

## בין חובות התנהגות לחיובי ממון – לבירורה של "תורת המשפטים" במשנתו של הרב שמעון שקופ

שי עקביא וזנר\*

א. פתיחה; ב. "תורת המשפטים" – ההבנה המקובלת; ג. "תורת המשפטים" ו"משפט טבעי"; ד. "תורת המשפטים" – בין חובות התנהגות לחיובי ממון; ה. כללי חובה וכללי הגדרה; ו. כללי קניין וכללי חיוב; ז. ספק ממון ואיסור גזל; ח. סוגיית "פריעת בעל חוב מצווה"; ט. גדרי חוב לנכרי; י. אחרית דבר.

### א. פתיחה

ברבע האחרון של המאה הי"ט התחוללה בישיבות ליטא מהפכה בדרך לימוד התורה. התלמידים הרבים<sup>1</sup> שגדשו את בתי המדרש שבישיבות השקיעו את עיתותיהם ומרצם בלימוד התלמוד ומפרשיו בשיטת לימוד חדשה אשר

\* המאמר מבוסס בעיקרו על פרק מתוך עבודת הדוקטורט שכתבתי בנושא "חשיבה משפטית בישיבות ליטא בראי משנתו של הרב שמעון שקופ" (ירושלים תשס"ה). תודותי שלוחות לפרופ' ברכיהו ליפשיץ שהדריך אותי בכתיבת העבודה בעצה ובתבונה. ולקרן ריץ' על המילגה הנדיבה שהעמידה לרשותי, ושאפשרה את כתיבת העבודה.

1 קשה לאמוד במדויק את מספרם של תלמידי ישיבות ליטא. בהערכה גסה ניתן לשער שבסוף המאה הי"ט למדו בישיבות ליטא כאלפיים תלמידים, ראו: ש' שטמפפר, הישיבה הליטאית בהתהוותה, ירושלים תשנ"ה, עמ' 272. בעמ' 344 שם מצטט שטמפפר קטע ממכתב שכתב בשנת תרס"ז (1907) ר' אליעזר גורדון, ראש ישיבת טלז, שבו הוא מעריך את מספר התלמידים בישיבות ליטא בעשרת אלפים. מספרים אלה מתייחסים לישיבות העל-קהילתיות (כמו וולוז'ין, מיר, סלובודקה וטלז), שבהן התפתחה שיטת הלימוד החדשה, ואולם כפי שהראה לאחרונה מרדכי זלקין, פעלו בליטא ישיבות קהילתיות רבות במהלך המאה הי"ט ובהן למדו אלפי תלמידים נוספים, ראו: מ' זלקין, "עיר של תורה – תורה ולימודה במרחב העירוני הליטאי במאה התשע-עשרה", ישיבות ובתי מדרשות, ע' אטקס (עורך), ירושלים תשס"ו, עמ' 131-161.

הגדירה מחדש את היקפו של חומר הלימוד והתמקדה בתחום המשפטי של ההלכה התלמודית. במקביל עסקה השיטה החדשה בפיתוחה של חשיבה אנליטית-מושגית ובחידודם של כלי הניתוח האנליטיים, אשר באמצעותם ניתן היה לעמוד ביתר דיוק על הגדרתם של הנורמות ושל המושגים ההלכתיים-משפטיים שבספרות התלמודית. המאמץ העיקרי בישיבות ליטא מן הטיפוס החדש לא הוקדש עוד לפירושה של הסוגיה התלמודית ברמה הטקסטואלית של השקלא-וטריא או לקושיות ותירוצים סכולסטיים שאפיינו את הפלפול הפולני ואת שיטת החילוקים, ואף לא חתר להסיק מסקנות הלכתיות בבחינת "אסוקי שמעתא אליבא דהלכתא". מטרת הלימוד הייתה אחרת: לנתח את המושגים ההלכתיים-משפטיים העולים מן הסוגיה ולחשוף את היסודות המהותיים של הדין ושל ההסדרים ההלכתיים. דומה כי השילוב המוצלח של התמקדות בלימוד המשפט התלמודי באופן אינטנסיבי עם הניתוח האנליטי של המושגים המשפטיים הפך את הישיבות הליטאיות של סוף המאה הי"ט למעין אקדמיות ללימודי משפט (המשפט התלמודי).<sup>2</sup>

2 בתיאורים שונים של שיטת הלימוד החדשה מודגש ההבדל בינה ובין שיטת הפלפול הסכולאסטי שרווח בשיטת הפלפול הפולנית ובשיטת החילוקים. כך, למשל, מתאר ההיסטוריון הנודע גדליה אלון, חניך ישיבת סלובודקה שבליטא, את המהלך החדש שהתפתח בישיבות ליטא (ג' אלון, "ישיבות ליטא", מחקרים בתולדות ישראל בימי בית שני ובתקופת המשנה והתלמוד, א, תל-אביב תשכ"ז, עמ' 4-5). [הרשימה הופיעה לראשונה בתוך כנסת: דברי סופרים לזכר ח' ג' ביאליק, כרך ח, 'י' כהן (עורך), תל אביב תש"ג-תש"ד, עמ' 91-99]: "הפלפול המונהג בישיבות ליטא [=בשיטה החדשה] מיוחד הוא ומשתנה לטובה ממה שהיה נהוג במקומות אחרים וממה שמפורסם ממסורת בתי המדרש עד למאה הי"ט. שכן אין אתה מוצא כאן אותה דרך של דקדוקים מקומיים, פרטיים, בישובי דחוקים על ידי ההמצאה הרגעית בפרשה מניה וביה, כעין השיטה הרווחת בפולין ('יש ליישב' של המהרש"א וכיוצא באלו). לצד שני אין כאן אף אותם צירופים רחוקים ומלאכותיים בדרך 'לשיטתו', כמות שהיא מתבטאת במיוחד בפלפולי ה'הדרן' המפורסמים. שיטת העיון הפלפולי הרווחת בישיבות ליטא הגדולות ענינה הוא: הגדרת המושגים ההלכתיים וניתוח יסודותיהם על מנת להבחין בין הפרשיות הנראות דומות וסותרות, כדי להקיף, לאידך גיסא, את הפרטים המשתנים שבהלכות הרבות, המפוררות והמסובכות, וכדי לצרפם ולעשותם כללים. המגמה הראשונה, הניתוחית – שהועלתה ביותר על ידי ר' חיים סולובייצ'יק מבריסק דליטא, בימי שימושו בוולוז'ין – משלה בישיבות ליטא בכללן, ויש שהביאה בבתי מדרשות מסויימים לידי 'דקות' יתירה שהגיעה עד כדי שמיטת קרקע של ממש למחשבה. וכנגדה – דרך הצירופים והמבנה נתגבשה באחדות מהן והעלתה תחילתה של מחשבה סיסטמטית מתוקנת. יש בה אפוא בשיטה זו בכללה מעין פעולת האנליזים והסינתזים כאחד".

הרב שמעון יהודה שקופ (1859-1939) (בהמשך: הגרש"ש<sup>3</sup>), היה מהיוצרים היותר מקוריים בעולם הישיבות הליטאי וממובילי השיטה החדשה. במשך כחמישים וחמש שנה לימד בישיבות טלז, מאלטש, בריינסק וגרודנא אשר בליטא, והנחיל לאלפי התלמידים שלמדו אצלו במהלך שנים רבות אלה את שיטת לימודו החדשה.<sup>4</sup> ניצני שיטת הלימוד שפיתח ניכרו כבר בצעירותו,

3 התלבטתי איך לציין את שמו של הרב שקופ במהלך המאמר. בצירוף "הרב שקופ" חשתי ניכור מסויים, והוא גם מעט מסורבל. יכולתי לבחור בראשי-תיבות, כגון הר"ש או הרש"ש (=הרב שמעון שקופ), ואולם ראשי תיבות אלו יוצרים בלבול עם קיצורי שמותיהם של רבנים אחרים שמוכרים יותר בראשי התיבות הללו (למשל הרש"ש, ר' שמואל שטראשון, שהערותיו בשם "הגהות הרש"ש" נדפסו בש"ס וילנה). בחרתי איפוא לאמץ את ראשי התיבות הגרש"ש (=הגאון רבי שמעון שקופ), המוכרים כנינוי לרב שקופ בספרות הישיבתית.

4 הגרש"ש נולד בתשרי תר"כ (1859) בעיירה טורץ שליד העיר מיר שבליטא, להורים עניים, המתוארים כ"אנשים תמימים יראי אלקים, אשר חפצו שהוא יגדל על ברכי לימוד התורה" (ספר היוכל לרב שמעון יהודה הכהן שקאפ, וילנא תרצ"ו, עמ' ט. כבן ארבע-עשרה החל ללמוד בישיבת וולוז'ין, ובה למד כשש שנים עד לנישואיו עם מרת לאה, אחייניתו של ר' אליעזר גורדון, ראש ישיבת טלז.

בהיותו הגרש"ש בן עשרים וארבע החל ללמד בישיבת טלז, ושם לימד את שיטתו החדשה במשך כשמונה-עשרה שנה. לאחר מכן עמד בראש ישיבות מאלטש (1903-1907) ובריינסק (1907-1914). לאחר מלחמת העולם השנייה (בשנת 1920) נקרא על ידי ר' חיים עוזר גרודזנסקי לעמוד בראש ישיבת גרודנא, ובתפקיד זה שימש עד כניסת הצבא הרוסי לעיר בין כסה לעשור ת"ש (סתיו 1939), שבועות אחדים לפני פטירתו בט' מרחשון ת"ש, והוא בן שמונים שנה.

בשנת תרפ"ח (1928) פירסם הגרש"ש את חיבורו הגדול, היחיד שנדפס בימי חייו, "שערי ישר". לאחר השואה פירסם בנו חלק מכתבי היד של הגרש"ש שנשתמרו בידו, הכוללים רשימות שיעורים שכתב הגרש"ש לעצמו (רובן בתקופת טלז), בשם "חידושי רבי שמעון יהודה הכהן", כרכים א-ג, ניו-יורק תש"ז-תשט"ז (על מסכתות יבמות, כתובות, גיטין, קידושין, נדרים, בבא קמא, בבא מציעא, בבא בתרא). כמו כן נתפרסמו במקומות שונים רשימות תלמידים רבות, אשר בחלקן הגדול הן העתקות ממחברותיו של הגרש"ש עצמו שלא שרדו לאחר השואה ולא התפרסמו בספרים שהדפיס בנו.

מי היו רבותיו של הגרש"ש וממי הושפע? בזמן שלמד בישיבת וולוז'ין עמד בראש הישיבה הנצי"ב מוולוז'ין (הרב נפתלי צבי יהודה ברלין), ואולם נראה שבין הנצי"ב לגרש"ש לא נרקמו יחסי רב ותלמיד מובהקים, ויתכן שכבר אז ניכרו הבדלי הגישות בסגנון הלימוד של ראש הישיבה הקשיש, שסימל את דרך הלימוד הוולוז'ינאית ה"ישנה" שינקה משיטת הגר"א ור' חיים מוולוז'ין, לעומת דרך החשיבה המקורית של הגרש"ש, שהפך לאחד מנושאי הדגל הבולטים של שיטת הלימוד החדשה שהתפתחה בישיבות ליטא שנים מעטות לאחר מכן. עם זאת, מסופר שהנצי"ב חיבב מאוד את הגרש"ש, והיה מקרבו ומשתעשע עמו בדברי תורה (הרב ח' ש' רוזנטל, תורה יבקשו מפיהו: דברי ימיה של ישיבת שער התורה בגרודנא, פולין, וראשה, מרן ראש ראשי

כשלמד בשיבת וולוז'ין: הוא העלה שאלות חדשות שלא הטרידו את שאר הלומדים, וענה עליהן לא באמצעות פלפולים מחודדים, אלא מתוך פירוק אנליטי של המושגים ההלכתיים.<sup>5</sup> כך אמר הרב אברהם יצחק בלוך, ראש ישיבת טלז, בדברי ההספד שנשא על הגרש"ש לאחר פטירתו בשנת ת"ש (זמן קצר לאחר מכן נרצח הרב בלוך עצמו על ידי ליטאים ששיתפו פעולה עם הנאצים):

הישיבות, שר התורה והיראה, הגאון ר' שמעון יהודה הכהן שקאפ זצוק"ל, ירושלים תש"ס, עמ' 14, עפ"י ירחון המסילה, שנה ד, חוברת יא). כמו כן מסופר שהגרש"ש התרשם ממסירותו של הנצי"ב ללימוד תורה, ובשלב מסוים החל לבוא בקביעות לשיעור החומש של הנצי"ב (רוזנטל, תורה יבקשו מפיהו, שם). עם זאת, הגרש"ש כמעט ואינו מזכיר את הנצי"ב בכתביו, ואינו מונה "מורי ורבי" (ראו, למשל: שערי ישר, שער ג, פרק טו, עמ' רה, שם הוא מזכיר את "דעת הגאון הנצי"ב"). מכאן שדבריו של ר' מאיר בר-אילן, בנו של הנצי"ב, ברשימת הספד לגרש"ש, "רבי שמעון הטלזאי", עיתון הצופה, ג' טבת, ת"ש, שהגרש"ש היה תלמיד מובהק של הנצי"ב והושפע מדרך לימודו – אינם מדויקים, והם נובעים כפי הנראה מהערצת הכותב לאביו הגדול.

בישיבת וולוז'ין למד באותה עת גם ר' חיים הלוי סלובייצ'יק (הוא ר' חיים מבריסק), שהיה מבוגר מהגרש"ש בשבע שנים. ר' חיים היה אז אברך צעיר סמוך על שולחן חותנו (ר' רפאל שפירא, חתנו של הנצי"ב), אך כבר החל להשפיע על חלק מתלמידי הישיבה כאשר הציע בפניהם את גישתו האנליטית החדשה בניתוח המושגים התלמודיים. המקורות מספרים כי בשנות לימודיו של הגרש"ש בוולוז'ין "התחבב על מרן הגאון ר' חיים הלוי סלובייצ'יק ז"ל, שהשפיע גם הוא אז בישיבת וולוז'ין, בראותו את הצטינות הרבה ויושר שכלו הבהיר, בחר בו עם עוד מספר מצומצם של בחורים חשובים, לפלפל עמם בדברי תורה ולהסביר להם את חידושי"ו" ("קצור תולדות רבנו", ספר היובל עמ' ט' [לעיל הע' 4]). תלמיד הגרש"ש, הרב ברוך יצחק לוי, סיפר שהגר"ח והגרש"ש היו מטיילים ביערות וולוז'ין שעות ארוכות ועוסקים במלחמתה של תורה (רוזנטל, תורה יבקשו מפיהו, עמ' 16). בנו של הגרש"ש כותב, שבוולוז'ין "היה [=הגרש"ש] לתלמיד מובהק של ר' חיים", אך מצד שני מסייג וכותב: "עוד בוולוז'ין התבלט כגאון צעיר שאמנם הוא דולה ומשקה מתורת ר' חיים מבריסק, אולם בתוספת נופך משלו, הוא צועד בנתיב עצמאי מקורי משלו. לשיטתו קראו: שיטת ההגיון". נראה שהסיפא של הדברים מדויק מהרישא. הגרש"ש לא ראה עצמו כתלמיד של ר' חיים, ובודאי לא כ"תלמיד מובהק". במקום אחד (חידושי גיטין סי' ד עמ' לח) הוא מונה אותו "ידיד נפשי", ולא "רבי ומורי", ובכלל הוא מזכיר אותו לעתים נדירות בלבד. כשנשאל הגרש"ש מי היו רבותיו, השיב: ספרי "קצות החושן" ו"אבני מילואים" (רוזנטל, תורה יבקשו מפיהו, עמ' 53).

5 "כשבאתי לטלז ואני עוד נער קטן, אבל כבר שמעתי 'חילוקים' מרבנים ולומדים שונים, ו'חילוק' בימים ההם היה פירושו הרכבת ענינים שונים שאין להם שום קשר הגיוני ביניהם, אך על ידי הכנסת פילא בקופא דמחטא קשרו את הרחוקים האלה בעל כורחם. אבל בטלז שמעתי מחילוקים ממין אחר לגמרי, זה היה חילוק של רבי שמעון (הגרש"ש) שהיה חילוק כפשוטו ממש, לחלק בין ענינים שעל פי הצורה החיצונית היה

כח הגאון הרב שקופ זצ”ל היה יפה בזה שלא הניח שום כלל, אף מן המקובלים, מבלי לחקור אחריו, לדרשו ולעמוד על תכנו. בימי בחרותו, כאשר היה בוולוז'ין, היו מבקרים אותו על כך בלשון: 'ער ברעכט זיך אין אפענע טירן' [=הוא נוקש על דלת פתוחה],<sup>6</sup> אבל באמת זאת הייתה גדולתו. הלא ידוע שהחכם ניוטון בא לידי חידושו בפסיקה בתשובה לשאלה תמוהה לכאורה. שאול שאל על תפוח הניתק מן העץ, מדוע ירד הוא לארץ דוקא, מכיון שאין לו אחיזה בעץ יעלה לו למעלה? על ידי 'מדוע' זה, שביקש ביאור על הנראה מובן ופשוט למאוד, התחוללה

אפשר לכללם בחדא מחתא, אבל על פי העיון והעמקה בפנימיותם נתברר שהמה חלוקים זה מזה לגמרי” (הרב משה אביגדור עמיאל, ספר היובל [לעיל הע' 4], עמ' מג). “שעוריו הם עבודה רבה ופרי יגיעה קשה של עיון ואנליזה. ‘האנליטיקון הגדול’ הייתי קורא אותו, כי שיעורו המאריך תמיד כשתי שעות ויותר הוא הרצאה הלכתית על נושא ידוע, המפרק שיטה וסברה לחלקים וחלקי חלקים ומוציא את התמצית המשמש לו לחידוש לתרץ קושיות ולפרק איבעיות... ומה נעים לשמוע אמרותיו הנפשיות, אמרות טהורות ובלוגיקה גאונית” (הרב יחיאל הכהן כץ, ספר היובל [לעיל הע' 4], עמ' כט). “[הגרש”ש] מתעסק כל ימיו על ההגבלה וההפרשה הבלתי פוסקת מדבר וערובו, לשבר ולרסק דברים דומים כמחוכרים, גבולים נראים כמותחמים לברר בירור אחר בירור... את הגבולים הכי דקים, החילוקים הכי עדינים של כל נקודה קטנה שבתורה” (הרב שלמה הרמב”ם, משגיח בישיבת גרודנה, ספר היובל [לעיל הע' 4], עמ' נג).

השוו גם לדבריו של ר' שמואל מרקוביץ, ספר היובל [לעיל הע' 4], עמ' פ: “מספרים שיעוד בנעוריו בולוז'ין כבר הפנו סברותיו וחקירותיו הדקות על עצמן תשומת לבם של חבריו המצויינים שהביטו עליו כעל דופק בדלת פתוחה. והנה אותה הדרך עצמה היא גם עתה דרכו, אלא שהנה גם דרכן של רוב עולם הישיבות”. “איש גרודנאי” (ראו להלן הע' 9) כותב על שנות לימודיו של הגרש”ש בולוז'ין: “כחזיון נפלא היה בעיני כל, צעיר זה שלא היה מכיר בלמודו הרבה ‘מושכלות ראשונות’ כביכול, ממוטט אותם ומעבירן תחת הבקורת, מטיל ספקות בדברים ‘מוסכמים’, בהנחות קיימות, בוחן וממשש אותם מכל הצדדים בישרות הבנתו ובדקות הרגשתו... אמנם בתחילה היו הרבה שהביטו קצת בהיתול על ‘בעל ההבנה’ המשונה. כמה קוריוזים ספרו על אודות שאלותיו ה‘משונות’ וחקירותיו ה‘מקוריות’ בדינים שונים” (ספר היובל [לעיל הע' 4], עמ' סג). וראו עוד: אלה אזכרה, אוסף תולדות קדושי ת”ש-תש”ה, כרך שני, ניו יורק תשי”ז, עמ' 300-301: “דוקא צעיר זה [=הגרש”ש] עורר תשומת לב מיוחדת, וכבר אז ראו בו, בין כותלי הישיבה הוולוז'ינאית, אישיות מיוחדת במינה. פרסומו זה בא לו בעיקר תודות לשיטת לימודו המיוחדת וגישתו המקורית שבה היה משתדל להבין כל דין והלכה, היה חוקר אחרי כל מעשה בית דין ומחפש אחרי הנקודה העצמאית והאינדבידואלית של הלכה זו או זו, והיה מבקש לכל דבר שם, הגדרה ומושג משלו. חזיון נפלא היה בעיני כולם צעיר תורני זה, שאינו מכיר בלימודיו ב‘מושכלות ראשונות’, ולא עוד אלא שהוא מטיל ספקות בדברים ‘מוסכמים’ ו‘מקובלים’ הנראים כהלכות למשה מסיני, והוא בוחן אותם ובודקם מכל צדדיהם בישרות הבנתו ובדקות הרגשתו”.

מהפכה בכמה ממקצועות החכמה...<sup>7</sup> רק על ידי העמקה ביסודות המקובלים ובשכליות המקובלות, הנראים כמפורשים וברורים מרוב השימוש בהם, אפשר לבוא לידי חידוש ולהסיק חדשות בענפי אותם הכללים הרבים והמסועפים" (מהרי"ל בלוך, שעורי דעת, חלק א, ירושלים תשמ"ט, עמ' רצד<sup>8</sup>).

את עיקר פירסומו רכש הגרש"ש בתקופה בה לימד בישיבת טלז, אליה נקרא על-ידי ראש הישיבה (שהיה גם דוד אשתו) ר' אליעזר גורדון. ב"תקופת טלז", שנמשכה שמונה-עשרה שנה, שיכלל הגרש"ש את שיטת הלימוד הייחודית שפיתח, והציב את ה"יסודות" האנליטיים שחידש בדרכי פעולתו של המשפט התלמודי. שיטתו החדשה והמקורית השפיעה באופן עמוק על עיצובה של דרך הלימוד ה"טלזאית"<sup>9</sup> ונתפשה על ידי תלמידיו כמהפכה של ממש בדרך הלימוד בעולם הישיבות.<sup>10</sup>

7 המקור לאגדה אודות ניוטון מצוי בכתביו של ויליאם סטאקלי, ידידו של ניוטון. הלה מספר שהתארח בביתו של ניוטון שנה לפני פטירתו, לאחר הסעודה יצאו לגן לשתות תה בצל עצי התפוח. "בעיצומה של שיחה על עניינים אחרים, הוא סיפר לי כי היה נתון בדיוק באותו מצב עצמו שבו נצנצה במוחו לפנים התפישה של הכבידה. גרמה לכך נשירה של תפוח בעת שהוא היה שרוי בהלך רוח של הרהורים" [מובא בספרו הפופולרי של ג' א' קריסטיאנסון, איזיק ניוטון והמהפכה המדעית (תרגום לעברית), תל אביב 2000, עמ' 38].

8 הדברים מובאים בשינויי לשון אחדים גם בספר שעורי דעת לר' אברהם יצחק בלוך (בנו של מהרי"ל בלוך), שיצא לאחרונה בירושלים תשס"א, עמ' קיב.

9 הרב עמיאל בספר היובל (לעיל הע' 4), עמ' מא, כותב: "ואם מייסד הישיבה הטלזאית היה הגאון הגדול בדורו ר' אליעזר גורדון זצ"ל, הנה היה מרן שליט"א [=הגרש"ש] מייסד השטה הטלזאית בתלמוד". נכדו של הגרש"ש, קלמן שקופ, כותב בספר היובל, עמ' סג (תחת הפסודונים "איש גרודנאי"), על דרך לימודו של הגרש"ש: "דרך זה שנעשה לדרכה של הישיבה כולה קנה לו את השם 'הדרך הטלזאי'. אבל לא רק בטלז, כי אם גם בשאר הישיבות כבר היתה הולכה וחודרת, ברב או במעט, רוח חדשה זו. שיעוריו נתפרסמו בכל רחבי העולם התורני". ואכן, השיטה הטלזאית מיסודו של הגרש"ש היוותה חידוש ביחס לשיטת הלימוד הישנה בוולוז'ין, ואף ביחס לישיבת סלבודקה שקדמה לה. הרר"מ אפשטיין, ראש ישיבת סלבודקה, החזיק עדיין בדרך הוולוז'נאית הישנה, ראו שטמפפר (לעיל הע' 1), עמ' 292, ולכן לא צדק שטמפפר, עמ' 303, כשכתב על ישיבת טלז: "היא לא הייתה הישיבה הליטאית הראשונה ואף לא נתחדשה בה דרך חדשה של לימוד, כמו בוולוז'ין". גם המשך דבריו ש"מטרת מיסדיה הייתה להעמיד תלמידי חכמים בקיאים בש"ס ובפוסקים ולא לעצב את תלמידיה בדפוסים מסוימים" אינה מדויקת, לפחות ביחס לאופיה מאז עמד בראשה ר' אליעזר גורדון. בטלז שמו את הדגש על דרך הלימוד ולא על הבקאות, וביקשו לפתח אצל התלמידים את "שיטת ההבנה".

10 ראוי לצטט מקצת מדברי תלמידיו של הגרש"ש אשר התפרסמו בספר היובל שהוציאו לכבודו בשנת תרצ"ו (לעיל הע' 4), הנתנים ביטוי לתודעת ממד החידוש המהפכני שבשיטה החדשה:

“בני הישיבה (= בטלז), שהרבה מהם היו עילויים מפורסמים, לומדים גדולים ומובהקים, הביטו מתחלה באי-אמון על רבם הצעיר הזה [= הגרש"ש]. לא שיערו ולא יכלו לשער איזו מהפכה גדולה יכניס רבם זה החדש בדרך למודם, על איזה אופקים גדולים ורחבים יוציאם, וכמה ישפיע על פיתוח שכלם והבנתם, על עלייתם התורנית. עוד בשיעורו הראשון הראה להם זאת. בהשתוממות מפתיעה שמעו את דבריו שהיו בשבילם כולם חדשים, בריאים ורעננים. בפעם הראשונה נתודעו עתה לגישה חדשה, אחרת מאותה שהיו רגילים בה עד עתה... תחת פלפולים וחלוקים חריפים כנהוג אז, תחת להוסיף קושיות על קושיות, להרבות סברות על סברות – בא הוא וסילק הכל הצדה, והחל לבאר כל דבר ממקורו הראשון, מתחלת דין התורה. תחת לקשור קשרים חדשים – התייר גם את הישנים, והיה בודקם בדיקה גמורה... בשפת הישיבה נתוספו מונחים חדשים: 'כללו של ר' שמעון', 'יסודו של ר' שמעון', 'באורו של ר' שמעון' וכו'. השם 'ר' שמעון' לא היה מציין כבר רק אישיות, אלא שיטה ודרך מיוחד, כולל ומקיף את כל אופקו הרחב והעמוק של ים התלמוד” (”איש גרודנאי”, ספר היובל [לעיל הע' 4], עמ' סב-סג).

”ובה בשעה שהופעתו של רבנו בטלז היתה הפתעה בעולם הלומדים, המהפכה הגדולה בדרך הלימוד שבאה בעקב זה עוררה מחוץ לכותלי הישיבה ביקורת וויכוחים – השקיעו תלמידיו שומעי לקחו בהישיבה, כמנהג צעירים שואפי חדשות ואהבי מקורות, את כל כשרונותיהם המצויינים ומבחר עיונם בשעוריו... עד שיצאה שיטת טלז, שיטת ההבנה, וזעזעה את כל עולם הלומדים מדור הקודם” (הרב מרקוביץ, ספר היובל [לעיל הע' 4], עמ' עט).

דומני כי המונח “מהפכה” אכן מתאים כאן. בספרו הידוע “המבנה של מהפכות מדעיות” השתמש תומאס קון במונח “פרדיגמה” לציון מסגרת העבודה שבה פועלת קהיליית המדענים של “המדע התקני” בזמן נתון. הפרדיגמה קובעת את ה”שיח התקני” ומגדירה לאנשי הקהילה של תחום המחקר את הנחות היסוד לדין, את סוג השאלות שאמורות להישאל ואת הדרכים הנכונות לפתרונן. הפרדיגמה ממשיכה להתקיים עד שתופסת את מקומה פרדיגמה חדשה, שמערערת על הנחות היסוד המוסכמות של הפרדיגמה הקודמת, מעלה שאלות חדשות ומציעה סוג חדש של פתרונות. מהפכה מדעית היא שינוי הפרדיגמה, או, במילים אחרות, שינוי השיח התקני של תחום המחקר. ראו לעניין זה: תומאס קון, המבנה של מהפכות מדעיות (תרגום לעברית), תל-אביב 1977; ובהקשר המשפטי: מ' מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי, תל-אביב תשנ”ג, עמ' 38-39.

קריטריונים אלו שמציין קון התקיימו במקרה של הגרש"ש. בבקשו להבין את הקביעות ההלכתיות העלה הגרש"ש שאלות חדשות שלא הטרידו את הלומדים במסגרת הפרדיגמה הישנה, והציע סוג חדש של פתרונות לקשיים המתעוררים בסוגיה. שאלותיו של הגרש"ש לא היו חלק מהשיח התיקני של הפרדיגמה הישנה, ובאמצעותן הגדיר הגרש"ש מחדש את תחום הדיון וסימן בכך את עלייתה של פרדיגמה חדשה, אשר בסופו של דבר כבשה את עולם הישיבות הליטאי. לעניין ניתוח המהפכה שבשיטה הליטאית על פי המודל של קון ראו גם: N. Solomon, “Anomaly and Theory in the Analytic School”, *The Jewish Law Annual* 6 (1987), pp. 126-147.

בצד הניתוח האנליטי של ההלכות ביקש הגרש"ש <sup>11</sup> "להבין" את החוקיות הפנימית של ההלכות השונות, ולעמוד על "ההיגיון" <sup>12</sup> הפנימי שלהן. "הבנה" ו"היגיון" הם מושגים סובייקטיביים שקשה להגדירם במדויק. הם משתנים מאדם לאדם, ומבוססים על המטען שהלומד מביא איתו לסוגיה, מטען אשר חלקו מבוסס על ידע שרכש הלומד בתחום הלימוד הנידון עצמו וחלקו האחר מבוסס על תובנות והנחות שמקורם בנסיון החיים ובתחומי ידע חיצוניים. <sup>13</sup> אם הלכה, טענה או הבחנה שהלומד עוסק בהן מנוגדות להנחות-היסוד שהביא עמו, הוא יוכל אולי לנתח אותן ולהגדיר אותן בצורה מדוייקת, אך הן לא יעמדו במבחן ההיגיון הסובייקטיבי שלו, יקשה עליו להבין ולהזדהות עמן, והן ישארו מבחינתו בגדר "גזירת הכתוב" ו"מילתא בלא טעמא". בשאיפה להבנת "ההיגיון" שבנושא הנלמד יש אפוא ממד של ביקורתיות, שבו מבקר הלומד את הנלמד על פי הבנתו והגיונו שלו. תלמידי

11 שיטת הלימוד הליטאית שהתפתחה בישיבות ליטא בכללן, בעקבות ר' חיים מבריסק, כונתה "דרך ההבנה". ראו למשל דבריו של ר' אליהו קפלן, חניך ישיבת סלבודקה ולימים ראש בית המדרש לרבנים בברלין, דברי תלמוד, ירושלים תשי"ח, עמ' מד: "תורתו של ר' חיים ז"ל כבשה שביל חדש בשדה ההלכה, הוא הנקרא בלשון ישיבות ליטא 'דרך ההבנה', ושהולכין בו כעת, או לפחות משתדלים לילך בו, כל תלמידיהן". בעניין היחס שבין שיטת לימודו של ר' חיים מבריסק לזו של הגרש"ש דנתי בעבודת הדוקטורט שלי, ואי"ה אשוב לדון בעניין במקום אחר. כאן אציין שר' חיים הדגיש את הניתוח האנליטי והתנגד לקירוב הסברות ההלכתיות לשכלו של האדם, בעוד שהגרש"ש חתר לבאר את הטענות התלמודיות ולקרבן ל"שכל האנושי". נראה שלהבדל זה בין ר' חיים לגרש"ש מרמז ר' אליהו מאיר בלוך (ראש ישיבת טלז בארה"ב, בנו של מהרי"ל בלוך) בקטע מעניין מתוך מאמרו "דרכה של תורה" (נדפס בתחילת הספר שעורי דעת של אביו המהרי"ל בלוך, ירושלים תשמ"ט, עמ' ז-ט).

הרב עמיאל כותב בדברי הספרו על הגרש"ש, בעיתון הצופה, ג' טבת ת"ש: "שיעורו של רבי שמעון היה מתחילתו ועד סופו 'הבנה', 'הסבר'. ובהסבר היה יחיד בדור. ההסברה שלו היתה באמצעות ניתוח הדברים, כל דבר ודבר לנתחים קטנים, ושוב ניתוח כל הניתוחים, עד כדי 'אטומים' של כל הלכה". וראו עוד: ש' אטלס, "דער 'דרך הבנה' אין די ליטווישע ישיבות", בתוך: ליטע, בוק איינס, ניו-יורק 1951, עמ' 605-614.

12 על המונח "דרך ההיגיון" ראו: שטמפר (לעיל הע' 1), עמ' 121-125.

13 השו"ג: א' קרומביין, "מר' חיים מבריסק והגרי"ד סולוביצ'יק ועד 'שיעורי הרב אהרן ליכטנשטיין' – על גלגוליה של מסורת לימוד, נטועים, ט (תשס"ב), עמ' 51-93; א' וולפיש, "השיטה הבריסקאית והקריאה הצמודה; תגובה למאמרו של הרב אליקים קרומביין", נטועים, יא-יב (תשס"ד), עמ' 95-137 (ובפרט עמ' 102, 119-120); ותגובתו של א' קרומביין, "מעבר למורכבות; בעקבות תגובתו של הרב אברהם וולפיש", נטועים, יא-יב (תשס"ד), עמ' 139-173.



