



Discrepancies between the Responsa of the "Rosh" and "Piskei Ha-Rosh" in Tort Law /

"ילמדו המקומות הסתומים בפסקיו מדבריו בתשובה" — אי-

התאמות בין תשובות הרא"ש לפסקי הרא"ש בדיני נזיקין

Author(s): תהילה אליצור and Tehilla Elitzur

Source: *Shenaton ha-Mishpat ha-Ivri: Annual of the Institute for Research in Jewish Law* /

שנתון המשפט העברי של המכון לחקר המשפט העברי, כרך כו

תשס"ט-תשע"א pp. 1-42

Published by: [Institute for the Research of Jewish Law](#) / המכון לחקר המשפט העברי

Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/23419356>

Accessed: 29/01/2014 12:30

Your use of the JSTOR archive indicates your acceptance of the Terms & Conditions of Use, available at

<http://www.jstor.org/page/info/about/policies/terms.jsp>

JSTOR is a not-for-profit service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content in a trusted digital archive. We use information technology and tools to increase productivity and facilitate new forms of scholarship. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.



Institute for the Research of Jewish Law / המכון לחקר המשפט העברי is collaborating with JSTOR to digitize, preserve and extend access to *Shenaton ha-Mishpat ha-Ivri: Annual of the Institute for Research in Jewish Law* / שנתון המשפט העברי של המכון לחקר המשפט העברי

<http://www.jstor.org>

תהילה אליצור

"למדו המקומות הסתומים בפסקיו מדבריו בתשובה" – אי-התאמות בין תשובות הרא"ש לפסקי הרא"ש בדיני נזיקין

א. מבוא – 1; ב. רקע (תשובות ופסקים) – 2; ג. שוני בין
התשובות לפסקים (ארבע דוגמאות) – 8; ד. דיון מסכם – 39

א. מבוא

הרא"ש, ר' אשר בן יחיאל (1250 אשכנז-1321 לערך, טולדו, ספרד), הוא מן
הדמויות הבולטות שעמדו לעם ישראל בין חכמי ההלכה ופרשני התלמוד ובין
מנהיגי קהילות ישראל בימי הביניים¹. יצירתו הפרשנית-ההלכתית ודמותו
כמנהיג ציבור שנחשב לאחד מגדולי הדור הן באשכנז והן בספרד, שאליה היגר,
מהוות נושא ללימוד ומחקר. אחד הנושאים שזכו להתייחסות, כבר בדור הסמוך
לרא"ש, הוא קיומן של אי-התאמות ואף סתירות בין תשובותיו לפסקיו.

* מאמר זה נכתב על סמך פרק בעבודת הדוקטור שכתבתי בהדרכתו של פרופ' יעקב בלידשטיין,
החוג למחשבת ישראל, אוניברסיטת בן גוריון, שעוסקת בתשובות הרא"ש בתחום דיני
הנזיקין. העיסוק בסוגיית הכפייה על מדת סדום המשמשת דוגמה מרכזית במאמר זה,
נעשה במסגרת תוכנית עמית המחקר של מת"ן ירושלים, תשס"ח – אני מודה לפרופ'
בלידשטיין, לקבוצת העמיתים, ולד"ר עוזיאל פוקס שעמד בראשה. זכות גדולה היא לי
להיעזר במחקריו החשובים של סבי ז"ל, פרופ' אפרים אלימלך אורבך, על תוספות הרא"ש
ותשובותיו. תודה לבני רועי אליצור על עזרתו בשלב ההגהות.

התשובות, אם לא מצוין אחרת, מצוטטות מתוך: יצחק שלמה יודלוב (מהדיר), שאלות
ותשובות לרבנו אשר בן יחיאל זצ"ל, ירושלים תשנ"ד. כל הדגשות המילים במקורות
המצוטטים במאמר נעשו על ידי.

1 לתיאור קורות הרא"ש וסקירת פועלו ראו אברהם חיים פריימן, הרא"ש – רבנו אשר בר
יחיאל וצאצאיו, חייהם ופעלם, ירושלים תשמ"ו. עד לשנים האחרונות היתה מקובלת בין
החוקרים השערתו של פריימן כי הרא"ש נפטר בשנת 1327 – ראו שם עמ' מג-מד – אך
בשנים האחרונות מתחזקת ההנחה כי הרא"ש נפטר קודם לכן, סביב שנת 1321. ראו
למשל ישראל תא-שמע, "שיקולים פילוסופיים בהכרעת ההלכה בספרד", ספונות ג (תשמ"ה),
עמ' 99-110, וראו שם עמ' 106-107. לתיאור התקבלותו של הרא"ש בטולדו וסיבותיה
ראו יהודא דוב גלינסקי, ארבעה טורים והספרות ההלכתית של ספרד במאה הי"ד,
אפקטים היסטוריים ספרותיים והלכתיים, עבודת דוקטור, אוניברסיטה העברית, תשנ"ט,
וראו שם עמ' 16-26.

מאמר זה עוסק בארבעה מקרים של אי-התאמה בין התשובות לפסקים בתחום דיני הנזיקין. במקרה השני והשלישי אי-ההתאמה יכולה להתפרש כסתירה; במקרה הרביעי, אשר יוצג ביתר פירוט, אי-ההתאמה המתקרבת לכדי סתירה, בולטת במיוחד. המאמר מבקש לעמוד על המשותף לארבעת המקרים ולהציע בחינה של אי-ההתאמות מזווית ראייה שונה מאלה שנגקטו עד כה. לצורך הדיון אפתח בהצגה קצרה של הרקע לחיבורי הרא"ש והמחקר המודרני עליהם ושל ההתייחסות המסורתית והמחקרית לאי-ההתאמות בין החיבורים. כדוגמה לגישות שונות שנגקטו בעניין זה תוצג ההתייחסות לסתירה בין התשובות לפסקים בדיני שומר אבדה ומלווה על משכון. חלק הארי של המאמר יוקדש להצגת ארבעת מקרי אי-ההתאמה ולדיון בהם. בחלק האחרון, לאור עמידה על המשותף לארבעת המקרים, תוצע דרך התייחסות, שונה מאלו שהוצעו עד כה, לגבי אי-ההתאמות מעין אלו הנידונות.

ב. רקע

חיבורי הרא"ש והמחקר המודרני עליהם

בידינו שלושה חיבורים של הרא"ש העוסקים בפרשנות התלמוד ובהלכה: תוספות הרא"ש, פסקי הרא"ש ותשובות הרא"ש². את תוספותיו למסכתות התלמוד, לכל הפחות את התשתית להן, התחיל הרא"ש לכתוב עוד בהיותו באשכנז, ככל הנראה כהכנה להגירתו לספרד, שם סיים את החיבור. תוספות הרא"ש זכו להתייחסות מחקרית הן כחלק מיצירתו של הרא"ש והן כחלק מיצירתם הגדולה והמתמשכת של חכמי צרפת ואשכנז, התוספות לתלמוד. מוסכם על החוקרים כי תוספות הרא"ש מושתתות בעיקרן על תוספות ר"י הזקן והר"ש משאנץ, וכי עיקר כוונת הרא"ש היתה לתת בידי הלומד הספרדי מערכת תוספות מסודרת מבית מדרשו של הר"י הזקן, אשר תלווה את לימוד התלמוד בישיבות ספרד³.

2 מלבד שלושה חיבורים אלה ישנן עדויות שהרא"ש כתב פירוש וחידושים לתלמוד אך הם לא הגיעו לידינו – ראו פריימן (לעיל, הע' 1), עמ' צב-צד. לא אתיחס כאן לחיבורים שכתב הרא"ש בתחומים אחרים.

3 על אף שהחוקרים מציגים עמדות שונות באשר למידת התערבות הרא"ש בחומר שהביא בתוספותיו, אין חולק על האמור לעיל בעניין ייעודן המרכזי ואופיין, וראו: פריימן (שם), עמ' צד-צה; אפרים א' אורבך, בעלי התוספות, ירושלים תשמ"ו, עמ' 586-599; יוסף פאעור הלוי, "תוספות הרא"ש למסכת ברכות", בתוך: *Proceedings of the American Academy for Jewish Research* 33 (1965), החלק העברי, עמ' מא-סה, וראו בייחוד עמ' מא-מב; ישראל תא-שמע, הספרות הפרשנית לתלמוד, ב, ירושלים תש"ס, עמ' 80;

פסקי הרא"ש, הנקראים גם "הלכות הרא"ש" או "ספר האשר"י", נכתבו ככל הנראה בספרד כחיבור המבקש ללוות את לומד התלמוד או את לומד הלכות הרי"ף; הרא"ש מציג ללומד את עיקרי מסורת הפירוש והפסיקה הצרפתית-האשכנזית לצד זו הספרדית. המטרה שעמדה לנגד עיני הרא"ש בכתיבת פסקיו והדרך שנקט נתונות במחלוקת בין החוקרים. אברהם פריימן, דוד זפרני, יוסף פאעור ומנחם אלון מציגים את הרא"ש כמי ששאף לאחד את ספרות ההלכה הצרפתית-האשכנזית עם הספרדית. לשיטתם, בכתיבת פסקיו לתלמוד פעל הרא"ש להגשמת מטרה זו, ללא העדפה מלכתחילה של מסורת אחת על חברתה⁴. לעומתם אפרים אורבך, ישראל תא-שמע ויהודא גלינסקי מדגישים את מחויבותו הבסיסית של הרא"ש לתורת רבותיו ואת אופיה הצרפתי-האשכנזי המובהק של יצירתו ההלכתית. לשיטתם, פסקי הרא"ש ותוספותיו הם חלק ממפעל אחד, שעיקר מטרתו היתה לסכם את יצירתה ההלכתית של יהדות צרפת ואשכנז ולהנחילה לכלל ישראל⁵.

תשובות הרא"ש הן הצלע השלישית של יצירתו הפרשנית-ההלכתית של הרא"ש. נמצאות בידינו קרוב לאלף תשובות שכתב הרא"ש לאורך כל שנות פעולתו כפוסק, רובן מימי שבתו בספרד. כדרכה של סוגה זו הדין בתשובות אינו "צמוד טקסט"; הנושאים ההלכתיים הנידונים הם הנושאים הנחוצים בכדי להשיב לשואל, ומקורות חז"ל מובאים ומתפרשים כחלק ממהלך הפסיקה בעניין הנידון. על פי רוב השאלות אינן תאורטיות אלא מבקשות הדרכה או הכרעה לגבי מקרה שאירע. תשובות הרא"ש זכו להתייחסות מחקרית חשובה מצד נוסחן וגלגולי עריכתן: בעקבות חקירת נוסח התשובות וסדרן, כפי שהן מופיעות בכתבי יד שונים, נחשפו תשובות שלא היו מוכרות, אוחדו קובצי תשובות שהופרדו בשלבי עריכה מוקדמים ונמצאו פרטים מזהים לתשובות רבות⁶. למידע זה משמעות רבה בחקר יצירתו ופועלו של הרא"ש. לעומת זאת

יהודא דוב גלינסקי, "הרא"ש האשכנזי בספרד – תוספות הרא"ש", פסקי הרא"ש, ישיבת הרא"ש, תרביץ עד (תשס"ה), עמ' 389-413, וראו שם עמ' 10-11.

4 ראו: פריימן (לעיל, הע' 1), עמ' קנז-קנט; דוד זפרני, דרכי ההוראה של הרא"ש, עבודת דוקטור, אוניברסיטת תל-אביב, תש"ס, עמ' יב ועמ' 150; פאעור (לעיל, הע' 3), עמ' סה; מנחם אלון, המשפט העברי, ירושלים תשנ"ב, עמ' 1015-1017, 1035-1037.

5 ראש המדברים במחנה זה הוא תא-שמע הקובע בהחלטיות ש"הרא"ש... נקט כל ימיו במסורת הלימוד וההוראה כפי שהיתה רווחת במולדתו, וגם בבואו לספרד לא סר ממנה ולא ויתר בעניין זה כמלא הנימה" (תא-שמע [לעיל, הע' 3], עמ' 79). כן ראו אורבך (לעיל, הע' 3), עמ' 598, גלינסקי (שם), בעיקר עמ' 404-409.

6 ראו: אפרים א' אורבך, "שאלות ותשובות הרא"ש בכתבי יד ובדפוסים", שנתון המשפט העברי ב (תשל"ה), עמ' 1-135; שלמה בן חביב טולדנו, קובצי תשובות הרא"ש בכתבי יד ובדפוסים, עבודת גמר, האוניברסיטה העברית, תשנ"ה.

מועטה ההתייחסות המחקרית לתוכן התשובות, לסגנון הספרותי ולאופיין המתודולוגי: מתוך כאלף תשובות נותחו בכלים מחקריים התשובות שהרא"ש מתייחס בהן באופן ישיר למסורת ספרד, ומהן ביקשו החוקרים ללמוד באיזו מידה התחשב הרא"ש במורשת זו ועד כמה השפיעה על דרכו,⁷ אך רוב התשובות אינן כוללות התייחסות כזו ולא זכו, להוציא בודדות, לניתוח מחקרי.

היחס לאי-התאמות וסתירות בין תשובות הרא"ש לפסקיו

שאלת היחס בין חיבור הלכתי לבין תשובות שנכתבו על ידי אותו מחבר זכתה להתייחסות מסורתית ומחקרית, ומטבע הדברים הושם דגש רב על מקרים שיש בהם סתירה בין החיבורים.⁸

על קיומן של סתירות בין תשובות הרא"ש לפסקיו עמדו כבר בניו. ר' יהודה, אשר נשאל על ידי אחיינו לגבי סתירה שמצא בין תשובת הרא"ש לפסקיו, השיב בקצרה ובחדות: "במקום שאני מוצא דברי פוסקים⁹ והשו"ת סותרין זה את זה, אני הולך אחר הפוסקים שהם היו האחרונים"¹⁰. כפי שנראה להלן, גם אצל ר' יעקב בן הרא"ש ניכרת לא אחת העדפת הפוסקים במקרים של אי-התאמה. חכמי הדורות הבאים ביקשו לקבוע כללים שאפשר להכריע בעזרתם בין החיבורים במקרי סתירה, ושתי עמדות עיקריות עולות מדבריהם. האחת גורסת כי בכל מקרה של סתירה הפוסקים הם המשקפים את דעתו של הרא"ש. עמדה זו, התואמת את קביעת ר' יהודה בן הרא"ש, נפוצה בקרב פוסקי הדורות הבאים כפי שמעיד ר' יצחק למפרונטי:

7 בהקשר זה בולט בייחוד מחקרו של אלימלך ווסטרייך, הבוחן שורה של תשובות העוסקות במקרים שיש בהם "התנגשות" בין מסורת אשכנז למסורת ספרד, ומציע לאור ניתוח הצעה כוללת לגבי דרכו של הרא"ש במקרים אלו – ראו אלימלך ווסטרייך, "הכרעות שיפוטיות של הרא"ש בספרד", בתוך: מ' בר [עורך], מחקרים בהלכה ובמחשבת ישראל לר' פרופ' רקמן בהגיעו לגבורות, רמת-גן תשנ"ד, עמ' 157-182. עוד ראו מחקריהם של פריימן, אורבך, תא-שמע ופרני וגלינסקי, שנזכרו לעיל, וכן אליקים ג' אלינסון, "לחקר קווי הפסיקה של הרא"ש (התעלמותו מהנהגות אשכנזיות)", סיני צג (תשמ"ג), עמ' רלד-רמד; דוד זפרני, "לדרכי הפסיקה של הרא"ש", סיני צד (תשמ"ד), עמ' רעה-רפג.

8 לסקירה של מגוון ההתייחסויות מסורתיות ומחקריות לסוגיה זו מרוכזת ראו יעקב שמואל שפיגל, עמודים בתולדות הספר העברי – כתיבה והעתקה, רמת-גן תשס"ה; וראו שם, עמ' 295-297.

9 כפי שמציין זפרני (לעיל, הע' 4), עמ' 88 הע' 242, על פי המשך הדברים נראה שצ"ל כאן "פוסקים".

10 שו"ת זכרון יהודה, סי' טו. הסתירה שהאחיין – ר' אשר – הצביע עליה בשאלה זו, נוגעת לחובת מי שהיה אונן במוצאי שבת להבדיל לאחר שקבר את מתו. והשוו עדות הרא"ש בתשובות כלל כו סי' א, והכרעתו בפסקי ברכות פ"ב סי' ג.

וזה כלל גדול בידי הפוסקים האחרונים, בכל ענין שמצאו דברי ספר הרא"ש וסותרים לדברי תשובותיו הלכו אחרי הספר ולקחו דבריו לפסק הלכה מבלי לשים לב לדברי תשובותיו¹¹.

העמדה האחרת גורסת כי אי-אפשר להכריע באופן גורף מהו החיבור המשקף את עמדתו הסופית של הרא"ש. יש מקרים שעמדה זו מתבטאת בפסקים ומקרים אחרים שבהם התשובה היא שמשקפת את הכרעתו האחרונה – כך עולה מדברי ר' יוסף קארו¹² ובדורות הבאים נקטו חכמים נוספים עמדה זו¹³.

ההתייחסות המחקרית לאי-התאמות בין תשובות הרא"ש לפסקיו מעטה. יצחק זאב כהנא ויעקב שפיגל התייחסו לסתירות בין תשובות הרא"ש לפסקיו,

11 ראו פחד יצחק, אות אש, בתוך ההקדמה הרביעית לתשובתו, ב, ירושלים תשכ"ו, עמ' תקצ. מעניינת בייחוד התייחסותו של המהרי"ט – ר' יוסף טראני מצפת – המבהיר את קביעת ר' יהודה בן הרא"ש לגבי העדפת הפוסקים, לאור עדיפות עקרונית של חיבור הלכתי על פני תשובה, וזה לשונו: "דבכל רב [נ]פוסק שעשה חיבור כולל בין שעשאו בתחילת ימיו בין בסוף יש לתפוס דברי החיבור עיקר מדברי התשובות דאם איתא דהדר ביה הי"ל (=שאם קרה שחזר בו היה לו) לתקן הדברים במקומן בחיבורו בשעה שהוא מעיין בתשובה" (שו"ת מהרי"ט, ח"ב, סי' ז). דוגמאות נוספות להעדפת הפוסקים על התשובות ראו שו"ת רד"ך, סי' כד; שו"ת ראנ"ח סי' מו; כנסת הגדולה, כללים בדרכי הפוסקים (בתוך יורה דעה, ח"ד, מהד' ירושלים תשל"ד), סי' סט; יד מלאכי, כללי הפוסקים, הרא"ש, כלל לח, מו. עוד נציין את עמדתו יוצאת הדופן של הנצי"ב מוולוז'ין בעניין זה: ככלל סבר הנצי"ב כי כאשר פוסק משיב הלכה למעשה הוא יורד לעומקו של עניין ואף זוכה לסיעתא דשמיא, יותר מאשר בזמן לימוד תאורטי. ואף על פי כן מסקנתו לגבי חיבורי הרא"ש וזה למסקנתו של המהרי"ט: הנצי"ב מסביר כי מדובר במקרה יוצא דופן שבו העדפת החיבור ההלכתי על התשובות מבוססת על עדותו של בן המחבר, ר' יהודה, שידע שהפוסקים מאוחרים לתשובות, ועל כן הם משקפים את חזרת הרא"ש מהכרעותיו בתשובות בעניינים שונים – ראו שו"ת משיב דבר, ח"א, סי' כד.

12 ראו התייחסותנו להלן לעמדתו בנוגע לסתירה בעניין מלווה על משכון, וראו גם טור יורה דעה סי' שמא, וב"י שם ד"ה ובענין הברדלה, וכן בית יוסף שם סי' קסח ד"ה ואדוני אבי ז"ל כתב בתשובה.

13 ב"כללי הפוסקים" שהביא הרב חיים חזקיה מדיני בספרו שדי חמד, הוא חוזר בו מתמיכתו בעמדה הגורסת העדפה לכתחילה של הפוסקים, ומציע להסתמך במקרי סתירה על הכרעת הטור – שדי חמד, כללי הפוסקים סי' יא, ח. וכן קבע ר' חיים מיכל, שתיאר את הרא"ש וחיבוריו בספרו האנציקלופדי "אור החיים", ניו-יורק תשכ"ה, עמ' 259: "ודע דלא אתידע לן בבירור אם פסקיו קדמו לתשובותיו או תשובותיו קדמו, ואין ספק אצלי דלאו מלתא פסיקתא היא יש שהתשובה קודם לפסקיו ויש מאוחרים לפסקיו". וראו גם שו"ת זרע אברהם, קושטא תצ"ב, חושן משפט סי' י. נטייה להעדפה לכתחילה של תשובת הרא"ש על פני פסקיו ניכרת בדברי ר' שמואל וילייסיד (המאה הי"ז, קושטא) אשר כתב "ולי נר[א]ה כי אעפ"י שיראה סתירה מפסקיו לתשובה יש לנו ליקח למעשה דבריו בתשובה כיון דהם תשובה לשואל היאך יעשה. אבל בפסקיו אפשר דכתב דהכי ראוי לפסוק להלכה ולא למעשה". אמנם לא ברור אם הוא ייחס העדפה לתשובה בכל מקרה, או שהציע לבחון כל מקרה לגופו (דבריו מובאים בשו"ת פני משה, ח"א, סי' יב).

