

# להשתלשלותו של יסוד ה'חסרון' בסוגיית 'זה נהנה וזה לא חסר' (ניתוח משפטי ושכבתי)

אבינועם כהן

סוגיית בבא קמא כ ע"א-כא ע"א מציגה לפנינו בעיה אחת בשני ניסוחים שונים. האחד - 'הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, צריך להעלות לו שכר או אין צריך', והשני - 'זה נהנה וזה לא חסר, פטור או חייב'. במקום אחר הצענו, באמצעות ראיות מצטברות, שההגדרה 'זה נהנה וזה לא חסר' - המוצגת בסוגיה בסתמא דתלמוד בלבד - לא היתה מוכרת לכעשרים האמוראים שבסוגיה ובמקבילות למקורותיה, והיא מן השכבה המאוחרת של הסוגיה.<sup>1</sup> המרת ההגדרה הקואיסיטית הקדומה, 'הדר' וכו',

1 ראה מאמרנו: 'לזיהויין של תוספות מאוחרות בכבלי באמצעות ניתוח משפטי של מקורות הסוגיה', דברי הקונגרס העולמי העשירי למדעי היהדות, חטיבה ג, כרך א, ירושלים תש"ן, עמ' 93-100. בניתוח הדברים במאמר זה, יש כדי לחזק את האמור שם. וראה עתה גם האמור להלן, הערה 35. ציונים ביבליוגרפיים: (א) על הפרשנות והפסיקה בבעיית 'זה נהנה וזה לא חסר', ראה אנציקלופדיה תלמודית, יב, עמ' ב-טז; אוצר מפרשי התלמוד, בבא קמא, חלק א, ירושלים תשמ"א, עמ' תשסא-תשפד; (ב) לרשימת מחקרים (בעברית) בנושא, ראה נ' רקובר, אוצר המשפט, [א], ירושלים תשל"ה, עמ' 436; ב, ירושלים תשנ"א, עמ' 454. מן הרשימה נזכיר את ב' ליפשיץ (להלן, הערה 9), עמ' 203-218, וראה גם מ' מינקוביץ (להלן, הערה 46). נוסף כאן: ש' אלבק (להלן, הערה 13), עמ' 179 ואילך, ובעיקר עמ' 192-193; (ג) מחקרים שמודגש בהם ההיבט הספרותי והטקסטואלי: א' וייס (להלן, הערה 12), עמ' 280-296. ראה גם: א' כהן (לעיל, בראש הערה זו), האוט (להלן, הערה זו), הלבני (להלן, בנספח למאמרו של האוט); (ד) מחקרים בלועזית: N. Rakover, *The Multi-Language Bibliography of Jewish Law*, Jerusalem 1990, p. 708. מרשימה זו, נציין כאן למאמר שנוכירו להלן: I.H. Haut, 'Abuse of Rights and Unjust Enrichment: A Proposed Restatement of Jewish Law', *National Jewish Law Review*, II (1987), pp. 31-60 (With an A. Kirschenbaum, *Equity in Jewish Law*; Addendum by D. Halivni, pp. 60-62) Law - Halachic Perspectives in Law, N.Y. 1991, Vol. I, pp. 188 ff.

בהגדרה המופשטת המאוחרת, 'זה נהנה' וכו',<sup>2</sup> גררה בעקבותיה שינויים בתפיסת הבעיה וביסודותיה. בהשתלשלותו של אחד היסודות הללו - 'העדר החסרון' מהבעלים - נמקד את דיוננו להלן.

ההנחה עצמה, שהבעלים 'לא חסר' כתוצאה משימוש של מי שנהנה מנכסיו, עוברת כחוט השני לאורך המקורות שבסוגיה, אמוראיים וסתמיים כאחד:

1. רבי אמי פסק לפטור את 'הדר בחצר חבירו שלא מדעתו', בנימוק: 'זכי מה עשה לו, ומה חסרו ומה הזיקו?' (שם, כ ע"ב).

2. רבא קובע במפורש: '...האי (= 'הדר בחצר חבירו') זה נהנה וזה לא חסר הוא' (להלן, מקור א, שו' 8-10).

3. הסתמא 'היכי דמי' קובעת במסקנתה: 'לא צריכא: בחצר דלא קיימא לאגרא, וגברא דעביד למיגר (בחצר שאינה עומדת להשכרה, והנהנה עשוי לשכור). מאי? מצי אמר ליה (הנהנה): "מאי חסרתך?", או דלמא מצי אמר (הבעלים): "הא איתנהניתו!" (להלן, מקור ב, שו' 9-12).

4. הסתמא, הבאה להגן על רמי בר חמא מביקורתו של רבא, מצדיקה את היקש בעיית 'הדר' אל משנת 'אם נהנית' ואומרת: 'סתם פירות ברה"ר אפקורי מפקר להו', היינו שבשני המקרים הבעלים בגדר 'אינו חסר' (להלן, מקור א, שו' 11-12).

5. בניסיונות הסתמא לפתור את הבעיה ממשניות 'המקיף את חבירו', ו'הבית והעלייה' היא מגדירה ארבע פעמים את הנדון דנן בכינוי: 'זה נהנה וזה לא חסר' (שתיים צוטטו להלן: מקור ג, שו' 5; מקור ד, שו' 7-8).

6. פעמיים תמהה הסתמא: 'תרתיו?', והשיבה: 'הא דקיימא לאגרא, הא ('הדר בחצר חבירו') דלא קיימא לאגרא' (שם, כא ע"א), היינו שהבעלים אינו חסר.<sup>3</sup>

7. בסיפור רב נחמן והיתומים (שם, לאחר מכן) דוחה הסתמא את ההיקש של מקרה זה אל 'הדר בחצר חבירו' בטענה שהיתומים היו בגדר 'חסרים'.

מקורות אלו מצביעים על חשיבותו של יסוד 'העדר החסרון' לבעלים, ודווקא משום כך צצה ועולה מאליה התמיהה: מדוע אין ליסוד זה זכר בניסוח האמוראי של הבעיה? מדוע לא הוסיפו בסופו: 'הדר... ולא חיסרו'? יתרה מזו, כיצד זה, שהנתון של 'העדר חסרון' לבעלים, אשר בהגדרה האמוראית לא טרחו לציינו, הפך להיות אחד משני הנתונים הבלעדיים בהגדרה הסתמית (נהנה/לא חסר)? לכאורה, ניתן היה ליישב את

2 את מטבע הלשון 'זה נהנה וזה לא חסר' מצאנו כבר בדברי האמורא רבא, אך לא כהגדרה חדשה של הבעיה. ראה להלן, בפנים, בדיון שאחרי הערה 34.

3 ראה גם במקבילות בב"מ סד ע"ב, ובב"ק צו ע"א.

התמיהה בטיעון, שהספרות האמוראית - כקודמתה, התנאית - נהגה לנקוט לשון לאקונית, המשמיטה נתונים מניסוח הבעיה.<sup>4</sup> אולם השימוש בפתרון זה כאן הוא קלוש ביותר. ראשית, אין זה סתם 'נתון נסיבתי', אלא הנתון העיקרי, שכל הדיון סובב סביבו. שנית, הייתכן כי מצד אחד השמיטו את הנתון העיקרי, ומצד אחר, טרחו לציין דווקא את הנתון 'שלא מדעתו', הנראה משני?<sup>5</sup>

להלן, נבוא להציע שההימנעות מנקיבת נתון זה בהגדרת הבעיה - כפי שתפסוה האמוראים - לא היתה מקרית, שכן אֶזְכוּרוּ היה מיותר. לשם כך, עלינו לעיין במחלוקת שבין רבא ורמי בר חמא (שם כ ע"ב), ולבחון מחדש את הפירוש המקובל לגביה:

מקור א: מחלוקת האמוראים:

- 1 ... א"ל (רב חסדא לרמי בר חמא): 'הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, צריך להעלות לו שכר או אין צריך?'  
(סתמא דתלמוד): היכי דמי, אילימא...<sup>6</sup>  
א"ל (רמי בר חמא): מתניתין איבעיא לכו?!
- 5 מאי מתניתין?...<sup>7</sup>  
א"ל (רמי בר חמא): 'אם נהנית (הבהמה שאכלה ברשות הרבים) -

4 כגון: 'שומר שמסר לשומר' (ב"מ לו ע"א ושם נסמן. וכן נוסח הבעיה בירושלמי קידושין פ"א ה"ד [ס ע"ב]). בניסוח הבעיה לא צויין: (1) 'שלא מדעת הבעלים'; (2) מה אירע לפיקדון; (3) באילו מקרים פסק רב 'פטור', ור' יוחנן - 'חייב', ופירטם שם רש"י, וראה בדברי רב חסדא שם. וכן הוא במושגים הלכתיים (כגון: 'מיגו', 'שבועת היסט') או במונחים ספרותיים ('איתמר', 'תנן'), שתכליתם בסוגיה אינה ניכרת כלל מתרגומם המילולי.

5 יסוד זה - 'שלא מדעתו' - זוקק הסבר. האם פירושו 'שלא בידיעתו' (של הבעלים), 'שלא ברשותו', או אפילו 'בעל כורחו'. עקרונית, ניתן למצוא במקורות התלמודיים בסיס לכל אחת מאפשרויות אלו, ומכל מקום, מקובל על רוב הפוסקים, שהבעיה בסוגיה אינה חלה כשהדייר נכנס 'בעל כורחו' של הבעלים: 'פירוש, שרואהו דר בו, ולא אמר לו כלום. שאם א"ל 'צא' ולא יצא, ודאי חייב ליתן לו כל שכרו' (טור ח"מ ס"ג, ו), והוסיף שם ה'בית יוסף' שאכן, 'פשוט הוא', וכך נפסק בשו"ע שם. והשווה עם דעת התוספות, להלן, הערה 29.

6 על איחורו של המשא ומתן מסוג 'היכי דמי', ראה להלן, הערה 27.

7 כך הגרסה ברוב כתבי־היד, אך בדפוסים: 'א"ל מתניתין היא! הי מתניתין?'. לחילופי הנוסחאות כאן ולהלן, נסתייענו בכרססת של דקדוקי סופרים, שבמכון התלמוד הישראלי, השלם, שליד הרב הרצוג, ותודתנו לרב י' הוטנר, שהעמידה לרשותנו. ראה גם: תלמוד בבלי,

- משלמת מה שנהנית' (ופטורה מתשלום הנזק. משנה שם יט ע"ב).  
 אמר רבא: ...דאע"ג דלא דמיא למתניתין, קבלה (רב הסדא) מיניה:  
 מתניתין<sup>8</sup> - זה נהנה וזה חסר,  
 10 והאי (הדר בחצר חבירו) - זה נהנה וזה לא חסר הוא.  
 (סתמא דתלמוד:) ורמי בר חמא (מה סבר?)!  
 סתם פירות ברשות הרבים, אפקורי מפקר להו (הבעלים).

המחלוקת בין רבא ורמי בר חמא נראית לכאורה פשוטה. מקובל להבינה כך: בהמה שאכלה ברשות הרבים (= אב הנזיקין 'שן'), והזיקה, פטורה מתשלום הנזק: 'הבהמה מועדת לאכול... כמה דברים אמורים ברשות הנזיק אבל ברשות הרבים פטור' (משנה ב"ק יט ע"ב), ובתלמוד דרשו זאת: 'אמר קרא: 'ובער בשדה אחר' - ולא ברשות הרבים' (ב"ק כה סע"ב, ושם כא ע"ב). לעומת זאת, חייבת היא בתשלום על הנאתה, כדברי המשנה לעיל (שו' 6-7). המסקנה היא, כדברי רש"י שם: 'אלמא, בתר הנאה אזלינן', היינו, שגורם ההנאה הוא הדומיננטי כאן, שהרי 'אף שאין עילת חיוב בדין הנזיקין, יש חובת תשלומים מחמת ההנאה גופה'.<sup>9</sup> לפיכך, אף בטענות שני הצדדים שבבעיית 'הדר בחצר חבירו' - 'מה חיסרתין?' לעומת 'הרי נהניתו' כהסבר הסתמא לבעיה זו<sup>10</sup> - 'קבע גורם ההנאה, והנהנה היא חייב בתשלום. רבא, לעומת זאת, טוען, שהיקשו של נידון זה אל הראיה מוטעה מיסודו, שהרי במשנה - 'זה נהנה (בעל הבהמה), וזה חסר (בעל הפירות)', מה שאין כן בנסיבות של 'הדר בחצר חבירו', שם 'זה נהנה וזה לא חסר הוא'!