הגרש"ש מסרו בשמו, שסברה צריכה "הרגשת הלב" וש"גם לסברה צריך להתרגל".<sup>14</sup> בכך רצה הגרש"ש להדגיש כנראה את הממד הרגשי והסובייקטיבי של ההבנה: הבנה היא חוויה של הלומד ש"מרגיש" שהכללים ההלכתיים מובנים לו. הגרש"ש היה פותח את שיעוריו במערכה של תמיהות ו"השתוממות" על ההלכות השונות שבסוגיה, שאינן עומדות לכאורה במבחן "ההיגיון". בכך ביקש לעורר ספיקות בלב התלמיד שחשב שהוא מבין את הדברים, ולהביא אותו למצב סובייקטיבי של תחושת "חוסר הבנה".<sup>15</sup> כך מתאר את שאלותיו ותהיותיו החדשות של הגרש"ש אחד מתלמידיו, ברשימה אנונימית שנדפסה בעיתון הצופה לאחר פטירתו של הגרש"ש, בשנת ת"ש:

הוא [הגרש"ש] מתחיל להגיד שיעורו. במתינות ובמתקן ההסברה הוא קורא פסוקי התורה וקובע בהגדרות ברורות את דין התורה, עובר למשנה ותוקע בה מסמרות, בא לגמרא, לפרשנים, ומתחיל להשתומם. אין הוא מקשה קושיות, אינו מערים סתירות ממקום למקום, כל דין ודין מעורר בו תימהוּן. מהו טעמו של עניין זה ועניין אחר?... אחרי שתלה הערות בעניינים פשוטים לכאורה ועורר גלים בכל משפט ומשפט, התחיל להוציא מתוך ערימת פרטים את הנקודה המרכזית... השומעים מתגעשים. לא שמעו מעולם "שברים" כאלה. מושגים חדשים שבחדשים, שאין להם

14 רזונטל, תורה יבקשו מפיהו (לעיל הע' 4), עמ' 54. הרב יחיאל כץ, ספר היובל (לעיל הע' 4), עמ' כט: "הוא (=הגרש"ש) הרחיב והעמיק שיטת הלימוד וחדש לנו חידוש גדול בדרך הסברא. רגש ושכל הם שני כוחות נפרדים באדם, הלכה ואגדה – שני מקצועות בתורה. רגילים אנו לתת להשכל את מקצוע ההלכה ולאגדה את הרגש המסור ללב. בעל יובל זה [=הגרש"ש] הכניס גם את הרגש אל הסברא ההלכתית. פעמים רבות מחדש חידושים ומישר הדורים במקומות נבוכים עפ"י סברא חדשה – פרי הרכבה חדשה של שכל ורגש ביחד. לא פעם שמענוהו בשיעוריו ממציא סברא חדשה, וכשמקשים לשמוע – מסביר, מוסיף ומסביר בתעצומות עוז ובנפשויות יתירה, ולבסוף גומר: 'גם לסברא צריך להתרגל עד שנקנית'!... דרכו זו בקודש של רבנו היא כלל גדול בתורה. אם הרבה מצוות ומשפטי התורה חוקם ניתן על יסוד הרגש, אין ספק כי מקום לו גם בהגדרת חלקי התורה והמצווה". נראה כי באמירה ש"סברה צריך להרגיש" רמז הגרש"ש גם למגבלות הקומוניקטיביות של השפה בהנחלת "הבנה" לזולת, כשם שקשה לתאר "הרגשה" באמצעות השפה.

15 השו" קרומביין, "מר' חיים מבריסק" (לעיל הע' 13), עמ' 72: "סוללת הקשיים שהוא (=הגרש"ש) סולובייצ'יק) מערים בראשית השיעור לא נועדה אלא להבהיר דבר אחד – כמה הסוגיה בלתי מובנת".

לכאורה רמז בקדמונים... שעתיים נמשך הברור ההולך ומעמיק. הסיכומים הם כללים בהגיון התלמודי... הלומדים נשפכים החוצה, ובהתעוררות ממשכים לברר את שיטת העיון החדשה, המופלאה, שנשמעה מן הר"ם הצעיר. כולם מרגישים שלא אישיות בלבד הופיעה בעולם התורה, אלא שיטה.<sup>16</sup>

כשיצא ספרו הגדול של הגרש"ש – שערי ישר – ממכבש הדפוס בשנת תרפ"ח (1928), נשא הראי"ה קוק<sup>17</sup> דברים לכבוד ולכבוד מחברו, בהם התייחס לדרך הלימוד שהתפתחה בישיבות ליטא ולדרכו החדשה של הגרש"ש, וכך אמר:

16 "שלטון התבונה" (עיתון הצופה, ג' טבת ת"ש), ומשם אצל א' סורסקי, רבי שמעון ותורתו, בני-ברק תשל"א, עמ' צג.

17 בין הגרש"ש לראי"ה קוק (שהיה צעיר ממנו בחמש שנים) שררו יחסי ידידות והערכה. במכתבים של הגרש"ש אל הראי"ה קוק הוא פונה אליו בתארי כבוד, כמו: "כבוד הרב הגאון פאר הדור, כבוד שם תפארתו, אברהם יצחק הכהן קוק שליט"א, אב"ד בעיה"ק תבנה ותכונן לנצח" והוא מסיים את מכתבו: "מכבודו כרום ערכו". נוסח המכתב מופיע אצל רוזנטל, תורה יבקשו מפיהו (לעיל הע' 4), עמ' 283. במכתב אחר משנת תרצ"ה (שנת פטירתו של הראי"ה), אשר תצלומו מצוי בספר "הארץ ומצוותיה" לר' אברהם הלל גולדברג, רבו של כפר-פינס ותלמידו של הגרש"ש בגרודנה, עמ' 17, הוא כותב לראי"ה קוק: "הוד כבוד ידיד נפשי הרב הגאון פאר הדור מוה"ר אברהם יצחק הכהן שליט"א". באגרת ששלח הגרש"ש לרב משה צבי נריה בעניין כתיבת חיבור תולדות חייו של הראי"ה קוק, הוא כותב: "הנני מרגיש הטוב הצפון בעבודה החשובה להודיע לרבים את התולדה של האיש המורם מעם, הגרא"י זצ"ל [=הרב קוק]" (רוזנטל, תורה יבקשו מפיהו [לעיל הע' 4], עמ' 244, עפ"י שיחות הראי"ה, תל אביב תשל"ט, עמ' פ). הראי"ה קוק מצדו הציע לגרש"ש לכהן כראש ישיבה בישיבתו, "הישיבה המרכזית העולמית". ראו: רוזנטל, תורה יבקשו מפיהו (לעיל הע' 4), עמ' 288 (עפ"י חי הראי"ה, תל אביב תשמ"ג, עמ' שפ). ונראה שלעניין זה מכוון הגרש"ש באגרתו לר' שבתי טובולסקי משנת תרפ"ו (מצולמת אצל סורסקי [לעיל הע' 16], עמ' רי): "והנה על דבר שאלתו אם גם עתה אשתוקק להיות מן העולים לאה"ק [=לארץ הקודש], עלי לגלות בפומבי כאשר כבר גיליתי דעתי וחפצי זה לכל הזוכים לעלות באה"ק. וזה איזה שנים אשר כתבתי להגאון רא"י קוק שליט"א ובקשתי על ככה, והוא השבני שכן יאבה גם הוא, ואם רק ימצא מקום יסייעני בזה, ואז יעצני לבוא בעצמי בלא ביתי [=בני המשפחה] עד שאסדר שמה, וכאשר דרך זה אינו מתאים לרוחי חדלתי מזה, עד אמצא מקום במשכנות אביר יעקב. אחרי כל זה לפי דעתי אינו מן הנימוס לפני לכתוב אליו שנית כעת גין [=בגין] זה, ואם רק מוצא חפץ בי יקראני אליו, ואם מוצא טובים ממני לפי רוחו וטעמו הלא יהיו דברי למעמסה עליו... לכן לפי דעתי עליכם ידידי וחברי להתייעץ בזה... להודיעני אל נכון לאן דעת הגראי"ק נוטה, ואם מה יצא הדבר הנני נכון בעזה"י לעלות לעבוד עבודתי על הרי הקודש, ובזכות הרבים אזכה להרבות תורה

גדולתם של הראשונים היא בהתעמקות ההגיונית בחקרי ההלכה. ואולם במקום עמקותם שם גם צמצומם, בחינת "אידי דטריד להעמיק לא מרחיב". הם נותנים יותר את המסקנות ואינם מעבירים את המעיין דרך כל מדורי התלבטות המחשבה. הם מושיטים פירות בשלים בלי לשתף בחבלי הגידול והצמיחה. הם אמני הצמצום. מכאן הסגנון הקלסי, סגנון אבני שיש, הנוהג קימוץ בכל משפט ובכל תבה. מאות בשנים הביטו הלומדים אל הראשונים כאל גאונים בודדים העומדים להם על ראש הפסגה. בא דורם של בעל "קצות החושן" וה"נתיבות" ור' עקיבא איגר והנלווים אליהם, ובספריהם, אם אפשר לומר כך, נתרחבה ההסברה העמקנית ההגיונית של הראשונים. הפלגים הבודדים נהיו לשטף כללי. מתוך כך נשתנו גם סדרי ההסבר בישיבות. ר' אליעזר גורדון מטלו וביחוד ר' חיים סולוביצ'יק והנלווים אליהם הגדילו לעשות בהסברת עמקות ההלכה על דרך ההגיון של הראשונים. זוהי בעיקר עבודתן של הישיבות הגדולות ברוסיה...

אחד המעטים שהצליח לפתח את המהלך החדש בכל תכנו הכביר הוא הגאון ר' שמעון יהודה שקאפ. את כל חייו, את כל כשרונותיו הנפלאים השקיע בתפקיד זה, ארבעים וארבע<sup>18</sup> שנה הוא מרכיץ תורה בישיבות, וכל שעוריו היו כבושים של השיטה החדשה המעמיקה ומהגינת את העיון. הוא אמץ ההסבר. וכוחו בהסבר שבעל פה כן כוחו בהסבר שבכתב. וכאן החשיבות של הספר "שערי ישר", אשר הגיש עתה תשורה לעולם הלמדנים. כי כל המהלך החדש התרכז עד עתה בעיקר בתוך המסכות של הישיבות החשובות, והיה יותר ענין של משא ומתן בעל פה ושיחה חיה מאשר דברים שבכתב. רק מעטים מאד הם הספרים החדשים בחקרי ההלכה, שבהם נתבטאה העמקנות החדשה גם בצורה ספרותית מיוחדת והולמת. יש אפוא ערך מכריע לספרו המצוין של הרב שקאפ,

ודעת מהחונן דעת במקום הקודש והמקדש. אמנם אם אחרי כל זה תמצאו לישר וטוב לפני לכתוב אל הגראי"ק אעשה גם זאת בל"נ [=בלי נדר]. וראו עוד אגרתו של הגרש"ש לרב קוק בעניין רצונו לעלות לארץ משנת תרפ"א, רוזנטל, תורה יבקשו מפיהו (לעיל הע' 4), עמ' 283 (עפ"י: אגרות לראי"ה, ירשלים תשמ"ו, עמ' פג).

18 כאמור, הדברים נאמרו בסמוך ליציאת הספר שערי ישר לאור בשנת תרפ"ח (1928), כאשר הגרש"ש היה בן ששים ושמונה. ואכן, הגרש"ש החל ללמד בישיבת טלו כארבעים וארבע שנה לפני כן, כאשר היה בן עשרים וארבע.

שהוא בעצם הביטוי שבכתב לעבודה רוחנית כבירה שבעל פה במשך ארבעים שנה. הספר הוא כולו חידוש גדול, והוא ביחוד ספר מחנך לצעירי הלומדים בסגנון המחודש בחקרי הלכה (מאמרי הראי"ה, קובץ מאמרים, ירושלים תשד"ס, עמ' 380).

במאמר זה אני מבקש להתחקות אחר אחד מדיוניו היותר ידועים של הגרש"ש, אשר בו ניסה לעמוד על טיבו של התחום המשפטי שבהלכה אותו כינה "תורת המשפטים". במסגרת דיון זה ניתח הגרש"ש את ההבדלים התיאורטיים שבין תחום המצוות והאיסורים שבהלכה לבין התחום המשפטי העוסק בדיני ממונות, ועמד על האיפיונים של ה"חיוב הממוני" לעומת איפיוניה של ה"מצווה הדתית". סוגיה זו נותנת לנו דוגמה טובה למקוריות ולחדשנות של הגרש"ש. אכן, חלק מהתובנות שהוא עומד עליהן מצויות גם בדברי חכמים אחרים שקדמוהו, אך היקפם של הדברים וסגנונם משקף את הדרך המיוחדת שבה ניגש הגרש"ש לסוגיות תלמודיות ולבירור מושגים משפטיים יסודיים.

הילוכם של הדברים יהיה כך: בראשית הדברים אציג את ההבנה המקובלת של תפישתו של הגרש"ש בעניין זה, אשר מתמקדת בפער שבין מקורה האנושי של "תורת המשפטים" למקורן האלוהי של המצוות. בתוך הדברים אבחן את הטענה שתפישתו של הרב שקופ מאמצת רעיונות של "משפט טבעי". בשלב השני אטען שהצגה מקובלת זו של דברי הגרש"ש אינה מדויקת, ואנסה להגדיר מחדש את גישתו של הגרש"ש ולעמוד על בירורה מתוך קריאה מדוקדקת של דבריו. לטעמי, עיקרה של ההבחנה שעושה הגרש"ש בין התחום הדתי שבהלכה ("תחום המצוות") ובין התחום המשפטי שבה ("תורת המשפטים") הוא בין כללי התנהגות שמטילים חובת התנהגות לבין חיוב ממוניים שאינם מתפקדים ככללי התנהגות. מתוך כך יתברר טיבם המיוחד של "חיובי ממוני", בירור שעשויה להיות לו תרומה להבנת המושג גם בהקשרים כלליים יותר, החורגים מתחומו של המשפט העברי.

## ב. "תורת המשפטים" – ההבנה המקובלת

באמצעות המונח "תורת המשפטים" ביקש הגרש"ש להבחין, כאמור, בין שני תחומים נבדלים בהלכה: תחום המצוות שקובע איסורים ומטיל מצוות עשה, ותחום "תורת המשפטים" אשר מסדיר את התחום הממוני שבהלכה, כגון דיני קניין, דיני נזיקין, דיני חיובים ושיעבודים וכיוצא באלה. ההבחנה כשלעצמה אינה חדשה, והיא קרובה להבחנה בין "איסורא" ל"ממונא", המוכרת כבר מן התלמוד,<sup>19</sup> ואולם, הגרש"ש העמיק את ההבחנה והקדיש דיון נרחב לביורור גדרם המדויק של החיובים הממוניים וזיקתם למצוות, וראה בדיון זה מפתח להבהרתן של סוגיות רבות.<sup>20</sup>

ההבנה המקובלת של המהלך החדש היא, שעיקר חידושו של הגרש"ש בסוגיה זו קשור להדגשת המקור הנורמטיבי השונה של שני התחומים ההלכתיים הללו. לפי הבנה זו, הגרש"ש סובר שהמקור הנורמטיבי של המצוות ההלכתיות הוא ציווי האל, בעוד שהמקור הנורמטיבי של כללי "תורת המשפטים" הוא קביעות אנושיות אוטונומיות של חכמי ההלכה, אשר אינן נסמכות על ציווי האל אלא על "הסכמת השכל האנושי". מגישה זו משתמע שחכמי ההלכה לדורותיהם פעלו גם כחכמי משפט, אשר יצרו במהלך הדורות את מערכת הכללים המשפטיים המצויה בספרות ההלכתית, זו אשר בחלקה הגדול פעלה הלכה למעשה בקהילות היהודיות השונות במשך מאות שנים ואשר מכונה מאז ראשית המאה העשרים בשם "המשפט העברי".<sup>21</sup> ביצירת הכללים המשפטיים פעלו חכמים כמחוקקים וכמשפטנים "חילוניים", ולא

19 ראו: מ' אלון, המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו עקרוניתיו, מהדורה שלישית, ירושלים תשמ"ח, עמ' 109-125.

20 מסופר בשמו של תלמיד הגרש"ש, ר' נחום אבא גרוסברד, ש"בהיותו בוורשא סר לביתו של הגאון ר' מנחם זמבא, ובתוך הדברים עלה חידושו של הגרש"ש בעניין 'תורת המשפטים'. אמר ר' מנחם זמבא שהוא מסכים עם הטענה שאיסור גזל נקבע על פי גדרי הממון, אבל אינו מסכים לכך שגם איסורים הנוגעים לממון, כמו פדיון הבן ומעשר בהמה, מוכרעים עפ"י משפטי הממון. כשחזר הרב גרוסברד לגרודנא סיפר לגרש"ש את טענות הרב זמבא, הגיב הגרש"ש ואמר: 'הלואי שהייתי בטוח בכל ספרי כמו שאני בטוח ביסוד זה, וביסוד זה גופא בנקודה זו'". (רוזנטל, תורה יבקשו מפייהו [לעיל הע' 4], עמ' 212).

21 למקורותיו של המונח "משפט עברי" ראו: מ' אלון (לעיל הע' 19), עמ' 93-99. בהע' 83 שבעמ' 99 מציין אלון שהמונח חדר גם לעולם הרבני, ומפנה לשו"ת שרידי אש,

כאנשי הלכה שמפרשים את ציווי האל,<sup>22</sup> ומכאן שגם ה"חיוכים המשפטיים" שבתורת המשפטים אינם בגדר ציווי האל.

הבנה מקובלת זו מתבססת על דברים שונים שכתב הגרש"ש בעניין זה, כמו, למשל, הקטעים הבאים, הלקוחים מתחילת דיונו של הגרש"ש בעניין "תורת המשפטים" בחיבורו הגדול "שערי ישר":

כל דיני המשפטים של דיני ממונות בין איש לרעהו אינם כדרך כל מצוות התורה. דבכל המצוות, הוא<sup>23</sup> מה שהזהירה לנו תורה בעשה ולא תעשה, חיוב קיומם עלינו הוא העיקר לקיים מצות ה', ובדיני ממונות אינו כן, דקודם שחל עלינו מצות ה' לשלם או להשיב, צריך שיוקדם עלינו חיוב משפטי... (שערי ישר, שער ה פרק א).

ועוד כלל עיקרי בזה, דהיכא (=שהיכז) שאנו דנים על איזה זכות וקנין של אדם באיזה חפץ או שעבוד ממון, אין אנו דנים כלל על ענין שמירת איזו מצוה, אלא ענין מציאות למי קנוי הדבר, ומי ומי ראוי על פי תורת המשפטים להחזיק את החפץ (שם).

ענין שיעבוד הגוף בכל חיובי ממון הוא דין משפטי, שהאדם מחויב ועומד להמציא מנכסיו לחבירו כך וכך, שחיוב זה הוא חיוב משפטי גם בלי מצות התורה, כשם שסוג הקנינים וחוקי הבעלים בנכסים הוא דבר משפטי גם בלי אזהרת "לא תגזול"... כמו כן נראה דגם מצות פריעת בעל

ח"ג סי' מא, ולחוברת "דיני ממונות" של הרב יחזקאל אברמסקי. לא מן הנמנע שגם הגרש"ש היה מודע למונח החדש, ואולי בחירתו במונח "תורת המשפטים" קשורה לכך. עם זאת, אין ספק שהגרש"ש סבר שמי שלומד את כללי תורת המשפטים עוסק בתורה ומקיים מצוות תלמוד תורה. יש לזכור שהחובה הכללית לכונן מערכת משפט נתפשת כמצווה ראשונה במעלה, אשר כלולה גם בשבע מצוות בני-נח. ראו, למשל, פרקי אבות, פ"א מ"ח: "רבי שמעון בן גמליאל אומר: על שלושה דברים העולם קיים: על הדין ועל האמת ועל השלום". ועל פי זה כתב הטור, חושן משפט, סי' א: "שעל ידי הדיינין שדנין בין איש לחבירו העולם קיים, כי אלמלא הדין כל דאלים גבר... כי המשפט הוא יסוד ועיקר גדול בעבודת השם". לענין מצוות "דינים" המוטלת על בני-נח, אשר התפרשה על ידי חלק מהראשונים והאחרונים כמצווה לקבוע לעצמם מערכת משפט, ראו: רמב"ם, הלכות מלכים ט, יד; פירוש הרמב"ן לתורה, בראשית לד, יג; שו"ת הרמ"א, סי' י; שו"ת חתם-סופר, חלק ו, סי' יד; ועוד הרבה. וראו: נ' רקובר, שלטון החוק בישראל, ירושלים תשמ"ט, עמ' 15-57; מ' ברויד, "חובתם של יהודים לעודד שמירת שבע מצוות בני נח על ידי נכרים: סקירה תיאורטית", דיני ישראל, יט (תשנ"ז-תשנ"ח), עמ' צג-צו.

23 יתכן שנפלה כאן טעות בהעתקת הספר לדפוס, ויש לתקן "היינו" במקום "הוא".

חוב הוא אחר החלטת ענין החוב על פי דין משפטי, שאם חל על ראובן חיוב תשלומים מסוג חוקי המשפט, אז הוסיפה התורה אזהרה ומצוה לשמור ולשלם חיובו שחייב על פי החוק המשפטי (שם, פרק ב).

אכן, מתוך הדברים נראה לכאורה כי הגרש"ש טוען שכללי המשפט הממוניים אינם נובעים מציווי האל, והם מטילים על האדם חיובים משפטיים שיש להם תוקף וקיום גם ללא "אזהרת התורה". מכאן נובע שהפרת החיובים המשפטיים כשלעצמם איננה נחשבת להפרה של ציווי אלוהי ולעבירה דתית. אכן, על פי רוב מצטרפות לחיובים המשפטיים גם "מצוות" אשר מטילות על האדם חובה דתית לקיים את החיובים המשפטיים המוטלים עליו. כך, למשל, איסור גזל, שמקורו בציווי האלוהי שבתורה, אוסר לפגוע בקניינו של הזולת, ובכך נותן תוקף דתי לכל הכללים המשפטיים-ממוניים אשר מגדירים מהו "קניינו של הזולת". כיוצא בזה, המצווה על "פריעת בעל חוב" שייכת אף היא לתחום הדתי-איסורי של ההלכה ומקורה בציווי האלוהי, וגם היא, בדומה לאיסור גזל, שולחת אצבע לעבר התחום המשפטי-ממוני ומצווה על קיומם של החיובים המשפטיים המוגדרים בו. מכוחה של מצווה זו הופך החיוב המשפטי-ממוני למצווה דתית, ומעתה מי שאינו מקיים את החיוב המשפטי עובר עבירה דתית ומפר ציווי אלוהי. שתי מצוות כלליות אלו (איסור גזל והמצווה לפרוע חובות) נותנות אפוא תוקף דתי לרוב רובם של הכללים המשפטיים, שמצד עצמם אינם בעלי ממד דתי.

מקרי מבחן מעניינים שמדגישים את החידוש שבתפישתו של הגרש"ש את המשפט העברי כמערכת נורמטיבית "חילונית" שאיננה תלויה במימד הדתי הם אותם מצבי עניינים שבהם המצווה הדתית ("לא תגזול", או המצווה לפרוע חובות) אינה חלה, ועל כן אינה נותנת את הגושפנקה הדתית לחיוב המשפטי. על פי ההבנה המקובלת של דברי הגרש"ש, החיוב המשפטי ממשך להתקיים במצבים כאלה כחיוב משפטי עצמאי, ללא הממד הדתי. יתירה מזאת, משתמע מדברי הגרש"ש שבית הדין אף יאכוף את החיובים המשפטיים הללו גם בהעדר הממד הדתי. פרשנותו של הגרש"ש לכלל התלמודי "הפקעת הלואתו (של גוי) מותרת" תוכל להמחיש את החידוש שבדברים. הכלל התלמודי קובע שמותר ללווה יהודי "להפקיע" את ההלוואה שלקח מהגוי, ולא להחזיר אותה לבעליה. והנה טוען הגרש"ש שכלל זה איננו כלל משפטי אלא כלל ששייך לתחום המצוות שבהלכה. הכלל קובע

שהמצווה הדתית לפרוע חובות אינה חלה במקרה שהמלווה הוא גוי, ולכן אין עבירה דתית בהפקעת הלואתו של הגוי, אבל, טוען הגרש"ש, החיוב המשפטי לפרוע את ההלוואה למלווה חל גם כאשר המלווה הוא גוי, ובית הדין אף יאכוף על הלווה היהודי לקיים את חיובו המשפטי הזה כלפי הגוי! (נשוב ונדון בסוגיה זו בהרחבה בהמשך).

זאת ועוד, הגרש"ש בוחן גם מצבים שבהם המצווה הדתית סותרת את החיוב המשפטי, כמו למשל במקרה של חוזה הלוואה בריבית, וטוען שגם במצבים אלה החיוב המשפטי ממשיך להתקיים ולחייב את בעלי הדין! מצד אחד קובעים הכללים המשפטיים שהלווה מחוייב לשלם את כספי הריבית מכוח התחייבותו החוזית (ובמקביל יש למלווה זכות משפטית על כספים אלו), אך מצד שני המצווה הדתית אוסרת על הלווה לשלם את כספי הריבית, ועל המלווה היא אוסרת לגבותם. במצב כזה המצווה הדתית אכן גוברת על החיוב המשפטי ואוסרת על בעלי הדין למלא את החיוב המשפטי, אבל היא אינה יכולה לבטלו, ולכן החיוב המשפטי והזכות המשפטית שכנגדו ממשיכים להתקיים! בכך מסביר הגרש"ש את דברי הראשונים שקבעו שאם הלווה שילם את כספי הריבית, הצדדים עברו אמנם על איסור ריבית, אך מבחינה משפטית זכה המלווה בכספי הריבית ששולמו לו, והם אינם נחשבים לממון גזול בידו. משום כך הוא אינו עובר על איסור גזל, ואם קידש אישה בכספי הריבית – היא מקודשת.<sup>24</sup>

קיומם של חיובים משפטיים שאין להם גושפנקה דתית שמקורה בציווי אלוהי יכול לעורר את השאלה: מהו בסיסם הנורמטיבי ומדוע חובה לציית להם?<sup>25</sup> ואכן, הגרש"ש מקדיש פסקה קצרה ומפתיעה לדיון בשאלה זו, וטוען שהמקור הנורמטיבי של אותם חיובים הוא "משפט השכל וההכרה". כדי להוכיח שיש בכוחו של "משפט השכל" האנושי לשמש מקור תוקף

24 שער ישר, שער ה, פרק ג. בהמשך לאותו כיוון מחשבה, אין זה מובן מאליו שהמלווה חייב להחזיר את כספי הריבית שקיבל, ואכן נחלקו בכך האמוראים. זאת ועוד, גם אם המלווה חייב להחזיר את הריבית שקיבל, מדובר במצווה דתית שחלה על המלווה ולא בחיוב משפטי, ולפיכך אין ללווה זכות משפטית לקבל את כספי הריבית בחזרה (כך, למשל, הוא לא יוכל לעשות דין לעצמו ולתפוס את הכסף). מצד שני, ראו דברי בעל חזון-איש, הלכות קידושין, סי' מב, אות א, שאינו מקבל את ההבחנה בין איסור ריבית לבין קיומו של החוב הממוני-משפטי, וסובר שאם יש איסור לשלם את הריבית פוקע גם החוב.

25 ראו: ד' סטטמן וא' שגיא, דת ומוסר, ירושלים תשנ"ג, עמ' 84 ואילך.



נורמטיבי הוא נוגע גם בשאלת מקור החובה לציית למצוות ה'. וכך הוא כותב:

ואף דבהשקפה ראשונה הוא דבר תמוה, איזה הכרח וחיוב על האדם יהיה לעשות דבר בלי ציווי ואזהרת התורה? אבל כשנעמיק בענין היטב יש להבין ענין זה, שהרי גם החיוב וההכרח לעבודת ה' ולמלאות רצונו הוא גם כן ענין חיוב והכרח על פי משפט השכל וההכרה, כמו כן הוא חיוב והשיעבוד ממון הוא חיוב משפטי, שנתחייב על פי דרכי הקניינים או שחייבתו תורה, כנזקים ופדיון הבן וכדומה (שערי ישר, שער ה פרק ב).

מטרתו של הגרש"ש בפיסקה זו היא להוכיח שחיובים נורמטיביים, כמו למשל החיובים המשפטיים, יכולים להיות בני תוקף גם ללא ציווי אלוהי. לשם כך הוא בוחן את המקור לחובת הציות לציוויים האלוהיים עצמם, והוא מעלה את השאלה: מהו מקור החובה לציית לציווי האל ולמלאות את רצונו? שאלה זו יכולה להיראות במבט ראשון “שאלה אפיקורסית”, וכי החובה לציית לציווי ה' צריכה הצדקה כלשהי? האם האמונה בקיומם של ציוויי האל אינה מספיקה כדי לייצר חובת ציות לציוויים אלה? ואולם הגרש"ש אינו מקבל את הטענות הללו, שיש בהן כשל לוגי המזכיר את הכשל הנטורליסטי,<sup>26</sup> שכן עובדת קיומם של ציוויים אלוהיים אין בה די לבסס חובת ציות לציוויים אלה עצמם. יתירה מזאת, חובת הציות אינה יכולה להתבסס על ציווי הטרונומי כלשהו, שכן מיד תעלה השאלה: מהו מקור החובה לציית לציווי זה עצמו. מכאן מסיק הגרש"ש שאין מנוס מלומר שחובת הציות לציווי האלוהי מבוססת על שיקול דעת אוטונומי של נמען הציווי ועל “משפט השכל וההכרה” שלו.<sup>27</sup> טענה זו, המשתיתה את חובת הציות להלכה כולה על משפט השכל האוטונומי של נמען הציווי, מוכיחה שיש בכוח משפט השכל

26 כך עולה גם מסוגיית הגמרא במסכת שבת פח ע"א, בעניין “כפיית ההר כגיגית”, שלפיה התורה מחייבת את עם ישראל רק מכוח הברית וההסכמה של עם ישראל, ולכן אם ניתנה התורה בכפייה היא אינה מחייבת (“מכאן מודעא רבא לאורייתא”). סוגיית הגמרא מניחה שעצם העובדה שהקב"ה מצווה אינה מספיקה כדי לבסס חובת ציות. וראוי לציין שביסוס החיוב על ההסכמה והברית נשען שוב על הממד האוטונומי של הנכנס לברית, שמסכים לקבל על עצמו את החיובים האמורים.

27 הגרש"ש אינו מפרש מהו תוכנו של אותו “משפט השכל”, אך יהיה תוכנו אשר יהיה, כל מי שטוען שהציווי האלוהי מחייב אותו, יצטרך לבסס את הטענה הזו גופה על “משפט השכל”. לסקירת הטיעונים השונים לביסוס חובת הציות למצוות האל, ראו: ד'

לבסס חיובים נורמטיביים, ואם כך, ממשיך וטוען הגרש"ש, אין מניעה לומר שיש בכוחו של "משפט השכל" לבסס גם חיובים נוספים (שהתורה לא ציוותה עליהם), כגון את החיוב המשפטי לפרוע חוב ואת שאר החיובים המשפטיים הכלולים ב"תורת המשפטים".

בסוף הפיסקה כותב הגרש"ש: "כמו כן הוא חיוב והשיעבוד ממון הוא חיוב משפטי, שנתחייב על פי דרכי הקניינים או שחייבתו תורה". סופו של משפט זה נראה מוקשה: הרי כל עניינו של הגרש"ש היה להסביר את מקור תוקפם של החיובים המשפטיים שמקורם אינו בציווי האל ובחיובי התורה!

סטטמן וא' שגיא (לעיל הע' 25), עמ' 112-118; י' רוס, "למה יש חובה לציית למצוותיו של הקב"ה?", בין דת למוסר, ד' סטטמן וא' שגיא (עורכים), רמת-גן תשנ"ד, עמ' 43-63. דיון זה קשור גם לפירמדה הנורמטיבית של קלזן ולמושג "הנורמה הבסיסית" שטבע. הנורמה הבסיסית של המערכת המשפטית היא הנורמה שעליה מושתתת כל המערכת המשפטית, אך תמיד תעלה השאלה: מה נותן את התוקף הנורמטיבי לנורמה הבסיסית עצמה. כך, למשל, סבור מ' אלון שהנורמה הבסיסית של ההלכה היא "שכל האמור בתורה שבכתב מחייב את מערכת המשפט העברי", ומיד הוא שואל בדומה לגרש"ש: "ומהו מקור סמכותה ותוקפה של נורמה בסיסית זו?", והוא משיב: "בשאלה זו אנו יוצאים מתחום עולם המושגים של תורת המשפט ועוברים לתחום עולם האמונה: אמונת יסוד בעולמה של היהדות, שמקור סמכותה של התורה בנותן התורה, שהיא ציווי ורצונו של ריבון העולמים" (המשפט העברי, [לעיל הע' 19], עמ' 207). לדיונים נוספים בסוגיית "הנורמה הבסיסית בהלכה", ראו: י' בן-ששון, משנתו העיונית של הרמ"א, ירושלים תשמ"ד, עמ' 254-256, ובהפניות שם; A. J. Yuter, "Legal Positivism and Contemporary Halakhic Discourse", *The Jewish Law Annual* 6 (1987), pp. 148-163; ב' שוורץ, "לשאלת מקור תוקפן של המצוות: 'הנורמה הבסיסית' וטעמה במסורות התורה", שנתון המשפט העברי, כא (תשנ"ח-תש"ס), עמ' 241-266. ראוי לציין עוד שמהלך דומה לזה של הגרש"ש מצוי בדברי בעל שו"ת אבני נזר, יורה דעה, סי' שו (דף נג טור ב). בעל אבני נזר דן שם בשאלתו של בעל משנה-למלך, הלכות מלכים, פרק י', מה היה תוקפן של שבועותיהם של האבות, כגון שבועתו של אברהם לאבימלך, לפני מתן תורה? הלא שבועה אינה משבע מצוות שנצטוו בני נח. ומוסיף האבני-נזר ומקשה: "ולי קשה עוד על שבועת הר סיני שהיא יסוד קבלת התורה, והרי כל זמן שלא קיבלו התורה לא נצטוו על השבועה!". בדומה לגרש"ש טוען בעל אבני-נזר שהבסיס למערכת הנורמטיבית כולה הוא סברה אוטונומית שמלמדת על החובה לקיים שבועות: "זה הסברה מכרעת שמחוייב לקיים, ואין צריך לזה שום אזהרה, והיינו שבועת אברהם ויצחק ואליעזר כו', והוא הדין הנשבע להקב"ה". בהמשך הוא כותב שעל חיוב זה שמקורו בסברה אין עונש בידי אדם, והוא מוסיף: "ויש דמיון לזה: דברים ואיכא בינייהן מעות, דקאי במי שפרע, דאין עושה מעשה עמך, ולא מצינו שום עונש שמענישים אותו, רק דמותר לקללו. והיינו משום שאינו עובר על אזהרה, רק שעושה מה שישראל בעצמם אין עושים מסברא".

תשובה לתמיהה רבתי זו תתברר בהמשך דברינו, ויש לה חשיבות עליונה להבנה נכונה של דברי הגרש"ש.

