

“לא המדרש עיקר”

עיון מחודש בדרישת לשון הדיוט

ירון אונגר*

א. מבוא

בפרק הרביעי של התוספתא למסכת כתובות¹ מובא מקבץ של הלכות המבוססות על מדרש לשון הדיוט.² מקבץ נוסף של הלכות, המתוארות ככאלו המבוססות על “מדרש כתובה”, ביטוי הנחזה כנדרף ל”מדרש לשון הדיוט”,³ מובא בתלמוד הירושלמי למסכת יבמות.⁴ ואף שרבים עסקו בדוקטרינה של דרישת לשון הדיוט,⁵ נראה שעיסוק זה היה

לאמא, חוה חיה,

”כי היא הייתה אם כל חי” (בראשית ג 20)

* ד”ר ירון אונגר, ממונה, יועץ למשפט עברי ולמליאת הכנסת, הלשכה המשפטית, כנסת ישראל. המאמר הינו עיבוד והרחבה של נושא שנדון בקצרה בעבודת הדוקטור בנושא “חובות האמון בדין העברי ובמשפט הישראלי”, הוגשה לסנט של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן, תשרי תשע”ו.

ברצוני להודות לחברים טובים באמצע הדרך, אשר הואילו לקרוא, להעיר ולהאיר נקודות שונות וחשובות בענייניו של מאמר זה בשלבים שונים של גיבושו, ובהם: חברי מערכת כתב העת דיני ישראל, ובראשם ד”ר שי עקביא וזונר, פרופ’ בני פורת, פרופ’ עמיחי רדזינר ופרופ’ יצחק ברנד.

1 תוספתא, כתובות ד, ט-יד (מהדורת ליברמן).

2 לפי ברודי, מקבץ ההלכות שבתוספתא מסודר, “פחות או יותר” בסדר כרונולוגי, ואילו בבבלי הסדר “כדי להביא את ההלכה של רבי מאיר למקום הראשון”, בהתאם להקשר. ראו ירחמיאל ברודי משנה ותוספתא כתובות: נוסח, פרשנות ועריכה 115 (2015) (להלן: ברודי משנה ותוספתא) וכן ראו שם, בעמ’ 115, ה”ש 7. לדעת ברודי (שם), אף ההלכות הבאות (יד-טו), שאינן מנוסחות בלשון ‘דרש’ ואינן מבוססות על לשונות של שטרות, מבוססות על עיקרון דומה, “שתוקפה של פעולה משפטית מסוימת תלוי בהערכתנו את דעתו ואת כוונתו של עושה הפעולה”.

3 ראו בהרחבה להלן, לאחר הציון לה”ש 127.

4 ירושלמי, יבמות טו, ד.

5 לדיון בדרישת לשון הדיוט ראו גם שמואל גרינברג “דורש לשון הדיוט” סיני יב, שנד

ממוקד באחת או שתיים מן ההלכות האמורות, וטרם נעשה ניסיון מקיף לבחון את משמעות השימוש בדוקטרינה בכל אחת מן ההלכות המבוססות עליה. מאמר זה מבקש, לראשונה, להתחקות אחר משמעות הדוקטרינה, אגב ניתוח של השימוש בה בכל אחת מן ההלכות שבהן נעשה בה שימוש.

ניתוח של הפרשנות שניתנה לדוקטרינה זו, הן בספרות הפרשנית הקלאסית והן במחקר, חושף שלוש גישות, שיכוננו להלן הגישות הקלאסיות בהבנת הדוקטרינה. לפי גישה אחת, המפרשת את המדרש בצורה דומה לצורה בה מתפרש מדרש לשון המקרא, מדרש לשון הדיוט הוא – מתן פרשנות יצירתית לטקסט שנכתב בידי הדיוטות, כדי לחלץ מתוכו הלכות שאינן עולות ממנו בקריאה טבעית שלו. לפי גישה שנייה, מדרש לשון הדיוט מבטא נכונות של החכמים לקרוא אל תוך טקסט חוזי שנכתב בידי הדיוטות, תנאי מכללא, על יסוד ההנחה שתנאי זה משקף את הנוהג המקובל במקומם של מנסחי השטר, ובשל כך ניתן להניח שהצדדים הסכימו עליו. לפי גישה שלישית, מדרש לשון הדיוט לא נועד להציע פרשנות תמימה לטקסט שנכתב בידי הדיוטות, אלא בעיקר לאפשר "הלבנה" הלכתית של נוהג פסול, המתאפשרת מכוח פרשנות פיקטיבית של מסמכים שנכתבו בידי הדיוטות, והצגת המסקנה ההלכתית העולה מפרשנות זו כתוצר תמים של תנאי הלכתי תקף, ולא כנסיגה של ההלכה מפני נוהג עממי פסול.

להלן, נבקש לערוך ניתוח ביקורתי של הגישות הקלאסיות בהבנת הדוקטרינה. לשם כך, נבחן את האופן שבו ניתן (או שלא ניתן) ליישם כל אחת מהן, בכל אחת מן ההלכות המבוססות על מדרש לשון הדיוט. ניתוח זה יבהיר כי כל אחת מן הגישות האמורות עשויה להסביר חלק מן ההלכות שיסודן במדרש לשון הדיוט, אך מעוררת

(התש"ג); הרב יצחק אייזיק הלוי רבינוביץ' דורות הראשונים כרך א 355-356 (התרס"ו); מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך א, חלק שני, עמ' 350 (מהדורה שלישית 1992) (להלן: אלון המשפט העברי); איתמר ורפהפיג "התוקף המשפטי של הסתמכות על דיבור במשפט העברי" מחקרי משפט ב 45, 60 (1982); בנימין פורת פרשנות החוזה במשפט התלמודי 13 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית 2009) (להלן: פורת פרשנות החוזה). וראו גם Adiel Schremer, "[T]he[y] Did Not Read in the Sealed Book": Qumran Halakhic Revolution and the Emergence of Torah Study in Second Temple Judaism, in HISTORICAL PERSPECTIVES: FROM THE HASMONEANS TO BAR KOKHBA IN LIGHT OF THE DEAD SEA SCROLLS 105, 120-121 (David Goodblatt, Avital Pinnick & Daniel R. Schwartz eds., 2001); Amihay Radzyner, P. Yadin 21-22: Sale or Lease?, in LAW IN THE DOCUMENTS OF THE JUDAEAN DESERT 145, 156 (Ranon Katzoff & David Schaps eds., 2005); Paul Mandel, Legal Midrash between Hillel and Rabbi Akiva: Did 70 CE Make a Difference?, in WAS 70 CE A WATERSHED IN JEWISH HISTORY? ON JEWS AND JUDAISM BEFORE AND AFTER THE DESTRUCTION OF THE SECOND TEMPLE 343, 347-353 (Daniel R. Schwartz & Zeev Weiss eds., 2012) (להלן: Mandel, Legal Midrash).

קשיים לוגיים, לשוניים ואף הלכתיים, כאשר אנו מבקשים ליישמה על הלכות אחרות שיסודן בדוקטרינה זו.

מסקנה זו תוביל אותנו אל הצעה לגישה רביעית בהבנת משמעותו של מדרש לשון ההדיוט, שלפיה מדרש לשון הדיוט היה לכלי הלכתי ייחודי, שחלק מן החכמים עשו בו שימוש כדי לבסס עמדות הלכתיות שהיו שנויות במחלוקת. זאת, על יסוד ההנחה, שהצגת עמדה הלכתית שנויה במחלוקת כמסקנה המתבקשת מלשון ההדיוט, כהיענות לרצון עממי, עשויה הייתה להפיג התנגדות של החכמים לעמדה זו, ואף להקל את "שיווקה" בציבור.

גישה זו אינה סותרת בהכרח את הגישות הקודמות להבנת הדוקטרינה, שכן היא אינה כופרת באפשרות העקרונית, שחכמים שונים השתמשו בדוקטרינה זו בדרך שונה. יתר על כן. לא מן הנמנע, שעם הזמן שינתה הדוקטרינה את פניה, ומדרש שמלכתחילה לא היה אלא פרשנות תמימה של טקסט שנכתב בידי הדיוטות, היה עם הזמן לאמצעי ל"הלבנת" נוהג עממי פסול, ומאוחר יותר, לאמצעי לביסוסן והטמעתן בציבור של הלכות שהיו שנויות במחלוקת.

מהלך הדיון יהיה אפוא כדלהלן: **שני הפרקים הראשונים** יוקדשו להנחת תשתית תיאורטית ולשונית לדיון. **בפרק השני** נסקור בקצרה את התיאוריות הפרשניות המודרניות בפרשנות החזוים. סקירה זו תסייע בהבנת המשמעויות של הפרשנויות השונות שיוצרו למדרש לשון הדיוט. **בפרק השלישי** נערוך ניתוח לשוני של משמעות ה"דרישה" ושל משמעות "לשון הדיוט", כדי להציע משמעויות לשוניות אפשריות לצירוף "דורש לשון הדיוט".

שני הפרקים הבאים יוקדשו לסקירת מקבצי ההלכות המבוססות על מדרש לשון הדיוט ועל מדרש כתובה. **הפרק הרביעי** יוקדש לניתוח מקבץ ההלכות שבתוספתא, המבוססות על דוקטרינה זו. כאן, נעיין בכל אחת מן ההלכות שבמקבץ, תוך שננסה לבחון את משמעות המדרש: האם המדרש מפרש את הלשון? האם הוא מוציאה ממשמעותה הפשוטה? האם המדרש הוא הבסיס האמיתי של ההלכה, או שמא הוא כסות לעמדה הלכתית עצמאית של הדרשן, המוצגת כאילו הייתה הלכה הנגזרת מן החוזה שכתבו ההדיוטות? שאלות אלו ייבחנו אף **בפרק החמישי**, שיוקדש לניתוח מקבץ ההלכות המבוססות על מדרש הכתובה, המובאות כאמור בתלמוד הירושלמי למסכת יבמות.

הפרק השישי יוקדש לעיון במדרש הצוואה. בעניין זה נקבעה הלכה בתוספתא, שאין דורשים בצוואה לשון הדיוט. כאן, נבקש לברר האם ההלכה שוללת באופן קטגורי שימוש במדרש לשון הדיוט, או שמא זהו חריג, ואם כך הוא, מה עשויה להיות ההצדקה לאי שימוש בדוקטרינה דווקא בצוואות? ומה יש בכך כדי ללמדנו על הכלל?

הניתוח הפרטני של ההלכות שבהן נעשה שימוש בדוקטרינה של מדרש לשון הדיוט, וההצעות הפרשניות שהוצעו להבנת מדרש הלשון בכל אחת מהן, יסייע בידנו

לערוך ניתוח ביקורתי של כל אחת מההצעות האמורות, בפרק השביעי. כאן, נבקש לבחון את מידת התאמתה של הפרשנות המוצעת לכל ההלכות שיסודן במדרש הלשון, ואף את ההיגיון המשפטי והריאלי של כל אחת מהן.

לאור התוכנות העולות מן הניתוח הביקורתי, תוצע, בפרק החותם את המאמר, פרשנות ריאלי וקהרנטית לדוקטרינה המסקרנת של "מדרש לשון הדיוט".

ב. פרשנות חוזים – תשתית תיאורטית

פרשנות חוזים הפכה, בעיקר בעשור האחרון, לכר נרחב למדי לכתובה תיאורטית בדיני החוזים, ומסגרתו הצנועה של מחקר זה בוודאי אינה המסגרת המתאימה לפתח דיון נרחב בעניין זה. עם זאת, הכרת האסכולות המודרניות בפרשנות החוזים עשויה להיות לתועלת רבה, הן בהבנת המשמעויות התיאורטיות של הפרשנויות המוצעות לדוקטרינה של מדרש לשון הדיוט, והן בעריכת ניתוח ביקורתי של כל אחת מהן.

הסיווג הקלאסי של התיאוריות המודרניות בפרשנות החוזים מתאר שלוש גישות עקרוניות: הגישה שלפיה פרשנות החוזה נשענת על אומד דעתם הסובייקטיבית של הצדדים בלבד (להלן: התיאוריה הסובייקטיבית), הגישה שלפיה פרשנות החוזה נשענת על אומד הדעת האובייקטיבי של "האדם הסביר" (להלן: התיאוריה האובייקטיבית) והגישה שלפיה פרשנות החוזה נשענת גם על אומד דעתם הסובייקטיבי של הצדדים, אך גם (ויש שיאמרו בעיקר), על תכליתו האובייקטיבית של החוזה (להלן: התיאוריה התכליתית).

התיאוריה הסובייקטיבית, המקובלת בעיקר במדינות הקונטיננטל⁶ גורסת שתפקידו של הפרשן הוא לבאר את החוזה בהתאם לאומד דעתם של הצדדים לחוזה, בהתחשב באופיים, בתרבותם, בציפיותיהם ובנסיבות כריתת החוזה.⁷ תיאוריה זו נגזרת מתפיסה הגורסת שתכליתם של דיני החוזים היא להגשים את האוטונומיה של הפרט ואת חופש הרצון שלו.⁸ תיאוריה זו משררת את הפרשן מעולץ הקשה של מילותיו של החוזה, אך כובלת אותו לאומד דעתם הסובייקטיבית של הצדדים שערכו אותו, כפי שהטעים השופט ברנזון –

לדרת לכוונתו האמתית של הכותב, על יסוד הדברים הכתובים במסמך כולו, ובהתחשב עם הרקע הידוע של העניין. לא תמיד קובע מובנם המילולי של המילים שהשתמשו בהן. אין לראות במילים הכתובות חזות

6 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי: פרשנות החוזה 439 (2001).

7 להרחבה ראו שם, בעמ' 403-407.

8 ראו למשל אפי צמח ועמרי בן-צבי "פרשנות חוזים: תאוריה ופרקטיקה (בשולי ע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ)" משפטים נא 121, 142 (2021).

הכל, שעה שהקשר הדברים והנסיבות הסובבות את העניין מצביעות על כוונה אחרת מזו העולה מן הפירוש הרגיל של הכתוב.⁹

התיאוריה האובייקטיבית אינה מבקשת להתחקות אחר דעתם של הצדדים הריאליים לחוזה, אלא אחר דעתו של "האדם הסביר" שהיה עורך חוזה מן הסוג שנדרש הפרשן לפרשו. תיאוריה זו מבוססת על ההנחה, שבשל הקושי להתחקות אחר כוונות הצדדים, פרשנות סובייקטיבית של החוזה היא בבחינת חקר המסתורין,¹⁰ שעלול לבוא על חשבון כיבוד לשונו הפשוטה של החוזה,¹¹ ואף לפגוע בוודאות המשפטית ובאינטרס ההסתמכות.¹² ההתחקות אחר אומדן הדעת האובייקטיבי של הצדדים לחוזה מתבססת על לשון החוזה. יפים לעניין זה דבריו של השופט הולמס, שהדגיש –

[...] we ask, not what **this man** meant, but what **those words** would mean in the mouth of a normal speaker of English, using them in the circumstances in which they were used.¹³

עד פסק הדין הידוע (והשנוי במחלוקת) בעניין אפרופים, שאימץ את התיאוריה התכליתית, תיאוריה זו שלטה בכיפה במשפט הישראלי, ללא עוררין.¹⁴

התיאוריה התכליתית מאמצת את העיקרון שלפיו על הפרשן לנסות להתחקות אחר אומדן דעתם הסובייקטיבית של הצדדים, אך אם לא ניתן, מסיבות שונות, לקבוע בצורה מהימנה והחלטית את אומדן דעתם של הצדדים, יש לפרש את החוזה על פי תכליתו האובייקטיבית, שהיא התכלית שמייחס לו בית המשפט. תכלית זו כוללת אינטרסים, מטרות וערכים שהחוזה נועד להגשים, ובהם למשל: סבירות, הוגנות, היגיון, יעילות, תום לב ואף ערכים כלליים של שיטת המשפט שאינם נוגעים לצדדים אלא לחברה בכללה. מטרות וערכים אלו אינם בהכרח ערכיהם של עורכי החוזה, אלא ערכי השיטה המשפטית, כפי שבית המשפט מפרשם.¹⁵

- 9 ע"א 324/63 הלוי סגל נ' חברת ג'ורג'ני מג'י בע"מ, פ"ד יח(4) 373, 371 (1964).
- 10 *Bekker NO v. Total South Africa (Pty) Ltd* 1990 (3) SA 159 (T) at 170G-H (S. Afr.)
- 11 *Codelfa Construction Pty Ltd v. State Rail Authority of New South Wales* (1982) 149 CLR 337, 352 (Austl.)
- 12 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויוזום בע"מ, פ"ד מט(2) 265, 302 (1995) ("התורה האובייקטיבית מבקשת להגן על אינטרס ההסתמכות") (להלן: עניין אפרופים); ע"א 685/88 קורטמן נ' קרן תורה ועבודה, פ"ד מז(2) 598, 602 (1993) ("העדפת המצג האובייקטיבי על פני הכוונה הסובייקטיבית הסמויה נועדה לקדם את הוודאות העסקית ואת הביטחון המסחרי").
- 13 *Oliver Wendell Holmes, The Theory of Legal Interpretation*, 12 HARV. L. REV. 417, 417-18 (1899).
- 14 ראו ברק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 430.
- 15 ראו בהרחבה למשל אהרון ברק פרשנות תכליתית במשפט 375 (2003); גבריאלה שלו דיני

כפי שניווכח להלן, חלק מן הפרשנים עשו מאמץ ניכר לטעון, שמדרש לשון הדיוט נועד לשקף את הרצון הסובייקטיבי האמיתי של ההדיוט, עורך המסמך. טיעון זה מבוסס על תיאוריה סובייקטיבית של פרשנות החוזה, אך הוא אינו עומד במבחן הביקורת. אכן, נמצא שלעיתים טיעון זה מתיישב היטב עם הרקע הריאלי של עורכי המסמך, ושל הסביבה החברתית והמשפטית שבתוכה הם פעלו, באופן המאפשר לנו להעריך שמדרש הלשון אכן משקף את כוונתם הסובייקטיבית. אולם, בחלק ניכר מן ההלכות שישודן במדרש הלשון, נמצא שטיעון זה דחוק למדי, ואפילו בלתי מתקבל על הדעת.

אחדים מן הפרשנים הציעו, שמדרש הלשון מבקש להתחקות אחר הרצון האובייקטיבי של ההדיוט ה"סביר", כפי שניתן ללמוד עליו מעסקאות או חוזים דומים, במקומו ובתקופתו של עורך החוזה. פרשנות זו מזכירה למדי את התיאוריה האובייקטיבית בפרשנות החוזה, אלא שאף היא תתקשה להסביר חלק מן ההלכות, שמהן ניתן יהיה להסיק בצורה נחרצת שה"פרשנות" שהוצעה אינה משקפת, לא את רצונו הסובייקטיבי של עורך המסמך, ואף לא את רצונו האובייקטיבי.

נותרנו אפוא עם התיאוריה התכליתית. האומנם ניתן לראות במדרש לשון הדיוט יישום קדום של תורת הפרשנות התכליתית של החוזה? כדי להשיב על שאלה זו יהא עלינו לעיין בכל אחת מן ההלכות שהתבססו על מדרש הלשון, וזאת נעשה בהמשך. לעת עתה, נרשה לעצמנו להקדים, שלפחות בחלק מן ההלכות שהתבססו על מדרש הלשון, הנורמות שחילצו חכמים מן החוזה אינן יכולות להיחשב ככאלו המשקפות את תכליתו של החוזה. ממצא זה מעורר שאלה עקרונית: האם מדרש הלשון הוא כלי של פרשנות או שמא הוא כלי חקיקה, בתחפושת של פרשנות?

ג. ניתוח לשוני

ניתוח המשמעויות הלשוניות האפשריות של הצירוף 'דרישת לשון הדיוט' עשוי להעשיר את הדיון ולהציע פרשנויות רבות ומגוונות, לכל אחת מן ההלכות שבהן נעשה שימוש בדרישת לשון ההדיוט. נפתח אפוא בניתוח המשמעויות הלשוניות של השורש ד.ר.ש, שלו נודעו משמעויות רבות ומגוונות, בלשון מקרא ובלשון חכמים. בהמשך, נבקש לעמוד על משמעות הביטוי "לשון הדיוט", שאף לו ניתן להציע משמעויות שונות. מתוך המגוון הרחב של המשמעויות לדרישה וללשון ההדיוט, נבקש להצביע על זו המסתברת מכולן, במסגרת הדיון על דרישת לשון הדיוט.

חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 400 (מהדורה שלישית 2005); ניר קירר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של הפרשנות התכליתית בישראל", עיוני משפט כו 737 (2002).

1. המדרש

1.1. המשמעות המקראית

על המשמעות הלשונית של הדרשה והמדרש נשתברו קולמוסים רבים.¹⁶ בלשון מקרא נעשה שימוש בשורש ד.ר.ש בעיקר במשמעות של **חיפוש או בקשת דבר**.¹⁷

לפי מנדל, בספרות בית שני עדיין משמש ה"מדרש" במשמעות המקראית, של בקשת דבר,¹⁸ אם כי, יש שמצאו כי כבר במגילות קומראן מחברי המגילות "כינו ככל הנראה את פירושיהם לכתובים 'מדרש'. השם 'מדרש' משמש הן לפירושים שעניינם אקטואליזציה של חזונות הנביאים הן לפירושים של חלקים אחרים של כתבי הקודש".¹⁹ באופן מפתיע, חלק לא מבוטל מן הראשונים מבקשים לפרש את מדרש לשון הדיוט שבמקורות התנאיים בהתאם למשמעותו המקראית של השורש ד.ר.ש. הכולט שבהם הוא הרשב"א, המסביר ש"דורש לשון הדיוט" הוא מי ש"חוקר אחר לשון ההדיוטות, כלומר התנאים שהם רגילים להתנות ביניהן ולפסוק הדין עליהן כאלו הן תנאי בית דין [...] ו'דורש' כמו 'חוקר ותובע' כמו 'ודרשת היטב' (דברים יז 2)."²⁰

16 ראו למשל אפרים א' אורבך **ההלכה: מקורותיה והתפתחותה** 70 (1984); ברכיהו ליפשיץ **ההלכה: על דעת המקום או על דעת הקהל** 94-102 (2018).

17 ראו למשל ויקרא י 16 ("ואת שעיר החטאת **דרש דרש** משה"); דברים כב 2 ("והיה עמך עד **דרש** אחיך אותו"); ירמיהו ל 17 ("ציון היא, **דורש** אין לה"); שמואל א, ט 9 ("לפנים בישראל כה אמר האיש בלכתו לדרוש אלהים, לכו ונלכה עד הראה"). לעיתים הדרישה קשורה לתחוננים ותפילה לאלקים כביחזקאל כ 1 ('לדרש את ה') או אל כוחות אחרים כדבריים יח 11 ('דורש אל המתים') או לבקשת מידע מפי האל, ככבראשית כה ('ותלך לדרוש את ה'). ראו פנחס מנדל "דרש רבי פלוני: עיון חדש" **דפים למחקר בספרות** 17-16, 27 (התשס"ט).