כאחת הדוגמאות שלאורן נבחנת השאלה הכללית "תשובות וחיבור הלכתי של אותו מחבר – מה עדיף?", כל אחד מהם סוקר עמדות שונות שנקטו חכמים בעניין זה. שפיגל מבחין בין אלו המכריעים על פי זמן כתיבת התשובות לעומת זמן כתיבת החיבור, לבין המכריעים לאור אופיים השונה של החיבורים¹⁴. דוד זפרני, הדן בשאלת הכרונולוגיה של כתיבת חיבורי הרא"ש, מסיק כי אין לקבוע כלל גורף לגבי זמן כתיבת הפסקים לעומת התשובות¹⁵, ומציע מדדים שבעזרתם יש להכריע בכל מקרה של סתירה איזה חיבור משקף את עמדתו הסופית של הרא"ש. החשוב שבהם הוא מקום כתיבת התשובה: אם מדובר בתשובה שנכתבה באשכנז אין ספק שהפסקים מאוחרים לה והם המשקפים נכונה את שיטת הרא"ש, אם התשובה נכתבה בספרד, יש להיעזר במדדים אחרים – הכרעת הטור, זמן כתיבת התשובה לעומת זמן כתיבת הפסקים למסכת שבה נמצאת הסוגיה הרלוונטית¹⁶, הדרך שהרא"ש מציג בה את דעתו בכל אחד מהחיבורים, ועוד¹⁷.

מעמדם של מלווה על משכון ושומר אבדה – גישות שונות לפער בין חיבורי הרא"ש

דוגמה בולטת להתלבטות לגבי עמדת הרא"ש עולה סביב הכרעתו בנוגע למעמדם של שומר אבדה ומלווה על המשכון¹⁸. נציג בקצרה דוגמה זו, הממחישה התייחסויות שונות לאי-התאמה בין החיבורים.

בתשובה העוסקת באחריותו של משכיר על משכון שקיבל מן השוכר ונגנב מביתו, קובע הרא"ש כי המלווה על המשכון נחשב שומר שכר¹⁹. קביעה זו היא כשיטת רב יוסף שקבע כי שומר אבדה נחשב לשומר שכר ובניגוד לשיטת רבה שקבע כי שומר אבדה הוא שומר חנם²⁰. בפסקיו לסוגיה הדנה בשומר אבדה

14 ראו: י"ז כהנא, מחקרים בספרות התשובות, ירושלים תשל"ג, הפסק והתשובה, עמ' 107-109; שפיגל (לעיל, הע' 8), עמ' 275-286.

15 ראו זפרני (לעיל, הע' 4), עמ' 88-90.

16 כאן מתכוון זפרני להשתמש בממצאי מחקרו לגבי סדר כתיבת הפסקים למסכתות השונות. בחינה זו רלוונטית כאשר ידוע זמן כתיבת התשובה וישנה ודאות לגבי זמן כתיבת הפסקים למסכת שבה נידונה הסוגיה המדוברת.

17 שם, עמ' 90-92.

18 ראו בבא מציעא פב ע"א: הצגת המחלוקת בעניין מלווה על המשכון; שם כט ע"א: הצגת המחלוקת בעניין שומר אבדה. על הקשר בין המחלוקות ראו להלן, הע' 20.

19 שו"ת הרא"ש, כלל צ ס"ג.

20 בבבא מציעא פב ע"א מועלות הצעות שונות להבנת שיטות התנאים בעניין מעמדו של מלווה על המשכון. בין היתר מוצע כי השיטות השונות נובעות מן המחלוקת לגבי שומר אבדה. הרא"ש, כמו אחרים לפניו, קיבל ויהי זה, ובתשובתו הציג את שיטת רב יוסף "שומר

מביא הרא"ש את הכרעת רבנו חננאל ובעל הלכות גדולות כרב יוסף, ולאחריה מציג את ביקורתו של הר"י הזקן על הכרעה זו ואת פסיקתו כרבה ונימוקיה²¹. הרא"ש לא מציין שם, לפחות לא באופן מפורש, מהי עמדתו שלו²².

בטור חושן משפט סי' עב מצטט ר' יעקב את תשובת אביו ומוסיף זאת: "אף על פי שכתב בתשובה שהמלווה על המשכון שומר שכר, בפסקיו כתב שהוא שומר חנם כדפרישית לעיל ודאחרונה היא. ולא כתבתי תשובה זו אלא ללמוד ממנו חילוק זה"²³ למי שפוסק שהוא שומר שכר.

הטור סבור כי המובא בפסקים הוא שמשקף את הכרעת אביו²⁴. קביעתו כי בפסקים הכריע הרא"ש שמלווה על המשכון הוא שומר חנם, מסתמכת ככל הנראה על הסדר שבו מוצגות בפסקים שיטות הראשונים בעניין שומר אבדה²⁵.

אבדה כשומר שכר דמי" כטעמה של הקביעה "המלווה על המשכון שומר שכר". אף הטור והבית יוסף שהסיקו מסקנות שונות לגבי הכרעת הרא"ש, תמימי דעים בעניין זה: שניהם מתייחסים לפסקי הרא"ש בעניין שומר אבדה כראיה לשיטתו בעניין מלווה על המשכון.

21 פסקי בבא מציעא פרק ב סי' יז. נימוקיו של ר"י הזקן נוגעים לכללי הפסיקה במחלוקת רבה ורב יוסף.

22 לאחר ראיותיו של ר"י מוסיף הרא"ש "ועוד יש ראיות לכאן ולכאן ואכתבם לקמן כל אחת במקומה בעזרת השם". אמירה זו מתייחסת לכללי הפסיקה במחלוקת רבה ורב יוסף ולא למחלוקת הנקודתית, ומכל מקום אין בה הכרעה.

23 הכוונה להבחנת הרא"ש בתשובתו בין מצב שבו לא הגיע זמן פדיון המשכון ולכן המחזיק בו חייב לדאוג לאחזקתו וממילא חייב באחריותו, למצב שבו הגיע זמן פדיון המשכון והמחזיק בו שוב אינו חייב באחזקתו ובאחריותו.

24 הטור קבע כאן לגבי הפסקים "ודאחרונה היא", טיעון המזכיר את קביעתו של ר' יהודה כי הפסקים מאוחרים לתשובה. אמנם ר' יוסף קארו מצביע על מקומות שניכרת בהם נטיית הטור לפסוק כתשובת אביו ונראה שלא נקט עמדה גורפת בעניין זה – ראו בית יוסף, יורה דעה סי' קסח, ד"ה ואדוני אבי ז"ל כתב בתשובה. הדוגמא שמציין הב"י למקרה סתירה נוגעת למשכון של גוי הנמצא ביד ישראל ובא אחר והחזיק בו, והשווה תשובת הרא"ש בכלל קח סי' ו בפסקיו לבבא מציעא פרק ה סי' נה, וראו דברי הטור, יורה דעה סי' קסח, ד"ה משכנו של גוי.

25 אחרונים העוסקים בכללי הפסיקה של הטור מציינים כי לשיטתו ישנה משמעות לסדר בו מציג הרא"ש בפסקיו עמדות ראשונים: במקום שבו מובאות בפסקי הרא"ש שתי עמדות ללא הכרעה מפורשת, המובאת אחרונה היא העמדה שבה תמך הרא"ש – יד מלאכי, כללי הריב"ה אות ה והפנייתו לכנסת הגדולה על חושן משפט סי' קפ, הלכות שותפין בית יוסף אות ב; שדי חמד, כללי הפוסקים סי' יא סעיף א. נראה כי אף במקרה הנידון סדר הבאת העמדות בפסקים הוא הסיבה לקביעת הטור כי אביו פסק כר"י הזקן: בתחילת הסימן כותב ר' יעקב "כל הגאונים פסקו שהמלווה על המשכון שומר שכר הוא וכן פסק רב אלפס וכן כתב הרמב"ם... אבל ר"י פסק שהמלווה על המשכון שומר חנם הוא... ולזה הסכים א"א הרא"ש ז"ל". כפי שמציין הבית יוסף על-אתר, דומה שקביעת הטור לגבי עמדת אביו מסתמכת על פסקי בבא מציעא פ"ב סי' יז ועל פסקי שבועות פ"ו סי' כט, שבהם הביא הרא"ש את שיטת הפוסקים כרב יוסף ולאחריה את ביקורתו של הר"י ופסיקתו כרבה. קביעת הטור קשה דווקא מול פסקי הרא"ש לסוגיית מלווה על המשכון: הרא"ש מביא שם

ר' יוסף קארו חולק עליו. לאחר שהבהיר את עמדת הטור והציע את המניע לה, הוא מציג את מסקנתו השונה: "ולדידי כיון דאשכחן בתשובה דסבירא ליה כר' יוסף, ילמדו המקומות הסתומים בפסקיו מדבריו בתשובה"²⁶.

ר' יוסף קארו אינו רואה בסדר שבו מציג הרא"ש בפסקיו את העמדות השונות ראייה להכרעתו²⁷, ולדעתו הבאת עמדות שונות בפסקים ללא הכרעה ברורה מותירה ספק לגבי עמדת הרא"ש. לפיכך, אם נמצאת בידינו תשובה שבה מכריע הרא"ש במפורש במחלוקת היא המשקפת נאמנה את עמדתו.

מקרי אי-ההתאמה שיוצגו להלן דומים במידה רבה לאי-ההתאמה בדוגמא שלעיל, וכאמור אבקש להציע בחינה של אי-ההתאמות מתוך פריזמה שונה מאלו שנזכרו עד כה.

ג. ארבעה מקרים של אי-התאמה

בין תשובות הרא"ש לפסקיו בדיני נזיקין²⁸

לפנינו ארבע סוגיות בדיני נזיקין שיש בהן אי-התאמה בין קביעת הרא"ש בתשובה לבין העולה מפסקיו באותו עניין. בכל המקרים מדובר בהכרעה במחלוקת ראשוניים. לגבי כל מקרה אציג בקצרה את הרקע לעניין הנידון ואשווה את הכרעת הרא"ש ודינו בתשובה אל האמור באותו הקשר בפסקיו. המקרה הרביעי מחייב הצגה מפורטת יותר של הרקע.

"כחש בשר מחמת מלאכה" ופשיעת השומר

בתלמוד הבבלי במסכת בבא מציעא, דנה הגמרא באחריותו של שואל בהמה על החלשותה כתוצאה מן המלאכה שלשמה נשאלה²⁹, ולאחר דיון קצר מביאה

שהלכה כסתם משנה "הלוהו על המשכון שומר שכר", וקובע בפירוש "ומהאי טעמא נמי קאמר רב יוסף דשומר אבידה שומר שכר וקיימא לן כוותיה" – פסקי בבא מציעא פ"ו סי' יח. ר' יוסף קארו מציע שהטור סבר כי דברי הרא"ש במקום זה נכתבו "לדעת הרי"ף".

26 בית יוסף, חושן משפט סי' עב.

27 להלן התייחסותו להכרעת הרא"ש בעניין הסכמה לשמירה, ליד ציון 62. וראו גם בית יוסף, יורה דעה סי' קסח, ד"ה ואדוני אבי ז"ל כתב בתשובה.

28 כאמור לעיל, מאמר זה מתבסס על מחקר רחב יותר על תשובות הרא"ש בדיני נזיקין. אחד הצירים המרכזיים של המחקר היה השוואת העולה מכל תשובה שנבחנו אל המצוי באותו עניין בחיבוריו האחרים של הרא"ש. כיוון שלא מצויות בידינו תוספות הרא"ש לחלק גדול מן הסוגיות הרלוונטיות, הוקדשה רוב תשומת הלב להשוואת העולה מתשובות הרא"ש אל העולה מפסקיו. ההשוואות שערכתי בין תשובות הרא"ש לפסקיו העלו שלושה דגמים של יחס בין החיבורים: התאמה מלאה, פער ואי-התאמה המגיעה עד כדי סתירה; במסגרת מאמר זה אתייחס רק למקרים מן הדגם השלישי. וראו להלן הע' 150.

29 בלשון חז"ל "כחש בשר מחמת מלאכה" (בבא מציעא צו ע"ב). הפטור התלמודי המחייס

הגמרא את קביעת רבא: "לא מיבעיא כחש בשר מחמת מלאכה דפטור אלא אפילו מתה מחמת מלאכה נמי פטור דאמר ליה לאו לאוקמה בכלתא שאילתה". כלומר: הבהמה נשכרה לצורך מלאכה, ואי-אפשר לבוא בטענות אל השוכר על שימוש בה לצורך זה.

בתשובה שנדפסה בכלל צב ס"א דן הרא"ש ביישום קביעת רבא, בתגובה לשאלת דיין או רב מקומי לגבי מקרה שבא לפניו; המקרה ועמדת השואל מתוארים בקצרה בתחילת התשובה בלשון זו³⁰:

וששאלת על ראובן ששכר חמורו של שמעון להוליך עליו משאו, וכשהגיע לחצי הדרך לן בכפר אחד ובבקר בצאתו מן הכפר ראה את החמור שהיה פסח. אף על פי כן הוליכו ג' פרסאות עם המשא ובהגיעו לאותו מקום הניחו שם חולה. ושמעון טוען שפשע ראובן כמה שהוציאו מן הכפר פסח. וכתבת שאינו נראה לך פשיעה שאינו אלא כחש בשר מחמת מלאכה.

השואל סבור שאין פשיעה בהתנהלותו של השוכר, והחלשות החמור היא בגדר "כחש בשר מחמת מלאכה", ולאור קביעת רבא סיווג המקרה ככזה משמעו פטור השוכר מתשלום. בתשובתו דוחה הרא"ש את עמדת השואל ואומר כך:

אין הנדון דומה לראיה שמה ששואל ושוכר פטורין בכחש בשר מחמת מלאכה היינו שלא שינו השואל והשוכר. אבל בחמור זה שפשע השוכר שהרי כשראה שהיה פסח לא היה לו לשום משוי עליו, שהדבר ידוע שהטוען משוי על החמור פסח שהוא מתקלקל, והיה לו להניחו בכפר ולשכור אחר להוליך משאו עליו.

הכרעת הרא"ש המחייבת את ראובן לשלם על הנזק, כוללת הנחה עקרונית: הפטור בטענת "כחש בשר מחמת מלאכה" תקף רק אם לא פשע השואל או השוכר.

לשואל בהמה מחברו חל ממילא גם על שומר שכר, אשר חובתו פחותה מחובתו של השואל. וראו דברי הרא"ש בפתיחת תשובתו: "שמה ששואל ושוכר פטורין בכחש בשרו מחמת מלאכה".

30 מהצגת הרא"ש ברור כי השואל אינו התובע או הנתבע (וראו עדות הרא"ש על עצמו כי על פי רוב הוא משיב לשאלות דיינים: תשובות הרא"ש, כלל יז ס"י י). כבמקרים רבים השאלה שלפנינו אינה מובאת בניסוחה המקורי, והרא"ש (או עורך בשלבי עריכה ראשוניים) מוסר בקיצור את תוכנה כפתיחה לתשובה. בתשובה אין כל רמז בדבר מקום כתיבתה או נמענה. מבין כתבי היד שאינם מסודרים לפי כללים מופיעה התשובה בחלקו הראשון של כ"י ירושלים, Heb 4^o 1448. כתב יד זה נחשב לבכיר מבין כתבי היד של תשובות הרא"ש המצויים בידנו המשמרים את מצב התשובות לפני עריכתן בכללים – לתיאורו ראו אורבך (לעיל, הע' 6), עמ' 4 ואילך; התשובה מופיעה בכתב היד בסי' צא. שינויי הנוסח בין כתב היד לבין המצוי בדפוסים מעטים ואינם משמעותיים.

נסקור בקצרה את מסורת הפסיקה בעניין זה. כל הפוסקים נוקטים כרבה ש"כחש בשר מחמת מלאכה פטור", אלא שיש המתנים פטור זה בהיעדר פשיעה כלשהי מצד השואל. התנאה כזו ניכרת בקרב פוסקי ספרד וצפון אפריקה³¹, ואילו בקרב חכמי צרפת ואשכנז ולא מצאתי התייחסות ישירה לפשיעת השומר במקרי "כחש בשר מחמת מלאכה"³². אמנם נוכל ללמוד על עמדת בעלי התוספות מתוך דיונם במקום אחר. בעלי התוספות נחלקו בשאלה אם שומר חייב לשלם על נזק שניתן להישבון: "מכה שסופה לחזור ולהתרפאות". עמדה מקובלת ונפוצה בבית מדרשם גורסת כי בכל מקרה שניתן לתיקון פטור השומר מתשלום. עמדה אחרת, ככל הנראה עמדת מיעוט, גורסת כי אם הנזק נגרם מחמת פשיעת השומר הוא חייב לשלם, גם אם מדובר בנזק שניתן לתיקון³³. למחלוקת זו השלכה מעניינת להכרעה במקרה "כחש בשר מחמת מלאכה", המוצגת בהרחבה בפסקיו של הרא"ש לסוגיה זו³⁴: הרא"ש פותח בהצגת שיטת

31 כך מסיק הריטב"א מתוך דברי הרמב"ן לגבי פטור השואל כאשר הבהמה מתה מחמת מלאכה – חידושי הריטב"א, בבא מציעא צו ע"ב, ד"ה איבעיא להו. רבנו חננאל והמאירי התנו בפירוש את פטור השואל כאשר כחשה הבהמה מחמת מלאכה בכך שלא פשע – ראו ספר הנר לר' זכריה אגמאטי, לונדון 1961, בבא מציעא דף צו ע"ב, ד"ה ר"ח ז"ל; בית הבחירה לבבא מציעא, מהד' שלזינגר, ירושלים תשכ"ג, עמ' 352, ד"ה השואל כבר ביארנו. הרמב"ם מחייב את השואל להישבע כי אכן המלאכה היא גורם ההחלשות – הלישאלה ופקדון, פ"א ה"ד וכן ה"ג, לגבי מתה מחמת מלאכה.

32 בבדיקת ספרי הלכה ומנהג אשכנזיים וכן שו"ת של חכמי צרפת ואשכנז בתקופה הקודמת והמקבילה לרא"ש ובדורו הבא אחריו, לא מצאתי התייחסות ל"כחש מחמת מלאכה" בהקשר של אחריות שומר; כן לא מצאתי התייחסות לפשיעת השומר במסגרת הפרשנות לדברי רבא. מצאתי התייחסות מעטה לשאלת פשיעת השואל כאשר מתה הבהמה מחמת מלאכה: מדברי התוספות ביחס למקרה הנידון בהמשך הסוגיה משתמע כי פשיעה מוציאה מכלל "מתה מחמת מלאכה" – בבא מציעא צו ע"א, ד"ה כי האי גוונא. הראב"ן מחייב את השומר להישבע שלא פשע במקרה של "מתה מחמת מלאכה" – ספר ראב"ן, שבועות סי' ל, ווארשא תרס"ה, דף י ע"ג. אין בדבריו חיוב מקביל לגבי "כחש בשר מחמת מלאכה" (והשוו לחובת השבועה שקבע הרמב"ם, כנוצר בהערה הקודמת).

33 הדיון בעניין זה קשור למחלוקתם של אב"י ורבא ביחס לתשלום שבת במקרה שאדם חבל בחברו וגרם לו נזק שניתן לתיקון – בבא קמא פו ע"א. רבא, שהלכה כמותו, קבע כי החובל שגרם נזק כזה אינו מחויב בתשלום על הנזק עצמו אלא רק על אובדן ימי העבודה שנגרם כתוצאה ממנו. בעלי התוספות חלוקים ביישום הקביעה במקרה של גרימת נזק לבהמה: העמדה הפוטרת את השומר שפשע לשלם על נזק שניתן לתיקון, גורסת כי דברי רבא ולוונטיים גם לבהמה; העמדה המחייבת את השומר שפשע גורסת כי יש להבחין בין נזק הפיך הנגרם לאדם, לנזק הפיך הנגרם לבהמה – כיוון שזו תמיד עומדת למכירה וכל נזק מוריד מערכה. המחלוקת מוצגת בפירוש התוספות לגיטין מב ע"ב, ד"ה ושוור. לעומת זאת, בתוספות לסנהדרין דף פד ע"ב, סביב סוגיית "הכחישה באבנים", מובאת רק העמדה שלפיה חובת תשלום מוגבלת למקרי נזק שאינו ניתן לתיקון. וראו להלן התייחסות הרא"ש למחלוקת זו והמקורות המובאים בהערות השוליים סביבה.

34 פסקי הרא"ש לבבא מציעא, פ"ח סי' ד.