אין זה מפתיע שמודל ההפרדה שהציע הגרש"ש בין תחום המצוות לתחום המשפטי שבהלכה זכה לתהודה ועורר תגובות שונות, חלקן נלהבות וחלקן ביקורתיות ומסתייגות, הן בעולם הישיבות והן בספרות המחקר. מצד אחד, יש ששמחו למצוא בדברים אלה הכרה בקיומם של חיובים “חילוניים” ובסמכות אנושית אוטונומית בתוך המערכת ההלכתית. מצד שני יש שהסתייגו מהדברים מסיבה זו עצמה, וטענו שבמסגרת החשיבה ההלכתית אי-אפשר לקבל את קיומם של חיובים משפטיים שאינם נובעים מן הציווי האלוהי.<sup>28</sup>

28 למצטטים את הדברים מתוך הסכמה ראו: הרב עמיאל, ספר היובל (לעיל הע' 4), עמ' מג-מד (בתוך הדברים הוא כותב: “ומכאן אנו רואים את ר' שמעון שלנו לא רק בתור דורש טעמא דקרא, אך גם בתור דורש את רוח התורה ומשפטיה בכלל”. והשוו לדבריו שלו במידות לחקר ההלכה, מידה יא, אותיות ג-ז); הרב י' ל' מימון, “אחרי מטתו של רבי שמעון יהודה שקאפ”, סיני, ג (ת"ש), עמ' צט ואילך; ש' מירסקי, “המשפט העברי ומדינת ישראל”, המשפט העברי ומדינת ישראל, י' בוק (עורך), ירושלים תשכ"ט, עמ' 62-63; מ' אלון (לעיל הע' 19), עמ' 105 (הע' 115); 121; 1608. א' שגיא (ראו בסמוך), ועוד.

מצד שני, הרב שלמה פיישר, בספרו בית ישי (חידושים), מהדורה מתוקנת, ירושלים תשס"ד, סי' קו, הע' ו, מסתייג מדברי הגרש"ש וכותב: “ודע, שאע"פ שהסכמנו לדברי השערי-ישר דחוב אינו חידוש התורה, והיינו דאף קודם מתן-תורה היה ענין חוב, אבל מה שהפריז השערי-ישר שם וכתב ... הנה בזה אין דבריו ז"ל מדוקדקים, דודאי לאחר שניתנה התורה אזי אף גוף המושגים חוב ובעלות וקנינים וכיוצא באלו הם דיני התורה, ואנו מתחייבים בהם מצד התורה ולא רק מצד החוק המשפטי”. כיוצא בזה כתב גם הרב זושא ווינער, ראש ישיבת תומכי תמימים חב"ד (להלן, הע' 49). גם א' ורהפטיג, ההתחייבות: אופיה, תוקפה וסוגיה, ירושלים תשס"א, עמ' 34 הע' 93, מסתייג מדברי הגרש"ש ומעיר עליהם: “בהסבר זה (=של הגרש"ש) יש קושי. מקובל לומר בכל מערכת משפט כי החוזה יונק את כוחו מן החוק. כלומר, כשהחוק מכיר בחוזה הוא נותן לו תוקף משפטי. אצלנו החוק הוא התורה, ואם כן מה משמעות יש לחיוב משפטי בלא התורה? ר' שמעון שקאפ הרגיש בקושי זה... הדברים גולשים למישור הפילוסופי של היחס בין תורה לבין מוסר ומשפט טבעי. לדעתי, יש לקבל את הסברו של ר' שמעון שקופ באופן שונה: לא שהחיוב המשפטי קדם לתורה, אלא שהתורה עצמה מבחינה בין חובה דתית לבין חובה משפטית המופנית כלפי הנושה ונותנת לו זכות ממונית כנגד החייב”. כפי שנראה בהמשך, סבורני שגם הגרש"ש עצמו מודה שהחיוב המשפטי נובע מקביעתם של חכמים (שמבוססת על הסברה), ולא מכוח הסברה עצמה. לעצם דבריו של ורהפטיג ש”מקובל לומר בכל מערכת משפט כי החוזה יונק את כוחו מן החוק”, יש להעיר שזו אכן הגישה המקובלת כיום, אך הייתה בעניין זה גם גישה אחרת, קרובה יותר למשפט הטבעי, שלפיה החוזה יונק את כוחו מהתחייבות הצדדים, ראו למשל סקירתם של ד' פרידמן ונ' כהן, חושים, א, תל אביב 1991, עמ' 15.

### ג. "תורת המשפטים" ו"משפט טבעי"

פרופסור אבי שגיא הקדיש מאמר מקיף לבירור "תורת המשפטים" של הגרש"ש,<sup>29</sup> שבו טען ש"תורת המשפטים" מעידה על הכרה בקיומו של "משפט טבעי" במסגרת ההלכה:

ההכרה של הרב שקאפ בקיומה של מערכת משפטית שבסיסה אינו התורה<sup>30</sup> ומצווה האל, מעוררת את השאלה: מהו המקור המשפטי המבסס ומקנה תוקף למערכת המשפטית הזו? כפי שניתן להיווכח מהניתוח של עמדת הרב שקאפ שנעשה עד כה, בסיסה של המערכת המשפטית הוא המשפט הטבעי. גם אם אין הרב שקאפ משתמש במונח זה במפורש, הניסוחים שבהם הוא משתמש אינם מותירים כל ספק בענין. דיני הממונות, לפי שיטתו, מקורם אינו ב'חוק התורה' אלא ב'הסכמת השכל וסברא ישרה'. במקום אחר הוא מזהה בין 'תורת המשפטים' לבין 'הכרעת השכל' (עמ' 104-105).

דומני כי השימוש במונח "משפט טבעי" בהקשר זה אינו מדויק. הטענה שהכללים המשפטיים מבוססים על "הסכמת השכל וסברא ישרה" אינה מלמדת כשלעצמה על תפישה של משפט טבעי, והיא יכולה להתאים גם לגישה פוזיטיביסטית המניחה שתוקפו של החוק נובע מכך שהוא נקבע על ידי המוסדות המוסמכים לכך. גם טענתו של הגרש"ש שחובת הציות לחוקי התורה נשענת על "משפט השכל וההכרה" אינה מעידה על תפישה של משפט טבעי, שכן גם הגישה הפוזיטיביסטית לחוק אינה פטורה מלהתמודד עם שאלת הביסוס של חובת הציות, והיא צריכה להציע לכך צידוקים שונים שבהחלט יכולים לענות לתיאור "משפט השכל וההכרה".<sup>31</sup>

29 א' שגיא, "המצוה הדתית והמערכת המשפטית – פרק בהגותו ההלכתית של הרב שמעון שקופ", דעת, 35 (תשנ"ה), עמ' 99-114. הדברים שבו והתפרסמו בספרו: יהדות: בין דת למוסר, תל-אביב 1999, פרק ט. ההפניות בהמשך הן לעמודי המאמר שהתפרסם ב'דעת'.

30 כפי שכבר ציינו לעיל, תיאור זה איננו מדויק. חלק מתורת המשפטים מקורו בתורה, אלא שלא במצוות התורה. עניין זה יתבאר בהמשך.

31 אכן שגיא עצמו מסייג בהמשך את דבריו, וכותב: "מהעיון בדבריו של הרב שקאפ יכולים אנו לעמוד גם על המשמעות שהוא מייחס למשפט הטבעי. בניגוד לגירסא הרומית-קלאסית שייחסה למשפט הטבעי משמעות מטאפיזית, בהיותו משקף את סדר

חיזוק אחר לדבריו מוצא שגיא באוניברסליות שמייחס הגרש"ש לכללי תורת המשפטים, וכך הוא כותב:

ממד בולט נוסף, האופיני לחוק שבסיסו הוא המשפט הטבעי, המשתקף גם באפיון “תורת המשפטים” של הרב שקאפ, הוא התחולה האוניברסלית של החוק שבסיסו הוא המשפט הטבעי. כפי שראינו, הרב שקאפ מכיר במפורש בתחולה האוניברסלית של “תורת המשפטים”, כפי שעולה מניתוחו את החיובים המשפטיים החלים ביחס לגוי (עמ' 106).

דברי הגרש"ש ביחס לזכויותו הממוניות של הגוי יידונו בהמשך, כאן אציין רק שלעניות דעתי אין בתפישתו של הגרש"ש ביטוי לאוניברסליות של “תורת המשפטים”. הגרש"ש אכן אומר שלגוי יש זכויות ממוניות ושהחיובים הממוניים של תורת המשפטים אינם מבחינים, על-פי-רוב,<sup>32</sup> בין יהודי לגוי,<sup>33</sup> ואולם לא די בכך ששיטת המשפט אינה מפלה בין יהודי לגוי כדי להפוך אותה ל”אוניברסלית”. האוניברסליות בהקשר של המשפט הטבעי מתבטאת בטענה שכללי המשפט הטבעי חלים במידה שווה בכל מקום ובכל חברה ועל כל בני האדם, וטענה זו לא הועלתה בדברי הגרש"ש ביחס ל”תורת המשפטים”. אין ספק שהגרש"ש מסכים לכך שבני אומות העולם רשאים לקבוע לעצמם מערכות משפטיות משלהם (במסגרת מצוות “דינים” של בני-נח), שכלליהן יהיו שונים מכללי תורת המשפטים התלמודית.<sup>34</sup>

הענינים האמיתי של המציאות, מציג הרב שקאפ גירסא מתונה יותר של המשפט הטבעי. לדעתו המשפט הטבעי משקף את שיקול הדעת האנושית ביחס להסדרת היחסים החברתיים במציאות נתונה, אך אינו מבטא בהכרח אמת מטאפיזית אחרונה. לא בכדי משתמש הרב שקאפ במונח “הסכמת השכל”, לאמור: בסיס המשפט הטבעי קשור להסכמה יותר מאשר לחשיפת אמת מטפיזית נתונה. ואולם דומני ש”גירסא מתונה” זו היא כה מתונה עד שהיא יכולה לעלות בקנה אחד גם עם גישה פוזיטיביסטית.

32 כתבתי “על-פי-רוב”, שכן הגרש"ש כותב במפורש שיש מקרים שבהם תורת המשפטים מבדילה בין יהודי לגוי. כך, למשל, חיובו של גנב בכפל, שלפי הגרש"ש הוא חלק מ”תורת המשפטים” (אף שהוא כתוב בתורה!), אינו חל ביחס לגניבת גוי, ראו להלן בסמוך להע' 125. וגם מכאן מוכח ש”תורת המשפטים” אינה אוניברסלית (על פי הבנתו של שגיא את מושג האוניברסליות בהקשר זה).

33 ובניסוחו של שגיא (לעיל הע' 29): “שיקולי השכל והסברא, המהווים בסיס למערכת המשפטית, מטבעם אינם יכולים לחול רק על היחסים המשפטיים שבין יהודים, והם צריכים לחול גם על הגוי (=היינו גם על היחסים שבין יהודי לגוי)” (עמ' 103).

34 בתוך הדברים מציין שגיא שהגרש"ש “משתמש גם במונחים אחרים לתיאור עמדתו,

זאת ועוד, בכמה הקשרים נראה כי תפישתו של הגרש"ש מתקרבת דוקא לגישה פוזיטיביסטית, אשר מניחה כי תקפותם של הכללים המשפטיים (בהקשר ההלכתי) נובעת מעצם קביעתם הפוזיטיבית על ידי חכמי ההלכה והמשפט, ואינה תלויה במבחן ערכי כלשהו. אמנם החובה לפרוע חוב מבוססת על "משפט השכל וההכרה", אך מתוך מכלול דברי הגרש"ש נראה שחובה זו התגבשה לכלל חובה משפטית תקפה ומחייבת רק לאחר שהוכרה ונוסחה כחובה על ידי חכמי ההלכה.

הממד הפוזיטיביסטי של "תורת המשפטים" עולה מקטע פחות מצוטט של הגרש"ש בעניין "תורת המשפטים", שבו הוא דן בכללים המשפטיים שמתייחסים למצבי ספק, תוך שהוא מדמה אותם לכללים המגדירים את מעשי הקניין השונים, כגון הגבהה ומשיכה:

ונראה שכלל הוא במשפט גדרי זכות ממון, שכל ספק הנולד בזה (=בעניין הממוני) הוא חוזר לעיקרי הגדרים של שלטון זכות ממון שבין אדם לחבירו. וכמו שעיקרי הגדרים של זכות ממון אינם חוקים על פי התורה, אלא היסוד בהם הסכמת שכלנו, שהמגביה מציאה יהיה שלו, ופירות שדהו וולד בהמתו יהיו שלו, וכל כהאי גוונא. וכן דרכי הקנינים במה שאדם מוסר מקניניו לחבירו, כתבו גדולי האחרונים שאינם חוקים שיהיה דוקא על ידי זה, וכשהסכימו רוב המדינה שיגמר קנין על ידי סיטומתא [=מעשה קניין שהתגבש מכוח מנהג הסוחרים] וכהאי גוונא – הוא קנין מהתורה.<sup>35</sup> ומשום הכי גם ספק הנופל בזה חוזר לכלל זה, שהיסוד בזה

כגון 'משפט הדיינים' ו'הדין הנוהג בפועל', משמע שהוא מתייחס למערכת של חקיקה פוזיטיבית ואותה הוא מזהה עם 'תורת המשפטים'. אולם מהעיון בדבריו עולה, שה'דין הנוהג בפועל' הינו לא יותר מאשר יישום מסוים של העקרונות הבסיסיים של המשפט הטבעי במערכת חוק פוזיטיבית" (עמ' 105). נראה לי ששגיאה (לעיל הע' 29) לא דק פורתא בעניין זה. המונחים 'משפט הדיינים' ו'הדין הנוהג בפועל' משמשים את הגרש"ש להבחנה אחרת לגמרי, בין הכללים שקובעים מיהו ה"בעלים האמיתי" ובין הכללים שמנחים את הדיינים כיצד לפסוק בפועל במצב של ספק. מונחים אלה אינם מלמדים אפוא לא על תפישה של משפט טבעי ולא על תפישה של משפט פוזיטיבי. רוב האחרונים סוברים שקניין סיטומתא מועיל מהתורה, ראו שו"ת חתם-סופר, יורה דעה, סוף סי' שיד; דבר אברהם, חלק א, סי' א; וראו עוד לעניין זה: א' וינגורט, "תפישה פורמליסטית ומעשה קניין", דיני ישראל, יז (תשנ"ג-תשנ"ד), עמ' קכד; ר' קליינמן, מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי (קניין סיטומתא), עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, תש"ס; ב' ליפשיץ, "סיטומתא: בין קניין לבין

סברת חכמים שהחליטו שכן ראוי להיות, שהמוציא מחבירו עליו הראיה, דכל זמן שלא יבורר בראיה ברורה שנפקע זכות הבעלים הראשונים הוא ראוי להיות הבעלים והשליט בכל אופני ההשתמשות... וכיון שעפ"י משפט סברת השכל החפץ שיידך למוחזק הרי זה חפץ שלו כאילו זכה בו עפ"י שאר הסכמת שכליים, והתופס ממנו הוא הגזול... ולפי זה כל הכללים השונים בדיני ממונות שאינם מפורשים בתורה<sup>36</sup> הם שונים עפ"י משפט זה... [וכמו כל] גדרים של זכות ממון שתלויים בדעת והסכמת השכל והסברא הישרה (שערי ישר, שער ג פרק ג).

גם כאן מדבר הגרש"ש על "הסכמת השכל" שהיא היסוד ל"עיקרי הגדרים של זכות ממון", אך האם משתמע מכך שהכללים המשפטיים הללו הם בגדר "משפט טבעי"? הרי מיד ממשיך הגרש"ש ומדמה את גדרי זכויות הממון לדרכי הקניין הפורמאליות ("דרכי הקניינים"), שעל פי "גדולי האחרונים" נקבעים גם הם כקונבנציה מכוח הסכמת "רוב המדינה" ו"מנהג הסוחרים" (סיטומתא). קניין סיטומתא בודאי אינו בגדר משפט טבעי, הוא אינו אוניברסלי, והוא תקף רק מכוח קביעה פוזיטיבית המכלילה אותו בכלל "תורת המשפטים". גם בהמשך הקטע, כאשר הוא מדבר על "סברת חכמים", הוא מוסיף ואומר: "שהחליטו שכן ראוי להיות", ונראה מדבריו שכללי הספיקות מחייבים בסופו של דבר מכוח החלטתם של חכמים ולא מכוח הסברה גרידא. ההיבט הפוזיטיביסטי עולה גם בדיון אחר של הגרש"ש (שנזכר גם במאמרו של שגיא), שעניינו חובת הציות למצוות מדרבנן. בדיון זה מתקשה הגרש"ש להבין את שיטתו של הרמב"ן, שסובר שהתורה אינה מטילה חובה לציית למצוות מדרבנן,<sup>37</sup> והגרש"ש תמה: מהו אפוא המקור לחובת הציות למצוות מדרבנן? תשובתו של הגרש"ש מזכירה מאוד את דבריו (שהובאו לעיל) ביחס למקור תוקפם של החיובים המשפטיים. וכך הוא כותב:

התחייבות", ספר זיכרון לפרופסור זאב פלק ז"ל, ר' הורביץ ואח' (עורכים), ירושלים תשס"ה, עמ' 59-70.

36 שוב נרמז כאן בדברי הגרש"ש שחלק מכללי תורת המשפטים מפורשים בתורה, וכפי שנבאר בהמשך.

37 כידוע נחלקו הרמב"ם והרמב"ן אם הציווי "לא תסור מכל אשר יורוך" מתייחס גם למצוות ולתקנות מדרבנן או רק לפרשנות ולפסיקה של בית הדין הגדול. ראו: ספר המצוות לרמב"ם, שורש א, ובהשגות הרמב"ן שם.

ומה מאוד הנני תמה על זה [=על שיטת הרמב"ן], הייתכן שנהיה מחוייבים לשמוע בקול דברי חז"ל מבלעדי אזהרת התורה, ומי אדון לנו אם לא אבינו שבשמים, ואם הוא לא גזר עלינו לשמוע בקול דברי חז"ל, מי ישעבד אותנו לזה? והדברים מרפסין איגרי<sup>38</sup>, ולית נגר ובר נגר דיפרקיננו.<sup>39</sup>

ומצאתי פיתרא [=פיתרון] לזה, דלשיטת הרמב"ן עלינו להיזהר במצוות חז"ל על פי הכרת שכלנו, דכיון שהם מצאו לטוב לתקן ולגזור – כן הוא האמת והטוב לפנינו, וכמו שהשכל מסכים לשמוע בקול ה', כן השכל גוזר להיזהר בכל מה שהזיהרו חז"ל ורבותינו הקדושים (שערי ישר, שער א פרק ז).

מצוות מדרבנן אינן "משפט טבעי" והן אינן מחייבות אלא מכוח קביעתם של חכמים. השאלה שהעסיקה את הגרש"ש הייתה: מהו הבסיס לחובת הציות למצוות אלה, ותשובתו, בדיוק כמו בפסקה שעסקה ב"תורת המשפטים", היא, ש"השכל גוזר להזהר בכל מה שהזיהרו חז"ל", כפי שהשכל גוזר שיש לציית לציווי האלוהי.<sup>40</sup> טענה זו עולה כאן איפוא בהקשר של תפישה פוזיטיביסטית מובהקת ולא בהקשר של "משפט טבעי", ואכן, כפי שציינו כבר לעיל, ביסוסה של חובת הציות על סברת השכל אינו מעיד כל עיקר על תפישה של משפט טבעי.

ואולם, גם אם נוותר על המונח "משפט טבעי", נראה לכאורה שיש במודל של הגרש"ש הכרה בתוקפם של חיובים משפטיים שמקורם אינו ציווי האל. להכרה זו עצמה עשויות להיות השלכות משמעותיות על תפישת ההלכה. כך כותב שגיאי:

לדעתו [=של הגרש"ש] צו האל הינו חלק ממערכת ערכית<sup>41</sup> רחבה יותר. לשון אחר, הרב שקאפ דוחה את התיזה של בלעדיות צו האל בחיים

38 עפ"י בבלי, קידושין סג ע"ב: "הני שמעתתא מרפסין איגרי", ורש"י שם פירש: "משברות גגות ועליות, כלומר: קשות לשומעיהן שאינם מבינים טעמם".

39 עפ"י בבלי, עבודה זרה נ ע"ב, והיינו שאין נגר וכן נגר שיפרק את הקושי.

40 עדיין לא ברור לי אם כוונתו לומר ש"השכל גוזר" שיש חובה לציית לדברי חכמים או רק ש"ראוי" ומועיל לנהוג בהתאם לדבריהם. אם נצדד באפשרות השניה אין כאן בעצם חובה קטגורית, ואכמ"ל.

41 השימוש במונח "מערכת ערכית" לא נראה לי מתאים לתיאור "תורת המשפטים" של



הדתיים, ורואה את צו האל כחלק ממרקם של מערכת ערכית רחבה יותר. בתוך מערכת זו לצו האל יש תפקיד מרכזי בהכוונת התנהגותו של האדם, ובתחומים מסוימים המכונים אצלו “מצווה גרידא” אף תפקיד בלעדי. אולם במכלול מערכת החיובים של האדם, לצו האל נודע תפקיד מרכזי אך לא בלעדי. ישנו תחום נרחב של חיובים שגם בלא צו התורה הם מחייבים (עמ' 112).

בעבר נטייתי גם אני להסיק מדברי הגרש"ש מסקנות דומות ביחס למהותה של המחוייבות להלכה, ועל פיהן הצעתי להבחין בין שני מודלים של ההלכה.<sup>42</sup> לפי מודל אחד מכלול השיקולים ההלכתי, העומד בבסיס ההכרעה ההלכתית, כולל בתוכו את כל השיקולים הרלוונטיים לקביעת היחס הנורמטיבי הראוי בכל מצב עניינים נתון. איש ההלכה, התופש את ההלכה על פי מודל זה, מעצב את עולמו הערכי בהתאם להכרעות ההלכתיות בלבד, ובעומדו לפני דילמה כלשהי הוא בוחן אותה באמצעות הקטגוריות ההלכתיות והשיקולים ההלכתיים, ודוחה כל שיקול אחר כשיקול לא רלוונטי.<sup>43</sup> לפי המודל השני, לעומת זאת, מכלול השיקולים ההלכתי אינו כולל את כל השיקולים הרלוונטיים לקבלת ההכרעה הראויה בכל מצב עניינים. להלכה יש כביכול “סדר יום” משלה שמבוסס על מערכת שיקולים אשר על פיהם נקבעות הנורמות ההלכתיות, אך בצד מערכת שיקולים זו מתקיימים לעתים שיקולים נוספים, חוץ-הלכתיים, ראויים וחשובים, שלא הובאו בחשבון מנקודת המבט ההלכתית, ואשר עשויים לבסס הכרעה שונה מזו שמורה עליה כלל ההתנהגות ההלכתית. איש ההלכה התופש את ההלכה על פי המודל הזה, מעצב את עולמו הערכי בהתאם להכרעות ההלכתיות, אך אינו נמנע מלהעלות גם שיקולים

הגרש"ש, שכך, כפי שכבר ציינתי, חלק גדול מכללי תורת המשפטיים אינו מבוסס כלל על שיקולים ערכיים אלא על שיקולים פרוצדורליים. במקום “מערכת ערכית רחבה יותר” הייתי מדבר על “מערכת נורמטיבית רחבה יותר”, שצו האל הוא רק חלק ממנה. במאמרי: “על משמעותה של הנאמנות להלכה”, אקדמות, יא (תשס"ב), עמ' 97-112; “נאמנות להלכה מהי?”, מסע אל ההלכה: עיונים בין-תחומיים בעולם החוק היהודי, ע' ברהולץ (עורך), ירושלים תשס"ג, עמ' 83-101.

43 ביטוי לתפיסה זו מצוי במסתו של הרי"ד סולובייצ'יק, איש ההלכה – גלוי ונסתר (ירושלים תשמ"ט), שבה הוא מתאר כיצד החשיבה ההלכתית פורשת כנפיה על מכלול חשיבתו של איש ההלכה ועל התייחסותו למציאות, עד שאין הוא מסתכל על המציאות אלא בעדשת הקטגוריות ההלכתיות, ראו שם עמ' 28 ואילך.

נוספים, חוץ-הלכתיים. בעומדו לפני דילמה כלשהי הוא בוחן אותה באמצעות הקטגוריות ההלכתיות והשיקולים ההלכתיים, אך גם באמצעות קטגוריות ושיקולים חוץ-הלכתיים.

סברתי שבתפישתו של הגרש"ש ניתן למצוא תמיכה במודל השני, בכך שהיא מכירה בתוקפה הבלתי-תלוי של "תורת המשפטים" כמערכת נורמטיבית שמתקיימת בצד הנורמות הדתיות שבהלכה. כפי שראינו, הגרש"ש סבור כי החובה לפרוע חוב כלולה בתורת המשפטים וכי היא חלה גם בהעדרה של מצווה דתית, כגון במקרה שהמלווה הוא גוי. סברתי שזו דוגמה לכך שאיש ההלכה אינו קובע את יחסו למציאות רק על פי הכללים ההלכתיים (המצוות), שהרי בעוד שעל פי ההלכה הפקעת הלואתו של גוי מותרת, קובעת תורת המשפטים שגם במקרה זה חל החיוב המשפטי לפרוע את ההלואה. דומה אפוא שלדירו של הגרש"ש ההלכה אינה "מכסה" את מכלול הנורמות המחייבות, ונמען ההלכה מחויב לא רק למערכת ההלכתית אלא גם למערכת המשפטית-מוסרית.<sup>44</sup>

ואולם בחינה מדוקדקת של דברי הגרש"ש בעניין "תורת המשפטים" הביאה אותי למסקנה אחרת. הדבר תלוי בהבנת מהותם ותוכנם של החיובים המשפטיים שהגרש"ש מדבר עליהם. לבירורה של סוגיה זו ניגש עתה.

#### ד. "תורת המשפטים" – בין חובות התנהגות לחיובי ממון

כשבוחנום היטב את הפרקים הארוכים שהקדיש הגרש"ש לדיון ב"תורת המשפטים" מוצאים שבצד הטענה שכללי תורת המשפטים מבוססים בחלקם הגדול על יצירה אנושית, מדגיש הגרש"ש טענה נוספת, חשובה יותר מבחינתו. טענה זו קשורה במהותם ובתוכנם הנורמטיבי של הכללים המשפטיים-ממוניים. ראשית נציג את הטענה בקווים כלליים, ולאחר מכן נדון בשלביה השונים ביתר פירוט.

44 אכן, תוקפה של מסקנה זו מתערער קמעא לנוכח הדברים שכתבנו לעיל בעניין הממד הפוזיטיבי של "תורת המשפטים", שכן עולה מהם שגם "תורת המשפטים" אינה מחייבת אלא מכוח קביעת הכללים על ידי חכמי ההלכה. אבל עדיין המסקנה נכונה לכאורה מנקודת מבטם של חכמים עצמם. הרי חכמי ההלכה שקבעו את הכלל המשפטי המכיר בחיוב משפטי כלפי הגוי לא פעלו בהקשר זה במסגרת הכללים ההלכתיים-דתיים, אלא מכוח שיקולי סברה חיצוניים.

עיון בכללי "תורת המשפטים" שהגרש"ש מדבר עליהם מעלה שלא מדובר בכללי התנהגות שמטילים חובת התנהגות, אלא ב"כללי הגדרה" אשר מגדירים מצבי עניינים משפטיים ("חלויות"), כגון הכללים שמגדירים את היקפה של זכות הבעלות. "תורת המשפטים" של הגרש"ש אינה כוללת אפוא כללי התנהגות מטילי חובה! גם החיוב המשפטי שהגרש"ש מדבר עליו, כגון החיוב המשפטי לפרוע הלוואה, אינו כלל התנהגות שמחייב את הלווה לשלם למלווה את הכסף שמגיע לו, אלא "כלל הגדרה" שמגדיר מצב עניינים משפטי שבו "הלווה חייב למלווה סכום כסף" (ולמלווה יש זכות ממונית על אותו הסכום). הנקודה החשובה היא שמצב עניינים זה מצד עצמו אינו מטיל על החייב (הלווה) חובת התנהגות למלא את החיוב הכספי הרוכז עליו.

ההבחנה שעשה הגרש"ש בין תחום המצוות לתחום "תורת המשפטים" היא למעשה ניסיון לעמוד על טיבם השונה של "חובות התנהגות" ו"חיובים ממוניים". המונח הדאונטי "חייב" משמש הן בהקשר של חובת התנהגות (כך, למשל, במשנה, סוכה פ"ב מ"ו: "ארבע עשרה סעודות חייב אדם לאכול בסוכה") והן בהקשר של חיובי ממון ("הלווה חייב למלווה אלף שקלים"). האם הוראת המונח "חייב" בשני ההקשרים הללו זהה? האם החיוב הממוני קובע שעל הלווה מוטלת חובת התנהגות לשלם בפועל את הכסף למלווה? תשובתו של הגרש"ש לשתי השאלות הללו היא שלילית. הוא אף מביא ראיה לדבר: חיוב ממוני יכול לחול גם על קטין, למרות שלא מוטלות עליו חובות התנהגות. הקטין יכול להיות "חייב כסף", אך חיוב זה אינו מטיל עליו חובת התנהגות כלשהי.<sup>45</sup>

45 טענת הגרש"ש שחיוב ממון מצד עצמו אינו מטיל חובת התנהגות, אלא מתאר מצב עניינים משפטי שיש לו השלכות נורמטיביות שונות, משתלבת יפה עם הטענה שהעלה ב' ליפשיץ, שלפיה "פלוגי חייב ממון" שימשה במקורה בהוראה דומה לאמירה "פלוגי חייב מיתה", וכוונת הדברים הייתה לומר שמי ש"חייב ממון" אוכפים עליו את התשלום מגופו או מנכסיו, בדיוק כפי שאוכפים את "המיתה" על מי ש"חייב מיתה". השוו: ב' ליפשיץ, "על הערב ועל כמה מונחים אחרים של התחייבות", שנתון המשפט העברי, יג (תשמ"ז), עמ' 190: "תחילה נתפש החייב ממון כחייב בגופו ובנפשו, החיוב עצמו היהו האשם, הנושה נפרע את חובו, והחוב נגבה או נמחל, כעוון. הביטויים שנעשה בהם שימוש בקשר לחיובי ממון הם אותם הביטויים המשמשים גם לתיאור החיובים שאדם נענש בשלהם בגופו". וראו עוד בספרו משפט ופעולה: מונחי חיוב וקניין במשפט העברי, ירושלים תשס"ב, עמ' 104.

בהקשר זה ראוי להעיר על דו-המשמעות של המונח "חייב" בביטוי "פטור בדיני אדם

החיוב הממוני הוא אפוא מעין "סטטוס", מצב עניינים משפטי של החייב, שיש לו השלכות נורמטיביות שונות, הנובעות מכללים אחרים, שהם כללי כוח (המתייחסים לבעל הזכות) או כללי חובה (המוטלים על החייב עצמו או על בית הדין). כך, למשל, החובה להמציא את הכסף לידי של המלווה נובעת רק משילוב של החיוב הממוני עם כלל-חובה ("פריעת בעל חוב מצווה") אשר מורה לנמען לקיים את החיוב הממוני המוטל עליו. אם נחשוב על דוגמאות שונות של חיובי ממון, כגון חיובו של מזיק לשלם את דמי הנזק שגרם, חיובו

וחייב בדיני שמים". לכאורה "חייב בדיני שמיים" משמעו חיוב כספי (על-פי דיני השמים), ואולם ממקורות אחדים נראה ש"חייב בדיני שמים" משמעו שהנידון חייב בעונש בדיני שמים אם לא יפצה את הצד השני ("חייב בדיני שמים" אנלוגי איפוא ל"חייב מיתה בידי שמיים"), ראו תוספתא, שבועות, ג, א-ג: "אין חייבין לשלם מן הדין, ואין מן השמים מוחלין להן עד שישלמו" (שוב כפל ההוראה של המונח "מחילה", שהעיר עליו ליפשיץ לעיל). ובתוספתא, ב"ק, ו, טז: "פטור מדיני אדם ודינו מסור לשמים". וברש"י, גיטין נג ע"א: "פטור מדיני אדם – לשלם; וחייב בדיני שמים – פורענות לשלם לרשעים שנתכוין להפסיד את ישראל", ובבבא מציעא לז ע"א, פירש רש"י: "הכא בבא לצאת ידי שמים, מאליו בא להמלך מה יעשה ולא יענש". וראו ראב"ן, אבן העזר, ב"ק נה ע"ב (ס"י יא): "בכל מקום שאמרו חייב בדיני שמים, אם בא לפני כ"ד צריכין להודיעו: אין אנו כופין אותך, אבל צריך אתה לצאת ידי שמים כי דינך מסור לו, כדי שיתן אל לבו וירצה את חברו ויצא ידי שמים". מכל הנ"ל נראה ש"חייב בדיני שמים" אינו מכוין לומר שהוא חייב לשלם או לפצות מדיני שמים, אלא שהוא חייב בעונש (אם לא יפצה את הניזק). ואכן יש להבחין בין שני שימושי לשון (לפחות) של המילה "חייב", יש שהמילה משמשת לתאר ממד דאונטי, חובה לבצע פעולה (או חיוב ממון, וכדלהלן), ויש במקורות שהמילה באה כמובן של חיוב בעונש, כמו חייב מיתה, חייב מלקות, מתחייב בנפשו וכד', שמשמעותו שרובץ עליו עונש, ובית הדין או השמים יענישוהו. ההוראה הראשונה שקובעת חיוב דאונטי באה על פי רוב בצירוף "ל", היינו חייב לעשות כך וכך, ואילו החיוב הפסיבי, המוטל למעשה על אדם אחר, בא לפעמים בצירוף האות "ב" (חייב במיתה). ואולי גם הלשון "לצאת ידי חובה" עניינו אינו לצאת ידי חובת הקיום, אלא לצאת מן העונש הרובץ על מי שאינו מקיים את חובתו. וראו מכילתא הורוביץ עמ' 283: "אע"פ שיצאו בעליו מידי בית דין של בשר ודם, לא יצאו מידי בית דין של שמים". וראו עוד מה שכתב ב' ליפשיץ, משפט ופעולה: מונחי חיוב וקניין במשפט העברי (לעיל), עמ' 125.

שימוש נוסף במונח "חייב" קשור בהתייחסות לאובייקטים, כגון: "הבית חייב במזווה"; "העיסה חייבת בחלה" (חלה פ"ב מ"ה). במקרים אלה החובה חלה ככיכול על החפץ. ואולם נראה שיש לפרש את האמירות הללו במשמעות של כללי התנהגות המחייבים את האדם בפעולה: "הבית חייב במזווה" משמעו "בעל הבית חייב להטיל מזווה בפתח ביתו"; "העיסה חייבת בחלה" משמעו "על מאן דהוא (האישה שלשה את העיסה) מוטלת החובה להפריש חלה מן העיסה". וייתכן שזו גם המשמעות של הביטוי "חייב מיתה" היינו שבית הדין חייב להמית אותו ("חייבי מיתות בית דין").

