

בין כד לחבית

ברוך ברזל

על המפתן

ראשית בניין בחפירה. טרם ייגש הבנאי להניח אריח ועוד אריח, לשום נדבך על גבי נדבך, ולבנות קומה על קומה, יכוף קומתו לחתור בקרקע ולהנמיך היסודות. אם לא יכרה ויחפור בסלע הקשה – סופו, שיתערער בניינו ויישח לעפר.

את לימודנו אנו נפתח בלבנה אחת – מקרה אחד, מחלוקת אחת – אשר תסלול לנו דרך אל עולם עמוק ויסודי של קונספציות משפטיות. נכה בקרדומינו בקרקע הקשה, נעמיק היסודות תוך ירידה לחקרם של שורשי הדברים, ננסה לבאר ולברר, ולחצוב בה, בקרקע, על מנת לחשוף את יסודותיהן של הסברות, ואת עיקריהן העיוניים. מהלבנה בה פתחנו נצמיח כותל, ועל הכותל נניח הקורה – דיוטה ועוד דיוטה, נחזה בבנייננו הלימודי נבנה ומתפתח ונעשה לבית שלם ומפואר – שורשיו איתנים בעומק הסברה, וכתליו מטוים השקפת עולם שלמה ומובנית, שתחילתה במקרה אחד, בלבנה אחת – באבן הפינה. בסוף מהלכנו הלימודי, עת הטרקלין שבנינו יעמוד איתן, נוכל להציב את דלתותיו, ולהניף המרית על קירותיו, ולקבל תמונה שלמה ועמוקה של השקפת העולם, שבין אבניה משתלבת אותה הלבנה.

אבן הפינה

את עיוננו נפתח במשנה הראשונה בבבא קמא פרק שלישי:¹

המניח את הכד ברה"ר, ובא אחר ונתקל בה ושברה – פטור, ואם הוזק בה – בעל החבית חייב בנזקו.

הבעייתיות הלשונית שבמשנה בולטת מיד לעין – החילוף בין הכד לבין החבית – ועל כך מעירה הגמרא מיד:

פתח בכד וסיים בחבית!²

1 תלמוד בבלי מסכת בבא קמא דף כז עמוד א.

2 שם.

בין כד לחבית

נוסף על משנתנו מונה הגמרא שתי משניות נוספות, אף הן בפרקנו, בהן נעשה שימוש לסירוגין במילים כד וחבית, ומציעה לפשר את הקושי באמצעות הבחנתו הלשונית של ר' פפא – "היינו כד היינו חבית". אלא, שהגמרא אינה מייחסת לאמירה זו משמעות לשונית בלבד, ואף מבקשת לעמוד על השלכותיה ההלכתיות:

אמר רב פפא: היינו כד היינו חבית, למאי נפקא מינה? למקח וממכר. היכי דמי? אילימא באתרא דכדא לא קרו חבית, וחבית לא קרו כדא, הא לא קרו לה! לא צריכא, דרובא קרו לה לכדא כדא ולחביתא חביתא, ואיכא נמי דקרו לחביתא כדא ולכדא חביתא, מהו דתימא זיל בתר רובא, קמ"ל, דאין הולכין בממון אחר הרוב.³

נבאר את הדברים. החידוש בכך שהמושגים כד וחבית הם זהים הוא לעניין מקח וממכר. לפיכך, במקרה שבו הקונה דרש חבית, וטוען בבית דין טענת הונאה על רקע זה שקיבל כד – אין טענתו מתקבלת. אותו חפץ הנקרא על ידך כד ולא חבית – ייאמר לו – נחשב אף הוא כחבית, והמוכר, אשר סיפק לך חפץ זה עמד בדרישות המקח! על פי חוקי המקח, אם כן, אין אנו מדקדקים עד כדי כך להבחין בין כד לבין חבית, ולכן – היינו כד היינו חבית. אולם, החידוש הנ"ל אינו מספק את הגמרא, והיא מנסה לעמוד על היקפו, ולבחון באיזה מקרים הוא ייושם. והרי, במקום שבו הכל מבחינים בין כד לחבית, טוענת הגמרא, אין מקום כלל לדברי ר' פפא – הן, ברור שכד וחבית – דברים שונים הם בעיני בני אותו מקום. ובמקום שבו הכל מזהים בין השניים, מה חידוש יש בדברי ר' פפא. נמצא, אם כן, שר' פפא כיוון את דבריו למקום, אשר לשון הדיבור הרווחת בין תושביו מבדילה בין כד לבין חבית, אולם נמצא בו גם מיעוט הקורא לכד חבית ולחבית – כד. בזה המקרה חידש ר' פפא, שעל אף הנטייה לילך אחר הרוב, אנו נחשוש למיעוט ונאמר – "היינו כד היינו חבית", שכן בממון – "אין אנו הולכין אחר הרוב!"

כריית היסודות:

קשה להלום, בקריאה ראשונה, את האופן, שבו מבארת הגמרא את דברי רב פפא.⁴ הכרעתו, שלא לילך אחר הרוב נוגדת את הסברה הטבעית, ומשאירה את הלומד תמה: האין זה מסתבר להכריע בשאלתנו על ידי רוב – בדיקת משמעותן הרווחת של המילים כד וחבית? ! מה ראה, אם כן, ר' פפא להניח את הרוב, ולפסוק על פי המיעוט? ואפילו יהי הדבר, שהרוב הוא הקל שבשיקולים, כלום לא יהיה בו כדי להטות את המאזניים לעברו, באין כל משקל בכף שכנגדו!

3 שם.

4 אי ההליכה אחר הרוב אינה מגוף דברי ר' פפא, כי אם מסקנת הסתמא דגמרא מדבריו. אנו נתייחס כאן ולהלן, בשם הקיצור, אל הדברים כאילו הם דברי ר' פפא ממש, ולא נשתמש בניסוחים מסורבלים ומאורכים.

בכך לא תמו הקושיות, שכן המעיין בסוגיא יגלה קושי בסיסי עוד יותר בדברי ר' פפא. מסקנתו, כי אין הולכין אחר הרוב בממון, נוגדת את דרכה של הגמרא, אשר מכלל סוגיותיה משתמעת במפורש הנטייה לילך אחר הרוב. ואף אם אין אנו שואפים ליישר כל שוחה של אי התאמה הנכרית בין סוגיות הש"ס, הרי שבנידון דידן נראה דחוק לאמר, שר' פפא חולק על כלל כה יסודי בש"ס, אשר לא מצינו דעה המוציאה עצמה ממנו. הן, לא נעלה על דעתנו, שר' פפא יישם את שיטתו, שאין הולכים בממון אחר הרוב, ויאמר, שבית דין, הפוסק בדיני ממונות, לא יפסוק את פסקיו על פי רוב דיינים!⁵ ובאמת, דבר מוסכם הוא ומקובל על הכל, שהכרעות בית דין נפסקות ברוב, מתוקף זה הכלל ממש – שהולכין אנו אחר הרוב. רבים הראשונים, אשר התקשו בזאת. אנו נסתפק בלשונו של התוספות בסוגייתנו:

קמ"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב – תימה מה טעם אין הולכין ליתי בק"ו מדיני נפשות כדאמרין בפ"ק דסנהדרין: ור' יאשיה מייטי ליה בק"ו מדיני נפשות – ומה דיני נפשות דחמירי אמר רחמנא זיל בתר רובא דיני ממונות לא כ"ש...⁶

עיון בסוגיות המקבילות לסוגיתנו יש בו כדי לשפוך מעט אור על הענין, אך כפי שנראה, בחושפו טפח של פתרונות, יכסה הוא מעיננו טפחיים בקושיות שיעורר. כללו של ר' פפא מוזכר בעוד מקרה אחד בתלמוד, בסוגיא המופיעה פעמיים בש"ס. כפי שנראה, הסוגיא דנה במקרה הדומה מאוד לשלנו:

איתמר: המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, רב אמר: הרי זה מקח טעות, ושמואל אמר: יכול שיאמר לו לשחיטה מכרתיו לך... רב אמר: הרי זה מקח טעות, זיל בתר רובא, ורובא דאינשי לרדיא (חרישה) הוא דזבני; ושמואל אמר: יכול שיאמר לו לשחיטה מכרתיו לך, ולא אזלינן בתר רובא, כי אזלינן בתר רובא – באיסורא, אבל בממונא לא אזלינן בתר רובא, אלא המוציא מחבירו עליו הראיה.⁷

הדמיון בין הסוגיא הנ"ל לסוגייתנו בולט. בשתייהן מדובר בחוסר הבנה, או בחוסר הסכמה הנפער בין המוכר ללקוחו בנוגע לתנאיו של מקחם. בשתי הסוגיות נסיון ההכרעה, בחיפוש אחר ההבנה או הפרשנות הנכונה יותר לאותו המקח, הוא על פי שיקול הרוב: בויכוח שבו פתחנו – המחשבה היא לפסוק את הדין תוך בחינת המשמעות הרווחת של המילים כד וחבית, ובסכסוך הנוכחי – תוך אומדן הכוונה המקובלת של מרבית האנשים בקנייתם שור. אולם סוגיית השור בכל זאת תוכל לפשור לנו מעט מן השאלות אשר דלינו מעומקה של החבית.