חכמי צרפת הפוטרים מתשלום על נזק שניתן לתיקון שנגרם לבהמה, ומסיק כיצד יפרשו את סוגיית "כחש בשר", ואלו דבריו:

והשוכר בהמה מחבירו ועלה בה מכה ברגליה בפשיעת השוכר כגון ששינה בה ולא הוא מחמת מלאכה, פסקו חכמי צרפת ז"ל דכיון דסופה להתרפאות מאותה פציעה פטור מלשלם דמי נזק ולא הוא אלא שבת... ולדבריהם כחש בשר מחמת מלאכה דשמעתין איירי בכחשא דלא הדר, דאי בכחשא דהדר אפילו שלא מחמת מלאכה נמי פטור, דהוה ליה שבת.

לשיטת חכמי צרפת, מסביר הרא"ש, הסוגיה באה ללמדנו דווקא על כחש שאינו ניתן לריפוי, שנגרם מחמת מלאכה – אין צורך לעסוק בכחש הפיך שהרי במצב זה בכל מקרה אין חובת תשלום. כעת מביא הרא"ש עמדה אחרת ללא ציון מקורה, וזה לשונו:

יש מחלקין דודאי גבי אדם לא חשבינן ליה אלא שבת דאינו עשוי להמכר הלכך לא חשיב אפחתיא מכספיה... אבל גבי שור נקרא נזק שעשוי להמכר ונפחתו דמיו.

הרא"ש אינו מציין מהי השלכת עמדה זו לסוגיית "כחש מחמת מלאכה", אך ההיקש ברור: אם קיים תשלום על נזק שניתן לתיקון, הדין בגורם הנזק נעשה רלוונטי.

נסכם את ההבדל בין השיטות: לשיטת "חכמי צרפת", כאשר נגרם נזק לבהמה השאלה הראשונה שתשאל היא אם הוא ניתן לתיקון, ואם כך הדבר, פטור השומר מתשלום ואין כל מקום לבירור נוסף; רק כשמדובר בנזק שאינו ניתן לתיקון ייבחן גורם הנזק. לשיטת "יש מחלקין" השאלה היחידה שתשאל היא מהו גורם הנזק, ובין אם הוא ניתן לתיקון ובין אם אינו ניתן לתיקון פטור השומר על נזק שנגרם מחמת מלאכה וחייב על נזק שנגרם מחמת פשיעתו.

הרא"ש אינו מכריע בפסקיו בין שתי השיטות, לפחות לא באופן מפורש³⁵. לעומת זאת, בתשובתו שהוצגה לעיל נוקט הרא"ש באופן חד-משמעי את שיטתם של "יש מחלקין"³⁶, אף על פי שאינו מצהיר על כך: הוא בוחן אם נגרם

35 וראו להלן התייחסותנו לעמדתו בפסקים. נציין כי בתוספות הרא"ש לבבא מציעא אין התייחסות ל"כחש בשר מחמת מלאכה", לעומת זאת בתוספותיו לסוגיית סנהדרין פד ע"ב מביא הרא"ש את פרשנות בעלי התוספות שלפיה תשלום על הכחשת הבהמה בפשיעה רלוונטי רק ב"כחשא דלא הדרי". פרשנות זו זהה למובא בפסקי הרא"ש על סוגייתנו בשם "חכמי צרפת".

36 על זהותם של "יש מחלקין", אשר הרא"ש פוסק בתשובות כשיטתם, נוכל ללמוד מכמה

הנזק מחמת מלאכה או שמא פשע ראובן השוכר ותולה בכך את ההכרעה. התשובה אינה כוללת כל בירור או התייחסות לעניין אפשרות תיקון הנזק, ואין בה אזכור לקיומן של שתי עמדות ביחס לתשלום על נזק שניתן לתיקון ולהשלכתן לדין "כחש בשר מחמת מלאכה". אילו נקט הרא"ש את עמדת חכמי צרפת היה בוחן אם מדובר בנזק שניתן לתיקון או בנזק שאינו ניתן לתיקון ותולה בכך את הכרעתו.³⁷

הכרעת הרא"ש בתשובתו אינה הכרעה נקודתית שהשלכתה מצטמצמת למקרה שבא לפניו, שהרי נקיטת שיטת "יש מחלקין" משליכה על פסיקת ההלכה בכל מקרה של גרימת נזק שניתן לתיקון. לא נוכל להתעלם מן הפער בין התשובה שבה פוסק הרא"ש באופן נחרץ כשיטת "יש מחלקין" ולא מתייחס כלל לקיומה של מחלוקת, לבין הפסקים שהרא"ש מביא בהם את שתי העמדות החלוקות ללא הכרעה מפורשת. אמנם הזכרנו לעיל כי ר' יעקב בן הרא"ש ייחס משמעות

מקורות: בתוספות לגיטין מב ע"ב, ד"ה ושור, מובאת עמדת "יש מחלקין" בשם הר"ח. בתוספות הרא"ש לסוגיה זו מובאים דברים זהים בשם ר' חיים כהן, ונראה כי אפשרות זויהי היחידה היא ר' חיים הכהן מפריס. עדות בהירה למחלוקת ולזיהוי "יש מחלקין" נמצאת בתשובת מהר"ם מרוטנבורג בעניין ראובן שמכר סוס לשמעון ולאחר מכן נמצאו בו מומין, שנדפסה בדפוס פראג סי' תקעה. בכ"י פראג מופיע קטע נוסף בסוף התשובה, שבמסגרתו מתייחס המהר"ם להרעת מצב הסוס שנגרמה בפשיעה, ומסתמך על קביעתו הכללית של ר' חיים הכהן לגבי תשלום על כחש בהמה, וזה לשונו: "ולענין הסוס נראה דיש לו לשמעון לשלם לראובן כל מה שכחש הסוס מחמת מלאכה שרכב עליו משעה שנודע שהיה בו מום... והא מלתא שייכא נמי בבהמה כדאיחא בפרק המפקיד 'אלא מעתה הכחישה באבנים' דלא מחייבא ואפילו כחשה דהדר כמו שפירש רבינו חיים כהן זצ"ל... מב"ב זצ"ל". המהר"ם פוסק אפוא כשיטתו של ר' חיים הכהן. חכם צרפתי נוסף שהתנגד לשיטת "רבותינו הצרפתים" הוא הריצב"א, ר' יצחק ב"ר אברהם תלמידו של ר"י הזקן ואחיו של ר' שמשון משאנץ. הריצב"א דן במקרה דומה לזה שבא לפני הרא"ש ומבהיר כי אי-חיוב תשלום על גרימת נזק שניתן לתיקון, מכשיר את הקרקע לכל המעוניין להזיק בודון לבהמת חברו, וזה לשונו: "ושמעתי באלה רבות. וראיתי מקצת העולה על רוחם לפטור ולדמותו להכהו על ידו וצמתה וסופה לחזור דקיימא לן כרבא דאמר אין נותן לו אלא שבתו שבכל יום... ולפי דבריהם לא שבקת חיים לכל בריא, והרוצה להפסיד לחברו ינעץ מסמרות בסוסיהם בכל יום ויום ויפטר. וחלילה חלילה לומר דבר זה, ואפילו תינוקות של בית רבן" (תשובות בעלי התוספות, סי' כט, ניו-יורק תשי"ד, עמ' 88-89). נמצאנו למדים כי בתשובתו נוקט הרא"ש, כמוור המהר"ם מרוטנבורג, בדרכם של ר' חיים הכהן מפריס והריצב"א. כפי שעולה מהצגת הרא"ש את המחלוקת בפסקיו, ואולי גם מתשובת הריצב"א, נראה שמדובר בעמדת מיעוט בקרב חכמי צרפת. תשובת הרא"ש תואמת גם את שיטת רבנו חננאל והרמב"ם, המתנים במפורש את פטור "כחש בשר מחמת מלאכה" באי-קיום פשיעה מצד השואל (ראו לעיל, הע' 31).

37 אפשר אמנם לטעון כי המקרה שבא לפני הרא"ש הוא מקרה מובהק של "כחש דלא הדר" וממילא השאלה הרלוונטית היא שאלת גורם הנזק, אך קשה להניח שהרא"ש לא היה מזכיר זאת במפורש.

לסדר שהרא"ש מציג בפסקיו את הצדדים במחלוקת³⁸, ואם נאמץ בניהון דידן את ההנחה שהעמדה שמובאת אחרונה היא המשקפת את הכרעת הרא"ש, יצטמצם הפער בין התשובה לפסקים, שהרי העמדה המובאת אחרונה היא עמדת "יש מחלקין". יש לציין כי במקרה זה לא קבע ר' יעקב מסמרות לגבי עמדת אביו: בטור הוא מביא את שתי השיטות שהביא הרא"ש בפסקיו ולא מציין מהי הכרעת אביו³⁹; בחיבור קיצור פסקי הרא"ש, אשר נכתב אף הוא על ידי ר' יעקב⁴⁰, ניכרת העדפה מסוימת לשיטת "רבתינו הצרפתים"⁴¹. כך או כך, בפסקיו נאמן הרא"ש למסגרת הדיון של בעלי התוספות: הוא מציג את המחלוקת שהתעוררה כנראה בבית מדרשם ומובאת בפירושים. במסגרת זו נטייתו האישית לפסוק כשיטת "יש מחלקין" אפשר שהתבטאה רק בסדר הצגת העמדות⁴².

הסכמה לשמירה במקום המשתמר ובמקום שאינו משתמר

זיקת האחריות המינימלית של אדם אל חפץ שעליו הוא מופקד היא זיקה של "שומר חנם", והגדרת אדם כ"שומר חנם" תלויה בקבלתו את התפקיד על עצמו. וכך מתארת המשנה הסכמה של אדם להיות שומר חנם⁴³: "שמור לי" ואמר לו 'הנח לפני' – שומר חנם".

בתלמוד הבבלי נידונות לשונות תגובה נוספות: מובאת קביעת רב הונא כי תגובה בלשון "הנח לפניך" אינה הסכמה לשמירה כלשהי; כן דנה הסוגיה במעמדה של תגובה בלשון "הנח" בלבד ומעלה אפשרויות שונות, ללא הכרעה⁴⁴. בסוגיה אחרת קובע רבא כי הלשון "הא ביתא קמך" המבטאת את הסכמת אדם להכניס לביתו חפץ של חברו, אינה נחשבת הסכמה לשמירה⁴⁵.

38 ראו לעיל, ליד ציון 25.

39 טור חושן משפט, סי' שז.

40 וראו בעניין זה: ישראל תא-שמע, "רכנו אשר ובנו ר' יעקב בעל הטורים, בין אשכנז לספרד", פעמים 46-47 (תשנ"א), עמ' 75-91, וראו שם עמ' 83; גלינסקי (לעיל, הע' 1), עמ' 136 והע' 11.

41 קיצור פסקי הרא"ש, בבא מציעא פ"ח סי' ד. גם בדברי רבנו ירוחם, תלמיד הרא"ש שהסתמך בדרך כלל על פסקיו, אין הכרעה ברורה – ראו ספר מישרים, נתיב ל ח"ג, ד"ה חלק שלישי (וכך גם לפי כתבי היד שמובאת בהם הגירסה הארוכה של ספר מישרים; וטיקן ניאופיטי 13/1, ניו-יורק בהמ"ל RAB 670 ואחרים).

42 סדר הבאת העמדות תואם את סדר הבאתן בתוספות לגיטין (לעיל, הע' 33), ולכן גם אם הסדר משקף העדפה, אפשר שהרא"ש ביקש להציג ללומד את העדפתם של בעלי התוספות וחזרת השאלה למקומה: האם מה שהביא הרא"ש מרבתינו משקף את עמדתו?

43 בבא מציעא פ"ו מ"ו.

44 שם פא ע"ב, (להלן: סוגיית הנח לפניך).

45 שם מט ע"א-ע"ב (להלן: סוגיית ביתא קמך). מקור נוסף ששייך לענייננו, אף על פי שאינו

הרא"ש עסק בהגדרת הביטוי שנחשב "הסכמה לשמירה" בתשובה לשאלה שהפנה אליו בנו ר' יחיאל ומובאת בכלל צד סי' ד⁴⁶: ראובן שהלך לציפורי התבקש על ידי לוי לקחת על גב חמורו חפץ עבור שמעון. החפץ אבד בדרך, והדיין שלפניו בא המעשה פטר את ראובן בשבועה שלא פשע בשמירתו. ר' יחיאל נקרא לחוות דעתו, ומחקירתו התברר כי החפץ הונח על החמור ללא קשירה ובזמן מסוים התרחק ראובן מן החמור. עוד התברר כי ראובן לא קיבל בידיו את החפץ מלוי, אלא הגיב לבקשת השמירה במילים "מטילו אקה", שמשמען "הניחו בכאן, על החמור"⁴⁷. בנקודה זו התגלעה מחלוקת בין הדיין לבין ר' יחיאל: הדיין טען כי דברי ראובן הם כדברי האומר "הא ביתא קמך", שאינו אפילו שומר חנם, ולכן גם אם פשע בשמירה יש לפוטרו, ור' יחיאל טען כי דברי ראובן הם כדברי האומר "הנח לפני" הנחשב לשומר חנם ומכיוון שראובן פשע בשמירה יש לחייבו כדין שומר חנם. ר' יחיאל ביקש מאביו "והודעני הדין עם מי". הרא"ש השיב בקצרה, וזה לשונו:

הא דאמרינן: הא ביתא קמך שאינו אפילו שומר חנם וכן הנח לפניך

מתאר תגובה מילולית לבקשת שמירה, הוא מחלוקת התנאים לגבי אחריות אדם על נזק שנגרם לרכוש אחר, שהוכנס לחצרו ברשות – בבא קמא פ"ה מ"ב-מ"ג; וראו להלן, ליד ציון 49.

46 השאלה היא חלק מקונטרס שאלות ששלח ר' יחיאל לאביו (לתיאור קונטרס זה ראו: אורבך (לעיל, הע' 6), עמ' 21-24; טולדנו (שם), עמ' 90-94). ההתכתבות בין ר' יחיאל לאביו נערכה בספרד, שם פעל ר' יחיאל כפוסק עצמאי, והתייעץ עם אביו לגבי עמדתיו והכרעותיו – ראו פריימן (לעיל, הע' 1), עמ' קד-קח. ה"ספרדיות" של התשובה מוכחת גם מהמילים הספרדיות המשולבות בתיאור המקרה. התשובה השתמרה בכל כתבי יד שאינם מסודרים לפי כללים, המצויים בדינו. גירסה אחרת של השאלה והתשובה מופיעה באותו כלל, סי' ב, ושם היא מופיעה בקיצור ושינויים קלים: בסי' ד נאמר כי ראובן התבקש להוליך חפץ ל"ציפורי", ובסי' ב מפורש כי ראובן הלך ליריד והתבקש על ידי שמעון להוליך לשם מנעלים. בסי' ב לא מופיע כלל תיאור פסיקת הדיין המקומי והתדיינותו עם ר' יחיאל, ותיאור המקרה קצר ולקוני, בהשוואה לתיאורו בסי' ד. בכ"י ירושלים מופיעה השאלה רק בנוסח הארוך. בכתבי היד פרנקפורט 406/1 ופרס 421/1 מופיעות שתי הגירסאות. בכ"י מונטיפיורי 100, 130, מופיעה רק גירסה אחת והנוסח בה הוא נוסח משולב. ר' יעקב בן הרא"ש מצטט את תשובת אביו בנוסח קרוב לזה שבסי' ב, אך משלב גם פרטים מן הנוסח שבסי' ד. לפנינו אפוא ארבע גירסאות לשאלה: גירסה ארוכה המתארת הולכת חפץ לציפורי, גירסה קצרה המתארת הולכת מנעלים ליריד, ושתי גירסאות ביניים בכ"י מונטיפיורי ובטור. כיוון שבכל המקרים התשובה וזהה, מסתבר כי מדובר בגירסאות שונות של אותו מקרה: נוכל להניח כי הגירסה הארוכה (היחידה שהשתמרה בכ"י ירושלים) היא הגירסה המקורית, וכי הגירסאות האחרות משקפות קיצור שלה, אולי תוך שימור שני פרטים שנשמטו מן הגירסה הארוכה – היעד הוא יריד, והפריט המובל הוא מנעלים. התשובה נידונה כאן לאור הנוסח שבכ"י ירושלים.

47 METELO AQUA (ספרדית), כלומר הנח אותו כאן. ר' יחיאל מבהיר כי במקרה הנידון המשמעות היא הנחה על גבי החמור.

ומיבעיא ליה בהנח סתם, זהו בבית הנפקד שהוא מקום המשתמר. אבל ראובן שנתרצה להוליך החפץ עמו ואמר ללוי הניחם על החמור פשיטא שקבל עליו שמירה כדין שומר חנם, דאם לא ישמרנו בדרך בודאי היה אבוד בדרך. הילכך דבר פשוט הוא דשומר חנם הוי ופשע בשמירתו בזה במה שהניחו על החמור בלא קשירה והפליג ממנו.

לטענת הרא"ש ההבחנה בין הלשונות נכונה כשמדובר בבקשת שמירה בבית הנפקד, אך אינה נכונה במקרה הנידון. למרות שהרא"ש אינו מרחיב בדבריו ניתן לעמוד על ההבדל הבסיסי שהוא מוצא בין המקרים: בית הוא "מקום המשתמר" – מקום שמטבעו מספק שמירה למצוי בתוכו. גבו של חמור ההולך בדרך ודאי אינו כזה – לא יעלה על דעתו של אדם כי חפץ יכול להשתמר בתנאים כאלו ללא השגחה, ועל כן במקרה כזה בקשת הנחה היא בהכרח בקשה לשמירה והיענות לה משמעה הסכמה לשמירה. הרא"ש יכול היה לפתור את המקרה שבא לפניו באופן נקודתי ו"טכני" כפי שפתר בנו, אך לא הסתפק בכך, ודומה שביקש להבהיר נקודה עקרונית: יצירת זיקת אחריות של אדם כלפי חפץ הנמצא ברשותו אינה רק תוצאה של הלשון שבה השתמש, אלא גם של המקום שבו התבקש להניח את החפץ, ושל ההבנה המצופה ממנו לאור זאת.

הרא"ש מציג את הכרעתו כעניין פשוט וברור ואינו מציע ראיות לדבריו, אך עיון בסוגיות הרלוונטיות ובמסורת הפירוש והפסיקה בעניינה מלמד כי הדברים אינם כה פשוטים.

בסוגיית "הנח לפניך" עולות שתי הצעות הבחנה בין חצר פרטית לשוק. ההצעה הראשונה מתייחסת לאפשרות השמירה על חפץ במקום שבו ביקש הבעלים להניחו: כיוון שחצר פרטית היא "בת נטורי", הסכמת בעל החצר להנחת חפץ בחצרו כמוה כהסכמה לשמירה היוצרת זיקת אחריות ואין צורך בלשון מפורשת של הסכמה לשמירה, ואילו בשוק, שאינו בר-שמירה, רק הבעה מפורשת וברורה של הסכמה לשמירה תיצור זיקת אחריות. ההצעה השנייה מתייחסת לצורך בקבלת רשות להנחת החפץ: בחצר פרטית נדרשת הסכמת בעל החצר להנחת החפץ ולכן יש לפרש את לשון "הנח" כמביעה הסכמה בסיסית זו, ואילו הסכמה לשמירה תדרוש לשון המתייחסת לכך במפורש. בשוק אין משמעות לבקשת רשות להנחת חפץ, ומשום כך לשון "הנח" תתפרש כהסכמה לשמור. הכרעת הרא"ש בתשובתו אינה תואמת אף אחת מן ההצעות – הרא"ש מבחין בין מקום המשתמר למקום שאינו משתמר, בדומה להבחנה בין חצר "בת נטורי" לבין שוק, העולה בהצעה הראשונה, אך מסקנתו הפוכה: דקדוק בלשון ההסכמה נדרש דווקא ברשות הפרט. מסקנה זו אמנם עולה בקנה אחד עם

ההצעה השנייה בסוגיה, אך לא מאותו טעם: הרא"ש אינו בוחן את הצורך בקבלת רשות להנחת החפץ⁴⁸.

קביעת הרא"ש כי בבית פרטי נדרשת הסכמה מפורשת לשמירה עולה בקנה אחד עם מסורת הפסיקה של הגאונים ושל חכמי ספרד. מסורת זו מתבטאת בהכרעתם במחלוקת רבי וחכמים לגבי נזק שנגרם לרכוש שהוכנס לחצר פרטית ברשות הבעלים⁴⁹, שניתן לתאר אותה כך: האם הסכמת אדם להכניס לרשותו רכוש של חברו נחשבת כהסכמה לשמירה ויוצרת זיקת אחריות של שומר חנם⁵⁰? חכמים מחייבים את בעל החצר לשלם על הנזק, ואילו רבי קובע כי רק אם בעל החצר התחייב במפורש לשמור על הרכוש יש לראות בו אחראי לנזק, ואמוראי בבל חלקו בנידון: רב פסק כחכמים ושמואל כרבי⁵¹. הגאונים, ובעקבותיהם הר"ח, הרי"ף ופוסקים רבים בספרד ופרובנס, קבעו באופן חד-משמעי שהלכה כרבי⁵², ואילו בין חכמי צרפת ואשכנז הדרישה להסכמה בלשון מפורשת לבקשת שמירה ברשות הפרט אינה חד-משמעית: בפירושם למחלוקת התנאים מעלים בעלי התוספות את האפשרות שהלכה כחכמים⁵³. מסורת הפסיקה מייחסת לר"י בעל התוספות הכרעה כחכמים, שמשמעה הוא שמי שמסכים להכניס רכוש של חברו לרשותו הפרטית, מתחייב לשמור עליו גם אם לא הצהיר על כך בפירוש⁵⁴. בד בבד נוכל להצביע על מסורת אשכנזית הדורשת

48 נראה כי הפער נובע מנקודת המבחן השונה שמציב הרא"ש, כפי שהוצג בקצרה לעיל. ויש עוד מקום להרחיב בעניין זה.