של גזלן להשיב את הגזילה אשר גזל או את דמיה, חיובו של מעביד לשלם שכר לפועליו, וכיוצא באלו, נוכל עתה להבחין בין שני שלבים שונים בכל אחד מהם: בשלב הראשון חלים על המזיק ועל הגזלן ועל המעביד "חיובים ממוניים" מכוח כללי "תורת המשפטים": המזיק "חייב" כסף לניזק, הגזלן "חייב" כסף לנגזל, והמעביד "חייב" כסף לפועל. בשלב זה החיוביים ממוניים הם בגדר "מצבי עניינים" שמצד עצמם אינם מחייבים את החייב בפעולה כלשהי. רק בשלב השני חלה על חייבים אלה גם מצווה (שהיא כלל-חובה) לקיים את חיוביהם הממוניים ולשלם לבעלי הזכות את המגיע להם. ואולם, כאמור, יש מצבים שכלל החובה אינו חל מסיבה כלשהי (למשל, כאשר הגזלן הוא קטין), ואז עומד רק החיוב הממוני-משפטי בפני עצמו.

לקיומו של חיוב ממוני יכולות להיות השלכות נורמטיביות גם בהעדרה של חובת התנהגות המוטלת על החייב. השלכה אחת קשורה לכללי ההכרעה (decision rules) שמנחים את בית הדין ומורים לו כיצד להכריע בשאלה שבאה לפניו. ייתכן שכלל הכרעה מטיל חובה על בית הדין להושיט סעד לנגזל ולהשיב לידיו את הממון הגזול אשר נמצא בידי הקטין (למרות שעל הקטין לא חלה כאמור חובת התנהגות כלשהי). כיוצא בזה יסביר הגרש"ש בהמשך, שגם אם "הפקעת הלואתו של גוי מותרת", היינו שלא מוטלת חובה לפרוע את החוב לגוי, מכל מקום ייתכן שמוטלת על בית הדין החובה להושיט סעד למלווה הגוי אם הלה יתבע את היהודי בבית הדין, ולאכופף על הנתבע לשלם את הכסף שהוא חייב לתובע (למרות שעליו עצמו לא חל כלל התנהגות תואם).<sup>46</sup>

השלכה אחרת של החיוב הממוני קשורה בקיומה הנגדי של "זכות ממון", המאפשרת לבעל הזכות לעשות דין לעצמו ו"לתפוס" את המגיע לו מנכסי החייב. בדומה לניתוח ההופלדייני עומד הגרש"ש על כך שכנגד כל "חיוב

46 כלל הכרעה זה עצמו הוא כלל חובה שמכוון את התנהגותו של בית הדין, ונראה שלפי הגרש"ש מקורו בציווי דתי ולא ב"תורת המשפטים". מצוות התורה נחלקות אפוא ל"כללי התנהגות" שפונים אל האדם עצמו ומורים לו כיצד עליו לנהוג, ול"כללי הכרעה" שפונים לבית הדין ומורים לו כיצד להכריע בעניין שבא לפניו. יתכן שכלל ההתנהגות שפונה אל הלווה אינו מורה לו לפרוע את חובו למלווה הגוי, בעוד שכלל ההכרעה שפונה לבית הדין יורה לו להציל עשוק מיד עושקו, בין עשוק יהודי ובין עשוק גוי, ולכן בית הדין יושיט סעד לתובע הגוי ויאכופף על הלווה היהודי להחזיר את החוב.

ממון" המוטל על החייב עומדת "זכות ממון" המוקנית לבעל הזכות. ואולם, בשונה מהזכות ההופלדיינית שהיא "זכות תביעה (בבית המשפט)", משתמש הגרש"ש במונח "זכות" במשמעות קרובה מאוד למושג "כוח". "להיות בעל זכות" משמעו, בעיני הגרש"ש, להיות בעל כוח משפטי שמאפשר לבעל הזכות לעשות דין לעצמו, "לתפוס" את הכסף שמגיע לו ולרכוש עליו בעלות. לפי הצגה זו של דברי הגרש"ש נמצא, שבניגוד לדבריו של שגיא, ובניגוד למה שסברתי גם אני בעבר, "תורת המשפטים" של הגרש"ש אינה מקור עצמאי ליצירת חובות התנהגות, ואין בה כדי להביא ראיה לכך שהגרש"ש הכיר בקיומם של כללי התנהגות שאינם מעוגנים בציווי הדתי, אשר מטילים על הנמען חובות התנהגות (משפטיות או מוסריות). נעיין עתה בפרטי הדברים.

#### ה. כללי חובה וכללי הגדרה

בהגדרת אופיים של כללי "תורת המשפטים" נעזרנו בהבחנה המושגית בין כללי חובה לכללי הגדרה. המצוות מטילות חובות התנהגות, ואילו הכללים המשפטיים מגדירים מצבי עניינים משפטיים-ממוניים, או בניסוחו של הגרש"ש: מתארים "מציאאות (משפטית)", אך אינם מטילים חובות התנהגות ממוניות.<sup>47</sup> איסור גזל, מצוות "פריעת בעל-חוב", האיסור להיכנס לבית המקדש בטומאה והמצווה לשבת בסוכה הם כולם כללי חובה. לעומת זאת, כללי הקניין שקובעים כיצד נרכשת בעלות על נכסים שונים, כללי החיוב-הממוני הקובעים באילו נסיבות נוצר חיוב על הלווה לפרוע את חובו, כללי הטומאה השונים שמגדירים את דרכי ההיטמאות והטהרה, והכללים הרבים שמגדירים מהי סוכה כשרה – כל אלה אינם כללי חובה אלא כללים תיאוריים שמגדירים מצבי עניינים משפטיים, "חלויות", מוסדות משפטיים, סטאטוסים, פרוצדורות וכוחות הלכתיים. אחת האינדיקציות

47 הבחנה זו מזכירה את ההבחנה שעושה הארט בין "כללי חובה" ל"כללי כוח" שאינם מטילים חובת התנהגות כלשהי, ראו: H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, pp. 26-29. ואולם במקום "כללי כוח" אני מעדיף את המונח הרחב יותר "כללי הגדרה" (או "כללים תיאוריים"), שכולל בתוכו גם כללים משפטיים שאינם כללי כוח.

להבחנה בין שני סוגי הכללים היא אם הם ניתנים להפרה: אפשר להפר כללי התנהגות אך אי-אפשר להפר כללי הגדרה תיאוריים. אי-אפשר להפר את כלל ההגדרה שקובע שהנוגע במת הוא טמא; אפשר רק להפר את כללי ההתנהגות שאוסרים על אותו טמא להיכנס לבית המקדש. כיוצא בזה, אי-אפשר להפר את כלל הקניין שקובע כי פירות העץ שייכים לבעל העץ; אפשר רק להפר את כלל ההתנהגות "לא תגזול" שאוסר על אדם לפגוע בקניינו של בעל הפירות. טענתו הראשונה של הגרש"ש היא, כאמור, שדיני הממונות הכלולים ב"תורת המשפטים" אינם "כללי חובה" אלא "כללי הגדרה". ואולם, בשונה מתחומי ההלכה האחרים נכלל באותם "כללי הגדרה" גם מושג של "חיוב" – "החיוב הממוני", שגם הוא איננו "כלל התנהגות". מצוות "לא תגזול" אוסרת לפגוע בקניינו של הזולת, אך היא אינה מגדירה מהו "קניין של הזולת", והיא מניחה קיומם של כללים (משפטיים) אחרים, שקובעים ומגדירים את חלוקות זכויות הקניין השונות בין הצדדים. מצוות "פריעת בעל חוב" מטילה חובת התנהגות לפרוע (לשלם) את החוב הממוני לבעליו (בעל-החוב,<sup>48</sup> שהוא בעצם בעל הזכות), אך היא עצמה אינה מגדירה באלו תנאים חל החוב הממוני, אלא מניחה את קיומם של כללים משפטיים שמגדירים זאת. נמצא אפוא ש"המצוות הממוניות", כגון "לא תגזול" והמצווה לפרוע חוב לבעל החוב, הן חסרות תוכן מצד עצמן. אין הן מייצרות תכני-חיוב, אלא מטילות על הנמען חובת התנהגות לקיים את חיובי הממון שנקבעו בכללי "תורת המשפטים".

נקרא עתה פעם נוספת את הפסקה הראשונה שכותב הגרש"ש בעניין "תורת המשפטים":

ביאור עניין זה הוא לעניות דעתי על פי הקדמה כללית, דכל דיני המשפטים של דיני ממונות בין איש לרעהו אינם כדרך כל מצוות התורה. דבכל המצוות, הוא מה שהזוהרה לנו תורה בעשה ולא תעשה, חיוב קיומם עלינו הוא העיקר לקיים מצות ה'. ובדיני ממונות אינו כן, דקודם שחל עלינו מצות ה' לשלם או להשיב, צריך שיוקדם עלינו חיוב משפטי.

48 המונח "בעל חוב" משמש במקורות הן ככינוי ללווה והן ככינוי למלווה. בביטוי "פריעת בעל חוב מצווה" הוא משמש כמובן במשמעות השניה. ראו לעניין זה: מ' אלון, כבוד האדם וחירותו בדרכי ההוצאה לפועל, ירושלים תש"ס (=מ') אלון, חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי, ירושלים 1964), עמ' 1, הע' 1.

דהרי אף אם קטן הוא הגזול, דאינו בר מצוות, מכל מקום מוטל על בית הדין להציל עשוק מיד עושקו ולכוף את הקטן להחזיר החפץ הגזול לבעליו (שערי ישר, שער ה פרק א).

ההבחנה שעושה הגרש"ש בפסקה זו אינה נוגעת למקורן של הנורמות השונות, אלוהית או אנושית, אלא למהותן ולתוכנן. מצוות התורה הן כללי התנהגות (כללי חובה) אשר מורים לאדם לקיים את מצוות ה', כגון נטילת לולב ואיסור אכילת בשר בחלב. מצוות אלה כוללות את התוכן של חובת ההתנהגות, שהוא הוא מצוות ה'. ב"דיני ממונות", לעומת זאת, המצווה הדתית אינה קובעת את תוכן ההתנהגות במדויק, שכן היא מורה לאדם לקיים את חיוביו הממוניים, אך אינה מגדירה את החיובים הממוניים עצמם. חיובים אלה אינם חלק מן המצווה, והם יכולים להתקיים אף בהעדר המצווה הדתית המורה לקיימם. הדוגמה שהגרש"ש מביא לכך היא החיוב הממוני של קטיף שמחזיק ברכוש גזול שאינו שלו. כפי שכבר ציינו לעיל, חיוב זה אינו כלל התנהגות שמטיל על הקטיף חובת התנהגות, אלא מצב עניינים משפטי שיש לו נפקויות משפטיות שונות. ודוק: במסגרת פסקה זו ניתן היה לומר שגם החיובים המשפטיים-ממוניים כתובים בתורה ומקורם בהתגלות אלוהית, אלא שהם אינם "מצוות" במובן של כללי התנהגות שמטילים חובת התנהגות על הנמען.<sup>49</sup> אכן, מהמשכה של פסקה זו (כמו גם ממקומות אחרים) אנו יודעים שהגרש"ש סבר שמקורם של חלק גדול מכללי "תורת המשפטים" (אך לא כולם) אינו בקביעת התורה ובציווי האלוהי אלא בקביעתם של חכמי ההלכה, אבל לא זו הנקודה החשובה לו כאן.

49 ניסוח הדברים של הגרש"ש עלול להטעות את הקורא בנקודה זו. כך, למשל, במאמרו של הרב ברוך אלכסנדר זושא ווינער (ראש ישיבה בישיבת תומכי תמימים, חב"ד), "חזקת ממון – גברא או חפצא", הערות וביאורים – אהלי תורה, גליון 893 (תשס"ה), עמ' 35 (<http://www.haoros.com/Archive/?kovetz=398>) הוא תוקף את טענת הגרש"ש שהחיוב המשפטי אין מקורו בהתגלות אלוהית, תוך שהוא מצטט את הפסקה שלפנינו:

ומה שכתב בזה השערי ישר, שער ה פרק א, "דקודם שחל עלינו מצות ה' וכו' צריך שיוקדם עלינו חיוב משפטי", חס ושלום לומר כן, שמצות ה' יהיה נקבע לפי חיוב משפטי, אלא שמשפטי התורה בדיני ממונות הם רצונו יתברך ומצות ה', ולא יוקדם לו שום משפט, דאין קדמון כקדמותו, רק דיני ממונות לחוד ודיני איסורים לחוד, והוא (=הקב"ה) גזר בהדין ד'המוציא מחבירו עליו הראיה' שהוא שלו לגמרי קודם שתפסו השני. ועיין בקונטרס 'ענינה של תורת החסידות', דגם



לכאורה ההבחנה בין שני סוגי הכללים אינה נקיה מספיקות. ניתן לטעון שהיא נותנת משקל רב מדי לשפה ולדרך בה מנוסחים הכללים, ומזניחה את המשמעות הנורמטיבית שלהם. לפי טענה זו נוכל לומר שהכללים המגדירים הם בעצם חלק מכללי חובה, ובמילים אחרות: כל כלל תיאורי ניתן לתרגום ולרדוקציה לכלל חובה. ניטול לדוגמה את הכלל הקנייני "מטלטלין נקנים בהגבהה". כלל זה יתפרש עתה כחלק מכלל החובה "לא תגזול" שאוסר לגזול חפץ מאדם שהגביה אותו. יתירה מזאת, ניתן לטעון שכל משמעותו של הכלל הקנייני תלויה בקיומו של כלל חובה ("לא תגזול"), ובלעדיו הוא חסר משמעות. דיון זה קושר אותנו לתחום דיון שלם שעוסק בשאלת האינדבדואציה של החוקים. אכן, ניתן לומר שהנורמות המגדירות אינן אלא "סעיפים" של כללי החובה, ואולם, הארט, רז ואחרים שעסקו בסוגיה זו כבר הצביעו על המלאכותיות שבהעמדת המערכת הנורמטיבית על כללי חובה בלבד. המערכת הנורמטיבית עשירה ומגוונת יותר, וכוללת בתוכה רבדים שונים וסוגים שונים של כללים.<sup>50</sup>

התייחסות לסוגיה תורת-משפטית זו מצויה כבר בדברי הרמב"ם בספר המצוות שלו. בכמה מקומות מבחין הרמב"ם בין כללי התנהגות לכללי הגדרה, ומונה גם את האחרונים במניין תרי"ג מצוות.<sup>51</sup> כך למשל הוא מונה כמצווה את ההלכה שהנוגע בנבלה הוא טמא. מצווה זו היא כלל הגדרה. היא אינה מטילה חובת התנהגות כלשהי, אלא רק מגדירה שהנוגע בנבלה הוא טמא. ואלו דבריו:

המצוה התשעים ושש היא, שצונו להיות כל נוגע בנבלה טמא. ומצוה זו כוללת טומאת נבלה וכל דיניה. ואני אזכור עתה הקדמה ראוי שתזכור

המצות דמשפטים, כמו דיני פקדון, לא מתאימים למשפט השכל, אלא בפנימיותם הם חוקים שלמעלה מן השכל.

אבל, כאמור, בפסקה זו כותב הגרש"ש שהחיוב המשפטי אינו חלק ממצוות ה', אך אינו מדבר על מקורו הנורמטיבי, אלוהי או אנושי, של החיוב המשפטי.

50 לשאלת האינדבדואציה ראו למשל: J. Raz, *The Concept of a Legal System*, Oxford 1970, p. 75; *idem* "Legal Principles and The Limits of Law", *Yale Law Journal* 81 (1972), p. 618, וכן הארט (לעיל הע' 47).

51 בזה נטיתי מדברי פרופ' ח' בן-מנחם, "אינדבדואציה של חוקים וספר המצוות לרמב"ם", שנתון המשפט העברי, יד-טו (תשמ"ח-תשמ"ט), עמ' 105, שכותב כי "הנחה מפורשת ומודגשת בתפיסתו של הרמב"ם היא, שכל יחידה ויחידה [=כל מצווה] כוללת בתוכה איסור או ציווי".

אותה בכל מה שנזכור ממיני הטומאות. והיא: כי זה שנמנה כל מין ומין מן הטומאות מצות עשה אין ענינו שנהיה חייבין להטמא בטומאה ההיא ולא גם כן שנהיה אנחנו מוזהרין מהטמא בה, ותהיה מצות לא תעשה. ואמנם היות התורה אומרת כי מי שיגע בזה המין נטמא או זה הדבר יטמא על תואר כך למי שנגע בו – היא מצות עשה. כלומר שזה הדין שנצטוינו בו הוא מצות עשה. והוא אמרנו שמי שנגע בכך על תואר כך נטמא ומי שהיה על ענין כך לא יטמא. וההיטמא בעצמו רשות, אם רצה יטמא ואם רצה לא יטמא... וזה הוא הציווי, כלומר היותו טמא בזה המין כאשר נגע בו או כשהיה אצלו בענין כך. וזכור זה הענין בכל מין ממיני הטומאה (רמב"ם, ספר המצוות, עשה צ"ו).

הרמב"ם מתייחס במפורש לכך שמצווה זו אינה מטילה חובת התנהגות במעשה או במחדל (=איסור), אלא רק מגדירה את טומאת הנבילה. כך יש להבין, לדבריו, גם את שאר המצוות שמגדירות את סוגי הטומאה השונים.<sup>52</sup> תחום הטומאה אינו שייך כמובן ל"תורת המשפטים", ואנו מוצאים אפוא שההבחנה בין כללי התנהגות לכללי הגדרה אינה חופפת את ההבחנה בין התחום האיסורי לבין התחום המשפטי. המיוחד בכללי ההגדרה שב"תורת המשפטים" הוא, שהם מדברים גם על חיובי ממון, שלמרות הרכיב הנורמטיבי שלהם הם אינם כללי התנהגות שמטילים על החייב חובת התנהגות, אלא מצבי עניינים משפטיים שיש להם השלכות נורמטיביות שונות, כפי שהסברנו וכפי שנראה עוד בהמשך.

### ו. כללי קניין וכללי חיוב

את הכללים הממוניים שב"תורת המשפטים" ניתן לסווג לשתי קטגוריות עיקריות: כללי קניין וכללי חיוב (ממוניים).<sup>53</sup> הגרש"ש פותח את הדיון

52 הרמב"ן בהשגותיו על ספר המצוות כאן הקשה מדוע לא מנה הרמב"ם, לשיטתו, גם את רשימת בעלי המומים הפסולים לכהונה כמצוות נפרדות שמגדירות מי הם בעלי מום. וראו מה שכתב בעניין זה ד' הנשקה, "על המציאות המשפטית במשנת הרמב"ם", סיני, צב (תשמ"ג), עמ' רכח-רלט.

53 לצורך הדיון נוכל להבחין מעתה בין "כללי חובה" ל"כללי חיוב": המונח "כללי חובה" יציין כללים שמטילים חובת התנהגות, ואילו "כללי חיוב" יציין כללים שמגדירים מצבים של חיובי ממון.

באפיונם, הכמעט מובן מאליו, של כללי הקניין ככללי הגדרה. כללי הקניין אינם כללי התנהגות ואין להם פרמטר דאונטי: הם אינם מטילים איסורים או חובות, אלא מגדירים ומתארים את "מציאות הקניין" (לשונו של הגרש"ש), היינו את מצב זכויות הממון של הצדדים. אלמלא אסרה התורה את הפגיעה בקניינו של הזולת באמצעות איסור גזל, הרי שמי שהיה נוטל את רכושו של בעל הקניין בכוח הזרוע לא היה עובר כל עברה ולא היה מפר כל חובה, ואולם, טוען הגרש"ש, למושג הקניין יש בכל זאת משמעות נורמטיבית גם ללא כללי החובה שקשורים בו, ועל הנוטל את ממון חברו שלא כדין חל "חיוב ממוני" משפטי. נחזור עתה ונקרא את המשפטים הראשונים של הגרש"ש בבואו להגדיר את התחום של "תורת המשפטים":

דהיכא [=שהיכן] שאנו דנים על איזה זכות וקנין של אדם באיזה חפץ או שעבוד ממון, אין אנו דנים כלל על ענין שמירת איזו מצוה, אלא ענין מציאות למי קנוי הדבר, ומי ומי ראוי על פי תורת המשפטים להחזיק את החפץ (שערי ישר, שער ה פרק א).

באומרו "ענין מציאות למי קנוי הדבר" מכוון הגרש"ש למצב עניינים משפטי, סטטוס הבעלות, להבדיל ממצווה שמטילה חובת התנהגות. כללי הקניין קובעים מי הוא הבעלים בסיטואציה מסויימת, אך מצד עצמם אינם מורים לנמענים כיצד לנהוג ביחס לרכושו של הזולת. אלו הם כללים דסקריפטיביים אשר המשמעות הנורמטיבית שלהם מותנית בקיומם של כללי התנהגות אחרים, כמו למשל איסור גזל. כלל קנייני שקובע "מי ראוי להחזיק את החפץ" מגדיר את גבולות הבעלות המשפטית, אך הוא אינו בגדר "מצווה" והוא אינו מטיל מצד עצמו חובת התנהגות כלשהי.

מתוך הדברים מתברר שוב שעיקר ההבחנה בין תחום המצוות לתחום של "תורת המשפטים" אינו נעוץ במקור של הנורמות, אלוהי או אנושי, אלא במהותם ככללים מטילי חובת התנהגות (מצוות) או ככללי הגדרה משפטיים. ואכן, חלק מכללי הקניין (השייכים ל"תורת המשפטים") מצויים בתורה, כמו למשל החוק המקראי שקובע ששדה חוזרת לבעליה ביוכל.<sup>54</sup> כללים אלה

54 ויקרא כה, ח-יח. אני מאמץ כאן את ההבנה שחוק זה אינו מטיל חובת התנהגות על הקונה, אלא רק קובע שמשנת היוכל הקרקע שייכת שוב לבעליה הראשונים, וחובת ההתנהגות נובעת רק מצירופו של כלל-חובה (מצווה) נוסף, כגון איסור גזל

אינם "מצוות" שמטילות חובת התנהגות, אלא כללים משפטיים שמגדירים את זכויות הקניין של הצדדים, והם דומים באופיים לכלל ההגדרה שקובע שהנוגע בנבילה טמא.

ההבחנה בין איסור גזל (שהוא כלל חובה) לבין כללי הקניין השונים אינה טריוויאלית. ניתן לחשוב על מהלך אלטרנטיבי, שאכן אומץ על ידי חלק מהראשונים והאחרונים, שעל פיו זכות הבעלות מוגדרת באמצעות איסור גזל. לפי מהלך זה, אם לפלוגי מוקנית זכות בעלות משמעות הדבר שלאחרים אסור לגזול ממנו את החפץ ששייך לו; ובמילים אחרות: הבעלות ואיסור גזל הם שני צידיו של אותו מטבע, כאשר ההבדל הוא רק בשימוש השפה. האמירה "פלוגי הוא הבעלים של חפץ מסוים" מנוסחת אמנם ככלל זיהוי של בעלות, אך לפי מהלך אלטרנטיבי זה היא משמשת לאמתו של דבר ככלל התנהגות שאוסר על אחרים לגזול את החפץ מפלוגי. בהעדר איסור גזל יאבד גם מושג הבעלות את משמעותו. לפי גישה זו ניתן לעשות רדוקציה של כלל קנייני לכלל התנהגות (שאוסר לפגוע בזכות הקניין האמורה).

ואולם, הגרש"ש מארגן כאמור את הנורמות המשפטיות בדרך אחרת, ובכך מגדיר באופן אחר גם את מוסד הבעלות. לטעמו כללי הקניין עומדים בפני עצמם, והם בעלי משמעות מושגית גם כאשר לא נגזר מהם כלל חובה כלשהו. הוא אינו מקבל את הטענה שמדובר בשני צדיו של אותו מטבע, וכפי שהוא יוכיח תיתכן בעלות שאינה מוגנת באמצעות איסור גזל. עשיית רדוקציה של כלל קנייני לאיסור גזל לא תתן אפוא הצגה מלאה של כללי הקניין. יתירה מזאת, כללי הקניין קודמים מבחינה מושגית לאיסור גזל, וללא כללי

(במקרקעין). לפי קריאה זו אי-אפשר להפר את כלל הקניין הזה, וגם אם הקונה אינו מחזיר את הקרקע למוכר, אין זה משנה את מצב הזכויות הממוניות על הקרקע. מצד שני, ניתן לפרש את הכלל האמור ככלל חובה, המורה לקונה להחזיר את הקרקע לבעליה לאחר היובל. לפי קריאה כזו יתכן שהקרקע נשארת של הקונה גם לאחר היובל, ואינה חוזרת באופן אוטומטי לבעלותו של המוכר, והכלל מתפקד אפוא ככלל חובה, אשר מורה לקונה להחזיר את הקרקע לבעליה, וככזה ניתן להפר אותו. דוגמה זו ממחישה שכללי הממון השונים שנוכחים במקרא ניתנים להתפרש לעתים הן ככללי התנהגות והן ככללי קניין, והגרש"ש מעיר על כך בכמה הקשרים. כיוצא בזה נחלקו הראשונים בדיון פירות שביעית, האם מצווה על הבעלים להפקירם אך כל זמן שלא הפקירם עדיין הן שלו, או שהוא אפקעתא דמלכא, היינו שמדובר בכלל קנייני שמפקיע את הפירות מרשות הבעלים (ראו שו"ת מהרי"ט, סי' מב-מג). והאריכו בכך גם האחרונים, ראו למשל בספר אפיקי ים, חלק ב, סי' כה.

הקניין אין משמעות לאיסור גזל.<sup>55</sup> איסור גזל הוא מצווה, כלומר כלל חובה, שמכוון התנהגות. זכות הבעלות, לעומת זאת, היא כלל משפטי, שמקנה כוחות וזכויות לבעלים, אך אינו קובע מצד עצמו חובת התנהגות כלשהי. אכן מול זכות הבעלים עומד חיוב, אבל גם חיוב זה אינו מטיל חובת התנהגות, אלא מתאר מצב עניינים בעל השלכות נורמטיביות.<sup>56</sup> כך כותב הגרש”ש:

סוג הקנינים וחוקי הבעלים בנכסים הוא דבר משפטי גם בלי אזוהרת “לא תגזול”... שלא יתכן בשום פנים לומר שהענין מה שאנו מיחסים החפץ לראובן הוא מחמת ששמעון מוזהר על פי התורה שלא לגזול ממנו. אלא הדבר הוא בהיפוך, שאיסור גזילה הוא לאחר החלטת הענין בחוקי גבולי הבעלים (שערי ישר, שער ה פרק ב).<sup>57</sup>

55 הדברים מזכירים את הטענה של הובס שבמצב הטבעי בו אין קניין לא חל האיסור לפגוע בקניינו של אדם: “הצדק הוא הרצון המתמיד לתת לכל אדם את אשר לו. לפיכך במקום שאין ‘שלו’, כלומר אין קניין, שם אין אי-צדק” (הובס, לויטן, ירושלים תשל”ג, פרק טו, עמ’ 135).

56 וכבר ציינו שמשמעותם של מושגי החיוב והזכות שהגרש”ש מדבר עליהם שונה מן המשמעות המוקנית להם בשיח המשפטי הכללי (ההופלדייני). הזכות ההופלדיינית היא בעיקרה זכות שניתן לממש בבית המשפט, ומולה עומדת חובת התנהגות שמוטלת על אדם אחר ואשר ניתנת לאכיפה על ידי בית המשפט.

57 הדברים מופיעים בהרחבה גם אצל תלמידו של הגרש”ש, הרב עמיאל, במסגרת דיונו בהבחנה בין דין למציאות בספרו המידות לחקר ההלכה, כרך ב, עמ’ ב-ד: “אכן נופל הספק בכל דיני ממונות שכולם מסתעפים ממשפטי הבעלות – אם הבעלות גופא היא בבחינת דין או בבחינת מציאות. כלומר: אם היסוד של דיני ממונות זהו הדין של ‘לא תגזול’, או להיפך, דהדין של ‘לא תגזול’ בא מהיסוד של בעלות. והספק הוא במושג בעלות גופא, אם זהו מושג מציאותי או מושג דיני. או במילים אחרות: אם ה’לא תגזול’ מסתעף מהבעלות ועצם הבעלות היא מציאות ככל המציאות דעלמא, וכמו שלא נאמר באיסור חלב שהמציאות של חלב בא מתוך האיסור, אלא להיפך כמובן, או שכל מושג הבעלות בא מתוך ה’לא תגזול’ ואינו דומה לאיסור חלב, למשל, שהחלב הוא חלב גם בלי הדין, אבל כאן אנו זקוקים לדין גם במושג – מושג הבעלות גופא – כי בלי ה’לא תגזול’ אין כאן מושג בעלות לגמרי... וההגדרה המדויקת היא זו, שאין הבעלות באה מצד ה’לא תגזול’ אלא להיפך, שה’לא תגזול’ בא מצד הבעלות, ובעלות זוהי מציאות ככל מציאות. וכמו שלא נאמר שהחלב הוא חלב מצד איסור התורה שיש על זה, אלא להיפך, שעל מציאות חלב בא איסור התורה, ככה גם כן בזה, כנ”ל. והמציאות של הבעלות זהו ההסכם הכללי של בני אדם”.

למרות הדמיון הרב בין דברי הרב עמיאל לדבריו של הגרש”ש נראה שהמונח “מציאות” משמש אותם במשמעויות שונות. הגרש”ש מדבר על הקניין כמציאות נורמטיבית, היינו כמושג משפטי שאינו מטיל חובת התנהגות, ואילו הרב עמיאל רואה בקניין מציאות חברתית שאינה נקבעת על ידי המערכת הנורמטיבית, אלא נמצאת מחוזה לה.

לביסוס הטענה שזכות הבעלות אינה תלויה באיסור "לא תגזול", מביא הגרש"ש ראיות אחדות. נעיין בשתיים מהן:  
א. זכות הבעלות מוגנת מפני פגיעה על-ידי קטינים, למרות שהם אינם מוזהרים ב"לא תגזול" ואינם מצווים על השבת הגזילה. כך כותב הגרש"ש בקטע שכבר ציטטנו לעיל:

כל דיני המשפטים של דיני ממונות בין איש לרעהו אינם כדרך כל מצוות התורה, דבכל המצוות, הוא מה שהזהירה לנו תורה בעשה ולא תעשה, חיוב קיומם עלינו הוא העיקר לקיים מצות ה', ובדיני ממונות אינו כן, דקודם שחל עלינו מצות ה' לשלם או להשיב, צריך שיוקדם עלינו חיוב משפטי. דהרי אף אם קטן הוא הגזול, דאינו בר מצוות, מכל מקום מוטל על בית הדין להציל עשוק מיד עושקו ולכוף את הקטן להחזיר החפץ הגזול לבעליו (שערי ישר, שער ה פרק א).

הגרש"ש מדבר על "חיוב משפטי" שקודם למצווה הדתית, אך כאמור אין הכוונה לכלל שמטיל חובת התנהגות אלא למצב עניינים שבו מוטל על האדם "חיוב ממוני". כך עולה מן הדוגמה שהביא הגרש"ש מהקטין, שהרי קטין אינו מחוייב להשיב בעצמו את החפץ הגזול לבעליו. הגרש"ש רומז כאן לסוגיה התלמודית במסכת ערכין כב ע"א (שתידון בהמשך), שבה נאמר שלפי שיטתו של רב פפא ש"פריעת בעל חוב – מצווה", בעלי חוב קטינים פטורים ממנה ואינם חייבים לפרוע את חובם, שהרי הם פטורים מן המצוות. קטין אינו חייב אפוא במצווה של פריעת-חוב, וכמו כן אינו חייב במצווה של השבת הגזילה, ובכל זאת ברור שאם קטין גזל רכוש של אדם אחר – בעלותו של הנגזל לא פקעה, והקטין "חייב" לו את החפץ או את דמיו. במקרה זה יש לחיוב ממוני זה נפקות מעשית: בית הדין, שמצווה להציל עשוק מיד עושקו, יוציא מידיו של הקטין את הנכס הגזול וישיב אותו לבעליו. זכות הבעלות יצרה אפוא חיוב משפטי-ממוני על הקטין, אלא שבהעדר "מצווה" אין החיוב המשפטי כלשעצמו מטיל עליו חובת התנהגות כלשהי. מכאן לומד הגרש"ש שאיסור לא-תגזול ומצוות השבת הגזילה אינם מגדירים את זכות הקניין של הבעלים, שהרי זכות זו קיימת גם במקרה שהגזולן הוא קטין שאיסורים ומצוות אינם חלים עליו.<sup>58</sup>

58 במקרה זה "בעל הזכות" יכול לתבוע את זכותו בבית הדין, ובית הדין מחוייב להושיט

ב. הוכחה נוספת לקיומה של בעלות ללא איסור גזל וחובת השבה קשורה בשאלת בעלותו של נכרי על נכסיו. תנאים ואמוראים נחלקו ביחס לגזילת הנכרי, יש סוברים ש"גזל הגוי אסור מן התורה", ויש סוברים ש"גזל הגוי מותר".<sup>59</sup> דעה זו ש"גזל הגוי מותר" מעוררת כמובן קשיים מוסריים וערכיים, וכבר נכתבו בעניין זה דברים רבים,<sup>60</sup> ואולם הגרש"ש אינו דן בהיבטים מוסריים אלה,<sup>61</sup> אלא מתמקד בהיבט המשפטי של הסוגיה, ומעלה את השאלה: האם העדרו של איסור גזל מערער על עצם קיומה של זכות הבעלות של הנכרי? תשובתו של הגרש"ש היא שלילית. אם נניח שלנכרי אין בעלות על נכסיו הוא לא יוכל למוכרם לאחרים, והרי התלמוד מניח בפשטות קיומן של עסקאות קניה ומכירה בין יהודים לנכרים! מכאן לומד הגרש"ש שוב שזכות הבעלות (של הנכרי) אינה תלויה בקיומו של איסור גזל, והנכרי הוא בעלים על נכסיו גם אם בעלות זו אינה מוגנת מפני גזילה.<sup>62</sup>

יתירה מזאת, הגרש"ש מוסיף וטוען שבעלותו של הגוי על נכסיו אינה פוקעת גם אם נכסיו אכן נגזלו ממנו. בכך הוא מסתמך על דבריו הידועים של

לו סעד "ולכוף את הקטן להחזיר את החפץ הגזול לבעליו". אך יש מצבים שבהם בעל הזכות אינו יכול לתבוע את זכותו בבית הדין, משום שלבית הדין אין סמכות להושיט לו סעד. כך למשל במקרה שמדובר בזכות ממונית שאינה זכות קניינית, כגון זכותו של המלווה להחזיר ההלוואה (לפי שיטת רב פפא, ראו להלן). במקרה כזה הנפקות של קיומה של הזכות תתבטא בכך שבעל הזכות עצמו רשאי לעשות דין לעצמו ולתפוס את המגיע לו והוא אינו עובר בכך על איסור גזל (ואפשר גם לחשוב על נפקויות נוספות שחלקן יתברר בהמשך, כגון המחאת חיובים).

59 ראו: בבלי, בבא קמא ק"ג ע"א-ע"ב; בכורות יג ע"ב, ועוד. לעניין פסיקת ההלכה – דעת רוב הפוסקים שגזל הגוי אסור מדאורייתא, ראו לעניין זה באנציקלופדיה תלמודית, כרך ה, ערך "גזל הגוי".