אכן, ההבחנה בין שני המקרים היא כה ברורה ורלוואנטית לדיון, עד שהסתמא דתלמוד שואלת בתמיהה: 'ורמי בר חמא?ו' - הניתן להניח שלא חש בהבדל בולט

- מסכת בבא קמא, עם תרגום עברי ופירוש חדש, י"ג אפשטיין (עורך) וע"צ מלמד (תרגום ופירוש), תל-אביב 1952, עמ' 29.
- 8 כך בכל כתבי-היד. בדפוסים במקום 'מתניתין' איתא 'האי'. בכ"י המבורג חסר 'והאי... הוא' (כל שורה 10), אך אין לכך משמעות, שכן ביקורתו של רבא ברורה אף ללא תוספת זו. בכ"י וטיקן חסרה התיבה 'רבא', כנראה בטעות. בכ"י המבורג, איתא: 'רבה', בניגוד לכל יתר כתבי-היד והדפוסים. אכן, היה זה רבא, גם במקומות אחרים, שנהג, כמעט בשיטתיות, ואף בלשון בוטה (כאצלנו: 'כמה לא חלי' וכו'), לבקר את רמי בר חמא (ראה למצוין להלן, הערה 21).
- 9 כניסוחו של ב' ליפשיץ, 'זה נהנה וזה לא חסר' - 'זוכיה שלא היתה כרוכה בחסרון המוכה-?', הפרקליט, לו (תשמ"ז), עמ' 205. וראה גם להלן, דעת בעל 'אור שמח'.
- 10 ראה להלן, מקור ב, שו' 11-12.

זה? ותשובתה: לדעתו, המניח פירות ברשות הרבים, מודע היטב, ומראש, לאפשרות שיינזקו, ולכן הוא מפקירם (אפקורי מפקר להו). וכבר חשו התוספות (שם, ד"ה אפקורי) בקושי שבתירון זה: 'דאם כן (שהפקר גמור הם) אפילו מה שנהנית לא משלם (ישלם) ו'תירצו, שאין כאן הפקר גמור. אלא מעין 'הפקר לחצאין': 'לא לגמרי... אלא מתייאש מהם, שסבור שיתקלקלו מחמת שרבים דורסים עליהם, עד שלא יבואו (אלא) לדמי מה שנהנית'. אין הבעלים מפקיר אפוא אלא את דמי 'מה שהזיקה', אך על דמי 'מה שנהנית' אינו מוותר. המהר"ם על אתר הרגיש בקושי שבדברי בעלי התוספות, והוסיף לפירושם דברי טעם משלו.<sup>11</sup> אף אברהם ווייס - מגדולי חוקרי השכבות הספרותיות של הבבלי - שהפיר בקשיים שבהסבר זה, לא מצא אלא לקבלו, מתוך ניסיון להרחיב את הצד הלוגי שבדברים.<sup>12</sup>

למרות ניסיונות המפרשים והחוקרים לאושש את שיטת רמי בר חמא, אליבא דהסתמא, נראה כי יש בהצעתה מספר נקודות תורפה. ראשית, היא מייחסת לרמי בר חמא את הרעיון של 'הפקר לחצאין' - ויתור על הנזק, אך לא על ההנאה - 'הפקר' מתוחכם, שאינו מוכר מן הספרות התלמודית, ואפילו אינו מסוג ה'הפקר לחצאין'

11 וזה לשונו: 'ור"ל דהא דקאמר בגמרא 'אפקורי מפקר' - לאו דווקא, אלא ר"ל מסתמא מתיאש מהם: אם לא יתקלקלו - הרי טוב, ואם יתקלקלו, אפילו לגמרי, אפי' עד שלא יגיעו לדמי מה שנהנית - יתקלקלו, ולכן לא מקרי 'זה נהנה וזה חסר', דמסתמא לדעת זה הניחם ברה, אבל מ"מ לא הפקירם כל זמן שמתקיימין ולא נתקלקלו ע"י דריסה, ולכך כשאוכלתן הבהמה משלמת מה שנהנית, ובוה יתיישב שפיר...'

12 א' ווייס, דיונים וביורורים בבבא קמא, ירושלים-ניו יורק תשכ"ז, עמ' 282-283: 'מקום לסברה, שהמניח פירות ברה"ר מתחשב אמנם בסכנת איבודם ע"י רגל, וגם ע"י שן. אבל כל זמן שלא נאבדו, יש לבעליהם תקוה שישתמרו ולא יאבדו, וכשהבהמה אכלתם הלכה לה כל האפשרות, שהם לא יאבדו. מכאן שיטת רבא: האי זה נהנה וזה חסר, שהרי הניזק חסר פירות, שהיו אמנם בסכנת איבוד, אבל גם בגדר אפשרות שישתמרו. מאידך מקום לשיטה: אמנם כן, כל זמן שאין הבהמה פוגעת בפירות יש לבעליהם תקוה שהם ישתמרו. אבל בפגיעתה בהם, הלכה לה תקוה זו, והם כבר אבודים. היא עלולה לאבדם ברגלה לא פחות מבשינה... הרי אף קבלת המעט: מה שנהנית תלוי לא רק בזה, שהיא תאבדם, לא ברגלה, כי אם בשינה, אלא גם בזה שבאיבודם בשינה תהנה מהם. מכאן כנראה שיטת רמי בר חמא. הלא בשעת פגיעת הבהמה בפירות בעל הפירות קרוב מאד להיות לגבם 'לא חסר'.

המקובל בה.<sup>13</sup> שנית, הרי התוצאה מן הנימוק 'אפקורי מפקר להו' – שמפקיר הפיצוי בעד הנוק, ואינו מפקיר הפיצוי בעד ההנאה – וזה, בסופו של דבר, עם הדין המפורש במדרש ההלכה דלעיל, שלפיו הפקיעה ההלכה מבעל הפירות את הזכות לתבוע את 'מה שהזיקה', וממילא אין בידו לתבוע אלא 'מה שנהנית'. אם כן, מה טעם ראה רמי בר חמא – אליבא דהסתמא – לעשות דרך עקלקלה, ולתלות את הדברים ברעיון

13 ה'הפקר לחצאין' המקובל הוא: שהפקיר לזה (לעניים) ולא הפקיר לזה (לעשירים). [פאה ו, א]. ובו נפסק ההלכה כב"ה, שאין הפקר לחצאין. בסוג הפקר זה, הנכס עצמו הופקר לחלוטין, אלא שהוגבלו מראש הנהנים הפוטנציאליים ממנו. אצלנו, לעומת זאת, הנכס עצמו לא הופקר לחלוטין, אלא רק עד לדמי מה שנהנית, ולא מצאנו הפקר מסוג זה במקורות. המפרשים נדחקו למצוא בכל זאת בסיס או מקבילה להפקר מסוג זה, ועיקרי הדברים לוקטו באוצר מפרשי התלמוד, בבא קמא, א, 'ירושלים תשמ"א, עמ' תשעג-תשעד. יש להוסיף על האמור במפרשים, שהפקר נעשה בדרך הצהרתית ('ואומר: הרי הן מופקרים לכל מי שיחפוץ' – נדרים ד, ח), והוא צריך להיעשות בפני אחרים, ולא נחלקו האמוראים אלא בשאלה, בפני כמה אנשים מודיע על ההפקר (נדרים מה ע"א). מכאן, שהפקר בינו לבין עצמו אינו הפקר, אפילו בדיעבד, כפי שאכן הבינו רוב הפוסקים (רמב"ם, הלכות נדרים ב, טז, ועוד. וראה גם באנציקלופדיה תלמודית, י, עמ' ס). לפיכך, אף בעניין פירות ברשות הרבים – שאין מדובר במתן פרסום להפקרו – לשון 'הפקר' אינו מתאים. ואם נבאר שהיסוד לרעיון כאן הוא ה'יאוש' (מעין 'יאוש מדעת'), כביאור התוספות, יהא קשה, מדוע לא ננקטה כאן הלשון 'יאושי מייאש מינייהו'. ואין נראה להצדיק הלשון 'אפקורי מפקר להו' בסוגייתנו, בטענה, שזו התוצאה הסופית הנובעת מתוך כך שהתיאש, כדרך שאמרו, שהמשאיר פירותיו מפוזרים בגורן בשעת אסיפת הגרנות – 'אפקורי מפקר להו' (ב"מ כא ע"א), כי דווקא שם לשון 'הפקר' מסתברת, מפאת חוסר הכדאיות בטורח החזרה ואיסוף הפירות. לא כן הוא במקרה דנן, שהבעלים רק עשויים להתיאש, משום שהפירות עלולים להינזק, ואשר משום כך, כולם מודים שאינם מפקירים אותם לחלוטין, אלא 'לחצאין'! אף נראה, שאין למצוא תימוכין ללשון 'הפקר' בסוגייתנו, מן הכלל של אלבק: 'פעמים הרבה יאוש קרוי הפקר' (דיני הממונות בתלמוד, תל-אביב תשל"ו, עמ' 522-523), משום שבמקרה דנן, נחוצות ראיות מהתלמוד עצמו, ואלבק לא הביא ראיות אלא מה'ראשונים'. יש גם מקום לברר שמה הלשון 'אפקורי מפקר להו', בהוראה של 'יאוש מדעת', מלשון הסתמא היא (עיי'ן ב"מ כא ע"א-כב ע"א, פעמים מספר), כשבדיונים דומים לכך, נוקטים האמוראים לשון 'יאוש' (ראה שם פעמים מספר). להיבט אחר של הנושא, ראה מאמרו של א"א אורבך, 'הפקר – משהו על המוסד ומקומו במציאות ההסטורית', שנתון המשפט העברי, ו-1 (תשל"ט-תש"ס), עמ' 17-28.

הרחוק של 'הפקר לחצאין', הרי עדיף היה לתלות את הדברים בהלכה עצמה,<sup>14</sup> שממנה נובע בבירור – בניגוד לביקורת רבא, וכהצעתנו להלן – שגורם ה'חסרון' הוא חסר חשיבות הלכתית, משום שאין הוא בר־תביעה.<sup>15</sup> שלישית, מדוע לא טרח רמי בר חמא להביע בתשובתו את רעיונו זה במפורש, אלא הסתפק בציטוט המשנה גרידא (לעיל, שו' 6-7), כאילו 'חידושו' כבר כלול בפשוטה של המשנה, הרי, כאמור, רעיון ה'הפקר לחצאין' אינו מקובל בתלמוד, והיה עליו לפרטו! העיקר חסר אפוא בדבריו. אף קשה, שלמרות חסר זה בדבריו, סיפקה תשובתו את רב חסדא.<sup>16</sup> זאת ועוד, נוסף על הקשיים שבהצעת רעיון ה'הפקר לחצאין', נראה, שביקורתו של רבא מעידה, מעצם מהותה, שרעיון זה במקורו, אינו משל רמי בר חמא עצמו, אלא משל הסתמא, שיחסה אותו אליו.<sup>17</sup>

לאור האמור, נראה שיש לתור אחר שיטה חלופית להסבר המחלוקת בין רבא ורמי בר חמא, וזאת ניתן למצוא, לדעתנו, באופן חלקי, בדברי בעל 'אור שמח':<sup>18</sup>

דאינה משלמת מה שנהנית כמו ברה"ר, ביון דעל ההיזיק פטרתו תורה מפני

14 אין לפרש 'אפקורי מפקר להו' כנוגע ל'רחמנא' או ל'כתוב', ולא לבעלים. לשון זה אינו מיושב עם הניסוח: 'סתם' (במקום: כל) פירות ברשות הרבים אפקורי... שהרי הלשון 'סתם' תולה את ההפקר – ואת הפטור – דווקא בתנאים סתומים, ובלתי־ידועים, ואילו לפי ההלכה, כאמור, אין הפטור תלוי בתנאים אלו, אלא בעצם המיקום ברשות הרבים.

