיפים את הדפוס המהותי המתמקד בשאלה, בהתאמה למתודה העיונית-האקדמית המקובלת בדיונים הפתוחים שבבתי המדרש שלהם.

ד.3. ברקע דפוסי הזיהוי: גורמים נוספים

אף שדפוסי הזיהוי הם, בעיקרם, תוצר של מתודולוגיה ושל תפיסה הלכתית, ניתן להצביע על שני גורמים נוספים השותפים לעיצובם.

ד.3.א. איסורא וממונא – בין רב לשמואל

גורם ראשון קשור לדרך ההכרעה במחלוקות של רב ושמואל. כפי שראינו לעיל (פרק ג) חלק ניכר של מקרי הגבול שבין איסורא וממונא כרוכים במחלוקות אלו, ובכלל הפסיקה הקובע שהלכה כרב באיסורי וכשמואל בדיני.

יש מי שרואים בכלל ביטוי להפרדה המוסדית שבין החכם לבין הדיין. החכם מורה הוראות, בעיקר, בתחום האיסור וההיתר, והדיין דן, על פי רוב, בדיני ממונות.¹⁷¹ רב היה חכם ומורה הוראה, ולכן יש לפסוק כמוהו באיסורא, משום שזו מסגרת סמכותו וזהו

169 על המבנה ההיררכי בישיבות הגאונים, ראו: ברודי, לעיל ה"ש 93, בעמ' 21-22 (עפ"י עדותו של ר' נתן הבבלי, המובאת אצל נויבאוור, לעיל ה"ש 167, בעמ' 87-88).

170 אורבך, לעיל ה"ש 159, בעמ' 526. ראו עוד: תא-שמע, הספרות הפרשנית לתלמוד, לעיל ה"ש 159, בעמ' 75-76.

המונחים סמכות מכוח תפקיד או שליטה (סמכות שלטונית) וסמכות מכוח תבונה וידע (סמכות רציונאלית) מובאים כאן בהשראת מקס ובר וברוך קימרלינג. ראו מקס ובר "טיפוסים של סמכות ותיאום מחייב" מדינה וחברה, סוגיות בסוציולוגיה פוליטית (מקראה) כרך א 34 (ש"נ אייזנשטדט ואחרים עורכים, התשמ"ד); ברוך קימרלינג בין מדינה לחברה: הסוציולוגיה של הפוליטיקה יחידה 2 94-102 (התשנ"ה).

171 להפרדת הסמכויות בין ה"חכם" לבין ה"דיין" (בהתאמה להבחנה שבין "איסורי" לבין "דיני"), ראו במאמרי "יורו משפטין ליעקב": הכוהן, החכם והרב כשופטים וכמורי הוראה" רבנות: האתגר כרך ב 537, 568-572. (ידידיה צ' שטרן ושוקי פרידמן עורכים, התשע"ה).

גם תחום מומחיותו. לעומתו, שמואל הוא דיין, ולכן יש לפנות לפסקיו בדיני ממונות, מתוקף סמכותו השיפוטית ובשל המקצועיות המשפטית שלו.¹⁷²

לפי דעה אחרת, העניין המרכזי שברקע הכלל אינו נורמטיבי או מוסדי, כי אם אישי-מקצועי. שמואל נודע כבעל יכולת אנליטית והשכלה כללית נרחבת,¹⁷³ וכמי שבולט בחדות הבחנה ובחשיבה חריפה. כישורים אישיים אלו נחוצים לצורך הכרעה אמיתית וצודקת בשאלות משפטיות, ולכן שמואל הוא האדם הראוי להיות הפוסק בממונא. מנגד,

172 ראו פסקי הרא"ש, בבא קמא, פרק רביעי, ד: "לפי שידעו ששמואל היה רגיל תמיד לפסוק דינין, ולכך היה מדקדק בהן ויורד לעומקן ומשכיל על כל דבר אמת. וכן רב היה רגיל לדקדק בהוראת איסור והיתר, לכך סמכו על הוראותיו לעניני איסור והיתר". ראו, בדומה, ר' יוחנן לוריא (אלוס; 1440-1514), משיבת נפש, במדבר א, א: "כי יש רב שעיקר שמועתו בנזיקין, ויש רב שעיקר שמועתו באיסור והיתר, שהרי אמרו הלכה כרב באיסורין וכשמואל בדינין". ראו עוד: שו"ת מהרי"ט, חושן משפט, קכד; ר' יעקב חגיז, שו"ת הלכות קטנות ב, קנז; "צ"ע אם כללא דהלכה כרב באיסורי איתיה נמי בירושלמי [...] ומסתברה דאיתנאי נמי בירושלמי דכיון דחזי ליה דבקי באיסורא טפי מדשמואל אית לן למימר דבכל דוכתא הלכה כוותיה"; שו"ת בעי חיי (בעל 'כנסת הגדולה'), חושן משפט א, נח.