60 נזכיר למשל את המהלך הידוע של המאירי (בית הבחירה בבא קמא, עמ' 330), שהמדובר רק בגויים שאינם גדורים בדרכי הדתות, ראו: מ' הלברטל, בין תורה להכמה: רבי מנחם המאירי ובעלי ההלכה המיימונים, ירושלים תש"ס, עמ' 86-87.

61 בכל הנוגע לשאלות ערכיות הגרש"ש נוטה לגישה פורמליסטית, שאינה מתמקדת בשיקולים הערכיים עצמם. אחזור לדון בעניין זה בהזדמנות אחרת.

62 לכאורה ניתן לומר שבעלות הגוי מבוססת על כך שהיא מוגנת מפני גויים אחרים. ואולם, עדיין יהיה מקום לשאול: האם הגוי הוא בעלים גם ביחס ליהודי (שמותר לו כאמור לגזול את הגוי לפי דעה זו)? שאלה זו תלויה בשאלה אחרת: האם הבעלות צריכה לחול כלפי כולי עלמא או שמא היא יכולה לחול רק כלפי בני אדם מסויימים? האם יתכן שהגוי הוא בעלים כלפי גויים אחרים אך אינו בעלים כלפי יהודי? ובכל מקרה הגרש"ש סובר שהוא בעלים גם כלפי יהודים.

ר' אליעזר ממיץ, מחבר ספר "יראים", שפסק שגזל הגוי מותר, ובכל זאת כתב שהנכס הגזול נשאר בבעלותו של הגוי ואינו עובר לרשותו הקניינית של הישראל שגזל אותו.<sup>63</sup> הגרש"ש מסביר את טעמם של הדברים כך:

וסברתו [=של בעל היראים] פשוטה מאוד, דבממון של ישראל שאי אפשר ליקח שלא מדעת בעל הממון ישנם שני דינים: א. איסור לא תגזול; ב. אי-אפשר להוציא מרשות בעל הממון בלתי הקנאתו, ואף מי שאינו מצוה על הלאו, כגון חרש או קטן, מכל מקום לא יקנה חצרו חפצים של אחרים, אף אם יהיה להם יד או חצר. ולכן סובר היראים דאף אם גזל עכו"ם מותר, מכל מקום לא הוה הפקר לענין שיוכל כל אדם לזכות בלתי רשות העכו"ם (חידושי רבי שמעון יהודה הכהן [שקופ], מסכת בבא-קמא, ניו-יורק תש"ז, סי' ה עמ' 8).<sup>64</sup>

63 ר' אליעזר ממיץ (תלמידו של רבנו תם), ספר יראים, עם פירוש תועפות ראם (ווילנא תרנ"ב), סי' תכב, עמ' 487: "וצריך להיזהר שלא יגזול אלו ארבעת מינין אפילו לעובד כוכבים [=מעובד כוכבים], ואע"ג דגזל הגוי שרי [=מותר], כל כמה דלא נפיק [=כל עוד שלא יצא] מרשות עובד כוכבים לא מקרי 'לכם'. וראו שם בהערות תועפות ראם, סי' ק לט. הגרש"ש ורוב האחרונים שדנו בשיטת ספר היראים אינם מצטטים אותו מהמקור, אלא מתוך דברי המגן-אברהם, אורח חיים סי' תרלז סק"ג, שעוסק בשאלת כשרותה של סוכה שנבנתה ברשות הרבים, שיש בה חשש של סוכה גזולה. ומציין המגן-אברהם שלא די בכך שנאמר שמן הסתם היהודים כולם מוחלים זה לזה ומסכימים לבניית סוכות ברשות הרבים, שכן הגויים אינם מוחלים על זכותם הקניינית, והרי "בספר יראים כתב, דאפילו למאן דאמר גזל העכו"ם שרי, מכל מקום לא מקרי 'לכם'".

דברי היראים מצוטטים גם בספר אבני-מילואים, אבן העזר, סי' כח ס"ק ג. דבריו מוסבים על פסיקת הרמ"א שם, שהמקדש אשה בגזלת הגוי הרי זו מקודשת, ובעל אבני-מילואים מקשה לפי דברי היראים: הרי גם אם גזל הגוי מותר מכל מקום החפץ הגזול אינו שייך לגזולן המקדש, ואיך הוא מקדש את האשה בממון שאינו שלו? ומכאן רצה לחלוק על הכרעת הרמ"א. וראו גם בנתיבות המשפט, סי' שמח, שהקשה בדומה. עמדתו של בעל ספר יראים אינה מוסכמת על כל הראשונים והאחרונים, ויש שהחזיקו בדעה שזכות הבעלות תלויה בקיומו של איסור גזל, ובהעדר איסור גזל זכות הבעלות חסרה משמעות. חריפים במיוחד דבריו של בעל החתם-סופר, בחידושו למסכת סוכה, ריש פרק לולב הגזול, שכתב על דברי היראים: "והדברים תמוהים ואין להם שחר, אם מותר [=לגזול את הגוי] מאי טעמא לא מקרי 'לכם' [=מדוע אין האתרוג הגזול נחשב ממונו של היהודי שגזל את הגוי]? דרחמנא הפקירו [=שהרי האל הפקיר את ממונו של הגוי]!". וראו שו"ת אבני נזר, חלק או"ח, סי' תקכח, שמביא ראייה מתשובת רש"י (שנפסקה להלכה בדברי הרמ"א) בניגוד לסברת בעל היראים, וזה לשונו: "אך נראה דאפילו נאמר שהוא [=דבר שאסור בהנאה] שלו רק אינו ברשותו, תלוי במחלוקת הרא"ם בספר יראים בגזל נכרי, שהרא"ם סובר דאף למאן דאמר מותר מכל מקום אינו נעשה שלו, ורש"י בתשובה, הובא ברמ"א חו"מ סי' רפג, במומר שהיה לו פקדון ביד אחרים ומת, ויש לו



ה”דין” הראשון, איסור “לא תגזול”, הוא כלל חובה שאוסר לגזול, וככל כלל חובה הוא ניתן להפרה. הדין השני, לעומת זאת, קובע ש”אי-אפשר להוציא מרשות בעל הממון בלתי הקנאתו”. כלל זה אינו מטיל חובת התנהגות ואינו ניתן להפרה. הוא כלל כוח (שלילי) שמגדיר את כוחותיהם המשפטיים של בני-אדם, וקובע שאין בכוחו של אדם להוציא נכס מרשות בעליו ולרכוש עליו בעלות ללא הסכמתו.<sup>65</sup>

יורשים ישראל, אם יש עדים ששלחו יד בפקדון מחיים או שתבעום ולא רצו ליתן לו – זכו [=שומרי הפיקדון] במה שבידם. הנה דמשום שמוותר לגזולו [=את המומר] נעשה שלו [=של השומר]. ודלא כבעל ספר יראים. ותמהני על מגן אברהם סי’ תרל”ז שהביא דברי בעל ספר יראים ולא כתב שרש”י חולק. וכיון שרמ”א הביא דברי רש”י בלי חולק, אכן בתר רמ”א גיררן.”

ואולם, במקום אחר מאמץ בעל אבני-נזר את סברתו של היראים, ומסביר באמצעותה את שיטת הרמב”ם בעניין הכלל “הפקר בית דין הפקר”. לטענתו הכלל “הפקר בית דין הפקר” אינו מעניק לחכמים את הכוח להפקיר את ממונו של הבעלים ולהוציא מרשותו, אלא רק להרשות לכולי-עלמא ליטול את החפץ מבעליו. מכאן הוא טוען, על פי דברי היראים, שהנכס המופקר נשאר של בעליו וגם הנוטלו ממנו אינו יכול לזכות בו. בכך הוא מסביר מדוע קניין מדרבנן (שמבוסס על הפקר בית דין הפקר) אינו מועיל לדאורייתא. ונצטט מקצת מן הדברים: “משמע דסבירא ליה למחבר עיקר להלכה... דקנין דרבנן אינו מועיל לדאורייתא. ופרשתי בתשובה על פי דברי רבנו יונה בשיטה מקובצת בבא בתרא (דף ק ע”א) דהפקר בי”ד הפקר – היינו שמוותר ליקח אותו ברשות בית דין [הם החכמים במידי דרבנן], ועל כרחין דלא יצא מרשות בעלים בהפקר בי”ד, דאם כן רשות בי”ד בשעת לקיחה למה? אלא ודאי שלא יצא מרשות בעלים, וחכמים התירו לקחתו כדכתיב “חרם כל רכושו”. ועל כן סבירא ליה לרמב”ם דאף אחר שלקחו אינו קונה אותו, כעין שכתב בספר יראים בגזל גוי אף שמוותר, מכל מקום אינו קונה, כן סבירא ליה לרמב”ם בהפקר בית דין” (אורח חיים, סי’ תצד, אות ג). ונראה שבאופן עקרוני הוא מסכים אפוא שיכולה להיות בעלות ללא איסור גזל.

וראו עוד בגליוני הש”ס למהר”י ענגיל, חלק א, דף עא ע”א (אות רי), בהערותיו לירושלמי זרעים, שהביא ראיה מסוגיית הירושלמי ריש ביכורים, שדבר שאין בו איסור גזל ניתן לרכוש עליו בעלות (המדובר שם בזכותו של בעל החצר לקצוץ את שורשי האילן של שכנו, והירושלמי מסיק מכך – על פי פירושו של מהר”י ענגיל – שקוצץ השורשים זוכה בהם, למרות שמעיקרא הם שייכים לבעל האילן). על פי זה הוא מתפלפל בגזול ממון חברו לצורך הצלת נפשו, האם הוא רוכש בעלות על הנכס הגזול בהעדר איסור גזל. ולעניין זה ראו גם שו”ת חלקת יעקב, עניינים שונים, סי’ יד, אם הגזול טבל להצלת נפשו זוכה בו ויכול להפריש ממנו תרומות ומעשרות, או שמא הטבל נשאר ממון בעליו. וראו עוד באריכות בדברי הגרש”ש עצמו, בבא קמא, סי’ לט, ובדברי תלמידו, הרב גוסטמן, קונטרסי שעורים, בבא קמא (ירושלים תשנ”ו), סי’ יז, ובפרט אותיות יג-יד.

65 סברה דומה לסברת היראים עולה גם משיטת הב”ח, יורה דעה סי’ קמו (מובא גם בש”ך, שם, סק”א) בעניין אבידת עכו”ם. הכל מודים שאבידת נכרי מותרת, שנאמר

הדין בעניין 'גזל הגוי' יוכל להבהיר לנו גם את טיבם המיוחד של חיובי ממון. יהודי הגזול מגוי אינו מצווה להשיב את הגזילה לבעליה.<sup>66</sup> ואולם, הגרש"ש טוען שבדומה למה שראינו לעיל בעניין הקטין, חל על הגזלן היהודי חיוב משפטי-ממוני כלפי הגוי הנגזל, כלומר "הוא חייב לו" את הנכס הגזול, ובמקרה שהנכס כבר לא בעין "הוא חייב לו" את שווי הנכס.<sup>67</sup> כאן

"לכל אבידת אחיך" – "לאחיך אתה מחזיר ואי אתה מחזיר לנכרי" (בבא קמא ק"ג ע"ב); ובסנהדרין עו"ב נאמר עוד בשמו של רב שהמחזיר אבידה לנכרי עליו הכתוב אומר: "למען ספות הרעה את הצמאה לא יאבה ה' סלוח לו" ("השווה וחבר כותי לישראל, ומראה בעצמו שהשבת אבידה אינה חשובה לו מצות בוראו, שאף לנכרי הוא עושה כן שלא נצטוו עליהם" – רש"י שם), וכך פסק הרמב"ם, הלכות גזלה ואבדה יא, ג: "אבידת עכו"ם מותרת, שנאמר 'אבידת אחיך', והמחזירה הרי זה עובר עבירה מפני שהוא מחזיק יד רשעי עולם!" ובכל זאת טוען הב"ח שהחפץ האבוד נשאר של בעליו הנכרי, ואינו נקנה למוצא ללא יאוש. הגרש"ש האריך בשיטת הב"ח בכמה מקומות. בחידושי בבא קמא, סי' לט, הוא מצדד בשיטת הב"ח, כי "מאבדת אחיך" למדנו שאינו מחויב להשיב לגוי, "אבל לא מצינו בקרא שהפקיעה התורה ממון עכו"ם אם נאבד מיד העכו"ם". ובהמשך הוא מיישב כמה קושיות שהערימו האחרונים על דברי הב"ח.

בעניין זה כותב הגרש"ש לגיסו (במכתב שנדפס בחידושי כתובות, סי' נה) שאם אבידת הנכרי אינה נקנית ביאוש כשיטת הב"ח, יכול הנכרי לתבוע את המוצא בבית דין: "נראה לי ברור דאם לא זכה המוצא [=באבידת הנכרי] שיכול הנכרי לגבות ממנו בדין, והא דאמרינן לענין אבידה דאינו רשאי להחזיר הוא רק דמצוה להשתמט משום 'למען ספות הרוה' וכו', אבל אם באו לדין ודאי דכופין בית דין אותו להחזיר, כפי שביארתי שם בקונטרס, שדין מצוה ודין טוען ונטען הם ענינים נפרדים. ואם חייב ישראל לנכרי, אף דהפקעת הלואה מותרת, מכל מקום אם באו לדין יגבו בית דין מהישראל בעל כורחו, כמו שיגבו מקטנים אם ברור חיובם לבית דין, אף דלאו בני מצוה ניהו". כלומר האיסור להחזיר אבידת גוי הוא כלל התנהגות שחל על המוצא, אבל מבחינה קניינית הגוי נשאר בעלים על האבידה, ובית הדין שמחוייב "להציל עשוק מיד עושקו" כופה על הישראל להחזיר את האבידה לבעליה.

ואולם בשערי ישר, שער ד, פרק ח, ושער ה, סוף פרק א, שינה הגרש"ש את טעמו וחלק על הב"ח בטענה שברגע שאין חובת השבה הפכה האבידה ל"אבודה ממנו ומכל אדם", והרי היא כהפקר, והישראל יכול לזכות בה. ולפי זה נצטרך לומר שסברת היראים חלה רק כאשר הגוי הנגזל יודע היכן החפץ הגזול, ואין הוא נחשב לאבוד ממנו, ורק אז אתרוג גזול אינו נחשב "שלכם". ויתכן עוד שמשום שמיד עם הגזילה מהגוי חל על הישראל חיוב השבה משפטי שוב אין הוא פוקע, ועדיין צריך עיון בזה.

66 לפי חלק מהאחרונים הלכה זו נכונה גם אליבא דמאן-דאמר ש"גזל הגוי אסור", שגם הוא מודה שבדיעבד לא מוטלת על הגזלן מצוות "והשיב את הגזילה אשר גזל", ראו למשל: נתיבות המשפט, סי' שמח, סק"א; מנחת חינוך, מצוה קל; דברי יחזקאל סי' ס אות ה.

67 כלומר זכותו המשפטית של הגוי אינה רק זכות קניינית על החפץ הגזול, אלא זכות להשבת החפץ או דמיו שנובעת מחיוב מקביל שחל על הגזלן. מכאן טוען הגרש"ש

מתברר שוב טיבו של החיוב המשפטי-ממוני שאיננו כלל חובה. אם הגזלן אינו משיב את החפץ הגזול לבעליו הנכרי, הוא אינו מפר מצווה דתית כלשהי. אך יתירה מזאת, מדברי הגרש"ש נראה שאם הגזלן אינו משיב את החפץ הגזול לבעליו הנכרי, הוא אינו מפר חובה כלשהי. בכל דבריו הארוכים של הגרש"ש בסוגיה זו אין הוא אומר, ולו פעם אחת, שיש חובה משפטית מוסרית או דתית לקיים את החיוב המשפטי-ממוני ולהחזיר את הנכס הגזול לבעליו הגוי. הסברם של הדברים הוא כפי שכבר אמרנו: החיוב הממוני הוא כלל הגדרה שמתאר מצב עניינים משפטי שיש לו השלכות משפטיות, אך הוא אינו מטיל, מצד עצמו, חובת התנהגות כלשהי על החייב.

עיקר משמעותו המשפטית של החיוב הממוני היא הזכות שיש כנגדה לבעל הזכות.<sup>68</sup> זכות זו שהגרש"ש מדבר עליה איננה דוקא זכות תביעה בבית המשפט, אלא צירוף של מה שאנו מכנים “כוחות” ו“חירויות”. כך למשל ייתכן שלנכרי הנגזל יש כוח למכור את הנכס הגזול.<sup>69</sup> הוא רשאי (כלומר, יש לו חרות) לעשות דין לעצמו ולתפוס את הנכס הגזול עצמו, או את דמי הנכס<sup>70</sup>

68 בחידושי בבא קמא, סי' לט, שלגזול מהגוי יש גם קנייני גזילה בדיוק כמו גזול מישראל, ומאידך גיסא הוא מתחייב גם באונסין, כגון שהבהמה הגזולה מתה. ראו על כך באריכות בדיונו של הגרש"ש בשער ה פרק ב. בתוך הדברים מעלה הגרש"ש את השאלה אם הזכות נובעת מן החיוב או שמא החיוב נובע מן הזכות: “אמנם יש לדון בזה, מהו ענין הזכות שיש להזוכה כשיעבוד הגוף הזה? דיש לומר דהחיוב הוא תולדה מהזכות, היינו דעל ידי שיש זכות לזוכה מחמת זה הוא חייב, ויש לומר להיפוך, שזכות זה הוא תולדה מן החיוב, כלומר דזה עצמו מה שהוא מחויב הוא הזכות” (שם, עמ' ד). בהמשך הדברים נוטה הגרש"ש להכריע לטובת האפשרות הראשונה, שהחיוב הממוני נובע מן הזכות. משמעותה המדויקת של חקירה זו לא לגמרי נהירה לי, ונראה שהוא רוצה לעשות רדוקציה של מושג “החיוב הממוני” ל“זכות של בעל הזכות”, ובכך לרוקן בעצם את מושג החיוב הממוני מתוכן נוסף. בכך מתאפשר לו לומר, למשל, שחיוב ממוני יכול לחול גם על קטין. ונראה שרוח הדברים מנוגדת לדעתם של חוקרים אחדים, שטענו שהמשפט העברי מדגיש את החיוב הממוני, בעוד שהמשפט הכללי מדגיש את הזכות, ראו: מ' זילברג, כך דרכו של תלמוד, ירושלים תשכ"ב, עמ' 72-73; ח' כהן, המשפט, ירושלים תשנ"ב, עמ' 513; R. Cover, “Obligation: a Jewish jurisprudence of the social order”, *Journal of Law and Religion* 5:1 (1987), pp. 65-74.

69 אלא אם כן אנו סוברים שאין אדם יכול להקדיש ולמכור דבר שאינו ברשותו (היינו בשליטתו).

70 בתפיסת דמי החפץ בא לידי ביטוי גם “כוח” שיש לגוי לרכוש בעלות על “דמי החפץ” ללא הסכמתו של החייב, זאת בשל קיומו של “שיעבוד הגוף” מצדו של החייב. ראו על כך בהמשך.

שמגיעים לו תמורת הנכס כשזה כבר אינו בעין.<sup>71</sup> כמו כן יכול הנכרי לתבוע את השבת הנכס הגזול בבית דין, ובית הדין שמחוייב "להציל עשוק מיד עושקו" יחייב את הגזולן להשיב את הנכס לבעליו הנכרי.<sup>72</sup> באופן דומה נוכל לנתח את חיובו הממוני של הלווה כלפי המלווה. החיוב הממוני הוא כלל משפטי אשר שייך ל"תורת המשפטים", כלל זה, מצד עצמו, אינו מטיל על הלווה חובת התנהגות כלשהי, אלא רק מתאר מצב עניינים משפטי, שבו יש למלווה זכות ממונית, כלומר יש לו את הכוח לתפוס את המגיע לו מנכסי החייב.<sup>73</sup> כמו כן ייתכן שהמלווה יכול לתבוע את הלווה בבית הדין, ואז בית הדין ירד לנכסיו של החייב ויפרע את החוב למלווה.<sup>74</sup> נסכם איפוא ונאמר: כללי הקניין וכללי החיוב המשפטיים אינם כוללים בתוכם רכיב דאונטי המטיל חובת התנהגות על החייב. החיוב הממוני מקנה זכות לצד שכנגד, שמכוחה הוא יכול לעשות דין לעצמו ולתפוס את המגיע לו. כמו כן ייתכן שהחיוב הממוני יצמיח חובות התנהגות, אך רק מכוחם של כללי

71 צרפו לכאן את דבריו של ר' שלמה זלמן אויערבאך בשו"ת מנחת שלמה חלק א, סי' פו, שהגוי רשאי לתפוס את שלו מידי הישראל אף לשיטת החולקים על בעל ספר יראים: "ואף אם יש מי שחולק על היראים, מכל מקום הלא פשוט הוא שאין הישראל יכול לכוף את הנכרי שיתן לו ממונו, רק אם התגבר הישראל וגזל הרי זה שלו... גם חושבני מסברא שאף אם לא נאמר כהיראים מכל מקום יכול הנכרי לחזור ולחטוף מהישראל את מה שגזל ממנו ואין הישראל יכול לתובעו בדין ולחייבו מיתה כדין בן נח שנהרג על גזל, דכיון שהישראל רק גזל אותו מהנכרי לא מסתבר כלל לחשוב את הנכרי כגזולן, כי אף אם נאמר דחשיב 'לכם' ויוצא בו מצות אחרת, היינו משום דלגבי כל העולם חשיב הישראל כבעלים חוץ מלגבי הבעלים הקודמים שיכולים לחזור ולחטוף ממנו". ובדומה כתב גם בהגהות התועפות ראם לספר היראים, שם (לעיל הע' 63). במונחי תורת המשפט נוכל לומר, כי הבעלות של הגוי מעניקה לו חירות לעשות דין לעצמו ולתפוס את שלו בלא שיהיה חשוף לתביעה בגין איסור גזל.

72 הדבר תלוי בשאלה אם חובתו של בית הדין "להציל עשוק מיד עושקו" חלה גם ביחס לגוי, ולפי הגרש"ש התשובה חיובית, ראו לעיל בהע' 65. נפקות אחרת שעומד עליה הגרש"ש היא לעניין המחאת חיובים מכוח "שעבודא דרבי נתן", ראו להלן. לכאורה אפשר היה לחשוב על נפקות פשוטה יותר שיש לבעלותו של הגוי, לעניין זה שאם הגוי מכר את החפץ הגזול לישראל, מחוייב הגזולן (הישראל) להשיב את החפץ לקונה, שכן הישראל השני רכש עליו בעלות. אלא שנפקות זו תלויה בשאלה הכללית אם נגזל יכול למכור את הנכס הגזול שאינו ברשותו, ולכן כנראה הגרש"ש אינו דן בה.

73 לפי הגרש"ש כוח זה נובע מקיומו של שיעבוד הגוף של הלווה, גם ללא שעבוד נכסים. ראו להלן.

74 עניין זה תלוי, לפי הגרש"ש, בשאלה אם החיוב יוצר רק שעבוד הגוף או גם שעבוד נכסים. ראו בהמשך.

חובה המוטלים על החייב עצמו או על בית הדין, אשר מורים לחייב לקיים את החיוב הממוני שחל עליו או המורים לבית הדין לאכוף את קיומו של החיוב המשפטי המוטל על החייב.

## ז. ספק ממון ואיסור גזל

נעבור עתה לעיין באופן הצעת הדברים על ידי הגרש"ש עצמו, ואגב כך נראה כיצד הוא "עובד" עם הטענות שהצגנו עד כה. עיקר הדיון של הגרש"ש ב"תורת המשפטים" נמצא בפרקים הראשונים של שער ה' בספרו הגדול שערי ישר. בפרק א' פותח הגרש"ש את הדיון בשאלה הידועה של מהר"י באסן (ר' יחיאל באסן, קושטא, המאה ה'ט"ז): כיצד משתלב הכלל "ספיקא דממונא לקולא" עם הכלל "ספיקא דאורייתא לחומרא", הלא כל ספק ממון הוא גם ספק איסור (איסור גזל)!<sup>75</sup> הגרש"ש מחלק את הדיון לשניים. בפרק א' הוא

75 שאלתו של מהר"י באסן מובאת בכנסת הגדולה, כללי קים לי, חושן משפט, סי' כה, סעי' ז, והיא מצוטטת בדברי האחרונים. שאלתו המקורית של מהר"י באסן כפי שהיא מובאת בכנסת הגדולה ממוקדת יותר. לאור הכלל שטענת קים לי מתקבלת רק בממונות ולא באיסורים, הוא תמה: הרי בכל שאלה ממונית יש גם ממד של איסור גזל: "והרי בממון אם אין הלכה כן, הוי ליה גזל ביד המוחזק, וגזל נמי איסורא הוא". אבל האחרונים הרחיבו את השאלה לכל ספק ממון כפי שהצגנו אותה בגוף הדברים. ראו: אורים ותומים, קונטרס תקפו כהן, סי' כג-מג (דף לז טור א); שו"ת שבות יעקב, חלק א, סי' נא; קונטרס הספיקות, כלל א, סעי' ו; שו"ת חתם-סופר, יורה דעה, סי' רמא; שו"ת עונג יום טוב, סי' קיא (עמ' 304); ברכת שמואל בבא מציעא סי' ז, ועוד.

התשובה שהציע מהר"י באסן לקושייתו הייתה שבכל האיסורים החמרה פותרת את הספק, מה שאין כן באיסור גזל, שכן "אם הדין הוא כדברי האומרים להחזיק, הוי ליה גזל ביד המוציא, ולכן היכא דקיימא ממונא תיקום". ואולם האחרונים כבר הקשו על תירוץ זה, שאינו מעלה ארוכה במקרה שהתובע טוען טענת ברי והנתבע טוען טענת שמא, ראו אורים ותומים ושו"ת חתם-סופר הנ"ל, וכן הביא את הדברים הגרש"ש בראש שער ה'.

ראוי לציין שמהלך דומה למהלך מהר"י באסן מופיע כבר בספר יד רמ"ה, בבא בתרא קנה ע"ב, אות קלט, בהקשר אחר. מדובר שם באדם שהוא ספק קטן ספק סריס, שאין אנו חוששים לסריסות, ומוסיף הרמ"ה: "והני מילי היכא דליכא למיחש לאיסורא דאורייתא, אבל היכא דאיכא למיחש לאיסורא דאורייתא חוששין... וגבי ממונא אע"ג דאיכא איסור גזל ואיסורא דאורייתא הוא, כיון דכי אזלת להאי גיסא איכא למיחש לאיסורא דתובע, וכי אזלת לאידך גיסא איכא למיחש לאיסורא דנתבע, אוקי ממונא בחזקת מאריה, ואי זבין לא הוו זביניה זביני". [בתרגום לעברית: "ודברים אלה (שאנו מחזיקים אותו כקטין ואיננו חוששים שהוא סריס גדול) נאמרו דוקא כאשר אין אנו

דן בהחלת הכלל "ספיקא דממונא לקולא" על ספק קנייני, ובפרק ב' הוא דן במקרים של ספק חיוב ממון. דוגמה טובה לספק קנייני מצויה בהלכת המשנה (בבא מציעא, פ"ח מ"ד): "המחליף פרה בחמור וילדה [=המליטה עגל]... זה אומר: עד שלא מכרתי [=נולד העגל והרי הוא שלי], וזה אומר משלקחתי [=נולד העגל והרי הוא שלי] – יחלוקר". הצדדים לעסקת המכר מתווכחים ביניהם אם העגל נולד לפני מכירת הפרה או לאחריה. סביר להניח, וכך גם פירשו בתלמוד, שטענות הצדדים אינן מבוססות על ידיעה, הן אינן טענות "בריי", אלא טענות "שמא", ובכל זאת פוסקת המשנה שהדין במקרה זה הוא "יחלוקר". שאלת מהר"י באסן היא: מדוע לא יחשוש כל אחד מהצדדים שהוא מחזיק שלא כדין במחצית מהעגל ששייך לחבירו, ונמצא שהוא עובר בכך על איסור גזל? זאת ועוד, התלמוד<sup>76</sup> מסביר שמשנה זו הולכת בשיטת סומכוס שסבר "ממון המוטל בספק – חולקין", אבל שיטת חכמים היא ש"המוציא מחבירו עליו הראיה", ועל כן במקרה של ספק – ידו של הנתבע, הוא הבעלים הראשון של הפרה, על העליונה. וכך נפסק להלכה על ידי הרמב"ם.<sup>77</sup> שוב עולה שאלתו של מהר"י באסן במלוא חומרתה: כיצד יכול המוכר ליהנות מן הספק ולהחזיק בעגל, הלא אם האמת היא שהעגל נולד לאחר עסקת המכר הוא עובר על איסור גזל, והרי "ספק דאורייתא להחמיר", ואיסור גזל הוא איסור מדאורייתא!

תשובתו של הגרש"ש פותחת בקטע שמקצתו צוטט לעיל:

ועוד כלל עיקרי בזה, דהיכא שאנו דנים על איזה זכות וקנין של אדם באיזה חפץ או שעבוד ממון, אין אנו דנים כלל על ענין שמירת איזו מצוה, אלא ענין מציאות למי קנוי הדבר, ומי ומי ראוי על פי תורת

צריכים לחשוש לאיסור תורה, אבל במקום שיש לחשוש לאיסור תורה – חוששים (שהוא סריס)... ולגבי דין של ממון, אף על פי שיש בו איסור גזל שהוא איסור תורה, כיוון שאם תלך לצד אחד יש לחשוש לאיסור גזל מצד התובע ואם תלך לצד השני יש לחשוש לאיסור גזל מצדו של הנתבע – העמד ממון בחזקת בעליו, ואם מכר אין ממכרו ממכר".

76 בבלי, בבא מציעא ק ע"א.

77 רמב"ם, הלכות מכירה כ, י: "המחליף פרה בחמור וילדה, וכן המוכר שפחתו וילדה, זה אומר: עד שלא מכרתי ילדה; וזה אומר: משלקחתי ילדה, אפילו אמר המוכר: איני יודע, על הלוקח להביא ראיה, אע"פ שהפרה עומדת באגם והשפחה עומדת בסימטא, הרי הן בחזקת המוכר עד שיביא הלוקח ראיה".

המשפטים להחזיק את החפץ... ולפי זה מה שאמרו חז"ל כללי ההלכות בספיקו של ממון, ודאי שמצאו כן על פי הכרעת השכל, שעל פי תורת המשפטים הדין נותן כן... והנה הלאו של איסור גזל הוא שלא יגזול איש מחבירו דבר שעל פי תורת המשפטים הוא של חבירו, וכן לא יעשוק שכר שכיר מה שעל פי משפט התורה<sup>78</sup> הוא חייב לשלם. ואיך שייך לדון שיחוש מי שיעכב הממון תחת ידו על פי משפט התורה לאיסור גזל? אם הממון הוא שלו על פי משפט התורה איזה איסור גזל אפשר בזה... (שערי ישר, שער ה פרק א)

וכך מנוסחים הדברים, בגירסה מוקדמת יותר, בחידושי הגרש"ש מתקופת טלז:

דבאמת גם בכל ספק ממון יש לדון משום ספק גזל... אלא הטעם בזה דענין גזל הוא אם מעכב תחת ידו ממון של אחרים. ומשום הכי בכל גזל צריך קודם לחקור על החפץ מי הם הבעלים, וענין שם הבעלים אינו תלוי כלל באיסור גזל. וכל דין ספק ממון דאמרינן "המוציא מחבירו עליו הראיה" הוא על דין הממון... ולפי זה ניחא בספק גזל דמותר, כיון שמדין שם הבעלים כל ספק ממון הוי הוא בעלים גמורים... ולפי ערך אופן דין הממון נגרר דין איסור גזל כמובן (חידושי רבי שמעון יהודה הכהן [שקופ], מסכת נדרים, ניו-יורק תשי"ב, סי' ז, עמ' 13).<sup>79</sup>

78 הגרש"ש פתח ב"תורת המשפטים" וסיים ב"משפט התורה", וכן בסמוך. ומכאן משתמע, שוב, ש"תורת המשפטים" כוללת גם כללים שמקורם בתורה עצמה. וכפי שהסברנו, המאפיין של חיובי הממון שב"תורת המשפטים" אינו המקור הנורמטיבי של הכללים המשפטיים, אנושי לעומת אלוהי, אלא אופיים של חיובי הממון שאינם בגדר מצוות וכללי התנהגות.

79 וראו סיכומו של הגר"ח שמואלביץ, תלמידו של הגרש"ש, במחברותיו מתקופת גרודנא, בתוך: ספר הזכרון לר' חיים שמואלביץ, ירושלים תשמ"מ, עמ' תיא: "הנה עיין בדברינו בסוגיה דריש שנים אוחזין, שביארנו בענין דקיימא לן בכל מקום דספק ממון לקולא אף דהוי גם ספק לאו דלא תגזול, ואמאי לא הוי ספק איסור? ... וביארנו דהאיסורים בכל מקום תולדה המה מה'שלו' ומה'חיוב', וביארנו דענין ד'שלו' הוא מה שעפ"י שכל האנושי צריך שישאר אצלו, והלאו הוא תולדה מזה. ומשום הכי בספק נתחלף [נראה לי שצ"ל "נסתלק", כמו בהמשך המשפט] הענין דשלו ונסתלק החיוב. ועיין שם שביארנו שזהו שכל האנושי בענין זה, שישאר הדבר אצל המוחזק להשתמשות, וממילא אזלו להו [=הלכו להם] האיסורים בתולדה, עיין שם באריכות ובביאור". והשוו גם שערי ישר, שער א, פרק כ, עמ' סג: "דאיסור גזל תלוי במשפט של הממון, וכל ממון שעפ"י דין תורת ממון הוא ראוי לזה, השני החוטף חשוב גזלן ועובר בלאו. וכשאנו מחליטים עפ"י דין תורת ממון שדינו 'אי תפס לא מפקינן מיניה' הוא ענין שלפי מצב הביטוחים

התשובה מתבססת על אנליזה של איסור גזל, אשר נשענת על ההבחנה שהצגנו בפרקים הקודמים בין "איסור גזל", שהוא כלל חובה, לבין כללי הקניין, שהם כללים המגדירים מצבי עניינים משפטיים. איסור גזל אינו מגדיר את זכויות הקניין של הצדדים, אלא מניח את קיומן ואוסר לפגוע בהן. מכאן שהספק הממוני איננו מתעורר במישור האיסורי, אלא במישור של דיני הקניין, וכשנפתר הספק הקנייני ונקבעה זהות הבעלים – נקבעת גם השאלה האיסורית על פי הקביעה הקניינית. אם הספק הוא קנייני, הרי שהכרעת הספק צריכה להיעשות באמצעות כללי הכרעה קניינים ולא באמצעות כלל ההכרעה האיסורי "ספיקא דאורייתא לחומרא" (שמתייחס רק ל"ספק איסור"). כך גם בדוגמה שהבאנו לעיל: המחזיק בעגל מסתפק אם הוא עובר על איסור גזל בכך שהוא מחזיק את העגל ברשותו. ואולם ספק זה מושגת כאמור על הספק הקנייני: למי שייך העגל? וכשנפתר הספק הקנייני נפתר גם הספק האיסורי. הכללים "יחלוקו" (עפ"י שיטת סומכוס)<sup>80</sup> או "ספק ממון להקל" (עפ"י שיטת חכמים) הם כללי קניין, ומי שזוכה בעגל או בחציו מכוח כללי הקניין הללו נחשב לבעלים ודאי על מה שברשותו.<sup>81</sup> עתה ברור שלאחר ששאלת הבעלות הוכרעה, שוב לא מתעוררת השאלה של ספק גזל, שכן העגל (או מחציתו) שייך בודאות למחזיק בו, ואין הוא צריך לחשוש כלל לאיסור גזל.<sup>82</sup>

נשתנה אצלנו קנין הבעלים בנוגע להשתמשות... ומשום הכי ליכא בזה ספק גזל, שכל אחד משתמש לפי זכותו".