5 יש מקום להבחין בין שני סוגי הרוב – רוב דיינים, העומדים להצבעה, ורוב סטיסטי כדוגמת זה שישנו לפנינו, אולם בכל הש"ס זוקקים את כל סוגי הרוב השונים ולומדים מזה לזה. ואין זה מעניננו להאריך בנושא זה כאן.

6 תוספות, מסכת בבא קמא דף כז עמוד ב ד"ה: "אין הולכין בממון".

7 תלמוד בבלי, בבא קמא דף מו עמוד א.

בין כד לחבית

ראשית, מלמדת אותנו סוגיית השור, שמה שנאמר, שאין הולכין אנו אחר הרוב בממון, אינו אלא דעת שמואל, ואילו רב חולק עליו לאמר, שאף בממון נזקקים לרוב. שנית, מלמדת אותנו הסוגיא מהו העיקרון הפסיקתי, המונח בכף המאזניים ומכריע את משקל הרוב:

ושמואל אמר: יכול שיאמר לו לשחיטה מכרתיו לך, ולא אזלינן בתר רובא, כי אזלינן בתר רובא – באיסורא, אבל בממונא לא אזלינן בתר רובא, אלא המוציא מחבירו עליו הראיה.⁸

השיקול, אם כן, שבעקבותיו אנו בוחרים לפסוק נגד נטיית הרוב, הוא המוציא מחברו עליו הראיה – עיקרון זה מביאנו לפסוק לטובת המוכר, חרף היות הרוב לרעתו, כיוון שהוא המוחזק.

בדיקת שתי הסוגיות עזרה לנו לגבש הבנה מעמיקה ושלמה יותר של נושאנו – היא הרחיבה את יסודות תפיסתנו בעניין, אך, כפי שנראה, תתבע מאיתנו גם להעמיק את חפירתנו בקרקע הקשה, ולהעלות קושיות נוספות.

כצעד ראשון, עלינו לברר את פשר הדיוק, לפיו כנגד שיקול הרוב, העומד לצד הלוקח, ניצבת המוחזקות של המוכר. לפי מרוצת העיון, מסתברים הם הדברים: הרוב הינו שיקול העומד לצד הלוקח, אולם אין הוא שיקול חזק דיו על מנת שנוציא על פיו ממון. בעיון יסודי יותר, הדבר מעורר שאלה קשה – עלינו לברר מהי בדיוק הראיה אותה נדרש המוציא להביא?! לעומקה של השאלה יש לבאר עיקר חשוב בעניין המוציא מחברו עליו הראיה. כלל אלמנטרי זה מהווה דרך לפשור ספקות משפטיים, באין פתרון אחר. אולם לא בכל סוג של ספק נוכל להפעילו – את הכלל ניישם רק בספקות שאופיים מציאותי, ספיקות המתיחסים לעובדות. ובאמת כך הן מרבית הסוגיות המשפטיות, הניצבות בפני הדיינים, בהם ויכוחם של הצדדים דן בתיאור העובדות – זה אומר מנה לי בידך, וזה אומר לא היו דברים מעולם, זה אומר גזלת פרותי, וזה אומר – לא, כי אם קניתיה – הויכוח מוסב על פרטי המקרה ועל עובדותיו, ובית הדין, בפסיקתו, פונה אל התובע ואומר לו: הבא ראיותיך! טוען אתה שפרה שביד חברך גזולה היא – הבא עדים וטול. הראיות הדרושות, אם כן, מהתובע הן כאלה שתוכלנה לתמוך את המציאות שלקיומה הוא טוען – ראיות המבססות עובדות. אולם הסכסוך שבפנינו מציג לדיינים ספק מסוג אחר. העובדות בו אינן שנויות במחלוקת – הן מקובלות על שני בעלי הדין. האחד קנה שור, בלא שפירט לאיזו מטרה קנאו – חרישה או שחיטה – וחבירו סיפק לו שור, שאינו ראוי אלא לשחיטה. הספק המתנוסס לעיננו, הינו ספק הלכתי, ספק בעל אופי חוקי, בהגדרת המשמעות הקניינית של שור – זהו ספק של דיינים! ראיות מציאותיות אינן מעלות ואינן מורידות כאן, שכן המציאות היא מוסכמת. וכי מה ראיה יש לו לתובע

להביא – יביא עדים שהלכה כשיטתו? או שמא יוכיח לדיינים, בראיות למדניות שהחוק המשפטי לצידו!

אם כן, ההסתפקות שבפינו הינה הלכתית-משפטית, ולא עובדתית – היא מסורה, לכן, לדיינים, ואלו יידרשו לראיות משפטיות כדוגמת שיקול הרוב – שהוא שיקול פסיקתי הנתון לידי של הפוסק: היות ורוב הקונים, קונים שווריהם לחרישה – יאמר – ולא לשחיטה, יש לפסוק, בספק החוקי שבפנינו, כי המוכר שור לחבירו סתם – יספק לו שור העומד לחרישה. ההליכה אחר הרוב היא שיקול המסור לדיינים, בשבתם כמחוקקים המכריעים בספקות הלכתיים, וכיון שהפולמוס שבדידנו אינו מציג ספק מציאותי אלא דווקא ספק חוקי – שוב אי אפשר לאמר בו המוציא מחברו עליו הראיה. ותמיהתנו, מה ראו ר' פפא ושמואל לפסוק שלא על פי הרוב, שבה למקומה!

הקומה הראשונה:

מבואה:

כדי להשיב על השאלות שפתחנו, ולהבין את פשר דעתם של ר' פפא ושל שמואל, נתחקה בתחילה אחר יסודותיה של ההליכה אחר הרוב, ונסה להבין מדוע הולכים אנו אחר הרוב בכל מקום. כזכור מסוגיית המוכר שור, אף שמואל מודה, שבדיני איסור והיתר יש תוקף לרוב:

ושמואל אמר: יכול שיאמר לו לשחיטה מכרתיו לך, ולא אזלינן בתר רובא, כי אזלינן בתר רובא – באיסורא, אבל בממונא לא אזלינן בתר רובא, אלא המוציא מחבירו עליו הראיה.⁹

מדוע, אם כן, נלך אחר הרוב בדיני איסור?

ההסבר הוא לכאורה פשוט – הרוב פושר לנו ספיקות, ומאפשר לנו להחליט, על פי כללי ההסתברות הסטטיסטית, מהו טיב המקרה העומד בפנינו. כך נאמר, לדוגמה, כי חתיכת בשר שנמצאה ברחוב, בו רוב החנויות נושאות הכשר, תותר לאכילה, שכן הרוב מוכיח לנו, גם אם לא מעל לכל ספק, שחתיכת בשר זו – אף היא כשירה. סביר יהיה לאמר, כך ינומק הפסק ההלכתי, שחתיכת הבשר שנמצאה, נקנתה באחת מהחנויות הכשירות, שהרי אלו רבות מהחנויות הטריפות.

אולם נראה, שהסבר זה לא יעמוד לנו כאשר נרד לעומקם של הדברים. כך, למשל, נתקשה להיתלות בו בבואינו לבאר את החידוש המפתיע, שמזמנת לנו הגמרא במסכת כתובות:¹⁰

9 שם.

10 תלמוד בבלי, מסכת כתובות דף טו עמוד א.

בין כד לחבית

תשע חנויות, כולן מוכרות בשר שחוטה ואחת מוכרת בשר נבלה, ולקח מאחת מהן ואינו יודע מאי זה מהן לקח – ספיקו אסור, ובנמצא – הלך אחר הרוב!