על שמואל כדיין, ראו בעבודת הדוקטור של רד"צ הופמן: DAVID HOFFMANN, MAR SAMUEL, RECTOR DER JÜDISCHEN AKADEMIE ZU NEHARDEA IN BABYLONIEN 27-34 (Leipzig 1873). לעדויות מפורשות על כך בתלמוד, ראו בבלי, בבא קמא צו ע"ב "דאמר הונא חברין עלאי: אנא ושבור מלכא אחי בדינא", ועיינו רש"י שם (שבור מלכא הוא כינויו של שמואל. ראו: פסחים נד ע"א; בבא בתרא קטו ע"ב). ראו עוד בבא מציעא טז ע"ב (עדותו של רב נחמן): "אבא מן ספרי דייני דמר שמואל הוה"; סנהדרין יז ע"ב: "דייני גולה – שמואל וקרנא", עפ"י נוסח רבנו גרשום, בבא בתרא ע ע"ב: "דרגסי' בכל התלמוד היינו שמואל וקרנא" (ראו עוד רבנו גרשום, בבא בתרא נא ע"א וקז ע"ב). כך גם נוסח רשב"ם. ראו רשב"ם, בבא בתרא ק ע"א (וכן בכל ההפניות הנ"ל בנוסח רבנו גרשום). ברם, בעדי הנוסח שלפנינו "דייני גולה – קרנא". כשם שעיסוקו של שמואל בדיני ממונות, כך הוא נמנע מלפסוק בענייני איסור והיתר, והוא מעיד על עצמו שהוא מיראי הוראה. ראו כתובות עט ע"א (עפ"י כ"י לנינגרד-פירקוביץ 187): "מירא? הוראה". וכן בכ"י מינכן 95 ("מוראי הורא"), ובכ"י וטיקן 113: "מורא הוראה". זהו, למעשה, נוסח הגאונים שם, ראו: ריטב"א, שם ("נוסחי עתיקי"); אוצר הגאונים, כתובות, הפירושים, אות רלו: "אני מיראי הוראה אני, וזו נוסחה נכונה"; תשובות הגאונים, הרכבי, סימן עה (תשובת רש"ג ורה"ג, המופיעה גם באוצר הגאונים, שם, חלק התשובות, סימן תקפג).

על רב כמורה הוראה, ראו: אהרן היימאן "ר' אבא בר איבו (רב) תולדות תנאים ואמוראים כרך א, 19, 25 (התר"ע); יעקב שמואל צורי רב: ביוגרפיה תלמודית (התרפ"א); יוסף אומנסקי "רב" חכמי התלמוד, כג, נא-נב (התרצ"א).

על מומחיות במשפט, ראו: Julia Evetts, *The Sociological Analysis of Professionalism*, 18 Int'l Soc. 395 (2003) רון שפירא "המקצוענות של החינוך המשפטי" מחקרי משפט יז 263, 281-282 (התשס"ב).

173 Hoffmann, שם, בעמ' 16-24; היימאן, "שמואל", שם, כרך ג, בעמ' 1121-1123, 1130.

רב ידוע בבקיאותו ההלכתית ובישרות לימודו ומחשבתו. תכונות אלו נדרשות במיוחד בהוראה שבהלכות איסור והיתר. לכן יש להעדיף את הלכת רב באיסורא.¹⁷⁴

לפי עמדה שלישית, השיקול להעדפת פוסק מסוים בתחום הלכה כלשהו אינו מושפע משיקולי מומחיות או מקצועיות, והוא עשוי לנבוע ממדיניות הלכתית. כך, למשל, בתחומי הלכה שבהם הנטייה היא להחמיר, תינתן עדיפות לדעתו של מי שמחמיר בפסקיו.¹⁷⁵ עמדה זו עשויה להכיר בשיקולים אישיים או מקצועיים, אך לדידה אלו יהיו שיקולים משניים, לצידם של שיקולי המדיניות המתוארים כאן.¹⁷⁶