80 יש לשים לב לכך שניסוח הכללים עלול להטעות, ומה שקובע הוא הניתוח המושגי של הכלל ולא ניסוחו הפורמלי. כך למשל הכלל "יחלוקו" שמופיע במשנתנו (עפ"י שיטת סומכוס) מנוסח ככלל התנהגות המורה על חלוקת הטלית, וניתן לחשוב שהוא אכן כלל התנהגות המורה על חלוקה. ואולם, לפי הגרש"ש מדובר כאן לאמיתו של דבר בכלל קנייני שקובע שלכל אחד מהצדדים יש בעלות על מחצית מהעגל. וכפי שהגרש"ש כותב במקום אחר, הצדדים אינם צריכים לעשות מעשה קניין נוסף כדי לזכות במחצית העגל, אלא זכות הקניין נובעת מהכלל הזה עצמו (שערי ישר, שער ה, פרק ו, עמ' יז).

81 כך למשל אם המחזיק בעגל יקדש בו אשה, היא תהיה ודאי מקודשת ולא רק ספק מקודשת, ראו שערי ישר, שער ה, פרק ה, עמ' כז-כח, ובניגוד לדעת בעל קונטרס הספיקות בעניין זה.

82 על פי זה טוען הגרש"ש שבמצבים בהם מצב העניינים הקנייני ברור והספק מתייחס לאיסור גזל צריך להחמיר כדין כל ספק איסור מהתורה (ובניגוד לדברי בעל התומים שספק גזל לקולא). וכגון בהשבת אבידה לאדם שיש לגביו ספק אם הוא ישראל או גוי. במקרה זה החפץ שייך לאותו אדם מבחינה קניינית, והשאלה היא רק אם חל במקרה זה איסור גזל (וחיוב השבת אבידה), וכאמור מספק יש להחמיר. וראו שו"ת מהרש"ם, חלק א, סי' קנא, שכתב גם כן שספק גזל להחמיר (אבל לא הבחין בין הספק האיסורי לספק



מהלך זה של הגרש"ש בנוי כולו רק על ההבחנה שבין מצוות ואיסורים (כללי חובה) לבין כללי הגדרה משפטיים. אמנם, בתוך הדברים מזכיר הגרש"ש שכללי הספק הקניינים נקבעו על ידי חכמים ולא על ידי הצייווי האלוהי, ואיזכור זה עלול להטעות את הקורא וליצור את הרושם שעיקר התשובה לשאלת מהר"י באסן נעוץ בזיהוי המקור הנורמטיבי של כלל הקניין.<sup>83</sup> הבנה מוטעת זו נתקלת בקשיים בהמשך הקטע, בו הגרש"ש מכנה את כללי הקניין "משפט התורה", וכן בפרקים הבאים בהם הגרש"ש מציין במפורש שיש כללי קניין נוספים שמקורם בדין תורה. ובאמת תשובתו של הגרש"ש אינה תלויה כל עיקר בשאלת המקור הנורמטיבי של כללי הקניין. ההבחנה היסודית היא, כאמור, בין כללי חובה שמקורם בצייווי ("מצוות" בלשונו של הגרש"ש), כולל איסור גזל, לבין כללי הקניין שהם כללי הגדרה תיאוריים ("משפט התורה" בלשונו של הגרש"ש), יהיה מקורם הנורמטיבי אלוהי או אנושי. הכלל "ספק דאורייתא לחומרא" מתייחס רק לספק איסור דאורייתא, ולא לספק שמתעורר ביחס לתחולתו של כלל קניין, גם אם מקורו בתורה, שבו אנו מחילים את הכלל "ספק ממון להקל" על הנתבע המחזיק בכסף.<sup>84</sup>

שאלת מהר"י באסן נידונה בספרות האחרונים לא מעט, והוצעו לה תירוצים מתירוצים שונים. המהלך של הגרש"ש משקף יפה את שיטת החשיבה החדשה שהתפתחה בישיבות ליטא, שאינה מחפשת "תירוצים" לקושיות, אלא ניגשת לבירור העניין מבחינה מושגית ואנליטית. ואכן, מהלך

הממוני), והביא ראיה מסוגיית בבא קמא צט ע"ב "מנעך מספק גזילה", וכן ציין למגיד משנה, הלכות גנבה ו, ט שמשמע שספק גניבה אסור, ולרמ"א חו"מ סוף סי' שנה; וראו שם גם חלק ב, סי' רכד.

83 ראו לעיל הע' 49.

84 יתירה מזאת, נראה שקושיית מהר"י באסן עצמה מניחה כבר שהכלל "ספק ממון להקל" נקבע על ידי חכמים מכוח הסברה (והרי כך נאמר במפורש בתלמוד, בבא קמא מו ע"ב, שהכלל "המוציא מחבירו עליו הראיה" נלמד מכוחה של הסברה "דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא"), שהרי אילו "ספק ממון להקל" היה כלל מדאורייתא, ניתן היה לתרץ את השאלה בפשטות, ולומר שלאיסור גזל נתייחד כלל מיוחד שקובע שספיקו להקל (ואכן זהו בעצם תירוצו של בעל התומים, שבאיסור גזל נאמר כלל מיוחד בשונה משאר האיסורים שספיקו להקל, אבל הגרש"ש דחה את דבריו בטענות שונות, ראו: שערי ישר, שער ה, פרק א, וכן חידושי נדרים הנ"ל, סי' ז). תשובתו של הגרש"ש אינה נסמכת אפוא על המקור הנורמטיבי של כללי הספק ושאר הכללים הקניינים, אלא על ההבחנה המושגית בין איסור גזל לכללי קניין.

זה של הגרש"ש מופיע בניסוחים שונים גם בחיבורים אחרים מבית המדרש הליטאי.<sup>85</sup> הגרש"ש עצמו מציין שהרעיון מופיע, אם כי בקיצור, בספר "קונטרס הספיקות",<sup>86</sup> אשר משתייך לקבוצה של חיבורים שבישרו את המהפכה הליטאית והשפיעו באופן עמוק על עיצוב דרך הלימוד החדשה בכלל ועל דרכו של הגרש"ש בפרט.

זאת ועוד, מהלך דומה מאוד מופיע מאות שנים מוקדם יותר בתשובה של הרשב"ץ (צפון אפריקה, המאה הי"ד) בעניין "דינא דמלכותא דינא". בתוך התשובה מעיר הרשב"ץ שהכלל "דינא דמלכותא דינא" חל רק על דיני ממונות ולא על דיני איסור והיתר, ומיד הוא שואל, בדומה לקושיית מהר"י באסן: הרי כל דין ממון נוגע באיסור גזל, ואם כן כיצד נוכל להבחין לעניין זה בין דיני ממונות לאיסור והיתר? בתשובתו מסביר הרשב"ץ, בדומה לקונטרס הספיקות ולגרש"ש, שאיסור גזל נגרר אחר הקביעה הממונית:

מילתא פשיטא היא שבכל דבר שיש בו איסור אי אפשר לומר "דינא דמלכותא דינא" להתירו, דבענין ממון הוא דאמרינן הכי, אבל דבר שיש בו איסור – זה לא אמרו אדם מעולם. ואל תשיבני מדין גזל שיש בו איסור, ודינא דמלכותא ביה דינא, תדע דהא קטלי דקלי ועבדי גשרים ועברי עליהו, ואי לאו משום דדינא דמלכותא דינא הוה אסיר למעבר עליהו, ומשום דינא דמלכותא שרי. דשאני התם, שהאיסור שבו אינו אלא מחמת ממון, וכיון שבממון דיניה דינא חזר האיסור היתר גמור, שהרי אין כאן גזל, שבדין קטלי דקלי דדיניה הוא בהכי. אבל באיסורא דלאו כהאי

85 ראו, למשל: חידושי הגרנ"ט (השלם), ירושלים תשמ"ט, נדרים, סי' נט; וכמובן אצל תלמידי הגרש"ש: הרב עמיאל בספר היובל (לעיל הע' 4), עמ' 43-44 (שמצטט מחיבורו "דרכי משה"); ר' אלחנן וסרמן, קובץ שיעורים, בבא בתרא, אות רנח: "והנה בכל ספק ממון דקולא למוחזק ולא אסרינן ליה מטעם ספק איסורא דגזל, היינו משום דאיסור גזל הוא בתולדה מדיני ממון, וכיון דבדיני ממון שייך להמוחזק ליכא איסור גזל". ועוד. כיוצא בזה כתב ר' משה פיינשטיין במכתב משנת תרפ"ב, נדפס בשו"ת אגרות משה, יורה דעה, א, סי' קנ.

86 קונטרס הספיקות (ר' יהודה בן יוסף הכהן, המאה הי"ט), כלל א סי' ו: "וראה לי דפירוקא דהאי מילתא כך הוא, שלא אסרה התורה את הגזל אלא מה שהוא של חברו מצד הדין, אבל מה שהוא שלו מצד הדין לא אסרה עליו התורה, והילכך ספק ממון שהדין בו 'המוציא מחברו עליו הראיה' גם דררא דאיסורא לית בה כשאינו מחזירה". בעל קונטרס הספיקות כותב שתשובתו זו דומה לתשובה שהציע בעל התומים לשאלת מהר"י באסן, שספק גזל לקולא, אך בצדק העיר הגרש"ש כי אלו תשובות שונות ואין הן דומות זו לזו כל עיקר.

גוונא ליכא למימר דשרי משום דינא דמלכותא דינא. וזה פשוט לילדים, והאריכות בו – מותר (תשב”ץ, א, סי’ קנח).<sup>87</sup>

ואולם, מה שהיה פשוט כל-כך לרשב”ץ לא היה כפי הנראה פשוט לחכמים שבאו אחריו, עד לדורם של בעל קונטרס הספיקות וראשי ישיבות ליטא האחרונים. זאת ועוד, דומה שלעומת הרשב”ץ והבאים אחריו, שהשתמשו בהבחנה זו כדי ליישב קושיות מקומיות, ניכרת דרכו המיוחדת של הגרש”ש בסוגיה זו, שהרחיב את המהלך ושילב בתוכו את הברור המושגי שבאמצעותו עמד על אופיים של החיובים הממוניים ועל גדרי כללי “תורת המשפטים”, וכפי שנראה מיד.

בפרק ב’ של השער החמישי עובר הגרש”ש לדון במצבי ספק שמתעוררים ביחס לחלותו של חיוב ממוני. נעיין, למשל, בדוגמה של יורשים (גדולים) שיודעים שאביהם לווה כסף מפלוני אך אינם יודעים אם הספיק לפרוע את החוב קודם פטירתו. האם הם חייבים לפרוע את חוב אביהם מכספי העיזבון? גם במקרה זה הכלל הוא ש”המוציא מחבירו עליו הראיה”, והיורשים פטורים מלשלם את החוב למלווה, ושוב מתעוררת שאלתו של מהר”י באסן, מדוע לא נקבע שבמקרה כזה על היורשים להחמיר על עצמם מספק, שמא הם גוזלים את הלווה, או באופן מדויק יותר: שמא הם עוברים על מצוות “פריעת בעל חוב” שהיא מצווה מהתורה? והרי במקרה זה לא נוכל להשיב ולומר שהספק הקנייני מוכרע על-ידי כללי קניין ובכך נפתר גם הספק האיסורי, שכן במקרה זה מדובר בספק חיוב ולא בספק קנייני!<sup>88</sup>

87 תרגום לעברית: “דבר פשוט הוא שבכל דבר שיש בו איסור אי אפשר לומר ‘דינא דמלכותא דינא’ להתירו, שבעניני ממון הוא שאנו אומרים כן, אבל דבר שיש בו איסור – זה לא אמרו אדם מעולם. ואל תשיבני מדין גזל שיש בו איסור, ודינא דמלכותא בו דינא, וראיה לכך, שהרי המלכות קוצצת דקלים (=פרטיים) ובונה גשרים ועוברים עליהם, ואם לא משום שדינא דמלכותא דינא’ היה אסור לעבור עליהם, ומשום דינא דמלכותא הדבר מותר – שכן שונה הוא המקרה של איסור גזל, שהאיסור שבו אינו אלא מחמת ממון, וכיון שבממון דינו (של המלך) דין, הפך האיסור להיתר גמור, שהרי אין כאן גזל, שבדין הם קוצצים את הדקלים, שהרי דינו של המלך דין הוא בעניין זה. אבל באיסור שאינו מסוג זה (של איסור גזל), אין לומר שהוא מותר משום הכלל ‘דינא דמלכותא דינא’. וזה פשוט לילדים, והאריכות בו – מותר”.

וראו: מ’ אלון (לעיל הע’ 19), עמ’ 118-119, במסגרת הדיון שלו על ההבחנה בין איסורא לממונא.

88 “לכאורה ספק חיוב הוא ספק מצות עשה דספיקא לחומרא כספק איסורא, ואיך יפרש

כדי לענות על שאלה זו מפתח הגרש"ש את המהלך שהצגנו לעיל, שלפיו גם מצוות "פריעת בעל חוב" אינה יוצרת את החיוב הממוני אלא מניחה את קיומו. החיוב והזכות הממוניים קודמים למצוה הדתית, והמצוה הדתית רק מוסיפה את הרכיב של חובת ההתנהגות המוטלת על החייב לשלם לבעל הזכות את הכסף שמגיע לו. בכך נפתרת שאלת מהר"י באסן גם במקרים של ספק חיוב, שכן הכלל המשפטי "המוציא מחבירו עליו הראיה" קובע שהחיוב הממוני אינו חל במקרה של ספק, ומכאן שה"ספק מצווה" נפתר מעצמו גם הוא, שכן כבר אין כאן "חיוב ממוני" שיש לשלמו. נקרא מקצת מהדברים בלשונו של הגרש"ש:

ונראה לעניות דעתי דענין שיעבוד הגוף<sup>89</sup> בכל חיובי ממון הוא דין משפטי, שהאדם מחויב ועומד להמציא מנכסיו לחבירו כך וכך, שחיוב זה הוא חיוב משפטי גם בלי מצות התורה, כשם שסוג הקנינים וחוקי הבעלים בנכסים הוא דבר משפטי גם בלי אזהרת "לא תגזול". וכמו שביארנו לעיל [=בפרק א] דלא יתכן בשום פנים לומר דהענין מה שאנו מייחסים החפץ לראובן הוא מחמת ששמעון מוזהר על פי התורה שלא לגזול ממנו, אלא הדבר הוא בהיפוך, דאיסור גזילה הוא לאחר החלטת הענין בחוקי גבולי הבעלים. כמו כן נראה דגם "מצות פריעת בעל חוב" היא אחר החלטת ענין החוב על פי דין משפטי, שאם חל על ראובן חיוב תשלומים מסוג חוקי המשפט, אז הוסיפה התורה אזהרה ומצוה לשמור ולשלם חיובו שחייב על פי החוק המשפטי...

ומשום הכי בספק חיוב ממון, דמצד דין המשפטי הוא פטור, מדין "המוציא מחבירו [עליו הראיה]", ממילא ליכא [=אין] בזה מצות פריעת בעל חוב, ולא שייך בזה לדון על ספק מצות עשה כספק שאר קיום מצות ה', דעיקר המצוה בזה לקיים השלמת השיעבוד והזכות שיש לחבירו עליו עפ"י חוקי המשפטים (שערי ישר, שער ה פרק ב).

אחת הראיות שמביא הגרש"ש לקיומו העצמאי של החיוב הממוני ולקדימותו למצווה הדתית, נסמכת על ההלכה המקראית בעניין תפיסת העבוט של

רב פפא [=שסובר ש"פריעת בעל חוב מצווה"] כל הדינים המפורשים במשניות וברייתות, דבספק חיוב הוא פטור משום המוציא מחבירו עליו הראיה? (שערי ישר, שער ה, פרק ב).

89 לשימושו של הגרש"ש במונח זה ראו להלן ליד הע' 107.

הלווה,<sup>90</sup> שלפי חלק מהראשונים היא המקור למצוות פריעת החוב. ואלו דבריו:

וכן יש להוכיח מן הכתוב שבו גלתה תורה מצות פריעת בעל חוב, כמו שכתבו הראשונים ז”ל, והוא מה שכתוב בתורה: “והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט” (דברים כד, יא)<sup>91</sup>, שהכתוב מצוה עליו [=על הלווה] לעשות כן, כמו שכתב הרמב”ן ז”ל.<sup>92</sup> ואם נאמר דשיעבוד הגוף הוא מצווה גרידא, ובלעדי המצווה אין כל זכות למלווה על הלווה, איך אומר הכתוב ש”אתה נושה בו יוציא”, הלא מה שיש לו הכוח להיות נושה בו הוא רק על ידי המצווה הזאת שאמרה תורה “יוציא אליך [את] העבוט”, והיה ראוי לכתוב בתורה תחילה המצווה שישלם הלווה, ואז אפשר להחשיב המלווה כנושה בלווה מחמת המצווה! אלא ודאי הוא נושה בו מחמת השיעבוד המשפטי, מחמת הנאת הכסף שלוה ממנו או מחמת שנשתעבד לו על ידי הכסף כמו שאר הקניינים, והתורה צוותה

90 הוכחות מהמקרא, שאינן רגילות בספרות הרבנית, אופייניות לגרש”ש. ראו: שגי (לעיל הע’ 29), הע’ 19. והשוו גם: שערי ישראל, שער ה, פרק ו, עמ’ יט: “וכן משמע מפשטות הכתוב בפרשת קרח” וכו’.

91 “כי תִּשֶׂה בְרֵעֶךָ מִשְׁאֵת מְאֻמָּה לֹא תָבֵא אֵל בֵּיתוֹ לְעִבְט עֲבֹטוֹ. בַּחוּץ תַּעֲמֹד וְהָאִישׁ אֲשֶׁר אֵתָה נֹשֶׂה בוֹ יוֹצִיא אֵלֶיךָ אֶת הָעֲבוֹט הַחוּצָה. וְאִם אִישׁ עֲנִי הוּא לֹא תִשְׁכַּב בְּעֲבֹטוֹ. הָשֵׁב תָּשִׁיב לוֹ אֶת הָעֲבוֹט כִּבּוֹא הַשָּׁמֶשׁ וְשָׁכַב בְּשִׁלְמָתוֹ וּבִרְכֶכָּה וְלֶךְ תִּהְיֶה צְדָקָה לְפָנָי ה’ אֱלֹהֶיךָ” (דברים כד, י-יג).

92 חידושי הרמב”ן, בבא בתרא קעה ע”ב (ד”ה ואיכא דקשיא ליה): “ופריעת בעל חוב מצוה דקאמר היינו מהכא: ‘והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט’, שהכתוב מצוה עליו לעשות כן. ולא כדברי רש”י ז”ל שפירש: מצוה מ’זוהין צדק’ שיהא הן שלך צדק, דההוא שלא ידבר אחד בפה ואחד בלב הוא, אלא מהאי קרא ד’והאיש’ קאמר מצוה”. וכן כתב גם הריטב”א בחידושי לכתובות פו ע”א ד”ה לדידך. לעניין הלימוד מפסוק זה ראו גם: ב’ ליפשיץ, “שעבודא דאורייתא” – בין חיוב לבטוחה”, עיונים במשפט עברי ובהלכה, א’ אנקר וס’ דויטש (עורכים), רמת-גן תשנ”ט, עמ’ 205-235.

בכמה מקומות התקשה הגרש”ש מדוע לא נאמר שיש באי פריעת החוב משום איסור גזל ממש. כך, למשל, בחידושי בבא קמא, סי’ ה, עמ’ 11, הוא מעיר: “אלא דבישראל אם לא קיים חובו שמוטל על גופו [=ולא פרע את החוב] איכא [=יש] עבירה שלא קיים מצות פריעת בעל-חוב. ואף שלדעתו הוא בגדר גזילה כיון שיש לחבירו עליו שיעבוד הגוף, אך כיון דמכל מקום ליכא דבר בעין ליכא לאו ד’לא תגזול’, אלא שעוקר העשה של פריעת בעל חוב”. ונראה שנעלמה מהגרש”ש תשובתו הידועה של הרדב”ז, חלק ב, סי’ תרי, שכתב סברה דומה, ופירש שמצוות פריעת בעל-חוב כלולה במצווה “והשיב את הגזילה אשר גזל”, שעניינה תשלום כל ממון שהוא מחוייב לחבירו.

שישלם מה שהוא משועבד. ולפי זה מוכיחים הדברים שהשיעבוד והזכות קדים להמצוה, ויוכל השיעבוד להתקיים בלי המצוה. רק להיפוך, בלי הזכות והשיעבוד המשפטי, ליכא [=אינן] שום מצווה (שם עמ' ז).<sup>93</sup>

נחזור ונדגיש: ההבחנה בין המצווה הדתית לבין החיוב המשפטי אינה תלויה בהקשר זה בהבחנה בין דין תורה שמבוסס על ההתגלות לבין משפט שמבוסס על השכל והסברה. אכן, הגרש"ש סבור שרוב החיובים המשפטיים נקבעו על-ידי חכמים מכוח הכרת השכל והסברה, אך יש גם חיובים משפטיים שמקורם בתורה עצמה. כך למשל חיובי קנסות שבתורה, כגון חיובו של גנב בתשלומי כפל (לאחר פסק דין של בית הדין). חיוב זה אינו מטיל על הגנב מצווה דתית לשלם תשלומי כפל לבעלים (בדומה למצווה המוטלת על מי שנדר דינר לעני), אלא קובע שעל הגנב מוטל חוב כספי, ולכן תועיל תפיסה מצדו של הנגנב, ובמקביל יחול החוב של תשלומי כפל גם על כספי העיזבון. אם יש גם מצווה דתית לשלם את תשלומי-הכפל, הרי שמקורה יכול להיות באיסור "לא תגזול", במשמעות הרחבה של "אל תעכב בידך ממון שמגיע לאדם אחר", או במצווה של "פריעת בעל-חוב מצווה".

מן ההבחנה בין תחום האיסורים והמצוות לתחום החיובים הממוניים נובע איפוא שהחיוב הממוני יכול להתקיים גם בהעדרה של מצווה. חיוב ממוני יכול לחול אפוא גם על קטין, למרות שאין הוא מצווה בפריעת החוב או בהשבת הגזילה. בדומה חיובים ממוניים יכולים לחול גם כלפי גוי, גם אם הם אינם מגובים באמצעות המצוות הדתיות. כך למרות ש"הפקעת הלוואתו (=של הגוי) – מותרת" החיוב הממוני כלפיו בעינו עומד, על ההשלכות השונות שיש לכך.

יתירה מזאת, הזכרנו בראשית הדברים שלעתים חיוב משפטי עומד בסתירה לאיסור דתי, כמו למשל בחוזה הלוואה נושאת ריבית. מבחינה

93 דברים דומים כתב ר' אלחנן וסרמן, קובץ שיעורים, חלק א, בבא בתרא, אות תרסח, בהסבר השיטה ש"פריעת בעל-חוב מצווה", ונראה שקיבלם מרבו הגרש"ש: "כיון דהמצוה היא פריעת בעל חוב, על כרחינו דאיכא [=שיש] בעל חוב קודם המצוה, שהרי המצוה היא לפרוע את החוב. ואילו לא היה חוב לא היתה מצוה כלל. והחילוק בין מצוה זו לשאר חיובי מצוה, דהכא המצוה היא בתולדה מהחוב, ובשאר חיובי מצוה להיפוך, דהחוב הוא בתולדה מהמצוה".

משפטית הלווה חייב למלווה את כספי הריבית כפי שהתחייב, אבל האיסור הדתי קובע שאסור לו לשלם את כספי הריבית מדין תורה. ובכל זאת, החיוב הממוני בעינו עומד, ולכן אם המלווה תפס את כספי הריבית – הוא יזכה בהם ואין בכך משום איסור גזל, ואם קידש בהם אישה – היא מקודשת. אם נדייק בעניין קצת יותר, נראה שלאמיתו של דבר אין כל סתירה בין החיוב הממוני לאיסור הדתי, שכן הם חולשים על שני מישורים שונים, האיסור הוא כלל התנהגות, ואילו החיוב הממוני איננו כלל התנהגות אלא “מצב עניינים” משפטי.<sup>94</sup> כך כותב הגרש”ש בעניין זה:

והנה למדנו מזה בעיקר יסוד ענין שיעבוד הגוף [=זכות הממון של בעל הזכות] ענין נפלא, דגם היכא [=היכן] שמצד מצות ה' איכא [=יש] איסור על הנותן ליתן ועל המקבל לקבל [=את כספי הריבית], חשבינן מכל מקום דאיכא [=שיש] חוב, משום דהשיעבוד והזכות מצד דין המשפטי אינו ענין כלל לכללי המצוות ודיני האיסור (שערי ישר, שער ה פרק ג, עמ' ח). דבריבית של תורה חוב ריבית הוא חיוב כשאר חיובי ממון, אלא שאסרה תורה לשלם חוב זה, ואם גבה גם בעל כורחו של הלווה זכה בממון ככל פריעת בעל-חוב, אלא שמצוה<sup>95</sup> עליו להחזיר (שם, פרק ד, עמ' י).

לפני שנסיים סעיף זה ברצוני לעמוד על טענה נוספת שמחדדת את ההבחנה בין כללי חובה (מצוות) לבין חיובי ממון: תוכנה הממוני של נורמה אינו מלמד בהכרח שמדובר בחיוב ממון, וניתן להצביע על מצבים שבהם מוטלת על האדם מצווה לשלם ממון לחברו, בלא שיחול עליו חיוב ממוני כלשהו. זו היא איפוא דוגמה הפוכה למצבים שראינו עד כה שבהם חל על האדם חיוב ממוני בלא שתחול עליו מצווה דתית לקיים את החיוב הממוני הזה.

94 על פי זה יש להרהר אחר דבריו של א' שגיא במאמרו (לעיל הע' 29), הע' 60, ש"המהלך של הרב שקופ דומה למהלכו של ההוגה הדני הידוע קירקגור, בספרו חיל ורעדה. גם אצל קירקגור 'השהיית האתי' במקרים חריגים כעקידת יצחק, מצביעה דוקא על אימון של האתי וחריגות ההשהיה". לטעמי, העניינים אינם דומים זה לזה. הציווי על עקידת יצחק ממוקם במישור האתי וסותר אותו, וניתן לומר שבציות לציווי יש משום "השהיית האתי". לעומת זאת, לווה שאינו משלם את כספי הריבית אינו "משהה את החיוב המשפטי", שכן כאמור החיוב המשפטי מצד עצמו אינו מטיל חובת התנהגות.

95 כלומר מוטלת על המלווה מצווה (דתית) להחזיר את כספי הריבית שקיבל, אבל מבחינה משפטית הוא זכה בכספי הריבית ללא ערעור (מכאן שללווה אין כוח לתפוס את כספי הריבית בחזרה).

נעיינ בדוגמה שמביא הגרש"ש: אדם נודר לתת מאה דינר לעני פלוני. האם החובה המוטלת עליו לקיים את נדרו דומה לחיובו המשפטי של הלווה לפרוע את החוב? האם לאותו עני יש זכות כלשהי על הכסף? תשובתו של הגרש"ש היא שלילית. החובה לקיים נדר היא "מצווה", כלומר כלל התנהגות שמטיל על האדם חובה לקיים את נדרו. אם הוא נדר לצום – הוא חייב לצום, ואם הוא נדר לתת לפלוני מאה דינר – הוא חייב לקיים את הנדר ולתת לפלוני מאה דינר, אך הוא אינו "חייב לפלוני מאה דינר". הנדר יצר איפוא חובה (מצווה) שתוכנה קשור בנתינת כסף, אך הוא לא יצר "חיוב ממון" על הנודר והוא לא הקנה לעני זכות ממון כלשהי. משום כך העני אינו רשאי לעשות דין לעצמו ולתפוס את הכסף, ואם הוא תפס את הכסף אין בכוחו לרכוש עליו בעלות. נפקות אחרת תהיה לעניין חיובם של יורשים: מצווה דתית אינה מחייבת את היורשים, ולכן אם הנודר מת – אין יורשיו חייבים לקיים את נדרו (בשונה מחיוב כספי שמוטל על כספי העיזבון ומחייב את היורשים).

נביא מקצת מדבריו של הגרש"ש בעניין זה:

בחוב ישנם שני הדינים הנ"ל: היינו דאם חייב לחבירו מאה זוז, יש לתובע קצת קניין בנכסים של הנתבע בערך סך כזה, ואינו כחיוב מצוה בלבד מצד הלווה, כחיוב אכילת מצה והנחת תפילין. וזה החילוק מבואר, דהרי אם נדר לעני ומת [=הנודר], אין היורשים חייבים לשלם, ואם התחייב בקנין חייבים לשלם. ועל כרחנו מוכרח הדבר לומר, דבהתחייבות הוא כעין קנין שיש לפלוני אצלו כסכום ההתחייבות, ובצדקה אין להעני כלום, רק שהוא [=הנודר] מחוייב לקיים המצוה של צדקה (חידושי הרב שמעון יהודה הכהן [שקופ], מסכת בבא קמא, ניו-יורק תש"ז, סי' ה עמ' 8).

מצויידיים בתובנות אלו נצטרך עתה לבחון כל נורמה ממונית (בין מדאורייתא ובין מדרבנן) ולהעלות את השאלה האם מדובר במצווה אשר מטילה חובת התנהגות (דוגמת המצווה המוטלת על הנודר הנזכר) או בחיוב ממוני-משפטי אשר מקנה לזולת זכות ממונית. שאלה זו היא שאלה פרשנית, ולא תמיד קל להשיב עליה. כך למשל: האם מתנות כהונה, כגון תרומה ומעשר בהמה, הן מצוות, כלומר כללי חובה שמטילים על הישראל חובת התנהגות לתת לכהן את התרומה או את מעשר הבהמה (לאחר שהופרשו), או שמא מדובר בחיובים ממוניים אשר מקנים לבני שבט הכהנים זכויות ממוניות על התרומה שהופרשה ועל בהמת המעשר (כולל כוח לתפוס את המגיע להם)?



לשאלה פרשנית זו יש נפקות לעניין כללי ההכרעה במצבי ספק. האם צריך לתת לכהן "ספק מעשר בהמה"? אם נניח שמדובר במצווה דתית, הרי שספיקה להחמיר,<sup>96</sup> אך אם התורה מטילה על הישראל חיוב כספי ומקנה זכות כספית לכהן, הרי שבמצב של ספק יחול הכלל "ספק ממון להקל". דוגמה זו נידונה בסוגיית "תקפו כהן" המפורסמת, שהגרש"ש הרחיב עליה את הדיבור וניתח אותה על פי המודל שהצגנו כאן. נציין רק שהגרש"ש הראה שמתנות כהונה אינן רק מצווה המוטלת על הבעלים, אלא הן מקנות לכהנים זכויות ממוניות.<sup>97</sup>

### ה. סוגיית "פריעת בעל חוב מצווה"

לכאורה כל המהלך של הגרש"ש ביחס לחיובים הממוניים שנוי במחלוקת אמוראים. בשלוש סוגיות בתלמוד מופיעה שיטתו של רב פפא ש"פריעת בעל חוב מצווה", ומהן משתמע לכאורה שלידו של רב פפא המקור היחידי לפריעת החוב הוא מצווה דתית, ושמלבד המצווה לא מתקיים כל חיוב ממוני אחר. מתוך הסוגיות משתמע גם שישנה דעה חולקת, של רב הונא בריה דרב יהושע, שלפיה אכן יש חיוב משפטי שאינו תלוי במצווה הדתית, ולפי רוב הראשונים מחלוקת זו תלויה בשאלה אם "שיעבוד נכסים" מדאורייתא. לבירורה של סוגיה זו נפנה עתה.

בערכין כב ע"א למדנו:

אמר רב נחמן: מרישא לא הוה מיזדקינא לנכסי יתמי, כיון דשמענא להא דרב הונא חברין משמיה דרב: יתמי דאכלי דלא דידהו ליזלו בתר שיבקייהו, מכאן ואילך מיזדקינא.  
מעיקרא מאי טעמא לא? אמר רב פפא: פריעת בעל חוב מצווה, ויתמי לא בני מיעבד מצווה ניהו. רב הונא בריה דרב יהושע אמר: אימר צורי אתפסיה.

96 כך גם במקרה הנודר דלעיל, שאם נפל ספק אם הוא קיים את נדרו, יצטרך להחמיר ולקיימו שנית כדין ספק דאורייתא.

97 "בכל מה שאמרה תורה וחייבה ליתן, הנה אם יהיה הדבר ההוא בעין, כמו תרומות ומעשרות ובכור בהמה, הקנתה התורה הדבר ההוא לזוכה. ואם הוא חיוב ממון וכדומה, דבר שאין בעין, זכתה התורה לזוכה זכות שעבוד" (שערי ישר, שער ה, פרק ב, עמ' ה).