15 אכן, באפשרות זו נאריך להלן.

16 תגובת רב חסדא לפתרונו של רמי בר חמא לא נזכרה בתלמוד, אך מצוינת בביקורתו של רבא: 'דאע"ג דלא דמי למתניתין, קבלה (רב חסדא) מיניה'.

17 מלשוננו החריפה של רבא ('כמה לא חלי' וכו', להלן, הערה 21), מסתבר, שהוא לא הכיר את שיטת ה'הפקר לחצאין', שמייחסת הסתמא לרמי בר חמא. לזו הכירה, לא היה מקום לקביעתו של רבא, שבמשנה הבעלים 'חסרים' (וכאילו רמי בר חמא נתעלם מעובדה זו), שהרי יצא שכבר השיב על כך רמי בר חמא. במקום זאת, היה על רבא להתפלמס עם דעתו, ולא לזלזל בה. רבא היה בן דורו הצעיר של רמי בר חמא, ונשא את אלמנתו לאחר מותו, וכך היו שניהם חתניו של רב חסדא. רבא אף האריך ימים כדור ומחצה אחרי אותו דו־שיח שבין רב חסדא ורמי בר חמא (רב חסדא נפטר ב־309 לספירה, ורבא ב־352 לספירה. ראה: איגרת רב שריא גאון, מהדורת לוי, עמ' 85, 89; סדר תנאים ואמוראים, מהדורת כהנא, עמ' 5 (ושם בשינויי הנוסחאות). לו היה אפוא רעיון ה'הפקר לחצאין' מיסודו של רמי בר חמא, קשה היה לשער, שרבא לא היה יודע זאת. לפיכך, הצעת הסתמא אינה נראית מקורית לרמי בר חמא, אלא מסתבר שהיא דחייה בעלמא של קושיית רבא, כדרך הסתמות, בהגנתן על הדעות השונות שבסוגיה.

18 הלכות נזקי ממון, א, ב, ד"ה אולם, וד"ה ולכאורה.

שיש לה רשות להלך...

ופשיט רמי בר המא ממשנתנו 'אם נהנית משלמת מה שנהנית', ופירשו הקדמונים ב'שיטה', דכמו ברה"ר פטור מדין נזיקין לגמרי, רק משום ההנאה חייב, אי"כ הלא מוכח דנהנה וזה לא חסר - חייב, דעל החסרון הלא לא חייבתו תורה!

ומשני רבא, ד'האי זה נהנה וזה חסר', ופירוש, דאימת פטרתו תורה על החסרון? במקום דליכא הנאה! הא במקום דאיכא הנאה לא פטרתו תורה על החסרון...

שיטת רמי בר חמא היא: 'שאם חסרון זה (של הבעלים) אינו ניתן לפיצוי מכוח דיני הנזיקין, ולמרות זאת מופרת התביעה בגין ההנאה בתור שכזאת, משמע שאכן ההנאה מנכסי הוזלת יוצרת עילת תביעה עצמאית'.<sup>19</sup>

לשיטת רבא הובאו נימוקים שונים, אם כדעת בעל 'אור שמח' שהבאנו, אם כשיטות אחרות.<sup>20</sup> אולם, מאחר שהללו לא הביאו מסוגייתנו ראייה לדבריהם, הניחו לנו מקום לייחס לרבא שיטה אחרת, העולה בקנה אחד עם שיטתנו בסוגיה: בבהמה שאכלה ברשות הרבים, אפשר שדווקא מאחר שהנזק אינו מוכר מהתורה כנזק בר-תביעה, קבעו חכמים במשנה, שבעל הבהמה ישלם לפחות את 'מה שנהנית', שהרי מתשלום זה לא מצאנו שהתורה פטרה אותו. לפי זה, התשלום עבור 'מה שנהנית', הוא תוצאה ישירה מהעובדה שהיה כאן לבעלים נזק בפועל, ומטרתו - כך ניתן לפרש - לפצות, בדרך חלופית כלשהי, את הבעלים מההפסד שנגרם להם כתוצאה מן הפטור שפטרתו התורה מ'מה שהזיקה'. בניגוד למקובל בהסבר שיטת רבא, הוא אינו מתבסס אפוא על העובדה שהיה כאן לבעלים הפסד בפועל, אלא על כך שהפסד זה אינו בר-פיצוי לפי ההלכה. הלכך, יכול רבא לטעון נגד רמי בר חמא, שמא במקרה שבו גרם הנהנה לנזק, והנזק ניתן יהיה לשיפוי בבית-דין, לא ישלם המזיק אלא את הנזק, ומתשלום ההנאה יהא פטור! כך יהא אפוא גם ב'הדר בחצר חבירו': אם הנהנה הזיק לחצר, יתבענו הבעלים בתביעת נזיקין רגילה, ואז הוא יוכל להיות פטור מתשלום על ההנאה -

19 כדברי ליפשיץ (לעיל, הערה 9), עמ' 209 (אין הוא נדרש לדברי בעל 'אור שמח' ואחרים, הדוגלים בשיטה זו).

20 כגון, הבחנתו של ר' שמעון יהודא הכהן שקאפ, בחידושו (על שלוש הבבות, הדפסה חדשה, ירושלים תשל"א, ב"ק סימן יט, עמ' 34): '... אלא ודאי שהוא סברא שלא יתחייב (אלא) רק אם חבירו חסר, היינו, שאין תביעה על הנאה (אלא) רק אם בעל הממון מתחסר'. ושם ל"ב סימן ד, עמ' 182, נימק זאת: '... אלא נראה ברור, דבלא חסר, לא נקרא נהנה משל חבירו'. ועיין עוד שם, ריש עמ' 34, וסוף עמ' 183. והשווה עם דברי בעל 'קצות החושן' דלהלן, הערה 42.



בניגוד לדעת רמי בר חמא שחייבו בתשלום! מובן מאליו, שהדברים בקל וחומר הם, כשהנהנה לא הזיק כלל לחצר, כשכיח במקרים כאלו.

עתה, נראה כיצד משתלבת שיטתנו בלשון רבא בטקסט. אנו מניחים – בהעדר ראיה להיפוכם של הדברים – שההבחנה 'מתניתין... חסר הוא' (ש' 9-10), אכן מדברי רבא היא,<sup>21</sup> ואינה פירוש שנוסף לדבריו על-ידי הסתמא דתלמוד.<sup>22</sup> רבא אומר: 'מתניתין [חייב, כי] זה נהנה, וזה [הבעלים, לעולם] חסר הוא' שהרי 'חסרון' זה,

21 ראשית, הרי גם האמורא רבי אמי קבע במפורש – בתשובתו לבני הישיבה בבבל – שהדייר לא הזיק לחצר ולא חיסר את הבעלים (ראה הערה 23, להלן), ואין ספק, שלשני הצדדים היה זה אחד הנתונים הבסיסיים של הבעיה. שנית, לולא היתה הבחנה זו – המצויה בכל נוסחאות כתבי-היד – מדברי רבא עצמו, היה נוצר מצב, שלפיו ביקורתו הקשה והבוטה (ראה להלן) נשארת תלויה ועומדת, בלתי-מומקת, והעיקר יהא חסר בדבריו. שלישית, רבא ביקר את רמי בר חמא פעמים רבות, שלא בדרך מקובלת או בלשון מקובלת (הללו לוקטו אצל ח' אלבק, מבוא לתלמודים, תל-אביב תשכ"ט, עמ' 380), ובכל המקרים הללו הוא מבסס וממקם את ביקורתו, אלא אם כן היה הדבר מיותר, שכן הדברים היו מפורשים במקור הרישומי שציטט רבא (כגון: ב"ב קטז סע"א ורע"ב, ועיי"ש בדק"ס בחילופי הנוסח רבא-רבח). רביעית, הביטוי הבוטה שבפי רבא ('כמה לא חלי ולא מרגיש גברא [רמי בר חמא] דמריה [ריבונן] סייעיה'), מופיע במקום נוסף אחד בלבד בתלמוד (יומא כב ע"ב), ואף שם באים עמו דברי הסבר, ולא מצאנו גם שם אחיה לטענה שאין זה הסבר מקורי. אגב, בהנחה שפסקה זו מדברי רבא היא, יהא כדי להבהיר מדוע היא נתנסחה בלשון העברית (להוציא התיבה 'האי', השכיחה בלשון רבא. ראה שכיחות תיבה זו ודומותיה ['האי מאן', 'הני'], בלקט דבריו בדיני ממונות, אצל יליה מימון, אביי ורבא, ירושלים תשכ"ה, כגון בעמ' רצה-שד), כשכיח בלשון האמוראים, ולא בלשון הסתמות. מן הראוי לציין, כי קשה לקבל את האפשרות החלופית, שההגדרה 'זה נהנה וזה לא חסר' אין מקורה ברבא, אלא זו כבר קדמה לו, והלה עשה בה שימוש בביקורתו. ראשית, אמוראים רבים, מכל הדורות שקדמו לרבא, נדרשים בסוגיה לבעייתנו, ואצל כולם (ו) אין נזכרת אלא ההגדרה 'הדר' וכו': רב, רב הונא ורבה בר רב הונא (כולם שם, כח ע"א. ראה לעיל, הערה 26), רב חסדא ורמי בר חמא ועוד. שנית, לזו היתה ההגדרה 'הדר' וכו' קדומה, כיצד זה התעלם רמי בר חמא – לפחות אליבא דרבא – מיסוד ה'חסרון', הנזכר בה במפורש? שלישית, לזו היתה זו הגדרה קדומה, כיצד תוסבר העובדה, שלאחר זמן – ודווקא מן ההגדרה הקונקרטיית והקואיסיטית ('הדר' וכו') – נשמטו שני היסודות הבלעדיים המפורשים שבה ('הנאה' / 'חסרון')? ובכלל, קשה להנתי, שהמעבר מהגדרה אחת להגדרה אחרת חל דווקא בכיוון של צמצום, מן המופשטת אל הקואיסיטית והקונקרטיית (ובמיוחד, כשהטקסט עצמו מציג את הדברים בדרך שהמופשטת שביניהן היא היא הפירוש ['היכי דמי'] לקואיסיטית).

כאמור, אינו בר-תביעה, כיוון שהתורה פטרה את ה'שן' ברשות הרבים; 'והאי (הדר בחצר חבירו) - זה נהנה, וזה (הבעלים, לעולם) לא חסר', משום שאפילו הויק הדייר לחצר, יפוצו על כך הבעלים בתביעת נזיקין רגילה, ללא קשר לתביעתם לתשלום, בגין הנאתו מרכושם. וכך ניתן להבין גם את דברי רבי אמי בסוגייתנו.<sup>23</sup> לאור האמור, מתיישבת תמיהתנו דלעיל, בדבר הגורם לכך, שבניסוח האמוראי של הבעיה, אין אֶזְכוּר של אלמנט 'העדר החסרון' לבעלים. התשובה היא, שנתון זה היה מובן מאליו, ולא היה צורך לנקטו, שהרי במקרה שהויק הנהנה לחצר, יחולו עליו דיני הנזיקין הסדורים במסכתא דנזיקין, ויהא חייב לשלם. לפי שיטתנו זו, כשהאמוראים דיברו על הנתון העובדתי 'חסר' - 'לא חסר' (במקום: 'הויק' - 'לא הויק'), הם אכן לא נדרשו לפעולתו המדידת והישירה של הדייר - אם עשה נזק לרכוש הבעלים, אם לאו - אלא לתוצאה הסופית של שימוש בחצרם: האם נגרם לבעלים הפסד שאינו בר-שיפוי אם לאו. בעייתם נתמקדה אפוא בשאלה, אם על הנהנה לשלם על הנאתו, למרות שלא

לפיכך, נראה שרבה נטה בביקורתו להשתמש בדרך של ההנגדה הלשונית, השכיחה מאוד בספרות התנאית והאמוראית גם יחד: 'זה... וזה...' (כגון 'זה אמר ככה וזה אמר ככה' [דה"ב ב יח, יט]): 'זה בורר לו אחד, וזה בורר לו אחד' (משנה סנהדרין ג, א); 'זה מעלה ארוכה, וזה אינו מעלה ארוכה' (רב חסדא, ב"ק צא ע"ב). וראה עוד עשרות רבות של דוגמאות אצל ר"מ סבר, מכלול המאמרים והפתגמים, ב, 'ירושלים תשכ"א, עמ' 654-661. יתרה מזו, צורת הנגדה כבמקרה דנן - להבעת הבחנה משפטית - נמצאת בניסוח דבריו של רבא עצמו, אף בבעיה הלכתית אחרת: 'אמר רבא: את"ל סבר שמאי... מודה (שמאי) באומר לשלוחו צא בעול את הערה, ואכול את החלב, שהוא חייב, ושולחיו פטור, שלא מצינו בכל התורה כולה זה נהנה וזה מתחייב' (קידושין מג ע"א). יצוין, כי נטייתנו לראות בהבחנה 'מתניתין' וכו' חלק מדברי רבא, אינה מקלה על מלאכתנו בביסוס שיטתנו, אלא להפך, שכן לולא זאת, היינו מגיעים למסקנה נוחה וקלה, שמטבע הלשון 'זה נהנה וזה לא חסר' לא נאמרה בסוגייתנו על-ידי שום אמורא, אלא כולה מן הסתמא, כפי שאכן טוען הלבני (ראה להלן, הערה 35, ולאמור שם).

