משפטיך ליעקב

פסקים ותשובות

בדיני ממונות

שבין אדם לחבירו ובין איש לאשתו

חלק עשירי

מאת

צבי יהודה בן יעקב

דיין בביה"ד ת"א

ישראל, התשע"ח

ניתן לקבל תקליטור של חמשת החלקים הראשונים.

ניתן לקבל מפתחות מפורטים על עשרת החלקים.

יש לפנות לכתובת דוא"ל הר"מ.

כל הזכויות שמורות

©

כתובת דוא"ל:

Benyaakov1@neto.bezeqint.net

או לכתובת דוא"ל: tzvibe@rbc.gov.il

נדפס בישראל התשע"ח

תוכן הענינים

סימן א מחזיר גרושתו לאחר שנשאת ונמצא מקח טעות..... ז

א. איסור מחזיר גרושתו. ב. גרש מחמת קול. ג. טענת מקח טעות בשחוף.

סימן ב חשש בטול מקח בטבעת נישואין ..... יט

א. עייל ונפיק אזוזי, כשלא גילה דעתו שזקוק למעות. ב. בטול מקח מחמת העדר פרעון. ג. עייל ונפיק במטלטלין. ד. כשפרע בשיק.

סימן ג טבעת שנקנתה ע"י אם החתן..... לז

א. כלים שקנה לשמן. ב. מי הודיעו למוכר שיקנה לבן. ג. בגדי שבת ושאר כלים. ד. כשלא קנה מכסף המשלח. ה. מה שנתנה האם לבנה את הטבעת בשתיקה.

סימן ד נתן טבעת בפני עד אחד..... סב

א. אם חוששין לקדושין בעד אחד. ב. בטעם הדין ואם הוי חשש דרבנן. ג. מחלוקת הפוסקים אם לחוש לדעת הסמ"ג. ד. כשעמו עד פסול.

סימן ה נתן טבעת בפני עדים בהצעת נישואין ..... עט

א. כשיש אומדנא שלא התכוונו לקדושין. ב. דעת מהר"מ בענין אומדנא בקדושין. ג. אמירה לאחר שכבר נתן הטבעת. ד. בלשון שאלה. ה. כשלא אמר שרוצה לקדשה בטבעת זו.

סימן ו סילוק מפירות וירושה לאחר הנישואין ..... צד

א. סילוק מירושתה. ב. בזמה"ז שהקדושין והנישואין סמוכים. ג. תנאי להחזיר ליורשי הבעל.

סימן ז מדור אלמנה בדירה שיש עליה חוב משכנתא לבנק ..... קז

א. כשהמדור ממשוכן. ב. מדור שנפל, וחיוב היורשים לשכור לה מדור. ג. חיוב שכירות מדור כשרוצים לסלק הכתובה. ד. פריעת חוב המשכנתא ע"י האלמנה. ה. אם יכולים היורשים לטעון גוד או אגוד.

סימן ח מתחייב לזון בת אשתו ..... קכח

א. התחייבות מוחלטת. ב. מתחייב לזון בנו וכלתו. ג. חיוב המזונות לפי מקום שנמצאת הבת.

סימן ט חיוב כתובה בתובעת גרושין ומוחזקת בממון ..... קלה

א. על דעת למשקל ומיפק לא כתב לה. ב. כשיש או אין עילה לגרושין. ג. ספק באומדנא. ד. כתובה בחזקתה. ה. אשה המפרנסת בבית. ו. כתובה מרובה.

סימן י סמכות בי"ד לדון בהיתר עיסקא ..... קסא

א. שליחותייהו לדון. ב. לדון על העדר ריוח.

סימן יא בורר יחיד ..... קסט

א. מומחה או קבלו עלייהו. ב. אל תהי דן יחידי. ג. מומחה לרבים. ד. הודאה וטענות. ה. ליטול שכר.

סימן יב בפסול נוגע ואוהב לדון ..... קצא

א. שני סוגי אוהב. ב. נגיעה שאינה של ממון. ג. נוגע אין לו שם עד.

סימן יג שמיעת בעל דין שלא בפני חבירו ..... רט

א. לשמוע במעמד חבירו – מקור הדין. ב. לכתחילה כשהבע"ד מסכימים שישמע במעמד צד אחד.

סימן יד פסיקה מעבר לתביעה..... ריט

א. פייסיה במאי דאיפייס. ב. שלא יהיה כעורכי הדיינים. ג. האחרונים והנו"כ בדעת הרמ"א. ד. זכות בשטר.

סימן טו בדין אל תפרעני אלא בעדים ..... רלז

א. שעבוד או אנן סהדי. ב. מחה או שתק. ג. בין נאמנות לצורת הפרעון. ד. פרעתי בכת"י. ה. בפוגם שטרו.

סימן טז דו"ד בין שני ערבים ..... רסא

א. מחלוקות הראשונים ממי פורע המלוה. ב. בקבלנות של שנים. ג. אם יכול לתבוע מחצית מערב השני.

סימן יז בניה בניגוד לחוקי הבניה ..... ערב

א. דינא דמלכותא בחוקי הבניה. ב. דין שדנים בערכאות. ג. לתקנת בני המדינה. ד. בנזקי שכנים.

סימן יח תשלום עבור בניה שנעשתה לפני שנים..... רפט

א. ידו על העליונה, וידו על התחתונה. ב. שותף שהשביח. ג. שעת החיוב.

סימן יט שותף נכרי שמכר את חמץ השותפות..... רצו

א. פועל נכרי שעשה פעולה לבעה"ב ישראל. ב. במכירת חמץ מועילה הסכמה למפרע.

סימן כ הסתלקות משותפות ..... שיא

א. שותפות שקבעו זמן או סחורה שיש לה זמן ידוע. ב. אם יכול לחייבו להמשיך ולפעול לטובת השותפות.

סימן כא העברה בנקאית בקניית מטלטלין..... שכא

א. דבר תורה מעות קונות. ב. בתורת קנין או מדין שוויות. ג. קנין כסף

כשנותן שוה כסף. ד. בקנינים אחרים שהחפץ עדיין ביד המוכר. ה. ספק אם הכסף מהני.

סימן כב מסייע בקנין הגבהה ..... שלה

א. משיכה והגבהה בכלי של מוכר. ב. מסייע בהגבהה ואינו ניכר. ג. אוחז המקנה בחפץ עצמו, כשיכול הקונה לנתקו ולהביאו אצלו.

סימן כג קנין אודיתא בד' מינים ..... שמה

א. אודיתא – הודאה או הקנאה. ב. אם צריך עדים. ג. טעמים נוספים שאין כאן אודיתא. ד. באיסורים ובמצוות.

סימן כד השכיר דירה בטרם שהשלים קנייתה..... שסא

א. קנה הגזלן מהנגזל בעבור הלוקח. ב. מה שאירש מאבא, ומה שתעלה מצודתי. ג. אירש שדה זו. ד. מצוי לקנות. ה. בידו. ו. התחייבות בדשלב"ל. ז. תפיסה באמצעות השטר. ח. סיטומתא עם דינא דמלכותא.

סימן כה מקח טעות בשמן זית לנר חנוכה..... שפח

א. מין אחר או יפות ונמצאו רעות. ב. בקש בשר איל מסורס ומכר לו שאינו מסורס. ג. שמן זית, ונמצא שאינו ראוי אלא למאור. ד. כשלא יכול להחזיר השמן למוכר. ה. אם ביטול המקח מבטל את קיום מצות ההדלקה. ו. אם חייב לשלם מה שנהנה מהשמן. ז. אתרוג מזן שלא הזמין.

סימן כו אומדנא במתנה שנתנו הורים..... תכז

א. אומדנא במתנה ודברים שבלב. ב. אומדנא בשאר דינים. ג. גילוי דעת בהסתר.

סימן כז קטן שמוחה בקבלת מתנה ..... תמב

א. קנין הקטן מהתורה ומדרבנן. ב. מעשה קנין של הקטן. ג. זכין לקטן ע"י אחר. ד. מחאת קטן שהגיע לפעוטות.

סימן כח חפצים שהושארו במוסד ..... תנו

א. יאוש בחשו"ק. ב. אופנים שמהני מחילה ויאוש בקטנים. ג. כשרות קנינית של השוהים בהוסטל. ד. דעת אחרת מקנה, וזכיה ע"י אחר. ה. שכר עבודה. ו. השאיר חפצים במוסד.

סימן כט מניח חפצים ברשות הרבים ..... תפד

א. הניח במקום שאינו משתמר. ב. מחלוקת הראשונים בדין אבידה מדעת.

סימן ל חיוב שמאי בשומה מוטעת ..... תצה

א. אחריות האומן. ב. חיוב שולחני – מדין שומר או מזיק. ג. טעות בשיקול הדעת.

סימן לא שיק גנוב שנמסר תמורת פחורה..... תקג

א. תקנת השוק. ב. החפץ ביד הבעלים. ג. תקנת השוק בשטרות ובשיקים.

סימן לב שמוש בחניה של שכן .....תקיג

א. מונע משימוש אף כשאינו חסר. ב. זכות ממונית או זכות טענה. ג. כשלא כופין אם יכול להשתמש לכתחילה. ד. במקום שאין הפסד נקרא רע. ה. מעלין כנכסי דבר מריון כשאין לו סיבה מוצדקת.

סימן לג נזק שתוקן מאיליו.....תקלד

א. חיוב תשלומים או חיוב לתקן הנזק. ב. כשעת הנזק או התשלומין. ג. שכר האומן. ד. מחילה בטעות.

סימן לד תביעת נזיקין נגד קונה מפעל, על נזק שנעשה ע"י המוכר .תקמח

א. שור שנגח ונמכר. ב. חיוב באומדנא. ג. היה לה שלא לאכול. ד. מתחייב לשלם כל נזק שיגרם מחמת המוצר.

סימן לה סילק עצמו וגרם נזק .....תקסא

א. מסלק כרים וכסתות וגורם שבירה. ב. בבאור דעת הרמב"ם.

סימן לו חויב בקנס מחמת מעשה חבירו ..... תקסט

א. נתפס על חבירו. ב. בחיוב לצאת ידי שמים. ג. מציל ממון חבירו, ונגרם למציל נזק.

סימן לז מזיק ברשות ..... תקפד

א. המוציא תבנו וקשו לרה"ר. ב. אין דרכם של בנ"א להתבונן בדרכים. ג. רשות מצוה. ד. לשניהם רשות להלך. ה. נזק במשחק.

סימן לח שריפה בדירה שאולה ..... תקצט

א. מדליק בשלו או בשל חבירו. ב. בדבר שאין דרכו להיות טמון שם. ג. מדליק ברשות בשל חבירו. ד. חיוב בדיני שמים.

סימן לט חפץ שנפל מהגג ברוח סערה ..... תרטו

א. רוח שאינה מצויה - פטור אונס או אין מזיק כלל. ב. השעה הקובעת לרוח מצויה - שיטת הריא"ז. ג. פטור אונס למ"ד משום חיצו. ד. רוח שאינה מצויה אם הוי אונס גמור.

סימן מ חיוב בושת ..... תרכד

א. כונה לבייש. ב. מוסר שמתכוין להציל את שלו. ג. חסרון במעשה הנזק. ד. ברשות בי"ד. ה. בושת דברים. ו. מנדים המזיק עד שיפייס לניזק.

סימן א

מחזיר גרושתו לאחר שנשאת ונמצא מקח טעות

ראשי פרקים

א. איסור מחזיר גרושתו

ב. גרש מחמת קול

ג. טענת מקח טעות בשחוף

באחד שגירש את אשתו, והלכה ונשאה לאחר, ונמצאו נשואיה עם השני מקח טעות, שלא היה לו גבורת אנשים, והתגרשה מהשני, ורוצה כעת לחזור לבעלה הראשון.

א. איסור מחזיר גרושתו

אמרה התורה (דברים כב,א-ד): כי יקח איש אשה ובעלה, והיה אם לא תמצא חן בעיניו כי מצא בה ערות דבר, וכתב לה ספר כריתת ונתן בידה ושלחה מביתו. ויצאה מביתו והלכה והיתה לאיש אחר, ושנאה האיש האחרון וכתב לה ספר כריתת ונתן בידה ושלחה מביתו, או כי ימות האיש האחרון אשר לקחה לו לאשה. לא יוכל בעלה הראשון אשר שלחה, לשוב לקחתה להיות לו לאשה אחרי אשר הטמאה וכו׳. ומזה למדנו איסור מחזיר גרושתו. ונחלקו בגמ׳ יבמות יא,ב, בדין אם רק נתארסה לשני, אם מותרת לחזור לראשון; דתניא ר׳ יוסי בן כיפר אומר משום רבי אלעזר, המחזיר גרושתו מן הנישואין – אסורה, מן האירוסין – מותרת, משום שנאמר אחרי אשר הוטמאה, וחכ״א אחת זו ואחת זו אסורה. ומחלוקת זו הובאה אף בספרי (פר׳ כי תצא רע). ופסקו הראשונים כחכמים, דבין מהארוסין ובין מהנישואין אסורה לחזור לראשון. כך פסק הרי״ף (יבמות ב,ב מעמוה״ר), הרמב״ם (הל׳ גרושין יא,יב), החינוך (מצוה תקפ), הרא״ש (יבמות א,ה), ובשו״ע אהע״ז י,א. וכן יש להוכיח מהסוגיא בגיטין פט,ב: אמר רב ירמיה בר אבא, שלחו ליה מבי רב לשמואל, ילמדנו רבינו, יצא עליה קול מראשון ובא אחר וקדשה קידושי תורה מהו. שלח להו, תצא והעמידו הדבר על בוריו והודיעוני (הוו בודקין אחר הקול להעמיד דבר על אמיתתו, אם אמת הוא או שקר – רש״י). ובהמשך הגמ׳; לא מצאו דבר על בוריו מהו, א״ר הונא, מגרש ראשון ונושא שני, אבל מגרש שני ונושא ראשון לא, מאי טעמא, אתי למימר מחזיר גרושתו מן האירוסין (דאמרי ע״י שגירשה ראשון תחילה, קידשה שני ועכשיו חוזר ומחזירה). ומוכח מזה כחכמים, דאף אם התארסה לשני, אסורה לחזור לראשון.

ומדיוק דברי הרמב"ם (הל' גרושין יא,יב) מבואר דדוקא בקידש ובעל, אבל בעל ולא קדש או קדש ולא בעל, אינו עובר איסור מחזיר גרושתו, וז"ל הרמב"ם: "המגרש את אשתו ונתקדשה לאחר, אף על פי שלא בעלה, נאסרה על הראשון, ואם החזירה הראשון ובעלה, לוקה וכופין אותו להוציא ...". ומקור דברי הרמב"ם מקדושין עח,א, עיי"ש. ומוכח דכדי לעבור על האיסור צריך גם שיקדש וגם יבעל. וכן הביא במנ"ח (מצוה תקפ). ונפק"מ שאם חי עמה ללא חופו"ק, אינו עובר על איסור זה. עוד מבואר ברמב"ם (הל' אסו"ב טו,ב), דהמחזיר גרושתו משנשאת הולד כשר, שהרי אינה ערוה. ולכאורה מזה יש ללמוד שאיסור מחזיר גרושתו, הוא איסור ככל איסורים, שעד אחד נאמן בו, ולא בעינן לב' עדים ככל דבר שבערוה, ועיין בתש' שערי דיעה (סוסניצר, ח"ב סי' קל) מש"כ בזה.

והרמב"ם (הל' גרושין יא,טו), כתב וז"ל: "חרש שגירש ברמיזה כמו שבארנו, והלכה ונתקדשה לחרש אחר, ואין צריך לומר לפקח, אסורה לחזור לבעלה החרש, אבל אשתו של פקח שנתגרשה והלכה ונשאת לחרש ונתגרשה, מותרת לחזור לבעלה הפקח". ומקור דברי הרמב"ם מהירושלמי יבמות יד,א: אשתו של חרש ושל שוטה, אמר ליה אפי' אשם תלוי אין בה ... מכיון דאת אמר אפילו אשם תלוי אין בה, ובא אחר וקידשה נתפשו בה קידושין (ואפי' חשש קידושין אין לחרש מדאורייתא, ש"מ דאם בא אחר וקידשה תפסו בה הקידושין – פ"מ), גירש מותרת להינשא לראשון (החרש, דאע"ג דגבי קידושי ספק אם בא אחר וקידשה, דקי"ל מגרש ראשון ונושא שני, אבל לא יגרש שני וישא ראשון שמא יאמרו גירש ראשון ונשא שני ונמצא זה מחזיר גרושתו, הני מילי כשהראשון יש לו קידושין מן התורה, שאז יש לחוש שמא גירש, אבל החרש שאין לו לא קידושין ולא גירושין דבר תורה, ליכא שמא יאמרו גירש החרש, משום דיתלו בגירושי הפיקח הואיל וקידושי החרש דרבנן הן ותפסו קידושי הפיקח, ולא אתו למיטעי). הדא היא דתני ר' חייה, אשתו של חרש שגירשה חרש והלכה ונישאת לחרש או לפיקח, קורא אני עליה, לא יוכל בעלה הראשון אשר שלחה לשוב לקחתה. אשתו של פיקח שגירשה, והלכה ונישאת לחרש, קורא אני עליה לא יוכל בעלה הראשון אשר שלחה. ועיין בפ"מ שהגירסא איני קורא עליה, והיינו דכיון דנשואי החרש מדרבנן, אינן אוסרים על הפקח הראשון משום מחזיר גרושתו, דהואיל ואינם נשואין גמורין ביחס לפקח הראשון. ועיין בפ"מ דהוא הדין אם קידשה הפקח אחר נשואי החרש וגירשה, דמותרת לחזור לחרש, דהואיל והחרש לא גירשה, לא אסרה עליו, וליכא למיגזר שמא יאמרו גירש כו', משום דרואין שנשאה הפקח, דכ"ע ידעי דקידושי חרש דרבנן הן, ויתלו שקדושי הפקח תופסים מחמת שהראשון רק מדרבנן ולא מפני שגירשה. ועיין גם ברב המגיד (גירושין יא,טו), דגירסת

הרמב"ם באשתו של פקח – איני קורא עליה, ועיי"ש שהביא תימוכין לגירסת הרמב"ם, ועיין במל"מ שם. וכן הוא בגר"א (אהע"ז יא,ה).

ואין מזה סתירה למש"כ הרמב"ם בהל' אישות ד,ט, וז"ל: "חרש שנשא פקחת וכן חרשת שנשאת לפקח, אין קידושיהן גמורין מן התורה אלא מדברי סופרים, לפיכך אם בא פקח וקידש אשת חרש הפקחת, הרי זו מקודשת לשני קידושין גמורין, ונותן גט והיא מותרת לבעלה החרש". והראב"ד השיגו: "טעה בזה, שאינה מותרת לחרש, שמא יאמרו גירש זה ונשא זה, ונמצא מחזיר גרושתו מן הנישואין". דבהל' גרושין מיירי שהחרש גירש ולכן אסורה לחזור לו, משא"כ בהל' אישות לא גירש החרש, ולכן אין אסור לחזור לו, עיין גם בב"ש מד,ב, דכיון שלא גירש החרש, לא חיישינן שמא יאמרו גירש, כיון שאף אם היה מגרש, אין אסור דאורייתא, דקדושי חרש רק מדרבנן. אמנם אם בא פקח ונשא את אשת החרש, אסורה לבעלה החרש כשם שאסורה לפקח. והביא מספר בית הלל, דכיון דאין אסור דאורייתא, לא קונסים אותה. ועיין בבית מאיר (אהע"ז מד,א), דלא מיבעיא אם נשאת מדעת שיש לקנסה, אלא אף אם הלך בעלה למדינת הים ואמרו לה מת בעלך, והתברר שהיה בטעות, פסק הרמב"ם בהל' גרושין י,ה שתצא מזה ומזה, עיי"ש.

ב. גרש מחמת קול

הרא"ש בתש' לה,יד נשאל בדינה שיצא עליה קול שנתקדשה לפלוני. ולא הוחזק הקול בבית דין אלא שהיה קול הברה, שבלילה בצאתה מהמרחץ בא פלוני וקדשה שלא מדעת קרוביה, ולא נשמע הדבר מפי עדים. ודינה הכחישה את הדבר וטענה שלא היו דברים מעולם, וקרובי דינה הכריחו את המקדש ליתן גט. ואחר שנישאת לאחר, התגרשה מהשני ורוצה להנשא לראשון, ונשאל הרא"ש אם היא מותרת לראשון מחמת שלא היה בקידושיו הראשונים אלא קול בעלמא. והשיב הרא"ש: "מילתא דפשיטא שהיא אסורה, דלית דין צריך בשש, כי היודע שנתגרשה מה יודע שהגירושין לא היו אלא לרוחא דמילתא, וכי תימא יכריזו שלא היתה צריכה גט, איכא דשמע בגטה ולא שמע בהכרזה, כדאמרינן בחליצה (יבמות לו) איכא דידע בחליצה ולא ידע בהכרזה". ודברי הרא"ש הובאו להלכה ברמ"א שו,ע אהע"ז י,א. עולה מדברי הרא"ש, שאף אם כל הגט היה מחמת קול, ואפי' לא היה הגט מחמת פסק בי"ד, אלא שהכריחו קרוביה למקדש ליתן גט, מ"מ כיון שיצא עליה קול גרושה, יאמר שכעת מחזיר גרושתו משנשאת. ובב"ש י,ב הקשה מדין פקח שקדש אשת חרש, שמגרש הפקח ומותרת לבעלה הישראל, ולא חוששין שיאמרו שבעלה החרש גרש אותה ונשאת לפקח, דשם היא אשת חרש שאין קדושין תופסים בה מהתורה אלא

מדרבנן, לכן אין חוששין לשמא יאמרו, משא״כ בפקח ופקחת שגרשו מחמת קול, דיש חשש מהתורה, חיישינן לשמא יאמרו.

ובב״י (אהע״ז סי׳ י), לאחר שהביא דברי הרא״ש הנ״ל, ציין לעיין בתש׳ הרשב״א שהביא בסי׳ יג. ואפשר דמזה הטעם לא הכריע כדעת הרא״ש. דנחלקו הראשונים (מובא בתוס׳ סוף גיטין צ,א ד״ה והלכתא), בגט שיצא עליו קול פסול ונתנו גט שני, אם צריכה להמתין ג חדשים מגט ראשון או שני, דדעת ר״ת דאין צריכה להמתין אלא מראשון, כיון שהראשון היה כשר ולא היה גט שני אלא מחשש לעז, ור״י מצריך המתנת ג חדשים מהשני, ודעת הראשונים שהביא הטור לפסוק כר״י ולהצריכה המתנה של ג חדשים. וציין גם לתש׳ הרשב״א (ח״ד סי׳ כד), וב״י הוסיף דכל גט שביד״ד הצריכו ליתן, ממנו היא מונה. והביא מתש׳ הרשב״א (מיוחסות לרמב״ן, סי׳ קלב) שנשאל, באשה שיצא עליה קול שנתקדשה לראובן, ואח״כ נשתדכה לאחר, וכשהגיע זמן הנשואין רננו קצת בני אדם, וביה״ד דרש וחקר והגיע למסקנה שאין ממש בקול, אך מחשש שמא לאחר זמן יודע שיש ממש בקול, הצריכוה ב״ד גט, לא שהוצרכה לכך אלא לרווחא דמלתא, ונשאל אם צריכה להמתין ג חדשים מגט השני. והשיב: ״מסתברא אחר שיצאה בגט, צריכה להמתין שלשה חדשים, ואין לך יוצאה בגט שאינה צריכה להמתין, ואע״פ שאין קדושיה קדושין גמורין ויכולה לצאת בלא גט, שהרי קטנה שהשיאוה אחיה ואמה הכל יודעין שיכולה למאן ולצאת, ואפילו הכי כל שיוצאה בגט צריכה להמתין וכדשמואל. וכ״ש זו דכיון שיצא עליה קול שהיא מקודשת והצרכתם אותה גט, יאמרו קמו רבנן בקדושי וקדושי מעלו הוו״. הרי שכל שהצריכו בי״ד גט, אף אם היה הגט לרווחא דמילתא, צריכה להמתין ג חדשים מגט השני.

ובתש׳ אחרת (ח״א סי׳ תקן) נשאל הרשב״א, בעיר שיש בה תקנה שלא לקדש אלא בעשרה ושליח ציבור, וראובן שדך בתו עם שמעון ונתבטל השידוך, ואמרו לו שמן הראוי שיתן שמעון גט, שלא יוציא אח״כ קול שהיא מקודשת. ושמע ראובן לעצתם, ונתן שמעון גט לבת ראובן. אולם לא יצא עליה שום קול הברה שהיתה מקודשת, ואפי׳ העדים מעידים שלא נעשה אלא מפני החשש ולא משום קול קדושין. ואחר זמן שדך ראובן את בתו לאלעזר הכהן, ונשאל הרשב״א אם יכול הכהן לישאנה. והשיב הרשב״א דגט זה פוסל לכהונה, דמנין שלא נתקדשה לו כהוגן, אף שיש תקנה בעיר ובקנס שלא לקדש אשה שם אלא בעשרה ובשליח צבור, אפשר שעבר על התקנה וקדש, או לא ידע, או שקדש על ידי שלוחו או שלוחה חוץ מן העיר. ואפי׳ אם לא נתקדשה לו, מ״מ אין זה ידוע לכל ואיכא מאן דשמע בגיטא ולא שמע שלא נתקדשה. ובתו״ד הביא הרשב״א ראיה מקדושין סה,א: היא אומרת קדשתני והוא אומר לא קדשתיך, הוא מותר בקרובותיה והיא אסורה בקרוביו. ובגמ׳ שם, רב אמר

כופין לתת גט, ושמואל אמר מבקשין, בשלמא מבקשין לחיי, אלא כופין למה לימא לא ניחא לי ליתסר בקרובותיה. ומוכיח מזה הרשב״א, דהרי שם הוא אומר שלא קידש, וכל זמן שלא נתן גט מותר בקרובותיה, וכיון שהיא אומרת קדשתני ומבקשים ממנו ליתן גט, והכל יודעין שאינו אלא לספיקא ופטור מליתן כתובה, מ״מ כל שנתן גט הוא אסור בקרובותיה. ומזה הסיק הרשב״א דאסורה לכהונה, כל שנתן לה המקדש גט.

אלא שדברי רשב״א אלו נסתרים מתש׳ אחרות שהביא הב״י שם (אהע״ז סי׳ יג), ומצאתי אח״כ תשובה זו בתש׳ הרשב״א החדשות (מכת״י, סי׳ קס). הרשב״א נשאל באשה שהתגרשה לרוחא דמילתא, כגון שיצא עליה קול שהיא מקודשת, ואינו קול גמור כפי התנאים המותנים בקול, ומפני אותו חשש הקול, לפי שיש חוששין בדבר ונמנעין לכנסה נתרצו לגרש, אם צריכה להמתין שלשה חדשים, ואם נפסלה מכהונה בגט זה. והשיב הרשב״א שבנדון שם לא היתה צריכה גט כלל ועיקר; ״ומי שאמר שיגרש בגט, שלא כראוי עשה, שלא היה כאן בית מיחוש כלל. וכל שלא היתה צריכה גט ממנו, אפילו נתן לה גט, אותו הגט אינו פוסל לכהונה, שזו לא נתגרשה מאישה אלא מאיש שאינו אישה, וכאותה ששנינו בפרק האשה רבה, אע״פ שנתן לה אחרון גט, לא פסלה מן הכהונה, את זו מדרש דרש ר׳ אלעזר בן עזריה, ואשה גרושה מאישה ולא מאיש שאינו אישה״. והקשה הרשב״א מקדושין סה,א (הנ״ל), מדוע יאסר בקרובותיה, וכתב דשאני התם, דכיון שהיא אומרת שנתקדשה לו בפני עדים והלכו להם למדינת הים, ואפשר כדבריה, כל שהגט ניתן לה ממנו הרי הוא בספק גט, ולפיכך נאסר בקרובותיה, ואפילו עומד וצווח שאינו אישה ולא נתנו לה אלא מחמת שאסרה נפשה לעלמא. וכל שכן אם היו בית דין כופין אותו, שיש לגט יותר חוזק גט לאסור בקרובותיה: ״דכל שבית דין מצריכין לה גט, אע״ג דאיכא בעל דמערער ומוכחא מילתא דקידושי טעות הוו וכדאמרינן בשלהי המגרש, אפילו הכי הוה לן למיחש ולפסלה מן הכהונה. אבל לעולם כל אחר שנתברר שלא היה בדברי ראובן זה כלום, מאותם טעמים הגלויים, גט זה שנתן שגעון בעלמא היה ואין בו ממש, ולא חיישינן ליה לכלום לא לאסרה מן הכהונה, וכל שכן שלא להצריכה שלשה חדשים״. מבואר לכאורה דכל שהבי״ד לא הצריכו גט, וכן התברר לבי״ד שלא היה בדברי המערער כלום, גט זה אינו כלום, ואינה אסורה לכהונה, ואינה צריכה להמתין ג חדשים. ועיין עוד בתש׳ הרשב״א (ח״ד סי׳ דש).

ומ״מ יש כאן סתירה בדברי הרשב״א בין התש׳, בנתן גט לאשה במקום שלא היה צריך ליתן גט, אם פסולה לכהונה ואם צריכה להמתין ג חדשים. ובפשטות היה נראה לחלק בין איסור כהונה לג׳ חדשי הבחנה, דבאיסור כהונה אף ריח הגט פוסל לכהונה, ובזה יש לחוש לרואים, משא״כ בהבחנה. ועדיין צ״ע לשיטת הרמב״ם

בהל' גרושין י,א דריח הגט פוסל לכהונה רק מדרבנן, א"כ מה החילוק בין הבחנה לריח הגט. ואפשר דהרשב"א ס"ל כסמ"ג (לאוין קכג) דהוא מהתורה, ועיין בריב"ש סי' שמח, ובאור הגר"א אהע"ז ו,ג דכתבו דאיסורו דבר תורה, עיי"ש. ועיין עוד במרדכי קדושין (תקלא) שהביא בזה מחלוקת ראשונים, רבי אליעזר מביה"ם ור"י הלבן, אם גט שניתן מחמת חומרא נפסלה לכהונה, עיי"ש.

והח"מ ו,ב הביא את המרדכי הנ"ל ואת סתירת דברי הרשב"א הנ"ל, וכתב: "ויש לחלק". ואפשר דהחילוק הוא בין חדשי הבחנה לאיסור גרושה לכהן, וכנ"ל. ובב"ש ס"ק ג כתב בתחילה לחלק בין אם הבי"ד הצריכו הגט או הוא מעצמו נתן. אך הקשה דהרשב"א גופיה בסי' תקנ מירי בגירש מעצמו, ובכל זאת פסלה מכהונה. וכתב לחלק, דבסי' תקנ שגירש מעצמו, ויש לחוש שאולי אכן היו קדושין, כיון שגירש מעצמו אנו חוששים שאולי היו קדושין, משא"כ בח"ד מירי שגם לדבריו היו שם רק ב עדים, ועד אחד מכחיש, אין לנו לחוש לקדושין. לפי חילוקו של הב"ש י"ל, דדוקא כשאנו חוששים למציאות או להלכה שיש כאן קדושין, ומכח זה הצרכנו גט או שנתן מעצמו, פסלה מכהונה. משא"כ שלפי המציאות שלפנינו אין צריך גט והוא נתן מעצמו, בזה לא פסלה מכהונה. וא"כ במקום שיש מקח טעות בקדושין ומצריכים גט, דהוא מחמת החומרה שמא אין כאן מקח טעות, דאנו חוששים שיש כאן קדושין, וא"כ לכאורה הגט פסלה מכהונה. ואף שכשאי אפשר להשיג גט, לעיתים רחוקות מתירים ללא גט, א"כ מה שמחמירים רק לענין זה שלא תהיה אשת איש יוצאה בלא גט, ורק לענין זה, אבל מעיקר הדין אין כאן חשש קדושין, וממילא הגט לא פוסל לכהונה, כיון שאין כאן חשש למציאות של קדושין כדברי המקדש בתש' הרשב"א, דהמציאות ברורה לנו, אלא אנו מחמת חומרת איסור אשת איש מצריכים גט, וצ"ע. ולכאורה יש לבחון כל מקרה לגופו. אולם מתש' הרשב"א נראה דכל שהצריכו בי"ד את הגט, בכל ענין פסולה לכהונה, וכל הנידון בהוא עצמו נתן את הגט, דלא נפסלה לכהונה אם בררו הבי"ד שהיה שלא לצורך, אולם אם בי"ד היו מסדרים את הגט מחשש אשת איש, הרי הוא גט הפוסל לכהונה.

ואף שבב"י הביא את הרשב"א בתש', בשו"ע לא פסק כוותיה, ורק הרמ"א הביאו (ו,א), וז"ל: "ואפילו לא נתגרשה רק משום קול קידושין בעלמא, אף על פי שהוא ברור שאין ממש באותן קידושין ואין נותנין גט רק מכח חומרא בעלמא, אפילו הכי פסולה לכהונה". ועיין בט"ז אהע"ז ו,ב, דדעתו דאף בדיעבד אסורה לכהונה וחייב להוציא, ואין להקל בזה כדעת הב"ח. וכן לענין ימי הבחנה, המחבר לא כתב להחמיר, והרמ"א בשו"ע אהע"ז יג,ט כתב להצריך ימי הבחנה בגט מחמת קול. ועיין בב"ש יג,יד דבגירש מעצמו אין צריך להמתין. לפ"ז לספרדים ההולכים ע"פ פסקי מרן הב"י, אין להחמיר, ואף אם תתגרש בגט לחומרא, אין לאסרה לכהן. ומהריק"ש

בהגהותיו לשו״ע אהע״ז (ו,ד) כתב, דביצא קול שנתקדשה והצריכוה גט לרווחא דמילתא אסורה לכהונה, ואם הוברר שלא היתה צריכה גט, לא חיישינן לכלום, לא לאוסרה לכהונה ולא להמתין ג חדשים, אף שנתן לה גט. וכן ראיתי לגר״ע יוסף זצ״ל ביביע אומר (ח״ו חאהע״ז סי׳ א) שפסק להתירה לכהן כשהתגרשה בגט מחמת קשר אזרחי, עיי״ש. אמנם לפוסקים כרמ״א, נראה דאם התגרשה כנדו״ד, אף שמעלים כעת טענה של מקח טעות, מ״מ כיון שהצריכוה בי״ד גט, אסורה לכהונה. ועיין לבעל הלחם משנה בתש׳ לחם רב (סי׳ לג) שכתב דכיון דהוי פלוגתא במילי דרבנן, אזלינן לקולא, עיי״ש. אמנם למש״כ לעיל, דעת הסמ״ג והריב״ש דאיסורו דבר תורה. וע״ע בתש׳ שאגת אריה בחדשות סי׳ ב שכתב דאף לרמב״ם איסורו מהתורה, אלא דדרכו דכל דבר שאינו מפורש בתורה הוי מדבריהם. וע״ע בנתיבות לשבת (לבעל ההפלאה) ס״ק ב דלענין האיסור לבעל הכהן עצמו, הוי דאורייתא, משא״כ לכהנים אחרים הוי מדרבנן.

וע״ע בתש׳ היכל יצחק (לגרי״א הרצוג, אהע״ז ח״ב סי׳ לג) שדן בזוג שחי יחדיו בלא חופו״ק, שיש להצריך גט (והאידנא לא נהגו כן), אם אסורה למי שבא עליה בהיותה מיוחדת לראשון, דכיון שצריכה גט, האם אסורה לבעל ולבועל. ודן על חיוב הגט מצד אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות וכו׳, ואף שחששו להצריך גט, לאיסור לבועל שאסור מעשה, לא חששו. והתוס׳ במנחות סח,א כתב בפירוש דלאיסור עשה אין סברא לגזור ולהחמיר, והאיסור לבועל אינו אלא איסור עשה, ומ״ט חיישינן כ״כ לשמא יאמרו, ואסורה לשני. וע״כ י״ל דאין זה משום שמא יאמרו, אלא דמדינא אסור משום דהוה מקודשת מדבריהם, וכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון. והא דבנתגרשה מכח חומרא בעלמא דאסורה לכהן, התם הוא באמת משום חששא שמא יבואו להקל בגרושה לכהן, דהוא איסור לאו ובמלקות, וראוי לנו יותר לחוש ולגזור. ובענין חדשי הבחנה שצריך להמתין אם נתגרשה מחמת חומרא, שאני התם דהוי כדבר שיש לו מתירין אחרי ג חדשים. ומסקנת דבריו: ״אולם העיקר לע״ד שזה הגט היה רק לרווחא דמילתא בעלמא, ולא דמי להא דאה״ע סי׳ מו וכדומה, ושאין כאן איסור לאו״. אמנם כל זה במי שהיו מיוחדים זל״ז, ואינו דומה לנדו״ד. ונראה שאף הגר״ע יוסף זצ״ל שהתיר להחזיר גרושתו, שהיה נשוי לה אזרחית וגרשה בגט ונשאה לאחר, אינו דומה לנדו״ד שהיתה נשואה כדמו״י, ושמקרים נדירים ביותר אם בכלל (עיין להלן), מתירים אשת איש לעלמא בלא גט בטענת מקח טעות, וצריך שיקול דעת לכל מקרה לגופו, אם היו מתירים אשת איש זו, שטוענת למקח טעות, ע״פ הנתונים שלפני ביה״ד, ללא גט.

ג. טענת מקח טעות בשחוף

בתשב"ץ (ח"א סי' א) דן במי שטענה שמנה חדשים אחרי הנישואין, שאין לבעלה גבורת אנשים. ושם (בד"ה עוד ראיתי בקונדרס) מביא התשב"ץ ממי שכתב דאפי' קדושין מדרבנן אין כאן, דמספר כתובה נלמד שכך כתב לה; ואיעול לותיכי כאורח כל ארעא, והרי זה כמקדש בתנאי זה ולא קיים תנאו, שאפי' גט אינה צריכה. והתשב"ץ חלק עליו, דאין זה מספיק להתירה בלא גט, דשמא אחר קדושין נולד בו מום זה, ובעת קדושין ראוי היה לכך. ועוד, שאם היום אינו ראוי לכך, אפשר שיהיה ראוי לאחר זמן ויתרפא מאותו חולי, וכבר ראינו מי שאירע לו כך ושב לאיתנו. והביא לכך התשב"ץ כמה ראיות. בסוטה כז,ב מבואר דמקנין ע"י שחוף; "ואע"ג דכתיב ושכב איש אותה, והאי אינו ראוי לכך, משמע דלא מימעיט כלל מאיש אפי' היכא דאיכא שכיבה בהדיא, כגון הא דכתיב ושכב איש אותה, כל שכן דלא מימעיט מהיכא דליכא שכיבה בהדיא, כגון קדושין דלא כתיב אלא כי יקח איש". עוד הביא ראיה מיבמות עב,א, דטומטום צריך לגרש מספק. כל זה מפני שספק אם הוא איש, אבל אם היה איש, היה צריך לגרש בודאי, אף אם אינו ראוי לביאה. וכן זקן שקידש, שקדושיו קדושי ודאי וצריכה גט, וא"ת שגם קדושיו בטלים, אתה מפקיע כמה נשים מבעליהם; "אלא שאם אינה יכולה לסבול, היא טענה להצריכו לגרש, אבל להפקיע קדושיו לא אמרה אדם מעולם".

החוות יאיר (סי' רכא) דן במי שהוא שחוף ואינו ראוי לבעול כלל, שיש להתירה בלא גט מדין מקח טעות: "נהי דראוי לבא בקהל כמו סריס חמה, מ"מ למה קידושיו קידושין, נימא דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה, דאע"פ דאמרינן בכל מומין שבו איתתא בכל דהו ניחא להו, י"ל הטעם משום חמדה, כמ"ש רוצה אשה בקב ותפלות, משא"כ בדלא מצי לבעול כלל". ונו"נ בזה להתירה בלא גט, אך הוסיף; "כנלפענ"ד להלכה לא למעשה". גם בתש' שבות יעקב (ח"א סי' קא) נשאל: "בחור אחד נשא לבתולה אחת בת קציני ועשירי ארץ, ואחר חתנותה ימים לא כביר נפל קטטה בין איש לאשתו בטענת ישען על ביתו ולא יעמוד, שאין לו גבורת אנשים, והוא הסריס והבעל רצה לפייסה ולא נתפייסה. בכן יעץ את עצמו לפי דרכו והלך ונסוע הנגבה, וטרם נסיעתו אמר לכמה אנשים שדעתו להרחיק נדוד ושיהא בבל יראה בל ימצא ... וזה כמו חמש שנים שנעלם מן העין ולא ידע מקומו, והיא יושבת עגונה וגלמודה וכבר דרשו חקרו אחריו ולא נודע ממנו כלל כי נאבד שמו וזכרו, אך ורק שיש לאשה עדות ברורה שהוא אינו איש כלל שהוא סריס גמור, שכבר שקדו חכמים על תקנת עגונות אם יש להמציא היתר ולומר שבטעות נתקדשה ומקחה מקח טעות, כי אדעתא דהכי לא נתקדשה, ותהיה מותרת בלא גט". והשבו"י כתב שאין להתירה בלא גט, שאף באיש שנמצאו בו מומים, ואף מוכה שחין כופין אותו

לתת גט, אך אין האשה מותרת בלא גט. ואף בסריס צריכה גט, ודוקא באיילנות שהאיש בודאי מקפיד, לפי שהוא מצוה על פריה ורביה, באיילונית הוי מקח טעות, משא"כ באשה שאינה מצוה על פריה ורביה, הדרינן לכלל דאתתא בכל דהו ניחא לה ואינו מקח טעות: "ואם יאמר האומר לסתור דבר זה, מהא דכתב הרשב"א בתשובה, והובא בב"י בסי' קנ"ד, ובתשובת מהר"מ דפוס קרימונה סי' ק"נ, שבטוענת אינו יכול לזקק עם אשתו ודאי דכופין להוציא, שלא ע"ד כן נכנסה, והכל יודעין כלה למה נכנסה לחופה, והוא מעיקר הזיווג. דהא דאמרינן איתתא בכל דהו ניחא לה, והכא אפי' כל דהו ליכא, עיין דבריהם באורך. אי משום הא לא תברא, דהא אינהו גופייהו לא כתבו אלא לענין שכופין להוציא בגט, אבל לא לפטרה בלא גט, דאפשר דאע"ג דאין יכול לבעול, מ"מ בכל דהו היה ניחא לה דרך איברים וחיבוק ונישוק, ורוצה אשה בקב ותפלות, רק עכשיו מתחרטת כי רוצה חוטרא לידה ומרה לקבורה, על כן כופין להוציא בגט ... ושוב מצאתי בתשובת חות יאיר סי' רכ"א שרוצה להכריע להלכה ולא למעשה שאין צריך גט אם לא הכיר בו שהוא סריס, ומפרש דברי הרמב"ם דוקא בהכיר בו וכה"ג, ע"ש דבריו באורך. אכן לפמ"ש כל דבריו ממילא מופרכין, ואין לסמוך עליו בזה להלכה נגד משמעות פוסקים ראשונים, ועגונה זו לשוא שמרה, כי א"א להתירה בלי גט או עידי מיתה, לכן הדבר צריך חקירה אם עדיין בחיים ולכפות אותו להוציאה בגט כשר". מבואר להדיא מהשבו"י שאין להתירה בלא גט, אף בבעל שאין לו גבורת אנשים.

והגאון רי"א (עין יצחק חאהע"ז סי' כד) כתב לחלוק על השבו"י, ודעתו דבאין לו גבורת אנשים הרי זה מקח טעות: "ע"כ לדעתי העיקר לדינא גבי מום דאינו יכול לבעול כמו בנ"ד, דמה"ת אינה צריכה גט. ולכה"פ ספיקא הוי, וכמש"כ החוות יאיר והבשמים ראש. וכן מורה לשון התשב"ץ דהוי ספיקא דדינא, ודלא כהשבות יעקב. ואפשר לומר דגם להשבות יעקב הוי עכ"פ ספיקא דדינא, אך דלא רצה להקל בלא גט. וע"כ בנ"ד לכה"פ חשוב הך ספק לצרפו ולדון ס"ס". ומבואר מדבריו דעכ"פ מדרבנן צריכה גט. ולכן ככל שסידרו גט, הרי שהיה צורך לכך מדרבנן, ולענין להחזיר גרושתו או להתירה לכהן, יש לאסור אף לדעת המחבר, דהוי טפי מריח הגט. ועיין במהרש"ם (ח"ג סי' טז), שנראה מדבריו שהסכים לדעת העין יצחק. ועיין עוד במהרש"ם (ח"ג סי' רצה) שנראה דלהלכה נשאר בצ"ע בדין זה, וז"ל: "ומ"ש דיש לצרף דברי החו"י דבסריס י"ל אדעתא דהכי לא קידשה נפשה, וכפי הנראה כוונתו לדברי החו"י סי' רכ"א. ותמהני עליו, דהתם מירי באינו יכול לבעול כלל, והוא סריס אדם שנחתכו לו ביציו עם הגיד, ובזה צידד דאם לא ידעה האשה מזה בשעת קידושין ותיכף כשנודע לה ערערה, אז י"ל דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה. ואני מצאתי בתש' בשמים ראש סי' ש"מ שפסק, דמי שנחתך לו הגיד וביצים וקידש אשה, אין

צריכה גט כלל, דבקידושין שאינן מסורים לביאה כאלו גם אביי מודה דלא הוי קידושין. ואולי גם במי שאינו יכול להתקשות כלל דינא הכי, אבל צ"ע בזה". וע"ע בדבר אליהו (לגר"א קלצקין, סי' מח) שדן שם לענין להתיר יבמה בלא חליצה, ודעתו דלענין יבמה לשוק הוי ספיקא דרבנן ויש להתירה, מ"מ נשאר בצ"ע. ועיין עוד ביד דוד (פסקי הלכות מגר"ד פרידמן, ח"א פרק ד ה"י, עמ' קפו,ב), דכשברור שאינו יכול להתרפא, ודאי בטלים הקדושין: "אך מחמת שלא מצאתי לי חבר בסברא זו, ובאשת איש החמורה, מפני שאני מדמה לא אעשה מעשה בזה, סתמתי בפנים להחמיר ולדון זה לספק קדושין. ואח"כ מצאתי בתש' חוות יאיר שהעלה ג"כ כדעתי בזה".

והגרי"י וינברג זצ"ל (שרידי אש, במהדורה חדשה ח"א סי' קסח, מהדורה ישנה ח"ג סי' לג) הביע צערו על שהחמירו האחרונים במי שאין לו גבורת אנשים שצריכה גט, דאין לך מקח טעות גדול מזה: "וראוי שהגדולים ישובו ויעיינו בדבר זה להלכה ולמעשה. ודעת החוות יאיר ידועה, אלא שלא רצה להכריע בזה. ומובן שצריך לברר תחלה אם יש לו רפואה, וד"ל". והביא השרידי אש את דברי הנצי"ב (משיב דבר ח"ד סי' עו), שכתב דבמקומות שמקדשין קודם חופה ונשואין, אפשר לדון בסריס מטעם מקח טעות, אבל במדינתנו שמקדשין בשעת חופה ותיכף ומיד הוא מתחייב לזונה ולפרנסה, מי יאמר שאפילו אם ידעה שאינו ראוי ביאה לא היתה מתקדשת לו. וציין לדברי התוס' בבבא קמא קי,ב (ד"ה דאדעתא) שכתבו דמנשואין לא אמרינן אדעתא דהכי לא קידשה נפשה, לפי שהיא רוצה שתהא נשואה לבעלה, משא"כ בארוסה אין לה שום טובה. והשרידי אש הקשה עליו, דשם מיירי הגמ' שלא היו קידושי טעות, אלא דאמרינן דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, ובזה מחלקין התוס' בין יש לה טובה או אין לה טובה, אבל באם הטעה אותה, יש כאן מקח טעות, ואיך עולה על הדעת לומר שבשביל מזונות תתקדש אפילו למי שאינו ראוי לביאה, והרי מוטב לה להיות שפחה אצל יהודי ותקבל מזונות וכסף וכו', וקשה לומר שתהא מתרצית להינשא למחוסר כח גברא, כדי שיקרא עליה שם אישות; "ועכ"פ צריך לחקור על מצב האשה, מעלותיה וסיכויה לנשואין הגונים, ואין לנו לעגן בנות ישראל מסברות בעלמא שאין להן יסוד בהגיון ואין השכל מודה עליהם".

והנה בתש' משיב דבר הנ"ל, מיירי לענין היתר יבמה לשוק. הנצי"ב נשאל באשה שנישאה למי שאין לו ילדים, ולפניה התגרש משתי נשים מחמת שלא נולדו להם ילדים, וזו גם התנתה עמו שאם לא תלד עד שש שנים יתן לה ג"פ, ובבואה אצלו מצאה שאינו ראוי לביאה כלל, ותבעה ממנו ג"פ וסרב, וחיה עמו היא ובתה הקטנה שמאיש אחר מספר שנים, ואח"כ נפטר האיש בגיל מג', וראו אנשים שעסקו בטהרתו שגידו וכיסו משונה, ולנפטר אח שנשלח לארץ גזירה ולא נודע מה אחריתו, ונשאל אם יכולה להנשא בלא חליצה. והנצי"ב האריך להתירה מדין סריס שלא היה

לו שעת הכושר (עיין שו״ע אהע״ז קעב,ג), אולם לא רצה להתיר מצד שלא היו כאן קדושין, והביא ראיה מתוס׳ ב״ק קי,ב (עיין לעיל): ״אכן במדינה זו שמקדשין בשעת חופה ותיכף מתחייב לזונה ולפרנסה, ואין לך טובה גדולה מזה, והרי היא ענייה ונכנסה לבית הספק אלא בשביל פרנסה לה ולבתה היתומה, ומי יאמר שאפילו ידעה שהוא אינו בר ביאה כלל לא היתה מתקדשת, ונכנסה אצלו בשביל טובה זו, ואפילו היא אומרת בפירוש שאם ידעה שכן הוא לא היתה נשאת בשום אופן, אינה נאמנת, שהרי התנהגה עמו בדרך אישות בקרוב בשר כל משך שנים אלו, הרי חשבה עצמה לנשואה אליו, ואפילו תתן איזה אמתלא טובה ע״ז אינה נאמנת, משום דסוקלין ושורפין על החזקה כהאי שדרים כדרך איש ואשה ... א״כ לא מהני אמתלא בשום אופן, ובחזקת מקודשת היא אפילו אינה ראויה לביאה כלל, ואסורה לקרובי הבעל בברור״. הרי שמחמת חסרון בקדושין, דעת הנצי״ב שאין להתירה בלא גט. וכן מבואר גם בתש׳ צמח צדק (לובבין, חאהע״ז סי׳ שיב), שאין לבטל הקדושין מחמת שאין לו גבורת אנשים: ״ומה שאומרת שלא היה לו גבורת אנשים, כיון כל פצוע דכא בר שכיבה הוא, הו״ל כשאר אדם שאין לו גבורת אנשים, שאין זה מבטל הקדושין, משום שיש לו רפואה״. גם בתש׳ חיים של שלום (לגר״ח טויבש, אב״ד בוטשאן, ח״ב סי׳ ו), כשהנידון שם הוא שאלה של ממזרות, לאחר שנישאה לאחר ללא גט מבעל שלא היה לו גבורת אנשים, שהיא אשת איש גמורה וצריכה גט. ועיי״ש דאף מהשני צריכה גט. ועיין גם בתש׳ דעת סופר (לגר״ע סופר, חאהע״ז סי׳ מט) שכתב דאין להתירה בלא גט.

גם הגר״מ פיינשטיין זצ״ל (אגרות משה חאהע״ז ח״א סי׳ עט) דן במי שאין לו גבורת אנשים, אם אשתו צריכה גט. וכתב דאין ראיה דסברת טב למיטב טן דו, קיימת באלו שכופין לגרש, ולא מסתבר לומר שבמוכה שחין, שבכמה מקומות נאמר שמפחדת מאביה דאי בעי מסר לה למנוול ומוכה שחין, ואיך נאמר אנו דיש להסתפק שמא מתרצית אשה במוכה שחין. ונו״נ שם באריכות, ומסקנת דבריו שהקדושין בטלין. ולסוברים דאיילונית אינה צריכה גט אף מדרבנן, שהם התוס׳ והרא״ש והר״ן גיטין, גם מי שאין לו גבורת אנשים, אינה צריכה ממנו גט. ואף שהמחבר בשו״ע אהע״ז מד,ד פסק שאיילונית שנתקדשה הוי קדושין, י״ל דרק באיילונית שהוא מום שבאשה יכול לגרשה בעל כרחה, לכן מקודשת ג״כ מספק, שיודע שיכול לגרשה בעל כרחה, משא״כ באיש שיש בו מומין שמפסדת טובא, ואינה יכולה לצאת ממנו בעל כרחה: ״ולכן בעובדא דידן שאינו יכול לבעול ונתברר שהיה זה לפני הקידושין, ואי אפשר להשיג ממנו גט בשום אופן, אין לעגנה ויש להתירה מטעם קידושי טעות״. וע״ע באגרות משה (חאהע״ז ח״ג סי׳ מח), אך שם הוא לענין להתיר יבמה לשוק.

ועיין בב״ש קנד,ב, דנחלקו הב״ש והב״ח במומין שהיו ולא ידעה בהם קודם נישואין, דלב״ש הוי מקח טעות, ולב״ח לא הוי מקח טעות. ובבית מאיר הביא דדוקא מומין שבנשים הוי מקח טעות ולא מומין שבאיש. ובבית הלוי (ח״ג סי׳ ג) כתב על הסברא דאין מקח טעות במומין שבאיש, משום דבכל דהו ניחא לה, שאינו כלל גמור, ויש לחלק בין סוגי המומין, דאם נפלה לפני יבם מוכה שחין, אין זה מום בעצם הקדושין, דהמקדש אין בו מום וכל המום הוא חוץ לקדושין, משא״כ כשהמקדש עצמו הוא מוכה שחין, שהוא מום בעצם הקדושין, דעצם המעשה היה בטעות, ולכן לא בעינן שיהיה אומדנא דמוכח, וז״ל ביה״ל: ״והנה כל זה שייך בדבר אחר שחוץ להקידושין, וכמו בנפלה לפני מוכה שחין, דבעצם המקדש לא היה שום טעות, דהוא שלם בלא מום, רק נבוא לבטל הקידושין משום דבר שנתחדש אח״כ ולומר דעל זה האופן לא נתרצית, ובכה״ג הביטול הוא בגדר תנאי וצריך בו משפטי התנאים, וגם שייך בזה הסברא בדברים שבלב דאינם דברים בלא תנאי מפורש ... אבל דבר דהיה טעות בעצם המעשה, וכגון בנתקדשה לאחד ונודע שהוא בעל מום או מוכה שחין, והיא לא ידעה מזה, דזה נקרא מקח טעות. והרי הא דטעות חוזר אינו בגדר תנאי, וגם לא שייך לדון בו דין דברים שבלב, דהביטול של הדבר הוא מצד דעצם המעשה היה בטעות, ולזה לא בעי כלל שיהיה אומדנא דמוכח. וכל מום שמקפדת עליו כשנודע לה הרי הוא מקח טעות וחוזר. ואפי׳ אם נאמר דגם במוכה שחין איכא כל דהו, מ״מ הרי אין לך מום גדול במקח מזה דנתכוונה לבעל טוב ונמצא רק כל דהו, וחוזרת בה כדין כל מקח טעות״. גם בברכת רצה (סי׳ קז) כתב לחלק בין מומין גדולים שכופין להוציא, למומין שאם נולדו אין כופין להוציא, דאם היתה סברא של כל דהו ניחא לה, איך כופין להוציא במומין אלו. אלא בהכרח שמומין אלו אין הגוף סובלם מחמת מיאוסם וסרחונם. ולסברתו צ״ל דהוא הדין לענין שחוף, דודאי הוי מום שכופין להוציא, שגוף ענין הנישואין תלוי בו.

לאור האמור לעיל נראה, שאם סבור ביה״ד שבכגון נדו״ד צריכה גט משום חומרת אשת איש, הרי היא אסורה לכהונה, אמנם אם לדעת ביה״ד יכלו להתירה בלא גט, לפוסקים כדעת מרן הב״י, מותרת לכהונה ומותרת לחזור לבעלה הראשון, ואף לדעת המחבר צ״ע לסוברים דצריכה עכ״פ גט מדרבנן, דאסורה לחזור לראשון, ולדעת הרמ״א, אסורה לכהונה ואסורה לבעלה הראשון. וכבר התבאר דבנדו״ד קשה להתירה לכתחילה בלא גט, וע״כ אין בידינו להתיר.

סימן ב

חשש בטול מקח בטבעת נישואין

ראשי פרקים

א. עייל ונפיק אזוזי, כשלא גילה דעתו שזקוק למעות

ב. בטול מקח מחמת העדר פרעון

ג. עייל ונפיק במטלטלין

ד. כשפרע בשיק

במי שרכש טבעת נישואין לקדש אשה, ושילם חלק במזומן וחלק בשיק, והשיק חזר, ומיד פנו אליו בחנות שיבוא לפרוע את השיק שחזר (בצרוף הוצאות), ופנו אליו בשנית לאחר שבוע, ואמר הקונה שיבוא לשלם, ולא בא אלא לאחר כמה ימים כשהזדמן למקום, ושילם במזומן (עוד לפני החתונה). ושאל, אם יש לחוש שהמקח כבר התבטל מדין עייל ונפיק אזוזי, וצריך קנין חדש מהמוכר.

א. עייל ונפיק אזוזי, כשלא גילה דעתו שזקוק למעות

איתא בב״מ עז,ב: לכדתניא כל החוזר בו כיצד, הרי שמכר שדה לחבירו באלף זוז, ונתן לו מעות מהן מאתים זוז, בזמן שהמוכר חוזר בו, יד לוקח על העליונה, רצה אומר לו תן לי מעותי או תן לי קרקע כנגד מעותי, מהיכן מגביהו מן העידית, ובזמן שלוקח חוזר בו, יד מוכר על העליונה רצה, אומר לו הילך מעותיך רצה אומר הילך קרקע כנגד מעותיך, מהיכן מגביהו מן הזיבורית. רבן שמעון בן גמליאל אומר, מלמדין אותן שלא יחזרו (לכל הלוקח ואין לו מעות כולן אלא מקצתן, לעשות ביניהם תחלה דבר קיום, שלא יוכלו לחזור – רש״י), כיצד, כותב לו אני פלוני בן פלוני מכרתי שדה פלונית לפלוני באלף זוז, ונתן לי מהם מאתים זוז והריני נושה בו שמונה מאות זוז, קנה ומחזיר לו את השאר אפילו לאחר כמה שנים (דכיון שעשאם עליו מלוה, הוה כאילו נטלם והלוום, וקרקע נקנית בכסף). ובהמשך הגמ׳, הא לא כתב הכי לא קני, והתניא הנותן ערבון לחבירו ואמר לו אם אני חוזר בי ערבוני מחול לך, והלה אומר אם אני חוזר בי אכפול לך ערבונך, נתקיימו התנאין, דברי רבי יוסי. רבי יוסי לטעמיה דאמר אסמכתא קניא. רבי יהודה אומר דיו שיקנה כנגד ערבונו. אמר רבן שמעון בן גמליאל, במה דברים אמורים בזמן שאמר לו ערבוני יקון (שנתנו לו בתורת ערבון, ולא בתורת תחלת פרעון, דאמר ליה ערבוני יקון - יקנה

הכל, והאי לא אוזיל גביה למכור לו כל הקרקע בכך), אבל מכר לו שדה באלף זוז ונתן לו מהם חמש מאות זוז (נתנו לו בתורת תחלת פרעון, הוו להו השאר מלוה עליו), קנה ומחזיר לו את השאר אפילו לאחר כמה שנים. לא קשיא הא דקא עייל ונפיק אזוזי, הא דלא קא עייל ונפיק אזוזי (האי דקתני דאי לא זקפו עליו במלוה חוזר, בדעייל מוכר ונפיק ומחזר אחר הלוקח ליתן לו מעותיו, גלי דעתיה דזוזי אנסוהו למכור, וכיון דלא יהיב ליה זוזי בשעת דחקו, אדעתא דהכי לא זבין ליה). דאמר רבא, האי מאן דזבין מידי לחבריה וקא עייל ונפיק אזוזי לא קני, לא קא עייל ונפיק אזוזי קני ... ההוא גברא דזבין ליה חמרא (חמור) לחבריה, ופש ליה חד זוזא וקא עייל ונפיק אזוזא. יתיב רב אשי וקא מעיין בה, כי האי גוונא מאי, קני או לא קני (משום חד זוזא, מי אמרינן דמצי למיהדר). אמר ליה רב מרדכי לרב אשי, הכי אמר אבימי מהגרוניא משמיה דרבא, זוזא כזוזי דמי ולא קני. אמר ליה רב אחא בריה דרב יוסף לרב אשי, והא אמרינן משמיה דרבא קני. אמר ליה תתרגם שמעתיך במוכר שדהו מפני רעתה (דאנן סהדי דבלאו אונסא דזוזי נמי הוה מזבין לה, והאי דעייל ונפיק אזוזי, ממהר הוא לגבות, שלא יחזור לוקח). ועיי״ש בתוס׳ (ד״ה עייל), דאפי׳ משך המקח לא קנה בעייל ונפיק אזוזי, אא״כ זקפו במלוה, דלא מסתבר דהסוגיא מיירי לענין מי שפרע. והובאה הגמ׳ ברי״ף בהלכותיו (ב״מ מח,א מעמוה״ר), וכן פסק הרמב״ם בהל׳ מכירה ח,א: ״המוכר שדה לחבירו באלף זוז ונתן לו מקצת הדמים, והיה יוצא ונכנס ותובע שאר הדמים אפילו לא נשאר לו אלא זוז אחד, לא קנה הלוקח את כולה, אע״פ שכתב השטר או החזיק״.

(ולענין מש״כ רשב״ג שבזקפו במלוה לא מתבטל המקח בעייל ונפיק אזוזי, י״ל דאין זקפו במלוה כאן כנדון זקפו במלוה לענין השמטת שביעית, עיין מה שכתבתי בח״א לא/ח-יא, דשם סגי בקביעת זמן, וכאן קביעת זמן לא מהני, אלא צריך זקפו במלוה בלשון שכתבו התוס׳ עז,ב ד״ה עייל, שצריך לפרש בשעת מכירה שמשיכה זו תהא קונה חפץ זה, וזוזי ליהוו הלואה גבאי).

והרא״ש בב״מ שם (ה״ז) הביא מחלוקת ר״ח והראב״ד מתי חוזר בעייל ונפיק אזוזי.

ר״ח פי׳ דעייל ונפיק אזוזי לא קני באופן שגילה המוכר דעתו שאינו מוכר אלא מפני שצריך לזוזי, אולם אם לא גילה דעתו, ומכר כדי להשתלם למחרת או ביום נדחה אחר, משעה שהחזיק קנה, ולא מתבטל המקח מחמת דעייל ונפיק אזוזי. ונראה בדעת ר״ח, דכאשר קובע זמן פרעון למועד נדחה, הרי זה כזקפו במלוה, וכתקנת רשב״ג. ודעת הראב״ד, דאפי׳ לא גילה דעתו, ואף אם קבע לו זמן פרעון מאוחר יותר, אם עייל ונפיק אזוזי, מבטל המקח: ״והראב״ד ז״ל כתב, אפי׳ קבע לו זמן הפרעון וכשהגיע זמן דחקו לפרוע מעותיו וזה דחהו, גם זה נקרא עייל ונפיק אזוזי. ודייק לה מדקאמר רשב״ג מלמדין אותו שיזקוף עליו השאר במלוה, אלמא

אפי׳ שהרחיב לו זמן, אם לא זקפן במלוה מיקרי עייל ונפיק אזוזי״. מבואר מהראב״ד דאם עייל ונפיק, מתבטל המקח, אא״כ זקפן במלוה, ובלא זקפן במלוה ועייל ונפיק אזוזי, מבטל המקח. ודעת הרא״ש, דיש לבחון כל מקרה לגופו, דפעמים שהמוכר דוחה את הפרעון, שלא יצא עליו שם של דחוק למעות, ויזדלזלו נכסיו, ולכן אין בדחיית הפרעון כדי למנוע בטול המקח בעייל ונפיק אזוזי, דדחיית מועד הפרעון אינה מגלה שעושה כן מפני שאינו צריך למעות: ״ואני אומר, הכל לפי ראות הדיינין, כי לפעמים אדם דחוק למעות, ומוכר קודם הגעת זמן הפרעון, שלא יראהו דחוק למעות ויזדלזלו נכסיו, ואין רוצה לקבל דמי המכירה עד שיצטרך לפרוע חובו, פן יוציאם וכשיגיע הזמן, אין עייל ונפיק אזוזי יותר מזה. הלכך בכל עת שיראו הדיינין שהוא דחוק למעות ועייל ונפיק אזוזי, המקח בטל, כי הא דאמר רבא, האי מאן דזבין ליה מידי לחבריה וקעייל ונפיק אזוזי לא קני, לא עייל ונפיק אזוזי קני״. דהכל תלוי בראות הדיין, שאם המוכר דחוק למעות ועייל ונפיק אזוזי, המקח בטל. והטור בקיצור פסקי הרא״ש שם כתב, דעייל ונפיק אזוזי היינו שתבע מוכר מהלוקח ב או ג פעמים ודחהו בלך ושוב: ״ועייל ונפיק אזוזי תלוי בראות הדיין, בכל עת שרואה שהוא דחוק למעות ועייל ונפיק אזוזי, לא נתקיים המקח אפילו מכר לו לזמן״. וע״ע בתוס׳ הרא״ש (ב״מ עז,ב ד״ה הא): ״הילכך בכל עת שיראוהו הדיינים שמחמת דוחקו הוא מחזר אחריו והלוקח דוחהו, המכר בטל. ונכון היה שיתקנו חזרה למוכר, כיון שזה דוחהו, אבל לא ללוקח, שהרי יכול לבטל המקח אם יתחרט, שידחה המוכר ויתבטל המקח, אלא לא פלוג חכמים, ולכך אמר ר״ג מלמדין, כדי שלא יוכלו להערים לא המוכר ולא הלוקח״.

והב״י (בבדה״ב חו״מ סי׳ קצ, ועיי״ש גם בב״ח) כתב דלענין הלכה נקטינן כדברי הרא״ש שדברי טעם הם, ואף דברי ר״ח ניתן לפרש כדבריו, דמה שכתב דאי זבין לאשתלומי למחר וליומא אוחרא וכו׳, דנעשו עליו כמלוה, היינו דוקא כשאינו נחוץ למעות, אולם אם קבע זמן לפרעון והוא נחוץ למעות באותו יום שקבע, אין ספק דכי עייל ונפיק אזוזי בההוא יומא לא קנה, וכדברי הרא״ש. וכן יש לדייק לשון ר״ח שכתב לאשתלומי ליומא אחרא בלי נחיצותא, דמשמע בהדיא דאי הוי לאשתלומי ליומא אחרא בנחיצותא, לא קנה.

ומדברי הנימוק״י (ב״מ מח,א מעמוה״ר) אפשר ללמוד דלא פליגי ר״ח וראב״ד. הנימוק״י הביא את דעת הראב״ד, דאפי׳ הרויח לו זמנו וקבע ליום מסוים, ובאותו יום לא פרעו ועייל ונפיק אזוזי, לא קנה המקח, מזה שהצריך רשב״ג לתקן לזקוף במלוה. והוסיף הנימוק״י, דאם לא מכרו כדי שיתן לו דמים מיד, וגם לא ייחד לו יום פלוני ידוע, אלא אמר לו תשלם לי מחר או יום אחר בלא קביעת יום מסוים; ״כהאי גוונא ודאי מעידנא דאחזיק קנה, וזוזי מקבל להו בתר הכי דנעשו עליו כמלוה אפילו עייל

ונפיק אזוזי קנה, דכה״ג לא גלי אדעתא דמשום דוחקא הוא כדי דנימא אדעתא דהכי לא זבן, וכ״כ ר״ח ז״ל״. דהראב״ד מיירי שקבע יום מסוים, ור״ח מיירי שלא קבע יום מסוים, ובכך גילה דעתו שהמכירה לא היתה מפני שצריך לזוזי.

והרשב״א בחידושיו (ב״מ שם), הביא דברי הראב״ד וחלק עליהם, והסכים לר״ח:

״פירש הראב״ד אפילו קבע לו זמן הפרעון, וכשהגיע זמן דחקו לפרוע מעותיו וזה דחהו, גם זה נקרא עייל ונפיק אזוזי. וכתב לפי פי׳ זה, לא עייל ונפיק אזוזי לא משכחת לה אלא באומר לו לכשיהיו לך מעות תפרעני לאט לך״. הרשב״א הסיק מדברי הראב״ד דכל היכי תימצי שהמוכר עייל ונפיק אזוזי, מיד מתבטל המקח, וקיום המקח הינו רק באופן שמראש הסכים שהקונה יוכל לפרוע מתי שירצה. וע״ז הקשה הרשב״א, דלדברי הראב״ד תמיד יוכל המוכר לבטל המקח ע״י עייל ונפיק, ואף אם לא יהיה זקוק לכסף, יעשה עצמו כזקוק לכסף, אם ירצה לבטל המקח מחמת סיבה אשר תהיה. אלא שהיה קשה לרשב״א, דאם רק בדוחק מיד ועייל ונפיק אזוזי, לשם מה תקן רשב״ג שיזקוף עליו במלוה, יכל לתקן שירויח לו זמן. וע״ז תירץ הרשב״א, דאה״נ, אם ירויח לו זמן יוכל לדחוק לזמן שהרויח לו ולבטל המקח, ולכן הוצרך לתקן שיזקוף במלוה: ״אלא נראה שהוא דוחק מיד, ותקנת ר״ג הוא הדין במאריך לו זמן וממתין לו, דאורחא דמילתא נקט דרוב הממתינים כותבין שטר כדי להתחייב לו בשטר לשעבוד נכסים ושיגבה מן הלקוחות״. והביא הרשב״א דעת ר״ח, דעייל ונפיק אזוזי מיירי שמגלה דעתו שזקוק לכסף, בין אם הפרעון למחר או ליום אחר, וכתב עליו הרשב״א; ״וזה נכון״. והראיה מדברי רשב״ג לראב״ד, כן הביאו הראשונים, עיין בריטב״א שכתב דמכאן הביא הראב״ד ראיה, שהמוכר לפרוע לזמן בלא זקיפת מלוה, וכשהגיע הזמן עייל ונפיק אזוזי לא קנה הלוקח, מזה שדוקא בזקפו במלוה אין עייל ונפיק אזוזי, עיי״ש.

ובמאירי בסוגיא (ב״מ שם) מבואר דדוקא בלא קבע לו זמן לפרעון, אם עייל ונפיק ביומיה, בטל המקח, אבל אם קבע לו זמן לפרעון, הרי זה כזקפו עליו במלוה: ״וכל שקבע זמן לפרעון, אין זה נקרא עוד עייל ונפיק אלא בשתובעם סמוך למכר. ויש מפרשים שאע״פ שקבע לו זמן, כל שהוא דוחקו בזמן, עייל ונפיק הוא. ואין נראה לי כן. ולא עוד אלא שלדעתי קבע לו זמן, הרי הוא כזקפם עליו במלוה״. ולפ״ז י״ל דמה שתקן רשב״ג הוא למציאות שלא קבע לו זמן, וכדי שלא יחזור ביומיה, תיקן שיזקוף עליו במלוה. גם צ״ל דתיקן למי שאינו רוצה לקבוע זמן לפרעון אלא המוכר רוצה פרעון מיידי.

ומדברי הר״ן בסוגיא (ב״מ שם), נראה שהסכים לדברי הראב״ד, דאף בקבע זמן לפרעון, שייך לבטל המקח בעייל ונפיק אזוזי, דאם קבע לזמן מסוים, מוכח

שזקוק לכסף לאותו היום ולכן קבע יום הפרעון, וכן הוכיח ממה שתיקן רשב״ג לזקוף במלוה, וכנ״ל. וכן מבואר בר״ן קדושין (י,א מעמוה״ר). אמנם שם הר״ן דחה את הראיה מרשב״ג, אך הסכים לדברי הראב״ד. הר״ן כתב דלכאורה יש ללמוד מהראב״ד דגם בקנין חזקה או בחליפין, כשעייל ונפיק אזוזי לא קני, שאם קונה בחזקה או חליפין, ילמדם רשב״ג שיקנו בחזקה או בחליפין. ודחה הר״ן ראיה זו, דהרי ודאי אם מפרש שנח לו למוכר שיקנה הקונה אף בנתן מקצת המעות, ודאי קנה, ולמה לא לימדם רשב״ג שיפרש דניחא לקנות במקצת מעות, אלא בהכרח נקט רק אפשרות אחת מכמה אפשרויות. (ולכאורה אינה קושיא כ״כ, דלעיתים לא ניחא ליה, ולא ירצה המוכר לשקר, וגם רשב״ג לא רצה לתקן שיאמר דניחא ליה, מה שאינו רוצה, ולכן תיקן דוקא בזקפם במלוה, וצ״ע). וע״כ מסיק הר״ן: ״ומעתה אין להביא ראיה מדברי רשב״ג לכל מה שכתבנו למעלה, דאיהו חד מתרי תלת גווני נקט, דהא בדפריש קני ולא קא״ל רשב״ג. ואעפ״כ הדין דין אמת, דכל היכא דעייל ונפיק אזוזי, לא שנא מיד ולא שנא לאחר זמן, לא שנא בכסף ולא שנא בחזקה ובחליפין, לא קני, בר ממוכר שדהו מפני רעתה״. הרי שאף ללא הראיה מרשב״ג, הסכים מסברא לדברי הראב״ד. ועיין עוד באו״ז (ב״מ רמו), וכן ברבינו ירוחם (מישרים ט,א), נראה דכל היכא שתובע המוכר כספו כמה פעמים, והלוקח דוחהו, דאנן סהדי דמחמת דוחקו מכר מאחר שתובעם תמיד, נתבטל המקח כנגד מעות שהוא חייב לו.

והרמב״ם בהל׳ מכירה ח,א, פסק וז״ל: ״המוכר שדה לחבירו באלף זוז ונתן לו מקצת הדמים, והיה יוצא ונכנס ותובע שאר הדמים, אפילו לא נשאר לו אלא זוז אחד, לא קנה הלוקח את כולה, אע״פ שכתב השטר או החזיק״. ולכאורה הרמב״ם לא הגביל את התביעה דוקא ביומו, וכן לא הגביל דמיירי דוקא בגילה דעתו שנחוץ למעות. גם לא הזכיר הרמב״ם תקנת רשב״ג שיזקוף במלוה, ועיין בלח״מ מש״כ בזה. ובמגיד שם הביא דעת ר״ח, כפי שהביאה הרשב״א, דלא קנה בדגלי דעתיה דלא מזבן לאשתלומי דמי, למחר וליומא אחרינא בלא נחיצותא אלא בנחיצותא, ומש״כ הרשב״א דזה נכון. ולא ביאר המגיד אם כך היא גם דעת הרמב״ם. ועיין בקרית מלך רב (מכירה ח,א, לבן בעל המחנ״א) מש״כ בזה. [ובענין מש״כ בלח״מ, עיין בדברי מלכיאל (ח״ד כד,נח) מש״כ בבאור דעת הרמב״ם שהשמיט תקנת רשב״ג לזקפו במלוה, וכתב בלח״מ דהרמב״ם ס״ל דלא מהני זקפו במלוה, דת״ק פליג על רשב״ג. ובדברי מלכיאל הביא מש״כ בשו״ע הרב שאין נכון למכור חמץ ע״י זקיפת מלוה, דלדעת הרבה ראשונים לא מהני זקפו במלוה. וכוונת שו״ע הרב, דהרמב״ם בהל׳ מכירה ח,א לא הביא להלכה שיזקוף במלוה, שסובר שת״ק חולק על רשב״ג, וכמש״כ בלח״מ ובריב״ש סי׳ רעה, וכן נראה דעת המחבר בשו״ע שלא הביא דברי רשב״ג, ורק הרמ״א

הביאם. וכתב הדברי מלכיאל, דפלא על האחרונים שלא הרגישו שיש מחלוקת בדבר זה.]

ובטור חו״מ קצ,טז-יח, לאחר שהביא דעת אביו הרא״ש, דבכל עת שיראה הדיין שהוא דחוק למעות ונפיק ועייל אזוזי, בטל המקח, הביא דעת הרמ״ה, דעייל ונפיק אזוזי פירושו, שהלך המוכר לקונה ב פעמים לבקש מעותיו, לא שנא מצאו וביקש ממנו, לא שנא לא מצאו רק שגילה שהלך לבקשם. עוד הביא מהרמ״ה, דדוקא עייל ונפיק ביום שהעמיד לו המקח, או ביום שקבע לו לפרוע, דאמרינן משום דדחיק לזוזי זבין, ולא זבין אלא אדעתא לאפרועי מיד ביומיה, וכיון שלא נתנו לו באותה שעה, יכול לחזור בו. משא״כ אם לא עייל ונפיק ביומיה, לא תלינן דמשום דדחיק זבין, אפי׳ עייל ונפיק עלייהו למחר, לא יכול לחזור בו. ואם עייל ונפיק ביומיה, יכול לחזור בו אפי׳ לאחר כמה ימים, אף ששתק כשעייל ביומיה. ואם עייל ונפיק ביומיה פעמיים, וחזר בו המוכר, ולפני סוף היום בא הלוקח לשלם, המקח קיים ואינו יכול לחזור בו, דפרעון ביומו כפרעון בשעת התביעה. ע״כ דברי הרמ״ה שהביא הטור.

ועיין לעיל בדברי הב״י בבדק הבית שפסק כרא״ש, וכן נראה ממה שפסק בשו״ע חו״מ קצ,טו: ״הא דאמרינן דכי עייל ונפיק אזוזי לא קנה, היינו בדידעינן דלא מזבין אלא משום דצריך לדמי, ואפי׳ אם קבע זמן לפרעון וכשהגיע הזמן דחקו לפרוע לו מעותיו וזה דוחהו, והדיין רואה שהוא דחוק למעות ועייל ונפיק אזוזי, לא קנה״. הרי שאפי׳ בקבע זמן והקונה דוחהו, ונראה שצריך למעות, לא קנה הלוקח, וכדעת הרא״ש, וכן למד הסמ״ע שם קצ,כד. והגר״א קצ,כו הביא ראיה מדהצריך רשב״ג לזקוף במלוה, ולא תיקן להאריך זמן הפרעון, מזה מוכח דלא מהני הרוחת זמן כדי למנוע ביטול מקח מחמת עייל ונפיק אזוזי, וכמו שהוכיחו הראשונים (עיין לעיל).

ובהמשך (קצ,טז) הביא המחבר דעת הרמ״ה שהביא הטור (עיין לעיל) בשם יש מי שאומר, דעייל ונפיק אזוזי היינו כשהלך לקונה לבקש מעותיו שתי פעמים, לא שנא מצאו ובקש ממנו, לא שנא לא מצאו רק שגילה דעתו שהלך לבקשו. ודוקא דעייל ונפיק ביום שהעמיד לו המכר (ועיין בסמ״ע ס״ק כה, דהיינו יום שקבע לו לפרעון, או ביום שקרוב לו לפניו, ואמר לו הכן לי מעותי כי אצטרך אותם למחר לזמן שקבעתי עמך), אבל לא עייל ונפיק ביומיה, אפילו עייל ונפיק למחר, לא יכול לחזור בו. וכי עייל ונפיק ביומיה, אין צריך לחזור בו מהמקח מיד, ואף לאחר כמה ימים יכול לחזור מהמקח. וכל ששילם לו אפי׳ בסוף היום, נחשב כפרעון בשעת התביעה, אם פרע ביום התביעה. ומש״כ הרמ״ה דבעינן שתי תביעות, עיין בגר״א ס״ק כז, דדייק כן מלש׳ הגמ׳; עייל ונפיק נפיק ועייל, אך כתב דאין הכרח מכאן, דכן הוא לש׳ הגמ׳, עיי״ש.

ועיין בערוה"ש קצא,יא, דמש"כ הרמ"ה דצריך שיבקש שתי פעמים וכו', היינו דוקא בלא ידעינן ולא התברר שמכר מפני שנצרך לכסף ליום הפרעון, ורק כשלא ידוע ולא התברר, צריך למש"כ הרמ"ה שיתבע ב פעמים, וגם בזה אם תלינן שעשה כן מפני שמכר שדהו מחמת רעתה, אין לבטל המקח: "מקרי עייל ונפיק אזוזי בא' משתי דרכים, או שהב"ד יודעים שלא מכר אלא מפני שהיה מוכרח למעות לאותו זמן שקבע, או שנתברר להם שלא מכר אלא מפני הכרחיותו למעות לאותו זמן שקבע, כמו בסעיף ט', ואז אין צריך לפרטים שנתבארו בסעיף הקודם, או אף שלא נתברר זה לב"ד רק שראינוהו הולך לבקש מעותיו שתי פעמים ביום שקבע או ביום הקודם, דבזה עצמו נתברר שעיקר מכירתו הוא מפני הכרחיותו למעות, דאל"כ לא היה הולך שתי פעמים ביום אחד, ולכן אם יש לתלות סיבת הליכתו לבקש המעות בטעם אחר תלינן, כיצד, כגון שמכר שדהו מפני רעתה, אף שהוא יוצא ונכנס ותובע הדמים, קנה הכל ואין יכולין לחזור בהן, שזה שרודף אחר המעות לא מפני שעדיין לא גמר והקנה, אלא דחרד שלא יחזור בו הלוקח ...". מבואר דכל דברי הרמ"ה מיירי באופן שלא ידעינן או לא התברר שמכר מפני שצריך למעות, אולם אם ידוע או התברר שמכר מפני שצריך למעות, אין צריך לתביעה ב פעמים ביומיה.

ב. בטול מקח מחמת העדר פרעון

ויש לדון גם כשלא עייל ונפיק אזוזי, בגדרים האמורים לעיל בראשונים, פעמיים ובסמוך חמועד הפרעון, רק כשקנה על דעת לשלם מיד, ולמעשה לא שילם מיד, וברור שהמוכר לא מכר אלא על דעת לשלם מיד, אף שאינו צריך למעות, ואף אם אומר לו להמתין, אין המוכר מעונין לבטל המקח, מ"מ אומדנא דמוכח שעל דעת כן שידחהו בפרעון לא הקנה לו. כן יש ללמוד מתש' הרי"ף שהביא בשטמ"ק ב"מ עז,ב: "ואמנם אם שום אחד מהם אינו רוצה לחזור בו, והמוכר קבל מקצת הדמים והוא דוחק לקבל השאר, והקונה אומר אני רוצה שימתין לי בשאר המעות עד שיזדמנו לי, לא נגמר המקח לקונה לא בכולה ולא במקצתה אלא בפריעת שארית הדמים, או שיקבל על עצמו המוכר להחליט לו עתה המכר, ויזקוף עליו השאר חוב, ויהיה זה או בשטר שבו נגמר קנין הקרקעות ... או בקנין ... ואין התנאי שמתנים ביניהם מספיק בזה מבלי כתיבה וקנין, אלא על כל פנים צריך אחד משני דברים אלו שהזכרנו". מבואר שאף אם המוכר אינו רוצה לחזור, כיון שאמר לו המוכר שימתין למעות עד שיזדמנו לו מעות, לא נקנה המקח אף לא במקצתו. וצ"ל דהוי אומדנא שמכר לו על דעת לקבל הפרעון מיד, וכיון שלא קיבל, לא חל המקח, ואף שאינו רוצה לחזור בו, לא בעינן לחזרה, דהמקח כלל לא חל.

ובנתיבות קצ,ז כתב: "דבזה לא בעינן שיהיה עייל ונפיק אזוזי ביומו, רק כיון שתובע מעות והלוקח טוען שאין לו, יכול המוכר לבטל המקח". וצ"ל דהמקח בטל מאליו, ומטעם הנ"ל דהוי אומדנא שע"ד כן לא מכר לו. והביא הנתיבות ראיה מהח"מ קכ,ה והב"ש קכ,ג. דברמ"א אהע"ז קכ,ב הביא להלכה את הב"י, דאם כתב לו הסופר גט וגזלו ממנו ולא פרע לו וגירש בו, לא הוי מגורשת (ועיין מש"כ הט"ז ס"ק ה, דלכאורה אין כאן גזל הגט, דהבעל חייב לשלם שכר סופר, וכתב דהוי רק אינה מקודשת לחומרא. וע"ע בפר"ח ס"ק ח שחילק בין אם בדעת הבעל היה מלכתחילה לשלם לסופר אם לאו, עיי"ש). ובח"מ שם כתב, דאם נותן לו הגט על מנת לשלם לו מיד, ואינו משלם לו, ודאי הוי גט גזל בידו, משא"כ בנותן לו הגט בהקפה, וכן כתב הב"ש שם ס"ק ג. וקצוה"ח (משובב נתיבות צא,א) כתב עמש"כ הח"מ והב"ש, דאם נתן הגט ע"מ לפרוע מיד ולא פרע מיד, הו"ל גזל, דהיינו דוקא באומר על מנת, וכל על מנת לא בעי תנאי כפול והמעשה בטל כשלא נתקיים התנאי, עיי"ש.

וכן מבואר במחנה אפרים (קנין מעות סי' יב). המחנ"א מביא מחלוקת ראשונים בישראל שיש בידו עבודה זרה, ומכר לגוי, ומשך הגוי ופרע מיד הדמים, אם הוי חליפי ע"ז. דה"ר אלחנן סובר דדוקא אם מכר לגוי בהקפה, שהדמים מותרין ולא הוו חליפי ע"ז, ור"י ס"ל שאפילו לא מכרה לגוי בהקפה, אלא כיון שמשכם הגוי אצלו קודם שיתן את הדמים, וקי"ל משיכה בגוי קונה, לא הוי חליפי ע"ז, דהוי כמו בא עליה ואח"כ נתן לה. והרמב"ן סובר דלא דמי לבא עליה ואח"כ נתן לה, דבבא עליה ואח"כ נתן לה, בשעה שנתן לה הטלה ליתיה לביאה בעולם, והלכך לא חייל איסורא על הטלה, משא"כ במוכר ע"ז, בשעה שנתן לו הדמים, הע"ז בעולם ונתפס האיסור בדמים. והר"ן השיב על הרמב"ן, דאף אם הע"ז בעולם, אין ההתפסה תלויה אלא בשעת יציאת כל דבר מרשות חבירו, ובאותה שעה ראוי לחול האיסור על חליפיו, משא"כ כשכבר קנה הגוי הע"ז לפני נתינת דמים, אין נתפס האיסור על הדמים. והמחנ"א הסכים עם דעת הר"ן שההתפסה תלויה בשעת המקח, וככל שנקנה המקח כבר ופרע אח"כ, אין לדמים שם חליפי ע"ז, דמשעה שמשך הגוי הע"ז, קנה הע"ז והדמים נעשו עליו מלוה, וכשאח"כ פרע לישראל, לא פרע לו דמי אסור אלא הלואה: "אבל במכר בסתם ליקח המעות מיד, אע"פ שמשך הגוי המקח, עדיין לא נגמר הקנין לגמרי כל שלא נתן לו המעות, דאי מסרב הגוי ליתן הדמים והישראל עייל ונפיק אזוזי, המקח בטל, דאדעתא דהכי מכר כדי ליקח הדמים מיד לעשות חפציו, אישתכח דבשעת נתינת הדמים נגמר המקח, ודמים אלו שנתן דמי ע"ז הם". מבואר מהמחנ"א שמוכר ע"ד שישלם לו המעות מיד, ולא פרע לו, והמוכר עייל ונפיק אזוזי, המקח בטל מחמת אומדנא שע"ד כן מכר כדי לקבל מיד דמים, וזה כסברת הרי"ף הנ"ל.

ומהרש״ם (משפט שלום קצא,טו) כתב, דמדברי הרי״ף יש לומר דדוקא כשאמר הלוקח, בזמן שתבעו המוכר מעות, שיתן לו כשיזדמנו לו מעות, בלי קביעת זמן כלל, בזה אמרינן אומדנא שלא היה מוכר אם היה יודע שלא יתן לו מעות כשיתבע, וידחהו באמירה שיתן רק כשיזדמנו לו מעות, אולם אם כשתבעו המוכר, משיב הלוקח שיתן בעוד כמה ימים וקובע זמן, בכה״ג לא התבטל המקח כנגד מה שכבר נתן. אולם מדברי הנתיבות משמע דבכל אופן מתבטל המקח, וכמש״כ הנתיבות, דכיון שתובע מעות והלוקח טוען שאין לו, יכול המוכר לבטל המקח. עוד כתב מהרש״ם, דיש מקום לפרש דעיקר החילוק, דאם כשתבעו דחה אותו בלך ושוב, לא נתבטל לגמרי, אולם אם ענה הלוקח שאין לו עתה מעות ולא יתן עד זמן פלוני, בזה התבטל המקח לגמרי, כיון שלא היתה המכירה באופן זה, והמוכר דחוק למעות, והמעות שקיבל הם אצלו כמלוה בעלמא עד שיפרע כל תמורת המקח. אולם מהרש״ם ס״ל דיותר נראה דעיקר החילוק, דבשעה שחוזר בו המוכר, אם אין הלוקח נותן המעות, בטל המקח לגמרי, ואף אם מסכים להמתין, אם חוזר בו המוכר ורוצה שיתן לו שאר המעות, מחויב ליתן לו, ואם אינו נותן, יכול המוכר לחזור מכל המקח. עוד הוסיף מהרש״ם, דהא דבעינן עייל ונפיק תרי זמני, דוקא אם דוחהו בלך ושוב, אולם אם כשתבעו פעם ראשונה אומר הלוקח אין לי ולא אתן לך עד אחרי זמן מסוים, אין צריך עוד פעם שיתבעהו, ויכול לבטל המקח. וכל זה י״ל מחמת האומדנא, דודאי ע״ד כן לא מכר לו.

ועיין בג״פ קכ,ח, דאם מתחילה לקח הבעל מהסופר את הגט בתורת הקפה, לפרוע לו לזמן פלוני, אף שאח״כ לא פרעו ונתכוין לעשקו, משעה שמשך הגט הרי הוא של הבעל, וחייב לו דמים בעלמא, והרי זה כזקפו במלוה, והרי היא מגורשת. וכן דייק מלש׳ רמ״א; ״וגזלו ממנו ולא פרע לו״, דמתחילה בא לידו בתורת גזילה. והקשה הג״פ על הנ״ל, מדברי הב״ח חו״מ סי׳ צו, בלוה שאין לו לשלם לכל בע״ח, ולקח מאחד סחורה ולא פרע, שאם הסחורה בעין או מה דאתי מחמתה, אין לאחרים חלק בה, והכל ינתן למוכר הסחורה, וכן כתב הרי״ף. ולפ״ז גם בנדון הגט, כשלא פרע הבעל, ינתן חזרה לסופר. ודחה הג״פ, דכיון שכבר נתן הגט לאשה, אין האשה חייבת להחזיר, וכל דברי הב״ח הם כשהסחורה ביד החייב, משא״כ כשמכר. ולכאורה נראה דאין צריך לכל זה, דהרי כל מה שהמוכר לוקח הסחורה הינו מדין גביית בע״ח, ומוכר הסחורה לענין סחורתו, קודם לאחרים, משא״כ בגט שאינו שוה מאומה לסופר, ולא שייך בגט שיפרע לבע״ח, גם אינו בדין חזרה, שכל דברי הרי״ף והב״ח הם בגדר פריעת בע״ח, אולם במקום שלא שייך פריעת בע״ח, אין דין שצריך להחזיר מה שלקח, וצ״ע. (ועיין עוד להלן אות ד).

ונפק״מ שאם בטל המקח, צריך קנין מחודש מהמוכר, ולא מהני המחילה, כן מבואר בדברי הרי״ף בתש׳, כנ״ל. וכן יש ללמוד ממש״כ התוס׳ כתובות עג,א (סד״ה לא תימא) שהקשו, איך ס״ד דאם קדשה על תנאי שאין בה מומין וכנסה בלא בעל דאחולי אחליה לתנאיה וצריכה גט, דכיון שקידשה על תנאי שאין עליה נדרים והיו עליה נדרים אינה מקודשת, ומה תועיל מחילת התנאי. וכן הוא בר״ן שם (לג,ב מעמוה״ר). (ועיין עוד בתש׳ צמח צדק סי׳ טז, בקהל אנשי טבריה, שהסכימו לקבל עליהם רב, והסכימו לג׳ רבנים, שאם הראשון לא יסכים, יקבלו השני, ואם השני לא יסכים, יקבלו השלישי. והסכים הראשון, והגיע לטבריה ונשא דרשה, ואחרי כמה ימים הלך לציפורי לכהן שם כרב, וחזר בו מהסכמתו. ויש שטענו שאם כך, יש לקבל את השני, ויש שטענו שכבר התבטלה ההסכמה, דמיד שהסכים הראשון, אין לשני כל זכות. והסכים הצמח צדק, דכיון שהסכים הראשון, אף שחזר בו, בטלה הסכמתם ויש לדון מחדש. והביא ראיות מהש״ס לדין זה, עיי״ש. וכן יש להביא ראיה ממש״כ המחבר בשו״ע חו״מ רנג,ה: ״שכיב מרע שאמרו לו נכסיך למי, אמר כמדומה שיש לי בן או שאשתי מעוברת, עכשיו שאין לי בן ושאין אשתי מעוברת נכסי לפלוני, ונודע שיש לו בן או שאשתו מעוברת, אין מתנתו מתנה, אפילו מת הבן או הפילה אשתו אחר כך״. ובסמ״ע שם ס״ק יא ביאר, דכיון דבשעה שנתנה לו היתה המתנה בטעות, דגילה דעתו דאם יש לו בן לא היה נותנו לאחרים, כיון דלא חלה המתנה מעיקרא, לא תחול כשימות).

ג. עייל ונפיק במטלטלין

ומהגמ׳ בסוגיא מוכח דדין עייל ונפיק הוא גם במטלטלין, מהא דההוא גברא דזבין ליה חמרא לחבריה, ופש ליה חד זוזא, וקא עייל ונפיק אזוזא. יתיב רב אשי וקא מעיין בה, כי האי גוונא מאי, קני או לא קני. אמר ליה רב מרדכי לרב אשי, הכי אמר אבימי מהגרוניא משמיה דרבא, זוזא כזוזי דמי ולא קני. והנה רש״י פירש דחמרא היינו חמור, ובא לאפוקי שלא נאמר שהכוונה ליין. כן ביאר הריטב״א בסוגיא, שביין וכיוצא בו שהוא ראוי ליחלק, ודאי קנה כנגד מעות שנתן, אף שהמוכר עייל ונפיק אשאר זוזי, משא״כ בחמור וכיוצא בו שאינו ראוי ליחלק, הואיל ולא קנה כנגד מה שעייל ונפיק אזוזי, לא קנה גם נגד מה שכבר שילם למוכר, שלא עלה על דעתם שיהיו שותפים בחמור. והביא הריטב״א דברי הירושלמי (ב״מ ד,ב) במה שאמר רב דערבון כנגדו הוא קונה, שאם הוא דבר שאינו ראוי ליחלק, מודה הוא שקונה כנגד כולו, שלא על מנת להיות שותפים קנה זה ומכר זה. כל זה בדין ערבון יקון, אולם בעייל ונפיק אזוזי אין לומר כן, שהרי לא קנה כנגד מה שעייל ונפיק אזוזי, וממילא לא קנה כלל, שלא על מנת להיות שותפים קנה זה ומכר זה.

וכן כתב הרמב"ן בסוגיא: "... ואף אנו נאמר במקום דעייל ונפיק אזוזי, כיון שאי אפשר שיקנה הכל, דהא משום זוזי זבין, לא קנה כלום, והיינו דאמרינן בההוא גברא דזבין חמרא לחבריה ופש ליה חד זוזא כי האי גוונא מאי, כלומר, מי אמרינן דקנה כנגד מעותיו דומיא דשדה או לא, ופשטינן דלא קנה, כלומר דלא קנה כלום, וכן הוא דעת הראב"ד ז"ל". מבואר דבחמור שאינו יכול לחלק, לא קנה כלום, ושכן דעת הראב"ד. והביא הרמב"ן דעת י"א, דבמקח שאין דרכו לקנות חציו, קנה הכל אף במקום דעייל ונפיק אזוזי, וכמש"כ בירושלמי בדין ערבוני יקון, וגורסים בגמ' דידן שקונה רק כנגד מעותיו, מפני שהגמ' מדברת ביין, אולם בחמור קונה הכל. ופי' שאלת הגמ'; כה"ג מאי, דמשום זוז אחד בלבד שנשאר לתשלום, לא מבטל איניש זביניה משום חד זוזא. וכתב הרמב"ן על פירוש זה: "ואין זה נכון, דלעולם לא קנה אלא כנגד מעותיו, דהא גלי אדעתיה דלא מקני ליה כיון דקא עייל ונפיק אזוזי. ועוד, דלא הו"ל למימר לא קנה סתם משום חד זוזא". והוסיף הרמב"ן, דמה שנצרך רש"י לפרש דמיירי בחמור, לרמוז הסברא הנ"ל, דלכן לא קנה, אף לא נגד מעותיו, משא"כ ביין.

ומחלוקת זו מובאת בשטמ"ק בסוגיא. דבעל המאור כתב דהסוגיא מיירי בלא משיכה אלא בכסף בלבד ולענין מי שפרע, אולם אם משך, בודאי קנה לגמרי אף אם עייל ונפיק אזוזי. וכתב עליו הראב"ד, דאף במטלטלין אפילו משך, כיון דעייל ונפיק אזוזי, הוה ליה כמי שלא נתן לו דמים. ומה שאמרו שיכול הלוקח לומר לו תן לי מעותי או תן לי קרקע כנגד מעותי, וכן כשהלוקח חוזר בו שהמוכר אומר לו הילך מעותיך או קרקע כנגד מעותיך, היינו דוקא בקרקע או בדבר שראוי ליחלק כמו שהוא באותה שעה, אבל בהמה או כלי אחד, נותן לו מעותיו או דבר שהוא מיוחד לו, שלא קנה כדי שיהיו שותפים. וכן הוא ברמב"ן במלחמות (ב"מ מח,א מעמוה"ר), לאחר שהביא דברי בעה"מ דבפש ליה חד זוזא לא קנה, הכוונה שלא קנה הכל אלא כנגד מעותיו, הביא מש"כ עליו הראב"ד:

> "וה"ר אברהם ברבי דוד ז"ל השיב עליו ואמר, שלא אמרו קנה כנגד מעותיו אלא בקרקע שהוא ראוי ליחלק, אבל לא בדבר שאין בו דין חלוקה, שאפילו השותפין שהם שותפין מדעתם, מעלין זה לזה בדמים, שאין אדם רוצה לעמוד בשתוף כזה, כל שכן אלו שלא נתרצה בכך, ומעולם לא נתרצה לו עד שיתן לו כל מעותיו, הואיל ואינו ראוי ליחלק, הלכך לא קנה כלל. והאלהים דבר נאה ומתקבל היא, וכל השמועה מיושבת בדברי הגאונים לפי דבר זה, כי מה שאמר בעל המאור כללא קנה דקאמר, לא קנה הכל אלא כנגד מעותיו, דוחק גדול הוא ואינו במשמע. ועוד, דהוה ליה לרבא למימר האי מאן דמזבין מידי לחבריה ויהיב ליה ערבון וקא עייל וכו'. לפיכך אני אומר דרבא ה"ק,

האי מאן דמזבין מידי לחבריה, ומשך במטלטלין והחזיק בקרקעות ועייל ונפיק אזוזי, לא קנה עד שיתן דמים, אבל נתן מקצת דמים, לא אמר רבא עלה, לא לאו ולא הן. אלא דההיא ברייתא דלעיל קתני שקנה כנגד מעותיו אם רצה. ומכל מקום שמעינן מדרבא שלא קנה יותר מכדי מעותיו, ואי לא עייל ונפיק קנה הכל בלא דמים כלל, וההוא חמרא דאמר רבא עליה לא קנה כלל קאמר, מפני שאין בו דין חלוקה ולא נתרצה להיות שותפות בו.״

מבואר ברמב״ן שהסכים לדעת הראב״ד, דכל דבר שאין בו דין חלוקה, לא קנה כלל, אף לא נגד מעותיו. וכן הסכים הנימוק״י שם, דבדבר שאינו ראוי ליחלק, כגון בהמה טמאה, מתוך שלא קנה כולה, לא קנה מקצתה, שלא עלה על דעתם שיהיו שותפים בה, דלא ניחא ליה לאיניש להיות שותף. וכן כתב הרא״ש (ב״מ ה,ז), דהא דאמר גבי חמרא שהמקח בטל לגמרי, היינו לפי שהחמור אין ראוי ליחלק והמוכר אין רוצה להיות שותף עמו, אבל במידי דבר חלוקה, אין המקח בטל אלא כנגד המעות שחייב לו. וכן הוא בתש׳ הרא״ש צז,ד, דמסקנת הגמ׳ לענין חמרא, דלא קנה וחוזר המקח לגמרי, לפי שהחמור אינו ראוי ליחלק והמוכר אינו רוצה להיות שותף עמו, אולם בחפץ שהוא בר חלוקה, אין המקח בטל אלא כנגד המעות שחייב לו.

והרמב״ם בהל׳ מכירה ח,ד, כתב וז״ל: ״וכן הדין במוכר מטלטלין, אע״פ שמשך הלוקח הפירות והוציאן לרשותו והמוכר נכנס ויוצא על שאר הדמים - לא קנה, ויד החוזר בו על התחתונה כמו שביארנו, אלא אם כן מכר מפני רעת ממכרו והרי זה קנה הכל״. וברב המגיד הביא דעת בעה״מ, והראשונים, הראב״ד והרמב״ן ועוד, שחלקו עליו, דדוקא במטלטלין הראויין ליחלק, כגון פירות וכיוצא בהן אבל בעלי חיים כגון פרה וחמור, שאינם ראויים לחלוקה, בעייל ונפיק אזוזי, אינם שותפים במכר, וכתב המגיד דכן עיקר. ומזה שלא כתב המגיד דדעת הרמב״ם דלא כראשונים, י״ל דהרמב״ם לא הביא אלא דינא דגמרא, דדין המטלטלין כדין הקרקעות, אך לא נכנס לחילוק אם מיירי במטלטלין דברי חלוקה, ואפשר שפירש דמיירי הגמ׳ בחמרא – יין, שהוא בר חלוקה, ויין דינו כקרקע ממש, כשהיא ברת חלוקה. אולם הטור (חו״מ סו״ס קצ) כתב להדיא דהרמב״ם אינו מחלק בין קרקע למטלטלין, ודעת אביו הרא״ש לחלק בין קרקע למטלטלין. והמחבר בשו״ע חו״מ קצ,יז, פסק כדעת הראשונים הנ״ל, דבמטלטלים אם הוא דבר שאינו ראוי ליחלק, המקח בטל לגמרי, והמוכר אינו רוצה להיות שותף עמו. וזה כשיטתו בב״י (חו״מ סו״ס קצ), דלא ס״ל כטור בדעת הרמב״ם, אלא ס״ל דמה שלא חילק הרמב״ם בין מקרקעי למטלטלי, אין ראיה דלא סבירא ליה כדעת הראשונים הנ״ל, דגם במקרקעי שייך דין זה, כגון שדה שהיתה פחותה מתשעה קבין, או גנה פחותה מחצי קב, שאינם ראויים לחלוקה. ועיי״ש בב״ח.

ועיין בנתיבות קצ,ו שכתב לבאר, דבקרקע שיש בה דין חלוקה, דעת הרא״ש דכנגד הכסף שלא נתן עדיין הלוקח למוכר, יכול המוכר לבטל המקח מדינא באופן יחסי למה שלא קיבל, ואם ירצה המוכר ליתן ללוקח כנגד מה שנתן, והלוקח יחזור מכל המקח, יש ללוקח דין של חוזר מהמקח שידו על התחתונה, דנגד הדמים שלא נתן נעשה ביטול מקח בפשיעת הלוקח, ולכן יש ללוקח דין של חוזר, כיון דחוזר מכל המקח אפילו נגד מה שנתן. וכן אם המוכר חוזר מכל המקח, אף שהלוקח כבר חזר מכנגד מה שלא נתן, יש למוכר דין חוזר שידו על התחתונה, דנגד מה שלא נתן, נתבטל המקח מדינא. אולם במטלטלין, הואיל ואין בו דין חלוקה, המקח נתבטל לגמרי ואין על הלוקח החוזר ממקצת דמים שנתן דין חוזר שיהיה ידו על התחתונה, דכשנתבטל המקח ממקצת דמים שלא נתן, נתבטל המקח מהכל, כיון שאין בו דין חלוקה ויש בו דין ביטול מקח, ודינו כמו באונאה יתר משתות שאין דין החוזר בו ידו על התחתונה. (ועיין עוד בנתיבות שם ס״ק יב. ועיין בסמ״ע קצ,כח, דבקרקע אף אם בכסף שנתן כבר הלוקח אין בו שעור ראוי לכדי שמוש, קנה כנגד מעותיו, כיון שיכול להצטרף לקרקע אחרת, והט״ז ס״ל דבזה דינם כמטלטלין, עיי״ש.)

ד. כשפרע בשיק

כל זה אם היה בו דין עייל ונפיק אזוזי, דכל המקח התבטל, ואף מה שכבר נתן לו לא מהני שיהיה ללוקח שוה פרוטה בטבעת, דכיון שהטבעת אינה ראויה להתחלק, כשעייל ונפיק אזוזי אפי׳ על מקצת מעות, כל המקח מתבטל. אולם בנדו״ד נראה, דכיון שפרע למוכר בשיק, הוי כפרעון לרוב השיטות, והרי זה כזקפו במלוה אם יחזור. דכעת כשחוזר השיק, תובע אותו מה שחזר השיק ותובע תשלום השיק, ואינו יכול לתבוע ביטול המקח, אא״כ התנו מראש שלולי התשלום אין כאן מכר, אולם בחזרת השיק התביעה אינה על תשלום המכר אלא על פרעון השיק. ואף שאם לא יוכל לפרוע השיק, יוכל לגבות ממה שמכר, ויש לו קדימה בזה, היינו רק מדין גבית בע״ח. אולם לעצם הפרעון בשיק, נראה דחשיב כפרעון, והתביעה כעת על גביית השט״ח שפרע עמו, אא״כ נאמר ששיק הוא הוראת שליחות, וכבר כתבתי בח״א סי׳ כא שאין לומר כן, ולכל הפחות הרי הוא כממרני, וכשפרע בממרני ולא ניתן לגבות הממרני, התביעה היא על גביית הממרני ולא עייל ונפיק על פרעון ובטול המקח.

דהנה הטור חו״מ (סי׳ צו) הביא תש׳ מגאון לגבי השבעת אשת איש, דמה שטוען הבעל שהתובע אינו רשאי להשביעה ולגנותה, אינה טענה, ומזמינין אותה ואת בעלה, ושואלין אותה לבדה ואותו לבדו על אותו ממון אם הוא מצוי, ואם אינו מצוי במה הוציאו אותו. ובב״י הביא מבעה״ת, דאם יש עדים שמעות עצמן של הלואה או מאי דאתי מחמתייהו קיימים בידה, נפרע מהם המלוה. והב״ח הוסיף:

"ולפי זה הוא הדין לוה שאין לו לשלם לכל בעלי חובותיו, אם הסחורה שלקח בהקפה הוא בעין או מאי דאתא מחמתייהו קיים, אין לאחרים חלק בהם. וכן כתב רב אלפס בפרק המקבל (ב"מ סב,א מעמוה"ר), וכתבו רבינו בסי' קח,ז, וכן כתב בסי' רפ,א בשם הרמ"ה, וכן הוא באלפסי פרק אף על פי (כתובות כז,א מעמוה"ר) גבי דין מורדת, והכי נקטינן". הרי דבקדימת בע"ח, מוכר סחורה שלא שולמה, קודם בגביית הסחורה עצמה לפני בע"ח אחרים, אף אם מדיני גביה אחרים הם קודמים.

ומקור דברי הב"ח מדברי הרי"ף בשני מקומות. הרי"ף ב"מ (סב,א מעמוה"ר) מביא דקיי"ל כרבא בשני דינים בענין עיסקא: שמותר למקבל העיסקא אך ורק לעסוק בהם ולא למישתי שיכרא. וכן שאם מת מקבל העיסקא, לא יעשה מטלטלין אצל בניו, וז"ל הרי"ף: "והלכתא כרבא בתרוייהו, הילכך אי איכא סהדי דהני מטלטלי מחמת ההוא עיסקא נינהו, שקיל להו מלוה בלא שבועה ואפי' מיתמי, ואי איכא עליה דמיתנא כתובה או שטר חוב וליכא נכסי למיתנא, לית להו מהני מטלטלי דעיסקא ולא מידי, אלא שקיל להו מרייהו לחודיה דדיליה נינהו, דלא קני ליה מיתנא אלא לאיעסוקי בהו בלחוד, כיון דמת הדר עיסקא למאריה". מבואר שנותן העיסקא קודם לכל בע"ח בגבייה מהעיסקא עצמה. ומזה למד הב"ח דהוא הדין למוכר סחורה. וכן פסק הטור קח,ז, דאם יש מהעסק בעין ויש עדים שהוא מאותו עסק, נוטל מלוה בלא שבועה. וכן למד מדברי הרי"ף בכתובות (כז,א מעמוה"ר), לענין דינא דמתיבתא במורדת, כשבאה ואומרת שאינה רוצה בבעל ורוצה גט, נותנים לה גט לאלתר, ואם תפסה מכתובתה, מוציאים ממנה ונותנים לבעל: "והני מילי במאי דכתב לה בעל מדיליה, אבל מאי דאיתיאת מבית נשא, בין תפסה ליה בין לא תפסה ליה, כל מאי דאיתיה בעיניה יהבינן לה, ואי ליכא מידיה דאיתיה בעיניה ואיכא מידי דאתי מחמתיה, יהבינן ליה ניהלה, ואי ליכא מידי דאיתיה בעיניה ולא מאי דאתי מחמתיה אלא אתאבדו להו לגמרי, לא מפקינן מיניה דבעל ולא כלום". הרי שהיא לוקחת מה שנמצא בעין או אתי מחמתיה, ואינה מפסידה במרידתה אף בלא תפסה.

והנה המחבר אהע"ז צ,ט כתב בדין אשה שמכרה מנכסי מלוג אחר שנשאת, דאף שאותם הנכסים נפלו לה קודם שתתארס, הבעל מוציא פירות מיד הלקוחות כל ימי חייה, אבל לא גוף הקרקע, ואם מתה בחייו, מוציא הגוף מיד הלקוחות בלא דמים; "ואם הדמים שלקחה מהלקוחות קיימים בעצמם, (רמ"א - או שנמצאו מעות בידה ונוכל לתלות שהם אלו), מחזירין ללקוחות". והב"ש שם (ס"ק לח) ציין לדברי הב"ח הנ"ל, דלוה שאין לו לשלם לכל בע"ח, ויש בידו בעין סחורות מה שלקח בהקפה, מחזירים אותם סחורות למוכרים ואינם בכלל חלוקה: "ונראה אם ידוע שלקח סחורה כזו, אמרינן זו הסחורה שבידו מהני סחורות הם, אע"ג דאינו ידוע בבירור דאלו סחורות של פלוני הם, כמו דלא חיישינן כאן שמא מעות אחרים הוא, אם ידוע

דלקחה מעות כאלו, ושם כתב ב״ח אפי׳ מה דנתחלף מאלו סחורות, הוי כאלו היו אלו סחורות בעין״. ומזה מבואר דס״ל כב״ח שהסחורות שלקח בהקפה והם בעין או מה שבא מחמתם, אינם לבע״ח אחרים זכות לגבות מהם.

ובקצוה״ח צו,ה הביא דברי הב״ח ולא השיג עליהם. אמנם בסי׳ קד,יד הקשה על הב״ח, דקיי״ל (ב״ב קנז,ב) דבע״ח של המוכר גובה חצי שבח מהלוקח. ובנימוק״י (ב״מ ז,א, וב״ב עד,א מעמוה״ר) דהטעם משום דהו״ל לוה ולוה וקנה ומכר דיחלוקו, והו״ל כקנה ומכר, אף שמעולם לא קנה המוכר, מ״מ למוכר יש זכות בשבח מחמת כתיבת אחריות שכותב לו, אנא איקום ואשפי אינון ועמליהון ושבחיהון, והו״ל כאילו חזר הלוקח ומכרו להמוכר והמוכר חזר ומכרו ללוקח. וכיון שהשבח בעצם של הלוקח, ורק מחמת כתיבת האחריות דנים כביכול קנה המוכר אחר שמכר לו את השדה, הוי כאילו קנה את השבח, וא״כ הסחורה (השבח) של הלוקח עדיין בעין, וא״כ יש כאן שני בע״ח למוכר ביחס לשבח, הקונה והבע״ח, והשבח הוא של הלוקח והוא בעין, ומדוע לא יטלנו רק הלוקח, שהשבח שלו והוא בעין, ולא יהיה לבע״ח דמוכר חלק בשבח. וכתב לישב, דזכות הלוקח בשבח אינה מחמת השבח אלא בעבור אחריות הקרן, ולענין אחריות הקרן חשיב סחורה אחרת. ומ״מ משמע מקצוה״ח דמסכים לדברי הב״ח. וכן נראה משער המשפט קד,ח, שהסכים לב״ח והב״ש, וז״ל: ״מ״מ לפי מה שכתב הב״ש באה״ע צו,לח משם הב״ח, והיא תקנת המדינה עכשיו דסחורה שלקח הבעל חוב בהקפה והוא בעין או מה דאתי מחמתייהו, הוא קודם לכל הבעלי חוב, והוכיח שם הב״ש דאף שאין ידוע בבירור שאלו סחורות של פלוני הם, אם ידוע שלקח סחורה כזו אמרינן דזו הסחורה שבידו מאלו הסחורות הם, יע״ש, וא״כ הכא נמי אם ידוע שסחורה זו באה ממעות שלקח מאחרים בשטרי עסקות, כיון דכל אחד מוקדם לגבות חובו, הסחורה שבאה ממעות שלו, א״כ עכשיו שהוא מעורב במעות עסקא של אחרים, ההפסד לפי ערך הממון כמו בפקדון. אך לפי מה שכתב בתש׳ צמח צדק סי׳ קנו י״ל, דבכהאי גוונא הבו דלא לוסיף עלה, כיון שאינו אלא מצד תקנה יע״ש, וצ״ע לדינא בזה״. (ועיין להלן מה שכתב בצמח צדק). ומ״מ נראה שהסכים עם דברי הב״ח דהמוכר קודם לשאר בע״ח, רק נשאר בצ״ע לענין אתי מחמתיה, וזאת מחמת דברי הצמח צדק.

והש״ך לט,מט, בענין מחלוקת הראשונים, אם נכתב שט״ח ולא ניתנה ההלואה, אם יכול המלוה לחזור בו, או יכול הלוה לתבוע את המלוה שילוה לו, כאמור בשט״ח. דדעת המחבר בשו״ע חו״מ לט,יז כדעת הרשב״א, והר״י מיגאש והרמב״ן חולקין, בתחילה כתב הש״ך דהוי ספיקא דדינא, ולבסוף הכריע כרשב״א. ושם הביא הש״ך דברי המבי״ט (ח״ב סי׳ ר וסי׳ ריג), במי שמכר צמר לחבירו בסכום מסוים, וכתב לו שטר על סך התמורה, ומת הלוקח, ותפס בעל חוב של הלוקח את הצמר

מרשות המוכר, דדעת המבי״ט דאפי׳ הרשב״א מודה במטלטלין שיכול לתפוס מהמוכר מכח השט״ח. והחולקין על המבי״ט כתבו, דאף הרמב״ן מודה במטלטלין שאינו יכול לתפוס. ודעת הש״ך כחולקין על המבי״ט, דהיינו שאינו מחויב ליתן לו אותן המטלטלין אף להרמב״ן, רק איזה מטלטלין שירצה, וא״כ אותו בע״ח של הלוקח שתפס הצמר, שלא כדין תפס. ולכאורה משמע דהש״ך ס״ל כב״ח, ולא כמבי״ט, דשם הסחורה היא של המוכר, והמבי״ט ס״ל דבע״ח אחר יכול לתפוס, והש״ך חולק. ועיין בפת״ש חו״מ צו,ב, דמהש״ך אין ראיה, דשם תפס מבית המוכר, ובזה בודאי ס״ל לש״ך דלא יכול לתפוס, אולם אם הסחורה בבית הלוקח, אפשר דס״ל לש״ך דיכול לתפוס, דלא כב״ח. ולכאורה צ״ע, דמהש״ך לא משמע חילוק זה, עיי״ש.

אמנם מצאנו אחרונים שחלקו על הב״ח. הט״ז (חו״מ סי׳ צו) מביא את דברי בעה״ת (לו,א,ד) שהביא הב״ח, דהמלוה יכול לגבות מאשה נשואה מה שלותה קודם הנישואין, אם המעות בעין, ומה שהסיק מזה הב״ח לענין קדימת המלוה למעותיו שבעין, ביחס לשאר בע״ח. וכתב הט״ז דאין הנידון דומה לראיה, דלענין קדימת בעלי חובות אחרים ממעות הנמצאות אצל הלוה, דודאי גבי לוה מיד שבאו המעות לרשותו, אף שהם בעין, מ״מ אין עליהם שם של מעות המלוה, דמלוה להוצאה ניתנה, רק שהמלוה יש לו שעבוד עליהם, ולא עדיף משאר מלוין שיש להם ג״כ שעבודים עליו. משא״כ בנידון בעה״ת, לבעל אין שעבוד על כסף ההלואה, ולכן המלוה יכול לקחת כספים אלו כשהם בעין. ולכן גם אין ראיה מעיסקא, דעיסקא לא דמי למלוה, וכיון שהם בעין, יש לנותן זכות קדימה. וגם במורדת זו לא שאלה של גביית בע״ח, אלא תקנה שתוכל לקחת כל נכסיה הקיימים, ואינו ראיה לנידון הב״ח. גם הג״פ קכ,ח, כתב דאין לדמות דין עסקא לנדון הב״ח, דבעיסקא הוא דין מיוחד, דלהכי קרו לה עיסקא, שאם מת לא יעשה מטלטלין אצל בניו, משא״כ מי שלקח סחורה בהקפה, כיון שמשך המקח נעשה ממון שלו, וכל בע״ח שלו שוים בה. והביא שכן כתבו כמה אחרונים, בשותפים שלקחו מקח בהקפה ומת אחד מהם, והאלמנה באה לגבות כתובתה מהמקח, שכתבו דיחלוקו, ואם קדם השותף ותפס, מהני תפיסה.

אמנם מצאנו באחרונים, דאף דמדינא לא קיי״ל כב״ח, מ״מ מתקנת חכמי הדור, יש לו ליטול את הסחורה שמכר לפני בע״ח אחרים. כן מצאנו בתש׳ צמח צדק (סי׳ קיז). הצמח צדק דוחה את ראית הב״ח מעיסקא, וכנ״ל דלהכי קרו לה עיסקא, וכל שלא קרו ליה עיסקא, רק מכר לו סחורה בהקפה, דינה ככל הלואת מעות שלהוצאה ניתנה, ואין לבע״ח זה בהן שום זכות טפי משאר בע״ח, דכיון דזקפן עליו במלוה אינו דומה לעיסקא, דבעיסקא להכי קרו לה עסקא כדי שתהא קיימת ושלא להוציאה, משא״כ במוכר סחורה בהקפה וזוקף עליו בהלואה, דכל שזוקף בהלואה ניתנה להוצאה, ודמי להלואת מעות שנתנו להוצאה. וכן הראיה שהביא הב״ח מהרי״ף

בדין מורדת, דמה שהכניסה לו היא מבית אביה, לא להוציאן הכניסה אלא שתהא היא משתמשת בהן, ולא זקפה עליו במלוה ולא נפקא מרשותה דידה, לכך בדין הוא שתטול היא אותן מטלטלין שנשארו בעין או מה דאתי מחמתיה, משא״כ במוכר סחורה לחבירו וזקף עליו במלוה שניתנו להוציאן, לא הוי אלא כהלואת מעות ואין לבעל חוב זה שום זכות יותר משאר בעלי חובות באותן סחורות אף שהן בעין. ובסוף דבריו, כתב הצמח צדק: ״וכיון דהכי הוא שנתבאר לנו שאין לבעל חוב זה על פי הדין זכות ליקח מן סחורות שלו שהן בעין קודם שאר בעלי חובות, אלא הדין נותן שכל בעלי חובות נוטלים בשוה כיון דזקפו עליו במלוה, רק שעל פי התקנה מחכמי הדור יש לו זכות ליטול אותן סחורות שלו שהם בעין קודם שאר בעלי חובות, ולא מצד הדין, לכך יראה דהבו דלא להוסיף על התקנה, דדוקא כשאותן סחורות הן עצמן בעין הוא דיש לו זכות זה ע״פ התקנה ליקח הוא קודם שאר בעלי חובות, אבל לא במה דאתי מחמתייהו, אף על פי דכל היכי דיש לו זכות על פי הדין למה שהוא בעין, אותו זכות יש לו נמי במה דאתי מחמתייהו, מכל מקום גבי תקנה לאו הכי הוא, אלא הבו דלא להוסיף עלה, דדוקא בסחורות עצמו יש לו זכות ולא במה דאתי מחמתייהו״. הרי שמכח התקנה יש למוכר זכות בסחורה שהיא בעין, אבל לא באתי מחמתה, דהבו דלא לוסיף על התקנה.

גם החת״ס בתש׳ (חחו״מ סי׳ נה) כתב לחלק בין נידון מורדת שנוטלת נכסיה שבעין, או מלוה לאשה לפני נשואיה והמעות בעין (נדון בעה״ת) למוכר סחורה והסחורה בעין, דשעבוד בע״ח שהלוו, כל נכסי הלוה משועבדים דאורייתא או דרבנן לכל הבע״ח, וכיון דמלוה להוצאה ניתנה, מוכר הסחורה שוה לכל בע״ח, למעט בעיסקא, משא״כ בנכסי אשת איש, אין זה ממון הבעל, ולא תקנו חכמים אם הנכסים בעין. וכן בלותה קודם נישואיה, שאם היה המלוה רוצה, יכל לעכב נישואיה שלא תבזבז מעותיו, ולכן אם אינו בעין ולא מאי דאתי מחמתיה, הפסיד המלוה, דהבעל לוקח, אולם מה שהוא בעין, לא הקנו חכמים לבעל. ומ״מ סובר החת״ס דיש לקיים התקנה שיש למוכר עדיפות בסחורתו: ״והיה נ״ל דהגאונים בעלי תקנות דארבע ארצות נמי לא תיקנו אלא בלוה חי ופושט רגליו, וקרוב לודאי שהסחורה שלקח בהקפה ועודנו בעין, דלקחה ע״ד לברוח ולהיות לוה רשע, בכי הא תקנו נגד הדין, אבל במת והניח אחריו, שאין כאן ערמה ועולה, לא תיקנו ... שוב עיינתי בגוף התקנה, ונדפסה בסוף ס׳ מסגרת השלחן, ושם סימן כז ממש כמבואר להדיא שלא תיקנו אלא בבורח יע״ש, ועוד שם בסי׳ כח, וז״ל; כל תקנת הבורחים אשר תקנו קדמונים לטובת המלוה ועברו דין תורה וכו׳ וכיוצא בהן, לא עשינו תקנה אלא לטובת בע״ח הדרים במדינותינו ובמקום שנתפשטה תקנותינו. אמנם כנגד האנשים הדרים במקומות אחרים, העמדנו על דין תורה ע״ש. ולא שמעתי שנתפשטה התקנה במדינותינו. ובספר אורים ותומים לא

הזכירה כלל, והוא היה מגדולי גאוני מדינותינו, ואפי׳ מדינא דמלכותא איננו, ע״כ מדינא לא נ״ל שיהיה לו קדימה, אם לא על דרך בוצע ברצון הבע״ח האחרים״. מבואר מהחת״ס דמכח התקנה רק בסחורה עצמה, ורק במדינות בהם התפשטה התקנה, ובמדינות שלא נתפשטה התקנה, יש לעשות פשרה עם שאר בע״ח.

ומזה י״ל דע״פ המנהג אם חזר השיק, יש למוכר הטבעת זכות ראשונים בגביית הטבעת, אך אינו מדין בטול מקח אלא מדין גביית חוב. ולאור האמור, הן מחמת שהיה כאן פרעון בשיק, וגם למש״כ הרא״ש דהכל תלוי בראות עיני הדיין עד כמה המוכר דחוק למעות, לא נראה שהוא דחוק למעות, כיון ששילם תוך זמן סביר. כמו כן לא עייל ונפיק שתי פעמים, וכמש״כ הרמ״ה שהביא הטור. אולם כיון שמדובר בקדושין, ובעינן שיהיה החפץ שלו ללא חשש, ראוי לבקש מהמוכר שיקנה לו שוב הטבעת, מהיות טוב שלא להכריע אם מכר כיון שהיה דחוק למעות.

לכן נראה דמעיקר הדין אין לחוש לבטול מקח מחמת עייל ונפיק אזוזי, אולם כיון שלעיתים יכול להיות שהמוכר תובע מחמת היותו דחוק למעות, וכל המכר מחמת היותו דחוק למעות לזמן שקבע, וכמש״כ הרא״ש ועוד ראשונים, וקשה לשער כל מקרה לגופו, לכן מן הראוי לבקש מהמוכר שיקנה לו שוב את הטבעת, ואם לא עשה כן, אין לחוש לבטול מקח, מהטעמים שכת׳ לעיל.

סימן ג

טבעת שנקנתה ע״י אם החתן

ראשי פרקים

א. כלים שקנה לשמן
ב. מי הודיעו למוכר שיקנה לבן
ג. בגדי שבת ושאר כלים
ד. כשלא קנה מכסף המשלח
ה. מה שנתנה האם לבנה את הטבעת בשתיקה

בכלה שהלכה עם חמותה לבחור טבעת נישואין, והאם קנתה את הטבעת ושילמה עליה, ולאחר מכן נתנה את הטבעת לחתן ללא אומר ודברים, והחתן קידש בטבעת, ונשאלתי אם מה שנתנה לו ללא דיבור וללא אמירה שנותנת לו ומקנה לו בתורת מתנה, הרי היא שלו, ואם כבר היתה שלו בשעת קניה, כיון שברור שקנתה לשמו (ולא נצרכנו לשאלה של כסף האם, בהיות האם נו״נ בתוך הבית בסכומים אלה, וגם יש לה ממון משלה).

א. כלים שקנה לשמן

תנן במשנה ערכין כד,א: אחד המקדיש נכסיו ואחד המעריך עצמו, אין לו בכסות אשתו (שאינו שלו – רש״י) ולא בכסות בניו ולא בצבע שצבע לשמן (לשם אשתו ובניו) ולא בסנדלים חדשים שלקחן לשמן (רבותא קמ״ל, דאע״ג דעדיין לא נעלום, הרי הן בחזקתן משעת לקיחה). ואיתא בב״ק קב,ב: תנו רבנן, הנותן מעות לשלוחו ליקח לו חטין ולקח מהם שעורין, שעורין ולקח מהם חטין, תניא חדא, אם פחתו פחתו לו, ואם הותירו הותירו לו, ותני חדא, אם פחתו פחתו לו, ואם הותירו הותירו לאמצע. אמר רבי יוחנן לא קשיא, הא ר״מ והא רבי יהודה, הא ר״מ דאמר שינוי קונה, והא רבי יהודה דאמר שינוי אינו קונה. ולפ״ז יוצא דאליבא דרבי יהודה קנה המשלח. ובהמשך הגמ׳: מחכו עלה במערבא לר׳ יוחנן אליבא דר׳ יהודה, וכי מי הודיעו לבעל חטין שיקנה חטין לבעל מעות (למוכר החטין שלצורך בעל המעות הן שיקנה לו דקתני הותירו לאמצע, בשלמא לר׳ אלעזר אליבא דר״מ דאמר בכל דהו ניחא ליה, לאו משנה הוא ושליחותיה דבעל הבית קעביד וקני בעל מעות מחצית

השכר, אלא לר׳ יוחנן דאמר משנה הוא ולא הוי שליחות ומיהו שינוי לא קני, קשיא דממאן קבעי למקני, הא לא קננהו בעל מעות מעולם). מתקיף לה רב שמואל בר ססרטי, אי הכי אפילו חטין וחטין נמי לא. אמר רבי אבהו שאני חטין וחטין דשליחותיה קא עביד, וכי בעל הבית דמי. תדע, דתנן אחד המקדיש נכסיו ואחד המעריך את עצמו, אין לו בכסות אשתו ולא בכסות בניו ולא בצבע שצבע לשמן ולא בסנדלים חדשים שלקחן לשמן, ואמאי, לימא הכא נמי מי הודיעו לצבע שיקנה צבעו לאשה, אלא לאו משום דאמרינן דשליחותיה קא עביד וכיד אשתו דמי, הכא נמי שליחותיה קא עביד וכיד בעה״ב דמי. א״ר אבא, לא, כל המקדיש נכסיו אין דעתו על כסות אשתו ובניו. מתקיף לה רבי זירא ... אלא אמר רבי אבא, כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה להן כסות אשתו ובניו מעיקרא.

ולכאורה יש להבין, אם מה שקנה לשמן של אשתו ובניו, אם אמר בפירוש שקונה לאשתו ובניו, או דמיירי שחשב לשמן, ובמחשבה סגי. ומצאנו בזה מחלוקת בין קצוה״ח לנתיבות. בסי׳ רסט, בענין מגביה מציאה לחבירו דקנה חבירו, נחלקו הסמ״ע והש״ך אם צריך אמירה מפורשת בשעת ההגבהה שמגביה לחבירו, או דיינו במחשבה. הסמ״ע רסט,א כתב, דבשעה שהגביה את המציאה מעל גבי קרקע אמר שמגביה מציאה זו כדי לזכות בה לשמעון. ובש״ך רסט,א כתב, דאפי׳ לא אמר כלום, אם מודה שהיתה כוונתו שיזכה שמעון, זכה שמעון, ושכן משמע מדברי הפוסקים. ובקצוה״ח רסט,א הצדיק דברי הסמ״ע, דדברים שבלב אינם דברים, וכן הקדש לא מהני בלב, ולכן זכיה לחבירו מצריכה דיבור ולא מועילה במחשבה לבד. אלא שהקשה מבגדים וצבע שצבע לשמן של אשתו ובניו, דמשמע שהיה רק במחשבה: ״ואפשר דהתם מיירי נמי שאמר מתחלה לפני עדים שקונה לשמן, אלא שלא הודיע לצבע. וכן נראה מוכרח, דאי לא תימא הכי, היכי נאמן לאפקועי כח הקדש במה שאומר שקנה וצבע לשמן, ואכתי צ״ע״. ובנתיבות רסט,א, הצדיק דברי הש״ך, לפי מש״כ הרשב״א (קדושין נ,א), דדוקא כשהדברים שבלב סותרים לדברים שבפה לא הויין דברים שבלב דברים, אבל דברים שבלב סתמן הויין דברים, כמו בתרומה דמהני מחשבה (גיטין לא,א); ״ומש״כ ראיה מבגדים שצבע לשמן, אין ראיה, דשם יש הוכחה שנצבע לשמן שבגדיהן הן״. מבואר בנתיבות דבבגדים אין צריך שיוציא בפיו, כשיש הוכחה ברורה שקנה לשמן, כיון שבגדים שקונה לאשתו ובניו אינם מתאימים עבורו, לכן מעשיו מוכיחים שקנה עבורם ולא עבורו. ולפי דברי הנתיבות, גם בטבעת נישואין, כיון שהאמא קונה עם הכלה, והכלה משודכת לבנה, יש הוכחה שקונה לבנה שיקדש בטבעת את הכלה, דזה מוכח מעצם החפץ הנקנה, וע״כ אין צריך שתאמר בפה שקונה עבור בנה.

ולכאורה גם מדברי הרשב״א (ב״ק קב,ב) מבואר שלא אמר בפני המוכר או בפני עדים שקונה לשמן, אלא רק התכוין לשמן: ״והיא דאין לו בכסות אשתו ובניו, דאצטריך ר׳ אבא לאוקמיה בטעמא דכל המקדיש נעשה כמי שהקנה כסות אשתו ובניו, היא לא לקחן הבעל בפירוש מיד המוכר לשמן, דאלו כן, לא אמרינן מי הודיעו, שהרי הודיעו הבעל, כיון שלוקח מן המוכר בפירוש לשמן, ולשמן דקתני בכונת לשמן קאמר כלומר לצרכן, וכיון שכן אם קנה בשם חבירו, מנלן דלא קנה חבירו ושהוא לא לקח בדוקא לו כיון שקנה בשמו״. ואף שלכאורה אין מבואר להדיא ברשב״א שלא אמר בפני עדים שלוקח לשם אשתו ובניו, מ״מ מזה שכתב הרשב״א שהיתה כאן כוונה ולא כתב שאמר בפני עדים, משמע שהיתה רק כוונה. ואף שהרשב״א מירי לענין מי הודיע למוכר שיקנה חיטיו לבעל המעות, מ״מ לא היה לו לומר רק שהיתה כוונה, אלא אמר במפורש לעדים ושלא בפני המוכר, ולשמן אינה רק כוונה. ומזה לכאורה נראה דהרשב״א ס״ל שלא אמר לעדים שקונה לאשתו ובניו.

וביתר ביאור התבאר ממה שכתב הרשב״א שדין זה הוא מעיקר דיני קנינים, מכח אומדנא שהקנה לאשתו ובניו, ולא מכח תקנת חכמים שעשו כמי שהקנה לאשתו ובניו. הרשב״א מדייק בדברי ר׳ אבא, דכל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה כסות אשתו ובניו מעיקרא, דלכאורה ממה שאמר ר׳ אבא נעשה כמי שהקנה, ולא אמר כל המקדיש נכסיו מקנה כסות אשתו ובניו, משמע שהוא תקנת חכמים, דלב ב״ד מתנה על זה. וכתב לדחות, דאם משום תקנת חכמים מיוחדת במקדיש נכסיו ולא בשאר ענינים, איך הביאו מזה ראיה (כתובות נד,א) דאלמנה אין שמין מה שעליה מדתנן המקדיש נכסיו אין לו בכסות אשתו ובניו, דיש לדחות, דבמקדיש יש תקנת חכמים משא״כ באלמנה: ״אלא מהתם שמעינן דדינא קתני, משום דאנן סהדי דדעתיה לאקנויי להו כלים שלקח להן, ואף על פי שלא הקנה להן בפירוש, ומשום דאמדינן ליה לדעתיה אמרו נעשה כמי שהקנה. וכמוהו בריש פרק המפקיד, נעשה כאומר לו לכשתגנב פרתי ותרצה ותשלמני, פרתי קנויה לך סמוך לגנבתה, ואחרים יש בגמ״. מבואר ברשב״א שמכח אומדנא אמרינן שהקנה לאשתו ובניו, ולא שתקנו חכמים לענין הקדש. ודן הרשב״א אם קנה לעצמו ובשעת הקדש מקנה להם, או שכבר בשעת הקניה מקנה להם. וצריך לבאר לכאורה, דאם בשעת הקניה, צ״ל דיש אומדנא מכח החפץ עצמו, דהבגדים מוכיחים שקנה לשמן. אולם אם נאמר שבשעת ההקדש מקנה מה שכבר קנה לעצמו, י״ל דאמדינן לדעתיה דבשעה שמקדיש רוצה להחריג את כסות זו, ולכן מקנה, לא מחמת מהות החפץ אלא ממעשה ההקדש. ובתחילה כתב הרשב״א דמדברי ר׳ אבא משמע שלא הקנה להן בשעת הקניה דנימא דשליחותייהו קא עביד לזכות להן מיד המוכר, אלא לאחר שקנאן הקנה אותן להן, מדקאמר כל המקדיש, ואיך קנו ומי זכה להן. ותירץ, דכל שדעתו קרובה להן הרבה, גמר בדעתו בהקנאה

וזכייה לקנות ואפילו להפקיע מידי הקדש דאורייתא. ובתרוץ אחר תירץ: "עוד נ"ל, דהכא לאו משום הקנאה, אלא משום דס"ל דאין אדם נותן דעתו על מה שכבר לקח לצורך אשתו ובניו, ודכותה בנדרים פרק השותפין במשנת היה לו מרחץ ובית הבד מושכרין ביד אחרים, וזה נ"ל עיקר". דר' אבא כוונתו, דבשעת ההקדש אין דעתו על מה שכבר לקח לצורך אשתו ובניו.

ובתחילה היה נראה לפרש, שלא מדובר בהקנאה שמקנה כעת, אלא מלכתחילה הקנה להם. וצ"ל לכאורה, לפי סברת הנתיבות, דהאומדנא דלקח לצורך אשתו ובניו, הינה מחמת מהות החפץ, ולכן אין צריך שיאמר בפירוש ויגלה לדעתו בפירוש, אלא עצם הקניה של דבר שמוכח ממהותו שהוא לצורך אשתו ובניו, בזה סגי שיקנה עבורם. אלא שא"כ, מה הראיה מהשותפין. וע"כ צ"ל דהרשב"א מתכוין שאין כאן הקנאה אלא הוא הבעלים, אבל קנה לשמן שיוכלו להשתמש בגדר של שכירות ושאלה, ומ"מ הוא שלהם, וזו הראיה מנדרים, דאין דעתו על מה שהשכיר לאחרים, אא"כ יש לו בהם תפיסת יד (נדרים מו,א). ולפ"ז כוונת הרשב"א דלא היתה כאן הקנאה כלל, אלא דמ"מ אין דעתו להקדיש מה שביד אחרים. ואף שהרשב"א כתב דתרוץ זה עיקר, בתש' חת"ס (חאעה"ז ח"א סי' קטו) כתב שהרשב"א הסתפק בשני התירוצים, דנפק"מ בין התרוצים, אם הבעל הוא הבעלים על הבגדים, יכול למשכן את הבגדים, ואם האשה הינה הבעלים, אינו יכול למשכנם. והרשב"א הסתפק בדין זה אם יכול למשכנם: "ומפני שהרשב"א מסופק בשני תירוצים אלו, ע"כ כתב רשב"א בתשובה דמייתי ב"י סו"ס עג, וב"ש נ,יב, דלא ברירא כולי האי שלא יהא הבעל יכול למשכן בגדי אשתו, מפני שלשיטתו אזל דמסופק בשני תירוצים הנ"ל". ועיין מש"כ הגרא"ז (מלוה ולוה א,ה) בבאור תרוץ ב של הרשב"א. גם בדברי מלכיאל (ח"ד סי' עט) הקשה, דלכאורה פירוש הב' של הרשב"א, הוא תירוץ קמא של ר' אבא, שהגמ' דחתה. וכתב לישב, דמיירי שהקנה לה, אך רק לזמן שהיא תחתיו, ואף שהקנה לה לזמן, אין מקדיש בגדים אלה: "וכן צ"ל בדעת הרשב"א בב"ק (קב,ב), שכתב דלהכי אמרינן שקונה בגדיה, לפי שבשעה שמקדיש אינו נותן דעתו על מה שכבר לקח לצורך אשתו, עיי"ש. והוא תמוה לכאורה, דהא הש"ס שם מדחה לסברת שאין דעתו. אבל לפמ"ש א"ש, שהכוונה דאף שלא הקנה לה רק לזמן שהיא תחתיו, בכ"ז אין חל ההקדש ע"ז, ולזה הביא שם ראיה מהא דנדרים גבי מרחץ ובית הבד המושכרים ביד אחרים, דקשה דשם הם מושכרים, משא"כ הכא אין לאשתו זכות בזה מעיקר הדין. אבל הכוונה במש"ל, דגם לה הקנה לזמן שהיא תחתיו".

וענין זה, אם הקנה בשעת קניה קנה עבורם, או רק כשמקדיש אין דעתו עליהם ומזכה להם, מצאנו ברשב"א בתש' (ח"ב סי' רפו). בתחילה כתב הרשב"א דמנין לנו שאין הבעל יכול למכור ולמשכן כסות אשתו ובניו שלא מדעתם, דמה ששנינו

אחד המקדיש את נכסיו ואחד המעריך עצמו, אין לו בכסות אשתו ולא בכסות בניו וכו׳, מטעם דר׳ אבא דכל המקדיש אין דעתו על כסות אשתו ובניו, משא״כ במקדיש בפירוש אפשר שקדשו. דרק במקדיש סתם י״ל דקודם שיקדיש מזכה אותם להם. שאם כלים שנשתמשו בהן קנואים להם לגמרי, למה הוצרכה המשנה לומר שאינן מוקדשין ושאינן בכלל הקדשו: ״אלא שעדיין הדבר צריך הכרע. לפי שבפרק נערה שנתפתתה משמע דלית להו טעמא דרבי אבא, אלא משום דקנויין הן לחלוטין לאשה ולבנים, ואפילו צבע שצבע לשמן משום דאמרינן דשליחותא דידהו קא עביד לזכות להן מיד הצבע ...״. וזה ספיקו של הרשב״א גם בחידושיו, אם מלכתחילה קנה עבורם, ושליחותם עשה הבעל, או שמזכה להם כשמקדיש, ונפק״מ אם יכול להקדיש מפורש כסות אשתו ובניו, וכן אם יכול למשכנם.

אולם מדברי הרמב״ם נראה דזוכה בשעת קניה עבור אשתו ובניו, מזה שלא הביא טעמו של רבי אבא שכל המקדיש אין דעתו על כסות אשתו ובניו. דז״ל הרמב״ם (ערכין ג,יד): ״חייבי ערכין ודמים ... ומוכרין כל הנמצא להם מן הקרקע ומן המטלטלין מכסות וכלי תשמיש הבית ועבדים ובהמה ונפרעין מן הכל. ואין מוכרין לא כסות אשתו ולא כסות בניו ולא בגדים שצבען לשמן ולא סנדלים חדשים שלקחן לשמן, וכן המקדיש כל נכסיו לא הקדיש את אלו״. ולכאורה אי ס״ל כטעמא דרבי אבא, היה לו לרמב״ם לפרש, דאין דעתו על כסות אשתו ובניו. ומדלא פירש, נראה דס״ל דליתא לבני מערבא, אלא קנה עבור אשתו ובניו בשעת הקניה (וראיה זו ראיתי בדברי חיים, מכירה א, ד״ה ובזה).

ובשו״ע אהע״ז צ,טו, פסק וז״ל: ״מטלטלין שנתן לה משלו, דינם שוה לנכסי צ״ב, שאינו רשאי למוכרן לכתחלה, והוא הדין למטלטלין שקנה לה, אפילו לא באו לידה, ואפילו אין לו במה להתפרנס. ואין חלוק בין בגדי שבת וי״ט לבגדי חול, אבל כלי זהב ובדולח יכול למוכרם, אם הוצרך להתפרנס מהם. ואם קרובים נתנו לה, בין תכשיטין בין בגדים, יכול הבעל למוכרם לפרנס עצמו״. ונחלקו הח״מ והב״ש בפירוש דברי המחבר. הח״מ צ,נ כתב דמטלטלין שקנה לה הבעל, הרי הם שלה, ואינו יכול למכרם, ואם מכרם המכר בטל, דכשם שמקדיש את נכסיו אין לו בכסות אשתו ובניו, ואם ההקדש אינו חל ודאי דאין המכר חל, דאין יכול למכור דבר שאינו שלו. והב״ש (צ,נב) הביא תש׳ הרשב״א (הנ״ל), והביא דמהרי״ק (שורש י) סובר דהרשב״א לא החליט אם יכול למשכן, והב״י (אעה״ז סי׳ צ) הביא תשובת מ״כ דאינו יכול למשכן, ושכן כתב המרדכי ס״פ האומנין. והש״ך (חו״מ עב,כו) כתב בפשיטות לשיטת הרשב״א דיכול למשכן, ולא הזכיר דברי מהרי״ק ושאר פוסקים הנ״ל. והוסיף הב״ש, דכל זה לענין אם יכול לכתחלה למכור או למשכן, אמנם בדיעבד אם כבר מכר, משמע מדברי המחבר דהמכר קיים. והביא דברי הח״מ שהמכר בטל, וכתב

לדחות דבריו: "מיהו למעשה צ"ע בדיעבד אם המכירה קיים, כיון דיש לפרש דברי המחבר כפירוש הח"מ, ובתשובת מ"כ שהביא הב"י מבואר דמכירה בטלה אף בדיעבד". וכנ"ל דמתש' הרשב"א עולה שהסתפק בדין זה אם מהני המכירה והמשכון של מה שקנה לשמן.

אמנם מדברי המרדכי (ב"ק סי' יא) נראה שאין כאן אומדנא שקונה לשמן, אלא שצריך לקנות בפועל לשמן, אלא שנאמן לטעון כן ובשבועה. וז"ל המרדכי: "... אבל בפ"ק דב"ק גבי האחין שחלקו מה שעליהן שמין מה שעל בניהם ובנותיהם אין שמין, שם הביא באלפסי הירושלמי דוקא בגדי חול, אבל בגדי שבת ורגל שמין, וטעמא רבה איכא, דיש לחלק, כיון דאפילו בשלהם שמין ואינם מותרין זה כנגד זה, כ"ש דגבי בניהם ובנותיהם הוה לן למימר הכי, אלא דלא ניחא להו דליבזו בניהם ובנותיהם הקטנים בב"ד, אבל בגדי שבת ורגל יכולין להעריך ואין צריכין לבא לב"ד, אבל בגדים שאדם קונה לאשתו, אין חילוק, דהנותן מתנה לאשתו קנתה, והיכא דליכא עדים שקנאן לשמן ושיהא שלהן וקא טעין לקחתן לשמן, נאמן ובשבועה". ודברי המרדכי הם מתש' מהר"מ, לענין בגדי שבת ורגל שתיקן לה הבעל, דנעשה כמי שהקנה לה מעיקרא ואין בע"ח גובה מהם. ולכאורה מדוע נאמן רק בשבועה, הרי אומדנא דמוכח שבגדים אלו לא קנה לעצמו אלא לצורך אשה. ואולי י"ל, דכיון דחייב הבעל בכסותה, אך אינו חייב ליתן לה הכסות ויכולה להתכסות משלו, נאמן שקנה לשמה באופן שיהיה שלה לגמרי ולא רק לשימושה.

והנה החזו"א (ב"ק כא,ה) הביא פירוש דברי הרשב"א הנ"ל, דאף שאין כאן קנין, מ"מ גמירות דעת חשיב כקנין, והכי קיי"ל דגמירות דעת עושה קנין, והביא לזה מספר ראיות (וכבר הארכתי בזה במשפטיך ליעקב ח"ח סי' ד, עיי"ש), והביא החזו"א שכן כתב הנו"ב (קמא, חחו"מ סי' כח), דהא דאמרו בקדושין ט,ב ובכתובות קב,א, דהן הן הדברים הנקנין באמירה, הוא קנין דרבנן משום גמירות דעת, ומשמע דעת הנו"ב, דכל מקום שאמרו חכמים דקנה משום דגמר בדעתו, הוא קנין דרבנן מתקנת חכמים, אמנם בעמדו וקדשו הוי דאורייתא, משום הנאת חיתון: "מיהו אין לנו בזה אלא מה שנאמר בגמ', בין בקנין הנאה בין בקנין של גמירות דעת, שאין אנו בקיאין בהכרעת דברים אלו". ומ"מ מבואר שפירש דברי הרשב"א, דאף שלא היה קנין שמקנה לאשתו, כיון שגמר בדעתו להקנותה, קנתה ואין הקדש הבעל חל על בגדיה.

ובהפלאה (קו"א צ,לג) כתב בבאור דברי הרשב"א, שמי שקנה כסות לאשתו ובניו, אין זו הקנאה גמורה אלא הקנאה על תנאי, שאם ירצה לחזור בו, יוכל לחזור בו, דכן דקדק הרשב"א לשון הגמ'; נעשה כמי שהקנה, דמשמע שאינו קנין

גמור, מדלא תנן המקדיש כסות אשתו ובניו לא עשה ולא כלום, אלא ודאי שאינו קנין גמור אלא על תנאי, שאם ירצה יוכל יחזור בו, ואם לא חזר בו, תהיה מתנה קיימת. ולכן כשהקדיש בפירוש כסות אשתו, חזר בו והמתנה קיימת, משא״כ מקדיש סתם, מסתמא אין דעתו לחזור ונעשה כמי שהקנה להם מעיקרא. ולפ״ז אינו גדר של שכירות אלא קנין גמור על תנאי שלא יחזור בו.

[ובפירוש המימרא של צבע שצבע לשמן, מצאנו מחלוקת באחרונים. הסמ״ע צז,ס ביאר, דאפי׳ אם קנה הבגדים לעצמו, ואח״כ נמלך לצבוע את הבגד לשם אשתו ובניו, זכו אשתו ובניו בשינוי, ואין בע״ח גובה מהם: ״אפילו לא קנו לשמן, אלא ארגן או קנאן לעצמו ואח״כ נמלך ליחדם לאשתו וצבען לשמן, זכו בהן בהשינוי ואין גובין מהן״. ובקצוה״ח צז,יד חלק עליו, דשינוי אינו קונה אלא בגנב וגזלן, וכן הוכיח מלשון הטור (חו״מ סי׳ צז), דמיירי בבגדים שעשה להם הבעל, ואי מיירי בבגד של הבעל שצבע לשמן, היה לטור להשמיענו: ״א״כ שינוי זה ודאי היה לו לבעל הטורים להשמיענו, אלא ודאי דלא קנה כלל בשינוי, וכמש״כ דשינוי לא שייך אלא בגנב וגזלן, ואי נימא אין שבח סמנין ע״ג צמר, אפילו גנב וגזלן לא קנה בשינוי צבע וכמבואר פרק הגוזל, ועיין בשו״ע (חו״מ שס,ו). וגם בלשון רש״י והרמב״ם (פ״א ממלוה ה״ה) שכתבו בגדים צבועין שצבען לשמן, יראה דבגדים צבועין קרויין צבע, ומכי ציוה לאומן שיעשה בגדים צבועין לשמן זכתה בהם״. ומה שהקשה קצוה״ח על הסמ״ע דשינוי אינו קונה אלא בגנב וגזלן, נראה דהסמ״ע לא בא לומר שע״י השינוי קנתה הבגד, אלא שהצבע שעל הבגד הוא שלה, אם יש שבח סממנים ע״ג הצמר, ולכן לא יכול למכור הבגד או למשכנו, וצ״ע.]

ומ״מ לענין נדו״ד, שהאם קנתה עבור הבן, לכאורה לדרך אחת ברשב״א קנה הבן קנין גמור, ואף לדרכים אחרות, הרי זה קנין גמור על מנת שלא תחזור בה, או שהקנתה לו בדרך שכירות. ובפשטות שבכה״ג שיודעת שהבן צריך לקדש ולתת הטבעת לכלה, י״ל דמן הסתם קנתה עבורו, כשליחות דידיה דבן, ואף שלא נתנה מעות, עיין גם להלן.

ב. מי הודיעו למוכר שיקנה לבן

כבור כתבתי בענין מחלוקת רבי יוחנן ובני מערבא (עיין ח״ח סי׳ יט), ואביא חלק מהדברים בקצירת האומר. ובפשטות נראה דמחלוקת רבי יוחנן ובני מערבא, מה תפקידו של המוכר בקנין החפץ, אם המוכר מתכוין להסתלק מבעלותו ולהקנות למי שיקנה, ואין לו במעשה הקנין אלא הסתלקות ומתן רשות לקונה לקנות, וממילא מי שקובע מי יזכה בחפץ הוא הקונה, שהוא מתכוין לזכות לעצמו או לבעל המעות. וזו

דעת רבי יוחנן. ובני מערבא ס״ל דהמוכר הוא חלק מפעולת הקנין של הקונה, ואין הקונה יכול לקנות אלא למי שהקנה לו המוכר עבורו. הקונה מבצע את פעולת הקנין, לפי מה שנתן לו המוכר לבצע, דהמוכר הוא חלק מפעולת הקנין של הקונה, ולא כרבי יוחנן שהקונה הוא עצמאי לאחר הסתלקות המוכר.

ונראה שנחלקו בזה הראשונים. הרא״ש שם בב״ק ט,יח, כתב וז״ל: ״וליתא לחוכא דבני מערבא, דאע״ג דשני השליח, מ״מ אין מתכוין לקנות ודעתו לזכות לצורך בעל המעות. ואע״פ שבעל החטים מזכה לשליח החטין, ידו כיד בעל המעות שהוא מתכוין לזכות, ולא בעינן שידע בעל החטין שהוא זוכה לבעל המעות״. מדברי הרא״ש מבואר שאין למוכר חלק במעשה הקנין של הקונה. מעשה הקנין הוא פעולה עצמאית של הקונה, והוא זוכה למי שרוצה, בין אם לשליח, שידו כידו, או לכ״א אחר. המוכר פעולתו היא בעצם ההקנאה והסתלקותו מהבעלות, אך למעשה הקנין של הקונה, לא נצרך הקונה שהמוכר יזכה לו עבורו או עבור מי שקונה. וע״כ ס״ל לרא״ש דליתא לבני מערבא הסוברים מי הודיעו לבעל החיטים וכו׳, שאין זה חלק מפעולת המכירה של המוכר.

ומש״כ הרא״ש בתחילת דבריו: ״מ״מ אין מתכוין לקנות ודעתו לזכות לצורך בעל המעות״, הכונה שהשליח דעתו לקנות לצורך בעל המעות. ובהמשך כתב: ״ואע״פ שבעל החטים מזכה לשליח החטין, ידו כיד בעל המעות שהוא מתכוין לזכות, ולא בעינן שידע בעל החטין שהוא זוכה לבעל המעות״, שהמוכר אינו מזכה בדוקא לבעל המעות, אלא מזכה לשליח בסתם, בין אם הוא בעל המעות אם לאו, וכן מהמשך, דלא בעינן שידע בעל החיטין שהוא זוכה לבעל המעות. אלא שבקצוה״ח קפג,ג מבואר שלמד אחרת בדברי הרא״ש, כמו שיבואר להלן. ובקפג,ד כתב קצוה״ח הסבר בדעת הרא״ש, (עיין להלן), שכל הקנין תלוי בדעת השליח הקונה. (ועיין בשואל ומשיב, תנינא ח״א סי׳ סח) דמשמע דלדעת הרא״ש הכל תלוי בדעת השליח הקונה, ולא איכפת לן כלל בדעת המוכר, עיי״ש בד״ה והנה ראיתי. אולם אם התכוין השליח לקנות לעצמו, מבואר בשו״מ שצריך להודיע למוכר, ולכאורה זה כבאור קצוה״ח קפג,ד, עיי״ש מה שנו״נ בזה).

והקשה הרא״ש על מש״כ דליתא לבני מערבא, מהמשך הגמ׳, דר׳ אבא תירץ את המשנה בערכין, שאין למקדיש בכסות אשתו ובניו אליבא דבני מערבא, דאי לאו דכל המקדיש נכסיו אין דעתו על כסות אשתו ובניו, היינו אומרים דאף כסות אשתו ובניו בכלל, דמי הודיעו לצבע שיקנה צבע לאשה. ותירץ הרא״ש, דשאני התם דכיון שהצבע מזכה לבעל האשה, אפי׳ אם ירצה הבעל לזכות לאשתו בגד הצבוע, מהל׳ זכיה אינו יכול לזכות בשלו לאחר, אם לא יזכה לו ע״י אחר. וכיון שלא זיכה

ע״י אחר, איך זכו אשתו ובניו. וע״ז תירץ דאה״נ דלא זכו אשתו ובניו, ומה שלא נכלל בהקדש, ע״ז תירץ רבי אבא דכל המקדיש נכסיו אין דעתו על כסות אשתו ובניו, אבל הכא השליח זוכה לבעל המעות.

וכן מבואר מדברי הרא״ש שהביא השטמ״ק בשמו בסוגיא, על קושית הגמ׳ אי הכי חיטים וחיטים נמי, והגמ׳ תירצה דבחיטים וחיטים הוא שליח של בעל המעות וידו כידו. וכתב הרא״ש, דבקושיא סברה הגמ׳ דבכל שעה דעת המוכר להקנות המקח לכל מי שהמעות שלו, וע״כ הקשתה איך יכול לזכות בשליח לקנות חיטים וקנה חיטים. וכתב הרא״ש: ״תדע, דאין הטעם משום דדעתו לקנות לכל מי שהמעות שלו, דתנן אחד המקדיש וכו׳, הכא מי הודיע לצבע שיקנה צבעו לאשה. אי אמרת בשלמא דקנתה מטעם דהוי שלו, הוה ניחא אע״ג דלא עבידתיה שליח, זכין לאדם שלא בפניו, אלא אי אמרת דעתו לקנות לכל אותם שהמעות שלו, הרי המעות של הבעל הן, אם כן קנה הוא הצבע, אמאי אינו קדוש״. הרי שהכל תלוי בדעת הקונה.

אולם שם בשטמ״ק הביא מתוס׳ הרא״ש, בהמשך הסוגיא על מה שקונה מי שהעלה השטר בשם ריש גלותא, דלבני מערבא מקנה המוכר לריש גלותא, וז״ל: ״בשלמא אי אמרת שדעת המוכר להקנות המקח לבעל המעות לכל מי שיהיה, הכא נמי בשמפרש שלוקח לצורך ריש גלותא, אפילו הכי דעת המוכר להקנות לבעל המעות אפילו אינו ריש גלותא, אבל לבני מערבא דאמרי וכי מי הודיעו וכו׳, וסבירא להו דבלא ידיעת המוכר לא קנה בעל המעות, והכא סבר המוכר להקנות לריש גלותא והוא אינו קונה, האיך יקנה הלוקח״. מבואר מהרא״ש שרבי יוחנן דעת המוכר תמיד להקנות לבעל המעות, ולכן קונה בעל המעות, אף אם הקונה פירש שקונה לריש גלותא, דתמיד דעתו לבעל המעות, ולבני מערבא דעת המוכר למי שלפניו או למי שאומרים לו שהוא הקונה. ולאמור לעיל היה לרא״ש לפרש דלרבי יוחנן, אף אם המוכר דעתו אינה על בעל המעות, לא איכפת לן בדעתו, כיון שהוא לא פועל את הקנין, ורק דעת עושה הקנין היא הנותנת והקובעת. ומדפירש הרא״ש דלרבי יוחנן דעתו על בעל המעות, מוכח לכאורה שצריכים אנו לכונת המוכר למעשה הקנין.

והרשב״א שם בסוגיא כתב בתחילה לכאורה כהסבר הנ״ל ברא״ש, וז״ל: ״ומיהו למסקנא הא איפרקא קושיא דבני מערבא, דטעמא משום דדעתו של שליח לזכות לבעל המעות, כדקני ליה בחטים וחטים״. הרי שהכל תלוי בדעת הקונה, ואין צריך דעת המקנה להקנות לקונה זה. אולם בהמשך הסוגיא לענין מעלה שטר בשם ריש גלותא, הקשתה הגמ׳ דמשמע שמי שקנה את הקרקע, אף שהעלה בשם ריש גלותא, הוא הקונה בעל המעות, ואיך קנה לבני מערבא. והקשה הרשב״א, דיש להקשות גם אליבא דרבי׳ יוחנן דלא בעי שיודיעו, הרי כאן הודיעו במפורש הפוך, הודיע

לקונה שקונה בשם ריש גלותא, והעלה השטר על שמו, גם אם אין צורך בכוונת המוכר, סוף סוף יש כאן כונה הפוכה, דוקא לריש גלותא, ואיך קנה בעל המעות. ותירץ הרשב"א: "וי"ל דלר' יוחנן ל"ש הכי ול"ש הכי, לעולם דעת המוכר למכור למי שהמעות שלו או למי שדעת בעל המעות לקנות לו, שהרי כל שהלוקח לוקח סתם, הרי הוא אצל המוכר כלוקח בפי' לעצמו, ואפ"ה לדעת ר' יוחנן הוי לבעל המעות, וכיון שכן, מה בין לוקח בשמו והמעות לאחר, ובין לוקח בשם ריש גלותא והמעות שלו, לעולם דעת המוכר למי שהמעות שלו או למי שדעת בעל המעות, אבל לבני מערבא דבעו שיודיעו לבעל חטים היאך קנה זה. ופרקינן כגון דאודעיה לדידיה". (ועיין גם בתוס' רבינו פרץ בסוגיא, דלחולקים על בני מערבא, דעת המוכר להקנות לבעל המעות: "אין דעתו להקנות אלא לבעל המעות ולא לשליח שנותן לו המעות, דאע"ג דאינו יודע שהוא שליח, מ"מ דעתו סתמא להקנות לבעל המעות". וכן כתב גם המחנה אפרים שלוחין סי' יז).

ולכאורה למש"כ לעיל, יכל הרשב"א לתרץ, שדעת המוכר לא חשובה כלל, יכול לחשוב מה שיחשוב, פעולתו היא הסתלקות מהבעלות ומתן אפשרות לקונה שיקנה עבור מי שירצה, וכמבואר לעיל, ולכן גם אם יש לו כונה הפוכה, אינה מעלה ומורדת, וכונתו היא ככונת אדם אחר, אא"כ אמר במפורש שמקנה ומזכה עבור פלוני, דהוי כתנאי במכירה או המתנה, אבל כשלא אמר כן, לעצם פעולת ההקנאה אינה מעלה או מורידה. אולם הרשב"א תירץ באופן אחר, דלמוכר יש כונה ובעינן לכונתו לעצם הקנין, אלא דלעולם דעת המוכר למכור למי שהמעות שלו או למי שדעת בעל המעות לקנות לו. ולפ"ז יצא שמחלוקת רבי יוחנן ובני מערבא, דאכן בעינן דעת מוכר להקנות לקונה, אלא דבני מערבא ס"ל דמן הסתם דעתו למי שעומד לפניו, אלא אם הוא שלוחו, הרי ידו כיד המשלח, וכביכול לפני המוכר עומדהמשלח, וכששינה בשליחותו ואינו כבר שליח, בעל המעות לא לפני המוכר, וממילא אינו קונה. ורבי יוחנן ס"ל דמן הסתם דעתו לבעל המעות או למי שדעת בעל המעות לקנות לו, ואין זה משנה למוכר בדעתו מי עומד לפניו, דעתו תמיד על בעל המעות.

ובתש' הרשב"א (ח"ב סי' שסט) נשאל בשולח יד בעיסקא, ועקב שליחות היד טוען שכיון שהתחייב באונסין, כל הריוחים מהעיסקא שלו. ונותן העיסקא טוען שלא אמרו בשליחות יד אלא לחובתו, להגדיל את אחריותו, אך לא שיהיה חוטא נשכר. ובתו"ד דן שם במחלוקת רבי יוחנן ובני מערבא; "ושמעינן מהא תרתי. חדא, דכל היכא דמתכוין לקנות לעצמו, לא זכה בעל המעות, דבכי האי, ודאי אמרינן מי הודיעו לבעל חטים. ושמעינן מינה נמי, דכל היכא דמתכוין לזכות לבעל הבית, זכה בעל הבית בריוח, ואע"פ ששינה מתחלה בדבר שבעל המעות מקפיד, כחטים ושעורים לאכילה, או אפילו לסחורה ... ". ולכאורה למש"כ הרשב"א בסוגיא, דדעת המוכר

לזכות לבעל המעות, אם דעתו נצרכת וכנ״ל, מה מהני מה שיתכוין הקונה לזכות לעצמו, הרי המוכר התכוין לבעל המעות, ומה כתב הרשב״א; ״דבכי האי, ודאי אמרינן מי הודיעו לבעל חטים״, הרי תמיד דעתו לבעל המעות, דמן הסתם כך דעתו, ואיך קנה הקונה לעצמו. ומזה ומהמשך דברי הרשב״א בתש׳ נראה, דאין בכוונת המוכר חלק מפעולת קנין הקונה. ומש״כ הרשב״א; ״דבכי האי, ודאי אמרינן מי הודיעו לבעל חטים״, דלכאורה דל מהכא בעל החיטים, הקונה לא התכוין לזכות לבעל המעות, י״ל בדוחק, דבכהי הא גם רבי יוחנן מודה לבני מערבא.

ובקצוה״ח קפג,ג למד מדברי התוס׳ בסוגיא (ד״ה שאני) דלרבי יוחנן מיירי הסוגיא בהודיעו למוכר שהוא שליח של בעל המעות, ולבני מערבא, אף אם היה מודיעו מהני שיקנה בעל המעות, הסוגיא מיירי סתמא אף בלא הודיעו. ובקצוה״ח שם כתב דדעת הפוסקים אינו כן, ולא קיי״ל כבני מערבא, ואין צריך הקונה להודיע למוכר עבור מי מקנה. ומ״מ לדברי התוס׳ גם המקנה חלק מפעולת הקנין של הקונה, ודעתו להקנות לקונה היא חלק ממעשה הקנין של הקונה, לא רק הסתלקות מהבעלות אלא הקנאה לקונה.

וקצוה״ח למד מדברי הרא״ש הנ״ל (ב״ק ט,יח) דדעת המוכר להקנות לבעל המעות, ולכן אם השליח קונה במעותיו שלו (ולא במעות המשלח), גם לרבי יוחנן לא קנה המשלח; ״דאפי׳ לדידן דליתיה לבני מערבא, היינו דוקא היכא שהמשלח נותן מעותיו ויד השליח כיד בעה״ב, אבל היכא דליכא מעות אלא שהשליח קנאו במעותיו ודעתו לזכות לו, ודאי בעינן הודעה למוכר, ומשום הכי גבי צבע אין האשה קונה, כיון דלא נתנה מעות וליכא הודעה לצבע. וזה הוא שיטת רבינו ירוחם, דאם הקנה במעותיו ומתכוין לזכות לחבירו לא קנה חבירו אלא א״כ הודיעו למוכר. ועיין בסק״ב. ולפי״ז ניחא, דבני מערבא סברי דצריך הודעה ואפילו בקנאו במעות משלחו״. ומה שהביא קצוה״ח מרבינו ירוחם, הוא מדבריו במישרים כח,א (הובא גם בש״ך קפג,ב), וז״ל: ״ואם הקנה במעותיו ומתכוין לזכות לחבירו, לא קנה חבירו, אפילו אמר בפני עדים לצורך חבירי אני קונה במעותי, אא״כ הודיעו למוכר קמא״. ובב״י (חו״מ קפג,ד) הקשה על רבינו ירוחם מדברי הרא״ש הנ״ל, דמבואר ברא״ש שהשליח קונה למשלח וידו כיד המשלח, וא״כ מה לי במעותיו או במעות משלח, אף שיש לחלק. ונראה דמהרא״ש משמע כאמור שהכל תלוי בדעת הקונה, ולא בעינן כלל דעת מקנה למי מתכוין להקנות. אלא שהש״ך קפג,ב כתב דמהרא״ש משמע כרבינו ירוחם (וכאמור, כן כתב קצוה״ח). והש״ך הקשה מהמשך דברי הגמ׳, מקונה קרקע בשם ריש גלותא, איך קנה הריש גלותא, הרי גם לחולקים על בני מערבא בעינן שיהיה לפחות בעל המעות. ותירץ, דכיון שהודיע לעדים שקונה בשם ריש גלותא, העדים עומדים בשם ריש גלותא.

ג. בגדי שבת ושאר כלים

בתש׳ הגאונים (הוצאת הרכבי, סי׳ קז) בענין המשנה של המקדיש נכסיו וכו׳, כתב וז״ל: ״והטעם לזה הוא, כי משעה שנתנן להם קנו [אשתו ובניו] אותן ויצאו מרשותו. ולפיכך אין ההקדש חל עליהן, וכן לא יוכל בעל חוב לגבות מהן כלום. אבל אבנים טובות וזהב, משום שההלכה לא זכרה אותן, לא נוכל להכניסן בכלל בגדים בלא ראיה. וכל שכן שהזהב ואבנים הטובות יקשט אדם בהן את אשתו וילדיו וישתמש בהן בעצמו בזמן הצורך, מפני שהן לא יבלו ויפסדו כמו הבגדים״. מבואר מתש׳ הגאונים דאבנים טובות ומרגליות, לא זכרה אותם המשנה, ומזה הטעם גם אי אפשר להכלילן בכלל בגדי אשתו שאין להקדש ולבע״ח בהם. וכתב לחלק בין בגדים ואבנים טובות, דבגדים של אשתו ובניו אין דרך (ובדר״כ גם אפשרות) להשתמש בהם, וממילא אין כוונתו אלא לצרכן, וזה מוכח בתחילת הקניה. משא״כ אבנים טובות ומרגליות, אף שאין דרכו של איש להתנאות בהן, כיון שיש דרך להשתמש בהן לצורכו אם יחפוץ בכך, כגון למכרן, שאינן כבגדים, ואינן מתכלות ובלות כבגדים וסנדלים, לכן הרגילות להשתמש בהן לצרכן אם יצטרך, ואין בתחילת קנייתן ראיה שקנה רק לצורך אשתו.

ובעה״ת א,א,ו הביא מהר״י ברצלוני, שאם קנה האב לבניו ספרים, הרי הם בכלל מה ששנינו אין לו בכסות אשתו ובניו ולא במה שלקחן לשמן. ובעה״ת חלק עליו, דמסתברא דכסות דתנן תנן, ספרים דלא תנן - לא תנן. וי״ל כסברת הגאונים הנ״ל, דכיון דיש רגילות ודרך להשתמש בהם כשצריך, ממילא לא זכו באופן מוחלט, דבספרים אין הוכחה בעצם הקניה שקנה לשמן, ואין בזה את האומדנא שיש בבגדי אשתו ובניו, דסו״ס ספרים ראויים גם לו, ואם לא הקנה במפורש, אין בזה אומדנא וכנ״ל. וכן כתב שם בס״ק שאח״ז לענין תכשיטים, שדינם כבגדי שבת ולא כבגדי חול (עיין להלן מחלוקת הראשונים בזה), ואינם בכלל האמור במשנה: ״ואין צריך לומר אם היה לאשה תכשיטי כסף וזהב שמוכרין אותן ופורעין החוב למלוה מהן, שאין אלו עושה אותן לתכשיטין בלבד אלא עושה אותן לאחריות הזמן מפני שאינו בלה וכלה, והילכך נדון אותם כשאר נכסיו ומגבין אותן לבעל חובו״. ועדיפי לכאורה מבגדי שבת, דבגדי שבת עשויים יותר להתבלות.

ואפשר דמר אמר חדא ולא פליגי, דיש לחלק בין סוגי הבגדים של שבת, דככל שעשוי יותר להתבלות, מוכח יותר שקנה לצרכה בלבד, ואין להקדש ולבע״ח בהם, משא״כ בגדים של שבת שאין בהם שימוש רב ולא עשויים להתבלות, שיכול להשתמש בהם לצורכו, והכל לפי הענין. ומ״מ תכשיטים של זהב וכסף ודאי עשויים להשתמש בהם אח״כ לצרכו, וכמש״כ בעה״ת שעושה אותן לאחריות הזמן מפני

שאינו בלה וכלה. וכן כתב בגדו״ת (שם ס״ק ו), דספרים אינן כמלבוש החול, אותם מן הסתם הקנה אותם באופן מוחלט לאשתו ובניו שישתמשו בהם על שיבלו לגמרי. משא״כ ספרים שקנה לבניו, אין דעתו להקנותם לחלוטין לבניו אלא קנאם להם כדי שילמדו בהם, והפירות שלהם ושלו, אם יצטרך, והגוף שלו למכרם ככל חפצו, ולפיכך הם משועבדים לבע״ח. והיינו שאין בספרים אומדנא כמו בבגדי חול, וכן בתכשיטים אין אומדנא, דאף שתכשיטים הם בכלל כלי האשה המיוחדים לאשה ולא לאיש, מ״מ הם יכולים לשמש גם כנכסים למכירה בבא העת, וע״כ אין בהם אומדנא כבבגדי חול וסנדלים. ועיי״ש גם בגדו״ת בס״ק שאח״ז. וכן נמצא בנימוק״י (ב״מ סט,ב מעמוה״ר).

וכן פסק הרמב״ם בהל׳ מלוה ולוה א,ה, וז״ל: ״אין בעל חוב גובה לא מכסות אשתו ובניו של לוה ולא מבגדים צבועים שצבען לשמן אע״פ שעדיין לא לבשו אותן, ולא מסנדלים חדשים שלקחן לשמן, אלא הרי אלו שלהן. בד״א בכלי החול, אבל בגדי שבת והמועד גובה אותן בעל חוב, ואין צריך לומר אם היו בהן טבעות וכלי זהב או כסף, שהכל לבעל חובו״. והרב במגיד שם הקשה, דלא מצא בשום מקום חילוק זה, ואף והמשנה של ערכין לא חילקה בין בגדי חול לשבת. וכתב דיצא לרמב״ם חילוק זה, מהא דאיתא בב״ק יא,ב; האחין שחלקו, מה שעליהם שמין ומה שעל נשיהם בניהם ובנותיהן, אין שמין. ואמרו בירושלמי, דשל רגל ושבת שמין. ודעת הרמב״ם שדין הערכין ובע״ח מטעם אחד, שאינו עולה בדעת הבעלים להקנות להם בגדים אלו, שלא יוכל למכרן. וכתב המגיד דמצא חולקים, דיש לחלק בין דין האחים לדין בע״ח, דדוקא באחין אין מקנים אלא בגדי חול, שלא יפשיטום ערומים, טעם שאינו שייך בבגדי שבת וחג, אבל בעל לאשתו מקנה בין של חול בין של שבת. עוד הקשה המגיד, מדוע הרמב״ם לא כתב חילוק בין בגדי חול לשבת בפ״ג מערכין, ונשאר בצ״ע. (ועיין במש״כ הגרא״ז באבן האזל, מלוה ולוה א,ה על דברי הרמב״ם והמגיד).

ועיין במל״מ מש״כ שם. ועיין בתש׳ מהר״מ מרוטנבורג (קרימונה פד, וכ״ה בדפוס לבוב שנט), כדעת הרמב״ם, דבכסות שבת ורגל לא אמרינן דמסתמא נעשה כמי שהקנה להם בכסות אשתו ובניו מעיקרא, אא״כ ידוע להם שקנה להם מעיקרא (עיין במרדכי כתובות סי׳ קעב, דרכ״מ חו״מ צז,ז, ומש״כ ביש״ש כתובות ד,נא, וסמ״ע צז,סב). ועיין גם בתש׳ מהר״ח או״ז (סי׳ קיט), שבתחילה כתב מדעת עצמו לחלק בין בגדי חול לבגדי שבת, שכן מוכח בירושלמי דלא חשיב כהקנה מעיקרא, ולכן בע״ח גובה מהם. אולם הביא מתש׳ אביו (האור זרוע) דאין לחלק בין בגדי חול לבגדי שבת ותכשיטים, עיי״ש.

וכדעת הרמב"ם נמצא בתש' הרי"ף (סי' רנח), שדן אם יכול למכור תכשיטי אשתו כדי לפרוע לבע"ח. וכתב מהירושלמי לחלק בין בגדי חול לבגדי שבת: "הילכך כל מה שהיה מן הבגדים המעולין, וכ"ש כלי זהב ובדולח, יש לו למכור אותם. אבל אם היתה מבני טובים וממשפחה מיוחסת, יש לה לעכב עליו, כמו שאמרו עולה עמו ואינה יורדת עמו". ומש"כ הרי"ף דאם היתה ממשפחה מיוחסת וכו', היינו שאם התכשיטים הם בדין עולה עימו וכו', הרי שזה מכלל חיוב כסותה, וממילא אין הוא יכול למכור אלא מה שנתן לה מעבר בתורת מתנה, דע"ז מהני אומדנא שלא הקנה לה אלא על דעת שיוכל למכור, משא"כ אם התכשיטים הם בכלל חיוב כסות. ומ"מ מהרי"ף עולה לחלק בין בגדי חול לשבת.

ובריב"ש (סי' קנח) כתב כדעת הרמב"ם המחלק בין בגדי חול לשבת, לפי שלא זכו בהן האשה והבנים, שאין האב מזכה אותן להם. ומבואר שאינו מטעם הבושה להביאם לבי"ד, כבאחים, אלא שאין הבעל מקנה להם בגדי חול ושבת, והביא דהחולקים סוברים דמזכה להם. וכתב, דאף החולקים על הרמב"ם, מודים בתכשיטי כסף וזהב שלא הקנה להם, וסמך על דברי הרי"ף בתש'. ועיין עוד מש"כ הריב"ש בסי' שא.

ומה שהזכיר הריב"ש שאף החולקים מודים בתכשיטים, נראה שיצא לו כן ממש"כ הרי"ף בתש' (סי' רט). דלכאורה יש סתירה בין התש', דבסי' רנח הנ"ל, מבואר דבגדי שבת ורגל חלוקים מבגדי חול, וכל שכן תכשיטי זהב. אולם בסי' רט לא חילק בין בגדי חול לבגדי שבת, אלא בין בגדים לתכשיטים, ולכן כתב הריב"ש דאף החולקים על הרמב"ם, מודים בתכשיטים שאינם קנויים לה לחלוטין, דמתש' הרי"ף בסי' רט, אף שלא חלק בין בגדי חול לשבת, כתב דתכשיטים אינם בכלל. ומזה יש ללמוד לחולקים על הרמב"ם, וז"ל הרי"ף בתש': "ומה שיש לו אצל אשתו, מבגדים דוקא אין לבע"ח לגבות מהם ... והטעם בדבר, לפי שמשעה שנתן להם, קנו אותם ויצאו מרשותו, לפיכך אין ההקדש חל עליהן, וכן אין לבע"ח לגבות מהן. אבל כלי זהב ובדולח לא הזכירה אותם ההלכה, לפיכך אין לנו לדמותו לבגדים בלא ראיה, וכל שכן שכלי זהב ובדולח אדם קונה על דעת שתתקשט אשתו בהם, ואם הוצרך יתפרנס מהם, משא"כ בבגדים שהן כלים ונפסדים ואין דעתו עליהן. הילכך בע"ח גובה מכלי זהב ובדולח, אלא א"כ התנו עליו בשעת הקדושין שיכניסם לה, אין לבע"ח לגבות מהן". ומבואר דתכשיטים אינו מקנה להם אלא נותן להם שתתקשט בהם, ואם יצטרך להם, ימכור או לפרוע חובותיו. וכתש' זו נקט גם הרדב"ז (ח"א סי' רפא), וכתב דהתש' בסי' רנח, אינה מדברי הרי"ף, עיי"ש. וכן נקט מהרי"ק (שורש י).

ובשו״ע חו״מ צז,כו הביא כדעת הרמב״ם, וברמ״א כתב דיש חולקים. ובסמ״ע שם (ס״ק סב) כתב לחלק בין בגדי שבת לתכשיטים, וכנ״ל, דאף החולקים בבגדי שבת, מודים דתכשיטים לא הקנה להן, דאף שבדרכ״מ (ס״ק ז) משמע דפסק כהמרדכי כתובות קעב דאפילו מתכשיטין אין גובין, מ״מ נראה דכאן בשו״ע הכריע כהריב״ש המחלק בין בגדי שבת לתכשיטין (ועיין בצפנת פענח ע״ז ד,יא דפאה נכרית בכלל תכשיט ולא בכלל בגד).

ד. כשלא קנה מכסף המשלח

ובשו״ע חו״מ קצ,ג נפסק דמהני קנין קרקע מדין ערב: ״האומר לחבירו תן מנה לפלוני וקנה לך קרקע שלי, כיון שנתן קנה״. ובטור כתב דצריך שיאמר אח״כ, שדך קנויה לי במה שנתתי לפלוני. והב״י כתב דלא כטור, דרק בקדושין צריך לומר כן, שלא יהיה כנתן הוא ואמרה היא, משא״כ במקח וממכר. ושם בשו״ע קצ,ד, פסק דמהני קנין קרקע מדין עבד כנעני: ״י״א שהוא הדין לאומר לחבירו, הילך מנה ויהיה שדך מכור לפלוני, כיון שקבל זה ממנו, נקנה השדה לאותו פלוני״. וברמ״א הוסיף, דדוקא שהקונה חפץ בזה, כגון שעשאו שליח או שאמר למוכר: שדך קנויה לי במה שנתן לך פלוני. ומקורו מדברי הטור שם. ובקצוה״ח קצ,ב הקשה על דברי הטור, למה נצרכו לאמירה זו, הא קיי״ל זכין לאדם שלא בפניו. וכיון שנותן המעות נתן למוכר כדי שיזכה לאחר, זכה האחר, ורק בקדושין צריך לאמירה, דאפשר דאינה זכות עבורו לזכות באשה זו; ״אבל כאן דזכות גמור הוא וזכין לאדם שלא בפניו, א״כ למה לי אמירה אח״כ, וכדאמרינן בפרק הגוזל (ב״ק קב,ב) במקדיש נכסיו דאין לו להקדש בבגדי אשתו ולא בצבע שצבע לשמן, ומשום דזכה הבעל בשעת משיכתו לאשתו, ואף על גב דלא ידעה כלום ולא אמרה מידי״. ולכן השמיט המחבר דין זה דבעינן לאמירתה, דאף אם נותן כספו דרך הלואה שיחזור ויקח את כספו, עדיין המקח הינו זכות עבור הקונה, וזכין לו שלא בפניו. ושיטת הרמ״א, דכיון שלא נתן הכסף בדרך מתנה עבור הקונה אלא על דעת שיחזיר לו כספו, אין זו זכות, דאפשר שלא ניחא ליה במקח כזה שצריך לשלם, ולכן צריך אח״כ לאמירת הקונה. משא״כ אם נתן כספו דרך מתנה שיקנה אותו פלוני, נראה דמודה הרמ״א שאין צריך לאמירת הקונה, דהו״ל כדין צבע שצבען לשמן. ומבואר דבכל ענין שמקבל מתנה הו״ל זכות, ואין צריך אח״כ לאמירת הקונה. ואף למה שחלק הנתיבות (קצ,ג) על קצוה״ח בבאור דברי הרמ״א, מ״מ באופן שנותן להם במתנה, וכמו בצבע שצבע לשמן, ודאי זכות היא לו ואין צריך לאמירה של הקונה.

וכאמור בנדו״ד לשיטות הראשונים הנ״ל, נראה שקנה הבן, כשקנתה האם עבורו. הן לשיטות הסוברים דליתא לבני מערבא, וזוכה השליח למי שרוצה לזכות בעבורו,

ואף לשיטת הרשב״א לתרוץ השני, י״ל דזוכה בתורת שכירות, או שהקנתה לו בקנין גמור ע״מ שלא יחזור בו. אמנם למש״כ הרבינו ירוחם (מישרים כח,א), נראה דכל זה שקונה במעות המשלח, אבל אם השליח קונה במעותיו, לא זכה המשלח או מי שזוכים בעבורו, אא״כ הודיעו למוכר, וז״ל הרבינו ירוחם: ״ואם הקנה במעותיו ומתכוין לזכות לחבירו, לא קנה חבירו אפילו אמר בפני עדים לצורך חבירי אני קונה במעותי, אלא אם כן הודיעו למוכר קמא״. והב״י (חו״מ סי׳ קפג) הקשה על רבינו ירוחם, דכיון דליתא לבני מערבא, הרי השליח מתכוין לקנות למשלח, וכמו שכתב הרא״ש (ב״ק ט,יח), שאף ששינה השליח ממה שאמר המשלח, מ״מ אינו מתכוין לקנות לעצמו ודעתו לזכות למשלח, וידו כיד בעל המעות שהוא מתכוין לזכות לו, ואין צריך המוכר לדעת שהשליח קונה למשלח. ואף שרבינו ירוחם מחלק בין אם קונה במעות המשלח או לא, מ״מ לא מצא הב״י חילוק זה בסוגיא שם. ועיין גם בדרכ״מ שם ס״ק א. ובש״ך קפג,ב הצדיק דברי רבינו ירוחם, אך הקשה מלוקח שדה בשם ריש גלותא, שהקשתה הגמ׳ נימא פליגי אבני מערבא, ולכאורה גם לחולקים על בני מערבא, כיון שלא נתן הריש גלותא כסף לקונה, איך קנה לריש גלותא. ותירץ הש״ך, דכיון שאמר הלוקח לעדים לכתוב השטר בשם ריש גלותא, א״כ העדים עומדים במקום הריש גלותא, ונשאר בצ״ע.

ולכאורה היה נראה לבאר, דדעת הב״י ודעימיה שאפי׳ לא קנה במעות המשלח, נקנה למשלח, ס״ל דלחולקים על בני מערבא אין צריך כלל דעת מוכר, והכל תלוי בדעת הקונה למי מתכוין לקנות, דבזה נחלקו בני מערבא, דבני מערבא ס״ל דתלוי גם בדעת מוכר, והחולקים ס״ל דהכל תלוי בדעת הקונה. ולכן אליבא דרבי יוחנן החולק על בני מערבא, אין הבדל אם קונה בכסף המשלח או לא, דדעת המוכר אינה נפק״מ לקנין. ורבינו ירוחם ס״ל דאף לחולקים על בני מערבא, צריכים לכוונת המוכר, אלא שאינו צריך לדעת מי הוא, וסגי שיתכוין להקנות לבעל המעות. ולכן כשקונה השליח במעות המשלח, נחלקו בזה בני מערבא ורבי יוחנן אליבא דר״י, דבני מערבא ס״ל שצריך המוכר לדעת מי בעל המעות כדי להקנות לבעל המעות. ורבי יוחנן ס״ל דמספיק שמתכוין לבעל המעות. וע״ז הקשה הש״ך משטר שעלה בשם ריש גלותא, ותירץ דהעדים עומדים במקום הריש גלותא. ואפשר דכוונתו, דאם העדים כתבו בשטר בשם ריש גלותא, אף אם קנה השליח, הקנה למשלח, ועדיו בחתומיו זכין לו, עיין בשו״ע חו״מ לט,יג ובנו״כ שם.

אמנם היה מקום לכאורה לומר, דלחולקים על בני מערבא, דעת המוכר להקנות למי שמתכוין השליח. אולם כאשר השליח גם שינה משליחותו וגם לא קנה במעות המשלח, חסר לנו באומדן שאכן קנה למשלח, ולכן לא מהני מה שיאמר אח״כ שקנה למשלח. אך כל זה במקום ששינה משליחותו, כמו בחיטין ושעורין וכנדון הסוגיא

בב״ק שם, אולם כאשר לא שינה משליחותו אלא בקש לקנות עבור ריש גלותא, אין נפק״מ באיזה כסף קנה, ובודאי אם העלה השטר בשם ריש גלותא, קנה הריש גלותא, דיש לנו כאן ראיה שקנה עבור הריש גלותא, ודעת מוכר לא בעינן, לחולקים על בני מערבא. ונפק״מ מכל זה לנדו״ד, דודאי לב״י והדרכ״מ, אף שקנתה האם את הטבעת בכספה, קנה הבן, שעבורו קנתה. ואף לרבינו ירוחם אפשר, דכיון שלא שינתה ממה שאמר לה, קנה הבן.

ה. מה שנתנה האם לבנה את הטבעת בשתיקה

אקדים בשאלה שנשאלתי בעבר. נוהגים לתת מתנות לשמחות, ובדר״כ מציינים שזו מתנה. כאשר פלוני הביא מתנה, ספר לבר מצוה, בגד לברית, כלי לחתונה, ולא כתב שזו מתנה לבעל השמחה, אלא כתב; מזל טוב, מאחל פלוני. לכאורה אין כאן אמירה שהוא נותן מתנה, ומאיזה זכות יכול בעל השמחה להשתמש במה שהביא הנ״ל. ובפשטות נראה לומר דמהני מדין אומדנא, דמעשיו מוכיחים שמתכוין לשם מתנה, ולכן אף שתיקה יכולה להתפרש כמעשה של נתינה.

והשבתי ממש״כ הריא״ז, הובא בש״ג (קדושין כב,ב מעמוה״ר): ״נראה בעיני בבעה״ב המזמין אורחים לשלחנו, ולקח אחד מהם חתיכה וקידש בה את האשה – מקודשת, שאין בעה״ב מקפיד עליהן אם יעשו כל חפציהן במזונותיהם כמב״ה (כמצות בעל הבית)״. ולכאורה לא בעה״ב מקנה לאורח, ולא האורח עושה קנין לקנות מבעה״ב. לקח מהמנה שהניחו לפניו וקדש אשה, אמרינן שמה שלקח הוא שלו. וכן הביא להלכה ברמ״א אהע״ז כח,יז. והנה אדם שאוכל אצל אחרים, אף שהאוכל אינו שלו ולא זכה בו, מ״מ אוכל את של אחרים בהיתר, אבל כשלוקח המנה ומקדש אשה, הרי בטרם יקדש אשה צריך שהמנה שמקדש בה תהיה שלו, ואיך נהיה שלו ללא קנין, מבלי שבעה״ב הקנה לו, ואף הוא לא נזכר שעשה קנין אלא שלקח וקידש.

והנו״כ הקשו על דין הריא״ז, מחולין צד,א: ואין האורחין רשאין ליתן ממה שלפניהם לבנו ולבתו של בעה״ב, אא״כ נטלו רשות מבעה״ב. עיין בט״ז אהע״ז כח,לד שהקשה, דכל שכן שאינו יכול לקדש בזה אשה. ולכן הסיק דאין כאן קדושי ודאי אלא קדושי ספק. ובב״ש כח,מו כתב לחלק, דדוקא לבנו לא יתן, אבל יכול לקדש אשה. ולכאורה מהטעם המבואר בגמ׳ שם משום כיסופא, י״ל שהוא טעם מיוחד באורח ובעה״ב, אולם באופנים שברור לנו שאין הוא מקפיד, ואדרבא מעונין ליתן, הרי הוא שלו לענין קדושי אשה.

אלא שעל סברא זו יש להקשות מדברי הרמב״ם (אישות ה,ח): ״הנכנס לבית חבירו ולקח לו כלי או אוכל וכיוצא בהן וקידש בו אשה ... ואם קידשה בדבר שאין

בעל הבית מקפיד עליו, כגון תמרה או אגוז, הרי זו מקודשת מספק״. ולכאורה מדוע אינה מקודשת ודאי. ונראה לחלק בין אורח לנכנס שלא מדעת בעה״ב, דבאורח יש אומדנא דניחא ליה לבעה״ב שיקח את המנה לעצמו, שהרי נתנו לפניו לאכלו, וכמו שיכול לאכלו משל בעה״ב, אין לבעה״ב נפק״מ אם יזכה בהם לעצמו ויתן לאחר. משא״כ בנכנס לבית בעה״ב שלא ברשות, דהוי רק גזל בדבר שאין בעה״ב מקפיד עליו, וברור שלא היתה כאן ניחותא לבעה״ב שיקנה הנכנס שלא ברשות, אלא שבדיעבד כיון שאינו מקפיד, אפשר שאין הנכנס עובר על גזל, אבל אין כאן אומדנא שמוכן שיקנה לעצמו.

אמנם במל״מ שם כתב לבאר, דמיירי בתמרה או אגוז שאינם שוים פרוטה, וס״ל לרמב״ם שהיא מקודשת מספק, שמא שוה פרוטה במדי. אך ציין שהטור והנו״כ על השו״ע ביארו דמחשש ספק גזל נגעו בה, וע״כ ביטל דעתו מדעתם. והטור שהביא דברי רמב״ם אלו בסי׳ כח ולא בסי׳ לא, מוכח שמספק גזל חשש הרמב״ם להבנת הטור, ולא מחשש שמא שוה פרוטה במדי, הנידון בסי׳ לא. ומ״מ לפירוש המל״מ (וכן נמצא בדברי התשב״ץ ח״א סי׳ כג, ובמחנ״א גזילה א, ועיין עוד במש״כ הגר״י אייבשיץ, בני אהובה, אישות ה,ח, ובמקנה קו״א כח,יז ד״ה ואם, ובתש׳ חת״ס חאהע״ז ח,א סי׳ פה ד״ה והנה אעתיק), ודאי שאין לדין הרמב״ם שייכות לאורח שקידש, ולא פליג על הריא״ז. אך גם אם נפרש כמש״כ הנו״כ דמחשש גזל ס״ל לרמב״ם שהיא מקודשת מספק, יש לחלק בין אורח לנכנס לבית בעה״ב שלא ברשות, דבאורח יש אומדנא שחפץ שהאורח יקח לעצמו, וממילא לא איכפת לו אם יזכה בהם או יאכל משלו, משא״כ בנכנס לבית בעה״ב שלא ברשות, דאף דעל החפצא אינו מקפיד, מי אמר דניחא ליה שהנכנס שלא ברשות יזכה לעצמו. וכך נמצא בדברי הב״ח (אהע״ז כח,טו), דאף שאין בעה״ב מקפיד על התמרה; ״דשמא לא ניחא ליה להאי בעה״ב דשקיל שלא מדעתו״. ובט״ז כח,לג כתב דהספק אם מוחל על התמרה, דאף שסתם בני אדם אינם מקפידים, מי יימר שבעה״ב זה מחל על התמרה. גם הב״ש כח,מה כתב דהספק שמא מ״מ מקפיד, אף שסתם אינם מקפידים. ומזה שהט״ז בס״ק לד לא הקשה מדברי הרמב״ם, ולא הקשה על הרמ״א מדוע כתב דין הריא״ז באורח בסתם ולא בשם י״א, משמע שאין מחלוקת בזה, דהם שני ענינים, בעה״ב שסתמן אינם מקפידים על תמרה, ודין אורח, שהקשה מחולין צד,א, דאין דעתו של בעה״ב שיתן לאחרים, ומ״מ כאמור כל זה מטעם כיסופא, ובמקום דלא שייך כיסופא, לכאורה אין בעה״ב מקפיד על האורח, ותהיה מקודשת ודאי.

ובנו״כ (קמא חאהע״ז סי׳ נט) הקשה על דברי הרמב״ם, איך זכה הנכנס לבית בעה״ב בתמרה, שנאמר שהיא ספק מקודשת, לכאורה ודאי אינה מקודשת: ״גוף דין זה שהמציא הרמב״ם לחדש, שבדבר שאין בעה״ב מקפיד הוי ספק קדושין, חידוש

הוא, ולא זכיתי לבוא על מקורו מאין המציא חידוש זה, וכל נושאי כליו לא הראו לנו את מוצאו, ואלמלי לא נאמר בדברי הרמב"ם שאחריו אין להרהר, הנה הדבר תמוה מאוד, ומה בכך שאין בעה"ב מקפיד, מ"מ כל זמן שלא הפקירו בפירוש, במה יצא החפץ או האוכל מחזקת מרא קמא". ולכן כתב להעמיד דברי הרמב"ם שלקח התמרה בפני בעה"ב ובעה"ב ראוהו לוקח התמרה, וכיון שאגוז או תמרה הם דברים שאין מקפידים עליהם, מסתמא מוחל לו בשעת לקיחה, וזכה בו מדעת בעה"ב. ועדיין יש להבין איך זכה בו, הרי לא הקנה לו. וצ"ל דאם לקחו בפניו ולא אמר לו דבר, הוי כאמירת לך משוך וקני, וכמש"כ הרמב"ם בהל' מכירה ב,ו, ובשו"ע חו"מ קצז,ג: "... והוא שימשוך בפני הבעלים, ואם משך שלא בפני בעלים, צריך שיאמר לו קודם שימשוך, לך משוך וקני".

ובתש' אחרת (תנינא, חאהע"ז סי' עז) כתב הנו"ב לבאר דלמעשה הנכנס לבית בעה"ב לא זכה בתמרה, רק כיון שבעה"ב התיאש מהתמרה, זכתה האשה מדין יאוש ושינוי רשות, דכיון שמתיאש מרצונו, בהיתרא אתי לידיה: "ואמנם אחר שנגמר מלאכת דפוס חיבורי הנ"ל, אמרתי ללמד זכות על דברי רבינו הגדול הרמב"ם, דבאמת גם הרמב"ם מודה דאפילו דבר שאינו מקפיד עליו, אף דאין בו משום גזל, מ"מ לא יכול לזכות בו שיהיה שלו, אבל אף שהוא אינו זוכה בו, מ"מ אם קידש בו אשה, האשה זוכה בו, דכיון שאין בעה"ב מקפיד, לא גרע מיאוש, והאשה קונה ביאוש ושינוי רשות, אף שאין בעה"ב יודע כלל אם נטלו זה והוי יאוש שלא מדעת, מהני בזה ע"פ מה שכתב הש"ך שנח,א, דדוקא ביאוש דאבידה, דגם עתה אחר שנודע לו אינו מתייאש מרצונו רק בע"כ שאינו יודע היכן הוא ובאיסור אתי לידיה, ולכך לא מהני יאוש שלא מדעת, אבל בדבר שמוותר מרצונו ומתייאש ברצון טוב, מהני אף שלא מדעת ובהיתרא אתי לידיה". ולפ"ז אין אפשרות לזכות בחפץ שלא מדעת הבעלים, ואף אם אין הבעלים מקפידים, ויכול אחר לאכלו ואין בו משום גזל, מ"מ אינו שלו.

ובאמרי בינה (נדרים סי' כב) הביא מקור לדברי הרמב"ם מהגמ' ב"ק קיט,א: ת"ר לוקחין מן הנשים כלי צמר ביהודה וכלי פשתן בגליל אבל לא יינות ושמנים וסלתות ... גבאי צדקה לוקחין מהן דבר מועט אבל לא דבר מרובה. והיינו, מפני שאין בעלה מקפיד על דבר מועט. ומה לי נתנה האשה לגבאי צדקה, ומה לי נטל אחר בדבר שאינו מקפיד כלפיו, דכיון שאין בעה"ב מקפיד, רשאי לטול ולזכות בו. ואף אם אח"כ יאמרו הבעלים בפירוש שמקפידים, מ"מ כיון שכבר זכה בו, הרי הוא של הזוכה, אם יודעים בבירור שאין בעה"ב מקפיד. והגרי"א (נחל יצחק סי' ו) כתב להביא ראיה דדברי הרמב"ם דהוי ספק מקודשת באין בעה"ב מקפיד, הוא מתורת הפקר, וכדעת הנו"ב, מפסחים ו,ב, דתניא סופי תאנים כו' סופי ענבים כו', בזמן שאין

בעל הבית מקפיד עליהן, מותרין משום גזל ופטורות משום מעשר, משום דהפקר פטור מהמעשר כפירוש רש"י שם, ומזה הוכיח הגרי"א דדבר שאין הבעל הבית מקפיד עליו, יש עליו דין הפקר. ועיי"ש מה שנו"נ בזה, ומ"מ מסקנת דבריו כדעת הנו"ב, דמתורת הפקר יש לדון בזכית הנכנס לבית בעה"ב ונטל תמרה או אגוז.

ובאבנמ"ל כח,מט הקשה לסוברים דמה שזוכה הנכנס לבית בעה"ב הוא מתורת הפקר, דא"כ יצטרך אח"כ בעה"ב לחזור ולזכות בתמרה, אם איש לא לקחה, דאם נאמר שהפקירה, איך יכול אח"כ בעה"ב להשתמש בתמרה, מבלי שיחזור ויזכה בה. לכן כתב דמה שזוכה בדבר שאינו מקפיד הוא בתורת מתנה: "דדבר שאינו מקפיד מתורת מתנה הוא, דאינו מקפיד, וחונן ונותן דבר מועט למי שיטול שלא מדעתו, וכה"ג דהוי מתורת מתנה לא בעינן לכל אדם, וכדתנן פ' לולב וערבה (סוכה מב,ב) ומלמדים אותם שיאמרו כל מי שיגיע לולבי בידו הרי הוא לו במתנה כו', למחרת משכימין כו' עיי"ש, והתם ודאי נגד אינו יהודי מקפיד על לולבו ואינו נותן לו במתנה, אלא כיון דהוא בתורת מתנה אינו צריך לכל אדם. ודוקא בהפקר דתיכף יוצא מרשותו אינו אלא כשמיטה שהוא הפקר לכל, אבל מתנה אינו יוצא מרשות נותן עד דמטי לרשות מקבל, וכשם שיוכל ליתן לאדם אחד, כן יכול ליתן לכמה בני אדם, ומי שיזכה בו הוא שלו". מבואר באבנמ"ל דזכות הלוקח בדבר שבעה"ב אינו מקפיד, הוא בתורת מתנה ולא הפקר, ואף שאינו מתכוין לאדם מסוים, הוי מתנה לכל מי שיזכה במה שאינו מקפיד. ועיין בנח"י הנ"ל, דדעתו דלא מתורת מתנה אתינן עלה אלא מדין הפקר.

ומ"מ מכל האמור עולה דכל מה דהוי ספק קדושין, דשמא הבעלים מקפידים, אולם אם היינו יודעים בתורת ודאי שלא אכפת לבע"ב זה שיזכה בו כל אדם הנכנס לרשותו ואף בלא רשות, לא היתה מניעה לקדש בו אשה, לכל מר כדאית ליה, מדין מתנה או מדין הפקר או מדין יאוש ושינוי רשות. ולפ"ז גם אין סתירה לדין אורח, דבאורח ודאי לנו שאינו מקפיד נגד האורח, שהרי נתן לו לאכול את המנה, ולכן מהני קדושיו במנה. ואף שבדין אורח, מצאנו באחרונים שכתבו דהוי ספק קדושין מכח דברי הרמב"ם הנ"ל, היינו דס"ל להני אחרונים דגם באורח אפשר דבעה"ב מקפיד שלא יתן לאחרים, אף שנתן לאורח לאכול. עיין תש' מהרי"ט (ח"א סי' קנ), דהוי ספק קדושין מחמת שאין לו רשות ליטול ולתת לאחרים, אף שיכול ליטול לעצמו (עיי"ש בסד"ה ועוד אמרינן). גם רבים מהאחרונים כתבו דבאורח הוי קדושי ודאי, דיש לחלק בין נכנס לבית בעה"ב שלא ברשות, לאורח שנכנס ברשות ויכול ליטול לעצמו ברשות. כן כתב מהרח"ש (תורת חיים ח"ד סי' יג): "ואע"ג שכתב הרמב"ם בפ"ה מאישות (ה"ח) וז"ל, ואם קדשה בדבר שאין בעל הבית מקפיד עליו כגון אגוז או תמרה הרי זו מקודשת מספק, ע"כ, התם שאני שנכנס לבית חבירו

שלא ברשות, מה שאין כן הכא שנכנס ברשותו וזימנו אצלו". גם במקנה (קו"א כח,יז) כתב לישב קושיות האחרונים על הריא"ז, ועיין גם בעצי ארזים (כח,נז) ובטיב קדושין (כח,נב) שכתבו כדעת ריא"ז. ולפ"ז מובן דמה שנוטל הטבעת ברשות האם לקדש אשה, אף שהאם לא הקנתה לו בקנין, הרי הוא שלו והאשה מקודשת.

ובענין זה כתבתי באריכות בח"ט סי' יד, ואביא מקצת מהדברים שהתבארו שם, ועיי"ש שמשלים לדברים הנ"ל. דהנה באמרי בינה (חאו"ח בסופו, השמטות לדיני אתרוג, ס"ק יד) הביא ראיה לדעת הנו"ב שהוא מטעם הפקר ולא מתנה, מב"ב נז,א דבהעמדה כדי לא קפדי אינשי, ושם הוי כהפקר לבני החצר, דאי משום מתנה, היה אסור למודר הנאה. האמרי בינה הביא המג"א תרנח,ג, כשלא היה הבעל בביתו, ונתנה אשתו את הלולב לאחד מאוהביו או קרוביו במתנה. דאם נתנה במתנה י"ל דלא יצא, דשמא ניחא ליה לבעל למכרו לאותו יום. אולם אם מכרה, נראה דמותר לה למכור, דזכין לאדם שלא בפניו. ואם הבעל אדם חשוב הוא וזילא בי' מילתא למכור האתרוג, שרי גם לתת מתנה, דאמדינן דעתו דניחא ליה. והא"ר כ' דאין הבעל מקפיד בזה, מכל שכן כשהיא האשה נו"נ בתוך הבית. והביא האמ"ב מאחיו, הרב הגדול מו"ה יהושע פאלק אויערבאך נ"י הרב בק"ק קלעטשאווי, דדין זה תלוי במחלוקת תוס' וריטב"א ב"מ (כב,א) ביאוש שלא מדעת, דתוס' סוברים דלאביי דלא הוי יאוש, אין ליקח שלא מדעת חבירו דבר שידענו אם היה יודע הי' ניחא ליה. והריטב"א מחלק בין אבידה לנוטל חפץ שאינו מקפיד, דדוקא באבידה דלא ידע כלל היכן היא, ואם היה יודע היכן אבידתו לא היה מתיאש, בזה לא הוי יאוש, משא"כ בדבר דניחא ליה, ואם היה יודע היה מתרצה, בזה לכ"ע בהיתר אתי לידו דמסתמא אינו מקפיד. והביא דברי הש"ך, הנו"ב והאבנמ"ל, והביא הראיה הנ"ל לדברי הנו"ב, כנ"ל. וכתב דהעיקר לחלק, דאף אם נאמר דשלא מדעת אינו רשאי ליקח בדבר שאינו מקפיד לגבי אחד ומקפיד על אחרים, מ"מ אשתו ששולטת בביתו בודאי הרשה לה לתת מן ממונו כפי הנאות ורשאי לקבל ממנה, משא"כ שלא מדעת בעלים. ולפ"ז באתרוג, אף דשלא מדעת חבירו אינו רשאי ליקח, כמבואר ברא"ש ורמ"א (סי' תרמט) דלא הוי לכם, מ"מ אשתו או בן ביתו שאינו מקפיד אם עושה דבר בממונו, אנן סהדי דניחא ליה. ומזה י"ל אף לנדו"ד, דודאי ניחא לאמא אם בנה, שעבורו קנתה את הטבעת, לקח את הטבעת וקדש אשה.

ובעצם דברי הרמב"ם דהוי ספק קדושין בדבר שאין בעה"ב מקפיד, נמצא למחנה אפרים (גזילה סי' ב) לבאר שאין דין זה של לוקח בדבר שאין בעה"ב מקפיד, שייך ליאוש שלא מדעת, דע"כ לא אמרו יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש אלא גבי אבידה שאינו מתייאש אלא משום שאינו יודע היכן היא, ואלו היה יודע שהאבידה אצל מוצאה, לא היה מתיאש, משא"כ בנוטל דבר שאין בעה"ב מקפיד, דכיון שידוע

שיתרצה בעה״ב כשידע, דמן הסתם אינו מקפיד, כבר כעת בהתירא אתא לידיה. וכתב להוכיח מהרישא של דברי הרמב״ם בהל׳ הנ״ל; הנכנס לבית חברו ולקח לו כלי או אוכל וקדש בו את האשה ובא בע״ה, אע״פ שאמר לו למה לא נתת לה דבר זה שהוא טוב ממה שנתת לה, אינה מקודשת, שלא אמר דבר זה אלא כדי שלא יתבייש עמו. דמשמעות דברי הרמב״ם שאם היינו יודעים דלאו משום כיסופא קאמר אלא גמר בכל לבו, היתה מקודשת, דכיון דהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה; ״אלא ודאי יראה דס״ל להרמב״ם והטור, דכל היכא דגילה דעתו השתא, מהני כל דליכא למיחש לכיסופא, ויאוש שאני משום דמה שמתייאש אח״כ אינו מרצונו, דאלו הוה ידע לא הוה מתייאש, אבל מידי שאין בעה״ב מקפיד עליו, כיון דלכי ידע ניחא ליה, השתא נמי בהיתרא בא לידיה״.

עוד הביא המחנ״א ראיה מדברי התוס׳ קדושין מ,ב (ד״ה וי״א), לענין האוכל בשוק פסול לעדות, שפי׳ משם ר״ח דאיירי בחוטף משל אחרים ואוכל, והקשו התוס׳, אם כן תיפוק ליה משום גזלן, ותירצו דאיירי במידי שאין בעה״ב מקפיד עליו. מבואר שכל דבר שאין דרכו להקפיד עליו, לא מיקרי גזל. ואף למש״כ התוס׳ ב״מ כב,א (הנ״ל), לא אמרו אלא במידי דדרכו של בעה״ב להקפיד אצל אחרים, שבזה אמרו דאע״ג דלגבי אלו יתרצה, מ״מ אמרינן יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, משא״כ בדבר שאין דרכם להקפיד אצל כל אדם, בכי הא לא מיקרי גזל. ומ״מ מדברי המחנ״א מבואר דס״ל כש״ך שנח,א הנ״ל, שחילק בין יאוש שלא מדעת באבידה, ללוקח דבר שאין בעה״ב מקפיד עליו, וביאר בדרך זו דברי הרמב״ם. ועיין בשער המלך (גרושין א,א בסופו) שכתב לבאר בדברי הרמב״ם דאם לא היה חשש כיסופא, היתה מקודשת מכאן ולהבא ולא למפרע, כדעת הריטב״א, עיי״ש.

עוד הבאתי שם בח״ט סי׳ יד, בענין מש״כ התוס׳ (ב״מ כב,א ד״ה מר זוטרא), דאם אדם נותן לחבירו לאכול מדבר שאינו שלו אלא של חבירו, אפי׳ יודע שחבירו יתרצה, דעת הש״ך שנח,א, שאם ידוע שיתרצו הבעלים, אינו דומה ליאוש שלא מדעת: ״ואי לאו דמסתפינא הייתי אומר שמותר, ויאוש שלא מדעת שאני, שגם אח״כ אינו מייאש אלא משום שאינו יודע היכן הוא, ובעל כרחו הוא מתייאש, א״כ אמרינן מעיקרא באיסורא אתי לידיה״. דבשעה שבאה האבידה ליד המוצא, עדיין לא התיאש, ואם היה יודע שהאבידה אצל המוצא, לא היה מתיאש. משא״כ באריס, כיון שידוע שיתרצה, כבר כעת בהיתרא אתי לידיה, דכיון דמן הסתם אינו מקפיד, כבר כעת חשיב כמסכים מרצונו הטוב לתת לאורחים. ואף דהגמ׳ שם מדמה תרומה וטומאה ליאוש שלא מדעת, יש לחלק, דלענין תרומה וטומאה לא מספיק במה שאנו אומדים דעתו אלא צריך ידיעה ממש, עיי״ש. ועיין בנחל״ד בסוגיא, דדברי הש״ך עולים כדברי הריטב״א, ותלוי במחלוקת הראשונים בסוגיא, עיין מה שכתבתי שם בח״ט יד/א.

ובבאור דברי הש"ך, עיין בברכת שמואל (ב"מ סי' כב, וכן סי' כג,ג), דכאשר ברורה דעתו שרוצה לתת לחבירו, הרי זה בבחינת יאוש מדעת, דכבר כעת אנו יודעים את דעתו, ולא צריכים לגילוי דעתו של לאחר מכן. ואינו דומה לאבידה, דשם מתיאש בהכרח, וע"כ אין זה אומדן בדעתו כעת אלא ע"י דעתו בריצויו שלאחר מכן, ובזה ס"ל לאביי שאין זה דין דעת.

ובקצוה"ח שנח,א, הקשה על הראשונים בסוגיא ב"מ שם, מהגמ' בכתובות מח,א: מי שנשתטה בי"ד יורדין לנכסיו, וזנין ומפרנסין אשתו ובניו ובנותיו ודבר אחר. אמר ליה רבינא לרב אשי, מאי שנא מהא דתניא, מי שהלך למדינת הים ואשתו תובעת מזונות, בי"ד יורדין לנכסיו וזנין ומפרנסין אשתו, אבל לא בניו ובנותיו ודבר אחר. אמר ליה, ולא שאני לך בין יוצא מדעת ליוצא שלא מדעת. ופירש רש"י שם, דנשתטה, דשלא לדעת יצא מן העולם, מסתמא ניחא ליה שיזונו בניו ובנותיו משלו. והקשה קצוה"ח, לשיטת התוס' ודעימיה, כיון דאפילו כשידוע לנו שבודאי יתרצה הו"ל יאוש שלא מדעת, איך זנים בניו ובנותיו כשהשטתה, הרי אין כאן ידיעה. וכתב קצוה"ח, דאפשר דכיון דגבי בניו ובנותיו אפילו ביותר משש, יש מצוה לזונם, ניחותא דמצוה שאני, דאע"ג דהשתא לא ידע – מהני, וכמ"ש הב"י ביו"ד סי' שלא. אולם הקשה, דתכשיט אינו מצוה, ובגמ' איתא דדבר אחר היינו תכשיט, ומשום דניחא ליה דלא תינוול. וכן כתב בספרו אבנמ"ל עא,ה בסופו, וכתב לישב למ"ד תכשיט, דאף שבשטמ"ק כתובות מח,א כתבו, דכיון דאין לו דעת להתאות לה, לכך אין האשה מתקשטת משלו, כ"ז למ"ד דבר אחר מזוני, אבל למ"ד דבר אחר היינו תכשיט, ע"כ ס"ל דכיון שהיא אשתו, אינו רוצה שתינוול אפי' בנשתטה, וכיון דשייך תכשיט בנשתטה, יש לה תכשיט מדינא וכמו בשאר נשים.

ודברי הב"י (יור"ד סי' שלא), שהקשה שם על הרמב"ם שפסק בהל' תרומות ד,ג, בתורם שלא ברשות, אם בא בעה"ב ואמר לו כלך אצל יפות, אם היו שם יפות ממה שתרם, תרומתו תרומה, ואם לאו, אין תרומתו תרומה, ואם ליקט בעה"ב והוסיף, בין כך ובין כך תרומתו תרומה. והקשה הב"י, דכיון דקי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, לא מהני כלך אצל יפות אלא בדשויה שליח. וכתב הב"י, דהרמב"ם סמך עצמו על סוגיא דקידושין נב,ב, בסרסיא דקדיש בפרוזמא דשיכרא, ואתא בעל הבית ואמר אמאי לא אייתת מהאי חריפא, אמר רבא לא אמרו כלך אצל יפות אלא גבי תרומה, ומשמע דאפילו בכה"ג שליקט שלא ברשות, כי אתא בעה"ב ואמר כלך אצל יפות וגלי אדעתיה דניחא ליה, אע"ג דמעיקרא לא ידע מהני. ומוכח דאף לאביי דקיי"ל כוותיה, מהני כלך אצל יפות לענין תרומה. והטעם דמצוה שאני, ומהני אפילו לא ידע מעיקרא, ומשום דמסתמא ניחא ליה מעיקרא. וכן כתב הט"ז (יור"ד שלא,טו), דהרמב"ם ס"ל דכיון דרבא ומר זוטרא אומרים דוקא בתרומה מהני

כלך אצל יפות דהוה מצוה וניחא ליה אבל לא בשאר דוכתי, י״ל כיון דמצוה היא, כיון דהשתא ניחא ליה, ודאי כן היא דעתו גם מעיקרא, שכל הרוצה לתרום משלו מן היפות יבא ויתרום, וכביכול אמר בפירוש מתחלה שעשאו שליח, דכיון דמצוה היא, ודאי ניחא ליה כבר כעת וחשיב כעשאו שליח.

ובקצוה״ח רסב,א, הביא ב ראיות לחלק בין ניחותא דמצוה לשאר דברים. מעירובין עא,א, במה שנחלקו בית שמאי ובית הלל בביטול רשות משחשיכה, וסברי בית הלל דמהני, דהו״ל כאומר כלך אצל יפות. ופירש רש״י שם (ד״ה כלך), דכי היכי דאמרינן בכלך אצל יפות, מדהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה, בביטול רשות נמי דמעיקרא ניחא ליה, אלא דשכח ולא ידע. ומבואר דכלך אצל יפות מהני אפילו בדלא שויה שליח, משום ניחותא דמצוה שאני. עוד הוכיח בקצוה״ח, ממה שפסקו הרמ״א או״ח תרמט,ה, ובט״ז או״ח תרלז,ד, דמותר ליטול אתרוג של חבירו או לישב בסוכת חבירו שלא מדעתו, משום דניחא ליה לאינש למיעבד מצוה בממוניה, ואע״ג דהשתא לא ידעו הבעלים. והרי לשיטת התוס׳ ב״מ כב,א (הנ״ל), אם נותן אדם לחבירו לאכול מדבר שאינו שלו, אף שיודע בחבירו שיתרצה אילו יודע, אפ״ה אסור לאוכלו, כיון דהשתא מיהא לא ידע, כיון דקי״ל כאביי, וא״כ איך יכול להשתמש בסוכת חבירו ובאתרוג חבירו. וי״ל משום ניחותא דמצוה לא בעינן ידיעה.

ובקצוה״ח שם הביא תש׳ שכתב, בענין אחד ששכח מחמת אונס לבטל חמצו בערב פסח קודם שש, ואחר שש נזכר וביטל חמצו. והשיב דמותר בהנאה אחר פסח, דכיון דהעלו האחרונים להתיר כל שביטל אפילו בלא מכירה, כיון דעכשיו כבר נהגו כ״ע בנוסח כל חמירא, לא חיישינן להערמה שבודאי יעשה כסדר הזה. אלא דבנדון שם גם ביטול לא היה לו בזמנו. והוכיח מהגמ׳ בערובין עא,א (הנ״ל), דאמרינן מסתמא ניחא ליה מעיקרא אלא ששכח ולא ידע, א״כ הוא הדין בזה שנזכר אחר שש וביטל, אמרינן מעיקרא ניחא ליה אלא ששכח ולא ידע. והקשה קצוה״ח מפסחים ז,א, דמבואר דאחר זמן איסורו לא יכול לבטל. ותירץ, דסוגיא זו בפסחים וכן הסוגיא בב״מ (בעובדא דאריסא דמרי בר איסק), נדחו מפני הסוגיא בעירובין עא,א: ״וא״כ הא דאחר זמן איסורא לא מצי מבטל ליה, היינו בידע מעיקרא ולא ביטל, אבל שכח ולא ידע הו״ל כמו הך דעירובין דביטל משחשיכה. אמנם חלילה להקל בזה, כיון דמדברי הפוסקים באו״ח (תלד,ב) לא משמע הכין, אלא שכתבתיו לסניף שהיה שם עוד הרבה צדדי היתר״, עיי״ש בקצוה״ח מה שהאריך בדין ניחותא דמצוה.

ובנתיבות רסב,ד, כתב לחלוק על קצוה״ח, וז״ל: ״וישתקע הדבר ולא יאמר, וח״ו לומר כך, דבלא״ה ידעינן דלא ניחא ליה בחמץ, דהא איסורא לא ניחא ליה דליקניה, ובלא״ה אינו ברשותו כלל, דאיסור הנאה הוא, רק דרחמנא אוקמיה

בע״כ ברשותיה כדאמרינן (פסחים ו,ב), שני דברים אינן ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו, א״כ מה בכך דידעינן דמעיקרא לא ניחא ליה, כיון דרחמנא אוקמיה בע״כ ברשותו, כל זמן שלא ביטל בפה או בלב״.

והעונג יו״ט (סי׳ קיא) כתב לבאר במש״כ הש״ך, דכל דלבסוף ניחא ליה, מהני למפרע, ואבידה שאני, שגם אח״כ אינו מתיאש אלא לפי שאינו יודע, היינו דוקא כשלא בעינן לעשות ע״י הניחותא של הבעלים כל פעולה חדשה אלא רק הסרת עיכוב של הבעלים, אבל לא פעולה חיובית, בזה מהני לש״ך הניחותא למפרע. ולכן בתרומה דע״י הניחותא דאח״כ דדמי כאילו ידע הבעה״ב ועשאו שליח, וכן בהכשר דדמי כאילו ידע זה ורצה שיבואו המים על הפירות, כיון שצריך ידיעה ממש, בזה לא מהני הניחותא דאח״כ. אולם לאכול פירות של חבירו, צריך רק שלא יקפידו הבעלים, דעיקר גזל בקפידא תליא רחמנא, וכשאינו מקפיד לא מיקרי גזל אף שאינו מקנה לו. ומטעם זה אם קטן נתן לאחד לאכול משלו, רשאי לאכול, אף דקטן לא יכול להקנות לאחרים, כיון שהרשות לאכול תלויה באם מקפיד או לא, וכיון שנתן לו הקטן, כבר אינו מקפיד, ואין בזה גזל, גם אם אינו מקנה. וביאוש של אבידה צריך שיתיאש בשעת המציאה, והיאוש הוא פעולה חיובית ולא סילוק הקפדה, שהרי למעשה גם עכשיו לא ניחא ליה שיקח המוצא, והכל נעשה מחמת כורח ובעל כרחו, דעיקר היאוש הוא מחמת שאינו יודע היכן הוא, ואילו ידע שהוא אצל המוצא לא היה מתייאש ולא היה מתרצה שיטלה המוצא. וא״כ אין כאן רצון שנאמר דגם מעיקרא מתרצה. וזוכה המוצא מכח גזירת הכתוב וחידוש התורה, שהאבידה יוצאת מרשות בעלים ע״י יאוש דבעל כרחו. ובזה בא אביי וס״ל דלא מהני אם הידיעה והיאוש היו לאחר שיצא הדבר מרשותו. ואין לומר שמה שהתיאש כשנודע לו, יחול למפרע משעה שיצא מרשותו. ואע״ג דמותר ליקח ולאכול הפירות מטעם ניחותא, מ״מ אם הפירות הם טבל, אסור לתרום ממנו בלי רשות חבירו, דכיון דאין לו קנין בפירות רק שמותר לאכול, אולם לתרום אינו יכול אא״כ נעשה שלוחו של בעה״ב ממש, וזה לא נעשה שלוחו וגם קנין אין לו בפירות אלו. ואף אם ירצה לקנות לא מהני, אף שאין הבעלים מקפידים עליו, דלא מהני ניחותא דלמפרע לחול ע״י זה קנינו למפרע, כיון דלעת עתה לא ידעו הבעלים שהוא רוצה לקנות ולתרום.

מהאמור לעיל מבואר, דאף שלכתחילה ודאי ראוי היה שהאם תקנה הטבעת לבנה, מ״מ אף שלא הקנתה, מקודשת האשה קדושי ודאי.

סימן ד

נתן טבעת בפני עד אחד

ראשי פרקים

א. אם חוששין לקדושין בעד אחד
ב. בטעם הדין ואם הוי חשש דרבנן
ג. מחלוקת הפוסקים אם לחוש לדעת הסמ"ג
ד. כשעמו עד פסול

בבחור שאינו שומר תו"מ, שרצה להציע נישואין לחברתו, ובארוחה שאכלו בביתם של זוג חברים (והאיש אינו בבחינת עד פסול), הוציא הבחור טבעת, ואמר לה: הרי את מקודשת לי בטבעת זו. וכך חשב שזו דרך מקורית להציע נישואין. לאחר זמן נפרדו השנים ולא נישאו. כעת הבחורה חפצה להנשא לכהן, ושאלה אם צריכה גט מהחבר הראשון.

א. אם חוששין לקדושין בעד אחד

איתא בקדושין סה,א: אמר רב יהודה, המקדש בעד אחד אין חוששין לקידושיו. בעו מיניה מרב יהודה, שניהם מודים מאי (הא דתניא אין חוששין משום דלא מהימן הוא והא הימנוה, או דלמא משום דאין קדושין חלין בלא עדים, ויליף דבר דבר מממון, כתיב בעריות ערות דבר (דברים כד), ובממון כתיב על פי שני עדים יקום דבר – רש"י), אין ולא ורפיא בידיה (לא היה מחזיק בדבריו לא לאיסור ולא להיתר, פעמים שאמר הן ופעמים שאמר לאו ורפיא בידיה, ולא היתה מוחזקת הוראה זו בידו). איתמר, אמר רב נחמן אמר שמואל, המקדש בעד אחד אין חוששין לקידושיו, ואפי' שניהם מודים. ושם בע"ב: אמר רב יצחק בר שמואל בר מרתא משמיה דרב, המקדש בעד אחד אין חוששין לקידושיו ואפילו שניהם מודים. אמר רבה בר רב הונא, המקדש בעד אחד, בי דינא רבה אמרי אין חוששין לקידושיו. מאן בי דינא רבה – רב. ואיכא דאמרי אמר רבה בר רב הונא אמר רב, המקדש בעד אחד, בי דינא רבה אמרי אין חוששין לקידושיו. מאן בי דינא רבה – רבי ... מאי הוי עלה, רב כהנא אמר אין חוששין לקידושיו. רב פפא אמר חוששין לקדושיו. אמר ליה רב אשי לרב כהנא, מאי דעתיך דילפת דבר דבר מממון, אי מה להלן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, אף כאן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי. א"ל התם לא קא חייב

לאחריני, הכא קא חייב לאחריני. והראשונים פסקו דאין חוששין לקדושין, דדעת רב פפא דחושש, דעת יחידאה. כן פסק הרי"ף בקדושין (כח,א מעמוה"ר), דכן ההלכה דאפי' שניהם מודים, ואין להקשות מהמשנה, האומר לאשה קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני הוא אסור בקרובותיה, דשם מיירי באופן שאומר שקדשה בפני פלוני ופלוני, והלכו למדינת הים. וכן פסק הרמב"ם (אישות ד,ו): "המקדש בעד אחד אין חוששין לקידושיו, ואע"פ ששניהם מודין". וכך פסק הרא"ש (קדושין ג,יג), דכן ההלכה דאין חוששין. וכן פסק הרי"ד שם בקדושין סה,ב. (ובענין פסק הרא"ש, כן כתב הב"י אהע"ז סי' מב. ועיין בתש' זכרון יהודה, לרבי יהודה בן הרא"ש, סי' פב, שנקט דדעת הרא"ש והטור לחוש לקדושין בע"א. ולכאורה גם הטור רק הביא את דעת הסמ"ג, אך לא מבואר שפסק כדבריו. ודעת הרא"ש מבוארת להדיא בסוגיא דאין לחוש, וצ"ע).

וכן נראה שנקטו בפשיטות התוס' בכתובות (ט,א ד"ה ומי). ועיין ברבינו ירוחם (תולדות אדם וחוה, כב,ב): "המקדש בעד אחד אין חוששין לקדושין אפילו שניהם מודים, כתב ריי"ף והרמב"ם והרמ"ה. והתוספות כתבו דחוששין לקדושיו, וראשון נראה עקר". מש"כ דהתוס' כתבו דחוששין, לכאורה בתוס' לא כתבו כן. ומ"מ מבואר דדעת רבינו ירוחם דאין לחשוש לקדושין. וכן נמצא בתש' הגאונים (שערי צדק ג,ג,ו): "מדרב משה גאון ז"ל. והילכתא, המקדש בעד אחד אין חוששין לקידושיו". וכן הוא שם בשערי צדק (ג,ב,ח): "כשם שאינה מתגרשת לא בדברים ולא בקנין ולא בעד אחד, כך אינה מתקדשת לא בקנין ולא בעד אחד ולא בדברים". וכן נראה מדברי בה"ג (הל' קדושין סי' מ, עמ' תלג). וכן נמצא בתש' מהר"מ מרוטנבורג (ד"פ סי' קלג): "המקדש בע"א אין חוששין לקידושין, ולא בעי גט, מדקאמר אין חוששין. וכי תימא נצריכה גט לחומרא, נמצא אתה פוסלה לכהונה". ומבואר שאין להצריכה גט לחומרא, כדי לא לפסלה לכהונה. ודברי מהר"מ, הביא הרשב"א בתש' (ח"א סי' תתנו). וכן כתב הרשב"א בחידושיו לגיטין פא,ב, לענין המגרש את אשתו נתיחדה עמו, דוקא שנתיחדה בפני שנים והיו השנים ביחד, משא"כ בפני עד אחד, ואפי' בפני אחד בשחרית ואחד בין הערבים, דאפי' בא עליה לשם קידושין אין קידושיו קידושין, דהמקדש בעד אחד אין חוששין לקדושין. וכן היא דעת העיטור (אות ק, קידושין, דף עט, טור ב): "המקדש בעד אחד אין חוששין לקידושיו, ואפילו שניהן מודים". וכן כתב בסמ"ק (מצוה קפג), וכן הביא בהגמ"ר (גיטין תע), וכן הביא בש"ג (קדושין כח,א מעמוה"ר, בשם הריא"ז), וכן היא דעת הר"ן בתש' (סי' ל): "... והרי אפי' בא ראשון לפנינו והעיד שנתקדשה אשה זאת בפניו, אין בדבריו כלום, דהוה ליה מקדש בעד אחד ואין חוששין לקדושיו.", וכן כתב הריב"ש (סי' רסו): "... ולא נשאר עד מעיד על הקדושין אלא אחד, והמקדש בעד אחד אין חוששין לקדושיו,

ואפילו שניהם מודים". וכן הוא בתשב"ץ (ח"א סי' ע) הביא שהשואל כנראה הסתפק לחוש לקדושין בעד אחד, וע"ז השיב דודאי ליתא; "דלא קי"ל הכי אלא כמ"ד שאפילו שניהם מודים אין חוששין לקדושיו". וכן בח"א סי' קל כתב שדעת הראשונים שאין חוששין לקדושין, דאף לרב פפא הסובר דחוששין לקדושין, היינו דחוששין מדרבנן, וכיון דרבנן הוא, פסקינן לקולא ככל ספיקא דרבנן ואין חוששין.

וכן נמצא בדברי מהרי"ק (סי' קא). מהרי"ק נשאל בענין סבלונות שניתנו בפני עד אחד, וכתב מהרי"ק שאין לחוש לקדושין, שהרי אין כאן אלא עד אחד, ודעת כל הפוסקים מלבד הסמ"ג, שהמקדש בעד אחד אין חוששין לקידושין ואפילו שניהם מודים. ואף שכתבו הסמ"ג והמרדכי בשם רא"ם, דיש להחמיר, כיון דהסמ"ק דהוא בתראה טפי ומחמיר טובא, פוסק דאין חוששין לקדושין אפילו שניהם מודים, כדברי בה"ג ורי"ף, ולכן לכל הפחות לענין הסבלונות יש לסמוך עליהם, שהרי אפילו כשנעשו לפני שני עדים כשרים, אין לחוש לדברי רוב הפוסקים במקום דמיעוטא מקדשי והדר מסבלי. ובהמשך דבריו: "דבר פשוט הוא דאין לנו לעגן בנות ישראל ולחוש למיעוטא דמעוטא, דהא איכא תרי רובי להיתירא, רוב הפוסקים שפסקו דאפילו בקדושין גמורים אין חוששין באין שם אלא עד אחד, ורוב הפוסקים שפסקו שיש לסמוך על מנהג המקום, וכל המחמיר בענין זה לא מצא ידיו ורגליו בבית המדרש". וממהלך דבריו נראה שפסק לא לחוש, אך כתב שאפי' לשיטתם, בנדון הסבלונות אין להחמיר.

והנה הסמ"ג (עשין מח) הביא סוגית הגמ' דאין חוששין, אולם הוסיף: "מתוך כך פוסק בהלכות גדולות ורב אלפס להקל. אמנם בסוף הסוגיא אומר מאי הוי עלה, רב כהנא אמר אין חוששין רב פפא אמר חוששין, ולא נפסק הלכה כמי, וראוי להחמיר. כך פסק הרב רבי אליעזר ממיץ". והמעיין בדברי הר"א ממיץ ביראים (סי' ז), יראה שחש מעיקר הדין לדברי רב פפא, וס"ל דהלכה כמותו, וז"ל: "המקדש בעד אחד אמרינן בקדושין פ' האומר, אמר רב כהנא אין חוששין לקדושיו, רב פפא אמר חוששין לקדושיו. וקימ"ל כרב פפא. אעפ"י שמתוך דברי רב יהודאי גאון יש ללמוד דפסק דאין חוששין, כרב פפא עבדינן דאמר חוששין, וכן שמעתי מפי אדם גדול. ואף יש ללמוד דמדאורייתא צריכא לדברי רב פפא". והיינו דיש לפסוק כרב פפא דחוששין לקדושין, ואף מדאורייתא חוששין.

ובמרדכי קדושין (סי' תקלא) הביא מספר החכמה (סי' שפד), שכתב הרא"ם בתשובה, דאם אחד מהעדים לא ראה נתינת הטבעת, אין לבטל בכך הקדושין; "חדא, דחוששין לדברי רב פפא דאמר חוששין לקדושין. ואע"ג דבה"ג פוסק כמאן דאמר אין חוששין, מ"מ ראיתי מעשה ולא היה כח ביד המתירין להוציאה בלא גט. ועוד, אם עד רואה דבר מוכיח ונראה, יכול להעיד, ונדון כאילו ראה גוף המעשה, כדאמרינן

בגיטין ובקדושין, וב״ה אומר הן הן עדי יחוד, הן הן עידי ביאה, ואמרינן בכ״מ, במנאפין, עד שיראה כדרך המנאפין״. מבואר מהרא״מ שהובא במרדכי, דיש לחוש לקדושין ולא להוציאה בלא גט. אך צ״ע אם דוקא בכה״ג שהיו שני עדים ואחד לא ראה את מעשה נתינת הטבעת, או בכל ענין יש לחוש, גם כשהיה רק עד אחד בלבד. וחזר הדין שם בדברי המרדכי (סי׳ תקלד) בשם הרא״מ, דכיון דבסוף הסוגיא רב פפא ס״ל דחוששין, ולא נפסקה הלכה דלא כוותיה, ראוי להחמיר.

ונראה דמדברי תה״ד (סי׳ ריב) אין להביא ראיה דחוששין לקדושין. תה״ד מיירי כשעד אחד מעיד שהקדושין היו בפניו ובפני עד נוסף, ובזה כתב בתה״ד דיש לחוש לקדושין, אבל כשהעד המעיד טוען שהקדושין היו רק בפניו, לא חושש תה״ד לקדושין, ואף שהביא דעת הסמ״ג והרא״מ, לא ברור שפסק כמותם אלא בנדון כנדון שם, שלדברי האחד היו שם שנים, וז״ל תה״ד: ״והכא בעובדא דידן לא היה רק ראובן ושמעון אצל המעשה, ושמעון העיד שלא הוזכרו שום קידושין כלל ואין כאן אלא עדות ראובן, והיינו מקדש בעד אחד. מכמה טעמים אין להתיר, חדא, דסמ״ג, וכן רא״ם במרדכי, ובהגה״ה במיימון, מזכיר ג״כ גדול אחד, כולי סבירא להו המקדש בעד אחד חוששין לקידושין. ואפי׳ לדברי הגאונים דפסקו אין חוששין, היינו במקום דלא הוו רק חד סהדא אצל הקידושין ולא יותר כלל, בכה״ג אין חוששין משום גזירת הכתוב הוא, דילפינן דבר דבר מממון, דאין לך דבר שבערוה פחות משנים, ואין קידושין וגירושין גומרים אלא על פי שנים עדים. ותדע, דהא אפילו שניהם מודים אינה מקודשת, אם לא שיאמרו נתקדשה בפני שנים והלכו להם למדה״י. אבל אם אמרו שנעשה לגמרי בלא עדים, לא מיתסרו אפילו לחומרא, כדאיתא בהדיא פר׳ האומר. וא״כ עובדא דידן דהוו תרתי סהדי אצל המעשה, והאחד מעיד שנעשה קידושין בפניו ובפני חבירו, ואע״ג דחבירו מכחישו, מ״מ לפי דבריו של זה הרי הן קידושין גמורים, אם האמת כדבריו שחבירו משקר, וכה״ג כ״ע מודו דחוששין״. דמצד אחד מהרישא של דברי תה״ד נראה דחשש לדעת הסמ״ג ודעימיה, ומאידך, נימק רק שיש לחוש בנדון שם שעד אחד מעיד שהיו ב עדים, גם לשיטות הפוסקים שאין חוששין, ולכן לכאורה צ״ע בדעת תה״ד. ונראה שגם הב״י (אהע״ז סי׳ מב) הסתפק בזה, וז״ל: ״ומדברי תרומת הדשן (סימן רי״ב) נראה שנוטה להחמיר, ואינו נראה לע״ד״. הרי שרק נוטה להחמיר, אבל אין ברור לו שהחמיר. וביש״ש קדושין ג,יח נקט דדעת תה״ד להחמיר (ועיין להלן בדברי הנו״ב). אולם הגר״ח פלאג׳י (חיים ושלום, ח״א סי׳ כב) כתב דממהלך דברי תה״ד אין ללמוד שדעתו להחמיר באופן מוחלט. ועיין עוד בתש׳ מהר״מ פאדווה סי׳ לב וסי׳ לז מש״כ בזה.

ב. בטעם הדין ואם הוי חשש דרבנן

ובדברי מלכיאל (ח״ה סי׳ רד) כתב דפשטות לשון הש״ס והפוסקים דקדושין בעד אחד הוי רק חשש מדרבנן, דרק חוששין לקדושין, וכן היא דעת הרבה פוסקים. והביא שם ממש״כ הישועות יעקב (אהע״ז מב,א) דהעד מצטרף עם המקדש דפלגינן דיבורא, והרי הם שני עדים שהיא אשת איש, והכוונה שחוששין לה שהיא בחזקת אשת איש ע״י עד והמקדש. אולם לפי הסבר זה צריך שגם המקדש יעיד בב״ד. וכשלא העיד, אין צריך לשלוח אחריו שיעיד; ״כיון דמעיקר הדין אין ממש בקדושין, רק שיש מחמירין בזה כשיטת הסמ״ג שמחמיר בקדושי עד אחד, ובשעת הדחק ומקום עיגון כתב הרמ״א להקל. וא״כ עכ״פ ודאי שאין מוטל על ב״ד לחפש אחר זה, דהא אם נתקדשה בעד אחד ונישאת לאחר, בודאי שאין צריך להוציאה. וא״כ לא יצא מזה מכשול במה שלא יעידו ע״ז, וכ״כ איזה אחרונים דבדרבנן מותר לעשות מעשה אף שאפשר לברר שאולי עושה איסור, וראייתם מהא דעירובין (סז,ב), דעבדינן עובדא והדר מותבנין תיובתא״. ולפ״ז אף בנדו״ד, אף לדעת המחמירים, כיון שהמקדש לא העיד בבי״ד שקדשה, ואם יעיד מן הסתם גם יאמר שלא היתה כוונתו לקדושין אלא כהצעת נישואין, אין לאסרה אף לדעת המחמירים כסמ״ג ודעימיה.

והנו״ב (תנינא, חאהע״ז סי׳ עה) כתב דרב פפא ס״ל דחוששין רק מדרבנן, דאם נאמר דרב פפא ס״ל דלא ילפינן דבר דבר מממון, שמצריך שני עדים, א״כ נדחית דעתו מכמה סוגיות (יבמות פח,א, גיטין ב,ב). אלא שרב פפא סובר דחוששין מדרבנן, שחכמים חששו הואיל ועד אחד מועיל עכ״פ לענין שבועה, גזרו שיועיל בקידושין, וכיון שכל מחלוקת רב כהנא ורב פפא הינה בחשש דרבנן, לכן פסקו רוב מנין ורוב בנין של הראשונים והפוסקים דאין לחוש. והביא שם דגם דעת מהרי״ט דחשש רב פפא הוא מדרבנן. (ונראה דכוונתו לחידושי מהרי״ט לקדושין בסוגיא. ועיין בתש׳ התשב״ץ ח״א סי׳ קל, הובא לעיל, דלרב פפא חוששין מדרבנן, וכיון דהוא חשש רבנן פסקינן לקולא ככל ספיקא דרבנן, ואין חוששין לקדושין, עיי״ש).

עוד כתב הנו״ב בטעם רב פפא, דמועיל עד אחד בקדושין כשיחדוהו לעד, כמו שמועיל הימניה בעד אחד, בנאמן עלי אבא ואביך, ופירש דברי הגמ׳ שם, שניהם מודים מהו, פירוש שמודים שקיבלוהו מתחלה לעד, ויחדוהו לזה שיהיה יחידי עד בקידושין שלהם, מהו. ולפ״ז כאשר לא הזמינו העד שיראה מעשה הקידושין, אלא העד הזדמן לבדו במקום, גם לרב פפא לא חיישינן לקדושין, כיון שאין כאן הימניה לעד האחד. ואפי׳ המקדש הזמינו והאשה התנגדה לזימנו, או שניכר שהיא אינה רוצה שיהיה עד, כבר אין הימניה של המקדש והמתקדשת, וגם לרב פפא לא חוששין לקדושין. (ועיין בחלקת יואב חאהע״ז סי׳ ט, שהקשה על הנו״ב, דהימניה שייך רק

בממון, שיכול לחייב עצמו במה שלא חייב, משא״כ לענין קדושין, עיי״ש. אולם סברא זו מצאתי אח״כ גם בחת״ס, ח״ג סו״ס פב: ״... הרי הימנוהו עליו כבי תרי, שהרי אין קידושין פחות משנים, והם קידשו בפניו הרי הימנוהו כבי תרי, דבממון נמי המאמין עליו עד אחד הרי הוא חשיב כתרי ... ועל זה מסיק רב פפא דחוששין לקידושין, דהרי הוא והיא מודים דהימנוהו עליהם כבי תרי בשעת קידושין. וכל זה בהימניה, והיינו שידעו שניהם שאין כאן אלא ע״א ועשאוהו כתרי וקידשו בפניו.״).

וכל זה לסברת הסמ״ג ודעימיה, אבל לגוף הדין אין לחוש, כיון דכל החשש הוא מדרבנן: ״לגוף הדין אין צורך לכל הסברות הנ״ל, דאטו בה״ג ור״ח והרי״ף והרא״ש והרמב״ם והרשב״א וסמ״ק והב״י ושאר גדולי הקדמונים שפסקו כרב כהנא, צריכין לדידי שאכריע להם או אביא ראיה לדבריהם, הלא הם עמודי ההוראה, ורק הסמ״ג ומרדכי בשם הרא״ם שכתבו להחמיר. ואין אני מדבר מתשובות האחרונים שהחמירו, כמו מהררא״י ומהר״ם פאדווא, שכלם על דברי הסמ״ג חששו, והנוף הולך אחר העיקר, וכבר כתבתי דרב פפא גופא חוששין קאמר, ולענ״ד הכוונה חששא דרבנן, וא״כ גם להסמ״ג רק חששא דרבנן הוא. ואפי׳ אם נפרש היינו שמסופק בדבר ומסופק גם בדין תורה, עכ״פ רב פפא מספקא ליה, ורב כהנא פשיטא ליה, ולא נשבוק פשיטות דרב כהנא משום ספיקא דרב פפא. וא״כ לכל הדעות חששא בעלמא הוא שחשש הסמ״ג, וראוי לחפש סברות להקל״. ומזה הטעם כתב הנו״ב להקל בנדון דידיה, דגם הרמ״א (אהע״ז מב,ב) כתב להקל במקום עיגון ודחק, ולכן כשהמקדש הלך לבית אביו רחוק ארבעים פרסאות, הרי זה נחשב לדחק ועיגון, דאם יבקשו ממנו גט, אפשר שלא יתרצה, ואטו תרקבא דדינרי ינתן לו. ועוד מי יביאהו או יכוף אותו לרדוף אחריו שם. ואין לומר שינסו לבקש ממנו גט ואולי יסכים בנקל, שאם יכתבו בי״ד כאן לשם שיגרש, אין לך החזקת קול יותר מזה, דהוה כמו קלא דאיתחזק בבי דינא, ויהיה משפט הנערה אח״כ יותר חמור ממשפטה עתה, שעתה יש לנו כל עמודי הוראה להקל ושום קול אין כאן, משא״כ כשיתפרסם על ידי בקשת הגט. עוד כתב הנו״ב, דכל מקום שיש איזה צד להקל, גם סמ״ג מודה דלא חוששין, דרב פפא עצמו החמיר רק לחששא, וסמ״ג שהחמיר הוא חשש לחשש, שאפי׳ לדברי הסמ״ג שלא הכריעו בגמרא, מ״מ אינו אלא ספק הלכה אם כרב פפא אם כרב כהנא, וכיון שחומרא זו מחמת ספק רחוק הוא, די אם נחמיר במקום דליכא שום קולא אחרת, אבל אם יש עוד איזה צד להקל, ודאי גם הסמ״ג יודה שיש להקל.

גם מדברי הב״ח (אהע״ז מב,ד) מבואר דכל החשש הוא מדרבנן, וכן בשער המלך (אישות ט,לא) כתב דלמ״ד דחוששין לקדושין, אינו אלא חומרא דרבנן בעלמא דהכי משמע לישנא דחוששין דקאמר, ולא קאמר מקודשת. וכן כתב בשו״מ (מהדור״ק ח״א סי׳ צב), דאף שהסמ״ג ומרדכי כתבו להחמיר, אינו רק חשש מדרבנן, ובהכחשת

בעל דבר וודאי אין לחוש. ועיין בבית יצחק (חאהע"ז צט,ט) שהביא ראיה לדברי מהרי"ט דהוי רק חשש דרבנן. גם בחלקת יואב (חאהע"ז סי' ט) כתב לבאר בדעת רב פפא, דכיון שיש לעד אחד נאמנות לומר שנתקדשה בפני שנים, דנאמן להחמיר בערוה, כמבואר בכתובות כב,ב ושו"ע אהע"ז מב,ב, שוב חוששין לדבריו גם אם אומר שקידשה רק בפניו. ומבואר דכל החשש הוא מדרבנן.

אמנם עיין בתש' יהודה יעלה למהר"י אסאד (חאהע"ז סי' יח) דצידד דהחשש הוא מדאורייתא, עיי"ש. גם מדברי הנצי"ב (משיב דבר ח"ד סי' לב) נראה שנקט שאפשר שהחשש הוא מהתורה, דאף שיש לדקדק בלשון רב פפא חוששין לקידושיו, ולא אמר הרי היא מקודשת, וכמו שדקדק התשב"ץ, אפשר לפרש גם באופן אחר, לפי מה שפירש רש"י שם (ד"ה ואי ליכא), דעד אחד חשיב לחייב שבועה בדיני ממונות. מבואר דכיון דעיקר הא דבעינן שני עדים בגיטין וקדושין, דילפינן דבר דבר מממון, וכמו שבממון מהני עד אחד לחייב שבועה המביא לידי ממון, הכי נמי מהני בקידושין לחוש לדבר שאינה אשת איש גמורה לחייב מיתה, מ"מ חוששין לקידושין להצריכה גט. ודוקא לענין עד אחד בגיטין אי אפשר להוציא מאיסור במקצת, דכריתות כתיב, וכיון שאין בעד אחד כריתות גמורה, לא חיישינן, משא"כ לענין קידושין אפשר לחוש. ועיי"ש בנצי"ב מה שהקשה, דלרב פפא אין ממשות בקידושין עד שיבואו המקדש והמתקדשת לבי"ד ויודו לעד, דבזה תהיה אלימות העד, כדין שותק בפני ב"ד שחייב לשלם, וא"כ איך חלים הקידושין למפרע, הרי בשעה שמקדש בפני עד אחד לא ידענו אם לא יהיה הכחשה מאחד ותבטל עדותו. עיי"ש מה שתירץ. ומ"מ מדברי הנצי"ב עולה שאין לחוש לעדות העד, אא"כ יעיד בבי"ד, דומיא דעד אחד לענין שבועה.

ג. מחלוקת הפוסקים אם לחוש לדעת הסמ"ג

ונחלקו האחרונים אם יש לחוש לדעת הסמ"ג והרא"מ. המחבר בשו"ע אהע"ז מב,ב, נקט כדברי הרמב"ם, דהמקדש שלא בעדים, ואפילו בעד אחד, אינם קדושין. ואפילו שניהם מודים בדבר. וכן פסק הב"י בתשובותיו (קדושין סי' ב): "... שהרי במקדש בעד אחד, הסכימו כל הפוסקים ראשונים ואחרונים זולת סמ"ג והמרדכי בשם הרא"ם, דאין חוששין לקידושין. ואפי' לדברי סמ"ג והמרדכי, בנד"ד שהי' מכחשת, מודו דאין חוששין ... ועוד, דמקדש בעד אחד שאמרו סמ"ג והמרדכי, היינו מקדש בעד אחד לבדו, אבל היכא שנמצא הא' פסול כגון בנד"ד, אין כאן עדות כלל ... וכ"כ ר"י בשם הר"מ, המקדש בפני שני עדים והאחד מהם קרוב, מתירים אותה לינשא לכתחילה בלא גט". וכל זה אפי' לשיטת הסמ"ג והרא"מ, אבל מפשטות דברי הב"י נראה דלא חש כלל לדעתם, ורק כתב שבנדון שם אף לדעתם יש להתירה בלא

גט. והרמ״א שם פסק לחוש לדעת הסמ״ג, אא״כ במקום עיגון: ״ויש מחמירים אם מקדש לפני עד אחד אם שניהם מודים, אבל אם אחד מכחיש העד, אין לחוש. ובמקום עיגון ודוחק, יש לסמוך אדברי המקילין״. והיינו שאם יש איזה טעם וסיבה לא לסדר ג״פ, אין לסדר ג״פ אף אליבא דהסמ״ג, לשיטת הרמ״א. ובגר״א שם מב,ט נראה שלא חש לשיטת הסמ״ג, ממה שהביא את דעת הרשב״א שכתב, שהסמ״ג דעת יחיד, וכל הפוסקים חולקים עליו ולית דחש לה.

ומהרשד״ם בכמה תשובות כתב שלא לחוש לשיטת הסמ״ג, והלכה כדעת הפוסקים דהמקדש בעד אחד אין חוששין לקדושין. כן כתב (חאהע״ז סי׳ יא): ״... כן פ׳ הרי״ף ז״ל וכ״כ הרמב״ם ז״ל פ׳ ד׳ מהל׳ אישות המקדש בעד א׳ אין חושש לקדושיו ואפי׳ ששניהם מודים, וכן פ׳ הרא״ש ז״ל בפסקיו. ואפי׳ לדעת הסמ״ג ז״ל שהביאו הטור משמו דחוששין, אע״ג דנלע״ד שפשט המנהג הפך סברתו וקבעו הלכה שלא לחוש, שהרי פ׳ כן מהר״ם בתש׳ וכן הרשב״א ז״ל בתש׳ ... מ״מ לרווחא דמלתא אני אומר שאפי׳ לדעת הסמ״ג בנ״ד יודה דאין לחוש כלל״. וכן הוא שם בסי׳ יט: ״שאין עד אחד כלום, כמו שפשטה הלכה שאין חוששין לעד אפי׳ היכא דליכא הכחשה״. וכן בסי׳ כ: ״כי הלכה רווחת בישראל שאין חוששין לעד אחד בקידושין, ואע״פ דסמ״ג ז״ל ואחרים עמו כתבו דחוששין לעד אחד, מ״מ כבר נתפשטה הלכה למעשה שלא לחוש כלל״. וחזר הדין שם בסי׳ לו, וכן בסי׳ רכ, דהלכה רווחת בישראל שאין חוששין לעד אחד בקדושין.

וכן נמצא לר״ש בתש׳ יכין ובעז (ח״ב סי׳ כ): ״ופסק בה״ג דאי הוי קידושין בעד אחד, אין חוששין לקידושיו, וכן פסק הרי״אף ז״ל, ואפי׳ שניהם מודים, וכן כתב הרמב״ם ז״ל בפ״ד מהלכות אישות, המקדש בעד אחד אין חוששין לקידושיו ואעפ״י ששניהם מודים, וכן פסקו כל רבוואתא ז״ל״. ועיין שם בסי׳ מו, דאף שכתב דהלכה שאין חוששין לקדושין בעד אחד, מ״מ בנדון שם חשש לפוסקים המצריכים גט (שהיה שם עד נוסף שחזר מעדותו), עיי״ש. גם בתש׳ הרשב״ש (סי׳ כ) נקט שאין חוששין לקדושין. וכן הוא שם בסי׳ שצה, דהמקדש בעד אחד אפילו שניהם מודים אין חוששין לקדושיו; ״וכך היא הסכמת כל הראשונים והאחרונים ז״ל, והאומר דחוששין לקדושיו, דחו דבריו בשתי ידים״. גם בתש׳ התשב״ץ, (בחוט המשולש, ח״ד טור השני סי׳ ד) קרא תיגר על הרב שרצה להצריכה גט בכה״ג.

גם מהריב״ל בתש׳ (ח״ב סי׳ ז) פסק שנפסקה ההלכה דהמקדש בעד אחד אין חוששין לקדושיו, וכמו שפסק הרי״ף ושאר הפוסקים דלית הלכתא כרב פפא. וכן פסק מהרלב״ח (בקונטרס הסמיכה שבסוף הספר), דאין חוששין לקדושין שנעשו בפני עד אחד. וכן פסק מהר״מ אלשקר (סי׳ צט). גם בתש׳ בנימין זאב (סי׳ לה) סתר מי

שרצה להחמיר ולהצריכה גט כדברי הרא״מ, דכיון שלא נפסקה הלכה בגמ׳, כרב כהנא או רב פפא, ראוי להחמיר. וע״ז תמה הב״ז: ״למה ראוי להחמיר, כיון דכל הפוסקים לא חיישי לדברי עד אחד, דאין דבר שבערוה פחות משנים. ומלישנא דאין חוששין משמע דאפילו גט לא צריכה, ואי איתא להחמיר כדברי הרב רבי אליעזר ולהצריכה גט, הרי אתה פוסלה לכהונה, ולדבר ערוה בעינן שנים״. וכן כתב שם בסוף התש׳, דכל הפוסקים לא הודו לרא״מ, ואין לחוש לקדושין בעד אחד, ואפי׳ שניהם מודים; ״והכי חזינן סמ״ק דהוה בתראה טפי ומנהגו להחמיר, והכא פסק דאין חוששין לקדושין אפי׳ שניהם מודים״. וכך פסק מהר״י אדרבי בתש׳ דברי ריבות (סי׳ א), וחזר הדין שם בסי׳ רצא, ובסי׳ של. וכן נראה דעת המשאת בנימין (סי׳ טז), אף שהזכיר שם שבנדון שלו דהחשש הוא לענין סבלונות, אף למחמירים בעד אחד, לא החמירו בסבלונות, מ״מ כתב דקיי״ל דאין כאן קדושין.

וכן במהר״מ פאדווה (סי׳ לז) הביא אחד הצדדים לדחות שא״צ גט, דקיי״ל דאין חוששין לקדושין בעד אחד. וכן נמצא במהר״מ גלאנטי (סי׳ כא): ״נראין הדברים בעיני פשוטים כביעתא בכותחא, אחר דקיימא לן המקדש בעד אחד אין חוששין לקדושיו, דקיימא לן כרב כהנא וכמו שפסקו כל הפוסקים, חבל נביאים נתנבאו בסגנון אחד, לבד ספר מצות גדול שכתב חוששין. והרשב״א זלה״ה אמר לאחד מתלמידיו שהיה רוצה לסמוך על ספר מצות גדול בזה, ואמר ליה מי סנו לך הרי״ף והרמב״ם ז״ל והטור וכל הגאונים הראשונים והאחרונים שאתה מחמיר על עצמך יותר מאלו, עכ״ל. וכן עמא דבר דליכא בית מיחוש כלל״. וכן נראה דעת מהרש״ך (ח״ב סי׳ קכח) לפסוק כרשב״א, אף שהביא דאפי׳ למחמירים בנדון דידיה אין לחוש, עיי״ש. אמנם מהמשך דברי מהרש״ך נראה שנטה להחמיר: ״גם לזה אומר שמעולם לא בא בידי מעשה דמקדש בעד אחד, ואם היה בא לידי הייתי חושש להחמיר להצריכה גט משום חומרא דאיסור ערוה החמורה, ולחוש להנהו סברת רבוותא שכתבו להחמיר״. אולם מתשובות אחרות נראה שנקט דאין חוששין. עיין מהרש״ך (ח״א סי׳ קסה) נראה דלא חשש, ורק צירף דאפי׳ למחמירים, בנדון שם אין להחמיר. וכן בח״ג (סי׳ א), דהלכה רווחת שהמקדש בעד אחד אין חוששין לקדושיו. ושם (ח״ג סי׳ לג) החמיר רק באופן שדיבר תה״ד, שיש עד אחד עמו ולא העיד, אולם לעצם ההלכה אם חוששין שלקדושין בפני עד אחד, נראה שנקט דאין חוששין. וכן פסק שם בח״ד (סי׳ פט).

וכן פסק המבי״ט (ח״א סי׳ יד), דקיי״ל ככל הגאונים ורוב הפוסקים דמקדש בעד אחד אין חוששין לקידושין, דאין דבר שבערוה פחות משנים. וחזר הדין שם (ח״ג סי׳ פו), דאף שיש חולקים, הכי קיי״ל דאין חוששין. והחזיק אחריו בנו המהרי״ט (ח״א סי׳ טו, וח״ב חאהע״ז סי׳ מג), דאפי׳ היה שם עד נוסף, ורק עד

אחד מעיד שנתקדשה, מ״מ הוי מקדש בעד אחד, ואין לחוש לקדושין, דלא כדעת תה״ד, עיי״ש. וכן פסק הרדב״ז (ח״ו ב אלפים שלא), דבעד אחד ואפי׳ שניהם מודים, רוב הפוסקים אומרים דלא חיישינן לקדושין, דאין דבר שבערוה פחות משנים. וכן פסק מהריט״ץ (ח״א סי׳ נד), וכן פסק בזקן אהרן (הלוי, סי׳ ב סד״ה והא דאמר), וכך היא דעת רבי אהרן פרחיא (תש׳ פרח מטה אהרן ח״ב סי׳ יח, ד״ה וכ״ת וד״ה וכי תימא), שהקשה על הרמ״א שחש לדעת הסמ״ג והרא״מ. וכן פסק הלחם משנה (תש׳ לחם רב סי׳ כא ד״ה חמישית), שלא לחוש אף לתה״ד באופן שהיה אחר עמו ולא העיד, עיי״ש.