174 שו"ת חוות יאיר, סימן צד:

שמואל לרוב חקירתו וידיעתו [...] והיה מופלג בעיון ושיקול הדעת, שהוא כח המצייר והמדמה והמפריד בין דבר לדבר בסברא כל דהו, ומצד זה דיני ממונות הם מקצוע גדול [...] וצריך שיקול הדעת קולע אל השערה ולא יחטיא [...] על צד הציור הטוב והישיר [...] והשני ע"ש מהירות השכל [...] ורב היה מלא ברכת ה' במשניות וברייתות עד שאמרו עליו רב תנא ופליג [...].

175 בעניין הכלל הנידון כאן, ייתכן שיש להתחשב בנטייתו של רב להחמיר, ובמקביל, בנטייתו של שמואל להקל. כך משתמע מניסוח הכלל בחיבוריהם של ר' יוסף בן עקינן, מבוא התלמוד, פרק ז, ור' ישועה בן יוסף הלוי, הליכות עולם שער חמישי, פרק ב, אות א. בהביאם את הכלל "הלכתא כרב באיסורי" הם כורכים אותו בדברי אביי, בבלי, שבת מ ע"א (ובמקביל פסחים קא ע"א): "כל מילי דמר עביד כרב, בר מהני תלת דעביד כשמואל [...] כחומרי דרב – עביד, כקולי דרב – לא עביד". כריכה זו מלמדת, שנטייתו של רב להחמיר מעניקה עדיפות לדעתו באיסור החמור. ניתן להסיק מכך, לאידך גיסא, שיש להעדיף את עמדת שמואל המקילה בממון הקל. על נטייתו של רב להחמיר, ראו: אפרים א' אורבך ההלכה מקורותיה והתפתחותה 192, 308 בהערה 41 (התשמ"ג); משה בר "הרקע המדיני ופעילותו של רב בבבל" ציון נ 155, 164 (התשמ"ה).

לשיקולי מדיניות דומים ביחס להפרדה שבין משפט פלילי לבין משפט אזרחי, ראו יששכר רוזן-צבי וטליה פישר "מעבר לאזרחי ולפלילי: סדר חדש לסדרי הדין" משפטים לח 489, 500-501 547-550 (התשס"ט).

176 יד מלאכי, כללי התלמוד, כלל תקפה: "בתר דכיללו לן בש"ס דהלכה כרב באיסורי וכשמואל ברדיני, הוא דמהדרו המפרשים למצוא טעם כעיקר למה זה ועל מה זה בכל מילתא דאיסורא פסקינן, כרב ובכל מילי דיני פסקינן כשמואל". בהמשך דוחה ר' מלאכי את הרצינול של הבקאות והמומחיות (המיוחס שם לר' אברהם בן מרדכי הלוי, גינת ורדים, אורח חיים, כלל ב, טו): "מפני שמצינו שהיה ר"מ סופר, נפסוק כוותיה בכל דיני דסופר? זו לא אמרה אדם מעולם! וצא ולמד מר' יוחנן, שהיה חכם גדול ובקי בטריפות [...] ועם כל זה, לא עלה בדעת שום פוסק לומר דהלכה כר' יוחנן בטריפות [...]". לדבריו, ההוכחה לכך שהכלל אינו מהותי אלא אקראי, היא יחסיותו ותחולתו המוגבלת: "דכללא דרב ושמואל לא אתמר אלא כד הוי חד לגבי חבריה, אבל אי איכא אמוראי אחריני דקיימי באיסורא כשמואל או בדיני כרב, יותר יש לסמוך אכללא דיחיד ורבים הלכה כרבים, מלסמוך אכללא דרב ושמואל". למגבלות נוספות על תחולתו של הכלל, ראו לעיל ג.1.

אף ששלושת הרציונלים של הכלל מתייחסים להפרדה שבין איסורא לבין ממונא, תפיסתם את ההפרדה היא שונה: הרציונלים הראשון והשלישי מניחים פער נורמטיבי ובידול מוסדי בין שני תחומי ההלכה. לפי ההצעה שברציונלים אלה, בכל דיון או שאלה הלכתיים נדרשת הבחנה קטגורית בין איסורא לממונא, שעל בסיסה יופעלו ההפניה המוסדית הראויה או שיקולי המדיניות המתאימים. לצורך הבחנה כזו נדרש הדפוס המהותי, המזהה על פי מאפיינים עקרוניים את התופעה, אם לאיסורא ואם לממונא.