22 התופעה של הוספות סתמיות על דברי האמוראים שבסוגיה, ידועה היתה כבר ל'ראשונים' (כגון תוספות לבבא בתרא קעו רע"א, ד"ה גובין), ונתחוק הדבר במחקרים בספרות התלמודית. למגוון דוגמאות ולציונים ביבליוגרפיים בנושא, ראה: ש"י פרידמן, 'פרק האשה רבה בבבלי'. מחקרים ומקורות, א, ירושלים-ניו-יורק תשל"ח, עמ' 283 ואילך. חלק מכלל הסתמות שבבבלי, מקורו בסבוראים. ראה מאמרנו: 'לבעיית זיהויים של קטעים סבוראיים בבבלי', ספר [יובל לכבוד] יעקב לסלוי, תל-אביב תשמ"ה, עמ' 83-96.

23 שם כ ע"ב: 'שלחיה [לארץ ישראל] בי (כ"י המבורג ודפוסים ישנים: 'בימי'; וכ"י מינכן: 'לקמיה ד...') רבי אמי. אמר: וכי מה עשה לו ומה חסרו ומה הויקין?'

גם הפסד כלשהו לבעלים, ובלשונם: 'צריך להעלות לו שכר או אין צריך?'. להלן נראה, כי הסתמות שבסוגיה הבינו את הנתון העובדתי 'לא חסר' באופן שונה. ציוין, כי על-אף המקורות האמוראיים הרבים בסוגיה (ובמקורות המקבילים), הפרוסים לכל אורך תקופת התלמוד, לא נתפרש בה בשום מקום מהי הבעיה המשפטית הספציפית, שבה נתלכטו האמוראים, ולפיכך, רבו בכך השיטות אצל המפרשים.<sup>24</sup> ואף שעניין זה הוא משני בנושא דנן, מן הראוי לציין כאן בקצרה, ויהא גם בו כדי לשפוך אור על דיוגנו. השיטה הנראית לנו כמבוססת ביותר, הן על מקורות הסוגיה, והן על החשיבה האמוראית במקרים דומים בתלמוד, היא דעת אלבק, הכורך את הדיון בשאלת אומדן הדעת, אם אנן סהדי ש'הדר בחצר חבירו שלא מדעתו' – גומר בדעתו לשלם עבור הנאה זו, או שלא נתכוון לדור שם אלא בחינם.<sup>25</sup> וניתן לאשש דבריו מן המקורות שבסוגייתנו.<sup>26</sup>

נעבור עתה לבחון, כיצד השתלשל היסוד האמוראי של 'העדר החסרון' לבעלים,

24 ראה בעיקר לאורך מאמרו של ליפשיץ (לעיל, הערה 9).

25 דיני הממונות בתלמוד (לעיל, הערה 13), עמ' 192–193, עיין שם (וראה גם הציונים לשיטה זו, שהוסיף ליפשיץ [לעיל, הערה 9], עמ' 208, הערה 26). אלבק לא הבחין בין השכבות הספרותיות שבסוגייתנו, וייחס דבריו הן לבעיית 'הדר' וכו' והן לבעיית 'זה נהנה' וכו'. כמו כן הוא לא הבחין בין הסתמא 'היכי דמי' לבין הבעיה האמוראית המקורית (ולהלן נעמוד על הבדל זה). וראה גם להלן, הערה 26.

26 בדבריו שם לא הביא אלבק מסוגייתנו אלא ראייה אחת, מעניין 'שחרוריתא דאשייתא' (ועל יסוד ה'חסרון' שבכך, נעמוד להלן. ויש לבחון עוד את ראיותיו שם, לאור ניתוחו השכבתי והמשפטי של הסוגיה). אולם, נראה לנו, שהראיה הטובה ביותר, שיכול היה להביא לשיטתו, קיימת בסוף סוגייתנו (שם כ' ע"א): 'א"ל רבה בר רב הונא (למרי בר מר): הכי אמר אבא מרי משמיה דרב: (הדר...) אינו צריך להעלות לו שכר; והשוכר בית מראובן מעלה שכר לשמעון. (המשך מן הסתמא דתלמוד): שמעון, מאי עבידתיה? הכי קאמר: נמצא הבית של שמעון – מעלה לו שכר. תרתי? (שהרי בשניהם נעשה שלא מדעת הבעלים, ומדוע ב'הדר' – פטור, ובי'השוכר' – חייבו? והתירו?); הא – דקיימא לאגרא, והא (הדר) – דלא קיימא לאגרא'. לפי פשוטם של הדברים, אין כאן בסיס לקושיה 'תרתיה' של הסתמא דתלמוד, משום שכבר בניסוח המימרות צוין, לדעתנו, השוני בנסיבות הספציפיות של המקרים, וזה גורר באופן טבעי להבדל בדיון: כאן – 'הדר בחצר חבירו שלא מדעתו', היינו שנכנס לדור ללא רשותו; וכאן – 'השוכר בית', כלומר, שנכנס ברשותו (וסבר שזה ברשות של מי שמוסמך להכניסו). מכאן, שברישא אין ראייה שגמר בדעתו לשלם, ולכן פטור, ובסיפא – גילה בעליל, כמוצאה בהסכם, שבדעתו לשלם עבור הנאת הדיור. ואכן, ראה על אתר את תמיהותיהם ותירוניהם של בעל

בתפיסתן של הסתמות בסוגיה. בראש הסוגיה, מיד אחר שרב חסדא הציג לפני רמי בר חמא את בעיית 'הדר בחצר חבריו', ועוד לפני שהלה השיב לו, שורבבה לטקסט סתמא פרשנית 'היכי דמי',<sup>27</sup> שניסתה להבהיר את נסיבות המקרה, כדלהלן:

'שיטה מקובצת', המהרש"א, והרש"ש בחידושו. מפרשים אלו חשו בהבדל היסודי בין המקרים - והעלו במפורש את ההבחנה דלעיל, הכרוכה ב'גילוי דעת' - אלא שנאלצו לקבל, אפילו בדוחק (ראה דברי ליפשיץ [לעיל, הערה 9], סוף עמ' 209), את מסקנת ה'סוגיה דשמעתין' - מסקנת הסתמא דתלמוד. זו הבחינה בין המקרים בדרך ה'אוקימתא', כמצוטט לעיל, אך ללא ראייה כלשהי (על המקור האפשרי לאוקימתא זו, ראה מ"ש"כ להלן, הערה 38). ייתכן, שהבחנתה מבוססת על אותו רעיון שבסיטתנו: מאחר ש'שכר' את הבית, הבית הוא בגדר 'קיימא לאגרא', מה שאין כן ב'הדר בחצר חבריו', שאין ידוע לנו על עמידתו להשכרה, ולכן הוא בגדר 'לא קיימא לאגרא'. מכל מקום, נראה שאוקימתת הסתמא היא חלק מתפיסת הסתמות את יסוד החסרון בסוגיה כולה (ראה להלן, בפנים). יצוין, כי אלמנט 'גילוי הדעת' אינו זר לסוגייתנו, שכן שורבב אליה רבות, מהיבטים שונים, על-ידי המפרשים והפוסקים עצמם, כגון בתוספות שם, ד"ה טעמא (וראה דבריו המפורשים של בעל 'יד רמה' להלן, הערה 46). ובמצוין באנציקלופדיה התלמודית, יב, עמ' 1, ז-1, יג-טו. ועיין גם בסוגיית בבא בתרא ה ע"א, בסיפור רבינא ורוניא.

27 המחקרים שנעשו בקטעים הפותחים במונח זה, מייחסים אותו אל הדורות המאוחרים, ואפילו אל הסבוראים. ראה: י"ש שפיגל, הוספות מאוחרות (סבוראיות) בתלמוד הבבלי, חיבור לשם קבלת התואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת תל-אביב תשל"ו, עמ' 28-37. בסיכומו הוא אומר: 'סוף דבר, אין ספק כי ישנן הוספות מאוחרות, ביאוריות, בצורת 'היכי דמי' אשר חדרו לדברי התלמוד. בדקתי את כל המקומות בתלמוד שבהם מוזכר בטוי זה והבאתי לכאן רק את המקומות שנראו לי כי יש בהם לחוק השערה זו'. שפיגל מציין (שם, עמ' 29) למחקר השיטתי הראשון שנעשה על מונח זה, אך לא הגיע ליידינו: 'לולא דמסתפינא הייתי אומר שכל הפיסקא המתחלת בה"ד (בהיכי דמי)' היא מרבנן דמפרשי שכן דרכם להשתמש בסימן דבור זה, כמו שהוכחתי במחקרי על הה"ד שבש"ס' (מדברי הרב י"י וינברג, שרידי אש, חלק ד, עמ' ק"ו, הערה 7. וראה גם שם, עמ' קכ"א, הערה 17). קיימות גם הערות חוקרים בנושא, שאינן נובעות ממחקרים שיטתיים. ראה: א' ווייס, התהוות התלמוד בשלמותו, ניו-יורק תש"ג, עמ' 241, הערה 85: '...ואני כאן רק אעיר על אי אלה ביטויים כאלה, שלפי הרגשתי יש להם איוה ערך בנדון זה, והם: ...היכי דמי ובמאי עסקינן. לא בדקתי את החומר הנתון ולכן אין גם בידי לדון עליו, אבל נדמה לי שעל יסוד ביטויים אלה אפשר יהיה באיזו מדה שהיא לעמוד על טיבו של סוג ידוע של הוספות מאוחרות...'. ראה גם: ב' דה-פריס, מחקרים בספרות התלמוד, ירושלים

מקור ב: הסתמא 'היכי דמי':

- א...ל: הדר בחצר חבירו שלא מדעתו,  
צריך להעלות לו שכר או אין צריך?  
(סתמא דתלמוד: היכי דמי? אילימא:  
בחצר - דלא קיימא לאגרא (שאינה עומדת להשכרה),  
וגבא - דלא עביד למיגר (דייר שאינו עשוי לשכור בתשלום), 5  
זה - לא נהנה, וזה - לא חסר [הוא]! <sup>28</sup> (ופשיטא שפטור).  
אלא: בחצר - דקיימא לאגרא, וגבא - דעביד למיגר,  
זה - נהנה, וזה - חסר [הוא]! (ופשיטא שחייב).  
לא צריכא: בחצר - דלא קיימא לאגרא, וגבא - דעביד למיגר  
(ולפי מסקנה זו: זה נהנה, וזה לא חסר). <sup>29</sup> 10

תשכ"ח, בדיונו במינוח שבתלמוד הבבלי, עמ' 223 ואילך, ומה שהעיר על 'היכי דמי' שם, בעמ' 225. וראה גם דברי הלבני, להלן, הערה 35. על כל המחקרים הללו, נראה לנו להוסיף את העובדה, שקטעי 'היכי דמי' בתלמוד, ערוכים ומסודרים בדרך המלמדת כי מי ש'קבע' אותם בתלמוד, ידע מראש את מסקנת ה'היכי דמי', ולכן הקפיד להביאה, באופן עקיב ושיטתי, כאחרונה מבין האפשרויות השונות שהוא מציע. עקיבות זו, לא ייתכן שאירעה, מבחינה סטטיסטית, במשא והמתן המקורי של הדברים. יש כאן אפוא עריכה מתודית ודידאקטית של האפשרויות העומדות לדיון ב'היכי דמי'. זאת ועוד, פעמים רבות ניתן להעלות ארבע אפשרויות או יותר בשעת חיפוש הנסיבות של ה'היכי דמי' (וכך אף בסוגייתנו! ראה להלן, הערה 29), ואף על-פי-כן, אין ה'היכי דמי' מציע אלא שתיים או שלוש בלבדו מכאן נראה, שכבר מראש, בשעת עריכת הדברים שבי'היכי דמי', ידע עורך ה'היכי דמי' את תוצאות חקירתו, ולפיכך, לא חשב שיש לטרוח ולציין את כל יתר האפשרויות, אשר ממילא תיפסלנה, ואף זה סימן לאיחורו היחסי. בכך פתרנו בדרך ספרותית את הבעיה, שנרמזה בתוספות על אתר (ד"ה זה אין נהנה), בשאלת האפשרות הרביעית, שבעל ה'היכי דמי' התעלם ממנה (ראה להלן, הערה 29, ושם גם הצענו פתרון אפשרי אחר).