18 ראו שם, בעמ' 29, ה"ש 10. וראו גם, PAUL D. MANDEL, **THE ORIGINS OF MIDRASH: FROM TEACHING TO TEXT** 93 (2017) ("The verb darash occurs in the Qumran texts [...] include the act of personal investigation and inquiry of an individual, especially in an administrative or legal sense, by one of greater authority, as well as the care ("inquiry") of one individual for another, or the act of seeking information of another; the direct "search" by the pious for God (doreshuhu), a "search" for God through devotion to His laws and commands; and, in the phrase doresh MANDEL, **THE ORIGINS OF MIDRASH** (להלן: mishpaṭ, in the sense of engaging in judicial investigation)).

19 כנה ורמן ואהרון שמש **לגלות נסתרות: פרשנות והלכה במגילות קומראן** 53 (2011).

20 חידושי הרשב"א, בבא מציעא קד, ע"א (ההדגשות אינן במקור). וכעין זה גם ברבינו יהונתן מלוניל על הרי"ף, בבא מציעא סא, ע"א בדפי הרי"ף ("היה דורש לשון הדיוט, כלומר, הלשון שהרגילו הדיוטות לכתוב שלא בתקנת חכמים, היה דורש הלשון לפסוק הדין אחריי"); שיטה מקובצת, בבא מציעא קד, ע"א ("שהולך אחר מה שרגילין לכתוב ההדיוט ושהוא **חיוב גמור ולא אמרינן לישנא טופיאטא היא ובלא כוונה**").

2.1. המשמעות התנאית

לפי מנדל, בתקופת התנאים, "הוראתה הרגילה של המילה (דרש – י"א) [...] היא דווקא להציע (ברבים), להורות, ולא לבצע פעולה פרשנית על הטקסט"²¹.

בשאלה כיצד התפתחה משמעות זו חלוקים החוקרים. לדעת מנדל, מן המשמעות המקראית של 'לבקש' או 'לחקור' חל מעתק. מתחילה המדרש שימש במשמעות זו, אך עם הזמן, כשביקשו חכמים לגלות ברבים את מה שנחקר, עשו שימוש בשורש ד.ר.ש בהוראה של 'לספר מה שנחקר', 'להורות'²².

לעומתו, ליפשיץ סבר שלא חל מעתק כלל, ואם חל, הרי "שכיוון הדברים הפוך דווקא: מסיפור מה שנחקר ו"להורות", אל ההוראה של "לבקש, לחקור"²³. לדבריו, כל משמעויות השורש ד.ר.ש מבוססות על המשמעות של גילוי, הוראה ופרסום של דבר הנסתר מן העין. דבר הדורש גילוי הוא דבר הנחקר, שמבקשים אחריו, ולכן גם הפרשנות, החושפת את המשמעות הטמונה בטקסט, מכונה מדרש.

בהתחשב בכך שהמקורות העוסקים במדרש לשון הדיוט הם תנאיים, סביר לפרש את משמעות מדרש לשון הדיוט בהתאם למשמעות התנאית השגורה של השורש ד.ר.ש. לפי זה, מדרש לשון הדיוט יתפרש כהוראת הלכה, שיסודה בלשון הדיוט.

3.1. המשמעות האמוראית

מנדל וליפשיץ הצביעו על כך שבתקופת האמוראים השתרשה המשמעות של השורש ד.ר.ש במובן של פרשנות²⁴, ומאוחר יותר היה המדרש למונח טכני, המציין פרשנות של

21 מקור משמעות זו, ככל הנראה, בתקופת האמוראים, כבבלי, קידושין עג, ע"א ("דרש רבי זירא במחזוא: גר מותר בממזרת. רגמוהו כולי עלמא באתרוגייהו. אמר רבא: מי איכא דדריש מילתא כי האי בדוכתא דשכיחי גיורי! דרש רבא במחזוא: גר מותר בכהנת. טענוהו בשיראי. הדר דרש להו: גר מותר בממזרת"). וראו אצל יצחק היינמן "להתפתחות המונחים המקצועיים לפירוש המקרא: דרש" לשוננו יד 182, 188 (התש"ו), אם כי, יש הסבורים שלמשמעות זו יש עדויות כבר בתקופת התנאים. ראו אצל Mandel, *Legal Midrash*, לעיל ה"ש 5, במקורות המובאים בהערה, ודבריו שם, בעמ' 32, ובהרחבה אצל MANDER, *THE ORIGINS OF MIDRASH*, לעיל ה"ש 18, בפרק 6 ובסיכום שבעמ' 280, "[...] it is clear from the contexts in which these words appear in the tannaitic literature that they do not convey a particular mode of textual interpretation and, indeed, are not limited to textual interpretation at all, but refer rather to public instruction, usually in the realm of laws (and customs)".

22 MANDER, *THE ORIGINS OF MIDRASH*, לעיל ה"ש 18, בעמ' 47, ה"ש 81.

23 ליפשיץ, לעיל ה"ש 16, בעמ' 95.

24 כך למשל בבבלי תענית ה, ע"ב ("אמר ר' יוחנן: יעקב אבינו לא מת. אמר ליה: אם כן בכדי ספרו ספדיא וחטנו חנטיא?! אמר ליה: מקרא אני דורש: 'ואתה אל תירא עבדי יעקב, נאם ה', ואל תחת ישראל כי הנני מושיעך מרחוק, ואת זרעך מארץ שבים' (ירמיהו ל 10) – מקיש

הטקסט באמצעים מיוחדים, כשלוש עשרה מידות שהתורה נדרשת בהן.²⁵ בעיני רבים, משמעות זו היא משמעות השורש ד.ר.ש. במקורות העוסקים במדרש לשון ההדיוט.²⁶ פרשנות זו קשה הן משום שהיא מבקשת להעניק למדרש משמעות המתאימה לתקופת האמוראים ולא לתקופת התנאים, והן משום שהיא מתקשה להבהיר מהו החידוש שיש בדרישת לשון הדיוט. וכי יש לך טקסט שאינו דורש לפרשו?

2. לשון הדיוט

המילה "הדיוט" היא מילה יוונית במקורה (idiotes (ιδιώτης)), שמשמעותה היא "אדם פשוט", או מי "שאיננו מומחה".²⁷ משמעויות אלו נשמרו גם בלשון חכמים. "כוהן הדיוט" הוא כוהן פשוט, ואף מי שאינו מומחה מכונה בשם זה.²⁸ בהתאם לכך, ניתן להציע ש"לשון הדיוט" היא לשונו של אדם פשוט. אולם, קשה להניח שזו משמעות לשון הדיוט במקורות העוסקים במדרש לשון הדיוט, שברובם עוסקים במסמכים משפטיים חורצי גורלות כשטרי כתובה, אריסות ועוד, שאין להניח שנכתבו בידי נְסָחִים שאינם מקצועיים. מסיבה זו יש גם לדרוח את הצעתו של מנדל, ש"לשון הדיוט" אינה מתארת רק את זהותו של הדובר, אלא גם את איכותו של הטקסט, כטקסט עממי, פשוט, שלא נוסח בקפידה.²⁹

הוא לזרעו: מה זרעו בחיים, אף הוא בחיים" (ההדגשה אינה במקור). אומנם, יש הרואים בפסוק בעזרא ז 10 ("כי עזרא הכין לבבו לדרוש את תורת ה' ולעשת וללמד בישראל חק ומשפט" (ההדגשה אינה במקור)) עדות לשימוש בשורש ד.ר.ש. במשמעות זו כבר בסוף תקופת המקרא. ראו Mandel, *Legal Midrash*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 346, ה"ש 10. אך ניתן להסביר את הפסוק גם לפי המשמעות המקראית הקלאסית של השורש ד.ר.ש. וראו גם, אצל היינמן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 185 ("דורש ה' נעשה 'דורש תורתו', ומן הדרישה יצאה – הדרשה").

25 ראו אצל ליפשיץ, לעיל הערה 16, בעמ' 94, ליד הציון לה"ש 130. לדעת מאיר יש כאן תהליך אבולוציוני: בתחילה השורש ד.ר.ש. הובן כפרשנות, ומאחר שבמקרים רבים הוצגה הפרשנות לפני קהל רב, החלו להשתמש בשורש זה גם במובן של הרצאה פומבית, שאינה קשורה בהכרח לפרשנות הטקסט (עפרה מאיר "הוראת 'דרש רבי X' במדרשים" דפים למחקר בספרות 3, 209, 212, 217 (התשמ"ו)). אולם, קשה להלום הצעה זו עם ההתפתחות הכרונולוגית של השימוש בשורש ד.ר.ש.

26 ראו למשל פורת פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 13 ("פירוש הסכם הוא אפוא מדרשו"); ורהפטיג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 60 ("שדורשין לשון הדיוט, ומסבירים את דיבורו על-פי הנוהג בשוק").

27 HENRY GEORGE LIDDELL & ROBERT SCOTT, A GREEK-ENGLISH LEXICON (1940).

28 ראו למשל משנה, מועד קטן א, י ("עושיין מעקה לגג ולמרפסת, מעשה הדיוט; אבל לא מעשה אומן); מועד קטן א, ח ("ההדיוט תופר כדרכו והאומן מכליב").

29 ראו MANDEL, THE ORIGINS OF MIDRASH, לעיל ה"ש 18, בעמ' 244 ("Darash leshon hedyot, then, should be translated as "expounded [as law even] unprofessionally-worded language [...] as if it were drafted by a lawyer"

היו שהבחינו בכך שחלק ניכר מן המקורות העוסקים במדרש לשון הדיוט עוסקים בטקסט חזוי שנכתב בשפה הארמית, שפה שבה השתמשו ההדיוטות.³⁰ אך כפי שיוכח להלן,³¹ גם דברים שנאמרו בעברית כונו בשם "לשון הדיוט", ובכלל, קשה להבין מה הייחוד שיש במדרש הלשון כשהטקסט לא נכתב בשפה העברית.

אפשטיין הציג, שהצירוף "לשון הדיוט" מתאר טקסט העוסק בענייני חולין, שטר "אזרחי", במובחן מ"לשון קודש", שנעשה בה שימוש בטקסט מקודש.³² אלא שפשר החידוש שבמדרש הלשון, לפי פרשנות זו, אינו ברור.

מופס, ליברסקי, קוטשר ואחרים, טענו ש"לשון הדיוט" מתארת מסמכים משפטיים מהמזרח הקרוב שנכתבו בארמית, סורית או עברית, המשקפים מסורת קדומה של המשפט המקובל הארמי המיוצגת במסמכים אשוריים, במסמכים בבליים ובמכתבי יב.³³ לדבריהם,

30 ראו אצל ר"א פרידמן אגרת תשובה על דבר הכתובה ונוסחה הארמי הנהוג 32 (1888) ("ומלות לשון הדיוט ירמזון לדעתי אל דברי התלמוד (בבלי, סנהדרין כא, ע"ב) והניחו להדיוטות כתב עברי ולשון ארמי. ובלשון הזאת הארמית הרגילו אז לכתוב שטרותיהם... ונתנו אלה התנאים את לבם לדרוש ולחקור אחרי הכוונה שכיונו בה מוסריהם, וכאשר הבינוה דלת העם על פיה שפטו שפוט וחרצו המשפט"); גרינברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' שנה; פורת פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 14, ה"ש 36. וראו גם ירושלמי, סנהדרין ז, יב ("מסית אומר בלשון הקדש ומדיח אומר בלשון הדיוט"). לפי גולאק, "בתקופת המשנה היו רוב השטרות נכתבים בנוסחה קבועה שנתעבדה במשך הדורות ונתקנה ונשתכללה על פי חכמי המשפט [...] השטרות היו נכתבים בתקופת המשנה והגמרא ארמית, שכנראה הייתה שפת ההמון בימיהם [...] וגם לשון הדיוט קבועה בטופס השטר, שלא נתקנה בידי החכמים, והיו דורשים אותה ולמדים ממנה הלכות" (אשר גולאק אוצר השטרות 14-15 (התרפ"ו)). וראו גם עקידת יצחק, שער נח ("אל ישאל אדם צרכיו בלשון ארמי [...] כוונתם ז"ל לזרז האנשים שישתדלו לדעת ולהשכיל בתורה ובחכמה [...] בסידור לשונו כבואו להתפלל לפני אלהיו בלשון התורה הקדושה והנקיה מכל סיג [...] ושלא ישים אדם עצמו מכלל שאינם יודעים לבקש צרכיהם רק בלשון הדיוט, והוא הלעז המשותף לנשים ונערים").

ליד הציון לה"ש 158.

31 אריה ליב אפשטיין תולדות הכתובה בישראל 26, ה"ש 14 (משה מייזלש מתרגם התשי"ד) 32 ("ועי' סנהדרין כא ע"ב, "אמר מר זוטרא ואיתימא מר עוקבא, בתחלה ניתנה תורה לישראל בכתב עברי ולשון הקודש, חזרה וניתנה להם בימי עזרא בכתב אשורית ולשון ארמי, ביררו להן לישראל כתב אשורית ולשון הקודש והניחו להדיוטות כתב עברית ולשון ארמי [...]. מובן "הדיוטות" נדרף בדרך כלל לענייני חול או חולין, ומשתמשים בו כרגיל להבריל בין הקודש ובין החול. כן השתמשו בלשון זה לסמן שטרי חול, בהבדלם מכתבי קודש [...] ונראה לי שמוכן "הדיוטות" כאן הוא "חילוני", והכוונה לכתבי חול". וראו גם תוספתא, ביצה ד, ד (מהדורת ליברמן 8) ("האורג שני חוטין, בין בבגדי קדש בין בבגדי הדיוט, והכותב שתי אותות, בין בכתבי קדש בין בכתבי הדיוט, בשבת – חייב חטאת, כיום טוב לוקה ארבעים. האורג חוט אחד, בין בבגדי קודש בין בבגדי הדיוט, והכותב אות אחת, בין בכתבי קדש בין בכתבי הדיוט, בשבת – חייב חטאת, כיום טוב – לוקה את הארבעים").

33 Yochanan Muffs, *Studies in the Aramaic Legal Papyri from Elephantine*, 193 (2003).

הכינוי "לשון הדיוט", נועד לבטא הודאה שבשתיקה בדבר המקור הלא רבני של מסמכים אלו, שלעיתים שיקפו מסורת לא יהודית, שלא תמיד עלתה בקנה אחד עם הדרישות הפורמאליות של ההלכה. מדרש לשון הדיוט, בהתאם לכך, עושה שימוש ריאלי בפיקציה המשפטית כדי להעניק למסמכים אלו תוקף הלכתי.³⁴

דומה כי טענה זו עולה בקנה אחד עם הערות המצויות אצל חלק ניכר מן הראשונים, המתארים את "לשון הדיוט" כתנאי שנעשה "שלא כתקנת חכמים",³⁵ שנכתב על ידי מי "שאינו מדקדק בדבריו, ומוציא בפיו דבר שאינו",³⁶ או כתנאי ש"אילולי דבריו לא היו הווין ולא היו נוהגין".³⁷ תיאור זה עשוי ללמד ש"לשון הדיוט" מתארת טקסט שלא זו בלבד שהוא איננו הלכתי, אלא שהוא אף מנוגד להלכה.³⁸ טקסט שכזה עשוי להיווצר מכוון של השפעות זרות, או מכוחו של נוהג עממי שאומץ על ידי ההמון, שאימץ במסגרת הסכמים שונים, נורמות המנוגדות להלכה, לפי צרכי המקום והשעה.

ד. מדרשי הלשון שבתוספתא

1. מדרש הלל הזקן

בפרק הרביעי של התוספתא³⁹ למסכת כתובות מובא קובץ של הלכות, שכל אחת מהן פותחת בתבנית "דרש ר' פלוני", שכולן, למעט האחרונה שבהן, עוסקות בפרשנות חזוים. אומנם, רק בהלכה הראשונה, המיוחסת להלל הזקן, נזכר מטבע הלשון של "לשון הדיוט", אך מן המקבץ עולה שעורך התוספתא הבין שכולן מבוססות על מדרש הלשון.⁴⁰ ההלכה הראשונה שבקובץ עוסקת בשטר הקידושין⁴¹ של נשות אלכסנדריה שבמצרים –

34 שם.

35 רש"י, בבא מציעא קד, ע"א, ד"ה "דורש לשון הדיוט" (ההדגשה אינה במקור).

36 רש"י, חולין ז, ע"ב, ד"ה "לשון הואי" (ההדגשה אינה במקור).

37 שיטת הקדמונים, בבא מציעא קד, ע"א (ההדגשה אינה במקור). וראו גם תוספות, בבא מציעא קד, ע"א, ד"ה "היה דורש" ("לשונו של תיקנו חכמים לכתוב אלא הדיוטות הורגלו לכותבן"); בית הבחירה, בבא מציעא קד, ע"א ("אע"פ שנהגו כן מעצמם אע"פ שלא היה מתקנת חכמים"); רבנו יהונתן, בבא מציעא סא, ע"א ברפי הרי"ף ("הלשון שהרגילו הדיוטות לכתוב שלא בתקנת חכמים").

38 וראו גם דברי רבנו חננאל, להלן ליד הציון לה"ש 87.

39 תוספתא, כתובות ד, ט-יד (מהדורת ליברמן).

40 כך עולה גם מכך שבכרייתא בבבלי, בבא מציעא קד, צורף הביטוי "לשון הדיוט" לכל אחת מן ההלכות הפותחת בתבנית של "דרש רב פלוני".

41 ברור מנוסח השטר, שאין זה כתובה במובן המקובל, אלא שטר קידושין. לכן, אין גם לתמוה (כפי שתמה ברודי (ברודי משנה ותוספתא, לעיל ה"ש 2, בעמ' 128, ה"ש 2), על כך "שהארוסים המקוריים כתבו להן כתובות והן נשארו אצלן (ועברו לידי בניהן) אף לאחר שנישאו לגברים אחרים". מכוח תמיהה זו הוא מניח שהלל הזקן עיין בכתובות שקיבלו

דרש הלל הזקן לשון הדייט: כשהיו בני אלכסנדריא מקדשין נשים אחד⁴² בא וחוטפה מן השוק.⁴³ ובא מעשה לפני חכמים, בקשו לעשות בניהן ממזרין. אמר להם הלל הזקן: "הוציאו לי כתובת אמותיכן". הוציאו לו, וכתוב בה משתכנסי לביתי⁴⁴ תיהוי לי לאנתו כדת משה וישראל.⁴⁵

מן ההלכה עולה שבאלכסנדריה, לאחר שאישה הייתה מתקדשת, היו מקרים שחטפו⁴⁶ את האישה מן השוק, ונשאו אותה לאישה. הדרך שבה מתוארת הבעיה מלמדת שכלל הנראה חטיפת נשים ארוסות לפני כניסתן לחופה הייתה תופעה שכיחה למדי באלכסנדריה. התוצאה ההלכתית המתבקשת מחטיפת הארוסות היא שבני החטופות יהיו ממזרים, שהרי הם נולדו מיחסים אסורים בין אשת איש לאדם זר. אך הלל הזקן מוצא פתרון יצירתי לבעיה: הוא בוחן את שטרי הקידושין שבאו מאלכסנדריה,⁴⁷ ומוצא בהם נוסח

האימהות מבעליהן ה'שניים', ומהן הוא הסיק "שכך מנהג המקום, ואך קידושיהן של הראשונים נעשו על פי אותו תנאי".

42 בכתב יד ארפורט – 'ואחד'.

43 בבבלי, בבא מציעא קד, ע"א – "ובשעת כניסתן לחופה באין אחרים וחוטפין אותן מהן". ברודי (ברודי משנה ותוספתא, לעיל ה"ש 2, בעמ' 128) משער שהמילים "מן השוק" נוספו בגיליון (על פי המקבילה בירושלמי?) וחדרו פנימה במקומות שונים.

44 כך הנוסח גם בבבלי בבא מציעא שם, כ"י פריס. אבל בדפוס וילנה וביתר כתבי היד, "משתכנסי לחופה".

45 מסיפור המעשה עולה, שחכמי ישראל לא הכירו כלל את נוסח שטרי הקידושין שהיו נהוגים באלכסנדריה, דבר העשוי להעיד על קשר דליל למדי בין יהודי אלכסנדריה לחכמי ישראל שבארץ ישראל, מצב שעתידי היה להשתנות כבר בדור השני של התנאים, וראו לעניין זה אצל א' צ'ריקובר אלף שנות היסטוריה יהודית במצרים 106 (א' רפפורט מתרגם 1974).

46 הקורא המודרני עשוי לשמוע בתיאור זה עדות למעשה פלילי, אך ייתכן שה"חטיפה" נעשתה בהסכמת החטופה, כאשר הנערה שהתקדשה על דעת אביה חפצה בגבר אחר, שהוריה לא היו מעוניינים לתייתה לו. וראו אצל יוסף פליישמן "היבטים חברתיים ומשפטיים בפרשת שכם ודינה (בראשית לד)" שנתון לחקר המקרא והמזרח הקדום יג 141-155 (2002), שמאריך בדבר, ומוצא לנישואי החטיפה עדויות במקרא, במשנה ובתלמוד ואף במשפטי המסופוטמים, החיתים, הכנענים ועוד. לדבריו, ההלכה שבתוספתא מתארת נישואי חטיפה, שלא אחת היו חלופה לנישואים רגילים, וככל הנראה המניע העיקרי לקיומם היה סירוב הורי הכלה לתת את בתם לגבר הרוצה לשאתה. וראו גם Boaz Cohen, On the Theme of Betrothal in Jewish and Roman Law, 18 Proc. Am. Acad. for Jewish Rsch. 67, 92-93 (1948-1949); Ranon Katzoff, Greek and Jewish Marriage Formulas, in Classical Studies in Honor of David Sohlberg 223 (Ranon Katzoff et al. eds., 1996).

47 מן הנוסח "לכשתכנסי לביתי" ברור שאין מדובר כאן בשטר כתובה, הנמסר לאישה לאחר כניסתה לבית בעלה, וכך פירש רש"י בבא מציעא קד, ע"א, ד"ה "כתובת". לפרשנות שונה ראו תוספות ר"ד, בבא מציעא קד, ע"א (מסביר שהלל הזקן ראה את הנוסח "כשתכנסי לביתי תהוי לי לאנתו כדת משה וישראל" בשטר הכתובה של אנשי אלכסנדריה, ומנוסח זה הסיק שהקידושין נעשו על תנאי, אף שבשעת הקידושין לא הוזכר כל תנאי מתלה לקיומם) וראו גם תוספתא כפשוטה, כתובות ד, ט, שורות 32-33.

המאפשר לו להניח שהקידושין באלכסנדריה היו קידושין על תנאי, שלפיו אם האישה לא תינשא לארוס, הקידושין בטלים למפרע.

תיאור הדרך שבה התפתחה ההלכה מעורר תהיות: האומנם ההלכה באה לעולם בשל הצורך לתת מענה לפונים מסוימים או שמא היא נולדה עקב הצורך לקבוע מדיניות הלכתית כללית עבור כל בני אלכסנדריה? האם המילים "בא מעשה" מכוונות למעשה מסוים או שמא לנושא הכללי – מעמד של בניהן של בנות אלכסנדריה שנחטפו בעודן ארוסות? אל מי פנה הלל כשביקש "הוציאו לי כתובת אמותיכן"? האם פנה אל שואלים מסוימים שפנו אליו ואל חבריו, או שמא אל כלל בני אלכסנדריה? האם הפרשנות של הלל לתנאי האמור היא פרשנות טבעית או מאולצת? ומהי משמעות הדרשה שדרש הלל הזקן?