הרציונל השני מניח תפיסה אחרת של ההפרדה שבין תחומי ההלכה, והוא מתמקד בהתאמה האישית שבין הסוגיה הנידונה לבין הפוסק הראוי לדון בה. מבחן ההתאמה חותר להכרעה אופטימלית בשאלה ההלכתית בהתחשב בכישוריו האישיים ובניסיונו המקצועי הייחודי של הפוסק. דפוס המיון המתאים למבחן זה הוא הדפוס הפרקטי, שעניינו הוא המתווה של הפסק וההשלכות המעשיות.¹⁷⁷

ד.3.ב טקסונומיה

גורם נוסף עשוי להיות שותף בעיצוב דפוסי הזיהוי וההבחנה שבין איסורא וממונא, והוא שאול מתורת המיון – הטקסונומיה. במסגרת זו מקובל להבחין בין שתי דרכי מיון עיקריות: לפי דרך אחת פרטים שונים נקשרים לקבוצה אחת, באמצעות אב־טיפוס העומד בראש הקבוצה. אב־הטיפוס מכיל את המרכיב החוזר ונשנה בפרטים שבקבוצה, ופעמים שהוא המקור של מרכיב זה. הפרטים ואב הטיפוס מתייחסים זה לזה כיחסם של ענפי עץ לשורשי ולגזעו. דרך מיון זו היא הטקסונומיה המדרגית (הלינאית), והיא מקובלת כדרך מיון בעולם הטבע ("המדרג של לינאוס").¹⁷⁸ בשיטת מיון זו ההנחה היא שפרט בעולם הטבע הוא חלק ממשפחה, שהיא עצמה תת־משפחה תחת משפחות הולכות ומתרחבות של תופעות טבע. הטקסונומיה המדרגית מארגנת את תופעות הטבע

177 שתי הדרכים המתוארות כאן, באשר להפניה של שאלה הלכתית לפוסק מתאים, מקובלות גם היום במערכות המשפט המודרניות. בחלק ממערכות המשפט מקובלת חלוקת תפקידים וסמכויות בין השופטים, שלפיה יש מן השופטים הדנים בתיקים הפליליים, לעומת אחרים העוסקים בתחום האזרחי, בדיני מיסים או בעניינים אחרים. דוגמה מובהקת לכך היא מערכת המשפט בצרפת. ראו: RICHARD J. TERRILL, *WORLD CRIMINAL JUSTICE SYSTEMS: A SURVEY* (2009) 155–159. במבנה כזה של מערכת המשפט, הפניית התיקים אל השופט המתאים (מבחינת תפקיד או סמכות), דורשת מיון והגדרת התחום של כל תיק או דיון. לפי דרך הפניה אחרת, תיק יופנה לשופט שהוא בעל כישורים אישיים מתאימים לדון בו. התאמה זו אינה מתייחסת לאפיון התיאורטי והכללי של תחום הדיון, אלא לתיק המסוים, להליך הכרוך בו ולהשלכותיו הפרקטיות.

178 A. J. Cain, *Taxonomy (Biology)*, *ENCYCLOPEDIA BRITANNICA*, at: britannica.com/science/taxonomy

בסדר היררכי עולה, מן הפרט ועד למשפחה היותר נרחבת. השייך של הפרט למשפחה הרחבה נעשה באמצעות התחקות אחר השורשים והיסודות המשותפים לכל הפרטים.

טקסונומיה אחרת היא סינופטית-השוואתית (טקסונומיה כללית). בדרך מיון זו נוטלים מגוון של תופעות בעלות מכנה משותף, ומעמידים אותן זו לצד זו, תוך אפיון של הדומה והשונה שבין התופעות.¹⁷⁹ אוסף התופעות הדומות יוצר קבוצה, ולצידה נוצרת קבוצה בעלת מכנה משותף אחר בין פרטיה. השייך של הפרט לקבוצה נעשה כאן באמצעות דמיון של הפרט לשאר פרטי הקבוצה.¹⁸⁰