ומצאנו לפוסקים אחרים שחשו לדעת הסמ״ג והר״א ממיץ. רבי אליהו מזרחי בתש׳ (סי׳ סז) לענין גט ששינה שם אבי האשה, אם להביא גט אחר. וכתב הרא״מ להביא גט אחר, וז״ל: ״אפי׳ אי הוו נפישי המתירים מהאוסרים, עדיין הוה לן להחמיר טפי ולפסול הגט באסור חמור כזה דהוא אסור אשת איש, שהרי גבי נתקדשה בעד אחד אנו מחמירים כדעת הר׳ אליעזר ממיץ, אע״פ שכל הפוסקים פסקו להקל, כל שכן בכי האי גוונא דאפשר להביא גט אחר, מאחר שהמקום אינו כל כך רחוק ושירות רבות מצויות לשלוח להביא אחר שאין בו שום ספק, והמגרש אע״פ שהוא משומד, איננו ממאן בנתינתו״. ומבואר שהביא ראיה ממה שמצריכים גט במקדש בעד אחד, לחוש לדעת הר״א ממיץ, ומשמע דכן ס״ל לנהוג למעשה. וכן פסק כנה״ג בתש׳ בעי חיי (חאהע״ז סי׳ טו ד״ה כלל העולה), שלא להתיר לכתחילה ללא גט במקדש בעד אחד.

וביש״ש (קדושין ג,יח), אף שנראה שהחמיר במקרים מסוימים להצריכה גט, מ״מ בנדו״ד נראה דאין להחמיר. דלאחר שהביא דעות הפוסקים, וכן הביא דעת תה״ד המחמיר כשהיה עד נוסף עמו ולא העיד, כתב היש״ש, וז״ל: ״דעד אחד נאמן אף כשהיא מכחישתו לאוסרה על אחרים, אבל להוציאה מבעלה, דבכהאי גוונא כולי עלמא מודו דאין דבר שבערוה פחות משנים, וכמ״ש התוספות (ד״ה תרוויהו) בשם, וכגון שהיא בחזקת אשת איש, וכמו שפי׳ התוספות, שהיו נרות דולקות ומטות מוצעות, שעומדת לקדש, כדאיתא בתוספות, ושאר שינויי, כמו שכתבתי לשם בסימן ל״ג. אבל כל שהיא בחזקת פנויה, לא מסתבר כלל שיכול לאסור ... אבל היכא שאינה מוכחש כבר אלא מדידה, אפשר דהוי מהימן לאוסרה, ולא תינשא עד שתקבל גט, היכא דלית לה חזקת פנויה. ונפק״מ, אפילו לפי מה דקי״ל דאין חוששין לקידושין בעד אחד, אבל איכא עד אחד ומעיד שנעשו הקדושין בהנהו שנים, ואין איש מי שמכחישו אלא היא, דעתי נוטה שנאסרת לאחרים עד שיתן לה גט, אם לא שיש לה חזקת פנויה״. הרי שאף באופן של תה״ד לא חש אלא אם אין לה חזקת פנויה. משא״כ בנדו״ד שיש לה חזקת פנויה, אין לחוש, בפרט שלא היה אלא עד אחד.

ובתש׳ עבודת הגרשוני (סי׳ מו), כתב להחמיר כדעת הרמ״א, ושאין להקל אלא במקום עיגון ודחק, ושכן כתב מהר״מ מלובלין. ולכאורה המעיין בתש׳ מהר״מ מלובלין (סי׳ סד) יראה שנקט דאין לחוש לקדושין בעד אחד, שהביא דעת הראשונים שלא לחוש לסמ״ג: ״דמוסכם מהפוסקים בתראי, דאין חוששין לקדושין בעד אחד אפי׳ שניהם מודים״. ומה שדן שם בדברי תה״ד, אין מזה ראיה דס״ל דחוששין בעד אחד בלבד, עיי״ש. ובתש׳ שבות יעקב (ח״ב סי׳ קפו) נראה דחושש לקדושין, אא״כ האשה מכחישתו. גם בחת״ס (ח״ג סי׳ פב) הזכיר דברי הרמ״א שהחמיר, אא״כ במקום עיגון, ושאין שום צד היתר אחר, ובשניהם מודים לו, ובנדון שם יצא מהכלל, שהיה מקום עיגון וכו׳, ונראה שחש לדעת הרמ״א, והתיר אף ע״פ דבריו. וכן מבוארת דעתו שם (ח״ג סי׳ צט), ועיי״ש עוד בסי׳ קד, דאף למחמירים היינו שהם מודים במעשה הקידושין ובכוונת הקדושין, אולם כשאינם מודים בכוונת הקידושין, אף לרמ״א אין להחמיר. ולפ״ז בנדו״ד ששניהם מכחישים כוונת הקידושין, ודאי גם לרמ״א אין צריכה גט, עיי״ש שפירש הסוגיא דשניהם מודים מהו, לענין כוונת הקידושין. כך גם י״ל למה שהאריך הנצי״ב במשיב דבר (ח״ד סי׳ לב) ובמסקנת דבריו שאין להקל בקידושין כשהודו שניהם שכוונו לקידושין בפני עד אחד, היינו דוקא בהודו שכיוונו לקדושין בפני עד אחד, משא״כ בנדו״ד.

ד. כשעמו עד פסול

ובנדו״ד היתה עם העד גם אשתו, והוי כמקדש בפני עד כשר ועד פסול. הרמ״א שם (אהע״ז מב,ב), פסק וז״ל: ״וכן אם קידש לפני שנים, והאחד מהם קרוב, הוי כמקדש לפני עד אחד״. וכבר הקשו הנו״כ, מדוע הוי כמקדש בפני עד אחד, הרי בנמצא קרוב או פסול כל העדות בטלה. בח״מ מב,ו כתב דלא נפסל השני בצירופו לקרוב, דמיירי שלא הצטרף בשעת ראיה, לדעת הרא״ש דבעינן תרתי לפסול כל העדות, גם כוונה בשעת ראיה להעיד, וגם להעיד בבי״ד. או לדעת הרי״ף, שנאמן לומר שלא הכיר בקורבתו. ובב״ש מב,ח כתב לישב, דאף לשיטות הראשונים דבעינן כוונה וגם שיעידו בבי״ד, אפי׳ העידו אח״כ בבי״ד, הוי עדות פסולה שאין בית דין יכול לפסוק על פיה, אולם מה שכבר היו וחלו הקדושין, אינם יכולים לפסול למפרע, לכן הוי כמקדש בפני עד אחד, כיון שאפי׳ יבואו לבי״ד, הוי מקדש בפני עד אחד ולא נפסלת העדות למפרע למה שכבר החילה את הקדושין. והגרע״א בתש׳ (קמא סי׳ צד) כתב דהרבותא של הרמ״א, דבקדושין חוששין לשתי חומרות יחד, גם לחוש לנמצא קרוב או פסול שתתקיים העדות בכשר, וגם לקדושין בעד אחד דחוששין לקדושין. ועיי״ש שעוד נו״נ בדברי הח״מ ומהר״מ פאדווה (סי׳ לז). ובמהדור״ת סי׳ נו כתב הגרע״א לחלוק על דברי הב״ש, דבקדושין כיון שהחלות היא בשעת הקדושין,

לכן בשעת הקדושין הוי כשעת העדות בבי״ד, ואם נמצא בהם קרוב או פסול, עדות כולם בטילה, ושכן כתב בריטב״א: ״ואף בלא באו יחד להעיד בב״ד, מ״מ בקדושין דעדות משוין לקדושין תליא באותו מעשה, וזה כמו העידו בב״ד, וע״כ נמצא אחד מהם קרוב או פסול לא נתפסו הקדושין, וידעתי דהב״ש סי׳ מ״ב סק״ח כתב בהיפוך, ולענ״ד בריטב״א (קדושין מג,א ד״ה אתמר רב אמר) כתב להדיא כנ״ל, דאף בלא באו להעיד בב״ד, מ״מ הקדושין בטילין״. ועיין להלן בדברי האמרי בינה ועוד אחרונים שחלקו על הב״ש.

ומתש׳ מהר״מ פאדווה הנ״ל נראה דעתו שלא חשש לקדושין בעד אחד שהצטרף עמו עד פסול. וכן מבואר בתש׳ ב״י (קידושין, סי׳ ב): ״ומאחר שנתברר שהעד האחד פסול מדאורייתא, בטלה כל העדות, שהרי במקדש בעד אחד הסכימו כל הפוסקים ראשונים ואחרונים, זולת סמ״ג והמרדכי בשם הרא״ם, דאין חוששין לקידושין ... ועוד, דמקדש בעד אחד שאמרו סמ״ג והמרדכי, היינו מקדש בעד אחד לבדו, אבל היכא שנמצא האחד פסול, כגון בנדו״ד, אין כאן עדות כלל, וכדתנן בסוף פ״ק דמכות (ה,ב), שנים שנמצא אחד קרוב או פסול, עדותן בטילה. וכ״כ ר״י (רבינו ירוחם) בשם הר״מ (רמ״ה), המקדש בפני שני עדים והא׳ מהם קרוב, מתירים אותה לינשא לכתחילה בלא גט״. ודברי רבינו ירוחם הם בנתיב כב,ב דלא חיישינן לקול שיצא ממקודשת, דקיי״ל כרב באיסורי, שכך כתב הרמ״ה בתשובה. וכן נמצא בתש׳ הרדב״ז (ח״ד סי׳ רחצ), דגרע עדות שני אחים מעדות של אחד, ואפי׳ למ״ד המקדש בעד אחד חוששין לקדושיו, המקדש בשני אחים אין חוששין לקדושיו. וכן כתב מהר״מ אלשקר (סי׳ צט) בשני עדים ונמצא אחד קרוב או פסול: ״הילכך לדברי הכל עדות שניהם בטלה ואפילו עד אחד ליכא הכא, וכ״ש דאפילו המתקדשת בעד אחד כשר, אין קדושיה קדושין ולא חיישינן להו כלל, וכמו שכתבו כל המפרשים ז״ל והמחברים ז״ל ראשונים ואחרונים, וכמו שכתבו רבינו האיי גאון ז״ל ורבינו גרשום מאור הגולה ז״ל בתשובה בלא שום חולק. ורבינו אליעזר ממיץ ז״ל שכתבתם דחאיש לקדושי עד אחד, דבריו הלא הן בטלין במעוטן ביתר מתתק״ס, דבטלה בו בריה לדעת הרשב״א ז״ל מירושלמי דתרומות״.

גם מהרשד״ם בתש׳ (חאהע״ז סי׳ רכ) כתב, דלא חש הסמ״ג לקדושין בעד אחד אלא כשהוא לבדו, אולם אם הוא עם עד נוסף פסול, אף לסמ״ג אין לחוש. וכן כתב המל״מ (אישות ד,ו), על מה שלא חש הריב״ש (סי׳ רסו) על קדושין בעד אחד כשהצטרף עמו פסול, דבנדון הריב״ש אין אפי׳ עד אחד, דקיי״ל נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותם בטלה, ואף לדעת הסמ״ג אין לחוש כשיש עוד עד פסול. וכך מבוארת דעת עבודת הגרשוני (סי׳ לד): ״שאין לחוש לקידושין, כי עד א׳ מן העדים נמצא פסול מחמת עבירה, ואין כאן כי אם עד אחד. גם י״ל עדותן בטלה לגמרי,

ממילא הבתולה מותרת בלא גט". וע"ע במשפטי שמואל (לרבי שמואל אלקלעי, סי' פג) שהסכים לסברת מהר"מ פאדווה הנ"ל, וכן כתב שם (בסי' קכד), דאפי' נחוש לסוברים דחוששין אפי' לעד אחד בקדושין, היינו כשמתחלה היה הוא לבדו בלתי פסול או קרוב עמו, אבל כשהוא עם עד אחד פסול או קרוב נתבטלה העדות.

גם הגרי"א בעין יצחק (ח"ב סי' סד) כתב להקל בעד אחד כשר ועד פסול, דאין להחמיר כשיטת הסמ"ג, דבמקום עיגון יש לסמוך ולהקל בקידושין בעד אחד, ולכן אף שלא במקום עיגון אינו אלא איסור קל. ולכן אף אם מחלוקת הראשונים אם בעינן הגדה בבי"ד להצטרף קרוב או פסול לפסול העדות כולה, וכדעת הרא"ש ודעימיה, ויהיה זה ספק השקול בדין אם הלכה כהרי"ף או כהרא"ש, הדין נותן לדון בזה ספיקא בדרבנן לקולא. וגם יש לדון דין ספק ספיקא, ספק א' שמא הלכה כסוברים דאין לחוש בקידושין בע"א כלל, וכפי שיטת רוב הפוסקים וכפי הנראה בסוגית הש"ס בקידושין. ואף אם נחוש לשיטת הסמ"ג להחמיר בקדושין בעד אחד, מ"מ יש עוד ספק שמא הלכה כרי"ף דבעת הראיה נצטרפו ונפסלו מיד. ובפרט דנראה שיטת המחבר בשו"ע חו"מ לו,א, דסתם בדיעה קמייתא כרי"ף דנפסלו משעת הראיה. וכן כתב באמרי בינה (חאהע"ז, קדושין סי' ט), דאף לחומרת הסמ"ג, מ"מ לדעת כמה פוסקים אף בעדי קידושין אם נמצא אחד מהם קרוב או פסול התבטלה כל העדות, וכן דעת הב"י בתשובה, ורדב"ז ומהר"מ פאדווה, להוציא הב"ש (מב,ח הנ"ל) שכתב דכיון דראייה לחוד אינו פוסל רק בצירוף הגדה, א"כ בשעת ראייה היו עדים. והביא דהריטב"א כתב היפך דבריו, דבשעת ראיה לחוד נהיו עדים והצטרפו (עיין לעיל מה שהובאו דברי הגרע"א תנינא סי' נו). וכן הביא מהרש"ם (ח"ג נ,כ). וכן כתב בדברי מלכיאל (ח"ד סי' קג), דאף שהנו"ב (תנינא סי' עו) צידד לומר דבקדושין לא מבטלין העדות בנמצא אחד קרוב או פסול, כל הפוסקים חולקים עליו, וגם הוא בעצמו לא כתב סברא זו בהחלט. דעיקר יסוד סברת הנו"ב, דגם שני עדים בקדושין אינם מחייבים ממון וכ"כ החת"ס סימן ק. והדברי מלכיאל ס"ל דמחייבים ממון, דהיא נשתעבדה בזה ונקנית לו, והוי שיווי ממון. ומש"כ הב"ש מב,ח דכיון דבשעת הקדושין לא היה עומד לכך שילכו להעיד בב"ד, הרי הוא כמקדש בפני ב' עדים כשרים. זה אינו, דכיון דבעינן שיקדש לפני עדים כשרים, בעינן שלא יהא ביניהם פסול וקרוב וככל דיני עדות. וכן הסכים מהרש"ם (ח"ג סי' נא): "דלפמ"ש הנו"ב בטעמא דע"א למ"ד חוששין לקידושין הוא כמ"ש רש"י, משום דהימניה עליה, א"כ בהזמין עוד עד אחד קרוב או פסול לא הימניה לעד אחד, ולכ"ע אין חוששין, כבר קדמוהו רבים בזה, וע' תשו' כתב סופר (חאה"ע סי' לט) שהאריך בזה. אלא שעמדו לפניו דברי הרמ"א סי' מב דגם בקידש לפני שנים וא' קרוב או פסול דינו כקידושין בע"א. ואני מצאתי במל"מ פ"ד מאישות ה"ו שחידש לומר כן, דבהזמין ב' עדים ונמצא א' קרוב

או פסול, גם עד אחד ליכא, וגם הסמ״ג מודה, אלא שכ׳ דמהריב״ש מוכח להיפוך״. הרי דדעת חבל גדול מהפוסקים, דאם אחד מהעדים היה קרוב או פסול, אין לחוש לקדושין בפני עד אחד, דלא כפסק הרמ״א. (ומש״כ דבקדושין אין דין קרוב או פסול, כך כתב בבשמים ראש סי׳ לז, ועיין בנו״ב תנינא סי׳ עו. וכבר כתב בכסא דהרסנא שם שהוא נגד כל הפוסקים, וכן כתבו מהרש״ם והדברי מלכיאל הנ״ל).

ובסברת הב״ש מב,ח, שבקדושין לא פוסל העד הפסול בעדותו בביה״ד, את מה שכבר ראה הכשר, דמה שכבר היו וחלו הקדושין, אינם יכולים לפסול למפרע, לכן הוי כמקדש בפני עד אחד, כיון שאפי׳ יבואו לבי״ד, הוי מקדש בפני עד אחד ולא נפסלת העדות למפרע. ובהסבר דברי הב״ש כתב בחת״ס (חאהע״ז סי׳ ק), דאפי׳ יהיה אח״כ ספק בענין הקידושין או הכחשה, ויצטרכו להעיד בבי״ד, אין נפק״מ אם יעידו עדי הקדושין או עדים אחרים, וממילא העדות שמעידים אח״כ בבי״ד, אינה שייכת לעדות החלות של הקדושין, ולכן ס״ל לב״ש שאינם מצטרפים לפסול, כיון שאין בעדות זו דין עדות שצריך להעיד בבי״ד, דעדות זו קיימת בפני עצמה, ואינה שייכת לעדות שיעידו בבי״ד, אם יצטרכו באופן של הכחשה וכיוצב״ז. וז״ל החת״ס: ״הנה ב׳ מיני עדות יש. א׳ מקיימין דבר, היינו גיטין וקידושין, ולכמה פוסקים גם קנין לא מתקיים, אלא עדים הם כורתים הדבר, לא שיעידו ולא שיאמינו בשום דבר, אלא גזירת הכתוב הוא שלא יוגזר הדבר אא״כ נעשו בפני ב׳. ואמנם צריכים שיהיו עדים כשרים ככל הלכות עדות, אע״פ שאין צורך לנאמנתם ולא יעידו במקום אחר, אלא כך גזירת הכתוב שיעמדו אצל הדבר ההוא ב׳ שראויים להעיד, וזה נקרא קיום דבר, והיינו כריתות עידי גיטין וקידושין. ושוב איכא עדות המעידים לפני ב״ד על דבר מסופק. והנה עדי קידושין בראייתם נגמר הדבר, וחייב חנק הבא על האשה ואין צורך עוד לעדותם כלל וכלל, ואם יולד אח״כ שום ספק לב״ד, כגון שבא עליה א׳ ואינו מאמין שהיא אשת איש, או שקידשה אחר, או שהיא מכחשת ואנו צריכים עדים להעיד על הקידושין, אין נפקותא אם יבואו אלו העדים עצמם או אחרים שידעו הדבר. ומשו״ה אם אפי׳ יעידו אלו העדים עצמם, מילתא אחריתא, היום נצרפו לעדות קיום דבר הקידושין, ומחר יצטרפו לעדות ראיה נאמנות, ומה צירוף יש לשני מיני עדות״. ובזה הסביר דעת הב״ש שבעדי גיטין וקדושין, כיון שהעדות לא נצרכת להביאה לבי״ד, לדעת הרא״ש אין הפסול פוסל את הכשר. אולם כאמור רבים מגדולי הפוסקים חלקו על סברת הב״ש, דהיא גופה, כיון שהקיום נעשה בשעת הקדושין, הרי סגי בצרוף בשעה זו של קיום העדות, וכמו שהביאו מדברי הריטב״א (קדושין מג,א).

והגרח״ע באחיעזר (ח״א כה,י) כתב לחלק בין עדות שני עדים לעדות עד אחד, דבעדות שני עדים, יש תועלת בעדותם בבי״ד, ולכן כל עוד לא הצטרפו

בעדותם בבי״ד, לא פוסלים הפסולים את הכשרים. אולם בעדות של עד אחד בקדושין, אין כל תועלת בעדותו בבי״ד, וע״כ אף לדעת התוס׳ והרא״ש דבעינן בקרוב או פסול צרוף בעדות בבי״ד, לענין זה אין צריכים להצטרף, וכבר בראית העדות פוסל הקרוב או פסול את עדות הכשרים, וז״ל האחיעזר: ״משום דכיון דעכ״פ הגדת עדי קדושין בב״ד מועיל לחוב לאחרינא ולחייב את הבא עליה סקילה, וגם לחלות הקדושין בעינן תנאי זה שיהיו ראוים להגדה, ולפיכך מועיל צירופם לבטל עדות הכשרים לגמרי כיון שיש תועלת בהגדתם. וכל זה בעדות שני עדים, אבל בעדות עד אחד לרב פפא דחוששין לקדושין, הא אין העדות העד בב״ד מוסיף שום דבר, דעד אחד בהכחשה לאו כלום הוא, וגם לחוב לאחרינא אינו נאמן, ואין הגדה בב״ד מוסיף על עדות ראייתו בשעה שחלה הקדושין בשעתו, וא״כ אין בזה הגדה כלל ורק ראיה גרידא, וראיה הוי גמר הדבר שאין עוד אחריה שום תוספת עדות של הגדה, ובכה״ג גם להתוס׳ והרא״ש נגמר עדותם בצירוף הראיה ויתבטל עדותם כדין נמצא אחד מהם קרוב או פסול ומודים בזה להריטב״א, ורק בהגדת שני עדים שיש בהם הגדה אינם מתבטלים ע״י ראיה״. וגם הביא שמתש׳ הרשב״א מבואר דלא כב״ש, וכן כתב הב״י בתש׳ (עיין לעיל) ורבינו ירוחם, דהמקדש בפני שני עדים והאחד מהם קרוב, מתירים אותה להנשא לכתחלה בלא גט.

לאור האמור נראה דאין לאסור את האשה להנשא לעלמא בלא ג״פ. ויש להוקיע את התופעה של המחללים קדושת הקדושין, בין בדרך צחוק וקלות דעת ובין בדרך אחרת, ועלולים להביא למציאות של נשים שתהיינה בבחינת אשת איש לעלמא בלא גט ח״ו. ועיין בסימן שאח״ז.

סימן ה

נתן טבעת בפני עדים בהצעת נישואין

ראשי פרקים

א. כשיש אומדנא שלא התכוונו לקדושין

ב. דעת מהר"ם בענין אומדנא בקדושין

ג. אמירה לאחר שכבר נתן הטבעת

ד. בלשון שאלה

ה. כשלא אמר שרוצה לקדשה בטבעת זו

בחור הציע לבחורה נישואין, ובשעה שהציע לה, נתן לה טבעת, ושאלה אותו הבחורה לשם מה הטבעת, והשיב לה בזו הלשון: אני רוצה להציע לך שנתחתן, האם תסכימי להתחתן איתי? ותגובתה היתה חיובית, באמצעות חיוך שמבטא הסכמה. גם הבחור וגם הבחורה הבינו שמדובר בהצעת נישואין עתידית ולא בנישואין ממש, מפני שכך מקובל בחברה שלהם. (והיו במקום מספר חברים וחברות, ולכאורה היו שם עדים שאינם פסולים, אך הדבר לא התברר לחלוטין, וצ"ע. והשבתי אפי' על הצד שהיו שם ב כשרים). ונשאלתי אם יש לחוש לקדושין בכה"ג. והשואל, רב חשוב, אמר שכבר הזהיר פעמים רבות בחורים לא לתת טבעת בזמן שמציעים נישואין, ובודאי לא לתת לפני עדים כשרים, ולצערו יש כאלה שלא שומעים לו.

א. כשיש אומדנא שלא התכוונו לקדושין

תנן בריש קדושין דאשה מתקדשת בכסף, וכבית הלל, בפרוטה ובשוה פרוטה. ובגמ' ו,א: ת"ר, הרי את אשתי הרי את ארוסתי הרי את קנויה לי מקודשת, הרי את שלי הרי את ברשותי הרי את זקוקה לי מקודשת. ושם בגמ' לענין האומר לקוחתי הרי זו מקודשת, משום שנאמר כי יקח איש אשה. ואיבעיא שם בגמ', באומר הרי את חרופתי; ת"ש דתניא האומר חרופתי מקודשת, שכן ביהודה קורין לארוסה חרופה. ויהודה הויא רובא דעלמא. ה"ק, האומר חרופתי מקודשת, שנאמר והיא שפחה נחרפת לאיש, ועוד ביהודה קורין לארוסה חרופה. ויהודה ועוד לקרא. אלא ה"ק, האומר חרופה ביהודה מקודשת, שכן ביהודה קורין לארוסה חרופה. ולענין לשונות המסופקים: מיוחדת לי, מיועדת לי, עזרתי, נגדתי, עצורתי וכו', מבואר בגמ' דדוקא במדבר עמה

על עסקי קדושיה, הוי ספק. ואף שבכל מדבר עמה על עסקי קדושיה הוי מקודשת, מבואר בגמ׳ דכשאמר לשונות המסופקים, הוי ספק. ומבואר לכאורה מהא דחרופתי, שהכל תלוי בלשון של אותו מקום, שהיא תבין שהיא מתקדשת. וכ״כ הרא״ש (קדושין פ״א סה״ב): ״האומר חרופתי ביהודה מקודשת, שכן ביהודה קורין לארוסה חרופה. וכן בכל הלשונות של אירוסין שבכל מקום ומקום, אבל הני לישני דברירי לן דהוו לשון קידושין, לאו כל כמיניה למימר לא הוי ידענא דהוו לשון קידושין״. וכן היא דעת הרמב״ם (אישות ג,ח): ״ויש לאיש לקדש האשה בכל לשון שהיא מכרת בו, ויהיה משמע הדברים באותה הלשון שקנאה כמו שביארנו״. (ואף שלא הזכיר הרמב״ם דבעינן לשון שבאותה מקום, עיין בבאור הגר״א אהע״ז כז,ז מש״כ בזה). וכך היא דעת המחבר בשו״ע אהע״ז כז,א: ״... והוא הדין אם אמר לה, הרי את מאורסת לי, או הרי את לי לאשה, וכן בכל לשון שמשמעותו לשון קדושין ודאי באותו מקום, ובלבד שהיא תבין שהוא לשון קדושין״. ועיין בט״ז כז,א, דאם ידוע לנו בודאי שזו האשה לא הבינה באמת אפילו לשון מקודשת לי, ודאי דאין כאן קידושין כלל. אך כל זה אינו שייך אם מקדש תחת החופה כמנהג, שהרי יודעת שנכנסה לשם קידושין.

ובנדו״ד יש טעם לומר שהאשה ודאי לא הבינה שמדובר בקדושין עצמם אלא בהצעת נישואין, כיון שכך מקובל במגזר אליו משתייכים הבחור והבחורה. וכבר דנו האחרונים לפסוק שאין לחוש לקדושין, כאשר יש אומדנא שהאשה לא הבינה שמדובר בקדושין, כאשר אמר לה האיש: הרי את מקודשת לי בטבעת זו וכו׳, וידוע שהאשה מוגבלת בהבנתה להשכיל כי מדובר בקידושין, ובהיותה מקודשת לנותן. כך מצאנו בתש׳ חוט המשולש (בתש׳ הגאון ר׳ אליעזר יצחק, ח״ג סי׳ יב). הגרא״י נשאל בחבורה של נערים, שאחד נתן לבחורה מטבע להביא לו י״ש, ואחר שנתן לה שאל ממנה מה נתתי לך, והשיבה מטבע של עשרים. ובקש שתראה לו, והראתה לו, ולקח מידה ונתן לה ואמר לה הרי את מקודשת לי בטבעת זו כדת משה וישראל. והשיב דאף דבלשון הרי את מקודשת לי, אינה יכולה לטעון שלא הבינה, אולם בנדון שם יש לומר שלא הבינה, וז״ל:

> ״אך כל זה בסתם נשים אשר יודעות ושומעות לפעמים נוסח לשון הקידושין, אבל בנ״ד דהיא בתולה כפרית, אשר לא ראתה ולא שמעה מעולם לשון קידושין, איך ברירא לנו שיודעת בודאי שהוא לשון קידושין. ואין לומר ע״ז א״כ נתת דברי הראשונים ז״ל לשיעורין, דהרי מצינו חילוק כזה לענין איזה דינים בש״ס בב״מ לענין אונאה בסלע, במשנה מפליג בין כרכים לכפרים שאינם מצויים בין אנשים. וכן מצינו בנדרים (יח,ב) במשנה דמחלק בסתם תרומה וחרמים, בין יהודה לגליל לפי שאלו מכירים ואלו אינם מכירים. ולא שייך לומר בנד״ז נתתה דבריך לשיעורין, כיון דידוע הוא שאלו מכירים ואלו אינם

מכירים. ולולי דמסתפינא הוה אמינא דלפי מה דאסיקנא דבמנהגא תליא מילתא, בנ״ד אף כי כולי עלמא מקדשי בהאי לישנא. אמנם עפ״י המנהג שלנו שמקדשין תחת החופה, שהבתולות אינם עומדות תחת החופה לשמוע איך מקדשין, וגם בושות קצת לחקור ולדרוש אחר זה, פשוט הוא דכל הבתולות לא ברירא להו לישנא דקידושין. א״כ הדרא למנהג קדמאה שלא היה ברור להם שום לישנא דקידושין. ותו אמינא מילתא דקא חזינא בדברי אבונא סבא, מרי זקני הגאון וחסיד אור ישראל וקדושו מוהרר״ח זללה״ה, בתשובה כ״י מנידון איזה ספק קידושין דשאילי קדמוהי, ואנהיר לעיינין שברור אצלו הסברא דכל כה״ג אזלינן בתר אומדנא, שלא היה בדעתה להתקדש או שלא הבינה. ואף שכתבו הפוסקים שאין הולכין בקידושין אחר אומדנות, וקבע כן הרמ״א הדין (שו״ע אהע״ז מב,א), אין למדין מן הכללות, דעובדא דתשובת מיימוניות המובא בהג״ה הנ״ל, הוי שהאשה אמרה קדשני והוא אמר כן אעשה, ע״ז כתב דאף שנעשה דרך שחוק, דברים שבלב אינם דברים. ואף על גב דבאומדנא דמוכח אשכחן בכמה דוכתי דאזלינן בתר הכונה, בקידושין לא אמרינן הכי, דאיתתא בכלדהו ניחא לה, והיינו נמי משום חומרא דקידושין. אבל דוקא בכה״ג שייך לומר דברים שבלב אינם דברים, משום דדברים שבלב הוא נגד דברים שבפה, משא״כ היכא דכל חשש האיסור הוא משום אומדנא, ודאי דיש לנו למיזל באומדנא לבטלו.״

מדברי הגרא״י זצ״ל נמצאנו למדים, דכל היכא שיש לנו אומדנא ברורה שהאשה לא הבינה שנותן הטבעת רוצה לשאת אותה לאשה בנתינת הטבעת, אין כאן קדושין. ולענ״ד ברור שבנדו״ד האשה לא הבינה אלא כי האיש חפץ כעת לשאת אותה לאשה, והבינה, כפי שהתכוין האיש, להציע לה נישואין, שכך נוהגים במגזר שלהם להציע נישואין בפני חברים, ועושים מזה ענין וטקס, וזה לדאבון לב, כשנעשה בדרך שיכולה לגרום לתקלות, והקללה מרובה, אולם ברור שלא האיש ולא האשה התכוונו לקידושין, וכשאמר לה אם תנשאי לי, התכוין להציע לה שבעתיד ינשאו. והכל יודעים שאין מתחתנים היום אלא תחת חופה וקדושין, ומכאן שגם לא התכוונו לקדושין. ובפרט שאינו דומה ללשון של הרי את מקודשת לי, שכל הנשים יודעות שהוא לשון נישואין, ואם היה אומר לה כן, יש לחוש לקדושין, אף אם נעשה שלא תחת חופה, אולם בלשון שנאמר: האם תסכימי להתחתן איתי, לא משמע להם לשון קדושין אלא הצעת נישואין, שבעתיד יעמדו תחת חופה וינשאו זל״ז כדמו״י.

וכך מצאנו בתש׳ ריב״ן (לגאון הרב יששכר דב הלטרכט, אב״ד לובראנץ, סי׳ ל), שנערים שרצו לקנות יי״ש, ועמדה שם נערה אחת ומכרה יי״ש, וכשהשיבה לאחד הנערים את העודף לכספו, קידשה בעודף ואמר לה הרי את מקודשת לי וכו׳. והרב השואל כתב להתיר שם מכמה צדדים, ובין השאר, אם יש אומדנא דמוכח שהנערה

לא הבינה שמדובר בקדושין, אין לחוש לקדושין: "ואלולא דמסתפינא הייתי אומר, שאם הוקרה עובדא כזו מהרווקים שבאים ממדינה אחרת לבת המדינה דפה, והיא אמרה שלא הבינה מה רצה בדברים, רק חשבה שנותן לה מתנה, ואינה יודעת שע"י דבר זה תהא מקודשת כאשה לבעל, שיש להתיר לגמרי. דרק בימי הגמ', ובעת הבאים אחר הגמ' הרבה מאות שנים, שהיה נהוג כשבאים יחד ונרות דולקות, וכמו עתה לתנאים, קידש החתן את הכלה לפני עדים, וצווחו כולם מזל טוב, כמו לגמרי עתה בשדוכין, והיה שם גם תנוקת, בזה יש סיבה לנערות שיבינו שבנותן לה מטבע או חפץ שתתקדש, שכן ראו לפעמים נתן כסף ולפעמים שוה כסף ... משא"כ במדינה זו שמעולם לא נשמע ענין כזה, ואין שום גדולה או קטנה, וגם בעלי בתים מפשוטי אנשים יודעים מאומה, שבנותן לה איזה דבר, וליכא חופה ולא רב וכתובה, דבזה שייך קדושין, אין להם רק חוכא וטלולא לומר דבר זה ... ועכ"פ בעובדא זו, שהבתולה נתגדלה מנעוריה במדינה זו ... שתהא לה ידיעה שיש מציאות קדושין בלא חופה ורב ולא בטבעת קדושין ... ומכ"ש קדושין בלא כל אלה, הסידור החופה, בודאי לא יעלה על דעת חכם לומר דליכא בזה אנן סהדי שלא ידעה מאומה". ולדבריו הסכים הגאון המחבר, דכיון שלא היה כל מעשה המוכיח על קדושין, לא סברה שיש במעשה הנער קדושין שתהיה לו לאשה. וכאמור, גם בנדו"ד נראה, דכ"ע יודעות שאינן מתחתנות אלא בחופה וקדושין, ורב וכתובה, ועושים מסיבה גדולה או קטנה, ומזמינים מראש לאולם או לבית, ובפרט שיש משמעות לפי הנהוג בחברה שלהם שכך גם מציעים נישואין עתידיים, וכך הם נהפכים לחתן וכלה, אין לחוש בזה.

וכך מצאנו גם בתש' הגרח"א וקס (אב"ד קאליש, נפש חיה, חאהע"ז סי' כא), באחד שבא לפרוע חוב, ואמר לה בזמן פרעון החוב, בפני עדים, הרי את מקודשת וכו', ובין השאר התיר הנפש חיה, שהאשה לא הבינה דנתן לה לשם קדושין, והכל לפי הענין; "אפשר לצדד כאן מסברא שלא ידעה ולא הבינה, שלא היה דעתה על הקדושין". וכן כתב שם בסי' כב, במי שגדלה כל ימיה בכפר, ולא ראתה חופה, ולא ידעה מהו לשון קדושין, ודאי לא עדיף מבחינתה לשון הרי את מקודשת, מלשונות אחרים, ואמדינן שלא הבינה שנותן לה לשם קדושין. ולדבריו הסכים בתש' פתחי שערים (לג"ר פתחיה הורנבלס, מו"ץ בורשא, סי' טו) שהסכים לדברי הריב"ן והנפש חיה. וכאמור, בנדו"ד יש לנו אומדנא דמוכח טובא, שהן הבחור והן הבחורה לא התכוונו לקדושין.

ולזה יש לצרף גם מה שכתב מהר"י אסאד (יהודה יעלה, חאהע"ז סי' יח), דכיון דרב מנגיד למאן דמקדש בלא שידוכין, והכל יודעים שהוא משום פריצותא, אומדנא דמוכח הוא על טענתם שלא כוונו לקידושין כי אם לשחוק והיתול, ואין זה דברים שבלב אלא דברים מוכיחים הם. וכתב שכן מצא בתש' אבני שוהם (סו"ס נח,

לגאב"ד העסין): "וגדולה מזו כתב מהר"ם לובלין בתש' סי' סד להתיר בלי גט באומדנא דמוכח שהיה רק שחוק והיתול, יען שלא זו הדרך בימינו לקדש שום אשה כי אם עד כניסתה לחופה וכו', והגאון מ"ב בתשו' טז שאין לחוש למעשה קידושין הללו בעד א' ובמעשה לשון נגד המנהג בלי חופה ובלי כנופיא, אין זה אלא מעשה הבל וריק. גם במהרי"ל תש' (סי' צו) הסכים מהר"ש להתיר בשביל כך". ובודאי גם הבחור וגם הבחורה, שקיבלו חינוך דתי, יודעים שאין לקדש בלא חופו"ק, ובלא רב וכתובה, ובודאי התכוונו רק להצעת נישואין, וכנ"ל.

ב. דעת מהר"מ בענין אומדנא בקדושין

והאחרונים דנו בדברי תש' מימוניות, שהביאם הרמ"א אהע"ז מב,א, שאין הולכים בעניני קידושין אחר אומדנות והוכחות המוכיחות שלא כיוונה לשם קדושין, מקור הדין מתש' מימוניות (נשים סי' א, והוא מתש' מהר"ם מרוטנבורג ד"פ סי' תתקצג, הובא גם במרדכי גיטין תנא, והגמ"ר קדושין סוף תקמח), בראובן שזרק לחיקה של לאה טבעת או כיוצ"ב, ותוך כדי דבור נענעה בגדיה להשליך הקידושין. ובתו"ד כתב מהר"מ, דאף שאמרה לאה שבליבה לא היה אלא לשחוק ולהתלוצץ עמו ומעולם לא רצתה להתקדש לו אלא לחוכא ואיטלולא בעלמא, דברים שבלב נינהו, ודברים שבלב אינם דברים. ואף די"ל דאנן סהדי שלא נתכוונה אלא להתלוצץ, וכל כי האי גוונא יש לילך אחר המחשבה, וכמו שמצאנו מקומות רבים בגמ' דאזלינן בתר אומדנא; "גבי קידושין משום חומרא דאשת איש לא נסמוך על אומדן דעתא לומר לא היה בלבה כך ודאי, וליכא אומדן דעתא דמוכח, כיון דאיכא נמי למימר איתתא בכל דהו ניחא לה". ומדברי מהר"מ יש ללמוד, שאם יש אומדנא דמוכח טובא שלא התכוונו או שלא התכוונה לקדושין, אין כאן קדושין, ורק אומדנא שאינה מוכח, לא אזלינן בתרה.

ועיין עוד בשב יעקב (ח"ב סי' כ), שבתוך דבריו הביא תש' מהר"מ הנ"ל, וכתב דהיכא דאין את הסברא של איתתא בכלדהו ניחא לה, כגון בנדון שם שהיתה המתקדשת כבר משודכת לאחר, מהני בזה אומדנא. ובחזו"א (אהע"ז נב,ג), כתב דכוונת מהר"מ שלא נסמוך על הכרעת הדעת להתיר אשת איש לומר שיש כאן אומדנא דמוכח; "דמי יערב לבו לזה, ומנין לנו שלא נתרצו, הוא נתרצה שאין חושש, והיא משום טב למיטב. אבל אם באמת הוא אומדנא דמוכח, ודאי דאין כאן קדושין, דאין חלוק קדושין משאר מילי". הרי דככל שיש אומדנא דמוכח שלא התכוונו לקדושין, אינה מקודשת.

ובחתם סופר (חאהע"ז ח"א סי' פה) דן בבחור שנתן לבחורה חישוק מחבית, ואמר לה הרי את מקודשת בטבעת זו כדמו"י, ואמר הבחור שלא התכוין אלא

לשחוק, והבחורה טענה שלא הבינה כלל מה אמר לה. ובסוף דבריו הביא תש׳ מהר״מ הנ״ל, וכתב דמבואר מדבריו דכשיש הוכחה וראיה ברורה לדברים שבלב, הוה דברים מהתורה, ורק משום חומרא דאשת איש אינו נכון לדון על דברים שבלב. ובנדון מהר״מ לא היתה כל אומדנא דמוכח, רק מה שנראה שלא היה אותו המקדש ראוי ונכון לאשה כמותה, וע״ז כתב מהר״מ שזו אינה אומדנא כלל, דאיתתא בכלדהו ניחא לה. ולפ״ז אם יש לנו הוכחות ממקום אחר דלא שייך לומר בכלדהו ניחא לה, ליכא שוב איסור דאורייתא אלא משום חומרת אשת איש. והיינו מהטעם ששניהם לשחוק התכוונו, ויש בזה אומדנא דמוכח, כמש״כ שם, ע״כ אין בזה איסור דאורייתא ורק חומרת אשת איש. ולכן בהצטרף אומדנא נוספת, שאין דרך להתקדש בדבר כזה, שאין אדם מגביה אותו מהקרקע ומשליכים אותו לאיבוד, ואין בנות ישראל מתקדשת בזה וכיוצא בזה: ״וע״כ להיתול ולשחוק עשו וליכא אלא משום חומרא דאשת איש, וכיון שכבר כתבנו לעיל שאין בקידושין אלו שום חשש איסור דאורייתא, א״כ כשיצורף לזה ג״כ אומדנא הלז, יש לסמוך להקל כדי לחוש קצת לכבוד בית אבי הנערה״.

ובתש׳ הגרי״א (עין יצחק, חאהע״ז, ח״א סי׳ מח) דן באלמנה שתבעה מאחד החזר חוב, וכשהחזיר לה החוב נתן לה מטבע ואמר לה הרי את מקודשת וכו׳. וכתב הגרי״א להקל, כיון שהמקדש אומר שהיתה כוונתו לשחוק והיתול, וגם כשנתן לה מטבע אמר; בטבעת זו, דדעת השב יעקב (מובא בפת״ש אהע״ז כז,ג) דהוי אומדנא שכיון לשחוק והיתול. והוסיף אומדנא דמוכח נוספת שהי׳ כוונתו לשחוק והיתול, דכיון שיש לו אשה ובנים, ודאי לא התכוין לקדשה ולעבור על חרד״ג. ואף שבתשובת חכם צבי (סי׳ קלה) כתב דיש לו אשה ובנים אין זה אומדנא ברורה, דעת הגרי״א דהוי אומדנא ברורה, מהרמ״א אהע״ז מה,א לענין חשש סבלונות, דכתב שם הרמ״א דהיכא שיש למיחש שעשה איסור כו׳, אין לחוש. ובבב״ש שם (ס״ק טו), דהוא הדין אם נשא אשה, דמוכח דלא קידש את זו, דאל״כ היה עובר על חרד״ג. וכתב הגרי״א, דכיון דכשיש אומדנא הוי איסור רק מדרבנן, וכמו שכתב החתם סופר (הנ״ל), דבמקום אומדנא ברורה אין לנו להחמיר רק מדרבנן. ועיי״ש שהתיר האשה להנשא בלא חשש. ועיין עוד בדברי זקני הגרמי״ל (זית רענן, ח״ב לד,ז).

עוד נראה לצרף מה שכתב הנצי״ב (משיב דבר ח״ד סי׳ כט) באחד שאמר לאלמנה אחת לשון הרי את שלי (בשפת האידיש, כשתרגומו כנ״ל): ״הלכה פסוקה בגמרא ושו״ע דהרי את שלי, הרי זו מקודשת, מ״מ נראה שזה הוא לפי אותו זמן שהיה מארסין מתחלה ולא היה ענין שיהא נקראת שלו אלא קידושין, אבל במדינה זו ובזה״ז שאין מארסין עד הנשואין, ומתחלה עושין קנין והיא נקראת כלה שלו והוא חתן שלה גם עד שלא נתארסה, א״כ אין שום משמעות בזה״ל על קידושין, אלא

את כלה שלי ואני חתן שלך". וגם בנדו"ד בזה"ז אין מקדשין ללא חופו"ק וללא שדברו קודם לכן, ממילא י"ל דהאשה ודאי לא הבינה שהוא לשון קדושין.

ובנדו"ד יש לצרף מה שהעדים עצמם ידעו והבינו, שהוזמנו לארוע בו יציע הבחור לבחורה נישואין, שכך נוהגים להזמין חברים למסעדה או ארוחה אצל חברים וכיוצ"ב, והם עצמם הבינו שמדובר בהצעת נישואין ולא בקדושין. כן נמצא בדברי יוסף (לגר"י אירגס, שהיה רב בליוורנו, סי' טו), שאם העדים הבינו שלא מתכוין לקדשה אלא לצחוק בעלמא התכוין, יש להתיר לעלמא בלא גט. וכך נמצא גם בערוך השולחן (אהע"ז מב,יב), וז"ל: "אמנם דבר זה צריך שיקול הדעת גדול, דוודאי אם העדים אינם מרגישין לפי עשייתן הגט והקדושין שאינו על דרך אמת, אף שידענו בבירור באומדנא דמוכח שלא כיונו בלבם לאמת, אין לנו לחוש לדברים שבלבם. אבל אם לפי עשייתם נראה לעדים להדיא שאינו אלא רק על דרך שחוק והיתול, בוודאי א"א לעשותן לקדושי ודאי, ואפילו לקדושי ספק יש להתיישב הרבה בזה". ולפ"ז כאמור בנדו"ד, שכל מה שארע שם היה ברור שמדובר בהצעת נישואין לעתיד ולא נישואין ממש בהווה, וכך גם ידעו העדים שלכך הוזמנו, ולא עלה בדעתם כלל שבאו לטקס נישואין, אין לחוש, ויש להתירה לעלמא בלא גט.

ג. אמירה לאחר שכבר נתן הטבעת

בנדו"ד יש עוד צדדים שיש לדון בהם להתיר. גם ממה שנתן לה הטבעת לפני שאמר, ורק אחרי הזמן של תוכ"ד שאל אותה אם רוצה להתחתן איתו. כמו כן הדברים נאמרו בלשון שאלה לא בלשון פעולה בהווה - שהוא מקדשה, ואף שלא גרע ממדברים בעסקי הקדושין, אך כאן היה לאחר הנתינה. ובתחילה בענין האמירה שהיתה לאחר הנתינה, ולכאורה כבר זכתה בטבעת בתורת מתנה, ואינו יכול לקדשה בטבעת שכבר זכתה בה.

המבי"ט (ח"א סי' נז) נשאל, בראובן שאמר לשמעון קח את הטבעת שלי לאות וסימן, ולך לביתי שיתנו לך פירות שנאכל, וקבל שמעון את הטבעת ולא רצה ללכת לבית ראובן. אמר לו ראובן, או שתחזיר לי את הטבעת, ואם לא תחזיר, תהא בתך מקודשת לי, ושתק שמעון, חזר ראובן ואמר לו פעמים ושלש; תחזיר לי הטבעת מיד, שאל"כ תהא בתך מקודשת לי, ושתק שמעון. והביא המבי"ט ראיה מהגמ' קדושין יב,ב – יג,א: ההוא גברא דקדיש בציפתא דאסא, אמרו ליה והא לית בה שוה פרוטה, אמר להו תיקדוש בארבע זוזי דאית בה, שקלתא ואישתיקא. אמר רבא הוה שתיקותא דלאחר מתן מעות, וכל שתיקותא דלאחר מתן מעות לאו כלום היא (שמתחילה כשקיבלתה והמעות היו בתוכה לא ידעה בהן, וכשידעה אחר כן ושתקה, שתיקה

דלאחר מתן מעות היא ולאו כלום היא, דהאי דשתקה משום דלא איכפת לה, מימר אמרה מעיקרא לאו אדעתיה דהכי קבילתינהו – רש"י). אמר רבא, מנא אמינא לה, דתניא, אמר לה כנסי סלע זו בפקדון, וחזר ואמר לה התקדשי לי בו, בשעת מתן מעות מקודשת, לאחר מתן מעות, רצתה מקודשת, לא רצתה אינה מקודשת ... קשו בה בפום נהרא משמיה דרב הונא בריה דרב יהושע, מי דמי, התם בתורת פקדון יהבינהו ניהלה, סברה אי שדינא להו ומיתברי מחייבנא בהו, הכא בתורת קדושין יהבינהו ניהלה, ואי איתא דלא ניחא לה – לישדינהו. פריך רב אחאי, אטו כולהו נשי דינא גמירי, ה"נ סברה אי שדינא להו ומיתברי מיתחייבנא באחריותייהו. שלחה רב אחא בר רב לקמיה דרבינא, כה"ג מאי. שלח ליה, אנן לא שמיע לן הא דרב הונא בריה דרב יהושע, אתון דשמיע לכו, חושו לה. ואף שדעת הרי"ף לפסוק כמ"ד חושו לה, כתב בטור (אהע"ז סי' כח) דדוקא כשבא לידה בתורת קדושין, כההיא דציפתא דאסא, משא"כ כשבא לידה בתורת פקדון. ולכן גם בנידון השאלה, כיון דהוי שתיקה דלאחר שכבר קבל הטבעת למטרה אחרת, אינה מקודשת; "כל שכן דהכא בנדון זה לא אמר בפירוש תתקדש בתך לי בו, דאסיקנא שתיקה דלאחר מתן מעות דלאו כלום היא כדאמרינן, אלא אם לא תחזור תהיה בתך מקודשת לי, וכיון דלא אמר בו, נראה שתהיה בתו מקודשת לו לעתיד שיקדשנה, דהא בברייתא דכנסי תניא דאמר לה תתקדשי לי בו, משמע דאי לא אמר בו דפשיטא דלא הויא מקודשת, דהוי כידים שאינן מוכיחות דלא הויין ידים". אמנם אם היתה אומרת הן בפירוש, ס"ל דמהני. ולכאורה בנדו"ד הוי שתיקה שלאחר מתן מעות, וגם לא אמר שמקדשה בטבעת זו, ואף לא אמרה בפירוש הן, אלא משמעות התנהגתה היתה חיובית. וכל זה בנדון שלא הביעה הסכמה חיובית לאחר מתן מעות.

ולכאורה יש להעיר בלשון הרמב"ם והשו"ע. דהרמב"ם (אישות ג,א) כתב דקודם אומר ואח"כ נותן: "כיצד האשה מתקדשת ... אומר לה הרי את מקודשת לי ... ונותנן לה בפני עדים". והמחבר בשו"ע כז,א כתב דנותן ואח"כ אומר: "בכסף כיצד, נותן לה בפני שנים פרוטה או שוה פרוטה, ואומר לה: הרי את מקודשת לי בזה ...". והמעין בטור (אהע"ז סי' כז), יראה שנקט נותן ואח"כ אומר: "בכסף כיצד, נותן לה בפני שנים פרוטה או שוה פרוטה ... ואומר לה הרי את מקודשת". והמחבר בשו"ע נקט כלשון הטור ולא כלשון הרמב"ם. ולא ראיתי באחרונים שהעירו בענין השינוי בין לשון הרמב"ם, ללשון הטור והשו"ע. ואף בב"י לא ציין שיש כאן מחלוקת. ולכן נראה דאין מחלוקת בין הרמב"ם לטור והמחבר, דאמירה והנתינה צריכים להיות ממש כהדדי, שמיד עם הנתינה יסיים אמירתו. וראיתי בכנה"ג (אהע"ז סי' כז, הג"ט ס"ק ח), שהביא בשם מהר"א ירושלמי, במחזור רומניא, וז"ל: "לא יתן הקדושין ואח"כ יאמר הרי את מקודשת לי, דהוי מקדש במלוה, אלא יאמר

תחלה ואח״כ יתן הקדושין״. והטעם שאם יתן לפני האמירה, כבר זכתה בתורת מתנה, ואיך יקדשה. ואף אם אינו בתורת מתנה, אפשר דחשיב כפקדון או מלוה, וצריך ליתן לה לשם קדושין.

וכך נמצא בדברי המקנה (בקו״א סי׳ כז סוף סע׳ ג), שאם נתן למתקדשת טבעת ללא דבור, ומיד תוך כדי דיבור אמר לה הרי את מקודשת וכו׳, לא אמרינן בזה תוך כדי דיבור כדיבור, דאם נתן לה לשם מתנה, אינו יכול לחזור בו, דבכל ענין שמוכר או נותן לחבירו וקנה במשיכה או בקנין, שיוכל לחזור בו תוך כדי דיבור, ואדרבה גבי הקדש דאין יכול לחזור בו תוך כדי דבור, דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט דמי. משמע להדיא דלאחר מסירה להדיוט אינו יכול לחזור אפי׳ תוך כדי דבור. וכתב המקנה דנראה הטעם דלא אתי דיבור ומבטל מעשה. אלא דלכאורה קשה מנדרים פז,א, דתוך כדי דיבור כדיבור דמי חוץ ממקדש ומגרש, והרי מקדש ומגרש איכא מעשה, ולכאורה אפי׳ מכירה ומתנה נמי: ״ונראה דלא קשה מידי, כיון דמקדש ומגרש קי״ל דבעינן דיבור עם המעשה, אבל אם נתן לה גיטה וקדושין סתם, אף שהיה כוונתו לקדושין אפי׳ באמרה היא לא מהני, משום דבעינן דוקא דיבורו עם המעשה, א״כ כיון דבתוך כדי דבור מבטל דיבור ראשון, הוה אמינא דממילא הקדושין וגירושין בטילין, כיון דבטל הדיבור הראשון הוי כמעשה בלא דיבור, קמ״ל חוץ מבמקדש ומגרש. אבל במכר ומתנה דאין צריך אמירה, פשיטא דאינו יכול לחזור אחר המשיכה אפי׳ תכ״ד, וא״כ כיון דחיישינן שנתן לשם מתנה, אין תקנה אפי׳ אם אמר תכ״ד, אלא צריך לחזור וליטול כמ״ש הרמ״א, וכ״ש היכא דלא אמרה הן, דה״ל כשתיקה לאחר מתן מעות, לכך צריך ליזהר המסדר קדושין שיגמור אמירתו קודם שנתן הטבעת בידה״. ומבואר במקנה דאם נתן לה קודם הטבעת, יש לחוש שנתן לה בתורת מתנה, כיון שלא אמר לה קודם שנותן לשם קדושין, וצריך לחזור וליטול ממנה ולקדשה. וכן הדין בנדו״ד, שודאי נתן לה בתחילה לשם מתנה, שתסכים להיות משודכתו, לא יכול לקדשה אח״כ בטבעת שכבר נתן לה לשם מתנה.

אולם מהרא״ל צונץ (טיב קדושין כז,יט) חלק על המקנה, דמש״כ המקנה תוך כדי דיבור לא מהני בקנינים, נעלמו ממנו דברי המחבר בשו״ע חו״מ קצה,ז, דבכל קנינים תוך כדי דיבור כדיבור. גם מה שכתב טעם להקדש שאין יכול לחזור תוך כדי דיבור, הגם שכך כתב הרמב״ם, בש״ך (חו״מ רנה,ה) תמה עליו שהוא נגד הש״ס ב״ק עג,ב, הגם שיש למשכן נפשן עבור דברי הרמב״ם, תמוה איך כתב כן בפשיטות; ״ואם כן מה שכתב שצריך ליזהר שיגמור אמירתו קודם שיתן הטבעת בידה, לא ידענא זהירות זה למה, הרי ידוע שמוכן ליתן בשביל קידושין, ואדעתא דהכי נותן לה, ולא זכתה מעולם רק על דעת קידושין״. וכן הקשה באבני מילואים כז,ט. ועיין בשולחן העזר (לג״ר יצחק צבי לעבאוויץ, רב בטשאפ, צכיה, סי׳ ח,ב

ס״ק ה) דצריך להחזיק הטבעת בידו בשעת האמירה, ורק אחר שגומר אמירתו, מסלק ידו מהטבעת. וזה כדברי המקנה. וכאמור, בנדו״ד שודאי התכוין בתחילה לשם מתנה, לא מהני מה שאמר לה אח״כ. ואף למהרא״ל מהני רק תוך כדי דבור, ונראה דבנדו״ד שודאי י״ל שהנתינה בתחילה לשם מתנה, יודה דלא מהני האמירה דאח״כ, אם האמירה חשיב כקדושין.

ובמקום דלא הוי קדושין, קיי״ל שצריך לחזור וליטול הימנה ולחזור ולתת לה, ובנדו״ד נתן לה ולא חזר ונטל לפני שאמר ושאל אם תנשא לו. דהנה הרשב״א (קדושין ו,א) כתב דבאופן שנותן לה בשתיקה ואינה מקודשת, או בלשונות שאינה מקודשת, אם חוזר ואומר לה לשון דמהני, צריך לחזור וליטול הימנה ולתת לה מחדש. ואף לרבי בגיטין שאין צריך לחזור וליטול (גיטין עח,א), בקדושין צריך לחזור וליטול: ״ומיהו נ״ל דהכא אפי׳ לרבי דאמר אינו צריך שיטלנו ממנה, הכא צריך הואיל וקנאתו לגמרי, דהא אי בעי למיהדר, לא מצי הדר, דמימר אמרה ליה את בסתמא יהבת, ואנא למתנה איכווני, וכיון שכן אינה מקודשת עד שיטלנו ממנה ויחזור ויתננו לה, והויא לה ככנסי סלע שאני חייב ליכי, ולאחר שנטלתו א״ל התקדשי לי בו, דאפילו רצתה אינה מקודשת עד שיטלנו ממנה, ודמיא למאי דאמרינן בגיטין פ׳ המגרש (פד,ב) גבי כיצד יעשה יטלנו ממנה כו׳, אפילו תימא ר׳, דילכון אמר שאני הכא הואיל וקנאתו ליפסל בו, והכא דכותה היא ועדיפא מינה דקנאתו לגמרי״. מבואר דכיון דסבורה שקונה לשם מתנה, לא מקודשת אם לא יחזור ויטול הימנה ויחזור ויתן לה כשאומר לשון קדושין. ודברי הרשב״א הביאם להלכה הרב המגיד (אישות ג,ח), וכן פסק הרמ״א (שו״ע אהע״ז כז,ג).

והט״ז כז,ז הקשה על פסק הרמ״א (כרשב״א), דבשלמא גבי גט צריך שיאמר בשעת נתינה דוקא הא גיטך, ולא מהני אם היה הגט כבר בידה בתורת פקדון, ולכן אין תקנה אלא בחוזר ונוטל וחוזר ונותן. אולם לענין קידושין דמהני אם היה כסף כבר בפקדון בידה, וכמו שפסק בשו״ע אהע״ז כח,ו, דבאומר התקדשי לי בפקדון שבידך, סגי במה שתאמר האשה הן, והוא הדין בזה, דכיון דקידושין הראשונים אינם כלום, הו״ל הכסף עכ״פ בתורת פקדון בידה וצריכה להחזיר לו, ואמאי לא מהני אם אומר לה אח״כ תתקדש לי בכסף שנתתי לך קודם לזה והוא בידך והיא אומרת הן, ונשאר בצ״ע. ובסי׳ כח,ח כתב הט״ז; ״וכבר כתבתי בסי׳ כז סעיף ג׳ במקום דלא הוי לשון קידושין וחזר ואמר לה לשון קידושין כדין ואמרה הן, דמועיל אע״פ שלא חזר ולקח הכסף ממנה קודם, דהוי כמו פקדון דכאן״. הרי שפסק דלא כרמ״א, ומהני אף אם לא חזר ונטל הימנה, רק אם אמר לה התקדשי לי ואמרה הן, אף שהיתה הטבעת בידה קודם לכן, הוי קדושין.

והב״ש (כז,יג) הוסיף להקשות, דבהלכות גיטין מבואר דכשנתן לה הגט ולא היתה נתינה כשרה, אין צריך לחזור וליטול ממנה הגט וליתן לה מחדש וסגי באומר לה הרי זה גיטך. וצריך לחזור וליטול רק באופן שהיתה מגורשת קצת מהנתינה הראשונה, דבזה צריך לחזור וליטול ממנה וליתן לה, אבל אם לא היתה מגורשת כלל מחמת הנתינה הראשונה, אין צריך וליטול ממנה, והביא שם קושית הט״ז, כנ״ל. ומשמע מהב״ש שהסכים לט״ז. אולם בח״מ (כז,י), אף שלא הזכיר קושית הט״ז, כתב לחלק בין נתן לה קדושין באופן שאינה מקודשת, לנותן לה בתורת פקדון, דבנותן לה בתורת פקדון, כיון שיודעת שבידה בתורת פקדון, יכול לקדשה מבלי ליטול ממנה, משא״כ בנותן לה סתם והיא סבורה לשם מתנה, הרי מקדשה בחפץ שלה, ואינה מקודשת אא״כ יחזור ויטול ממנה: ״דהכא מירי שהוא נתן לשם קדושין בשתיקה, והיא לא נתכוונה בשעת קבלה רק לשם מתנה, אע״פ שאמר לה אח״כ הרי את מקודשת, צריך לחזור ולטול, דצריכה היא לידע בשעת קבלת הכסף שנותן לה לשם קדושין ולא לשם סבלונות ומתנה, אבל אם היא קבלה לשם פקדון, ודאי די בזה שיאמר הרי את מקודשת לי בפקדון שיש בידך״. ובזה יש לישב קושית הט״ז, אף שלא הזכיר מדבריו.

וכדברים אלו נמצא בלח״מ (גירושין א,ט): ״ויש לומר, דמאי דכתב הרשב״א הוא היכא דיהביה סתם, ומשום הכי אפילו אמרה אחר כן אינה מקודשת, משום דדילמא מעיקרא מתנה יהביה ניהלה, אי נמי מלוה הוא, והמקדש במלוה, אפילו היה בעין, אינה מקודשת, ומשום הכי צריך לשוב לקחתו, אבל גבי פקדון הרי פירש לה מעיקרא דבתורת פקדון יהביה ניהלה, דהכי אמר לה כנסי פקדון זה וכו׳, ומשום הכי באמירה אחר שנטלתו סגי״. דדוקא בפקדון יכול לקדשה מבלי שיטול ממנה, מפני שבפקדון החפץ של המקדש, משא״כ בנותן בשתיקה, וסברה שנותן מתנה. וכן מבואר בגר״א (אהע״ז כז,כא): ״דכה״ג שקנתה, אפי׳ רבי מודה כמ״ש בגיטין פד,ב דילכון אמר כו׳, וכ״ש הכא דקנאתו לגמרי, ובזה מתורץ קושית ב״ש וט״ז״.

וכן מבואר במקנה (קו״א כז,ג) שהקשה על הב״ש, שלא הביא דברי הרשב״א המחלק בין פקדון לקדושין, דבקדושין סבורה שנתן לה לשם מתנה. עוד הוסיף המקנה, דבגט כשאמר לה כנסי שטר חוב זה, דקי״ל כרבי דאין צריך לחזור וליטלו ולא אמרינן למתנה נותנו לה, דיש לחלק בין גט לקדושין, דבקדושין כיון דהוי ספיקא אם נתן לה לשם מתנה, אין יכול להוציא מיד האשה המוחזקת, משא״כ בגט דקי״ל דאין לאשה חזקה בנכסי בעלה, וכ״ש בכנסי שטר חוב, דלא שייך שתאמר שנתן לה במתנה, ומן הסתם לפקדון נתן כיון דהוי בחזקתו, משא״כ בקדושין יכולה להחזיק בו לשם מתנה. ועיין לעיל מה שהובאו מדברי המקנה, דלא מהני בזה תוך כדי דבור. ועיין באבנמ״ל כז,ט, דאפי׳ נימא דכל בסתמא לאו לשם מתנה, וכמש״כ

בקצוה״ח שסג,ט בשם הר״ן והרשב״א (כתובות סג,ב מעמוה״ר), ושם מבואר דכל בסתמא לא הוי לשם מתנה, מ״מ פקדון נמי לא הוי, אלא כל בסתמא הוי הלואה ורשאי להוציאן, דאדעתא דהכי נתן בסתמא; ״ואולי גם הרשב״א שכתב דאי בעי למיהדר, לא מצי דמימר אמרה את בסתמא יהבית ואנא למתנה אכוין, היינו כיון דאיהי כוונה למתנה, נהי דלא יהביה לשום מתנה, הו״ל הלואה עכ״פ, דאם לא כוונה לזכות בהם, לא הוי הלואה, ועדיין דברי הרשב״א צ״ע״. וע״ע בטיב קדושין כז,יח. ומכל הלין י״ל דבנדו״ד שנתן לה בשתיקה, ולא דיבר עמה תחילה על עסקי קדושין, זכתה, אם בתורת מתנה או בהלואה, וכדי לקדשה היה צריך לחזור וליטול ממנה הטבעת, ומדלא עשה כן, אינה מקודשת במה שאמר לה לשון שאולי היה מקום לומר שהוא לשון קדושין.

ד. בלשון שאלה

ובנדו״ד גם אמר לה בלשון שאלה ולא בהחלטיות, ולכאורה יש לדון אם מהני כשאומר לאשה ומקדשה בלשון שאלה. ונראה להביא ראיה דאין חסרון במה שאומר לה בלשון שאלה, מגמ׳ קדושין ח,ב – ט,א: ההוא גברא דהוה קא מזבין חומרי פתכייתא (שעושין של בדיל, וחורזין הרבה מהן בחוט אחד, ועושין אותו כמין ענק ונושאין בצואריהן למכור. ויש גורסין פתכייתא, והן של זכוכית כמין טבעות דקים – רש״י), אתאי ההיא איתתא, אמרה ליה הב לי חד שוכא, אמר לה אי יהבינא ליך מיקדשת לי (בלשון שאילה), אמרה ליה הבה מיהבה, אמר רב חמא כל הבה מיהבה לאו כלום הוא. ההוא גברא דהוה קא שתי חמרא בחנותא, אתאי ההיא איתתא אמרה ליה הב לי חד כסא, אמר לה אי יהבינא ליך מיקדשת לי, אמרה ליה אשקויי אשקיין, אמר רב חמא כל אשקויי אשקיין לאו כלום הוא. ההוא גברא דהוה קא שדי תמרי מדקלא, אתאי ההיא איתתא א״ל שדי לי תרתי, אמר לה אי שדינא ליך מיקדשת לי, אמרה ליה שדי מישדא, אמר רב זביד כל שדי מישדא לאו כלום הוא. ומבואר בגמ׳ להדיא, שאין חסרון במעשה הקדושין, כאשר נתן לה ושאל אותה אם תסכים להנשא לו, והיא ענתה בצורה ראויה שכן, דעצם האמירה בלשון השאלה לא הוי חסרון באמירה של המקדש. אולם יש נפק״מ אם לא ענתה הן אלא שתקה.

וברשב״א (קדושין ט,א) כתב בבאור הדברים, דיש אומרים שאינה מקודשת, משום דאדבורא קמא קא סמכה, אבל אם היוזמה לכל הענין היה של המקדש, לא שהאשה בקשה את הפתכייתא אלא המקדש מיוזמתו שאל אותה שאם יתן לה את הפתכייתא האם תסכים להתקדש לו, וענתה הבה מיהבא וכדי, הרי היא מקודשת; ״אי אמר לה איהו מעיקרא אי יהיבנא לך מקדשת לי, ואמרה הבה, א״נ הבה מיהבה ושדי או אשקי – מקודשת, דהבה מיהבה כדקאמרת הוא דקאמרה ומקודשת״. והביא

הרשב״א אחרים שאמרו, דאם חזר המקדש בשעת הנתינה וא״ל התקדשי לי בו, הרי זו מקודשת, ומשמע שאם לא חזר ואמר לה בשעת הקידושין כנ״ל, אף אם היה הדבר ביוזמתו, כיון שלא אמרה לו הן אלא הבה מיהבא, אף שהשאלה באה ממנו ולא מרצונה בפתכייתא, לא מהני אלא באמירת הן מפורשת שלה: ״ומסתברא דטעמא דמלתא, משום דכיון דאיהו בלשון שאלה קאמר לה, אי יהיבנא לך מקדשת לי, ואיהי לא אמרה לו אין אלא הבה, גליא דעתה דלא בעיא בקדושיו, דא״כ לימא ליה אין, אלא מתנה היא דקא בעיא מיניה, והיינו דאמרינן כל הבה מיהבא לאו כלום הוא, דאלמא עיקר טעמא משום הבה דקאמרה השתא הוא ולא משום הב לי דקאמרה מעיקרא״. הרי דבכל ענין אם אומר לה בלשון שאלה והיא אומרת הן, הרי היא מקודשת, ורק כשאינה אומרת הן, מגלה דעתה שאינה חפצה להתקדש.

ואם היא שותקת לאמירתו, ס״ל לרשב״א דמקודשת, דעדיפא מהבא מיהבא: ״ואי אמר לה אי יהיבנא לך מקדשת לי ושקלתיה ואישתיקא מקודשת, דהשתא לא גליא דעתה דלא נסיב לה לקדושין, וחזקה אתרצויי אתרצית לקדושין ושקלת. וראיה לדבר, מדאמרינן לקמן גבי מעשה דורשכי יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי, הא לאו הכי מקודשת, דטפי עדיף שותקת מהבה או אשקי, דשותקת כמודה, והבה או אשקי אחר שאלה, כאומרת איני רוצה בקדושין אלא במתנה, כנ״ל״. מבואר מדברי הרשב״א, דאם אמר לה בלשון שאלה ושתקה, אף שלא אמרה הן במפורש, הרי היא מקודשת. ומשמע מדברי הרשב״א, דהדין נותן בין אם היא שאלה אותו בתחילה או שהוא ביוזמתו שאל אותה, אם שתקה הרי היא מקודשת.

וברמב״ם (אישות ד,ה) מדויק לכאורה דדוקא בענתה הן לשאלתו מקודשת, אבל בשתקה, אינה מקודשת ודאי, ואפשר שכלל לא מקודשת, וז״ל: ״היה מוכר פירות או כלים וכיוצא בהן, באת אשה ועמדה ואמרה לו תן לי מעט מאלו, ואמר לה אם אתן ליך תהי מקודשת לי, אם אמרה הין ונתן לה, הרי זו מקודשת, אבל אם אמרה לו תן לי מהן או השלך לי או דברים שעניינם לא תשחק עמי בדברים אלו אלא תן בלבד ונתן, אינה מקודשת״. ומדברי המגיד והכס״מ מבואר, דאה״נ ואין חילוק בין שתקה לאמרה הן, וכדעת הרשב״א הנ״ל. ועיין במל״מ שם (אישות ד,ה) בהסבר דעת הרשב״א, מתי מהני שתיקה ומתי לא. ועיין עוד במהרי״ט (חאהע״ז סי׳ לח) שדן בענין זה באריכות, ובבאור דעת הרמב״ם.

והנה בהגמ״ר (סוף גיטין סי׳ תע) נשאל בענין בחור שדיבר עם נערה להלוות לו מעות על קרס של כסף, והראה לה הקרס. אח״כ אמר לה תרצי להתקדש בו אם אתנהו לך, והתחילה לשחוק, וחזר ואמר לה הרי הוא לך לשם קדושין; ״ממש בזה הלשון אמר לה, ולא אמר לה הרי את מקודשת לי בזה הקרס״. ורצה הר״ר

נתן להתיר מצד ידים שאינן מוכיחות. והקשה, דלא גרע ממדבר עמה על עסקי קדושיה. ועיי״ש שמבואר דאף אם אמר בלשון שאלה, הרי דינו כמדבר עמה על עסקי קדושיה, והוי קדושין אף בלא אמירה מפורשת ובשתיקה. וכן מבואר בתש׳ מהריב״ל (ח״ב סי׳ ס, מבנו הר״ר דוד), בראובן ששאל אשה אחת אם תרצה להתקדש, והיא שתקה ולא ענתה לא הן ולא לאו, ומיד נתן לה שוה כסף בשתיקה ולא דבר כלל, ושאל השואל אם מקודשת כיון שדבר עמה על עסקי קדושין, או כיון ששתקה כשאמר לה תרצי להתקדש לי ולא ענתה הן, לא חשבינן ליה מדבר על עסקי קדושין. ועיי״ש שהביא דברי מרדכי הנ״ל, וכתב דבנדון שם היא מקודשת גמורה מכמה טעמים. דמסתברא דכיון דלא מיחתה אלא שתקה, ובהיותם עסוקים באותו ענין קבלה הכסף בידה, ודאי דלשם קדושין התכוונה. ואף אם לא היה מדבר עמה אלא שהיה לפניה עם העומדים, ואמר להם שהיה רוצה לקדשה והיא שומעת, מסתברא דלשם קדושין נתכוונה. ועוד, דודאי דקושית הרב הנזכר במרדכי קושיא אלימתא היא וכו׳. אלא ודאי דבכל גווני כיון דהיא ידעה דרוצה לקדשה ולא מיחתה, ונתן לה כסף או שוה כסף וקבלה בשתיקה, הויא מקודשת. וע״ע בתש׳ מהר״מ פאדווה (סי׳ כט). ועיין גם בכנה״ג (אהע״ז סי׳ כז, הגה״ט ס״ק לח): ״הא דמדבר עמה על עסקי קדושיה מהני, היינו ששמעו העדים שאמר המקדש תירצי להתקדש והיא אמרה אין״. מבואר דלשון שאלה הוי גם מדבר על עסקי קדושיה. ומכל הלין יש ללמוד דמצד חסרון זה בלבד, מה שאמר לה בלשון שאלה, לא הוי חסרון לענין מעשה הקדושין, בפרט אם לא שתקה והבנו ממעשיה ודבורה שמסכימה להנשא לו.

ה. כשלא אמר שרוצה לקדשה בטבעת זו

בהגמ״ר הנ״ל (גיטין תע), בשאלה הנ״ל, הביא דעת הר״ר נתן, דלא מהני הקדושין אם לא אמר לה שמקודשת בחפץ זה, דבעינן ידים מוכיחות. ובהגמ״ר שם כתב, ופליאה דבר זה בעיני, מי גרע מאילו שתק ולא אמר לה לשם קדושין דמהני כיון שהיה מדבר עמה על עסקי קדושיה; ״והכא נמי הרי היה מדבר עמה, ששאל לה״. ולכאורה כדעת הר״ר נתן יש לדייק גם מדברי הרמב״ם (אישות ג,א): ״כיצד האשה מתקדשת, אם בכסף הוא מקדש אין פחות מפרוטה כסף או שוה פרוטה, אומר לה הרי את מקודשת לי, או הרי את מאורסת לי, או הרי את לי לאשה בזה ...״. וכן בעוד הלכות ברמב״ם, בהל׳ אישות בפ״ז, שאומר לה שמקדשה בזה. וכן בהל׳ אישות ג,ה לענין קדושי ביאה: ״ואם קידש בביאה, אומר לה הרי את מקודשת לי או הרי את מאורסת לי או הרי את לי לאשה בבעילה זו, וכל כיוצא בזה״. ואף שלענין שטר, לא הצריך הרמב״ם שיאמר שמקדשה בזה השטר, עיין ברמב״ם הל׳ אישות ג,ג: ״ואם קידש בשטר, כותב על הנייר או על החרס או על העלה ועל כל

דבר שירצה, הרי את מקודשת לי או הרי את מאורסת לי, וכל כיוצא בדברים אלו, ונותנו לה בפני עדים". ובחילוק בין קדושי כסף וביאה לקדושי שטר, כתב בזכר יצחק (לגר"י מפוניבז, ח"א סי' טז), דבשטר אינו מדבר כלום בע"פ, כשיטת הרמב"ם (גירושין א,א), דמהתורה לא צריך אמירה, דנתינת הגט היא כאמירה, והוא הדין בקידושין בשטר, ורק מדרבנן צריך אמירה בגט (גיטין עח,א), אבל בקידושין שהוא להקל, לא החמירו, וכל שאינו מדבר כלום, לא שייך לומר דבדיבורא מקדש לה.

ומאידך, מצאנו להדיא בדברי המאירי (קדושין ה,ב), שאין צריך לומר בחפץ זה, ולשון זו הינה רק לשופרא דמילתא, וז"ל: "עיקר קדושי כסף הוא, שיהא האיש נותן לאשה כסף או שוה כסף, ויאמר לה הרי את מקדשת לי או הרי את מאורסת לי או הרי את לי לאינתו, ואין צריך לומר בדבר זה, אלא שהלשון מבורר יותר בכך כמו שהתבאר". מבואר להדיא במאירי שאין צריך לומר שמקדשה בחפץ מסוים. ולכאורה לאמור לעיל, באנו למחלוקת ראשונים אם הוי קדושין כשלא אמר שמקדשה בחפץ זה, וכנדו"ד, שאף אם היה אומר שמקדשה כעת, הרי לא אמר שמקדשה בטבעת שנתן לה.

ומצאנו באחרונים הסוברים דהוי ידיים שאינן מוכיחות בלא אמירה "זה". כן כתב המבי"ט (ח"א סי' רצא), וז"ל: "... שאמר לה תהא לי מקודשת ולא אמר בזה, ואע"ג דבברייתא דכיצד בכסף תניא, אמר לה הרי את מקודשת לי, הרי את מאורסת לי וכו', ולא תניא בכסף זה וכו', היינו משום דלא אתייא הך ברייתא אלא לאורויי לן לישנא דקידושין, דצריך לומר הרי את מקודשת לי, ולא סגי אי לא אמר לי דהויין ידים שאינם מוכיחות, ולא נחית לפרוע בלישנא דקידושין במה מקדשה, דהא תנא ברישא בכסף או שוה כסף, אבל אין הכי נמי דצריך לפרושי בכסף זה או בטבעת זו. וכן כתב הרמב"ם ז"ל ריש פרק שלישי, או הרי את לי לאשה בזה, וכן בבעילה זו ... ואע"ג דנראה דהיינו לכתחילה אבל בדיעבד אפילו לא אמר בזה, כיון שנתן כסף או שוה כסף ואמר לשון קדושין מהני, נרא' לי דהיינו בלשון הקידושין, כי הא דתניא הרי את מקודשת לי, דמשמע דעכשיו מתקדשת לו במה שנותן לה. אבל הכא בנדון דידן דאמר תהא לי מקודשת, הוה צריך לומר בזה, דלישנא דתהא משמע לעתיד תהיי מקודשת, ובשלמא בהרי את, הרי הוא מקדשה מעכשיו, ופשיטא דבמה שנותן לה הוא מקדשה, אבל בתהא צריך לומר בזה, דלא לישתמע דמדבר לה שתהא מקודשת לו לעתיד כשיתן לה דבר אחר, או שתשמור זה שנתן לה לכשיקדש אותו". מבואר במבי"ט, דבדיעבד מהני בלא אמר בזה, דוקא כשאומר בלשון הווה, הרי את מקודשת לי, משא"כ בלשון עתיד, תהיי מקודשת לי, אם לא אמר בזה, משמע דלא מהני. (ודברי המבי"ט הביאם גם הבאה"ט אהע"ז כז,ג). וכן מצאנו למהר"י חגיז (הלכות קטנות, ח"א סי' מד): "שאלה, האומר לאשה

הרי את מקודשת לי, ונתן לה הכסף ולא אמר בזה. תשובה, האי מלתא תליא בבעיא דלא אפשיטא אי בעינן ודין או לא בעינן (גיטין פה,ב)". ודברין מכוונים למחלוקת המובאת במשנה גיטין פה,א-ב, דת"ק ס"ל דגופו של גט, הרי את מותרת לכל אדם, ורבי יהודה ס"ל דגופו של גט הוא ודן דיהוי ליכי מינאי וכו'. ובגמ' שם, במאי קמיפלגי, רבנן סברי ידים שאין מוכיחות הויין ידים, ואף על גב דלא כתב לה ודן, מוכחא מילתא דבהאי גיטא קא מגרש לה. ור' יהודה סבר ידים שאין מוכיחות לא הויין ידים, וטעמא דכתב לה ודן, דמוכחא מילתא דבהאי גיטא קא מגרש לה, אבל לא כתב לה ודן, אמרי בדיבורא גרשה ושטרא ראיה בעלמא הוא.

וכן נמצא בתש' אהל אברהם (לגר"א קרפנס, תלמיד הכת"ס, סי' יא, תש' מהגר"מ כץ), דהראשונים פסקו בקדושין (ה,ב) כשמואל, דידיים שאין מוכיחות לא הויין ידיים, ולכן כשאמר הרי את מקודשת ולא אמר לי, אינה מקודשת. ולכן שלא אמר בטבעת זו, הוי ידיים שאין מוכיחות, דאפשר שאינו מקדשה בזו הטבעת אלא בחפץ אחר. ואף דבגט אם לא כתב ודן הוי איבעיא דלא איפשיטא ופסקינן להחמיר, דבגט אינו יכול לגרשה בדיבור רק בגט, ממילא י"ל דהוי ידיים מוכיחות, משא"כ בקדושין יכול לקדשה בחפץ אחר. ואף דלענין אם לא אמר מקודשת לי, הרמ"א כתב להחמיר, דבשו"ע אהע"ז כז,ד פסק: אמר לה הרי את מקודשת, ולא אמר לי, אינה מקודשת. וכתב הרמ"א דכן עיקר, אולם הביא דעת הרשב"א, הרמב"ן והרא"ש, המחמירים וסוברים דהוי קדושין, כבר כתב שם הב"ש ס"ק יד, דאף לדעת המחמירים, אם יש עוד ריעותא או היכא דאינו אלא ספק קידושין, אין להחמיר.

ומדברי החת"ס (חאהע"ז סו"ס קז) מבואר דמקודשת אף בלא אמר בזה, ודעת הר"ר נתן הינה דעת יחיד: "ואמנם מה שיש לדקדק הוא זה בדברי הר"ר נתן שהאריך לומר שלא אמר הרי את מקודשת לי בקרס זה ומה רצה בקרס זה שהאריך. ונלע"ד בדברי ר' נתן דהוה ס"ל כי היכא קפידא בגט למכתב ודין, להך מ"ד דלא נימא שטרא ראיה בעלמא ובדיבורא מגרש, הכי נמי צ"ל בקידושין בחפץ זה, לולי כן י"ל מילי בעלמא וסיפור דברים קאמר הרי את מקודשת, וזוזי מתנה בעלמא יהיב. וכך נראה דעתו, ודעת יחיד הוא לפע"ד, ולא לשתמיט אחד מהפוסקים דליקפד למימר בטבעת זו. ונראה אפילו לא אמר לי ואך יש שום הוכחה שמשלו קדשה, כמו בקרס שרצה להשכינו על הלואה, אפ"ה לא צ"ל זה, ולא נימא הרי את מקודשת לאינש דעלמא מכבר, והכסף במתנה יהיב להּ". אמנם בהמשך דבריו נראה שצירף לדעת הר"ר נתן לסברת הדין.

ומצאנו לעוד אחרונים שכתבו שאין לחוש אם לא אומר שמקדשה בחפץ זה. כן נמצא בשב יעקב (סי' כ) שאינו אלא לרווחא דמילתא. וכן בחדושי הרי"מ

(אהע״ז כז,ו), דאינו אלא לכתחילה. גם בתש׳ קול אליהו (ח״א חאהע״ז סי׳ ה) הביא דעת הלכות קטנות (הנ״ל) וספר בית דוד (חאהע״ז סימן כ), דלא מהני אם לא אמר בזה. וכתב דלענ״ד נראה דאין צריך שיאמר בזה, מהא דקדושין ח,א, הרי את מקודשת לי במנה ונתן דינר, ה״ז מקודשת מעכשיו וישלים, דכיון דאמר לה במנה ונתן לה דינר, הו״ל כאילו אמר ע״מ להשלים מנה. והקשו מברייתא אחרת, והעמידה הגמ׳ הברייתא השניה שאמר במנה זה. מבואר דברייתא קמייתא מיירי כשאמר הרי את מקודשת במנה ולא אמר בזה, דהא פירוש במנה הוא ע״מ להשלים מנה, ומקודשת באותו דינר. וכן הוכיח מקדושין ה,ב; בקידושין נתן לה כסף וכו׳ ואמר לה הרי את מקודשת הרי את מאורסת וכו׳, למימרא דסבר שמואל ידים שאינן מוכיחות וכו׳, הכא במאי עסקינן דאמר לי. ומדברי המקשן משמע שהבין דהך לישנא ממש קאמר לה, ואמאי לא הוקשה לו על מה שלא אמר בזה. גם מתרוץ הגמ׳ דאמר לי ולא קאמר בזה, מוכרח דקיצר לשונו, דאלת״ה תיקשי לך דהא לא אמר בזה. ומדלא הכריח כן, משמע דלא קפדינן בהכי. ובנדו״ד לכאורה אפשר לצרף דעת הסוברים דלא הוי קדושין, או לכל הפחות הוי ספק קדושין.

מהאמור לעיל יש צדדים להקל שלא לאסור הבחורה הנ״ל לעלמא ללא גט. אמנם יש לשוב ולמחות באותם שעושים בקלות דעת מעשים שיכולים ליצור מציאות של קדושין או ספק קדושין, ונודע בעבר על מקרים של קדושין ממש, בדרך של שחוק וקלות דעת, ולעיתים היו עדים ספק כשרים, ומהומה רבה, והדבר נודע לאחר זמן רב, ובמקרים מסוימים אחרי שכבר נשאה וכו׳, או שהבחור כבר אינו כאן ומקומו לא נודע. והכל נובע מכך שקלי דעת מנסים לקעקע חומת הנישואין כדת משה וישראל בדרכים שונות, שקדושת הנישואין והמשפחה לא יהיו כפופים להלכה אלא לרפורמה וליברליות, ואכמ״ל אלא להביע צער וכאב שכך עלה בימינו. ואמנם בנדו״ד לא מדובר בקלי דעת, אלא בבחורים ששומרים תו״מ, רק לא היו זהירים ונסחפו ברוח זרה, וכבר אמר לי השואל, שהרבנים מוחים ומזהירים בענין. וזכורני לפני שנים (בשנת תשנ״ט), עת כיהנתי כדיין בביה״ד בחיפה, ארעו מספר מקרים במוסד אקדמאי בצפון, ובחלק מהמקרים הצרכנו גט. והסתפקנו, הגר״א אטלס זצ״ל, הגר״ש שלוש זצ״ל, ואבלחט״א, אם להודיע ברבים שמי שקבלה טבעת בטקס כזה, עליה לפנות לביה״ד ולסדר גט, והתיעצו בענין עם גדולי הפוסקים, ולבסוף הוחלט לפרסם רק במוסד שבו ארעו המקרים. וגורם במוסד מנע את הפרסום. ומדי פעם חוזרים ופונים אלי רבנים עם שאלות דומות, וקשה להכריע, בפרט שהצדדים לא רוצים להגיע לבית דין.

לאמור לעיל, יש בנדו״ד צדדים שלא לאסור את הבחורה לעלמא ללא גט.

סימן ו

סילוק מפירות וירושה לאחר הנישואין

ראשי פרקים

א. סילוק מירושתה

ב. בומה"ז שהקדושין והנישואין סמוכים

ג. תנאי להחזיר ליורשי הבעל

זוג נשוי שחפצים לעשות הסכם ממון. במסגרת הסכם הממון הבעל מסתלק מירושה המגיעה לו ע"פ ההלכה והחוק, והאשה מזכות ירושה ע"פ החוק. כמו כן יש בהסכם סילוק של הבעל מפירות נכסי מלוג וכו'. וכבר כתבתי בענין בח"ב סי' מז, וכן בח"ג סי' ל נספח להסכם ממון, והבהרתי שזו הדרך הראויה להסכם, ליתן לו תוקף בהתאם להלכה. נתבקשתי לבחון בהסכם עצמו כמות שהוא, כיצד ניתן ליתן לו תוקף ע"פ ההלכה.

א. סילוק מירושתה

על הא דתנן ב"ב מב,א, דאין לאיש חזקה בנכסי אשתו, איתא בגמ' ב"ב מט,א-ב:

פשיטא, כיון דאית ליה לפירא, פירא הוא דקאכיל. לא צריכא דכתב לה דין ודברים אין לי בנכסייך. וכי כתב לה מאי הוי, והתניא האומר לחבירו דין ודברים אין לי על שדה זו ואין לי עסק בה וידי מסולקות ממנה, לא אמר כלום (דאין זה לשון מתנה כשאמר לא יהא לי חלק בשלי, דעל כרחו הרי הוא שלו, עד שיאמר לחבירו שדי נתונה לך שדי מכורה לך שדי מופקרת לכל מי שירצה – רשב"ם). אמרי לה דבי רבי ינאי, מתניתין בכותב לה ועודה ארוסה (דהיינו קודם שיזכה בנכסי אשתו, דאינו זוכה בפירות עד שעת נשואין, וכדמסיק ואזיל, דבירושות הבאות לאדם בתקנת חכמים יכול לעקרן, אם מתנה עליה קודם הזמן בעוד שלא באו לידו ואומר לא יהא לי חלק באותו ממון העתיד לבא לי בתקנת חכמים, דאין מזכין לו לאדם בעל כרחו), וכדרב כהנא, דאמר רב כהנא נחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר, אדם מתנה עליה שלא יירשנה, וכדרבא (כלומר ובאיזו נחלה מועיל התנאי, בנחלה הבאה לו בתקנת חכמים כדרבא, אבל בנחלה דאורייתא כגון דין ודברים אין לי בירושת אבי כשימות, לא יועיל התנאי, דבעל כרחו שלו יהא, אא"כ יתננה לאחרים בלשון מתנה), דאמר רבא, כל האומר אי אפשי בתקנת חכמים כגון זאת שומעין לו (דבעל

כרחו דאיניש לא יזכוהו חכמים, שאם אינו חושש בטובה שעשו לו חכמים, לא ניתן לו בעל כרחו, שלדעתו תקנוה חכמים). ומבואר דדוקא בארוסה, וקודם שכבר זיכוהו חכמים בזכות זו, יכול להתנות שלא רוצה לזכות במה שזיכוהו חכמים, אבל כשכבר זכה בזכות מכח הנישואין, לא מהני סילוק ממה שכבר זכה. משא"כ קודם ארוסין דאין לו בהם שום שייכות, לא שייך סילוק מנכסים אלו.

ובגמ' כתובות פג,א-ב, על הא דיכול להסתלק בעודה ארוסה, הקשתה הגמ': אי הכי, אפילו נשואה נמי. אמר אביי נשואה ידו כידה (והרי הוא כשותף בהן וכיון שנכסים שלו צריך לשון מתנה ואין מועיל בה לשון דין ודברים – רש"י). רבא אמר ידו עדיפא מידה, נפקא מינה לשומרת יבם. איבעיא להו קנו מידו מהו, אמר רב יוסף מדין ודברים קנו מידו, רב נחמן אמר מגופה של קרקע קנו מידו. אמר אביי מסתברא מילתא דרב יוסף בעורר, אבל בעומד, מגופה של קרקע קנו מידו. אמר אמימר הלכתא מגופה של קרקע קנו מידו. ונחלקו רש"י ותוס' על מה התיחסה הגמ' בשאלה קנו מידו מהו. שיטת רש"י דקאי אברייתא, דהאומר לחבירו דין ודברים אין לי על שדה זו, אבל באשה נשואה, לא מהניא קנין ליפות כחה. ותוס' שם (ד"ה קנו) הקשו, דמה מועיל קנין בברייתא, שהרי למי מקנה אותה והלא לכ"ע מפקר לה. ולכן כתב ר"י דאנשואה קאי, דאמרינן דידו כידה אי מהני לה שום קנין או לא. ומסקנת הגמ' דמגופה של קרקע קנו מידו, ולפ"ז מהני קנין בנשואה. וכל זה מירי לענין הפירות ולא לענין ירושה, דבירושה לא מהני סילוק אף בקנין לאחר הנישואין, עיין ברשב"א שם כתובות פג,א, דמהרי"ף, ר"ח ורבינו האי גאון בספר המקח, מבואר שהשאלה אם מסתלק מפירות ע"י הקנין לאחר הנישואין.

אולם בגמ' ב"ב הנ"ל, העמידה הגמ' בארוסה, ולא תירצה דמיירי בנשואה וקנו מידו, ולכאורה מזה יש ללמוד דהגמ' בב"ב הנ"ל ס"ל דלא מהני סילוק בנשואה ובקנין. אולם מהראשונים בסוגיא עולה דאף בנשואה מהני בקנין, ומה שלא תירצה הגמ' דמיירי בנשואה וקנו מידו, דרצתה להעמיד באופן שמהני סילוק אף באמירה. כן כתב הרשב"א (ב"ב מט,א): "והוא הדין דהוה ליה לאוקמה אפי' בנשואה ובשקנו מידו, דמגופה של קרקע קנו מידו וכדאיתא בריש פרק הכותב, אלא משום דנסיב לה כדתנינן לה במשנת הכותב, והתם אמרינן דר' חייא תני האומר, ובאמירה בעלמא לא מצי מסתלק אחר שנשאה, דהא זכה בהן, נקט לה נמי הכא בכותב לה ועודה ארוסה, ואפי' באמירה בעלמא מסתלק, שהרי לא זכה בהן עדיין. ומיהו דוקא בעודה ארוסה דכבר יש לו בהן שייכות, אבל קודם אירוסין לא, דלית ליה בהו שום שייכות עדיין". והיינו לענין פירות ולא לענין ירושה, דכן מבואר להדיא בריטב"א (ב"ב מט,א), דהגמ' יכלה להעמיד שהסתלק בנשואה ובקנו מידו. ומ"מ בירושה לא מהני סילוק בנשואה ואפי' בקנין: "אבל לאחר שנכנסה לחופה וראוי לה, אינו יכול להתנות ולא להקנות

אפילו בקנין, דהוה ליה מה שאירש מאבא מכור לך, משא״כ בפירות וזכות נכסים שיכול לתת בקנין זכות למי שירצה, ואפילו בנשואה כל היכא דליכא בפירי ריוח ביתא מיהת״. דלא מהני מכירה בירושה, קודם שירש בפועל, וכמו דלא מהני מה שאירש מאבא מכור לך. גם מדברי ר״י מיגאש (הובאו דבריו בשטמ״ק ב״ב מט,א) נראה דמהני קנין להסתלק מפירי בעודה נשואה, אך לענין ירושה לא הזכיר דמהני קנין, וז״ל: ״והכא נמי האי בעל דכתב לה כשהיא נשואה ואסתלק לה מפירי, לא יהא כמאן דאסתלק ליה לחבריה ממוניה, וכיון דקנו מיניה, קנה ליה היאך, כגון האי שותפא דאסתלק ליה לשותפיה מחולקיה, דבעידנא דאסתלק ממוניה הוא, ואפילו הכי כי קנו מיניה, קנו ליה לחבריה״.

ובמאירי בסוגיא כתב דמה שלא תירצה הגמ׳ דמיירי בקנו מידו, דכיון שעדין לא נודע שהקנין מועיל בה, לא תירצה הגמ׳ בשקנו מידו. והביא המאירי מגדולי קדמונינו שבנרבונה, דלאחר שנשאת לא מהני הקנאה לפירות או ירושה, כיון שהוא מקנה דבר שלא בא לעולם, שאין לו בגוף הקרקע, ומהני רק סילוק בעודה ארוסה, כיון שלא בא לידו עדין, וכן מהני סילוק מירושה בעודה ארוסה, דלא נעשה ראוי לירש עדין; ״ונמצא לדעת זה, שאין תנאי בלשון זה מועיל בנשואה אף בקנין, ויש אומרים כן בשום לשון בעולם. ולדעת זה מה ששאלו בכתבות קנו מידו מהו, פירושו על מי שאמר בעודה ארוסה דין ודברים אין לי בנכסיך ולא הזכיר פירות, שהדין בה שהוא אוכל פירות, אלא שאם מכרה ונתנה קיים ושאלו בה אם קנו מידו מהו, והעלו בה שאם קנו מידו אע״פ שאינו מזכיר פירות, הועיל אף לפירות״. מבואר במאירי דקנו מידו קאי על ארוסה, אבל בנשואה לא מהני קנין לטפויי אף לפירות, ומה דמהני באמירה, מהני אף בלא קנין.

ומבואר שנחלקו הראשונים אם מהני הקנאה מהבעל לאשה בפירות בהיותה נשואה.

האור זרוע (ב״ק שסו) הביא מרבינו שמחה דלא מהני הקנאה של הבעל לאחר הנישואין, וראיית רבינו שמחה, מהא דנזיר כד,א-ב, דתנן במשנה שם: האשה שנדרה בנזיר והפרישה את בהמתה, ואח״כ היפר לה בעלה, אם שלו היתה הבהמה, תצא ותרעה בעדר, ואם שלה היתה הבהמה, החטאת תמות, ועולה תקרב עולה, שלמים תקרב שלמים. ובגמ׳ שם בע״ב הקשו, מנין לאשה בהמה, הרי מה שקנתה אשה קנה בעלה. ותירצה הגמ׳, אמר רב פפא שקמצתה מעיסתה, איבעית אימא, דאקני לה אחר ואמר לה ע״מ שאין לבעליך רשות בהן. ומזה שלא תירצה הגמ׳ שהבעל הסתלק מפירותיה, מוכח שאינו יכול להסתלק. ולכאורה יש להבין, דהרי תמיד יכולה אשה לומר איני ניזונת ואיני עושה, ומעשי ידיה שלה, אלא הגמ׳ תירצה שתי אפשרויות שכיחות, ולא מקרים אחרים, ולאו כרוכלא וכו׳. ובאור זרוע הקשה על רבינו שמחה, דיכלה הגמ׳ לתרץ דאקני לה מדידיה, אי נמי, דכתב לה דין ודברים

אין לי בנכסיך ובפירותיהן ובפירי פירותיהן עד עולם. עוד הביא רבינו שמחה ראיה מהסוגיא דלעיל (ב"ב מט,א) שלא תירצה הגמ' דמיירי בקנו מידו, כפי שתירצה בשותפין, ומזה מוכח דלא מהני קנו מידו, לא לאשתו ולא לאחר. ודחה האו"ז, די"ל דרבותא של הגמ' דמהני סילוק אפי' בעודה ארוסה שאין לו פירות, דבעודה נשואה וקנו מידו הוי פחות רבותא. מבואר דנחלקו רבינו שמחה והאו"ז אם מהני הקנאה בפירות נכסי מלוג לאחר שנישאת.

ומדברי הרי"ף ר"פ דכתובות (מא,ב מעמוה"ר) נראה דלא מהני קנין בנשואה, ממה שפירש קושית הגמ' קנו מידו, הכוונה בעודה ארוסה, וז"ל: "איבעיא להו, קנו מידו של בעל ועודה ארוסה מהו. אמר רב יוסף, מדין ודברים קנו מידו. ור"נ אמר מגופה של קרקע קנו מידו". וזה דלא כפרש"י שם שכתב דקאי על הברייתא ולא על המשנה, דהרי"ף סובר דהאיבעיא מתיחסת למשנה, וממילא האיבעיא הינה בארוסה. ושיטת רש"י שהאיבעיא מתיחסת לברייתא דהאומר לחבירו דין ודברים אין לי על שדה זו, אבל במשנה לא מועיל הקנין ליפות כחה, דבאמירה בלא לשון מתנה סגי לאסתלוקי אפילו מגופה של קרקע היכא דפריש. ועיין בר"ן שם (מא,ב מעמוה"ר), דפרוש רש"י מחוור יותר. וכן כתב העיטור (אות מ, מודעא, מז,ד). ועיין גם בריטב"א (כתובות פג,א) שהביא פירוש רש"י דשאלת הגמ' קאי אברייתא, והיה אפשר לומר דהאיבעיא קאי גם על המשנה, ובנשואה שידו כידה, אלא דכיון דפשטא דמשנה מדברת בארוסה, ס"ל לרש"י דקאי אברייתא, ומינה שמעינן לדין נשואה.

ושיטת הרמב"ם דמועיל הקנין בנשואה. עיין בפיהמ"ש כתובות ט,א: "כתיבה זו אינה מועילה אלא אם כתב לה בעודה ארוסה, לפי הכלל שאצלינו נחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר, אדם מתנה עליה שלא יירשנה, או אם קנו מידו ואפילו אחר הנשואין". ובדברי הרמב"ם לא נזכר כל חילוק בין פירות לירושה, ומשמע דבין ירושה ובין פירות מהני בקנו בידו בנשואה, וכמו שאין מחלקים בארוסה, הוא הדין בנשואה וקנו מידו. גם בהלכות לא חילק הרמב"ם בין פירות לירושה לענין הקנין. שכן כתב בהל' אישות כג,א: "האשה שהתנת על בעלה לבטל זכות מדברים שזוכה בהן הבעל, אם כתב לה ועודה ארוסה קודם הנישואין, אינו צריך לקנות מידו אלא כל מה שכתב לה קיים, ואם כתב לה אחר הנישואין, צריך לקנות מידו". ושם כג,ה: "התנה עמה שלא יירשנה, הרי זה לא יירשנה ...". ומשמע דקנין מהני בנשואה אף לענין ירושה. וכן נראה ממש"כ הרב המגיד (אישות כג,א), דהביא תירוץ הגמ' דמיירי בכותב לה ועודה ארוסה, וכדרב כהנא, דנחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר, אדם מתנה עליה שלא יירשנה, דכיון שעדיין לא זכה בנכסים, בלשון סילוק יכול להסתלק מהם, והקשתה הגמ' דבנשואה נמי, ותירצה דנשואה ידו כידה, והרי הוא כשותף בהם, וכיון שהנכסים שלו, צריך לשון מתנה ואין מועיל בהם לשון סלוק: "וכתב רבינו, שאם קנו מידו

אחר נישואין, הועילו מעשיו, ויצא לו ממ״ש בפרק חזקת, גבי הא דהאומר לחבירו דין ודברים אין לי על שדה זו, שאם קנו מידו דקנה חבירו, ולא יהא כח הבעל גדול בנכסי אשתו מכח השותף בחלקו, וזה פשוט ומוסכם״. אולם להדיא מבואר ברב המגיד, שכל הדברים אמורים ביחס לפירות, אולם ירושה לא מהני תנאי בנישואין, שכן כתב באישות כג,ה: ״ודוקא במתנה ועודה ארוסה, וכההיא דרב כהנא דאמר נחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר אדם מתנה עליה שלא יירשנה, אבל משנשאת אין תנאו בירושה כלום, דכיון שהירושה ראוי לו אם תמות עתה, ה״ל כאומר לא אירש את אבא, שלא אמר כלום אפילו קנו מידו, וכ״כ הרמב״ן והרשב״א ז״ל וכדעת רבינו, והירושלמי הנזכר בהלכות הוא בכותב לה ועודה ארוסה, א״נ בכותב לה בכתובתה בשעת כניסה, אבל לאחר נישואין לא אמר כלום, אלו דבריהן ז״ל מסכימין לדעת רבינו״. וצ״ל לשיטת הרמב״ם, דאע״ג דירושת הבעל דרבנן, חכמים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה, והרי הוא כמתנה על מה שכתוב בתורה ותנאו בטל. ואף שבמילי דממון מהני מתנה על מה שכתוב בתורה, מ״מ בירושה חשיב כביכול כבר זכה בה, וכמו בן שאינו יכול להסתלק מירושת אביו. וזה הבאור בדברי הרמב״ם אישות יב,ט, שכתב דלא יכול להתנות מפני שירושה היא חוקת משפט: ״התנת עמו אחר שנשאה שלא יירשנה, תנאה בטל ואף על פי שירושת הבעל מדברי סופרים, עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה, וכל תנאי שבירושה בטל אע״פ שהוא ממון, שנאמר בה לחקת משפט״. ועיי״ש בראב״ד שהשיג, דאין צריך לטעם חוקת משפט, דכיון שהוא דבר שלא בא לעולם, לא מהני סילוק או הקנאה, דאינו יכול להסתלק ולהקנות מה שאין לו בו זכות, עיי״ש.

ובבאור דעת הרמב״ם שנקט טעם דחוקת משפט, ומה שהשיג עליו הראב״ד, עיין באבנמ״ל צב,טו, דהרמב״ם נקט טעם של חוקת משפט, להשמיענו דאע״פ שקידשה על תנאי גמור או כנסה על תנאי גמור שלא יירשנה, תנאו בטל, דאי משום דבר שלא בא לעולם, הא קיי״ל דאדם מתנה על דשלבל״ע, ומ״מ תנאו בטל מטעם חוקת משפט. ואפשר דאפילו קדשה על תנאי גמור שלא יירשנה תנאו בטל, אף שבעודה ארוסה יכול להסתלק מירושה, דרך תנאי בשעת קידושין גרע טפי ולא מהני. אולם שיטת הר״ן דלא מהני סילוק מירושה אחר שנשאת, משום דהוא ראוי לירש בכל שעה, ומזה הטעם אין בן יכול להסתלק מירושת אביו. ורצה האבנמ״ל לחדש, דאחר תקנת שו״ם דשנה ראשונה אין הבעל יורש את אשתו, יכול להסתלק בשנה ראשונה הואיל ועדיין אינו ראוי לירש והו״ל כמסלק בעודה ארוסה. ודחה האבנמ״ל, דגם אחר תקנת שו״ם הבעל יורש כדינו מיד אחר הנישואין, והתקנה של חכמי שו״ם היתה שיחזיר הבעל חלק ירושתו. וכיון שהוא יורש, אינו יכול לסלק עצמו שלא

יירש; ״אא״כ מחייב עצמו להחזיר ליורשיה״. (וחידוש זה של האבנמ״ל יבואר להלן, דמהני להסתלק בדרך של התחייבות להחזיר ליורשיה).

עוד בבאור מחלוקת הרמב״ם והראב״ד, עיין בגרנ״ט (סי׳ קצ), דהרמב״ם ס״ל דיכול אדם לסלק עצמו אף לאחר שבא הדין לידו, וע״כ אף אחר הנישואין יכול לסלק עצמו מהנכסים, ואף שנעשה יורש וחל עליו הדין. ולכן נצרך הרמב״ם לטעם של חוקת משפט, למעט שדין ירושה אינו דומה לכל דיני ממון. אולם הראב״ד ס״ל דלאחר שחל עליו הדין, אינו יכול לסלק עצמו, דהוי כדבר שאינו בידו ולא מהני סילוק. ועיין עוד בקוב״ש לגרא״ו (כתובות אות ש), דדין סילוק הוא מהנכסים וסילוק מהני גם בדאורייתא, ומה שלא מועיל סילוק בירושת הבעל בנשואה, כתב הרמב״ם דחכמים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה. והקשה הגרא״ו, דא״כ לטעם זה גם בארוסה לא יועיל סילוק, דכיון דסילוק אינו מדין בעל אלא מהנכסים, ומעיקר הדין היה צריך להועיל סילוק, אלא חכמים עשו חיזוק לדבריהם, א״כ בארוסה נמי לא יועיל. וכתב דאפשר דבארוסה לא עשו חיזוק כמו בנשואה, ונשאר בצ״ע.

והטור (אהע״ז סו״ס צב) פסק דאם התנה אחר שניסת, אינו מועיל לבטל ירושה דאורייתא. והיינו שהוא סובר דירושת הבעל דאורייתא, ולכן אינו יכול להסתלק בקנין מירושתה לאחר נישואין. ובב״י שם הביא דברי המגיד דכן הכריעו הרמב״ן והרשב״א דהלכה כרשב״ג, ודוקא במתנה ועודה ארוסה, דמשנישאת אין תנאו בירושה כלום, דכיון שהירושה ראויה לו אם תמות עתה, הו״ל כאומר לא אירש את אבא שלא אמר כלום ואפילו קנו מידו. ועיין בב״ח (אהע״ז סו״ס צב) שכתב על דברי הטור, דודאי הטור מיירי בקנו מידו, דבלא קנו מידו, גם לענין אכילת פירות או לענין שאם מכרה ונתנה קיים, לא מהני סילוק לאחר שניסת, דדוקא בקנו מידו מועיל הסילוק לפירות. משא״כ לענין ירושה לא מהני אף בקנו מידו. ובודאי לשיטת הרא״ש דאף לפירות ולענין מכירה ונתינה, לא מהני סילוק לאחר שנישאת אפילו קנו מידו, כל שכן לענין ירושה דאינו מועיל בקנו מידו. ובדעת הטור אם ירושת הבעל דאורייתא או דרבנן, דלכאורה מדברי הטור נראה דס״ל דירושת הבעל דאורייתא, ממש״כ שאינו מועיל לבטל ירושה דאורייתא, כתב הב״ח ב דרכים: או כיון שעשו חיזוק לזה כשל תורה, חשיב כאורייתא, ולאו דוקא דאורייתא קאמר. או שהטור סובר כהראב״ד בהשגות (אישות יב,ג) ועוד, דירושת הבעל דאורייתא.

וכן נמצא לרמ״ה (ב״ב קכו,ב אות ק) דלא מהני בנשואה סילוק מירושה, ואפי׳ בקנין, וז״ל: ״ברם, צריך את למידע דהא דמשנינן הכא לא קא מחיל, לאו למימרא דאי מחיל דאמר מחילנא, אי נמי קנו מיניה דבן דמסתלק מירושת אביו בחיי אביו הויא מחילה, דהא גבי ירושת הבעל דאיכא למאן דאמר דרבנן היא, ואפילו תנא קמא

דרשב"ג לא קאמר דכי מסליק נפשיה מיניה מסתלק, אלא בכותב לה בעודה ארוסה דאכתי לא חזי למירתה, דכי זכי בירושתה לא מכח אירוסין קא זכי אלא מכח נישואין הוא דקא זכי, וכיון דמקמי נישואין קא מתני דלא לירות, אשתכח דכי קא נסיב בתר הכי, אדעתא דהכי קא נסיב ואמטול הכי תנאו קיים. אבל כתב לה בעודה נשואה לא מסתלק, כדאיתא בהדיא בריש פרק הכותב (כתובות פג,א). ואפילו קנו מיניה נמי לא מסתלק, דדבר שלא בא לעולם הוא כדברירנא התם. וכל שכן גבי ירושת הבן דלא מסליק נפשיה". מבואר להדיא ברמ"ה דלא מהני קנין בנשואה לסלק עצמו מירושת אשתו.

ובשו"ע אהע"ז צב,ח, פסק כדעת הרמב"ם, דאם התנה עמה אחר נישואין שלא יהיו לו דין ודברים בנכסיה ולא בפירי פירותיה עד עולם בחייה ובמותה, אינו אוכל פירות כלל, אבל אם מתה יירשנה. ובנו"כ כתבו דמיירי בקנין, עיין בח"מ צב,טז, דמיירי בקנין, שכל תנאי שאחר נשואין צריך קנין, ושכן כתב המגיד. ובזה י"ל דמש"כ המחבר בשו"ע אהע"ז צב,א; "הכותב או האומר לאשתו בעודה ארוסה דין ודברים אין לי בנכסיך ... וכל זמן שלא מכרה ולא נתנה, הבעל אוכל הפירות, ואם מתה יורשה. ואם כתב לה כן אחר הנשואין, צריך לקנות מידו, ואז יהיה מכרה ומתנתה קיים". והיינו, דהקנין מועיל לענין מכר ומתנה, אולם לענין ירושה לא מהני הקנין. והטעם שפירות אחר הנישואין צריך קנין, דכיון דידו כידה או עדיף מידה, לא מהני אמירה וצריך קנין, ולא שייך בזה דין מחילה שאינה צריכה קנין, כיון דיש לו חלק בגוף הקרקע, עיין בב"ש צב,ד. והחידוש דקנין מהני אף בלשון דין ודברים, דאף שהוא לשון סילוק, מ"מ מגופה של קרקע קנו מידו.

ב. בזמה"ז שהקדושין והנישואין סמוכים

לאמור לעיל אינו יכול להסתלק מירושה לאחר הנישואין אף בקנין, וגם לענין פירות נחלקו הראשונים אם מהני סילוק אחר נישואין בקנין, וא"כ צריך לעשות הסילוק בין קדושין לנישואין, ובזמנינו שעושים קידושין ונישואין יחד, ונכנסת לחופה בשעת הקדושין, יש לברר איך יסתלק מירושה (ומפירות נכסי מלוג, לשיטות דלא מהני סילוק בקנין מהפירות אחר הנישואין). הש"ך סו,קלד כתב דאה"נ, דלדידן שמארסין בזמן החופה, לא מהני סילוק. הש"ך קאי שם על דברי הרמ"א בשו"ע חו"מ סו,מב, דבעל שסילק עצמו מנכסי אשתו, אף שטרות בכלל, וע"ז כתב הש"ך, וז"ל: "דוקא בשעת חופה ... אבל אחר נישואיה, לא מהני סילוק כו'. ומה שכתב בשעת כניסה לחופה, מיירי בעודה ארוסה, לאפוקי לדידן דמארסין בשעת החופה ... דקודם אירוסין לא מהני סילוק. מ"מ אחר נישואיה לכו"ע לא מהני סילוק ... ולפי זה גם דברי

הר״ב בכאן צריך לפרש דכתב לה בעודה ארוסה, ולדידן דמארסין בשעת החופה, לא מהני סילוק״.

גם בתש׳ חוות יאיר (סי׳ מז) התקשה, איך מועיל הקנין שתחת החופה, דקנין שתחת החופה הוא אחר הנישואין. וכתב לישב: ״שלעולם סמכינן על קנינים שתחת החופה אחר הקדושין, ומה שאין מזכירין בסילוק בפירוש סילוק דפירות, הוא מפני דס״ל דלא מקרי אחר נשואין רק עד אחר שאוכלים החתן והכלה יחד אחר החופה, וכדאיתא בהגה׳ בסי׳ נד, ומפורש יותר בספר ח״מ שם, דלא נגמרו הנשואין מקמי הכי, ומ״מ עכ״פ מקרי אירוסין לפחות אחר שכבר נתקדשה, ולכך מהנה סילוק בקנין אפי׳ סתם גם לפירות, כדעת הרי״ף והרמב״ם״. והיינו כל עוד לא נגמרו הנישואין בחדר היחוד, אינה נקראת נשואה לענין פירות וירושה וסילוק מפירות. ולכאורה מה נענה לדעת המחבר שאינם אוכלים אח״כ בחדר היחוד, איך יועיל קנין תחת החופה. גם לפ״ז יצא שאם מתה האשה קודם שנכנסו לחדר היחוד, לא יורשה.

ובסי׳ נ, הביא החו״י תשובה מבעל עבודת הגרשוני, שכתב לישב, דכל עוד לא אמרו ברכות נישואין, לא נגמרו הנישואין: ״ולפי דרכו דמר לא לאכילה הוא צריך, אף גם אם לא צריכים שיאכלו חתן וכלה יחד, מ״מ אתי שפיר, כי עכ״פ לא מקרי נשואין עד אחר גמר הברכות, אע״פ שהברכות אינן מעכבות, מ״מ לגבי דידן לא מקרי חופה עד אחר הברכות. ונוח לי לומר כן כי לפי דברי מכ״ת נולד דין מחדש, אם מתה הכלה קודם שיאכלו יחד, אין בעלה יורשה לפי מנהגינו, ואני מסתפק בזה מאד וצריך לי תלמוד״. ולפ״ז אתי שפיר גם לשיטת המחבר שלא נהגו בחדר יחוד. ושם בסי׳ נב, הביא החו״י ששאל בענין את אחד מרבני ק״ק ורנקפורט שיודיעו איך המנהג בזה, והשיב לו: ״והנה בדבר הקנינים הנעשים בעת החתונה, הן בין הזוגות עצמם והן בין אבי החתן ואבי הכלה, מה שמוטל עליהם לקיים או לשלם אחר החתונה, כולם יחד נעשים בצל החופה אחר הקידושין, דהיינו תכף אחר קריאת הכתובה. רק בקנין סלוק כשמסלק הבעל מנכסי אשתו, עושה החתן קנין סודר תכף אחר ברכה הראשונה ברכת האירוסין וקודם הקדושין (נלענ״ד ט״ס, וצ״ל קודם הנישואין, דאין לומר שמפסיק בין הברכה למעשה הקדושין, וכן נראה מהמשך מש״כ בשטר), וכן כותבים בזה הלשון בשטר סילוק, איך אמת הוא לאחר שארסתי מרת פלונית הנ״ל וקודם שהכנסתי אותה לחופה, סלקתי את עצמי ויורשי אחרי בסילוק גמור מנכסי ארוסתי מרת פלונית וכו׳, הן כסף וזהב וכו׳ ראוי ומוחזק וכו׳, ואין מזכירים השתי תיבות קודם החופה, רק בזה הלשון לאחר שארסתי וקודם שהכנסתי כנז׳. גם כותבים בפירוש שמסלק את עצמו ויורשיו מכל מה שלא הכניסה לו, הן ראוי ומוחזק כנ״ל, ומפירותיהן ומפירי פירותיהן מעתה ועד עולם״. ומבואר שעושים כן קודם ברכות הנישואין, אף שכבר הכניסה לחופה קודם הקדושין.

וע״ע בתש׳ נו״ב (תנינא, חאעה״ז סי׳ צח) בענין שטר סילוק, שלא נתבאר בתוכו אם נכתב בין חופה לקידושין או אם נכתב קודם קידושין או אחר החופה, רק זמנו של שטר הוא ביום החופה. והשיב הנו״ב דיד בעל השטר על התחתונה, והדין עם הבעל, אם יטען שלא נעשה הסילוק בין קידושין לחופה. עוד הוסיף הנו״ב, שיש חילוק בזה בין סילוק פירות נכסי מלוג בחייה, או לענין מכירת האשה לאחרים, ובין סילוק הירושה לאחר מיתה. גם יש לשונות שמועילים אפי׳ קודם אירוסין ואחר נישואין, ויש לבחון מה כתבו בשטר גופו.

ובתש׳ עבודת הגרשוני שהביא החו״י, כתב דרך נוספת, דכיון שכל השטרי סילוק נכתבים בלשון הודאה, שהוא מודה שכבר סילק את עצמו באופן המועיל, מועילה הודאתו, ואפי׳ אם אנו יודעים שלא סילק עצמו באופן המועיל. ובאבנמ״ל צב,ה כתב דלא מהני בזה אודיתא, דאף שקנין אודיתא הוי קנין, מ״מ בדבר שאינו נתפס בקנין לא מהני אודיתא, כמו מלוה ע״פ, וא״כ הוא הדין סילוק קודם אירוסין לא מהני ואינו נתפס בשום קנין, ומשום דלא שייך ביה כלל, הוי דבר שלבל״ע, ואודיתא לא מועילה בזה. והנה מש״כ באבנמ״ל דלא מהני אודיתא בדבר שלא נתפס בו קנין, כמו במלוה ע״פ או בדבר שלא בא לעולם, כן כתב גם בספרו קצוה״ח קצד,ד, אולם מצאנו חולקים בזה. הרמ״ה (ב״ב קמט,א סוף אות צז) שכתב להדיא דמהני, וז״ל: ״והוא הדין נמי לענין מילי דלא מיקנו במתנה, כגון דבר שלא בא לעולם ודבר שאינו ברשותו, כגון מלוה וגזל וכיוצא בהן, אף על גב דלא מיקנו במתנה מיקנו בהודאה, וכן הלכתא״. מבואר להדיא דקונה באודיתא בדבר שלא בא לעולם וכן במלוה, דלא כמש״כ באבנמ״ל. וכן כתב בנו״ב (קמא, חחו״מ ל,ז): ״כאשר לדעתי הודאה הוא הקנין הגדול שבכל הקנינים, ואפילו דבר שאינו נקנה בשום קנין נקנה בהודאה, ונכסי איסור יוכיחו״. וציין הנו״ב לתש׳ חכם צבי (סי׳ טז) שיכול להקנות באודיתא מעות שיש לו אצל אחר במקום רחוק, עיי״ש.

וכן יש ללמוד מדברי הרא״ש ב״ב ט,מ, לענין האומר זה אחי אינו נאמן, דאיתא שם בגמ׳ (ב״ב קלה,א), ואינך מאי קאמרי, אי דאמרי אין אחינו הוא אמאי נוטל בחלקו ותו לא, ואי דקאמרי לאו אחינו הוא, נפלו לו נכסים ממקום אחר, אמאי ירשו אחיו עמו. מבואר דאם אמרו שאינו אחיהם, אין הם יורשים אותו. והביא הרא״ש את המהר״מ, שאם ראובן אומר לשמעון אני חייב לך מנה, ושמעון אומר אינך חייב לי, אע״פ ששמעון לא מוחל לו, פטור ראובן אף שיודע בודאי שהוא חייב לו, עיי״ש. ועיין בפ״ח שם אות ח, דהוי הודאה גם על נכסים שיפלו לו לאחר מכן, וא״כ הוי הודאה על דבר שלא בא עדיין לעולם, ומהני הודאתו, ומוכח דמהני הודאה בדבר שלא בא לעולם. כן למד הגרש״ש (נדרים סי׳ כג). גם בחזו״א (ב״ק יח,ו בסופו) כתב דהודאה מהני אף בדבר שאינו ברשותו; ״דהודאה אינו קנין אלא כח הדין לדון

ע״פ הודאתו, כל שאינו חב לאחרים אלא לעצמו, וממילא כל התוצאות קובע הדין ע״פ הודאתו, וזה שקראוהו הפוסקים קנין אודיתא, וא״כ הדין נותן דמהני אפי׳ בדבר שאינו ברשותו״. וציין לדברי הרמ״ה בב״ב קמט,א (הנ״ל). ומכל הנ״ל עולה דלדעות הרמ״ה והרא״ש והאחרונים הנ״ל, יוכל להסתלק מפירות וירושת אשתו, בין לפני ארוסין ובין אחר נישואין, באופן שיודה שאינו שלו, וכמש״כ העבודת הגרשוני כנ״ל.

גם בישועות יעקב צב,ב (מובא בפת״ש אהע״ז צב,א) תמה איך מהני שטרי סילוק, בזמן הזה שעושים קדושין ונשואין כאחת, ותמה על הנחלת שבעה, שמש״כ לעשות אחר שידוכין, הוא נגד דברי הרמ״א שם צב,א, והוסיף שם, דאם יבוא שטר סילוק כזה לפניו, נכון לפשר. וע״ע בפת״ש שם מה שהביא מתש׳ גאוני בתראי, תשובה מהט״ז, עיי״ש. ובתש׳ חת״ס (חאהע״ז ח״ב סי׳ קסו) הביא מנהג ק״ק פפד״מ (עיין מה שהובאו לעיל דברי החו״י סי׳ נג), דנכון מאד שיסלק עצמו בין ברכת אירוסין לברכת נשואין, דאפי׳ למ״ד תחלת חופה גומרת הנשואין, מ״מ בעינן שתהיה דעתו שתגמור לו החופה, משא״כ אם אינו רוצה שתגמור לו, לא עדיפה חופה מביאה אחר כסף ובא עליה בבית חמיו שלא לשם נשואין, דלא גמרה ביאה ליורשה ולטמא לה: ״והשתא אף על גב שכבר קדשה בטבעת, ואילו היה רוצה שתגמור לו חופה זו, היתה תחלת חופה גומר להרא״ש ואפי׳ בלא ברכה, כי ברכות אינם מעכבות, מ״מ השתא דמברכים ורוצה שהיה עובר לעשייתן, ומכ״ש זה שרוצה לסלק עצמו ואין הסלוק מועיל בין אירוסין לנשואין, אין דעתו שיגמור עד אחר הברכות, ויפה הנהיגו חכמי פפד״מ״. מבואר דכל עוד לא ברכו הברכות, דעתו שלא תגמור החופה בתחילתה, ולא קנה זכות ירושה ופירות.

ובחדושי החת״ס (ב״ב מט,א) כתב לבאר מה דמהני לעשות שטרי סילוק קודם הקדושין לאחר השדוכין, דכל הטעם דאינו יכול להסתלק לפני הקדושין, כיון דלא עבידי דאתו, אם נתקשרו בשדוכין בחרם וקנס, הוה שפיר עבידי דאתי, ומועיל הקנין של סלוק גם קודם אירוסין. וכן כתב החת״ס בחידושיו לכתובות פג,א: ״ואע״ג דאנן קיי״ל אין אדם מקנה, ואפ״ה בעודה ארוסה יכול לסלק משום צירוף דרב כהנא נחלה הבאה וכו׳, מ״מ קודם אירוסין דלא עבידי דאתי גריע טפי, דאפי׳ למאן דאמר אדם מקנה, לא יועיל צירוף דרב כהנא. וא״כ זכינו דלדידן דנוהגין בשידוכין וחרם וקנסות, הוה אירוסין עבידי דאתי טפי משחרור. ובמדינתינו אירוסין ונישואין כחדא נינהו וכנ״ל, וצדק מנהגנו, דכיון דעבידי דאתי הוה כארוסה בזמן התלמוד, דאפי׳ למ״ד אין אדם מקנה מועיל הסילוק מדרב כהנא״. הרי שהצדיק דעת האחרונים דמהני שטרי סילוק בין שדוכין לנישואין. וכן נראה מדעת החזו״א (חאהע״ז עז,ט), אך מטעם אחר, דכשכותבים בשדוכין תנאים של סילוק, כל זמן שלא חזרו בהם, הרי הקדושין הם

על דעת התנאים שעשו בשדוכים, וא״כ הרי זה כהתנו כן בשעת הקדושין. אך ציין שבפת״ש אהע״ז צב,א הביא אחרונים דלא ס״ל כן.

גם בתש׳ שו״מ (מהדור״ג ח״ג סי׳ כב) דן בשטרי סילוק בזמן הזה שעושים קדושין תחת החופה, ורצה למצוא תקנה שלא יכתב השטר בלשון סילוק, רק שתכתוב האשה שהיא מביאה לנשואין נכסים על תנאי שלא ירשנה, וקיי״ל דיכול להתנות על דבר שלא בא לעולם, כמבואר בחו״מ רט,ז. אך כתב דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה, ואף אם נאמר דבדבר שבממון תנאו קיים, כל הטעם הוא משום דהוה כע״מ שתמחלי וכמ״ש הרמב״ן והרשב״א, וכאן כל זמן שלא היו לו שום זכות, לא מועילה מחילה וסילוק.

ומ״מ מבואר מהאמור לעיל ג דרכים, דעת האחרונים דמהני סילוק וקנין אחר מעשה הקדושין מתחת לחופה, דכל עוד לא ברכו ז ברכות, לא זכה בירושה ופירות ומהני הסילוק. דעת עבודת הגרשוני דמהני סילוק בלשון הודאה, ומהני לסוברים דאודיתא מהני אף במלוה, ואם יכתבו קודם הקדושין או אחר הנישואין שטר בלשון הודאה, מהני הסילוק. או כמש״כ החת״ס והחזו״א דמהני סילוק קודם קדושין אחר שדוכין.

ג. תנאי להחזיר ליורשי הבעל

הרשב״א בתש׳ (ח״א סי׳ אלף קמב) נשאל בראובן ולאה שעשו תנאי ביניהם בשטר ובקנין, שאם ח״ו תפטר לאה, שיחזיר ראובן כל מה שהביאה מבית אביה לאביה יעקב, ומאה זהובים יותר. ואם ח״ו תתאלמן לאה מראובן, שיתנו יורשי ראובן כל מה שהביאה מבית אביה ללאה, ומאה זהובים יותר. ויש שרצו לפסול השטר מצד קנין אתן. והשיב הרשב״א: ״ומה שאמרו שאין אדם מתנה עם אשתו שלא יירשנה, אף לפי דבריהם מה יעשו במאה זהובים משלו שחייב עצמו בהם שאין זה מדין ירושה. ועוד, אפילו בנדוניא כל שנתנה לו לחלוטין מתחלה כמו שרגילין עכשיו להכניס לבעל על תנאי שיהיו שלו אלא אם כן תתאלמן או תתגרש, ואחר כך עמד הוא וכתב ליורשין שאם תמות היא בחייו שיתן להם כל מה שהביאה לו, אין זה אלא כמתנה עמהם ומחייב עצמו ליתן להם משלו כך וכך, שאין זה תלוי בדין ירושה כלל״. מבואר מהרשב״א שאם מתנה שיתן ליורשים, מהני ואינו מדין סילוק מירושה אלא הוי התחייבות בפני עצמה, ומהני בכל ענין, ואינו שייך לדין שאינו יכול להסתלק אחר נישואין או קודם קדושין. אמנם לדינא בנדון שם הסתפק הרשב״א אם מהני, שהבעל לא חייב על עצמו ולא קנו מידו ליורשים, אלא שקנו מידו ללאה אשתו, וגם ללאה לא חייב עצמו ולא קנו מידו ליתן לה, אלא אמר לה הריני מקנה לך בענין שאתן לפלוני כו״כ.

וכדברים אלה נמצא בחידושי הרמב"ן (כתובות פג,ב), בבאור הירושלמי; אילין דכתבין אם מיתה בלא בני כל מו דלה תהדר לבית אביה, תנאי ממון הוא וקיים. כתב הרמב"ן די"ל דאין מדובר בכתיבת הבעל לאשתו אלא בכתיבת האב לבתו, ובמתנה על מנת להחזיר: "ויש מפרשים דבכתיבת הבעל לאשתו מיירי, ולאו מתנה על מה שכתוב בתורה הוא, שהרי אינו מתנה שלא יירשנה, אלא יורשה ומתנה עם הבעל להחזיר הממון ליורשיה, כמי שרוצה למחול זכותו לחבירו, דודאי מצי יהיב ליה במתנה". מבואר דאם מתנה להחזיר ליורשיה, דהיינו שאחר שירש יחזיר ליורשיה, יכולים להתנות בכל ענין, ואינם מוגבלים בזמן שבין קדושין לנשואין.

ודברי הרמב"ן הביאם גם הר"ן (כתובות מב,א מעמוה"ר). וכן הביא הריב"ש בתש' (סו"ס סד): "והרמב"ן ז"ל הוסיף ואמר, שאפי' אחר שנשאת יכול להתנות, ולא שלא יירשנה, שזה אינו מועיל, אלא שאחר שיירשנה היא מתנה עמו שיחזיר הממון ליורשיה. אמנם בכל קהלה וקהלה יש תקנות או מנהגות בענינים אלו, וכל הנושא סתם, על דעת תקנת הקהל או המנהג הפשוט ביניהם נושא". וכן הביא בתש' הריב"ש סי' קב. הובאו הדברים גם בב"י (אהע"ז סי' צב), וכן פסק הרמ"א (צב,ז): "והא דלא מהני תנאי לאחר שנשאת, דוקא שאמר שלא יירשנה, מ"מ אם מחייב עצמו להחזיר ליורשיה מה שיורש ממנה, צריך לקיים".

ובאבני מילואים צב,יד כתב דנפק"מ אם סילק עצמו מירושתה או התחייב להחזיר ליורשיה, אם האשה מכרה נכסי מלוג בחייה ומתה, דלתקנת אושא הבעל מוציא מיד הלקוחות, כשמסלק עצמו בעודה ארוסה, שאין הבעל יורשה אלא יורשיה יורשים אותה, הם אינם מוציאים מהלוקח, דתקנת אושא לא היתה אלא לבעל ולא לשאר יורשין, משא"כ במחייב עצמו לאחר שנשאת להחזיר ליורשים מה שיירש ממנה, הבעל יורש כדינו, שהרי לא סילק עצמו מירושה רק קיבל ע"ע חיוב ליתן ירושתו ליורשיה, א"כ הבעל מוציא מיד הלוקח כיון שהוא יורש את אשתו, רק חייב לקיים חיובו ליתן ליורשיה, והם מקבלים מכח מתנתו. (ועיין עוד באבנמ"ל ס"ק יז, דאם התחייב אחר הנישואין להחזיר ליורשיה, וגירשה והחזירה, לא שייך לומר שעל דעת תנאי הראשון מחזירה, משא"כ אם התנה קודם קדושין או קודם נישואין, עיי"ש. וע"ע בחזו"א כתובות עז,ו).

עוד הביא באבנמ"ל תש' מהרי"ט (ח"א סי' לח) שכתב בבעל שהתחייב להחזיר מה שירש ליורשי האשה, והאשה נתנה עוד בחייה את הנכסים מתנה לבעלה, דאין ליורשיה אלא מה ששיירה, וכיון שלא שיירה, שהרי נתנה הנכסים לבעלה במתנה, אין ליורשיה כלום. וכתב ע"ז האבנמ"ל, דכיון דמדין תקנת אושא אם מכרה לאחר הבעל מוציא מיד הלוקח, והטעם דהבעל הוא לוקח ראשון, אם נתנה מתנה לבעלה,

הבעל הלוקח הראשון שהתחייב ליתן ליורשיה, מוציא כביכול מידי הבעל מקבל המתנה, ומחויב לקיים התחייבותו ליתן ליורשיה.

עוד הביא האבנמ"ל מה שהקשה מהרי"ט, דמה שמתחייב הבעל להחזיר ליורשים הרי הקנה למי שאינו בעולם, דיורשיה כעת יתכן ואינם בעולם, וקי"ל דאין אדם מקנה דשלבל"ע, ואפי' לר"מ דס"ל אדם מקנה דשלבל"ע, לדבר שלבל"ע ודאי לא. עוד כתב מהרי"ט, דלמש"כ הר"ן פ"ק דגיטין (ו,א מעמוה"ר), שטעם הרמב"ן דס"ל אפי' כתב משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך דיכול למחול, משום דלא מצי לאשתעבודי למי שאינו מבורר, דבדאורייתא אין ברירה, והר"ן ס"ל דכיון שהוא משתעבד למי שראוי ליורשה מן הדין בשעת מיתתה, זה אינו מבורר, כי מי שהוא קרוב עכשיו שמא באותה שעה לא יהיה בעולם, ותחזור ירושה לאחרים רחוקים. והאבנמ"ל כתב לישב, דהכא לא הקנה לנולדים, ליורשין שלא באו עדיין לעולם, דלאותו יורש שהוא עכשיו קרוב קודם לירושה והוא בחיים בשעת החיוב לו הוא מתחייב והוא זוכה באותו חיוב מעכשיו ולאחר מיתתה, ואם מת זה ונולד יורש אחר, השני בא מכח היורש הראשון שהוא מורישו של זה ושהיה בחיים בשעת החיוב, דסדר נחלות ממשמשת. וע"כ גם לענין ברירה, כבר הוברר היורש בשעה שנתחייב הבעל, ואף אחר שמת זה ונולד אחר, השני בא מכח הראשון.

לאמור לעיל, עדיף לעשות קנין ולהקנות בין קדושין לנישואין על הסילוק מפירות וירושה, וכמו שנוהגים העולם. אולם אם שכחו ולא עשו כן, אפשר לעשות שטר ובו הודאה שכל מה שזכה שייך לאשה, ובנוסף מתחייב לתת לאשה כל מה שיזכה מפירות נכסיה, וכן מתחייב ליתן ליורשיה כל מה שיזכה מירושתה.

סימן ז

מדור אלמנה בדירה שיש עליה חוב משכנתא לבנק

ראשי פרקים

א. כשהמדור ממשוכן

ב. מדור שנפל, וחיוב היורשים לשכור לה מדור

ג. חיוב שכירות מדור כשרוצים לסלק הכתובה

ד. פריעת חוב המשכנתא ע"י האלמנה

ה. אם יכולים היורשים לטעון גוד או אגוד

בני זוג נשאו בזיווג שני, רכשו דירה שנרשמה ע"ש שניהם בחלקים שוים. מיעוט מהדירה נרכשה בהון עצמי, וחלקה הגדול באמצעות משכנתא ארוכת טווח. הבעל נפטר, ובהתאם לצוואתו, ילדיו יורשים את חלקו בדירה. האלמנה תובעת להמשיך ולהתגורר בדירה, ותובעת שהיורשים ימשיכו לשלם לכל הפחות מחצית מחוב המשכנתא. היורשים טוענים כי אין עליהם כל חיוב לשלם את המשכנתא, כדי שהאלמנה תוכל להמשיך ולהתגורר בדירה.

א. כשהמדור ממשוכן

הריטב"א בתש' (סי' קצה) דן בראובן שמשכן מחצית ביתו ללאה, ולאחר זמן נשא לרחל ושעבד לה לכתובתה ונדוניתה שאר מחצית ביתו בתורת אפותיקי. וראובן ואשתו וסיעתו דרו באותו בית כל ימיהם. ולאחר שמת ראובן, תובעת לאה להורידה לבית הממשוכן לה, והאלמנה טוענת שאין להוציאה מהבית, מאחר ויש לה בבית זכות למדור אלמנה, כמו שדרה בו בחיי בעלה, כך זכותה לדור בו כל ימי אלמנותה. ולאה טוענת, דהואיל ושעבוד מחצית הבית קודם לנשואי ראובן ורחל, היא קודמת, ויכולה להוציא את האלמנה מהמדור המשועבד לחובה הקודם. ועל כך השיב הריטב"א, וז"ל:

> "דבר פשוט הוא שאין רגלים לטענת רחל האלמנה כלל, כיון ששעבוד לאה קדם. ולא עוד אלא אפי' משכנם ראובן ללאה אחר שנשא לרחל, אין לאלמנה לדור בהן מדין מדור אלמנה, שלא תקנו מדור אלמנה אלא כשיש לו במותו בית שהוא בן חורין, אבל בבית משועבד לא תקנו, שאפי' כשיש שם

בית בן חורין, אם הוא צר שאינו מחזיק לה וליתומים, קי״ל שאין לה מדור, כדאמר רב יוסף בביתי ולא בביקתי. ולא אמרו חז״ל משתמשת במדור כדרך שמשתמשת בחיי בעלה אלא כשיש שם בית רחב ובן חורין, כדאיתא בפ׳ נערה שנתפתתה (כתובות נד,א) ולא אמרו חז״ל אלא יתומים שמכרו במדור אלמנה לא עשו ולא כלום ומשום דתפסה מחיים, כדאיתא התם (כתובות קג,א), אבל בעל שמכר או משכן בחייו, מה שעשה עשוי.״

מדברי הריטב״א מבואר דזכות אלמנה במדור הוא דוקא בבני חורין, אולם כשהמדור משועבד, לא תיקנו לאלמנה מדור בבית משועבד, וכשם שלא תיקנו בביקתי, כך לא תקנו אלא בביתו ובבני חורין. והנראה בריטב״א דדוקא במשכנו לא חשיב בני חורין, דבעל חוב קונה משכון ויש לו קנין בבית, ולכן נחשב הבית כמשועבד לבע״ח. אבל אם הלוה כסף בשטר, אף שהקרקעות משועבדים, כל זמן שלא הגיע זמן הגביה, הרי הם בני חורין, ובשעת מותו אם לא פסקו בית דין והורידו לנכסים, לכאורה יש לה מדור. דדוקא במשכן את הבית, שיש לבע״ח קנין בבית, חשיב כמשועבדים ולא כבני חורין, אבל כשאין לו תפיסה ואחיזה בבית, כיון שאפשר שישלמו מנכסים אחרים וכד׳, אין לבע״ח כל תפיסה ואחיזה וקנין בבית, ולכן הבית בכלל תקנת המדור.

וכן ראיתי בתש׳ חקי חיים (לג״ר אברהם חיים בורג׳ל זצ״ל, חאהע״ז סי׳ צד) שדן בראובן שמשכן חצירו לשמעון בתורת משכנתא בנכייתא, ואחרי מות ראובן עמדו בניו ומכרו החצר לשמעון בעל המשכון, כנגד שארית החוב, והאלמנה מערערת, בין השאר בטענה שהחצר הוא מדור שלה שדרה בו בחיי בעלה. ועל זה השיב החקי חיים לענין המדור, שהבעל יכול לתת המדור לאחר במתנת בריא; ״ונראה דהוא הדין נמי אם משכן הבעל המדור, מהני מעשיו, ואינה יכולה האלמנה לטרוף מיד בעל המשכונא. ומיהו נראה דנהי דאינה יכולה לטרוף, אבל מ״מ המכירה שמכרו לו היורשים, אינה מכירה כלל, שהרי האלמנה זכתה באותו מדור והרי הוא שלה, ואין לבעל המשכונא ההוא כי אם שעבוד, ויכולה לסלקו במעות ... איך שיהיה נקטינן שאין האלמנה יכולה לטרוף מיד בעל המשכונא בחינם בלתי מעות, אבל יכולה היא או היורשים לסלקו במעות והמכר בטל״. ומבואר בדבריו שאין חיוב המדור חל על מדור ממושכן, ואף שהמשכון אינה גביה ואינו ביד הבע״ח, מ״מ תקנת חכמים למדור אלמנה ותנאי בית דין היה דוקא על מדור הנקי משעבוד. ואע״פ כן יכולה לסלקו במעות, כיון שאינו כגבוי ביד הבע״ח אלא רק משועבד.

וכאמור, נראה דכל זה בממושכן, אבל בבע״ח שהלוה בשני עדים, ואף אם יש לו שעבוד של בע״ח על נכסי הלוה, מ״מ אין שעבוד שיוחד למדור, שנאמר

שחיוב המדור לא חל עליו, דזה דוקא באופן של משכון, שיש לבע״ח קנין בבית, דקיי״ל ב״מ פב,א דבע״ח קונה משכון, מדרבי יצחק, ולך תהיה צדקה וכו׳. ואף שבקרקע אינו קונה משכון, כדמוכח להדיא בגיטין לז,א, לענין המלוה את חבירו על המשכון, דאינו משמט, הקשתה הגמ׳, אלא מעתה הלוהו ודר בחצירו דתפיס ליה, הכי נמי דלא משמט. ותירצה הגמ׳ דשאני משכון דמטלטלין דקני ליה מדרבי יצחק. ומוכח שמשכון קרקע אינו קונה מדרבי יצחק. וכן כתבו התוס׳ להדיא בב״מ סז,ב ד״ה ושביעית, דדוקא במטלטלין דתפיס וקנה שלא בשעת הלואה, משא״כ בקרקע. גם מה שחילקו הראשונים דדוקא שלא בשעת הלואה קונה משכון, לענין שיש לו שעבוד עליו ולהקרות מוחזק, קונה משכון אף בשעת הלואתו ואף בקרקע, כן כתב הש״ך חו״מ רעח,ז, על דברי המחבר שבכור נוטל פי שנים בהלואה שיש לאב משכון עליה, ואף במשכנו בשעת הלואתו. הסמ״ע שם רעח,כ כתב דאע״פ שבשעת הלואתו אינו קונה משכון, מ״מ כיון דקונה משכון שלא בשעת הלואתו, גם בשעת הלואתו הו״ל כגבוי בידו, ולא כלבוש שכתב דחשיב כמוחזק. והש״ך כתב כלבוש דבשעת הלואתו ג״כ נחשב כמוחזק;

״ונראה דאף למה שהעליתי לעיל עב,ט דאין בע״ח קונה משכון רק שלא בשעת הלואתו, אבל בשעת הלואתו לא קנה ליה כלל לשום דבר, ולא שייך לומר כיון דקונהו שלא בשעת הלואתו, יקנה ג״כ למקצת דברים בשעת הלואתו וכמ״ש ע״ש, מ״מ דין דהכא אמת, דכיון דעכ״פ אף בשעת הלואתו קונה משכון לענין שיש לו שעבוד עליו, נמצא ששעבודו בידו הוא ומיקרי מוחזק ולא ראוי. דלענין בכור כל ששעבודו בידו, אע״ג דאינו קונה אותו לגמרי, מיקרי מוחזק ולא ראוי. תדע, דהא כתב הטור בשם הראב״ד דאפי׳ משכנתא באתרא דמסלקא מיקרי מוחזק ולא ראוי כשגובה מגופא דארעא, והא פשיטא דמשכנתא דקרקע אין בע״ח קונה משכון אלא שעבודא הוא דאית ליה עלה, כדמוכח בפרק השולח (לז,א) ופרק כל שעה וכן בכמה דוכתי. א״ו לענין בכור כל ששעבודיה בידו, לא מיקרי ראוי. ובהכי א״ש מ״ש רשב״ם והמרדכי והגהות מיימוני והרב המגיד והע״ש ושאר פוסקים טעמא דב״ח קונה משכון, דהא לא אמרינן דקונה משכון אלא שלא בשעת הלואתו אלא ר״ל דקונה אותו לשעבודו ולא קנין גמור.״

מוכח מהש״ך דיש שני קנינים במשכון, יש קנין שלא בשעת הלואתו ובמטלטלי, שהוא כקנין גמור (ועיין ש״ך עב,ט ועב,קכט, ועיי״ש בכל המראי מקומות, ואף לסוברים שאינו קנין גמור לענין חיוב אונסין, ועיי״ש בקצוה״ח עב,ג, ואכמ״ל), ויש קנין לשעבוד. הקנין לשעבוד קיים גם בקרקעות וגם במשכנו בשעת הלואתו, ולענין בכור חשיב כמוחזק, כיון ששעבודו בידו. ולכן גם כשממשכן מדור, הרי יש לבע״ח

שעבוד, וקנה אותו לשעבוד, בין משכנו בשעת הלואה ובין שלא בשעת הלואה, ואף שזה משכון קרקע. ולכן לא תיקנו חכמים מדור לאלמנה, כשלבע"ח יש תפיסה וקנין לשעבוד, והוא הנחשב למוחזק. משא"כ במלוה בשטר, אף שנכסיו משועבדים, אין לבע"ח קנין בהם, וכמו שמצאנו לענין גביית בכור פי שנים במלוה שיש עליה משכון, ואינו גובה פי שנים במלוה שאין עליה משכון, ואפי' במלוה בשטר.

והא דמשועבדים לא חשיב כמוחזק, מבואר בגמ' ב"ב קכד,א דדעת רבי דבכור נוטל פי שנים במלוה בשטר שירשו, וחכמים פליגי עליה, עיי"ש ברשב"ם ד"ה ירשו שט"ח, וקיי"ל להלכה כחכמים שאינו נוטל פי שנים בשטר חוב, ואפי' גבו, וכמו שפסק רב פפא בגמ' קכה,ב, דאין הבכור נוטל פי שנים במלוה, בין שגבו קרקע בין שגבו מעות, וכמש"כ הרשב"ם שם (ד"ה ואין): "ואפילו בשטר, בין שגבו קרקע בין שגבו מעות, דלאו האי קרקע ולאו הני מעות שבק להון אבוהון, והוה ליה ראוי". והראשונים כתבו דדברי רב פפא הם אפי' למ"ד שעבודא דאורייתא, דאף שרב פפא ס"ל דשעבודא דרבנן, מ"מ מדהביאה הגמ' דבריו להלכה דכן הלכתא, וז"ל הרמב"ן: "הא דפסק רב פפא הכא, אליבא דכ"ע פסק, ואפילו למ"ד שעבודא דאורייתא, וליכא למימר דילמא לטעמיה אזיל ואיהו אמר פריעת בעל חוב מצוה בגט פשוט (קעד,א) ובערכין (כב,א) ובכתובות (פו,א) דאלמא שעבודא לאו דאורייתא, דאי הכי לא הוה איתמר הכא סתם באסוקי שמעתין, ואשכחן נמי לרב הונא בריה דרב יהושע דאמר כותיה בפרק איזהו נשך (סז,ב), ואע"ג דאיהו פליג עליה בפריעת בעל חוב מצוה, ואשכחן לרב פפא גופיה בפ"ק דקדושין (יג,ב) שעבודא דאורייתא, והילכך ליכא למדחיא להא דרב פפא כלל, והכין אסכימו כולהו רבוותא ז"ל".

ומלבד זאת דגם רב פפא ס"ל דשעבודא דאורייתא, מ"מ דין זה הוא אף למ"ד שעבודא דאורייתא. וכן כתב הרשב"א בחידושיו. ויש להבין מדוע למ"ד שעבודא דאורייתא, לא יחשב הבכור כמוחזק במלוה בשטר, ואף למ"ד שעבודא דרבנן, אם קנין דרבנן מהני לדאורייתא, הוא הדין שעבודא דרבנן יועיל לכאורה להיות הבכור מוחזק מדאורייתא, ומדוע לא נחשב הבכור למוחזק. והנה נחלקו אביי ורבא בפסחים ל,ב אם בע"ח מכאן ולהבא הוא גובה או למפרע הוא גובה, אביי ס"ל למפרע הוא גובה, ואביי ס"ל דמכאן ולהבא. והנתיבות קצט,ב כתב בבאור מחלוקת אביי ורבא, לישב שיטת הרמב"ם שאפשר לקנות במלוה, דאביי ס"ל שיש למלוה קנין במשועבדים, דהקרקע נחשבת כקנויה למלוה בשעה שנותן לו את הכסף, דבשעת נתינת הכסף בתורת הלואה, הרי הוא כאומר הלוה למלוה; הרי היא קנויה לך מעכשיו כשאגבה אותה לך. ואף דקיי"ל כרבא דמכאן ולהבא הוא גובה, גם רבא מודה דאחר זמן הפרעון למפרע הוא גובה, וז"ל:

״ולפי זה אפשר לומר לאביי דסבירא ליה בע״ח למפרע הוא גובה בפסחים לא,א, ואי אקדיש מלוה וזבין מלוה מוקדש ומכור, אלמא דס״ל דהוי כאילו קנוי ליה הקרקע למלוה בשעת הלואה כשנותן הכסף לידו, והוי כאומר לו קנה מעכשיו ולכשאגבך, וכיון שנתרצה להגבותו מזה קנה למפרע משעת נתינת המעות, כיון דאדעתא דקנין נתן לו המעות בתחילה והגוביינא הוא רק כקיום התנאי דלא בעי קנין, ואף דאנן קיימא לן כרבא דס״ל מכאן ולהבא הוא גובה, מ״מ בסימן קג,ו פסק דיש אומרים שאם עבר הזמן שקבע לו לפרוע שיכול המלוה למוכרו, ועיין בבעל התרומות שער מ״ג ח״ב [ס״ד] שכתב דהנך רבוותא ס״ל דאפילו רבא מודה דאחר זמן פרעון למפרע הוא גובה. ועיין באו״ת קג,ה, ולכך שפיר פסק הרמב״ם דלענין מכר כשמגבה אותו הקרקע או המטלטלין בעד כל חובו דקנה, והרמב״ם מיירי אחר זמן פרעון כמ״ש הסמ״ע רד,טז לענין הרווחת זמן דמיירי אחר זמן פרעון.״

יוצא לפ״ז דלדעת הנתיבות, אף לרבא לאחר שהגיע זמן הפרעון, נחשב השעבוד כקנין. אמנם דעת הגרש״ש (שערי יושר, מערכת הקנינים יא – יב) דהשעבוד אינו קנין אלא זכות שיש למלוה בנכסי הלוה, שאם לא יפרע, יוכל הלוה לגבות את הקרקע, וגם לאביי אין זו אלא זכות גביה, דאין כאן קנין כלל, כיון שלא ברור שיגבה המלוה את הקרקע, שהרי יתכן ויפרע לו במעות. רק לאביי אם בסוף לא יפרע הלוה למלוה, ויגבה המלוה את הקרקע, הרי שלמפרע יש לו קנין בקרקע, אבל כעת כל עוד לא גבה את הקרקע, אין לו בקרקע קנין אלא זכות גביה, וז״ל:

״... גם לאביי אין ענין שעבוד אחר מאשר לרבא, וכל ענין שעבוד נכסים למ״ד שעבודא דאורייתא, וכן למ״ד שעבודא דרבנן, הוא שיש למלוה זכות בנכסי הלוה על זמן שאח״כ, שיהיה שלו אם לא יופרע חובו ממקום אחר. ואם היה זכות זה ברור והחלטי, היה מקרי לכ״ע קנין קרקע, כמו שאמרנו ע״פ שיטת הר״ן, דכל היכא שיש לאחר קנין בחפץ על זמן של אח״כ, זהו קנין בחפץ ממש על תשמישי הזמן שלאח״כ. וכמו בשותפין בחצר שאין בו דין חלוקה, דגם בשעה שמשתמש האחד, יש קנין ממש לשני לזמן שאח״כ ... אך הכא בשעבוד נכסים, אף אם לא יהיה ללוה רק קרקע אחת, מ״מ הדבר בספק אם יזכה בנכסים, דביד הלוה לסלוקי בזוזי. וע״כ סובר רבא דלא מיקרי קנין וחלק ממש בקרקע על זמן של אח״כ, כיון דיכול לסלקו בזוזי. וע״כ אף שאח״כ לא פרעו בזוזי ונשלם זכות המלוה לזכות בהאי קרקע של הלוה, לא אמרינן איגלאי מילתא למפרע דהיה לו קנין ממש על זמן הגביה ... ולפיכך עדיין הלוה בעל הקרקע, ואין זו שדה משותפת, רק שלמלוה יש זכות לגבות לזמן שלאח״כ ... ולאביי כיון דאח״כ לא פרע ליה ממקום אחר, ונשלם זכותו

לגבות מהקרקע, אמרינן איגלאי מילתא למפרע דהיה למלוה זכות גמור בקרקע על זמן שלאח״כ, ולא איכפת לן מה שביד הלוה לסלקו בזוזי, דכיון דלבסוף לא פרע ליה בזוזי, הרי נתקיים זכותו באותה שדה ... ולפ״ז בין לאביי ובין לרבא אין לו בשדה רק זכות על זמן שלאח״כ, ואותו זכות הוא מוכר ומקדיש, רק לאביי חשיב אותו זכות כקנין וחלק ממש בקרקע על זמן שלאח״כ, כמו שותפים על זמנים מבוררים בחצר שאין בה דין חלוקה, ע״פ שיטת הר״ן, ולרבא זכות זה, מכיון שאינו נחשב לקנין ממש מטעם שבידו לסלקו בזוזי, אינו נמכר ואינו נקדש.״

מבואר מדברי הגרש״ש דהן לאביי והן לרבא,ענין השעבוד אינו קנין אלא זכות גביה

שיש למלוה בנכסי הלוה, ולכן אין לו כבר כעת קנין על הזמן העתידי שיגבה את הקרקע, כלומר, דאחרי שיגבה ודאי יש לו קנין בקרקע, אך לומר שכבר כעת כשלא גבה יש לו קנין על הזמן העתידי, זה אינו לרבא, כיון שיתכן ולא יגבה, וע״כ אינו דומה לשותפים המשתמשים בחצר בזמנים מחולקים, שגם בשעה שמשתמש שותף אחד, יש לשני קנין על הזמן שישתמש, וכבר כעת יש לו את הקנין, אפי׳ בשעה שאינו משתמש, על הזמן שישתמש. ודעת אביי, שאחר שהתברר לבסוף שלא פרע, הרי שכבר משעת ההלואה היה לו קנין בשדה על הזמן של הגביה. וע״כ בין לאביי ובין לרבא אין לו זכות אלא על הזמן של אחרי הגביה, רק לאביי יש לו כבר קנין משעת ההלואה על הזמן העתידי, זכות עכשווית על זמן עתידי, אם לבסוף יגבה. ולרבא דקיי״ל כוותיה, יש לו רק זכות כעת על הזמן העתידי, וכל זמן שלא גבה, אין לו קנין כלל בקרקע. (ועיין עוד במה שהבאתי בח״ז סי׳ ד/ב לסוברים ששעבוד יש לו דין מוחזק, ואכמ״ל).

ולפ״ז יש לחלק ולומר, דכל דברי הריטב״א שאין לאלמנה זכות במדור ממשוכן שאינו

בן חורין, היינו דוקא במדור ממושכן וכנידון הריטב״א, אבל במדור משועבד, דכל מה שיש למלוה הוא רק זכות גביה, כיון שאין לבע״ח קנין במדור, חל על המדור חיוב מדור לאלמנה. ובנדון חוב משכנתא שהוא על הבית והדירה המסוימת, ויש לבנק הערת אזהרה לדירה זו, הרי זה בכלל חוב שהדירה והמדור הינם כמשכון, ולא חל עליהם חיוב מדור אלמנה.

לכאורה בכגון זה יש על כל הבית דין של מדור ממושכן, דכיון שהבנק יכול למכור

את הבית כולו, לגבות את חוב המשכנתא הנותר בתוספת הוצאות, ואת היתרה יקבלו הבעלים, א״כ אין לומר שעל חלק מהבית יהיה דין של מדור אלמנה, שא״כ לא יוכל הבנק למכור את כל הבית. ולכן בכגון זה על כל הבית יש דין של מדור ממושכן, ואין לאלמנה זכות במדור זה. רק יש לדון אם יכולה האלמנה

לשלם מכספה את חוב המשכנתא, ואח״כ לתבוע מהיתומים לנכות מחלקם בבית (לאחר פטירתה יורשיה יקזזו חוב זה מחלק יורשי הבעל, בדרך של קזוז חוב או קביעת חלקים לא שוים לבעל ולאשה בבית), או שיכולים היורשים לדרוש את מכירת הבית וסילוק המשכנתא.

ב. מדור שנפל, וחיוב היורשים לשכור לה מדור

איתא בכתובות קג,א: אמר אביי, נקיטינן מדור אלמנה שנפל, אין היורשין חייבין לבנותו. תניא נמי הכי, מדור אלמנה שנפל, אין היורשין חייבין לבנותו, ולא עוד אלא אפילו היא אומרת הניחוני ואבננו משלי, אין שומעין לה. בעי אביי שיפצה מאי (חזקה בדקיה מאי, מי אמרינן לא מפקינן לה כל ימים שיכול להתקיים, או דלמא אמרינן לה לאו כל כמינך - רש״י), תיקו. וברשב״א שם (עיין בריטב״א) פירש דין מדור אלמנה שנפל, דאף אם בנאוהו, אינה דרה בו, דכיון שנפל הסתלק זכותה מבית זה. ובשטמ״ק שם הביא מתלמידי רבינו יונה, דהטעם הוא פרשנות בתנאי כתובה, דכן יש לפרש התנאי כתובה של את תהא יתבא בביתי, כל זמן שהבית קיים: ״מפני שהיתומים יכולים לומר לה, כלום התנה אבינו עמך אלא כל זמן שתהא הבית קיימת, וזו כיון שנפלה לא קרינן ביה בביתי״. וכן הוא במאירי שם, דחיוב מדור שהתנה האב יש לפרשו על המדור המסוים, וכיון שהמדור המסוים אינו קיים, אין זה בכלל התנאי כתובה, וכשיבנו מחדש את המדור או ישפצו בדקו שיוכלו לדור בו, פנים חדשות באו לכאן, וכבר אינו בכלל התנאי כתובה, וז״ל: ״ואם נפל הבית אשר היתה דרה בה, הנה כבר אבדה חיוב הדירה בביתו לפי שהתנאי הוא את תהא יתבא בביתי, ואין לה עליהן שיבנו אותו ואפילו מממון שלה״. וכן הוא בפסקי רי״ד שם: ״שבית זה שיעבד לה כל זמן שהוא קיים ולא יותר ... דכיון דנפל פקע שיעבודה״. ולפ״ז יש לפרש את שאלת הגמ׳ שיפצה מאי, אם עדיין לא נפל ורוצה לחזק בדקו שלא יפול, אם יכולה לעשות כן, או חייבת לפנות המדור בזמן שהיה נופל ללא שיפוץ האלמנה. אולם אם שיפצה אחר נפילתו, כבר איבדה זכותה, ואינו בכלל התיקו דגמ׳. וכן הוא בראשונים שם בסוגיא, עיין בתוס׳ שם שפירשו מהו שתשפץ, והיינו אם לכתחילה יכולה לשפץ ולמנוע נפילתו ואיבוד זכותה במדור.

ואיתא בגמ׳ כתובות שם (קג,א), וכן בכתובות נד,א: תני רב יוסף, בביתי ולא בבקתי (אם יש לו בית, כופין את היורשין לתת לה מדור לפי כבודה, ואין יכולין לומר לה לכי לבית אביך ואנו זנין אותך שם. אבל אין לו בית אלא ביקתא בעלמא, צריף צר וקטן, ולשון ביקתא בי עקתא (שבת עז,ב), יכולין לומר לכי מאצלנו, דאת תהא יתבא בביתי כתב לך ולא בביקתי). ובנד,א נחלקו אם יש לה מזונות, דרב יוסף ס״ל דמזוני אית לה (בבית אביה מנכסיו, ולא אמרינן כיון דלא קרינן בה ואת תהא

יתבא בביתי, לא קרינן בה ומתזנא מנכסי. ורב יוסף בביתי יתירא דריש, דתקון למכתב בביתי תרי זימני, ואת תהא יתבא בביתי כל ימי מיגר ארמלותיך בביתי), ומר בר רב אשי אמר דאפי' מזוני נמי לית לה, ולית הלכתא כמר בר רב אשי.

והרמב"ן בכתובות נד,א כתב בבאור דברי רב יוסף, דיש מי שפירש לומר שחייבים היורשים לשכור לה בית אחר, כשהשאיר האב ביקתה, שאם היה הבית קטן וצר מהכיל היתומים והאלמנה, אינה יכולה לומר להם אני אדור כאן ואתם לכו לכם, אלא שוכרים לה בית הראוי לה לפי כבודה. והוא ע"פ דברי הירושלמי: ר' זעירא שלח שאל לר"נ בר יצחק ולרב אבימי בר פפי, לא היה שם בית, א"ל היורשים שוכרין לה בית, מכאן ואילך היא אומרת קרקע והם אומרים מעות הדין עם היתומים, כהדא חדא איתתא הוה פורנא עשרים דינרין, והוה חד בית טב עשרה דינרין, אתא עובדא קומי ר' חנינא ואמר או יתבון לה ביתא או יתבון לה עשרין דינרין וכו'. וכך פירוש הירושלמי, אם לא היה שם בית ראוי לדירת האלמנה והיתומים, דהיורשים שוכרים לה בית. ואם היא אומרת שרוצה את אותו בית אף היותו קטן, אינה יכולה לטעון כן, לפי שאין לה בגוף הבית קנין אלא שעבוד. וכיון שכן הם שוכרין לה בית אחר. ואם היה שם בית ראוי לדירת שניהם, הדין עמה. ויוצא מהירושלמי לפירוש זה, שהיתומים חייבין לשכור לה בית. והרמב"ן כתב דאינו מחוור ואינו נכון, ויש לפרשו באופן אחר. דאם לא היה שם בנכסי המת בית כלל, היורשים שוכרים לה בית לפי כבודה, ואם רצו נותנין לה דמי שכירות בית כמו שהוא, והיא טורחת ושוכרת לעצמה. ואם היא אומרת איני רוצה לטרוח אלא שכרו לי אתם, אין שומעין לה. ולפ"ז י"ל, שלא נאמרו הדברים אלא במי שאין לו בית כלל, שכיון שתנאי ב"ד הוא למיתב בביתיה ויורשיו צריכים לשכור לעצמם, ישכרו בית ראוי לדירת כולם, ומקום שהיורשין דרים בו זהו ביתו. אולם מי שיש לו בית ואינו ראוי לדירת כולם, אינם שוכרים לה לבדה, משום מעוטא דכתובה דכתבי בביתי תרי זמני. דמהסוגיא בנד,א משמע שאין כל חיוב על היורשים לשכור לה בית, רק הפסידה דירתה, מדאמר מר בר רב אשי אפילו מזוני ליה לה, אע"ג דלית הלכתא כמר בר רב אשי. והיינו, שלפירוש הראשון שפירשו הירושלמי, בכל מקרה צריך לשכור לה בית, ואפי' אם הבית קטן ומכיל רק היורשים, ולפרוש הרמב"ן, ככל שצריכים לשכור לעצמם בית, ישכרו גם לה בית הראוי לדירת כולם. ובהמשך הביא הרמב"ן דברי הרמב"ם, וז"ל:

"ולרב ר' משה המחבר ז"ל נפל הבית או שלא היה בית אלא בשכר, נותנין לה מדור לפי כבודה, ומזה הירושלמי הוציא דבר זה, אבל היה לו לכתוב אם היתה שם ביקתא מה דינה. ונראה שדעתו שישכרו לה היתומים מדור לפי כבודה. וכיון שכן יש לדחוק ולומר דה"ק, בביתי ולא בבקתי, שאינה יכולה לומר הניחו הבית לי לבדי מאחר שאין כלנו יכולין לדור בו בריוח לפי

כבודנו, או שתאמר אתגלגל עמכם בדוחק, אלא הם דרים בבית ושוכרין לה מדור לפי כבודה, כלומר ביקתא, כמו שלא היה לו לבעלה בית כלל דמי, משום מיעוטא דלישנא. וזו שאמר מר בר רב אשי אפי׳ מזוני לית לה, משום ברכת הבית קאמר, כאותה ששנינו (כתובות קג,א) יכולין היורשין לומר לה אם את אצלנו יש לך מזונות, ואם אי את אצלנו אין לך מזונות. ומיהו מודה דלפי ברכת הבית יהבי לה כי התם, ואפילו הכי לית הלכתא כוותיה, דכיון דלאו מינה הוא, מזונות שלמים נותנין לה, שאם רצו יבאו אף הם לדור עמה. ואע״פ שאין זה מחוור, אנו נותנים ראשינו תחת כפות רגלי הראשונים ז״ל.״

והנראה לבאר, דיש שני דינים של חיוב מדור אלמנה, יש חיוב שהוא מיוחד מכח תנאי כתובה של את תהי יתבא בביתי, שהוא שעבוד וחיוב על המדור המסוים הנקרא ביתי, וככל שיש ״ביתי״, יש על הבית המסוים זכות מגורים לאלמנה לגור בו כל ימי אלמנותה, והוא חיוב יתר על חיוב מדור באשה נשואה, שיש לה זכות מדור מכח חיוב כסות של הבעל לאשתו, כמבואר ברמב״ם אישות יג,ג ובשו״ע אהע״ז עג,א. ובאלמנה יש שני סוגים של חיובי מדור, חיוב אחד, והוא חיוב היתר, הוא מכח תנאי כתובה של את תהי יתבא בביתי, והוא על הביתי המסוים, אך יש לאלמנה זכות מדור גם מכח חיוב היורשים בכסותה ובמזונות, והוא חיוב עצמאי שאינו בכלל החיוב הקודם, ואף במקום שלא שייך החיוב המיוחד באלמנה, יש לה חיוב מכח חיובי כסות ומזונות, וכמבואר ברמב״ם (אישות יח,ג): ״נפל הבית או שלא היה לבעלה בית אלא בשכר, נותנין לה מדור לפי כבודה, וכן מזונותיה וכסותה לפי כבודה. ואם היה כבוד הבעל גדול מכבודה נותנין לה לפי כבודו מפני שעולה עמו ואינה יורדת אפילו לאחר מיתה״. דגדרי חיוב המדור שהוא מכח הכסות, לפי דיני וגדרי חיובי כסות ומזונות, דהיינו לפי כבודו וכבודה, וחיוב המדור מכח תנאי כתובה של את תהי יתבא בביתי, הוא לפי הבית הקיים בשעת מיתה, שעליו חל השעבוד, ואינו שייך לדינים של לפי כבודו וכבודה, השייך לדיני מזונות וכסות ולנובעים מהם.

ובזה י״ל שני הסברי הירושלמי ברמב״ן. דלמש״כ הרמב״ן שככל ששוכרים לעצמם מדור, עליהם לשכור מדור גדול יותר כדי שתוכל לדור בו האלמנה, משא״כ אם השאיר בית היכול להכיל את מדור היתומים ולא האלמנה, שאין צריכים לשכור לאלמנה מדור, וכלשון הרמב״ן: ״אפשר שלא נאמרו הדברים אלא במי שאין לו בית כלל, שכיון שתנאי ב״ד הוא למיתב בביתיה, ויורשיו צריכין לשכור לעצמן, ישכרו בית ראוי לדירת כולם, ומקום שהיורשין דרין בו זהו ביתו. אבל מי שיש לו בית ואינו ראוי לדירת כולם, אינן שוכרין לה לבדה, משום מעוטא דכתובה דכתבי בביתי תרי זמני״. דכששוכרים לעצמם בית, דין הבית השכור בכלל תנאי כתוב של את יתבא בביתי, דהוא בכלל ביתי, אולם אם השאיר בית קטן ואין צריכים לשכור בית, אינם

צריכים לשכור לה בית, שאין לאלמנה אלא זכות בבית הנקרא ביתי, ואין לה זכות מזונות מכח מזונות וכסות. אולם לפרוש האחר שהביא הרמב"ן, שצריכים לשכור לה בכל מקרה לפי כבודו וכבודה, י"ל דאף אם אין לה זכות מכח תנאי כתובה של תהי יתבא בביתי, יש לה זכות מכח חיוב מזונות וכסות. ונפק"מ, דבמקום שאין ליורשים חיוב לתת לה מזונות וכסות, פטורים מחיוב מדור. וכן הדין שחיוב מכח מזונות וכסות הוא לפי כבודו וכבודה. ועיין עוד בר"ן כתובות (כ,ב מעמוה"ר), וגם שם יש להפריד בין שני סוגי החיובים, החיוב מכח תנאי כתובה של תהי יתבא בביתי, לחיוב מדין מזונות. ומש"כ הר"ן שם שאין היורשים חייבים לשכור לאלמנה בית, רק אם שוכרים לעצמם, היינו דוקא לדין תנאי כתובה של יתבא בביתי, שאם שוכרים לעצמם, מיקרי ביתו, וכמבואר בר"ן שם: "שכל מקום שהיורשין דרין ביתו מיקרי", אולם לכאורה לחיוב מזונות וכסות, לא יחלוק על מה שכתבו הראשונים שחייבים לשכור לה בית.

ואפשר דזהו הסבר דברי הגמ' שם: תני רב יוסף, בביתי ולא בביקתי, אבל מזוני אית לה. מר בר רב אשי אמר, אפילו מזוני נמי לית לה. והיינו שנחלקו אם יש לה מזוני, כדי שיהיה חיוב מדור מכח חיוב המזונות והכסות, וככל שיש על היורשים חיוב מזונות, חייבים אף לשכור לה מדור אחר מכח חיוב זה של מזוני. דמה שפירשו הראשונים אם חייבים לזונה בבית אביה, היינו שנחלקו רב יוסף ומר בר רב אשי אם שני התנאי כתובה, את תהי יתבא בביתי, והתנאי השני של מיתזנא מנכסי, תלויים זה בזה, וככל שאין יתבא בביתי, אין חיוב מזונות, לדעת מר בר רב אשי. או שאינם תלויים זה בזה, ויש חיוב מזונות, לזונה בבית אביה, וממילא כל החיובים הנובעים מחיוב המזונות, כמו לשכור לה מדור לפי כבודו וכבודה.

וכן נראה בבאור דברי הראשונים בספ"ד דכתובות. הרשב"א כתובות נד,א למד ממש"כ רש"י שאם יש לו בית כופין היורשין לתת לה מדור לפי כבודה, ואין יכולים לומר לה לכי לבית אביך ואנו זנין אותך שם, אבל אין לו בית אלא ביקתא בעלמא, בית צר וקטן, יכולים לומר לה לכי מאצלנו ויש לה מזונות בבית אביה, דנראה מלשון רש"י דאין היורשים צריכים לשכור מדור לאלמנה; "אבל הראשונים ז"ל אמרו דשוכרין לה בית לפי כבודה, וכן משמע בירושלמי ...". וכן הביא בריטב"א שם בסוגיא. ואפשר דמר אמר חדא ולא פליגי. דרש"י מירי לענין תנאי כתובה של את תהי יתבא בביתי, שלזה אין לה זכות אלא בבית הבעל, משא"כ הראשונים שכתבו ששוכרים לה מדור, מירי מכח חיוב מזונות וכסות, וכמש"כ לעיל. ועוד הוסיף הרשב"א, מובא גם בר"ן כתובות (כ,ב מעמוה"ר), דאפי' היורשים בנו הבית, כבר נסתלק שעבודה מהבית: "דלאו למימרא שאין חייבין לבנותו ואם בנאוהו שתהא היא דרה בהם, אלא מכיון שנפל נסתלק זכותה ממנו". דתנאי כתובה שתהי יתבא בביתי

כמות שהוא במיתתו, ואם נפל ואינו קיים, אין לה שעבוד וזכות בפנים חדשות שבאו לכאן מכח תנאי כתובה של תהי יתבא בביתי.

ובזה נראה לבאר דברי הרשב"א בתש' (ח"ב סי' קסה, הובא גם בב"י אהע"ז סי' צד): "ומה שטען שאין לאלמנה שום זכות עד שתוציא כתובתה ותשבע, אין טענתו יפה, שאין זכות המדור תלוי בגבית הכתובה, שאפי' אין לה מזונות ולא כתובה, יש לה מדור. ואפי' אין לה מדור ולא כתובה, יש לה מזונות, וכדאמרינן בפרק נערה שנתפתתה". והנראה דהיינו לענין זכות מדור מכח את תהי יתבא בביתי, שמשתמשת במדור שהיה בחיי בעלה, וזכות זו אינה תלויה בכתובה ומזונות, אולם זכות מדור, שחייבים היורשים לשכור לה מדור, נובעת מזכותה למזונות וכסות, וככל שאין לה זכות למזונות מאיזה סיבה שהיא, אין לה בזכות מדור שמכחם. ועיין בבית מאיר צד,א שהקשה על המנהג לסלקה לא רק ממזונות אלא גם ממדור. ואפשר דהמנהג כן הוא רק ביחס למדור שמכח המזונות, וכגון לענין לשכור לה בית, אבל זכות לשבת בבית כל ימי חייה, בזה לא נהגו לסלקה, ועיין להלן.

ועיין ברא"ש כתובות ד,כט, שלמד מסוגיא דידן, וז"ל: "בעי אביי שיפצה מהו, תיקו. הלכך לא תשפץ. וכ"ש שאין היורשין חייבין לשכור לה בית. וכן מוכח שמעתין, דכשהבית צר, מוציאין אותה ואין שוכרין לה בית דירה, דאי חייבין לשכור לה דירה, פשיטא דמזונות אית לה, והיאך קאמר מר בר רב אשי דלית לה מזונות". ונראה שלמד מסוגיא דידן, דאין לה מדור, לא מכח תנאי כתובה ולא מכח מזונות, שאם היה לה מכח מזונות, פשיטא שיש לה מזונות, ולכן הסיק דהבבלי חולק על הירושלמי הסובר שחייבים לשכור לה דירה. ואפשר דבזה גופה נחלקו רב יוסף ומר בר רב אשי, עיין לעיל, וכיון דקיי"ל כרב יוסף, אף שאין לה מדור מכח ביתי, יש לה מדור מדין מזונות וכסות שחייב בהם, ולא פליגי הבבלי והירושלמי. אולם כל זה לפירוש הראשון שהביא הרא"ש, וממנו למדים דפליגי הבבלי והירושלמי, דככל שאין לה מדור מדין תנאי כתובה של בביתי, אין לה מדור כלל, גם אם חייבים לזון את האלמנה. אולם בהמשך הביא הרא"ש פרוש אחר, שאין הבבלי והירושלמי חולקים, וז"ל: "וי"מ גמרא דידן כמו הירושלמי, בביתי ולא בבית עקתי, כגון שהבית צר מהכיל כולם, ישכירו לה בית אחר ואינה יכולה לומר אדור בבית בעלי ואתם תשכרו לכם בית. והא דקאמר מר בר רב אשי אף מזוני לית לה, פי' אין לה מזונות משלם אלא לפי ברכת הבית. ורב יוסף סבר דמזוני משלם אית לה, ולא דמי להא דאמרינן לקמן (קג,א) יכולין היורשין לומר אם את אצלינו אית לך מזונות, אין את אצלינו אין לך מזונות, ואסיקנא דכשאינה אצלם דיהבו לה לפי ברכת הבית, דהתם היורשין רוצים לזונה אצלם והיא רוצה לצאת, אבל הכא שהיורשין מוציאין אותה, נותנין לה מזונות משלם. ומדור אלמנה שנפל, אין חייבין לבנותו אלא שוכרין לה בית, וגם אין מניחין

לה לבנותו ולא לשפץ, כי חפצים יותר לשכור לה בית". ומבואר דאף למר בר רב אשי יש חיוב מזונות, אלא שהחיוב לפי ברכת הבית, ולכן מכח חיוב מזונות וכסות, חייבים היורשים גם לשכור לה מדור.

ועיין במהלך דברי הרמב"ם בהל' אישות יח,ב-ג. דבה"ב כתב הרמב"ם: "כשם שניזונת אחר מותו מנכסיו, כך נותנין לה כסות וכלי תשמיש ומדור. יושבת במדור שהיתה בו בחיי בעלה, ומשתמשת בכרים וכסתות בעבדים ושפחות שנשתמשה בהן בחיי בעלה. נפל המדור, אין היורשין חייבין לבנותו, ואם אמרה הניחו לי ואני אבננו משלי אין שומעין לה. וכן לא תחזק בדקו ולא טחה אותו אלא תשב בו כמו שהוא או תצא. ויורשין שמכרו מדור אלמנה לא עשו כלום". בהל' זו הביא הרמב"ם את אופן השימוש במדור מתנאי כתובה דאת תהי יתבא בביתי, ושזכותה של האלמנה במדור הוא רק במדור שהיה בחיי בעלה. ובה"ג הביא את החיוב האחר מכח מזונות וכסות, שאינו שייך בדוקא ל"ביתי": "נפל הבית או שלא היה לבעלה בית אלא בשכר, נותנין לה מדור לפי כבודה, וכן מזונותיה וכסותה לפי כבודה, ואם היה כבוד הבעל גדול מכבודה, נותנין לה לפי כבודו, מפני שעולה עמו ואינה יורדת אפילו לאחר מיתה". דבדין קמא של מדור שהיה בחיי בעלה, לא שייך הדין של עולה עמו, דזכותה להשתמש במדור כפי שהיה בחיי בעלה. אולם אם שוכרים לה מדור, מדין מזונות, אף אם המדור בחיי בעלה היה למטה מכבודה, צריכים לשכור לה מדור לפי כבודה, שדין עולה עמו שייך רק במדור שהוא מכח מזונות וכסות.

והנה אם סילקו היורשים כתובתה, אם חייבים במדור, לכאורה נראה שבשני האופנים, הן חיוב מדור מדין את תהי יתבא בביתי והן החיוב מדין מזונות, שניהם תלויים אם תבעה כתובתה או פרעו לה כתובתה (לאנשי יהודה, ולמה שפסק הרמ"א אהע"ז צג,ג, עיין להלן), דשניהם הינם תנאי כתובה, וכל שאין כתובה, אין תנאי כתובה. ובזה יש לפרש מה שפירש הרמב"ם בפירוש המשנה (כתובות ד,יב), על מחלוקת אנשי גליל ואנשי יהודה אם יכולים לפרוע הכתובה בעל כרחם. הרמב"ם בפירוש המשניות שם כתב: "ואין הלכה כאנשי יהודה. אלא כל זמן שלא תבעה כתובה בבית דין ולא נשאת, תדור בבית שהיתה דרה בו עם בעלה בחייו, ותמשיך להשתמש בכל המטלטלין והכלים שהיתה משתמשת בהן עמו בחייו". וכן הוא ברע"ב שם. והיינו שגם זכות המדור, לדור בביתו, תלויה בכתובה, וכל עוד לא תבעה הכתובה, יכולה לדור בבית בעלה, לשיטת הרמב"ם והרע"ב, דלא כאנשי יהודה. ועיין בשבות יעקב (ח"ב סי' קכד) שתמה על מנהג דייני פרנקפורט, שפסקו שחייבים היורשים במדור אף בסילקו לה הכתובה. ולכאורה י"ל, דס"ל לדייני פרנקפורט שדוקא חיוב מדור שהוא מכח מזונות תלוי בכתובה, אבל תנאי כתובה של יתבא בביתי, אינו תלוי בפרעון כתובה, וכפי שהקשה השבו"י, הוא תמוה ביותר, דלכאורה כל תנאי כתובה

באלמנה, תלוי בגוף הכתובה. ואפשר דכן היה מנהגם לענין סילוק בעל כרחה, שאף אם נהגו כאנשי יהודה, וכמו שפסק הרמ״א אהע״ז צג,ג, לא מהני מה שסילקו בעל כרחה אלא לענין המזונות. אך כל זה במקום שנהגו.

ג. חיוב שכירות מדור כשרוצים לסלק הכתובה

וכאמור בנדו״ד לענין הדירה של שני בני הזוג, ודאי על החלק הממושכן ע״י הבנק, אין לאלמנה זכות מדור. ואם היא תמשיך ותפרע את חוב המשכנתא (וגם את חלק הבעל, ואח״כ יגבו יורשיה מה שפרעה אמם עבור חלק הבעל, כשימכרו הדירה. יש מקום לדון בזה מדין פורע חובו של חבירו, דבכה״ג אינה בגדר פורע חובו של חבירו שפטור, ויתבאר להלן), הרי יכולה להמשיך לדור בדירה. ואם לא תפרע והבנק ימכור הדירה, הרי שזכות האלמנה תהיה מדין נפל הבית, שחייבים היורשים לשכור לה מדור. אולם השאלה אם יכולים לסלק לה הכתובה בעל כרחה, ולהפטר מהחיוב לשכור לה מדור.

תנן כתובות נב,ב: את תהא יתבא בביתי ומיתזנא מנכסי כל ימי מיגר אלמנותיך בביתי, חייב שהוא תנאי בית דין. כך היו אנשי ירושלים כותבין. אנשי גליל היו כותבין כאנשי ירושלים. אנשי יהודה היו כותבין; עד שירצו היורשין ליתן לך כתובתיך, לפיכך אם רצו יורשין, נותנין לה כתובתה ופוטרין אותה. ובגמ׳ שם נד,א: אתמר, רב אמר הלכה כאנשי יהודה, ושמואל אמר הלכה כאנשי גליל. בבל וכל פרוודהא נהוג כרב, נהרדעא וכל פרוודהא נהוג כשמואל. ההיא בת מחוזא דהות נסיבא לנהרדעא, אתו לקמיה דרב נחמן, שמעה לקלה דבת מחוזא היא, אמר להו בבל וכל פרוודהא נהוג כרב. אמרו ליה, והא לנהרדעא נסיבא. אמר להו, אי הכי נהרדעא וכל פרוודהא נהוג כשמואל. ועד היכא נהרדעא. עד היכא דסגי קבא דנהרדעא (כל מקום שמודדין תבואה במדת קב נהרדעא – רש״י). והרי״ף שם (כ,ב מעמוה״ר) הביא י״מ דכיון שנתנו גבול לנהרדעא, א״כ כ״ע אינם כנהרדעא ונוהגים כאנשי יהודה. וכתב ע״ז הרי״ף, דזה אינו; ״ואנן לא חזינן להאי סברא, דהאי דקא יהבינן קיצותא לנהרדעא, לאו למימרא דכולי עלמא עבדי כרב, אלא למימרא דשאר בבל ופרוודהא עבדי כרב, אבל כולי עלמא דלית להו מנהגא, כשמואל עבדי, דקי״ל הלכה כשמואל בדיני״. דהגבול הוא רק לתושבי בבל, אבל מי שאינו תושב בבל, מן הסתם נוהג כשמואל וכאנשי גליל, דקיי״ל הלכה כשמואל בדיני. והביא הרי״ף דכן סובר רב משה גאון, והביא ראיה מרפ״פ אלמנה ניזונת, דקיי״ל (צה,ב) ניזונת ולא הניזנת, והיינו כאנשי גליל. עוד הביא ראיה מכתובות נד,א: קריביה דרבי יוחנן הוה להו איתת אבא דהוה נפישי מזונה, אתו לקמיה דרבי יוחנן, אמר להו זילו אמרו ליה לחביבי דנייחד לה ארעא למזונה. ואם סבר רבי יוחנן כאנשי יהודה, למה ליחד קרקע, יפרע לה הכתובה

בעל כרחה. ומבואר שפוסק הרי"ף כאנשי גליל, שאינם יכולים לפרוע לה כתובה בעל כרחה ולהפטר מחיוב מזונות אלמנה. וכן נראה דעת הרמב"ם, ממה שפסק בהל' אישות יח,א: "אלמנה ניזונת מנכסי יורשין כל זמן אלמנותה עד שתטול כתובתה, ומשתתבע כתובתה בבית דין אין לה מזונות". ומבואר דוקא בתביעה, ואין יכולים לסלקה בעל כרחה. וכן ביאר המגיד בדברי הרמב"ם. ובשו"ע אהע"ז צג,ג כתב כן להדיא: "... ואין היורשים יכולין לפרוע לה כתובתה ולסלקה מהמזונות, אלא היא ניזונית על כרחם כל זמן שלא תתבע כתובתה, אא"כ התנו כן בפירוש שלא תזון אלמנתו מנכסיו, או שהיה מנהג המקום כן". מבואר דפסקו שאין יכולים לסלקה בעל כרחה, וכאנשי גליל.

ומה שהקשו הראשונים על ראיות הרי"ף, עיין בר"ן כתובות (כא,א מעמוה"ר). וכדעת הרי"ף פסק הרמב"ן (כתובות נד,א): "כתב רבי' אלפסי ז"ל, דקי"ל כשמואל ומסתייעא הך סברא מכמה דוכתי, וכן מפורש בתוספתא, שאר כל הארצות כותבין כירושלים. ואף על גב דלא אותבי' מינה בגמ' דילן, מיהו שמעינן מינה דמנהגא הכי. ובירושלמי, ר' אבהו אמר קיסרין כיהודה, ושאר ארצות כירושלים, וכן עמא דבר". וכן ברשב"א הביא דעת הרי"ף ונראה שפסק שאין יכולים לסלקה בעל כרחה, והביא מהראב"ד ראיה מר"פ אלמנה ניזונת (כנ"ל), וכן מכתובות קז,ב, דתנן; האשה שאמרה מת בעלי, רצתה נזונת רצתה גובה כתובתה, מבואר שתלוי ברצונה, ואין יכולים לסלקה בעל כרחה. וכן הביא ראיה מהא דכל רב ושמואל בדיני, קיי"ל כשמואל. ומבואר שפוסק כאנשי גליל. וכן כתב הריטב"א דהלכתא כשמואל בדיני; "וכבר האריך בזה הרי"ף ז"ל, ואע"פ שראיותיו צריכין חיזוק, עיקר הפסק כן הוא מטעמא דכתיבנא". וכן נראה דעת הרא"ש כתובות ד,לא, דבמקום שאין מנהג, יש לעשות כאנשי ירושלים וכשמואל.

והריב"ש (סי' קז) כתב להלכה דקיי"ל כאנשי גליל, דכיון דהרי"ף והרמב"ם וכל הראשונים פסקו כאנשי גליל שאין יכולים לסלקה בעל כרחה, הכי נקטינן. וכ"ה בתוספתא ובירושלמי. ולכן מן הסתם יש לנהוג כן, אולם אם יש מקום שנהגו כיהודה וכרב, הולכין אחר מנהגם, כדמשמע מההיא בת מחוזא דהות נסיבא לנהרדעא; "ואנחנו בבואנו בזאת הארץ לא ראינו מנהג בזה, כי תושבי הארץ לא היו נוהגין בדיני תורתינו, כי אם לפני שופט ישמעאלים יובא כל ריב. וגם קהל מיורקה, אשר רוב קהלנו מהם, לא היו נוהגין שם כי אם בדין הישמעאלים. ולזה אין להביט במנהגם, כי אין להם מנהג לפי דין תורתינו. ולזה נהגנו כאנשי גליל, כפסק הרי"ף ז"ל והרמב"ם ז"ל והאחרונים ז"ל. וכי ראו הקהל, שנכסי היחידים מועטים, ואם האלמנה תהיה נזונת לעולם, לא ישאר דבר ליתומים, עשו תקנות בעניני הנשואין הנעשים מהיום ההוא ואילך, כי לא ראו לגרוע זכות הנשים בנשואין שנעשו כבר,

אבל ישארו על דין התלמוד. וזה כמו שמונה שנים שנעשו התקנות ההם, ומהם שכל זמן שירצו היורשין לפרוע לה כתובתה ולסלקה מזכות מזונותיה, שיהא רשות בידם, זולתי בג׳ חדשים ראשונים״. מבואר בריב״ש שמעיקר הדין יש לנהוג כאנשי גליל, אולם במקומו תקנו שמכאן ולהבא יוכלו לסלק האלמנה כאנשי יהודה, כיון שראו שאם תיזון כל ימי חייה, לא ישאר דבר ליתומים מעזבון אביהם.

וכן הסכים לדבריו הב״י (אהע״ז סו״ס צג), שתקנה הגונה היא. הב״י הביא מתש׳ זכרון יהודה (סי׳ עח, לרבי יהודה בן הרא״ש), שנשאל אם יכולים הצבור לתקן שלא תזון האלמנה כי אם ג חדשים, ולאחר ג חדשים על כרחה תשבע ותטול כתובתה, ולא יהיו נזוקים היתומים בתפיסת האלמנה נכסים מרובים, והשיב שאינם יכולים לתקן כך. וכתב הב״י דאין דבריו נראין; ״אלא יכולים הם לתקן כן, ותקנה הגונה וראויה היא, וכן כתב הריב״ש בתשובה סי׳ קז, שזו אחת מהתקנות שהתקינו במקומו״. וכן פסק הרמ״א אהע״ז צג,ג: ״ויכולין ב״ד לתקן במקומן שהיתומים יסלקו אותה כשירצו״. ותקנה זו הוזכרה גם בדברי התשב״ץ (ח״ב סי׳ קצג), לאחר שהביא דקיי״ל כאנשי גליל, מ״מ יש תקנות שיכולים לסלקה בעל כרחה: ״ואע״פ שבמקום הזה נתחדשו תקנות בענין המזונות לאחר נישואיה. כבר הזכירו תקנותיהם שהנשואות קודם לכן, דינן קיים כאשר היה בעת הנשואין״. וכן הוא בתש׳ התשב״ץ (ח״ג סי׳ קכח): ״דינה ע״פ התלמוד, כבר פסקו הגאונים ז״ל דאנן כאנשי גליל עבדינן, וכל זמן שלא תתבע כתובתה ניזונת והולכת. ודינה לפי התקנה שלשה חדשים, ולאחר ג חדשים, רשאי האפטרופוס לסלקה ממזונות, אם יפרענה כתובתה משלם״. ועיין עוד בתש׳ הרדב״ז (ח״ד סי׳ ע).

ובישועות יעקב (אהע״ז צג,ג, הובא בפת״ש צג,ה) כתב, דכעת נהגו בתי דין שבישראל לסלק לאלמנה כתובתה בעל כרחה, וכל הנשאת, על דעת המנהג היא נשאת. וטעמא דמלתא, דכיון שהמזונות ביוקר מאד ממה שהיה בעבר, וסכום הכתובה נשאר בערכו הקודם, כל אלמנה לא תרצה לקבל כתובתה רק הנדוניא, ותהיה כל אחת נוטלת נדוניא וניזונת, לכן עשו בזה תקנה לסלקה בעל כרחה ע״י תשלום כתובתה. וכן מבואר בתש׳ שבות יעקב (ח״ב סי׳ קכד הנ״ל): ״... משא״כ לפי תקון ומנהג שלנו שהוא כאנשי יהודא, וכן משמע ומבואר בתשובת מהר״מ גלאנטי סימן קכא, וכן עשינו הלכה למעשה כמה פעמים בק״ק פראג במושב ב״ד, כשסלקנו האלמנה, סלקנו אותה מכל, וכל הדין פשוט כביעתה בכותחא ...״. והביאו הבית מאיר אהע״ז צג,ג וצד,א. ועיי״ש מה שהקשה איך מסלקים מהמדור, דבשלמא מזונות אם תקבל כל ימי חייה, לא ישאר ליורשים מעזבון אביהם, משא״כ אם תשאר במדור, אינם מפסידים מקרן הירושה. וכתב הב״מ ששאל דבר זה משני רבנים מובהקים ומפורסמים, ולא ענו לו, זולת שכך נהגו. אמנם אפשר למש״כ לעיל, דנהגו כן ביחס למדור שהוא

מכח המזונות, במזה שחייבים לשכור לה מדור, כשנפל המדור או לא היה לו מדור, דבזה יש את אותו הטעם של המזונות, שלא ישאר מעזבון אביהם, משא"כ זכות האלמנה שמדור שהיה לבעלה, מכח תנאי כתובה של את תהי יתבא בביתי, אינה מפסידה בסילוק הכתובה בעל כרחה, ולא נהגו לסלקה בעל כרחה מהמדור, אף אם מסלקים הכתובה בעל כרחה.

וראיתי שדבר זה נתון במחלוקת בין הפוסקים האשכנזים לספרדים, דאף שהב"י כתב שהוא מנהג הגון לתקן תקנה זו, לא הביאה בהלכותיו, ורק הרמ"א הביא דברי הריב"ש להלכה, ומזה נובע חילוקי המנהגים בין אשכנזים לספרדים. דבתש' משנה שכיר (לגאון יששכר שלמה טייכטעל זצ"ל, ח"א סי' קב) כתב, דכל בתי הדין דמדינתנו נוהגים שהיתומים מסלקים האלמנה כשירצו, וזאת לפי מש"כ הריב"ש, והיא תקנה נכונה, שלא תתפוס ככר זהב למזונותיה ותפסיד היתומים. והביא מהשבו"י שהיא תקנה קבועה במדינתנו, ושכן הורו בי"ד בק"ק פראג, ומדינא צריכה לצאת גם מהדירה, אלא שהסכים עם חכמי פפד"מ שמדירתה אין לסלקה. ומאידך – עיין בתש' ישכיל עבדי (לגר"ע הדאיה, ח"ו חאהע"ז סי' מז), שהביא מהפוסקים הספרדים שנהגו לא לסלקה, כך למד מהגאון הראשל"צ ישא ברכה, בתש' ישא איש (חאהע"ז סי' יד). מהגאון מהר"י בולא, תש' מקור ישראל (חאהע"ז סי' כד – כה). וס"ל לישכיל עבדי, דבמקום שאין המנהג ברור, יש להעמידו על הדין כמנהג אנשי ירושלים והגליל: "מכ"ש עתה בזמנינו זה בירושלים עצמה, דהבאים אליה עליהם להתנהג כמנהג המקום, מכיון דהוא מנהג קבוע מזמן הש"ס, ומאז ועד היום המשיכו במנהג זה, ודאי דאין אלה שבאו מחו"ל יכולים לשנות המנהג הקבוע זה כאלפיים שנה. ובפרט דהאשכנזים בתחילת בואם לירושלים היו מועטים לגבי הספרדים, והמיעוט נגרר אחר הרוב ... וכן שו"ר בספר שערי עוזיאל (ח"ב עמ' רלו) ... שהדרך הטובה והישרה שאנו צריכים ללכת היא כמנהג אנשי ירושלים". הרי שדין זה של סילוק כתובת האלמנה בעל כרחה, נתון למחלוקת הפוסקים האשכנזים והספרדים, דמנהג הספרדים שלא לסלקה בעל כרחה, ומנהג האשכנזים לסלקה בעל כרחה.

וכן נמצא לגרא"י הכהן קוק זצ"ל (עזרת כהן סי' נח): "... ונתברר לי שאצל הספרדים הם נוהגים עד היום כדעת המחבר, ואין האלמנה מסתלקת מזונות עד שתתבע כתובתה בב"ד, אבל אצל האשכנזים נתפשט גם פה המנהג, המובא באחרונים, שמהם הובאו כבר בפ"ת שם סק"ה, שאם רוצים היתומים לסלק אותה מסלקים, חוץ מג"ח הראשונים, כדעת הריב"ש בת' ע"פ התקנה". עוד הוסיף, דאף בספק, לא שייך לומר דספק תקנה אוקמא אדינא וכאנשי גליל, דכיון שמעיקר התקנה יש בזה מחלוקת בין אנשי גליל לאנשי יהודה, ואע"ג דפסק המחבר כרי"ף והרמב"ם, דפסקו הלכה כאנשי גליל, וכשמואל דפסק כותייהו, מ"מ כשיש מנהג, ואפילו מנהג מהאחרונים,

לפסוק כאנשי יהודה, לא שייך לומר במקום ספק דאוקמינן אדינא, דהמנהג מיוסד מטעם שיש רשות לקבע כאנשי יהודה ג"כ, ופסק הרי"ף והרמב"ם אינו כ"א במקום שאין מנהג, כמבואר בדבריהם ובדברי הטור להדיא, וא"כ במקום ספק צ"ל דנכסים בחזקתן, דהיינו בחזקת היורשים, ויכולים הם לסלקה. ועיין עוד במשנת יעקב (לגרי"נ רוזנטל זצ"ל, נשים, א, עמ' רכה): "והנה פה בארץ לא ידוע בברור מה המנהג בזה, אולם שמעתי מזקני גו"ר (גאוני ורבני) ירושלים שנהוג שם שאלמנה מזיווג ראשון שיש לו בנים ממנה, אין מסלקין אותה, אבל באלמנה מזיווג שני שאין הבנים שלה, מסלקין אותה בסכום הנתון לשיקול דעת בית דין. ודייני בית דין בארץ לא קבעו מנהג ברור במזונות אלמנה". הרי שאין מנהג ברור בארץ ישראל, אולם יש הנוהגים לסלק אלמנה מזיווג שני כשאין לו בנים ממנה, בסכום ע"פ שיקול דעת בית הדין. ולפ"ז בנדו"ד שהאלמנה והבעל אשכנזים ומזיווג שני, נראה שיכולים לסלקה, ובכה"ג שהנידון הוא לענין שכירות המדור, יכולים לסלקה אף מזכות המדור שהיא מדין מזונות, ואינם צריכים לשכור לה מדור, לאחר שיסלקוה מכתובתה.

ד. פריעת חוב המשכנתא ע"י האלמנה

וכאשר האלמנה תסלק את חוב המשכנתא, הן על חלקה והן על חלק בעלה, נראה דפרעה בזה חוב היורשים, ואינם פטורים מדין פורע חובו של חבירו, וכשתמכר הדירה, היא או יורשיה יכולים לנכות החוב מחלק הבעל, דאיש ואשה שלוו, הרי הם כשותפים שלוו, וכ"א הוא גם לוה וגם ערב על חלק חבירו, ואין דינו שייך כלל לפורע חובו של חבירו, ומה שפורעת, גובה אח"כ מהיורשים כשימכרו הבית.

הרמב"ן בתש' (סי' מ, הובא גם בבעה"ת מד,ד), כתב וז"ל: "ואיש ואשה שלוו מאחד, פורעת אשה מכתובתה מחצה, שהרי הוא לענין מחצה שלה כדין אשה שלותה מעצמה. ואם גבה בעל חוב הכל מנכסי הבעל בין בחייו בין לאחר מיתתו, כותב להם בעל חוב התקבלתי, והם חוזרין וגובין מחצה משלה כדין ערב או קבלן שפרעו ... הרי הם בטענות הללו כשאר שנים שלוו. ואל תבקש ממני בכאן ראיה, שאין בזה הדין ספק ולא בית מיחוש כלל". וכן הביא בעה"ת מתש' הרי"ף. וכן פסק בשו"ע חו"מ עז,י. ועיי"ש בנתיבות עז,יא, דדין זה הוא דוקא באופן שהאשה חתמה בשטר, משא"כ אשה שהקיפה סחורה, אפילו היא נושאת ונותנת בתוך הבית, כיון שידוע לכל שיש לה בעל, וכל מה שנושאת ונותנת הכל של הבעל, וכל הריוח והפסד לבעל, ואין לה משלה כלום, הרי זה כהודיע שהוא שליח, שהדין רק עם המשלח, כמבואר בשו"ע חו"מ קפב,ב, וכמו באפוטרופוס של בעה"ב שהדין הוא רק עם בעל הבית. משא"כ כשחתמה בשטר הוי כפירש המלוה שדעתו עליה, ומכל שכן אם פירש בהדיא שאין סמיכת דעתו רק עליה, שחייבת גם היא לשלם כשאין לו לבעל. וכ"ז שייך

אף בנדו״ד שהיא חייבת מכח חתימתה על שטר המשכנתא, ובפרט שהיא בעלים על מחצית הדירה. (וכל הנידון שדנו בנו״כ לענין נו״נ ואם הגיע הממון לידה, לא שייך לנדו״ד, כיון שמדובר בחוב שלה על חלקה בבית, וכלפי הבנק היא הלוה גם על חלק הבעל, ולכל הפחות ערבה על חלקו). ומ״מ בשותפים שלוו כה״ג, חייבת האשה לפרוע את חוב הבעל, וע״כ אין זה שייך כלל לנידון פורע חובו של חבירו, וחייבים היורשים לשלם מה שפרעה. אמנם צ״ע לחייבם קודם שיוכלו לממש את חלק אביהם בירושה, שהרי יכולים לטעון שמבחינתם שהבנק ימכור את הדירה ויגבה חלקו, וישלם לכ״א חלקו, או לטעון גוד או אגוד וכדלהלן.

ולענין אם פטור כשפורע חוב משכנתא של חבירו, אף שאין נפק״מ לנדו״ד וכנ״ל, מ״מ נראה דבזה לא יפטרו בעלי הנכס ממה שפרע עבורם אחר, כשהבנק שלח התראה ועמד למכור את הנכס, בהתאם לחוזה הלואת המשכנתא עם הבנק. דהנה התוס׳ ב״ק נח,א (ד״ה א״נ), הביא בטעם מבריח ארי שפטור, וז״ל: ״ונראה לר״י, דמבריח ארי שאינו נוטל שכר היינו כשאין הדבר ברור שיבא לידי הפסד, כגון שהארי רחוק ואין יודע אם יבא כאן הארי אם לאו, ואין מצילו אלא מדאגה ומן הפחד שדואג שמא יבא, אבל אם הדבר ברור שיבא לידי הפסד ולידי דריסת הארי, או מציל מפי הארי עצמו, אז ודאי נוטל שכרו כמו שטף נהר חמור חבירו״. ולכאורה ברור בנדון המשכנתא, שיש לבנק שעבוד על הנכס, ואם לא יפרע ימכרו הנכס, וגם הבעלים לא יוכלו למכור הנכס מבלי לפרוע לבנק את חוב המשכנתא, הוי מניעת הפסד ברור ומשתרשי למי ששילמו בעבורו.

ואף לטעם השני שהביא תוס׳ שם מהירושלמי: ״מפייסא הוינא ליה ומחיל לי, ואפי׳ במשכון מפייס הוינא ליה ויהיב לי משכוני, ואפי׳ בבע״ח דוחק עצמו מסיק לה בירושלמי, ונראה דהטעם משום שיכול לומר לו הייתי מוצא הרבה בני אדם שהיו פורעין עבורי, כי דרך אהובים שמרחמים על אהוביהם להציל מן הצער הזה״. נראה דאף שמוצאים לעיתים נדיבי עם וקופות צדקה, שתומכים בעניים לבל יסלקו אותם הבנקים מבתיהם הדלים, כשאין ביד הבעלים לפרוע את התשלום החדשי של המשכנתא, וכבר נצבר חוב. כל זה במקרים של עניים וביתם דל, אולם כשמדובר במקרה כנדו״ד, שהכל שאלה כלכלית של היורשים שלא רוצים להשקיע, ומבחינתם עדיף שימכרו הבית לאלתר, ודאי וודאי שלא היו מוצאים מי שישלם עבורם את המשכנתא, וגם הבנק לא מוחל חובות מסוג זה, שיכולים לגבות בקלות ממכירת הדירה, ובפרט בנסיבות מקרה כנדו״ד. וגם לפי הירושלמי יש לבחון כל מקרה לגופו אם שייכת טענה זו של מפיסנא וכו׳, והייתי מוצא אוהבים שיפרעו עבורי.

ובעצם דין בע״ח דוחק, כתב השיג הש״ך קכח,ג, על מה שהביאו התוס׳ הירושלמי דאף בבע״ח דוחק יכול לטעון שהיה מפייס המלוה, וכן פסק בשו״ע. דהרי״ף,

הרמב"ם, סמ"ג, הש"ג בשם ריא"ז, והגהות מיימוניות שהביאו הירושלמי, השמיטו דין בעל חוב דוחק, דכיון דבירושלמי פלפלו בזה, היה להם לכתוב בפירוש דבע"ח דוחק בכלל פורע חובו של חבירו, אם כך ס"ל לדינא. עוד כתב, דמסקנת הירושלמי דאינו פטור בבע"ח דוחק. וע"כ הסיק הש"ך, וז"ל: "וא"כ לענין דינא נלפע"ד דבבע"ח הוי ספיקא דדינא, דאע"ג דלקמן ס"ק ה' הבאתי יותר מל' פוסקים דס"ל פורע חובו שלא מדעתו פטור, היינו בסתם חוב, אבל בבע"ח דוחק לא אשכחן הכי זולתי מקצת פוסקים הוא שפסקו כן. וא"כ הא ר"ח ורבינו תם והרא"ש והב"ח והסמ"ע, דפסקו בלאו הכי דחייב, וא"כ בבע"ח דוחק איכא נמי הרי"ף והרמב"ם והסמ"ג והגהמ"י וש"ג בשם ריא"ז, וא"כ בהאי דינא אדרבא רבו המחייבים. ועוד, דבסתם פורע חובו הוא דנראה עיקר כהפוסקים הפוטרים, משום דכן נראה בש"ס דילן ובירושלמי וכמש"ל, משא"כ בבע"ח דוחק וכמ"ש. וא"כ עכ"פ נראה דהוי ספיקא דדינא, דהיינו אי תפס הפורע בבע"ח דוחק לא מפקינן מיניה". ועיין בתומים קכח,א שחלק על הש"ך, ובקצוה"ח ס"ק ב הסכים לדברי הש"ך, ולדבריו הסכים הנתיבות קכח,ב. ולפ"ז יש לצרף טעם זה בנוסף לנ"ל, דבנדו"ד אין טענה של מפייסנא או הייתי מוצא אוהבים.

ובתוס' שם (ב"ק נח,א הנ"ל) הוסיפו, דהיכא שמשביח נכסי חבירו, אינו דומה כלל למבריח ארי, דביורד לתוך שדה חבירו ונטעו שלא ברשות, ומקיף את חבירו משלש רוחותיה, והשוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו, כל אלו משביח את נכסי חבירו, ונוטל מבעל הבית מה שההנהו. ונראה דאף בסילוק חוב משכנתא, אף שאינו בגוף הקרקע, מ"מ דירה נקיה מכל שעבוד, ניתנת למכירה ושוה יותר מדירה שיש עליה שעבוד, ולא יכול למכור את הדירה אלא לאחר סילוק החוב, וא"כ השביחה את דירת היורשים בכך שתסלק חוב המשכנתא, ואין בזה דין פורע של חבירו. עיין עוד במה שכתבתי בח"ו יד/ב.

ה. אם יכולים היורשים לטעון גוד או אגוד

ונראה שיוכלו היורשים לטעון טענת גוד או אגוד בדירה זו, דכיון שאין על הדירה דין מדור בהיותה ממושכנת, יכולים לתבוע מהאלמנה גוד או אגוד. ונחלקו הראשונים אם דין גוד או אגוד הוא גם בשנים שקנו בשותפות בית שאין בו דין חלוקה, או רק ביורשים ומקבלי מתנה, עיין ברא"ש ב"ב א,נא שהביא את דעת הר"י מיגאש דגוד או איגוד לא שייך אלא ביורשין או מקבלי מתנה, אבל אם לקחו שנים בית שאין בו כדי לזה ולזה, אין אחד מהן יכול לומר גוד או איגוד, שהרי לדעת שיהו שותפין לקחוהו שניהם, ולא למכרו איש אל אחיו. וכתב הרא"ש דנראין דבריו אם לא היה להם בית דירה ולקחוהו לדור בו, או אם היה להם בית דירה ולקחוהו להשכירו לאחר, אבל אם היה להם בית דירה ונפל או נשרף דירתו של אחד מהן

או הוצרך למכור מחמת דוחקו, יכול לומר לחבירו גוד או איגוד, כיון שצריך לדור בו ואינו רוצה לדור עם אחר. עוד הביא הרא"ש מהר"י מיגאש דאין דין גוד או איגוד בשדה. וכתב הרא"ש, דהר"י מיגאש לשיטתו דדוקא בדבר שמשתמשין בו בשותפות כגון בית דירה ומרחץ ובית הבד וטלית ושובך, ואין נוח לאדם להשתמש בשותפות עם חבירו, יכול לומר גוד או איגוד, אבל בשדה אפשר לעבדה בשותפות או למוסרה לאריס. והרא"ש כתב דאין דבריו נראין בזה. ודעת רבינו יונה (ב"ב יג,ב ד"ה עלה) כדעת הר"י מיגאש דבלוקחים לא אמרינן גוד או איגוד.

גם הנימוק"י (ב"ב ח,א – ב בעמוה"ר) הביא דעת הרא"ה דגוד או איגוד אין בשותפים שהשתתפו לדעת; "שלא נשתתפו והטילו מעותיהם על דעת שיסלק אחד מהם את חבירו". אולם הנימוק"י עצמו ציין דדעת הרמב"ם דאין חילוק בין יורשים או שנים שהשתתפו לדעת, עיין ברמב"ם הל' שכנים א,ג שנחלקו בזה הרמב"ם והראב"ד, וז"ל: "אחד השוכר מחבירו מקצת חצר, או שדה שאין בה דין חלוקה, או שנים ששכרו מקום אחד בשותפות, כל אחד מהן יכול לכוף את חבירו ולומר לו או שכור ממני חלקי או השכיר לי חלקך, ואם יש בה דין חלוקה חולקין. השגת הראב"ד: וגם זה הדין נפשו אותה ויעש ממנו לשכירות, שע"מ כן שכרו, וקרוב אני לומר אף במקח כן, ולא אמרו גוד או איגוד אלא בירושה ומתנה". (ועיין בחזו"א ב"ב ט,ג דהראב"ד ס"ל דאף בדבר שיש בו כדי חלוקה, אם קנו בשותפות, אין אחד יכול לכוף את חבירו לחלוק, דאדעתא דהכי השתתפו). ובשלטי גיבורים שם אות ב הביא מתש' רבינו האי גאון דשייך בשותפים שהשתתפו דינא דגוד או איגוד. ועיין ביד רמ"ה ב"ב פ"א סוף סי' קעג. ובמחבר בשו"ע חו"מ הביא דעת הרמב"ם בלבד לענין זה דבשותפים שקנו, ג"כ יש דינא דגוד או איגוד. ובש"ך ס"ק א הביא דעת הר"י מיגאש והראב"ד. והחתם סופר בתש' חחו"מ סי' יב, הובאו דבריו בפת"ש חו"מ קעא,ג, דדעת כמעט כל הפוסקים, דגם בשותפים אמרינן גוד או איגוד.

וכל מחלוקת הראשונים היא בדעת השותפים, האם השתתפו על דעת שלא להפרד

זה מזה בדרך של גוד או איגוד, או אף שקנו יחדיו חצר שאין בה כדי חלוקה, לא היה בדעתם שאם אחד מהם לא יוכל אלא לחלוק, כשסבור הוא לקבל ואינו יכול, שלא יוכל לחלוק בדרך של גוד או איגוד, שהיא דרך החלוקה בדבר שאין בו דין חלוקה. כך כתב הרשב"א בתש' (ח"א סי' תתקיג) לפרש את דעת הרמב"ם; "לפי שיכול לטעון סבור הייתי לקבל ולדור כן, ועכשיו איני יכול לסבול". וברב המגיד שכנים א,ג הביא את הרשב"א, וכתב להוסיף בבאור דעת הרמב"ם, דיכול השותף לומר שסמך שיוכל להפרד ע"י דינא דגוד או איגוד. ובחזו"א (ב"ב ט,ד) כתב בענין שותפים בעסק מרויח, ונפלה קטטה בין השותפים, דיש להסתפק אם דמי לנפל הבית שיכול לומר גוד או איגוד אף לדעת הר"י מיגאש, דאם נפל דבר מחודש מצי טעין

גוד או איגוד, שכן כתב הטור לדעת הר״י מיגאש, או ששינאה לאו טענה היא, עיי״ש. גם בכסף הקדשים קעא,ו כתב דכל היכא שהתחדשה ידיעה חדשה שלא היתה קודם השותפות, יכול לטעון לכ״ע גוד או איגוד, ולמד כן מדברי הרשב״א הנ״ל, עיי״ש. וע״כ כשמת השותף, בשותפות מסוג של עיסקא, בטלה השותפות, ובשותפות כנדו״ד במקרקעין, לכל הפחות עקב שינוי הנסיבות, יכולים היורשים לטעון טענת גוד או אגוד. ועיין מה שכתבתי בזה בח״ט יג/ג.

לאור האמור, על החלק הממושכן בבית, לא חל תנאי כתובה של את תהי יתבא בביתי, וממילא אין על כל הבית דין מדור אלמנה, כיון שאם ימכר, כבר אינו בכלל ״ביתי״. אולם חייבים היורשים לשכור לה בית, אא״כ לנוהגים לסלק האלמנה כתובתה בעל כרחה, דכיון שאין לה מזונות, אינם צריכים לפרוע כתובתה. וכן הדין בכל ענין שאין לה מזונות, כמבואר בשו״ע אהע״ז סי׳ צג. ואם תפרע האלמנה חוב המשכנתא, תוכל היא או יורשיה לתבוע מיורשי הבעל, לאחר מכירת הדירה. ויכולים היורשים לטעון טענת גוד או אגוד, במקום שאין לה זכות במדור מכח תנאי כתובה של יתבא בביתי.

סימן ח

מתחייב לזון בת אשתו

ראשי פרקים

א. התחייבות מוחלטת

ב. מתחייב לזון בנו וכלתו

ג. חיוב המזונות לפי מקום שנמצאת הבת

בני זוג התגרשו בארה״ב, ובמסגרת הסכם הגרושין התחייב האב לזון את שלשת ילדיו בסכומים גבוהים, ובכללם תשלום למוסדות להשכלה גבוהה. לאחר זמן הכירה האם אזרח ישראלי, ובקשה לעבור עם ילדיה לארץ ישראל. הואיל ובהתאם לחוק הבינלאומי נדרשת הסכמת האב, הסכים האב לבקשה, ובלבד שיעשו שינויים בהסכם הגרושין, ולפיהם ישלם מזונות מופחתים, בכל סעיפי ההסכם, ובכללם סעיף תשלום השכלה גבוהה, כאשר במקביל התחייב הבעל השני של האם, להשלים את כל החיובים שנטל האב על עצמו בהסכם הגרושין בענין הילדים. ההסכם החדש בין האב לגרושתו, ובין הבעל השני לאם, אושר בביהמ״ש בארה״ב. בנוסף ערכו האם ובעלה השני הסכם ממון, שאושר באר״י ע״י רושם נישואין. ההסכם עסק בעניני הממון והרכוש, אך הוזכר שם כי סכום המזונות שמשלם האב יועבר לחשבון האם, וכי הבעל התחייב לפרנס את ילדי אשתו במסגרת הסכם שנחתם בבימ״ש בארה״ב.

לאחר מספר שנות נישואין התגרשו בני הזוג, כאשר האם וילדיה חזרו לארה״ב. הגט סודר באמצעות שליח, כאשר שני בני הזוג חתמו כי עניני הממון ביניהם סודרו במסגרת הסכם קודם נישואין. למעשה כיום נקודת המחלוקת הינה אחת, סעיף תשלום ההשכלה גבוהה לאחת הבנות. האם טוענת כי הבעל התחייב ונכנס תחת התחייבויות בעלה הראשון, וחיובים אלה לא נפקעו עקב הגרושין, ואף לא הופקעו עקב מקום מגורי הבת כיום בארה״ב. האב טוען כי משהתגרשו, ובפרט שהאם וילדיה עברו לארה״ב, הרי שכל חיובו למזונות הוא כל עוד הם גרים באר״י, או לחלופין, שחיוב התשלום יהיה בהתאם לחיוב שהיה משלם למוסד להשכלה גבוהה באר״י.

א. התחייבות מוחלטת

תנן במשנה ר״פ יב דכתובות (קא,ב): הנושא את האשה ופסקה עמו כדי שיזון את בתה (שהיה לה מאיש אחר – רש״י) חמש שנים, חייב לזונה חמש שנים, ניסת

לאחר (האם לאחר שגירשה הראשון) ופסקה עמו כדי שיזון את בתה חמש שנים, חייב לזונה חמש שנים, לא יאמר הראשון לכשתבא אצלי אזונה (כלומר, אם הייתי מקיים את אמה הייתי זנה), אלא מוליך לה מזונותיה למקום שאמה. וכן לא יאמרו שניהם הרי אנו זנין אותה כאחד, אלא אחד זנה ואחד נותן לה דמי מזונות. ניסת, הבעל נותן לה מזונות והן נותנין לה דמי מזונות. ובתוס׳ שם (ד״ה נשאת) מבואר, דסלקא דעתך דהואיל ויש לה מזונות מאחר, הבעל פטור מחיובו, דהוי כהתנה ע״מ שאין לך מזונות כשיש לה מאחר, קמ״ל דחייב בכל גוונא.

והשאלה הנשאלת, מדוע אם התגרשה האם, חייב הבעל המתחייב לזון בת אשתו, דלכאורה זו אומדנא שלא התחייב אלא כל עוד היא אצלו. ושאלה זו נמצאת בב״ש קיד,יא. והב״ש הקשה, מאי שנא מפסק הגאון המובא ברא״ש כתובות ו,ג, ובשו״ע אהע״ז נג,ד, דהפוסק מעות לחתנו בשעת הקדושין, ונתנם לו קודם החופה, ומתה הבת, יחזיר החתן את המעות לאב, שלא נתן לו אלא ע״מ לכנוס, והיינו שיש אומדנא שלא נתנם לו אלא שתהנה בתו, ומדוע לא אומרים אומדנא זו גם במתחיב לזון בת אשתו. ותירץ הב״ש: ״שאני התם דאומדנא הוא שחיוב שלו היה דוקא ליתן לבתו, ובתו מתה, א״כ הוא פטור, אבל אם זה שהוא מחייב את עצמו בעולם, אין אומרים אומדנא לפטור אותו, כי מה שהוא מתחייב את עצמו צריך לקיים לא אמרינן אומדנא, כמ״ש בסי׳ צ׳ בשם מהרי״ו״. ופשטות סברת הב״ש, דבנדוניא התחייב לבתו, וככל שבתו אינה בעולם, אינו חייב ליתן הנדוניא, ואין כאן אומדנא לפטור, דזו היתה ההתחייבות, וככל שמי שכלפיו התחייב אינו בעולם, אינו חייב לקיים את ההתחייבות. ובמתחייב לזון בת אשתו, הבת בעולם וככל שלא התנה והגביל התחייבותו, היא קיימת בכל ענין, וחייב לזונה היכן שאמה נמצאת, דאין אומרים אומדנא לפטור מהתחייבות. כך לכאורה הסבר דברי הב״ש. ולכאורה יש להבין, מדוע מהני אומדנא במתנה, ובהתחייבות לא מהני אומדנא.

והנה הרשב״א בתש׳ (ח״ו סי׳ ה) כתב דכל שמקבל עליו לזון את חבירו או שמזכה לו בנכסיו מזונות סתם, חיובו כל זמן שצריך מזונות, וכמי שאסר על עצמו סתם שלא יאכל מן המינים שאסור בהם לעולם. וכן פסק הרמ״א חו״מ ס,ג: ״וי״א דהמקבל עליו לזון חבירו סתם, כל ימי חייו או כל זמן שצריך משמע״. והט״ז שם הקשה ממתחייב לזון את בת אשתו, דאע״פ שניסת האם לאחר שגירשה, ואף השני התחייב לזונה, חיובו של הראשון במקומו עומד, אף שכבר אינה צריכה למזונות הראשון, שהשני התחייב לפרנסה, ונשאר בצ״ע. והמגיה על הט״ז כתב לחלק בין מתחייב סתם למתחייב לזונה חמש שנים, דחמש שנים החיוב קצוב, ואין אומדנא ביחס לזמן, משא״כ במתחייב סתם, יש לאמוד כוונתו בסתם התחייבות ביחס לזמן. ובדרך אחרת כתב המגיה שם (והוא החכם צבי) לחלק: ״וכבר היה אפשר לחלק

בענין אחר, דשאני הנושא את האשה וכו׳, דלאו בדידיה לחוד תליא מילתא אלא ג״כ בדעת האשה, והיא דעתה אפילו אם לא תצטרך הבת למזונות, משא״כ הכא דהכל תלוי בדעת הנותן. אבל אין צורך לזה, כי העיקר כמ״ש לחלק בין קוצב למתחייב סתם״. אף שעיקר החילוק בין קוצב זמן למתחייב סתם, גם חילוקו האחר קיים, רק שאין בו צורך לנדון שם, דיש לחלק בין מתחייב סתם בתורת מתנה, שהכל תלוי בדעת הנותן, ובזה אמרינן אומדנא בדעת הנותן, אולם כאשר ההתחייבות הינה במסגרת של נישואין, כמו במתחייב לזון בת אשתו, הרי שדינה כהתחייבות בתמורה וכדין מכר, ולכן לא מהני אומדנא רק בדעת המתחייב אלא בעינן לאומדנא גם בדעת המקבל. ובזה יש להסביר דברי הב״ש הנ״ל, במתחייב לזון בת אשתו, לא מהני אומדנא, כיון שהיא התחייבות בתמורה ודמי למכר, משא״כ מתחייב לזון בתורת מתנה, דאמדינן לדעת הנותן בלבד.

ואף שיש חילוקים אחרים בין מתחייב לזון את חבירו למתחייב לזון בת אשתו ה שנים, מ״מ חילוק הנ״ל לכאורה נכון לדינא, ועיין מה שכתבתי בח״ח סי׳ ד. ומצאנו חילוק נוסף, בהפלאה בקו״א קיד,ו. ההפלאה מקשה על חילוק הח״צ בין מתחייב סתם למתחייב לה׳ שנים, מדוע לא נאמר גם בה׳ שנים אומדנא שלא התחייב אלא כל זמן שצריכה. ולכן כתב לחלק, דהמשנה מיירי שהיה לבת מזונות מיורשי אביה, וכיון שלא היתה צריכה ובכל זאת התחייב, הרי שחיובו מוחלט, משא״כ אם בשעת ההתחייבות לא היו לה מזונות, אמרינן אומדנא שלא התחייב אלא לזמן שאין לה מזונות: ״דמתני׳ דר״פ הנושא מיירי בענין שהיו לה מזונות מיורשי בעלה הראשון, שצריכין ליתן לה המזונות אצל אמה, כדמדייק הש״ס שם על משנה זו, וכיון שלא היתה צריכה ואפ״ה התחייב, ממילא אפי׳ ניסת צריך ליתן לה מזונות. אבל אם בשעה שהתחייב היתה צריכה למזונות, י״ל דאומדנא הוא שלא התחייב אלא כ״ז שצריכה״. מבואר דלהפלאה אמרינן אומדנא גם במתחייב לזון בת אשתו. ואפשר דהפלאה מיירי באופן שהתחייב לאחר הנישואין בתורת מתנה, ולאו דוקא כדין עמדו וקדשו, אך אין כן משמעות המשנה והגמ׳ שאחריה, דמיירי בהתחייבות אגב קדושין ונישואין. גם יש להקשות על דברי ההפלאה, דאם המשנה מיירי שהבת יש לה מזונות מיורשי אביה, מדוע את חדוש המשנה ששניהם חייבים במזונותיה, ולא יאמר הראשון וכו׳, נאמר רק לאחר שהאם נישאת לשלישי, דכך שנינו במשנה: ניסת לאחר ופסקה עמו כדי שיזון את בתה חמש שנים, חייב לזונה חמש שנים. לא יאמר הראשון לכשתבא אצלי אזונה, אלא מוליך לה מזונותיה למקום שאמה, וכן לא יאמרו שניהם הרי אנו זנין אותה כאחד, אלא אחד זנה ואחד נותן לה דמי מזונות. הרי החידוש של לא יאמר הראשון וכו׳, וכן לא יאמרו שניהם וכו׳, יכול להאמר גם על הרישא, שיש לה מזונות מיורשי אביה ומבעלה השני של אמה, ומדוע המשנה חדשה את הדברים רק בסיפא.

ב. מתחייב לזון בנו וכלתו

והט״ז שם (חו״מ סי׳ ס) הביא מעשה באחד שכתב לבנו וכלתו שיתן להם סכום קצוב למזונות ודירה, ומת בנו, ותובעת הכלה שיתן לה חמיה מה שהתחייב לפי חלקה, אף שמת בעלה. ויש מבעלי הסברות שכתבו לפטור, מטעם דאנן סהדי שלא כתב להם על דעת שימות הבן, וכדין נדונית חתנים כשמתה הבת. והט״ז כתב לחייב מדין המשנה של מתחייב לזון בת אשתו, שאף אם כתב בשטר בהדיא בלשון שאני חייב לזון בת אשתי, אין לו אח״כ טענה לפטור ממה שנכתב בת אשתו, דדוקא כל זמן שאת אשתי, דמהמשנה מבואר שאין תקנה לפטור אלא באופן שהפקחים היו כותבין כל זמן שאת עמי כו׳, ש״מ שאין מועיל פטור בזה אלא כתיבת לשון זו דוקא, אבל לא מהני מה שנזכר בשטר בת אשתי. והוא הדין בשטר שהתחייב שיתן לזוג, אין לומר כל זמן שהזוג קיים, דלא עדיף לשון זו מלשון בת אשתי. ועל השוני מנדונית חתנים, תירץ הט״ז: ״דכאן נתברר החיוב שלו על כל אחד מהם בפני עצמו בשעה שכתב שיתן מזונות לשניהם, וכן קיבל עליו לזון את בת אשתו, וכיון שנעשה מעשה הנישואין, נעשה החיוב חוב גמור, משא״כ בנדוניית חתנים דהוה החיוב מדידה לדידיה שכותבין ודין נדוניה דהנעלת ליה״. כששני הצדדים להתחייבות, המתחייב והמקבל, בעולם, ורק יש אומדנא צדדית לבטל את ההתחייבות, לא מבטלים את ההתחייבות, משא״כ בנדונית חתנים שההתחייבות היא מהאשה לבעל, ואחד הצדדים להתחייבות – האשה, אינה בעולם, אין מקום לקיום ההתחייבות.

ובתומים ס,ט כתב דדין בת אשתו הוא דין מיוחד כמו תוספת כתובה, וכשם שבתוספת כתובה בשעה שכנסה לחופה התחייב בתוספת כתובה, הוא הדין בחיוב שמתחייב בשעת הנישואין לזון בת אשתו, הרי הוא כתוספת כתובה, ואין שייך בזה אומדנא. אך כל זה בבעל שמתחייב לאשתו, אולם בנדונית חתנים או באב שמתחייב לזון בנו וכלתו, אין דינו כתוספת כתובה, ומשמת הבן בטלה ההתחייבות מכח אומדנא. ואף שהיה מקום לחלק בין תוספת כתובה למתחייב לזון בת אשתו, דתוספת כתובה כל ענינו במיתה או גרושין, אולם במתחייב לזון בת אשתו נאמר שאם מתה האם שפטור, עיי״ש שדחה חילוק זה. ומבואר שחלק על דעת הט״ז שחייב לזון כלתו. ומ״מ למעשה חכך התומים, הואיל וכבר הורה זקן הט״ז, והסכימו עמו החכם צבי והב״ש, ולכן הסכים לט״ז רק לאחר שנת הנישואין הראשונה: ״ונראה דכל זה לאחר שנת חזרה, אבל תוך שנת חזרה דתקנתא הוא משום ותם לריק כחכם, ואפילו בא ליד החתן מוציאין, מכל שכן דאין לחייב במזונות, והיש יותר עגמת נפש ממנו, ובלי ספק דהיה בכלל תקנה״. ומעין סברא זו נמצא גם בבית מאיר (אהע״ז קיד,ו בסופו). ומ״מ מבואר דככל שמתחייב אגב נישואין בחיובים מסוימים, יש להתחייבות דין של תוספת כתובה, שאין בה אומדנא לפטור דעל דעת כן לא התחיב, דכיון שהיא נכנסה

לחופה על דעת כן, לא יכול לפטור עצמו מחיובו. ולכאורה כך י״ל הדין גם בהסכם ממון שעושה אגב נישואין.

וזה נראה גם מדברי החת״ס (חחו״מ סי׳ ז), שכתב דבמתחייב לזון בת אשתו ומתה אשתו, הרי הוא כקונה האשה במחיר מזונות שנותן לבתה, וכיון שכבר קנה האם, אף שאח״כ מתה, חייב בתמורת הקניה, וחייב לתת תמורתה שהם מזונות הבת: ״... משא״כ הפוסק לזון בת אשתו, דהו״ל החתן הקונה ואשתו היא ניקנית לו, ומחיר הקנין הוא מזונות הבת ה שנים, וא״כ אי מתה האשה הניקנית, הו״ל כנשרפה הפרה דלא אמרינן אומדנא, וצריך ליתן מחירה להמוכר. ואילו אמר המוכר תן מנה לפלוני מחיר פרתי. היה צריך ליתן המחיר לפלוני, וה״נ אמרה תתן את בתי במחירת קנין האשה, ושוב מת קנינו, היינו האשה, מ״מ צריך ליתן מחירה, דברשותו מתה״. ובנקודה זו היא מעין הסברא שכתבו האחרונים הנ״ל, דכל שהיא תמורה למכירה מסוימת, לא אמרינן אומדנא.

ומצאנו עוד אחרונים שחלקו על הט״ז, כ״א לפי דרכו. השבו״י (ח״ב סי׳ קמב) כתב, דחיוב מזונות של האב לבנו וכלתו, בא במקום חיוב מזונות שהיה על הבן, וככל שמת הבן, ובאופן שאין על יורשיו חיוב מזונות אלמנה, וכגון שגבתה כתובתה, אין על האב כל חיוב, דכל החיוב היה במקום החיוב של הבן: ״ולא דמי כלל למחייב נפשו לזון בת אשתו, ששעבד נפשו בשביל הנאה שקיבל הוא ממנה בנדונייתה וזכה בירושתה ומעשה ידיה ומציאתה, להכי שיעבד נפשו לתת לה מזונות אף אחר מיתת אשתו והגירושין, מה שאינו כן בכלתו שהוא לא קיבל ממנה שום דבר רק ששיעבד נפשו לתת מזונות לה בשביל חיוב ששיעבד עצמו בנו בכתובתה וכה״ג, ועכשיו שמת בטל השיעבוד ממילא״. הרי כשהשעבוד בא בתמורה לחיובים שמתחייב כנגדו, החיוב הוא מוחלט, ולא אמרינן בו אומדנא שאם מתה האם יפטור עצמו ממזונות הבת, משא״כ בחיוב שלא בא בתמורה, שהרי הכלה והבן לא התחייבו דבר ביחס לאב, וכל מה שעשה הוא מנדבת ליבו, ולכן במת הבן נפטר מחיובו. וכנ״ל, דבנדו״ד לא היה החיוב מנדבת ליבו, אלא מאחר שנשא את האם ורצתה לעבור לאר״י, קבל על עצמו את החיובים של אבי הבת.

ובאור שמח (מכירה יא,יז) כתב לחלק בין מתחייב לזון בנו וכלתו, למתחייב לזון בת אשתו, דבבנו וכלתו נכנס האב במקום בנו, וככל שבנו לא חייב לזונה, כגון שמת, גם האב פטור מחיובו, משא״כ במתחייב לזון בת אשתו, האם אינה חייבת במזונות בתה, וכל מה שהתחייב לזון הבת היא מחמת חיבת נישואין, ולכן חייב לזונה בכל ענין: ״דתמן בעובדא דאיקלע, הלא נתחייב ליתן לזוג מזונות ודירה, שהוא מדברים שהבעל חייב ליתן לאשתו מזון ודירה, וא״כ אם נתחייב האב ליתן לזוג הוא

כמו שנתחייב לבן ליתן לו מזון ודירה, גם מה שהוא צריך ליתן לאשתו מזון ודירה קיבל זה האב עליו, ונעשה כמקבל עליו לפרוע חוב בנו לאשתו, אבל מכי מת הבן הלא אין הבן חייב כלום לזון את אלמנותו, גם האב לא קיבל עליו ליתן לה מתנת חנם, כיון שמתחלה אמדינן דעתיה שלא נתן מתנה רק לבנו, אבל בפוסק לזון בת אשתו, הלא אשתו אינה חייבת במזונות הבת, ובכ״ז חזינן דנתחייב לזונה, אמרינן דמשים חיבת ביאה דילה נתחייב לזון בתה חמש שנים אף אם יגרשנה או תמות בחייו או ימות הוא, וזה אצלי ברור בסברא״. ובנדו״ד משום חיבת נישואין נכנס תחת בעלה הראשון של אשתו, ומאיזה צד שלא נתבונן על השאלה, הרי חייב ליתן לה מה שהתחייב הראשון, הן מחמת שהתחייב מחיבת נישואין, והן מחמת שחיובו תחת הראשון, וחיוב זה עדיין היה בתוקפו, אילולי לא נכנס תחתיו, שהיה חייב האב במזונות הבת ובשכ״ל, לפי הסכם הגרושין בינו לאשתו.

ואין להקשות על הסברא הנ״ל, שכתב לה מחיבת נישואין, והיא ככל תנאי כתובה שהתחייב מחמת הנישואין, מדברי התוספתא, הביאה הרא״ש כתובות יב,א: ״כתב לזון בת אשתו ושברה האשה לבעלה שכתבה לו שובר ופיצתה אותו ממזונות בתה, לא הועיל לו כלום, שזכין לקטן ואין חבין לו״. ולכאורה אם הוא כתנאי כתובה שהתחייב כנגדה, מדוע לא יכולה למחול כמו מחילה על תנאי כתובה, עיין שו״ע אהע״ז קה,ד. וצ״ל, דאף שסיבת החיוב היא חיבת נישואין, מ״מ מה שהתחייב זכתה הבת, משא״כ בתנאי כתובה שחכמים נתנו זכויות שונות גם לבת האשה, כגון מזונות לאחר מותו, לא היתה זו התחייבות לתת לבת אלא זכות בתנאי כתובה, שקיבל על עצמו תקנת חכמים בכתובה, ולא זכתה הבת בתנאי כתובה, אולם מה שהתחייב מדיליה עבור הבת, כבר זכתה הבת ואינה יכולה למחול.

ג. חיוב המזונות לפי מקום שנמצאת הבת

טוען הבעל, דודאי היתה דעתו לכל הפחות שתלמד כאן בארי״, ומילא אין חיובו אלא בשכר לימוד לפי הנהוג כאן בארי״ ולא לפי המחיר הגבוה בארה״ב, דודאי התחייב על דעת שתגור כאן בארי״ יחד עם אמה. וטענה זו יש לדחות, הן מחמת הטעם שהוא נכנס במקום אביה, וכמו שאביה התחייב בשכ״ל אף בארה״ב, כך גם הוא שנכנס תחתיו התחייב כך. אך גם עצם התחייבות יש בה חיוב ליתן את החיוב לפי מקום שהיא שם.

דעל המשנה הנ״ל; ניסת לאחר (האם לאחר שגירשה הראשון – רש״י) ופסקה עמו כדי שיזון את בתה חמש שנים, חייב לזונה חמש שנים, לא יאמר הראשון לכשתבא אצלי אזונה (כלומר, אם הייתי מקיים את אמה הייתי זנה), אלא מוליך לה

מזונותיה למקום שאמה. כתב הרא״ש שם (ה״א): ״ומסתברא דנותנין לה כל מזונותיה משלם ולא לפי ברכת הבית, ולא דמי לאלמנה שלא התנה אלא לזונה בביתו, שכך כתב לה את תהא יתבא בביתי ומתזנא מנכסי. ובאלמנה נמי כי אתיא בטענה נותנין לה מזונותיה משלם, כדתנן (קג,א) ואם היתה טוענת מפני שהיא ילדה והם ילדים, זנים אותה והיא בבית אביה, כל שכן זו שעיקר תנאה אינו אלא בבית אמה״. וכן פסק בשו״ע אהע״ז קיד,ו. וכן הוא בנו״כ שם, דכיון שלא כתב לה יתבא בביתי, ממילא חיובו במזונות בכל מקום שהיא שם. והוא נובע מהכלל הקודם דלא אזלינן בהתחייבות זו בתר אומדנא.

ובכל זה נשאל הבעל, מדוע לא התנה שכל החיובים שהוא מתחייב יהיו אך ורק אם הילדים יהיו בארי״, ולא במקרה שיחזרו לארה״ב, דזיל בתר טעמא. ואמר שהבעל הראשון לא הסכים שהילדים יצאו לארי״, אא״כ תפטור אותו לחלוטין מדמי מזונות, ולא היה שייך לעשות הסכם מזונות מותנה, שיהיה פחות ממה שהתחייב האב, מפני שהאב טען שפחות ממה שהוא התחייב, אינו טובת הילדים.

גם אם הבת היתה מחליטה בגיל בגרות ללמוד השכלה גבוהה בארה״ב, הגם שאמה היתה נשארת כאן בארץ, לכאורה לא גרע מנשאת שחייב לתת לה דמי מזונות. אמנם אם מדובר במקום שהשכ״ל גבוה במיוחד, אפשר דחשיב כיוקר דלא שכיח, דאינו חייב לשלם לה מזונות כשהם ביוקר לא שכיח, לשיטת הט״ז קיד,ב, דאם נתיקרו המזונות ביוקר דלא שכיח, פטור מדמי המזונות, וכן הוא בב״ש קיד,ג. אמנם עיין שעהמ״ש ס,ג, דחלק על הט״ז, וחייב אף ביוקר דלא שכיח. ולכן אם מדובר ביוקר דלא שכיח ביותר, לכאורה באנו למחלוקת האחרונים, ויכול לומר קים לי דפטור. אולם בנדו״ד לא מדובר ביוקר לא שכיח, דאף בשעת ההתחייבות היה השכ״ל בסדר גודל דומה למה שהוא כיום.

לאמור, הבעל חייב בשכ״ל השכלה גבוהה של בת אשתו, לפי העלות במקום בו היא לומדת בארה״ב, בהתאם להסכם הממון בינו לאם הבת.

סימן ט

חיוב כתובה בתובעת גרושין ומוחזקת בממון

ראשי פרקים

א. על דעת למשקל ומיפק לא כתב לה
ב. כשיש או אין עילה לגרושין
ג. ספק באומדנא
ד. כתובה בחזקתה
ה. אשה המפרנסת בבית
ו. כתובה מרובה

עיין מה שכתבתי בח"ז סי' ה, באשה שתובעת גרושין והבעל מסכים לגרש, שלכאורה אין הבעל חייב לשלם תוספת כתובה, דעל דעת למשקל ומיפק לא כתב לה, אא"כ תובעת גרושין מחמת מעשים ועילות שהם בפשיעת הבעל, עיי"ש.

נדרשנו לשאלה, באשה שתובעת גרושין, ויש לפנינו ספק עובדתי, האשה טוענת לאלימות פיזית וכלכלית, והבעל מכחיש, ולאחר דו"ח לא יכל ביה"ד להכריע עם מי האמת והצדק. אולם בנדון שלפנינו האשה מוחזקת בממון הבעל המגיע לו בהתאם לחוק יחסי ממון. בין הבעל והאשה יש פערי השתכרות, לטובתה של האשה (שהרויחה במשך השנים סכומים גבוהים בהרבה ממה שהרויח הבעל), ובהתאם לחוק יחסי ממון בין בני זוג, ובמסגרת איזון המשאבים, ובהם הפרשי הזכויות שצברו הצדדים במקום עבודתם, על האשה להעביר לידי הבעל, בהתאם לחוק, סכום של מאות אלפי ש'ח.

השאלה שלפנינו, אם יכולה האשה לקזז סכומים אלה בתמורה למה שהתחייב לה הבעל בכתובתה. דכל הסברא שאין לחייב את הבעל בתובעת גרושין בתוספת כתובה, הינה אומדנא שקבעו חכמים (הראשונים), דעל דעת למישקל ומיפק לא כתב לה, וכאן אינה "משקל ומיפק" – אינה גובה ממנו אלא מחזיקה במה שבידה, ולכן יש לחייב את הבעל בסכום הכתובה עד לגובה הסכום שהיא מוחזקת בידה, כך שלא תצטרך לשלם לו, והוא לא יצטרך להוסיף לה, אם קיימים פערים בין הכתובה לחיובה הנ"ל בהתאם לחוק. דיש חילוק בין אומדנא שהיא אנן סהדי, שבזה יש לבחון את הסברא אם יש לחלק, ואפשר דאף בכגון שהיא מוחזקת, יש לחלק, אך בכל אופן באומדנא שקבעו חכמים, אין לנו אלא מה שקבעו חכמים ותו לא.

א. על דעת למשקל ומיפק לא כתב לה

בתוס׳ יבמות סה,ב (ד״ה כי הא, וכן הוא ברא״ש שם ה״כ) הביא מחלוקת ר״ח ור״ת באלו שכופין להוציא מחמתו, אם יש לה תוספת כתובה. דעת ר״ח דכל אלו שכופין מחמתה; ״דוקא מנה ומאתים אית לה, אבל תוספת לית לה, דאדעתא למיפק לא אוסיף לה״. והביא ראיה מריש אע״פ, מהא דתנאי כתובה ככתובה, נפקא מינה למורדת כו׳ ולא קאמר נפקא מינה לבאה מחמת טענה וכיוצא בה. ואף דבשהה י שנים ולא ילדה גם כופין, ומ״מ יש לה תוספת כתובה, ואמאי לא קאמר בריש אע״פ דתנאי כתובה ככתובה גם בשהה י שנים ולא ילדה, י״ל דלא מחמתה כופין, אלא בי״ד כופין אותו משום פריה ורביה. והחילוק בין כתובה לתוספת כתובה, דכתובה חיוב שחייבוהו חכמים, משא״כ תוספת שהיא מתנה שנתן מדעתו ומרצונו, אמרינן בה אומדנא. ודעת ר״ת, דלכל מילי הוי תנאי כתובה ככתובה, וממאנת וחברותיה דאין להם כתובה, אף שיש להם תוספת, משום דאיגלאי מילתא דלא נתקדשה מעולם, וע״כ אין לה כתובה.

והרי״ף ביבמות שם (כא,א בעמוה״ר), הביא דעת ר״ח בשם יש מי שאומר, ללא חולק, וז״ל: ״יש מי שאומר שכתובה זו דמחייבינן לבעל בתביעת האשה מנה מאתים אבל תוספת לא, ואע״ג דתנאי כתובה ככתובה דמי, הכא אומדן דעתא הוא דכי אקני לה אדעתא למיקם קמיה, אדעתא למישקל ולמיפק לא אקני לה ... וכשם שמצינו שיש תוספת בלא כתובה, כך יש כתובה בלא תוספת, כגון זו. והמחייב בהו כתובה ותוספת צריך ראיה ברורה, דמכללא לא מפקינן ממונא״. ומבואר דדעת הרי״ף דלכהפ״ח מספיקא לא מפקינן תוספת כתובה בבאה מחמת טענה, דהמחייב צריך ראיה ברורה. והרא״ש שם ביבמות ו,כ, הביא את דעת ר״ח ואת ר״ת החולק, והסיק: ״ובהאי עובדא עבדינן כדברי רבינו חננאל ז״ל ורב אלפסי ולא מגבינן אלא מנה ומאתים״. וכן פסק בתשובותיו כלל מג,ד לענין באה מחמת טענה, ושם מבואר דהוא מחמת הספק, דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא, לא מפקינן ממונא ואין לה תוספת. ולפ״ז י״ל, שאם אין האשה מוציאה מהבעל אלא מחזיקה במה שבידה, יכולה לטעון טענת קים לי ולהחזיק בכספים אלו בתמורה לתוספת כתובה, ככל תפיסה בפלוגתא דרבוותא.

ושם בתש׳ הרא״ש מג,ה, נשאל במי שיש בו סימנים של סריס חמה, ואשתו תובעת גרושין, אם כופין אותו לגרש. וכתב שם דהיא נאמנת, אך כל זה באינה תובעת כתובתה, אבל תבעה כתובה, לא מהימנא. כההיא דאמרינן ביבמות קיז,א: האשה שאמרה מת בעלי התירוני לינשא, מתירין אותה לינשא ונותנין לה כתובה. מת בעלי תנו לי כתובתי, אף לינשא אין מתירין אותה. ואם תבעה להתגרש ולא הזכירה כתובתה, כופין אותו לגרש. ועיקר כתובה מגבינן, וכן נדוניא שהכניסה לו, אולם אינו נותן לה תוספת כתובה, שלא הוסיף לה אדעתא למשקל ולמיפק. ועיין בטור אהע״ז ר״ס קנד.

וכן נמצא בדברי הגהות מרדכי (כתובות רפט) שהביא לענין תנאי כתובה ככתובה, את דעת ר״ח דדוקא לדברים שנמנו בריש פרק אע״פ, אמרינן דתנאי כתובה ככתובה, אבל לא לשאר דברים. והביא ראיה ממאנת ושניה, דיש לה תוספת ואין לה כתובה. וכן בבאה מחמת טענה דכופין אותו להוציא ויתן כתובה, ס״ל לר״ח דכתובה יש לה אך לא תוספת כתובה. אמנם נושא אשה ושהה עמה עשר שנים, דבעי למימר פרק המדיר דכופין ויתן כתובה, תוספת נמי אית לה, דעדיפא מאיילונית דאית לה תוספת. והביא הגמ״ר דעת ר״ת החולק וסובר דלכל מילי תנאי כתובה ככתובה, וכן באה מחמת טענה דאית לה כתובה אית לה נמי תוספת. וכתב המרדכי, וז״ל: ״ולי הדיוט נראה לי דגם בהיא אומרת לעלות וכו׳, דתניא בסוף המסכת דקתני בה כופין, שייך הפלוגתא של רבינו חננאל ור״ת. ועוד נ״ל שספר מצות גדול סובר שהלכה כרבינו חננאל, שהרי במצוה של פריה ורביה הביא דברי ר״ח לענין פסק הלכה, ודברי ר״ת לא הביא. וכן משמע קצת בתוס׳ שאנץ כרבינו חננאל. ומצאתי מהר״ם היה רגיל לפסוק היכא שגדולים חלוקים בדבר, אי תפס אידך, לא מצי מפיק מיניה, דאמר ליה האי אייתי ראיה שהלכה כזה הרב שפסק כן״. הרי שס״ל להגמ״ר הלכה כר״ח, ומ״מ לא יכולה להוציא ממנו במחלוקת זו, ויכול הבעל לומר קים לי כר״ח. ולפ״ז כשהאשה מוחזקת בתוספת הכתובה, יכולה לטעון קים לי כחולקים שיש לה תוספת כתובה.

וטעם החילוק בין כתובה לתוספת כתובה, נלמד מדין בגדים ותכשיטים שנתן לה הבעל, שכל מה שהבעל אינו מחויב לתת מעיקר הדין ונתן לה מנדבת לבו, כמו בגדים, שאף שחייב לכסותה, אינו חייב לת לה גוף הבגדים, וכן תכשיטים, (עיין כתובות נד,א), והוא הדין לתוספת כתובה, כל אלה הם בגדר מתנה, ובמתנה אזלינן בתר דברים שבלב, עיין בתוס׳ רי״ד (קדושין מט,ב) ובשלטי גבורים (כתובות נו,א בעמוה״ר, אות ח), וכן פסק הרמ״א בחו״מ רז,ד. הסבר דברי השלטי גבורים מצאנו בסמ״ע רז,י; ״הטעם, דדוקא במכר דקיבל מעות, מסתמא גמר ומקני אם לא דפירש, משא״כ במתנה דהוא בחינם, דאומדן דעת כלדהו מבטל המעשה, ואמרינן ביה דלא גמר בדעתו ליתנו לו בחינם״. מבואר דמתנה שהיא בחנם, אומדן דעת כל דהו מבטל את המעשה, משא״כ מכר. ולכן תוספת כתובה שהיא בגדר מתנה, ולא דבר שהתחייב, ס״ל לתוס׳ דאומדן דעת מבטל המתנה. אלא דצ״ע, דבשלמא כסות ותכשיטים שעשה לה בחיי הנישואין, י״ל שהם בגדר מתנה, אולם תוספת כתובה שהתחייב במתנה זו בשעת הנישואין, הרי זה כתמורה לנישואין וכמכר. ואפשר דאכן יש שוני בסברות של שמין לאלמנה לתוספת כתובה באלו שכופין להוציא, דבשמין לאלמנה הסברא כנ״ל דהוי מתנה, אולם בתוספת כתובה שהיא התחייבות מותנית, והיא תנאי בגרושין או באלמנות, מסביר ר״ח את התנאי של ההתחייבות, שכל מה שהתחייב בגרושין, היינו אם יגרש מדעתו, אולם אם בית דין יחייבו אותו לגרש, על דעת כן לא התחייב,

והוא אומדנא של חכמים לבטל התחייבותו לתוספת כתובה. ועיין להלן הנפק״מ בספק אומדנא, ואומדנא שאינה בדיוק באופן שקבעו חכמים. וכמש״כ לעיל בריש הדברים, דיש חילוק בין אומדנא שהיא אנן סהדי, ובה לכאורה בכלדהו של אומדנא מבטלים מתנה, לאומדנא שהיא מכח דברי חכמים, שאין לנו אלא מה שאמרו חכמים.

והרמ״ה בחידושיו לב״ב נא,ב, כתב בחילוק בין מתנה שנתן לה הבעל כגון קרקע, שנוטלת אף בנתאלמנה, לבין כלים שעליה ששמין, וז״ל: ״ואם נתאלמנה או נתגרשה, שקלה לה להדיא לארעא לבר מכתובתה. ולא דמיא לכלים שעליה, דהתם כיון דמידי דמיחייב ביה בתנאי בית דין, הוא דומיא דמזונות דלאחר מיתה, ובתנאה דכל יומי מיגר אלמנותיך בביתי הוא דתלי. כי מקני לה אדעתא דמיקם במיגר ארמלותה הוא דמקני לה. וכיון דכלים למיקם, וכתובה למיפק, שכך כותב לה לכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי, כי שקלה כתובתה דינא הוא למישם כלים שעליה, דאדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה. אבל מתנה דלא מידי דמיחייב ביה בתנאי בית דין הוא, אלא מדעתא דנפשיה הוא דאקני לה, ולאו במיגר ארמלותה בביתיה תליא, כל היכא דלא נפקא מרשותיה דבעל בחייו מדעתה, לא מפסדה לה, מידי דהוה אתוספת ושאר מתנות דמיכתבין גו כתובה, דלא הוה מיחייב בהו בתנאי בית דין, דכל היכא דלא מרדה ביה מחיים, אע״ג דגביא כתובתה לאחר מיתה, שקלה לה לבד מכתובתה, וכל שכן מתנתה דאפילו בחיי בעל נמי ברשותה קיימא למיכל פירי״.

יסוד דברי הרמ״ה, דכל מה שהוא מחויב בתנאי בי״ד, מותנה במסגרת החיוב שקבעו חכמים. דכיון שיש לבעל חיוב לכסותה, מסגרת החיוב הוא למיקם קמיה, ולאחר מיתה, כמזונות שלאחר מיתה, ולכן שמין מה שעליה כשבאה לתבוע כתובתה, וכמו שאין לה מזונות, אין לה כסות. שזה מסגרת חיוב תנאי בי״ד. אבל כל דבר שהוא לא במסגרת חיוב שחייבו חכמים, כמו מתנת קרקע או תוספת כתובה, שהוא חייב עצמו, יש לה גם למישקל ולמיפק, אא״כ מרדה. ולכאורה לרמ״ה, גם באלו שכופין לגרש, כיון שלא מרדה, יש לה תוספת כתובה. ומבואר לכאורה דס״ל לרמ״ה כדעת ר״ת דחייב בתוספת כתובה גם בבאה מחמת טענה ובאלו שכופין לגרש, וע״כ חילק כנ״ל בין דין אלמנה ששמין מה שעליה, לדין תוספת כתובה. ולפ״ז אף באופן שיש לגרש ואינו מחמת פשיעתו, יש לה תוספת כתובה.

והמחבר בשו״ע אהע״ז צט,ב פסק: ״הנותן מתנה לאשתו, אע״פ שהוא מגרשה מדעתו, זכתה במתנתה״. וברמ״א הגיה עליו: ״נראה לי כאן טעות, אלא כך ראוי להיות אע״פ שמגרשה שלא מדעתה, כגון שסרחה עליו, אפילו הכי מתנתו שלה״. ובח״מ שם ס״ק ט כתב בהסבר דברי הרמ״א, דבגדים ותכשיטים שעושין להתנאות בהם; ״אין דעתו למתנה גמורה רק שתתקשט בהם כל זמן שהיא תחתיו, אבל אם

תסרח עליו אדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה״. אולם הנותן לאשתו קרקע או כלים שאינם ללבוש ולהתנאות בהם, כל שאינה מורדת בו הרי הם שלה, דלא גרע מתוספת שליש שמוסיף לה בנדוניתא, וכדין מי שנתן מתנה לאוהבו ונעשה שונאו, שאין המתנה חוזרת. משא״כ אם הוא מאותם מאותן שכופין אותו להוציא, דין המתנה כדין התוספת כתובה. ולכאורה מבואר מדבריו שבבגדים יש דין מיוחד, שאינם למתנה גמורה אלא למטרת נישואין (עיין מה שכתבתי בח״ד סי׳ מב ד-ה), אולם כל מתנות שאינם למטרת נישואין (כבגדים שהם על דעת שתתקשט לפניו), אף אם ניתנו בסיבת נישואין, אינם חוזרים. ומש״כ בדין אלו שכופין לגרש, נראה דס״ל לח״מ דהוא טעם אחד עם מורדת, וכל שהגרושין הוא לא מחמת רצונו, אמרינן דאדעתא למשקל ומיפק לא יהיב לה.

והלבוש באהע״ז שם כתב דמתנתה שלה אפי׳ מצא בה ערות דבר. ועיין בחתם סופר (חאהע״ז סי׳ קמא, הובא גם בפת״ש צט,ו) שהביא את דברי העיטור והפוסקים דשדרו ממתיבתא, דהני מילי במלבושים העשוים להתקשט, דנעשו למיקם קמיה ולא למיפק, אבל במתנה בין קרקע בין מטלטלין וכסף וזהב, לא הדרי לבעל אפילו סרחה עליו, לבר ממורדת. והביא את הלבוש שהוסיף דאפי׳ מצא בה דבר ערוה נוטלת המתנה. וכתבו הגאונים דשדרו ממתיבתא טעמא דמלתא משום שכמה פעמים אדם נותן מתנה לאוהבו, וכי יעמיד לו ערב שיהיה אוהבו לעולם, וכי סלקא אדעתך שאם ישנאהו אח״כ יחזיר לו המתנה. ולכאורה מדוע תחזיר המתנה במצא בה ערות דבר, מהאומדנא של אדעתא למשקל ומיפק, דעל דעת שימצא בה ערות דבר ויצטרך להוציאה, לא נתן לה. וצ״ל, דאומדנא זו הינה רק על הדרך שאמרו חכמים, למשקל ומיפק, וכאן אינה למשקל ומיפק, כיון שיוצאת ממנו בעל כרחה. ומה שמפסידה תוספת כתובה הוא מדין קנס ולא מכח האומדנא הנ״ל.

ובשו״ע אהע״ז קנד,א הביא את אלו שכופין להוציא וליתן כתובה, ומנה המנויים בס״פ המדיר. ולכאורה לא חילק בין כתובה לתוספת כתובה. ובב״ש שם ס״ק א כתב דגם בזה יש לחלק בין כתובה לתוספת כתובה, ויש ללמדו ממש״כ המחבר בסע׳ ו בבאה חמת טענה של בעינא חוטרא לידה, דיש לה כתובה ואין לה תוספת כתובה. דהמחבר בשו״ע אהע״ז קנד,ו בענין מי שבאה מחמת טענה, בדוקא כשאינה תובעת כתובה, ויתן כתובה ולא תוספת, וז״ל: ״האשה שתובעת גט בטענה שאינה ראוייה לבנות ממנו, אין שומעין לה. ואם טענה שחפצה לילד כדי שיהיה לה בן שתשען עליו, (ואין לה כבר שום בן), ואומרת שהוא גורם שאינו יורה כחץ, אם שהתה עמו עשר שנים ולא נתעברה, ואינה תובעת כתובתה כדי שנחוש שתובעת גט כדי לגבות כתובתה, וגם אין לתלות תביעות הגט בשום דבר אחר, שומעין לה, אפילו יש לו בנים מאשה אחרת, דשמא נתקלקל אח״כ, וכופין אותו להוציא, ויתן מנה

מאתים, אבל לא תוספת, ויתן נדוניתה מה שהכניסה לו״. ובגר״א בביאוריו שם ס״ק כו, כתב דמקור דברי המחבר מרבינו חננאל המובאים בתוס׳ הנ״ל, דדעת המחבר כמה פעמים דלא לכל מילי תנאי כתובה ככתובה, וכמש״כ הרא״ש בר״פ אע״פ. ולמד מהמשך דברי התוס׳ ממה שהביא מהריצב״א, דדעת התוס׳ כר״ח. ומ״מ כן דעת הרי״ף והרא״ש. וע״כ פסק המחבר כדעתם.

ב. כשיש או אין עילה לגרושין

ולענין מקרה שהיתה עילה לכופו לגרש, והוא מעצמו גרש את האשה, האם אמרינן דעל דעת למשקל ומיפק לא כתב לה. הרמב״ם בהל׳ אישות יב,יא פסק בענין חיוב מזונות של בעל עני שאינו יכול לזון את אשתו, וז״ל: ״ואם היה עני ביותר ואינו יכול ליתן לה אפי׳ לחם שהיא צריכה לו, כופין אותו להוציא ותהיה כתובתה חוב עליו עד שתמצא ידו ויתן״. ומבואר שאף שכופין אותו להוציא, חייב בכתובה, והשאלה מה דין תוספת כתובה, האם חייב גם בה. האור שמח שם, כתב וז״ל: ״ברור דאף התוספת חייב עליו לכשיתעשר, ולא שייך לומר דאדעתא לאפוקה לא הוסיף לה שתצא בעל כרחה, דהא מידע ידע דאדעתא דליזון נשאת, ובלא מזונות אי אפשר לה, וכמו שכתב ריצב״א כיו״ב בתשובות מיימוני סימן ו׳, ותוספות בסוף פרק הבא ע״י (יבמות סה,ב ד״ה כי הא) ופשוט״.