מאי בינייהו? איכא בינייהו בשחייב מודה; אי נמי, שמתוה ומת בשמתיה. שלחו מתם: דשמתוה ומית בשמתיה. והלכתא כרב הונא בריה דרב יהושע.<sup>98</sup>

רב נחמן נהג שלא גבות חובות מנכסי יתומים קטינים, עד ששמע משמו של רב שהנהגה זו עלולה לפגוע ביתומים הקטנים, שכן מי שנהגה מממונם של אחרים מסתכן בנפשו. לשאלת התלמוד, מה היה טעמו של רב נחמן שמפניו נמנע מתחילה להיזקק לנכסי היתומים, משיב רב פפא שתשלום החוב לבעליו הוא מצווה, וקטינים פטורים מן המצוות. ואילו רב הונא בריה דרב יהושע (להלן: רב הונא) אומר שטעמו של רב נחמן היה בשל החשש שמא אביהם של היתומים כבר פרע את החוב, אבל אם ברור לנו שהוא עדיין לא פרע את החוב – אפשר לגבות מהיתומים הקטנים.<sup>99</sup>

לכאורה נראה הדבר שלשיטת רב פפא המקור הנורמטיבי היחידי לפריעת בעל חוב הוא המצווה הדתית, ומשום כך אם החייב הוא קטין שפטור מן המצוות אין כל חיוב על הקטין לשלם את חובותיו, ולבעלי החוב אין כל זכות

98 ובתרגום לעברית: אמר רב נחמן: בראשונה לא הייתי נזקק לנכסי יתומים [=להגבותם לבעלי החובות הנושים בנכסים]. כיון ששמעתי את דברי רב הונא חברנו משמו של רב: יתומים שאוכלים ממון שאינו שלהם ילכו אחרי מי שעזבם [=ימותו בעקבות אביהם], מכאן ואילך אני נזקק [=לנכסי יתומים להגבותם לבעלי החובות]. ומתחילה מה הטעם שלא היה רב נחמן נזקק לנכסי יתומים? אמר רב פפא: פריעת בעל חוב מצווה ויתומים לא בני עשיית מצווה. רב הונא בריה דרב יהושע אמר: החשש הוא שמא אבי היתומים נתן בחייו צרורות [של מעות] כפרעון בידי הנושה. מה ביניהם [=מהי הנפקות בין שני ההסברים הללו]? יש ביניהם כאשר החייב, אבי היתומים, הודה לפני מותו שהוא לא פרע את החוב כל עיקר. או גם [נפקות אחרת], במקרה שנידו את אבי היתומים ומת בנדויו [וברור שלא נתן צרורות בידי הנושה]. והלכה כרב הונא בריה דרב יהושע.

99 הסברו של רב הונא בריה דרב יהושע קשה במקצת, שכן אם רב נחמן חשש שמא אביהם של היתומים כבר פרע את חובו, אין זה סביר שלאחר ששמע את דבריו של רב יפסוק שיש לגבות מהיתומים את החוב למרות הספק, שהרי כגון זה אנו אומרים "ספק ממון להקל". ומסתבר ששיטת רב נחמן עולה טוב יותר עם שיטת רב פפא, ודברי רב הונא בריה דרב יהושע הועברו לכאן מסוגיית בבא בתרא קעד ע"א. וראו מ' אלון (לעיל הע' 48), עמ' 20, הע' 42, שהעלה שיקולים נוספים התומכים בכך שמקור המחלוקת בין רב פפא לרב הונא הוא בסוגיית בבא בתרא הנ"ל. מצד שני כתב ח' אלבק, מבוא לתלמודים, תל-אביב תשכ"ט, עמ' 650, שמקור הסוגיה במסכת ערכין ומשם הועברה למסכת בבא-בתרא, ראו שם ובראיותיו.

לשתי הצעות פירוש אחרות לסוגיה זו ראו: א' אדרעי, "מצווה על היתומים לפרוע חוב אביהם: על הכלל התלמודי ומשמעותו המשפטית", עיונים במשפט עברי ובהלכה, א'

לתבוע את תשלום החובות, ואף בית הדין אינו מושיט לבעלי החוב סעד כלשהו. ובמילים אחרות: המצווה הדתית היא שמכוננת את החיוב והזכויות הממוניות, ובהעדרה של מצווה דתית אין לחיוב ולזכות כל משמעות. לעומת זאת נראה, כי שיטתו של רב הונא היא, שהחובה לפרוע את החוב אינה רק מצווה דתית אלא יש בה גם חובה משפטית שיוצרת שיעבוד נכסים על העיזבון, ולכן באופן עקרוני אפשר לגבות את החוב גם מקטינים שפטורים מן המצוות.<sup>100</sup>

שיטתו של רב פפא מתחדדת בסוגיה הידועה שבכתובות פו ע"א, וכך אנו לומדים שם:

אמר ליה רב כהנא לרב פפא: לדידך דאמרת [=לשיטתך שאמרת] "פריעת בעל חוב מצוה", אמר לא ניחא לי דאי עביד מצוה, מאי [=אם אמר הלווה שהוא אינו רוצה לקיים את המצווה, מה יהיה הדין]?  
אמר ליה: תנינא, "במה דברים אמורים?<sup>101</sup> במצוות לא תעשה, אבל במצות עשה, כגון שאומרין לו 'עשה סוכה' ואינו עושה, 'לולב' ואינו עושה, מכין אותו עד שתצא נפשו".

רב כהנא שואל את רב פפא מהו הבסיס לכפיית הלווה אם הוא אינו רוצה לקיים את המצווה הדתית המוטלת עליו?<sup>102</sup> ומשמע שוב שלפי רב פפא אין

אנקר וס' דויטש (עורכים), רמת-גן תשנ"ט, עמ' 19-51 (מציע שבדברי רב פפא "פריעת בעל חוב מצווה" מתייחסים רק לפריעת חוב על ידי יתומים קטנים); ב' ליפשיץ (לעיל הע' 92), עמ' 224-227 (מציע פירוש חדש למונח "שעבודא דאורייתא" במשמעות של "חיוב מהתורה", ועפ"י הסבר זה הוא טוען שגם רב פפא מודה ש"שעבודא דאורייתא", ושלא כדברי הראשונים שהזכרנו לעיל שהתייחסו למונח "שעבודא דאורייתא" במשמעות של שיעבוד נכסים).

100 אבל ברור שגם רב הונא בריה דרב יהושע סבר שיש בפריעת החוב גם מצווה דתית שמטילה חובה לפרוע את החוב; ראו: אלון (לעיל הע' 48), עמ' 21 הע' 45, וכן בדברי זילברג המצוטטים בסמוך.

101 זהו חלק מברייתא שבתחילתה נאמר כפי הנראה שעונש מלקות מוגבל לשלושים ותשע מלקות בלבד, וממשיכה הברייתא ואומרת שהגבלה זו חלה רק על מלקות שבאות כעונש על עבירת לא-תעשה, אבל בכפיה על המצוות כופין אותו עד שתצא נפשו.

102 כך פירשו רוב הראשונים שם, שרב כהנא ידע שגם לפי רב פפא בית הדין יורד לנכסי החייב בעל כורחו, וכפי ששמע מפשטי המשניות והסוגיות בכמה מקומות, אלא שהוקשה לו מה ההצדקה לכפיה ממונית זו לשיטתו של רב פפא. ראו תוספות (שהציעו גם פירושים אחרים); חידושי הריטב"א; שיטה מקובצת, ועוד.

למלווה זכות ועילת תביעה מלבד המצווה המוטלת על החייב, שרב כהנא חשב שאינה ניתנת לאכיפה. תמונה זו נשארת לכאורה על כנה גם בתירוצו של רב פפא, אלא שהוא מסביר שמצוות פריעת החוב ניתנת לאכיפה כשאר מצוות עשה, ולכן בית הדין יכפה על החייב לשלם את החוב במסגרת הדין הכללי של כפייה על המצוות.<sup>103</sup> הדברים עולים בקנה אחד עם סוגיית ערכין הנ"ל, שכן שם מדובר בקטינים שפטורים מן המצוות, ולכן עפ"י רב פפא אין בית הדין רשאי לגבות מהם את החוב שכן הם אינם מצווים בפריעת בעל החוב. ושוב נראה שלפי החולקים על רב פפא, פריעת בעל חוב אינה רק מצווה אלא גם חובה משפטית שיוצרת שיעבוד נכסים, ולכן היה ברור לרב כהנא שלפי שיטה זו יש הצדקה לרדת לנכסי החייב ולגבות מהם את החוב בעל כורחו, מפני שיש למלווה זכות קניינית בנכסיו של החייב, וכל שאלתו הייתה רק לשיטתו של רב פפא שסובר שפריעת בעל חוב היא רק מצווה דתית.<sup>104</sup>

הראשונים תלו כאמור את מחלוקת האמוראים בשאלה אם "שעבודא דאורייתא": רב הונא סובר ש"שעבודא דאורייתא", כלומר נכסיו של החייב משועבדים לנושה ("שעבוד נכסים"), ולכן ניתן לגבות מנכסי יתומים או מנכסי חייב שאינו רוצה לקיים מצווה, מפני שיש לנושה מעין זכות קניינית בנכסים. רב פפא, לעומתו, סבר ש"שעבודא לאו דאורייתא" ושנכסי החייב אינם מושעבדים, אלא מוטלת עליו המצווה לפרוע את החוב ("שעבוד הגוף"), ומכאן שאם הוא קטין או שאין הוא רוצה לקיים את המצווה אין לבעל הזכות עילת תביעה כלשהי.

כך מסכם פרופ' מנחם אלון את הסוגיה, על פי ההבנה המקובלת:

לפנינו שתי גישות שונות לענין מהותה המשפטית של החובה האישית לתשלום החוב. לדעת רב פפא אין זו חובה משפטית כהשבת גזילה או

103 ואולם בהמשך למה שצינתי בהערה הקודמת, פירשו הראשונים גם כאן שבמקרה זה הכפייה לא תיעשה בשוטים ובהכאה עד שתצא נפשו, אלא כירידה לנכסיו. וראו להלן בגוף הדברים.

104 על פי דרך זו קשרו הראשונים והאחרונים את מחלוקתם זו של רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע בשאלה אם שיעבוד נכסים דאורייתא או דרבנן. אלא שטיבה של שאלה זו אינו נהיר כל הצורך, והדבר יצר בוקה ומבולקה בכל הסוגיה. לפירוש חדש של המונחים התלמודיים ראו: ב' ליפשיץ (לעיל הע' 92).

פקדון ששייכים לנגזל או לנפקד,<sup>105</sup> אלא חובה “דתית” בלבד, כעשיית סוכה וכנטילת לולב, כי מצוה היא על אדם למלא הבטחתו שהבטיח לפרוע.<sup>106</sup> לעומת דעה זו סובר רב הונא בריה דרב יהושע כי החובה לתשלום החוב חובה משפטית היא; מדין תורה נכסי החייב משועבדים לנושה, ועל החייב החובה המשפטית למוסרם למי שהם משועבדים לו, ולנושה הזכות המשפטית לדרוש מילויה של חובה זו. מהבחנה זו הסיק

105 א' א' אורבך, חז"ל: פרקי אמונות ודעות, ירושלים תשכ"ט, עמ' 298, השיג על דברי אלון (ועל דברי זילברג שיובאו בהמשך), ופירש את כל הסוגיה באופן אחר. לדעתו רב כהנא סבר שכוונת רב פפא היא שפריעת בעל חוב אינה אלא מצווה בעלמא מדרבנן שאין כופין עליה, ולכן הקשה: איך יכפו על החייב אם אינו רוצה לקיים את המצווה? ורב פפא השיב לו שכוונתו הייתה למצוות עשה שקיומה חובה. ומכאן הוא ממשיך וכותב: “ומתוך מה שאמרנו, ברור, שאין לתלות בדברי רב פפא ובתמיהת רב כהנא מחלוקת עקרונית על השאלה, אם פריעת בעל חוב היא חובה דתית או חובה משפטית אזרחית. הבחנה מעין זו היתה רחוקה מדעתם של אמוראים. ודאי שגם רב כהנא לא הכיר חובה משפטית אזרחית שאינה בגדרן של מצוות. מה שאינו מצווה – בודאי שאינו חובה, אלא רשות”. אבל פירושו של אורבך, מלבד שהוא מתעלם מאופי החשיבה המשפטית המובהק של האמוראים, אינו עולה כהוגן עם פשט הסוגיה הנ"ל בערכין, שממנה עולה שלפי רב הונא בריה דרב יהושע (שחלק על רב פפא) ניתן לגבות חוב אפילו מנכסי יתומים שאינם בני מצוות. ונראה שאורבך לא הבין נכונה את משמעותה של החובה המשפטית, שכפי שהסברנו לעיל אינה “כלל חובה” אלא חוב ממוני מעין קנייני. בהע' 20 הוא מצטט את דברי מ' אלון כאן ש"לדעת רב פפא אין זו חובה משפטית כהשבת גזילה או פקדון", ומעיר: “אבל גם השבת גזילה לא 'חובה משפטית' היא, אלא מצות עשה; ראו רמב"ם הלכות גזילה פ"א ה"א”. אורבך עירב כאן מין בשאינו מינו, שהרי הכל יודעים שמצוות השבת הגזילה היא מצווה דתית, אבל מצד שני הכל גם מודים לדברים שכתב הגרש"ש לעיל, שקטן שגזל, אף שאינו בן מצוות ואינו מחוייב בהשבת הגזילה, מוציאים ממנו את הנכס הגזול ומשיבים אותו לבעליו. לזכות זו של בעל הנכס לקבל את שלו קורא אלון 'חובה משפטית' שמוטלת על הגזולן, גדול או קטן. וראו דברים כיוצא בזה בתגובתו של מ' אלון להשגתו של אורבך בספרו, המשפט העברי (לעיל הע' 19) עמ' 105, הע' 115, שם הוא מצטט מקצת מדברי הגרש"ש שהובאו לעיל כחיזוק לדעתו. בהמשך הוא מוסיף ומבהיר: “הקביעה הראשונית בעניין גזילה היא אפוא שמבחינה משפטית שייך החפץ לנגזל, ורק לאחר מכאן מופעלת מצות עשה של השבת הגזילה. ובענייננו אנו סובר רב פפא, שחובה משפטית זו קיימת לעניין גזילה ופקדון, אך לעניין הלואה לא קיימת חובה משפטית – כי כסף ההלואה שוב אינו של המלוה, אלא יש כאן משום חובת קיום מצוה בלבד של 'הן שלך צדק ולאן שלך צדק'. בסמוך נראה שהגרש"ש קיצוני יותר, וסובר שגם לפי רב פפא יש חיוב משפטי גם בהלואה.

106 אלון הולך כאן בעקבות פירושו של רש"י (כתובות שם), ש"פריעת בעל חוב מצוה – מצוה עליו לפרוע חובו ולאמת דבריו, דכתיב 'הין צדק', שיהא הן שלך צדק ולאן שלך צדק”. וראו אלון שם, הע' 44, דעות נוספות בעניין מקור המצווה; וכן לעיל הערת שוליים 92.

רב פפא את המסקנה שאם יורשי החייב קטינים, על אף שברור שהחייב סירב לשלם את חובו, אין לכפות על הקטינים לקיים מצוה ולשלם את החוב לנושה... אך לדעת רב הונא בריה דרב יהושע ניתן במקרה זה לגבות את החוב מקטינים כפי שניתן לגבות מהם את הפקדון שהופקד אצל אביהם (כבוד האדם וחירותו בדרכי ההוצאה לפועל, עמ' 20-21).

גם זילברג כתב בעניין זה דברים דומים, ורצה ללמוד מכאן על אופיו של המשפט העברי, שמדגיש את החובה והמצווה המוטלת על החייב ולא את זכותו של בעל הזכות, בניגוד לשיטות המשפט המודרניות שמדגישות את הזכות ולא את החובה:

ישנה מחלוקת בין חכמי התלמוד, אם פריעת בעל חוב "מצווה" היא או לא. כלומר: אם זו חובה דתית-מוסרית הדורשת ככל החובות מסוג זה בגרות אישית מסויימת (ואינה חלה, למשל, על הקטן), או שהיא חובה משפטית-אזרחית, זאת אומרת: הפועל יוצא ההכרחי מזכותו של הנושה, ואינה מותנית כלל וכלל ב"כושר החובה" הדתי-מוסרי של החייב...

כל הפרובלמטיקה הזאת אינה קיימת כלל בשיטות המשפט המודרניות, וכבר לא הייתה קיימת בעיני היוריסטן הרומאי. אפשר לומר, עם קב חומטין כמובן, כי המשפט המודרני אינו מתעניין כלל בחובות, הוא מתעניין רק בזכויות, וחובת התשלום של החייב אינה אלא ציון מקוצר לאפשרות כפיית התשלום על ידי הנושה. מן הלכסיקון המודרני אינך יכול למחוק את המונח "זכאי", אבל יכול אתה להתקיים – גם אם לא יהא זה נוח ביותר – בלעדי המלה "חייב"; תצטרך רק לכתוב במקומה את הפסוק הארוך: "יכול להאלץ, על ידי בתי המשפט ומשרדי ההוצאה לפועל, לקיים זכותו של הנושה"...

לא כן הוא המצב, כפי שראינו, במשפט העברי. ודאי שאין הדבר כן לדעת האמורא שהזכרתי, הסובר "פריעת בעל חוב – מצווה". פריעת בעל חוב היא בנין אב לכל שיטת החיובים האזרחיים. ואם אף היא אינה אלא מצוה, כלומר: חובה דתית-מוסרית המוטלת על החייב, הרי שלפי קונצפציה זו החובה היא עיקר, והזכות – טפל, או אף פחות מזה. אך גם מי שאינו דוגל בדעה הקיצונית ההיא (=של רב פפא), לא יוכל להתעלם מן הערך הרב שהמשפט העברי מייחס לחובת המילוי של ההתחייבות המשפטית. גם אם פריעת בעל חוב אינה רק מצוה, הרי היא על כל פנים,

ולכל הדעות, גם מצוה, ודבר זה בולט ומשפיע, במישרין או בעקיפין, גם על הצד האקטיבי – צד הזכות והתביעה – של ה-obligatio העברית. (כך דרכו של תלמוד, עמ' 71-73)

בהמשך דבריו טוען זילברג שהמצווה הדתית שחלה על הלווה היא מה שנקרא בלשון הראשונים "שיעבוד הגוף":

ידועה האבחנה של המשפט העברי בין שעבוד הגוף<sup>107</sup> ושעבוד נכסים. כל מלוה בשטר יוצרת מלכתחילה את שני השיעבודים, אלא שאחר כך עלולים הם להתפצל ולהפרד זה מזה. שעבוד הגוף הוא אישי-פרסונלי, והוא משתרע רק על היחסים שבין הלווה והמלוה, המתקשרים המקוריים. שעבוד הנכסים, לעומת זאת, חפצי ריאלי, והוא נודד מאיש לאיש יחד עם הנכס (נכסי מקרקעין) או עובר – לזכות – מן המלוה אל קונה החוב, עם העברת החוב בדרך הקבועה בחוק. ומה הוא שעבוד הגוף, האישי, הערטילאי, אם לא אותה מצות-פריעת-בעל-חוב הידועה לנו? היינו: החובה הדתית-מוסרית של קיום ההבטחה, שיהא הן שלך צדק ולא שלך צדק, כדברי רש"י שהבאנו לעיל (כך דרכו של תלמוד, עמ' 73-75).

לאור דברים אלה נראה לכאורה, שכל דבריו של הגרש"ש לעיל יכולים לעלות בקנה אחד עם שיטתו של רב הונא, אך לא עם שיטתו של רב פפא שסבור שחיובי הממון מושתתים על המצווה הדתית בלבד. ואולם, בניגוד לפרשנות המקובלת הזאת, מציע הגרש"ש פירוש מחודש לשיטת רב פפא ולמהלך הסוגיות.<sup>108</sup> לפי פירוש זה "שעבוד הגוף" שחל על הלווה לפי רב פפא אינו המצווה הדתית על "פריעת בעל חוב", אלא חיוב ממוני שקודם מבחינה מושגית למצווה הדתית. המחלוקת בין רב פפא לרב הונא בריה דרב יהושע מצטמצמת, לדידו של הגרש"ש, להגדרת מהותו של החיוב הממוני שחל על הלווה, אם הוא יוצר "שעבוד נכסים" או "שעבוד הגוף" גרידא.

107 כבר ציינו שהמונח "שיעבוד הגוף" אינו מופיע בתלמוד והוא נתחדש על ידי הראשונים, ומשמעו החיוב המשפטי שחל על הלווה עצמו. "גוף" בא כאן במשמעות "עצמו של הלווה", היינו חיוב שחל עליו ולא על נכסיו. ראו הערתו של זילברג שם (הע' 20), וגם: ב' ליפשיץ (לעיל הע' 45), עמ' 190. ולעניין תפישת הגרש"ש את "שעבוד הגוף" ראו בסמוך.

108 זוהי דוגמה לא אופיינית למקרה שבו הגרש"ש מתעכב על פרשנות השקלא-וטריא של הסוגיה התלמודית, כדי לבסס את הטעוים המושגיים שהוא מעלה.

ראשית מצביע הגרש"ש על הקשיים שיתעוררו אם נפרש שלפי רב פפא פריעת החוב היא מצווה דתית גרידא. אם מדובר במצווה בלבד הרי שהכפיה (למסקנת הסוגיה, על פי תשובתו של רב פפא) הייתה צריכה להיות דווקא בהכאה, עד שהחייב יקיים את המצווה מעצמו וברצונו,<sup>109</sup> ככפיה על שאר המצוות, ואילו הראשונים פירשו שבפריעת חוב הכפיה נעשית בירידה לנכסי החייב.<sup>110</sup> כיצד מקיים החייב את המצווה בכפיה כזו? וכיצד יכול בית-הדין לרדת לנכסיו ולזכות בהם ללא הסכמתו? וכי הנודר דינר לעני ניתן לכפותו לקיים את נדרו על-ידי ירידה לנכסיו? עוד הוא תוהה, אם לפי רב פפא יש רק מצווה, תחזור קושיית מהר"י באסן למקומה, ואיך יסביר רב פפא את כל ההלכות השנויות במשנה, שספק ממון להקל?

109 בגדר "כופים אותו עד שיאמר רוצה אני". הגרש"ש מראה שאכן במקרים שיש רק מצווה לשלם, וכגון מי שנשבע שיתן לחבירו מאה דינר, אין בית הדין יכול לרדת לנכסיו והכפיה על קיום המצווה תוכל להיעשות רק בשוטים. זאת ועוד, אם בית הדין יירד לנכסים במקרה כזה, לא יוכל התובע לזכות בנכסי החייב ללא הסכמתו, והממון יהיה גזול בידו, וגם התערבותו של בית הדין לא תעזור במקרה זה, אם אין גם חיוב משפטי. כיוצא בזה מצאנו שהמצווה המוטלת על מלווה להשיב את כספי הריבית שקיבל אינה מקנה זכות ללווה ששילם את הריבית, ולכן בית הדין אינם יכולים לרדת לנכסי המלווה במקרה שהוא מסרב להחזירם. ראו יורה דעה סי' קסא. והשוו נמוקי יוסף, ריש כיצד הנשך: "רבית קצוצה כופין אותו בית דין להחזיר... ומכים אותו... כמו בשאר מצוות עשה כדאמרינן בפרק הכותב, אבל אין בית דין יורד לנכסיו, לפי שאין נכסין משועבדים לכך". והגרש"ש מפנה לקצות החושן, סי' לט ס"ק א, שהקשה מדוע בגביית חוב ניתן לכפות באמצעות ירידה לנכסיו (מדין כפיה על המצוות) ואילו בריבית כופים אותו במכות ולא בממון. ותשובת הגרש"ש היא שבהלוואה יש גם חיוב ממוני-משפטי, אבל השבת הריבית היא מצווה דתית גרידא ללא בסיס משפטי-ממוני (שכן מבחינה ממונית התחייבותו של הלווה לשלם את הריבית הייתה תקפה). ולעניין גברי כפיה על המצוות בהכאה, ראו: מ' צ' נהוראי, "האם אפשר לכפות על מעשה דתי?", דעת, 14 (תשמ"ה), עמ' 21-34.

110 חידושי הריטב"א כתובות שם, בשם הר"ח והרמב"ן: "כגון שאמרו לו עשה סוכה ואינו רוצה, מכין אותו עד שתצא נפשו, כלומר וכן מצות פרעון חובו עד שאתה כופהו בגופיה כפהו בממונו, וכן פירש רבינו [=הרמב"ן] בשם ר"ח ז"ל". והרא"ה (מובא בשיטה מקובצת שם) פירש: "ומהדרינן: תנינא: במה דברים אמורים במצות לא תעשה כו' עד שתצא נפשו, והכי נמי בדין הוא דאיכא למכפיה בהכי, ומיהו עד שאתה כופהו בגופו כפהו בממונו". מדקדוק בלשונות הראשונים יתכן שיש ביניהם מחלוקת אם בית הדין רשאי לאכוף גם באמצעות שוטים (לפי הרא"ה) או רק בירידה לנכסים (ריטב"א). וראו: אלון (לעיל הע' 48), עמ' 22-23, ובהע' 49 שם. והוא מסביר שהטעם שלא לכפות על מצווה זו בהכאה הוא "באזהרות המיוחדות שהתורה הזהירה שלא לפגוע בלווה". וראו גם: א' גולאק, החיוב ושיעבודיו, ירושלים תרצ"ט, עמ' 29-30.



משיקולים אלה ומשיקולים נוספים הוציע הגרש"ש את פירושו החדש לסוגיה, שלפיו גם רב פפא סובר שעל הלווה חל חיוב ממוני-משפטי, שכנגדו יש למלווה זכות, וכל מחלוקתם של רב פפא ורב הונא מצטמצמת רק לעניין מהותו של החיוב המשפטי (והזכות שכנגדו). לפי רב הונא יש למלווה זכות מעין קניינית בנכסי החייב, היינו “שעבוד נכסים”, בעוד שלפי רב פפא יש לו זכות רק ביחס לחייב עצמו אך לא בנכסיו, היינו “שעבוד הגוף”.<sup>111</sup> ובמילים אחרות: רב הונא סבר שזכותו של הנושה מגיעה לכדי זכות קניינית *in rem* בנכסי החייב,<sup>112</sup> בעוד שלפי רב פפא זכות זו מסתכמת רק בזכות *in personam*, שהיא היא “שיעבוד הגוף” של החייב, אך ללא זכות קניינית בנכסים עצמם. כך מסביר הגרש"ש את הדברים בקונטרס השיעבוד:

111 ראוי לעמוד על נקודה נוספת. הגרש"ש הולך בעקבות הראשונים שפירשו שרב הונא ורב פפא נחלקו בשאלה אם “שעבוד דאורייתא” או לא, כאשר “שעבוד דאורייתא” משמש כאן במשמעות של שעבוד נכסים. ומכאן אפשר להבין שגם לפי רב פפא יש מכל מקום שעבוד נכסים מדרבנן, ומדוע שעבוד זה אינו מספיק כדי ליצור לפחות קניין מדרבנן בנכסים? נראה לי שבשערי ישר (שער א, פרק ב, עמ' ז) הגרש"ש מתייחס לכך בין השיטין ובדרך אגב, ומסביר שסוגיית הגמרא עוסקת במלווה בעל-פה שבו אין שעבוד נכסים גם לא מדרבנן. אבל בשיעורי הגרש"ש שנדפסו בספר וזאת ליהודה, ירושלים תשל"ז, עמ' שצד-שצה, מצאתי חידוש נוסף שיש לו קשר לעניין זה, והוא, שלפי השיטה ש“שעבודא לאו דאורייתא” הטעם הוא משום “שאיין שייך זכות כזו בסברה”, היינו שאי אפשר ליצור מצב משפטי כזה, ולכן גם חכמים אינם יכולים ליצור שיעבוד קנייני על הנכסים, אלא רק לתקן (זו לשון הגרש"ש שם) שהנושה יוכל לתפוס מהנכסים המשועבדים ולזכות בהם (ואף שכוח זה נובע כבר מעצם “שעבוד הגוף” וכו'), מוסיפה התקנה שהמלווה יכול לגבות נכסים משועבדים גם מיורשים ומלקוחות), ולכן אין כאן הצלת עשוק מיד עושקו. והגרש"ש מוסיף שם מטעם זה, שלמאן דאמר “שעבודא לאו דאורייתא” אי אפשר לומר ש“בעל חוב למפרע הוא גובה”, כי לפני הגביה אין לו למלווה שום זכות קניינית בנכסים, גם לא מדרבנן.

112 ראו חידושי הגר"ח הלוי על הרמב"ם, מלווה ולוה כא, א: “דמשעה שנשתעבדה לו הקרקע שוב אינו צריך כלל לשיעבודא דמוכר, ואקרקע גופה אית ליה שיעבודא, וכדקיימא לן דגם לאחר מות הלווה גם כן גובה מהנכסים, ואע"ג שלא שייך שוב שעבודא על הלווה”. עם זאת שיעבוד הנכסים הוא בגדר זכות קניינית חלשה, שהרי כל זמן שהמלווה לא גבה את החוב מהנכסים, הם עדיין לא שלו (יתכן שעניין זה תלוי במחלוקת אב"י ורבא, אם בעל חוב למפרע הוא גובה או מכאן ולהבא הוא גובה, ואכמ"ל). בקונטרס השיעבוד, (להלן הע' 114) עמ' רמו, האריך הגרש"ש בעניין זה, ופירש שלמאן דאמר שעבודא דאורייתא “יש לו זכות בנכסים, אבל אינו זוכה רק זכות זה בלבד: שיש לו זכות בנכסי הלווה לגבות מנכסיו”, כלומר הבעלות של המלווה בנכסי הלווה היא רק לעניין זכות הגביה עצמה.

עיקר המחלוקת אי שעבודא דאורייתא<sup>113</sup> או לא, הוא על ענין חיוב האדם בתשלומי ממון, אם הוא רק זכות בגוף האדם שישלם לו בממונו, או שעל ידי חיוב זה זוכה המלוה זכות בנכסי הלוה, והיינו דכיון דזכותו על הלוה הוא שישלם לו ממון הוא זוכה זכות בממונו מן התורה... ובקצרה: כל מה שמחוייב גופו בתשלומין מנכסיו, שוב למאן דאמר שעבודא דאורייתא נתנה תורה זכות להמקבל בנכסי המתחייב, אבל למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, החיוב הוא רק על גופו, היינו שזכות המלוה רק על גוף הלוה שישלם לו כפי תנאו, אבל לא זכתה לו התורה זכות בנכסי הלוה (קונטרס השעבוד,<sup>114</sup> עמ' רמ).

המונח "שיעבוד הגוף" מקבל אצל הגרש"ש משמעות חדשה. "שעבוד הגוף" איננו "כלל חובה", מצווה, אלא חיוב ממוני. גופו של החייב משועבד לבעל הזכות, ושיעבוד זה מקנה לבעל הזכות את הכוח לעשות דין לעצמו ולגבות את חובו מנכסי החייב (למרות שהנכסים עצמם אינם משעובדים לו), אך לא זכות קניינית בנכסים עצמם: "דענין שעבוד הגוף נתבאר לנו שהוא זכות בגופו של הלוה, שיוכל המלוה לתפוס ולקנות מנכסיו בלי דעתו ורצונו, וזכות זה הוא בעצמות הלוה ולא בנכסים".<sup>115</sup> חידושו של הגרש"ש הוא,

113 הגרש"ש נסמך כאן על הפרשנות המקובלת בין הראשונים, אשר מזהה את העמדה ש"שעבודא דאורייתא" עם "שעבוד נכסים", ואת "שעבודא לאו דאורייתא" עם "שעבוד הגוף". ראו שוב מאמרו של ב' ליפשיץ (לעיל הע' 92).

114 נדפס בתוך: חידושי רבי שמעון יהודה הכהן שקאפ, ד, ירושלים תשנ"ג.

115 במונחים הופלדיאנים נוכל לומר שהחייב, שעליו חל "שעבוד הגוף", כפוף למלוה (שבטרמינולוגיה של הגרש"ש נחשב לבעל זכות), ומנגד למלוה יש כוח לרדת לנכסי החייב ולגבות את שמגיע לו.

בשערי ישר (שער ה, פרק ב, עמ' ה), מבאר הגרש"ש את הדברים קצת יותר, ומסביר מהו מקור כוחו של המלוה לגבות את שלו ללא הסכמת הלוה: "דכיון שיש להמלוה זכות בגוף המתחייב על הסכום הזה, יכול ליטול מנכסיו בלי דעתו, אף דאין לו בהנכסים עצמם שום זכות בעולם, אבל כיון דיש לו זכות על בעל הנכסים, ליכא שום עכוב מצד הנכסים עצמם. דמה שאי אפשר לזכות בנכסי אחרים הוא רק משום כוח ושליטת בעליהם, ומשום הכי אם יש לו קנין בגוף האדם שיזכה ממנו או שיתן לו כך וכך, יכול לזכות ממון זה מנכסיו בלי דעתו".

במקומות אחרים משווה הגרש"ש את שעבוד הגוף של החייב לשעבודו של פועל, ונצטט מקצת מדבריו בחידושו למסכת בבא קמא, עמ' 10:

לכן נראה לי שאף למאן דאמר שיעבודא לאו דאורייתא ופריעת בעל חוב מצוה, יש בוה קנין וזכות להמלוה אצל הלוה מלבד המצוה. דשעבוד הגוף לדעתי הוא

שגם לפי רב פפא יכול המלווה לתפוס מנכסי החייב מכוח שיעבוד הגוף, בין אם מוטלת על החייב מצווה דתית ובין אם לאו, ומשום כך יכול גם בית הדין לרדת לנכסיו של החייב, שכן המלווה זוכה בנכסים שנתפסו, ובמילא החייב נפטר גם מהמצווה שחלה עליו לקיים את חובו.<sup>116</sup> בכך מסולק הקושי

בגדר פועל, שמשעבד גופו למלאכת יום או יומים או למלאכה ידועה, וכמו כן בכל חובות והתחייבות, גופו של המתחייב משועבד להמציא הסכום הזה שחייבתו תורה או שהתחייב בעצמו, כמו שגוף הפועל משועבד לבעל הבית. ועל שעבוד זה לא פליגא בגמרא אם הוא מן התורה או לאו, רק על הא דנחתין לנכסיו קמיפליגי בגמרא אם הוא מדאורייתא או לאו. היינו דלמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא אין שום זכות ושייכות למלוה בנכסי הלווה, אלא די ש לו רק זכות ושיעבוד על גופו בגדר פועל, אבל אם אינו רוצה לקיים חובתו דמוטלת על גופו לא נחתין משום זה לנכסיו. והא דנחתין לנכסיו הוא רק בגדר כפיה לקיים מצותו וחיובו.

מדברי הגרש"ש ששיעבוד הגוף עניינו “להמציא הסכום הזה שחייבתו תורה או שהתחייב בעצמו”, ניתן לכאורה להבין שמדובר בכלל חובה (“להמציא את הכסף”) ולא בחיוב ממון. אבל ברור לי שאי-אפשר לפרש כן, כי בשום מקום אין הגרש"ש אומר שאכן מוטלת על החייב חובה לבצע את המצאת הכסף כשאינו בכך מצווה דתית, וכגון בהפקעת הלוואתו של גוי וכיוצא בזה. ואם כך צריך לפרש שחיובו של הפועל הוא גם כן כלל משפטי-תיאורי, שעיקרו הוא הזכות של המעביד לתפוס את המגיע לו או לקבל פיצוי, וכפי שהבאנו מהגרש"ש בגוף הדברים. כך גם משתמע מניסוח הדברים של ר' חיים שמואלביץ (סיכומי שיעוריו של הגרש"ש) שיובאו להלן, וכן בדבריו שנדפסו בספר וזאת ליהודה, ירושלים תשל"ז, עמ' שצג, וזה לשונו שם:

דענין שיעבוד הגוף הוא דין בדיני ממונות, וכמו כל עניני משפטים דעלמא, והיינו שהוא חייב והמלווה הוא הזוכה בחיוב, והיינו שיש לו כוח לקחת חובו ממנו, וכעין חיוב עבודה שיש על הפועל, דודאי הוה חיוב דין המשפטים ולא הוה רק ממצוה לחוד כמובן. ואלו היה שייך למכור גופו [=היינו שבעל הזכות ימכור את גופו של החייב], ועל ידי זה ישיג חובו היה יכול, דזהו זכותו ליטול מגופו חובו, ורק דזה אינו, דאי אפשר למכור ישראל לעבד כנעני.