ניתן לומר ששתי דרכי המיון הן ניגודיות זו לזו. הטקסונומיה המדרגית נעה מן הכלל אל הפרט. היא מגדירה אפריורית קבוצה, מעמידה בראשה אב-טיפוס, ולאחר מכן משייכת לקבוצה פרטים, המכילים רכיבים שהם הגורם המאפיין של הקבוצה. הקבוצה מוכללת בקבוצה מקיפה ונרחבת ממנה, וכך הלאה. מנגד, בטקסונומיה הסינופטית התנועה היא מן הפרט אל הכלל. תחילה נאספים הפרטים, על בסיס קווי-דמיון ביניהם. פרטים אחרים, השונים מן הראשונים והדומים ביניהם, מוצבים במקביל. כך, מתוך גבישי הפרטים, נוצרות קבוצות מקבילות שונות.¹⁸¹

ניתן להדגים את שתי דרכי הטקסונומיה באמצעות שיטות המיון השונות של מלאכות שבת. המיון של מלאכות שבת האסורות מן התורה, באמצעות אבות ותולדות, הוא דוגמה מובהקת לדרך הראשונה. במלאכות שבת האבות הם המלאכות שנעשו במשכן, והן מוגדרות לפי תכליתה של המלאכה. כל פעולה שתכליתה דומה, עשויה להיות תולדה של אותו אב.¹⁸² הטקסונומיה המוצעת כאן היא היררכית: המלאכה שבמשכן היא אב-הטיפוס, והיא מוגדרת לפי תכליתה. על בסיס תכלית דומה, ישויכו התולדות לאבות. מנגד, המיון התנאי של מלאכות שבת ויום טוב, האסורות מדברי חכמים, הוא דוגמה לדרך השנייה:

כל שחייבים עליו – משום שבות ומשום רשות משום מצוה – בשבת,
חייבין עליו ביום טוב.

Hendra Suryanto and Paul Compton, *Learning Classification Taxonomies from a Classification Knowledge Based System*, ECAI WORKSHOP ON ONTOLOGY LEARNING (2000). 179

PETER BIRKS (ED.), PREFACE TO ENGLISH PRIVATE LAW: ראו: על טקסונומיה במשפט, xxxi-xxxii (2000); Hanoach Dagan, *Legal Realism and the Taxonomy of Private Law*, in STRUCTURE AND JUSTIFICATION IN PRIVATE LAW: ESSAYS FOR PETER BIRKS 147, 154 (Charles Rickett & Ross Grantham eds., 2008). 180

רוזן-צבי ופישר, לעיל ה"ש 175, מכנים את הטקסונומיה הראשונה "פורמאלית" ואת האחרונה "פונקציונאלית" או "פרוצדוראלית" (בהקשרה של ההפרדה שבין המשפט הפלילי לבין המשפט האזרחי). ראו שם, בעמ' 525-526, 544-554. 181

"אבות מלאכות" אנציקלופדיה תלמודית כרך א, מה-מו, ובמיוחד בהערות 37-39. 182

ואלו הן משום שבות: לא עולים באילן ולא רוכבים על גבי בהמה ולא שטים על פני המים ולא מספקים ולא מטפחים ולא מרקדים.

ואילו הן משום רשות: ולא דנים ולא מקדישים ולא מחרימים ולא מעריכים ולא מגביהים תרומה ומעשרות [...] ¹⁸³

נאספו כאן מלאכות שונות שנאסרו כפרטים, והן גובשו לקבוצות שונות – מן הפרט אל הכלל: פעולות רשות לעומת פעולות מצוה. ¹⁸⁴

השלכתן של שתי דרכי המיון על תחומי ההלכה איסורא וממונא גוזרת את שני דפוסי המיון שתוארו לעיל. דרך המיון הראשונה מחייבת הגדרה מקדמית עקרונית של כל אחד מתחומי ההלכה, לפי מאפיינים ותווי זהות המייחדים אותו. כך נוצרים בנפרד תחומי ההלכה, וכך ניתן לשייך אליהם, לאחר מכן, תופעות הלכתיות ספציפיות. זו, כנראה, דרכם של בעלי התוספות. מנגד, לפי דרך המיון השנייה, כל תופעה הלכתית נבחנת לעצמה, על פי הנפקות הישירה שלה, ומסך כל התופעות נקבעים לבסוף תחומי ההלכה. אפשר, שכך נקטו הגאונים.