מבואר מהאור שמח שכל דבר שהוא מהותי בחיי האישות, כגון מזונות, אינו יכול לטעון שעל דעת כן לא נתן לה התוספת כתובה, כיון שיודע שאשה נשאת על דעת ליזון ממנו, וכל שאינו זן הרי הוא מוציאה, וממילא נתן לה התוספת על דעת כן. ודברי הריצב״א בתש׳, מובאים בתוס׳ יבמות סה,ב (ד״ה כי הא), וכמו שהביא האור שמח; ״מצאתי בתשובה אחת שפסק ריצב״א על אשה שהיתה טוענת על בעלה כי אין לאיש גבורתו, והאיש היה טוען כי היה לו גבורת אנשים, אך היא בועטת וגורמת שאין יכול לבעול, דלא מהימנא מדרב המנונא, כיון שהיתה תובעת כתובה. והיכא שהודה הבעל שאין יכול לבעול פסק דצריך ליתן גט וכתובה, אפילו אינה באה מחמת טענה, כיון דאין יכול כלל לקיים לה עונה, ודוקא מנה ומאתים אבל תוספת לא יתן״. ושם מביא הטעם שאין לה תוספת, מספק שמא כל מה שהוסיף לה היה מחמת חיבת ביאה (עיין כתובות נו,א). ומוסיף התוס׳: ״ומטעם דפסק ר״ח דאין תוספת בבאה מחמת טענה משום דאדעתא למיפק לא כתב לה, זה הטעם אין שייך באין יכול לבעול, דמידע ידיע דנישאת לו מתחילה לכך״.

תוס׳ מחלקים בין באה מחמת טענה, לאינו יכול לבעול. באה מחמת טענה של בעינא חוטרא לידה, אינו דבר מהותי בחיי האישות. הוא דבר בעל חשיבות עליונה

בהקמת משפחה, אך אינו מהותי באישות בין הבעל לאשה. מניעת עונה הוא דבר מהותי בחיי האישות, ואינו יכול לטעון על דעת כן לא הוספתי, שהרי ידע שאם לא יקיים חיובו, אין כאן אישות מחמתו. וס"ל לאור שמח שהוא הדין מזונות, הוא דבר מהותי באישות. ולכאורה החילוק בין חוטרא לעונה בענין תוספת כתובה י"ל, דבעצם כל תוספת כתובה נועדה לתשלום בשעת גרושין, רק טוען הבעל שהכונה לגרושין מרצונו ולא בעל כרחו. ובטענת חוטרא לידה זה מחמת טענת האשה. יש כאן אישות, רק כשהאשה טוענת בעינא חוטרא, ולכן כופין אותו לגרש, ועל דעת כן לא כתב לה שיכריחו אותו להתגרש. אולם כשאין לו גבורת אנשים, לא טענת האשה מפרקת את האישות אלא המציאות שאין לו גבורת אנשים. גם ללא טענתה אין כאן אישות. והסברא של אדעתא למשקל ומיפק לא יהיב, כשהיא הטוענת, אף אם הסיבה מוצדקת, וכופין מחמת טענתה, משא"כ באין לו גבורת אנשים, כיון שאין מציאות של אישות, הרי זה ככל גרושין שחייב בתוספת כתובה שעליה התחייב.

ועיין מש"כ הגרע"א בתש' (החדשות סי' נא) בבאור דברי התוס', וז"ל: "לענ"ד כוונת תוס' כיון דידוע לו דנישאת רק על דעת אישות, הוי כנתחייב לנהוג לה אישות, ובאם לאו ראוי לה להיות נפקעת ממנו, א"כ משום הכי לא מקרי מפקעת עצמה לומר לגביה אדעתא למשקל ולמיפק, דכל שא"א לו לנהוג לה אישות כראוי, ראוי לה להפקיע עצמה ממנו". ונראה דדבר מהותי לענין זה הוא מה שהתחייב לה הבעל, והיינו שאר כסות ועונה וכו', ומה שהתחיב במסגרת חיובי הכתובה. חוטרא לידה אינה באותה מסגרת. מי שלא מקיים חיוביו, הוא הגורם לגרושין, ולכן התחייבותו לתוספת כתובה הינה גם על גרושין שראוי לה להפקיע עצמה ממנו מחמת אי קיום חיובים שהתחייב בהם. משא"כ חוטרא לידה, הגם שהיא טענה מוצדקת, אין זה מחמת אי קיום חיוביו אלא מחמת טענתה. אי יכולתו להביא ילדים לעולם, ככל שהמניעה רפואית, אינו דבר התלוי בו, שעליו נאמר שאינו מקיים חיובו (לענין תוספת כתובה). ונראה להוסיף הסבר כדלעיל, דבאין לו גבורת אנשים, אין כאן אישות כבר, ממילא ראוי להפקיע עצמה. בחוטרא לידה יש אישות, רק יש לה טענה מוצדקת, ולכן על דעת כן, למשקל ומיפק, לא התחייב לה תוספת כתובה.

ועיין בפד"ר (ח"א עמ' 220 מהגר"א גולדשמידט זצ"ל), שכתב בבאור דברי הריצב"א: "דעת הגאון בתשובה זו היא שיטת הריצב"א, והגדירה הגאון: נעשה כמי שאינו רוצה, מבקש, את אשתו ... והמחלוקת היא באופן שעילת דרישת האשה לגרושין היא, חסרון בבעל המביא להפרת דבר יסודי בחיי הנשואין, כגון ביטול חיי אישות, והשאלה היא אם באופן כזה יש להגדיר להלכה את רצון הבעל כרוצה בקיום הנשואין. הריצב"א סובר כדעת הגאון, כי אם - כי האשה היא הדורשת את הגט והבעל אומר שהוא רוצה בקיום הנשואין, אין לומר כאן שהבעל רוצה בקיום הנשואין, כי נשואין

הם על דעת חיי אישות, וקיומם הסדיר לא יתכן אחרת, ואם לבעל יש חסרון המבטל חיי אישות הרי זה כאילו יש לו חסרון המפיר קיום הנשואין, ובאומרו שהוא רוצה בקיום הנשואין, הרי זה כאילו הוא אומר אני רוצה בנשואין בלא נשואין, דבר והיפוכו. ואם כן יוצא שאן לקבוע שקיים רצון חיובי אצל הבעל לקיום הנשואין, ולהלכה הרי זה כאילו אינו רוצה בקיומם - נעשה כמי שאינו רוצה, מבקש, את אשתו, ודנים על פי העובדא כמו שהיא, שהגרושין הם בגלל חסרון הבעל, והיינו מחמתו, ולא מחמתה, ולכן הוא חייב בתוספת". ומבואר שבעל שאינו מקיים תנאי מהותי בחיי הנישואין, הרי הוא עצמו כמבקש גרושין ומגרשה מרצונו, דאין מקום לנישואין ללא נישואין.

עוד סברא כתב שם ע"פ דברי מהרשד"ם בתש' (חאבע"ז סי' קצח), בענין מי שרוצה לשאת אשה על אשתו, ובשטר הכתובה כתב שלא ישא אשה על אשתו, שחייב להוציאה ולתת לה כתובה ותוספת, כיון שהתנה בפרוש שלא ישא אשה על אשתו, הרי שאפילו אדעתא למיפק אתני, אדרבא אדעתא דהכי נחית שאם יבטל התנאי הוא שיפרע משלם. וכן פסק מהר"א ששון סי' סד. וסברת הדין, שאם הגרושין הם עקב אי מילוי התחייבות שהתחייב עליה הבעל במפורש בשטר הכתובה, אף שהגרושין הם על פי רצון האשה, אין לומר על דעת גרושין לא התחייב בתוספת, אלא אדרבא, התחייבות התוספת שבשטר הכתובה היא על דעת ההתחייבות האחרת שבה, שאם לא ימלאנה ישלם התוספת. וכן בחיוב מזונות, כיון שהתחייב הבעל בשטר הכתובה, אפלח ואוקיר ואיזון ואפרנס ואכלכל, והתחייב גם בשטר הכתובה על התוספת, הרי שעל דעת התחייבות המזונות התחייב גם בתוספת, שאם לא ימלא התחייבות המזונות ויגרום לגרושין, ישלם את התוספת.

ומדברי הרא"ש בתש' מג,ה הנ"ל, מוכח לכאורה שאין לה תוספת, גם במונע ממנה עונה, דז"ל הרא"ש שם בשאלה: "על אדם שאומרים עליו שהוא סריס חמה, ויש בו סימנין, ואשתו תובעתו בבית דין ואומרת שאינו איש ואינו רוצה לישן עם אשה במטה, ואומרת שעדיין היא בתולה, אם יש לכופו לגרש". ושם כתב הרא"ש שאין לה תוספת כתובה. הרי מוכח שגם במונע עונה ואין לו גבורת אנשים, שאינו איש והיא עדיין בתולה, הדין כן. וכן מוכח בתש' הרשב"א המיוחסות לרמב"ן (סי' קמא), וז"ל: "שאלה: באומרת אינו יכול. אם נאמנת אם לאו, ומה דינה תשובה: ... ועוד נראה, דהכל יודעים כלה למה נכנסה לחופה, ועל דעת כן נשאת לו. הלכך אפילו טוענת סתם שאינו יכול, יוציאנה בגט. וכל שכן בבאה מחמת טענה, דאמרה בעינא חוטרא לידה, ומרא לקבורה. וכשהיא יוצאה, נוטלת נדוניא ועיקר כתובה, אבל מה שהוסיף לה לא, דלא כתב לה, אדעתא למשקל ולמיפק". וכן מוכח מהב"ש קנד,יט, שכתב דהרא"ש בתש' ובתש' הרשב"א, לא ס"ל כחילוק התוס' בין גבורת אנשים לטענת בעינא חוטרא לידה.

ועיין בפד"ר ח"א עמ' 218 (בהרכב: הגר"א גולשמידט זצ"ל, הגרש"ש קרליץ זצ"ל, הגר"י בבליקי זצ"ל) שכתבו דכיון דהדבר נתון במחלוקת הראשונים, הריצב"א המחייב תוספת כתובה במונע מזונות ועונה, לרא"ש ורשב"א הפוטרים, אין להוציא מהבעל המוחזק. והנפק"מ בזה לנדו"ד, שהאשה היא המוחזקת בכספים, והיא זו שצריכה ליתן לבעל כספים מכח חוק יחסי ממון, והואיל והיא המוחזקת יכולה לטעון טענת קים לי שחייב בתוספת כתובה. כמו כן נפק"מ במקרה שיש ספק מי הגורם, ואם הבעל פשע, הרי שהיא המוחזקת יכולה לטעון טענת קים לי, ולהחזיק מה שבידה כנגד כתובתה.

[ועיין בפד"ר ח"ד עמ' 265, מהגרי"ש אלישיב זצ"ל, למש"כ בנדון שם שטוענת שאין לו גבורת אנשים, שאף שמפסדת התוספת כתובה, אינה מפסידה מתנות שנתן לה. ולכאורה משמע דבאין לו גבורת אנשים, אין לה תוספת כתובה. אך אפשר דמש"כ שם הוא בדרך את"ל, דאף אם מפסדת תוספת, למ"ד הסובר כן, מ"מ מתנה אינה מפסדת. ועיי"ש גם בפס"ד בעמ' 331]. אולם שם (פד"ר ח"א עמ' 218) חילקו בין אינו זן מפני שאין לו, לבין אם אינו רוצה להשכיר עצמו, וז"ל: "אולם ברור הדבר, כי גם לדעת הרא"ש יש הבדל - כשהאשה דורשת גט בגלל זה שהבעל אינו זן אותה - בין אינו זן אותה מפני שאין לו היכלת להשתכר ולזון אותה, ובין אינו זן אותה מפני שאינו רוצה להשתכר ולזון. כי רק במקום שאין לו היכולת לזון, וכמו במקום שאין לו היכולת לחיות חיי אישות, דעת הרא"ש היא שהוא פטור לשלם התוספת, כי אף שסיבת הגרושין היא בבעל, והוא הגורם לגרושין, אבל הרי סיבה זו היא שלא באשמתו ואנוס הוא בדבר ולכן הגרושין הם לא מחמתו אלא מחמת הנסיבות, ויש לזקפם על חשבון האשה שביזמתה באו, וזה נקרא כופין מחמתה, והבעל פטור לשלם את התוספת כי על דעת כן לא התחייב. אבל אם הבעל אינו זן את אשתו מפני שאינו רוצה להשתכר ולזון, ובגלל זה היא דורשת גט, הרי דרישת הגט באה בגלל מרידתו של הבעל, והגרושין הם באשמתו שהרי לא מאונס אינו זן אותה אלא מרצון, כי בזדון מרד באשתו, ולו היה רוצה הרי יש לו היכולת להשתכר ולזון אותה. ואף שבסוף פסוק הגרושין הם לפי דרישת האשה, דרישה זו אינה אלא תוצאה הגיונית מרצונו או אי רצונו של הבעל, ולכן זה נקרא שמחמתו באה הדרישה לגט. ולא יתכן לומר בכגון זה שהגט הוא מחמתה. ומאחר שיסוד הפטור לר"ח הנך דכופין מחמתה נופל כאן, לכן גם לדעת הר"ח אין הבעל פטור לשלם התוספת. ואם לא נאמר כן, הרי לפנינו דרך לבעל מורד להתחמק מתשלום הכתובה, לא יזון אותה ויאלצנה על ידי זה לדרוש גט, ויהיה פטור לשלם הכתובה על ידי המרידה, בטענה על דעת שתדרשי גט לא התחייבתי, דבר זה אין הדעת סובלתו".

מבואר החילוק בין אי קיום חיובו מחמת אונס, שאין לו היכולת להתפרנס, לבין אם הדבר נובע מפשיעתו ומרידתו, שבכגון זה יהיה חייב בתוספת כתובה, שאל"כ כל בעל שימרוד באשתו, יוציאה בלא תוספת כתובה. אלא בהכרח שהסברא על דעת למשקל ומיפק לא יהיב זה רק אם הוא אנוס, ולא כשהמניעה היא בפשיעתו. ועיי"ש שהביא ראיה מדברי המרדכי והרא"ש. וכיוצ"ב כתב בפד"ר ח"ח עמ' 324, מהגרי"ש אלישיב זצ"ל, וז"ל: "נראה שיש מקום לדון דאף כשהבעל הוא מאלה שכופין אותו להוציא פטור מלשלם לה תוספת כתובה, זה דוקא כשחלה הבעל ונעשה מוכה שחין או כשאינו מסוגל להוליד, והאשה באה מחמת טענה, וכל כיוצ"ב שאין בידי הבעל להפטר מהגורם המביא לידי גירושין, בזה יכול לומר אדעתא למיפק לא יהיבנא לך. משא"כ בגורם כזה שבידי הבעל להסירו, כגון שהבעל רועה זונות שבידו לעזוב דרכו ולהתייצב על דרך טובה, והוא הדין כשהבעל מורד באשתו כבנדו"ד, בכה"ג י"ל דדינו כמגרש מרצונו וחייב בתוספת כתובה".

והנה באשה המורדת בבעלה, דאינה מפסדת כתובה ותוספת כתובה, אא"כ התרו בה והכריזו עליה בבתי כנסיות ובתי מדרשות ד שבתות, ואם לא הכריזו, אינה מפסידה כתובה ותוספת כתובה. ולכאורה גם אם הבעל מורד באשתו, דהיינו ששניהם מורדים, הוא בה והיא בו, אינה מפסדת כל עוד לא הכריזו, דאם כשהיא הגורמת, לא הפסידה בלא הכרזה, ק"ו אם נוספה לזה מרידת הבעל. אלא שברבינו ירוחם (נתיב כג,ח), כתב וז"ל: "וכתב מורי ה"ר אברהם בן אשמעאל, כי נראה לו שאשה שאמרה לא בעינא ליה יתן לי גט וכתובה, והוא אומר אנא נמי לא בעינא לך אבל איני רוצה ליתן גט, מסתברא דאין דנין אותה במורדת להפסידה כלום מעיקר כתובה ונדוניא, אלא מיהו משהינן לה תריסר ירחי אגיטא דילמא הדרי בהו, לאחר שנה כופין אותו לגרש והפסידה תוספת וכל מאי דיהיב לה מדיליה, דאדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב לה".

וכבר הקשה ע"ז הגרי"ש אלישיב זצ"ל (פד"ר ח"ח עמ' 323), דלכאורה הדברים תמוהים, שכשאשה היא המורדת בבעלה, אינה מפסדת תוספת כתובה כל עוד לא הכריזו עליה כסדר האמור, ואם גם הוא מורד בה, מפסידה לאחר שנה את תוספת הכתובה, ומשום דאדעתא למישקל ולמיפק לא יהיב לה. אמנם אפשר לישב, דמעיקר דיני מורדת, לא הפסידה תוספת כתובה, אך מצד הכפיה שכופים את הבעל לגרש, מצד זה הפסידה את התוספת כתובה. ושם כתב בישוב הקושיא, דכיון דלאחר שנה כופין אותו לגרש, אין לחייבו בתשלום תוספת כתובה, מדינא דהר"ח המובא בתוס' ביבמות (הנ"ל). וזה דין נפרד. ובדין מורדת המפסידה תוספת כתובה, דוקא כשהיא לבד מורדת בבעלה, והבעל מצדו היה מוכן ומרוצה להמשיך ולחיות אתה, כשהוא מגרשה בטרם הכריזו עליה, חייב גם בתוספת כתובה. והיינו דיש דין פטור מתוספת

כתובה מדין כפיה, דאדעתא למשקל וכו', ויש דין מורדת שהוא דין נפרד, שהיא מפסידה בתורת קנס, ודוקא כששלמו ימי הכרזתה קנסו אותה. משא"כ בכפו את הבעל לגרש, אינו מדין קנס אלא אומדנא.

ושם הביא בפד"ר את הרשב"א בתש' (ח"א סי' אלף רלה), שכתב כמש"כ ברבינו ירוחם, אך לא הזכיר דין כפיה כלל, ואם זה היה היסוד לפטור את הבעל מתשלום תוספת כתובה, מדוע לא הזכירו הרשב"א. וע"כ כתב לבאר, וז"ל: "במקום שהאשה היא המורדת בבעלה והבעל רוצה באשתו, הרי כל ההכרזות והתראות שנאמרו במורדת, וכל התקנות הללו לא באו אלא ללחוץ עליה שתמלך בדעתה ותשוב לחיי שלום עם בעלה, ולכן אם הבעל מגרשה בטרם נגמרו כל הפעולות הללו, חייב לשלם לה כתובה ותוספת כתובה. משא"כ במקרה וגם הבעל לא רוצה בה, הרי אין מקום לתקנה זו, וממילא קם דינא שמכיון שהיא לא רוצה אותו, הרי אדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב לה תוספת כתובה". והיינו דכל הקנס במורדת שמפסידה כתובתה, יש בו שני דינים, דין אחד כדי ליצור לחץ שתחזור לבעל, ודין שני, להפסידה על מרידתה. ולכן כל זמן שהיא מורדת והוא לא מורד, קם הדין הראשון של אמצעי הלחץ שתחזור לשלום, ואם גרש הבעל בטרם הוכרזה כמורדת, חייב לשלם לה כתובתה, כיון שהקנס לא היה כאן מטרה אלא אמצעי, וכשלא שלמו ימי הכרזה, לא הפסידה. משא"כ כשהוא אינו רוצה בה, לא שייך דין מורדת, כיון שלא שייך ללחוץ עליה שתשוב אליו, שאינו רוצה בה, ובאנו לדין הכללי, שכאשר אשה לא רוצה את בעלה, אדעתא למשקל ומיפק לא נתן לה, וממילא לא שייך בזה הכרזה וכו', אלא אפי' מגרשה מרצונו, כל עוד האשה אינה חפצה בבעל, על דעת שהיא לא תחפוץ בו, לא נתן לה תוספת כתובה. ומדברי הגרי"ש בבאור הרשב"א עולה, שכאשר שניהם מורדים זע"ז, האשה מפסידה תוספת כתובה, לא מדין קנס של מורדת, אלא מדין אומדנא של למשקל ולמיפק לא יהיב לה, דעצם העובדה שהיא לא רוצה אותה, יש את הסברא של אדעתא למשקל וכו', ללא כל קשר לעובדה שגם הוא לא רוצה אותה. (וע"ע בפד"ר ח"י עמ' 97, ואפשר דשם האשה אינה מורדת בבעלה (ללא קשר להכרזה), והוא מעצמו גירש. וע"ע בחי"א עמ' 128).

ג. ספק באומדנא

ואומדנא זו שקבעו חכמים, בגמ' ובראשונים, דעל דעת למשקל ומיפק לא כתב לה, הינה כשהיא באה להוציא מהבעל את תוספת הכתובה, או להחזיק בבגדים השייכים לבעל, אולם כשהיא מוחזקת בכספים שלה (עיין מה שכתבתי בח"ז סי' ב), לכאורה בזה לא שייכת האומדנא שקבעו חכמים. אומדנא זו שקבעו חכמים היא אומדנא ואנן סהדי שכך היא דעת המתחייב, שלא יוציאו מידו סכום תוספת כתובה

כשבאה להתגרש שלא מחמת טענה, או יכפוהו להתגרש כשאין הגרושין בפשיעתו וכנ״ל. אולם כאשר האשה מוחזקת בממון אחר, וכנדו״ד שהיא מוחזקת בכספים שעליה לשלם לבעל בהתאם לחוק יחסי ממון, עקב צבירת זכויות וכו׳, יכולה היא להחזיק בכספים אלה, ואין בזה את האומדנא של על דעת למשקל ומיפק לא כתב לה, כיון שאינה בגדר ״למשקל״ אלא להחזיק, ובאומדנות שקבעו חכמים, אין לנו אלא במה שאמרו חכמים ותו לא להוסיף בהם מדיליה. [ועיין ברב המגיד (גזילה ד,ז), לענין תקנת נגזל, דבעיא דלא איפשיטא בגמ׳ לענין אם בעה״ב לא היה בביתו, והיו שם שכירו ולקיטו, אם נשבע בעה״ב ונוטל או שהם ישבעו ויטול בעה״ב מהגזלן, ופסק הרמב״ם שאין בזה תקנת גזלן ולא נשבע ונוטל. והסביר המגיד, דהוי ספק בתקנת חכמים, ובמה שלא התקינו בפירוש, אפילו תפס מוציאין מידו.]

ומזה הטעם בכל ספק אומדנא, מעמידים את המתנה בחזקתה, וכדמוכח מהגמ׳ ב״ב קמח,ב: אמר רב אחא בר מניומי אמר רב נחמן, שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים ועמד, אינו חוזר, חיישינן שמא יש לו נכסים במדינה אחרת. והרא״ש שם (הכ״א) כתב, דהואיל ויש כאן מתנה גמורה, אלא מחמת אומדנא אמרינן שאם עמד חוזר, לכן בספק מעמידים המתנה בחזקתה ולא מבטלים המתנה מחמת האומדנא: ״והא דחיישינן מספיקא לאפוקי ממונא, היינו טעמא משום דיש כאן מתנה גמורה בקנין אלא דמחמת אומדנא הוא דאמרינן אם עמד חוזר, והאי אומדנא לא אמרינן אלא היכא דבריר לן בודאי דהוי מתנה בכל נכסיו, אבל היכא דמספקא לן לא אמרינן אומדנא״. ועיין עוד ברא״ש שם (הכ״ג), בפ״ח אות ל, בטור סי׳ רן ובב״י שם.

והסברא דבספק לא אמרינן שאומדנא תבטל מתנה, דכל ענין האומדנא שקבעו חכמים היא שכך הוא בלבו ובלב כל אדם, אולם ככל שיש ספק אם אמרינן בכה״ג אומדנא, כבר אינה בלבו ובלב כל אדם, וחזרו הדברים להיות דברים שבלב, שאינם מבטלים מתנה או התחייבות ברורה. ודבר זה נלמד לכאורה מדברי רבינו יונה בעליותיו (ב״ב קמח,ב): ״וא״ת מספיקא היכי אמרינן דאינו חוזר, נימא שמא אין לו נכסים עוד, ואוקימנא בחזקת מאריה. לא קשיא, כיון דאיכא קנין ליכא לאודועי אלא באומדנא דמוכח, וכשאנו יודעים שאין לו נכסים עוד, במוחזק דלית ליה או באומר כל נכסי, איכא אומדנא דמוכח שאין אדם עשוי ליתן כל נכסיו אלא מחמת מיתה, וכשאנו מסופקים אם נתן כל נכסיו אם לאו, אין כאן אומדנא דמוכח והקנין בחזקתו. ועוד דהוה ליה אומדנא כעין דברים שבלב, כיון דלא מוכח, כך נראה בעיני״. והאחרונים למדו בדברי רבינו יונה שיש כאן שני הסברים מדוע לא מבטלים את המתנה בספק אומדנא. לתרוץ הראשון של רבינו יונה, המתנה היא ודאי, וביטולה ע״י אומדנא היא ספק, ואין ספק מוציא מידי ודאי. ולתרוץ השני – אומדנא מספק אינה אומדנא אלא דברים שבלב, דכל כח האומדנא היא מפני שהיא בלבו ובלב כל אדם, וכשאינה

מוכחת אלא ספק, אין כאן אומדנא כלל אלא דברים שבלב, עיין קצוה״ח רנ,ה, ובקובץ שעורים (ב״ב אות תקכח-ט).

ובבאור דברי הרא״ש הנ״ל, נקטו האחרונים שספק אומדנא לא מהני מטעם דברים שבלב. כן כתב בקצוה״ח רנ,ה: ״ונראה ביאור דברים, משום דקי״ל (נדרים כח,א) דברים שבלב אינן דברים, והא דמהני אומדן דעתיה שהיה לזה התנאי אף על גב דלא פירש, היינו משום דכיון דאומדנא כך הו״ל דברים שבלב כל אדם דמהני, וכמ״ש במרדכי (כתובות סי׳ רנד) גבי נדרי אונסין באומר בלבו היום, ועיין מ״ש סימן י״ב סק״א ע״ש, וא״כ היינו דוקא אומדנא דבריר הו״ל דברים שבלב כל אדם, אבל באומדנא דמספקא, אף על גב דהנותן מחשבתו היה לתנאי, הו״ל דברים שבלב כיון דאינו בלב כל אדם״. ועיין גם באמרי בינה (חאהע״ז טו,ה ד״ה ועיין) ובקוב״ש (הנ״ל) שפירשו כן בדעת הרא״ש.

והאחרונים הקשו סתירה מדברי הרא״ש. דבב״ב קלא,ב - קלב,א: אמר רב יהודה אמר שמואל, הכותב כל נכסיו לאשתו, לא עשאה אלא אפוטרופא. והגמ׳ הקשתה, בעי רבא, בבריא היאך, בשכ״מ הוא דניחא ליה דלישתמעון מלה, אבל בבריא הא קאי איהו, או דלמא בריא נמי ניחא ליה דלישתמעון מלה מהשתא. והרא״ש שם (ב״ב ח,לב) פסק דכיון דלא איפשיטא, לא קנתה ואינה אלא אפוטרופוס. ולכאורה למה שכתב הרא״ש בענין שמא יש לו נכסים במדינת הים, הרי יש כאן ספק בביטולה של המתנה, בבריא הכותב כל נכסיו לאשתו, ואם המתנה ודאי וביטולה ספק, מדוע לא תוציא מחזקת היורשים.

אמנם נראה לכאורה דלא קשה, דבשכיב מרע הוי מתנה ודאי, ורק כשעמד חוזר, ודוקא אם נתן כל נכסיו, ולכן הוי ספק בבטול המתנה, דעצם המתנה הוי מתנה גמורה, והנידון הוא בחזרתה. בבריא שכתב כל נכסיו לאשתו, הספק הוא מלכתחילה בעצם המתנה, מה היתה כוונתו, האם למתנה או לאפוטרופוס, לכן מלכתחילה אין כאן מתנה ודאי שהיא קיימת וספק בביטולה אלא הספק הוא בעצם כוונת המתנה. וצ״ע בתוספת כתובה, אם האומדנא דעל דעת למשקל ומיפק לא כתב לה, הוא ספק בהתחייבות או בפטור שלו מהחיוב שקיבל על עצמו, דיש כאן התחייבות גמורה, רק במקרה מסוים לא תחול ההתחייבות ויהיה פטור, דהרי לכל צד אחר יש כאן התחייבות, אם יגרשנה מרצונו, משא״כ בבריא הכותב כל נכסיו לאשתו, אין היכי תימצי שתתקיים המתנה, אם כוונתו לאפוטרופוס, לכן המתנה עצמה ספק, משא״כ בהתחייבות לתוספת כתובה הוי ודאי, והספק בפטור, ועיין להלן.

וסברא זו מצאתי בשעורי הגר״ש רוזובסקי (ב״ב קלב,א, אות קיח), בישוב דברי הרא״ש, בין מתנת שכ״מ, לבריא הנותן כל נכסיו לאשתו: ״דהכא באופוטרופא

אם כונת הבעל לעשותה אפוטרופא, ליכא כלל מתנה ולא הוי מדין תנאי, והספק הוי ספק על עצם המעשה, ואין שייך לומר אין ספק מוציא מידי ודאי, כיון דעל צד דאין רצונו ליתן לה מתנה ליכא כלל מעשה מתנה, ומשום הא דספק אומדנא הוי דברים שבלב, ביארנו דבספיקא דדינא כגון הכא דהספק הוא היאך צריך לתלות מעשה בריא הכותב כל נכסיו לאשתו, לא חסר באומדנא דמוכח על הצד דכונתו לעשותה אפוטרופא ... ולפי״ז יש ליישב נמי הקושיא מהגמ׳ דכתובות בנמצאו עליה מומין, דהתם אי אמרינן דאדם מקפיד על מומין ונדרים אין הפשט דהוי קידושין על תנאי, אלא הוי קידושי טעות דמום במקח הוא, (אלא דאי אין אדם מקפיד על מומין לא אכפת לן) ומעשה בטעות לאו מעשה הוא, ואין זה משום דהטעות מבטלת את המעשה, ולהכי היכא דאיכא ספק אי מקפיד על מומין, אין שייך אין ספק מוציא מידי ודאי, מאחר דליכא כלל ודאי דהספק הוא בעצם המעשה״. הגר״ש מיישב גם את הקושיא מכתובות עד,א וקידושין נ,א, במקדש אשה סתם ונמצאו עליה מומים או נדרים, דמספקא לן אי אדם מקפיד על מומים ונדרים או לא, ולכן צריכה גט מספק, דספק איסורא לחומרא, ופטור מכתובה דספק ממונא לקולא, ומשמע שם דרק מספק בעי גט, ומדוע לשיטת הרא״ש בספק אומדנא אינה צריכה גט בתורת ודאי, שהרי יש כאן קדושין ודאי וספק בבטולם. וזה מישב הגר״ש, דככל שאדם מקפיד במומים ונדרים, אין כאן קדושין כלל, לא שיש קדושין והם התבטלו אלא אין קדושין כלל, ולכן אינו שייך לנדון שלא אתי ספק ומוציא מידי ודאי, שהוא נידון הרא״ש במתנת שכ״מ הנ״ל, שמא יש לו נכסים במדינת הים, ורק בכותב כל נכסיו לאשתו, הספק בעצם המתנה ולא בשוברה – בטולה, דהיינו הספק אם יש כאן כלל מתנה או אפוטרופסות.

ד. כתובה בחזקתה

ויש להבהיר דהנידון הוא אף על הצד של ספק אומדנא. דבנדו״ד י״ל שיש כאן התחייבות גמורה, וכאשר אמדו חכמים שעל דעת למשקל ומיפק לא כתב לה, הם אמדו וקבעו דוקא לאופן הזה של משקל ומיפק, אולם באופן שאינו משקל ומיפק אלא היא היתה צריכה לשלם לו והיא מחזיקה בדמי הכתובה, בזה לא אמדו חכמים לבטל את התחייבותו, ואינו בדין ספק אומדנא. אולם גם אם יבוא בע״ד ויחלוק דנדו״ד הוי ספק אומדנא, י״ל דכתובה בחזקתה, ואף אם אינה בחזקתה לענין שתוכל לגבות מהבעל, מ״מ מה שהיא תפוסה יכולה לטעון טענת קים לי שהתחייב בכל ענין, למעט האומדנא המדויקת שקבעו חכמים.

דאף במקום שיש ספק לענין מחילת כתובת האשה, אם הכתובה בחזקתה או בחזקת הבעל, והראשונים נקטו שהכתובה בחזקת הבעל, היינו דוקא במקום שהאשה

באה להוציא מיד הבעל או היורשים, אולם כאשר האשה מוחזקת ואינה רוצה להוציא, י״ל שבזה יודו שאין הבעל או יורשיו יכולים להוציא מידה. דבב״ב קלב,ב בבריא שכתב כל נכסיו לבניו, ושייר לאשה קרקע כלשהו, אם מחלה האשה על כתובתה, נשארה הגמ׳ בתיקו, והספק אם בשתיקתה מחלה האשה על כתובתה. הרי״ף (ב״ב ס,א מעמוה״ר) פסק: ״הלכך מוקמינן כתובה אחזקה, ועל הבעל להביא ראיה דמחלה״. אולם הרמב״ם (זכיה ומתנה ו,ט) פסק שהאשה היא המוציאה מהבעל המוחזק, ועליה הראיה, וז״ל: ״וכן הכותב נכסיו לבניו בין זכרים בין נקבות, בין בריא בין שכיב מרע, וכתב לאשתו עמהן קרקע כל שהוא, הואיל ועשה אותה שותף בין הבנים ולא מחתה, אבדה כתובתה ואינה טורפת מנכסים אלו כלום, אבל מנכסיו שיבואו לו אחר אלו נוטלת מהן כתובתה. כתב לה עמהן מטלטלין בלבד או ששייר לעצמו קרקע כל שהוא, כתובתה קיימת, ותקנת הגאונים היא שאפילו שייר מטלטלים כל שהוא, שהרי היא אומרת ממה ששייר אני גובה, ומתוך שתרד למה ששייר, תרד לשאר נכסים ותטרוף״. וכן פסק בשו״ע אהע״ז קו,א, דאבדה כתובתה ותוספת כתובה. גם הרא״ש (ב״ב ח,לד) פסק שאין מוציאים מהיתומים. וברב המגיד שם (זו״מ ו,ט) כתב, דהאשה היא המוציאה, דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי לדעת בית הלל: ״וכן כתב ר״ש ז״ל, וז״ל, ובבריא אוקימנא בתיקו, וכיון דמספקא לן, המוציא מחבירו, דהיינו אשה, עליה להביא ראיה, דבכל דין אמרינן מאן דתפיס תפיס״. הרי שמצד היות הבעל מוחזק והאשה מוציאה, עליה להביא ראיה שאין בשתיקתה משום מחילה. ומוכח דלשיטתם, היותה מוחזקת בכתובה, אינה יכולה להוציא בספיקא דדינא, דאין כאן חזקת חיוב וספק בפטור, משא״כ לרי״ף ודעימיה, כתובה בחזקתה ויש חזקת חיוב, ומוציאה עם הכתובה בספיקא דדינא.

ובנימוק״י (ב״ב ס,א) כתב לבאר: ״הלכך אבדה כתובתה משום דהיא המוציאה מיד היורשים ועליה להביא ראיה, דכל היכא דלית ליה לשטרא שעת הכושר, מיקרי בעל השטר מוציא״. ומש״כ דלית לה לכתובה שעת הכושר, אפשר דכוונתו דאין לכתובה חזקת חיוב אלא לאחר מיתה או גרושין, עיין בחדושי הגרנ״ט (כתובות סי׳ מד ד״ה אך). ועיין עוד באמרי בינה (חו״מ דיינים סי׳ מו) שכתב בבאור דברי הנימוק״י הנ״ל, דדין זה הוא מיוחד דוקא בכתובה, דהואיל ולא נתנה כתובה לגבות מחיים וחיובה אינו ברור עד לגרושין או מיתת הבעל, אין כאן חזקת חיוב עד זמן הגביה, כיון שכל הכתובה הינה חיוב מותנה, וכשנפל הספק קודם שעת החיוב – שעת הגביה, אין חזקת חיוב שנאמר שתגבה בכתובתה בספיקא דדינא, (וזאת בניגוד לשטר חוב של הלואה, שאינו שטר מותנה, ויש בו חזקת חיוב, כנלענ״ד). וכך ביאר התומים (עה,כב) בבאור דברי תוס׳. ולדעת הרי״ף ודעימיה, י״ל דגם בכתובה יש

חזקת חיוב, והספק הינו רק בסילוק השעבוד, ובספק בסילוק השעבוד העמד על חזקתו, עיי"ש.

וכדעת הרי"ף נמצא גם לר"י מיגאש (ב"ב קלב,ב): "וכיון דליכא ראיה דמחלה, מוקמינן לה לכתובתה אחזקה, ואי קנה נכסי בתר הכי, גביא מינייהו". דהר"י מיגאש מפרש דכל האיבעיא הינה על נכסים שיבואו אח"כ, דנכסים שכבר כתב לבניו ס"ל דמחלה שעבודה, דכך פירש האיבעיא בגמ': "אבל בבריא מציא אמרה כי אחילת שעבודא מהני נכסי דכתבינהו לבניה, אבל אחולי לגמרי לא אחילנא, דאמינא השתא קני וגבינא מינייהו, הילכך אי קני בתר הכי גביא מינייהו, דהא לא אחילתא לכתובתה לגמרי, או דילמא כיון דהשתא מיהא לית ליה מידי וקא שתקא, ודאי אחילתא, ואפי' קנה נכסים בתר הכי לא גביא מידי". ולפ"ז אפשר דאף הרמב"ם מפרש כן ולא כמגיד, דכל האיבעיא היתה לענין מה שיקנה אח"כ, ובזה הרמב"ם ס"ל דכתובה בחזקתה, דלענין מה שכתב לבניו, ס"ל לרמב"ם כר"י מיגאש שלא היתה זו האיבעיא בגמ', דאף בבריא מחלה מה שכתב לבניו.

וכך מצאתי אח"כ באור שמח (זכיה ומתנה ו,ט) שביאר את דברי הרי"ף על דרך הר"י מיגאש, שכל הספק היה על נכסים שיקנה אח"כ, דיש כאן חזקת חיוב מחמת שטר הכתובה, וספק מחילה הוי כאיני יודע אם פרעתיך, ע"כ הכתובה בחזקתה וגובה הכתובה: "וכיון דהכתובה בידה, רק הבעל אומר דמספיקא דילמא מחלה, משום זה לא מפסיד לה כתובה, ואינו פוטר עצמו מחיובו הודאי, כיון שהיא אומרת שלא מחלה. ודוקא במתו בעליהן עד שלא שתו (סוטה כד,א), דספק שמא זינתה והוי כספק פרעון, ובזה לא גביא כתובה, וגם שם הקשו בתוספות (כה,ב ד"ה בית הלל) הא הוי איני יודע אם פרעתיך, ותירצו כיון שהתורה עשאה ספק אינה יכולה לטעון ברי, וכאן לא שייך לא זה ולא זה, דהוי ספיקא אם מחלה אשה בכה"ג, ותו לא משגיחין על דעתה, דאפילו אם לא מחלה בשתיקתה, דברים שבלב אינן דברים, וכמש"כ המהרי"ט בשניות סימן כ, ולא שייך כאן ברי, דהוי כמו ספיקא דדינא". ולפ"ז אף הרמב"ם ס"ל דלענין נכסים שנתן לבניו ודאי מחלה, וכל הספק הוא רק לנכסים שיקנה אח"כ, ובזה הכתובה בחזקתה, ויש חזקת חיוב אף בכתובה, והספק הוא בפטור, ומוציאה בשטר כתובתה אף בספיקא דדינא, אף לשיטת הרמב"ם ודעימיה.

אולם ברשב"ם (קלב,ב ד"ה או דלמא) פירש דהאיבעיא היתה אם מחלה שעבודה על הנכסים שכתב לבניו: "או דלמא השתא מיהא הא לית ליה, ולא מסקא אדעתה דלמא הדר קני, וכיון דלא מסקא אדעתה היה לה למחות, אלא ודאי מדאישתיקא אודויי אודיא ליה ונתרצית וגמרה ומחלה להו שעבודה. ומיהו אם יבואו לו נכסים היום ולמחר תגבה מהן כדלקמן, שהרי חוב כתובתה לא מחלה אלא שעבוד כל הני

נכסים שנתן לבניו מחלה, ואהני מחילה דידה דלא תטרוף עוד מהן, כן נראה בעיני". ודחה את המסבירים שהאיבעיא היתה לענין נכסים שיקנה אח"כ.

ורמ"ה בסוגיא (אות קנ), פירש הסוגיא לענין אם מחלה על שעבודה מהנכסים שכתב לבניו (כפירוש הרשב"ם, ולא כר"י מיגאש), ולא לענין שעבוד על נכסים שיקנה לאחר מכן, ולהלכה פסק דלא אבדה שעבודה ולא מחלה, דכיון דהוי ספק, העמד שטר הכתובה על חזקתו: "ועלתה בתיקו. וכל תיקו דממונא, חומרא לתובע וקולא לנתבע, הילכך לא הויא מחילה, מאי טעמא, אוקי שטר כתובה אחזקתיה, דכל ספיקא דממונא כדמעיקרא מוקמינן לה. ואיכא מ"ד חומרא לתובע וקולא לנתבע, ולית לה". הביא גם דעת החולקים שאין לה כתובה מנכסים שכתב הבריא לבניו, אולם נראה דעתו של הרמ"ה דשטר הכתובה בחזקת חיוב, ואין ספק מחילה מפקיע חזקת החיוב של הכתובה, וגובה כתובתה. ועיין הג"א (ב"ב ח,לד), שהביא דעת רבינו ברוך מארץ יון, דמספיקא אינה מפסידא כתובתה, והיינו כרי"ף ודעימיה.

ועיין גם בספר נתיבות משפט (על רבינו ירוחם, מישרים נכ"ג), דבכל מקום שיש מחלוקת אם יכול הבעל לכוף את אשתו לדור עמו, אם הבעל המוחזק יכול לטעון טענת קים לי ולא לפרוע כתובתה, שאפי' האשה לא תפסה, יהיה חייב לפרוע כתובתה, דכיון שהכתובה הינה חיוב ודאי והפסד הכתובה הוא ספק, אין ספק מוציא מידי ודאי; "וזה מקצוע גדול הוא וצריך לפנים". וכן נראה דעת הב"ש קנד,ב לענין מחלוקת הפוסקים במומים גדולים אם יכולה לטעון כסבורה הייתי שאני יכולה לקבל, דיכולה לטעון טענת קים לי כפוסקים שיכולה לטעון כן. וכוונת הב"ש, שלא יהיה דינה כמורדת להפסידה כתובתה. ובבית מאיר (קנד,א לפני ד"ה הגהה) הקשה עליו, דהא דינה לפחות מכתובתה, והבעל הוא המוחזק בכתובה. וע"כ י"ל דס"ל לב"ש דיש חזקת חיוב, והואיל והספק הוא בפטור, חייב הבעל לפרוע לה כתובתה.

וכן נמצא בפד"ר (ח"ג עמ' 161 ולהלן, הגר"י בן מנחם, הגר"י עדס, הגר"ב זולטי) בבאור דברי הב"ש, וכתבו לחלק בין ספק עובדתי למחלוקת הפוסקים, דבספק עובדתי גם הבית מאיר יודה שכתובה בחזקתה, ורק נחלק לענין מחלוקת הפוסקים: "וגם לדעת הבית מאיר יתכן לומר שרק בספיקא דדינא אין להוציא מהבעל הכתובה שהוא המוחזק, כיון שהוא טוען טענת ודאי קים לי כדעת הפוסקים שדינה כמורדת והפסידה כתובה, אבל בספק בקביעת העובדא אם היא מורדת או לא, בזה גם הבית מאיר מודה שמספק היא לא הפסידה כתובתה, שהרי אין בפנינו טענת ודאי שהיא מורדת, והרי זה כאומר הלויתני ואיני יודע שפרעתיך שחייב לשלם, ועיין בשו"ת המהרי"ט ח"א סי' קיט, עיי"ש.". מבואר דככל שאין מדובר במחלוקת הפוסקים אלא בספק עובדתי, לכ"ע כתובה בחזקתה וחייב הבעל לשלם כתובתה.

ולפ״ז רבו הראשונים והאחרונים דכתובה בחזקתה, וודאי אם האשה מוחזקת בכתובתה יכול לטעון טענת קים לי כדעת הראשונים הנ״ל, דאף את הרמב״ם והשו״ע אפשר לפרש בדרך זו. אמנם אפשר דנדו״ד גרע, דאם הוא ספק באומדנא של על דעת כן לא כתב לה, לכאורה הוא ספק בעצם ההתחייבות, דמלכתחילה לא כתב לה. אך למעשה אין נפק״מ, דאף אם הדבר ספק בעצם ההתחייבות, הואיל והאשה מוחזקת, יכולה להחזיק במה שבידה בטענה שעל דעת שלא תצטרך לשלם לו ליכא אומדנא, וכנ״ל.

כמו כן יש להוסיף, דדין תוספת כתובה אין להגדירו כמתנה לענין שיהיו דברים שבלב דברים. וכבר הארכתי בכ״מ בדין אומדנא במתנה, דדברים שבלב הוי דברים, וכמו שפסק הרמ״א בחו״מ רז,ד. אולם בתוספת כתובה שעל דעת כן נשאת לו, הרי זה כמכר, שהוא מקבל בתמורה להתחייבותו בתוספת כתובה, את הדברים שהאשה מתחייבת לו. ולכן אין לומר בתוספת כתובה אומדנא, מלבד זו שנאמרה בגמ׳ ובראשונים, דכל אומדנא שלא אמרו חכמים, הוי דברים שבלב ואינם דברים.

בנדון שלפנינו יש גם ספק עובדתי, האם תביעת האשה לגרושין הינה מחמת מעשיו הרעים של הבעל. האשה טענה לאלימות מילולית וכלכלית, ויש להסתפק אם אכן כדבריה או כפי הכחשתו של הבעל, ולכאורה גם בזה, כיון שהאשה מוחזקת וטוענת שהיא תובעת גרושין מחמת מעשיו הרעים, ויש רגליים לטענתה, כפי שעלה מחקירת הצדדים, אך אין ראיה מוכחת, יכולה להחזיק במה שבידה בטענת קים לי, שעל דעת מציאות זו התחייב בתוספת כתובה.

ה. אשה המפרנסת בבית

בנדון שלפנינו נראה שע״פ ההלכה אין להוציא מהאשה זכויות המגיעות לה מכח עבודות שעבדה מחוץ לבית, בפרט כאשר היא היתה המפרנסת בבית. וככל שהיה נידון אם אפשר להוציא מידה כספים אלה, ודאי יכולה לומר קים לי כסוברים שאין מעשי ידי אשה לבעלה מעבודות שמחוץ לבית, וכיום ע״פ ההלכה אין מוציאים מיד האשה מה שעל שמה בזכויות ממקום העבודה, בפרט זכויות עתידיות שיבואו לה לאחר הגרושין, ורק לפי חוק יחסי ממון מוציאים מידה. וכבר כתבתי בענין זה בח״ז סי׳ ב, ואביא בקצירת האומר.

וכאמור יכולה האשה לטעון טענת קים לי, שאין מעשי ידיה מעבודות שמחוץ לבית, שייכות לבעל. מהרי״ט בתש׳ (ח״ב חחו״מ סי׳ סז) הסתפק בנשים העוסקות במסחר ומכלכלות את בעליהן, אם נאמר שאשה כזאת אין לבעלה זכות בכל אשר עשתה חיל, מאחר שבפועל הבעל אינו מעלה לה מזונות אלא היא מכלכלת את בעלה

ואת בניה ואת כל אשר אתה בבית, וע״כ אין הבעל זוכה במעשי ידיה בסתם, ואינה צריכה לפרש ולומר איני ניזונת ואיני עושה, דכל שאין הבעל זנה, במה זכה במעשה ידיה. והביא מהרי״ט ראיה מדברי הרמב״ן שהביא הר״ן כתובות (נה,ב בעמוה״ר), שאם לא נתן לאשתו מזונות ועשתה ואכלה, אף שהותירה, אין לבעלה עליה כלום, דכל היכא דאיהו לא יהיב לה מזונות, אינה צריכה להתנות בפירוש ולומר איני ניזונת ואיני עושה, אלא זכתה במעשה ידיה אפילו דרך שתיקה. והוסיף מהרי״ט דאין לחלק בין כשהבעל הוא הגורם, שלא רצה לתת לה מזונות, למציאות שהאשה עובדת ומתפרנסת היא הגורמת שלא היה לאשה צורך בקבלת מזונות מהבעל. דהנידון ברמב״ן לא משום שהוא לא רצה לתת לה מזונות, דהא בשהתה ולא תבעה מיירי התם, ולשון דכל היכא דאיהו לא יהיב לה לשעתה, משמע אפי׳ לא תבעתו. וכן המשנה דאם אינו נותן לה מעה כסף לצרכיה, מיירי אפילו לא תבעתו. הרי דכל היכא דלא נתן לה, זכתה במותר מעשה ידיה. אך הוסיף מהרי״ט, וז״ל: ״אלא שאפשר לומר דנשים אלו שתחלת שמושן במלאכה זו, עדיין הבעל טורח במזונות, וכשהיא מרווחת ונותנה בעין יפה ונותנת יציאות הבית, כל שלא אמרה איני נזונית וכו׳, הרי יש לה ממה שתפרנס הבית ממה שהרויח כבר, ומדידיה קאכלה ומדידיה שתתה, וכל מה שהיתה הולכת ומשתכרת, קמא קמא בטיל לגבי בעל. אי נמי, אפשר לומר דכיון דאיכא ריוח ביתא מסתמא ויתרה, כדאמרינן (כתובות סט,א), במי שמת והניח ב׳ בנות וקדמה ראשונה ונטלה עישור נכסים ולא הספיקה שניה לגבות עד שמת הבן, א״ר יוחנן שניה ויתרה וחולקות בשוה, ומסיק דטעמא דר״י משום ריוח ביתא ...״.

וטעם ראשון לחלק כתב מהרי״ט, דכיון שכל אותם שנים הבעל פירנס, יש לאשה מזונות מהשתכרות העבר של הבעל, וממילא אוכלת משלו. ולפ״ז אם הבעל עובד ומרויח ומפרנס את הבית, הרי האשה ניזונת ממנו, וכל שלא אמרה איני ניזנת ואיני עושה, מעש״י שלו. (ועיין חזו״א, אהע״ז סי׳ ע אות ו; ״ובעיקר הדין נראה דכל שהתחילה במלאכתה בשעה שכבר אכלה משל בעלה, כל מה שעשתה הוי דבעלה, בין שהוא העדפה בין שהוא מציאה, ממילא כשניזונת אח״כ מאותו ריוח הוי כניזונית משל בעלה וכן לעולם. וגם מעה כסף הוי כנותן בכל שעה כיון שנותן לה כל צרכיה ... ואין מהרי״ט תחת ידי לעיין בו״). ומש״כ בטעם השני משום ריוח ביתא, לכאורה שם כיון שקבלה ירושה גדולה, מחצית מעזבון האב, שלא טרחה ולא עמלה בו, ממילא ויתרה על עישור נכסים. אולם כאן מה שיש תוספת בבית הוא מטרחתה ומעמלה, ומהיכי תיתי שתמחול עליהם לבעלה, ואינו דומה לכאורה לבת יורשת ולא הספיקה לגבות עישור נכסים. ומ״מ מדברי מהרי״ט עולה שאם הבעל מפרנס, או פירנס ויש עדיין פרנסה מכח העבר, כל שלא אמרה איני ניזנת, מעש״י של הבעל. (והראו לי שכן הקשה בספר בד קדש, לרבי ברכה דאנון, אישות יב,ד).

ובמל״מ אישות כא,א הביא דברי מהרי״ט, וכתב דדבריו קשים, דמדברי הראב״ד (המובאים בטור אהע״ז סי׳ צה) באלמנה שהשביחה הקרקע של היתומים, דאע״פ שהיא ניזונת מנכסי יתומים ומעשה ידיה שלהם, השבח לעצמה, שלא אמרו מעשה ידיה שלהם אלא במעשה ידיה הקבועים, כגון טווה או אורגת, אבל לא במלאכה אחרת שאין דרכה בכך, כיון שאינו יכול לשנותה לאותה מלאכה, ולכן מה שעשתה - לעצמה. אמנם דעת הרשב״ם המובאת בטור, דהשבח של יורשים, כמו מעש״י. וכתב המל״מ, דאין לומר שבאשת איש אף אם אין השבח כמעש״י, מ״מ לא גרע ממציאה שהיא לבעלה, ודברי הראב״ד הם רק באלמנה ולא באשת איש, דגבי מציאת האשה עצמה פליגי רבוותא אם אינה ניזונת, אם מציאתה לעצמה, דדעת הרמ״ה דמציאתה לעצמה והרא״ש חלק עליו, וכמ״ש בטור אהע״ז סי׳ פד. א״כ לרמ״ה דס״ל דאין זה בכלל מעשה ידיה כיון שאין הבעל זנה, ממילא מציאתה לעצמה, ואין להוציא ממנה.

והב״י בטור אהע״ז סו״ס צה הביא תש׳ הרשב״א באשה שהתעסקה בנכסים סתם, והיה פשוט בעיני השואלים דכל מה שהרויחה ברבית יהיה ליורשים, דמעשה ידיה שלהם אא״כ אמרה בפירוש שאינה רוצה ליזון משלהם. והשיב הרשב״א: ״ואני אומר מי יוכל לדין עם שתקיף ממנו, ומי ישיב את האריות, אבל אם לדין יש תשובה, שהרי האשה אינה חייבת לטרוח לסתור ולבנות לעקור ולנטוע ולא להתעסק ברבית אלא לעשות בצמר, ואם רוצה הבעל לשנותה למלאכה אחרת אינו רשאי, שאינה אצלו כעבדים, אי נמי כפועלים שאמר להם עשו עמי מלאכה היום ולפיכך מציאתן לבעל הבית. משא״כ במציאת האשה, דמן הדין מציאתה לעצמה אלא שתקנו שתהא לבעל משום איבה וכדאיתא בירושלמי בפרק מציאת האשה (ה״א), וכיון שכן אם נזונת משל יתומים, אם השביחה או הרויחה במעות, למה אנו דנין שבח וריוח זה כמעשה ידיה להיות ליתומים. אלא מן הדין הייתי אומר שכל שהרויחה לעצמה, ומשלמת ליתומים כמו שנתבטלה ממעשה ידיה כפועל ששכרו בעל הבית לעבוד עמו שמציאתו לעצמו ומשלם אגר בטלה לבעל הבית. ואפשר שהאשה אינה משלמת אפילו אגר בטלה, שכל שהיא עושה אמרינן שמעשה ידיה לבעל. אי נמי שכופה לעשות, אבל אם נתבטלה ולא עשתה אינה חייבת לשלם, וכדמוכחא שמעתא בפרק ב׳ דייני גזילות במי שהלך בעלה למדינת הים שפוסקין לה מזונות ואין מחשבין עמה מעשה ידיה״. מבואר מהרשב״א שמה שעשתה האלמנה והרויחה, הרי זה כמציאה, ולפ״ז באשה הרי זה לבעלה. רק שלא עשתה אמרינן שאינה צריכה לשלם דמי בטלה, וכמו בהלך בעלה למדינת הים, דפוסקין לה מזונות ואין מחשבין מעש״י. דבעל יכול רק לכוף את אשתו, אבל כשאינה עושה, אינה משלמת מה שהתבטלה. ומ״מ נראה מדבריו

דיש חילוק בזה בין אשה לאלמנה, כמו שחלוקים בדין מציאה. ועיין בבית מאיר פ,א משׂ"כ בזה.

ויש לדון בכל מלאכות מסוג זה אם דינן כהעדפה שע"י הדחק, והח"מ והב"ש (פ,ב) כתבו דמידי ספיקא לא נפקא, אם מעש"י שע"י הדחק לה או לבעלה, וכדעת הב"ח ר"ס פ, וע"כ יכולה האשה המוחזקת לומר קים לי שהם שלי. ונחלקו בענין זה בפד"ר, עיין פד"ר ח"א עמ' 90 ולהלן, מהגר"א גולדשמידט, שאין להוציא מידה מעש"י. (ועיין בספרו עזר המשפט סי' יט). הגר"א גולדשמידט זצ"ל הביא מתש' מהר"ם מינץ (סימן יז), וז"ל: "ואין לומר דמה שטענה על הצעיף שקנתה מבעלה משכר שעבודה ... וא"כ אותן מעות כבר היו שלו. הא ליתא, דכל מה שהאשה מרויחה בשכר שעבודה הוא שלה, ואינה צריכה לתת לבעלה אותה העדפה... והאי עובדא דידן דמרת ורומט משועבדת לאחרים בעבודה קשה, ויש לה העדפה משעבודה, נראה דנקרא העדפה ע"י הדחק ....". מבואר ממהר"ם מינץ שכל מלאכת שעבוד שאשה עובדת אצל אחרים, יש לזה דין העדפה ע"י הדחק, אף שלא עבדה כמה מלאכות ביחד או בלילה: "ומכיון דהוי כהעדפה ע"י הדחק, אין להוציא מידי האשה". ועיי"ש מה שהביא דבמקרים מסוימים, מלאכות שמחוץ לבית עדיפי מהעדפה שע"י הדחק, עיי"ש. אמנם בפד"ר ח"ז עמ' 290 ולהלן, שכל שהם באים במקום מעש"י שהיתה חייבת לעשות בבית, כגון טוחנת ואופה וכו', הרי זה בכלל מעש"י. וכן כתב לי הגר"ש ישראלי (עיין משפטיך ליעקב ח"א בסופו) שהיום שלא עושות בצמר, וגם מלאכות הבית האחרות קלות הן, וכולן לומדות לעסוק במלאכות שמחוץ לבית, הרי מעש"י ממלאכות אלה הם תחת מזונותיה.

והגר"ש וואזנר שליט"א בשבט הלוי ח"ב סי' קיח, הביא את דברי היש"ש ב"ק ח,כט, שמדבריו מבואר שגם העובדת ומפרנסת את בעלה, מעש"י שלו, וז"ל: "ודע דמסוף דברי המהרש"ל שהבאתי שכתב שגם באשה שמחיה את בעלה מסתמא מרשה לה, מוכח להדיא דדעת המהרש"ל דגם באשה כה"ג אמרינן מה שקנתה אשה קנה בעלה, וכאשר הביא גם בבאה"ט אה"ע סי' פ סק"א בשם תשובת מהרי"ט ח"ב סי' ס"ז. ובמל"מ מהל' אישות הניח הדין בצ"ע וכ' דיכולה לומר קים לי. וע"ש בפ"ת סי' פ' בזה. ולא ראו דברי מהרש"ל בזה, עכ"פ דעת עמודי עולם המהרש"ל ומהרי"ט דהבעל זכה, וא"כ כשנותנת צדקה והבעל מוחה, אסור לקבל ממנה".

ולכאורה את דברי היש"ש נראה לפרש בדרך אחרת, והיינו שהאשה עוסקת בממונו של הבעל, אמנם את הריוחים מהממון היא עושה בפעולתה, אבל גוף קרן הממון הוא של הבעל. היש"ש דן לענין חיוב הבעל להחזיר מה שלותה אשה הנו"נ בתוך הבית. היש"ש הביא את דברי מהרי"ק דבדבר מועט, כדרך שהאשה רגילה לישא

וליתן, להוציא הוצאות לעניני הבית ולצורכיה, בזה ס״ל לראב״ן וראבי״ה דחייב לשלם, דאל״כ לא תוכל לקנות צורכי הבית מן השוק. וחשו חכמים לזה שהנשים נושאות ונותנות בביתן, דאנן סהדי ששלוחות הבעל נינהו, משא״כ בסך שאין דרך הנשים להתעסק. ושם בסוף דבריו כתב: ״אבל היכא דנושאות ונותנות בבית, דהוה כאילו מינו אותם הבעל שלוחים, כ״ע מודו דמזמינים אותה, ומשביעים אותה, במידי דדרכה להשתדל בה. הילכך עכשיו כל הנשים בסך מועט מחייבינן הבעל בעבורה, אם היא חייבת בדין, משום תקנת השוק. והכל לפי ראות עיני הדיין. כי לפעמים נמצאו נשים אשת חיל שמחיות בעליהון, וכל ממון בעל בידיה. פשיטא שאפילו דבר גדול מוכרח הבעל לשלם, הכל לפי העניין, ומנהג המקום, וחכמת עיני הדיין״.

הנה היש״ש מיירי ב״נשים אשת חיל שמחיות בעליהון, וכל ממון בעל בידיה״, וא״כ מדובר באשה הנו״נ בממון הבעל, וזה חלק מהנו״נ בעניני הבית, והריוח הוא מממון הבעל, ואף שהוא בטרחתה, בזה י״ל אומדן דעת שהבעל נתן את ממונו לאשה שתשא ותתן בו, והריוחים יהיו לו. משא״כ באשה העוסקת כשכירה או כעצמאית בממון שלה, לא מוכח מהיש״ש שמעש״י יהיו שלו. דהיש״ש מיירי שהבעל נותן לה כל ממונו, והכל לפי הענין, וממילא גם יש לה הכח ללוות ולתת צדקה, דכל הממון, הקרן והריוחים שלו, ואינו דומה לשכירה שעובדת, ואין מזה ראיה. ומזה לכאורה סרה תמיהת השבט הלוי מדוע לא הביאו האחרונים ראיה מהיש״ש דמעש״י שלו גם מעבודות שמחוץ לבית.

ויש להוסיף בנדו״ד, שאם האשה לא תבעה מזונות מהבעל, מעש״י שלה. הר״ן בכתובות בס״פ אע״פ (כח,ב מעמוה״ר), לענין הא דתנן (כתובות סד,ב) שאם אינו נותן לה מעה כסף לצרכיה, מעש״י שלה, לאו למימרא שיכול הבעל לומר איני נותן מעה ויהא המותר שלה, דהא קי״ל יכולה אשה שתאמר איני ניזונת ואיני עושה, ודאי שיכולה ג״כ לומר איני נוטלת מעה כסף ואיני נותנת מותר, ואם הוא גם יכול לומר איני נותן מעה כסף, מה הועילו חכמים בתקנתם, הרי כל אחד מהם יכול לעכב ולא ליתן מעה כסף. לכן מפרש הר״ן את דברי המשנה: ״אלא ודאי הכי קאמר, שאם שתקה היא ולא תבעה מעה כסף לצרכיה ועשתה מותר, הרי היא לעצמה ואין הבעל יכול לומר ויתרה. וכתב הרמב״ן ז״ל דהוא הדין למזונות ולמעשה ידיה, אלא רבותא קמ״ל שאפילו במעה כסף שאינה צריכה לו כ״כ, לא אמרינן ויתרה״. מבואר מהרמב״ן שהביא הר״ן (ולשיטתו כן היא דעת הר״ן), שאם שתקה ולא תבעה מזונות, מעש״י שלה. והדברים מפורשים גם ברמב״ן בכתובות (צו,א): ״ומסתברא דאפי׳ מכרה בנכסיה בטובת הנאה ולא תבעה, הפסידה מיד, שדרך הנשים לגלגל עם בעליהן ולסייע להם. והנ״מ לאפוקי מבעל, אבל אם לא נתן לה מזונות ועשתה ואכלה אע״פ שהותירה, אין לבעלה עליה כלום, דכל היכא דאיהו לא יהיב לה מזוני, הרי משכון בידה,

תמשכננו עליו, ואינה צריכה להתנות עמו בב״ד ולומר איני ניזונית ואיני עושה. וזו היא ששנינו אם אינו נותן לה מזונות מעה כסף לצרכיה, מעשה ידיה שלה, כנ״ל. הרי מבואר ברמב״ן דאם הבעל אינו נותן מזונות לאשה, אינה צריכה לומר איני ניזנת ואיני עושה, אלא מעש״י שלה בשתיקה. ודברי הרמב״ן הובאו להלכה בשו״ע אהע״ז ע,יא, וברמ״א פ,יז. ואין מזה סתירה למש״כ האבנמ״ל סט,א (הובא לעיל), דשם מדובר שהוא רוצה לזונה, אלא היא אינה לוקחת. והרמב״ן מיירי שהמניעה מהבעל.

ולכאורה מדברי בעה״ת ו,ג,א מבואר דלא כרמב״ן. בעה״ת כתב באשה שעשתה סגולה ממעש״י, אע״פ שהוא עני ואינו זן אותה, והיא ניזונת מאותו ריוח מהממון הנז׳, הרי זה של הבעל, ובע״ח של הבעל גובה בחובו. ואין לחוש מאחר שהוא עני במה תזון אשתו, דהא אסיקנא דנותנים לו מזונות אבל לא לאשתו. ואפשר דבעה״ת מיירי במעש״י שעשתה בשעה שהוא זן אותה, ועשתה מהם סגולה וכו׳, וכעת שאינו זן אותה, יש דיון על הקרן והריוח. אבל אם אינו זן אותה, וממעש״י של השעה שאינו זן אותה עשתה סגולה, י״ל דמודה בעה״ת לרמב״ן שמעש״י שלה. ועיין משפטי שאול (לגר״ש ישראלי סי׳ טו) דאם הבעל רצה לזונה והיא לא חפצה להיות ניזנת, בזה לא מהני שמעש״י יהיו שלה אלא ע״י אמירת איני ניזנת ואיני עושה, משא״כ כשהמניעה ממנו, עיי״ש.

או י״ל דבעה״ת ס״ל כשיטת רבינו יונה והטור, שאשה אינה יכולה לומר שאינה נוטלת מעה כסף ואינה נותנת המותר, עיין טור אהע״ז סו״ס פ: ״כתב ה״ר יונה, דוקא בעיקר מעשה ידיה, אבל המותר על ה סלעים שהוא שלו ותקנו לה כנגדו מעה כסף, אינה יכולה לומר איני נוטלת מעה כסף ואיני נותנת מותר, לפי שתקנו לו מותר משום חינא, ובתר הכי תקנו לה כנגדו מעה כסף. והרמ״ה כתב שגם במותר יכולה לומר איני נוטלת מעה כסף ואיני נותנת מותר״. וכדברי רבינו יונה נראה גם מהרשב״ש בתש׳ סי׳ רכב, באשה שדחקה ופרנסה עצמה ממעשה ידיה, אין לה על תביעה למזונות העבר; ״שמעשה ידיה של בעל הם״. ומדכתב שמעש״י של בעל ולכן הוי כניזונת משל בעל, ולא אתי עלה מדין מחילה על המזונות, משמע דס״ל דאין מחילה בשתיקה, ואף בשתיקה מעש״י של הבעל. ובהפלאה בקו״א פ,כ כתב דלפ״ז המשנה בכתובות סד,ב תתפרש כפשוטו ולא כר״ן, וממילא אין הכרח לדברי הרמב״ן, ולכן אם שתקה, עדיין מעש״י שלו. ואפשר שבעה״ת ג״כ ס״ל כשיטה זו. ומ״מ כיון שנפסק הלכה במחבר וברמ״א כדעת הרמב״ן, י״ל דמהני שתיקה באי תביעת מזונות שיהיו מעש״י שלה.

כל האמור בענין זכותה של האשה במעש״י, נצרך לנדו״ד כנגד מי שיבוא ויטען שזכויות שמגיעות לאשה ממקום עבודתה, שייכות לבעל מדין מעש״י. ולא היא

– כמבואר לעיל. בפרט כאשר מדובר בזכויות עתידיות של פנסיה וכד', ודאי שמעיקר הדין אין לבעל זכות בזכויות שיבואו לה לכשתהיה גרושה, וכל הנידון על זכויות נזילות כעת, ואף בזה אין להוציא מידה כמבואר לעיל. ובפרט בהיותה מוחזקת, י"ל קים לי כפוסקים דשכר עבודה מחוץ לבית הוי כהעדפה שע"י הדחק, שאין להוציא מידה.

ו. כתובה מרובה

בנדון שלפנינו מדובר בתוספת כתובה בסך מליון ש'ח, והועלתה טענה שמדובר בהתחייבות מוגזמת, שדינה כאסמכתא. בנדון שלפנינו נראה דאדרבא, הבעל התחייב בסכום כה גבוה, ביודעו כי מדובר באשת חיל המשתכרת בסכומים גבוהים במיוחד, וכי הזכויות הכספיות שהוא עתיד לקבל ממנה ובזכותה, גבוהים במיוחד, ובמהלך שנים מועטות, צברה זכויות של מאות אלפי ש'ח, ולכן י"ל שהתחייב בסכום שיחסית למציאות הכלכלית של פרנסת האשה, אינו סכום מוגזם ומופרך.

ובכלל כאשר כל השאלה הינה בדין אסמכתא, הרי בכתובה קיבל קנין באופן המועיל לאפוקי מאסמכתא. אלא שאנו סבורים שכשכותב כתובה מוגזמת, הרי האסמכתא הינה מוכח מתוכו. אך כאמור יש לבחון כל מקרה לגופו. ומה שאנו חוששים לטענת אסמכתא, נראה דהיינו דוקא כשבאים להוציא מידו סכום זה, אולם שהיא תחזיק מה שבידה ואינה מוציאה ממנו, אין לחוש לאסמכתא, אחר שקיבל קנין באופן המועיל ביותר על שטר הכתובה, והחשש שלנו לאסמכתא הינה להוציא ממון ולא להחזיק ממון. דמעיקר הדין אין כאן אסמכתא, כיון שקיבל התחייבותו באופן המועיל, רק אנו חוששים להוציא מהמוחזק, וכאן הוי להחזיק ולא להוציא.

אמנם הטענה כי אין אסמכתא במתחייב, והכסף שהתחייב ביד המקבל, אינה שייכת לנדו"ד, כיון דאין אסמכתא במקבל מוחזק, דוקא אם הוא מוחזק בשעת ההתחייבות, משא"כ בנדו"ד. והרמב"ם בהל' מכירה יא,ד, כתב וז"ל: "לפיכך הנותן ערבון לחבירו ואמר לו, אם אני אחזור בך ערבוני מחול לך, והלה אומר, אם אני אחזור בך אכפול לך ערבונך, אם חזר בו הלוקח, קנה זה את הערבון שהרי הוא תחת ידו. ואם חזר בו המוכר, אין מחייבין אותו לכפול הערבון, שזו אסמכתא ועדיין לא קנה". שיטת הרמב"ם דמחילה מהני אף באסמכתא. וצ"ל בסברת הרמב"ם - דהא דאסמכתא לא קניא היא מפני חסרון בגמירות דעת, דכאשר מתנה אדם "אם אעשה/ תעשה כו"כ, אתן לך כו"כ", לא גומר בדעתו לתת, שהרי יודע שהמעות בידו, ואף אם יתקיים התנאי, לא יתן לו, וע"כ בשעה שהתחייב בתנאי הנ"ל לא גמר בדעתו להתחייב. משא"כ כשיודע שיש ביד שכנגדו מעות או חפץ שעליו מתחייב, לא מוציא

דבריו ללא מחשבה וגמירות דעת, כיון שיודע שכנגדו יממש את ההתחייבות ע"י שיחזיק מה שבידו ולא יתנו למתחייב.

כסברא זו נמצא באור שמח (מכירה, יא,ד), וז"ל: "ושיטת רבינו דלמחול דבר שהוא תחת ידו לא הוי אסמכתא, וסברתו, דאסמכתא הוא אומדן דעתא שאינו מקנה או מתחייב בקנין גמור מתוך דעת שלימה, רק מחמת שעולה בדעתו כך שלא יהיה כאופן זה ולא יצא לפעולה אופן וגדר שמתחייב על זה האופן וזה הצד, הא על צד והאופן שלא יעשה כך ודאי אין דעתו להתחייב ולהקנות. אבל מה שתחת יד חבירו גמר ומקנה ואף דמתנה באם, דכיון שמונח תחת יד חבירו חוקר כל אופן ומקנה בקנין גמור". האור שמח אומר יסוד באסמכתא לשיטת הרמב"ם, כאשר אדם מתחייב דבר בהתנאה, אף שבאופן שהדבר ביד המתחייב יש חסרון בגמירות דעת, מפני שדעתו של המתחייב לא גמרה לתת, מ"מ כאשר הממון נמצא ביד שכנגדו, מחשבת המתחייב יורדת לסופה, מאחר והמתחייב יודע שהממון שהתחייב בהתנאה מצוי ביד הזוכה ואין הזוכה זקוק לפעולת גבייה. מצב כזה גורם למתחייב לא להוציא מפיו דברים שאינו שלם עימהם, ולכן כשהתחייב בהתנאה דבר שביד הזוכה, ודאי גמר בדעתו להתחייב ולא שייך בכהאי גוונא טענת אסמכתא.

לפ"ז כאשר אדם אומר לחבירו: "אם אחזור בי, ערבון שאתן לך יהיה בידך", אף לשיטת הרמב"ם הוי אסמכתא. היות וסברת הרמב"ם דכיון שמונח כעת ביד הזוכה, חוקר בדעתו ולא מוציא מפיו דברים שאינו גומר בדעתו להתחייב בהם, א"כ דוקא כשבשעה שמתחייב יש ביד הזוכה מממון המתחייב, משא"כ אם בשעת ההתחייבות המותנית אין ביד הזוכה מממון המתחייב, אינו חוקר וגומר בדעתו, אף אם אח"כ יגיע ממונו ליד הזוכה, כיון שבשעת ההתחייבות לא היה ביד הזוכה, לא גמר המתחייב בדעתו והוי אסמכתא.

וכן נראה בהסבר הרמב"ם לפי הנימוק"י (ב"מ כט,א בעמוה"ר), וז"ל: "אבל הרמב"ם כתב בפרק יא מהל' מכירה, דלא אמר רבי יהודה אסמכתא אלא באכפול לך, אבל אם חזר בו לוקח אפילו רבי יהודה מודה דערבונו מחול, דכיון שהוא תחת ידו כמאן דאמר ליה מעכשיו דמי דלית ביה משום אסמכתא, כדאיתא בפרק איזהו נשך (סו,ב)". מדברי הנימוק"י עולה ברור דדוקא שבשעה שהתחייב היה החפץ/ הכסף ביד שכנגדו, דדוקא בכגון זה הוי כאומר מעכשיו, משא"כ אם כעת עדיין לא בידו ורק לאחר זמן יגיע לידו ולאחר מכן תחול המחילה, איך שייך שתהיה התחייבותו המותנת "מעכשיו" כשהחפץ/ הכסף יהיה ביד הזוכה רק בעתיד ולא בהווה. דהרי חסרון האסמכתא הוא בגמירות דעת של המתחייב, וכאשר ההתחייבות המותנת הינה מעכשיו, יש גמירות דעת להתחייבות, וכיון דלדעת הרמב"ם (לפירוש הנימוק"י) כשהחפץ/ הכסף

תחת יד הזוכה הוי כהתחייבות "מעכשיו", א"כ החפץ/ הכסף צריך להיות תחת יד הזוכה בשעת ההתחייבות שהיא השעה הקובעת לענין גמירות הדעת.

וברב המגיד (מכירה יא,ב) הפליג עוד יותר, ולדבריו לא מיבעיא שצריך החפץ להיות ביד הזוכה בשעת ההתחייבות, אלא צריך שהמתחייב יתן לזוכה בשעת ההתחייבות על דעת ההתחייבות. וז"ל הרב המגיד: "דעד כאן לא אמרינן דאין דין אסמכתא במה שביד הקונה אלא בשהחזיקו המקנה על דעת לקנות הדבר אם יתקיים התנאי, שזה קנין חזק ואין זה דין אסמכתא. אבל בהלוהו על שדהו בעל השדה לא החזיקו בדבר אם לא יתקיים מה שאמר, שהרי כבר הוא מוחזק מחמת מעותיו שהלוהו ונמצא שלא נוסף בו דבר מחמת מה שהוא נודר לו". לדברי הרב המגיד י"ל, שאפילו יש ביד הזוכה חפץ או כסף של המתחייב, אין המתחייב גומר בדעתו בחיוב מותנה אלא דוקא שמוסר לו את החפץ או הכסף בשביל התחייבות זו. כלומר, כשההתחייבות המותנת מלווה במעשה של נתינת הדבר, שבמידה ויתקיים התנאי יוכל המקבל להחזיק בדבר שניתן לו על דעת ההתחייבות. התחייבות מותנת שאינה מלווה במעשה של התפסת הזוכה, דינה כאסמכתא ואין בה את גמירות הדעת הדרושה לתוקף ההתחייבות. לכן סובר הרב המגיד (לדעת הרמב"ם), שאף כשהיה ביד הזוכה זה מכבר משכון ואח"כ התחייב בהתנאה, הוי אסמכתא כיון שלא התפיסו עבור ההתחייבות. אמנם הגר"מ אריק במנחת פיתים (בשירי המנחה) כתב דדעת הראשונים האחרים שלא חילקו כרב המגיד, דסגי כשהדבר בידו ואין צריך שיתפיסהו עבור ההתחייבות. ומ"מ אף לחולקים היינו דוקא כשהוא תפוס ועומד בשעת ההתחייבות ולא לאחר זמן.

וכתבתי הנ"ל להוציא מדעת הטוענים שאין אסמכתא בחיוב כתובה, מחמת היות האשה מוחזקת בכסף היום. אין אסמכתא בחיוב כתובה, מפני שקיבל על עצמו בקנין המועיל ביותר את חיוביו, ובכללם כל סכום שכתב לה בתוספת כתובה. ומה שאנו לא גובים בכתובה מוגזמת, מחשש שלא להוציא ממון מיד המוחזק, אולם כאשר המקבל מוחזק, וההתחייבות היתה כדין, אין לחוש לחייב בכתובה בסכום גבוה במיוחד, להחזיק במה שבידה, ככל שנעשה הקנין באופן המועיל להוציא מחשש אסמכתא, כפי שנעשה בכתובה.

לאור האמור לעיל, בנדון שלפנינו אף שהאשה תבעה גרושין, היא זכאית לכתובה בגובה של הסכום שהיא חייבת לשלם לבעל מכח חוק יחסי ממון ובמסגרת איזון המשאבים, כך שאם כספים אלה הינם במסגרת סכום תוספת הכתובה, היא יכולה להחזיק בהם בתמורה לתוספת כתובה.

סימן י

סמכות בי״ד לדון בהיתר עיסקא

ראשי פרקים

א. שליחותייהו לדון

ב. לדון על העדר ריוח

ראובן הלוה לשמעון סכום כסף ע״פ היתר עיסקא. בשלב מסוים הפסיק לשלם, וראובן תבע אותו לבי״ד שישלם בהתאם להסכם ביניהם. טען שמעון שבפועל כבר פרע את הקרן, ונשאר רק לפרוע את הריבית/ דמי התפשרות, בהתאם לשטר העיסקא, וטוען שהעיסקא לא הרויחה וכו׳. עוד טוען שמעון שלבי״ד אין סמכות לדון בכך, מאחר ואף אם מדובר בדבר שכיח, הרי אין בו חסרון כיס, בהיותו ריוח, ולכן בהתאם לנפסק בשו״ע ריש חו״מ, אין לבי״ד סמכות לדון בזה האידנא.

א. שליחותייהו לדון

איתא בב״ק פד,א-פד,ב: רבא לטעמיה, דאמר רבא נזקי שור בשור ונזקי שור באדם, גובין אותו בבבל. נזקי אדם באדם ונזקי אדם בשור, אין גובין אותו בבבל. מ״ש נזקי אדם באדם ונזקי אדם בשור דלא, אלהים בעינן וליכא (דהא כולהו בפרשת אלה המשפטים כתיבי, אדם באדם, וכי יריבון, אדם בשור וכי יגח, ובההיא פרשה כתיב עד האלהים יבא דבר שניהם. וקסבר אכולהו קאי, והיינו מומחין וסמוכין, ובבבל אין סמיכה, כדאמר בסנהדרין פ׳ קמא (דף יד) שור בשור ושור באדם נמי התם כתיבי ... שור באדם ארבעה שומרים התם כתיבי ושליחות יד התם כתיב – רש״י), נזקי שור בשור ושור באדם, נמי אלהים בעינן וליכא. אלא מאי שנא שור בשור ושור באדם דשליחותייהו קא עבדינן, מידי דהוה אהודאות והלואות (דאמר בפרק קמא דסנהדרין (דף ג) דלא בעינן מומחין, שלא תנעול דלת בפני לווין, הודאות הבא לידון בעדי הודאה שאמרו בפנינו הודה לו, והלואות שבא לידון בעדי הלואה שאומרים בפנינו הלוה לו), אדם באדם ואדם בשור נמי שליחותייהו קא עבדינן, מידי דהוה אהודאות והלואות. אמרי כי קא עבדינן שליחותייהו במידי דקים לן בגויה, במידי דלא קים לן בגויה (כגון הכא דבעינן למשיימיה), לא עבדינן שליחותייהו. אמרי, שור בשור ושור באדם נמי לא קים לן בגויה. אלא פוק חזי היכא מזדבני תורא בשוקא. אדם באדם ואדם בשור, נמי פוק חזי היכא מזדבני עבדי בשוקא. ועוד, תשלום כפל ותשלום ארבעה וחמשה דקיצי נעבד שליחותייהו. אמרי, כי קא עבדינן שליחותייהו

בממונא, בקנסא לא עבדינן שליחותייהו. אדם באדם דממונא הוא נעבד שליחותייהו. כי קא עבדינן שליחותייהו במילתא דשכיחא, אדם באדם דלא שכיחא לא עבדינן שליחותייהו. הרי בושת ופגם דשכיח נעביד שליחותייהו ... אלא כי עבדינן שליחותייהו במילתא דשכיחא ואית ביה חסרון כיס, אבל מילתא דשכיחא ולית ביה חסרון כיס, אי נמי מילתא דלא שכיחא ואית ביה חסרון כיס, לא עבדינן שליחותייהו, הלכך אדם באדם אף על גב דאית ביה חסרון כיס, כיון דלא שכיחא לא עבדינן שליחותייהו, בושת אף על גב דשכיחא כיון דלית ביה חסרון כיס, לא עבדינן שליחותייהו. מבואר בגמ׳ דעבדינן שליחותייהו בדבר שיש בו חסרון כיס וגם שכיח, וכן בהודאות והלואות, שלא תנעול דלת בפני לווין.

ומדברי הרמב״ן (יבמות מו,ב) מבואר דשליחותייהו הוא תקנת חכמים. דמהגמ׳ שם משמע דבעינן לגירות ג, ולא בעינן מומחים, ממה שתירצה הגמ׳ דהיו שם ג מומחים בגירות – דלמא דאיקעלו והזדמנו שם, אבל אין צריך מומחים. והקשה הרמב״ן, דכיון שגר צריך שלשה משום משפט דכתיב ביה, שיצטרכו גם מומחים. ואין לתרץ דמשפט שנאמר בגר הוא רק אסמכתא דרבנן, שהרי מהמשפט דכתיב בגר נלמד שנתגייר בינו לבין עצמו אינו גר; ״ואיכא למימר מדאורייתא הכי נמי, אלא אנן שליחותייהו קא עבדינן, מידי דהוה אגיטי דמעשינן ואקדושי דדיינינן בהו, משום שליחותייהו כדאיתא בפ׳ המגרש (פח,ב). ולא דאיק, דשליחותא דהדיוטות משום תקנתא דרבנן, וגבי קדושין וגיטין, כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, אבל גבי גר היכי מנסבינן ליה בת ישראל. ואפשר דגר צריך שלשה גמרא, ומשפט כתיב ביה אסמכתא, וכי גמירי שלשה גמירי, מומחין לא גמירי״. מבואר דס״ל לרמב״ן דשליחותייהו הוא תקנת חכמים. עוד תירץ הרמב״ן שם: ״ואפשר דמן התורה אפילו הדיוטות דנין בשליחותייהו דמומחין״. מבואר דס״ל ששליחותייהו הוא מהתורה.

וברשב״א שם בסוגיא כתב דהוי מדרבנן, ממש״כ הרשב״א דבגרות בעינן מומחים ולא מועיל שליחותייהו, דשליחותייהו מהני דוקא בגיטין וקדושין וממון; ״דשאני התם דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, וכן בממון הפקר ב״ד הפקר״, משא״כ בגרות, איך נתיר בת ישראל בגוי. ותירץ, דלמדו רק שצריך שלשה, אך לא למדו ממשפט שצריך מומחים. ומ״מ מבואר ברשב״א שדין זה הוא מדרבנן, ולכן מהני בממון ובקדושין, דבממון הפקר בי״ד הפקר, ובגו״ק – כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש. ולא הביא ברשב״א תרוץ בתרא דהרמב״ן דמדאורייתא עבדינן שליחותייהו. ועיין גם ברשב״א (גיטין פח,ב) שהקשה, איך מקבלים גרים בזמן הזה, שהרי צריך שלשה, וכן הוא מילתא דלא שכיחא. ותירץ הרשב״א: ״י״ל, דהא נמי תקנה היא כתקנת הודאות והלואות, ומצינו האמוראים בפרק החולץ שהיו מקבלים גרים, ואף אנו שלוחי הראשונים

אנו״. מבואר מהרשב״א דהוי תקנת חכמים, כתקנת הודאות והלואות שתקנו שלא תנעול דלת בפני לווין.

והלבוש בע״ש (א,א) כתב דשליחותייהו הוא מדרבנן מפני תקון העולם, כדי שלא יווצר מצב של הפקרות שלית דין ולית דיין, וכ״א עושה מה שליבו חפץ, וז״ל: ״מ״מ נהגו קדמונינו, ואנו אחריהם בזמן הזה, לדון כל הדינים שיתבארו בעזה״י בתורת שליחותייהו דקמאי משום תקון העולם, כדי שלא ילך כל אחד בשרירות לבו ויעשה הישר בעיניו לומר מי אדון ידון אותי, ולא יוכל העולם להתקיים ... ולפי דלא עבדינן שליחותייהו אלא משום תקון העולם, לא עבדינן שליחותייהו אלא בדברים המצויין תמיד ויש בהם ג״כ חסרון כיס, אבל דברים שאינם מצויין תמיד אע״פ שיש בהם חסרון כיס, או דברים שאין בהם חסרון כיס אע״פ שהן מצויין תמיד, אין לנו עסק עמהם ואין דנין אותם אם לא לצורך גדול ומגדר מילתא, כפי ראות עיני חכמי הדור״. וכן הוסיף, דהודאות והלואות וכתובת אשה וירושות ומתנות ומזיק או גוזל ממון חבירו, הם בבחינת מצוי ויש בו חסרון כיס, דאי לא הוה ליה הנאה מיניה, לא הוה יהיב ליה מתנה (עיין להלן בדברי הרא״ש ריש סנהדרין). גם בסמ״ע א,א מבואר ששליחותייהו הוא מדרבנן, דמן התורה דנים רק מומחים, ואנו הדיוטות שליחותייהו דקמאי עבדינן.

ועיין במאירי בסוגיא שכתב: ״ואף אלו לא מן הדין ולא מצד עצמנו, אלא מצד שליחותם של דייני ארץ ישראל, שכך נותנין לנו רשות מן הסתם לדון בכל מה שיש בו חסרון כיס ושאותו היזק מצוי, כדי שלא ירבו מזיקין בישראל, ואף עכשו שאין מומחין בעולם דנין אותם בחוצה לארץ מכח שליחות הראשונים״. מבואר ששליחות זו היא ״מן הסתם״, דאנן סהדי שהראשונים היו רוצים שנעשה כן, כדי שלא ירבו המזיקין, ולית דין ולית דיין. ומ״מ מבואר שאין כאן שליחות גמורה אלא אנו עושים עצמינו כשלוחים של קמאי, דאנן סהדי שהם היו מעונינים בכך. וכן נמצא בדברי הריב״ש בתש׳ (סי׳ רכח): ״... ההוא לאו שליחות גמור הוא, אלא רוצה לומר, דבמילתא דשכיחא ואית בה חסרון כיס, אנחנו נעשה עצמנו כאלו אנחנו שלוחיהם. וכאלו ב״ד הגדול שבארץ ישראל, הממונין על כל ישראל מימות משה רבינו ע״ה, תקנו דבהנהו מילי יוכלו לדון מחכמי חוצה לארץ בלא סמיכה״. ומה שאנו עושים עצמינו כשלוחי קמאי, דאנן סהדי דניחא להו בכך והם רוצים שנדון דין תורה, ולא ידונו ח״ו בערכאות או שיהיה כל דאלים גבר.

ובנתיבות א,א כתב, דאף דמהגמ׳ סנהדרין ג,א משמע דשליחותייהו הוא רק מדרבנן משום נעילת דלת, נראה לנתיבות דהוא מדאורייתא ונמסר לחכמים, וחכמים קבעו באילו דינים הם עושים אותנו שלוחים, וקבעו דבנעילת דלת או חכרון כיס

ומצוי, נהיו שלוחים דקמאי. וראיה שהוא מהתורה, ממה שמקבלים גרים בזמן הזה מטעם דעבדינן שליחותייהו, וקידושיו קידושין ולא תפסי אח״כ קידושי שני, ואין כח ביד חכמים לעקור דבר תורה בקום ועשה. וכן מעשין אגיטין, אף דגט מעושה על פי הדיוטות פסול מדאורייתא. ודוחק לומר דאפקעינהו רבנן לקידושין מיניה, דהו״ל לפרושי דהא נפקא מינה בזה לדינא. והביא הנתיבות את הרמב״ן והרשב״א ביבמות (הנ״ל), שכתבו דהוי מדרבנן, ובגיטין וקדושין אפקעינהו רבנן. ועיין לגרי״א בנחל יצחק א,א, דהעיקר לדינא דהוי מדרבנן. ונראה שנקט כן גם בדעת הנתיבות דס״ל כן להלכה כדעת הרמב״ן והרשב״א.

והר״ן בריש סנהדרין (ב,ב, בשם הרמב״ן) כתב בענין הודאות והלואות, אם הוא מטעם נעילת דלת או שליחותייהו, דאין לומר ששני הטעמים כאחד, דשלא תנעול דלת עבדינן שליחותייהו, דכשם שבדרישה וחקירה לא צריכים לטעמא דעבדינן שליחותייהו אף שעושים שלא כדין תורה לגמרי, אף כשהדין הוא במומחין מן התורה, נתנו אותו חכמים להדיוטות מכח התקנה, ואין צריך לטעם שליחותייהו. וכתב הר״ן לבאר בסוגיא שם, דתורה כתבה עד האלהים יבא דבר שניהם, והיינו מומחים, ואם אינם מומחים הדין פסול מהתורה, ומשום נעילת דלת התירו חכמים לדון אפילו בהדיוטות, דהפקר בית דין הפקר. ואביי הקשה לרב יוסף, דאף שתקנו חכמים שיהיה הדין כשר בהדיוטות, איסור לדון לפני הדיוטות קיים, דלפניהם ולא לפני הדיוטות, ואין כח ביד חכמים לבטל איסור זה. ותירץ לו רב יוסף, דשליחותייהו קא עבדינן והם שנתנו כח לדון בהדיוטות, הם עצמן מחלו כבודן על זה, ובשליחותן עושין מה שעושין ההדיוטות בבבל, וזהו שאמרו מידי דהוה אהודאות והלואות שהדין דין, ולענין האיסור סומכין על שליחותן. והקשה לו אביי, אי הכי גזילות וחבלות נמי, דאחר שאמרת דשליחותייהו קא עבדינן והכח ביד החכמים להכתר את ההדיוטות בכתרן של מומחין, כשתיקנו שיהיו ההדיוטות כשרים לדיני ממונות, למה הפרישו גזלות וחבלות מהודאות והלואות. ותירץ, שלא רצו חכמים לתת רשות אלא במה שיש בו צורך בדבר. ומבואר בר״ן דענין שליחותייהו, הוא כח של חכמים להכתיר גם הדיוטות בכתר של מומחים. עוד נראה מהר״ן, דשליחותייהו הוא רק לענין האיסור של לפניהם ולא לפני הדיוטות, דכיון שהמומחים מחלו על כבודם, ממילא לענין האיסור של לפניהם, אין איסור בדבר, אך מה שהדין קיים כשדנו ההדיוטות, הוא מכח הפקר בי״ד הפקר, או אפקעינהו בגיטין וקדושין.

ובגרנ״ט (סי׳ קצה) כתב לבאר, דדין שליחותייהו אפשר לבאר (כמו שמצא במקצת אחרונים), שהדיינים היום אין להם דין של בית דין אלא דין של שלוחי בי״ד ושוטרים, ולכן כדי להעמיד הדין על תילו, אלו שאינם מומחים, אף שאינם בי״ד, מ״מ הם שלוחי בי״ד מומחים ושוטרים לדון. אך דחה הגרנ״ט דזה אינו, אלא

דין שליחותייהו נותן להם כח של בית דין לדון ולפסוק. ונפק״מ, אם צריך כיום הדיין להיות מהכשרים לדון: ״אלא ודאי בי״ד הם מכח דין שליחותייהו קעבדינן, וצריך שיהיה עליהם שם בי״ד לכל דבריהם. וע״כ נראה פשוט שמי שהוא פסול לדון, וכגון סומא, לא יוכשר לדון מכח דינא דשליחותייהו, שאין זה מועיל להכשיר הפסולים שהם בגופו של דיין״. עוד הוסיף הגרנ״ט, דמה שמועיל שליחותייהו הוא רק לענין דין סמוכין, שאין צריך נטילת רשות, אולם במקום שצריך גמיר וסביר, לא מועיל שליחותייהו לעשותו גמיר וסביר.

ועיין באבני נזר (חיור״ד שיב,נא): ״... רק שההכרח לדון במידי דשכיח ואית ביה חסרון כיס שלא יחרב העולם, והוא דומיא דמלך ממש שבמשפט יעמיד ארץ, וא״כ הרי הוא בירושה כמו מלך ממש. וע״כ כתב הרא״ה בס׳ החינוך בפ׳ שופטים, דמינוי השופטים אינו נוהג במקום שאין סמוכים. ומשמע מדבריו דאף מדרבנן אין חיוב, והוא כמ״ש מדמצוות דין בזמה״ז אינו ממצוות שופטים שבתורה הואיל ואינם סמוכין, רק שלא יחרב העולם אם איש את רעהו חיים בלעו, והוא מעין מלך אשר אין שייך בעיר אחת כלל. והוא נקודה נפלאת בענין זה״. מבואר שכיום מינוי השופטים אינו שייך כלל לדין מינוי השופטים, וכל הכח הוא תקנת העולם. וצ״ע אם לאבנ״ז יש פסול דיינים כמש״כ הגרנ״ט, דאם הכל מתקנת העולם, מה לי פסולים או דלא גמירי וסבירי. אך י״ל, דתקנו מעין מצות מינוי השופטים, וע״כ דוקא בכשרים, כיון שיש להם דין בי״ד, גם אם כל מינוים בא לתקנת העולם.

והנה הרמב״ם בהל׳ סנהדרין ה,ח, כתב וז״ל: ״דיני קנסות כגון גזילות וחבלות ותשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה והאונס והמפתה וכיוצא בהן, אין דנין אותם אלא שלשה מומחים והם הסמוכין בארץ ישראל, אבל שאר דיני ממונות כגון הודאות והלואות, אינן צריכין מומחה אלא אפילו שלשה הדיוטות ואפילו אחד מומחה דן אותן. לפיכך דנין בהודאות והלואות וכיוצא בהן בחוצה לארץ, אע״פ שאין בית דין של חוצה לארץ אלהים, שליחות בית דין של ארץ ישראל עושין, ואין להן רשות לדון דיני קנסות בשליחותן״. ובכס״מ שם הביא קושית רמ״ך, שאם הדיוטות כשרים לדון דיני ממונות, מדוע צריך כלל לדין שליחותייהו, ונשאר בצ״ע. עוד הקשו על הרמב״ם, דמהגמ׳ ב״ק פד,ב וגיטין פח,ב עולה דגם בדיני ממונות בעינן ג מומחים מהתורה, דאיתא שם דבהודאות והלואות שליחותייהו דקמאי קא עבדינן, עיין בר״ן סנהדרין ג,א, ובש״ך ג,א. ובקצוה״ח ג,א כתב לישב ע״פ דברי התוס׳ סנהדרין ב,ב (ד״ה ליבעי), דאף אם מהתורה יכול יחיד לדון, מ״מ בדיני כפיה צריך מומחים; ״דנהי דהדין יכול להיות על פי יחיד הדיוט, אבל לכוף ודאי בעינן מומחין, משום דאשר תשים לפניהם אלו כלי הדיינים קאי על שבעים זקנים״. ועיין עוד בנחל יצחק (ג ענף ב) דצריך שליחותייהו לקבלת עדות, עיי״ש.

ב. לדון על העדר ריוח

ולשאלה דידן, אם עבדינן שליחותייהו במניעת ריוח. הנה הרא״ש פ״ק דסנהדרין ה״א, כתב וז״ל: ״וה״ה נמי בכתובות אשה ירושות ומתנות לא בעינן מומחין ודרישה וחקירה, כדי שתנעול דלת בפני עושה עולה שלא יסמוך על זה שכנגדו לא ימצא מומחין, או לא יכוונו עדים את עדותן, אבל גזילות וחבלות בעינן מומחין ודרישה וחקירה. ובפרק החובל (פד,ב) מסיק, דכל מידי דשכיח עבדינן שליחותייהו וגובין אותו בבבל, מידי דהוה אהודאות והלואות וקאמר התם דחבלות לא שכיחא. משמע דכל שאר מילי שכיח אפילו גזילות״. מבואר שכל עניני מו״מ, ובכללם אף כתובת אשה וירושות ומתנות, עבדינן שליחותייהו כדי לנעול דלת בפני עושי עוולה. ובתוס׳ יו״ט ר״פ החובל כתב, דמקח וממכר היינו שזה קנה מזה בדמים או שהחליף, ואילו הקנאות מיירי שהקנה לו במתנה: ״וכבר כתבו הפוסקים דמתנות דיינינן, וטעמא דהא אי איתא שהקנה לו, הרי זכה בו ויש לו חסרון כיס כשלא נדייניהו״. מבואר שעל הצד שכבר הקנה לו, יש בזה חסרון כיס. ולפ״ז הוא הדין לכל התחייבויות, וגם התחייבות שהינה במסגרת שטר היתר עיסקא, הרי כבר זיכה לו במסגרת ההתחייבות לשלם, ורק יש לו טענות לפטור, וע״כ חשיב כחסרון כיס, שאף אם לא זיכה לו ממש, יש לו זכות מכח השטר. ויותר מזה מצאנו בדברי הלבוש ריש חו״מ (א, סוס״ק א), שגם מתנות בכלל חסרון כיס יחשבו, דאי לא הוה ליה הנאה מיניה לא הוה יהיב ליה מתנה. ולפ״ז גם הנאה של; ״אי לא הוה ליה הנאה מיניה״, כבר נחשבת כחסרון כיס, וכל שכן כשהלוה לו על דרך עיסקא, שודאי נחסר במה שנתן לו בעיסקא, שיחשב כחסרון כיס גם על הריוחים.

גם אם היה כדברי שמעון, שבי״ד אינם שלוחין בכגון מניעת ריוח, יכולים בי״ד לדון, ורק אינם יכולים לפסוק הדין, וצריכים לנדות עד שיפייס התובע לדעת בי״ד. בתש׳ הגאונים (שערי צדק ח״ד שער א סי׳ ג) כתבו: ״אדם אדם ואדם בשור, אין גובין אותו בבבל, ואי תפס ניזק לא מפקינן מיניה. וכל החובל בחבירו לא מפקינן ליה בשאר ארצות, אלא מנדין אותו בית דין עד שמפייסו בלא שום של בית דין, וכן מנהג בשתי ישיבות״. והדרך בה מנדים, מבוארת יותר בסי׳ יט שם: ״... ולא מצינו בתלמוד אלא דמסליק הזיקיה מדר׳ נתן. וסמכו מכאן חכמים אחרונים וראשי ישיבות בזמן שראו הפסד גדול, כאשר אין קנסות נגבין כאן ועשו תקנה לנדות את החובל עד שהוא מפייס את הנחבל. ולא עשו כן להיות תקנה שלהן חמורה מעיקר הדין גם לא כדין אלא מעוטה ממנו, והדין חמור ממנה הרבה. לפיכך אם אמר הנחבל איני מתפייס אלא בממון הרבה אין שומעין לו ואין פונין לדבריו, אלא משערין בית דין בלבד לפי דעתם, אם בשת בלבד לפי זה ולפי זה, ואם חמשה דברים כל אחד כמשפטו. ואמרין דברים מפורשים, כי עסק זה אמרה תורה עד האלקים יבא דבר

שניהם, ואין אנו כדאי להקרא אלקים בדבר זה ולא לנו לשפוט כזאת, אלא בתקנת חכמים הרי קרבנוה לפי דעתנו ובמה שעלה על לבנו בקירוב, ואם אין אתה מקבל דעתנו, הרי אנו מתירין. ואף כאן לענין זה שהוא אומר תלך עינו של זה בבשת שלי, אין שומעין לו ואין בדבריו ממש, אלא בזמן שהמבייש קרוב למה שהן משערין בדעתן נוטלין ממנו ומתירין לו. ומחייבין את זה בחמשה דברים בנזק בצער בריפוי בשבת בבשת בקירוב, כי אין להם דרך לדקדק. ולא שאומרין לזה, כי כן קצבנו לך ליטול כך וכך, כי זהו דיני קנסות, אלא משערין בלבם שיעור קרוב ואין מגלין אותו ומנדין את החובל עד שיפייס את הנחבל ומחרישין ממנו, ורואין ממנו עד כמה מגיע לתת לו אם קרוב לאשר יש בלבם, ואם הנחבל אינו מקבל, אומרים לו אין בנו כח לנדות יתר מכאן ומתירין לו, ואם רחוק ממה שבלבם, מנדין ומחרישין עד שיקרב לאותו שיעור". מבואר בגאונים אופן הנידוי, עד שיעור שקרוב למה שנראה לבי"ד שצריך הנתבע לפייס את התובע. והדברים מובאים אף בראשונים, ברי"ף ב"ק (ל,ב מעמוה"ר), רא"ש (ב"ק ח,ב-ג), רמב"ם (הל' סנהדרין ה,יז), רשב"א (ב"ק פד,ב), סמ"ג (עשין ע).

וכן נמצא בתש' הרא"ש (קא,ח). הרא"ש נשאל בענין סוס שבעט והכה סוס אחר ושבר את רגלו, וידוע שהוא רגיל לבעוט. והשיב הרא"ש דאין שור המועד בבבל, וגם חצי נזק אין לשלם דהוי קנסא, ומ"מ אף שאין גובין קנס, מנהג שתי הישיבות לנדות עד שיפייס: "הילכך ישומו ב"ד הנזק ויתן לו". וכן נמצא בתש' הרשב"א (ח"א תתקמח): "כבר ידעת מה שבית דין יכולין לדון לפי מה שכתבו הרב אלפסי ז"ל והגאונים, ואין מפרשים לחכם". ובח"ז סי' תצא ביאר הרשב"א תקנת הגאונים ומנהג הישיבות, דיש לנדותם עד שיפייסו זה את זה בממון; "ויעשו פשרה ביניהם". הרי שבניגוד לרא"ש שכתב דבי"ד שמין את הנזק ונותנים לו, ס"ל לרשב"א שיש לעשות בדרך של פשרה. וברמ"א חו"מ א,ב פסק, דלא ראה נוהגים לדקדק בזה, רק כופין החובל לפייס הנחבל ולקנסו כפי הנראה להם. ולכאורה הכל תלוי בשקול דעת ביה"ד. וע"ע בתש' הרשב"א (המיוחסות לרמב"ן, סי' רמ). וע"ע בתמים דעים (סו"ס רג), דאף כי במקומו לא נהגו אותו מנהג של שתי ישיבות, מ"מ בית דין חשוב הבא להחמיר לפי צורך שעה ומגדר מילתא, גם בלא מנהג נראה שהרשות בידו.

אמנם בנדו"ד עדיין לא חתמו על שטר בוררין, אולם במקום שחותמים על שטר בוררין, נראה דאין מניעה לדון גם בזה"ז בדין שאינו קנס. דכיון שקבלו את בית הדין שידון ע"פ פשרה וע"פ יושר, הרי הם מקבלים על עצמם פסק דין שיפסקו בית הדין לפי הנראה להם כצדק ויושר אפילו אינו מן הדין. והא דאינם יכולים לפסוק היינו דוקא בדיני ממונות שאינם בכללים שטבעו חכמים, אבל כשמבקשים שיפשרו או שידונו ע"פ יושר וצדק, גם קביעת סכום פיוס לניזק הוי בכלל פשרה

וצדק ויושר, ומהני קבלתם. וראיתי לזקני הגרמי״ל זילברברג זצ״ל, (זית רענן, ח״ב מו,א) שכתב: ״דגבי מילתא דלא שכיח מהני כשיקבלו עליהם הבעלי דין את ההדיוטות, משא״כ גבי מילתא דקנסא, דכל חיובי דידהו תליא רחמנא בבית דין מומחים דוקא, דאשר ירשיעון אלוקים כתיב, ולא תליא בדעת המתחייב כלל, ומשום הכי אפילו כשקיבל עליו המתחייב את ההדיוטות לא מהני מידי״. הרי שחילק בין דין שהחסרון בו הוא מפני שאינו שכיח או אין בו חסרון כיס, שחכמים לא נתנו אפשרות לדון בזמן הזה, לבין דיני קנסות שהתורה קבעה שהדין יהיה דוקא בהרשעת מומחין, ובלא הרשעת מומחין ליכא דין כלל. דבדיני ממונות אדם יכול לחיב עצמו, משא״כ קנסות החיוב הוא של הבית דין, וחיוב זה הינו דוקא ע״י בית דין מומחין. ולכן בדיני ממונות שאינם דיני קנסות, יכול המזיק לקבל על עצמו דין ההדיוטות ולהתחייב בהתאם, משא״כ בדיני ממונות.

אולם כאמור בנדו״ד אין אנו צריכים לדין הגאונים ומנהג שתי הישיבות, והרי מניעת ריוח הוא בכלל מו״מ ששליחותייהו קעבדינן, ובנדו״ד הוי גם בגדר התחייבות שנעשתה במסגרת שטר העיסקא, ויכולים לדון, ואין מקום לטענת שמעון.

סימן יא

בורר יחיד

ראשי פרקים

א. מומחה או קבלו עלייהו
ב. אל תהי דן יחידי
ג. מומחה לרבים
ד. הודאה וטענות
ה. ליטול שכר

אם מותר לשמש כבורר יחיד, כשהוא מקובל על שני הצדדים, ואם ראוי יותר שהצדדים יבחרו שלשה בוררים ולא דיין יחיד, אם יכול לפסוק ע״פ עדויות וטענות שנשמעו בפניו, ואם מותר ליטול שכר על הבוררות.

א. מומחה או קבלו עלייהו

איתא בסנהדרין ד,ב-ה,א: ת״ר, דיני ממונות בשלשה, ואם היה מומחה לרבים דן אפילו יחידי. אמר רב נחמן, כגון אנא דן דיני ממונות ביחידי. וכן אמר רבי חייא כגון אנא דן דיני ממונות ביחידי. איבעיא להו כגון אנא דגמירנא וסבירנא ונקיטנא רשותא, אבל לא נקיט רשותא דיניה לא דינא, או דילמא אע״ג דלא נקיט רשותא דיניה דינא. תא שמע, דמר זוטרא בריה דרב נחמן דן דינא וטעה, אתא לקמיה דרב יוסף, אמר לו אם קיבלוך עלייהו לא תשלם, ואי לא - זיל שלים, שמע מינה כי לא נקיט רשותא דיניה דינא שמע מינה. רש״י העמיד הברייתא לכאורה דלא כהלכתא; ״דכתיב (ויקרא יט) בצדק תשפוט, וקסבר אין כאן עירוב פרשיות״. דהברייתא אליבא דמ״ד דמדאורייתא חד נמי כשר, ורבנן הוא דתקון שלשה משום יושבי קרנות, ובמקום שיש מומחה לרבים אוקמוה אדאורייתא ודן אפילו יחידי. ולפ״ז לרבי אבהו דקיי״ל כוותיה, דשנים שדנו אין דיניהם דין, לא יכול לדון יחידי. ועל דבריו הקשו התוס׳ שם (ד״ה ואם), דא״כ הברייתא דלא כרבי אבהו. ולכן כתבו לבאר, דאפי׳ למאן דבעי ג׳ מומחין מדאורייתא, תקנת חכמים דיחיד מומחה לרבים דן אפי׳ יחידי. עוד מבואר מדברי התוס׳ שם (ד״ה דן), דיחיד מומחה יכול לדון אפי׳ בכפיה, דאי בקבלו עלייהו ואינו דן בכפיה, אפי׳ אינו מומחה יכול לדון. וכן מבואר מדברי הר״ן בסנהדרין שם, דחכמים תיקנו משום נעילת דלת דבעינן ג הדיוטות, והם עצמן התקינו

שאם היה מומחה לרבים שיהא דן יחידי ושיהא חשוב כשלשה הדיוטות. הרי שיכולת מומחה לדון ביחידי נובע מתקנת חכמים.

וכן מבואר מדברי הרמ"ה בסוגיא; "דיחיד מומחה, כי מכשרינן ליה מדרבנן בעלמא הוא דמכשרינן ליה, ומשום הכי אי טעי מיחייב. והכי נמי מסתברא, דאי ס"ד דהאי ברייתא שייכא בפלוגתא דרבא ורב אחא, הוה איבעי לן לאותובי לרבא מינה ולסיועיה לרב אחא, ומדלא אייתי מינה ראיה לא לאותובי לרבא ולא לסיועיה לרב אחא, ש"מ דהאי ברייתא לא שייכא בפלוגתייהו כלל, וכל חד מינייהו יכיל לתרוצה לטעמיה". וכן מבואר בפסקי רי"ד, דאין נראה כפרוש רש"י, דלפרוש רש"י קשיא הילכתא אהילכתא, דקיי"ל דיחיד מומחה כשר לדיני ממונות, וקיי"ל דארבעה שומרין אין צריכין כפירה במקצת, דעירוב פרשיות כתיב כאן. דאף שמהתורה צריך ג מומחין, עבדו רבנן תקנתא ביחיד מומחה. ועיין גם בדברי הרא"ש בסוגיא (ה"ב), דלמ"ד דלית ליה עירוב פרשיות כתוב כאן, אפילו יחיד שאין מומחה דן מהתורה, אלא שחכמים תקנו שלא ידונו בפחות מג' הדיוטות, ויחיד מומחה אוקמוה רבנן אדיניה ודן לכתחלה, ויחיד שאין מומחה לכתחלה לא, אבל בדיעבד דינו דן. ולמ"ד דאית ליה עירוב פרשיות, מדאורייתא בעינן שלשה מומחין, וחכמים תקנו דסגי בג' הדיוטות או ביחיד מומחה. ויחיד שאין מומחה או אפי' שנים שאין מומחין, אפי' בדיעבד אין דיניהם דין. ומבואר דדין זה שיחיד מומחה יכול לדון הוא מדרבנן, ואף בכפיה יכול לדון, וכמש"כ התוס'.

ומדברי הרמב"ם (סנהדרין ה,ח) נראה שהוא מעיקר הדין, שאין צריך ג אלא בקנסות כגזילות וחבלות, אבל הודאות והלואות דן יחיד מומחה מעיקר הדין, וז"ל: "דיני קנסות, כגון גזילות וחבלות ותשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה והאונס והמפתה וכיוצא בהן, אין דנין אותם אלא שלשה מומחים והם הסמוכין בארץ ישראל, אבל שאר דיני ממונות, כגון הודאות והלואות, אינן צריכין מומחה, אלא אפילו שלשה הדיוטות ואפילו אחד מומחה דן אותן ...". והיינו שפסק כרב אחא בריה דרב איקא (סנהדרין ג,א): רב אחא בריה דרב איקא אמר, מדאורייתא חד נמי כשר, שנאמר בצדק תשפט עמיתך, אלא משום יושבי קרנות. ובכס"מ הביא את קושיית הרמ"ך, שאם פסק הרמב"ם כרב אחא בריה דרב איקא דמן התורה חד נמי כשר דכתיב בצדק תשפוט עמיתך, מנין שיהיה סמוך. ואפשר דהרמב"ם סובר דערוב פרשיות כתוב כאן, ואף שמותר לאחד לדון מן התורה, לולי הפסוק של בצדק תשפוט עמיתך, היו צריכים שלשה מומחים, ובא הריבוי של בצדק תשפוט, שגם באחד מומחה סגי.

ומדברי הרמב"ם (סנהדרין ב,י) מבואר להדיא דאחד יכול לדון מהתורה, וז"ל: "אע"פ שאין בית דין פחות משלשה, מותר לאחד לדון מן התורה, שנאמר בצדק

תשפוט עמיתך, ומדברי סופרים עד שיהיו שלשה". ובכס"מ הראה מקורו לדברי רב אחא בריה דרב איקא הנ"ל, והקשה, דהא רבא חולק על רב אחא, ולמה לא פסק הרמב"ם כרבא דמדאורייתא בעינן ג, דהא רבא בתרא הוא ומריה דגמ'. והביא הכס"מ שכן הקשה הרשב"א בתש', ותירץ הרשב"א: "כי הרב פסק כרב אחא, מדקתני בברייתא דיני ממונות בשלשה, ואם היה מומחה לרבים דן אפילו יחידי, וסבור הרב ז"ל דברייתא הכי קתני, דיני ממונות בשלשה משום יושבי קרנות כרב אחא, ומדאורייתא אפילו יחיד שאינו מומחה לרבים דן אפילו יחידי לכתחלה ואפילו מדרבנן, דאוקמוה אדיניה, ולית ליה להאי תנא עירוב פרשיות וכמו שפירש"י, ומ"מ מדרבנן כל שאינו מומחה לרבים בעינן שלשה, ואלמוה לתקנתא, דאי ליכא ג' אפי' בדיעבד אין דיניהן דין". ומקורו בתש' הרשב"א ח"ו סי' קעז, עיי"ש. ויש עוד להאריך בענין זה.

ב. אל תהי דן יחידי

ובתוס' (סנהדרין ה,א ד"ה כגון), הקשו מדברי המשנה (אבות ד,ח): הוא היה אומר אל תהי דן יחידי, שאין דן יחידי אלא אחד. וכתבו לישב, דהמשנה עצה טובה קמ"ל, שאם ישב יחידי יש חשש שיטעה, ולכן יעצו חכמים שלא ישב יחידי. והא דאמר רב נחמן שם בגמ' דמומחה לרבים כגון אנא כו', היינו שיכול לדון ולא שהיה דן. אי נמי רגיל היה בדינין ואין לחוש שמא יטעה. ומבואר דהמשנה אינה אלא עצה טובה ומחשש טעות, אבל מעיקר הדין כשאינו חושש לטעות, וכמו מי שרגיל בדינים, יכול לדון יחידי. וכן הוא בר"ן בסוגיא שם: "שיכול לדון יחידי מן הדין, אלא שחכמים אמרו במסכת אבות אל תהי דן יחידי, כלומר עצה טובה קמ"ל שאין לו לסמוך על עצמו כדי שלא יכשל. ואין לפרש דההיא מיירי בהדיוטות, דה"ל למימר שאין דן יחידי אלא מומחה". וכן מבואר בתוס' רא"ש, שדברי המשנה הם עצה טובה. וכל זה פירשו באופן שדן בכפיה, אבל בקבלו עלייהו, מבואר בירושלמי (סנהדרין א,א) שאין כלל איסור; רבי אבהו הוה יתיב דיין בכנישתא מדרתא דקיסרין לגרמיה. אמרין ליה תלמידיו, ולא כן אלפן ר' אל תהא דן יחידי. אמר לון כיון דאנן חמי לי יתיב דיין לגרמי ואתון לגבי, כמי שקיבלו עליהן. ותני כן במה דברים אמורים שלא קיבלו עליהן, אבל אם קיבלו עליהן דן אפילו יחידי. עיי"ש בקרבן העדה, דכיון שבאים הבעלי דין ורואים שהוא יושב יחידי ואפ"ה באים לדון לפניו, הו"ל כקבלו אותו כשלשה לדון יחידי.

ומה דשרי לו לדון ביחיד כשבאו לפניו, י"ל דוקא באו מעצמם ללא ששליח בי"ד קרא לנתבע, שאם שליח בי"ד קרא לנתבע והוא לא סרב, אין זה נחשב בא מעצמו וקבלוהו. כן נראה מסברא, וכן נמצא בתש' חוות יאיר (סי' ה): "דודאי כשבאו יחד בלי שליח ב"ד כלל, הוי כקבלוהו. משא"כ אם התובע הלך לב"ד והם שלחו

שליח ב״ד ובא, אין סברא לומר שזה שלא רצה לסרב הוי קבלה״. והיינו דקבלוהו, ששני הצדדים באים מעצמם. ועיין עוד שם בחו״י, וכן בתש׳ שבות יעקב (ח״א סי׳ קלז), דדוקא יחיד מומחה דמותר לדון ביחידי, אלא שמצות חכמים שיושיב עמו אחרים, כל שבאו לפניו מקרי קבלה, משא״כ בשנים או אחד שאינם מומחים, או שלשה דלא גמירי כלל שפסולים מדינא לדון, צריך קבלה בפירוש כמו בקיבל עליו קרוב או פסול, עיי״ש.

[ועיין בתומים ג,ה, שכתב לבאר ע״פ הירושלמי את דברי התוס׳ מגילה יד,א ד״ה משום). דאיתא בגמ׳ מגילה שם, דדבורה היתה אחת משבע נביאות: דבורה, דכתיב, ודבורה אשה נביאה אשת לפידות. מאי אשת לפידות. שהיתה עושה פתילות למקדש. והיא יושבת תחת תמר. מאי שנא תחת תומר. אמר רבי שמעון בן אבשלום משום יחוד. ופרש״י שם: שהוא גבוה, ואין לו צל, ואין אדם יכול להתייחד שם עמה כמו בבית. ובתוס׳ שם פירשו: כשבאין אליה בני ישראל למשפט. והקשה התומים, מה הוסיפו התוס׳ על פרוש רש״י, ולמאי נפק״מ שבאים אליה למשפט. ותירץ התומים, דלכאורה לא היתה שאלה של יחוד כשבאו לדון לפניה, דהרי בודאי צרפה עימה עוד שנים, שלא תהיה דנה יחידי. ועל זה באו התוס׳ לומר, שבאו אליה למשפט, דכיון שבני ישראל באו אליה, יכולה לדון ביחיד, ולכן ישבה תחת התמר שלא יהיה יחוד.]

ובפירוש הראשונים על המשנה, נראה שאינו בגדר עצה טובה אלא מידת חסידות ומוסר, והיינו שמדמה עצמו ח״ו לדן יחיד אלא אחד, ועל דרך המוסר צריך לשתף עימו אחרים. כך פירש הרמב״ם שם בפיהמ״ש: ״התורה מתירה לאיש שהוא מומחה לרבים לדון יחידי, כמו שבארנו בסנהדרין, אבל זה דבר תורה, והזהירו ממנו כאן על צד המוסר, לא על צד האיסור״. וכן הוא ברבינו יונה שם: ״מדת חסידות היא שלא יעשה כן עד שיקח דברים שידונו עמו ויסייעוהו, וימצא חושך עצמו מן הדין קצת שאין הכל עליו מושלך״. ולכאורה טעם שהביא רבינו יונה הוא עצה טובה, שלא יהיה כל הדין מוטל עליו, ומה ענין למידת חסידות. ועיין גם בברטנורא שם, דאף שיחיד מומחה יכול לדון, מדרכי החסידות שלא יהי דן יחידי, ודוקא כשלא קבלוהו בעלי הדין עליהם לדיין, אבל קבלוהו בעלי הדין עליהם, דן יחידי ואפילו מדרך חסידות (והוא מדברי הירושלמי סנהדרין א,א הנ״ל). וברבינו יונה בפירוש המשנה, ביאר בדרך אחרת, שאין דן יחידי אלא אחד, היינו מומחה, שרק מומחה יכול לדון יחידי, ואל תהיה דן יחידי, היינו שאל תחזיק עצמך למומחה.

ועיין עוד במרכבת המשנה שם (למהר״י אלאשקר), שהוא עצה טובה, שלא יטול על עצמו את האחריות הבלעדית לתוצאות הדין; ״ויותר טוב הוא שיטלו הקורה

הרבים ולא המועטים". והוא בגדר עצה טובה ולא ממידת המוסר והחסידות, דלא כפרוש הראשונים הנ"ל אלא כתוס' והר"ן סנהדרין ה,א (הנ"ל). ונראה מקור לדבריו מהגמ' סנהדרין ז,ב: רב הונא כי הוה אתי דינא לקמיה, מיכניף ומייתי עשרה רבנן מבי רב, אמר כי היכי דלימטיין שיבא מכשורא. רב אשי כי הוה אתי טריפתא לקמיה, מכניף ומייתי להו לכולהו טבחי דמתא מחסיא, אמר כי היכי דלימטיין שיבא מכשורא. ופרש"י שם: דנמטיין שיבא מכשורא, שיגיענו נסורת קטנה מן הקורה, כלומר, שאם נטעה, ישתלש העונש בין כולנו ויקלו מעלי. והיינו שיש יותר אחראיים לדין המוטעה, אם יטעה הדיין. ונראה שזה גם הטעם בראשונים של חשש שמא יטעה, די"ל שמא יטעה בדין ולא יפסוק לצדדים דין אמת, וי"ל גם מחשש שיגרם להם לדיינים נזק.

ומדברי רש"י על המשנה שם נראה שאפי' איסור יש בדבר, דכל הדין שיחיד מומחה דינו דין, היינו בדיעבד שאם דן שאין דינו מתבטל בכך, אבל לכתחילה אסור לדון ביחידי, וז"ל: "שאע"פ שיחיד מומחה דינו דין גמור, מ"מ אל תזקק עצמך לבא לידי כך, שאין שום אדם רשאי לדון יחידי אלא הקדוש ברוך הוא שהוא יחיד". ומבואר שאינו רשאי אף שדינו דין, והיינו דבדיעבד אין דינו מתבטל במה שעשה, אך לכתחילה אינו רשאי לדון יחידי.

ולכאורה היה מקום להביא ראיה לשיטתו, מהא דאיתא בב"ק פ,א: אמר ר' ישמעאל, מבעלי בתים שבגליל העליון היו בית אבא, ומפני מה חרבו, שהיו מרעין בחורשין, ודנין דיני ממונות ביחיד, ואע"פ שהיו להם חורשים סמוך לבתיהם, שדה קטנה היתה ומעבירין דרך עליה. ומוכח מכאן שבי ר' ישמעאל חרבו שהיו דנים ביחיד. ומבואר שלכתחילה אין לדון מעיקר הדין. אולם נראה דיש לפרש בדרך אחרת, דלכאורה מה השייכות בין שתי הסיבות שבעטים חרבו בי ר' ישמעאל, מרעין בחורשין ודנו ביחידי. ונראה דהכל ענין אחד, שהיו בי ר' ישמעאל מרעין בחורשין, מפני שהיו פוסקים לעצמם, והיינו שהיו דנים ביחיד. וכן נראה לפרש ע"פ דברי המאירי בסוגיא שם: "ולא חרבו אלא מפני שהיו מעבירים בהמותיהם דרך שדה אחת של אחרים להעבירם ליערים, מפני שהיו דנים דיני ממונות ביחידי". והיינו שזה הטעם שהיו מרעין בחורשין, שהיו דנים ביחידי, שדנו ופסקו לעצמם שיכולים לרעות בחורשין. וע"כ אינו נידון לדין דן יחידי.

וממה שמבואר בפירוש המשניות לרמב"ם שכל זה הוא ממידת המוסר, כן יש להסביר דברי הרמב"ם בהל' סנהדרין ב,יא: "אחד שהיה מומחה לרבים או שנטל רשות מבית דין, הרי זה מותר לו לדון יחידי, אבל אינו חשוב בית דין, ואע"פ שהוא מותר, מצות חכמים הוא שמושיב עמו אחרים, שהרי אמרו אל תהי דן יחידי, שאין דן יחידי אלא אחד". ומבואר שאף לכתחילה יכול לדון. ומש"כ מצות חכמים, י"ל

לפמש״כ בפרוש המשנה, דהיינו מדין המוסר. אולם עיין בדברי הג״מ שכתב על הרמב״ם שאינו אלא עצה טובה. ולכאורה על עצה טובה אין שייך כ״כ לומר מצות חכמים, משא״כ אם זו מצוה על דרך המוסר והחסידות. עוד נראה דהרמב״ם לא חילק בין אם קבלוהו עליהם אם לאו, וכירושלמי, אלא בכל ענין מצות חכמים שלא ידון ביחידי. ולכאורה נראה דתלוי אם הטעם ממידת המוסר או עצה טובה, דאם ממידת המוסר והחסידות, לכאורה אין חילוק בין קבלו עליהם או לא, שיש בזה עזות מצח וחוסר דרך ארץ לדון יחידי, שאין דן יחידי אלא אחד. אולם אם עצה טובה קמ״ל, שלא ישא על עצמו את תוצאות הטעות, בזה אם קבלוהו עלייהו י״ל שקבלוהו אף לטעות של יחיד.

ובזה י״ל מה שיש ללמוד מדברי הרמב״ם הנ״ל, דאף במומחה לרבים שיכול לדון יחידי, מ״מ מצות חכמים שיושיב אחרים עמו. שאם היה הטעם מחמת שמא יטעה, בזה י״ל דאין לחוש במומחה לרבים, וכמו שכתבו התוס׳ סנהדרין ה,א הנ״ל, דרב נחמן לא היה בו חשש שמא יטעה, ולכן הדין שצריך להוסיף אחרים עימו הוא רק במי שאינו מומחה, ששייך בו חשש טעות. משא״כ לשיטת הרמב״ם ודעימיה, שדין הוספת אחרים הוא ממידת המוסר והחסידות, י״ל שאין חילוק בין מומחה לרבים או לא, דגם במומחה לרבים אינו ממידת המוסר. ולכן כתב הרמב״ם בהל׳ סנהדרין ב,יא: ״אחד שהיה מומחה לרבים או שנטל רשות מבית דין, הרי זה מותר לו לדון יחידי, אבל אינו חשוב בית דין, ואע״פ שהוא מותר, מצות חכמים הוא שמושיב עמו אחרים ...״, והיינו שגם מומחה לרבים מצות חכמים שיושיב אחרים עמו. ולפ״ז אם צריך להוסיף אחרים עמו ממצות חכמים בקבלוהו עלייהו או מומחה לרבים, יהיה תלוי במחלוקת הראשונים בהסבר דברי המשנה.

ומזה צ״ב דברי הרדב״ז על הרמב״ם סנהדרין ב,יא, וז״ל: ״ואם קבלוהו עליהם, דן אפילו יחידי. ועל זה סמכו ברוב הגלילות שאין להם אלא דיין אחד, וכן מנהג קדום במצרים, ומ״מ אינו חשוב ב״ד לכל הדברים אע״פ שקבלוהו עליהם, דלא עדיף ממי שהוא מומחה לרבים ונקיט רשותא שאינו חשוב ב״ד, וכל שכן אחד דעלמא שקבלוהו עליהם דלא חשוב בית דין״. ולכאורה לרמב״ם בין יחיד מומחה ובין בקבלו עליהם, כיון שאסור לדון יחידי ממידת המוסר וכנ״ל. ואפשר דהרדב״ז כתב כן לשיטתו ולא לשיטת הרמב״ם.

והטור חו״מ ג,ט הביא דברי הרמב״ם: ״וכתב עוד הרמב״ם אע״פ שיחיד שנטל רשות מותר לו לדון, מצות חכמים היא שיושיב אחר עמו, שאמרו ואל תהי דן יחידי״. והב״ח שם נו״נ בבאור דברי הטור, והקשה מדוע השמיט הטור דין מומחה לרבים, שמצות חכמים שיושיב אחרים עמו, ורק נקט לענין מי שנטל רשות. וכתב

הב״ח דמה שכתב הטור דמצות חכמים ביחיד שנטל רשות, ולא כתב גם במומחה לרבים כמו שכתב הרמב״ם, דהטור סובר דשיטת הרמב״ם דמומחה לרבים שלא נטל רשות אינו דן בכפיה, ודן רק בלא כפיה, דמצות חכמים היא אף למי שדן בלא כפיה, ודעת הטור דאין מצות חכמים רק לדן בכפיה, וכמו שהביא הירושלמי (סנהדרין א,א) מרבי אבהו (עיין לעיל). וכן כתבו תוס׳ (סנהדרין ה,א ד״ה כגון, הנ״ל) והסמ״ג (עשין צז), דההיא דאל תהי דן יחידי הינה עצה טובה מדברי סופרים אפילו למומחה לרבים כשדן בכפיה. דדעת התוס׳ והסמ״ג דמומחה יחיד אפילו לא נקיט רשותא דן בכפיה. ודעת הרמב״ם דמומחה לרבים אינו דן בכפיה, ובכל אופן כתב דמצות חכמים להוסיף אחרים, ולא חילק במצות חכמים. והטור שחולק השמיט מדברי הרמב״ם דין מומחה לרבים, ולא כתב אלא יחיד שנטל רשות, דדוקא בכהאי גוונא דמומחה דנטל רשות דדן בכפיה רמיא עליה מצות חכמים אבל כשקבלו עלייהו, יכול לדון יחידי ולא הוטל עליו מצות חכמים. והוסיף הב״ח, דלשיטת התוס׳ והרא״ש ורוב המחברים דחולקים על הרמב״ם וס״ל דיחיד מומחה לרבים דן בכפיה, הוטל עליו גם כן מצות חכמים, אבל בדן בלא כפיה, אף שלא קבלו עליהם להדיא, אלא כעובדא דרבי אבהו בירושלמי, שבאו הם לפניו לדון, הרי זה כקבלוהו עלייהו, וכ״ש כשקבלוהו עליו בפירוש; ״והכי חזינא לרבנן קשישי דקא עבדי הכי, ודלא כמהרש״ל בתש׳ (סי׳ לה), דמצות חכמים היא אפילו בדקבלוהו, דליתא. וכבר דחה הרב מהר״ר יוסף כהן מקראקא כל ראיותיו, עיין בתשובתו (שו״ת שארית יוסף סי׳ יז), והכי נקטינן״. ועיין עוד בתש׳ הב״ח (סי׳ מ) שגם כתב כן, דבקבלו עליהם יכול לדון יחידי, ורק מומחה לרבים שדן בכפיה, מצות חכמים שלא ידון יחידי. וכן הוא בתש׳ הב״ח (סי׳ קכא), עיי״ש. וכדברי הב״ח פסק הט״ז (חו״מ ג,ב), שכן עשה זקנו מהור״ר יצחק בר בצלאל מעשה, ושכן פסק הב״ח, דלא כרש״ל. ומבואר שהב״ח חילק בין קבלו עלייהו למומחה לרבים הדן בכפיה, דבדן בכפיה נאמר שאל תהי דן יחידי, משא״כ בקבלו עלייהו. ואם היה הטעם למיחש לטעות, אדרבא, י״ל דבמומחה לרבים יש פחות לחוש לטעות מקבלו עלייהו. ואפשר דס״ל לב״ח למיחש לדין שמים, וכמש״כ המהר״י אלאשקר הנ״ל, דבזה י״ל שאם דן בכפיה, נוטל על עצמו את כל האחריות כלפי שמיא, משא״כ בקבלו עלייהו.

והש״ך ג,י הביא דברי מהרש״ל והב״ח, והביא דברי הירושלמי סנהדרין א,א, מעובדא דרבי אבהו, דמהני בקבלו עלייהו לדון דין בדיין יחיד. אולם מזה עולה דדוקא ביחיד מומחה מהני קבלה, משא״כ באינו מומחה. והקשה הש״ך דבזמן הזה שאין מומחה, צ״ע לדון יחידי אף בקבלו עליהם, דאין להביא ראיה מרבי אבהו, שהיה מומחה. והביא ראיה מהרא״ש סנהדרין ד,ה; דכיון שנשתדל מתחילה לדון והוא אינו מומחה, ראוי הוא שישלם מביתו, ואף שקיבלו עלייהו, שלא היה לו לדון יחידי כיון

שאינו מומחה. ולפ״ז אותם שנוהגים לדון ביחידי, בין אם הנידונים באים מעצמם או אפילו בקיבלו עליהם, כיון דהאידנא ליכא מומחה, מצות חכמים שלא ידון יחידי. ותירץ הש״ך: ״ואפשר דאותם שנוהגים לדון ביחידי, היינו בדברים שרגילים ופשוטים שהם מומחים בהם. או אפשר דהיא הנותנת, דכיון דהאידנא ליכא מומחה ולית דחכים האידנא בדין ... א״כ כי קיבלוהו בסתם, מסתמא קיבלוהו בין לדין בין לטעות, ודמי למ״ש הנימוק״י רפ״ק דסנהדרין (א,א מעמוה״ר) בשם יש אומרים, שאם קיבלו עליהם יושבי קרנות, שדינן דין ואפילו טעו אין חייבים לשלם, דהא לא מצו למימר דאדעתא דלידון דין תורה קיבלום, דהא מידע ידעי שאינן יודעים דין תורה״. אך נשאר בצ״ע לומר שהאידנא אין מי שיכול לדון דין תורה, שהרי כל הפוסקים לא הביאו את הירושלמי דהאידנא לית דחכים לדון דין תורה, ואף הסמ״ג והטור שהביאוהו, אינו אלא לענין שיש לעשות פשרה, שצריכים הדיינים להתרחק בכל היכולת שלא יקבלו עליהם לדון דין תורה, אבל ודאי דגם האידנא יודעים לדון דין תורה בכמה דינים המפורשים בש״ס ופוסקים, א״כ ודאי כשבאים מתחילה לדון לפניו וקיבלוהו, מסתמא קיבלוהו אדעתא דלדון דין תורה. ולכן כתב הש״ך להזהר שלא לדון ביחידי אף שקיבלוהו, אם לא שמפרש בהדיא איני יודע לדון אתכם דין תורה, או שהוא דין פשוט, ומומחה ורגיל הוא בכך, דבכה״ג יש דין מומחה אף בזמן הזה.

ובקצוה״ח ג,ד כתב לחלוק על דברי הש״ך, ומדבריו יש ללמוד פשט חדש בדברי המשנה דאל תהי דן יחידי. על דברי הש״ך להזהר שלא לדון ביחידי אא״כ מפרש לצדדים שאינו יודע לדון דין תורה, או שהוא דין פשוט, ומומחה ורגיל הוא בכך, כתב קצוה״ח: ״ולי נראה שלא להקל בזה כלל, דהא אין לך דין פשוט יותר מדין מודה במקצת, דזיל קרי בי רב הוא (סנהדרין לג,ב), וכבר כתבנו בסימן ג,ב שאין היחיד מומחה דן אותו, ולפי שאין הודאה לפניו הודאה. וכן שאר טענות התלוי בהודאה וכפירה, דיכול להחליף טענותיו מחיוב לפטור, דלא הוחזק כפרן אלא בפני שלשה, וכמ״ש כנסת הגדולה (חו״מ הגה״ט ג,כא) דבפני שנים אפילו קבלום עלייהו לא הוי הודאה וכפירה, ואפילו כל זמן דלא הדר לא הוי דינו דין, וכמו שאמרו בפרק יש נוחלין (ב״ב קיד,א) גבי שלשה שנכנסו לבקר את החולה, ועיי״ש פירוש רשב״ם (ד״ה ליחוש) דאי מהני חזרה לא הוי דין כלל, כיון דאיתיה בחזרה לא חל הדין כלל ועיי״ש, ודין שאינו תלוי בטענה וכפירה ודאי צריך עיונא רבא. ולכן יראה דבעל נפש ירחיק מזה, וכמו שאמרו חז״ל (אבות פ״ד מ״ח) אל תהי דן יחידי״. ונראה דס״ל לקצוה״ח דחשש טעות הוא משני אופנים, או מחמת עיון הדיין בהלכה, או מחמת דיני טוען ונטען בדיין יחיד, דכיון שיכול לחזור בו מהודאות וטענות בפני דיין יחיד, ממילא יהיה הדין מוטעה, וזה החשש טעות, שיחזור בו הבע״ד מהודאתו וטענתו, והדין יהיה טעות. ואם היו ג דיינים לא יכל לחזור בו, והיה פוסק בהתאם

לטענות וההודאה, אולם בדיין יחיד שיכול הבע״ד לחזור בו ולטעון, יש בזה חשש לדין בטעות. ובמקום שאין הדין ע״פ טענות הצדדים, חשש הטעות הוא מפני עיון הדיין בדבר ההלכה, וזה כפרוש התוס׳ ודעימיה. אולם בא קצוה״ח לומר, שאפי׳ בדין שאין צריך עיון הלכה, והוא מומחה לרבים וקבלוהו, ולדעת הש״ך לא נאמרה בו מצות חכמים של אל תהי דן יחידי, ס״ל לקצוה״ח דיש בזה חשש טעות מחמת יכולת חזרת בע״ד מטענות והודאה.

והתומים (אורים ג,ח) הסכים לדעת הש״ך: ״ודבריו נכונים. ופה ק״ק מיץ תקנת קהל, מה שהוא פחות מכ״ה ר״ט, שאב״ד ידון לבד, שלא להרבות שכר דיינים, וזהו לדעתי אין בו פקפוק, כיון דהוא תקנות עיר וקבלו קהל על עצמם, וכהאי גוונא רשאים בני העיר לתקן. מ״מ כל שאין הדבר פשוט כביעתא בכותחא, אני נזהר לדונו יחידי כי אם בצירוף בי״ד, כי היכי דלימטיה שיבא מכשורא (סנהדרין ז,ב), וה׳ יצילנו משגיאות״. מהתומים מבואר דאל תהי דן יחידי הוא מחשש טעות, ושיענש בדיני אדם ובדיני שמים, ולכן בכל דין שאינו פשוט, יכול לטעות ולשאת באחריות, וכדמוכח מהראיה שהביא מסנהדרין ז,ב, עיין לעיל. ולפ״ז י״ל דכשיש תקנת הקהל שיכול לדון יחידי, הרי קבלוהו גם לטעות, דכיון שהטעות מצויה ביחיד יותר מבשלשה, הסכימו שאם הדין עד לרף של סכום מסוים, שידון יחיד, ואף אם יטעה אינו חייב, וקבלוהו אף לטעות. כך נראה בבאור דברי התומים.

כל זה לטעם הנראה לכאורה מהתומים, שאל תהי דן יחיד הוא מחשש טעות, ובקבלוהו אין נזקי טעות. ועיין בתש׳ רדב״ז (ח״ג סי׳ תקט), דטעם קבלוהו, שמן התורה יכול לדון אפילו יחידי, דכתיב בצדק תשפוט עמיתך, ומדברי סופרים הוא דבעינן שלשה, וכיון שכן אם קבלוהו בעלי הדין או שבירורו אותו הצבור, הרי זה מותר לדון יחידי אפי׳ לכתחלה שחזר הדבר לדין התורה. והיינו שדין שכל דין חכמים דאל תהי דן יחידי הוא בדן בכפיה, אבל בקבלוהו, לא ציוו חכמים, והעמידו על דין תורה. וכן יש לבאר בשיטת התוס׳ סנהדרין ה,א, במהלך הסוגיא. ומ״מ מה שמבואר מהתומים דמהני קבלת הקהל, כן מוכח גם מדברי הרדב״ז הנ״ל: ״ובוררין להם הצבור מי שראוי לכך, וממנין אותו לדיין עליהם, וכיון שהם בוררין אותו, הוי כאלו קבלוהו עליהם כולם אפילו אותם שלא היו בשעת הברירה, שהרי הוברר מטובי העיר במעמד אנשי העיר, ויכול לדון אפילו יחידי, וכיון שהוא יושב ודן יחידי ובאין לדון לפניו, הוי כאלו קבלוהו עליהם״. ועיין עוד בתש׳ ב״ח (סי׳ מ וסי׳ קכא), דכיון שקבלו את הרב לזמן קצוב, קבלוהו לדון יחידי, ובדקבלו מותר לדון יחידי. ובקבלו סתם, באופן שאינם יכולים לומר שקבלוהו על דעת לדון דין תורה, אין כאן הגסת דעת ומותר לדון יחידי. ולדבריו הסכים מהרש״ם (ח״ב סי׳ צט), דהרב שבעיר ממונה לדיין גם ביחיד.

ג. מומחה לרבים

ובגדר מומחה לרבים, לעיל הובאו דברי הש"ך ג,י: "דאותם שנוהגים לדון ביחידי, היינו בדברים שרגילים ופשוטים שהם מומחים בהם". ומבואר שמומחה לרבים לא תלוי רק בגדלות הדיין אלא גם בסוג המקרה שבא לפניו, שהוא מומחה באותם דברים מסוג זה הנידון. ואפשר דכן יש ללמוד מדברי התומים הנ"ל (אורים ג,ח) שנזהר לדון כל דבר שאינו כביעתא בכותחא, אך שם היה טעם שונה, כי היכי דלימטיה שיבא מכשורא. גם מנהג הקהילות מה שנהגו שעד סכום מסוים יכול לדון יחיד, לא בא מחמת מומחיות הדיין והגדרתו, אלא כדי לחסוך בשכר הדיינים, כמש"כ התומים שם.

ובמאירי בסוגיא סנהדרין ה,א, כתב דמומחה לרבים יש לו שתי מדרגות בידיעה, שכבר למד בכדי צרכו, ושיש לו חריפות ודעת צלולה ופלפול מיושר להבחין בין הדברים ולהביאם במצרף, והוא שנקרא גמיר וסביר. וכן שנתנסה ונבחן בבקיאות דינין, והוא דן אפי' ביחידי מדברי סופרים, שכל כיוצא בזה כשלשה הדיוטות הוא בכל מקום. ואף לדעת המצריך שלשה מומחין מן התורה, כשם שתקנו ששלשה הדיוטות דנין בחד דגמיר, כך תקנו להיות יחיד מומחה רשאי לדון אם באו לפניו לדון אף אם לא קבלוהו במפורש, ואפי' לא היה לו רשות מריש גלותא.

והרמב"ם בפירוש המשנה (סנהדרין א,א), כתב מיהו מומחה לרבים: "וענין מומחה לרבים, שכבר נתפרסם אצל הרבים למדנותו ומעלתו בחכמה, כפי שידעו את זה החכמים שבחנוהו וקיימו את פסקי דינו". ועוד הוסיף שם, דלענין גזילות וחבלות דבעינן שלשה, לא יקרא מומחה בית דין שיוכל לדון גזלות וחבלות, אלא מי שנסמך בארץ ישראל על ידי בית דין אשר שם בארץ ישראל. ומ"מ מבואר ברמב"ם שאין זה תלוי בכל ענין וענין בפני עצמו אלא בגדלות האדם עצמו ככל שידעו החכמים את מומחיותו בדיני תורה. ואין זה סותר לדברי הש"ך, דהש"ך מיירי לענין האידנא שאין מומחה לרבים בהגדרת הרמב"ם, ולכן מה שנהגו יחידים לדון, הוא בדברים שהיה להם נסיון בעבר, משא"כ הרמב"ם דמיירי לדינא דגמ' דמומחה לרבים, כתב שמומחה לרבים הוא מי שהתפרסם אצל הרבים למדנותו ומעלתו בחכמה, כפי שידעו החכמים שבדור שבחנוהו וקיימו את פסקי דינו. ובפירוש המשנה (בכורות ד,ג) חילק הרמב"ם בין מומחה בית דין למומחה לרבים: "מומחה - מוסמך, כלומר שיהא אותו אדם שכבר נבחן ונוסה ונמצא בחכמה גדול ומובהק. אם היה אותו שבחנו ונסהו בית דין, הרי הוא נקרא מומחה בית דין. ואם היה שנתפרסמה חכמתו אצל רבים מבני אדם בלי שיסמכוהו בית דין, הרי זה נקרא מומחה לרבים". ומבואר מדברי הרמב"ם, דאם ניסוהו החכמים, הרי הוא מומחה בי"ד, ואם התפרסמה חכמתו אצל

הרבים, הרי הוא מומחה לרבים, ואין צריך בחינה וניסוי ע״י החכמים. וכן הוא ברע״ב (סנהדרין ג,א): ״ומומחה הוא מי שלמד בתורה שבכתב ושבע״פ ויודע לסבור להקיש ולהבין דבר מתוך דבר (הוא הנקרא מומחה). וכשהוא ניכר וידוע ויצא טבעו אצל אנשי דורו, נקרא מומחה לרבים, והוא יכול לדון יחידי ואפילו לא נקט רשות מראש הגולה״. ונפק״מ, דמומחה לרבים אינו דן בכפיה, כמש״כ הרמב״ם בפירוש המשנה (סנהדרין ג,א), וכ״כ הרמב״ם בהל׳ סנהדרין (ד,יד). משא״כ מומחה דגמיר וסביר ונקט רשותא, אפילו אינו מומחה לרבים, דן אפילו בכפיה. ועיין ב״ח ג,ט.

ובתומים כה,ח דן בדברי הרמב״ם בפירוש המשנה, והביא דברי הרמב״ם בפרוש המשנה סנהדרין ג,א, והעלה לדינא דיש ג גדרים בדין זה. מי שהוא גמיר ולא סביר, אינו בגדר מומחה כלל, ואפי׳ נטל רשות מריש גלותא לא מהני לדון בעל כרחו. גמיר וסביר רק לא מפורסם ואתמחי כן לבני אדם, זהו נקרא מומחה, ואין יכול לדון בעל כרחו אם לא נטל רשות מריש גלותא. אולם אם נתפרסם לרבים המחאתו, הוא הנקרא מומחה לרבים ויכול לדון בעל כרחו אפילו בלי נטילת רשות כלל.

ובתש׳ לרב שרירא גאון (תש׳ הגאונים, שערי צדק, ח״ד ז,לה) כתב בהגדרת מומחה: ״הכין חזינא, דמומחה לא הוי אלא חכם גדול דחשיב בדורו כרב נחמן, בקי בדבר משנה ומאי דאמור בתלמוד, ובקי נמי בשיקול הדעת וידע היכי מדמיין מעשים דייני להילכאתא ולשמעתתא ... ומאן דאיתיה בקי בזו ובזו ומעיין כמה שני בדייני ומנסי ליה סגיאי זמנין סגיאין ולא חזו עליה טעותא, דהוי בדורו כר׳ חייא וכר״נ בדורו, כגון דא הוי מומחה לרבים. ולא תליא הא מילתא במנקט רשותא״. מבואר שמומחה לרבים, לא סגי במה שנתפרסמה חכמתו לבני אדם, וכמש״כ הרמב״ם בפירוש המשנה לבכורות, אלא צריך להיות גדול בתורה ובהבנה, בקי במשנה ובתלמוד, ויש לו שיקול הדעת לדמות מילתא למילתא, והוא נקרא מומחה, ואם הנסיון של שנים הוכיח שלא טעה בדין, בכגון זה הוא מומחה לרבים. ובהמשך דבריו כתב רב שרירא גאון, דעיקר לשון מומחה הוא מלשון נסיון, כדתנן (שבת ס,א) ולא בקמיע בזמן שאינו מן המומחה, לכן דיין מומחה היינו מנוסה לרבים, ושחכמתו מפורסמת עלויה לרבים. אולם שם בסי׳ לז הוסיף עוד: ״ומומחה דאמור רבנן אפילו יחידי, כגון ריש מתיבתא ודייני דבבא, אבל כל דייני אסור להון למידן דינא ביחיד ואפילו בממונא דזוטרא״. ומבואר שיחיד מומחה הוא ראש ישיבה או ראש בי״ד, אבל מי שאינו אלא דיין, אסור לו לדון ביחיד אפי׳ בדין תורה זוטרא. וצ״ל דהיינו דוקא בכפיה, אבל בקבלוהו עליהם לא מיירי הגאונים, וכמש״כ התוס׳ סנהדרין ה,א, דהסוגיא מיירי בדן בכפיה.

ודברי רב שרירא גאון הביאם הרא״ש (סנהדרין א,ב) והתשב״ץ (ח״א סי׳ קס). ומשמע מתש׳ רב שרירא גאון, דכל דיין שמנוסה לרבים, יכול לדון ביחיד. והקשה

עליו התשב״ץ מהסוגיא בסנהדרין (ה,א), שרב נחמן אמר שיחיד מומחה; כגון אנא, דן דיני ממונות ביחיד, וכן אמר ר׳ חייא. וא״כ דוקא גדולי תורה כרב נחמן וכר׳ חייא, אבל פחותים מהם אינם יכולים לדון ביחידי, ולכן נצרכו רב נחמן ור׳ חייא לתת דוגמא; כגון אנא (וכנ״ל, מיירי דוקא בכפיה ולא בקבלוהו עלייהו). וכן בבכורות לז,א, אמר רב נחמן לענין הפרת נדרים ביחיד מומחה; וכגון אנא, ומשמע דדוקא קאמר, ודינים ונדרים ביחיד מומחה שוים הם; ״ומעולם לא אמר אדם דבדורות הללו יתיר נדרים ביחיד מומחה, ואפי׳ יחיד שביחידים, וכיון שכן מאי שנא דכיון שנהגו להתיר נדרים במקום מצוה ולא רצו להחמיר על עצמן שלא להתירן אם היה אפשר, דבדינין יש יחיד מומחה, נמצא בדורות הללו אף בנדרים היה לנו לומר כן, שאם הוא יכול לנדות מאן דלא צייתי דיניה ולאסרו בדברים האסורין למנודה ולהתירו מהם כשקבל עליו את הדין, מה חומרא היתה זאת בנדרים טפי מממון. אלא מדלא אשכחן דנהוג הכי רבנן קמאי ז״ל, משמע דס״ל דיחיד מומחה דוקא כרב נחמן. ודברי הגאון ז״ל צריכין למוד, ואין לנו בזה רק התימה לבד. אבל מ״מ הצנועים שבחכמים מושכין ידיהם מלומר על עצמן כך ולהחזיק עצמן במומחין, שאינו דרכן של קדושי עליון לשבח את עצמן״. ומבואר שאין לנו בדורנו יחיד מומחה היכול לדון בכפיה דיני ממונות. ומהרי״ק (החדשות סו״ס מ) הביא אף הוא דברי רב שרירא גאון, וכתב דהטיל הגאון כמה תנאים להיות הדיין מומחה. וצ״ל דהתשב״ץ ס״ל דלא מהני תנאים אלה האידנא, כיון שאין לנו גדולים כרב נחמן וכר׳ חייא.

גם בתש׳ מהרי״ו (סי׳ קמו) הביא תש׳ רב שרירא גאון, וכתב דהאידנא אין דין מומחה לרבים שידון ביחידי: ״ועתה בזמן הזה בעו״ה נתקלקלו הדורות ונתמעטו הלבבות ונתעוותו הדיינים, לא אשכחן שום למדן בעולם שהוא מומחה לרבים שהוא ראוי לכך שיהא נקרא מומחה לרבים. וכה״ג כתב האגודה בפ״ק דחולין, אהא דקאמר האי טבחא דלא סר סכינא לחכם משמתינן ליה, וכתב האגודה וז״ל; ועתה בזמן הזה הת״ח מוחלין על זה. ועוד, שאין ת״ח שיודע אפילו מסכת כלה, עכ״ל. ואותו שתיקן האגודה היה קודם הגזירות, ואפילו הכי כתב שבאותו זמן אין ת״ח שיודע אפילו מסכת כלה, כ״ש בזמן הזה שאין אנו נחשבין כנגדם וצפורן שלהם היתה רחבה מכריסינו. ומזה הטעם כת׳ רבינו מהר״י מולין ז״ל שבזמן הזה אין דנין דין ת״ח על שום למדן המבזה ת״ח לקנוס אותו ליטרא זהב, ועוד יותר ראיות שהביא על זה ואין כאן מקומו. וכן בכל המקומות שעברתי לא ראיתי ולא שמעתי שום למדן שהיה דן על שום אדם בעל כרחו, אע״פ שמקצתם היו גדולי הדור, כגון מהר״ז רונקיל ז״ל מהר״י מולין ז״ל. ואפילו בימי האמוראים היו מונעים עצמם מלדון, כדאיתא פ״ק דסנהדרין, רב הונא כדאתא דינא לקמיה הוה מכניף בי עשרה, רב כי אזיל לדינא אמר ברעות נפשי לקטלא אזיל כו׳. מהני טעמא נראה ששורת הדין נותן שאין לך

כח לדון על שום אדם בעל כרחו, ובפרט על קהל ברעסלא כיון דלא ניחא להו לקבל דעתך כאשר ידוע דלא קריבן דעתם לגבך, ואין דעתך נוח מהם, וכן דעתם אין נוח ממך, ואין לך להקפיד על זה. דידעת כמה עונש גדול תלוי במאן דדאין דינא, כדאיתא פ״ק דסנהדרין, ואמרו חכמים החושך עצמו מן הדין, פורק ממנו איבה וגזל כו׳. ותיתי לי שכל ימי לא דנתי על שום אדם בעל כרחו, ותמיד אני מונע את עצמי מן הדין בכל מאמצי כחי, אפילו כששני הבעלי דינין מתרצין לדון לפני מרצון נפשם. ואם תשמע לעצתי ולדידי צייתת, לא תשב אצל הקהל בשום דין, דידעת שפסקי בעלי בתים ופסקי לומדים שני הפכים הם. ואמרו פרק זה בורר, כך היו נקיי הדעת בירושלים עושין, לא היו יושבין בדין אא״כ שיודעין מי ישב עמהם. ונאה לתלמיד חכם שלא יכניס עצמו בעסק הבעלי בתים, אלא ישגה באילת יעלת אהבים ובזה תמצא חן ושכל טוב״. הבאתי את כל לשון מהרי״ו, אף שלא הכל נוגע לנדו״ד, הואיל ויש בו מוסר עד כמה צריך להתרחק מדין בכפיה, וכן מעסקי ציבור שאינם נוגעים ללימוד התורה עצמה. ומ״מ מבואר מדבריו שאין האידנא דין מומחה לרבים שיכול לדון בכפיה. ולדבריו הסכים גם המבי״ט (ח״א סי׳ רפ), עיי״ש.

אמנם מדברי הטור (חו״מ ג,ו) מבואר דאף האידנא יש דין של מומחה לרבים, שהביא דברי רב שרירא גאון ללא הסתייגות, דכל שהוא חשוב כרב נחמן בדורו ופקיע במשנה ותלמוד ופקיע נמי בשיקול הדעת ומעיין בדיני כמה שנין ומנסין ליה זימנין סגיאין ולא חזו ביה טעותא, כגון האי הוה מומחה לרבים, ועיין סמ״ע ג,ה, וכן כה,כו. וכן נמצא בתש׳ זקן אהרן (הלוי, סי׳ נ), דאף בזמן הזה יש דין של מומחה לרבים, שכל מי דגמיר וסביר ושונה הלכות, דינו כמומחה; ״שאין לך אלא שופט שבימיך״. ודברים אלה כתב לאחר שהביא דברי רב שרירא גאון.

ד. הודאה וטענות

ומה שמתבאר בדברי הראשונים שיכול לחזור בו מהודאה וטענות שטוען בפני דיין יחיד, יש לעיין גדרם של דברים, ונפק״מ איך יפסוק הדיין היחיד. ואם ההודאה שבפניו מהני כשקבלוהו הצדדים לדון. דהנה הרמב״ם בהל׳ סנהדרין ה,יח, פסק: ״יחיד שהוא מומחה לרבים, אע״פ שהוא דן דיני ממונות יחידי, אין ההודאה בפניו הודאה בבית דין ואפילו היה סמוך. אבל השלשה אע״פ שאינן סמוכין והרי הן הדיוטות ואין אני קורא בהם אלקים, הרי ההודאה בפניהם הודאה בבית דין. וכן הכופר בפניהם ואחר כך באו עדים הוחזק כפרן ואינו יכול לחזור ולטעון כמו שביארנו. כללו של דבר הרי הן לענין הודאות והלואות וכיוצא בהן, כבית דין הסמוך לכל הדברים״. וכן פסק בשו״ע חו״מ ג,ב. ומקור הדין דלא מהני הודאה בפני יחיד, הראה הרדב״ז מקומו לגמ׳ סנהדרין כט,ב – ל,א, דהודאה בפני שנים לא הוי הודאה, ובפני שלשה

הוי הודאה, וכמו שהודאה בפני שלשה, כך הכפירה בפני שלשה. אולם בלח״מ שם כתב דדברי הרמב״ם הם מסברא דנפשיה.

והטור חו״מ ג,ח, לאחר שהביא דברי הרמב״ם, כתב דמדברי הרא״ש (סנהדרין א,ב) שלא חילק כרמב״ם לענין הודאה וחזרה מטענות, משמע שאין חילוק בין בית דין של ג ליחיד מומחה. אולם הרמ״א לא הגיה ולא הזכיר די״א דמהני הודאה בפניו. וצ״ל דכיון דהרא״ש לא כתב להדיא דמהני, אלא שמזה שלא חילק יש ללמוד מדבריו דמהני, אפשר דמטעם זה לא פסק הרמ״א ולא הביא דעתו. ונראה דמה שמהני הודאה בפני בית דין, היינו לענין שלא יוכל לטעון טענת השטאה והשבעה, וכמו שפסק המחבר בשו״ע חו״מ פא,כב: ״הודה בפני ב״ד של שלשה, בין שהודה מעצמו בין שתבעו אחר והודה, אינו יכול לחזור אלא תוך כדי דבור״. ולכן י״ל דיכול לחזור בו ולטעון טענת משטה, אולם כשלא טען כן, יכול לפסוק גם בדיין יחיד. דאף אם טענינן משטה, אין הדין כן בטוען בפני יחיד מומחה, דבזה י״ל מסברא שאינו משטה כ״כ כמו בהודה מעצמו וכד׳.

ומה דמבואר בקצוה״ח ג,ב דלא מהני הודאה כלל בפני יחיד מומחה, ונראה שזה הן לענין שבועה וכד׳ והן לענין לחייב את המודה. קצוה״ח הסתפק במי שהודה במקצת בפני יחיד מומחה, אם ראוי לחייב שבועת מודה במקצת, כיון דהודאה שהודה לפניו אינה הודאה, א״כ לא הוי מודה במקצת, או כל זמן שלא חזר מהודאתו, הודאתו הודאה וחייב שבועת התורה. וכתב קצוה״ח, דאין סברא לחייב שבועה בדבר שאין הודאתו הודאה, וראיה מלשון רש״י (קידושין סה,ב ד״ה הודאת), שלמד הודאת בעל דין כמאה עדים, מהפסוק (שמות כב,ח) אשר יאמר כי הוא זה, הרי שסמך על מקצת הודאה. וא״כ כיון דעיקר הודאת בעל דין כמאה עדים נלמד מדין מודה במקצת, משמע דהיכא דאין בו משום הודאת בעל דין כמאה עדים, אין תורת מודה במקצת. והוסיף קצוה״ח: ״דודאי יחיד יכול לדון מן התורה כל כמה דיודע סברות בדינין, ולא עדיף פסק של דיני ממונות מפיסקי איסור והיתר אם הוא איש חכם שבקי בדינין, אלא בהודאה שמודה דבזה צריך ב״ד, וכל כמה דלא הוי ב״ד לאו הודאה אפילו הוא חכם בדינין, דהודאה אינו ענין לחכמה אלא בזה צריך ב״ד, וב״ד של תורה צריך שלשה ומומחין למ״ד עירוב פרשיות כתיב, וקאי שלשה ומומחין גם על הלואה, אלא דגבי הלואה בעינן כי הוא זה, וא״כ משום הכי נמי צריך שלשה ומומחין, דהודאה בעי שלשה ומומחין, וקאי נמי על פקדון, וכיון דבפקדון לא בעינן כי הוא זה, א״כ מוכח דגוף הדין צריך בגזילות וחבלות שלשה. וא״כ הך דינא דהרמב״ם (סנהדרין ה,יח) דהודאה בפני יחיד מומחה לא מהני יש לו ראיה מן הכתוב ...״. ומבואר דילפינן מהודאת בע״ד, ומבואר דהודאת בע״ד אינה הודאה בפני יחיד. אך עדיין י״ל דכל זה כשחזר בו מהודאתו, אולם בדלא חזר בו, יכול היחיד לחייב. או

י״ל דאף שחזר בו יכול לחייבו, רק אינה כמאה עדים, ונפק״מ לענין כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי.

ובנתיבות ג,א כתב לחלוק על דברי הקצוה״ח, דמש״כ קצוה״ח דבחד, כיון דיכול לחזור מהודאתו אין חייב שבועה דמודה במקצת, ס״ל לנתיבות דליתא, דלא נמצא שום פוסק שכתב כן. ועוד, דהא על כל פנים אם יודה בהודאה גמורה או באתם עדי באופן שלא יהיה יכול לחזור מהודאתו, ודאי דיכול לחייבו שבועה, דלא גרע ממחויב מתוך טענותיו, עיי״ש. ובמשובב שם כתב קצוה״ח דהודאה בפני עד אחד, תלוי במחלוקת הראשונים, עיין שו״ע חו״מ פא,י ובנו״כ שם. עוד הביא קצוה״ח (במשובב שם) ראיה מהרשב״א ב״ק צ,ב דיחיד מומחה לא יכול לדון ע״פ הודאה שאומרים בפניו: ״ואפילו את״ל דר׳ יהודה הנשיא מומחה היה ודן יחידי היה וראהו ביום וע״פ ראייתו היה דן, לא מסתברא שיהיה דיין מומחה מוציא ממון ע״פ ראייתו לבד, דע״פ שנים עדים יקום דבר אמר רחמנא, ודי אם יהיה מומחה דן יחידי ע״פ עדים או דיינין ע״פ ראיית עצמן, כדי שלא תהא שמיעה גדולה מראייה, אבל שתהא ראייה של דיין מומחה יחידי כשמיעה משני עדים אינו בדין״. ולכאורה אם הודאת בע״ד כעדים, אין זה ע״פ ראייתו של הדיין. ומ״מ במשובב הסיק מהרשב״א שלא לדון ביחידי דין מודה במקצת. ועיין בנתיבות ג,ג (להלן) דרק ע״פ ראייתו אינו יכול לדון, אך יכול לדון ע״פ עדים שקיבל.

ובש״ך מו,ע כתב דיחיד מומחה, או אם קיבלו אחד שיהיה כיחיד מומחה, שיכול לדון לבדו על שטר שנתקיים בב״ד כשמכיר הקיום, אבל אין יכול לקבל עדים, דלענין קבלת עדות לא מהני יחיד מומחה. ובנתיבות ג,ג הקשה, דאם יחיד מומחה אינו יכול לקבל עדות, כיצד יכול לדון אם ההגדה שבפניו יכול הבע״ד לחזור ולטעון, ואיך אפשר לדון דין ולומר חייב אתה ליתן, כשיכול להחליף הטענות וההודאות. וגם אין הסברא נותנת, שתקנת חכמים מאפשרת ליחיד מומחה לדון, והבע״ד יוכל להחליף טענותיו עשרת מונים, ומתוך דבריו ילמד לשקר ולהחליף טענות עד שיצא זכאי. ודוחק לומר דאסור לו לדון יחידי עד שיקבל הטענות והעדות בשלשה ואח״כ דן יחידי, דלא נכתב באף מקום בגמ׳ ובראשונים כן. עוד הקשה, דאין לומר שיכול לחזור בו מטענות שטען לפני יחיד מומחה, כיון שאינה הודאה גמורה, דאין לך הודאה גמורה גדולה מזו שמודה לפני מי שדן לפניו שיכול לחייבו מתוך טענותיו. לכן הסיק הנתיבות, דכל מקום שמותר לו לדון, יכול לקבל עדות והטענות, ואינו יכול לחזור בו מהטענות שטען בפני היחיד, דלא כש״ך מו,ע, דכל מה שהיחיד יכול לדון, גם דיני הראיות של קבלת עדות, החלפת הטענות, הודאות וכו׳, דין יחיד מומחה לענין הדין הנידון לפניו, כדין בי״ד של ג. והביא ראיה מדברי הרשב״א ב״ק צ,ב (הנ״ל), דמומחה אינו יכול לדון ע״פ ראית עצמו, דראיתו של דיין מומחה אינו

בדין שתהיה כשמיעה משני עדים. ומשמע דמומחה יכול לדון עכ״פ כששומע משני עדים, רק על פי ראייתו אינו יכול לדון. ומה שכתב הרמב״ם דיחיד מומחה לרבים, אע״פ שדן דיני ממונות יחידי, אין ההודאה בפניו חשובה הודאה בבי״ד;

״כוונתו לענין שיהיה לו דין שטר, וגם לענין אם בא והודה מעצמו לא מהני ההודאה, כיון דאפילו בשלשה בעינן קבעו ושלחו, (לקמן לט,ט). וגם אין בית דין אחר יכול לדון מתוך אותו כתב שכתב היחיד מומחה או השנים, שהודה או שהעדים הגידו לפניהם, כיון שאין עלייהו דין בית דין, הוי מפיהם ולא מפי כתבם, כיון שנכתב שלא בציווי המתחייב, ודין עדים עלייהו, רק שדינן דין. וכן אין יכולין לקבל עדות או טענות ולשלוח לבית דין אחר בכתב או להגיד בפה, דהוו עדים מפי עדים. אכן, הן בעצמן יכולין לדון במקום שדינו דין, כגון במומחה, או שנים אליבא דשמואל, ויכולין לכוף על קיום פס״ד של אלו כשמגידין בפה שכך נגמר הדין מפיהם, ואין מדקדקים אחריהם, אבל מתוך כתבם אין דנין, שדין עדים עלייהו, רק שדינן דין. ובסימן כח,כא שכתב שצריך ג׳ מומחין בקבלת עדות, היינו לשלוח קבלת עדותו לבית דין, או באינם מומחין לרבים. וגם מה שמסיק הרמב״ם דלא הוחזק כפרן, היינו שנאמן לטעון פרעתי אח״כ, כיון שלא הוחזק כפרן בבית דין, דאין דין בית דין עלייהו, אבל לטעון פרעתי קודם, אף כשדן בפני יחיד מומחה אינו יכול לחזור ולטעון. ודעת הרא״ש שהביא הטור [סעיף ח] שחולק, ס״ל דדין בית דין עליו לכל דבר, ומשו״ה הכא בשו״ע שכתב המחבר שיכולין להחליף גם הטענות, יפה הגיה הרב ואינן מומחין לרבים, דבמומחה לרבים ודאי דא״י להחליף, וכמ״ש״.

מבואר מהנתיבות דיחיד מומחה יכול לקבל עדות, וכל הודאה שמודים בפניו וטענה שטוענים בפניו, לענין הדין תורה הנידון בפניו, יש תוקף לקבלת העדות, להודאה ולטענות, שיוכל היחיד מומחה לפסוק בדין תורה ע״פ העדות, הטענות וההודאות. אך לא יהיה להם תוקף של הודאה או עדות שהתקבלו בבי״ד, שיוכל בי״ד אחר לפסוק על פיהם. אבל הוא עצמו יכול לפסוק בהתאם לטענות שנטענו והראיות שהובאו לפניו. אמנם דעת קצוה״ח דמה שיחיד מומחה יכול לדון, הוא רק בדין שאינו תלוי בטענות, שבדין התלוי בטענות וראיות, אינו יכול לדון, ותקנת חכמים שיוכל לדון בדין שאינו תלוי בטענות וראיות, עיין בקצוה״ח ג,ד ובמשובב ה,ב וכב,ג. גם באמרי בינה (דיינים יא ד״ה והנה) נראה שלא הסכים לדברי הנתיבות.

וכדברי הנתיבות נמצא במהרי״ט (חחו״מ סי׳ מו). מהרי״ט כתב דכל מה שהודאה יש לה תוקף רק כשנאמרה בפני בי״ד, מן הטעם דעביד איניש דלא מגלי טענתא

אלא לבי דינא, שלא ילמד מהם שכנגדו ויתן לבו מתחילה קודם שיבואו לב״ד להשיב עליהם. ולפ״ז כשבאו מרצונם לדון לפני דיין יחיד, אף אם אין לו תורת ב״ד, כיון שבעלי הדין נדונים לפניהם, ואין כאן אמתלא לומר עביד איניש דלא מגלי טענתיה, הרי שיש תוקף לטענות הבע״ד והודאה שמודה בפניו, ואינו יכול לחזור ולטעון, והרי זו כהודאה גמורה. וכתב מהרי״ט, דמש״כ הרמב״ם שאין ההודאה בפני יחיד מומחה הודאה ולא הוחזק כפרן וחוזר וטוען, אינם אמורים אלא לענין שלא תהא הודאתו בפני יחיד מומחה כהודאה בבית דין, שתהא הודאה שבפניו כמלוה בשטר ויגבה ממשעבדי, ולגביה ממשעבדי צריך ג דיינים. אבל לענין שאם טען בפניהם והוכחש ע״פ עדים או ע״פ כתב ידו, ודאי שאינו יכול לחזור ולטעון הפך טענתו הראשונה, אא״כ יתרץ דבריו ולא יסתור דבריו: ״והודאה לא תליא בבית דין של שלשה, דכל המודה בדרך הודאה אפילו שלא בפני בית דין, הודאה מיקרי ואינו יכול לחזור. ומה שכתב הרב ז״ל וכן הכופר בפניהם ואחר כך באו עדים הוחזק כפרן ואינו יכול לחזור ולטעון, דמשמע הא בפני שנים או יחיד מומחה לא הוחזק כפרן ויכול לחזור ולטעון, זהו כשאינו מכחיש טענתו הראשונה אלא שאומר פרעתי אחר כך, דבהא אמרינן בפרקא קמא דמציעא הוחזק כפרן לאותו ממון ולא מצי למטען בתר הכי חזרתי ופרעתי. וכתב הרי״ף זכרונו לברכה, והני מילי דכפריה בב״ד, ובהא כל שלא היתה כפירתו בב״ד חשוב לא אבד אמונתו ולא הוחזק לכפרן על אותו ממון לעולם, אבל לחזור ולטעון הפך מה שטען בתחילה, בכל ענין לא מצי למהדר אלא היכא דאישתעי מילי מאבראי כדפירשנו״. ומכאן ראיה לדברי הנתיבות, שלענין מה שדן היחיד מומחה, יכול לפסוק בהתאם לעדות, להודאות והטענות שבאו לפניו, ורק לענין שיהיה לזה דין שטר להודאתו שיגבה ממשעבדי, אינו אלא בפני בי״ד של ג.

ובזה מצאנו מקור למה שיכול יחיד מומחה לפסוק לפי מה שטענו לפניו. ובפרט שהאידנא לא דן יחיד מומחה אא״כ קבלוהו בעלי דין עליהם. כן כתב הרדב״ז בתש׳ (ח״ג סי׳ קט), וז״ל: ״והוי יודע שאע״פ שדן יחידי אינו חשוב ב״ד ואין ההודאה לפניו הודאה עד שיהיו שם שלשה ... מ״מ נ״ל דהני מילי ביחיד מומחה או סמיך שדן אותם בעל כרחם, אין הודאה בפני האחד הודאה עד שיהיו שלשה, אבל אם קבלוהו עליהם בעלי דינין או שבררו אותו הצבור, ההודאה בפניו הויא הודאה, דלכל דבר ביררוהו ולכל דבר קבלו אותו עליהם. דאי לא תימא הכי אלא שאין ההודאה והכפירה כלום, למאי קבלוהו. תדע, שהרי מומחה שטעה בשיקול הדעת, אם אפשר להחזיר הדין מחזירין, ואם לאו משלם מביתו, ואם קבלוהו עליהם פטור מלשלם, מפני שע״מ כן קבלוהו, אף לענין הודאה וכפירה נמי ע״מ כן קבלוהו. וכן מעשים בכל יום במצרים. כללא דמלתא דקבלה מילתא רבה היא, שהרי בפסולין לדון ולהעיד מן התורה, כשרים ע״י קבלה״. מבואר דאם קבלוהו עליהם, כל מה שנטען

לפניו, יכול לפסוק, דלכך קבלוהו שיהיה לו כח של בי״ד לדון ולפסוק בענין הנידון לפניו. ועיין גם באמרי בינה (דיינים סו״ס יא) דקבלה מהני בכל ענין. ועיין עוד בשער המשפט ג,ד

אמנם בקצוה״ח ג,ד כתב דלא מהני הודאה וכפירה בפני יחיד מומחה, אף בקבלו עליהם, וסמך דבריו על הכנה״ג שכתב כן, וז״ל קצוה״ח: ״וכבר כתבנו בסימן ג׳ ס״ק ב שאין היחיד מומחה דן אותו ולפי שאין הודאה לפניו הודאה, וכן שאר טענות התלוי בהודאה וכפירה, דיכול להחליף טענותיו מחיוב לפטור דלא הוחזק כפרן אלא בפני שלשה, וכמ״ש כנסת הגדולה (הגה״ט אות כא) דבפני שנים אפילו קבלום עלייהו לא הוי הודאה וכפירה, ואפילו כל זמן דלא הדר לא הוי דינו דין, וכמו שאמרו בפרק יש נוחלין (ב״ב קיד,א) גבי שלשה שנכנסו לבקר את החולה, ועיי״ש פירוש רשב״ם (ד״ה ליחוש) דאי מהני חזרה לא הוי דין כלל, כיון דאיתיה בחזרה לא חל הדין כלל ועיי״ש, ודין שאינו תלוי בטענה וכפירה ודאי צריך עיונא רבא, ולכן יראה דבעל נפש ירחיק מזה״. ומבואר מדבריו דלא יכול לדון ע״פ הודאות וטענות שעלו לפניו. ועיין לגרי״א (נחל יצחק ג,ב בסופו) שהסכים לסברת הרדב״ז, ואם רב דן יחידי, גם לענין הודאה מהני, דהעיקר כסברת הרדב״ז. ולפ״ז י״ל דבורר יחיד יכול לפסוק לפי הטענות, ההודאות, העדויות שבאו לפניו, הן מחמת דעת מהרי״ט והנתיבות דביחיד מומחה מהני הודאה וטענות שלפניו, והן מחמת שקבלוהו עליהם, וכדעת הרדב״ז.

ה. ליטול שכר

על האיסור ליטול שכר לדון ולהעיד, תנן במשנה בכורות כט,א: הנוטל שכרו לדון - דיניו בטלים, להעיד - עדותיו בטילין. ובגמ׳ שם: מנהני מילי, אמר רב יהודה אמר רב, דאמר קרא (דברים ד) ראה למדתי אתכם וגו׳, מה אני בחנם אף אתם בחנם. ומבואר שדין זה אינו בהלכות דיינים או עדות, מחשש שיטו הדין או יאמרו עדות שקר, אלא דין בהלכות תלמוד תורה שיש לעשות את הוראת התורה בחינם, ואף העדות שהיא מצוה שציותה התורה לומר עדות, ואם לא אומר, ונשא עוונו, יש לומר בחינם, שהוא מכלל ציווי ה׳. ועיין ברש״י בד״ה מנהני מילי שפירש; ״דאין נוטלין שכר על הוראה ותלמוד תורה שילמד״. הרי שהכל דין בהלכות תלמוד תורה וקיום מצות. ובתוס׳ שם (בד״ה מה אני) כתב דאף שיש איסור לקחת שוחד, יש כאן שני דינים ואיסורים שונים, דבתורת שכר טרחו, אסור מהדין המבואר, ובתורת שוחד, היינו להשתדל לדונו יפה ולהפוך בזכותיה, זהו איסור אחר. וענין עדות, אף שאין זה תלמוד תורה, מ״מ הוא בכלל כל המצוות, וכן מצאתי בחידושי הגרי״ז בבכורות שם, דאף שלהעיד ולהזות ולקדש לא שייך לדין דמה אני בחינם; ״אם לא דנאמר

דלכל מצוה ג״כ שייכא מה אני בחינם״, ועיין רש״י קדושין נח,ב ד״ה בשכר. ועיין מחנה אפרים שכירות פועלים סו״ס ח. ולפ״ז נראה לומר, דדוקא במקום שמקיים את מצות התורה לדון, כשהם בי״ד בבחינת ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם, בזה נאמר מה אני בחינם אף אתם בחינם, אבל כשקבלוהו לדון, אינו בבחינת בי״ד, ואין בו הדין של מה אני בחינם, והרי הוא ככל פועל שיכול ליטול שכר על עבודתו.

ולענין עצם הדין, לכאורה יש להבין, דאם גדר האיסור הוא בהלכות תלמוד תורה וקיום מצוות, מדוע דיניו ועדותו בטלים, הרי אין זה פגם בעצם הדין או העדות אלא בקיום המצוה, ולכאורה בכגון זה היה צ״ל שאינו מקיים מצות תלמוד תורה ומצות הגדת עדות, אך בלא קיום המצוה עצם הדין והעדות קיימים. דאם היה זה מחשש שוחד או שיטה לבו או יאמר עדות שקר, י״ל דלכן עדותו ודיניו בטלים, אולם אם אינו גדר בהלכות דיינים ועדות אלא בהלכות קיום מצוות, את המצוה שציותה התורה לא קיים, אבל עדותו ודיניו קיימים.

ולכאורה אפ״ל, דכיון שאסור לו לקחת שכר מדין ת״ת וקיום המצות, אם נטל, הרי הוא גזלן, ודיניו בטלים כדין גזלן שדן את הדין, ועיין בדברי הרא״ש בתש׳ נו,ח לענין דיין שנוטל שכר בטלה, שאינה בטלה מוכחת, אלא סובר שמא היתה מזדמנת לו מלאכה, דדיניו בטלים, וממילא על ביצוע פסק הדין פסק שהדיין גזלן, שנטל ממון מזה ונתן לזה. אבל משמע שלא הנטילת שכר על הדין עשתה אותו לגזלן, אלא מה שהוציא ממון מזה ונתן לזה. וזה סתירה לסברא הנ״ל. וכן מוכח ממה שדיניו קיימים בדינים שידוע שלא נטל שכר, כמש״פ בשו״ע חו״מ ט,ה, ועיי״ש בסמ״ע ס״ק יג ובגר״א ס״ק ט, דלא דמי לעובר עבירה אחת שכל דיניו ועדותיו בטלים עד שעושה תשובה, דשאני הכא דלא עבר על לאו אלא משום קנס הוא. ומבואר דאין כאן פסול בדיין, דאף שנטל שכר, אינו בדין גזלן. ויש לומר, דמה אני בחינם אינו דין ממון, דהיינו שיש חיוב ללמוד ולקיים מצוות בחינם, ואינו כריבית וגזילה שהוא בדין הממון, אלא בהלכות ת״ת וקיום המצוות לא קיים המצוה כראוי, אך מה שנטל שכר, אינו כממון שנטל בגזילה ובלא דין.

ומקור דברי הנו״כ שדין זה הוא קנס ואינו פסול הגוף, מדברי הרמב״ן קדושין נח,ב (ד״ה הא דתנן), וכן הובאו דבריו ברשב״א ובריטב״א בקדושין נח,ב, בר״ן קדושין (כג,א בעמוה״ר), וז״ל הרמב״ן: ״ונראה שאינו בכלל הפסולין מדבריהם שיהא צריך הכרזה, אלא מעצמם הם בטלין, שכיון שהיה יודע לו עדות ולא רצה לומר אלא מחמת שכר, אין זו נקראת עדות, והחשוד בכך עדויותיו בטלין עד שיודע לך שלא נטל שכר בעדות זו, ובכך הוא עדות כשרה אע״פ שלא עשה תשובה. וכן אם החזיר ממון לבעלים וחזר והעיד באותה עדות עצמה מקבלין הימנו, שאין זה פסול

לא מתחלתו ולא בסופו, אלא שכל זמן שהוא נוטל בו שכר, קנסוהו חכמים לבטל מעשיו משום דקא עבר על מה אני בחנם אף אתם בחנם, ואע"פ שנטל משניהם". לפ"ז מן התורה דיניו ועדותיו קיימים, וחכמים קנסוהו שיהיו בטלים. ועיין בתוס' קדושין נח,ב (ד"ה מימיו) שכתבו, דזה שעשה בשכר עבר על דברי תורה, ומקרא ממש לא נפק ליה, דהא לא שמעינן מיניה היכא דעבד בשכר דלא מהני, אלא אסמכתא בעלמא הוא דלא מהני אפילו דיעבד. ולכאורה לשיטת התוס' מה שדיניו בטלים הוא, אף שעבר על איסור תורה, מ"מ על הבדיעבד הוא אסמכתא בעלמא. ומשמע שהוא דין דרבנן.

אלא שצ"ע מדוע אין פסולו מדין גזלן, דבגמ' קדושין שם משמע שאם קדש אשה בשכר הדין או העדות, אינה מקודשת, דאיתא שם בגמ': תנן, המקדש בתרומות ובמעשרות ובמתנות במי חטאת ובאפר פרה, הרי זו מקודשת ואף על פי ישראל. ורמינהו, הנוטל שכר לדון, דיניו בטלים. להעיד, עדותו בטלה. להזות ולקדש, מימיו מי מערה ואפרו אפר מקלה. אמר אביי, לא קשיא, כאן בשכר הבאה ומילוי, כאן בשכר הזאה וקידוש. דיקא נמי דקתני הכא במי חטאת ובאפר פרה, וקתני התם להזות ולקדש, שמע מינה. ומבואר בגמ' דבשכר הבאה וקידוש, שהוא פירוש מי חטאת ואפר פרה, וכמש"כ ברש"י לענין הדייקא נמי, דקתני מי חטאת ואפר חטאת שעדיין אינן מעורבין, בזה מקודשת, משא"כ בשכר הזאה וקידוש, שאינה מקודשת, והוא הדין בשכר דין ושכר עדות. ועיי"ש בריטב"א, דכיון שאין במעשיו כלום, אינו ראוי ליטול עליו שכר, דהא לא עבד לה ולא מידי. ולפ"ז מעות גזל בידו. ולכאורה, למה לא יפסל מדין גזלן. ואפשר דכל זה קנס שקנסו חכמים, והוא בכלל הקנס, שלא יועילו מעשיו, ממילא הממון שבידו גזילה, אך אינו גזלן שעובר על לא תגזול, אלא חכמים קנסו הממון שבידו שיהיה בתורת גזילה, ואפשר שאף אינו גזלן מדבריהם, שאין כאן מעשה גזילה אלא קנס על מעשיו וממילא על הממון, וצ"ע. ועיין במקנה שם בבאור דברי הריטב"א.

גם בחדושי הרי"מ (חו"מ לד,יח ד"ה אך לכאורה) הקשה מאי שנא ממשחק בקוביא, שדינו כגזלן, כיון שנוטל ממון שאינו שלו, א"כ גם בנוטל שכר, לאחר שחכמים קנסוהו ואסור לו ליטול שכר, הרי הממון גזל בידו, ויהיה פסול מדין גזלן. וכתב לישב, דאטו בכל מוכר ולוקח כשהיה המקח טעות וצריך להחזיר המקח והמעות, יפסלו מדין גזלן כל זמן שלא החזירו, דאף כופר במלוה כשר משום דאשתמוטי אשתמיט. וגם בשכר להעיד, יודע הנותן שאסור, וגמר ונתן לשם פקדון, או שנתן לו לשם מתנה, ואף שהעדות לא תועיל. (ועיי"ש בחדושי הרי"מ מש"כ דאף האידנא אסור ליטול שכר לדון, אף שאין לנו סמוכים מהתורה).

ויש כמה נפק״מ במש״כ הראשונים שאינו פסול הגוף, דלכאורה אם אינו פסול הגוף, אם יצטרפו אליו שנים אחרים, לא תפסל עדותם מדין נמצא אחד מהם קרוב או פסול, דחכמים קנסו את הלוקח שכר עצמו שלא תהיה עדותו עדות, ולא פסלו את הגברא ורק את העדות, ולכן אין לפסול השנים המצטרפים. ועיין תומים לד,יז שכתב להדיא שאין נפסלים האחרים. ועיין בחדושי הרי״מ חו״מ לד,יח בסופו שהביא ריטב״א שלכאורה מסתפק בזה. ועיין להלן במש״כ מהנתיבות לפסול מדין נוגע. ולפ״ז יש לפסול האחרים. אלא שראיתי במל״מ (עדות ה,ד) שכתב בסברא לאידך גיסא, דאם פסולו מדין קנס, יש לפסול כל האחרים, וז״ל: ״ויש להסתפק במי שנטל שכר להעיד ונצטרף עם אחרים, אי אמרינן דעדות כולם בטלה או לא. ולכאורה נראה דעדות כולם בטלה, ולא דמי לפסול דנוגע בעדות דקי״ל דאין עדות השאר בטלה, משום דנוטל שכר להעיד לאו משום נוגע בעדות מיפסיל אלא קנסא דרבנן משום דעבר על מה אני בחנם, וכמ״ש הר״ן בס״פ האיש מקדש, וכמו שהאריך מהרח״ש בקונטריסו (דף ד׳) יע״ש. שוב ראיתי להריטב״א בחדושיו ספ״ב דקדושין שכתב גבי נוטל שכר להעיד, ואפשר שאין עדות כשרים נפסלת מפני צירופם ע״כ״. ולכאורה מדוע בקנס יש לפסול האחרים, הרי אינו פסול הגוף. ואכן התומים הנ״ל כתב להדיא דאינו פוסל האחרים. וכן נמצא כדעת התומים בשואל ומשיב (תנינא, ח״א סי׳ ס ד״ה ובזה), שאין לפסול את האחרים שהצטרפו עם מי שנטל שכר.

עוד נפק״מ לענין עדות עגונה, שלא פסלו בעדות עגונה עד שפסולו מדרבנן, עיין שו״ע אהע״ז יז,ג. ולפ״ז י״ל, שאם היה פסול נוטל שכר פסול הגוף מדרבנן, היה כשר בעדות אשה ככל פסולי עדות מדרבנן. אולם אם קנסו חכמים לעדות, לכאורה גם בעדות אשה יש לקנוס ולא חילקו, דלא הכשירו עדות שקנסו חכמים לעדות, בעדות אשה. אולם ראיתי בתש׳ הגר״ש אייגר (אהע״ז סי׳ יז ד״ה היצא לנו וד״ה אלא כך) דענין אופן הקנס הוא ״שסמכוהו לפסול דרבנן״, דהקנס הוא טעם הפסול, אך האופן הוא ע״י שקבעו את פסולו. והיינו, לא שהוא פסול הגוף, אלא שדינו כפסולי עדות דרבנן. גם נראה דבורר יחיד שקבלוהו עליהם, אינו בכלל הקנס שקנסו חכמים, שלא קנסו אלא באופן שהוא במצות הדיינים והעדות, ולא כשאינו בכלל המצוה, דדיין יחיד שקבלוהו, דלכאורה אינו בכלל דיין ואינו בכלל מצות מינוי הדיינים.

ובתש׳ פנים מאירות (ח״ב סי׳ קנט) דן בענין שכר הבוררים בזבל״א, כשמקבל השכר מבעל דין שברר אותו, ובתוך דבריו כתב דדיינים שעושים פשרה, מותר ליטול שכר הפשרה ולומר לא אומר לכם הפשרה כי אם בשכר כך וכך, דדוקא שכר לדון דין תורה אסור. ומ״מ צריך שיטול משניהם בשוה זה בפני זה, דכשם שמוזהר שלא להטות את הדין כך מוזהר בפשרה; ״וראוי למנהיגי הדור והקהלות להסיר המכשילה

זו מישראל, וכך היה ראוי לנהוג באשר שמצוה על ישראל לפרנס הדיינים, וכל מעות הפסק שאנו אשכנזים נוטלים הוי כמו שנתן לקופת הקהל כדי לפרנס הדיינים, אם כן אם היה ריב בין אנשים ומנהיגי העיר רואים לפי הענין שצריכים לדון בזבל״א, יקצבו מנהיגי העיר שכר לבוררים ולהשליש, ויגזרו בחרם על הנותן ועל המקבל שלא יתן ושלא יקבל שום מתנה חוץ ממה שקצבו הקהל. ועיקר הדין אם מתרצים לדון בזבל״א כל אחד בורר דיין הכשר לו ולצד שכנגדו, ולא יסדר טענותיו תחילה אלא כשישבו שלשתן יטענו שניהם, ואם רואה בורר איזה זכות או ספק לו בדין, יוכל להחמיץ הדין כדי להוציא הדין לאמתו״. והנה תקנה זו הינה גם בבורר של זבל״א, ונראה דהוא הדין בבורר יחיד, יש לתקן באופן שלא יראה כשוחד, שמקבל מהאחד יותר מהשני וכד׳.

וראיתי בשער המשפט ט,ג שהסתפק בקבלו דיין קרוב או פסול לדון, אם מותר לו ליטול שכר, כיון שאינו מחויב לדון. וכן הסתפק בענין עד קרוב או פסול שקבלוהו עליהם בעלי הדין, אם מותר לו ליטול שכר, כיון שאינו מחויב, ואינו בכלל מה אני בחינם. וכתב דאף שמסתבר שיוכל ליטול שכר, לכאורה מהגמ׳ כתובות קה,א, מדלא תירצה שנטל שכר בקבלוהו לדון יחידי, מוכח לכאורה דאף באינו מחויב לדון אסור ליטול שכר, ונשאר בצ״ע לדינא. ועיין בתש׳ מהרי״ל דיסקין נא,ב, דהיכא שאינו מחויב להזקק להם, אין איסור ליטול שכר. ובאמרי בינה (דיינים סי׳ טז) חלק על שעהמ״ש, דאטו אם יש בעיר ב״ד קבוע ובא לדון בפני אחר, דיכול למנוע עצמו מלדון ביניהם, יהיה רשאי ליטול שכר. אלא כיון דמסכים לדון ביניהם, עובר שמלמד חקים ומשפטים בשכר, כשצריך ללמד בחנם. וא״כ הוא הדין קרוב או פסול, כיון דעכ״פ דן ביניהם, אף שאינו מחויב בדבר ויכול לסלק עצמו מלדון, מ״מ כשדן ביניהם דין תורה צריך לדון בחנם, ואם דן בשכר, דינו בטל מטעם קנס, כמו כל דיין הדן בשכר דדינו בטל. ואפשר דהאידנא הבוררים היחידים שדנים בהתאם לשטר הבוררין, אינם חייבים לדון דין תורה ואינם דנים ע״פ דין תורה, ולפ״ז אין איסור, אלא שצריך ליטול בשוה מהבע״ד, שלא יראה כשוחד וכד׳.

לאור האמור, יכולים לבחור דיין יחיד שידון בענינם, ואין מניעה לבחור דיין יחיד, בפרט כשסבורים שבכך יצא הדין והצדק לאור מהר יותר. ויכול הבורר לדון ע״פ הטענות והראיות שבאים לפניו. ויכול ליטול שכר, אם אינו דן דין תורה, ואם נוטל בשוה משני הבעלי דין.

סימן יב

בפסול נוגע ואוהב לדון

ראשי פרקים

א. שני סוגי אוהב

ב. נגיעה שאינה של ממון

ג. נוגע אין לו שם עד

דיין שמשמש בורר בין שני מוסדות, ובעבר היתה לו טובת הנאה ממוסד אחר של אחד הצדדים (הסכימו לקבל למוסד תלמיד בהשתדלותו), וכן חתנו של הדיין הוא חבר בקהילה. אמנם הדיין הודיע לצדדים את הנ״ל, ואמרו שאין להם התנגדות וסומכים על יושרו, והשאלה אם לכתחילה ראוי להסתלק, מאחר והוא מרגיש הכרת הטוב כלפי אחד הצדדים. דאף שלכאורה מהני קבלת פסולי עדות ובכללם נוגע, אפשר דכל זה שהמתדיין יודע מה הפסול, קרבת משפחה, פסול מחמת רשעות וכד׳, אבל עד כמה חש הדיין בהכרת הטוב, את זה לא יודע המתדיין, והוא מודד בכלים שלו, דהיינו לדידו לא היה בזה כדי להשפיע, ואינו מכיר ברגישות נפשו של הדיין, שהכרת הטוב טבועה בליבו, ויהיה קשה לו ללמד קטגוריה על מי שיש לו הכרת הטוב כלפיו.

א. שני סוגי אוהב

איתא בכתובות קה,ב: א״ר פפא, לא לידון איניש דינא למאן דרחים ליה, ולא למאן דסני ליה, דרחים ליה לא חזי ליה חובה, דסני ליה לא חזי ליה זכותא. ובריטב״א בכתובות שם, פירש וז״ל: ״הא דאמר לא לידון אינש למאן דרחים ליה, וכולהו עובדי דלקמן דאמרי פסילנא לך לדינא, פירשו רבותינו ז״ל דלפנים משורת הדין ולמדת חסידות, דאילו מדינא לא פסילי, שאם כן אין לך דיין לדון, והכי מוכח במסכת סנהדרין, וכ״כ שם רבינו מאיר הלוי ז״ל״. מבואר שזה לא מעיקר פסולי הדיינים אלא מידות שהדיין צריך להיות ניחן בהם, שיוכל לדון דין אמת, ואינו דומה לפסולים מחמת רשעות או פסולי קורבה. וכן כתב מהרי״ק (סי׳ טז), דהלשון לא לידון, משמע דוקא לכתחלה ומשום מדת חסידות והרחקה, ממה שלא נאמר בגמ׳ שהוא פסול לדון למאן דרחים ליה או למאן דסני ליה.

וכך מבואר בסנהדרין ז,ב – ח,א: אושפיזכניה דרב אתא לקמיה לדינא, אמר לו (ההוא גברא לרב – רש"י) לאו אושפיזכני את (כלומר, אין אתה זכור שעשיתי עמך חסד), אמר לו אין, אמר ליה דינא אית לי (ורוצה אני שתהא דיין), אמר ליה פסילנא לך לדינא (שהזכרתני טובתך). אמר ליה רב לרב כהנא פוק דייניה, חזייה (רב כהנא להההוא גברא) דהוה קא גאיס ביה (ברב, סומך ובוטח עליו ומדבר גבוהות), אמר ליה, אי צייתא צייתא, ואי לא מפיקנא לך רב מאונך (אודיעך שאין רב יכול לסייעך, דמשמתינא לך). ומבואר דפסול אוהב דאושפיזכני, שעשאו טובה, לכאורה אינו פסול מעיקר הדין אלא ממידות הדיין שצריך לסלק עצמו בדברים אלה, שיהיה ליבו שלם לדון דין אמת, אך אין זה כפסול מחמת עבירה או פסול קרבה. ובמשנה סנהדרין כז,ב התירו אוהב ושונא לעדות, דלא נחשדו ישראל על כך, ובגמ' שם כט,א, פסלו שונא לדין, וכן שלא ישבו שני ת"ח השונאים זה את זה בדין.

ובתוס' (כתובות קה,ב ד"ה לא למאן) כתבו לחלק בין אוהב כמו שושבינו, לבין אוהב שעשה לו טובה, דאוהב כמו שושבינו, שהוא אוהב גמור, פסול לדון, אבל אוהב מחמת שעשה לו טובה, אינו אלא חומרא בעלמא: "לאו באוהב ושונא דאיירי ביה רבי יהודה ורבנן גבי עדות איירי, דלגבי דיין אפי' רבנן מודו דפסול, כדמסיק מקרא בפ' זה בורר (סנהדרין כט,א), דא"כ הוה ליה לאתויי הכא קרא דהתם. אלא התם באוהב כגון שושבינו, ושונא שלא דיבר עמו שלשה ימים, אבל הכא באוהב כי הנך דפרח גדפא אריש אתא ההוא גברא שקליה, דאינו אלא חומרא בעלמא שהיו מחמירין על עצמן, כדאשכחן בכמה דברים, אבל פסולין לא הוו". וכן הוא בתוס' הרא"ש, ועיין במאירי בסוגיא.

וכן מבואר בדברי הרא"ש (סנהדרין ג,כג), שמחלק בין שושבינו ורעהו אשר כנפשו, לסתם אוהב, דבשושבינו אסור לו לדון, ובאוהב סתם שעשה עמו טובה, לכתחילה יתרחק, שלא יטה הדין: "והא דדיין פסול לדון את שונאו, היינו כשלא דיבר עמו שלשה ימים משום איבה, דומיא דעדות לרבי יהודה. וכן נמי אוהב שושבינו. ומיהו אפילו אין שונאו כל כך או אינו אוהבו כל כך, לכתחלה לא לידייניה, כדקאמר בפרק בתרא דכתובות (קה,ב), לא לידון איניש לא למאן דרחים ליה ולא למאן דסני ליה, דרחים ליה לא חזי ליה חובתא, ודסני ליה לא חזי ליה זכותא, כי ענין הזכות והחובה מבצבצא באדם בלא כיון רשע, לפיכך באהבה מועטת לבו נוטה לזכות, ובשנאה מועטת הלב נוטה לחובה". דלכתחילה אף בלא כוונה יטה הדין לזכות או לחובה.

ומדברי הרמב"ם (סנהדרין כג,ו) מבואר לכאורה שאף באוהב שאינו אוהב גמור, פסול מדינא, ממש"כ הרמב"ם: "אסור לדיין לדון למי שהוא אוהבו אע"פ שאינו שושבינו ולא ריעו אשר כנפשו, ולא למי ששונאו אע"פ שאינו אויב לו ולא מבקש

רעתו, אלא צריך שיהיו שני בעלי דינים שוין בעיני הדיינים ובלבם". וממש"כ הרמב"ם דאסור לדיין לדון וכו', ולא כתב לא ידון למי שהוא אוהבו, משמע שהוא איסור ולא רק מידת הדיין להתרחק. והרדב"ז שם למד דדעת הרמב"ם שהוא רק איסור ולא פסול מעיקר הדין, ורק תפס לישנא דגמ': "והוא תפס לישנא דתלמודא, דבכל הנך עובדי אמר פסילנא לך לדינא, וגבי אוהב ושונא אמר אסיר, ומשמע אסור הוא אבל אינו פסול מן הדין. וכן גבי הנך עובדי הוו מחמרי אנפשייהו, אבל לא מיפסלי בהכי". ולכאורה לישנא דגמ' דלא ידון, ולא דאסור לדון. וצ"ל דס"ל לרדב"ז דלישנא לא לידון, היינו שאסור לדון ואינו פסול. ובכס"מ שם למד מזה שהרמב"ם לא חילק כחילוק התוס', ואסר לדון לכל אוהב אפי' אינו שושבינו, דממה שאסרה הגמ' בסנהדרין לאוהב לדון, ובגמ' כתובות אמר רב פפא דלא ידון מאן דרחים, ס"ל לרמב"ם דרב פפא מפרש דברי הגמ' בסנהדרין, ולא חילק רב פפא בין סוגי האוהבים, ס"ל לרמב"ם דאין לחלק.

והנה באור שמח (סנהדרין כג,ו) למד מהגמ' בסנהדרין, שלמדו פסול שונא מהפסוק (במדבר לה,כג); והוא לא אויב לו ולא מבקש רעתו, דהפסול של שושבינו ואויב גמור הוא מגזירת הכתוב, וכיון שהוא פסול, גם אם הוא שושבין לשני בעלי הדין, יש לפסול, משא"כ אוהב שאינו גמור שהוא רק מעין שוחד, ובשניהם אוהבים שעשו עימו טובה, לא שייך שוחד, וממשיך האו"ש: "וכיון שכן נראה לנו, שבדיינות אשר השקר הוא רק באומד השכל לא במוחש, וקל בזה ההטעאה, א"כ גזה"כ לא אויב לו כולל כמו קרוב אפילו הוא קרוב לשניהם פסול לדיינות, כן אוהב זה שושבין לשניהם [או רעו כנפשו, שבדיינים לא שייך גדר רק לפי מדע נפשו] ג"כ פסול לדיינים, ותו א"כ נראה דהא דלא לידון אינש למאן דרחים ליה משום דלא חזי ליה חובא, שזה אינו באוהבו זה שושבינו, והוא בגדר שוחד, דמיירי כולא סוגיא תמן, א"כ ודאי דלא פסיל למידן רק אם אחד אוהבו, או אחד שונאו, אבל באוהב לשניהן לא שייך שוחד, ומותר לדון". ומבואר מדבריו דאוהב רעהו אשר כנפשו, הוא פסול מגזירת הכתוב, דככל שיש הטעיה באומד השכל, כבר פסלה התורה להיות דיין, משא"כ מי שעשה לו רק טובה ומחמת זה הוא אוהבו, אין זה אוהב שיש נטיה אלא חשש יותר רחוק, ומזה לא גזרה התורה ואינו אלא מידת הדיין להתרחק מלדונו. [ומה שנחלקו בגמ' סנהדרין כט,א לענין שושבינו בשעת ימי המשתה או רק ביום חתונתו, זה אליבא דמ"ד שאוהב פסול לעדות, אבל לדידן דקיי"ל דכשר לעדות ופסול לדיינות, אין חילוק בין שבעת ימי המשתה או יום חתונתו, אלא כל שהוא רעהו אשר כנפשו, פסול להיות לו דיין].

ומצאנו לאחרונים שלמדו בדעת הרמב"ם, שאין באוהב איסור תורה אלא דרבנן, ואם דן, בדיעבד דינו דין. הב"י (חו"מ סי' ז) כתב (כמו שכתב בספרו כס"מ

כנ״ל), דהרמב״ם ס״ל דמזה שלא חילקו בכתובות בין סוגים שונים של מאן דרחים ליה, משמע דס״ל לגמ׳ דלהלכה כל מאן דרחים ליה, כל סוגי האוהבים, שוים שאינם יכולים לדון. ודוקא לכתחלה אסר הרמב״ם, אבל בדיעבד אם דנו אפילו לשונא שלא דבר עמו שלשה ימים באיבה ולשושבינו, דיניהם דין, שבדינים אחרים כתב הרמב״ם שאין דיניהם דין, ובאוהב ושונא לא כתב כן, רק כתב שאסור לדון לאוהבו ולשונאו, ולא כתב שאם דנו אין דיניהם דין. ובתש׳ עבודת הגרשוני (סו״ס לג) למד ממה שכלל הרמב״ם כל סוגי האוהב, שהרמב״ם לא פסל אוהב מהתורה אלא מדרבנן, ולכן דינו דין בדיעבד: ״כי מוכרחים אנו לומר שאוהב ושונא אינם פסולי לדון אלא מדבריהם, והכתוב לא אויב וגו׳ אינו אלא אסמכתא בעלמא, והוא זה פשיטא לפי דעת הרמב״ם דס״ל לא שנא שושבינו ואוהבו כנפשו לא שנא אוהבו אשר אין אהוב לו כ״כ אלא דרחים ליה במקצת לעולם הוא אסור לו לדונו לכתחלה, אבל בדיעבד דינו דין ... גם לא כתב לשון פסול אלא לשון אסור, משמע דוקא לכתחילה אבל לא בדיעבד, ממילא פשיטא מוכרחים אנו לומר שאין אסור בדבר אלא מדבריהם״. גם בתש׳ חוות יאיר (סי׳ ב) מבואר שאין באוהב פסול מהתורה, ואינו דומה לפסול קרבה או מחמת עבירה, שפסולם מגזירת הכתוב, ובאוהב יש טעם מסתבר לפסול, אבל אינו פסול מהתורה, ולכן הכשיר אוהב בזבל״א, כיון שגם השני בורר לו מי שירצה.

אח״כ מצאתי כן בהדיא במהרי״ק (סי׳ טז), דהפסול של מאן דרחים הוא בדיין ולא בבורר: ״דהא דאמר דלמאן דרחים ליה כולי לא לידון איניש כולי, היינו דוקא בדיין מומחה לרבים ובאים כולם לדון בפניו ועיקר הדין תלוי בו, כגון שמקבלים אותו לדון יחיד מחמת המחאתו או מאיזה טעם שיהיה, ואפי׳ אם תמצא לומר שיש גם אחרים עמו מדבר ואין דן יחידי, מ״מ הוא הראש מב״ד וברוב פעמים הדין נחתך על פיו, בכה״ג הוא דאמר דמדת חסידות הוא שלא ידון אותו. אבל כשזה בורר לו אחד עבורו וכן האחר בורר לו אחד עבורו, אפילו שזה בורר אוהבו, גם האחר יברור אוהבו, ויתברר הדין על פי הדיין השלישי השוה לשניהם, ואפי׳ משום מדת חסידות אין כאן״.

וידועה מחלוקת האחרונים (בפירוש דברי הראשונים), אם נוגע פסול לעדות מחשש שמא ישקר, כיון שיש לו נגיעה, או שפסולו מדין קרוב, שמחמת היותו נוגע, הרי הוא כמעיד על עצמו, ולעיתים אף יחשב כבעל דבר עצמו, ויש בזה אריכות דברים, ואכמ״ל, רק מראה מקום לדברי הלבוש, הסמ״ע, הש״ך, תומים, נתיבות - חו״מ ר״ס לז, קצוה״ח לז,ה ועוד. ומעיקרא סברתי אפשר דשני סוגי אוהב, המה שני הטעמים לפסול נוגע. אוהבו אשר כנפשו ושושבינו, הרי הוא כמעיד על עצמו, דכמו שיש קורבה משפחתית הפוסלת, יש קרבה רגשית שעושה את המעיד ומי שמעידים

עליו, כקרובים בקרבה הפוסלת, וזו גזירת הכתוב. משא״כ מי שעשה עמו טובה, דכמו שכתבו האחרונים יש חשש שיטה את ליבו, דכמו שבעדות יש חשש שישקר, כך יש שקר של דיין בהטיית הלב וממילא הטיית הדין. אולם זה אינו, דבשלמא באוהב אשר כנפשו, שייך לפסול מדין קרוב, אולם עיקר הפסוק וגזה״כ נאמרה בשונא, והוא לא אויב לו, ומה שייך פסול קורבה בשונא, ובודאי אף בשונא גמור החשש הוא שמא ישקר ויטה את ליבו. ולכן צ״ל דמה שאוהב ושונא לא ידונו, הוא דין בפני עצמו, ואינו שייך לדין נוגע, אא״כ נאמר דכל פסול נוגע הוא מחשש משקר, וכמו שכתבו הסמ״ע והש״ך ר״ס לז, והוא הטעם שייך גם באוהב ושונא.

ומזה י״ל למה שדן בשעהמ״ש ז,ב, באוהב שפסק לחובת אוהבו, או שונא שפסק לזכות שונאו, אם דינם דין, דכיון דאוהב פסול לדון משום דלא חזי ליה חובה, ושונא משום דלא חזי ליה זכות, כשדן לחוב את אוהבו ולזכות את שונאו דינו דין, או אין דינו דין, דהתורה לא הכשירה לדון אלא כשיכולים הדיינים לדון לשני הבעלי דין להצדיק את הצדיק ולהרשיע את הרשע, ולא שידונו דוקא לזכות אחד מהן או לחוב את אחד מהן, דכשיכולים רק לזכות או רק לחובה, אינם דיינים. וכתב שם לתלות בשאלה אם נוגע כשר להעיד לחובה, עיין נימוק״י (ב״ב כג,ב מעמוה״ר), תש׳ הרא״ש ו,כא, ש״ך לז,א, קצוה״ח לז,ט, תומים לז,כא. ולפ״ז י״ל, דאם הוא מחשש משקר, א״כ כשפוסק לחובת אוהבו או זכות שונאו, יכול לדון, ולש״ך כשר נוגע לחובה אף לטעם של קרבה, נהיה קרובו רק אם מעיד לזכות, משא״כ אם מעיד לחובה, אין בו דין נוגע שיחשב קרוב, אולם ודאי לחשש משקר, לא שייך לפסול נוגע לחובה, והוא הדין לענין דיינים. וס״ל לשעהמ״ש דאין פסול בעצם היות הדיין מי שאינו יכול לפסוק כצד אחד, לחובת שונאו או לטובת אוהבו, כצ״ל לשיטתו.

ולפי האמור נראה דבנדו״ד שאינו אוהב גמור, שאינו רעהו אשר כנפשו או שושבינו, אלא חש הכרת הטוב על טובה שעשו לו, בבחינת מאן דרחים ליה, אף שלכתחילה לא ידון, אם הסכימו לקבלו, לכאורה אין בזה חשש, כיון שכל האיסור באוהב שאינו גמור הוא ממידת הרחקת הדיין. יחד עם זאת, אם הדיין רואה שלא יוכל להיות אובייקטיבי ולראות חובה לאלה שחש כלפיהם הכרת הטוב, אף שהצד השני לא התנגד, יתכן שאינם יודעים עד כמה הוא חש הכרת הטוב לעושי הטובה, והכל לפי התחושה של הדיין, אבל מעיקר הדין נראה שיכול לדון, ורק אם מרגיש שאינו אובייקטיבי מספיק, עליו להתרחק מלדון.

ונמצא בתש׳ צמח צדק (ליובאוויטש, חחו״מ סי׳ נ), שדן אם יכולים ת״ח לדון בדין תורה בין רב העיר לאחד מבעלי הבתים, דלכאורה הת״ח ודאי אוהבים את רב העיר, ויש לפסלם מדין אוהב. הצ״צ דוחה את הטענה, דאין זה גדר של אוהב,

דהרי גם כהן גדול דנים אותו, וכן מלך דנים אותו, ומדוע לא פוסלים את כל העולם לדון את הכהן הגדול, דמן הסתם אוהבים את הכהן הגדול יותר משאר אדם, דמי לנו גדול מכהן גדול שעבודתו מכפרת, וגם מגין על דורו. לכן פירש הצ״צ בדברי הגמ׳, לא לידון אינש למאן דרחים ליה; ״זה כשיודע בנפשו בבירור גמור בודאי שהוא אוהב לו והשני אינו אוהב לו, ולכן תלוי הדבר בהדיין ... משא״כ הכא אף שהוא כהן גדול והשני איש פשוט, אין מוכרח כלל שהדיינים אוהבים אותו יותר, דאהבה אינה תלויה כ״כ במה שהוא אדם גדול בישראל, ואדרבא יש עליו קנאה יותר וכו׳. ע״כ מהסתם לא פסלינן ליה כלל מחמת זה. וה״ה אפי׳ תלמיד לרב״. שגדר האהבה היא אישית מחמת הרגש והטובה האישית שעשה לו, ולא מחמת גדולתו וגבורתו של הנידון, אא״כ הדיין מרגיש בעצמו וצריך להסתלק מהדין, אבל אי אפשר לפסול באופן כללי בטענה זו, מבלי שמוכחת האהבה או מעשה שעשה לו. ומש״כ להכשיר רב לתלמיד, הוא מדברי מהרי״ק, והוא גם אהבה כללית ולא מחמת מעשה שעשה לו, דהיינו שאין לפסול רק מחמת היות הנידון תלמיד, דזה עצמו אין בו אהבה הפוסלת, אא״כ עשה לו טובה אחרת. וממשיך שם מהרי״ק: ״ועוד, א״כ ת״ח וע״ה הבאים לדון בפני הדיין, יהיה הדיין פסול, דאנן סהדי שאוהב הת״ח יותר, הגם שאינו אוהבו כנפשו ממש כמר בר ר״א פי״ו דשבת (קיט,א), מ״מ ג״כ ודאי אוהבו הרבה יותר מהשני, כמ״ש רבא שם תיתי לי כו׳, ופירש״י שחיבת ת״ח עלי, וא״כ איך כשר לדונו, וגם מר בר ר״א למה הוצרך לומר משום דחביב עלי כגופאי, הלא גם בלי חיבה כזו יהיה פסול. א״ו אהבה כזו אין לה ענין לענין מאן דרחים ליה וכו׳״. דזו אהבה כללית, והאהבה הפוסלת היא אהבה פרטית, מה שעשה לו טובה, או שאוהב אותו כרעהו אשר כנפשו או שושבינו, שאז פסול מעיקר הדין. ושאלה זו שלח הצמח צדק לגר״נ גינזבורג (תלמיד האדמו״ר הזקן, דברי נחמיה סי׳ מה מו), ועיי״ש מה שהשיב עליו, ומה שכתב באם הדיין אוהב שאינו גמור, ואינו רוצה לפסול עצמו, והבע״ד רוצה לפסלו, דבכנה״ג כתב שאינו יכול לפסלו, ועיין מש״כ בזה שם.

גם מש״כ מהרי״ק (סי׳ כא) להכשיר מחותנים לדון זה את זה, דאין לפסלם מדין אוהב, והביא ראיה שאין בע״ד שכנגדו יכול לפסול את האוהב שאינו גמור, מדברי המרדכי, שאינו יכול לפסול אושפזיכניה שלו, ורק רב החמיר על עצמו, עיי״ש. ומ״מ כל זה תלוי בהרגשת הדיין עצמו, דמעיקר הדין אי אפשר לפסלו מאוהב שאינו אוהב גמור, ורק אם הדיין מרגיש שאינו יכול לראות חובה, צריך לסלק עצמו מהדין. ומה שרב החמיר על עצמו באושפזיכניה, נראה דרב הרגיש שיכול לדון, ורק משום מראית עין החמיר על עצמו, מפני שאם רב הרגיש שאינו יכול לדון, היה לו לסלק עצמו מעיקר הדין ולא מחמת חומרא. ועיין עוד במהר״י אדרבי (דברי ריבות סי׳

קצג), בתש׳ רדב״ז (ח״א סי׳ תקלט), מהרש״ם (ח״ג סי׳ כב), ובאריכות בשאילת יעב״ץ (ח״ב סי׳ א).

ב. נגיעה שאינה של ממון

והאחרונים דנו אם פסול של נוגע הוא דוקא בנגיעה של ממון, או אף בנגיעה שאינה של ממון. דלכאורה אם נאמר דפסול של נוגע הוא אף בנגיעה שאינה של ממון, יש ללמוד דאוהב יפסל מדין נוגע. מהריב״ל (ח״ג סי׳ קכא) הביא ראיה מב״ב מד,ב – מה,א: גופא, אמר רבין בר שמואל משמיה דשמואל, המוכר שדה לחבירו שלא באחריות, אין מעיד לו עליה מפני שמעמידה בפני בעל חובו. היכי דמי, אי דאית ליה ארעא אחריתי, עליה דידיה הדר, אי דלית ליה ארעא אחריתי, מאי נפקא ליה מינה. לעולם דלית ליה ארעא אחריתי, דאמר לא ניחא דליהוי לוה רשע ולא ישלם. סוף סוף לגבי אידך נמי לוה רשע ולא ישלם הוא. דאמר להכי זביני לך שלא באחריות. מבואר שאינו מעיד מנגיעה שלא יאמרו עליו לוה רשע ולא ישלם, אף שאינה נגיעה של ממון. והרמ״ה בסוגיא (אות קנט) כתב להדיא, דמהסוגיא מוכח דלא בעינן נגיעה של ממון, דלא יקראו לו לוה רשע, אינה נגיעה של ממון: ״ושמעינן מינה דכל כי האי גוונא, אע״ג דלאו הנאת ממון היא, הנאה הויא והוה ליה נוגע בעדותו״.

עוד הביא ראיה מכתובות כא,ב: אמר רבי אבא אמר רב הונא אמר רב, שלשה שישבו לקיים את השטר וקרא ערער על אחד מהן, עד שלא חתמו מעידין עליו וחותם, משחתמו אין מעידין עליו וחותם. ופרש״י שם, דמשחתמו הוו להו נוגעין בעדות, שגנאי להם שישבו עם פסול בדין. מבואר שאף נגיעה שאינה של ממון, גנאי להם שישבו עם פסול לדין, הוי נגיעה הפוסלת לעדות. אמנם להלכה ס״ל למהריב״ל דדוקא הנאה של ממון, או נגיעה שאינה של ממון אלא של איסורא, ישיבה עם פסול לדין, לוה רשע ולא ישלם, הם הנגיעות הפוסלות, אך נגיעות אחרות אינן פוסלות לעדות: ״ומכל מקום מסתברא לי דאין לנו לדמות מילתא למילתא משקול הדעת, ולומר כי היכי דהתם אף על גב דליכא הנאת ממון חשבינן ליה נוגע בעדות, הכי נמי חשבינן ליה. ואם לחשך אדם לומר דאדרבא דאית לן לדמות מילתא למילתא, דהרי כתב הרמב״ם (עדות טז,ד) וכן כל כיוצא בזה בדברים אלו אינם תלוים אלא בדעת הדיין, שיבין עיקר המשפטים וידע דבר הגורם לדבר אחר ויעמיק לראות אם נמצא שיש לזה העד צד הנאה בעדות זו אפילו בדרך רחוקה ונפלאה, הרי זה לא יעיד בדבר זה שמא נוגע בעדות הוא, ע״כ. אף אתה אמור לו דהנאה דכתב בהנאת ממון קא מיירי, אבל מנין לנו דחשיב הנאה כי היכי דלא לימרו ולא הוו ידעו דפשרה צריכא קנין, דלא אשכחן אלא הנאת ממון או הנהו הנאות דכתבי לעיל דהוו מילתא דאסורא.

... ואף על גב שנראה מדברי הרמב"ם דעל הספק חשבינן להו נוגעים בעדות, שכן כתב הרי זה לא יעיד בדבר זה שמא נוגע בעדות הוא, מכל מקום בנדון דידן מסתברא לי דליכא ספיקא אלא דודאי אינן נוגעים בעדות". מבואר דדוקא נגיעה של ממון או איסור פוסלת לעדות מדין נוגע.

ובתש' אחרת (ח"ב סי' כט) הסתפק מהריב"ל, אם דיינים עשו פשרה, ומי מבעלי הדין טוען שלא קבלו בקנין על הפשרה, אם הדיינים נאמנים להעיד שהיה קנין, או שחוששים שיעידו שקר ונוגעים בעדותם, שלא יאמרו שהם עמי ארצות שאינם יודעים שפשרה צריכה קנין. ודעת מהריב"ל נוטה שאינם נוגעים מחשש זה: "וזכורני כי בימי חרפי נפל מחלוקת בשלוניקי בענין כזה, ומסתברא לי דהפשרנים הם נאמנים לומר שנטלו קנין, ולא אמרינן דהם נוגעים בדבר, ואלו הוה הכי אפשר דלא משתמיט שום פוסק ושום מפרש דלימא הכי". ולכאורה אפשר דדברי מהריב"ל הינם אף לצד שנוגע פסול בנגיעה שאינה של ממון, וס"ל דנגיעה כזו לא הוי נגיעה, או י"ל דדבריו הם מזה הטעם, דנוגע פסול רק בנגיעה של ממון, וחשש זה אינו בכלל. ועיין בברכ"י (חו"מ יב,יב) שנו"נ בדבריו, ונראה דמהריב"ל ס"ל דלא מצאנו שיהיה נוגע אלא מחשש איסור או ממון, משא"כ חשש שישקר מחמת הבושה, לא מצאנו שיהיה מחמת זה נוגע בעדות: "דלא אשכחן דמיקרי נוגע אלא משום צד איסור או ממון, אבל משום הנאת כבוד מי יימר דחשדינן ליה דמשום שלא יתבייש משקר, אימא דקושטא קאמר שנטלו קנין ולא חשדינן ליה שטעו מעיקרא ולא נטלו, כי היכי דנימא דמשום הך הנאה יעידו שקר, ולא אשכחן דהוי נוגע בדבר מחמת הנאת כבוד, ובפרט בזה דצריך לחשוד מעיקרא לדיינים שטעו בדין פשוט". הרי שאפי' לא בעינן דוקא הנאת ממון, חשש שישקר מחמת כבוד, אינו בכלל דין נוגע בעדות שיפסל.

המהרי"ט (ח"ב חו"מ סי' פ) ס"ל דדוקא הנאה של ממון יחשב כנוגע, והביא ראיה מב"ב מג,א; האומר תנו מנה לענייי עירי, אין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר, ומוקי לה בספר תורה, שהכל אצל ספר תורה עניים הם, ופרשב"ם, שדרך בני אדם לקרא בני עירו עניים כשאין להם ספר תורה, דעניות גדולה היא. אי נמי, בעניים ממש ובענייי דרמו עלייהו על עשירי העיר. ומבואר שאם יש להם ס"ת אחר, אינם נחשבים נוגעים, אף שיש להם הנאה שיהיו ס"ת מרובים; "אלא כל דלא מטי ליה הנאת ממון לא מיפסיל". ובדרך זו ביאר מהרי"ט את דברי הרמב"ם (עדות טז,ד), שאם דעת הדיין מבין בדבר הגורם לדבר אחר ויעמיק לראות, אם נמצא שיש לעד זה צד הנאה בעדות זו אפילו בדרך רחוקה ונפלאה, הרי זה לא יעיד בדבר שמא נוגע בעדותו הוא, שלא החמיר הרמב"ם אלא שיעמיק הדיין לחקור אם יש לעד הנאת ממון אפי' בדרך רחוקה, או שתבא הנאת ממון אחר כך לקרובים.

עוד הביא מהרי"ט ראיה מהגמ' שם (ב"ב מג,א), מהא דאמר רבין בר שמואל משמיה דשמואל, המוכר שדה לחבירו שלא באחריות אין מעיד לו עליה מפני שמעמידה בפני בעל חובו. ובתוס' שם (ד"ה מפני) הקשו, מדוע פסלו דוקא מהטעם שמעמידה בפני בע"ח שלו, תפסול מחמת הטעם שנח לו שלא תהיה לקונה תערומת עליו, דמזה הטעם יכול לעמוד עימו לדין. ותירצו התוס' ב' תרוצים, דאין נפסל בשביל כך לעדות. תרוץ שני, דמיירי אפילו במכיר בה שהיא שלו דליכא תרעומת. והנפק"מ בין התרוצים, דלתרוץ א מה שלא נפסל לעדות מחשש תערומת, דפסול עדות של נוגע הוא רק בנגיעה של ממון, ותרעומת היא נגיעה שאינה של ממון ולכן נפסל. ולתרוץ שני, אף נגיעה שאינה של ממון, כגון תערומת, פוסלת לעדות, רק בנדון שם יודע שהיא שלו, ולא תהיה לקונה תערומת עליו. וכתב מהרי"ט דתוס' כתבו בתרוץ השני לרווחא דמילתא, דודאי יש לחלק בין לאשתעויי דינא בהדיה למעיד לקונה שדה ממנו, דאף בנידון אין מקום לדמיון מפני שיודע שלא יהיה תערומת, אבל לא שאם היתה תערומת היה נפסד בכך. וחזר הדין בתש' מהרי"ט שם (ח"ב חו"מ סי' צז). אמנם במחנ"א (עדות ה) העיר, דמהטור (חו"מ סי' לז) מבואר שהעיקר כתרוץ השני של התוס'.

והמחבר בשו"ע חו"מ לז,ט, פסק וז"ל: "הגזברים, כל זמן שאין להם ולא לקרוביהם שום זכות בנכסי ההקדש ולא בפירותיהם, כשרים להעיד". וברמ"א הוסיף מהב"י בשם הריטב"א: "וכ"ש שקרוביהם כשרים להעיד, אע"פ שהגזבר מחלק הממון למי שירצה, למ"ד טובת הנאה אינו ממון. ואע"פ שנותן אחר כך לקרוביו עניים, מ"מ אין מבטלים העדות משום זה, מאחר שלא היה הנאה נכרת בשעת העדות". ובש"ך לז,י העיר, דבתש' הריטב"א לא מבואר דלמ"ד טובת הנאה אינה ממון יכול להעיד, אלא לאידך גיסא, דיש לגזבר טובת הנאה שהיא ממון לחלק לקרוביו, אבל לא כתב דלמ"ד טובת הנאה אינה ממון מותר לקרוביו של גזבר להעיד. וכתב הש"ך, דהריטב"א לשיטתו דטובת הנאה הוי ממון, ולכן פסול להעיד: "דלא מסתבר לומר דלמ"ד טובת הנאה אינה ממון יכול להעיד, דעד כאן לא אמרינן טובת הנאה אינה ממון אלא לענין תשלומי כפל וקדושי אשה ושבועה וכה"ג, וכמ"ש לקמן סימן ש"ן, משום דהתם בעינן דבר של ממון, אבל לענין נגיעת עדות לא בעינן נגיעה של ממון, דנגיעה של שום הנאה נמי פסול, דהא חיישינן שמעיד להעמידה בפני בעל חובו, אע"ג דלית ליה הנאת ממון רק דלא לקרוייה אינשי לוה רשע ולא ישלם, או שהראשון נוח לו והשני קשה הימנו וכה"ג, או מפני הנאה שיתעשרו העניים וכיוצא בזה, וכדלקמן ס"כ. ועוד, דהרי לענין עדות כתבו הרמב"ם (עדות טז,ד) והטור והשו"ע לקמן (טור סעיף טו ומחבר סעיף כא), דאפילו דבר הגורם לדבר אחר, אם יש צד הנאה בעדות זו אפילו בדרך רחוקה ונפלאה, לא יעיד. וא"כ כ"ש הכא שיש לחוש שמעיד כדי שיהיה להגזבר טובת הנאה לחלק למי שירצה". וק"ו שידוע שהגזבר

יחלק אח״כ לקרוביו, ונשאר בצ״ע על הרמ״א. ומזה מוכח דס״ל לש״ך דנוגע פסול אף בנגיעה שאינה של ממון, וצ״ל דהרמ״א ס״ל כמהריב״ל ומהרי״ט דדוקא נגיעה של ממון פוסלת לעדות. וכך ישב בקצוה״ח לז,ד, דהרמ״א ס״ל דדוקא נוגע של ממון פסול לעדות. ועיין עוד בקצוה״ח שם ס״ק ב, שהביא דברי מהרי״ט בסתם, דבעינן דוקא הנאה של ממון לפסלו לעדות מדין נוגע.

לענין סילוק דיינים הנוגעים בדין, איתא בב״ב מג,א: והתניא, בני עיר שנגנב ספר תורה שלהן, אין דנין בדייני אותה העיר ואין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר, ואם איתא ליסלקו בי תרי מינייהו ולידיינו (יכתבו דין ודברים אין לי על ספר תורה זה ויקנו מידם – רשב״ם). שאני ס״ת דלשמיעה קאי (ואין יכול לסלק עצמו שלא יהא נוגע בעדות, שהרי נהנה בו ויוצא בשמיעתו, אלא אם כן ילך לו לדור בעיר אחרת שלא יהנה בקריאתו). תא שמע, האומר תנו מנה לבני עירי, אין דנין בדייני אותה העיר ואין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר, אמאי ליסלקו בי תרי נפשייהו ולידיינו. הכא נמי בס״ת (שפירש תנו מנה לבני עירי לקנות בו ס״ת). ת״ש, האומר תנו מנה לעניי עירי, אין דנין בדייני אותה העיר ואין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר. ותסברא, עניים שקלי דייני מיפסלי, אלא אימא אין דנין בדייני עניי אותה העיר ואין מביאין ראיה מעניי אותה העיר, ואמאי לסתלקו בי תרי נפשייהו ולידיינו. הכא נמי בספר תורה, ואמאי קרי להו עניים, דהכל אצל ספר תורה עניים הן (שכולן צריכים לו, ודרך בני אדם לקרוא בני עירו עניים כשאין להם ס״ת, דעניות גדול הוא זה). ואיבעית אימא לעולם כדקתני עניים ממש, ובעניי דראמו עלייהו (על דייני העיר, פירוש עשירי העיר, וכדמפרש ואזיל דהשתא נוגעין בעדות הן).

ולכאורה מזה מוכח דפסול נוגע הוא אפי׳ בנגיעה שאינה של ממון, שהרי הנאה של שמיעה בס״ת אינה נגיעה של ממון. ומהרי״ט (הנ״ל) הביא ראיה לאידך גיסא, דדוקא הנאה של ממון פוסלת, מזה שאם יש להם ס״ת מרובים, לא הוי נוגע. אולם לכאורה עצם הנגיעה ממה שיש ס״ת לקריאה, אינה הנאה של ממון, ובפרט דמצוות לאו להנות ניתנו (ראה מה שכתבתי בח״ה סי׳ כד), דנהנה בו ויוצא בשמיעתו אינה הנאה של ממון. ומה שיכול להסתלק כשיש ס״ת, ונהנה לכאורה ממה שיהיו ס״ת מרובים, י״ל שהיא הנאה רחוקה מאד, אולם הנאה של שמיעת ס״ת שנהנה בשמיעתו, אינה הנאה של ממון, ומזה שאין דנים בדייני העיר ופסולים לעדות, מוכח לכאורה שאף הנאה שאינה של ממון, נפסל נוגע לעדות ושבועה.

גם מהמשך דברי הגמ׳, דעניים דראמו עלייהו, לכאורה משמע דלא בעינן הנאה של ממון, דאיזה הנאה של ממון יש להם שיהיה ריוח לעניים. וראיה זו הביא מהרי״ט (ח״א סי׳ יד): ״שאע״פ שאין להם שום הנאת ממון בדבר, מ״מ ניחא להו שעניים

הסמוכים עליהם יהיו מרויחים. משמע דאפי׳ אין כאן דררא דממונא מקרו נוגעים בעדותם. אלא שמדברי רשב״ם ז״ל שם לא משמע כן, ובמקום אחר הארכתי״. וכוונת מהרי״ט למש״כ בח״ב חחו״מ סי׳ פ, עיין לעיל. ושם הביא ראיה מזה שעשירי העיר צריכים להסתלק ולא דייני העיר: ״אי נמי ללישנא בתרא דעניי דלא רמו על הדיינים אלא על עשירי העיר, יכולים להעיד ולא מקרו נוגעים משום דניחא להו שיהיו עניי עירם מוסכמים יפה, שדעתו של אדם קרובה אצל עניי עירו, שהכל דומים לעניי עיר אחרת, ולהכי אמרינן האומר תנו לעניים סתם נותנים אותו לעניי עירו, אלא כל דלא מטי ליה הנאת ממון לא מיפסיל״. ואפשר דמה שיכולים דייני העיר לדון, אף שניחא להו שיהיה לעניי עירם יותר, הוי נגיעה רחוקה, ולכן לא נפסל.

ועיין במש״כ הגרא״ו (קובץ שעורים ב״ב קפ), ונראה שלמד מהסוגיא דלא בעינן נגיעה של ממון. הגרא״ו הקשה, דמתרוץ הגמ׳ עולה דס״ת דלשמיעה קאי, לא מהני סילוק, ומדוע לא יועיל סילוק, הרי מצות לאו ליהנות ניתנו, דקיום המצוה אינה הנאה. ותירץ, דלענין עדות מיקרי נוגע, כיון שרוצה לצאת ידי חובתו. ולכאורה מה שיוצא ידי חובתו אינה נגיעה או הנאה של ממון, והיא נגיעה אף ללא הנאה, דמצוות לאו להנות ניתנו, שלא לדבר על נגיעה של ממון. ומוכח מזה לכאורה דנוגע בנגיעה שאינה של ממון, פסול לעדות. והקשה הגרא״ו: ״אבל לדעת מהרי״ט שהביא בקצה״ח, דדוקא בנגיעת ממון מיפסיל, קשה מכאן, דכיון שנסתלק תו ליכא נגיעת ממון״. דקודם שנסתלק יש לו נגיעה של ממון, בהיותו שותף בס״ת, ומשנסתלק מהשותפות, אין לו הנאה של ממון ואין לו הנאה כלל, ולמה נפסל למהרי״ט. ומזה מוכח דהגרא״ו למד מהסוגיא דנוגע פסול אף בנגיעה שאינה של ממון.

ועיין גם במהרשד״ם (חחו״מ סי׳ טז) שדן בדו״ד שיש לקהל עם יחיד בענין תפוחים מכסף שמקשטים בהם את הס״ת, אם יכולים דייני העיר להסתלק מהנאת תפוחי הכסף ולדון בדו״ד. והרב השואל כתב לחלק בין קריאת ס״ת לתפוחי כסף, דתפוחי כסף שאינם אלא לנוי ואין מהם הנאה כלל, מהני בהם סילוק. ודעת מהרשד״ם דיש להם הנאה מקישוט הס״ת, שהוא לכבוד ולתפארת. ובודאי דאף גם הקריאה אינה הנאה של ממון, חזינן מדעת מהרשד״ם, דהנאה כזו של נוי ותפארת לס״ת, נחשבת כהנאה שיפסלו מלדון. גם מדברי הרדב״ז (ח״ג סי׳ תתקי) עולה שנגיעה שאינה של ממון הוי נגיעה הפוסלת. הרדב״ז כתב כן לענין דייני הקהל, לדון על פורשים מביהכנ״ס, שיש להם נגיעה שיתפללו כולם באותו ביכנ״ס, דברוב עם הדרת מלך. ומשמע שאף נגיעה זו הוי נגיעה הפוסלת, אף שאינה נגיעה של ממון. וע״ע מהרש״ם ח״ה סי׳ כה.

ג. נוגע אין לו שם עד

עוד ראיתי להביא כאן מה שדנו בראשונים והאחרונים, דנוגע בעדות אין לו כלל שם עד בהיותו נוגע, ולכן לא שייך לגביו תחילתו בפסול. ואף שלכאורה בדיינים לא שייך הדין של תחילתו וסופו בכשרות, מ״מ ככל שלנוגע אין שם של עד, לכאורה גם אין לו שם של דיין, ונפק״מ שאין דינו דין כלל, והוא הדין באוהב רעהו אשר כנפשו, שאין דינו דין כלל כיון שאינו דיין. וגם נפק״מ אם יסתלק מהנגיעה או מהאהבה באמצע הדין, לא יועיל, כיון שחלק מהדין היה כשאין כאן דיין.

דבתוס׳ ב״ב מג,א (ד״ה וליסלקו) הקשו, איך יועיל סילוק מהס״ת, הרי בעינן תחילתו וסופו בכשרות, ותירצו התוס׳: ״ואור״י, דלא שייך תחילתו בפסלות הכא, כיון שאין פסלות תלוי בגוף אלא בממון״. דדין תחילתו בכשרות הינה דוקא בפסול קורבה או מחמת עבירה, שהעד עצמו פסול, כאן העד עצמו אינו פסול אלא שאינו יכול להעיד מחמת הנגיעה שעליו שהיא דבר חיצוני, וככל שדבר זה הוסר, אין מניעה שיעיד על מה שראה, דפסול קרוב או מחמת עבירה הוא גזירת הכתוב, ומה שראה בזמן שגזרה התורה שהוא פסול, אינו יכול להעיד לאחר שהוכשר, משא״כ נגיעה, שהוא חסרון בטעם ואינו גזירת הכתוב, לא שייך החסרון בעדותו משהוסרה הנגיעה. ולכאורה כל הנידון הוא על עדות בני העיר, כיון שידעו עדותם קודם שהסתלקו, ואח״כ הסתלקו, הקשו תוס׳ הרי אין תחילתם בכשרות. אולם בדיין בכה״ג לא שייך הדין של תחילתו בכשרות, אם הסתלק קודם שנהיה דיין שדן בדבר, הרי תחילתו בכשרות, ומה שקודם היה פסול אינו מונע מלדון, דתחילתו וסופו בכשרות. אלא שמקושית הגמ׳ שהקשתה וליסתלקו תרי מינייהו וידונו, משמע שדוקא בדיינים היתה האפשרות של סילוק, וע״ז הקשו התוס׳ (עיין להלן בדברי הרמ״ה). ואפשר דתוס׳ ס״ל דקושית הגמ׳ היא בין על עדים ובין על דיינים, ועל עדים הקשו דבעינן תחילתו בכשרות, דבדיינים בכגון הס״ת, לא הוי תחילתו בפסול. ומ״מ לשיטת התוס׳, בדיינים לא שייך תחילתו בפסול, ולכן ודאי יכול להסתלק, ואף בעד נוגע יכול להסתלק.

והסברא לחלק בין פסול נוגע לפסול קרוב, י״ל לפי מש״כ במרדכי (ב״ב תקלט): ״כיון שמתחלה היה בידו לסלק עצמו, קרינן ביה תחלתו וסופו בכשרות״. דנוגע יכול לסלק עצמו מיד כשרואה ולפני שיראה, משא״כ קרוב. ולכאורה צ״ע לענין פסול עבירה, וצ״ל כיון שתהליך חזרה בתשובה והכשרתו לעדות אחר שחזר בתשובה, הינו מהלך ארוך ואינו בהרהור תשובה בליבו, עיין שו״ע חו״מ לד, מסע׳ כט ולהלן, ועיי״ש בסע׳ כט: ״כל מי שנתחייב מלקות, כיון שלקה בב״ד חוזר לכשרותו, אבל שאר פסולי עדות, שהם פסולים משום ממון שחמסו או שגזלו, אע״פ ששלמו צריכים תשובה, והרי הם פסולים עד שיוודע שחזרו בהם מדרכם הרעה״. וזה אינו יכול

לעשות במיידי. לכן בנוגע שיכול להסתלק מיד, לא בעינן תחילתו בכשרות, משא"כ בפסול קורבה או מחמת עבירה. ועיין עוד להלן בסברת החילוק שכתבו הראשונים.

אמנם מדברי התוס' נדה (נ,א ד"ה ור"מ) נראה לחלק בין פסול עדות לפסול דיין, דדיין אין בו הדין של תחילתו בכשרות. התוס' הקשו מהסוגיא של ליסתלקו וידונו, והרי בעינן תחילתו בכשרות: "וכי תימא לדון כשר טפי, והתנן כל הכשר לדון כשר להעיד. וי"ל, דמתניתין מיירי בלהבא כל הכשר לדון להבא כשר להעיד, מה שיראה מכאן ולהבא". ולכאורה מה שייך תחילתו בפסלות קודם שהתחיל לדון, הרי הוא מסתלק קודם שהתחיל לדון, ומה שייך בזה תחילתו בפסלות. ואם התחיל לדון בפסלות והסתלק, לכאורה מה שדן בהיותו פסול נוגע לא הוי דין. ומזה שתוס' לא תירצו כמו שתירצו בב"ב, דפסול נוגע לא בעינן תחילתו בכשרות, נראה דס"ל דבפסול נוגע ופסול הגוף שוים לענין תחילתו בכשרות.

וכן כתב להדיא הרמ"ה (ב"ב מג,א אות קל) לענין עדות שותפים: "אבל היכא דהויא תחילתו בפסלות, כגון דאתי לאסהודי ליה לשותפיה דמזבן זבנה דכי זבנה שותפיה לתרווייהו זבנה, ואשתכח דבשעת ידיעה בפסלות הוה אע"ג דסופו בכשרות פסול, כדמיברר בפרק יש נוחלין (קכח,א) גבי פיסול קרובין. ופיסול נוגע בעדותו נמי כפיסול קרובין דמי, דקי"ל אדם קרוב אצל עצמו, וכל שכן דהתם סתמא קאמרינן עד שתהא תחילתו וסופו בכשרות, ומשמע דהכין דינא בכולהו אנפי דפסולי עדות. תדע, דהא טעמא דמילתא משום דבעינן עד או ראה או ידע אם לא יגיד, שיהא ראוי לעדות בין בשעת ידיעה וראיה בין בשעת הגדה, והאי טעמא כי היכי דשייך בשאר פיסולי, הכי נמי שייך בפיסול נוגע בעדותו". והרמ"ה הביא ראיה ממה שהגמ' הקשתה; ליסלקו בי תרי מינייהו ולידיינו, דדוקא בדיינים שייך שיסתלקו, משא"כ בעדים, בכל פסולי עדות, ובכללם נוגע, פסול לעדות, ולכן לא הקשתה הגמ' שיסתלקו ויעידו. אמנם מה שלא צריך תחילתו בכשרות בדיינים, הוא באופן שהסתלקו קודם שירדו לדין, וכמו שמבואר ברמ"ה שם (אות קלד): "ושמעינן מינה דמידי אחרינא דלאו ספר תורה מסלקי נפשייהו ודייני, דגבי דייני לא צריך תחילתן וסופן בכשרות, אלא נחתי לדינא עד דגמר דינא, וכיון דסליקו נפשייהו מקמי דנחתי לדינא, אשתכח דתחילתן וסופן בכשרות הוא". וא"כ אינו דומה תחילתו של עדות לתחילתו של דיין, דתחילתו של עדות היא הראיה, והיא תחילת העדות, ותחילתו של דיין הוא עוד בטרם היה דיין בנידון, שלפני שירד לדין, לא היה לו כל שייכות לענין, ואיך יחשב תחילתו בפסול, ומהיכן היא תחילתו. ולפ"ז אין חילוק בין עד לדיין לענין תחילתו בכשרות, רק בדיין שהסתלק קודם שירד לדין, אין את ההיכי תימצי של תחילתו בפסול.

והדברים מפורשים בתוס' רי"ד בסוגיא: "ועלה בדעתי לומר, דוקא לדון מועיל הסילוק אבל להעיד לא, מפני שהדין הוא מיכן ולהבא, אבל העדות הוא על מה

שראה מקודם לכן שרוצים להעיד, כי זה גנבו ובשעת הראיה היו נוגעים בעדותם. מפני חלקם, ואע״פ שבשעת ההגדה אינן נוגעין שסילקו עצמם, אפ״ה בעינן ראיה והגדה בכשרות, וכיון שבעת הראיה היו נוגעין בעדותן, בטלה עדותן״. וכן הוא בפסקי רי״ד בסוגיא. הרי שהחילוק אינו בין עד לדיין אלא בין עדות לדיינות, דבעדות כשראה בפסול, הוי תחילתו בפסול, דמי שראה הוא עד או ראה הכתוב בתורה, משא״כ דיין טרם התחיל לדון, לא שמיה דיין, ומה שהיה פסול בטרם התחיל לדון, אין זה תחילתו של דיינים. אולם ברור שאם התחיל לדון בפסלות והסתלק, גם דיין בעינן תחילתו בכשרות, רק בנדון הס״ת לא שייך תחילתו לענין דיין אלא רק לענין עד.

ועיין בתש׳ הרא״ש (נח,א), דבתחילה רצה לחלק בין פסול נוגע בדיין או בעד: ״וסברא גדולה לחלק בין דין לעדות, שהדיין הוא דן על טענות שטענו לפניו אחר שנסתלק, אבל העדים מעידים על זה שראו בעוד שהיו נוגעין בדבר, ולכך אין סילוק מועיל״. אולם בהמשך הסכים דאף עד נוגע בעדות יכול להסתלק, דיש חילוק בין פסול הגוף לנגיעה של ממון, וכשיטת התוס׳ הנ״ל. אולם בסי׳ שאח״ז פסל הרא״ש נוגע בעדות שהסתלק, ומשמע שהסכים להלכה לתרוץ הראשונים דלהלן: ״ואמת שרבינו שמשון כתב דסילוק מועיל לענין עדות אע״פ שלא היה תחלתו בכשרות. והא דאמרינן בפרק יש נוחלין (קכח,א) דבעינן תחלתו וסופו בכשרות, היינו דוקא לענין פסול הגוף ואהא מיתניא על חתנו וסומא ושוטה אבל פסול מחמת ממון לא בעי תחלתו וסופו בכשרות. וכך היה רבינו מאיר ז״ל דן כמה שנים, ושוב חזר בו כי מצא בתוס׳ רבינו ברוך שפירש ככתוב למעלה. ואח״כ בלמדי ערכין מצאתי שר׳ יצחק בר׳ שמואל פסלם להעיד על ידי סילוק, וכן פסק הלכה״. ועיין עוד בהגהות מיימוניות עדות טו,א שהביא בזה מחלוקת בין רבינו שמשון לרבינו ברוך, אין להוציא ממון בעדים נוגעים שהסתלקו, דכיון דהוי פלוגתא דרבוותא, אין להוציא ממון נגד דעת רבינו ברוך הפוסל עד נוגע שהסתלק, בפרט שנראים דברי רבינו ברוך. וכדעת רבינו ברוך פסק להדיא בתש׳ מהר״מ (ד״פ סי׳ תתקצה), ודייק כן ממה שהקשתה הגמ׳ (ב״ב מג,א), ליסלקו בי תרי מינייהו ולידיינו, ולא הקשתה שיסתלקו ויעידו.

ודעת הרמב״ם (עדות טו,א) שמועיל סילוק של עד נוגע: ״כל עדות שתבא הנאה לאדם ממנה, אינו מעיד בה שזה הוא כמעיד על עצמו, לפיכך בני העיר שבא מערער לערער עליהם במרחץ או ברחוב של עיר, אין אחד מבעלי העיר מעיד בדבר זה ולא דן עד שיסלק עצמו בקנין גמור, ואחר כך יעיד או ידין״. הרי שמועיל סילוק אף בעד נוגע. ועיי״ש ברדב״ז, דקושיית הגמ׳ (ב״ב מג,א) ליסלקו בי תרי מינייהו ולידיינו, מתיחסת הן לענין דיינים והן לענין עדים, דהברייתא מתיחסת הן לענין עדים

והן לענין דיינים, וכך קושיית הגמ׳, אף שהלש׳ הוא ולידיינו, מ״מ קושית הגמ׳ היא גם לענין עדים.

וכדעת הרמב״ם פסק בשו״ע חו״מ לז,יח, והש״ך שם (לז,לב) הביא פוסקים רבים (כנ״ל) שלא מועיל סילוק בעדים אלא בדיינים, שכך היא דעת רבינו ברוך, מהר״מ הג״מ, תוס׳ בנידה, תה״ד (סי׳ שמא, שהביא דברי מהר״מ בסתם), מהרי״ט (ח״א סי׳ כו). וכתב דאין להביא ראיה משותף דמהני סילוק, די״ל דמיירי בעדות שראה השותף לאחר שסילק עצמו. ונראה שהסכים דיכול המוחזק לומר קים לי כדעות אלו דלא מהני סילוק בעדים. ועיין בתומים (לז,כב) שחלק על הש״ך, וכתב דאין המוחזק יכול לטעון טענת קים לי נגד דעת הפוסקים שנוגע יכול להסתלק, דכיון דרוב הפוסקים סוברים כן, אין לומר קים לי נגד דעתם.

והנה בסברת הדין שיועיל סילוק של עד נוגע, כתב הרמב״ן (ב״ב מג,א), וז״ל: ״שאני נוגע בעדות מחמת ממון משאר פסולין, דגבי ממון לא מקרי תחלתו בפסלות, דכיון דמטי ליה הנאה מיניה, לאו בר עדות הוא כלל והשתא הוא דחאיל עליה שם עד והוה ליה תחלתו וסופו בכשרות, דההיא שעתא לאו עד הוא כלל דאין אדם מעיד לעצמו, ודמיא להההיא דאמרינן במסכת מכות (ו,א) אלא מעתה רובע יציל נרבע יציל, במקימי דבר הכתוב מדבר, כלומר והני לאו עדים הם, אבל בפסול אחר עדים פסולין מיקרו, זהו תירוץ רבותי, ויש לי לדקדק עליו״. הרמב״ן הביא את תרוץ רבותיו, דעד נוגע הוא בעל דין, ממילא מה שראה בהיותו נוגע, אין כאן תחילתו בפסול, דתחילתו בפסול שייך אם בשעת הראיה היה עד פסול, אולם בנוגע בשעת הראיה היה בעל דין ולא עד, ולכן אין לו דין של תחילתו בפסול, דתחילתו בפסול הוא דין במי שהוא עד, ואם הסתלק וכעת אינו בעל דין, הרי רק משעה זו הוא עד, ואין כאן תחילתו בפסול. רק לכאורה מדוע לא תחשב הראיה בפסול, דבשעת הראיה היה בעל דין, ובעל דין אינו עד, ממילא מה שראה בשעת הראיה אינה ראיה שיכול להעיד עליה, דאף אם אין לו שם עד פסול, מ״מ הוי ראיה שאינו יכול להעיד עליה, שלא היה בשעת ראיה עד כשר, גם אם לא היה עד פסול. ואפשר דזה גם מהדברים שרצה הרמב״ן לדקדק על פירוש רבותיו. ועיין ברשב״א בסוגיא שהקשה על רבותיו של הרמב״ן, מהגמ׳ סנהדרין ט,ב: בעי רבא, פלוני רבע שורי מהו, מי אמרינן אדם קרוב אצל ממונו או לא. בתר דבעיא הדר פשטה, אדם קרוב אצל עצמו אמרינן, אצל ממונו לא אמרינן. מוכח שלענין ממונו הוא עד ולא בעל דין.

וממשיך הרמב״ן ומחלק בדרך שונה: ״לפיכך נראה לי שלא נאמר תחלתו בפסלות אלא במי שהיה קרוב ונתרחק או פסול הגוף אחר, שהרי זה מעיד למי שהיה קרובו בשעת ראיה, אבל כאן שעכשיו נסתלק מממון זה, אין זה מעיד לקרובו

ולא למי שהיה קרובו בשעת ראיה, שהרי ממון אחרים הוא ולא שלו, ולאחרים הוא מעיד, כללו של דבר, אין אדם מעיד לאותו שהיה פסול לו בשעת ראיה, אבל היה פסול לזה בשעת ראיה מעיד באותו עדות לאחרים, שהרי תחלתו כשר הוא אצלם, וזה הטעם מספיק למי שהיה יודע עדות לקרובו, ונסתלק אותו קרוב מאותו ממון, שהוא כשר, ואלו לטעם ראשון, היה מן הדין שלא יהא נאמן". ונראה בהסבר דברי הרמב"ן, דנוגע אינו פסול בעצם כמו קרוב או פסול הגוף. כשהתורה אמרה והוא עד או ראה או ידע, וצריך שיהיה כשר בשעת ראיה ובשעת הגדה, שלא יהיה עד פסול בעצם בשעת הראיה או בשעת ההגדה. אולם נוגע אין לו אפשרות להעיד מחמת זה שהממון שעליו הוא מעיד שייך לקרוב, לו עצמו. זו מניעה ולא פסול בעדות, שאדם מנוע מלהעיד לממון השייך לו. ולכן אם בשעת ההגדה הממון שייך לאחרים, אינו מנוע מלהעיד. דבשעה שראה לא היה עד פסול, רק לא יכל להעיד מחמת השייכות הממונית של הממון לבעלים שלהם הוא אינו יכול להעיד, וככל שבשעת הגדה הממון לא שייך למי שאינו יכול להעיד, אין מניעה שיעיד. דעד או ראה וכו', שתהיה ראיה והגדה בכשרות מתיחסת לפסול הגוף. ונראה דכן הוא ההסבר בדברי הריטב"א בסוגיא: "ויש מפרשים דהתם בפסול הגוף דקורבה ושוטה וסומא וכיוצא בו, אבל כל שהוא משום נגיעת עדות, נסתלק הנגיעה הוכשר אפילו מתחילתו". דהתורה גזרה שיהיה כשר בשעת ראיה והגדה, ונוגע הוא עד כשר בעצם, ורק מניעה של קשר לממון מונעת אותו להעיד, ואינו דומה לפסול קרבה שהתורה גזרה שהוא פסול בגופו, מלא יומתו אבות על בנים וכו', אבל נוגע שהוא קרוב לממון אינו בכלל.

וצריך להוסיף בהסבר דברי הרמב"ן, דבפסול נוגע או שקרובו היה בעל הממון וכיום בשעת ההגדה יש בעלות אחרת, הרי הפסול מורכב משני דברים, הקירבה לבעל הממון, והשייכות של בעל הממון לממון, בניגוד למציאות שראה את קרובו מקדש, ואח"כ אינו קרובו שהתרחק, הקרבה בשעת הראיה נשארה שלא היתה תלויה בדבר. אבל הקרבה בממון שמורכבת הן מקרבת העד לבעל הממון ומבעלות הקרוב לממון, משעה שהסתלקה בעלות הקרוב, למפרע אין כאן עד פסול, דהניתוק מבעלות על הממון מנתקת את הקשר, דבנידון הקידושין, שהקרבה אינה תלויה בדבר, עם ריחוקה מכאן ולהבא הוי כשר ולא למפרע, אבל בנגיעה של ממון או ממון של קרוב, הפסול נובע מהשייכות לממון ולא רק מעצם הקרבה, ולכן מלכתחילה כל הפסול או המניעה מלכתחילה תלוי וקשור בעצם הבעלות, וכשזו אינה, אין כאן כל סיבה לפסול בשעת ראיה.

והריטב"א בקדושין (מג,ב), על דברי הגמ' שם: אמר רבא אמר רב נחמן, אמר לשנים צאו וקדשו לי את האשה, הן הן שלוחיו הן הן עדיו, וכן בגירושין וכן בדיני ממונות. והקשתה הגמ', שהרי השליחים נוגעים בעדות הם. והקשה הריטב"א,

שיפטור המשלח את השליחים מממון ומשבועה, ולא יהיו נוגעים בעדותם. ותירץ הריטב"א: "והנכון, דאנן בעינן בעדות תחלתו וסופו בכשרות, הלכך התם כל כמה דלא סליקו נפשייהו, הרי הם כבני העיר ובעלי דבר נינהו ולא עדים כלל, וכדאמרינן התם במכות (ו,א) רובע יציל נרבע יציל במקיימי דבר הכתוב מדבר, ומכי סליקו נפשייהו הוו עדים והוו להו תחלתן וסופן בכשרות, אבל הכא מקמי דלפטרינהו לוה אינם בעלי דבר לגבי מלוה אלא עדים, והוו להו נוגעים בעדות ופסלי ליה, וכי פטרינהו לוה השתא ואיתכשרו הוו להו תחלתן בפסלות וסופן בכשרות וכן תירץ ה"ר אשר ברבי משולם". (ומעין זה בתש' הריטב"א סי' נב, לקראת הסוף). הריטב"א מחדש שיש שני סוגים של נוגע, יש נוגע שהוא קרוב לממון, ולכן לא שייך לגביו הדין של תחילתו בפסול, כיון שבשעה שראה היה בעל דבר, ולא שייך להגדירו כעד פסול, שהרי כלל לא היה עד, ואינו בכלל ציווי התורה או עד או ראה וכו', שתהיה תחילתו וסופו בכשרות. נוגע של שליחים אינם נוגעים לממון ואינם בעלי דבר אלא שיש להם טובת הנאה מעדותם. ולכן גם קודם הם עדים. הם אינם בעלי דבר, שהרי הממון אינו שלהם, יש להם טובת הנאה אם יעידו ואיך שיעידו, ולכן יש עליהם שם של עד פסול בשעת הראיה, ונפסלים לעדות. (עוד תירץ הריטב"א, דכיון שפוטר עצמם כדי שיעידו, הרי הם מקבלים שכר לעדות, ואין הסילוק מסלק את הנגיעה אלא מחליף נגיעה בנגיעה).

וכך נמצא גם בתש' הריב"ש (סו"ס קסח): "אמנם בבעל דבר עצמו לא שייך למימר ביה לא עד ולא דיין, כיון שהוא בעל דין, ולכן לא נצטרף עם האחרים. דהכי נמי אמרינן בפ"ק דמכות (ו,א) גבי נמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותן בטלה, דמקשינן התם בגמרא נרבע יציל הרוג יציל רובע יציל הורג יציל, ומתרצינן, במקיימי דבר הכתוב מדבר, כלומר באותן שאפשר להיות עדים אם הם פסולים פוסלין האחרים בצרופן, אבל הבעל דבר עצמו לא חל עליו שם עדות כלל כדי שיצטרף עם האחרים ולפוסלן בצרופו. ומטעם זה אמרו הראשונים ז"ל, דמשום הכי אמרינן בפרק חזקת (מג,א) גבי תנו מנה לבני עירי דמהני סלוק, שיסתלקו שנים מחלקם ויעידו, ולא פסלינן להו משום דבעינן תחלתו וסופו בכשרות, משום דקודם סלוקם כיון דהוו בעלי דבר לא שייך בהו עדות כלל ולא מיקרי עדים פסולים, וכי נסתלקו השתא הוא דהוו עדים, ותחלתן וסופן בכשרות הוא". דהא דבעל דבר אין לו שם של עד, מצאנו לענין נמצא אחד מהם קרוב או פסול, דכמו שאינו יכול לקיים לא יכול לפסול, ולכן גם לענין תחילתו בכשרות אינו בכלל עד שנאמר שתחילתו בפסלות, ונוגע לממון שלו, אינו בכלל עד פסול שראה, ומשנסתלק רק אז נעשה עד, ואין ראייתו בהיותו נוגע פוסלת. וכן הוא בתש' שם סו"ס קצה, וכן הוא שם בסי' שלט: "דכיון דאינהו גופייהו בעלי דבר, לאו עדים פסולין מיקרו, דהא אינן בתורת עדות כלל, והשתא

בשעת סילוק הוא דהוו עדים ותחלתן בכשרות הוא. דאלמא כל שהוא נוגע בעדות אפילו בהנאת ממון, לא שייך למקרייה עדות כלל ואפילו עדות פסולה".

ולכאורה לנדו"ד, אם אוהב גמור יחשב כבע"ד, הקבלה שיצטרכו לקבל אותו תהיה קבלה של נאמנות, כדין נאמנות המובאת בחו"מ סי' עא, שנותן נאמנות לבע"ד שכנגדו בכל אשר יאמר. דלכאורה נאמנות המבוארת בשו"ע חו"מ סי' כב, נאמן עלי אבא וכו', לא שייכת בקבלת בע"ד, דלא שייך שיקבל את הבע"ד כדיין ויתן לו נאמנות כדיין אלא נאמנות של בע"ד. ועדיין י"ל, דלקבל בע"ד כדיין, כיון שאין כאן מי שיטען כנגדו, לא שייכת נאמנות כדיין, אולם אם מקבל את אחד מהשותפים שיהיה כדיין, ושותף אחר יטען, ונאמן השותף שהוא בע"ד כדיין, לכאורה מהני. וא"כ הוא הדין באוהב גמור או בנוגע שקבלם כדיינים, אך יש לקבלם באופן המועיל, כמבואר בשו"ע חו"מ כב.

לאור האמור, בנדו"ד לכתחילה לא ידון, ואם קבלוהו עליהם לאחר שהודיעם, אף שלא נפסל ויכול לדון, מ"מ אם חושב שלא יראה צד חובה למי שמכיר לו טובה, יסלק עצמו מהדין, אף שמעיקר הדין יכול לדון כשקבלוהו עלייהו. בפרט שאינם יכולים לאמוד מה מידת הכרת הטוב שחש כלפי הצד השני. ואם הוא אוהב גמור, צריכים קבלה כדין קרוב או פסול, כמבואר בחו"מ סי' כב.