1.1. מדרש הלשון כתנאי מכללא

מן הבקשה "הוציאו לי כתובת אמותיכן" ניתן להבין שהלל אינו מבקש לראות כתובות רבות, אלא אולי אב טיפוס לכתובה אופיינית למקום. מנגד, מן הביטוי "אמותיכן" ניתן להבין שהלל בכל זאת ביקש לראות כמה כתובות. עמימות זו חוזרת גם בתגובת בני אלכסנדריה לבקשתו של הלל. מן המילים 'הוציאו לו' ניתן להבין שרבים הציגו בפני הלל את כתובת אימם. אך מן התיאור שלפיו הלל מצא ש"כתוב בה", משמע שלמסקנותיו ההלכתיות הגיע הלל על יסוד כתובה אחת בלבד.

הרשב"א יישב את הלשון כך: "ראה כתובת בני העיר כתוב בהן כך. ואף על פי שבכתובות של חטופות אלו לא היה כתוב בהן, אפילו הכי התיר הלל את בניהם, לפי שכל המקדש שם, סתם על דרך הנהוג שם קידש".⁴⁸ לפי הסבר זה, הלל פנה אומנם אל בני החטופות כדי לברר אם בנוסח שטרי הכתובה של אימותיהם ניתן למצוא פתרון הלכתי למעמד האישי, אך מאמץ זה העלה חרס. על כן הוא חיפש את הכתובה הטיפוסית של בנות אלכסנדריה ("כתובת בני העיר"), ומשמצאה, מצא שכתוב בה "משתכנסי לביתי [...]". תנאי זה, שהיה חריג בהשוואה לשטרי הקידושין שבאו ממקומות אחרים,⁴⁹ הביא את הלל למסקנה, שבשטרי הקידושין של נשות אלכסנדריה נהגו בני העיר לשלב תנאי

48 שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן קפו (ההדגשות אינן במקור). וראו גם שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן עו ("לא שמצא בכתובת אמן של אלו שנתחטפו אמותיהם כן [...] כתובות בנות אנשי העיר הביאו לו, ומצא שהמנהג כן [...] ולפיכך היו חכמים מבקשים לעשות בניהם ממזרים. שאף על פי שהורגלו לכתוב כן, אין זה תנאי בית דין, שנאמר שאף על פי שלא כתב כמי שכתב דמי. אלא תנאי הדיוט הוא. ומי שכתב כתב, ומי שלא כתב לא כתב. עד שבא הלל ואמר דורשין לשון הדיוט והרי זה כתנאי בית דין").

49 על כך ראו למשל אצל גולאק, לעיל ה"ש 30, וכן אצל אליעזר שמשון רוזנטל "מסורת הלכה וחידישי הלכות במשנת חכמים" תרביץ סג 321, 330 (התשנ"ד) ("התיבות" לכשתכנסו לביתי" אינן מצויות בשטרי הכתובות שנוהגים ורווחים בישראל").

מתלה, התולה את תוקף הקידושין בהשלמתם באמצעות מעשה הנישואין.⁵⁰ מכוח תגלית זו חידש הלל, שכל שטרי הקידושין של בנות העיר כפופים לתנאי זה, מכוח הדוקטרינה של תנאי מכללא.

פרשנות זו קשה. ספק רב אם היה בכוחו של הלל הזקן לבצע מחקר מקיף אודות 'כתובת בני העיר' על מנת להגיע למסקנה ששטרי הקידושין שהוצגו בפניו אינם משקפים את 'כתובת בני העיר'.⁵¹ ואף אם נניח שהיה בידו לבצע מחקר שכזה, הרי הדוקטרינה של תנאי מכללא מוכרת בהקשרים שונים, והיא לא חורשה על ידי דורשי לשון הדיוט דווקא.⁵² אם כך, מדוע דווקא כאן כונה השימוש בתנאי מכללא בשם "מדרש לשון הדיוט"? דומה שבשל הקושי האחרון מטעים הרשב"א,⁵³ שמשמעות "דורש לשון הדיוט" הוא מי ש"חוקר אחר לשון ההדיוטות, כלומר התנאים שהם רגילים להתנות ביניהן ולפסוק הדין עליהן כאלו הן תנאי בית דין [...] ו'דורש' כמו 'חוקר ותובע' כמו 'ודרשת היטב' (דברים יז, ב)".⁵⁴ לאמור, אכן השימוש בתנאי מכללא אינו מדרש הלשון, והוא

50 אף בין החוקרים, היו שהניחו שהפרשנות שהציע הלל לתנאי תואמת את משמעותו הטבעית. ראו למשל פורת פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 14; Mandel, *Legal Midrash*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 349; שרמר, לעיל הערה 5, בעמ' 121.

51 אומנם, קמינקא משער, על יסוד מדרש לשון הדיוט של הלל הזקן, שבניגוד למקובל, מוצאו של הלל הזקן לא היה בבבל אלא באלכסנדריה שבמצרים (אהרון קמינקא "הלל הזקן ומפעלו" ציון ד 258, 259 (1939)). אם נקבל השערה זו, דומה שיש בה כדי ליישב את הקושי האחרון.

52 ראו משנה, בבא מציעא ז, א. וראו גם שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רסח ("אפילו בלא תנאי מפורש ובלא הסכמה. דמאחר שפשט העניין כן ביניהם, כל העושה שם סתם, על דרך המנהג הפשוט הוא עושה. ואף על פי שלא כתב ולא התנה, הרי הוא כמתנה וכותב").

53 ליד הציון להערה 20.

54 חידושי הרשב"א, בבא מציעא קד, ע"א (ההדגשות אינן במקור). וכעין זה גם בחידושי הרמב"ן, בבא מציעא קד, ע"א ("הא דאמרינן דורש לשון הדיוט, הכי קאמר: שהיה עושה מנהג ההדיוטות עיקר ודן על פיהם, כאלו נהגו על פי חכמים. ואף על פי שמעצמן הורגלו לכתוב כן, שלא על פי חכמים, היה עושה אותו מנהג תנאי בית דין, שאע"פ שלא נכתב כמי שנכתב דמי, הואיל והוא מנהג פשוט וכולם עושין כן וכל המקבל על דעת כן מקבל, והלל הזקן, אפילו למי שלא ראה כתובת אמו מכשיר"), ברבינו יהונתן מלוניל, על הרי"ף בבא מציעא סא, ע"א בדפי הרי"ף ("היה דורש לשון הדיוט, כלומר, הלשון שהרגילו הדיוטות לכתוב שלא בתקנת חכמים, היה דורש הלשון לפסוק הדין אחריו") ובשיטה מקובצת בבא מציעא קד, ע"א בשם הר"ן ("שהולך אחר מה שרגילין לכתוב ההדיוט ושהוא חיוב גמור ולא אמרינן לישראל טופיאטא היא ובלא כוונה"). וראו גם תוספות, בבא מציעא קד, ע"א, ד"ה "היה דורש לשון הדיוט"; נימוקי יוסף, בבא מציעא סא, ע"ב (דפי הרי"ף) ("אלא ודאי כל הני דדרשי לשון הדיוט עבדי לה כתנאי כתובה שאע"פ שלא נכתב כאילו נכתב דמי ואף זה בכלל דורש לומר שהיה עושה מנהג ההדיוטות עיקר ודן על פיהם כאילו נהגו ע"פ חכמים שכיון שהיה מנהג פשוט וכולן עושין כן וכל המקבל על דעת כן מקבל הרי הוא כתנאי ב"ד שאע"פ שלא נכתב כאילו נכתב דמי"); ראב"ד, בשיטה מקובצת בבא מציעא

אף אינו ייחודי לדורשי לשון הדיוט. מה שמייחד את דורשי לשון הדיוט הוא שהם, יותר מחבריהם, מחפשים אחר לשון הדיוט ומבקשים לקיימה.

שמואל אטלס מציע לגישה זו פרשנות פילוסופית מרתקת, מבית מדרשו של רוסו, שהבחין בין "הרצון הציבורי" (*volonté générale*), שהוא "הטוב של הכלל כולו, והטוב הכללי הוא הקובע את מהותו ותוכנו",⁵⁵ לבין רצון הכול (*volonté de tous*) שהוא "סכום רצונותיהם של כל אישי החברה".⁵⁶ לדבריו, מדרש לשון הדיוט ביקש לחלץ מתוך לשון השטר המקובלת את "רצון הציבור".⁵⁷

הסבר זה עשוי גם לסייע בהבחנה שבין הדוקטרינה של תנאי מכללא לדוקטרינה של מדרש לשון הדיוט: בעוד הדוקטרינה הראשונה מבוססת על רצון הכול, והיא מבקשת לתת תוקף לרצון הממשי של כל יחיד ויחיד בחברה, הדוקטרינה של מדרש לשון הדיוט מבקשת לחלץ מתוך השטר את הרצון הציבורי, שכל שטר כפוף אליו. גישה זו, קרובה למדי לגישת הפרשנות התכליתית הנזכרת לעיל, המבקשת לכפוף את החוזה, לא רק ללשון החוזה ולאומד דעת הצדדים, אלא גם, ואולי בעיקר, לעקרונות-על של השיטה המשפטית, שיסודם ברצון הציבורי.

הסבר זה שובה לב אומנם, אך הוא חשוד באנכרוניזם, וכפי שניווכח בהמשך, אף אינו מספק הסבר נאות לחלק ניכר מן ההלכות שיסודן במדרש לשון הדיוט.

2.1. מדרש הלשון כפרשנות יצירתית של לשון החוזה

משמעותו הטבעית של התנאי "לכשתכנסי לביתי תהוי לי לאנתו" היא, כלשון הרמב"ן, ש"לכשתכנס לחופה תהוי לי לאנתו, נשואה גמורה, וקודם לכן ארוסה".⁵⁸ לפי אפשטיין, היה צורך בהבהרה זו בעיקר משום ש"יהודי אלכסנדריה אנוסים היו, מסתמא מכח השפעת חוץ, לפטור את הבעל מכל החיובים והמוטלים על פי ההלכה על הארוס, עד שהאישה

קד, ע"א ("לשון הדיוט. שאינו מתקנת חכמים אבל הן כותבין מעצמן ואם לא כתב אינו חייב בהן. ואם מנהג המקום הוא, אף על פי שלא כתב"). וראו גם שו"ת אבקת רוכל, סימן קעח ("שאפילו לא נכתב אותו תנאי בכתובה הראשונה לא היה יכול לישא אשה אחרת עליה מאחר שהמנהג לכתוב בכתובות שלהם אותו תנאי אף על פי שלא נכתב ככתוב דמי"); שו"ת גינת ורדים, אבן העזר, חלק ד, סימן יז ("וכל הנושא ע"פ מנהג ותנאי זה הוא נושא עד שאפילו אי לא נכתב תנאי זה באי זה כתובה הכי דיינינן להחזיר ההשבון כפי מנהג מקומו והרי הוא כמי שנכתב, דדיינינן לשון הדיוט"); שו"ת הרי בשמים, חלק ב, סימן רמח (מהדורא תניינא) ("כיון שמנהגה הוא כן בין התגרים ובכה"ג שהמנהג הוא כן, אפילו לא נכתב כנכתב דמי").

55 שמואל אטלס "הרצון הציבורי בתחוקה התלמודית (פרק בפילוסופיה של המשפט העברי)" 26 HEBREW UNION COLLEGE ANNUAL, א, ב (1955).

56 שם.

57 שם, בעמ' יז.

58 חידושי הרמב"ן, בבא מציעא קד, ע"א.

נכנסת לביתו",⁵⁹ ובשל כך היה צורך להבהיר לצדדים שהחיוכים המוטלים על החתן חלים רק לאחר שתיכנס לביתו ותהיה לו לאישה.

כמו כן, אפשר שתנאי זה נוצר עקב הנוהג באלכסנדריה לאחד את שטר האירוסין עם שטר הכתובה.⁶⁰ לפי הצעה זו, הנוסח "הוי לי לאנתו", האופייני לשטרי קידושין,⁶¹ שולב עם הנוסח של "כשתכנסי לביתי", המתאים לשטר הכתובה, הנמסר לכלה בסמוך לכניסה לבית בעלה,⁶² וכך יצא – "משתכנסי לביתי תיהוי לי לאנתו".

על רקע זה, ניתן בהחלט לראות במדרש הלשון, המפרש את התנאי האמור כתנאי מתלה לאירוסין, כמדרש המבקש לפרש את הטקסט באופן יצירתי. פרשנות שכזו הוצעה על ידי ר"י אלברגלוני בשם רב האי גאון –

וה"ר יהודה אלברגלוני ז"ל כתב תשובה לרבינו האי גאון ז"ל, עיקר הדבר כי הלל הזקן ור' יוסי וכל אותם הזכורים שם ר"מ ור' יהודה וזולתם היו מדקדקים בלשון ההדיוטות שכותבין בשטרותיהן ודורשים אותם, כמו שהם מדקדקים בדברי תורה ודורשין אותם, ולא כפשטן אלא מדרשות אחרים [...].⁶³

בהתאם להסבר זה מסביר רמב"ן –

וכן נמי במדרש הלל, אין פשטן של דברים כן, שהיה לו לומר דהכי קאמרי: "לכשתכנס לחופה תהוי לי לאנתו – נשואה גמורה, וקודם לכן ארוסה". אלא שדרש הלל ואמר: אם כן לא היו צריכין לכתוב כן, ועל כרחך לא באו לומר אלא שלא יחולו קרושין כלל עד שעת כניסה לחופה.⁶⁴

- 59 אפשטיין, לעיל ה"ש 32, בעמ' 189–190.
- 60 ראו למשל אשר גולאק "שטר אירוסין ודברים הנקנים באמירה", תרביץ ג 361 (התרצ"ב) (להלן: גולאק "שטר אירוסין"); חנוך אלבק "האירוסין ושטרותיהם" קובץ מדעי לזכר משה שור 12, 16 (התש"ה) (להלן: אלבק "האירוסין") ובמקורות נוספים שהביא שם, בה"ש 13.
- 61 ראו למשל בבלי, כתובות ט, ע"א ("בשטר כיצד? כתב לו על הנייר או על החרס [...] בתך לי לאינתו – הרי זו מקודשת", וכשנמסר לכלה, נאמר "הוי לי לאנתו") וראו אצל אלבק "האירוסין", לעיל ה"ש 61, בעמ' 15 (מסביר שהנוסח המצוי בכתובות: "איך פלוני בר פלוני אמר לפלונית הוי לי לאנתו כדת משה וישראל ואנא אפלא וכו'"), נאמר על ידי החתן לכלה "לאחר שקידש אותה").
- 62 הדברים כמעט מפורשים בסדור רב עמרם גאון, עמ' צז ("שהמקדש אומר "אריסת לי ומקודשת לי אנתי פלוניתא בת פלוני לדילי אנא פלוני בר פלוני בהדין כסא (כוס יין) ובמה דאית ביה, ובהדא כתובה ובמה דכתיב בה. אחר כך הוא לוקח את הכתובה בידו ומוסרה לאשה ואומר: סבי כתובתיך בידיך דתיעלין בה לרשותי כדת משה וישראל").
- 63 חידושי הרמב"ן, בבא מציעא קד, ע"א (ההדגשות אינן במקור).
- 64 שם.

לפי הסבר זה, הלל הזקן אינו מציע פרשנות טבעית לטקסט שהוצג בפניו, ומדרש הלל ביקש לפרש את הכתובה באופן יצירתי ולחלץ ממנה מה שלא ניתן למצוא בו בקריאה ראשונה.⁶⁵ ההצדקה לכך היא, ש"לא היו צריכין לכתוב כן" (לכשתכנסו לכיתי |...), שהרי ממילא ידענו שהארוסה אינה נשואה עדיין, ומכאן שיש למנסח כוונה נסתרת – "שלא יחולו קידושין כלל עד שעת כניסה לחופה". הסבר זה מניח שחרף הגדרת מי שניסח את הכתובה כ"הדיוט", הוא משפטן מקצועי, המקפיד בניסוח החוזה על חסר ויתר.

הסבר זה אומנם אינו מציע הסבר מניח את הדעת למעבר מלשון יחיד לרבים וחוזר חלילה לכל אורכה של ההלכה, אך מנקודת המבט הלשונית, הוא מציע הסבר מתקבל על הדעת למשמעות הטבעית של לשון התנאי ולפשר המדרש של הלל הזקן.

3.1. מדרש הלשון כאמצעי ל"הלבנת" נוהג פסול

ממצאי המחקר על אודות מעמד האירוסין באלכסנדריה עשויים לשפוך אור על פשר מדרש הלשון של הלל הזקן. רבים עמדו על כך שמעמד האירוסין באלכסנדריה הושפע רבות ממעמד האירוסין במשפט היווני-מצרי, שבניגוד לדין התורה, לא ייחס לאירוסין משקל משמעותי, וראה בם מעין הצעת נישואין של ימינו.⁶⁶

עובדה זו עשויה להסביר מדוע דווקא באלכסנדריה היו שחטפו ארוסות לפני נישואיהן. תופעה זו, שאולי בעיני חכמים נתפסה כמרד בקדושת האירוסין, הפקרות בדיני אישות המצדיקה קביעה שלפיה בני החטופות הם ממזרים, לא הייתה אלא תוצר טבעי של אימוץ עממי של תפיסה משפטית זרה. ה"חוטפים", ככל הנראה, לא היו גולנים מרושעים המקילים ראש בקדושת האירוסין, והחטופות לא היו ארוסות שהורחקו בעל כורחן מארוסיהן. יש להניח, שאלו כאלו ראו את האירוסין כמעין הצעת נישואין, ובשל כך לא ייחסו משמעות רבה לקידושין. לפיכך, משפגשה הארוסה בחור שמצא חן בעיניה, לא אחת החליטה להפר את הבטחת הנישואין כדי להקים עימו את ביתה.⁶⁷

נראה אפוא שבעיניו של הלל הזקן, הדילמה לא הייתה אם נכון "להעניש" את בני החוטפים על מעשי אבותיהם הנלוזים, אלא, כיצד על ההלכה להגיב לתפיסות זרות שהשפיעו על הדרך שבה נתפסו הקידושין בעיני ההמון.

סביר אפוא להניח, שה"מעשה" המתואר בתוספתא לא היה מעשה קונקרטי, וההכרעה לא נגעה לבנים ספציפיים של חטופות מסוימות, שהגיעו מאלכסנדריה לארץ ישראל

65 וראו גם שו"ת הרשב"ש, סימן יב ("כשם שדורשין לשון הכתוב כך דורשין לשון הדיוטות ולשון השטרות"); שם, בסימן תקמו ("וקימא לן בפרק המקבל דדורשין לשון הדיוט, כלומר בדברי הדיוט דורשין אותן כאלו הם דין וכאלו הוא לשון תקנת חכמים").

66 ראו גולאק "שטר אירוסין", לעיל ה"ש 60; יצחק ד' גילת פרקים בהשתלשלות ההלכה 207 (1992); פליישמן, לעיל ה"ש 46, בעמ' 147; אפשטיין, לעיל ה"ש 32, בעמ' 189-190.

67 לתיאור החטיפה בדרך זו ראו אצל פליישמן, לעיל ה"ש 46.

כדי לחפש מוצא לבעיית מעמדם האישי אצל נשיא הסנהדרין.⁶⁸ השאלה שנדרשו לה הלל וחבריו הייתה אם כן רחבה יותר: כיצד יש להתייחס למעמדם האישי של יהודים הבאים מאלכסנדריה, על רקע תופעת חטיפת הארוסות באלכסנדריה, שהעידה שהמעמד של האירוסין בקהילה זו לא היה כמעמדם ברוב קהילות ישראל.

פנייתו של הלל, "הוציאו לי כתובת אמותיכן", לא הייתה אם כן פנייה אל בני החטופות, אלא אל מנהיגי קהילת אלכסנדריה, שהתבקשו להציג להלל הזקן את הכתובה האופיינית לקהילה. והם אומנם "הוציאו לו" כתובה שכזו, והוא מצא ש"כתוב בה משתכנסי לביתי תיהוי לי לאנתו כדת משה וישראל".⁶⁹ נכונותו של הלל הזקן לראות בתנאי זה תנאי מתלה בקידושין, המאפשר את הפקעתם אם "תיחטף" הארוסה, בוודאי לא התבססה על לשון התנאי, ואף לא על פרשנות יצירתית שלו. היא התבססה על הבנה מעמיקה של הרקע הריאלי של התופעה שהלל נחשף אליה, שלפיה לאירוסין באלכסנדריה לא הייתה כמעט כל משמעות משפטית, אם הארוסה לא נישאה בסופו של דבר לארוס, כדת משה וישראל.⁷⁰

2. מדרש רבי מאיר

ההלכה השנייה שבקובץ ההלכות שבתוספתא עוסקת בשטר האריסות –

דרש ר' מאיר⁷¹: המקבל שדה מחברו ומשזכה בה⁷² הובירה – שמין (אותה) כמה היא ראויה לעשות, ונותן לו. שכך כותב⁷³ לו: "אם אוכיר ולא אעביד אשלם במיטבא".⁷⁴

68 לא מן הנמנע שתיאורו הרילמה ההלכתית כ"מעשה" נועד לגמד את היקף התופעה. כביכול, היו אי אלו מקרי חטיפה, אך אלו לא העידו על תופעה רחבה, שיש בה כדי לקעקע את מוסד האירוסין ואת סמכותה של ההלכה בכל קהילות ישראל.

69 ההדגשה אינה במקור.

70 ואולי יש קו מחבר בין נכונותו של הלל הזקן לדרוש לשון הדיוט בהתחשב בנוהג המקובל באלכסנדריה לנכונותו להתקין את תקנת הפרוזבול (משנה, שביעית י, ג-ד). וראו גם אצל זכריה פרנקל דרכי המשנה 39 (התרי"ט) ("ואפשר שזה נמנה גם כן בכלל התקנות").

71 בתוספתא, בבא מציעא ט, יב (מהדורת ליברמן) ההלכה אינה מיוחסת לרבי מאיר.

72 לפי ליברמן (תוספתא כפשוטה, בבא מציעא ט, יב (עמ' 284, ה"ש 15)), משמעות הביטוי "משזכה בה" היא – "ירד לתוכה". אך אפשר גם, שמדובר בזכייה של ממש, בהתאם לאריסות ההלניסטית-רומית (אמפיטוסיס), שבה האריס היה רוכש גם זכויות קנייניות בקרקעות שנמסרו לידיו. לדיון על התפשטותה של אריסות מסוג זה בארץ ישראל והשתקפותה במקורות חז"ל, ראו אצל יחיעם שורק "מנהגי אריסות הלניסטיים-רומיים המשתקפים בספרות חז"ל" ציון לט 217 (1974).

73 ראו אצל רדיוני, לעיל ה"ש 5, בעמ' 155, ה"ש 28, שאף שבכתב יד lowe ובחלק מכתבי היד התימניים למשנה הנוסח הוא "שכך אומר לו", ברוב כתבי היד הנוסח הוא "שכך כותב לו".

74 תוספתא, כתובות ט, ט-י (מהדורת ליברמן). התוספתא מופיעה בשינויי לשון בבבלי, בבא מציעא קד.