ההלכה מבחינה בין שני מקרים דומים. בשניהם ישנו ספק ביחס לכשרותה של חתיכת בשר, ובשניהם שיקול הרוב קורא להכשיר את החתיכה. השוני בין המקרים הוא במסלול בו התגלגל לידינו הספק: במקרה הראשון הספק נולד כתוצאה משכחה – בעל החתיכה שכח מאיזו חנות רכש את הנתח שבידו, ובו פוסקת הגמרא כי הבשר אסור – אין להסתמך על הרוב! המקרה השני, בו כן פוסקת הגמרא לילך על פי הרוב, נבדל מהראשון בכך, שהספק ביחס לבשר לא התעורר בו כתוצאה משכחה, אלא כתוצאה ממצאה – מחזיק הבשר מצא את החתיכה, ואינו יודע היכן נקנתה.

ההגיון המתמטי שהגינו לעיל לא יוכל לבאר את החלוקה שעושה הברייתא בין ספק שכחה לספק מציאה. ההנחה הסטטיסטית, שניסחנו, לפיה גדולים סיכויי של פרט להשתייך לקבוצת הרוב, אינה תלויה בנסיבות שהובילו לספק ביחס לאותו פרט. ההבחנה בין מציאה לשכחה אינה רלוונטית – שהרי סוף סוף הסיכויים לכך שמקור הבשר הוא בחנות כשירה זהים בשני המקרים. אופן הגעתו של הספק לידינו אינו מעלה ואינו מוריד! מה ראתה, אם כן, הברייתא להבחין בין שני המקרים?

דומני, שעל מנת להבהיר את דין עשר החנויות, יהיה עלינו להניח מחדש את יסודות ההליכה אחר הרוב. עד עתה שקלנו את השיקול הסטטיסטי: בפנינו עמדה קבוצת איברים – עשר החנויות – ואיבר שאנו מסופקים ביחס למוצאו מאותה קבוצה – חתיכת הבשר, שאין אנו יודעים מאיזו חנות באה. כדי להשיב על השאלה, מאיזו חנות פרשה אותה חתיכה, פנינו לניתוח של קבוצת האיברים הבסיסית, וכיוון שראינו שרוב האיברים בקבוצה משווקים בשר כשר – תשע החנויות הכשרות – ורק מיעוטם מוכרים בשר טרף, היסקנו באמצעות לוגיקה הסתברותית, שהאיבר המסופק אף הוא כשר. "כל דפריש – מרובא פריש" – הוה אומר, כל הפורש מקבוצת איברים מסויימת – פרש מפלג הרוב שבה. זוהי ודאי צורת התייחסות נכונה מן הבחינה המתמטית, אולם ייתכן שבתרגומה לחשיבה הלכתית יהיה עלינו לאמץ צורת ניתוח שונה.

נתמקד בנתח הבשר עצמו: ידוע לנו כי מקורו באחת החנויות שברחוב. כמו כן אנו יודעים כי תשע מהחנויות כשירות, ורק אחת טריפה. עתה ניגש לבחון את זהותה ההלכתית של חתיכת הבשר בפני עצמה – זוהי חתיכת בשר שגדולים סיכוייה להיות כשירה, ניתן לאמר שהיא קרובה לכשרות ורחוקה מטריפות. הפסיקה ההלכתית ביחס לבשר מעין זה, הקרוב לכשרות, היא שהוא מותר לאכילה – הוא כשר. אין אנו נזקקים כלל להשיב לשאלה, היכן נקנה הבשר. תשובתינו לשאלה הנ"ל היא, שאנו לא יודעים מאין בא, אלא רק שקרובים סיכויי לבוא ממקום כשר. החידוש בהליכה אחר הרוב, לפיכך, הוא שחתיכה הקרובה לכשרות מותרת היא באכילה כחתיכה

כשירה. אין הרוב מוכיח מאין באה החתיכה, שהרי הרוב אינו בירור חזק דיו על מנת להוכיח את אמיתותה של מציאות מסויימת, אולם יש לו הכוח, לשיקול הרוב, לקבוע את זהותה ההלכתית של החתיכה. נעשה הדבר כאילו אמרה תורה, שבשר "שרובו כשר" – כולו כשר, ומותר הוא באכילה. הרוב, שעל פיו אנו פוסקים, אינו מוכיח – הוא מכריע!

את דין עשר החנויות הקשה, נוכל כעת לפצח, אם נברר לעצמינו את טיבו של הספק, שהוא מציב בפנינו. חתיכת בשר בלתי מזוהה נמצאה ברחוב, ואנו מסופקים באשר לכשרותה. בפנינו שאלת איסור והיתר, המוסכת על מעמדה ההלכתי של חתיכת הבשר – המותרת היא או אסורה היא באכילה? זוהי שאלה בעלת אופי הלכתי, המבקשת מאיתנו, כפוסקים, הכרעה פסיקתית. לאור הבירור שערכנו לעיל, נבין על נקלה, כי שיקול הרוב יכול להכריע בספק כעין זה, ואכן הבשר יותר מפאת רוב החנויות הכשירות.

אולם כיצד נתייחס לאדם הבא אלינו כשבפיו השאלה הבאה: יודע אני שלקחתי חתיכה זו מאיזו מבין החנויות, אולם אין אני זוכר מאיזו? השאלה הניצבת בפנינו אינה הלכתית, זוהי שאלה המבקשת לברר מציאות – מאיזו חנות נלקחה החתיכה! מובן, שגם במקרה הקודם, ניתן היה לנסח את השאלה כך, שהיא תישמע כשאלה מציאותית, אולם לא היינו מחוייבים לנסחה באופן הזה, ואנו, כפוסקים, איננו מוכרחים לרדת לשורשה של כל שאלה המגיעה אלינו. בשאלת השוכח, לעומת זאת, אין לנו מנוס מלהשיב לשאלה שאופיה מציאותי, ולא רק הלכתי. אם כן, מאיזו חנות נלקחה החתיכה? הרוב, על אף שהוא נותן עדיפות סטטיסטית למציאות אחת על פני השנייה, אינו מוציא אותנו מן הספק – האפשרות שהבשר נלקח מן החנות הטריפה עדיין קיימת, חרף מיעוט הסיכויים. להחלטה בשאלות מציאותיות דרושה הוכחה ולא הכרעה – את זה, כאמור, אין הרוב יכול לספק.

לסיכום, נוכל כעת לבנות את תפיסתנו, על יסודות איתנים יותר, בהבנת דין ההליכה אחר הרוב ומגבלותיו. הרוב אינו מתיר ספיקות, אדרבא הוא מותר אותנו בהם – אין הוא מוכיח לנו דבר, שכן אפשרות המיעוט, היא למרות הכל אפשרות אפשרית. אולם בשאלות, שאופיין הוא הלכתי ולא מציאותי, כגון שאלות איסור והיתר, יש בו כוח, ברוב, לעשות את הספק לוודאי – "אחרי רבים להטות": התורה חידשה, שדי שיהיו קרובים סיכוייה של חתיכה להיות כשירה על מנת שנתירה. אין לנו בעצם ספק, אלא מקרה ידוע ומבורר – חתיכת הבשר שבפנינו היא קרובה לכשרות, והתורה אמרה: הלך אחר הרוב – כלאמר התר אותה באכילה. עיקרון זה – ניתן ליישמו רק היכן שהספק העומד להכרעה הוא הלכתי באופיו, אך לא היכן שהוא מציאותי – שם תיררש הוכחה, והרוב, כאמור, אין הוא הוכחה כלל.

צורת החשיבה שנפרשה לעיל מוצאת את ביטוייה בעוד סוגיות רבות. דומני, שהדברים ברורים דים, גם מבלי שנצטרך לתומכם ממקורות נוספים, ולכן על מנת

בין כד לחבית

להשלים את דיוננו בעניין, נסתפק רק בעוד מקור אחד, האומר את הדברים בצורה הנחרצת ביותר. את האמירה המפורשת נוכל למצוא ברא"ש, המכניס ראשו במחלוקת ראשונים ידועה: נקדים ראשית, שמוסכם הוא על הכל, שחתיכת בשר טרף שנתערבה בשתי חתיכות כשירות בטלה היא ברוב. המחלוקת דנה בדינו של אדם, שאכל את כל שלושת החתיכות שנתערבו בקדירה? והנה, נוטה הדעת לחייבו בלא ספק, שכן ודאי אכל הוא טריפה! אולם הדיון הערוך לעיל יוכל להציע לנו גישה שונה – אין כאן שאלה מציאותית כי אם הלכתית, הבשר שכבר הוכשר על ידי רוב, אינו טרף עוד. זהו ודאי בשר טרף מצד העובדות, אך זהו גם בשר המותר באכילה מן הבחינה ההלכתית. דבריו של הרא"ש מבטאים זאת בצורה מפתיעה, אשר רק לאור המהלך שניסחנו לעיל יובן פשרם:

... אלא משום דגזירת הכתוב הוא, דכתיב: "אחרי רבים להטות", הלכך חד בתרי בטל, ונפהך איסור להיות היתר, ומותר לאוכלן אפילו כולן כאחת!...¹¹

הטרקלין:

האם ניישם את הכלל, הלך אחר הרוב במקרה של חילופי הכד בחבית? או בוויכוח אודות השור הנגחן?