הוא' נוסף בכתב-יד. וכן להלן, שו' 8. ובכ"י מן הגניזה חסר מכאן ועד 'לא צריכא' (שו' 7-8), אך קביל יותר שזו השמטה מפני הדומות ('חסר הוא'), מאשר לסבור שמתוך ארבע אפשרויות (ראה לעיל, הערה 27) הוא הסתפק בדחיית אחת בלבד, ומיד אחריה הביא מסקנתו 'לא צריכא'.

לא צוינה כאן האפשרות הרביעית: שהחצר עומדת להשכרה, והדייר אינו עשוי לשכור, היינו: 'זה לא נהנה, וזה חסר'. הפתרון הספרותי שניתן להציע הוא, שדרכו של התלמוד להציע שתיים או שלוש אפשרויות בלבד בעת חקירתו מסוג 'היכי דמי' (ראה לעיל, הערה 27). ואין להקשות,

(הסבר הבעיה): מאי? מצי אמר ליה (הנהגה): מאי חסרתין?  
או דלמא מצי אמר [ליה]<sup>30</sup> (הבעלים): הא איתהניתו!

במטרה להבליט את ניגודי התפיסות – או את הרחבת החלות של הבעיה – שבין השכבות השונות בסוגיה, ואף בין הסתמא 'היכי דמי' לבין הסתמות האחרות, נצטט להלן שתיים מתוך ארבע הסתמות האחרות (שם, כ ע"ב).

מדוע בחר אפוא דווקא באותן שלוש אפשרויות שנרשמו, שהרי ניתן להצדיק זאת בכך, שנקט דווקא את האפשרויות הקיצוניות: או ששני הנתונים שליליים (החצר אינה עומדת להשכרה, והדייר אינו עשוי לשכור), ואז – פשיטא שפטור, או ששני הנתונים חיוביים, ואז – פשיטא שחייב; ולבסוף – הוא נוקט את האפשרות שבה הוא דוגל למסקנה (וכן הוה גם ב'הוה אמינא' שבאותו הדיון בב"מ סד ע"ב). ברם, לפי הצעתנו דלעיל, אין מקום לקושיה כלל, שהרי האפשרות הרביעית היא מקרה טיפוסי לתיבעת נזיקין רגילה, שכל המסכת עוסקת בה (שהמוזיק, או בעל הממון שהוזיק, אינו נהנה מן הנזק), והיה אפוא מיותר לציינה. יצוין, כי בעלי התוספות ראו באפשרות הרביעית מקרה של 'גרמא בנויקין' (שם, כ סע"א, ד"ה זה אין נהנה), ופטרוהו, אפילו אם הדייר גירשו מביתו ונעל הדלת בפניו. אולם, רוב הפוסקים חלקו עליהם מנימוקים שונים, המסירים מכאן את עניין 'גרמא' (ראה אנציקלופדיה תלמודית, יב, עמ' יא-יב). אכן, ספק הוא אם מקרה זה נופל בתוך הגדרת 'גרמא', שהיא עצמה פרובלמאטית ביותר, ונתקשו בהגדרתה המפרשים והפוסקים (ראה בעיקר: אנציקלופדיה תלמודית, ו, עמ' תסא-תסד; ש' אלבק, פשר דיני הנזיקין בתלמוד, תל-אביב תשכ"ה, עמ' 33-44, ובהערה 2 שם; ש"י פרידמן [מהדיר], פירוש רבינו יהונתן הכהן מלוניל [על המשנה והרי"ף מסכת בבא קמא], ירושלים-ניו-יורק תשכ"ט, נספח, עמ' 393-400). נראה לנו, שאם נאחז בהגדרתו של אלבק, שאותה הוא מעגן במקורות (אך אינו מבחין בהם בצדדים הספרותיים והכרונולוגיים. ראה גם האמור לעיל, סוף הערה 25), אין כאן 'גרמא': 'אדם חייב בנזק שנגרם בסופה של שרשרת מעשים שהוא היה הסיבה להם, אם היה עליו להעלות על דעתו שנוק זה ייגרם בסופו של דבר, כיוון שדרך בני אדם להעלות דבר זה על דעתם ולהישמר מכך. אבל אם הנזק רחוק כל-כך, שאין דרך בני אדם להעלותו על דעתם, הרי זה גרמא בנויקין, ואף הוא לא היה צריך להעלותו על דעתו ופטור' (שם, עמ' 44). הוא הדין, לדעתנו, בנידון דנן: מי שדר בחצר חבירו, כשזו עומדת להשכרה, אינו יכול לטעון שלא יכול היה לצפות מראש את הנזק שייגרם לבעלים, ולפיכך, אין סיבה לפטרו. וראה עוד האמור להלן, הערה 39.

מקור ג: הסתמא שעל משנת 'המקיף חבירר' (ב"ב א, ג):  
תנן: <sup>31</sup>המקיף חבירו משלש רוחותיו,  
וגדר (המקיף) את (הצלע) הראשונה, ואת השניה ואת השלישית,  
אין מחייבין אותו (את הניקף, להשתתף בהוצאות הגדר).  
(דיוק): הא (אם גדר המקיף גם צלע) רביעית - מחייבין אותו.  
5 (מסקנה: שמע מינה: זה (הניקף) נהנה, וזה (המקיף) לא חסר  
(שהרי את שדהו שלו גדר) - חייב (הנהנה לשלם).  
(דחיית המסקנה: שאני התם, דאמר ליה (המקיף): 'את גרמת לי  
הקיפא יתירא' (ואני 'חסר' עקב מיקום שדך בין שדותיי).<sup>32</sup>

מקור ד: הסתמא שעל משנת 'הבית והעלייה' (ב"מ י, ג)  
הבית והעלייה (קומה עליונה) של שנים, שנפלו (שתי הקומות).  
אמר בעל העלייה לבעל הבית לבנות (ביתו), והוא (בעל הבית)  
אינו רוצה, הרי בעל העלייה בונה (באותו מקום) בית ויושב בה,  
עד שיתן לו (בעל הבית) יציאותיו (הוצאות הבניה)...  
5 רבי יהודה אומר: אף זה (בעל העלייה) דר בתוך של חבירו<sup>33</sup> -  
צריך להעלות לו שכר (דירה).  
(מסקנה: שמע מינה: זה (בעל העלייה שדר בבית) נהנה,  
- וזה (בעל הבית, שלא רצה לבנות, ודר במקום אחר) לא חסר -

31 'תנן' - בכל הנוסחאות, וכן בסוגיה שעל משנה זו, בבא בתרא ד ע"ב. אולם, מאחר ש"תנן"  
מציין משנה קרובה ולא רחוקה (ראה: י"ג אפשטיין, מבוא לנוסח המשנה, מהדורה שנייה,  
ירושלים-תל-אביב תשכ"ד, עמ' 814-815, והערה 1 שם), לא היה כאן, בסוגייתנו, מקום  
להציע הדברים ב'תנן', אלא ב'תא שמע'. מכאן, שהפסקה 'תנן המקיף...' הא רביעית מחייבין  
אותו' היא העברה מבבא בתרא (ששם המונח מתאים), כשבסופה נעשה יישום הדברים לבעיה  
דנן: 'שמע מינה זה נהנה' וכו'.

32 וראה המחלוקת על אתר, אם המדובר בגדר הפנימית שבין שדותיהם (רש"י), או בגדר  
החיצונית, המקיפה את שני השדות מבחוץ (תוספות).

33 כך הנוסח הנכון, כבכל כתיב-היד, הן לסוגייתנו כאן, והן למשנה ב"מ י, ג. אבל בדפוסים  
צוטטה המשנה, כנראה, מתוך אשגרת הלשון שבסוגיה, כך: 'אף זה הדר בחצר חבירו שלא  
מדעתו...'. זאת ועוד, לוי היה הנוסח שבדפוסים נכון, הרי שבמקום להתלבט כה רבות, יכלו  
האמוראים בסוגייתנו לפתור את בעיית 'הדר בחצר חבירו' בדרך של 'תנאי היא' (מחלוקת תנא  
קמא ור' יהודה), או שלפחות יכלה הסוגיה לשאול: 'לימא כתנאי'.

חייב (הנהגה בתשלום שכר דירה).

10 (דחיית המסקנה): שאני התם, (שחייב) משום שחרוריתא דאשייתא (שהכתלים החדשים הושחרו משימוש הדייר, והבית ניוזק).<sup>34</sup>

נגסה עתה לבחון את התהליך, שדרכו עברו הסתמות הללו מן ההגדרה האמוראית של הבעיה ('הדר' וכו') אל ההגדרה 'זה נהנה וזה לא חסר'. הסתמא 'היכי דמי' (השואלת: באילו נסיבות מדובר?) לא ראתה לנגד עיניה אלא את בעיית 'הדר בחצר חבירו שלא מדעתו', שהרי אותה היא באה לפרש. מסיבה זו היא שמרה על המסגרת האמוראית של הבעיה: היא הקפידה שהנסיבות תישארנה בתחום דיני שכירות, היינו: דייר העושה שימוש ברכוש חברו - אך ללא רשותם של הבעלים - ולאחר מעשה, הוא נתבע לשלם (שכר דירה) על הנאתו. סתמא זו מיקדה את הבעיה - לשיטתנו: בעקבות דברי רבא, כמפורט להלן - בשני נתונים עיקריים: טיב 'הנאה' של הדייר (אם היה עשוי לשכור, אם לאו), ותוצאתה האפשרית לגבי 'חסרון' הבעלים (אם הרכוש עמד להשכרה, אם לאו).

תוך כדי חקירת הנסיבות, השתמשה הסתמא 'היכי דמי' בצירופי הלשון: 'זה נהנה/לא נהנה', 'זה חסר/לא חסר'. לשונות אלו, וההבחנות שבין חיוב ושלילה שבהן, נראות כחיקוי לשונו של רבא (לעיל, מקור א, שו' 8-10), בדברי הביקורת שמתח על דעת רמי בר חמא. לרבא עצמו כמעט שלא היתה בררה אלא לנקוט לשונות אלו, על היסודות המשפטיים שבהן ('הנאה' ו'חסרון'), כפי שעולה מהקשרם של דבריו שם. בביקורתו הוא נדרש ספציפית למשנה, וזו הרי מיקדה את ההלכה ביסוד 'הנאה' באמרה: 'אם נהנית משלמת מה שנהנית'. רמי בר חמא הקיש 'הנאה' זו להנאת הדייר בבעיית 'הדר בחצר חבירו'. רבא הסכים להיקש זה רק מן ההיבט של יסוד 'הנאה', אך חלק עליו ביסוד רלוואנטי אחר - יסוד 'חסרון' - כפי שכבר הארכנו בכך לעיל. הנה אפוא בביקורתו נאלץ רבא לציין במפורש את שני היסודות הללו: 'הנאה' - שהיתה הנקודה הבסיסית, הן במשנה והן בהיקש של רמי בר חמא, ובקיומה לא כפר גם רבא; ו'חסרון' - שבאמצעותו הצביע רבא על הטעות בהיקשו של רמי בר חמא. מכאן, שהצירוף של שני יסודות אלו, יצר בדברי רבא, באופן טבעי, את מטבע הלשון: 'זה נהנה וזה חסר' - כמתארת את המצב במשנה, ו'זה נהנה וזה לא חסר' - כהדגשת הנסיבות השונות במקרה של 'הדר בחצר חבירו'. מסתבר אפוא שהסתמא

34 וכביאר רש"י: 'אבל בית ישן - לא'.