סימן יג

שמיעת בעל דין שלא בפני חבירו

ראשי פרקים

א. לשמוע במעמד חבירו - מקור הדין

ב. לכתחילה כשהבע"ד מסכימים שישמע במעמד צד אחד

נשאלתי, בענין מה ששומעים היום דיינים את אחד מבע"ד במעמד צד אחד ושלא בפני חבירו, האם מועילה לזה הסכמת הבע"ד השני, והרי זה כמקבל עליו דיין קרוב או פסול, או לא מהני הסכמתו.

א. לשמוע במעמד חבירו – מקור הדין

איתא בסנהדרין ז,ב: שמע בין אחיכם ושפטתם (דברים א,טז - כשיהיו שניהם יחד שמעו דבריהם, ולא תשמעו דברי זה בלא זה, שמסדר דברי שקר כדברי אמת, לפי שאין מכחישן, ומכיון שלב הדיין נוטה לו לזכות, שוב אין לבו מהפך בזכות השני כל כך – רש"י), אמר רבי חנינא אזהרה לבית דין שלא ישמע דברי בעל דין קודם שיבא בעל דין חבירו, ואזהרה לבעל דין שלא יטעים דבריו לדיין קודם שיבא בעל דין חבירו, קרי ביה נמי שמע בין אחיכם (דבריך בין אחיכם, כשתהיו שניכם יחד משמע). רב כהנא אמר מהכא, מלא תשא לא תשיא (לא תקבל שמע שוא, אזהרה לדיין, וקרי ביה נמי לא תשיא - אזהרה לבעל דין). וכן הוא בשבועות לא,א, דיליף שם דברים רבים האסורים מכח האיסור של מדבר שקר תרחק, ובין השאר גם הטעמת דבריו שלא בפני חבירו: מנין לדיין שלא ישמע דברי בעל דין קודם שיבא בעל דין חבירו, ת"ל מדבר שקר תרחק. מנין לבעל דין שלא יטעים דבריו לדיין קודם שיבא בעל דין חבירו, ת"ל מדבר שקר תרחק. רב כהנא מתני מלא תשא לא תשיא. ועיי"ש ברש"י, דלא תשא, אזהרה לדיין המקבל, ולא תשיא, אזהרה לבעל דין. וכן הוא בסוטה כא,ב: היכי דמי רשע ערום, אמר רבי יוחנן, זה המטעים דבריו לדיין קודם שיבא בעל דין חברו. ומקור דברי הגמ' מהמכילתא פר' משפטים (פר' כ): לא תשא שמע שוא, הרי זה אזהרה למקבל לשון הרע. דבר אחר, הרי זה אזהרה לדיין שלא ישמע מבעל דין, עד שיהא בעל דינו עמו, שנאמר; עד האלהים יבא דבר שניהם. דבר אחר, הרי זה אזהרה לבעל דין, שלא ישמיע דבריו לדיין עד שיהא בעל דינו עמו, שנאמר (דברים יט,יז); ועמדו שני האנשים. הרי שהביאה המכילתא מקורות נוספים לאיסור זה.

ואם נלמד מהפסוקים, י״ל דהוא איסור מדאורייתא, או אפ״ל דמהפסוקים אסמכתא,

אך אין כאן איסור מהתורה. וגם מבאור דברי רש״י נראה שהוא לב ליבו של הדין, שאם הדיין כבר נוטה לצד אחד, אין כאן דין, שאינו יכול להיות מוטה לצד אחד, דשמוע בין אחיכם הוא מהות מלאכת הדין. דכן מצאנו בדברי רש״י באיסור לקיחת שוחד, על הפסוק דברים טז,יט: לא תטה משפט לא תכיר פנים ולא תקח שחד, כי השחד יעור עיני חכמים ויסלף דברי צדיקם, פרש״י: ולא תקח שחד - אפילו לשפוט צדק. כי השחד יעור - משקבל שחד ממנו אי אפשר שלא יטה את לבו אצלו להפוך בזכותו. דברי צדיקים - דברים המצודקים, משפטי אמת. הרי שגם איסור לקיחת השוחד ענינו ומהותו שיטה ליבו, והוא בלב ליבו ומהותו של הדין, שיהיו בעלי הדין שוים, וזו גם הסיבה לאיסור של שמיעת בע״ד שלא בפני בע״ד חבירו. וכן גם י״ל אם לומדים מהפס׳ מדבר שקר תרחק, דמהות הדין שיהיו דברי אמת לפני הדיין שיוכל לפסוק הדין, וכששומע דברי בע״ד אחד שלא בפני חבירו, עשוי להביא לפניו דברי שקר, ולא יוכל הדיין לפסוק, כשהשקר מתאמת בליבו, והוא ניגוד גמור ומוחלט לשפיטת הדין. ועיין במהר״מ שיק (חחו״מ סי׳ ב ד״ה אמנם גוף), דיש חילוק באיסור בין הדיין לבעל דין, דהבעל דין לא עובר על האיסור רק כשהוא מטעים דבריו לדיין, ואין עליו לאו רק כשהוא רוצה לעוות האמת, ואף אם אומר אמת כהוויתה, יש בזה אביזרייהו דשקר. משא״כ הדיין שאינו יודע אם הבע״ד משקר אם לאו, בכל ענין יש עליו איסור לשמוע שלא בפני בע״ד חבירו.

וכן מבואר ברמב״ם בספר המצוות (ל״ת רפא), שהוא איסור דבר תורה: ״והמצוה הרפא׳ היא, שהזהיר השופט שלא לשמוע דברי אחד מבעלי הדין שלא בפני בעל דינו, והוא אמרו יתעלה (משפטים כג) לא תשא שמע שוא, שברוב אמנם יהיו דברי הבעל דין שלא בפני בעל דינו שוא. והזהיר השופט משמוע אותם הדברים, כדי שלא תכנס לנפשו צורה אין יושר לה ולא אמתות. ולשון מכילתא; לא תשא שמע שוא, אזהרה לדיין שלא ישמע מבעל דין עד שיהא בעל דינו עמו, אזהרה לבעל דין שלא ישמיע את דבריו לדיין עד שיהא חבירו עמו״. מבואר שהוא איסור תורה, דמהות תפקיד הדיין שיהיה שכלו ומחשבתו זך וישר, ואם יתרגל הדיין לשמוע דברים שאינם בכלל, הרי יש בזה פגם בעצם מהות התפקיד, שאם ח״ו יכנס לנפשו חוסר אמת ויושר, אין הוא דיין.

ומצאנו ברד״ך בתש׳ (כב,ה) שכתב דאיסור זה מהתורה. הרד״ך כתב דאף יש איסור להשיב לבע״ד אחד, כשאינו שומע דברי שניהם, ואף בדרך של ״הנראה בעיני״ מבלי לפסוק, הביא המרדכי תקנת קהלות שתקן ר״ח ממינא עם גדולי הארץ, שכל רב שיפסוק דין מבלי שישמע שני בעלי דינין, אף שכתב הדיין הנראה לדעתו שלא בדרך פסק, הדיין ההוא לא ידון שום דין; ״כל שכן שלא לפסוק על פי טענת אחד

מבעלי דינין, ואפילו לשמוע אחד קודם דברי חברו אסור מן התורה כדאיתא בפ׳ שבועות העדות״. מבואר שאיסור זה מהתורה, ונקט כטעם של הגמ׳ בשבועות, מדבר שקר תרחק, אך י״ל שאינו בדוקא. וכן מבואר בתש׳ מהרשד״ם (חיור״ד סי׳ קנג), כשטען השואל שמי שהשיב לצד אחד, עבר איסור תורה, ע״ז השיב מהרשד״ם שאינו עובר איסור תורה אלא כשהוא דיין שדן בדבר, וז״ל: ״ואע״פ שתפס עליו שעבר על התורה, שאמרו חכמים מניין לדיין שלא ישמע לאחד קודם בא חברו כו׳, והפליג בפסקו שזה איסור תורה, כבר הראו לו חכמי שאלוניקי שהיה טועה טעות מפורסם, שלא אמרו כן בגמרא אלא למי שמקובל לדיין משתי הכתות, אז אסור לשמוע לאחד קודם בא חברו, אבל מי שנשאל מחכם על דין דרך שאלה ראובן ושמעון, אז פשיטא דלית ביה איסור לא מדאורייתא ולא מדרבנן כלל ועיקר, כי מה לי זה החכם הנשאל או הפוסק העומד בקרן זוית, שבא שם אותו דין מבורר אלא שמ״מ כשהוא על ענין ממון שבין אדם לחברו, יש בו מדת חסידות שלא להשיב, וטעם גדול יש בדבר״. הרי שאם הוא דיין בדבר, הסכים מהרשד״ם שהוא איסור מהתורה, הגם שי״ל דהסכים שיש איסור בדבר, אך לא כתב בדבריו שהוא איסור דבר תורה.

וראיה מדברי מהרשד״ם (חחו״מ סי׳ ב) שכתב דאין לפסול בדיעבד דיין ששמע בע״ד אחד שלא בנוכחות בע״ד חבירו, אא״כ כבר פסק הדיין את הדין, דנהיה נוגע בדבר. אולם כל עוד לא פסק הדין, לא נפסל בדיעבד. מהרשד״ם כתב דאין לפסול דיין ששמע בע״ד שלא בפני חבירו, באופן שלא ידע שיש כאן שני בעלי דין שיבואו לפניו לדון, וקודם לכן שאל אחד הצדדים את דעתו, ואח״כ באו לפניו לדין. ואף אם ידע הדיין שעתידים לבוא לפניו לדין, אף שעבר הדיין איסור במה ששמע צד אחד, מ״מ לא נפסל בכך. והביא ראיה ממה שהפוסקים לא כתבו שפסול לדון, ורק כתבו שאסור לשמוע שלא בפני חבירו. עוד כתב, דכיון שהאיסור נלמד מדבר שקר תרחק, ונלמדו עוד דינים, כמבואר בגמ׳ שבועות לא,א, ונלמד משם גם הדין ששנים שבאים לדין, אחד לבוש איצטלא בת מאה מנה ואחד לבוש סמרטוטין, אומרים לבוש כמותו או הלבישהו כמותך, ת״ל מדבר שקר תרחק. כי אתא לקמיה דרבא בר רב הונא, אמר להו שלופו פרוקו פזמקיכו וחותו לדינא. וכפי שאנו רואים שאין אנו נוהגים בדין זה, כך לא נוהגים גם בדין שמיעת בע״ד ללא חבירו. ומה שלא נוהגים דין לבוש בע״ד, נמצא בדברי הרמב״ם בהל׳ סנהדרין כא,ה; כבר נהגו כל בתי דיני ישראל שאחר התלמוד בכל הישיבות שמושיבין בעלי דינים ומושיבין העדים כדי לסלק המחלוקת, שאין בנו כח להעמיד משפטי הדת על תלם. והדברים ק״ו, שאם בישיבת העדים דלעולם בעמידה שנאמר ועמדו שני האנשים, נהגו להושיב העדים, כ״ש שנאמר כן בענין הדרש שלא ישמע בעל דין אחד קודם שישמע בע״ד חברו. דאף שלכתחלה אין לשמוע, מ״מ אין לפסול אם שמע, כמו שאין פוסלים הדין שנגמר כשהאחד

לבוש סמרטוטין ואחד לבוש איצטלא בת מאה מנה; "הכא נמי אני אומר, שכיון שכלם נדרשו ממקרא אחד, מקרא דמדבר שקר תרחק שלא יהיה לבוש סמרטוטין ושלא ישמע כו', שכשם שנתבטל זה נתבטל זה, ואפי' שלכתחלה צריך הדיין ליזהר מזה, מ"מ צורך שעה ובדיעבד שכבר שמע, לא נפסל הדיין". ומזה נראה שמש"כ מהרשד"ם בחיור"ד כנ"ל, שאין בזה איסור תורה, שאם היה איסור תורה, לא היה מקל בדיעבד.

וכן מבואר בדברי מהריב"ל בתש' (ח"ג סי' צז), דבדיעבד לא נפסל, ומזה נראה דס"ל דקרא אסמכתא בעלמא, ואין בזה איסור תורה. ואף שעדיין י"ל שלא אסרה התורה אלא לכתחילה, אבל בדיעבד לא אסרה התורה. וראיתי לחיד"א בברכי יוסף (חו"מ יז,ו) שכתב, שיש מן הראשונים שכתבו דמדאורייתא אין לחלק בין לכתחילה לדיעבד, וכ"כ האחרונים, ובהם מהריט"ץ (סי' רלו וסי' רלח), ומהר"א ששון (סי' צז), והלח"מ (עדות טז,ו) לענין פסול אוהב ושונא לדון, דכיון דמקרא נלמד פסול אוהב ושונא לדון, מקרא דלא אויב, משמע דאפי' בדיעבד פסול. מבואר דס"ל ללח"מ דאין לחלק באיסור תורה בין לכתחילה ודיעבד. ובברכ"י כתב דיש מקומות דנראה דאפשר לחלק גם באיסור תורה בין לכתחילה ודיעבד, וגם ראנ"ח (ח"ב סי' נב) לא פסיקא ליה. עוד כתב הברכ"י שם יז,ח לענין פסול דיעבד של דיין ששמע בע"ד של בפני בע"ד חבירו: "כתב ראיתי רבים מהמורים נוהגים לשמוע האחד קודם שיבא חבירו וכו', ושרי להו מרייהו וכו'. ע"ש. אף אנן נמי מהכא מתנינן, כי עיני ראו שמעו המורים בע"ד אחד לבדו הבא אל ביתם, ואחר באו שניהם לדין לפניו בבית דין וזה דרכם, ופי אמלא תוכחות, כי יש מהפוסקים שכתבו בפירוש דהוי איסור דאורייתא, ולדעת מ"ד כי מדאורייתא ליכא לפלוגי בין לכתחילה לדיעבד, אפילו בדיעבד פסול". ומבואר דס"ל דאם איסורו מהתורה, יש לפסול בדיעבד. ומזה מוכח דלדעת מהרשד"ם ומהריב"ל שאינו נפסל בדיעבד, שאין איסורו אלא מדרבנן. אולם דעת הברכ"י דפסולו מהתורה, ונפסל אף בדיעבד, שאם שמע, פסול לדון.

ומדברי ראנ"ח בתש' (סי' ד) נראה שהוא איסור תורה, וז"ל: "דבר ברור הוא שמן הדין אסור לבעל דין להשמיע דבריו לדיין שלא בפני חברו ... ומהר"ר דוד כהן ז"ל כתב בתשובה אחת דאסור הדיין שלא ישמע דברי אחד מהבעלי דינים שלא בפני חברו הוי אסור תורה, וממנה אתה למד לאזהרת בעל הדין נמי שהוא מוזהר שלא להשמיע דבריו דהוי אזהרה דאורייתא, כיון דמחד קרא נפקי תרוייהו. גם מתוך דברי התוספות שם אפשר לדקדק דשני האזהרות הוי דאורייתא, שכתבו שם בפרקא קמא דסנהדרין מפיק לה משמוע בין אחיכם, ואפשר שרצה לומר דאף על גב דהכא מחד קרא דרשי' ב' האזהרות, לאו למימרא דחד מנייהו דרשה גמורה ואידך אסמכתא בעלמא, דאם לא כן מנ"ל למדרש תרוייהו, דאה"נ דמהכא ליכא למילף תרוייהו, אלא

דתלמודא סמיך אאידך קרא דשמוע בין אחיכם וקרא דשמוע וקרא דמדבר שקר שקולים הם לשני הדרשות, ומשום הכי דריש תלמודא גבי כל חד מנייהו ב׳ אזהרות גם יחד, לומר ששניהם צודקים בפסוק ושדינן חד קרא אחדא וחד אחדא. מיהו רב חסדא דדריש התם מלא תשא לא תשיא וכו׳, דדריש תרווייהו מחד קרא. ומכל מקום בקרא דמדבר שקר תרחק דריש התם דרשות טובא, ואפילו הכי כיון דאית לן קרא דשמוע בין אחיכם, נראה דהויא דרשה גמורה״. ומזה נראה דס״ל ג״כ דהוי איסור דבר תורה.

ועיין לכנה״ג בתש׳ בעי חיי (חחו״מ ח״א סי׳ יא) שהביא דברי האחרונים הנ״ל,

ותלה אם דינו דין, תלוי אם האיסור דבר תורה, או קרא אסמכתא ואינו אלא מדרבנן, וז״ל: ״והיה נראה דכיון שהאיסור מדאורייתא, אפי׳ בדיעבד אין דינו דין. אלא שראיתי למהריב״ל ז״ל בח״ג סי׳ צ״ז ולהרשד״ם ז״ל בחלק ח״מ סי׳ ב׳ כתבו דאינו אלא לכתחלה, אבל בדיעבד דינו דין״. ועיין עוד בתש׳ בית יצחק (חחו״מ ד,א) שדן אם יכול הנתבע לפסול הדיין ששמע בע״ד חבירו שלא בפניו, וכתב דהוא מחלוקת האחרונים, ותלוי גם אם האיסור מדאורייתא או דרבנן. עיי״ש דפסק לדינא, דאם בעת ששמע לא ידע שידון בענין זה, ולא נתן כל חו״ד ופסק, לא נפסל לדין, וכדעת מהרשד״ם. וכ״ש כשלא התחקה על שורשי הטענות, ורק שמע בדרך של קובלנא.

וכל זה לגבי עצם השאלה אם פסול בדיעבד אם לאו, אך לא מצאנו היתר לכתחילה

לשמוע צד אחד, גם אם הצד שכנגד מסכים, דסוף סוף הוא איסור. ועדיין י״ל, דאם האיסור דבר תורה, לכאורה אין היתר גם בהסכמת בעלי הדין, וכטעם הרמב״ם בספר המצוות (עיין לעיל), שע״י זה נכנסים בליבו דברים שאינם אמת, ולא יהיו שכלו ומחשבתו זך וישר, וזה אף אם מסכים הבע״ד, שאינו בע״ד להסכים בדבר, וכמו שאם יסכים הבע״ד שחבירו יתן שוחד לדיין, וכי הותר הדבר. אולם אם האיסור הוא מדרבנן, י״ל שלא אסרו אלא באופן שאין שכנגדו יודע ומסכים, אולם אם שכנגדו מסכים, לא אסרו חכמים, שיכול להסכים לקבל על עצמו דיין ששומע צד אחד, דטעם חכמים להתרחק ממציאות שסותרת הדין, אך לא אסרו באופן שמסכים שכנגדו לכך. די״ל שלא אסרו חכמים על הדיין, ואין זה איסור עליו אלא זכות של הבע״ד לדרוש שהדיין לא ישמע חבירו, מבלי שיוכל לשמוע את חבירו ג״כ, ולכן אם מוותר על זכותו, לא אסרו חכמים.

ב. לכתחילה כשהבע״ד מסכימים שישמע במעמד צד אחד

מהרי״ל בתש׳ (סי׳ קצה), דן במה שנוהגים הדיינים לשמוע דברי בעל דין שלא בפני חבירו, וכתב: ״לא ראיתי נוהגין, אך שרבים גדולי הדור נוהגין לשמוע קבלת

ראובן, היינו משום דלאו דייני נינהו ואינם יכולים לכוף את שמעון לדון לפניו ולקבל דינו אלא לכופו לדין ע״פ ב״ד השוה, ואין שומעין בדרך דין אלא בדרך קבלה ועצה, ונותנין עצה לראות מה לעשות, ושולחין אחר שמעון שליח להזמינו לבית דין על פי טענות ומורה השוה״. לפי הסבר זה במהרי״ל, הואיל ומי ששמע אינו יכול לכוף את הצד השני לבוא לדין, אינו בכלל דיין כעת, ומה ששולח לנתבע שיבוא לדין תורה, מ״מ אינו יכול לכופו להתדיין אצלו, ולכן כעת אינו בבחינת דיין שיאסר עליו לשמוע דברי בע״ד ללא חבירו. כל זה לענין עצם האיסור, אולם אם כשר להיות דיין אח״כ, כתב מהרי״ל שהצדדים מקבלים בקנין לקיים דבריו, והוי כנאמן עלי רועי בקר. ולכאורה צריך הנתבע לדעת שהדיין שמע את חבירו התובע, כדי שידע שמקבל עליו דיין שנפסל, וז״ל: ״וממקצת רבותינו ראיתי שאינם פוסקים אלא שמקבלין קניין לקיים דבריו, והוי כמו נאמן עלי רועי בקר. ואפילו אם יתרצה שמעון אחר כך לקיים דינו של הרב הנשאל כבר ושמע דברי חבירו, מכל מקום לא עבר הרב ששמע דברי בעל דין, כיון שבשעה ששמע לא שמע דרך דיינות לדון עליו אלא בשמיעה בעלמא, גם למחר ירצה שמעון את דבריו, אם ירצה שמורה זה ידון על דבריהם, וכבר המורה הסיח דעתו מדברי ראובן ולא נכנס שום זכות ודין של ראובן בלבו, אלא ישמיענו שנית במעמד חבירו וידון״. ולכאורה מה שכתב מהרי״ל שאין לדיין איסור בדבר כיון ששמע קודם שנתרצה להיות דיין, וכן מה שכתב שהדיין הסיח דעתו ממה ששמע בתחילה, מתיחס לאופן שקבלו קנין דומיא דנאמן עלי רועי בקר. ולכאורה אף אם קבלו קנין, אם יודע שהוא דיין בדבר, אסור לו לשמוע דברי צד אחד, אף שקבלו בקנין שיוכל לשמוע צד אחד. וכך נראה מהמשך דברי מהרי״ל: ״ודאי אם קבלו שניהם לקיים דין של הרב והלך אחד מהן והגיד דבריו להרב, והרב ידע שידין להם שקבלו הם עליהם, הא לא יתכן. אך ח״ו לרבותינו שי׳ ושהיו קלים לעשות כזה, ושארית ישראל לא יעשו עולה״. ומזה שלא כתב מהרי״ל דמיירי באופן שמסכימים שישמע כ״א בנפרד, משמע דלא מהני אם כבר קבלו אותו לדיין. ולפ״ז נראה דאינו עושה איסור דוקא אם שמע קודם שידע שיהיה דיין, ולענין אם כבר שמע, מועיל מה שבעל הדין מתרצה אח״כ. אולם לא נמצא שיכול לכתחילה לעשות כן בהסכמת הבע״ד, דכל הנידון באחרונים הוא על הדרך שלא נפסל, ולזה מהני מה שנתרצה, אך לא מבורר שמותר לעשות כן לכתחילה בריצוי הבעלי דין.

ולכאורה אם הוא איסור דאורייתא, כמו שאין הדיין יכול ליקח שוחד אם נתרצו בעלי הדין שיקח שוחד, אף שאם יקבלו בקנין אפשר שלא יפסל, מ״מ עבר לכאורה על איסור לקיחת שוחד, ולא מהני ריצוי הצדדים. דלענין לשמוע דברי בע״ד במעמד צד אחד, וכן לענין שוחד, היה מקום לומר דאיסורים אלו חלים על מי שהוא דיין וחייב לדון בדבר. אולם אם קבלוהו כפסול, לא חלים עליו איסורים אלו. והנה

האמרי בינה (דיינים סי׳ טז) חקר בקבלו עליהם בעלי הדין קרוב או פסול, אם מותר להם ליקח שוחד, ואם לקחו, אם עוברים על הלאו. דאפשר דדוקא אלו המצווים לדון, נאמר עליהם הלאו דלא תקח שוחד, אולם אלו שאין עליהם חיוב לדון, אין לגביהם איסור. והביא מדברי החינוך (מצוה פג) שכתב: ״ונוהגת בכל מקום ובכל זמן, בזכרים, שהם דנים״, משמע דדוקא בזכרים שהם בחיוב להיות דיינים והם דנים, אולם בנקבות אף שקבלו עליהם, מ״מ כיון דאינן בכלל דיינים ופסולין לעולם, אם קבלו שוחד לא עברו על איסור. אולם קרובים או פסולים שהם בכלל דיינים, רק במקרה זה נפסלו, הרי הם בכלל האיסור אף אם קבלו עליהם הבע״ד קרוב או פסול. והביא האמרי בינה מש״כ בשער המשפט (ט,ג) בענין בע״ד שקבלו עליהם קרוב או פסול ונטל שכר לדון אם דינו בטל, דס״ל לשער המשפט דכיון שאין חיוב עליו לדון ומהתורה פסול רק שהם קבלוהו עליהם, מותר ליטול שכר אף לכתחילה. והאמרי בינה חלק עליו, דאם יש בעיר בי״ד קבוע, ובא לדון בפני בי״ד אחר שאינו קבוע, שיכול למנוע עצמו מלדון ביניהם, וכי יהיה רשאי ליטול שכר. זה ודאי אינו, דכיון דמקבל אותם ודן ביניהם, עובר שמלמד חקים ומשפטים, וצריך ללמד בחנם. והוא הדין קרוב או פסול, דכיון שדן אותם אף שאינו מחויב ויכול לסלק עצמו מהדין, כשדן ביניהם דין תורה צריך לדון בחנם, ואם דן בשכר דינו בטל. והוא הדין לענין שוחד. ועדיין י״ל, דאף שאינו רשאי לקבל שוחד, בלאו אינו עובר, וכשקבל אינו חייב להחזיר, וצ״ע.

עוד דן האמ״ב שם, אם מותר לפשרן לקבל שוחד. דכיון דמבואר בשו״ע חו״מ יב,ב, דכמו דמוזהר שלא להטות את הדין, כך מוזהר שלא יטה הפשרה לאחד יותר מחבירו, ונלמד (סנהדרין לב,א) מדכתיב צדק צדק תרדוף, אחד לדין ואחד לפשרה, ופירש״י, צדק דין שלך וצדק פשרה שלך לפי ראות עיניך, ולא תרדוף את האחד יותר מחבירו. לפ״ז האיסור של לקיחת שוחד, מתיחס הן על דין הן על פשרה, דאזהרה דצדק צדק, קאי אדלעיל, דהיינו, לא תטה משפט כו׳ ולא תקח שוחד, רק צדק צדק תרדוף. והרמ״ה בסנהדרין שם מפרש שהפסוק בצדק תשפוט, מתיחס למשפט, וממה שאמרה תורה צדק צדק תרדוף, ולא תשפוט, ש״מ דמתיחס גם לפשרה, ומשום דדין לא בעי עיונא וצילותא כולי האי אלא למפסקיה אליבא דהלכתא, וליכא למיחש שמא יחייב את הזכאי ויזכה את החייב, אבל פשרה צריכא עיונא טפי, ולעיין לפי שיקול הדעת ולראות מי מהן אומר אמת ועל מי ראוי להחמיר יותר. ולדברי הרמ״ה י״ל, כיון דבקרא כתיב לא תטה משפט וגו׳ ולא תקח שחד, וזה קאי על משפט שהוא דין, ופסוק שאח״ז צדק צדק, דקאי על פשרה, ע״ז לא קאי הלאו דלא תקח שוחד. ומ״מ ס״ל לאמ״ב שמתיחס האיסור גם לפשרה, כיון דמוזהר ע״ז לעשות בצדק. וגם מדכתיב ויסלף דברי צדיקים, י״ל דקאי גם על

פשרה דהוא בלאו, וממילא אם קבל חייב בהשבה, וכן מסתבר. ולפ״ז נראה דאין כל היתר של לקיחת שוחד, אף אם שני הצדדים מסכימים שהדיין יקח שוחד וידון בענינם, הגם שיש לדון שלא יפסל, מ״מ אם לקח הדיין עבר על לאו, ואין בקבלת בעלי דין להתיר לו האיסור. ולפ״ז הוא הדין לשיטת הרמב״ם ודעימיה שאיסור שמיעת בע״ד שלא בפני בע״ד חבירו הוא איסור על הדיין, אין להתיר לדיין לשמוע במעמד צד אחד, גם אם השני מסכים.

והאחרונים דנו בדין אם מותר ליקח שוחד משני בעלי הדין בשוה. דאיתא בכתובות קה,א: והתניא, ושוחד לא תקח, מה ת״ל, אם ללמד שלא לזכות את החייב ושלא לחייב את הזכאי, הרי כבר נאמר לא תטה משפט, אלא אפי׳ לזכות את הזכאי ולחייב את החייב אמרה תורה ושוחד לא תקח. ושם קה,ב: אמר רבא, מאי טעמא דשוחדא, כיון דקביל ליה שוחדא מיניה, איקרבא ליה דעתיה לגביה והוי כגופיה, ואין אדם רואה חובה לעצמו (אין דעתו מתקרב לצד החובה לחייב את עצמו, ואפילו מתכוין לדין אמת – רש״י). מאי שוחד, שהוא חד (הנותן והמקבל נעשים לב אחד). ובדרישה (חו״מ ט,א) כתב דלכאורה מדברי הגמ׳ יש ללמוד דיכול ליטול משניהם בשוה, דלא שייך טעמא שנעשה חד עם אחד, ועם שניהם לכאורה אין בזה טעם התורה שנעשה חד. אך הביא ראיה מהגמ׳ שם בעמ׳ א (לפני שהביאה הברייתא של ושחד לא תקח וכו׳), דמבואר ששוחד אפי׳ משניהם בשוה, ורק שם מיירי דקרנא נטל שכר; קרנא הוה שקיל איסתירא מזכאי ואיסתירא מחייב, ודאין להו דינא. והיכי עביד הכי, והכתיב ושוחד לא תקח. וכי תימא הני מילי היכא דלא שקיל מתרוייהו, דלמא אתי לאצלויי דינא, קרנא כיון דשקיל מתרוייהו, לא אתי לאצלויי דינא. וכי לא אתי לאצלויי דינא מי שרי, והתניא ושוחד לא תקח וכו׳. ומזה למד הדרישה שהתורה אסרה השוחד מכל וכל; ״כדי שלא תחלוק בין שוחד לשוחד״. ולכאורה משמע מהדרישה שהוא מטעם לא פלוג ולא מעיקר טעם שוחד.

ועיין בב״ח (חו״מ ר״ס ט) שכתב דאיסור שוחד קיים אף באומר לדיין לא תחייבני אם אני זכאי, דכיון שמזכיר בדבריו לדונו יפה, אין דעתו מתקרבת לצד החובה, שנעשו לב אחד; ״ואפילו נוטל משניהם בשוה ומזכה את הזכאי ומחייב את החייב, אית ביה תורת שוחד״. נראה שהוא שוחד מעיקר הדין. ומדברי הב״ח בתש׳ (סי׳ נא) נראה דרק אם מזכיר לדונו יפה; ״דאפילו נוטל משניהם בשוה ומזכה את הזכאי ומחייב את החייב, אי שקיל ליה בתורת שוחדא, דהיינו שאומר לא תתחייבני אם זכאי אני, על זה נמי אמרה תורה ושוחד לא תקח, דכיון דמזכיר בדבריו להשתדל לדונו יפה, אין דעתו מתקרב לצד החובה ולכך נקרא שוחד שנעשים לב אחד״. ומשמע שאם אין מזכיר כלל אלא שולח לו מתנה ומקבל משניהם בשוה, אין על

זה תורת שוחד, דתורת שוחד דוקא שמזכיר לדונו יפה, משא״כ אם מקבל בשתיקה, אין בזה תורת שוחד.

ולפ״ז כמו שאסור ליטול שוחד אף שבעלי דין מסכימים לכך, ואף שאינו נפסל מלדון דהוי כקבלו קרוב או פסול, מ״מ הדיין עבר על איסור לקיחת שוחד. והוא הדין י״ל לענין האיסור של שמיעת בע״ד שלא בפני חבירו, שהוא איסור על הדיין. ונראה דדין זה יהיה תלוי במחלוקת דלעיל אם הוי איסור דאורייתא או דרבנן, דאם הוא איסור דאורייתא, הוא איסור על הדיין, ואינו ניתר בהסכמת בעלי הדין. משא״כ אם האיסור הוא מדרבנן ואסמכוהו חכמים, י״ל שזו זכות של בעל הדין שלא ישמעו את חבירו בלא נוכחתו, וכאשר מסכים שהדיין ישמע חבירו בלעדיו, ויתר על זכות זו. ומה שהיום נוהגים לשמוע במעמד צד אחד בהסכמת השני, דס״ל להלכה שהוא מדרבנן, וכמו שפסק הש״ך (חו״מ יז,ט), דבדיעבד אם שמע את הבע״ד לא נפסל בכך, וכמו שפסקו מהריב״ל ומהרשד״ם, עיי״ש, ומזה סמכו הדיינים לומר שהוא מדרבנן, ואין לאסור לשמוע בהסכמת בע״ד חבירו.

ויש שרצו להקל מחמת שהיות אין על הדיינים שם של דיינים ששליחותייהו קעבדינן, אלא הרי הם כפשרנים, ומקבלים אותם בין לדין ובין לפשרה. אך לכאורה זה אינו, כיון שמוזהר הדיין שלא יטה הפשרה, וכדאיתא בשו״ע חו״מ ר״ס יב, א״כ יש בזה איסור גם על פשרנים. ועיין לעיל מש״כ האמ״ב בענין איסור לקיחת שוחד בפשרנים. (אמנם עיין בכסף הקדשים חו״מ סי׳ יז, שכתב להקל כאשר ההכרעה ע״י רוב פשרנים). והנה ראנ״ח בתש׳ (סי׳ ד) כתב לאסור על בורר בזבל״א, לשמוע צד אחד בלא חבירו: ״נראה דהויא דרשה גמורה, ואיך שיהיה שמעון זה עשה שלא כהוגן להטעים דבריו לברור שלא בפני חברו ועבר אדאורייתא, ופשיטא שאין לחלק בזה בין דיין יחידי או ב״ד השוה שדן את שניהם לברורים, שזה בורר לו א׳ וזה בורר לו אחד, ולומר דלא חיישינן שיצדק הראשון בריבו בפני הברור של כנגדו, דלעולם הברור הוא מהפך בזכות מי שבררו ולא ישמע לקול מלחשים, שכבר כתב הרא״ש ז״ל שזו טעות גמורה שטעו בדברי רש״י ז״ל לחשוב שהברור יהפך בזכות מי שבררו, ולא נכון לעשות כן, אלא שני הברורים גם יחד יהפכו בזכות ב׳ בעלי הדין בשוה. ולפי זה ודאי אף הם היו באותו אסור של השמעת דבריו לדיין. ולפי זה שרי למקרייה עבריינא״. ונראה דכל זה לשיטתו שהאיסור הוא דבר תורה, וכמבואר בדבריו בגוף התשובה, אולם אם האיסור דרבנן, נראה שזו זכות של הבע״ד, ולא אסרו חכמים בכה״ג.

ודברי הרא״ש שהביא ראנ״ח, הם בסנהדרין ג,ב: ״מפני שיש חסרי דעת טועין בדברי רש״י ולמדין ממנו שהדיין יש לו להפך בזכות אותו שבירר ועומד במקומו

לחפות בדברים אשר לא כדין, ונהגו כמה אנשים לברור להם בעל תחבולות ונתלין בדברי רש״י שמשמע שיש לו להפך בזכותו. וחלילה וחס לא דקדקו בדבריו שכתב דסברי הרי אני ביררתי. כי הוא סובר כך שיהפך בזכותו יותר מבזכות האחר, ומתוך זה ציית לדיניהן. אבל הדיין עצמו חלילה לו למצוא סברא לזכותו, אם לא שיראה לו דין גמור, אבל אם היה יכול להטעות את חבירו לקבל סברתו, אף על פי הוא מסופק בה, הרי זה בכלל מטה משפט, אבל מתוך שזה ביררו מבין דבריו לאשורו ואם יש לו שום צד זכות, נושא ונותן עם חברו, וכן עושה הדיין האחר לשני, נמצא לא נשאר זכות נסתר ונעלם לשניהם, והשלישי שומע משא ומתן של שניהם ומכריע ביניהם, ויוצא הדין לאמתו״. (ועיין תה״ד סי׳ שדמ). ומזה יש ללמוד גם לענין האיסור של שמיעת בע״ד שלא בפני חבירו, דאין לבורר יתרון על הדיין בדבר זה, דכיון שצריך הבורר להיות זך וישר השכל להוציא דין אמת לאמיתו, איך ישמע בע״ד אחד שלא בפני חבירו. ומעיקרא הו״א לחלק, דדין איסור בי״ד, נלמד משמוע בין אחיכם, ואיצטריך קרא דמדבר שקר תרחק, ללמד אף במקום שאינו בכלל שמוע בין אחיכם, כמו בזבל״א, לאסור מדבר שקר תרחק. אולם ממ״כ הרא״ש נראה דאין חילוק כלל בין בי״ד של ג׳ לזבל״א. (ועיין בתש׳ מהר״ש ענגיל, ח״ז סי׳ פח, שכתב דהפוסקים כתבו להתיר לכל בורר לשמוע הצד שלו לבדו, ולכאורה צ״ע, דדעת הפוסקים הנ״ל לאסור). וגם אם הצדדים קבלו את הדיינים בשטר בוררין בו כתבו שהדיינים משוחררים מכל דיני הראיות, אף שאינם נפסלים, לכאורה אין להתיר האיסור.

לאמור לעיל נראה, שאף שאין הדיין נפסל אם הסכימו בעלי הדין שישמע בע״ד שלא בפני חבירו, מ״מ האיסור הוא על הדיין לעשות כן, ולא ניתר במה שהסכימו בעלי הדין. אמנם י״ל, שסומכים האידנא שהוא איסור דרבנן, ואינו איסור על הדיין אלא זכות של הבע״ד, שלא ישמע הדיין מבלי שהוא ישמע ויוכל להגיב.

סימן יד

פסיקה מעבר לתביעה

ראשי פרקים

א. פיסיה במאי דאיפיים

ב. שלא יהיה כעורכי הדיינים

ג. האחרונים והנו"כ בדעת הרמ"א

ד. זכות בשטר

ראובן השכיר דירה לשמעון. השכירות הינה לשלוש שנים, אולם נכתב כי שמעון יכול לסיים את השכירות ובלבד שיודיע חדשיים מראש לפני מועד סיום השכירות. לאחר כשנתיים ויותר, הודיע שמעון שרצונו לסיים את השכירות. אולם בפועל לא עזב את הדירה וטען שיקח עוד חודש עד שדירתו תהיה מוכנה, וכך נמשך הדבר חודש אחרי חודש, במשך 8 חדשים, כל פעם שמגיע סוף החודש, טוען שמעון שיקח עוד חודש עד שיפנה את הדירה. לבסוף לאחר 8 חדשים פינה את הדירה. ראובן תובע שישלם חודש נוסף, כיון שאף אם נתיחס להודעה האחרונה, הרי שלא עברו חדשיים מההודעה, ולכן זכותו לקבל שכירות בעבור חדשיים מיום ההודעה. שמעון טען שהואיל והודיע כבר כמה חדשים מראש שהוא מתכוין לעזוב את הדירה, אין מקום לתשלום עבור החודש הנוסף.

דעת ביה"ד היתה, דלא מיבעיא על החודש הנוסף, שעל שמעון לשלם לראובן, אלא יש מקום לחייבו חדשיים שכירות מיום הפינוי (יוער כי הדירה הושכרה רק החל מחדשיים מיום הפינוי). חיוב ההודעה של חדשיים מראש על פינוי, נועד כדי לאפשר למשכיר למצוא שוכר חדש. בנדו"ד, לפי מהלך הענינים והתנהלות שמעון, לא יכל המשכיר לדעת אם אכן יכול להשכיר את דירתו החל ממועד ההודעה, אלא רק לאחר שהפינוי הפך לעובדה מוגמרת, יכל לחפש שוכר ולחתום עמו על חוזה שכירות. משכך דעת ביה"ד שלא היתה כאן הודעה על פינוי, ולכן יכול המשכיר לתבוע מהשוכר עבור חדשיים מיום הפינוי בפועל.

אולם בזה עלתה השאלה, הואיל והמשכיר לא תבע יותר מחודש אחד, אם יכול ביה"ד לפסוק ולחייב את שמעון עבור חדשיים, כשהתביעה הינה רק עבור חודש אחד. וראה מה שכתבתי בענין פסיקת מזונות בכה"ג, בח"ד סי' לה.

א. פייסיה במאי דאיפייס

איתא בב״ב ה,א: רוניא אקפיה רבינא מארבע רוחותיו (ד׳ שדות היו לרבינא סביבות ארבעה מצריו של רוניא וגדרן – רש״י), א״ל הב לי כמה דגדרי (כרב הונא אליבא דר׳ יוסי דאמר הכל לפי מה שגדר דהכי קי״ל), לא יהיב ליה. הב לי לפי קנים בזול, לא יהיב ליה. הב לי אגר נטירותא, לא יהיב ליה. יומא חד הוה קא גדר דיקלי (רוניא היה גודר תמרים מדקל שבשדהו), אמר ליה לאריסיה זיל שקול מניה קיבורא דאהיני (אשכול של תמרים משל רוניא ובפניו). אזל לאתויי, רמא ביה קלא (גער בו רוניא באריסיה דרבינא), א״ל גלית דעתך דמינח ניחא לך, לא יהא אלא עיזא בעלמא, מי לא בעי נטירותא (אפי׳ אינך ירא מן הגנבים צריך אתה לשמרן מן העזים). א״ל עיזא בעלמא לאו לאכלויי בעיא, א״ל ולא גברא בעית דמיכלי לה. אתא לקמיה דרבא, א״ל זיל פייסיה במאי דאיפייס, ואי לא דאיננא לך דינא כר״ה אליבא דרבי יוסי (טוב לך להתפייס באגר נטירא הואיל ונתרצה לכך). ובתוס׳ (ד״ה ואי) ביארו שלא אמר רבא לרוניא להפחידו, אלא שכך הוא הדין שחייב לשלם לפי מה שגדר, כרב הונא אליבא דר״י, רק כיון שמחל, אי אפשר לחייבו; ״מדקאמר ליה זיל פייסיה במאי דאיפייס, משמע דמן הדין היה לו יותר, אם לא בשביל שכבר נתפייס״. ולכאורה אם כבר נתפייס בפחות, איך יוכל לחייבו ביותר. ונראה שכוונתו של רבא, שכיון שרבינא הסכים לקבל דמי נטירותא, לך שלם לו, שאם יתבע אותך לדין תורה, תצטרך לשלם כמה דגדר כר״ה אליבא דר״י, דכל עוד מסכים לקבל דמי אגר נטירותא ולא לתבוע לדין תורה, לך שלם לו במה שאמר לך. ולפי הסבר זה אין ראיה לנדון מי שתובע פחות בדין תורה, דכאן לא תבעו בדין תורה עדיין, ויתכן שאם יתבע אפי׳ פחות, יוכל לפסוק לפי הדין, וכל אמירתו היא לתת לרבינא מה שמסכים מחוץ לדין תורה, מבלי להתדיין בדין תורה. דלכאורה אם באו לדין תורה לפני רבא, ותבעו רבינא לרוניא לפני רבא, איך יכל רבא לפסוק יותר ממה שכבר מחל והתפייס, ולומר שאם לא יתן, יחייבו ביותר. לכן נראה דרוניא בא לפני רבא בשאלה ועצה ולא לד״ת, ורבא אמר לו כנ״ל.

והב״ח בחו״מ סו״ס יז כתב בבאור דברי רבא, דרבא אמר כן להפחידו, שישלם לו רוניא הכל אם לא יפייס אותו באגר נטירא כמו שתבעו. ומה שפירשו התוס׳ דשלא להפחידו היה אומר כך, היינו לומר שאין לפרש דלהפחידו היה אומר כך, ואין כך הלכה כרב הונא אליבא דר״י אפי׳ היה תובעו לשלם הכל כפי מה שגדר, דפשיטא שאם היה תובעו שהיה חייב לשלם לו כפי מה שגדר, משא״כ כעת שלא היה תובעו אלא אגר נטירא; ״להפחידו אמר כך לדון אותו שישלם לו את הכל אם לא יפייס אותו באגר נטירא, זה נראה לי ראיה ברורה, ואין לפקפק עליה״.

ובדברי רבא לרוניא, מצאנו שתי גרסאות בראשונים. גירסת רש"י (והיא גרסת גמרא דידן): "זיל פייסיה במאי דאיפייס". וכך היא גם גירסת הר"ן (ג,א בעמוה"ר). גירסת הרי"ף (ב,ב בעמוה"ר) והרא"ש (פ"א ה"ז): "זיל פייסיה". ונראה בהבדל הפירוש שבין הגירסאות, דלגירסת רש"י יכול רוניא לשלם לרבינא רק אגר נטר. ואפילו יבוא רבינא ויתבע יותר, כיון שכבר התפייס לקבל רק אגר נטר ורוניא מוכן לשלם רק אגר נטר. אולם לגירסת הרי"ף והרא"ש צריך רוניא להגיע עם רבינא לפשרה ולפייסו, ואין כל משמעות במה שכבר התפייס, ואם כעת יתבע יותר ממה שהתפייס, כגון שיהיה מוכן רק לדמי קנים בזול, ישלם לו דמי קנים בזול, דאל"כ יחייב אותו רבא ע"פ הדין מחצית מכל ההוצאה.

ועיין ביד רמ"ה בסוגיא, שדן מדוע רבא לא פסק לרוניא מיד לחייבו ע"פ הדין; "משום דגלי רבינא אדעתיא דהוה ניחא ליה בבציר מהכין, דהא אמר ליה לבסוף הב לי דמי קנים בזול ... ואמטול הכי לא פסק רבא לדיניה מעיקרא לחיוביה לפי מה שגדר, משום דקיי"ל מצוה לבצוע, והיינו דאמר ליה זיל פייסיה, ואי לא דיינינא לך כרבי יוסי ואליבא דרב הונא". ומזה יש ללמוד דאליבא דהיד רמה אין כאן מחילה, שאם היתה מחילה, מה מקום לחייבו לפי מה שגדר, אלא שכיון שגילה דעתו שמוכן להתפשר, מצוה לבצוע.

ועיין מש"כ בח"ד סי' לה, דנראה דשתי גירסאות הראשונים תלויות בהבנת המקרה. הר"ן (ג,א בעמוה"ר) כתב: "... אפילו הכי לא אשגח ביה רוניא למיתן ליה אגר נטירא. אתא לקמיה דרבא, אמר ליה לרוניא זיל פייסיה במאי דאיפייס ...". ולכאורה צריך להבין מה הוסיף הר"ן "אמר ליה לרוניא", דהא פשיטא שאמר כן לרוניא. אלא נראה דלגירסת רש"י והר"ן רבינא הוא שבא לשאול את רבא, וכיון שאמר לרבא שהוא אינו תובעו אלא אגר נטר, אמר לו לרוניא שיתן לרבינא מאי דאיפייס. ואילו לגירסת הרי"ף והרא"ש רוניא הוא שבא ושאל את רבא, וכיון שלא היתה כאן תביעה מצד רבינא, אין משמעות מבחינת רבא למה שכבר הסכים, ולכן אמר לו זיל פייסיה, בין בסכום שהסכים ובין בסכום אחר, שאל"כ תהיה חייב לשלם מה שהנך חייב ע"פ דין. ולא נצרך לומר אמר ליה לרוניא, כיון שכל הדו"ד היה מלכתחילה עם רוניא.

כעת ראיתי בנחלת דוד (ב"ב ה,א) שפירש, דעיקר פירוש הסוגיא, דרוניא לבדו בא לשאול את רבא אם מחוייב מדינא לשלם לרבינא. ורבא השיב לו דרך עצה שיתן לו כמה דאיפייס, דאם יצטרך לבא עם רבינא לדין תורה, לא יוותר לו רבינא, דכעת מוכן לוותר לו מצד עביד אינש דזבין דיניה, ושכן משמע לישנא דגמ' שנאמר שבא לפניו, בלשון יחיד, ולא בלשון רבים – או לקמיה דרבא, ומזה נראה שרק

רוניא בא לפני רבא ולא שניהם; "ובהיות כן אזדא לה כל מה שטרחו האחרונים בזה בפלפולים שונים להמציא מזה דין חדש, עיין ברמ"א סי' יז (סעיף יב) בעל דין שתובע חבירו כו', ועיין בסמ"ע (ס"ק כו) וש"ך (ס"ק טו) שם, ולפי מש"כ לא מוכח מידי מסוגיין, ועיין".

וכן נמצא בתומים יז,ח בבאור הסוגיא, דממ"נ, אם שורת הדין לפסוק כרב הונא אליבא דר"י דחייב כפי שגדר, מדוע לא פסק רבא כר"ה ומדוע נשא פני רוניא, ואם אסור לדיין לדון יותר מכפי תביעת התובע, איך אמר רבא שיפסוק כר"ה. ולכן כתב לבאר, דבגמ' נאמר אתא לקמיה דרבא, ולא נאמר אתו (רבינא ורוניא) לקמיה דרבא, דרוניא לבדו בא לרבא לשאול מה הדין, והואיל ואין בדין זה כפירה והכחשה רק בירור הדין, שאל את רבא שאלת חכם עד כמה חייב הניקף, ואמר שרבא תובע ממנו אגר נטירא, וע"ז השיבו שיתן לו במה דנתפייס, דאם יבוא לדין תורה שמא יתבע כפי הדין ויצטרך לשלם יותר.

ועיין בשער המשפט כב,ה, שכתב דקודם גמר דין, יכול התובע לחזור בו ממה שמחל לנתבע, כיון שעדיין לא קיבל הנתבע דבריו, אבל לאחר גמר דין, לא יכול התובע לחזור בו דהוי מחילה גמורה. אולם כשהנתבע מסרב לקיים את פסק הדיינים, לא מקרי גמר דין והתובע יכול לחזור בו, דאף במחילה כל זמן שלא נגמר ענין הויכוח שביניהם, יכול לחזור בו. ולפי זה ביאר את איום רבא לרוניא, זיל פייסיה במה דאפייס וקבל עליך את הדין, וממילא לא יוכל רבינא לחזור בו מהמחילה דהוי גמר דין, ואם תסרב בקיום הדין לשלם לו אגר נטירא, יוכל רבינא לחזור בו, דכיון שלא קיבל עליו את הדין הוי כקודם גמר דין, דהתובע יכול לחזור בו אף במחילת ממון, ודיינינא לך כר"ה אליבא דר"י לשלם כפי שגדר.

ב. שלא יהיה כעורכי הדיינים

הריב"ש בתש' (סי' רכז), כתב וז"ל: "אבל במה שראוי לסתור דינם, הוא מפני שלא עיינו בתביעת ראובן ונתנו לו יותר ממה שתבע. שהוא בתביעתו נתן לשמעון הבחירה, אם בחלוקת השכירות כפי הסך ההוא, אם לשכור אם להשכיר, או בחלוקת השנים על פי הגורל. ולזה אף אם יהיה הדין דחלוקת השכירות עדיפא, כיון שהוא ויתר לשמעון בפני ב"ד ונתן לו הבחירה, היה ראוי לדיינין לפסוק הדין כפי תביעתו. ואף על פי שנחלקו המפרשים ז"ל אם יוכל לחזור בו קודם שנגמר הדין כיון שלא קנו מידו אם לאו ... מ"מ כיון שראובן עמד בתביעתו, לא היה להם לחייב את שמעון ביותר מתביעתו של ראובן, שנתן לשמעון הבחירה בא' משני הדרכים, רוצה לומר אם חלוקת השכירות או חלוקת השנים ע"פ הגורל. ולזה ראוי לך לגמור הדין

בתביעת ראובן ולתת הבחירה לשמעון. ואפשר שגם הדיינין לזה כונו, אלא שחשבו שיותר טוב לשמעון שכירות הסך ההוא משאם יצא מביתו שני שלישי הזמן, ולזה לא חששו לדקדק בזה. וראוי לדון אותם לכף זכות, לא שנאמר שטעו לתת לראובן יותר מתביעתו". ודברי הריב"ש הביאם גם הב"י (חו"מ כה,ו). מבואר מהריב"ש שבי"ד לא יכול לפסוק יותר ממה שתבע התובע. אולם הריב"ש לא הראה מקור לדינו, גם לא מב"ב ה,א, ונראה דהוא לכאורה מסברא, שכח בי"ד לפסוק הוא מכח התביעה, וכשלא תובעו, לא יכולים לפסוק הדין, ולכן אינם יכולים לפסוק יותר מאשר תבע. גם יש לדייק מדברי הריב"ש, ממש"כ; "היה ראוי לדיינין לפסוק הדין כפי תביעתו". ומזה מוכח דזה בגדר ראוי. ומש"כ שראוי לסתור דינם, הוא מפני שמוכח שלא עיינו בתביעה, אבל מעיקר הדין אין כאן מניעה, אם עיינו והחליטו לפסוק יותר, דאם יש טעם לפסוק יותר, אין מניעה אם יסבירו את פסיקתם, וכמש"כ הריב"ש. ועדיין צ"ע, דמהסיפא משמע שיש לזה דין של טעות. ומ"מ מדלא הביא הריב"ש ראיה מרוניא, מוכח לכאורה דאינה ראיה.

והרמ"א בדרכי משה (חו"מ יז,ו) הביא את דברי רבא לרוניא, וכתב וז"ל: "נראה ללמוד מזו, דאם בעל דין תבע חבירו בדבר מועט, וראה הדיין שחייב לו יותר על פי הדין, שאין צריך לפסוק לו רק כפי מה שתבעו, ואם פסק לו יותר ממה שתבעו, הוה טעות בדין והדין חוזר. כן כתב ריב"ש בתשובותיו סימן רכז, וכתבתי לקמן סימן כה (אות ד)". וכן הביא הרמ"א להלכה בשו"ע חו"מ יז,יב. מש"כ הרמ"א דנראה ללמוד מרוניא, הוא מדעת עצמו, דבריב"ש לא הביא ראיה מרוניא, רק הריב"ש כתב כן מסברא דנפשיה. ואפשר דזה דין בהלכות הדיינים, דכל מה שיכול לפסוק הדין הוא מפני שבאו לפניו וטענו, ומה שלא טען, לא יכול לפסוק. וראיה לזה ממה שפסק המחבר בשו"ע חו"מ יז,ט, דפעמים יש לדיין לסייע משום פתח פיך לאלם, אך זה רק בתנאים מסוימים, שרואה שנסתתמו טענותיו, משא"כ כשלהדיא אינו תובע, אינו יכול להיות כעורכי הדיינים, וז"ל המחבר בשו"ע: "ראה הדיין זכות לאחד מהם, ובעל דין מבקש לאמרו ואינו יודע לחבר הדברים, או שראוהו מצטער להציל עצמו בטענות אמת, ומפני החימה והכעס נסתלקה ממנו, או נשתבש מפני הסכלות, הרי זה מותר לסעדו ולהבינו תחלת הדבר, משום פתח פיך לאלם (משלי לא,ח), וצריך להתיישב בדבר זה הרבה כדי שלא יהיה כעורכי הדיינים". ולכן אם לא תבע, ואינו נובע מחמת שאין התובע יודע לחבר הדברים, או שמחמת אימה וכעס נסתתמו טענותיו, אם יפסוק יותר הרי הוא מעורכי הדיינים. ולכן המניעה היא מצד הלכות הדיינים, דדיין אינו יכול לפסוק אלא לפי טענות, ובלא טוען ונטען, הרי הוא מעורכי הדיינים. ולכן גם אם נדחה את הראיה מרוניא, לכאורה ממש"כ הריב"ש, אין לו לפסוק יותר ממה שתבע, ולמש"כ הוא מטעם שלא יהיה כעורכי הדיינים, וכנ"ל לעיל.

והב״ח (חו״מ סו״ס יז) כתב בביאור דברי רבא לרוניא, דקושיא עולה מאליה, שאם מחל לו רבינא, מהיכי תיתי יכל לפסוק יותר, אם לא יתן לו רוניא לרבינא במאי דאתפייס. וכתב הב״ח בתחילה, דרבא לא היה יודע שרבינא יודע שהלכה כרב הונא אליבא דר״י, דחייב לשלם כמה שגדר; ״בעל כרחך צריך לומר, דהיה תובעו בסתם שיתן לו אגר נטירא, וקא סלקא דעתיה דרבא שלא היה יודע רבינא דהלכתא כרב הונא, ועל כן היה אומר רבא ואי לא דאיננא לך דינא כרב הונא וכו׳, כלומר דלאחר שאפסוק הדין, שוב לא יתפייס רבינא בפחות״. וע״ז הקשה הב״ח, דאם סבר רבא שטעה רבינא בדין, היה לו לפסוק כדין ולא לפי התביעה, ומזה מוכח שאין הדיין יכול לפסוק יותר ממה שתבע התובע, ורק אם לא היה נותן רוניא לרבינא מה שהסכים רבינא, היה רבא קונס את רוניא, לא מעיקר הדין אלא בתורת קנס, לשלם לפי הדין אף שלא תבעו. או שאה״נ, לא היה פוסק יותר ממה שתבע, ורק להפחידו אמר כן, עיין בזה לעיל. ואפשר דמה שרבא לא רצה לפסוק יותר מתביעת רבינא, ורק להפחידו אמר כן, כדי שלא יהיה כעורכי הדיינים.

גם הסמ״ע יז,כו הקשה, דממהלך הסוגיא רואים שרבינא ידע שרוניא חייב לשלם לו יותר, ורק נכנס עמו לפנים משורת הדין, ומנין לנו שאם הבע״ד לא יודע שמגיע לו יותר מהנתבע, שאין הדיין יכול לפסוק כדין, ולכל הפחות דינו דין, ואין ראיה מרוניא שאינו דין: ״דמשו״ה לא רצה רבא לפסוק על רוניא כדיניה, כיון דרבינא ידע הדין וויתר עמו מנדבת לבו, משא״כ בבע״ד שתובע פחות מפני שאינו בקי בדין, דילמא בכלל פתח פיך לאלם הוא וחייב לפסוק עליו יותר וכדיניה, או לכל הפחות אם פסק הדיין יותר אין הדין חוזר״. וכתב דאין לדחות שרבא הסכים לוותר רק אם לא ירד עמו לדין, ואם ירד עמו לדין אינו מוכן לוותר, דא״כ מדוע רבא לא פסק כדינו ורק במאי דאיפייס. גם אין לומר שרבא לא ידע השקו״ט בין רוניא לרבינא, וסבר שרבינא סובר שאין הדין כרב הונא אליבא דר״י, ולכן לא פסק יותר מהתביעה, כיון שאין לפסוק יותר מהתביעה, דא״כ מדוע אמר ואיים שיפסוק יותר מהתביעה, היה צריך להפחידו, שאם לא יתן דמי נטירותא, ינדה אותו. ונידון הריב״ש הוא באופן שידע התובע ורצה לוותר, משא״כ אם הדיינים רואים שהתובע תבעו בפחות מפני שטעה בדין, ואם היה התובע יודע את הדין היה תובעו כדין, אין ראיה מהריב״ש דאם פסק הדיין יותר שהדין חוזר. ולכן כתב לבאר (מעין דרך הב״ח), שרבא לא ידע שרבינא יודע את הדין ומוחל, רק תבע רבינא מרוניא קמיה רבא דמי נטירותא, ולא יכל לפסוק יותר, רק בתורת קנס למי שאינו רוצה לשלם כפי מה שתבעו: ״דעובדא דרבינא ורוניא הוה, שכשבאו לפני רבא לא גילה רבינא שידע הדין ושרצה לוותר עמו, שהרי לא הזכירו שם לפניו, א״כ שפיר נלמד משם דהדיין לא יפסוק יותר מהתביעה, דהא א״ל רבא זיל פייסיה במאי דאיפייס, ר״ל במאי דתובע אותך

דמי נטירא, ולא רצה לפסוק לו יותר. והא דא״ל ואי לא דיינינא לך כרב הונא כו׳, בתורת קנס א״ל, ור״ל דהכי דיינינא לכל אלם דכוותך דאינו רוצה לציית לדיין לפייס לפחות במאי דתובעו להעמידו על קו הדין ... א״נ גם מצד הדין, דכיון דאינו רוצה ליתן הפחות, הו״ל כאילו לא תבעו בפחות אלא באו לפני דיינים ופוסקים לו כדיניה״.

ולכאורה צ״ב דברי הסמ״ע מש״כ בסיפא, דבשלמא אם הוא בתורת קנס, י״ל שהוא כח בי״ד לגבות חיוב. (וכעת ראיתי שבתומים יז,ח ד״ה ותירוץ שני, הקשה כן). ואפשר, דכיון דהאיסור הוא מצד עורכי הדיינים, כל זה כשבא לטעון כביכול עבור אחד הצדדים, אולם כשעושה כן לצורך קיום פסק בית דין, אין זה מעורכי הדיינים, ולכן יכול לפסוק יותר מהתביעה שתבע התובע. ונמצא לגרי״א בנחל יצחק יז,יב שכתב לבאר, דאין הכונה דוקא לתורת קנס, אלא לכפיה על לפנים משורת הדין, כשנראה לדיין שיש לכופו לעשות כן, ורבא היה כופה לרוניא לעשות לפנים משורת הדין, כיון שלא רצה לקבל הדין. עוד היה נראה לבאר, דכוונת רבא היתה שאכן כל מה שמחל לו רבינא הוא כדי לא לבוא עימו בדו״ד ויתן המועט שתבע, אבל אם יצטרך לאמצעי גביה, לא מחל לו (והוא מעין מש״כ הנחל״ד, עיין לעיל. וראיתי אח״כ שגם בתפארת יעקב, לגר״י גזונדהייט, חו״מ יז,יב, כתב לבאר כן בדברי הסמ״ע). אך אפשר דכן אפשר לפרש לדינא, אך א״א לפרש דברי הסמ״ע שכתב דרך קנס, דלפי זה החיוב מעיקר הדין, שאין כאן מחילה, ומה ענין קנס לזה.

ובש״ך יז,טו הקשה על הסבר הסמ״ע והש״ך, וכתב לבאר, דרבא לא ידע אם רבינא טועה בדין אם לאו, ולכן כל היכא שהדיין מסופק אם מה שתובע בפחות הוא מחמת מחילה או טעות, אין לו להוציא ממון מספק. וכן הוא הדין בריב״ש, שלא ידעו הדיינים מאיזה טעם התובע תבע פחות, לא היה להם לפסוק יותר מהתביעה. ומה שאמר רבא שאם לא יתן, יפסוק לחייבו לפי מה שגדר, היינו כמש״כ התוס׳, דאמר כן להפחידו, אולם לא שאין הדין כן, דהלכה כרב הונא אליבא דר״י, רק להפחידו אומר לו שיתן לפי מה שיתפייס, שמעיקר הדין חייב יותר, אך למעשה לא יוכל רבא לפסוק יותר מהתביעה. ומהש״ך אפשר לומר שהוא גדר בעורכי הדיינים, דדוקא כשיודע הדיין בודאות שטועה התובע בדין ואינו יודע הדין, יכול לפסוק כדין יותר מהתביעה, אך בכל ספק, הוי בכלל עורכי הדיינים, ואף עצם ברור הדבר אם הוא מחמת טעות או מחילה, הוי בכלל עורכי הדיינים, כיון שמהשאלה יבואו לידי פסיקה מעבר לתביעה, שבאה משאלות וברור הדיינים.

ויסוד האיסור דהוא מטעם שלא יהיה כעורכי הדיינים, דמצד אחד חייב הדיין לפסוק לפי הדין ולהוציא דין אמת לאמיתו, אולם כשהוא משמש כעורכי הדיינים, הרי הוא כבעל דין ולא דיין, לכן קבעו חז״ל דכל עוד הוא משתמש בכוחו להוציא דין

לאמיתו, כגון פתח פיך לאלם, הרי זה מובחר וחלק מחובתו להוציא דין אמת, אולם כשיש ספק שמא מחל הבע״ד וכד׳, הרי בפסיקה מעבר לתביעה, הוא נכנס לנעלי הבע״ד. ודיין שהוא בע״ד, דינו בטל.

והא דתנן במשנה אבות א,ח: יהודה בן טבאי אומר, אל תעש עצמך כעורכי הדיינין.

ולכאורה הוא בגדר עצה על דרך המוסר והמידות. דמהראשונים נראה דהמשנה לא מיירי במי שדיין בדין, אלא במי שאינו בדיין ונותן עצה איך לטעון לפני דיין אחר, עיין ברמב״ם בפיהמ״ש שם: ״הם אנשים הלומדים את ההתדיינות, כדי שיהיו מורשים לבני אדם בדיניהם, והם משערים שאלות, אם יאמר השופט כך, תהיה תשובתו בכך, ואם יטען בעל הדין בכך, תהיה התשובה כך״. וברבינו יונה שם: ״שישאלוך ותאמר להם הדינין, ואחר שישמעוה ממך, הולכים לדיינין אחרים לדון, ויאמרו להם כבר אמר לנו ראש הדיינין כך הדין״. וכן הוא בדברי הברטנורא שם, שלא יהיה כאותם אנשים שעורכים ומסדרים טענות בעלי הדין לפני הדיינים, שאסור לאדם לגלות דינו לאחד מבעלי הדין ולומר לו עשה כך בשביל שתזכה בדינך, ואף שיודע שהדין עמו. עוד פירש שם הרע״ב, שלא יעשה עצמו כגדולי הדיינין, ובתלמיד היושב לפני רבו, שלא יעשה עצמו כגדולי הדיינים לדבר לפני רבו כפוסק את הדין. וכן יש ללמוד מדברי התוס׳ יו״ט, בתפארת ישראל, וברש״ש שם.

אמנם מדברי הרשב״ץ בפירושו לאבות (מגן אבות שם), נראה שהכוונה לדיין עצמו שדן את הדין, והוא מבחין בין טעוני שקר לאמת, ובין פתח פיך לאלם לנידון שאינו פתח פיך לאלם: ״ולא בא להזהיר שלא ילמד טענות של שקר, שזה עצמו רשע גמור הוא. וכבר אמרו, אי זהו רשע ערום, זה המטעים דבריו לדיין קודם בא בעל דין חבירו. וכן אמרו, זה המשיא עצה למכור בנכסים כרשב״ג, כמו שהוא מוזכר בסוטה (כא,ב) בפרק היה נוטל ובפרק גט פשוט (ב״ב קלז,א). אבל בא להזהיר שלא לגלות דינו ליחיד, כמו שאמרו בירושלמי כתובות (ד,יא), אסור לגלות דינו ליחיד ולומר לו עשה כך כדי שתזכה בדין, ואעפ״י שהוא יודע שהדין עמו, ובעל הדין ביפוי טענותיו זוכה בדין, אסור ללמדו טענותיו. ועל כיוצא בזה אמרו בפרק שבועת העדות (שבועות ל,ב), מדבר שקר תרחק (שמות כג,ז). וכן לתת עצה לבעל הדין כדי שיזכה, וכמו שאמרו בכתובות (נב,ב) על רבי יוחנן בפרק נערה שנתפתתה בגמרא, לקתה חייב לרפאתה. וא״ר יוחנן, עשינו עצמנו כעורכי הדיינין. ובירושלמי אמרו (שם) על זה המעשה, ולא כן תנינן אל תעש עצמך כעורכי הדיינין, וא״ר חגי אסור לגלות דינו ליחיד, ידע הוה רבי יוחנן דהיא כשרה, בגין כן, גלי לה. וכן רב נחמן בפרק הכותב (כתובות פו,ב) שנתן עצה לקרוביו ונתחרט, אמר ר׳ נחמן עשינו עצמנו כעורכי הדיינין. ואמרו בגמרא חשוב שאני. ולזה העמיד אביי אפוטרופוס אל היתום והיה טוען, אילו הוה אבוהון דיתמי קיים, הוי מצי טעין, והודה לו אביי ואמר לו שפיר

קאמרת ושבחו. ואמר מאן דמוקי אפוטרופא, לוקים כי האי, דידע לאפוכי בזכותא דיתמי, כמו שהוזכר באחרון מכתובות (קט,ב). והוא לא היה רוצה לטעון בשבילם כך, כדי שלא יראה כעורכי הדיינין. ואעפ"י שיש מקצת מקומות שהדיין יכול לסייע בטענותיו לבעל דין משום פתח פיך לאלם (משלי לא,ט), כמו שאמרו בפרק השולח (גיטין לז,ב), ובירושלמי (סנהדרין ג,ח), לא בכל המקומות מותר לעשות כן, כמו שאמרו בפרק חזקת הבתים (ב"ב מא,א), מהו דתימא כגון זה פתח פיך לאלם הוא, קמ"ל. ודבר זה נמסר לדעתו של דיין ירא שמים להוציא דין לאמתו, ולא יביא עצמו לידי חשד". מבואר שאיסור זה חל על הדיין, אלא שלעיתים יכול לפי שקול דעתו לפתוח פיו לאלם לסייע לו בטענותיו, וזאת כדי שיצא הדין לאמיתו. ועיין גם לבנו בתש' הרשב"ש (סי' רפח).

והוזכרה דברי הגמ' בכתובות נב,ב: קריביה דרבי יוחנן הוה להו איתת אבא, דהות צריכה רפואה כל יומא. אתו לקמיה דר' יוחנן, אמר להו איזילו קוצו ליה מידי לרופא. אמר רבי יוחנן עשינו עצמינו כעורכי הדיינין. מעיקרא מאי סבר ולבסוף מאי סבר. מעיקרא סבר ומבשרך לא תתעלם, ולבסוף סבר אדם חשוב שאני. ורש"י שם פירש: "אוהב אחד מבעלי דינין, ומטעים זכיותיו לדיין ועורך [הדין לפני] הדיינין לזכותו, מיקרי עורכי הדיינין, שעורך את הדיינין להפוך לבם לטובתו של זה". ובשטמ"ק שם הביא רש"י ממהדור"ק, שפירש: "כדיין שמסדר ומלמד לבעל דין לטעון לפניו". ונראה דמה שחזר בו רש"י, מפני שרבי יוחנן לא היה דיין בדבר, אבל האיסור הוא גם על דיין, ועליו טפי, ואף שמוטל עליו להוציא דין אמת, אסור לו לעשות כן אלא בכגון פתח פיך לאלם.

וברשב"א בתש' (ח"ב סי' שצג) מבואר שפעמים אף בי"ד טוענים, והכל לפי ראות עיני ביה"ד: "ומכל מקום פעמים יש שאפילו בית דין טוענין בשבילו, כגון שאמרו כגון זה פתח פיך לאלם. כל שהבית דין מכירין שאינו נמנע מלטעון כן אלא ממיעוט ידיעתו, והדבר קרוב לפי ראות הבית דין שהיה כן, כמו שאמרו בשמא פרוזבול היה לך ואבד, וממנה בית דין דן בכל מה שיראה בעיניו שהוא האמת, שלא בחרה התורה השלמה והאמתית רק בדרכי האמת, ומפני זה אמרו שטוענין ליורש וטוענין ללוקח, וכן בכל כיוצא בזה". וכן הוא בתש' שם (סי' תד): "ואפילו הב"ד בעצמו, כגון זה שאמרו פתח פיך לאלם. סוף דבר הכל לפי מה שהוא ענין, ואחר כוונת הלב הדברים אמורים, שהתורה האמיתית לא בחרה רק באמת, והדיין צריך לדון הדין לאמתו". וכן הוא בתש' הרשב"א ח"ז סי' תפג.

הבנימין זאב (סי' רנ) נשאל אם יוכל דיין שדן בדין היתומים, לטעון ליתומים שאינם יודעים לטעון ולברר הדין, והשיב: "וזה אינו צריך פנים, דפשיטא הוא

שיוכל״. והביא דברי הרמב״ם בהל׳ סנהדרין (כא,יא, שהם מקור דברי המחבר בשו״ע חו״מ יז,ט), ומזה יש ללמוד דמותר לדיין לטעון לכל אדם שאינו יודע לטעון מחמת הבלבול או הכעס, וכ״ש ליתומים. והוסיף דמ״מ צריך הדיין להתרחק מלהיות כעורכי הדיינים, אלא יש למנות אפטרופוס למי שאינו יודע, והביא מהערוך שביאר על המשנה דאל תעש עצמך כעורכי הדיינים, ליתומים ולבני אדם שאינם יודעים לטעון, ישימו להם אפטרופוס שיטעון בעבורם; ״והדיין עצמו להיות הוא טוען ולצדד טענות מצד אחר, אין ראוי״. וכתב הב״ז, דזו אזהרה רק לבי״ד למנות אפוטרופוס, שלא יהיו כעורכי הדיינים. [ולכאורה ממש״כ הערוך נראה דאינו אסור, אלא אינו ראוי לבי״ד לטעון עבור יתומים ומי שקשה לו לטעון]. והביא אח״כ ראיה דאזהרה זו הינה לכל אדם, וראיה מרבי יוחנן (כתובות נב,ב הנ״ל), שלא היה דיין בתיק, ובכל אופן סבר דאין ראוי ללמד קרוביו מטעם אל תעש עצמך כעורכי הדיינים. אולם הביא ראיה מהירושלמי (פ״ד דכתובות, שהביאו המקרה עם רבי יוחנן), דמשמע שהתדיינו אצל רבי יוחנן, והאיסור הוא על הדיין בלבד, עיי״ש.

ועיין בספר החפץ חיים (לרבי חיים פלאג׳י, סי׳ קב), שכתב דמה שמותר (אליבא דהרמב״ם והשו״ע הנ״ל) הוא רק לסדר הטענות, משא״כ ללמדו טענה חדשה שאינו יודע. אמנם אם אחד מבעה״ד חריף ופקח, ושכנגדו תם וישר ועמוס לשון, ומן הסתם על היותו כך יפסיד הדין, אין איסור ללמדו, והרי הוא כמשיב אבידה: ״והכל לפי הענין ולפי האדם, ובכל דרכך דעהו״. ושם באות טז כתב דהוא הדין לגלות זכות לבע״ד, מותר רק אם הבע״ד התחיל לומר את הטענה המזכה, אך אינו יכול לבטא, עיי״ש. [ואגב כאן אביא מה שראיתי בסוף הסימן שם, שבכלל איסור עורכי הדיינים הוא ללמד את העם הלכות באופן שיהיו בקיאים בדינים, שמתוך כך ילמדו לשקר, ואף בעניני איסור והיתר; ״אין לגלות דינים שיש בהם קולות לשאינן בני תורה, דיבואו להקל יותר״.]

ומ״מ נראה דדין הריב״ש והרמ״א סברתו תלויה בדין זה של עורכי הדיינים, ולכן בכל מקרה של ספק שמא מחל ושמא יודע הדין ולא תובעו מכל מיני סיבות, אינו יכול לפסוק יותר ממה שתבע, שלא יהיה כעורכי הדיינים, אולם במקום שמותר לו לטעון לבע״ד, וכמש״כ הרמב״ם בהל׳ סנהדרין כא,יא ובשו״ע חו״מ יז,ח, יכול לפסוק גם יותר ממה שתבע.

וראיתי בספר כפות תמרים (סוכה לד,ב), שהקשה, איך אפשר לפסוק יותר מהתביעה, אף במקום שהוא ודאי טעות (הכפו״ת לשיטתו, דלא כסמ״ע והש״ך, עיין להלן, דדוקא בודאי מחילה אינו יכול לפסוק יותר מהתביעה), הרי בכגון זה ביה״ד הופך עצמו לעורכי הדיינים, והביא דברי הרמב״ם בהל׳ סנהדרין כא,יא. וכתב לישב:

״ויראה דיש לחלק שפיר, דכל זה שכתב הרמב״ם הוא במידי דתלוי בטענות, כגון העורר על השדה ועשאה סימן לאחר דאיבד זכותו ... בכה״ג דהדבר תלוי בטענות, בודאי שלא יוכל הדיין לטעון בעד הבע״ד, דמתוך דברי הדיין ילמוד לשקר, אבל במידי שאינו תלוי בטענות אלא בידיעת הדיין, כגון שהלוה לחברו מאה זהובים על שדהו, וא״ל אם לא תפרעם עד ג׳ שנים יהיה שלי, ועברו ג׳ וד׳ שנים, ובא בעל השדה ותבע שדהו, דאין המכר כלום משום דהיא אסמכתא, ולא תבע ממנו פירות שאכל מחמת טעות, בכה״ג יפסוק הדיין יותר ממה שתבע, ויאמר הדרא ארעא והדרא פירי כמש״כ רב נחמן בפ׳ איזהו נשך ונתבאר בחו״מ סי׳ רז, ובכל כה״ג אינו מלמד הדיין טענה, אלא מגלה הדין ופוסק הדין יותר ממה שתבע הבע״ד, כי הבע״ד לא תבעו מחמת שהוא טועה בדין ובכה״ג מודה הרמב״ם״. הרי שאיסור עורכי הדיינים הוא דוקא באופן שמגלה טענות ולא שמגלה הדין מכח הטענות שנטענו. ולכאורה זה סתירה למה שכתבתי שדין הרמ״א הוא מחמת עורכי הדיינים. אולם נראה דהכפו״ת לשיטתו בבאור דברי הרמ״א, דדוקא בודאי מחילה אינו פוסק יותר. ומה שכתבתי הוא ההסבר אם נפרש את הרמ״א כשיטת הסמ״ע והב״ח, שבכל ענין אין לו לפסוק יותר, דגם פסיקה מעבר לתביעה, אף שמגלה הדין, הוי כעורכי הדיינים.

ג. האחרונים והנו״כ בדעת הרמ״א

לעיל הובא הסבר הב״ח, הסמ״ע והש״ך בבאור הסוגיא אליבא דהרמ״א. דלפי הב״ח הסמ״ע מוכח שאסור לדיין לפסוק יותר מהתביעה בכל ענין, ואף כשמוכח שהתובע לא ידע הדין. ולש״ך דוקא כשיש ספק שמא מחל התובע לנתבע, ולכן כשמוכח שלא ידע הדין ולא שייך מחילה, יכול לפסוק יותר מהתביעה. ובתומים יז,ח כתב כדעת הש״ך, דדוקא בטוען סתם והדיין לא יודע אם מה שלא תבע נובע מטעות או מחילה או מלוה ישנה יש לו עליו, לכן לא יכול הדיין לפסוק מעבר למה שתבע התובע. וכך הוה עובדא דרבינא, דכיון שרבא לא חקר אם רבינא יודע הדין שחייב רוניא כפי שגדר, ולכן מחשש שמא מחל רבינא לרוניא, לא פסק יותר מהתביעה. וכתב לבאר בתוס׳ סוכה לד,ב (סד״ה ולדרוש): ״מה שלא דן לו, לפי שנתפייס רבינא ומחל לו בפחות״, היינו שמא מחל לו, ולא ודאי מחל לו בפחות. והתומים הסתפק מה יהיה הדין בתובע עם הארץ, דבת״ח יש להסתפק, דמן הסתם רבינא ידע הדין ואין לתלות בטעות, משא״כ בעם הארץ, יש לתלות יותר בטעות, ונשאר בצ״ע. ובט״ז (חו״מ סו״ס יז) מבואר, דאם יודע הדיין שהתובע טועה בדין, מצוה לומר לו האמת. ולכאורה הדין כן בעם הארץ וכיוצ״ב. הט״ז ביאר שלא נתכוין רמ״א רק כשרואה הדיין שהתובע יודע הדין ובכל זאת אינו תובעו, דבזה כנראה מוחל לו, או כשיש לתלות במחילה. ורבא שאמר ואי לא דאיננא לך כרב הונא, שרבינא עצמו אמר לרבא,

שאם רוניא יתן מרצונו וללא תביעה אגר נטירא, יסכים לכך, אולם אם יצטרך לבוא לידי דין תורה, יתבע לפי הדין, ולכן אמר רבא כמבואר בגמ׳: ״אבל כל שספק לדיין אם יודע הדין ומוחל או הוא טועה בדין, מספק ישתוק הדיין, אבל אם ברור לדיין שזה טועה בדין, ודאי מצוה הוא שיגיד לו האמת, כן נ״ל ברור״.

ובתש׳ מעיל צדקה (לבעל הכנפי יונה, רבי יונה לנדסופר, סי׳ נג) כתב דדוקא בנידון כרבינא ורוניא, שרואים שרבינא ידע הדין, שידע לתבוע מלכתחילה כפי שגדר, בזה אמרינן שמה שתבע פחות הוי משום מחילה, אבל בלא״ה תלינן בטעות. ולכן בניגוד לש״ך שמן הסתם הוי מחילה או ספק מחילה ואין לפסוק יותר, למעיל צדקה דוקא ביודעים בודאות שאינו תובע יותר מחמת שיודע הדין ומוחל, אין לפסוק יותר מהתביעה, משא״כ בסתמא: ״דווקא באופן שאנו יודעים שידע לתבוע יותר ולא תבע, כי ההיא דרבינא שמתחילה תבע כל דמי גדרו, וכדמוכח מהני לישנא דכתבתי שידע רבא מכל זה, אבל כל שאנו מסתפקים אם מחל לו המותר או טעה בדין, הא וודאי רשאי הב״ד לומר לו שע״פ הדין מגיע לו יותר. ונראה לי דנאמן הוא לומר שטעה לתבוע ממנו זה המועט. והסברא נותנת שהאמת אתו, דלא שכיח שאדם ימחול כ״כ, ועוד דברי ושמא ברי עדיף, והרי הוא טוען ברי. והנכון שהב״ד יאמרו לו שאם מתחילה כיון למחול מותרו, הרי גזל בידו ליקח יותר, ודי בזה״. וזו לכאורה העצה התמידית, שבי״ד יאמרו לתובע שיכול לתבוע יותר, אא״כ דעתו למחול לו. עוד הוסיף במעיל צדקה: ״ואם מתחילה באמת מחמת ספק לא תבעו יותר, הרי זה פתח פיך לאלם, והוא בכלל לכל אבידת אחיך״. ומבואר כנ״ל, שכל האיסור הוא גם מחמת עורכי הדיינים, וכשיש ספק ולא ידע הדין, אין בזה איסור, והרי הוא בכלל פתח פיך לאלם והשבת אבידה.

ומדברי קצוה״ח יז,ג עולה, דאפי׳ יודע הדיין שהתובע טעה בדין, הואיל ודעת הרמ״א מסתמכת על דעת הריב״ש, דעת הריב״ש שמחילה בטעות הוי מחילה, ולכן אף שמחל התובע בטעות, הוי מחילה, ואינו יכול לפסוק יותר. והביא קצוה״ח שענין זה נתון במחלוקת הראשונים. דעת הריב״ש (סי׳ שלה) דמוכר פירות דקל שלא באו לעולם, והקונה מוחזק כעת בפירות לאחר שבאו לעולם, אף שטעה בדין ומחל לו מדעת, מ״מ הוי מחילה. והביא שדעת תוס׳ (ב״מ סו,ב ד״ה התם), דמה שיכול הלוקח להחזיק בפירות, לא מפני שמחילה בטעות הוי מחילה, אלא דניחא ליה למוכר למיקם בהימנותיה. וזה גם דמיון הרמ״א לדין רוניא, דכיון שבשעה שעשה רבינא את הגדר על מקום שניהם, היתה דעתו לזכות לרוניא באמצעות מקום החצר את הגדר, וכיון שרצה רבינא אגר נטירא, מחל לו את שלו, שבשעה שבנה רצה לזכות לו בדמי אגר נטירא, ואף דהוי מחילה בטעות, שהרי רוניא חייב לשלם מחצית ממה שגדר, לרב הונא אליבא דר״י, מ״מ כיון דהוי מחילה, אף שבטעות, הוי מחילה. ומ״מ מוכח

מדבריו, דלשיטת הריב"ש והרמ"א, אף אם יודע הדיין שטעה התובע בדין, הוי מחילה, ואינו יכול לפסוק יותר מהדין. אמנם להלכה כבר פסק הרמ"א בשו"ע חו"מ רמא,ב בסופו, שמחילה בטעות לא הוי מחילה, ומקורו מדברי המרדכי (סנהדרין תרפב) ומהרי"ק, עיי"ש.

ועיין בתומים יז,ח, דמה שרבא אמר לרוניא ואי לא, דיינינא לך כרב הונא אליבא דר"י, היינו שכל מחילת רבינא הינה מחילה בטעות, עיי"ש. ובנתיבות יז,א כתב, דודאי אם תובע פחות ממה שמגיע לו, תלינן שתובעו פחות מחמת טעות, וחייב הנתבע להחזיר. ורק בנידון כרוניא ורבינא, שאם היה רוניא משלם כפי מה שגדר, היה מחצית הכותל שלו, ואם משלם רק אגר נטירא, אין מחצית הכותל שלו, י"ל שמה שלא תבעו רבינא, מפני שלא רצה ליתן לו חלק בכותל. וז"ל הנתיבות: "לכן נראה לפי עניות דעתי, דדוקא במקום שלפי הדין הוי גזל תחת ידו אם אינו מחזירו, ודאי דחייב להחזיר, וגזל הוא תחת ידו כשאינו מחזירו, ואף שחבירו אינו תובעו, תלינן בטעות, שאין לך בכדי שהדעת טועה יותר מדין. ודוקא בהא דרוניא ורבינא במקיף את חבירו בגדר, דשם אם יתחייב ליתן לו כפי מה שגדר, הרי יהיה הגדר החצי של רוניא כיון שפרע לו החצי, מה שאין כן כשלא ישלם לו רק אגר נטירא, לא יהיה לו חלק בכותל". ולכן דוקא במקום שזה סוג תביעה אחר, שישלם לו פחות ובמקביל יקבל פחות, בזה אמרינן שאין לדיין לפסוק יותר, משא"כ כשיתכן שכל מה שתובע פחות הוא מחמת טעות, הרי זה גזל ביד הנתבע, ועל הדיין לפסוק כדין. וכן גם בנידון הריב"ש, לא היה גזל ביד הנתבע, אם יפסקו רק כפי התביעה. ודייק הנתיבות בדברי הרמ"א שכתב: "... והדיין רואה שיתחייב לו יותר וכו'". הרמ"א לא כתב בלשון הווה - והדיין רואה שהוא חייב לו יותר, אלא בלשון עתיד, לומר דדוקא במקום שעכשיו אינו חייב לו כלל, רק שהדיין רואה שבאם יתבע יותר, יתחייב לו הנתבע יותר, שקודם תביעת רבינא לשלם לו בעד חצי הכותל, אין רוניא חייב לו כלל, בזה אין לו לפסוק אלא כפי התביעה, ולומר לנתבע שמחויב אתה ליתן לתובע יותר, אם ירצה לתבוע יותר. משא"כ במקום שיש גזל תחת יד הנתבע, אף שאינו תובעו, מחוייב להחזיר, והבי"ד יודיעו לנתבע שגזל הוא תחת ידו כשאינו מחזיר, דתלינן בטעות.

ואליבא דרמ"א, אם פסקו יותר מהדין, הוי טעות וחוזר. ובש"ך יז,טו כתב, דכל זה כשלא הוציאו התובע מעות מהנתבע, אולם אם התובע מוחזק במעות לפי פסק ביה"ד, נאמן לטעון שטעה בדין, ורק הדיין לא יכל להוציא ממון מספק, אבל המוחזק יכול לומר שלא טעה, ואין הדין חוזר. אולם כל זה אינו לשיטת קצוה"ח, דלקצוה"ח אף דהוי מחילה בטעות, מהני המחילה, ולפ"ז חייב להחזיר התובע את המעות. ועיין שעהמ"ש יז,ו, דאף במחילה כשתבעו בפחות, כל זמן שלא נגמר הדין,

התובע יכול לחזור בו מהמחילה, דכל זמן שלא קיבל עליו הנתבע לפרוע מה שתבעו התובע, אף המחילה צריכה קנין, אלא דכל זמן שאין התובע חוזר בו, אין לדיין לפסוק יותר ממה שתבעו התובע, משא"כ כשכבר נפסק הדין וקבלו הצדדים את פסה"ד: "ובאמת לולי דברי הרב רמ"א היה נראה לי, דהיכי שהדיינין פסקו יותר ממה שתבע וקבלו שני בעלי דין את הפסק דין, שאין לדיינים לחזור הדין, דכיון דקודם הגמר דין יכול התובע לחזור ועדיין לא נקנו המעות להנתבע עד שיוגמר הדין ויסתלקו זה מזה, א"כ הכא כיון שהבית דין גמרו את דינם ושישלם לו הכל וקבלו שניהם את דינם, הרי חזר בו התובע ממחילתו. דהא דמהני גמר דין הוא כיון שעומד במחילתו ונסתלקו זה מזה נקנו המעות להנתבע, אבל הכא דבשעת גמר דין פסקו לו יותר, הרי הנתבע לא נתכוין לזכות בהמותר והתובע נתכוין לגבות גם המותר, א"כ ממילא חזרה הוא, אף שפסק הדיינים היה בטעות והחזרה היתה מחמת סמיכה עליהם, מ"מ המעות לא נקנו להנתבע ומחילתו שמקודם נתבטלה עכשיו". עוד הוסיף שעהמ"ש, דמ"מ אם טוען התובע לאחר פסה"ד שטעהה בתביעה, אין הדין חוזר, עיי"ש.

ועיין בכפות תמרים (סוכה לד,ב ד"ה כתבו עוד), דמבואר שבאו שניהם, רבינא ורוניא,

לדין תורה, דהקשה שם הכפו"ת, איך למד הרמ"א דינו מרוניא, הרי שם ידע הדיין שרוניא יודע הדין ומוחל. וכתב דלסמ"ע והב"ח י"ל, דכשבא רבינא ותבע מרוניא את תביעתו לפני רבא, לא סיפר לרבא את כל הדו"ד שהיה ביניהם תחלה אלא תבעו סתם דמי נטירא, וסבר רבא דרבינא טועה בדין, ובכל זאת לא פסק לו יותר, מוכח דאין לדיין לפסוק יותר מהתביעה. אך כתב דזה נגד לשון רבא, זיל פייסיה במאי דאתפייס, וכן נגד מה שפירשו הראשונים בסוכה שם, עיין בתוס' (סד"ה ולדרוש) ועוד, שרבינא מחל לרוניא. גם את דברי הש"ך, דמיירי בספק מחילה, דחה הכפו"ת, דאם הדיין מסתפק בדברי בע"ד אם טועה בדין או מחל לו, טרם פסיקת הדין יברר הדבר עם התובע שמא טועה בדינו, וחייב הדיין להשיב אבידה לתובע. וגם איך יזכה הנתבע במה שבידו משל חברו, דאי משום שמא מחל, אין זה מספיק, דשמא לא מחל אלא טועה בדין היה ומחילה בטעות אינה מחילה, וכמש"כ מהרי"ק (שורש קיא). ולכן כתב לבאר, דדוקא בנידון כרוניא ורבינא, שיודע הדיין הדו"ד ביניהם ויודע שכבר מחל, וכמו שכתבו הראשונים בסוכה שם, בזה אין לדיין לפסוק יותר, דדוקא שיש ידיעה ודאית על מחילה ממהלך הדו"ד, משא"כ בספק מחילה, עליו לברר עם התובע מדוע אינו תובע יותר. ועיין מש"כ החיד"א בברכי יוסף (חו"מ סו"ס יז).

והחת"ס בחידושיו לש"ס (ב"ב ה,א) הסכים לדעת הכפו"ת, וכתב: "אמנם גוף הדין הוא נגד השכל והסברא ועיקור ההלכה, כדמסיק כפות תמרים הנ"ל, דאין

לדיין לסייעו וללמדו שום טענה, אבל אי טעין ככל הראוי רק שאינו תובע מה שראוי לתבוע עפ״י טענותיו, אזי מצוה על הדיין לפתוח פה לאלם ולהציל עשוק מיד עושקו. ובשמעתן כבר פי׳ רמ״ה, דרבינא אקפיה במחיצות החיצונים, והיה מתירא רבא אם יפסק דרוניא ישלם החצי, יטעון אני אקוף הפנימי ביני לבין רבינא, כמ״ש רמב״ן טענה זו, ע״כ דטבא לתרוויהו עביד רבא, שיתפייסו שניהם, והוא נכון מאוד״. מבואר מהחת״ס דככל שאין הדבר תלוי בטענות, חייב הדיין לברר עם התובע אם טעה או מחל, ויכול לפסוק יותר מהתביעה, או שטעה התובע בדין.

והגרי״א (נחל יצחק יז,יב), הביא מבנו (הגר״צ) בישוב דעת הש״ך, דכשנולד לנו ספק אם ידע התובע את הדין שמגיע לו יותר ומחל, או שטעה בדין והוי מחילה בטעות, דלא מהני לכולי עלמא היכא דלא ידע דמחיל, כמבואר בב״מ סז,א, מספק אין להוציא מהמוחזק, כיון דהתובע אינו טוען ברי דטעיתי, והנתבע מסופק אם מחל לו, והוי כשניהם טוענים שמא, שאף בספק במחילה גם כן פטור, כמו בשניהם טוענים שמא בספק פרעון דפטור. אולם לצאת ידי שמים חייב, משום דאתחזק חיובא לפני המחילה. ולכן אמר לו רבא, שאם לא תרצה לשלם לו כפי הפחות, הרשות בידינו לקנוס אותך שתשלם הכל, דלצאת ידי שמים מוטל על רוניא חיוב לשלם כרב הונא אליבא דר״י. אמנם דעת הגרי״א, דאם הדין פשוט ללא מחלוקת כלל, ותבע התובע פחות ממה שמגיע לו, אף שטוען ברי דטעיתי ולא ידעתי, קשה להוציא מהנתבע המוחזק, וכדמצינו בב״מ (טו,ב) דאמרינן דאדם יודע שאין קידושין תופסין באחותו וגמר ונתן לשם מתנה. אבל בדבר שיש בו קצת מחלוקת, אף דלא קיי״ל כחולק, ונפסקה ההלכה כדעה האחרת, כיון דנמצא חולק בזה, י״ל דטעה וסבר שהדין כחולק.

וחילוק זה בין דבר שהוא דין פשוט, לדבר הנתון במחלוקת, לומר שלא ידע התובע לתבוע, מצאנו גם בתש׳ מהרש״ם (ח״ה סי׳ ד). מהרש״ם נשאל בתביעה של נותן עיסקא למקבל, אם רשאי הדיין לשאול אם עשו היתר עיסקא, וממילא לפטור את המקבל אף מהקרן. והביא מהרש״ם את דברי הריב״ש והרמ״א, וכתב דבנדון שלו הואיל ומי שמוחזק הוא המקבל, מחילתו לא מהני בלא קנין: ״ואמנם נראה ברור דהיינו בדין פשוט, אבל מלתא דתליא בפלוגתא, הרי קיי״ל דלאו כ״ע דינא גמירי ... דבמלתא דתליא בפלוגתא, אמרינן לאו כ״ע דינא גמירי, ע״ש, א״כ בוודאי טעה בדין, ובפרט דבנ״ד דהמלוה בא להוציא ממנו, א״כ לא שייך בזה מחילה מן הלוה למלוה, דהא דמחילה אינה צריכה קנין הוא רק ממלוה ללוה, וכנודע״. ולכאורה דברים אלו לא יועילו לתובע דנן לפסוק יותר מהתביעה, כיון שבמחלוקת הפוסקים, י״ל שלא ידע שההלכה מחייבת לזכותו, אולם בנדו״ד שזו שאלה של פרשנות הסכם, שהרי ידע שצריך להודיע חדשיים מראש, והשוכר ענה רק חודש מראש, וכאמור לעיל לדעתינו הודעה זו אינה מעלה או מורידה, כיון שקדמו לה הודעות על פינוי שלא

בוצע, ובכך לא יכול המשכיר לבוא בדברים עם שוכר אחר, הרי ידע מעובדות אלו ולא סמו עיניו מהן, ומשלא תבע י״ל דמחל וסבור שימצא שוכר אחר תוך חודש מהפינוי בפועל, או שהחליט למחול אף על חודש השכירות.

ד. זכות בשטר

הש״ך יז,טז הביא מספר באר שבע (לרבי ישששכר בער איילנבורג, מתלמידי הסמ״ע והלבוש, עמ׳ קי טור ב), שמותר לדיין לפסוק לזכות את בעל השטר ע״פ אותה הזכות שרואה הדיין בשטר, אף שבעל השטר לא טען אותה זכות ולא הרגיש בה. וכתב הש״ך: ״וצ״ע קצת״. והנה ז״ל הבאר שבע: ״אני טרם אכלה לדבר, אגלה סוד ה׳ ליראיו, שהוא חדוש גדול בעיני, ואולי יהיה חדוש ג״כ בעיני אדם אשר כגילי, והוא זה. בע״ד שתבע חבירו עם שטר חוב, או שטר מתנה, או שטר מכירה, או שאר ענין, וחבירו רוצה לבטל השטר ע״פ טענותיו ואמתלאות שנותן שהחוב או המתנה אינה כלום, והדיין רואה לבעל השטר איזה זכות בלשון השטר שיהיה זכאי, מותר לו לדיין לפסוק לזכות את בעל השטר ע״פ אותו זכות שרואה הדיין בשטר, אע״פ שבעל השטר לא טען אותו זכות וגם לא הרגיש בו כלל. כן נ״ל מדברי הרא״ש ז״ל בתש׳ שהביא הטור אהע״ז סי׳ קי, וכ״כ הטור חו״מ בהדיא בסי׳ מב, וכן משמע בסי׳ יז״. ויש להבין מדוע נשאר הש״ך בצ״ע קצת, הרי בנדון הבאר שבע, התובע תובע את כל הסכום, והנתבע מערער את כח השטר, וביה״ד רואה זכות מכח השטר, מדוע לא יוכלו לפסוק כפי השטר.

וראיתי בפד״ר (ח״ד עמ׳ 180, מביה״ד הגדול בהרכב: הגר״י עדס, הגרי״ש אלישיב, הגר״ב זולטי) שדנו בדברי הבאר שבע, וכתבו דנידון הבאר שבע הוא במקרה שלפי כללי הלכה אם היה הבע״ד טוען הטענה שביה״ד חפץ ללמד לזכותו, הרי שהיינו מעמידים את השטר בחזקתו. וראיה מראיות שהביא הבאר שבע מדברי הטור, שהביא מהרמ״ה, שכשיבא שטר לפני הדיין, צריך לעיין בכל אותיותיו ולדמות אות לאות, ואם רואה בו שום שינוי לא יגבה בו... ומסתברא דהני מילי היכא דאתי לאפוקי מיורשין או מלקוחות, אבל היכא דאתי לאפוקי מלוה או ממוכר ומנותן גופייהו ולא קא טעין נתבע טענות דשייכא בההיא ריעותא דאשתכח בשטרא, לא טענינן ליה אנן, והוסיף הטור: ונ״ל שאפילו אם לא יטעון הנתבע, חייב הדיין לטעון, כדי להוציא הדין לאמיתו. ומזה הוכיח הבאר שבע דכמו דרשאי הדיין לטעון טענת זכות בכדי לערער תוקפו של השטר, הוא הדין כשרואה זכות לבעל השטר, רשאי לטעון להשאיר את השטר בחזקתו: ״ואין זה דומה לפי״ז למה שפסק הש״ך בס״ק טו, כי שם אילולא הספק שמא מחל על סכום הנוסף, הרי לפי העובדות והמסיבות אשר לפני הדיין, ברור הדבר כי מגיע לו יותר ממה שהוא תובע, ואין כאן ענין של לימד זכות גרידא,

להעמיד הדבר בחזקתו. וכן במקרה אשר לפנינו, לפי המציאות הדין הוא עם התובע, אלא מפני העלם דבר וטעות בדבר הלכה, לא ידע איך לכלכל דבריו במשפט, והואיל ואין כאן הבדל בסכום שהיה מקום לתלות שמא מחל על היתר, הרי בכה"ג על הדיין לפסוק את המגיע לו". לפ"ז נדון הבאר שבע הוא רק לימוד זכות. נידון הרמ"א והריב"ש הוא מעבר ללימוד זכות אלא תוספת לתביעה, דבנידון הבאר שבע התובע עומד על תביעתו, רק אינו יודע לטעון למה יש לו זכות לפי השטר. בנדון הרמ"א, צריךלטעון עבורו גם את עצם התביעה. ומה שנשאר הש"ך בצ"ע קצת, דאולי יש לדמות לנידון הרמ"א ושמא מחל, ולכן נשאר רק בצ"ע קצת.

אולם התעוררתי לענין אחר ששייך לנושא זכות בשטר. הרי כל הספק שמא מחל לו המשכיר, תלוי במחלוקת הראשונים, הואיל והמשכיר מחזיק בידו שטר שכירות שבו כתוב הזכות הנ"ל, ויש מחלוקת אם מהני מחילה בלא קנין, כשהמלוה נקיט בידו שטר. הרמ"א בחו"מ רמא,ב, הביא מהמרדכי (סנהדרין תרפ – תרפא), דאפי' מחזיק המלוה שטר או משכון, מהני מחילה בדברים בלבד, וז"ל המרדכי (סי' תרפ): "... אם מחל חוב לחבירו שיש לו עליו הן בשטר הן בע"פ מדעתו בלא פשרנים, קנה הואיל והחוב ביד הלוה זכה במה שבידו, כאותה ששנינו ברשות הלוקח כיון שקיבל עליו מוכר קנה לוקח ...". וכן הביא המרדכי שם (סי' תרפא) ממהר"מ: "ונשאל לרבינו מאיר, אם מחילה צריכה קנין היכא דיש למוחל משכון בידו. והשיב, נ"ל דבר פשוט הוא דלא בעי קנין, ונהי דבעל חוב קונה משכון להתחייב כשומר שכר, מכל מקום אין גופו קנוי לו למלוה, ומהני מחילה אע"ג דהמלוה מחזיק משכון ...". וכך פסק הרמ"א שם. ובש"ך רמא,ד הביא שזו מחלוקת בירושלמי (גיטין א,ד): דין דמחל שטר לחבריה, ר' חנניה ור' מנא, חד אמר מחל. וחרנה אמר לא מחל, עד דמסר ליה שטרא. והעיטור הביא מחלוקת זו מהירושלמי, ופסק הש"ך דהוי ספיקא דדינא. ולפ"ז גם אם היתה מחילה, הוי ספיקא דדינא אם מהני בלא קנין.

ומשלשה טעמים נראה דבנדו"ד לא מועיל השטר שלא תועיל מחילה בדברים. בנדו"ד השוכר הוא המוחזק. כמו כן הזכות האמורה שיוכל לתבוע חדשיים מהפינוי בפועל על אף ההודעה, לא כתובה בשטר. היא פרשנות והסבר מדוע נצרכים לחדשיים הודעה מראש, ולכן תועיל מחילה גם בדברים ללא קנין, דמה שצריך קנין במחילה במחזיק שטר, היינו דוקא בזכות ברורה בשטר. ועוד, בנדו"ד הוי שטר ללא עדים אלא בכתב ידו, ובשטר בכתב ידו מהני מחילה אף בדברים ללא קנין, לפמש"כ הגרי"א (באר יצחק חאה"ע טז,ד), למש"כ קצוה"ח יב,א דמה שלא תועיל מחילה אלא בקנין בתפוס המלוה בשטר, דשטר הוי כגבוי, וזה שייך דוקא בשטר שיש בו אחריות נכסים, כדאיתא בגיטין לז,א, ובשטר בכת"י אינו גובה ממשעבדי, ולכן מהני מחילה בדברים, דלא הוי כגבוי.

לאור האמור לעיל, אם לדעת ביה״ד מדובר בטעות של התובע, רבו הפוסקים המתירים לפסוק אף מעבר לסכום שתבע. אמנם ראוי ונכון לערוך ברור עם התובע, מדוע תבע רק את סכום התביעה.

בנדו״ד נראה שאין הדבר מוחלט לחייב עבור החודש השני, דאפשר שהיו למשכיר בטחונות או ידיעה ברורה שכעת השוכר יעזוב סופית וכד׳. לכן במקרה זה נראה שאין לפסוק ולחייב את השוכר גם עבור החודש השני.

סימן טו

בדין אל תפרעני אלא בעדים

ראשי פרקים

א. שעבוד או אנן סהדי

ב. מחה או שתק

ג. בין נאמנות לצורת הפרעון

ד. פרעתי בכת"י

ה. בפוגם שטרו

ראובן לוה משמעון סכום כסף, ועשו שטר בכת"י על ההלואה וזמן הפרעון. כשהגיע זמן הפרעון לא פרע ראובן, וסיכמו שיפרע בעשרה תשלומים חדשיים. בשעה שסיכמו את ענין התשלומים, אמר שמעון לראובן שלא יפרע אלא לו ולא לבני ביתו, וכן שלא יפרע אלא בעדים או שובר (בעקבות טענות שהיו בעבר עם ראובן). לא היו עדים להתנאה זו, אך ראובן מודה. וכעת נפל דו"ד ביניהם על שני תשלומים, כשראובן טוען שפרע בלי עדים ושובר. ראיה לכך, שגם חלק מהפעמים ששמעון קיבל את החוב, היה ללא עדים ושובר, ורק חלק היה עם שובר

א. שעבוד או אנן סהדי

ובנדו"ד על הצד שיכול לטעון טענת קים לי שפרעתי נגד שטר בכת"י (עיין להלן), יש לדון אם נאמן לומר שפרע, במיגו שהיה טוען שלא התנה עמו כן. ומצאנו שנחלקו בזה האחרונים. תנן במשנה שבועות לח,ב: מנה לי בידך, אמר לו הן, למחר אמר לו תנהו לי, נתתיו לך פטור, אין לך בידי חייב. מנה לי בידך, אמר לו הן, אל תתנהו לי אלא בעדים, למחר אמר לו תנהו לי, נתתיו לך חייב, מפני שצריך ליתנו בעדים. ומזה שהמשנה מיירי למחרת ההלואה שאמר לו מנה לי בידך, מוכח שגם לאחר ההלואה יכול לומר ללוה שלא יפרע אלא בעדים, וזה חידוש המשנה, דבשלמא בשעת ההלואה י"ל שהוא תנאי בהלואה עצמה ובכך נתשעבד, אבל לאחר ההלואה מהיכי תיתי שיועיל התנאי, ובכל זאת כותבת המשנה שמועילה ההתנאה שחייב לפרעו בעדים, ועיין להלן.

ובגמ' שבועות מא,ב: אמר רב יהודה אמר רב אסי, המלוה את חבירו בעדים, אינו צריך לפורעו בעדים, ואם אמר אל תפרעני אלא בעדים, צריך לפורעו בעדים.

כי אמריתה קמיה דשמואל אמר לי, יכול לומר לו פרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדינת הים ... אמר רב פפי משמיה דרבא, הלכתא המלוה את חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים, ורב פפא משמיה דרבא אמר המלוה את חבירו בעדים אין צריך לפורעו בעדים, ואם אמר אל תפרעני אלא בעדים, צריך לפורעו בעדים, ואם אמר לו פרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדינת הים – נאמן. והרמב"ם (מלוה ולוה טו,א) פסק: "המלוה את חבירו בעדים ואמר אל תפרעני אלא בעדים, בין שאמר לו בשעת הלואה בין שאמר לו אחר שהלוהו, ה"ז צריך לפרעו בעדים מפני התנאי". דבמשנה מבואר שאמר לו כן אחר שהלוהו, ומזה הוציא הרמב"ם שאין חילוק בין אם אמר בזמן ההלואה או אחר ההלואה. ובשו"ע חו"מ ע,ג הוסיף: "ואם אמר שפרעו שלא בעדים, אינו נאמן, והמלוה גובה ממנו בלא שבועה".

ותוספת דברי המחבר היא מהרא"ש שבועות ו,יג: "והלכתא כרב פפא, דהאמר רבי אבא בפרק גט פשוט (קע,א) והא קי"ל המלוה את חבירו בעדים א"צ לפורעו בעדים, ורבא ורמי בר חמא נמי סבירא להו הכי בפ' כל הנשבעין (מה,ב). ואם א"ל אל תפרעני אלא בעדים, צריך לפורעו בעדים, ואם אמר פרעתיך שלא בעדים אפי' שבועה אינו צריך, דהא הימניה בדיבוריה כל זמן שלא יביא עדים". ודברים אלה התבארו באר היטב בדברי הר"ן (שבועות כ,ב מעמוה"ר), וז"ל: "מיהא שמעינן, דאפילו לאחר הלואה יכול המלוה לומר ללוה אל תפרעני אלא בעדים, דהא מתני' לאחר הלואה היא, וכדקתני בהדיא מנה לי בידך אמר לו הן אל תפרעני אלא בעדים, וקתני דכי אמר לו נתתיו לך חייב מפני שצריך ליתן לו בעדים. וכתב הרמב"ן ז"ל, דכשאומר לו לאחר הלואה, אם לא קבל עליו אלא אמר לו לא כי אלא אפרע אותך שלא בעדים כדי שלא אהא צריך להביא עמי עדים, שהדין עמו וא"צ לפרעו בעדים. אבל ממה שכתבו הרב בן מיגא"ש והרמב"ם ז"ל [פט"ו מהלכות מלוה ולוה], נראה שהם סוברים שאין הדבר תלוי בקבלתו של לוה, אלא כל שהתרה בו המלוה צריך לפרעו בעדים. ויש שתמהו וכי לאחר הלואה במה נשתעבד, בשלמא בשעת הלואה בקבלת המעות נשתעבד, אבל לאחר מתן מעות במה נתחייב. ונ"ל שאין זו קושיא, שאין הענין מטעם שעבוד, אלא מפני שכל שהלוהו בעדים למאן דאמר צריך לפרעו בעדים, אי נמי שאמר לו אל תפרעני אלא בעדים וכדאיתא בגמרא, אין הלוה עשוי לפרעו בלא עדים, ואי טעין ואמר פרעתיו בלא עדים, אמרינן שקורי משקר, שכיון שהמלוה יכול לברר הלואתו ע"פ עדים, א"נ שהתרה בו, אין הלוה עשוי לפרעו אלא בעדים כדי שלא יחזיקנו המלוה בין הבריות כלוה ואינו משלם. ובהכי רהטא כולה סוגיין וכמו שאכתוב לפנים בס"ד. ולפיכך אין הדבר תלוי בקבלתו של לוה, אלא כל שהתרה בו המלוה ואמר לו אל תפרעני אלא בעדים, אם טען הלוה בלא עדים פרעתיו, אנן סהדי דשקורי משקר".

מהר״ן מתבאר דמהמשנה מוכח שיכול גם לאחר ההלואה לומר לו אל תפרעני אלא בעדים, וכנ״ל. ומביא דעת הרמב״ן שלאחר ההלואה יכול הלוה להתנגד ולומר שאינו מוכן לפרעו בעדים, והמשנה מיירי בלא הביע הלוה התנגדות לכך, אבל אם הביע הסכמתו לתנאי של הלוה (י״א דצריך הסכמה מפורשת, וי״א דסגי בהסכמה בשתיקה, עיין להלן), לא השתעבד לפרעון ההלואה בפני עדים. והר״ן הסביר שאין כאן שאלה של השתעבדות, אלא כשאמר לו כן, אנן סהדי שלא יפרע אלא בעדים, שאם יטען שפרע בלא עדים, יחזיק עצמו בעיני הבריות כלוה ואינו משלם, לכן ודאי שאחרי תנאי כזה, גם אם נעשה אחרי ההלואה, לא יפרע אלא בעדים, ואם יטען כעת שפרע בלא עדים, אנן סהדי שמשקר, דאין לו נאמנות לטעון נגד אנן סהדי, וודאי לא פרעו כלל. ולפ״ז יוצא שנחלקו הראשונים אם התנאי של אל תפרעני אלא בעדים הוא שעבוד שמשתעבד הלוה לפרעו דוקא בעדים, וכל שפרע בלא עדים, כביכול לא פרע, מפני שהשתעבד לפרעו דוקא בעדים. וזו דעת הרמב״ן, ולכן צריכים להסכמת הלוה לתנאי. ושיטת הר״י מיגאש והרמב״ם שאינו יכול להתנגד, מפני שהתנאה זו יוצרת אנן סהדי שודאי לא יפרע שלא בעדים, ואם טוען שפרע שלא בעדים, אין לו נאמנות נגד אנן סהדי.

ולפ״ז נראה לכאורה לבאר מחלוקת האחרונים בנדו״ד, מה יהיה הדין אם ההתנאה שלא יפרע אלא בעדים היתה שלא בעדים, אם נאמן הלוה לומר פרעתי שלא בעדים, במיגו שהיה מכחיש התנאי. אם נאמר כשיטת הרמב״ן שהשתעבד לפרוע בעדים, כל שבשעת ההתנאה (אם היתה לאחר מתן מעות) הסכים או לא התנגד לתנאי של המלוה, הרי שהשתעבד לפרוע בעדים, ואין כאן שאלה של נאמנות שנאמינו במיגו, כיון שלשיטתו הוא השתעבד לפרוע דוקא בעדים, וכל שלא פרעו בעדים, לא פרעו. משא״כ אם נאמר שיש כאן אנן סהדי שלא פרעו, כיון שודאי לא יפרע בלא עדים כשיש תנאי מצד המלוה, שלא יוחזק כלוה רשע ולא ישלם וכשקרן, כל זה כשהיה התנאי בעדים, אבל כשהתנאי היה שלא בעדים, יאמר הלוה שסבר שבכך לא יוחזק שקרן, שהרי יכול להכחיש את המלוה, ואין אנן סהדי שלא יפרע בלא עדים, דהאנן סהדי הוא רק במקום שלא יכול להכחיש המלוה, אולם במקום שיכול להכחיש המלוה, כיון שההתנאה לא היתה בעדים, לא איתרע נאמנותו, ונאמן במיגו שפרעו שלא בעדים, במיגו שהיה מכחיש, שאין האנן סהדי רק במקום שיוחזק שקרן, אבל במקום שיכול להכחיש המלוה, לא מוחזק שקרן ואין אנן סהדי.

וזו למעשה מחלוקת האחרונים, הסמ״ע והש״ך, עם כנה״ג וקצוה״ח. הסמ״ע ע,יא כתב, דכל הסימן (משו״ע ע,ג) מיירי דאמר לו כן בפני עדים, שאל״כ הוא נאמן במיגו שלא התנה עמו לפרוע בעדים. ולזה הסכים גם הש״ך ע,יא, וציין שגם דברי המגיד מטין לזה. ואיזכור דברי המגיד שדבריו מטין לזה, הביא כבר בפרישה (חו״מ

ע,ד). ודברי המגיד (מלוה ולוה טו,א), הם בענין אם הלוה לא קיבל עליו התנאי לאחר ההלואה, שהביא את מחלוקת הר״י מיגאש והרמב״ן: ״וכתב הרב ז״ל, שאפילו לא קבל עליו הלוה, מחוייב בכך משום דעבד לוה לאיש מלוה. וזה נראה דעת הרשב״א ז״ל. אבל הרמב״ן ז״ל כתב דוקא קיבל עליו לוה או שתק, אבל אם אמר לו אני אפרע אותך שלא בעדים, כיון שלא התנה כן המלוה בשעת ההלואה, מחאת הלוה מחאה. ודברי הר״מ הלוי מטין לדברי רבינו ורבו ז״ל״. ועיין גם בכס״מ שם, שאין הענין משום שעבוד אלא אנן סהדי, וכדברי הר״ן הנ״ל. ומזה העלו הסמ״ע והש״ך שכל ענין ההתנאה היא אנן סהדי שלא יפרע אלא בעדים, אך כל זה באופן שאינו יכול להכחיש את ההתנאה, אולם אם יכול להכחיש את ההתנאה, אין אנן סהדי ולכן נאמן שפרע בלא עדים, דאין כאן אנן סהדי. הכנה״ג (חו״מ סי׳ ע הגה״ט ס״ק יב), כתב וז״ל: ״ולי נראה דאם איתא להסמ״ע, לא הוו הפוסקים שתקו מיניה. ולכן אני אומר דאפי׳ לא התנה כן בפני עדים, כל שהודה הלוה שאמר לו כן, שוב אינו נאמן במגו דלהד״ם, דהוי כמגו במקום עדים, דאנן סהדי דמאחר דהתרה בו אל תפרעני אלא בפני עדים, לא היה פורע לו שלא בפני עדים, דמהאי טעמא גובה המלוה שלא בשבועה, כדכתבו הר״ן ורבינו בית יוסף ז״ל״. כנה״ג לומד דאפי׳ לשיטת הר״י מיגאש שההתנאה היא אנן סהדי, מ״מ גם במקום שיכול להכחיש את ההתנאה, יש אנן סהדי שלא יפרע אלא בעדים.

ובקצוה״ח ע,ד נראה שהסכים לדברי כנה״ג. גם כתב דמדברי המגיד אין ראיה למקרה שהתנה שלא בעדים, נראה דס״ל לקצוה״ח כדעת כנה״ג שיש אנן סהדי שלא פרעו, אף בהתנה בלא עדים. ואח״כ הביא דברי כנה״ג, והקשה מדברי התוס׳ (כתובות יח,א ד״ה אין), וחילק בין אומר לו אל תפרעני אלא בעדים וטוען שפרעו בינו לבין עצמו, לבין אומר אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני וטוען שפרעו בפני אחרים והלכו למדינת הים, דבאומר אל תפרעני אלא בעדים, ואמר זאת שלא בפני עדים, וטוען הלוה שפרעו בינו לבין עצמו, אינו נאמן במיגו וכמש״כ כנה״ג, דודאי לא היה פורע לו שלא בפני עדים, אולם באל תפרעני אלא בפני פו״פ, ואמר לו המלוה שלא בפני עדים, וטוען הלוה שפרעו בפני אחרים והלכו למדינת היום, יש לו מיגו שיאמר שלא התנה עמו, דלא הוי כמיגו נגד אנן סהדי, דבזה שפורע בפני אחרים לא מרע נאמנותו; ״דכיון שהתרה לפרוע בפני עדים, לא עביד דפרע בינו לבינו, אבל כי התנה אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני וטען פרעתי בעדים והלכו, דבזה היכא דאיכא מגו נאמן, ולא הוי כמגו במקום עדים״.

ולנ״ל בדעת הרמב״ן, שהסברא לרמב״ן שמשתעבד הלוה למלוה לפרוע בעדים, ולכן כאשר מתנגד הלוה לתנאי המלוה, אין צריך לפרעו בעדים, דלא השתעבד לכך בעל כרחו. וכאמור כל זה הוא דוקא שלא בשעת מתן מעות אלא לאחר שכבר קבל

את ההלואה, אבל בשעת מתן מעות נראה דמודה הרמב"ן דכל ההלואה היתה על תנאי זה. ולר"ן אף אם אין שעבוד, הרי אין לו נאמנות שפרע בלא עדים. ובריטב"א הביא דעת הרמב"ן והחולקים, כפי שהביא המגיד, ובתוספת: "ומיהו אומר רבינו הרמב"ן ז"ל דמסתברא דהא מירי בשקיבל עליו הלה או ששתק, דשתיקה כקבלה דמיא בהא, אבל אם אמר לו שאינו רוצה לקבל עליו הדין עמו ואין צריך להחזיר לו בעדים, ולא אמרינן לאכפוריה מכוין ולא יהא נאמן לומר פרעתיך, דאדרבה אידך שמחדש עתה ואומר לו אל תפרעני אלא בעדים מתכוין לכפור בו אם יפרעהו שלא בעדים, וכתב שכן נראה דעת רבינו שמואל ז"ל בבבא בתרא גבי הא דאמרינן בפרק חזקת הבתים (מ,א) הודאה בפני שנים וצריך לומר כתובו ... ואין הראיה הזאת מחוורת כל כך מדברי רבינו שמואל ז"ל, אלא דבלאו הכי הדברים נראין כדברי רבינו ז"ל, אבל הרא"ם ז"ל סובר שבעל כרחו יכול לומר שלא יפרעהו אלא בעדים, שהרי עבד לוה לאיש מלוה". הרי שהמחלוקת היא לאידך גיסא. דעת הרמב"ן שלא יכול לשעבדו בעל כרחו, וגם לא יהיה בזה איתרע נאמנותו אם יטען שפרע שלא בעדים, דאדרבא, אם מחה בו, כיון שלא חייב להשתעבד לתשלום בעדים, אין הוכחה שמתכוין לכפור בו, ויש סברא לומר שהמלוה מתכוין לכפור בפרעון אם יפרע שלא בעדים. אין כאן שאלה כשיטען אם מתרעת נאמנותו או לא, אלא אם יכול לשעבדו בעל כרחו. וע"ז ס"ל לחולקים, דאף אחר מתן מעות יכול לשעבדו בעל כרחו, דעבד לוה לאיש מלוה. ולפ"ז אין כאן שאלה כלל אם יכול לכפור או לא, ואם יש כאן מיגו או לא, אלא השאלה אם יכול לשעבדו בעל כרחו, ולכן אפשר שהשאלה אם נאמן במיגו שיטען שהמלוה לא אמר לו לפרוע בעדים, כיון שהמלוה אמר כן בלא עדים, אינה שייכת לשאלה אם יכול לשעבדו בעל כרחו. ולפ"ז מובן מה שכתב קצוה"ח דאין ראיה מדברי המגיד. דדברי המגיד הם מדברי הריטב"א, ושם מבואר שלשיטת הסוברים שיכול המלוה לחייבו בעל כרחו לפרעו בעדים, אינו מחמת הסברא דאנן סהדי שלא יפרע אלא בעדים, שלא יצא לו שם של מי שאינו פורע הלואותיו, אלא שיכול לשעבדו, וממילא אין לזה שייכות לשאלה של מלוה שאמר אל תפרעני אלא בעדים, ואמר זאת שלא בפני עדים, אם יש לו נאמנות של מיגו דלהד"ם, דאין זה הנידון במחלוקת הראשונים במוחה הלוה באמירת המלוה.

ולעצם מחלוקת האחרונים אם נאמן במיגו דלהד"ם כשהתנה עמו תנאי זה שלא בפני עדים, בשער המשפט ע,ג כתב דמחלוקת זו תלויה במחלוקת ראשונים, מה הטעם שאינו נאמן לומר פרעתיך ביני לבין עצמי, במיגו של פרעתיך בפני פו"פ והלכו למדינת הים. הר"ן (שבועות כ,ב מעמוה"ר) כתב דלא נאמן לומר פרעתי ביני לבינו במיגו דפרעתיך בפני פלוני ופלוני ומתו, הוא מטעם דהוי מיגו במקום עדים, דאנן סהדי שלא פרעו בינו לבינו. וממילא י"ל גם לנדו"ד דאנן סהדי שלא פרעו

בינו לבינו. אולם דעת הרא״ש (שבועות ו,יג) שאינו נאמן במיגו הנ״ל, דאין כאן מיגו שיאמרו כל הרוצה לשקר ירחיק עדותו. ולפ״ז בנדו״ד שיאמר שפרע בינו לבינו במיגו דלהד״ם, יש מיגו, דלא שייך בזה ירחיק עדותו. והביא שכן כתב הרא״ש בב״ב ג,מו, (עיין שו״ע חו״מ קלג,ב), דאם אמר המפקיד לנפקד, אל תחזיר לי את הפקדון אלא בעדים, דנאמן לומר החזרתי לו ביני לבינו במיגו דנאנסו. מבואר שאינו סובר כסברת הר״ן הנ״ל דהוי כמיגו במקום עדים. ואף הש״ך (קלג,ב) הסובר דהוי מיגו במקום עדים, וכן היא שיטת הרמב״ם (מלוה ולוה טו,א), מ״מ באין עדים על התנאי ודאי נאמן במיגו; ״משום דמיגו זה אלים טובא, דאי בעי היה כופר עיקר התנאי, כמו שכתב הש״ך סברא זו בסי׳ עא,ד לענין נאמנות, עיי״ש״. והביא שעהמ״ש מתש׳ הרשב״א (המיוחסות להרמב״ן סי׳ צז), דבאומר אל תפרעני אלא בעדים, לא נאמן במיגו דפרעתיך בפני עדים והלכו למדינת הים, כיון שהתנה ותנאי ממון קיים. משא״כ כשהתנה עמו שלא בפני עדים, נאמן במיגו שהיה טוען להד״ם. עוד הוסיף שעהמ״ש, שאם אמר לו בפני עד אחד, שלא יפרע לו אלא בפני עדים רק לפני עד אחד, אינו נאמן לומר פרעתי ביני לבינו, דאם יטען להד״ם שלא התנה כן, הוי מחויב שבועה ואין יכול להשבע.

ב. מחה או שתק

ובש״ך ע,ט כתב בענין דברי הר״ן (הנ״ל) שאינו מחלק בין שתק למחה במלוה, דלחולקים על הרמב״ן, בין מחה ובין שתק כשאמר לו המלוה אל תפרעני אלא בעדים, אנן סהדי שלא פרעו שלא בעדים וכנ״ל, דלכאורה יש לחלק בין אם שתק למחה, דהסברא הנ״ל דאנן סהדי שלא יפרע שלא בעדים שייכת רק באופן ששתק, אבל אם מחה, אין את האנן סהדי ששקורי משקר. דאף שהר״ן והר״י מיגאש לא חילקו בין מיחה לשתק, מדברי הרמב״ם משמע שיש לחלק ביניהם, דמלשון הרמב״ם שכתב צריך לפרעו בעדים מפני התנאי, משמע שהחיוב מחמת התנאי שהסכימו ביניהם, והיינו שלא מיחה הלוה. וגם בלא״ה דעת כמה ראשונים (עיין לעיל ולהלן) שיכול הלוה למחות במלוה ולא יצטרך לקיים תנאו, ואף שלא קיי״ל במה שכתבו הראשונים הנ״ל שבשתיקה שלא בשעת הלואה אין צריך לקיים תנאו, אלא קיי״ל כרמב״ם והר״ן שאם שתק חייב לקיים תנאו, אף בשתק לתנאי דלאחר ההלואה, מ״מ במה שסוברים דבמיחה הלוה בפירוש במלוה אין צריך לפרעו בעדים, דאף הרמב״ן ס״ל דבמיחה במפורש אין צריך לפרעו בעדים, וגם במשנה לא הוזכר שמיחה, ומשמע דהלוה שותק, וכן משמע פשט לשון הרמב״ם: ״ובפרט לפי מ״ש הר״ן ... שאין הענין מטעם שעבוד אלא משום דכשאמר לו אל תפרעני אלא בעדים, אין הלוה עשוי לפרעו שלא בעדים, ואי טען שפרעו בלא עדים אנן סהדי דשקורי משקר, עכ״ל. וזה לא

שייך כשמיחה בו מתחילה ולא קיבל התראתו, יכול לומר סמכתי על מחאתי ופרעתי לו שלא בעדים, וליכא למימר בהא אנן סהדי". מבואר דס"ל דאם מחה הלוה, אין אנן סהדי שודאי יפרענו בעדים. ולפי הש"ך ודאי יש את הסברא לומר, שאם אמר לו שלא בפני עדים אל תפרעני אלא בפני עדים, יש לו מיגו שיכול להכחיש המלוה, ולא אמרינן שאנן סהדי שיפרע רק בעדים, דיש לבחון כל מציאות התנאה לגופה. וכמו שאם התנה ומחה בו הלוה, שיכול לפרוע שלא בעדים, ואין את האנן סהדי שודאי לא יפרע שלא בעדים, דכיון שמחה אין את האנן סהדי. וא"כ הוא הדין בהתנה המלוה כן בלא עדים, דכיון שיכול להכחיש את המלוה, לא חשש לפרעו בעדים, ואין אנן סהדי שלא פרעו שלא בעדים.

ונראה דבשתק כשהתנה המלוה, הן לטעם השעבוד והן לטעם שאנן סהדי שלא יפרע בלא עדים, אם טוען שפרע שלא בעדים אינו נאמן, וזה בין אם שתק בזמן מתן מעות ובין אם שתק כשהתנה המלוה לאחר ההלואה. אולם לענין אם מיחה במלוה בשעת מתן מעות, לכאורה ההלואה היתה על דעת כן, ואם מדובר באופן שיכול המלוה לקחת בחזרה מהלוה את המעות או שעדיין לא נתן לו, ומיחה הלוה ובכ"ז נתן לו המלוה את המעות, לכאורה בזה מוכח שהמלוה מסכים למחאת הלוה, וההלואה אינה על תנאי שיפרע בעדים. אולם אם בשעת מתן מעות מתנה כן והמלוה כבר אינו יכול לקחת את הכסף מהלוה, אולם בעסוקין באותו ענין אומר המלוה שלא יפרע אלא בעדים, והלוה מוחה בתנאי זה, לכאורה לטעם שעל דעת כן השתעבד ועל דעת כן נעשתה ההלואה, חייב להחזיר דוקא בעדים. אולם לטעם שאנן סהדי שלא יפרע בלא עדים, תלוי בב' הצדדים הנ"ל, בדברי הסמ"ע וכנה"ג, אם כיון שמחה בו, אין אנן סהדי שלא יפרע בלא עדים, או אף שמחה בו, חושש הלוה לפרוע בלא עדים. ועיין להלן מה שהובאו דברי התומים והנתיבות.

והרא"ש בשבועות ו,יא כתב דמחאת הלוה לתנאי המלוה, מהני בכל ענין שלא יצטרך לפרעו בעדים, אולם שתיקתו של הלוה מהני דוקא בשעת הלואה, אבל לאחר הלואה י"ל דמה ששתק הוא דלא חש לענות למלוה, אחרי שכבר נתן לו את ההלואה ללא תנאי לפרעו בעדים, וז"ל הרא"ש: "מנה לי בידך אמר לו הן, א"ל אל תתנהו לי אלא בפני עדים, למחר א"ל תניהו לי, נתתיו לך חייב, מפני שצריך ליתנו לו בעדים, ובלבד שיקבל עליו תנאי זה, כי יכול הוא לומר איני רוצה לקבל תנאי זה עלי כי חושש אני שמא אשכח תנאי זה ואפרע לך שלא בעדים ותגבה ממני, ושמא לכך אתה מתכוין. ויראה אם בשעת הלואה אמר ליה אל תפרעני אלא בעדים, אפי' שתק וקבל המעות, ושתיקה הויא קבלה, דאדעתה דהכי קבל מעותיו. אבל שלא בשעת הלואה כההיא דמתני', צריך לקבל עליו בפירוש, ושתיקתו לא הויא קבלה, כיון דמתחלה הימניה לא חשש זה להשיב. אבל אם נתחייב אדם לחבירו בב"ד והתרה

בו אל תפרעני אלא בעדים, אפילו אמר איני מקבל עלי תנאי זה, לאו כל כמיניה, כיון דהוצרך להביאו בפני בית דין בשביל ממון זה והתרה בו בפני בית דין, הויא התראתו התראה". מדברי הרא"ש נראה דהחיוב לפרוע בעדים מחמת התנאת המלוה הינה מהטעם שהשתעבד לפרוע באופן שאמר המלוה. ולכן שתיקה בשעת מתן מעות הוי שעבוד לפרוע בפני עדים, ושלא בשעת מתן מעות, כיון שצריך להשתעבד לפרוע דוקא בעדים, צריך קבלה מפורשת שיהיה משועבד לפרוע בעדים.

ובמש"כ הרא"ש בהמשך דבריו: "אבל אם נתחייב אדם לחבירו בב"ד והתרה בו אל תפרעני אלא בעדים, אפילו אמר איני מקבל עלי תנאי זה, לאו כל כמיניה, כיון דהוצרך להביאו בפני בית דין בשביל ממון זה והתרה בו בפני בית דין, הויא התראתו התראה". הש"ך ע,ט (בסופו) הקשה עליו ונשאר בצ"ע, איך יכול להכריח אותו בעל כרחו לפרעו בעדים. ועיין בתומים ע,א (בסופו) מש"כ בזה. והיה נראה בבאור דברי הרא"ש, דכל מלוה השתעבד לתשלום החוב מכח ההלואה (ויש בענין זה בכללותו אריכות דברים, בענין החיוב לפרוע, ובכ"מ הארכתי, ואכמ"ל), וכאשר רוצה המלוה להתנות עם הלוה את אופן התשלום, כגון אל תפרעני אלא בפני עדים, צריכה ההתנאה להיות חלק משעבוד הלוה על אופן החזרת ההלואה, ויכול לשעבדו או בשתיקת הלוה בשעת מתן מעות, או בהסכמת הלוה לאחר מתן מעות, ושתהיה זו הסכמה מפורשת, ולא רק בשתיקה כבשעת מתן מעות. ולכן אף אם יתנה עם הלוה שלא יפרע אלא בעדים, לכאורה מדוע לא יהיה אנן סהדי שודאי לא יפרע אלא בעדים, וכמש"כ האחרונים הנ"ל. אלא ס"ל לרא"ש שיכול הלוה לומר, שכל חיובו לפרוע הוא מחמת שעבודו, וככל שלא השתעבד לפרוע בעדים, אין עליו חיוב לפרוע בעדים, דהלוה יטען שאינו חייב אלא מה שהשתעבד, ומה שרוצה כעת המלוה להתנות שיפרע בעדים, כיון שיש לו טענה מסתברת מדוע אינו רוצה להשתעבד, שמא ישכח וכו', וכמש"כ הרא"ש, לא משתעבד, ואינו חייב בפרעון אלא באופן שהשתעבד. אולם כאשר החיוב נובע לא רק מחמת השתעבדותו אלא מכח פסק של בית דין, בזה אין לו את הטענה של לא השתעבדתי לפרוע בעדים, או סיבה מדוע לא השתעבד, שמא ישכח וכו', דבפס"ד החיוב אינו רק מכח השעבוד של הלוה אלא פסיקה של בית הדין המחייבת אותו לפרוע, ולכן כאשר התרה בו המלוה שלא יפרע אלא בעדים, אף שהלוה התנגד ומיחה ולא השתעבד, מ"מ אנן סהדי שכיון שהתרה בו לפרוע בעדים, לא יפרע אלא בעדים, דאין לו טענה לסתור מדוע לא הסכים להשתעבד לפרוע בעדים, כיון שלא בשעבוד הלוה תלוי הדבר, וכיון שחיובו גם מפסק הבי"ד, אם התרה בו, ולאחר שכבר קראו לדין תורה, ודאי לא יפרע אלא בעדים, ואם טוען שפרע שלא בעדים, לא נאמן. כך נראה לכאורה בבאור דברי הרא"ש.

ולענין אם מחה הלוה בשעת קבלת המעות, והמלוה נתן לו את המעות על אף מחאתו, או שלא נטל ממנו בחזרה, אם היה יכול לקחת בחזרה, לכאורה איך ס"ל לראשונים הנ"ל שהשתעבד הלוה לפרוע, הרי המלוה נתן לו על דעת שלא לפרוע בעדים כיון שמחה. ושאלה זו הקשה התומים ע,ג: "... אם מוחה בשעת התנאי שהתנה מלוה, ומכל מקום נתן לו המעות, אם כן הרי סביר וקיבל המלוה, ולכו"ע א"צ לפורעו בעדים. ואי מירי דמתחילה מיחה ולבסוף בעת נתינת המעות חזר המלוה והתנה ושתק הלוה, הא שתיקה כהודאה דמיא, לכן קשה עלי לצייר טיב המציאות בשעת הלואה". גם בנתיבות ע,א הקשה כן, וכתב לישב דמיירי באופן שהלוה לו בפני העדים וכבר נתן ללוה את המעות, וכבר קנה הלוה את המעות, ואין המלוה יכול לבקש ממנו בחזרה, שאם בזמן זה שהעדים של ההלואה עדיין שם ועסוקים באותו ענין, לא הימניה לפרעו שלא בעדים, ולכן אם שתק הלוה חייב לפרוע בעדים, ורק אם מיחה, אין צריך לפרעו בעדים. וצ"ל לשיטת הנתיבות, דבשתיקתו בזמן זה יכול ליצור שעבוד על אופן החזר ההלואה, אולם אם מיחה בתנאי המלוה, הרי לא שעבד עצמו להחזר ההלואה בפני עדים.

ובהמשך הביא הנתיבות דברי התומים, שאם הגיע זמן הפרעון, ואמר המלוה ללוה, או תפרע לי כעת או שאם תפרע לי מאוחר יותר, אל תפרעני אלא בעדים, שאם שתק הלוה הוי כשתיקה בשעת ההלואה, וחייב לפרעו בעדים. והתומים הביא ראיה מדברי הרא"ש (ב"מ א,מד), והנתיבות הקשה על ראיתו. ולכאורה נראה בסברת התומים, דאם הגיע זמן הפרעון וכעת מרויח לו את זמן הפרעון, לכאורה הוי כהשתעבדות מחודשת, והוי כשעת מתן מעות וכביכול קבל את המעות כעת בשעת הרווחת הזמן. עיין בראב"ד (מלוה ולוה ו,ג), על מש"כ הרמב"ם שם: "הורו רבותי שהמלוה את חבירו ולאחר זמן תבע חובו ואמר לו הלוה דור בחצרי עד שאחזיר לך חובך, ה"ז אבק רבית, לפי שלא קצץ בשעת הלואה שנאמר לא תתן לו בנשך", וע"ז השיגו הראב"ד: "חיי ראשי, לא יפה הורו, שאם הגיע זמן הפרעון וארווח ליה זמניה משום ההוא דירה, כשעת מתן מעות דמיא, וקידושין יוכיחו". ועיין במש"כ הגדא"ז שם (אבן האזל מלוה ולוה ו,ג בסופו), דאין כונת הראב"ד דאחר ההלואה הוי כמו כסף בעין, וקרינן בזה את כספך לא תתן לו בנשך, אלא דסובר הראב"ד דנתינת זכות לפרעון מאוחר יותר נחשבת ג"כ כהלואה. ולפ"ז י"ל, דאם התרה בו בשעת פרעון שיתן לו מיד או לאחר זמן בעדים, הוי כשעת הלואה לענין שישתעבד לפרעו לפי תנאי המלוה, אם שתק לתנאו (לשיטות דדוקא בשתיקה בשעת מתן מעות מהני). וזה נפק"מ לנדו"ד, דלא הוי בשעת מתן מעות אלא בזמן הפרעון, אולם בכל מקרה הוא מודה שהסכים להדיא ולא רק בשתיקה, ולכן לכ"ע הוי השתעבדות, ורק השאלה אם נאמן במיגו דלהד"ם.

ג. בין נאמנות לצורת הפרעון

בשו״ע חו״מ עא,ב, לענין נאמנות שהאמין הלוה למלוה אם יטען שהחוב לא פרוע, דמהני נאמנות בלא קנין, דהיינו דוקא אם האמינו בשעת הלואה, אבל לאחר ההלואה לא מהני נאמנות אלא בקנין, וז״ל: ״הא דמהני נאמנות בלא קנין, דוקא בשעת הלואה, אבל לאחר הלואה, ולא קנו מיניה, לא משתעבד״. ובש״ך שם עא,ז שמחלק בין נאמנות בשעת ההלואה לנאמנות שלא בשעת הלואה, דנאמנות שלא בשעת הלואה ודאי צריך קנין. וכל זה בנאמנות כבי תרי, אבל בסתם נאמנות העלה לדינא דהעיקר דנאמן אף בלא קנין ואף לאחר הלואה, דהרי זה כמקבל עליו עד פסול כחד, והוי חדא לריעותא, ואין צריך קנין. ובתומים עא,ד הקשה, דמדברי המחבר משמע שאף בסתם נאמנות צריך קנין לאחר הלואה, דמאי שנא מדין אל תפרעני אלא בפני עדים, דאף שנחלקו הראשונים אם צריך הסכמה או מהני אף כשמוחה הלוה (עיין לעיל), מ״מ אינו צריך קנין, וא״כ נאמן המלוה לומר שלא פרעו, אם אין עדים, הרי שמועילה נאמנות אף בלא קנין. וחילק התומים בין נאמנות דאל תפרעני אלא בעדים, לנאמנות שנאמן לומר שלא פרעו, דנאמנות המלוה לומר שלא פרעו הינה נאמנות מוחלטת, ואין ללוה מוצא להיות נאמן, ולכן נאמנות זו צריכה קנין, משא״כ באל תפרעני אלא בעדים, כיון שיכול הלוה לטעון שפרע בפני פו״פ והלכו למדינת הים, הנאמנות הינה נאמנות לא מוחלטת, ולכן נאמנות כזו לא צריכה קנין: ״דלעיל ליכא נאמנות ברור למלוה, דהא אם יאמר פרעתיך בפני עדים ומתו נאמן, ואפילו במייחד עדים, אם יאמר פרעתני בפניהם ומתו לכו״ע נאמן, אם כן אין זה נאמנות ברור למלוה, ולכך אין צריך קנין, אבל בנאמנות כל זמן דלא מברר בעדים דפרעו, אפילו יאמר פרעתיך בפני עדים ומתו, אינו נאמן עד שיביא עדים, אם כן הוי נאמנות גמור ולכך צריך קנין״. ועיי״ש בהמשך דבריו.

ובנתיבות עא,ו כתב לישב קושית התומים, וז״ל: ״ונראה לפענ״ד לישב, דשאני נאמנות כיון דבעינן דוקא אמירה דידיה, דהא אם מת לא מהני הנאמנות ליורשי המלוה, דלא הימניה רק כשיאמר לא נפרעתי, משום הכי בעי קנין, משום דדמי לאסמכתא, שיש לומר שסמך דעתו שלא ישקר המלוה בפניו לומר לא נפרעתי, דכל אסמכתא הוא כך שמתנה אם יהיה כך אתן כך. מה שאין כן באל תפרעני אלא בעדים, דאפילו אם מת המלוה אינו נאמן לומר פרעתי, משום שעבר על ההתראה, ואין זה עליו אלא התראה בעלמא, ומטעם חזקה שלא עבר על ההתראה אינו נאמן, ומשום הכי לא בעינן קנין״. הנתיבות מחלק, דנאמנות, כיון שהיא אישית למלוה ואינה ליורשיו, אינה נאמנות גמורה ומוחלטת אלא כעין נאמנות מותנית, דהאמין למלוה שלא ישקר, ודוקא למלוה האמין ולא ליורשיו, לכן כמו כל אסמכתא או נאמנות מותנית, צריך קנין (ולכאורה אם הוי אסמכתא, שלא יועיל קנין אלא בבי״ד חשוב.

אלא צ״ל דדמי לאסמכתא ואינה אסמכתא גמורה, עיין קצוה״ח יב,ג). משא״כ באומר לו אל תפרעני אלא בעדים, אי נאמנות הלוה נובעת מכך שמן הסתם לא יפרע בניגוד למה שהתרה בו, דאנן סהדי שלא יפרע אלא בעדים (עיין לעיל), אך אין כאן נאמנות אלא התראה בעלמא, ואנן סהדי שלא יפרע אלא בעדים. ולכאורה צ״ב לטעם שאמירה זו הינה השתעבדות על אופן הפרעון, לכאורה שלא בשעת מתן מעות היה צריך להיות בקנין, דאיך ישתעבד בלא קנין. ואפשר דשעבוד על אופן הפרעון אינו שעבוד גמור כמו אדם שמתחייב לתת או לשלם לפלוני, וע״כ אין צריך קנין.

ולכאורה מהנ״ל מוכח גם שבאמירת אל תפרעני אלא בפני פו״פ, לא נתן הלוה נאמנות לפו״פ יותר מהנאמנות של עדים שיש להם, ונפק״מ אם העדים הם קרובים ומכחישים הלוה שטוען שפרע בפניהם. ודבר זה למדנו מתורתו של הגרע״א (חו״מ ע,ד בסופו), וז״ל הגרע״א: ״ואם הפו״פ שייחד הם קרובים למלוה או ללוה ואומר שפרע בפניהם והם מכחישים, י״ל דנאמן, דהא אמר שקיים תנאו, והם פסולים להעיד שלא פרע בפניהם. ועכ״פ אם בעידן התנאי לא היו קרובים ואח״כ נעשו קרובים בנשותיהן א״נ להכחישו״. [הר״ת בסוף דבריו; א״נ, נראה פירושו אינם נאמנים להכחישו. כן נראה. שאם הכוונה היתה אינו נאמן, היה צריך לומר אינו נאמן להכחישם. והכוונה, שאם היו רחוקים ונעשו קרובים, אינם נאמנים]. ונראה בבאור דברי הגרע״א, דעצם ההסכמה או אי המחאה לתשלום בפני עדים, הינה רק שעבוד של הלוה, או אנן סהדי שלא יפרע אלא בעדים (כנ״ל), אך אין כאן מתן נאמנות לעדים שיכולים להכחישו, מעבר לכח הנאמנות שיש להם כעדים, שאם היו כשרים, יכולים להכחישו ככל עדים שסמך על דבריהם ואמר בשמם, שיש להם נאמנות לומר שלא פרע בפניהם, ולא גרע מפלוני חכם טיהר לי את הכתם, אבל כשהם פסולים לעדות ללוה, אינם יכולים להעיד, כיון שהם פסולים, ובהסכמתו לפרוע בפניהם לא נתן להם נאמנות להכשירם מפסולם. וע״ז מוסיף הגרע״א, דאפי׳ אם הייתי אומר שנתן להם נאמנות, כיון שהיו פסולים בשעת ההתנאה, אם היו כשרים ונפסלו, ודאי לא נתן להם נאמנות, שהרי כשרים היו, וודאי אינם יכולים להעיד להכחישו שלא פרע בפניהם. ומה שאמרנו שלא נתן נאמנות לעדים, נראה שלמד מזה שאין צריך קנין אפי׳ שלא בשעת מתן מעות, וכמש״כ התומים והנתיבות, דאין בהתנאה זו משום נאמנות לעדים אלא השתעבדות על אופן הפרעון או התראה ואנן סהדי, וכנ״ל.

עוד נראה להביא ראיה שבאמירת אל תפרעני אלא בפני פו״פ, ושתק או הסכים הלוה (עיין לעיל), לא ניתנה נאמנות למלוה אלא שעבוד או התראה. דהנה בשו״ע חו״מ ע,ה, פסק וז״ל: ״אמר לו אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני, פרעו בינו לבינו ונאנסו המעות, והמלוה אומר בתורת פקדון קבלתים עד שיבואו אותם פלוני ופלוני, ותובע שיחזור לפרעו, אין בדבריו כלום, מאחר שמודה שקבלם, והלה לא בתורת

פקדון מסרם, הוי פרעון, ודברים שאומר זה, אינם דברים". ומקור דברי השו"ע מהגמ' שבועות מא,ב: ההוא דאמר ליה לחבריה, כי פרעת לי, פרעין לי באפי בי תרי דתנו הלכתא, אזל פרעיה בין דיליה לדיליה, איתניסו הנך זוזי. אתא לקמיה דרב נחמן, א"ל, אין קבולי קבלתינהו מיניה דרך פקדון, ואמינא ליהוי גבאי פקדון עד דמתרמו בי תרי דתנו הלכתא ומקיים תנאיה. א"ל, כיון דקא מודית דודאי שקלתינהו מיניה, פרעון מעליא הוי. פשטות לשון הגמ' משמע שקיבל בדרך פקדון, וחשב יהיו בידו בתורת פקדון. אך לא התבאר בגמ' אם אמר להדיא ללוה שיהיו בידו בתורת פקדון או שהיו אלה רק מחשבות של המלוה. ברש"י (ד"ה כיון) מבואר שהיו אלה רק דברים שבלב המלוה: "כיון דקא מודית דקבלתינהו, וזה לא בתורת פקדון מסרם לך, הוי פרעון, ודברים שהיו בלבך אינם דברים". מבואר שלא היו דבורים מפורשים שמקבלם בתורת פקדון אלא היו אלה בלב המלוה. וכן מבואר בדברי הרי"ד בפסקיו שם, דכל עוד לא התרצה הלוה להדיא שיהיו המעות שביד המלוה בתורת פקדון עד שיבואו אותם עדים, הרי זה פרעון מעליא, וז"ל הרי"ד: "פי', לא שאמר בפירוש ליהוו פקדון בידי, אלא היה סובר אינן פירעון עד שיפרענו בפני לומדי הלכות, וזה שקיבלם מידו אינם אלא פקדון בעלמא עד שיקיים תנאו, ודן רב נחמן דפירעון הוי, דלא מהני האי תנאה דאתני בהדיה אלא דלא ליכפור ליה ויאמר פרעתיך ויביא שני עדים שאינם מהוגנים ויעידו לו, אבל הכא כיון דהוא מודה דפרעיה, פירעון גמור הוי, וברשות המלוה קיימי הנך זוזי, ואע"פ שהיה צווח ואומר איני מקבלם בתורת פירעון, לא כל הימנו, אלא הלוה נותנם לו ונפטר, ואם נאנסו נאנסו למלוה, אך אם יתרצה הלוה בדבר שיהיו פקדון ביד [המלוה] עד שימצא לומדי הלכות ויפרענו בפניהם". מבואר שאין לו נאמנות לטעון שהמעות בידו בתורת פקדון, דלכאורה אם נאמר שאל תפרעני אלא בעדים יש כאן מעבר להשתעבדות או ההתראה גם נאמנות למלוה, מדוע לא נאמן במיגו דלהד"ם, שלא פרעו. ועיין בש"ך ע,כב, דכן היא גם דעת הטור, ושכן כתב הב"ח בדעתו, ולא כבדק הבית שכתב בדעת הטור שאפי' היה מוסכם ביניהם, לא נאמן.

ובסמ"ע ע,יח כתב דכל עוד לא אמר בהדיא שמקבלם בתורת פקדון, הוי דברים שבלב, אולם אם אומר בפירוש שמקבלם רק בתורת פקדון, הכסף בידו רק בתורת פקדון, ואף שפרעון בעל כרחיה שמיה פרעון, ואפי' זרק המלוה את המעות הוי פרעון, י"ל דכאן שפרעו שלא בפני הפו"פ, הוי כלא הגיע זמן הפרעון; "דיכול המלוה לומר, כל זמן שאין העדים לפנינו, הרי הוא כאילו לא הגיע זמנם". ועיין בקצוה"ח ע,ז, דכאן הוי כקביעות הזמן שהיא לטובת המלוה, ולכן אף שבתוך זמנו יכול לפרעו בעל כרחו של המלוה, אם אין חשש של חילוף מטבעות, כמבואר בשו"ע

חו״מ עד,ב, כאן הוי כקביעות הזמן שהיא לטובת המלוה, משא״כ בכל קביעות זמן לפרעון, שהיא טובת הלוה, עיי״ש.

ולכאורה מה יהיה אם המלוה טוען שאמר להדיא שמקבל רק בתורת פקדון, והלוה אומר שנותן בתורת פרעון, דאם נאמר שנתן נאמנות למלוה, לכאורה צריך להיות נאמן לומר שקבלו בתורת פקדון ולא בתורת פרעון, ויהיה נאמן במיגו דלהד״ם, שלא קבלו כלל. אלא נראה שאין כאן תורת נאמנות למלוה אלא רק השתעבדות או התראה וכנ״ל. דבט״ז שם (ע,ד) מבואר בבאור דברי רש״י (שבועות מא,ב הנ״ל), שאם אמר המלוה שמקבל בתורת פקדון והלוה טוען שנותן בתורת פרעון, אזלינן בתר הלוה, דבלוה זה תלוי, דפרעון בעל כרחו שמיה פרעון. ולא בא רש״י למעט, שאם בשעת הפרעון לא הוזכר מענין ההלואה והמלוה אומר שקבלם לפקדון, הוי דברים שבפה והוי פקדון. אולם אם דברים שבלב הוי דברים, הרי זה כאומר בפירוש שדוקא לפקדון מקבלם, ואף שהלוה אומר שנתנו לשם פרעון, כל שאין אנו רואים שהלוה רוצה לעשות בעל כרחו של המלוה, מן הסתם גם הוא מסכים למלוה שיהיה בתורת פקדון. ובהמשך חלק על סברת הסמ״ע דהוי כפרעון קודם זמנו: ״דכיון שכל מה שהודה המלוה הפרעון, הוי כאילו פרעו בפני הני שהתנה לפרעו בפניהם לכל מילי, ממילא אם הוא רוצה להאמינו ולפרעו בינו לבינו, צריך לקבלו אפילו בע״כ, כמו אם היו שם אותן עדים שהתנה״. דכעת שהודה המלוה שקבלו שלא בפני העדים, הרי האמין המלוה ללוה שיפרע בינו לבינו, וככל שקבלם כבר, אינו יכול לומר שקבלם בתורת פקדון. וע״ע באורים ע,יט מש״כ בזה.

ולכאורה לענין שאלה דידן ולסיכום דין זה, שהתנה עימו שלא בפני עדים, כנ״ל באנו למחלוקת אחרונים אם נאמן הלוה לטעון שפרעו בינו ובינו במיגו דלהד״ם, ונראה דעת האחרונים הנו״כ דיכול לטעון כן, ובודאי דיכול לטעון טענת קים לי, בהיות הלוה מוחזק, שפרעו בינו ובינו, במיגו דלהד״ם, שלא התנה עימו המלוה לפרעו בפני עדים. אך כל זה כפוף לדין אם יכול לטעון פרעתי נגד כת״י.

ד. פרעתי בכת״י

ובנדו״ד יש לדון אם נאמן הלוה לטעון פרעתי, כאשר המלוה מחזיק בשטר חתום בכת״י על ההלואה. הרמב״ם בהל׳ מלוה ולוה יא,ג, פסק וז״ל: ״הוציא עליו כתב ידו שהוא חייב לו ואין שם עדים, אע״פ שהוחזק כתב ידו בבית דין, הרי זה כמלוה ע״פ לכל דבר. ואם טען שפרע, נשבע היסת ונפטר, ואינו גובה בכתב זה לא מן היורשין ולא מן הלקוחות״. ועיין ברב המגיד שהוא מחלוקת ראשונים, דעת הגאונים שהביא הרי״ף, וכן דעת הרמב״ן ועוד ראשונים, דכיון שאינו גובה בשטר

זה ממשעבדי, יכול הלוה לטעון פרעתי, דשטר כזה יכול להשאיר ביד המלוה הואיל ולא גובה ממשעבדי, ואין למלוה טענה של שטרך בידי מאי בעי, ובעה״מ והרשב״א ס״ל דאינו נאמן לטעון כן. וכך הם דברי הרשב״א (ב״ב קעו,א): ״כתב הרב אלפסי ז״ל בהלכות, דאי טעין פרעתי נאמן מפני שדינו כמלוה על פה, וכן הסכימו הגאונים ז״ל וכן הרמב״ן ז״ל, וכתב הוא ז״ל שהטעם שכיון שאינה גובה מן המשועבדין, אינן מקפידין עליו ומניחין אותו ביד מלוה אף על פי שהוא פרוע, ואין נוהגין כן בכתב ידי עדים מפני שיש לו קול וזילי נכסיה דלוה, שהרי גובה מן המשועבדין. וכבר כתבתי אני שאין דברים אלו מחוורין בעיני, אלא הרי היא כשאר שטרות, ויכול לומר שטרך בידי מאי בעי״.

ודברי הרי״ף הם בשלהי ב״ב (פג,א מעמוה״ר): ״בעא מיניה רבא בר נתן מרבי יוחנן, הוחזק כתב ידו בב״ד מאי, א״ל, אע״פ שהוחזק כתב ידו בב״ד, אינו גובה אלא מנכסים בני חורין. פירוש, מאי טעמא דכמלוה בעדים על פה דמי, אי קא מודו ליה דלא פרע ליה, גובה מנכסים בני חורין, ואי קא טעין דפרע מישתבע שבועת היסת ומיפטר״. מבואר ברי״ף שאם טוען הלוה על כתב ידו שפרעו, אין המלוה יכול לגבות בשטר, ונשבע הלוה היסת ונפטר. ובעה״מ שם חולק על הרי״ף, וסובר דאינו נאמן לומר פרעתי, ויכול המלוה לומר ללוה שטרך בידי מאי בעי. והביא מהגמ׳ שבועות מא,א; דאמר רב פפא, האי מאן דמפיק שטרא אחבריה, וא״ל אידך פריעא הוא, לאו כל כמיניה. ולא חילק רב פפא בין סוגי השטרות, שטר בעדים או כתב ידו. וכן נראה מלשון המשנה (ב״ב קעה,ב) שכתבה דגובה מנכסים בני חורין, ולא ביארה המשנה שאם טען הלוה פרעתי, אין המלוה גובה ממנו.

והרמב״ן במלחמות (ב״ב פב,ב מעמוה״ר) כתב לישב דעת הרי״ף, דכיון שאין גובים בו ממשעבדי, אין חושש הלוה להניחו ולהשאירו ביד המלוה לאחר הפרעון: ״ואף על פי שלא נתברר הדבר לבעל המאור ז״ל, הגאונים הראשונים אמרוה והגאונים האחרונים וכל רבני ספרד ז״ל הסכימו בה, והטעם שכיון שאינה גובה מן המשועבדים, אין מקפידין עליו ומניחין אותו ביד מלוה אף על פי שהוא פרוע, ואין נוהגין כן בכתב ידי עדים, מפני שיש לו קול וזילי נכסי דלוה, שהרי גובה מן המשועבדים״. דהחילוק אם גובה ממשעבדי לענין להשאירו ביד המלוה, דאם גובה ממשעבדי, זילי נכסי של הלוה, שיצא לו שם שצריך להזהר מלקנות נכסיו, וזה שייך דוקא בשטר בעדים, אבל שטר בכתב ידו אינו חושש להניחו ביד המלוה, ולכן אין המלוה יכול לטעון שטרך בידי מאי בעי, דכל אי יכולת הלוה לטעון פרעתי הינה מחמת טענת המלוה שטרך בידי מאי בעי, אך כשאין לו טענה זו, יכול הלוה לטעון פרעתי, דעצם השטר אינו סיבה שלא יטען פרעתי, לא המוחזקות לבדה של המלוה מאפשרת לו לגבות כנגד טענת פרעתי, רק כשהמוחזקות מלווה בטענה של שטרך בידי מאי בעי,

וכשאין לו טענה זו, כגון בשטר בכתב ידו שלא חשש להניחו בידו מפני שלא זילי נכסיה, יכול הלוה לטעון טענת פרעתי.

[אמנם בדעת הרמב"ן צ"ע, דבמלחמות כתב כדעת הרי"ף דיכול הלוה לטעון פרעתי כנגד שטר בכת"י, ואילו בתש' הרשב"א (המיוחסות לרמב"ן סי' כב), כתב הרמב"ן שאינו יכול לומר פרעתי, והביא ראיה משטר כיס, וז"ל: "עוד אני סבור, כי מלוה בחתם ידו אין הלוה יכול לטעון פרעתי. ויש לי ראיה שלהי פרק המוכר את הבית (ע,א-ב) גבי המפקיד אצל חבירו בשטר, דאסיקנא דאינו נאמן לומר פרעתי אלא בשבועה דאורייתא, ומשום מגו דאי בעי אמר נאנסו, דאי ליכא מגו לא, משום דמצי למימר ליה שטרך בידי מאי בעי דבשטר בעדים בעלמא, ואע"ג דאפילו בשטר פקדון אינו גובה ממשעבדי". ואפשר דתשובה זו לא כתבה הרמב"ן אלא הרשב"א, וצ"ע.]

ומזה יוצא יסוד, שאין השטר שמחזיק הלוה גורם ליכולת הגביה של המלוה, אלא כאשר המלוה והלוה טוענים כ"א, המלוה טוען לא נפרעתי והלוה טוען פרעתי, כיון שיש למלוה שטר בידו, נאמן המלוה בטענתו, הואיל ושטרך בידי מאי בעי. דמה שיכול המלוה לגבות בשטר, בין בשטר עם עדים או בשטר בלי עדים (לסוברים שאין הלוה יכול לטעון פרעתי), הוא מפני שהמלוה נאמן בטענתו, דהשטר נותן לו נאמנות לטענתו של נפרע, אבל אין השטר גורם הגביה אלא נאמנות טענת המלוה. ונפק"מ במקום שאין השטר נותן לו חיזוק לטענתו, כגון שטוען המלוה טענת שמא נפרע, שמאמינים לו ששמא נפרע, אך עם טענת שמא אינו יכול להוציא מיד הלוה. (ועיין להלן בסוף הסי', הדין והטעם בטוען גם הלוה טענת שמא, מדוע גובה בשטר). דהרי כשטוענים המלוה והלוה, המלוה טוען שלא נפרע והלוה טוען פרעתי, היה צריך הלוה להיות נאמן, אא"כ יביא המלוה המוציא מהלוה, ראיה בעדים, דהשטר אינו ראיה שלא נפרע, ורק מחמת שטרך בידי מאי בעי, נאמן המלוה בטענתו ואינו צריך לראיה.

והרשב"א הוכיח דבריו מהגמ' ב"ב ע,א-ב: בעא מיניה רב עמרם מרב חסדא, המפקיד אצל חבירו בשטר ואמר לו החזרתים לך מהו, מי אמרינן מיגו דאי בעי אמר נאנסו מהימן השתא נמי מהימן, או דלמא אמר ליה שטרך בידי מאי בעי. א"ל מהימן. ולימא ליה שטרך בידי מאי בעי. א"ל וליטעמיך, וכי א"ל נאנסו מי מצי א"ל שטרך בידי מאי בעי. אמר ליה סוף סוף כי אמר ליה נאנסו לאו שבועה בעי, ה"נ מאי נאמן, נאמן בשבועה. לימא בפלוגתא דהני תנאי, דתניא, שטר כיס היוצא על היתומים, דייני גולה אמרי נשבע וגובה כולו, ודייני א"י אמרי נשבע וגובה מחצה. והרשב"א שם (ב"ב ע,ב) כתב דמזה יש להוכיח דבכת"י אינו נאמן לטעון פרעתי, לא כסוברים שאם אינו גובה ממשעבדי, אין הלוה חושש להניח השטר ביד המלוה, ולא יכול המלוה לטעון שטרך בידי מאי בעי. דמכאן מוכח דבשטר

כיס ובכל מפקיד אצל חבירו בשטר, שאינו גובה מנכסים משועבדים, ובכל זאת אינו נאמן לטעון החזרתי אלא בשבועה חמורה ובמגו דנאנסו, וא״כ במלוה את חבירו בכתב ידו, אם לא החזיר השטר ללוה, יכול המלוה לטעון שטרך בידי מאי בעי, דאין ללוה כל מיגו.

וכן מבואר ברשב״ם (ב״ב קעו,א ד״ה ה״ג), על הא דאיתא בגמ׳ דשטר בכת״י אף שהוחזק בבי״ד, אינו גובה אלא מבני חורין. והקשתה הגמ׳ מר״א הסובר שאם נתנו לה בפני עדי מסירה, גובה ממשעבדי. ותי׳ הגמ׳, שאני התם דמשעת כתיבה הוא דשעבד נפשיה. ופירש הרשב״ם שם דיש לחלק בין שטר שנכתב ע״מ למסרו בפני עדי מסירה, יהיו במקום עדי חתימה, כיון דלר׳ אלעזר עדי מסירה כרתי, עדי מסירה חשובים כאילו נחתמו בתוך השטר: ״אבל אנו מיבעיא לן בהוציא כתב ידו בעלמא, ששמו של לוה חתום בו, שזה מסר לו במקום הודאה, שלא יוכל לחזור ולכפור בו ולומר פרעתי כל זמן שחתימתו ביד מלוה, שלא נעשה השטר בלשון של שטר שעדים חתומים בו, ואחר זמן החזיקו בב״ד, וכשהלוהו כמלוה על פה הויא, ותו לא מצו ב״ד בקיומן לעשותו שטר שיש בו אחריות נכסים, שהרי לא לדעת כן נכתב מתחלה כן, נראה בעיני שמועה זו וכן עיקר״. מבואר דבשטר בכתב ידו אינו יכול הלוה לומר פרעתי, כשמחזיק המלוה שטר זה בידו.

ומחלוקת זו הביאה כבר התוס׳ (כתובות כא,א ד״ה הוציא): ״פסק רב אלפס, דווקא כשאומר לא היו דברים מעולם, אבל נאמן הוא לומר פרעתי, ולא מצי א״ל שטרך בידי מאי בעי אלא בשטר שיש בו עדים דגובה בו מנכסים משועבדים. ואין נראה לרבינו יצחק, כי מנין לו זה החילוק, כי סבר דבכל שטר אינו רגיל לפרוע עד שיחזיר לו שטרו״. הרי שנחלקו הרי״ף ור״י אם יש רגילות ליטול שטר בכת״י קודם פרעון, דהרי״ף ס״ל דדוקא שטר בעדים נוטל מהמלוה, ור״י ס״ל דכל שטר, אף בכת״י, אינו פורע עד שיחזיר לו השטר.

וכדעה שאינו יכול לטעון פרעתי, דנגד טענת הלוה יטען המלוה שטרך בידי מאי בעי, מצאנו גם ברמ״ה (ב״ב קעו,א), דאין לומר שכתב ידו הוא כמלוה ע״פ לכל הענינים, דלענין טענת המלוה שטרך בידי מאי בעי, יש לשטר בכתב ידו דין מלוה בשטר: ״ולאו למימרא דכמלוה על פה דמיא לכל מילי, דהא כלהו אנפי דמלוה בשטר שייכי בה. דכי היכי דגבי שטרא אי טעין פרעתיך מצי א״ל שטרך בידי מאי בעי, ומהאי טעמא בלחוד הוא דלא מהימן למטען פרעתי כדמברר בפרק המוכר את הבית (ע,א) ... תדע דגרסינן בהאי פירקא (ב״ב קסז,א), אמר אביי, האי מאן דמחוי חתמות ידיה בבי דינא, לא לחוי בסוף מגילתא, דילמא משכח לה איניש דלא מעלי וכתיב עלה מאי דבעי, ותנן, הוציא עליו כתב ידו שהוא חייב לו גובה מנכסים בני

חורין. ואי ס״ד כי טעין פרעתי מהימן, הכא נמי להימניה משום מיגו, מיגו דיכיל למיטען פרעתי, כי טעין אין חתמות ידאי היא, מיהו לאו אהאי שטרא דכתבת עלי כתבתיה אלא לאחוויי חתמות ידאי בעלמא כתבתיה מהימן. אלא על כרחיך מדלא מהימנינן ליה אהאי טענה, ש״מ דאלו טעין פרעתי לא מהימן, דליכא מיגו. הילכך אי איכא סהדי דכתב ידו הוא ואיהו קא טעין פרעתי, לא מהימן וגבי אפילו מיתמי, מיהו בשבועה״. מבואר דדעת הרמ״ה דאינו יכול לטעון פרעתי, כנגד מלוה המחזיק בשטר ללא עדים בכתב ידו. וכן הסיק בפסקי רי״ד (ב״ב קעו,א), שאף שאי אפשר לגבות השטר ממשעבדי, הואיל והשטר ביד המלוה, לא יכול הלוה לומר פרעתי, דיטען המלוה שטרך בידי מאי בעי.

ומחלוקת ראשונים זו, הביאה גם הריטב״א (ב״ב קעה,ב), דדעת הגאונים והרמב״ם שיכול לומר פרעתי, כיון שאינו גובה ממשעבדי. ויש סוברים שאינו נאמן לומר פרעתי. ואף שלכאורה יש להקשות לשיטתם מב״מ עה,ב, מזה שרבינא בקש שרב אשי יכתוב לו שטר בעדים שקיבל כסף ממנו, לא מפני שאם לא יהיו עדים יהיה נאמן לומר פרעתי, אלא רב אשי היה טרוד לכתוב השטר לכן בקש שעדים יכתבו השטר, אבל אה״נ סגי בכתיבת רב אשי, שלא יטען פרעתי, דבכת״י אינו יכול לטעון פרעתי: ״וכן דעת רבותי שאינו נאמן לומר פרעתי״, והביא שהרשב״א הביא ראיה מב״ב ע,א-ב משטר כיס ושטר פקדון (עיין לעיל).

והנימוק״י הביא את שתי הדעות, בשני מקומות שונים. בסוגיא בשלהי ב״ב (פב,ב מעמוה״ר) הביא דעת הרמב״ם והגאונים והסביר דעתם; ״דכיון דאין כאן שטר ראוי לגבות מן נכסים המשועבדים, לא חייש לאנוחי ביד מלוה, אע״פ שפרעו, ולא מצי למימר ליה אם איתא דפרעתיך שטרך בידי מאי בעי״. ואילו בהמוכר את הבית (לז,ב מעמוה״ר) הביא את מחלוקת הראשונים הנ״ל, והביא דעת הריטב״א שאף שנראה עיקר כדעת הרשב״א, פשט המנהג בכל גלילותינו כדעת הרמב״ם, עיי״ש. ועיין עוד במרדכי שלהי ב״ב (סי׳ תרנה), שהביא מחלוקת הראשונים הנ״ל, וכתב דמספק אין להוציא ממון: ״ואע״ג דרשב״ם כתב פ׳ חזקת הבתים דלא מצי למטען פרעתי, אנן בפלוגתא דרבוותא מספיקא לא מפקינן ממונא. אבל אם מסר לו הלוה כתב ידו למלוה בפני עדים להיות עליו לראיה דומה לשטר, ואם אמר פרעתיך אינו נאמן, דהלכה כר׳ אלעזר דאמר עדי מסירה כרתי״. מבואר דעת המרדכי דאם לא מסר לו כת״י בפני עדים, מספק אין להוציא ממון מהלוה הטוען פרעתי.

גם הרא״ש בתש׳ (סז,א) הביא מחלוקת הראשונים, דדעת הרי״ף דנאמן הלוה לומר פרעתי כנגד שטר בכת״י, והרשב״ם ס״ל דאינו יכול לטעון פרעתי: ״וראיתי את רבותי דנין שלא להוציא ממון, אלא מהימנינן ליה בשבועה שפרע, ואינו גובה מן

היתומים". דהלוה נאמן בשבועה שפרע, וגם אם הלוה מת ונשארו יתומים, אינו גובה מהיתומים, והיינו שהוא ספק מחמת מחלוקת הראשונים הנ"ל. אלא שבהלכות פסק הרא"ש כדעת הרי"ף והרמב"ם שיכול לטעון פרעתי, כן מבואר ברא"ש ב"ב י,מט: "הוציא עליו כתב ידו וכו' ... פירוש, מ"ט, דכמלוה בעדים דמי, הלכך אי קמודי דלא פרע ליה, גובה מנכסים בני חורין, ואי קטעין שפרע, משתבע שבועת היסת ומיפטר". מבואר שסובר כדעת הרי"ף והרמב"ם, וכן כתב הטור בדעתו (חו"מ סט,ז). ובתש' הרא"ש הביא ב' הדעות. וצ"ל דמה שכתב דאין להוציא מספק, זו דעה שלישית, ומ"מ הרא"ש ס"ל דיכול הלוה לטעון פרעתי כנגד שטר בכת"י, וכדעת הרי"ף והרמב"ם.

גם בתשב"ץ (ח"א סי' לב) הביא מחלוקת ראשונים הנ"ל, וכתב להביא ראיה מכתובות (כא,א) וב"ב (קסז,א); אמר אביי, האי מאן דמחוי חתימת ידיה בבי דינא, לא ליחוי בסופה דמגילתא, דילמא משכח לה אינש דלא מעלי וכתב עליה מאי דבעי. ואם נאמן לומר פרעתי, מה מפריע שימצא ויכתוב שטר על חתימתו, הרי תמיד יוכל לטעון פרעתי ולכאורה צ"ע, דאף שיוכל לטעון כן, הואיל והוא שקר, למה להכניס עצמו לטענות שקר. אלא שהתשב"ץ דחה באופן אחר, דאביי עצה טובה קמ"ל, שאם יטען לא לויתי, לא יהיה נאמן אם תקוים חתימת ידו: "והרבה חכמים ז"ל נסתפקו בדין זה. ולענין מעשה ששאלת, אי אפשר לחלוק על הגאונים ז"ל, וכ"ש במקומות שנהגו להתנהג ע"פ חבוריהם ופסקיהם, וכ"ש היכא דאיכא אפוקי ממונא". הרי שלהלכה הסיק כדעת הרי"ף והרמב"ם, שהוא דעת הגאונים, שנאמן לטעון פרעתי.

ובתש' הריב"ש (סי' תנד) הביא מחלוקת ראשונים זו, וכתב דיש לדיין לחקור אם אכן פרע הלוה אם לאו: "ואני לא אכניס את ראשי בין שני הרים גדולים להכריע ביניהם, אבל הדיין ירבה לחקור הבעלי דינין, ואם יראה בעיניו שהאחד דבריו מכוונים מן האחר, יטה הדין לזכותו. ועל כיוצא בזה נאמר אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות". גם בעה"ת (יג,א,ד) הביא מחלוקת ראשונים זו, תחילה הביא דעת רב שרירא גאון והרי"ף דנאמן לומר פרעתי, ובעה"מ ס"ל דאף כל כת"י יכול המלוה לומר לו שטרך בידי מאי בעי. והביא שני טעמים לשיטת הרי"ף, מדוע אינו יכול המלוה לטעון שטרך בידי מאי בעי. האחד - דהואיל ואין לשטר בכת"י קול כמו שיש למלוה בשטר ועדים, לא זכר הלוה לבקש מהמלוה את השטר שבכת"י בשעת פרעון. טעם נוסף, דדוקא שטר שחתומים בו עדים, יש להקפיד עליו שמא יתקיים בחותמיו ויוציאנו לאחר זמן, ודוקא שטר זה לא היה מניחו אצלו, משא"כ שטר בכת"י שאינו יכול לקיימו אלא מפיו, ולכן אינו מקפיד לקבלו חזרה מהמלוה בשעת הפרעון. והביא שם לישב מה שהקשו על טעם הרי"ף, והסיק בעה"ת: "הילכך איתיה

לטעמא דרבינו אלפסי ז"ל, וכותיה מסתברא". ועיין עוד שם בגדו"ת מש"כ לישב דעת הרי"ף.

אמנם ביש"ש (כתובות ב,כה) כתב דקיי"ל דאינו נאמן לומר פרעתי, דודאי הרגילות היא לקחת את השטר שבכת"י קודם הפרעון. ואף שבמרדכי (ב"ב סי' תרנה הנ"ל) הביא ממהר"ם שמספק אין להוציא ממון ונאמן לומר פרעתי בשבועת היסת; "נראה שאם היה ידע מהר"ם מרובי החולקים, כגון ראב"ד ורשב"א ור"ז, אולי הכריע כמותם, וקל וחומר שלא ידע מר"י בעל התוספת, שהרי לא הזכיר אלא רשב"ם, ודרכו לבנות יסודות על ר"ת ור"י, ואולי כתב שלו לא מצא. וכן האשר"י נמי לא הזכירו, כי לא נמצא כתוב בחבורי התוספת, אלא שר' יהודא קבל בעל פה מר"י שאין לחלק בין שטר בחתימת ידו לחוד, לשטר שהוא בעדים, ובפרט האידנא, שמדקדקים בשטר על חתימת ידם, ורוב הסוחרים מקפידים ומאמינים אכתיבת יד, כמו בעדים, ועוד יותר, ליכא מאן דפליג, דאינו נאמן לומר פרעתי, ודינו כשטר מעליותא, מאחר שכתב ידו יוצא ממקום אחר, ואינו טורף ממשועבדים, דקלא לית ליה ...". מבואר מהיש"ש, דהן מחמת שהרבה ראשונים חולקים וס"ל דאינו נאמן לומר פרעתי נגד שטר בכת"י, כך קיי"ל להלכה ויש להוציא ממון מהלוה, ובפרט בזה"ז שמקפידים על שטר בכת"י לא להניחו ביד המלוה לאחר הפרעון. [ובענין מה שנהגו האידנא ליטול השטר מיד המלוה, אף בשטר בכת"י, עיין בנו"ב (קמא, חו"מ סי' י, תשובה מבן המחבר), בענין מי שהלוה לחברו על חילוף כתב כנהוג, וטען הלוה פרעתי כנגד החילוף כתב שמחזיק המלוה בידו. וכתב שם בנו"ב, דבזמנינו נתפשט בכל העולם לפסוק בכל בי"ד שאינו נאמן לטעון פרעתי על חילוף כתב שנכתב כתיקון המדינה, הואיל ודינא דמלכותא הוא כן, עיי"ש, הובאו דבריו בפת"ש סט,ה. ועיין בתומים סט,ה, דבחילוף כתב אינו נאמן לטעון פרעתי, לא מחמת דינא דמלכותא אלא מפני שחילוף כתב הוא שטר אותו נוהגים להעביר בין הסוחרים, וכיון שיכול המלוה להעבירו לאחר, ואינו מכיר למי יעבירו, מקפיד ליטלו בשעת הפרעון. ומזה יש ללמוד לענין שיק, אף אם נגדיר שיק כשטר בכת"י, עיין מה שכתבתי בח"א סי' כא, הואיל והדרך להעבירו בין הסוחרים, מקפיד ליטלו מהמלוה, ולכן אינו נאמן לטעון פרעתי נגד שיק. אמנם צ"ע בשיק שהוא למוטב בלבד, וכתוב שם המלוה, דלטעם התומים יוכל לטעון פרעתי, כיון שאינו סחיר, משא"כ לטעם הנו"ב שאינו נאמן מדינא דמלכותא, לא יהיה נאמן אף בזה.]

ובשו"ע חו"מ סט,ב פסק כדעת הרי"ף והרמב"ם שיכול הלוה לטעון פרעתי כנגד שטר בכת"י, והרמ"א הביא דעת החולקים שאינו יכול לטעון פרעתי, והביא דעת הריב"ש שאין לדיין אלא מה שעיניו רואות. והנו"כ נחלקו איך קיי"ל להלכה. מהסמ"ע (ס"ק ח) משמע לכאורה שהסכים לדעת הרמ"א שאינו יכול לטעון פרעתי, ממה שהביא

דעת היש״ש שסובר כרמ״א. ודעת הש״ך (ס״ק יד) לפסוק כרי״ף והרמב״ם והמחבר, דיכול לטעון פרעתי, דכן פסקו רבים מהראשונים, וכן משמע לכאורה במשנה ב״ב קעה,א; המלוה את חבירו בעדים גובה מנכסים בני חורין, הוציא עליו כת״י גובה מנכסים בני חורין, ומשמע שדין מלוה ע״פ וכת״י זהה, וכשם שבמלוה ע״פ נאמן לטעון פרעתי, הוא הדין בכת״י. וכתב לישב קושיות האחרונים, והביא טעם הרא״ש דלעיתים אדם שוכח שהניח שטר בכת״י ביד המלוה. והביא מהאחרונים שפסקו דיכול לטעון פרעתי, שכן כתב בתשובת מהר״ר שלמה כהן (ספר ג סי׳ כח וסי׳ צא) דכן הלכה רווחת בישראל, וכן פסק מהרשד״ם בתש׳ (חו״מ סי׳ סה) דכן יש להורות אא״כ יש מנהג שאינו יוכל לטעון פרעתי, וכן פסק בתשובת מהר״מ מלובלין (סי׳ סט) שנאמן לומר פרעתי כשאין בו נאמנות, שכן היא הסכמת רוב הפוסקים, וכן אנו נוהגים להורות. וכן פסק הראנ״ח בתש׳ (סי׳ יח) שכן פשט המנהג. ובסי׳ צב פסק ראנ״ח דהוי ספיקא דדינא, ויכול המוחזק לומר קים לי כפוסקים שאינו נאמן לומר פרעתי. וכן משמע ממהר״א ששון (תורת אמת ריש סי׳ צה) דהוי ספיקא דדינא, וכן נראה דעת הרמ״א בהג״ה, וכן משמע בב״ח (סט,ז). וכתב עליהם הש״ך, דעיקר שאין התובע יכול לטעון טענת קים לי אם תפס בעדים, אף שמועיל בשאר מחלוקת הפוסקים, ודוקא בלי עדים מועילה תפיסתו, דאף ללא כתב ידו מועילה תפיסת המלוה מכח מיגו, אבל כשאין למלוה מיגו, לא מועילה תפיסתו: ״דהעיקר כהסכמת רוב הפוסקים דיכול לטעון פרעתי מכתיבת יד, וכן מוכח לעיל ריש סימן נ׳, ע״ש (ובש״ך סק״ג). וכ״ש האידנא דנתפשט המנהג דדנין דנאמן לומר פרעתי, אפילו תימא דמתחילה נהגו כך משום ספיקא דדינא, מ״מ פשיטא דיכול לטעון פרעתי, ומשום דלא תבע ממנו כתב ידו אין לחייבו, כיון שהמנהג שדנין שנאמן לומר פרעתי, א״כ סמך על הדין שנהגו ודוק, כנלפע״ד. וכל זה בסתם, אבל כשדיין רואה איזה אומדנא שלא היה מניח הכתיבת יד בידו אם היה פורע, הכל לפי ראות עיני הדיין, וכמ״ש הריב״ש והר״ב״. הרי דלש״ך כיון שנהגו לפסוק שנאמן לטעון פרעתי, לכן לא חשש לקחת ממנו השטר, אולם כל זה כשאין אומדנא המוכיחה לדעת הדיין שלא פרעו, שבכל זה יש לפסוק כריב״ש והרמ״א, שאין לדיין אלא מה שעיניו רואות, והכל לפי שיקול דעתו, אם יחקור ויראה אם פרעו אם לאו.

ועיין תומים סט,ה, דמש״כ הש״ך דלא מהני תפיסת המלוה בעדים כשטוען הלוה פרעתי, הפריז הש״ך על המידה, עיי״ש. וע״ע בקצוה״ח סט,ג מש״כ לישב קושית הש״ך על הרשב״א. אמנם בקצוה״ח שם הקשה, דהובא בשם הראב״ד (עיין בעה״ת הנ״ל) הסובר דאין הלוה יכול לטעון פרעתי נגד מלוה המחזיק בכתב ידו, אולם בשטר העשוי בערכאות של גוים כתב הראב״ד (מלוה ולוה כז,א) דיכול הלוה לטעון פרעתי נגד מי שמחזיק שטר העולה בערכאות, ולכאורה לא גרע שטר

העולה בערכאות משטר בכת״י, ומה נשתנה דינם: ״ואולי תרי ראב״ד נינהו״. וע״ע בנתיבות סט,ו.

ה. בפוגם שטרו

ולאמור לעיל באנו למחלוקת ראשונים ואחרונים אם יכול הלוה לטעון טענת פרעתי, כאשר מחזיק המלוה בשטר בכת״י, גם אם נאמר שנאמן לטעון פרעתי שלא בפני עדים במיגו שלא היתה התנאה, מ״מ לעצם טענת פרעתי נגד שטר בכת״י, באנו ג״כ למחלוקת, ולכאורה יוכל גם בזה הלוה המוחזק לטעון טענת קים לי.

ובנדו״ד יש טעם נוסף לשבח שיוכל לטעון פרעתי, מפני שכל מה שאינו יכול לטעון פרעתי, שטוען המלוה שטרך בידי מאי בעי, ובנדו״ד שהיה פרעון בתשלומים, יכול הלוה להשיב שהשאיר את השטר ביד המלוה כיון שהפרעון היה בתשלומים ולא יכל ליקח השטר מידו. דהנה הגרע״א בהגהה (חו״מ סט,ב) כתב, דאם הלוה פגמו, יכול הלוה לטעון בכל ענין שפרע. ומקורו מדברי הב״ח חו״מ סי׳ כד (ונראה דהוא טעות סופר, והכונה לדברי הב״ח חו״מ סי׳ פד). הב״ח כתב שם, דמלוה בעדים בקנין ולא נכתב השטר, דינו כמלוה בשטר לענין שאם פגם המלוה את החוב, שנשבע המלוה ונוטל, וכן כתב הב״י (חו״מ ע,א) בשם בעה״ת (כה,א,ג) בשם הראב״ד והשאילתות, דמי שיש בידו עדים וקנין דינו שוה למי שיש בידו שטר. ומש״כ הב״י דפוגם חוב בע״פ, נשבע הלוה היסת ונפטר, מיירי בחוב בע״פ ללא עדים וקנין. והקשה הב״ח, דפשיטא דחוב בע״פ ללא עדים וקנין, אם פגמו המלוה, שישבע הלוה ויפטר, דמהיכי תיתי שיהיה דינו כשטר. ותירץ דמיירי במלוה ע״פ אבל יש בידו שטר בכת״י, ואפ״ה נשבע הלוה היסת ונפטר, דאף לשיטות שאינו יכול לטעון פרעתי כנגד כת״י, מ״מ אם המלוה פגם שטרו, גם הסוברים שאינו יכול הלוה לטעון פרעתי, אם פגמו המלוה, נשבע הלוה היסת ונפטר: ״דאתא לאשמועינן היכא דאיכא עליה כתיבת ידו, דחשוב כמלוה על פה, דאינו גובה ממשועבדים, ולהרמ״ה ודעימיה אינו נאמן לומר פרעתי, ואפילו הכי בפוגם מודה הרמ״ה דנשבע הלוה היסת ונפטר, דהא לית ליה שטרא, כלומר האי כתב יד לא מיקרי שטרא ולא תקינו ביה רבנן דלישבע וליטול בפוגם אלא בשטרא בעדים. נראה לי״. מבואר דאם המלוה פוגם שטרו, כגון שמודה שפרע לו בתשלומים, נשבע הלוה היסת ונפטר, דכנגד טענת המלוה המחזיק בכת״י, יש טענת פרעתי של הלוה, ופוגם שטרו של המלוה, ולכן נשבע היסת ונפטר.

והנראה בסברת הדין למש״כ לעיל, דאין השטר גורם לגביה מהלוה אלא טענת הלוה, שיש לה נאמנות וסימוכין מכח השטר והטענה של שטרך בידי מאי בעי. וכאשר פוגם שטרו, אין לו סיוע מהשטר לטענתו שלא נפרע, שהרי אין לו טענה

של שטרך בידי מאי בעי, דהרי גם הוא מודה שאחר שנפרע במקצת, לא נתן ללוה השטר, ולא רצה ליתן לו כל עוד לא פרע כל החוב, וככל שאין לו סיוע מחמת השטר, אין לו נאמנות. אלא שחכמים תיקנו שישבע הלוה שבועת המשנה ויגבה חובו. אך כל זה בשטר שהוא בעדים, אולם שטר בכת״י לא תיקנו חכמים, וכיון שבשטר זה שפגמו המלוה, אין המלוה יכול לטעון שטרך בידי מאי בעי, נאמן הלוה בטענת פרעתי בשבועת היסת, ובזה גם הרמ״ה והרשב״א ודעימיה, מודים לרי״ף והגאונים.

אלא שלכאורה יש לעיין בהלכה זו שמלוה פוגם שטרו, אין לו למלוה טענת שטרך בידי מאי בעי. הרשב״א בתש׳ (ח״א סי׳ אלף סה, הובא להלכה ברמ״א חו״מ פב,ב), כתב וז״ל: ״מי שחייב לחברו מנה בשטר לפרוע לו לזמנים חלוקים ואין בו נאמנות, לאחר שעברו הזמנים תבע המלוה את השטר, והלה אומר פרעתיך הפרעונות שהייתי חייב לפרוע לזמנים שעברו, ולא נשאר השטר אלא בשביל הפרעון האחרון, אינו נאמן, דאם כן הוה ליה למכתב שובר או להחליף, וכל דלא עביד הכי איהו דאפסיד אנפשיה״. מבואר שיש לו טענה כנגד הלוה אף בשטר שנכתב בו פרעון לזמנים מתחלפים. והנראה לחלק בין כשכל החסרון הוא מחמת הזמנים הכתובים בשטר, אך המלוה מכחיש וטוען שבפועל הלוה לא פרע כלום, דבזה ס״ל לרשב״א שאין ללוה נאמנות לטענתו. משא״כ כאשר המלוה עצמו מודה שפרע לזמנים מתחלפים, א״כ הוא עצמו פגם שטרו, וכאשר פגם שטרו, אין לו טענה של שטרך בידי מאי בעי. רק בשטר בעדים תקנו שהמלוה נשבע ונוטל, ובשטר בכת״י לא תקנו כן, ולכן נשבע הלוה ונוטל אף לרשב״א ודעימיה, דיכול הלוה לטעון פרעתי, דאין למלוה טענה של שטרך בידי מאי בעי.

ולפ״ז בנדו״ד ששמעון המלוה מודה שפרעו מספר תשלומים, ורק נפל דו״ד על שני תשלומים, יוכל ראובן הלוה לטעון טענת פרעתי נגד השטר בכת״י. ושטר זה אינו בכלל השטרות הנוהגים להעבירם לאחרים שיש קפידא להשאירם בידו, שבהם יש מנהג שאינו יכול לטעון פרעתי, כמו בשיק, וכמש״כ לעיל, ויתכן שאף בשטרות אלו בתשלומים, היה על הלוה לחוש ולכתוב שובר, אולם בשטר זה, לכאורה יכול לטעון טענת פרעתי, ויוכל לטעון טענת קים לי שהוא נאמן שפרעו בלא עדים, במיגו שהיה מכחיש את ההתנאה בעדים. ולכן בכל ענין אין להוציא ממון מראובן הלוה.

ובמאמר מוסגר, מה שכת׳ לעיל דאין השטר גובה אלא טענת המלוה שלא נפרע והשטר מסייע לו, הנפק״מ בזה אם מוציא המלוה שטר, וטוען המלוה שאינו יודע אם נפרע אם לאו, והלוה טוען שפרעו, שאין המלוה יכול לגבות בשטרו, דכיון דאין השטר גובה אלא טענת המלוה, והמלוה טוען שמא, אין השטר יכול לסייע לו שיגבה חובו, ולכן אינו יכול לגבות חובו. ודין זה מבואר בשו״ע חו״מ נט,א: ״מלוה

שהוציא שטר חוב מקויים, וטוען הלוה שהוא פרוע, והמלוה אומר איני יודע, אינו גובה בו". ומקור דברי השו"ע, מבעה"ת (נג,א,א): "וזה מה שכתב בזה הר"ר יהודה אלברצלוני ז"ל, איצטריכינן לפרושי ולברורי, היכא שהמלוה והלוה שניהם בחיים, ויש למלוה שטר על הלוה, וטוען הלוה בודאי זה השטר פרוע הוא, והמלוה אומר איני ידוע אם הוא פרוע אם לאו, מה דינו, כי יש שר"ל שהשטר נעמיד בחזקתו, וכיון שהלוה פשע ולא לקח שטרו מן המלוה בעת שפרע, יכול המלוה לומר לו שטרך בידך מאי בעי, ואף על גב דמילתא מספקא ליה, הרי השטר בחזקתו ונשבע המלוה שאינו יודע אם הוא פרוע אם לאו וגובה את שטרו, דדמיא הא מילתא ליורשין בני המלוה שבאין ליפרע מן הלוה, שנשבעין שבועת היורשין שלא פקדם אביהם בכך ואינם יודעין ששטר זה פרוע וגובין, ואע"פ שהוא ספק היורשים אם הוא פרוע, והא נמי דכותה היא. ויש מי שרוצה לומר שאין דומה האב ליורשים, כי היורשין הקילו חכמים עליהם לישבע ולגבות מפני שהם אנוסים ולא פשעו הן בדבר ולא היה להם לדקדק, אבל זה האב שהיה פושע דהו"ל למידק אם הוא פרוע מאותו שטר, וכיון דלא דק וזה טענתו בריא והוא בא בטענת שמא ,יש לנו לומר אוקי ממונא בחזקת מריה ואיתרע שטרא, ואינו גובה בו כלל ... ובודאי מסתברא מילתא דפקע שטריה, ואין למלוה כח לתבעו כלל אחר שהוא אינו ידוע אם שטרו פרוע אם לאו, ודמיא להההיא דחשוד דמפיק שטרא אחבריה וא"ל אידך שטרא פריעא הוא, שאינו יכול לישבע ופקע שטריה, ואף על גב דהתם המלוה שהוא חשוד בבריא מיהא טוען טענתו על הלוה והו"ל כשאר מלוה ע"פ, אבל כאן שהמלוה נסתפק לו אם שטרו פרוע וזה מכחישו, וזה אינו יכול להכחישו אלא שאומר איני יודע, איתרע שטריה ויצא מחזקתו ויש עליו להחזיר לו את שטרו ואין על הלוה אלא חרם סתם, שאין לך שבועת היסת אלא על טענת בריא, דכלל גדול אמרו בדבר זה בריא ושמא בריא עדיף".

והנראה בבאור דברי בעה"ת, דר"י אלברצלוני בסברתו הראשונה כתב, דאף בטענת שמא של המלוה, מעמידים השטר בחזקתו. ומבואר דלסברתו הראשונה השטר פועל את הגבייה ולא טענת המלוה ונאמנותו, ולכן אפי' בטענת שמא, יש להעמיד השטר בחזקתו וגובה בשטרו. ולסברא השניה, שכמותה פסק בעה"ת, שאין להוציא ממון בטענת שמא כשנגדו טוען ברי. ולכאורה כאן לא סתר עצם היסוד דהשטר הוא פועל את הגביה, רק ס"ל שאי אפשר לגבות בשטר כשהמלוה טוען שמא, ואי אפשר להעמיד השטר בחזקתו, דאיתרע השטר בטענת שמא של המלוה, ובפרט בשמא דהו"ל למלוה למידק. ובעה"ת כתב דמסתבר כסברא השניה; "דפקע שטריה, ואין למלוה כח לתבעו כלל אחר שהוא אינו ידוע אם שטרו פרוע אם לאו", שכל הכח בגביה הוא מחמת טענת המלוה, ואין לו כח תביעה, כאשר אין לו שטר שפקע כוחו. אולם צ"ע לסברא הנ"ל, דלמה לי למימר דפקע כח השטר, אף אם לא פקע כח השטר, כיון

שטוען שמא, השטר מסייע לטענת שמא, ואינו יכול לגבות בטענת שמא. ומזה לכאורה נראה דהשטר הוא פועל הגביה ולא טענת המלוה, הן לשיטת ר״י אלברצלוני והן לבעה״ת. ועיין גם בנימוק״י (ב״ב פ,ב מעמוה״ר ד״ה אמר המחבר). גם יש להבין מה שכתב הש״ך נט,א, ומקורו מדברי השו״ע חו״מ פב,ב, דבשניהם טוענים שמא נפרע, גובה בשטרו, ולכאורה איך יגבה בשטרו בטענת שמא.

ונראה לישב, דכל שיש שטר, הרי יש חזקת חיוב שחייב לשלם, וכל ספיקות שהם בפרעון, כשטוען הלוה איני יודע אם פרעתיך, הרי יש כאן חזקת חיוב שחייב לשלם, דהשטר יוצר חזקת חיוב, אך אין בחזקת חיוב עצמה כח לגבות ללא טענת המלוה, דוקא אם טען הלוה שנפרע, דמאמינים לטענת המלוה שלא נפרע, דהשטר מסייע לו. דכאשר טוען הלוה שפרע, לא מהני חזקת החיוב של השטר, שהרי הוא מודה בחיוב וטוען שפרע, ועל זה מאמינים למלוה שהשטר מסייע לו, דשטרך בידי מאי בעי. אולם כאשר הלוה אינו טוען שפרע, הרי שיכול המלוה לגבות מכח חזקת החיוב של השטר, דטענת שמא של הלוה לענין הפרעון, אינה טענה שנצרכים לנאמנות המלוה שלא נפרע, דככל שהלוה לא טוען ברי שנפרע, אין צריכים לנאמנות המלוה שלא נפרע, וגובה עם השטר מכח חזקת החיוב.

לאמור לעיל, בענין תביעת שמעון לפרעון שני תשלומים מההלואה, אין להוציא מיד ראובן הטוען שפרע גם תשלומים אלו.

סימן טז

דו״ד בין שני ערבים

ראשי פרקים

א. מחלוקות הראשונים ממי פורע המלוה

ב. בקבלנות של שנים

ג. אם יכול לתבוע מחצית מערב השני

לוי לוה בגמ״ח סכום מסוים, וראובן ושמעון ערבו בעבורו להלואה כערבים קבלים. למעשה לוי אינו יכול לפרוע את החוב. הגמ״ח פנה לראובן, שפרע את כל החוב. כעת תובע ראובן את שמעון שיפרע מחצית ממה שפרע עבור לוי, כיון ששניהם ערבים. שמעון טוען שמשפרע ראובן את החוב, בטלה ערבותו, ועליו לתבוע את לוי.

א. מחלוקות הראשונים ממי פורע המלוה

תניא בתוספתא סוף ב״ב: המלוה את חבירו על ידי שני ערבין לא יפרע מאחד מהן. ומבואר שפורע משניהם, כ״א מחצית. והרמב״ם בהל׳ מלוה ולוה כה,י, פסק שלא כדברי התוספתא, וז״ל: ״שנים שערבו לאחד, כשיבוא המלוה ליפרע מן הערב יפרע מאי זה מהן שירצה. ואם לא היה לאחד כדי החוב, חוזר ותובע השני בשאר החוב״. והראב״ד שם חולק: ״אינו מחוור, אלא לפי המנהג ולמדין מן העכו״ם לישראל״. ולכאורה דברי הרמב״ם קשין מהתוספתא. ובנימוק״י (ב״מ יט,א מעמוה״ר) כתב שהרמב״ם מפרש דהתוספתא קאי לענין גביה מהלוה תחילה, דהיינו שלא יפרע מאחד מהערבים אלא מהלוה. וכן פירש הרדב״ז (ח״א סי׳ תקנו), דלא יפרע מהם תחלה אלא מן הלוה עצמו, ואם לא ימצא נכסים ללוה, גובה מהערבים, דסד״א דכיון שלא הלוהו אלא בהסתמך על שני ערבים, לא סמך על הלוה כלל וגובה מהם תחלה, קמ״ל דאינו גובה מהערבים תחלה אלא א״כ התנה שיפרע ממי שירצה. אולם כשאינו גובה מהלוה אלא מהערבים, גובה מאיזה מהם שירצה, שכל אחד מהם נעשה ערב על כל ההלואה, ולכן גובה הכל מאיזה מהערבים שירצה. ובגדו״ת (מד,א,ג) הקשה על פירוש זה, וכתב דדעת הרמב״ם דהתוספתא נדחית מהלכה מכח הגמ׳ בב״ב קז,א, וכמו שכתב המגיד (מלוה ולוה כה,י).

דאיתא בב״ב קז,א: איתמר, אחין שחלקו ובא בעל חוב ונטל חלקו של אחד מהן, רב אמר בטלה מחלוקת, ושמואל אמר ויתר, ורב אסי אמר נוטל רביע בקרקע

ורביע במעות. ולכאורה איך יכל בע״ח ליטול חלקו של אחד מהם, הרי הם היורשים כערבים, והיה צריך ליטול לפי התוספתא כ״א שליש. ומזה מוכח שהמלוה יכול לגבות מערב אחד. כן הוכיח הרב המגיד (מלוה ולוה כה,י) את שיטת הרמב״ם. וכך הוכיח הרשב״א שם בב״ב קז,א, דאיך בא מלוה וטורף חלקו של אחד מהם, והלא הנכסים ערבין וכולן נכנסו תחת הבעלים. והביא שיש מי שפירשה באפותיקי מפורש, ויש מי שפירשה בשנטל זה בינונית, דאמר ליה המלוה, שעבודי גבי דידך הוא. והביא ראיה מב״ק ט,א, באחד נטל קרקע ואחד נטל כספים ובא בעל חוב ונטל את הקרקע, דלא אזיל האי ונטל כלום מבעל כספים, דאמר ליה להכי שקלי כספים. ודחה הראיה, דהתם משום דקאמר ליה להכי שקלי כספים, דאי מגנבי לא משתלמנא ממך, ואת נמי להכי שקלת ארעא דאי מיטרפא לא משתלמת מינאי, אבל כאן לא עלה על הדעת שיטול זה בינונית ושיפרע כל בעלי החוב משלו, דאחיו ג״כ נטל קרקע ואינו עומד להפסד אחר יותר ממנו; ״ומסתברא דכל שבא ליטול, נוטל מאיזה מהם שירצה, והוא שיש ביד כל אחד ואחד בינונית שהיא ראויה לו, דנכסים ערבים הם, והמלוה את חבירו על ידי שני ערבים נפרע מאיזה מהם שירצה, ואע״פ שיש בתוספתא מכלתין בסופה (פי״א ה״ח) הפך מזה״. מבואר מהרשב״א כדעת הרמב״ם, דיכול המלוה לגבות הכל מערב אחד, וכדמוכח מזה שהמלוה גבה כל החוב מאחד מהאחים.

וכן כתב הרשב״א בב״מ לד,ב דגובה מאיזה ערב שירצה, דלא כתוספתא, דאינו דומה לשותפין ששאלו ולשנים שלוו, דהתם כיון דלהשתמש בה השאילה להם, הרי זה כמשאיל לזה מחצה ולזה מחצה, שכל אחד משתמש בה לעצמו, רק כיון ששאלוה ביחד כל אחד נעשה ערב לחברו. וה״ה לשנים שלוו מאחד, שכל אחד נוטל מחצה ומוציא לעצמו. אולם במלוה לאחד ע״י שני ערבים אינו כן, דכיון שהמלוה אחד, הערבות אינה חלה לחצאין, וממילא כל עצם חיוב הערבות מתיחסת ללוה, שהוא לוה את כל ההלואה, ולכן השעבוד של כל אחד מהערבים הינה על כל ההלואה, ויכול המלוה לגבות את כל השעבוד מאחד מהערבים, שכל אחד מהם השתעבד לכל. משא״כ במציאות של שנים שלוו, כ״א הוא לוה על מחצה וערב על מחצה. וכן נראה מדברי הנימוק״י (ב״ב נא,א מעמוה״ר), שהביא ראיה מהגמ׳ ב״ב קז,א לדעת הרמב״ם.

וכך היא גם דעת מהר״מ, מובא במרדכי ב״ב (סי׳ תרנב): ״ועוד פסק רבינו מאיר, דאם ארבע או חמשה ערבים, כל אחד ערב עבור הכל. וראיה מדאמרינן לעיל נכסיהון דאניש אינון ערבין ביה, ואם מתו הני גובה מהני. וכן משמע במיי׳ פכ״ה דהלכות מלוה״. וכן הביא האגודה (ב״ב סי׳ רכז): ״פסק הרמז״ל אם יש ארבעה וחמשה ערבים, כל אחד ערב עבור הכל״. וכן נראה שפסק להלכה התשב״ץ (ח״א סו״ס קעא).

אולם הרמב"ן שם (ב"מ לד,ב), הוכיח לאידך גיסא, ודעתו כמש"כ בתוספתא, דאינו גובה אלא מחצה מכל ערב. והריטב"א (ב"ב קז,א) כתב דיש מהגמ' שם, שגובה בע"ח מאחד מהאחים, סייעתא לדברי הרמב"ם. הריטב"א הקשה, מדוע בע"ח נוטל החוב רק מחלקו של אחד מהם, הרי הוא חוב של אביהם. ותירץ, שהיה לו אפותיקי על חלקו של אחד מהם. או שחלקו לבד היה זיבורית, שדינו של בע"ח ביתומים הוא בזיבורית. או שלא יכלו לקמץ ממקומות מפוזרים: "ומכאן נראה סיוע להרמב"ם ז"ל שכתב שהמלוה לחברו על ידי שני ערבים גובה מאיזה מהם שירצה הכל, דהא הכא נכסוהי דבר איניש אינון ערבין ביה, ומדין ערבות גובה מאיזה מהם שירצה כיון שכולן שוות". אך דחה הראיה, די"ל כמו התרוצים דלעיל. ודעת הר"ן (ב"ב קז,א) שלא כדעת הרמב"ם, אלא גובה מחצית מכל ערב וערב, דאינו דומה לבע"ח הגובה מיתומים, דבע"ח הגובה מיתומים, אדעתא דלוה אחד נחת, וכמו שהאב לא יכל להגבותו מקצת כאן ומקצת כאן, לא הורע כוחו כשמת וירשוהו בניו, משא"כ המלוה את חברו על ידי שני ערבים, כיון דאדעתא דתרוייהו נחת, ודאי על דעת כן נשתעבדו שלא יגבה הכל מאחד, אלא א"כ לא ימצא נכסים לשני. ועיין בבעה"ת מד,א,ג, שהביא דעת הרמב"ן שדחה את דעת הרמב"ם: "וראיתי לרב ר' משה ז"ל שכתב בשני ערבים נפרע מאי זה מהן שירצה, ואינה". וכן הוא בר"ן שבועות לז,א, והביא שם ב הדעות: "ויש מי שאומר, דאע"ג דאמרינן אחראין וערבאין זה לזה, אפילו הכי לא יתבע כל אחד תחלה אלא בחלקו, שכל אחד מהם במחצית הממון בעל חוב ובמחצית האחר ערב. וכן הדין במלוה את חברו על ידי שני ערבים, שלא יתבע אחד מהם תחלה אלא במחצית הממון. והכי אמרו בתוספתא דב"ב ... אבל הר"ם במז"ל כתב בשני ערבים יפרע מאיזה מהן שירצה". ועיין עוד בר"ן שבועות (יז,א מעמוה"ר) שהביא כמש"כ בחידושיו לשבועות.

וכדעת הראב"ד והרמב"ן מצאנו גם לתלמיד מהר"מ מרוטנבורג, בתש' מיימוניות (משפטים סי' סג): "תשובת רבי על ערבים שנתערבו יחד, והמלוה תובע מקצתן עבור הכל. אף על גב דגר' בירושלמי דשבועות (ריש פ"ה); הדא אמרה שנים שלוו מן האחד אחראים וערבאים זה לזה, ה"מ כשאין לאחד מהן לשלם חלקו, חייב השני לשלם עבורו, דכי ליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי. אבל כשיש לכל אחד לשלם חלקו, יש לתבוע לכל אחד חלקו. דע"כ לא פליגי רבנן ור' נתן בפ' הפרה (נג,א) בשור שדחף חברו לבור, אלא היכא דכי ליכא לאישתלומי מהאי אי משתלם מהאי, אבל היכא דמצי לאישתלומי מכל חד וחד, משתלם מכל חד וחד מנתא דיליה". מבואר שאינו גובה מאחד הכל אלא מכאו"א לפי חלקו בערבות, שאם שנים ערבו, יפרע מחצה מאחד.

וסברת הראב״ד, הרמב״ן ודעימיה שגובה מכ״א מחצה, י״ל ע״פ מש״כ הגרא״ז (מלוה ולוה כה,י) בדעת הראב״ד, דשנים שערבו דינם בשנים שלוו, וכמו שנים שלוו סובר הרמב״ם דאין כל אחד לוה אלא על החצי ועל החצי השני רק ערב, הוא הדין בשנים שערבו כל אחד ערב למלוה רק על החצי אם לא יפרע הלוה, ועל החצי השני הוא ערב אם לא יפרע הערב השני. דסובר הראב״ד דעיקר חיוב ערבות הוא שהוציא המלוה ממונו על פיו, לכן הוי כמו שנתן לערב עצמו. ואף דחיוב הערב הוא משום דהוי כמו שנטל בעצמו, מ״מ לא יתבע הערב תחלה, משום דהכי הוא דינא דערב ועל אופן זה התחייב. וכיון דעיקר חיובו של ערב הוא משום שהוציא המלוה מעות על פיו והוי כמו שלוה בעצמו, ולכן דינם כשנים שלוו שגובה מכ״א מחצית.

ועיין ברדב״ז (ח״א סי׳ תקנו) שכתב בבאור דעת הרמב״ם, דלא יפרע מהערבים תחלה אלא מהלוה עצמו, ואם לא ימצא נכסים ללוה, גובה מהערבים, דסלקא דעתך דכיון שלא הלוהו אלא ע״י ערבים, לא סמך על הלוה וגובה מהם תחלה, קמ״ל דתחילה גובה מהלוה. אבל הערבים בעצמם גובה מאיזה מהם שירצה, שכל אחד מהם נעשה ערב על הכל, הילכך גובה הכל מאיזה מהם שירצה. ועיין עוד ברדב״ז (ח״ו ב אלפים נב) דבשני ערבים כל הממון מוטל על כל אחד מהם, ולפיכך גובה הכל מכל מי שירצה. וכן מבואר גם בלבוש (ע״ש קלב,ג) בבאור דעת הרמב״ם: ״ואע״ג דגבי שנים שלוו מאחד אמרינן לעיל עז,ג דגובה מכל אחד מחצה, לא דמי, דהתם תחלת ההלואה היא חלוקה לשנים, לכך גובה אותה גם כן מחצה מזה ומחצה מזה, אלא שאם אין לאחד לשלם, השני נעשה ערב לו. אבל הכא המלוה היא אחת לאיש אחד, גם הערבות אינו חל לחצאין, אלא גובה הכל מאיזה מהם שירצה אם ימצא אצלו, ואם לא היה לאחד מהם כדי כל החוב, חוזר ותובע מן השני שאר החוב״.

והאור שמח (מלוה ולוה כה,י) כתב דמסתבר כסברת הרמב״ם והרשב״א: ״סברתו הגיונית, כיון שהם שניהם סיבה, א״כ לכל אחד ראוי ליחס הסיבה בכללה. ודוגמא רחוקה ברשב״א ב״ק (נג,ב ד״ה ואיכא למידק), בשנים שדחפו אחד לבור דחייבין שניהן אף לרבנן, דכל נפש איכא לכל חד, דכל חד הוא הסיבה, ולא דמי לשנים שהכו במקלות״. דאם כ״א הוא הסיבה על הכל, ממילא אפשר לגבות ממנו הכל, גם אם יש עוד אחד כמוהו. והאו״ש הקשה סתירה על דברי המגיד, דבהל׳ מלוה ולוה יט,ה כתב המגיד, דלוה שהיו לו רק עידית, או רק בינונית, או רק זיבורית, ומכרן לשלשה בני אדם כאחד ובאו לטרוף מהן, אם יכולין לטרוף הכל מן האחד, או שליש מכל אחד ואחד בשקנה כל אחד שליש הנכסים, או לפי חשבון אם קנה האחד חסר או יתר. וכתב המגיד דנראה שגובין לפי חשבון כדין מקבלי

מתנות (עיין ברמב״ם זכיה ומתנה י,יג). והקשה האו״ש, איך כתב המגיד דבע״ח הטורף מהלוקח, אם מכר נכסיו לשני בני אדם גובה לפי חשבון מכל אחד, הלא כל הנכסים מדין ערב, וגובה מאיזה מהן שירצה, והלא המגיד הוכיח שיכול לגבות מכ״א הכל, מבע״ח הטורף מן היורשין, ומאי שנא בין יורשין ללקוחות. וכתב דאפשר דשאני לקוחות דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו (ב״ק ח,ב), ואם היה גובה מהלוה עצמו, היה יכול לדחותו לאיזה קרקע שירצה, והוא הדין לקוחות יכולים לדחותו. רק לכל לוקח יש הזכות לדחותו לחבריה, וא״כ לשניהם יש לכל אחד זכות לדחותו, ולכן גובה לפי חשבון, דעל הנכסים רמי הזכות והשעבוד; ״וכל זה דחוק, וצ״ע״. וע״ע במש״כ האו״ש בחידושיו לב״ב קז,א, ומה שהקשה שם על הנתיבות קלב,ב. וע״ע בנחלת דוד ב״ק ט,א.

והתומים קלב,ב וקצוה״ח קז,ט, הקשו סתירה בדברי המחבר, דבשו״ע חו״מ קלב,ג פסק כדברי הרמב״ם, ובשו״ע חו״מ קז,ז פסק דאחים שחלקו ובא בע״ח של אביהם לטרוף מקרקעות שירשו, אם ירשו ד שדות וחובו כנגד ב שדות, אינו יכול לומר אקח מאחד שתי שדות, אלא יקח מכל אחד שדה אחת. דלפ״ז גם בערבים שיכול ליטול מכ״א מחצית, כיון שאין מדובר בקרקע אלא במעות, יגבה מכ״א מהערבים מחצית. ובנתיבות קלב,ב כתב לישב דעת המחבר דיכול לגבות מאיזה ערב שירצה, דמה שפסק המחבר בשו״ע חו״מ קז,ז בשני אחין דנוטל מכל אחד החצי, אף שבב״ב קז,א מוכח דיכול לגבות מאחד מהם, דכיון דקיי״ל דאחין שחלקו לקוחות הן, דאין ברירה, דבכל חלק יש לכל אחד החצי, והחצי השני כביכול מכר לחבירו בעד חלקו שהיה לו בחלק חבירו. וכיון דאחין שחלקו הוי בחלקו כאילו יש לו חצי שדה שירש, וחצי שקנה מאחיו, לכן אינו יכול לטרוף ממנו רק חצי השדה שירש, אבל חצי השדה שקנאו מאחיו, אין בע״ח יכול לגבות ממנו, דמצי א״ל הנחתי לך מקום לגבות, דהרי יש עדיין ביד חבירו חצי שדה שירש מאביו, ולכן מחויב הבע״ח לחזור על חבירו בחצי השדה שירש. וכעין דברי הנתיבות כתב הגרי״א בנח״י קז,ד, עיי״ש מה שביאר באריכות. ועיין עוד בדברי משפט קלב,א מש״כ בזה.

ובאבי עזרי (מלוה ולוה כה,י, מהדר״ד) כתב לחלק בין שני ערבים, שכ״א אמר למלוה שהוא ערב לפלוני הלוה על סכום ההלואה שלוה, לבין אם שניהם אמרו; אנחנו ערבים לפלוני הלוה על הלואה שלוה ממך. והרמב״ם לא פירש, ומדסתם נראה דבכל ענין גובה מאיזה שירצה. אך אין ראיה מאחים שחלקו ובא בע״ח וטרף אחד מהם, למקרה ששני הערבים אמרו אנחנו ערבים, דבזה י״ל דגובה משניהם כאחד כל אחד מחצית, משא״כ באחים שירשו, כיון דנכסי דבר אינש אינהון ערבים, א״כ כל קרקע וקרקע הינה ערב באופן עצמאי, ויכול לגבות מאחד מהם. אמנם כתב לבאר בדעת הרמב״ם, דחיוב הערב אינו מחמת ההלואה שנטל הלוה, אלא חיוב מכח

התחייבות הערב, והוא חיוב עצמאי שאינו מחמת ההלואה: "ונראה דעיקר הטעם מה שבשנים שערבו גובה מאיזה שירצה, ואינו יכול לומר הרי יש לך ממי לגבות ... משום דחיובו של הערב אין זה שמחויב לפרוע החוב של הלוה ולפוטרו מהחיוב, אלא שחיוב הערב הוא חיוב עצמותו שהוא חייב עצמו בכו"כ כפי השעור שזה לוה, ובהאי הנאה שמוציא ממון על פיו וסמך עליו, מתחייב הוא. וכשגובה מן הערב לא נפטר הלוה מעיקר חיובו, אלא מתנאי החיוב של הערב, שאין המלוה גובה פעמיים, ואם גבה מן הערב, אינו יכול שוב לגבות מן הלוה ... אבל אין מה שגובה מן הערב, תשלומין על חיובו של הלוה ... וע"כ לא שייך לומר בזה דאין לגבות מערב זה מכיון שיש לגבות מהערב השני, מאחר שאין תשלומין של הערב תשלומין על חיוב של הלוה, אלא שהוא מתנאי החיוב שאין לגבות משניהם. וע"כ אין ערב אחד יכול לדחותו לשני ... ומאחר ששניהם חייבים בחיוב הגוף, כשבא לגבות מאחד מהם, אינו יכול לדחותו אל השני, אף שע"י מה שיפרע השני יפטר החוב, מ"מ מאחר ששניהם מחיובים הם, אין כאן דין דחיה". ועיי"ש שהביא ראיות לזה. וממילא י"ל דבכל ענין, אף אם נהיו ערבים כאחד, כל אחד הוא חיוב עצמאי בפני עצמו והתחייבות בפני עצמו, וע"כ ס"ל לרמב"ם דבכל ענין יכול לגבות הכל ממי שירצה.

והטור (חו"מ סי' קלב) הביא ב דעות: "כתב הרמב"ם שנים שערבו לאחד ... והראב"ד השיג עליו וכתב אינו מחוור כלל שיפרע מאיזה מהם שירצה ... כתבו הגאונים שנים שנכנסו ערבים ופטר המלוה אחד מהם, יכול המלוה לתבוע כל הממון מהערב השני שלא פטר אותו, לפי שהממון כולו נתקיים על כל אחד ואחד מהם, ולאותו שפטר פטור ולאותו שלא פטר לא פטור, נשאר עליו ועל הלוה החוב עד זמן פרעונו, וזה נוטה לדברי הרמב"ם ז"ל שיכול לגבות כל הממון מאיזה מהם שירצה". ולכאורה מסיפא דברי הטור שהביא את דברי הגאונים, וכתב דדבריהם כסברת הרמב"ם, משמע דס"ל כוותייהו וגובה ממי שירצה. וכן נראה שהבין מהרשד"ם (חחו"מ סי' פט), דכיון שהטור הביא סברת הגאונים, לבסוף נראה שכך דעתו וכך היה ראוי לפסוק. אך למעשה לא מלאו ליבו להוציא ממון נגד סברת הראב"ד והרמב"ן. ועיין בדרישה (חו"מ קלב,ה) שהסתפק בזה אם ס"ל הטור כרמב"ם, אולם למסקנת דבריו כתב; "יותר נראה לי דסבירא ליה לרבינו גם כאן כהרמב"ם, וכמ"ש בפרישה". וכן כתב הש"ך קלב,ה דדעת טור כדעת הרמב"ם, מזה שבסי' עז הביא שכן דעת הרא"ש כרמב"ם, וכוונת דבריו לדברי הרא"ש בתש' עג,יג, עיי"ש בתש' הרא"ש, וז"ל: "וכן ראיתי רבותי דנין, שגובה מאחד מהם כל החוב, אפי' יש נכסים לשני".

והמחבר בשו"ע חו"מ עז,ג הביא את דעת הרמב"ם, וציין שבסי' קלב (סע' ג) הביא חולקים בזה. ועיין בש"ך קלב,ה שכתב דדעת המחבר כרמב"ם, מדהביא דבריו בתחילה. וכ"כ התומים קלב,ב, מדהביא המחבר דעת הרמב"ם בראשונה, ודעת החולקים בשם

יש חולקין, משמע דס״ל כדעת הרמב״ם. וכן נראה מדברי קצוה״ח קז,ט שכן דעת המחבר כרמב״ם, ושכן סתמו רוב הפוסקים. ובקצוה״ח עז,ג כתב לחלק אם הערבות הינה שלא בשעת מתן מעות, וכחה מחמת הקנין והשעבוד שקבל על עצמו בקנין, הרי כ״א שעבד עצמו על הכל, משא״כ בשעת מתן מעות שהכל מחמת ההיא הנאה דמהימן ליה, א״כ אינו נאמן לו אלא על המחצה, כיון שנאמן עם עוד אחד, ואינו משועבד אלא על מחצה, וערב על המחצה השניה, וז״ל קצוה״ח: ״דהיכא שנעשו ערבים שלא בשעת מתן מעות ובקנין, וא״כ לא חל שעבודם אלא נגד המלוה מצד ערבות ובטחון, וגובה מאיזה מהם שירצה, לפי שאין שעבוד לחצאין וכמ״ש הרשב״א (ב״מ לד,ב ד״ה אבל) ומוהרי״ק (שורש קפב). אבל היכא שנעשו ערבים בשעת מתן מעות, דאין השעבוד אלא שנתן על פיו, וכיון שהיו שנים, הוציא מעותיו על ידי שניהם וצריך לשלם זה מחצה וזה מחצה, ואינו גובה מן האחד אלא אם אין לשני״. דאם הערבות מחמת הקנין, הרי שניהם השתעבדו על הכל, משא״כ אם הערבות הינה מחמת ההנאה.

ב. בקבלנות של שנים

והרמב״ם כתב דינו בין בערב ובין בקבלן, דאם בערב סתם יכול לגבות ממי שירצה, קל וחומר דבקבלן יכול לגבות הכל מערב קבלן אחד. ובדעת הראב״ד נראה דמה שחלק על הרמב״ם הוא בערב סתם, אולם בקבלן, כמו שיכול לגבות מהערב ללא כל קשר לתביעה מהלוה, ואין קבלן יכול לומר לך ותגבה קודם מהערב, אינו יכול לשלחו לגבות מערב קבלן אחר, דערב קבלן שני אינו עדיף על הלוה, וכשם שאינו יכול לשלוח את המלוה לגבות מהלוה, אינו יכול לדחותו לערב קבלן אחר שיפרע חלק. דערב סתם דוחהו ללוה, ורק באין ללוה יש עליו חיוב, וס״ל לראב״ד שאינו חייב בכל אלא במחצה. אולם ערב קבלן, מהותו שנכנס מלכתחילה תחת הלוה, וכל ענינו שלא יטרח המלוה מגביות מהלוה או מאחרים, ואף שסמך על שנים, ודאי לא היתה כוונתו שילך ויגבה מעוד ערב מחצה, אלא מלכתחילה היא ערבות על הכל.

ונראה דאף למש״כ הגרא״ז (עיין לעיל), דעיקר חיוב ערבות הוא שהוציא המלוה ממונו על פיו, לכן הוי כמו שנתן לערב עצמו. ואף דחיוב הערב הוא משום דהוי כמו שנטל בעצמו, מ״מ לא יתבע הערב תחלה, משום דהכי הוא דינא דערב ועל אופן זה התחייב. וכיון דעיקר חיובו של ערב הוא משום שהוציא המלוה מעות על פיו והוי כמו שלוה בעצמו, ולכן דינם כשנים שלוו שגובה מכ״א מחצית. נראה דכל זה בערב סתם, אולם בערב קבלן שיכול לתובעו מיד, מהות השתעבדותו שלא יצטרך לטרוח אצל הלוה, ולא גרע זה מהטרחה לבוא ולגבות מחצה אצל הערב האחר, ולכן נראה דאף לראב״ד יוכל בקבלן לגבות הכל מאחד.

אחר הדברים האלה, ראיתי שהגר״א בבאורו לחו״מ עז,יח, כתב היפך הסברא הנ״ל.

הגר״א מבאר דהרמב״ם יסביר התוספתא דמיירי בקבלנים, וקבלנים דומים ללווים עצמם, שכ״א לוה במחצה וערב במחצה, וגובה לכתחילה מכ״א מחצה, ורק אם אין לו גובה מהערב: ״וסברא ראשונה צ״ל דמוקמי לתוספתא בערבות קבלנים, דהוו כמו שנים שלוו, שהן בעצמן נשתעבדו״. וזה הפך מהסברא שכתבתי לעיל. דלדבריו אף לרמב״ם בקבלן לא יוכל הכל מאחד אלא מכ״א מחצה. וצ״ע, שהיה לרמב״ם לפרש ולפרט. (ומה שהראב״ד לא פרט, מפני שהתיחס לדברי הרמב״ם). אמנם אפשר דהגר״א כתב כן בדרך אפשרות לישב התוספתא אליבא דהרמב״ם, ואח״כ גם דחה הסברא בבאור התוספתא.

ומ״מ נראה דהאידנא, לפחות באר״י, גם הראב״ד יודה שיכול לגבות ממי שירצה.

דדעת הראב״ד דאזלינן בזה אחר המנהג ולמדים מהעכו״ם (עיין לעיל). ולפ״ז הואיל ולפי החוק יכול לגבות הכל מאחד, גם לראב״ד יוכל לגבות הכל מאחד. כך נאמר בסע׳ 13 לחוק הערבות (התשכ״ז – 1967): ״שנים או יותר שערבו חיוב אחד, אם במאוחד ואם בנפרד, יהיו אחראים יחד ולחוד. ואם היה היקף הערבויות שונה, יהיו אחראים כאמור בתחום הערבות המשותפת. והכל כשאין כוונה אחרת משתמעת מן הערבויות״. ולפ״ז גם לשיטת הראב״ד יוכל לגבות מאחד מהם, אף בערב סתם. ובערב קבלן בכל ענין, וכמש״כ לעיל.

ג. אם יכול לתבוע מחצית מערב השני

והשאלה בנדו״ד שפרע ראובן הערב את כל החוב של לוי, אם יכול לתבוע משמעון שיפרע מחצית מהחוב שפרע, דלכאורה אם קיי״ל כשיטת הרמב״ם שיכול לתבוע את כל החוב מאחד מאחר שהשתעבד לכל החוב, אין לכאורה על שמעון כל חיוב לשלם לראובן, שאינו פורע חובו אלא חוב של לוי.

המבי״ט (ח״א סי׳ רכ) כתב דלשיטת הרמב״ם אין הערב האחד שפרע ממנו המלוה, יכול לתבוע את הערב השני, שיפרע לו מחצית, ודייק כן ממש״כ הרמב״ם (מלוה ולוה כה,י), דאם לא היה לערב אחד כדי כל החוב, חוזר ותובע מהערב השני, דיש ללמוד מדברי הרמב״ם דהמלוה יכול לתבוע מהערב השני, אולם הערב הראשון שנפרעו ממנו אינו יכול לתבוע מהשני, ולכן השיג עליו הראב״ד וכתב דאינו מחוור; ״ואם זה הערב יכול לחזור על הערב הב׳, מה לי שיגבה ממנו הכל, הוא ילך ויגבה מחברו, ואם אין לערב הב׳ נכסים לגבות ממנו, פשיטא דיפרע הכל מזה אפילו לדע׳ הראב״ד ז״ל״. ומזה למד המבי״ט דלדעת הרמב״ם שיכול ליפרע מאי זה מהן שירצה, הערב שנפרע ממנו המלוה, אינו יכול לתבוע את הערב השני, דכיון ששניהם נעשו

ערבים ללוה, והואיל והלוה לא פרע, ונפרע ערב אחד, אינו יכול לתבוע הערב השני, דהערב נעשה ערב רק ביחס להלואה ולא לערבות, ומשנפרעה ההלואה, נמחל שעבודה. ושכן הבין הטור את דברי הרמב"ם, עיי"ש ממה שהביא הטור דברי הגאונים בב' ערבים, ופטר המלוה את אחד הערבים, שיכול לתבוע כל החוב מהערב השני, שהערבות היא ביחס למלוה, וביכולתו לפטור מי שערב בעבורו, ונשאר החוב על הלוה והערב שלא מחל לו המלוה. וכתב הטור שדעת הגאונים נוטה לדעת הרמב"ם. ולפ"ז י"ל דלהרמב"ם אין האחד שפרע יכול לתבוע את השני, כמו במחל לערב אחד, שנשאר החוב על הלוה ועל הערב השני, וכמו שאם מחל המלוה לאחד אינו יכול לתבוע השני ששילם את האחד שמחל לו, כך גם שנמחל החוב מחמת הפרעון, לא יוכל לתבוע מהשני שלא פרע. עוד הוסיף המבי"ט, דנראה דמש"כ הטור, שאם ערב אחד פרע כל החוב למלוה, וברר זה בעדים או בהתקבלתי, שחוזר ותובע מחברו את חלקו כדין ערב שתובע את הלוה, הטור כתב כן לשיטת הרמב"ן, שאם יכול ליפרע משניהם, לא יפרע מאחד מהם הכל אלא מחצה מכל אחד, משא"כ לשיטת הרמב"ם שיכול ליפרע ממי שירצה, אינו יכול לחזור ולתבוע מהערב השני, דמעיקרא אדעתא דהכי נעשה ערב והתחייב שיפרע המלוה ממי שירצה הכל. וחזר הדין בתש' המבי"ט (ח"ב סי' כב): "... כשנפרע מא' מהם, אינו יכול לחזור זה לתבוע מחברו חלקו, שלא פרע בעדו שום דבר, ומעיקרא אדעתא דהכי נעשה ערב שיפרע הכל אם ירצה המלוה, ואינו יכול לחזור על הערב השני כדאמרינן, משום דלא ערב אלא ללוה ולא לערב השני. ואפי' יהיה ערב לשני ג"כ, הוי כעמד ברשות עצמו ונעשה ערב ללוה שאינו חייב לשלם לו, כמו שהבי' הרב ז"ל פ"ט, וכ"ש שני ערבים ללוה א' שלא נעשו ערבים אלא ללוה ולא זה לזה, שאינו חייב לשלם ...". דכיון שהערבות מתיחסת למלוה ולא בין הערבים עצמם האחד לשני, אין לאחד חיוב כלפי חבירו.

ובמחבר בשו"ע חו"מ קלב,ד פסק: "פרע אחד מהם כל החוב למלוה, ובירר זה בעדים או בהתקבלתי, שכתב לו שפרעו הכל, אע"פ שלא אמר לו ערבני ואשלם, חוזר ותובע מחבירו חלקו". אמנם המבי"ט העמיד דברי הטור, שהם כדברי המחבר, דהוא לשיטת הרמב"ן, אך צ"ע דר"פ כתבו דדעת המחבר כדעת הרמב"ם, וא"כ ס"ל למחבר בדעת הרמב"ם שיכול להפרע מהערב השני חלקו. ועיין שם בסמ"ע קלב,ו, דאף שבערב דעלמא שפרע חוב הלוה סבירא ליה להרמב"ם (מלוה ולוה כו,ו) דאינו חוזר על הלוה עד שיאמר לו הלוה מתחילה ערבני ושלם בעבורי, בערב שפרע הכל, אין צריך לומר ערבני ושלם, דכיון דיכול המלוה להפרע מאיזה שירצה, הו"ל כאמר לו ערבני.

ובסמ"ע עז,יא, לא הביא דעת המבי"ט, וכתב בסתם שלא כדעתו, דלא הטריחו רבותינו למלוה לגבות מכל אחד החצי, אלא יגבה כולו ממי שירצה, וזה שפרע יחזור

ויגבה החצי מהשני. ונראה דסברת הסמ״ע, דאין כאן שעבוד על כל ההלואה, אלא החיוב של כל ערב לשלם הוא על חלקו, וגם חייבוהו מכח הערבות לשלם גם את חלק חבירו הערב, כדי לא להטריח את המלוה לגבות מכל ערב וערב חלקו, וע״כ פרע חובות של חבירו ברשות ומכח תקנת חכמים, שאף שהחיוב הוא בעיקר על חלקו, ורק אם אין לשני, צריך לשלם הכל, קבעו חכמים שישלם הכל מלכתחילה ויתבע חבירו, כדי לא להטריח המלוה.

והש״ך קלב,ה כתב דאין דברי המבי״ט נראים, דאדרבה, איפכא מסתברא, כשחברו מחויב גם לשלם כל החוב, יוכל לחזור ולגבות מחבירו חלקו, משא״כ כשלא היה מחויב הערב השני לשלם הכל, הוי כפורע חובו של חבירו שלא מדעתו. וכן כתב בעה״ת מד,ב, דכיון שהמלוה יכול לתבוע הכל מאחד מהערבים, על דעת כן נכנסו שיהיו בשיתוף בפסידתן ובכל פרעון, ויכול לתבוע המחצה ממנו. ושכן כתב הסמ״ע (עיין לעיל), וכן היא דעת הטור והמחבר שכתבו בסתם דחוזר ותובע מחברו חלקו, והטור ס״ל כדעת הרמב״ם. וכך היא דעת התומים קלב,ג, שיכול לגבות החצי מחבירו, דהמגיד למד דין הרמב״ם מאחים שחלקו (ב״ב קז,א), דיש רשות למלוה לתבוע כל הפרעון מאח אחד. ושם הדין שאם פרע, דחוזר וגובה חלק שפרע יותר משאר אחים, כמבואר בגמרא. ואפי׳ לדעת הנימוק״י (נא,א מעמוה״ר) דאמרינן אדעתא דהכי חלקו, שיוכל המלוה לתבוע מאיזה מהם שירצה, ולכך דעתם לשלם לחבירו החצי, אף בב׳ ערבים הדין כן, דביד המלוה לתבוע מאיזה מהם שירצה. גם בכנה״ג (חו״מ הגה״ט סי׳ קלב,ד) כתב דלא כמבי״ט, דלמבי״ט לקתה מידת הדין, שיוכל המלוה לגרום הפסד לאיזה ערב שירצה, עיי״ש. ועיין עוד בתש׳ פרח מטה אהרן (ח״ב סי׳ קכב) מש״כ בזה.

אמנם קצוה״ח עז,ז כתב כדברי המבי״ט, רק כתב לחלק לשיטות ששנים שערבו הם כשנים שלוו, ונעשו זל״ז כערב קבלן: ״אמנם לי נראה העיקר כדברי המבי״ט, והוא דודאי בשנים שלוו, אע״ג דהיה יכול לגבות מכל אחד מהם כולו, מ״מ הרי הוא כלוה בכולו וכמלוה במחציתו השני לשני, וגם כיון דנעשו ערבים קבלנים זה לזה לדעת הרא״ש והטור דס״ל כדעת הרמב״ם, א״כ ודאי צריך לפרוע מה שפרע בעדו על ידי ערבות. וכן בשני ערבים דגובה מאיזה מהם שירצה, היינו נמי משום דהוי ערבים קבלנים זה לזה, וכמו בשנים שלוו לשיטת הטור ... וא״כ ודאי כמו בשנים שלוו, כיון דכל אחד נעשה לחבירו ערב קבלן, אם פרע ודאי חוזר וגובה מחבירו חלקו, א״כ בשנים שנתערבו נמי דנעשו ערבים קבלנים זה לזה, דאם פרע אחד חוזר וגובה מחבירו חלקו״. אך כתב דכל זה לשיטת הרא״ש והטור דשנים שערבו, דגובה מכל אחד מהם הכל, דנעשו ערבים קבלנים זה לזה, וכשנעשו ערבים קבלנים בעד חבירו, גובה מהערב השני מה שפרע. אבל אנן דקי״ל (שו״ע חו״מ

עז,א) בשנים שלוו לא הוי ערבים קבלנים זה לזה אלא ערב סתם, ואפ״ה בשנים שערבו גובה מאיזה מהם שירצה, ע״כ אינו משום דכל אחד נעשה ערב קבלן לחבירו, אלא מטעם שכתבו הרשב״א (ב״מ לד,ב ד״ה אבל) ומוהרי״ק (שורש קפ״ב, הובאו בש״ך עז,ד), דשני ערבים נעשו כל אחד ערב למלוה בעד הלוה על כל ההלואה, דהוי כמו משכון ובטחון ואין שעבוד לחצאין, ולכן גובה מאיזה מהם שירצה. וכיון שבעצם הערבות של השנים לא נעשו ערבים אהדדי, שלא נעשה אחד ערב לחבירו, אלא כל אחד נעשה ערב למלוה על כל ההלואה שנטל הלוה, לכן אם פרע אחד, אין לו על השני כלום, דמה שפרע הוא מחמת השתעבדותו למלוה, ואין לו שייכות עם הערב השני. עוד הוסיף בקצוה״ח, דמוכח כדברי המבי״ט מדברי רב יהודאי גאון שהובא ברא״ש ב״ק א,ו, בענין שני לקוחות שלקחו שתי שדות כאחת, ובא בעל חוב וגבה אחת מהן, דאין ללוקח שגבו ממנו תביעה על הלוקח השני. מבואר דאע״ג דהיה יכול לגבות גם מהלוקח השני אם היה רוצה, כשגבה מזה הלוקח אין לו על האחר כלום, דכיון דאלו השנים אין להם שום עסק אהדדי, אלא כל שדה ושדה בפני עצמו נתערב ונשתעבד למלוה וגבה מלוקח אחד, נתן מה שהתחייב מכח השעבוד שיש על הקרקע, והוא הדין בשני ערבים שכ״א משועבד נשתעבד בפני עצמו, וכשגבה מאחד אין לו לשני כלום. ולשיטת קצוה״ח מבואר דמה שפסק המחבר שיכול הערב לגבות מחבירו, אף שבסי׳ עז,א פסק דשנים שלוו הוי ערבים ולא קבלנים, דמה שפסק בסי׳ קלב,ד הוא לשיטת הרמב״ם, דשנים שערבו מדין ערב קבלן הוא ונעשה כל אחד ערב קבלן בעד ערב חבירו, וכמש״כ קצוה״ח לבאר דעת הטור, דלא הסבר המבי״ט שהוא לשיטת הרמב״ן. ועיין באולם המשפט עז,ג (וכן סי׳ קלב, על הש״ך ה), שהסכים לדברי קצוה״ח.

ובנתיבות קלב,ג כתב להקשות על קצוה״ח, ממה שהביא ראיה מרב יהודאי גאון בשני לקוחות שגבה בע״ח מאחד מהם, דיש לחלק אם השנים נהיו ערבים כאחד, או שכ״א ערב בפני עצמו; ״דשנים שערבו דמי ממש לשנים שלוו, דמה לי אם אמרו שנים תן לנו מעות ונהיה חייבים לך, או שאמרו תן לפלוני ונהיה חייבים לך, דתן לפלוני הוי ממש כאומר תן לי, דהא באשה, אם אמרה תן לפלוני ואתקדש לך, מקודשת (קדושין ז,א), דהוי כקיבלה בעצמה, והכא נמי דכוותיה. וכן אפילו אם שלא בשעת מתן מעות ערבו שנים ביחד, ואמרו אנחנו מתחייבים לך בקנין סודר אם לא יתן זה, הוי ערבים זה לזה, דמה לי שנים שלוו ביחד שהן ערבים זה לזה כמבואר בסי׳ עז,א, או שחייבו עצמם ביחד. אבל אם כל אחד נעשה ערב בפני עצמו, ודאי אין לערב אחד על חבירו כלום״. ומבואר דלדעת הנתיבות, אם שנים ערבו יחד, כ״א ערב גם לחבירו, משא״כ אם שנים ערבו כ״א לחוד, שאינו יכול לגבות מחבירו מה שפרע בחלקו, דכ״א הוא ערב בפני עצמו, ואינם ערבים זל״ז.

הרדב"ז (ח"ו סי' ב אלפים נב) נשאל בשני ערבים; "דקיי"ל נעשו ערבים זה לזה", אם דינם כערבים קבלנים או ערבים דעלמא, נפק"מ לשלשה ערבים ופרע אחד מהם כל החוב, אם יכול לחזור ולגבות שני שליש מהחוב מאחד מהערבים, או צריך לגבות שליש מכל ערב. ומעצם השאלה מוכח דס"ל לרדב"ז כפשטות דברי הטור והמחבר, ולא כמבי"ט. והשיב הרדב"ז, דלשיטת הרמב"ם גם הערבים נעשו קבלנים זה לזה, ולדעת הרמב"ן והרשב"א, לא נעשו קבלנים זה לזה אלא כערבים דעלמא שגובה מכל אחד חלקו: "... בשנים שערבו שסברת הרמב"ם מבוארת, כוותיה פסקינן דאתריה דמר הוא, וכן הדין בערבים, דדין הערב עם הערב כדין המלוה עם הערב. ואפילו לפי מה שכתב הרמב"ן ז"ל בשנים שלוו בשטר אחד שלא נעשו ערבנים קבלנים, אם פרע אחד מהם הכל חוזר וגובה מן האחד חלקו, ולא דמי לפורע שטר חוב של חבירו, דכיון שלוו בשטר אחד נעשו שלוחין זה לזה". ומבואר שהמחלוקת הינה רק בשלשה ערבים, אם יכול לגבות כדין קבלנים, אבל הן לרמב"ם והן לרמב"ן, גובה מהערב השני חלקו, וזה דלא כדעת המבי"ט.

והנה בנדו"ד י"ל שיוכל לגבות מחצית מהחוב מהערב השני, דלשיטת הרמב"ן והראב"ד ודעימיה, פשיטא שהשעבוד הוא רק בחלקו, ומה שפרע מחצית השניה, הוא מדין ערב על הערב, ויכול לגבות ממנו חלקו. ואף לשיטת הרמב"ם שנעשו ערבים קבלנים זל"ז, ובפרט בנדו"ד ששניהם חתומים בשטר אחד, הרי הם שותפים בערבות, ובזה רבו הפוסקים שיוכל לתבוע ערב חבירו בעבור מה שפרע בגין חלקו. ובפרט שפשטות דברי המחבר בשו"ע שבכל ענין יוכל לגבות מהערב השני, ודעת הסמ"ע והש"ך שחייב הערב השני לשלם לערב שפרע הכל. לכן נראה שחייב הערב השני לפרוע מחצה, ולא יוכל לטעון קים לי כמבי"ט ודעימיה, נגד דעת הטור והמחבר, הסמ"ע והש"ך. בפרט שאף למבי"ט י"ל, שאם שנים ערבו בשטר אחד כנדו"ד, אפשר דאף לדידיה נעשו שותפים לערבות, והוי כשנים שלוו, שנעשו ערבים על מחצית, ומה שפרע, יכול לתבוע מהערב השני כמו שתובע מהלוה עצמו. ובפרט שאף לקצוה"ח שכתב כמבי"ט, מ"מ בערב בשעת מתן מעות כנדו"ד, שערבותו מחמת ההיא הנאה, כ"א מחויב במחצית, ועל שניהם סמך. ולכן בערב בשעת מתן מעות, אף לקצוה"ח יכול הערב שפרע הכל, לתבוע מהערב השני.

לאור האמור לעיל, יכול ראובן לגבות משמעון מחצית ממה שפרע לגמ"ח בגין חוב לוי.

סימן יז

בניה בניגוד לחוקי הבניה

ראשי פרקים

א. דינא דמלכותא בחוקי הבניה

ב. דין שדנים בערכאות

ג. לתקנת בני המדינה

ד. בנזקי שכנים

נדרשנו לשאלה של מי שבונה בניגוד לחוק, כגון מתקרב לחצר השני או בונה בניגוד לתב״ע, באופן שע״פ האמור בשו״ע ובפוסקים אין אסור, האם רשאי לעשות כן, אם יש תוקף לחוקים והתקנות מדינא דמלכותא. יש להבהיר כי כח חוקי הבניה, ובכללם תב״ע והמרחק בין הבתים וכו׳, שהוא נידו״ד, כוחו בחוק התכנון והבניה (תשכ״ה – 1965), כך שאין מדובר בתקנה שהיא מכח החלטה של ז טובי העיר אלא הסמכה ראשית. וכך גם לענין חוקי עזר אחרים, קיימת הסמכה בפקודת העריות (פרק 13), המתיחס לחקיקת חוקי עזר ע״י העריות.

א. דינא דמלכותא בחוקי הבניה

נראה דחוקי הבניה אינם רק גדר של חוקים בין אדם לחבירו אלא שיש בזה הנאה למלך, שהרי הממשלה יש לה אינטרס מובהק שהעיר תראה כראוי, המרחקים בין הבתים ישמרו, וניתן יהיה לספק לעיר שרותים, כגון מבני חינוך, שטחים ציבוריים, גנים כבישים ומדרכות, וכל זה לא יתכן אם לא ישמרו התושבים על חוקי הבניה. מראה נאה של העיר משדר את תוקף הממשל. כמו כן כשבונים בניגוד לחוק, מפסידה הרשות והממשלה מיסים המגיעים לה בהתאם לחוק. כמו כן לעיתים האינטרס הרחב שיתגוררו בבתים גבוהי קומה, ולעיתים בבתים נמוכי קומה. חיזוק מבנים ופיקוח הנדסי על המבנים, ועוד כהנה וכהנה, כולם ענינים שיש למלכות ענין בהם. כך שחוקי הבניה לא באו להסדיר אך את הענינים בין אדם לחבירו אלא באו בעיקר לעגן את האינטרס המורחב של הממשל בבנין הארץ, ובודאי הם בבחינת חוקים שיש למלך הנאה מהם.

ואף אם נאמר שחוקי הבניה הינם ענינים שבין אדם לחבירו, יש לדון לחייב לנהוג על פיהם מכח דינא דמלכותא. דאיתא בב״ב נד,ב: אמר רב יהודה אמר שמואל,

נכסי עובד כוכבים הרי הן כמדבר, כל המחזיק בהן זכה בהן, מ״ט עובד כוכבים מכי מטו זוזי לידיה אסתלק ליה, ישראל לא קני עד דמטי שטרא לידיה, הלכך הרי הן כמדבר וכל המחזיק בהן זכה בהן. א״ל אביי לרב יוסף מי אמר שמואל הכי, והאמר שמואל דינא דמלכותא דינא, ומלכא אמר לא ליקני ארעא אלא באיגרתא, אמר ליה אנא לא ידענא עובדא הוה בדורא דרעותא ... וברשב״ם שם ביאר, דאיך יקנה השני הקרקע דעובד כוכבים בחזקה בלא שטר, והאמר שמואל דינא דמלכותא דינא: ״כל מסים וארנוניות ומנהגות של משפטי מלכים שרגילים להנהיג במלכותם דינא הוא, שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו, והלכך דין גמור הוא ואין למחזיק בממון חבירו ע״פ חוק המלך הנהוג בעיר משום גזל״. ובהמשך בגמ׳ שם (נה,א): אמר רבה, הני תלת מילי אישתעי לי עוקבן בר נחמיה ריש גלותא משמיה דשמואל, דינא דמלכותא דינא בהגוזל קמא (ב״ק קיג,ב) אמר תדע דקטילו דיקלי וגשרי גשרי ועברינן עלייהו – רשב״ם), ואריסותא דפרסאי עד מ׳ שנין (חזקת פרסיים מ׳ שנים היא ע״י דינא דמלכותא, דאע״ג דלא קני איניש אלא בשטר, מיהו אם החזיק בה עכו״ם מ׳ שנים ובא ישראל וקנה ממנו, הוי קנין גמור ולא יוכל ישראל אחר לומר שלי היא שגזלה עכו״ם ממני), והני זהרורי דזבין ארעא לטסקא זבינהו זביני (בעלי נחלות העשירים קונים מעבדי המלך שדות עניי העיר, שאין יכולין ליתן הטסקא למלך, והן פורעין את המס ומחזיקין בקרקעות בשביל המס, שכן דינא דמלכותא, דמאן דיהיב טסקא ליכול ארעא), וה״מ לטסקא אבל לכרגא לא.

ומהסוגיות הנ״ל עולה לכאורה שדינא דמלכותא אינו בדוקא בדבר שהוא לצרכי המלכות. וכן יש להוכיח מגיטין י,ב, שדנו שם לענין שטרות העולים בערכאות של עכו״ם. וכן הוכיח הרמב״ן (ב״ב נה,ב). הרמב״ן הביא מקשים על ההלכה הפסוקה כשמואל שדינא דמלכותא, מגיטין י,א, לענין שטרי מתנה העולים בערכאות, שאין בהם קנין, והקשתה הגמ׳ שם במה יקנה. ושמואל תירץ דדינא דמלכותא דינא, ואי בעית אימא תני חוץ מכגיטי נשים, ומשמע לכאורה דלא קיי״ל כשמואל אלא כאי בעית אימא, שהיא לכאורה מסקנת הגמ׳, וכל רבותינו הגאונים כתבוה בפסק הלכה. ותירץ הרמב״ן, דהאב״א מיירי במקום שאין דינא דמלכותא: ״ומכאן תשובה לדברי האומרים דלא אמרינן דינא דמלכותא אלא במלתא דעבד לה מלכא לצרכיה, כגון דקטיל דקלי למעבר עלייהו וכיוצא בו בארעתא משום טסקא, וגמרי לה משום דסברי דליתה להיא דאמר שמואל התם דינא דמלכותא דינא, וכבר כתיבנא דהילכתא פסיקא היא וליכא לדחויה, דשמואל הוא מרה דשמעתא דהכא ודהתם, וכיון דאיפסיקא הילכתא בהא כותיה, בההיא נמי הילכתא כותיה, דחד דינא הוא. ועוד דדינא דשמואל דינא הוא דאיהו ושבור מלכא אחי בדינא נינהו, ולית לן לאיפלוגי בהדי אמוראי בלא ראיה״. מבואר מהרמב״ן שהלכה כשמואל דדינא דמלכותא דינא, ואף בדברים שאינם

לצרכי המלך, וכמוכח מהסוגיא הנ"ל. וכן הביא הר"י קרקושא שם. וכן יש להוכיח מכל הראשונים שפסקו כשמואל לענין שטרות העולים בערכאות של עכו"ם, דדינא דמלכותא אף בענינים שבין אדם לחבירו, ולאו דוקא בענינים שהם להנאת המלך.

וכן מבואר בדברי הרשב"א שם (ב"ב נה,א): "ומיהא דאמרינן דאריסא דפרסאי עד ארבעין שנין משום דדינא דמלכותא דינא, שמעינן דדינא דמלכותא דינא אפי' במילי דלא שייך איהו בהו, דמאי הנאה אית ליה למלכא בהאי, ודלא כהני דאמרי דדוקא במילי דנפשיה אבל במילי אחריני לא". והחולקים הביאו ראיה מב"ק קיג,ב, דדינא דמלכותא דינא, תדע, דקטלי דקלי וגשרי גשורי ועברינן עליהו. והיינו בדברים שיש הנאה למלך. ומפרשים את הדינא דמלכותא בשטרות, דלמלך יש הנאה שיקנו רק בשטרות של סופרי המלך, כדי שלא יוכל אדם לגנוב חק המלך שיש לו על הקרקעות. ועיין גם ברשב"א גיטין י,א. וכן כתב הרשב"א בתש' (ח"א סי' תתצה), לענין מי שחייב עצמו לזון בת אשתו, והחיוב בשטר העולה בערכאות, והשיב הרשב"א על תוקף השטר, וז"ל: "ואפילו במה שאין תועלת למלך בדבר אמרינן דינא דמלכותא דינא, כדמוכח בחזקת הבתים (נה,א), הני תלת מילי אישתעי לי עוקבא ריש גלותא דינא דמלכותא דינא ודאריסותא דפרסאי עד ארבעין שנין, אע"פ שזה לא מעלה ולא מוריד למלך. אלא שדעתי שבמקום שהמלך נותן רשות לישראל לדון בדיני ישראל כל שמעמיד דין ישראל, והוציא שטר מתנה וכיוצא בה, אין דנין בה, אלא כל זמן שדנין בפני ב"ד ישראל, דאז אינו מקפיד, אדרבה נותן להם רשות לדון בדינם". (ומעין סיפא דבריו, נמצא גם ברבינו יונה ב"ב נה,א, שאם יכול ישראל לכוף את חבירו בדיני ישראל, ואין המלך כופה אותן לדון באותן דינין שלו והנהגות שהנהיג, לא פקע זכותו של ישראל מחמת אותו דינא דמלכותא, אא"כ הלך חברו לדון בפני ערכאות, שלא קבע המלך אותם דינים אלא בערכאות, עיי"ש). ומש"כ בסיפא של דבריו, אינו שייך לחוקי הבניה, שבזה השלטון מקפיד על קיומם, ומה שיש הדנים בדיני תורה, היינו לבטל תלונתם, אך אין זה גורע מהקפדת השלטון בקיום חוקי הבניה.

ועיין עוד בתש' הרשב"א ח"ו סי' רנד, שכתב דלא מהני אלא בדברים שהם לתועלת המלך, או דברים שיש לישראל עם חבירו, שהלכו לערכאות ועשו שם שטרות, שקבלו דיניו לענין זה, ורק בכה"ג הוי דינא דמלכותא: "... וכן אינו דין אלא במה שיש לו למלך תועלת ... וא"נ במה שישראל עושה עם ישראל חבירו מדעת עצמו, כאותה שאמרו בפ"ק דגיטין גבי מתני' דכל השטרות העולות בערכאות שלהן כשרים ... אע"פ שמצד דיני המלך אינו מועיל, כיון שבמתנה אין בו תועלת למלך, כיון שזה מדעתו עשה מתנתו בערכאות, הרי קבל עליו לילך בזה בדיני המלכות שאמר שכל שטר שיעלה בערכאות שיועיל ויקנה, ובדבר שבממון יכול לשעבד עצמו וליתן

משלו שלא מן הדין, כמ״ש מתנה שומר חינם להיות כשואל, וכענין ערב דמשתעבד אע״ג דהוי אסמכתא״. ומשמע לכאורה מהרשב״א דבגוונא שלא קיבל עליו הישראל דיני המלך, אין דינו דין, ודוקא שטר העולה בערכאות, שקיבל על עצמו דין המלך בבואו לערכאות לעשות שטר, אמרינן שדינו דין. ועיין במהרי״ק (סי׳ קפז), דדוקא דבר שיכל להעשות בפני סופרי ישראל ועדי ישראל, ובכ״ז פנה לערכאות, אמרינן שהניח דיני ישראל וקיבל עליו דין המלכות, משא״כ כשחייב להעשות בפני סופרי ועדי המלך.

וברמב״ם (גזילה ואבידה ה,יג), כתב וז״ל: ״וכן מלך שכעס על אחד מעבדיו ושמשיו מבני המדינה ולקח שדהו או חצרו אינה גזל ומותר ליהנות בה, והלוקח אותה מן המלך הרי היא שלו ואין הבעלים מוציאין אותה מידו, שזה דין המלכים כולם ליקח כל ממון שמשיהם כשכועסין עליהם, והרי המלך הפקיע שעבודן ונעשית חצר זו או שדה זו כהפקר וכל הקונה אותה מן המלך זכה בה ...״. ומשמע לכאורה שדינא דמלכותא הוא בדבר שיש הנאה למלך, כגון בנדון הרמב״ם, שהוא להשליט אימתו על עבדיו. וכן משמע ממה שפסק הרמב״ם (הל׳ מלוה ולוה כז,א), ששטרות העולים בערכאות של עכו״ם, שאינם שטרי מקח וממכר, שהם כחרס: ״... וכן שטרי [חוב] והודאות ומתנות ופשרות ומחילות שהן בעדים שלהן, אף על פי שיש בהן כל הדברים שמנינו, הרי הן כחרסים ...״, אף ששטרות אלו תקפים מדינא דמלכותא, ומזה מוכח דכיון שאין הנאה למלך, לא אמרינן דינא דמלכותא. דברים אלה דייק התשב״ץ ח״א סי׳ קנח בדברי הרמב״ם. אולם הוכיח דדעת הרמב״ם שבכל ענין דינו דין, ואפי׳ אין לו למלך הנאה מהדין, שכן כתב (הל׳ זכיה ומתנה א,טו): ״במה דברים אמורים במקום שאין משפט ידוע למלך, אבל אם דין אותו המלך ומשפטו שלא יזכה בקרקע אלא מי שכותב בשטר או הנותן דמים וכיוצא בדברים אלו, עושין כפי משפט המלך, שכל דיני המלך בממון על פיהן דנין״. ועיי״ש מה שישב דברי הרמב״ם בשטרות העולים בערכאות של עכו״ם. ולכן הסיק התשב״ץ דבכל ענין דינא דמלכותא, אפי׳ אין הנאה למלך. ועיין בב״י חו״מ סי׳ סח, וסי׳ שסט (בסופו), שהביא מחלוקת הראשונים בענין.

ובעה״ת מו,ח,ה הביא שקיבל מרבותיו שקבלו מדעת הצרפתים, שלא נאמר דינא דמלכותא דינא כי אם בדברים שהם עסקי המלך, כמו עניני הדרכים והמכס, משא״כ דו״ד בין ישראל לחבירו, אין בזה דינא דמלכותא. והביאו ראיה מדברי הגמ׳ (ב״ק קיג,ב); אמר שמואל דינא דמלכותא דינא, אמר רבא תדע דקטלי דיקלי דאינשי וגשרי גשרי ועברינן עלייהו. הרי שדברים אלה הם להנאת המלך: ״שעיקר דינא דמלכותא לא נאמר אלא בענייני הדרכים שהן של מלך, אבל עסקי ישראל עם חבירו ישראל, אין לנו לדון ביניהם דיני המלכות״. והקשה בעה״ת משטרות העולים בערכאות

של עכו״ם, דאמר שמואל דינא דמלכותא דינא, וכתב לישב דעיקר כתרוץ אחרון, תני חוץ מכגיטי נשים, ולכן אין דינא דמלכותא בשטרות העולים בערכאות של עכו״ם. וכן הקשה מב״ב נד,ב, לענין חיוב המלך לקנות קרקעות בשטר דוקא, ותירץ, דקנין קרקעות הרי הוא מעסקי המלך, שכל קרקעות שבאותו זמן היו נותנים מס למלכים, ועליהם תקנו שלא יהיו נקנים זה לזה אלא בשטר, כדי שיהיה הדבר גלוי וידוע לכל, ויהיו מזכירין אותו בשטריהם שיהיו חוקי המלך קיימים.

ושאל בעה״ת את הרמב״ן, בענין מלך ששנה את המטבע היוצאת בהוצאה במלכותו, ופחת ממנה הרבה, וקבע שתהיה זו המטבע היוצאת בהוצאה. והרמב״ן כתב לבעה״ת שהוא מבין מדבריו שהוא סובר שדינא דמלכותא הוא רק בדברים שיש למלך הנאה מהם, וע״ז השיבו, לשיטתך, גם המטבעות בכלל. אבל לגופם של דברים, משטרות העולים בערכאות של עכו״ם מוכח שדינא דמלכותא הוא בכל ענין: ״וש״מ בכלהו דינין ומנהגין דמנהיגים מלכים במלכותם ומחזיקים לכל המלכות, בכלם דיניהם דין״. וכתב דאין לומר שאין הלכה כשמואל אלא כתרוץ בתרא, דכיון שהלכה כשמואל בהא דדינא דמלכותא, הלכה כמותו גם לענין שטרות העולים בערכאות, דחד דינא הוא, וגם הלכה כשמואל בדיני, עיי״ש.

והרב במגיד (מלוה ולוה כז,א) כתב, דדעת רוב הגאונים והרמב״ם לפסוק כתרוץ בתרא, דתני חוץ מכגיטי נשים, שכל שטר שהוא כמו גט, דהיינו שהוא שטר הקנאה ושיעבוד, לא מועיל בערכאות מדינא דמלכותא, דאע״ג דקיי״ל דדינא דמלכותא דינא, היינו בדברים שהם לתועלת למלך, כמו מס וכד׳, משא״כ בדברים שבין אדם לחבירו, אין דינו דין. ובהמשך הביא המגיד דעת העיטור והרמב״ן והרשב״א, שכל השטרות בערכאות כשרים ואפי׳ שטרי מתנה, וגובים בשטרי הלואה ממשועבדים, דקי״ל כשמואל דאמר דינא דמלכותא דינא אפי׳ בדברים שאינם תועלת המלך, ומעמידים המשנה (ראה לעיל) דמיירי במקום שאין דין המלך, דאם יש הורמנא דמלכא כל השטרות כשרים, ובאין הרמנא דמלכא, תני חוץ מכגיטי נשים, למעט שטר מתנה וכיוצא בו. וע״ע ברדב״ז (ח״א סי׳ תקמא) שכתב דדוקא בדברים שיש בהם הנאה למלך, ומה שלענין חזקת קרקעות אמרינן דינא דמלכותא, כיון דבכל עניני הקרקע יש הנאה למלך, כיון שלוקח מסים על הקרקעות. ולענין שטר העולה בערכאות, פסק כאב״א דתני חוץ מכגיטי נשים.