כאן נאמר במפורש שעניין השיעבוד של הפועל הוא לעניין זה שבעל הזכות יכול לתפוס את ה“זכות” שלו מגופו של הפועל על ידי שימכור אותו לעבד, אלא שיש מניעה לעשות כן מסיבה אחרת (שאינו יהודי נמכר לעבד כנעני). ואם כן גם שעבוד הגוף לעניין חיובים ממוניים מתבטא בכך שהזוכה יכול לתפוס את ה“זכות” שלו. לעניין שיעבודו של פועל לבעל הבית וגדרי עבד עברי שגם “גופו קנוי”, ראו עוד: ב' ליפשיץ, עובד וקבלן – בין קניין לבין התחייבות, ירושלים תשנ"ד, ובחלק מהעניינים דבריו של הגרש"ש תואמים את גישתו.

116 ואכן נראה לי שכשביט דין אוכפים את החייב בממונו ויורדים לנכסיו, אין החייב מקיים בכך את המצווה של פריעת בעל החוב, אלא שהוא נפטר מהחיוב הממוני, ובמילא אין המצווה הדתית (לשלם את חובו) מוטלת עליו יותר. דומה הדבר למי שמסרב להטיל ציצית בבגדו, שבית דין יכולים להכותו עד שיטיל ציצית, אך נראה שהם יכולים גם לעגל את כנף טליתו ובמילא הוא נפטר מהחיוב.

הראשון שהעלה הגרש"ש ביחס לצורת הכפיה על מצוות פריעת החוב. גם שאלתו של מהר"י באסן נפתרה, שכן גם לפי רב פפא המצווה על פריעת החוב מבוססת ונותנת גושפנקה לחיוב המשפטי, ואם החיוב המשפטי אינו חל במקרי ספק, אף המצווה הדתית אינה רלוונטית יותר.

כיצד מתיישבות הסוגיות התלמודיות עצמן לפי הצעת פירושו החדשה של הגרש"ש? אם גם רב פפא מודה בקיומם של חיוב משפטי וזכות משפטית ללא המצווה הדתית, מדוע לא נזקק רב נחמן לנכסי יתומים? ומה בדיוק שאל רב כהנא את רב פפא? כדי להבין את פרשנותו של הגרש"ש לשתי הסוגיות יש לשים לב ששתיהן עוסקות בסמכויות האכיפה והכפיה המוקנות לבית-הדין (במקרה של קטין או במקרה של לווה שאינו מוכן לפרוע את החוב), ולא בחיוב הממון שחל על הלווה, ומכאן שהמפתח להבנת הסוגיה טמון בביורר גבולות סמכויות האכיפה של בית הדין. בעניין זה טוען הגרש"ש שכוח הכפיה של בית הדין בתחום של דיני ממונות מצטמצם ל"הצלת עשוק מיד עושקו" בלבד, כאשר "עשוק" מוגדר כמי שממונו נמצא ברשותו של אדם אחר.<sup>117</sup> בית הדין חייב ורשאי להתערב כאשר הוא מזהה ממון של ראובן בידיו של שמעון. במקרה כזה הוא צריך להציל עשוק מיד עושקו, ולכפות על שמעון להחזיר את הממון לראובן, הן בכפיה ממונית על ידי ירידה לנכסיו, הן בכפיה בשוטים אם יש צורך בכך.<sup>118</sup> כנגד זאת, בית הדין אינו מושיט סעד של כפיה כדי להגן על זכויות ממון שאינן קנייניות (כגון זכותו של המלווה לשיטתו של רב פפא), גם אם בעל הזכות לא הצליח לממש את זכותו. ובמילים אחרות: בית הדין אינו אוכף חיובי ממון ואינו מקיים הוצאה לפועל של "זכויות":

לבית הדין אין להם כוח כפיה על ידי הכאה, רק [=אלא רק] להציל עשוק מיד עושקו, אבל לכוף לאיש למלא חובתו מה שחייב לחבירו, אם אין בזה הצלת העשוק, אין להם כוח כפיה כלל. ורק בעניינים של מצות עשה לשמים נתנה להם תורה רשות לכוף לאדם על ידי הכאה עד שתצא נפשו שיקיים מצות ה', כסוכה ולולב (שערי ישר, שער ה פרק ב, עמ' 1).<sup>119</sup>

117 השוו להגדרת "עושק" ברמב"ם, הלכות גזילה ואבידה א, ד. מעניין לציין, שעל פי חוקרי המקרא משמעותו העיקרית של הפועל "שפט" היא להציל עשוק מיד עושקו. ראו: מ' וינפלד, משפט וצדקה בישראל ובעמים, ירושלים תשמ"ה, עמ' 21.

118 ראו לעיל הע' 110 ובמצויין שם.

119 הבחנה זו מסיק הגרש"ש מהסוגיה בעניין עשיית דין עצמית. הוא טוען שבמסגרת

רב הונא בריה דרב יהושע סבר שנכסי הלווה משועבדים למלווה, כלומר שיש למלווה זכות קניינית בנכסי החייב, ולכן אם אין החייב פורע את החוב הרי הוא מעכב בידו ממון שיש למלווה זכות קניינית עליו, ובית הדין מחוייב ורשאי להפעיל את כוח הכפייה שלו כדי להציל עשוק מיד עושקו ולהשיב את הממון לבעליו, גם אם החייב אינו מצווה לפרוע את החוב וכגון שהוא קטין. אך לפי רב פפא נכסי החייב אינם משועבדים לנושה ואין בעיכוב התשלום משום עושק שמצדיק “הצלת עשוק מיד עושקו”, שכן מבחינת החיוב המשפטי רק גופו של החייב משועבד למלווה, ואין לו למלווה זכות בנכסי החייב לפני התפיסה. לכן אם החייבים הם יתומים קטנים שאינם מצווים על פריעת החוב – אין בית דין נזקק לגבות את החוב מנכסיהם (וכך נהג רב נחמן בתחילת דרכו). כיוצא בזה, אם אין החייב רוצה לקיים את המצווה – סבר רב כהנא שבית הדין אינו נזקק להושיט סעד למלווה, מפני שאין כאן “הצלת עשוק מיד עושקו”. על כך השיב רב פפא ואמר, שהכפייה נעשית לא

עשיית דין עצמית רשאי אדם להכות את מי שמעכב אותו מליטול את ממונו: “שכל שחבירו מעכבו מלעמוד בדבר שהוא שלו, ניתן לו הרשות לסלקו מזה בכל מה דאפשר, עד גם להכותו עד שתצא נפשו, אם אי אפשר בעניין אחר” (שם עמ' ו), אך מצד שני “לכוף את חבירו שימלא חובתו המוטל עליו, זה אינו בדין” (שם), היינו אין אדם רשאי להכות את חבירו שיקיים את חיוביו. מכאן ממשיך הגרש”ש וטוען שמכיוון האכיפה של בית הדין נגזרות מסמכויותיו של התובע עצמו: “דבית דין והבעל דין, כח אחד להם לכוף הגולן להציל את הנגול”, ומשום כך גם סמכויות הכפייה של בית הדין מצטמצמות רק להצלת עשוק מיד עושקו, אך לא להגנה על זכויות שאינן קנייניות.

מבין הדברים מתבררות כמה נקודות מעניינות בדיני עשיית דין עצמית, והגרש”ש גם מרחיב ומוסיף שם דברים בבירור סוגיה זו. אציין רק את החידוש שיש בדבריו הנ”ל, שמותר לאדם להכות עד מוות (!) את מי שמנסה לפגוע בקניינו. ולכאורה הדברים מנוגדים לדרישת הפרופרציה בהגנה עצמית על רכוש. ויתכן שההיתר לפי הגרש”ש מבוסס על כך שלתוקף יש את האופציה לחדול מהתקיפה. והשוו לשולחן ערוך אדמו”ר הזקן, חושן משפט, הלכות נזקי הגוף ודיניהם, סי’ ג (עמ’ תתפח): “הנכנס לבית חבירו שלא ברשות, יש לחבירו רשות להוציאו מביתו, ואם מסרב לצאת יש מתירין אפילו להכותו כדי להוציאו, אם אינו יכול להוציאו בענין אחר”. וראו: א’ בן-זמרה, “שפיכות דמים מתוך צורך” במשפט העברי ובמשפט הישראלי”, שנתון המשפט העברי, ג-ד (תשל”ו-תשל”ז), עמ’ 117 ואילך; הרב אב”י ונגרובר והרב י’ יפרח, “עביד איניש דינא לנפשיה” – על העושה דין לעצמו”, משפטי ארץ: דין, דיין ודיון, עפרה תשס”ב, עמ’ 368. לעניין עשיית דין עצמית ראו עוד: ש’ אלבק, בתי הדין בימי התלמוד, רמת-גן תשמ”א, עמ’ 15; ש’ אטינגר, העושה דין לעצמו במשפט העברי, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית, תשמ”ב; מ’ ויגודה, “עשיית דין עצמית”, משפטי ארץ: דין, דיין ודיון, עפרה תשס”ב, עמ’ 164-176.

מכוח "הצלת עשוק מיד עושקו" אלא מכוח הדין הכללי של "כפיה על המצוות".

נקרא מקצת מהדברים בניסוחו של הגרש"ש:

ועל פי זה מתפרשת לנו היטב סוגיית הש"ס בכתובות שהבאנו, דאמר ליה רב כהנא לרב פפא: לדידך דאמרת 'פריעת בעל חוב מצוה', דשיעבוד נכסים לאו דאורייתא, אמר לא ניחא ליה דאעביד מצוה, מאי? דמצד כוח כפיית בית דין מדיני המשפטים אין בזה ענין הצלת עשוק מיד עושקו, דזכות הממוני שיש לתובע אצל הנתבע הוא רק שהנתבע חייב לשלם לו, אבל אין בגופו של הנתבע חלק ממון שנאמר שהוא שייך להתובע והנתבע מעכבו תחת רשותו. ומה שהוא מעכב את נכסיו ואינו משלם לו, הרי הם שלו (=של החייב) לגמרי, ואין להתובע שום זכות בהם, דשיעבודא לאו דאורייתא...

בשלמא [=הניחא] למאן דאמר שיעבודא דאורייתא, כשחבירו מונעו מלגבות הרי מעכב תחת רשותו דבר שיש להתובע זכות לגבותם, ועל זה איכא [=יש] כפיית בית דין מתורת המשפטים, וגם הבעל דין בעצמו היה יכול לכפות אותו גם על ידי הכאה כשמונעו מלהשתמש בכוח הזכות שלו, כמו כן בית דין כופים על זה מתורת המשפט ולהציל עשוק מיד עושקו. אבל למאן דאמר שיעבודא לאו דאורייתא, אם גם יש כוח להתובע לזכות בנכסי הלוה בשעה שיגיעו לידו, כמו שכתבנו לעיל, דעל ידי שיש לו שיעבוד על בעל הנכסים יכול לזכות בנכסים, אבל אם חבירו אינו מניחו לזכות בהם – הוא עושה בדבר שהוא שלו לגמרי, דהרי אין שום זכות בהם להתובע. ולכופף את הלוה שיעשה חובתו המוטלת עליו מצד השיעבוד<sup>120</sup> – אין כוח לבית דין על זה. ומשני [=ומתריך רב פפא], כיון דפריעת בעל חוב הוא גם כן מצוה לשמיים כסוכה ולולב, יש כוח

120 לשון הגרש"ש נוטה כאן לכך שהחיוב המשפטי של שעבוד הגוף כולל גם חובת התנהגות לקיים את החיוב הממוני, אלא שבית הדין אינו אוכף חובה זו במסגרת דיני המשפטים מפני שאין כאן הצלת עושק מיד עושקו. ובכל זאת, אני סבור שיש להימשך אחר רוב דברי הגרש"ש בסוגיות אלו, שמהן משמע שהחיוב המשפטי עצמו אינו מטיל חובת התנהגות. ויתכן שגם כאן הכוונה לחובה שנובעת מהמצווה הדתית של "פריעת בעל חוב" שעניינה קיום החיוב המשפטי, שרב כהנא לא ידע שניתן לכפות עליה מדין כפיה על המצוות; או שנפל כאן אי דיוק בניסוח הדברים.

ביד בית דין לכופו בהכאה כמו בשאר מצוה לשמים (שערי ישר, שער ה פרק ב, עמ' ו-ז).<sup>121</sup>

ועדיין, המהלך הפרשני של הגרש"ש עולה יפה מבחינת העניין, אך לא מבחינת לשון הסוגיות התלמודיות. התלמוד מתאר את שיטת רב פפא במילים “פריעת בעל-חוב מצווה”, ומתוך הדברים משתמע שהכוונה היא שלרב פפא בפריעת בעל חוב יש רק מצווה, בעוד שלפי רב הונא יש גם מצווה וגם שיעבוד נכסים. והרי לפי הגרש"ש גם רב פפא מודה שבפריעת בעל-חוב יש ממד של חיוב-משפטי ושיעבוד הגוף, ואם כן עיקר הייחוד של עמדת רב פפא (שהחיוב אינו יוצר שיעבוד נכסים) אינו בא לידי ביטוי בהיר במילים “פריעת בעל-חוב מצווה”.<sup>122</sup> ייתכן שנוכל לצמצם את הקושי הלשוני אם שוב ניתן את דעתנו לכך שהסוגיות התלמודיות עוסקות בשאלת סמכויות האכיפה של בית הדין, והדין כולו נעשה מתוך נקודת המבט של בית הדין. את דבריו של רב פפא “פריעת בעל חוב מצווה” נפרש עתה כך: מבחינתו של בית הדין, כאשר הוא מתבקש לאכוף את פריעת החוב, אין כאן אלא ממד של אכיפת מצווה ולא ממד של אכיפת החיוב הממוני במסגרת “הצלת עשוק מיד עושקו”, שכן “שיעבוד הגוף” (שהוא חיוב ממוני) אינו מקנה לתובע זכות בנכסי החייב. משום כך סבר רב פפא שאין לרדת לנכסי יתומים, שכן מבחינת

121 וכך היא הצעת הדברים כפי שנרשמה על ידי תלמיד הגרש"ש, ר' חיים שמואלביץ, בתוך: אהל אברהם, מסכת כתובות, ה' מן (עורך), ירושלים תשנ"ט, עמ' תז: “דבכל חוב דעלמא המלוה יש לו זכות התביעה, והיינו שהוא הזוכה בחיובים והלוה הוא המתחייב. וענין שיעבוד הגוף גם כן הוה זכות ממון, ולא סתם מצוה בעלמא כדמשמע לכאורה לשון הגמרא בכתובות (פו ע"א) דהוה כמו סוכה ולולב, דאם כן יהא חייב מספק כמו על שאר מצוות? ... וכן יהא הכפיה על ידי דיין אחד! והרבה קושיות כאלו... ועל כרחך דזכות ממון היא שיש לתובע על גוף הנתבע, שיכול לגבות חובו ממנו ומנכסיו. והיינו, שהנכסים באמת מצד עצמם ניתנים לגביה כמו סתם הפקר, ורק דהבעלים הוא מעכב, וזהו זכירתו של המלוה שלא יהני [=יעיל] עיכובא דלוה. ולכן כשנותנים לו בית דין את הנכסים נעשים הם שלו מדין זכות ממון שיש לו. ורק דחקירת הגמרא היתה, דבשלמא למאן דאמר שיעבודא דאורייתא יכולין בית דין לכפותו כדי להציל העשוק מעושקו דנמצא אצלו חפץ של חבירו. אבל לדידן דסבירא לן דשעבודא לאו דאורייתא, אם כן כשהוא מעכב את הנכסים אין כוח וסיבה לכפותו, כיון שאינו מעכב אצלו חפץ של חבירו! ועל כך מצאה הגמרא עצה זו דהכפיה היא כמו שאר מצוות”.

122 ואכן נראה כי הגרש"ש נמשך אחר דברי הראשונים שזיהו את “פריעת בעל-חוב מצווה” עם “שיעבוד הגוף”, אלא שהוא פירש את המונח “שיעבוד הגוף” כמשמעות של חיוב ממוני-משפטי ולא כמשמעות של מצווה דתית.

בית הדין יש באכיפת פריעת החוב משום אכיפת מצווה גרידא, ויתומים לאו בני מצווה נינהו. וכיוצא בזה תהה רב כהנא מהי ההצדקה להתערבות בית הדין במקרה שהחייב אינו רוצה לקיים את חיובו.<sup>123</sup>

#### ט. גדרי חוב לנכרי

בהמשך לסוגיית "גזל הגוי" שדנו בה לעיל, מצא הגרש"ש מקרה מבחן נוסף למודל החדש שהציע בסוגיית ההלוואה לגוי. באותה סוגיה תלמודית שדנה במחלוקת התנאים אם גזל הגוי אסור או מותר, אומר התלמוד (בבא קמא ק"ג ע"ב) שהכל מודים ש"הפקעת הלוואתו (של גוי) מותרת", כלומר שאין הישראל מצווה לפרוע את חובו לגוי, אלא אם כן יש בכך משום חילול ה', וכגון שהדבר נודע ברבים, וכיוצא בזה.

ההבנה המקובלת בין האחרונים הייתה, שוב, שהיהודי כלל אינו חייב את הכסף למלווה הגוי, החוב נמחק ופקע, ואין לו כל משמעות. מכאן פסק ר' יונתן אייבשיץ בחיבורו הנודע "אורים ותומים" שדין "שיעבודא דרבי נתן", אשר קובע כי "ראובן שנושה מאה בשמעון, ושמעון (נושה) בלוי, מוציאין מלוי ונותנין לראובן" (חושן משפט, סי' פו סעי' א) – אינו חל על הלוואה מגוי. וכך הוא כותב:

אם ראובן הלווה לגוי וגוי [=אותו הגוי] הלווה לישראל, אם מצי [=האם יכול] ראובן להוציא מיד ישראל [=מדין "שיעבודא דרבי נתן"]? נראה... דקיימא לן הפקעת הלוואתו מותרת, ואם הגוי תובעו לדין פטור בבית דין של ישראל, אם כן תיכף כשהגיע מעות של גוי ליד ישראל [=בשעת ההלוואה] הרי פקע שעבודו של גוי כי אפקעתא דמלכא [=כמו הפקעת המלך], ובמאי ישתעבד לישראל השני מלווה של גוי? (אורים ותומים, סי' פו, ס"ק יג).

123 את דברי שאלתו של רב כהנא נפרש איפוא כך: לשיטתך, רב פפא, שהגורם היחיד שיכול להצדיק את התערבות בית הדין הוא הממד של אכיפת המצווה ("פריעת בעל חוב"), שכן לשיטתך ההלוואה אינה יוצרת שיעבוד נכסים ולכן לא חלה על בית הדין החובה "להציל עשוק מיד עושקו", אם אמר הלווה שהוא אינו רוצה לקיים את המצווה, כיצד נוכל לכפות עליו את פריעת החוב?



כנגד זאת טוען הגרש"ש, לשיטתו, שהלכת “הפקעת הלואתו” נאמרה רק במישור של המצווה הדתית ולא במישור של החיוב המשפטי-ממוני. מצווה פריעת בעל-חוב אינה חלה כאשר המלווה הוא גוי, אבל מבחינה הזכויות והחייבים המשפטיים – אין במקרה זה הבחנה בין ישראל לגוי, ולכן חל על הלווה היהודי חיוב ממוני (בגדר שעבוד הגוף או שעבוד ממון, בהתאם לשיטת האמוראים השונות דלעיל), ומנגד יש לגוי זכות ממונית. עפ”י זה חולק הגרש”ש על חידושו הנ”ל של בעל התומים, וטוען שדין “שעבודא דרבי נתן” חל גם בהלוואה מגוי, שכן החיוב הממוני לא פקע (שערי ישר, שער הפרק ה). אחת ההוכחות המעניינות שהוא מביא לכך היא מדברי התוספות שדנו בעניין הבא: בסוגיית התלמוד (בבא קמא, שם) נאמר שאם ישראל העיד בבית דין של נכרים לטובת תובע גוי ונגד נתבע יהודי – מנדים אותו, מפני שגרם ליהודי הנתבע הפסד ממון שלא כדין. במה דברים אמורים? כאשר בית הדין הנכרי פסק בניגוד לדיני ישראל, וכגון שחייבו את הנתבע לשלם עפ”י עד אחד בלבד (הוא אותו ישראל שהעיד נגדו), אך אם פסיקתו של בית הדין הנכרי תואמת את דיני ישראל – אין מנדים את העד שהעיד לחובת הישראל, שכן לא גרם לו הפסד ממון. מקשים בעלי התוספות וכותבים:

ואם תאמר, הא לעיל שרי [=הרי לעיל התיר התלמוד] הפקעת הלואה [=של גוי], ואם כן מפסידים אותו הרבה [=בית הדין של הנכרים גרם לאותו יהודי הפסד ממוני גדול], שאם רוצה [=הישראל] יכול [=היה] לכפור [=עפ”י דיני ישראל]!

ויש לומר, דמכל מקום לא משמתינן ליה [=אין מנדים אותו], כיון שאין משלם [=הנתבע] על ידם אלא מה שחייב לו [=לגוי] (תוספות, בבא-קמא קיד ע”א, ד”ה ולא אמרן).

הגרש”ש (בשערי ישר, שם) מסיק מתירוצם של בעלי התוספות, שלמרות שהלווה היהודי רשאי לכפור ולהשתמט בכל מיני דרכים מלפרוע את החוב לגוי, שכן “הפקעת הלוואתו מותרת”, בכל זאת הוא “חייב לו” את הכסף, ולכן אם בית הדין הנכרי חייב אותו לפרוע את החוב לא נגרם לו הפסד ממוני, כי הוא שילם לנכרי את “מה שהוא חייב לו”.<sup>124</sup>

124 בדומה כתב גם החזון-איש, בבא קמא, סי’ י, אות יא, על הלכה זו: “מכאן דאע”ג דהפקעת הלוואתו מותר, מכל מקום החוב קיים”. גם ר’ חיים מבריסק עמד על הבחנה

סבורני שציטוט מקצת מדברי הגרש"ש (במקומות שונים ובניסוחים שונים) יועיל לכירורם של עיקרי הדברים ויבהיר את ההבחנות בין תחום המצוות לתחום החיובים המשפטיים. כך הוא כותב:

על כן נראה לעניות דעתי, דאף דהפקעת הלואה מותר, אין נפקע השיעבוד בשום אופן עד שיפרע לו. והטעם לזה הוא על פי מה שכתבנו בפרקים הקודמים, שדיני המשפטים והאיסור וההיתר הם ענינים נפרדים. וכמו שהבאנו שיטת הריטב"א לענין השתעבודות בתשלומי ריבית, דאף שאסרה תורה לשלם חוב זה, אבל החוב המשפטי קיים, כמו כן הוא ענין הלואת נכרי, דמה שנוגע לדיני המשפטים אין חלוק נכרי מישראל,<sup>125</sup> חוץ מהיכא שגלתה תורה למעט נכרי, כמו אונאה ודיני שומרים ותשלומי כפל<sup>126</sup> דמיעטה תורה הקדש ונכרי. באופן דאם לזה מנכרי, דלא מצינו

זו בחידושי שנדפסו מכתבי-ידו, בשם: חידושי הגר"ח השלם בסוגיות הש"ס על סדר הדפים, מסכת בבא קמא, ירושלים תשס"ד, סי' מז עמ' קלח: "דין חיוב לחוד ודין הפקעת הלוואתו לחוד, דבמה שהותרה הפקעת הלוואתו לא אמרין דליכא כלל דין חיוב על ישראל לעכו"ם, אלא דיש לו רשות לא לשלם משום דהפקעת הלוואתו מותרת, אולם עדיין לא נפקע החיוב, אלא שמותר לו לסרב מלשלם, אע"ג שיש עליו חיוב לשלם". וגם הוא מביא את הראיה שמביא הגרש"ש מדינו של ישראל שהעיד לטובת נכרי בבית דינם. וראו גם בס"י מח, שם, עמ' קלט: "וכבר ביארנו במקום אחר, דהא דהפקעת הלוואתו מותרת, אף למאן דאמר גזל כנעני אסור, בודאי אין הביאור בזה שנפקע החוב, אלא שמותר להשמט ממנו".

וראים אנו שחכמים שונים בסוף המאה הי"ט הגיעו למסקנות דומות, בניגוד למה שהיה מקובל בין האחרונים שקדמו להם. האם שלושתם (ר' חיים, הגרש"ש והחזון-איש) הגיעו לכך באופן עצמאי ובלתי תלוי זה בזה, או שהיתה זיקת השפעה ביניהם? נראה שהשפעה לא הייתה ישירה, אלא ש"רוח הזמן" הביאה אותם להבחנה מסוג חדש, שלא נוסחה לפני כן באופן זה. ראו: ש' טיקוצ'ינסקי, דרכי הלימוד בשיבות ליטא במאה התשע-עשרה, עבודת מחקר לשם קבלת תואר מוסמך בהיסטוריה של עם ישראל, האוניברסיטה העברית, תשס"ד.

125 נראה לי שהגרש"ש אינו מונע כאן משיקולים מוסריים ואוניברסליים (כפי שטען א' שגיא, ראו לעיל הע' 33 ובסמוך לה), אלא משיקולים ענייניים ופורמליים יותר: בכל מה שנוגע ל"תורת המשפטים" אין כל סיבה להניח שיש הבדל בין יהודי לגוי, אלא במקום שהתורה קובעת הבדל כזה במפורש. ומפני שלדידו של הגרש"ש יש להבחין בין החיוב הממוני לבין המצווה לקיים אותו, נמצא שהקביעה ש"הפקעת הלוואתו מותרת" אינה אומרת מאומה לגבי עצם החיוב הממוני, ובהעדר אמירה כזו אין כאמור כל סיבה לטעון שיש הבדל בין יהודי לגוי לעניין זה.

126 כבר ציינו שההבחנה העיקרית בין המצוות ובין החיובים המשפטיים אינה קשורה במקור הנורמטיבי שלהם, אלא בתוכנם, ולכן גם דיני אונאה ושומרים ותשלומי כפל, שמקורם בתורה, יכולים להיות כלולים בתורת-המשפטים. ואגב אורחא למדנו שהגרש"ש סובר

בתורה שום חילוק למיעוט נכרי שלא יתחייב בעד הכסף שקיבל או שלא יועיל התחייבות והשתעבדות לנכרי, החיוב המשפטי הוא קיים ועומד כמו בישראל, אלא דאם חייב לישראל איכא איסור לשמים אם אינו פורע, ובנכרי ליכא [=אינן] איסור אם אינו פורע... ומשום הכי [=ומשום כך] כשאינו פורע אינו עובר על שום מצוה, אבל מדיני המשפטים לא נפקע כלום (שערי ישר, שער ה פרק ה, עמ' יד-טו).<sup>127</sup>

אף היכא דאמרינן הפקעת הלואתו מותרת, היינו דליכא [=שאינן] איסור במה שאינו פורע... אבל על כל פנים זכות השעבוד דאיכא [=שיש] לכל מלוה בנכסי לווה ליטול מנכסיו כנגד חובו – דלמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא זכות הוא בגופו של לווה, ולמאן דאמר שעבודא דאורייתא יש לו זכות גם בנכסי הלווה – הזכות הזו יש לו גם לעכו"ם בלא שום שינוי, ובשום פנים לא יופקע זכותו לעולם, אם לא על ידי פרעון או מחילה מהעכו"ם (חידושי רבי שמעון יהודה הכהן [שקופ], מסכת נדרים, ניו-יורק תשי"ב, סי' יח).

גם למאן דאמר הפקעת הלואתו שרי [=מותר], אין כוונתו שאין להעכו"ם כלום אצל הישראל, אלא שיש לו אותו החוב והקניין שיש לישראל על ישראל, אלא דבישראל אם חייב ואינו רוצה לשלם יש בזה איסור, ובעכו"ם אם אין הישראל רוצה אין בזה איסור, אלא רק היכא דאיכא חילול השם. אבל מצד דיני הממון לא שני עכו"ם מישראל מידי (חידושי רבי שמעון יהודה הכהן [שקופ], מסכת בבא קמא, ניו-יורק תש"ז, סי' ה, עמ' 8).

ולפי זה יצא לנו לחלק יפה בענין הפקעת הלואתו בעכו"ם... דהיינו אם אחד התחייב בקנין לעכו"ם על מאה מנה, אז חל שעבוד על גופו, כמו במתחייב לישראל, דבכל דבר שהוא משום קנין וזכות, עכו"ם וישראל שווים לפי שיטת היראים. אלא דבישראל אם לא קיים חובו שמוטל על גופו איכא [=יש] עבירה שלא קיים מצות פריעת בעל חוב... אבל בעכו"ם, אף אם לא יקיים פריעת החוב והשעבוד שעל גופו, לא עבר עבירה

שדין אונאה וחיוב השומרים ודין תשלומי כפל בגנב, הם כולם חיובי ממון ולא כללי חובה.

127 קטע זה נידון בהרחבה גם בדברי הרב ישראל גוסטמן, תלמידו של הגרש"ש, בספרו קונטרסי שיעורים, מסכת בבא קמא, ירושלים תשנ"ו, עמ' קנט.

במקום שאין חילול השם, אבל מכל מקום שעבוד על גופו קיים ועומד עד שיפרענו. ואף שפשטות דברי רש"י ושאר ראשונים בשיטה מקובצת אינם מורים כן, אבל אין להבין ענין זה באופן אחר<sup>128</sup> (שם, עמ' 11).

בכל הקטעים מדגיש הגרש"ש שהיהודי רשאי להשתמט מקיום החיוב המשפטי-ממוני שיש לו כלפי הגוי, ואין בכך עבירה או איסור לשמים. נראים הדברים שאין גם טעם אחר לקיים את החיוב המשפטי, שכן הגרש"ש אינו מזכיר טעם כזה. מכאן אני למד שוב, שהחיובים המשפטיים שהגרש"ש מדבר עליהם אינם כללי חובה שמטילים חובת התנהגות כלשהי, משפטית או מוסרית, אלא רק מצבי עניינים משפטיים שיש להם נפקויות משפטיות שונות, בעיקר במישור של הכוחות המשפטיים. מכאן גם נופלת הטענה שיש בתורת המשפטים מקור חוץ-הלכתי לחובות התנהגות (משפטיות או מוסריות) או למשפט טבעי.

האם בית דין של ישראל יושיט סעד למלווה נכרי שתבע את הלווה היהודי? לא מצאתי התייחסות מפורשת של הגרש"ש לשאלה זו, ונראה שלשיטתו התשובה תהיה תלויה במחלוקת הכללית אם בהלוואה יש רק שעבוד-הגוף או גם שעבוד-נכסים. אם יש שעבוד-נכסים הרי שיש להציל עשוק מיד עושקו,<sup>129</sup> ובית הדין ירדו לנכסי החייב הישראל ויגבו את החוב לטובת הגוי. ואולם אם שעבודא לאו דאורייתא, ויש על הלווה רק שעבוד-הגוף, הרי שכפי שהסביר הגרש"ש אין ביד הישראל ממון ששייך לנכרי, ולכן בית הדין לא יכפו עליו להשיב את החוב, ובמקרה זה אין גם כפיה על המצווה של פריעת בעל חוב, כי "הפקעת הלואתו מותרת". ובכל זאת, גם לשיטה זו הגוי עצמו יוכל לתפוס את המגיע לו, וכפי שהדין בישראל.<sup>130</sup>

128 ראוי לשים לב למשפט זה, בו מתוודה הגרש"ש שהדברים אינם מתיישבים כל-כך עם לשון המקורות, אך הניתוח ההגיוני גובר בעיניו על דוחק משמעות הטקסטים.

129 ומסתבר שלעניין החיוב המוטל על בית הדין להציל עשוק מיד עושקו אין הבחנה בין ישראל לגוי. וראו בהמשך.

130 נראה שכך משתמע גם מדברי התוספות שהובאו לעיל, שכתבו "שאם רוצה יכול לכפור", ומשמע שאם הלווה לא יכפור בהלוואה, או אם יהיו שני עדים שיעידו לטובת המלווה הנכרי, בית הדין (היהודי) יחייב את הלווה לפרוע את החוב. כיוצא בזה כתב החתם-סופר, ביחס להלכת שבועת השומרים במקרה שהמפקיד הוא נכרי. הלכה היא שנכרי שהפקיד אצל ישראל והישראל טוען שהחפץ אבד באונס, שהישראל פטור

## י. אחרית דבר

במאמר זה ניסיתי להראות כי קריאה מדוקדקת של דברי הגרש"ש מלמדת שהמאפיין העיקרי של "תורת המשפטים" אינו המקור הנורמטיבי האנושי שלה, אלא אופיים המיוחד של כללי הקניין וחיוכי הממון השונים, אשר מצד עצמם אינם מטילים על החייב חובת התנהגות כלשהי. הדיון ב"תורת המשפטים" הוא בעיקרו ניתוח אנליטי של מושגי החיוב השונים, ולא דיון בעל השלכות ערכיות. במישור של חובות התנהגות נראה שהגרש"ש סבור שחובות אלו נובעות כולן ממצוות התורה או ממצוות שקבעו חכמים, ולא משום מקור חיצוני אחר.

מלהישבע שבועת השומרים. ומסביר החתם-סופר שאילו היה הישראל חייב להישבע במקרה זה, היה בית הדין מחייב את השומר היהודי להישבע שבועת השומרים, ומשזה לא היה מוכן להישבע (שהרי זו שבועת שקר) היה בית הדין מחייבו לשלם את דמי הפיקדון, למרות הדין ש"הפקעת הלוואתו מותרת", ואלו דבריו: "דעל כל פנים אם העכו"ם קובל על הישראל בבית דין, והוא [=הישראל] טוען נאנסו, צריך בית דין לעשות לו [=לנכרי] כדין. ואם היה צריך [=הישראל] לישבע שנאנסו, והרי אינו יכול לישבע [=לשקר] אם כן על כרחך צריך להחזיר. אבל השתא [=עכשיו] שפטר התורה משבועה ואומרים הבית דין [=לנכרי]: כך דיננו, שאינו צריך לישבע על טענת ספק שלך, שוב אין איסור על הישראל במה שטען נאנס, כי הפקעת הלוואתו מותרת, אבל אי היה צריך לישבע הרי הבית דין צריך לפסוק הדין" (קובץ תשובות חתם-סופר, סי' סג).