'היכי דמי' אימצה את מטבע הלשון מיסודו של רבא.<sup>35</sup> אף נמצינו למדים, כי רבא עצמו לא נתכוון להמיר את ההגדרה האמוראית בהגדרה 'זה נהנה וזה לא חסר', שהרי התמקדותו בשני יסודות אלו בלבד, לא היתה אלא תוצאה מן הנסיבות המקריות שנכללו בהיקשו של רמי בר חמא.

נבחן עתה את התפיסות שבקטעים הסתמיים. אף לולא ההפרדה הכרונולוגית ביניהן, כשיטתנו, חשובים הם עצם ההבדלים ביניהן. דוק ותמצא, שאף בחקירת הנסיבות של הסתמא 'היכי דמי' מטבע לשון זו עדיין אינה משמשת כהגדרה חדשה של הבעיה (ראה שו' 2-10). אין כאן אלא ניתוח הנתונים וחקירתם לפי שתי אמות המידה

35 ראה האמור לעיל, הערה 21. מניתוח זה של הדברים, נסיק להלן, בדברי הסיכום, שיש הבדל חשוב נוסף בין דעת רבא לבין הסתמא 'היכי דמי'. כבר לפני שנים מספר, נוכחתי בהבחנה הכרונולוגית שציינתי כאן, ועמדתי עליה במפורט בהרצאתי בסמינריון המחלקה לתלמוד באוניברסיטת בר אילן, כסלו תשמ"ח (ראה האמור במאמרי "מניינא למעוטי מאי" ו"מניינא למה ליה" - מן השאלות התלמודיות הנושאות אופי סבוראי', מחקרים בלשון העברית ובספרות התלמודית [לזכר מנחם מורשת], הוצאת אוניברסיטת בר אילן, רמת-גן תש"ן, עמ' 101, הערה 83). לאחר זמן, מצאתי במאמרו של האוט (לעיל, הערה 1), עמ' 36, הערה 28, שבהרצאת ד' הלבני, בסתו 1985 (ראה עתה בספרו: מקורות ומסורות, בבא קמא, ירושלים תשנ"ג, עמ' עג-עד), טען הלבני, שהקטע 'היכי דמי' (לעיל, מקור ב) מקורו בעורכים הסתמאים של הסוגיה לדעתו, מקור ההגדרה 'זה נהנה וזה לא חסר' הוא בסתמאים, ולפיכך היא מאוחרת, ולא היתה ידועה לאמוראים (ראה האוט, שם, עמ' 38). בעובדה שההגדרה נמצאת בדברי האמורא רבא (ראה לעיל, על יד הערה 21), היה כדי לסתור את דעתו, ולכן הציע הלבני - שלא כדעתנו כאן - שאין זו אלא תוספת סתמית מאוחרת לדברי רבא. בעקבות זאת, חיווה הלבני את דעתו (שם) בנספח, עמ' 61, כי ייתכן שהאמוראים תפסו את בעיית 'הדר בחצר חברו', אפילו כשהבעלים 'חסרים' מכך (כשהחצר 'עומדת להשכרה'), והנתון 'זוה אינו חסר' מקורו בסתמא (ואף זאת, שלא כדעתנו). על כך יש עוד להעיר: (1) איחורו של הקטע 'היכי דמי' בסוגייתנו נובע מדעות החוקרים שצוינו לעיל (הערה 27), ואשר לפיהן כלל הסוגיות הפותחות ב'היכי דמי' הן מאוחרות; (2) האוט מוסיף (שם, בהערה 38) שהביטוי 'זה נהנה' וכו' אינו נזכר בדברי האמוראים והסתמות גם במקבילות שבב"ק צו ע"א, ובב"מ סד ע"ב-סו ע"א. נוסף על כך: שגם בדיון התלמודי שעל משנת 'המקיף את חברו' (ב"ב ד ע"ב-ה ע"א) ומשנת 'הבית והעלייה' (ב"מ ק"ז ע"א-ע"ב) אין הוא נזכר, למרות שבסוגייתנו הובאו המשניות הללו כניסיונות לפתור את בעית 'זה נהנה'. וכן אין הוא נזכר בב"מ צט ע"ב. יתרה מזו, אפילו בספרות הגאונים לא מצאנו ביטוי זה (ראה מאמרנו [לעיל, הערה 1], עמ' 98), וכן מש"כ להלן, הערה 36, על 'לימא קסבר'.

- קרי: שני היסודות - שהובלטו בדברי רבא. לעומת זאת, הסתמות שעל המשניות 'המקיף' ו'הבית', כבר מתייחסות אל מטבע לשון זו כאל הגדרה חדשה של הבעיה האמוראית, שהרי בניסיון לפתור את הבעיה, אין הן אומרות: 'שמע מינה הדר' וכו', אלא: 'שמע מינה זה נהנה' וכו' (כך ארבע פעמים).<sup>36</sup>

לעובדה זו, שהסתמות שעל המשניות 'המקיף' ו'הבית' התייחסו להגדרה שונה של הבעיה, היתה, לדעתנו, השפעה על אופי הבעיה ותפיסותיה. ההגדרה 'הדר בחצר חבירו שלא מדעתו' היא קזואיסטית וקונקרטי, ולעומתה, 'זה נהנה וזה לא חסר' היא הגדרה מופשטת ורחבה, שאינה מייחסת חשיבות לנסיבות הספציפיות, כפי שעוד יודגם להלן. לפניה אין עומדת אלא בעיה עקרונית: 'זה אמנם נהנה' משל חברו, אך הנאתו אינה גורמת לחברו הפסד, ומשאירה אותו בגדר 'לא חסר'. על רקע זה נוכל להבין כיצד אירע, שהסתמא שעל משנת 'המקיף' אינה חוששת לחרוג מתחום השכירות - שבו עסקו, כאמור, הן האמוראים, והן הסתמא 'היכי דמי' - ולהסב את הדיון אל תחום השכנות והשותפות. כמו כן, סתמא זו וסתמת 'הבית' סטו בנקודות נוספות מן הנתונים הבסיסיים של ההגדרה האמוראית,<sup>37</sup> אך אנו נתרכז להלן בסטיות שחלו ביסוד 'העדר החסרון', ובאלו הכרוכות בו. האמוראים לא הזכירו את יסוד 'העדר החסרון' לבעלים, ולכן נמנעו מלנקוב בדוגמה כלשהי של סוג 'חסרון'. אולם הסתמא 'היכי דמי' - שכאמור, שמרה על המסגרת האמוראית של הבעיה - הדגימה את הדבר, ולא העלתה אלא אפשרות של 'חסרון' מסוג אחד: מניעת רווח מן הבעלים.<sup>38</sup> לפי תפיסה זו, דייר העשוי לשכור, שפלש לחצר העומדת להשכרה, יוצרת

36 שתיים מהן צוטטו לעיל, בסתמא שבמקור ג, שו' 5, ובסתמא שבמקור ד, שו' 7. ואין לטעון שגא העדיפו ב'שמע מינה' את ההגדרה 'זה נהנה' מפאת היותה קצרה יותר, שהרי בסיפור רב נחמן והיתומים (שם כ א ע"א) שאלה הסתמא: 'לימא קסבר רב נחמן הדר בחצר...'. (וזה ראייה נוספת, לכך שהסתמות שבסוגיינו, הן עצמן אינן מעור אחד, לא בתפיסותיהן בלבד, כאמור, אלא אפילו התייחסויותיהן מכוונות כלפי הגדרות שונות של הבעיה. והשווה עם דעת הלבני, לעיל, הערה 35). ברם, עיקר ראייתנו היא מן העובדה, שבסתמות הללו השתנו התפיסות המשפטיות, כפי שהוכחנו בהצאתנו (לעיל, הערה 1), וכפי שמודגם במאמר זה, ובעיקר להלן.

37 ראה מאמרנו 'לזיהויין' (לעיל, הערה 1).

38 כך עשתה פעמיים אף הסתמא שבסוף הסוגיה (שם כ א ע"א) בתשובתיה לקשיה 'תרת'זו', בהשיבה: 'הא דקיימא לאגרא, הא דלא קיימא לאגרא' (ראה לעיל, הערה 26). ובדרך דומה, הלכה הסתמא שם להלן, בסיפור על רב נחמן והיתומים (ע"ש). וכן הוא במקבילה שבב"מ סד ע"ב. ייתכן כי הבחנה זו, יסודה בהבחנה שערך רב פפא בנושא דומה: 'התוקף ספינתו של חבירו', שם הוא אומר: 'הא דעבידא לאגרא, הא דלא עבידא לאגרא' (ב"ק צז ע"א).

פעולתו זיקה בין 'הנאתו' לבין 'חסרון' הבעלים: מאחר שהדייר מנע מן הבעלים קבלת 'הנאה' (שכר דירה) מדיירים פוטנציאליים אחרים, מטילים עליו את שיפוי הבעלים, ויהא עליו לשלם שכר דירה במקומם.<sup>39</sup> לאור דברים אלו, נערוך להלן השוואה

39 לדעתנו, אין זה הכרחי שהאמוראים היו מסכימים עם תפיסה זו. מבחינתם, אין זה משנה אם הדייר ביצע נזק פיזי לחצר, או אם מנע רווח מן הבעלים (שאין זה 'גרמא'. ראה לעיל, הערה 29), שהרי בשניהם יוכל לתבוע את הדייר בתביעת נזיקין. אלא שאם ביצע נזק פיזי, יתבענו הבעלים בתביעה נוספת – שהיא עיקר הבעיה האמוראית – על ההנאה שנהנה מרכושו. ברם, אם מנע ממנו רווח, תביעת הנזיקין תהא וזה לתביעה בגין ההנאה, כפי שהוסבר לעיל, בפנים, וכפי שיודגש להלן. יתרה מזו, נראה שגם ההנחה של הסתמא 'היכי דמי' – האומרת שהדייר ייחשב ל'נהנה', דווקא כשהיה 'עשוי לשכור' – אינה מחויבת, לפי תפיסת האמוראים. אמנם, אם היה 'עשוי לשכור', יש סבירות גבוהה יותר של מוכנות מצדו לשלם, היינו, ש'גמר בדעתו' לשלם (ראה לעיל, הערה 25 ועל דעה), אך הסבירות תיתכן אף במקרה שלא היה עשוי לשכור, או במקרה שלפחות אין אנו יודעים אם הרגלו וכוונותיו כך היו.