ודעת הש״ך עג,לט, לענין מכירת משכון בפחות משנה מזמן הפרעון, כאשר הדבר ע״פ דינא דמלכותא, ובדין תורה יכול למכרו ל׳ יום מזמן התביעה אחר זמן הפרעון, דיכול למכרו לאחר ל יום, ואין צריך להמתין שנה, אף שהדבר כן ע״פ דינא דמלכותא, לא מיבעיא לדעת הריא״ז שאין דינא דמלכותא אלא בדברים שהם

להנאת המלך, וז"ל הריא"ז (ב"ב ה"י סי' לו): "ונראה בעיני שלא נאמר דינא דמלכותא דינא אלא בדברים שהמלך גוזר להנאתו, כגון המכסים והמסיות וכיוצא בהן, אבל בדברים שבין אדם לחבירו, אין לנו לדון אלא על פי תורתנו, כמבואר בקונטרס הראיות ובפ"ק דגיטין (פסקי ריא"ז ב,ז) ובפרק גט פשוט (ב"ב ה,כ)". ואף לשאר פוסקים דאמרינן דינא דמלכותא בכל דבר, היינו בדבר שאינו נגד דין תורה. והביא הש"ך דברי מהרי"ק (סי' קפז הנ"ל), דלא אמרינן דינא דמלכותא לענין שטר העולה בערכאות של עכו"ם, שהם לא אומרים יד בעל השטר על התחתונה אלא על העליונה, דדוקא לענין ארנונה ומנהגים של משפט המלוכה אמרינן דינא דמלכותא, משא"כ בדין שבין אדם לחבירו, דא"כ בטלת כל דיני תורה. וכתב שם הש"ך, דאף דין שהוא לטובת בני המדינה, לא אמרינן דינא דמלכותא דינא, דלא כדמשמע ברמ"א חו"מ סו"ס שסט, וכתב הש"ך לבאר דברי הרמ"א שם: "דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה, מה שאין הדין מפורש אצלינו, אבל לא שידונו בדיני גוים נגד תורתינו כו'. וכן תיקן וביאר בעיר שושן להדיא לקמן סוף סימן שסט וז"ל, לא אמרינן דינא דמלכותא אלא בדבר שיש לו הנאה למלך או שהוא לתיקון בני מדינתו בעניני משא ומתן שביניהם, אבל שאר דינים דיני תורה המפורסמים בינינו, כגון שהם מכשירים עד אחד ואפילו הוא קרוב או פסול, וכיוצא בדברים אלו דינים פרטיים שבין ישראל לחבירו, פשיטא שלא נדין בהם כמותם, דאל"כ בטלו ח"ו כל דיני תורה מישראל. וכן הנושא אשה במקום שדנין דיני גוים ומתה, אין יכולים יורשיה לומר כל הנושא אשה על דעת המנהג הוא נושא, דהא פשוט בינינו דהבעל יורש את אשתו כו', עכ"ל. וכן משמע בסמ"ע שם (ס"ק כא) שכן כונת הר"ב שם". ומבואר אף לדברי הש"ך, דככל שהדין נוגע לדיני נזקי שכנים וכיוצ"ב, וכל נושא חוקי הבניה שהם לתקנת בני המדינה, אמרינן בזה דינא דמלכותא, אף למה שפירש בדברי הרמ"א חו"מ סו"ס שסט. וע"ע בחכמת שלמה (חו"מ שסט,יא). אך נראה דכל זה לשיטת הרמ"א, אולם דעת הש"ך דבכל ענין לא אמרינן דינא דמלכותא, עיין להלן. ועיין ביהודה יעלה למהר"י אסאד, ח"ב סי' רלג, שהביא ראיה לדעת הרמ"א מדברי שמואל ב"ק קיג,ב; תדע, דקטלי דקלי וגשרי גשורי ועברינן עליהו, שהרי הגשרים אין למלך כל הנאה בהם והם רק לתועלת בני המדינה, אא"כ נאמר שמטרת הגשרים לגבות מיסים, ואין ראיה לרמ"א, עיי"ש.

ב. דין שדנים בערכאות

ומצאנו ברשב"א בתש' שחילק לענין דינא דמלכותא, דאם המלך קבע דין מסוים, דינו דין, אבל אם הסמיך את הערכאות לקבוע את הדין, בזה לא אמרינן דינא דמלכותא בדו"ד בין אדם לחבירו כששניהם יהודים. הרשב"א בתש' (ח"ג סי'

קט), כתב וז״ל: ״ולענין דינא דמלכותא דינא שאמרת, בודאי לא אמרו אלא במאי דאיכא הרמנא דמלכא ובדברים שהם מדיני המלכות, דדינא דמלכותא אמרו, דינא דמלכא לא אמרו, אלא כמו שאנו יש לנו משפטי מלוכה כמו שאמר להם שמואל לישראל דמלך מותר בו, כך בשאר האומות דינין ידועים יש למלכים ובהם אמרו דדיניהם דין, אבל דינין שדנין בערכאות, אין אלו ממשפטי המלוכה אלא הערכאות דנין לעצמן כמו שימצאו בספרי הדיינין, שאם אין אתה אומר כן, בטלת חס ושלום דיני ישראל וכבר בא לידי ואמרתי כן״. ולכאורה המשמעות היא שהלך הוא שאמר את הדין מפורש, ולא שהסמיך את הערכאות לפסוק בהתאם לשקול דעתם. וצ״ע אם המלך אומר חוקים סתומים, ומשאיר לפרשנות של הערכאות, לכאורה בזה אם היא פרשנות פשוטה, הרי דיניהם דין, דהמקור לפסיקה הוא חוק המלכות, רק חוק המלכות לא נאמר מספיק ברור, והערכאות מבהירים ומפרשים החוק, דהם מפרשים כוונת המלך.

דכל שמדובר בדינים ידועים, והערכאות רק מפרשים לכל מקרה לגופו, לכאורה אם זה כמשמעות כוונת החוק, אמרינן בזה דינא דמלכותא.

ויותר נראה דכוונת דבריו, דאפי׳ הסמיך את הערכאות, אין המלך מקפיד שידונו דוקא בערכאות, ולכן דוקא דינא דמלכותא דינא ולא דין הערכאות, אולם אם המלך מקפיד שידונו דוקא לפי פסיקות הערכאות, וכנידון חוקי הבניה, שלגוף המושל יש הקפדה שהבניה תהיה בהתאם לוק וכנ״ל, ונותנים כח לערכאות להפעיל את חוקי הבניה ולאכוף אותם, בזה אמרינן גם דינא דערכאות דינא, ולא כתב הרשב״א אלא באופן שהערכאות מעצמם כופים ודנים לפי דרכם, ולמלך אין ענין וחשיבות בפסיקת הערכאות, ומבחינת המלך יכולים שלא לדון בערכאות, וכמו שהבאנו לעיל מדברי הרשב״א בתש׳ (ח״א סי׳ תתצה) ורבינו יונה. וכן מבואר בתש׳ הרשב״א (החדשות, סי׳ שמב): ״ונראה בעיני שאין זה נקרא דינא דמלכותא דינא שיוכל זה להתרעם מחברו בערכאותיהם, לפי שסתם חקי המלך על בני אומתו בלבד. ואפילו אם פירש והטיל הנהגותיו על כל בני המלכות וישראל בכלל, כיון שיכול ישראל לכוף את חברו בדיני ישראל ואין המלך כופה אותן לדון באותן הדינין וההנהגות שהנהיג, ולא קבע אותן אלא לענין שידונו אותן בערכאות שלהן כך אם יבואו לפניהם, אם הלך ישראל זה ונתרעם מנכסי ישראל חברו והתפיסם בערכאות של גוים ומשכנם אין זה מותר, והרי זה בכלל ואשר לא טוב עשה בתוך עמיו״. מבואר דדוקא במקום שאין קפידא למלך שידונו בערכאות, אין דין הערכאות דין, משא״כ כשיש למלך קפידא שידונו בערכאות, שהם יכופו על החוקים, בזה אמרינן דין הערכאות הוא דין המלכות.

וכל זה אינו שייך למש״כ הרשב״א (ח״ו סי׳ רנד), דדין שעושה המלך אינו דין, דדוקא דינא דמלכותא דינא ולא דינא דמלכא, וז״ל: ״וכך ראיתי שאין הדברים אמורים אלא במה שהוא נעשה בדיני המלכות, שכל עם ועם יש לו חקים ידועים

בדיני המלכות, ודינא דמלכותא אמרו דינא דמלכא לא אמרו, וכל מה שאינו מחקי המלוכה אע״פ שיאמר עכשיו המלך כן אינו דין, וכן הסכימו הראשונים ז״ל״. ונראה דכוונתו למה שעושה המלך לא מכח חוקי המלוכה אלא גזירות שעושה בכוחו כמלך, ונוטל בכח הזרוע מבני המלכות, דבזה אין דינו דין. דכל מה שדינו דין הוא בדבר שהוא חוק קבוע בל יעבור, משא״כ בדברים שעושה בזרוע, וכמבואר ברמב״ן וברשב״א ב״ב נה,א. וזה אינו שייך למש״כ לעיל מתש׳ הרשב״א לענין דין שדנים בערכאות, דבח״ג סי׳ קט חילק הרשב״א בין המלך שחוקק, לערכאות שדנים ע״פ הבנתם. ובח״ג חילק בין חוק לבין גזירה זמנית, שאין לו סמכות מכח המלוכה אלא עושה כן בכח. והחילוק בזה הוא בין דין שמקובל במלכות, לבין מציאות שהמלך מנסה לקבוע דברים נגד מה שמקובל במלכות, וכמש״כ הרמב״ן (ב״ב נה,א): ״ומצאתי לי חבר במה שאמרתי שהמלך שדן דין חדש שלא כחוקי המלכים, חמסנותא הוא, שכתבו מקצת חכמי צרפת ז״ל בחבוריהם שיש מקומות שישראל יוצאין ממלכות למלכות, והמלך מחזיק בכל מה שנמצא להם במלכותו, אם בא ישראל אחר וקנה מן המלך, זה היה מעשה ופסקו הדין שאין זה דינא דמלכותא אלא חמסנותא דמלכותא, לפי שהדבר ידוע בדיניהם שדין היהודים כדין הפרשים לדור בכל מקום שירצו, וכיון שכן אם יש מלכות שבאה לשנות את הדין ולעשות דין לעצמה, אין זה דינא דמלכותא״. והיינו שאם דין האומות הוא בדרך מסוימת, והמלך בא לקבוע דין בדרך אחרת, הרי דינו כדין חמסנותא. ודברים אלה אינם שייכים לדברי הרשב״א בתש׳ הנ״ל, דמחלק בין דין המלכות לדין הערכאות.

ג. לתקנת בני המדינה

ונתבאר לעיל דגם אם בדינים שבין אדם לחבירו אין דינא דמלכותא, מ״מ דבר שהוא לתקנת בני המדינה, לרמ״א אמרינן דינא דמלכותא. והדברים מפורשים בדברי הרמב״ן (במיוחסות סי׳ כב), לענין מלך שגזר שכל שטר בחותמו הרי הוא כשטר בעדים, ובסוף התש׳ כתב הרמב״ן דבכה״ג דינא דמלכותא דינא: ״דכל שיש טעם במה שהמלך מצוה ומנהיג דבר לתקון הנהגת המדינה, יכול הוא לומר ממון שראוי להיות לזה מן הדין יהא לחבירו, ולא אמרינן חמסנותא הוא ולאו דינא אלא כשנוטל בלא טענת דיני המלכות. וכ״ש במדינות שהארץ כולה שלו ויכול הוא לעשות בה חוקים כמו שירצה, שע״מ כן הוא מחלקה להם ועל פי חקי המלך קבלוה יושביה, וכל שכן כשהכריזו. ויש כח למלך להפקיע ממון בכי הא, דתקוני מדינה הם. ואפילו ישראל תיקנו והנהיגו בו בכמה מקומות ועושים מעשה בכל יום״. מבואר ברמב״ן דכל דבר שהוא לתיקון בני המדינה, אמרינן דינא דמלכותא דינא. ותש׳ זו הביא מהרי״ק (שורש קצא) מהרשב״א.

וכן יש ללמוד מדברי הראב״ד, הביאו השטמ״ק ב״ב נד,ב), לענין באגי מיטמרי, שהיו הבעלים מתחבאים לא לתת מס למלך, והמלך גזר שמי שיתן המס, תהיה הקרקע שלו ללא שטר, משא״כ כשקונים קרקעות האחד מהשני, וז״ל הראב״ד: ״והא דאמרינן הנהו בגי דמטמרי הוו, כלומר כל אותם בגי מוחלט הוה למלך, שהבעלים לא היו נותנים הטסקא, וכיון שהבאגא חלוטה למלך, כבר היה משפטו שכל מי שנתן לו הטסקא יאכל אותה בלא שטר, אבל מכר שבין איש לחברו, בין בקרקע שיש למלך בו טסקא והוא נותנו בין שאין למלך בו טסקא, גזר עליהם שלא יקנה אדם מחברו עד שיהיה לו שטר מהבעלים, והיה זה המשפט לתיקון האנשים שלא יבואו לידי כפירות וקטטות״. הרי שגם בדיני קנינים, אם גזר המלך לתועלת בני המדינה ולתקנתם, דינא דמלכותא דינא.

והגר״מ אריק זצ״ל (אמרי יושר ח״ב קנב,ב) נשאל במשכיר שרוצה להוציא את השוכר לאחר תום מועד השכירות, וע״פ החוק אינו יכול להוציאו. וכתב האמרי יושר, דתקנה זו נעשתה לתקנת בני המדינה; ״אך מדברי הש״ך בסי׳ עג נראה דגם זה אינו מועיל רק במיסים, אבל לא בשאר דבר אף בקרקע, והדבר תלוי בפלוגתת הראשונים״. ודן האמרי יושר באריכות מי הוא המוחזק, וכתב להלכה: ״אך להלכה למעשה, כיון דבנתיבות בכללי התפיסה סתם להלכה דבספיקא דדינא השוכר מוחזק, ובנדו״ד הדבר בקרקע ולתקנת בני המדינה כולה, דלדעת רוב הפוסקים דינא דמלכותא דינא, ואפשר גם הש״ך מודה בקרקע, כיון דהקרקעות שלהם אף שאינו נוגע למסים, לכן לענ״ד אין להוציא מיד השוכר״. וכן המשיך לדון שם בתוקף התקנה, והסיק דמכל הטעמים אין לשנות בזה מכפי הדינא דמלכותא אשר הוא לטובת המדינה. ונראה דמש״כ בדעת הש״ך, היינו דלא כרמ״א, דמש״כ הש״ך דדבר שהוא לטובת בני המדינה, לדעת הרמ״א בכל ענין אמרינן דינא דמלכותא. ומ״מ מסקנת דבריו דכל שהוא לתקנת בני המדינה, ובודאי ככל שזה נוגע לקרקעות, אמרינן דינא דמלכותא דינא, אף בדיני שוכר ומשכיר. ומינה אף לנדו״ד לענין חוקי הבניה, שהם ג״כ מתיחסים לקרקעות, והם לתקנת בני המדינה כולה.

ובתש׳ חבצלת השרון (חחו״מ סי׳ ח) כתב על דברי האמרי יושר, שכתב זאת בזמן המלחמה, שהיתה זו עת לחץ ודוחק גדול, והוצרך להפך בזכותם של השוכרים, אולם כעת זה עוול גדול נגד בעלי בתים שמתקיים בהם שורך טבוח לעינך, וזרים שולטים ברכושם ואין להם מושיע, ואף לשוכרים אין זו תקנה אלא לשוכרים הותיקים, וכל יום מתרבים שוכרי דירות חדשים, ולהם התקנה תקלה, שע״י זה מתיקרים הדירות ואין למצוא דירה חדשה: ״ובפרט שידוע לנו שעיקר החזקת החוק הזה הוא בא ע״י איזו נבחרים חפשיים, שיש בהם דעות ושיטות הקאמוניסטען וסאציאליסטען ללחוץ את העשירים ולקחת ממונם, שכל אלו השיטות הם נגד דעת תורה, וחלילה לומר

בזה שזה יהיה מקרי דין גמור ע״פ דין תורה״ק, ואף שכבר נהגו כן, אין זה מנהג ותיקים״. ולכאורה מדברי חבצלת השרון נראה שמסכים לדינא שאם אכן ברור שיש בזה תקנת בני המדינה, דינא דמלכותא דינא, רק הוא ס״ל שאחר המלחמה אין זה תקנה, אף לא לשוכרים, אולם במקום ובזמן שיש בזה תקנה לבני המדינה, יודה לדינא לאמרי יושר.

והגאון מטשיבין זצ״ל (דובב מישרים ח״א סי׳ עו) דן בדו״ד בין שוכר למשכיר, כאשר השוכר טוען שאינו חייב לשלם יותר מאשר חיובו בדינא דמלכותא, אף שהתפשר על סכום גבוה יותר. והשיב הגאון מטשיבין דהדין עם המשכיר, דכיון דבשעה שהתפשרו ידע השוכר מהחוק, הואיל והחוק היה ידוע לכל, והשוכר מודה שידע מהחוק, ואע״פ כן שילם כמה שנים יותר מהחוק, א״כ סבר וקיבל, ואפי׳ שייך בזה דינא דמלכותא, מחל השוכר על זכותו. ולענין דינא דמלכותא, ס״ל שדעת הש״ך הינה דעת יחיד, וע״כ כל דבר שהוא לתועלת בני המדינה, קיי״ל דינא דמלכותא דינא: ״גם דברי כת״ה יש להם מקום, אחרי שדעת הש״ך בסי׳ עג,לט דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא רק בדבר הנוגע למלך, ואף לדעת הפוסקים [שם בש״ך] דבדבר שנוגע לטובת בני המדינה אמרינן דינא דמלכותא דינא, מ״מ כיון שהמשכיר חשיב מוחזק, יכול לומר קים לי דאין בזה דינא דמלכותא. ואמנם דעת הנתיבות המשפט [סו״ס כה] בכללי תפיסה ס״ק כב, וכן דעת המשנה למלך פ״ז מה׳ שכירות [ה״ב] דהשוכר הוי מוחזק. אמנם במשנה למלך פט״ו מה׳ טוען ונטען [הי״א] נראה דחזר וס״ל דבשכירות חשיב המשכיר מוחזק. וכן מצאתי בשו״ת דברי חיים ח״א חו״מ סי׳ ל״ה שהכריע להלכה, דמי שהקרקע שלו חשיב מוחזק עיין שם. אך באמת כיון שרוב הפוסקים הכריעו דבדבר שנוגע לטובת הכלל לכולי עלמא אמרינן דינא דמלכותא דינא, על כן קשה לדון ולומר קים לי כדעת יחידאה. ועיין בשו״ת חתם סופר חו״מ סי׳ מ״ד, ויראה דפשיטא ליה דבכה״ג אמרינן לכולי עלמא דינא דמלכותא דינא״. הרי שלא יוכל לומר קים לי כדעות שחוק שהוא לטובת בני המדינה, ועניני בין אדם לחבירו, אין בו דינא דמלכותא, ודעת הש״ך דעת יחידאה. ועיין בתש׳ מנחת יצחק (ח״ב סי׳ פו) מה שחלק על הגאון מטשיבין, וכתב דאין זה שיטת רוב הפוסקים, והוי ספק התלוי בפלוגתא דרבוותא.

ומהרש״ג בתש׳ (ח״ג סי׳ קכה) כתב דחוק שאין להוציא השוכר מהמשוכר, אין זה מתקנת בני המדינה, כיון שהוא טוב לשוכרים ורע למשכירים, ותקנת בני המדינה הוא דוקא בדבר השוה וטוב לכל. וכדוגמא לתיקון בני המדינה הביא מש״כ הרמ״א חו״מ רנט,ז לענין השבת אבידה, שמדינא דמלכותא יש להשיב אבידה אפי׳ לאחר יאוש או בזוטו של ים, וכן רמ״א חו״מ שנו,ז, שחייב להחזיר כל גניבה אפי׳ לאחר יאוש ושינוי רשות, דאין למוצא חסרון כיס, כיון דמלכתחילה לא היה שלו.

ונראה דלענין חוקי הבניה, החוק הוא גם זכות וגם חובה, חובה שהוא לא יכול לחרוג מחוקי הבניה, וזכות שגם שכניו לא יוכלו להזיק לו ע״י חריגה מחוקי הבניה, וע״כ נראה דלמהרש״ג הוי חוקי הבניה תקנת בני המדינה. ועיין במשנת רבי אהרן (לגר״א קוטלר, סי׳ עא), שכתב דזכות השביתה הינה לתקנת בני המדינה, הגם שמהשביתה יש כאלה הנפגעים, ומוכח דס״ל דאף אם יש בו נזק לאחר, מהני דינא דמלכותא בזה דהוי תקנת בני המדינה. ואפשר, כיון דבשביתה, היום פועל פלוני שובת ואחר סובל, ומחר יכול הסובל של היום לשבות ולגרום סבל לשובת של אתמול, ולכן הוי תקנה לכל בני המדינה. אך לפ״ז הוא הדין לענין חוק הגנת הדייר, דהיום פלוני הוא המשכיר ומחר יהיה שוכר. (אמנם לענין שביתת מלמדים, ס״ל לגר״א קוטלר דהוי מילתא דאיסורא, ולא שייך בזה דינא דמלכותא).

והגר״מ פיינשטיין זצ״ל (אגרות משה חחו״מ ח״ב סי׳ סב) דן בפושט רגל, שאם אחד מהבע״ח גבה מנכסיו בניגוד לחוק. ודן שם אם שייך בזה דינא דמלכותא, ומדבריו עולה דבנזקי שכנים וכד׳, אין למלכות כל נפק״מ איך ינהגו, ובהתיחס למש״כ הרמ״א חו״מ סו״ס שסט: ״אבל נראה דודאי אף להסוברין דדינא דמלכותא בכל דבר, היינו מה שנקבע מדינא דמלכותא בדיני קנינים ותשלומי הלואות מהנכסים שהוא חסרון להמלכות שיהיה חלוקי דינים בין אינשי לאינשי, שמזה אפשר לבא לידי קנאה ותחרות ומריבות, ואף שלא שייך זה לכאורה אלא בדיני שופטי המלך והמדינה, מ״מ אולי יחוש המלך גם לזה, שלא יהיו שופטים אחרים דנין באופן אחר שג״כ אפשר יבא לערער על דיני המלכות, אבל בענינים שלא שייך זה, כגון בירושת הבת עם הבן, שאין זה ענין מדיני כל כך, דהרבה אינשי מורישים כרצונם, וכן בנזקי בהמה, שהתורה חייבה שאף אם הם פטרי לא שייך זה לדד״מ. וכן חיובי שומרין ודיני שכנים ושלוחים, ליכא בזה דד״מ דינא, וכן בדינים שבין איש לאשתו, שג״כ אינו ענין מדיני ויכולה כל משפחה להתנהג כרצונה, שלא שייך זה למלך ולא לתקנת בני המדינה״. ומזה הסיק שגביית חובות של פושט רגל היא לתקנת כל בני המדינה, והמלכות מקפדת בזה. ונראה דהמודד בזה, אם יכולים האנשים להסכים להתנהג בדרך אחרת ממה שהחוק מציע. דבירושה ושומרים, יכולים ורשאים, וכך בדיני ממונות של הנזיקין, והמדינה לא תתערב אם ינהגו אחרת מהחוק. אולם בענין חוקי הבניה, גם אם יסכימו כולם, אינם יכולים לנהוג בניגוד לחוקי הבניה, ולכן בזה אמרינן דינא דמלכותא.

ובתש׳ אחרת (אגרות משה חו״מ ח״א סי׳ עב) נשאל הגר״מ בענין חוק הגנת הדייר, שא״א להוציא את השוכר, והמשכיר צריך הבית לעצמו. ובתחילת דבריו, כתב וז״ל: ״הנה מה שהאריך כתר״ה בענין דינא דמלכותא, קשה לכתוב בענינים אלו משני טעמים, חדא מטעם שכתב בשו״ת השיב משה שהביא כתר״ה, שיש מבוכה רבה בין

הפוסקים וסתירות רבות, וצריך לזה עיון וזמן רב אולי יעזור ה׳ להבין לאסוקי להלכה, וכ״ש לקטני ערך כמוני. ועוד, מטעם שבל יתראה ח״ו שאנו מקטינים כבוד המלוכה דמדינתנו בפה, אשר אנחנו מחוייבים להכיר להם טובה על החסד שעושין עמנו ועם כל אחבנ״י שבמדינה הזאת, ואנחנו מברכים אותם ומתפללים להשי״ת בכל עת ושעה לשלום המדינה ונשיאיה ושריה כאשר נצטוינו, ולכן אין רצוני לכתוב ולדון בזה״. אך לעיקר הנידון, כתב לחלק בין אם שכר קודם שחוקקו את החוק לאחר שחוקקו, דקודם שחוקקו, יש לדון אם שייך בזה דינא דמלכותא, אולם אם השכיר אחר שכבר נחקק החוק, הרי זה כתנאי שינהגו בהתאם לחוק, ואדעתא דהכי השכיר לו. ולפ״ז נראה שאם בונה בקרקע אחרי שכבר נחקק החוק או הסעיף הרלוונטי בחוק, הרי שעל דעת כן השתתפו כל השכנים, בני החצר או המבוי או השכונה, ולא גרע ממנהג.

והציץ אליעזר (ח״ד סי׳ כח) כתב דלחוק הגנת הדייר יש כח של דינא דמלכותא, ויש לנהוג בהתאם לחוק. אך הגביל את דבריו למצב שהיה באותו זמן (עיין לעיל בדברי חבצלת השרון), אולם ככל שהדבר נוגע לעתיד, יש חוק ברור יציב וקבוע להגנת המשכיר והשוכר גם יחד, לתקנת בני המדינה כולה, דדוקא אם החוק לטובת בני המדינה כולה, אמרינן דינא דמלכותא דינא, ואין טעם לקבוע מנהג, שגם אחרי הזמן הקצוב והדייר יוצא מרצונו הטוב, תהיה לו הזכות להעביר את דירתו לאחרים ולקבל דמי מפתח; ״כי מלבד שאין לדבר זה מקור בהלכה, הרי נוהג זה אם ימשך בלי סוף, יכניס אנדרלמוסיא שלימה בקרב כל בני המדינה ואחריתה מי ישורנה, ובאופן כללי אין זה לא לטובת המשכירים שנפשם יוצאת לרכושם, שהוא להם בבחינת שורך טבוח לעיניך וגו׳, וגם לא לטובת השוכרים שממשכנים כל אשר להם כדי להשיג לשכור איזה בית מגורים, ואחרי כל זאת כולי האי ואולי יעלה הדבר בידם להשיג בתמורה שבידם לשכור איזה בית או חדר״. ומבואר דככל שמדובר בחוק שהוא לתקנת בני המדינה, יש לו תוקף של דינא דמלכותא דינא. וע״ע שם בח״ה סי׳ ל, וחי״ז סי׳ סח.

גם הגר״מ שטרנבוך שליט״א (תשובות והנהגות ח״ג סי׳ תסח) דן בשאלת תוקף חוק הגנת הדייר, וחילק שם אם שילם דמי מפתח, שיש לחוק תוקף הלכתי, לבין אם לא שילם דמי מפתח, שבזה החוק אינו צודק, ואין לפסוק כפי החוק: ״וצריך לדון בכל מקרה ומקרה לגופו ולמצוא פשרה המתאימה, כיון שמדין תורה המשכיר לא אבד חזקתו, ומנהגיהם ודיניהם לא קובעים לנו כשאין בזה צדק ויושר, אבל כששילם דמי מפתח, כדי שיהיו לו את כל הזכויות כפי הנהוג בארץ, נראה שאזלינן בשכירות גם בזה כחוקי המדינה, וכמבואר ברמ״א סו״ס שיד ע״ש, שבהרבה דיני שכירות בתים אזלינן בתר חוקי המדינה, וכ״ש כאן ששילם על דעת זכויות כחוקי דייר, שאז ודאי מגיע לו״. ונראה מדבריו דככל שהחוק צודק, הרי הוא תקנת בני המדינה, ואם אינו

צודק, גם אם הוא תקנה לאחד, רעה הוא לאחר, ואין בזה תקנת בני המדינה. וכן ראיתי בפס"ד של בית הדין הגדול: (בהרכב הרבנים: הגר"י עדס זצ"ל, הגרי"ש אלישיב זצ"ל, הגרי"ב ז'ולטי זצ"ל, ראה קובץ צוהר כרך טו עמ' שצ ולהלן), שאימצו את חוק הגנת הדייר: "דדינא דמלכותא לגבי תקנת והנהגת המדינה שלא יפסקו חיותא - כולי עלמא מודו שגם במלכות ישראל קיימת". והיינו שהכל תלוי בתקנת הציבור שיש בחוק. כמו כן הוסיפו, שאם השכירות היתה לאחר חקיקת החוק, הרי שעל דעת כן שכרו. ועיין שם בקובץ צוהר, מה שכתב הגר"א שרמן שליט"א בענין. ועיין גם בפתחי חושן (שכירות פ"ד הערה ח): "ובזמננו בא"י נהוג ענין זכות הגנת הדייר, ומכיון שהוא מנהג המדינה, אזלינן לפי הכללים של חוק הגנת הדייר, וכל בתי הדין נוהגים כן, ואע"פ שלפעמים מוצא השוכר או המשכיר את עצמו מקופח לפי הדין, יש לילך אחר המנהג, שע"ד כן שכרו (ולפעמים המקופח אינו שם לב שבמצבים אחרים הוא המקפח)". וכן בפתחי חושן (ח"ט, ירושה, פ"א הערה סה): "נראה שבחברה שכל תקנותיה וזכויות המבוטחים מבוססים ע"פ דיניהם, מועיל תנאי כזה, ומ"מ נראה שלכתחלה יציע להם לדון בדיני ישראל, וכשבאים לדון בפני ב"ד יש לדונם עפ"י המקובל בדיניהם, אע"פ שבדיני ישראל אין מקום לתביעה זו, וכשם שדנים בבתי דינים בחוק הגנת הדייר וכיוצא בהם עפ"י חוקי המדינה". ונראה מדבריו שפוסק בהתאם לחוק, ובפרט אם השכיר לו לאחר חקיקת החוק.

[עוד מצאנו באחרונים לענין מקח וממכר, הגבלת מחיר וזכיונות, שאם אחד מבלי הזכיון רוצה למכור יי"ש יותר זול מהשער שנקבע בחוק המלכות, והוא טובת הלוקחים ורעה למוכרים, עיין בפנים מאירות (ח"א סי' עח) שהשיב, דאם ראובן יוזיל היי"ש, הרי שכולם יקנו אצלו, ובכללם גם הלוקחים שאת הזכות למכור להם קנה שמעון מדינא דמלכותא: "והכא שזה קנה האורענדא מהשר ופורע מס על זה, נמצא מפסיד לו קרנו, מ"מ אין זה בכלל מערופיא של חבירו כו'. אבל מטעם אחר נראה למחות, דהרי דינא דמלכותא דינא, והשר גזר על הדרים תחת ממשלתו, והוא בכלל מס שלו, שלא יהיו רשאים לקנות שום משקה כי אם מזה ששכר האורענדא ממנו, והעובר על זה גונב את השוכר שעומד במקום השר כו' ...". אמנם דינא דמלכותא זה שונה מקודמיו, דכאן כיון ששכר מהמלך, האחר הינו בגדר יורד לאומנותו של חבירו.]

ד. בנזקי שכנים

מדברי הב"ח (חו"מ קנה,נו) מוכח שבנזקי שכנים הולכים אחר דינא דמלכותא. בבדק הבית שם כתב, דבתי כסאות שהם בחפירות ומכוסים, אף שיש להם חזקה, מ"מ לכתחלה יכול למחות בו, כמו בתנור וכירה דיחיד. וכתב הב"ח; "ובזמן הזה

דינא דמלכותא הוא ואין יכול למחות". ומזה מוכח דאף שמדין תורה יכל למחות, כיון דמדינא דמלכותא יכול לעשות בית כסא בחפירה, אין יכול למחות. וכן פסק מהרש"ק (תש' אמונת שמואל סי' נא) לענין פשרנים שפסקו בקוטרא ובית הכסא שלא כדין תורה, דפסק כב"ח דכיון דמדינא דמלכותא לא יכול למחות, כן הוא הדין בדין תורה, וכבר הורה זקן. ובבית יצחק (חחו"מ סי' עז) דן במי שטוען על חבירו שמסר אותו לשלטונות שהוא מוכר בביתו נפט, ולכן הוצרך לעשות בביתו דלתות של ברזל, דכך הוא דין המלכות, שכל מי שמוכר נפט, מטעמי בטיחות, צריך לעשות דלתות מברזל. ואין מחלוקת שהוא מוכר נפט, רק טענתו שלא רצה לעשות דלתות מברזל בהתאם לחוק, וחבירו טוען שהוא חייב לעשות כן. והביא הבי"צ דברי הב"ח הנ"ל, וכתב דאף לדעת הש"ך הנ"ל, בכה"ג אמרינן דינא דמלכותא דינא: "אך אמנם לפענ"ד נראה מה שדינא דמלכותא דינא בענינא נזיקין, שלא יהיה היזק לרבים, גם הש"ך מודה דאזלינן בתר דינא דמלכותא, כיון שהוא מנהג בני המדינה. ועיין בסי' תיז ברמ"א שכתב דרשות הרבים של העיר ולכל מה שנותנים רשות אזלינן בתרייהו ... ומ"מ לענין חששות מדליקה, נ"ל דאזלינן בתר דינא דמלכותא כדכתיבנא".

ומה שהזכיר הבי"צ דברי הרמ"א חו"מ תיז,א, מקורם מדברי הרשב"א בתש' (ח"ב סי' רצב) לענין חפירה תחת רשות הרבים, שעושים ניקוז ומעבירים בחלל רשות הרבים, דיכולים לעשות כן, כיון שרשות הרבים של המלך, והוא יכול להרשות לעשות כן: "ומכל מקום עכשו נהגו בכל המקומות ובכל הערים לעשות לעולם כל ביבין של העיר חלולין תחת קרקע רה"ר, לקלח שם מימי גשמים וכל מימי תשמיש בעלי בתים ומכסין אותן, ואין אדם נמנע בכך, והכל הורגלו בכך, עד שכל מושב הערים עליהם הוא סומך. ושמא בימי חכמים היו ביביהן מגולין. וכן עושין ברוב המקומות, בורות בורות למגורות תבואה ברשות הרבים. וכבר הורגלו הכל בכך ואינן נמנעין והכל צריכין לכך. וכאלו הכל מוחלין בכך ורוצין, ועשו בזה את שאינו זוכה ואת שאינו רשאי כזוכה וכרשאי ... ועוד שעל דעת כן מסר להם המלך את הרשות, ואפילו מן הסתם, כל שכן כשנתן המלך או אדני הארץ רשות בפירוש לזה לעשות. שהדבר ידוע שלדרכים עם היותם מסורין לרבים, של אדני הארץ הם, והם רשאין לסתום דרכים ולפתוח במקום אחר ולהעמיד דלתות על ראש דרך, לפי שהדרכים שלהם הם, והרי זה ככונס לתוך שלו על דעת שיוציא זיזין או יעשה מחילות לכשירצה". ועיין בסמ"ע תיז,ג, דכולם מוחלים על כך, כיון שהיום או מחר יצטרך גם הוא או בניו לעשות כן, והיינו שזה תקנת בני המדינה כולה (עיין לעיל).

ועיין עוד בתש' תעלומות לב (לגר"א חזן, ח"ג קונטרס הליקוטים חו"מ, כד – כה),

דבמקום שיש חוק המלך לפתוח חלון כנגד חלון ברה"ר, ונהגו כן בני המדינה בהתאם לחוק המלך, כמתבאר מפסק דין של ביה"ד הגדול בירושלים, המובא בספר

ישרי לב חחו"מ אות נ. ולכן גם אם נתן המלך במבוי שאינו מפולש רשות לפתוח פתחים וחלונות אפי' זה כנגד זה, אין אחד מבני המבוי מעכב על חבירו הנוהג בהתאם לרשות המלך. ועיין בתש' שמש צדקה (חחו"מ סי' יד). ועיין גם בישכיל עבדי (ח"ג חו"מ סי' ח) מה שנו"נ והסכים למש"כ בישרי לב לילך בזה אחר דין המלכות: "עכ"פ לענין הלכה ודאי דעלינו לדון כדברי הגאון הראש"ל ה' ישרי לב ז"ל, מרא דארעא דישראל, ובודאי דאין בידינו כח לזוז מהוראתו, ומה גם דלע"ד מאחר דכבר נתפשט חק זה מצד המלכות, דכל מי שיש לו מקום פנוי ואפי' אמה א', והוא סמוך לחצר חבירו דיכול לפתוח חלון, גם שמשתמש באויר חצר חבירו, מאחר דכותל ביתו אינו בנוי בסוף גבול חצירו ממש, והחלון פתוח לאותו מקצת הקרקע שהניח בסוף גבול חצירו, וכ"ע ידעי זה ואין פוצה פה ומצפצף, א"כ כל קונה קרקע ובונה אדעתא דהכי נחית שיתנהג כפי חק המלכות ואינו יכול לעכב על ידו, ובכה"ג גם הש"ך אזיל ומודה דאינו יכול לעכב על ידו, מאחר דכבר נהגו בכך כ"ע". ומכל זה עולה לדינא, דגם חוקי הבניה, הקובעים את המותר והאסור בבניית בתים וכו', יש להם תוקף בהלכה מכח הדינא דמלכותא.

וכן מצאנו בענין אחר, לענין מיצר שהחזיקו בו רבים, שדעת הגר"ש קלוגר שיכול בעל המיצר לעכב את הרבים מלעבור בחצירו, כן כתב בתש' (האלף לך שלמה, חאו"ח סי' פא): "אך כבר כתבנו דבזמנינו לא שייך זה, כמש"כ הרמ"א בחו"מ קס"ב דבזה"ז דינא דמלכותא דינא, ולכך אם יכול להשיג רשות בדיניהם לסתום הדרך דרך ביתו, יכול לעשות כן כי הבית קנה". וכן הוא בחכמת שלמה (חו"מ סי' שעז). ומזה מוכח, שאף אם בדין תורה אסור לקלקל המיצר, וחייב לתת לרבים לעבור בחצירו, כיון שמדינא דמלכותא יכול שלא ליתן להם לעבור, דינא דמלכותא דינא (ועיין מה שכתבתי בח"ג סי' כב). ועיין במנחת יצחק (ח"ז סי' קלח) שכתב כדבריו לדינא, שכן פסק הרמ"א (חו"מ קסב,א), דהשווקים והרחובות שלהם, ויכולין לעשות בהם כמו שירצה. וכן ברמ"א חו"מ תיז,א, בשם הרשב"א, דרשות הרבים הם של מושלי העיר, וכל מה שנותנין רשות אזלינן בתריה ולפי ענין המנהג. ועיי"ש שהסתפק מחמת החילוקים שהביא בתש' בית אפרים, הובאו דבריו שם בפת"ש, דדוקא אם כבר נתן רשות, אבל לכתחילה אסור לבקש רשות, ודוקא לבנות תחת רה"ר אמרינן דינא דמלכותא; "ועוד כתב איזה חילוקים בזה עיין שם. ועוד יש לדון בכלל אם שייך במדינה זו דדמ"ד, כיון שמשפטיהם לקוחים ממשפטי העכו"ם בעוה"ר, כמו שכתבתי לעיל (סי' קל"ז)". [ויש באחרונים נידון אם יש כיום במדינה דינא דמלכותא, ואכמ"ל, לאחר שרבו הפוסקים שאף באר"י בממשל שאינו שומר תו"מ, אם החוק הוא תקנת הציבור, אמרינן בזה דינא דמלכותא. (אמנם במיצר שהחזיקו בו רבים, לכאורה הוי תקנה לבעלי הקרקעות ולא לרבים). כמו כן בענין אי ישום חוקי הבניה ואי הכרה

בהם כדינא דמלכותא מחייב, יש להעיר, שיש בתי דין שפסקו שאין דינא דמלכותא במדינת ישראל, והתירו לבנות בניגוד לחוק, ובעיר נבנו שטחים נרחבים בניגוד לחוק, בגגות והרחבות, וכיום שיש לבעלי כל הדירות זכויות בניה נוספים, מכח תמ״א 38 או שינויי תב״ע, אינם יכולים לממשם, ונגרם נזק של ממש ופגיעה בבעלות השותפים. ואף מזה יש ללמוד, שיש בחוקי הבניה ושמירתם תקנת הציבור].

לאור האמור לעיל, יש לנהוג ולפסוק בהתאם לחוקי הבניה, שהם תקנה לציבור.

סימן יח

תשלום עבור בניה שנעשתה לפני שנים

ראשי פרקים

א. ידו על העליונה, וידו על התחתונה

ב. שותף שהשביח

ג. שעת החיוב

לפני למעלה מעשרים שנה אפשרה העריה להרחיב דירות במסגרת פרויקט שיקום שכונות. בבנין מסוים בן שתי קומות, הרחיב השכן בקומה הראשונה, ואילו השכן שבקומה השניה לא הרחיב. כיום רוצה גם השכן בקומה השניה להרחיב, ולהשתמש בחלק מהמבנה שבנה השכן מהקומה הראשונה. השכן מהקומה השניה מוכן לשלם את החלק היחסי של הבניה בה הוא משתמש, אולם התעוררו שתי שאלות: הדייר מהקומה השניה רוצה לשלם לפי מחיר אותו שילם הדייר מהקומה הראשונה לפני 20 שנה, ואילו הדייר מהקומה הראשונה טוען שיש לשום כמה שוה הבניה היום. שאלה נוספת - השכן מהקומה הראשונה מכר את דירתו לאדם אחר, האם על השכן מהקומה העליונה לשלם למוכר או לקונה.

א. ידו על העליונה, וידו על התחתונה

איתא בב"ב מב,ב, דשמואל אמר דשותף כיורד ברשות דמי; גופא, אמר שמואל, שותף כיורד ברשות דמי, מאי קמ"ל, שותפות אין לו חזקה. לימא שותף אין לו חזקה. אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוה, לומר שנוטל בשבח המגיע לכתפים בשדה שאינה עשויה ליטע כשדה העשויה ליטע (כדין אריס שיורד ברשות אפי' בשבח המגיע לכתפים גמר פירי, כגון קמה לקצור וענבים לבצור, נוטל כל החצי כדין אריסי העיר, ואפילו הוא שדה שאינו עשוי ליטע אלא לזריעה, ונטעה, הוא נוטל כל דינו כאילו עשוי ליטע, כדין היורד ברשות, דאילו יורד שלא ברשות שמין לו וידו על התחתונה, דאם השבח יתר על היציאה, נוטל את היציאה, ואם היציאה יתר על השבח, נוטל יציאה שיעור שבח, כדאמר בב"מ בהשואל (דף קא), היורד לתוך שדה חבירו ונטעה שלא ברשות, אמר רב שמין לו וידו על התחתונה, ושמואל אומר אומדין כמה אדם רוצה ליתן על שדה זו ליטע, וא"ר פפא לא פליגי, כאן בשדה העשויה ליטע כאן בשדה שאינה עשויה ליטע. והכא חשיב להאי שותף כיורד ברשות, והלכך שקיל

בשדה שאינה עשויה ליטע כשדה העשויה ליטע, ואי הוה אמר שמואל שותף אין לו חזקה הוה אמינא דידו על התחתונה, הואיל ובלא רשות חבירו ירד – רשב"ם).

ואיתא בב"מ קא,א: איתמר, היורד לתוך שדה חבירו ונטעה שלא ברשות, אמר רב שמין לו וידו על התחתונה (אם השבח יתר על הוצאה, יש לו הוצאה, ואם הוצאה יתירה על השבח, אין לו אלא שבח – רש"י), ושמואל אמר אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה. אמר רב פפא, ולא פליגי, כאן בשדה העשויה ליטע (אילנות, שיפה לאילן יותר מזרעים - איתא דשמואל), כאן בשדה שאינה עשויה ליטע. והא דרב לאו בפירוש איתמר אלא מכללא איתמר, דההוא דאתא לקמיה דרב, אמר ליה זיל שום ליה, אמר ליה לא בעינא, אמר ליה זיל שום ליה וידו על התחתונה, אמר ליה לא בעינא, לסוף חזייה דגדרה וקא מנטר לה, אמר ליה גלית אדעתיך דניחא לך, זיל שום ליה וידו על העליונה. ולכאורה ידו על העליונה, היינו ששמין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנטעה, שהוא כדעת שמואל, שזה חשיב ידו על העליונה, ליטול כשאר שתלי העיר. ורק בידו על התחתונה הדיון הוא אם יטול כשאר שתלי העיר או כפי ההוצאה, הפחות שביניהם, אבל בידו על העליונה יש מודד אחד – כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנטעה. וכן נלמד מדברי הרמב"ן בסוגיא: "ופי' ידו על העליונה, כדשמואל דאמר אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה, וכתב רש"י ז"ל כשאר שתלי העיר". ועיין בהג"מ (גזילה ואבידה י,ד), דכשאר אריסי העיר הוא לגריעותא לאריס, שנוטל פחות מאריס רגיל, דאריס רגיל יש לו קביעות ונוטל יותר משכיר יום, משא"כ "שאר שתלי העיר", שהם לא אריסים קבועים.

והרשב"א בסוגיא (ב"מ קא,א) הביא פרושים שונים מהראשונים בהסבר ידו על התחתונה או על העליונה. בתחילה כתב דלדברי שמואל שמין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנטעה, היינו שנותן לו כשתלי העיר, ומשמע אפילו הוציא היורד סכום נמוך ממה שהיה מוכן בעל הקרקע לשכור אריס, נותנים לו כשאר שתלי העיר ואפי' יתר על ההוצאה, והקשה הרשב"א, דבעל חוב נוטל את השבח ואינו נותן ללוקח שקנה והשביח את הקרקע המשועבדת אלא את הוצאה בלבד, אף שהלוקח נכנס לשדה ברשות, שקנאה מהבעלים, ומדוע יפה כח בע"ח מבעל הקרקע. וכתב לישב, דדין לוקח במקום בע"ח גרוע יותר, שהפסיד על עצמו שלקח שדה המשועבדת לאחר. והביא הרשב"א מדברי הרי"ף (נח,ב מעמוה"ר), דנותן לו דמי עלות מה שעשה היורד באופן מלא, ומשלם דמי הבנין עד גמירא, וז"ל הרי"ף (ב"מ נח,ב מעמוה"ר): "ואי אמר ליה בעל הקרקע טול עציך ואבניך דלא בעינא בנין, הא מילתא ליתא בגמרא בהדיא, ושדרו ממתיבתא דכי היכי כד א"ל בעל בנין עצי ואבני אני נוטל שומעין לו, הכא נמי אי א"ל בעל קרקע טול עציך ואבניך שומעין לו, אבל אי שביק ליה

בעל בנין ואזל ליה וחזינן לבעל קרקע בתר הכי דקא גדר ומנטר ליה, מחייבינן ליה בדמי בנין עד גמירא וידו על העליונה". ועיין בנימוק"י (נח,א מעמוה"ר) שפירש בדברי הרי"ף, שנותן לו כל הוצאתו עד גמירא, אף שהוא יותר על השבח, דכיון דשדה העשויה ליטע דידעי הבעלים ושתקו, ודאי ניחא להו במאי דעבד, וכאילו ירד מדעתם. ומבואר שהכונה לדמי בנין, לא לשווי של מה שעשה כמו שכת' לעיל, אלא לדמי ההוצאה. ועיין בראב"ד (הובאו דבריו בשטמ"ק ב"מ קא,א) שפירש בדברי הרי"ף, שמחלק בין בנין לשדה, דהא דשמואל שאומדין כמה אדם רוצה ליתן וכו', שנותנין לו כמנהג השתלים שבמדינה, משא"כ בבנין אין לו אלא ההוצאה; "וזהו דמי הבנין עד גמירא". עוד כתב בכוונת הרי"ף, שבנוסף להוצאות נותן לו דמי טרחו, וזה הכונה דמי הבנין עד גמירא, כולל הוצאות וטרחת הקבלן, ואין חילוק בין שדה לבנין.

והביא הרשב"א דעת בעה"מ, דידו על העליונה היינו במעולה שבשכירות, כאדם השוכר קבלן לבנות לו בקרקע באופן מושלם, שהוא מחיר עלות גבוה יותר, וידו על התחתונה היינו בפחות שבשכירות, כמו שמזלזלים הפועלים הפחותים. והביא עוד מרב האי גאון, דידו על התחתונה היינו בשומה הפחותה ביותר של שמאין בקיאים. וממילא יש לפרש דידו על העליונה, השומא הגבוהה ביותר של שמאין בקיאים. והוא מעין פרוש בעה"מ. ודבריו אלו הובאו בבעה"מ (ב"מ נח,ב בעמוה"ר), וז"ל: "ופירוש ידו על העליונה, כמעולה שבשכירות, כאדם שאומר לחברו בנה לי קרקע זה או נטע לי שדה זו שלא אצטרך אני לטרוח בה, דהא ודאי מהני ליה הנאה מעליא. ופי' ידו על התחתונה, בפחות שבשכירות, כמה שמזלזלין הפועלים הפחותים". וכתב בעה"מ דפרש"י ולפיו אם השבח יתר על ההוצאה נותן את ההוצאה, ואם ההוצאה יתירה על השבח נותן לו את השבח, שא"כ בידו על העליונה, יטול שבח ואפי' יתר על ההוצאה, והיכן מצאנו יורד שלא ברשות ב"ד ושלא ברשות בעלים שיהא נוטל בשבח היתר על ההוצאה. והביא בעה"מ מרב האי גאון, שפירושו נוטה לפרוש בעה"מ, כמעולה שבשכירות: "ומצאתי לרבינו האי גאון ז"ל שפי' בספר מקח וממכר בשער שביעי, ידו על התחתונה, בפחות שישומו אותו בקיאים שבשומא, וזה דומה לפירושנו. וכן פי' ידו על העליונה ביתר מה שישומו שמאים הבקיאים, אבל בהאי ודאי מודינא שאם היתה הוצאה יתירה על השבח, לעולם אין לו אלא הוצאה שיעור שבח דאיהו אפסיד אנפשיה אפילו בשדה העשויה ליטע". (ודברי רב האי גאון, הביאם גם ברא"ש ב"מ ח,כב, ועיין בפ"ח שם אות ק). גם הריטב"א בסוגיא הביא דברי בעה"מ, דאומדים כמה אדם רוצה ליתן למי שיקבל על עצמו מלאכה אחת לעשותה ולא יצטרכו בעלים לטרוח בה להכניס ולהוציא פועלים, דאדם נותן בכך הוצאה מרווחת בעין יפה. והוסיף הריטב"א, דאם עשאה על ידי פועלים, ישבע כמה הוציא, ואם הוציא יותר מן הראוי, אין שומעין לו, אלא ששמין כמה ראוי להוציא במלאכה זו, ומוסיפים לו שכר טרחו

ומה שהיה נותן בעל הבית שמצא מלאכה עשויה. ושזו היא דעת הרמב"ן, והיינו ששמין כמה ראוי להוציא וכו', והוא השכר כשאר שתלי העיר.

והרמב"ן במלחמות שם הצדיק דברי רש"י: "ואני אומר, הרי עדיה בצדה והרי כרסה בין שניה", דמדברי שמואל בגמ' מוכח שידו על העליונה היינו דאומדים כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה, כמנהג שתלי העיר, וזה אף יותר ממה שהוציא, ולא נחלקו רב ושמואל בשדה העשויה ליטע, ודין שדה העשויה ליטע דייניה להוא גברא, שנוטל היורד בשבח שיתר על ההוצאה כמנהג אריסי העיר, שכך אדם רוצה ליתן בשדהו לנוטעה. ושכן מצא מפורש בתוספתא במס' כתובות, וז"ל התוספתא י,ז: היורד לחורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות, שמין לו וידו על התחתונה. היורד ברשות, שמין לו וידו על העליונה. כיצד ידו על העליונה, אם השבח יתר על ההוצאה נותן לו את השבח, ואם הוצאה יתירה על השבח נותן לו את הוצאה. מבואר שנוטל כל ההוצאה היתרה על השבח, ומזה אתה למד שפירוש ידו על העליונה - כמנהג אריסי העיר. ועיין לעיל בדברי הרמב"ן בסוגיא, והן הן הדברים. וע"ע בנימוק"י (ב"מ נח,א מעמוה"ר) דפירש כרש"י, ואפי' ההוצאה יתירה על השבח, נוטל היורד בעשויה ליטע את כל ההוצאה.

והרמב"ם (גזילה ואבידה י,ז) פסק דידו על העליונה, כשמואל, דאומדין כמה רוצה ליתן בשדה זו לנטעה, וכרמב"ן, וז"ל הרמב"ם: "היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ונטעה, אם היתה שדה העשויה ליטע אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו ליטעה ונוטל מבעל השדה, ואם אינה עשויה ליטע שמין לו וידו על התחתונה". ובמגיד ציין שזה דלא כבעה"מ ורב האי גאון. וכדברי הרמב"ם פסק המחבר בשו"ע חו"מ שעה,א. ומה שכתב הרמב"ם שם בה"ז, שאם ירד לשדה חבירו ברשות, אפילו נטע שדה שאינה עשויה ליטע שמין לו וידו על העליונה, שאם היתה ההוצאה יתירה על השבח נוטל ההוצאה, ואם השבח יתר על ההוצאה נוטל השבח. לכאורה מה הוא השבח. עיין במגיד שם דדין זה מתבאר מב"ב מב,ב (הנ"ל): "וזהו פירוש אומדין שכתב רבינו לעיל", והיינו שזה הגדרת השבח, כמה רוצה ליתן בשדה זו לנטעה. ועיין במש"כ הגרא"ז (אבן האזל גו"א י,ד ד"ה אמר לו). וכן ביאר הגר"א, על דברי המחבר (חו"מ שעה,ד), דאם השבח יתירה על ההוצאה נוטל השבח, כתב הגר"א (שעה,י): "ר"ל שנוטל כשאר שתלי העיר, וכמ"ש שם בעובדא דרב וידו על העליונה".

ומזה יוצא לדינא, לדעת רוב הראשונים בנדו"ד, השבח הוא לפי מה שאומדין כמה היה רוצה הדייר העליון לשלם עבור בניה זו. ולפי דעת בעה"מ, יש לשום כמעולה שבשכירות, כאדם שאומר לחברו בנה לי קרקע זה או נטע לי שדה זו שלא

אצטרך אני לטרוח בה. ולדעת רב האי גאון, לפי השומה הגבוהה שבין השומות. וזה השבח, מבלי להתיחס בשלב זה להוצאה, דודאי כיום, אחרי כ״כ הרבה שנים, ההוצאה פחותה מהשבח הנ״ל. ונפק״מ, דאם הוי הוצאה, יש לבחון לפי שעת ההוצאה, שהיא בעבר. ואם אומדין כמה רוצה וכו׳, זה בשעה שרוצה להשתמש בשבח, דאז אומדין כמה הוא השבח ומה מחירו, ועיין להלן.

ב. שותף שהשביח

לעיל התבאר מהסוגיא ב״ב מב,ב, דשותף דינו כיורד ברשות, ולפ״ז נוטל לדעת הראשונים הנ״ל וידו על העליונה, שאומדין כמה ירצה השותף שכעת נהנה לשלם בעבור הבניה. ובב״ב מב,ב, על הא דשותף כיורד ברשות דמי, לפי מה שפירש רשב״ם שם, שידו על העליונה כדין יורד ברשות לשדה העשויה ליטע, ואם השביח יותר על ההוצאה נוטל בחלק חברו שבח, ואם ההוצאה יתירה נוטל מחבירו חצי הוצאה. ובריטב״א כתב דכן עיקר אך הקשה מכתובות פ,א, במוציא הוצאות על נכסי אשתו קטנה, שנוטל הוצאה שיעור שבח בשבועה בלבד. ותירץ דשותפים שאני, דיורד ברשות גמור הוא ועל דעת כן נשתתפו שישביח כל אחד ברשות גמורה. עוד הביא פרוש נוסף מרבותיו, דאם ההוצאה יתירה על השבח, אינו נוטל אלא ההוצאה שיעור שבח בשבועה, כדין מוציא הוצאות באשתו קטנה, ורק אם השבח יתר על ההוצאה, נוטל שבח, וכן שאין אומר לו טול עציך ואבניך. מבואר שנחלקו אם ההוצאה יתירה על השבח, דבידו על העליונה, נוטל הוצאה אף יתירה על השבח, ובשותף אין לו אלא שבח. וכן הביא הנימוק״י בשם הרא״ה (ב״ב כג,א מעמוה״ר): ״כתב הרא״ה ז״ל, דלאו כיורד ברשות לגמרי קאמרינן, דאילו יורד ברשות נוטל הוצאה אף על פי שהיא יתירה על השבח ובשבועה, דהא שליחותיה עבד, והכא לא משמע דאית ליה אלא הוצאה שיעור שבח ובשבועה, דלא עדיף ממוציא הוצאות על נכסי אשתו וגרשה, דנוטל מה שהוציא בשבועה, ואמרינן דאינו אלא הוצאה שיעור שבח״. וע״ע מהרי״ט (ח״א סי׳ קו ד״ה ומיהו נראה), ובסמ״ע קעח,ד, שלכן דינו כיורד ברשות ולא יורד ברשות ממש. ולכאורה זה דוקא כשהשותף ירד שלא ברשות, אבל כאשר השותף ירד והשקיע ברשות וכנדו״ד, תוך ידיעה שביום מהימים ישתמש השני במה שבנה, הרי זה יורד ברשות, ונוטל לכ״ע הוצאה אף אם היא יתירה על השבח. אמנם בנדו״ד אינו נפק״מ, דודאי השבח יתר על ההוצאה, וכנ״ל.

וצ״ע בדברי המרדכי (ב״ב תקלט) אם סובר דבכל ענין ידו על העליונה, ונוטל כל הוצאה שהוציא. המרדכי הביא תש׳, בראובן ושמעון שהיה להם חוב בשותפות עם עכו״ם, ומאותו החוב הניח שמעון לעובד כוכבים יח׳ דינר, שיהא מכניס לו חובותיו, ושמעון טוען שהוצרך לתת לעכו״ם יח דינר, שלא יפסיד כל החוב. ולכאורה

בזה אין ההוצאה יתירה על השבח, אך מתש׳ שהביא המרדכי נראה דבכל ענין נוטל ההוצאה, וז״ל: ״נראה לי שנדון זה שותפות הוא, ושותף כיורד ברשות דמי בכל דבר, דלא ברי היזקא, וכן פר״ח פרק חזקת הבתים דנוטל אף בשדה שאינה עשויה ליטע כשדה העשויה ליטע, ואם נתייבש האילן מיד, אפילו הכי פורע חצי היציאה, וכן כתב המיימוני פרק י׳ דהלכות גזילה, דבעל בנכסי אשתו והשותף בשדה שיש לו חלק בו, כיורד ברשות דמי, ואפילו בשדה שאינה עשויה ליטע שמין להם וידו על העליונה. והכא בנדון זה שמעון הוציא יח דינר בהכנסת החוב, וידו על העליונה. ואם ראובן חשדו שהרבה לתת בשביל שאר חובותיו, הא תנן דהשותפין נשבעים בטענת שמא, וישבע שמעון שלא פטרו מאותן שמונה עשר דינר אלא בשביל חוב זה״. ולכאורה משמע שבכל ענין נוטל הוצאותיו, אף שבנדון שם ההוצאה והשבח שוים הם. ועיין עוד במרדכי כתובות (סי׳ רלז): ״ואשמעינן דאם נטע השותף שדה שאינה עשויה ליטע והוציא הוצאות, אין יכול שותפו לעכב עליו לומר לא רציתי ליטע דהא אינה עשויה ליטע, אלא כשם שנוטל בשבח כך נוטל בהוצאה, דחשיב כמאן דיורד ברשות ליטע אף על פי שאינה עשויה ליטע, אלמא כל מה דעביד שותף במילי דשותפות כיורד ברשות דמי, בין לזכות בין לחובה״. אמנם אפשר דאין הכרע כ״כ בדין אם היתה ההוצאה יתירה על השבח, כיון שהמרדכי לא התיחס למציאות זו, אף שמכללות דבריו אפשר ללמוד לכאורה שאין חילוק. אולם מדברי המרדכי (ב״ק סי׳ קסז), בשם מהר״ם (ד״פ סי׳ רכו), בראובן ושמעון שהלוו על המשכון, והשר של ראובן תפסו ונלקח לו גם אותו המשכון, ושוב נתפשר עם השר שלו והחזיר לו גם אותו משכון, ושמעון אינו חפץ לסייעו בפדיון המשכון כמו שפדאו מן השר, שאם לא היה ראובן פודה המשכון, היה כופה את השר של ראובן להחזיר המשכון בחנם. והשיב מהר״מ, דאף ששמעון היה יכול להציל המשכון על ידי שר שלו, שותף כיורד ברשות דמי, ואומדין כמה היה שמעון רוצה ליתן תחלה להצילו מיד שר של ראובן וכך נוטל משמעון מה שההנהו ולא יותר. וכתב עוד שם, דהא דנוטל בשדה שאינה עשויה ליטע וכו׳, ולא יפרע לו השותף אלא אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה ותו לא. ומזה מוכח דדעת מהר״מ ומרדכי כדעת הרא״ה.

אולם מדברי הב״ש פח,כ, מבואר שסובר דדעת הראשונים והפוסקים דלא כרא״ה.

הב״ש מדייק בדברי המחבר שם (שו״ע אהע״ז פח,י) במוציא הוצאות על נכסי אשתו, דמוכח שדינו כיורד ברשות ממש, וכן הביא מדברי הרמב״ם (הל׳ גזלה ואבדה י,ז): ״ובעל בנכסי אשתו והשותף בשדה שיש לו חלק בה, כיורד ברשות הן ושמין להם וידם על העליונה״. ומזה הסיק שדעת הרמב״ם דשותף נוטל ג״כ כיורד ברשות אפי׳ אם הוצאה יותר משבח, ולא כנימוק״י בשם הרא״ה. והרמ״א פסק (חו״מ קעח,ג) כרא״ה, והמחבר (שו״ע חו״מ שעה,ה) פסק כרמב״ם הנ״ל, והשוה דין שותף לדין

בעל בנכסי אשתו קטנה; "ולכאורה נ"ל כמ"ש דהרמב"ם לא ס"ל כנ"י". וכנ"ל אין בזה נפק"מ לנדו"ד, כיון שבנדו"ד ירד ברשות, וגם השבח יתר על ההוצאה.

ג. שעת החיוב

ובנדו"ד היה מסוכם שלא יצטרך השכן העליון לשלם לתחתון, כל עוד לא משתמש במה שבנה התחתון. וגם אם לא סיכמו כן בהדיא, נראה דכן הוא המנהג, וממילא על דעת המנהג ירד. ולכן שעת החיוב היא שעת השימוש במה שבנה התחתון. שאם היה החיוב הוצאות שהוציא, אין לך אלא מה שהוציא בעבר. אולם שומת השבח היא בשעה שחייב לשלם על השבח, דאז יש לבחון מה הוא השבח, והיינו שאומדין כמה היה רוצה ליתן שיבנו לו מה שבנה תחתון, וישלם חלקו.

והחיוב של העליון הוא כלפי התחתון שהשביח, כלפיו אישית. אין כאן מכירה של זכויות וכד', אלא דין שותף שירד והשביח. ולכן החיוב הוא כלפי הבעלים הראשונים, רק שעת החיוב בפועל היא שעה שירצה להשתמש במה שבנה התחתון. ולכן החיוב שחייב העליון לשלם הוא לשותף שהשביח, אף אם כיום מכר את הדירה העליונה, אא"כ כתב להדיא בחוזה שמוכר לו גם את זכות גביית הכסף מהדייר העליון, שאל"כ החיוב הוא כלפי מי שעשה את פעולת ההשבחה, שהיא הפעולה המחייבת את התשלום, אך שעת הגביה בפועל היא שעת השימוש, והוי כתנאי בחיוב, ולכן אין לקונה זכות גביה, אא"כ מכר לו להדיא זכות זו בחוזה.

לאור האמור, הדייר העליון ישלם לתחתון לפי שומה של כמה מוכן לשלם היום על בנייה זו, וישלם חלקו היחסי. תשלום זה יעשה ישירות לתחתון שהשביח, ולא למי שקנה את דירתו.

סימן יט

שותף נכרי שמכר את חמץ השותפות

ראשי פרקים

א. פועל נכרי שעשה פעולה לבעה"ב ישראל

ב. במכירת חמץ מועילה הסכמה למפרע

נשאלתי בשותפים בחברת מזון, יהודי ונכרי, והיהודי נסע לפני פסח לחופשה, והנכרי מכר את החמץ של השותפות (כמקובל, במינוי הרב כשליח למכירת החמץ), ולאחר פסח נודע לרב שהמוכר הינו נכרי, והשאלה היתה לענין חמץ שעבר עליו הפסח, אם אפשר להתיר לאכול ולמכור מה שנמכר ע"י השותף הנכרי.

והפניתי את השואל למה שכתבתי בח"ט סי' יד, בענין מי שמכר חמצו של חבירו בלא שמינהו שליח, וא"כ גם בנדו"ד אפשר לסמוך על המקילין, ומהני מכירת החמץ ע"י הרב, אף שהשותף הישראל לא מינה את הרב לשליח. אולם בנדו"ד סברתי שיש לדון על צד נוסף להתיר, הואיל והשותף לא גרע מפועל שידו כיד בעה"ב, ולכאורה אם המוכר היה פועל של בעה"ב היהודי, אפשר דהשליחות מתיחסת לבעה"ב, ולא הפועל מינה את הרב לשליח אלא בעה"ב, ושותף לא גרע בזה, שיתיחס המעשה לשותפות. כך סברתי בהו"א, אולם לאחר העיון נראה דלא מהני בפועל נכרי שיעשה שליח למכירת חמץ (אלא מטעם דלא בעינן שליחות), וכמו שיתבאר.

א. פועל נכרי שעשה פעולה לבעה"ב ישראל

ידועים דברי המחנ"א (שלוחין יא), במה שדן אם יכול ישראל לברך על מעקה שעשה אומן גוי. והביא דברי הגמ' ב"מ י,א, דאם פועל הגביה מציאה לבעה"ב, קנה בעה"ב לכ"ע, דיד פועל כיד בעה"ב. והקשה המחנ"א, מה עדיף כחו של הפועל מכח שליח דעלמא. וכתב לבאר: "דשליח שאני, משום דאין אדם יכול לעשות שליח שיזכה לו במקום שחב לאחרים, מה שאין כן בפועל, דכיון דפועל גופו קנוי לבעה"ב, לגמרי חשיב ידו כיד בעה"ב ממש. ונמצא שאין דין הפועל והשליח שוים, דשליח שרוצה לזכות לחברו היינו היכא דקא מכוין לזכות לחברו, אבל אי לא כיון לזכות לחברו לא קנה חברו, אפי' למ"ד המגביה מציאה לחברו קנה חברו. אבל פועל שנשכר לכל מלאכת בעה"ב ואפילו למציאה, אפילו אי בשעה שהגביה המציאה לא היה בדעתו להגביה אלא לעצמו, הרי היא של בעה"ב כל כמה דלא הדר ביה בהדיא", והרי הוא

כעבד כנעני, שידו כיד רבו. והביא ממהרש"ך דהוא הדין באפטרופוס של יתומים שתפס בשביל היתומים, דזכה להם דידו כידם, והוא הדין לענין שאלה בבעלים דפטור מהאי טעמא. וכן הביא מהכס"מ בהל' תרומות, שהביא מהראב"ד, דאם קנה מהכותי שבלים לצורך מצוה ומרחן כותי בשביל ישראל, חייב בתרומה דשלוחו של אדם כמותו. וכתב המחנ"א להסביר דמיירי כשמרחן על ידי פועלים כותים, דאף שאין כותי נעשה שליח לישראל, מ"מ פועל שאני דידו כיד בעה"ב, וכמרחן בעה"ב דמי. וכן הביא מהירושלמי דפאה, אמתני' דקצרוה גוים הרי זה פטורה, דקצירך אמר רחמנא ולא קציר כותים, אמרו עלה דאם קצרוה פועלים כותים חייבת. וטעם נוסף כתב במחנ"א, דיש דברים שאין צריך שליחות כמו במעקה, שיכול לעשות מעקה של חברו שלא מדעתו, ולכן אין מניעה שיעשהו נכרי, וכמו שמצאנו גם לענין טבילת כלים, שכתב הרשב"א, דמועיל מה שהטביל חבירו שלא מדעתו. וחזרו דבריו בקנין מעות סי' טו: "דכל מידי דאם עשהו שלא מדעת בעלים, כגון עשיית מעקה או איזה פעולה, הרי הוא עשוי, בכה"ג לא אימעיט גוי משליחות, דכי אימעיט גוי משליחות היינו במידי דבעינן שליחות, ואם עשהו שלא מדעת בעה"ב, אין מעשיו כלום עד שיעשנו שלוחו או ידעינן דניחא ליה לבעה"ב בכך, דחשיב כאלו הוא עצמו עשהו שליח לכך, אבל במידי דלא בעינן שליחות, כגון מי שאמר לגוי לעשות לו מעקה ועשהו, הרי מה שעשה עשוי". ומבואר מהמחנ"א דפעולת הפועל לא רק שמתיחסת לבעה"ב אלא כביכול הוא עצמו עשאה, וכמו בעבד כנעני שידו כיד רבו. (ועיין מחנ"א שכירות פועלים סי' א, דאין חילוק בין עושה בחינם או בשכר לענין מה שגופו קנוי לבעה"ב, אלא אם אומר לשון הריני מקבל עלי לעשות, לא הקנה גופו לבעה"ב. בהתיחס לדברי מהרי"ק סי' קלג, רמ"א חו"מ שלג,ה בסופו, וש"ך ס"ק לא, ואכמ"ל). ולפי דברי המחנ"א י"ל, דכמו שיכול לשכור פועל נכרי, ומעשה הפועל יתיחס לבעה"ב לעניני מצוה, כך גם הפועל הנכרי יוכל למנות שליח בשביל בעה"ב, דמינוי השליחות יתיחס לבעה"ב, וכביכול בעה"ב מינה שליח, דכיון דידו כיד בעה"ב, מינוי הפועל הנכרי, הרי הוא כמנוי בעה"ב שמינה שליח.

ומקור דברי המחנ"א, מהגמ' ב"מ י,א: רב נחמן ורב חסדא דאמרי תרוייהו המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו, מאי טעמא, הוי תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים, והתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים לא קנה. איתיביה רבא לרב נחמן, מציאת פועל לעצמו, במה דברים אמורים בזמן שאמר לו בעל הבית נכש עמי היום עדור עמי היום, אבל אמר לו עשה עמי מלאכה היום, מציאתו של בעל הבית הוא. אמר ליה, שאני פועל דידו כיד בעל הבית הוא. והאמר רב פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום. אמר ליה כל כמה דלא הדר ביה, כיד בעל הבית הוא. ובריטב"א שם כתב בבאור הקושיא והתרוץ: "ואי ידו כיד בעה"ב חשיב, הא קנייה קניה אלימתא

ליומיה, כדאמרינן גבי עבד כנעני שידו כיד רבו, והיאך יכול לחזור בו. ופרקינן, דמאי דמצי הדר ביה טעמא אחרינא הוא, ולאו משום דאין קנינו קנין גמור, אלא גזרת הכתוב משום כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים, הא כל כמה דלא הדר ביה ידו כיד בעל הבית". מבואר שקנינו קנין גמור לבעה"ב כל זמן שלא חזר בו, והוא ממש כעבד, ולכן יד הפועל כיד בעה"ב ממש. ועיין בתוס' רי"ד גיטין כג,ב, דיד עבד כיד רבו; "לא שיהא שלוחו אלא כחצירו דומה". ולכאורה יש חילוק בין אם נאמר שחשיב שבעה"ב עצמו מקבלם או בתורת חצר, וכפי שיתבאר להלן.

ודברי המחנ"א הביא גם מהרי"ט אלגאזי (בכורות פ"ד אות נ, ד"ה וכן יש ללמוד), בבאור הגמ' ב"מ י,א: "וע"כ צ"ל דשליח שאני, משום דאין אדם יכול לעשות שליח שיזכה לו במקום שחב לאחרים, משא"כ בפועל, דכיון דפועל גופו קנוי לבעה"ב, דשכירות ליומיה ממכר הוי, חשיב ידו כבעה"ב וכאילו בעה"ב עצמו הגביה המציאה, דומיא דעבד כנעני דאמרינן ידו כיד רבו, וחשיב שאלה בבעלים אם השאיל עבדו במקומו, אף דלגבי שליח לא חשיב שאלה בבעלים". דפועל גופו קנוי לבעה"ב ודינו כעבד, וכאילו בעה"ב עצמו עשה את הפעולה שעשה הפועל. אולם בהמשך דבריו כתב דהדבר נתון במחלוקת אם ידו כיד בעה"ב ממש או כחצירו, ונפק"מ אם עבד של האשה קבל גיטה, אם חשיב כקבלת האשה ממש או מדין חצר. וכתב לבאר הראיה מב"מ י,א שהביא המחנ"א, די"ל דמציאת פועל שהפועל עצמו ישראל הוא וראוי לשליחות, רק שהגבהת המציאה ליתא ע"י שליח, וכשהפועל מושכר לבעה"ב, ידו כידו ונחשב כביכול בעה"ב עצמו הגביהו. משא"כ לענין גט, דעבד אינו ראוי לשליחות, מה שגופו קנוי לו אינו מעלה ומוריד להכשירו. דס"ל למהרי"ט אלגאזי דתנאי ראשון הוא היותו ראוי לשליחות, וכאשר הוא גם שליח וגם פועל, יש לו דין של ידו כיד בעה"ב לענין הפעולה עצמה, ועדיף משליח, אולם כשאינו בדין שליחות, לא מהני פעולתו כפועל שיהיה כבעה"ב, דבלא תורת שליחות, אין משמעות להיותו פועל. ולכן הסיק בנדון המחנ"א, בעושה מעקה ע"י פועל נכרי, שלא יברך עליו, דבדבר שהעבד והפועל פסולים לשליחות, לא מועיל מה שהוא פועל, דדין פועל מוסיף על שליחות, וכשאין שליחות לא מהני מה שהוא פועל.

ובשער המלך (תרומות א,יא) הקשה על המחנ"א מהגמ' ב"ק נא,א. דהגמ' שם הקשתה, היכי משכחת לה בור של שני שותפין; וברה"ר בור של שני שותפין היכי משכחת לה, אי דשוו שליח תרוייהו ואמרי ליה זיל כרי לן ואזל כרה להו, אין שליח לדבר עבירה. וברשב"א שם, יעמידו בעשה שליח עכו"ם, דלדבריו לא שייך דברי הרב וכו'. ותי' דאין שליחות לעכו"ם. והקשה בשער המלך, דאם איתא לדברי המחנ"א, יעמידו בשותפין ששכרו פועל עכו"ם. אלא דאין חילוק בין שליח לפועל בעכו"ם. ולכן כתב דהעיקר לחלק בין דברים הצריכים שליחות, לבין מה שמועיל אף

ללא שליחות, כגון במירוח, דמהני אם מרחן שלא מדעת בעה״ב; ״דהא דאמרינן אין שליחות לגוי, היינו דוקא במידי דבעי שליחות, כגון הפרשת תרומה וכיוצא, אבל במידי דלא בעי שליחות, כגון מירוח שאם בא חבירו ומירחו שלא מדעתו מה שעשה עשוי והוטבלו פירותיו למעשר, בהא ודאי לא אמרינן אין שליחות לגוי״. וראיה זו הביא גם בשער המשפט קפב,א, דלוקמא בשליח עכו״ם בשכר, וסתמא דמלתא אין אדם כורה בור לחבירו בחנם אלא בשכר, אלא ודאי דאף בשכר אמרינן אין שליחות לעכו״ם; ״וזו ראיה מוכרחת״. וכן הסכים מראיה זו בשיבת ציון (סי׳ נג), כשער המלך ולא כמחנ״א. עוד ראיתי מקשים (עיין ברכת רצ״ה סי׳ עה), דאם ידו כיד בעה״ב ממש, מדוע לא נכתב בפוסקים לאסור מלאכה מהתורה בפועל נכרי בשבת.

ובשו״מ (קמא, ח״ב סי׳ קי) דחה את ראית שער המלך מבור של שני שותפים, דפועל אינו נעשה שליח לשותפים, רק שיהיה ידו כיד בעה״ב הואיל ומשועבד לעבודתו, וכשם שמשועבד לאחד, משועבד גם לשני, ולא ברור מי מהם חייב. גם באמרי בינה (בחש׳ סי׳ יא) כתב לדחות ראית שעה״מ, די״ל דהואיל ואף נכרי חייב בנזקין שעשה, והביא מרמב״ן (עה״ת בראשית לד,יג), שבכלל הדינין שנצטוו בני נח, צוו בדיני גניבה ואונאה ועושק שכר שכיר ודיני שומרין ואבות נזיקין. והביא מהיש״ש (ב״ק ה,מא) דנכרי הוי בע״ח להחזיר אונאה, וכיון דמצווה על נזקי בור, קם דינו דאין שליח לדבר עבירה. ומהרש״ם (ח״ו סי׳ כד) כתב לישב קושית שעה״מ, דפועל הוא רק בכסף, כשנקנה בכסף, דכל קנינו של פועל שחייב לעשות מלאכתו הוא בכסף שנותן לו בעה״ב (עיי״ש במהרש״ם מה שביאר בזה), ותלוי במחלוקת רבי יוחנן ור״ל, דלר״ל דבישראל משיכה קונה ובעכו״ם בכסף, יקנה פועל עכו״ם וחייב לקיים דיבורו. אולם לרבי יוחנן דדבר תורה מעות קונות בישראל ובעכו״ם משיכה, גם פועל לא נקנה ע״י הכסף. וע״ע מה שתירץ מהר״י אסאד (יהודה יעלה, חחו״מ סי׳ ריג).

ובנתיבות קפח,א כתב לענין קנין חזקה, משיכה או הגבהה, שעשה ע״י פועל נכרי, והביא ראיה מהגמ׳ ב״מ י,א (הנ״ל) דאף באופן דבשליח לא מהני, אם עשאו ע״י פועל מהני, דיד פועל כיד בעל הבית, דפועל מועיל לא מדין שליחות, וא״כ גם בפועל נכרי אין למעט, אף שהתמעט משליחות, דהמיעוט דאתם גם אתם אינו מתיחס לפועל אלא לשליחות, כדמוכח מהגמ׳ ב״מ י,א. והביא את דברי המחנ״א לענין מעקה, והקשה עליו, דאין לדמות קנין ע״י נכרי למעקה ע״י נכרי, דבקנין צריך מינוי שליחות של הבעלים, ואם עשאו שלא מדעת בעלים אין מעשיו כלום, משא״כ מעקה כמש״כ המחנ״א, ומהיכי תיתי יועיל פועל עכו״ם בקנין. וכתב הנתיבות, דבהגבהה מהני בפועל נכרי כיון שהוגבה מכוחו, דמהני בקניני ממון ולא בגט. ואף בקנין משיכה מהני מה שנמשך בגרמתו, וכן בחזקה, אם ננעל ונגדר מחמתו הוי חזקה; ״ואף דבקנין בעי כונה לשם קנין, מכל מקום כונת פועל ככונת בעל הבית, דהפועל

כבעל הבית דמי לגמרי, רק דיד פועל לא מהני מטעם דהוי חצר מהלכת". ולכאורה י"ל דלדעת הנתיבות במקום דבעינן שליחות, יש לבחון כל מקרה אם יכול העכו"ם להיות שליח, ולכאורה דברי הנתיבות דלא כיסוד המחנ"א דיד פועל כיד בעה"ב, ומעשה הפועל יחשב כביכול בעה"ב עצמו עשאו בידו. (ועיין עוד באמרי בינה קנינים סי' יט, ובדברי חיים, שלוחין סי' כ).

אמנם מדברי הנתיבות קה,ב יש ללמוד דיש פעמים דיד פועל כיד בעה"ב ממש, בדברים שהוא יכול לעשות לעצמו. הנתיבות מתיחס לדברי הש"ך קה,א, שכתב לישב את דברי רש"י (ב"מ י,א) דבעשאו שליח, יכול השליח לתפוס עבור משלחו כשחב לאחריני, וס"ל לש"ך דרש"י מיירי בשעשאו שליח בשכר, דבשכר דינו כפועל שידו כיד בעה"ב. והתומים קה,א כתב בדעת רש"י, דיד פועל כיד בעל הבית היינו דוקא במציאה שיש לפועל יד לזכות לעצמו, ולכן ידו כיד בעל הבית וזכיה שלו היא לבעל הבית, אבל במקום דאין לפועל יד כמו בתפיסת גביית חוב, הואיל ולא חייב לו, לא תהא ידו כיד בעל הבית, כיון דלית ליה יד ביה כלל. ולכן לא כתב רש"י דבר זה אלא בדין המגביה מציאה לחבירו, להו"א דלא קנה חבירו. ולדבריו הסכים הנתיבות, דהעיקר כהתומים, דלא אמרו יד הפועל כיד בעה"ב, אלא במקום דיכול לזכות לנפשיה, וכמש"כ המהרש"א (כתובות פד,ב): "והטעם נראה, כיון דהפועל יכול לזכות לנפשיה, א"כ הבעה"ב מידו דפועל קא זכי, משו"ה בחרש שוטה וקטן שאינם זוכים לנפשם, גם בעה"ב לא קנה מידם. ולפי"ז בגוי פועל אפשר דמהני [אמנם, לפי מה שכתבתי במקום אחר [להלן רסב,ג], דיאוש דקנה גבי מציאה דנלמד מקרא ... נראה, כיון דבקרא כתיב לכל אבידת אחיך, אין הגוי קונה אבידה ביאוש, ולפי"ז אף כשהוא פועל לא קנה]. ולפי סברא זו, לענין תופס לבעל חוב דאין להפועל יד לזכות בו, לא שייך לומר ידו כיד בעה"ב". ומהנתיבות נראה דיש בזה שני שלבים, הפועל זוכה לעצמו ומיד זוכה בעה"ב מזכיתו. (וכן ראיתי להדיא שכתב הגרא"ז, אבן האזל מכירה ז,ד ד"ה והנראה לבאר הך; "... כשהוא עושה הפעולה, אין הפעולה של הבעלים אלא של הפועל, ואף אם אין אומן קונה בשבח כלי, אבל עיקר הפעולה הוא של הפועל, וכל משהו פעולה שהוא פועל בעבודתו של בעה"ב, הוי כמו נותן לו פעולה שלו". וכן הוא באבהא"ז אישות ה,טו). ולכן אין כאן יד ארוכה של בעה"ב, אלא לפועל יש יד עצמית, וככל שיש לו יד עצמית לזכות לעצמו, ממילא תוצאת זכיתו שייכת לבעה"ב. ולפ"ז אפשר דלענין מעקה יש לו לפועל הנכרי יד לבנות מעקה, וממילא כביכול בעה"ב עצמו בנה את המעקה, אולם לענין נדון דידן למכירת חמץ, כיון שאין לו יד לעשות שליח למכירת החמץ, אף שיש לו יד למכור את החמץ, אין לו יד למנות שליח למכירתו, ואף למחנ"א להסבר התומים והנתיבות, לא מהני מה שהפועל הנכרי ימכור את החמץ (אא"כ נאמר דלא

בעינן שליחות אלא גילוי דעת, וכפי שיבאר). וע״ע בקרבנן נתנאל (גיטין, רא״ש פ״א הי״ג אות ד) מש״כ בזה.

ועיין בנחלת דוד (ב״מ י,א) דמדבריו עולה דיד פועל כיד בעה״ב, אין הכונה שהוא ממש כיד בעה״ב, דדבר זה נאמר רק לענין עבד כנעני ולא ביחס לעבד עברי. הנחל״ד הקשה מב״מ צט,א, דמוכח שם דעבד עברי אין ידו כיד רבו, לענין אם שלחה לו ביד עבדו העברי, דיצאה מרשותו וחייב עליה השואל. וכן ב״מ צו,א, לענין אם נשאל העבד עם פרתו, דאמרינן יד עבד כיד רבו והוי שאלה בבעלים, ומבואר בשו״ע חו״מ שמו,ו דהיינו דוקא בעבד כנעני, וכדמוכח בסוגיא דמיירי בעבד כנעני, מדקאמר אבל עבד דלאו בר מצוה כו׳, מכלל דבעבד כנעני מיירי, אבל בעבד עברי לא הוי שאלה בבעלים ולא אמרינן ביה יד עבד כיד רבו. וכתב הנחל״ד לבאר; ״דדוקא לענין שיהיה העבד כבעל הבית לגמרי, דהיינו לענין שאלה בבעלים דחשבינן לגוף העבד שהוא עמו במלאכתו כגוף בעל הבית וכאילו היה הבעל הבית עצמו עמו במלאכתו, וכן לענין אם שלחה לו ביד עבדו דחשבינן ליה כאילו הוליכה הבעל הבית בעצמו, בהא הוא דאמרינן דעבד עברי כיון דאין גופו קנוי לו לא הוי גופו כגוף הבעל הבית בעצמו, משא״כ לענין ריוח מלאכתו, כיון דכל עיקר קנינו של עבד עברי הוא למלאכתו, וע״ז שפיר יש קנין לרבו גם לגופו, ור״ל דקנה גופו לענין שהמלאכה שהוא עושה יהיה שייך לבעל הבית״. ולפ״ז אין לבאר דמה שהפועל עושה כביכול בעה״ב עצמו עושה ויד פועל כיד בעה״ב, דדוקא לענין ריוח מלאכתו, שהוא עיקר קנינו של הפועל, ידו כיד בעה״ב, אולם לענין שאלה בבעלים וכד׳, אין ידו כיד בעה״ב, שיהיה נחשב כביכול בעה״ב עצמו עושה.

וכן נראה מדברי האור שמח (שכירות ט,יא), שאין כאן ידו ממש אלא השכרת היד לענין מה שירויח: ״דמשכיר את ידו בבל הזכותים שיזכה, והוי כאילו הקנה ידו למעשה ידיו ולמציאותיו, דכיון דמעשה ידיו ומציאותיו על ידי ידיו קא אתו, מצי מזכה לרבו גוף ידיו למציאותיו, כדקל לפירותיו, וכמו דאמרו בסוגיא דמקדיש מעשה ידי אשתו (כתובות נח,ב), וזה פשוט״. מבואר מהאור שמח, שאין כאן עמידה במקום בעה״ב, דהפועל כעת הרי הוא כבעה״ב, אלא לענין מה שהשכיר עצמו, הרי הקנה את ידו לכל מה שתזכה ידו. והוסיף האו״ש, דדין זה שייך דוקא בגדול שהוא בר זכיה וידו קונה למציאה, אולם קטן הזוכה במציאה רק מפני דרכי שלום, התקנה היא במציאה ולא בגוף הקטן, לא שיד הקטן זוכה במציאה אלא חפצא של המציאה שייכת לקטן, וממילא לא שייך להשכיר ולהקנות ידו שיזכה אחר במציאה שזכה מכח תקנה זו. ומבואר מהאו״ש, דאין יד הפועל ומעשיו כיד בעה״ב, ורק לענין מציאה ומה שתרויח ידו, יכול להקנות ידו לבעה״ב, דיכול להקנות לכל הזכויות הבאות מכח ידו.

והגר״ש שקופ בחידושיו לב״מ (סי׳ יב), ניסה בתחילה להסביר דיד פועל ממש כיד בעה״ב, (ועיין גם בשערי יושר ז,ז, ובחידושים לגיטין סי׳ ו), והאריך בהסבר טעם הדין, דפועל ידו ממש כיד בעה״ב, וכביכול בעה״ב עצמו עשה פעולת הפועל: ״והטעם דמהני יותר מכל מגביה לחבירו, הוא בפשיטות משום דיד פועל כיד בעה״ב ממש, היינו כיון שנמכר לו לענין זה, הרי הוא כידו ממש, ועדיף משאר שליח דעלמא ... אבל בפועל שהוא כידו ממש לכל פעולותיו שנמכר, הוה כמו שהגביה בעה״ב בעצמו״. ומה שלא מועיל בגט, שיקבל עבד האשה את הגט, משום דבעינן שתהיה היד ראויה לגט, וכיון שאין העבד בתורת גיטין, ידו פסולה לגט. ורק כשמעשה הפועל נחשב כמעשה ביחס לפועל, ניתן ליחסו ולהחשיבו שבעה״ב עצמו עשאו. ואף לפי הסבר זה י״ל דלא מהני מה שפועל נכרי מינה שליח למכירת חמץ. אולם גם את ההסבר הנ״ל דחה הגרש״ש, מכח קושית שער המלך מבור של שותפים (עיין לעיל), ולכן כתב לבאר בדרך אחרת:

> ״אמנם נראה דעיקר מה שאמרו יד פועל כיד בעה״ב אינו כידו ממש לכל דבר, רק דכל מה שנוגע להרווחת ממון אמרינן דמהני מעשיו לבעה״ב כאילו היה בעה״ב עושה בעצמו, כגון לענין מציאה, או לענין תפיסת חוב. אבל בפעולה שאין אנו דנים בה לענין קנין והרוחה, רק שאנו דנים על עצם הפעולה אם להחשיבה על בעה״ב, על ענין כזה לא אמרו יד פועל כיד בעה״ב. ובכל מה שנוגע לענין שכר או עונש, בין בעבדו ממש וכל שכן בפועל, ע״ז לא שייך הך כללא, דיד פועל רק למעשה ידיו שמרויח ע״י פעולתו או קנינו שעושה בשביל בעה״ב מועילין לבעה״ב, וצ״ע. וכן מה דמבואר לקמן בפ׳ השואל לענין שאלה בבעלים, דאף אם לא מהני בשליח באומר צא והשאל עם פרתי, בעבד מהני, משום דיד עבד כיד רבו, התם נמי לענין מלאכה הוא, ושאני זה מחפירת בור ברה״ר דהתם דנים לענין העונש, והכא כיון דלענין השכר היה שייך לעה״ב, הוה כמו שעשאו בעצמה.״

מבואר מהגרש״ש דדין יד פועל כיד בעה״ב היינו דוקא ביחס למלאכה או קנינים וריוח שיש לו מידו בשעת מלאכתו שהוא שכור לבעה״ב, אולם אין ידו ממש כיד בעה״ב לכל דבר. וי״ל דגם נפק״מ אם הפועל ימכור, דאף דלענין מה שקונה הוי ידו כיד בעה״ב וכמו שנתבאר, מ״מ לענין אם ימכור דבר מדברי בעה״ב, אף אם יהיה בשליחות בעה״ב, באופן דמהני בפועל ולא בשליח, כגון בחב לאחרים לשיטת הש״ך בהסבר רש״י, או שלא בשליחות בעה״ב, וכגון שיש במכירה ריוח לבעה״ב, לא תועיל מכירתו, דבקנין שיקנה מתנה לבעה״ב, הרי ידו שכורה לו למלאכות של ריוח, אולם למכור מדברי בעה״ב, אף אם יהיה ריוח לבעה״ב, כיון שאינו בכלל

המלאכה שהוא שכור לבעה״ב. ומ״מ פשוט דלכל הסבר מהסברי הגרש״ש, לא מהני מה שיעשה פועל נכרי שליח למכירת חמץ.

העולה מהאמור לעיל, דאין פועל נכרי יכול לעשות שליח, שיהיה מינוי שליחותו כמינוי בעה״ב, ולכן גם מה שמכר השותף העכו״ם, לא מהני מדין זה, ויש לדון רק מטעם דלא בעינן כלל שליחות במכירת חמץ, ואם מכר חמצו של ישראל, דברור שזה רצונו, מהני בלי שליחות הבעלים, אם מתרצה למפרע.

ב. במכירת חמץ מועילה הסכמה למפרע

והתבארו הדברים באריכות בח״ט סי׳ יד. ואביא הדברים בקצירת האומר. הובאו דברי הראשונים בסוגיא ב״מ כב,א דלא מהני הסכמה למפרע לענין שיהיה של הנוטל ולא יהיה גזל בידו. והש״ך שנח,א כתב, דאף שמדברי התוס׳ והג״א והגמ״ר מבואר דאם אדם נותן לאכול לחברו מדבר שאינו שלו אלא של חברו, אפי׳ אם יודע שחברו יתרצה, אסור לאכלו, דהלכה כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, ואע״ג דהשתא ניחא ליה, מעיקרא לא הוי ניחא ליה; ״ואי לאו דמסתפינא הייתי אומר שמותר, ויאוש שלא מדעת שאני, שגם אח״כ אינו מייאש אלא משום שאינו יודע היכן הוא, ובעל כרחו הוא מתייאש, א״כ אמרינן מעיקרא באיסורא אתי לידיה״. דבשעה שבאה האבידה ליד המוצא, עדיין לא התיאש, ואם היה יודע שהאבידה אצל המוצא, לא היה מתיאש. משא״כ באריס, כיון שידוע שיתרצה, כבר כעת בהיתרא אתי לידיה, דכיון דמן הסתם אינו מקפיד, כבר כעת חשיב כמסכים מרצונו הטוב לתת לאורחים. ואף דהגמ׳ שם מדמה תרומה וטומאה ליאוש שלא מדעת, יש לחלק, דלענין תרומה וטומאה לא מספיק במה שאנו אומדים דעתו אלא צריך ידיעה ממש, עיי״ש.

ובבאור דברי הש״ך, עיין בברכת שמואל (ב״מ סי׳ כב, וכן סי׳ כג,ג), דכאשר ברורה דעתו שרוצה לתת לחבירו, הרי זה בבחינת יאוש מדעת, דכבר כעת אנו יודעים את דעתו, ולא צריכים לגילוי דעת של לאחר מכן. ואינו דומה לאבידה, דשם מתיאש בהכרח, וע״כ אין זה אומדן בדעתו כעת אלא ע״י דעתו בריצויו שלאחר מכן, ובזה ס״ל לאביי שאין זה דין דעת. ומדעת הש״ך יש ללמוד לכאורה לענין מכירת חמץ, דודאי ניחא ליה מהשתא, ואינו ענין ליאוש שלא מדעת, וכיון דמהשתא ניחא ליה שימכרו חמצו, סגי בדיעבד כשאחר מכר בלא שליחותו, שלא יעבור על בל יראה, ולא יאסר החמץ לאחר הפסח.

ובקצוה״ח שנח,א, הקשה על הראשונים הנ״ל מהגמ׳ בכתובות מח,א: מי שנשתטה בי״ד יורדין לנכסיו, וזנין ומפרנסין אשתו ובניו ובנותיו ודבר אחר. אמר ליה רבינא לרב אשי, מאי שנא מהא דתניא, מי שהלך למדינת הים ואשתו תובעת

מזונות, בי״ד יורדין לנכסיו וזנין ומפרנסין אשתו, אבל לא בניו ובנותיו ודבר אחר. אמר ליה, ולא שאני לך בין יוצא מדעת ליוצא שלא מדעת. ופירש רש״י שם, דנשתטה, דשלא לדעת יצא מן העולם, מסתמא ניחא ליה שיזונו בניו ובנותיו משלו. והקשה קצוה״ח, לשיטת התוס׳ ודעימיה, כיון דאפילו כשידוע לנו שבודאי יתרצה הו״ל יאוש שלא מדעת, איך זנים בניו ובנותיו כשהשטתה, הרי אין כאן ידיעה. וכתב קצוה״ח, דאפשר דכיון דגבי בניו ובנותיו אפילו ביותר משש, יש מצוה לזונם, ניחותא דמצוה שאני, דאע״ג דהשתא לא ידע – מהני.

ובקצוה״ח רסב,א, הביא ב ראיות לחלק בין ניחותא דמצוה לשאר דברים, מעירובין עא,א, במה שנחלקו בית שמאי ובית הלל בביטול רשות משחשיכה, וסברי בית הלל דמהני, דהו״ל כאומר כלך אצל יפות. ופירש רש״י שם (ד״ה כלך), דכי היכי דאמרינן בכלך אצל יפות, מדהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה, בביטול רשות נמי דמעיקרא ניחא ליה, אלא דשכח ולא ידע. ומבואר דכלך אצל יפות מהני אפילו בדלא שויה שליח, משום ניחותא דמצוה שאני. עוד הוכיח בקצוה״ח, ממה שפסקו הרמ״א או״ח תרמט,ה, ובט״ז או״ח תרלז,ד, דמותר ליטול אתרוג של חבירו או לישב בסוכת חבירו שלא מדעתו, משום דניחא ליה לאינש למיעבד מצוה בממוניה, ואע״ג דהשתא לא ידעו הבעלים. והרי לשיטת התוס׳ ב״מ כב,א (הנ״ל), אם נותן אדם לחבירו לאכול מדבר שאינו שלו, אף שיודע בחבירו שיתרצה אילו יודע, אפ״ה אסור לאוכלו, כיון דהשתא מיהא לא ידע, כיון דקי״ל כאביי, וא״כ איך יכול להשתמש בסוכת חבירו ובאתרוג חבירו. וי״ל משום ניחותא דמצוה לא בעינן ידיעה.

ובקצוה״ח שם הביא תש׳ שכתב, בענין אחד ששכח מחמת אונס לבטל חמצו בערב פסח קודם שש, ואחר שש נזכר וביטל חמצו. והשיב דמותר בהנאה אחר פסח, דכיון דהעלו האחרונים להתיר כל שביטל אפילו בלא מכירה, כיון דעכשיו כבר נהגו כ״ע בנוסח כל חמירא, לא חיישינן להערמה שבודאי יעשה כסדר הזה. אלא דבנדון שם גם ביטול לא היה לו בזמנו. והוכיח מהגמ׳ בערובין עא,א (הנ״ל), דאמרינן מסתמא ניחא ליה מעיקרא אלא ששכח ולא ידע, א״כ הוא הדין בזה שנזכר אחר שש וביטל, אמרינן מעיקרא ניחא ליה אלא ששכח ולא ידע. והקשה קצוה״ח מפסחים ז,א, דמבואר דאחר זמן איסורו לא יכול לבטל. ותירץ, דסוגיא זו בפסחים וכן הסוגיא בב״מ (בעובדא דאריסא דמרי בר איסק), נדחו מפני הסוגיא בעירובין עא,א: ״וא״כ הא דאחר זמן איסורא לא מצי מבטל ליה, היינו בידע מעיקרא ולא ביטל, אבל שכח ולא ידע הו״ל כמו הך דעירובין דביטל משחשיכה. אמנם חלילה להקל בזה, כיון דמדברי הפוסקים באו״ח (תלד,ב) לא משמע הכין, אלא שכתבתיו לסניף שהיה שם עוד הרבה צדדי היתר״, עיי״ש בקצוה״ח מה שהאריך בדין ניחותא דמצוה.

ובנתיבות רסב,ד, כתב לחלוק על קצוה״ח, וז״ל: ״וישתקע הדבר ולא יאמר, וח״ו לומר כך, דבלא״ה ידעינן דלא ניחא ליה בחמץ, דהא איסורא לא ניחא ליה דליקניה, ובלא״ה אינו ברשותו כלל, דאיסור הנאה הוא, רק דרחמנא אוקמיה בע״כ ברשותיה כדאמרינן (פסחים ו,ב), שני דברים אינן ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו, א״כ מה בכך דידעינן דמעיקרא לא ניחא ליה, כיון דרחמנא אוקמיה בע״כ ברשותו, כל זמן שלא ביטל בפה או בלב״.

והעונג יו״ט (סי׳ קיא) כתב לבאר במש״כ הש״ך, דכל דלבסוף ניחא ליה, מהני למפרע, ואבידה שאני, שגם אח״כ אינו מתיאש אלא לפי שאינו יודע, היינו דוקא כשלא בעינן לעשות ע״י הניחותא של הבעלים כל פעולה חדשה אלא רק הסרת עיכוב של הבעלים, אבל לא פעולה חיובית, בזה מהני לש״ך הניחותא למפרע. ולכן בתרומה דע״י הניחותא דאח״כ דדמי כאילו ידע הבעה״ב ועשאו שליח, וכן בהכשר דדמי כאילו ידע זה ורצה שיבואו המים על הפירות, כיון שצריך ידיעה ממש, בזה לא מהני הניחותא דאח״כ. אולם לאכול פירות של חבירו, צריך רק שלא יקפידו הבעלים, דעיקר גזל בקפידא תליא רחמנא, וכשאינו מקפיד, לא מיקרי גזל אף שאינו מקנה לו. ומטעם זה אם קטן נתן לאחד לאכול משלו, רשאי לאכול, אף דקטן לא יכול להקנות לאחרים, כיון שהרשות לאכול תלויה באם מקפיד או לא, וכיון שנתן לו הקטן, כבר אינו מקפיד, ואין בזה גזל, גם אם אינו מקנה. וביאוש של אבידה צריך שיתיאש בשעת המציאה, והיאוש הוא פעולה חיובית ולא סילוק הקפדה, שהרי למעשה גם עכשיו לא ניחא ליה שיקח המוצא, והכל נעשה מחמת כורח ובעל כרחו, דעיקר היאוש הוא מחמת שאינו יודע היכן הוא, ואילו ידע שהוא אצל המוצא לא היה מתייאש ולא היה מתרצה שיטלה המוצא. וא״כ אין כאן רצון שנאמר דגם מעיקרא מתרצה. וזוכה המוצא מכח גזירת הכתוב וחידוש התורה, שהאבידה יוצאת מרשות בעלים ע״י יאוש דבעל כרחו. ובזה בא אביי וס״ל דלא מהני אם הידיעה והיאוש היו לאחר שיצא הדבר מרשותו. ואין לומר שמה שהתיאש כשנודע לו, יחול למפרע משעה שיצא מרשותו. ואע״ג דמותר ליקח ולאכול הפירות מטעם ניחותא, מ״מ אם הפירות הם טבל, אסור לתרום ממנו בלי רשות חבירו, דכיון דאין לו קנין בפירות רק שמותר לאכול, אולם לתרום אינו יכול אא״כ נעשה שלוחו של בעה״ב ממש, וזה לא נעשה שלוחו וגם קנין אין לו בפירות אלו. ואף אם ירצה לקנות לא מהני, אף שאין הבעלים מקפידים עליו, דלא מהני ניחותא דלמפרע לחול ע״י זה קנינו למפרע, כיון דלעת עתה לא ידעו הבעלים שהוא רוצה לקנות ולתרום.

ועיי״ש מה שכתבתי בענין זכין לאדם ולא זכין מאדם, והנידון שם על דברי תה״ד (סי׳ קפח), במשרתת המפרישה חלה שלא מדעת בעה״ב, ומה שדנו האחרונים בדבריו. וכתבתי שם, דלכאורה דברי קצוה״ח סתרי אהדדי. דמש״כ בסי׳ רסב,א, דיכול

לבטל חמץ של חבירו, ואף שלא עשאו שליח, ניחותא דמצוה שאני. ואילו לענין לתרום עיסה, ס״ל לקצוה״ח דכיון דזכין לאדם ולא מאדם, לא מהני מה שהמשרתת תפריש מעיסת בעה״ב כשלא ציותה לה. וא״כ איך יכול לבטל חמץ. ואין לחלק דבביטול חמץ אינו זוכה מאדם, דאינו זוכה מבעה״ב ולא מוכר החמץ לאחרים, רק מבטלו בפיו ובליבו. זה אינו, דעיי״ש מראיות קצוה״ח לענין ניחותא דמצוה. ואפשר לישב, דבחמץ אינו זוכה מאדם, שהרי אם לא ימכור או יבטל החמץ, לא יהיה החמץ אח״כ ברשות הבעלים, שיהיה אסורי הנאה, דאינו ברשותו ועשאו הכתוב ברשותו לעבור עליו על בל יראה ובל ימצא. ולכן אם מכר החמץ או ביטלו קודם זמן איסורו, לא חשיב זכיה מאדם, כיון שאם לא ימכור או יבטל, לא יהיה של הבעלים. ורק השאלה היתה איך יכול לעשות כן בלא שליחות של בעל החמץ, וע״ז כתב קצוה״ח דמשום ניחותא דמצוה שאני. אולם בעיסה, מלבד מה שיכולה להפריש בעה״ב אחר האפיה, וכמש״כ בקצוה״ח, ואף מפסידה המשרתת לבעה״ב את מצוה הפרשת חלה, וצריכה לזכות בכזית או משהו שמפרישה מהעיסה, ולזה לא מהני, כיון דזכין לאדם ולא מאדם.

ובעונג יו״ט (סי׳ קט) דן בדברי תה״ד והרשב״א, והעלה עיקר כדברי הרשב״א, דמה אתם לדעתכם, ולא מהני הפרשת תרומה במקום דלא היה דעת בעה״ב, ומ״מ כתב להצדיק דין תה״ד והרמ״א, דמשרתת יכולה להפריש אף בלא דעת בעה״ב. דאם בעה״ב ציותה למשרתת לעשות עיסה, הרי בכלל הציווי לעשות עיסה, מונח גם הציווי להפריש חלה. ואפי׳ לא ציותה לה לעשות עיסה, אלא המשרתת מדעתה עשתה עיסה, מהני מה שמפרישה, דכיון דהמשרתת הינה פועל של בעה״ב, יד כיד בעה״ב, ולא בעינן שליחות מפורשת, וז״ל:

״ומ״מ נראה לי שיש לדון דמשרתת יכולה להפריש, ולא מיבעיא אם בעה״ב צוותה לעשות עיסה דיכולה להפריש, כדתנן בתרומות (ג,ד), הפועלים אין להם רשות לתרום, חוץ מן הדרוכות שהן מטמאין את הגת מיד, כמ״ש הרמז״ל בפירושו דכיון דאח״כ מטמאין את הגת, וכיון ששכר אותם לדרוך ומסר להם גתו הנה הניחם במקומו וקיבל עליו מעשיהם. וה״נ כיון שדרך להפריש חלה קודם אפיה, והיא צוותה למשרתה לאפות עיסה, דמי לעשאה שליח לתרום ג״כ. אלא אפי׳ אם המשרתת בעצמה עשתה עיסה בלי דעת בעה״ב, נ״ל נמי דיכולה להפריש. דאף דבירורנו דאמרינן מה אתם לדעתיכם, מ״מ היינו בשליח דעלמא, אבל בפועל שאני, דעדיף משליח דעלמא, כדאמרינן בב״מ, דאף דהמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו, אבל פועל ששכרו ללקט מציאות, מציאתו לבעה״ב, דידו כיד בעה״ב, ועדיף משליח. ה״נ כיון שהיא פועלת אצלה לתקן צרכי הבית באפיה ובישול, ודרך המשרתת להפריש, הו״ל כפועל לענין זה דידה כיד בעה״ב, ואין בזה משום לדעתיכם.״

והסתפקתי שם מה דינו של עובד בחנות, אם יכול למכור את החמץ בלא דעת בעה"ב. דלמש"כ העונג יו"ט נראה דוקא אם העובד מכח סמכותו הוא גם למכור ולקנות, לכאורה יוכל גם למכור את החמץ, דלענין זה הוא גם עובד של בעה"ב ובעל סמכות, משא"כ אם מדובר בעובד שרק מסדר חפצים או מוביל סחורה, נראה דלמש"כ העונג יו"ט, כיון שלענין המכירה אינו פועל של בעה"ב, לא יכול למכור ללא שליחותו.

ומעין זה כתב גם הגה"ק מקלויזנבורג זצ"ל (דברי יציב חיור"ד סי' רה), לחלק בין פועל למי שתורם מדעת עצמו, דגם בפועל וגבל דיש להם שייכות בעיסה מדין פועל, לא הוי בכלל הך גזה"כ של מה אתם לדעתכם, דהפסוק מיירי בתבואה שהיא שלו בלבד ללא שייכות של אחרים בו, אבל פועל שיש לו שייכות בעיסה וכגדר שותפין כנ"ל, אינו בכלל הגזה"כ. ותה"ד מיירי דוקא במשרתת שהיא כגבל, ובזה דינו כתורם משלו על של חברו, כיון דגם בהא לא איירי קרא דבעי דוקא דעת כבעלים עצמם. ומ"מ לתה"ד צריך גם איזה זכות לבעה"ב - שמתקלקלת העיסה, דרק בכה"ג שייך דין גבל ויד פועל כיד בעה"ב. והרמ"א הבין בתה"ד דלגבי משרתת אפילו באין חשש קלקול. ומש"כ תה"ד דאפילו אם אין כאן חשש אלא קלקול העיסה וכו', י"ל בכוונתו, דבלשון השאלה אשה בעה"ב לשה לה משרתת שלה עיסה והלכה לחוץ וכו', ועל זה השיב דכיון שיצאה בעה"ב לחוץ והניחה כל אומנות הלישה עבור המשרתת וסמכה עליה, הויא כהך דדרוכות שכתב הרמב"ם הנ"ל שהעמידם במקומו, וס"ל לתה"ד שבצירוף הזכות דמתקלקל, יכולה להפריש בלא רשות. והוסיף וכתב, ואפילו אם אין כאן אלא חשש קלקול וכו', ר"ל, דאף אם לא יצאה לחוץ ולא מסרה לה העיסה לגמרי להעמידה במקומה, מ"מ מצד הזכות דמתקלקל גרידא בצירוף שהיא משרתת שלה ושייכא בגוה, יכולה להפריש בלא רשות.

אחר הדברים האלה, ראיתי שדנו עוד באחרונים בדין זה, ומצאתי להדיא בחת"ס בתש' (חאהע"ז סי' יא) שכתב דמהני במכירת חמץ, אף שזכין מאדם ולא לאדם, כיון דברור שזכות היא לבעלים: "וכן הלכה רווחת למכור חמצו של חבירו בשעה חמישית מטעם זכיה לאדם, אע"פ דהוה זכיה ממנו לאחר, והדבר פשוט ומובן והאורך שלא לצורך". ומבואר דיכול למכור חמצו של חבירו מדין זכיה. וכן נמצא בתש' פנים מאירות (ח"ב סי' נב בסופו), הביא מה שנשאל מהעיר אלטונבורג, דפעם אחת מכרה אמו של בעה"ב לנכרי, פרה מעוברת של בנה ללא ידיעתו. וכתב הפנים מאירות: "נראה דהוי מכירה משום דזכין לאדם שלא בפניו, ודומה לזה כתבו התוס' ב"ק סט,ב (ד"ה והצנועין), דמחללין נטע רבעי ומעשר שני של חבירו שלא מדעתו, דזכות היא לו, יעוין שם. וכן לענין חלה דאיתא ביור"ד סי' שכה, דאם זכות לבעל העיסה, כגון שהיתה עיסה מתקלקלת, מותר ליטול חלה בלא רשותו, אף שאינו נעשה שליח בלתי

רשותו לענין תרומה, כמו דאית׳ במסכת תרומות, ואפ״ה היכי דזכות הוא לו, נעשה שליח שלא מדעתו, א״כ הכי נמי גבי בכור. כמו כן גבי חמץ אם לא היה בעה״ב בביתו ומכר איש אחר חמצו, הוי כשלוחו, כיון דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו״. מבואר שסובר הפנמ״א דאין צריך שליחות מהבעלים למכירת חמץ, וכיון שכן גם ללא מינוי הרב ע״י השותף הנכרי, יכל הרב למכור חמצו של בעה״ב מדין זכין, ולכן מינוי שליחות השותף הנכרי לא מורידה ואולי מעלה, דיש בה גילוי דעת מפורש של השותף הנכרי שיודע ודאי מהישראל, שזה רצונו, ובכה״ג הוי גילוי דעת דזכות היא לו.

ומצאתי לזקני הגרי״א חבר זצ״ל (בנין עולם חאו״ח סי׳ כג) בענין רב שהיה כותב בשטר מכירת חמץ, שמוכר גם החמץ של אנשים שבעיר אשר לא ביקשו ממנו למכור החמץ שלהם או ששכחו, ונו״נ אם מהני. וכתב דלא מהני המכירה בכה״ג, דכיון דבמכירה בעינן דעת קונה שיהא סמכא דעתו, כשמוכר הרב שלא בידיעת הבעלים והקונה לא החזיק בחמץ, י״ל דלא סמכא דעתו כלל על מכירה זו, כיון שיחשוב הקונה שהבעלים יכולים לבטלה, וכמו דקיי״ל דקרקע נקנת בכסף, מ״מ במקום שכותבים שטר לא קני אלא בשטרא משום דלא סמכא דעתו. ואין לומר דבמכירת חמץ סמכא דעתיה דקונה שהישראל לא יחזור מהמכירה משום איסור חמץ, שאם יחזור בו יהיה אסור לגמרי, דגם במכירה במקום שנהגו בשטר, לא כתבו דבמוכר מפני רעתה סגי בכסף, עיי״ש. והביא הבנין עולם ראיה לסתור, שמצא בשערי תשובה (או״ח תמח,ח), בענין פקיד מומר שהיה ממונה על אירענדע של ישראל, ומכר הישראל חמצו של המומר, דמשמע שם דכיון שהיה מוטל עליו למכור בכדי שלא יהיה נאסר לישראל לקנות ממנו, מסתמא ברשות עביד. ומזה הסיק הבנין עולם: ״עכ״פ מוכח מדבריו ג״כ שיכול למכור חמץ של אחרים, והיינו משום דזכות הוא לו״. וכן הביא דבריו בכף החיים תמח,סט. ומבואר דמהני אף מכירה של אנשים לא ידועים שאולי לא מכרו חמצם, מדין זכות אף בלא שליחות. וק״ו די״ל באנשים ידועים, שנראה שגילוי דעתם באמצעות נכרי שרוצים למכור החמץ.

וכן נמצא בדברי חיים (חאו״ח ח״ב סי׳ מו), בענין מומר שהיה מוכר כל שנה את חמצו לישראל, והישראל היה מוכר לנכרי, והמומר שהיה נשוי לנכרית, לא היה בערב פסח בביתו, וכתב בזו השנה לאשתו הנכרית שתמכור החמץ לישראל כבכל שנה, ושיתן אישור על כך. ובכתבו לאשתו כתב שתמכור החמץ ״לפנים״, והיינו שלא תהיה מכירה גמורה. והשיב הדברי חיים: ״היות כי לפי המבואר באחרונים רשאי ישראל למכור בערב פסח חמצו של חבירו, כי מסתמא ניחא ליה. והנה גם בנידון דידן הרי מכר הישראל החמץ כנהוג. ומה שכתב המומר שימכור לפנים, דעת המומר היה, שמחמת שאחר החג ידע שיקנה בעצמו בהחזרה חמצו, נראה לו כמכירה לפנים,

אבל מסתמא אם היה יודע המומר שמהצורך למכור מכירה גמורה רק אחר הפסח לא ימכור לישראל אחר רק ימכרו לו בהחזרה במקח שמכרו, מסתמא מסכים למכירת הישראל חמצו לנכרי, ועל כן מותר החמץ". ומבואר שסמך על מה דמהני למכור חמץ אף בלא שליחותו, ואף שכאן היה גלוי דעת הפוך, שרוצה למכור רק לפנים, מ"מ מהני, דאינו גלוי דעת שלא תהיה מכירה גמורה, אלא סבר כיון שיקנה בחזרה החמץ אחר החג, הוי כמכירה לפנים.

ובתש' נאות דשא (סי' לט) דן באריכות במי שהפקיד אצל חבירו תבואה, ומחמת שארע לו אבילות בערב הפסח, שכח למכור חמצו, והנפקד מכר כל החמץ שהיה שם בחדר ומסר לנכרי, ובכללם החמץ של המפקיד. ובתוך דבריו כתב, דאף אם היה מקום לפלפל בענין מכירה שלא מדעת הבעלים, היינו דוקא אם היה מוכרו מכירה גמורה, דבזה יש מקום לומר דשמא לא ניחא ליה לבעלים במכירה זו, דשמא בדעת הבעלים שוה יותר. אולם במכירת חמץ הנהוגה בימינו, שאין מכרה אלא להפקיע איסור חמץ, וידוע שהנכרי יחזיר לאחר הפסח, ואין כל קפידא לבעלים במכירה זו, ואין לו נפק"מ למי ימכור ובכמה, ודאי י"ל דמהני המכירה אף ללא דעת הבעלים, ואפי' במי שלא היה נפקד לחמץ זה, אם מכר יש לצדד ולומר דמהני מכירתו.

וכן דן הגרי"א (באר יצחק חאו"ח סי' א), במי שלא היה בביתו בערב פסח, ושהה במקום שלא היה יכול למכור שם חמצו, וסבר שיבוא לביתו קודם מכירת חמץ, ולמעשה איחר עד שבא לביתו אחר זמן איסורו, והבי"ד הממונים בעיר למכירת חמץ, מכרו כל חמצו בתורת זיכוי. והביא הגרי"א את תה"ד (הנ"ל) לענין הפרשת חלה ע"י המשרתת, שבעה"ב אינה במקום, וכתב לישב קושיות האחרונים מה שהקשו על תה"ד. ודן בדברי הש"ך שנח,א וקצוה"ח שם. והביא ראיה מסוטה כה,א: ת"ש, ואלו שב"ד מקנין להן, מי שנתחרש בעלה או נשתטה או שהיה חבוש בבית האסורין. ואי אמרת בעל שמחל על קינויו קינויו מחול, עבדינן מידי דאתי בעל מחיל ליה. סתמא דמלתא אדם מסכים על דעת ב"ד. דכיון דזכות זו של מכירת חמץ נעשתה ע"י בי"ד, ענין הנעשה ע"י ב"ד הוי זכות אלים ומהני מעשיהם, ומהני המכירה בתורת זכות. ועיי"ש מה שנו"נ באריכות בדין זה.

וכן נמצא בתש' בית אבי (לגרי"א ליעבעס, חאו"ח סי' מ בסופו), דמותר למכור שלא מדעתו מדין זכיה, דזכין לאדם שלא בפניו, ובפרט לאפרושי מאיסורא דהוי זכיה גמורה. והביא ראיה מהגמ' פסחים יג,א: מעשה באדם אחד שהפקיד דיסקיא (שני שקים, אמתחת של עור – רש"י) מלאה חמץ אצל יוחנן חקוקאה, ונקבוה עכברים (והיה נחסר, וארבעה עשר בניסן היה, וחמץ בזול, ובא לפני רבי לידע אם ימכרוהו, מפני חסרונו של מפקיד), והיה חמץ מבצבץ ויוצא, ובא לפני רבי, שעה ראשונה

אמר לו המתן (שמא יבא ויאכל בעליו), שניה אמר לו המתן, שלישית אמר לו המתן, רביעית אמר לו המתן, חמישית (דמהשתא תו לא אכיל ליה) אמר לו צא ומוכרה בשוק (בעוד שהוא מותר בהנאה). מאי לאו לנכרים כרבי יהודה אמר רב יוסף, לא לישראל כרבי מאיר (אי שהייתו הא שעתא, לא משכחת ישראל דזבין ליה). אמר ליה אביי אי לישראל נישקליה לנפשיה (ויאכלנו, ויתן דמין לבעלים, למה לו לטרוח ולילך בשוק, אחרי שנותן לו רשות למכור). משום חשדא. ומוכח מזה שיכול למכור של חבירו שלא מדעתו, והיינו מדין זכיה.

ובשדי חמד האריך בשני מקומות בדין זה. עיין במערכת בכור בהמה (אות י), וביותר האריך במערכת חמץ ומצה סי׳ ט, ועיי״ש באות ב, וז״ל: ״מכירת חמץ, נראה דאם אין האיש בביתו, יכול אדם אחר למכור את חמצו שלא מדעתו, דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו, ומסתמא ניחא ליה. וכן תקנתי בעיר אחת בשנת התרל״א, שבכלל החמץ של כל בני העיר שמוכרים ע״י בית דין, למכור גם חמץ של בני אדם המחזרים בכפרים ולא חזרו לביתם ביום יד׳ שחרים, וידוע לנו שלא יחושו על חמץ שבביתם לבערו בזמן איסורו, אף לא יחושו משום חמץ שעבר עליו הפסח ... דבהא ודאי ניחא להו דלא למישבק היתרא וכו׳, ודבר זה קיימתי מסברא״. והביא מתש׳ פנים מאירות (הנ״ל), וממש״כ תה״ד (הנ״ל) לענין הפרשת חלה מהעיסה. אך הקשה, דלכאורה כל מכירת חמץ שלנו מועילה מחמת שכבר ביטל חמצו והוי דרבנן (שכ״כ בתבואת שור), ואנשים הנמצאים בדרך או בכפרים, לא אסוקי אדעתייהו לבטל. וכתב דרבים חולקים וסוברים דמהני מכירה שלנו אף בלא ביטול, דלא כתבואת שור. והביא השד״ח סמך לדבריו מתש׳ בגדי ישע (סו״ס ד), דמי שקנה חמץ אחר שחתם על הרשאה למכירת חמץ, לכתחילה יבוא שוב לבי״ד לעשות שליח על מה שקנה אחר ההרשאה, אך בדיעבד מהני אף בלא מינוי שליחות, כיון שגילה דעתו שרוצה למכור החמץ, ודאי זכות היא לו, ומהני מכירתם אף בלא הרשאה. עוד הביא ראיה מתש׳ נאות דשא (הנ״ל), והסכים לדעתו, דכיון שאין המכירה חלוטה אלא לזמן של חג הפסח, וגם יודעים שלבסוף יסכימו הבעלים והוי מכירה למפרע, מהני מה שמוכרים בלי שליחות הבעלים. והביא שם מעוד אחרונים שהורו להתיר בכה״ג, ומש״כ הגרי״א (באר יצחק חאו״ח סי׳ א, הנ״ל) דמהני אף להשכיר החדרים שלא מדעתו, כיון שבלא השכרת החדרים, לא יוכל להנצל מאיסור חמץ. ולכן הסיק דמהני המכירה אף בלא שליחות.

לאור האמור לעיל, אף שלא מהני שליחות השותף שמינה את הרב לשליח, מ״מ מכירת הרב לא גרעה מכל מכירה ללא שליחות, שדעת האחרונים הנ״ל להקל.

סימן כ

הסתלקות משותפות

ראשי פרקים

א. שותפות שקבעו זמן או סחורה שיש לה זמן ידוע

ב. אם יכול לחייבו להמשיך ולפעול לטובת השותפות

ראובן שכנע את שמעון להשקיע יחד אתו בעסקת מקרקעין. סוכם ששניהם ישקיעו סכום מסוים, וראובן יטפל בהשבחת הנכס, ולאחר שימכר יתחלקו בריוח בהתאם להסכם. לאחר ששמעון השקיע, וראובן עבד כשנה בקבלת היתרים וכו׳, הודיע ראובן לשמעון כי בכוונתו למכור את חלקו בעסקה ללוי, שיכנס בנעליו, יעבוד וכו׳, ואחר זמן יתחלקו בריוחים שמעון ולוי. שמעון מתנגד בטענה שכל מה שהשקיע סכום כה גדול בעסק היה מתוך הכרות עם ראובן ומאחר וסמך עליו, והואיל ולפי ההסכם דובר שלאחר שיבנו ימכר הנכס ויתחלקו בריוחים, אין ראובן יכול להסתלק מהעיסקה ולמכרה ללוי. ראובן טוען כי כבר הביא את העיסקה לקראת בניה, ולמעשה מכאן ואילך לא כדאי לו כלכלית להשאר בעסק, ולוי ידוע כאיש עסקים הגון וטוב, ואין לראובן נפק״מ אם הוא – ראובן – יהיה השותף, או לוי.

א. שותפות שקבעו זמן או סחורה שיש לה זמן ידוע

איתא בב״מ קה,א: ואמר רבא, הני בי תרי דעבדי עיסקא בהדי הדדי ורווח (שני קבלנים שקבלו עיסקא מבעל הבית בשותפות, שימכרוהו ויסחרו במעות עד זמן פלוני, ויחלקו ביניהם ובין בעל הבית כמשפט, ונשתמשו חצי הזמן ונשתכרו – רש״י), ואמר ליה חד לחבריה תא ליפלוג, אי אמר ליה אידך נרווח טפי, דינא הוא דמעכב (עליה עד שיגיע הזמן שקבעו לבעל הבית, שיחזרו לו את שלו, והמותר יחלוקו), ואי אמר ליה הב לי פלגא דרווחא, אמר ליה רווחא לקרנא משתעבד (השתא מפרש ואזיל מאי טעמא אית ליה דניעכב, אי אמר ליה האי פלוג רווחא והקרן נתפוס עדיין להרויח בו עד הזמן, מצי אמר ליה אידך, רווחא לקרנא משתעבד, שמא בסחורה שנעשה עוד נפסיד, וצריך שיהא הריוח קיים להשתכר בו עוד כדי למלאות הקרן), ואי אמר ליה הב לי פלגא רווחא ופלגא קרנא, אמר ליה עיסקא להדדי משועבד (ואם נפלוג, שמא אני אפסיד בסחורה שאקנה, שהרי קבלתי אני להתעסק בה עד אותו הזמן, ואם אפסיד, שמא חלק השני ישתכר וימלא חסרון, ואנו יחד קבלנו

ונשתעבדו החלקים זה לזה), ואי אמר ליה נפלוג רווחא ונפלוג קרנא ואי מטי לך פסידא דרינא בהדך, אמר ליה לא מזלא דבי תרי עדיף.

והרי"ף (ב"מ סג,א מעמוה"ר) כתב, דכל דברי רבא הוא באופן שיודעים שאם ימשיכו בשותפות תרויח העיסקא, שכך הוא דרך העולם, כמו במי שקונה סחורה בשותפות, שיכול לעכב שלא ימכרו את הסחורה אלא בזמן שהיא נמכרת במחיר טוב, ולא למכור מיד במחיר נמוך יותר. אולם אם אין ידוע על ריוח בעיסקא אם ישארו שותפים, גם רבא מודה שאין יכול לעכב על שותפו להשאר עמו בשותפות, וז"ל הרי"ף: "אשכחן למקצת רבוותא דכתבי דהא דרבא ליתא, דא"כ אין לדבר סוף. והאי מימרא לאו דאסמכתא הוא, דלא אפשר לדחויי מימרא דליכא עליה פלוגתא בלא ראיה. ועוד, דלא אמר רבא דאית ליה למימר הכי אלא היכא דידיעא מילתא לפום מנהגא דעלמא, דאי שביק ליה לקמיה מיתוסיף ביה רווחא, אבל היכא דידיעא מילתא לפום מנהגא דאי שביק ליה לההוא עיסקא לקמיה לא מיתוסיף ביה מידי, לא קאמר רבא הכי, וכ"ש היכא דאי מעכב ליה חיישינן לפסידא. הילכך איתא להא דרבא. וגרסינן בפרק כל הגט (גיטין לא,ב); תניא ר' יהודה אומר, בג' פרקים מוכרין את התבואה, לפני הזרע ובשעת הזרע, ובפרוס הפסח. ובג' פרקים מוכרין את היין, בפרוס הפסח, ובפרוס העצרת, ובפרוס החג. ושמן מעצרת ואילך. למאי הלכתא. אמר רבא ואיתימא רב פפא, לשותפי. מיכן ואילך מאי. אמר רבא, כל יומא פירקיה. והא רבא הוא מרה דשמעתא הכא והוא מרה דשמעתא התם, דשמעת מינה דלא אמר דשותפא מעכב אשותפיה בזביני אלא לפום מנהגא דעלמא, אבל לעולם לא קאמר". וזה לא כדברי רש"י הנ"ל שיכול לעכב עד הזמן שקבעו עם נותן העיסקא, והכל בטענת שמא. ולשיטת הרי"ף, יכול לעכב דוקא באופן שיש ממש בטענתו בדבר הפסד בחלוקת השותפות קודם הזמן, כגון מכירה של יין לפני זמן שבו הכל קונים ומחירו עולה.

אלא שבנימוק"י (ב"מ סג,א מעמוה"ר) מבואר שמר אמר חדא ומר חדא ולא פליגי, או שקבעו זמן, או שלא קבעו זמן אבל יש זמן ידוע למכירת הסחורה, והוא הדין והוא הטעם בשניהם. כך נראה לפרש מש"כ הנימוק"י בתחילה דדינא הוא דמעכב: "עד שיגיע זמן שקבעו לבעה"ב שיחזירו לו את שלו והמותר יחלוקו", ואח"כ הביא פרוש הרי"ף, שמעכב עד לזמן הידוע למכירת הסחורה. אמנם מדברי הרא"ש (ב"מ ט,ט) מבואר דרש"י והרי"ף נחלקו בפרוש הסוגיא, דרש"י ס"ל דמיירי בקבעו זמן: "ורב אלפס ז"ל פי' על דרך אחרת, דמיירי בלא קביעות זמן והעכוב הוא לכל סחורה עד זמן מכירתה, ופרש"י כאשר פרשתי והוא הנכון". ואפשר דאף הרא"ש לא נחלק אלא בפירוש הגמ', דבגמ' לא מבואר דמיירי בסחורה ידועה, אבל אה"נ הדין אחד. ובזה יש לבאר מה שהקשה בפ"ח (שם אות כ), סתירה מדברי הרא"ש בגיטין (ג,יב) שביאר שם בגמ' כדברי הרי"ף, והביא בשם ר"ח דמיירי בסחורה ידועה: "ורבינו

חננאל פירש, וכן נפקא מינה לכי הא דאמר בריש המקבל (קה,א), הני בי תרי דעבדי עיסקא, ואמר חד לחבריה תא וניפלוג, ואמר אידך נרווח טפי, דינא דמעכב, ועד הזמן הזה יכולין לעכב זה על זה, ובהגיע זמנים הללו ימכרו ויחלוקו". דשם בגמ' בגיטין יש לפרש באופן זה, דשם מיירי בזמנים ידועים. ולכן הן פרוש רש"י שקבעו זמן, והן פרוש הרי"ף דמיירי בסחורה שיש לה זמן, שניהם להלכה, ולא נחלקו אלא בפרוש הסוגיא, דבב"מ פירש בקבעו זמן, ובגיטין פירש, כעולה להדיא מהסוגיא, דמיירי בסחורה שיש לה זמן ידוע למכירתה.

וכן מבואר בפרוש הראב"ד, הובא בשטמ"ק (ב"מ קה,א): "פירשה הרב גאון, שיש זמן ידוע שהוא יפה למכירת העסק, כדתנן בגיטין בשלשה פרקים מוכרים את התבואה וכו'. ואני מוסיף על דבריו, ואפילו בזוזי, כגון שקבעו זמן לשותפותם, אם רצה האחד לחלוק בתוך הזמן, השני מעכב עליו". דבסחורה יש זמן ידוע, ובכסף שמקבלים בעיסקא אין זמן ידוע, וע"כ צ"ל דהסוגיא מיירי בב' האופנים, או בסחורה שיש לה זמן ידוע, או בזוזי שקבעו זמן. ולפ"ז אפשר דבסחורה ידועה וקבעו זמן, הזמן אינו מעלה ולא מוריד, והקובע הוא המועד למכירת הסחורה, עיין להלן בסברת הדין.

ועיין עוד בהגהות מרדכי (ב"מ תכז), לענין שותף שחלק בפני ג', דמשמע דמהני מה שחלק בפני שלשה (עיין ב"מ לא,ב – לב,א). והקשה בהגמ"ר מהסוגיא ב"מ קה,א, דיכול לעכב עליו מלמכור. ותירץ, דההיא דהמקבל מיירי כשלא הגיעה שעת מכר של יין כדינה ותבואה כדינה, משא"כ בנדון דסוף אלו מציאות שהגיעה שעת מכר, ולכן אינו יכול לעכב ויכול לחלוק בפני ג'. והקשה, מדוע כשהגיעה שעת המכר אינו יכול לעכב, יאמר השותף השני מזלא דבי תרי עדיף, ואף אם אינו יכול לעכב מלמכור הסחורה כיון שהגיעה שעת המכר, מ"מ יכול לעכב עליו מלחלוק את הסחורה קודם המכר, דשם בסוף אלו מציאות חלק את הסחורה קודם ולא מכר את הסחורה. ותירץ בהגמ"ר: "וי"ל, דבפרק המקבל מיירי שנתרצו להשתתף יחד עד זמן אחד או עד שתמכר הסחורה, והתם יכול לעכב עד אותו זמן משום מזלא דבי תרי עדיף, אבל הכא עבר זמן השותפות, ומש"ה אינו יכול לעכב". ומבואר מדבריו דפרוש הסוגיא הוא באחד משני האופנים: או קבעו זמן, או בלא קבעו זמן ויש זמן ידוע למכירתה. ומבואר לכאורה, דגם אם קבעו זמן, יכול לחלוק אף ביש זמן ידוע למכירתה.

ובתוס' (גיטין לא,ב ד"ה ולשותפין) הביאו פירוש ר"ח ור"ת, שפירש הסוגיא שם דנפק"מ למכירת סחורה, שיכול שותף לעכב מכירת סחורה עד ליום הידוע: "פירש ר"ח ור"ת, כי הא דאמר בריש המקבל (ב"מ קה,א) הני בי תרי דעבוד עיסקא בהדי הדדי [ורווח], וא"ל חד לחבריה תא ונפלוג, ואמר ליה אידך נרויח טפי, דינא

הוא דמעכב. והשתא עד זה הזמן יכולין לעכב, ואז ימכרו ויחלוקו, וכן לכל דבר יש זמן". וזה לפרוש הסוגיא שם; תניא ר' יהודה אומר, בג' פרקים מוכרין את התבואה, לפני הזרע ובשעת הזרע ובפרוס הפסח, ובשלשה פרקים מוכרין את היין, בפרוס הפסח ובפרוס עצרת ובפרוס החג, ושמן מעצרת ואילך. למאי הלכתא, אמר רבא ואיתימא רב פפא, לשותפין. דביחס לגמ' בגיטין דמיירי בשותפין, יש לפרש לפי הברייתא דר' יהודה. גם באור זרוע (ח"ג פסקי ב"מ אות צג-צד) הביא דברי רי"ף, וכתב דלא נחלקו אלא בפירוש הסוגיא: "וגם רש"י ז"ל מודה בזו הסברא, ואין ביניהם אלא שרש"י מוקי מילתיה דרבא כגון שקבעו הזמן, ואותם הגאונים לא נהירא להו להעמיד שקבעו הזמן, דא"כ פשיטא הואיל שקבעו הזמן והתנו שהכל לפי התנאי". הרי שנחלקו רק בפרוש הסוגיא בב"מ, אבל להלכה קיי"ל כשני הפירושים. ועיין עוד בעיטור (אות ח, חוב, דף כח טור ב). וכן מבואר בדברי הר"ן (ב"מ קה,א), שהביא שני הפירושים בבאור הגמ' בב"מ: "כגון דידיעא מלתא בההוא עסקא שיש לו זמן ידוע למכרו, כי ההיא דפרק כל הגט דבג' פרקים מוכרין את היין, וכמו שכתב הריא"ף ז"ל בהלכותיו, א"נ כשהתנו וקבע זמן, אבל לא התנו ולא ידיע נמי בסתמא זימניה דההוא עיסקא, לא מצי מעכב". וכן ביאר הב"י (יור"ד קעז,לה), דדברי הראשונים אינם אלא לענין פרוש הסוגיא, אך לענין הדין, בין אם קצבו לזמן, בין אם לא קצבו, אלא שהסחורה אם ימתין מלמכרה עד זמן פלוני יתוסף בה ריוח, גם הרא"ש מודה דחברו מעכב עליו. והב"ח שם (יור"ד קעז,כד) חלק על הב"י ופירוש הראשונים הנ"ל, וכתב דאין דרך הרא"ש להכריע בין הפירושים איזה נכון יותר, כששניהם להלכה. אלא ודאי דעת הרא"ש שיכול לעכב רק בקבעו זמן, אולם בלא קבעו זמן, אף שיש לסחורה זמן ידוע למכירתה, אינו יכול לעכב, אף שכעת עדיין לא הגיע זמן מכירתה.

והרמב"ם בהל' שלוחין ושותפין ד,ד, פסק וז"ל: "השותפין שהתנו ביניהם שיעמדו בשותפות זמן קצוב, כל אחד ואחד מהן מעכב על חבירו, ואינו יכול לחלוק עד שיגיע הזמן או עד שיכלה ממון השותפות, ואין אחד מהן יכול ליטול חלקו מן הקרן ולא בשכר עד סוף הזמן. נשתתפו סתם ולא קבעו להם זמן, הרי אלו חולקין כל זמן שירצה אחד מהן, וזה נוטל חלקו מן הסחורה וזה נוטל חלקו. ואם לא היתה באותה סחורה דין חלוקה או שהיתה בחלוקתה הפסד, הרי אלו מוכרין אותה וחולקין את הדמים. היה זמן ידוע למכירת אותה סחורה, יש לכל אחד מהן לעכב שלא יחלוקו עד שתמכר הסחורה בזמן הידוע למכירתה, ואין אחד נוטל מן הקרן ולא מן הריוח עד זמן החלוקה, אלא אם התנו ביניהם". ונראה מדברי הרמב"ם שנקט בפרוש הסוגיא דהמקבל, שהתנו ביניהם להיות לזמן קצוב, והוא כפרוש רש"י, וכן כתב בכס"מ שם, וגם נקט לדינא כסוגיא דפ"ג דגיטין, שאם היה זמן ידוע למכירת הסחורה,

השותף מעכב עד הזמן הידוע. וצ״ע, אם יש זמן ידוע למכירת הסחורה, אפי׳ בקבעו זמן לשותפות, אם יכול לעכב אף מעבר לזמן. אמנם אף בקבעו זמן ויש זמן ידוע למכירת הסחורה, נראה דיכול לכופו למכור תוך הזמן. כן נמצא בדברי הנתיבות קעו,לב: ״... אבל למכור הסחורה יכול לכופו כשהגיע זמן מכירת הסחורה אפילו קודם זמן חלוקה. ואפילו אם אין זמן ידוע למכירת הסחורה, דוקא כשלפי מנהגא דעלמא יש ריוח בהמתנת מכירת הסחורה, אז אינו יכול לכופו למכור, אבל בדליכא רווחא בהמתנת מכירת הסחורה, ומכ״ש בדאיכא פסידא בהמתנה, ודאי דיכולין לכוף זה את זה למכור הסחורה, וכ״כ הרי״ף בב״מ פרק המקבל, עיי״ש״. ומבואר דיכול לכופו למכור סחורה בהגעת זמן, דהגעת זמן הוא המועד למכירה, והוא גובר על המועד שקבעו לסיום השותפות, דבזה יש ריוח לשותפות. ועיין בתש׳ לחם רב (סו״ס קיא), דודאי דעתם שהכל יהיה לתועלת השותפות, ואף מה שקבעו זמן הוא לתועלת השותפות, ואם תועלת השותפות למכור קודם הזמן או להמתין לאחר הזמן, ודאי על דעת כן השתתפו, שהכל יהיה לתועלת וטובת השותפות, ואף זמן השותפות יהיה באופן שיהיה הדבר לתועלת השותפות, ולכן יכולים למכור קודם או אחר הזמן שקבעו, אם יש זמן, מוקדם או מאוחר, למכירת אותה סחורה.

אמנם מדברי המאירי בסוגיא (ב״מ קה,א) נראה דכל דין סחורה ידועה הוא דוקא בלא קבעו זמן, אולם בקבעו זמן נראה דהזמן שקבעו הוא הקובע ולא המועד למכירת הסחורה, אולם אם יש מניעת ריוח בשהייה עד הזמן, כופה את חבירו למכור אף תוך הזמן, וז״ל המאירי: ״המתעסק עם בעל עסק שקבעו להם זמן, וכן שני שתפים שקבעו ביניהם זמן, אין צריך לומר שבתוך הזמן אין כופין זה את זה לחלוק, שלא הוצרכנו ללמדה בשני קבלנים אלא מצד שלא היה קביעות זמן בין שניהם, מ״מ אם נתברר שאין כאן עוד ריוח או שיש הפסד בשהיית חלוקה, אף תוך זמן כופה כל אחד את חברו לחלוק. ואם אין שם זמן קבוע, חולקין כל זמן שירצה אחד מהם. יתבאר במסכת גיטין בשותפין שנשתתפו סתם ולא קבעו זמן, שאם היה זמן ידוע למכירת אותה הסחורה, יכול כל אחד לעכב עד אותו זמן״. לפי המאירי מעיקר הדין אף בסחורה שיש לה זמן ידוע, הקובע הוא הזמן שקצבו השותפין ביניהם, דהסוגיא בגיטין מיירי בלא קבעו זמן. אולם גם לשיטתו, אם יש הפסד או מניעת ריוח באי מכירת הסחורה קודם הזמן שקבעו, יכול לחייב את השותף למכור. ולפ״ז גם בתבואה וכו׳, אם יגיע הזמן וימנע הריוח או יגרם הפסד, אף שקבעו זמן, יכול לכוף את שותפו למכור.

ב. אם יכול לחייבו להמשיך ולפעול לטובת השותפות

לכאורה בנדו״ד לא קבעו זמן לשותפות, וגם קשה לומר שבנדל״ן יש זמן ידוע למכירת הסחורה, שכל זמן וזמן הוא זמנה. כך שלעצם פרוק השיתוף, כיון שלא קבעו זמן ואין זמן ידוע למכירת הסחורה, יכול למכור חלקו בכל זמן ועידן. וכל טענת שמעון הוא שעל דעת כן השקיע בנכס, שראובן ישאר וינהל את המו״מ עד לבניה, היא טענה בפני עצמה, אם בכלל שייכת טענה לחייב בעיסקא את השותף להמשיך ולעבוד לטובת העיסקא, גם במקום שאינו יכול לחלוק את השותפות.

תוס׳ בסוגיא (ב״מ קה,א ד״ה הני) הקשה מדוע העמידה הגמ׳ באופן של שנים שקיבלו עיסקא, והדו״ד בין שני מקבלי העיסקא, יכלה הגמ׳ להעמיד באחד שקיבל עיסקא, אם יכול לחזור בו. ותירצו: ״וי״ל לפי שהמקבל יכול לחזור קודם הזמן ולומר לא אטרח עוד ואטול מה שיגיע לידי עד הנה, דפועל יכול לחזור אפילו בחצי היום, אבל בעל העיסקא יכול להיות שאין יכול לחזור, שהרי פלגא הוה מלוה ביד המקבל, וגם פלגא דפקדון נתן לו זכות והשליטו להשתכר בו עד הזמן, וזה לא היה שום חידוש להשמיענו דמעכב המקבל, דטעם פשוט כדפרישית, ולהכי לא נקט בכי האי גוונא״. דלענין מקבל העיסקא, יכול לחזור בו כמו פועל, והנותן אינו יכול לחזור בו, הן ממחצה מלוה ואף לא ממחצה פקדון, ובזה אין חידוש ביחס לנותן, ולכן נצרכה הגמ׳ לחדש בשני שותפים שקבלו עיסקא, שאינם יכולים לחזור בהם. וכן פירש הרא״ש שם (ב״מ ט,ט), הר״ן, נימוק״י (סג,א מעמוה״ר), ותלמיד הרשב״א. ומ״מ מוכח מדברי התוס׳ והרא״ש דיש לחלק בין יחיד המקבל עיסקא, דדינו כפועל ביחס לנותן, אבל שנים שהם שותפים, אין דינם כפועלים לענין שיכולים לחזור בהם מלהתעסק, אלא דינם כשותפים, וככל שהשותפות קיימת, לכאורה חייבים גם להתעסק בשותפות.

ובנימוק״י (ב״מ סג,א מעמוה״ר) נראה שחילק בין שני קבלנים שקבלו עיסקא, שאין דינם כפועל, והואיל והם קבלנים, אינם יכולים לחזור בהם, לבין שנים שעשו שותפות, שיכול כ״א לחלוק תוך הזמן, דממה שהעמידה הגמ׳ בשנים שקבלו עיסקא מהנותן, ולא העמידה בשני שותפים, דשותפים סתם דינם כפועל ולא כקבלן, ולכן יכולים לחזור בהם, וז״ל הנימוק״י: ״שני קבלנים שקבלו עיסקא מבעל הבית בשותפות, שימכרו ויסחרו במעות עד זמן פלוני ויחלקו ביניהם ובין בעה״ב כמשפט, ונשתמשו חצי הזמן ונשתכרו. אמר המחבר, מהכא דמוקמינן בשותפין שקבלו עיסקא מבעה״ב, [ולא נקט האי ממון דקבל עיסקא], משמע דהא בי תרי דעבדי שותפתא, אף על גב דקבעי זמן, לא מעכבי אהדדי למפלג. ונראה לי דטעמא הכא משום דלא גרע מפועל שיכול לחזור בו כדאמרן. ואם הוא אינו משתעבד, נכסוהי לא משתעבדי

טפי, דמכחו משתעבדי". לכן גם יכול לחלוק הנכסים, דכמו שהשותף לא השתעבד, דדינו כפועל, כך נכסיו לא השתעבדו לשותפות, ויכול לחלוק. ובב"י חו"מ סי' קעו,כג למד כן מדעת הנימוק"י, דשותפין שקבעו זמן, יכול כל אחד מהם לחזור בו קודם הזמן. ושכן היא דעת התוס' (עיין לעיל תוס' גיטין לא,ב), דדוקא ביש זמו ידוע למכירת הסחורה, יכול לעכב עד הזמן הידוע, אבל לקביעות זמן השותפין אין משמעות. ובסמ"ע קעו,מד כתב דאין הדין כן, אלא על שותפין אין כלל שם עבד, וממילא לא יכולים לחזור בהם תוך הזמן שקבעו: "בשנים שנשתתפו יחד ומתעסקים בו שניהן, דאין שם עבד על שום אחד מהן, וכו"ע מודו בזה דאין אחד מהן יכול לחזור, ולא כב"י, שכתב דלהתוס' והרא"ש יכולין לחזור גם אחד מהשותפים מחבירו". ומה שיש לחלק בין שותפין לשנים שקבלו עיסקא, הוא לענין טענה של רווחא לקרנא משתעבד, שזה שייך דוקא כשחייבים את הקרן לצד שלישי, משא"כ בשני שותפים, אבל לענין לחזור בהם מהשותפות, אינם יכולים לחזור תוך הזמן שקבעו, עיין גם בסמ"ע שם ס"ק מה. ודין מקבל עיסקא שדינו כפועל, הוא בדוקא אם קיבל לעסוק לזמן קצוב, שאז הוא כפועל של הנותן, משא"כ כשקיבל ללא הגבלת זמן, דינו כקבלן ולא כפועל, עיין סמ"ע קעו,נז.

ובמחנה אפרים (שותפות ב) כתב, דלדברי הכל שותפין יכולין לחזור מעצם העבודה בשותפות, אף אם אינם יכולים לחלק את השותפות, דיכול השותף לומר שאינו רוצה לטרוח ולהיות פועל בשותפות, אבל אינו יכול לתבוע חלוקת השותפות. והביא המחנ"א מהראב"ד (שלוחין ושותפין ד,ב), וז"ל: "ורבותי הורו שאדם יכול להקנות את עצמו לחבירו בקנין כדין עבדים, וכשם שמצינו באומרת יקדשו ידי לעושיהן". ונצרך לקנין לענין חזרה ולא לענין עבודתו כפועל, דלענין עבודתו כפועל נקנה בדיבור. ומזה למד המחנ"א שסובר הראב"ד ששותפין לא דמי לפועלים, דאם דמי לפועלים, דשותפין אינם יכולים לחזור תוך הזמן בקנו מידו, וכפי שפועל חוזר בחצי היום ואפילו קנו מידו, וכמ"ש הריב"ש בסי' תעו.

ואיתא בב"מ שם (קה,א): ואמר רבא, האי מאן דקביל עיסקא מן חבריה ופסיד, טרח ומלייה ולא אודעיה, לא מצי אמר ליה דרי מהיאך פסידא בהדאי (וקבל עלך חצי הפסד, ובשכר טול שליש, ונמצאת פוחת מן הקרן – רש"י), משום דאמר ליה להכי טרחת למליותיה, כי היכי דלא ליקרו לך מפסיד עיסקי (דמדלא אודעתן מעיקרא, נכלם היית בדבר, ואדעתא דמלוי קרנא טרחת). והר"ן בחדושיו שם הקשה, דהרי להלן מבואר דרווחא לקרנא משתעבד, והיינו שאם יהיה הפסד, ימלאו מהריוח העתידי, וא"כ איך יכל לטעון שישא בהפסד תחילה, ואח"כ יחלקו בריוח. ותירץ הר"ן: "דשאני הכא דאכתי ליתא לרווחא, ושום הכי אי בעי מצי אמר ליה לא בעינא לעסוקי ביה, אלא א"כ פלגינין כל חד וחד בדיניה, דאפי' אתנו מעקרא וקבעו זמן, לא גרע מפועל

דקי״ל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום. אבל ההיא דבסמוך דאיתיא לרוחא, אשתעבד ליה לקרנא, דנהי דמצי מהדר ביה דלא לעסוקי ביה, אפ״ה לאו כל כמיניה למפלגיה לרווחא מקמי זמניה, דלקרנא משתעבד״. מדברי הר״ן נמצאנו למדים דיכול המקבל לחזור בו אף קודם הזמן שסיכמו, אולם את הריוח לא יוכל לקבל אלא בתם תקופת הזמן ורק אם ישלים את פעולתו. וכך למד בדבריו קצוה״ח קעו,ח: ״ומדבריו למדנו, דהא דיכול לחזור בחצי יום היינו היכא דליכא רווחא, או דלא בעי למשקל ברווחא ומהדר ביה מלאיעסוקי, אבל היכא דאיכא רווחא ובעי למשקל מרווחא ולא לאיעסוקי ביה עוד, לאו כל כמיניה, דרווחא לקרנא משתעבד, ואין לו ברווחא עד שישלים פעולתו לזמן הקצוב״.

ובנתיבות קעו,מא כתב לחלוק על קצוה״ח, דכשפועל חוזר בו בחצי היום, חייב בעה״ב לשלם לו את השכירות עד לשעת החזרה, וגם לא שייך לומר בזה רווחא לקרנא משתעבד, דכיון שאינו עוסק בקרן, לא יהיה בקרן היזק. ומה שכתב בר״ן, היינו דוקא בשנים שקבלו עיסקא, האחד חוזר בו והשני ממשיך לעסוק בעיסקא, דכיון שהשני ממשיך עדיין לעסוק במעות ויתכן ויהיה נזק בקרן, שייך לומר רווחא לקרנא משתעבד, משא״כ במקבל אחד שמפסיק לעסוק, שכשמפסיק לעסוק ודאי דנוטל חלקו בריוח שהיה לו בזמן פעולתו. ועיין בנחל יצחק עד,ג שהצדיק דברי קצוה״ח, וישב קושיות הנתיבות. ועיין בנח״י שהביא מהשו״ע חו״מ לט,ד, דאם הלוה חוזר מהשטר, דיכול המלוה לחזור בו וליטול מעות ההלואה, דאומדנא דלא הלוהו אלא על מנת כן. וכן י״ל במקבל עיסקא שחוזר בו, דיש אומדנא שהמעות יהיו כעת שיפסיק לעסוק רק בתורת פקדון, דכיון שהתנה עמו שיעסוק בתורת עיסקא, ואז יהיה פלגא מלוה, הוי אומדנא שאם יחזור בתוך זמנו, שלא יהיו כל המעות שבידו רק בתורת פקדון, ומה שהרויח במעות, שייך הכל לנותן בעל המעות, כמבואר ברמ״א חו״מ רצב,ז.

ועיין עוד שם בנח״י מה שכתב לבאר בדברי התוס׳ והנימוק״י, דיש לחלק בין ריוח לבין שכירות פעולה, דאף מקבל עיסקא שחוזר בו תוך הזמן, ויש אומדנא שלא הסכים לתת לו ריוח אלא אם ישלים הזמן של העיסקא, מ״מ שכר פעולתו נוטל: ״דשאני רווחא, דאיכא אומדנא בזה דנותן לו אם לא יחזור בתוך זמנו, אבל שכירותו נוטל, דהא בזה לא שייך אומדנא כלל, דהא אף אם לא קצץ לו שכירותו, גם כן חייב לו שכירותו כמו לכל יורד שלא ברשות ... ולפי זה הדין נותן בקבלן עיסקא החוזר בתוך זמנו דאין נוטל חלק הריוח, אבל שכירות משלם נוטל, דאף דאמרו במקבל עיסקא דאינו משלם לו רק כפועל בטל, כמבואר בב״מ (סח,א) וביו״ד (קעז,ב), וזהו לפי דנתרצה בתשלומים הללו ומשום אבק ריבית הקילו ביה כמו שכתבו הרא״ש (ב״מ ה,לט) ושאר פוסקים שם, וכל זה אם מקבל חלקו בהריוח, אבל אם אין נוטל חלקו בהריוח, דאז מגיע לו שכרו משלם עבור מה שעשה, וכדין כל פועל

החוזר בתוך זמנו דנוטל כל שכירותו כפי שקצבו לו בעד מה שעשה, דכיון דאין נוטל חלקו ריוח ע״כ לא נתרצה על שכירות כפועל בטל, אלא נוטל שכירותו משלם״. ולפ״ז באר דאין מחלוקת בין התוס׳ לנימוק״י, דהנימוק״י סובר דהמקבל חוזר בתוך זמנו וגם נכסיו לא השתעבדו, ומ״מ מקבל כל שכירותו, ואין הנותן יכול לעכב את שכרו, אף שחוזר בו, וכדין פועל, ואף שאינו נוטל הריוח, וכן היא דעת התוס׳ שכתבו דהמקבל יכול לחזור בו ולומר לא אטרח עוד ואטול מה שיגיע לידי עד הנה, דנוטל כל שכירותו עד לזמן הזה, ובריוח אינו נוטל. והנח״י נו״נ בדברי הראשונים, ומסקנתו לדינא: ״דהמקבל עיסקא דחוזר בתוך זמנו, דאין לו ליטול חלק הריוח שלו, וכמו שכתב קצוה״ח, רק דנוטל שכרו כדין פועל עד זמן שעסק, ונוטל שכירותו משלם״.

והגרע״א (חדשות סי׳ לז) דן בשאלה זו של שנים שהשתתפו, ורוצה אחד לחזור בו ולהפסיק לטרוח עבור השותפות. וכתב דאף דמפשטות דברי השו״ע קעו,א נראה דבמשכו או הגביהו, שאינם יכולים לחזור בהם, היינו לענין דכל אחד זכה במעותיו של חבירו להשתכר בפירותיו, אולם לא לכוף את חבירו לעסוק בשותפות, דלא נשתעבד גופו. ואין לומר דע״י שיתוף המעות שעבדו גופם, דכיון דלא נשתעבד גופו בקנין, יכול לחזור כדין פועל. והביא הגרע״א את הסמ״ע קעו,מד (הנ״ל), שחילק בין שותפים למקבל עיסקא, דבשותפים שהגבילו זמן אינם יכולים לחזור בהם תוך הזמן וחייבים לעסוק בשותפות, משא״כ מקבל עיסקא מחבירו, דשם פועל עליו, משא״כ שותפים שחייב כ״א לעסוק, אין שם פועל עליהם. והקשה הגרע״א, במה נשתעבד גופו להכריחו לעסוק. ואפשר דכיון דעסק השותפות זכו בו שניהם ונשתעבדו המעות זה לזה, ממילא שעבוד הגוף גריר בתרייהו. ודוקא באומנין שנשתתפו, דאין דבר שיחול עליו הקנין רק על ההתעסקות וטורח הגוף, בזה ס״ל להרמב״ם דלא מהני, אבל בנשתתפו במעות ופירות, כיון דקנין חל על המעות והפירות, חל ג״כ על הגוף. ולפ״ז יש לחלק בין השתתפו בחפץ או כספים להתעסק בהם, או שכל השותפות הינה על מעשה האומנות, דבנשתתפו בחפץ או כסף, מתוך שחלה השותפות על הממון, חלה על גופם, משא״כ בהשתתפו לעשות מלאכה, לא חל שעבוד על גופם. אלא דלפ״ז חילוק הסמ״ע מתבאר באופן אחר מפשטות דבריו, והיה על הסמ״ע לחלק בין סוגי שותפים, ולא בין מקבל עיסקא לשותפים. גם יסוד הסברא צ״ע, דאיך נגרר שעבוד הגוף אחרי שעבוד נכסיו. ולהלכה מסיק הגרע״א, שאף דפשטות השו״ע מורה דאינו יכול לחזור תוך הזמן וצריכים לעסוק בשותפות, מ״מ הטור כתב בדעת רבינו ישעיה דשותפים יכולים לחזור תוך הזמן, וכן דעת הנמוק״י (ב״מ סג,א כנ״ל), וכיון שחוזר משעבוד הגוף, בטל ממילא שעבוד נכסים, ולפ״ז לכאורה הדין שאינו יכול

לכופו לעסוק בשותפות, דיכול לומר קים לי כנמוק״י ורבינו ישעיה. אולם אם שכנגדו מוחזק במעות שותפות, יכול לומר קי״ל כרמב״ם וסייעתו שאינו יכול לחזור בו.

אמנם נראה דבנדו״ד בכל אופן אין להגדיר את ראובן כפועל או קבלן של שמעון. אין הסכם שותפות בין ראובן לשמעון בענין ההתעסקות בבניה או בהשבחת הקרקע. כל הדברים היו במסגרת הבנה שהיתה בין ראובן לשמעון, אך לא מעבר להבנות שהשתמעו בין הדברים והדיבורים. לכן בכל מקרה אין להגדיר את ראובן כקבלן להתעסקות במגרש, ויכול לחזור בו, וכנ״ל אף למכור חלקו לאחר.

לאור האמור, אין למנוע מראובן למכור חלקו ללוי.

סימן כא

העברה בנקאית בקניית מטלטלין

ראשי פרקים

א. דבר תורה מעות קונות

ב. בתורת קנין או מדין שוויות

ג. קנין כסף כשנותן שוה כסף

ד. בקנינים אחרים שהחפץ עדיין ביד המוכר

ה. ספק אם הכסף מהני

נשאלתי, במי שבקש לקנות ארון ספרים יד שניה, ובסיכום עם המוכר העביר את הסכום שסוכם באמצעות העברה בנקאית, ולאחר מכן חזר בו המוכר מהמכירה. ולכאורה יש לדון אם העברה בנקאית דינה כקנין כסף. וככל שאינה קנין כסף, שמא מהוה קנין סיטומתא, ואם יכול לחזור בו המוכר מהקנין בכה״ג.

א. דבר תורה מעות קונות

איתא בב״מ מז,ב: אמר רבי יוחנן, דבר תורה מעות קונות, ומפני מה אמרו משיכה קונה, גזירה שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעלייה. סוף סוף מאן דשדא דליקה בעי שלומי. אלא גזירה שמא תפול דליקה באונס, אי מוקמת להו ברשותיה, מסר נפשיה טרח ומציל, ואי לא, לא מסר נפשיה טרח ומציל. ריש לקיש אמר משיכה מפורשת מן התורה, מאי טעמא דריש לקיש, אמר קרא וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך, דבר הנקנה מיד ליד. ורבי יוחנן אמר מיד, למעוטי קרקע דלית בה אונאה. וריש לקיש אם כן לכתוב קרא וכי תמכרו ממכר מיד עמיתך אל תונו, או קנה למה לי, שמע מינה למשיכה. רש״י (ב״מ מו,ב) כתב דהמקור שכסף קונה דבר תורה הוא מהקדש (ד״ה סבר): ״כדאשכחן גבי קונה מן ההקדש, שאמרה תורה ונתן הכסף וקם לו״. וכן הוא ברש״י (ערובין פא,ב ד״ה דבר): ״דכתיב בפודה מן ההקדש (ויקרא כז) ונתן הכסף וקם לו, קל וחומר בלוקח מן ההדיוט״. וכן הוא ברש״י קדושין (כו,א ד״ה דבר), ברש״י חולין (פג,א ד״ה דבר), וברש״י בכורות (יג,ב ד״ה הניחא), שלומדים הדיוט מהקדש שיקנה בכסף.

אמנם מצאנו בראשונים שכתבו דלומדים קנין כסף מהכתוב באונאה; או קנה מיד עמיתך. כך מוצאים אנו בתוס׳ בכורות (יג,ב ד״ה דבר): ״ועוד מפרש ר׳ טעמא

דר׳ יוחנן דמעות קונות, מגופיה דקרא דאו קנה מיד עמיתך, דסתם קנין דקרא במעות, כדכתיב (ירמיה לב) שדות בכסף יקנו, וכתיב מכסף מקנתו (ויקרא כה)״. ושם בע״א כתבו התוס׳ (ד״ה מיד), דמצאנו שכסף קונה בקרקע ובהקדש. ומה שמצאנו בקרקע, היינו משדה עפרון, ומזה ילפינן למטלטלין. וביתר ביאור בתוס׳ ערובין (פא,ב ד״ה דבר): ״ועוד מפרש ר״י, דהיינו טעמא דמעות קונות דבר תורה דסתם קנין דקרא בכסף מיירי, כדאשכחן בכמה דוכתי קנין בכסף, אוכל בכסף תשבירני (דברים ב), שדות בכסף יקנו (ירמיה לב מד). ואף על גב דכתיב ספר המקנה דנפקא לן מהתם קנין שטר, מ״מ סתם קנין דבכל דוכתין הוי בכסף. ועוד מוכח קרא דבכסף איירי, דכתיב [ויקרא כה] אל תונו, ואמוכר ואלוקח קאי״. וכדברי התוס׳ דילפינן מאונאה, נמצא גם ברבנו גרשם (חולין פג,א), דדבר תורה מעות קונות; ״דכתיב או קנה מיד עמיתך, דבר הנקנה מיד ליד, דהיינו מעות, ומפני מה אמרו משיכה קונה, דאינו קונה שום אדם עד שימשך״.

ומצאנו ברבינו יונתן מלוניל (חולין, על הרי״ף, על המשנה חולין פג,א), שלומדים דין זה מעבד שנקנה בכסף, ואם גופו קנוי, קל וחומר ממונו, וסברא זו נאמרה בגמ׳ בכורות יג,א, דילפינן ק״ו מעבד כנעני שנקנה בכסף, וכן עבד עברי נקנה בכסף, דילפינן מכסף מקנתו. וכן הביא הרמב״ן (ב״מ מז,ב) מהרי״ף ור״ח. אך הקשה, שלפ״ז יקנו גם מטלטלין בשטר, מאותו ק״ו. ותירץ, דמטלטלי כיון דלאו בני שטרא נינהו, שאין אדם יכול לסיימן ואין דרך קנייתן בשטר, אף שסיים לא קנה. וכתב לפרוך הק״ו, דגוי מישראל יוכיח, דגופו בכסף וממונו במשיכה, דלר׳ יוחנן משיכה בגוי קונה ולא מעות, וכן הוא בגמ׳ בבכורות שם. גם הקשה הרמב״ן על מה שלמד רש״י מהקדש, דאינו מחוור, דמהקדש לא לומדים הדיוט. ועוד, דאו קנה מיד עמיתך נאמר באונאה, והקדש אינו בתורת אונאה. ולכן כתב הרמב״ן דעיקר משמעות הפסוק הוא בכסף, דכתיב או קנה, ודרך קניה בכסף. ובתוספת הסבר ברשב״א שם (ב״מ מז,ב): ״מסברא קאמר, לפי שרוב הקנינין נעשין בכסף״. גם הריטב״א שם (ב״מ מז,ב) הקשה על רש״י, דמה דמהני כסף בהקדש הוא לטיבותא להקדש, ולא ילפינן מזה להדיוט. ועל לימוד הרי״ף בק״ו מעבד, הקשה, דגוי יוכיח, שקונה גופו של ישראל בכסף, ואינו קונה מטלטלין בכסף. ולכן כתב דכסף נלמד מזה דרוב קנינים בכסף, וכן סתם לשון קנין האמור גבי קרקעות ועבדים וקדושי אשה היינו בכסף, ושטר לא לומדים מהם, דמטלטלין דלאו בני שטרא נינהו. ולכן אמרה התורה או קנה מיד עמיתך, כדרך שבני אדם קונים. (ועיין באור שמח מכירה ג,ג מש״כ בישוב דברי הרי״ף, וכתב דמה שלומדים ק״ו מגופו, היינו ישראל מישראל ולא מגוף עכו״ם, עיי״ש). וכן הוא בנימוק״י (ב״מ כח,א מעמוה״ר): ״שהרי רוב קנינים נעשים בכסף, הלכך בדין הוא שיקנו מעות״. ועיין עוד בר״ן ובמאירי בסוגיא (ב״מ מז,ב),

ובתוס׳ ר״י הזקן (קדושין כח,ב). ועיין בפנ״י (ב״מ מז,ב) מה שישב פירוש רש״י ופירוש הרי״ף.

ועיין בחדושי הרי״מ (חו״מ קצח,א), מה שכתב בישוב דברי רש״י שלומדים קנין כסף מהקדש, והקשו הראשונים, דהדיוט מהקדש לא ילפינן. ותירץ הרי״מ דיש שני ענינים בקנין כסף, הסתלקות המוכר וקניית הקונה. הסתלקות המוכר מבעלותו על החפץ בשעת קבלת מעות, אינה צריכה לימוד, ואפי׳ בנכרי שאין קונים בכסף, מכי מטא זוזי לידיה אסתלק. וזה אינו צריך לימוד. אך מה שקונה הקונה, בזה יש ללמוד מהקדש. דגם בהקדש כשנתן הכסף, הסתלק ההקדש מחד, ומצד שני – וקם לו להדיוט, ההדיוט קנה, וא״כ מה שלומדים הדיוט, אינו מהקדש אלא מהדיוט שקנה, דמה שההקדש הסתלק, אינו צריך לימוד, והוא הדין למוכר, ורק מה שקנה, וזה ילפינן הדיוט מהדיוט, דכמו שהדיוט קנה אחרי שהקדש הסתלק, ואחרי שהקדש הסתלק הרי החפץ הפקר וקנה באמצעות המעות, ולא שקנה מההקדש, הוא הדין הקונה, אינו קונה מהמוכר אלא לאחר שהסתלק המוכר, וזה ילפינן הדיוט מהדיוט. לפ״ז כתב לישב מה שכתבו התוס׳ בערובין פא,ב (הנ״ל) לר״ל, דלא לומדים כסף מהקדש, דבהקדש לא שייכא משיכה, לכן ההכרח הוא בכסף, משא״כ בהדיוט: ״וריש לקיש דאמר משיכה מפורשת מן התורה ואין מעות קונות, קסבר מהקדש לא ילפינן דכסף קני ליה, משום דלא שייכא ביה משיכה, דכל היכא דאיתיה, בי גזא דרחמנא איתא״. די״ל לרבי יוחנן, דודאי לענין סילוק הבעלים, עדיף כסף ממשיכה, ולזה אין צריך כלל לימוד אף לא מהקדש, אולם לאחר שהסתלק ההקדש, כבר אין את הסברא דכל היכא דאיתא, בי גזא דרחמנא איתיה, כיון שההקדש הסתלק, ולמה לא יקנה הקונה במשיכה. ומזה הוכיחו דכסף קונה דבר תורה (ועיין באו״ש מכירה ג,ג, ובבאר יצחק לגרי״א, חיור״ד סי׳ כח ענף ג).

ב. בתורת קנין או מדין שוויות

ידועה מחלוקת האחרונים אם קנין כסף הינו תורת קנין, וכמו שעושים מעשה קנין בסודר, כן עושים בכסף, או שהוא בתורת שוויות ופרעון, שמה שנותן בתמורה לנמכר וכתשלום עבורו, הוא הקנין הקונה. ולכאורה נפק״מ לנדו״ד, שאם נאמר שכסף הוי מעשה קנין כמו קנין סודר, לא שייך לכאורה שיועיל קנין כסף שנעשה דרך העברה בנקאית, דאין כאן מעשה קנין דומיא דסודר וככל מעשה קנין, בגוף החפץ או דרך סודר. אולם אם קנין כסף הוא שוויות ותחילת פרעון, נראה דאף אם פרע לו באמצעות העברה בקאית, יועיל מדין קנין כסף. [עוד נפק״מ, עיין בשו״מ, תנינא ח״א סי׳ סה, אם התבטל המקח אח״כ מחמת שלא השלים דמיו, דאם מתורת שוויות,

קנה כנגד מעותיו, משא״כ אם הוא בתורת קנין, כיון שהתבטל המקח, בטל כל הקנין ולא מחלקים הקנין לחצאין].

הסמ״ע קצ,א כתב דכיון דילפינן משדה עפרון, ובשדה עפרון נתן אברהם אבינו את הכסף כדמי שוויות, ממילא מה שנלמד משם שכסף קונה כאשר נותן את הכסף כפרעון, ואינו קונה שנותן בתורת קנין כסודר, דזה לא נלמד משדה עפרון, וז״ל הסמ״ע: ״ואיירי דוקא בשנתן לו השוה פרוטה על דמי הפרעון והשאר זקף עליו במלוה, או לא עייל ונפק אזוזי, ועל דרך שנתבאר בסימן זה בסעיף י׳, וקיצר כאן וסמך אמ״ש אחר זה, או כשכל שיווי המקח אינו אלא פרוטה. אבל אין לומר דלא איירי כאן בכסף שנותן בשביל שיווי המקח, אלא שנותן לו פרוטה, שבפרוטה זו נשתעבדו זה לזה, זה לקנות וזה למכור, ושאין אחד יכול לחזור בו, דומיא דקנין שטר וחזקה וקנין סודר, דזה אינו, דהא קנין כסף נלמד משדה עפרון, וכסף הנזכר בשדה עפרון היה דמי שיווי השדה״. דמהות קנין הכסף, שנותן מקצת הפרעון, וקונה הקרקע או המטלטלין דבר תורה בנתינה זו. וכן הבהיר בפירושו על הטור (פרישה קצ,ב).

והט״ז שם (קצ,ב) הקשה על הסמ״ע, דהרמ״א קצ,י כתב דקונה שלא נתן למוכר מעות בתורת פרעון אלא בתורת ערבות, ושניהם הסכימו שכסף הערבון יקנה, קנה אף שלא נתן בתורת פרעון, וז״ל הרמ״א שם: ״וכל זה שנתן לו מקצת הדמים בתורת פרעון, אבל לא נתן לו אלא בערבון בעלמא, אפילו לא נפיק ועייל אזוזי, לא קנה רק נגד מעותיו (הכל בטור), אלא אם פירש שיקנה נגד הכל״. מבואר שכסף קונה אף אם לא נתן בתורת פרעון. עוד הקשה הט״ז, דגם קנין אשה בכסף נלמד מעפרון: ״וזה פשוט דבאשה קונה אותה דרך נתינה לחוד, ולא בתורת שיווי מה שהיא שוה״. דכסף באשה הוא תורת קנין, ולא חלק מפרעון שוויות המקח.

ובאבנמ״ל כט,ב הביא את דברי התוס׳ רי״ד ריש קדושין (ג,א) שהקשה, שאם יתן איש לאשה סודר שיש בו שוה פרוטה, אף שנתנו לה בתורת חליפין, מדוע אינה מקודשת בשוה פרוטה שבסודר, דכיון שיש בסודר ג על ג והיא רשאית לעושקו, תתקדש בסודר בתורת שוה כסף. ותירץ הרי״ד שאה״נ, שאם התרצית להתקדש לו בסודר, אף שהזכיר לה שם חליפין, מקודשת; ״ומיירי שהתנה עמה לקדשה במנה ולא היה נותנה לה עכשיו, אלא התפיסה את הסודר שתתקדש לו ולא תוכל לחזור בה, והוא יתחייב ליתן לה המנה לאחר זמן, בכי ה״ג ודאי אינה מקודשת, כיון שאינה נתרצית לקדש אלא במנה ומנה אין כאן״. ומהרי״ט שם בחידושיו לקדושין (ג,א) הקשה, מה החילוק אם התרצתה להתקדש לו בזה הסודר, אף שהזכיר לה שם חליפין, מקודשת כדי שויו, ואם לא נתרצית אלא שיתן לה מנה והתפיסה את הסודר

שתתקדש על ידה שלא תוכל לחזור בה, דהו״ל כהתקדשי לי במנה ונתן לה דינר, דקיי״ל (קדושין ח,א) דמקודשת וישלים, דכל האומר ע״מ כאומר מעכשיו דמי ואינה יכולה לחזור בה, ונמצא שעיקר הקידושין בדינר שנתן לה, והוא הדין בזה תתקדש בסודר, עיי״ש. וכתב האבנמ״ל לבאר את התוס׳ רי״ד לפי מש״כ הסמ״ע, דלא מהני קנין כסף אלא כשנותן בתורת שוויות, משא״כ כשנותן לקנין, וגם באשה שייך שוויות, והוכיח כן מדברי הרא״ש (ב״מ א,מח), עיי״ש (והוכחה זו הביא גם באמרי בינה, קנינים א, ועיין עוד במהרש״ם בתש׳ ח״ד סי׳ פו) שהביא מראשונים נוספים ראיה שבאשה מתקדשת בפרוטה בתורת שווי. והגרא״ז אבן האזל מכירה א,ד חלק על ראית האבנמ״ל, וכתב דאדרבא, מהרא״ש מוכח דבקדושין אינו כסף שווי. והסיק הגרא״ז דכסף מכירה וכסף קדושין הם שני ענינים, כסף מכירה כסף שווי, וכסף קדושין הוא כסף קנין, עיי״ש). וכשמקדש האשה בחליפין שוה פרוטה, יש כאן חליפין של האשה תמורת שווי הסודר, משא״כ בחליפין שהוא לקנין שמוכר לו שדה במנה ואינו נותן המנה רק שנותן הסודר לקנין, דבזה אין הסודר בתורת שוויות, שאינו מנכה שווי הסודר מדמי הפרעון, אין בסודר תורת כסף אלא תורת חליפין: ״דהא המכר היה בעד מנה, ואינו מנכה מן המנה מה ששוה הסודר, ואין הסודר אלא לקנין, וא״כ אין בו משום לתא דכסף, דהא כסף אינו קונה אלא כשנותנו לפרעון או לתחלת פרעון״. ובאמרי בינה (קנינים א) הקשה, דבקדושין כו,א נלמד קנין כסף משדות בכסף יקנו. ובתוס׳ שם (ד״ה אמר) כתבו דלא ילפינן משדה עפרון, דבשדה עפרון אפשר דהני מילי מעכו״ם, ועיי״ש מה שנו״נ בזה. וע״ע במנחת חינוך (מצוה מג ד״ה והנלענ״ד).

ובאבנמ״ל הביא ראיות לדעת הסמ״ע דכסף מהני מדין שוויות, מדברי רש״י בכורות יג,א, על הא דאמר ר׳ יוחנן דבר תורה מעות קונות, דלומדים הדיוט מהקדש מדכתיב; ונתן הכסף וקם לו, והפסוק מדבר בכסף חילול מעשר שני, והוא ודאי חילול משווי המעשר. עוד הביא מהשטמ״ק ב״מ מז,ב, בטעמא דר׳ יוחנן משום דרוב קנינים בכסף, כדכתיב אוכל בכסף תשבירני, והיינו כסף שוויות. וכן בעבד עברי דנקנה בכסף (קידושין יד,ב), ונלמד מאמה העבריה דנקנית בכסף, מדכתיב; והפדה, מלמד שמגרעת פדיונה. ופי׳ ר״ת, דכשם שקונה עצמה בכסף, כך נקנית בכסף, וכיון דכסף שקונה עצמה ודאי כסף שוויות, דגרעון כסף לפי השנים, וא״כ הוא הדין כסף קנין: ״ולכן נראה עיקר כדברי הסמ״ע, דכסף שקונה היינו היכא דנותן לפרעון או לתחלת פרעון, בזה הוא דקונה״. וכן נראה מהעונג יו״ט (סי׳ קנג ד״ה ובב״מ).

ובב״מ מח,ב, על הא דפליגי בנותן לו הקונה ערבון תמורת המקח ואומר ערבוני יקון, אם קנה כולו או רק כנגד הערבון; אמר רבן שמעון בן גמליאל, במה דברים אמורים בזמן שאמר לו ערבוני יקון, אבל מכר לו בית או שדה באלף זוז ופרע לו מהם חמש מאות זוז, קנה ומחזיר לו את השאר אפילו לאחר כמה שנים.

ופרש״י שם, בזמן שאמר לו ערבוני יקון; ״יקנה, שלא נתנה לו בתורת תחילת פירעון והשאר עליו מלוה, אלא בתורת שערבון זה יקנה את הכל, והא לאו מלתא היא״. ואם כסף בתורת קנין, מדוע לא יועיל שיקנה הכל, ומוכח דכסף קונה רק אם נתן לו בתורת תחילת פרעון. וראיה זו ראיתי לגר״א וולקין בחושן אהרן קצ,א והגרא״ז (אבן האזל מכירה א,ד). והגרא״ז כתב דתוס׳ (ד״ה בזמן) חולקים על רש״י, דהתוס׳ הקשו שם, דערבוני יקון עדיף מנתן לו בתורת פרעון דקנה הכל, כיון שפירש בהדיא שיקנה הכל. והיינו, שאף שלא נתן לו בתורת פרעון, מהני מדין קנין כסף, כיון שפירש להדיא. הרי שאם פירש להדיא, מהני מדין קנין כסף, אף שלא נתן לו בתורת פרעון. (וע״ע במהרש״ם ח״ה סי׳ ג, הראיות שהביא מהראשונים לשיטות הסמ״ע והט״ז).

והאור שמח (בחידושיו לקדושין כז,א) הביא ראיה לדעת הסמ״ע, מקונה י שדות בעשר מדינות, ודוקא כשנתן לו דמי כולם, אבל לא נתן לו דמי כולם, לא קנה אלא כנגד מעותיו. והגירסא בתוספתא (כתובות ב,ג): יפה כח חזקה [מכח כסף ושטר], שבחזקה מכר לו עשר שדות בעשר מדינות, כיון שהחזיק באחת מהן קנה כולם, אבל אם לא נתן אלא דמי אחת מהן או שלא כתב לו אלא על אחת מהן, לא קנה אלא אותו שמכר לו בלבד. ופירש האו״ש, דבזה חזקה עדיפה, שבחזקה בשדה זו יכול לקנות כל השדות אפילו בעשר מדינות, משא״כ כשקונה בכסף, צריך ליתן דמי כולן, דאם קונה בשטר, צריך ליכתוב לו כל השדות, ואם לא נתן לו כסף רק עבור שדה אחת, או לא כתב בשטר רק שדה אחת, לא קנה רק מה שכתב לו או נתן עבודה כסף: ״נמצא עלה בידינו, שדברי הכהן הגדול בעל הסמ״ע (קצ,א) מוכרחים, דהא דקרקע נקנה בכסף בפרוטה, היינו כסף שווי, ובשזקף עליו במלוה השאר, או כשכל המקח אינו אלא בפרוטה ואין כאן כסף קנין לומר שאינו לפרעון כלל, רק לקנין, לכן בעינן שיתן פרוטה לכל שדה, היינו אם דמים שלהן יותר, רק כעת נותן לו מדמים שנתחייב עבור שדה זו פרוטה והשאר זוקף עליו במלוה, א״כ לא קנה רק אותה שדה שנתן עבורה הפרוטה מדמיו, אבל אם תאמר דהוה כסף קנין, בפרוטה אחת יקנה כולם״.

ומה שהביא הסמ״ע שקנין כסף נלמד משדה עפרון, כבר הקשו האחרונים, דבקדושין כו,א נלמד משדות בכסף יקנו (ירמיהו לב,מד). הב״ח (חו״מ קצ,א) הביא מקור לקנין כסף, משדות בכסף יקנו, וכסף זה הוא כסף קנין, ואינו בדוקא כסף השדה שהוא דמי השדה אלא כסף שהקרקע נקנית בו, כלישנא דקרא שדות בכסף יקנו. וכן הקשה בנתיבות קצ,ב, והביא מהפרישה קצ,ב דמה שאין כסף קונה בפחות משוה פרוטה, את זה לומדים מאשה, ואשה משדה עפרון, והכסף דשדה עפרון היה דמי שוויו של השדה. והנתיבות השיגו, דפחות משוה פרוטה לא נקרא כסף, וא״כ לומדים

משדות בכסף יקנו, דדוקא כסף, ופחות משוה פרוטה אינו כסף, ואין צריך ללמוד משדה עפרון. עוד הקשה, דהרי גם בנותן הכסף ע"מ להחזיר מהני: "וצריך לומר בדוחק דגם פרעון ע"מ להחזיר חשיב פרעון, וזה דוחק. לכן העיקר כהט"ז דאפילו נותן לו הכסף רק כדי לקנות השדה קונה". מבואר דהנתיבות ס"ל כדעת הט"ז, דמהני אף אם נותן כסף שאינו חלק מהפרעון. וכך היא דעת המנ"ח (ריש מצוה שלו), דקנין כסף לא נלמד משדה עפרון אלא משדות בכסף יקנו, וציין לגמ' קדושין כו,א ולתוס' שם, ומשמעות כסף דוקא פרוטה ולא פחות משוה פרוטה, כמשמעות כסף בכל התורה. וכן הוא באמרי בינה (קנינים א), וכן הקשה בחלקת יואב (חחו"מ סי' יח). ועיין בתש' רבי שלמה אייגר (חחו"מ סי' י ד"ה הן) שדעת הסמ"ע דעת יחידאה, וראיות הט"ז נכונות וחזקות, ואין עליהן תשובה.

ועיין בשו"מ (תליתאה ח"א סי' שנד) שהביא ראיה לדעת הט"ז, מקידושין ה,א דרב הונא סובר דחופה קונה מק"ו, ומה כסף שאינו גומר קונה, חופה שגומרת אינה בדין שתקנה. ואם כדעת הסמ"ע שכסף מהני מדין שוויות, מה הדמיון בין חופה לכסף, דחופה לא שייך בה שוויות רק קנין, וא"כ מה ענין כסף לחופה שתלמד בק"ו, דכסף הוא מדין שוויות, משא"כ חופה. ומוכח מזה דרב הונא ס"ל דכסף מהני מתורת קנין, ולכן גם בחופה שייך קנין. ושם בהמשך הגמ', ומנין שאף בשטר, ודין הוא, ומה כסף שאינו מוציא מכניס, שטר שמוציא אינו דין שמכניס, וקשה, דשאני כסף ששייך בו שוויות, משא"כ שטר דמהני אף אם אינו שוה פרוטה, ומה ענינו לכסף, ומוכח שכסף מתורת קנין. עוד הביא ראיה מכל חייבי לאוין שמתקדשין בכסף, דבחייבי לאוין לא שייך שוויות, דהא אסורה עליו, ואינו רק קנין איסור שצריכה גט בקידושין לבד, וא"כ לא שייך שם ענין שוויות, ומתקדשת בתורת קנין. ועיין בקוב"ש קדושין סי' יב מש"כ בזה.

ולכאורה למש"כ לעיל, אם מהני קנין כסף באמצעות העברה בנקאית, באנו למחלוקת האחרונים הנ"ל אם הוי קנין כסף בתורת שוויות או קנין, דאם הוי בתורת שוויות, לכאורה מה שנכנס לחשבון הבנק בתורת פרעון, יכול להחשב כקנין כסף, וכמראה מקום היכן להניח את הכסף, משא"כ אם הוי בתורת קנין, לא מהני מה שהעביר כסף לבנק, אא"כ יתן לאחר שיזכה לו או בתורת ערב וכיוצב"ז. עוד נראה, דלשיטות דמהני מדין קנין כסף, מדרבנן אינו קונה, אולם אם אינו קנין כסף, אפשר דחשיב כה"ג סיטומתא, ויועיל הקנין אף מדרבנן.

ג. קנין כסף כשנותן שוה כסף

ואפשר שמה שנותן לו באמצעות העברה בנקאית, אינו נחשב ככסף אלא שוה כסף. ובזה נחלקו האחרונים אם בטלו קנין כסף וקונה רק במשיכה, כדין קנין כסף,

או דבשוה כסף לא גזרו שמא יאמר נשרפו חיטיך בעליה, וקונה מדין קנין כסף. הנתיבות רג,א כתב, דאף בהחליף שור בפרה בתורת דמים ולא הקפיד בשומתן לא קנה, דכל שהוא בתורת דמים לא קנה: "וגם אין לומר דקונה בכה"ג מטעם דלא שייך נשרפו חיטיך, דהא אם לא יקנה יאמר הלוקח נשרפו החיטין שמשכתי, דזה אינו, דלא פלוג רבנן, וכל שנותן בתורת דמים לא קנה". הרי דאף בשוה כסף אינו קונה דומיא דכסף. אמנם בפנ"י (ב"מ מה,ב ד"ה אמנם כן) מבואר, דבחליפין שוה בשוה, יכול גם הלוקח לומר נשרף חליפי החיטין בעליה, ומתוך דבריו נראה דבשוה כסף ככלל לא נאמר דין זה שבטלו קנין כסף במטלטלין, וכל שהוא מדין שוה כסף, קונה מהתורה ומדרבנן: "ונהי דבמעות ממש קמו רבנן אמילתיה ובטלוהו משום שמא יאמר נשרפו חיטיך בעליה, אפ"ה בחליפין כה"ג שהיא מדין שוה כסף לא שייך האי טעמא לבטל זה הקנין, דאם כן כ"ש שיאמר בעל החמור שמשך כבר את הפרה נשרפה הפרה שלך בעליה". וכן הוא בפנ"י (מו,א ד"ה מכל): "דחליפין דשוה בשוה כסף נינהו וקונה מדאורייתא ככסף, ונהי דחכמים בטלו קנין הכסף כדי שלא יאמר כו', אבל בשוה כסף דלא שייך הך טעמא אוקמוה אדאורייתא". וכדברי הפנ"י נמצא בחושן אהרן קצח,א, דאם הקנין היה בשוה כסף, קונה קנין גמור אף לדידן, ועיי"ש מה שהביא ראיה מרש"י ב"מ מז,ב (ד"ה כיצד). והמקנה (קדושין כח,א ד"ה ומ"ש) כתב לחלוק על הפנ"י, עיי"ש. גם בחלקת יואב (חחו"מ סי' יז) כתב להקשות על הפנ"י, וכתב דלא פלוג חכמים בתקנתם. וכן נראה לכאורה גם דעת הגר"ח (מעשר שני ח,ז). ומ"מ דעת כמעט כל הפוסקים דאין לחלק בין שוה כסף לכסף, ואינו קונה מדרבנן בשוה כסף מטלטלין.

עוד אפשר שדין העברה בנקאית אין דינה אלא כהתחייבות בשטר, שאינו כסף ממש.

המחנ"א (קנין מעות סי' ה) דן במי שקנה מחבירו חפץ, וכתב לו שטר חוב ומסרו ביד המוכר, או שקנו מידו שהוא מתחייב דמי החפץ למוכר, והביא מרב האי גאון בספר המקח בשם הגאון, דקנה קנין גמור, ורב האי גאון לא הכריע בזה. והביא מהראנ"ח (סי' קטז) דלא מהני, וכמו שמצאנו בפדיון הבן דלא מהני אלא לכשיתן הדמים. וכתב עליו המחנ"א דאין משם ראיה, דבפדיון הבן בפירוש מיעטה תורה שאין פודין בשטרות, וכמו כן אין פודין בשעבוד שנתחייב, משא"כ במקח וממכר אם יתן למוכר שטר חוב דאחרים בעד המקח קונה, דכל טעם שט"ח דאחרים דלא מהני הוא מפני שלא סמכא דעתיה, אולם כשכותב לו שטר חוב על עצמו דלא שייך לטעם דלא סמכא דעתיה, קונה מדין קנין כסף, ועדיף מקנין כסף, דכסף אינו קונה אלא למי שפרע, משא"כ בשט"ח על עצמו קונה קנין גמור, דלא שייך בזה שיאמר לו נשרפו חטיך, דכיון דהמוכר לא קיבל הדמים, טרח ומציל מהדליקה, פן יסרב הלוקח ליתן לו הדמים. וכמש"כ התוס' (ב"מ מו,א ד"ה ש"מ), דבקנין סודר דשכיח

ליכא למיחש שמא יאמר לו נשרפו חטיך, דכיון דלא קבל המוכר המעות, טרח ומציל פן יסרב הלוקח ליתן לו המעות. ועיי״ש עוד ראיות שהביא דהחיוב שמחייב עצמו לחבירו בעד המקח דינו כנתינת כסף. ולכאורה בהעברה בנקאית שאינו יכול למשוך חזרה את הכסף אלא עד לשלשה ימי עסקים, עדיין יש חשש זה, ומ״מ לא גרע מקנין כסף ומהני לענין מי שפרע.

ובנתיבות רד,א חלק עליו, דלפי דברי המחנ״א מדוע הכסף אינו קונה את הזהב, דבמעות לא שייך נשרפו מעותיך כמ״ש התוס׳ (ב״מ מג,א ד״ה מאי), וכן בקנין סודר אם כבר נתן המעות, לא יקנה, דבזה יהיה חשש של נשרפו חיטיך: ״אלא ודאי דלא פלוג רבנן, וכל ששם קנין מעות עליו לא קנה, וכל ששם שאר קנינים עליו, אף דלפעמים שייך גביה החשש דנשרפו חיטיך, מ״מ כיון שברוב קנין זה לא שייך החשש, לא פלוג רבנן. וכן כתב הסמ״ע בהדיא בסימן רג,טו, וכיוצא בזה כתב השטמ״ק (ב״מ מז,ב ד״ה וז״ל הריטב״א), עיי״ש. והכי נמי שט״ח ודאי קנין מעות שמו ולא קנה ולא פלוג רבנן, וק״ו הוא מנתן לו מקצת מעות, דכשנתן לו שט״ח אפשר לומר דהוי כאילו נתן לו כל המעות, דהא יכול למכור השט״ח לאחר ולקבל מעותיו כפי שומא. ועיין ש״ך לט,מט דמשמע דלא קנה״. ואף לנתיבות נראה דמהני כקנין כסף, ורק חלק על מש״כ המחנ״א דעדיף מקנין כסף, אולם על היות השט״ח מועיל כקנין כסף, לקרקע או למטלטלין למי שפרע, בזה לא חלק על המחנ״א. (ועיין בשו״מ תנינא, ח״ד סי׳ קי, שכתב להקשות על המחנ״א, דשטר שאין גופו ממון ויש בו שעבוד ממון, יהיה עדיף מגופו ממון שאינו קונה, ונשאר בצ״ע, עיי״ש).

ד. בקנינים אחרים שהחפץ עדיין ביד המוכר

וכבר הוזכרו לעיל דברי התוס׳ דבסודר, אף שהחפץ ביד המוכר, יטרח ויציל מהדליקה, כיון שלא קיבל דמי המכר. תוס׳ ב״מ מו,א (ד״ה ש״מ), כתבו: ״... ובקנין סודר דשכיחא, ליכא למיחש שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעלייה, דכיון דלא קיבל המוכר המעות, טרח ומציל פן יסרב הלוקח ליתן לו המעות״. דכל היכא שלא קיבל המעות, אף שהחפץ ביד המוכר, דלא עשה הלוקח קנין בגוף החפץ, יטרח המוכר ויציל, שמא אם לא יציל לא יקבל מעותיו. וכן הוא ברשב״א (ב״מ מז,ב), שהקשה איך קונים מטלטלין בחליפין, הרי החפץ ביד המוכר: ״י״ל, כיון דהחליפין סודר ליכא למיחש, דהתם ודאי טרח מוכר ומציל, דכיון דאכתי לא שקיל זוזי, מסתפי דלא ליחות עם לוקח בדינא ודייני, וכיון דבחליפי סודר ליכא למיחש, אף בשאר חליפין לא תקינו, דלא פלוג רבנן. ובאגב נמי לא חששו משום האי טעמא גופא״. והיינו שאפי׳ נתן לו גם המעות ואין סיבה שיחוש להציל, מ״מ כיון שרוב קניני סודר הם ללא מעות, לא פלוג חכמים. וכן הדין בקנין אגב. וכן כתב בנימוק״י (ב״מ

כח,א מעמוה"ר), וכן הוא בריטב"א (ב,מ מז,ב): "שלא תקנו חכמים אלא כשהכסף והפירות ביד המוכר, שהלוקח האמין בו הכל וסמך כסבור שיטרח ויציל, אבל באידך שלא נתן לו כספו, מן הסתם לא היה לו לסמוך על המוכר ותו לא פלוג רבנן אפי' היכא שנתן לו כספו".

וכן מצאנו בנו"כ, עיין בסמ"ע קצח,ז, שאף הוסיף, דמזה שמועיל קנין סיטומתא במטלטלין ולא גזרו כמו בכסף, הוא הטעם האמור בסודר, דכיון שלא קיבל מעות, טרח ומציל. ועיין בנתיבות קצח,ד, דבסיטומתא ובקנין סודר, כיון דבדר"כ אינו נותן מעות, לא פלוג חכמים, וקונה אף בנתן מעות וקנה בסודר. ואם קונה בקנין כסף ונתן רק מקצת מעות, אף דלכאורה לא שייך בזה נשרפו חיטיך, לא קנה רק למי שפרע, דכיון שעקרו קנין כסף, לא מהני אף אם הטעם של נשרפו חיטיך לא שייך. וע"ע בנתיבות רד,א. ולכאורה מהסמ"ע הנ"ל נראה דבלא קיבל כל המעות, מהני קנין כסף. וכן נראה להדיא בדברי הסמ"ע רא,ד, דלא חששו בסיטומתא שיאמר המוכר נשרפו חיטיך בעליה; "דלא חשו לזה אלא במקום שכבר קיבל המוכר כל דמי שוויו של המכר". ומבואר לכאורה דאם לא קיבל כל דמי המכר, קונה בקנין כסף. אך נראה דזה אינו, דכוונת הסמ"ע דדוקא בקנין כסף דבדר"כ מקבל כל הכסף, חשו שיאמר לו נשרפו חיטיך, וממילא לא פלוג במקרה שנותן רק מקצת כסף. משא"כ בסודר וכיוצ"ב, שאין נותנים בדר"כ כל הכסף, ממילא לא עקרו קנינם במטלטלין. ואח"כ מצאתי כן להדיא ברע"א (קמא סי' קלד): "ומה"ט נלענ"ד דמ"ש הסמ"ע (סי' רא) דלא חיישינן לזה אלא במקום שכבר קבל כל המעות וכו', משמע דבלא קיבל כל המעות מעות קונות. ולענ"ד אינו כן, דקנין מעות בכל מקום לא מהני, כיון דבקנין מעות הדרך ליתן כל המעות לא חלקו בזה, רק בקנין סודר דאין דרך ליתן המעות, מש"ה אף בנתן המעות כבר קנה". והגאון האור שמח (חדושי רבי מאיר שמחה, ב"מ מו,ב) כתב, דאם נתן מקצת מעות, מה שכנגד המעות שנתן לא קנה, שהרי שייך על המקצת שיאמר לו נשרפו חיטיך, ממילא גם המוכר לא זוכה במקצת מעות אלו, כיון שהלוקח לא קנה, עיי"ש. ועיין בדברי חיים (מכירה כא), דכיון דבאגב קונה אף בלא מעות, המעות לא מגרעים להפסיד הקנין מחשש נשרפו חיטיך. וע"ע בדבר אברהם ח"א ג,ב, בענין לא פלוג בגזירת חכמים זו.

והנה לענין סיטומתא, כאשר קונה בכסף במקום שנוהגים לקנות בכסף, שיועיל מדין סיטומתא. המחבר בשו"ע חו"מ רא,ב, פסק וז"ל: "וכן כל דבר שנהגו התגרים לקנות בו, כגון על ידי שנותן הלוקח פרוטה למוכר ... וכן כל כיוצא בזה". (ולכאורה אפשרות להראות מקורו לתוס' ב"מ מו,א ד"ה ש"מ, הנ"ל). והובאו דברי הסמ"ע שם ס"ק ד, דלא חשו לנשרפו חיטיך, כיון שלא קיבל המוכר כל דמי ממכרו. ועיין לעיל. ומזה יוצא, שאם כיון לקנות בקנין שנהגו הסוחרים לקנות ובאופן שנהגו, קנה

המטלטלין, ואף בנותן כסף. אולם לכאורה כאשר נותן את כל דמי המכר ונראה שמתכוין לקנות בכסף, אף שנהגו הסוחרים לקנות בכה״ג, כיון דבזה שייך החשש שיאמר נשרפו חיטיך, ודוקא בפרוטה שנהגו הסוחרים כקנין למנהגם שיהיה בתורת קנין, אבל כסף שהוא בא בתורת תשלום, אף אם נהגו הסוחרים, לכאורה למש״כ הסמ״ע, לא יועיל מדין סיטומתא. ומה שחלק עליו החת״ס בתש׳ (חחו״מ סי׳ צט סד״ה ועדיין), היינו בקונה בסיטומתא ונותן כל המעות, אבל כשהמעות עצמם הם הסיטומתא, לכאורה בזה נראה שכולם יודו שלא יועיל. דמש״כ בשו״ע דמהני סיטומתא כשנותן הקונה פרוטה למוכר, היינו באופן שנותן לו בתורת קנין, וידוע שזה דרך הסוחרים שדוקא נותן לו פרוטה, כך נהגו לקיים המקח, וכמו בסימן בחבית וכיוצ״ב. אבל אם מעביר לו את התשלום עבור המטלטל, הגם שהסוחרים נוהגים שבדמי קדימה נקנה המקח, לא יצא מכלל קנין כסף שהפקיעו חז״ל במטלטלין. ואף לסוברים שקנין כסף הוא תורת קנין, מ״מ מירי השו״ע שנותן לו באופן שהסוחרים נהגו ולא באופן של דין קנין כסף. ואם שניהם שוים, היינו שמתכוין לקנות דוקא כיון שהסוחרים נהגו כך לקנות. אולם בנדו״ד נראה דלא יצא מכלל קנין כסף שהפקיעו חכמים. ויסוד לדין נמצא בנתיבות רד,א, דכל ששם קנין מעות עליו לא קנה, וכל ששם שאר קנינים עליו, אף דלפעמים שייך גביה החשש דנשרפו חיטיך, מ״מ כיון שברוב קנין זה לא שייך החשש, לא פלוג חכמים.

וכיוצא בזה ראיתי בתש׳ מהר״מ שיק (חחו״מ סי׳ מא): ״ואשר ביקש ממני לחוות דעתי בענין סיטומתא, דיש אומרים דמעות האידנא סיטומתא, ואם קונה בדבר שאינו ברשותו. הנה מי שאומר דמעות קונה מצד סיטומתא, לא אמר כלום ולא שמעתי דבר זה מעולם. ומה דאיתא בשו״ע סי׳ רא פרוטה לסיטומתא, כבר ביאר בשטמ״ק ב״מ פ׳ איזהו נשך, דהיינו דלא סגיא ולית לה צורתא, ונותנין זה בתורת קנין סודר״. מבואר שאם נותן כסף בתורת תשלום, ודאי שייך טעם הפקעת חכמים, ומכלל קנין כסף לא יצא, אף אם נהגו הסוחרים דממילא נקנו לו אחרי ששילם. דנראה דהסוחרים נהגו בכסף ששייך לקונה אחר התשלום, אך אינו בתורת קנין בהל׳ קנינים. מה עוד דאף הסוחרים לא נהגו ששייך לקונה, שהרי כל עוד לא סיפק את הסחורה, הינה באחריות המוכר, ומזה נלמד שאינו קונה את המטלטלין כל עוד לא הגיעו לידו, ורק קונה אותם לענין יוקרא וזולא. ואף אם נאמר שקונה אותם הקונה, ורק הם באחריות המוכר כדין שומר, וחייב אף באונסין, מ״מ נראה שאינו בתורת קנין. ועיין מה שכתבתי בח״ט סי׳ יז. ובכל אופן כשנותן בתורת תשלום עבור הסחורה, אף אם נהגו הסוחרים לקנות בכה״ג, מכלל קנין כסף לא יצא, והפקעת חכמים חלה גם על זה.

וכן מצאתי באולם המשפט (רא,ב), דאם נתן כל דמי המכר, לא מהני המנהג שיקנה במעות: "וכן נראה, דכיון דמעות היה קנין תורה ועקרוהו חכמים, ודאי כל שנהגו לעקור תקנות חכמים, לאו מנהגא הוא. ואף למה שכתב הרב לעיל סי' קצח, דהתנו לקנות בקנין מעות קונה, היינו דוקא בידע הלוקח ומחל וכמו שכתבתי שם, אבל לעשותו קנין גמור ומנהג אף בלא ידע לוקח, זה לאו כל כמיניה ומנהג טעות הוא, וכן נכון". ונראה דהוא הדין אף בשילם חלק מהתשלום, כאשר ניכר שהדבר נעשה בתורת פרעון. וכן נמצא בדברי הגרע"א (קמא, סי' קלד), דמש"כ הסמ"ע (רא,ד) דלא חיישינן אם נותן פרוטה בתורת סיטומתא, כיון שלא נתן כל המעות, ומשמע דבלא קיבל כל המעות מעות קונות בתורת סיטומתא: "ולענ"ד אינו כן, דקנין מעות בכל מקום לא מהני, כיון דבקנין מעות הדרך ליתן כל המעות לא חלקו בזה, רק בקנין סודר דאין דרך ליתן המעות, מש"ה אף בנתן המעות כבר קנה". ונראה מהקשר דברי הגרע"א, דאף בסיטומתא ככל שנתן מעות בתורת פרעון, הוי כקנין כסף, ורק בנתן פרוטה כמנהג הסוחרים בתורת קנין סיטומתא ודומיא דסודר וכרושם על החבית, מהני מדין סיטומתא. ועיין בחושן אהרן לגר"א וולקין, רא,א, מש"כ באריכות בזה.

אלא שבתש' בשמים ראש (סי' רסג), כתב וז"ל: "אודות המנהג בעירכם לקנות במעות, ורצית לומר שאין זה כמו סיטומתא דקניא, דכל המנהגים אינם באים לעקור תקנת חכמים להדיא, אבל זה לעקור בא. ותדע, דמן התורה הוי קני, ועקרו חכמים ואמרו דלא לקני, שהמוכר יתן אל ליבו, ומי עדיף האי מנהגא מדין תורה, עד כאן דבריך. ותקשי לך בהיפוך, דהא מנהג עוקר דבר תורה, ולמה לא יעקור תקנת חכמים, אלא דאידי ואידי דינא נינהו, דחכמים הנהיגו באופן אחר לטובתן, דיכולים אפי' ע"י מנהגים לשנות הקנינים, ורשאין בני העיר להסיע על קיצתן, וכל תנאי ממון שהתקינו אנשי העיר והתנו ביניהם כך, כל לוקח או מוכר או נותן, סתמא אדעתיה יהיב וסמכא דעתיה דאדעתא דמנהגא עביד, וכיון דנהגו עכשיו באופן אחר והחזירו עטרה ליושנה לעשות כדין תורה, למה יגרע". ומבואר דאם מנהג הסוחרים לקנות בכסף, מהני אף שעקרו קנין כסף, יועיל מדין סיטומתא. וכך נמצא גם בדברי מהרש"ם (משפט שלום רא,ב): "ובמדינתנו נ"ל שרוב הסוחרים מקיימים המקח לתת סחורה כנגד הדראן שנתן, וכן אם שילם לו כל המעות, אין פוצה פה לשנות, וא"כ מהני מטעם סיטומתא. וכן הסכים הגאבד"ק לבוב בתש' כת"י". ומבואר מזה דכל שנהגו הסוחרים לקנות בכסף, ואף שנותן כל הכסף בפרעון, אם כך נהגו הסוחרים, מהני מדין סיטומתא.

אלא שבנדו"ד יש להסתפק יותר, דהרי אפשר שכל ההעברה הבנקאית אין לה דין של קנין כסף, וכנ"ל, ולכן אין העברה בנקאית בכלל תקנת חכמים שהפקיעו קנין כסף, אף שלכאורה טעם ההפקעה שייך אף בזה, מ"מ הפקיעו רק מה שמוגדר קנין כסף, ואם אין כאן קנין כסף, אף שהעביר את כל הכסף כפרעון, יועיל מדין

סיטומתא, דכל מה שהתבאר דלא מהני מדין סיטומתא הוא דוקא במקום שהיה כאן קנין כסף עם סיטומתא, אולם אם יש כאן רק סיטומתא, דלאחד הצדדים הנ״ל בהעברה בנקאית אין קנין כסף, יועיל לכ״ע מדין סיטומתא. אך עדיין צ״ע, כשסיטומתא היא כמו קנין כסף ממש, ושייך בה תקנת חכמים.

ה. ספק אם הכסף מהני

ולפ״ז באנו למחלוקת אם מועיל כסף, כשנותן בתורת פרעון ונהגו הסוחרים לקנות באופן זה, מדין סיטומתא. כמו כן יש להסתפק אם אכן קונה כשמשלם דמים והמוכר אחראי לחפץ מדין שומר, או שכלל אין מכירה עד שמגיע לרשותו, דהרי אפי׳ יהיה למוכר אונס גמור, יהיה חייב לספק המטלטלין לקונה, ומזה לכאורה ראיה שאין כסף קונה לפי מנהג הסוחרים.

ולענין עצם השאלה אם יש ספק אם קונה הכסף או לא, ואם גזירת חכמים שמא יאמר המוכר נשרפו חיטיך, חלה בכגון מקרה מסוים, נראה דקיי״ל בזה המוציא מחבירו עליו הראיה, ואם המוכר מוחזק, כבנדו״ד, יעמוד החפץ ברשותו. אלא שבשו״מ (תנינא, ח״ג סי׳ קכז) מבואר דבספק המטלטלין בחזקת הלוקח. השו״מ יצא לחדש, שאם בנים יקנו מטלטלין וימשכו אותו לבית אביהם, אף שאינו נקנה להם, לא שייך בזה תקנת חכמים, דבודאי טרחי ומצילו בשביל אביהם; ״מכל מקום לפענ״ד באמת הוא כן, ולו יהא דאינו רק ספק, הא כל ספק בתקנה הדרינן לדינא דמן התורה מעות קונות, ורק דחז״ל עקרו מחמת התקנה, ובכה״ג דיש לומר דלא שייך התקנה, שוב הדרן לדינא״. מבואר שכיון דהוי ספק בתקנת חכמים, מעמידים על דין תורה וקנה הלוקח.

וכך נמצא גם בפת״ש (חו״מ קצח,ח), לענין הספק אם שכירות מטלטלין נקנית בכסף. הפת״ש הביא מדברי המגיד (גזילה ד,ז), לענין תקנת נגזל, דבעיא דלא איפשיטא בגמ׳ לענין אם בעה״ב לא היה בביתו, והיו שם שכירו ולקיטו, אם נשבע בעה״ב ונוטל או שהם ישבעו ויטול בעה״ב מהגזלן, ופסק הרמב״ם שאין בזה תקנת גזלן ולא נשבע ונוטל. והסביר המגיד, דהוי ספק בתקנת חכמים, ובמה שלא התקינו בפירוש, אפילו תפס מוציאין מידו. ומזה למד הפת״ש לנדון דידיה, שכירות מטלטלין בכסף, שהוא ספק בתקנה, דמוקמינן בחזקת שוכר ומהני, כיון דדבר תורה מעות קונות, אלא שחז״ל תיקנו דליבעי משיכה, וכיון שיש מחלוקת הפוסקים אם תקנת חז״ל היתה גם בשכירות מטלטלין, מעמידים על דין תורה דמעות קונות ומוציאין מיד המשכיר, דלא אתי ספק תקנה ומוציא מידי ודאי דאורייתא. אולם הביא שם מתש׳ נאות דשא (סי׳ צא), דלענין תקנות של חכמי התלמוד לא אמרינן כן, לפי שתקנות של חכמי התלמוד

דין תורה נקרא, וכל מה שהוא ספק בתקנתם הו״ל כמו ספק בדין, דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ושכן כתב בתש׳ פרח מטה אהרון (ח״א סי׳ י״א).

לאמור לעיל נראה, להעמיד את הארון ספרים בחזקת המוכר, ולא זכה בו הקונה.

סימן כב

מסייע בקנין הגבהה

ראשי פרקים

א. משיכה והגבהה בכלי של מוכר

ב. מסייע בהגבהה ואינו ניכר

ג. אוחז המקנה בחפץ עצמו, כשיכול הקונה לנתקו ולהביאו אצלו

לצורך ערובי חצרות, זכה אחד במצות לבני החצר. המצות היו מונחות בשקית, ובשעה שהזוכה הגביה את המצות, המזכה החזיק מעט בחלק העליון של השקית, שלא תפתח ויפלו המצות, והתעוררה השאלה אם מהני קנין הגבהה בכה״ג.

א. משיכה והגבהה בכלי של מוכר

קנין הגבהה הוא מה שמגביה החפץ בפועל או מוגבה מחמתו ובגרמתו. אולם מה שמחזיק השקית למעלה שלא תפתח ויפלו המצות הוא כתוספת לכלי וכסוגר את הכלי, וכמו שהכלי עצמו אינו מהוה דבר בעל ערך להגבהה, וכפי שיבואר להלן, כך הדין גם למי שהחזיק הכלי מלמעלה, ולא עשה כל פעולת הגבהה ולא הוגבה מכוחו. דכל פעולת קנין ההגבהה הינה הכנסה לרשותו או הוראת בעלות, ואין בהחזקה למעלה כל הוראת בעלות או הכנסה לרשות, בהעדר פעולה של הגבהה בפועל או מכוחו.

דלא גרע מה שהחזיק בשקית למעלה, ממי שהגביה בכליו של מוכר, דקנה, דידו של מקנה הוי כתוספת לכלי. דאיתא בב״ב פה,ב: ברשות מוכר לא קנה עד שיגביהנה או עד שיוציאנה מרשותו, מאי לאו בכליו דלוקח. לא, בכליו דמוכר. ובתוס׳ שם (ד״ה לא) למדו מהגמ׳ דמהני משיכה ללוקח בכליו של מוכר. והרמב״ן (ב״ב פו,א) הביא מרשב״ם ור״ח הסוברים דמשיכה קונה בכליו של מוכר. והביא הרמב״ן דעת החולקים, מהא דב״מ ט,ב: משוך בהמה זו וקני כלים שעליה. אמר רבא אי אמר ליה קני בהמה וקני כלים, מי קני כלים חצר מהלכת היא, וחצר מהלכת לא קנה. ומזה הוכיחו, שהרי מטעם משיכת הכלים עצמן הוא קונה, ומה מפריע היות הבהמה חצר מהלכת. ומוכח מזה שאינה משיכה, דכיון שהפירות מונחין ועומדין ואינן זזין, אין זו משיכה, וכל מה שקונה הוא מחמת הכלי. ודעת הרמב״ן דמהני המשיכה בכליו של מוכר, והביא ראיה מע״ז עא,ב; אי דכאיל ורמי למנא דישראל הכי נמי, כלומר

דמשיכה קונה, ולא משכח משיכה אינה קונה בכליו דישראל מוכר. והא דב"מ ט,ב מיירי שאמר לו לקנות באגב, וע"ז הקשתה הגמ' דכיון דבאגב מקני ליה, איך תקנה חצר מהלכת. ועיי"ש גם מה שהביא ראיה מהירושלמי (קדושין א,ד) דמהני למשוך הבהמה לקנות משוי שעליה.

וכן הוכיח הרשב"א (ב"ב פה,ב) דהגבהה ומשיכה מהני בכליו של מוכר, דמבואר בגמ' דברשות מוכר לא קנה עד שיגביהנה או עד שיוציאנה מרשותו, ומיירי בכליו של מוכר. וכן הביא מהירושלמי (קדושין א,ד); אמר רב חסדא, משוך בהמה זו לקנותה – קנה, לקנות ולדותיה - לא קנה, לקנות אותה וולדותיה – קנה. והקשו, ומה בין זה למשאה. ותירצה, כשלא היתה הבהמה מעוברת, אבל אם היתה הבהמה מעוברת, עשו עוברה כמשאה. מבואר שאף שקונה הולד, והוא בכלי של מוכר, שאינו קונה הפרה, מהני משיכת הפרה של המוכר לקנות מה שבתוכה. וחלק על הסוברים דכליו כחצירו, ולא מהני משיכה בכליו, כמו שלא מהני בחצר מוכר: "ושלא כדברי האומרים דכליו כחצירו, ואין הגבהה ומשיכה קונה בכליו, ואי נמי משום שהפירות מונחין ועומדין בתוך הכלי ואינן זזין ממקומן. וכל זה איננו שוה". וכן הביא ראיה משבת צא,ב, לענין הגונב כיס בשבת, דבמשיכת הכיס קנה המעות אף שלא הוציא כל הכיס ולא קנאו לכיס. וכן הוא ברשב"א ב"מ ט,ב. וכן נמצא בריטב"א (ב"מ ט,ב), דיש מוכיחים משם דלא מהני משיכה בכלי מוכר; "כיון דכלים לא נפקי מרשות מוכר ולעולם עמדו על גבי בהמתו, וזה אינו, שכבר בררנו בראיות מגמרא דילן ומהירושלמי בפרק הספינה דמשיכת פירות בכליו של מוכר קנה, ואדרבה יש לתרץ דמשמע לן דהא לא מיבעיא ליה לרבי אלעזר דהא פשיטא דקנה, וכי קא מיבעיא ליה אם קונה בו מדין חצר". וכן הוא בריטב"א ע"ז עא,ב, דיש מביאים ראיה משם דהגבהה קונה בכליו של מוכר, דיכול הנכרי לקנות בכלי של ישראל: "והדין אמת כדכתיבנא בפרק הספינה, אבל אין זו ראיה, דדילמא הכא לאו מנא דישראל מוכר קאמר, אלא לכלי כשר שאין בו עכבת יין קרי מנא דישראל". ועיין בר"ן (ב"ב פו,א) שהוכיח דמהני משיכה בכליו של מוכר, עיי"ש. וכך היא דעת הרא"ש (ב"מ א,כג).

ובתוס' הרא"ש (ב"ב פה,ב, מובא בשטמ"ק) הביא דברי התוס' דמהני משיכה בכליו של מוכר, ורצה להביא ראיה מע"ז עא,א, דאמר ליה רב להנהו סבוייתא, כי כייליתו חמדא לעכו"ם, שקלו זוזי מינייהו והדר כיילן להו, משום דמדמשכיה עכו"ם קניה, ויין נסך לא הוי עד דנגע ביה, וקאמר התם, אי דקאי במנא דישראל הכי נמי, הכא במאי עסקינן דקאי במנא דעכו"ם. ומבואר שאם משיכה בעכו"ם קונה, קונה אף בכלי של ישראל המוכר. ודחה הרא"ש דאין ראיה משם, דאפשר דשם מיירי בהגבהה, והגבהה קונה אף בכלי מוכר, משא"כ משיכה. עוד הביא הרא"ש מב"מ ט,ב בקנה בהמה וקני כלים שעליה וכו', דאין מזה ראיה דלא מהני כליו של מוכר, דדוקא

בבהמה שאין דרך משיכת כלים בבהמה כפותה, ולפי שאין הבהמה נעשית בסיס וטפלה לכלים הנמשכים, משא"כ כלים נעשים בסיס לפירות. ועיין בחדושי הגר"ח (גניבה ג,ב), דכל מה שמועלת משיכה בכליו של מוכר, היינו דוקא שמשך גם את הכלי ומה שבתוכו, אולם אם עשה משיכה של החפץ הנקנה, ועשה המשיכה בתוך הכלי של המוכר, הרי זה כמושך בחצירו של מוכר ולא מהני.

והנה הרמב"ם בהל' מכירה ד,ה, כתב וז"ל: "טעון של פירות שהיה מונח ברשות הרבים, ומשכו לוקח לרשותו או לסימטא אחר שפסק הדמים קנה, אע"פ שעדיין לא מדד, וכן אם מדדן הלוקח ברה"ר, קנה ראשון ראשון בהגבהה". וברב המגיד דייק מדברי הרמב"ם שהפירות לא היו בתוך כלי אלא מונחים ברה"ר, דאוקימנא בגמ' במתכלי דתומי - חבילות שומין שאינן בכלי, ומשמע שאם היו בכליו של מוכר, לא קנה הלוקח, דכליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה. מבואר דלרמב"ם לא קונה לוקח בקנין משיכה בכליו של מוכר, ממש"כ הרמב"ם טעון של פירות, ומשמע שאינם בכלי, וס"ל לרמב"ם דקנין משיכה וקנין חצר שוים, וכשם שאינו קונה בחצירו בכליו של מוכר, כך גם אינו קונה במשיכה. וצ"ל לשיטת הרמב"ם, דכיון דענין משיכה הינה הכנסה לרשותו, ובאמצעות המשיכה הוא מביא החפץ לרשותו, כשהחפץ הנקנה נמצא בכלי של מוכר, אין זה הכנסה לרשותו, כיון שהוא נמצא ברשות לוקח (עיין באבהא"ז מכירה ג,יד. ועי"ש בסוף דבריו, דכן היא דעת רבינו גרשם). ועיין באור שמח מכירה ד,ד, ובדבר אברהם ח"א כא,לא. ובשו"ע חו"מ ר,ו פסק כראשונים הנ"ל, ולא כרמב"ם, וסובר השו"ע דמהני משיכה בכליו של מוכר, וז"ל: "משיכה מהני בכליו של מוכר, שאם מדד המוכר ונתן לתוך כליו, ומשכו הלוקח בפניו, קנה, ואפילו לא אמר לו משוך הכלי לקנות מה שבתוכו". וכן הוא בשו"ע חו"מ רב,טו: "אמר לו משוך קופה זו ובמשיכתה קנה מה שבתוכה, קנה מה שבתוכה אע"פ שלא קנה הקופה". ועיין בנתיבות רב,ו, דטעם המחבר דמשיכה מהני בכליו של מוכר. ועיין בגר"א ר,יט שהביא מקור לדברי המחבר מהירושלמי קדושין א,ד הנ"ל.

ובראשונים לעיל מבואר שקונה המגביה בכליו של מוכר. עיין לעיל בדברי הרשב"א (ב"ב פה,ב), ובדברי הריטב"א (ע"ז עא,ב), דיש מביאים ראיה משם דהגבהה קונה בכליו של מוכר, דיכול הנכרי לקנות בכלי של ישראל: "והדין אמת כדכתיבנא בפרק הספינה, אבל אין זו ראיה, דדילמא הכא לאו מנא דישראל מוכר קאמר, אלא לכלי כשר שאין בו עכבת יין קרי מנא דישראל". וכן מבואר בתוס' הרא"ש (ב"ב פה,ב, מובא בשטמ"ק), דיש צד מעליותא לקנין הגבהה בכליו של מוכר ביחס למשיכה, דלאחר שהביא דברי התוס' דמהני משיכה בכליו של מוכר, ורצה להביא ראיה מע"ז עא,א, עיין לעיל, ודחה הרא"ש דאין ראיה משם, דאפשר דשם מיירי בהגבהה, והגבהה קונה אף בכלי מוכר, משא"כ משיכה. והטעם, דקיי"ל דהגבהה קונה בכל מקום, ואף

ברשות מוכר (עיין שו״ע חו״מ קצז,ב), דכל מה שהוא ביד האדם הרי הוא כאילו מונח בביתו, וכמו דאין חסרון ברשות מוכר, הוא הדין דאין חסרון בכליו של מוכר, וכן כתב ברבינו ירוחם (נתיב י ח״ב) דהגבהה מהני, ומביאו ב״י סימן ר. ועיין קצוה״ח רעג,ד, שלמדו מדברי התוס׳ (קדושין כו,א ד״ה א״נ), דאין חילוק בין הגבהה בידו או מכוחו, והן בידו ממש או במוגבה מכחו, דינו כקנין הגבהה שקונה בכל מקום ואפי׳ ברשות מוכר. וכן יש ללמוד מהא דאיתא ב״ב עו,א, דמשיכה קונה בסימטא והגבהה קונה בכל מקום, דכיון דהגבהה שמוגבה מכחו הינה בכלל הגבהה, הרי היא קונה בכל מקום. וכן פיל שמוגבה מכחו מהארץ, הרי הוא קונה אפילו באויר חצרו של מוכר. אלא דלדברי הרשב״א (קדושין כו,א) שהקשו על התוס׳, י״ל שמחלקים בין הגבהה מכוחו להגבהה בידו

ובדבר אברהם (ח״א כא,טו) יצא לחלק בין הגבהה ברשות מוכר להגבהה בכליו של מוכר. הגבהה ברשות מוכר, משעה שהגביה הלוקח והחפץ בידו, כבר אינו ברשות המוכר, ואף שהוא באויר חצירו, מ״מ הוא ביד הלוקח או ברשותו (כשהוגבה מכחו). משא״כ בכליו של מוכר, עדיין החפץ הנקנה ברשות הלוקח. יסוד הדבר אברהם, דהגבהה בעיקרה לא מהני ברשות מוכר, אלא שבפועל אינה ברשות מוכר: ״דבאמת בין משיכה ובין הגבהה בעיקרם אינן מועילין ברשות מוכר, דשניהן הוצאה מרשות בעלים בעו, דזהו כל אופיין של קנינים, וכל זמן שעודנו ברשותם לא הוי קנין כלל, אלא שחלוקין הן באופן פעולתן ועשייתן, דבמשיכה שמושך ע״ג קרקע הוא נידון כמונח ברשות בעלים עד שיוציאנו מרשותם, ובהגבהה מכיון שהגביהו מעל הקרקע חשיב כנעקר מרשות הבעלים. וכ״כ הסמ״ע (קצז,ג), וז״ל; הגבהה קונה בכל מקום, הטעם משום דאף אם הוא ברה״ר או ברשות המוכר, מ״מ במה שמגביהו בידו מביאו אותו לרשותו, דכל מה שהוא ביד האדם הרי הוא כאלו מונח בביתו, עכ״ל. וכן גם במוגבה מכחו הוא נידון כאלו בא לרשותו. אבל אלו היה מונח גם בשעת הגבהה ברשות הבעלים, בודאי היתה רשות הבעלים מעכבת את קניינה כמו במשיכה, אלא דמכיון שעקרו מן הקרקע אינו מונח עוד ברשותם אלא ברשות קונה שאוחזו בידו [או מכחו], ואף על פי שהוא באויר חצרו של מוכר, הרי אין סופו לנוח, ומשו״ה אינו חשוב בשבילו כמונח ברשותם״. ואף אם מוגבה מכוחו, מ״מ כיון שכח הקונה אינו נותן לחפץ לנוח ברשות המוכר, הרי הוא כברשות הקונה.

והביא הדבר אברהם ראיה מדברי הרמ״ה (ב״ב עו,ב אות כו), וז״ל הרמ״ה: ״והגבהה קונה בכל מקום, דכיון דאגבהיה, ודאי אפקיה מרשותא דהוה קאי בגויה ועייליה לרשותא דנפשיה. דאי למאן דאמר חצר משום יד אתרבאי, לא תהא ידו קלה מחצרו, ואי למאן דאמר משום שליחות אתרבאי, לא יהא עצמו קל משלוחו. וסברא נמי הוא שאין לך דבר שנכנס לרשותיה של אדם יתר מהבא לידו״. ואף אם מוגבה מכוחו,

הרי הוא ברשותו של המגביה. ומזה הסיק הדבר אברהם דהגבהה בכליו של מוכר, אף שהוא כמוגבה מכחו של לוקח גם בהיותו בכלי של מוכר, מ״מ הרי הוא ברשות המוכר בכליו. אולם למסקנא נשאר הדבר אברהם בצ״ע, הואיל ובשטמ״ק (והוא מתוס׳ הרא״ש הנ״ל) מבואר דהגבהה קונה בכליו של מוכר בכל ענין.

ומ״מ מוכח מהראשונים הנ״ל, דהגבהה קונה בכל מקום, היינו אף בכלי של המוכר.

ולפ״ז בנדו״ד, גם מה שהחזיק בכלי שהיו מונחות המצות, אין זה חלק מפעולת ההגבהה אלא חלק מהכלי, דמה שכתבו האחרונים דמוגבה מכוחו שמונע ליפול הוי הגבהה והכנסה לרשותו ומהני אף ברשות מוכר, היינו בעושה פעולה של הגבהה או שמחזיק בחפץ עצמו, אבל כשהחפץ מונח בכלי ומחזיק את הכלי שלא יפתח וכד׳, הרי הוא עושה פעולה בכלי, ולא עדיף מכליו של מוכר עצמו, כיון שכל מעשהו בכלי ולא בחפץ הנקנה. ולכן אין מניעה במה שהחזיק בשקית, כדי שהזוכה יזכה לבני החצר.

ב. מסייע בהגבהה ואינו ניכר

עוד נראה להביא ראיה, דאף אם המחזיק בשקית מסייע בהגבהה, אך אין ניכר אלא שהזוכה הוא זה שעשה את קנין ההגבהה, שאין בפעולה של המסייע שאינה ניכרת, כדי לפגום בקנין ההגבהה של מי שהגביה בפועל, מעבד כנעני, למ״ד שנקנה בהגבהה, דאף שהעבד כנעני מסייע לקונה, דחי נושא את עצמו, מ״מ אין זה מפריע למגביה לקנות בקנין הגבהה.

דבקדושין כב,ב וב״ב נג,ב, נחלקו ר״ש וחכמים אם מהני הגבהה לעבד, שיקנהו האדון

ע״י שיגביה את העבד; דתניא, כיצד בחזקה, נעל לו מנעלו או התיר לו מנעלו, או שהוליך כליו אחריו לבית המרחץ והפשיטו והרחיצו סכו גרדו והלבישו והנעילו והגביהו קנאו. אמר ר״ש לא תהא חזקה גדולה מהגבהה, שהגבהה קונה בכל מקום. מאי קאמר, הכי קאמר, הגביהו לרבו קנאו, הגביה רבו לו לא קנאו, אמר ר״ש לא תהא חזקה גדולה מהגבהה, שהגבהה קונה בכל מקום. מבואר דלר״ש מהני הגבהת האדון לעבד, ות״ק ס״ל דלא מהני אלא הגבהת העבד לאדון מדין חזקה. ודעת הרמב״ם (מכירה ב,ב) לפסוק כר״ש, דמהני הגבהת האדון לעבד: ״מה היא החזקה בקניין עבדים ... או הגביה את רבו קנה וכן אם הגביה הרב את העבד קנה״. ובראב״ד ביאר דגירסת הרמב״ם דאין מחלוקת בין ת״ק לר״ש, ור״ש בא להוסיף, דכך היתה גירסת הרמב״ם בגמ׳: הגביהו הוא לרבו קנאו, הגביהו רבו, א״ר שמעון לא תהא חזקה גדולה מהגבהה. וגרסה זו נמצאת ברי״ף, עיין בריטב״א ור״י קרקושא (ב״ב נג,ב). ובמגיד העיר, דבגמ׳ שלנו יש מחלוקת בין ת״ק לר״ש, ואע״פ כן פסק

הרשב״א דקיי״ל כר״ש. עיין ברשב״א קדושין כב,ב: ״וקי״ל כר״ש, דהא נקנה אף במשיכה, כדאמר שמואל. ורב אשי נמי הכי קאמר, וכ״ש בהגבהה״. וכן כתב הר״ן (קדושין ח,א מעמוה״ר).

והנה הרא״ש (בפ״ק דקדושין הכ״ח, ובפ״ג דב״ב הס״א) הביא לשון הגמ׳ כמופיע אצלינו, ומשמע שפסק כת״ק, דלא מהני הגבהת העבד ע״י האדון לקנות העבד. וכן העיר הטור (חו״מ קצו,ד) מדוע פסק הרמב״ם כדעת ר״ש: ״ובהגביה רבו אותו, כתב הרמב״ם ז״ל שג״כ קנאו בהגבהה, ואיני יודע למה, שדברי יחיד הן, דר״ש קאמר לה, אבל לרבנן לא קנאו בהגבהה״. והב״י שם הביא דברי הראשונים, הרמב״ם הרשב״א הר״ן, שפסקו כר״ש. אלא שביור״ד (סי׳ רסז) פסק הב״י דהלכה כת״ק. גם בשו״ע יור״ד רסז,כד פסק, דאם הגביה הרב לעבד, לא קנאו. ובשו״ע חו״מ קצו,ג הביא י״א דאם רבו הגביהו קנאו. וכבר העיר הב״ח (יור״ד רסז,כ, ועיין גם בב״ח חו״מ קצו,ד) והש״ך (יור״ד רסז,מב) בסתירת דברי המחבר. ועיין בק״נ (קדושין סי׳ כח אות ט) שהקשה אף הוא סתירה בדברי המחבר. ובלימוד דברי הרא״ש, ס״ל לק״נ דגירסתו כגירסת הרמב״ם, דאל״כ מדוע הביא דברי ר״ש, הו״ל להביא רק דברי ת״ק. ומזה הסיק דלא כטור, אלא דעת הרא״ש כדעת כל הראשונים. ומש״כ בנתיבות קצו,ב, דמחלוקתם הינה רק בהגביה מכוחו, אבל מגביה בידו לכ״ע קנה, דלא גרע ממשיכה, י״ל שהוא דין נפרד, ולא בא לישב סתירת דברי המחבר. ועיין בברכ״י (יור״ד רסז,טו) שהעיר על דברי השו״ע שלא היה לו לפסוק כת״ק, דכיון דהרמב״ם והרשב״א והר״ן והריטב״א והרי״ף לדברי הראב״ד, סברי דגם אם הגביהו רבו קנאו, והריטב״א כתב שזה דעת מקצת גאונים, היה לו לפסוק כדעתם. וכ״ש דמקצת גאונים והריטב״א סוברים דמהני הגבהת האדון.

והאור שמח, בחידושיו לב״ב נג,ב, כתב וז״ל: ״גבי קנין לא שייך לחלק משום חי נושא את עצמו, ועיין״. ולכאורה יש להבין, מדוע מהני בחי קנין הגבהה, הרי חי נושא את עצמו. ונראה דכיון שעצם פעולת ההגבהה ניכרת וברורה שנעשית ע״י המגביה הקונה ולא המוגבה, דהמוגבה רק מסייע בזה שאינו מכביד על המגביה, אבל עצם פעולת ההגבהה שהיא הוראת בעלות והכנסה לרשות, עושה זה שמגביה. ואף שהנקנה עצמו מסייע לפעולת ההגבהה, אין זה מגרע מהוראת הבעלות והכנסה לרשות, דהוראה זו הינה מעצם פעולת ההגבהה, והסיוע שאינו מכביד על המגביה, אינה פעולה של הוראת בעלות והכנסה לרשות. ומזה י״ל אף לנדו״ד, דמה שהחזיק שם בשקית, אינו אלא סיוע שאינו מפריע לפעולת ההגבהה שעשה המגביה, ואין בזה פעולת הגבהה אלא מסייע שאינו מכביד ולא יפלו המצות, וע״כ אין בזה כדי למנוע מהמגביה לזכות עבור בני החצר.

ג. אוחז המקנה בחפץ עצמו, כשיכול הקונה לנתקו ולהביאו אצלו

האמור לעיל הוא כבנדו"ד, שאחז בשקית שבה היו המצות, ולא בגוף החפץ הנקנה – המצות. והסתפקתי מה היה הדין כה"ג אם היה המקנה אוחז במצות עצמן ומסייע לזוכה שלא יפלו המצות מידו, אך לא עשה את פעולת ההגבהה אלא אחז מלמעלה שלא יפלו.

דבקנין סודר קיי"ל שאם אוחז המקנה של החפץ (שהוא עושה הקנין בסודר) בסודר ג אצבעות או יכול לנתקו ולהביאו אצלו, הרי זה קונה, אף אם הקונה, שהסודר שלו, אוחז אף הוא בסודר. כן נלמד מהא דב"מ ז,א: אמר רב משרשיא, שמע מינה האי סודרא כיון דתפיס ביה שלש על שלש, קרינן ביה ונתן לרעהו, דכמאן דפסיק דמי וקני. והרמב"ם בהל' מכירה ה,ז, כתב וז"ל: "הקנה אחד כלי למוכר כדי שיקנה הלוקח אותו הממכר, זכה הלוקח ... אע"פ שלא תפס המוכר כל הכלי שהקנהו חלף ממכרו אלא אחז מקצתו ואחז המקנה לו מקצתו, קנה הלוקח, והוא שאחז ממנו כדי שיעור כלי, או יאחזנו אחיזה שהוא יכול לנתק את כל הכלי מיד המקנה לו. לפיכך אם הקנה לו במקצת הבגד, צריך שיאחוז מן הבגד שלש אצבעות, שאם יפסוק ממקום שאחז הרי הוא כלי בפני עצמו, ששלש אצבעות מבגד קרוי כלי כמו שביארנו בענין טומאת בגדים, וכן אם אחז פחות משלש והיה יכול לנתק כל הכלי קנה". וברב המגיד שם כתב דהרמב"ם למד דין זה מגט, דכשהבעל אוחז בגט באופן שיכול לנתקו ולהביאו אצלו, אינה מגורשת, הוא הדין לענין קנין סודר מהני מה שהתופס שיכול לנתק.

והראשונים חלקו על הרמב"ם, עיין ברשב"א ב"מ ז,א: "והיכא דלא נקיט בידיה ג על ג, כתב הרמב"ם ז"ל שאלו יכול לנתקו ולהביאו אצלו שפיר דמי. נראה שדקדק אותה מדרב חסדא דאמר גט בידה ומשיחה בידו, אם יכול לנתקו ולהביאו אצלו אינה מגורשת. וליתא, דהתם הא אסיקנא טעמא משום דבעי נתינה וליכא, אבל הכא דנתינת כלי בעינן הא ליכא". וכן הוא בר"ן בחידושיו לב"מ שם, ובמאירי שם, וכן הוא בנימוק"י (ב"מ ג,ב מעמוה"ר) שתמה מדוע הראב"ד לא השיג על הרמב"ם, ועיי"ש מה שרצה לישב בדעת הרמב"ם. ובלח"מ (מכירה ה,ז) הקשה על הרמב"ם, דאף בגט, כשהגט בידו ומשיחה בידה והיא יכולה לנתקו ולהביאו אצלה, תהא מגורשת כיון דחשיב נתינה, דיכולה לנתקו ולהביאו אצלה. והגר"א וולקין בחושן אהרן (קצה,ד) כתב לישב, דיכול לנתקו מבטל רק את אחיזת בעל הסודר, שאין אחיזתו נחשבת אחיזה אם האחר יכול לנתקו ולהביאו אצלו, אולם אין הדבר כן שיחשב כקנוי לאוחז היכול לנתק, שאין באחיזה של יכול לנתק משום מעשה קנין, ורק הוכחה שאחיזת האחר אינה אחיזה, ועיין להלן.

והמחבר בשו״ע חו״מ קצה,ד, פסק כדעת הרמב״ם, דאף שתפס המקנה רק מקצת הכלי, והקונה תפוס במקצתו, אם אוחז המקנה שיעור כלי, או שאוחז בסודר בענין שיכול לנתק כל הכלי ולהביאו אצלו, מהני מדין סודר. והש״ך שם בס״ק ו הביא שני חילוקים מדוע מהני מה שיכול לנתקו ולהביאו אצלו. בחילוק הראשון, דדוקא לענין קנין סודר, שהוא קני ע״מ להקנות, מהני מה שיכול לנתקו ולהביאו אצלו, אבל לקנות גוף הסודר, לא מהני מה שיכול לנתקו ולהביאו אצלו. בחילוק השני חילק בין מכירה למציאה, דדוקא במכירה שדעת אחרת מקנה אותו מהני מה שיכול לנתקו ולהביאו אצלו, משא״כ במציאה. וכתב הש״ך דהראשון נראה לו עיקר. ולפ״ז אף אם המגביה יכול לנתקו ולהביאו אצלו, אף שהמקנה אוחז בחפץ, לא מהני בקנין הגבהה או משיכה לקנות גוף החפץ, ואמנם לחילוק השני, גם בנדו״ד שדעת אחרת מקנה, יועיל אם המגביה יכול לנתקו ולהביאו אצלו, כפי שנראה בנדו״ד. וא״כ נדו״ד תלוי בשני החילוקים שהביא הש״ך הנ״ל, ולמש״כ הש״ך דהראשון נראה עיקר, לא מהני בנדו״ד אם היה המקנה אוחז בגוף המצות, אא״כ רק נגע בהם מלמעלה ואינה אחיזה כלל.

וראיתי לזקני הגרמי״ל זילברברג (זית רענן ח״ב סי׳ לו) שהביא ראיה מרש״י ב״מ ט,א (ד״ה אלא), דמשמע כתרוץ השני של הש״ך, דיכול לנתקו הוי חסרון רק בהפקר, ממש״כ רש״י על דברי הגמ׳ שם אלא תפוס במוסירה במאי קני, דאיך יקנה החצי שאינו תפוס; ״והלא ראשה השני מונח במקומו, והגבהת הפקר לא קניא עד דעקר לכוליה״. ומשמע דדוקא בהפקר לא מהני מה שיכול לנתקו, אבל בדעת אחרת מקנה מהני, וזה כחילוק השני בש״ך, שהש״ך כתב שאינו עיקר. ועיי״ש שכתב דתרוצי הש״ך הם מחלוקת רש״י ותוס׳ (כתובות ל,ב ד״ה ואי), עיי״ש.

והנה דברי הש״ך באו לישב קושיתו מב״מ ט,א, דטלית שחציה ע״ג עמוד וחציה ע״ג קרקע, אם הגביה חצי מהקרקע, ולא ניתק ראש השני מעל גבי העמוד, לא קנה הטלית, אף שאם היה מנתקו היה מוגבה מכחו, ומזה מוכח דלא מהני בקנינים מה שיכול לנתקו. ובחושן אהרן (קצה,ד), כתב לישב בדרכו, שיכול לנתקו ולהביאו אצלו מונע את הפרעת אחיזת נותן הסודר, אך אין בה לכשעצמה כדי להוות מעשה קנין, וז״ל:

> ״דזה ודאי דסברא דיכול לנתקו אין מועיל כי אם לבטל תפיסת התופס, לומר דהוה כמו שאינו תופסה, ולכן אם מעשה הקנין נעשתה בשלמות ולא יחסר לנו כי אם מה שהדבר הוא ביד התופס ואין מקום ראוי לקנין, בזה שפיר אמרינן דכיון דיכול לנתק ממנו, הוה כמו שאינו תופסה כלל ויועיל מעשה הקנין של המנתק, אבל היכי שמעשה הקנין לא נגמרה עד שינתק, מה

יכול להועיל בזה סברא זאת, דנהי דכשינתקה יוגמר הקנין, מ״מ אכתי לא נגמר המעשה ובמה יקנה. ומעתה נחזי אנן, דבחציה שע״ג העמוד ובא זה והגביה חציו שע״ג הקרקע, דהקנין שיכול להיות בכאן הוא רק הגבהה, ובעינן שיגביה כל הטלית. ונהי דזה לא בעינן שיגביה גם החלק שע״ג העמוד מלמעלה ג טפחים, ובנדנוד כל שהוא נמי סגי ... אכן עכ״פ הגבהה כל שהוא בעינן נמי לחלק שע״ג העמוד ... ואע״ג דאם ינתקה מעל העמוד יוגמר מעשה הקנין, מ״מ כיון דעתה אין פה שום מעשה קנין, לא שייכא סברא זו להועיל למחשביה כקנין ...״

ובזה כתב לישב קושית הראשונים על הרמב״ם שלמד הדין מגט, דמה שילפינן מגט שאין באחיזה הבעל כדי להפריע את נתינתו לאשה, אם אינו יכול לנתקו ולהביאו אצלו, דאחיזה שאינו יכול לנתקו ולהביאו אצלו, לא שמה אחיזה לבטל נתינת הגט לאשה. ומזה י״ל לנדו״ד, שאף אם יאחז המצות גופן, אם המגביה יכול לנתק ולהביאו אצלו, אין באחיזה כדי לבטל את קנין ההגבהה שעשה המגביה הזוכה.

וסברת החושן אהרן, כן נראה מדברי הנתיבות קצה,ב, שכתב בישוב דברי הרמב״ם, ממה שהקשה עליו הש״ך: ״ועל כרחך צ״ל הטעם משום דאוגדו ביד חבירו או ביד הפקר לא מהני ביה קנין, ולכך ס״ל להרמב״ם דכל שיכול לנתקו, לא חשיב שוב אוגדו ביד חבירו, דהא בגט חשיב כריתות ביכול לנתקו [עיין שם ב״מ ז,א], והש״ס בב״מ ט,א לא אמר דהא דר׳ אבהו בדותא הוא רק על מה שרצה ר׳ אבהו לומר דקנה הכל אף בהחלק שאינו מוגבה מכוחו ולא עשה בו קנין כלל, מטעם שיכול לנתקו ואז יהיה מוגבה, ונחשב כאילו כבר הגביה וכבר עשה בו קנין, וזהו ודאי לא מסתבר כלל״. והיינו דיכול לנתקו לא נחשב למעשה קנין, רק עושה את אחיזת המקנה ללא מפריעה למעשה הקנין של הקונה, דאחיזה ברת ניתוק לא שמה אחיזה, והרי היא כמאן דליתא, וקונה הקונה במעשה הקנין שעשה, ואין באחיזת המקנה, הניתנת לניתוק, כדי להפריע למעשה הקנין.

ועיין עוד בבית אפרים (חאהע״ז סי׳ מח ד״ה ואמינא), שכתב בבאור דברי הרמב״ם באוחז במקצת הכלי בעינן שיכול לנתק כולו קנה, שאין הדברים אמורים אלא כשאוחז הקונה בגוף הכלי עצמו שרוצה לקנותו, דכיון שהמקצת בידו ויכול לנתק כולו, הוי כאילו תופס כולו דלא מהני, ואף בקנין חליפין, דוקא כשנותן לו גוף הסודר אלא שאין בו ג על ג, אולם כשאינו נותן לו רק המשיחה שהסודר קשור בו, ודאי דלא מהני אף להרמב״ם, ודלא כמשמע מלח״מ, דלא אשכחן קנין מוסירה כ״א בבהמה ובספינה, שדרכם לקנות כך, משא״כ בשאר מטלטלין. ולפ״ז בנדו״ד שהגביה הקונה את החפץ עצמו, יועיל קנינו כשיכול לנתק מהמקנה, לשיטת הרמב״ם ודעימיה.

לאור האמור, בנדו"ד שאחז המקנה פי השקית למעלה, אין בזה כדי למנוע קנין הזוכה. ונראה דאף אם היה אוחז המקנה במצות גופן, באופן שיכל המגביה לנתקם מיד המקנה, נראה דיש להקל.

סימן כג

קנין אודיתא בד׳ מינים

ראשי פרקים

א. אודיתא - הודאה או הקנאה

ב. אם צריך עדים

ג. טעמים נוספים שאין כאן אודיתא

ד. באיסורים ובמצוות

בראובן שהביא לביתו כמה אתרוגים, ובערב סוכות, כשבניו בדקו את האתרוגים וכ״א רצה את האתרוג היפה ביותר, אמר להם בזוה״ל: ״האתרוג הכי יפה הוא של סבא״. הסבא התארח אצל בתו בסוכות, והעירו לראובן ילדיו, שכיון שכל אתרוג הוא בספק הכי יפה, כבר הקנה באודיתא כל האתרוגים לסבא, ואין לו אתרוג שיהיה שלו לצאת ביום הראשון, אא״כ הסבא יקנה לו בחזרה את האתרוג שהוא וילדיו יברכו עליהם. גם נשארו בצ״ע אם הסבא יוצא ידי חובה באתרוג, אם לא יקנה לו בקנין הגבהה או יד.

א. אודיתא – הודאה או הקנאה

איתא בב״ב קמט,א: איבעיא להו, שכיב מרע שהודה מהו. ת״ש, דאיסור גיורא הוה ליה תריסר אלפי זוזי בי רבא. רב מרי בריה הורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה הואי, ובי רב הוה. אמר רבא, היכי ניקנינהו רב מרי להני זוזי, אי בירושה לאו בר ירושה הוא, אי במתנה מתנת שכיב מרע כירושה שויוה רבנן, כל היכא דאיתיה בירושה איתיה במתנה, כל היכא דליתיה בירושה ליתיה במתנה. אי במשיכה, ליתנהו גביה. אי בחליפין, אין מטבע נקנה בחליפין. אי אגב קרקע, לית ליה ארעא. אי במעמד שלשתן, אי שלח לי, לא אזילנא. מתקיף לה רב איקא בריה דרב אמי, אמאי, ולודי איסור דהלין זוזי דרב מרי נינהו וליקנינהו באודיתא, אדהכי נפק אודיתא מבי איסור, איקפד רבא, אמר, קא מגמרי טענתא לאינשי ומפסדי לי. והרשב״ם שם פירש: ״ומסקנא, דהודאתו הודאה ... אבל כיון שהממון בעין והוא מודה של פלוני הוא, י״ל שהפקידו אצלו מקודם לזה השכיב מרע או הקנה לו השכיב מרע ע״י אחר, והרי הוא חפץ שיבא לידו״. ומבואר לכאורה שאינו קנין בפני עצמו אלא הודאה, ואמרינן שבודאי קודם לכן עשה קנין אחר. וכן מבואר מהנימוק״י (ב״ב סט,ב

– ע,א מעמוה"ר): "לאו למימרא שמקנה בהודאה, דהודאה לאו קנין הוא לא בבריא ולא בשכיב מרע, אלא הכי קאמר, מהימנינן בהודאתו שמודה שנכסים אלו של פלוני הם ואם עמד אינו חוזר, או דילמא עשוי אדם שלא להשביע את בניו ולאו קושטא קאמר, הילכך אפילו מת אין לו כלום. ואסיקנא ממעשה דאיסור דודאי מהימנינן ליה וקושטא הוא דקאמר, ואם עמד אינו חוזר". ומבואר שדעתו כרשב"ם, שאין קנין בעצם אלא אמרינן שודאי הקנה לו באופן אחר, ונאמן הוא בכך.

ושם בנימוק"י הביא מהריטב"א וחכמי פרובינצא דהוי קנין: "מהא דלודי איסור, כתבו חכמי פרובינצ"א והריטב"א בשם רבו ז"ל, דכל שמחייב עצמו בלשון הודאה מהניא אף על גב דידעינן דלא היה מחויב ליה מעיקרא הוא מחייב כן". וכן הוא בדברי ר"י בתוס' (שם ד"ה שכיב מרע) מבואר, דאף אם לא עשה כל קנין קודם לכן, עצם ההודאה הינה קנין: "ונראה לר"י לפרש כן, שכיב מרע שהודה מהו, מי שהודה שיש לפלוני מנה בידו, אע"פ שאנו מוחזקים בו שאין לו, מי אמרינן דקני במתנת שכיב מרע ואם עמד חוזר, או דלמא קני לגמרי ואם עמד אינו חוזר, ופשיט מההוא מעשה דאיסור גיורא דקני לגמרי במתנת בריא על ידי הודאתו". וכן הוא בתוס' (ב"מ מו,א ד"ה ונקנינהו): "וקשה דלקני ליה המעות בהודאה, כמו שקנה רב מרי מרבא על ידי הודאתו של איסור ... אע"פ שהיינו יודעין שלא היו שלו תחלה. והוא הדין בבריא, מדקננהו רב מרי אע"ג דלא הוי בר ירושה". וכן מבואר בתוס' (ב"ב מד,ב ד"ה דלא): "ונראה לר"ת דהיינו טעמא כיון שמודה שיש לו קרקע וחוב הוא לו, שהרי על ידי קרקע מקנה לחבירו אפילו יש כמה עדים שמכחישים אותו, הרי הודאת בעל דין כמאה עדים ולא חיישינן למיחזי כשיקרא, כדאשכחנא גבי איסור גיורא דנפק אודיתא מבי איסור, ואע"ג שהיה איסור משקר". וכן נראה מהתוס' גיטין (יג,ב ד"ה גופא), דהוי גדר של קנין.

וכן מוכח מדברי תוס' הרא"ש (מובא בשיטה מקובצת (ב"ב קמט,א ד"ה נפק), וז"ל: "נפק אודיתא מבי איסור, ולא עבד איסור איסורא במה שהודה שהיו של בניו, וגם רב מרי במה שקבלם, מאחר ששכיב מרע היה, כי תקנת חכמים היא שתועיל ההודאה כמו קנין סודר או משיכה". הרא"ש בא לאפוקי, שלא נאמר שההקנאה שהקנה איסור גיורא הינה מתנת שכיב מרע, שבה מצאנו שקונה באמירה, אלא הוי קנין במתנת בריא מכח תקנת חכמים, והינה כסודר וכמשיכה, והיינו שההודאה היא הפועלת קנין. וכן נראה מדברי המאירי (ב"ב שם), וכן היא דעת הריטב"א (ב"מ מו,א), שדחה את הסוברים דהוי הודאה ולא קנין.

ומדברי הרשב"א מבואר שסובר שאינו קנין אלא הודאה. הרשב"א בתש' (ח"ג סי' סז) נשאל בראובן שרוצה להקנות נכסיו לשמעון בדרך של הודאה, והשיב

הרשב״א, דאם הנותן בריא, ואמר מטלטלין אלו של פלוני, צריך לומר אתם עידי. ואם שניהם מודים שלא היו של שמעון, אלא שראובן בא להקנותם לו בהודאה זו, לא קנה, שאין המטלטלין נקנין בהודאה גרידא. וכתב הרשב״א דאין ללמוד שקונים בהודאה מאיסור גיורא, וכתב דאין לומר כן, דבמה יקנה, והלא אין מטלטלין נקנין אלא במשיכה, הגבהה, חליפין או באגב, ולא מצאנו בשום מקום שתהא קנייתם בהודאה. ובאיסור גיורא, אף שאנו מוחזקין בו שאין לו לרב מרי בידו כלום, כיון שהודה הוא נאמן יותר ממאה עדים, ואף שהוא שכיב מרע, הוי הודאה גמורה כהודאות דעלמא. ותש׳ זו מובאת גם בח״ד סי׳ נ. ומבואר דס״ל דאודיתא הוי הודאה ולא הקנאה.

ובעה״ת (מב,ד,ג) כתב דהוי קנין: ״ומכאן למדו הראשונים דמאן דאודי בפני שנים [באתם עדי, לא שנא דאודי במידי דמחייב ביה ולא שנא דאודי] במידי דלא מחייב ביה אלא שרצונו להקנות לו אותו דבר, שקונה ותפוס האחד, דה״ל כמאן דאמר נתתי שדה פלוני לפלוני, וכגון חייב אני לך מנה בשטר דא״ר יוחנן חייב, וכגון הא דאיסור שכתבנו. ולפיכך כתבו הודאה בחיבוריהם באחד מדרכי ההקנאות״. והביא תש׳ הראב״ד שנראה מדבריו דהוי הודאה ולא הקנאה, וכתב עליו בעה״ת: ״ובעל העיטור חולק בזה. ולא מסתברא כותיה״. ונראה שכוונתו לדברי הראב״ד דלא מסתבר כוותיה. ובגדו״ת שם הקשה על הראב״ד, דאיסור גיורא ודאי רצה ליתנם לרב מרי במתנה, אולם כיון שהוא שכיב מרע, אם היה אומר בלשון מתנה סתמית, גרע כחו של מקבל המתנה, שאם עמד החולה חוזר, ואם הוא גר אינו קונה כלל, לכן אמר בלשון הודאה אף שאינו חייב כלום, כדי שתהא כמתנת בריא שאינו יכול לחזור בו, וכן לגר שיכול להקנותו במתנת בריא, דדוקא במתנת שכ״מ לא קני משום דליתיה בתורת ירושה. וכן הבינו הענין כל הפוסקים; ״ולא ידעתי מי הכריעו להראב״ד להזהר ולברוח כל כך מענין מתנה״. ומבואר שסובר שהוא קנין, ונותן לו בתורת מתנה. ועיין בנתיבות ס,יז בדעת בעה״ת.

ודברי בעל העיטור הנז׳ בבעה״ת, עיין בעיטור (אות ה – הודאה, עמ׳ עב,ג), דכתב להדיא שאין זה אלא הודאה דמהני בשכיב מרע ולא בבריא, דמסברא דהודאה לא מהני אלא בשכיב מרע, כפי שהיה איסור גיורא, ומשום דדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמי, ובדבר דידעינן דלאו דידיה הוא אלא נותן, איך יכול לומר שאינו שלו אלא של אחר, הא כ״ע ידעי דשקר הוא ומצי למימר משטה אני בך. ועוד, דא״כ שיכתבו דין זה גבי שאר הקנאות. ועוד, הודאה דאיסור לאו הודאה היא אלא שהודה בעת דפקיד שהם של רב מרי, שהקנה לו עוד קודם שבא לידו. ומבואר שסובר שאודיתא הוי הודאה ולא קנין. ולדברי העיטור הסכים התשב״ץ (ח״א סי׳ קנב), וכתב שכך היא גם דעת הרמב״ם, שבהל׳ זכיה ומתנה ט,ט, פסק דשכ״מ

שהודה וכו׳, כעובדא דאיסור גיורא, ובהל׳ מכירה ו,ז פסק שהמטבע אין לו דרך שיזכה בו מי שאינו ברשותו אלא אגב קרקע, ושהחוב אינו נקנה אלא במעמד שלשתן, ואלו היתה דעתו שההודאה תועיל בבריא היה כותב שיכול להקנות בהודאה. וכך היא גם דעת מהר״מ, הובאו דבריו במרדכי (ב״ב תכז): ״דהא הודאה לא מהניא בבריא אלא היכא דמודה שאותם מעות שהלויתי היו של פלוני קודם שהלויתים, אבל אם אמר בשעה שהלויתיך היו שלי ועכשיו אני מודה שהם שלו, שהוא בענין שמועיל בשכ״מ, לא קנה, דלא ה״מ מקני ליה בשום ענין משהלוה לו אותם״. ולפ״ז מצאנו שנחלקו הראשונים במהות אודיתא, אם היא לכשעצמה קנין, שבאמצעות ההודאה מקנה למקבל, ואף שלא היה של המקבל מקודם לכן, קנה באודיתא. או דהוי הודאה, ומהני מכח שמודה שהיה שלו, ואף שאין אנו יודעים אם היה שלו קודם לכן, מ״מ תלינן שהיו שלו קודם לכן. וכן מצאנו בדברי האחרונים שנחלקו בדבר זה. ועיין בברכי יוסף חו״מ מ,ב, שהביא חבל גדול של אחרונים שנחלקו בזה אם הוי קנין או הודאה, עיי״ש.

ומהרי״ט בתש׳ (חחו״מ סי׳ סט) כתב דהוי קנין, ואף שלא היה שלו קודם לכן, וכמו שמצאנו בדברי ר״ת בענין הקנאת אגב קרקע, דמאחר שכותב הקנתי לו ארבע אמות קרקע, הרי הודה שיש לו, ואף שיודעים שאין לו, מהני ההודאה והוי קנין, והביא ראיה מאיסור גיורא, דאף דידעינן שהמעות לא היו של רב מרי בנו, קנה באודיתא. וכך גם כשאומר הקנתי לו ד אמות קרקע, אף שאין לו, קנה אגבן באודיתא. וכן כתב בחכם צבי (סי׳ טז), דאף דידעינן בודאי שהיה איסור משקר, קנה רב מרי מה שהקנה, והיינו שהוא בגדר קנין ולא הודאה (ועיין פת״ש חו״מ רג,ג). וכן הוכיח בנו״ב (קמא, חחו״מ סי׳ ל), שמוכח מהסוגיא דאיסור גיורא; ״הרי דקאמר ולקנינהו באודיתא שמשמע שהודאה הוא הקנין בעצמו, ולא מטעם שכיון שהודה אמרינן שכבר הקנה לו אלא שזה הוא הקנין בעצמו. כאשר לדעתי הודאה הוא הקנין הגדול שבכל הקנינים, ואפילו דבר שאינו נקנה בשום קנין נקנה בהודאה, ונכסי איסור יוכיחו, ועיין בתשובת ח״צ סי׳ טז״. וכן הוא בנו״ב (תנינא, חחו״מ סי׳ מה). ומבואר דס״ל לנו״ב דאודיתא הוי קנין ומהני אף במקום דידעינן דמשקר, כיון שהוא פעולת קנין, והוא הקנין הגדול שבכל הקנינים, ומהני אף בדברים שאינם נקנים בשאר קנינים, כמו חוב.

ובקצוה״ח מ,א, הביא את קושית האחרונים על הרמב״ם (מכירה יא,טו), איך מהני חייב אני לך מנה בשטר, ואיך מתחייב בדיבור ללא קנין. וכתב קצוה״ח לישב דהרמב״ם ס״ל דמהני מדין קנין אודיתא, ויש כאן קנין, וז״ל: ״ונראה לענ״ד דודאי בדברים בעלמא לא נתחייב, וכדמוכח מהני ראיות שהביא הר״ן, אבל טעמא דהרמב״ם משום אודיתא הוי, דאפילו חפץ יוכל להקנות באודיתא, וכמש״כ תוס׳ בפרק

מי שמת (ב"ב קמט,א ד"ה שכיב מרע) גבי אודיתא דאיסור גיורא דהוי קנין בין בבריא בין בשכיב מרע, והוא קנין מעליא, אע"פ ששניהם יודעין והעדים יודעין שזה החפץ או הקרקע אינו של פלוני, קונה הוא אותו באודיתא של הנותן, כמו שקונה במשיכה וכסף ... ולהכי נמי בזה שמודה שחייב לפלוני מנה אע"פ שאינו חייב, זכה בו חבירו משום אודיתא כאילו נעשה בקנין ובשטר. ונחזיק טובה לרבינו הגדול בעל כסף משנה (מכירה יא,טו) שירד לאמיתו של דבר ... וכן מצאתי כתוב בנימוק"י (ב"ב סט,ב מעמוה"ר) ז"ל, אמר המחבר מהא דלודי איסור, כתבו חכמי פרובנציא והריטב"א בשם רבו ז"ל, דכל שמחייב עצמו בלשון הודאה, אף על גב דידעינן דלא הוי מחויב ליה מעיקרא הוא מחייב, כ"כ בפרק הנושא הריטב"א ז"ל (כתובות קב, א ד"ה לא בשטר) עכ"ל. וא"כ דעת הרמב"ם נמי אינו אלא משום קנין אודיתא". ומבואר דקנין אודיתא הוי קנין, ומהני אף במקרים שבהם ידעינן שלא הקנה לו קודם לכן וההודאה בשקר. ועיין בחדושי הרי"מ חו"מ קפט,א, מש"כ בדעת הרמב"ם.