ה. סיכום

זהותו הדתית של המשפט העברי מקובלת על רבים. עם זאת, אמצעי הזיהוי והתבחינים של שיטת משפט דתית – אינם מוסכמים. חנינה בן-מנחם וברנרד ג'קסון, כל אחד בדרכו, מיקרו את הזיהוי בתופעות רחבות המאפיינות את המשפט העברי בכללו. ¹⁸⁵ מנגד, יש שהפנו את המבט לתופעות דתיות פרטיקולריות במסגרת ההלכתית. אחת מהן היא

183 משנה, ביצה ה, ב (עפ"י כ"י קויפמן). ובגיליון שם נוסף (לאחר "ולא מקדישים"): "ולא חולצין ולא מיבמין. ואילו הן משום מצוה לא מקדישין". ומסתבר שיש כאן דילוג מחמת הדומות (ולא מקדישים [...]) לא מקדישין, וכך הוא נוסח המשנה בכ"י פרמה (בלא הדילוג). ועיינו: אפשטיין, לעיל ה"ש 10, בעמ' 428, 1059; חנוך אלבק פירוש לשישה סדרי משנה ביצה, שם, השלמות ותוספות, בעמ' 484.

184 ראו גדליהו אלון "שבות, רשות, מצוה" תרביץ ז 135 התרצ"ו; שאול ליברמן תוספתא כפשוטה יום-טוב 1000-1002.

185 ראו: Hanina Ben-Menahem, *Is Talmudic Law A Religious Legal System? A Provisional Analysis*, 24 J. L. & RELIG. 379, 380-400 (2008); Bernard Jackson, *Judaism as a Religious Legal System*, in RELIGION, LAW AND TRADITION: COMPARATIVE STUDIES IN RELIGIOUS LAW 34 (Andrew Huxley ed., 2002); idem, *The Concept of Religious Law in Judaism*, 19 AUFSTIEG UND NIEDERGANG DER RÖMISCHEN WELT 33 (1979)

ההבחנה הרווחת בהלכה בין איסורא לבין ממונא. נטען כי תחומי הלכה אלה מייצגים, בהתאמה, את המרחב ה"דתי", ובמקביל לו את המרחב ה"משפטי" שבמשפט העברי.¹⁸⁶ במהלך הדברים שלעיל נמצאנו למדים שהעמדה האחרונה שנויה במחלוקת. מקרי הגבול ותופעות הכלאיים שבמרחב שבין איסורא וממונא הפיקו תפיסות שונות ביחס לתחומי ההלכה הללו. לפי תפיסה אחת, אותה ייחסנו לבעלי התוספות, ישנה הבחנה מהותית בין התחומים, וניתן לראותה כהבחנה שבין "דתי" ל"משפטי". הגאונים, כפי הנראה, דוחים תפיסה זאת. לדעתם, ההבחנה שבין איסורא וממונא היא פורמאלית, וזהותה נקבעת על פי המושא של הנורמה הנדרשה.

הדיון במקרי הגבול ובתופעות הכלאיים, אף שהוא מתייחס לשוליים הלכתיים, עשוי אפוא להשליך על שאלות יסוד הנוגעות לליבת ההלכה ולהליכים מרכזיים המתרחשים בה.

נספח (לה"ש 111): שמיטת כספים – בין איסורא לממונא

הלוואה הניתנת לעשר שנים אמורה להיפרע, בכל מצב דברים שהוא, לאחר השנה השביעית. האם חלה עליה שמיטת כספים, המפקיעה את החוב? התלמוד מציע שתי מסורות פסק של שמואל בשאלה זו:

אמ'ר רב יהודה אמ'ר שמואל: המלוה את חברו לעשר שנים – שביעית משמטו, ואע"ג דהשתא לא קרינן לא יגש, אתי לידי לא יגוש [...]

איכא דאמרי, אמ'ר יהודה אמ'ר שמואל: המלוה את חברו לעשר שנים – אין שביעית משמטו, ואע"ג דאתי לידי לא יגש, השתא מיהא לא קרינן ביה לא יגש.¹⁸⁷

לפי המסורת הראשונה, שמיטת כספים חלה על כל חוב שהוא בר-גבייה. אומנם בהלוואה בת עשר שנים מועד הפירעון חל לאחר השביעית, כך שהחוב אינו בר-גבייה בשביעית. עם זאת, הגבייה העתידית יוצרת, גם במהלך השביעית, יחסי נגישה בין הנושה לחייב. שמיטת הכספים מבטלת אפוא את יחסי הנגישה, ומפקיעה את החוב. לפי המסורת השנייה, שמיטת הכספים יכולה לחול רק על חוב שניתן לגבותו בפועל במהלך השביעית.