הבירור, שערכנו לעיל, יוכל להאיר לנו גם את פשרה של מחלוקת רב ושמואל, וגם את שיטתו של ר' פפא, שכן הכרעתו של הספק המשפטי, שחשפו בפנינו סוגיות אלו, על ידי רוב, תלויה בהבנת טיבו של הספק. אבאר את הדברים: עד עתה, התייחסנו אל ענינו כאילו דן הוא בספק משפטי – הגדרתו של חפץ נתון ככד או כחבית מבחינה חוקית, או איבחנונו של שור נגחן כעומד בסטנדרט של סתם שוורים העומדים למכירה. בהיותו של הספק בעל אופי הלכתי-משפטי, ברור היה לנו כי הדרך להכרעתו היא על ידי רוב – הן דבר סבור וגמור הוא לקבוע סטנדרטים קנייניים על פי מחשבת הרוב.

אולם תיתכן גם השקפה שונה על אופיו של הספק דנן – השקפה הרואה בו ספק בעל אופי מציאותי-עובדתי. לפי צורת הסתכלות זו, אין מבוקשנו להכריע את הסטנדרט המשפטי המגדיר חבית או שור, אלא רצוננו להתחקות אחר כוונתם של בעלי הדין. הלוקח, על פי הסבר זה, אינו טוען כי הכד אינו חבית, או כי השור הנגחן איננו שור הראוי למכירה. תחת זאת הוא טוען, שכשגמר בדעתו לקיים את המקח, שיווה בדעתו לקבל מוצר שונה משקיבל בפועל. לא לכך נטרציתי, הוא טוען – כשתקעתי את כפי בהסכם זה, אמרתי בליבי לקבל תמורה שונה משבפועל קיבלתי. טענת הלוקח אינה כי הסחורה לא עומדת בתקן, אלא שהמקח בטל כי לא הייתה מצידו גמירות דעת.

11 רא"ש למסכת חולין, פרק גיד הנשה, סימן לז.

ניתוח זה של ההתדיינות המשפטית בין המוכר ללקוח, עוטה את המקרה בלבד שונה לחלוטין. בפנינו וויכוח משפטי הנסוב על עובדות. למה התכוון הלקוח באומר לקנות חבית? האם גמר בדעתו גם לחפץ שקיבל בפועל, או שמא מקפיד הוא בין כד לחבית? הדבר תלוי למעשה בשאלה עובדתית: מאיזה פלג חברתי פרש הקונה, אם מן המיעוט המזהה בין כד לחבית, אם מן הרוב המבחין בין השניים. זוהי, כאמור, שאלה עובדתית-מציאותית! שאלה, שאין דרכנו להכריעה באמצעות רוב.

גם את התביעה המשפטית בעניין השור נוכל לנתח בדרך זו: הלקוח התובע, טוען כי בעיני רוחו ראה שור הרתום למחרישה והנושא בעול, ולא את זה הנגחן שקיבל, המובל אל בית המטבחים. אם צודק הוא הלקוח, הרי שזכאי הוא בדין, שכן אין מקח בלא גמירת דעת. והנה, הדבר תלוי אף הוא בין שני צדדיו של ספק מציאותי – האם השתייך הקונה, ברכישתו את השור, למיעוט הקונים שוורים לשחיטה, או שמא סבר בעת הקניה, כפי שסוברים רוב הקונים – לקנותו דווקא לחרישה.

סברתו של שמואל נחלצת כעת מסבך הקושיות שהיטחנו בה בתחילת דרכנו. נציג את הדברים, ובכך נסכם את אשר אמרנו עד כה אודות מחלוקת רב ושמואל:¹² המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן –

רב: כיוון שרוב הקונים – לחרישה הם קונים, יכול הקונה לתבוע את המוכר, ולטעון לביטול המקח. רב רואה בתביעה זו, ויכוח חוקי אודות מעמדו המשפטי של שור נגחן – הממלא הוא אחר התקן של שוורים הנמכרים בשוק, אם לאו? קביעת הסטנדרט החוקי נעשית, בפשטות, על פי רוב. נטיית רוב הקונים מכריעה – שור זה אינו קביל לפרוע בו את התחייבות המוכר לספק שור ללקוחו!

שמואל: כללית, נכון הוא הדבר, שהולכים אנו אחר הרוב, כגון באיסורא – שם כבר ביארנו, שהרוב אינו מוכיח את אמיתותה של אפשרות אחת מבין מספר אפשרויות, אלא קובע או מכריע את עמדת ההלכה במציאות הנתונה. אולם, במקרה דנן, נדרשת הכרעה בין אפשרויות מציאותיות – בירור העובדות. שכן, להבנתו של שמואל, השאלה העומדת על הפרק היא – למה התכוון הקונה בעת שרכש את השור? לפסיקה בשאלות מציאותיות נדרשת ראייה, ואת זאת, כאמור, אין הרוב יכול לספק. ממילא יפסוק שמואל כי אין ללכת אחר הרוב, אלא המוציא מחבירו עליו הראייה! אין זו ראייה, יאמר הדיין לתובע, הטוען כי הרוב לצידו, וממילא, כיוון שחובת הראייה עליו, כמוציא, יפסיד הוא את הדין. באיסורא, כפי שנתבאר,

12 אין אני רואה צורך לסכם את הדברים גם בשיטת ר' פפא, דומני שהסיכום אודות רב ושמואל די בו כדי לבאר את הדברים, והקורא ישלים ויבין בשום שיכלו להשליםם.

בין כד לחבית

עומד הצורך בהכרעה הלכתית, ואף שמואל מודה, שיש לרוב הכוח להכריע.

ניתוח זה פותר לנו גם את קושיית בעלי התוספות, שכזכור נודעקו על שבכל הש"ס מצינו, שהולכין והולכין אחר הרוב, ואף בממון! עתה, מובן לנו הדבר, שאכן ההליכה אחר הרוב ברורה היא לכל, בין באיסור ובין בממון. ובאמת, כפי שצינו לעיל, רק בשני המקרים שעליהם דיוננו, נאמר שלא לילך אחר הרוב. מקרים אלו מתייחדים ביכולת לנתחם הן כמייצגים ספקות הלכתיים, והן כמייצגים ספקות עובדתיים. המחלוקת, אם כן, אינה אם הולכין אחר הרוב או לא – מוסכם על הכל הוא שהולכים – אלא בהבנת טיבם המשפטי של סכסוכי הקנין שבנדון.

הקומה השניה:

כבר ביארנו, שמחלוקת רב ושמואל נובעת מניתוח שונה של טיב הספק, הניצב לעיניהם של הדיינים. עתה, ננסה להעמיק חקירת יסודותינו, ולבנות דיוטה נוספת לבנינו הלימודי, במטרה לזכות בהבנה שלמה יותר של מחלוקת רב ושמואל, תוך שנחשוף את שורשיה. מהו שהביאם להשקפתם האמורה ביחס למקרה הנדון? אילו עיקרים משפטיים מצמיחים את תפיסתם השונה?

המבואה:

לצורך חקירתנו נעזר בדיון אודות מקרה, השונה ממה שראינו עד כה – דרכו נבין עיקרון חשוב, שיסייע לנו בהמשך מהלכנו. נברר לעצמנו מהי עמדתנו (האינטואיטיווית) ביחס למקרה הבא:

אדם מסויים טבע את חתימתו על שטר, המחייב אותו באיזה חיוב שהוא. משנתבע לשלם את חובו על פי הכתוב בשטר, נענה ואמר, שבחזמתו על השטר, כלל לא קרא את הכתוב בו, וכי מעולם לא הייתה כוונתו לקיים את האמור בין שורותיו.

דומני, שלא אטעה אם אשער, שכל שהתגלגל לידו מקרה שכזה, פסק הוא בלא שהות רבה (ולדעתי בצדק רב) לחובת החתום בשטר. קשה לנו מאד לחוש כלפיו אמפטיה משפטית כלשהי, ונטייתנו, המלווה אף בקורטוב של זעם על האדם הנדון, היא לאמר כי השטר מחייב, וחוסר קפידתו של החותם לעיין בכתוב בו אינה מעלה ואינה מורידה. איהו הוא דאפסיד אנפשיה!