וכן כתב קצוה"ח קצד,ד, דמהני קנין אודיתא במכירת חמץ לנכרי לפני הפסח, ומהני אף לענין איסורי תורה: "כאשר שמתי אל לבי בזה מצאתי קנין אודיתא, דהיינו שיכתוב חתימת ידי תעיד עלי כו' איך שמכרתי את כל החמץ לפלוני באופן המועיל, וכיון שמודה שמכר באופן המועיל, קנה העכו"ם באודיתא זו, ומשום דאודיתא הוי קנין אע"פ ששניהן יודעין שאינו כן. ולפי שלא ביארו בו האחרונים ביאור רחב בקנין אודיתא ולכן צריך אני להאריך קצת. ולענ"ד קנין שלם הוא ולא נופל הוא מכל הקנינים הן לענין ממון הן לענין איסור, ואף על גב דקמי שמיא גליא שאין הדבר כן, כיון דהוא קנין, הרי נקנה לו באודיתא". והביא קצוה"ח מהט"ז יור"ד קסח,יד, שהביא מהב"ח לענין ריבית, שיכול לזכות לעכו"ם באודיתא, שיודה שהוא של עכו"ם. והט"ז הקשה על הב"ח, דהאי אודיתא דאיסור אינו ענין לאיסורי ריבית, דודאי לגבי ממון אמרינן דאדם נאמן על עצמו לחובתו והודאת בע"ד כמאה עדים, אולם אינו מועיל לאפקועי איסור בהודאה שקרית. וקצוה"ח כתב דנראין דברי הב"ח דאפילו באיסורין מהני הודאה, וראיה מדברי תוס' ב"מ מו,א (ד"ה וניקנינהו), שהקשו, לענין להקנות פירות לאחר, כדי שיוכל לפדותם בלא חומש, שיקנה לו המעות בהודאה, כמו שקנה רב מרי מרבא ע"י הודאתו של איסור. ומבואר דאפי' לאיסורין מהני קנין אודיתא, דאע"ג דקמי שמיא גליא שמעות אין לו, ופריק אידך בלא חומש, אלא מוכח כיון דהוא גופה קנין, ממילא מהני גם לאיסורין.

אלא דבתוס' ב"ק קד,ב (ד"ה אגב), כתב דלא מהני לתת הפירות לאחר באודיתא להפטר מפדיון חומש, דמדאורייתא בעינן דאית ליה ארעא, דאי לית ליה ארעא לא היו קרויין מעותיו מדאורייתא שיוכל לפדות בהן פירות מעשר שני, ומשמע דלענין איסורין לא מהני אודיתא. אולם דעת קצוה"ח, דמהני אודיתא אף לאיסורין, דאף

שלענין חוב על פה שאינו ברשותו לא יכול להקנותו אלא במעמד שלשתן, והוא הלכתא בלא טעמא, אבל דבר שברשותו, שנתפס בו קנין, גם אודיתא הוי קנין ואפי׳ לענין איסורין. ולאחר שהביא דברי הפוסקים דאודיתא הוי קנין, כתב דפשוט דמהני אף לענין מכירת חמץ לנכרי: ״וכיון דנתבאר מכל הנך פוסקים דהודאה הוי קנין, ממילא נמי לענין איסור דמהני, ובפרט גבי חמץ דאינו אלא מדרבנן דסגי ליה בביטול וכמ״ש. וא״כ אם אין החמץ בביתו, יכול למוכרו באודיתא וכמ״ש, והיינו שיכתוב בשטר מודה אני שמכרתי באופן המועיל וכמ״ש, או שיאמר בעל פה ובפני שני עדים כשרים. דאע״ג דגבי שאר קנינים לא איברי סהדי אלא לשקרי, אבל אודיתא לא הוי אלא עד שיודה בהודאה גמורה בפני עדים כשרים, וכל זמן דליכא אודיתא ממילא ליכא קנין אודיתא, וכמ״ש בסי׳ מ,א״. ומבואר מקצוה״ח דמהני אודיתא בתורת קנין, ואף כשידעינן שאינו אמת.

ובנתיבות מ,א הביא מדברי הר״ן בכתובות (סא,א מעמוה״ר), דמי שבא עכשיו להתחייב וכתב לו בשטר חייב אני לך מנה, ומסרו לו בפני עדים וגלי בהדיא דלאו הודאה הוא וכו׳, דמשמע דמן הסתם אמרינן דהוי הודאה. ומזה למד הנתיבות, דאפי׳ מודה שאינו חייב, או שהתברר בעדים דלא היה חייב לו מקודם; ״מ״מ חייב, כיון דבסתם אמרינן דהודאה היא, ובאודיתא כולי עלמא מודים דיכול להקנות, כדמוכח בב״ב קמט,א גבי איסור גיורא ושכיב מרע שהודה״. וכן כתב בנמוק״י ב״ב (סט,ב מעמוה״ר) גבי איסור גיורא בהדיא, דאפילו ידוע שאינו חייב, מועיל כשאמר בלשון הודאה. מה שכתב הש״ך מ,א דאם מודה שאינו חייב דפטור, היינו שמודה גם כן שהודאתו בטעות היתה, אבל בסתם אמרינן שרצה לחייב עצמו באודיתא וחייב לכולי עלמא, דבאודיתא לכולי עלמא יכול להקנות, וכן כתב התומים מ,א.

וכן מבואר מדברי הנתיבות ס,יז. במחבר בשו״ע ס,ח פסק: ״ראובן הוציא שטר שלוה שמעון מלוי, וטען ראובן שלוי היה שלוחו וכתב השטר על שמו ולא הקפיד עליו, ושמעון טוען לאו בעל דברים דידי את (מאחר שאין לך הרשאה מלוי) (טור), אם הודה לוי לראובן ששלוחו היה, אם אינו חב לאחרים בהודאתו, כופין את שמעון שיפרע לראובן״. והש״ך ס,לב כתב דמש״כ המחבר צ״ע, דמסתבר כהחולקים בבעל התרומות (נא,ח,א), דכאן יכול להיות כחולקים דלא מהני אודיתא אלא בשכיב מרע, דכיון שנכתב כבר השטר על שם לוי, הרי זה ממונו של לוי. ואף אם לוי שלוחו של ראובן, כיון דמעות להוצאה ניתנו, נעשה שמעון לוה של לוי, ולוי לוה של ראובן, והשטר הוא של לוי, ולא מהני אלא שיקנהו לו בכתיבה ומסירה. והנתיבות הקשה ע״ז, דמהיכי תיתי לא תועיל הודאתו, דהא קיי״ל בכל דוכתי הודאת בעל דין כמאה עדים דמי. וכתב הנתיבות לבאר, דהפוסקים שהביא בעה״ת וסוברים דלא מהני הודאתו, סוברים דכיון דמוחזקים שהמעות שלו רק שרוצה להקנות עתה באודיתא,

לא מהני להקנות באודיתא. אולם החולקים, ובכללם המחבר בשו״ע, סוברים דאודיתא הוי קנין גמור וכדעת התוס׳ (הנ״ל); ״דסברי דאודיתא הוי קנין דאורייתא, דאילו הוא משום הודאת בעל דין, לא היה מועיל לפדות בו המעשר ... וה״נ ס״ל לפוסקים, והמחבר ס״ל נמי, דאודיתא הוא קנין אפילו לענין שלא יהיה יכול למחול. והחולקין שהביא בעל התרומות ס״ל דאודיתא לאו מטעם קנין הוא, רק מטעם הודאת בעל דין הוא, והודאת בעל דין אין מועיל לחייב הלוה כיון שמוחזקין להיפך״. מבואר דהוא מחלוקת הפוסקים אם הוי קנין או הודאה, ודעת המחבר דהוי קנין. גם בתש׳ הגרע״א (החדשות סי׳ מ) מבואר דהמנהג שלנו דהודאה מטעם קנין הוא. וכן הוכיח החת״ס בתש׳ (חיור״ד סי׳ שיד ד״ה והנה גם).

ומצאנו באחרונים שכתבו דהוי הודאה ולא קנין, והיכא שהודה בשקר, לא קנה המקבל.

בשו״מ (ג,ג,יא) כתב דהוא מטעם הודאה ולא קנין, עיי״ש. גם באמרי בינה (הלואה טז) האריך לחלוק על דעת הנו״ב וקצוה״ח דאודיתא הינה קנין; ״שרוב הפוסקים ממש רובא דמינכר, ס״ל דרק מטעם הודאת בעל דין הוא ומחזקינן הודאתו יותר ממאה עדים דמכבר היה שלו״. והאריך שם להקשות על שיטת קצוה״ח, ובסוף דבריו כתב דאף בעה״ת ס״ל דהוי הודאה, דהכל סובב שם דהודאה מצד קושטא הוא, ודעתו רק דמהני מצד הודאת בעל דין. וקושית הש״ך (ס,לב) במה זכה ראובן בשעבוד; ״ובלי ספק דדעת השו״ע אינה נגד רוב הראשונים הסוברים דהודאה לאו הקנאה הוא, דלא יסתום להוציא ממון נגדם. ועיין בספר בני יעקב (דף ק) שהאריך לבאר דדעת רובא דרובא דרבוותא, הודאה לאו הקנאה הוא כלל״. מבואר דס״ל לאמ״ב דהוי הודאה ולא הקנאה.

וכן נראה דעת האבני נזר (חאו״ח סי׳ תקמב, כו-כז). האבנ״ז כותב ששמע מגדול אחד, דקנין אודיתא לא מהני אלא באם שכנגדו אינו יודע בבירור שההודאה בשקר, כמו באיסור גיורא שרב מרי לא היה יודע בבירור שהודאתו שקר, דאפשר דקודם שהפקידם לרבא, הקנם לרב מרי ע״י אחר. וכן מה שכותבין בהרשאה והקניתי לו ד׳ אמות בחצירי, דאולי יש לו. וכיון דמהני ההודאה מהתורה שיהא מותר להחזיק המעות, מהני נמי לקנין. אולם אם שכנגדו יודע שאין ההודאה כלום, איך יועיל הקנין נגדו, וכתב ע״ז האבנ״ז שהיא סברא ישרה. והביא לזה ראיה מגיטין מ,ב; האומר נתתי שדה פלונית לפלוני והוא אומר לא נתן לי, חיישינן שמא זיכה לו ע״י אחר. כתבתי ונתתי לו והוא אומר לא כתב ולא נתן לי, הודאת בע״ד כמאה עדים דמי. וקשה, מה בכך שהודה שלא כתב לו, הא מ״מ נקנה לו באודיתא, והקונה לא הודה שלא הודה שכנגדו. אלא ראיה שכיון שכנגדו יודע שלא הקנה לו, אין כאן קנין אודיתא, עיי״ש.

וכן נראה לכאורה דעת החזו"א (ב"ק יח,ו): "נראה דהודאה מהני אפי' בדבר שאינו ברשותו, דהודאה אינו קנין, אלא כח הדין לדון ע"פ הודאתו, כל שאינו חב לאחרים אלא לעצמו, וממילא כל התוצאות קובע הדין כפי הודאתו. וזהו שקראוהו הפוסקים קנין אודיתא, וא"כ הדין נותן דמהני אפי' בדבר שאינו ברשותו". אמנם עדיין י"ל, דכיון דבי"ד יכול לדון ע"פ הודאתו אף אם היא בשקר, הגם אם אינו מוגדר כקנין, אפשר דמהני. אך לפי החזו"א י"ל, אם הוא עצמו יודע שהודאתו בשקר, יכול לנהוג לפי מה שיודע בעצמו, ואין איסור בידו, וע"כ מוכח מזה דהוי הודאה ולא קנין, וכפוסקים הנ"ל. ועיין בחזו"א (סנהדרין יז,יג) כתה החזו"א דהודאה חשיבא קנין אף שחב לאחרים, עיי"ש. ולפ"ז י"ל דבב"ק כתב החזו"א על אופן הקנין, שהוא בדרך של הודאה, אך יש לו חלות של קנין, ונפק"מ כנ"ל, דאף אם יודע שהודאתו בשקר, זכה המקבל.

גם מדברי הגרא"ז (אבן האזל מכירה יא,טו) מבואר לכאורה דהוי הודאה ולא קנין.

הגרא"ז הביא מש"כ הכס"מ שם בדברי הרמב"ם, דמהני אומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה, דנלמד מאיסור גיורא וכן כתב בקצוה"ח מ,א, דכל טעמו של הרמב"ם הוא רק בשביל אודיתא. וס"ל לגרא"ז דהרמב"ם אינו סובר דין קנין אודיתא, שמשמע מדברי הפוסקים שהוא הלכה ברורה, דאם היה סובר הרמב"ם דאודיתא הוי קנין, היה לו לכתוב דין זה גבי מתנת בריא, כמו שכתב בהל' מכירה יא,טו לענין חיוב מנה לפלוני, לפי דברי הכס"מ שהוא מטעם אודיתא. דהא עיקר דברי הגמ' גבי איסור גיורא אינו בדין התחייבות, אלא להקנות המעות שהיו לו אצל רבא, ועיקר דין אודיתא קבע הרמב"ם בדיני מתנת שכ"מ, בהל' זכיה ומתנה ט,ט, ועיי"ש ברב המגיד. ולפ"ז אין חדוש בדין זה, אלא דבשכ"מ נמי אמרינן שהיא הודאה ומהני אפי' בגר, אבל לא איירי כלל אם המקבל מודה שאין זה שלו ובא ליטול בתורת מתנה.

ונראה לבאר במחלוקת הראשונים והאחרונים הנ"ל אם אודיתא הוי קנין או הודאה,

דדעת הראשונים דס"ל דהוי קנין, מוכיחים מאיסור גיורא שיכול להקנות אפי' בדיבור ללא מעשה קנין, וכי הדיבור עצמו מהוה קנין, וזה מוכח לראשונים הנ"ל מאיסור גיורא. ומזה הטעם ס"ל לקצוה"ח דצריך עדים לעצם מעשה הקנין, דדעת קצוה"ח דלא סגי במעשה קנין בדיבור ללא עדים, עיין להלן. ודעת הסוברים דהוי הודאה, י"ל דס"ל דלא מצאנו קנין שאין בו מעשה קנין, ראה מה שכתבתי בח"ט סי' יז וסי' כו/ג, רק באמצעות ההודאה נהיה בעלים ללא מעשה קנין, דכיון שההודאה נותנת לו זכות בבי"ד לתבוע את הממון שהודו שהוא שלו, הרי הוא בעלים על הדבר ללא מעשה של קנין. ולכן ס"ל דבכל ענין שההודאה בשקר, הרי אין לו זכות בבי"ד, כיון דידעינן שהוא שקר, וכן כמו בכל הודאה שיכול לטעון משטה או שלא

להשביע, אין כאן הודאה, ולכן לא נהיה בעלים על הדבר. משא״כ כשניתן לתלות שההודאה אמת, הרי הוא בעלים ללא קנין. ואין לומר שהקנין הוא מה שזיכה לו בעבר, דאינו אלא בעלים מכאן ולהבא, שזה דין אודיתא, דכל היכא שההודאה אינה בשקר, אודיתא עושה אותו לבעלים, אף שאין קנין.

לאמור לעיל באנו למחלוקת ראשונים ואחרונים אם בנדו״ד זכה הסבא באתרוג, כאשר ראובן שהודה שהאתרוג שייך לסבא, ידע שאין זה נכון אלא שכוונתו לתת את האתרוג לסבא, דאם הוי הודאה, יכולים בי״ד לדון על פיה, וכן שמורות לו טענות של השטאה והשבעה, ואולי אף אמתלאות אחרות, עיין קצוה״ח פ,א, ובכל אופן לא זכה הסבא בהודאתו כיון שאינו קנין. אולם אם הוי אודיתא קנין, לכאורה זכה הסבא במה שהודה ראובן שהאתרוג שלו.

ב. אם צריך עדים

אולם יש עוד כמה צדדים, שאף אם אודיתא הוי קנין, לא מהני הקנין בנדו״ד. ידועה שיטת קצוה״ח דאודיתא צריך עדי חלות, בניגוד לכל הקנינים, דלא איברי סהדי אלא לשקרי, הרי שהעדים באודיתא הם חלק מעצם מעשה הקנין, ואם לא אמר אתם עדי או הודה בינו לבינו, לאו כלום הוא אף דלא טען משטה, דלא בעינן טענת השטאה והשבעה אלא בהודה בחוב שחייב, אבל אם שניהם יודעים שאינו חייב ואינו זוכה אלא בקנין אודיתא, כל זמן שאין האודיתא באופן ובצורת הקנין, דהיינו בפני עדים ובאתם עדי, אין כאן אודיתא ואינו זוכה באודיתא כזו. ולפ״ז בנדו״ד שלא אמר בפני עדים כשרים, אין כאן אודיתא שיקנה הסבא.

מבעה״ת (מב,ד,ג) נראה לכאורה דאודיתא היא בפני עדים, וז״ל: ״ומכאן למדו הראשונים, דמאן דאודי בפני שנים באתם עדי, לא שנא דאודי במידי דמחייב ביה ולא שנא דאודי במידי דלא מחייב ביה אלא שרצונו להקנות לו אותו דבר, שקונה ותפוס האחד, דה״ל כמאן דאמר נתתי שדה פלוני לפלוני, וכגון חייב אני לך מנה בשטר דא״ר יוחנן חייב, וכגון הא דאיסור שכתבנו. ולפיכך כתבו הודאה בחיבוריהם באחד מדרכי ההקנאות״. מבואר לכאורה שההודאה הינה בפני עדים ואומר אתם עדי.

ובתוס׳ גיטין יג,ב (ד״ה גופא), הביאו מדברי ריב״א ור״ת, דבמעמד שלשתן קנה בעל כרחו של לוה או של נפקד, דאי לא קני אלא מרצונו, למאן דאמר שמעמ״ש דוקא בפקדון, מדוע הוצרכו לתקן מעמ״ש, יזכה לו ע״י הנפקד. ואין נראה לומר דהוצרכו לתקן למקום שאין הפקדון ביד הנפקד. ועוד י״ל, דאף כשאין הפקדון ביד הנפקד, יקנה באודיתא. ומזה הוכיחו התוס׳ דאפי׳ בעל כרחו של נפקד קני. ומהרש״א שם ביאר לשיטת התוס׳, דהוצרכו לתקן מעמ״ש כשהפקדון ביד הנפקד, מדוע לא

הסתפקו באודיתא: "מלתא דטריחא היא נמי להביא עדים להודות לפניהם, אבל מעמד שלשתן דבר נקל ביותר הוא". ומבואר במהרש"א שבמעמ"ש צריך עדים כדי שיקנה. וכן מבואר במהר"מ שם על התוס': "ולי נראה שקנין מעמד שלשתן נעשה בקלות יותר, שלא יצטרכו לשום דבר אלא שיזדמנו יחד הנותן והמקבל וילכו אל הנפקד, אבל באודיתא צריך לטרוח אחר עדים או ב"ד שיודה בפניהם, ויצטרך אח"כ להביא העדים לפני הב"ד שיעידו שהודה לפניהם". ומזה מוכח דס"ל למהר"מ ומהרש"א שלאודיתא צריך עדים, ומהר"מ אף הוסיף שיצטרך להביאם לבי"ד. ואין לומר שזה במקרה של הכחשה, דא"כ אף במעמ"ש במקרה של הכחשה צריך לבוא לבי"ד. וממהר"מ נראה שאודיתא הוא מכח הפסק של בי"ד שפוסקים ע"פ ההודאה. ולפ"ז אפשר דמהר"מ ס"ל דאודיתא אינה קנין אלא הודאה, ולכן צריך להביאם לבי"ד שיפסקו את הבעלות, משא"כ לקצוה"ח עצם ההודאה בפני עדים מזכה את המקבל.

אך נראה דאין צריך ממש להביאם לבי"ד, אלא סגי בהודאה כזו שיכול להביאם לבי"ד ולזכות בדין מכחה, שבזה יש לה שם אודיתא. כן נמצא בחידושי הגרע"א (ב"ק יב,א); "דאודיתא הוי קנין היכי דיכול להוציא ולברר ההודאה, ולמחר יתבעו בב"ד ויצטרך ליתן, בזה הוי אפילו קנין, והיינו בהודה בעדים, אבל בהודה בינו לבינו, אף דאח"כ מודה בב"ד שהודה לו בינו לבין עצמו ועתה חוזר, י"ל דלא הוי קנין, דהודאה ראשונה כיון דאינו יכול לתובעו בזה דיכול לכפור, אין שם הודאה עליו לעשות קנין. ודוקא קנין משיכה והגבהה וכדומה, בעצמותו הוי קנין גם בלא עדים, אבל הודאה אין שם הודאה גמורה עליו רק ביכול לכוף אותו לשלם בכך, והיינו בעדים". ומבואר בגרע"א, דמהות ההודאה המועילה היא הודאה שיכול לממשה בבי"ד, ואם יש הודאה שיתכן ולא יוכל לממשה והיא תלויה ביושרו של המודה, אינה הודאה שתחשב כקנין אודיתא, והיינו כדעת מהרש"א ומהר"מ הנ"ל. וכן מבואר באמרי בינה (הלואה טז), דכל קנין מהני מטעם סמיכת דעת הקונה, ובאודיתא הואיל ואין הקונה עושה כל מעשה קנין, וגם יודע בעצמו שההודאה הינה בשקר ושבאמת אינו שלו, ומה דמהני אודיתא הוא מהטעם שע"י הודאתו יכול להוציא בדיינין. וכן מבואר בחידושי הגרש"ש (ב"ב סי' לא): "דקנין אודיתא הוא רק דכיון שהועילו דבריו לגבי' בי"ד משום נאמנות, מה"ט חשבו חז"ל ענין זה כהקנאה שגומר ומקנה, שיודע שדבריו יועילו, שאם ירצה חבירו יזכה הדבר בבי"ד". ועיין עוד בחמדת שלמה (חאהע"ז סב,ט-י, דדעתו דלא מהני אודיתא אלא בעדים, כיון דעיקר הקנין הוא בהודאה, לא מהני ההודאה אלא בעדים.

ודברי קצוה"ח דבעי עדים, כן מבואר בקצוה"ח בכמה מקומות. בסי' מ,א: "אמנם צריך אתה לדעת דזה הקנין דאודיתא אינו נגמר בלא עדים, ואם הודה לו בינו לבינו או אפילו בפני עדים ולא אמר אתם עדי, לא מהני כלום. ואע"ג דבכל

הקנינים לא איברי סהדי אלא לשקרי (קידושין סה,ב), היינו משום דהקנין נגמר בפני עצמו בלא עדים, ולכן לא איברי סהדי אלא לשקרי, אבל קנין אודיתא אף הוא אינו נגמר אלא בפני עדים, ולא אמר אתם עדי ובינו לבינו לאו כלום הוא, אע״ג דלא טען משטה, דלא בעינן טענת השטאה והשבעה אלא בהודה בחוב שחייב, אבל אם שניהם יודעים שאינו חייב ואינו זוכה אלא בקנין אודיתא, כל זמן שאין האודיתא בפני עדים ובאתם עדי, לאו אודיתא, ואינו זוכה באודיתא כזו, דאודיתא אינו אלא בעדים ואתם עדי, וזה ברור. והארכתי בזה, לאפוקי מדברי פני יהושע בריש פרק הנושא (כתובות קב,א ד״ה ומתוך), דמשמע מיניה דגם בזה לא איברי סהדי אלא לשקרי, והוא לשיטתו נמי סבירא ליה דחיוב הוא קל לחייב עצמו בדיבור בעלמא״. וכן הוא בקצוה״ח פא,יד. ואף שפשוט דהעדים צריכים להיות כשרים ולא פסולי עדות, בסי׳ קצד,ד הוסיף כן: ״שיאמר בעל פה ובפני שני עדים כשרים, דאע״ג דגבי שאר קנינים לא איברי סהדי אלא לשקרי, אבל אודיתא לא הוי אלא עד שיודה בהודאה גמורה בפני עדים כשרים״.

ובנתיבות מ,א כתב לחלוק על קצוה״ח, וסובר דמהני כשמודה בהודאה גמורה אפילו בלא עדים, ושכן כתב התומים בכ״מ, ובכל מקום דאתם עדי מהני, הודאה גמורה ג״כ מהני, דכל הודאה שאינו יכול לטעון טענת משטה, מהני אף לאודיתא, ואין צריך עדים. ובמשובב שם השיב על דברי הנתיבות, דדוקא קנין סודר או משיכה והגבהה, שגוף המעשה הוא הקנין, לא איברי סהדי אלא לשקרי, משא״כ אודיתא, כל זמן שלא אמר אתם עדי בפני עדים, אין כאן אודיתא, ואם אין אודיתא אין קנין. עוד הוסיף שם קצוה״ח (בהגהה במשובב), דהודאה בינו לבין עצמו לא מהני אפי׳ על מה שחייב לו כבר, כמבואר בשו״ע חו״מ פא,ט, ובש״ך שם פא,כב. ואף לרמב״ן וסיעתו דהודאה בפני עד אחד מהני, היינו דוקא לענין שנאמינהו שחייב לו כבר, אבל לא לענין קנין אודיתא. והנה הנתיבות הקשה על קצוה״ח מתוס׳ ב״מ מו,א, על הא דאיתא בגמ׳ מה,ב - מו,א: מיתבי, היה עומד בגורן ואין בידו מעות, אומר לחבירו הרי פירות הללו נתונים לך במתנה וכו׳. ובתוס׳ (מו,א ד״ה וליקנינהו) הקשו שיקנה באודיתא. ולכאורה בגורן לא היו עדים, ואיך יקנה באודיתא. ומכאן הוכיח הנתיבות שאין צריך עדים. ובמשובב ישב קושייתו, דאפשר דס״ל לתוס׳ דסתם גורן מצויין שם בני אדם (ועיין ברע״א על התוס׳ ב״מ מו,א ד״ה ונקנינהו). ומ״מ מסקנה דדינא דאפי׳ הכמין לו עדים לא הוי הודאה, וכל היכא דלא הוי הודאה לא קני.

אמנם כדברי הנתיבות, מצאנו בפני יהושע (גיטין יג,ב ד״ה ועוד), שהקשה על מהרש״א ומהר״מ (הנ״ל) שכתבו דאודיתא צריך עדים, דממ״נ, אם חיישינן להכחשה, א״כ גם במעמ״ש יצטרכו, שלא יוכלו המפקיד המומחה והנפקד להכחיש לגמרי את המקבל שלא היה מעמ״ש ביניהם. אלא בהכרח שאין מדובר בהכחשה אלא ששלשתן מודים,

וא״כ גם באודיתא אין צורך בעדים אם יודו שלשתם על האודיתא. ושם לא שייך טענת משטה וטענת השבעה, דכיון שאמר לו תן לפלוני פקדון שיש לו בידי מה שמופקד אצלך, לא שייך טענת משטה והשבעה, כדמוכח בב״ב קעד,ב, מנה לפלוני בידי, אמר תנו – נותנין, עיי״ש בפנ״י. עוד הוסיף, דאין לומר דבאודיתא צריך עדים שלא יטען טעיתי, דא״כ במעמ״ש גם יצטרכו עדים מטעם זה. ועיין בבית שלמה (חאו״ח סי׳ עב) שכתב דדברי קצוה״ח ברורים ומוכחים, ואין לצרף דעת הנתיבות.

עוד נראה, דלשיטת קצוה״ח ודעימיה, דבעינן לעדים לחלות הקנין, והעדים הם חלק ממעשה הקנין, והטעם כיון שאין בהודאה עצמה מעשה קנין ללא עדים, י״ל דכן הוא לענין הכונה של המקנה, דאם ניכר שלא היתה כונה להקנות, אף דלענין קנינים אחרים עצם מעשה הקנין מהוה ראיה לכאורה על הקנין וכוונת המקנה (ראה מה שכתבתי בח״ג סי׳ ד), אף אם יש כוונה הפכית לא מהני, מ״מ מן הסתם התכוין להקנות. אולם באודיתא שאינה מעשה קנין, ומחשיבים כקנין, צריכה להיות ברורה כוונתו להקנות, וכשכוונתו לא ברורה לנו, לא הוי קנין. ואף לסוברים דלא בעינן עדים, מ״מ כשניכר שלא היתה כוונה להקנות, אין בזה קנין. ולכן בנדו״ד שנראה שלא התכוין להקנות אלא להודיע לילדים את כוונתו, שיבדקו איזה אתרוג הכי יפה ואותו יתן לסבא, אין בזה קנין אודיתא שיזכה הסבא באתרוגים.

ולפ״ז בנדו״ד יש לצרף דעת כל הפוסקים לעיל הסוברים דלאודיתא בעינן עדים, ובלא עדים אין קנין אודיתא כלל, ממילא בנדו״ד שלא היו עדים כשרים, אין בהודאה משום קנין. כך גם שלא נראית כוונתו להקנות לסבא. בצרוף הפוסקים דבהודאה בשקר לא מהני לקנין, אין לחוש למה שאמר ראובן, ואין צריך לקנות בחזרה את האתרוגים מהסבא.

ג. טעמים נוספים שאין כאן אודיתא

גם יש לצרף מה שכתב האור שמח בחידושיו לב״מ עה,ב (על הל׳ ריבית קסט,יג),

דהיכא שיכול המודה לתת אמתלא לדבריו, לא הוי הודאתו קנין אודיתא: ״דבמקום דאיכא אמתלא, שפיר אודיתא לא הוי קנין״. ובזה כתב לישב קושית התוס׳ ב״מ מו,א (ד״ה וליקנינהו, הנ״ל), שיקנה המעות באודיתא, די״ל דלא מהני אודיתא, דיש לו אמתלא טובה שמה שהודה הוא מפני שרצה להפטר מהחומש, ולכן הודה שהמעות שלו, וכיון דמפני האמתלא יכול לחזור ולתבוע ממנו, אין זה קנין חשוב דמועיל לענין איסור, שנאמר שיכול להוציאן בדיינים. משא״כ במקום דלא מהני שום אמתלא לבטל ההודאה, כיון שיכול להוציאו בדיינים, ממון זה שלו לגמרי. וכן מבואר בחידושי הרי״מ (ב״מ מו,א): ״דכמו דבלא אתם עידי דמצי אמר משטה כו׳, שוב אינו מועיל לקנין. כן כאן כיון דרשאי להערים במעשר שני, א״כ מהני אמתלא דידיה שהודה רק

שיקנה המעות לפדותו בלי חומש, וי״ל דגם אתם עידי לא מהני״. ולפ״ז בנדו״ד יש לראובן אמתלא, שכל מה שאמר כדי שלא יריבו הבנים, וכ״א ירצה את האתרוג המהודר ביותר, לכן הודיעם כזאת שהמהודר שייך לסבא.

ועיין ש״ך חו״מ פא,כ, דלא מהני הודאה שלא בפני הזוכה, ואם הודה שלא בפניו, יכול לטעון טענת השבעה, עיי״ש מש״כ באריכות, ובקצוה״ח פא,י שחלק עליו. ובדברי חיים (קדושין ג) שהסתפק אם מהני קנין אודיתא שלא בפני הזוכה, דבדבר שאינו ודאי של הזוכה רק שיקנה מטעם קנין אודיתא, צריך שתהיה האודיתא בפני הזוכה, לפי מש״כ הש״ך חו״מ פא,כ הנ״ל, ואף דקיי״ל דמהני הודאה גמורה שלא בפני התובע, היינו בדבר שיכול להיות שהוא אמת, אולם בדבר שהוא שקר רק שיקנה מטעם אודיתא, צריך שתהיה ההודאה בפני הזוכה. וכן היא דעת הגר״י מקוטנא (ישועות ישראל מ,א, וכן ס,טז). ולפ״ז בנדו״ד שלא היה בפני הסבא, לא מהני האודיתא. אולם מדברי הגר״מ אריק (אמרי יושר ח״א סי׳ ג), שנשאל ביהודי שחיפש לפני זמן ביעור חמץ נכרי למכור חמצו, ולא מצא נכרי שיסכים לקנות החמץ מידו, כיון שהכומר גזר שלא יקנו חמץ מהישראל. ושם (בסוף התש׳) כתב דהואיל והוא שעת דחק גדול ומילתא דלא שכיחא, שיודה הישראל בפני שני עדים שהחמץ הוא של עכו״ם פלוני. אמנם הגר״מ אריק כתב דבריו רק עקב היות הדבר שעת הדחק, אולם משמע דאלולי היה בעל כרחו, מהני שלא בפני הזוכה אף לכתחילה.

עוד יש לצרף דעת הראשונים דלא מהני אודיתא אלא בחפץ שאינו ברשותו, שאינו יכול לחזור בו. כן כתב הריטב״א (הישנים, ב״מ מו,א) בשם רבי משה הכהן, שהקשה שיקנה לו המעות באודיתא, ותירץ: ״דכי מהני אודיתא הני מילי בדבר שאינו ברשותו, דלא מצי הדר ביה, כגון שהודה וישנו ביד אחר, דמהני אודיתא וזכה בה תיכף מי שהקנין בידו בעבור המקבל באותה אודיתא של מקנה״. והאור שמח בחידושיו (ב״מ עה,ב, על הל׳ ריבית קסט,יג) כתב בביאור דעת רבי משה הכהן, דבכל מקום שאינו ברשותו של מקנה, נקנה החפץ למי שהודה שהוא שלו. והיה קשה לרמ״ך, דא״כ כשהוא ביד נפקד הוי כברשות המקנה, דהא גונב מבית שומר חייב, וגונב מבית איש קרינא ביה. לכן כתב רמ״ך דכשהוא תחת יד הנפקד, זכה בה מי שקנין בידו בעבור המקבל באותה אודיתא, והוה כמו גיטו וחצירו באין כאחד, דהאודיתא עם מקום הפקדון באים כאחד, וכיון שהודה שהוא של פלוני, שוב הוא מונח תחת יד הנפקד מצד המקבל, והוי רשותו, ואף דאינו רוצה להשאיל לו רשותו, מ״מ מרשותא דמפקיד הא נפיק, ולכך גבי איסור גיורא זכה בעל כרחו של רבא, עיי״ש.

וע״ע באמרי בינה (הלואה טז) בבאור דברי רבי משה הכהן, דכל חוזק קנין אודיתא הוא רק כשאין החפץ הנקנה תחת ידו ורשותו של המקנה, דכשאינו ברשותו

מהני הודאתו וזכה בו מי שבידו בעבור הקונה. ואף שזה שמונח תחת ידו אינו רוצה לזכות למי שהודו לו, דהא בעובדא דאיסור גיורא רבא לא רצה לזכות בשביל רב מרי בר רחל, מ״מ ממילא הוי של רב מרי כיון שזה הודה ורבא היה יכול לזכות בעדו. אולם בדבר המונח תחת יד המודה, כיון דמונח ברשותו ממש, אין אדם זוכה בשלו לאחרים. והוסיף האמ״ב, די״ל דלא מהני קנין אודיתא רק אם מונח ביד מי שאם היה חפץ ורוצה לזכות בעד המקבל, מהני זכייתו, משא״כ אם מונח ביד מי שאין בכחו לזכות, כגון אצל נכרי, עיי״ש, ועיין להלן. ומ״מ בנדו״ד שהיו האתרוגים ברשות ראובן, לא מהני אודיתא לרמ״ך. אמנם למש״כ התוס׳ שם (ד״ה ולקנינהו), שיכול להקנות באודיתא, ולא כתב כרמ״ך דלא מהני אודיתא כיון שהוא ברשותו, משמע דמהני אודיתא אף שהוא ברשות המודה.

ד. באיסורים ובמצוות

מדברי התוס׳ ב״מ מו,א (ד״ה ולקנינהו, הנ״ל), מבואר דמהני אודיתא אף לענין פדיון מעשר שני, ממה שהקשו, שיכל בעל הגורן להקנות לחבירו המעות באודיתא, שיוכל לפדות המעשר שני במעות אלו. ולעיל הוזכרו דברי הט״ז (יור״ד קסח,יד), לענין מש״כ המרדכי, בנכרי שלוה מישראל, ובא ישראל אחר ונתן משכון לישראל בשביל העכו״ם, דהב״ח ס״ל דהוי משכון של העכו״ם מחמת האודיתא. והט״ז חלק עליו, דאודיתא דאיסור גיורא שהודה שהממון אינו שלו, ודאי לגבי ממון אמרינן שאדם נאמן לחובתו, והודאת בעל דין כמאה עדים דמי, אף שאנו יודעים שהוא משקר. אולם לא יועיל דבר זה לאפקועי איסורא בשביל שקר. וכי אם ילוה ישראל מחבירו ויתן לו רבית, ויאמר לו הנני מודה שמעות אלו הם של עובד כוכבים, היעלה על הדעת שעל ידי זה יהיה מותר למלוה ליקח הרבית. אלא שאין סברא כלל בזה להתיר האיסור בשביל שקר שהוא מפורסם. ולפ״ז באנו למחלוקת הב״ח והט״ז, אם יכול ע״י אודיתא להפקיע איסורים, כיון שההודאה שהיא של פלוני הינה בשקר. והש״ך שם בנקוה״כ הצדיק דברי הב״ח, דכיון שהודה, הודאתו כק׳ עדים, וזכה העכו״ם בהודאתו, ואפי׳ עדים מעידים שהוא של ישראל לא מהני, וציין לדברי המחבר בשו״ע שם קסח,יג. גם קצוה״ח קצד,ד כתב דנראין דברי הב״ח דאפי׳ באיסורין מהני הודאה, והביא ראיה מתוס׳ ב״מ מו,א (ד״ה וניקנינהו, עיין לעיל), דמשמע דמהני אודיתא לענין פדיון מעשר, אף דקמי שמיא גליא המעות אינן שלו ופודה בלא חומש, אלא מוכח כיון דהוא גופה קנין, מהני גם לאיסורין. ובקצוה״ח קצד,ד ציין דמהתוס׳ ב״ק קד,ב (ד״ה אגב) נראה דלא מהני אודיתא באיסורין, עיי״ש. והביא ראיה מהעיטור דמוכח מדבריו, דאם היה מלוה על פה נקנה בהודאה, היה מועיל אפי׳ לאיסור ריבית, רק מלוה ע״פ אינו נקנה בהודאה, דאף דאודיתא הוי קנין, מלוה ע״פ שאינו ברשותו, לא יכול להקנותו בשום ענין, כיון שאינו ברשותו אינו

נתפס בו קנין אלא במעמד שלשתן, והוא הלכתא בלא טעמא, אבל דבר שברשותו שנתפס בו קנין, גם אודיתא הוי קנין ואפי׳ לענין איסור.

ועיין באמרי בינה (הלואה טז) שכתב, דאף לקצוה״ח דקנין אודיתא מועיל באיסורים, אם החמץ ברשות המקנה, לא מהני אודיתא, לפי מש״כ רבי משה הכהן, מובא בריטב״א ב״מ מו,א (עיין לעיל), דקנין אודיתא מהני רק בדבר שאינו ברשותו של מקנה, דלא מצי הדר ביה, באופן שהוא ביד אחר, דמהני אודיתא וזכה בו תיכף מי שהקנין בידו עבור המקבל באותה אודיתא של מקנה. ולפ״ז אם מונח החפץ ביד מי שאין בכחו לזכות בעד המקבל, כגון אצל נכרי, וכן אם המקבל הוא נכרי דלא מהני לזכות בעבורו, לא מהני קנין אודיתא עד שיבא לרשות הנכרי, עיי״ש. ועיין לעיל דדעת האמ״ב דאודיתא הוי הודאה ולא קנין. ועיין גם במקור חיים לנתיבות (תמח,ה) שכתב כדעת הט״ז, ובמגן האלף שם, שכתב דמהני אודיתא לענין חמץ. ובישועות יעקב (או״ח תמח,ה בסופו) כתב, דלמ״ד קנין דרבנן לא מהני לדאורייתא, לא מהני אודיתא בחמץ, דאין בהודאה ראיה שהקנה לו בקנין דאורייתא. ובתש׳ רבי משולם איגרא (חאו״ח לט/ב) כתב דהטוב ביותר לעשות קנין אודיתא, רק העלה חשש שאם יכתבו כן בשטר מכירה, אם אשתו תמכור, א״כ כשתשכיר המקום לנכרי הוי חב לאחרים – לבעלה, ולא מהני אודיתא, עיי״ש.

ועל הראיה שמביאים האחרונים מתוס׳ ב״מ מו,א (ד״ה וליקנינהו, הנ״ל), עיין בשו״מ (ג,ג,יא) שדחה ראיה זו, וכתב לחלק: ״דשאני התם, דכיון דלענין המעות עצמו מועיל הודאה, וכל שקנה יכול לעשות ממנו מה שרוצה ופודה בו מעשר שני והקדשות, אבל לעשות איסור ע״י הודאתו שהוא של עכו״ם ולא יהיה שייך בו ריבית, פשיטא דלא מהני הודאתו״. דהיינו שאם הודאתו הינה לענין של חול, שהמעות שלו, וע״י זה שהמעות שלו יפדה מעשר שני, מהני בזה אודיתא, כיון שהאודיתא לא עוסקת באיסורים, היא קבעה מי בעל המעות לענין הדין הממוני, ולא שקבעה מי הבעלים, יכול לפדות במעות מעשר שני. משא״כ כשרוצה להפקיע איסור ריבית ע״י שאומר שהמעות הן של הגוי, לא מהני, כיון שהודאתו באה להפקיע איסורים, ואודיתא לא יכולה להפקיע איסורים. ובזה הצדיק השו״מ את דעת הט״ז. ומהרש״ם (ח״א סי׳ קצד) כתב לחלוק על השו״מ, וכתב דמהני אודיתא אף לאיסורים, והביא משו״ת ספר יהושע (סו״ס יג) שצידד דבחמץ כיון דבהודאה עצמה אין איסור, דלכ״ע מהני. עוד כתב מהרש״ם, דדוקא כשבשעת ההודאה חל כבר האיסור, י״ל דלא מועילה הודאתו לאיסור, אולם כשהודה קודם שחל זמן האיסור ובאותה שעה הועילה ההודאה, מועיל גם לאיסור שחל אח״כ. והביא מהאחרונים דבכון זה שעדיין לא חל האיסור, לכ״ע מהני קנין דרבנן לדאורייתא. ועיין מעין זה בבית שלמה (חאו״ח סי׳ עב). ועין גם לגר״מ אריק (אמרי יושר ח״א סי׳ ג) שהתיר להקנות לגוי באודיתא, אף בעל כרחו,

אך זה בשעת הדחק, שגזר הכומר שלא יקנו חמץ מהיהודים. אולם עיין באמרי בינה (הלואה טז) שכתב דדעת רוב הראשונים דאודיתא מכח הודאה ולא קנין (עיין לעיל), ולפ״ז לא מהני אלא שאכן הודאתו אמת, ולא מהני לענין איסורים.

ומהר״י אלפנדרי בתש׳ מצל מאש (סי׳ י) הסתפק בלולב ביום הראשון, דבעינן לכם,

אם ראובן הודה שהלולב של שמעון, אם יכול שמעון לצאת ידי חובתו אף דידעינן שהוא של ראובן, וכיון שהודה הרי הלולב שלו, וכדין אודיתא באיסור גיורא, או שדין איסור גיורא הוא רק לענין דיני ממונות, אבל לצאת בו ידי חובה, כיון דקמי שמיא גליא אינו שלו, אינו יוצא ידי חובתו. והביא ראיה מתוס׳ ב״מ מו,א (ד״ה וליקנינהו, הנ״ל), דמהני לענין פדיון מעשר; ״ושמא יש לחלק״. ואפשר דכוונתו לחלק כמש״כ השו״מ, עיין לעיל, ששם תחילתו בהיות המעות שלו לענין דיני ממונות, משא״כ כאן לענין הלולב שכל הנפקות היא לצאת ידי חובה. ועיי״ש שהסתפק, אם לאחר ששמעון יצא ידי חובתו, יקנה לראובן חזרה באודיתא, אם הוי שתי הודאות דסתרי אהדדי, הודאת ראובן ואח״כ הודאת שמעון. ונראה לכאורה דתלוי במחלוקת הראשונים אם אודיתא היא הודאה או קנין, דאם היא קנין, מהני להקנות באודיתא בחזרה, משא״כ אם הוי הודאה, לא מהני היכא דההודאות סתרי אהדדי. ועיין בברכי יוסף חו״מ מ,ב מה שהעיר על מהר״י אלפנדרי.

ועיין במנחת שלמה (לגרש״ז אוירבך, ח״א עא/כט) שכתב לענין נתינת תרומות ומעשרות

באודיתא, שאם הגיע זמן הביעור ורוצה לקיים מצות נתינה לכהן או ללוי ועני, וכן בכל ימות השנה אם יש לבעל הפירות הסכם עם לוי או עני כמכירי כהונה, אינו צריך לטרוח ולעשות מעשה לזכות להם ע״י אחר, שזה קשה מאד, כיון דבקנין סודר מבואר בגמ׳ ב״מ יא,ב דאסור מפני שנראה כמקח וממכר. אלא יראה לשני עדים את התבואה או כל קופסאות השמורים שיש בידו, ויאמר להם אתם עדי שהמעשר ראשון הם של כהן או לוי פלוני, והמעשר עני הם של עני פלוני; ״מפני שכבר זכיתי להם את זה ע״י אחר. ומהני מדין קנין אודיתא, ועיין בקצוה״ח סי׳ קצד שהוא קנין גמור גם לענין מכירת חמץ, וכ״ש לענין מצות נתינה של תרו״מ בזה״ז״. ומזה נראה דס״ל כדעת קצוה״ח דמהני אודיתא לענין מצות. והחידוש בדברי הגרש״ז, דלא סגי בנוסח אודיתא לומר שהפירות הם של פלוני, אלא צריך להוסיף: ״מפני שכבר זכיתי להם את זה ע״י אחר״. וא״כ בנדו״ד לא אמר נוסח זה. אמנם אפשר שנוסח זה הוא לשופרא דמילתא ואינו לעכובא.

מכל האמור לעיל נראה, דאין לחוש שהסבא קנה את האתרוגים בקנין אודיתא.

ופועל יוצא, שלא זכה הסבא באודיתא, ויש להקנות לו האתרוג בקנין המועיל (יד או הגבהה), דמהני במתנה מהתורה, עיין קצוה״ח קצח,א, ולשיטת הרמב״ן בחליפין. וכ״ז לחוש למ״ד קנין דרבנן לא מהני לדאורייתא.

סימן כד

השכיר דירה בטרם שהשלים קנייתה

ראשי פרקים

א. קנה הגזלן מהנגזל בעבור הלוקח
ב. מה שאירש מאבא, ומה שתעלה מצודתי
ג. אירש שדה זו
ד. מצוי לקנות
ה. בידו
ו. התחייבות בדשלב"ל
ז. תפיסה באמצעות השטר
ח. סיטומתא עם דינא דמלכותא

ראובן קנה דירה. חתם חוזה עם המוכר, וסוכם שתוך שלשה חדשים יביא את כל הסכום של תמורת המכר, ויקבל לידו את החזקה. וכך הוי, לאחר שלשה חדשים השלים את המכר, שילם למוכר וקיבל את החזקה. בין לבין, כמה ימים לאחר חתימת החוזה, השכיר את הדירה לשמעון, כשמועד תחילת ההשכרה, עם קבלת החזקה מהמוכר. עוד בטרם קיבל את החזקה, ביקש ראובן לבטל את חוזה השכירות (ככל הנראה מפני שמצא שוכר מתאים יותר וכד'). טוען ראובן שאין תוקף לחוזה השכירות ע"פ ההלכה, כיון שהדירה לא היתה ברשותו בזמן חתימת חוזה השכירות, וע"כ הרי זה שכירות של דבר שאינו ברשותו. שמעון טוען שבהתאם לחוק, יכול כבר משעת חתימה על חוזה המכר לשכור או להשכיר, ודורש לקיים את חוזה השכירות. (עלו טענות נוספות, אם נגרם לשמעון נזק מהפרת החוזה, אך אינו הנידון כאן).

א. קנה הגזלן מהנגזל בעבור הלוקח

איתא בב"מ טו,ב לענין גזלן שמכר קרקע הגזולה ללוקח, ואח"כ הלך הגזלן וקנה את הקרקע מהבעלים, ובעא מיניה שמואל מרב, האם הגזלן נהיה כעת כמו הבעלים, ויכול להוציא מהלוקח; אמר ליה, מה מכר לו ראשון לשני כל זכות שתבא לידו. מאי טעמא, מר זוטרא אמר ניחא ליה דלא נקרייה גזלנא, רב אשי אמר ניחא ליה דליקו בהמנותיה. ופרש"י שם, דאין הגזלן יכול להוציא מהלוקח, דהגזלן מכר

ללוקח כל זכות שתבא לידו, וכשלקחה מהבעלים, לא לקחה אלא כדי שתהא מקוים ביד הלוקח. ובגמ׳ שם טז,א, הקשה רמי בר חמא על דברי רב, מדוע לא יוכל הגזלן להוציא הקרקע מהלוקח, כיון שהלוקח כלל לא קנה הקרקע, דהשטר שעשה לו הגזלן אינו אלא חספא: מתקיף לה רמי בר חמא, מכדי האי לוקח במאי קני להאי ארעא, בהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא. אמר ליה רבא, תהא במאמינו (שאמר לו אני סומך עליך שתתננה בידי – רש״י), בההוא הנאה דלא קאמר ליה מידי וקא סמיך עליה, טרח ומייתי ליה, גמר ומקני ליה (כשלקחה מבעלים הראשונים). מתיב רב ששת, מה שאירש מאבא מכור לך, מה שתעלה מצודתי מכור לך, לא אמר כלום. מה שאירש מן אבא היום מכור לך, מה שתעלה מצודתי היום מכור לך, דבריו קיימין. אמר רמי בר חמא, הא גברא והא תיובתא. אמר רבא, גברא קא חזינא, ותיובתא לא קא חזינא, הכא סמכא דעתיה והכא לא סמכא דעתיה, הכא סמכא דעתיה דאזיל טרח ומייתי ליה כי היכי דלא נקרייה גזלנא, הכא לא סמכא דעתיה ... ומאי שנא רישא ומאי שנא סיפא, אמר רבי יוחנן סיפא מה שאירש מאבא היום משום כבוד אביו (כשהיה אביו גוסס, וצריך מעות לקבורתו ולתכריכין, מוזהר לכבוד אביו שלא לשהותו בבזיון), מה שתעלה מצודתי היום, משום כדי חייו (מה שתעלה מצודתי היום, תקנו חכמים שיהיו דבריו קיימין, שמא צריך הוא למזונות דבר מועט, אבל מה שתעלה מצודתי כל חדש או כל שנה, אין שם משום כדי חייו). ומדברי רש״י נראה דמה שתעלה מצודתי היום או מה שאירש היום, הוא גדר תקנת חכמים, דמעיקר דיני קנינים לא מהני למכור דבר שאינו ברשותו, אך תקנו חכמים משום כבוד אביו או כדי חייו, שתועיל המכירה, אף שאינו ברשותו.

מדברי הגמ׳ נמצאנו למדים שיש מקרים בהם מוכר דבר שאינו ברשותו, והמכירה קיימת כשבא לרשותו, או מחמת תקנת חכמים מסיבות שונות, או מחמת דניחא ליה דליקו בהימנותיה. ובענין מה שקנה הלוקח מהגזלן, בפשטות היה נראה לבאר, דמוכח מסוגיא דדבר שאינו ברשותו, לא מהני קנינו, דלא סמכא דעת מוכר ודעת לוקח, אולם במקום שיש את הסברא של ניחא ליה דליקו בהימונתיה, כיון שרוצה המוכר לעמוד בדבריו, וכך נראה ממה שקנה אח״כ מה שלא היה ברשותו, הרי יש כאן גם סמיכות דעת של הלוקח, כשיודע שהמוכר ירצה לעמוד בדבורו, ולכן גומרים בדעתם המוכר והלוקח, המוכר בכך שירצה לעמוד בדבורו, והלוקח שיודע שהמוכר ירצה לעמוד בדבורו וישתדל לקנות בעבורו. אולם בראשונים נראה שהנידון לא לענין קנין העבר אלא מה שקנה כעת מהמוכר, הרי הוא קונה כעת עבור הלוקח, וזאת כיון שהלוקח האמינו. כן נראה לכאורה מדברי רש״י (ד״ה במאמינו): שאמר לו אני סומך עליך שתתננה בידי. והיינו שהאמינו בעבר, לכן גם כעת כשקונה, קונה בעבור הלוקח ולא בעבור עצמו. וכן מבואר להדיא ברמב״ן: ״בההיא הנאה דהימניה מעיקרא,

עכשו גמר ומקנה. כלומר, שלוקחה לצרכו של לוקח, והיינו כטעמא דניחא ליה דליקום בהימנותיה". והיינו שכעת קונה עבור הלוקח שקנה ממנו, ולא שחל למפרע משעה שלא היה ברשותו. וכן הוא ברשב"א בסוגיא, דמשום דמאמינו, אף הוא כגובה אותה ומזכה לו ע"י עצמו, ועשו את שאינו זוכה כזוכה. וכן הוא ברשב"א ב"מ טו,ב, דאנן סהדי דלקחה להעמידה ביד הלוקח, ונגזל על דעת לוקח מוכרה לו, ולו הוא מקנה אותה ע"י הגזלן. ואפי' למ"ד (ב"ק קב,ב) מי הודיעו לבעל חטים שיקנה חטיו לבעל המעות, התם הוא דלא ידע בשליחותו של זה, אבל הכא דידע נגזל דמכרה זה לאחר, ועכשיו הוא מחזר אחריה כדי להעמידה לפניו, גם הוא מתכוין להקנותה ללוקח.

והריטב"א בסוגיא ניסה בתחילה להסביר שמה שקנה הלוקח את הקרקע אחרי שקנאה הגזלן מהנגזל, באמצעות קנין חזקה, כיון שהלוקח עומד בקרקע ונועל וגודר וכו', קנאה בחזקה; "וי"ל דכיון שהלוקח עומד בתוכה ונועל וגודר ופורץ ומתקן בה הרי הוא קונה אותו בחזקה". אך היה קשה לריטב"א, שאין זה בכלל תהא במאמינו, דמה שייך בזה מאמינו. וע"ז תירץ, דכיון דמאמינו לגזלן, גמר הגזלן ומקנה ליה וכאלו אומר לו לך חזק וקנה דמי. ושוב הקשה, דאין לשון הגמ' מתיישב בכך. והביא את פירוש הראשונים דלא בעינן שיאמר לו כן בפירוש, וכמו בדין מה שאירש מאבא מכור לך, דלא משמע שאמר לו כן בפירוש; "לכך פירשו, תהא במאמינו, דבההיא הנאה דסמיך עליה, גמר ומקנה ליה כאלו קבל ממנו כסף אחר כשחוזר ולוקחה, דהנאה חשובה ככסף בכל מקום, וכדמוכח בפ"ק דקידושין (ז,א) בהדיא. ולא עוד אלא שאף הנגזל עצמו לדעת כן מוכרה, והוא גומר ומקנה ללוקח ואפי' למ"ד בפרק הגוזל (קב,ב) מי הודיעו לבעל החטים שיקנה חיטין לבעל המעות, הכא מודה שכבר הוא יודע שזה מכרה והאמינו הלוקח, וכמי שהודיעו גזלן שלצורך לוקח הוא חוזר ולוקחה דמי". ומבואר שקונה בקנין כסף, בההיא הנאה שהימניה לגזלן, הרי היא כקנין כסף, ואף הנגזל, היודע שמכרה, מתכוין למכרה לקונה שקנה מהגזלן. וכן הוא בנימוק"י (ב"מ ט,א מעמוה"ר), דבההיא הנאה, דינה ככסף, כמו באדם חשוב המקבל ממנו מתנה. ועיין עוד בריטב"א (מיוחס לריטב"א) בסוגיא (ב"מ טז,א ד"ה א"ל) שכתב לבאר, דהואיל והלוקח מהגזלן לא בקש מהגזלן אחריות, אף שלא ידע שאינה שלו, מחזיק לו הגזלן טובה, וכשאח"כ קונה מהבעלים, הרי הוא כקונה בשליחות הקונה. עוד הביא, דמה שהאמינו הוי כממון שכביכול הפקידו בידו. ומש"כ הריטב"א דהגזלן הוא שליח של הקונה לקנות מהנגזל, כן מבואר גם בט"ז (אהע"ז צו,ח), דבשעה שנותן הגזלן מעות לבעלים הראשונים, הרי זה כביכול הלוקח נותן המעות, והגזלן הוא שלוחו של לוקח, וזכין לאדם שלא בפניו. וע"ע בנחל יצחק לגרי"א מ,ה, דמה שקונה הוא בתורת חליפין, וההיא הנאה דינה כחליפין, עיי"ש.

ומהראשונים הנ״ל מבואר שקונה את הקרקע ישירות מהנגזל, והרי הוא הגזלן כשלוחו של הקונה, ויש מהראשונים דס״ל דהגזלן מקנה ללוקח בההיא הנאה, עיין בר״ן בסוגיא: ״דהנאה זו שהוא מחזיקו בנאמן וסומך עליו, חשובה היא בעיניו ומקנה אותה לו בה כאילו נותן לו דמים״. וכן נראה מדברי הרמב״ן הנ״ל. ועיין עוד בגרנ״ט (סי׳ צה ד״ה ובהבנת), ואכמ״ל.

ומ״מ מכל זה מבואר שהוא דין מיוחד שיכול לקנות דבר שאינו ברשותו מחמת הסמכא דעתיה, אך לא בכל מקום שיהיה לנו את הסברא של הסמכא דעתיה, יקנה דבר שלא בא לעולם, דדוקא כשהוא כשלוחו של הקונה, זוכה הקונה במה שאינו ברשות המוכר, אבל לא בכל מקום שסומך הקונה בדעתו לקנות דבר שלא בא לעולם או אינו ברשותו, שיקנה הקונה. כן כתב להדיא הנו״ב (תנינא, חאהע״ז נד,יב), דבנידון הסוגיא שקנאה הגזלן, בשעה שחזר וקנאה מהנגזל, באותה שעה זוכה בה הלוקח, שעל דעת כן קונה אותה הגזלן מהנגזל להיות שלוחו של הלוקח לקנותה, ועתה היא נקנית ללוקח, וכעת הוא דבר שבא לעולם. ומה שאמרו שם בסוגיא חילוק בין סמכא דעתיה או לא, דהקשו ממה שאירש מאבא או במה שתעלה מצודתי מכור לך, ג״כ נאמר דבשעה שצד, זוכה בה לצורך הקונה, וכן בשעה שיורש, זוכה בשדה לצורך הלוקח. לכן חילקו, דמתחילה על זה סמך שיקיים אמונתו, ולכן שייך לומר דניחא ליה דליקום בהימנותיה, ומסתמא על דעת כן קונה אותה. משא״כ במה שאירש מאבא וכן מה שתעלה מצודתי, מתחלה לא סמכא דעתיה ולא שייך כל כך שהאמין בו, שהרי קנה על הספק, ולכן גם אח״כ בשעה שצד או בשעה שיורש, אינו מתכוין לקנות לצורך הקונה.

ב. מה שאירש מאבא, ומה שתעלה מצודתי

מהגמ׳ מבואר דיש חילוק בין מוכר מה שאירש מאבא ומה שתעלה מצודתי, דלא מהני דהוי אינו ברשותו, למה שתעלה מצודתי היום ומה שאירש מאבא היום, דתקנו חכמים משום כבוד אביו ומשום כדי חייו. הרמב״ם בהל׳ מכירה כב,ו, פסק וז״ל: ״מי שהיה מורישו גוסס ונטוי למות, ורצה למכור מנכסיו מעט כדי להוציא הדמים בצרכי קבורה, הואיל והבן עני ואם ימתין עד שימות וימכור ישתהא המת ויתבזה, תקנו חכמים שאם מכר ואמר מה שאירש מאבי היום מכור לך ממכרו קיים. וכן צייד עני שאין לו מה שיאכל, שאמר מה שתעלה מן הים מצודתי היום מכור לך, ממכרו קיים משום כדי חייו״. וברב המגיד שם ביאר, דדוקא בכדי שיקנה לו תכריכין, אך לא יותר מכדי התכריכין. אולם אם לא ימצא למכור בכדי שיעור מצומצם, מוכר עד כדי שימצא, דכל זה בכלל כבוד אביו. ומשום כדי חייו, הביא פירוש רב האי, דהיינו כדי חיי יום אחד. ומבואר מהרמב״ם דכל דין זה הוא תקנת חכמים,

דמדיני הקנינים, כיון שאינו ברשותו, לא הירושה ולא הדגים, לא מהני קנין, רק חכמים תקנו כדי חייו או כבוד אביו, שיועיל בזה קנין. וכן מבואר בריטב"א בסוגיא, דכל דין זה כחו מדין הפקר בי"ד, שיש כח ביד חכמים להפקיר, לכן יכולים לתקן שמקח מסוים יהיה קיים, גם אם אינו בהתאם לדיני הקנינים: "והפקר ב"ד הפקר, דרבנן אקנינהו לנכסי דאבוה לכך".

ודברי רב האי הביא גם הרא"ש ב"מ א,מא. וכן הוא ברשב"א ובריטב"א בסוגיא.

והרמב"ן בסוגיא כתב לחלק בין מה שאירש מאבא למה שתעלה מצודתי, דלענין מה שתעלה מצודתי, יכול למכור אפי' יותר מכדי חייו, וכמו שמצאנו גם בפעוטות. דלענין מה שאירש מאבא, אין לו למכור אלא בכדי תכריכי אביו, והוא שהיה עני שאין לו לכבוד אביו, דמשום כבוד אביו אינו יכול למכור אלא לכבודו של אביו בלבד; "אבל במה שאמרו מה שתעלה מצודתי, אפשר דאפילו מכר באלף זוז והיה לו מה יאכל ממכרו ממכר, דאורחא דמילתא הוא שיהא דבר מועט ואין אדם לוקחו אלא בפחות ואין אדם מוכר אלא לכדי חייו, והואיל ומשום כדי חייו תקנו לא פלוג רבנן". משא"כ במוכר לצורך תכריכי אביו, דוקא לצרכו של אביו, ואין צרכו של אביו וכבודו אלא בכדי תכריכיו, אבל במאה מנה אין זה כבוד אלא גנאי. עוד הביא הרמב"ן מרב האי גאון (ספר מקח וממכר שער שני), דאם יש לאביו תכריכין, אין לו למכור אלא לאחר מיתת אביו שירשנו. והוא שיכול למכור מעט, אבל אם אינו מוצא למכור מעט, מוכר הרבה וזהו כבוד אביו, ואין מדקדקין עליו בדבר זה אם מכר יותר או מעט. עוד הביא מרב האי גאון (ספר המקח שער שלישי), דאף בפעוטות שמוכר כדי חייו: "ולפי דעתנו אנו רואין שאם יש שם ממון הרבה, שנותנין לו ואע"פ שאינו צריך אלא לכדי חייו ולפי מראית עיני הדיינים". והוסיף הרמב"ן, דלדברי רב האי גאון, אף במה שתעלה מצודתי היום שאמרו משום כדי חייו, נאמר שלא ימכור אלא לכדי חייו, אבל אם היה לו מה יאכל לא ימכור. והקשה הרמב"ן, דהא אפילו במתנה אמרו (גיטין נט,א) בפעוטות שמתנתן מתנה, אחד מתנת בריא ואחד מתנת שכ"מ ואחד מתנה מועטת ואחד מתנה מרובה, ובמתנה מרובה ליכא משום כדי חייו ולא במתנת שכ"מ, אלא משמע דכיון שאמרו משום כדי חייו שתהא מתנתו מתנה כי היכי דלעבדו ליה מיליה, לא פלוג בהו ואמרו מתנתו מתנה לעולם. וכן מבואר במרדכי גיטין (שצז-שצח), דהן בפעוטות והן במה שאירש מאבא, אפי' ביותר מכדי חייו: "הפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין משום כדי חייו, כתב ראבי"ה, ומשום כדי חייו אמרו אפילו יותר מכדי חייו. וכן אנו מפרשים גבי מה שאירש מאבא מכור לך". [ועיין בר"ן בסוגיא מה שחילק בין פעוטות למה שתעלה מצודתי. וכן הוא בנמוק"י (ב"מ ט,ב מעמוה"ר); "דכיון דתיקון רבנן, לא פלוג, דתקנת פעוטות לאחשבינהו תקון להו רבנן הכי במתנה, כי היכי דליעבדו להו

אינשי מילייהו, אבל הכא דלאו משום האי טעמא הוא, דוקא כדי חיי יום כדברי הגאונים ז״ל. אמר המחבר, ונראה דהוא הדין דאין הפעוטות מוכרין אלא כדי חיי יום אם אפשר״.]

גם הריטב״א בסוגיא הביא דעת יש אומרים, דתקנתא הוא משום כבוד אביו ומשום כדי חייו, ולא פלוג חכמים ונתנו רשות למכור אפילו לשאר דברים. וכן הוא במאירי בסוגיא, דאף שאינו עני, מהני מה שתעלה מצודתי, שלא נתנו שיעורין בדבריהם, אע״פ שעיקר התקנה לא היתה אלא מפני העניים. וכן בדין מה שאירש מאבא היום מכור לך, דמהני המכירה אפי׳ ביותר משיעור כבוד אביו, ואפילו בחולה שאינו נוטה למות, שלא נתנו חכמים שיעורין בדבריהם, אף על פי שעיקר התקנה היתה משום כבוד אביו.

ומבואר דאם תיקנו כדי חייו, יכול למכור אפי׳ ביותר מכדי חייו, וי״א דאף לשאר דברים, אבל עדיין תקנו רק במה שאירש מאבא היום, ומה שתעלה מצדותי היום. אמנם נראה שאם דומה לאופן של מה שתעלה מצודתי היום, ויש בזה טעם של כדי חייו, אף אם בנידון המסוים הוי ביותר מכדי חייו, לשיטת הרמב״ן אפשר דהוי בכלל תקנת חכמים. ולכן אפשר דאם עומד לקנות דבר מה, וכדי לממן את הקניה רוצה להשכירו מיד, אפשר דהוי בכלל מה שתעלה מצודתי היום, שתועיל ההשכרה. או שרוצה למכור דבר שעתיד לקנות היום בריוח, כדי לממן פרנסתו ופרנסת ביתו, לכאורה הוי בכלל תקנת חכמים הנ״ל, גם באופן שהוא יותר מכדי חייו, לשיטת הרמב״ן. כל זה היה מקום לומר אם היתה הסברא שבכה״ג מהני הקנין אף באינו בעולם או ברשותו, מדיני הקנינים, אולם בנדון מה שאירש מאבא ומה שתעלה מצודתי, מהני רק מכח תקנת חכמים, ועל כן אין לחדש, ואין לך בו אלא חדושו.

ג. אירש שדה זו

אמנם בנדו״ד דמי לשדה זו שאירש מאבא מכור לך, וכשמסיים שדה זו, יש בראשונים דמהני כשאומר שדה זו שאירש מאבא מכור לך. איתא בכתובות צא,ב: ההוא גברא דזבנה לכתובתה דאימיה בטובת הנאה, וא״ל אי אתיא אם ומערערא, לא מפצינא לך. שכיבא אימיה ולא איערערא וכו׳. ופירש רש״י שם בענין מכירת כתובת אמו בטובת הנאה, ב פירושים: שהיתה נשואה אמו לאחר, ומכר כתובתה בחיי בעלה בדבר מועט, מפני שהוא ספק שמא תמות וירשנה בעלה, או אפילו ימות בעלה בחייה שמא ימות הבן בחייה ולא תבא הזכות לידו. ובלשון אחר פירש רש״י: שמכר כתובת אמו, היינו שדה שייחד אביו לאמו לכתובתה, ומת אביו ונפלו נכסים לפני הבן, וכל זמן שלא עמדה בדין, אם מכר הבן המכר קיים ואינו יכול לחזור, שהרי הוא יורש וכל

הנכסים לפניו אלא שחייב לתת כתובה לאמו כשתתבענו. ובתוס׳ שם (ד״ה דזבנה) הביאו מר״ת, דהדין של מה שאירש מאבא מכור לך לא אמר כלום, היינו כשאמר מה שאירש מאבא סתם, אבל אם אמר שדה זו שאירש קנה, ואפי׳ למ״ד אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, דאי לאו הכי איך מכר כל עיקר כתובת אמו, דהיינו מה שאירש מאמא. ולכן צ״ל דבמקום שהוא מסיים את המכר, המקח קיים. כל זה לפרוש הראשון ברש״י, אולם לפירוש השני אין ראיה דמהני בדבר שלא בא לעולם ומסיים המקח, דאין בזה דבר שלב״ל, כיון שמכר מה שכבר ירש. וכן מבואר בדברי הרא״ש בכתובות שם ה״ו: ״אבל אם אמר שדה זו שאירש מכור לך קנה, אפי׳ למאן דאמר אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, דכיון שהירושה עתידה ליפול לפניו מאליה וגם בירר המכר, לא חשיבא כולי האי דבר שלא בא לעולם״. דגם ירושה דממילא וגם סיים המכר, צ״ל דבכה״ג סמכא דעתיה אף שלא בעולם, וגם יש לקנין על מה לחול, כיון שמסיים ומברר המקח. ועוד הביא ר״ת ראיה, מב״ב קנט,א, לענין בן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת, בנו מוציא מיד הלקוחות, משום דאמר אנא מכח אבוה דאבא קאתינא. ולכאורה ללא טעם זה יכול לטעון שמכר דבר שלא בא לעולם, ומוכח מזה שאינו יכול לטעון כן כיון דמיירי באומר שדה זו שאירש מאבא. ועיין בקרבן נתנאל (אות ש) שציין דהגאונים ורב האי גאון דחו ראיה זו, דמיירי שמכר מה שאירש מאבא היום, ומשום כבוד אביו.

והב״י (חו״מ ריא,א) כתב דהראשונים, התוס׳ והרא״ש, לא הכריעו אם ס״ל כר״ת אם לאו, ושדעת הגאונים דלא כר״ת, שכן הביא העיטור (מאמר קנין י,ב) שרבינו האי פירש דהא דצריכינן לומר דמכח אבוה דאבא קא אתי, היינו כדי שיוציאנה בלא דמים, וכן בההוא דזבנה לכתובתה דאימיה, דהכל לענין החזר דמים, אבל קרקע לא קנה דמה שאירש הוא. ורב האי גאון (ספר המקח ש״ב) העמידה בגוססת, דומיא דמה שאירש מאבא היום מכור לך, או בכדי חייו דומיא דמה שתעלה מצודתי היום. ורבי משה בר חנוך חילק בין ירושה דכתובה לשאר ירושות, דכתובה אינה בכלל הירושות, שאין האשה מוחזקת בה עד שתשבע, וברשות היתומים היא, ולכן יכול למכרה, אבל ירושה אחרת ודבר שאינו ברשותו אינו יכול למכור. ובעל העיטור (שם) יישב בענין אחר, לדעת הרי״ף שכתב שמוכר דבר שלא בא לעולם וקדם הלה ותפס ההוא מידי דאקני ליה לא מפקינן מיניה, והכא נמי כיון דזבן וכתב ליה שטרא, כמאן דתפיס דמי. ועיין במאירי (כתובות צא,ב) שדחה תרוץ זה. והרמב״ם בהל׳ מכירה כב,ה, והמחבר בשו״ע חו״מ ריא,א, כתבו בסתם דלא מהני מה שאירש מאבא, ולא חילקו בין סתם לשדה זו, אולם ברמ״א הביא דעת ר״ת בשם י״א. ועיין עוד במהרשד״ם (חחו״מ סי׳ רסה) שציין לדברי הטור שלא הביא שום חולק על ר״ת, וגם רבינו ירוחם (מישרים נתיב טז) כתב כדעת ר״ת. אך ציין דשאר הפוסקים שלא

הביאו את חילוק ר״ת, לא סוברים כדבריו, שאל״כ היה להם לחלק ולפרש. ועיין בהסבר הדין, בחזון יחזקאל (נדרים, מילואים לפ״ו ה״ז, מד״ה כל האמור), הטעם דמהני מה שאירש שדה זו.

ולכאורה היה מקום לומר שהוא הדין בשדה זו שאני לוקח, דמהני קנינו ולא הוי דבר שלא בא לעולם. אמנם לטעם שכתבו הראשונים לחלק דירושה ממילא קאתיא, י״ל דדין זה לא שייך במקח ורק בירושה. ונחלקו בזה הלבוש והש״ך. הלבוש ריא,א כתב: ״ויש אומרים דוקא בסתם לא קנה, אבל אם פירש ואמר שדה זו לכשאקחנה, וכן אם אמר שדה זו כשאורישנה מאבא או משאר מורישי מכור לך – קנה״. מבואר שאין חילוק בין מכירה לירושה, ואף במכירה מהני. אולם הש״ך ריא,ב חלק על הלבוש וכתב דדוקא בירושה דממילא, אבל לא במקח וממכר. ובזה יהיה תלוי נדו״ד, דמה שאקנה שדה זו מושכר לך, דללבוש לשיטת ר״ת מהני, ולש״ך לא מהני, והוא הדין לראשונים החולקים על ר״ת. ולפ״ז אין ללמוד מינה לנדו״ד שתועיל ההשכרה.

ד. מצוי לקנות

ואפשר להביא צד דמהני ההשכרה, דלא גרע ממוכר דבר שאינו ברשותו אך מצוי לקנות, דכאן שכבר יש חוזה מכר, ויכול לתת לקונה את דמי המקח אף בעל כרחו, ואין המוכר יכול לבטל המקח אם יעמוד הקונה בתנאי החוזה, עדיף אף ממצוי לקנות, ומהני לשיטות שיכול למכור דבר שאינו ברשותו אך מצוי לקנות.

דאיתא בגמ׳ ב״ב סט,ב בענין מי שאמר לחבירו שמוכר לו ארעא ודקלי, והיינו שלא מוכר לו דקלים באותה קרקע דוקא, שלא אמר ארעא בדקלי, דמשמע דקלים בתוכה, אלא ארעא ודקלי, אם יש לו שני דקלים לבד הדקלים בשדה המכורה, נותן לו, ואם אין לו דקלים אחרים, יקנה שני דקלים ויתן לו. ופירש הרשב״ם שם: ״יקנה לצרכו של זה שני דקלים, שלא יהא מחוסר אמנה, שכך התנה לו, אני מוכר לך אילנות שאקנה לצרכך, או יחזיר לו מן המעות כנגד דמי שני דקלים״. ולכאורה הרי אם אין לו שני דקלים, מכר לו דבר שאינו ברשותו, ומדוע צריך לקנות שני דקלים כדי שלא יהיה מחוסר אמנה. וביותר תימה, דהרא״ש עצמו שם (ב״ב ד,יב), כתב כן להדיא, וז״ל: ״פי׳ כדי לעמוד בדבורו, ולא שיהא מחויב לקנות לו שני דקלים, דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, וכל דבר שאין ברשותו מיקרי דבר שלא בא לעולם כמו מה שאירש מאבא מכור לך״. ומפורש ברא״ש שאם מכר לו דבר שאינו ברשותו, נח לו לעמוד בדבורו ומעמיד לו שני דקלים. וברמב״ם הל׳ מכירה כד,יג, פסק וז״ל: האומר לחבירו קרקע ודקלים אני מוכר לך, אפילו לא היו לו דקלים, אם רצה לקנות

לו שני דקלים ...". ובראב"ד שם השיגו: "א"א הרב חייב לקנות שני דקלים ועיקר". מבואר שחייב לקנות לו דקלים.

ולכאורה י"ל, דבנידון הגמ' בב"ב, דקלים מצויים בשוק, וע"כ מהני בהם קנין אף שאינו ברשותו, לפמש"כ הכס"מ מכירה כב,ג. הרמב"ם שם, כתב וז"ל: "אבל הפוסק על שער שבשוק ולא היה אותו המין שפסק עליו ברשות מוכר, חייב לקנות וליתן ללוקח מה שפסק, ואם חזר מקבל מי שפרע". והרב המגיד כתב דנלמד מהגמ' ב"מ סב,ב. ובכס"מ הקשה, דהגמ' שם בב"מ מיירי לענין ריבית ולא לענין קיום המקח. וכתב הכס"מ דהרמב"ם למד דין זה מהתוספתא פ"ד דב"מ; המוכר פירות לחבירו בחזקת שיש לו ונמצא שאין לו, לאו כל הימנו לאבד זכותו של זה. וס"ל לרמב"ם דהתוספתא מיירי בפוסק עמו על שער שבשוק שכבר יצא, ולענין קיום מקח למי שפרע. והקשה הכס"מ, איך קנה הלוקח, הרי לא היה ברשות המוכר. ותירץ הכס"מ ב תרוצים: "וי"ל דכיון שזה דבר הנמכר בשוק, הוה ליה כאילו הוא ברשותו. וזהו שכתב הפוסק על שער שבשוק, דמשמע שהוא דבר הנמכר בשוק בכל שעה. ולפ"ז מ"ש בסמוך שמי שהקנה מטלטלין אגב קרקע שאם אינם ברשות מוכר אינם קנויים, היינו דוקא מטלטלין שאין כיוצא בהם נמכר בשוק. אי נמי דכשנתן דמים, נמכר אע"פ שאינו ברשותו, כיון שהוא בעולם, קנה לענין מי שפרע, אבל בשהקנה לו מטלטלין אגב קרקע, אע"פ שהיו בעולם, כיון שלא היו ברשותו ההוא קנין לא מהני מידי מדין קנין אגב קרקע". מבואר לתרוץ הראשון, שכל דבר שהוא מצוי לקנות בשוק, חשוב ברשותו לענין קנין, ואף שאינו כעת ברשותו, כיון שמצוי ויכול מיד לקנות בשוק, הרי זה לענין דיני הקנינים כברשותו. ולפי התרוץ השני, מהני רק לענין קנין כסף ולענין מי שפרע, שחייב להעמיד המקח או לקבל מי שפרע, אבל בשאר קנינים ולענין שיהיה לחלוטין ברשותו, לא מהני. ולכאורה לפי התרוץ השני, מה השוני לענין שלא ברשותו בין סוגי הקנינים. ולכאורה גם בשאר הקנינים חייב לעמוד בדבורו, רק בקנין כסף דמהני חייב לעמוד בדבורו, ולא מקבל מי שפרע, מהני טפי, אבל גם בשאר הקנינים, אף שלא קנה, לכאורה חייב לעמוד בדבורו.

והאור שמח לא כתב לחלק בין מצוי בשוק או לא, אלא בין סוגי הקנינים, בין קנין כסף לקנין אגב, דבקנין כסף מהני בתורת חיוב, שמה שנתן לו כסף, מתחייב המוכר להעמיד את תמורת הכסף. אולם בקנין אגב, כיון דבשעה שיהיו המטלטלים ברשותו, לא תהיה הקרקע ברשותו, לכן לא מהני בתורת אגב. והביא דברי הירושלמי ב"מ ד,ב: ש"מ בר נש דיהיב לחבריה י דינרין, א"ל במנת דתיקום לי בהון מאה גרבין, מכיון ששלח בהן יד, צריך להעמיד לו מקחו. ובירושלמי ב"מ ה,א, על המשנה דתן לי חיטיי שאני מוכרן כו' בזה קנה, ר' נחמן ב"י סבר מימר חייב להעמיד לחבירו. וביאר האור שמח שהכסף הוא מתורת חיוב, שמתחייב ליתן חפץ פלוני,

וחיוב חל על גופו, וזה שאמר במנת דתיקום כו׳ היינו חיוב על גופו, דחל על דבר שלא בא לעולם אפילו במיחד איזה חפץ, כמו שהאריך המחנה אפרים הלכות דשלבל״ע סי׳ ג, וקנין מעות סי׳ יד. ומה שכתב הרמב״ם דבהקנה לו מטלטלין אגב קרקע לא מהני באינו ברשותו, הטעם דאפי׳ יהיו המטלטלין ברשותו ויקנה הקרקע עכשיו והמטלטלין לאחר ל יום, לא מהני קנין אגב, דבעת חלות הקנין כבר יצאה הקרקע מרשותו, ולכן אפילו אם הוא דבר שאינו ברשותו, לא מהני בקנין אגב קרקע. וכחילוק זה מבואר בחוו״ד, עיין להלן.

ולכאורה יש להקשות סתירה בדברי הרמב״ם, לתרוץ הראשון בכס״מ, דבהל׳ מכירה כד,יג הנ״ל מבואר דאינו חייב להעמיד לו דקלים, רק אם רצה, והראב״ד ס״ל דחייב, ובהל׳ מכירה כב,ג פסק, לפי התרוץ הראשון בכס״מ, דמהני הקנין במצוי בשוק. וראיתי במשכנות יעקב (חחו״מ סי׳ נד) שכתב לחלק, דדקלים, אף שמצויים בשוק, מ״מ חלוקים הם, אין כולם שוים ואין שומתם ידועה. ולכן י״ל דדקלים הוי כיין זה דלא מהני, וכנ״ל. והגרא״ז (אבן האזל מכירה כד,יג) כתב בבאור דעת הרמב״ם בענין הדקלים, דלא נחלקו הרמב״ם והראב״ד בזה, דמש״כ הרמב״ם אם רצה לקנות לו שני דקלים הרי זה נקנה המקח, אין כונתו על הדקלים, דא״כ היה לו לכתוב ולהתנות דדוקא אם קנה לו ב דקלים, אלא כוונת הרמב״ם על עיקר המקח – הקרקע, דכיון שאמר קרקע ודקלים, תלה מכירת הקרקע בדקלים, לכן אם רצה לקנות לו שני דקלים נקנה מקח הקרקע, דאף שאין הלוקח מחוייב לקנות הדקלים שיקנה לו המוכר, מ״מ אם לא ירצה לקנות הדקלים, אינו יכול לבטל מקח הקרקע. עוד כתב הגרא״ז לישב בדרך אחרת, למש״כ הט״ז, דמה שאינו חייב לקנות מדין מצוי בשוק, כיון שאינו מצוי כל כך לקנות כמו פירות, ומ״מ מהני מה שמצוי קצת, שאם יקנה מחוייב הלוקח לקבל, עיי״ש.

וכתרוץ הראשון בכס״מ מבואר גם בראבי״ה וברב נסים גאון, מובא במרדכי ב״ב (תקנט – תקס): ״חזינא אי אית ליה דיקלא, יהיב ליה תרי דיקלי, ואי לא, זבין ליה תרי דיקלי. כתב ראבי״ה דחייב לקנות לו, אי מזבין ליה מידי דשכיח למיזבן, כדאמר פרק הרבית האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למיזבן ליה חמרא ופשע ולא זבין משלם ליה כדאזיל אפרותא דזיל שפט כו׳, וכגון שבידו לקנות וקני מידו דלא להוי כאסמכתא. ובתשובת רבינו נסים גאון נמצא, אם ראובן מכר כור חטים לשמעון בדינר, וקנו מידו וקבל הדמים, ולאחר זמן תבעו ונמצא שלא היו לו חטים בשעת הקנין, שחייב להעמיד לו מקחו ואפילו נתייקר, דתניא בתוספתא דב״מ פ״ד; המוכר בית לחבירו בחזקת שיש לו ונמצא שאין לו, לא כל הימנו לאבד זכותו של זה. וגם בירושלמי דתרומות בפרק האוכל בשוגג; רבי אבהו בשם ריש לקיש אמר, הא למה זה דומה, למוכר חפץ לחבירו ונמצא שאינו שלו שהוא חייב להעמיד לו

מקחו. מיהו רשב״ם פירש הכא ואי משעבדי פריק ליה, שלא יהא מחוסר אמנה או יחזיר לו המעות, משמע אבל לא מן דינא. והמיימון כתב פרק כ״ב [ופרק כ״ד ועי׳ במ״מ שם] דהלכות מכירה, אף על פי שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אבל הפוסק על שער שבשוק ולא היה אותו המין שפסק עליו ברשות המוכר, חייב ליתן לו ולקנות ללוקח מה שפסק, ואם חזר בו מקבל מי שפרע״. מבואר הן מראב״יה והן מתש׳ רב נסים גאון, דמהני הקנין באינו ברשותו ובמצוי בשוק, ומבואר שכן למד ר״נ גאון בדברי הרמב״ם. ותש׳ רב נסים גאון הביאו הב״י חו״מ סי׳ ריא. גם בתש׳ ר״ש צרור (תשב״ץ ח״ד טור ב סי׳ יג) נראה דס״ל דכל דבר המצוי לקנות בשוק, הוי כברשותו, וחייב להעמיד מקחו לקונה.

ובהסבר דברי הכס״מ, נמצא בגדו״ת (שער מו ד,סב), ויסוד הדברים, דכל דבר שיכול לקנות ללא טורח, חשיב ברשותו, ודבר זה מותנה בשני תנאים, גם שהוא מצוי לקנות, וגם יצא השער, וכיון שיכול לקנות ללא טורח, הרי זה כברשותו, וז״ל הגדו״ת: ״שכיון שדבר זה נמכר בשוק, חשבינן ליה כאלו הוא ברשותו ממש, ולא מקרי אינה ברשותו אלא מלתא שאין כמוה נמכרת בשוק בכל שעה. אלא שצריך להוסיף על דבריו ז״ל, דמלבד דבעינן שיהא נמכר בשוק בכל שעה, צריך ג״כ לו שער קבוע, דאז כיון דיצא השער חשבינן ליה כאלו הוא ברשותו, הואיל ובכל עת שירצה יכול לקנותו בלי שום טורח ועכוב, אבל אם הוא דבר הנמכר בשוק ואין לו שער קבוע, לאו כעומד ברשותו הוא לשיחול הקנין בהכרח. שהרי כתב הרמב״ם פכ״ד מהל׳ מכירה; האומר לחברו קרקע ודקלים אני מוכר לך, אפילו לא היו לו דקלים, אם רצה לקנות לו שני דקלים הרי זה נקנה המקח וכו׳. ומכאן הוכיחו קצת מן הפוסקים דכל מלתא דשכיח למזבן, אע״ג דליתיה ברשותיה מחייב לזבוני וכו׳, כדמייתי ה״ה ז״ל וכמו שיבא בע״ה. אלמא דקלי מלתא דשכיח למזבן הוא, ואפ״ה הרמב״ם ז״ל הוא מן הכת הסוברים דלא מחייב לזבוני אלא אם המוכר רוצה בקיום המקח יקנה הדקלים, והא גבי פוסק על שער שבשוק סובר דלא מצי הדר ביה מוכר כלל. אלא ודאי כדאמרן דעקר הטעם הוא משום דכיון שיצא לו שער קבוע וידוע כעומד ברשותו דמי, משא״כ גבי דקלים״. ומבואר דאם גם מצוי וגם יצא השער, חשיב כיכול לקיים המקח בנקל ובלא טורח. ומזה לכאורה י״ל גם בנדו״ד, כיון שיודע כמה צריך לשלם להשלים קניית הדירה ויכול לשלם לו, חשיב כמצוי בשוק והרי זה כברשותו, ואף עדיף ממצוי בשוק, דבזה אין תלוי כמעט כלל בדעת מוכר.

וכהסבר הנ״ל בכס״מ, נמצא גם לגרש״ש (שערי יושר ו,יז ד״ה ובהא): ״ובהא דאיתא בפירוש הרא״ש למסכת נדרים בשם הר״א ממיץ, שאם היה ככר בתוך ד אמותיו שבידו לזכות בו ואמר ככר זה הקדש לאחר שאזכה בו דמהני, משום דבידו לאו כמחוסר מעשה דמי, יעו״ש דף לד,ב, לכאורה קשה דהרי בכל הקנאה נצרך לנו

שני ענינים, הפקעת קנין של בעלים הראשונים והתחדשות קנין לבעלים חדשים, והפקעת קנין קודם שחל הקנין הוי כגירושין קודם קדושין, ואפ״ה מהני בקנינים בכה״ג היכא דחשבינן כבידו, וגם בפוסק על שער שבשוק כתבו הראשונים דמהאי טעמא לא הוי כדבר שלא בא לעולם, משום דכיון דיצא השער הוי כבידו״. הרי דככל שהדבר נחשב בידו, אין בזה חסרון של דבר שלא בא לעולם או אינו ברשותו.

ובשו״ע חו״מ רט,ו הובאו דברי הרמב״ם הנ״ל, ובסמ״ע שם בס״ק כג פסק דכיון דמצוי לקנותו מהני ביה קנין גמור, היכא שיצא השער כמו שפסקו, דאם ידוע ומצוי למכור אותו דבר בשוק, ואפי׳ ידע הלוקח שאין ביד המוכר ליתנו לו, מ״מ כיון שמצוי הוא לקנות, חייב לקנותו ולהשתדל, משא״כ כשאינו מצוי בשוק למכור. ולדעת הש״ך שם בס״ק יג לא מהני ביה קנין גמור אלא רק לענין מי שפרע. ובדברי קצוה״ח ס״ק ט והנתיבות ס״ק ט מבואר דמחלוקתם תלויה בשני תרוצי הכס״מ הנ״ל. ואף שבקצוה״ח תלה את תירוצי הכס״מ במחלוקת המבוארת בשטמ״ק פ״ד דב״מ, אי אמרינן מי שפרע כשמעות לא קונות דבר תורה, דהכס״מ בתירוצו הראשון והסמ״ע סוברים דלא מהני גם לענין מי שפרע, אם לא קונות מעות דבר תורה, וכדעת רבי יוחנן שם מז,ב דדבר תורה מעות קונות, וכדאיתא בגמ׳ שם; תנן אבל אמרו מי שפרע, אי אמרת בשלמא מעות קונות משום הכי קאי במי שפרע, ומשמע דלדידן דקיי״ל כרבי יוחנן דמעות קונות דבר תורה, משום הכי קאי במי שפרע, וע״כ אי אפשר שיהיה במי שפרע בדבר שאינו ברשותו, אם אין בו היכי תימצי של קנין גמור. ואף דהקצוה״ח הביא דעה המובאת בשטמ״ק הסוברת כרבי יוחנן, ובכל זאת קאי במי שפרע גם כשמעות אינן קונות, מ״מ נוקט הקצוה״ח כתירוץ הראשון בכס״מ.

ומהנתיבות רט,ט מבואר דבמצוי בשוק אינו קונה אלא לענין מי שפרע, ואינו קונה קנין גמור, שאם קונה קנין גמור, קשה לסוברים (רמ״א חו״מ קצח,ה) דבמקום שאין חשש נשרפו חיטיך בעליה, קונה כסף קנין גמור במטלטלין, א״כ בפוסק על השער שאין חשש של נשרפו חיטיך, שיקנה קנין גמור גם בכסף ולא רק למי שפרע. אלא ודאי דפוסק על השער ומצוי לקנות, אינו קונה קנין גמור אלא רק למי שפרע. עוד כתב הנתיבות, דבפוסק על השער לא קנה רק בפוסק על יין סתם, אבל ביין זה לא מהני דהוי דבר שאינו ברשותו, דמי יימר דמזבני ליה ניהליה, דלא שייך ביין זה הסברא דמצוי לקנות בשוק. ולכן אין מקום לומר שיקנה במצוי בשוק אלא באומר מטלטל מסוים סתם, אבל באומר ומסיים מטלטלין שאינו ברשותו, ומראה דוקא הם, לא מהני קנין גמור, דלענין יין זה לא חשיב מצוי בשוק.

ועיין במשכנות יעקב חחו״מ סי׳ נד שדעת הרבה פוסקים, הראב״ד, הראבי״ה ור״נ גאון ועוד, דהמוכר לחבירו דבר שיש לו שער ידוע ומצוי למכור בשוק, חייב

להעמיד לו מקחו. וכן האריך בתש' ושב הכהן סי' צח, ובמסקנת דבריו נראה שהסכים לסמ"ע, וכן פסק בפנים מאירות ח"ב סי' ח. גם מדברי התשב"ץ (ח"ד בטור השני סי' יג- הנ"ל) מבואר כדברי הסמ"ע דמהני ביה קנין, וכן נראה בדעת הט"ז חו"מ רטז,ה. ואף שמדברי הנתיבות בס"ק ט המביא ראיה קצת לדעת הש"ך ומישב קושיית הסמ"ע, משמע קצת כש"ך, נראה שלא הכריע לגמרי כדעת הש"ך. דמשמעות דבריו ביור"ד (בחו"ד) דמהני קנין גמור כשמקנה לו פירות סתם המצויים בשוק, לאפוקי פירות מסוימים.

ואף מהש"ך שם ביור"ד נראה שיועיל קנין גמור. דשם ביור"ד (קעה,ו) כתב המחבר דהפוסק על שער נותן לו כשער שהיו שוים כשנתן לו המעות, והחוזר בו מקבל מי שפרע. וכתב שם בש"ך ס"ק יב; "היינו שלא חייב עצמו בקנין אחר רק בדברים, וכמש"כ בחו"מ סי' רט ס"ו" . ומשמע מיניה דבעשה קנין גמור אינו יכול לחזור בו כלל, וזה סותר למש"כ בחו"מ. וסתירה זו הקשה בחוות דעת שם בס"ק ד. והסיק שם החוו"ד להלכה, דבפוסק וקונה בקנין על יין סתם מהני, אף שאינו ברשותו אלא מצוי בשוק, ורק בפוסק על יין זה לא קני, דמי יימר דמזבני ליה. וע"כ י"ל דמש"כ בנתיבות ראיה קצת לדעת הש"ך בחו"מ, היינו לראיה בעלמא, אך להלכה נראה עיקר כמש"כ ביור"ד לחלק בין פירות סתם לפירות מסוימים.

וברבי עקיבא איגר בתש' סי' קלד הביא את מחלוקת הסמ"ע והש"ך, ובהגהותיו על השו"ע (חו"מ יא,ו), על הא דאיתא שם דלא מהני קנין אגב למטבע או מטלטלין אא"כ נמצאים ברשותו, כתב: "לדברי הסמ"ע לעיל סי' ריז (צ"ל:רט) ס"ק כג, לכאורה מיירי הכא בדברים שאינו מצוי לקנות בשוק, ועי' בכס"מ ר"פ כב ממכירה". וי"ל שהכריע כסמ"ע וכתרוץ ראשון בכס"מ, או שלא הכריע אלא לא נימא דבשו"ע פסק הכס"מ דלא כתירוצו הראשון, וכדי שלא נשוה לסמ"ע כטועה בדבר משנה, תירץ דמיירי התם באינו מצוי. וברע"א בתש' הנ"ל, הביא דברי העיטור (הביאו הטור חו"מ רט,ו, והם דברי ר"נ גאון, עיין בדרכ"מ) לחלק בין לא בא לעולם ואינו ברשותו, וכתב הגרע"א דדבר שלב"ל גם הלוקח ידע שעדיין לא בא לעולם, משא"כ בדבר שבא לעולם אלא דאינו ברשותו, הלוקח סבר שהוא ברשותו, והמוכר שהתנה ליתן לו, מחויב לקיים תנאו, וכדין מוכר חפץ לחבירו בחזקת שיש לו ונמצא שאין לו, דחייב להעמיד לו מקחו, אולם אם גם הלוקח ידע שאין לו, אינו חייב להעמיד לו מקחו, כמו בדבר שלב"ל.

והגר"י בלאזער (פרי יצחק ח"א סי' נ) כתב דבמצוי בשוק לכ"ע אם הקנה לו ואינו ברשותו, חייב לקיים מדין מחוסרי אמנה, דאינו דומה לדבר שלא בא לעולם, דדוקא במוכר לחברו דבר שלב"ל, אין הקנין נתפס על הדבר שאינו בעולם, דלא

שייך במציאות קנין בזה, אין בדברים משום מחוסר אמנה, אבל במוכר דבר שישנו בעולם אלא שאינו ברשותו, כיון שיכול לקנות בשוק, לא מקרי דבר דלא שייך ביה קנין, ולכך יש בדברים משום מחוסר אמנה. ודעת הרבה מהראשונים דבכה"ג הוי כמו דבר שהוא ברשותו דקונה קנין גמור, ומ"מ כ"ע מודים דיש בזה משום מחוסרי אמנה. ובהמשך דבריו הסכים לדעת הש"ך, דמ"מ הוי קנין רק לענין מי שפרע, אף ביצא השער. וכן האריך עוד בח"ב סי' מו, עיי"ש.

וע"ע במשפט שלום למהרש"ם רט,ו שדן בזה באריכות, ובדברי חיים (לגרי"א אויערבך - מכירה סי' ל). ובמנחת פיתים לגר"מ אריק בסי' רט ס"ו, הביא מהבית שלמה בתש' (חחו"מ סי' פה) דמהני פוסק על שער שבשוק מדין התחייבות, שהוא מחייב עצמו בזה להעמיד ללוקח מקח זה, ומהני קנין להתחייבות לגמרי. וכתב ע"ז המנחת פיתים, דאפי' בלא יצא השער, כל שהדבר מצוי לקנותו, אם קנה בשאר קנינים (לא בכסף) או שכתב המוכר שטר בלשון התחייבות מהני, אבל באינו מצוי, אפי' התחייבות בפירוש לא מהני, עיי"ש. וכן נמצא בחלקת יואב (חחו"מ סי' כא): "דודאי לא מטעם קנין הוא קונה, דודאי לאו קנין הוא כלל, רק מכח חיוב נתחייב, דכל שמוכר מה שאין לו, כוונתו לחייב את עצמו". ובזה כתב לישב את הסתירה לכאורה בדברי הש"ך והנתיבות הנ"ל, דמש"כ בשו"ע חו"מ דלא מהני אלא למי שפרע, הוא מדיני הקנינים, אולם ביור"ד כתבו מדין התחייבות, דחייב לקיים התחייבותו. והדבר ברור דבקנין גמור קנה לגמרי ומטעם חיוב. ולפ"ז נראה דאף בנדו"ד חייב לקיים חוזה השכירות ומטעם התחייבות, וכמש"כ, דכיון שהוא מצוי לקנות, אף אם לא מהני מדיני קנינים, מ"מ חייב לקיים התחייבותו.

[גם אין לדמות נדו"ד למש"כ הנתיבות ס,י. הנתיבות כתב דאין אדם יכול להתחייב לתת קרקע שאינה ברשותו, אא"כ יאמר שמחייב עצמו לכשיבוא לידו, אבל בלא"ה אם חייב עצמו למכור או לתת קרקע שאינו ברשותו, לא מהני כיון דאולי לא ירצה המוכר למכרה לו, וז"ל: "ואם אמר הריני מתחייב עצמי לקנות לך בית פלוני, ודאי דאין הבית דין יורדים לנכסיו להוציא ממנו תרקבא דדינרי ליתן לחבירו בעד ביתו, דדוקא כשמתחייב עצמו לכשיבוא לידו מהני החיוב, אבל כשמתחייב עצמו בדבר שאין בידו לגמרי, ודאי דלא מהני החיוב, והכא אין בידו לגמרי, דאולי לא ימכור לו חבירו בעד כל הון, וכיון שלא חל החיוב במקצת, לא נתחייב כלל, דהא חיוב לא נלמד רק מהשעבוד, ולא מצינו שעבוד רק כשמשעבד כשיבוא לרשותו, וא"כ ה"נ בחיוב לא מהני רק שמחייב עצמו ליתן כשיבוא לרשותו". דבנדו"ד שכבר עשה חוזה מכר עם המוכר, לא שייכת הסברא שמא לא ירצה למכור, בפרט שיכול להשלים המכר אפי' בעל כרחו של המוכר, אם הקונה לא הפר כל תנאי יסודי בחוזה, ולכן בנדו"ד ודאי חשיב בידו שתועיל התחייבות.]

ה. בידו

לעצם השאלה אם מהני מה שבידו כדי שיחשב כבא לעולם לענין קנין והקדש וכיוצ״ב, לכאורה תלוי במחלוקת והסבר האחרונים. דאיתא בקדושין סב,א: בעא מיניה רב אסי מר׳ יוחנן, אמר פירות ערוגה זו תלושים יהיו תרומה על פירות ערוגה זו מחוברים, פירות ערוגה זו מחוברים יהיו תרומה על פירות ערוגה זו תלושים לכשיתלשו ונתלשו מהו. א״ל, כל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי. וברש״י שם: כי האי שבידו לתלוש ולהפריש מיד. ומדברי רש״י משמע שחל כבר כעת מכח מה שבידו. אולם עיין בשערי יושר (ז,ו ד״ה אכן לפי) דאין לפרש כן ברש״י אלא רק שכשיתלשו יהיו תרומה, וכוונת רש״י שאם יתלשו איגלאי למפרע שהקריאת שם תרומה מועלת לענין שיהיה תרומה אח״כ כשיתלשו, דבמחובר אי אפשר להיות תרומה, עיי״ש. ועיין עוד ברשב״א קדושין נו,ב, דגם צריך לומר להדיא שתחול התרומה לכשיתלשו: ״... אמר פירות ערוגה זו תלושין יהו תרומה על פירות ערוגה זו מחוברין, או פירות ערוגה זו מחוברים יהו תרומה על פירות ערוגה זו תלושין, לא אמר כלום, אבל אמר לכשיתלשו ונתלשו, דבריו קיימים״.

והנה המל״מ (אישות ד,ז) הסתפק בקטן שקידש ואמר הרי את מקודשת לי לאחר שאגדיל, או גדול שאמר לקטנה הרי את מקודשת לי לאחר שתגדלי. וכתב לחלק בין מחוסר מעשה למחוסר זמן, דבאומר לאשה הרי את מקודשת לאחר שתתגיירי הוי מחוסר מעשה, משא״כ לאחר שאגדל הוי רק מחוסר זמן, וזמן ממילא קא אתי, ואפשר דלא הוי דבר שלא בא לעולם. והביא ראיה מכתובות נט,ב: האומר לחבירו שדה זו שמשכנתי לך לעשר שנים, לכשאפדנה ממך תקדש דקדשה, משום דבידו לפדותה לאחר עשר שנים. והדברים ק״ו, מה התם דמחוסר מעשה – הפדיון, מ״מ כיון שבידו לפדותה מהני, אף שעכשיו אין בידו לפדותה אלא לעוד עשר שנים, כיון שהמניעה היא מחמת הזמן דממילא אתי, אין זה מחוסר מעשה אלא מחוסר זמן, ק״ו כשאינו מחוסר שום מעשה אלא זמן, שחלין הקידושין. והאבנמ״ל מג,א כתב דלא מהני בקטן לאחר שאגדיל, דמקדש לאחר שלשים יום, בידם להתקדש זל״ז כבר כעת, ולכן יועיל גם אם יקדשו לאחר ל, דזה נחשב מחוסר זמן, כשיכול לעשות הדבר כעת, אבל במקדש לאחר גירושין, כיון שאין אפשרות שהקדושין יחולו כעת, אף שבידו לגרשה, מ״מ במצב הנוכחי אינו יכול לקדשה, דשמא לא תתרצה לאחר הגרושין, משא״כ בפירות מחוברין שאין צריך כי אם דעתו, והכל תלוי בבעלים עצמם אם רוצים לתלוש. ולכן בקטן שקידש לאחר שיגדיל, אף שמחוסר זמן אינו כמחוסר מעשה, מ״מ מהחשש שמא לא תתרצה כשתגדיל, יש להחשיבו כמחוסר מעשה הריצוי של הקטנה כשתגדיל. ומבואר דככל שהדבר תלוי רק בידו ואינו תלוי בריצוי האחר, אף שמדובר במעשה ולא בזמן, כיון שתלוי רק בידו, חשיב כמחוסר זמן ולא חשיב

אינו בעולם או אינו ברשותו. ועיין בקוב״ש (כתובות קפה) דהכונה דבידו לעשות את שתי הפעולות, גם לתלוש וגם מי יקרא שם תרומה, עיי״ש.

ועיין חזו״א (סוף ספר נשים, הערות על מסכת קדושין על דף סב,א) שכתב בטעם דבידו דמהני ולא חשיב לא בא לעולם: ״דטעמא דבר שלא בא לעולם לא מהני, שלא נתנו דיני התורה אלא על הדברים שהאדם משמש בהן ושליט עליהן, ובזה אמרינן דמה שבידו הן בכלל באי עולם ותשמישי בני אדם, והלכך לא נאמר זה אלא על פירות מחוברין שבידו לתלשן, או על אשת איש שבידו לגרש וכיוצ״ב, אבל גירות ושחרור אינו מתיחס אליו, שאין תשמישי האדם לברוא אנשים על הארץ אלא ע״י מעשיו נסתבב הדבר, אבל שאר הדברים שבידו לא הוי דבר שלב״ל. ולפ״ז ככל שהדבר בידו ואינו תלוי בדעת ורצון אחרים, לא חשיב לא בא לעולם או אינו ברשותו.

[ולעצם דברי המל״מ ומה שחלק עליו האבנמ״ל, עיין בתש׳ בגדי כהונה סי׳ ג (עיי״ש לפני ד״ה אך, ציינו הגרע״א בחידושיו לשו״ע חו״מ שיב,א), שהסכים לדברי המל״מ. גם הגרע״א בפירוש המשניות (יבמות פי״ג משנה ו, אות קב), הביא ראיה למל״מ מדברי הרשב״א, דמהני לקדש קטנה לכשתגדיל, ולא הוי דבר שלב״ל, מפני שאינו אלא מחוסר זמן ולא מחוסר מעשה. ועיין עוד בנתיבות ריא,ה, דיכול להשכיר בית לשני, תוך זמן השכירות של הראשון, דמחוסר זמן לא הוי דבר שלב״ל. וכן הסכים למל״מ, באבני נזר (חאו״ח שי,ח-ט). אולם בשער המלך מכירה כב,ט חלק על המל״מ, וכן הוא במקנה (קו״א מג,א). וע״ע בשערי יושר ה,כ כתב לחלק בין שני סוגים של מחוסר זמן; אם לאחר זמן לא יתחדש כל כח, כמו אם השכיר לזמן, בתום הזמן תחזור השדה לבעלים, ולא יהיה להם כח יותר ממה שיש להם קודם לכן, שהיתה רק מניעה זמנית לבעלים בשימוש בקרקע. משא״כ בקטן וקטנה כשיגדילו, יתחדש בהם כח הגדלות, שכעת יכולים לקנות ולהקנות, לקדש ולהתקדש, אף שאין בזה אלא מחוסר זמן, כיון שהזמן מחדש כח, לא מהני, וז״ל הגרש״ש: ״ומהאי טעמא נראה לי, שמה שמדמה בספר משנה למלך מחוסר זמן של קטן וקטנה ומחוסר זמן האמור בגמרא בשדה שמשכנה לעשר שנים, עיין דבריו בהלכות אישות, אין דמיון זה שוה, דבקטן וקטנה יחודש בהגעת זמן כח חדש שמעיקרא לא היו להם דין קדושין ולאו בר קנין הם, וע״י הגעת זמן והשלמת שנותיהם ישיגו כח ודין מחודש, וזה דבר שלב״ל הוא. ובשדה הממושכנת לא יחודש לבעלים כח חדש אחר השלמת השנים, אלא להיפוך, ישארו על הכח שהיו להם כבר קודם שנתמשכנה, אך המניעה היתה זמנית, ובהסרת המניעה חזרו לכח שהיו להם, ומשו״ה יכול אדם לאסור על עצמו דבר שלא בא לעולם, דכח האוסר שיש לו הוא מה שהוא שליט על גופו ונפשו, וכח זה יש לו גם עכשיו, ונמצא שלא יחודש לו

להאוסר ע״י ביאת הדבר לעולם. אבל כשאדם אוסר על חבירו, שכח זה הוא מפני שהוא הבעלים והשליט על החפץ שלו, וכיון שכח זה ביד הבעלים הוא ע״י מציאות החפץ בעולם, ובדבר שלב״ל יתחדש כח זה ע״י החפץ, ומשו״ה למ״ד אין אדם מקנה דשלב״ל שאין אדם יכול לפעול ע״י הכח שיחודש אח״כ, כמו כן אינו יכול לאסור על חבירו דבר שלא בא לעולם״.]

ואף שמצוי בשוק גרע מפירות ערוגה זו שיתלשו, דתלישת הפירות הוי לחלוטין בידו,

משא״כ מצוי בשוק תלוי יותר בדעת אחרים, וזה אפשר שהיא דעת הסוברים דמצוי בשוק לא חשיב כברשותו. ולתרוץ קמא של הכס״מ וההולכים בשיטתו י״ל, דאף מצוי בשוק חשיב בידו, אף אם אינו בידו כמו תלישת פירות ערוגה, מ״מ כל דבר שהוא מצוי בשוק הוא עשוי להמכר ואין סיבה שלא ימכר, וע״כ יכול להחשב כברשותו, אף אם אינו בדרגת בידו כמו תלישת פירות ערוגתו. או י״ל כמש״כ האחרונים הנ״ל, דמהני מצוי בשוק מדין התחייבות, והנידון לענין בידו, בפירות ערוגה שיתלשו, הינו לענין הקדש וקנינים, משא״כ במצוי בשוק הגדר הוא התחייבות.

ו. התחייבות בדשלב״ל

וכאמור בנדו״ד יש לראות לכל הפחות את הסכם השכירות כדין התחייבות, ובטרם

אביא את דברי הראשונים בדין התחייבות בדבר שלא בא לעולם, יש להביא את דברי הנתיבות שטו,א, בדין שכירות בדבר שלב״ל, כיון שנוגע לנדו״ד. הנתיבות הביא את הסמ״ע שטו,ה, שלמד בדברי הרמב״ם, דקונה שדה לפירות, אינו יכול למכור זכותו. והנתיבות הקשה עליו, דכיון דהוא בעצמו יכול לקלקל גוף השדה ע״י הוספה בתשמישין, מדוע לא יוכל להקנות לאחר. וע״כ כתב הנתיבות לבאר בדברי הרמב״ם, דהקונה יכול למכור כל זכות שיש לו, אולם אם יש לו רק פירות ולא שדה לפירותיה, כמו במשייר לעצמו זכות פירות בשדה שמכר, אינו יכול למכור אלא להשכיר. והחילוק בין מכירה בדבר שלא בא לעולם, דלא מהני, לשכירות בדשלב״ל דמהני; ״אף דבכל דבר שאין יכול למכור אינו יכול להשכיר, מ״מ בדבר שלא בא לעולם שאני, דכל משכיר כחוב הגוף דמיא להעמיד לו. תדע, דבמשכיר חמור סתם חייב להעמיד לו חמור אף דאין לו שום חמור, ובמוכר חמור סתם כה״ג אם אין לו חמור, לאו כלום. אלמא דמשכיר חובת הגוף הוא. וכן בחמור זה כשקלקל חייב להעמיד לו חמור ויורדין לשאר נכסיו״. מבואר דמשכיר דבר שלא בא לעולם, מהני מדין התחייבות, שחייב לקיים כשבא לידו. ובהמשך הסתפק הנתיבות אם היינו דוקא במשכיר בית סתם דמהני, אבל בבית מסוים, אפשר דלא מהני. וכתב דנראה דמהני אף בבית מסוים, ונשאר בצ״ע: ״ובהיות כן נסתפקתי, במשכיר חמור זה ולא היה ברשותו, אם חייב להשכירו כשבא לידו, דהא במוכר דבר שלא בא לעולם אין חילוק

בין שדה זו לשדה סתם, דבשניהם לא קנה, ובלשון חיוב בשניהם מועיל, כמבואר בסי׳ ס,ו, ובמשכיר מועיל בחמור סתם ובבית סתם אפילו כשלא היה ברשותו, ולהכי בחמור זה אפשר דגם כן מועיל אפילו לא היה ברשותו באותה פעם כשהשכירו. ועוד, דהא כל שוכר פירות שדה דבר שלא בא לעולם הוא ואפ״ה קנה, וצ״ע. ונראה דס״ל דאף שהתחייב לבית זה, אם הגיע לידו בית זה, חייב להעמיד לו, דבנדו״ד יש למשכיר כבר זיקה ושייכות לבית זה, אם ישלם לו, וע״כ מהני התחייבותו להעמיד לו הבית כשתושלם הקניה.

ולעצם מה שמועילה התחייבות בדבר שלב״ל, תוס׳ רפ״ה דכתובות (נד,ב ד״ה אע״פ) הקשו על המנהג שכותב חתן לכלה מאה ליטרין, אע״פ שאין לו שוה פרוטה. דבשלמא כשיש לו, הוא משעבד נכסיו לחוב, והואיל ונתחייב, אפילו נאבדו אלו הנכסים וקנה אחרים מהני. דאף שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מ״מ אדם משעבד דבר שלא בא לעולם, כיון דכתב ודעתיד אנא למיקני, והביאו ראיה מב״ב קנז,א, משא״כ מי שאין לו כעת נכסים, איך ישתעבד. ומזה למדים דיכול להתחייב על דבר שלא בא לעולם. וכן מבואר ברא״ש שם בכתובות (ה״א). וכן פסק בשו״ע חו״מ ס,ו: ״המחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם או שאינו מצוי אצלו - חייב, אע״ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ה״מ כשהקנה לו בלשון מכר או בלשון מתנה, ואפילו כתב לו שעבוד על שדה או קבל אחריות על כל נכסיו, ואפילו נתן לו משכון, אינו כלום. אבל בלשון חיוב, כגון שאמר הוו עלי עדים שאני מתחייב לפלוני בכך וכך – חייב, והוא שקנו מידו״. וכן פסק הרמ״א רט,ד, דאף שנחלקו לענין שעבוד דבר שלב״ל, מ״מ יכול להתחייב.

ודברים אלה מבוארים להדיא בתש׳ הרשב״א (ח״ג סי׳ סה). הרשב״א נשאל במי שחייב עצמו ליתן לחברו כל מה שירויח מכאן ועד שלשים יום, ושעבד לו בקנין גמור כל נכסיו שקנה ושיקנה, מקרקעי ואגבן מטלטלי, אם דינו כדבר שלב״ל ולא מהני, או כיון שהוא חיוב, מועיל אף בזה. והשיב הרשב״א, דלא אמרו בדבר שלא בא לעולם דלא מהני אלא במקנה הדבר שלא בא לעולם, אבל במחייב עצמו ליתן מה שיוציא הדקל לאחר עשר שנים, דבריו קיימין, שזה אינו מקנה הפירות אלא מחייב עצמו ליתן, ובחיובים ובתנאים, ואפי׳ בשעבוד ושכירות, אין חסרון במה שלא בא לעולם. והביא הרשב״א ראיה לדין חיובים ממתחייב לזון את בת אשתו חמש שנים, דחייב אף שאין לו עכשיו המזונות, אלא שירויח בעתיד. וכן הפוסק על שער שבשוק, ואף שאין לו. וכן בתנאים, באומר על מנת שתתני לי מאתים זוז, אף שאין לה, ועל מנת שתניקי את בני שתי שנים. וכן בשעבוד דאקני, לפי שמשעבד גופו להלואה. ומזה מוכח דבחיוב מהני אף כשמתחייב בדבר שלא ב״ל.

וכן נמצא בבעה"ת (סד,ב,א): "והיכא שמחייב עצמו בדבר שאינו מצוי אצלו ואינו ברשותו מחייב, ואע"ג דתניא מה שאירש מאבא מכור לך ומה שתעלה מצודתי מכור לך לא אמר כלום, אלמא כל דבר שאינו בעולם, א"נ איתיה בעולם וליתיה ברשותיה, בכל אלו לא קנה, ה"מ במכר ובמתנה, אבל בלשון חיוב יכול לחייב את עצמו כל מה שירצה אפילו בדבר שלא בא לעולם, ואפי' בדבר שאינו מצוי בידו, כדאשכחן גבי מאן דמשעבד לחובו מה שיקנה כדקי"ל מה שאקנה דמשתעבד לחוב". והראיה שהביא בעה"ת מדין דאקני שמשתעבד (ב"ב קנז,ב), והיינו שיכול לחייב עצמו גם בדבר שלא בא לעולם או אינו ברשותו, משא"כ לענין הקנאה וכיוצ"ב, דאינו יכול להקנות.

וכן יש ללמוד מדברי הריטב"א קדושין ט,ב, לענין דברי רב גידל, דעמדו וקדשו, הן הן דברים הנקנים באמירה. הריטב"א כתב דבההיא הנאה יש חיוב לקיום, ומהני אף בדבר שלא בא לעולם או אינו ברשותו: "וסברא דרבוותא ז"ל דדברים אלו הנקנים באמירה אינם נדונים כמתנה בקנין בלחוד אלא כחיוב בקנין, אפילו לפוסק דבר שאינו בעולם ושאינו ברשותו, ונראין דבריהם". הרי שיש כאן חיוב בקנין, מחמת ההיא הנאה דמחתני אהדדי. ובהמשך כתב דמ"מ בטרם כתיבת השטר, צריכים העדים לאמלוכי ביה: "למאן דמוקים לה בשטרי פסיקתא, כיון דדברים הנקנים באמירה הם וקנו, הרי הוא כאילו קנו מידם, ובקנין לא צריך לאימלוכי בכתיבה כדאיתא בריש פרק אע"פ (כתובות נה,א) דסתם קנין לכתיבה עומד עד שימחה, איכא למימר דמאן דמוקים ליה בשטרי פסיקתא סבר דדברים הללו לא אלמוהו רבנן אלא לגבי בני חרי אבל ממשעבדי לא גבי, וכיון דליכא קנין ממש, צריך לאימלוכי ביה". ומבואר מהריטב"א שהקנין באמירה הוא מתקנת חכמים, וכל מה שנידונים כחיוב, שכך תקנו חכמים לדונו כחיוב, אולם מעצם היכולת להתחייב בדבר שלא בא לעולם, לזה אין צורך בתקנת חכמים וזה ברור, וכל מה שנצרכו שם לתקנת חכמים הוא להגדיר את מה שאמרו כחיוב, ולזה בא רב גידל וחידש שנקנה באמירה, אבל לעצם התחייבות לדבר שלא בא לעולם או אינו ברשותו, איננו צריכים לחידוש דרב גידל. ועיין עוד בריב"ש (סי' שמה). וכן בח"מ נא,ד כתב לחלק בין קנין להתחייבות, דדוקא כשנתן לה בלשון מתנה לא מהני אף בשעת קדושין, דלא תהא אמירה בשעת קידושין גדולה מקנין שלא בשעת קידושין, וכשם דקנין לא מהני למה שאינו ברשותו, כך אמירה לא מהני. אבל אם חייב עצמו או שיעבד לה כל נכסיו לסך מסוים, מועיל הקנין אף שאינו בידו, והוא הדין בשעת קידושין מהני אמירה.

ודברי רב גידל הובאו גם בגמ' כתובות קב,א: תנן, הנושא את האשה ופסקה עמו לזון את בתה חמש שנים, חייב לזונה חמש שנים. מאי לאו כי האי גוונא. לא, בשטרי פסיקתא, וכדרב גידל, דאמר רב גידל אמר רב, כמה אתה נותן לבנך כך

וכך, וכמה אתה נותן לבתך כך וכך, עמדו וקידשו קנו, הן הן הדברים הנקנין באמירה. ועיין מה שכתבתי בח"ח סי' ד, דדינו של רב גידל דנקנים באמירה, מיירי בהתחייבות שבאה בתמורה, ואף שכל התחייבות צריכה קנין, כשהיא באה בתמורה אינה צריכה קנין, וכדין כל מכר, שמתחייב הקונה לשלם דמי המכר, אין התחייבותו צריכה קנין כיון שבאה בתמורה, כך התחייבות שבתמורתה מקבל הנאה של חיתון, אינה צריכה קנין. וכן במתחייב לזון את בת אשתו, מקבל בתמורה הנאה שהאשה נשאת לו.

[ועיין למהרש"ם במשפט שלום רט,ד ברמ"א, ס"ק יג), שהביא מתש' מהרי"ט ועוד אחרונים, דאם המוכר הוא ת"ח, מהני המכירה אף בדבר שלא ב"ל. מהרי"ט (ח"ב חחו"מ סי' סט) נשאל במוכר עורות שלא באו לעולם בזמן המכר, ורוצה המוכר לחזור בו, ובתו"ד כתב: "ועוד יש לחייבו מטעמא אחריתי, כיון שהמוכר הזה ת"ח הוא ויודע שדשב"ל אינו נקנה, ומסתמא לא היה מאנהו ומטעהו לקחת דמים מאת הקונה". ונראה דכוונת מהרי"ט דמהני מדין חיוב ולא מדין קנין, דבקנין לא מצאנו חילוק בין ת"ח לאחר, אולם כיון שהמוכר ת"ח ובודאי לא היה לוקח דמים ומאנהו, יש לפרש דבריו על דרך חיוב.]

ויש לפרש חיוב כנדו"ד, שודאי נעשה הכל באופן המועיל של חיוב על גופו, אף דהוי חיוב לשכירות דירה מסוימת, מ"מ ודאי החיוב נעשה באופן המועיל. כמו כן יש לצרף שבנדו"ד הוי כבידו, ואין צריך חיוב על הגוף. דהנה קצוה"ח רג,ב הביא דברי הטור שם (חו"מ סי' רג), דחליפין שנעשה בתורת דמים, שלא יחד לו מעות מסוימים, משמשך הלוקח נתחייב במעות. אבל בתורת חליפין, שיחד לו המעות ואמר לו באלו המעות, לא קנה, דכיון שיחד מעות מסוימים, אם אבדו אינו חייב באחריותן, ולא סמכה דעת בעל המקח עד שיגיעו המעות לידו, וכשם שלא זכה המוכר במעות, כך לא קנה הלוקח החפץ אף שמשכו. וכתב קצוה"ח לבאר את דברי הטור: "דחיוב לא מהני אלא היכא דהחיוב חייל על גופו והוא חייב באחריותו, דהיינו היכא שמחייב בפירות, אם אין לו פירות מחויב ליתן דמיהן כיון דחייב את עצמו. אבל היכא דמחייב עצמו ליתן לחבירו חפץ פלוני ואינו מקבל עליו חיוב אחריותו, אין זה נקרא חיוב הגוף ולא הוי חיוב כלל, ומש"ה במשיכת הלוקח נתחייב בדמיו וחל החיוב על גופו בחיוב אחריות ושעבוד הגוף, אבל אם מייחד לו המעות דליכא חיוב אחריות, וא"כ לא הוי חיוב כלל מה שחייב עצמו ליתן מעות המיוחדים ואינו חיוב. ובתורת קנין אינו נקנה, דמטבע אינה נקנה בחליפין. וכן מבואר מתשובת מוהרי"ט חלק חו"מ (סי' פא ד"ה והא) דהיכא דאין בחיוב אחריות לא הוי חיוב כלל. עיי"ש וז"ל; וכדי שיחול החיוב על גופו, צריך לומר דמשבאו לעולם משתעבד בהם מעתה שיתחייב באחריות עד שיתנם, ואם אבדו פורע לו ממקום אחר. שאם אי אתה אומר כן אלא שמתחייב לתתם בידו כשיבאו לעולם ולא יהא באחריותו, א"כ

לא חל החיוב על גופו כלל והו״ל כקנין דברים כמי שקנו מידו לחלוק, כדאמרינן ריש ב״ב (ג,א). ואם באת לומר שיהיה חיוב על תנאי שלא יתחייב באחריותו, הו״ל תרתי דסתרן אהדדי והוי תנאי ומעשה בדבר אחד, וכדאיתא פרק מי שאחזו (גיטין עה,א) דאם אמר על מנת שהנייר שלי מעכשיו לאו כלום הוא, עכ״ל. וכיון דאין חיוב בלא אחריות, משו״ה ביחד לו מעות דליכא אחריות, אין בו חיוב הגוף ואינו חיוב כלל, ובתורת הקנאה נמי ליתיה, כיון דאין מטבע נקנה בחליפין״. מבואר ממהרי״ט ומקצוה״ח דאופן החיוב המועיל הוא על גופו, שמתחייב לתת לו משיבואו לעולם, ומקבל על עצמו אחריות שאם יאבדו, יפרע לו ממקום אחר. וכן מבואר בתש׳ ראנ״ח (ח״א סי׳ סו), הובא גם ברע״א (חחו״מ סי׳ ס), דדוקא שמחייב עצמו ליתן פירות דקל ומקבל אחריות שאם ישתדפו קודם שיתנם לו שמחויב ליתן דמיו, אבל במתחייב ליתן פירות הדקל ומתנה שלא יתחייב באחריותם, לא חלה ההתחייבות. בנדו״ד לא שייך כ״כ אחריות מסוג זה, שהרי השוכר מעונין דוקא בדירה זו, רק יש חיוב על גופו לקיים ההסכם ולהשכיר לו הדירה כשתבוא לידו, אך אין צורך בחיוב על הגוף, שאם לא יבוא לידו ישכיר לו במקום אחר, דבזה גופה לא מעונין השוכר אלא דוקא בבית זה ולא באחר.

ז. תפיסה באמצעות השטר

הרמב״ם מכירה כב,ב, כתב וז״ל: ״המוכר פירות דקל לחבירו, יכול לחזור בו אף לאחר שבאו הפירות לעולם, ואם שמט הלוקח ואכל אין מוציאין מידו״.
ובהג״מ שם הביא מהעיטור, דאין אדם מקנה דשלב״ל דוקא היכא דלא תפס מה שהקנו לו; ״אבל אי תפיס תפיס. והאי נמי דזבין וכתב ליה שטר ומסר ליה שטרא, כמאן דתפיס דמי״. הובא גם בתה״ד סי׳ שכ. ועיין בעיטור (מאמר ב, קנין, דף י,ב) ראיה לדין זה. וכן פסק הרמ״א חו״מ רט,ד, על דברי המחבר שם אם קדם הלוקח ותפס הפירות, אין מוציאין מידו: ״והוא הדין בשאר דברים שלא באו לעולם. ואפי׳ לא תפס, אלא כתב ליה שטר ומסר ליה השטר, כמאן דתפיס דמיא״. ובסמ״ע רט,יג כתב דנראה דמיירי שאחר שבא לעולם, מסר לקונה את השטר, וכתב דכן מבואר בהג״מ הנ״ל. ולכאורה בהגהות מיימוניות הנ״ל לא מבואר שמסר לו השטר לאחר שבאו לעולם. וראיתי שכן הקשה הט״ז (חו״מ רט,ד), דמשמע בהגה״מ שמיד שמכר נכתב השטר, וכן מוכח מדברי העיטור, ומהראיה מהגמ׳ כתובות צא,ב, בההוא גברא דזבין לכתובתה דאמיה וכו׳. וכן הוכיח קצוה״ח רט,ו מדברי העיטור דלא כסמ״ע. וכתב הט״ז דאפשר כוונת הסמ״ע שהשטר יהיה ביד הקונהלכל הפחות בשעה שבא לעולם. וע״ע בנתיבות רט,ד משׁ״כ בדברי הסמ״ע והט״ז. ולפ״ז בנדו״ד שהשכיר

בשטר, י״ל דחשיב כתפוס בשעה שהשלים המשכיר את הקניה, וחייב לקיים המקח גם מדיני הקנינים.

ובקצוה״ח רט,ו הקשה, דבעיטור הנ״ל (מאמר ב קנין סט) הביא מבעה״ת (סד,ב,ד) דמהני תפיסה בדבר שלב״ל דוקא כשתופס הפירות בעצמן, אולם אם נתן לו משכון, לא נחשב כתפיסה המועילה בדבר שלב״ל. והוכיח כן מתש׳ הרי״ף, בכותב בשטר נתתי לו ק זהובים, ונתן לו משכון עליהם, דלא קנה כיון דלא היה ברשותו, דמנה אין כאן משכון אין כאן. ושכן י״ל לדברי רב נחמן דאי שמיט ואכל לא מפקינן מיניה, דוקא כשתפס הפירות עצמם, משא״כ תפיסת משכון אינה כלום, דלא תפס מאי דאקני ליה. ובקצוה״ח הביא דמדברי הריב״ש (סי׳ שלה) נראה שחולק על זה. ומ״מ צ״ע איך כתב הרמ״א דשטר חשיב כתפיסה, הא לא עדיף ממשכון, דבחו״מ ס,ו פסק דלא מהני תפיסת משכון בדין נתתי לו ק זהובים בשטר. וכתב קצוה״ח לישב, דודאי משכון עדיף משטר, כיון דסו״ס מוחזק באיזה ממון. אולם בנדון התחייבות של ק מנה אינה תפיסה, כיון שלא היתה התחייבות על גופו, ולא מהני משכון כשאין התחייבות, דאף שהתרצה לתת לו משכון, לא מועיל כיון שאין חיוב הגוף. משא״כ בדבר שלב״ל, כשכותב שטר על שדה שלא בא לעולם, כיון דתפוס בשטר אחר שבא לעולם, זוכה בשדה על ידי שטרו, דכיון דנתרצה ומוחל לו שטרו, הו״ל כקונה את השדה עכשיו בשטרו. [ועיין בשו״מ (מהדור״ד, ח״ג סי׳ קד), שדן איך מהני תפיסת השטר, הרי שטר לא חשיב כגבוי אלא לענין מיגו להוציא, עיי״ש מה שביאר בדין זה. וע״ע בדברי חיים (חאו״ח ח״א סי׳ יט) מש״כ בזה].

ח. סיטומתא עם דינא דמלכותא

עוד י״ל שיועיל הקנין, כיון דמהני בהתאם למנהג הסוחרים ובהתאם לחוק, כאשר עורך חוזה עם בית שכבר יש עליו חוזה מכר, אף שלא הושלמה המכירה, מהני למכרו או להשכירו לכשתושלם המכירה. וכבר הבאתי כמה פעמים בענין דין סיטומתא עם דינא דמלכותא, דמהני להרבה פוסקים בדבר שלב״ל (עיין מה שכתבתי בח״א יח/ז, בח״ו סי׳ כ, וח״ט סי׳ יז, ואוסיף כאן מדעות האחרונים בדין סיטומתא בדבר שלא בא לעולם). ועיין מש״כ שם דלכאורה הדעות אם מהני סיטומתא בדבר שלא בא לעולם, יהיה תלוי בטעם דלא מהני קנין בדבר שלב״ל. אם הדבר נובע מחמת חסרון בגמירות דעת, שאין המוכר או/ו הקונה גומרים בדעתם להקנות ולקנות דבר שאינו ברשותו או בעולם, י״ל דאם כך נהגו הסוחרים, הרי הם גומרים בדעתם. אולם אם נאמר דלא מהני קנין מפני שאין לקנין חפצא לחול עליו, לא יועיל מה שנהגו הסוחרים. ומצאתי כן באחרונים, עיין בשו״מ (קמא ח״ב סי׳ לט, עיין להלן), ועיין עוד לגרא״ו בקובץ שעורים (ב״ב רעו):

"בהא דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, משמע בגמ' ב"מ טז,א דהטעם הוא משום דלא סמכא דעתיה, והיכא דסמכא דעתיה אפשר להקנות גם דבר שלב"ל. אבל מהא דקאמר בגמ' כתובות נט,א; שאני קונמות מתוך שאדם אוסר פירות חבירו עליו, אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם, ואי נימא דהטעם הוא דלא סמכא דעתיה, אין זה שייך כלל להא דאוסר פירות חבירו עליו, אלא משמע מהכא דאין לו כח הקנאה בדבר שלב"ל, ובקונמות דיכול לאסור פירות חבירו עליו, יכול לאסור גם דבר שלב"ל. ובתשב"ץ סי' שצח בשם הר"מ מרוטנבורג, דאע"ג דאין אדם מקנה דבר שלב"ל, בכאן שהוא מנהג בני אדם וכו', צריך לקיים, כדאמרנן גבי סיטומתא, ב"מ עד,א, באתרא דנהיגי למיקני ממש קני וכו'. ומבואר דסיטומתא מהני גם בדבר שלב"ל אי נהיגי בה. ונראה טעמו משום דבכה"ג סמכה דעתיה. אבל בהגהות רבינו פרץ שם כתב בשם רבינו יחיאל מפריז, דלא דמי לסיטומתא, דהתם הוי דבר שבא לעולם, ואתא המנהג להחשיב הסיטומתא כאילו היה קנין גמור, אבל בדבר שאינו מועיל בו קנין כגון דבר שלב"ל לא מצינו שמועיל המנהג עכ"ל. והא דמהני סיטומתא במקום קנין, הוא משום דסמכא דעתיה וגמר ומקני, ומ"מ לא מהני בדבר שלב"ל, אפילו אי ידעינן דגמר ומקני, משום דאין לו כח הקנאה במה שלב"ל."

מבואר שתלוי בב' ההסברים, אם אין לקנין על מה לחול, שאין למקנה כל כח הקנאה על מה שאין חל עליו קנין, ולכן לא יועיל סיטומתא בדבר שלא בא לעולם. אולם אם החסרון בדבר שלב"ל הוא מחמת חסרון בגמירות דעת המקנה והקונה, כאשר נהגו הסוחרים להקנות בכה"ג, גומרים המקח ביניהם אף שאינו בעולם.

המרדכי שבת (תעב – תעג) הביא בענין זה ב דעות. הנידון במרדכי במי שהבטיח לחבירו להיות מוהל או סנדק לבנו: "מי שנדר לחבירו להיות בעל בריתו או למול בנו, צריך לקיים לו. ואע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מ"מ הואיל ומנהג בני אדם שנודרים ביניהם זה לזה ומקיימין, גם כאן צריך לקיים, וראיה מדאמרינן בב"מ (עד,א), האי סיטומתא קניא, פי' רושם חביות כו' עד ובאתרא דקנו ממש קני הסיטומתא בשביל שכך נהגו, ה"נ כך נהגו, וצריך לעיין. ומיהו ר' יחיאל היה אומר, דאם הוא מתנה בעודה מעוברת אין כלום דהוי דבר שלא בא לעולם, דלא דמיא לסיטמותא, דהתם בא לעולם ומועיל בה קנין הילכך מועיל המנהג להחשיבו כקנין גמור, אבל דבר שלא יועיל קנין כמו בדבר שלא בא לעולם, לא מצינו שיועיל בו המנהג להחשיבו כקנין גמור, עכ"ל התשב"ץ". ובקצוה"ח רא,א הביא רק דברי רבינו יחיאל, ומשמע שכן היא דעתו דלא מהני סיטומתא בדבר שלא בא לעולם. וכן משמע מדברי קצוה"ח קכו,ג. קצוה"ח מסביר את שיטת רש"י דהחידוש במעמד

שלשתן, שהוא הלכתא בלא טעמא, דוקא במילוה "דליתא בעיניה דליקני", הוי הלכתא בלא טעמא, אבל בפקדון לא הוי חידוש. דבפקדון מצאנו בכמה מקומות קנינים שתקנו חכמים, דאף דבר שנהגו הסוחרים קונה, כמו סיטמותא דמהני. ולכן בפקדון לא קשה, משא"כ מילוה דליתא ברשותיה; "ונהי דהוי קנין, ליתיה ברשותיה, ואין לך קנין גדול כאמירה להקדש, ואפילו הכי כיון דליתיה ברשותיה לא מצי מקני לזה מסיק דהוא כהלכתא בלא טעמא". ומשמע דסיטומתא לא מהני באינו ברשותו, שאל"כ הוי מילוה כפקדון, ובשניהם לא היה חידוש גדול במעמד שלשתן, כיון דהן במילוה והן בפקדון מהני סיטומתא. ומזה מבואר לכאורה דס"ל לקצוה"ח דסיטומתא לא מהני באינו ברשותו.

ומצאנו לאחרונים שנקטו כדעת רבינו יחיאל דלא מהני סיטומתא בדבר שלב"ל. היש"ש ב"ק ח,ס, כתב לענין מי שנדר לחבירו להיות מוהל או בעל ברית: "ודוקא שנדר לו אחר שנולד הילד, אבל אם נודר לו בעודה מעוברת, אינו כלום, דהוי דבר שלא בא לעולם, ולא דמי לסיטומא, דבא לעולם ושייך בה קנין, הילכך מועיל המנהג להחשיבו כקנין גמור. אבל דבר שלא שייך קנין בו, כגון שלא בא לעולם, לא מצינו שיועיל בו המנהג להחשיבו כקנין גמור, וכן מצינו כתוב בשם ר' יחיאל, וכן בספר כל בו". וכן הוא בתש' רדב"ז (ח"א סי' רעח), באותו ענין של מי שנדר לחבירו וכו', דבדבר שאין מועיל הקנין, כגון דבר שלא בא לעולם, לא מצאנו שיועיל המנהג, ושכן דעת רבינו יחיאל. וכן הוא בתש' רע"א (סי' קלד) דלא מהני, ושכן כתבו היש"ש והרדב"ז.

אולם מצאנו לגדולי הראשונים שכתבו דמהני סיטומתא בדבר שלא בא לעולם. מהר"מ מרוטנבורג (דפוס ברלין סי' ד, והיא הדעה הראשונה שהביא הגמ"ר) כתב בענין הנודר לחבירו להיות בעל ברית, דיש לו לקיים דבריו, והביא ראיה מדין סיטומתא, ואף בזה הואיל והוא מנהג מפורסם, עליו לקיים דברו. וכן נמצא בתש' הרא"ש יג,כ, לענין טענת המורשים שמכירת החכירות לא מהני מפני שאינה בעולם: "ומה שטענו המורשין לבטל החכירות משום דהוי דבר שלא בא לעולם, ומשום דאין אדם מקנה לחברו דבר שאינו ברשותו, בזה אני מודה לדבריהם, דמדין תורה אין קנין נתפס בחכירות, דאפי' חוב גמור אין אדם יכול להקנות חובו לחברו אפי' בקנין, דמלוה להוצאה ניתנה, ואין דבר שיחול עליו הקנין. ואין קנין למלוה אלא במעמד שלשתן, וגם קנין זה הוא הלכתא בלא טעמא. וכל שכן חכירות אלמעונה דשנה הוי דבר שלא בא לעולם ודבר שאינו ברשותו. אלא שאני רואה מנהג הארץ כל היום שחוכרין זה מזה ואין בו חזרה. וכן הודו המורשין, דבחתימת ההורדה ובמסירתה למוכר מתקיימת החכירות. וכיון שנהגו כן, הוי קנין דאין בו חזרה, כדאמרינן בפרק איזהו נשך (עד,א) ... ופסק ר"י ז"ל כיוצא באיזה דבר שנהגו לגמור המקח, כגון במקום

שנוהגים שנותן הלוקח מטבע אחד למוכר ובזה נקנה המקח, הכל כמנהג המדינה לענין גמר המקח". מבואר דמהני סיטומתא אף בדבר שלא בא לעולם.

ובכלל יב,ג הביא הרא"ש דעת מהר"מ (הנ"ל) לענין מי שאמר לחבירו לעשותו בעל ברית וכו', וחלק על דבריו מצד שאין כאן מעשה, ובסיטומתא בענין שיהיה מעשה קנין ולא באמירה, אבל לעצם השאלה אם מהני סיטומתא בדבר שלב"ל, נראה שמסכים לדעת מהר"מ, וכמש"כ בכלל יג,כ. וכן נראה מדעת התוס' (ב"מ סו,א ד"ה ומניומי), שכתבו דקנס שעושים בשעת שידוכין מהני אפילו לא קנו בב"ד חשוב, דכיון שנוהגין בו כל העולם מהני, מידי דהוי אסיטומתא דקניא. וראיה זו מצאתי בשו"מ (קמא ח"ב סי' לט), והוסיף השו"מ דכל זה דוקא שהמנהג כן, דמה שלא קונה דבר שלב"ל הוא משום דלא סמכא דעתיה, וכיון שהמנהג לקנות כן וא"א לקנות בענין אחר, המנהג עושה קנין אף בדבר שלב"ל, דהרי סמכא דעתיה. משא"כ אם שינה מהמנהג והבטיח לו להיות בעל ברית עוד טרם שבא לעולם, לא מהני כדין דבר שלב"ל דלא מהני קנין, כיון שאין כאן מנהג שיתפוס בו סיטומתא.

וכן מבואר באחרונים שהסכימו דמהני סיטומתא בדבר שלא בא לעולם. כן נראה מהמבי"ט (ח"ג סי' קנג) שהביא דברי הרא"ש בתש' לנדון שלפניו. וכן מצאנו בתש' מהרש"ל (סי' לו), לענין מי שקונה מכס מהמלך אפי' קודם זמנו וכיוצ"ב, דקנין לפי המנהג כדין סיטומתא: "ומזה הביאו ראיה המחברים שעיקר קנינים בין בסחורה, הכל לפי המנהג, ק"ו מנהג ודת המלך. וגדולה מזו כתב במרדכי פרק המקבל ואו"ז פרק הפועלין, הטוען תמורת המנהג אפילו במיגו אינו מהימן, אלמא דמנהג עיקר לעניין משא ומתן. הילכך הנראה בעיני מי שקונה מכס או כה"ג מן המלך אפי' קודם זמנו, הוא קנין גמור, והנוטלה ממנו הוא גזל גמור ויוצאת בדיינים". ומזה מבואר שמהני סיטומתא בדבר שלב"ל, ולכאורה סותר בזה דבריו ביש"ש ב"ק ח,ס (הנ"ל). והתש' הנ"ל הובאה ביש"ש קדושין ג,א, עיי"ש. ונראה לבאר לפמש"כ הנתיבות רא,א, שהביא תש' רש"ל הנ"ל, וכתב דבנידון האורדני שכתב הרש"ל, י"ל דמהני מפני שהוא גם דינא דמלכותא. ולפ"ז י"ל דס"ל לרש"ל דסיטומתא גרידא לא מהני בדבר שלב"ל, אולם אם מנהג הסוחרים יש לו גם תוקף מדינא דמלכותא, מהני אף בדבר שלב"ל. ולכן ביש"ש מיירי הרש"ל במנהג הסוחרים שאין לו תוקף בדינא דמלכותא, ובתש' רש"ל מיירי בסיטומתא עם דינא דמלכותא. ועיין בתש' חסד לאברהם (לגר"א תאומים, קמא, חחו"מ סי' לו) שכתב בסוף דבריו לישב הסתירה לכאורה בדברי הרש"ל, דהרש"ל ס"ל דלא מהני בתורת קנין, אך בתורת חיוב מהני.

גם בתש' חת"ס (חחו"מ סי' סו) מבואר דמהני קנין סיטומתא בדבר שלא בא לעולם, וסמך דבריו על דברי התוס' ב"מ סו,א (ד"ה ומניומי, הנ"ל), ומתש' הרא"ש (יג,כ

הנ״ל). ורבינו יחיאל הסובר דלא מהני, הטעם מפני שבנדון נודר לחבירו שיהיה בעל ברית או מוהל, לא נהגו לדור למוהל טרם שבא הנער לעולם, וזה ששינה מהמנהג לדור למוהל טרם בואו לעולם, לא מהני סיטומתא, והרא״ש בתשובה מיירי שנהגו לחכור דברים שלב״ל, ולכן מועיל בזה סיטומתא. וכן הסיק להלכה בשו״מ (מהדור״ג ח״א סי׳ קו): ״הדין פשוט דגם דבר שלא בא לעולם קונה בקנין סיטומתא כמ״ש בשו״ת הרא״ש יג,כ. ואף דבהגהת מרדכי פרק ר״א דמילה פסק דדבר שלבל״ע אינו קונה, וכ״כ בזה, ועיין בחיבורי יד שאול סימן רס״ד שהארכתי בזה הרבה, וכבר העלו להלכה בשו״ת הגאון מוהר״ר משה סופר ז״ל ... והגאון מהר״ם א״ש ז״ל דסיטומתא מועיל אף בדבר שלא בא לעולם״. וע״ע בזה בפת״ש חו״מ רא,ב, ובשדי חמד (מערכת ק, כלל סה).

וכן מבואר בתש׳ מהרש״ם, לענין מי שהשכיר בית, שכעת מושכר לאחרים, לאחר תום ימי השכירות של הראשון, דמהני הן מדין התחייבות הן מקנין סיטומתא, אף שהשכיר דבר שאינו ברשותו: ״אבל לדינא בודאי חל הקנין, חדא דלפמ״ש בנה״מ סי׳ רלה וסי׳ שטו, דשכירות הוא חיוב ושעבוד הגוף, א״כ מהני גם בדבר שאינו ברשותו, וכבר האריך בשו״ת ב״ש חח״מ סי׳ נא, ובפרט בסי׳ קיז להוכיח כן לדינא. ובפרט כיון שהמנהג פשיט כן כמ״ש הפת״ש בעצמו בשם האחרונים כן, אם כן כיון דקיי״ל דסיטומתא מועיל בדבר שלב״ל, ובשכירות בית כסף לבד קונה, א״כ מכח המנהג הדין פשוט דמהני גם בכה״ג גם אם אינו מן הדין, ולכן גם המוחזק אינו יכול לומר קים לי״. מבואר שנוקט בפשיטות דסיטומתא מועיל בדבר שאינו בעולם או אינו ברשותו. וכן נראה מתש׳ דברי חיים (ח״ב חחו״מ סי׳ כו), שביאר ע״פ מש״כ המשאת מלך, דדוקא אם המנהג ברור, שכך נהגו להקנות דבר שלב״ל, מהני הקנין, ורבינו יחיאל מיירי באופן שאינו ברור: ״ולכן לפי זה שפיר קאמר המרדכי הנ״ל, דזה שכיבד לחבירו במוהל הוא מטעם סיטומתא, וסיטומתא קונה לפי המנהג, והכי נמי במוהל כיון דנהגו כן הוי קנין מדין סיטומתא, דמבואר בש״ס דהוי קנין במקום שנהגו. אך אם עדיין לא בא לעולם לא מצינו שקונה היינו שלא נודע לנו שנהגין לקנות דבר שלא בא לעולם בסיטומתא על פי תקנת חז״ל ומנהג הסוחרים, וכיון שאין מנהג בבירור אין עוקר הלכה ... ולכן אם בגבולכם המנהג ברור לקנות אפילו דבר שלא בא לעולם ע״י ערבון, והוא תיקון לסוחרים בזמן הזה, בודאי דקנה בסיטומתא, אך צריך להיות המנהג גלוי וידוע לכל ושהוא תקנת התגרים, כי אם אין ברור הדבר אין מוציאין מספק״. ומבואר דככל שהמנהג ברור שקונה דבר שלב״ל, מהני מדין סיטומתא. וכן כתב בבית יצחק (ח״א סי׳ ס), דרוב הפוסקים ס״ל דקנין סיטומתא מהני בדבר שלב״ל והלכה כמותם. ואף שבהמשך כתב דהדבר נתון במחלוקת ואין להוציא מהמוחזק, מ״מ הוסיף שם דהיכא דמהני מדינא דמלכותא, ובנידון שם

מירי בשכירות דמהני גם מכח דינא דמלכותא, שאין המשכיר יכול לחזור בו. וכן פסק במהר"מ שיק (חו"מ סי' כ) דמהני סיטומתא בדבר שלב"ל, בפרט אם מהני מדינא דמלכותא. ועיי"ש דאם נעשה ברבים, בפני חשובי העדה, מהני אף בדבר שלב"ל, עיי"ש.

ומאידך מצאנו בדברי האחרונים הסוברים דלא מהני סיטומתא בדבר שלב"ל. הצמח צדק (ליובאוויטש, חחו"מ סו"ס כט) הביא דעת אבינו יחיאל, ומשמע שכן הורה למעשה. גם בתש' הגרע"א (קמא סי' קלד) נראה דס"ל דכל היכא שהוא דבר שלב"ל, אין מועיל בו קנין, ורק אם מצוי בשוק ויצא השער, לתרוץ קמא בכס"מ, י"ל שאינו דבר שאינו ברשותו, ולכן מהני קנין: "דאם יתברר בבירור גמור דמנהג הסוחרים לקנות על ידי האנד געלד, והוא בכלל אסטומתא, דבזה לפי דברי הב"י (סי' ריא) דיצא השער כיון דמצוי לקנות הוי כיש לו ומהני קנין גמור, הכי נמי מהני אסטומתא. אבל כפי דברי הבדק הבית דמקרי דבר שלב"ל, ורק לענין חיוב מי שפרע, אם כן גם אסטומתא לא מהני, כמו שכתוב ממני בגליון השו"ע חו"מ (סי' רא), דהיש"ש בב"ק (ח,ס) הביא בשם המרדכי דאסטומתא לא מצינו דקנה רק בדבר שבא לעולם, דהוי כמו קנין גמור, אבל בדבר שלב"ל לא מהני אסטומתא למחשביה יותר מקנין גמור, וכ"כ הרדב"ז בשו"ת, ואם כן בנידון דידן גם אסטומתא לא מהני". ומשמע דככל שהוא דבר שלא בא לעולם, לא מהני הקנין.

וכן נראה מהדבר אברהם (ח"א א,טז), דבדבר שלב"ל אין סיטומתא קונה; "לפי שהחסרון בדין ההקנאה ולא במעשה הקנין". וכן היא דעת הגאון מטשיבין (כוכב מיעקב סי' קפג), וכתב לחלק בין נידון הרא"ש בזכיונות, לנדון דבר שלא ב"ל, דבזכיונות תמיד לא יהיה בעולם, לכן התקינו שיועיל הקנין, משא"כ בדבר שכשיבוא לעולם יועיל הקנין, לא תיקנו. וחילוק זה צ"ב, דאם לא מהני הקנין מפני שאין לקנין על מה לחול, איך יועיל סיטומתא. אא"כ נאמר דס"ל לכוכב מיעקב שסיטומתא אינו מעשה קנין אלא דין בעלות שמכח תקנת חכמים, עיין מה שכתבתי בח"ט סי' יז, ובזה יש לחלק דתיקנו דוקא במקום שאין דרך אחרת, כיון שלעולם יהיה בבחינת "אינו בעולם" או אין בו ממש, ולכן תקנו בזה דין בעלות מכח המנהג, משא"כ בדבר שיבוא לעולם, בזה לא תיקנו, דדין סיטומתא הוא דין בעלות, שקבעו חכמים שיהיה הוא הבעלים, ואין זה מעשה קנין.

ומ"מ בנדו"ד שהוא גם סיטומתא וגם דינא דמלכותא, וגם נראה לחייב מדין התחייבות בדבר שלא בא לעולם, וגם כיון דהוי בידו לסיים הרכישה, בהצטרף כל זה נראה לחייב את ראובן לקיים את השכירות, בהתאם לחוזה השכירות עם שמעון השוכר.

לאור צרוף כל הצדדים האמורים לעיל, על ראובן לקיים את חוזה השכירות.

סימן כה

מקח טעות בשמן זית לנר חנוכה

ראשי פרקים

א. מין אחר או יפות ונמצאו רעות

ב. בקש בשר איל מסורס ומכר לו שאינו מסורס

ג. שמן זית, ונמצא שאינו ראוי אלא למאור

ד. כשלא יכול להחזיר השמן למוכר

ה. אם ביטול המקח מבטל את קיום מצות ההדלקה

ו. אם חייב לשלם מה שנהנה מהשמן

ז. אתרוג מזן שלא הזמין

נשאלתי בענין זיוף של שמן זית. ראובן קנה שמן זית מחברה מסוימת, ונכתב על הבקבוק שמן זית זך בכבישה קרה, וראובן מקפיד להדליק בשמן זית זך הראוי למאכל, ולאחר חנוכה הראו לו מכתב מהגורם נותן הכשרות בחו״ל, ששמן הזית כביכול, זו תערובת של שמנים, ובהם יש רוב של שמן זית, אך עוד שמנים. וסיפר שלפני שנים קנה שמן זית זך, והיה מצוין עליו שמן זית כתית בכבישה קרה (בדרגת חומציות נמוכה), והתברר שהשמן זית היה רק ראוי למאור ולא לאכילה (והוא מסוכן לאכילה, בהיותו בעל חומציות גבוהה), והוא מקפיד להדליק בשמן זית ראוי לאכילה. אמנם בשני המקרים לא היה למי להחזיר את השמן זית, וגם הדליק כבר בשמן, ושאל אם יכל באמת לתבוע את המוכר (אם לא היה ספסירא, מבלי להכנס לשאלה זו), ואם יכל לבטל את המקח ולבקש מעותיו בחזרה, לאחר שכבר הדליק בשמן, ואם היה מבטל את המקח, אם קיים מצות הדלקת נר חנוכה.

יוער דלענין הא דבעינן לכתחילה שמן דומיא דשמן שהיה בביהמ״ק, ושמן למנורה היה ראוי לאכילה ולא היה מבושל (עיין מנחות פו,א), דדעת הגרי״ש אלישיב זצ״ל (פניני חנוכה פ״ז עמ׳ קלח ולהלן) שיש הידור בשימוש בשמן שהוא בכבישה קרה, ואינו מבושל כמו השמנים המזוקקים, ויש עדיפות והידור להדליק בהם. כמו כן לענין עירוב שמנים אחרים בשמן זית, דאף שיש אחרונים שהקילו (עיין באשל אברהם, סי׳ תרעג), דעת העונג יו״ט שאין למיעוט השמן מעלה של שמן זית, אף שבוטל ברוב, וכן היא דעת הגרי״ש אלישיב זצ״ל (קובץ תשובות ח״ג סי׳ טז, לענין ביטול באותיות של ס״ת), דלא שייך ביטול אלא לענין איסור, אך ליתן מעלה חיובית

של הכשר, אין המיעוט המבוטל מקבל את דין המעלה של הכשר. וכן שם בסי׳ קד, הביא דעת השו״מ (תנינא סי׳ עו), דשמן זית שעירב בו אפי׳ מיעוט שמן אחר, נפסל למנורה, עיי״ש.

לאחר שכבר סיימתי את כתיבת התשובה, נשאלתי בענין מי שהזמין אתרוג, ואמר למוכר שמקפיד ליקח אתרוג מזן חזו״א, ובדיעבד לאחר זמן, התברר שהיה האתרוג מזן מיוחס מהודר אחר, אך לא מזן חזו״א, וכעת הקונה אינו מקפיד, אם יצא ידי חובת מצוה בסוכות.

א. מין אחר או יפות ונמצאו רעות

תנן ב״ב פג,ב: ארבע מדות במוכרין, מכר לו חטין יפות ונמצאו רעות, הלוקח יכול לחזור בו (התנה לו למכור חטים יפות ונמצאו רעות, אין זה מקח טעות שיוכלו שניהם לחזור, שהרי חטין התנה לו למכור וחטין מכרו, ואי משום דרעות נינהו, אין זו אלא אונאה כגון אונאת שתות, ויכול לוקח לחזור שהרי נתאנה, אבל מוכר שלא נתאנה, לא יכול לחזור אפי׳ אם הוקיר השער, דבשעת מכירה לא נתאנה הוא אלא לוקח ... - רשב״ם). רעות ונמצאו יפות, מוכר יכול לחזור בו (מוכר נתאנה, והלכך יכול לחזור ולא לוקח, ואפי׳ אם הוזל השער). רעות ונמצאו רעות, יפות ונמצאו יפות, אין אחד מהם יכול לחזור בו (ואפי׳ אם הוקר השער דנתאנה מוכר, או הוזל השער ונתאנה הלוקח, דסד״א דהיכא דהוזל השער ורוצה לוקח לחזור, מצי טעין גבי רעות ונמצאו רעות, אני ליפות נתכוונתי, והאי דאמרי לך רעות, לאו משום דנתרציתי אלא משום דרע רע יאמר הקונה, כדאמר בגמ׳... קמ״ל דתרוייהו לא מצו הדרי, הואיל ונמצא כמו שאמרו שניהן. והוא הדין במוכר סתם שלא פירשו לא רעות ולא יפות, דאין אחד מהן יכול לחזור). שחמתית ונמצאת לבנה, לבנה ונמצאת שחמתית, עצים של זית ונמצאו של שקמה, של שקמה ונמצאו של זית, יין ונמצא חומץ, חומץ ונמצא יין, שניהם יכולין לחזור בהן (... וכן כל הנך דקתני ואזיל דהוו שני מינין, ואיכא דניחא ליה בהאי ולא ניחא ליה בהאי, הלכך הוי מקח טעות ושניהן נתאנו, הלכך שניהן חוזרין. ואע״פ ששוה יפה ממה שקנאו, מיהו אין חפצים במכירה זו לא לוקח ולא מוכר. אבל גבי חטין יפות ורעות, כולי עלמא ניחא להו ביפות ולא ברעות, ורצון המוכר לעכב היפות ולמכור הרעות, ודעת הלוקח ביפות ולא ברעות).

ובגמ׳ שם פד,א – פד,ב: לימא מתניתין רבי היא ולא רבנן, דתניא, יין וחומץ מין אחד הוא (ואם תרם מזה על זה תרומתו תרומה, דקרינא ביה והרמותם ממנו (במדבר יח). וכן לענין הודאה ממין הטענה, דאם טענו יין וחומץ והודה לו באחד מהן חייב שבועה על השני, דאיכא הודאה מקצת הטענה וממין הטענה - רשב״ם),

רבי אומר שני מינין. אפילו תימא רבנן, עד כאן לא פליגי רבנן עליה דרבי אלא לענין מעשר ותרומה וכדר׳ אלעא, דאמר רבי אלעא, מנין לתורם מן הרעה על היפה שתרומתו תרומה, שנאמר (במדבר יח) ולא תשאו עליו חטא בהרימכם את חלבו ממנו, אם אינו קדוש נשיאות חטא למה, מכאן לתורם מן הרעה על היפה שתרומתו תרומה, אבל לענין מקח וממכר דכולי עלמא איכא דניחא ליה בחמרא ולא ניחא ליה בחלא, ואיכא דניחא ליה בחלא ולא ניחא ליה בחמרא (שזה רוצה לקנות יין או חומץ, אע״ג דמין אחד הוא, לא קני, דאיכא דניחא ליה בטעם יין ואיכא דניחא ליה בטעם חומץ. ולא דמי לחטין יפות ורעות דהתם חד טעמא אית להו וחד שמא אית להו, ומה ששאל מכר לו אלא שאינהו קצת). וראיתי לגאון מטשיבין זצ״ל (דובב מישרים ח״ג סז,ב) שהקשה על ההו״א של הגמ׳ והראיה מתרומה, והרי במשנה תרומות ב,ד, תנן: אין תורמין ממין על שאינו מינו ואם תרם אין תרומתו תרומה. כל מין חטים אחד. ומבואר שאף מלבנה על שחמתית יכול לתרום, ואילו לענין מקח טעות מבואר במשנה דהוי שני מינים, וא״כ מה ההו״א בגמ׳. וכתב שהראו לו בשטמ״ק (ב״ב פד,ב), שהביא מתוס׳ הרא״ש, וז״ל: ״הוה מצי למימר וליטעמיך שחמתית ונמצאת לבנה הכי נמי דשני מינין נינהו, דתנן כל מין חיטים אחד הם״. והיינו שיש לחלק בכל ענין בין תרומה למקח וממכר, וכמסקנת הגמ׳.

הרשב״ם הצריך שיהיה בזה גם שינוי השם ושינוי טעם, ולא סגי ביש הרוצים בחומץ, כפשטות תרוץ הגמ׳. וכדברי הרשב״ם בשינוי השם והטעם, כתב גם בשטמ״ק ב״ב פג,ב, וז״ל: ״לפי שכל אלו חלוקים בשמותיהן ובטעמן, הלכך שניהם נתאנו בין מוכר בין לוקח, דאיכא דניחא ליה בחלא ולא בחמרא, ואיכא דניחא ליה בחמרא ולא בחלא, ומשום הכי שניהם יכולין לחזור בהן. אבל ברישא יפות ונמצאו רעות רעות ונמצאו יפות, אינן חלוקים בשמותיהן ולא בעיקר טעמן, וכולי עלמא ודאי ניחא להו ביפות, הלכך מאן דהוו ליה יפות תחת רעות, ודאי לא נתאנה כלל, אלא אדרבה הלה דהוו ליה רעות תחת יפות הוא דנתאנה בלחוד, ומשום הכי ההוא דהוו ליה רעות תחת יפות בלחוד הוא דיכול לחזור בו ...״. מדברי הרשב״ם הנ״ל והשטמ״ק מבואר החילוק בין יין ונמצא חומץ, שאין כאן מקח כלל בהיותם שני מינים, ליפות ונמצאו רעות, שהם מין אחד, דהגדרת מין שונה – אם יש שינוי בטעם ובשם, הרי זה שני מינים. יפות ורעות אינו שם אלא תואר, ואינו חלק מהמין, וע״כ יש כאן מקח, אלא מי שנתאנה יכול לחזור בו. ולכאורה משמע שצריך שני תנאים שיהיה הדבר כשני מינים, שינוי השם ושינוי הטעם, ובאחד בלבד לא סגי (ועיין ריטב״א ב״ב פד,ב שהזכיר רק שינוי השם). דבחיטים יפות ונמצאו רעות, זה אותם חיטים אלא פחותים באיכותם, ואין להם שם נפרד, שניהם נקראים חיטים, ואף טעמם שוה (וכמש״כ בשטמ״ק דעיקר הטעם שוה), ואף שלדברים מסוימים חיטים רעות לא

מתאימות, אין השינוי מורגש על פניו. ובמקום שלחיטים יש שם נלוה, כמו שמצוי כידוע בתפוחים וכד', לכאורה זה שם נפרד שהוא חלק משם המוצר, והוא נלוה לשם, ולא תואר לאיכות. ומדברי הרשב"ם מבואר דיין וחומץ הוי שני מינים, ולכן הוי מקח טעות. ועיין בתורת חיים (ב"ב פד,ב), דביין וחומץ הוי יפות ונמצאו רעות, רק בזה שניהם יכולים לחזור בהם, לא מחמת שהם שני מינים, אלא לוקח יטען שניחא ליה ביין, ולכן יכול לחזור, דהו"ל לדידי יפות ונמצאו רעות, וכן המוכר יטען שרוצה שישאר אצלו חומץ, שיש הרוצים דוקא חומץ, והו"ל למוכר כרעות ונמצאו יפות, שיכול לחזור בו, ולכן זה דין של יפות ונמצאו רעות, ולא שני מינים, ששניהם יכולים לחזור בהם. משא"כ חיטין יפות ונמצאו רעות, לכ"ע יש עדיפות לחיטין יפות, ולכן רק לוקח יכול לחזור בו. לפ"ז בשמן זית, בכל ענין זה עדיף לכ"ע, ולכן רק לוקח יכול לחזור בו אם נמצא שאינו שמן זית, וכדין יפות ונמצאו רעות.

ועיין בחתם סופר בחידושיו לע"ז סו,א (ד"ה חלא): "חלא דחמרא וחלא דשיכרא וכו', אע"ג דאית לכל אחד שם לווי בפני עצמו, מ"מ חד שמא מיקרי, שהרי דם הפר ודם השעיר נמי יש לכל א' שם לווי בפ"ע, ורק בעיקור השם הם שוים ... וכן לרש"י בפלפלים לבן ושחור. וצ"ל אינהי הוו בקיאי טפי שאין עצמיותן של אלו דומין לדם פר ושעיר כמו דדמי ליה חלא דחמרא וחמירי דחטי". הרי ששינוי השם צריך להיות בעיקר השם ולא בשם לוואי. והוא סוגיא ערוכה בע"ז שם. אמנם נראה דהנידון שם לענין ביטול מין במינו או בשאינו מינו, יש לחלק כמו שחילקה הגמ' בב"ב פד,ב הנ"ל, לחלק בין תרומה למקח וממכר, ואף אם לענין תערובות שם לווי אינו שינוי השם, לענין מקח וממכר, איכא דניחא להו בשמן זית ולא בשמן אחר, דלא מיבעיא שטעמו שונה, י"ל דלענין מקח וממכר גם שמו שונה, וכמו ששונה זית מסויה, כך שמנם שונה. ולכן מי שבדוקא רוצה שמן זית, כמו לענין נר חנוכה או עוד סגולות מרפא אחרות המצויות דוקא בשמן זית, הרי ששמן זית הוא מין אחר לחלוטין ביחס לשמן אחר. וככל שצריך דוקא שמן זית ולא תערובת שמנים, כמו מהדרין בנר חנוכה, הרי ששמן אחר הוא מין אחר, והמקח בטל. ולא גרע מחיטין אדומות ונמצאו לבנות או איפכא, דתנן במשנה שאין כאן מקח דהרי הם כשני מינים, אף ששניהם חיטין, אדומות ולבנות. אמנם בנדו"ד שהרוב היה משמן זית, וריחו וטעמו שוה לשמן זית, אך אינו משובח לאכילה כשמן זית, ואינו ראוי להדלקת הידור בנרות חנוכה, צ"ע אם להגדרות הנ"ל נחשב כשני מינים, דלכאורה הוי מין אחד, אך כיפות ונמצאו רעות. ומ"מ לענין נדו"ד אין נפק"מ אם הוי שני מינים או יפות ונמצאו רעות, דלענין הלוקח בשני הדינים יכול לחזור בו, והנפק"מ רק למוכר, ואינו נפק"מ לנדו"ד.

ב. בקש בשר איל מסורס ומכר לו שאינו מסורס

תה״ד (סי׳ שכב) נשאל, בראובן ששאל את שמעון, אם יש לו למכור לו בשר מאיל מסורס, והשיב שמעון בחיוב, ולאחר הקניה נמצא שבשר האיל שנמכר היה לא מסורס, דריחו נודף ואינו טוב לאכול כבשר איל מסורס, וטען ראובן טענת מקח טעות, ושמעון טוען שזו רק שאלה של אונאה, וישלם לו מחיר של אינו מסורס. והשיב תה״ד דהדין עם המוכר, והביא ראיה מביצה ו,ב - ז,א, במי שביקש לקנות ביצים של תרנגולת חיה, ולא ביצים שנמצאו במעי תרנגולת שחוטה, ומכרו לו ביצי שחוטה: אתא לקמיה דרבי אמי, אמר להו מקח טעות הוא והדר. פשיטא (דמקח טעות הוא, דהא בהדיא אמר ליה דפחיא), מהו דתימא האי לאכילה קא בעי להו, והאי דקאמר דפחיא משום דצריבן (מבושלות כל צרכן), למאי נפקא מינה (בין מאן דבעי להו לאכילה, בין מאן דבעי להו לאפרוחים), למיתבה ליה ביני ביני (להחזיר לו דמי מעלה שבין ביעי דפחיא לביעי דשחוטה, ואי בעי להו לאכילה, אין המקח בטל, דהא בני אכילה נינהו, אלא שאלו יפים מהם, ויחזיר לו דמי מעליותן), קמ״ל (רבי אמי דסתם מאן דבעי ביעא דפחיא, לאפרוחים בעי להו, ואין אלו שוין לו כלום). מבואר שאם היה מבקש ביצים מתרנגולת חיה, והיה אומר שרוצה לאכילה ולא לאפרוחים, אין זה מקח טעות, ומה דהוי מקח טעות, מפני שלא פירש לאכילה ומפרשים שרוצה לאפרוחים. וממשיך תה״ד: ״אמנם אם ידוע הוא דראובן כ״כ איסתניס דלא קאכיל כלל בשר איל שאינו מסורס, מצינו למימר דמקח טעות לגמרי הוא, דהא לא שווי ליה כלום לאכילה, ואע״ג דלרוב העולם שוה לאכילה, בתר דידיה אזלינן, וכה״ג אמרינן (ב״ב כג,א), דאמר רב יוסף, כיון דאנינא דעתי כקטורא ובית הכסא הוא דמי״. מבואר מתה״ד דאם ידוע טעם מיוחד שירצה ביצים מחיה או איל מסורס, הרי זה ביחס אליו כשני מינים, והוי מקח טעות. ודברי תה״ד הובאו להלכה ברמ״א חו״מ רלג,א.

וכבר הקשה הב״ח על תה״ד, דאין לך מום גדול מזה שבקש איל מסורס ומכר לו אינו מסורס. ועוד, דאיך מאכילים לאדם בעל כרחו דבר שאינו רוצה בו, בפרט שהתנה במפורש שרוצה איל מסורס, והרי זה כיפות ונמצאו רעות, דלוקח יכול לחזור בו, דאין טעם היפות כטעם הרעות, ואפילו היה טעמן שוה אין דעתו רוצה אלא ביפות. וכן מי שאמר לחבירו למכור לו חבית של דגים מלוחים גדולים ונמצאו קטנים, אפילו אין האונאה אלא בפחות משתות, בטל המקח לגבי לוקח, דהוה ליה כמו שינוי מחפץ לחפץ. וגם דחה ראית תה״ד, עיי״ש: ״שלא יעלה כלל על הדעת לומר במי שדעתו לקנות דבר חשוב, שיהא בידו של מוכר להשלים לו בהרבה מן הגרוע או בדמים, וכן עיקר הלכה למעשה״.

גם בשער המשפט (רלג,א) הקשה, דמש"כ תה"ד דבאינו איסטניס הוי אונאה ולא מקח טעות, רחוק מן הדעת, דכיון שהזכיר במפורש שרוצה איל מסורס, הרי הקפיד על איל מסורס, ומדוע אין כאן מקח טעות. והביא שעהמ"ש מהריטב"א בסוגיא בביצה, דביצי תרנגולת חיה צריבין, שהן מבושלות יותר ושוקלין יותר, אבל מ"מ גם של שחוטה טובים הן ובריאות לגוף כשל תרנגולת חיה: "דאי לא, אפי' בעי להו לאכילה הוי מקח טעות". וכן הביא מהר"ן (קדושין יז,ב מעמוה"ר), דמי שנתכוין לקנות דבר שהוא חשוב ואפי' במעט ממה שנמכר לו, והמוכר רוצה להשלים לו בכמות גדולה יותר מהגרוע או לפצותו בדמים, אינו יכול, דהוי כיפות ונמצאו רעות, דלוקח יכול לחזור בו. ועיי"ש מה שדן אם צריך לומר בפירוש שרוצה לאפרוחים, דאף שהרוצים ביצי תרנגולת חיה חפצים לאפרוחים ולא לאכילה, מ"מ לא הולכים בזה אחר הרוב. גם בתש' ושב הכהן (סי' סד) נשאר בצ"ע על דינו של תה"ד. ומבואר דככל שאמר להדיא שרוצה מהמין היפה, יכול הלוקח לחזור בו מהמקח. ולפ"ז בנדו"ד, אף אם אינו שני מינים, הוי כיפות ונמצאו רעות, דלוקח יכול לחזור בו. גם בנתיבות רלג,ג כתב, דבודאי נשמט מתה"ד דברי הר"ן, ולכן הוי ספיקא דדינא. ולשיטת תה"ד והרמ"א הדין כן בכל דבר שנראה לב"ד שאין קפידא כל כך.

אמנם בר"ן (קדושין יז,ב מעמוה"ר) עולה, דכל היכא שלא יכול להחזיר את הביצים, שנגרם הפסד מחמת ששם לדגירה, כיון שאמר לאכילה ונפסדו מחמת הדגירה, אין המקח מתבטל, ומחזיר רק ההפרש בין ביצי חיה לשחוטה, וז"ל הרא"ה המובא בר"ן שם: "והרא"ה ז"ל דחה ראיה זו, כפי מקצת גרסאות שגורסין שם אותבינהו ולא אפרוח, ומשום הכי סגי באהדורי ביני ביני, משום דאי איתא דלאכילה הוה בעי להו וא"א לו להחזירן דהא אפסדינהו, אין לו למוכר להחזיר לו כל המעות, דלוקח לא הוה ליה לאותבינהו, וכיון דאפסדינהו חייב". מבואר שאם היה אומר שרוצה לאפרוחים ואפסדינהו, היה המקח חוזר באופן שהמוכר יחזיר לו את כל דמי המקח. ולכאורה הוא הדין בשמן זית, שיודע שקונה לאכילה או להדלקת נרות, ויודע ודאי שיתכלה השמן, והתברר שמכר לו תערובת של שמנים, אף שהפסיד את השמן ואינו יכול להחזירו, חייב המוכר להחזיר את כל דמי השמן ששילם. (ועיין להלן מש"כ בדין מקח חוזר כשהחפץ כבר אינו בעולם).

גם יש ללמוד מדברי תה"ד במש"כ שאם ידוע שהלוקח איסטניס, הרי זה מקח טעות, אף דרוב העולם לא איסטניס, כיון דאנינא דעתיה, הרי שביחס אליו הוי מקח טעות. דלפ"ז אם ידוע שהקונה מקפיד להדליק בשמן זית הראוי לאכילה, אף שרוב העולם אינו מקפיד בכך, ויכול להדליק אף בשמן זית למאור, מ"מ כיון שידוע שהלוקח מקפיד בכך, הרי זה כיפות ונמצאו רעות, שיכול הלוקח לבטל המקח, אף שודאי אינו כשני מינים.

וראיתי לגר״מ שטרנבוך (תשובות והנהגות ח״א סי׳ שפו) שדן במי שקנה לולב בדרום אפריקה, ושם כמעט כל הלולבים הם לולבים קנרים, שכמעט כל היראים באר״י אינם נוטלים אותם למצות לולב, ורוצה לבטל את המקח. והשיב לו הגר״מ שטרנבוך, דאם יבטל את המקח, הרי למפרע יתברר שהלולב לא היה שלו, ולא יצא ידי חובת מצות לולב, משא״כ אם אינו מבטל את המקח, אף שנמצא בו מום, יוצא ידי חובה ביו״ט הראשון דבעינן לכם, כמו שיכול לקדש אשה (עיין מה שכתבתי בזה, משפטיך ליעקב ח״ו סי׳ א), ולכל הפחות יצא ידי חובת הפוסקים המכשירים לולבים קנרים למצות לולב. כמו כן אם השתמש בלולב לנענועים לאחר שנודע לו שהוא לולב קנרי, אינו יכול לבטל המקח (עיין שו״ע חו״מ רלב,ג): ״לפיכך נלע״ד, שאם מיד שנודע לו בא לבטל המקח ולהחזירו ולא השתמש בו כלל, יכול לטעון מקח טעות, אף שבזה הוא ודאי מבטל מצוה דאורייתא ביום ראשון וכמ״ש לעיל, אבל בנידון שלפנינו שהשתמשו בו כל החג, והמוכר דרש מעיקרא מחיר מינימלי, נראה שיכול לטעון ששוה גם לניענועים לבד, וכל שכן לשאר ימי החג שאינו אלא מצוה דרבנן, רבים סומכין על המקילין, וכ״ש שלכמה פוסקים יוצאין גם בקנרי יד״ח לולב, אינו יכול להוציא ממנו ממונו בחזרה בטענה שאינם שוים כסף, אלא אם גילה מיד דעתו שאין רצונו בו כלל, שאז הוא מקח טעות״. ולכאורה מה שיכול לבטל את המקח, אף שלא אמר להדיא למוכר שאינו רוצה לולב קנרי, דכיון שיש הרבה פוסקים שפוסלים את הלולב, והכי קיי״ל להלכה, הו״ל יפות ונמצאו רעות, דבפשטות י״ל שכוונתו ליפות. וזה צ״ע, דכיון שאין לך אלא מקומו ושעתו, ובדרום אפריקה לולב פירושו לולב קנרי, מהיכי תיתי שיחשב כרוצה לקנות יפות ונמצאו רעות, ולכאורה כל שלא התנה בהדיא, ככל שמדובר בדרום אפריקה, הרי אין כאן יפות ונמצאו רעות. אא״כ יודע המוכר שהקונה הוא מארץ ישראל שמקפיד על לולב שאינו קנרי, והו״ל כנידון תה״ד באיל מסורס, שאם ידוע שהוא איסטניס, יכול לבטל המקח.

וכל זה אינו דומה למוכר כסף צרוף ונמצא כסף סיגים, שהביא הרמ״א חו״מ רלג,א בסופו, שאינו מקח טעות ורק מחזיר לו האונאה. ומקור דברי הרמ״א מהמרדכי ב״ב (סי׳ תקסג): ״ואביאסף פסק, דאם מכר כסף סיגין בחזקת צרוף, אין יכולין לחזור בו, אבל זהב ונמצא כסף או להפך, שניהם יכולין לחזור״. ולכאורה בכסף צרוף ונמצא סיגין, י״ל שיכול להשלים לו כמות של כסף, שיוכל מהכסף סיגין לעשות כסף צרוף כפי שחפץ, משא״כ בזהב וכסף שהם שני מינים. ובתש׳ מהר״מ מרוטנבורג (דפוס לבוב סי׳ תקג) הביא מאביאסף, דאם מכר כסף סיגים ונמצא צרוף, אין יכולין לחזור. ולכאורה י״ל, דהיינו לענין טענת מום, אולם חייב להחזיר אונאה.

ומצאנו בזה לכאורה מחלוקת ראשונים. הראב״ן (פ״ה דב״ב) פסק דכסף צרוף וכסף סיגים, הרי זה כיפות ורעות: ״המוכר כסף בחזקת סיגים ונמצא צרוף, מוכר

יכול לחזור בו, צרוף ונמצא סיגים, לוקח יכול לחזור. סיגים ונמצא סיגים צרוף ונמצא צרוף, שניהם אין יכולין לחזור בו, דתנן חיטין יפין ונמצאו רעות, לוקח יכול לחזור בו, רעות ונמצאו יפות, מוכר יכול לחזור בו, רעות ונמצאו רעות יפות ונמצאו יפות, שניהן אין יכולין לחזור". מבואר שאף בכסף ונמצא סיגים או להפך, הוי כיפות ונמצאו רעות, ויכול לחזור בו כל מי שהפסיד, לוקח או מוכר, אך לא שניהם, ולא אמרינן שאינם יכולים לחזור בהם. ולכאורה אפשר שיש לחלק בין סוגי כסף. אם נצרך לכסף לעשות מזה כלי, כיון שיכול להשלים לו בכסף אחר, אין זה כשני מינים. משא"כ אם קנה כלי של כסף בחזקת צרוף ונמצא סיגים, שאין יכול להשלים לו, הו"ל כיפות ונמצאו רעות. וחילוק זה נמצא בבאר היטב רלג,ד.

וקושיא זו, מאי שנא מיפות ונמצאו רעות, מצאנו בש"ך (רלג,א) ובגר"א (חו"מ רלג,ד).

הש"ך הביא מרדכי (בשם מהר"מ) בסוף פ"ג דב"מ (סי' רצא), הובא גם ברמ"א חו"מ רלב,יח, בראובן שטוען על שמעון שמכר לו חפץ של זהב בתורת זהב, ושבר ראובן הקונה את החפץ ומצא בו בדיל, ותובע ראובן משמעון שיחזיר לו מעותיו מדין אונאה וביטול מקח ביותר משתות. ובסוף דבריו השיב מהר"מ: "הלכך אם דבר ברור הוא שנמצא בו עופרת כמו שהוא טוען, מקח טעות הוא והדרי זביני וחייב להחזיר מעותיו לראובן, ואע"ג דביטול מקח כגון יותר משתות בעיא היא אם לעולם חוזר או לא ולא איפשיט, הכא ודאי מקח טעות הוא, כגון של זהב ונמצא עופרת בתוכה, והוי כמו שחמתית ונמצא לבנה, לבנה ונמצא שחמתית, יין ונמצא חומץ, חומץ ונמצא יין, דאע"ג דאיכא דניחא ליה בהא ואיכא דניחא ליה בהא, הוי מקח טעות וחוזר לעולם, שהרי זה החפץ לא נתכוון לקנות, וכ"ע ניחא להו בזהב והוי מקח טעות". ולכאורה היה אפשר לחלק בין כלי לחומר של כסף שרוצה לעשות ממנו כלי, וכמש"כ לעיל מהבאר היטב. דבכלי לא יכול להשלים, והוי מקח טעות, משא"כ כשקונה חתיכת כסף כחומר גלם, יכול להשלים עם כמות גדולה יותר של חומר גלם.

וכן נמצא בתש' ושב הכהן (סי' סד) שמחלק גם בין כסף ונמצא בדיל ליפות ונמצאו רעות, דביפות ונמצאו רעות אי אפשר לעשות מהרעות יפות, משא"כ בכסף סיגים שיכול לעשות מהם כסף צרוף במשקל פחות, ולכן אין חילוק בין אם האונאה שתות או פחות או יותר משתות, דבכל ענין המקח קיים ומחזיר לו אונאה. ודברי הראב"ן הנ"ל כתב לבאר, או שהראב"ן מיירי שמכר לו כלי של כסף, והרי זה כיפות ונמצאו רעות דאפילו בפחות מכדי אונאה חוזר, או דמיירי שמכר לו כסף ואמר לו שהמשקל הוא כך וכך, ולכן יכול הלוקח לחזור אם מכר לו בחזקת צרוף ונמצא סיגים, שאם יעשה ממנו צרוף יופחת מהמשקל, ויכול הלוקח לומר איני רוצה אלא במשקל שבקשתי לקנות. ולכן הסיק דהדין ברור, דאם מכר לו כסף בחזקת צרוף ונמצא

סיגים, שניהם אינם יכולים לחזור בהם, רק שהמוכר משלים לו מה שנפחת מהמשקל: ״לכן לפע״ד בכל ענין צריך המוכר להשלים לו שיהיה כסף צרוף כ״כ כפי שקנה ממנו, ואז גם הלוקח אינו יכול לחזור, אבל במוכר כלי בחזקת שהוא צרוף ונמצא סיגים, יכול הלוקח לחזור״. ומ״מ נראה ברור דשמן זית חלוק מנסכא של כסף, דודאי במי שקנה שמן בחזקת שמן זית זך ונמצא שהוא תערובת של שמנים, ודאי שלא שייך שישלים בזה, ודמי לכלי של כסף, וכיפות ונמצאו רעות שהלוקח חוזר בו. גם במחנ״א (אונאה סי׳ ו) כתב לחלק כנ״ל, דהעיקר כדברי האביאסף, ואינו דומה ליפות ונמצאו רעות דיכול לוקח לחזור בו, דביפות ונמצאו רעות יכול לומר לוקח בפירות יפות אני רוצה, משא״כ בנמצא כסף סיגים, כל שמחזיר לו המוכר אונאתו, יכול הלוקח להוליכם לצורף ולעשותם כסף צרוף. וכל זה במוכר נסכא או שברי כסף או כלים כדי לשוברם. אולם במוכר לו כלי כדי להשתמש בו ונמצא כסף סיגים, דמי ליפות ונמצאו רעות והוי מקח טעות. דהכלל בזה, דבכל דבר ששייך בו השלמה או תיקון, המקח קיים, עיי״ש.

והרא״ש בתש׳ קב,ז, נשאל בראובן שמכר לשמעון כדי שמן, ולא פתח שמעון את כדי השמן מאחר וסמך על ראובן ועל הסרסור שאמרו לו שהוא טוב, וכאשר פתח את אחד מכדי השמן ע״מ למכרו, מצאו עכור ועב עד שלא היה יכול למכרו אלא בדוחק, וטוען שמעון טענת מקח טעות, ורוצה להחזיר השמן למוכר, אם הדין עמו לאחר שישבע שלא החליף את השמן. ושמעון רגיל לשלוח שמן בכל יום שישי לחזן בית הכנסת באמצעות נערו, והנער נתנו בעששית, והשמש עצמו הדליק את הנרות, ויש מהם שכבו ויש מהם שכהה אורם, ורוצה השמש להחזיר את מותר השמן, אם הדין עמו, או נאמר שמאחר ששמעון הדליק את הנרות וראהו, סבר וקבל. והשיב הרא״ש, דאין שמעון נאמן בשבועתו להוציא מראובן, אלא ישבע ראובן שנתן לו שמן טוב. ואם לא ירצה ראובן לישבע, ישבע שמעון שהתנה לתת לו שמן טוב וצלול, וזהו השמן שנתן לו ויחזיר לו השמן, או ישומו כמה דמיו פחותים משמן טוב, ויחזיר לו הפחת: ״וכן השמן ששלח לשמש, יחזיר לו המותר להחזירו לראובן, והשמש יכול להחזירו, שלא דקדק לראות אם הוא טוב, כי לא נתנו בעששית״. ודברי הרא״ש הנ״ל נפסקו בשו״ע חו״מ רלב,יז. ועיין בסמ״ע שם (ס״ק לח) השיג על מש״כ המחבר דתלוי ברצון המוכר, אלא הרי זה כיפות ונמצאו רעות, ויכול הקונה לבטל את המקח. ולדבריו הסכים הש״ך שם ס״ק י. ומדבריו צ״ע, אם מחזיר המוכר ללוקח דמי שמן שאינו ניתן להחזרה, או שכל כוונת הרא״ש להשיב לשואל, שאין בהדלקת הנר משום שימוש ומחילה על טענת מום במקח, וכן לכאורה, לכן אין להביא ראיה מהרא״ש אם יכול לדרוש החזר מעות של שמן שהשתמש ואינו מוחזר.

וכאמור, בענין מי שבקש לקנות שמן זית זך וקבל תערובת של שמנים, שהמהדרין אינם מדליקים בהם נר חנוכה, לא דמי לנסכא אלא לכלי, ואף אם אינם כשני מינים, הרי זה לפחות כיפות ונמצאו רעות, שלוקח יכול לחזור בו. ולענין מי שבקש לקנות שמן זית זך כתית, הראוי לאכילה, שיש המקפידים להדליק דוקא בשמן זית זה, נראה דדינו כמש״כ תה״ד לענין איל מסורס, דככל שידוע שהקונה מקפיד על שמן זית זך הראוי לאכילה, המקח בטל. וידיעה של המוכר נראה, דבזה שהודיע הקונה למוכר שרוצה שמן זית ראוי לאכילה, הרי גילה דעתו שחפץ דוקא בראוי לאכילה, ובזה ממה נפשך, אם סבר המוכר שרוצה לאכילה ממש, א״כ הוי כיפות ונמצאו רעות, ואם הודיעו שרוצה להדליק בשמן זית זך ראוי לאכילה, הרי גילה דעתו שהוא מכלל המהדרים להדליק בשמן זית זך ראוי לאכילה, והו״ל כיפות ונמצאו רעות. ואין להקשות, דהרי גם בנידון תה״ד הודיע הקונה שרוצה איל מסורס, ובכ״ז בעינן שידעו שהוא איסטניס, י״ל דבאיל מסורס לא הו״ל לאסוקי אדעתיה שיש לו ענין באיל מסורס דוקא, דמי שאינו איסטניס אינו מקפיד בזה, ולא חשב שהקונה איסטניס, אא״כ ידוע שהוא איסטניס, משא״כ בשמן זית זך ראוי לאכילה, רבים מאד מקפידים להדליק דוקא בראוי לאכילה, והו״ל לאסוקי אדעתיה שהוא מקפיד בכך. ובכל מקרה אם ידוע לכל סביביו שהוא מקפיד להדליק בשמן זית הראוי לאכילה, הו״ל כיפות ונמצאו רעות. ובכל מקרה צריך להחזיר לו הפרש בין שמן זית למאור לשמן זית לאכילה, דאף ביפות ונמצאו יפות מהן, קנה ומחזיר אונאה, עיין שו״ע חו״מ רלג,א ועיין עוד להלן דלכאורה גם בשמן זית למאור ביחס לשמן זית לאכילה, הו״ל כיפות ונמצאו רעות. גם י״ל, דלב״ח, שער המשפט, ושב הכהן, גם בנדון תה״ד יכול הלוקח לחזור מהמקח, וכמו שנתבאר לעיל.

ג. שמן זית, ונמצא שאינו ראוי אלא למאור

ומה שכתבתי דלכאורה דמי לדין תה״ד באיל מסורס, נראה דאינו דומה כלל, דכיון דרוב שמן הזית נקנה אף לאכילה, ושמן זית למאור הוא בדרגת חומציות המסוכנת ממש לאכילה, ואם מוכר שמן זית וכתוב עליו כתית וכו׳, וגם אין אזהרה שאינו ראוי לאכילה ושהוא רק למאור, הרי זה מקח טעות, ואפשר שהוא גרוע מתערובת שמנים, כיון דשמן זה מסוכן לאכילה. ואף אם יטען המוכר שבתקופה זו הרוב קונים למאור, אין זה נכון, דכל מי שמקפיד לקנות שמן זית שראוי לאכילה, מתכוין שמנותר הקנקנים (המותר בבקבוק השמן), ישתמש למאכלו, וממילא כל קניה של שמן כזה הוא גם למאור וגם לאכילה, ורוב הקונים שמן זית זך כתית בכבישה קרה, הם קונים לאכילה והמיעוט למאור. וכיון שקונה את אותו השמן גם לאכילה וגם למאור, אינו דומה לגברא דזבין גם לחרישה וגם לשחיטה, דלשמואל לא אזילנן בתר הרוב (ראה

להלן), דשם קונה שור למטרה מסוימת, פעם קונה שור לחרישה ופעם קונה שור אחר לשחיטה, ובזה ס״ל לאוקימתא דגמ׳ דלשמואל לא אזלינן בתר הרוב, ואינו יכול להוציא מהמוכר המוחזק, אולם כאשר את אותו השור קונה גם לחרישה וגם לשחיטה, ודאי שיכול להוציא מהמוכר אף לשמואל.

דתנן בב״ב במשנה ב״ב צב,א: המוכר פירות לחברו וזרען ולא צמחו, ואפילו זרע פשתן, אינו חייב באחריותן. ר״ש בן גמליאל אומר, זרעוני גינה שאינן נאכלין, חייב באחריותן. וברשב״ם שם כתב לבאר ע״פ הסבר הגמ׳ בהמשך, דלא מבעיא פירות, דאיכא דזבין לזריעה ואיכא דזבין לאכילה, ומצי למימר לאכילה מכרתיו לך ואין כאן מקח טעות כלל, אלא אפילו זרע פשתן, דרוב הפשתן הנקח בעולם, לזריעה קונין אותו, דכיון דאיכא דזבין נמי לאכילה, אינו חייב באחריותן, דמצי למימר לאכילה מכרתיו לך, דבממונא לא אזלינן בתר רובא, כדשמואל. ודוקא זרע פשתן משום דחזי לאכילה, אבל זרעוני גינה כגון זרע כרוב וקפלוט שאינו נאכל כלל, חייב באחריותן.

ובגמ׳ שם: איתמר המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן (קודם מכירה, ואין ראוי אלא לשחיטה – רשב״ם) רב אמר הרי זה מקח טעות, ושמואל אמר יכול לומר לו לשחיטה מכרתיו לך. וליחזי אי גברא דזבין לנכסתא – לנכסתא, אי לרדיא – לרדיא. בגברא דזבין להכי ולהכי. וליחזי דמי היכי נינהו. לא צריכא, דאייקר בישרא וקם בדמי רדיא. אי הכי למאי נפקא מינה נפקא מינה. לטרחא. היכי דמי אי דליכא לאישתלומי מיניה, ליעכב תורא בזוזיה, דאמרי אינשי מן מרי רשותיך פארי אפרע. לא צריכא דאיכא לאישתלומי מיניה. רב אמר הרי זה מקח טעות, בתר רובא אזלינן ורובא לרדיא זבני. ושמואל אמר לך כי אזלינן בתר רובא באיסורא, בממונא לא. וברשב״ם שם הסביר דדעת רב דהרי זה כיין ונמצא חומץ, ולכן הוי מקח טעות, דאזלינן בתר רובא שקונים לחרישה. ודעת שמואל דלא אזלינן בממון אחר הרוב, וכיון שיש מיעוט שקונים לשחיטה, יכול המוכר לומר לשחיטה מכרתי לך: ״דהא איכא דזבין לשחיטה, ורובא לאו כלום הוא, והוה ליה כי פלגא ופלגא והמוציא מחבירו עליו הראיה. ואפילו לסומכוס דאמר בפרק שור שנגח, ממון המוטל בספק חולקין, וקיימא לן כוותיה, דסתם לן תנא התם כוותיה, ה״מ כגון שור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה, ואין ידוע לבית דין היאך היה המעשה, אם ילדה קודם נגיחה או אחר כן, ואפילו טעין חד מינייהו טענת ברי ואידך טענת שמא, כדאמרינן התם. וכמו סבא ויבם בנכסי ספק, בפרק החולץ (יבמות לח,א), דקיימא לן חולקין, משום דאין ידוע אם בן ט לראשון ויירשנו זקנו, או בן ז לאחרון ובנו של יבם הוא. אבל הכא שאנו יודעין היאך היה המעשה, הרי זה מכרן לזה סתם ונתגלה הדבר שהיה נגחן קודם לכן, הכא מודה סומכוס דלא הוי ממון המוטל בספק אלא אזלינן בתר ההוא שטוען יפה, דכיון דרובא לא כלום הוא, לא היה לו למוכר לפרש

אלא הלוקח הוה ליה למימר לרדיא קבעינא ליה, ומדלא פירש הפסיד. ולא דמי ליין ונמצא חומץ, דהתם יין קתבע מיניה דמוכר בהדיא". ובהמשך כתב הרשב"ם בדעת שמואל דקיי"ל דאזלינן בתר רוב באיסורים ולא בממון, דבאיסורא, כגון תשע חנויות מוכרות בשר שחוטה והאחת מוכרת בשר נבילה, בנמצא הלך אחר הרוב. משא"כ בממון, לא אזלינן בתר רובא אלא אחר המוחזק, אם יש לו שום טענה.

ומה דקיי"ל כשמואל דלא אזלינן בממון אחר הרוב (ב"ק מו,ב), הוא לכאורה מהטעם שחזקת ממון עדיפא, דדוקא כשיש חזקת ממון לא אזלינן בתר רובא, וכמש"כ תוס' (ב"ב כג,ב ד"ה חוץ), דאין הולכין בממון אחר הרוב במקום שהוא מוחזק, משא"כ כשאין חזקת ממון, הולכים אחר הרוב. ובתה"ד (סי' שמט) מבואר דמה שלא הולכים בממון אחר הרוב כשיש חזקת ממון, כיון שכדי להוציא מהמוחזק, על המוציא מוטלת הראיה, ורוב אינו ראיה: "ונראה דהא דקי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב היכא דאיכא חזקת ממון נגד הרוב, אע"ג דבשאר דוכתא אמרינן רובא וחזקה רובא עדיף, דשאני חזקת ממון דאית בה טעמא המוציא מחבירו עליו הראיה, ורובא לא מיקרי ראיה". ומבארים בדברי תה"ד, דרוב אינו ראיה ובירור אלא דרך להכריע את הספק, וצריך ראיה כדי להוציא ממוחזק, ורוב אינו ראיה, עיין בכו"פ (יו"ד קי,יג) ותש' רע"א (קמא, סי' קלז) דרוב אינו בירור, רק כך אמרה התורה דבכל ספק תלך אחר רוב. ואפשר שזו מחלוקת רב ושמואל, דרב סובר דרוב הוא בירור, ולכן אף בממון יברר הרוב. ושמואל ס"ל דרוב הוא מחמת גזה"כ של התורה לילך בספיקות אחר הרוב, אך כיון שאינו מברר את הספק, אין לילך אחריו אלא באיסורין, משא"כ בממון אינו ראיה להוציא.

ובשב שמעתתא ד,כד (הובא גם בקצוה"ח רפ,ב) כתב לבאר מדוע לא מהני רוב נגד חזקת ממון, דנגד חזקות אחרות שהן חזקות דמעיקרא ואינן כעת לפנינו, מועיל הרוב שהוא לפנינו לילך אחריו, משא"כ בחזקת ממון, שהוא מוחזק כעת לפנינו, והיא חזקה עכשוית, לא עדיף הרוב, שהוא דבר שבהווה, יותר מהחזקה העכשויות, ואין מוציאם ממון ברוב, וז"ל הש"ש: "אלא דטעמא דמלתא, משום דחזקת ממון אלים טובא ועדיפא מכל החזקות, וכדמוכח סוף פרק המדיר בסוגיא דהיו בה מומין, (כתובות עה,ב), ומשום דהא דרובא עדיף מחזקה היינו משום דרוב הוא השתא לפנינו הרוב, אבל חזקה אינו אלא חזקה דמעיקרא שהיה מעיקרא כך, לכן אוקמוה אחזקה קמא, אבל רוב הוא עתה לפנינו, ועדיפא מחזקה דמעיקרא. וחזקת ממון שהוא נמי עכשיו מוחזק בממון הוי כמו רוב, ואין מוציאין ממון מחזקת בעלים שהוא מוחזק עכשיו ע"י רובא". ובקצוה"ח רפ,ב הוסיף, דבחזקת ממון הממון תחת יד הנתבע והוא כעת מוחזק בו בודאי, ולכן רובא לא מהני להוציא ממציאות ודאית.

אמנם בראשונים מצאנו דרוב לרדיא דלא אזלינן בתריה, הוא מחמת חסרון הרוב ולא עקב החזקת ממון. כך נראה לכאורה מדברי התוס׳ סנהדרין ג,ב (ד״ה דיני). תוס׳ הקשו, מדוע שמואל סובר שאין הולכין בממון אחר הרוב, נלמד בק״ו מדיני נפשות. ואין לומר דדיני נפשות גופייהו לא אזלינן בתר רובא ברובא דליתיה קמן אלא ברובא דאיתיה קמן כמו סנהדרין, דהא בסנהדרין סט,א משמע דבכל דוכתא אזלינן בתר רובא בדיני נפשות, גם ברובא דליתא קמן, כמו רוב נשים יולדות לט׳, ורובא דאינשי דטעו בעיבורא דירחא. ותירצו התוס׳: ״וצ״ל, דרובא לרדיא זבני לא חשיב כי הנך רובא, הלכך לא סמכינן אהך רובא בדיני ממונות״. ומבואר שרובא לרדיא הוא רוב מיוחד לריעותא, שאינו נחשב כרוב לילך בתריה, ומשמע שאינו מחמת חזקת הממון החזקה אלא מחמת חולשת הרובא לרדיא.

ובבאור דברי התוס׳, כתב באבנמ״ל מה,ב, ע״פ דברי הריטב״א קדושין נ,ב, לחלק בין רוב שתלוי בטבע העולם, ואינו נתון לשליטת בני אדם, שכך הוא טבע העולם, שרוב נשים יולדות לט׳, או שרוב העולם אינם סריסים או איילונית, בזה אזלינן בתר רוב ולא חוששים למיעוט, משא״כ ברוב התלוי בהנהגת האדם, כמו רובא מסבלי והדר מקדשי ומיעוטא מקדשי והדר מסבלי, שהוא רוב התלוי בהנהגת בני אדם, בזה כיון שיכולים בני אדם לשנות הנהגתם, ובידם לנהוג לפי המיעוט, חיישינן למיעוט, וז״ל הריטב״א: ״דהתם הוא ברובא דבחיוב וטבע שאינו תלוי ברצון, כגון ההיא דקטן וקטנה שחולצין ומייבמין, ולא חיישינן לסריס ואיילונית דהוו מיעוטא, וכההיא דאמרינן דרוב נשים מעוברות יולדות ומיעוט מפילות. אבל ברוב התלוי במנהג שאינו חיוב, וכל אדם שרוצה יכול לנהוג כמנהג המיעוט, ודאי חוששין למיעוט לחומרא, שהרי כיון שהדבר תלוי בדעת, פעמים שאדם נוהג כמנהג המיעוט״. ובאבנמ״ל כתב דההסבר בתוס׳ סנהדרין ג,ב הנ״ל, הוא ע״פ דברי הריטב״א, דמה שרוב לרדיא אינו רוב חשוב, מפני שהוא רוב הבא מחמת נוהג העולם, וכיון שביד כל אדם לנהוג שלא לפי הרוב, לכן יש לחוש למיעוט, ולכן ס״ל לשמואל דלא אזלינן ברובא לרדיא בתר רוב אלא בתר חזקת ממון.

ומעין זה פירש הגרש״ש (שערי יושר ג,ג), ע״פ דברי הרמב״ן במלחמות לענין רובא דמסבלי והדר מקדשי, שאין רוב זה דומה לפלוגתא דרבי מאיר וחכמים, דהתם רוב חיוב וטבע הוא ואי אפשר אלא כן, אבל כאן אינו אלא מנהג, ופעמים הרבה שאדם נוהג כמנהג המיעוט, הילכך במקום איסור אשת איש החמירו. וכתב הגרש״ש דמוכח מהרמב״ן שמדין תורה מהני רוב כזה גם לענין איסור אשת איש, אלא שהחמירו חכמים, שרוב כזה הוא רוב של תורה ולא רוב שכלי ומהני מהתורה אלא שהחמירו חכמים, ולכן גם רובא דלרדיא זבני אינו רוב שכלי, דאם אדם זה היה צריך לשחיטה, ודאי יקנה לשחיטה, ולא תהיה קנייתו לשחיטה נגד חוקי הטבע. ואף שרוב זה של

הנהגת בני אדם מהתורה הוי רוב, לא מהני בדיני ממונות, דלממון צריך רוב שכלי, משום דסברא הוא, ולענין נפשות, משום דכתיב ושפטו העדה.

וכן נראה מדברי השטמ״ק (נדרים נג,א), על הא דתניא, הנודר מן השמן, בארץ ישראל מותר בשמן שומשמין ואסור בשמן זית, ובבבל אסור בשמן שומשמין ומותר בשמן זית. מקום שמסתפקין מזה ומזה, אסור בזה ובזה. פשיטא. לא צריכא דרובא מן חד מסתפקין, מהו דתימא איזיל בתר רובא, קמ״ל שאין הולכים בזה אחר הרוב אלא אסור בכל השמנים, אם מסתפקים מזה ומזה, אף דרוב מסתפקים מסוג אחד. ובשטמ״ק שם הסביר שאין רוב מה שמסתפקים מסוג מסוים, נחשב לרוב חשוב: ״דבכל מילתא דתליא בשמא, לא אזלינן בתר רובא, דאיכא למימר האי גברא לישניה בתר מיעוטא. והכי אמרינן בב״ק (כז,א-ב), לא צריכא דרובא קרו לכדא כדא כו׳, מהו דתימא זיל בתר רובא, קמ״ל דאין הולכין בממון אחר הרוב, כי האי דתליא בשמא ובלישנא. והכי נמי אמרינן בהמוכר את הבית בב״ב (סא,ב), דרובא קרו לבירא בירא ולבית בית״. כאשר אדם מתבטא בלשון מסוימת, אין לפרש את הלשון לפי הרוב, דכיון שהפרוש תלוי בכל אדם ואדם, י״ל שאותו אדם הוא מהמיעוט.

ובב״ח (חו״מ רלב) כתב דלאו דוקא רובא לרדיא, אלא הוא הדין ברוב של זרעוני פשתן שקונים לזריעה לא אזלינן בתר רובא, דאינו חשוב רוב ממש, דאע״ג דרוב זרע פשתן שבעולם נזרע, יש הרבה בני אדם שלוקחין לדברים אחרים, כגון למאכל ולרפואה, וכנגד אדם אחד שקונה עשרה סאין לזריעה, יש מאה בני אדם שקונין מיהת סאה אחת למאכל ולרפואה, ואיכא נמי רוב לוקחים לאכילה. ועל דרך זה גבי שור, כנגד אדם אחד שקונה מאה שוורים לרדיא, איכא מאה בני אדם שקונין עשרה שוורים לאכילה. ולפ״ז יוצא שהבין הב״ח דרובא לרדיא, הכונה שרוב מכירות השוורים הם לחרישה, ורוב השורים נועדו לחרישה, אולם מאידך רוב האנשים לוקחים לשחיטה. והיינו אם הרוב נמדד בחפץ הנידון או באדם הלוקח. בחפץ הנידון, הרי רוב השוורים מיועדים לחרישה, והאנשים הקונים שורים – רוב האנשים קונים לשחיטה, ולכן לא הוי רוב מעליא לדעת התוס׳, ואזיל שמואל בתר רובא דאינשי ולא אחרי רוב השורים. [ובאגב, מה שיש להקשות, הרי כל שור עשוי בסופו של דבר לשחיטה, א״כ כל שור הוא מחצה על מחצה, נקנה לחרישה וגם לשחיטה. אלא י״ל דבהיותו זקן וקרוב למיתה, נקנה לשחיטה. אולם בהיותו בר חרישה, רוב שורים לחרישה]. ובקונטרס הספיקות ו,א הקשה על הב״ח, שהרי הגמ׳ בב״ב צב,ב הקשתה על רב שהולך אחר רובא לרדיא, מאשה שנתארמלה דנימא הלך אחר רוב נשים ורוב נשים בתולות נישאות, ומשור שנגח את הפרה, דנימא הלך אחר רוב פרות ורוב פרות מתעברות ויולדות, וברוב נשים ורוב פרות אין לפרש על הדרך שפירש הב״ח. על כן כתב קונטרס הספיקות שאין לפרש כדברי הב״ח, אלא דעת התוס׳ שאין זה מחמת

חסרון הרוב, אלא אפי׳ רוב דמהני באיסור, לא מועיל בממון. ועיין שם באות ד משׂ״כ בזה.

והתומים (תקפו כהן סי׳ קכג) כתב דתירוץ התוס׳ בסנהדרין המחלק בין רוב חשוב לאינו חשוב, כמו רדיא, הוא הנראה נכון לדינא, וממילא לא קשה דהא רוב עדיף מחזקה, ואיך מוציאין ממון ע״י חזקה ולא ע״י הרוב, די״ל דרוב גמור הוא דעדיף מחזקה, ובזה באמת אף בממון מוציאין, משא״כ רובא לרדיא אינו רוב גמור. ובטעם שאינו רוב גמור, נראה לפי משׂ״כ התומים לחלק בין רוב של סנהדרין לרוב לשחיטה, דאין ענין דיינים דומה לרוב הקונים לחרישה, דהן הרוב הקונים לחרישה והן המיעוט הקונים לשחיטה, שניהם אמת, דרוב קונין לחרישה ומיעוט לשחיטה, ולכן אין הולכין בממון אחר רוב, דאפשר שקונה דידן הוא מהמיעוט, שהרי יש מיעוט בעולם הקונים לשחיטה, ואם נקבע מכח הרוב שכולם קונים לחרישה, עשינו עול בדין, שהרי במציאות יש אנשים הקונים לשחיטה. משא״כ דיינים המחולקים בדין, שנים אומרים חייב ואחד אומר זכאי, אחד מהן טועה, ויש כאן שקר ואמת, שהרי אי אפשר לומר ששניהם אמת, ויותר מסתבר דיחיד טועה משנאמר שהרבים טועים, ואם המזכה טועה בדין, איך נימא בדיני ממונות לילך בתר מיעוט, וכי נלך בתר שקרא ח״ו. ולפ״ז י״ל גם בבאור דברי התוס׳ בסנהדרין, דכיון שגם המיעוט לשחיטה הם אמת, ולשני החלקים, הרוב והמיעוט, יש קיום במציאות, הרוב אינו רוב חשוב לקבוע שהקונה שלפנינו קנה בהתאם לרוב הקונים.

ועיי״ש בתומים משׂ״כ לבאר בדברי התוס׳ בב״ק (כז,ב ד״ה קמ״ל), בחילוק בין רוב דיינים לרוב לחרישה, דשאני דיינים דחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו, וליכא למימר התם אוקמי ממון בחזקת מרא, דהא בית דין מפקי מיניה, אבל גבי שאר ממון דאיכא מיעוט וחזקה, לא אזלינן בתר רובא. דכוונת התוס׳, דודאי כך היא הקבלה בדיני ממונות לא להוציא ממון מיד מוחזק בספק, וזהו כלל גדול בדין, המוציא מחבירו עליו הראיה אפילו במקום רוב. רק בדיינים כששנים אומרים חייב ואחד אומר זכאי, הזכאי בטל במיעוטו לגבי שנים המחייבים, וממילא כל בי״ד, כל שלשת הדיינים, הם המחייבים והם הכופים את הנתבע לשלם, ולכן מה שמוציאים ממון, אינם מוציאים מספק אלא בודאי, כיון שהרוב של הדיינים הכריע את הדין, דלהם הדבר ברור שהוא חייב, כי כך אמרו דעתם בבירור, והם מוציאין לדעתם בבירור. משא״כ בלוקח שור לרדיא, הבי״ד אינם יודעים אם הוא מהרוב או מהמיעוט, והבי״ד בעצמם אין להם ברור בזה, אם כן מספיקא לא מפקינן ממון מיד מוחזק אף שהרוב נגדו, דחזקת ממון מסייע למיעוט, ואין להוציא ממון מספק. והיינו דרוב דיינים הוא רוב המכריע את הדין, ומשפסקו הדין, כבר אין כאן ספק, משא״כ רוב לשחיטה הוא רוב של הנהגה, שכך ננהג, שאין אנו יודעים אם לשחיטה או לחרישה,

אם ננהג לפי הרוב, אין כאן הכרעה ודאית שקנה לחרישה, אלא שכך מסתבר לנו להכריע, אבל הספק במקומו עומד גם אחרי שנחליט כמציאות הרוב.

ובגמ׳ העמידו את מחלוקת רב ושמואל אם אזלינן בתר רוב העולם דקונים לרדיא, בגברא דזבין להא ולהא. ומשמע בגמ׳ שאם היינו יודעים שהקונה קונה לחרישה, ודאי יכל גם להוציא ממון בשור נגחן. והיינו דוקא שגם המוכר מכיר בלוקח שהוא עובד אדמה וקונה שורים לחרישה, וכמו שפירש הרשב״ם שם צב,א: ״... אי האי גברא עובד אדמה הוא ולא טבח ורגיל לקנות שוורים לחרישה, וכגון שהיו מכירין זה את זה, ודאי לרדיא זבין, ואפי׳ לשמואל ליהוי מקח טעות, דכיון שמכירין זה את זה הרי כאילו פירש לו מכור לי שור לחרישה״. וכאשר קונה לכך ולכך, לכאורה כיון שיש לנו ספק באותו אדם, איך נלך לפי רוב העולם, כאשר אנו רואים שהוא קונה לרדיא ולשחיטה, א״כ הוא יצא מגדר כל העולם. וראיתי בחלקת יואב (חחו״מ סי׳ טו בסופו) שהביא מהירושלמי שביעית ה,ג, דמיירי בסרסור שמוכר לאחרים, ולכן צריך לבחון לפי רוב העולם, למה רוב העולם קונים. ולדבריו יצא שבאדם פרטי שקונה לכך ולכך, לא אזלינן בתר רובא.

אמנם כבר התבאר לעיל, דשמן זית כתית קונים כמעט כולם לאכילה, ואלה שקונים למאור, אין כוונתם רק למאור אלא גם למאור וגם לאכילה, דהיינו דמה שישאר ולא ישתמשו לנר חנוכה, ישתמשו בו לאכילה, וע״כ לא מצאנו מיעוט שקונה רק למאור, ולכן בכגון זה ודאי יכול להוציא ממון מהמוכר בטענה שקנה רק לאכילה. ולכן ביחס לכל הקונים, שמן למאור שנמכר כשמן לאכילה הוא רעל, והוי ודאי כשני מינים, וגרע אפי׳ משמן זית ביחס לתערובת שמנים. בפרט שכל טענת המוכר המוציא מחבירו עליו הראיה, שיוכיח שקנה לשחיטה, טענה זו לא קיימת במי שמפרסם תוית ברורה על הבקבוק ששמן זה מעולה לאכילה, דמהיכי תיתי יקנו אותו למאור, ובודאי אין הקונה צריך להוכיח שקנאו גם לאכילה, דאם היה מוכר השור מפרסם שור לשחיטה, וכך היה כותב וקורא בקול גדול, לא יכל לבוא בטענה ללוקח שמא קנאו לחרישה. ובפרט בנדו״ד, שאין כמעט מי שקונה רק למאור, דכל אחד קונה את אותו בקבוק גם לאכילה וגם למאור, ובניגוד לשור, דזבין לרדיא ולשחיטה, היינו שקונה שור מסוים לשחיטה ושור אחר לרדיא, בבקבוק שמן קונה את אותו בקבוק לשתי המטרות, לאכילה ולמאור, וכיון דלאכילה הוא מסוכן ובבחינת רעל, הוי כשני מינים והמקח בטל.

גם נראה דאפי׳ יש מיעוט אנשים שקונים שמן כתית רק למאור ולא לאכילה, הם מיעוט דמיעוט ובטלים ברוב הגדול, ואף בממון אזלינן בהם אחר הרוב, וכמו שכתב הישׁ״ש ריש פרק המניח (ב״ק ג,א): ״ונראה שלא אמרינן שיכול המוחזק לומר

אני מן המיעוטים אלא דאיכא ג״כ הרבה בעיר שקורין כך, אע״פ שרוב העיר אין קורין אותו כך. והוא הדין אם אותו האיש מן מדינה אחרת, שיכול לטעון ולומר הייתי סובר כמנהג עירי. אבל בשנים או אפילו עשרה נמצאו שקורין כך, וכל העיר אין קורין כך, נראה דהן בטילין לגבי כל אנשי העיר ...״. מבואר דכשיש מיעוט דמיעוט, לא יכול המוחזק לומר אני מהמיעוט דמיעוט, ואזלינן בזה אחר הרוב אף להוציא ממון. וכן מבואר בפנ״י (כתובות עו,א סד״ה ואף אם נאמר). ויש עוד להאריך בנושא זה של מתי אזלינן בתר הרוב, ואכמ״ל, דלנדו״ד יש טעמים אחרים לקבוע ששמן למאור שנמכר כשמן כתית, דהוי שני מינים ובטל המקח.

ד. כשלא יכול להחזיר השמן למוכר

הובאו לעיל דברי הר״ן בקדושין (יז,ב מעמוה״ר), וז״ל: ״והרא״ה ז״ל דחה ראיה זו, כפי מקצת גרסאות שגורסין שם אותבינהו ולא אפרוח, ומשום הכי סגי באהדורי ביני ביני, משום דאי איתא דלאכילה הוה בעי להו וא״א לו להחזירן דהא אפסדינהו, אין לו למוכר להחזיר לו כל המעות, דלוקח לא הוה ליה לאותבינהו, וכיון דאפסדינהו חייב״. ושם מבואר בסוגיא דלא אמר בפירוש שרוצה ביצי תרנגולת חיה לשם דגירה, וע״כ מה שנפסד אינו מחזיר המקח, והמוכר פטור מהחזר דמי המקח. אולם אם היה אומר במפורש שרוצה לדגירה, ומחמת הדגירה נפסדו, חייב המוכר בתשלום המכר, אף שהלוקח אינו מחזיר את הדמים, דסו״ס קנאם לשם כך, ואין לראות במה שעשה שימוש שלא היה אמור לעשות בביצים, וכיון שהיה מותר לו להביאם לדגירה, אין זה מעשה נזק שיחייב את הלוקח בתשלום, ולכן המוכר חייב בהחזר דמי המקח.

ודבר זה יש ללמוד גם מדברי הרמב״ם בהל׳ מכירה (טז,ו-ז), וז״ל: ״המוכר בהמה לחבירו לטביחה, ושחטה ונמצא טרפה, אם נודע בודאי שהיתה טרפה כשלקחה, הרי זה מחזיר לו את השחוטה, ויחזיר המוכר את הדמים. מכאן אתה למד, שהמוכר דבר שהיה מום בממכרו, ועשה בו הלוקח מום אחר קודם שיודע לו המום הראשון, אם עשה דבר שדרכו לעשותו, כגון זה ששחט את הטרפה פטור, ואם שנה ועשה מום אחר קודם שיודע לו המום הראשון, מחזיר המקח לבעליו ומשלם דמי המום שעשה. קנה בגד וקרעו לעשות ממנו חלוק, ואחר כך נודע המום מחמת הקריעה, מחזיר לו את הקרעים. תפרו ואחר כך נודע המום, אם השביח, נוטל שבח התפירה מן המוכר, וכן כל כיוצא בזה״. ומש״כ הרמב״ם מדיבור ״מכאן אתה למד״, הוא סברת עצמו, וכמש״כ המגיד, הן לענין השחיטה והן לענין הבגד, שהוא פשוט בטעם ובראיה. והראיה לכל דינים אלו, מכתובות עו,ב, דשם הנידון היכן נולד הטריפות בבהמה, אולם אם היתה ודאי טריפה ביד המוכר ומכרה כשהיא טריפה, אף ששחטה הקונה, הוי מקח טעות ומחזיר המוכר דמים, אף שהקונה אינו מחזיר אלא בשר ולא

בהמה. וכן ביאר הסמ״ע רלב,כט, שכל הדינים נלמדים מהקונה פרה לשחיטה, ושחטה ונמצאת טריפה, דאף שאחר ששחטה ונמצאת טריפה הוא גרוע מאילו לא שחטה, מ״מ מחזיר למוכר הבשר ומקבל מהמוכר דמי המקח. ודוקא שעשה בה דבר שעומדת לכך, דומיא דשחיטה, משא״כ אם עשה בה מום שאינו עשוי לעשות בה, חייב לשלם הנזק שעשה, וכדמוכח מדברי הרמב״ם הנ״ל.

ובנתיבות רלב,ה הקשה, דאף בעשה מום אחר, כגון שעשה דבר שאין דרכו לעשות בחפץ, מדוע יתחייב הקונה לשלם למוכר הנזק שעשה, דבשחיטה שניהם לא יכלו לדעת מהטריפות אלא לאחר שחיטה, ודאי כשהזיק הלוקח בדבר שאין דרכו לעשותו, והיה באופן שהוא היזק, אפי׳ בבהמה טריפה חייב, משא״כ בדבר שיש להניח שהמוכר ידע מהמום ובכל זאת מכרו, מהיכי תיתי יש לחייב את הלוקח, הרי הזיקו באונס שסבר שהוא שלו. והרי זה דומה להא דאיתא בב״ק קיב,א ובשו״ע חו״מ שמא,ד, ביורשים שהניח להם אביהם פרה שאולה וטבחוה ואכלוה, דמשלמים דמי בשר בזול משום הנאה דידהו, ומשמע דאם הזיקו הבהמה ולא היה להם הנאה, אין משלמים, דהזיקו באונס שחשבו שהיא של אביהם. וכתב הנתיבות דאפשר לחלק, דבמזיק באונס יש חילוק בין אונס דדמי לאונס גניבה שפטור, ובין אונס דדמי לאונס דאבידה דחייב, ולכן כשאפשר לבדוק אחר המום קודם שנשתמש בו, דמי לאונס מעין אבידה דחייב. ומזה יש ללמוד, דכל החילוק הוא בין אפשר להבחין קודם עשיית המום לבין אינו יכול להבחין. ולכאורה ברמב״ם, שהוא מקור הדין, לא משמע כן, דלרמב״ם אם עשה מעשה שהוא במטרת קניית החפץ, פטור מלשלם, משא״כ בעשה מעשה שאינו במטרת החפץ. ומ״מ אף לחילוק הנתיבות, בנדו״ד לא יכל להבחין, ומה שהדליק זו מטרת הקניה וגם לא יכל להבחין, והרי זה מזיק באונס ופטור, וחייב המוכר להחזיר דמי המקח, והלוקח פטור מלהחזיר מה שאינו בעין.

ה. אם ביטול המקח מבטל את קיום מצות ההדלקה

האחרונים דנו בשאלה אם במצות הדלקת נר חנוכה, בעינן שהשמן יהיה של המדליק, אם יש דין ״לכם״ בשמן של נר חנוכה. ולכאורה ממה שדנו האחרונים לענין שמן גזול, אם יצא ידי חובת הדלקה או שזו מצוה הבאה בעבירה, מוכח דס״ל דאין דין לכם, דדנו לפסול רק מדין מצוה הבאה בעבירה. והגרצ״פ פרנק זצ״ל (מקראי קודש חנוכה כא) כתב לדון שיהיה דין לכם בנר חנוכה, והוכיח כן מדברי הר״ן בפסחים (ד,א מעמוה״ר). דהר״ן שם (ג,ב מעמוה״ר) כתב לבאר מתי מברכים ב״ל״, כגון לישב בסוכה, ומתי מברכים בעל; על השחיטה, מצוה שעל כרחו יש לו לקיימה בעצמו ואינו יכול להפטר ממנה ע״י אחרים, כתפילין וציצית וישיבת סוכה ודומיהם, באלו ובדומיהם הכל מודים שצריך לברך עליהם לעשות וכו׳, שזה מורה שהמצוה

מוטלת עליו. ומצוה שאף שמוטלת עליו, יכול להפטר ממנה ע״י אחר, כמו ביעור חמץ ומילה ופדיון הבן ודומיהן, מצות הללו כשהן נעשות על ידי אחר, הכל מודים שאותו אחר מברך עליהן בעל. והקשה הר״ן, מדוע בנר חנוכה מברך להדליק נר של חנוכה ולא על הדלקת נר חנוכה, הרי יכול להעשות ע״י שליח. ותירץ: ״ואיכא למימר דכיון דאמרינן בפרק במה מדליקין (כג,א) דצריך לאשתתופי בפריטי, כיון שאינו יוצא אלא בשל עצמו, הרי אין מצוה זו יכולה להתקיים על ידי אחר״. מבואר בר״ן שהשמן צריך להיות של היוצא ידי חובה. ומזה מדייק הגרצ״פ, שבנר חנוכה בעינן לכם. ולכן הקשה על האחרונים שדנו להתיר במצוה הבאה בעבירה דרבנן, דדל מהכא מצוה הבאה בעבירה, סו״ס אין בזה דין לכם. ונפק״מ מדבריו לנדו״ד, אם המקח מתבטל אין מצוה הבאה בעבירה, כיון שלא נעשתה עבירה, ורק הזיק באונס וכדלהלן, משא״כ אם בעינן לכם, כיון שהתבטל המקח אינו לכם, וכמש״כ גם בתשובות והנהגות (הנ״ל) לענין לולב.

ומצאתי אח״כ שדן בזה הבית יצחק (חיור״ד ח״א קמה,ט) שכתב דבנר חנוכה לא בעינן לכם, ואין צריך שיהיה בו דין ממון. והביא דין הגמ׳ שצריך אכסנאי להשתתף בפרוטה. וכתב דאין שום סברא שצריך שיהיה נר חנוכה שוה פרוטה. והביא ראיה מתוס׳ רי״ד (סוכה מא,ב) דערבה אין צריך שתהיה שוה פרוטה, ומה שערבה גזולה פסולה, והרי דין ממון אין אצל הנגזל ואינה יוצאה בדיינים, מ״מ אצל הבורא ית״ש נחשבת גזילה ולא קנאה, ואין בה דין לכם. ומזה מוכח שבד׳ מינים לא צריך להיות שוה פרוטה, וא״כ הוא הדין בשמן לנר חנוכה לא בעינן שוה פרוטה, וכמו דלולב בשאר ימי החג לא בעינן לכם, הוא הדין בשמן חנוכה: ״ולענין לכם, כיון שמצינו דלולב ביום טוב שני לא בעינן לכם, והוא הדין נר חנוכה. ובשערי אפרים נסתפק באיסור הנאה, כגון בשר בחלב אי יוצא נר חנוכה, הואיל דמצות לאו ליהנות ניתנו, ואם בעי לכם וודאי אינו יוצא, ומשמע דפשיטא ליה דלא בעינן דין ממון בנר חנוכה, והיתר אכילה וודאי לא בעינן, מדיוצא בשמן שריפה לחד מ״ד, אך גם דין ממון נראה דלא בעינן, ויוצא בשמן של מעשר שני״. הרי שהוכיח מספיקו של השער האפרים (סי׳ לח, הובאו דבריו בבאה״ט או״ח תרעג,א), אם יוצא בנר חנוכה של איסור בשר וחלב, דלא בעינן לכם, דהסתפק השער אפרים רק מצד מצות לאו להנות ניתנו, תיפוק ליה דלא יצא דלא הוי לכם. ומצד שאסור באכילה, אין לאסור בנר חנוכה. ותשובת הבית יצחק, הביאה במלואה בשדי חמד (כרך ט, מערכת חנוכה אות טו), והביא מספר בכורי שלמה, שזכה לכוין לדברי גאון אחד שהובא בספר זכר יהוסף ריש במה מדליקין, עיי״ש.

ומעיקרא מה שהביאו הוכחה מדברי הר״ן בפסחים דצריך נר חנוכה להיות משלו, לכאורה י״ל דאין הפרוטה משום שותפות בשמן, דאם היה שותף בשמן,

עדיין לא הוי לכם, וכמו שלא יוצאים ידי חובה באתרוג של שותפין (עיין שו״ע או״ח תרנח,ז), ולכן נראה דהשותפות הינה לבית, כיון שהחיוב הוא על הגברא להדליק בביתו, ובהיותו אכסנאי אין לו שייכות לבית, ובשיתוף פרוטה הוא נהיה שותף לכאורה בבית של בעה״ב, שיהיה זה גם ביתו. ואף שלפ״ז היה צריך להתכוין לשותפות בבית ולא בשמן, ובמאירי (שבת כג,א) מבואר להדיא שצריך להשתתף בשמן: ״ומ״מ אינו צריך להדליק לעצמו, אלא שישתף עצמו עם בני הבית ויסייע להם בפרוטה לשמן״, נראה דבשיתוף פרוטה לצרכי הבית, נהיה שותף בעניני הבית שיקרא גם ביתו, שיהיה הבית ראוי להקרא למצות איש וביתו. ולכן אין בנתינת הפרוטה כדי שיהיה בשמן דין לכם, אלא כדי שיהיה הבית בבחינת ביתו, שיוכל לצאת בו – בבית – במצוה נר חנוכה. וכמו שנמצא דבר זה לענין עירוב חצרות, שבשיתוף במזון נהיה ביתו, עיין שו״ע או״ח שסו,א: ״חצר שהרבה בתים פתוחים לתוכו, אסרו חכמים לטלטל מבתיהם לחצר עד שיערבו, דהיינו שגובים פת מכל בית ובית ונותנים אותו בא׳ מבתי החצרות, שע״י כך אנו רואים כאילו כולם דרים באותו הבית, וכאילו כל החצר מיוחד לאותו בית״. וכמש״כ המ״ב שם (ס״ק ג), דעיקר דירתו של אדם במקום שפתו שם. ובנר חנוכה עיקר דירתו של אדם, במקום ששמנו שם, וזה התחדש בהשתתפות בפרוטה, דכיון דחשיב שמנו, הרי שם עיקר דירתו. אמנם מי שזו ממש דירתו, אף אם השמן אינו שמנו, מ״מ זו היא דירתו, רק החידוש שיכול להשתתף בפרוטה בשמן בעה״ב, והדירה תחשב גם דירתו, דחובת נר חנוכה היא איש וביתו, וכדאיתא בשבת כא,ב: תנו רבנן, מצות חנוכה נר איש וביתו. ועיי״ש בפני יהושע (ד״ה בגמ׳ ת״ר), נראה דנשתנתה מצוה זו משאר מצות שהן חובת הגוף, דשאני הכא שאין עיקר המצוה אלא בסמוך לרה״ר שהוא משום פרסומי ניסא, משום כך הטילו חובת מצוה זו כאילו היא חובת הבית. ולכן מה שהאכסנאי משתתף בשמן, בשיתוף בשמן הוא קובע את המקום כביתו.

וראיה ממש״כ המרדכי שבת (סי׳ תנו) בשם ראבי״ה: ״הוי משתתפינא בפריטי, כתב ראבי״ה, דהוא הדין לכל נר מצוה נר שבת נר יום טוב״. וכן פסק בשו״ע או״ח רסג,ז: ״אורח שאין לו חדר מיוחד וגם אין מדליקין עליו בביתו, צריך להשתתף בפרוטה״. ובודאי אין לומר שבנר שבת יש דין של לכם, אלא שהשיתוף בפרוטה בשמן, הוא כשיתוף במקום, שע״י זה נקרא מקומו, וכמש״כ לענין ערובי חצירות, שמקומו של אדם הוא במקום שבו נמצאת פתו, ולכן בהשתתפות בשמן, הן בנר חנוכה והן ובנר שבת, בשיתוף נעשה המקום לביתו לענין זה. והוא הדין אם שכר את המקום או שאל, כיון שיש לו זכות מדור במקום, הרי זה ביתו, ואין צריך להשתתף בשמן, ורק באורח שאין לו זכות במדור, צריך להשתתף בפרוטה כדי שיחשב כמקומו.

וכן יש לבאר מה שמצאנו להדיא בראשונים שנר חנוכה צריך להיות שלו. הרמב״ן (פסחים ז,א) הקשה על ברכת נר חנוכה שהיא ב״ל״, להדליק נר של חנוכה, אף שאפשר לעשותה ע״י שליח, וז״ל: ״וא״ת הרי הדלקת נר חנוכה שאפשר לעשותן על ידי שליח, ומברכין עליה להדליק. יש לנו לומר, שאני התם שההדלקה מצוה עצמה היא שעשה מצוה, ואתמר בפ׳ במה מדליקין (כג,א) דצריך לאישתתופי בפריטי, ואינו יוצא אלא בשל עצמו. ועוד כיון שהרואה נמי מברך, ומצוה לראות משום פרסומי ניסא, קבעוה בלמ״ד״. והיינו שהוא דין מיוחד באכסנאי, שצריך השמן להיות שלו כדי שהמקום יחשב כביתו. וכן יש לבאר בדברי המאירי (פסחים ז,ב), שאף שהקשה על הראשונים, דאף שהשמן צריך להיות שלו, מנ״ל דאם השמן צריך להיות שלו, הרי זו מצוה שבגופו: ״וקשה לי בדבריהם, נר חנוכה שאף היא נעשית על ידי שליח הבא מאליו, אלא שהם דוחקים שמאחר שצריך שיהא השמן שלו, הרי הוא כגופו, וכמה חלוש טעם זה, ומה ענין כשהשמן צריך שיהא שלו שיהא נידון כאלו צריך ליעשות בגופו, והרי שחיטת פסחו וקדשיו הן על ידי עצמו הן על ידי שלוחו, צריך שיהו שלו״. והיינו דמה שהשמן צריך להיות שלו, אין זה מצוה שבגופו, אלא שבכך נהיה המקום גם ביתו.

ומצאתי באליהו רבה (תרעז,ב) שכתב דהאכסנאי שנותן פרוטה, בעה״ב צריך להוסיף שמן לפי מה ששילם האכסנאי. הא״ר הביא דברי האגודה בשבת (ב,לב), שצריך בעה״ב להוסיף מה שיתן לו חבירו. והביא דברי הב״ח, דמה שמוסיף הוא משום חשד, שלא השתתף האכסנאי. ולפ״ז מספיק אם יוסיף מעט. וכתב עליו הא״ר דהוא טעם דחוק, מה עוד דפעמים כל אחד מוסיף מעט על שעור ההדלקה, ואיזה היכר יהיה כאן. גם כתב דלש׳ האגודה שמוסיף כל מה שנתן לו האכסנאי: ״גם לשון אגודה משמע דמוסיף כולו. לכן נראה לי טעמא שהמדליק מחוייב ליתן כשיעור חצי שעה מממונו, עיין סי׳ תרעה,ב, לכך צריך להוסיף כולו, דאם לא כן לא נתן הוא כדי חיובו״. ומבואר לכאורה שצריך ליתן שעור הדלקה מממונו. וצ״ל דכוונתו בענין השיתוף, דכיון שהמדליק היה נותן מממונו שעור מחצית השעה, ממילא אם לא נתן מה שהשתתף עמו האכסנאי בשמן מעבר למה שהוא היה נותן, לא נתן האכסנאי דבר, וממילא לא השתתף בשמן ואין זה ביתו, דביתו נהיה ע״י שמשתתף בשמן, והשתתפות בשמן זה ע״י שיתן כסף ויוסיפו שמן מעבר למה שהיה נותן בעה״ב ממילא מממונו.

והגר״מ קליין (משנה הלכות ח״ו סי׳ קיח) הביא ראיה מירושלמי סוף תרומות (פי״א) שנשאלו אם מותר להדליק בשמן תרומה שנטמא, שאינו ראוי אלא לשריפה ואסור לאכילה, ורק הכהן מותר להנות בו לשריפה, אם ישראל יכול להדליק בשמן שריפה של הכהן: מהו להדליק שמן שריפה בחנוכה, אמרין דבי ר׳ ינאי, מדליקין

בשמן שריפה בחנוכה. א״ר ניסא אנא לא אנא חכים לאבא אימא הוה אמרה לי אבוך הוה אמר, מי שאין לו שמן של חולין מדליק שמן שריפה בחנוכה (אני לא הייתי מכיר לאבי לפי שמת בקטנותי, אלא אמא הוה אמרה לי דאבוך הוה אמר, מי שאין לו שמן של חולין ואינו מצוי לפניו אלא שמן שריפה, מדליק הוא שמן שריפה בחנוכה, דברשות מצוה קעביד ומצות לאו ליהנות ניתנו - פני משה). וכתב במשנה הלכות, דאף שהכהן לא הקנה למדליק את השמן, י״ל דהוי דבר שאין בעה״ב מקפיד עליו. ומ״מ אף שאין בו משום גזל, לא הוי שלו, וכמו שכתב בנודע ביהודה (תנינא, חאהע״ז סי׳ עז): ״דדבר שאינו מקפיד עליו, אף דשרי ליטלו, מ״מ לא זכה בה הנוטלו להיות חשוב שלו. ופשוט דחפץ של בעה״ב שאין מקפיד עליו אם יטלנו ישראל אחר, מ״מ הוי של בעה״ב ונחשב לממון שלו עד שיודע לבעה״ב שזה נטלו וימחול לו, דאינו מקפיד לא הוי הפקר והפקר עושה קנין, אבל אינו מקפיד אינו עושה קנין״. ועיין עוד במשנה הלכות (ח״ח סי׳ רכט), ומזה מבואר דלא בעינן לכם בנר חנוכה. (ועיין מה שכתבתי לענין בעלות של אורח במה שמגישים לפניו, במשפטיך ליעקב ח״ד א,ב).

והאחרונים דנו אם יוצא ידי חובה בשמן גזול. השואל ומשיב (תליתאה, ח״א סי׳ שמט), והביא שם מה שכתב השואל לדון אם במצוה דרבנן יש פסול של מצוה הבאה בעבירה, ובתחילה דן השו״מ להתיר מצד שינוי מעשה בשמן, שכיון שאסרו בהנאה, שהקצאו לנר חנוכה, הוי שינוי מעשה וקנה השמן. אך כתב דיש לכאורה לומר דלא יצא ידי חובה, דכיון דהמצוה מסייעת לעבירה, הרי זו מצוה הבאה בעבירה, והואיל והדלקה עושה מצוה, בעת שהתחיל להדליק היה מצוה הבאה בעבירה, והוה כמו הדליקה חשו״ק, דלא יצא למ״ד הדלקה עושה מצוה, והוא הדין בזה כיון דההדלקה בתחלתה היתה מצוה הבאה בעבירה, לא יצא ידי המצוה, ונשאר בצ״ע. ועיין בתש׳ ארץ צבי (לגרצ״ה תאומים, חאו״ח סי׳ נב) שדן בדברי השו״מ, ומסקנת דבריו לדינא, דכיון דנר חנוכה אינו אלא מדרבנן, לא שייך מצוה הבאה בעבירה, וכמו במרור הגזול ולולב ביו״ט שני, עיי״ש. ומ״מ נראה דאף אם שמן הגזול פסול לנר חנוכה ואין יוצא בו, כשהתבטל המקח, אף שלמפרע אינו שלו, אין לומר שמה שעשה הוי גזל, שאינו אלא מזיק באונס, ואין בזה מצוה הבאה בעבירה. ולכן אף אם יתבטל המקח, יצא ידי חובת מצוה.

לאור האמור לעיל, המקח בטל, הן בתערובת שמנים שנמכר כשמן זית, והן בשמן למאור שנמכר כשמן זית זך כתית, וחייב המוכר להחזיר ללוקח כל מה ששילם, והלוקח יחזיר מותר השמן, ויצא ידי חובת מצות נר חנוכה במה שהדליק.

ו. אם חייב לשלם מה שנהנה מהשמן

אחר הדברים האלה, הראתי את הכתובים לעמיתי הגר״מ בצרי שליט״א, וכתב לי שדעתו שחייב לנכות מהמחיר שיחזיר המוכר, מחיר של מה שנהנה, וז״ל דבריו: בענין מה ששוחחנו היום, ואמרתי דעתי שאיני מסכים למסקנת דבריכם, ודעתי ששימוש בשמן להדלקה חשיב כנהנה ממנו ולא כהזיקו, ועל כן יש לנכות את שוויו, שו״ר בדברי כת״ר עצמו במשפטיך ליעקב (חלק ה סימן ח אות ג׳) בתשובה לגבי נזק ממזון לתינוקות רמדיה, שכתבתם שיש לנכות מה שאכל מהמוצר הפגום, מאחר שסוף סוף לא הזיקו ונהנה ממנו וחסך לו מאכל אחר. וכמו בדין נפלה לגינה שמשלם מה שנהנית. והוא הדין הכי נמי השימוש שהשתמש בשמן בין לאכילה ובין למאור, חשיב כנהנה, ואם כן זה שהדליקו ונהנה לאורו או למצוותו, וזה חסך לו שמן אחר, זה מחייב בתשלום ערכו. ולא דמי להזיקו ברשות, כי שם לא נהנה כל עיקר, והוא הלך לאיבוד כבזרעים או ביצים.

ומה שהשבתם שלא נהנה הואיל ומצוות לאו ליהנות ניתנו, לא נראה, הואיל וזה דוקא בנדרים וכיו״ב ביחס לאדם עצמו, אבל ביחס לזולתו, את המוכר לא מעניין מה עשה במוצר ועד כמה נהנה ממנו, העיקר הוא שעשה בו שימוש שאליו הוא מיועד ולא הלך לאיבוד סתם. ועל כן בשמן המדובר הרי הוא הפיק מהמוצר את מלא ההנאה והשתמש בו שימוש הראוי לו, שהדליק בו ונהנה מאורו או מהמצוה שיצא ידי חובה, ולא נשרף בדרך איבוד, ועל כן עליו להחזיר למוכר מוצר זה, ואם לאו ינכה לו ערכו. ודומה לבשר שקנה וביקש איל מסורס ולבסוף אכלו ולא הזיקו אלא שלא ערב לחיכו כמו מסורס, בודאי שעתה שנהנה באכילתו ואינו יכול להחזירו לו עוד, ינכה לו ערכו. וראיתי שהרב עצמו דימה דין זה לאמור בשו״ע רלב,טו שציינתי אתמול. ע״כ דבריו.

והשבתי לו דדעתי בנר חנוכה, דלא רק שהיא מצוה, ומצות לאו להנות ניתנו, אלא אף אסור להנות מאור נרות החנוכה, ומה הנאה נהנה מהשמן שלא היה שמן זית. דטענת המוכר כשלא מחזיר לו את השמן, שמזיקו בזה, ועל זה משיב שהזיקו באונס וכנ״ל, ומה שמצאנו מזיק באונס שחייב לשלם מה שנהנה, לענין שן ברה״ר, דאף ששן פטור ברה״ר, משלמת מה שנהנית (ב״ק יט,ב), או בנפלה לגינה, דאף שהבהמה הזיקה באונס לערוגה, כיון שנהנית שנחבטה בפרות ולא באדמה, משלמת מה שנהנית (ב״ק נה,ב). וזה לא שייך בנדו״ד. דמה נהנה. שקיים מצוה, הרי לאו להנות ניתנו. ומה שנהנה שלא נצרך לשלם שמן זית להדליק נר חנוכה, ודאי לאו הנאה היא אלא צער גמור. ולשיטתכם, יצטרך לשלם דמי שמן זית, דהיינו שהמוכר לא יחזיר לו כלום, שנהנה שלא נצרך לשלם עבור שמן זית. וכנ״ל, ודאי אינה הנאה

אלא צער. והנאה שהיתה לו הינה רק מקיום המצוה עצמה, אף שבשמן לא מהודר, קיים המצוה, ועל הנאה כזו לא מצאנו תשלומים, דמצות לאו להנות ניתנו, ובפרט בנר חנוכה שאסור להנות לאורו.

והנה תרומת הדשן סי׳ שיז, הביאו הרמ״א חו״מ רמו,יז, בענין מי שמאכיל לחתנו עם בתו מעבר לזמן שסיכמו שיאכלו על שולחנו, שצריך החתן לשלם לאבי האשה בעבור מזונותיו כשיתבע ממנו, אבל לא מזונות אשתו. ודוקא דליכא הוכחה דנתן לו לשם מתנה, אבל היכא דמוכח דנתן לו לשם מתנה, רק אחר כך נפלה קטטה ביניהם ולכן תובע ממנו, פטור מלשלם. ובקצוה״ח רמו,ב הביא את קושית מהרי״ט (חאה״ע סי׳ כא) מחולין (קלא,א) במי שאנסו מבית המלך גורנו בחובו, אם חייב לעשר, ואמרו שם משום דקא משתרשי ליה, והיינו משום דנהנה, דאל״כ היו לוקחים פירות אחרים, וע״כ חייב לעשר. והקשו בתוס׳ שם (ד״ה שאני), א״כ מתנות כהונה שאכלן אמאי פטור, הא משתרשי ליה, ותירצו דלא דמי, דאע״ג דאכלן, אפשר שהיה מתענה. והקשה, דמאי שנא מאומר לחבירו אכול, דלא מצי למימר הייתי מתענה. ונ״ל דלא דמי דהתם מזיק מתנות כהונה או שאכלן פטור משום דממון שאין לו תובעין הוא, ומשום מזיק לא מחייב אלא משום נהנה וזה לא נהנה, אבל באוכל משל חבירו, משום מזיק מיהא מחייב. כלומר, יש שתי סיבות אפשריות לחיוב, או מדין נהנה או מצד היותו מזיק. ואה״נ טענה שהיה מתענה היא טענה לפטרו מדין נהנה, וזו טענה גם למי שאוכל אצל חמיו, אבל אינה טענה על חיובו מדין מזיק, ודין מזיק לא שייך במתנות כהונה, כיון שהוא ממון שאין לו תובעים. והקשה בקצוה״ח והוכיח שלא שייך לחייבו מדין מזיק באכול עימי, דלא שנא מדור עימי, ורק משום נהנה הוא דחייב. וכתב לישב קושיית מהרי״ט, וז״ל:

> ״ולכן נראה דודאי אכילה חייב משום נהנה, ואף על גב דהיה מתענה, טפי עדיף ליה אכילה. וראיה ברורה מפרק אלו נערות (כתובות ל,ב) גבי תרומה כיון שתחב לו חבירו בבית הבליעה, וע״ש ברש״י (ד״ה שתחב) דמפרש דמחייב משום הנאת מעיו, וע״ש בתוס׳ (ד״ה ואי וד״ה לא צריכא), והתם ליכא לחיובי כלל מתורת מזיק כיון דבעל כרחו תחב לו חבירו, ומוכח מזה דהנאה בכלל אכילה ואינו יכול לומר הייתי מתענה. אלא דגבי מתנות כהונה כשם שאינו חייב על היזקו משום דהו״ל ממון שאין לו תובעין, כך אינו חייב על הנאתו כיון דהוא ממון שאין לו תובעין, אלא היכא דמשתרשי ליה עכשיו כמו בלוקח בית המלך את גורנו, דמשתרשי ליה עכשיו, דאל״כ היו לוקחים פירות אחרים, ומשום הכי חייב לשלם עבור הריוח שהרויח הפירות שבביתו וברשותו. ולזה הקשו בתוס׳ דבאכילה נמי משתרשי ליה דהיה צריך לקנות פירות אחרים לאכילה, לזה כתבו דיכול לומר הייתי מתענה ולא חשיבי הנך

שבביתו משתרשי ליה, ומשום הנאה אף על גב דאית ליה במה שלא היה צריך להתענות, במתנות כהונה פטור על הנאתן כשם שפטור על היזקן ובמשתרשי לבד הוא דמחייב, אבל הכא דמחייב על הנאה, א״כ הנאה בכלל אכילה כמו דמוכח בפרק אלו נערות דמחייב על הנאת מעיו.״

מלמדנו קצוה״ח לחלק בין הנאה למשתרשי. הנאה היא הנאה עוברת, שבגינה ניתן לתבוע תשלום, על ההנאה שנהנה מי שנהנה, ובמתנות כהונה שהוא ממון שאין לו תובעים, אי אפשר לחייבו מדין נהנה, כמו שאין לחייב המזיק. משתרשי ליה הכוונה שיש לנהנה ריוח קיים, וההנאה קיימת, כגון באנסו המלך גרנו בחובו, דהפסיד לכהן מעשר מהפירות שלקחו בחובו והוי כמכר, הרי שיש בידו ריוח של פירות, שאם היה מעשר ונותן קודם לכהן, היו לוקחים ממנו פירות אחרים, וא״כ יש תחת ידו אוכלים שהרויח מהא דלקח המלך פירות לא מעושרים בחוב שחייב. וזה גם במתנות כהונה יכול להתבע, כיון שיש כאן הנאה קיימת, והרי הפירות כביכול של המתנות כהונה - בעין. משא״כ מזיק או נהנה, אין מתנות כהונה כעת בעין (עיין מה שהסביר הגרש״ש בשערי יושר ג,כה ד״ה ונלענ״ד. ועיין עוד במש״כ הגרב״ב, ברכת שמואל יד, בחילוק בין חיוב מה שנהנה לממוני גבך). כלומר, הנאה מחייבת היא הנאה עוברת, משתרשי היא הנאה קיימת. (ועיין בברכת שמואל ב״ב סי׳ ז וסי׳ ח, דמה שנהנת ובתוחב לפה חבירו, היא תביעה ממונית כמו תביעת חוב ומלוה, והביא בשם הגר״ח דמחויב לשלם כדי שלא יהיה גזלן על אותה הנאה, ואינה כמלוה הכתובה בתורה; ״אלא סברא שיש לו לשלם מה שלוה ממנו״, משא״כ ביורד לשדה חבירו, שהוא הקנאה והשבחה של חבירו. דאם זה חיוב לשלם מה שנהנה ולא יחשב לגזלן, יפטר בקלבד״מ, משא״כ במה שהקנה לו והשביח, עיי״ש).

ובנדו״ד אף שהזיק ממון שיש לו תובעים, מ״מ כיון שהזיק באונס, אינו יכול לתבוע על היזקו, ועל הנאה, נראה שלא שייך בזה הנאה כלל, דמצות לאו להנות ניתנו, ונר חנוכה אסור בהנאה, ולא דמי לשן ברה״ר, דסוף סוף נהנה במה שאינו צריך להאכילה מה שרגילה לאכול, אבל בנדו״ד מה הנאה יש לו בזה שלא נצרך להוציא עבור שמן זית, צער הוא ולא הנאה. ע״כ דעתי כמסקנת הדברים שכתבתי לעיל.

ושוב לאחר העיון ראיתי לגרא״ז (שכנים ג,ד), שהחיוב במה שנהנה אינו מצד ממוני גבך, אלא מסתמא ניחא ליה לבעלים במה שהבהמה אוכלת. הגרא״ז מתיחס למש״כ הרמב״ם לענין מקיף שבנה את המחיצות על חלקו, ומה שנחלקו הראשונים בדין זה, ומתוך דבריו עולה שודאי ניחא ליה, אפי׳ לא ידעו הבעלים בשעה שבנה, וז״ל: ״... דכיון דעשויה לגדור ובודאי ניחא ליה חייב, וכמו דמחייבינן לבהמה שאכלה

ברה״ר מה שנהנית, משום דבודאי ניחא ליה לבעלים. דאין לומר דחייב משום ממוני גבך, דבודאי א״א לומר דאחר אכילתה יש בבהמה כשיעור מה שהיה שוה אכילתה, וע״כ משום דודאי ניחא לבעלים. והנמוק״י כתב דכיון שלא מיחה בשעה שגדר ונטע, ודאי ניחא ליה, אבל מדברי הרמב״ן לא משמע כן, וגם פשטות ההלכה דהמקיף ויורד לתוך שדה חבירו, משמע דהוא בכל גווני אפי׳ לא ידעו הבעלים״. ולפ״ז יש מקום לחייב את הקונה לשלם דמי שמן רגיל, דכיון דניחא ליה לכל הפחות לקיים מצוה בשמן זה, חייב מדין מה שנהנה, דההנאה היא מה דניחא ליה ולא מדין ממוני גבך. ועדיין צ״ע אם ניחא ליה באמת במה שהדליק, והיה מעדיף שלא יהיה שמן זה והיה מדליק בשמן זית זך.

עוד י״ל דמה שנהנה, אין הכונה להנאה ממש אלא לתועלת, וככל שהיתה לי בזה תועלת, הרי זו סיבה ומחייב לשלם, וכדעת עמיתי הגר״מ בצרי שליט״א. דבר זה נלמד מאגב דברי הגרש״ש בחידושיו (ב״ב ו,ה). הגרש״ש הביא את דברי התוס׳ (ב״ק קא,א ד״ה או דלמא), לענין מה דמיבעי שם בגמ׳ אם יש שבח סמנים ע״ג צמר או לא, בצמר דחד וסמנים של אחר, ובא קוף וצבע לצמר של ראובן בסממנים של שמעון, אם יש שבח סמנים ע״ג צמר, ויכול בעל הסממנים לומר לבעל הצמר תן לי סממנים שלי שאצלך, או אין שבח סמנים ע״ג צמר, ואין לבעל הסממנים אצל בעל הצמר כלום. והקשו התוס׳, דסו״ס נהנה בעל הצמר שצמרו מעולה בדמים יותר, וישלם מה שנהנה כמו אכלה מתוך הרחבה ונפלה לגינה, ובתחב לו חבירו משקין של אחרים בבית הבליעה, דמשלם מה שנהנה. ותירץ תוס׳ שני תרוצים: דהנאת גופו חייב, והנאת ממונו חייב לשלם מה שנהנה, רק אם ההנאה באה ע״י מעשיו או מעשי ממונו, ולכן אם בהמתו אכלה ברה״ר, ההנאה של ממונו באה כתוצאה ממעשה של ממונו, ולכן חייב, או כשגופו נהנה אף ממעשה של אחר. אבל כשממונו השביח מחמת מעשה של קוף, חסר בעצם סיבת החיוב (ראה להלן). או שהנאה של נוי אינה נחשבת הנאה: ״ויש לחלק דהנאה דהכא אינה באה ע״י מעשיו ולא ע״י מעשה בהמתו, ובתחב ליה חבירו, אע״פ שאין זה ע״י מעשיו, מ״מ נהנה גופו. א״נ הנאה דהכא לא חשיבא הנאה, שאין אלא נוי בעלמא יותר״. וברא״ש הביא רק תירוץ הראשון, ונראה דתופס סברא זו לעיקר ולהלכה. ובש״ך שצא,ב כתב, דלתרוץ התוס׳, אם תחב אחר אוכלין לתוך בליעת בהמתו, פטור בעל הבהמה, משא״כ אם בעל האוכלין בעצמו תחב, חייב בעל הבהמה, דלא גרע מיורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות דחייב.

ובבאור דברי התוס׳ כתב הגרש״ש, דיש שני סוגים של שבח, יש שבח שהוא בעין, וזה מחייב לכשעצמו, דממוני גבך, אולם כשהשבח אינו בעין, החיוב אינו מדין ממוני גבך אלא מדין נהנה, דסו״ס הושבח ממונו ויש לו הנאה מסיבת ממון

חבירו: "דאז אין ממון חבירו רק סיבה שע"י נשבח ממון שלו, וכיון שאין נחשב ממון חבירו רק כסיבה אל השבח, אז אין חיוב רק היכא שממון חבירו הוא הסיבה בלי אמצעים אחרים, אבל אם יש עוד אמצעי וסיבה אחרת אשר ע"י נשלם ענין השבח, ליכא חיוב כלל, דכיון דאיכא בזה שתי סיבות, הוה כ"א רק חצי סיבה, וחצי סיבה אינה סיבה כלל ופטור לגמרי. ומשו"ה כאן בצבע קוף את צמרו בסמנים של אחר, דאין הסמנים כל הסיבה אל השבח אלא שגם הקוף הוא הגורם, הוה הסמנים רק חצי סיבה ופטור. אבל בנפלה לגינה ואכלה מתוך הרחבה, שאין כאן אמצעי אחר, ורק ע"י ממון חבירו נשלם השבח אצל בהמתו, אז נחשב ממון חבירו לסיבה אחת בלא סיבה אחרת וחייב לשלם. ואף דבאכלה מתוך הרחבה, הרי גם בהמתו היתה סיבה להשלים את השבח, אבל כיון שהיא בהמתו וחשבינן שמתוך ממון חבירו בא שבח לממון שלו, דפעולת בהמתו עם הבהמה הוא הכל ממונו, וחשבינן שממון חבירו גרם שיושבח ממון שלו ... והכלל העולה מזה, דכל פעולת ידים המביאה לשבח, כבר איכא שבח בהאי פעולה ונחשבת הנאה. וכן במעשה בהמתו איכא שבח בפעולה, ומשו"ה אינו חייב באכלה בהמתו מתוך הרחבה רק כשאכלה בעצמה, דפעולת האכילה נחשבת מן ההנאה והשבח, כיון שמביאה לבעלים תועלת, אבל אם אחר תוחב לתוך פיו, דאם איכא שבח בעצמות פעולת התחיבה הוא של התוחב, וכשאנו באים לחייב את בעל הבהמה שהגיע לידו השבח אז ודאי יש לדון שמחמת האוכלין עם התוחב נגרם לו השבח, ועל כן כ"א חשיב כגורם לגורם ופטור". אמנם נראה דנדו"ד יהיה תלוי בשני תרוצי התוס', דלתרוץ השני צריך שתהיה הנאה חשובה, וצער עם נוי יפה יותר לא חשיבא הנאה, ולפ"ז י"ל דגם הנאה מה שהדליק נר חנוכה לא חשיב הנאה. אבל לתרוץ קמא, כיון שהיתה לו תועלת מממון חבירו, ונעשית על ידו עצמו, חייב מדין נהנה.

והנה בריטב"א (סוכה ל,ב, ועיין באבנמ"ל כח,ס שכתב כן בשם הרשב"א), כתב בטעם שיוצא בלולב של ע"ז קודם ביטולו, אף שנהנה במה שמקבל שכר על המצוה בעוה"ז ובעוה"ב, מ"מ אינו נהנה מגוף האיסור אלא הנאה עקיפה שאינה מגוף האיסור, דהנאה שאסורה באיסורי הנאה היא רק הנאה שנהנה מגוף האיסור: "וטעמא דיצא, משום דמצות לאו ליהנות ניתנו כדאיתא בכמה דוכתי לרבא, ואע"ג דמתהני בעשיית מצות שמקבל שכר בעולם הזה ובעולם הבא, לא חשיב איסור באיסורי הנאה אלא כשנהנה בגופו של איסור, אבל כל שאין ההנאה מגופו אלא שגורם לו הנאה וריוח ממקום אחר, אינו הנאה מן האיסור, וכדרך שאמרו (ר"ה כח,א) בנודר הנאה ממעין, שטובל בו בימות הגשמים, שאינו נהנה בגוף המים, ואף על פי שגורמת לו טבילה זו לעלות מטומאה לטהרה ומכשירתו לכמה דברים, לית לן בה. וכן הא דאמר רבא התם בסנדל של ע"ז לא תחלוץ ואם חלצה חליצתה כשרה, דמצות לאו ליהנות ניתנו,

ואע״ג דמרווחא טובא בההיא חליצה, לא חשיבא הנאה באיסור״. ולכאורה יש לפנינו שני טעמים. הנאה האסורה באיסורי הנאה הינה רק הנאה ישירה, שנהנה באופן ישיר ומיידי מהאיסור. ומה שבעתיד תהיה לו תועלת מקיום המצוה, אינה הנאה נחשבת מגוף האיסור, כיון שאינה הנאה מיידית. גם כל הנאה רוחנית אינה הנאה, דהנאה רוחנית אינה הנאה שבאה מגוף האיסור. אבל ההסבר בריטב״א, דעצם מעשה המצוה לא נעשה להנאה, וגם אם יש אדם שנהנה ממעשה המצוה, המצוה לא ניתנה להנאה. וע״ז שואל הריטב״א, דבשלמא אם מעצם המצוה אינה הנאה, דהנאה מהמצוה לא נחשבת הנאה, אבל יש הנאה אח״כ שהיא ודאי הנאה, וזה השכר בעוה״ז ובעוה״ב, וע״ז השיב שאינה הנאה ישירה אלא תוצאה, וזה לא נאסר באיסורי הנאה, דמה שנאסר זה הנאה ישירה. ועיין באבני מילואים (כח,ס), דמשמע בבאור דעת הרשב״א דבמצוה הוי הנאה רוחנית ולא נאסרה, דהקשה שם סתירה מהרשב״א בנדרים, לענין הנאת תשמישך עלי, דמשמע מהרשב״א שם דאפי׳ שיש הנאת גופו בהדי מצותו נמי מותר. והביא שם דברי המאירי, שאף אם יש הנאת הגוף בזמן המצוה, אין בזה איסור, ובלבד שלא יהנה גופו מהאיסור לאחר המצוה, עיי״ש.