הלכה זו עוסקת בחובת האריס לפצות את בעל השדה על אוכדן רווח שנגרם בשל הימנעותו מעיבוד השדה ומנקיטה בכל הפעולות הדרושות לשם הפקת פירות ממנה. התרשלותו בעבודתו. רבי מאיר מבסס חובה זו על התנאי המצוי בשטר האריסות: "אם אוכיר ולא אעביר"⁷⁵ אשלם במיטבא".⁷⁶ כאן, לכאורה, משמעותו הטבעית של התנאי היא בדיוק כמשמעות שנתן לו רבי מאיר, ואם כך עלינו להבין מהו פשר המדרש.

1.2. מדרש הלשון כתנאי מכללא

בתוספתא מובאת הלכה העוסקת בנסיבות דומות לאלו שעסק בהן רבי מאיר –

הנותן מעות לחברו ליקח בהן פירות למחצית שכר, ובאחרונה אמר לו "לא לקחתי" – אין לו עליו אלא תרעומת.⁷⁷

בהלכה זו, ה"אריס" הוא סוכן מסחרי, והפירות הם ה"שדה" שממנו נדרש הסוכן להפיק פירות. ואולם, בניגוד להלכת רבי מאיר, בעניין זה נפסק שאף אם ה"אריס" התרשל בתפקידו ו"הוכיר" את ה"שדה", אין ל"בעל השדה" עליו אלא תרעומת.⁷⁸

בתלמוד הירושלמי, מובאים דבריו של רבי יצחק, שאומנם מעמת בין ההלכות –

- 75 בספר השטרות לר"י אלברצלוני, שטר ס' – "ולא אעביר".
- 76 למשמעות "במיטבא" ראו גם חידושי הריטב"א, בבא מציעא קד, ע"א; הרב יחיאל יעקב וויינברג מחקרים בתלמוד חלק ראשון 16 (1937); שמואל אטלס "לשאלת הלכת עידיית" חורב ט 59, 66 (התש"ו); מיכאל וילנסקי "בעניין הלכת עידיית" חורב י 35, 43-45 (התש"ח).
- 77 תוספתא, בבא מציעא ד, כב (מהדרת ליברמן).
- 78 לפי פשוטם של דברים נראה ש"תרעומת" אינה זכות משפטית, אלא ביטוי שנועד להבהיר שלבעל הממון אין כל תביעה כספית כנגד המתעסק. ברמה המוסרית, היו שהסבירו שמשמעות הקביעה שאדם רשאי להתרעם על חברו היא שמותר לו לכעוס עליו, אף שככלל, אין לכעוס על אדם מירשאל (ראו אור ישראל (ליפקין) נתיבות אור, נח-נט (וילנא התר"ס); אורח משפט, חושן משפט, סימן כא; חזון יחזקאל ביאורים, בבא מציעא ד, יא; איתמר ורהפטיג ההתחייבות: תוקפה, אופיה וסוגיה 412 (2001)).
- אחרים זיהו את ה"תרעומת" עם חיוב בדיני שמיים. ראו למשל שו"ת רדב"ז חלק א, סימן פד; שו"ת אבני נזר, חלק יורה דעה, סימן קלג, ג; שו"ת אמרי יושר, חלק א, סימן קמט; שו"ת דבר יהושע, חלק ג, יורה דעה, סימן כו (אך מנגד, ראו שו"ת בית אפרים, חושן משפט, סימן כח; שו"ת מהרש"ג, חלק א, סימן קו; שו"ת בית מאיר, סימן י; שו"ת להורות נתן, חלק ט, סימן נח, סעיף כח; שו"ת זית רענן, חלק ב, יורה דעה, סימן טו, סעיף ב.
- לפי כף החיים, אורח חיים, סימן תרו, סעיף ז, התרעומת היא מעין זכות למחול על העוול שנגרם, מחילה היא תנאי לכך שעוון הפרת ההבטחה יכופר. לפי הסבר זה, בעל הממון יוכל לתמחר את נכונותו למחול למתעסק, ולדרוש פיצוי כספי תמורת נכונותו זו.

אמר רבי יצחק: הדין אמרה המבטל כיון דהוה חבירו – אין לו עליו אלא תרעומת; המבטל שדה חבירו – חייב לשפות לו; המבטל ספינת חבירו, וחנות חבירו מהו?⁷⁹

כאמור, הלכת המבטל כיון דהוה חבירו מיוסדת על התוספתא. אולם, מהו מקורה של הלכת המבטל שדה חבירו? בהיעדר מקור אחר, הסיקו המפרשים שכל הנראה הלכה זו מיוסדת על דברי רבי מאיר בעניין "המקבל שדה מחבירו ומשוכה בה הוברה". אלא שמשקנה זו קשה, כפי שהעיר רמב"ן: "והיכי את שמעת מינה? והא אדרבה, משמע איפכא! דטעמא שכתב לו, הא לא כתב לו – פטור!". כלומר, כיצד ניתן ללמוד מדברי רבי מאיר כלל קטגורי, ש"המבטל שדה חבירו – חייב"? הרי רבי מאיר עצמו הדגיש, שחוב זה נשען על התחייבות חוזית ("כך כותב לו"), וממילא, אם התחייבות שכזו קיימת, המבטל שדה חבירו חייב אמנם לפצות את בעל השדה, אך אם אין היא קיימת, יש לפסוק שאין לבעל השדה עליו אלא תרעומת, כדון המבטל כיון דהוה חבירו!

קושי זה מוביל את הרמב"ן להציע את הפתרון הבא –

ונראה מכאן, דהא דאמרין דורש לשון הדין הכי קאמר: שהיה עושה מנהג ההדיוטות עיקר, ודן על פיהם כאלו נהגו על פי חכמים. ואף על פי שמעצמן הורגלו לכתוב כן, שלא על פי חכמים, היה עושה אותו מנהג כתנאי בית דין, שאף על פי שלא נכתב כמי שנכתב דמי, הואיל והוא מנהג פשוט וכולם עושין כן וכל המקבל על דעת כן מקבל.⁸⁰

לאמור, אין להבין את המילים "שכך כותב לו" כתיאור עובדתי של כל שטרי האריסות, שבכולם מצוי התנאי "אם אוביר", אלא כתיאור של תנאי מקובל בשטרי אריסות, שלעיתים נכתב במפורש ולעיתים לא. מדרש רבי מאיר, לפי הסבר זה, נועד לחדש ש"אף על פי שלא נכתב כמי שנכתב דמי", משום ש"הוא מנהג פשוט וכולם עושין כן וכל המקבל על דעת כן מקבל. ודקאמר "שכך כותב לו: 'אם אוביר ולא אעביד אשלם במטבא'", כמאן דקאמר, "שכך התנו בית דין: ⁸¹ או (אי) הכר ולא עבד, 'שלם במיטבא'".⁸²

79 ירושלמי, בבא מציעא ה, ג.

80 חידושי הרמב"ן, בבא מציעא קד, ע"א.

81 תנאי בית דין הוא תקנה. ראו שמואל אטלס "התנאים שהתנה יהושע ותנאי בית דין" נתיבים במשפט העברי, עמ' 41 (1978); הנ"ל, "תנאי בית דין ולב בית דין מתנה עליהם" שם, בעמ' 61-65; נחום רקובר "דין ותנאי בית דין" בהצלת רכוש" ספר יובל לכבוד רבי יוסף דוב הלוי סולובייצ'יק, כרך א, תכד-תלה (התשמ"ד); ישראל פרנצוס "תנאי בית דין ומעשה בית דין" סיני קטו, קמט-קסא (התשנ"ה); יצחק ברנר "הנושא ונותן בדברים" – בין התחייבות חוזית להסתמכות נזיקית" מחקרי משפט כד 42 (2008) וכן ראו שם, ה"ש 145. ידידיה כהן אף טוען שכלל, תנאי בית דין הן "תקנות שגיבשו כחוק מחייב מנהגים קדומים" (ידידיה כהן תקנות חז"ל ביחוסים ממון בין בני זוג 73 (1997)).

82 חידושי הרמב"ן, בבא מציעא קד, ע"א. וראו גם תוספות, בבא מציעא קד, ע"א, ד"ה "היה

הסבר זה דחוק למדי, ולא רק בשל כך שבדברי רבי יצחק אין זכר לתנאי מכללא. כדי שהשוואה בין שדה לכיס תהיה תקפה, וכדי שניתן יהיה לגזור ממנה מסקנות לעניין ”מבטל ספינתו של חברו“, מן ההכרח להציב את שתי ההלכות על מישור אחד. מהשוואה זו עולה, אם כן, שההבדל שבין ”מבטל כיסו של חברו“ ל”מבטל שדה חברו“ נגזר מסוג העיסוק שנדרש אדם לבצע ולא מקיומו או אי קיומו של נוהג לכלול בחוזה תנאי כזה או אחר.⁸³

יתר על כן. כאמור לעיל, הדוקטרינה של תנאי מכללא מוכרת בהקשרים שונים, והיא לא חודשה על ידי דורשי לשון הריוט. על כן, קשה להניח שמדרש הלשון נועד כדי לחדש את האפשרות לקרוא אל תוך החוזה תנאי מכללא.

דורש; בית הבחירה, בבא מציעא קד, ע”א, ד”ה ”יש מי שאומר“; שיטה מקובצת, בבא מציעא קד, ע”א, בשם ראב”ד; רבנו ירוחם, מישרים, נתיב יב, חלק ב, דף מג, טור ב (”אף על פי שלא כתב, לשון הריוט הוא, והוא כמו תנאי בית דין, ואף על גב דלא כתב כמו שכתבו דמו“). וראו גם שלום אלבק **הראיות ביני התלמוד 292** (1987) (”לפיכך פירשו המפרשים את דברי התנאים שהיו ”דורשים לשון הריוט“, שהכוונה שהיו עושים לשונות ותנאים שדרך בני אדם לכתוב בשטרות כאילו נכתבו אף על פי שבשטר זה שלפנינו לא נכתבו. ואומדן זה, אם רגילים בני אדם לכתוב לשונות אלה בשטרות נעשה לפי דעת רוב בני אדם באותו מקום“); רון שלמה קליינמן **מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי (קניין סיטומתא)** 37-42 (חיבור לשם קבלת תואר ”דוקטור למשפטים“, אוניברסיטת בר אילן התש”ס); רון ש’ קליינמן **”קניין סיטומתא: מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי” מחקרי משפט** כד 243, 251 (2008); אלון **המשפט העברי**, לעיל ה”ש 5, בעמ’ 355-358. וראו גם תשובות הגאונים (הרכבי), סימן רכו. וראו גם חידושי הרשב”א, בבא מציעא קד, ע”א (”לשון שכך כותב לו“ בכל מקום, [כוונתו] לומר שכן הורגלו או שכן תקנו“), והשוו לדבריו בחידושי הרשב”א, בבא מציעא עג, ע”ב, ד”ה ”משלם“ (לשון הריוט הוא מנהג קדום). ואומנם, פני משה ירושלמי, בבא מציעא ה, ג מסביר שבפירות השדה ”הרווח מצוי הוא וידוע, והוי כמאבר נכסי חברו בידים“. זאת, בניגוד למסחר, שבו ”לפעמים מצוי ההפסד כמו הרווח“. ונשאלה השאלה אם בהקשר זה עסק של השכרת ספינה דומה במהותו לעסק של מסחר בפירות, שבו יש סיכון מסוים, או שמא הוא דומה יותר לעיבוד שדה לטובת הפקת פירות ממנו.

83

הסבר שונה במקצת הציע סמ”ג עשין פב, ולפיו מה שמייחד את הלכת מבטל שדה הוא שהעוסק אינו תלוי בדעת אחרים כי אם בטורח עצמו“, שלא כסוחר. ונשאלה השאלה אם עסק של השכרת ספינה הוא מן הסוג המחייב תלות באחרים או לא. יוער, שהרב מאיר אורבך (פולין, המאה ה-19), הציע לפרש את דברי סמ”ג לאור דברי רבי מאיר, שהתחייבות האריס שאם יוביר את השדה יפצה את בעל השדה, בהתחשב בכך שהרווח מן השדה טבעי ואינו תלוי בדעת אחרים, יוצרת אצל בעל השדה הסתמכות לגיטימית, המצדיקה תקנה שתזכה את בעל השדה בפיצוי (”כיון דאפסדיי בהכי, ועליה סמיך, תקינו רבנן דלשלם כנגד הפסדו“ (שו”ת אמרי בינה, סימן א)). הסבר זה, שאינו עולה מדברי רבי מאיר, אף אינו כמשמעותם הפשוטה של דברי סמ”ג.

הסבר סביר יותר לפשר ההבדל בין הדרך שבה הוצגה ההלכה בידי רבי יצחק לדרך שבה הוצגה בידי רבי מאיר הוא, שהנוהג העממי, שקיבל אישור הלכתי בדיעבד, היה שהאריס מפצה את בעל השדה אם הוביר את השדה. נוהג זה לא נוצר מכוח תנאי חוזי, אלא מכוח התפיסה הנזיקית העממית, שהזנחת השדה היא נזק הראוי לפיצוי. ייתכן שרבי מאיר ביקש להכיר בנוהג זה על יסוד שיטתו, שבנסיבות המתאימות, ניתן לחייב אדם לשאת באחריות גם לנזק עקיף ("גרמי"),⁸⁴ אך בהכירו בכך שעמדה זו אינה מקובלת על הכול, העדיף לבסס את החיוב על ההנחה שהאריס מתחייב לפצות את בעל השדה על נזק שייגרם עקב הזנחת השדה.

2.2. מדרש הלשון כפרשנות יצירתית של הטקסט

כאן, שלא כבמדרש הלל הזקן, קשה להניח שמדרש הלשון נועד לאפשר פרשנות יצירתית של הטקסט, משום שהפרשנות שמציע רבי מאיר לתנאי "אם אוכיר" הולמת את משמעותו הפשוטה. בשל כך העיר רמב"ן, שלשיטת ר"י אלברגלוני הנזכרת לעיל, לא ברור "מאי מדרש איכא והלא הדבר מפורש בשטרי הדיוטות".⁸⁵

כדי לתת פשר לפרשנות של ר"י אלברגלוני למדרש לשון הדיוט אף בעניין זה, מציע רמב"ן, בדוחק רב, ש"אפשר לומר מפני שלא נתפרש בשטר מה ישלם והיה אפשר לומר שלא קבל עליו אלא שאם הוביר וזרע והכסיף הקרקע שישלם דמי פחת הקרקע ונימא יד בעל השטר על התחנתונה, וכיון שהוא לשון שנהגו בו כל מקבלי אריסות דרש ר' מאיר שהכל קבל עליו, ועוד שלענין פחת הקרקע לא היה צריך תנאי כיון שקבל עליו לעבוד, וכיון דאתני, לטפויי מילתא קאתי".⁸⁶

3.2. מדרש הלשון ככלי להכשרת תנאי פגום בחוזה

לפי רבנו חננאל, מדרש הלשון של רבי מאיר נועד ליתן תוקף הלכתי לתנאי שמעיקר הדין אינו תקף, משום "דאינון אם (=אסמכתא), ולית בהו תנאי כפול".⁸⁷ לא כאן המקום לדון

84 בבלי, בבא קמא ק, ע"א. על ההבחנה שבין נזק עקיף שלא ניתן לתבוע בגינו ('גרמא') לנזק עקיף שניתן לתבוע פיצויים בגינו ('גרמי'), נשתברו קולמוסים רבים, ואין כאן המקום להאריך בה. ראו למשל "גרמא בנשיקין – גרמי" אנציקלופדיה תלמודית כרך ו; שיעורי הרב אהרן ליכטנשטיין: דינא דגרמי (עמיחי גורדין ודוד פלדמן עורכים התש"ס).

85 חידושי הרמב"ן, בבא מציעא קד, ע"א.

86 שם.

87 בתוך גנזי קדם כרך ה 100 (התרצ"ד), וראו גם, חידושי הרמב"ן, בבא מציעא קד, ע"א, ד"ה "רבי מאיר". רש"י בבא מציעא קד, ע"א, ד"ה "רורש" ("שהרגילו הדיוטות לכתוב שלא כתקנת חכמים"). רבנו חננאל מציין שני פגמים חוזיים שונים. הראשון (אסמכתא) מהותי, שכן ההתחייבות היא התחייבות מותנית, שאינה תקפה במשפט העברי, והאחרון

בפגמים חזויים אלו,⁸⁸ אך העיקרון ברור – מדרש הלשון נועד לאפשר הכרה הלכתית בתוקפו של תנאי חוזה שאיננו תקף מעיקר הדין.⁸⁹

הסבר זה, ההולם את משמעות המדרש בלשונם של תנאים כהוראת הלכה, קרוב למדי למדרש הלשון של הלל הזקן, כפי שהוסבר לעיל, אלא שיש להבהיר מדוע היה צורך ”להלבין“ תנאי שאיננו תקף מבחינה הלכתית.

ייתכן, כפי שהציע רדזינר,⁹⁰ שהדרשה באה על רקע חזוי אריסות לא הלכתיים, שהשימוש בהם היה מקובל בארץ ישראל ובסביבתה בתקופת רבי מאיר, אשר אפשרו מכירה של פירות עתידיים. בהתאם לחזוים אלו, את עסקת האריסות ניתן היה לקבוע

הוא פורמאלי (תנאי כפול), שכן ההתחייבות אינה מקיימת את הדרישה שהתנאי יציין הן את תוצאות קיומו והן את תוצאות הפרתו.

בגנזי קדם (שם) מובא ש”איכא דגריס אשלם במיטבא, כלומר: משלם במיטב שדהו של מקבל, דכמזיק ממון חברו הוא” (והשוו גם לשו”ת מהר”ם מרוטנבורג, סימן רצח (דפוס פראג) (האריס ”מזיק בגוף הקרקע במה שהובירה“)). לדעת ברנד (ברנד, לעיל ה”ש 81, בעמ’ 43), שיטה זו היא תוצר של ירידת קרנו של החיוב החזוי בהלכה האמוראית, שכן ”מעיקרא הייתה ההתחייבות תקפה כחיוב חזוי, וזהו דין המשנה. ההלכה האמוראית החלישה את ההתחייבות [...] הואיל ודין המשנה לא זו ממקומו, נדרש לספחו למקור חיוב חדש. כאן חל המעבר [...] מן החיוב ההסכמי-חזוי אל החיוב הגזיקי שמן הדין“.

88 לשאלת הצורך בתנאי כפול כאשר כוונת הצדדים ברורה, ראו למשל, שיטת ר”י בתוספות, קידושין מט, ע”ב, ד”ה ”דברים“ (”דיש דברים שאינם צריכין תנאי כפול אלא גלוי מילתא דאנן סהדי דאדעתא דהכי עביר“). רמב”ן, בבא מציעא קד, ע”א, טוען שמעיקר הדין אין כאן בעיה של תנאי כפול, משום ש”בכהאי גוונא לא בעי ר”מ תנאי כפול, אלא בכגון האומר לחברו שדה זו נתונה לך במתנה אם תעשה לי דבר פלוני [...] וטעמיה, משום דסבר לא אמרינן מכלל הן אתה שומע לאו [...] אבל הכא לא שייך ביה כלל תנאי כפול, שלא אמר אלא שישלם לו מה שהוביר, ואם לא הוביר מה ישלם? ובמתנה לא נתן לו כלום, הא למה זה דומה לערב ולא הזכיר בו כפל בשום מקום בתלמוד“.

לפי רב האי גאון (מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא קד, ע”א), התנאי של ”אם אוביר“ אינו בגדר אסמכתא משום שהוא ”כתנאי בית דין [...] דאף על גב דלא כתב כמאן דכתב דמי [...]“). רמב”ן (לעיל ה”ש 87), פותר בעיה זו בכך ש”לא אמר מילתא יתירא, ובידו“.

הרשב”א פותר בעיה זו בכך ש”כל שהן מורגלין להתנות בכך, אף על פי שאיננו כן מעיקר הדין בתנאי זה שהם מורגלים בו להתנות [...] שיש בו אסמכתא [...] אפילו הכי, כיון דבידו, ולא גזים, והורגלו להתנות כן, בית דין מקיימין דבריהם, ודינן עליהם“ (חידושי הרשב”א, בבא מציעא קד, ע”א). וראו גם הרב חגי איזרר ”האם מנהג העולם מבטל אסמכתא“ כתלנו יא 31 (התשמ”ד).

89 ברודי מעיר ש”השימוש בלשון ’דרש’ בהלכה זו מוקשה במקצת, כי לכאורה זו המשמעות הפשוטה של התנאי הנידון“ (ברודי **משנה ותוספתא**, לעיל ה”ש 2, בעמ’ 128). על כן הוא מציע (שם), ש”ייתכן שהדגש בדברי ר’ מאיר הוא על הענקת תוקף לתנאי (שיכול היה להיחשב ’אסמכתא בעלמא’), והתנא של הברייתא השתמש בניסוח ’דרש ר’ מאיר’ בהשפעת המקרים האחרים שבמסגרתם הובאה הלכה זו“.

90 רדזינר, לעיל ה”ש 5, בעמ’ 159.

כעסקה שבה בעל השדה מוכר לאריס פירות עתידיים, בתמורה לנכונותו לעבוד בשדה. כעסקה מסוג זה, בעל השדה יכול לתבוע את האריס הרשלן על יסוד עילה קניינית, כשהוא טוען כלפי האריס: קיבלת פירות עתידיים ולא שילמת תמורתם. אולם, מאחר שההלכה התנאית לא הכירה בכוחו של אדם למכור פירות עתידיים ("קנין פירות"), היה צורך להמציא מבנה הלכתי אחר, שיאפשר הכרה בזכותו של בעל השדה לפיצוי מהאריס הרשלן. צורך זה קיבל מענה בדרשת רבי מאיר, המחליפה את העילה הקניינית בעילה חוזית, ולמעשה, מעניקה תוקף הלכתי לנוהג עממי שאינו כהלכה.

3. מדרש רבי יהודה

ההלכה השלישית שבקובץ ההלכות שבתוספתא העוסקות במדרש לשון הדייט⁹¹ עוסקת באחריות הבעל להביא קורבנות שהתחייבה בהם אשתו –

דרש ר' יהודה: מביא אדם על אשתו כל קרבנות שהיא חייבת, אפילו אכלה את החלב, ואפילו חללה את השבת.⁹² שכך כותב לה: "ואחרי דאיתאי ליך עלאי מן קדמת דנא". שברה לו מקצת כתובתה שברה לו על כולה, שכך היא כותבת לו: "אחרי די איתאי ליך עליי מן קדמת דנא".⁹³

דרשה זו עמומה, שכן לא ברור בדיוק היכן כותב לה הבעל כך, ומהי משמעות התנאי ברודי משער, שהתנאי נכתב בשטר הגירושין, ומשמעותו הפשוטה היא שמיום מתן הגט ואילך, פוטרת האישה את בעלה מכל חוב שהיה לו כלפיה.⁹⁴ אך השערה זו אינה עומדת במבחן הביקורת, שכן לא מצאנו בכל שטרי הגירושין תנאי זהה או אפילו דומה במקצת, וכולם אינם עוסקים בענייני ממון, אלא בהיתר להינשא לזר.⁹⁵ על כן, מסתבר שכמו בהלכות הבאות שבמקבץ, אף הלכה זו מיוסדת על לשון הכתובה, ומשמעותה הפשוטה היא שהבעל מוסיף בשעת הנישואין התחייבויות על אלו שקיבל על עצמו כבר

91 וראו גם: בבלי, נדרים לה, ע"ב; ירושלמי, סוטה ב, א; משנה, נגעים יד, יב ("רבי יהודה אומר: אף על ידי אשתו מביא קרבן עשיר, וכן כל קרבן שהיא חייבת"); ברייתא בבבלי, נזיר כד, ע"א ("תניא, ר' יהודה אומר: אדם מביא קרבן עשיר על אשתו וכן כל קרבנותיה שהיא חייבת"); ספרי, במדבר ה, טו. וראו גם ספרא, ויקרא ד, טז.