עם זאת, יש לשער, שאם נצבע את הסיפור בצבעים מעט פחות עזים, ונעניק לו גוון פחות מחוצץ, נגלה שהתייחסותנו משתנה:

נשווה בנפשנו אישה זקנה וערירית, שהכסף אינו מצוי בכיסה, ושהיא אינה מצויה בעסקי כספים, אשר חתמה אף היא על שטר, בלא שידעה ושהבינה את מלא המשמעות של סעיפיו הכלכליים. והנה, אשה דלפונית זו נתבעת בפנינו לדין, והתובע מבקש לקטוף את פירות סעיפיו של השטר, עד האחרון שבהם. מנגד, מצווחת הזקנה ואומרת,

ברוך ברזל

שלא לכך נתכוונה כשחתמה על השטר, ואילו ידעה לקרוא באותיות הקטנות, ולנתח את השלכותיהן – לא הייתה מכניסה ראשה בהתחייבות שכזו.

כמובן, גם במקרה זה, כמו בקודמו, נוכל לטעון בקרירות, שהיה על האשה לברר היטב את משמעות המסמך, בטרם חתמה עליו. אולם, יקל עלינו הרבה יותר למצוא בליבנו אהדה לאשה אומללה זו. רבים מהפוסקים באופן נחרץ לחיוב במקרה הראשון, יטו, כך ניתן לשער, לזכות במקרה השני (ובכל אופן, גם אם יחייבו, לא יהיו נחרצים כבתחילה). אנו שופטים את שגיאתה של הזקנה, ככזו שנעשתה בתום לב – בלא זלזול ורמות רוח – וממילא ככזו הראויה להתחשבות. אוזנינו כרויות בקשב לצווחותיה החודרות. לעומת זאת, את התייחסותו של הנתבע הראשון, אנו רואים כחצופה ומקוממת – זאת למרות, שמבחינה משפטית (לאחר הסרת הפרטים הסנטימנטליים, הנותנים צבע לסיפור, ולאחר זיקוק הטענות מתוכם), שניהם משמיעים טענה דומה: חתמנו, הם מודים, אולם לא הייתה כוונתנו להתחייב בכל האמור בשטר!

אנליזה משפטית מדוקדקת של סוגיה זו עשויה לחשוף בה פנים מפתיעים. לו היינו עורכי דינו הממולחים של הטיפוס חסר האחריות, עימו נפגשנו בסיפור הראשון, יכולנו לגבש קו הגנה משכנע למדי. כידוע, חתימה על שטר מהווה מעשה קנין – מעשה המחייב את עושהו לעמוד בתנאי הסכם כלשהו. אולם אם נחפש אחר מקור תוקפו של החיוב, נבין שמעשה הקנין אינו המחייב – הוא רק מבטא ומוכיח את קיומו של שורש עמוק הרבה יותר – גמירות הדעת. החתימה על השטר, המשיכה, ההגבהה, ואפילו לחיצת היד, אינם אלא ראיות לקיומה של הסכמה הדדית. הם הנותנים למחשבה את התוקף לחייב, ומבטאים את סופיותה. מעשה הקנין הינו "המכה בפטיש" של דעת המקנה, במובן זה שהוא משקף את גמירותה. אם כך, מעשה הקנין אינו מחייב שום דבר מחמת עצמו, שכן יסודו המחייב של כל הסכם הוא ברצונם של שני צדדיו לקיימו. החתימה על השטר, כמו כל מעשה קנין, הינה בסך הכל ביטוי מעשי, או ראייה, לרצון זה.

לאור ניתוח זה, לא ברור מדוע אצנו ונחפזנו כל כך לחייב בדין את החותם הפזיז (מרשנו). הוא זכאי! הן, בארנו כבר ששטר הוא מחייב, שכן משקף הוא בדרך כלל כוונה מסויימת – גמירות דעת. וכי, במקרה דנן, נוכל לאמר שהשטר אכן משקף זאת? הלא אין עוררין על כך, שמרשנו, החתום בשטר, כלל לא התכוון לקיים את האמור בו! וכי למה נחייבו – שטר זה אינו אלא נייר בעלמא! אין הוא ראוי אלא לצור על פי צלוחית. מסתבר, אם כן, בניגוד לתחושת הבטן הראשונית שהתעוררה בנו, ולמרות ההתקוממות שמחולל בנפשנו הנתבע בהתנהגותו המזלזלת – שהצדק הינו דווקא עימו, ולא עם תובעו.

הניתוח דלעיל אכן מוביל למסקנה מפתיעה, ודומה, שלמרות ההגיון הרב המצוי בו – אין מסקנתו יכולה להוות סוף פסוק. מדוע, אם כן, נטייתנו הברורה היא דווקא

בין כד לחבית

לחייב. נראה, שכדי להבין את העניין, עלינו להתחשב בשיקול נוסף: שטרות, כמו גם יתר מעשי הקנין, הינם תקנה חברתית, שנועדה להסדיר את מערכת ההסכמים – לתת בהם מידה של אחריות ושל אמינות. השטר נותן ביטחון לשני צדדי העסקה בדבר קיומו של ההסכם החתום בו. יעילותו של השטר כמבטח הסכמים נובעת מן התוקף שנותן לו בית הדין. אילו ניטל מן השטר הכוח להוציא ממון בבית דין – ממילא היו מאבדים הם את משמעותם. והנה, אם אכן נשעה, כדיינים, לטיעוני הסניגורים דלעיל, הרי שהדבר עלול להביא לאנדרלמוסיה חברתית-כלכלית. הדבר יפתח פתח מסוכן לכל הרמאים, אלו שבעבורם היה הצורך לתקן את השטרות מתחילה, להפר את התחייבויותיהם. מיום שיכה בית הדין בפטיש הדיינים, ויפסוק לטובת אנשים החותמים בלא שהתכוונו, ינפץ הוא בכך את תקנת השטרות האיתנה כסלע, ויביא לקלקול השוק. הסכמים המעוגנים במעשי קנין יאבדו מתקפם, אנשים לא יהינו להכניס את עצמם בהסכמים כלכליים, והסדר החברתי יאבד!

לפיכך, יפה אמרו עורכי הדיינים המפולפלים, שהצדק הוא עם מרשם. אכן, לאור שיקולי הצדק אין לחייבו. אולם לאור שיקולי הסדר החברתי, מהם התעלמו, מוכרחים אנו לפסוק לרעת מרשם – השטר, כאמור, צריך להיות איתן כסלע, ואף שנחתם בלא כוונה, לעד יחייב! גם מעשי קנין אחרים, אף שייכתן כי תוקפם מועט משל השטר, יחייבו גם אם נעשו באופן טכני, שאין בו גמירות דעת מוכחת. וְלֹא – הסכמים יאבדו את תוקפם, הביטחון במערכת האכיפה המשפטית יעורער, ותקנת השוק והחברה תתפוגג. מעשה הקנין, על אף היותו פרוצדורלי בלבד, הינו המשענת עליה נסמכים בעלי העיסקה, ואל לו לבית הדין לרוצץ אותה.

ומה לגבי הזקנה הערירית? מדוע מצאנו עבודה פינה מתחשבת בחדרי ליבנו? נכונותנו לשעות לטענותיה, נבעה כנראה מתחושתנו, שהסדר החברתי לא יופר באופן משמעותי אם אכן נפסוק לטובתה. אין אנו רואים במעשיה של האשה האומללה הזו איום לתקנת השוק, כיוון ששגיאתה, שלא כמו זו של החותם הרשלן, באה לה בתום לב. ועוד – כזכור מתיאורה של זקנה זו, המדובר הוא בדמות חלשה בהיבט חברתי-כלכלי. הגנתה מבחינה משפטית, במקרה זה – לא זו בלבד שלא תפגע בסדר החברתי, אלא שאולי היא אף תתמוך בו. הן, לא יקשה עלינו לחזות בדמיונו, כיצד ינסו נוכלים מושחתים להוליך נשים כאלו, ולשדלן לחתום על הסכמים המקרבים אותן להפסד (למעשה, דומני שלמרבית הצער, כלל לא נזדקק לשם כך לדמיון). האינטואיציה שלנו לחיזוק הסדר החברתי התרשמה, כפי הנראה, שאין פה במקרה זה סכנה משמעותית, ואולי יש אף תועלת בשמיעת טענותיה של האשה. הייתה לנו הפריבילגיה לפסוק בעניינה על פי שיקולי הצדק, שהועלו קודם – אותם שיקולים שעד עתה נאלצנו לדחותם ממניעים חברתיים.