49 בבא קמא פ"ה מ"ב-מ"ג.

50 כך אמור במפורש בנוסח כ"י מינכן, לסוגיית בבא קמא מח ע"ב: "אלמא מסתמא קביל עליה נטירתא מני רבנן היא דאמרי מסתמא קביל עליה נטירתא" (בנוסח הדפוס נשמט זיהוי זה של שיטת חכמים).

51 שם.

52 ראו: אוצר הגאונים לבבא קמא, עמ' 36, ד"ה ואם הכניס; שם, לקט פירושי רבנו חננאל, עמ' 58, ד"ה הקדר שהכניס; רי"ף, דף כא ע"א בדפי הרי"ף; רמב"ם, הל' נזקי ממון פ"ג ה"ג, פ"ז ה"ה; חידושי הרשב"א שם, דף מח ע"ב ד"ה הניחא לשמואל. הנימוק המרכזי לפסיקה זו הוא פסיקת שמואל (שהלכה כמותו בדיני ממונות) כרבי. לעומת זאת, מדברי הרא"ה משתמע שקיבל את עמדת בעלי התוספות הנוטים לפסוק כחכמים כיוון שכך פסק רבא – ראו שם ד"ה ושמואל אמר. לא מצאתי כל רמז במסורת זו לטענה שטוען הרא"ש בתשובתו שלפיה במקום שאינו משתמר לא נחוצה הסכמה מפורשת לשמירה. נראה שהמסורת הספרדית-הפרובנסלית מקבלת בכל מקום רק אמירה מפורשת כהסכמה לשמירה.

53 תוספות בבא קמא מח ע"ב, ד"ה ושמואל; תוספות בבא מציעא מט ע"א, ד"ה כל. וראו דיונו להלן.

54 טור חושן משפט, סי' רצא סעיף ד. אמנם ישנו פער בין הקביעה החד-משמעית של הטור לגבי עמדת הר"י, לבין נוסח דברי התוספות המציגים את הפסיקה כחכמים כאפשרות בלבד. יתכן שהפער משקף עמדות שונות בקרב בעלי התוספות, והשוו תלמיד רבנו פרץ

לשון הסכמה מפורשת בשוק או ברשות הרבים: כך עולה מדברי הראב"ן המבחין בין לשון "הנח לפני" ללשונות "הנח לפניך" או "הנח" ביחס לשמירה ברשות הרבים⁵⁵, וכך מפורש בפסקי האור זרוע המבהיר כי ההבחנה בין הלשונות תקפה רק במקרה "שלא הכניסו לחצרו אלא ברשות הרבים או באיסטרא ופלטאי או בבקעה"⁵⁶ ולעומת זאת ברשות הפרט "אפילו רבי מודה דבסתמא מקבל נטירותא עליה"⁵⁷. מצטיירת לפנינו מסורת פסיקה צרפתית-אשכנזית הדורשת הסכמה מפורשת לשמירה ברשות הרבים ונוטה לוותר על דרישה זו ברשותו הפרטית של הנפקד, מסורת שמקבלת את הצעת ההבחנה הראשונה של סוגיית "הנח לפניך" בין חצר לשוק. הפער בין מסורת זו ובין קביעת הרא"ש בתשובתו – "הא דאמרינן... הנח לפניך ומיבעיא ליה בהנח סתם זהו בבית הנפקד שהוא מקום המשתמר" – בולט ומשמעותי.

העיון בפסקי הרא"ש מגלה תמונה שונה: הרא"ש אינו מתייחס בפסקים להבחנה בין מקום המשתמר למקום שאינו משתמר. היינו מצפים להתייחסות כזו בפירושו לסוגיית "הנח לפניך" המעלה בעצמה הצעת הבחנה מעין זו, אך הרא"ש מסתפק בציטוט תמצית הסוגיה מתוך הרי"ף⁵⁸. אשר למחלוקת רבי וחכמים לגבי אחריותו של אדם על רכוש שהרשה להכניס לחצרו, יש אי-התאמה בין תשובת הרא"ש לפסקיו: קביעת הרא"ש בתשובה כי הדקדוק בלשון ההסכמה מתחייב דווקא בבית הנפקד, עולה בקנה אחד עם עמדת רבי שלפיה רק התחייבות מפורשת לשמירה תחייב את בעל החצר לשלם על נזק שאירע לרכוש; לעומת זאת בהתייחסו למחלוקת בפסקים⁵⁹, לאחר שהעיר כי שמואל פסק כרבי ו"הלכתא כשמואל בדיני", הוסיף הרא"ש "והתוספות כתבו וצריך עיון", משום דרבא דהוא בתרא סבר כחכמים". הרא"ש ממשיך ומביא ראיות לכך שלאורך כל הסוגיה פוסק רבא כחכמים וטוען כי כך עולה גם מסתמא דגמרא. האם יש ללמוד מכאן כי הרא"ש פסק כחכמים? ר' יעקב בן הרא"ש קבע

המעלה הצעה שמא רבא בא לפרש את שיטת חכמים אך לא סבר כמותם בעצמו – שטמ"ק לבבא קמא מח ע"ב, ד"ה ושמואל אמר הלכה כרבי.

55 ספר ראב"ן, בבא מציעא דף פא ע"ב, דף פו ע"ב. פסיקה זו מובאת בשם הראב"ן בספר הכלבו סי' קכו (דינין מהר"ר אליעזר בר נתן ז"ל) סעיף מה, וללא ציון מקורה, בתשובות המהר"ם מרוטנבורג דפוס פראג סי' תרסו, ובמרדכי בבא מציעא רמז שעט.

56 ראו אור זרוע, פסקי בבא מציעא סי' רעד.

57 שם, פסקי בבא קמא סי' רכה.

58 פסקי בבא מציעא, פ"ו סוף סי' יז. גם בתוספותיו לסוגיה זו אין התייחסות להבחנה בין מקום המשתמר למקום שאינו משתמר – תוספות הרא"ש שם, פא ע"ב ד"ה ואימא.

59 הרא"ש עוסק במחלוקת זו בפסקיו למשנה שבה מובאת המחלוקת: פסקי בבא קמא, פ"ה סי' ג.

כי אביו, כמו ר"י הזקן, הכריע כחכמים⁶⁰. נראה כי לפנינו דוגמה לחשיבות שייחוס ר' יעקב לסדר שבו הביא אביו בפסקיו את העמדות השונות; אמנם, סביר שבמקרה זה גם האסמכתאות שהביא הרא"ש לפסיקה כחכמים השפיעו על קביעת ר' יעקב⁶¹. לעומתו סבור ר' יוסף קארו כי מאחר שאין בפסקים הכרעה מפורשת, אי-אפשר להסיק באיזו מהעמדות תומך הרא"ש, וזה לשונו⁶²:

ואיני יודע למה כתב רבינו שמסקנת הרא"ש כחכמים שהרי כתב שתי הסברות ולא הכריע ועוד שלא כתב הרא"ש שהתוספות פסקו כחכמים אלא שהוקשה להם על פסק הרי"ף והניחו הדבר בצ"ע (צריך עיון).

בין אם הכריע הרא"ש בפסקיו כחכמים, כפי שסבר הטור⁶³, ובין אם הציג את שתי האפשרויות ללא הכרעה כפי שסבר הבית יוסף, אין ספק שחשוב היה לו להביא בפסקיו את עמדת בעלי התוספות ואת התימוכין לה. אי-אפשר להתעלם מן הפער בין הדיון בפסקים לבין התשובה: הקביעה הנחרצת בתשובה כי דקדוק בלשון ההסכמה נדרש דווקא במקום המשתמר ואי-ההתייחסות שם לשיטת חכמים, מלמדות כי כפוסק הזדהה הרא"ש עם שיטת רבי ולא הושפע מעמדתם השונה (או לכל הפחות הסתייגותם) של רבותיו בעלי התוספות.

האם קניין מועיל במקרה של "נזק שאין לו חזקה"

התלמוד הבבלי מביא פעמיים את הכלל "אין חזקה לנזיקין" משם רבה בר אבוב⁶⁴. בתלמוד הירושלמי מובאת פעם אחת קביעה כללית דומה – "המזיק אין לו חזקה" – משמו של ר' יונתן⁶⁵. לקביעה כי אין חזקה לנזק ישנה

60 טור חושן משפט, סי' רצא. גם רבנו ירוחם תלמיד הרא"ש פוסק בעניין זה כשיטת חכמים; כך לפי נוסח כתבי היד של המהדורה הארוכה של ספר מישורים: כ"י וטיקן נאופיטי 13/1 דף 218, וכ"י ניו-יורק בהמ"ל RAB 670, דף 282. כיוון שרבנו ירוחם פוסק בדרך כלל על פי פסקי הרא"ש סביר בהחלט שאף הוא הבין כי הרא"ש בפסקיו מכריע כחכמים.

61 ראו דברי ה"ח על אתר (שם סעיף ד), המציין גם את סדר הבאת הדברים וגם את התמיכה בהם כהוכחות לפסיקת הרא"ש כחכמים: "וכן כתב הרא"ש לאחר שהביא דברי הרי"ף 'והתוספות כתבו...' אלמא משמע דכוונתו לחלוק אפסק דאלפסי... ועוד דלאחר שהביא דברי התוספות כתב לחזק סברא זו מדעתו".

62 שם, סי' ג, ד"ה בקש מחברו.

63 אף על פי שקביעת הטור כי אביו פסק כשיטת חכמים מגדילה את הפער בין החיבורים, ר' יעקב, המצטט את התשובה באותו סימן, לא התייחס לכך. יתכן שבעיניו יש פער בין נתינת רשות להכניס רכוש לחצר במילים מפורשות כגון "כנוס שורך" לבין לשונות עמומים כגון "הנח" "הא ביתא קמך". הצעת הבחנה כזו עולה בדברי התוספות – ראו בבא מציעא מט ע"א, ד"ה הא כל ביתא. לא מצאתי התייחסות של פוסקים אחרים או של חוקרים לפער זה.

64 בבא בתרא כב ע"ב, כג ע"א.

65 שם פ"ב ה"ב, יג ע"ב.

משמעות משפטית מעשית: כנגד נזק שאין לו חזקה יכול הניזק למחות ולתבוע הרחקה בכל עת. גם אם שתק ולא מחה במשך כמה שנים לא אבדה זכותו למחות והמזיק יחויב להרחיק הנזק.⁶⁶

בעלי התוספות נחלקו בשאלה אם קניין מועיל במקרים שאין חזקה לנזק. כלומר: האם קניית הרשות להשתמש במקום באופן מזיק (למשל לבנות בסמוך לבית תנור המפיץ עשן רב) מבטלת את זכותו של הניזק (מקנה הרשות) למחות כנגד הנזק ולחייב הרחקתו. לשיטת רבנו תם גם אם היקנה הניזק את אפשרות השימוש וישנם עדים המעידים על כך, יכול הוא לחזור בו ולטעון שמדובר בקניין טעות – סבור היה שיוכל לסבול נזק זה, אך נוכח לדעת שטעה בהערכתו. לשיטת ר"י הזקן אם ישנה ראייה לגבי קניית אפשרות השימוש לא יכול הניזק לחייב את המזיק להתרחק.⁶⁷ השאלה העקרונית שבה חלוקים רבנו תם ור"י הזקן היא שאלת גבולות הקביעה "אין חזקה לנזקין": האם מעשה המעיד על הסכמתו המודעת של הניזק לשימוש המזיק מאפשר קביעת חזקה ומבטל את האפשרות לתבוע הרחקה בכל עת?⁶⁸ כשיטת הר"י, המשיב בחיוב לשאלה זו, פסק הריב"א, ר' יצחק בן אשר הלוי, מראשוני חכמי אשכנז,⁶⁹ וכך פסקו גם הרמב"ם הרמב"ן, והריטב"א⁷⁰. הרשב"א סבר שיש לפסוק כרבנו תם, אך העיד על עצמו כי לא אזור כוח לפסוק כך למעשה כנגד עמדת הרוב.⁷¹ השיטה שתומכים בה רוב הפוסקים מגינה על זכות השימוש של האדם בקניינו:

66 כך עולה מן הסוגיות. וראו גם רמב"ם, הל' שכנים פ"א ה"ד. בכל שלוש הסוגיות מובאת מסורת המצמצמת את הקביעה הגורפת "אין חזקה לנזקין" ומעמידה אותה בנוקים מסוימים: עשן ובית כסא.

67 תוספות לבבא בתרא כג ע"א, ד"ה אין חזקה. אמנם עמדה זו מובאת כאן בכותרת "ואין נראה", אך מתוך מקורות אחרים, למשל פסקי הרא"ש שם פ"ב סי' יח, מתברר כי מדובר בעמדת ר"י הזקן. הרי"ב מבסס את שיטתו על המובא שם מט ע"ב, לגבי אי-קיום חזקה לאשה בנכסי בעלה.

68 פוסקים בדורות הבאים משתמשים במונח "ראיה יש להם" שמשמעו הוכחה כי נעשה המעשה המעיד על הסכמת הניזק ומאפשר קביעת חזקה. כפי שאציין להלן, רוב הפוסקים נוקטים את דרכו של ר"י ומשיבים בחיוב לשאלה זו, אך הם חלוקים ביניהם לגבי אופי המעשה הנדרש – האם דווקא מכירה או שגם מחילה מועילה? ואם מועילה מחילה האם מוכרח להיות "מעשה קניין" המעיד עליה? לפירוט השיטות השונות בהקשר זה ראו אנציקלופדיה תלמודית, י, הרחקת נזקין, עמ' תרצד.

69 ראו מרדכי לבבא בתרא, רמז תקכא. המרדכי מצטט את רבנו יואל המביא בשם ריב"א כי מחילה בעדים נחשבת לחזקה. הרשב"א מביא עמדה זו בשם ר' יצחק בר מרדכי – חידושי הרשב"א שם כג ע"א, ד"ה ולענין הא דאמרינן אין חזקה.

70 הל' שכנים, פ"א סוף ה"ד; חידושי הרמב"ן לבבא בתרא כג ע"א, ד"ה אין חזקה לנזקין; חידושי הריטב"א שם, ד"ה ולענין הא דאמרינן.

71 תשובות הרשב"א, ח"ג, סי' קסב, וכן סי' קעא. וראה גם חידושי הרשב"א שם, ד"ה ולענין.

היא מאפשרת להשתמש ברכוש ללא חשש מפני תביעת הרחקה בעתיד. לעומתה עמדת רבנו תם מגינה על זכותו של הניזק להרחיק את המפגע: ההנחה כי אדם עלול לטעות בהערכת מידת הסבל שיגרם לו, משאירה בידי הניזק את הכוח למחות בשעת הצורך כנגד הנזק. נבחן את התייחסות הרא"ש למחלוקת זו.

בתשובה שנדפסה בכלל צט סי' ה דן הרא"ש בשאלה שהפנה אליו ר' יוסף הכהן על מקרה שאירע בעיר אלקלעה⁷²: ביתו של ראובן היה סמוך לחצר שהוחזקו בה ונשחטו בה בהמות. ראובן טען כי הקצבים (הם השוחטים), שפעלו בעבר בתוך החצר, מוכרים כעת את הבשר מחוץ לה בסמוך לביתו והדבר גורם לו סבל רב מפאת הריח הרע, החיות המתקבצות שם, ואף ירידת ערך הבית בעיני קונים שבכוח. בתשובתו קבע הרא"ש כי הדין עם ראובן. עיקר התשובה מוקדש לקביעה כי מדובר בנזק שאין לו חזקה וראובן זכאי לתבוע הרחקתו, ועל כך מוסיף הרא"ש וקובע זאת: "אפי' [לו] אם קנו הקצב' [ם] המקו' [ם] מראוב' [ן] לקצב שם בשר והחזיקו בו ג' שנים היו צריכים להרחיק". כראיה לקביעתו מצטט הרא"ש חלק מדו-השיח של אב"י ורב יוסף בסוגיית בבא בתרא דף כב ע"ב: רב יוסף תבע ממקזי דם שישבו סמוך לביתו להתרחק כיוון שהעורכים שהגיעו בעקבות הדם גרמו לו סבל; כנגד תביעתו טען אב"י "והא אחזיק להו". הרא"ש פירש את דברי אב"י כמתייחסים לטענה "ויכולין לטעון קנינו ממך תשמיש זה תחת אילנותיך והחזקנו בה ג' שנים". רב יוסף השיב לטענה בציטוט המסורת הקובעת "אין חזקה לנזקין"; והרא"ש מפרש: "אפילו קנו והחזיקו אין חזקתם כלום".

אם כן, בתשובתו הכריע הרא"ש באופן חד-משמעי כשיטת רבנו תם, ואין בתשובה התייחסות לקיומה של מחלוקת ולעמדתו השונה של ר"י הזקן. לעומת זאת בפסקיו לסוגיה הביא הרא"ש את מחלוקתם של רבנו תם ור"י הזקן⁷³:

72 לאור ציון המקום אין ספק כי מדובר בתשובה שנכתבה בזמן שבתו של הרא"ש בספרד. סביר להניח שמדובר בעיר אלקלע די הינאריס (Alcalá de Henares) שבקסטיליה, שישבו בה יהודים והיתה נתונה לשליטתו של הגמון טולדו – ראו יצחק בער, תולדות היהודים בספרד הנוצרית, תל אביב תשמ"ז, עמ' 31, ושאר הפניות לאזכורי עיר זו על פי מפתח המקומות שם. פריימן מונה ברשימת קרוביו חבריו ותלמידיו של הרא"ש בספרד את ר' יוסף ב"ר אברהם הכהן אשר שלח לרא"ש מספר שאלות – ראו פריימן (לעיל, הע' 1), עמ' סג. התשובה מופיעה בחלקו השני של הסימן, ונדפסה גם בכלל ק סי' ב. מבין כתבי היד שאינם מסודרים לפי כללים מופיעה התשובה בכ"י פאריס 421 סי' שמו, ובכ"י מילאנו סי' שי. בכ"י פריס 420, שמסודר לפי כללים, מופיעה התשובה בתוך קבוצת תשובות שנוספו אחר הכללים, בסי' כו; בדפוס קושטא רע"ז לא מובאת תשובה זו כלל. ר' יעקב בן הרא"ש הביא את התשובה בקיצור בטור חושן משפט, בסוף סי' קנה. כן מובא קיצור התשובה בספר "חזה התנופה", בנוסח שונה באופן משמעותי מן התשובה המצויה בידנו – ראו חזה התנופה, סי' כו, בתוך: שאלות ותשובות חיים שאל, לעמבערג תרמ"ו.

73 פסקי בבא קמא, פ"ב סי' יח.

תהילה אליצור: דיני נזיקין בפסקי הרא"ש ובתשובותיו

רבנו תם ז"ל היה אומר אפילו הקנה בעדים יכול לחזור בו דקנין בטעות הוא דסבור היה שיכול לסבול ועתה אינו יכול לסבול. ואין נראה לר"י מדקאמר 'אין חזקה לנזקין' איכא למידק הא ראייה יש, כדדייקינן לקמן גבי 'ולא לאיש חזקה בנכסי אשתו', אלא ודאי ראייה מהניא אבל חזקה לא מהניא.

אין בדברי הרא"ש הכרעה מפורשת בין העמדות. אמנם אפשר שמשמעת תמיכה בעמדת הר"י מתוך דרך הצגת המחלוקת: דברי רבנו תם הובאו בראשונה ולאחריהם התנגדות הר"י לשיטה זו והצעתו החלופית; אין ביקורת על דבריו. בולט הפער בין הצגה זו לבין תשובת הרא"ש בעניין הקצבים, שבה קבע בפשטות ש'אפילו קנו והחזיקו אין חזקתם כלום'. הבאת הדברים שם ללא ייחוסם לר"ת וללא רמז לקיומה של מחלוקת, יוצרת את הרושם כי מדובר בעניין ידוע ומוסכם שאין חולק עליו. הפער מתעצם לאור עדות ר' יעקב בן הרא"ש על פסיקת אביו, הנסמכת על המובא בפסקים, שזה לשונה⁷⁴:

כתב ר"ת כל נזק שאין לו חזקה אפי' [לו] הקנה לו בעדים יכול לחזור בו. ...אבל ר"י פיי' [רש] דנהי דלא אהני להו חזקה אם יש ראייה שמחל לו מהני ולזה הסכים א"א הרא"ש ז"ל.