לאור האמור כאן (ובהערה 29, לעיל) יש לשאול, אם האפשרות השנייה שב'היכי דמי' (שהדייר עשוי לשכור, והחצר עומדת להשכרה) אינה מיותרת: מה לי שהיה עשוי לשכור, היינו שנהנה, הרי אפילו לא נהנה – יהא חייב, בגין הנזק שגרם לבעלים! לשיטת בעלי התוספות (לעיל, הערה 29), אין מקום לשאלה זו, שהרי פטרוהו במקרה זה, אך כאמור, דעתם זו קשה, ואכן חלקו עליהם רוב הראשונים (שם). נראה אפוא ליישב זאת כך: אכן, אֲזֹכּוּר הַנְּתוּן 'שהיה עשוי לשכור' מיותר, אך הסתמא לא נקטה זאת אלא משום שדרכה הדידאקטית היא לנקוב באפשרויות הקיצוניות לשני הצדדים, כמבואר לעיל, הערה 29. והדברים מסתברים לאור סיבה ודרך עריכתה של ה'היכי דמי', כמצוין לעיל (הערה 27). אם נכונה היא דרך זו של הבנת ה'היכי דמי'. הרי נובע ממנה, שהיא לא סתמה מתפיסת יסוד 'העדר החסרון' של האמוראים. אף היא, כמותם, מבינה, שאם הויק הדייר לחצר (הן נזק פיזי, והן נזק צפוי של מניעת רווח) יהא חייב על כך בגין תביעת נזיקין, ללא קשר להנאתו או אי-הנאתו מן החצר. ליפשיץ (לעיל, הערה 9) הסביר (בעמ' 209) את שיטת אלבק בעניין 'גילוי דעת' (לעיל, הערה 25) כשיטת ה'הסכסם מכללא', הידועה במשפט האנגלי, ואמר כי לפיה 'החסרון הנגרם למהנה הוא הסיבה המביאה אותנו להנחה, שהנחתה התכוון לשלם עבור הנאתו, שכן זו גרמה לנזק, ולהפך – העדרו של החסרון מלמד על כוונה שלא לשלם'. לפי הסברנו דלעיל אין שום חובה לומר כך, שהרי במקרה שהנהנה הויק, אין סיבה הכרחית מצדו ליגמור בדעתו 'שלם בגין הנאתו, שהרי יוכל לצפות שהבעלים יתבעוהו בתביעת נזיקין נפרדת, ומן התשלום בגין ההנאה יהא סבור שהוא פטור. ואכן, בסברה זו, הכזענתנו, דוגל ר' משה מטראני (קרית ספר [הדפסה חדשה: ירושלים תש"ל], הלכות גזילה ואבידה, פרק ג, עמ' 506): 'וכן הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, נראה דאין חייב

ספציפית בין הסתמות שעל משניות 'המקיף' ו'הבית' ובין הסתמא 'היכי דמי', ונצביע על השינויים שחלו בהן באשר ליסוד ה'חסרון'. דוק ותמצא, שההבחנות דלהלן, הן רלוואנטיות מבחינה משפטית לפסיקת הדין, והשינויים מצביעים אפוא על שינויים תפיסתיים של הבעיה. ההתעלמות של בעלי הסתמות עצמם מן ההבחנות שצוינו להלן, אינה יכולה להיות מובנת, לדעתנו, אלא על רקע העובדה, שהם לא נדרשו בשעת הדיון לבעיה האמוראית הקונקרטית 'הדר בחצר חבירו', אלא לבעיה הסתמית, המופשטת, 'זה נהנה וזה לא חסר'.

א. בהצעת ה'היכי דמי' – קיימת זיקה הגיונית בין הנוק לבין הפיצוי עליו. את הפסדו של הבעלים, אף שאינו נזק ברכוש עצמו, ניתן לתלות באשמתו של הדייר, שידע, או שהיה עליו לדעת, שה'חצר עומדת להשכרה', וכדברי התוספות: 'דכל זמן שרואין את זה עומד בביתו, אין מבקשין ממנו להשכיר' (שם, ד"ה זה נהנה), והוא הוא שמנע מהם רווח.<sup>40</sup>

לעומת זאת, הסתמא של 'הבית והעלייה' אינה נמנעת מלהציע אפילו מקרה, שבו הפסד הבעלים (הבלאי הגבוה, יחסית, לכותלי הבית) אינו יכול להיות בר-תביעה, שכן אין לתלותו באשמת הדייר, מכמה סיבות. ראשית, בניגוד ל'הדר בחצר חבירו', שימוש בבית לא נעשה אלא מאונס, שהרי 'בעל הבית' לא רצה לבנות את הבית. שנית, השימוש בבית והדיור בו, נעשו בהיתר מפורש של חכמים,<sup>41</sup> ולפיכך רשאי בעל העלייה לדור שם אף לכתחילה, ואפילו בעל כורחו של בעל הבית, מה שאינו כן ב'הדר בחצר חבירו'. שלישית, הפסדו של הבעלים מהשחרת הכתלים, לא נבע משימוש חריג שעשה הדייר בבית, שהרי היה נגרם גם לו ישבו שם הבעלים עצמם.

ב. בהצעת ה'היכי דמי' – ערך שכר הדירה שמשלם הנהנה חופף במדויק את ערך הנוק שגרם לבעלים, במנעו מהם שכר דירה מדיירים אחרים. לעומת זאת, לפי סתמת 'הבית והעלייה' – אין צורך בשום שוויון בין שני הערכים הכספיים

מן התורה אלא כמה שחסר הבית, כיוון שלא ירד בה בתורת שכירות'. וכן ראה דעת הרמ"ה, להלן, הערה 42.

40 ראה האמור לעיל, סוף הערה 29.

41 תנא קמא פוסק: 'הרי זה בונה בית ויושב בה...', ואף ר' יהודה מסכים עמו בכך, אלא שסובר, שכיוון שנהנה מדיורו בבית, עליו לשלם תמורת הנאתו: 'אף זה דר... צריך להעלות לו שכר, אלא בעל העלייה בונה את הבית ואת העלייה (שאו יוצא שאינו נהנה מהבית)... ויושב בבית עד שיתן לו את יציאותיו'. ועיין בדברי ר' יוחנן, ב"מ ק"ז ע"ב, ובקושיית התלמוד: 'ודלמא עד כאן' וכו'.

הללו. הנזק לבעלים לא היה אלא מועט ('שחרוריתא דאשייתא'), ואף-על-פי-כן, מגלגלין על הדייר תשלום גבוה יותר,<sup>42</sup> ומכל מקום, אין הוא נמדד לפי שיעור הנזק.

ג. לפי הצעת ה'היכי דמי' – הזיקה בין 'חסרון' הבעלים לבין 'הנאת' הדייר, ברורה והגיונית. הדייר משלם שכר דירה, במקומם של הדיירים הפוטנציאליים, שאת שכר הדירה שלהם הוא מנע, כאמור, מן הבעלים.

אך במקרה שמציעה הסתמא של 'הבית והעלייה' – נראית הזיקה שבין ה'חסרון' ו'ההנאה' כמעט שרירותית: כאמור, אין עילה הלכתית לתבוע את הדייר בגין החסרון ('שחרוריתא דאשייתא') שנגרם לבעלים, ואף-על-פי-כן, טוענת הסתמא, שתשלום שכר הדירה נובע מחסרון זה. הרי שמפאת העדר העילה לתבוע בגין ה'חסרון' מגלגלין עליו תשלום אחר: עבור הנאתו.<sup>43</sup>

הבדלים בולטים עולים גם מהשוואת הסתמא שעל משנת 'המקיף חבירו' לבין הסתמא 'היכי דמי'. הניסיון להקיש ממשנה זו אל בעיית 'זה נהנה וזה לא חסר' נדחה, בטענה, שבמשנה הבעלים הם בגדר 'חסר'. לפי זה, התשלום שמשלם הנהנה (הניקף) בעד מחצית הוצאות הגדר, הוא מפני שגרם לבעלים (למקיף) 'חסרון' – 'הקיפא

42 כך מוסכם על רוב הראשונים. ראה: תוספות שם, כא ע"א, ד"ה ויהי ובכתובות ל ע"ב, ד"ה לא צריכא (ולפי דעתם שם: אפילו אם הנזק היה פחות משווה פרוטה); הרשב"א בחידושו על אתר, ד"ה שאני התם משום שחרוריתא דאשייתא; הרא"ש על אתר, סוף סימן ו; 'נימוקי יוסף' (בשם הרא"ש והריטב"א) על אתר, סוף ד"ה בציבי ותבנא ועוד. לעומתם, פסק הרמ"ה, שאינו מחויב לתת לו יותר ממה שעולה אותו הפסד (ראה שם ב'נימוקי יוסף' וב'שלטי הגיבורים'. וכן ראה דברי ר"מ מטראני, לעיל, סוף הערה 39). שיטתו תואמת, לדעתנו, את ההיגיון שבתפסות האמוראים והסתמא 'היכי דמי', כפי שהצגנו אותן לעיל. שיטה קיצונית יותר, היא זו של בעל 'קצות החושן', סימן סג, ס"ק ד: 'ונראה דשחרוריתא דאשייתא לא מיחייב מדין מזיק, כיון דאם ישכור פועל ללבנו – הדרא ללבנוניא ... דאע"ג דצריך הוצאה, אינו אלא גרמא ופטור, אלא היכא דנהנה מתחייב על הנאתו, כיון דגרם לזה חסרון, וכמו באומר "את גרמת לי הקיפא יתירא", דודאי אין בזה משום דין מזיק, אלא אם נהנה חייב לשלם מה שנהנה, כיון שזה מיהא חסר על ידו. אבל היכא דלא נהנה, אינו חייב בעד שחרוריתא, דאין בזה משום מויק'.

43 ועיין בדעת הרמ"ה (בהערה הקודמת), שאכן חשב, שאין זה מתקבל על הדעת. ומה שחלקו עליו רוב הראשונים (שם), נראה שאין זה אלא משום שכך הבינו, ובצדק, את פשט דברי הסתמא 'שאני התם (שאינו משלם לו שכר דירה, לפי ר' יהודה, אלא) משום שחרוריתא דאשייתא', ולא יכלו לפסוק בניגוד למסקנה זו.

יתירא'. נבחן את ההשוואה לאור טענה זו, ונראה, שלמעשה, רוב ההבדלים שעליהם נצביע, נובעים מן העובדה, שבמשנת 'המקיף' אין מדובר כלל ביחסי שוכר-משכיר, אלא ביחסים שבין שכנים או שותפים. כדי להציג תמונה שלמה יותר, נביט גם אל טיבו של יסוד ה'הנאה' שבמשנת 'המקיף'.

ראשית, בניגוד לכלל הנקוט ב'היכי דמי', התשלום מצד הניקף אינו נמדד לפי ערכה של 'הנאה' מסוג זה בשוק, אלא קיים כאן תשלום מוגדר וקבוע - מחצית מהוצאות הגדר. שנית, בעוד ב'היכי דמי' מבוצע התשלום על הנאה שחלה בעבר, הרי הנאת הניקף שבמשנה ממושכת היא, ותימשך גם בעתיד. שלישית, תשלום מחצית ההוצאות שמשלם הניקף, מקנה לו זכויות חוקיות כלשהן על הנכס (הגדר) שממנו הוא נהנה, מה שאין כן בנהנה מחצר חברו. רביעית, חיובו של הנהנה בתשלום אינו נובע רק מעצם העובדה שנגרמה לו הנאה מנכס הבעלים (הגדר), אלא גם מן העובדה, שהיחסים המשפטיים שביניהם, מאפשרים להחיל עליו חובות מהלכות שכנות ושותפות, ולכופו בתשלום זה.<sup>44</sup>

נבחן עתה את ההבדלים שבתפיסת יסוד ה'חסרון' בשני המקרים, הדומים להבדלים שכבר ציינו לעיל, בהשוואה עם הסתמא של 'הבית והעלייה'.

א. לפי מסקנת הסתמא שעל משנת 'המקיף', הנהנה (הניקף) אינו משלם רק את ערך ה'חסרון' שגרם לבעלים ('הקיפא יתירא'), אלא מגלגלין עליו תשלום גדול מזה,<sup>45</sup>

44 בדרך אחרת ניתן לומר, כי במשנת 'המקיף' - די בעובדה שהנהנה 'גילה דעתו' שנוח לו בהנאה (אפילו אם זו נכפתה עליו על-ידי הבעלים עצמם), כדי שנוכל לחייבו בתשלום (כך לפי ר' יוסי, שהלכה כמותו, כפי שנפסק בב"ב ד ע"ב-ה ע"א, בשם שמואל, ובסיפור על רבינא ורוניא, וראה גם התוספות בסוגייתנו, שם, כ ע"ב, ד"ה טעמא). לעומת זאת, ב'היכי דמי' - לפי הסברנו דלעיל - לא די בעובדה, שהדייר 'גילה דעתו' כי נוח לו בהנאה זו, אלא יש גם להוכיח ש'גילה דעתו' שהוא מוכן לשלם על הנאה זו. נציין כי החלת החובות המשפטיות של הלכות שכנות ושותפות, וכן שאלת היקף הזכויות המשפטיות של הניקף על הגדר - אחר ששילם מחצית ההוצאות - תלויות, במידה רבה, בשאלה אם את מחצית עובייה של הגדר מיסם המקיף בשטחו של הניקף, או רק בשטחו שלו. ראה דברי הרמב"ם, הלכות שכנים, ג-ד, וב'מיד משנה' שם.