בניסוח משפטי נוכל לסכם את המהלך שערכנו כך: סכסוך משפטי המתגלגל לפתחם של הדיינים מעורר אצלם לעיתים מתח בין שני עקרונות, הנשקלים משני צדדיה של לשון המאזניים. שיקולי הצדק הצרוף (שבאופן מפתיע הושמו דווקא בפיהם של עורכי הדין בדיון זה), יוליכו אותנו לפסוק אחרי כוונתם של בעלי העיסקה – הן בלא כוונה, מעשה הקנין שעשו שווה כחרס. שיקולי הסדר החברתי יכריעו אותנו לדון דווקא ברוח מעשה הקנין, שאם לא כן – הרי נעלת דלת בפני הסכמים כלכליים. את פסיקת הצדק הטהור, הנדרשת לכוונה, נפסוק במקרים בהם נתרשם, שאין פגיעה משמעותית בסדר החברתי, כגון כאשר הפער בין גמירות הדעת לבין מעשה הקנין, נבע משגיאה, שנעשתה בתום לב ובלא זדון. במקרים מעין אלו – התחום האפור – יימצאו וודאי מחלוקת שונות, הצועדות על החבל המתוח בין עמודי הצדק, לעמודי השיקולים החברתיים.¹³

הטרקלין:

נבחן, כעת, כיצד הדיון הערוך לעיל משליך על סוגיתנו:

המוכר שור לחבירו, במקום שבו הרוב לחרישה הם קונים, ונמצא השור אינו ראוי אלא לשחיטה. זה אומר – מקח טעות הוא זה, וזה אומר – לא, כי אלא שור דרשת ושור קיבלת.

נוכל להתייחס אל המקרה בשני אופנים. האופן האחד, אותו גלגלנו עד עתה, הוא לנסות ולגבש את ההגדרה הקנינית של המושג שור. הכרעת הדין תשפוט את המעשה הקניני שנעשה, ותחייב את שני הצדדים לעמוד בהשלכותיו המשפטיות. "אמרת שתספק שור", כך יאמר הדיין למוכר הנתבע, "עתה נבדוק אם מבחינה חוקית, הסחורה שסיפקת אכן מהווה שור". לפי התייחסות זאת, השאלה המונחת על שולחנו של הדיין הינה –

מה הגדרתו החוקית של שור סתם, במקום בו הרוב קונים את שווריהם לחרישה?

אולם, כפי שצינינו כבר, ניתן גם להשקיף על הדברים באור שונה. עסקנו עד עתה בנסיון לפרש, מבחינה מילולית טכנית, את דבר ההסכם – ניסינו, בעצם, לנתח את משמעותו של מעשה הקנין. אך, כזכור, יש מקום להתייחס גם אל כוונותיהם של בעלי העיסקה, כפי שהיו בדעתם בשעת ביצועה. ניתן לשפוט את גמירות הדעת, ולא רק את מעשה הקנין. אמת היא, שמקרה זה אינו מעורר את חמלתנו ואת רגשותינו,

13 דוגמה תלמודית למודל החשיבה הזה, ניתן למצוא בסוגיות הגמרא, המבקשות לפתוח את הדלת בפני הלוחין, וממניע זה נכונות הן לחזק את תוקפם של הסכמים, תוך ויתור על עקרונות תורניים, כגון חובת הדרישה והחקירה, או שמיטת החובות (תקנת הלוחים ותקנת הפרוזבול של הלל). ועיין סנהדרין דף ב ע"ב, וגיטין דף לו ע"א.

בין כד לחבית

כמו מקרה הסבתא הערירית, ואולי בכך הסיבה מדוע לא עלה בדעתנו לפסוק בו אחר הכוונה כמו שם, אולם במבט מעמיק יותר, המקרים אכן דומים. חוסר ההבנה של קונה השור הינו תמים לחלוטין. כך גם במקרה הכד והחבית – בשניהם אין מדובר בבני אדם רשלנים, בני אדם התוקעים כפם האחת בהסכם, וכפם האחת בעיני חברים. המדובר הוא בבני אדם, אשר לקו בהבנתם את פרטי ההסכם עקב שימוש בטרימינולוגיה שונה. וכי מה פגיעה תהיה בסדר החברתי לו נשעה לתביעתם – אדרבא, ייתכן אף שהאמוץ והכבוד שיינתן להסכמים משפטיים יגברו אילו ידעו הכל, כי ניתן לקיימם גם בלא עורך דין צמוד, המצוי בסבך האותיות הקטנות. נפסוק, אם כן, על פי גמירות דעתם של בעלי הדין, ולא על ידי ניתוח פרוצדורלי של מעשיהם המשפטיים. זהו, אם כן, אחד מאותם מקרים אפורים, בהם צורות ההסתכלות השונות עשויות להתעורר. לפיכך נאמר מעתה, כי נוסח השאלה, אליה יזדקק בית הדין, יכול גם להיות שונה מהאמור לעיל:

מה הייתה דעתו של הקונה, הזועק מקח טעות, בעת שרכש את השור? האם סבר בדעתו לחרישה, כפי שסוברים הרוב, או שמא הסכים אף לשחיטה? כך נאמר גם בעניין הכד והחבית: מה עמד לעיניו של הלקוח בעת שרכש חבית, והיה זה מה שנקרא בפי הרוב חבית, או שמא גמר בדעתו אפילו לחפץ שקיבל, הקרוי על פי רוב כד?

הדרך שבה הלכנו, הובילה אותנו, בעצם, אל המקום ממנו יצאנו. הן, שתי זוויות המבט האמורות לעיל, משקיפות הן על האופן, שבו בארנו את מחלוקת רב ושמואל בפרק הקודם. עתה, ניטיב לנסח באופן מלא יותר את מחלוקתם, תוך הבנת שורשיה. רב, המבכר את שיקולי הסדר החברתי על פני שיקולי הצדק, רואה את השאלה שלפנינו כשאלה חוקית – הגדרתו של שור בתקן הקנינים – וממילא הוא רואה ברוב שיקול המכריע בה. שכן, כפי שכבר בארנו, הרוב הינו שיקול פסיקתי המכריע בשאלות הלכתיות – חוקיות.¹⁴

מנגד, ניצב שמואל (וכן ר' פפא על פי סוגיית הכד והחבית), ומנתח את הסכסוך המשפטי אחרת. שיקולי הצדק, להבנתו, מכריעים את שיקולי תקנת החברה, ולכן הוא גורס כי השאלה הניצבת בפתחנו אינה חוקית כי אם עובדתית – מה גמר הקונה בדעתו, בעת שביקש לרכוש את השור. בניסוח טכני נאמר: לאיזו קבוצה סטטיסטית משתייך הקונה – למיעוט או לרוב? הדרישה המשפטית לפסיקה בשאלות מעין אלו, כזכור, היא לראיה – הוכחה שאותה נדרש התובע, במקרה דנן – הלוקח, להציג בפני הדיינים. לזאת, אין הנתון הסטטיסטי מספיק, שכן, כפי שנתבאר, הרוב

14 תומכות לקומה זו שבנינו עתה, ניתן להציע בפסיקתו של רב: אסמכתא קניא. רב, לפי פסיקה זו, עקבי הוא בשיטתו, שמעשה הקנין מחייב, אף כאשר יש פקפוק בדבר שלמותה של גמירות הדעת. ועיין בבא בתרא דף קסח ע"א.