והסבר דברי הרשב״א, נמצא גם לגרש״ש בשערי יושר א,ז: ״דכיון דעיקר הטעם דלא מיקרי מתהנה כשעושה מצוה, אף דיש לו שמחה וגם תועלת ע״י מעשה המצוה בעוה״ז או בעוה״ב, ואין לך הנאה גדולה מזו, משום דכל היכא דליכא הנאת הגוף ממש כאכילה ושתיה וכדומה, הנאה חושית מגוף דבר הנאסר, אזלינן בתר הכוונה של מטרת המעשה, ואם נעשית בשביל מטרה אחרת שלא בשביל הנאתו מה שנהנה חשבינן דממילא מתהנה, וענין זה מוכרח מכמה סוגיות מפורשות במסכת נדרים ואכמ״ל, ומשו״ה במצוה שעל ישראל לעשות צווי הקדוש ברוך הוא שלא בשביל תועלת שיגיע לו, אז מה שמגיע לו תועלת חשוב כממילא מתהנה״. דהנאה רוחנית שאינה הנאה חושית, דוקא אם עושה ומתכוין בשביל הנאה זו יש לראותו כנהנה, משא״כ כשכל המעשה הוא בשביל המצוה, הרי מתכוין למעשה המצוה שציוה הי״ת, ממילא אין כאן כוונה להנאה הרוחנית שתחשב כהנאה מהאיסור. הנאה מוחשית אינה צריכה כוונה שתחשב הנאה. הנאה רוחנית, דוקא אם מתכוין במעשה להנאה הרוחנית, משא״כ במצוה שאין כוונתו להנאה הרוחנית. ובתוספת ביאור נמצא בחידושיו לנדרים (סי׳ יב): ״דהנאת כל פעולה הוא רק מה שמשתמש בשביל מטרת הנאה וממלא רצונו, ומשו״ה כל היכא דהוה מצוה שהוא מוכרח על הפעולה, אינו נקרא המעשה שנעשה בשביל תועלת עצמי, אלא מעשה שנעשית כעבד שעובד לרבו כיון שהוא עושה ע״י הכרח מצות התורה״. הנאה באה ממעשה שאדם עושה בשביל שתהיה לו הנאה. אולם כשעושה מעשה בהכרח, מפני שכך ציוותה התורה לעשות מצוה, ממילא לא שייך לומר שנהנה ממעשה המצוה, דההנאה היא תוצאה מהמעשה, והמעשה נעשה

בהכרח ולא למטרת ההנאה, וממילא במצוה חסר בכונה שעושה המעשה בשביל להנות, דמעשה הנעשה בהכרח, לא יכולה להיות בו כוונה להנאה עצמית.

לאחר מכן הסתפקתי, אם דין זה תלוי במחלוקת הראשונים אם מצות לאו להנות ניתנו, אמרינן במצוות דרבנן, או כיון דבנר חנוכה אסור להנות לאורו (עיין שו״ע או״ח תרעג,א), ממילא כאן לכ״ע אמרינן מצות לאו להנות ניתנו. על הא דאמר רבא (ר״ה כח,א): המודר הנאה מחבירו, מותר לתקוע לו תקיעה של מצוה. המודר הנאה משופר, מותר לתקוע בו תקיעה של מצוה, כתב בעל המאור (ר״ה ז,א מעמוה״ר): ״וקי״ל כרבא דאמר מצות לא ליהנות ניתנו, והמודר הנאה מחבירו, מותר לתקוע לו בשופר של מצוה, דוקא בשופר של ר״ה שמצותו מן התורה, אבל בחצוצרות בתענית לא״. מבואר דבדרבנן לא אמרינן מצות לאו להנות ניתנו. והר״ן שם (ז,ב מעמוה״ר), כתב וז״ל: ״וכתב הר״ז הלוי ז״ל, דכי שרי דוקא בתקיעות דר״ה שהן מצוה מן התורה, אבל בתעניות לא. ולפי דבריו אף בתקיעות דר״ה צריך לדקדק, לפי שיש בהן מדרבנן. אלא שאין מחוורין דבריו, דמכל מקום מצוה איכא״. הרי דדעת הר״ן שאין לחלק בין מצוה מדאורייתא או מדרבנן, ובכ״ע אמרינן מצות לאו להנות ניתנו.

ובמחנ״א (נדרים כד) כתב לבאר, דודאי מצות שופר, אף בלא מצוה, אינה הנאה אא״כ מתכוין לשיר, וכשאינו מתכוין לשיר, אין בזה כל הנאה, וחידושו של רבא שאין לאסור מחמת הנאה שיש לו מהמצוה, דמצות לאו להנות ניתנו. ועיי״ש שכתב כדעת הר״ן, דאין חילוק בין מצוה דאורייתא לדרבנן לענין זה, דאם אין הנאה מעצם הדבר, וההנאה היא רק מחמת המצוה, מצות לאו להנות ניתנו הן במצוה מהתורה והן מדרבנן. והגרש״ש (שערי יושר א,ז) כתב לבאר לפי הדרך הנ״ל, דכל שאין הנאת הגוף ממש כאכילה ושתיה, שהיא הנאה חושית מגוף הדבר הנאסר, אזלינן בתר הכוונה של מטרת המעשה, ואם נעשית בשביל מטרה אחרת שלא בשביל הנאתו, מה שנהנה נחשב כהנאה הבאה ממילא. ולפ״ז כתב לחלק בין מצוה דאורייתא למצוה דרבנן, דבמצוה שמהתורה הוא מצווה לעשות את עצם המעשה והוא מוכרח לעשות את המעשה כעבד לרבו, והתועלת שמגיעה לו היא מעבודת רבו, משא״כ במצוה דרבנן, דאינה מצוה מהתורה על עצם המעשה ורק מצוה לשמוע בקול חכמים, והמעשה שעושה הוא מטרה עצמית שעי״ז יקיים מאמר חז״ל, לכן נחשב כנהנה מהמצוה ואינה כהנאה ממעשה עבדות כבמצוה דאורייתא.

גם י״ל דנר חנוכה אינו איסור הנאה אלא איסור תשמיש, ולא מטעם איסור הנאה אלא מטעמים אחרים, וכמש״כ הראשונים בסוגיא בשבת כא,א. רש״י בשבת כא,ב (ד״ה ואסור), כתב בבאור האיסור להשתמש לאורה: ״שיהא ניכר שהוא נר מצוה״. מבואר שהוא רק ענין של היכר, ואינו כמו איסורי הנאה. וכן מבואר מדברי הרמב״ן

(במלחמות, שבת ט,א מעמוה"ר): "ואמת הדבר שעיקר פירוש השמועה פשוט הוא, דכי אמר רב אסי אסור להרצות מעות, רבותא קמ"ל שאפילו הרצאת מעות שאינו אלא עיון הקל אסור, כל שכן תשמיש אחר בין של מצוה בין של קדושה, ואפילו שמואל נמי בשאר תשמישין מודה דאסור, משום דהרואה אומר לצרכו הוא דאדלקה, ואף על פי שיש לו נר אחר, פעמים אדם מדליק כמה נרות בביתו". מבואר שהאיסור להשתמש לאורה הוא משום היכר, שלא יאמרו לצרכו הדליק.

אמנם מדברי בעה"מ שם (שבת ט,א מעמוה"ר) מבואר שהוא איסור דומיא דמנורה דמקדש, וז"ל: "למ"ד אסור להשתמש לאורה של נר חנוכה, כל תשמיש במשמע, אפי' תשמיש דמצוה ותשמיש קדושה, משום דקסבר כיון שהם זכר לנרות ולשמן של היכל אסורות הן בהנאה כל עיקר, אפילו לקרוא בספר ואפי' לסעודת שבת ולסעודת מצוה. ולמ"ד אסור להרצות מעות כנגד נר של חנוכה, דוקא הרצאת מעות וכיוצא בה, שהיא תשמיש רשות ושל חול, וכדקא פירש טעמיה משום בזויי מצוה, אבל תשמיש מצוה ותשמיש קדושה מותר להשתמש לאורה". ולכאורה גם בנרות בית המקדש, אם רצה יכל לעשות בהם תשמיש של מצוה, כגון לקרוא בתורה, שהרי מצוות לאו להנות נתנו, וכן נמצא לענין שופר של עולה או של שלמים, דס"ל לרבא (שבת כח,א) דיצא אם תקע בהם, דמצוות לאו להנות ניתנו: אמר רב יהודה, בשופר של עולה, לא יתקע ואם תקע יצא, בשופר של שלמים לא יתקע, ואם תקע לא יצא ... הדר אמר, אחד זה ואחד זה יצא, מצות לאו להנות ניתנו.

וראיתי בתש' פני אריה (לגרא"ל ברעסלא, סי' מז) שכתב להסביר, דכיון שנרות חנוכה הינם זכר לנרות המקדש, במציאות בשמן ובנרות המקדש לא השתמשו לשום תשמיש, דהיה אסור להשתמש בהיכל אלא לעבודת פנים, וכל העבודות בהיכל היו לאור יום, עיי"ש, וממילא גם נרות חנוכה שהן זכר למקדש, אין להשתמש לאורן, כיון שגם בנרות שבהיכל בפועל לא השתמשו לאורן, אפי' לא לתשמיש של מצוה. ובהמשך דבריו כתב לבאר דברי בעה"מ, שאין איסור הנאה בנר חנוכה אלא איסור שימוש והשתמשות, וכל שאינו שימוש בנר חנוכה, אין בזה איסור, ולכן גם יכול לישב בביתו בשעה שנר חנוכה דולק, ומעיקר הדין אינו צריך לנר אחר. ומ"מ מדבריו נמצאנו למדים שאין איסור הנאה בנר חנוכה, ורק מצד מצוות לאו להנות ניתנו, לא חשיב הנאה כדי לחייב את הקונה בתשלום למוכר ממה שנהנה מהשמן, דלאו הנאה היא, וכנ"ל. וע"ע בתש' שו"מ (חמישאה סי' מה בסופו).

לאור האמור לעיל, המקח בטל, הן בתערובת שמנים שנמכר כשמן זית, והן בשמן למאור שנמכר כשמן זית זך כתית, וחייב המוכר להחזיר ללוקח כל מה ששילם, והלוקח יחזיר מותר השמן, ויצא ידי חובת מצות נר חנוכה במה שהדליק. אולם יש

מקום לומר, דכיון דסו״ס היתה לו תועלת מהשמן, עליו לשלם למוכר מה שהיתה לו תועלת, הגם שלא היתה הנאה. ולכן מי שרוצה לצאת ידי חובה, ישלם למוכר מה שהחסיר מהשמן, לפי מחירו האמיתי, ולא לפי שמן זית זך.

ז. אתרוג מזן שלא הזמין

לאחר הדברים האלה, נשאלתי בענין אחד שהזמין אתרוג, והתנה שהאתרוג יהיה מזן חזו״א, ולאחר הסוכות התברר שהיה מזן מהודר אחר, אולם הקונה מקפיד ליקח דוקא מזן חזו״א, אמנם בדיעבד אינו מקפיד ורוצה כעת בקיום המקח, ונשאלתי, דאף אם לענין דיני ממונות אין בזה מקח טעות בדיעבד, מ״מ בשעה שיצא ידי חובה בחג הסוכות, כיון שרצה דוקא מזן חזו״א, וכך אמר מפורשות למוכר, א״כ לא היה בבחינת ״לכם״, ואינו דומה לנידון שמן חנוכה דלא בעינן לכם.

והשבתי לו דלכאורה זו חזו״א אינו מעלה בפני עצמו אלא שהוא מיוחס שאינו מורכב, ואם יהיה זן אחר שאינו מורכב, אין לזן חזו״א מעלה יותר ממנו, ממילא נראה שאף אם אומר שרוצה זן חזו״א, אין האתרוג המיוחס האחר בבחינת שני מינים שונים שנאמר שאין כאן מקח כלל. וראיתי שהשואל סובר שאם התנה שרוצה דוקא זן חזו״א, כל זן אחר ואפי׳ מיוחס, הרי זה כשני מינים ואין מקח. והשבתי לו שלדבריו אכן לא יצא. אולם לענ״ד נראה שאינו כשני מינים אלא כיפות ונמצאו רעות, שיש לו רק זכות חזרה, וכל עוד לא חזר בו, הרי הוא שלו והמקח קיים, וכמבואר לעיל בדין יפות ונמצאו רעות.

וככל שמקבל את סברתי דאין כאן שני מינים אלא יפות ונמצאו רעות, הרי דלא גרע מאונאה יותר משתות, שיש לו רק זכות חזרה, וככל שלא חזר בו, אין בזה פגם בעצם הבעלות, ואף כששניהם יכולים לחזור בהם, אם הסכים המתאנה, חל הקנין למפרע. דאיתא בב״מ נ,ב: אמר רבא הלכתא פחות משתות נקנה מקח, יותר על שתות, ביטול מקח. שתות קנה ומחזיר אונאה. וברש״י שם דבפחות משתות נקנה מקח לאלתר, וביותר משתות, דהוי בטול מקח ושניהם חוזרים. ובמשנה ב״מ נא,א; מי שהוטל עליו (מי שנתאנה) ידו על העליונה, רצה אומר לו תן לי מעותי או תן לי מה שאניתני. ומשנה זו אינה כרבי נתן, ורבא פסק כרבי נתן שהמקח ביותר משתות בטל. ומבואר בדעת רש״י ששניהם יכולים לחזור בהם. ומעיקרא הו״א דמה שנחלקו הראשונים אם רק מתאנה יכול לחזור בו או שניהם יכולים לחזור בהם, היינו שאם רק מתאנה יכול לחזור בו, הוא מטעם שכל ביטול המקח הוא זכות המתאנה לבטל המקח, אך כל זמן שלא ביטל, המקח קיים. אולם אם שניהם יכולים לחזור בהם, הא דמאנה יכול לחזור בו, י״ל שאין כאן מקח, דמקח ביותר משתות אינו מקח,

ולכן אף מאנה יכול לחזור בו, כך היה מקום לפרש במחלוקת הראשונים. דדעת רש"י דביותר משתות, שניהם יכולים לחזור בהם. וכן כתב הריטב"א בסוגיא, ודעת הרמב"ם בהל' מכירה יב,ד דרק מתאנה יכול לחזור ולא מאנה, וז"ל: "היתה ההונייה יתירה על השתות בכל שהוא, כגון שמכר שוה ששים בחמשים פחות פרוטה, בטל מקח, והמתאנה יכול להחזיר החפץ ולא יקנה כלל, אבל המאנה אותו אינו יכול לחזור אם רצה זה וקבל, ואע"פ שבטל המקח, אין המאנה חייב להחזיר עד שתהיה ההונייה יתר על פרוטה. היתה פרוטה בשוה אינו מחזיר, שאין הונייה לפרוטות".

ועיין ברב המגיד שם, דאף דלא קיי"ל כמשנה נא,א, דקיי"ל כרבא שפסק כרבי נתן, וס"ל לרמב"ם דרק בתובע מתאנה אונאתו, יכול גם מאנה לחזור בו. ועיי"ש בכס"מ. וכדעת הרמב"ם פסק המחבר בשו"ע חו"מ רכז,ד. וברמ"א שם הביא דעת הי"א דאף המאנה יכול לחזור בו, אלא אם כן נתרצה המתאנה פעם אחת. והיא דעת הראשונים החולקים. ובבעל המאור (ב"מ ל,ב בעמוה"ר) הביא בשם יש אומרים שאין שניהם יכולים לחזור בהם, ודחה בעה"מ סברתם וכתב דאם מתאנה תובע אונאתו, יכול גם מאנה לחזור בו; "אבל אם המתאנה אינו תובע כלום, לא דינא ולא דיינא שאין המאנה חוזר בו". והיא דעת הריב"ם שהביא התוס' ב"ב פד,א ד"ה אי לאו, דאפילו ביתר משתות אין המאנה חוזר בו אלא כשהמתאנה תובע אונאתו, דכיון שתובע יותר משתות דהוי ביטול מקח, הוי מקח טעות ויכול גם המאנה לחזור בו, אבל אם המתאנה אינו תובע אונאתו ורוצה להחזיק המקח כמו שקנה, אין סברא שיוכל המאנה לחזור בו. ועיי"ש בראי"ש ב"ב ה,יד.

ועדיין י"ל דבין אם נאמר ששניהם חוזרים בהם או רק המתאנה יכול לחזור בו, בעינן לחזרה, וכל זמן שלא חזר בו, הוא הבעלים הגמור, ורק יש לו זכות חזרה, ומחלוקת הראשונים הנ"ל, אם גם למאנה יש זכות חזרה. אלא שמדברי הסמ"ע רכז,ח, על דברי הרמ"א שהביא את דעת הריב"ם והרא"ש שיכול לחזור בו גם מאנה, אא"כ נתרצה מתאנה פעם אחת, מבואר לכאורה שכל זמן שלא נתרצה המתאנה, אין המקח קיים, ורק בריצוי המתאנה פעם אחת, התקיים המקח ואינו יכול לחזור בו, וז"ל: "דכיון שהנתאנה יכול לחזור, לא נגמר המקח מעולם, משו"ה גם הוא יכול לחזור, אא"כ אם נתרצה הנתאנה פעם אחת, דאז מיד נגמר המקח וגם הוא אינו יכול לחזור בו. ואע"ג דכתב הטור בסוף סימן שלפני זה [ס"ז] ובסימן ק"ץ [סי"א] בהיכא דעייל ונפק אזוזי, כיון שנתבטל המכר לגבי המוכר נתבטל גם גבי לוקח, ואפילו אם נתרצה המוכר יכול הלוקח לחזור בו אלא שידו על התחתונה, שאני התם דמיד שעייל ונפיק אזוזי אזי נגלה שלולי צריך המעות לא היה מוכרו, ונתבטל המקח מיד כשלא נתנו לו, משו"ה אף שנתרצה אח"כ לקיים המקח, כיון שכבר נתבטל יכול הלוקח לחזור בו, אבל הכא דלא גילה המתאנה מתחילה דעתו שרוצה לחזור בו,

משו״ה כשנתרצה אח״כ הו״ל כאילו נתרצה מעיקרא, משו״ה אין המאנה יכול לחזור בו״. דעייל ונפיק אזוזי, זה גילוי דעת שאינו רוצה למכור אלא מפני שצריך למעות, והרי יש כאן גילוי דעת חיובי לבטול מקח, מכח הגילוי דעת מדוע מכר, אבל באונאה כל עוד לא גילה דעתו שרוצה לחזור בו, המקח לא נגמר ולא נתבטל, ובריצוי המתאנה, מתקיים למפרע. חזינן מדברי הסמ״ע, דעד שלא התרצה, המקח לא קיים, ובשעה שהתרצה, המקח חל למפרע.

ועיין בנתיבות רכז,א שכתב על דברי הסמ״ע הנ״ל, וז״ל: ״ולפי״ז נראה דאם הלוקח קידש אשה בחפץ זה, דאם הלוקח שהוא המקדש והמאנה רוצה לחזור מהמקח ולבטל הקדושין קודם שנתרצה המוכר, הקדושין בטלין דאין אדם מקדש בדבר שאינו שלו, אבל אחר שכבר נתרצה המוכר, שכתב הסמ״ע דהוי כאילו נתרצה מעיקרא, ממילא שוב אינו יכול לבטל הקדושין״. מדברי הנתיבות למדים דכל זמן שהמתאנה לא נתרצה, יכול המוכר המאנה לחזור בו ולבטל קדושין שנעשו בחפץ הנדון. ורק אם נתרצה המתאנה, חלים הקדושין למפרע. כלומר, שאם מקדש בחפץ שקנה באונאה יותר משתות לרעת הקונה, יש לשניהם זכות חזרה, והמקח תלוי ועומד, אם יחזרו בהם, יתבטל למפרע, ואם יתרצה המתאנה, המקח קיים למפרע. אך בהמשך דבריו כותב הנתיבות לדעת הרמ״א שפסק כריב״ם והרא״ש, שאין הקדושין חלים כלל, דהמקח לא התקיים כל זמן שלא התרצה, דכל זמן שהמתאנה יכול לבטל, לא נגמר המקח עדיין ויכול גם המאנה לבטל, אבל אחר שהמתאנה אינו יכול לבטל, גם הם מודים שאין המאנה יכול לבטל מטעם שלא יהיה חוטא נשכר, וכמש״כ התוס׳ ב״מ נ,ב ד״ה ואילו.

וא״כ י״ל דאין המקח נגמר עד אחר שנתרצה המתאנה, וממילא אין הקדושין שבנתיים חלין כלל כיון שאין כאן מקח כלל. וע״ז השיב דמ״מ יש לקיים דעת הסמ״ע, שכל זמן שלא גילה המוכר דעתו שרוצה לבטל המקח, המקח קיים, וז״ל: ״ומכל מקום נראה כדברי הסמ״ע, דכשלא חזר בו המוכר הראשון, הוי כגילוי מילתא למפרע שהמוכר לא היה רוצה לחזור כלל, וממילא המקח קיים למפרע. וקצת ראיה לזה, בנושא ונותן באמנה בסע׳ כז בש״ך ס״ק טו, דאף אם אינה להמוכר דהמקח קיים, ומשמע אפילו אם היה המוכר הראשון ישראל, מ״מ כשאין המוכר הראשון מבטל המקח, דנתקיים המקח להלוקח הראשון, ממילא נתקיים גם נגד הלוקח השני, ולא אמרינן כיון דבשעת מכירה מכר דבר שאינו שלו ממילא נתבטל המקח. אלא ודאי דכשאין המוכר הראשון מבטל המקח, דנתקיים המקח להלוקח הראשון, ממילא נתקיים גם נגד הלוקח השני, ולא אמרינן כיון דבשעת מכירה מכר דבר שאינו שלו ממילא נתבטל המקח, אלא ודאי דכשאין המוכר הראשון מבטל המקח, נתקיים המקח למפרע״. מבואר שמסכים הנתיבות לדעת הסמ״ע, דכל זמן שלא גילה המאנה את דעתו שרצונו

בבטול המקח, הרי זה גילוי דעת למפרע שהמוכר לא היה בדעתו לחזור, וממילא המקח קיים למפרע, והקדושין קדושין אף בקידש קודם שגילה המתאנה דעתו שרוצה במקח, וראיה מנו"ן באמונה, דאף שמכר הלוקח הראשון דבר שיכל המאנה לחזור בו, מ"מ כיון שלא ביטל המקח, המקח קיים למפרע. והיינו שיש לשניהם זכות חזרה עד שיתרצה המתאנה (לשיטת הריב"ם), אך כל זמן שלא היתה חזרה, הרי הקונה הוא בעלים גמור על החפץ, רק לקונה ולמוכר קיימת הזכות והאפשרות לבטל המקח, וכל עוד לא בטלו המקח, הקונה הוא בעלים גמור על החפץ.

ובגמ' ב"מ נז,א איבעיא בקרקעות והקדשות, אם מה שאין בהם הוא דוקא אונאה של שתות, אבל ביטול מקח של יותר משתות, בטל מקח גם בקרקעות והקדשות, או גם בטול מקח אין בהם. ובשטמ"ק הביא מהראב"ד שהקשה, מה טעם יש לחלק בין בטול מקח לאונאה, הרי שניהם נלמדים מלא תונו; "ואם נאמר שמו רבותינו דעת המוכרים והקונים דאשתות מחיל איניש טפי לא, מתחלה לא חל עליו שם מכר. והא אידי ואידי אם שהה כדי שיראה לתגר מחילה הוי, ואם לא חל עליו מתחלה שם מכר היאך מתקיים המכר אחר זה השיעור. אלא לעולם שם מכר חל עליו. מיהו אומדן דעתא הוא, עד שתות אינו ניכר לרוב בני אדם ואין המתאנה מתבייש עליו, אבל יותר משתות ניכר הוא הטעות לרוב בני אדם ובושת גדול הוא לו שיאמרו נסתמה פלוני בזה המקח או נשתטה. גם על המוכר יאמרו כמה עסקו רע, כי הוא רמאי וגונב דעת הבריות שהונה את פלוני באונאה גדולה כזו. ומפני כך טוב לשניהם שיבטל המקח, כדי שלא תזכר האונאה ההיא עליו. ומיהו אם שהו כשיעור שיראה, כבר מחלו ולא חשו על השם הרע ולא על הבושת". מדברי הראב"ד מבואר דאין לומר דביותר משתות אין כאן מקח, ולא בעינן למילף מלא תונו, אלא אין כאן מקח, וע"כ גם בקרקעות בטל המקח, דא"כ איך אחר שעור כדי שיראה לתגר, חל המקח. אלא בהכרח אומדן דעת דטוב לשניהם שיבטל המקח. ומוכח עכ"פ מהראב"ד דגם ביותר משתות יש כאן מקח, רק אומדן דעת ששניהם מעונינים שיהיה להם זכות חזרה, אבל בעצם הבעלות כל עוד לא היתה החזרה, הרי שיש כאן מקח, דאל"כ איך חל המקח אחר השעור של כדי שיראה לתגר.

ומצאנו בדברים אלו ברבינו יונה בעליותיו, על הא דאיתא בב"ב פג,ב - פד,א: אמר רב חסדא, מכר לו שוה חמש בשש, והוקר ועמד על שמנה, מי נתאנה – לוקח, לוקח יכול לחזור בו ולא מוכר, משום דא"ל, אילו לא אוניתן לא הוה מצית הדרת בך, השתא דאוניתן מצית הדרת בך. עיי"ש ברשב"ם דדעת רב חסדא דלא כרבא שפסר כרבי נתן אלא כמשנה שם, שרק לוקח יכול לחזור בו באונאת שתות ובבטול מקח, ולכן גם בהוקרו יכול לחזור בו רק לוקח. דאף שלבסוף נתאנה מוכר אפילו ביותר משתות, דהוי ביטול מקח, ורוצה מוכר לחזור עתה משום דעדיין לא

נתקיים המקח לגמרי כל זמן שיכול לוקח לחזור, דעדיין לא הראה לתגר או לקרובו, ובתוך כך נתאנה גם המוכר ורוצה לחזור, שהרי עתה נתאנו שניהם, אפ״ה אינו חוזר המוכר, דמי שנתאנה מעיקרא בשעת מכירה הוא זה שיכול לחזור בו כל שעה שירצה בתוך זמן הקצוב לו. שאומר הלוקח למוכר, אם לא היית מאנה אותי בשעת מכירה, היה מתקיים המקח ולא יכולת לחזור בך, ואף שהוקר אח״כ, וכי בשביל שאוניתני וייפו חכמים את כחי לחזור אם ארצה, ונתנו ידי על העליונה, תחזור בך גם אתה כשהוקר לבסוף ותהיה גם ידך על העליונה, א״כ מצינו חוטא נשכר. כך פירוש דברי רב חסדא.

ומ״מ ברשב״ם ציין דאנן קיי״ל כרבא, וע״כ גם מוכר יכול לחזור בו מעיקרא, ולא קיי״ל כרב חסדא. וברבינו יונה כתב ג״כ דלא קיי״ל כרב חסדא אלא כרבא, וממילא כיון שמיירי כאן בבטול מקח, שהרי הוקרו ועמדו בשמנה, יכול גם המוכר לחזור בו (לרבא החולק על רב חסדא), וטעם הדבר לרב חסדא שאין המוכר יכול לחזור בו, כתב רבינו יונה, וז״ל: ״... וכל זמן שהלוקח יכול לחזור בו, דהיינו בכדי שיראה לתגר או לקרובו, לא נתקיים המקח עד שיאמר הלוקח רוצה אני. הלכך כיון שהוקרו קודם שיקיים הלוקח את המקח, וחזר האונאה אצל המוכר ביתר משתות, הו״א שוב אין ביד הלוקח לקיים המקח כיון שלא נתקיים עדיין, שהרי יש שם מעתה בטול מקח גבי מוכר, וקמ״ל רב חסדא דאפ״ה אין המוכר יכול לחזור בו משום דא״ל לוקח אי לאו דאוניתן ... ונראה בעיני שאין הלוקח יכול לתבוע אונאתו לאחר שהוקרו, דכיון שהיה יכול לחזור בו, לא נתקיים המקח עד עתה, ואין מי שנתאנה יכול לתבוע אונאתו אלא בשיש שם אונאה בשעה שהוא מקיים המקח. ומהא אמינא לה מלשון הטעם שנתן רב חסדא לדבריו, דאם איתא דקסבר רב חסדא דכל זמן שהלוקח חפץ במקח, איגלאי מילתא שנתקיים המקח מתחילה ולעצמו הוקר, א״כ למה ליה דדחיק ונסיב טעמא משום דא״ל אי לאו דאוניתן לא מצית הדרת בך, והו״ל למימר כיון דהשתא אתרצאי במקח, ברשותי איקר, איגלאי מילתא למפרע שחל המקח מתחילה וחייב נמי ליתן מה שהונהו. אלא ודאי לא חל המקח אלא משעה שמסיים אותו מי שנתאנה ...״. מבואר מרבינו יונה אליבא דרב חסדא, דבריצוי המתאנה, לא חל המקח למפרע, שאם היה חל המקח למפרע, הרי התיקר החפץ ברשות הלוקח. אלא בהכרח שאפי׳ מתרצה המתאנה, המקח קיים מכאן ולהבא, וע״כ לא התיקר ברשות קונה. ואפשר דמה דפליג רבא הוא רק לענין שגם המוכר יכול לחזור בו עד שיתרצה המתאנה, דאפשר גם רבא היה מסכים לסברא שאי לאו דאוניתן, אם רק הלוקח היה יכול לחזור בו, רק ס״ל ששניהם יכולים לחזור בהם, לכן גם המוכר יכול לחזור כל זמן שלא נתרצה. ועדיין צ״ע מה הדין לרבא. ומ״מ לרב חסדא ס״ל לרבינו יונה שחל המקח מהריצוי ולהבא, וכמו שמצאנו שרצה הנתיבות לומר באמצע

דבריו, ואם היה מקדש אשה, לא היתה מקודשת. הרי שכל עוד יש זכות חזרה, אין כאן בעלות גמורה על החפץ, ומקדש בחפץ לא שלו. אמנם כיון דלהלכה קיי״ל כרבא, צ״ע אם חל למפרע, דלרבא לא בעינן לסברא של אי לאו דאוניתן לענין זה.

ושם בסוגיא הקשה רבינו יונה, לרב חסדא שהמתאנה יכול לחזור ולא המאנה משום דא״ל אם לא אוניתני וכו׳, א״כ גם באונאה יותר משתות יוכל רק מי שנתאנה לחזור בו ולא המאנה, והרי קיי״ל כרבא ששניהם חוזרים (וכמו שהקשו הראשונים). ותירץ רבינו יונה, וז״ל: ״וי״ל דביתר משתות אין שם תורת מקח כלל לגבי מי שנתאנה, כיון שהמקח רחוק ממכרו, וכיון דליתא למכר כל עיקר, אין כאן משיכה כלל, וממילא גם המאנה יכול לחזור בו. משא״כ ביפות ונמצאו רעות, בתורת מכר יש שם אפי׳ לגבי מי שנתאנה, אלא כיון שהטעהו, יכול לחזור בו. וכן במכר לו שוה חמש בשש, תורת מכר היה בשעת המכר לגבי מי שנתאנה, הלכך אע״פ שהוקרו ויש שם בטול מקח לגבי מוכר, מצי א״ל אי לאו דאוניתן וכו׳״. מבואר מרבינו יונה, דביותר משתות אין כלל תורת מקח, והקנין שנעשה, כמתעסק בעלמא הוא, דקנין מועיל במקח וממכר, וכאשר המרחק בין המחיר למה ששילם הוא כה גדול – יותר משתות, אין כאן מקח, וממילא לא מהני בזה המשיכה שנעשתה, וע״כ שניהם יכולים לחזור. ובהמשך דבריו, שהוא כנושא ונותן בדברים בלי מעות ומשיכה. משא״כ ביפות ונמצאו רעות או בשתות, שיש מכר רק היתה הטעיה, בזה יכול לחזור רק מי שנתאנה. ובזה נחלק רבינו יונה על הרי״ף והרמב״ם ותוס׳, דשניהם חוזרים ביותר משתות, רק כשהמאנה תובע אונאתו. אולם גם רבינו יונה ס״ל דאם נתרצה המתאנה, שאין המאנה יכול לחזור, וכן בשהה יותר מכדי שיראה לתגר, שבזה נתקיים המקח. ולכאורה צ״ל דנתקיים המקח מכאן ולהבא, דהיינו משעת הרצוי או כשעברה השעה שיראנו לתגר או קרובו. ועיין בשטמ״ק ב״ב פג,ב, דלאלתר שנתרצה, זכתה לו חצרו ברצון המוכר, דמסתמא ניחא ליה בקיום המקח. הרי שחל מכאן ולהבא ע״י זכיית חצירו.

ובדעת הרא״ש, בטור חו״מ סי׳ רכז כתב דדעת הרא״ש כרבינו יונה, דכן כתב בב״מ ד,טו. ועיי״ש בב״י. וכן נראה מדברי הרא״ש ב״ב ה,יד, שהביא בסוף ההלכה את דעת רבינו יונה, ונראה דס״ל כוותיה דחל המקח מכאן ולהבא ולא למפרע, וז״ל: ״וה״ר יונה ז״ל כתב שאין יכול לתבוע אונאתו, דכיון שהיה יכול לחזור בו, לא נתקיים המקח עד עתה, ואין המתאנה יכול לתבוע אונאתו אלא כשיש שם אונאה בשעה שהמקח מתקיים. ועוד דקדק מלשון הטעם שנתן רב חסדא לדבריו, דאם איתא דסבר רב חסדא דכל זמן שהלוקח חפץ במקח, איגלאי מילתא שנתקיים המקח מתחלה ולעצמו הוקר, א״כ למה ליה דדחיק ונסיב טעמא משום דא״ל אי לאו דאוניתן וכו׳, דה״ל למימר כיון דהשתא איתרצאי במקח, ברשותי אייקר, דאיגלאי מילתא למפרע שחל המקח מתחלה וחייב נמי ליתן דמי אונאתו. אלא ודאי לא חל המקח אלא

בשעה שמקיים אותו מי שנתאנה. וע״כ למאי דבעי למימר דהא דרב חסדא תרוייהו מצי הדרי בהו, לא אמרינן דחל המקח למפרע כשמקיים אותו עכשיו. ורב חסדא לא פליג על סברא זו אלא בהא דקאמר שהמקח קיים לגבי מוכר שאין יכול לחזור, אבל במאי דלא פליג לא פליג״.

ומ״מ מדברי רבינו יונה מבואר דביותר משתות אין כאן מקח כלל, ובשעה שנתרצה חל המקח מכאן ולהבא. וכן מבואר במחנה אפרים (אונאה יב) לענין אם הלוקח נתן לאחר במתנה והוקר, דאע״פ שעכשיו נתרצה הלוקח הראשון, לא אמרינן דחל המקח מעיקרא, וממילא כשנתן קודם לאחר או קדש בו אשה, לא משלו נתן ולא משלו קדש; ״אלא השתא הוא דנתרצה ואין המקח חל אלא מכאן ולהבא, וכי יהביה במתנה קודם שהוקר, לאו דידיה הוא עדיין. וכמו כן אם השתא שהוקרו אינו ברשות לוקח אלא שהניחו אחר שמשכו ברשות מוכר, כיון דאמרינן דאין המקח חל למפרע, נראה דלא קנאו הלוקח וכמו שכתב הר״ר יונה ז״ל״. והביא דמהב״י משמע דדעת הרא״ש והרמב״ם דחל למפרע, וחילק בין אונאת שתות ליותר משתות, עיי״ש. ומ״מ מבואר מדבריו דלדעת רבינו יונה המקח אינו חל למפרע אלא מכאן ולהבא. ונפק״מ אם קדש אשה או נתן מתנה, שאין הקדושין והמתנה חלים כלל. וכן כתב הגרב״ב בברכת שמואל ב״מ סי׳ מו (ד״ה נמצא).

וכאמור לעיל, ראשונים אחרים ס״ל כדעת רב חסדא דמי שנתאנה יכול לחזור ולא המאנה. כך פסק הרי״ף (ב״ב מב,א בעמוה״ר) דכי ליתיה לדרב חסדא, בשתות הוא דליתיה אבל בביטול מקח, כגון שמכר לו שוה ארבע בחמש ולא הספיק בכדי שיראה לתגר או לקרובו עד שהוקרו ועמדו בשבע, לוקח יכול לחזור בו ולא מוכר. והוא הדין במוכר שמכר שוה חמש בארבע והוזל ועמד על שלש, דמוכר יכול לחזור בו ולא לוקח, מאותו הטעם דאי לאו דאוניתן וכו׳; ״וטעמא דרב חסדא טעמא דמיסתבר הוא״. וכן מבואר ברמב״ם בהל׳ מכירה יב,ד דאין המאנה יכול לחזור בו מהמקח ביותר משתות, אם הסכים המתאנה. ועיין ברב המגיד שם שהראה מקורו למשנה ב״מ נא,א מי שהוטל עליו ידו על העליונה. אלא שהקשה שמשנה זו דלא כהלכתא, דלא כר׳ נתן דגמרא דאמר שתות קנה ומחזיר אונאה, ורבא פסק כרבי נתן, ומשנתנו בשתות הוא. וכתב הרב המגיד לישב, דאפשר דדעת הרמב״ם כדעת הראשונים שאמרו שאין המאנה יכול לחזור בו אלא כשהמתאנה תובע האונאה, וזהו בבטול מקח, אבל כשאין המתאנה תובע אונאתו, אין המאנה יכול לחזור בו. ומקור הדברים הוא בריב״ם בתוס׳ ב״ב פד,א ד״ה אי לאו, הביאו גם הרא״ש הנ״ל ב״ב ה,יד, וכן כתב בריטב״א. ועיין עוד ברמב״ן ב״ב פג,ב שאין המאנה יכול לחזור בו בשום ענין, וכן ברשב״א שאין המאנה יכול לחזור בו כלל, ואפי׳ תובע אונאתו, דאין המתאנה

יכול לתבוע אונאה בבטול מקח, אלא או לשתוק ולקיים המקח או לבטלו, אבל המאנה בכל ענין אינו יכול לבטל המקח.

[ועיין בגרנ"ט סי' קסג שרצה לבאר מחלוקת רבי יהודה ורבי נתן, דר"י דס"ל דמי שנתאנה ידו על העליונה, וגם בשתות יכול להחזיר המקח, ורבי נתן ס"ל דשתות קנה ומחזיר אונאה, ואינו מבטל המתאנה את המקח. דב"ב פה,ב מבואר דמשך ולא פסק, שניהם יכולים לחזור, והיינו דבכל מקום עיקר גמירות הדעת ומה שנותן את האפשרות לקנין לחול הוא פסיקת הדמים, "דכיון שפסקו כו"כ, ממילא חייבים לקיים דבריהם, וממילא הקנין קיים, אבל במקום שלא פסקו, א"כ כ"א יכול לטעון שאינו רוצה בפסיקה זו, וממילא בטל הקנין". דכשאין פסיקה, אין מה שיחייב את הבע"ד לקיים הקנין במקח. ובב"מ טז,א באומר לחבירו שדה זו לכשאקחנה, תהיה קנויה לך מעכשיו קנה. ובתוס' הקשו, דמה מהני מעכשיו, הרי יכול לחזור כיון שהדבר לא בעולם. וברמב"ן תירץ, דאף שהקנין לא חל, מ"מ כיון שגמרו בדעתם ועשו מעשה המועיל, מהני לענין שלא יוכלו לחזור בהם. והנה רבי נתן ס"ל דעיקר הקנין הוא הגמירות דעת, וכשיש גמירות דעת אינו יכול לחזור בו וכמש"כ הרמב"ן, והחסרון מצד הפסיקה, זה ציווי של התורה להחזיר השתות. ורבי יהודה ס"ל דעיקר הקנין היא הפסיקה, "ובכה"ג כיון שהפסיקה אינה כלום, א"כ כל הקנין בטל, וא"ש דס"ל דרצה מקיים רצה חוזר, אבל המאנה אינו יכול לחזור בו, כיון דלגבי דידיה חלה הפסיקה, שהרי נתרצה בכך". ומבואר שגם אם הקנין בטל, יכול להיות דבטל למאנה ולא למתאנה, וצ"ב.

וראיתי בעיטור (מכירת קרקעות דף סה טור ג), לאחר שהביא את דברי רבא דיותר על שתות בטל מקח, שתות קנה ומחזיר אונאה, כתב; "ומסתמא כל זמן שלא החזיר האונאה לא נגמר המקח". ובפשטות אינו נגמר כלל. ועיין שם בשער החדש אות צה דהמקח מתלא תלי וקאי. ואפשר דזו גם כוונת הגרנ"ט, דגם בפסיקה הקנין מתלא תלי וקאי, ויכולים לחזור בהם, אבל לא שאין כאן כלום. ולפ"ז י"ל, דהיכא שהיתה פסיקה לקונה ולא למוכר או איפכא, לגבי מי שהיתה פסיקה, הקנין כבר לא מתלא תלי וקאי, והקנין מבחינתו נגמר ואינו יכול לחזור בו, ומי שלא היתה פסיקה, לגביו עדיין מתלא תלי וקאי. (ולענין מום במקח, עיין בבית יצחק חחו"מ סי' סד סוף אות א שכתב דמכירת חפץ היא ע"מ שאין בו מום, ואם נמצא בו מום תליא בקפידא, כמו גבי קדושין, ואם לא יקפיד הלוקח, לא הוי מקח טעות, וע"כ אין המוכר יכול לחזור בו, עיי"ש.)]

והנה גם לדברי רבינו יונה ולמש"כ שאין הקנין כלום, היינו דוקא במקום ששניהם יכולים לחזור בהם, אבל ברור דגם לרבינו יונה אם רק המתאנה יכול לחזור

בו, אין בזה פגם בעצם הבעלות והקנין אלא זכות חזרה. ואף בשניהם שחוזרים דעת הסמ״ע והנתיבות דיכול לקדש, וכנ״ל דאין בזה פגם בבעלות הקונה על החפץ אלא זכות חזרה. אמנם ראיתי לגדול ממינסק בתש׳ אור גדול (סי׳ לד) שכתב דדברי הנתיבות והסמ״ע הם מחלוקת ראשונים, דלפי הרא״ש ורבינו יונה חל המקח מכאן ולהבא ולא למפרע, וכמש״כ לעיל דעת רבינו יונה והרא״ש. אמנם כתב דלמה שפסק במחבר בשו״ע והפוסקים דמאנה אינו יכול לחזור בו, המקח קיים למפרע. וא״כ י״ל דהסמ״ע והנתיבות קאי אליבא דהלכה, כפי שנפסק בשו״ע.

לאמור לעיל בנדון האתרוג, לענ״ד אין אמירת הקונה שרוצה דוקא זן חזו״א, קובעת שיש כאן שני מינים שאין כאן מקח כלל, אלא יפות ונמצאו רעות, שיש לקונה זכות חזרה, וכל עוד לא חזר בו, הרי הוא הבעלים על האתרוג, ויצא בו ידי חובת מצוה.

סימן כו

אומדנא במתנה שנתנו הורים

ראשי פרקים

א. אומדנא במתנה ודברים שבלב

ב. אומדנא בשאר דינים

ג. גילוי דעת בהסתר

נדרשנו לשאלה, בהורים שנתנו מתנה לבנם סכומי כסף משתנים ולא גדולים, והבן טוען כיום שהמתנה ניתנה לו לבדו, ואילו אומדן דעת ביה״ד שהמתנה הינה למשפחה, דהיינו, בנם כלתם וילדיהם, כאשר ביה״ד שקל את גודל המתנה והמצב המשפחתי, וטוען הבן על היותו מוחזק, ואם יכולים לפסוק באומדן דעת שניתן מלכתחילה לשני בני הזוג. שאלה נוספת שעלתה, כאשר נותן המתנה גילה דעתו בהסתר ובהחבא, כדי שכלתם לא תדע שהמתנה ניתנה רק לבן (יש שאלה אם בכלל היה גילוי דעת בזמן קבלת המתנה, אולם על הצד שהיה גילוי דעת כזה, גם לשיטתם הדבר נעשה בהסתר).

א. אומדנא במתנה ודברים שבלב

תנן ב״ב קמו,ב: שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים ושייר קרקע כל שהוא ,מתנתו קיימת. לא שייר קרקע כל שהוא, אין מתנתו קיימת. ובגמ׳ שם: מאן תנא דאזלינן בתר אומדנא (דסבירא ליה דאזלינן בתר אומדנא, דדעתא דנותן מתנה אע״פ שלא פירש, כמי שפירש דמי, דקתני היכא דלא שייר קרקע כל שהוא, אמדינן דעתיה שנתייאש מן החיים, ולהכי לא שייר ואדעתא דהכי יהב, שאם ימות תתקיים המתנה ואם יעמוד תחזור לו ולא תתקיים המתנה – רשב״ם), אמר רב נחמן רבי שמעון בן מנסיא היא, דתניא הרי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחר ואחר כך בא בנו, מתנתו מתנה. רבי שמעון בן מנסיא אומר אין מתנתו מתנה, שאלמלי היה יודע שבנו קיים לא היה כותבן. וכן הוא בב״ב קלב,א, על הא דתניא בברייתא: כתב כל נכסיו לאשתו ויצא עליו שטר חוב שקדם למתנה שנתן לאשה, רבי אליעזר אומר תקרע מתנתה ותעמוד על כתובתה, וחכ״א תקרע כתובתה ותעמוד על מתנתה, ונמצאת קרחת מכאן ומכאן. והביאה הגמ׳ דברי רב נחמן, דהלכה תקרע כתובתה ותעמוד על מתנתה ונמצאת קרחת מכאן ומכאן; למימרא דלא אזיל רב נחמן

בתר אומדנא, והתניא הרי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחרים ואחר כך בא בנו, מתנתו מתנה. ר׳ שמעון בן מנסיא אומר אין מתנתו מתנה, שאילו היה יודע שבנו קיים לא כתבן. ואמר רב נחמן הלכה כרבי שמעון בן מנסיא, שאני התם דניחא לה דתיפוק עלה קלא דכתבינהו ניהלה להנהו נכסים. ומבואר בגמ׳ הנ״ל, הן ביש נוחלין והן במי שמת, דאליבא דרב נחמן אזלינן בתר אומדנא.

תוס׳ קדושין מט,ב (ד״ה דברים), לענין מה שמועיל אם פירש שמוכר נכסיו כדי לעלות לארץ ישראל, שאם לא עלה בטל המכר, ולא בעינן תנאי כפול לביטול המכר, כתבו בטעם הדבר וז״ל: ״דיש דברים שאינם צריכין תנאי כפול אלא גלוי מילתא, דאנן סהדי דאדעתא דהכי עביד, וגם יש דברים דאפילו גילוי מילתא לא בעי, כגון ההיא דהכותב כל נכסיו לאחרים ושמע שיש לו בן שהמתנה בטלה, וכן הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא, לפי שאנו אומדין שלכך היה בדעתו, וכמו כן אנן סהדי דלא זבן אלא אדעתא למיסק לארעא דישראל״. מבואר מהתוס׳ דאם יש לנו אומדנא בדעתו למה התכוין בשעת המתנה, אין צריך במתנה תנאי כפול, דבעצם מתן המתנה מונח התנאי שאנו אומדים שזו היתה כוונתו במתנה. וכן הוא בתוס׳ כתובות צז,א (ד״ה זבין). וכן כתב הריטב״א לענין כתב כל נכסין לאשתו ויצא שט״ח קודם למתנה (ב״ב קלב,א כנ״ל): ״דבכי הא דברים שבלב דברים כדכתיבנא בכמה דוכתי, והשתא קס״ד דה״נ אומדנא דמוכח הוא, דאילו ידעה דיצא שטר חוב קודם למתנתה לא היתה מוחלת״. וכן הוא בריטב״א ב״ב קמו,ב. הריטב״א מחלק דאומדנא דמהני במתנה הינה דוקא אומדנא שברורה לכל העולם, שהיא בליבו ובלב כל העולם, וז״ל: ״דההיא דגבי בנו, אומדנא דמוכח לכל העולם שלא נתן אלא משום ששמע שמת בנו וכסבור שהוא מת, וכי אמרינן דברים שבלב אינם דברים, שאני הכא שהם דברים שבלבו ובלב כל אדם״. וכן הוא בריטב״א קדושין נ,א: ״ומסתברא לי דבשלמא כדין הוו דברים שבלבו, דהא אפשר דכיון דאניס כדין דגמר ומגרש, ואי לא גמר בליביה, דברים שבלבו הם ואינם דברים, אבל כשהוא מעושה בגוים אי נמי בישראל שלא כדין, אנן סהדי שהוא אנוס מתחלה ועד סוף והוו להו דברים שבלבו ובלב כל אדם דהוו דברים, כדאמרינן גבי מברחת דלא קנה אף על גב דלא גליא דעתה כדאיתא בכתובות (עט,א) ובפרק מי שמת (ב״ב קנא,א), וכדאמרינן במי ששמע שמת בנו ונתן כל נכסיו ואחר כך בא בנו שבטלה מתנתו, אף על פי שלא אמר כלום בשעת המתנה כדאיתא ביש נוחלין (ב״ב קלב,א), וכדקיימא לן דמצוה מחמת מיתה שנתן כל נכסיו, שאע״פ שכתב וזיכה וקנו מידו מעכשיו אם עמד חוזר, משום דהני דברים שבלב כל אדם שעל דעת כן נתן״. ומבואר שאין חילוק בין מתנה לשאר דברים, דכל שהוא דברים שבלב כל אדם, שיש לנו אומדן דעת שכן כוונת כל נותני מתנות לתת רק בגלל סיבה מסוימת, כמו שמע שמת בנו, דבודאי כל מי

שנותן מתנה יהיב רק מטעם זה ששמע שמת בנו, וזה ברור בדעת העולם, ולכן אומדנא כזו אף שלא גילה דעתו, אין צריך לגלות דעתו, דכל העולם יודע שכך היא כוונתו לתת המתנה רק על דעת כן. וכן הוא ברשב"א (כתובות עח,ב): "... דהוה ליה כשכיב מרע שכתב כל נכסיו דאם עמד חוזר, משום דאומדן דמוכח הוא שלא נתנה זו כל נכסיה אלא משום דבעיא לאינסובי להאי. וכן נמי בשכיב מרע משום דסבור הוא שימות, ולא דברים שבלב הן שבלב כל העולם, ושהכל מודים בכך".

וכן הוא בתוס' רי"ד (ב"ב קמו,ב); "ולא אמרי' דברים שבלב אינם דברים. היכא דמעשה מוכיח כי הכא", דכשיש מעשה המוכיח, הרי הדברים שבלב מונחים בעצם המעשה והוי דברים שבעצם המעשה ולא בלב, דהמגבלה של המתנה מוכחת בעצם מעשה המתנה, ולכן לא הוי דברים שבלב. ועיין בתוס' רי"ד קדושין מט,ב, דיש חילוק בין מתנה למכר, ונראה בכוונתו, דלענין מתנה יש יותר אומדנא הידועה לכל העולם, שלא היה נותן אם היה יודע שכך יהיה בסופו, ולכן במתנה יש יותר אומדנא דמוכח מאשר במכר, וז"ל התוס' רי"ד: "אלא ודאי הדבר ברור כשמש דבהכי עסקינן, כגון שהיה ידוע לכל שכיניו כי הוא רוצה לעלות, אלא מפני שלא הודיע דבר זה בעת המכר אמר רבא דדברים שבלב אינם דברים כדפירש המורה וכדכתב בספרים, ובעידנא דזבין לא אמר, וההיא דזבני אפדיניהו כגון דאמר בההיא שעתא כדפרישית התם. וההיא דמברחת דמבטלינן למתנה ולא אמרינן דברים שבלב אינן דברים ואזלינן בתר אומדנא, משום דהיא מתנה ולא שביק איניש נפשיה ויהיב לאחריני, אבל אם מכרה נכסיה אף על פי שהדבר ידוע שהיא רוצה להינשא מכרה קיים. וכן נמי שכיב מרע אם מכר כל נכסיו לא אמרינן כסבור למות הוא, שאם כן למה קבל מעות, ודוקא כשנתן. וחילוק יש בין מכר ובין מתנה. והכי אמרינן בפ' מי שמת, איבעיא להו מכר כל נכסיו מהו, זימנין אמר רב יהודה אמר רב אם עמד חוזר, וזימנין אמר רב יהודה אמר רב אם עמד אינו חוזר, ולא פליגי, הא דאיתנהו בעיניהו והא דפרעינהו בחובו. פי' אי איתנהו בעיניהו, מכרו קיים דאין סבור למות, אלמא חילוק יש בין מכר ובין מתנה. וכן נמי בההיא דבעיא למיסק לארץ ישראל, אם לא מכר אלא חילק קרקעותיו לקרוביו בעבור שהיה סבור לעלות, והיו יודעים העולם כי הוא רוצה לעלות ולא עלה, אין מתנתו מתנה, ואע"פ שבעת המתנה לא אמר כלום, דאיכא אומדנא ואנן סהדי דאדעתא דהכי עבד, ואין המתנה דומה למכר". דלבטל מתנה, יש אומדן דעת יותר ברור, דכיון שנותן בחינם וללא תמורה, בלבו ובלב כל אדם מונחת האומדנא שלא היה נותן אלא מחמת סיבה מסוימת, משא"כ במכר שמקבל מעות בעבור המכר, האומדנא אינה ברורה דיה שבלבו ובלב כל אדם לא היה מוכר.

וכן מבואר להדיא בדברי הר"ן בקדושין (כ,ב מעמוה"ר): "דכל כה"ג כיון שהענין מוכיח מתוכו, לאו דברים שבלב נינהו אלא הרי הוא כאילו נאמר בפירוש,

דמברחת מוכחא מילתא, משום דליכא דיהבה כולהו נכסי לאחריני והיא תשאל על הפתחים, ובודאי דמשום אנסובי הוא דעבדה הכי. וכן נמי אותה אשה שנשבעה בידוע שלא היה דעתה לכל הקופץ תחלה ואפי׳ מנוול ומוכה שחין, אלא ודאי להגון לה נתכוונה, והיינו טעמא נמי דמתנת שכיב מרע בכל נכסיו אם עמד חוזר ולא אמרינן דכדברים שבלב נינהו ותהוי כמתנת שכיב מרע במקצת שאינו חוזר, משום דכל כה״ג שהענין מוכיח מתוכו לאו דברים שבלב הם אלא דברים שבפי כל העולם ובלבם. אבל הא דשמעתין לאו מוכחא מילתא כולי האי, דאימור זוזי איצטריכו ליה וזבין. ואע״ג דבלביה לא ניחא ליה, בעידן זביני מיהא לא מוכחא מילתא, ומש״ה מסקינן דכל כה״ג דברים שבלב אינן דברים״. הרי להדיא דיש אומדנא שהענין מוכח מתוך מעשה הנתינה, וכמו דמוכח ממעשה נתינה של אשה, שלא היתה נותנת כל נכסיה, ובודאי עשתה כן כיון שעומדת להנשא, ולכן אין צריך להתנות או לגלות דעתו, דעצם המעשה מוכיח כן.

וכן מבואר במאירי (ב״ב קמו,ב): ״ואע״פ שכלל ידוע דברים שבלב אינן דברים, כתבו גדולי הצרפתים שבחמשה מקומות בתלמוד מצינו שהם דברים, וסימן השמועות; זו שבכאן, ומתנה טמירתא, ומברחת, וההיא בצורתא דהוה בנהרדעא וזבון אפדנייהו, והקדש שאמרו שיש בה שאלה. וטעם כלם משום אומדנא דמוכח ולא היה רואה עצמו צריך אלא לגלוי הדעת, אבל מכר היה לו לגלות דעתו״. ועיין עוד במאירי קדושין מט,ב, דבמברחת ושמע שמת בנו, אף בלא שום דבור יש אומד מאליו. ובמכר שמקבל כסף בתמורה, תמורת המכר מפקיעה את האומד, שאיפשר שהמעות גורמים לו להתרצות אף כנגד מה שהיה בדעתו.

ומדברי הרא״ש (כתובות יא,ט) מבואר שאין החילוק בין מכר למתנה, אלא אם יש כאן אומדנא דמוכח או לא, ואפי׳ בענינים של מכר, אם יש לפנינו אומדנא דמוכח, אפשר לבטל המקח. הרא״ש מיירי על הא דאיתא בגמ׳ כתובות צז,א: איבעיא להו, זבין ולא איצטריכו ליה זוזי, הדרי זביני או לא הדרי זביני. ומסקנת הגמ׳, והלכתא, זבין ולא איצטריכו ליה זוזי הדרי זביני. ורש״י פירש שם בסוגיא, שלא פירש המוכר שצריך זוזי כדי לקנות חיטים: ״מכר שדהו, ואנו יודעים שהיה חפץ לקנות שדה פלוני או פרגמטיא פלונית באותן מעות. ולא איצטריכו ליה זוזי - שחזרו בהן המוכרים״. אמנם מדברי הרמב״ם (מכירה יא,ח) מבואר שפירש המוכר מטרת המכירה, דומיא דמוכר דבעי למיסק לארעא דישראל. ואפשר דכן הוא לרש״י, ואנן ידעינן מחמת גילוי דעתו. והרא״ש כתב דיש פעמים שהולכים אחר האומדנא: ״ויש דברים שאפילו גילוי דעת אין צריך, משום דאיכא אומדנא דמוכח דאפי׳ לא גילה דעתו בשעת המעשה לא הוו דברים שבלב, משום דבלאו גילוי דעת אנן סהדי דלהכי איכוין, כגון שטר מברחת דלעיל (עח,ב), ולקח מן האיש וחזר ולקח מן האשה דלעיל

(צה,א), והכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא בפ׳ יש נוחלין (קלא,ב), ושכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים בפ׳ מי שמת (קמו,ב), וההוא דשמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחרים, אמר ר״ש בן מנסיא בידוע שאם היה בנו קיים לא היה כותבן לאחרים (שם), וכן המקדש אחותו (קידושין מו,ב), בין למאן דאמר פקדון בין למאן דאמר מתנה, וכן סבלונות וקידושין דהדרי (שם נ,ב), וכן נדרי זרוזין בפ׳ ארבעה נדרים (כ,ב). כל אלו אומדנא דמוכח אינון, הלכך אפילו גילוי דעת לא בעי לא בשעת מעשה ולא קודם לכן. אבל זבין ולא אצטריכו ליה זוזי, וההוא גברא דזבין נכסי אדעתא למיסק לארעא דישראל, אף על גב דגלי אדעתיה מעיקרא וידוע לכל שלדעת כן הוא מוכר, בעינן גילוי דעת בשעת מעשה, דליכא אומדנא דמוכח כולי האי בלא גילוי דעת, דהרבה פעמים אדם מוכר קרקעותיו ואין ידוע למה הוא מוכרן״. מבואר שאין במוכר ולא איצטרכו ליה זוזי אודמנא דמוכח, כיון שיש פעמים סיבות רבות למכירה, ואילו לא גילה דעתו, לא ידעינן למטרת המכירה, ואינו דומה לכל הנהו דלעיל שבעצם המתנה וללא דיבורו, כבר מונח האומדן דעת לביטולה במקרים מסוימים.

וכן מבואר בתש׳ הרא״ש (לד,א). הרא״ש נשאל בראובן ששדך את בתו לבן שמעון וקבעו זמן ליום החופה, והתנו ביניהם שכל מי שיעבור הזמן שיתן לחברו סכום ידוע לקנס. ולפני זמן החופה, יצאה בת ראובן, אחות המשודכת, מן הכלל, וכפרה בעיקר, ושמעון רוצה לחזור בו מהבטחתו בטענה שעל דעת אונס גדול כזה לא התחייב. והרא״ש נו״ן בדין אומדנא, שכל אומדנא דמוכח הרי הוא כתנאי: ״וכן בנדון זה, אומדנא דמוכח שאלו היה יודע דבר זה שהיה עתיד ליעשות, לא היה מקבל עליו קנס זה, דישראל קדושים הם והרבה פורשים מלהתערב בפגם גזרה. ורגלים לדבר, שהרי העביר זמן החופה והכניס עצמו בספק הפסד הקנס, כל שכן שמתחלה אדעתא דהכי לא הקנה ושעבד עצמו, ואומדנא דמוכח הוא, וכאלו התנה בפירוש דמי״. הרי דבכל ענין, אף בדברים שאינם בגדר מתנה, דזו התחייבות הדדית, ובכל אופן היכא דיש אומדנא דמוכח, הרי זה כאילו התנה.

וכן נמצא בתש׳ הרא״ש (עח,א). הרא״ש נשאל בראובן שלוה ע״פ משמעון, ואח״כ נתן כל נכסיו ללוי, כדי להפקיע חוב שמעון. והשיב הרא״ש דאזלינן בזה אחר אומדנא דמוכח, והביא ראיה משכ״מ, ומדין נותן מתנה כששמע שמת בנו, ומשטר מברחת, שהלכו חכמים אחר אומדנא דמוכח. ואין לך אומדנא דמוכח יותר מאדם שנותן כל ממונו לאחרים, דודאי התכוון הוא להערים להפקיע מלוה שמעון, ולא תפק זממו ולא תועיל ערמתו. והביא הרא״ש ראיה מדינא דבר מצרא, במי שמכר חלק משדהו, שאם ניכר שהערים כדי להפקיע דינא דבר מצרא, לא תועיל מכירתו להפקיע זכות המצרן. והדברים קל וחומר, ומה בר מצרא תקנת חכמים בעלמא משום ועשית

הישר והטוב, נתחכמו חכמי הגמרא כנגדו לבטל ערמתו ולא תעשינה ידיו תושיה, על אחת כמה וכמה הבא לגזול חברו בערמתו ולעבור על דברי תורה ולא לפרוע נושיו, שנבטל ערמתו ויגבה המלוה חובו מן המתנה; "שכל המכוין להערים, חכמי הגמרא עמדו כנגדו לבטל ערמתו. ונדון דבר מדבר ונלמוד דבר מדבר, כי חכמי התלמוד לא הספיקו לכתוב כל העתידות לבא. כל שכן הכא שדין גמור הוא, כי אין לך אומדנא דמוכח יותר מזה". והביא הרא"ש מתש' מהר"מ מרוטנבורג, באחד שקנה קרקע, והתנה בשעת הקנין על מנת שלא תהא לאשתו שעבוד כתובתה. וכן מי שקנה קרקע, וצוה להקנות לאחיו במקומו, וכתבו השטר בשם אחיו להפקיע שעבוד אשתו. ופסק מהר"מ שאשתו גובה מהם, אחרי שכיון להערים להפקיע תקנת חכמים, לא תועיל לו ערמתו. ודינים אלה שהזכיר מושתתים על אומדנא דמוכח לבטל מכר או מתנה, כשניכר באומדנא שנעשו כדי לבטל זכויות של אחרים. וכן נמצא גם בתש' הרא"ש (סח,כג), הובא להלכה בשו"ע חו"מ סה,יז: "מי שהוציא שטר חוב על חבירו ותבעו בבית דין, ואחר כך נאבד ממנו, ויש כמה אומדנות דמוכחי טובא שנאבד, מחוייבים בית דין לכתוב מעשה בית דין ולקיים השטר כבתחלה, ולכופו לפרוע". ועיי"ש בסמ"ע ס"ק נו, דהיינו דוקא באומדנא דמוכח טובא.

והנה הגרע"א בתש' (תנינא (סי' סט) נשאל בענין מי שהיו לו שתי בנות קטנות,

ושידך אחת מהן בכתיבת תנאים כנהוג, וכאשר הכניסה לחופה בהינומא על ראשה, מסר החתן הטבעת קדושין לאביה, ואמר לו בתך מקודשת לי בטבעת זו כדת משה וישראל. ודן שם בענין האומדנא שדעתו על שתיהן, ואף אם ידוע שהתכוין למשודכת, הוי דברים שבלב. והקשה מאי שנא מכל אומדנות שבש"ס, ותירץ הגרע"א וז"ל:

> "וסבור הייתי לומר, דדוקא היכי שלא היה עולה בדעתו לפרש דבריו כמו בהלך למדה"י, אף דמתנתו היה בשביל שבנו מת לא הו"ל לפרש דבריו, דהא לדעתו דבנו מת אין נפקותא בביאור דבריו, וכן במתנת שכ"מ בכולו, כיון דחשיב בנפשיה דודאי ימות, היה סבור דאין נפקותא לבאר דבריו. משא"כ הכא דאם כוונתו היה על המשודכת, למה לא בירר קדושין, דלמה סמך על זה שנבין דבריו מעצמו, א"כ מש"ה היה אומדנא בהיפוך דבאמת דעתו שאחת מהם סתמא תהיה מקודשת."

מבואר מהגרע"א יסוד, דאומדנא מדברים שבלב הינה רק במקום שאין טעם שיאמר דבריו בפירוש, דלשם מה יאמר שנותן מפני שהולך למות (בשכיב מרע) או מפני ששמע שמת בנו (בנותן נכסיו לאחר), דכיון דסבור דודאי ימות, וכן סבור שמת בנו, אין נפק"מ לבאר דבריו. משא"כ במקדש הנ"ל, היה צריך לבאר דבריו שכוונתו

למשודכת, שלא נבין דבריו שכוונתו לשתיהן. ולפ״ז אף בנדו״ד בענין לגילוי דעת בפני עדים שכוונת נותני המתנה – ההורים, לתת רק לבנם, וגילוי דעת זה צריך להיות בפני עדים. דמן הסתם אמרינן שנתנו מתנה למשפחה, כיון שלא גילו דעתם בהדיא. ומכל הלין מבואר דבמתנה אזלינן בתר אומדן דעת אף לבטל מתנה, ובודאי כאשר מדובר בכוונת נותן המתנה למי התכוין לתת, אזלינן בתר אומדנא הנראית לביה״ד, אא״כ גילה דעתו להדיא בשעת מתן המתנה, כשגילוי הדעת נעשה בפני עדים לברור הדבר.

ב. אומדנא בשאר דינים

מהר״מ מרוטנבורג בתש׳ (ד״פ סי׳ תתקמב) דן במי שנתן ממונו לצדקה לאחר מותו, וזמן מה לאחר מותו ירדו כמה מבניו מנכסיהן, אם בטלה הנתינה לצדקה וינתן לבניו, דעל דעת שירדו בניו מנכסיהם לא נתן לצדקה. והשאלה אם שייך בכה״ג אומדנא, וכתב מהר״מ, דלא דמי לאומדנא דר״ש בן מנסיא דהכותב נכסיו לאחר, ולא ידע שיש לו בן, ושוב שמע שיש לו בן או שאשתו מעוברת, אין מתנתו מתנה; ״דשאני התם מתנה בטעות הויא, דבההוא שעתא דיהיב לאחרים היה לו בן והוא היה סבור דבן אין לו, אבל בנדון זה דהוי דבר הבא לאחר זמן, מלתא דשכיחא הוא שבני אדם מתמוטטין, וגלגל החוזר בעולם הוא, וכיון דמלתא דשכיח הוא, אם איתא דסלקא אדעתיה שיהו בניו קודמים לכל אדם, איבעיא ליה לאתנויי, ואי לא אתני איהו הוא דאפסיד אנפשיה, כ״ש במילי דצדקה בעין יפה נותן, ולא היה בלבו שום תנאי וגדולה מזו. נ״ל אפי׳ בחייו, אם כבר הודיעו לקהל שהוא נותן כך וכך ליד גבאי לעניים שבעיר ושוב העני, אפי׳ הוא גופיה לא מצי למיעכביה לנפשיה״. מבואר דבכל טענה שרוצים לבטל מתנה מחמת דבר שלא היה ידוע בשעת המתנה, הוי מתנה בטעות ואינו צריך להתנות, אולם כשרוצה לבטל את המתנה מחמת דבר שארע אחר שעת המתנה, אם הוא דבר שכיח, אמרינן שהיה על נותן המתנה להתנות, ומדלא התנה, לא מבטלים המתנה. ולכן אם הורים נתנו מתנה, ודעת ביה״ד שמדובר במתנה שהינה לשני בני הזוג (סדר גודל המתנה וכד׳, כנ״ל), מה שארע אח״כ ובני הזוג התגרשו, אין זה מבטל המתנה.

ובאור זרוע (צדקה סי׳ ח, הובא גם במרדכי ב״ב תצג) דן בשאלה הנ״ל, במי שנתן ממונו לצדקה אחר מותו, ואח״כ ירדו קרוביו מנכסיהם, והיו שאמרו ליתן לקרובים, דאמדינן לדעתיה שודאי היה נותן צדקה לקרוביו. וכתב האו״ז דיש אומדנא שאינו רוצה ליתן דוקא לקרוביו: ״ואין נראה בעיני אני המחבר, דאדרבה אומדן דעתיה שאפי׳ אם היה יודע שעתידים לירד מנכסיהם, הוה יהיב צדקתו לעניים דמידי הוא טעמא דיהיב אלא כי היכי דתהוי ליה כפרה והלך צדקתו לפניו, והשתא דקרוביו

עשירים ימנע מלעשות כפרה לנפשו וימתין עד שירדו קרוביו מנכסיהם, ועד התם יהא נידון, אלא ודאי הואיל ובהאי שעתא עשירים הוו, אין להם באותה צדקה אלא כשאר עניים". אמנם האומדנא של האו"ז הינה על האופן שירדו מנכסיהם לאחר מותו, אבל אם ירדו מנכסיהם בסמוך ממש למותו, אין האומדנא שאינו רוצה להמתין בכפרה, ובזה אפשר לומר כסברא שהביא מהר"מ. ומ"מ מסברא זו מבואר שאין חילוק ביו אומדנא דלשעבר ואומדנא דלהבא, משא"כ לסברת מהר"מ, עיין בקובץ שעורים (לגר"א וסרמן זצ"ל, ב"ב תמד-ה).

ומעשה זה הובא אף בריקאנטי (סי' נה), דהורו רבותינו שבפיה"ם שיש ליתן אותה צדקה לקרוביו משום אומדן דעתיה, דהלכה כר"ש בן מנסיא. אולם ריא"ז חלק על רבותיו דלא דמי לדר"ש בן מנסיא, דהתם בשעת המתנה היה הבן קיים, ומה שנתן - בטעות נתן, אולם אלו בשעה שכתב זה נכסיו לעניים היו הם עשירים ולא זכו. וזה כסברא הנ"ל במהר"מ. (וע"ע במהריק החדשות סי' מג). וכסברא זו מצאתי גם בשו"מ (מהדור"ג, ח"ב סי' ק) דלא דמי נידון השאלה לאומדנא דרבי שמעון בן מנסיא, דבנותן מתנה ששמע שמת בנו, האומדנא הינה דבעת שנתן היתה דעתו שמת בנו, ואילו ידע שבנו חי, לא היה נותן כלום, וא"כ הוה אומדנא דמוכח, שהרי ראינו שלא נתן רק בששמע שמת בנו, משא"כ בנותן לצדקה, בעת שנתן לצדקה לא ידע שקרוביו יצטרכו להזקק לצדקה, שהיו קרוביו עשירים, ובלב שלם נתן לצדקה, וכשירדו מנכסיהם שוב אין לו לנותן שום חלק בצדקה שכבר נתן, ומה מועילה אומדנא למפרע. עיי"ש שהאריך דלא שייך אומדנא למפרע.

והרא"ש בתש' (לב,ו) נשאל במי שנשבית בין הכותים, והלכה אמה ואספה כסף לפדיונה, ונתנה ביד נאמן, וכעת התברר שהשבויה נשאה לנכרי וכו', ודורשת אמה שיחזירו לה המעות, שכבר זכתה בהם בתה. והשיב הרא"ש, דאמדינן לדעת הנותנים, שעל דעת כן לא התנדבו לתת צדקה, ודמי לאומדנא של נותן מתנה כששמע שמת בנו: "הגע עצמך, הא דאמרינן (שקלים פ"ב): מותר המת ליורשיו, חולה שהיה גוסס ופסקו לו צדקה לצורך ארון ותכריכין וקבורה ונתרפא, וכי תעלה על דעתך שתנתן לו הצדקה, והלא לא אמרו אלא מותר המת. וכן בנדון זה כאלו מתה השבויה ולא נפדית, דמה לי מתה מה לי נתחלפה, הילכך לא זכתה בהן השבויה. ואם היה באפשר להחזיר לכל אחד מה שנתן, זה היה הנכון והישר, כי התנדבו לצורך פדיונה, ולא יצא מרשותם עד שתפדה, אבל זה אי אפשר, כי יוציאו יותר מן הקרן להחזיר לכל אחד מה שנתן, הילכך יעשו בהם צרכי רבים. ויותר הוא טוב לפדיון שבויים, כאשר אמרו הקהל, ויהיה הקרן קיים, אם תוכל לפדות באחרית הימים אותה שבויה שתפדה בו". מכל זה מבואר דאף בצדקה אזלינן בתר אומדנא, במקרה שלא ניתן לעשות את מטרת הצדקה. וכן כתב הרא"ש (עח,א, הובא לעיל), דאזלינן בתר אומדנא

בגביית חוב, למי שנתן נכסיו לאחר, כדי שלא יוכל בע״ח לגבות חובו מנכסיו. וכן הביא ראיה (בסי׳ פו,א) דאף ביתומים אזלינן בתר אומדנא, שאם נמצא שטר בין שטרות הקרועים, חיישינן לפרעון (ב״מ כ,ב).

וידועים דברי הרא״ש בתש׳ (קז,ו) שחייב הדיין לדון באומדן דעתו, ולא להוציא הדין חלוק מתחת ידו, וז״ל: ״כל זה סברתי והארכתי, להודיע שאין כח ורשות להוציא את הדין חלוק מתחת ידו, שצריך לגמור ולהשלים את הדין כדי להטיל שלום בעולם. ולכך נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו, במקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות ובעדיות, פעמים באומד הדעת, ופעמים כמו שיראה הדיין בלא טעם ובלא ראיה ובלא אומד הדעת, ופעמים על דרך פשרה. ובדין זה, שהדבר ידוע שהנתבע טוען ברמאות, כמו שאבאר, לזכותו אי אפשר, כמו שאמר רז״ל, מדבר שקר תרחק, להסתלק אי אפשר, כמו שכתבתי, אם כן על כרחו זקוק הדיין לדונו לפי אומד דעתו״. ונפסק הדין ברמ״א חו״מ עה,א. ומזה ילפינן שיכול הדיין לדון ע״פ אומדן דעתו, ובלבד שלא יוציא הדין ללא פסק דין, והוא יסוד לכל דבר וענין כשנראה לביה״ד שהדין מרומה, ושהנתבע מסרב להשיב לשאלות ביה״ד, שיכול הדיין לפסוק ע״פ אומדנא.

והתשב״ץ (ח״א סי׳ פ) דן בטעם הדין, דלענין להתיר לאשת איש להנשא, צריכים העדים להעיד על מיתה וקבורה, כשיש חשש של בדדמי, כגון במים שאין להם סוף, או מת במלחמה, או בשלוח נחשים ועקרבים, ומ״מ אם יש שני עדים בדברים שחזקתם למיתה ואבד זכרו, יורדים היורשים לנחלה, אף שאין מתירים את אשתו, דכיון שאבד זכרו ויצא מחזקת חי, ביה״ד פוסק באומדן דעתו שמת פלוני ומוריד יורשיו לנחלה, אף שאין מתירים את אשתו, לפי שבחומר כרת אין לילך אחר אומדן דעתא, ובממון הולכין אחר אומדן דעתא. והביא התשב״ץ תש׳ רבינו האי גאון: ״סברא דילנא ודאבא מארי ז״ל ידיע בדיני מעולם למיזל בתר אומדנא, ומידק דייקנא לעולם בתר עקר מעשים שלא יהא בהם מרמה ועול ולמיזל בתר קושטא דמעשיה ולגלויי כל מילי וכו׳, כדאמרינן (שבועות ל,ב), מנין לדיין שיודע בדין שהוא מרומה וכו׳, ואמרינן (ב״ב קלב,א) הלכה כר״ש בן מנסיא ... דאזיל בתר אומדנא. ורבואתא דהות בהון יראת שמים, הכי הות סוגייהון ומנהגן כדאמר רב חסדא למרי בר איסק, הכי דיינינא לך ולכלהו אלמי חברך (ב״מ לט,ב)״. והביא התשב״ץ דברי הרמב״ם (מלוה ולוה ב,ד), דכללו של דבר, כל שיעשה הדיין מדברים אלו וכונתו לרדוף הצדק בלבד שנצטווינו לרדפו ולא לעבר הדין על אחד מבעלי דינין, הרי זה מורשה לעשותו ומקבל שכר הוא והוא שיהיו מעשיו לשם שמים.

והסבר מתי אזלינן בתר אומדנא, מצאנו בדברי מהרי״ק (סי׳ קכט): ״... וכן ההיא דרבי שמעון בן מנסיא דשמע שמת בנו וכתב כל נכסיו לאחרים וכו׳, קיימא

לן נמי כוותיה בפרק מי שמת (קמו,ב) וכן בפרק אלמנה נזונית (צז,א) גבי זבין ולא אצטריכו ליה זוזי, וכן גבי שכיב מרע שכתב כל נכסיו בלא שיור ועמד דחוזר, וכן בכמה מקומות בתלמוד. ואפילו גבי איסורא דמסוכן שאומר כתבו גט לאשתי, שכותבין ונותנין, ולא תימא דהיינו דוקא להחזיק ממון אבל לא להוציא ממון מחזקתיה, דהא בריש פרק אע״פ (נה,ב) מייתי ההיא דאומר רב גבי מתנת ש״מ שכתוב בו קנין, דארכביה אתרי רכשי, וקאמר דהיינו מטעם אומדנא ומדמה לה להיא דרבי אלעזר בן עזריה דלא כתב לה אלא על מנת לכונסה. וכן גבי מסוכן סמכינן אאומדנא אפילו לענין אסור ערוה, ולא אמרינן העמידנה בחזקת אשת איש. אפילו הכי לא קשה מידי, דודאי דכל היכא שהמעשה מבורר אצל הדיינים, אלא שאנו מסופקין באומדן דעת הנותן או המוכר או המגרשה, אזלינן בתר אומדנא, אבל היכא דלא נתברר גוף המעשה אצל הדיינים, כי ההיא דגמל אוחר כו׳, דאין ידוע לנו אם נגחו ואם לאו, אלא מתוך אומד, בהא ודאי פליגו רבנן עליה דרבי אחא, וקיימא לן כוותייהו לדעת הפוסקים הנזכר למעלה״. מבואר ממהרי״ק דאזלינן בתר אומדנא, כאשר האומדנא מבררת לנו את הכוונה, המעשה ברור וידוע, רק איננו יודעים את הכוונה, בזה האומדנא יכולה לכוון אותנו להבין הכוונה. אולם אומדנא אינה יכולה ליצר מעשה. האומדנא אינה יכולה לומר לנו אם המעשה נעשה אם לאו. משא״כ אם ברור לנו שהמעשה נעשה, רק לא ברורה הכוונה, בזה האומדנא חושפת ומבררת לנו את הכוונה.

ג. גילוי דעת בהסתר

בנדו״ד עלתה שאלה, כשטוען הבן שההורים גילו דעתם בשעת המתנה שהמתנה לו לבדו, וכיום גם ההורים מודים בכך, אולם ברור שבשעת המתנה לא נודע הדבר, ונראה, שאף אם גילו דעתם בשעת המתנה כנ״ל, עשו זאת באופן שאשת הבן לא תדע מגילוי דעת זה. יאמר, כי יתכן שכלל לא היה גילוי דעת, וכל הטענה על גילוי דעת נולדה רק בזמן שיחסי הצדדים התערערו, והוגשה תביעת גרושין. השאלה שלפנינו, אם מתנה שבסתם היא לשני בני הזוג, ורק מחמת גילוי הדעת יהיה לבן לבדו, כאשר הגילוי דעת בסתר, אם מועיל לשנות את זכות האשה במתנה.

בענין נתינת מתנה בסתר, עיין בסוגיא ב״ב מ,ב. ונחלקו הראשונים בטעם מתנה מוסתרת דלא מהני. הרא״ש בהל׳ לג כתב דאפילו אם תפס מפקינן מיניה, שאנו אומדין דעתו שלא גמר לתת לו בנפש חפצה אלא שהוצרך לפנים לתת לו, ולא קנה בתורת ודאי ולא בתורת ספק, ואפילו היה ספק לא מהני תפיסה, דקיי״ל תקפו כהן מוציאין מידו. ורבינו יונה בעליותיו (ב״ב מא,א ד״ה ועלה) לא כתב דאמדינן לדעתיה אלא דחוששין שמא לא נתנה בלב שלם, ולא מהני תפיסה כיון דאוקי ממונא בחזקת מריה. ומ״מ הצד השוה הוא מחמת חסרון (גמור או ספיקי)

בגמירות דעת של הנותן. ועיין בסמ״ע רמב,ה שכתב דבענין מתנה גלויה; ״כדי שיהיה נראה שבעין יפה נתנה״. והיינו שהחסרון בגמירות דעת ורצון הנותן. וכן בס״ק יב דלא חיישינן במצוה מחמת מיתה למתנה מוסתרת, דאין חשש בשעת מיתה שעושה כדי להחניף. וכ״ז כשיטת הנ״ל שהחסרון מחמת גמירות דעת.

והרמב״ם בהל׳ זכיה ומתנה ה,א, כתב וז״ל: ״הנותן מתנה בין בריא בין חולה צריך שתהיה גלויה ומפורסמת, אמר לעדים כתבו בסתר ותנו לו אינה כלום, שזה מערים כדי לאבד ממון אחרים שיחזור וימכור אחר שיתן. (והראב״ד השיג) א״א פירוש הטובה שקבל מזה״. ומבואר מדברי הרמב״ם דהחשש הוא הערמה, שיאבד ממון אחרים, שאחרי שנותן בסתר, ימכור לאחר, ויפסיד הקונה כספו. וכן לכאורה יש חשש שילווה מאחרים אחר המתנה המוסתרת, והמלוה יסמוך על הקרקע, ולבסוף יתברר שכבר נתן לאחר, ע״כ אמרו חכמים שתבטל מתנתו. ודברי הראב״ד סתומים לכאורה. ובמגיד כתב דהראב״ד לא ראה סיום דברי הרמב״ם שהטעם הוא מחשש קנוניא; ״ ופירוש דברי הר״א ז״ל, שהטעם שאינו נותנה בלב שלם אלא מפני שקבל טובה ממנו ואינו רוצה שתועיל, וטעם רבינו עיקר״. דהראב״ד ס״ל שהחסרון בגמירות דעת הנותן, שאינו רוצה שתתקיים המתנה. וטעם הרמב״ם דחיישינן לקנוניא, וס״ל לרמב״ם דטעם הרמב״ם עיקר.

והרשב״ם בסוגיא כתב דהחשש שמא כבר נתנה לאחר. ולכאורה איזה חשש הערמה יש בזה. ובלחם משנה רצה לבאר בדרך זו את דברי הראב״ד: ״גם אפשר לפרש דברי הראב״ד ז״ל, והוא יותר נכון, וטעמו כמ״ש רשב״ם ז״ל שאפשר שכבר מכרה לאחר או נתנה ועכשיו אומר לזה שנותנה, וזהו שאמר לאבד הטובה שקבל ממנו, זה שקבל ממנו טובה, להטעותו נתן לו מתנה זו שכבר היא נתונה לאחר״. ולכאורה מה הערמה יש בזה אם כבר נתנה לאחר, שתבטל המתנה כלפי זה שהערימו עליו, דאם נתנה לאחר, הרי היא של אחר, ואם לא נתנה לאחר כבר, תהיה של שני. אלא הכוונה שמחמת חשש זה שנתנה כבר לאחר, חיישינן או אמדינן שלא למתנה גמורה התכוין.

ועיין בתורת חיים בסוגיא שכתב דשיטת הרשב״ם והרמב״ם היא אותה שיטה, דחיישינן להערמה. והקשה התורת חיים, דא״כ גם מכירה מוסתרת תבטל, כיון שגם במכירה שייך שימכור אח״כ ויפסיד הקונה השני כספו, ולמה דוקא מתנה מוסתרת בטלה. לכך פירש דכיון דלא יהיב ליה מתנה גלויה ומפורסמת ואומר לעדים כתבו בסתר מסתמא לא יהיב ליה מרצונו הטוב, וכל מתנה שאינה ברצון לאו מתנה היא, אבל מכירה שלא ברצון הוי מכירה, דאפילו תליוהו וזבין – זביניה זביני. אמנם בקושייתו על הרמב״ם י״ל, דחכמים חששו יותר לקנוניא במתנה, דבשלמא במכר אפשר שלמוכר יש ענין להסתיר את המכירה, שלא יזולזלו נכסיו או שלא ידעו שיש

בידו מעות מהמכירה, אבל במתנה מה ענין למוכר להסתיר את המתנה, ע״כ בזה יש יותר חשש קנוניא.

וביד רמ״ה ב״ב פ״ג סי׳ קי הביא בתחילה את טעם הקנוניא, דקא בעי לזבוני לנכסי לאחריני, וקדים וכתיב לאחר במתנה, כי היכי דליזיל מקבל מתנה וליפק מלוקח. ובהמשך כתב דאיכא לפרושי דלא מגבינן מפני שלא גמר להקנותו ודעתו למיהדר ביה, ועיי״ש בבאור הסוגיא.

אמנם דעת האור שמח זכיה ומתנה ה,א דאף לשיטת הרמב״ם דלא מהני מטעם קנוניא, מ״מ אף במקום דלא שייך קנוניא, כיון שחכמים תקנו דמתנה מוסתרת לא מהני, שוב כשנותן מתנה מוסתרת, ודאי לא גומר בדעתו לתת לו, דכיון דחכמים תקנו שמתנה טמירתא אינה מועלת, תו כי יהיב מתנה מוסתרת אמרינן דלאו למתנה איתכוין, רק להחניפו במידי דלא הוי מתנה ולהערימו, ורק על תחלת טעמא דמתנתא טמירתא לא הוי מתנה, ע״ז אמר הרמב״ם שלא יעשה קנוניא. ממילא בכל ענין לא מהני מתנה מוסתרת, אף במקום דליכא למיחש לקנוניא.

מספר נפק״מ מב׳ הטעמים האמורים. האם המתנה בטלה מהתורה או רק מדרבנן. אם נאמר דיש כאן חסרון בגמירות דעת, שייך לומר שהמתנה בטלה מהתורה, למש״כ הראשונים שלא התכוין לתת אלא באונס, ולא דמי לאופנים שיש גמירות דעת מהתורה, רק חכמים קבעו שצריך יותר גמירות דעת, כמו באסמכתא, למ״ד שהיא מדרבנן. ואם נאמר שהחשש הוא הערמה, המתנה בטלה מדרבנן, ומהתורה הוי מתנה. ועיין במש״כ המבי״ט בקרית ספר זכיה ומתנה פ״ה: ״מתנה מוסתרת בפירוש, נראה דלא הויא מתנה מדאוריתא, דכיון שאמר שיסתירוה נראה שאינו נותנה בלב שלם, ומשום הכי חיישינן נמי לסתמא אטו מוסתרת בודאי״.

נפק״מ נוספת אם מחזיקו עתה מיד בקרקע, דכל הנידון לכאורה הוא בדוקא אם נותן לו בקנין סודר, דבזה שייך לומר שלא גומר דעתו, אבל אם המקבל מחזיק מיד בהוראת הנותן בקרקע, י״ל דאין לחוש או לאמוד שלא גומר בדעתו. משא״כ בחשש קנוניא וכמש״כ הרמב״ם, יש לחוש אף בכה״ג. ונחלקו בזה הראשונים. הרמב״ן בסוגיא, כתב וז״ל: ״מדאמרינן לא מגבינן בה, נראה לי לדקדק מה שדן רבינו הגדול ז״ל שאם נתן לו מתנה מעכשיו ומחזיקו בה מעתה, לא חיישינן בה למתנתא טמירתא, שהרי על כרחו גלויה היא שברשותו של זה היא והוא מגלה, לפיכך אמרו לא מגבינן בה, כלומר שהנכסים ברשות נותן ואין מוציאין מידו, ולא משום ספק פסול המתנה אמרו כן״. והריטב״א חולק וכתב די״א שאין מתנה מוסתרת שהחזיקו או בכתב בשטר שעשו קנין; ״וליתא, דהכא סתמא נקטינן כל מתנה טמירתא״. ועיין נימוק״י ב״ב (כא,א בעמוה״ר למטה) מה שהביא מהרי״ף והקשה עליו. ונראה דמחלוקתם היא

בטעמים הנ״ל, דשיטת הרמב״ן דהחסרון מחמת גמירות דעת, ע״כ בהחזיקו מעתה, ליכא למיחש לגמירות דעת, משא״כ לריטב״א דהחשש הוא מחמת קנוניא.

והמחבר בשו״ע חו״מ רמב,ז הביא די״א דמתנה טמירתא, אם החזיקו הנותן בנכסים או שהחזיק הוא בהם בפני הנותן ולא מיחה בו, קנה. והרמ״א בס״ג פסק כן בשם רבינו ירוחם, וז״ל: ״מיהו אם החזיקו אותו במתנה מעכשיו, לא שייך בה סתר. ולכן אם כתב ליה בשטר מתנה לך וחזק ביה מעכשיו, הוה ליה כאילו כתב כתבוה בשוקא וכו׳״. ולמש״כ הן המחבר והן הרמ״א ס״ל בהחזיקו מיד, אין בזה חשש מתנה מוסתרת, דס״ל שהחשש הוא מחמת גמירות דעת הנותן. וכן י״ל לדברי הרשב״א בתש׳ ח״א סי׳ תתקצד, דאם כתוב בשטר ילך ויחזיק מעכשיו, אע״ג דלא כתב חתמו בו בפרהסיא וכתבוהו בשוקא, כשר, שהרי זה פרסום. ולכאורה גם אם כתבו בשטר ילך ויחזיק מעכשיו, יש חשש קנוניא. אמנם י״ל דגם לחשש קנוניא בכותב ילך ויחזיק מעכשיו, לא חששו חכמים לקנוניא, ודוקא כשמבקש להסתיר או לא לגלות, יש לחוש לזה, משא״כ כשכתב ילך ויחזיק. אבל במחזיק בפועל מעכשיו, לטעם קנוניא לכאורה עדיין יש לחוש כשמסתיר. או י״ל דאין לחוש, דכיון שמחזיקו, הרי זה כפרסום.

נפק״מ נוספת האם מתנתא טמירתא היא גם במטלטלין או רק בקרקעות. דאם החשש הוא מחמת גמירות דעת, אין חילוק בין קרקע למטלטלין. אולם אם החשש הוא קנוניא, כיון שלא יוכל מקבל המתנה להוציא מיד הקונה המוחזק מבלי שיתן דמים משום תקנת השוק, עיין ב״ק קטו,א ושו״ע חו״מ שנו,ב, יש לחוש בקרקעות ולא במטלטלין למתנה מוסתרת. והנה אף ששיטת הרמב״ם דהכל מחשש קנוניא, וא״כ במטלטלין דלא שייך קנוניא, אין לומר דמתנה מוסתרת לא תועיל, מצאנו בנו״כ לרמב״ם שכתבו דאין חילוק בין קרקע למטלטלין. הרב המגיד זכיה ומתנה ה,ב, כתב על דברי הרמב״ם: ״לפיכך כל שטר מתנת קרקע שאין כתוב בו ואמר לנו ...״, דלאו דוקא מתנת קרקע, וז״ל: ״מש״כ המחבר קרקע לאו למימרא דמתנת מטלטלין שהיא מסותרת שתועיל, דהא סתמא אמרינן האי מתנתא טמירתא לא מגבינן בה, וכן מוכיחין דברי המפרשים. וגם המחבר הקדים הנותן מתנה סתם ולא אמר הנותן מתנת קרקע, אלא ודאי מש״כ כאן קרקע אינו אלא מפני שאין שטר מועיל במטלטלין בלא קנין, והוא הדין לקניין מטלטלין, ודאי בשצוה להסתירו״.

גם בלחם משנה שם ה״א כתב דמש״כ הרמב״ם שטר מתנת קרקע, לאו דוקא, והוא הדין מטלטלין, והא דנקט קרקע, דדוקא בקרקע הוי מילתא פסיקתא דלא זכה המקבל אבל במטלטלין איכא צד דזכה היכא דתפס, ולכאורה כיון דטעם קנוניא לא שייך במטלטלין, למה לא מהני מתנתא טמירתא במטלטלין. ואכן בקצוה״ח רמב,ג

כתב דלטעם הרמב"ם לא שייך קנוניא במטלטלין, וע"כ כתב הרמב"ם דוקא מתנת קרקע, וז"ל: ולולי דברי הרב המגיד נראה דהרמב"ם ס"ל דוקא בקרקע, לפי טעמא שכתב שלא לאבד ממון אחרים שיחזור וימכור אחר שיתן, והיינו משום דלא ידעו במתנה ויקחוה ממנו, וא"כ גבי מטלטלין דמחויב להחזיר דמים שנתן משום תקנת השוק וליכא איבוד ממון רק שיוציאו ממנו החפץ, אפשר לומר דבזה לא תיקנו לבטל מתנה טמירתא, ומשום הכי דקדק וכתב לפיכך כל שטר מתנת קרקע, דבזה ליכא תקנת השוק".

נפק"מ נוספת במש"כ הרא"ש הנ"ל בסוף הל' לג, דהאידנא דלא חיישינן לסתמא, משום דנהיגי למכתב בכל שטרי מתנתא וכך אמר לנו כתובו בשוקא וחתמו בברא, הלכך כשמצוה לכתוב שטר מתנה בסתם, דעתו שיכתבו כמנהג הסופרים, הלכך הוי כאילו אמר כתבוה בשוקא וחתמוה בברא, וכן כתב רב האי גאון ז"ל דהאידנא לא חיישינן לסתמא. הרא"ש לשיטתו דהחסרון במתנתא טמירתא הוא בגמירות דעת, שודאי לא ברצון מתכוין, ע"כ האידנא דנהגי למיכתב בכל השטרות וכך אמר לנו וכו', הרי שבסתמא גומר בדעתו, כיון שכך המנהג לומר. אבל בחשש קנוניא, עדיין המנהג לא מוציא מחשש קנוניא, וע"כ לשיטת הרמב"ם לכאורה לא מהני מה שנהגו לאפוקי סתמא מחשש מתנתא טמירתא.

והנה בנדו"ד לכאורה היה טעם להסתרה, כיון שלא רצו לגרום לסכסוך עם כלתם.

הנימוק"י בסוגיא (כא,ב בעמוה"ר) הוכיח מהא דאיתא בגמ' שאמר לעדים להסתר כדי שלא תשמע האשה, דאף שרצה להסתיר רק מהאשה ולא מכ"ע, הוי מתנתא טמירתא, אך דחה: "ומיהו אפשר דדוקא הכא דלא יהיב מנפשיה ורצונו היה יותר שלא ליתן לא לזה ולא לזה, אבל מי שאמר מחמת טענה איטמרו כדי שלא ישמע פלוני בני או קרובי, בכי הא מסתברא דלאו מתנתא טמירתא היא. וכתב הרי"ף בשם הגאון רבינו האי ז"ל, דשכיב מרע שאמר לא תגלו האיך תפקידא עד לאחר מיתה, לא הויא מתנתא טמירתא".

ובענין מתנה שלא לגלות אלא רק לאחר מיתה, עיין בשו"ע רמב,ו (ועיין קצוה"ח ד)

דכיון שציוה לגלות לאחר מיתה, שהיא השעה שבה תחול המתנה, לא הוי מתנה מוסתרת. ובריטב"א בסוגיא, כתב: "ואמרי רבוותא דבשכ"מ אין בו משום מתנתא טמירתא דאנן סהדי שאינו עושה מפני שאינו גומר ונותן, אלא מפני שלא לפרסם צוואתו שלא יתקוטטו עליו חבריו אם ריבה לאחד ומיעט לאחד, ואומר מורי נר"ו ה"ה מתנת בריא שיש שם הוכחה שאינו עושה אלא להסתיר הדבר". ומבואר דכשיש טעם בדבר להסתרה, כגון שלא יתקוטטו עליו חבריו, או כאשר יש טעם אחר להסתרה, אין בזה חשש למתנה מוסתרת, כיון שטעם ההסתרה גלוי וידוע, ואינו מחמת חוסר

רצון או קנוניא. ולפ״ז נראה דאין חסרון במה שגילה דעתו בהסתר. אולם מ״מ צריך שיהיו עדים שגילה דעתו, שאל״כ מנין לנו שהיה גילוי דעת בשעת נתינת המתנה, שמא רק כעת בשעה שהגיעו לכדי גרושין, מגלים דעתם למפרע ולא מהני. ולכן צריך שיהיה ברור שבשעת המתנה גילו דעתם שהמתנה רק לבנם, ובאין לנו הוכחה כזו בנדו״ד, הרי שהאומדנא שהמתנה ניתנה לשני בני הזוג – למשפחת הבן.

סימן כז

קטן שמוחה בקבלת מתנה

ראשי פרקים

א. קנין הקטן מהתורה ומדרבנן
ב. מעשה קנין של הקטן
ג. זכין לקטן ע"י אחר
ד. מחאת קטן שהגיע לפעוטות

נשאלתי, במי שהקנה לקטן מתנה, אם יכול הקטן למחות ולומר שאינו רוצה את המתנה, אם יש לו דעת מספקת למחאה, או דכמו שאין טענתו טענה לכמה ענינים ואין לו דעת, וכמו שמצאנו גם לענין הפקר (עיין ב"מ כב,ב ברש"י ד"ה יתמי), הוא הדין שאין מחאתו כלום. ושאלה זו הינה ביחס למי שנתן לקטן מתנה, דקנה מדין דעת אחרת מקנה (וכפי שיבואר להלן, לשיטת הראב"ד מכירה כט,יא דזוכה בחצר בדעת אחרת מקנה, או בקטנה, או שעשה הקטן קנין משיכה וכד', ותוכ"ד אומר אי אפשי בה), או במזכה לקטן ע"י אחר. ועיין בסמ"ע רלה,ב שכתב דהקטן יכול לחזור בו, ויש לבאר.

א. קנין הקטן מהתורה ומדרבנן

הרמב"ם בהל' מכירה כט,א, כתב וז"ל: "שלשה אין מקחן מקח ואין ממכרן ממכר דין תורה, החרש השוטה והקטן, אבל חכמים תקנו שיהיה החרש והקטן נושא ונותן ומעשיו קיימין משום כדי חייו". ובמגיד שם הראה מקורו למשנה גיטין נט,ב: מציאת חרש שוטה וקטן, יש בהן גזל מפני דרכי שלום. ומבואר דמהתורה אין בהם גזל הואיל ואין להם זכיה. ובפנ"י (גיטין סד,ב ד"ה בד"ה כל) הראה מקורו ממש"כ התורה באונאה (ויקרא כה,יד): וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך, אל תונו איש את אחיו, והיינו דוקא איש גדול, ומזה הוכיח הפנ"י דפעוטות הוי תקנת חכמים, דמדאורייתא אין לו מקח כלל: "דלא שייך כלל לתקן מדרבנן שיהא מקחן מקח אלא בעונת הפעוטות, דע"כ מדרבנן היא, דמדאורייתא ודאי בעינן שיהא איש, דכתיב; וכי תמכרו ממכר, לא תונו איש את אחיו". ומשמע לכאורה שהוא גזירת הכתוב שאין קנינו כלום.

ובטעם הדבר מצאנו בדברי הגרא״ו (קובץ הערות כט,ג) שכתב לבאר בב׳ אופנים, או שהחסרון הוא מצד המעשה, דמעשה של מי שאינו בר דעת אינו מעשה, וכמו שמעשה פיקח שהוא ישן לא מהני, הוא הדין חשו״ק שאין בהם דעת. ולצד זה הוא סברא, שאין מעשה של מי שאינו בן דעת יחשב כמעשה. אפשרות אחרת - שאין כאן חסרון בעצם המעשה אלא ביכולת להחיל את המעשה על הקטן, שמעשה המכירה לא יכול להתיחס לקטן. וצ״ל דהוא גזה״כ דמעשה של קנין לא יכול להתיחס לקטן. ונפק״מ במקום שאנו רואים שלקטן יש דעת, דאם החסרון מצד שאין מעשיו כלום מחמת חוסר דעת, כשרואים שיש לו דעת, מעשיו קיימים, דלא שייכת הסברא הנ״ל, אולם אם החסרון מצד חלוקת הקנין, שאין הקנין יכול לחול ולהתיחס לקטן, ולכאורה הוא גזיה״כ, לא מהני מה שאנו רואים שהוא בן דעת. וז״ל הגרא״ו: ״א. שהעשיה שלו כשהוא שוטה נעשית בלא דעת, ולא עדיפא מעשה שוטה ממעשה פיקח כשהוא עושה בלא דעת, כגון שהוא ישן. ב. שאפילו אין חסרון דעת במעשה, מ״מ לא אפשר שיחול הקנין בשביל שוטה וקטן, היכא שחלות הקנין הוא ע״י כח האדם. וכל זה בשוטה, וכן בתינוק שאין בו דעת, דהוא כשוטה, אבל בקטן שיש בו דעת לפי ראות עינינו, נהי נמי דדין תורה הוא שאין כח לקטן לפעול חלות קנין כשהוא קטן, אבל מ״מ י״ל דליכא חסרון דעת במעשה שלו כשאנו רואין שהוא בן דעת. ומשו״ה בקטן כזה, שקידש לאחר שיגדיל, דחלות הקנין הוא בשביל גדול, י״ל דמהני אליבא דמ״ד אדם מקנה דשלב״ל. וכן בקטן שנעשה שליח, באופן דיש לו שליחות, כיון שהוא בא בכוחו של גדול״. ונראה דהחילוק בין שתי הסברות, דאם החסרון במעשה, הוא מסברא, דכמו דלא מהני קנין בהיותו ישן וללא דעת, כך לא מהני בחשו״ק. ואם החסרון בחלות הקנין, נראה דהוא גזה״כ, וכמש״כ בפנ״י כנ״ל.

ובגמ׳ גיטין סד,ב: אמר רב יהודה אמר רבי אסי, צרור וזורקו אגוז ונוטלו, זוכה לעצמו ואין זוכה לאחרים. חפץ ומחזירו לאחר שעה, זוכה בין לעצמו ובין לאחרים. ובגמ׳ סה,א: אמר רבא, ג מדות בקטן, צרור וזורקו אגוז ונוטלו, זוכה לעצמו ואין זוכה לאחרים, וכנגדן בקטנה מתקדשת למיאון. הפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין, וכנגדן בקטנה מתגרשת בקידושי אביה וכו׳. ובתוס׳ (גיטין סה,א ד״ה צרור) הקשו מהמשנה ב״ב קנו,ב, דזכין לקטן ואין זכין לגדול, מדוע צריך לזכות לקטן ומדוע תקנו שיזכו לו, הרי יכול לזכות בעצמו. ותירצו, דשם מיירי מקטן מגיל של צרור וזרקו אגוז ונוטלו, דבצרור וזרקו אגוז ונוטלו, יכול לזכות בעצמו ע״י דעת אחרת מקנה, ובגיל פחות מכאן, יכול רק ע״י זכיה שאחר יזכה בעבורו. ומבואר דדוקא בצרור וזרקו, יכול לזכות בדעת אחרת מקנה. וכן נראה מדברי הראשונים בגיטין שם, עיין ברשב״א (סד,ב), דצרור וזרקו אגוז ונטלו, זוכה לעצמו כשאחרים מקנין לו, אולם בשאין דעת אחרת מקנה לו, אף לעצמו אינו זוכה, דמציאת חרש

שוטה וקטן יש בהן גזל מפני דרכי שלום, אבל גזל גמור אין בהם אפי׳ מדרבנן. ומשמע דהחידוש הוא שזוכה לעצמו בדעת אחרת מקנה, הוא דוקא בצרור וזרקו אגוז ונוטלו. וכן מבואר במאירי שם: ״קטן כל שהגיע לבחינת צרור וזורקו אגוז ונוטלו, זוכה לעצמו אם רצו להקנות לו אי זה דבר, וקודם זמן זה, אינו זוכה אף לעצמו אלא אם כן זיכו לו על ידי אחר״. דבצרור וזרקו זוכה בעצמו בדעת אחרת מקנה, ופחות מגיל זה יכול רק בזכיה ע״י אחרים. וכן מבואר בדברי הרמב״ם (זכיה ומתנה ד,ז): ״קטן שנותנין לו צרור וזורקו אגוז ונוטלו, זוכה לעצמו ואינו זוכה לאחרים, פחות מזה לא זכה לעצמו ולא לאחרים ...״. וברב המגיד שם כתב, דזוכה לעצמו כשיש דעת אחרת מקנה, ובלאו הכי אין לו זכיה.

ונראה דהטעם דלא מהני דעת אחרת בקטן פחות מצרור וזרקו, דבדעת אחרת מקנה עושה הקטן פעולת קנין שמורה על בעלותו בחפץ, וכפי שיתבאר להלן, וככל שאין כאן מעשה מצד הקטן המורה על בעלות הקטן על החפץ, לא מהני מה שדעת אחרת מקנה, ולכן קטן שבגיל של צרור וזרקו, הרי משיכתו והגבהתו מורים על בעלות על החפץ, ובפחות מזה, שצרור ונוטלו, אין במעשה המשיכה שלו להורות על בעלות והשלמת הקנין שדעת אחרת הקנתה לו, דכיון שהוא אינו מבחין, הרי הוא שוטה ולא מהני מעשיו, ולא מועיל מה שאחרים יקנו לו, כיון שאין כאן מעשה קטן, וכמש״כ בקצוה״ח רמג,ה: ״דכשהוא פחות מצרור וזורקו אין לו יד כלל, והו״ל כשוטה דאין לו יד כלל, וכדמוכח בפרק חרש (יבמות קיג,ב) דאמרו שוטה אינה מתגרשת, משום דכתיב (דברים כד,א) ונתן בידה, ושוטה אין לה יד״.

ונחלקו הראשונים אם בדעת אחרת מקנה זוכה מהתורה או מדרבנן. תוס׳ קדושין (יט,א ד״ה אומר), על הא דאיתא שם בגמ׳, אומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קידושיך מדר׳ יוסי, והקשו התוס׳, איך הקטנה מתקדשת באומר לה צאי וקבלי קידושיך, והרי קטן אין לו זכיה מהתורה, כדמשמע בב״מ יב,א, דקטנה אין לה יד לזכות בעצמה. ותירצו התוס׳: ״דבדעת אחרת מקנה לה, יש לה זכיה מדאורייתא, כדמשמע בפ׳ האומר (גיטין סה,א) דפריך לרב חסדא דאמר אחד זה ואחד זה קונה לעצמו ואינו זוכה לאחרים, מההיא דאומר אדם לעבדו ולשפחתו העבריים הילך מעות הללו ופדה מהן מעשר שני, ושפחה עברית קטנה היא. ודחי, בעציץ שאינו נקוב דרבנן. מכלל שהיה רוצה להוכיח שזכה אפילו לאחרים מן התורה״. וכן למדו בתוס׳ סנהדרין (סח,ב ד״ה קטן. וכן הוא בב״ק קט,ב, דאיתא שם דבגזל גר קטן אין צריך לחזור אחריו, דפשוט שאין לו יורשים. והקשו התוס׳ (ד״ה קטן), איך יש מציאות שיש לגר קטן נכסים, והרי אין זכיה לקטן, וגם גר אינו יורש את אביו דבר תורה. ותירצו התוס׳, דדוקא מציאה דאין דעת אחרת מקנה אותו לא הוה אלא מדבריהם,

אבל כשדעת אחרת מקנה אותו קני מדאורייתא. וכן מבואר בתוס׳ פסחים (צא,ב ד״ה איש), דצרור וזורקו אגוז ונוטלו, זוכה לעצמו אפי׳ לגבי קנין דאורייתא.

וכן מבואר להדיא בדברי הרמב״ם (סוכה ח,י): ״אין אדם יוצא ביום טוב ראשון של חג בלולבו של חבירו שישאלנו ממנו, עד שיתננו לו במתנה, ... ואין נותנין אותו לקטן, שהקטן קונה ואינו מקנה לאחרים מן התורה, ונמצא שאם החזירו לו אינו חוזר״. ושם בלח״מ ביאר, דאף לפעוטות אסור להקנות, דפעוטות קונה מדרבנן בלא דעת אחרת מקנה, אולם בדעת אחרת מקנה, קונה מהתורה. וכן ביאר המגיד (מכירה כט,א) את דברי הרמב״ם שם בהל׳ מכירה, לפמש״כ הרמב״ם בהל׳ סוכה. וכן כתב הרשב״א (קדושין יט,א) לענין האומר לבתו צאי וקבלי קדושיך, דאף שאין לה זכיה, בדעת אחרת זוכה מהתורה: ״וי״ל, דדעת אחרת מקנה שאני, וכדמשמע בגטין פרק האומר (סד,ב), דקטן שמבין בין צרור לאגוז זוכה לעצמו דבר תורה״. וכן הוא בר״ן (קדושין ז,ב מעמוה״ר): ״ומיהו כי אמרינן דקטן אית ליה זכיה מדאורייתא לנפשיה, ה״מ כי איכא דעת אחרת מקנה, אבל במציאה וכיוצא בה לא״. ומבואר מראשונים הנ״ל דזוכה הקטן בדעת אחרת מהתורה.

אמנם מדברי הר״ן (ב״מ יא,א) מבואר לכאורה דס״ל דאף בדעת אחרת מקנה, כל זכייתו אינה אלא מדרבנן, אף שהיא זכיה גמורה, וז״ל: ״אבל קטן אין לו יד ולא חצר מדאורייתא, דאי הוי ליה יד, חצר נמי הוי ליה. והא דאמרינן בפרק התקבל אגוז ונוטלו צרור וזרקו זוכה לעצמו ואינו מזכה לאחרים, אלמא זכייה אית ליה מדרבנן. והא דתנן חש״ו יש בה גזל מפני דרכי שלום, דאלמא מדרבנן נמי ליתא אלא מפני דרכי שלום בלחוד, התם במציאה דליכא דעת אחרת מקנה, אבל במכר ומתנה דאיכא דעת אחרת מקנה, זכיה גמורה אית לה מדרבנן״. והדברים סותרים לכאורה למש״כ הר״ן בקדושין שיש לו זכיה מהתורה. וכן מבואר מדברי רש״י סוכה מו,ב, על הא דאיתא שם בגמ׳: אמר רבי זירא, לא ליקני איניש הושענא לינוקא ביומא טבא קמא, מאי טעמא, דינוקא מקנא קני, אקנויי לא מקני, ואשתכח דקא נפיק בלולב שאינו שלו. וברש״י שם פירש, דלא ליקני לקטן במתנה, דרבנן תקינו ליה זכיה לנפשיה. מבואר שזוכה רק מדרבנן במתנה שדעת אחרת מקנה.

ובקצוה״ח רלה,ד כתב דיש שני אופנים לבאר הא דמהני דעת אחרת בקטן, או מדין זכיה, דכמו שאחר זוכה לקטן, כך גם הקטן יכול לזכות לעצמו מדין זכיה. או דכל חסרון קטן הוא בדעת, וכאשר דעת אחרת מקנה, מהני דעת האחר. ובתחילה הביא מדברי המגיד (מכירה כט,יא), דמה שקטן זוכה בעצמו, הוא מדין זכיה, וכמו שזכו הנשיאים לקטנים בחלוקת הארץ (קדושין מב,א), והוסיף המגיד: ״וכבר כתבתי שיש סוברין דאפילו מדאורייתא יש להן זכיה, כשדעת אחרת מקנה״. והקשה בקצוה״ח,

דדין זכיה הוא כשזכין לקטן ע״י גדול, אבל לא מצאנו שהקטן בעצמו יזכה. וקצוה״ח כתב בבאור דעת הרמב״ם, דאף דמהני מדין זכיה, שהנותן זוכה לקטן באמצעות דעתו, דהחסרון בזה שלקטן אין דעת, ודעת הגדול מזכה לקטן: ״אלא נראה דהרמב״ם סובר דהיא גופה דמהני דעת אחרת הוא מדין זכיה, שהנותן זוכה לו והנותן גדול, ואע״ג דבעלמא לא מצי נותן גופיה לזכות למקבל אלא צריך מקבל בעצמו לזכות או ע״י אחר, הכא שקטן בעצמו זוכה אלא שאין לו דעת, ומש״ה אינו זוכה במציאה, אבל היכא דאיכא דעת נותן הנותן בעצמו זוכה לו״. ולכן הביא ראיה מנשיא אחד וכו׳, כיון שכל דעת אחרת הוא מדין זכיה לקטן. וצ״ל, דכיון דכל החסרון בקנין קטן הוא הדעת, ומעשיו של חסר דעת אינם כלום, כיון שאחר בר דעת מזכה לו, לא אכפת לנו בחסרון דעת הקונה. ודבר זה למדנו מדין זכיה, דהרי גם בזכיה אין מעשה של הקונה אלא רק מצד המקנה, לכן גם בזה, אף שאין מעשה קטן כלום, די לנו במעשה המקנה בר הדעת, וכפי שלמדנו בהלכות זכיה, שזכו הנשיאים לקטנים, ואף שבדין זכיה זוכה ע״י אחר, אין כאן דין זכיה, דדין זכיה ודין דעת אחרת מקנה הם שני דינים שונים, אולם הדין של דעת אחרת מקנה נלמד מדין זכיה, שאין צריך מעשה של הקונה. וב׳ הדעות, אם דעת אחרת מקנה הוא דין זכיה או מדין זכיה.

ובקצוה״ח למד בדעת התוס׳ דדעת אחרת אינה מדין זכיה (עיין תוס׳ גיטין סד,ב ד״ה שאני): ״אמנם שיטת תוס׳ דדעת אחרת מקנה אינו מצד זכיה, ומש״ה לא תיקשי לדידהו מה שהקשה הרשב״א דאי נימא זכיה מדרבנן אכתי דאב הוא, דהא בדעת אחרת מקנה קונה דבר תורה, וכשזכין לו ע״י אחר, כיון דאינו אלא משום שליחות, לית ליה זכיה אלא מדרבנן, והתם קם אקניה לבנו קטן, משמע דהקטן בעצמו זכה שלא ע״י אחר״. ולכאורה אם הוא דין תורה, היכן מצאנו שתועיל דעת אחרת. וצ״ל דבדין זכין התחדשו שני דינים: גם דדעת המקנה מספקת, ואין צריך כוונת קנין ודעת מצד הקונה, וגם שהקונה לא צריך לעשות כל פעולה אלא אחר עושה עבורו. והנה, מה שאחר זוכה עבורו, הוא בתורת שליחות, ולכן הוי מדרבנן. אולם מה שמספיק דעת המקנה אינו מדין שליחות. ולכן בדעת אחרת מקנה שהקטן עושה את פעולת הקנין, אך פעולתו חסרת דעת, לזה מהני דעת המקנה, ולכן מהני מהתורה. ולכן אפשר דלתוס׳ נמי צריכים ללמוד שמספקת דעת מקנה מדין זכין.

ודבר זה יש ללמוד מדין חצר, דאף דלחצר אין כל כוונה ודעת, מ״מ מועיל הקנין אף ללא דעת עושה מעשה הקנין. ראיה זו מצאנו בדברי הרמ״ה (ב״ב מא,א ד״ה ושמעינן), בענין מעשה דרב ענן שעשה הכותל בחצר חבירו, וע״י זה קבל שטח נוסף בחצרו, ורב ענן לא ידע מקום הכותל, דכותל קודם שטפו המים, וגם השכן סייע לרב ענן. ואף דקיי״ל העודר בנכסי הגר וכסבור של ישראל הן לא קני, דעת אחרת מקנה אותן שאני, דקיי״ל זכין לו לאדם שלא בפניו: ״וכי תימא מי דמי התם

ההוא דמזכי ליה על ידיה קא מיכוין למזכי ליה, הכא ליכא מאן דמיכוין למיזכי ליה. חצרו תוכיח, דלית ליה דעתא למזכי, וזכיא ליה במתנה אפילו שלא בפניו. כדאסיקנא בפרק שנים אוחזין (ב"מ יב,א) האי חצר אתרבאי משום יד ולא גרע משליחות, גבי גט דחוב לה, אין חבין לו לאדם שלא בפניו, גבי מתנה דזכות הוא לה, זכין לו לאדם שלא בפניו". הרי שסגי בכוונת מקנה בלבד, וזה הדין של דעת אחרת מקנה, דאין צורך בדעת קונה, וראיה מחצר.

וכן נראה באמרי בינה (קנינים ר"ס כ). האמ"ב דן בישראל ששלח מעות לישראל אחר ע"י עכו"ם או חשו"ק, לקנות איזה מקח שמעות קונות (עיין שו"ע חו"מ סי' קצט ועוד). והביא האמ"ב מהמחנה אפרים (שלוחין סי' טו) דקונה אף שאינם בני שליחות, דלא צריך שיזכה השליח למקנה, רק ממילא קבלת כסף גורמת הקנין, והביא ראיה דעבד כנעני קונה את עצמו בכסף על ידי אחרים (קדושין כב,ב), דקבלת רבו היא הנותנת ומשחררת את העבד, והשליח עשה רק מעשה קוף בעלמא להוליך הכסף ולהודיע להמוכר שהוא לצורך הלוקח. ושכן כתב הנתיבות קפב,ב: "וכן אם נתן לשליח כסף לקנות קרקע, קנה המשלח, דהשליח מעשה קוף בעלמא עביד להוליך המעות להמוכר לקנות בו". והוסיף האמ"ב, דלכאורה נראה שהוא דוקא אם הלוקח מכוין לקנות במעות שהמוכר קבל ומקנה לו, דאם הלוקח אינו יודע כשמקבל המעות, כיצד יקנה הלוקח במעותיו כשאינו מתכוין בזמן הקבלה לקנות, ואם חוזר המוכר קודם שנודע ללוקח ומכוין לקנות, מהני חזרתו; "אולם יש לומר, כיון דהמוכר מקבל המעות ורוצה להקנות ללוקח, זוכה הלוקח בקנין כסף אף דאינו מכוין כלל, למה שכתב הקצוה"ח דדעת אחרת מקנה הוא מצד זכיה, דזכין לאדם שלא בפניו, ואף דאין אדם זוכה בשלו לאחרים, מ"מ כיון דמעשה קנין יש, מהני כוונתו דמוכר. וכן מצאתי בדברי רמ"ה ב"ב (מא,א) ... ומשמע שהוא מצד זכיה, וכמו שכתב הקצוה"ח. ואם כן י"ל, אף בקנין כסף שבא ליד המוכר ע"י חשו"ק, אף דלא שייך בהו שליחות, מ"מ קבלת כסף גרמה לו שמקנה לבעל המעות וקונה. אולם אם כן בנכרי דליתא בזכיה, יש לומר דלא מהני, וכמ"ש שם הקצוה"ח דבעכו"ם דלא מהני זכיה, לא מהני דעת אחרת מקנה". ולכאורה י"ל דאף שהעכו"ם אינו בדין זכיה, היינו לענין שאחר יעשה עבורו את מעשה הקנין ובזה יזכה, כיון שאינו בר שליחות, אולם לענין הדין שלא צריך כוונת הקונה, ומעשה של הקונה מהני אף בלא כוונתו, כיון שיש כוונת מקנה, זה ילפינן גם לעכו"ם, וצ"ע.

והנה בקצוה"ח רעה,ד כתב דכוונת נותן סגי בדעת אחרת מקנה לקטן, מדין זכיה: "... לפי מש"כ בסימן רלה,ד מדברי הרמב"ם (מכירה כט,יא) דהא דמהני דעת אחרת מקני גבי קטן שיזכה מן התורה, היינו משום דזכין לאדם שלא בפניו, ואע"ג דאין אדם זוכה בשלו לחבירו אלא ע"י אחר, היכא דהמקבל עושה הקנין אלא שהוא

מחוסר כוונה, מהני ליה דעת אחרת מקנה מצד זכיה שזוכה לו שזוכה שלא בפניו ע״ש, וא״כ בעכו״ם אפשר לומר דלא מהני דעת אחרת מקנה, כיון דאין זכיה לעכו״ם. ועיי״ש בקצוה״ח מה שדן בענין כוונת קונה. ובחת״ס בחידושיו לע״ז עא,א כתב, דדברים הללו אין להם שחר, דזכיה מטעם שליחות היינו כשמזכה לו ע״י אחר, והאחר נעשה כשלוחו, אבל הכא לאו מטעם שליחות וזכיה אתאינן, אלא כיון שדעת המקנה רצונו בלב שלם שיקנה הקונה, ולכן קונה אפי׳ בלא כוונה, ודין שליחות אינו שייך לכאן. וצ״ל דהחת״ס כתב דיש לחלק בין דין זכיה למדין זכיה, דין זכיה מצריך שליחות, ואין שליחות לעכו״ם, אולם כשזוכה הקטן בעצמו, הכונה של הנותן מהני ולא צריך כונת הקונה הוא מדין זכיה, לא שמזכה לו המתנה, אלא כמו שמצאנו בזכיה דמהני בלא פעולה של מקבל, כך הדין שיכול לזכות המקבל בלי כונה, אך אינו דין זכיה אלא נלמד מדין זכיה, ולכן הקשה החת״ס על קצוה״ח כנ״ל.

ב. מעשה קנין של הקטן

ובדעת אחרת מקנה, לא מהני אא״כ עשה הקטן מעשה קנין בחפץ, אך לא מועיל מה שיזכו עבורו בקנין סודר וכד׳. כן מבואר בתוס׳ גיטין סה,א ד״ה צרור, דבחליפין שאין מבחין, אין הקטן זוכה. וכן הוא ברשב״א גיטין שם סה,א. והתבארו הדברים בדברי הר״ן (גיטין ל,ב מעמוה״ר), וז״ל: ״דמהכא משמע דכי אמרינן זוכה לעצמו דוקא במטלטלין ודוקא בשהגיע לידו, אבל בהקנאה אחרת כגון אגב וחליפין לא, לפי שהקטן אינו יודע בדרכי הקנאה כלל, וכשאמרו הפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין, דוקא בשמחזיק בהם הזוכה, דכיון דברשותו של קטן מחזיק בהן, תקנו בהן שיזכה משום כדי חייו, אבל בהקנאה אחרת ליתיה כלל. ולפיכך מי שמתחייב לקטן בין בשטר בין בקנין, כיון שאין אותו דבר תחת ידו, אינו זוכה אא״כ זכהו ע״י אחר. והיינו דאמרינן התם בפ׳ מי שמת (קנו,ב) דזכין לקטן, משום דאיהו גופיה לאו בר זכייה הוא בדרכי ההקנאות. אבל אין זכין לגדול, כיון שהוא עצמו יכול לזכות בהן״. מבואר דמה שזוכה קטן בדעת אחרת מקנה, וכן בפעוטות, דוקא שמורה בעלות על החפץ, במשיכה, הגבהה וכד׳, אבל בקנין חליפין וכד׳, שהוא מעשה קנין, בזה לא מהני מה שאחר מקנה לו, ולא מהני דעת אחרת מקנה בקטן. וכן פסק בשו״ע חו״מ רמג,יט: ״יש מי שאומר, שמי שמתחייב לקטן, בין בשטר בין בקנין, כיון שאין אותו דבר תחת ידו (דהקטן), אינו זוכה אלא אם כן זיכהו על ידי אחר״. מבואר דלא מהני זכיית הקטן בדעת אחרת מקנה, אא״כ עשה מעשה קנין בחפץ עצמו. דאין הקטן זוכה לעצמו אלא בדבר שבא לידו וקנהו במשיכה או בהגבהה, אבל ע״י קנין אגב קרקע או חליפין, דלא בא המקח או המתנה לידו, אינו זוכה אפילו לעצמו.

ונחלקו הראשונים אם קטן זוכה בחצירו כשדעת אחרת מקנה לו במתנה. הרמב"ם בהל' מכירה כט,יא, כתב וז"ל: "יראה לי שקטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בקרקע, תעמוד בידו, אע"פ שאין ממכרו בקרקע כלום, שהקטן כמי שאינו בפנינו הוא וזכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לו אלא בפניו". והראב"ד השיגו: "מעתה לפי דבריו אם קנה המטלטלין ושכר את מקומן, למה אמר למעלה שלא קנה, והלא המוכר זכה לו המטלטלין ע"י שכירות, ובכל מיני זכייה זכין לו לאדם שלא בפניו, הילכך זכה בשכירות מקומם. וכשאמרו אין לו חצר ואין לו ארבע אמות, לענין מציאה בלבד אמרו". והיינו שחלק והקשה על מש"כ הרמב"ם שם בה"י: "וכן קטן שקנה מטלטלין וקנו מידו ושכר מהם המקום, לא קנה עד שימשוך ... ראיה לדבר שאין חצר של קטן ולא ארבע אמות שלו קונין לו, מפני שנתרבו מדין שליחות ולא מדין ידו כמו שיתבאר, ולא יהיה הקנין או שכירות המקום גדול מחצירו". דמדוע לא קונה לו חצירו כשדעת אחרת מקנה לו. ומבואר שדעת הרמב"ם דלא קונה לו חצירו אף שדעת אחרת מקנה לו, והראב"ד ס"ל שקונה לו חצירו כשדעת אחרת מקנה אותו, ולא נתמעט אלא במציאה. ועיין ברב המגיד שם, שאין סתירה מדברי הראב"ד, דאף אם מהני השכירות וקניית הקרקע, מ"מ אין מה שקנה זוכה לו מדין חצירו. ובקצוה"ח רמג,יא למד מדברי הראב"ד, דהיכא דדעת אחרת מקנה אותו כמו במתנה, החצר זוכה לקטן, דלא גרע משליחות דאית ליה במידי דזכיה. ומה שאין לקטן חצר או ד אמות, היינו דוקא במציאה שאין דעת אחרת מקנה, ולא מהני נמי זכיה לקטן ע"י חצר.

ומדברי הר"ן בחידושין לב"מ יא,א, מבואר שאין הקטן זוכה בדעת אחרת מקנה לו, אא"כ יבוא לידו, אבל בבא לחצירו, לא תיקנו לו חכמים שיזכה, וז"ל הר"ן: "אבל קטן אין לו יד ולא חצר מדאורייא, דאי הוי ליה יד, חצר נמי הוי ליה. והא דאמרינן בפרק התקבל, אגוז ונוטלו צרור וזרקו זוכה לעצמו ואינו מזכה לאחרים, אלמא זכייה אית ליה מדרבנן. והא דתנן חש"ו יש בה גזל מפני דרכי שלום, דאלמא מדרבנן נמי ליתא אלא מפני דרכי שלום בלחוד, התם במציאה דליכא דעת אחרת מקנה, אבל במכר ומתנה דאיכא דעת אחרת מקנה, זכיה גמורה אית לה מדרבנן. ומיהו חצר וד' אמות לא אשכחן דתיקון ליה רבנן, אלא יד בלחוד תיקון ליה למה שתופס בידו". מבואר בר"ן שאין הקטן זוכה בחצירו אף בדעת אחרת מקנה, ורק אם זוכה בידו מהני.

והנה כל הנידון בשאלתינו הינה לשיטת הראב"ד, דיכול לזכות ע"י חצירו, דלשיטת הראשונים הסוברים דאינו זוכה אלא בידו, איך שייך שיזכה אם ימחה, הרי אם משך, לא מחה, ואם מחה, לא משך, ואיך יוכל לזכות בדעת אחרת מקנה. וכל השאלה לראב"ד ודעימיה שזוכה בחצירו. וגם שם נראה שזוכה רק מדעתו, דכן נראה

לפי דברי הרמב"ם בה"י שעליהם השיג הראב"ד, דשם מדובר לענין מקח וממכר, ובזה ודאי אינו זוכה אלא מדעתו. אולם מדברי האחרונים נראה, דמחלוקת הראשונים הנ"ל אם זוכה בחצירו בדעת אחרת מקנה, הינה המחלוקת אם חצר מדין יד או מדין שליחות, ודעת הראב"ד דחצר מדין יד, והרי"ף והרמב"ם ס"ל מדין שליחות. כן כתב המחנ"א (חצר סי' א), דלראב"ד הוקשה, דכיון דקטן יש לו יד כשדעת אחרת מקנה, מדוע אין לו חצר בדעת אחרת מקנה, דחצר משום יד איתרבאי. ולכן פירש הראב"ד דאין לו חצר היינו דוקא כשאין דעת אחרת מקנה, אבל במתנה שדעת אחרת מקנה, כשם שיש לו יד, יש לו חצר. ומזה למדים שסובר הראב"ד דחצר דגברא נמי מדין יד קאתי. משא"כ דעת הרי"ף והרמב"ם דחצר דגברא אינה מדין יד אלא מדין שליחות, ולכן קטן אין לו חצר כלל אף שיש לו יד כשדעת אחרת מקנה אותו, דחצר דגברא מדין שליחות דוקא.

ובמחנ"א (זכיה סי' ה) הביא את מחלוקת הרמב"ם והראב"ד הנ"ל, ומש"כ הרב המגיד, דהרמב"ם ס"ל שחצר מדין שליחות, ואין שליחות לקטן. והקשה המחנ"א, דהא קי"ל דזכין לקטן ע"י אחר, דאע"ג שאין לו שליחות, מ"מ יש לו זכיה, וחצר מדין זכיה קאתי. וכתב לישב, דקנית מטלטלין אינה זכות, ולכן לא זוכה לו חצרו מדין זכיה. אך הקשה מדברי הרמב"ם (זכיה ומתנה ד,ט) דאין קטן זוכה מתנה בחצר: "אבל הקטן אינו זוכה עד שתגיע מתנה לידו או עד שיזכה לו אחר". מוכח דאף במתנה דזכות היא לו, אין חצרו קונה לו. וקשה, דכיון דמתנה זכות היא לקטן, תזכה לו חצרו וכמ"ש הראב"ד שם. אם לא שנאמר דהרמב"ם סובר דמה שזכין לקטן ע"י אחר אינו אלא תקנה מדרבנן, ודוקא במה שתיקנו במפורש מהני.

ולענין מסירה בבהמה או ספינה, אם מהני בקטן כשדעת אחרת מקנה אותו. בקצוה"ח רלה,ג כתב דלשיטת ר"ת (ב"ב עו,א תוד"ה ספינה) דשלא בפני המוכר לא מהני מסירה ובעי בפניו דוקא, א"כ בקטן בפניו כשלא בפניו, ואיך מועילה מסירת השטר לקטן, דשטר צריך כתיבה ומסירה. והביא דשיטת הרא"ש דמסירה מהני אפילו שלא בפניו, וכמש"כ הטור חו"מ קצז,ז, דמסירה מהני שלא בפניו כו', ושכן כתב הרא"ש ב"ב ה,ד. אולם מדברי הרמ"א חו"מ קצז,א, שכתב די"א דאפי' בדקה מהני אם הוא בפני המוכר, משמע שצריך להיות בפניו. ובנתיבות רלה,ה הבין מקצוה"ח דלרמ"א לא מהני מסירה בקטן, והשיג עליו, דהא דבעינן מסירה בפניו, אין ההקפדה בפניו דוקא, רק בעינן מסירה מיד ליד, ומהני אפילו בקטן; "דאטו לא יועיל קנין ספינה לקטן שיקנה במוסירה, וכן להנך דס"ל דבהמה גסה לא נקנית רק במוסירה (רש"י קדושין כה,ב ד"ה נקנית במסירה), אטו אין לקטן קנין בבהמות. וכן הפוסקים כתבו סתם דיש לקטן קנין במטלטלין, משמע דכל הקניינים דשייכים בגדול הן ג"כ בקטן, ובספינה ובהמה גסה דמהני מסירה מהני ג"כ בקטן".

ואף אם מהני מסירה בקטן, י״ל דהוא קנין שעושה בגוף החפץ או הנמשך ממנו, אך אין הדין כן בסודר. וממילא בשעה שעושה הקנין בחפץ עצמו, אם עשה כבר הקנין, מה שייך שיאמר שאינו חפץ בדבר, וכל הספק הוא לשיטת הראב״ד שהקנו לו בחצירו, אם קונה לו אף אם מביע דעתו שאינו חפץ במתנה. ולמה שנתבאר לעיל דזוכה בדעת אחרת מקנה רק אם הגיע לצרור וזרקו, הרי שהצריכו איזה דעת מסוימת לקטן כזה, ומשהחשיבו את דעתו שיכול לזכות בדעת אחרת, יכול אף לומר שאינו חפץ במתנה. דפחות מצרור וזרקו, אינו זוכה בדעת אחרת, וכנ״ל, דכך תיקנו חכמים שיש בו דעת לעשות הקנין, ומשיש לו דעת לדעת אחרת מקנה, יש לו גם דעת לומר אי אפשי בה, אם הקנו לו ע״י חצרו.

ג. זכין לקטן ע״י אחר

תנן במשנה ב״ב קנו,ב: זכין לקטן (הואיל ואין לו יד לזכות לעצמו ממון שנותנין לו, תקנו חכמים שיהא אחר זוכה ומקבל לצרכו – רשב״ם) ואין זכין לגדול (שהרי יכול לזכות בעצמו), דברי רבי אליעזר. רבי יהושע אומר, לקטן אמרו קל וחומר לגדול (משום דזכין לו שלא בפניו, וכ״ש לגדול שיש לו יד לקבל ולזכות, ושליח נמי מצי משוי, והלכך כ״ש דזכין לאדם שלא בפניו). ומבואר דזכיה זו היא שאחר זוכה בעבורו.

ובתוס׳ שם (ד״ה זכין) מבואר דזכיה זו הינה מתקנת חכמים. תוס׳ הקשו דמהיכי תיתי לא יזכו לקטן, דהא זכין לאדם שלא בפניו. ותירצו התוס׳, דכיון דזכיה מטעם שליחות, מי שיכול למנות שליח, יכולים לזכות עבורו, ומי שאינו יכול למנות שליח, לא זוכים עבורו, קמ״ל דזכין לקטן. וביארו התוס׳ לר״א דזכין לקטן ואין זכין לגדול: ״ס״ל כיון דגדול יכול לקנות, לא תקון ליה רבנן זכיה כמו בקטן״. מבואר שזכיה זו מתק״ח. וכבר הקשה הגרא״ו (קוב״ש תקסח), דזכין לאדם שלא בפניו הוא מהתורה. וכתב דדברי התוס׳ הם אליבא דר״א, הסובר דזכיה מדרבנן. ולכאורה תלוי בגירסת הגמ׳ ב״מ עא,ב - עב,א, לענין זכיה לנכרי: רבינא אמר, נהי דשליחות לנכרי לית ליה, זכיה מדרבנן אית ליה, מידי דהוי אקטן, קטן לאו אף על גב דלית ליה שליחות אית ליה זכיה מדרבנן, הכא נמי לא שנא. ולא היא, ישראל אתי לכלל שליחות, נכרי לא אתי לכלל שליחות. זו גירסת רש״י, וממנה יש ללמוד דזכיה של קטן מדרבנן.

אולם יש מהראשונים שלא גרסו דאית ליה זכיה מדרבנן, הרשב״א ב״מ עא,ב הביא גירסת הראב״ד, דזכיה מדאורייתא יש אף לנכרי. והרשב״א כתב שאין זה מחוור, אלא משמע דנכרי אין לו זכיה אפי׳ לרבינא אלא מדרבנן, אבל קטן יש לו זכיה

מדאורייתא. וכך ביאר הסוגיא, נכרי אע״ג דלית ליה שליחות אפי׳ מדרבנן, זכיה מדרבנן יש לו, כמו בקטן דאע״ג דלית ליה שליחות מדאורייתא, יש לו זכיה מדאורייתא, ולאו לדמותם לגמרי, אלא לומר דכמו שקטן יש לו זכיה אף שאין לו שליחות, כך גם נכרי יש לו זכיה אף שאין לו שליחות. והרשב״א שם הביא את קושית הרמב״ן, דאיך אפשר לומר דזכית קטן מדרבנן, הא מוכח דקטן זוכה דבר תורה, מקדושין מב,א: מנין ששלוחו של אדם כמותו, שנאמר, נשיא אחד וכו׳, ואקשינן ותסברא שליחות היא, והא קטנים נינהו ואין שליחות לקטן. אלא כדרבה ב״ר הונא דאמר, מנין שזכין לו לאדם שלא בפניו, שנאמר, נשיא אחד נשיא אחד וכו׳. מבואר שיש לו זכיה מהתורה מחלוקת הארץ. ותירץ הרמב״ן, ששם בחלוקת הארץ היה רק גילוי מילתא של ברור חלקים, ששלהם היתה, וב״ד מעמידין אפוטרופוס לכך, אבל אין לקטן זכיה מהתורה כמו שאין לו שליחות. ומה שגר קטן מטבילין אותו על דעת בי״ד (כתובות יא,א), שזכין לו לאדם שלא בפניו, ומשמע שהוא גר גמור מדאורייתא, י״ל דזכות גרות שאני, אבל בעסקי ממון אין לו זכיה אלא מדרבנן. והרשב״א נחלק עליו, דבכל הש״ס משמע שיש לו זכיה מהתורה, שהרי יש לו חצר אפי׳ במציאה, עיי״ש. וכן הוא ברשב״א (קדושין מב,א), דזכית גט שחרור שמזכה האדון מעצמו ע״י אחרים והן זוכים לו שלא בפניו, לאו מתורת שליחות הוא, וגם לגבי קטן אף שאינן בני שליחות, זכין להם שלא בפניהם. והביא שם דעת רש״י דזכיה מדין שליחות, ולא מהני זכיה לקטן מהתורה, דקטן אין לו זכיה מהתורה כלל, לא ע״י עצמו ולא ע״י אחרים.

גם הריטב״א (ב״מ עא,ב) הביא את הגורסים דאית ליה זכיה מדרבנן, ואלה שאינם גורסים מדרבנן. ולגורסים דאית ליה זכיה, ולא כתבו מדרבנן, י״ל דקטן יש לו זכיה מהתורה, וכדאיתא בכתובות יא,א, דגר קטן מטבילין אותו על דעת ב״ד, דזכות הוא לו, והוא גר גמור מהתורה. ויש דוחים דגירות שאני, שזוכין בו שמים. וכן ראיה מקדושין מב,א שזכין לקטן, מדכתיב נשיא אחד ממטה. ולאלו שאינם גורסים מדרבנן, הפשט בגמ׳, דכמו שקטן שאין לו שליחות, יש לו זכיה מהתורה, תקנו חכמים בנכרי, שאף שאין לו שליחות, תהיה לו זכיה מהתורה. ועיין עוד ברמב״ן (קדושין כג,ב), על הא דאיתא בגמ׳ שם, עבד מהו שיעשה שליח לקבל גיטו מיד רבו. ופי׳ הרמב״ן, דמיירי שאמר להם הרב זכו בשטר זה לפלוני, אבל לא מחמת שליחות, שאם עשאם העבד שליח לקבל גיטו ונתן להם הרב מחמת שליחותו של עבד, כגון שאמר לשליח הילך כמו שאמר, אינו גט. וכתב הרמב״ן דמכאן יש ללמוד שמה שזכין לאדם שלא בפניו אינו מטעם שליחות, ולפיכך אפשר שזכין לקטן אפילו מהתורה אף שאין לו שליחות. וכתב דיש לדחות, דשאני עבד שישנו בכלל שליחות, שהרי הוא עושה שליח, מה שאין כן בקטן שאינו בכלל שליחות, ולכן אין לו זכיה מהתורה אלא מדרבנן.

ועיין גם בתוס׳ כתובות יא,א (ד,ה מטבילין), דבתחילה כתב דזכייתו מדרבנן, אולם לגירסא דל״ג מב״מ עב,א מדרבנן, יש לקטן זכיה מהתורה, ועובד כוכבים קטן כיון שבא להתגייר, חשבינן ליה כישראל קטן: ״ואף על גב דזכייה הוי מטעם שליחות ואין לו שליחות מן התורה, הני מילי בדבר שיש בו קצת חובה, כגון להפריש תרומתו, דשמא היה רוצה לפוטרה בחטה אחת, או שמא היה רוצה להעדיף, אבל הכא שזכות גמור הוא לו, יש לו שליחות״.

והש״ך בנקוה״כ (על הט״ז יור״ד שה,יא). דבספר צידה לדרך (פרשת בא) כתב דבכור שמת אביו קודם שלשים יום, דיש כח ביד בי״ד לפדותו דזכין לקטן. ובט״ז חולק, דדוקא בגדול זכין לו אפילו יש קצת חובה, וכהאי דתורם משלו על של חבירו (נדרים לו,ב), משא״כ בקטן אין זכין לו אלא א״כ דבר שהוא זכות גמורה בלי שום חובה, ובנדון בכור שמת אביו, יש בזה קצת חובה, שהרי לקח ממנו המצוה. והש״ך בנקוה״כ שם חולק וס״ל דכשב״ד פודין אותו, הרי הם מזכין המעות לקטן, דזכין לאדם שלא בפניו, וא״כ הרי הם פודין אותו במעותיו של הקטן. ובתוך דבריו התיחס לגרסאות הגמ׳ אם הזכיה של הקטן היא מדאורייתא או מדרבנן, דהעיקר כספרים שלא גרסו דאית ליה זכיה מדרבנן, אלא זכיה סתם, והיינו שזכייתו מהתורה. ובקצוה״ח רמג,ז כתב על דברי הש״ך: ״הנה על הכרעתו איני כדאי להרהר, אך כבר נחלקו בו קמאי דקמאי בגירסא זו ולא עמדו על ההכרעה, וא״כ לשיטת הפוסקים דזכיה לקטן מדרבנן, אם כן לית ליה תקנה לפדותו בבית דין, דאם בממון קטן ודאי לא מהני וכמ״ש, דכה״ג לא שייך זכיה כלל ואינו אלא משום שליחות, דודאי לא מהני וכמ״ש. ואי במזכה להן במעות ב״ד לפדיון, א״כ הו״ל תורת זכיה ולא מהני מדאורייתא״. הרי שאין להכריע אם מהני זכיה לקטן מהתורה או מדרבנן, כיון דתלוי במחלוקת הגרסאות בגמ׳ ב״מ הנ״ל.

ולכאורה נראה, שאם זכיה מדרבנן, דזכיה מדין שליחות ואין שליחות לקטן, רק חכמים תקנו שיוכל לזכות לקטן, צ״ל דחכמים תיקנו שיהיה לו כח מינוי שליחות בכה״ג שאחר זוכה לו, שכל הכח שזוכה לקטן הוא מפני שהוא שלוחו של הקטן, ואף שקטן אינו יכול למנות שליח, מדרבנן קבעו דכה״ג יוכל, ולפ״ז לכאורה לא יוכל למנות בעל כרחו של הקטן, שאם הקטן צווח שאינו רוצה בשליחות הגדול, מהיכי תיתי יוכל למנות שליח. אמנם אם נאמר שזוכה מהתורה, למש״כ התוס׳ בכתובות יא,א (הנ״ל); ״הני מילי בדבר שיש בו קצת חובה, כגון להפריש תרומתו, דשמא היה רוצה לפוטרה בחטה אחת, או שמא היה רוצה להעדיף, אבל הכא שזכות גמור הוא לו, יש לו שליחות״. צ״ל שהתורה קבעה שבדבר שהוא זכות גמורה, אין צריך לדעת ולמינוי הקטן, אלא ככל דבר שהוא זכות גמורה אין צריך למינוי שליחות, דאף שקטן לא יכול למנות שליח, היינו בדברים שצריך את מינוי השליחות, אך בדבר

שהוא זכות גמורה, התורה חידשה שהשליחות הינה אף ללא מינוי המשלח. ולפ״ז הדבר תלוי בכל ענין לגופו אם הוא זכות גמורה אם לאו, ולא בשיקול ובטענה של המקבל, דאם התורה רואה בזה זכות גמורה, יכול לזכות בעבורו. רק בגדול אף שאפשר לזכות בעבורו, לא מהני זכייתו אם מוחה, משא״כ מחאת קטן אינה כלום.

ד. מחאת קטן שהגיע לפעוטות

וכל האמור לעיל הוא בקטן שלא הגיע לפעוטות, אולם בהגיע לפעוטות, נראה דכמו שיכול למחול, כך יכול למחות שאינו רוצה במתנה. דאיתא בכתובות פה,ב – פו,א: קריבתיה דרב נחמן זבינתה לכתובתה בטובת הנאה, איגרשה ושכיבה, אתו קא תבעי לה לברתה. אמר להו רב נחמן, ליכא דליסבא לה עצה, תיזיל ותיחלה לכתובתה דאמה לגבי אבוה ותירתה מיניה. שמעה, אזלה אחילתה. ובתוס׳ שם (ד״ה תיזול) הקשו, דמה הרויחה הבת במחילתה, הרי למאן דדאין דינא דגרמי מגבי ביה דמי שטרא מעליא. וכתבו התוס׳: ״ויש מפרשים דקטנה היתה, כמו הפעוטות מתנתן מתנה, ולא מחייבא מדיני דגרמי״. ומוכח מזה דמחילת פעוטות מהני, ולא מחויבת מדינא דגרמי. וכן מבואר בתוס׳ ב״ב קמז,ב (ד״ה המוכר), על מחילת קריבתיה דר״נ הנ״ל: ״ואומר רבי, דשמא קטנה היתה ולא היו יכולים אז לגבות ממנה כלום, ומכל מקום מחילתה מחילה כיון שהגיעה לפעוטות, כדאמר בהנזקין (גיטין נט,א) דמתנתה מתנה״. וכן הוא בתוס׳ כתובות קז,א, לענין מי שהלך למדינת הים, דנחלקו רב ושמואל אם פוסקין מזונות לאשת איש, דבשמעו בו שמת כולי עלמא לא פליגי שפוסקין, כי פליגי בשלא שמעו בו שמת, רב אמר פוסקין, דהא משועבד לה, ושמואל אמר אין פוסקין. מ״ט, רב זביד אמר אימא צררי אתפסה, רב פפא אמר חיישינן שמא אמר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך. מאי בינייהו, איכא בינייהו גדולה ולא ספקה, אי נמי קטנה וספקה. ובתוס׳ שם (ד״ה קטנה) הקשו, דהואיל וספקה, יאמרו לה ב״ד צאי מעשה ידיך למזונותיך, ולמה יורדים לנכסיו למאן דחייש לצרורי, ואי לא ספקה, איך מחלה למ״ד צאי מעשה ידיך, והא אין מחילת קטנה כלום. ותירצו התוס׳, כגון דספקה לדברים גדולים ולא ספקה לדברים קטנים, דלדברים קטנים מהני מחילתה. אי נמי בפעוטות דמקחן מקח ומתנתן מתנה. ומבואר דמהני מחילה בפעוטות. ועיין ברא״ש ב״מ א,מח.

וכן יש ללמוד מדברי הרמב״ם (מכירה כט,ח), לענין אונאה בקטן שקנה או מכר, דפחות משתות הוי מחילה: ״בודקין את הקטן אם יודע בטיב משא ומתן או אינו יודע, לפי שיש קטן חכם ונבון שהוא יודע והוא בן שבע, ויש אחר שאפילו בן שלש עשרה אינו יודע בטיב משא ומתן. קטן היודע בטיב משא ומתן שאין לו אפוטרופוס שנשא ונתן במטלטלין וטעה דינו כדין הגדול, פחות משתות מחילה,

שתות מחזיר ההונייה, יתר על שתות בטל מקח כמו שביארנו". ומבואר דפחות משתות הוי מחילה, ולפ"ז מהני מחילה בפעוטות. וכן מבואר בתש' הרמב"ן (מיוחסות סי' ב), לענין הדין שקטן אינו יכול למכור קרקע עד שיגדיל, דבמקרקעי אין מעשה קטן כלום ומעשיו בטלים מעכשיו אפי' לא חזר בו, בטל המקח הם מאליו: "וכל זמן שהוא שותק או שהלך למדה"י או שמת, אסור לאכול הפירות, ומסלקים הלוקח מן הקרקע לגמרי. אבל מכל מקום אם רצה הקטן במה שעשה, כלומר שתתקיים מתנתו, ומתוך כך אכל הפירות, אין מוציאין מידו, ואפילו חזר בו הקטן אחר שאכלם, אין חייב לשלם, שאע"פ שהיה סבור שמתנתו מתנה, משום כך היה מניחו לאוכלם והוי מחילה בטעות, הא קי"ל דמחילה בטעות כי האי הויא מחילה, כדאמר פרק איזהו נשך (ב"מ סו,ב) גבי מוכר פירות דקל לחבירו, דאמר רב נחמן יכול לחזור בו. ואמרינן עלה, ומודה רב נחמן דאי שמיט ואכיל אין מוציאין מידו". הרי דמהני מחילה בפעוטות, ולכן מה שאכל מפירות הקרקע שמכר הקטן, אף דלא מהני מכירתו, מהני מחילתו על פירות שאכל הלוקח. וכן פסק הרמ"א חו"מ רלה,א, כדברי הרמב"ן בתש'. וכן מבואר בדברי הש"ך סו,פ. הש"ך מביא דברי מהרי"ק (סי' פט), דאם קטן מחל, הוה מחילה בטעות. והסביר הש"ך דמהרי"ק מיירי כשהקטן מחל מחמת שהיה סבור שפרע לאביו, דבזה הוי מחילה בטעות, משא"כ כשמוחל השטר חוב אף שיודע שלא פרע, מהני מחילתו, כמבואר בראשונים (הנ"ל). ועיין קצוה"ח שם סו,כט ובנתיבות סו,לב.

ומזה יש ללמוד לענין מחאת קטן במתנה, ומש"כ בסמ"ע רלה,ב, דקטן יכול לקנות לעצמו קרקע, והוא בכלל זכין לאדם שלא בפניו: "ומיהו היינו דוקא לענין שאין המוכר לו יכול לחזור בו, אבל הקטן יכול לחזור בו, דהוה בכלל אין חבין לאדם שלא בפניו". וכל זה נראה בפעוטות ובדעת אחרת מקנה, אולם כשזיכו לקטן הפחות מפעוטות, תלוי במחלוקת הראשונים, וכמו שנתבאר לעיל.

סימן כח

חפצים שהושארו במוסד

ראשי פרקים

א. יאוש בחשו"ק
ב. אופנים שמהני מחילה ויאוש בקטנים
ג. כשרות קנינית של השוהים בהוספטל
ד. דעת אחרת מקנה, וזכיה ע"י אחר
ה. שכר עבודה
ו. השאיר חפצים במוסד

נשאלתי ע"י מנהל הוסטל, בחפצים שמשאירים אלו החוסים במקום, ויש בהם סימן, ויודעים למי הם שייכים, וניסו לפנות אליהם ולקרוביהם, וללא הועיל, אם יכולים לזרוק את החפצים, ואם יש חפצים ברי שימוש, לזכות בהם לשימוש המוסד. עוד שאל, שיש חפצים שנקנו ע"י נדבנים עבור החוסים במקום, אם זכו בהם. וכן יש מקרים שהם יוצאים לעבוד, ומקבלים שכר זעום ממקום העבודה כדמי כיס, בנוסף לשכר שמפקידים להם באמצעות משרד הרווחה, אם זכו בכסף.

ובתחילת הדברים יש להבהיר, דלא כל חוסה במקום מוגדר כשוטה, וכפי שיובהר להלן. יש שאינם מוגדרים כלל כשוטים אלא כסובלים ממחלות נפשיות, ואינם בגדרי שוטה, ולכן יש להתיחס אליהם ואל חפציהם כאל חפצים של ברי דעת, יש מהם המוגדרים כשוטים, והם בגדרי ההלכה של שוטה, ויש מהם שהם בבחינת עיתים חלים ועיתים שוטה, ויש לבחון כל מקרה לגופו, והדברים דלהלן מתיחסים בעיקר למי שהוא שוטה (שהוא עיקר השאלה).

כמו כן הפניתי למה שכתבתי בח"ט כו/ז-ח, לענין יאוש שלא מדעת בחצר, דאף במקום שיש יאוש ומהני יאוש, כיון שהחפץ היה קודם היאוש בחצרו, כבר התחייב בשמירה, ולא מהני לגביה יאוש, ובאיסורא אתי לידיה. וציינתי שלדעת המחנ"א והנתיבות, אף שבאיסורא אתי לידיה, מ"מ בעל החצר עצמו יכול להגביה ולזכות לאחר היאוש, רק דאם רוצה לזכות מכח זכיית חצירו, בזה ס"ל לראשונים דבאיסורא אתי לידיה, עיי"ש מה שכתבתי בדברי המחנ"א (קנין חצר סי' ה), והנתיבות רסב,א ועוד אחרונים, ואכמ"ל. אמנם בנדו"ד אין מדובר בחפצים בעלי ערך, והשאלה אם

יכולים לזרוק את החפצים שתופסים מקום, ולא כדי לזכות בהם, דבשעה שהתיאש, אם מהני יאוש, כבר אינו חייב בשמירתם, ורק אינו יכול לזכות בחפצים מפני שבאיסורא אתי לידיה. וגם בזה עיי״ש בח״ט כו/ח, דתלוי לכאורה בהסבר הרמב״ן ר״פ ב דב״מ. ומ״מ לדעת האחרונים הנ״ל, דאף שהיתה בחצירו קודם יאוש, יכול להגביה ולזכות לעצמו, ודאי שיוכל לזרוק את החפצים, אם מהני יאוש.

א. יאוש בחשו״ק

איתא בב״מ כב,ב: אמר ליה רב אחא בריה דרבא לרב אשי, וכי מאחר דאיתותב רבא, הני תמרי דזיקא היכי אכלינן להו. אמר ליה, כיון דאיכא שקצים ורמשים דקא אכלי להו, מעיקרא יאושי מיאש מנייהו (מקודם נפילתו, יאושי מיאש, דיודע הוא שהרוח משיר מהן, והשקצים מזומנים לאוכלן – רש״י). והקשתה הגמ׳, יתמי דלאו בני מחילה נינהו מאי (קטנים, שאין הפקירן הפקר). אמר ליה באגא בארעא דיתמי לא מחזקינן (אין עלינו להחזיק כל הבקעה בחזקת הקרקע של יתומין, ולאסור כל התמרים משום ספק קרקע של יתומים, אלא הולכין אחר הרוב). מוחזק ועומד מאי (קרקע עצמה של יתומין מאי), כרכתא מאי (דקלים הכרוכין ומוקפין בגדר של אבנים סביב, שאין שקצים ורמשים נכנסין שם). אמר ליה אסירן. ומזה יש להוכיח לכאורה שקטנים אינם בני מחילה ואין יאושם יאוש. ודין זה, שתמרים הנושרים ע״י הרוח שהם מותרים מחמת מחילת הבעלים, אולם אם היו של יתומים שאינם בני מחילה אסורים, הביא הרמב״ם בהל׳ גו״א טו,טז, וכן פסק בשו״ע חו״מ רס,ו. ועל דבריהם כתב הנתיבות רס,יא, דהוא הדין באבידה בדבר שאין בו סימן, כשנודע למוצא בעדים שהיא של יתומים, חייב להחזיר; ״דאין יאוש מועיל בקטנים דהוי יאוש שלא מדעת״.

וענין יאוש בקטן, תלוי בדין מחילה בקטן, וכמו דלא מהני מחילת קטן, כמו כן לא מהני יאוש, ולכן לענין יאוש נקטה הגמ׳ כאן דיתמי לאו בני מחילה, ולא כתבה דלאו בני יאוש, דמה שאינם בני יאוש הוא מפני שאינם בני מחילה. כן מבואר בחידושי הגר״ש שקופ בסוגיא (ב״מ סי׳ כג): ״ומכל הלין טעמא נלענ״ד דענין היאוש הוא התרצות, והוא דכיון שהחפץ אבוד ממנו ורחוק הדבר שישיגנו הוא מתרצה שיזכה בו אדם אחר, כיון שחושב שבין כך וכך לא ישיג החפץ, ואין לו שום הפסד במה שיתהנה בו אדם אחר, והוה ענין יאוש דבר שאינו מקפיד, דהיינו בדבר שאין לו תועלת אינו מקפיד עליו ואינו נחשב בעיניו להקפיד על מציאותו וקיומו, ומשו״ה בקטנים לא מהני יאוש, דכמו דלא מהני מתנת קטן ומחילתו, כמו כן לא שייך בקטן אינו מקפיד, דרק באדם בר דעה שאינו מקפיד ע״פ חשבון ושכל בריא וחזק שכבר לא יהיה לו תועלת בקיום החפץ, מהני התגלות דעתו שאינו מקפיד, וכן מוכח מלשון

הגמ׳ לענין יאוש קטנים, דאמרינן שם, יתמי דלאו בני מחילה נינהו מאי״. דכל היסוד דלא מהני הקנאה ומחילה בקטן, דכל ענין ההקנאה והמחילה היא ההבנה והידיעה שמכאן ואילך לא יהיה למקנה בעלות ויכולת להשתמש בחפץ, כשאין את ההבנה הזו אין את יכולת ההקנאה, דעיקר חסר, ולכן גם יאוש בעצמו היא ההבנה שמכאן ואילך החפץ לא יהיה ברשותי ובבעלותי להשתמש בו, וגם בתמרי דזיקא שהם מתיאשים, אין זה בא מההכרה וההבנה על מהות אי ההקפדה והיאוש, ולכן לא מהני. עוד מבואר דענין יאוש הוא מעין מחילה, שאינו מקפיד אם לא יהיה החפץ בבעלותו ויהיה לאחר. ועיין בשעורי הגר״ש רוזובסקי (ב״מ כב,ב) דצ״ע אי תמרי דזיקא יהיה פטור מהמעשר, דמצאנו פטור ממעשר רק בהפקר, וביאוש כבר חל חלות דין בחפצא שממנו התיאש, ואינו יכול לחזור מיאוש, שאל״כ לא היה פטור ממעשר עד דאתי לרשות זוכה. משא״כ ב״אינו מקפיד״ מסתברא למימר דאפילו לאחר דאתי לרשות זוכה יהא חייב במעשר דהוה כמתנה, רק דאינה מתנה לאדם אחד אלא לכל הקודם, ובכגון זה לא מצאנו פטור ממעשר, עיי״ש.

ובעבר נשאלתי בקטן שהיה בחוף הים, וגלגל הים שלו נסחף בים, ולאחר זמן כשכבר הלך עם אביו, נפלט הגלגל מהים, אם יכול המוצא לקחתו. והשבתי דהדבר תלוי לכאורה במחלוקת הראשונים אם בזוטו של ים בעינן ליאוש בעלים (עיין יותר באריכות מה שכתבתי בח״ח סי׳ לח, ושם הובאה מחלוקת הראשונים בענין והסברה), ולראשונים דהתורה התירה, לכאורה לא בעינן יאוש בעלים, ואף בקטן באבודה ממנו ומכל אדם יכול המוצא לזכות, משא״כ לשיטת הרמב״ם דבעינן יאוש בעלים.

ובעיון בסוגיא, ראיתי בשטמ״ק שמביא מהראב״ד בשם י״מ, שמהם עולה שבזוטו של ים לא זוכה אלא בגדולים ולא בקטנים. דרב אחא בריה דרבא שאל את רב אשי, הני תמרי דזיקא היכי אכלינן להו. ותירץ לו רב אשי, דכיון דאיכא שקצים ורמשים דקא אכלי להו, מעיקרא יאושי מיאש מנייהו. והקשה מה הדין ביתומים דלאו בני מחילה נינהו. ותירץ דלא מחזקינן באגא בארעא דיתמי. ולענין תרוץ רב אשי דכיון דאיכא שקצים ורמשים וכו׳, הסביר הראב״ד בשם י״מ: ״ויש מפרשים, הואיל ושקצים אוכלים אותן, חשבינן לה כזוטו של ים, מפני שאין כוונת אדם נופלת עליהם, אבל זיתים וחרובין שאמרו שהן אסורין, אין השקצים אוכלים אותם כשאר פירות״. ולפ״ז אם בזוטו של ים לא בעינן יאוש ומהני אף בקטנים, מה הקשתה הגמ׳ מה הדין ביתמי דלאו בני מחילה, הרי בזוטו של ים מהני מחילה אף בקטנים. ומזה מוכח דלא יכול לזכות בחפץ של קטן בזוטו של ים.

ולאמור לעיל נראה לכאורה דדין זוטו של ים בקטן, תלוי אם התורה התירה ולא צריך ליאוש בעלים, או שצריך גם ליאוש בעלים, ובמחלוקת הראשונים

שהרחבתי עליה במק״א (ח״ח סי׳ לח). ומצאתי בדברי הגרב״ב (ברכת שמואל ב״מ כב,ג ולהלן) הסבר אחר מה שמועיל לזכות בחפץ של קטן בזוטו של ים (דלא כראב״ד הנ״ל בשם י״מ). הגרב״ב מחדש, שמה שנחלק אביי על רבא וס״ל דאין יאוש למפרע אלא מכאן ולהבא, הוא רק באופן הרגיל, אולם במקום שיש אומדנא שגם מעיקרא מתיאש, גם אביי מודה לרבא דיש ביאוש דין דעת. דאף לרבא צ״ל דמה שמועיל יאוש בקטן הוא מפני דלכי גדלי מיאשי, לכן אמרינן שכבר כעת, אליבא דרבא, יש לו דין יאוש, וכמו שכתבו התוס׳ בסוגיא (ב״מ כב,ב ד״ה דלאו): ״בשלמא לרבא, כיון דלכי גדלי מיאשי, השתא נמי מיקרי יאוש״. ובמקום שאפשר לתלות שגם מעיקרא התיאש, מהני אף לאביי, ולכן בזוטו של ים יכול לזכות, דלכי גדלי מיאשי, ואמרינן שודאי מעיקרא היה מתיאש. וז״ל הגרב״ב:

> ״ואולם חקרתי, דאיך יהיה הדין באומדנא גמורה, אם יועיל גם בקטן אפי׳ לפי ההלכה דנפסק דיאוש שלא מדעת לא מהני. ואמרתי דקטן חשוב לעולם יאוש שלא מדעת, ע״י דהוא עתה לאו בר הקנאה, וע״כ תלוי דין חלות על ידו בדין יאוש שלא מדעת לעולם. ושוב הוקשה לי, דא״כ גם בזוטו של ים לא יועיל גבי קטן להלכה, דיאוש שלא מדעת לא מהני. ואמר לי בן אחי שיחי׳, דמה דזוטו של ים מהני הוא ג״כ ע״י דבסוף מתרצה, ולא דיש עתה חפצא של דעת, אלא דזהו יאוש שלא מדעת כזה שגם אביי מודה בו. ונראה להסביר דבריו, שהנה עיקר מה דאביי חולק על רבא הוא משום דסובר דלא תלינן היאוש שהוא נתיאש רק מכאן ולהבא, כמו בדבר שיש בו סימן אליבא דרבא. אבל לו היינו תולין דגם מעיקרא היה נתיאש, היה גם אביי מודה לרבא דיש בו דין דעת. וע״כ גבי זוטו של ים דתלינן דגם מעיקרא נתיאש, ממילא גם אביי מודה דמהני״.

המורם מדברי הגרב״ב, דבזוטו של ים מהני בקטן, מטעם דלכי גדלי מיאשי, ואף לאביי אמרינן שלמפרע כבר מעתה חל היאוש, דמשעה שנתיאש לכי גדלי, אמרינן שכבר מעיקרא שזוטו של ים לקחו, התיאש. אולם אם כל הסברא הינה רק מטעם דלכי גדלי מיאשי, א״כ בשוטה וחרש לכאורה לא שייכת סברא זו, ולא מהני לזכות בחפציהם שהם בזוטו של ים. אמנם למש״כ לעיל, לראשונים הסוברים שהתורה התירה ולא צריכים אנו ליאוש בעלים, לכאורה גם בשוטה וחרש הדין כן.

לאחר מכן ראיתי לגר״א וואלקין (בית אהרן, ב״מ כב,ב ד״ה יתמי), שתלה את הדין אם יכול לזכות באבידת קטן בזוטו של ים, במחלוקת הראשונים אם צריך בזוטו של ים ליאוש בעלים או שהתורה התירה. רק הקשה, דמדוע לא נזכר בפוסקים שאבידת חשו״ק אסורה בזוטו של ים, לשיטת הרמב״ם דצריך ליאוש בעלים, ולא

הזכיר אף אחד מהפוסקים לאסור לזכות באבידת קטן בזוטו של ים. ולכן כתב לבאר (וכבר התבאר מעין זה בקצוה"ח רנט,א), דביאוש שלא מדעת, כיון שהמוצא מצא את החפץ לפני שהתיאשו הבעלים, נהיה שומר של הבעלים על החפץ, ולכן לא מהני כעת יאוש של הבעלים בחפץ השמור. אולם באבודה ממנו ומכל אדם, הופקע שם הבעלים משעת נפילה, לא נעשה שומר של הבעלים, שהופקע שמם מהחפץ, ולכן מהני מה שיתיאשו אח"כ, אף שהוא ביד המוצא. וגם הוסיף לבאר דהראשונים הנ"ל לא יפרשו בי"מ בראב"ד, דבאכלי שקצים ורמשים הוי כזוטו של ים, דא"כ מה הקשתה הגמ' מיתמי דלאו בני מחילה, הרי זה זוטו של ים, עיי"ש. [ועיין באגרות משה ח"א חאו"ח סי' קפד, שכתב בבאור הדין דזוטו של ים הוא של המוצא, אף שלא ידעו הבעלים שנפל לזוטו של ים, דנפילה לזוטו של ים הוי כנשרף, ולא שייך עליו בעלות, והסתלק דין בעלות הבעלים מהחפץ: "ואף שבזוטו של ים שריא רחמנא אף בלא ידע, הוא משום דהתם הוא אבוד ממש ואין שייך עליו בעלות, דכיון דאבוד מכל אדם הוא ממילא סלוק בעלות בעצם מחפץ זה, דלענין בעלות הוא כמו נשרף ממש, דאף דאפשר שיבא לידי אחד בהצלה באופן רחוק או שלא בכוונה, מ"מ הא עצם הבעלות הוא מיואש מזה, דכל הרואה מתייאש מהצלה שיהיה בעלים עליו, ולכן הוי לענין בעלות כנשרף ממש ואינו בעולם". ולמש"כ הגר"א וואלקין י"ל, דאף לשיטת הרמב"ם שצריך יאוש בעלים אח"כ, הופקע שם בעלות מהחפץ לענין שיועיל יאוש אח"כ. אולם אין זה נראה בכוונת הגר"מ פיינשטיין. ועיי"ש מה שחילק בין זוטו של ים לתמרי דזיקא].

והוזכרו לעיל דברי התוס' (ב"מ כב,ב ד"ה דלאו), דלרבא מועיל יאוש שלא מדעת בקטנים, דכיון דלכי גדלי מיאשי, כבר מעתה מקרי יאוש. ולכאורה לשיטת התוס' איך מועיל לרבא מה שהתיאש בהיותו גדול, למפרע כשהוא קטן, הרי כשהיה קטן לא היתה בו דעת, ואיך מהני היאוש, דכל שצריכים אנו ליאוש כעת בהיותו קטן, כשאגלאי למפרע כשהתיאש לכי גדלי, מ"מ הרי כמו דלא מהני הקנאה בקטן, איך יועיל היאוש בקטן. והגרב"ב (בברכת שמואל שם) כתב דכיון דניחא ליה בסוף, ותלינן דניחא ליה מעיקרא: "חשוב זה דין דעת", ומהני אף לענין הקנאה. וצ"ל, דכל שמהני היאוש דלכי גדלי למפרע לזמן הקטנות, הרי יש בזה איזה דעת מסוימת לקטנות, שמספיקה שתחול באמצעותה דין יאוש כבר כעת. ועיין בשו"מ (מהדור"ד, ח"ב סי' קצב) דכתב לבאר בדברי התוס', דבקטן שמוחל או מתיאש, בדברים שלכי גדלי מתיאשי, אין הפרוש שכעת בהיותו קטן אין כאן כלום אלא יש כאן יאוש ללא דעת, ולא גרע מיאוש שלא מדעת דמהני לרבא: "דבאמת כיון דבגדלותן היה מועיל היאוש, השתא באמת גם כן מייאשין, רק דאין מייאשין בדעת ולא גרע מיאוש שלא מדעת, משא"כ לאביי דלא מהני יאוש שלא מדעת", עיי"ש. ועיין עוד בתש' מהר"ץ

חיות (סי׳ נט) שדן ג״כ בבאור דברי התוס׳, וכתב לישב ע״פ דברי הריטב״א בריש הסוגיא דיאוש שלא מדעת, דלרבא אף דבאיסורא אתי לידיה, מ״מ יכול לזכות לאחר היאוש, דבדבר העומד להתיאש, אף שהבעלים כעת אינם יודעים מזה, מ״מ חכמים עשאום הפקר. וכן י״ל בענין תמרי דזיקא, כיון דלכי גדלי ודאי ימחלו עקב השקצים והרמשים, בי״ד עומדים במקומם כעת בהיותם קטנים ומפקירים, עיי״ש גם מה למד מדין זה לשיטת אביי, באם גזל מקטן פחות משוה פרוטה, דגזל פחות משו״פ עומד למחילה, ולכאורה לא שייך בקטן, ומה שהביא מהמחנ״א (גזילה סי׳ א).

ב. אופנים שמהני מחילה ויאוש בקטנים

ויש לעיין לשיטת הרמב״ם, אם מהני יאוש בקטן שהוא יודע בטיב מו״מ, או שרק לענין אונאה וכל עניני מקח וממכר, מהני מחילתם, דתקנו חכמים בפעוטות שמקחן מקח וממכרן מכר, הם תקנו דלענין זה תועיל מחילה, אבל לא תקנו שיועיל יאוש דאבידה, גם אם הוא מבין במו״מ. דז״ל הרמב״ם (מכירה כט,ח): ״בודקין את הקטן אם יודע בטיב משא ומתן או אינו יודע, לפי שיש קטן חכם ונבון שהוא יודע והוא בן שבע, ויש אחר שאפילו בן שלש עשרה אינו יודע בטיב משא ומתן. קטן היודע בטיב משא ומתן שאין לו אפוטרופוס שנשא ונתן במטלטלין וטעה, דינו כדין הגדול, פחות משתות מחילה ...״. והראב״ד שם חלק על הרמב״ם: ״אני אומר שהקטן אין לו מחילה, כדאמרינן יתמי לאו בני מחילה נינהו״. (ועיין מאירי גיטין נט,א שהביא מחלוקתם). וברב המגיד שם כתב להצדיק דעת הרמב״ם, דכיון שתקנו חכמים שיהיה מכרן ממכר משום כדי חייהן, הם תקנו שתהיה טעותם כגדול, ואפי׳ במתנה מרובה מתנתו מתנה. וכדעת הרמב״ם דפחות משתות הוי מחילה, פסק בשו״ע חו״מ רלה,ג, ועיי״ש בסמ״ע ס״ק כא, דאף שהם קטנים, משום כדי חייהם הוצרכו להשוותם גם בזה לגדולים. ומשמע דוקא בכה״ג שיש בו ענין של כדי חייהם. ולפ״ז תקנת חכמים שייכת לכאורה רק בענינים של מקח וממכר או מתנות, שהן כדי חייו, אבל לענין יאוש דאבידה, לא תיקנו. ולכן גם לא ראה המגיד קושיא מתמרי דזיקא דיתמי לאו בני מחילה, דשם לענין יאוש דאבידה לא תיקנו חכמים, ובכל ענין וכל גיל, יתמי לאו בני מחילה נינהו. כך נראה לכאורה גם לשיטת הרמב״ם. (ועיין עוד באור שמח שם מה שביאר בדברי המגיד בענין מתנתו מתנה וכו׳).

למש״כ לעיל, פשטות החילוק הוא בין מחילה שהיא על דרך מקח וממכר, ליאוש ומחילת נזיקין, דמחילה שהיא בדרך מקח וממכר תיקנו כדי חייו של הקטן היודע בטיב מו״מ, משא״כ ביאוש דאבידה ומחילת נזיקין וכד׳, שאין בהם ענין של כדי חייו, לא תיקנו חכמים, ולא מהני מחילתו ויאושו. וראיתי למרכבת המשנה שם (שכנים כט,ח), שכתב וז״ל: ״ובאמת יש לחלק בין מחילה זו לשאר מחילה דיתמי,

דבכה״ג בפחות משתות במקח הוי מחילה אצל כל אדם, ולא מקרי מחילה דיתמי״. דכאשר הוי מחילה אצל כל אדם, ומי שאינו מוחל בטלה דעתו אצל כל אדם, הוי מחילה אף ביתמי, ולכן בפחות משתות הוי מחילה בקטנים, משא״כ ביאוש ותמרי דזיקא שאינו מחילה אצל כל אדם. ונראה דפרושו הוא דלא כי״מ בראב״ד, דתמרי דזיקא הוי דין של אבודה ממנו ומכל אדם, דאם הוי כזוטו של ים, לכאורה הוי מחילה אצל כל אדם. עוד צ״ל למרכבת המשנה, דבזוטו של ים מהני מחילה אפי׳ ביתומים. אמנם גם לשיטתו דוקא בקטן היודע בטיב מו״מ, או שזוטו של ים הוי מחילה בכל קטן. וזה לכאורה אף למ״ד שמצריך יאוש, דאם התורה התירתו, אין צורך כלל ביאוש הקטן. אלא שכאן מיירי שצריכים ליאוש הקטן, ומהני יאוש כשהיאוש הוא אצל כל אדם, דומיא דמחילת שתות, וצ״ע.

ועיין עוד בריב״ש (סו״ס תסח), דאף דבתמרי דזיקא התבאר שיתמי לאו בני מחילה,

ואין חילוק בין פעוטות לקטנים ביותר, ס״ל לריב״ש דמה שנאמר בתמרי דזיקא דיתמי לאו בני מחילה, היינו בדברים שהמחילה היא על דרך האומדנא, שמן הסתם כל בני האדם מוחלים, יתמי לאו בני מחילה נינהו, ואפי׳ הגיעו לעונת הפעוטות, אולם אם מחלו להדיא, מחילתם מחילה כמו שמתנתם מחילה, דהתקנה בפעוטות הינה רק על מחילה מפורשת ולא על מחילה שהיא על דרך האומדנא, וז״ל הריב״ש: ״ואע״ג דאמרינן בעלמא (ב״מ כב,ב) דיתמי לאו בני מחילה נינהו, אפשר לומר דהיינו בדבר שבשאר בני אדם הוא מחילה על הסתם, דביתמי לא אמרינן הכי, דומיא דמאי דכתב הראב״ד ז״ל דטעותו של קטן אפי׳ בפחות משתות מחזירין לו אונאה ולא הויא מחילה, אבל במה שהוא מוחל לדעת, כיון דמתנתו מתנה מחילתו ג״כ מחילה״. ולכאורה לפ״ז אין חילוק אם מוחל להדיא מחילת נזיקין או מחילה של כדי חייו, דבתמרי דזיקא אם היה הקטן שהגיע לפעוטות מוחל להדיא, היתה מחילתו מחילה, אף שלכאורה אין בזה טעם של תקנת פעוטות. וצ״ל כן, שאל״כ היה הריב״ש מחלק באופן אחר, ולא מחלק בין מחילה להדיא או מחמת אומדנא אלא דבתמרי דזיקא לא שייכת תקנת פעוטות. ומדלא תירץ כן, נראה דס״ל לריב״ש שאין חילוק, וכל מחילה להדיא של קטן שהגיע לפעוטות מהני. וכדברי הריב״ש נמצא להדיא בגר״א בביאורו לחו״מ רלה,ט: ״והא דאמרינן ברפ״ב דב״מ יתמי לאו בני מחילה נינהו, דוקא בדבר שלשאר בני אדם מסתמא הוי מחילה, אבל אם מחלו בפירוש הוי כמתנה. ואף שמחילה בטעות הוא, קי״ל בכה״ג דהוי מחילה, כמ״ש בב״מ ס״ו, עיי״ש. רמב״ן וכתב, כ״ש אם רצה בפירוש שיאכל פירות הקרקע, הוי כנותן לו פירות במתנה״. והם הדברים, דמחילה להדיא מהני בפעוטות בכל ענין. ולפ״ז לכאורה אין חילוק בין כדי חייו או לא.

אמנם מדברי המחנ"א (אונאה סו"ס יז) מצאנו שחילק בין מחילה בפעוטות שהם במסגרת התקנה של כדי חייו במקח וממכר, לבין מחילה אחרת, דבתמרי דזיקא אפשר שהיא בגדר כדי חייו ובכלל התקנה שתהיה מחילתו מחילה, ובגמ' לענין תמרי דזיקא לא מיירי בפעוטות.. וז"ל המחנ"א: "ומה שאמרו ביתמי פחות משתות הוי מחילה, היינו טעמא דכיון דהגיעו לעונת הפעוטות דינו כדין הגדול, שהרי יש בו דעת למחול, ומה שאמרו קטנים לאו בני מחילה נינהו בפרק אלו מציאות ובס"פ השוכר את הפועלים, איירי בקטנים שלא הגיעו לעונת הפעוטות, וכן נראה שהוא דעת הרמב"ן ז"ל בתשו' סי' ב". ושם בהגהה כתב המגיה על המחנ"א: "עיין בתש' הריב"ש ז"ל סוף סי' תסח". ונראה דיש פלוגתא בין הבנת הריב"ש למחנ"א. הריב"ש ס"ל דאף בדבר שאינו בגדר תקנת הפעוטות, כמו מחילת נזיקין וכד', תועיל מחילה מפורשת, והמחנ"א ס"ל דלא מהני מחילה אלא בענין שהוא מעין כדי חייו, ואף תמרי דזיקא כדי חייו, ובפעוטות מהני מחילה בתמרי דזיקא, אף אם אינה מחילה מפורשת אלא שהיא אצל כל אדם. ומבואר גם במחנ"א, דתמרי דזיקא הוי בכלל כדי חייו דפעוטות.

עוד מצאנו בראשונים דמהני מחילה בקטנים במקום שלא בא לידם הריוח ולא יכלו להרויח, ובא אחר והשביח את הנכסים. דתנן בב"ב קמג,ב: הניח בנים גדולים וקטנים, השביחו גדולים את הנכסים, השביחו לאמצע. אם אמרו ראו מה שהניח אבא הרי אנו עושין ואוכלים, השביחו לעצמן. ונחלקו הרשב"ם והתוס' אם מה שאמר ראו מה שהניח וכו', אם השביחו לעצמן ביתר מחלקם. דעת הרשב"ם דהגדולים אומרים ראו מה שהניח לנו אבינו ומזומנים אנו לחלוק, ומה שנשביח נשביח מחלקנו. ומשמע שאינם משביחים אלא מחלק המגיע להם, ואין להם אלא שבח המגיע לגדולים. אולם התוס' שם (ד"ה ואם אמר) דמוכח שנוטל גם בשבח היתר מחלקו של הגדול. וע"כ כתבו כפירוש ריב"ם, דנוטל הגדול שבח אפי' יתר משבח המגיע לחלקו, ואינו בדין יורד לתוך שדה של חבירו שלא ברשות שאין לו אלא שכר טרחו עם היציאה, דביורד יכולים להרויח זה כמו זה ולא מחלי, משא"כ בגדול שהשביח אין הקטנים יכולים להשביח אלא הגדול, ואם הוא לא ישביח, לא יושבח חלקם: "וכן צריך לומר באחי דרב ספרא דקטנים היו ולא היו יכולין להרויח, ולהכי כיון דגברא רבה הוא ולא שבק גירסיה וטרח לאחריני, אף על פי שלא אמר ראו, כאילו אמר ראו ומחלי ליה הקטנים. והא דאמר בריש אלו מציאות (ב"מ כב,ב) גבי תמרי דזיקא, דיתמי לאו בני מחילה נינהו, הכא דאין מפסידין ולא בא בידם הריוח מחלי שפיר". מבואר כאשר מוחלים דבר שלא היה יכול להגיע לידם ממילא ולא יכלו להרויח, מהני המחילה אף בקטנים. ולכאורה צ"ב, איך מהני מחילה, דממ"נ, אם אינם בני דעת, גם אם הריוח אינו בידם ולא יכלו להרויח, ככל שנצרכה המחילה, לא מהני מחמת שאינם

בני דעת, ואיך מהני המחילה בהשביחו הגדולים חלקם וחלק הקטנים. ואולי י״ל דיש מקרים שלא נצרכת מחילת הקטנים אלא אנן סהדי שמחלו, וכמו בזוטו של ים לשיטת הראשונים שאינם צריכים מחילה, וא״כ גם בזה שלא הגיע לידם, אינם צריכים מחילה ואנן סהדי שמחלו.

ומזה יש להבין מה שהקשה הגרע״א בגליון הש״ס (ב״מ כא,ב). דאיתא שם בגמ׳; תא שמע, מאימתי כל אדם מותרים בלקט, משילכו בה הנמושות, ואמרינן מאי נמושות, ואמר רבי יוחנן סבי דאזלי אתיגרא, ריש לקיש אמר לקוטי בתר לקוטי. ואמאי, נהי דעניים דהכא מיאשי, איכא עניים בדוכתא אחריתא דלא מיאשי. אמרי, כיון דאיכא עניים הכא, הנך מעיקרא איאושי מיאש, ואמרי עניים דהתם מלקטי ליה. והקשה הגרע״א, הרי יש גם עניים קטנים, שלא מועיל בהם יאוש, וציין לתמרי דזיקא. וציין לעיין בתוס׳ בב״ב קמג,ב (הנ״ל), וכתב: ״ועדיין צ״ע״. ואף שלכאורה לדברי התוס׳, ככל שלא הגיע לידם מהני היאוש, נראה דהגרע״א נשאר בצ״ע, איך יועיל בזה יאוש, דככל שצריכים ליאוש, לא מהני יאוש בקטנים. אך המעיין בחידושי רע״א יראה דכוונתו, דאף לשיטת התוס׳ בענין השבח, מ״מ בלקט יש להם חלק: ״ואולם בזה עיקר היסוד לא ניחא להו, דאף בקטנים דאין להם יד, היינו דאם יטלו יכול אחר לחטוף ממנו דלא זכה הקטן בהגבהה דאין לו יד, אבל מ״מ יש לקטן חלק בלקט שהוא שלהם ליתן ולאכול, א״כ האיך ילקוט העשיר, הא יש קטנים ויונקי שדים דהוי כמו יאוש שלא מדעת לגמרי, דאין יאושן יאוש וצע״ג״. ומזה שיש להם חלק בזה כבר קודם שבא לידם, שונה מגדול שהשביח בנכסי האב, דמתנות עניים אף קודם שזכו בהם הם ממון השבט. אמנם עיין בקצוה״ח רמג,ד, דמתנות עניים דכתיב בהם לשון עזיבה, (ויקרא יט,י) לעני ולגר תעזוב אותם, אינו אלא עזיבה שיזכו בו בעצמם, וכל שאין לו יד לזכות לא זכה, משא״כ מתנות כהנים דלא כתיב בהו עזיבה, הרי הם ממון כהנים, עיי״ש. ועיין עוד בקובץ שעורים ח״ב סי׳ יז, דמתנות עניים לא זכו עניים קודם שבאו לידם אלא הוי הפקר לעניים. ועיין גם בקהילות יעקב נדרים סי׳ ד, ובשעורי הגר״ש רוזובסקי, ב״מ פ״ב סי׳ יא.

ולענין עצם הקושיא של הגרע״א איך מהני יאוש של קטנים, ראיתי לזקני הגרמי״ל זילברברג זצ״ל (תפארת ירושלים פאה ח,א), שכתב לישב דלא מהני יאוש והפקר של קטנים שיזכו אחרים, אבל מהני לגבי עצמם, שהם לא יבואו עוד ללקוט בשדה זו, בין קטנים של עיר זו ובין קטנים דעלמא, וכיון שהקטנים לא יבואו וגם הגדולים לא יבואו, היא גופה היתר לאחרים לקחת, והביא ראיה מחולין קלד,ב, מלוי שזרע במקום הנקרא כישר, ולא היו עניים ללקוט, ובא לפני רב ששת, והתיר לו, מהא דכתיב, לעני ולגר תעזוב אותם, דדוקא לעני ולגר ולא לעורבים ולא לעטלפים, וכיון שאין עני וגר, יכול ללקוט. והוא הדין אם התיאשו גדולים, ואף הקטנים לא

יבואו ללקוט, היא גופה ההיתר. אלא שלפ״ז הוא דין מיוחד במתנות עניים, ואין ללמוד ממנו ליאוש דעלמא. דצ״ע לומר שאם קטן התיאש, כבר אסור לו לזכות בחפץ ואיבד זכותו בו. (ולענין דברי התוס׳ בב״ב קמג,ב הנ״ל, עיין בשו״מ מהדור״ד ח״ב סי׳ קצב מה שדן לענין אתרוג שהקנו לקטן במתנה ע״מ להחזיר, דאף שאינו יכול לאקנויי, מ״מ יכול להפקיר, שהרי לא באה הנאה לידו, שהקנו לו ע״מ להחזיר. וכן לענין ביטול חמץ של קטן, ועיין בזה עוד באמרי בינה הל׳ פסח סי׳ ג).

ג. כשרות קנינית של השוהים בהוסטל

מהמתבאר לעיל עולה דלא מהני יאוש בשוטה, ואף אם היה יאוש להדיא, לא מהני ככל שמדובר בשוטה. אמנם צ״ע אם אלו הנמצאים בהוסטל דינם כשוטים, דלא כל המחלות שוות, ולעיתים אלה שסובלים ממחלות נפש כדכאון ועוד, אינם בכלל שוטה מאבד כל מה שנותנים לו, ואין בהם סימני שוטה המבוארים בגמ׳ ובראשונים, ויש לדון בכל מקרה לגופו.

איתא בחגיגה ג,ב: תנו רבנן, איזהו שוטה (האמור בכל מקום שפטור מן המצוות ומן העונש ואין קנינו קנין ואין ממכרו ממכר - רש״י), היוצא יחידי בלילה, והלן בבית הקברות, והמקרע את כסותו. איתמר, רב הונא אמר עד שיהיו כולן בבת אחת. רבי יוחנן אמר אפילו באחת מהן. היכי דמי, אי דעביד להו דרך שטות, אפילו בחדא נמי. אי דלא עביד להו דרך שטות, אפילו כולהו נמי לא. לעולם דקא עביד להו דרך שטות, והלן בבית הקברות אימור כדי שתשרה עליו רוח טומאה הוא דקא עביד. והיוצא יחידי בלילה אימור גנדריפס אחזיה (חולי האוחז מתוך דאגה. ולי נראה שנתחמם גופו ויוצא למקום האויר). והמקרע את כסותו אימור בעל מחשבות הוא, כיון דעבדינהו לכולהו הו״ל כמי שנגח שור חמור וגמל, ונעשה מועד לכל. אמר רב פפא, אי שמיע ליה לרב הונא הא דתניא איזהו שוטה זה המאבד כל מה שנותנים לו, הוה הדר ביה. איבעיא להו, כי הוה הדר ביה, ממקרע כסותו הוא דהוה הדר ביה, דדמיא להא, או דלמא מכולהו הוה הדר, תיקו. ועיין בירושלמי פ״ק דתרומות, הובא בתוס׳ ד״ה דרך. והרא״ש בחולין (א,ד) פסק כדעת רבי יוחנן דאפילו באחד מהם הוי שוטה. והרמב״ם בהל׳ עדות ט,ט, פסק וז״ל : ״השוטה פסול לעדות מן התורה, לפי שאינו בן מצוות. ולא שוטה שהוא מהלך ערום ומשבר כלים וזורק אבנים בלבד, אלא כל מי שנטרפה דעתו ונמצאת דעתו משובשת תמיד אפילו בדבר מן הדברים, אע״פ שהוא מדבר ושואל כענין בשאר דברים, הרי זה פסול ובכלל השוטים יחשב״. [ומה שכתב הרמב״ם שפסול שוטה מפני שאינו בן מצוות, הקשה עליו בכסף משנה שם היכן מצינו שפסול שוטה מפני שאינו במצוות. והלחם משנה שם הביא ראיה שחסרון שוטה הוא מפני שאינו בן דעת, ושכן גם דעת הרמב״ם בהל׳ שלוחין

ב,ב. וכך גם משמעות התוספתא שבועות ג,ו דיליף פסול שוטה מ״או ידע״. הרי שפסולו הוא מחמת חסרון דעת ולא מפני שאינו במצוות.ועיין עוד להלן מה שכתב התומים בזה].

ומדברי הרמב״ם מבואר שהסימנים שהתבארו בגמרא חגיגה לעיל, אינם בדוקא, אלא בכל ענין שעושה מעשי שטות, דינו כשוטה, והגמרא נקטה דוגמאות שמהן נלמד שכל מי שעושה מעשים באופן דומה, הרי הוא שוטה. וכן נקט הכסף משנה שם, וכתב דקיי״ל כרבי יוחנן דסגי במעשה אחד שעושה דרך שטות. וכן מבואר גם בדברי המהרי״ו בתש׳ (סי׳ נב), וז״ל: ״... כן דרך שוטים שלפעמים משיבים נכונה ומ״מ שוטים הם, דודאי הא דפליגי רבי יוחנן ורב הונא בפרק קמא דחגיגה איזהו נקרא שוטה אע״פ שלא ראינו בו שטות אלא מקרע כסותו וכו׳, דאטו אי אינו מקרע כסותו ואינו לן בבית הקברות ואינו יוצא יחידי בלילה ובשאר כל דרכיו הוא עושה שטות דלא נקרא שוטה, אתמה. אלא ודאי הא דפליגי היינו דוקא שלא ראינו בו שום שטות אלא זה, ואפילו הכי הוי שוטה אע״פ שמשיב כהוגן״. הרי שהדוגמאות שנקטה הגמרא הם לרבותא, שאפילו באלו בלבד הוי שוטה, אך אם ראינו שעושה מעשים שניכר בהם שהם מעשי שטות, הוי שוטה. וכן מבואר מדברי הב״ש סי׳ קכא סוס״ק ט כדברי הב״י דהני סימנים הם לאו דוקא, והא דנקט המחבר ביורה דעה (סי׳ א) אלו הסימנים, ״לדוגמה קתני ולאו דוקא״.

ובתורת גיטין קכא,ה הביא דבריו וכתב, דמ״מ בעינן שיעשה דרך שטות ג פעמים, עיי״ש, דלאו דוקא הני סימנים דפ״ק דחגיגה אלא כל כיוצא בהם אם עשה ג פעמים. וכן ראיתי לגאון מדווינסק בתש׳ אור שמח (ליקוטים סי׳ יג) שדן בענין גט שוטה, וז״ל: ״הנה לדעתי הדבר פשוט דעיקר הבדיקה מן השוטה הוא בגדרו, וגדר הדעת הוא ניכר בדיבורו של אדם, שהוא מגלה שכלו של אדם. ואם ידבר אדם דברים שאין להם שייכות כדרך המשוגעים, הוא משוגע גמור, רק הגמ׳ דחגיגה ... והפירוש, דכמו באדם יש סימן וטביעות עין, וטביעות עין היא הכרה עצמית, וסימנים המה ציונים שנראים שהוא זה ... כן ההכרה בדיבור שאינו בשכל בר דעת רק מדבר באין חיבור ואין משטר ואין סדר, זה בגדר טביעות עין שהוא שוטה. אבל פעולות שיוצא יחידי בלילה וכו׳ המה בגדר סימנים על שטותו, וע״ז פליגי האמוראים. כן יש דעתא קלישתא, ובזה צריך בקיאות הרבה ...״. הרי דבמקום שניכר לכל שהוא שוטה מחמת דיבורו, או אפילו פעולות שאינן בגדר סימנים אלא טביעות עין מוחלטת שהוא שוטה, שאינו שולט על דיבורו ומעשיו, בזה הוי שוטה לכולי אמוראים ולא בעינן כלל לסימנים. ולסימנים בענין רק במקום שאינו ניכר שהוא שוטה אלא מחמת אלו הסימנים, דלולי אלו הסימנים הוא פיקח לכל דבר, בזה נתנה הגמרא סימנים.

אמנם יש מהראשונים והאחרונים הסוברים שהדוגמאות שנקטה הגמרא בחגיגה הנ"ל, הינן בדוקא. מדברי המרדכי גיטין (סי' תכא) משמע שדינו כשוטה דוקא בהני האמורים בגמרא בחגיגה: "על דבר הגט הניתן בוירצבורק כי לא הודיעוני בכתבם איך זה שנטרפה דעת הבעל, ובדקוהו בדיקה משולשת ונתברר להם כי באותה שעה חלים היה. ועל זאת בעניי השיבותי, אם לא הוחזק שוטה בדברים האמורים בפ"ק דחגיגה, הרי הוא כפיקח ואין צריך בדיקה". וכן היא דעת רבינו שמחה משפירא (הובאו דבריו בב"י אהע"ז סי' קיט סד"ה מצאתי) דדוקא מי שיש בו הסימנים המנויים בחגיגה, וז"ל: "דלא מחזקינן בחזקת שוטה לגרש עד שיראו בה סימני שטות המפורשים בפ"ק דחגיגה (ג,א). ובירושלמי דמסכת תרומת משמע עד שיראה בה, כלומר ופליג קצת אגמרא דידן. ועיקר סימן זה המאבד מה שנותנין לו דומיא שטותא יתירתא חזא ביה דהוה משחרר עבדו, ובעוד שלא ראינו סימן זה, אפילו בדיקה לא צריך והרי הוא בחזקת פיקח". ומבואר שעיקר הסימן הוא מאבד מה שנותנים לו, וכל היכא שמאבד כל מה שנותנים לו הוי שוטה גמור, ובלאו הכי הוי פיקח. וכן נראה מדברי המהרי"ק (סוף שורש יט) שהביא את תשובת רבינו אביגדור כהן (דברי המרדכי הנ"ל), אך עיי"ש שמעלה צד גם דלא כרבינו אביגדור כהן, וכל היכא שהגיע לשטות השוה באיכותה למעשים המובאים בגמרא בחגיגה, הוי שוטה גמור ואין מחילתו מחילה. ועיין עוד בתש' חכמי פרובינציה סי' נז דהני סימנים נאמרו לענין פטור ממצוות, שאינו פטור אלא בסימנים שהוזכרו בגמרא חגיגה, משא"כ לענין גיטין, "אפילו ראינו מעט עירבוב או בדיבורו או במעשיו, אין כותבין על פיו ...", עיי"ש.

ועיין במשנתו של הגר"א קוטלר (משנת רבי אהרן, ח"ב סי' נו), וז"ל: "ונראה דזהו דוקא בשואל ומשיב כענין בכל הדברים רק עושה מעשי שגעון, בזה לא בעינן דוקא הנהו, וראיה דהרשב"א כתב בתשובתו ומסתברא דאפילו חלים בעלמא וכו' אלא שהוא חלים מדבר בענייניו ואינו קורע בגדיו ואינו לן בבית הקברות וכו' עכ"ל. הרי שהוסיף גם שמדבר כענין. והסברא פשוטה דכל שמטורף בכל הדברים אף שלפעמים משיב כענין, בודאי הוא שוטה גמור אחרי שאינו מבין הדברים הסותרים ולא משיג הענינים על בוריין, וילמד המפורש ברשב"א על הסתום ברבינו שמחה ודעימיה". ומבואר שלמד בדברי רבינו שמחה ורבינו אביגדור דדעתם הינה דוקא במקום שהוא שוטה רק לדבר אחד, אבל במקום שהוא מטורף לכל הענינים, גם לדעת רבינו שמחה ודעימיה הוא שוטה לכל דבר. ולפ"ז לא נחלקו הראשונים כלל במי שניכר עליו שהוא מטורף לכל הענינים, וכמו שכתב גם הדברי חיים (להלן) והאור שמח (לעיל). וכן ראיתי למהרש"ם בתש' (ח"ה סי' נ ד"ה והנה דעת), עיי"ש.

והנה האחרונים האריכו רבות בענין ההגדרה של שוטה ע"פ דברי הגמרא והראשונים, וכ"א דן לדמות למקרה המיוחד שבא לפניו, ורובם דנים בסוג שטות הגובל

במחלות נפש (דכאונות או שגעון רדיפה וגדלות), ובהם גם דיון לענין גט שניתן ע״י בעל הסובל מהמחלות הנ״ל. כך מוצאים אנו בדברי חיים (ח״א סי׳ נג) שדן במי שנתן גט לאשתו ובאו לערער על כשרות הגט מחמת היות הבעל בעל דמיונות, שאמר שבקרוב יהיה מלך וישא מלכה ויהיו לו אוצרות לרוב, ובשאר ענינים הוא כדרך כל אדם. ומביא הדברי חיים מחלוקת הראשונים הנ״ל, וסובר לחלק בין מי שניכר עליו שהוא משוגע, הגם שאינו מקרע כסותו וכו׳, מ״מ שוטה גמור הוא ״וזה אין צורך לפנים״. והסימנים שכתבה הגמרא בחגיגה הם באחד שנראה ממנו שהוא חכם בשאר דברים ורק בדבר אחד השתטה, בזה פליגי רבינו שמחה ורבינו אביגדור עם הרמב״ם, דדעת רבינו שמחה דכיון שהוא חכם בשאר דברים לא נגרע כח שכלו אא״כ עושה מעשי שטות שהוזכרו בגמרא חגיגה, ודעת הרמב״ם דלאו דוקא הני מעשים אלא כל כיוצא בהם. ומסיק שם בנידון דידיה, דכיון שאינו משובש אלא בדבר אחד, ואף זה אינו משובש אלא כשמעוררין אותו לזה, גם לדעת הרמב״ם הגט כשר, עיי״ש.

והאחרונים דנו באריכות בענין הגט מקליווא, שהיה הבעל חולה במחלת הרדיפה, כפי שהובא בספר אור הישר מו״מ של האחרונים בענין זה, ושם נשנו ההגדרות של שוטה במחלות נפש מהסוג הנ״ל. ועיין עוד בתש׳ נפש חיה סי׳ כז (לרבה של קליש הגרח״א ווקס) מש״כ בדין בעל שיש לו שגעון גדלות. וע״ע בחתם סופר אהע״ז ח״ב סי׳ ב, בבית אפרים אהע״ז סי׳ פט, בגט מקושר (בולא) סי׳ יד, חלקת יואב אהע״ז סי׳ כ, באמרי יושר ח״ב סי׳ סב, ובאגרות משה (חאהע״ז ח״א סי׳ קכ), וכולם מיירי בשוטה לדבר אחד, שעושה מעשה מסוים של שטות, אך בשאר הענינים הוא פקח, וכגון במרה שחורה, שגעון גדלות וכד׳.

ומ״מ בנדו״ד יש לדון בכל מקרה לגופו, שאם מדובר בשוטה שיש בו הסימנים שנתנו חכמי הגמ׳, ומה שהתבאר בראשונים ובאחרונים, הרי שאין יאושו יאוש, אין מחילתו מחילה, ואין הפקירו הפקר. אולם ככל שמדובר במחלת נפש שאינה עונה להגדרות השוטה הנ״ל, הרי שלכאורה יועיל בו יאוש, וצריך לבחון כל מקרה לגופו.

ד. דעת אחרת מקנה, וזכיה ע״י אחר

באשר לשאלה אם זכו בבגדים שהקנו להם אחרים, שוב יש להבחין בהגדרת השוהים בהוסטל, ואין הכל שוים, ויש להבחין בכל מקרה לגופו. ככל שמדובר במחלת נפש שאינה בגדרי שוטה, ודאי שזכו. והנידון שלפנינו בהנחה שמדובר במי שעונה לגדרי שוטה הנ״ל. כמו כן יש לבדוק אם זיכוי לפלוני המסוים, שאם זיכו למוסד, והמוסד נתן לאותו חוסה להשתמש בבגדים, לכאורה אינו בגדר מתנה אלא שאלה והשתמשות ולא בקנין הגוף. אולם השאלה התיחסה למקרה שבו רצה אדם מסוים לתת לחוסה מסוים.

הרמב"ם בהל' זכיה ומתנה ד,ז, כתב וז"ל: "... וכן השוטה אינו זוכה לא לו ולא לאחרים, והמזכה לשוטה על ידי בן דעת זכה, אבל החרש זוכה לעצמו כמו שביארנו בהלכות גזילה". ומבואר לכאורה ברמב"ם שזוכה ע"י אחרים, מה שאחרים מזכים לו, אם זיכו לו כדין, דהיינו שאחר עשה קנין בבגדים עבור פלוני, אבל אם השוטה זוכה לעצמו, דהיינו שנתן לו הנותן במתנה ולא ע"י זיכוי מאחרים, אלא בדרך של דעת אחרת מקנה, לא מהני, ומהני רק במזכהו ע"י אחר. ומבואר ברמב"ם דדעת אחרת מקנה לא מהני בשוטה, אך יכול לזכות לו ע"י אחרים.

ומקור הדין דמהני זיכוי ע"י אחר, הביא המגיד מהגמ' ביבמות קיג,א לענין פקח שנשא שוטה וכתב לה כתובה: ופקח שנשא חרשת או שוטה, אפי' כתב לה מאה מנה, כתובתה קיימת, מפני שרצה לזוק בנכסיו. ומזה דקדקו, דדוקא רצה, אבל לא רצה, לא תיקנו חכמים, ומשמע שהזכות שלה בכתובה כשרצה, מכח מה שזיכה לה, ומזה מוכח דמהני זכיה לשוטה ע"י אחר. ובמחנ"א (על הרמב"ם שם) העיר דמדברי הרא"ש כתובות ב,יד מוכח דדוקא עיתים חלים עיתים שוטה, דכיון דאתי לכלל דעת, דמי לקטן ומועילה זכיה במתנה, ומשמע דשוטה גמור דלא אתי לכלל דעת, לא תועיל זכיה ע"י אחר, וז"ל הרא"ש: "כתב הר"ר מאיר הלוי ז"ל, נכסים שנתנו לו במתנה הווין ברשותו ואם הקנו לו אותם בקנין או בחזקה על ידי אחר, דקנאם קנין גמור ואין מכירתו בהן כלום, אבל קנה נכסים אפילו זיכן לו על ידי אחר, לא זכה בהן זכיה גמורה, דזכיית המקח אינה באה מכח המוכר בלבד עד שיהא גם הלוקח בר דעת וראוי להקנאה, כי צריך גם הלוקח להתחייב לו בדמים, ואדעתא דהכי קא מקני ליה, ואם אין בו דעת להתחייב בדמים שיוכל המוכר להוציאן ממנו בדין, לא גמר ומקני ליה. אבל מתנה, זכין לאדם שלא בפניו ואית ליה זכייה לשוטה, מידי דהוה אקטן דאית ליה זכייה, הואיל ואתי לכלל דעת, גם זה היה עיתים חלים". מבואר לכאורה מדברי הרמ"ה, דדוקא שוטה דאתי לכלל דעת, כמו עיתים חלים ועיתים שוטה, יכול לזכות לו ע"י אחר, דרק באתי לכלל דעת כמו קטן, מצאנו זכיה ע"י אחר. ומדין כתובה אין ראיה, כיון שמדובר בהתחייבות ולא בזכיה ע"י אחר, והתחייבות מהני בשוטה כמו בעובר. ובהל' זכיה ומתנה (סי' לב) כתב המחנ"א, דאף זכיה דקטן היא משום דאתי לכלל שליחות. ואין לפרש דברי הרמב"ם שדבריו הינם דוקא בעיתים חלים, דלא משמע כן מדבריו. וע"כ כתב לבאר, דשליחות שזוכה לשוטה אינה מטעם שהוא כשליח המקבל אלא כשליח הנותן, ולכן לא צריך שהמקבל יהיה אתי לכלל דעת, ומהני אף באינו עיתים חלים.

ובקצוה"ח רמג,ו הקשה על שיטת הרמב"ם (וכן הקשה גם במחנ"א הנ"ל), מב"מ עא,ב – עב,א: קטן לאו אף על גב דלית ליה שליחות, אית ליה זכיה מדרבנן, הכא נמי לא שנא. ולא היא, ישראל אתי לכלל שליחות, נכרי לא אתי לכלל

שליחות. וא״כ שוטה דלא אתי לכלל שליחות, לכאורה אין לו זכיה, כשם שלנכרי אין זכיה. ואין לחלק, דשוטה אתי לכלל שליחות לכשיתפה, דא״כ גם בנכרי יבוא לכלל שליחות לכשיתגייר. והראיה שהביא המגיד מכתובת פקח שנשא שוטה, כתב בקצוה״ח דאינה ראיה, דכתובת שוטה הוי כמו שכר עבודה, שמתחייב ליתן לה שכר בעבור היותה אשתו, ושכר מלאכה יש הן לקטן והן לחרש: ״דהתם כיון דבשעת נישואין כותב לה כתובה, זכתה אפילו ע״י עצמה, דזה אינו מתנה אלא כמו שכר שפחה לשמשו, ע״ש ריש פרק חרש דאמרו בגמ׳, אילו קנה שפחה לשמשו, כל שכן האי דאיכא תרתי, ושכר מלאכה אפילו חרש ושוטה אית ליה, וכמ״ש תוס׳ ריש פרק בן סורר (סנהדרין סח,ב ד״ה קטן), דשכר מלאכה וטירחא מן התורה אית ליה לקטן עיי״ש, וא״כ הוא הדין לשוטה״. וכן הביא ראיה מדברי הרא״ש (כתובות ב,יד הנ״ל) דזכין דוקא לעיתים חלים עיתים שוטה דאתי לכלל דעת, ונשאר קצוה״ח בצ״ע. ובנתיבות רמג,י כתב לישב, דשוטה אתי לכלל זכיה לכשישתפה, עיי״ש. [ולענין מש״כ בקצוה״ח דכתובת פקח לשוטה הוא כשכר מלאכה, ראיתי בתש׳ רבי אליעזר, לגר״א מטעלז, כא,יג, שכתב דיש לחלק בין שכר מלאכה שקוצץ לו ככל הפועלים, שחייב ליתן לשוטה שכר מלאכתו, לבין אם קוצץ עמו שכר מלאכה הגבוה משכר כל הפועלים, שבזה החיוב הינו מכח ההתחייבות ולא מכח שכר הפעולה, וככל שהתחייבות לשוטה לא מהני, לא מהני גם בזה. וא״כ בכותב בכתובה מאה מנה שהוא הרבה משכר פועלים, לא מהני בשוטה. ולענ״ד צ״ב, דלכאורה שקונה אשה לשמשו בדמי הכתובה, אין זה שכר יומי אלא שכר כללי, לכל זמן שהיא אשתו, ואין זה שכר המרובה מקציצת פועלים אלא חישוב שונה].

ובאמרי בינה (קנינים סי׳ כד, וכן הוא בהגהותיו לדברי חיים מכירה א), הביא ראיה לשיטת הרמב״ם מהירושלמי קדושין א,ג: בעא קומי רבי זעירא, הילך כסף זה שתצא שדך לחירות, א״ל יצאת. שתצא שדך להבקר. א״ל לא יצאת. מה בין זה לזה. זה זיכה לבן דעת, וזה לא זיכה לבן דעת. הגע עצמך, שהיה חרש. א״ל איש. הגע עצמך, שהיה קטן. א״ל דרכו להגדיל. ובפ״מ שם פירש: הילך כסף זה שתצא שדך לחירות, היתה לו שדה משועבדת מיד הלוה, וא״ל אחד הילך כסף זה שתצא שדך לחירות לאיש פלוני מהו. א״ל יצאת, שכן זכין לאדם שלא בפניו. זה זיכה לבן דעת, בשביל זה הלוה, אבל כשאמר תצא השדה להבקר, לא זיכה בה לאדם מסוים כלום. הגע עצמך שהיה חרש, זה הלוה, א״ל איש כתיב בזכייה, ואפי׳ חרש. דרכו להגדיל, ואפי׳ בקטן אמרינן דזוכה בכה״ג, שכן קבלתו של זה גרמה לו. ומבואר מהפ״מ שמלימוד איש ילפינן שאפי׳ חרש הוי איש שאפשר לזכות לו, ולכאורה הוא הדין שוטה. אמנם הרא״ש יפרש, שתשובת רבי זעירא – איש, היינו שאיש ממעט חרש ולא מרבה, והסכים דלא מהני ורק בקטן מהני, שאל״כ אחרי שהתרבה חרש

מאיש, מה הקשה לו מקטן. אך הביא ראיה מהירושלמי ריש תרומות, דממעטים מאיש רק קטן ולא חרש ושוטה, שלהם צריך מיעוט אחר; דבר אל בני ישראל ויקחו לי תרומה כו', מאת כל איש, פרט לקטן, אשר ידבנו לבו פרט לחרש ולשוטה. ומבואר בירושלמי שאף שממעטים קטן מאיש, צריך מיעוט אחר לחרש ושוטה. ולפ"ז חרש ושוטה בכלל איש הם, ולכן הקשה לרבי זעירא, דבשלמא איש מרבים חרש, אבל קטן התמעט מאיש. ולפ"ז יצא ביאור הפ"מ מוכרח בדברי הירושלמי, ודברי הירושלמי דלא כפירוש הרמ"ה שהביא הרא"ש.

עוד הביא האמ"ב ראיה מב"מ ח,א: אמר רבא, השתא דאמרת אמרינן מגו, חרש ופקח שהגביהו מציאה, מתוך שקנה חרש קנה פקח. בשלמא חרש קנה, דקא מגבה ליה בן דעת, אלא פקח במאי קנה. אלא אימא חרש קנה, פקח לא קנה. ומבואר שחרש זוכה ע"י שבן דעת מגביה לו המציאה. וכתב דאין לחלק בין מציאה דיכול לזכות לעצמו, לבין מתנה שאחר מזכה לו. עוד כתב האמ"ב, על מש"כ קצוה"ח דשוטה אתי לכלל דעת לכשישתפה, דא"כ גם נכרי אתי לכלל שליחות כשיתגייר. דלכאורה כן מבואר גם לענין שבת (בשו"ע או"ח סי' רסו,ה), לענין מי שהחשיך לו בדרך, דיתן כליו לחשו"ק. ואם לפניו שוטה וקטן, יתן לשוטה ולא לקטן, דקטן יבוא לכלל דעת. ומבואר מזה לכאורה דשוטה גרע מקטן. וכתב באמ"ב לחלק בין דין שבת לזכיה בממון: "וצ"ל, דודאי קשה לצייר דכל השוטים יבאו לכלל דעת, רק דבאמת כל השוטים יש סיבה המסבב לבלבול המוח לשבש דעתו ומביא אותו לשטותו בסוגים פרטים, ואם נעמוד על הסיבה המסבב שטותו יש בודאי תרופה לרפאותו, ומפרט הלזה חשיב אתי לכלל דעת. ומ"מ יכול להיות שלא נעמוד על סיבת שטותו, וישאר שוטה כל ימי חייו. לכן לענין שבת קטן עדיף משוטה, דקטן ודאי יבוא לכלל דעת, ולכך יהבינן לשוטה, אבל לעין זכיה מהני, כיון דעכשיו איש נקרא, ואם נעמוד על הסיבה אתי לכלל דעת על ידי תרופה, אף דהוי מחוסר מעשה, ושאני עכו"ם דהשתא כו' לכשיתגייר דעת אחרת". ולכן אף שוטה גמור, כיון דאפשר שיבוא לכלל דעת ואינו מופקע מדעת, מהני זכיה ע"י אחר. ומסקנת האמ"ב להלכה דמהני זכיה לשוטה, דכן נראה דעת כל הראשונים, ואף הב"י שהביא דמהני זכיה לשוטה, לא הביא חולקים על זה. וציין לשטמ"ק בכתובות שהביא דברי הרמ"ה שהביא הרא"ש, ולא סיים כסיום הרא"ש דמשמע דוקא אתי לכלל דעת, ואפשר שאף הרא"ש כתב כן למי שיבוא ויחלוק שצריך שיבוא לכלל דעת, דבבר שטיא שהוא עיתים חלים, אתי לכלל דעת: "אבל לענין דינא בלי ספק גם דעת הרא"ש דמהני אף בשוטה גמור, ודברי בנו הטור ז"ל לעד נאמן". דמדלא חלק הטור, משמע שמסכים דמהני זכיה לשוטה ע"י אחר, וכדעת הרמב"ם, והרא"ש אינו חולק בזה על הרמב"ם. גם בשו"מ (מהדור"ב ח"ג סי' סח) כתב דאין לדחות דעת הרמב"ם, עיי"ש.

והגרי״א (באר יצחק חאו״ח סי׳ א,ה) הביא ראיה ממשנה בסוטה כד,א, דיכולים לזכות לחרש ושוטה, מהא דתנן: ואלו שב״ד מקנין להן, מי שנתחרש בעלה או נשתטה או שהיה חבוש בבית האסורין, לא להשקותה אמרו אלא לפוסלה מכתובתה, ר׳ יוסי אומר אף להשקותה, לכשיצא בעלה מבית האסורין ישקנה. ומזה הוכיח הגרי״א שאף חרש ושוטה זוכים ע״י אחר, שאם לא מועיל לזכותם, איך בי״ד יכולים לקנות לנשותיהם, והרי אין זכין לחרש ושוטה ואיך חל כלל הקינוי כשיבריא (עיין שו״ע אהע״ז קעח,יג). ועיי״ש מה שנו״נ בראיה זו. וגם הביא ראיה זו בספרו נחל יצחק (סי׳ צו, ב,ד), וגם הביא שם הראיה מהירושלמי קדושין (עיין לעיל), עיי״ש. וע״ע מש״כ הגרח״ע (אחיעזר, ח״א כח,יד). וע״ע בשדי חמד (מערכת ח, כלל קטו, ד״ה אחר זמן), שהביא מספר מלאכת חרש ראיות כנ״ל לדברי הרמב״ם, ושאף הרא״ש מודה לרמב״ם שיכול לזכות לשוטה ע״י אחר.

מהאמור לעיל עולה דדעת הפוסקים דמהני זכיה לשוטה ע״י אחר, ובפרט שכך פסק בשו״ע ובטור, ורק כמה מהאחרונים הקשו על הרמב״ם בזה. כל זה אם יזכה לו ע״י אחר. אולם אם השוטה עצמו יקנה החפץ, לא מהני מה שדעת אחרת מקנה אותו. כך מוכח מדברי הרמב״ם הנ״ל. והסמ״ע רמג,כט הביא מדברי הלבוש, דיש קנין לשוטה כשאחרים מקנים לו, והקשה עליו, דזה נגד דעת הרמב״ם, השו״ע, הטור והמגיד. ודברי הלבוש הם בע״ש רמג,טז: ״השוטה אינו זוכה לא לעצמו ולא לאחרים, ואם יש דעת אחרת מקנה אותו או שמזכה לו על ידי אחרים – זכה״. וכנ״ל דעת הרמב״ם (זכיה ומתנה ד,ז הנ״ל) והשו״ע (חו״מ רמג,טז) דלא כלבוש.

והראיה דשוטה אין לו יד לזכות לעצמו אפי׳ בדעת אחרת מקנה, כן נלמד מהגמ׳ יבמות קיג,ב, דשוטה אינה מתגרשת, דכתיב (דברים כד,א) ונתן בידה, ושוטה אין לה יד. ומזה מוכח דשוטה אינו זוכה אפי׳ במתנה דדעת אחרת מקנה אותו, כיון שאין לו יד, משא״כ חרש וקטן שהחסרון הוא לא מצד יד אלא כוונה, כיון שבמתנה דעת אחרת מקנה אותם, יכולים לקנות. וראיה זו הביא קצוה״ח רמג,ה.

ורי״מ בתש׳ (תש׳ הרי״מ, לבעל חדושי הרי״מ, חאהע״ז סי׳ כג) כתב, דלכאורה אם דעת אחרת מהני בקטן מהתורה, גם בשוטה צריכה להועיל, דמה שמועילה דעת אחרת בקטן מהתורה הוא דמה דמועיל דעת אחרת מטעם זכיה, דאף שאין אדם זוכה בשלו לאחרים, לענין הכוונה לזכות מועילה כונת המקנה. ובשלמא אם היתה דעת אחרת מועילה בקטן מדרבנן, יש לחלק בין קטן לשוטה, אבל מהתורה לכאורה אין לחלק. וכתב הרי״מ, דשוטה דומה לקטן שלא הגיע לצרור וזרקו אגוז ונוטלו, שבו לא מועילה דעת אחרת מקנה. וכתב שני טעמים שלא יועיל בשוטה ובקטן שלא הגיע לפעוטות, או שאין לו יד כלל, או שכל קנין צריך שיהיה הקנין בעצמו מורה

שנעשה הדבר שלו, ובשוטה וקטן כזה אין הקנין מורה כן. ועיין שם מה שכתב לחלק גם בשוטה בדרגות השוטה, והיינו שאף לע״ש שמועילה דעת אחרת מקנה בשוטה, היינו דוקא בשוטה שיודע להבחין בין צרור וזרקו וכו׳.

לאור האמור, אם הקנה את הבגדים וזיכה להם ע״י אחר, מהני אף בשוטה, ואם נתן להם והם עשו הקנין, נראה להלכה דבכל ענין לא זכה השוטה, אא״כ מדובר בשוטה שיודע להבחין בין צרור וזרקו וכו׳, דבזה ללבוש מהני, ובכל ענין אם מדובר במי שאינם אלא חולים במחלות נפש ואינם בגדרי שוטה וכנ״ל, מהני קנינם.

ה. שכר עבודה

קצוה״ח (רמג,ד ורמג,ו) הביא ראיה מתוס׳ בסנהדרין (סח,ב ד״ה קטן) דקטן יש לו שכר טירחה ומלאכה מהתורה, והוא הדין לשוטה (עיין לעיל). וז״ל התוס׳: ״ועוד משכחת לה שיש לו ממון לקטן, כגון שירש את אביו קודם שנתגייר, כדאמרינן בפ״ק דקידושין (יח,א) דעובד כוכבים יורש את אביו דבר תורה, שנא׳ כי ירושה לעשו נתתי את הר שעיר. אי נמי במעשה ידיו, דמלאכתו ושכר טרחו שלו מדאורייתא״. ומזה ישב קצוה״ח ראית המגיד מדין כתובה שכותב פיקח לשוטה, דהוי כמו שכר טרחה ומלאכה, דלא גרע משוכר שפחה לשמשו, ולכן מהני בכתובה, משא״כ זכיה לשוטה שלא אתי לכלל שליחות (עיין לעיל).

ובקצוה״ח רמג,ד הביא מקונטרס מים חיים (לפרי חדש, בתש׳ סי׳ ד), שמותר ליתן לכהן קטן ה׳ סלעים של פדיון הבן, דהואיל ודעת אחרת מקנה בקטן יש לו זכיה מהתורה. והביא לכך שתי ראיות: תוס׳ גיטין סד,ב (ד״ה שאני), דדעת אחרת מקנה אותם זוכה מהתורה. וראיה מיבמות צט,ב: ת״ר, עשרה אין חולקין להם תרומה בבית הגרנות, ואלו הן, חרש שוטה וקטן טומטום ואנדרוגינוס והעבד והאשה והערל והטמא ונושא אשה שאינה הוגנת לו, וכולן משגרין להם לבתיהם, חוץ מטמא ונושא אשה שאינה הוגנת לו. דאין מחלקים בבית הגרנות, משום זילותא דתרומה, אבל משגרין להם בבתיהם, דקטן זוכה במתנות כהונה. ובקצוה״ח חלק על המים חיים וס״ל דזוכה במתנות כהונה לא מטעם דעת אחרת מקנה, דמתנות כהונה לנותן הוי רק טובת הנאה ואינה ממון, אלא הוי חוב שחייבים לכהן, וכיון שזיכתה בהם התורה לכהנים, הוי כמו ירושה: ״ולכן נראה לענ״ד בטעמא דהך מלתא דחש״ו יש להם זכיה במתנות כהונה, היינו משום דממון כהנים הם וכבר זכתה בהם התורה לכהנים, א״כ אפילו כהן קטן נמי, כמו בירושה דאית להו, וכי קא זכו מדידהו קא זכו. וכן בחמש סלעים דבן, כיון דחוב הוא לכהנים, א״כ קטן נמי אית ליה זכיה, ועיין תוס׳ ריש פרק בן סורר (סנהדרין סח,ב ד״ה קטן אי אתה צריך לחזור אחריו), שהקשו

מנא ליה להאי קטן ממון, וע״ש שכתבו במעשה ידיו דמלאכתו ושכר טרחו שלו מדאורייתא ע״ש. ומבואר מזה דכל שמגיע לו עבור שכירות הוי שלו, וזכה במה שנתן לו בעה״ב כיון דמגיע לו, א״כ ה״ה חוב דפדיון הבן זוכה הקטן במה שניתן לו עבור חוב, דגבי פדיון הבן נמי שעבודא דאורייתא כמו בשאר חובות״.

והמשיך קצוה״ח לחלק בין מתנות עניים למתנות כהונה, דמתנות עניים דכתיב (ויקרא יט,י) לעני ולגר תעזוב אותם, אינו אלא עזיבה שיזכו בו בעצמם, ולכן כל שאין לו יד לזכות לא זכה. משא״כ במתנות כהנים דלא כתיב בהם עזיבה, הרי הם ממון כהנים ממש, ולכן גם שוטה זוכה במתנות כהנים: ״ומתנות כהונה כעין שכירות לכהנים חלף עבודה, ואפילו כהנים שפסולין לעבודה נמי יש להם זכיה, וכבר כתבו תוס׳ דיש לקטן זכיה עבור שכירות, ולא אמרינן נהי דיש לו חוב, אבל אכתי היכי זוכה במה שנותן לו בעה״ב. אלא צ״ל דכיון דמגיע לו עבור החוב, זוכה במה שנותן לו בעה״ב, והכי נמי זוכה חש״ו במתנות כהנים שלהם ולא כן במתנות עניים״. מבואר דזכיית כהנים במתנות כהונה הוא חלף עבודה והוא כשכר, ואינם צריכים לזכות אלא הוא חוב ושעבוד כלפי הכהנים, ובכללם קטנים ושוטים, שזוכים מכח החוב שחייבים להם, ואף באין להם יד לזכות, זוכים במתנות כהונה.

ובערוה״נ (סנהדרין סח,ב, ד״ה בא״ד א״נ) הקשה, דאם לקטן אין זכיה, איך זוכה באמת במעשה ידיו: ״ק״ק, כיון דהשתא לפי הך שיטה קיימינן דקטן אין לו זכייה מן התורה כלל, דאי יש לו לא נצרך לאוקמא במעשה ידיו דוקא, ואי אין לו, א״כ שכר מלאכתו מאן מזכי ליה״. גם צ״ע מה שייך בקטן חלף עבודתו, הרי קטנים לאו בני עבודה נינהו, עיין בנתיבות רמג,ח שהקשה כן. אמנם לענין עצם זכיה של קטן בשכר מלאכה שעשה לאחר, לכאורה י״ל דשכר מלאכתו הוי כמו ירושה, ואינו צריך לזכות, דמלאכתו זיכתה לו, כמו שמיתת מורישו מזכה אותו בירושה. דכל דבר שרוצה הקטן לחדש ולקנות, לא מהני זכייתו, וכן בשוטה אף בדעת אחרת מקנה אותו, כיון שיש כאן חידוש של בעלות על הדבר. אולם כאשר מציאות הבעלות שלו על הדבר כבר קיימת, ורק בפועל לוקח לרשותו, אין במעשהו מעשה של קנין וזכיה, ולכן מהני באינו בן דעת ושכר מלאכתו כבר זכה חלף עבודתו, משא״כ במקום שרוצה לחדש בעלות וקנין על חפץ, צריך שיהיה בן דעת. ודבר זה מבואר גם בתש׳ שו״מ (מהדורת״ל ח״ג סי׳ ח): ״ששכירות אין צריך דעת אחרת מקנה, והרי הוא שלו כמו כל דברים שהן שלו, די״ל הרויח או ירש וכדומה, ואטו מותר לגזול הקטן, וא״צ לזה דעת אחרת מקנה ... והמעיין ברשב״א בתשובה יראה ששכירות א״צ לבא מכח דעת אחרת מקנה, רק שזה שלו מכח ששכרו והרויח בפעולתו כמו כל דבר שהרוויח, וז״ב ופשוט״. ומזה מבואר שאין בזכייתו בשכר מלאכתו פעולה של זכיה וקנין,

שהדבר כבר שייך לו כבר קודם, כמו ירושה שירש ממורישו, ולכן אף בשוטה מהני מה ששכר מלאכתו בידו, והרי הוא שלו.

והדברים מתבארים מדברי הרשב״א בתש׳ (ח״ג סי׳ צט). הרשב״א נשאל במי שמעכב שכר עבודה של קטן, אם מוציאים אותו בדיינים, או דהוי רק גזל מפני דרכי שלום. והשיב הרשב״א, דדבר שהוא משכר מלאכתו הוא של הקטן, ומי שמונע ממנו ולוקח ממנו שכר מלאכתו, הרי זה גזל גמור: ״במה שהוא שלו, בין שהיה שלו בין שהרויח משל אחרים בשכירותו, הרי הוא שלו גמור. וקטן שנשכר אצל אחרים ונתנו לו שכרו ובא אחד וגזלו ממנו, התעלה על דעתך שאין בו אלא משום דרכי שלום כמציאתו, ובשכיר לא תלין פעולת שכיר אתך כתיב, דמיניה דרשינן כל שפעולתו אתך כדאיתא בפרק המקבל, ועוד מאחיך כתיב, וקטן מאחיך הוא״. ודברי הרשב״א הובאו בב״י וברמ״א חו״מ סי׳ ער,א, דשכר מלאכתו הוא שלו לגמרי. והיינו שאינו מכח פעולה קנינית, אלא עבודתו היא הגורמת, כמו מיתת המוריש, וכמו הגוזל ירושה שירש קטן, שהוא גזל גמור, הוא הדין מה שזכה הקטן חלף עבודתו שהוא שלו לגמרי, דאינו צריך לפעולת קנין של זכיה, שהוא שלו מכח עבודתו.

ועיין עוד באור שמח (גו״א יז,יג) שהסתפק בעבד של קטן, שנותנים לו מתנה או מצא מציאה, אם זכה הקטן. והסתפק לשיטת המגיד (זכו״מ ד,ז) והתוס׳ (גיטין סה,א ד״ה ופדו) דבמציאה לא קונה הקטן מהתורה, דמהתורה קונה רק בדעת אחרת מקנה, דזכיה של האדון הקטן מכח העבד אינה דעת אחרת אלא זכיה ממילא, או נאמר שזכית עבדו נחשבת כדעת אחרת מקנה. וכן קטן שהוא פחות מצרור וזרקו, שאינו זוכה אפי׳ בדעת אחרת מקנה, יש להסתפק אם יד עבד כיד רבו, וכמו שלקטן עצמו אין יד, כך גם יד עבדו לא מהני: ״או דנימא דהוי כשכר פעולתו של קטן דזה זכי מן התורה, וכמו שכתבו התוס׳ ריש פרק בן סו״מ (סנהדרין סח,ב ד״ה קטן), וצ״ע״. ומבואר שלמד דבשכר פעולתו אין צריך יד, ואף פחות מצרור וזרקו זוכה בשכר פעולתו, והוא הדין שוטה.

ובנתיבות רמג,ח, כתב להקשות על מה שדימה קצוה״ח פרעון לשוטה לגט לאשה שוטה, דבגט צריכה להיות יכולה לשמור גיטה, ובלא זה אין צריך דעתה למעט מה שיכולה לשמור גיטה, משא״כ בפרעון חוב אינו יכול לפרוע למלוה כשנשטתה המלוה, דאף שפרעון בעל כרחו הוי פרעון, כשזורקו לפני המלוה במקום שאינו יכול לשומרו לא נפטר מחובו, ונתינה לשוטה הרי זה כנותנו למקום שאינו יכול לשומרו דמי. וכן חילק בנתיבות לענין נתינת מתנות כהונה לקטן, דאם נתן לכהן קטן מתנות כהונה, והכהן הקטן לא אכלם אלא נאבד ממנו, לא יצא ידי נתינה, דכל שלא זכה הכהן הקטן, לא יצא ידי נתינה, דלישראל יש רק טובת הנאה, וטובת הנאה

אינה דעת אחרת מקנה, דנותן לכהן את אשר שייך לכהן, ולכן אין הכהן הקטן יכול לזכות מכח דעת אחרת מקנה. משא"כ אם יאכל הכהן מתנות כהן, קנאן הכהן הקטן באכילתו ויצא הישראל ידי נתינה, דהתורה לא חייבה אותו לזכות לקטן, שהרי גם אם תקפו כהן יצא ידי נתינה, אך כיון שהכהן נהנה ממתנות הכהונה, יצא הישראל ידי נתינה, עיי"ש. וע"ע בתש' חת"ס (חיור"ד סי' רצב), ובאמרי בינה (הל' פדיון הבן סי' ה ד"ה אולם).

ו. השאיר חפצים במוסד

ובענין אם לאחר שהתרה בהם ובקרוביהם שיבואו ויקחו את החפצים, אם יכול לזרוק את החפצים, דאף אם יאוש לא מועיל, מ"מ יכול לדרוש שלאחר עזיבתם את המוסד, יקחו את החפצים, וככל שלא באו לקחת את החפצים, אף אם מדובר בשוטה שיאוש לא מהני ואין המוסד יכול לזכות בהם, מ"מ השאלה אם יכולים להוציאם ולזרקם, בפרט באופן שהחפצים אינם ברי שימוש.

איתא בב"מ קא,ב: ההוא גברא דזבן ארבא דחמרא. לא אשכח דוכתא לאותוביה. אמר ליה לההיא איתתא, אית לך דוכתא לאוגרי. אמרה ליה, לא. אזל קדשה. יהבה ליה דוכתא לעייליה. אזל לביתיה, כתב לה גיטא. שדר לה. אזלא איהי אגרא שקולאי מיניה וביה, אפיקתיה ואותביה בשבילא. אמר רב הונא בריה דרב יהושע, כאשר עשה כן יעשה לו, גמולו ישוב בראשו, לא מיבעיא חצר דלא קיימא לאגרא אלא אפילו חצר דקיימא לאגרא אמרה ליה, לכולי עלמא ניחא לי לאוגורי ולך לא ניחא לי, דדמית עלי כי אריא ארבא. ובהסבר ההו"א של הגמ' לחלק בין חצר דלא קיימא לאגרא לחצר דקיימא לאגרא, נראה לומר דבחצר דלא קיימא לאגרא, מוכח מילתא טפי שהשכירה לו רק על דעת כן, משא"כ בחצר דקיימא לאגרא, רצתה להשכיר לכל מי שישכור אלא העדיפה את זה שרצה לשאת אותה. וע"ז השיבה הגמ' דיש גם בזה פגם מהותי, דכיון שרימה אותה, אינה רוצה שבחצרה המושכרת יגור אדם שרימה אותה כ"כ, דדמית עלי כי אריא ארבא.

והנה בנדון הגמ' היתה שכירות, רק היתה לכאורה שכירות בטעות, אולם לכאורה הוא הדין בכל שכירות שהסתיימה, שהכניס את החפצים ברשות לתקופת השכירות, ולאחר תקופת השכירות השאיר את החפצים בדירה, שגם בזה אף שאין כאן שכירות שלא כהוגן ומקח טעות בשכירות, מ"מ ודאי שעל דעת כן לא התיר לו להכניס חפציו, שישאירם עד לאחר זמן השכירות, ויהיה הדין כנ"ל.

והשאלה אם מה שעשתה הוא מעיקר הדין, שמאחר והשיג את השכירות ברמאות, ולמעשה היה אמור בתמורה לשכירות לשלם בנישואין, ולסוף שדר לה גיטא,

והרי זה כשולח שיק על דמי השכירות ומבטלו, וכאשר למעשה לא ממלא השוכר את חובתו בהסכם השכירות, יכול המשכיר להוציא חפציו. או כיון שכבר נשאה, הרי מילא חובתו, רק לא לפי כוונת הצדדים, ע"כ שלא מעיקר הדין, כאשר עשה, כן יעשה לו. והראשונים בגיטין מ,א-ב כתבו דלשון כאשר עשה כן יעשה לו, היינו דמדינא עשתה כן, כך כתבו התוס' גיטין מ,ב ד"ה וכתב, הרמב"ן והריטב"א (בע"א). וצ"ל דאף בעשה השוכר שלא כהוגן, ולא נהג בהגינות בעצם השכירות, יכול המשכיר לבטל השכירות ולהוציא חפציו. ומ"מ דוקא כאשר השוכר מפר תנאי מתנאי השכירות, שעל דעת כן השכירו לו, אבל מצב שנוצר לאחר קנין השכירות, ואינו תלוי בעצם קנין השכירות, אינו מבטל את השכירות. עיין בנימוק"י ב"מ (נט,א בעמוה"ר) ובריטב"א בסוגיא, וז"ל: "פירוש, שאף בשעת השכירות גלתה דעתה שאינה רוצה להשכירה, וכיון דכן אנן סהדי כי מה שעשתה מפני הקידושין עשתה, וכאילו התנת בפירוש דמי, הא אילו השכירה לו סתם קודם קדושין ואח"כ קדשה, לא כל הימנה לעשות כן, אטו המשכיר או המשאיל בית לחברו לזמן ידוע כשהוא אוהבו ואח"כ היתה מריבה ביניהם, כלום יכול להוציאו מן הבית שהשכיר או שהשאיל לו, הא ודאי ליכא למימר". אמנם נראה דכל זה תוך זמן השכירות ונפלה קטטה ביניהם, אבל לאחר זמן השכירות, יכול להוציא חפציו מדינא, ואין דומה לאוהבו ונעשה שונאו.

גם נראה דהוא הדין בכל שוכר ומשכיר, דכל מה שמשכיר לשוכר הוא על דעת שישלם לו תשלומי שכר דירה מדי חודש בחודשו, וכאשר אינו משלם לו, אנן סהדי דע"ד כן לא היה משכיר לו. והוא הדין לכל תנאי מהותי בשכירות שמפר השוכר. והחידוש כאן, דאף שקדשה ולמעשה קיים התנאי, כיון שאח"כ גרשה, אנן סהדי דבכה"ג לא הוי קיום התנאי. אבל הוא הדין בכל הפרה של תנאי מהותי מחוזה השכירות, כשאנן סהדי שעל דעת כן לא היה משכיר לו, יכול להוציא חפצי השוכר ולבטל השכירות. והוא הדין אם משאיר את חפציו לאחר תם מועד השכירות, דאין לו רשות להניחם שם, והרי זה כזר ופולש למקום שאינו שלו.

ולכאורה מה שיכול להוציא חפציו של שוכר, הוא מדין עביד אינש דינא לנפשיה,

לא מיבעיא לשיטת הרא"ש ב"ק ג,ג, וכוותיה פסק המחבר חו"מ ד,א, דאפילו אין הפסד אם יעמידו לדין, אם יכול לברר שהוא שלו, עביד דינא לנפשיה. אלא אפילו לשיטת המרדכי והנימוק"י (ב"ק יב,ב בעמוה"ר), הובאו דבריהם ברמ"א שם, דלא אמרינן עביד אינש דינא לנפשיה רק בחפץ המבורר לו שהוא שלו, כגון שגזלו או רוצה לגוזלו או רוצה להזיקו, יכול להציל את שלו, משא"כ אם כבר נתחייב לו מכח גזילה או ממקום אחר, בנדו"ד כיון שעשה השוכר שלא כהוגן ונהג מנהג רמאות, השכירות בטלה, וכל מה שנמצאים כעת חפציו בחצר המשכיר הרי זה בתורת "רוצה לגזלו", ויכול לעשות דין לעצמו להוציא את חפצי השוכר.

ומדברי הראשונים והאחרונים נראה דדין זה דיכול להוציא המשכיר חפצי השוכר

הוא דוקא כשהטעהו ונהג בו מנהג רמאות, וכלשון הריטב״א שלא רצתה האשה להשכיר, ורק כשהטעה אותה ואמר שישאנה, הסכימה להשכיר. וכן הרמב״ם בהל׳ שכירות ז,ז מדמה הכנסת פירות לחצר בעה״ב שלא מדעתו, להטעהו למשכיר עד שהכניס פירותיו: ״מי שהכניס פירותיו לבית חבירו שלא מדעתו, או שהטעוהו עד שהכניס פירותיו והניחם והלך ...״. ועיין בתש׳ חוות יאיר סי׳ קסה מש״כ בזה. ואפשר דכל תנאי בשכירות דידעינן שאם לא יתקיים, אינו חפץ להשכיר לו, הוי כהטעהו. ולכאורה גם חריגה מזמן השכירות שמשאיר חפציו במקום, הוי כדין הטעהו לענין זה.

ובסמ״ע שיט,א הביא את רבינו ירוחם שהביא חולקים הסוברים דהיינו דוקא בחצר

דלא קיימא לאגרא, ומטעם עביד אינש דינא לנפשיה, אבל לא בחצר דקיימא לאגרא. והביא הסמ״ע דאף מהרא״ש והטור משמע שאף בחצר דלא קיימא לאגרא, נהי דיכול להוציא חפצי השוכר ולעשות דין לעצמו, אבל אינו רשאי למכור מגוף הסחורה לשכור בדמיה פועלים להוציאו, וגם אינו רשאי להוציא חפצי השוכר למקום הפקר שיופסדו שם: ״ודוקא היכא שהטעה לבעה״ב שעשה שלא כהוגן, אמרינן שכאשר עשה כן יעשה עמו דבר שלא כהוגן״.

ונראה דהסמ״ע מפרש שהטעהו, שמלכתחילה ידע שהאשה משכירה רק ע״ד שישאנה,

וקדשה כדי להטעותה, אבל באופן שהסתיימו לשוכר ימי השכירות ולא הוציא חפציו, בזה אף שיכול לעשות דין לעצמו, בקיימא או בלא קיימא לאגרא לפי הראשונים הנ״ל, מ״מ אינו רשאי להפקיר או למכור ולשכור פועלים בתמורת מכירת חפצי השוכר, ועיין בחוות יאיר הנ״ל. וע״כ אם הטעהו בענין תשלום השכ״ד, כגון שאמר שישלם בתחילת כל חודש, ואמדינן לדעת משכיר דזה תנאי מהותי בשכירות ובלא״ה לא ישכיר, הרי עושה שלא כהוגן ושרי להוציא חפציו ולמכרם. אמנם אם התנה שישמור על הדירה ונראה שאינו מתחזק את הדירה כראוי, צ״ע בכל מקרה לגופו אם להחשיבו כעשה שלא כהוגן. ולכאורה מסוגיא דידן מוכח, מהא דיכולה למכור חפצי השוכר אפילו בחצר דקיימא לאגרא, דדמית עלי כי אריא ארבא, דבכל דבר שיש לה טענה דאנן סהדי שאינה רוצה שיגור כזה בחצרה, והמודד הוא גם אם דמית עלי כאריא ארבא. וצריך לבחון גם אם עשה שלא כהוגן, וגם אם דמית עלי כאריא ארבא. ובלא קיימא לאגרא, סגי בעשה שלא כהוגן. ולפ״ז גם בנדו״ד ברור שאינם רוצים שיהיו במקום חפצים של מי שכבר אינו שוהה במקום, ואנן סהדי שאינו נותן לו רשות לכך, ודאי יכול לפנותם.

אמנם מדברי הרמ״א חו״מ שיב,ט, נראה דבכל דבר שהזכיר בתחילת השכירות, יכול

להוציאו בכהאי גוונא. הרמ״א הביא את דברי הריטב״א והנימוק״י הנ״ל בענין

מי שהשכיר מפני שהיה אוהבו ונעשה שונאו, דאין יכול להוציאו מן הבית, והוסיף הרמ"א: "ואם א"ל מתחילה שאינו משכיר לו רק משום שהוא אוהבו ונעשה שונאו, יכול להוציאו". ומבואר מהרמ"א דדברי הריטב"א והנימוק"י היינו דוקא באומד הדעת שהשכיר לו מפני שהוא אוהבו, דבכהאי גוונא אינו תנאי מהותי בעצם השכירות, דאפשר דגם אם אינו אוהבו היה משכיר לו, אבל באומר להדיא שמשכיר לו מפני שהוא אוהבו, הרי זה כתנאי מהותי בעצם השכירות, שאם לא התקיים, יכול להוציאו. ולכאורה הרי דברי הריטב"א והנימוק"י מוסבים על סוגיא דידן, וא"כ באמר להדיא שמשכיר מפני שהוא אוהבו, יכול גם להוציא חפציו ולהפקירם או למכרם. ויוצא מדברי הרמ"א, שאף אם לא היתה הטעיה, ובשעת השכירות היה אוהבו, אלא שאח"כ נוצרה שנאה בין המשכיר לשוכר, אף שלא הטעהו, מ"מ יכול להוציאו בדרך המבוארת בסוגיא. או שהרמ"א ס"ל דיכול להוציאו וחשיב כסוף תקופת השכירות, אבל אינו יכול להוציא חפציו ולמכרם או להפקירם. ועיין בט"ז שיב,ט דדוקא בנגרמה השנאה ע"י השוכר, שהוא גרם לכך והוי דומיא דשדר לה גיטא, דדוקא בכגון זה שייך לומר שעשה שלא כהוגן, משא"כ אם השנאה בגרמת המשכיר, עיי"ש.

ובקצוה"ח שיט,א הקשה על דברי הרמ"א, דכיון דלא התנה בדיני התנאים, איך מועיל מה שמפרש מפני שהוא אוהבו, הרי כל שאינו כתנאי בני גד בתנאי כפול, המעשה קיים והתנאי בטל. והביא ראיה לזה מדברי מהרי"ק (סי' קפא), עיי"ש. וחילק קצוה"ח בין גילוי דעת גמור, כנדון סוגיא דידן, דבזה לא בעינן תנאי כפול, לבין אמירה סתמית. דבנידון הגמ' האשה לא רצתה להשכיר לו, והשכירה רק מפני שענה לבקשתה להנשא לו, אבל באמירה סתמית, אין כאן גילוי דעת גמור, ובעינן למשפטי התנאים. ובקצוה"ח רצה להביא ראיה לשיטת הרמ"א מההוא דבעי למיסק לארץ ישראל ומכר קרקעותיו (קדושין מט,ב ושו"ע חו"מ רז,ג), רק כתב דהיינו דוקא בקרקע שאין דרך למכור קרקעותיו, ע"כ סגי באמירה, משא"כ במטלטלין בעינן למשפטי התנאים, א"כ שכירות בתים לא גרע ממכירת מטלטלין, דאע"ג דמפרש בשעת מקח אדעתא דלילך למקום פלוני, דלא מהני אלא א"כ התנה בדיני תנאי ומשום דדרך למכור מטלטלין, וא"כ שכירות בתים דקיימא לאגרא הרי הוא כמטלטלין ולא מהני מפרש בשעת שכירות. וע"כ הסיק בקצוה"ח דקשה להוציא את השוכר תוך זמנו, ולא מיבעיא שאין המשכיר יכול להוציא חפצי השוכר ולהפקירם או למכרם, אלא אפילו להוציאו תוך זמנו אינו יכול.

ובנתיבות שיב,ז כתב לחלק, דהרמ"א מיירי באופן שהבית לא היה עומד אצלו להשכיר, והשכיר לזה רק משום שהוא אוהבו, וגם גילה דעתו שמשכיר לו רק משום שהוא אוהבו, דדמי לגילוי דעת של מי שמכר קרקעות כדי לעלות לארץ ישראל, דאיכא אומדנא דמוכח, וכן הנדון בסוגיא דידן, שלא רצתה להשכירו עד שיקדשה

תחילה, אבל בסתם משכיר בית שעומד להשכרה, אפילו אם אומר בפירוש מחמת שהוא אוהבו, ואפילו אמר תנאי בפירוש, לא מהני עד שכופל לתנאי. וכן שם אם האשה היתה משכירה לו קודם שקידשה, אפילו אם היתה אומרת הריני משכירה לך אם תקדשני, התנאי בטל והמעשה קיים, כל שלא היה כדין משפטי התנאים, וליכא אומדנא דמוכח כגון שהדבר עומד להשכיר, ורק כיון שלא הסכימה להשכיר עד שיקדשנה ממש, אם שדר לה גיטא, יכולה להוציאו והפקיר או למכור חפציו. ולכאורה מהא דאמרה הגמ׳ דאפילו עביד למיגר יכולה לעשות כן, דדמית עלי כי אריא ארבא, א״כ אפילו קדשה אח״כ ג״כ דמית עלי כי אריא ארבא, וצ״ע. ומ״מ לפי הנתיבות אין המשכיר יכול לסיים באופן חד צדדי את השכירות אם השוכר לא פרע בזמנו, אא״כ התנה שלא יכנס לבית עד שיביא לו את הפרעון, והביא לו שיק ואח״כ בטלו או כה״ג, או שהתנה כמשפטי התנאים שיכול להוציאו. אבל בלא״ה אין אומדנא דמוכח. ואפשר דתשלום דמי השכירות דמי למוכר קרקעות דבעי למיסק לארעא דישראל, דבזה הוי אומדנא דמוכח שמשכיר רק עבור תמורת השכר, ובלא״ה לא, ולא בעי טפי מאמירה, וצ״ע.

ומדברי השבות יעקב בתש׳ ח״ג סי׳ קעט נראה שאי תשלום דמי השכירות הוי פגם בתנאי מהותי בעצם השכירות. השבו״י נשאל במי ״שהוצרך מאד למעות להתפרנס מהם״, והשכיר את ביתו, והתנה עם השוכר שיתן את כל תמורת השכירות לכמה שנים, ונודע הדבר לבע״ח של השוכר, שעיקל את מעות השוכר, וע״כ רוצה המשכיר לבטל השכירות, גם בטענה שהשוכר גילה את השכירות ותנאיה לבע״ח, והוא זה שגרם לעיקול המעות בפשיעתו. והשיב השבו״י: ״נ״ל פשוט דהדין עם המשכיר. פשיטא אם יש לברר שהשוכר גילה הדבר לבע״ח שהשכירות בטל, אף דמבואר בחו״מ שפח,יב בהג״ה דכל כה״ג לא מיקרי מסור, שהרי לא הפסידו רק שהוצרך לשלם מה שחייב לשלם, מ״מ רעה גדולה עשה ובודאי אדעתא דהכי לא השכיר לו שיעשה לו רעה גדולה כזו. ויותר מזה מצינו בחו״מ שיב,ט׳ בהג״ה, דאם השכיר לו בשביל שהוא אוהבו ונעשה שונאו, השכירות בטל. וכל שכן בזה שדמי לו כארי אורב לגלות מסתירין, אלא אפילו אם נעשה העיקול שלא בידיעת השוכר, ג״כ השכירות בטל אף שהוא נאנס ואונס רחמנא פטריה, מ״מ המשכיר ג״כ פטור, דאין לחייבו לאחר בשביל אונסו. וכן כתב הש״ך בחו״מ סו״ס כא עיי״ש. וכן פי׳ בתשובות צ״צ סימן לט. ועיין בחו״מ רז,ג דבמוכר קרקעותיו מהני גילוי דעת, עיי״ש. הוא הדין בשוכר קרקעות י״ל דמהני גילוי דעת״.

מבואר בשבו״י דבשכירות קרקעות מהני גילוי דעת באמירה, וזה כרמ״א בסי׳ שיב,ט. אמנם נראה דלהלכה אף לקצוה״ח והנתיבות יוכל לבטל השכירות, דבנדון השבו״י הרי גילה דעתו שכל מה שרוצה להשכיר לשנים רבות, כדי לקבל את המעות

מראש, והוי גילוי דעת גמור. וע״כ כל עוד אינו נותן לו המעות, יכול לבטל השכירות, דבזה ודאי אנן סהדי שלא היה משכיר. אבל להוציא חפצי השוכר ולהפקירם או למכרם, אם אינו משלם איזה חודש, צ״ע, ואף שנראה דבכגון זה דמית עלי כי אריא ארבא, מ״מ צ״ע לעשות כן לעצמו בלי שבית דין מזמין את השוכר לד״ת ומתרה בו וכו׳. בפרט שא״כ כ״א יעשה דין לעצמו, ועקב איחור של כמה ימים בתשלום השכ״ד, או כל הפרה של תנאי כזה או אחר, יוציא חפצי השוכר ויפקירם, וזה ודאי אסור לעשות כן. ע״כ להוציא אם הטעהו או הכניס שלא מדעתו או הסתיים זמן השכירות, אין לעשות דין לעצמו ללא אישור של בית דין. ובכל ענין ראוי ונכון לעשות שאלת חכם איך לפעול בהפרה של תנאי כזה או אחר מתנאי השכירות. אולם בנדו״ד שמדובר בחפצים שלכאורה זניחים, כגון בגדים וכד׳, וכבר התרו בקרובי החוסה וכן בחוסה, ועברו שלושים יום ולא התיחסו, יכולים להוציאם מחוץ למוסד, בפרט שכאמור מדובר בחפצים שאינם בעלי ערך של ממש.

והנה נחלקו הראשונים אם צריך המשכיר להודיע לשוכר שמוציא את חפציו לחוץ.

הרמב״ם בהל׳ שכירות ז,ז, כתב וז״ל: ״מי שהכניס פירותיו לבית חבירו שלא מדעתו, או שהטעוהו עד שהכניס פירותיו והניחם והלך, יש לבעל הבית למכור לו מאותן הפירות כדי ליתן שכר הפועלים שמוציאין אותן ומשליכין אותם לשוק, ומדת חסידות הוא שיודיע לבית דין וישכירו ממקצת דמיהן מקום משום השב אבידה לבעלים, אע״פ שלא עשה כהוגן״. [ומה שהוסיף הרמב״ם הכניס פירותיו שלא מדעתו, הוא דבר שאינו מפורש בסוגיא, והרמב״ם הוסיפו, שהשוה בין הטעיה להכנסה שלא מדעתו, עיין סמ״ע שיט,א. ובט״ז שיט כתב דמקורו מהגמ׳ ריש פרק המניח, בממלא חצר חבירו בכדי יין וכדי שמן, דמשבר ויוצא משבר ונכנס, והכי קיי״ל למ״ד עביד אינש דינא לנפשיה].

והרא״ש ב״מ ח,כו כתב: ״וצריכה להודיעו. ואם נאנס אחר שהודיעה היא פטורה״.

והאור שמח (שכירות ז,ז) הקשה על שיטת הרא״ש מהא דקיי״ל בב״ק ל,א דהמכסה בורו בדליו של חבירו ובא בעל דלי ונטל דליו, חייב בעל הבור, ואע״ג דידע לבעל הבור אינו צריך להודיעו שנטל דליו, כיון שכיסה בדלי של חבירו שלא ברשות. ומסתברא דהוא הדין לענין הפירות עצמן שהכניסן שלא ברשות דאינו צריך להודיעו. וכתב דדעת הרא״ש דאם ראובן לקח כלי של שמעון וסמך חבית של יין, ובא שמעון ונטל כלי שלו, ונשברה חבית היין, דחייב שמעון דהיה לו לסמכו בדבר אחר. ומחלק הרא״ש בין נידון זה למש״כ הגמ׳ ממכסה בור בדלי של חבירו, דבנדון דידיה ברי היזקא, משא״כ בנוטל הדלי מהבור, לא הוי ברי היזקא; ״וא״כ כאן נמי דומה להך דדלי ... ובהך עובדא דהשואל (ב״מ קא,ב) בקדשה ויהבא ליה דוכתא, אולי סבר הרא״ש דלא הו״ל לאסוקי אדעתיה דתיפוק לחמרא, כיון שהכניס ברשות,

אבל בהכניס שלא ברשות לא פליג דאין צריך להודיע, וזה ברור לדינא״. הרי שחילק האו״ש בין הכניס ברשות והטעה, להכניס שלא ברשות, דבהכניס ברשות לא היה לשוכר להעלות בדעתו שיוציא חפציו ויפקירם או ימכרם, וע״כ הו״ל ברי היזקא אם יפקירם בלי שיודיע לשוכר, משא״כ בהכניס שלא ברשות, כיון שיודע שיפקירם או ימכרם, יתכן שיבוא לקחת חפציו, ולא הו״ל ברי היזקא.

ובמחבר חו״מ שיט,א הביא דעת הרמב״ם, והרמ״א הביא דעת הרא״ש בלש׳ וי״א.

וכתב הסמ״ע שם ס״ק ב, דמוכח דס״ל לרמ״א דפליגי הרא״ש והרמב״ם, דדעת הרמב״ם שאינו צריך להודיעו אלא ממידת חסידות, ואף בלא הודיע פטור, ודעת הרא״ש דצריך להודיע לשוכר מעיקר הדין, ואם לא הודיע ונאנס, חייב לשלם. וכתב הסמ״ע דלא פליגי הרמב״ם והרא״ש, דדעת הרמב״ם שאין צריך להודיע לשוכר כלל, אלא אם ירצה יודיע לבית דין שרוצה להוציא חפצי השוכר, אבל לשוכר אין צריך להודיע אפילו ממידת חסידות, שהרי לא רוצה שהשוכר יבוא ויכנס לביתו של המשכיר להוציא חפציו. ולזה גם הרא״ש מודה, אלא שהוסיף שלאחר שהוציא חפצי השוכר לשוק, חייב להודיעו שיקח חפציו מהשוק, ואם לא יודיעו, חייב באונס, דלאחר שהוציא חפציו לשוק, כבר אין לו טעם לא להודיע מחשש שיכנס לביתו, ולזה גם הרמב״ם מודה, עיי״ש. וכן כתב הב״ח חו״מ סי׳ שיט, דאם לא הודיע אחר שהוציא לשוק ונאנסו, חייב מדינא דגרמי ומזיק בידיים. ומידת חסידות שכתב הרמב״ם היינו קודם שהשליכם לשוק.

ובקצוה״ח שיט,ג כתב דמדברי הרמב״ם משמע שאין צריך הודעה כלל, וכן הביא מדברי הראב״ד בשטמ״ק שאין צריך הודעה כלל, וראיה דבסוגיא דידן לא הודיעה האשה לשוכר שמוכרת פירותיו, וז״ל הקצוה״ח (דברי השטמ״ק): ״האי מעשה דהאי גברא זבין ארבא דחמרא אייתי ליה הכא, משום דהאי איתתא אפיקתיה לחמרא לאלתר ולא אודעיה כלל, ואע״ג דאמרינן בכרכים צריך להודיע י״ב חודש כו׳, ושואל כשוכר דמי כו׳, הכא כיון דשלא כדין עבד וברמאות כאשר עשה כן יעשה לו, הראב״ד. וכ״כ ריטב״א בחידושיו (ד״ה ההוא גברא) עיי״ש. ולישנא דלא אודעיה כלל משמע דס״ל דלא בעי הודעה כלל לא בתחלה ולא בסוף, וזה נראה נמי דעת הרמב״ם וכמ״ש הב״י, ועיקר הודעה אינו אלא ממדת חסידות״. ועיין באולם המשפט שיט,א שהראשונים (וגם מה שמוכח מהסוגיא) דס״ל דלא בעי הודעה, היינו קודם שמוציאה לשוק, אבל אחר שמוציאה לשוק, גם הראב״ד מודה דבעי הודעה. ובט״ז כתב לחלק ולהכריע, דאם צריך המשכיר את המקום, אין צריך להודיע, אבל באינו צריך את המקום שעליו חפצי השוכר, צריך להודיעו קודם, אא״כ עשה שלא כהוגן וכנידון סוגיא דידן, עיי״ש, ועיין בדברי משפט מה שהקשה עליו. ובכנסת הגדולה הגב״י

שיט,ב כתב דאם השוכר אינו בעיר, מדינא חייב להודיע לבית דין, אף לשיטת הרמב"ם, עיי"ש.

ובאגרות משה חחו"מ ח"ב סי' נו כתב דהרמב"ם והרא"ש פליגי דוקא באופן שהשוכר בעיר, דהרמב"ם ס"ל דכיון שהוא בעיר, ודאי יודע שבעה"ב ישליכם לחוץ, ואף שיש קצת ספק דאולי סומך בעל הפירות שלא ישליכם לחוץ, סובר הרמב"ם שאין לו לחוש לכך, דאף אם היה לו לבעל הפירות ספק, היה לו להיות כאן ולראות מה יעשה בעה"ב עם פירותיו, ולכן רשאי לסמוך לכתחילה להשליכם לחוץ, ואם לא בא לכאן הוא כאבדה מדעת. אמנם כיון שרואה אחר שהשליכם לחוץ שלא בא בעל הפירות ליקח פירותיו, ניכר קצת שסמך בעל הפירות שלא ישליכם לחוץ, וע"כ חייב ממידת חסידות להודיע לב"ד והם ישכרו מקום. והרא"ש סובר דיש לו לחוש שמא סומך בעל הפירות שבעה"ב לא ישליך לחוץ, וההודעה אינה אלא אחרי שאינו רואה אותו בא למקום הפירות. ומסיק האגר"מ, דדוקא כשבעל הפירות בעיר, שיטת הרמב"ם והמחבר דאין צריך להודיע רק ממידת חסידות, אבל כשאינו בעיר, לכ"ע אסור לו להוציא לשוק ללא הודעה.

מהאמור לעיל התבאר דיש לבחון ולהגדיר את הנמצאים בהוסטל, דיש מהם שאינם בבחינת שוטים בהתאם לגדרי ההלכה, ובהם לא עסקינן, ובודאי יועיל יאוש וכו', ולכאורה יוכל לזכות אח"כ בידו במה שנשאר זמן רב. ובשוטים בהתאם לגדרי ההלכה, לא מועיל יאוש, אולם רשאי להוציא את החפצים מחוץ למוסד, לאחר שהודיע והתריע לחוסה או קרוביו. ובמקרים מסוימים כשאי אפשר להודיע, יכול לסמוך על הפוסקים שאין צריך להודיע. אמנם יש מקרים שמועיל יאוש לכאורה גם בשוטה, כמבואר בגוף הדברים. ולענין זכיה בשוטה, אם זיכה לו ע"י אחר, נראה להלכה דמהני, ואם זיכה לשוטה שיזכה השוטה בדעת אחרת מקנה, לא מהני. ובשכר פעולתו נראה שזכה בו מהתורה.

סימן כט

מניח חפצים ברשות הרבים

ראשי פרקים

א. הניח במקום שאינו משתמר

ב. מחלוקת הראשונים בדין אבידה מדעת

נשאלתי מספר פעמים ממקומות שונים, בענין אנשים שמניחים חפצים ברשות הרבים סמוך לביתם, אם מותר לקחת את החפצים ואם דינם כהפקר. והשבתי שהדבר תלוי לפי המקום והאדם. יש מקומות, כגון בישובים כפריים או קהלתיים, או בשכונות שאין בהן בניה רב קומתית, שמקובל להניח דברים או חפצים בחצר או ברשות הרבים בסמוך לביתו, מפני שבדר״כ אין שם עוברים ושבים שיכולים לקחת חפצים אלו. מאידך, בערים וכד׳, בפרט ברחובות סואנים, אין מקובל להניח חפצים ברה״ר, אף לא לשעה קלה. והשבתי גם שיש לבחון לפי האדם, יש אנשים שכך נוהגים עם המטלטלין שלהם, ויש השומרים יותר. ויש גם לבחון כל חפץ לגופו, יש חפצים ששומרים יותר, ואם מניחים ברה״ר אפשר שדינו כהפקר, ויש חפצים שאין שמירתן מרובה, ויש רגילות להניח ברה״ר סמוך לביתו. לכן יש לבחון דברים אלו, לפי המקום, הזמן והאדם, ויש לבדוק כל מקרה ולשאול מורה הוראה, ואין אפשרות לתת הנחיה כללית. וראוי להביא בזה מקורות ההלכה.