45 אכן, כך הבינו זאת התוספות לכתובות ל ע"ב, ד"ה לא צריכא והראשונים, שפסקו אף הם, שאם הויק מעט - משלם הכול, היינו גם על ההנאה (ראה לעיל, הערות 42-43), לא הביאו לכך ראיה מן התירוץ של 'הקיפא יתירא', אלא מזה של 'שחרוריתא דאשייתא', כנראה, משום שהבינו - כהסברנו לעיל - שהתשלום אינו רק על הנאתו, אלא אף על השתתפות בהוצאות הגדר.

ומכל מקום, אין כאן שוויון בין שני הסכומים. לא כך הוא הדבר, כאמור, בתפיסת ה'היכי דמי'.

ב. הסתמא של 'המקיף' מחייבת את הנהגה בתשלום, למרות שאת 'חסרון' הבעלים אין לתלות כלל באשמתו של הנהנה: (1) מי שיזם את הפעולה (בניית הגדר) שגרמה להנאה, לא היה הנהנה, אלא הבעלים, שכפו על הניקף את הגדר, מה שאין כן בנהנה מחצר חברו;<sup>46</sup> (2) ה'חסרון' מסוג ה'הקיפא יתירא' של הבעלים, נגרם, בסופו של דבר, מעצם מיקומם של שדות הניקף בין שדותיו של המקיף, עובדה שהיתה קיימת זה זמן, ועל כן ודאי אין לטעון שהנהנה עשה שלא כדין (ואפילו הפעולה שגרמה להנאה – בניית הגדר – היתה לגיטימית, ומופרת בהלכות שכנים). לעומת זאת, הנהנה מחצר חברו, ודאי עשה שלא כדין בפלישתו לרשות חברו, ובשימוש בה ללא רשות הבעלים. נוכחנו אפוא בתפיסתן של הסתמות שבסוגיה, בהשוואה שבינן לבין עצמן, ובינן לבין תפיסת האמוראים. התעלמותן, הן ב'הוה אמינא' והן אליבא דמסקנתן, מן ההבחנות המשפטיות דלעיל, יכולה להעיד שהבחנות אלו אינן רלוואנטיות לפי תפיסתן. להלן ננסה לנמק את גישתן זו. כמו כן, נתברר, שדחיותיהן את ההיקשים מן המשניות התבססו על שוני בנתון אחד בלבד, כשהן מתעלמות מן השוני ביתר הנתונים, שאותם פירטנו לעיל.

נסכם אפוא את השתלשלותו של יסוד ה'חסרון' בסוגייתנו:

1. מקומו של יסוד 'העדר החסרון':

בהגדרה האמוראית – 'הדר בחצר חברו שלא מדעתו' – לא ראו האמוראים צורך

46 והשווה עם קושיית התוספות ותירוצם (שם כ ע"ב, ד"ה הא איתהנית) בעניין 'תחב לו חברו בבית הבליעה' (כתובות ל ע"ב), שאף שם יוזמי הנאה היו הבעלים (וראה גם האמור להלן, הערה 49). ונראה שעניין הזומה בא לידי ביטוי בדברי ר' מאיר הלוי אבולעפיא, 'יד רמה' לבי"ב ד ע"ב (הדפסה חדשה, 'ירושלים תשל"ב, עמ' 6 [חלק מההדגשים דלהלן הם לעניין המצוין לעיל, סוף הערה 26]): 'ומנא חימרא דאי גלי אדעת' מעיקרא דלא ניחא ליה, לא מחייב למיתב ליה לפי מה שגדר? דאי ס"ד מחייב, אלמא מצי למיכפי' להאי הנאה על כרחי, אי הכי מעיקרא נמי נחייבי' למיגדר בהדיהו אלא מדלא מחייבין ליה מעיקרא למיגדר בהדיה ש"מ טעמא דמילתא לאו משום דיכול למיכפייה להאי הנאה על כרחיה הוא, אלא משום דאיכא למימר דמינה ניחא ליה בהאי גדר... ולא כל כמיניה לאהנוי על כרחיה אדעת' דחייבי' ממונא. הא למה זה דומה? ליורד לתוך שדה חברו, ונטעה שלא ברשות ... לא הוה מחייבין ליה לא מידי. עד דמגלי אדעתיה דניחא ליה' ('על יורד לתוך שדה חברו' ראה עתה: א' ורהפטיג, שנתון המשפט העברי, יג [תשמ"ו], עמ' 65-120). בעניין יזמת המהנה, העיר גם מ' מניקוביץ, מחקרים במשפט התלמודי (מיוסדים על פסקי הרמב"ם), ירושלים תשס"ז, עמ' 118.

לנקוב בנתון של 'העדר החסרון' לבעלים, אף שהיה ברור להם, ואף נזכר במפורש בדברי רבא ורבי אמי. מחוץ לנתון 'שלא מדעתו', נמנעו האמוראים מלנקוב בשום נתון מפורש נוסף. אך נראה, שהנתונים הבסיסיים של בעייתם, מתבהרים הן מן ההגדרה הנסיבתית והקוואיסטית של בעייתם, כמתואר בהשוואתנו לעיל, והן מניסיונותיהם להקיש את בעייתם למקרים אחרים.<sup>47</sup>

אזכור שני היסודות של בעיית 'הדר' וכו' - 'הנאה' ו'העדר חסרון' - הנזכרים בביקורתו של רבא, נבע מן הנסיבות המקריות של היקש רמי בר חמא. לעומת זאת, הפכו שני יסודות אלו - בתפיסת הסתמא 'היכי דמי' - לנתונים העיקריים<sup>48</sup> של הבעיה. לא כן הוא באשר לסתמות שעל משניות ה'מקיף' ו'הבית והעלייה'. הללו, כמוכת לעיל, התייחסו אל מטבע הלשון 'זה נהנה וזה לא חסר' כאל הגדרה עצמאית וחדשה של הבעיה. ומאחר שההגדרה אינה מציינת אלא שני נתונים בלבד - 'הנאה' לזה, ו'העדר חסרון' לזה - הפכו כל יתר הנתונים הבסיסיים של הבעיה האמוראית לבלתי-רלוואנטיים. אכן, על רקע זה ניתן להבין, כיצד אירע שסתמות אלו מתעלמות מן העובדה, שהיקשיהן מן המשניות הללו אינם תואמים את יתר הנתונים של הבעיה האמוראית.

נמצינו למדים, כי יסוד 'העדר החסרון', שהיה אחד מנתונים רבים אחרים בבעיה המקורית האמוראית, ואשר כלל לא טרחו לציינו במפורש, הפך להיות - בשלביה המאוחרים של הסוגיה - לאבן היסוד העיקרית, והמודגשת בה ביותר, עד כדי כך, שהוא צוין בעצם כינויה של ההגדרה החדשה: "...וזה לא חסר".

## 2. 'העדר החסרון' בתפיסת מקורות הסוגיה:

מניתוח הדברים וממחלוקתם של רבא ורמי בר חמא הסקנו, כי יש להבחין בין 'לא חסר' לבין 'לא ניווק'. בתפיסת האמוראים, הנתון 'לא חסר' יכול לחול אפילו במקרה

47 כגון: 'נטל אבן או קורה של הקדש... עד שידור תחתיה שווה פרוטה' (שם, כ סע"ב); 'הלווהו ודר בחצרו' (שם, צו ע"א, ושי"ג). ראה פירוטם במאמרנו 'לזיהויין' (לעיל, הערה 1), עמ' 96-97. חלק מנתונים בסיסיים אלו נזכרו כאן לאורך מאמרנו זה, כגון: שהיחסים הנידונים בבעיה הם יחסי שוכר-משכיר; שהנאת הדייר נבעה מיזמתו שלו, ולא נכפתה עליו; שפלישתו לחצר נעשתה שלא כדין, שהרי לא קיבל רשות מהבעלים ועוד.

48 אמרנו 'עיקריים' ולא 'בלעדיים', משום שבניתוח הדברים (לעיל בפנים, אחר הערה 36), הראינו כי סתמא זו עדיין צמודה לנתונים הבסיסיים של הבעיה האמוראית. התמקדותה בשני נתונים בלבד, אינה אפוא ראייה לכך שיתר הנתונים אינם רלוואנטיים לפי תפיסתה. עם זאת, ראה גם האמור לעיל, הערה 39.



שהדייר הזיק לנכס, שהרי יוכלו הבעלים לתבעו בתביעת נזיקין נפרדת ומוכרת, ללא קשר ובנוסף לתביעתם בגין ההנאה מחצרם. הסתמא 'היכי דמי' – בבואה לפרש את נסיבות המקרה – הדגימה במפורש את הנתון של 'העדר חסרון' לבעלים. אין היא מתארת את ה'חסרון' כנזק פיזי לחצר, אלא כמניעת רווח מן הבעלים, כגון, כשהחצר עמדה להשכרה. במקרה זה, ערך הנזק שווה לערך התשלום (שכר דירה) בגין ההנאה. העובדה ששני הגורמים (נזק-הנאה) שווים בערכם, יוצרת זיקה הגיונית ביניהם, והתשלום שנדרש הדייר לשלם, יוכל להיתפס הן כשכר הנאה, והן כשיפוי הבעלים. לא כן הוא באשר לסתמות שעל משניות 'המקיף' ו'הבית והעלייה'. בסתמות הללו, הזיקה בין ה'חסרון' שנגרם לבין ה'הנאה' המשולמת, נראית כמעט שרירותית, כמודגם לעיל במפורט. יתרה מזו, שעה שכל המקורות שבסוגיה הצמידו את הדיון לנסיבות של יחסי שוכר-משכיר, תפסה הסתמא את הבעיה כחלה אפילו ביחסי שכנות ושותפות. את החריגות המשמעותיות של סתמות אלו מן הבעיה האמוראית המקורית, תלינו במעבר ההדרגתי, שתואר לעיל, מן ההגדרה הקזואיסטית והקונקרטי של הבעיה האמוראית ('הדר בחצר חבריו') אל ההגדרה המופשטת והרחבה ('זה נהנה וזה לא חסר') של הסתמות המאוחרות. בהגדרה המופשטת אין חשובים ואין רלוואנטיים לבעיה אלא שני יסודות בלבד: הנאה לזה, והעדר חסרון לזה. כל יתר הפרטים, הנסיבות והנתונים שהיו רלוואנטיים בבעיה האמוראית – לא נתפסו עוד כהכרחיים, ומשום כך נדחקו הצדה.<sup>49</sup>

49 ראה דברי השופט מ' זילברג: 'כי כל הפשטה היא הרחבת-גבול, שכן היא מנתקת את הדין מן הרקמה הקונקרטית של ההלכה השנויה' (כך דרכו של תלמוד, מהדורה שנייה, ירושלים 1964, עמ' 20). על ההפשטה, 'שהתפתחה בדורות המאוחרים אצל אמוראי בבל', ראה: א' גולדברג, 'צמצום מחלוקות אצל אמוראי בבל', מחקרי תלמוד, א (תש"ן), עמ' 149-153. בהבחנה שבמעבר מההגדרה האחת להגדרה האחרת של הבעיה, יש כדי לפתור קשיים שונים שהעלו המפרשים והפוסקים בסוגיה, ויש להקדיש לכך דיון אחר. מכל מקום, הדגמנו זאת באמרונו דלעיל (הערה 1), וראה גם הדוגמה דלעיל, הערה 46. אכן, המחקרים הספרותיים בסוגיות הבבלי ובשכבותיהן, מגלים לנו יותר ויותר, כי לבעיות הלכתיות ולקשיים מהותיים, אין, לעתים – מן ההיבט ההיסטורי – אלא פתרונות ספרותיים.