קובע, אך אינו מוכיח. וזהו שאמר שמואל: אין הולכין אחר הרוב – שהרי אין זו ראייה – אלא המוציא מחבירו עליו הראיה!¹⁵ יש לציין, שהמחלוקת, כפי שהוצגה, בענין שיקולי הצדק אל מול שיקולי הסדר החברתי, אינה קוטבית. אין זה, שרב רואה את תפקידו של בית הדין רק כמשמר את תקנת החברה. השקפה כזו, מוכיחה ההסטוריה, מעצבת בית דין בעל אופי פאשיסטי, המוכן לקפח ולשבש את דינו של האחד על מנת לבסס את המשמעת הציבורית. מן העבר השני, בית דין הנוהה אחרי אור הצדק לבדו, סופו שיוביל לאנדרלמוסיה חברתית – לזאת נחשפנו בעת שהיפכנו בסוגיית השטרות שנחתמו בלא דעת. שם, כזכור, היה עלול הדיין, שאינו מתחשב בשיקולים החברתיים הפרקטיים, לזכות את מי שבעליל פשע, בחותמו על שטר מתוך רמאות וזלזול.¹⁶ הן רב והן שמואל רואים במערכת המשפטית, מערכת הבאה לאזן בין שני שיקולים אלו, ולהטוות דרך, הנותנת לכל אחד מהם את משקלו היחסי הראוי. מחלוקתם היא ביחס למיקומה של לשון המאזניים, התומכת את הסקאלה, שבין כף הצדק לכף החובה. כאשר הכף האחת תיכבד במובהק מחברתה, יודו הכל כי היא שתכריע. רק במקרה כשלנו, בו הכפות מתנוודדות בשוויון, יתגלה הפער בין גישת רב, לגישתו של שמואל.¹⁷

15 ייתכן, שההסבר שהעלינו כאן יעמוד לנו אף בביאור מחלוקת יסודית נוספת של רב ושמואל, בענין פסיקה בית דין ביחס לספיקות עולם שאין להם הכרע. בפרק חזקת הבתים, ביחס למקרה משפטי אשר העובדות בו אינן ניתנות להכרעה, מאמץ רב את הפתרון "חלוקה", ואילו שמואל – את הפתרון 'שודא דדייני' – פסיקה על פי ראות עיני הדיינים. הפתרון של רב – חלוקה – משקף צורת חשיבה פרגמטית, המוכנה לקבל גם פשרה כפסק דין. הפשרה היא וודאי לא אמת, אך היא מיישבת סכסוכים, וממילא חותרת להשכין שלום וסדר. שמואל, שאינו מוכן לכך, שבית דין יהיה חתום על פשרה – זו לדעתו מנוגדת לצדק בהיותה אלטרנטיווה ל"פסק האמיתי" – מנחה את הדיינים לחתור אל הצדק כמיטב יכולתם. פסקו את הדין לפי התרשמותכם, והכריעו בין שתי האפשרויות, שמא בכך תכוונו אל האמת. אם אכן ניתוח זה נכון, הרי שיש בו חיזוק משמעותי לשיטתנו. עיין במסכת בבא בתרא דף לה ע"א.

16 נתקשיתי במציאת מודל הסטורי לבית דין כזה החותר באופן קיצוני אחרי הצדק, כפי שעשיתי ביחס לבית הדין המפריז בהערכתו את הסדר החברתי – נראה שההסטוריה פשוט אינה משופעת במשטרים שנהרו רק לאורו של הצדק הצרוף...

17 מערכת שיקולים דומה ניתן למצות דווקא ממקום אחר: מנדרים. הצד השווה הוא, שאף הנדר, כמו הקנין, מחייב את הנודר מכוחה של פרוצדורה הלכתית, שהוא מבצע. ולעומת המעשה ההלכתי, גם בנדרים משמעותית דווקא כוונתו של הנודר. אך השונה הוא, שהנדר אינו חורג מגבול היחסים שבין אדם למקום, ומכאן יש לצפות שלטעון החברתי כמעט ולא יהיה משקל. ובאמת מצינו, שבהלכות נדרים הולכין אנו אחר כוונתו של הנודר, ואין אנו מדייקים בלשונו, אלא כדי לאמוד את דעתו. זהו היסוד להליכה אחר לשונם של בני אדם בנדרים, בעוד שבקנינים נודק רבות ללשון החוקית הפורמלית. עיקרון זה עומד גם בבסיסה של האפשרות לפתוח נדרים על פי חכם, שאינה קיימת במקח ובממכר. כמובן, שגם בנדרים יצוף השיקול הפרקטי אל פני השטח, ויאמר, כאשר נרחיק לכת בהליכה אחר כוונת הנודר: "אם כן אין נדרים!" אולם מודל זה, המראה סוג דומה של התלבטות, ממחיש עבורינו את הדילמה הקיימת בין אומדן הדעת, לבין הפסיקה הפרוצדורלית. ועיין בנדרים פרק ט משנה א, ובהקדמתו של קהתי, שם משנה ד' (סדר נשים א עמוד שנח).

הקומה השלישית:

עתה, יושבו הקושיות, המחלוקת שדנו בה היא כעת נהירה, ודברי שמואל, עליהם תמהנו בפתחה, השתלבו בנדבכיו של בנינו בצורה יציבה ואיתנה. אנו מבינים כעת מהי נקודת המוצא ההשקפתית, אשר הביאה את שמואל ללכת כשפניו כנגד האינטואיציה המשפטית שלנו. ברור לנו מדוע לא פסק על פי הרוב. אך מדוע, אם כן, נטתה תחושתנו המשפטית לצדד דווקא בשיטתו של רב? מדוע, במרוצת עיוננו, אצנו לאמר הפוך משמואל ומרב פפא?

תשובה לשאלות אלו תדרוש מאיתנו עוד השלמה אחת בניתוח המחלוקת של רב ושמואל – השלמה זו נקבל מעיון במחלוקת תנאים אחרת:¹⁸

רבי אליעזר בנו של רבי יוסי הגלילי אומר: אסור לבצוע (לעשות פשרה בדין), וכל הבצוע – הרי זה חוטא, וכל המברך את הבצוע – הרי זה מנאץ, ועל זה נאמר "בצוע ברוך נאץ ה'", אלא: יקוב הדין את ההר, שנאמר "כי המשפט לאלהים הוא", וכן משה היה אומר יקוב הדין את ההר, אבל אהרן אוהב שלום ורודף שלום, ומשים שלום בין אדם לחבירו, שנאמר "תורת אמת היתה בפיהו ועולה לא נמצא בשפתיו בשלום ובמישור הלך אתי ורבים השיב מעון".

נראה, שמחלוקת זו – שיטת משה מול שיטת אהרון – סובבת סביב ענינו. האם בית הדין צריך לראות את יעדו המרכזי בעשיית דין ומשפט צדק, או שמא בהבאת שלום בין אדם לחברו, על ידי פשרה ומיצוע, והענות לערכי הסדר החברתי. אולם בניסוחה זה של המחלוקת, יש כדי לחשוף משהו מעומקה ומיסודותיה. הגישה הדוגלת בדין החרוץ, נוקב ההרים, מקבלת את השראתה מן הפסוק "כי המשפט לאלוקים". לעומתה, גישת אהרון, המפייסת והמשלימה, מציינת את שימת השלום דווקא בין המתדיינים – בין האדם לחברו. מעין זה ניתן לראות גם באבחנה שעושים חז"ל בין שני סוגים של בית דין – בין בתי הדין המומחים, לאלו של הבוררות. שני מיני בתי דין מונים חז"ל במסכת סנהדרין. האחד – חותר לעשות את דינה של התורה – דייניו סמוכים ומומחים, ואינם עושים פשרה כי אם דין. את מקור סמכותו של בית דין זה – הלא הוא בית הדין "המומחה" – למדים חז"ל מפרשת משפטים, שם חוזרת המילה "אלוקים" שלוש פעמים, בפסוקים הדנים בדיני השומרים.¹⁹ פעם אחת, כך דרשת חז"ל, כנגד כל דין. אולם חכמים מציעים גם אלטרנטיווה, המאפשרת משפט גמיש הרבה יותר, בו הדיינים, ולפי דעות מסוימות אף העדים, נבררים על פי בעלי הדין עצמם:

דיני ממונות בשלשה. זה בורר לו אחד, וזה בורר לו אחד, ושניהן בוררין להן עוד אחד, דברי רבי מאיר. וחכמים אומרים: שני דיינין בוררין להן עוד אחד. זה פוסל דיינו של זה

18 תלמוד בבלי מסכת סנהדרין דף ו עמוד ב.

19 שמות כב פסוקים ז-ט. דרשת חז"ל – עיין סנהדרין דף ב ע"ב.