186 ראו לעיל ה"ש 2 וה"ש 38.

187 בבלי, מכות ג ע"א-ע"ב (עפ"י כ"י ירושלים, יד הרב הרצוג 1).

חילופי נוסח עיקריים: אתי לידי לא יגוש – מינכן 95: סוף אתי לידי לא יגוש | ואע"ג דאתי לידי לא יגש, השתא מיהא – מינכן 95: ואע"ג דאתי לידי לא יגש.

חוב, שמועד פירעונו חל זמן ניכר לאחר השביעית, אינו בר-נגישה בשביעית, וממילא אין צורך לשמוט אותו.¹⁸⁸ החוב עומד אפוא בעינו, והחייב יידרש לפרוע אותו במועדו.

בין הראשונים יש שהעדיפו את המסורת הראשונה. אחת ההנמקות לכך, מניחה ששמיטת כספים מסווגת כעניין איסורי, ולפיכך בספק בין שתי מסורות יש להעדיף את המחמירה, המחייבת לשמוט את החוב.¹⁸⁹ הנמקה אחרת מניחה, שלפנינו שאלת חיוב או פטור ביחס לפירעון חוב. שאלה כזו היא דווקא ממונית, ולפיכך בספק המסורות יש לפסוק בה לקולא לנתבע, כך שחובו נשטם.¹⁹⁰

רבים מן הראשונים העדיפו, מטעמים שונים, דווקא את המסורת האחרונה.¹⁹¹ כך גם פוסק הרא"ש, ולפי אחד משיקוליו, במחלוקת המסורות יש לפסוק לקולא, הואיל ובזמן הזה איסורי שביעית מחייבים רק מדרבנן.¹⁹² בהקשר זה, פסיקה מקילה משמעה שאין לחייב את הנושה לשמוט את החוב, ועל כן החייב נדרש לפרוע את החוב במועד, לאחר השביעית.

188 רש"י שם, ד"ה 'ואף על גב דהשתא' (במסורת הראשונה): "לא אמרי' כיון דלא קרינן ביה 'לא יגוש' לא קרינן ביה 'שמוט', דסוף אתי לידי 'לא יגוש', והכי משתמע ביה קרא: 'לא יגוש' – בזמנו 'את רעהו', 'כי קרא שמטה' – קודם לכן". ייתכן שברקע ההבדל שבין שתי המסורות עומדת השאלה אם שביעית מפקיעה את החוב (המסורת הראשונה), או שמא היא מחייבת את הנושה לשמוט את החוב ולא לגבותו בשביעית (המסורת השנייה). ראו שער המשפט סז, ס"ק א; דברי אליעזר, יא.

189 כך קובע רבנו אליהו באזהרותיו. על רבנו אליהו הזקן ממנש, ראו אברהם גרוסמן חכמי צרפת הראשונים 84-87 (התשנ"א). על אזהרותיו – ראו שם, בעמ' 98-102. דברי רבנו אליהו מובאים בתוספות, מכות שם, ד"ה "איכא דאמרי'".

זו גם דעת הר"ף, לדעת רבינו ירוחם, מישרים, נתיב ז, חלק א: "ורב אלפס לא הביא אחד מן הלשונות, נר' דפסק כליש' קמא בשביעית משמטה, דאיסו' הוא". לפי אפשרות אחרת, הר"ף נמנע מלפסוק בין המסורות, משום שלדעתו שמיטת כספים אינה נוהגת בזמן הזה בחו"ל. ראו המאירי, מגן אבות, טו (מנגד, ראו ריטב"א, מכות שם: "והתימה על הריא"ף ז"ל שלא כתב מכל זה כלום דהא איהו כתב במס' גיטין דשביעית נוהגת בזמן הזה").

לדעות נוספות המצדדות במיין האיסורי, ראו: רמ"ה (מובא בטור, חושן משפט, סז); ספר התרומות (עפ"י בית יוסף, חושן משפט סז, אות יט): "דמשמע להו דידיני שמיטה איסורא נינהו".

190 ריטב"א, מכות שם: "יש שפסקו הלכה כלישנא קמא [...] [דספיקא דמונא] חומרא לתובע וקולא לנתבע". ראו עוד: שו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן פה; שם, חלק ד, סימן מח.