92 וראו תוספתא כפשוטה, כתובות ד, עמ' 248, שבחלק מעדי הנוסח לא מצוי "אפילו אכלה את החלב, אפילו חיללה את השבת". ברודי מציין שמשפט זה אינו מצוי "בכל עדי הנוסח הישירים", אך נמצא מצוי אצל חלק מבעלי התוספות, ומעלה את ההשערה שזו "הוספה קדומה", או הגהה, "בהתאם לתפיסה הלכתית מסוימת, או למקבילה בבבלי ברא מציעה קד ע"א" (ברודי משנה ותוספתא, לעיל ה"ש 2, בעמ' 25).

93 תוספתא, כתובות ד, יא (מהדורת ליברמן).

94 ברודי משנה ותוספתא, לעיל ה"ש 2, בעמ' 129.

95 ראו גולאק, לעיל ה"ש 30, בעמ' 67-87.

בעת הקידושין ("מן קדמת דנא"). ולחלק מן הנוסחים, שבהם גרסו "שכך כותבת",⁹⁶ ייתכן שהתנאי נכתב בשובר שנותנת האישה לבעלה בעת פירעון כתובתה, ובו האישה פוטרת אותו מכל חיובים שהיו לו כלפיה בעת הנישואין.⁹⁷

משמעות הדין השני היא שמשעה שכתבה האישה לבעלה שובר על מקצת כתובתה, מחלה לו על כל החובות שיש לו כלפיה.⁹⁸

כאן, לא מצאנו מי שפירש את המדרש כהכרה בתנאי מכללא, ולא בכדי. הפרשנות שלפיה מדרש הלשון מבטא נכונות להכיר בתנאי מכללא, מבוססת על ההנחה שמשמעותו הפשוטה של התנאי היא בדיוק זו שנתן לה התנא, אלא שהוא לא נמצא בכל החוזים. אולם, התנאי האמור אינו עוסק כלל בתוכן האחריות המוטלת על הבעל, ולא ברור כיצד ניתן להסיק ממנו אחריות על חובות דתיים, ו"אלמלא המדרש עיקר, לא היה במשמע אחריות קרבן, שהוא כפרה".⁹⁹

בהתאם לפרשנות זו התפרש גם השובר שהאישה נותנת לבעלה כשפרע מקצת כתובתה, ככזה הפוטר את הבעל מאחריות לחובות האישה, מכל סוג שהוא.

קשה גם לראות במדרש הלשון של רבי יהודה אמצעי ל"הלבנת" נוהג פסול, משום שהשאלה אם הבעל נושא באחריות להביא קורבנות שהתחייבה בהם אשתו איננה עניין

96 לפי ליברמן (תוספתא כפשוטה, כתובות ד, עמ' 248), גרסה זו משקפת עמדה הלכתית שהחזיקו בה "רש"י וסיעתו", שלפיה לא מסתבר שהבעל חייב להביא קורבנות שאשתו התחייבה בהם לפני הנישואין.

97 וראו גם ורד נעם "בעקבות הדף החדש של הביאור למגילת תענית" תרבי"ז עז 411, 417 (התשס"ח) ("התחייבות שקדמה לחוזה או לתקנה עכשוויים").

98 כך מסביר ליברמן (תוספתא כפשוטה, כתובות ד, עמ' 249), ולא כברודי (ברודי משנה ותוספתא, לעיל ה"ש 2, בעמ' 129, ה"ש 3), הסבור ש"אין לדייק מכאן שוויתרה על זכויות אחרות". וראו שם, שמעיר, ש"הכוונה בוודאי איננה שהיא ויתרה על יתרת הכתובה". אבל ראו משנת ארץ ישראל, נזיר ד, ד' (יש להניח שלפחות בחלק מהמקרים פגימת הכתובה מרמזת על ויתור של האישה בלחצו של הבעל, ולמעשה זו עקיפה של הכתובה, ומסתתר כאן סיפור של עושק האישה. אבל בחלק מהמקרים זו דרכה להשיג מימון לרצונותיה. מכיוון שבדרך כלל גירושים היו נדירים הרי שלמעשה הפכה הכתובה למעין קופת חיסכון של האישה").

99 חידושי הרמב"ן, בבא מציעא קד, ע"א. "ולאחרי המדרש אין לדעת אם גם הלואותה נכללת באחריות מקדמת דנא, ונחלקו הראשונים בזה [...]" (תוספתא כפשוטה, כתובות ד, עמ' 248). משעה שהוסב התנאי ממשמעותו הפשוטה, היו שטענו שהוא חל על קורבנות בלבד (בין אלו שהתחייבה להביא בעבר ובין אלו שתתחייב מכאן ולהבא), "אבל חוב לא יפרע אלא ממה שהכניסה לו" (תוספות, נדרים לה, ע"ב ד"ה "מביא אדם". וראו גם תוספות, בבא מציעא קד, ע"א ("ורלא כרב אחא שהורה שהבעל חייב לפרוע חובת אשתו שלוותה קודם שנשאה מכת דרבי יהודה דהכא")); חידושים המיוחסים לריטב"א, בבא מציעא קד, ע"א ("ומה שמצאנו כתוב שהורה רב אחד שהבעל חייב לפרוע חובות אשתו שלוותה קודם שנשאת מיהא מילתא דרבי יהודה דהכא [...] אין בדבר הזה ממש"). וראו גם, איתמר ורהפטיג "אחריות בעל לחובות אשתו במשפט העברי" שנתון המשפט העברי ב 258 (התשל"ה).

לנוהג. יש להניח שבעולם שבו לאישה אין רכוש משלה, שאלה זו הטרידה משפחות רבות, ואולי אף גרמה למתחים בין בני הזוג. ייתכן שהיו שנהגו מיוזמתם להביא עבור נשותיהם קורבנות שהתחייבו בהם, ואולי אף התקבע נוהג בעניין זה. אולם, אין כל סיבה לקבוע שנוהג זה הוא פסול.

מאחר שמדרש רבי יהודה מציע פרשנות יצירתית לתנאי שבכתובה, ניתן לראותו כראיה לפרשנות ר"י אלברגלוני למדרש לשון הדיוט, שלפיה מדרש לשון הדיוט הוא פרשנות יצירתית של חוזה שנערך בידי הדיוט. אך ספק רב אם הפרשנות היצירתית של התנאי היא הבסיס המשפטי שעליו נשענת ההלכה. ספק זה מתעורר בעקבות המחלוקת שבין רבי יהודה לחכמים, המובאת בספרי –

"והביא את קרבנה עליה" (במדבר ה 15) – כל קרבן שעליה, דברי רבי יהודה.

וחכמים אומרים: קרבן שמכשירה לו, כגון זבה ויולדת – הרי זה מביא משלו, ואין מקיץ מכתובתה. וקרבן שאין מכשירה לו, כגון שקיפחה נזירות בראשה או שחיללה את השבת – הרי זה מביא משלו, ומקיץ מכתובתה.¹⁰⁰

כאן, רבי יהודה מבסס את עמדתו ההלכתית על מדרש הכתובים, ולא על מדרש לשון הדיוט. עוד עולה ממקור זה, שהלכת רבי יהודה הייתה שנויה במחלוקת.¹⁰¹ אפשר

100 ספרי, במדבר ה, טו (ההדגשות אינן במקור). והשוו ספרי זוטא, במדבר ה, טו ("והביא את קרבנה עליה – יכול אף בזמן שחללה שבת? תלמוד לומר "קרבנה", כשאמר "את קרבנה" – לרבות קרבן נגעה וזיבתה. ומה ראית לרבות את אלו ולמעט את אלו? מרבה אני את שהן באין לטהרה, וממעט אני אלו שאין באין אלא לכפרה"). וראו ראב"ד המובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא קד, ע"א שמציע שלושה הסברים להבדלים בין המקורות התנאיים ברבר הבסיס המשפטי של ההלכה ("... ואולי אסמכתא הוא, אי נמי לנגעים בלחוד הוא דנפקי לה מהתם, אבל שאר קרבנות דריש ליה מלשון הדיוט, ולא נהיר. אי נמי: מן התורה בקרבנות שנתחייב משנשאת, ומלשון הדיוט אפילו אותן שהיו עליה קודם נישואין"). וראו ניסיונות אחרים ליישב בין המקורות בפסק הדין של הרב שלמה שפירא, ע' (גדול) 1074168/4 פלוני נ' פלונית, סוף סעיף ח (נבו 25.4.2020).

101 ייתכן שגם שיקול של מדיניות יש כאן: אם התורה תחייב את הבעל להביא קורבן עבור אשתו אף אם היא חיללה את השבת, עלול הדבר לשחרר למעשה את האישה מן האחריות האישית לביצוע העבירה. לשאלה אם ניתן להשליך מדברי ר' יהודה לחובת הבעל לשלם עבור אשתו קנסות שהתחייבה בהם, ראו שו"ת תרומת הדשן, סימן רפב (מובא להלכה ברמ"א, אבן העזר, סימן צא, סעיף ד), ובמקורות נוספים שציין אליהם הרב שלמה שפירא בפסק הדין הנ"ל בע' 1074168/4, לעיל ה"ש 100, בסוף סעיף ט.

שיקול מדיניות נוסף נוגע להשלכות הכלכליות של החיוב על הבעל. ראו למשל תוספות, נדרים לה, ע"ב, ד"ה "מביא אדם" ("וקרבנותיה נמי – דווקא קרבנות חובה, אבל לא נדרים ונדבות [...]. דאם לא כן יכולה להחריב בעלה, והכי משמע בירושלמי"); ר"ן, נדרים לה, ע"ב ("שהבעל חייב בקרבנות אשתו וכן כל קרבנות שהיא חייבת, למעוטי נדריה ונדבותיה");

שמלכתחילה העמדה ההלכתית התבססה על מדרש הלשון, אך משהתברר שמדרש הלשון לא שכנע את חכמי ישראל לקבלה, הוצע לעמדה זו בסיס הלכתי חדש. אולם, בהיעדר ראייה לוויכוח בין החכמים סביב מדרש הלשון, סביר יותר להניח שההלכה התבססה מלכתחילה על מדרש הכתובים, ומדרש הלשון נועד לאפשר לעמדה זו להתקבל גם על ידי אלו שלא קיבלו מדרש זה.¹⁰²

עם זאת, דומה שיש קו דמיון המחבר את מדרש הלשון של רבי יהודה לזה של הלל הזקן ורבי מאיר. כבשני מדרשי הלשון הקודמים, אף כאן מדרש הלשון לא שימש כבסיס משפטי להלכה, אלא כמעין עוגן לתלות עליו עמדה הלכתית שיש בה מן החידוש, או שהיא שנויה במחלוקת, מתוך הנחה שבדרך זו יקל על המחזיק בעמדה זו לשכנע את חבריו לקבלה.

4. מדרש רבי יהושע בן קרחה

מדרשו של רבי יהושע בן קרחה עוסק בערכו של המשכון שאותו רשאי המלווה ליטול כערוכה לפירעון החוב, ובעניין זה יש שתי גרסאות: מדרש הלשון שבתוספתא ומדרש הלשון שכבבלי. וכך מתואר מדרש לשון הדיוט של ריב”ק, בתוספתא –

רא”ש, נדרים לה, ע”ב (”כל קרבנות שהיא חייבת – כשהיא מחוסרת כפרה או אכלה חלב או אם חייבת אשם, אבל לא אם נדרה קרבן, דאם כן תדור בכל יום כדי להקניטו”); רש”י, בבא מציעא קד, ע”א, ד”ה ”כל הקרבנות שהיא חייבת” (”שלא בנדר ונדבה”); תוספות, בבא מציעא קד, ע”א, ד”ה ”אידי ואידי” (”ודווקא בקרבנות שהן חובה לכפרתה [...] אבל קרבנות שנדרה ונדבה [...] לא ישלם [...] ובלא שום ראייה דבר פשוט הוא [...] אבל בנזירות אין לחוש שתדור ותפסידו. ובנדרים ובנדרות נמי אם היה חייב לשלם היתה מפסדת לו כמה וכמה, דאפילו יוכל להפר – דחשיב כדברים שבינו לבינה משום הפסד ממונו – יש לחוש שמא תדור ותפרע קודם שישמע, ואפילו ישמע – זימנין דמיטרד”); חידושים המיוחסים לריטב”א, בבא מציעא קד, ע”א (”אבל בנזירות אין לחוש שתדור להפסידו. אבל בנדרים ונדבות נראה שאינו מתחייב, שאף על פי שכשישמע לא תוכל להפסידו, מכל מקום כשיהיה במדינת הים יש לחוש שמא תדור ותפרע משלו, ואפילו ישמע – זימנין דלא מסיק אדעתיה להפר, אפילו תלמיד חכם, דשמא טרוד בדבר אחר”).

102 לחילופין, אפשר שהעמדה ההלכתית של רבי יהודה מבוססת על אדני הסברא. סיוע לכך ניתן למצוא בדבריו של הרמב”ם על כך ש”אשתו כיון שהוא חייב בקרבנותיה אינו מקריב עליה אלא קרבן עשיר מפני שהיא כגופו” (פירוש המשניות, נגעים יד, יב). ייתכן אפוא שלדעת רבי יהושע ורבי יהודה, העיקרון של ”אשתו כגופו” יפה לא רק כדי לקבוע את סוג הקורבן שעל האישה להביא, אלא אף את חובת הבעל לשאת באחריות להביא קורבן זה, שהרי אם היא כגופו ממש, כל קורבן שהיא חייבת בו אף הוא חייב בו.

דרש ר' יהושע בן קרחה: המלווה את חברו לא ימשכנו יותר מחובו. שך
כותב לו: תשלמתא¹⁰³ מנכסיא דאית לי, מנכסיא דקניתי מן קדמת דנא.¹⁰⁴

בתלמוד, ¹⁰⁵ הלכתו של ריב"ק מבוססת על תנאי שונה: "שך כותב לו: 'תשלומתא דאית לך עלי, כל קבל דיכי'". כך או אחרת, לא ברור היכן בדיוק נכתב התנאי ומהי משמעותו, והתלבטו בדבר המפרשים והחוקרים.

לפי רש"י,¹⁰⁶ השטר שבו אנו עוסקים הוא שטר שנכתב על ידי הלווה למלווה, "אם משיב לו את העבוט לזמן מרובה",¹⁰⁷ שאז "שמיין את המשכון וכותב לו זה בשטר: 'היו לך כל תשלומין עלי לפרע ממני, דמי משכון זה'", ובשל כך, "אם משכנו יותר על חובו, נמצא גובה שלא כדיון".¹⁰⁸

לפי פירוש זה, התנאי נועד להבהיר שאם יפחת ערכו של המשכון ולא יהיה ערכו כערך החוב, יוכל המלווה להיפרע גם משאר נכסי החייב,¹⁰⁹ ועשה ריב"ק את התנאי מדרש, שלפיו המשכון הוא כביכול פירעון החוב, ובשל כך, אם ערך המשכון גבוה מערך ההלוואה, נמצא גובה שלא כדיון.

לפי ראב"ד,¹¹⁰ התנאי נכתב על ידי הלווה, בשעת מסירת המשכון לידי המלווה, ומשמעותו הפשוטה היא שהמשכון ייחשב כפירעון של ההלוואה, אם החוב לא ייפרע במועד. לכן, אם "נפחת המשכון בחזרותיו ובתשמישו ביד הלווה", אין החייב נדרש לשלם לבעל החוב על הפחת, "לפי שכבר נפרע כל חובו בשעת משכנו, וכשואל בגד

103 ליפשיץ מעיר בהקשר זה ש"המונח הזה משמעו תחליף, ולא דווקא 'תשלומים'" (ברכיהו ליפשיץ החיוב ושעבודי הנכסים – בין קניין לבין התחייבות ובטוחה 277, ה"ש 115 (2018) (להלן: ליפשיץ החיוב ושעבודי הנכסים)).

104 תוספתא, כתובות ד, יא (מהדורת ליברמן). ובירושלמי יבמות טו, ג: "די אתיין לידי, דאקנה לקבל דנה".

105 בבלי, בבא מציעא קד, ע"א.

106 רש"י, בבא מציעא קד, ע"א, ד"ה "שך הוא כותב".

107 יש להניח שלעיתים מתרצה המלווה להותיר את המשכון בידי החייב, ולאפשר לו להשיב לו אותו לאחר זמן ("לזמן מרובה"), אם וכאשר לא יצליח לפרוע את החוב. ומכאן תשובה לתמיהתו של רבינוביץ', ששאל, "הרי הרעת נותנת שהשבת המשכון לזמן מרובה ע"י המלווה ללווה היא דבר בלתי רגיל, כי מה מרוויח המלווה ע"י כך שמשיב את המשכון ללווה לזמן מרובה? והלשון 'שך כותב לו' מורה על דבר רגיל, על נוסחה רגילה" (יעקב יוחנן רבינוביץ' "מדרש לשון הדייט" תרביץ כב 193 (התשי"א)).

108 רבינוביץ', שם, טוען ש"פירוש זה דחוק הוא מאוד, שהרי משמעותו הפשוטה של הלשון 'שך כותב לו' היא שך כותב לו לווה למלווה בשטר החוב, ואלמלי הייתה כוונתו של ריב"ק לשטר שהלווה כותב למלווה כשזה משיב לו את משכנו, היה מפרש את דבריו". קושי זה אינו נראה בעינינו משמעותי, שהרי פירוש רש"י נסמך על נוסח התנאי שבבבלי, העוסק במשכון.

109 עפ"י רש"י, בבא מציעא קד, ע"ב, ד"ה "אהני כתיבה לגירעון".

110 בשיטה מקובצת, בבא מציעא קד, ע"א, והסכים עימו הרשב"א, בבא מציעא קד, ע"א.

מחברו דמי”. ובא מדרש הלשון ולימד ”שאם לא כתב לו כך, אף על גב דקני למשכון, וכפירעון דמי, הייתי אומר: אותו הפחת שנפחת בידו מחמת תשמישו ישלם לו, ואהני ליה דלא משלם” (וראו גם חידושים המיוחסים לריטב”א, בבבא מציעא שם (”ומילתא דרבי יהושע בן קרחה לשון תשלומתא דאית לך עלאי לא נכתב אלא לחייב את עצמו אם נפחת המשכון בידו לחד פירושא, דקדקו הלשון והוציאו ממנו שלא ימשכנו יותר על חובו”). אך ”לא התברר היטב למה הייתי אומר שאף על פי שה”נושה” כבר נפרע כדי החוב הייתי סבור שישלם לו ה”חייב” את הפחת, אם דינו הוא כשואל נכס של חברו, ולמה בא הצורך בדרשת לשון ההדיוט כדי להוציא מסברה זו?”.¹¹¹

לפי רבנו חננאל,¹¹² המשכון נועד לשעבד נכס מנכסי החייב לפירעון החוב. ו”כיון שכך כותב הלווה למלווה: יש לך להשתלם מנכסי כנגד חובך שאתה נושה בי, לפיכך למשכנו יותר מכדי חובו אין לו [...] שלא שעבד לו מנכסיו אלא כנגד חובו בלבד”, ובא מדרש הלשון ולימד, שאם פחת ערך המשכון אין למלווה זכות לתבוע מן הלווה לשלם לו את הפחת.

על הסבר זה תמה ליפשיץ: ”שהרי אם המשכון ניתן כפירעון, מה לנו להתחשב בירידת ערכו לאחר מועד נתינתו? הרי הרווח וההפסד לעולם הוא לבעלים, ובמה שונה מקרה זה מן האחרים? ועוד [...] שהרי המשכון כבר הוחלט לנושה בעת נתינתו, ואיזה חילוט נוסף צפוי להיות? כלומר: מהו סוג העסקה המתואר כאן?”.¹¹³

לפי גולאק, התנאי שנדרש נכתב ”בשטר חוב שנתפרש בו משכון, שניתן בשעת ההלוואה, וכוונתו של התנאי הייתה, שאם לא יספיק המשכון לפירעון החוב, יגבה בעל החוב את מותר חובו משאר נכסיו של החייב”,¹¹⁴ ובא ריב”ק ועשה תנאי זה מדרש, ”ולמד ממנו שגם במשכון הניטל בשעת הגביה, אם לא הספיק המשכון בעל חוב גובה משאר נכסים, ולפיכך יצא לו שהמלווה את חברו לא ימשכנו יותר על חובו, שהרי מותר חובו יגבה משאר נכסים”.¹¹⁵ וגם הסבר זה קשה, שהרי ”אם ינהגו כך, שהמותר יגבה או יוחזר, לפי העניין, מה אכפת לנו מה יהיה גובה המשכון שיינטל? לנושה בוודאי נוח הדבר,

111 ליפשיץ החיוב ושעבודי הנכסים, לעיל ה”ש 103, בעמ’ 279.

112 פירוש רבנו חננאל, בבא מציעא קד, ע”א.

113 ליפשיץ החיוב ושעבודי הנכסים, לעיל ה”ש 103, בעמ’ 279-280.

114 אשר גולאק תולדות המשפט בישראל בתקופת התלמוד כרך א: החיוב ושעבודיו 66-67 (התרכ”ט). לכאורה, הצורך בתנאי לא ברור. וכי חידוש הוא, שנכסי החייב ערבים לפירעון החוב, ואם אין במשכון כדי לפרוע את ההלוואה, יכול בעל החוב להיפרע משאר נכסים? דומה שההסבר למדרש, בהתאם לפרשנות המוצעת על ידי גולאק הוא כזה: כאמור, משכון שניטל בשעת הלוואה נועד להבטיח את פירעון החוב. לפיכך, ערכו יהיה כערך ההלוואה. אולם, מאחר שהמלווה חושש שמא בהגיע מועד הפירעון יפחת ערכו, הוא מצהיר, שאין לראות בהסכמתו לקבל את המשכון משום הוראה מוחלטת שערכו כערך ההלוואה, ואם אומנם יפחת ערך המשכון, הוא יהיה זכאי להיפרע את היתרה משאר נכסי החייב.

115 שם. הסבר דומה מציע ליברמן, הפירוש הקצר, כתובות ד, עמ’ 69. וראו גם תוספתא כפשוטה, חלק ו, סדר נשים, עמ’ 250.