נראה כי לפנינו דוגמה נוספת למשמעות שייחס הטור לסדר הצגת הרא"ש את העמדות החלוקות⁷⁵. תמיכת הרא"ש בעמדת הר"י משתמעת גם מדברי רבנו ירוחם תלמיד הרא"ש⁷⁶.

מהי אפוא עמדת הרא"ש? הטור מצטט בסמוך לדבריו את תשובת הרא"ש בעניין הקצבים, אך אינו מתייחס לפער בין ההכרעה שם לבין קביעתו לגבי עמדת אביו, ומי שמעיר על הפער הוא ר' יוסף קארו המציב את הדברים זה מול זה, ואף מציג יישוב לאי-ההתאמה, וזה לשונו⁷⁷:

שאלה לאדוני אבי ז"ל (כלל צט סי' ה). וקשה לי שהרי כתב רבינו בסמוך דלהרא"ש אם הביא ראייה שמכר או נתן לו הוי חזקה אפילו לנזקים שאין להם חזקה, ובתשובה זו נראה שאפילו מכר להם לעשות שם אותו נזק אין לו חזקה. ואפשר לחלק ולומר דהכא אף על פי שקנו ממנו

74 חושן משפט, סי' קנה. כך מובא בקצרה גם בקיצור פסקי הרא"ש על אתר.

75 ראו לעיל, ליד ציון 25.

76 רבנו ירוחם קובע לגבי עמדת הר"י "וכן עיקר" ומפנה ל"ספרי הרא"ש" – הכינוי שבו הוא מכנה את הפסקים – ראו ספר מישרים, נתיב לא חלק ו, וכן בנוסח הארוך, כ"י ניו-יורק ביהמ"ל, RAB 670, דף 316 א.

77 בית יוסף חושן משפט, סי' קנה אות לו. ר' יוסף קארו מתייחס כאן לציטוט הטור את תשובת הרא"ש בעניין הקצבים.

המקום לקצב בו בשר איכא למימר שהקנין לא קאי אלא למכירת גוף הקרקע ולא למכירת או מחילת נזק.

ר' יוסף קארו מציע שמא קביעת הרא"ש בתשובה נובעת מכך שלא מדובר בקניית הרשות למכור בשר אלא בקניית השטח בלבד. אך הצעה זו קשה, שהרי קביעת הרא"ש מתייחסת במפורש למכירת המקום לצורך המלאכה: "אפילו אם קנו הקצבים המקום מראובן לקצב שם בשר". כמו כן המסקנה "אפילו קנו והחזיקו אין חזקתן כלום", מנוסחת כעיקרון כללי, ללא כל רמז כי הדברים אמורים רק במקרה שנמכר השטח ולא נמכרה אפשרות השימוש בו.⁷⁸

קשה לתלות את הפער בין החיבורים בשינוי שחל בעמדת הרא"ש – אי-אפשר להצביע על פער משמעותי בין זמן כתיבת התשובה לזמן כתיבת הפסקים, שכן מדובר בתשובה שנכתבה בוודאות בזמן שבתו של הרא"ש בספרד.⁷⁹ כן קשה לטעון להשפעת מסורת ספרד בעניין זה: ראינו אמנם כי הרשב"א נטה לקבל את שיטת רבנו תם, אך הוא היה חריג בין חכמי ספרד ואף הוא חשש לפסוק כך למעשה. ודאי אין מקום לטעון שההכרעה כרבנו תם בתשובה נחוצה לצורך פסיקה במקרה הנידון – הקביעה כי קניה אינה יוצרת חזקה הובאה בתשובה רק כהוספה תאורטית: במקרה עצמו הקצבים כלל לא קנו מהניזק את אפשרות השימוש⁸⁰. מסתבר כי פסיקת הרא"ש בתשובה כרבנו תם משקפת את עמדתו שלו במחלוקת זו. בבואו להכריע על פי הבנתו את המתחייב מן הקביעה "אין חזקה לנזקין", חשוב היה לרא"ש להשמיע כי גם קניין אינו מועיל במקרים כאלה. לעומת זאת בפסקיו ביקש להציג את דיונם של בעלי התוספות בסוגיה – במסגרת זו היה הרא"ש מעוניין בהצגת המחלוקת יותר מאשר בהצגת עמדתו האישית. הדרך והסדר שמוצגות בהם העמדות אינם מהווים ראיה נחרצת לעמדתו: כפי שראינו במקרים אחרים, ר' יוסף קארו טוען כנגד הטור כי אין להסיק על עמדת הרא"ש רק מתוך הסדר שבו הציג בפסקיו את העמדות השונות⁸¹, וגם אם נניח כי במקרה דנן סדר הצגת העמדות מלמד

78 גם בעל הפרישה והדרישה על-אתר מתייחס לפער זה ומציע כי בתשובה לא מדובר בקניין ממש אלא בטענה בדבר קניין. אך גם פירוש זה אינו עולה מדברי הרא"ש.

79 על פי סדר כתיבת הפסקים שמציע זפרני, נכתבו פסקי בבא בתרא בקבוצת הפסקים השנייה שכתב הרא"ש. לפי השערתו כתיבת פסקים אלה מאוחרת לכתיבת הקבוצה הראשונה הכוללת פסקים לרוב סדר נזיקין אך נמצאת בראש הקבוצה השנייה ולפני הקבוצה השלישית – ראו זפרני (לעיל, הע' 4), עמ' 79. אין אפשרות ללמוד מכך על זמן כתיבת התשובה ביחס לפסקים במקרה דידן. וראו הסתייגות מהנחת שינוי עמדת הרא"ש, להלן סוף הע' 136.

80 כעולה מדברי הרא"ש שצוטטו לעיל "אפילו אם קנו". כן נציין כי בתחילת התשובה הבהיר הרא"ש שהרחקת הקצבים מתחייבת מפעולתם בשטח לא להם, ללא קשר לשאלת החזקה.

81 ראו לעיל, ליד ציון 27. אמנם במקרה הנידון ר' יוסף קארו לא טוען כך אלא מנסה ליישב

על העדפת עמדת הר"י, אפשר שמדובר בהעדפתה בבית המדרש של בעלי התוספות ולא בעיני הרא"ש עצמו.

כופין על מדת סדום

מדת סדום והכפייה עליה בספרות חז"ל

בספרות חז"ל משמש המונח "מדת סדום" לתיאור התנהגות "גבולית" מצד מוסריותה⁸², בעיקר הקפדת יתר של האדם על זכויותיו הקנייניות אשר אינה מביאה בחשבון את צרכיו וטובתו של הזולת. "כפייה על מדת סדום", הנזכרת בחמש סוגיות בתלמוד הבבלי, משמעה חיוב האדם להימנע מהתנהגות הנתפסת כ"מדת סדום". בסוגיות נידונים מצבים שונים שבהם אדם פועל במסגרת החוק ובכל זאת מוצע לכפות עליו שלא לפעול כך, כיוון שפעולתו אינה מתחשבת בצרכי חברו ואף נוגדת את האינטרס שלו⁸³. כצפוי במקרי גבול לא תמיד ישנה תמימות דעים בקרב העוסקים בהם, ומעשה הנתפס בעיני אחד כמדת סדום נחשב לגיטימי על ידי אחר. מוסכם כי כפייה על מדת סדום רלוונטית רק במצב שבו לא יגרם לאדם כל נזק או הפסד כתוצאה מן ההתחשבות בחברו – ובלשון חכמים "זה נהנה וזה לא חסר"⁸⁴. על כן הערכת המעשה תלויה במידה רבה בהערכת ההפסד והרווח הנגרם לאדם הפועל ולחברו.

את הפער בדרך של אוקמיתא, אך כאמור לעיל הצעתו קשה ונראה שיש מקום להעדיף על פניה את הצעתו לגבי עמדת הרא"ש כאשר לשומר אבדה: "למדו המקומות הסתומים בפסקיו מדבריו בתשובה". וראו האמור בעניין זה בדיון המסכם.

82 גבוליות זו בולטת בפעם היחידה שבה נזכרת "מדת סדום" במשנה, מסכת אבות פ"ב מ"י – המשנה מתארת אדם המקפיד על הפרדה מלאה בין קניינו ויכולתו לפעול בו, לבין זה של חברו: "האומר שלי שלי ושלך שלך". וכבר הוצעו פרשנויות שונות ל"סדומיות" שמצאו חלק מן התנאים במדה זו – ראו למשל אהרון ליכטנשטיין, "לכירור 'כופין על מדת סדום'", בתוך: מנחם זהרי ואחרים (עורכים), הגות עברית באמריקה, א, תל אביב תשל"ב, עמ' 362-382; וראו שם, עמ' 363-367. לפרשנות מחקרית מודרנית ראו אברהם וינרוט, "שימוש לרעה בזכות במשפט העברי (כופין על מדת סדום)", דיני ישראל יח (תשנ"ה-תשנ"ו), עמ' נג-פו; וראו שם בעיקר עמ' נח-נט. לאחרונה פירסם השופט משה דרורי מחקר מקיף בנוגע לשימוש בעקרון הכפייה על מדת סדום במשפט העברי ומקבילותיו במשפט הישראלי, ובמסגרתו סקירת התחומים ההלכתיים שעיקרון זה מתבטא בהם, ועמדותיהם השונות של פרשנים ופוסקים ביחס אליו – ראו משה דרורי, "השימוש לרעה בזכות במשפט העברי: כופין על מדת סדום", סדרת הלכה ומשפט במדינת ישראל חוברת מס' 3, סיון תש"ע.

83 ראו: עירובין מט ע"א; כתובות קג ע"א; בבא בתרא יב ע"ב, נט ע"א, קסח ע"א. אין דיון מקביל בתלמוד הירושלמי.

84 מונח זה, וכן חילופו "זה נהנה וזה חסר", נידונים בתלמוד הבבלי בסוגיה העוסקת באדם שגר בחצר של חברו ללא ידיעתו (בבא קמא כ ע"א-כא ע"א). במאמר שהקדיש לכפייה על מדת סדום הראה שמואל שילה כיצד בכל אחת מחמשת הסוגיות מתקיים תנאי זה – ראו:

כפייה על מדת סדום בחלוקת נכסים

אחת מסוגיות המפתח בעניין הכפייה על מדת סדום היא סוגיית בבא בתרא דף יב ע"ב, העוסקת בחלוקת נכסים בין יורשים. בסוגיה נידונים שלושה מקרים שבהם מחלקים אחים את שדות אביהם שנפטר; בכל אחד מן המקרים מבקש אחד מהם לכפות על האחרים חלוקה מסוימת והאמוראים חלוקים בשאלה אם יש מקום לכפייה במצב זה. לענייננו חשוב בעיקר המקרה הראשון: אח אחד קנה שדה בסמוך לשדות אביו, וכאשר נפטר האב ובאו האחים לחלק ביניהם את שדותיו ביקש האח הקונה לקבל את החלק הסמוך לשדה שקנה. רצונו של המבקש ברור: הוא מעוניין שיהיה רצף בין שדותיו⁸⁵. האם האחים האחרים חייבים להענות לבקשה? בכך חולקים רבה ורב יוסף: "אמר רבה: כגון זו כופין על מדת סדום. מתקיף לה רב יוסף: אמרי לה אחי מעלינן ליה עילויא כי נכסי דבי בר מריון. והלכתא כרב יוסף". קביעת רבה מלמדת כי בעיניו אי-הענות לבקשת האח היא בגדר "מדת סדום" משום שאין טעם מוצדק להתנגד לבקשה זו, שהרי לא יגרם לשאר האחים כל נזק או חסרון אם יקבלו אחת מן השדות האחרים של האב⁸⁶. לעומתו סובר רב יוסף שהאחים יכולים להתנגד לבקשה ולטעון כי עבורם חלק זה משובח כמו נכסי בית בר מריון⁸⁷. כלומר, לשיטתו לא מדובר כאן במצב של "זה נהנה וזה אינו חסר". מבחינת האחים יש חסרון בהיענות לדרישת אחיהם ולכן לא שייכת כאן כפייה על מדת סדום. ונפסקה הלכה כרב יוסף.

שתי תשובות הרא"ש שנדון בהן להלן, מתייחסות למחלוקת רש"י ורבנו תם בהבנת דברי רב יוסף. לשיטת רש"י הטענה ששם רב יוסף בפי האחים מתייחסת דווקא לשדה בעל: "ומסתברא הא דרב יוסף בשדה בעל שיכולין לומר פעמים שזו מתברכת משאר הארצות". כלומר, רב יוסף מתייחס להבדל איכותי אפשרי בין השדות: אף על פי שהשדות שווים באופן בסיסי באיכותם, עשויה שדה אחת

Shmuel Shilo, "Kofin Al Midat S'dom: Jewish Law's Concept of Abuse of Rights", *Israel Law Review* 5 (1980), pp. 49-70, וראו שם עמ' 50-55.

85 מקרה זה מזכיר את "דינא דבר מצרא" הנידון בסוגיית בבא מציעא דף קח, אך יש לשים לב להבדל: "דינא דבר מצרא" עוסק בשדה העומדת למכירה ובקונים בכוח, ומעניק עדיפות בקנייתה לבן המצר על פני קונה אחר שאינו מצר; סוגייתנו עוסקת בחלוקת שדה בין כמה אנשים שהשדה שייכת להם במשותף מכוח ירושה. וראו להלן, הע' 102.

86 כך רש"י על-אתר: "כופין על מדת סדום – זה נהנה וזה לא חסר". גם לשיטת הריצב"א, הסבור כי לדעת רבא הכפייה כאן היא מדרבנן (ראו תוספות על-אתר, ד"ה כגון זו כופין), בכל זאת מדובר בכפייה, בשונה משיטת רב יוסף שלפיה אין כל אפשרות לכפות.

87 כך היא פרשנותו המילולית של רש"י על-אתר, ד"ה אמרו אחי: "לנו היא משובחת כקקעותיו של בר מריון". להלן אציג את מחלוקתם של רש"י ור"ת, המפרשים בצורה שונה את ההשוואה לנכסי בר מריון. המחלוקת אינה נוגעת לפירוש המילולי של הטענה אלא למשמעותה.

להתברך בכמות גדולה יותר של מי גשמים מהאחרת, ולכן יכולים האחים לטעון כי הם אינם מעריכים את השדות כשוים והוויתור על השדה בו מעוניין האח מהווה עבורם הפסד⁸⁸. כלומר, בעיני רש"י טענה בדבר הבדל איכותי בין שדות שווים אפשרית רק בשדה בעל. התוספות על-אתר מקשים על האוקימתא שמציע רש"י: הרי גם בשדה שלחין יש מקום לטעון להבדל אפשרי בין השדות, שיתכן שאחת השדות תלקה בשידפון והאחרת לא. כחלופה לרש"י מובאת פרשנות רבנו תם את דברי רב יוסף⁸⁹: "ופרש ר"ת מעלין כנכסי דבר מריון. לא ניתן לך זכות שיש לנו בשדה זו אם לא בדמים יקרים כמו בני מריון שהיו עשירים ולא היו מוכרים קרקעותיהם אלא בדמים יקרים". אליבא דרבנו תם הטענה ששם רב יוסף בפי האחים אינה מתייחסת להבדל אפשרי באיכות השדות אלא לרצונם למכור לאחיהם בכסף רב את השדה שבו הוא מעוניין; טענה כזו תלויה ביכולת לבקש כסף רב עבור השדה ולא בסוג השדה שמדובר בו. מן הדברים משתמע כי האפשרות לתבוע כסף רב נובעת מן העניין שמגלה אחיהם בשדה מסוים זה. ההבדל בין פירוש רש"י את דברי רב יוסף לבין פירושו של רבנו תם הוא הבדל משמעותי, אשר השלכותיו חורגות מעבר לגבולות הנידון בסוגיה. עמדתו העקרונית של הרא"ש מתגלה מתוך התייחסותו להבדל זה בתשובותיו, ולהלן אדון בהן.

תשובות הרא"ש בעניין כפייה על מדת סדום⁹⁰

שתי התשובות המרכזיות שהרא"ש דן בהן בכפייה על מדת סדום עוסקות בחלוקת נכסים, ובאופן מיוחד בחלוקת בית או בתים השייכים לשני שותפים. התשובה המובאת בכלל צח סי' א היא המוקדמת מבין השתיים, ונכתבה עוד כשהיה הרא"ש באשכנז⁹¹. השאלה שהופנתה לרא"ש לא הגיעה לידינו, אך

88 כך קורא הרא"ש את רש"י בתשובותיו (להלן), וזו ההבנה הנפוצה של דברי רש"י.

89 תוספות לבבא בתרא שם, ד"ה מעלין ליה.

90 שתי התשובות באות בכ"י ירושלים: התשובה שבכלל צח סי' א נמצאת בחלק א סי' לה, והתשובה שבכלל צז סי' ב נמצאת בחלקו השני של כתב היד, סי' רפ. הציטוט מן התשובות, נעשה לפי נוסחן בכתב יד זה.

91 התשובה פותחת בפנייה "נכדי ידידי ה"ר משה הכהן", שהוא ר' משה בר אלעזר הכהן מקובלנץ שבגרמניה, אחיינו של הרא"ש, אשר למד אצלו והירבה לפנות אליו בשאלות. כל קשריו של ר' משה עם הרא"ש מתוארים כמתרחשים בגרמניה – ראו פריימן (לעיל, הע' 1), עמ' נג-נה. מציאותה של התשובה בחלק א סי' לה של כ"י ירושלים עולה בקנה אחד עם טענת טולדנו כי סימנים א-עג בחלק א של כתב היד ירושלים כוללים בעיקר תשובות שנכתבו באשכנז – ראו טולדנו (לעיל, הע' 6), עמ' 113-115. טולדנו מבקש לראות אף באזכורו של מהר"ם מרוטנבורג בתשובה, המובא אחרת, הוכחה לאשכנזיות התשובה – שם, עמ' 108. לדעתי אי-אפשר להסתמך על לשון זו, שכן גם בשבתו בספרד היה יכול

מתוך תשובתו מתברר המקרה הנידון: ראובן ושמעון היו מעוניינים לחלק ביניהם בית שהחזיקו במשותף, והוסכם ששמעון יקבל שלושה רבעים מן הבית וראובן רבע אחד אך לא היתה הסכמה לגבי דרך החלוקה – שמעון ביקש לחלק את הבית כך ששלושת חלקיו יהיו רצופים זה לזה ואילו ראובן דרש לחלק את הרבעים על פי גורל. תשובת הרא"ש נפתחת בקביעה כי הדין עם שמעון, והוא אף מעיד כי דן בעניין דומה בפני המהר"ם וקיבל את הסכמתו⁹². חלקה העיקרי של התשובה מוקדש לטענת הרא"ש כי במקרה הנידון, העוסק בפירוק שותפות, מחלוקת רבה ורב יוסף אינה רלוונטית ועל כן הכרעתו מקובלת לפי כל הדעות; לעניינו חשובה התייחסותו למחלוקת רש"י ור"ת אף על פי שהיא תופסת בתשובה מקום משני. הרא"ש מוסר כי היו מי שביקשו להכריע במקרה הנידון בדרך שונה וסמכו דעתם על שיטת רבנו תם, וכדי להבהיר את הסתייגותו מעמדה זו הוא מציג בפתיחת התשובה את מחלוקתם של רש"י ור"ת בפירוש שיטת רב יוסף; ואלו דבריו:

פרש"י... עובדא קמא מיירי בשדה בית הבעל דיכול לומר פעמים מתברכת זו יותר מזו ושייך לומר דמעלינן ליה כנכסי דבר מוריון. ור"ת פי'... דמעלינן ליה כנכסי דבר מוריון פי' בלא טעם, ויכולין למחות ברוחות בלא טעם ואין בזה משום כופין על מדת סדום.

בהצגתו את פירוש רבנו תם הוסיף הרא"ש שתי מילים: "בלא טעם"; מילים אלו לא מופיעות בהצגת התוספות את שיטת רבנו תם⁹³, והוספתן מלמדת כי בעיני הרא"ש טענת האחים כפי שמפרשה רבנו תם כמוה כדחיית בקשת אחיהם באופן שרירותי – זאת, אליבא דהרא"ש, בניגוד לפירוש רש"י שלפיו ישנו טעם ממשי לדחיית בקשת האח. כעת ממשיך הרא"ש ומתאר את השלכת המחלוקת למקרה של חלוקת בתים, וזה לשונו⁹⁴:

הרא"ש להזכיר את שאירע בשעה שדן לפני מורו בגרמניה. כפי שנראה להלן, היסודות שהניח הרא"ש בתשובה זו מפותחים לכדי שיטה עקרונית בתשובה השנייה אשר ככל הנראה נכתבה בספרד.

92 "וכן דנתי לפני ה"ר ר' מאיר ז"ל על מעשה שעשה בוורמזא ונראה בעיני שהיה בדעתו הכי". העדות אינה ברורה לגמרי: משתמע מדברי הרא"ש כי במסגרת טיפולו של המהר"ם במקרה שבא לפניו, הציע הרא"ש את עמדתו והוא סבור כי המהר"ם נטה לקבלה. אמנם אנו יכולים לעמוד על שיטת המהר"ם בעניין זה מתוך תשובותיו הוא, וראו להלן ליד ציון 122.