ברוך ברזל

וזה פוסל דיינו של זה, דברי רבי מאיר. וחכמים אומרים: אימתי – בזמן שמביא עליהן ראייה שהן קרובין או פסולין, אבל אם היו כשרין או מומחין מפי בית דין – אינו יכול לפוסלן. זה פוסל עדיו של זה, וזה פוסל עדיו של זה, דברי רבי מאיר, וחכמים אומרים: אימתי – בזמן שמביא עליהן ראייה שהן קרובין או פסולין, אבל אם היו כשרין – אינו יכול לפוסלן.²⁰

ההבחנה בין בתי דין אלו – המומחה אל מול הנברר – נובעת בפשטות מהבנת שורש הסמכות שלהם. הראשון, כמשתמע מן הדרשה, יונק את כוחו האוטוריטי מאלוקים, או מן התורה אשר ניתנה על ידו. דייניו סמוכים איש מפי איש עד משה רבנו, אשר הוסמך בעצמו על ידי הקדוש ברוך הוא – הרי זה כאילו דיינים אלו הם שליחיו של אלוקים, אדון כל המשפט, והם המהווים את זרועו לדון את דיניו בעולם הזה, בבחינת "אלוקים ניצב בעדת אל".²¹ ואם הם זרועו המשפטית, הרי שהוא ותורתו שולטים בהם, ומכוונים את פסקיהם. מחויבותם של דיינים אלו תכוון בעיקרה כלפי דין התורה – כלפי משפט הצדק האלוקי. הפשרה או השלום בין האדם לחברו, וכן כל מרחב השיקולים הפרגמטיים יידחו מפניהם. אדרבא – ייקוב הדין את ההר! כי המשפט – לאלוקים הוא.

בית דינו של אהרון, וכמובן גם בית הדין הנבחר של מוסד הבוררות, שואב את סמכותו מן המתדיינים עצמם. מחויבותו העיקרית היא לבעלי הדין, שכן הם שהסמיכו אותו לדון – הם קיבלו על עצמם את דינו. הנובע מכאן הוא שערכי הפיוס, השלום והסדר החברתי, הם שיאירו את דרכו, ויכריעו את הצורך לדון דין תורה.

נטייתם של שני בתי הדין – האחד לבכר את הצדק, והאחר – את שלמות החברה, נובעת אם כן, מהשוני במקור הסמכות, אשר בשמו הם יושבים על כס המשפט. למעשה, שני בתי דין אלו הם דוגמות קיצוניות לשתי האסכולות הנאבקות בכל מושב דיינים – העדה השופטת בדין, ולמולה העדה המפשרת. השופט רואה את סמיכת הידיים על ראשו מאת רבו הסמוך, אך גם את הסמכתו על ידי עדת נשפטיו. מיקומו של הדיין על חבל המידה, הנמתח בין שני ערכים אלו – הוא שיקבע את הגוון שילבשו פסקי דינו. לא תמיד, כמובן, יהיו ערכי המוסר האלוקי וערכי המוסר החברתי צועדים פנים אל פנים – פעמים רבות יפסעו הם שלובים באותו נתיב. אך כאשר תידרש הכרעה בין ערכים אלו, יחליט הדיין בהתאם להבנתו מנין בא לו הכוח לדון.

20 תלמוד בבלי מסכת סנהדרין דף כג עמוד א.

21 תהילים פב פסוק א.

האבן הראשה:

את הפרק האחרון פתחנו בתהייה, מדוע נדרשנו להתדיינות כה ארוכה על מנת לתת פשר בדעה לפיה – אין הולכין בממון אחר הרוב. קשיינו נבעו, אמנם, בהתבססנו על סוגיות אחרות בתלמוד, אולם עיקר תמיהתנו מסברה באה, מזרימת מחשבתנו, אשר נסחפה אחר דעתו הנהירה של רב. נסקור כעת לאחור, במבט מן הטפחות אל המסד את בנינו הלימודי, ודרך כך נברר לעצמנו, מדוע היה זה, שנלאנו מלראות עין בעין עם שמואל בתחילת דרכנו.

תפישת הצדק המודרנית, שאת אוירה אנו נושמים, גורסת, ברוח ערכי המשטר הדמוקרטי, כי זרועות השלטון, ובכללן אף הזרוע המשפטית, סומכות את מרותן ושררתן על הסכמת הציבור. טבעי הוא, לפיכך, שכלומדים מודרניים, נחוש בראשונה לערכים הנוגעים לתקנת החברה. מובן, שגם המשפט המודרני מיוסד הוא על אדני צדק, אולם נטייתו תהיה לחשיבה פחות עקרונית, המתגמשת אל מול שיקולים פרקטיים הנוגעים לסדר הציבורי.

העמדה המשפטית המתוארת מתייחסת אל קנינים בראיה פרוצדורלית: לפי השקפה זו, מעשה קניני טכני, כגון חתימה על חוזה, או אפילו התחייבות בעל פה, יקבלו תוקף מחייב, אף כשאינן עימם גמירות דעת מלא. אם לא כן, הרי שיבואו הדברים לידי אנדרלמוסיה חברתית-כלכלית, הסכמים יאבדו את תוקפם, וממילא – את אמינותם. לפיכך, אי הבנה במקח, כגון במושג שמשמעותו שנויה במחלוקת, תוכרע על ידי הקביעה החוקית מהי משמעותו של המושג המדובר, שכן כך תתפרש הפרוצדורה הקנינית בצורה מדוייקת. כיוון שהרוב הוא האמצעי שעל פיו קובעים אנו את החוק, הרי שגם את פרשנותו החוקית של המושג האמביבלנטי נקבע בהליכה אחר הרוב. עמדה זו, המתיישבת עם השקפתנו המודרנית, מיוצגת בתלמוד על ידי רב.

צפוי הוא הדבר, שבדברי חז"ל, המייצגים תפישת צדק דתית, תצמח צורת חשיבה הנוטה אחרת. סמכות הדיין, לפי הקונספציה החז"לית, תבוא לו מאת התורה – "אלוקים בעינינו" – כלשון הגמרא, הדורשת שיהיו הדיינים סמוכים. הגם, שעל כל שופט להיות ער לשיקולים פרקטיים וחברתיים, הרי שהשופט התלמודי ייטה, בכל אופן, להעדיף את ההליכה באור הצדק והמוסר הטהור. פסיקתו בסכסוכים הנוגעים לקנינים ולהסכמים תיתן משנה חשיבות לגמירות הדעת, מתוך הבנה שהיא מהווה את המקור המשפטי לתוקף הקנין או ההסכם. אי הבנה בפרטי המקח, מעוררת, אם כן, את הדיין לנסות ולברר מה היה במחשבתם של בעלי דינו – למה באמת התכוונו. תפקידו של הדיין, הניגש לשאלה זו הינו של שופט החותר לבירור העובדות, ולא של מחוקק, המנסה לנתח את השלכתן המשפטית של עובדות ידועות. הנסיון לברור העובדות ייעשה, כמובן, על בסיסן של ראיות, אך נתון

ברוך ברזל

סטטיסטי, המורה כי הרוב נוטה לצד אחד, אינו בשום בית דין ראייה מספיקה, ולכן דיין זה לא ילך אחר הרוב. עמדה זו, המנוגדת לתחושת הבטן המודרנית שלנו, היא בעצם עמדתם של שמואל ושל רב פפא.

דומני, שצורת החשיבה המתחדשת ומוארת לעיננו, תוך העמקה בסבך הסוגיות, ובדעתו התמוהה של שמואל בפרט – יש בה כדי להפרות את תפישתנו המשפטית המודרנית. מורכבות התמונה המשפטית, המכילה גוונים מנוגדים לעיתים, של חריצת דין, ושל חשיבה חברתית מעשית, הינה אדן מוסרי לכל בניין משפטי בר קיימא. מי ייתן ויהיה אף בידנו לאהוב את האמת ואת השלום, את הדין ואת הפשרה, ולהיות כשופטים הראשונים, אשר קיימו בנפשם: "אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם".

מְהֵלֶךְ בְּשֵׂאלָה, הַגִּלְגָל אַחַר הָרֹב
בְּכַד זֶרַח אֹרֹחַ, וּבְחֶבֶת יַעֲרוֹב
מִצְהָרִיִּים יְאִיר, וְכַמְנָחָה יַעֲרוֹב
וְלֹא יַעַל בְּיַדְנוּ – כְּחָרָס לְצֵרוֹב
בְּנִינֹו הַחֲבוּר, יוֹסֵד לְכָל יַחֲרוֹב
בְּלִבְנוֹתָיו לֹא רָכַב – עֲרוֹב יַעֲרוֹב
בְּעֵמֶק אֲדָמָה – עֵיקְרוֹ יַאֲרוֹב
וְאֵף אֲנִי הַכּוֹתֵב, לְכָל דְּבָרָיו אֶעֱרוֹב
וּמִי אֲשֶׁר זִיכְנִי – בְּנוֹת קוֹמוֹת לְרֹב
אֵף הוּא אֶת בֵּיתוֹ – יִבְנֶה לָנוּ בְּקָרוֹב.