שכן בדרך זו הוא מבטיח את הגבייה, אם המשכון, שהיה שווה בערכו יותר מכדי חובו בשעת ההלוואה, ירד אחר כך בערכו מתחת לסכום זה, ומה בכך שמובטח לו תשלום היתרה מכלל נכסי המקרקעין של החייב?¹¹⁶

על רקע קשיים אלו מציע ליפשיץ, "שלפנינו מקרה נוסף שבו המלווה מעוניין להיפרע יותר מכדי חובו באמצעות נטילת נכס של הלווה השווה יתר על החוב [...] רבי יהושע בן קרחה הטיל איסור על נטילת משכון היתר על החוב בשעת הלוואתו, כדי שהנושה לא ייפרע ממנו שלא כדין"¹¹⁷.

נראה אפוא שלכל הדעות והפירושים לתנאי שבנדון, הוא בוודאי לא נועד לקבוע שאין ליטול משכון שערכו יתר על ההלוואה, ותכליתו של המדרש הייתה להגביל את כוחו של המלווה, ולמנוע ממנו להיפרע שלא כדין או להפעיל על החייב לחץ בלתי הוגן. ברור שאין כאן תנאי מכללא, וברור גם שיש כאן פרשנות יצירתית של הטקסט, אך פרשנות זו לא נועדה לכאור את כוונותיהם של הצדדים, אלא לקבוע תקנה שנועדה להגן על חייבים מפני התעמרות המלווה בהם.

5. מדרש רבי יוסי הגלילי

ההלכה החותמת את קובץ ההלכות בתוספתא העוסקות בדרישת לשון הדיוט, עוסקת בגביית הכתובה –

דרש רבי יוסה הגלילי¹¹⁸: מקום שגובין¹¹⁹ כתובה מלווה – גובין אותה

116 ליפשיץ החיוב ושעבודי הנכסים, לעיל ה"ש 103, בעמ' 278, וכן הקשה רבינוביץ', לעיל ה"ש 107. על שאלה זו ניתן להשיב, שמדרש הלשון של ריב"ק ביקש לקבוע, שחרף רצונו של הנושה להשתמש במשכון כאמצעי לחץ, אין לאפשר לו להתעמר בחייב. על כן, יש לראות אף משכון זה כמעין ערובה לפירעון החוב, ולכן אין הצדקה לגביית משכון שערכו גבוה מערך ההלוואה. ואומנם, ליפשיץ (ליפשיץ החיוב ושעבודי הנכסים, שם, בעמ' 278, ה"ש 118) מעיר, שכך סבר מהרש"ל על אתר, אלא שהוא טוען שכשם שלא נוה לחייב שייטלו ממנו משכון שערכו רב מערך ההלוואה, "יש גם להניח שלא ניחא ליה לחייב שימשכנו אותו כלל ויגבו את החוב מנכסיו". אך נראה שיש להבחין בין חוסר הנוחות הנגרם באופן טבעי מקבלת ההלוואה ואי היכולת לעמוד בפירעונה, לחוסר הנוחות הנגרם עקב לחץ לא מידתי המופעל על החייב.

117 ליפשיץ החיוב ושעבודי הנכסים, לעיל ה"ש 103, בעמ' 278.

118 בחלק מן המקורות "ר' יוסי" בלבד. ראו ירושלמי, יבמות טו, ג; כתובות ד, ח; בבלי, בבא מציעא קד, ע"א.

119 ליברמן (תוספתא כפשוטה, כתובות ד, יא) מעיר שבכת"י ערפורט הנוסח הוא "מקום שכותבין כתובה מלווה גובה מלווה ואין גובה כתובה, מקום שכופלין כתובה אינו גובה אלא מחצה", ובירושלמי, כתובות ד, ח: "מקום שנהגו לעשות כתובה מלווה גובה את הכל, לכפול אינו גובה אלא מחצה". ובבבלי, בבא מציעא קד, ע"א: "מקום שנהגו לעשות כתובה מלווה גובה מלווה, לכפול גובה מחצה".

מלווה, ואין גובין את הכתובה. מקום שכופלין את הכתובה – אין גובין
אלא מחצה.¹²⁰

ההלכה עוסקת בשיעור הנדוניה, על רקע ההבנה שבמקומות רבים נהגו לכתוב בכתובה סכום נדוניה מופרז, ו"לשום את מה שמכנסת לו כפליים בדמיו בשביל כבוד ולכתוב כפליים בכתובתה".¹²¹ לפי רבי יוסי הגלילי, אם בכתובה מנוסחת חובת הבעל כלפי אשתו כעין שטר חוב שבו מתחייב הבעל להשיב לאשתו את ערך הנדוניה בסיום הנישואין, "כגון שכותבין בה כמו שאנו כותבין אחריות דנא קבילת עליא",¹²² כשכא הבעל לגבות את הנדוניה מחמיו, גובה לפי הערך הקצוב בכתובה.¹²³ זכות זו נלמדת מכוח מדרש הלשון, המשווה את חוב הבעל כלפי אשתו לחובת החותן כלפי חתנו,¹²⁴ "והכי נמי יש

120 המילים "ואין גובין את הכתובה" אינן נמצאות בכבלי, בבא מציעא קד, ע"א, ולא בירושלמי, כתובות ד, ח.

121 רש"י, בבא מציעא קד, ע"ב, ד"ה "מקום שנהגו". נוהג זה יצר מבוכה רבתי בקרב הפוסקים כבואם לקבוע את השיעור הריאלי של הנדוניה, ואף עורר ביקורת. ראו למשל תשובות הגאונים (אסף) א, לג (עפ"י התיקון לפי כת"י אוקספורד, באוצר הגאונים החדש, בבא מציעא קד, ע"ב) ("וששאלתם, הא מילתא שאילנא מקמיה מר נחשון גאון ז"ל: דנהיגי קמן בשומת הנדוניה, היו מוסיפין על מה ששוין בארבע וחמש משויו. וכתב לן מר רב נחשון גאון, דהאי גזלנות וחמסנות הוא, וכל מאן דמסהד בהך נדוניה, סהדי שקרי אינון, ופירשתם שהתרוי)תם בציבור פעמים הרבה ולא קיבלו, ועד הנה הכין היו עבדין, היו מוסיפין בד' וה' לרצונם, והיכי עבדינא כד מגרש או מיית, היכי מגבינן לה? אילו היה בטעות דקא מטעו אהרדי וכתבי בלא ידיעה, הוה אמינא דטעות היא, השתא דבידיעה קעבדין וקא מוסיפין וקנו מינייהו, מאי איכא למימר?"; בית הבחירה, בבא מציעא קד, ע"ב ("יש מקומות שנהגו לכתוב כתבה לנשותיהם כעין מלווה ר"ל שנוהגין לגבות כל הכתוב בכתובה, אף על פי שהדבר ידוע שלא כך קבל, מפני שמצמצמין בתוספת, ואין חוששין לכבוד המוני ובלתי מועיל שנוהגין לכפול מחמת כבוד").

122 רש"י, בבא מציעא קד, ע"ב, ד"ה "מקום שנהגו".

123 וראו גם אצל ברודי **משנה ותוספתא**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 130 ("נראה שרצונו לומר, שאם מנהג המקום הוא שרושמים את נכסי צאן ברזל שבכתובה כמלווה, יש לגבות אותם כפי שהם רשומים, כדין מלווה) (לפי הערך המלא הרשום שם, ואולי אף לפני סיום הנישואין), ולא בדרכים המקובלות בכתובה"). וראו שם, בה"ש 1 בשם מנחם שפר, "ייתכן שמלשון ההלכה אף ניתן ללמוד שאם במקום מסוים נוהגים לכתוב שמחויבות החתן נחשבת מלווה, תגבה האישה מבינונית, כדין בעל חוב, ולא מזיבורית, כדין כתובה".

124 ראו רש"י, בבא מציעא קד, ע"א; פסקי רי"ד, בבא מציעא קד, ע"א; חידושי הר"ן, בבא מציעא קד, ע"א; חידושים המיוחסים לריטב"א, בבא מציעא קד, ע"א, בשם הראב"ד ("אפילו במקום שנהגו לכפול, אם כתב לה בלשון מלווה, גובה כולה. ואם נהגו לכפול לכבוד בעלמא ולא כתב לה לשון מלווה, גובה מחצה כמנהג המקום"). וראו גם בית הבחירה, בבא מציעא קד, ע"א.

דרש כיון שאנו לומדין מה שהבעל גובה מן האב ממה שהאישה גובה מן הבעל¹²⁵. אף כאן, ברור שמדרש הלשון אינו מתמקד בפרשנות הטקסט עצמו, אלא בהקשר הכללי. אין זה מדרש המבקש לקרוא אל תוך ההסכם תנאי מכללא, אלא, בדומה למדרש הלשון של הלל הזקן, להצמיד את ההסכם לנוהג המקובל במקום שבו הוא נכתב. אף כאן, אין כל סיבה להניח שמדובר בנוהג פסול, ואין כל סיבה להניח שהמדרש נועד להכשיר נוהג כאמור.

ה. מדרש כתובה

1. מדרש רבי אלעזר הקפר

הביטוי המקביל ל"דרש לשון הדיוט" בתלמוד הירושלמי הוא – "עבד כתובה מדרש"¹²⁶. על רבי אלעזר הקפר מסופר בתלמוד הירושלמי, שהוא עשה כתובה מדרש לעניין חובתו של אדם לפרנס חיות ובהמות שרכש –

ר' אלעזר הקפר עבד כתובה מדרש. דרש רבי אלעזר הקפר: אין אדם רשאי ליקח לו בהמה חיה ועוף אלא אם כן התקין להן מזונות.¹²⁷

מדרש זה, שלא ככל המדרשים שנדונו עד כה, אינו עוסק בנושא שבו עסק השטר שעליו הוא מבוסס. התלמוד אף אינו מבהיר מהו התנאי שמכוחו למד ר"א הקפר את ההלכה, אך מדברי המפרשים עולה שהמדרש מבוסס על התנאי שבכתובה שבו מצהיר החתן: "הוי לי לאנתו, ואנא אפלח ואוקיר ואיזון ואפרנס ליכי וכו'". ו"מדמתחיל בתנאי זה, שמע מינה דאי לאו דאית ליה למפרנסה, אסור לישא אותה. והוא הדין חיה ועוף,¹²⁸ אסור ליקח אלא אם כן התקין להן מזונות"¹²⁹.

125 נימוקי יוסף, בבא מציעא סא, ע"ב (דפי הרי"ף).

תלמיד הרשב"א מסביר באופן שונה במקצת: "יש מקומות שנהגו שמה שפוסק האב עליו להכניס בנדוניית בתו נתן הכל משלם, ואינו פוחת מכל מה שכתב כלום, ויש מקום שנהגו שאם פוסק אלף זוז אינו נתן אלא חמש מאות, וכן לעולם אין דרכם לתת אלא המחצית ממה שהוא פוסק וכותב. וזהו מה שאמרו 'מקום שנהגו לעשות כתובה מלוה', כלומר – שגובה החתן הכל מאבי הכלה, גובה הכל כמלווה ממש, בלי פחת, 'מקום שנהגו לכפול, אינו גובה אלא המחצית'. וכן במקומות שנהגו שלא לגבות אלא השליש אינו גובה אלא השליש בלבד, הכל כמנהג המקום" (חידושי תלמיד הרשב"א, בבא מציעא קד, ע"א). וכעין זה ברי"ף, בבא מציעא סא, ע"ב (דפי הרי"ף).

126 ראו גם רבינוביץ, לעיל ה"ש 107, בעמ' 194.

127 ירושלמי, כתובות ד, ח.

128 ככל הנראה, לא בכדי לא הוזכרה בהמה, שכן ייתכן לרכוש בהמה לבשרה, ובנסיבות אלה, אין לחייב את הקונה לפרנס את הבהמה.

129 קרבן העדה, שם.

למעשה, זהו מדרש על מדרש: התנאי האמור לא נועד לקבוע תנאי לתקופתם של הנישואין או אפילו לקבוע הלכה, שאין לה זכר בתלמודים או בדברי הפוסקים, שמי שאינו מסוגל לפרנס את אשתו אינו רשאי לשאתה. משמעותו הפשוטה של התנאי היא שהבעל מתחייב כלפי אשתו לפרנסה, אם תיאות להינשא לו. חיוב זה יחול עליו רק לאחר שהאישה תשלים את חלקה ב"עסקה", ובשל כך לא ניתן להסיק ממנו שהבעל אינו רשאי לשאת אישה אם בעת הנישואין אין בידו לפרנסה. אלא שדרש ר"א הקפר את הלשון ולמד ממנה הלכה, שאדם אינו רשאי לשאת אישה אלא אם יש בכוחו, כבר בעת הנישואין כדי לפרנסה.

על גבי מדרש זה בנה ר"א הקפר מדרש נוסף: אם אין אדם יכול לשאת אישה אלא אם יש בידו לפרנסה, הוא הדין שאין הוא רשאי לרכוש בהמה חיה ועוף אלא אם יש בידו לפרנסם. היקף זה מופרך מיסודו כמובן, משום שחובת הבעל לפרנס את אשתו נגזרת מחיוב חוזי שקיבל על עצמו בעת הנישואין, ולא על ה"בעלות" שיש לו בה. חיוב חוזי מסוג זה אין לרוכש כלפי בעל החיים שרכש, ובשל כך אין יסוד להקיש מחובתו של הבעל לפרנס את אשתו לחובתו של הרוכש לפרנס את בעל החיים שרכש.

נראה אפוא שר"א הקפר ביקש לחלץ מן ההתחייבות החוזית של הבעל כלפי אשתו עיקרון מוסרי: אינך יכול להיות "בעלים" מבלי לשאת באחריות כלפי מה ש"רכשת". מכוח עיקרון מוסרי זה, מחדש ר"א הקפר הלכה, התקפה גם כלפי בעל חיים. זהו אינו מדרש שנועד לפרש את הכתובה, אלא לחלץ ממנה עיקרון מוסרי המוסכם כביכול על הצדדים לחוזה. אף כאן, סביר להניח שהמטרה קדמה לחץ: ר"א הקפר ביקש לחייב כל מי שרוכש בהמה, חיה או עוף לדאוג לפרנסתם. חובה זו מבוססת על תפיסה מוסרית בדבר האחריות שיש לרוכש בעל חיים כלפי בעל החיים שרכש, אלא שר"א הקפר בחר לשוות לה צורה של מוסכמה חוזית, מכוח מדרש הלשון.

2. מדרש בית שמאי

בירושלמי נאמר שבית שמאי עשו כתובה מדרש כדי ללמוד ממנה אם אישה שלטענתה בעלה נפטר במדינת הים, אך אין מי שיעיד על כך וזולתה, זכאית לקבל את כתובתה, עניין שבו נחלקו בית שמאי ובית הלל. לפי המשנה, לפי המשנה, בית שמאי סברו שאישה זו "תנשא ותיטול כתובתה"¹³⁰, בעוד בית הלל סברו ש"תנשא ולא תיטול כתובתה"¹³¹. מן המשנה עולה שבתחילה ביקשו בית שמאי לשכנע את בית הלל בצדקת עמדתם מכוחו של טיעון לוגי: "התרתם ערווה חמורה, לא תתירו את הממון הקל?". על טיעון זה משיבים בית הלל, ש"מצינו שאין האחים נכנסים לנחלה על פיה", מה שמוכיח שקבלת עדות האישה אכן עשויה להתקבל לעניין מעמדה האישי אך לא לעניין ההשלכות הממוניות

130 משנה, יבמות טו, ג; משנה, עדויות א, יב.

הנגזרות ממנה. משכשל הטיעון הלוגי, פנו בית שמאי אל מדרש הכתובה: "אמרו להם בית שמאי: והלא מספר כתובתה נלמוד, שהוא כותב לה, ש'אם תנשאי לאחר, תיטלי מה שכתוב ליכתי!". ומכוח טיעון זה "חזרו בית הלל להורות כדברי בית שמאי".¹³²

בהנחה שהמשנה מתארת את הדיון בצורה אותנטית,¹³³ הדין והדברים שבין הצדדים מלמד שמלכתחילה, בית שמאי לא ביקשו להסתמך על לשון הדיוט, ורק משכשל הטיעון הלוגי, הם פנו אליה. סביר להניח, שהסיבה לכך היא שהמדרש סוטה ממשמעותו הפשוטה של התנאי, שהיא – שזכות האישה לקבל את כתובתה קמה רק לאחר שהיא נישאת לאחר, שהרי עד אז היא ניוזנת מנכסי הבית.¹³⁴

אף כאן, בית שמאי אינם מסתמכים על תנאי מכללא, ולא מבקשים להכשיר נוהג בעייתי. תכלית המדרש היא אחת – לשכנע את החולקים עליהם לקבל את עמדתם ההלכתית, אף שעמדה זו לא גובשה מלכתחילה מכוח מדרש הלשון.

3. מדרש רבי אלעזר בן עזריה

בירושלמי¹³⁵ מוזכר כי גם רבי אלעזר בן עזריה עבד כתובה מדרש, כשדן בזכות הבנות להתפרנס מנכסי האב בחייו. מדרש זה מוזכר גם במשנה –

האב אינו חייב במוזנות בתו. זה מדרש דרש רבי אלעזר בן עזריה לפני חכמים בכרם¹³⁶ ביבנה: הבנים יירשו והבנות יזונו,¹³⁷ מה הבנים אינן יורשין

132 בעלי התוספות סברו אומנם ש"לא משום דאית להו מדרש כתובה הדרי בהו, אלא מקל וחומר שאמרו להו בית שמאי" (תוספות, כתובות נג, א ד"ה "שאינ אני קורא בה"), משום שהסיקו מדברי הבבלי, כתובות פא, ע"א ("מאן שמעת להו דאית להו מדרש כתובה, בית שמאי"), שבית הלל לא דרשו מדרש כתובה.

133 להרחבה בעניין זה ראו אצל משה ווייס "לשאלת האותנטיות של השקלא וטריא במחלוקות בית שמאי ובית הלל" דברי הקונגרס העולמי למדעי היהדות ט 1-6 (1985).

134 כפי שנפסק בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן צג, סעיף ג. אף קשה להניח שהבעל נתן דעתו, כבר בשעת נישואין, לאפשרות שאשתו תתאלמן במדינת הים ולא יהיה מי שיעיד על מותו.

135 ירושלמי, יבמות טו, ד.

136 שפירא מעיר (עפ"י Buehler), שזוהי "כרם של ממש". ראו חיים שפירא "הדחת רבן גמליאל – בין היסטוריה לאגדה" ציון סד 5, 13, ה"ש 26 (1999). אומנם, בירושלמי הוסבר הביטוי אחרת: "וכי כרם היה שם? אלא אלו תלמידי חכמים שהיו עשויין שורות שורות ככרם" (ירושלמי, ברכות ד, א). שפירא טוען שפרשנות זו היא דרשנית, ומכוחה היו שהסיקו שר"א בן עזריה עמד בראש הישיבה. וראו גם תוספות רי"ד, כתובות מט, ע"א ("זה מדרש דרש ראב"ע. פירוש, ביום שמינהו נשיא בכרם שביבנה פי' בתוך הישיבה וע"ש שהיו יושבים שורות שורות נקראין כרם").

137 המשפט הנדרש נמצא במשנה, כתובות יג, ג, ואפשר שמקור הדרשה בתנאי "בנין דכרין דיהוו ליכי מינאי אינון ירתון כסף כתובתיך [...] בנן נוקבן דיהוו ליכי מינאי יהוין יתבן בביתי ומתזנן מנכסי עד דתלקחו לגוברין" (משנה, כתובות ד, י), והמדרש "מצרף שני

אלא לאחר מיתת האב, אף הבנות אינן ניזונות אלא לאחר מיתת אביהן.¹³⁸

שאלת זכותן של הבנות למזונות בחיי האב הייתה שנויה במחלוקת בין התנאים. בר הפלוגתא של ר"א בן עזריה הוא רבי יוחנן בן ברוקה, שסבר ש"חובה לזון את הבנות" בחיי האב.¹³⁹

ר"א בן עזריה מבסס את עמדתו ההלכתית על התנאי הקובע ש"הבנים יירשו והבנות ייזונו", הסומך את זכות הירושה של הבנים לזכות הבנות למזונות. מתנאי זה למד ר"א בן עזריה שכשם שזכות הבנים חלה רק לאחר מיתת האב, גם זכות הבנות להתפרנס מנכסי הבית חלה רק לאחר מיתת אביהן.¹⁴⁰

אולם, בצדק מעיר תוספות רי"ד,¹⁴¹ שהמדרש סוטה ממשמעותה הפשוטה של הלשון, שהרי "בתנאי כתובה כתוב סתם, בנין נוקבין דיהווין ליכי מינאי יהווין יתבין בביתי ומיתוני מנכסיי עד דתינסבן לגוברין", פירוש, ומשמע אפילו בחייו.¹⁴² אלא

סעיפים שונים בלשון הכתובה, ואף מתרגם אותם לעברית (ברודי משנה ותוספתא, לעיל ה"ש 2, בעמ' 126, ה"ש 1). לדעת ברודי (שם, בעמ' 126), אף ש'דגילים לפרש בעקבות דברי אביי (או סתם התלמוד אליבא דאביי; בבא בתרא קלא, ע"ב), שר' אלעזר בן עזריה דרש את תנאי הכתובה [...] יש להעדיף את פירושו של אפשטיין (יעקב נחום הלוי אפשטיין מבואות לספרות התנאים: משנה, תוספתא ומדרשי הלכה 426 (עזרא ציון מלמד עורך 1957) (להלן: אפשטיין מבואות לספרות התנאים)), שר' אלעזר דרש את לשון ההלכה הקדומה: בזמן שהנכסים מרובין, הבנים יירשו והבנות ייזונו", המצויה בתוספתא, כתובות ו, א (מהדורת ליברמן); במשנה, כתובות יג, ג ובבא בתרא ט, א (וראו גם אצל אפשטיין מבואות לספרות התנאים, שם, בעמ' 502). אומנם, הוא ער לכך ש"מן ההלכות המקבילות בתוספתא [...] ברור שה'מדרשים' מבוססים על ביטויים בלשון השטרות" (שם, ה"ש 1), ולפירוש זה אף לא ברור מדוע בבבלי הצמידו למדרש זה את הביטוי "לשון הדיוט".

138 משנה, כתובות ד, ו.

139 תוספתא, כתובות ד, ז (מהדורת ליברמן). וראו גם אצל עמרם טרופר "השתלשלות חובת האב לזון את ילדיו בעת העתיקה" ציון עב 265, 271 (2007). להרחבה בעניין זה ראו אצל ישראל צבי גילת "חילוקי הדינים בעניין חובת המזונות של אב לילדיו על פי ההלכה – הצעה למודל" מחקרי משפט יג 507, 518-519 (1996); ישראל צבי גילת "זכויותי הממוניות של האב בביתו הקטנה והנערה – סיבתן והשלכותיהן" שנתון המשפט העברי כ 49, 55-56 (התשנ"ה-התשנ"ז).

140 עפ"י רש"י, כתובות מט, ע"א, ד"ה "הבנים יירשו והבנות יזונו" וד"ה "והבנות יזונו". וראו משנה, כתובות, ד, י-יב: רמב"ם, אישות, יב, א-ב ("כשנושא אדם אשה [...] יתחייב לה בעשרה דברים [...] ואלו הן [...] ולהיות בנותיה ממנו ניזונות מנכסיו אחרי מותו עד שיתארסו"); משה אריה בלאך שערי תורת התקנות חלק ד 164 ואילך (התר"ס).