93 לעיל, ליד ציון 89. גם ראשונים אחרים המביאים את פירוש רבנו תם אינם מזכירים את עניין הטעם.

94 המובא בסוגריים מרובעים מציין מילים שהתקשיתי בפענוחן מתוך כ"י ירושלים. נוסח הדפוס בקטע זה משובש.

ועתה יש חילוק בין פירוש רבנו שלמה ובין רבי' תם ז"ל [תריץ] בתי לא שייך למימ' זה מתברך יותר מזה, דאי איכא לחד מינייהו ארעא [אמ]צרא יהבי' ליה בלא חלוקה ואי [מעולה בבנין] מעלינן ליה בדמים ולפי' ר"ת לא יהבי' ליה בלי חלוקה אמצרא דידיה.

ומסביר הרא"ש: כשמדובר בחלוקת בתים אין מקום לטענה בדבר אפשרות של ירידת כמות שונה של מי גשמים, ולכן אליבא דרש"י במקרה של חלוקת שני בתים השווים באיכותם יש לכפות הענות לדרישת השותף שיש לו קרקע סמוכה. לעומת זאת, לשיטת רבנו תם גם אם הבתים שווים תתבצע החלוקה על פי גורל, שהרי גם "ללא טעם" יכול הצד שכנגד לטעון שהוא מעוניין דווקא באותו בית. תשובה זו אינה כוללת הכרעה במחלוקתם העקרונית של רש"י ור"ת, אך היא מלמדת על תפיסת הרא"ש את שיטותיהם ויש לתת את הדעת על הדרך שבה הן מוצגות. העמדה שמייחס הרא"ש לרש"י לגבי חלוקת בתים שווים אינה מפורשת בדברי רש"י עצמו: רש"י רק קבע כי במקרה של חלוקת שדה בעל אין מקום לכפייה על מדת סדום, והרא"ש מדייק מדבריו כי במקרה של חלוקת בתים הכפייה מוצדקת. מסקנה זו אינה הכרחית: מדברי רש"י מסתבר כי ההתייחסות לשדה בעל ממעטת שדה שלחין, אך קשה ללמוד ממנה לגבי בתים⁹⁵. כפי שנראה להלן, הצגת שיטת רש"י בדרך זו משמשת את הרא"ש בהתנגדותו העקרונית לשיטת רבנו תם. התייחסות הרא"ש לשיטת רבנו תם כמאפשרת לדחות את כפיית החלוקה "ללא טעם" והבלטת הפער בינה לבין שיטת רש"י, מהוות מעין "קדימון" לעמדה שנוקט הרא"ש במפורש בתשובה הבאה. התשובה המובאת בכלל צו סי' ב היא המרכזית לענייננו. ככל הנראה מדובר בתשובה שנכתבה בספרד⁹⁶, ואם כך היא מאוחרת מן התשובה שלעיל. וזה

95 וראו הע' 110 להלן, התייחסות שונה של הר"י מיגאש לעמדת רש"י. אמנם הרא"ש לא היה הראשון שפירש כך את רש"י; הבנה זו עולה מדברי הראב"ה והמהר"ם מרוטנבורג, ואף מדברי בעל הגהות מימוניות. וראו סקירתנו בסעיף העוסק במסורות הפסיקה האשכנזית בעניין זה, להלן על יד ציון 118 ואילך. אמנם, נראה כי נקיטת הרא"ש דרך זו אינה רק בגדר הליכה בדרכי קודמיו; כאמור להלן פרשנות זו מאפשרת לרא"ש לסמוך על רש"י את התנגדותו לשיטת רבנו תם.

96 השערנו מבוססת על העדר כל סימן "אשכנזי" בתוכן התשובה. כיוון שמקובלת במחקר ההנחה כי רוב התשובות הנמצאות בידנו נכתבו בספרד (תא-שמע [לעיל, הע' 40], עמ' 76 ואילך), כאשר אין טעם מיוחד להניח שלפנינו תשובה אשכנזית סביר להתייחס אליה כאל תשובה ששייכת לקבוצת הרוכ. במקרה דנן הימצאות התשובה בחלק ב של כ"י ירושלים מחזקת את ההנחה בדבר "ספרדיותה": כל התשובות הידועות לנו כאשכנזיות ובאות בכתב יד זה, כלולות בחלקו הראשון – ראו טולדנו (לעיל, הע' 6), עמ' 103-115. אמנם אין כאן ראיה ודאית ולא יצאנו מכלל השערה.

המקרה המתואר בשאלה: ראובן ושמעון היו מעוניינים לחלק ביניהם כמה בתים שהחזיקו במשותף. ראובן דרש לקבל בית מסוים שגבל בבתים אחרים שקנה לעצמו. לטענתו אין הבדל בערך הבתים ועבורו יש יתרון לבית זה משום שיוכל לחבר בינו לבין בתיו הסמוכים, ולפיכך "הוה ליה זה נהנה וזה אינו חסר דכופין אותו על מדת סדום". שמעון טען כי ראובן צריך לשלם תמורת קבלת החלק שבו הוא מעוניין, או להסכים להגרלה שבה כל אחד יקבל את שייפול בחלקו.

חלקה העיקרי של התשובה עוסק במחלוקת הנזכרת של רש"י ור"ת, והרא"ש מציע כאן מהו המניע העיקרי שהביא את רש"י לפרש כי דברי רב יוסף מתייחסים לשדה בעל לפרש כך: "ונתן טעם לדברי רב יוסף משום דהלכתא כותיה שלא יהיו נראין דבריו כהלכתא בלי טעמא"⁹⁷. התייחסות הרא"ש לקיום טעם מעלה מיד על הדעת את ביקורתו בתשובה הקודמת על שיטת ר"ת, המאפשרת דחיית כפייה "ללא טעם". בתשובה הנוכחית מתבררת מלוא ביקורתו של הרא"ש על שיטת רבנו תם. בדומה לתשובה הקודמת מציג הרא"ש את השלכות מחלוקת רש"י ור"ת למקרה של חלוקת בתים, אלא שכאן הוא נוקט עמדה ברורה ומכריע בין השיטות, וזה לשונו:

ולעניין פסק הלכה נראה לי כפרש"י שנתן טעם טוב לדברי רב יוסף אבל לפיר"ת מסתברא טפי טעמא דרבה דכיון שאינו חסר כלום אלא משום שיכוף את חברו להוסיף דמים בשביל שהוא חפץ באותה שדה מדת סדום היא זו. דאי לא תימא הכי כל זה נהנה וזה אינו חסר דכופין על מדת סדום אמאי כופין והלא חסר הוא ממון שיתן לו חברו בשביל הנאתו אם לא נכוף לעשות בלא דמים. אלא ודאי כיון שאין לו חסרון אלא במה שיכול לכוף את חברו שיתן לו ממון בשביל הנאתו מדת סדום היא. ועוד דסוגיא דתלמוד משמע כפרש"י.

בעיני הרא"ש פירושו של רבנו תם לדברי רב יוסף יוצר שיטה בלתי סבירה אשר מבטלת למעשה את אפשרות הכפייה על מדת סדום בחלוקת נכסים, שהרי לשיטתו אין מקרה שאין בו חסרון; תמיד יכול הצד השני לטעון להפסד הכסף שהוא עשוי לקבל אם ימכור לחברו את ההנאה המבוקשת. אם זה הפירוש לדברי רב יוסף, טוען הרא"ש, סביר היה לפסוק כרבה – אי-אפשר להלום את הכרעת התלמוד "הלכתא כרב יוסף" עם הפרשנות שמציע רבנו תם לדבריו.

97 מלבד דבויים אלו, מצביע הרא"ש על מניע פרשני שהביא את רש"י להעמיד את דברי רב יוסף כמתייחסים רק לשדה בעל. אף על פי שהרא"ש מציג את הדברים כקושיה שהיקשה רש"י על הפער בין המקרים, הם אינם מפורשים בדברי רש"י ולא מצאתי אחרים שהציגו מניע זה.

מכאן ועד סיום התשובה מגן הרא"ש על הכרעתו כרש"י ולא כרבנו תם. ראשית הוא טוען כי פרשנות רבנו תם לדברי רב יוסף מאלצת אותו לקרוא את המקרים הבאים בסוגיה שלא כפשוטם, בהמשך דבריו הוא מציע פתרון לקושי שהיקשו בעלי התוספות על רש"י⁹⁸ ולבסוף מצטט הרא"ש את פסיקת הרמב"ם העולה לדעתו בקנה אחד עם שיטת רש"י⁹⁹.

הדרך שהרא"ש מציג בה את הדברים בתשובתו אינה נקייה מקשיים. בהצגתו את דברי הרמב"ם כראיה לשיטת רש"י מתעלם הרא"ש מהבדל משמעותי ביניהם: הרמב"ם אינו קושר את טענת "מעלין" דווקא לשדה בעל¹⁰⁰. הפתרון שמוצע על ידי הרא"ש לקושיית התוספות על רש"י הוא פתרון כמותי ולא איכותי. ההשלכה שמשליך הרא"ש מן השדות לבתים אינה הכרחית: אמנם הבדל בכמות הגשמים אינו שייך בבתיים, אך מן הסתם אפשר להצביע על אפשרות אחרת של שינוי איכותי שיכול להיות בין בתים שווים. בחירתו של הרא"ש בדרכו על אף הקשיים, שוודאי היה ער להם, מעידה כי ההכרעה כרש"י, היתה חשובה בעיניו. פרשנות רש"י לדברי רב יוסף, כפי שהציג אותה הרא"ש, מצמצמת מאוד את יישומם בפועל: הלכה אמנם נקבעה כרב יוסף, אך היא רלוונטית רק כשמדובר בשדות בעל. הרא"ש, שהיה מעוניין להשאיר את שיטת רב יוסף בצמצום זה, מתאמץ להכריע כרש"י ולמצוא לו תימוכין.

השיטה העקרונית שעולה מתשובות הרא"ש

התשובות שהצגנו, ובייחוד האחרונה, חושפות עמדה עקרונית החורגת מגבולות המקרים הנידונים. הצמצום הדרסטי של הלכת "כופין", שנוקט רבנו תם, וההתנגדות הנחרצת של הרא"ש לשיטתו, משקפים שתי תפיסות משפטיות-ערכיות מנוגדות. עניינן של תפיסות אלו הוא היחס שבין זכות האדם לפעול בקניינו כרצונו, לבין החובה/השאיפה הדתית-החברתית להסדיר באמצעות כלי משפטי את היחסים הראויים בין האדם לזולתו¹⁰¹. חוקרים שהתייחסו לשיטת רבנו תם בעניין כפייה על מדת סדום רואים בה ביטוי לתפיסה משפטית או

98 כנגד טענת בעלי התוספות כי פער איכותי בין שדות שווים יכול להיווצר גם בשדות שלחין (לעיל, ליד ציון 89) מבהיר הרא"ש כי פער כזה בשדות שלחין אינו שכיח, בעוד שפער איכותי בין שדות בעל כתוצאה מירידת כמות לא שווה של גשמים שכיח.

99 הציטוט מתוך הלכות שכנים, פ"ב ה"א.

100 וראה התייחסותנו לשיטת הרמב"ם, להלן ליד ציון 109.

101 המתח שבין יסודות אלו עומד במוקד המחקרים המודרניים הבוחנים את השימוש במהלך הדורות בכפייה על מדת סדום (להלן עקרון "כופין") וראה המאמרים הנזכרים לעיל של ליכטנשטיין (הע' 82), וינרוט (שם) ושלילה (הע' 84). העמדות השונות והפער ביניהן אינן במוקד דיון זה ועל כן יובאו כאן רק עיקרי הדברים.

חברתית-כלכלית רחבה ומדגישים את הגנת רבנו תם על זכויות הקניין¹⁰², הכוללת גם את זכותו של בעל הקניין לנצל צורך כלכלי של קונה בכוח, או בלשון הרא"ש "לכוף את חברו שיתן לו ממון בשביל הנאתו"¹⁰³. החוקרים מצינים את התנגדותו העקרונית של הרא"ש לשיטת רבנו תם, בהסתמך על התשובה שבכלל צו, ובעיקר על טענת הרא"ש כי שיטת רבנו תם הופכת את עקרון "כופין" ללא ישים¹⁰⁴. להתנגדות שצינו החוקרים יש להוסיף את פרשנות הרא"ש לדברי רש"י, את מאמציו למצוא לה תימוכין וכן את התייחסותו הישירה לאופיה של הכפייה על מדת סדום – ובלשונו: "כופין אותו להתרחק מן המדות הרעות ולעשות חסד עם חברו בדבר שאינו מפסיד כלום"¹⁰⁵.

102 ראו: שילה (לעיל, הע' 84), עמ' 60-61; שמואל שילה, "עידוד המסחר והכלכלה בפסיקת רבנו תם", סיני ק (תשמ"ז), עמ' תתפכ-תתצו, (וראו שם עמ' תתפט); ליכטנשטיין (לעיל, הע' 82), עמ' 369-370; וינרוט (שם), עמ' סא-סג ובעיקר סעיפים 17-18. אי-אפשר שלא להזכיר בהקשר זה את שיטתו הידועה של רבנו תם בעניין דינא דבר מצרא בבתיים: "על השדות אנו בושין, ואין לגלגל עליהן בתים דאיכא לאיפלוגי [=שיש לחלק]..." – ספר הישר לרבנו תם, חלק התשובות סי' לב. שלום אלבק מציג את התנגדותו של רבנו תם בתנאים להחלת דינא דבר מצרא בבתיים כראיה להתחשבות הכולטת של רבנו תם בתנאים הכלכליים-החברתיים בזמנו – ראו שלום אלבק, "יחסו של רבנו תם לבעיות זמנו", ציון יט (תשט"ו), עמ' 123. וראו גם שילה (הנ"ל) עמ' תתפז והשוו עמ' תתפט. מתבקש לקשור בין שאיפת רבנו תם לצמצם את דינא דבר מצרא לבין שאיפתו לצמצם את הכפייה על מדת סדום בחלוקת נכסים: בשני המקרים מתנגד רבנו תם לצמצום יכולתו של האדם לפעול פעולות קנייניות בנכסיו. נציין כי שיטת רבנו תם בעניין דינא דבר מצרא בבתיים נדחתה באופן גורף – ראו אלבק, שם. בפסקיו מתייחס הרא"ש לשיטת רבנו תם בעניין זה ומגן עליה – ראו פסקי בבא מציעא, פ"ט סי' לד. אמנם, עיון בתוספותיו לכבא מציעא על-אתר (דף קח ע"ב, ד"ה אפסיק משוניתא) מגלה כי הנימוקים שהוא מביא לשיטת ר"ת בפסקים חוזרים מילה במילה על שהביא בתוספותיו, ואם כך אפשר לקבוע כמעט בוודאות כי מדובר בהבאת מסורת רבותיו. למרבה הצער, אין לנו התייחסות של הרא"ש בתשובה להחלת דינא דבר מצרא בבתיים, ולא נוכל לדעת אם גם בעניין זה שונה עמדתו האישית מעמדתו של רבנו תם, או שמא במקרה זה הוא מזהה, כרבותיו, את עשיית הישר והטוב דווקא עם דחיית דינא דבר מצרא.

103 וינרוט (לעיל, הע' 82), עמ' סב. ברוח זו ראו גם שילה, עידוד המסחר (לעיל, הע' 102).
104 ראו: ליכטנשטיין (לעיל, הע' 82); שילה, עידוד המסחר (לעיל, הע' 102), עמ' תתפט ליד ציון 55; שילה (לעיל, הע' 84), עמ' 62; וינרוט (לעיל, הע' 82), עמ' סב. וראו הע' 136 להלן, לגבי אי-ההתייחסות לפער בין התשובות לפסקים בעניין זה. רוב החוקרים מסתפקים בתיאור התנגדות הרא"ש לשיטת רבנו תם, ואינם מציגים את שיטת הרא"ש בפני עצמה. יוצא מכלל זה שמואל שילה, שמסביר כי ניצול כלכלי של קונה בכוח נתפס בעיני הרא"ש כמעשה שיש בו משום "סדומיות", בניגוד לרבנו תם שמתייחס לניצול כזה כאל מעשה לגיטימי לחלוטין. אמנם, גם דבריו מבוססים רק על התנגדות הרא"ש לשיטת רבנו תם – ראו שילה (לעיל, הע' 84), עמ' 62.

105 ציטוט זה מופיע בחלקה הראשון של התשובה (כלל צו סי' ב), לגבי ההבדל בין מצב שבו

תהילה אליצור: דיני נזיקין בפסקי הרא"ש ובתשובותיו

נמצאנו למדים כי תשובות הרא"ש מציירות שיטה עקרונית ביחס לכפייה על מדת סדום: הרא"ש רואה בה כלי שמטרתו לעצב דפוסים חברתיים של חסד והתחשבות בזולת; הוא מעוניין בהמשך השימוש בכלי זה, ומתנגד לפרשנות המצמצמת את השימוש בו או מנוגדת לתכניו.¹⁰⁶

יחסה של עמדת הרא"ש אל מסורת הפסיקה

הרא"ש קשר את פסיקתו בעניין הנידון הן למסורת ספרד הן למסורת אשכנז: בתשובה שבכלל צו סי' ב הביא הרא"ש כראיה להכרעתו את הלכת הרמב"ם, ובתשובה שבכלל צו סי' א העיד על הסכמת מורו, המהר"ם מרוטנבורג, לפסיקתו. להלן אסקור בקצרה את מסורות הפסיקה בשני ענפי מסירה מרכזיים אלו ואבחן את היחס ביניהן לבין העמדה העולה מתשובות הרא"ש.¹⁰⁷

למעלה ממאה וחמישים שנה לפני בואו של הרא"ש לטולדו השיב ר' יוסף בן מאיר הלוי אבן מיגאש לשאלה שנשלחה אליו משם ובה מקרה דומה למקרים שהרא"ש דן בהם.¹⁰⁸ בתשובתו הוא מציג את טענת "מעלינן" כרלוונטית רק כשקיים הבדל איכותי בין החלקים העומדים לחלוקה. הלכת הרמב"ם בעניין זה מזכירה מאוד את פסיקת הר"י מיגאש, שהיה כידוע מורו של ר' מימון, אבי הרמב"ם: הרמב"ם קבע כי כאשר אין הבדל איכותי בין השדות העומדים לחלוקה כופין על מדת סדום.¹⁰⁹ לשיטת הר"י מיגאש והרמב"ם קיים טווח רחב של מקרים שכופין בהם על מדת סדום, ודרכם שונה באופן מהותי מדרכו של רבנו תם. התפיסה המשפטית העקרונית העולה מדבריהם קרובה יותר לתפיסה העולה מפירוש רש"י, אם כי הם אינם מגבילים את טענת "מעלינן" דווקא לשדות בעל.¹¹⁰ עמדה שונה נשמעה בבית מדרשו של הרמב"ן:

מתבקש האדם לפעול בדרך של "ועשית הישר והטוב" לבין מצב שבו כופים עליו להיענות לבקשת חברו.

106 אי-נכונות הרא"ש להתייחס לרווח כלכלי כעילה המצדיקה אי-התחשבות באחר, עולה לפחות בעוד תשובה, ומצטרפת לשורה של דוגמאות למאמצי הרא"ש לפרש בתשובותיו את ההלכה התלמודית בדרך המחייבת התנהגות מוסרית. אני מקווה להרחיב את היריעה בעניין זה במאמר נפרד.

107 לא מצאתי בספרות הגאונים ולא אצל נושאי דברה הבולטים התייחסות לפירוש דברי רב יוסף או התייחסות אחרת לגבולות הכפייה על מדת סדום בחלוקת נכסים.

108 התשובה היא הראשונה מתוך שמונה תשובות שפרסמו ישראל תא-שמע וחגי בן-שמאי, קבץ על יד, סדרה חדשה ח (יח) (תשל"ו); וראו שם, עמ' 176.

109 לעיל, הע' 99.

110 כזכור, קבע הרא"ש כי אליבא דרש"י טענת "מעלינן" אינה רלוונטית בבתיים. ההשוואה לפסיקת הר"י מיגאש מחזקת את טענתי (לעיל, עמ' 2) שהמסקנה שמסיק הרא"ש מדברי רש"י אינה הכרחית; יתכן שרש"י עצמו היה מצביע על הבדל איכותי אחר בבתיים, בדומה לר"י מיגאש.