191 כך פוסק רבנו חננאל. ראו תוספות שאנץ, מכות שם; אור זרוע, פסקי עבודה זרה, קכא. כך פוסק גם רבנו תם. ראו תוספות, מכות שם, ד"ה "איכא דאמרי'"; תוספות, בבא בתרא קמה ע"ב, ד"ה "ואין השביעית". בעקבות רבנו תם, ראו: פסקי רי"ד, מכות שם; פסקי ריא"ז, מכות שם; רא"ש, מכות פרק א, סימן ג. ראו עוד: משנה תורה, הלכות שמיטה ויובל ט, ט; רמב"ן, מכות שם; שו"ת הרשב"א, חלק ב, רכה.

192 רא"ש שם. קדם לרא"ש – רמב"ן, מכות שם: "דאמרינן דשביעית בזמן הזה דרבנן והלך אחר המיקל".

ר' יוסף קארו בוחן את הנחת היסוד הטקסונומית שברקע דברי הרא"ש: ונראה לי דטעמיה משום דשמטה איסורא הוא ומקילין דלא תנהוג, כיון דרבנן היא בזמן הזה, ונהי דנפקא מינה לענין ממונא והויא חומרא לתובע, מכל מקום כיון דבעיקרא דדינא לא אתי למיבעי אי מפקינן ממונא מהאי גברא, אלא לענין איסורא אי נהג השביעית או לא, לקולא נקטינן.¹⁹³

מן ההיבט הפרקטי, לפנינו עניין שבממון: "ונהי דנפקא מינה לענין ממונא". השאלה הנידונה, הלכה למעשה, היא אם החייב נדרש לפרוע את חובו בתום עשר שנים, לאחר השביעית. מאידך גיסא, מן ההיבט התיאורטי השאלה השורשית והיסודית היא איסורית: "דבעיקרא דדינא, לא אתי למיבעי אי מפקינן ממונא מהאי גברא, אלא לענין איסורא אי נהג השביעית או לא". השאלה "שבעיקר הדין" אינה הוצאת הממון מידי החייב, אלא תחולת דין שמיטה על המקרה שלפנינו. זו שאלה איסורית במובהק.¹⁹⁴ נמצא שגם בשביעית, כמו באונאה, ההתלבטות הטקסונומית היא בין פרקטיקה ותיאוריה, ובאופן אחר, בין מיון על בסיס שורשיה של המחלוקת לבין מיון המתייחס לאופייה של השאלה ההלכתית כפי שהיא נשאלה בפנינו.

193 בית יוסף, חושן משפט סז, ס"ק יג. לדיון בדבריו, ראו: שו"ת חוות יאיר, צד; שו"ת אחיעזר, חלק ג, פב; שו"ת יביע אומר, חלק ח, חושן משפט, סימן ב, אות ט; שיעורי ר' שמואל, מכות ג ע"ב, סעיפים קסא-קסד; שיעורי ר' נחום, גיטין לו ע"ב, סעיפים צא-צד.

194 ייתכן שעמדתו האיסורית של הרא"ש נובעת מתפיסתו, שאיסור הנגישה קיים במהלך השביעית, אף על פי שהחוב נשמת רק בסופה: "מפשטיה דקרא ילפינן דאין שביעית משמטת אלא בסופה, כדכתיב: 'מקץ שבע שנים תעשה שמיטה וזה דבר השמיטה', שאינו אלא בסוף השבע [...]. אבל מיד כשהתחלה שנת השמיטה אין בית דין בורקין לגבות שום חוב גם המלוה בעצמו אין לו ליגוש הלוה, דכתיב: 'לא יגוש את אחיו ואת רעהו כי קרא שמיטה לה' – מיד שנכנסה השמיטה לא יגוש". ראו רא"ש, גיטין, פרק ד, כ. הקדימה הכרונולוגית של איסור הנגישה עשויה להיות גם קדימה סיבתית. עיינו ר' דוד פוברסקי, שיעורי ר' דוד, מכות ג ע"ב, סעיפים רח, רכב, רלח.

הרמב"ם סבור, בניגוד לרא"ש, שהאיסור ושמיטת החוב הם סימולטניים. ראו משנה תורה, הלכות שמיטה ויובל ט, ד: "אין שביעית משמטת כספים אלא בסופה [...]. לפיכך הלוה את חבריו בשביעית עצמה גובה חובו כל השנה...".