141 תוספות רי"ד, כתובות מט, ע"א.

142 וראו גם אצל טרופר, לעיל ה"ש 139, בעמ' 273, והשוו לדברים המובאים שם בה"ש 25 בשם וסטרייך והכהן.

שאף כאן, המדרש לא נועד לפרש את כוונת הצדדים, אלא לבסס הלכה שהייתה שנויה במחלוקת, ולסיים את המחלוקת בעניינה.¹⁴³

4. מדרש רב חונא

מן התנאי שדרש ר"א בן עזריה, למד רב חונא הלכה אחרת –

רב חונא עבד כתובה מדרש: דרש רב חונא "הבנים יירשו והבנות ייזונו"
– מה הבנים יורשין מן המטלטלין אף הבנות ניזונות מן המטלטלין.¹⁴⁴

השאלה אם הבנות זכאיות לגבות מזונותיהן מן המקרקעין בלבד או שמא גם מן המיטלטלין, הייתה לסלע מחלוקת בין התנאים ובין האמוראים, ומחלוקת זו "עוברת כחוט השני לאורך תקופת האמוראים הן בבבל והן בארץ ישראל".¹⁴⁵ כך, בעוד רבי יהודה הנשיא סבר שהבנות גובות מזונות מן המיטלטלין, רבי אלעזר בר' שמעון סבר שאינן גובות מזונותיהן מן המיטלטלין.¹⁴⁶

אדרעי מציין ש"בשני התלמודים הסוגיה נוטה, בסופו של דבר, להכריע שאין גובין למזונות מן המיטלטלין",¹⁴⁷ בכל אופן "דעה זו לא הייתה מקובלת על הכל, ולא עוד אלא שאף אם הייתה מקובלת ניסו למצוא דרכים לעקוף אותה".¹⁴⁸ על רב מסופר שהיה "זן [את הבנות] מחיטי דעליה",¹⁴⁹ והסבירו חכמים ש'חיטי דעליה' היה כינוי למיטלטלין המשמשים לפירעון חוב המזונות כלפי הבנות, כי בעלייה התקינו שיהו בנות ניזונות מן המיטלטלין.¹⁵⁰ אף שמואל זיכה את הבנות במזונות מן המיטלטלין,¹⁵¹ וכך ביקשו לנהוג גם חכמי פומבדיתא, אלא שרב נחמן מנע זאת מהם.¹⁵² ועוד מסופר על רבי אמי ורבי אסי, שביקשו להתיר לבנות להתפרנס מן המיטלטלין, אך רבי יעקב בר אידי גער בהם: "מילתא דרבי יוחנן וריש לקיש לא עבדו בה עובדא, אתון עבדין בה עובדא?".¹⁵³ על

143 לפי שפירא, לעיל ה"ש 136, "רבי אליעזר בן עזריה אינו מציע לפניהם 'מדרש', היינו פרשנות להלכה, אלא נושא בפניהם 'דרשה', היינו הרצאה". והשוו לרבי פרנקל, לעיל ה"ש 70, בעמ' 92, ה"ש 9.

144 ירושלמי, כתובות טו, ג.

145 אריה אדרעי "שעבוד נכסים מה בין נכסי הלקוח לבין נכסי היורש" משפטים כה 291, 326 (1995).

146 תוספתא, כתובות ד, יח; ירושלמי, כתובות ד, ח; בבלי, כתובות נא, ע"א.

147 אדרעי, לעיל ה"ש 145.

148 שם.

149 בבלי, כתובות נ, ע"ב.

150 שם.

151 ירושלמי, כתובות ד, ח; יבמות טו, ג.

152 בבלי, כתובות נ, ע"ב.

153 שם.

רבי שמעון בן אליקים מסופר שמתח ביקורת על רבי אלעזר, שביקש לזון את הבנות מן המיטלטלין, בטענה שאין הוא נוהג כמידת הדין ”אלא מדרת רחמנות“, אך קיים חשש ”שלא יראו התלמידים ויקבעו הלכה לדורות“.¹⁵⁴ ביקורת זו רומזת אולי על המניע הנסתר שביסוד עמדת חלק מן החכמים, שהבנות ניוונות מן המיטלטלין, ”שלא עלה על דעתם שהבנים יירשו רכוש אביהם, בעוד לבת אין ממה לזון“.¹⁵⁵

בדברי כל החכמים שדנו בעניין זה, למעט רב חונא, לא נעשה שימוש במדרש הלשון כדי לבסס את העמדה ההלכתית הגורסת שהבנות ניוונות מן המיטלטלין. בהכירנו בכך שרב חונא (הונא) היה תלמידו המובהק של רב, שהיה ”זן מחיטי דעליה“, ואף קיבל תורה משמואל, שהכיר בזכות הבנות לזון מן המיטלטלין,¹⁵⁶ סביר להניח, שעמדתו ההלכתית משקפת את עמדת רבותיו, שלא נדרשו למדרש הלשון כדי להגיע לעמדה הלכתית זו. נראה אפוא שאף כאן, מדרש הלשון אינו מבקש לפרש את החווה, אלא להשתמש בלשון הדיוט שבו כדי לבסס עמדה הלכתית שנויה במחלוקת, ולהציגה ככזו המבוססת על רצון הצדדים.

1. מדרש צוואה

שתי הלכות נוספות בתוספתא עוסקות במדרש לשון הדיוט בנוגע לפרשנות הצוואה –

האומר: ”עשו טבי עבדי בן חורין“ והיו שם שני טבי, אין דורשין (אותו)¹⁵⁷ לשון הדיוט, לומר לזה היה אוהב ולזה לא היה אוהב, אלא שניהן יוצאין בני חורין, ונוטלין משניהן דמי אחד מהן.

האומר: ”תנו מאתים דינר ליוסף בן שמעון“, והיו שם שני יוסף בן שמעון, אין דורשין לשון הדיוט, לומר לזה היה אוהב ולזה לא היה אוהב, אלא שניהם חולקין בשוה.¹⁵⁸

ההלכה הראשונה עוסקת בצוואה שבה ביקש המצווה, שלו היו שני עבדים ששםם ”טבי“, לשחרר את ”טבי“ עבדו. בעניין זה נקבע, שבשל הספק למי התכוון, אין מפרשים את דבריו בהתאם לאומד דעתו, אלא משחררים את שני העבדים, והם נדרשים לפצות את המשפחה על ההפסד הכספי שנגרם לעיזבון עקב שחרור שניהם. בשנייה, המצווה

154 בבלי, כתובות נ, ע”ב. וראו גם אצל חגינה בן מנחם ”סטיית שופט מן הדין בתלמודים“ שנתון המשפט העברי ח 116 (התשמ”א).

155 אדרעי, לעיל ה”ש 145, בעמ’ 328.

156 ראו אהרון היימן תולדות תנאים ואמוראים חלק א 336–337 (העת”ר).

157 ראו אצל פורת פרשנות החווה, לעיל ה”ש 5, בעמ’ 231, ה”ש 1096, שהמילה ”אותו“ אינה קיימת בחלק מכתבי היד.

158 תוספתא, בבא בתרא יא, יג (מהדורת ליברמן).

ביקש להעניק סכום מסוים לאדם ששמו "יוסף בן שמעון", והיו בין מכריו שני אנשים שזה שמו. אף כאן נקבע, שאין לפרש את הצוואה בהתאם לאומד דעתו של המצווה, ובשל כך יש להעניק מחצית מהסכום לכל אחד מהאנשים ששמו "יוסף בן שמעון"¹⁵⁹. כאן, ברור שלא ניתן לפרש את מדרש הלשון כהכרה בקיומו של תנאי מכללא, ואף לא כפרשנות יצירתית של הטקסט. במקרה זה מדרש הלשון הוא פרשנות סבירה של הטקסט, המתבססת על אומד הדעת של עורכו.

מדרש הלשון שבו עוסקות הלכות אלו נבדל ממדרשי הלשון שעסקנו בהם עד כה במובנים רבים. אין זה מדרש לשון המוטמעת במסמך רשמי שהיה למעין חוזה אחיד שרבים משתמשים בו, אלא מדרש של לשון אישית, ייחודית. זהו מדרש של התחייבות

159 הלכות אלו סותרות לכאורה את פסיקותיו של רבי יוחנן בעניין מי שכתב בצוואתו "נכסיי לטוביה" (בבלי, כתובות פה, ע"ב). רבי יוחנן פסק שיש לתת את הנכסים לאדם ששמו "טוביה" שדרש את המגיע לו על פי הצוואה, על יסוד ההנחה, שמן התביעה ניתן להסיק שהתובע הכיר את הצוואה ואולי אף הנפטר סיפר לו על כוונתו להעניק לו את הנכסים (וראו שיטה מקובצת, כתובות פה, ע"ב, בשם חכמי הצרפתים: "יתנו לטוביה שבא ראשון, דסתמא דמלתא כיון שלא פירש על התובע ראשון נתכוון". והשוו לדברי ר"י מטראני המובאים שם). עוד פסק רבי יוחנן, שכאשר שני "טוביה" תובעים לקבל לידיהם את העיזבון, "שכן ותלמיד חכם – תלמיד חכם קודם; קרוב ותלמיד חכם – תלמיד חכם קודם", משום שאנו מניחים ש"אדם מצדיק מעשיו לזכות בשעת מיתתו" (רש"י, כתובות פה, ע"ב, ד"ה "ת"ח קודם"), וכאשר מתחרים על העיזבון שכן וקרוב, יש להעדיף את השכן, כי "טוב שכן קרוב מאח רחוק" (משלי כז, י). כאשר המאפיינים של שני התובעים זהים, פוסק רבי יוחנן שיש לקבוע את זהות הזוכה לפי "שורא דדייני", שאף היא, לשיטת רש"י (כתובות פה, ע"ב, ד"ה "שורא דדייני"), הכרעה המבוססת על אומד דעת הנפטר (אבל לדעת אחרים הכרעה זו אינה מבוססת על אומד הדעת (ראו תוספות כתובות פה, ע"ב, ד"ה "שורא דדייני", חידושי הרמב"ן, כתובות פה, ע"ב וחידושי הריטב"א כתובות פה, ע"ב)). על המחלוקת בעניין זה נכתב רבות. ראו למשל חיים שלמה חפץ ראיות נסיבתיות במשפט העברי 39-42 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית התשל"ג).

מדברי רבי יוחנן עולה אפוא שניתן להשתמש באומד דעת הנפטר כדי לבאר את צוואתו. רמב"ן (חידושי הרמב"ן, כתובות פה, ע"ב) הציע ליישב בין המקורות באמצעות הטענה, שאין לפרש צוואה העוסקת בשחרור עבד לפי אומד הדעת, משום שההוראה אינה הגיונית (שטותא יתירא), ובשל כך אפשר שהיא אינה מבוססת על מניע של קרבה אישית, אלא, למשל, על חוב של הארון כלפי העבד (שאוילי פדה עצמו אך לא שוחרר באופן פורמאלי). את ההלכה השנייה שבתוספתא מציע רמב"ן להסביר מכוח שינוי נוסח המחליף "תנו" ב"יש", שלפיו, לא מדובר בצוואה המעניקה זכויות נכסים, אלא בצוואה המצהירה על חוב שעל הנפטר לפרוע ליוסף בן שמעון, שלגביה אין משמעות רבה לקרבה שבין הנפטר לזוכה. אך לנוסח זה, המצוי רק בראשונים, אין סמך בכל עדי הנוסח של התוספתא (ראו גם תוספתא כפשוטה, בבא בתרא יא, ג). לכן, מסתברת דעת הראשונים שסברו שקיימת סתירה בין המקורות, ועמדת התנא בתוספתא היא "משבשתא", או שהיא מיוסדת על עמדה הלכתית השוללת רכישה של זכויות על יסוד פרשנות שיסודה באומד הדעת (ראו חידושי הרא"ה, כתובות פה, ע"ב; בית הבחירה, כתובות פה, ע"ב; חידושי הרשב"א, בבא בתרא קעג, ע"א).

חד-צדדית, ולא של חוזה המשקף התחייבות דו-צדדית. ולבסוף, מדרש זה אינו מבקש לחלץ מן הטקסט הלכה לדורות, אלא רק לבאר את משמעות הטקסט.

קביעת הלכה לדורות על יסוד טקסט שנכתב בידי הדיוטות, עשויה להיות מוצדקת רק מכוח ההנחה, שלטקסט יש מעמד נורמטיבי מיוחד, אם מתוקף היותו משקף נוהג עממי, ואם מתוקף העובדה שחכמי ישראל הכירו בו ואישוהו. מאפיינים אלו אינם קיימים במסמך פרטי, ובשל כך אין כל הצדקה לקביעת הלכה לדורות על יסוד מסמך שכזה. נראה אפוא שיש כאן שימוש מושאל במטבע הלשון של "דורשין לשון הדיוט", או שמה נכון יותר יהיה לומר, שימוש במטבע לשון זו במשמעותה המקורית, השונה מן המשמעות של מטבע לשון זו במדרשי הלשון שנדונו בפרקים הקודמים.

סביר אם כן להניח, שעמדתו של התנא בתוספתא האמורה אינה מבטאת עמדה עקרונית שנוגדת את עמדות התנאים שנזכרו בפרקים הקודמים, שצידדו במדרש לשון הדיוט, אלא עמדה המאמצת מדיניות שמרנית בכל הנוגע לפירושן של צוואות,¹⁶⁰ שממנה נגזרת המסקנה, שהפרשן אינו רשאי להגשים את הצוואה על יסוד הנחות שיסודן באומד דעתו של המצווה.¹⁶¹

ז. ניתוח ביקורתי

פתחנו בסקירה של שלוש אפשרויות פרשניות להבנת משמעותו של מדרש הלשון: פרשנות יצירתית של הסכם שנכתב בידי הדיוטות, נכונות לשלב תנאי מכללא בהסכם ואמצעי ל"הלבנת" נוהג שאינו כהלכה, באמצעות מעין פיקציה משפטית המתארת נוהג זה כהסכמה חוזית תקפה. סקירת חמישה מדרשי הלשון שבתוספתא וארבעה מדרשי הלשון שבתלמוד הירושלמי מאפשרת לנו לבחון באופן ביקורתי כל אחת מהפרשנויות האמורות. לשם כך, בשלב ראשון, נבקש לבחון את התאמת כל אחת מן האפשרויות הפרשניות שהוצעו

160 בעניין זה חלוקות הדעות גם בימינו. יש המצדדים בפרשנות שמרנית של הצוואה, הנצמדת ללשון הצוואה ונמנעת ככל שניתן מפרשנות של הצוואה על יסוד אומד דעת המצווה (לגישה זו בפסיקה הישראלית ראו אצל אהרן ברק **פרשנות במשפט** חלק חמישי: פרשנות הצוואה 44-45 (2001)). ויש המצדדים בפרשנות תכליתית של הצוואה שאינה נצמדת אך ורק ללשון הכתובה וראו אצל ברק, שם, וכן מיכאל קורניאלדי "מגמות חדשות בדני צוואות" **קריית המשפט** ג 247 (2003); שלי קרייצר-לוי ואיילת בלכר-פריגת "הנהגה אדם ואיננו: על פרשנות צוואה, נשמה חסרה וכבוד המת" **עיוני משפט** לח 571, 575-577 (2016).

161 אומנם, עשויה להישמע טענה, שקשה להצדיק, על יסוד עמדה המבקשת להגשים את "רצון המת", תוצאה הלכתית שלבטח מנוגדת לרצונו, וייתכן שבשל טענה זו אימץ רבי יוחנן (לעיל ה"ש 159) מדיניות פרשנית הפוכה. נגד טענה זו ניתן לטעון, שהמדיניות הפרשנית שמציע התנא בתוספתא מבטיחה לכל הפחות **הגשמה חלקית** של רצון המת, בעוד המדיניות שמציע רבי יוחנן עלולה להביא לתוצאה שלפיה רצון המת לא יוגשם כלל.

להבנת מדרש הלשון לכל אחת מן ההלכות שנסקרו. בשלב שני, נבקש לבחון את ההיגיון המשפטי שבכל אחת מן האפשרויות הפרשניות.

1. מבחן ההתאמה

את הפרשנות שלפיה מדרש הלשון נועד לקרוא אל תוך השטר תנאי מכללא שהיה מקובל לשלבו בשטרות ניתן ליישם בעיקר על מדרשי הלשון של הלל הזקן,¹⁶² ובמידה מסוימת גם על מדרש הלשון של רבי מאיר.¹⁶³ במדרשי לשון אחרים, קשה לראות את מדרש הלשון כשימוש בתנאי מכללא.

האפשרות הפרשנית שלפיה מדרש הלשון מבקש לפרש טקסט באופן יצירתי יכולה למצוא תימוכין בחלק ניכר מן ההלכות שנסקרו, שבהן מדרש הלשון סוטה באופן משמעותי ממשמעותה הטבעית של הלשון. כך הוא בנוגע למדרש הלשון של הלל הזקן,¹⁶⁴ של רבי יהודה,¹⁶⁵ של ר"י בן קרח,¹⁶⁶ של בית שמאי,¹⁶⁷ של ר"א בן עזריה¹⁶⁸ ושל רב חונא.¹⁶⁹ עם זאת, קשה לראות במדרשו של רבי מאיר סטייה ממשמעותה הטבעית של הלשון,¹⁷⁰ ואף את מדרשי הלשון של ר"י הגילי ושל ר"א הקפר, שלא עסקו כלל במשמעותו של תנאי ספציפי, קשה להסביר כמדרשים שנועדו לפרש טקסט באופן יצירתי.

ולבסוף, אף את האפשרות הפרשנית שלפיה מדרש הלשון נועד "להלכין" נוהג שאינו כהלכה מתיישבת רק עם חלק מן ההלכות. ניתן לראות במדרשי הלשון של הלל הזקן¹⁷¹ ושל רבי מאיר¹⁷² מדרשים שנועדו לתת תוקף הלכתי למנהג שאינו כהלכה, אך קשה לראות שימוש דומה במדרש הלשון בהלכות אחרות שהתבססו על מדרש הלשון.

2. מבחן ההיגיון המשפטי

מבחן ההיגיון המשפטי מחייב אותנו לבחון כל אחת מן ההצעות הפרשניות לגופה, ולהציע תיאוריה משפטית שתתמוך בה.

- 162 ראו לעיל, ליד הציון לה"ש 48.
- 163 ראו לעיל, לאחר הציון לה"ש 76.
- 164 ראו לעיל, לאחר הציון לה"ש 58.
- 165 ראו לעיל, לאחר הציון לה"ש 93.
- 166 ראו לעיל, לאחר הציון לה"ש 104.
- 167 ראו לעיל, ליד הציון לה"ש 133.
- 168 ראו לעיל, ליד הציון לה"ש 137.
- 169 ראו לעיל, ליד הציון לה"ש 156.
- 170 וראו לעיל, לאחר הציון לה"ש 76.
- 171 ראו לעיל, לאחר הציון לה"ש 66.
- 172 ראו לעיל, לאחר הציון לה"ש 90.

1.2. מדרש הלשון כתנאי מכללא

הקושי העיקרי בקבלת ההנחה שמדרש הלשון הוא יישום של הדוקטרינה של תנאי מכללא, שעליו עמדנו כבר לעיל, הוא שהדוקטרינה של תנאי מכללא איננה בגדר חידוש בעולמה של ההלכה. סוגיות רבות בדניי החוזים של המשפט העברי מבוססות על העיקרון של תנאי מכללא, מבלי לאזכר ולו ברמז מדרש לשון הדיוט.

יתר על כן, דומה שהנוסח של ”ר פלוני היה דורש...“, כמו גם קיבוץ ההלכות המבוססות על מדרש לשון הדיוט תחת קורת גג אחת, מלמדים שאין מדובר כאן בדוקטרינה שאין בה חידוש. האם החידוש היחיד שחידשו דורשי לשון הדיוט היה מוטיבציה יתרה לחקור אחר מנהג המקום?

אפשר שתשובה לשאלות אלו ניתן למצוא בתשובה של הרשב”א, שבה עסק בהיקף תחולתם של קנסות שהוטלו על בעל המגרש את אשתו שלא מדעתה.¹⁷³ מן השאלה עולה שהבעל שגירש את אשתו שלא מדעתה התגורר במקום שבו לא נהגו להטיל קנס על הבעל בנסיבות אלה, ואילו במקום מגוריה של האישה נהגו להטיל עליו קנס בשל כך. בתשובתו, הרשב”א מסווג את התנאים שבשטר הכתובה תחת ארבע קטגוריות. הקטגוריה הראשונה היא תנאים הקבועים בשטרי הקידושין והכתובה, שאף אם לא נכתבו במפורש, הם מחייבים את הצדדים (”סתמן כפירושן“). הקטגוריה השנייה היא תנאים שהוספו על ידי חכמים לכתובה מכוח תקנה, ”לפי מה שראו שיש בו תיקון להם“ (ואף בזה ”סתמן כפירושן“). הקטגוריה השלישית היא תנאים שמקורם בתקנות חכמים, שיסודם בהיענות לצורכי הציבור (”לפי שירדו לסוף דעת הבריות“). והקטגוריה האחרונה היא תנאים ”שלא תקנו חכמים ואין דעת הכל מסכמת לכך, אלא שנהגו כן במקצת המקומות מדעת עצמן, ולא שתיקנו ביניהן בהסכמה אלא שנהגו כן דרך סתם, וגם בזה סתמן כפירושם. ואלו הם שקראום חכמים ז”ל דרישת הדיוטות“.¹⁷⁴

ייתכן אפוא שההבחנה בין ”תנאי מכללא“ ל”מדרש לשון הדיוט“ קשורה לבסיס העובדתי שמכוחו מבקש הפרשן לשלב בשטר מה שאין בו. ”תנאי מכללא“ הוא תנאי המיוסד על הסכמה ציבורית רחבה, שמכוחה יכולים אנו לשער שאף אם לא נכתב התנאי,

173 שו”ת הרשב”א, חלק ד, סימן קפו.

174 יש לתת את הדעת גם לסדר שבו מציג הרשב”א את סוגי הנורמות הנוגעים לנישואין ולגירושין. שני הסוגים הראשונים מבוססים על תקנה ”מלמעלה“, שיסודה ברצונם של חכמים להכתיב ”דין ראוי“. הסוג הראשון מבטא את כללי היסוד של הנישואין, ואילו השני מבטא כללים שיסודם בתקנות מאוחרות שנדרשו כדי להגן על בני הזוג ועל קשר הנישואין. שני הסוגים האחרונים הם נורמות שצמחו ”מלמטה“, והם מבוססים על היענות של החכמים לרצון המשווער של הצדדים.

הוא חל, בעוד מדרש הלשון מבטא נכונות להרחיב דוקטרינה זו גם לנסיבות שבהן לא קיימת מוסכמה חברתית רחבה, אלא רק הסכמה של "מקצת מקומות, מדעתם עצמם"¹⁷⁵. אולם, גם הבחנה זו נראית מלאכותית במידת מה. אם העיקרון של "תנאי מכללא" מבוסס על ההנחה שניתן להכניס לשטר תנאים, על יסוד המקובל במקום שבו נכתב השטר, מדוע לא ניתן יהיה ליישם הנחה זו גם כאשר המנהג היה נהוג רק "במקצת מקומות"?