בפירושו לסוגייתנו קבע הרמב"ן במפורש כי לשיטת רב יוסף טענת "מעלינן" שייכת גם בשדות שווים, ואחד הטעמים שהציע לדבר הוא הפסד הרווח האפשרי ממכירת השדה בעתיד¹¹¹. טענה זו העלו גם ר' יונה גירונדי, מחותנו וחברו של הרמב"ן¹¹², וכן הרשב"א¹¹³ והריטב"א¹¹⁴ תלמידי הרמב"ן. הרמב"ן והנוקטים את דרכו מציינים בהקשר זה את דברי הראב"ד, בן דורו הפרובנסלי של רבנו תם, שכמותו הבהיר כי הרווח שבכוח, שנובע מעניינו של השכן בחלק הסמוך לו, מהווה טענה לגיטימית כנגד כפיית החלוקה¹¹⁵. חכם פרובנסלי נוסף שנקט עמדה זו הוא הר"י נרבוני, שהיה תלמיד-חבר לרמב"ן¹¹⁶. נמצאנו למדים כי הפרשנות שרווחה לסוגייתנו במרכז התורה המוביל בקטלוגיה בדור הקודם לרא"ש ובדור המקביל לו, היתה כשיטת רבנו תם¹¹⁷. יתכן שמציאות זו עמדה לנגד עיני הרא"ש כשבחר לצטט בתשובתו את הלכת הרמב"ם: על רקע עמדתם השונה של חכמים מרכזיים בעולם התורה הספרדי, אפשר שהרא"ש ביקש להציג בפני השואל הספרדי ראייה לשיטתו מתוך מסורת ספרד.

בעלי התוספות הצרפתיים פסקו כרבנו תם, והדבר ניכר מדרך הצגת שיטת רש"י והביקורת עליה בתוספות לסוגייתנו¹¹⁸. בקרב גדולי אשכנז במאות הי"ב-

111 חידושי הרמב"ן לבבא בתרא יב ע"ב, ד"ה והרב ר' אברהם.

112 ראו עליות דרבנו יונה על-אתר, ד"ה מתקיף לה רב יוסף; חלק מדבריו מובא בפסקי הרא"ש, כפי שיוכח להלן.

113 חידושי הרשב"א על-אתר. הרשב"א יוצא נגד פירוש טענת "מעלינן" כמתייחסת להבדל אובייקטיבי באיכות הקרקע. לטענתו לא יתכן שרבה קבע כפייה על מדת סדום כשקיים הבדל כזה ועל כן מוכרחים לפרש את מחלקות רבה ורב יוסף בשדות השווים באיכותם. כך פסק הרשב"א למעשה במקרים שבאו לפניו – ראו למשל שו"ת הרשב"א, ח"א, סי' אלף קמג.

114 חידושים על-אתר, ד"ה ההוא גברא. אמנם לא ברור אם הריטב"א עצמו נקט עמדה זו. 115 ראו חידושי הרמב"ן וחידושי הריטב"א על-אתר, ד"ה ההוא גברא. האם הראב"ד פירש כך בעקבות רבנו תם? תא-שמע תיאר את הראב"ד כעומד "תחת השפעה עמוקה של רבנו יעקב תם", (הספרות הפרשנית לתלמוד באירופה ובצפון אפריקה, חלק ראשון: 1000-1200, ירושלים תש"ס, עמ' 202); אמנם תא-שמע מדגיש כי הראב"ד אימץ בעיקר את דרך לימודו של רבנו תם, ולא דווקא את גופי עמדותיו. אם לא מדובר בהשפעת עמדת רבנו תם נצטרך להניח כי שני האישים הסיקו בנפרד זה מזה מסקנה זוהה, או ששאבו ממסורת משותפת שאינה ידועה לנו.

116 ראו משה יהודה הכהן בלוי (מהדיר), שיטת הקדמונים למסכת בבא בתרא, ניו-יורק תשמ"א-תשמ"ב, עמ' מז, ד"ה מתקיף לה רב יוסף. הר"י נרבוני הוא היחיד מבין הנוקטים דרך זו, שהצהיר שלפי רב יוסף דין "כופין" אינו רלוונטי במקרה של חלוקת נכסים.

117 אמנם יש לציין כי אף אחד מבין הפרשנים הנזכרים אינו מציין את רבנו תם כמקור לפרשנות זו. אפשר שהכירו את השיטה כשיטת הראב"ד.

118 תוספות לבבא בתרא יב ע"ב, ד"ה מעלינן. לא ידועה לי התייחסות אחרת של בעלי התוספות בצרפת לעניין זה.

הי"ג נמצא את שתי השיטות. הראב"ן, בן דורו של רבנו תם, מתאר את טענת "מעלינן" כמתייחסת לאינטרס של הצד השני: השבח שהאחים מסרבים לוותר עליו נובע מהעניין שיש לאחיהם באותו חלק ובעיני הראב"ן זו טענה לגיטימית¹¹⁹. ב"ספר החכמה" מעיד ר' ברוך ממגנצא על פסיקתו ביחד עם ר' אליעזר בדרך זו ועל התמיכה שזכו לה מחכמים נוספים; ר' ברוך מציין כי פסיקתם אינה עולה בקנה אחד עם פירושו של רש"י¹²⁰. לעומתם נקט הראב"ה, נכדו של הראב"ן, את דרכו של רש"י; את דבריו בעניין זה הביא המרדכי, וזה לשונו¹²¹: "ורבנו יואל הלוי פסק דבבתיים כופין אותו לתת לו אמצרא דלא שייך בבתיים פעמים שזו מתברכת יותר מזו". המהר"ם מרוטנבורג, מורו של הרא"ש, נשאל אף הוא על חלוקת בית בין שותפים שחלקם תובעים כפייה על מדת סדום. בתשובתו תיאר מהר"ם את השלכות מחלוקת רש"י ור"ת על מקרה זה, אך התקשה להכריע והציע לחלק את הנכס בהגרלה בתקווה שכך ישיגו השותפים את מבוקשם. אמנם ההגרלה שהוצעה לא היתה שקולה: מהר"ם חשש לשיטת רש"י גם אם תוצאות ההגרלה יטו את הכף לטובת המבקש לנצל את האינטרס של חברו, והציע במקרה כזה הכרעה בכוח הזרוע. הצעתו מעוררת התמיהה משקפת התלבטות קשה¹²². המהר"ם ספג ביקורת על הכרעה-לא-הכרעה זו, מקרובו ר' יואל, ובעקבות זאת כחן שוב את הדברים והפעם מצא סיוע לשיטת רש"י והכריע לאורה¹²³. המהר"ם לא קיבל את שיטת רש"י כפי שתיאר אותה הרא"ש – בעיניו טענת "מעלינן" אינה מצומצמת לשדות בעל, אלא אפשרית בכל מצב של שוויון, ועל כן רלוונטית גם בבתיים. מצד שני ודאי שהמהר"ם לא קיבל את שיטת רבנו תם. עמדתו הסופית קרובה יותר מכל לעמדת הר"י מיגאש והרמב"ם, שלפיה יש לבחון בכל מקרה לגופו אם יש הבדל איכותי כלשהו בין החלקים.

119 ספר ראב"ן, בבא קמא דף צא ע"ב.

120 מרדכי לבבא בתרא, רמז תקז. אמנם רבנו ברוך אינו מזכיר במפורש את ר"ת כבעל השיטה שנקטו. אפשר שר' אליעזר הוא אליעזר בן שמואל אחיו של ר' ברוך – ראו שמחה עמנואל, שברי לחות, ספרים אבודים של בעלי התוספות, ירושלים תשס"ז, עמ' 107.

121 מרדכי, שם. סביר להניח כי כך כתב הראב"ה בספרו "אביאסף", שייחד לסדרים נשים ונזיקין, אך כיוון שספר זה אינו בידנו לא נוכל לאמת הנחה זו.

122 התייחסתי כאן לתשובה כפי שהיא מובאת בתוך שו"ת מהר"ם דפוס פראג סי' תתקמח. התשובה מובאת גם בכ"י פראג סי' שמג, ובמרדכי הנ"ל, ובהם מופיעה חתימת המהר"ם.

123 תשובתו השנייה בעניין זה, שבה הוא מתייחס לביקורת ולהשפעתה ופוסק לבסוף כשיטת רש"י, מובאת אצל א"י איגוס (מהדיר), תשובות בעלי התוספות, ניו-יורק תשי"ד, סי' עג.

התנגדות הרא"ש לשיטה המצמצמת עד כדי ביטול את הכפייה על מדת סדום מציבה אותו לא רק מול רבנו תם אלא גם מול מסורת פסיקה משמעותית באשכנז, שנקט הראב"ן, גדול חכמי אשכנז בראשית המאה הי"ב, ונקטו אותה במהלך המאה ר' ברוך ממגנצא, ר' אליעזר וחכמים נוספים. כן עמד הרא"ש מול העמדה שהיתה מקובלת בבית מדרשו של הרמב"ן, שנקט אותה בן דורו הרשב"א, גדול הפוסקים בצפון ספרד. סימוכין להכרעתו מתוך מסורת ספרד היה יכול הרא"ש למצוא במידה מסוימת בעמדת הר"י מיגאש והרמב"ם, ואכן ציטט את דברי הרמב"ם כראיה להכרעתו, אלא שהתעלם מן הפער שבין דברי הרמב"ם, שלפיהם אפשרית טענת "מעלינן" גם בבתי, לבין שיטת רש"י (כפי שהוצגה על ידו). אף המסורת שקיבל ממורו המובהק, המהר"ם מרוטנבורג, מהווה סימוכין להכרעת הרא"ש באופן חלקי בלבד – בולטים הקושי וההיסוס של המהר"ם להכריע כרש"י, אף על פי שלא קיבל את שיטת רבנו תם. היחיד מבין הפוסקים שהרא"ש היה יכול להישען עליו באופן מלא בהכרעתו כרש"י הוא הראב"ה, אשר פסק בפירושו כי טענת "מעלינן" לא רלוונטית בחלוקת בתים ועל כן כופין על מדת סדום. אמנם הרא"ש לא הזכיר בתשובותיו את הראב"ה ולא נוכל לקבוע בוודאות אם הכיר את פסיקתו בעניין זה ונשען עליה¹²⁴.

סקירת מסורות הפסיקה מלמדת כי הכרעת הרא"ש כרש"י לא היתה "דרך המלך", גם אם הקדים אותו הראב"ה. בהכרעת הרא"ש לא ניכר כל היסוס והדבר בולט בעיקר למול לבטיו הקשים של מורו בעניין זה. אך מעל לכל בולטת התקפתו העקרונית והמנומקת את שיטת רבנו תם – לא לחינם נתפס הרא"ש בעיני חוקרים בני זמננו כראש המתנגדים לרבנו תם¹²⁵: מבין המכריעים שלא כרבנו תם הוא היחיד שתקף במפורש את שיטתו. על רקע התקפה זו, ההשוואה למצוי בפסקי הרא"ש, ועוד יותר מכך הצגת ר' יעקב בעל הטורים את עמדת אביו, מעוררת תמיהה גדולה.

124 אין ספק כי הרא"ש הכיר את ספריו של הראב"ה והוא אף מצטט מהם בתשובותיו, ויש לשאול מדוע לא הביא את דברי הראב"ה כראיה שיש להכריע כרש"י. אפשר לטעון שלא הכיר את דברי הראב"ה בעניין זה, וראו לעיל ליד ציון 121. אפשרות אחרת היא כי עבור השואל בן ספרד משמעותית יותר הראיה שהביא הרא"ש מדרשי הרמב"ם, וראו האמור בעניין זה לעיל.

125 ראו לעיל, ליד ציון 102, ובעיקר ראו שילה (לעיל, הע' 84), עמ' 62.

תשובות הרא"ש בהשוואה לפסקיו

הרא"ש התייחס למחלוקת רש"י ורבנו תם בפסקיו לבבא בתרא פרק א סי' מו. הוא פתח בהצגת שיטת רש"י והסביר בקצרה מדוע קבע רש"י כי דברי רב יוסף עוסקים רק בשדה הבעל: במקרה השני המובא בסוגיה, אשר מתייחס במפורש לשדה השלחין, שם ר' יוסף טענה אחרת בפי האחים, ומכאן שטענת "מעלינן כבי מריון" רלוונטית דווקא בשדה בעל. הסבר זה מופיע גם בתשובתו שבכלל צו סי' ב, אלא ששם הוא נספח לנימוק המרכזי: שלא יהיו דברי רב יוסף נראים כ"הלכתא ללא טעמא"; נימוק זה חסר לחלוטין מן הפסקים. כעת הרא"ש הציג את הקושיה שהקשו בעלי התוספות על שיטת רש"י ובעקבותיה את השיטה החלופית של רבנו תם, ומכאן חזר לשיטת רבה, תיאר את התנגדותו לטענת "מעלינן" וסיים בהכרעת הסוגיה כרב יוסף; וזה לשונו:

ורבה סבר ליה דכופין על מדת סדום ואינן יכולים לעלות אותה שדה לפי שהיום או למחר אם נבוא למכרה תקחנה ביוקר או תחליף בשלנו בעילוי דמים, דכיון שאין חלק זה שוה יותר משאר חלקים אלא מחמת מצרנותו של זה, אין להם להעלותה מטעם זה, דמדת סדום היא. והלכתא כרב יוסף דמעלינן ליה אנכסי דבר מריון.

נשים לב כי עמדת רבה מוצגת כאן כהתנגדות לטענת "מעלינן" כפי שמפרש אותה רבנו תם, ונראה כי גם הקביעה "הלכתא כרב יוסף" מוסבת על פירוש רב יוסף אליבא דרבנו תם. עתה ציטט הרא"ש את דברי רבנו יונה, שהציע כיצד יוכל האדם הפיקח להערים על טענת "מעלינן" ולזכות בחלק שבו הוא מעוניין¹²⁶. מי שנוקט את דרכו של רש"י כמעט שאינו נזקק לתכסיס זה, שהרי לשיטתו טענת "מעלינן" נדחית ברוב המקרים; הבאת דברי רבנו יונה היא המשך להצגת שיטת רבנו תם. הרא"ש סיים בהצגת שיטה נוספת, אליה הוא מתנגד, לעקיפת טענת "מעלינן".

השוני בין דברי הרא"ש בפסקיו לבין דרשיו בתשובותיו בולט וברור: הביקורת על שיטת רבנו תם העומדת בלב תשובותיו של הרא"ש חסרה לגמרי בפסקים. אמנם אנו שומעים התנגדות לטענת "מעלינן", שעניינה ניצול הרווח האפשרי שנובע מן האינטרס של המצרן, אך ביקורת זו מושמת בפי רבה שדעתו לא התקבלה להלכה. שיטת רבנו תם אינה מזוהה כשיטה "ללא טעם". לא נזכרת השלכתה למקרה של חלוקת בתים ולא עולה הטענה כי היא מבטלת למעשה את אפשרות הכפייה על מדת סדום בחלוקת נכסים. המאמץ הניכר בתשובה לתמוך בשיטת רש"י אינו מתבטא בפסקים.

126 ראו עליות דרבנו יונה, בבא בתרא יב ע"ב, ד"ה מתקיף לה רב יוסף.

אין ספק כי הרא"ש לא הכריע כרש"י בפסקים. לא ברור כיצד הכריע: אפשר לטעון כי סדר הבאת הדברים וההיזקקות ל"תכסים" שהציע רבנו יונה מעידים כי הרא"ש קיבל את שיטת רבנו תם – להלן נראה כי כך סברו תלמידי הרא"ש. מנגד אפשר לטעון, כי כיוון שהרא"ש לא הביע תמיכה מפורשת באחת מן הדעות יש להתייחס לדבריו כאל הצגת העמדות השונות ללא הכרעה ביניהן. כך או כך, הפער בין התשובות לפסקים משמעותי ודורש התייחסות.

עמדת הרא"ש כפי שנתפסה על ידי תלמידיו הקרובים, חכמי הדורות הבאים, והמחקר בן זמננו

כך כתב ר' יעקב ב"קיצור פסקי הרא"ש", החיבור שבו סיכם את ההלכה העולה מפסקי אביו: "הבא לחלוק עם אחיו ויש לו שדה אצל אחת מהשדות אינו יכול לכופם שיתנו לו השדה שאצל שדהו בלא גורל, אלא יעלוהו לו כפי מה שירצו"¹²⁷. מכאן עולה בבירור כי הרא"ש הכריע בפסקים כרבנו תם. בחיבורו ההלכתי הגדול "ארבעה טורים", בטור חושן משפט סי' קעד, העמיד ר' יעקב את שיטת הרא"ש כמנוגדת לשיטת הרמב"ם, וזה לשונו:

האחין שבאין לחלוק... היה לאחד מהם שדה אצל שדה המשותף ואומר תנו לי חלקי אצל שדה שלי בלא גורל, כתב הרמב"ם אם כולו שוה עידית או זיבורית שומעין לו וא"א הרא"ש ז"ל פסק שאין שומעין לו אף על פי שאין חלק אחד שוה על חבירו כלום, אלא יכולין להעלותו עליו הרבה אף על פי שאינו שוה כל כך לאדם אחר יאמרו בעינינו הוא שוה כל כך.

מתיאורו של ר' יעקב את פסיקת אביו משתמע כי הרא"ש קיבל טענת "מעלינן" שעניינה הרווח האפשרי הקיים במקרה מעין זה. ואף על פי שר' יעקב לא ציין במפורש שהרא"ש פסק כרבנו תם, קשה שלא להבחין בסתירה בין תיאורו את פסיקת אביו לבין הכרעת האב בתשובות¹²⁸. אי-אפשר גם שלא להבחין בחוסר ההתייחסות של ר' יעקב לתשובות אביו – ר' יעקב הירבה לצטט את תשובות אביו בארבעת הטורים, ובייחוד בטור חושן משפט¹²⁹; אפשר שיש קשר בין אי-הזכרת התשובה לבין ההצגה החד-משמעית את הרא"ש כנוקט את דרכו של

127 קיצור פסקי הרא"ש ממסכת בבא בתרא, פ"א סי' מו.

128 לא נוכל ליישב את הסתירה בטענה שבחשובתו המרכזית בעניין זה התייחס הרא"ש למקרה של חלוקת בתים ואילו בפסקיו (ובעקבות זאת בטור) ההתייחסות היא לחלוקת שדות – הרי הרא"ש קבע בתשובה שיש לפסוק כרש"י וכרמב"ם, ושניהם התייחסו לשדות.

129 ראו על כך פריימן (לעיל, הע' 1), עמ' קמ הע' 110.

רבנו תם¹³⁰. מה שאינו מוטל בספק הוא שר' יעקב הציג את עמדת אביו בהסתמך על האמור בפסקים¹³¹; כך עשה גם רבנו ירוחם תלמיד הרא"ש בחיבורו ההלכתי "ספר המישרים"¹³². כלומר, בעקבות המצוי בפסקיו נתפס הרא"ש בקרב נושאי מורשתו בדור שאחריו כמי שקיבל את שיטת רבנו תם, והתשובות שהשיב בעניין לא זכו להתייחסות. פוסקים בדורות מאוחרים יותר (המאות הט"ז-ה"י) סברו אף הם כי המובא בפסקים משקף את עמדת הרא"ש – חלקם קבעו כך ללא התייחסות למצוי בתשובות¹³³, ואחרים התייחסו לפער אך הביאו את דברי הטור כראיה ניצחת לדעתו הסופית של הרא"ש¹³⁴.

הצגת שיטת הרא"ש במחקרים בני זמננו שמתייחסים לכפייה על מדת סדום הפוכה מהצגתה על ידי פוסקי ההלכה. כאמור לעיל, מוצג הרא"ש במחקרים אלו כמתנגד לשיטת רבנו תם ואפילו כנציג הבולט של מחנה המתנגדים¹³⁵, אך כפי שהציגו הפוסקים את עמדת הרא"ש לאור המצוי בפסקיו וללא התייחסות לתשובותיו בנידון, כך מציגים רוב החוקרים את עמדת הרא"ש לאור האמור בתשובותיו, ללא התייחסות למצוי בפסקים ולעדויות ר' יעקב על הכרעת אביו¹³⁶.

130 האם אי-הבאת התשובה מלמדת שלא הכיר אותה או שהכירה ולא קיבל אותה? יש מקום להרחיב בעניין זה, הן בפני עצמו הן כחלק מהדיון הרחב לגבי דרכו של הטור בציטוט תשובות הרא"ש בחיבורו, אך לא כאן המקום לכך. נציין כי מבין נושאי הכלים של הטור, ר' יהושע פלק, בעל "הפרישה והדרישה", הוא היחיד שהתייחס בנידון דיון לפער שבין התשובות לפסקים, וקבע ללא היסוס כי ר' יעקב העדיף את הפסקים על פני התשובה.

131 וראו בית יוסף על טור חושן משפט, סי' קעד ד"ה ואדוני אבי הרא"ש ז"ל פסק שאין שומעין לו.

132 רבנו ירוחם מביא להלכה את שיטת רבנו תם, אם כי לא מציינה ככזו, אלא כפשט דברי הגמרא. כהמשך לכך הוא מביא מן הרא"ש את הסכמתו ל"תכסיס" שהציע רבנו יונה – כאמור, תכסיס זה נדרש אם נוקטים את שיטת רבנו תם. כדרכו, רבנו ירוחם מתייחס לפסקי הרא"ש כמקור לעמדות הרא"ש והתשובה אינה נזכרת – ראו ספר מישרים, נתיב כו חלק שני, על פי הגירסה הארוכה שמוכאת בכתבי היד ניו-יורק בהמ"ל RAB 668, RAB 670.

133 ראו התייחסות ר' יחזקאל לנדא, המזהה את שהביא הרמ"א כשיטת הרא"ש המתנגד לרמב"ם – שו"ת נודע ביהודה, מהדורה תנינא, חושן משפט סי' כד.