2.2. מדרש הלשון כפרשנות יצירתית של הטקסט

במבט ראשון, נראית ההנחה שמדרש לשון הדיוט הוא פרשנות יצירתית של טקסט "כמו שהם מוקדקים בדברי תורה"¹⁷⁶ תמוהה למדי. מדרש יצירתי של הלשון עשוי להיות הגיוני, ואולי אף מתבקש, כאשר הנֶסֶח הוא מקצועי לעילא, המקפיד על סדר ועריכה, עד שאין להעלות על הדעת שיכתוב בשטר משפט שאין בו צורך, ואף ניתן ללמוד מהקשר הדברים על כוונותיו הנסתרות. כשאין ערובה לכך, הפרשנות היצירתית הופכת לפרשנות פיקטיבית. קשה להניח שהלל הזקן יציע לכתובה פרשנות פיקטיבית רק כדי להציל את מעמד האישי של בני החטופות,¹⁷⁷ ואף קשה להניח שהוא הכיר את מנסחי הכתובות שבאלכסנדריה הרחוקה, וידע שהם מקצועיים לעילא.

יתר על כן. אם אומנם מנסחי שטרות הקידושין ביקשו להתלות את האירוסין של בנות אלכסנדריה עד לנישואין מחשש שמא הארוסה תיחטף לפני נישואיה, מדוע לא כתבו כך במפורש? מדוע הימרו על גורלם של בני החטופות וסמכו על כך שיימצא ברור מן הדורות חכם שיעמוד על כוונותיהם הנסתרות ויעמיד את חבריו עליהן?

175 שו"ת הרשב"א, שם. בשל אפיון זה, אין להפעיל את הדוקטרינה אלא כאשר הוכח שקיים מנהג מקומי התומך בה. כך אומנם הכריע מהר"ם חלאווה בתשובה לשאלה בעניין מי שביקש "ללכת בשיירה" וכדי להבטיח את תחזוקת דירתו בהיעדרו, ביקש מידיד שידור בה בחינם (שו"ת מהר"ם חלאווה, סימן ק). לאחר שחזר בעל הדירה ממסעותיו, מצא שידידו לא התגורר בדירה בהיעדרו, ובשל כך "נפלו קצת הכותלים והגגות". את תביעתו ביקש בעל הדירה לבסס על דרך האנלוגיה על הלכת האריס שלא עיבד את השדה. ואולם, מהר"ם חלאווה דחה את התביעה, תוך שהוא מודגיש שבהלכת האריס, דרישת לשון הדיוט התבססה על כך "שהורגלו בכך, והוה ליה כתנאי בית דין", ומאחר שהתובע לא הצליח להוכיח שבמקומו היה קיים מנהג המכיר בזכותו לקבל פיצוי, אף אם ברמה המהותית קיים דמיון בין הלכת האריס למקרה שבנדון, לא ניתן להכיר בזכותו לפיצוי.

176 כלשון ר"י אלברגלוני בשם רב האי גאון, לעיל ליד הציון לה"ש 63.

177 שלא כאטינגר, המשוכנע שזוהי "פיקציה משפטית מובהקת", המתעלמת "מן העובדות האמתיות בקשר למסמך שהובא בפניו" של הלל, ומתייחסת אל מסמך זה "כאילו היה מסמך אחר" כדי "למנוע עשיית הבנים ממזרים, לאחר שאמנם נחטפה לפני החופה" (שמשון אטינגר "פיקציה של דין ופיקציה של בית דין בהלכה" עיונים במשפט עברי ובהלכה: דיין ודיין 9, 22 (יעקב חבה ועמיחי רדוינר עורכים 2007)).

לדעת בני פורת, ניתן להצדיק מדרש לשון מסוג זה על יסוד תפיסה הרמנויטית בדבר משמעותה של הלשון. לפי תפיסה זו, כאשר חכמים מבקשים להגדיר את משמעותו של חזוה –

הם מעניקים משקל מוגבר להגדרות הלשוניות של המונחים הטעונים פירוש [...] לאו דווקא על פי אומד דעתם הסובייקטיבית של הצדדים [...] לשון החזוה נתפסת על ידי חכמים כדבר העומד בפני עצמו. אמנם מלכתחילה השימוש שעשו בה הצדדים נועד ליצירת מפגש הרצונות ולתיאורו, אולם משעה שהדבר מצא את ביטויו בלשונם, כביכול הופכת הלשון ונהיית לחי הנושא את עצמו. לשון החזוה פוסקת מלשמש כלי בידי הצדדים, והיא כובשת את מרכז הבמה והופכת לשחקן ראשי.¹⁷⁸

בהתאם לכך מציע פורת ש"בעולם המושגים של חז"ל, פירוש החזוה קרוב למדרש התורה בשמו, ושמא גם במהותו. הנחות יסוד שעומדות בבסיס המפעל של מדרש הכתובים, עשויות לעמוד גם בבסיס פרקי המשנה וסוגיות התלמוד שהסדירו את פרשנות החזוים".¹⁷⁹ זאת משום, שחכמים הניחו שללשון החזוה יש משמעות "גלויה", חדרמדיית, ומשמעות "סמויה" רב-ממדית, ו"כשהם מפרשים את הלשון, הם חותרים להעמדתה על חד משמעותה, וכשהם דורשים את הלשון, הם מניחים את רב משמעויותיה. הרי זו מעין ההבחנה שבין 'פשט' לבין 'דרש'".¹⁸⁰

178 פורת פרשנות החזוה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 277 (ההדגשות אינן במקור).
 179 שם, בעמ' 280. עם זאת, יש להעיר שההשוואה שבין לשון הדיוט ללשון תורה מתעלמת מהבדלים יסודיים שבין הטקסט המקראי לטקסט שנכתב בידי הדיוטות. המעמד של לשון הדיוט רחוק מן המעמד הנורמטיבי המיוחד שיש ללשון הכתובים, מעמד שהצדיק בעיני רבים סטייה מן הפרשנות המילולית, לטובת פרשנות העולה בקנה אחד עם ההלכה המקובלת, תוך שימור המעמד המחייב של הכתובים (שי עקביא וזנר "עצמאות ומחוייבות פרשנית: על תפישות פרשניות בספרות הרבנית" אקדמות ד 9, 12 (התשנ"ח). מאחר שלשון הדיוט אינה נהנית ממעמד דומה, ההנחה שלכל לשון יש משמעות סמויה, רב ממדית, כשלעצמה, אינה יכולה להצדיק סטייה מן המשמעות המילולית של הלשון.

כמו כן, ה"פער הגדול שבין הקב"ה לאדם מהווה טעם מספיק כדי שחכמים יוכלו להתעלם מ'כוונת' הקב"ה, בבחינת "לא בשמים היא", ולפרש את הדברים כפי שבושר ודם מבין אותם" (שם, בעמ' 22). צידוק זה אינו קיים בעניינה של לשון הדיוט, שבה ניתן בהחלט לעמוד על כוונת המחבר.

ולבסוף, במובחן ממדרש לשון הדיוט, מדרש הכתובים עשוי להיתפס גם כמפעל המחויב לכוונת המחבר, על יסוד ההנחה ש"לטקסט אלוהי ניתן לייחס רב-משמעות ודקויות שונות, שהרי האל מודע לכל המשמעויות והדקויות האפשריות הרמוזות בטקסט, ו"שבעים פנים לתורה" (שם, בעמ' 25).

180 פורת פרשנות החזוה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 284 (ההדגשות אינן במקור).

תזה זו מזכירה כמובן את תורת הפרשנות התכליתית בדיני החוזים, שעליה עמדנו לעיל בהרחבה. אולם, כאמור לעיל, אף המצדדים בפרשנות שכוונו, מודים כי ללשון ניתן מעמד של בכורה, ואין לפרש את החוזה באופן המנוגד בצורה מובהקת ללשונו.¹⁸¹ וכשם ש"אין מקרא יוצא מדי פשוטו",¹⁸² אף אין חוזה יוצא מידי פשוטו. בשל כך, אימוץ התפיסה ההרמנויטית האמורה אינו מביא מזוור לשאלת ההצדקה של העדפת ה"דרש" על ה"פשט" אצל דורשי לשון הדיוט.¹⁸³

הצדקה משכנעת יותר להעדפת הדרש על הפשט בפרשנות החוזה מבוססת על תפיסה של פרשנות תכליתית לחוזה, שלפיה בבוא הפרשן לפרש את החוזה, עליו להסתייע במידה שווה הן בלשון החוזה, הן בנסיבות כריתתו והן באומד דעת הצדדים. על רקע זה, ניתן לראות את מדרש הלשון של הלל הזקן כיישום מבריק של פרשנות תכליתית על שטר הקידושין של נשות אלכסנדריה.¹⁸⁴

3.2. מדרש הלשון כאמצעי ל"הלבנת" נוהג פסול

ההנחה שדורשי לשון הדיוט עשו שימוש (מניפולטיבי?) בלשון הדיוט כדי "להלכין" מנהגים שאינם כהלכה, מחייבת הבהרה בדבר המניע של החכם להשתמש דווקא במדרש הלשון לשם כך. אם הבין הלל הזקן שבני אלכסנדריה אינם מייחסים לאירוסין משמעות

181 אכן, יש כיום קולות הכופרים בקיומו של חוזה "ברור", ואינם מקבלים את ההנחה, שהייתה מקובלת בעבר, שהברור אינו טעון פירוש (in claris non fit interpretatio). גישה זו מוחקת למעשה את ההבחנה המקובלת בין 'פשט' ל'דרש'. לדין ביקורתי בגישה זו ראו אצל דניאל פרידמן "לפרשנות המונה 'פרשנות' והערות לפסק דין אפרופים" המשפט ח 483 (2003).
 182 בבלי, שבת סג, ע"א; יבמות יא, ע"ב; יבמות, כד, ע"א וראו גם תוספות יום טוב, אבות ב, ו (כמו שאין המקרא יוצא מידי פשוטו, כך אין המשנה יוצאת מידי משמעה המובן לכל").
 183 ליפשיץ ופינקלשטיין עמדו על כך שבספרות ההרמנויטית קיימת גישה שלפיה "האפשרות להבין טקסט במונחים של מחברו אינה אפשרית, וגם אינה ראויה, שכן עם השלמתו, מאבד הטקסט את קשרו אל היוצר. יתרה מזו, היצירה אינה קופאת על שמריה: היא מנהלת חיים עצמאיים, ומגלמת תובנות ומשמעויות שהיוצר לא העלה על הדעת" (שחר ליפשיץ ואלעד פינקלשטיין "מבט הרמנויטי על פרשנות חוזים" משפטים מג 56, 63-64 (2013)). אולם, גם לפי גישה זו, "המוקד הוא בחינת הטקסט עצמו [...] ברוח זו גורסת למשל התאוריה ההרמנויטית הסטרוקטורליסטית, כי היצירה היא מערכת סגורה, שכל איבר בתוכה מתייחס רק לאיברים אחרים באותה מערכת. לפיכך, יש להתרכז אך ורק בטבעה הפנימי של היצירה" (שם).

184 ראו אצל פרידמן, לעיל ה"ש 181, בעמ' 485 ("קיימת אפשרות שטקסט חוזי, שהיה ברור במקורו, יאבד את בהירותו עקב שינוי מרחיק לכת בנסיבות [...] כל טקסט יש להבינו במסגרת התרבותית ובהקשר שבו הוא נאמר או נכתב. לפיכך נדרש ממי שמבקש לעמוד על משמעותו להכיר נתונים אלה ולהיות שותף לרקע התרבותי המתאים [...] קיימת אפשרות שהשפה שבה ייאמר או ייכתב הטקסט תהיה מושתתת על קוד. טקסט כזה עשוי להיות מובן בדרך שונה על ידי אנשים שונים").

משפטית דומה לזו שניתנת להם בארץ ישראל, מדוע לא הבהיר לחבריו שעל רקע נוהג זה, יש להתייחס לאירוסי אלכסנדריה בדרך שונה? מדוע היה עליו להידרש ללשון הכתובה כדי להצדיק את פסיקתו?

אפשר להציע, שהלל הזקן ביקש להיתלות בלשון השטר כדי להצניע את הצידוק האמיתי של פסיקתו. לפי הצעה זו, הצדקת ההכרעה ההלכתית על יסוד ההכרה במנהג עממי שאינו כדין, עלולה להשמיע שההלכה נסוגה מפני נוהג עממי שהושפע משיטות משפט זרות. מסר מסוג זה עלול היה לפגוע במעמדה המחייב של ההלכה. לעומת זאת, הצגת ההכרעה ככזו המתבססת על תנאי בקידושין, מציגה את ההכרעה כהיענות לרצון הקונקרטי של הצדדים לחוזה, ולא כהיענות לנוהג רחב. הצגה שכזו של ההכרעה ההלכתית מכניסה את ההכרעה למסגרת ההלכתית המוכרת והמקובלת, ומונעת פגיעה במעמדה המחייב של ההלכה.

יתר על כן. השימוש במדרש הלשון עשוי להקל על החכם לשכנע את חבריו לקבל את עמדתו ההלכתית. כך למשל, ייתכן שהכרוסום במעמד האירוסין באלכסנדריה היה ידוע לכל חכמי ישראל, אך הם התנגדו לכל הכרעה שעשויה להשתמע כנסיגה של ההלכה מפני נוהג עממי שאינו כדין. השימוש בתנאי של "משתכנסי לביתי" עשוי היה לרכך התנגדות זו, שכן הוא מאפשר למסגר את ההכרעה לא כנסיגה של ההלכה מפני נוהג עממי שאינו כדין, אלא כיישום של "עקרון חופש החוזים".¹⁸⁵

הסבר זה מעורר כמובן שאלה עקרונית: מה הם "גבולות הגזרה" של המדרש? האם ניתן להכשיר כל תנאי שאינו כהלכה מכוח מדרש הלשון? בשאלה זו עסק הרא"ש, בתשובה שעסקה בתוקפה של תניית שיפוט שלפיה המלווה יוכל לתבוע את הלווה "בין בדיני ישראל בין בדיני אומות העולם".¹⁸⁶ מן התשובה עולה שתניה מסוג זה הייתה מקובלת למדי במקומו של הרא"ש ("שנהגו הסופרים לכתוב בשטרות בין בדיני ישראל בין בדיני אומות העולם"), ובכל זאת הרא"ש פוסק ש"כל כי האי גונא לא דרשינן לשון הדיוט ולומר שיוכל לתבוע בערכאות עובדי כוכבים, משום דעבירה היא, אפילו בדין שדנין כמו ישראל, ההולך לפני דיני עובדי כוכבים ומזלות מחלל שם שמים ומייקר שם

185 על אפיון זה עמד גם חיים כהן, בספרו המשפט. חיים כהן המשפט 246–247 (1991) ("על כמה תנאים גדולים נמסר שהיו 'דורשין לשון הדיוט' [...] שאם כתבו את הסכמיהם או התחייבויותיהם 'שלא כתקנת חכמים' [...] נזקק בית דין למה שכתבו הם ולא למה שתקנו חכמים ובמרוצת הדורות הוחל דין זה לא רק על הלשון בלבד הטעונה פרשנות, אלא גם על המעשים הנהוגים בידי הדיוטות, אף בניגוד לתקנות חכמים"). וראו גם יוחנן מופס אישיותו של אלוהים: תיאולוגיה מקראית, אמונה אנושית ודמות האל 168 (2006) ("הביטוי 'לשון הדיוט' [...] משקף את מודעותם של חז"ל לכך שמקורו של חוק המסמכים היה לא יהודי, או לא חז"לי לכל הפחות"). וראו גם פירוש הרמ"ך, בשיטה מקובצת, בבא מציעא קד, ע"א ("שכך כותב לו אם אוכיר וכו' ואף על גב דלא כתב ליה מעכשיו, כמאן דכתב ליה דמי, ולא כאסמכתא דיינין ליה").

עבודת אלילים". למדנו מדבריו, שדרישת לשון הדיוט עשויה להכשיר תנאי העוקף את דרישותיה הפרוצדוראליות של הלכה, אך אין בכוחה להכשיר תנאי שיישומו אסור.¹⁸⁷

ח. סוף דבר – לא המדרש עיקר

פתחנו בבחינה של משמעויותיו הלשוניות של המדרש, ואנו מבקשים אף לחתום בכך. כאשר יתרו חותן משה תמה על מנהגו של חתנו לשבת ולשפוט את העם מן הבוקר עד הערב, משיב משה: "כי יהיה להם דבר בא אלי, ושפטתי בין איש ובין רעהו, והודעתי את חֲקֵי האלקים ואת תּוֹרָתִי".¹⁸⁸ על ההבדל שבין "חוק" ל"תורה" לימד רבי יהושע: "חֲקֵים – אלו מדרשות; 'והתורות' – אלו ההוראות".¹⁸⁹ ה"מדרש" מזוהה אפוא עם החוק, ולא בכדי.¹⁹⁰ זיהוי זה מבהיר, על פי אפשטיין, שמשמעות "דָּרַשׁ" היא – "חָקַר" או "בְּדַק", וכשם ש"מקרא" הוא ספר שקוראים בו, "מדרש" הוא ספר שחוקרים בו מה הוא החוק.¹⁹¹

ניתוח ההלכות שנלמדו מכוח מדרש הלשון מבהיר שכל האפשרויות הפרשניות שהוצעו כדי להבהיר את פשר המדרש אינן מיישבות חלק ניכר מן ההלכות שנשמכו על מדרש הלשון. עם זאת, ניתוח זה מותיר את הרושם שיש בכל זאת קו דק המחבר את כל ההלכות האלה. פעמים רבות, המדרש אינו נסמך על לשון ההדיוט, ואינו מבקש לבאר את לשונו של ההדיוט. לרוב, מדרש לשון הדיוט סוטה באופן ניכר ממשמעותה הטבעית של הלשון כדי לבסס על יסוד טקסט חזוי שהשימוש בו היה נפוץ בכל קהילות ישראל (כשטרי קידושין, כתובה, שטרי אריסות והלוואה) הכרעה הלכתית מסוימת. בחלק ניכר מן המקרים, הלכה זו שנויה במחלוקת, או שיסודה בנוהג עממי שאינו כהלכה או שהיא תקנה מחודשת.

על רקע זה, דומה שניתן להציע שהיעדר של דורשי לשון הדיוט לא היה פרשני אלא סטטוטורי. מדרש הלשון, ככל מדרש, נועד לקבוע חוק, ולא לבאר חוזה. לא משמעות השטר עניינה את דורשי לשון הדיוט, אלא הנורמות והעקרונות ההלכתיים שניתן לחליץ ממנו. לא מדרש הלשון היה העיקר, אלא המעשה, ההכרעה ההלכתית, שהמדרש לא היה אלא כלי לשם ביסוסה.

187 וראו גם שו"ת הרא"ש, סימן סח, כלל יג ("שיש עבירה בדבר ויש לפרש הלשון בעניין שלא יהיה עבירה").

188 שמות יח 16.

189 מכילתא דרבי ישמעאל יתרו, מסכתא דעמלק, פרשה ב (ההדגשה אינה במקור). וראו גם ספרא אחרי, פרשה ט, ט; בבלי, כריתות יג, ע"ב.

190 ייתכן, בהתאם, ש'תורה' מלשון הוראה, מציינת את התורה שבעל פה, וראו בכיוון זה גם בפירוש התורה והמצווה לספרא שם.

191 ראו אפשטיין מבואות לספרות התנאים, לעיל ה"ש 137, בעמ' 502.

סביר להניח, שהשימוש בלשון הדיוט סייע לא אחת ב”שיווק” של עמדות או עקרונות הלכתיים שהיו שנויים במחלוקת, שספק אם ניתן היה לשווקם בהצלחה בדרך אחרת. ייתכן שהראשון להשתמש בטכניקה הלכתית זו היה הלל הזקן. הלל השתמש בלשון כתובתן של נשות אלכסנדריה כדי לשכנע את חבריו להכיר בכך שמעמד האירוסין באלכסנדריה אינו כמעמד בארץ ישראל. סביר להניח שהיו שראו בכך מניפולציה, אף שלמען האמת הייתה זו מניפולציה חלקית בלבד, משום שהיא לא הייתה מנותקת מן הנוהג. מדרש הלשון אפשר להלל הזקן להכיר בשינוי במעמד האירוסין באלכסנדריה דה פקטו, מבלי למסגר הכרה זו כנסיגה של ההלכה מפני נוהג עממי שיסודו בהשפעה של שיטת משפט זרה על מנהגם של בני אלכסנדריה. הצגת ההכרעה כהיענות לתנאי חזוי מעבירה את ההכרעה מן המישור הציבורי למישור הפרטי, שהוא תמיד קל ונוח יותר עבור חכמי ההלכה.

דומה שאף השימוש של רבי מאיר בדוקטרינה זו, נעשה באופן דומה למדי לשימוש שעשה בה הלל הזקן. אולם, עם הזמן התרחק המדרש מן הנוהג והיטשטשו הגבולות שבין חוזה לחוק.¹⁹² מדרש לשון הדיוט היה לאמצעי יעיל לביסוסן של תקנות או הלכות שהיו שנויות במחלוקת, על יסוד ההנחה שהצגת ההלכה כהיענות לרצון הצדדים לחוזה תרכך התנגדויות לעמדה ההלכתית, ותאפשר לה להתקבל, הן על דעת החכמים והן על דעת ההמון.¹⁹³

ועדיין, דומה כי טרם נחרשה הבקעה כל צורכה, ומקום נותר עוד להתגדר בה. שאלות נוספות עלו אגב העיון, שבהן לא הורחב במסגרת זו: האם השימוש בדוקטרינה זו היה שנוי במחלוקת? ואם כן, מה ניתן ללמוד מן המחלוקת בעניין זה על מדיניות הפסיקה של דורשי לשון הדיוט בהשוואה לזו של אלו שנמנעו מכך? האם נעשה שימוש במדרש לשון הדיוט בפסיקה הבריתית-למודית? אם כן, באיזו דרך, ואם לאו, מדוע נזנחה הדוקטרינה? האם קיים קשר בין דוקטרינה זו ל”תנאי בית דין”¹⁹⁴ ואם כן, מה טיבו? ועוד חזון למועד.

192 תופעה זו של על טשטוש הגבולות שבין חוזה לחוק אינה ייחודית למשפט העברי. על כך ראו למשל אצל אוריאל פרוקצ'יה ”זה חוזה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי היסוד במשפט” משפטים יח 395 (1988).

193 במובן מסוים, לפי הצעה זו, מדרש לשון הדיוט דומה במהותו לשימוש בפסוקי התורה כ”אסמכתא” להלכות שישודן בדברי חכמים כדי להקל על זכירתן (לפי מורה נבוכים, חלק ג, פרק מג; כוזרי, מאמר ג, אות עג; מהר”צ חיות, מבוא התלמוד, פרק א) או כדי להעניק להלכות אלו תוקף דומה לדין תורה (מהרי”ל, מנהגים, ליקוטים אות ע. אך ראו בית האוצר כלל קצ, שמפקפק בייחוס שיטה מחודשת זו למהרי”ל). והשוו לדברי חידושי הריטב”א, ראש השנה טז, ע”א.

194 וראו לעיל ה”ש 81.