134 ראו: שו"ת מהרשד"ם, חושן משפט סי' תסג; שו"ת תורת אמת (ר' אהרון בן יוסף ששון, המאה הט"ז, סלוניקי), סי' קכט.

135 לעיל, ליד ציון 104.

136 ראו: שילה (לעיל, הע' 84), עמ' 62-63; וינרוט (לעיל, הע' 82), עמ' סב הע' 18; ליכטנשטיין (לעיל, הע' 82), עמ' 369-370 (הרב ליכטנשטיין מצטט מתוך פסקי הרא"ש אך מדובר בתיאור שיטת רבנו תם). ההתייחסות היחידה שמצאתי במחקר לפער בין התשובות לפסקים היא התייחסותו של דוד זורני, המביא את הכרעת הרא"ש כרש"י בתשובה שבכלל צו סי' ב כדוגמה לדרכו בהכרעת מחלוקת ראשונים – ראו זורני (לעיל, הע' 4), עמ' 157. בהערה הוא מציין את הסתירה שבין הפסקים לתשובה ואת קביעת הטור לגבי הכרעת אביו, ולטענתו במקרה זה אפשר להוכיח כי הפסקים מאוחרים לתשובה ועל כן מסתבר כי הרא"ש חזר בו בפסקים ממה שכתב בתשובה וזו הסיבה שבגללה הביא

הצעה לגורם לפער בין החיבורים

לא נוכל להסביר את הפער בין תשובת הרא"ש לפסקיו לאור הידוע לנו על זמן כתיבת התשובות ועל מקום כתיבתן: אמנם התשובה שבכלל צח סי' א נכתבה באשכנז ואם כן קרוב לוודאי שהפסקים מאוחרים לה, אך התשובה המרכזית לענייננו נכתבה ככל הנראה בספרד ואין דרך לדעת אם קדמה לפסקיו על הסוגיה או שהיתה מאוחרת להם. ההתאמה בין התפיסה העולה מהתשובה המוקדמת שנכתבה באשכנז לתשובה המאוחרת שמוצגת בה אותה שיטה במלואה, מקשה במיוחד על המבקש לטעון כי חל שינוי בעמדת הרא"ש¹³⁷.

במקרים של אי-ההתאמה שהוצגו לעיל עמדנו על נאמנותו של הרא"ש בפסקיו למסורת הדיון שהיתה מקובלת בבית מדרשם של בעלי התוספות

הטור את דברי אביו שבפסקים. ראייתו של זפרני מתבססת על קטע מתוספות הרא"ש לסוגיה, שבה רק בתשובת הרא"ש, ולטענתו העדרו של קטע זה מן הפסקים מלמד כי הרא"ש חזר בו ממה שכתב שם ומכאן שהפסקים מאוחרים לתשובה. כמו כן טוען זפרני כי הפסקים במקרה זה הם תמצית של התשובה ועל כן אין עוד ספק שהם מאוחרים לתשובה – שם, עמ' 158 הע' 64. לעניות דעתי, הראיה מוקשית: הקטע המדובר מתוספות הרא"ש נוגע להבחנה בין חלוקת נכסים לבין "דינא דבר מצרא", ואין בו כל התייחסות לטענת "מעלינן" ולמחלוקת רש"י ור"ת. כשהביא הרא"ש דברים אלו בתשובתו הוסיף הבהרה שאינה באה בתוספותיו, ביחס למטרה הערכית-החינוכית שבעקרון "כופין"; ההוספה תואמת את העמדה העקרונית העולה בתשובה ונראה כי זה הטעם שבגללו כלל הרא"ש קטע זה בתשובה; בפסקיו עסק הרא"ש רק בפירוש טענת "מעלינן" אשר הקטע הנידון אינו שייך לה. אין להסיק כי חסרונו של הקטע מן הפסקים מלמד שהרא"ש חזר בו, מה גם שבמקום אחר בפסקיו תיאר הרא"ש את הקשר בין דינא דבר מצרא לבין עקרון "ועשית הישר והטוב" בדומה למובא בתוספותיו בקטע הנזכר (ראו פסקי בבא מציעא, פ"ט סי' כג-כד). הטענה כי הפסקים מהווים תמצית של התשובה ודאי אינה נכונה, לאור ההבדלים הרבים שעמדנו עליהם לעיל; מלבד זאת יש קושי בעצם הקביעה "יש לומר שחזר בו בפסקים ממה שכתב בתשובה", המוצגת כדבר פשוט וללא כל נימוק. כאשר הפוסק עצמו מצהיר כי חזר בו הדברים פשוטים יחסית, אולם כאשר הפוסק אינו מצהיר על כך והחוקר הוא שמבקש לטעון טענה כזו מתבקשת בחינה זהירה הכוללת הצבעה על רמז בדברי הפוסק או שמתבקש גורם לשינוי עמדתו – ובמקרה דנן אין בתשובות כל רמז בכיוון זה. ראינו כי בניגוד להתלבטות המהר"ם בעניין זה, הרא"ש היה החלטי וחד-משמעי בתשובתו; וראו האמור להן לגבי המתאם בין שתי התשובות. אמנם אין בדברים אלו בכדי לפסול את האפשרות שהרא"ש חזר בו, אך יש בהם די בכדי לבקש הסבר אחר לפער.

מעניין לציין כי תשובת הרא"ש מצוטטת גם בפסקי דין הניתנים בבתי המשפט בישראל. השופט משה דרורי ציטט אותה במלואה במקרה אחד (בש"א (י-ם) 2813/05, חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ נגד הרב דניאל ביטון) והזכיר אותה במקרה אחר (בש"א (י-ם) 654/01, פלוני נגד אלמונית); גם בפסקיו של השופט דרורי עמדת הרא"ש מוצגת מתוך תשובתו. לעומת זאת השופט יוסף לם, בפסק דין מפורסם שבו השתמש בעקרון הכפייה על מדת סדום (המ' 309/59, בעניין שותפות האחים ליטווינסקי), הביא את עמדת הרא"ש כפי שהביא אותה הרמ"א מתוך הטור.

137 ראו התייחסותנו בהערה הקודמת לטענת זפרני לגבי שינוי שחל בעמדת הרא"ש.

הצרפתים ולמסגרתה, לעומת עמדותיו האישיות שהתבטאו בתשובותיו¹³⁸, ונראה כי אף את אי-ההתאמה בין התשובה לפסקים במקרה דנן יש להבין על רקע זה: עמדתו האישית של הרא"ש ביחס לכפייה על מדת סדום בחלוקת נכסים היא העמדה שעולה מתשובותיו. הוא היה מעוניין לאפשר כפייה רחבה בתחום זה והתנגד בתוקף לדחייתה לטובת הפקת רווח שנובע מעניינו של אחד החולקים בחלק מסוים; לא פחות מכך התנגד הרא"ש לנקיטת פרשנות העוקרת מיסודה את אפשרות הכפייה במקרי חלוקת נכסים. קשה להניח שחל שינוי בתפיסתו זו. על כן יש לומר שבפסקיו הציג הרא"ש את המחלוקת הפרשנית כפי שהוצגה על ידי בעלי התוספות: שיטת רש"י, הקושיה עליה ושיטת רבנו תם; ואף הבאת דברי רבנו יונה משתלבת באותה מסורת פרשנית¹³⁹. הרא"ש לא הביא במסגרת זו את עמדתו האישית ולא הצהיר על תמיכתו בשיטת רבנו תם, אלא הציג את הדברים כפי שלמד אותם התלמיד היושב בבית מדרשם של בעלי התוספות – כולל ההעדפה שזכתה לה שיטת רבנו תם בבית מדרש זה.

ד. דיון מסכם – בחינת הפער בין תשובות הרא"ש לפסקיו לאור מאפייני החיבורים השונים

לעיל הוצגו ארבע אי-התאמות בין תשובות הרא"ש לפסקיו, בנושאים שונים בתחום דיני הנזיקין. בשלושה נושאים – תלות דין "כחש בשר מחמת מלאכה" בקיומה של פשיעה, המדדים המגדירים הסכמה לשמירה ותועלת קניין לגבי נזק שאין לו חזקה – פסק הרא"ש בתשובתו כצד אחד במחלוקת ראשונים ללא התייחסות לקיומה של עמדה מנוגדת, ואילו בפסקיו הביא את שתי העמדות ללא הכרעה מפורשת. אם נקבל את הנחת ר' יעקב בן הרא"ש כי כאשר מובאת בפסקים מחלוקת ללא הכרעה מפורשת העמדה שהרא"ש תומך בה היא העמדה המוצגת אחרונה, הרי שבעניין השני והשלישי ההכרעה בפסקים הפוכה מזו שבתשובות. בנושא הרביעי – כפייה על מדת סדום במקרים של חלוקת נכס – העמדה שהרא"ש יצא נגדה בנחרצות בתשובותיו זכתה לעדיפות ברורה בפסקיו. הצעתנו, שכבר נרמזה במהלך הצגת הדברים, היא לבחון את אי-ההתאמות בין החיבורים על רקע מטרתם השונה ואופיים השונה¹⁴⁰. ישנו מאפיין משותף

138 ראו לעיל ליד ציונים 27, 36, 63.

139 ראו לעיל, ליד ציון 126.

140 מבחינה מתודולוגית, הצעה זו קרובה להצעתו של חנינה בן-מנחם בנוגע לפער שעליו הצביע בין אי-התייחסות הרמב"ם אל עקרון היושר בחיבוריו התאורטיים, לשימוש בעיקרון זה בתשובותיו. בן-מנחם בוחן פער זה לאור ההבדל בין חיבורי הרמב"ם שמטרתם הצגת טעמיה העקרוניים-הכלליים של מערכת המצוות או עיסוק במושגיה התאורטיים של

למצוי בפסקי הרא"ש בארבעת המקרים שנידונו: הרא"ש מציג את עיקרי הדיון והעמדות המרכזיות של בעלי התוספות הצרפתיים בנושא הנידון ובתשובה. במבוא למאמר הוצגה המחלוקת המחקרית לגבי ייעודם של פסקי הרא"ש, והמאפיין המשותף של המקרים הנידונים תואם את העמדה הגורסת כי הפסקים מהווים בראש ובראשונה חלק מן המפעל הספרותי שבו ביקש הרא"ש להביא בפני הלומד הספרדי את תורתם של בעלי התוספות¹⁴¹ – ותשובות הרא"ש לא היו חלק ממפעל זה.

ציינו את ההתייחסות המחקרית המועטה לדרכו של הרא"ש בכתיבת תשובותיו, אך נוכל ללמוד מן התשובות הספורות שהרא"ש עצמו מצהיר בהן על כך – ההצהרות מתייחסות לחובת הפוסק לדון דין אמת מתוך מחויבות מוחלטת לעולה מן התורה: "ונצטוינו לדון דין אמת לאמתו"¹⁴²; הקביעה "תורתנו תורת אמת ואין אדם רשאי להחניף בה"¹⁴³, מלמדת כי לדעתו הפוסק צריך להכריע מתוך תפיסתו את אמיתתה של תורה ולא מתוך נאמנות או מחויבות לאישיות או לאסכולה הלכתית מסוימת. מהם המקורות שהרא"ש קבע בעזרתם מהו "דין אמת לאמתו"? מפורסמת התשובה שבה, במסגרת פולמוסו עם ר' ישראל – דיין בעל מעמד בטולדו – שלל הרא"ש בתקיפות שימוש בחכמות חיצוניות לתורה כשיקול בפסיקה והעמיד מולן הבאת ראיות "מהמשנה וגמרא בבליית וירושלמית"¹⁴⁴; ואכן, בתשובות שעסקנו בהן בולטת ההתייחסות הישירה למקורות חז"ל. אשר למסורות קודמיו, דומה כי הִצָּהרה שבה פתח אחת מתשובותיו היא תיאור מדויק ביותר של דרכו המורכבת בעניין זה: "אכתוב אני אשר עם לבבי על פי התורה אשר הורוני ולמדוני חכמי

ההלכה לבין תשובותיו שמטרתן יישום ההלכה – ראו חנינה בן-מנחם, "חקיקה ושיפוט על פי הרמב"ם", בתוך: חנינה בן-מנחם וברכיהו ליפשיץ (עורכים), דין ויושר בתורת המשפט של הרמב"ם, ירושלים תשס"ד, עמ' 211-234.

141 התמיכה בעמדה זו אינה מוגבלת לארבעת העניינים הנידונים כאן. במסגרת המחקר המהווה בסיס לעבודה זו (ראו האמור בהערת הפתיחה), ניכרת מחויבות הרא"ש בפסקיו למסורת בעלי התוספות הצרפתיים במגוון של עניינים נוספים בתחום דיני הנזיקין.

142 כלל סח סי' כג.

143 כלל מו סוף סי' ב. הרא"ש מגיב לסברה שהעלה השואל ומסביר כי אף על פי שהיה שמח לתמוך בדבריו לא יוכל לעשות זאת משום שאינם עולים בקנה אחד עם הבנתו את הדין לאשורו.

144 כלל נה סוף סי' ט. על פולמוס הרא"ש עם ר' ישראל ועל ר' ישראל ראו: אהרון שוריקה, "הפולמוס על תקנת טוליטולה בירושת הבעל את אשתו", תרכ"ץ סח (תשנ"ט), עמ' 87-127; שרגא אברמסון, "על תקנת טוליטולה (טולדו) בירושת הבעל את אשתו", ציון ס (תשנ"ה) עמ' 201-224. על יחסו של הרא"ש לפילוסופיה ראו ישראל תא-שמע, "שיקולים פילוסופיים בהכרעת ההלכה בספרד", ספונות ג (תשמ"ה), עמ' 99-101.

התורה"¹⁴⁵. כך תפס הרא"ש את הדרך שבה הוא מחויב לפעול בכואו להכריע: עליו לפסוק על פי מיטב הבנתו את התורה שלמד מרבותיו. דוד זפרני מצטט הצהרות אלו של הרא"ש בפתיחת הפרק שבו הוא מתאר את "דרכו בהכרעת ההלכה ובהנמקתה", ולאורן הוא מסיק ש"הרא"ש קבע את דרכו בהכרעת ההלכה שבה נחלקו ראשונים אך ורק על פי הראיות שהיו בידו. לפיכך אין למצוא אצלו שיטה שאנו יכולים להצביע עליה ולומר שדרכו להסיק כפלוני"¹⁴⁶. מחקרו של זפרני מוקדש בעיקרו לפסקים, ומובאות בו דוגמאות וראיות גם מתוך התשובות, אך תיאוריו את דרכו של הרא"ש אינם כוללים הבחנה בין הפסקים לתשובות ואף ההצהרות שצוטטו לעיל, הלקוחות מן התשובות, מוצגות כתיאור דרכו בשתי הסוגות. שלא כזפרני אני מציעה כי הצהרות הרא"ש בתשובותיו מתארות את דרכו במסגרת זו בלבד: כשהכריע במקרה שבא לפניו פעל אך ורק על פי מיטב הבנתו את המתחייב מן התורה כפי שהיא נלמדת על ידי תנאים ואמוראים. בבחינת תשובותיו לא נוכל להצביע על שיטה או מסורת מסוימת שנקט ולומר שדרכו להסיק כפלוני"¹⁴⁷, לעומת זאת ביחס לפסקים תיאור זה נכון באופן חלקי בלבד: כאמור, בחיבור זה ניכרת מחויבות הרא"ש למסגרת הדיון בבית מדרשם של בעלי התוספות ולא אחת קשה להסיק מן המובא שם מה היתה עמדתו של הרא"ש"¹⁴⁸.

ברוח זו נציע כי במקרים שהרא"ש מציג בפסקיו שתי עמדות של ראשונים ללא הכרעה עיקר עניינו הוא עצם הצגתן, בין אם מדובר במחלוקת בבית מדרשם של בעלי התוספות ובין אם מדובר בהצגת עמדתם מול מסורת שונה. כיוון שכך, אין להסיק מהצגת הדעות בפסקים מהי עמדתו האישית, וכפי שכתב אורבך¹⁴⁹: "גדולה תלותם של פסקי הרא"ש בתוספות ובשאר חיבורי קודמיו. וכל הבא לכלול כללים בדרכו של הרא"ש כפוסק והתחקות אחר שיטתו חייב לנהוג זהירות רבה, שכן בקלות אפשר לייחס לו דעות וסברות המובאות על-ידו ואינן אליבא דאמת אלא כלים שאולים"¹⁵⁰. דומה כי התמיכה העולה מן

145 כלל סח סי' כג.

146 זפרני (לעיל, הע' 4), עמ' 150.

147 אף מסקנה זו מתבססת על ממצאי מחקר רחב יותר, וראו הערת הפתיחה למאמר.
148 זפרני עצמו מציין מקומות לא מעטים שבהם הביא הרא"ש בפסקיו מחלוקת ללא הכרעה – ראו זפרני (לעיל, הע' 4), עמ' 153-158.

149 אורבך (לעיל, הע' 3), עמ' 598-599.

150 ברוח זו ראו גם חיים סולוביצ'יק, "ינים" סחר בינוניות של גויים – על גלגולה של הלכה בעולם המעשה, תל אביב תשס"ג, עמ' 141 סביב ציון 66. בהקשר הנידון שם מתאר סולוביצ'יק את המובא בפסקי הרא"ש שם כמסירה או חידוד של דברי ר' יהודה מפרש או תוספות שאנן, ואף עומד על הקשר ההדוק בין פסקי הרא"ש לתוספותיו.

הפסקים בעמדת רבנו תם בעניין כפייה על מדת סדום מדגימה טענה זו, וכך גם הצגת הרא"ש בפסקיו את מחלוקת הראשונים בעניינים האחרים שנידונו כאן. אי-ההתאמות שעסקנו בהן אינן עדות לסתירה פנימית בין החיבורים או לשינוי בעמדת הרא"ש. הן נובעות מן המטרות השונות של החיבורים ומשקפות שוני זה. בבואנו לברר מה היתה עמדת הרא"ש במקרים אלה ובמקרים נוספים של אי-ההתאמות ו"סתירות" מעין אלה, מסתבר לאמץ את ההצעה שהציע ר' יוסף קארו בעניין מלווה על המשכון: "למדו המקומות הסתומים בפסקיו מדבריו בתשובה"¹⁵¹.

151 חושן משפט סי' עב, וראו לעיל ליד ציון 26 ואילך. כמובן, יש לבחון כל מקרה לגופו: יתכן שיהיו מקרים שאפשר להצביע בהם על שינוי בעמדת הרא"ש, אך אין למהר להסיק מסקנה זו ויש להביא בחשבון את ההצעה שלעיל. תמיכה מעניינת להצעתנו עולה מתשובתו של ר' משה אמריליו שפעל בסלונקי במאה הי"ח. בתשובה שכתב בשנת 1732 בעניין תנאי בקידושין הוא מתייחס לאי-ההתאמה בין הכרעת הרא"ש בתשובתו בעניין "מתנה על מה שכתוב בתורה" לבין האמור בפסקיו בעניין זה. החכם השואל קבע כמסויח לפי תומו כי "הרא"ש פליג בתשובה על מה שכתב בפסקיו", ור' משה הגיב במילים הבאות: "וקודם הכי אומר למעלה כבוד תורתו שאיך אפשר לומר דהרא"ש פליג [=שהרא"ש חולק] בתשובה על מה שכתב בפסקיו, דהא מה שכתב בפסקיו אינו סברת עצמו אלא הנה דברי התוספות שם בפ' הזרוע". ר' משה הקדיש חלק ניכר בתשובתו להבהרת שיטת הרא"ש ויחסה אל שיטת התוספות, ולא היה לו ספק כי שיטת הרא"ש ("סברת עצמו") היא המוצהרת בתשובה ואילו בפסקיו הביא את שיטת רבותיו בעלי התוספות – ראו שו"ת דבר משה, אבן העזר, הל' קידושין סי' כו. אני מודה לחברתי אילת סגל שהפנתה את תשומת ליבי לתשובה זו. מלבד המקרים שהוצגו כאן קיימת שורה נוספת של מקרים שיש בהם אי-התאמה בין דברי הרא"ש כדיני הנזיקין בתשובותיו לדבריו בפסקים בתחום זה. כוונתי למקרים בהם פרשנות עקרונית של הסוגיה המוצגת בתשובת הרא"ש, חסרה כליל מן הדיון המקביל בסוגיה בפסקים. דומה כי גם אי-התאמה מסוג זה יש לתלות במטרותיהם השונות ואופיים השונה של החיבורים; אני מקווה להציג את המקרים ואת המסקנות לגביהם במאמר נפרד. מובן כי אין די בממצאים המתייחסים לתשובות בתחום דיני הנזיקין בכדי להסיק מסקנה כוללת לגבי היחס בין תשובות הרא"ש לפסקיו – מסקנה כזו מחייבת להרחיב את ההשוואה בין החיבורים לתחומים הלכתיים נוספים. במסגרת זו הוצעה דרך התייחסות אל אי-ההתאמות בין חיבורי הרא"ש, ועוד רב המקום להמשיך ולעסוק בכך.