א. הניח במקום שאינו משתמר

תנן בב״מ כה,ב: מצא כלי באשפה, אם מכוסה לא יגע בו (דאין זו אבידה שיהא מוזהר עליה בלא תוכל להתעלם, דמשתמר הוא – רש״י), אם מגולה נוטל ומכריז. ובגמ׳ שם: ורמינהו, מצא כלי טמון באשפה, נוטל ומכריז, שכן דרך אשפה לפנות (ואי לא שקיל ליה האי השתא, לכשיפנה יטלנה נכרי או ישראל חשוד, הלכך אבידה היא ומוזהר עליה). אמר רב זביד לא קשיא, הא בכובי וכסי (טמונים מדעת הואי, ולא יגע בהן), הא בסכיני והמניק (שהן כלים קטנים, אבדה הן, שהשליכם שם עם האשפה שהוציאם מן הבית), בכובי וכסי לא יגע, בסכיני והמניק נוטל ומכריז. רב פפא אמר הא והא בכובי וכסי, ולא קשיא כאן באשפה העשויה לפנות כאן באשפה שאינה עשויה לפנות. אשפה העשויה לפנות, אבידה מדעת היא (דהוה ליה לאסוקי אדעתיה שיפנוה). אלא באשפה שאינה עשויה לפנות ונמלך עליה לפנותה. בשלמא לרב פפא היינו דקתני שכן דרך אשפה לפנות (שהבעלים נמלכים לפנות), אלא לרב

זביד מאי שכן דרך אשפה לפנות, שכן דרך אשפה לפנות לה כלים קטנים (מן הבית שלא מדעת). ולכאורה מדין אשפה העשויה ליפנות שדינה כאבידה מדעת, יש ללמוד לכל דבר שמניחים במקום העשוי לפנות, בין ע"י מורשים (עובדי עריה) או ע"י גזלנים, שדינו כאבידה מדעת.

ובהמשך שם, תנן: מצא בכותל חדש, מחציו ולחוץ שלו, מחציו ולפנים של בעל הבית. ורש"י פירש דמחציו ולחוץ הרי אלו שלו: דאמרינן אחד מבני רשות הרבים נתנו שם ושכח, דאע"ג דאמרן לעיל ספק הינוח לא יטול, והאי ודאי הינוח הוא, הא מוקמינן למתניתין בגמרא דשתיך טפי, דאיכא יאוש בעלים. והרמב"ן שם הביא יש מפרשים, דמחציו לחוץ הרי אלו שלו, דכיון שהניחו במקום שיד הרבים שולטת שם, הרי זו אבידה מדעת: "דכיון שהחור פתוח לרה"ר, אחד מבני רה"ר הניחו שם, ואבדה מדעת היא, מפני שיד הרבים שולטת בהן. ואע"ג דדרך הנחה אפי' ברשות הרבים נוטל ומכריז, דהיינו עשויין כמגדלין וצבורי פירות דלעיל, התם שאני דאמרינן ודאי אנוחי אנחינהו למשקלינהו מיד ושכח, אבל הכא לדעת הניח, ואינו מקום משתמר, ומחציו ולפנים בעל הבית הניחו שם, שאין יד הרבים שולטת שם". ומבואר שאם מניח במקום שיד הרבים שולטת בהם, הרי זו אבידה מדעת.

וכן נמצא בדברי הריטב"א שם: "והנכון, דטעמא דמתניתין משום דכל שהוא בחורין הסמוכין לרשות הרבים שיד הרבים ממשמשת שם להדיא, אם הוא ודאי הנוח, אבידה מדעת היא, וגריעא מנותן באשפה העשויה להפנות, והא ודאי הנוח הוא, דהא לא אתו תמן דרך נפילה, וודאי לא אתו דרך הנחת שכחה, שאין זה אלא במקום שאדם יושב ומניח חפציו סמוך לו לפניו, הילכך כל מחציו ולחוץ הרי הוא שלו, דמסתמא בני רשות הרבים הניחוהו שם ואבדה מדעת היא. ואפילו תימא שהניחו שם בעל הבית, אין דרך לעשות כן, ואלו עשה, אבדה מדעת היא כיון שלא הניחו כלפי פנים ...". שאם הניח במקום שהרבים מצוים שם, הרי זו אבידה מדעת. ועיין גם במאירי (ב"מ כה,ב) על המשנה, מצא אחר הגפה או אחר הגדר גוזלות מקושרים או בשבילין שבשדות, הרי זה לא יגע בהן: "שכל שכיוון בעליה להניח על מנת שתשאר לשם, ר"ל שלא מחמת שכחה נשארה לשם, הואיל והוא מקום המשתמר קצת, שאין כאן אבדה מדעת, אסור לו ליגע בו". ומבואר דדוקא משתמר קצת לא הוי אבידה מדעת, הא הניחו במקום שאינו משתמר כלל, הוי אבידה מדעת.

וברמב"ם (גזילה ואבידה טז,ט), פסק לענין סכין הנמצאת בכותל: "מצא מטמון בכותל חדש, אם המטמון מוכיח שהוא לבעל הבית, הרי הוא שלו, ואם מוכיח שהוא לאחד מן השוק, הרי הוא של מוצאו, כיצד, הסכין הרי הנצב שלו מוכיח והכיס פיו מוכיח ...". וברב המגיד שם הביא קושית הראשונים, מדוע הוא של

מוצאו, כיון שמדובר בחפץ שיש לו סימן, מדוע המוצא לא יטול ויכריז. והביא מתרצים, שניכר שהחפץ נמצא בכותל זמן רב, והרי אלו של המוצא מחמת יאוש הבעלים. ותירוץ אחר, דכיון שהחור פתוח לרה״ר, ומיירי בעיר שרובה עכו״ם, הרי זו אבידה שנמצאה בעיר שרובה עכו״ם והיא של מוצאה. ובפני יהושע (ב״מ כה,ב על רש״י ד״ה מחציו) הקשה, דהרי כל הפרק מיירי ברוב ישראל, ודוחק להעמיד המשנה ברוב עכו״ם דוקא. וכתב דלולי פרוש רש״י ותוס׳ דמשום יאוש בעלים הרי הוא של המוצא, יש לפרש דכיון שהוא פונה לרשות הרבים, הרי הוא כאבידה מדעת: ״ולולי דבריהם היה נראה לי בלא״ה דלא קשיא מידי, דלכאורה איירי שהחור פתוח לצד ר״ה, וא״כ כל שהוא מחציו ולחוץ מרגישין בו בני ר״ה, וכיון דלאו דרך נפילה הוא אלא דרך הינוח במקום שאינו משתמר, הו״ל אבידה מדעת ומש״ה זכה המוצא״. הרי דאם מונח במקום התורפה שיכולים בני רה״ר להרגיש בו, וממילא אינו משתמר כלל מבני רה״ר, הרי הוא אבידה מדעת. (ועיין בתש׳ בית אפרים, חחו״מ סו״ס מד, מש״כ בדברי הפנ״י). ופירוש זה נמצא גם באור זרוע, עיין בהג״א (ב״מ ב,ט): ״וכגון שחור הוא מקום המשתמר, דאי לאו הכי בדלא שתוך נמי אבידה מדעת היא״. וכן מוכח מהג״א (סנהדרין ג,ל), עיי״ש. ועיין קצוה״ח רסא,א בסופו, דמוכח מהג״א בסנהדרין דאבידה מדעת הוי הפקר, וכדעת הטור (עיין להלן). והש״ך רס,א הביא דברי הג״א ואו״ז, וכתב לבאר, דבאינו משתמר כלל, אבידה מדעת היא והרי היא שלו, משא״כ במשתמר קצת.

ולענין אשפה העשויה ליפנות, פירש הריטב״א, דכיון שדרך האשפה לפנות ע״י שכירים ולקיטים ועבדים, אין לומר שחשב לתבוע אח״כ מבעל האשפה באמצעות סימנים, וודאי שאם הניחו שם באשפה העשויה ליפנות, התיאש מהחפץ. אך אין לומר שהיא אבידה מדעת שהפקיר ואבד בידים, שא״כ למה כסהו, אלא כוונת הגמ׳ שהתיאש מהחפץ: ״דאיאושי מייאש מיניה ולא מצא מקום להצניעו, ואמר אניחנו בכאן במקום כל דהו״. הרי שאם כסהו באשפה העשויה ליפנות, אין כאן הפקר אלא יאוש, אולם אם הניחו ליד אשפה ולא כסהו והחביאו, הרי זו אבידה מדעת.

ב. מחלוקת הראשונים בדין אבידה מדעת

הרמב״ם (גזילה ואבידה יא,יא), פסק וז״ל: ״המאבד ממונו לדעת אין נזקקין לו, כיצד, הניח פרתו ברפת שאין לה דלת ולא קשרה והלך לו, השליך כיסו ברשות הרבים והלך לו וכל כיוצא בזה, הרי זה אבד ממונו לדעתו, ואף על פי שאסור לרואה דבר זה ליטול לעצמו, אינו זקוק להחזיר, שנאמר, אשר תאבד, פרט למאבד לדעתו״. מבואר בדעת הרמב״ם דכל שאינו מניח ממונו במקום משתמר, הרי זו אבידה מדעת, אולם אבידה מדעת אינה הפקר שיוכל המוצא לזכות בה, אך כיון שהבעלים

מזלזלים בממונם זה, אינו חייב להשיב לבעלים, דהתמעט מאבד מדעת מחובת השבת אבידה, דאינו בכלל אשר תאבד. והטור (חו"מ סי' רסא), הביא דעת הרמב"ם, ושכן כתב רמ"ה, וכתב הטור: "ואין נראה כן, דאבידה מדעת הוי הפקר". הרי דדעת הטור שיכול ליטול את הדבר שהיה מונח במקום שאינו משתמר לעצמו. ובב"י כתב בבאור דעת הרמב"ם, דזה שאינו חושש לשמור נכסיו, אינו אומר שהפקירם, ולכן אינם שלו כדעת הרמב"ם. ונחלקו המחבר והרמ"א בדין זה בשו"ע חו"מ רסא,ד.

ולכאורה יש להביא ראיה לדעת הטור, ממש"כ הרא"ש ב"ק ב,טז, על הא דאיתא בב"ק כו,ב: אמר רבה, זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל פטור, מאי טעמא, מנא תבירא תבר. דכיון דבודאי ישבר, חשיב כשבור משעת זריקה, והזורק חייב והמשבר פטור. והביא הרא"ש פירוש רש"י, שהזורק הוא בעל הכלי; "לפי שהיה קשה לו, למה לא פירש רבה דין הזורק. ולא נהירא, דמילתא דפשיטא היא דפטור המשבר, דאבידה מדעת היא". ומזה שמותר לשבור אבידה מדעת, מוכח שהיא הפקר, דלשיטת הרמב"ם היה אסור להזיק אבידה מדעת, ורק התמעטה מחובת השבה. ועיין במחנה אפרים (זכיה מהפקר ו), ובשו"מ (תליתאה ח"ב סי' קנט), מש"כ בזה.

ולכאורה מבואר דרש"י ס"ל דהזורק הוא בעל הכלי, ופטור המשבר אינו מדין הפקר אלא מנא תבירא תבר, ולשיטת הטור היה לפטור מדין הפקר. ונמצא בבית הלוי (ח"א סי' כד) דאין ראיה דלא כטור, די"ל לשיטת הטור דמה שהזורק כיס וכד' דהוי הפקר, הוא רק מטעם שכל מה שזרק הוא למטרת אבוד, אבל כאשר זורק כלי למטרה מסוימת, כמו כאן שזורק כדי שישברו, כל עוד לא התקיימה תכלית הזריקה, אינה הפקר, ופטור השובר הוא מטעם מנא תבירא תבר: "דאפי' אם משליך דבר לאיבוד, רק אם יש לו איזה רצון ותכלית באיבודו, לא נעשה הפקר, וקודם שנעשה ונגמר רצונו הם שלו עדיין. ובזה מיושב לנו דעת הטור בחו"מ סי' רסא, שכתב דאבדה מדעת הוי הפקר. והקשו עליו מהא דבב"ק (כו,ב) דקאמר, זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל פטור, מ"ט מנא תבירא תביר. ופירש רש"י שם, זרק כלי בעל הכלי, ולהטור הא מיד שזרקו הוי הפקר, ובלאו הך סברא דמנא תבירא תבר פטור, וגם דאם בא אחר וחטפה מהאויר יהיה שלו. והוכיחו מזה דרש"י חלק על הטור, ועיי' בראש ב"ק שם מה שהקשה על רש"י. ובאמת ניחא, דהטור לא כתב כן רק בנותן כלים בר"ה, דלא איכפת ליה כלל מה שיתחדש בהן, ומש"ה ס"ל דנעשה הפקר, אבל בזורק כלים לשוברם דרוצה בשבירתן, וכיון דיש להבעלים איזה רצון בהם, מש"ה קודם שנעשה רצונו ולא נשברו עדיין הם שלו. וכן מיושב בזה ג"כ מה דהקשו על הטור מהא דסנהדרין (מח,א); היו אביו ואמו מזרקין בו כלים, מצוה על אחרים להצילן, דלא נעשו הפקר כיון דמתכוונים לאסור עליו הכלים, מש"ה

קודם שנאסרו הוי שלהם עדיין. והוא סברא נכונה. ועכ״פ חזינן מהא דב״ק דבזורק כלי לשברם, קודם שנשברו אינם הפקר״.

וכבר הקשו הנו״כ על הרמב״ם, מב״מ כא,ב, דהקשתה הגמ׳ על אביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, מהא דתנן ריש אלו מציאות, פירות מפוזרין הרי אלו שלו, הא לא ידע דנפל מיניה. ותירצה הגמ׳: הא אמר רב עוקבא בר חמא, הכא במכנשתא דביזרי עסקינן, דאבידה מדעת היא. ומכנשתא דבי דרי הוא מקום אסיפת הגרנות, ודשו בעלי הגרנות את התבואה, ומה שנשאר השאירו במתכוין ולא לקחו, עיין רש״י ב״מ כא,א. ומבואר דבאבידה מדעת הרי אלו שלו. הש״ך רסא,ג הקשה כן, וכתב דלהרמב״ם יהיו שני סוגים של אבידה מדעת, דבמכנשתא דבי דרי פירושו שונה מהא דמצאו באשפה וכו׳, והוא דוחק גדול. והביא שם הכרעת הב״ח, דהפקר לא מהני בלב אלא צריך שיוציא בפיו, דחאה הש״ך, דודאי כל דבר שניכרת מחשבתו שמפקירו הרי זה הפקר, והביא ראיה מרמ״א חו״מ רסד,ה, דאם נשבר כד של דבש באופן שהיה נשפך אם לא הציל, אם בא אחר וזכה בדבש זכה מההפקר. והוא הדין כיוצא בזה, שהיתה שריפה בעיר וברחו היהודים מהעיר ממחמת הדליקה, והציל אחד, מה שהציל הרי זה שלו כזוכה מן ההפקר. עוד הביא תוס׳ (שבת יח,ב ד״ה דמפקרא), דאע״ג דאמרינן בנדרים מה,א דבעינן הפקר בפני ג, הכא לא בעינן, דמסתמא מפקיר להו, עיי״ש. וכן בתוס׳ ב״מ (ל,ב ד״ה אפקרה): ״אי נמי, דאורייתא בלא שלשה נמי הוי הפקר, והא דאמר שלהי פ״ק דשבת (יח,ב) גיגית נר וקדירה אפקורי מפקר להו אף על גב דליכא שלשה, התם אנן סהדי דמפקר להו בלבו, שלא יעשה איסור שביתת כלים״. מבואר דלא כב״ח, ואם אנן סהדי שמפקיר, הוי הפקר ויכול אחר לזכות בו.

ובב״ח בתש׳ (סי׳ צז), הביא ראיה לדעת הטור דאבידה מדעת היא הפקר, ממכנשתא דבי דרי. הב״ח דן בשמש שקיבל מטבע מבעל בית בעבור מס, והיתה מטבע מזוייפת, ובטרם יחזיר לבעה״ב נתנה לתינוק לשחק בו, והגיע המטבע לנער, משרת השמש, שקידש בו בחורה, עיי״ש בפרטי השאלה. ובין השאר דן הב״ח שנתינת המטבע לתינוק ע״י השמש הוי אבידה מדעת ודינה כהפקר, והביא ראיה לדעת הטור ממכנשתא דבי דרי. ואף שאפשר לישב דעת הרמב״ם, דבמכנשתא דבי דרי כיון שנטל אחר דישה את העיקר ונותרו אלו ולא נוטלן, גלי דעתיה שאינם חשובים לו, או שיש טורח בלקיטתם, וכביכול אמר בפירוש שיהיה הפקר לכל, דמחשבתו ניכרת מתוך מעשיו שהפקיר, משא״כ בעלמא בסתמא לא הוי הפקר אא״כ מפרש דליהוו הפקר, מ״מ ס״ל שאין לחלק, ולכן הוי ראיה לשיטת הטור. ובכל אופן ס״ל לב״ח דבנותן מטבע לתינוק, יש כאן מעשה המוכיח על מחשבתו להפקר, ואף הרמב״ם יודה בזה. ועיין להלן משכ קצוה״ח רסא סוס״ק א בזה. ועיין בב״ח רעג,ד שהביא את הנ״ל בישוב דעת הרמב״ם, דאף שצריך בהפקר אמירה בפה ולא מהני מה שהשליך כיסו

לרשות הרבים, הקשה עליו ממכנשתא דבי דרי, ותירץ כנ״ל בתש׳. ואפשר שמ״מ ס״ל בזה לב״ח כדעת הטור, אף שאפשר לדחות הראיה ממכנשתא דבי דרי.

גם הט״ז (חו״מ סי׳ רסא) הקשה על הרמב״ם ממכנשתא דבי דרי, וכתב דבמכנשתא יש אנן סהדי שלא יטריח עצמו בשביל קב בד׳ אמות, משא״כ בהשליך כיסו ברה״ר, אין אנן סהדי שמפקיר (ולכאורה צ״ע, דאדרבא, במשליך כיסו עשה פעולה של השלכה ואיבוד, והוי טפי אנן סהדי ממכנשתא דבי דרי, וצ״ב). ולכן כתב דדברי הרמב״ם עיקר, והביא גם ראיה מב״ב פז,ב: ״כן הוא נראה לענ״ד, אלא שאין בידי להכריע״. והראיה שהביא מב״ב פז,ב, דתנן שם: השולח את בנו אצל חנווני (ופונדיון בידו), ומדד לו באיסר שמן, ונתן לו את האיסר, שבר את הצלוחית ואבד את האיסר, חנווני חייב. רבי יהודה פוטר, שעל מנת כן שלחו. ומודים חכמים לר׳ יהודה בזמן שהצלוחית ביד התינוק ומדד חנווני לתוכה, שחנווני פטור. ובגמ׳ שם: בשלמא באיסר ושמן, בהא פליגי, דרבנן סברי לאודועי שדריה (לחנווני שצריך לשמן שדריה האב לבנו, כדי שישלח לו חנווני מה שישלח לו על ידי שלוחו פקח, ורבי יהודה סבר לשדורי ליה ביד בנו שדריה – רשב״ם), ור׳ יהודה סבר לשדורי ליה שדריה, אלא שבר צלוחית, אבדה מדעת היא (אמאי חייב חנווני לשלם, אבדה מדעת היא, דכי מסרה לתינוק שאינו יודע לשמרה, הפקר הוא זה ואינו חושש אם יחזירנה בנו בידו ריקנית, אלא שישלח לו החנווני מה שישלח משלו הן שמן הן איסר ביד פקח, ופונדיון שנטל בנו בהליכה, נהי נמי דאבדה מדעת היא, מכל מקום בחזרה יפה מחייבין חכמים הואיל ואמרינן לאודועיה שדריה). ולפ״ז מדוע הפונדיון חייב החנווני אליבא דת״ק, הרי האיסר ששלח האב את בנו הוי אבידה מדעת, וממילא גם הפונדיון שנתן לו החנווני הוי הפקר, דכבר זכה החנווני באיסר שנתן לו התינוק. אלא מוכח דיש אבידה מדעת שאינה הפקר. (ועיין עוד בתרומת הכרי סי׳ רסא מה שהביא ראיה לרמב״ם מהמשך דברי הגמ׳ שם). ומהגמ׳ הנ״ל הוכיח קצוה״ח דלא כב״ח (סי׳ צז הנ״ל). הב״ח ס״ל דנתינה לקטן המעשה מוכיח להפקר, וקצוה״ח ס״ל דמוכח מהגמ׳ ב״ב פז,א דנתינה לקטן אינה הפקר אלא אבידה מדעת. (והגרא״ז באבן האזל גו״א יא,י-יב, כתב לדחות ראיה זו, דגם לדעת הטור כל זמן שהדבר ביד הקטן לא הוי אבידה מדעת שיהיה כהפקר, ורק בגמ׳ מבואר שאין החנווני חייב לשמור יותר מהאב, ורק אם תאבד מהקטן תחשב כאבדה מדעת והפקר).

ומזה הוכיח גם קצוה״ח רסא,א, דלשון אבידה מדעת יש לו בגמ׳ שני פירושים, פעמים הוי הפקר ופעמים אינו הפקר. ובקצוה״ח שם כתב דממכנשתא דבי דרי אין ראיה, דשם הגמ׳ שאלה אליבא דאביי, ועל זה תירצה, דכיון דהוי הפקר מדעת, לא שייך באיסורא אתי לידיה, אך לא מפני שהפקירו הבעלים זכה המוצא, אלא זכה ככל מציאה, ולא שייך באבידה מדעת באיסורא אתי לידיה, הגם שלא הפקירו, כיון

שלבסוף מתיאש. (ועיין בשו״מ תליתאה ח״ב סי׳ קנט, דכיון דאין המוצא חייב להחזיר, ממילא הוי יאוש. וביד המלך, גו״א יא,יא, למד דלרמב״ם אף שאסור ליטול, אם נטל אבידה מדעת ואח״כ התיאשו הבעלים, זכה במה שבידו, אף שהיאוש אחר הנטילה, דלא שייך בזה באיסורא אתי לידיה). וכתב גם לבאר לפי הרמב״ן במלחמות ר״פ ב דב״מ, דאם נטל אבידה שלא ע״מ להשיבה, הרי היא כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש כמו אבידה, ודוקא נטלה על מנת להשיבה דהוי שומר אבידה ושומר שכר של הבעלים וידו כיד בעלים, לא מהני יאוש, דחשיב יאוש ברשותו. וממילא כוונת הגמ׳, דכיון דהוי אבידה מדעת ואינו חייב להשיבה, אינו שומר של הבעלים, ומהני יאוש גם אחרי שקנה את האבידה. (ולכאורה כן תירץ במחנ״א זכיה מהפקר סי׳ ו, עיי״ש).

[ולפי דברי קצוה״ח הנ״ל, דבמכנשתא דבי דרי ובקב בד׳ אמות, כיון שאין דרך לחזור וליטלם, הוי אבידה מדעת ואין בה הדין של באיסורא אתי לידיה, זכיתי להבין הוראה אחרת. סיפר לי עמיתי הגר״מ בצרי שליט״א, שבזמנו היו אנשים באים לבית הוריו ושוכחים עטים, ושאל את מרן הגרש״ז אויערבך זצ״ל, וענה לו שיכול להשתמש בעטים. ובתחילה לא הבנתי. דלכאורה כיון שהשאירו את העטים בבית המוצא, הרי באיסורא אתי לידיה, עיין רא״ש ב״מ ב,ט, נימוק״י יד,ב מעמוה״ר, וש״ך רסח,ב. אמנם למש״כ קצוה״ח והאחרונים, דבדבר שאין רגילות לחזור ולקחת, כמו במכנשתא דבי דרי ובקב בד׳ אמות, לא שייך באיסורא אתי לידיה ומהני יאוש גם לאחר שמצא, זכיתי להבין דבריו.]

ובנתיבות רסא,א הגדיר אבידה מדעת כאבידה, וככל אבידה בעינן יאוש, ואבידה זו כיון שהיא מדעת, ויודעים הבעלים שהמוצא לא יכריז, ממילא מתיאשים מהאבידה, והרי זו אבידה לאחר יאוש, שהמוצא יכול ליטלה לעצמו: ״כיון שבאבידה מדעת אין צריך המוצא להכריז, בודאי הבעל אבידה מייאש נפשיה, ושפיר הוי הפקר גמור״. משא״כ במשליך כיסו ברשות הרבים, דכיון שיש בכיס סימן, סובר הרמב״ם שלא מתיאש, דאף שכו״ע לא ידעי הדין דלא יגע, ובודאי יטלנו אדם, מ״מ לא מייאש נפשיה, כיון שיש סימן בכיס, מי שאינו יודע שהשליכו את הכיס במודע ברה״ר, יטול ויכריז כיון שיש בו סימן. ואף אם ראה אחד שהשליך, הרי יודע של מי הכיס, וכיון שאסור לו ליטלו ולהשתמש בו, ודאי יכריז. ובפרט שבעל הכיס סובר שימצאנו מי שלא ראהו משליך, ולכן אינו מתיאש. (ועיין גם בתרומת הכרי סי׳ רסא, שכתב לחלק דבכיס יש סימן ולכן לא מתיאש. ועיין גם במחנ״א זכיה מהפקר סי׳ ו, שחילק בין יש בו סימן לאין בו סימן).

עוד כתב לבאר בדעת הרמב״ם בדרך אחרת, דאף הרמב״ם סובר שיש יאוש, ולכן אם נטלו, אינו צריך להחזירו, אבל לכתחילה אסור לו ליטלו, ודימה לשיטת

הרמב״ם בספק הינוח ואין בו סימן, שלא יטלו, ואם נטלו אין צריך להחזיר, והוא הדין באבידה מדעת שיש בה סימן. אולם בנתן חפץ לקטן, ס״ל לנתיבות כקצוה״ח ולא כב״ח, דכיון שאצל הקטן משתמר קצת, ואנשים נוהגים ליתן חפצים לקטן, ואומדנא דמוכח שאינם מתיאשים, ולכן נתינת חפץ לקטן אינה הפקר. (ועיין עוד באפיקי ים, ח״ב ריש סי׳ כו, ובהגהה שם, מש״כ בזה). ועיין להלן מה שהובאו דברי הגרב״ב, דמדברי הנתיבות יש ללמוד שאבידה מדעת אינה בכלל פרשת אבידה, דאין עליה שם אבידה, ולכן אינו חייב להחזירה, אך ממילא גם אין היתר ליטלה.

ובמחנ״א (זכיה מהפקר סי׳ ו) דן במי שזרק מתוך כעסו כלי, במטרה לשברו, ובא אחר והצילו וטוען שזכה מההפקר, וזורק הכלי טוען שלא הפקירו אלא רצה לשברו להניח דעתו מכעסו. ודן המחנ״א במחלוקת הרמב״ם והטור, וכתב לישב את הקושיא על הרמב״ם ממכנשתא דבי דרי (עיין לעיל), ובסוף דבריו כתב לחלק באבידה מדעת בין כשגמר בדעתו להפקיר, כגון בקב בד׳ אמות (ב״מ כא,א), דאנן סהדי דקב בד׳ אמות דנפיש טרחייהו, לא יטרח לחזור וליטלם, ובכה״ג הוי הפקר גמור. אולם כשאין אנן סהדי ואומדנא שמפקיר, לא הוי הפקר. ולענין זורק כלים בכעסו לשברם, ס״ל למחנ״א דכ״ע יודו שאינם הפקר, דכיון שהשליכו מתוך כעסו, אינה אבידה מדעת ומצוה על אחרים להצילם, וכ״ש שיכול לומר שלא הפקיר ורק זרקם להניח כעסו.

והאור שמח בחידושיו לב״מ כא,ב, הביא את קושית האחרונים על הרמב״ם ממכנשתא דבי דרי, וכתב לחלק: ״דבמקום שאין דרך בני אדם לעשות כן, כמו להשליך כיסו לרה״ר או ליתן מעות ביד קטן, אף על גב דהוא השליך לרה״ר וכיו״ב, בכ״ז אסור ליטלו, דהפקר לא הוי רק שיפקיר בפיו, אבל במכנשתא דבי דרי שדרך כל מי שיש לו גורן לקבץ כפי מה שיקבצו, והנותר קב בד׳ אמות דרך בנ״א להניח ולבלי להטריח בקיבוצן, אם כן כיון דכו״ע דאית להו בד׳ הכי עבדי, בודאי הוי הפקירא גמור״. ונראה בכוונתו, דהפקר צריך להיות בפה שנדע את רצונו להפקיר, או כשלא הוציא בפיו אבל בליבו ובלב כל אדם, וליבו ולב כל אדם אפשר לדעת רק ממעשים שנעשים ע״י כל אדם שנראה שכוונתם להפקיר, כמו מה שלא לוקטים קב בד׳, אבל זורק כיס לרה״ר או נותן לתינוק, אין לב כל בני אדם להפקירם, ולכן לא הוי הפקר, דהפקר צריך להיות רק באופן שדעתו ברורה לנו, או מחמת מה שהוציא בפיו שמפקיר, או כשמחשבת ליבו ידועה, כשבליבו ובלב כל אדם להפקיר באופן כזה.

ועיין בשעורי הגר״ש רוזובסקי (ב״מ פ״ב סי׳ ג) שחקר אם מהני הפקר ע״י אומדנא, ומש״כ שם דאפשר דאף הטור מודה דלא מהני הפקר ע״י אומדנא, אולם כשעושה מעשה בפועל, כמו זריקת כיס ברה״ר, מהני ההפקר מכח המעשה. ועיין בנחלת דוד (ב״ק כ,ב) שרצה לבאר מחלוקת הרמב״ם והטור, שתלויה בדין אם הפקר

צריך להיות בפני שלשה, דהרמב"ם לשיטתו דהפקר בפני שלשה, ולכך באבידה מדעת כיון שלא הפקיר בפני שלשה, לא הוי הפקר. והטור בשיטת אביו הרא"ש דלא בעינן בפני שלשה. וכתב דאין זה מוכרח שנחלקו בזה: "ועוד יש לומר, דאבידה מדעת הוי כהפקר בפני שלשה, כיון דאנן סהדי". אמנם עיי"ש שהביא ראיה מהסוגיא שם כדעת הרמב"ם, דאבידה מדעת אינה הפקר.

והראיה שהביא הנחל"ד מב"ק כ,ב, בדעת רמב"ח דסתם פירות ברה"ר אפקורי מפקר להו, ובתוס' שם (ד"ה אפקורי) כתבו דאין כאן הפקר גמור, דאם הפקר גמור, מדוע משלמת מה שנהנית. ומזה מוכח כרמב"ם, שאינו יכול לזכות באבידה מדעת. ובמרחשת (קונטרס היאוש, ענף ג) כתב לישב, דשונה דין הפקר מיאוש, דהפקר כל עוד לא זכה בזה אחר, הרי הוא ברשות הבעלים, ולכן אם אכלה הבהמה, כיון שאכלה קודם שזכה בו אחר, משלמת מה שנהנית, עיי"ש.

דרך שונה בהגדרת אבידה מדעת לשיטת הרמב"ם, נמצא בשו"מ (תליתאה ח"ב סי' קנט), דאבידה מדעת ההגדרה היא – דבר שאין הבעלים מקפידים עליו. דבר שאין הבעלים מקפידים עליו אינו הפקר, דבכל דבר כזה עדיין יש ספק שמא הוא כן מקפיד עליו ואין מעשיו מוכיחים שלא מקפיד, ונפק"מ אם אחר זכה וקדש אשה, דהוי ספק מקודשת, וכיון דהוי ספק, אסור לו ליטלו, ומ"מ מספק גזה"כ שאינו חייב להחזיר, וז"ל: "ולפענ"ד יש לומר, דאבידה מדעת הוה כמו דבר שאין הבעלים מקפידים עליו, דדעת הרמב"ם, והובא בטור ושו"ע אהע"ז סי' כח סע' יז, דאם קדשה בדבר שאין בעה"ב מקפיד עליו, דלא הוה רק ספק קידושין. ודעת הפרישה שם דהספק הוא שמא שו"פ במקום אחר. וכ"כ בשו"ת תשב"ץ ח"ג סימן כג. ודעת הב"ח והט"ז והב"ש דהספק הוא שמא מכל מקום מקפיד עליו, א"כ עכ"פ כאן דלא חזינן שאינו מקפיד עליו רק מכח דלא שמרו ומניח כיסו בר"ה, אבל עכ"פ מכל מקום ספק הוא, ולכך אסור להחזיק בו ואינו חייב להחזיר מספק, זה נ"ל ברור דעת רבינו". ומזה עולה דהוי ספק הפקר, דמה שאינו מקפיד אינו מוכרח באופן ברור שמפקירו, ולכן הוי ספק הפקר, והזוכה בו ומקדש אשה, הרי זו ספק מקודשת.

ובהסבר מחלוקת הטור והרמב"ם, ראיתי לגרנ"ט בחידושיו (סי' קנב), שכתב לחקור במצות התורה של השבת אבידה, האם לולי ציווי התורה להשיב אבידה, עדיין הייתי יודע שאסור למוצא אבידה ליטלה לעצמו, ואם נטלה עובר על גזל, רק מ"מ לא היה מחויב לטפל ולהשיבה לבעליה, ובאה התורה וציוותה את המוצא להשיבה לבעליה. או שלולי ציווי התורה יכל מוצא האבידה ליטלה לעצמו ולא היה בזה איסור גזל, ובאה התורה וציוותה שני דברים במצות השבת אבידה, האחד, שאסור למוצא האבידה ליטלה לעצמו, ואם נטל הרי הוא גוזל ממון חבירו, וגם

שחייב לטפל ולהשיב לבעלים. דעת הטור שככל שאין מצוה של השבת אבידה, יכול המוצא ליטלה לעצמו, דמה שאסור למוצא ליטלה לעצמו, התחדש במצות השבת אבידה, וככל שאין מצות השבת אבידה, אין איסור ליטול האבידה לעצמו, ולכן באבידה מדעת שלא ציוותה התורה להשיב אבידה והתמעטה ממצוה זו, יכול ליטלה לעצמו, דאיסור גזל נגזר מדין השבת אבידה. ודעת הרמב"ם דאף ללא ציווי התורה להשיב אבידה, איסור גזל באבידה הוא איסור עצמאי ואינו נגזר מהחיוב להשיב את האבידה. התורה במצות השבת אבידה חייבה את המוצא לטפל ולהשיב את האבידה, אך לאסור ליטלה לעצמו לא נצרכה, דכבר נאסר באיסור גזל הכללי, ובאבידה מדעת שמועטה ממצוה זו, התמעט החיוב לטפל ולהשיב את האבידה, אך לא הותר האיסור ליטלה לעצמו, שאינו נלמד מהשבת אבידה. ובדרך זו רצה לבאר את ההו"א והמסקנה בגמ' ב"ק קיג,ב, עיי"ש.

ולאחר מכן מצאתי לגרב"ב (ברכת שמואל ב"מ יז,ה), שכתב לבאר בדברי הרמב"ם.

דהנה הגרב"ב הוכיח דכאשר פטרה התורה את מוצא האבידה מלהשיב את האבידה, גם התירה לו לקחת את האבידה, וראיה מאבידה שאין בה שוה פרוטה, שפטרה התורה מהשבה, ומותרת למוצאה. והקשה, דלכאורה מיסוד זה יש להקשות על הרמב"ם בדין אבידה מדעת, שאינו חייב להשיב ואסורה למוצאה, דלכאורה אם פטור מהשבה, גם צריכה להיות מותרת למוצאה. וביאר הגרב"ב: "דדין דאבידה מדעת הוא רק דאין עליה שם אבידה, וכמו שכתוב בנתיבות דהוי דין אחד עם הינוח מדעת, וע"כ אינה מן האבידות שנתמעטו מהשבון". והיינו שמה שמיעטה התורה אבידה מהשבון הוא במקום שיש עליה שם של אבידה, ואם מיעטה התורה את האבידה מהשבה, מותר למוצא לקחתה. אולם אבידה מדעת אינו חייב להשיב לא מחמת מיעוט התורה, אלא שאין עליה שם אבידה, ומשאין עליה שם אבידה, אין עליה חיוב השבה וממילא אינה נצרכת לפטור התורה. וזו דרך שונה מהבנת הגרנ"ט. הגרנ"ט ס"ל דאפשר שבעצם פטור התורה מהשבה מונח גם ההיתר לקחת, או שהאיסור לקחת אינו נכלל בדין השבת אבידה והוא מדיני גזילה. והרמב"ם ס"ל שהאיסור לקחת הוא מדיני גזילה. וצ"ל דבפחות משוה פרוטה, מותר לקחת כי אין עליה דין גזילה, ולא מחמת היתר התורה מלהשיבה. ולגרב"ב, אף לשיטת הרמב"ם, ככל שאין חיוב להשיב, תמיד יכול לקחת ואין אסור גזילה. אך כל זה באבידה שיש עליה שם אבידה, באבידה מדעת אין עליה שם אבידה ואינה כלל בפרשה של אבידה, ולכן להשיבה אינו חייב, אך דין האיסור לקחתה, חל עליה מכח איסור גזילה. וצ"ל לגרנ"ט, דמה שמיעטה התורה אבידה מדעת מאשר תאבד, היינו דכלל אינה אבידה, ולא שהיא אבידה ומועטה מדיני השבה. (ועיין באמרי משה לז,טו מש"כ באיסור גזילה באבידה, אם הוא עקב חיוב ההשבה אם לאו).

הגרא״ז (אבן האזל גו״א יא,י-יב) הביא את דברי הנתיבות (הנ״ל) דאבידה מדעת מותרת אך לאחר יאוש. והקשה, דכיון שמיעטה תורה אבידה מדעת, הרי היא של מוצאה בלא יאוש. ומבואר מהגרא״ז דלשיטת הטור יש שני שלבים באבידה מדעת, מי שזורק כיס לרה״ר, לא חל על הזריקה שם אבידה אלא הפקר, ויכול לקחת הכיס מדין הפקר, ולאחר שהלכו הבעלים מהמקום, יש ע״ז שם אבידה מדעת שהתמעטה מפרשת אבידה והיא של מוצאה (לדעת הטור), וז״ל: ״ומה שהוצרך הטור לומר דהוי הפקר, היינו דמותרת גם קודם שחל ע״ז שם אבדה, כמו בהשליך כיסו ברה״ר דמותר ליקח גם קודם שהלכו הבעלים, דאכתי ליכא שם אבדה, וא״כ כ״ש דאינו משום יאוש דאינו אלא באבדה, אלא דדעת הטור דאבדה מדעת הוי הפקר גמור מדעתו, ורק דבנתנו לקטן ודאי אין זה הפקר, כיון דלא עשה אבדה בכונה כלל״.

וכאמור לעיל בריש הדברים, יש לבחון כל מקרה לגופו, לפי מקומו, לפי ענין החפץ ולפי שעתו, אם יש בזריקתו משום הפקר. אמנם חפצים שניכר עליהם, מחמת יושנם ומצבם, שהבעלים לא יבואו לקחתם, וניכר שזרקם, יכול ליטול לעצמו, דאבידה מדעת כזו הוי הפקר.

סימן ל

חיוב שמאי בשומה מוטעת

ראשי פרקים

א. אחריות האומן

ב. חיוב שולחני - מדין שומר או מזיק

ג. טעות בשיקול הדעת

נכתב בהסכם בין שותפים בנכס, כי בית הדין ימנה שמאי שיקבע את ערך הנכס, וכי שמאות השמאי תהיה סופית ומחייבת, וצד ב (להלן: הקונה) ישלם לצד א (להלן: המוכר) מחצית מהסכום שיקבע השמאי (בניכוי מחצית מהחובות). ביה"ד מינה שמאי, והצדדים פעלו לפי השומה שנתן, הקונה שילם למוכר כאמור. לאחר כחודש התברר למוכר שהשמאי לא חישב הקלות בניה ותוכניות אחרות במחיר, ובכך – לדברי המוכר - נתן שומה נמוכה ב 30% מהשומה הנכונה. המוכר מסתמך על כך שמצא קונה שמוכן לשלם 30% יותר מהשומה, ומזה הגיע למסקנה כי מחיר הקרקע גבוה מהמחיר שנקבע בשומה.

המוכר הגיש שתי תביעות מקבילות: נגד הקונה – לביטול המקח או תשלום לפי מחיר גבוה יותר, ותביעה נגד השמאי על הנזק שנגרם לו. הקונה טען שאין אונאה לקרקעות, וכן שקבלו עליהם במסגרת ההסכם את חו"ד השמאי, לטוב ולרע. השמאי מודה שהיתה נטיה כלפי מטה בחישוב ההקלות ותוכניות עתידיות, אך לדבריו עדיין מדובר בטעות של כ 10% ולא 30%, שהיא טעות סבירה בנסיבות הנכס המדובר, שהוא בעייתי מבחינת השומה. כמו כן מדובר בטעות של שיקול הדעת, בסבירות קבלת ההקלות ושינוי תב"ע, בפרט שחלק מההקלות, לא ברור שיעברו בנכס המסוים.

א. אחריות האומן

איתא בב"ק צט,ב-ק,א: איתמר, המראה דינר לשולחני ונמצא רע, תני חדא אומן פטור הדיוט חייב, ותניא אידך בין אומן בין הדיוט חייב. אמר רב פפא כי תניא אומן פטור כגון דנכו ואיסור (שולחנין אומנין היו – רש"י) דלא צריכי למיגמר כלל, אלא במאי טעו טעו, בסיכתא חדתא, דההיא שעתא דנפק מתותי סיכתא (שנפסל המטבע והעמידו צורה אחרת, ועדיין לא היו בקיאין בה). ההיא איתתא דאחזיא דינרא לרבי חייא, אמר לה מעליא הוא, למחר אתאי לקמיה ואמרה ליה, אחזיתיה ואמרו

לי בישא הוא ולא קא נפיק לי. אמר ליה לרב זיל חלפיה ניהלה וכתוב אפנקסי דין עסק ביש. ומאי שנא דנכו ואיסור דפטירי משום דלא צריכי למיגמר, רבי חייא נמי לאו למיגמר קא בעי. רבי חייא לפנים משורת הדין הוא דעבד ... ריש לקיש אחוי ליה דינרא לרבי אלעזר, אמר מעליא הוא, אמר ליה חזי דעלך קא סמכינא, א״ל כי סמכת עלי מאי למימרא, דאי משתכח בישא בעינא לאיחלופי לך, והא את הוא דאמרת רבי מאיר הוא דדאין דינא דגרמי, מאי לאו ר׳ מאיר ולא סבירא לן כוותיה, א״ל לא ר׳ מאיר וסבירא לן כוותיה. ושם בגמ׳ (צט,ב) מבואר דיש חילוק אם עשה בחינם או בשכר: הנותן בהמה לטבח וניבלה, אומן פטור הדיוט חייב, ואם נותן שכר בין הדיוט בין אומן חייב ... אמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן, טבח אומן שקלקל חייב, ואפילו הוא אומן כטבחי ציפורי. ומי אמר רבי יוחנן הכי, והאמר רבה בר בר חנה, עובדא הוה קמיה דרבי יוחנן בכנישתא דמעון, ואמר ליה זיל אייתי ראיה דממחית לתרנגולים ואפטרך. לא קשיא, כאן בחנם כאן בשכר, כי הא דאמר רבי זירא הרוצה שיתחייב לו טבח, יקדים לו דינר. מיתיבי, המוליך חטים לטחון ולא לתתן ועשאן סובין או מורסן, קמח לנחתום ועשאו פת ניפולין, בהמה לטבח וניבלה – חייב, מפני שהוא כנושא שכר. אימא מפני שהוא נושא שכר. ואח״כ הביאה הגמ׳ את דין השולחני.

והשאלה אם דין פטור באומן כמו דנכו ואיסור הוא רק בחינם או גם בשכר, אם ממה שהביאה אח״כ הגמ׳ דין דנכו ואיסור, יש ללמוד מזה שאומן פטור בכל ענין, או קאי אדלעיל. הרמב״ם בהל׳ שכירות י,ה, כתב וז״ל: ״המוליך חטין לטחון ולא לתתן ועשאן סובין או מורסן, נתן הקמח לנחתום ועשאו פת נפולין, בהמה לטבח ונבלה, חייבין לשלם דמיהן מפני שהן נושאי שכר. לפיכך אם היה טבח מומחה ושחט בחנם פטור מלשלם. ואינו מומחה אע״פ שהוא בחנם חייב לשלם. וכן המראה דינר לשולחני ואמר לו יפה הוא ונמצא רע, אם בשכר ראהו חייב לשלם אע״פ שהוא בקי ואינו צריך להתלמד. ואם בחנם ראהו פטור, והוא שיהיה בקי שאינו צריך להתלמד. ואם אינו בקי, חייב לשלם אע״פ שהוא בחנם, והוא שיאמר לשולחני עליך אני סומך, או שהיו הדברים מראין שהוא סומך על ראייתו ולא יראה לאחרים״. מבואר ברמב״ם דבשכר בכל ענין חייב לשלם, ובחינם אומן כדנכו ואיסור, פטור מלשלם, ובהדיוט חייב אם אמר לו או שניכר, שעליו הוא סומך. ולפ״ז הוא דין כללי דכולם חייבים, למעט אומן בחינם דפטור, ואין חילוק בזה בין טבח לשולחני, ודין שולחני בשכר נלמד מדין טבח, שנאמר לעיל מינה בגמ׳. וסברת חיוב אומן כדנכו ואיסור כשקבלו שכר, דבשכר איבעי ליה לעיוני טפי, עיין גם ברבינו יהונתן בסוגיא. וכן פסק הטור (חו״מ שו,י) דדוקא בחינם פטור. וכן פסק בשו״ע חו״מ שו,ו, ולא נחלק עליו הרמ״א ולא הגיה דיש חולקים.

אולם הרשב״א בסוגיא כתב לחלק בין טבח לשולחני, דשולחני פטור בכל ענין אם הוא מומחה, ואף אם ראה בשכר, דבדין השולחני לא חילקה הגמ׳ בין עושה בשכר לבין חינם, כפי שחילקה בטבח. בתחילה הביא הרשב״א דעת המפרשים ששולחני בשכר חייב, דאפי׳ אומן כטבחא דצפורי חייב כל שהקדים לו שכר, וטבחא דצפורי בשחיטה, כדנכו ואיסר בראיית המטבע. וע״ז הקשה הרשב״א, דא״כ היה לגמ׳ לחלק גם בדנכו ואיסור בין חינם לשכר: ״ומשום הכי מסתברא לי, דדנכו ואיסר דבקיאי טפי אפילו בשכר פטורים, וכל השאר אפילו בחנם חייבין, ובריייתא מלתא פסיקתא תני. והפרש יש בין אומן דשחיטה לאומן דראיית המטבעות, דאלו גבי שחיטה שהדבר תלוי באומנות הידים, שייך שאפילו האומן הבקי כטבחא דצפורי יקלקל לעתים, אא״כ ישגיח ויכוין מלאכתו היטב, ולפיכך לאו אנוס גמור חשבינן ליה. אבל בראיית המטבעות כל שהוא בקי הרבה כדנכו ואיסר, כיון שהדבר תלוי בראייה והבקיאות בצורת המטבע, לא שייך שיטעה בו הבקי כדנכו ואיסר, וכשטעה - אונס גמור הוא, ושומר שכר פטור מן האונסין, והלכך אפי׳ דנכו ואיסור אפילו בשכר פטורין כנ״ל״. ונראה מדברי הרשב״א, דהואיל וכל חיוב האומנים הוא מדין שומרים, כאשר האומן הוא בחינם, חיובו רק באופן שהוא פושע, וככל שלא היתה פשיעה של האומן, אין לחייבו בחינם, משא״כ הדיוט עצם פעולתו במה שאינו אומן, הוי בגדר פשיעה וחייב. ובשכר, אין לאומן פטור אא״כ הוא אנוס. ובשוחט בהמה, ככל שיהיה הטבח מרוכז במלאכתו, אין לו לקלקל בשחיטתו, ואם שחט שלא כראוי, מוכח שלא התרכז כראוי במלאכתו ואינו אנוס, כיון שכל מלאכת השחיטה הינה תוצאה של פעולת הידיים. אולם השולחני אם טעה, הרי הטעות בשיקול הדעת ובהבנה של מה שראה, שלא הבחין נכוחה שהמטבע מזויפת, ובזה הוא אנוס, דטעות בראיה או בשיקול הדעת הוי אנוס, דמן הסתם מי שהוא מומחה וטועה בשיקול הדעת ובהבנה, כנראה שהיה אנוס ומחשבתו אנסתו. ולפ״ז אפשר דאף במלאכת השחיטה, אם אינה תלויה בידיים אלא בשיקול הדעת, כגון שסבר שהסכין טובה עבור בהמות, והתברר שהיתה לא מחומר מספיק חזק, וכתוצאה מזה נשברה הסכין במהלך השחיטה ונתנבלה הבהמה, דיהיה אנוס ופטור, אפי׳ שחט בשכר.

ודעת הרמ״ה, הובאו דבריו בשטמ״ק בסוגיא, מבואר כדעת הרמב״ם, דדוקא שולחני כדנכו ואיסור בחינם פטור, ושאר שולחנים חייבים, ובזה שונה מטבח, שאף אם אינו אומן מומחה, מ״מ פטור בחינם. וכתב סברא הפוכה מסברת הרשב״א, על החיוב היתר של שולחני שאינו כדנכו ואיסור, מטבח אומן שאינו מומחה, שפטור בחינם: ״ואומן דצריך למגמר, גבי שלחני חייב וגבי טבח פטור, ומאי שנא אמרי גבי שלחני, כיון דמחסר היכרא פושע הוא, דלא איבעי ליה למסמך אנפשיה כיון דלא גמיר כל צרכו, אי נמי מעיין טפי, אפשר דטעי ואמטו להכי חייב, ואלו גבי טבח

על כרחך כדגמיר כולהו הלכות שחיטה עסקינן, ולא מחסר אלא זריזות ידא, הילכך אע״ג דלית ביה זריזותא יתירתא לאו פושע הוא, דהא בדידיה קאי לעיוני ומשחט וסבר מעיינא שפיר ושחיטנא. והני מילי בחנם, אבל בשכר אפילו אומן שבאומנים נמי חייב, דנהי דפושע לא הוי, אנוס נמי לא הוי, דכיון דחזינן דטעי ואיכא דידע ליה לטעותיה, איבעי ליה לעיוני טפי, אי נמי לאחוויי לחבריה, דאמר ליה להכי יהבי לך אגרא לנטוריה נטירותא יתירתא״. ומבואר דטבח אומן, אף שאינו מומחה ביותר, לא הוי פשיעה, דאם השחיטה נפסלה, הדבר מחמת אי זריזות הידיים, ובזה אינו פושע. משא״כ שולחני שיש לו האפשרות להראות לאחר. אולם במומחה כדנכו ואיסור, לא שייך לומר שהיה לו להראות לאחר, שאין מומחה יותר מדנכו ואיסור.

וכנ״ל הן הטור והן השו״ע, פסקו כדעת הרמב״ם ודעימיה, ששולחני כדנכו ואיסור, אינם פטורים אלא כשעשו בחינם, אולם בשכר חייבים כדין טבח. וביש״ש (ב״ק ט,כד) הקשה מדוע בגמ׳ לא חילקו בשולחני בין חינם לשכר, והו״ל לרב פפא לחלק בין חינם לשכר, ולכן הסיק הש״ש דמסוגית הגמ׳ עולה דהפטור תלוי בחשיבות האומן, דאם הוא שולחני כדנכו ואיסור, יש לפטרו אפי׳ בשכר, ובשולחני שאינו חשוב כמותם, יש לחייבו אפי׳ בחינם, ובדנכו ואיסור שטעו בדבר שאינו שכיח כלל כגון במטבע חדשה, הו״ל כאונס ואפי׳ בשכר פטור. והוסיף דאף מדברי התוס׳ בסוגיא (ד״ה ותניא) יש ללמוד דפטור אף בשכר, אם הוא כדנכו ואיסור, שכתבו וז״ל; ״ולא שייך הכא לשנויי כאן בחנם כאן בשכר. לפי שבהכרת המטבע צריך בקיאות גדול. ולית ליה למיחזי אם אין בקי כדנכו״. וממה שלא הזכירו התוס׳ כלל שדנכו ואיסור חייבים אף בשכר, מוכח דס״ל שהכל תלוי ברוב בקיאתם בין לחיוב בין לפטור. ושכן הביא המגיד דעת הרשב״א, וכן עיקר. וע״ע במהריב״ל בתש׳ (ח״ג סי׳ ל) דאין להוציא מספק בבקי כדנכו ואיסור שעשה בשכר, וז״ל: ״כיון דאיכא מרבוותא דסבירא להו דהבקי הגדול אפילו בשכר פטור, דמספקא לא הוה מפיקנן ממונא מיניה, אבל אין ספק שזה האיש אינו כעין דנכו ואסור דהוו בקיאים גדולים, וכיון דכן אפי׳ דהוה בחנם הוא חייב״. ועיין בש״ך שו,יא שהסיק כדעת רוב הפוסקים ודחה ראית הרשב״א והיש״ש.

ולפ״ז לענין הלכה קיי״ל דבשכר חייב אפי׳ הוא אומן מומחה שאין למעלה הימנו מומחה, ורק בחינם פטור. ולכאורה נראה דלא יוכל המוחזק לומר קים לי כדעת הרשב״א ודעימיה, מאחר שהמחבר והרמ״א פסקו בפשטות דבשכר חייב, והנו״כ לא חלקו עליהם, וכמש״כ החוות יאיר בתש׳ (סי׳ קסה): ״וכן מה דסתם לן הב״י בשו״ע דזכה שנקבע הלכה כמותו, ולא חלקו עליו הבאים אחריו, אין לומר קים-לי כלל נגד הכרעתו ... לכן אם פסק להוציא ממון הו״ל כטועה בדבר משנה ואפילו כבר יצא הממון חוזר״. וכן מבואר להדיא בדברי הנתיבות (כללי תפיסה כלל ב) דכל

מקום שנשאר בתיקו בש"ס ומבואר בשו"ע שאם תפס אין מוציאים מידו והרמ"א לא הגיה עליו, יש להורות דמהני תפיסה. ועיין עוד שם בכלל כ שהביא את דעת החוות יאיר הנ"ל. וע"ע בש"ך בתוקפו כהן (סי' עד), וז"ל: "וכבר נהגינן שלא להיות נגד מהרמ"א במקום שאין ראיה ברורה לסתור דבריו", עיי"ש, וכן היא דעת התומים בקיצור תוקפו כהן (עיין דף מח,ב בדפוסים שלנו).

ובענין אם אומן בשכר חייב, גם אם לא אמר לו חזי דעלך קסמיכנא, כן נראה מדברי הרי"ף בסוגיא (לה,ב מעמוה"ר), שכתב על דין זה דחזי דעלך קסמיכנא, שמתיחס לדין חיוב הדיוט: "שמעינן מינה דהדיוט לא מיחייב לשלומי עד דמודע ליה דעליה קא סמיך, דאי לא מודע ליה, מצי א"ל לא ידענא דעלי קא סמכת, ואי מוכחא דעליה קא סמיך לא צריך לאודועיה". ומבואר דאומן בכל ענין חייב, באופן שחייב, כגון בשכר, דבעינן לאמירה דוקא בהדיוט. וכן למד מדבריו מהר"מ מרוטנבורג (ד"פ סי' קמה): "דמראה דינר לשולחני חייב, אע"ג דלא א"ל עלך קא סמיכנא, כן פסק רב אלפס". וכן פסק המחבר בשו"ע חו"מ שו,ו, אם אינו בקי, חייב לשלם אף שהוא בחנם, והוא שיאמר לשולחני עליך אני סומך וכו'. ועיי"ש בנתיבות ס"ק יא, דבשכר חייב בכל ענין, וכל נדון האמירה הוא רק בחינם.

ב. חיוב שולחני – מדין שומר או מזיק

הרמב"ן ב"מ פב,ב, הביא דברי התוס' ב"ק כז,ב (ד"ה ושמואל), שמהם עולה דטבח שקלקל יש לו דין של מזיק, שדנו אם הוי אונס קרוב לגניבה או אבידה, וז"ל הרמב"ן: "ועוד הביאו, טבח אומן שקלקל דפטור בחנם, ואמאי אדם מזיק הוא, וכי נמי סבירא לן אנוס הוא ליחייב, וזה ודאי קשה עליהם, דכיון דמיחייב בשכר, אלמא כעין גנבה ואבדה הוא ולאו אונס גדול ולאו אונס קטן הוא ופטרוהו בחנם. אלא שאין באומן הטועה במלאכתו משום מזיק". יסוד דברי הרמב"ן שחיוב אומן שנגרם נזק במסגרת אומנותו, אינה בגדר אדם המזיק אלא שומר. ולכן אין עליו החיוב הקיים על אדם המזיק שהוא מועד לעולם וחייב אף באונסין. והגר"י אברמסקי זצ"ל בחזון יחזקאל (ב"ק י,ד) כתב לבאר בדרך זו את דברי הראב"ד בהל' אישות כא,ט, דאשה ששברה כלים בבית בעלה, פטורה מדין שאלה בבעלים, דכוונתו שאין לה דין של מזיק אלא של שומר. ואפשר דאף הרמב"ם מודה לזה שדינה כשומר ולא מזיק, אלא ס"ל שאין כאן דין שמירה בבעלים. (ועיין בחזו"א ב"ק יא,כא בסופו, מש"כ בבאור מחלוקת הרמב"ם והראב"ד). אולם הקשה על סברת הרמב"ן מדין השולחני, דשולחני לא נעשה שומר על המטבע, וכל חיובו הוא מדינא דגרמי, וא"כ מה לי בחינם ומה לי בשכר. וכתב לישב, דבשולחני שיש לו היכולת להורות אם המטבע טובה אם לאו, אינו חייב בגרמי אלא בשכר, דבשכר ודאי סמך עליו שיורה

לו כדת וכדין, ולא יהיה מקום לטעות, משא״כ בחינם לא סמך עליו שיתן תשובה מעליא. משא״כ מי שאינו בקי ואין לו הסמכות להורות בעניני מטבעות, אף בחינם אין לו להורות ודינו כמזיק. ועיין עוד בדברי יחזקאל (לגר״י ברשטיין, לז,ט).

ומבואר מדברי החזון יחזקאל, דשולחני וכל אומן שאינו מזיק לחפץ שעליו הוא עושה אומנותו, חיובם מדין מזיק. משא״כ חייט או טבח, שפעולתם על החפץ עצמו, אם ניזוק החומר שעליו עושים הפעולה, חיובם מדין שומר ולא מדין מזיק. וכן נראה ללמוד מדברי קצוה״ח שו,יא. קצוה״ח הביא את המרדכי (ב״ק סי׳ קטז) המחלק בין נמחק צורתו לנחסר משקלו, דמראה דינר לשולחני אינו חייב אלא כששנחסר משקלה מחמת רעתה, והשולחני אומר שהמטבע טובה, משא״כ אם נמחקה צורתו והוא אומר שהוא טוב פטור, דלא גרע משף מטבע של חבירו בידים שהוא פטור. וקצוה״ח כתב דמהשמטת הפוסקים לדברי המרדכי, נראה שלא סוברים לחלק כדבריו, ואפי׳ בנמחק צורתו חייב, עיי״ש. עוד הוסיף קצוה״ח, דבשף מטבע של חבירו, כיון שאינו עושה ההיזק בגוף המטבע אלא במחיקת הצורה ויכול עדיין להוסיף עליו צורה, אף שצריך הוצאה לכך, הו״ל כמו ריפוי דפטור בנזקי ממונו. משא״כ בחייב ממון לחבירו בעבור חוב או נזק, ופורע לו במטבע שנמחק צורתה, ודאי אינו יכול לסלקו אלא במטבע היוצא; ״וא״כ ה״ה בזה שלא נעשה ההיזק בזה המטבע שלוקח על פי זה שאומר לו ללוקחו, אלא ההיזק היה שהיה נושה בחבירו מטבע טובה, ופטרו על פי זה שאומר לו ליקח מטבע זה ופטר את חבירו מחובו או שחבירו הלך למדינת הים, וא״כ נעשה לו היזק במטבע שהיה לו אצל חבירו, מעתה נתחייב לו זה שייעצו ליקח מטבע זה לשלם המטבע שהיה לו אצל חבירו, וכיון דכבר נתחייב לו אינו יכול לפטור עצמו במטבע שנמחק צורתו, וצ״ע״. מבואר שעשה היזק לחוב ולא למטבע. ומזה מוכח דחיוב החנוני הוא מדין מזיק ולא שומר. ולפ״ז בנדון שמאי, חיוב מדינא דגרמי, וחייב רק בשכר כיון דעליו סמך שיורה לו כדת וכדין.

ומש״כ הרמב״ן דחיוב אומן מדין שומר ולא מזיק, דאין באומן דין מזיק, כן מבואר בתוס׳ רבינו פרץ, מובא בשטמ״ק (ב״ק כז,א), על הא דאמר רבה בגמ׳ שם; נפל מראש הגג ברוח שאינה מצויה והזיק ובייש, חייב על הנזק ופטור בד׳ דברים, ברוח מצויה והזיק ובייש, חייב בד׳ דברים ופטור על הבשת. והקשה בר״פ, מדוע חייב על נזק ברוח שאינה מצויה, הרי הוא אנוס. ותי׳ דהיה לו לשמור עצמו שלא לעלות. והביא קושית ר״י, דמשמע דאדם המזיק חייב כשמזיק ברוח שאינה מצויה, ורוח שאינה מצויה היא כעין גניבה ואבידה וכו׳. ובב״מ פב,ב תנן; המעביר חבית ממקום למקום ושברה, בין שומר חנם בין שומר שכר ישבע. ושם בגמ׳, דנתקל לאו פושע הוא, והרי אף אם אינו פושע, יתחייב באונסין כדין אדם המזיק. ותירצו בתוס׳ (עיין ב״ק כז,ב ד״ה ושמואל), וי״ל דרוח שאינה מצויה שהוא כעין אבידה, משא״כ

נתקל הוא כעין גניבה. וריב"א פירש, דודאי נתקל דמי לרוח שאינה מצויה, ואדם המזיק חייב בנתקל, ולכך פטור שומר חנם, דכיון דמעביר חבית דינו כשומר חנם לא שייך בו דין אדם המזיק; "שהרי עליו מוטל להתעסק בדבר, ולכך לא מחייב רק בפשיעה, אבל אדם דעלמא, מה היה לו להתעסק בדבר כיון שאינו מוטל עליו, לכך חייב בכעין גניבה ואבידה". ומבואר דכל מי שעליו להתעסק בדבר, לא שייך בו דין של אדם המזיק, ולכן בסבל דינו כשומר ולא אדם המזיק, משא"כ אם היה מעביר את החבית ללא שהתבקש, אם נשברה חייב מדין מזיק, דמה לו ולחבית של אחרים. וכן הביא שם השטמ"ק מהמהרי"ט בשם הריב"א: "והא דפטר נתקל במעביר חבית וכן טבח שקלקל, משום דכיון שמתעסקין הן לטובת הניזק, לאו אדם המזיק הוא ויש להם דין שומר, אם שומר חנם שומר חנם, ואם שומר שכר שומר שכר". וכאן מובאת הסברא בשינוי מעט, דלעיל בר"פ מבואר דעוסק ברשות אינו מזיק, ובמהרי"ט מבואר דעוסק לטובת הניזק. ונפק"מ לכאורה במי שעוסק לטובת הניזק, אף אם אינו ברשות, וצ"ע. ועיין בחזו"א (ב"ק יא,כא) דהחיוב לעסוק במלאכה, אם ארע לאומן אונס כעין גניבה, כיון שמוטל עליו להתעסק, הרי זה בבחינת אונס גמור, משא"כ שומר שכר משתעבד לשלם אף בכהאי גוונא.

ועיין במחנה אפרים (נזקי ממון סו"ס ה) שהקשה מב"ק לב,א, בבעית הגמ' במזיק את אשתו בתשמיש המטה מהו, כיון דברשות קעביד פטור, או דילמא איבעי ליה לעיוני, ומסקנת הגמ' דחייב כיון דאיהו עביד מעשה. ומבואר דאף במתעסק ברשות, כיון דעל ידו נעשה המעשה בלבד חייב. וטבח אומן שקלקל י"ל דאיירי דע"י שפירכס הבהמה נעשה ג"כ ההיזק; "אבל ליישב ג"כ ההיא דהמעביר חבית ממקום למקום דסוף האומנין, צ"ל דגבי מזיק את אשתו כיון דיש לו הנאה חשיב כנושא שכר, ומשום הכי חייב אף דמתעסק ברשות". וע"ע במחנ"א שומרים סו"ס לט.

ג. טעות בשיקול הדעת

ולפ"ז בנדו"ד שהשמאי קיבל שכר על עבודתו, הוי כשולחני בשכר, וחייב לשלם הנזק שגרם, ואף ללא אמירת חזי דעלך קסמיכנא. וזאת אם יוכח שאכן טעה בחישוב. אלא שי"ל דשומה אינה דומה לראיית מטבע, דבשומה הרי היא כהערכה שאינה מדויקת, וטעות חישוב של דברים שעדיין לא באו לעולם, ואף שהטענה שהיה צריך לתת גם שומה נפרדת לאפשרות זו, עדיין אינה כטעות של שומת מטבע שנפסלה, שהיא שאלה אם יוצאת בהוצאה אם לאו, משא"כ חישוב של תוכניות עתידיות והקלות שיתכן ולא יהיו, הן במסגרת טעות בשקול הדעת, ויש שיאמרו שכך יש לחשב באופן זהיר. ואף שיכול למצוא קונה שיהיה מוכן לשלם 30% יותר

מהשומה, אין הדבר מחייב שהשומה עצמה היתה בטעות, מאחר ונכס מעין זה, יכול משקיע לקנות לטווח ארוך, עם רצון להמתין להקלות ולשינוי תב"ע במקום. ולכן יש לחייב שמאי כאשר טעו דומיא דשולחני, בטעות של מטבע פסולה אם לאו, אולם באופן של שיקול הדעת ומתן משקל לנתונים, באופן שיש מחשבים כך או כך, אין לחייבו, והוי כדיין שטעה בשיקול הדעת, דפטור לשלם כשאי אפשר להחזיר הדין, עיין שו"ע חו"מ כה,ב.

דתנן במשנה כתובות צט,ב: שום הדיינין שפיחתו שתות או הוסיפו שתות, מכרן בטל.

רשב"ג אומר מכרן קיים, אם כן מה כח בית דין יפה, אבל אם עשו אגרת בקורת ביניהן (הכרזה, רש"י שם), אפילו מכרו שוה מנה במאתים או שוה מאתים במנה מכרן קיים. ובגמ' שם ק,ב: ועד כמה, אמר רב הונא בר יהודה אמר רב ששת עד פלגא. תניא נמי הכי, אמר רשב"ג, ב"ד שמכרו שוה מאתים במנה או שוה מנה במאתים מכרן קיים. וקיי"ל שם ק,א, כת"ק ולא כרשב"ג. והרמב"ם בהל' מכירה יג,י-יא, פסק וז"ל: "בית דין שמכרו נכסי יתומים וטעו בין בקרקעות בין במטלטלין, אם טעו בפחות משתות הרי זו מחילה כהדיוט, טעו בשתות בטל המקח ,ואם רצו שלא לבטל הממכר ויחזירו ההונייה מחזירין, לא יהיה כח הדיוט חמור מהן. נראה לי, שבית דין שמכרו קרקע או עבדים של יתומים שוה מנה במאתים, אין הלוקח יכול לחזור בהן, לא יהיה כח הדיוט חמור מכח היתומים. וכן הדין באפוטרופוס שמכר קרקע ועבדים, שאין הלוקח יכול לחזור בהונייה כדין ההדיוט". והראב"ד חולק על הרמב"ם, דאפי' טעו בקרקעות, יכול הלוקח לחזור עד שתות. דהגמ' העמידה את המשנה בדברים שמכריזין עליהם והכריזו, והיינו קרקעות, ואפ"ה הותירו שתות מכרן בטל או יחזירו ההונאה. דכל מי שקונה בשומת בי"ד, לא עלה בדעתו שיתאנה ותהיה שם שומה בטעות, ולכן אפי' בקרקעות קפיד אינש.

ונדו"ד אין לדון כשומה מוטעית של בי"ד, אלא קונה ומוכר שמכרו במחיר נמוך,

דכאן לא היתה מכירה מבי"ד. בי"ד רק מינה את השמאי, ולכן בכל ענין הכל מכח ההסכם של הקונה והמוכר, שהסכימו למכור ולקנות לפי שומת שמאי שיקבע בי"ד. אך אין בזה מכירה של בי"ד. ולכן הדרינן לכל דין מכירת קרקעות שאין בהן אונאה, ולא יכול לבטל המקח, דדוקא כשבי"ד מוכרים, יכול לטעון שמקפיד אפי' על טעות של שתות, משא"כ בנדו"ד שאינה מכירה של בי"ד, אלא הסכמה של הצדדים. ולכן אינו יכול לבטל המקח.

לאור האמור, אין המוכר יכול לבטל המקח, ואינו יכול לתבוע השמאי.

סימן לא

שיק גנוב שנמסר תמורת סחורה

ראשי פרקים

א. תקנת השוק

ב. החפץ ביד הבעלים

ג. תקנת השוק בשטרות ובשיקים

בעל חנות שנגנבו לו שיקים, וכשנודעה הגניבה הוא פנה באמצעות מודעה לכל מי שנתן לו שיקים, שיבטל את השיקים, ואכן כך עשו מרביתם. התברר שגונב השיקים, הוא או מי מטעמו, הלך עם השיק וקנה סחורה בחנות אחרת. השיק לא כובד ע״י הבנק, לאחר שבוטל מסיבת גניבה. בעל החנות טוען כי בהתאם לחוק ככל שהשיק סחיר, על בעל החשבון לפרוע את השיק. בעל החשבון טוען שהיה על הקופאי בחנות לבקש תעודה מזהה כנהוג. נשאלתי אם ע״פ ההלכה חייב בעל החשבון לשלם למקבל השיק.

לאחרונה נשאלתי שאלה אחרת בענין, במי שנגנב לו ארנק ובו פנקסי שיקים ות״ז, והגנב זייף את החתימה ואף הציג את הת״ז בפני המוכר (כידוע לא תמיד ניתן לבדוק אם התמונה זהה למציאות, ועצם הצגת התעודה מספיקה בדר״כ). השיק חזר הן מחמת שבוטל והן מחמת חוסר התאמה בין החתימה לדוגמת החתימה בבנק, וגם שם נשאלתי ע״י בעל החשבון אם חייב לשלם למקבל השיק הגנוב והמזויף.

ויש חילוק מהותי בין שני המקרים. במקרה הראשון, יכול מקבל השיק לפנות להוצאה לפועל, ולגבות באמצעותם את השיק. השיק מצד עצמו הוא שטר תקין, למעט בעיה חיצונית שנגנב ובוטל, אך מבחינת דיני השטרות אין עמו כל בעיה. גם אם הקופאי לא בקש ת״ז, אין ברשלנות זו מניעה לגבות את השיק באמצעות ההוצל״פ. בא בעל החשבון ומבקש מאוחז השיק שלא יגבה אותו בהיותו גנוב, ובזה יש לשאול אם יש בזה תקנת השוק, שיכול אוחז השיק שלא להחזיר את השיק לבעל החשבון ולגבותו, אא״כ ישלם לו בעל החשבון כדין תקנת השוק. משא״כ במקרה השני, השיק הוא חספא בעלמא, אוחז השיק אינו יכול לעשות עמו דבר, ומבחינת בעל החשבון יכול להשאירו אצלו, ממילא אין כאן תקנת השוק שיחזיר לו השיק תמורת כסף.

א. תקנת השוק

איתא בב״ק קטו,א: איתמר, גנב ומכר ואח״כ הוכר הגנב, רב משמיה דרבי חייא אמר הדין עם הראשון (דינו של בע״ה ותביעתו על הגנב היא, ואין הלוקח בעל דינו, ואם בא לגבותו הימנו יתן דמים, ואף על גב שהוכר הגנב, לא אמרינן יחזיר לוקח הכלים בחנם ויפרע מן הגנב – רש״י), ר׳ יוחנן משמיה דרבי ינאי אמר הדין עם השני (דינו של בעל הבית עם הלוקח הוא, ויוציא הימנו כליו בחנם), אמר רב יוסף לא פליגי, כאן לפני יאוש (לקחו מן הגנב לפני יאוש), הדין עם השני, כאן לאחר יאוש, הדין עם הראשון ... רב פפא אמר בגלימא, דכ״ע לא פליגי דהדר למריה (לעולם בדלפני יאוש פליגי, ותרוייהו אית להו דרב חסדא, ובגלימא דגניבה כ״ע לא פליגי דהדרא למרה מיד בחנם, ואין הלוקח יכול לעכבה על מעותיו וכדרב חסדא, והדין עם הראשון דאמר רב, לא בדין הבעל הבית קאמר אלא בדינו של לוקח קאמר), והכא בעשו בו תקנת השוק קמיפלגי (על שקנאו לוקח בשוק בפרהסיא ולא הבין בו שנגנב, עשו לו תקנה שישלם לו בעל הבית מעותיו), רב משמיה דר׳ חייא אמר הדין עם הראשון, דינא דלוקח דלישקול זוזי מגנב, ולא עשו בו תקנת השוק, ור׳ יוחנן משום דר׳ ינאי אמר הדין עם השני, דינא דלוקח דלישקול מבעל הבית ועשו בו תקנת השוק (נהי דאית לן דרב חסדא ולא מצי לוקח למימר לבעל הבית לאו בעל דברים דידי את, מיהו לאחר שישלם הגניבה יתבע מעותיו מבעל הבית). וסבר רב לא עשו בו תקנת השוק, והא רב הונא תלמידיה דרב הוה, וחנן בישא גנב גלימא וזבנה, אתא לקמיה דרב הונא, א״ל להההוא גברא זיל שרי עביטך (פדה משכונך שבידו). שאני חנן בישא כיון דליכא לאישתלומי מיניה, כלא הוכר דמי. אמר רבא, אם גנב מפורסם הוא לא עשו בו תקנת השוק. והא חנן בישא דמפורסם הוה ועשו בו תקנת השוק. נהי דמפורסם לבישותא, לגניבותא לא מפורסם.

והראשונים פסקו כרבי יוחנן דעשו תקנת השוק. כן פסק הרי״ף (ב״ק מב,א מעמוה״ר). ועיין גם ברמב״ם (גניבה ה,ב), ושו״ע חו״מ שנו,ב, דככל שלא היה יאוש בעלים, מחזיר הקונה את החפץ תמורת דמים משום תקנת השוק, אא״כ היה גנב מפורסם, וז״ל הרמב״ם: ״הגונב ומכר ולא נתיאשו הבעלים ואחר כך הוכר הגנב ובאו עדים שזה החפץ שמכרו פלוני זה הוא גנבו בפנינו, חוזר החפץ לבעליו והבעלים נותנין ללוקח דמים ששקל לגנב מפני תקנת השוק, והבעלים חוזרין ועושין דין עם הגנב. ואם גנב מפורסם הוא לא עשו בו תקנת השוק, ואין הבעלים נותנין ללוקח כלום, אלא חוזר הלוקח ועושה דין עם הגנב ומוציא ממנו דמים ששקל לו״. והרב המגיד הראה מקורו לדברי ר׳ יוחנן משום ר׳ ינאי (הנ״ל).

וכל זה בהוכר הגנב, כדמוכח בסוגיא, אולם בלא הוכר הגנב, ואם יחזיר הלוקח את החפץ לבעלים ללא דמים לא יהיה לו על מי לחזור, נראה דאף רב מודה שעשו

תקנת השוק, ואין הלוקח צריך להחזיר את החפץ לבעלים ללא שישלמו לו מה ששילם עבור החפץ. דבר זה נלמד מדברי הרשב"א בסוגיא. הרשב"א לומד דאין כל ספק שעשו תקנת השוק שלא יפסידו הלקוחות, שאי אפשר שיתקיים השוק, אם לא יחזירו הבעלים ללוקח דמים, שאם לא יחזירו דמים ולא תהיה תקנת השוק, לא ניתן יהיה לקיים את השוק. ואין מחלוקת בין רב לר' יוחנן בעצם השאלה אם עשו תקנת השוק אם לאו, דודאי לכ"ע עשו תקנת השוק. השאלה היא בהוכר הגנב שיש ללוקח על מי לחזור, האם במציאות זו עשו תקנת השוק. האם יש סיבה לתקן ללוקח שלא יצטרך לחזור אחרי הגנב. האם במציאות שיש לו לחזור אחרי הגנב, אם יש צורך לתקן לאנשי השוק תקנה של החזר דמים. וז"ל הרשב"א: "הא דאמרינן בעשו בו תקנת השוק קמפלגי, כלומר אם עשו תקנת השוק בשהוכר הגנב אם לא, דרב דאמר דין הלוקח עם הראשון, דהיינו הגנב סבר כי עשו תקנת השוק ליטול הלוקח דמים מבעה"ב הני מילי בשלא הוכר הגנב, ומשום תקנת לקוחות שלא יפסידו שלהם, אבל בשהוכר הגנב לא עשו בו תקנת השוק, שאין הלוקח מפסיד אלא ילך וידון עם הגנב, ור"י סבר אף בשהוכר הגנב עשו תקנת השוק. אבל לכ"ע בשלא הוכר הגנב עשו תקנת השוק, דבתקנת השוק ליכא מאן דפליג, והיינו דקאמר בעשו בו תקנת השוק פליגי, ואי בעיקר תקנת השוק פליגי, מאי בו דקאמר, לא הוה ליה למימר אלא בעשו תקנת השוק פליגי". דאין מחלוקת בעצם תקנת השוק, דודאי גם רב מודה שעשו תקנת השוק במקום הצורך, המחלוקת היא אם הוכר הגנב זה כבר מציאות הנצרכת לתקנה. והרשב"א הביא לאחד מגדולי המפרשים, שמשמעות דבריו דהמחלוקת היא אם בכלל עשו תקנת השוק בלוקח. והרשב"א חלק עליו, דליתא, אלא לכ"ע עשו תקנת השוק בלוקח, ונחלקו רק בהוכר הגנב. ודברי הרשב"א הביאם גם הב"י (חו"מ שנו,ד), ועיין עוד בסמ"ע שנו,ד.

ב. החפץ ביד הבעלים

בנדון של השיק יש לדון אם עשו תקנת השוק. יש לדון לכאורה אם השיק הוא חפץ בפני עצמו או שכל תכליתו היא לגביית כסף. ונפק"מ, שאף אם השיק ביד הלוקח, מ"מ הכסף הוא ביד הבעלים, דלכאורה יכולים הבעלים לומר שישאיר השיק אצלו, רק לא יגבה את הכסף מבעל החשבון, כשהכסף הוא ברשות הבעלים, ובכה"ג יש לדון אם עשו תקנת השוק. או כיון שהשיק יש בו כח גביה, שיכול לפנות להוצל"פ ולגבות באמצעותו, אין זה נחשב כחפץ שביד הבעלים.

מהר"מ אלשיך (סי' קכד) דן בשמעון שהקנה (במעמ"ש) מעות שיש לו בתורת פקדון אצל ראובן - ללוי, וכשבא לוי להוציא המעות מראובן, טוען ראובן ששמעון חייב לו, ואינו רוצה ליתן לו המעות (אכמ"ל בפרטי השאלה, ועיין עוד להלן), ובתוך

שאר דבריו כותב מהר״מ אלשיך שיכול ראובן להחזיק במעות שתחת ידו, ואין לוי יכול להוציאם מכח תקנת השוק, דכיון שהמעות כעת תחת יד ראובן, יכול שלא ליתנם ללוי, אף שקנאם במעמד שלשתן: ״ועוד אני אומר שמטעמא אחרינא יכול ראובן אחר שהוציאו הגוי מהבית ליפרע מפקדון זה שתחת ידו, דלא ימנע אם מה שהקנה שמעון הפקדון ללוי היה בתורת מכר שמכרו לו, הא קי״ל שכל מי שקונה קרקע באחריות וטרפוהו ממנו, דנעשה כמלוה בשטר לגבי מוכר לטרוף מכל קרקע שנמכר אחר שקנה הוא, וא״כ גם המטלטלין ששעבד לו שמעון לראובן אגב קרקע מן הדין נעשו כקרקע לטרוף אותו מהלוקח, ומאי טעמא אין טורפין אותן מן הלוקח, משום תקנת השוק שלא יהיה מי שיקנה חפץ מחברו, והרי לא אמרו כך אלא היכא שבאו המטלטלין ליד הלוקח, אבל היכא דעדיין הם ביד המוכר וכ״ש ביד המלוה של מוכר, שאין צריך להוציא מיד הלוקח, ודאי שנעמידם על דין תורה וגובה מהם״. ולמד מדין ק״ו בתקנת השוק בשטרות, ומדברי הרא״ש (יובא להלן). ומזה מבואר דכל מה שהוא תחת יד הבעלים ואינם צריכים להוציא מהלוקח, אינם צריכים ליתן לו דמים, דלא עשו בזה תקנת השוק. ולכאורה היה מקום לומר אף בשיק, שאין גופו ממון והוא היכי תימצי להוצאת ממון, כיון שהממון ביד הבעלים, לא עשו בזה תקנת השוק, ואין צריך לשלם דמים בתמורה לשיק.

ודברי מהר״מ אלשיך הובאו בש״ך בכ״מ. בחו״מ קכו,קה הביא את מהר״מ אלשיך,

וחלק עליו, לא מצד הסברא שמה שתחת יד הבעלים לא עשו תקנת השוק, אלא איך יכול ראובן לגבות ממה שתחת ידו, דלראובן יש דין של בע״ח מאוחר, ואין בו דין של בע״ח מאוחר שקדם ולוה, דדין בע״ח מאוחר שקדם וגבה שייך דוקא כשגבה מהלוה, אולם אם מכר לאחר וגבה מהאחר, לא שייך בזה דין בע״ח מאוחר שקדם וגבה. ואפי׳ כבר גבה, מוציאים מידו ונותנים לקונה, וכיון שהקנה במעמ״ש, יש ליתן ללוי, ואין ראובן יכול לגבות ממה שתחת ידו. ובזה מבואר שנחלק הש״ך על מהר״מ אלשיך לענין הלכות גביית חוב ולא לעצם תקנת השוק. ודבר זה התבאר גם ממש״כ הש״ך שנו,ד ולמד מדבריו, שאם בא הדבר הגנוב אחר שנמכר לבעלים, אין צריכים הבעלים לשלם ללוקח מעותיו; ״אף שידוע שקנהו מתחלה, דלא שייך ביה תקנת השוק כיון שהוא עתה ביד בעלים הראשונים, ואף ששם חלקתי עליו, מ״מ כאן מודינא״. דכל מה שנחלק על מהר״מ אלשיך הוא בדין גביית חוב, אולם לענין תקנת השוק שלא עשו בכה״ג, לא נחלק עליו ומודה לדבריו.

גם קצוה״ח נ,ב הסכים לדברי מהר״מ אלשיך (יובא עוד להלן), לענין שטרות וממרני,

דכיון דהכסף ביד הלוה, לא עשו בזה תקנת השוק. אלא שהקשה, מדוע נצרכו לטעמים אחרים בשטרות שלא עשו תקנת השוק, משום דלא שכיח וכו׳, וכפי שיובא להלן. וע״ז תירץ קצוה״ח, דמיירי שם בשעבד שטרות ומכרן הלוה לאחר ואין הלוקח

מוחזק, אולם כשהלוה מוחזק בנכסיו שנמכרו, לא שייך תקנת השוק. גם מהנתיבות שנו,א נראה שהסכים למהר״מ אלשיך והש״ך, אך הגביל את הדין, שאם קנה הלוקח את החפץ מהגנב בקנין משיכה, והבעלים תפסו מהלוקח, בזה לא מהני תפיסה להפקיע מתקנת השוק. ורק אם היה החפץ אצל הבעלים קודם, והקנה הגנב ללוקח בקנין סודר, יכולים הבעלים להחזיק בידם: ״ולפענ״ד נראה שכונת הש״ך שבא החפץ לבעלים קודם שבא ליד הלוקח, דבכה״ג מיירי בסימן קכו, ובזה מסתברים דבריו שהבעלים יכולין לומר אני הצלתי לעצמי חפצי מהגנב, ומה לי בכך שאתה קנית בקנין סודר מהגנב, דהא אין קנין שלך נתפס. אבל כשכבר הגיע החפץ להלוקח ונתן דמים להגנב, אף שהבעלים תפסו החפץ מהלוקח, חייבים להחזיר הדמים מפני תקנת חכמים, דודאי לא מהני תפיסה לפטור מהדמים שתיקנו חז״ל לשלם מפני תקנת השוק״. ולכאורה הוא הדין אם קנו מהגנב במשיכה, ואח״כ יפקיד הלוקח אצל הבעלים, דחשיב תפיסה לענין זה שלא יוכל להפקיע עצמו מתשלום ע״פ תקנת השוק.

ועיין בכסף הקדשים סו״ס שנו, שאם החפץ ביד קרובו או שלוחו, חייב לשלם מדין תקנת השוק. ולכאורה צ״ב, דהרי סו״ס אינו צריך להוציא מיד הלוקח. גם צ״ע, מה הדין אם החפץ יהיה ברשות הרבים, לא ברשות לוקח ולא ברשות הבעלים, אם חייב מתקנת השוק, שאם יקח מרשות הרבים, לא יהיה חייב לשלם ללוקח. ואפשר דמש״כ כסף הקדשים הוא אליבא דמש״כ הנתיבות, דתפיסה לא מהני, וכה״ג חשיב תפיסה. ואף אם ביד שלוחו או קרובו. דקרובו ודאי חשיב דמה שיקח ממנו יהיה כתפיסה. ואף שלוחו י״ל, דכמו דלא מהני תפיסת שליח במקום שחב לאחריני (עיין חו״מ ר״ס קה), הוא הדין בזה, ולכן חשיב תפיסה לענין תקנת השוק, דאינו בידו ממש אלא ביד אחריני, ואף שאינו ביד הלוקח, מ״מ אינו בידו, ולכן עשו בזה תקנת השוק.

ג. תקנת השוק בשטרות ובשיקים

הרא״ש בתש׳ (עט,ה) דן בראובן שהיה לו שט״ח על שמעון, ונתנו בכתיבה ומסירה ללוי, וטוען נפתלי כי ראובן חייב לו לפני שהלוה לשמעון, וממילא השט״ח שיש לראובן על שמעון משועבד לו וזכה בו מדין קדימה, ולוי משיב כי השטר שניתן לו הוא כמטלטלי ואין בו דין קדימה. והשיב הרא״ש: ״יראה לי שהדין עם נפתלי כיון ששטרו מוקדם ושעבד לו ראובן נכסיו מטלטלי אגב מקרקעי. וטעם שאין גובין מטלטלין שמכר היינו משום תקנת השוק, שאל״כ שום אדם לא היה רשאי לקנות חפץ מחבירו מפני שעבוד נושיו, אבל בנתינת שטר חוב לא שייך תקנת השוק דמילתא דלא שכיחא הוא. ועוד, דלא יצא השטר מרשות ראובן לגמרי, שעדיין נשאר בידו כח למחול השטר, הלכך חשוב שפיר ממונו לגבות ממנו בעלי

חובין". מבואר מדברי הרא"ש דלא שייך תקנת השוק בשטרות, דדוקא במטלטלין שאם יוכל הנגזל להוציאם מהקונה, בטלת חיי המסחר, ע"כ תיקנו שישארו ביד הקונה מהגזלן (ובתנאים המבוארים בשו"ע חו"מ שנו,ב ועוד) משא"כ בשטרות דלא שכיחי, אוקמה אעיקר הדין דמחזיר הקונה את השטרות לנגזל ללא תמורה. וכן פסק המחבר בשו"ע חו"מ ס,א.

והש"ך נ,ז דן במי שמכר ממרני שבידו לחבירו, והתברר שפרע לו הלוה, וכתב המלוה (המוכר) שובר בלי עדים על קבלת התמורה עוד בטרם מכר המלוה את הממרני לאחר. וכתב הש"ך דאם זה שקנה הממרני טוען שלא ידע שפרע הלוה למלוה הראשון, נהי דלא נתחייב אלא בסכום הכתוב בממרני ותו לא, מ"מ הו"ל כנתחייב לקונה, ומה שפרע לראשון, איהו דאפסיד אנפשיה. עוד הוסיף הש"ך: "דהיכא דלא ידע הו"ל כלקח חפץ מחבירו ונודע אח"כ שהוא גניבה בידו ואינו שלו, דמ"מ צריך להחזיר לו מעותיו משום תקנת השוק וכדלקמן סי' שנו והוא הדין הכא. ואע"ג דכתב הרא"ש והטור לקמן סי' ס ס"א דלא שייך בשטרות תקנת השוק דלא שכיח, היינו בסתם שטרות דעלמא אבל בממרנות שבזמננו דשכיח טובא שקונין זה מזה יותר מן המטלטלין, פשיטא דשייך תקנת השוק".

מתש' הרא"ש הנ"ל מבוארים שני טעמים לכך שבשטרות לא תיקנו תקנת השוק; דשטרות לא שכיחי מסחרם כמטלטלין, ועל זה עונה הש"ך דממרני שכיחי מסחרם טפי ממטלטלין, ע"כ שייך בהם תקנת השוק שלא יוציא הנגזל מהקונה בלא מחיר. ומשמע שתקנת השוק היתה עבור כל דבר ששכיח מסחרו ושייך בו טעמא שלא יושבתו חיי המסחר, וכל מקרה ומקרה ידון לגופו. ולפ"ז לכאורה טעם זה לא שייך בשיקים, שמסחרם ודאי שכיח והוא מדרכי המסחר. עוד מבואר ברא"ש דכל עוד שיש למלוה כח למחול, לא יצא השטר מרשותו לגמרי, ע"כ אינו בכלל תקנת השוק שעשו היכא שקנה הלוקח לגמרי. לפ"ז, כותב הש"ך, דבממרני שאין המלוה יכול למחול וכמש"כ בשו"ע חו"מ סו,י, יצא מרשות המלוה לגמרי ושייך בזה שפיר תקנת השוק. ולפ"ז בשיקים, שאין מעביר השיק של אחר יכול למחול, והבעלים עצמם אף שיכולים לבטל את השיק, הדבר במקרים מסוימים יכול להחשב כפעולה פלילית, ולכן הוא בכלל תקנת השוק. ומ"מ מסקנת הש"ך: "ולפ"ז הכא בממרני כשמברר זה שפרע למלוה הראשון קודם שקנהו זה, צריך הקונה להשבע בכמה קנה הממרני ויטול כדלקמן סי' שנו, אבל בידע או בשובר בעדים, דהוה כידע שהוא גנב מפורסם, אין צריך להחזיר לו מעותיו".

ודברי הש"ך הובאו בנתיבות (חידושים נ,ו) ובשער המשפט ס,ב, ונראה שמסכימים עימו להלכה. וכן נראה מהדברי מלכיאל בת' (ח"ד סי' קמט) שדן במי שקנה

וועקסיל וטוען הלוה שהוא שטר פרוע או אמנה, אם מחויב הלוה לשלם ללוקח מדין תקנת השוק. דאף שסברת הש"ך דכל התקנה היתה רק על דברים ששכיחים מסחרם, וגם זה צ"ע מנ"ל לחדש, מ"מ בימינו כל מכירת שטרות (אפילו אינם ממרני) שכיחי טובא, והש"ך יודה דאף עליהם חלה תקנת השוק וישלם הלוה לקונה. הדברי מלכיאל לומד מדברי הש"ך, דכל דבר דשכיח מסחרו, תקנת השוק חלה עליהם, וחייב לשלם למחזיק השטר מה ששילם עליו. ולפ"ז ודאי בשיקים חייב לשלם למקבל השיק שקיבלו בתם לב. וישלם לו סכום מלא ככתוב בשיק, דכן הנהוג לקבל עבור השיק את הסכום הנקוב בו, ונפק"מ שאין מחזיק השיק צריך להשבע כמה נתן עבור השיק. [ובהמשך דבריו הגביל הדברי מלכיאל את תקנת השוק דוקא למכירת שטרות ממוסדת, אולם אם נמכר השיק לחברת גביה, הגובה באלימות את השיקים, לא עשו בזה תקנת השוק: "אכן כל זה בוועקסלען שבידי הסוחרים או שבבאנק ובקאנטארין, אבל מי שקונה חובות על אחרים בזול, באשר הוא גבר אלם ויכול לגבות החוב, בזה ודאי ליכא דין תקה"ש כמ"ש הש"ך. ואף במקום שיש איזה אנשים שקונים שטרות כאלה, לא מיקרי זה שכיח, והוא דרך שכבשוה לסטים, כי הוא אכזריות לקנות חוב על חבירו ולדחוק אותו במקום שהבע"ד בעצמו לא היה דוחק אותו כ"כ ... ובזה נותנים יד לפושעים, שכל מי שיש לו שטר אמנה או פרוע מוכרו לאחר, כי הוא אינו יכול להעיז לתבוע בו, ובנ"י העוסקים בקניית שטרות כאלו הם מחללים את השם, ולזאת אוקמא אדינא דקיי"ל בחו"מ סי' סו שצריך קונה השטר להעמיד שישבע המוכר".]

אך יש מהאחרונים שחלקו על הש"ך בסברתו לחלק בין ממרני לשטרות לענין תקנת השוק. הגרע"א בהגהותיו על חו"מ נ,א כתב דאף בממרני לא שייך תקנת השוק, דעצם תקנת השוק היתה כשבאים להוציא מהלוקח את החפץ שקנה, ואומרים שלא יוציא אלא לאחר שיתן הנגזל את הדמים ששילם הלוקח. אבל בשטרות וממרני בא הלוקח להוציא מהלוה - לגבות את החוב האמור בשטר, וכיון שבא להוציא באמצעות שטר שהוא חספא בעלמא, לא מהני. וסברא כזו מבוארת במהר"מ אלשיך (סי' קכד, עיין לעיל), הובאו דבריו בקצוה"ח נ,ב, דהיכא שהגיע הדבר הגנוב ליד הבעלים, אין צריכים הבעלים לשלם ללוקח. וכתב קצוה"ח דא"כ הוא הדין בשטרות וממרני שהכסף ביד הלוה ולא ביד הלוקח. והסברא כנ"ל, דכל תקנת השוק היא רק במקום שבאים להוציא מהלוקח, משא"כ במקום שהלוקח בא להוציא או אפילו לא באים להוציא כלל מהלוקח, והלוקח גם הוא לא בא להוציא, דלא שייך ביה טעמא דתקנת השוק. אמנם יש חילוק בסברא בין רע"א לקצוה"ח, דלרע"א הטעם הוא עקב המלוה המחזיק בחספא, ולקצוה"ח הטעם הוא בלוה המחזיק במעותיו.

גם התומים נ,ו הקשה על דברי הש"ך דכיון שהוא חספא בעלמא, כיצד יחול השעבוד ואיך יוציא ממון בחספא בעלמא; "אמנם הש"ך רצה לומר מחמת תקנות השוק

דסדר ונהוג כעת לסחור בממרנות כאלו, גם בזו נראה דצריך עיון לדינא להפקיע ממון, רק הרשות ביד בית דין שבישראל בהסכמת טובי העיר לתקן כן לטובת המו״מ, אבל שיהיה הדין כך צ״ע, כי אין לו על מה שיסמוך״. וכי על כל חפץ וחפץ בעינן תקנה מיוחדת. אלא שעצם תקנת השוק היא להחזיר החפץ הגזול לבעלים תמורת תשלום דמי הקניה שישלם הנגזל לקונה. כל זה בחפץ בעל ערך, אך בשטר שהוא חספא בעלמא, הדבר אינו כלול במהות תקנת השוק וע״כ בעינן תקנה מחודשת.

וכאמור דברי קצוה״ח מבוססים על תש׳ מהר״מ אלשיך (סי׳ קכד), בשמעון שמכר בית לראובן, והפקיד המוכר ביד הקונה טבעות זהב, ונתנם במעמד שלשתן ללוי, ואח״כ הוציא לוקח מוקדם את ראובן מן הבית, ורוצה ראובן להחזיק את טבעות הזהב בטענה כי מה שהתרצה לתתם ללוי היה קודם שידע שיוציאוהו מן הבית. ודן המהר״מ בשאלה זו לאגפיה, אם יכול לתפוס מה שבא לידו בתורת פקדון וניתן לאחר, דכיון שלא ניתן לראובן בתורת משכון, יכול שמעון להקנותם לאחר. וחזר המהר״מ וכתב דיכול לתופסם מטעם אחרינא, דכיון דשטר ראובן מוקדם מקנית לוי ושעבד לו (שמעון לראובן) מטלטלי אגב קרקע, הוא טורפם מלוי. ואע״ג שאין טורפים מטלטלין מתקנת השוק, מ״מ כשם שבשטרות לא שייך תקנת השוק כיון דלא שכיח, וכן מאחר שנשאר בו כח למחול וכמש״כ הרא״ש בתש׳, הוא הדין הכא שלא יצאו הטבעות מרשות ראובן. ותשובה זו הובאה בש״ך בשני מקומות. בסו״ס קכו (ס״ק קה) הביא הש״ך את המהר״מ וחלק עליו וסובר דעשו בכהאי גוונא תקנת השוק ואין לחלק בין מכירה למכירה. אך מה שחלק עליו הוא על תקנת השוק בגביית בע״ח ממטלטלין, אולם לענין תקנת השוק דגזילה, אם תקנו שישלם הנגזל ללוקח כשהגיע החפץ ליד הנגזל (הבעלים), בזה כתב הש״ך בסי׳ שנו,ד, דאע״פ דבסי׳ קכו חלק על המהר״מ אלשיך, בזה מודה למהר״מ דלא עשו בכהאי גוונא תקנת השוק, ואין הבעלים צריך לשלם ללוקח מן הגזלן את אשר שילם לגזלן.

לפ״ז לכאורה יוקשו דברי הש״ך אהדדי, דבסי׳ נ כתב דבממרני עשו תקנת השוק דלא כבשטרות, דכיון דשכיחי מסחרם עשו בהם תקנת השוק וישלם הנגזל ללוקח את מחיר קנייתו, וזאת אף שהכסף ביד הנגזל. ובסי׳ שנו פסק דלא עשו תקנת השוק כשהחפץ הנגזל הגיע ליד הבעלים. ונראה לדעת הש״ך דהא דאמרינן דלא עשו תקנת השוק כשהחפץ הנגזל ביד הבעלים, היינו דוקא כשהחפץ שנגזל הוא ביד הבעלים. דכל ענין תקנת השוק כדי לקיים המסחר, ואם תאמר שיוציאו מיד הלוקח ללא דמים, יושבת המסחר ולא יקנו חפצים זה מזה. ע״כ כאשר החפץ הנגזל ביד הבעלים, בכגון זה לא תיקנו חכמים, דלא מוציא החפץ גופו מהלוקח. אבל בממרני גוף החפץ אינו ביד הבעלים, דהממרני ביד הלוקח, והוא הגורם לממון שביד הבעלים, אבל החפץ גופו ביד הלוקח, ובכהאי גוונא עשו תקנת השוק.

אמנם אם הבעלים אינם רוצים להוציא השטר מיד הלוקח ואין מניעה מבחינתם שיחזיק הלה בחספא בעלמא, לאמור לעיל אין מקום לתקנת השוק. וכך ראיתי לגרי"א בנחל יצחק נ,א דכל דברי הש"ך בסי' נ הינם דוקא כשרוצה הלוה להוציא את הממרני מיד הקונה, דאין יכול להוציא את הממרני עד אשר ישלם ללוקח מעותיו, אולם כשאין הלוקח חפץ בהוצאת הממרני מיד הלוקח, אין צריך לשלם מעותיו ולא שייך בזה תקנת השוק; "וכן הוא בכל חיוב תקנת השוק, דכל זמן דאין תובע החפץ להוציא, ודאי אין חיוב על הבעלים לשלם ללוקח מפני תקנת השוק, רק במוציא החפץ לעצמו אז חייב מפני תקנת השוק והוא הדין הכא". אלא שצ"ע אם אומר שמבחינתו יכול להשאר השיק בידו, רק שלא יפנה להוצל"פ, אם נחשב כרוצה להוציא מידו, לא שצריך לגופו אלא שלא יגרם נזק עתידי. דז"ל הנח"י: "אם כן הא בגוף השטר דהוי הלוקח מוחזק, ודאי אין הלוה יכול להוציא גוף הנייר עד שיתן לו מעותיו מפני תקנת השוק, אבל אם אין הלוה רוצה להוציא גוף הנייר מן הלוקח, אז ודאי אין צריך הלוה לשלם להלוקח מפני תקנת השוק. וכן הוא בכל חיוב תקנת השוק, דכל זמן דאין תובע החפץ להוציא, ודאי אין חיוב על הבעלים לשלם להלוקח מפני תקנת השוק, רק במוציא החפץ לעצמו אז חייב מפני תקנת השוק, והוא הדין הכא וכל זה פשוט". ולפ"ז דוקא שרוצה להוציא גוף הניר, משא"כ בזה שמבחינת בעל החשבון יכול להחזיק גוף הניר, רק רוצה שלא ישתמש בו, ומ"מ צ"ע בזה.

ועיין בתש' דבר יהושע, (לגרי"מ אהרנברג זצ"ל, ח"ג חחו"מ סי' ז) שכתב דמדברי הש"ך משמע דלא כנח"י, ואפי' לא רוצה להוציא גוף הניר מהמחזיק, יש בזה תקנת השוק. ועיי"ש עוד לענין שיקים שפסק להלכה כדעת הש"ך שיש בשיקים תקנת השוק. והנידון שם היה בשיק שהועבר לצד ג, וטען בעל החשבון שהשיק היה אצל המחזיק הראשון בתורת פקדון, ובעל החשבון ביטל השיק, ופסק דיש בזה משום תקנת השוק, וחייב בעל החשבון לשלם למי שקיבל את השיק, והיינו כש"ך דבממרני עשו תקנת השוק.

ובתש' נצח ישראל (לגר"י גרוסמן זצ"ל, סי' לח) דן בענין דומה, של שיק שאבד, והמוצא קנה באמצעותו סחורה, והתברר שהשיק בוטל, ואין יודעים מי המוצא שהעביר השיק, ותובע בעל החנות את בעל החשבון. וכתב שם דלא כש"ך המחלק בין שטרות לממרני לענין תקנת השוק, וס"ל שאף בממרני לא עשו תקנת השוק. ואחת הראיות מהסברא שכתב בנח"י הנ"ל, שאם אינו רוצה את הממרני חזרה, אין בזה תקנת השוק, וכיון שאינו חפץ בהחזרת השיק, לא שייכא תקנת השוק. דתקנת השוק הינה רק במקום שמוציא החפץ מיד הלוקח, אך כשאינו רוצה להוציא מידו, אין זה בכלל תקנת השוק. וכן הקשה ממש"כ הש"ך שנו,ד (ראה לעיל), שהביא דעת מהר"מ אלשיך להלכה, דכל שהחפץ הגיע ליד הבעלים, לא עשו בו תקנת השוק,

וכאן הכסף ביד הבעלים. ולדידי צ״ע קצת, אם מוכן בעל החשבון שהשיק יהיה ביד מחזיקו, דאף שלענין שווי הניר אין לו נפק״מ, מ״מ חושש שיעביר הלאה, והוא או אחרים יתבעו אותו בהוצל״פ, ולכן מבקש את השיק חזרה, וכמש״כ לעיל. ועיין עוד בערך שי חו״מ סי׳ נ.

ומ״מ נראה דכיון שבאנו למחלוקת אם יש תקנת השוק בכה״ג בשיק, לכאורה אין להוציא מהמוחזק, ורק אם ירצה לצאת ידי שמים ולדעת הפוסקים שעשו בממרני בכה״ג תקנת השוק, צריך לשלם למחזיק השיק. כמו כן אם לא איכפת לו שהשיק ישאר ביד המחזיק, לכאורה מעיקר הדין אין לחייבו לשלם, אא״כ רוצה למנעו להעביר השיק לאחרים או לגבות באמצעות ההוצל״פ.

ובאשר לטענה כי היה על הקופאי לבקש תעודה מזהה, נראה שנוהל זה נכון ומתבקש לטובת מי שמקבל את השיק, אך אין באי הצגת תעודה מזהה בזמן מתן השיק, כדי לפגוע בכח גביית השיק, אף אם יתברר שגנוב, דלכאורה אם השיק סחיר, וקיבל את השיק ללא בקשה של הצגת תעודה מזהה, עדיין יוכל לגבות את השיק באמצעות ההוצל״פ. ואין לומר שאם קיבל את השיק ללא הצגת תעודה מזהה, לא עשו בזה תקנת השוק, דהרי יכול להעביר שיק של צד ג׳, וכל ענין הצגת תעודה מזהה הינה נוהלים של חברות גדולות, שיש להם קופאיות שיתכן ולא יבחינו שמדובר באדם או בשיק מפוקפק, ומ״מ אין באי מילוי הנ״ל כדי לא להחיל תקנת השוק במקרה זה. דכל חברה יש לה נהלים בענין קבלת שיקים, ויש אפי׳ שאין מקבלים שיקים כלל, וכל זה מחמת שאין הכרח חוקי לקבל שיקים, וכ״א קובע נהלים הכדאיים לו מהבחינה המסחרית, ויש שמבקשים כאמור תעודה מזהה.

לאור האמור, כיון שבאנו למחלוקת הפוסקים, אין בידינו לחייב מן הדין את בעל החשבון לשלם למחזיק השיק את הסכום הנקוב בשיק.

סימן לב

שמוש בחניה של שכן

ראשי פרקים

א. מונע משימוש אף כשאינו חסר

ב. זכות ממונית או זכות טענה

ג. כשלא כופין אם יכול להשתמש לכתחילה

ד. במקום שאין הפסד נקרא רע

ה. מעלין בנכסי דבר מריון כשאין לו סיבה מוצדקת

ראובן גר בלב העיר ת״א, ובבנין שלו גרים דיירים וכן שוכנים משרדים שונים. לכ״א מהדיירים והמשרדים, יש חניה צמודה. המשרדים שבבנין לא עובדים ולא מחנים את הרכבים, לאחר השעה שבע בערב ועד לשעה שמונה בבוקר, וכן בשבתות החניה תמיד פנויה (מציאות זו כבר קיימת שנים רבות). נשאלתי, אם ראובן יכול להחנות את רכב אורחיו בחניה של המשרדים, בשעות שודאי אין פעילות במשרד, מדין זה נהנה וזה אינו חסר. [שאלתי את השואל, ומדוע לא יבקש מהשכנים רשות לחנות. והוא השיב כי קיים מרחק בין השוכנים במשרד לשואל, ולכן הוא מתקשה לפנות בבקשה זו, מה עוד שהוא חושש שיענה בשלילה סתמית, או לחלופין, יתבעו סכום כסף נכבד.]

שאלה דומה נשאלתי בעבר, בענין מגרש חניה הממוקם באזור של מתחם עסקים. מגרש החניה שפעיל אך בשעות היום, ובשעות הלילה המחסום מורם, ואין שומר במקום. אורח שמגיע לחתונה באזור שאל, אם יוכל להחנות רכבו במגרש החניה, כיון שממילא אין מי שגובה תשלום במקום. [לאחר זמן, המקום נהפך לאזור בילוי, והחלו להעמיד שומר במקום, אולם בתקופה שנשאלתי, עוד לא היה שומר במקום בשעות הלילה, והמחסום היה מורם].

עודי עוסק בכתיבת תשובה לשאלות הנ״ל, נשאלתי בבני זוג שהבעל רכש מכסף שהוא לכאורה משותף, שתי חלקות קבר, בסמוך למקום קבורת הוריו. בני הזוג התגרשו, ושניהם אינם רוצים להקבר האחד ליד השני, וכך הם גם נהלי הח״ק בענין סדור מקומות הקבורה. הבעל טוען כי לו זכות הראשונים, בהיות הקברים סמוך למקום קבורת הוריו, והאשה טוענת כי אם הבעל רוצה שהיא לא תקבר לידו ולסדר בבית הקברות חלקה אחרת, שישלם לה טבין וטקילין, ומעבר לטענה שהיא מעין מעלינן

כנכסי דבר מריון (עיין להלן), לא מעלה כל טענה הגיונית מדוע רוצה להקבר דוקא כאן. ואף כשהעלו הצעה של "כל הקודם זוכה", לא התנגדה, ובלבד שאם רוצה להבטיח מקומו ליד הוריו, שישלם לה סכום גבוה במיוחד.

א. מונע משימוש אף כשאינו חסר

איתא בב"ב יב,ב: ההוא דזבן ארעא אמצרא דבי נשיה (קנה קרקע אצל שדה אביו – רש"י), כי קא פלגו (עם אחיו בנכסי אביו) א"ל פליגו לי אמצראי, אמר רבה, כגון זה כופין על מדת סדום (זה נהנה וזה לא חסר). מתקיף לה רב יוסף, אמרי ליה אחי מעלינן ליה עלויא כי נכסי דבי בר מריון (לנו היא משובחת כקרקעותיו של בר מריון, שהיו מעולות, ומסתברא הא דרב יוסף בשדה בעל שיכולין לומר פעמים שזו מתברכת משאר השדות), והלכתא כרב יוסף. תרי ארעתא אתרי נגרי (אם בית השלחין היא, ויש לשני אחין לחלוק שתי שדות, לכל אחת יש לה יאור להשקות ממנו, וזה קנה שדה אצל האחד מהן ורוצה שיתן אחיו זו הסמוכה לשלו), אמר רבה כגון זה כופין על מדת סדום (דהא לקרקע השניה גם היא יש לה יאור להשקות ממנו). מתקיף לה רב יוסף, זמנין דהאי מדויל והאי לא מדויל (דרך היאורים לייבש כשנהר שהם נמשכין ממנו מתמעט לפעמים, שזה יבש וזה אינו יבש, ואומר לו טול חלקך בשתיהם, דלאו מדת סדום היא, או תן לנו עילוי בדמי), והלכתא כרב יוסף. תרתי אחד נגרא (תרתי ארעתא יש להם לחלוק על חד נגרא, ואחד מהן קנה קרקעו אצל האחת), א"ר יוסף, כגון זה כופין על מדת סדום (דכיון דאחד נגרא נינהו שתיהן שוות). מתקיף לה אביי, מצי אמר בעינא דאפיש אריסי (טוב לי שיהא לך שתי שדות, אחת מכאן ואחת מכאן ואחת לי באמצע, כדי שתרבה לך אריסין, ותהא שדה שלי משתמרת יפה), והלכתא כרב יוסף אפושי לאו מילתא היא. ובגמ' ב"ק כ,א – כא,א נחלקו בדר בחצר חבירו שלא מדעתו, אם צריך להעלות לו שכר. וקיי"ל דבחצר שעשויה לשכר, צריך להעלות לו שכר, ובחצר שאינה עשויה לשכר, אינו צריך להעלות לו שכר, עיין ברמב"ם גזילה ואבידה ג,ט, ובשו"ע חו"מ שסג,ו.

ובתוס' (ב"ב יב,ב ד"ה כופין) כתבו דהנידון בדר בחצר חבירו שלא מדעתו, היינו בדיעבד כשכבר גר שלא מדעתו, אם צריך להעלות לו שכר אם לאו, אבל לכתחילה יכול בעל החצר לעכב שלא ידור בחצירו, אף אם החצר אינה עשויה לשכר: "וריצב"א מפרש דהא דאמר רבה כופין, לא מדין תורה קאמר, דבדין היה יכול למחות שכנגדו דאיכא קפידא ברוחות כדאמר בכמה דוכתין. ועוד, הא דכופין על מדת סדום בזה נהנה וזה לא חסר, היינו בשכבר דר בחצר חבירו שאינו מעלה לו שכר, אבל הא פשיטא שיכול למחות בו שלא יכנס לדור בביתו אפי' בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, דהוה זה נהנה וזה לא חסר, אלא מתקנת חכמים קאמר

הכא דכופין". וכן הוא בתוס' (ב"ק כ,ב ד"ה הא), על הא דאיבעיא אם בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר, יכול לומר הדר לבעה"ב לא חסרתי אותך דבר, או יכול בעה"ב לומר לדר בחצירו סו"ס נהנית מחצרי, וע"ז כתבו התוס' דבעית הגמ' היא אליבא דשני המ"ד החולקים אם כופין על מידת סדום: "אפילו למ"ד בפ"ק דב"ב (יב,ב) כופין אותו על מדת סדום ויהבינן ליה אחד מצרא שאני הכא שהיה יכול למונעו מתחילה מלדור בביתו. ולמ"ד התם מעלינן ליה כנכסי דבר מוריון, משום דדמי למונע חבירו מתחילה לדור בביתו אבל הכא כבר דר". ויסוד התוס' דכל דין כפיה על מידת סדום הוא בדיעבד ולא לכתחילה, דלכתחילה יכול למנעו לגור.

ולכאורה יש להבין, דבבסוגיא בפ"ק דב"ב לענין זבן ארעא אמצרא דבי נשיה, לכאורה שם הנידון לכפות לכתחילה, לתת לו על מיצר קרקע של אביו. ואפשר דשם יש לכ"א מהאחים זכות בקרקע שעל המיצר, והשאלה איך לחלק ביניהם, ולכן הוי מידת סדום, משא"כ בזה שרוצה להשתמש בשל חבירו, הדין של כופין על מידת סדום הוא רק לענין בדיעבד כשכבר גר. והדברים מבוארים בנימוק"י (ב"ק ח,ב – ט,א מעמוה"ר): "כתב הרא"ה ז"ל, אע"ג דקי"ל בעלמא (ב"ב יב,ב) דזה נהנה וזה אינו חסר כופין אותו על מדת סדום, הני מילי בקרקע של שניהם שאין משתמש בשלו כלל אלא שיכול לכופו ממדת הדין שלא לעשותו, וכגון הבונה כנגד חלונו של חבירו והלה מעכב עליו שלא לסתום אורה שלו והלה רוצה לעשות לו חלונות במקום אחר שלא יפסיד מן האורה כלל, כגון זה אמרינן כופין, אבל להשתמש בשלו כלל לא אמרו, שאם אי אתה אומר כן, אין לך אדם שלא יכוף את חברו על כרחו, ע"כ. וכן דעת הרא"ש ז"ל והריטב"א ז"ל דכה"ג לא אמרינן כופין אותו על מדת סדום". הרי שחילק בין משתמש בשלו, דבזה נחלקו אם כופין על מידת סדום, וכגון בחלוקה של שדות בין אחים, שיש לו זכות גם בשדה זו, לבין משתמש בחצר חבירו. וכן כתב המרדכי (ב"ק טז מהראבי"ה); "דאין כופין להבא, אך אם עבר ונהנה אין צריך להעלות לו שכר". ולפ"ז יכול למנוע מלדור בחצירו, אף בחצר דלא עבידא למיגר.

ולכאורה, למה היו צריכים לדין חדש של זה נהנה וזה לא חסר ומידת סדום, מדוע אינו יכול להכלל בדין הישר והטוב. וראיתי לרבינו יונה בעליותיו בסוגיא שכתב לחלק, דבדינא דבר מצרא אין ללוקח דבר בקרקע זו, ולכן הישר והטוב שיסלק את ידו, אבל באחים שחולקים, יש לשניהם זכות בקרקע האבא, רק לאחד יש שדה נוספת במיצר, ולכן אינו בכלל הישר והטוב: "ורבה לא אתא עלה מטעם דינא דבר מצרא, שהוא משום ועשית הישר והטוב, דהתם הוא דלית ליה ללוקח מידי בהאי ארעא ואין לו להפך בה, אחר שהיא על מיצר חבירו, אבל כאן הרי אומרים לו לזה לוותר את דינו". וכן הוא בתוס' הרא"ש (מובא בשטמ"ק ב"ב יב,ב). וכל זה לענין

השאלה שיחייב את האח לוותר מדינא דבר מצרא. אולם לעצם השאלה אם כופין על מידת סדום הוא דין בפני עצמו, או שיכול להלמד מדין הישר והטוב, דכופים לעשות הישר והטוב, ואף שלשניהם יש זכויות, כופין לעשות ישר וטוב, כמו שמצאנו לענין שומא הדרא, דאף שלמלוה יש כבר זכות בקרקע, מ״מ מדין הישר והטוב כופין להחזיר. ומדברי הראשונים הנ״ל מוכח דחלוקים הם בדיניהם, דישר וטוב כופים ללוקח לעשות ישר וטוב, משא״כ זה נהנה וזה לא חסר, אף שהוא מידת סדום, לא כופין לכתחילה את בעל הקרקע שידור בחצירו. וצ״ל, לפמש״כ הרב המגיד בסוף הל׳ שכנים, דהתורה מסרה לחכמים לקבוע מה ישר וטוב ומה לא, וס״ל לחכמים דאין זה בגדר ועשית הישר והטוב, לתת לו לדור בחצר ללא שכר, אף בלא עבידא למיגר, משא״כ בבר מצרא ובשומא הדרא. ועיין עוד בתש׳ הרא״ש צז,ב, דאינו דומה לדין הישר והטוב; ״לפי שאינו מפסיד כלום בדבר, ומדת סדום היא זו, וכופין אותו להתרחק מן המדות הרעות ולעשות חסד עם חברו בדבר שאינו מפסיד כלום״. ומש״כ הרא״ש דכופין על מידת סדום, היינו לדברי רבה, כמבואר בגוף התש׳, ואינו חולק על הראשונים הנ״ל.

ולכאורה מדברי הרשב״ם ב״ב צט,ב משמע לכאורה דכופין אף לכתחילה, ולא כראשונים הנ״ל. דתנן שם במשנה; מי שהיתה דרך הרבים עוברת לתוך שדהו, נטלה ונתן להם מן הצד, מה שנתן נתן ושלו לא הגיעו. ושאלה הגמ׳, אמאי שלו לא הגיעו, יעמוד ויגרשם משלו. ופירש רשב״ם שם: ״למה לא תקינו לו חכמים שיהא לו רשות לתת להן דרך מן הצד בעל כרחן, שהרי אין מפסידין כלום, דכגון זה כופין על מדת סדום, והלכך יהא הדרך שלהן קנוי לו לגמרי, שאם ירצו לעבור בהאי דרך שלקח לעצמו, והוא אינו יכול להעמיד רבים בדין״. שזו תהיה תקנת חכמים להעמיד להם דרך אחרת מן הצד, שלא יעברו בתוך שדהו. ושם זה לכתחילה, לכוף את הרבים שלא לעבור בשדהו, ומוכח לכאורה שעל מידת סדום יכול לכוף אף לכתחילה.

ומצאנו לראשונים שהקשו על הרשב״ם. רבינו יונה בעליותיו הקשה על הרשב״ם, דהיכן מצינו שיקח אדם קרקע של חברו ויחליף בשלו שלא מדעת חברו מטעם זה נהנה וזה לא חסר, ולדברי רב יוסף אף בשני אחים שקנה קרקע במיצר אביו, מעלינן ליה כנכסי דבי מר מריון. וכתב רבינו יונה לחלק בין אם יש לו זכות בעלות על הקרקע, לבין מיצר שהחזיקו בו רבים, שאין להם אלא זכות הילוך בקרקע, וכיון שכל זכותם בקרקע הינה להילוך, אין נפק״מ אם יעברו בתוך שדהו או מן הצד, ולכן כופין על מידת סדום: ״ואפשר לומר, כיון דלא קנה ליה גופה אלא להילוכא בעלמא, ולא עוד אלא דגופה של בעל השדה, כדתנן החיצון זורע את הדרך, כגון זה כופין על מדת סדום ליתן להם הילוך מן הצד, שאין חסרין בכך כלום״.

אמנם למסקנת הגמ׳, אין זה מדין מידת סדום, עיין ברבינו יונה ק,א (ד״ה ותדע). וכן נראה מדברי הרשב״א (ב״ב צט,ב) דהרבים הסכימו לחליפין, דכיון דמה שנתן נתן והרבים עושין דרכן שם; ״נראה שנתרצו בחליפיו, ושחליפיו חליפין, וכיון שכן שלו הגיעו, ולעביד דינא לנפשיה לכלות רגל הרבים משם״. ומבואר שאין ממידת סדום אלא מחמת שהתרצו הרבים בחליפים, שהלכו בדרך שנתן מהצד. וכן הוא בריטב״א שם. וע״ע בתש׳ בית אפרים (חחו״מ סי׳ מט ד״ה ומצאתי).

וסברת הדין נמצא בגרש״ש בחידושיו לב״ק (כה,ג), דכאשר כופין לכתחילה שיוכל אחר לגור בביתו, בזה לוקחים ממנו את השליטה בביתו, ועל זה מקפידים רוב העולם, דמידת סדום היא דוקא דבר שרוב מוחלט של העולם אינם מקפידים בדבר, וכשהוא מקפיד, הרי זו מידת סדום, אולם אם רוב העולם מקפידים שלא ידור אחר בבית דלא קיימא לאגרא, כיון שבזה נוטלים ממנו את השליטה בביתו, אין זו מידת סדום לסרב בו, ואין כופין לכתחילה: ״דלכתחלה ליכא כפיה, משום דאם יכופוהו נוטלים ממנו שליטת ביתו, וע״ז קפדי רוב אינשי, ולא חשיב מדת סדום בדבר שקפדי רוב אינשי״.

אמנם יש מהראשונים שכתבו דכופין אפי׳ לכתחילה לדור בחצרו, כן הביא באור זרוע (ב״ק סי׳ קכב – קכג): ״ויש אומרים דכפינן ליה לבעל החצר שיניח את זה לדור בו, דכיון דלא קיימא לאגרא כגון זה כופין אותו על מדת סדום, כדאמרינן בפ״ק דב״ב גבי תרתי ארעתא שיש להם לחלוק על חד נגרא ואחד מהם קנה קרקעות אצל האחת, כגון זה כופין על מדת סדום, דכיון דאחד ניגרא נינהו, שתיהן שוות וכפינן את זה שיניח ויתן לו הקרקע שאצל הקרקע שקנה, הכא נמי כפינן לבעל החצר שיניח לדור בחצירו לזה הראשון שבא לדור בתוכו. ויש אומרים, שאני התם דאפילו אי הוה שקיל חד קרקע אצל הקרקע שקנה זה, לא היה מרויח כלום, דשתיהן שוות, ואפי׳ בעי לארווחי לא מצי לארווחי ולא מידי, הילכך כגון זה כופין על מדת סדום, אבל הכא אי בעי בעל חצר לאוגרי לעלמא הוה מרווח, השתא כי נמי לא אוגר ליה לא כייפינן ליה. וכן כתב רבינו שמשון בר אברהם זצ״ל בשמעתתין דרך פשטיה, שיכול למונעו מלדור בביתו״. מבואר באו״ז מחלוקת ראשונים אם כופין את הבעל החצר שידור בחצירו בעל כרחו, דיש מביאים ראיה משני אחים וכו׳, ויש מחלקים, כמבואר שם.

וברמ״א חו״מ שסג,ו, לענין הדר בחצר חבירו שלא מדעתו ולא אמר לו צא, ולא היתה החצר עשויה לשכר, שאינו מעלה לו שכר, דזה נהנה וזה לא חסר, ופסק הרמ״א שם: ״ודוקא שכבר דר בו, אבל לא יוכל לכופו לכתחילה שיניחנו לדור בו, אף על פי דכופין על מדת סדום במקום שזה נהנה וזה אינו חסר, הני מילי

בדבר דאי בעי ליהנות לא יוכל ליהנות, אבל בכי האי גוונא דאי בעי בעל חצר ליהנות ולהרויח להשכיר חצירו היה יכול, אלא שאינו רוצה, אין כופין אותו לעשות בחנם". הרי שפסק דלמעשה כופין על מידת סדום, אולם יש חילוק בין מידת סדום לענין תשלום למידת סדום לענין כפיה, מידת סדום לענין תשלום, אם לא אמר לו צא ואינה עשויה לשכר, אינו צריך להעלות לו שכר, ומידת סדום שיכופו לתת בחינם, היינו דוקא בדבר שאם היה רוצה להנות לא היה יכול. ועיי"ש בגר"א שסג,יז שציין לעיין בדברי התוס' הנ"ל. ולכאורה בראשונים הנ"ל לא מבואר שיכול לכופו בדבר שאינו יכול להנות ממנו. ומקור דברי הרמ"א מהמרדכי ב"ק (סי' טז). (ועיין לגר"מ אריק, אמרי יושר ח"א סו"ס עה, דדעת המרדכי הינה דוקא באופן שמשתמש בחצר חבירו ואינו מחסרו בגוף הדבר, דהבית לעולם עומד, אולם כשמפקיע זכות הבעלים מדבר השייך להם, שמהיום ואילך יהיה של חבירו, ודאי דאין כופין על מידת סדום לכתחילה, אף לשיטת המרדכי. וע"ע בדברי מלכיאל ח"ג סי' קנז).

ובנו"ב (תנינא, חחו"מ סי' כד) כתב, דמש"כ המרדכי, וכוותיה פסק הרמ"א, דדבר שאין הבעלים יכול להנות ממנו ולהשכירו, יכול חבירו לכופו לדור שם, הוא דוקא לדעת הרמב"ם ולא לדעת הרא"ש, דנחלקו הרמב"ם והרא"ש בדין אחים שחלקו, ובקש אחד מהאחים שיתנו לו חלקו בסמוך לשדהו, דדעת הרמב"ם (שכנים יב,א), וכן השו"ע חו"מ קעד,א, דשומעין לו וכופין האחים לתת לו סמוך למצר שלו; "שעיכוב בדבר זה מדת סדום היא". והרא"ש (ב"ב א,מו) ס"ל דמעלין כנכסי דבר מריון, וכן פסק הרמ"א חו"מ קעד,א: "וי"א דאין שומעין לו, אלא צריך להעלות בדמים עד שיתרצו חביריו". וס"ל לנו"ב דדוקא לשיטת הרמב"ם שכופין את האחים, יכול לכופו בדבר שאינו יכול להנות ממנו, דטענה של מעלין כנכסי דבר מריון, היינו שאני יכול להנות ממנה רק ממך אבל לא מעלמא, וכשם שלא מקבלים טענת האח שטוען כן, כך לא מקבלים טענת בעל הבית שאינו יכול להנות אלא מהדר בו ולבקש ממנו שכר. אולם לשיטת הרא"ש שיכול האח לטעון מעלינן כנכסי דבר מריון, הרי שגם אם כל ההנאה היא כלפי מי שטוען כנגדו, שרק ממנו יכול להרויח, כבר אינה מידת סדום, ולכן לשיטת הרא"ש אי אפשר לכוף את בעה"ב לאפשר לו לדור, אפי' בדבר שאינו יכול להנות ממנו. אך לפ"ז סתרי דברי הרמ"א אהדדי. דבסי' קעד,א פסק כרא"ש, ובסי' שסג,ו פסק כמרדכי, וצ"ע. גם בתש' בית אפרים (חחו"מ סי' מט) נשאר בצ"ע על הרמ"א, וז"ל: "וצ"ע על הרמ"א בחו"מ סי' שסג שכתב טעמא כיון דהיה מצי לארווחא אלא דלא בעי, והוא מדברי המרדכי דב"ק. אבל מדברי הפוסקים לא משמע כן, עיין בנימוק"י ב"ק בשם הרא"ה, וכן מוכח להדיא מדברי התוספות בב"ב דף י"ג בשם הריב"א והר"ר ישעיה, הובא בשטמ"מ ב"ק דף ק', שתירצו דהא דאיצטריך קרא בבכור דפלגינן ליה אמצריו, משום דבעלמא אין כופין על מדת סדום

אם הוא מוחה ומונע". מבואר שנקט להלכה שאינו יכול לכופו לכתחילה, שלא כדעת המרדכי. ונפק"מ מזה לנדו"ד, שהרי בנדו"ד אילו היו רוצים המשרדים להשכיר החניה, לא היו יכולים, כיון שיש מחסום במקום, ואין כניסה אלא לדיירי הבית או למי שמתארח ארעי, אך לא להשכיר בקביעות. אולם בנדון החניון, יכלו להשכיר אילו רצו, רק שסברו שאין זה משתלם להחזיק שומר לשעות הערב והלילה.

ולכאורה שיטת הרמב"ם היא כדעת המרדכי, שכופין על מידת סדום, וכופהו לדור בביתו. דהרמב"ם בהל' שכנים יב,א, כתב וז"ל: "האחין או השותפין שבאו לחלוק את השדה וליטול כל אחד חלקו, אם היתה כולה שוה ואין שם מקום טוב ומקום רע אלא הכל אחד, חולקין לפי המדה בלבד. ואם אמר אחד מהם תנו לי חלקי מצד זה כדי שיהא סמוך לשדה אחר שלי ויהיה הכל שדה אחת, שומעין לו וכופה אותו על זה, שעיכוב בדבר זה מדת סדום היא, אבל אם היה חלק אחד ממנה טוב או קרוב לנהר יותר או קרוב לדרך, ושמו אותה היפה כנגד הרע ואמר תנו לי בשומא שלי מצד זה, אין שומעין לו אלא נוטל בגורל". ושם בה"ב: "הבכור שחלק נוטל שני חלקים שלו כאחד ...", ומבואר דבכור נוטל פי שנים אף בשדות שאינן שוות, דס"ל לרמב"ם דמה דאיתא בגמ' ב"ב יב,ב: אמר רב הונא בריה דרב יהושע, פשיטא חלק בכור וחלק פשוט יהבינן ליה אחד מצרא, היינו בשדות שאינן שוות. ובבאור דעת הרמב"ם, כתב בסמ"ע קעד,יא, דלמדו מה שנותנים לו בחלק אחד, מדכתיב לתת לו פי שנים, וכמו שכתבו התוס' שם (ב"ב יב,ב ד"ה חלק), שלמדו כן מהגמ' ב"ב קכד,א, עיי"ש, ואם שני החלקים שוים, אין צריך לפסוק, דכופין על מידת סדום: "וס"ל להרמב"ם דאפילו אם חלק האמצעי הוא טוב יותר מאחד מחלקי הקצוות, אפ"ה יטלנו הבכור עם אחד מחלקי הקצוות, דאל"כ קרא דפי שנים למה לי, הא בלאו הכי דינא הכי לדעת הרמב"ם דכופין על מדת סדום ונותנין לו חלקיו יחד, וכן ביבם דמסיק וקאמר דאין צריך ליתן לו חלקיו יחד, מיירי כשחלק האמצעי הוא יותר טוב, דאל"כ היו כופין על מדת סדום". ומזה יש ללמוד דס"ל לרמב"ם דכפיה על מידת סדום היא מן התורה, מזה שסובר הסמ"ע דכשכופין על מידת סדום, אין צריך פסוק דפי שנים, שיטול החלקים בשוה. ואם מהתורה כופין על מידת סדום, לכאורה יש לכופו אף לכתחילה לדור בביתו דלא קיימא לאגרא. ועיין להלן מה שכתב הגר"א קוטלר לישב בזה.

עוד יש לדון דשיטת הרמב"ם כשיטת המרדכי, דכל דבר שאין הבעלים יכולים להשכיר, כופהו לדור בחצרו, מהא דפסק הרמב"ם בהל' שכנים ח,ד: "המעמיד סולם קטן שאין לו ארבעה חווקין בצד כותלו בתוך חצר של חבירו או בתוך שדהו, לא החזיק בנזק זה, וכל זמן שירצה בעל החצר, בונה בצד סולם ומבטל תשמישו ... לפיכך כשיבא בעל הגג להעמיד סולם גדול, בעל החצר יכול למחות כדי שלא יחזיק, עליו

אבל אם העמיד סולם קטן, אינו יכול למנעו, שהרי אומרין לו אין עליך הפסד בזה, כל זמן שתרצה תטלנו". הרי שיכול לכופו לשים סולם קטן בחצר חבירו. וכן פסק בשו"ע חו"מ קנג,יג. וברב המגיד כתב, דאף דדין הרמב"ם שיכול לכופו להעמיד סולם קטן לא נזכר בגמ', דין זה נלמד מכפיה על מידת סדום בזה נהנה וזה אינו חסר. ובטור חו"מ (קנג,כא) הקשה דאין נראים דברי הרמב"ם, דאיך ישתמש בשל חבירו בעל כרחו. ועיין בב"י שם שהביא דברי המגיד כישוב לקושית הטור. ועיין עוד במהרשד"ם (חחו"מ סי' תט, וסי' תסד) שהקשה משיטת הראשונים (הנ"ל), דלכתחילה אינו יכול לכופו לדור בחצירו. ועיין גם במהרש"ם (ח"ב סי' קנג). וי"ל דהרמב"ם ס"ל דדבר שאינו יכול להשכיר, יכול לכופו אף לכתחילה, וכשיטת הראשונים החולקים, וכמו שפסק גם הרמ"א כנ"ל, א"כ במקום סולם כיון שלא יכול להשכיר לאחרים, יכול לכופו לכתחילה להניח סולם קטן בחצירו.

ב. זכות ממונית או זכות טענה

ובנימוק"י (ב"ב לב,א מעמוה"ר) הביא לענין פתיחת פתח נגד פתח וחלון כנגד חלון, שאם באו שניהם לפתוח בבת אחת, אם האחד אינו חסר, כופין על מידת סדום, וז"ל: "וכתב הריטב"א ז"ל, דהיכא שבאו שנים לפתוח בבת אחת יעשו פשרה ביניהם, ובמקום שאחד מהם אינו חסר, כופין אותו על מדת סדום". וכן פסק הרמ"א חו"מ קנד,ג: "ואם באו שניהם לפתוח בבת אחת פתח נגד פתח או חלון נגד חלון, אם אחד מהן אינו חסר וחבירו נהנה, כופין על מדת סדום. ואם שניהם כאחד חסרים, יעשו פשרה ביניהם". ובנתיבות שם (ס"ק ו) הקשה, הרי אם פותח פתח, זוכה בד' אמות שלפני הפתח, ומדוע כופין על מידת סדום, יאמר השכן שרוצה הוא בד' אמות אלו, ודומיא דמעלין כנכסי דבר מריון. ובנתיבות תירץ דמדובר שכבר חלקו את החצר, כך שהד' אמות הנידונים ממילא שייכים למי שרוצה לפתוח את הפתח, רק הנידון היה מצד היזק ראיה, וכיון שמדובר שחלקו את החצר ולא עשו כותל ביניהם, מחלו על ההיזק ראיה, ולכן כופין על מידת סדום, דכיון שעל ההיזק ראיה מחלו ואין נידון של היזק ראיה, מצד הזכות הממונית, כיון שלחבירו אין זכות בד' אמות אלו, לכן כופין על מידת סדום, דמה שאין כופין לכתחילה על מידת סדום הוא באופן שלשני יש זכות ממונית במקום, ואנו רוצים לכופו לתת לחבירו, משא"כ כנדון הפתח שאין לו זכות ממונית, כופין על מידת סדום. או באופן אחר, שאין נותנים לבעל הפתח זכות בד' אמות, וכיון שלא נותן לבעל הפתח כל זכות ממונית, כופין על מידת סדום. וז"ל הנתיבות: "לכן נראה דכאן מיירי בשכבר חלקו החצר ולא עשו כותל ביניהם שמחלו זה לזה ההיזק ראיה, ומ"מ אסור לעשות פתח כנגד פתח, ומשו"ה כופין אותו על מידת סדום, דדוקא אם יש לו זכות באותו מקום שרוצה

לזכות בו, השני יכול לומר לא אתן לך הזכות שיש לי באותו מקום כי אם בדמים, כמ״ש התוס׳ שם כנ״ל, אבל כשאינו נותן לו משלו מאומה, כופין אותו על מידת סדום. א״נ דמיירי באופן המבואר בסי׳ קעב שאינו זוכה כלל בהד׳ אמות שלפני הפתח, וכיון שאינו נותן לו משלו, כופין אותו על מידת סדום״. ומבואר מהנתיבות דכל היכא שאינו נותן לו את הזכות ורק מוחל לו על הטענה, כופין על מידת סדום. אמנם לענין שימוש בחצר, כיון שמפקיע את זכות הבעלים לשעה, לכאורה לא כופין על מידת סדום לכופו לאפשר לו לדור במקום דלא עביד למיגר.

ודברים אלה מתבארים גם בשער המשפט (קנג,א), על דברי הרא״ש ב״ב ג,עב, הובאו ברמ״א חו״מ קנג,ח, לענין שינוי צינור ממקום למקום, דאיתא דבגמ׳ ב״ב נח,ב, אמר רבי חנינא דאין יכול לשנותו מרוח לרוח, וכן הא דאמר רבי ירמיה בר אבא שאם היה ארוך אין מקצרו, היינו דוקא שיש קצת טענה לבעל המרזב, שאין המים מקלחין יפה כאשר היו עושין, ואע״פ שאין לו מזה היזק, אולם בלא טענה כופין על מדת סדום, רק שיקלחו מימיו יפה. והקשה בשער המשפט, מדוע כופין על מידת סדום, ומאי שנה משני אחים וכד׳. וכתב לחלק בין אם יש לזה שכופין אותו זכות ממונית שלוקחים ממנו, שחבירו מעת זו בכפיה ישתמש בדבר שבבעלותו, או שיש לזה שכופין אותו רק זכות של טענה, אבל אין חבירו משתמש בדבר שבבעלותו, כגון שיש לו זכות שהמים יקלחו לצד זה, דאם אין נפק״מ, כופין על מידת סדום: ״וע״כ צריך לומר כמו שכתב הנמוק״י בפרק כיצד הרגל (ח,ב מעמוה״ר) בשם הרא״ה והרא״ש, דעד כאן לא אמרינן דכופין על מידת סדום אלא בדבר שאינו משתמש בשל חבירו כלל אלא שיכול לכופו ממדת הדין שלא לעשותו, כגון הבונה נגד חלון של חבירו והלה מעכב עליו שלא לסתום אורה שלו, והלה רוצה לעשות לו חלונות במקום אחר שלא יפסיד כלל, בכהאי גוונא כופין, אבל להשתמש בשל חבירו לכו״ע אין כופין. וכן בדר בחצר חבירו שלא מדעתו והוא חצר דלא קיימא לאגרא שאינו מעלה לו שכר. אבל לכתחילה יכול למחות בו שלא יכנס לדור בביתו אף דלא קיימא לאגרא, דהוי זה נהנה וזה לא חסר״. מבואר דכופין לכתחילה כאשר בא למנוע מכח טענה ולמעשה אינו חסר, אבל כשרוצה להשתמש בדבר שחבירו בעלים, אין כופין לכתחילה לאפשר לחבירו להשתמש בזה. וע״ע במהרש״ם ח״ב סי׳ קנג.

וזה נראה ההסבר בדברי הר״ר ישעיה, מובא בשטמ״ק ב״ק כ,א (ד״ה לא צריכא), שהקשה דבחצר דלא קיימא לאגרא, מדוע לא נפשט שפטור מפני שכופין על מידת סדום, וכההיא דב״ב יב,ב. וחילק בין מגורים בחצר חבירו שלא מדעתו, שמונעים אנו ממי שרוצה לדור בחצר חבירו, לבין כשנותנים לאח את השדה הסמוכה למיצרו: ״דלא דמי, דהא קא מודו דהכא אם ראינו בו בשעה שנכנס לביתו, לא שבקינן ליה ליכנס, הילכך כי דר בו יש לחייבו, והתם מחתינן ליה לכתחילה ויהבינן ליה אחד

ניגרא, אלמא לאו חדא טעמא נינהו". והחילוק, דבחצירו יש לו בעלות, והדר בחצר חבירו מפקיע ממנו את זכות הבעלות לזמן, משא"כ בשדה אביו על מיצר שדהו, אין לאח השני בעלות אלא זכות, שמא תיפול בחלקו, וכעת אינו בעלים, ולכן יש מקום לתת לאח את שדה אביו על מיצר שדהו, לשיטת רבה, או לרב יוסף לשיטת הרמב"ם בשתיהן שוות.

והנה מדברי התוס' (ב"ק כ,ב ד"ה הא) נראה דיש לחלק בין זכות ממונית שיש לי במקום, כגון בשני אחים שירשו, וצריכים לחלק, שיש לאח זכות ממונית לקבל את החלק כאן, לבין לכפות על דבר שיש לו בעלות, שבזה לא יכפו על מידת סדום. הגמ' (כ,א - כ,ב) הסתפקה בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר, אם יכול הדר בחצר לומר לא חסרתיך, או שיאמר לו בעל החצר הרי נהנת. ובתוס' הקשו משני אחים (ב"ב יב,ב), דכופין על מידת סדום, ומדוע יכול בדר בחצר, לצד הגמ' הא איתהנית, לבקש שכר. ותירצו, דשם כופין על מידת סדום, וכאן יכול לכתחילה למנעו לדור בחצירו. ומזה מוכח, דלצד זה בגמ', כשיש לו בעלות ממונית, לא כופין על מידת סדום, ואינו יכול לכופו לדור בחצירו, אולם כשיש רק זכות ממונית, ששני אחים ירשו שדה, והשאלה איך יחלקו את השדה, ואם אחד האחים יקבל בסמוך למיצר שדהו, בזה אין לאחים בעלות על כל השדה, רק יש לכ"א מהאחים זכות לקבל את השדה הנידונת, וזו זכות ממונית, ובזה כופין על מידת סדום, שיקח האחד שדה רחוקה, והשני יקח שדה הסמוכה למיצר שדהו. אך להלכה נפסק שאינו מעלה לו שכר, דקיי"ל שלא חסרתיך.

ולכאורה מדברי התוס' נראה דמה דפטור בזה נהנה ולא חסר, לצד זה בגמ', הוא מטעם דכופין על מידת סדום, דככל שכופין על מידת סדום, הוי סיבה לפטור, וכן נראה לכאורה מהפני יהושע (ב"ק כ,ב ד"ה גמ' תנן). והגרש"ש בחידושים לב"ק (כה,ג) כתב שהפטור אינו מדין כפיה אלא מסברא, שאין תביעה על הנאה רק כשחבירו חסר, ומה שמבואר לכאורה בתוס' דיש קשר בין הדינים, כוונתם דככל שיש דין כפיה, ודאי שאין דין תשלומים, דאם יש דין כפיה, א"כ לא נהנה משל חבירו; "דכל שהדין נותן לכוף את בעל הממון, הרי זה כנהנה משלו, שזכתה לו תורה", אבל לא שדין התשלומים תלוי בדין הכפיה.

ולעיל הובאה דעת הרמב"ם לפי הסבר הסמ"ע, דכפיה על מידת סדום היא מהתורה, ומזה לכאורה יש ללמוד שיש לכפות על בעל החצר דלא קיימא לאגרא, שידור בחצירו, שלא כראשונים הנ"ל ולא כתוס'. והגר"א קוטלר (משנת רבי אהרן, שכנים ב,יא,ח) הקשה, דא"כ מה יענה הרמב"ם על ראית הריצב"א דאין כופין לכתחילה על מידת סדום. וכותב הגר"א קוטלר לחלק בין זכות ממונית כמו בשני אחים שירשו,

לבין בעלות ממש, דבבעלות ממש אין כופין על מידת סדום, ולכן לא כופין שידור בחצירו, משא"כ בשני אחים, שאין בזה הפקעת בעלות אלא אופן חלוקה שונה, בזה כופין על מידת סדום: "והנראה דסובר הרמב"ם דכל שהוא בעלים על הדבר, לא אמרינן כופין על מידת סדום להפקיע זכותו בזה, אבל בחלוקה סובר הרמב"ם דאין בזה הפקעת זכות כלל, דאין לאחד זכות בחלק זה יותר מהשני, ואין אנו מפסידים זכות מי שהוא כלל במה שכופין על מידת סדום באופן החלוקה, דליכא דינא כלל כיצד לעשות חלוקה אלא דהם צריכים לחלוק, וכיון שהשדות שוות שפיר יכולים בי"ד להכריע מצד מידת סדום שיטול בן המצר השדה הסמוכה לו לחצר. ובזה הוא דאמרינן דכופין על מידת סדום הוא מן התורה". וכנ"ל כן נראה מהראשונים הנ"ל וממש"כ בשער המשפט. ולפ"ז אף לשיטת הרמב"ם, אין לכוף את בעל החצר שידור בחצירו, אף בחצר דלא קיימא לאגרא.

ג. כשלא כופין אם יכול להשתמש לכתחילה

לכאורה היה נראה לחלק בין דין כפייה על מידת סדום, לדין זה נהנה וזה לא חסר. דלכפות על מידת סדום, זה להפקיע במידה מסוימת את בעלות הבעלים מהדבר, וכביכול נהנה משל עצמו, דאם התורה כופה את הבעלים לתת לאחר להנות, הרי יש בזה הפקעה מסוימת של הבעלות, וכמש"כ הגרש"ש (עיין לעיל), וכיון שלבעלים יש בעלות על הדבר, אין כופין לכתחילה לתת לדור בחצר דלא קיימא לאגרא. כל זה ביחס לבעלים, אולם ביחס לנהנה, השאלה אם הוא נהנה הנאה איסורית מדבר של חבירו, וככל שחבירו אינו חסר, אין כאן הנאה איסורית, לא מיבעיא שאין כאן סיבה לחייב ממון, גם הנאה איסורית אין כאן, דביחס לנהנה השאלה אם הבעלים חסר או לא, משא"כ לכוף על הבעלים שאחר יהנה, שהיא שאלה אם לכוף את הבעלים לוותר במקצת על בעלותם, התורה לא כופה על הבעלים שיאפשר לאחר לדור בחצר, כיון שזה נוגד את הבעלות, אבל ביחס לדר במקום, אין בדבר איסור ואין סיבה מחייבת. דלכאורה כפיה על מידת סדום ודין זה נהנה וזה אינו חסר, הם שני דינים שונים. כפיה על מידת סדום, הוא דין כפיה על הבעלים, וזה נהנה וזה אינו חסר הוא דין ביחס לנהנה, אם חייב אם פטור, ולכאורה גם אם מותר אם אסור, וככל שיש דין של זה נהנה וזה אינו חסר, לא מיבעיא שפטור מלשלם, דלא חסרו, גם אין איסור להנות מדבר שלא חסרו, רק אין כופין את הבעלים לכתחילה, ויכולים למנעו מלדור, אם חפצים לעשות זאת, דלמנוע לאחר לגור אף בחצר דלא קיימא לאגרא, זו זכות הבעלים, ואין כאן מידת סדום. וסברתי כן מדיוק הראשונים שכתבו דאם דר אינו צריך להעלות לו שכר, אך אין כופין את בעל החצר שידור שם, דלכאורה יכלו הראשונים לומר דאסור לו לכתחילה לדור ואפי' בלא מחאה, דהכפיה

על מידת סדום היא רק בדיעבד כשכבר דר, אבל לכתחילה אף בלא מחו הבעלים, אסור לו לדור בחצר דלא קיימא לאגרא שלא מדעתו, ורק בדיעבד אין מעלה לו שכר, ומזה שהעמידו את אי הכפיה באופן של מחאה, משמע שאם דר בו, לא עשה איסור, ורק אם מחו בו הבעלים, אסור היה לו לדור, ורק אם דר בחצירו, ולכאורה אף אם דר בחצר כשמחו הבעלים, אינו צריך להעלות לו שכר. לאחר מכן ראיתי בתש׳ חת״ס (חחו״מ סי׳ עט ד״ה ונ״ל) שנקט בפשיטות שיכול לדור בחצר חבירו אפי׳ לכתחילה, וצ״ל דמיירי בשאינו מוחה בו.

אמנם אפשר דמה שכתבו התוס׳ דבדר בו אינו צריך להעלות שכר, מיירי בדר בו על אף מחאתו, כן מבואר בדברי הגרב״ב (ברכת שמואל ב״ב יא,ד) שכתב בהסבר דברי התוס׳, וגם משמע בדבריו דיש איסור לדור כשהבעלים מוחים, ומשמע שכל שהבעלים אינם מוחים, אין בזה איסור, וז״ל הברכת שמואל בבאור שיטת התוס׳: ״דאי הוי הדין דאין כופין, אז הוי חשוב חסר ע״י שאסור לנהנה לעבור על מחאתו, והיה חשוב זה חסר אע״ג דליכא לחייבו עבור החסרון, מ״מ ע״י האיסור שעבר על מחאת הבעלים הוי לו חסר, וע״כ הוצרכו התוס׳ לומר דלענין אם דר כפינן על מידת סדום, וע״כ לא חשיב ממילא דין ממון ע״י דזה נהנה וזה לא חסר״. ולכאורה מדברי הגרב״ב נראה דמלכתחילה יש איסור לדור בחצר דלא עבידא לאגרא, דוקא כשהבעלים מוחים, דיש איסור לעבור על מחאת הבעלים, ולכן חשיב חסר, ורק כשעבר על מחאתם ודר בחצר, כופין על מידת סדום, אולם כשאין הבעלים מוחים משמע לכאורה שאין איסור בדבר, דהאיסור נעשה ע״י שעבר על מחאתם. ומדברי הגרב״ב נמצאנו למדים, שאם היה שואל את השכנים אם מותר לו לחנות במקום, והם היו אוסרים לו לחנות, אם היה חונה היה עובר על איסור, אך לא היה חייב לשלם דמי השכירות.

ובשאלה זו אם כשדר בו בעל כרחו לאחר שמחה, אם צריך להעלות שכר או לא, מצאנו שנחלקו בזה הראשונים והאחרונים. הג״א (ב״ק ב,ו) הביא ממהרי״ח, שאפי׳ דר בחצר בעל כרחו, אף שיכול למחות בו, אין צריך להעלות לו שכר: ״וגם מתחלה יכול לעכב על ידו שלא יכנס בביתו אע״פ שאינו חסר כלום, ואין בזה משום מדת סדום, אלא במה שכבר דר אין צריך להעלות לו שכר אע״פ שדר שם בע״כ״. ומבואר שאף שדר שם בעל כרחו ולאחר מחאת הבעלים, אין צריך להעלות לו שכר. ובטור (חו״מ סי׳ שסג,ו), כתב וז״ל: ״הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, פירוש שרואהו דר בו ולא א״ל כלום, שאם א״ל צא ולא יצא, ודאי חייב ליתן לו כל שכרו, אלא לא א״ל דבר וזה דר בו״. ומשמע שאם מחה בו, חייב לשלם שכרו. וביש״ש (ב״ק ב,טז) כתב כדעת הטור דלא כמהרי״ח; ״דהא כשמוחה בו הוי לגביה כבית דעביד למיגר, לכן דברי הטור עיקר״. וכן נראה בדברי הסמ״ע שסג,יד, שאם הבעלים מחו בו, בכל ענין, אפי׳ בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, צריך לשלם

לו כל שכרו, דכיון שגילו הבעלים דעתם דלא ניחא להם שידור הלה בחצרם, בכה״ג אין כופין על מדת סדום. ועיין בדברי חיים (גניבה וגזילה סי׳ כט) שכתב דמדברי התוס׳ לא מוכח שצריך לשלם כשמחו בו הבעלים, ונשאר בצ״ע לעצם הדין.

ובאור שמח (גו״א ג,ט) הקשה על עצם הדין שדר בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר, מדוע אינו צריך להעלות שכר, הרי כיון דעביד למיגר ובא לדור כאן, הרי גלי דעתיה דניחא ליה בהוצאה, ודמי למקיף וניקף (ב״ב ד,ב), דאם עמד ניקף וגדר רביעית, מגלגלין עליו הכל, וציין לסמ״ע שסג,כ שהעיר בזה. וכתב באו״ש לבאר, דכיון דיכולים הבעלים להוציאו כל רגע ולומר לו שאינם מוכנים שידור בחינם, א״כ כל רגע ורגע הדר בחצר אינו בטוח שמא יפנו אותו הבעלים, והדר במקום אינו בגדר של שוכר של שכירות ליומא ממכר הוא, שדר במקום ללא חשש פינוי, דחיוב דמי שכירות הוא רק כשדר במקום בגדר של שכירות, ללא חשש פינוי, אך כשיכול לפנותו כל רגע, אינו בבחינת שכירות שיתחייב בדמיה, דמה שגלי דעתיה דניחא ליה לשכור ולשלם שכר, הוא רק לשלם שכר ולהיות בטוח במקומו, וז״ל האו״ש: ״ולדעתי פשוט, דזה ודאי דיכול להוציאו ולומר אינני רוצה שתדור בחנם אצלי, וכמוש״כ בהגהות (רמ״א שסג,ו) ובתוספות פ״ק דב״ב (יב,ב ד״ה אמיצרא), וכיון שכן א״ש, דאימת גלי אדעתיה דניחא ליה למיהב אגרא אם יהיה שכור הבית אצלו על זמן ששכר כמו מכר, דשכירות ליומא ממכר הוא (ב״מ נו,ב), אבל באופן דכל שעה אינו בטוח שמא יוציאנו בעל כרחו מן הבית, וקשה טלטולא דגברי, ומאן בעי למיגר בלא זימנא, הא סתם כי אגר אינש אדעתא דתלתין יומין אגר, כמפורש פ״ק דרה״ש (ז,ב), לא ניחא ליה למיהב אגרא אם לא בחנם ... כי כל יומא יבוא בעה״ב ויפנה אותו ואת כליו, וההוא גברא בהאי פחדא יתיב, אדעתא דא לא נתחייב למיתב אגרא, וכי קא בעי למיתב אגרא באופן שיהא מכור לו על זמן ששכר ממנו, אבל באופן שאינו מכור לו לא נתחייב למיתב אגרא, וברור ופשוט לדעתי״. אמנם מדבריו אין הכרע לענין אם צריך לשלם כשמחו בו הבעלים, דאף שמצד גילוי דעת הדר אין לחייבו, מפני שעדיין יכול כל יום לפנותו, מ״מ במחאה כשעבר על מחאת הבעלים, אפשר דכיון שיש להם זכות למחות, לא יכפו על מידת סדום. ומ״מ באנו בזה למחלוקת האחרונים הנ״ל, ולכאורה יוכל המוחזק לטעון טענת קים לי לפטור עצמו מתשלום, אף אם השתמש לאחר מחאת הבעלים.

ד. במקום שאין הפסד נקרא רע

עוד יש להביא לנדו״ד, מה דאיתא בב״ק פא,ב, לענין עשרה דברים שהתנה יהושע; מהלכין בשבילי הרשות, שלמה אמרה, כדתניא, הרי שכלו פירותיו מן השדה ואינו מניח בני אדם ליכנס בתוך שדהו, מה הבריות אומרות עליו, מה הנאה יש

לפלוני ומה הבריות מזיקות לו, עליו הכתוב אומר מהיות טוב אל תקרי רע. ומי כתיב מהיות טוב אל תקרי רע, אין, כתיב כי האי גוונא; (משלי ג,כז) אל תמנע טוב מבעליו בהיות לאל ידך לעשות. ובמהרש״א (שם בחדושי אגדות) הביא מקור לתקנה זו מהדין של הדר בחצר חבירו שלא ברשות, אלא שהקשה מהראשונים, שלכתחילה יכולים הבעלים למחות, וכאן אינם יכולים למחות אף לכתחילה. וכתב לחלק, דחצר אף דלא קיימא לאגרא, דרך החצרות להשכיר, ולכן אם מוחה בו לא מיקרי רע, משא״כ בשדות שאין דרך להשכיר שדות להליכה שם, לכן כופין אותו לכתחילה. ולכאורה סברא זו הינה לראשונים הנ״ל באור זרוע. אולם נראה דמהרש״א כתב דבריו אף לשיטת התוס׳ ודעימיה, דמה שכתבו תוס׳ שיכול למחות, היינו דוקא בחצר, דאף אם החצר הזו לא קיימא לאגרא, דרך החצרות להשכיר, משא״כ להלך בשבילי הרשות, שאין דרך להשכיר חצר להליכה, בזה יודו גם התוס׳ דכופין על מידת סדום.

והנצי״ב (משיב דבר ח״ב סי׳ צב) הקשה על פשט דברי הגמ׳, מדוע בתחילה אמרה הגמ׳; עליו הכתוב אומר מהיות טוב אל תקרי רע. וע״ז הקשתה הגמ׳, ומי כתיב מהיות טוב אל תקרי רע וכו׳, היה על הגמ׳ להביא מיד את הפסוק במשלי; אל תמנע טוב מבעליו בהיות לאל ידך לעשות. וכתב לישב, דאם היו מביאים רק את הפסוק במשלי, כדי לא למנוע טוב, לא מצאנו שכופין על זה, אולם הפירוש שנתנה הגמ׳ לפסוק זה, שמניעת טוב הינה רע, אפשר לכוף מי שעושה רע לחבירו: ״אלא ודאי אין זה המקרא ממש להא דתניא הרי שכלו פירותיו כו׳, דלכפות לעשות לטובת חברו, ודאי אינו אלא מדרך המוסר ככל דברי קבלה ומוסרי ספר משלי, אבל בברייתא תניא שאין יכול למחות בהולכים בשדהו, ע״ז הוסיפו מקרא אחר מהיות טוב אל תקרי רע, וכופין את האדם שלא להיות רע, ואסור למחות. ומעולם לא שמענו לכפות לעשות איזה דבר לטובת חברו״.

ונחלקו הראשונים אם שלמה תיקן או יהושע תיקן, עיין רמב״ם נזק״מ ה,ד, ורא״ש ב״ק ז,יז. והנראה בזה, דשלמה לא תיקן כתקנה, אלא אמר במשלי, אל תמנע טוב מבעליו, ומזה ילפינן דכל דבר שאפשר לעשות טוב ואינו עושה, נקרא רע, ולכן לא נאמר בגמ׳ ששלמה המלך תיקן אלא אמרה, ומאמירתו דאל תמנע טוב מבעליו, יש ללמוד, ועוד קודם לכן הקדימו יהושע ותיקן לענין המיוחד, אבל שלמה אמרה באופן כללי, ויהושע תקן קודם באופן פרטי לכל תקנה ותקנה. ונפק״מ, דתקנת יהושע הינה רק בארץ ישראל, ואל תמנע טוב, הינו גם בחו״ל, וכמש״כ הב״ח (חו״מ רעד,יא); ״דיהושע ודאי התנה גם תנאי זה מקמי דאתא שלמה, אלא דיהושע לא תיקן אלא בארץ אבל בחוצה לארץ לא תיקן, ואין חיוב כלל לקיימן בחוצה לארץ, וקאתי שלמה ותיקן דאף בחוצה לארץ נקרא רע אם ימנע טוב מבעליו ולא יניח להלוך בשבילי הרשות״.

וכל הנ״ל הוא טעם נוסף, שאם המקום עומד ממילא פנוי ואין צד להשכירו כעת,

הרי שודאי לכתחילה יכול להכנס ולהחנות רכבו במקום, אם אינו מפריע בשום צורה ואופן לבעלים. ובנדון חניה בבנין, יש לצרף גם שיטת הראשונים, דכיון שאינו יכול להשכירו, כופין אפי׳ לכתחילה. אך טעם זה אינו שייך בשאלה השניה של החניון, שיכלו להשכיר מקומות חניה, אילו רצו להעמיד שם שומר ואם הדבר היה כדאי, אבל לענין השאלה אם לכתחילה יכול לחנות מבלי לשאול את הבעלים, מדין תורה יכול לחנות במקום, וודאי שאינו צריך לשלם, ואף במוחים הבעלים וחנה במקום, יכול לטעון קים לי כפוסקים שאינו צריך לשלם אחר מחאתם.

ה. מעלין כנכסי דבר מריון כשאין לו סיבה מוצדקת

ובעודי כותב את התש׳ הנ״ל, נשאלתי בבני זוג שרכשו שתי חלקות קבר וכו׳, ולאחר שהתגרשו ואין לקברם סמוכים, הבעל רוצה להקבר כיון שסמוך לחלקת הוריו, והאשה מבקשת סכום גבוה במיוחד כדי לוותר על חלקה. ולכאורה לפי מש״כ לעיל בשיטת הרמב״ם, דבמקום ששני המקומות שוים, ולכאורה שתי חלקות באותו בית קברות, הרי הן שוות ממש, ולפי דברי הרמב״ם דלעיל, כופין על מידת סדום, ולמש״כ הסמ״ע וביאר הגר״א קוטלר, הרי זה מדאורייתא, דככל שאין טענה על עדיפות חלק אחד על אחר, הרי זו מידת סדום שכופין עליה. אך לכאורה באנו למחלוקת ראשונים. ויש לדון אם בנדו״ד יכולה האשה לטעון מעלינן ליה עלויא כי נכסי דבי בר מריון, ואי אפשר לכופי להסתלק מחלקתי. עוד הערתי, שע״פ נהלי הח״ק, חלקת הקרקע לא מכורה לפלוני, אלא הוא בעל זכות להקבר במקום, והח״ק יכולים להחליט משיקולים שלהם, בפרט משיקולים הלכתיים, שלא לקבור את בעל הזכות במקום, כך שאין כאן בעלות גמורה אלא זכות קבורה.

דרש״י שם (ב״ב יב,ב) פירש במה שטוענים האחים מעלינן כנכסי דבר מריון: ״לנו היא משובחת כקרקעותיו של בר מריון, שהיו מעולות, ומסתברא הא דרב יוסף בשדה בעל שיכולין לומר פעמים שזו מתברכת משאר השדות״. ומבואר לכאורה שיש טעם בטענתם שמעלינן כנכסי דבר מריון, כיון שלפעמים שדה זו מתברכת יותר מהאחרות. וכן ביאר הרמב״ן את דברי רש״י: ״איני יודע מהו, שאף בכל השדות פעמים זו מתברכת וזו אינה מתברכת. אלא אם באנו ליתן להם טענה בעילוי, על כרחנו נפרש שלא נאמרו דברים הללו אלא כשיש שם עילוי, כגון בקורבא ורחקא, או דהאי אניגרא והאי אנהרא, דכיון דחדא שויא טפי, אין האחד יכול לומר אני נותן כפלים מן הזבורית ונוטל חלק אחד בעידית, דכיון דאיכא עילויא כלל מעלו לה טפי. וכן נמי חדא אהאי ניגרא וחדא אהאי ניגרא, אף על גב דלא ידיע לן עילויא, מ״מ חדא שויא טפי ויכלי למימר לדידן עדיפא לן חלוקה דתרוייהו, דאי לא מידויל הא

מידויל הא, אבל היכא דליכא עילויא, חולקין בשוה ושקיל אחד מצרא, שכופין על מדת סדום, והיינו תרוייהו אחד נגרא״. מבואר דכל הטענה שיכולים לטעון דמעלין כנכסי דבר מריון, דוקא כשיש טענה למעליותא לשדה זו הנידונת, משא״כ באין מעליותא לאחד על השני.

והתוס׳ (שם ד״ה מעלינן) חלקו על פרוש רש״י, דגם אותם שצריך להשקות, מתברכת אחת מהם פעמים יותר, שאחת לוקה בשידפון ואחת אינה לוקה, ולכן גם אם כעת אין נראה מעליותא, יתכן ומזל השדה יביא לה בעתיד מעליותא. ולכן פר״ת: ״מעלינן כנכסי דבר מריון, לא ניתן לך זכות שיש לנו בשדה זו אם לא בדמים יקרים, כמו בני מריון שהיו עשירים ולא היו מוכרים קרקעותיהם אלא בדמים יקרים, ותרתי ארעתא אתרי נגרי לא קאי אעובדא דההוא גברא, אלא מילתא באנפי נפשיה ...״. מבואר שיכולים לטעון טענת מעלינן, אף שאין מאחריה כיסוי בשווי הקרקע או מעלה אחרת. והוסיפו התוס׳ דלשון מעלינן משמע שמעלה הרבה יותר משוויו, ובלא טעם, דלא כפרוש רש״י. ועיין בתש׳ הרא״ש צח,א מש״כ במחלוקת רש״י ור״ת.

וכן עולה בדברי הרשב״א, דרבה ורב יוסף נחלקו במציאות שאין לצד זה של השדה עילוי מהצד האחר, ורבה ס״ל דלכן הוי מידת סדום, ורב יוסף ס״ל דיכולים לטעון שאם יעלה בחלקם, ודאי יתן בעבורה דמים רבים כדי שתהיה סמוכה לשדהו, ולכן אינה מידת סדום: ״שכל השדה עדית או בינונית או זבורית, ולפיכך היה סבור רבה דכל שהכל שוה, אם באו אלו לעלות לו מפני שהוא סמוך למצר שלו, זו היא מדת סדום, שזה נהנה ואלו אינם חסרים, שאלו יפול להם חלק זה בגורל מה הנאה יש להם והוא אינו שוה יותר משאר החלקים לא בקרקע ולא בדמים. ורב יוסף אמר שאין זו מדת סדום, אלא אדרבה, דבר שבני אדם מקפידין בו הרבה, והרבה מתעלה חלק שעל מצר מי שצריך לו ויקפוץ עליו כל שיצטרך למוכרו, ולא עוד אלא שיתייקר בו המצרן ביותר מכדי דמיו כדי לצרפו עם שדותיו, ודרכן של בני אדם כך הוא, ולפיכך יכולין לומר לו מעלינן לך כנכסי דבי בר מריון, כלומר עילוי רב כנכסים המשובחים ביותר, דלדידן שוה לן שמא יפול לחלקנו ותתיקר בחלופיו, ואין זו מדת סדום״. ומבואר דלרשב״א אף באין יתרון לשדה זו על פני האחרת, ובנדון האחים, לחלק זה בשדה על פני חלק אחר, יכולים לטעון מעלינן, כדי שהאח ירצה ליתן דמים מרובים שתהיה סמוכה לחצרו. וכן מבואר בריטב״א בסוגיא. וכבר כת׳ לעיל דדעת הרמב״ם שנחלקו דוקא באינן שוות.

אך יש לדון בעצם טענת מעלינן, האם יכולים להעלות בכל סכום שיראו לנכון, או שיש תנאים ומגבלות בהצבת הסכום אותו הם דורשים מהמצרן. הרמב״ן בחידושיו (ב״ב יב,ב) הביא בזה מחלוקת, די״א שיכולין להעלות אפי׳ עד מעל מאה בדמים,

ואין לעילוי שעור למעלה, וכך יכולים לכופו לחלוק בגורל. ויש מהגאונים שאמרו שיכולים להעלות רק באופן שהם מוכנים ליתן עבור השדה כעילוי שהם מציעים, אולם אם העלוי בדמים הוא חד צדדי, אין שומעים להם. וכן אם אומרים שהם מוכנים ליתן עבור השדה שבמיצר כפי שהוא נותן, שכופין על מידת סדום, רק אם מוכנים להעלות יותר ממה שהוא רוצה ליתן: "זה אינו אלא כגון שאומרים או יטול זה העלוי או יתן לנו, שאם אמרו אם רוצה ליטול יתן כך וכך ואם לאו נחלוק הכל, שאין אנו רוצים ליטול אותו חלק וליתן כלום, אין שומעין להם, אלא שמין את הנכסים בב"ד. ועוד אמרו, שאם רצו ליתן כדרך שהוא נותן ולא יותר, שהדין עמו אם לא עלו אותו יותר, ודברי הרב ר' יהוסף הלוי ז"ל מוכיחים כן, ונראין דבריו בזה". ולפ"ז העילוי אינו מוגבל בגובה הסכום, ובלבד שהם עצמם מוכנים לשלם כפי הסכום שהם מעלים, ואם אינם מוכנים לשלם סכום זה, כופין על מידת סדום. ובנדו"ד, אם תאמר האשה סכום שהיא רוצה לקבל עבור החלקה שלה, היא צריכה להיות מוכנה לשלם לבעל סכום דומה עבור חלקו.

והרשב"א בחדושיו שם, כתב: "ועילוי זה אינו ע"פ ב"ד ולא ע"פ בקיאין שישומו להן כמה מתעלה מחמת מצרנותו של זה, אלא כפי מה שירצו להעלותו, וזהו שקראוהו עילוי, ועילוי אין לו שיעור, וזהו מה שאמרו מעלינן כנכסי דבי בר מריון שהם משובחין ביותר". ואפשר שאף הרשב"א מודה, שאם מעלה לסכום מסוים, הוא צריך להיות נכון לקנות את הקרקע באותו סכום, וכמו דקיי"ל לענין גוד או אגוד (עיין בסוגיא ב"ב יג,א, ובשו"ע חו"מ קעא,ו). אמנם בדברי הריטב"א אין לפרש כן. הריטב"א בסוגיא (ב"ב יב,ב) כתב שהעילוי בדמים הוא בכל מה שירצו, ויכולים לומר לאח, או נחלוק בגורל, או תקנה את חלקינו במחיר הגבוה ביותר שנקבע; "וכן הלשון מוכיח בבירור, ושלא כדברי מי שפירש שהוא עילוי על פי בקיאים בשומא, שישומו כמה זה שוה יותר מפני מצרנותו". והביא שם דעת רבינו יונה, שיכול האח שיש לו שדה במיצר, לומר לאחים, אתן לכם סכום מסוים, או תקנו אתם בסכום זה או אני בסכום זה, וזהו עילוי שמשבית גורל, וכדין גוד או אגוד, ולזה הסכימו הרשב"א והראב"ד. ומה שהביא מהרא"ה שחולק, היינו כשהאח המצרן מציע את הסכום, ומשבית הגורל כדין גוד או אגוד.

ומחלוקת זו הביאה גם הרא"ש (ב"ב א,מו): "כתב ה"ר יונה ז"ל, אם פקח הוא כשבאין לעלות לו השדה יותר מדאי, יפחות מכדי עלוייה ויאמר או אני אתן בה שומא זו או אתם תקנוה, וכיון שהם לא ירצו בה, יטלנה הוא בלא גורל באותו עלוי, לפי שהעילוי בכל מקום מבטל הגורל, וכשחולקין האחין ושמין החלקים ובאו לחלוק בגורל, יכול אחד מהן לעלות אחד מן החלקים ולומר אני אתן בה כך וכך יותר מן השומא או אתם תתנו בה כסך הזה, ואם אינם רוצים בה באותו עילוי,

נוטלה בלא גורל. וכן כתב הראב״ד ז״ל, ומסתבר הכי שכולן מרויחין בעילוי הנכסים. ויש מפרשים בסגנון זה הא דקאמר מעלינן ליה כנכסי דבר מריון, שמעלין אותה ואומר תן כך וכך יותר על שומתה, או אני נותן כשיעור הזה ונוטל בלא גורל, ולא שדעתו ליתן כך אלא שדעתו לעלותה עליו. ואין לשון עילוי מתפרש בסיגנון זה, אלא שמעלין אותו בשביל שחביב עליו בלא טעם וטענה״. אמנם עדיין צ״ע אם יכולים להעלות בלא גבול לשיטת הרא״ש, כדי להכריח אותו לחלוק בגורל, דאפשר דיכולים להעלות לפי שחביבה עליו, ולא צריכים טעם וטענה, אך לא יכולים בלא גבול. אמנם פשטות דברי הרא״ש שלא הסכים לדעת רבינו יונה, נראה דסובר דיכולים להעלות בלא גבול, כיון שלא הגביל אלא כתב שיכולים להעלות בלא טעם וטענה, ומדלא הזכיר שומא וכד׳, נראה שהוא ללא גבול. ועיין עוד בריב״ש (סי׳ תפג).

גם מדברי הרמ״ה בחדושיו לב״ב (יב,ב) מבואר שיכולים להעלות אפי׳ עד מאה בדמיו, אולם מבואר ברמ״ה דכל זה כשהשדה אותה רוצה האח הינה עידית והאחרת זיבורית, ובזה לכאורה משמע כשיטת הרמב״ם הנ״ל. הרמ״ה לומד דין זה מלש׳ רב יוסף שאמר מעלין וכו׳, דלשון מעלין משמע שהוא ביותר מדמי שוויה, דאל״כ היה לומר שמעלים בשוויה; ״וכיון דאפיקתיה משוויו, לית ליה שיעורא, דמההוא טעמא דמצו לעלויי עילויה ביתר משיוויו פורתא, מצו לעלויי עילויה טפי טובא״. והיינו, דככל שיכולים להעלות מקצת יותר משוויו, הוא הדין והוא הטעם שיכולים להעלות בלא גבול: ״דאמרי ליה אנן מנתא דחזיא לן בעידית כי האי שיעורא שויא לן, דאין אונאה לקרקעות, ואף על גב דשוי גבן כי האי שיעורא, לא ניחא לן למיזבן מינך מנתך אפילו בבציר מהכין, דאנן דין חלוקה בעינן למשקל לחולקא בין בעידית בין בזיבורית, את דבעית למשקל כוליה חולקא בעידית, מעלינן ליה עלוך כנכסי דבר מריון או בטפי מהכין, ולאו מדת סדום היא, דזה נהנה וזה חיסר הוא״. ולכאורה מבואר בטעם שיכולים להעלות אפי׳ עד מאה בדמיו, דדוקא בעידית וזיבורית, אבל בשתיהן שוות, לכאורה בזה יסבור הרמ״ה כרמב״ם דכופין על מידת סדום.

וכבר הובאה לעיל דעת הרמב״ם (שכנים יב,א-ב), דדוקא באינן שוות יכול לטעון טענת מעלינן, משא״כ בשוות, כופין על מידת סדום. ולענין עצם טענת מעלינן, כתב בכס״מ (שכנים יב,א) לבאר שהרמב״ם מפרש כדעת הגאונים שהביאו הרמב״ן והרא״ש, דמעלינן ליה בנכסי דבר מריון, שאומרים או יטול לפי העילוי או יתן לנו, שאם אמרו אם רוצה ליטול לפי העילוי, אבל אנחנו לא רוצים לקנות לפי אותו עילוי, אין שומעין להם אלא שמין את הנכסים בב״ד. עוד הוסיף הכס״מ דכל זה בקרקעות שאינן שוות, אבל קרקעות שוות, כופין על מידת סדום, ואף רב יוסף מודה לזה: ״דכל היכא שהקרקעות שוים, לכולי עלמא כופין על מדת סדום לתת לזה חלקו אצל מצר שלו. וההוא דזבן ארעא אמצרא דבי נשא דאמר רב יוסף מעלינן ליה וכו׳,

מפרש גמרא דלא תימא דאפילו בקרקעות שוים, כגון תרתי אחד ניגרא אמר רב יוסף מעלינן ליה וכו׳, אלא בתרי ארעתא אתרי ניגרי הוה עובדא, ומשום הכי אמר רב יוסף מעלינן ליה וכו׳, משום דהאי מדויל, אבל בתרתי ארעתא אחד ניגרא לא הוה פליג, דהא הוא דאמר כגון זו כופין על מדת סדום״. וכן שנה פרקו בב״י חו״מ קעד,ב. ולפ״ז בנדו״ד לשיטת הרמב״ם בכל ענין יכפו על מידת סדום, בפרט שאין כאן טענה שהאשה מוכנה לקנות חלק הבעל בסכום שהיא מבקשת ממנו ע״מ להסתלק מחלקה, וככל שלבעל יש קדימה בענין זה, בהיות המקום חלקת אבותיו, כופין על מידת סדום על האשה לקבל חלקה במקום אחר באותו בית קברות.

ובאור שמח (שכנים יב,א) הראה מקור לדברי הרמב״ם מהמשנה בדמאי ו,ח: שנים שקבלו שדה באריסות או שירשו או שנשתתפו, יכול הוא לומר טול אתה חטים שבמקום פלוני ואני חטים שבמקום פלוני, אתה יין שבמקום פלוני ואני יין שבמקום פלוני, אבל לא יאמר לו טול אתה חטים ואני שעורים, טול את היין ואני אטול שמן. דחיטים שבמקום זה ובמקום אחר שוים, ולכן יכול לכופו לחלוק חיטים כנגד חיטים. וכל זה שאין חילוק בין החיטים אלא מקומם, ולכן טוען השותף שאין לשני היזק בחלוקה זו, ועיין עוד בתוס׳ יו״ט שם (דמאי ו,ח), ועיין גם באבן האזל (שכנים יב,א).

והחת״ס בחידושיו לב״ב (יב,ב) הביא את מחלוקת הראשונים (רש״י ותוס׳, עיין לעיל), אם יכול לטעון טענת מעלינן אף בלא טעם כלל, דשיטת רש״י דצריך ליתן איזה טעם, ולו קטן, שפעמים שזו מתברכת וזו לא, ולרמב״ן צריכה הטענה להיות יותר חשובה, שיותר קרובה לנהר, או שהיו הקרקעות בסמיכות לבר מריון, שהיה נותן סכום גבוה על קרקעות הסמוכות למיצריו, ולכן רצו את הקרקע הסמוכה אליו, ע״מ למכור לבר מריון בדמים מרובים: ״ועכ״פ לדברי כולם, אי ליכא שום טעם וסברא, לא מצי למימר מעלינן ליה כנכסי דבר מריון והוה מדת סדום, ודלא כהתוס׳. ולולא דמסתפינא הוי אמינא, הא דתנינן תמן, האומר שלי שלי ושלך שלך זו מדה בינונית, וי״א זו מדת סדום, דמיירו בכי האי גוני שהאח אינו רוצה לוותר שיקח זה חלקו במיצר שלו, אלא נטיל גורל ויהיה שלי שלי ושלך שלך ומעלינן ליה כנכסי דבר מריון, שאינו מוכר קרקעותו כפי׳ תוס׳, ות״ק ס״ל זו מדה בינונית ולא מדת סדום וכהתוס׳. וי״א ס״ל דהוה מדת סדום, כיון שמקפיד בלי שום טעם וסברא״. מבואר דכאשר מעלה טענה של מעלינן בלא טעם וסברא מדוע אינו רוצה להיות במקום אחר, כופין על מידת סדום, דלא כשיטת התוס׳. ובראי״ש (ב״ב א,מו) כתב בבאור דעת התוס׳, דכיון שאם יפול השדה בחלקינו, נוכל שלא למכור לך אלא בדמים מרובים, גם כעת יש לנו זכות לנסות ולזכות בה באמצעות גורל. וכן הוא בנימוק״י (ב״ב ח,א מעמוה״ר). ועיין במהרש״א (בד״ה מעלינן) מש״כ בזה.

ואמנם גם לשיטת רש״י ודעימיה, אם יש לאשה בעלות גמורה, איך נכריח אותה למכור חלקה. אמנם אם זה רק זכות קבורה, לשיטת הראשונים הנ״ל הוי זכות מותנית, ואם הבעל ימות לפניה, הרי אין לה זכות קבורה, בהתאם לנהלי הח״ק, וכל טענתה כדי לצערו ולא נתנה טעם לדבריה, ויש לכוף על מידת סדום. הגם שלכאורה י״ל, דכיון שלפי נהלי הח״ק הואיל ובני הזוג התגרשו, אין לקברם סמוכים, הרי שבחצר זו הוי חצר שאין בה דין חלוקה, ולכאורה היה מקום לומר שיעשו גוד או אגוד, דכיון דאין שניהם יכולים להיות במקום אחד, כלפי שניהם הוי כשתי חלקות, שביחס לבעלי הזכויות הוי לכאורה כאין בה כדי חלוקה, וי״ל דיחלקו בגוד או אגוד. אולם בנדו״ד לא שייך לחלק בגוד או אגוד, כיון שאין למי מהם זכות למכור הקרקע אלא זכות קבורה ולקבל חלקה אחרת, תוכל האשה לבקש איזה חלקה שתרצה באותו בית עלמין. הגם שהיה מקום לומר שיהיה זה בבחינת ״כל הקודם זוכה״, ומי שילך לבית עולמו ראשון, יקבר במקום, ואידך יתנו לו חלקה אחרת, נראה כיון שלמעשה לאשה אין כל טענה דוקא על חלקה זו, וכל מה שרכש הבעל חלקה זו לשניהם, מפני שהיא סמוכה למקום קבורת הוריו, וכעת כל טענתה היא לצערו, בכגון זה נראה דכופין על מידת סדום. אמנם נראה שאם תרצה לרכוש חלקת קבר בסמוך לבני משפחתה, בבית עלמין זה או אחר, ראוי שהבעל לשעבר יתן תוספת זו.

ולכאורה מהא דאיתא בכתובות כח,א: מי נדחה מפני מי. ת״ש, דתניא היא נדחית מפניו, ואין הוא נדחה מפניה. ואם היתה חצר שלה, הוא נדחה מפניה. איבעיא להו, היתה חצר של שניהם מהו ... ת״ש, הנה ה׳ מטלטלך טלטלה גבר, ואמר רב, טלטולי דגברא קשין מדאיתתא. ואף שטעם זה ודאי אינו שייך בנדו״ד, למדנו שאף בחצר של שניהם, היא אינה גרה במקום שהוא שלה, כשיש טעם נכון מדוע הבעל צריך להשאר במקומו. ומינה נלמד לכל מקרה, שאחד צריך להדחות מהשני, שאם יש טעם מדוע האחד ישאר במקום ולא השני, שיש להשאיר את מי שיש לו סיבה להשאר במקום. אך צ״ע ראיה זו, דכעת אין כאן שאלה של מי נדחה מפני מי, והשאלה תהיה רק כשאחד ילך לעולמו, או נימא דכבר כעת יש את השאלה בפני הח״ק.

ומה שיש יתרון לו לאדם שיקבר בסמוך לחלקת אבותיו, ממה שמצאנו שמותר לפנותו לחלקת אבותיו, שזה כבודו, וכמו שפסק בשו״ע יור״ד שסג,א: ״אין מפנין המת והעצמות, לא מקבר מכובד לקבר מכובד, ולא מקבר בזוי לקבר בזוי, ולא מבזוי למכובד, ואצ״ל ממכובד לבזוי. ובתוך שלו, אפילו ממכובד לבזוי מותר, שערב לאדם שיהא נח אצל אבותיו״. ועיין בט״ז ס״ק ב, שבתוך שלו היינו מקום ששוכבים שם בני משפחתו. ומקורו בב״י שם, שערב לאדם בשעה שנינוח אצל אבותיו.

אמנם נדו"ד אינו יכול להכלל בכלל חלקת אבותיו, מ"מ חזינן דיש מעלה להיות סמוך לאבותיו. ובדין זה מצאנו שאם מכר חלקת קבורתו לאחר, וחלקת קבורתו בתוך חלקת המשפחה, יכולים בני המשפחה לסלק את הלוקח, וכדתניא (כתובות פד,א); המוכר קברו ודרך קברו, מעמדו ומקום הספידו, באין בני משפחה וקוברין אותו בעל כרחו משום פגם משפחה. וכן פסק בשו"ע חו"מ ריז,ז ושו"ע יור"ד שסו,א. ועיין בסמ"ע ריז,יד ובש"ך יור"ד שסו,ב, שגנאי להם שבני המשפחה לא יהיו קבורים במקום אחד כמנהגם. ועיין עוד ברמ"א חו"מ קעה,נג. ואף שנדו"ד אינו בכלל חלקת משפחה, מ"מ חזינן שיש טעם לשבח להקבר ליד משפחתו.

לאור האמור, יכול להחנות בחניה, מבלי לבקש רשות מבעל החניה, באופן המפורט בשאלה. ובענין חלקת הקבר, לענ"ד הואיל ולבעל יש טעם ורצון להקבר בסמוך להוריו, והאשה מחזיקה בזכותה כדי לצערו, ולמעשה אין מניעה מבחינתה לקבל חלקה אחרת, יש לכופה לקבל חלקה אחרת בבית העלמין. אמנם אם תרצה לקנות חלקה בסמוך לחלקת משפחתה, בבית עלמין זה או אחר, והדבר יעלה בסכום כסף נוסף, ראוי שהבעל לשעבר יוסיף לה מדיליה.

סימן לג

נזק שתוקן מאיליו

ראשי פרקים

א. חיוב תשלומים או חיוב לתקן הנזק

ב. כשעת הנזק או התשלומין

ג. שכר האומן

ד. מחילה בטעות

ראובן קנה גביע כסף לכבוד הולדת נכדו, הביא את הגביע לצורף ע״מ שיחרוט שם הנכד: יוסף. הצורף חרט בטעות את השם יוסף חיים. בכך נגרם לגביע נזק, שאין ראובן יכול לתת הגביע מתנה לנכדו. סיכמו שראובן יקח את הגביע, ולא ישלם לצורף עבור עבודתו, וראובן לא יתבע על הנזק שנגרם לגביע. ארע ולאחר כמה חדשים נולד לראובן נכד, ונקרא שמו בישראל: יוסף חיים. ונשאלתי, האם חייב לשלם כעת לצורף שכרו, כיון שהתברר לאחר זמן שלא נגרם לגביע כל נזק. ואמנם היתה בנדו״ד מחילה הדדית, אך צ״ע במקום שלא היתה מחילה.

ואמרתי שיש לדון במקביל, במי שנכנס למגרש של חבירו, וחפר שם בור גדול ועמוק. ותבע אותו בעל המגרש לכסות הבור ולתקן הנזק. בין לבין, ואפי׳ לאחר פסה״ד, הזמין בעל המגרש קבלן שיבנה במקום, וכבר החפירה מוכנה להנחת היסודות. האם יש לחייבו בדמי הנזק לפי שעת הנזק.

א. חיוב תשלומים או חיוב לתקן הנזק

ולכאורה תלוי אם חיוב המזיק הוא חיוב תשלומין או חיוב לתקן הנזק, דאם החיוב הוא תשלומי נזק, הרי שהקובע הוא שעת הנזק (לכאורה, ועיין להלן), או שהחיוב הוא לתקן הנזק, וא״כ אם תוקן הנזק, תהיה הדרך אשר תוקן, אין לחייבו, כיון שהנזק תוקן.

הרמב״ם בהל׳ טוען ונטען ה,ב כתב בהא דאין נשבעין על הקרקעות, דמי שחפר בשדה חבירו בורות שיחין ומערות והפסיד הקרקע, וטוען הניזק שחפר המזיק שתי מערות והמזיק מודה באחת וכופר באחת, או שהיה עד אחד שחפר והמזיק מכחישו, בכל אלו אין חיוב שבועה דאורייתא אלא רק שבועת היסת. ומקור הדין

מהגמ׳ ב״מ ה,א דאיצטריך קרא למעט קרקעות משבועה אף דהוי הילך, היכא דחפר בה בורות שיחין ומערות, דלא הוי הילך. והראב״ד שם בהשגותיו, כתב: ״נראין דברים שתבעו למלאות החפירות ולהשוות החצרות, אבל אם תבעו לשלם פחתו הרי הוא כשאר תביעות ממון, וכמי שאמר לו חבלת בי שתים והוא אומר לא חבלתי אלא אחת״. והרב המגיד שם חלק על הראב״ד, ״שהרי אין ביד התובע להכריח את הנתבע למלאות לו את החפירות אלא אם רצה משלם לו נזקו והפסדו, הלכך מה לי תובעו למלאת מה לי תובעו בדמים״, בתרוייהו הוי תביעת דמים הבאים מחמת קרקע. ובנימוק״י (ב״מ ב,ב מעמוה״ר) דייק מדברי הגמ׳, דבחפר בה בורות שיחין ומערות, לאו הילך הוא, ונצרכו למעט משבועת התורה: ״מכאן נראה שכל תביעה שהיא באה מחמת קרקע, אע״פ שעכשיו דמים הוא תובע ולא קרקע, הרי הוא כתביעת קרקע ואין נשבעין עליה, וכן דעת הרמב״ם ז״ל בפרק ה׳ מהלכות טוען ונטען. [וכ״ש אם לא תבעו דמים אלא שתבעו למלאות החפירות, כיון דמ״מ בדמים הוא הוא נפטר, כתביעת דמים דמי]. וזה שלא כדברי הראב״ד ז״ל דאמר שהכא מיירי שתבעו למלאות החפירות, אבל תבעו דמים נשבע״. ומבואר שנחלקו הרמב״ם והראב״ד בתביעת דמים על קרקע.

גם מדברי הר״ן בשבועות נראה דסובר שחולקים הרמב״ם והראב״ד בזה, אך בשינוי קצת ממש״כ המגיד: ״ואין זה מחוור דכיון דמ״מ בדמים הוא נפטר, תביעת דמים הוא״. (וכן הוא בדברי הר״ן בחידושיו לב״מ ה,א ד״ה כי איצטריך). דבמגיד מבואר שאין הניזק יכול להכריח את המזיק למלאות החפירות, ומשמע שאין עליו חיוב כלל בזה. ובר״ן אפשר שיש עליו חיוב תשלומין, אלא שאם שילם בדמים, נפטר ג״כ מחיובו כמזיק, דכל עוד לא שילם, חל עליו לכתחילה חיוב לתקן הנזק, וכאשר שילם לא ניתן כבר לחייבו, וכיון דיכול לפטור עצמו בדמים, הוי תביעת דמים דמחמת קרקע. אמנם בריטב״א בשבועות מב,ב (ד״ה ר״מ) מבואר כמגיד; ״דההיא דחפר בה שיחין ומערות אינו יכול לטוענו מילוי החפירות כלל אלא נזק בעלמא ככל הנזיקין שבעולם״. הרי שאין כאן אפילו תביעה למלאות החפירות, ובכל נזיקין התביעה היא תביעת תשלום דמים ולא מילוי החפירות.

ובשטמ״ק בב״מ ה,א (ד״ה איצטריך) הביא תשובת הר״י מיגאש, וז״ל: ״איכא מאן דמפרש הא דאמרינן כי איצטריך קרא למעוטי היכא דחפר בה בורות שיחין ומערות משום דלא ממונא קטעין ליה אלא תקוני בעלמא, דמשמע דכי מתקן להו להנהו בורות כגון דאייתי עפרא וקא מליינהו. אי נמי ההוא עפרא גופיה דנפק מינייהו קא מהדר ליה. והא מילתא משבשתא היא דלאו היינו טעמא דמילתא אלא משום דכי חפר בה בורות שיחין ומערות לאו הילך הוא דהא לאו היינו קרקע דקא טעין ליה, ומשום הכי איצטריך קרא למיעוטי למימרא דכהאי גוונא במטלטלין חייב שבועה

דהו״ל מודה במקצת קרקע ופטור״. ונראה בבאור הדברים, דיש מי שפירש שאין כאן הילך כיון שיש כאן חיוב הגוף של המזיק לתקן, וכיון שטוענו לתקן שני בורות והלה מודה לו בתיקון בור אחד, אין כאן הילך, והו״א שיהיה כאן חיוב של שבועת מודה במקצת, על כך חידשה התורה שאין בכגון זה שבועת מודה במקצת. והר״י מיגאש סובר דהתביעה כאן היא תביעת ממון ולא תביעה על גוף הקרקע, דתובעו תשלום, ובכהאי גוונא במזיק מטלטלין היה חייב שבועת מודה במקצת, ואתא קרא ופטרו משבועה.

ועיין בחזון איש ב״ק ו,ג (ד״ה והנה) שלמד בדברי הר״י מיגאש שאין עליו כל חיוב למלא החפירות; ״שאם עיקר חיובו למלא החפירה אלא שפודה עצמו בדמים, הדין נותן דכל זמן שלא שילם יהא חייב בנזקי הבור. ועוד, שאם עיקר חיובו למלא, הדין נותן דהו״ל תביעת קרקע ואין נשבעין עליה כמו שנקט הש״ך בפשיטות, אלא עיקר חיובו ממון כשאר נזיקין״. ונראה בבאור דבריו, דמעיקרא אין עליו חיוב הגוף לתקן אלא הוי חיוב ממון, דאף במקום שאפשר לתקן, החיוב הוא חיוב ממון ולא חיוב הגוף לתקן. וכן נראה מהמשך דבריו: ״ולהאמור יש מקום לומר דאפילו נזק העומד ליתקן שמשלם דמי תיקונו ואין שמין פחתא, מ״מ חשיבא תביעת ממון ולא תביעת קרקע כיון שמתחייב ממון כשעת הנזק ולא רמי עליה תיקונו כלל, ומ״מ כיון ששורש התביעה משום שעומד לתיקון י״ל דחשיב כתביעת קרקע״.

ונראה לכאורה, דאפשר דהראשונים הנ״ל מודים דיש על המזיק חיוב לשלם את דמי תיקון החפץ הניזוק או דמי תיקון הקרקע, דהא דקיי״ל דשמין לניזק (ב״ק יא,א ושו״ע חו״מ שפז,א), היינו דוקא באופן שאין אפשרות לתקן את החפץ הניזוק, כגון בשבירת כליו, שאין בהם אלא שברים, או במיתת הבהמה, שאין אלא נבילה, משא״כ כשקיימת אפשרות לתיקון, גם הראשונים הנ״ל מודים שיש עליו חיוב לתקן, וכמש״כ הש״ך בחו״מ שפז,א ובסי׳ צה,יח. אלא שהראשונים הנ״ל סברו שהחיוב לתקן שכתב הראב״ד הינו חיוב הגוף, וסובר הראב״ד דכאשר חפר בורות שיחין ומערות, החיוב של המזיק הוא חיוב הגוף לתקן, ובזה חלקו עליו הראשונים הנ״ל וסוברים דהתביעה היא תביעת דמים, הגם שתביעת הדמים - במקום שאפשר לתקן - הם דמי התיקון ולא שמין לניזק, מ״מ זו תביעת דמים, דמי התיקון, ובזה פטרה התורה, וע״כ לא סבירא להו חילוק הראב״ד דמה שפטרה התורה הוא רק באופן שתביעת הניזק היא תביעת הגוף, לבצע פעולה של מילוי החפירות, אבל בתביעת דמים לשלמן הו״ל ככל תביעת מטלטלין. וראית הראב״ד משתים חבלת בי ואינו מודה לו אלא באחת, דאינו תובעו לרפאותו אלא לשלם דמי ניזקו או דמי ריפוי (או חמשה דברים, כל מקרה לענינו), והוא הדין בתובעו לשלם דמי תיקון הקרקע שחפר. והראשונים החולקים ס״ל דאף שהוא תביעת דמים, מ״מ בכהאי גוונא פטרה התורה משבועה, דכיון שבא

מחמת קרקע, התמעטו משבועת התורה. וזה הפרוש בדברי הר"ן; "דכיון דמ"מ בדמים הוא נפטר, תביעת דמים הוא", דאף דמודה לראב"ד שיש עליו חיוב לתקן את אשר חפר, מ"מ אין זה חיוב על גוף המזיק לבצע הפעולה אלא תביעת דמים רגילה - לשלם את אשר הזיק. וכן נראה גם בדברי הרב המגיד; "שהרי אין ביד התובע להכריח את הנתבע למלאות לו את החפירות אלא אם רצה משלם לו נזקו והפסדו ...", דגם למגיד יש עליו חיוב לשלם את תיקון אלא שאינו חיוב הגוף, וכנ"ל. וכן נראה מדברי הרשב"א בתש' (ח"ב סי' שמג) בהשגתו על דברי הראב"ד דאינו מחוור, "דהרי אין עליו אלא תשלומי נזק ותשלומי נזק מטלטלין נינהו". והיינו דאין עליו חיוב הגוף, אך לענין החיוב לתקן במקום שאפשר לא פליג. ומ"מ מורם מהאמור דלכ"ע במקום שניתן לתקן יש חיוב על המזיק לשלם את מחיר תיקון הנזק.

אמנם מדברי הש"ך צה,יח שכתב דהני ראשונים חולקים על הראב"ד (והש"ך פסק כראב"ד וס"ל דאף לרמב"ם הדין כן), משמע דהני ראשונים ס"ל דאפילו אין חיוב לשלם תשלומי התיקון אלא תשלומי נזק לפי שומת הנזק. ובהמשך דבריו כתב הש"ך דלדעת הראב"ד אינו חייב למלא החפירות בפועל אלא לשלם דמים, מ"מ ודאי בדמים שיתן לו ימלא החפירות והוי תביעת קרקע. ולכאורה נראה דאף הראשונים הנ"ל לא חלקו בזה להדיא על הראב"ד אלא במה דמשמע שיש חיוב על גוף המזיק למלא החפירות. ועיין בחזון איש ב"ק ו,ג מש"כ בדברי הש"ך. (ועיין עוד באבן האזל טוען ונטען ה,ב (ד"ה ובעיקר וד"ה ובזה) שכתב דלדברי הראב"ד מיירי באופן שהתביעה למלא החפירות פחותה מתביעת הממון לשלם דמי הנזק).

ובתומים צה,ז הביא את המשנה למלך (טוען ונטען ה,ב) שכתב דאף לרמב"ם אם העפר בעין, חייב למלא החפירה. והתומים חלק עליו והוסיף, דאף דאינו יכול להכריחו למלא החפירה, מ"מ אם המזיק חפץ בכך, אין הניזק יכול להכריחו לשלם דמים. ע"כ הניזק תובעו על אחת משתים - או מלא העפר או שלם דמים, א"כ אין כאן תביעה ברורה בדמים, משא"כ בחבלה כיון דהוא מעוות לא יוכל לתקון, הוי תביעה ודאי בדמים. ובזה דחה את ראית הראב"ד משתים חבלת וכו'. ולכאורה משמעות התומים דבכל ענין יש חיוב תשלומים על התיקון, והשאלה היא רק אם חייב למלא או לשלם, וע"ע בתומים שם (אורים ס"ק כז).

וכדעת הש"ך נראה מדברי הנתיבות שמ,ג שכתב דאם עלה בבהמה מכה הצריכה ריפוי, שתחזור הבהמה לקדמותה ע"י הריפוי, ובלא הריפוי לא תחזור לקדמותה. "כ"ע מודים שצריך השומר או המזיק לשלם הריפוי". והביא הנתיבות מרדכי שכתב דאינו חייב בכהאי גוונא ריפוי, וביאר דבריו, דדוקא באופן שתתרפא מעצמה אלא שע"י הרופא יחיש ריפויה, בכהאי גוונא ס"ל למרדכי דאינו חייב לרפאותה, אבל

באופן שאינו יכול להחזירה לקדמותה אלא ע״י ריפוי, גם המרדכי מודה דחייב המזיק: ״דכל מזיק מחויב להחזיר הנזק שיהיה כמות שהוא בראשונה כל שניכר היזקו אף שלא נשתנה לגמרי״. ומבואר מהנתיבות שיש חיוב על שומר או מזיק להחזיר את החפץ השמור/ הניזוק למצבו הקודם והוא בכלל חיובי שומר או מזיק. ומבואר גם מהנתיבות דחיוב המזיק לרפא הוא דוקא כשאינה חוזרת למצבה קודם הנזק מאליה, ולכאורה מוכח מדבריו דאם תוקן הנזק לאחר זמן, אין חיוב תשלומין על המזיק.

ועיין במש״כ הגרש״ז אויערבך זצ״ל (מנחת שלמה ח״ב-ג סי׳ קלה), לענין מי שהזיק גט של חבירו, אן כל דבר ששוה רק לניזק ולא לאחרים בעולם, דאף שאי אפשר לשום הנזק לפי הנמכר בשוק, מ״מ חיוב המזיק הוא להשלים חסרונו של הניזק, ולכן חייב לשלם אף אם אין החפץ הניזוק שוה לכל העולם: ״ולכן נראה לברר, דבדבר שהוא ממש ממון נראה דצריכים לשלם לו כפי שהוא צריך להוציא כדי לקנות חפץ כזה שהפסידוהו, ולא נמדד כלל בכמה יוכל למכור זה לאחרים, ולפעמים משלמים לו פחות, דהתורה אמרה מכה נפש בהמה ישלמנה, ולשון ישלמנה היינו להשלים שיהיה לו בהמה אחרת, ולא מספיק מה שישלם לו כשיעור שהיה מקבל אילו הי היה מוכר לאחרים״. מבואר דחיוב המזיק הוא להשלים חסרונו של הניזק. ולפ״ז כשלבסוף לא היה כאן נזק, הושלם חסרונו של הניזק, ופטור המזיק.

ב. כשעת הנזק או התשלומין

עוד נראה, דאף אם החיוב הוא לשלם דמים ולא תיקון החפץ, לכאורה יהיה תלוי כשהוזל החפץ בין שעת הנזק לשעת התשלומין, אם המזיק משלם כשעת הנזק או כשעת התשלומין, דאם משלם כשעת הנזק, הרי כבר חל עליו חיוב בשעת הנזק לשלם, משא״כ אם החיוב כשעת התשלומין, אם בשעת התשלומין התברר שאין כאן נזק, פטור מלשלם. דאיתא ב״מ צט,ב: אמר רבא, הני שקולאי (נושאי משאוי – רש״י) דתברו חביתא דחמרא לחנוואה, ביומא דשוקא מיזדבנא בחמש, בשאר יומי מיזדבנא בארבע, אהדרו ליה ביומא דשוקא (קודם שיגיע יום השוק, שיכול למוכרה ביום השוק, שיגיע ראשון), מהדרו ליה חביתא דחמרא, בשאר יומי מהדרו ליה חמש (דאמר להו, אי הוה גבאי ביומא דשוקא, חמשה הוה שוה). ולא אמרן אלא דלא הוה ליה חמרא לזבוני, אבל הוה ליה חמרא לזבוני, הא איבעי ליה לזבוני (ולא זבין, גלי דעתיה דלא הוה מזבין, ולא משלמי אלא חביתא דחמרא, וכי מהדרי ליה נמי חמשה, מנכי להו חנווני מחמשה אגר טרחא כפועל בטל, כמה הוא רוצה לישב ולא למכור יין חבית אחת פרוטה פרוטה וישב בטל), ומנכי ליה אגר טירחיה ודמי ברזנייתא (שנותנין למכריז בעיר על יין בשווקים וברחובות ... וי״מ, שהיו צריכין לשכור אומן לנקב נקב בחבית ...).

ונחלקו הראשונים בפירוש הסוגיא, אם מוכח מהסוגיא דמשלם כשעת הנזק או כשעת שבירה. מדברי הרי"ף בסוגיא (ב"מ נז,א מעמוה"ר) נראה דהכל תלוי לפי יום התשלום, שאם מחזירים ביום השוק, מחזירים חבית לפי יום השוק, ובשאר הימים, לפי מחירה בשאר הימים, שאין תלוי מתי שבר את החבית, ביום השוק או ביום רגיל, אלא בזמן התשלום. וכך פסק הרמב"ם בהל' שכירות ג,ג: "הסבל ששבר חבית של יין לחנווני ונתחייב לשלם, והרי היא שוה ביום השוק ארבעה ובשאר הימים שלשה, אם החזירו ביום השוק, חייבין להחזיר חבית של יין או ישלמו לו ארבעה, והוא שלא היה לו יין למכור ביום השוק, אבל אם היה לו יין מחזירין לו שלשה, החזירו לו בשאר הימים, מחזירין לו שלשה. ומנכין לו בכל זמן טורח שהיה טורח במכירתה, ופגם הנקב שהיה נוקב החבית, וכן כל כיוצא בזה". ועיין במגיד שם, דכל זמן שמשלמים דמים, אין בין יום השוק לשאר הימים דבר, ואין בהם חילוק אלא שביום השוק נפטר בהשבת חבית יין, ובשאר ימים משלם דמים ולא יין. ועיין בגר"א (בהגהה על הש"ס אות ב) בחילוק הגירסאות בין הרא"ש והרמב"ם, דלשיטת הרמב"ם משלם הכל כשעת התשלום, ככל שמשלם במעות.

אולם הרא"ש שם (הי"ז) פירש דמיירי ששברה ביום השוק; "ומיירי דתברי ליה ביומא דשוקא, דאי בשאר יומי, לא משלמי אלא ארבע, שכך היו דמיה בשעת שבירה. אבל כיון דתברוה ביומא דשוקא, אי הדרוה בשאר יומי, משלם חמשא כשעת אבידה. אבל אם אהדרוה ביומא דשוקא, אמרינן ליה תיב וזבין כאשר היית עושה באותו יום ששברתה. אבל בשאר יומי לא מצי א"ל שמור אותו עד יום השוק ומכור אותו, כי יאמר למעות אני צריך, ואילו לא שברת אותה מכרתיה ואז הייתי משתכר". מבואר מהרא"ש שהכל תלוי בשעת השבירה, ובשעת השבירה החיוב הוא בחמשה, כשוויה ביום השוק, אולם אם מחזיר ביום השוק, יכול להחזיר גם חבית של יין. דכל החילוק הוא אם יכול להחזיר חבית של יין או לא, דבשבר ביום השוק ומחזיר ביום השוק, אם אין לחנוני יין ביום החזרה, יכול להחזיר לו חבית, אולם במקום שצריך לשלם דמי החבית, משלם לפי יום הנזק. ועיי"ש בפ"ח (אות נ) שהביא דעת המגיד שפירש בדעת הרמב"ם שהבכל תלוי בשעת התשלומין.

וכדעת הרא"ש נמצא גם בריטב"א בסוגיא, דמיירי ששברוה ביום השוק: "וכגון דתברוה נמי ביומא דשוקא דהויא שויא חמשא, וכיון דכן כי מהדר ליה ביומא דשוקא, תשלומי מעליי נינהו, ולא מצי למימר ליה אילו היתה בידי כבר היו בידי דמיה, עכשיו נמי תן לי דמיה, דכיון דהשתא ביומא דשוקא שויא חמשא, הא מאי דאפסיד משלם, אבל כי מהדר ליה בלא יומא דשוקא, אינו יכול לומר לו המתן עד יום השוק שתמכרנה בחמשה, שזו פסידא היא לו שיצטרך להמתין עד יום השוק, והא לאו שומא היא". דכל הנידון כשרוצה להחזיר חבית ביום השוק, כששבר ביום השוק,

דאינו גורם לו הפסד באין לו חבית אחרת, אבל חיוב תשלומין, כאשר חייב לשלם דמיה, חייב לשלם כמחירה הגבוה ביום השוק. וכן נמצא בראב"ד, מובא בשטמ"ק בסוגיא (ב"מ צט,ב): "נראה לי ששברוה ביומא דשוקא, דהויא שויה חמשה, וכי מהדרי ליה ביומא דשוקא, די להם בחזרת חביתא דחמרא, והוא טרח וימכור אותה, שהרי יכול למכרה בחמשה זוזי כדהות שויא". ומירי באין לו יין אחר למכור, אולם ביש לו יין אחר, יכול לומר לסבלים שיכל למכור החבית ששברו באותו יום השוק, וכעת יש לו יין אחר למכירה, וחבית זו שיחזירו לו, לא תהיה נמכרת כעת, ולכן משלמים חמשה. ודברי הראב"ד הובאו גם בר"ן בסוגיא, ומשמע שהסכים לדבריו דמירי בששברו ביום השוק. וכן היא דעת הנימוק"י (ב"מ נז,א מעמוה"ר), דהאחרונים הסכימו לפירוש הראב"ד ששברוהו ביומא דשוקא, ולכן משלם כשעת הנזק, דהיינו יום השוק בו נמכר בחמשה. וכן במאירי בסוגיא, הסכים לדעת גדולי המפרשים שפרשו דביום השוק שברוה והיא שוה חמשה, ודי להם שיחזירו חבית של יין אף ביום אחר השוק והוא יטרח וימכור, שהרי ימכרנה בחמשה כשעת הנזק; "וזהו המיושר שבשמועה זו". וכן תלמיד הרשב"א בסוגיא, הביא דעת הראב"ד, עיי"ש.

ומחלוקת ראשונים זו, הינה מחלוקת המחבר והרמ"א חו"מ דש,ה, דהמחבר פסק כרמב"ם, דהכל תלוי בשעת התשלומין, דאם החזירו ביום השוק, חייבים להחזיר חבית של יין או ישלמו לו כמחירה ביום החזרה – יום השוק, ואם החזירו לו בשאר ימים, מחזירין לו כמחירה בשאר הימים. ודעת הרמ"א כדעת החולקים, דמירי ששברו ביום השוק, ואם שבר בשאר הימים, משלם כמחירה בשאר הימים, ואם שברו ביום השוק, אם בא לפורעו בשאר הימים, צריך ליתן לו כמחיר יום השבירה, ואינו נפטר בחבית אחרת של יין, משא"כ בבא לפורעו ביום השוק, יכול לפרוע בחבית אחרת של יין. ועיי"ש בש"ך ס"ק ג דבשבר בשאר ימים, מודים הראשונים לרמב"ם דמשלם לפי מחירה ביום התשלומין, ומה שנחלקו הראשונים, דמשמע מהרמב"ם והמחבר שאין חילוק בין שבר ביום השוק או בשאר ימים. וע"ע בקצוה"ח שם ס"ק א, ובנתיבות ס"ק ב.

ובמחנה אפרים (נזקי ממון א) למד מדברי הרמב"ם הנ"ל, דחיוב תשלומין של מזיק הוא לפי שעת התשלומין, דהרמב"ם ס"ל דאפי' היה שוה בשעת הנזק ד, ובשעת התשלומין אינו שוה אלא ג, דיכול לפטור עצמו בחבית של יין או בתשלום של ג לפי השווי כעת בשעת התשלומין, דאין חיוב על המזיק אלא להחזיר חבית יין או דמי החבית לפי השווי כעת בשעת התשלומין. ואף לראב"ד ודעימיה דס"ל דכיון שהיה שוה בשעת שבירה ד, אינו נפטר בנתינת חבית שכעת שוה ג, י"ל דדוקא בחנוני העשוי למכור יין, ויכול לטעון שאם לא היה שובר החבית, היה מוכרה ביום השוק בד', משא"כ בעל בית שאינו עשוי למכור כליו וחפציו, אינו יכול לטעון טענה

זו, ואם יחזיר לו חבית בשאר ימים, אף ששוה פחות מיום השבירה, סגי בהכי, וכן יכול ליתן לו דמי חבית לפי שווי של יום התשלומין. גם לשיטת הטור (חו"מ סי' דש), שאף אם היה לו יין אחר ולא נמכר, ואין לו טענה שהייתי יכול למכור השבורה ביום השוק, מ"מ צריך לשלם לפי יום השבירה – יום השוק, למ"ש הטור בסי' דש דאפילו לא היה יכול למכרה ביום השוק שהרי היה לו יין אחר ולא נמכר, י"ל דהטעם מפני שיכול לומר אמכרנו ביום שוק אחר ששוה ד, ואינו שייך אלא כשידוע שיש יום שוק אחר שיוכל למכור בד', משא"כ כשאין יום שוק אחר שימכר ביותר, גם הטור מודה שיכול לשלם לפי שעת התשלומין. וס"ל למחנ"א דבזה שונה דין מזיק מדין גזלן, דגזלן משלם כשעת הגניבה, ומזיק משלם כשעת התשלומין.

והאור שמח (שכירות ג,ג) כתב דאין להביא ראיה מדין שקולאי ששברו החבית, דלכאורה מדוע ישלמו רק חבית יין או שלשה זהובים בשאר ימים, הרי כבר נתחייבו בתשלומי ארבעה זהובים כפי שהיה שוה ביומא דשוקא. וכתב להסביר דדין שקולאי שונה כיון שהוא דין מיוחד בשכירות פועלים, שכך תקנו שישלם לבעה"ב רק דמי חבית כשווי עכשיו: "וצ"ל דזה הוי מדין פועלים, דאמרו (ב"מ פב,ב) דבחנם אף במקום מדרון נפטר, ושומר שכר מיפטר כל זמן שלא פשע בה - בשבועה, כן תקנו חכמים ואמדו דעתו של בעה"ב, שרוצה שיהא בטוח שיהא לו חבית יין כמו שהיה לו, ולכן פטרוהו חכמים בתשלומין שמשלם מה שהיא שוה בשעת התביעה והחזרה, ודיו זה לבעה"ב, ומשום תקנת שכירין נגעו בה". ולעיקר הדין אם משלם כשעת ההיזק או התשלומין, הביא האור שמח שהדבר תלוי במחלוקת ר"ע וחכמים (ב"מ מג,א) לענין שולח יד בפקדון, ולמאי דקיי"ל כרבא (שם מג,ב) דאין הלכה כר"ע, ודאי משלם כפי שהיה שוה בשעת הוצאה מן העולם, אם עולה יותר משעת שליחות יד, אף שהוזל קודם שעמד בדין, עיי"ש.

והנה הרמב"ם (שכירות ה,ו), כתב וז"ל: "בית זה אני משכיר לך, ואחר שהשכירו נפל, אינו חייב לבנותו אלא מחשב על מה שנשתמש בו ומחזיר לו שאר השכירות. אבל אם סתרו חייב להעמיד לו בית אחר או ישכיר לו כמותו. וכן אם חזר אחר שהשכירו לזה, והשכירו או מכרו לעכו"ם או אנס שהפקיע שכירות הראשון, הרי זה חייב להשכיר לו בית אחר כמותו, וכן כל כיוצא בזה". ובנתיבות שיב,ה כתב, דאף שאם אחר הזיק לבית, אינו חייב להעמיד לשוכר בית, דכל המזיקין אינן משלמין רק שווין, מ"מ אם המשכיר עצמו מכרו, הדמים שקיבל משועבדין, וחייב להעמיד לו בית אחר. ובדברי משפט שיב,ה כתב לישב, דחייב להעמיד לו בית אחר, כיון שכל מזיק חייב לתקן הנזק אם אפשר, וכמש"כ הש"ך שפז,ב, כיון שיכול לתקן מה שהזיק ע"י שיעמיד לו בית אחר, חייב לעשות כן. עוד כתב הדברי משפט לבאר בכוונת הרמב"ם דחייב להעמיד לו בית אחר, דס"ל לרמב"ם דחיוב מזיק הוא כשעת

התשלומין, וכמש״כ הרמב״ם לענין שקולאי, וכמש״כ המחנ״א, וכוונת הרמב״ם דחייב לשלם דמים לפי שווי שכירות בית בשעת התשלומין, ולא אמרינן שמזיק דינו כגזלן ומשלם כשעת הגזילה אף שנתיקר אח״כ, אלא חיוב מזיק כשעת תשלומין אף בנתיקר אח״כ, לכן צריך להעמיד לו בית לפי השווי כעת בשעת התשלומין.

והגר״י אברמסקי זצ״ל (חזון יחזקאל ו,י) הקשה על הרמב״ם, מדוע כששבר בשאר יומי, ושוה ג, ומשלם ביום השוק, ושוה ד, דמשלם כפי שוויה ביום השוק, דהרי קיי״ל דמזיק אינו משלם אלא כשעת הנזק, וראיה דאם נגח שור קטן, אינו משלם שור גדול, כפי מה שעתיד להיות (עיין תוס׳ ב״ק לד,א ד״ה שאלמלא), וא״כ מדוע משלם כיום התשלומין, שהרי הוא כמשלם מה שעתיד להיות. וכתב לחלק, דבחבית הדבר ברור וידוע שחבית זו עתידה להיות עוד כמה ימים שוה ארבעה, והרי זה כשוה כבר בשעת הנזק ארבעה. ושם בחזון יחזקאל (ב״ק ג,ד), מהתוספתא שם דמשלם המזיק כשעת הנזק, דתנן בתוספתא שם: הרג שורו של חבירו הוקרה בהמה או שהוזלה, הדליק גדישו של חבירו הוקרה תבואה או שהוזלה, בין משעמד בדין ובין עד שלא עמד בדין, אין לו אלא בשעת נזקו. דמשמע שאפי׳ רוצה להחזיר תבואה ממש, משלם כשעת הנזק, עיי״ש.

גם מדברי החזו״א (ב״ק ח,יד-טו) מבואר דחיוב התשלומין הוא כשעת הנזק, ודין שקולאי הוא דין מיוחד, דחבית יין מלכתחילה יש לה שתי שומות, דכך הוא טבע המקח, דיום השוק קבוע תמיד וכך הוא מנהגו של עולם. וכן אם בכל יום יש שעות קבועות שמתקבצים הסוחרים, ודאי עיקר השומא בשעות אלו. ולכן יכולים שקולאי לשלם בחבית כשער השוק. וכל זה דוקא ביין, אולם אם שבר כלי שוה ד, ובשעת התשלומין שוה זוז, אינו יכול לפטור עצמו בזוז, אף שכשמשלם ד נותן לו כביכול ד כלים, מ״מ כך הוא דין הנזיקין. והוא הדין אם בשעת הנזק שוה זוז ובשעת התשלומין ד, שאינו משלם אלא זוז. ועיי״ש מש״כ בדברי המחנ״א. ומוכח דס״ל לחזו״א שחיוב תשלומין הוא לפי שעת הנזק.

עכ״פ מבואר דנחלקו האחרונים אם חיוב מזיק הוא לפי שעת התשלומין או הנזק, דאם נאמר שהחיוב הוא כשעת הנזק, וכדעת החולקים על המחנ״א, גם אם יתוקן אח״כ הנזק, לכאורה כבר חל החיוב תשלומין, וכדין אם הוזל ושוה כלי הניזוק זוז בשעת תשלומין וד׳ בשעת הנזק, וכמש״כ החזו״א, והוא הדין בנדו״ד. אולם למחנ״א ודעימיה י״ל, דכיון דהחיוב הוא בשעת התשלומין, אם עדיין לא הגיע משום מה שעת התשלומין, משלם לפי שומת הנזק בשעת התשלומין, ובשעת התשלומין בנדו״ד לא היה כל נזק ופטור.

[ולענין שדה שאינה עשויה ליטע, וירד לשדה שאינה עשויה ליטע, ובטרם שילם בעל השדה, נהייתה השדה עשויה ליטע, כגון הכשיר קרקע חקלאית לבניה, ע״י

שהעביר צינורות מים, ביוב וקוי חשמל, ולאחר זמן ובטרם תשלומי בעל השדה, אושרו במקום תוכניות בניה. לכאורה דמי להא דאיתא בב״ב ד,ב ובשו״ע חו״מ קנח,ו, שאם גדר רוח רביעית, מגלגלים עליו הכל, דרק בבנית כותל ברוח רביעית, נהנה מהבניה, וקודם לכן לא נהנה, וכשנהנה כעת ע״י הרביעית, למפרע מחייבים אותו גם על השלשה אחרים, שנהנה אף מהם. והוא הדין בזה, כיון שדין יורד הוא גם גדר של חיוב תשלומין בנהנה ממה שעשה חבירו עבורו, כאן התגלה למפרע שההנאה היא בשדה העשויה ליטע, ולכן דיניו כיורד בעשויה ליטע, וחיוב הבעלים לשלם לו שנהנו מיורד לעשויה ליטע, אא״כ כבר שילמו לו והסתלק היורד. ואינו דומה לחיובי מזיק, דנהנה שאני.]

ג. שכר האומן

אמנם נראה דאף אם נאמר שאינו חייב בנזק, כיון שהתברר למפרע שלא היה כאן נזק (במידה ולא היתה מחילה מצד האומן, כפי שהיה בנדו״ד מחילה הדדית), צ״ע שכרו של הצורף, אם משלם כפי שפסק עמו או רק מדין יורד. דלכאורה אין ליתן לו שכרו כאומן, דשכר האומן הוא על מה שעשה כציווי בעה״ב, ואם עשה דבר אחר, אף שהועיל בסופו של דבר, אין לו שכר אלא כדין יורד, שההנה לבעה״ב, אולם אין לו שכר לפי מה שפסק עימו, כיון שלא עשה מלאכתו כפי בקשת בעה״ב.

תנן במשנה ב״ק ק,ב: הנותן צמר לצבע ... צבעו כאור (כמו כעור, בגמ׳ מפרש שצבעו בשירי צבע, ומזיק בכוונה הוא, לפיכך ידו על התחתונה דברי הכל – רש״י), אם השבח יתר על היציאה, נותן לו את היציאה (לצבע את היציאה ולא שכר שלם, ומקבל צמרו. ודמי צמרו לא אמר דניתיב דלקני איהו שבחא דצמר, דהא בצבע שהתנה עמו צבע וליכא שנויא דנקנייה), ואם היציאה יתירה על השבח, נותן לו את השבח. לצבוע לו אדום וצבעו שחור, שחור וצבעו אדום, רבי מאיר אומר נותן לו דמי צמרו (קני בשינוי לר״מ, ולא יהיב ליה אלא דמי צמרו אבל לא דמי שבחו, או זה יתן שכרו משלם ויקח הצמר), ר׳ יהודה אומר, אם השבח יתר על היציאה נותן לו את היציאה, ואם היציאה יתירה על השבח נותן לו את השבח (דקניס ליה להאי דשינה להיות ידו על התחתונה, ולא נתהני משבחא, ואגרא נמי כוליה לא ישקול אלא יציאה, ואם יציאה יתירה על השבח, יתן לו את השבח שהשביח את הצמר, ואם ירצה לתת את שכרו כגון שהשבח יותר על השכר, יתן שכרו). ובגמ׳ קא,א: תנו רבנן, הנותן עצים לחרש לעשות מהן כסא ועשה מהן ספסל, ספסל ועשה מהן כסא, ר׳ מאיר אומר נותן לו דמי עציו (דקנינהו בשינוי, אבל נתן עצים כו׳, דלא שינה ולא קני, ידו על התחתונה), רבי יהודה אומר אם השבח יתר על היציאה נותן לו את היציאה, ואם היציאה יתירה על השבח נותן לו את השבח, ומודה רבי מאיר

אם נתן עצים לחרש לעשות מהן כסא נאה ועשה מהן כסא כעור, ספסל נאה ועשה ספסל כעור, אם השבח יתר על היציאה, נותן לו דמי היציאה, ואם היציאה יתירה על השבח, נותן לו דמי השבח.

ובנימוק״י (לו,א מעמוה״ר) הביא מש״כ הרא״ה בדין הוצאה שנותן לו כששינה, שנותן לו שכרו כפועל בטל. וצ״ל, דמה שהתנה עמו כמאן דליתא, דכיון ששינה ממה שאמר לו בעה״ב וסיכם עמו, אין לו שכרו, אבל הוצאה שיש לו, הכוונה לשכרו כפועל בטל, שהיא בכלל ההוצאה. ומבואר ששכרו טרחו הוא בכלל היציאה, אלא שנותן לו כפועל בטל. ורש״י (ב״ק קיז,ב ד״ה אם) כתב: אם השבח שהשביח הצמר יתר על היציאה שהוציא צבע זה בסממנין ועצים, ושכר טרחו כשאר שכיר יום. נותן לו את היציאה ולא מה שראוי בקבלנות דהוי טפי. רש״י מיירי בשכר כשאר שכיר יום ולא כפועל בטל, דלכאורה שאר שכיר יום הוא שכר ממוצע של שכירי יום, ולאו דוקא באומנות זו, או שכר ממוצע באומנות זו, נפק״מ אם פסק לו יותר. וכן הוא ברש״י ע״ז ז,א, דאם השבח שהשביח הצמר יתר על היציאה שהוציא הצבע, נותן לו בעל הצמר את היציאה סמנים ועצים ושכר פעולה כשכיר יום, ולא שכר שלם כמו שהתנה עמו. וצ״ל שנותן לו כפי שמקבל שכיר יום לצבוע הצמר, ולא כשכרו של קבלן שהתנה עמו, דכיון שלא עשה את תכלית הפעולה, אין לו אלא שכר של שכיר יום באותה המלאכה שעשה.

ועיין בפיהמ״ש לרמב״ם (ב״ק ט,ד) שלא הזכיר מענין שכרו של האומן, ועיין בב״י חו״מ שו,ו. ועיין בשטמ״ק (ב״ק ק,ב) שהביא מפירוש רבינו יהונתן, דרבי יהודה ס״ל דכיון שלא אמר בפירוש שנתכוון לגזול אלא בשוגג בא מעשה לידו, לא קנאו בשעת צביעה, ומה שהושבח, לצורך בעל הבית הושבח, אלא שנקנוס האומן שגרם הפסד לבעל הבית; ״שאם השבח יתר על ההוצאה, אין על בעל הבית לשלם לו כלל משכרו אלא הוצאתו לבדו, שהרי נכרת הוצאת דצמר, ושכרו אין לו לתבוע מחמת מותר השבח שנשבח על ידו, דכיון שבא הפסד גדול לבעל הבית ששכרו על ידו, שלא צבעו אדום כמצותו, שהיה משביח כפלי כפלים, דין הוא שיפסיד גם הוא מעשה ידיו, ואם ההוצאה יתירה על השבח, לא יקבל מבעל הבית אלא שיעור שבח מהוצאתו, דמצי אמר ליה הלה לא הרוחתי עמך כלום והפסדתי הרבה, ומה שהשבחת את צמרי החזרתי לך״. ומבואר דבשבח יתר על ההוצאה, אין לו אלא הוצאה ולא שכרו כלל, והוא קנס שקונסים לצבע עקב הנזק שנגרם לבעל הצמר בהעדר שבח.

והש״ך שו,ה פירש שמה שפירש רש״י שנותן לו כשכיר יום, דאף שיד הצבע על התחתונה, אף אם לא פסק לצבע שכר, חייב לשלם לו מה שנהנה, וחייב ליתן לו כשכיר יום, ולא גרע מיורד שלא ברשות, לכך פירש רש״י דשאינו נותן לו

שכרו כפי שהתנה עמו, אולם מה שכרו שהיה נותן לו אפי׳ לא התנה, ודאי צריך ליתן לו. וכך פירש הש״ך דברי הירושלמי שהביאו התוס׳, וכן דעת שאר הראשונים: ״ולפי מה שכתבתי לק״מ, דהירושלמי לא בא אלא לומר דמנכה לו משכירותו שפסק לו, ואין צריך ליתן לו כל הי׳ מנין שהתנה לתת לו, אבל מ״מ שכר טרחו של כל יום הוי בכלל יציאה, וא״כ דמי ממש ליורד שלא ברשות דיהיב ליה יציאותיו ושכר טרחו של כל יום כפחות שבשכירים. ונראה דגם הרמב״ם מודה בזה לרש״י, והיינו שכתב הרב המגיד פ״י מהל׳ שכירות על דברי הרמב״ם, וז״ל; ... ושכר טרחו כשאר שכיר יום ולא מה שפסק לו בקבלנות דהוי טפי ... עכ״ל הרב המגיד. וגם בנימוק״י פרק הגוזל כתב, נותן לצבע את ההוצאה ולא שכר שלם, כן פירש״י ז״ל, והרא״ה ז״ל כתב נותן לו שכרו כפועל בטל, עכ״ל. ונראה דהרא״ה אינו חולק על רש״י אלא מפרש דבריו כאן כמו שפירש בפ׳ הבית והעלי׳ ובפ״ק דע״ז, וכן עיקר״. ומבואר שנותן לו שכרו כשכיר יום ולא כמו שהתנה עמו, ודעת הרא״ה דרש״י ס״ל דשכרו שנותן לו הוא כפועל בטל. אמנם מדברי רש״י נראה שנותן לו שכר כשכיר יום של מלאכת הצבעות. וע״ע בפנ״י (ב״ק ק,ב בד״ה בפרש״י) מה שדייק בדברי רש״י.

והחזו״א (ב״ק כא,כג) כתב לבאר את השוני בין דין יורד לאומן שצבע בצבע שונה, שיורד בשדה שאינה עשויה ליטע, אין לו אלא הוצאות ואינו נוטל שכר טרחו, דבצבע שחור במקום אדום הו״ל כשדה העשויה ליטע, שהרי שהצמר ראוי לצביעה, ואף שאם היה צבעו באדום היה משביח יותר, מ״מ מנכים לו מה שהפחית בשבחו, וממילא הוי הצמר לענין צביעת שחור כעשויה ליטע, דכל מה שאינו עשוי לצבוע שחור, מפני ששוויו יהיה פחות, ומשמנכים לו הפחת משכרו, הוי הצמר לענין צביעת שחור כעשויה ליטע, וע״כ מקבל גם שכר טרחו, דלא כיורד שלא ברשות, וז״ל החזו״א: ״ונראה דביורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות אין לו אלא הוצאה, כיון שלא היתה השדה עשויה ליטע, אבל הכא דרצונו לצבעו, ואם יש באוכם שבח יותר על האדום, הו״ל כעשויה ליטע ונותנין לנוטע שכרו משלם, כדאמר ב״מ קא,א. והכי נמי צמר זה היה עשוי לצבעו שחור, ואם אין מותר כפי כל השכירות, כגון ששוה עכשיו כ, נותן לו אגרא ה, אע״ג דאדום היה שבחא טפי, מ״מ כיון שע״י שמנכה לו לצבע מאגרא דידיה שבשבחא דידיה כמו שהיה שבחא מהאדום, חשיב כעשוי לצבע אוכם״. ולענין מה שכתב הרא״ה שנותן לו שכרו כפועל בטל, הסביר החזו״א דהאומן הפסיד שכר עמלו כיון ששינה, ומ״מ מה שהיה מרויח במקום אחר הוא בכלל ההוצאה, וכיון שלא עבד במקום אחר, אם יתנו לו שכר כפי שהיה מקבל במקום אחר, יצא שהאומן לא עבד וקיבל שכר, לכן מנכים לו ונותנים לו שכר כפועל בטל. והביא החזו״א ראשונים אחרים (תוס׳ שאנץ) ששכרו כשכיר יום הוא בכלל ההוצאה, ושכן דעת רש״י. וכתב דאפשר שהרא״ה אינו חולק אלא מפרש, וציין לש״ך

שם. (ועיין עוד לגר״א קוטלר, משנת רבי אהרן, שכנים ג,ג,ו, דהחיוב לשלם לצבע הוא מדין משתרשי ליה וממוני גבך, דאף אם אין שבח סממנין ע״ג הצמר, מ״מ מצד דמשתרשי ליה חשיב כממונו של הצובע אצלו, עיי״ש).

ולמבואר לעיל, הגם שכעת יש לראובן תועלת מהגביע ומעבודת הצורף, מ״מ גם לבעל הצמר יש תועלת בצמר השחור, ולענין שכרו יש לחייב לפי שכר פועל העוסק בחריטה לפי שעות, ולא כפי שהתנה עמו, דאין לו אלא שכרו של שכיר יום במלאכת האומנות. (כ״ז אם לא היתה מחילת האומן, וכנ״ל).

ד. מחילה בטעות

וכאן לכאורה מחלו ראובן והצורף אחד לשני, ראובן מחל על הנזק שנגרם לגביע, והצורף מחל על שכרו. ורצה השואל לטעון דיש כאן מחילה בטעות, דהיינו שאם היה יודע הצורף דלבסוף יהיה שימוש בגביע ואין לחייבו לשלם הנזק, דאין כאן דין של ישלימנה וכנ״ל, לא היה מוחל על שכרו. ונראה פשוט שאין כאן מחילה בטעות, דכל מחילה בטעות הינה באופן שהתברר למפרע שבשעת מחילה טעה, אולם אם נולדה מציאות חדשה לאחר המחילה, לא חשיב מחילה בטעות, וכמש״כ בתש׳ זכרון יוסף (סי׳ ד, הובא גם בפת״ש חו״מ רמא,ג), וז״ל: ״רק דבנדון דידן לא הוי מחילה בטעות כלל לפי דעתי, דמחילה בטעות לא שייך אלא בשנתגלה למוחל או לשניהם עכשיו דבר שהיה בשעת המחילה נעלם מהם, וכן בכל מקומות הנ״ל ובפוסקים לא מצינו מחילה בטעות אלא בכה״ג, משא״כ ע״י דבר הנולד אחר המחילה לא שייך לומר עבורו דהוי מחילה בטעות למפרע, דאטו המוחל לחבירו בחזקת שהוא עני ומת לו אח״כ אחד ממורישיו ונתעשר ע״י הנכסים שנפלו לו בירושה ממנו, תהיה המחילה בטילה למפרע, וזהו ודאי דבר שאין לו שחר כלל, ומוכח בכמה דוכתי בפוסקים אשר נלאיתי להעתיק, ורק אזכיר אחת מהנה, מש״כ הרמ״א סו״ס רמו יע״ש, דלא אמרינן מחילה בטעות למפרע״.

ונראה דיש להוכיח כן מסוגיות הגמ׳, דמחילה בטעות היינו בנתון שגוי שהיה בשעת המחילה ולא בנתון שנולד לאחר מכן. דאיתא בב״מ סו,ב, לענין מלוה את חבירו על השדה, ואמר המלוה ללוה, אם לא תחזיר לי מכאן עד שלש שנים, הרי היא שלי, דקיי״ל שלא קנה המלוה מפני שהיא אסמכתא. ורב נחמן ס״ל, דכיון דלא קני, הדרא גם פירי שאכל לאחר ג שנים. והקשתה הגמ׳, למימרא דסבר רב נחמן מחילה בטעות לא הויא מחילה. והיינו שמחל הלוה למלוה בטעות את הפירי, מפני שלא ידע הדין שאסמכתא לא קניא, ובזה הוי חוסר ידיעה בשעת המחילה והוי מחילה בטעות. וכן ממה שהקשתה הגמ׳ בהמשך (סז,א); והרי אונאה דמחילה בטעות היא

ולא הויא מחילה. דאונאה הוי טעות בשעת המקח, שלא ידע את מחיר החפץ, ולא מציאות שנולדה לאחר מכן. וכן מה שכתבה הגמ׳ לענין אילונית, הוי טעות בשעת הקדושין. וכן מהגמ׳ ב״ב מא,א, בהא דרב ענן ששטפו מים את שדהו, ונפלו המחיצות בינו לבין שכנו, והחזיר הכותל לשטח שכנו, כך ששטח שדהו גדל ושטח שכנו קטן. וטען רב ענן למחילה, דכיון ששכנו סייע בידו בבניית הכותל,יש כאן מחילה מצד שכנו. ואמר לו רב נחמן, שיש כאן מחילה בטעות; אמר ליה מחילה בטעות היא, את גופך אי הוה ידעת לא עבדת, כי היכי דאת לא הוה ידעת, הוא נמי לא הוה ידע. ושם מדובר בטעות בשעת בנית הכותל שהיא שעת המחילה, שלא ידע שבונה הכותל בחצירו ושלא במקומו הקודם.

וכן נמצא לגר״א וולקין (תש׳ זקן אהרן, ח״א חחו״מ סי׳ קא), לענין פשרה בטעות, שאחד הצדדים טוען שאם היה יודע נתון מסוים שנודע לו אח״כ, לא היה מתפשר. והשיב לו הגר״א וולקין, שכיון שהנתון עליו הוא מדבר, נולד רק כמה ימים אחר פסק הפשרה, לא שייך בכגון זה טענת פשרה בטעות: ״ובכה״ג שהריעותא יצאה כמה ימים אחרי הפס״ד, לא שייך ע״ז פשרה בטעות, כיון דבשעת הפשר גופא לא היה עוד שום טעות, וקנין ופשר בטעות לא שייך אלא כשנתגלה דבר חדש שהיה בשעת הפשר, ובשעת מעשה נעלם מהם, משא״כ דבר שנולד אחר הפשר, אין מבטל הפשר דמעיקרא, דלא אמרינן מחילה בטעות למפרע, וכמבואר בחו״מ רמו ברמ״א״. ודברי הרמ״א חו״מ רמו,יז, ומקורו מתה״ד סי׳ שיז, בענין מי שמאכיל לחתנו עם בתו יותר מזמן שקצב לו מזונות, דצריך החתן לשלם לו מזונותיו כשיתבע ממנו, אבל לא מזונות אשתו. אולם כשמוכח שמה שנתן יותר מהזמן נתן לשם מתנה, וכעת תובע מחמת קטטה שנפלה ביניהם, פטור מלשלם. דכל סיבה לאי מחילה שנולדה אחר המחילה, אינה מחילה בטעות ומהני המחילה.

וכדברי הזכרון יוסף הנ״ל, פסק גם מהרש״ם (ח״ה סי׳ כב), וז״ל: ״ואמנם באם לא היה באמת להלוה בשעת פשר ואח״כ השיגה ידו, לכ״ע הוי מחילה, וכמ״ש בשו״ת זכרון יוסף סי׳ ד׳, דלא אמרינן דהוי מחילה בטעות למפרע, אך באם שלא רצה ליתן לו הקרן עד שימחול העיסקא, הוי מחילה באונס וכמש״ל״. ומבואר מכל הני פוסקים דלא שייך בנדו״ד מחילה בטעות, כיון שהידיעה על היות הגביע בר שימוש, נולדה אחר המחילה.

לאור האמור לעיל, מה שמחלו ראובן והצורף אהדדי, מהני לענין זה שכעת אין ראובן צריך לשלם שכר טרחו. דאלולי המחילה, כיון דהנזק תוקן מעצמו, מגיע לצורף שכרו כשכיר יום באומנות הצורפות, לפי שעת עבודה.

סימן לד

תביעת נזיקין נגד קונה מפעל, על נזק שנעשה ע״י המוכר

ראשי פרקים

א. שור שנגח ונמכר

ב. חיוב באומדנא

ג. היה לה שלא לאכול

ד. מתחייב לשלם כל נזק שיגרם מחמת המוצר

לפני כעשרים שנה, מכר שמעון לראובן חברה לתכשירים קוסמטיים שהיתה בבעלותו.

בתקופה בה היתה החברה בבעלות שמעון, היו מיצרים תכשיר מסוים, מחומר המכיל אסבסט, שלאחר שנים נטען/ הוכח שהוא עלול לגרום למחלת הסרטן. בתקופה בה החברה בבעלות ראובן, מיצרים את התכשיר בהתאם לתקן, וללא החומר הנ״ל. כנגד החברה הוגשו תביעות נזיקין של אנשים הטוענים כי הם או קרוביהם חלו מהחומר שיוצר. ראובן טוען להגנתו, כי יש לתבוע את שמעון, שהוא היה הבעלים על החברה, בתקופה בה יצרו את התכשיר עם החומר הנ״ל. ושאל אותי איך הדין ע״פ ההלכה. דבית המשפט בארה״ב פסק שראובן בא בנעלי שמעון, והתביעה כנגד החברה, גם אם הוחלפו בעליה. שאלתי אם בחוזה הקניה של החברה נכתב שהוא נוטל גם חובות ותביעות, והתשובה היתה שלילית. ורצה ראובן לדעת האם מבחינת ההלכה התביעה נגדו או נגד שמעון.

דבנדו״ד אין כאן גדר של מזיק, דאין כאן אדם המזיק, ואף ממונו המזיק אין כאן, שהרי הניזק קנה את החומרים מדעת עצמו, והמזיק (התכשיר) הוא של הניזק ובבעלותו, והיצרן רק מכר והניזק השתמש מדעת עצמו, ואפשר שיכול לבוא בטענת מקח טעות וכד׳, אך אין מקום לתביעת נזיקין על היצרן. וכל מסגרת החיוב הינה מכח הרשיון שניתן לחברה ע״י הרשות המוסמכת ליצר חומרים כנ״ל, כשתשלומי הנזק, אם יגרם מהחומרים המיוצרים על ידה, הינם חלק מתנאי הרשיון. וממילא בהתאם לחוק, אם החיוב הוא על החברה, ונגרר מבעלים לבעלים, כן יש לדון ולחייב גם ע״פ ההלכה. אלא שטוען השואל, דאף שתשלומי נזק לניזקים הינם חלק מתנאי הרשיון, מ״מ אין הוא חייב על התחייבות הבעלים הקודמים, אא״כ התנה בחוזה הקניה שמקבל על עצמו כל תביעות שיש או שיהיו נגד החברה, וטוען שבנדו״ד לא היה כן.

א. שור שנגח ונמכר

תנן ב״ק לג,א: שור שוה מנה שנגח שור שוה מאתים ואין הנבילה יפה כלום, נוטל את השור (דהיינו חצי נזק – רש״י). ובגמ׳ שם: מתניתין מני רבי עקיבא היא, דתניא, יושם השור בב״ד (המזיק בב״ד, ויתן לו מזיק מעות דמי השור שהוא חצי נזקו, ובשוה מנה שנגח לשוה מאתים ואין הנבילה שוה כלום קמיירי), דברי רבי ישמעאל, רבי עקיבא אומר הוחלט השור (השור עצמו יקח). במאי קמיפלגי, ר׳ ישמעאל סבר בעל חוב הוא וזוזי הוא דמסיק ליה, ור׳ עקיבא סבר שותפי נינהו (בההוא שור דמשתעי ביה קרא, שוינהו רחמנא שותפים, וקרא משתעי בשוה מאתים שנגח לשוה מאתים כדתנן במתניתין זהו שור האמור בתורה, הלכך הכא דמזיק אינו שוה אלא מנה, נוטל את השור), וקמיפלגי בהאי קרא; ומכרו את השור החי וחצו את כספו, ר׳ ישמעאל סבר לבי דינא קמזהר רחמנא, ור״ע סבר לניזק ומזיק מזהר להו רחמנא. מאי בינייהו הקדישו ניזק איכא בינייהו. בעא מיניה רבא מר״נ, מכרו מזיק לר׳ ישמעאל מהו, כיון דא״ר ישמעאל בעל חוב הוא וזוזי הוא דמסיק ליה – מכור, או דלמא כיון דמשעבד ליה לניזק (דאי לא יהיב ליה דמי, שקיל ליה לשור, דרחמנא שעבדיה ניהליה), לאו כל כמיניה. א״ל אינו מכור. והתניא מכרו מכור. חוזר וגובהו (ניזק מלוקח). וכי מאחר שחוזר וגובהו למה מכור. לרידיא (שאם חרש בו לוקח ,אינו נותן דמי החרישה לניזק).

וממש״כ הגמ׳ דהקונה גובה מהמוכר מה שיגבה ממנו הניזק, מוכח שהאחריות הינה על המוכר, ולא שהקונה קנה שור עם תביעת נזיקין, והוא אחראי לשלם מה שהזיק כשהיה בבעלות המוכר. וכן פסק הרמב״ם בהל׳ נזקי ממון ח,ו: ״שור תם שהזיק, אם מכרו המזיק עד שלא עמד בדין, אע״פ שהוא מכור, הרי הניזק גובה ממנו וחוזר הלוקח וגובה מן המזיק שמכר לו, שכיון שנגח קול יש לו, ולא היה לו ליקח עד שיגבה הניזק״. וכל זה אפי׳ בשור תם, שיושם השור או יוחלט השור, אולם בשור מועד פשיטא שאין כל תביעה על הקונה, וכל התביעה הינה על המוכר. ואפי׳ בשור תם שיש לניזק שעבוד או שותפות בשור, מ״מ התביעה הינה על המוכר, מזה שהלוקח חוזר וגובה ממנו מה שגבו. אולם בשור מועד, אין לקונה שייכות כלל עם התביעה של הניזק, והיא תביעה רק כנגד הבעלים הראשונים.

אמנם לענין שור תם, מצאנו באחרונים שהוא דין מיוחד, שהחיוב הוא על השור ולא על קרקפתא דבעלים, אך החידוש הינו רק ביחס לנזקי שור תם, אולם בשור מועד, התביעה הינה ודאי על הבעלים עצמם. דאיתא ב״ק יג,ב: תנא פרט לנכסי הפקר, ה״ד אילימא דנגח תורא דידן לתורא דהפקר, מאן תבע ליה, אלא דנגח תורא דהפקר לתורא דידן. ליזיל וליתיה. בשקדם וזכה בו אחר. רבינא אמר, למעוטי נגח

ואח״כ הקדיש נגח ואח״כ הפקיר. תניא נמי הכי, יתר על כן אמר ר׳ יהודה, אפי׳ נגח ואח״כ הקדיש, נגח ואח״כ הפקיר פטור, שנאמר והועד בבעליו והמית איש וגו׳, עד שתהא מיתה והעמדה בדין שוין כאחד (דמשמע שיהא לו בעל אחד משעת העדאה ועד שעת העמדה בדין). וגמר הדין לא בעינן הא השור יסקל בגמר דין הוא דכתיב. אלא אימא עד שתהא מיתה והעמדה בדין וגמר דין שוין כאחד (בבעל אחד). וכך פסק הרמב״ם בהל׳ נזק״מ ח,ד: ״וכן שור ההפקר שהזיק פטור, שנאמר; שור רעהו. עד שיהיו הנכסים מיוחדים לבעלים, כיצד, שור ההפקר שנגח וקודם שיתפוש אותו הניזק עמד אחר וזכה בו, הרי זה פטור, ולא עוד אלא שור המיוחד לבעלים שהזיק ואחר שהזיק הקדישו או הפקירו, הרי זה פטור עד שיהיו לו בעלים בשעת היזקו ובשעת העמדה בדין״. והגר״ח בחדושיו (ב״ק יג,ב), כתב וז״ל:

> ״אמר הגר״ח זצ״ל, דשאני שעבוד השור, היינו השעבוד שחל על השור מכל השעבודים דעלמא. דהנה בכל השעבודים דעלמא חל מקודם חיוב אקרקפתא דגברא מדין פריעת בע״ח מצוה, וזה עושה שעבוד על הנכסים. אבל בשור תם שהזיק שמשלם מגופו, חל השעבוד על השור מבלי שיחול מקודם על הבעלים חיוב. וראיה לזה מדברי הגמ׳ דקאמר אלא דנגח תורא דהפקר לתורא דידן, ליזל וליתיה, בשקדם וזכה בו אחר, הרי דאי לאו גזירת הכתוב דהפקר פטור, היה נוטל השור מהזוכה, אף שלא היה הוא בעלים בשעת הנגיחה ולא היה יכול לחול חיוב אקרקפתא דגברא, מ״מ היה חל השעבוד על השור מבלי אמצעי מהבעלים, וא״כ גם לאחר הגילוי דקרא דהפקר פטור, מ״מ אופן השעבוד נשאר כמו שהיה עד עכשיו, וחל השעבוד על השור גופא.״

וזה דין מיוחד בשור תם שצריך לגזירת הכתוב לפטור הפקר, ואינו שייך בשאר הנזיקין. ובאור שמח (גניבה ב,א ד״ה הנה) הסביר, דבתם שהזיק צריך פסוק למעט שור הפקר, שאם קדם אחר וזכה בו, לא יוכל הניזק לגבות מהשור; ״כיון דאין שום שעבוד על נכסי הבעלים, רק על התם לגבות מגופו בלבד, לכן צריך למעט נכסים המיוחדין״. דענין שור תם, שהשעבוד הוא על גופו של השור, א״כ מה לי שור שיש לו בעלים ומה לי שור הפקר, ועל זה בא חידוש התורה שור רעהו.

וכל זה בשור תם, אולם בנזקין אחרים, ואפי׳ הזיק בנזקי שן, שנהנית הבהמה, אין חיוב אלא על הבעלים שהיו בשעת הנזק, ואם היה השור הפקר בשעת הנזק וזכה בו אחר, אין הניזק גובה מהזוכה או מהבהמה. כן מבואר מדברי המנ״ח (מצוה נה), וז״ל: ״גם פשוט אם בהמת הפקר הזיקה וזכה בו אחר, דהאחר אינו משלם כלל אפילו מה שנהנית, כיון דאז לא היה החוב עליו, ובבהמה לא זכה הניזק אפילו נגד מה שאכלה, כי היאך זכה, ע״כ גם הוא פטור דזכה מהפקר״. הרי שחיוב הנזק

הוא על הבעלים דשעת הנזק, וככל שלא היו לה בעלים או בעלים אחרים, אין לחייב את הבעלים של עכשיו, שזכו או קנו לאחר שעת הנזק.

ואף שבנדו״ד התביעה היא כנגד החברה, והחברה הינה אותה חברה רק השתנו הבעלים, ולבעלים אין מחויבות אישית, זה אינו, דחברה בע״מ הוי שעבוד נכסים ללא שעבוד הגוף (והאחרונים כתבו בענין באריכות, עיין מנחת יצחק ח״ג סי׳ א, ח״י סי׳ קמד וקמה, שבט הלוי ח״ה סי׳ קעב, משנה הלכות ח״ו סי׳ רעז, ועוד הרבה, ולאו כי רוכלא ליתני וליזיל), ותביעת נזיקין לא שייכת על דומם. עיין מש״כ הגרח״ג צימבליסט שליט״א (פד״ר ח״י עמ׳ 293), שלא מצאנו בתורה חיובים על דבר דומם כמו חברה אלא על אנשים חיים, ואם יש שט״ח על החברה, פירושו על בעלי החברה, ואם מתו דינם של היתומים כיורשים לכל דבר. וגם האחרונים דנו באריכות במעמדה של חברה בע״מ, ולא מצאנו שיהיה חיוב על הנכסים ללא חיוב על הבעלים. ואף בשור של הפקר שנגח, אין חיוב על השור, דבעינן שיהיו לו בעלים בשעת נגיחה ובשעת העמדה בדין (ב״ק יג,ב, ושו״ע חו״מ תו,ב), ולכן אם קודם תפיסת הניזק תפס אחר מהפקר, אינו יכול לגבות את נזקו מהשור. דאין מושג שיהיה חיוב נזיקין נגד בע״ח או דומם, ורק יכול לתפסו, ואם אחר זכה מההפקר, אינו יכול לומר שיש לו תביעה נגד השור.

ב. חיוב באומדנא

לעצם שאלת החיוב מדין תורה, יש כאן שאלות רבות, שהרי לא הוכח למעלה מכל ספק שהתובעים הוזקו כתוצאה מחומר זה, והכל מבוסס על אומדנא, ששימוש ממושך מזיק, וכעת שניזוקו וחלו, טוענים שהדבר ארע כתוצאה מהתכשיר של החברה. וכל זה הוא בגדר אומדנא, ודברים אלה מתבארים בדברי הרמב״ם הל׳ נזק״מ ח,יג – יד, וז״ל: ״אין הנזקין משתלמין ואין חייבין בכופר ואין הבהמה נהרגת אלא בראיה ברורה ובעדים הכשרים להעיד, שלא תאמר הואיל ואין מצויין באוריות הסוסים וברפת הבקר וגדרות הצאן אלא העבדים והרועים וכיוצא בהן, אם העידו שבהמה זו היא שהזיקה את זו שומעין להן, או אם העידו קטנים או נשים שאדם זה חבל את זה או העידו בשאר נזקין סומכין עליהן, אין הדבר כן, אלא לעולם אין מחייבין ממון על פי עדים עד שיהיו עדים הכשרים להעיד שאר עדיות, ויעידו בבית דין ויחייבו בית דין המזיק לשלם. שור שהיה רועה על גב הנהר ונמצא שור הרוג בצדו, אף על פי שזה מנוגח וזה מועד ליגח זה מנושך וזה מועד לישך, אין אומרין בידוע שזה נשכו וזה נגחו. אפילו גמל האוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצדו, אין אומרין בידוע שזה הרגו עד שיראוהו עדים כשרים״. וכן פסק בשו״ע חו״מ סי׳ תח. ומה שכתב הרא״ש בתש׳ סח,כג, דבכמה מקומות הלכו חכמי הגמרא בתר אומדנא

דמוכח, כמו שטר מברחת, וכן מי שכתב כל נכסיו לאחר ואח״כ נודע לו שיש לו בן, ובמתנת שכיב מרע בכולה, וההוא גברא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל, ועוד הוסיף הרא״ש גם את דין גמל האוחר בין הגמלים, אף שאין הלכה כרב אחא, עיין בב״ח תח,ג, דכיון דאשכחן תנא דאזל בתר אומדנא אף שאין הלכה כמותו, מכל מקום באומדנא דמוכחא טובא כנידון הרא״ש, מודה אף תנא קמא דאזלינן בתר אומדנא. ובנדו״ד אין כאן כל אומדנא דמוכח, אלא רק סברות והשערות, ואין כל הוכחה לשייך את המחלה לתכשיר, רק הסתברויות וסברות, כאשר בדין המלכות מחייבים אף בכה״ג נזיקין, דכיון שבמקרים מסוימים יכול התכשיר לגרום למחלה, והתובע חלה במחלה, מחייבים את החברה. אך בדין תורה אין הדבר כן, ואין כאן כלל אומדנא דמוכח.

ומזה הטעם פסק הרמב״ם בהל׳ חובל ומזיק ה,ד, דקנס קנסו חכמים לאלו השוטים בעלי זרוע, שיהא הנחבל נאמן ונשבע בנקיטת חפץ שזה חבל בו. וביאר המגיד שם בטעם הרמב״ם שהוא קנס, שאין לך עדות מתקיימת בלא ראיה ובלא ידיעה ברורה. והגרא״ז (אבן האזל נזק״מ ח,יד) למד בדעת הרמב״ם, דהואיל וע״פ דין תורה ע״פ שנים עדים יקום דבר, ואין לבי״ד לחייב ע״פ אומד, אפי׳ היה המעשה שחבל בו והדיין סבור שכך היה, אינו יכול לחייבו, ולכן כתב שהוא מדין קנס. אלא שהקשה ממש״כ הרמב״ם בהל׳ סנהדרין כד,א, דיש לדיין לדון בדיני ממונות ע״פ הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן, אע״פ שאין שם ראיה ברורה. ומוכח מהרמב״ם שאם היה ברור לנו ע״פ האומדנא שהלה חייב ממון, היו מוציאין ממון. ומה דלא קיי״ל כר׳ אחא בגמל האוחר, היינו שאומדנא כזו אינה מכרעת לברר, אולם באומדנא דמוכח טובא מהני, וזה סותר למה שנצרך לדין קנס כנ״ל. וכתב הגרא״ז לבאר, דדעת הרמב״ם דאומד הדיין אינו עושה דין ודאי להוציא ממון, ומהני רק לעשות לספק, ולא עדיף אומד הדיין מאומדנא דר׳ אחא, דאומדנא דר׳ אחא הוא להוציא ממון, ובזה קיי״ל כרבנן דאין מוציאין ממון באומדנא: ״ולפי מה שבארנו להוציא לגמרי ממון לא מהני אומדנא, אכן יש להוסיף דאפי׳ אומדנא ברורה שאין בה ספק כלל נמי לא מהני להוציא ממון, באופן שצריך לחייב הנתבע ולהוציא ממנו ממון שהוא מוחזק ממש, דאף דמוציאין ממון מיתומים ע״י אומד הדיין שאביהם לא היה אמיד וע״י סימנים, משום דאומד הדיין מרע לחזקה שכל מה שביד אדם הוא שלו, מ״מ באופן זה לחייב הנתבע שישלם משלו לא מהני״. ומ״מ מבואר דבנדו״ד לא שייך להוציא ממון באומדנא, שאינה אומדנא מוכחת כלל. דאף שיש באחרונים שאם הוי אומדנא דמוכח טובא מהני בדיני ממונות, עיין גם בתש׳ אבני נזר (חאהע״ז קיט,קד), דאומדנא כעובדא דשמעון בן שטח (סנהדרין לז,ב) ברודף אחר חבירו לחורבה וראהו אחד ונכנס אחריו ומצאו הרוג מפרפר וסייף בידו ודם

מטפטף, דפטור בדיני נפשות, אך בדיני ממונות משמע מהרמב"ם (סנהדרין כ,א) דיש לחייבו, דאומדנא דהרוג מפרפר עדיפא טפי מגמל האוחר, עיי"ש. ומ"מ כאמור בנדו"ד אין כאן אומדנא שאפשר לחייבו, שכל ההסתברות היא רחוקה, ואיך נחייב בדין תורה אף מי שהזיק בכה"ג. וכל זה כלפי היצרן/ המוכר, ק"ו שאין לחייב את הקונה.

ג. היה לה שלא לאכול

וכאן שהניזק קנה את התכשיר והשתמש בעצמו, אין מקום לחיובי נזיקין. דתנן בב"ק מז,א: הכניס פירותיו לחצר בעה"ב שלא ברשות ואכלתן בהמתו של בעל הבית פטור, ואם הוזקה בהן בעל הפירות חייב, ואם הכניס ברשות בעל החצר חייב. ובגמ' מז,ב: אמר רב, לא שנו אלא שהוחלקה בהן, אבל אכלה פטור, מאי טעמא, הוה לה שלא תאכל. אמר רב ששת, אמינא כי ניים ושכיב רב אמר להא שמעתא, דתניא הנותן סם המות לפני בהמת חבירו, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, סם המות הוא דלא עבידא דאכלה, אבל פירות דעבידא דאכלה, בדיני אדם נמי מיחייב, ואמאי הויא לה שלא תאכל. אמרי הוא הדין אפילו פירות נמי פטור מדיני אדם, והא קמ"ל דאפי' סם המות נמי דלא עבידא דאכלה חייב בדיני שמים. ואיבעית אימא סם המות נמי באפרזתא (עשב דעבידא למיכליה, והוא סם המות לבהמה – רש"י) דהיינו פירי. ומבואר בגמ' ב סברות: לא עבידא דאכלה, והו"ל שלא תאכל. דבסם המות פטור מדיני אדם, כיון שלא עשויה לאכול כלל, ולכן יש יותר הסברא לפטור, ואף בפירות המעורבים בסם המות, שאין את הסברא שלא עשויה לאכול, מ"מ יש לו סיבה לפטור מי ששם לה הפירות, שלא היה לה לאכול. ובתחילה רצתה הגמ' לדייק דדוקא בנותן סם המות, דלא עבידא דאכלה הוי גרמא, אבל פירות דעבידא דאכלה, חייב לשלם. ותירצה הגמ', דהיה לה שלא לאכול, דאף שעשויה לאכול וא"כ הוי גרמי, מ"מ כיון שהיה לה שלא לאכול, אין לחייב בעל הפירות. ועיין בזה בתורת חיים שם בסוגיא.

וטעם הסברא שהיה לה שלא לאכול, מבואר בראשונים, שהבהמה הזיקה לעצמה, והביאה על עצמה באכילתה את הנזק. כן מבואר בתוס' בסוגיא (ד"ה הוה): "כיון שבמתכוין מביא עליו דבר שמזיקו, אינו ראוי זה להתחייב בכך", וכן מבואר בנימוק"י (ב"ק כא,א מעמוה"ר), וכן מבואר בתוס' רי"ד בסוגיא: "היא הזיקה עצמה בידים, וזה ששם הפירות לפניה לא עשה אלא גרמא בעלמא". ועוד יותר מבואר ברמב"ן בקונטרס הגרמי: "הנותן סם המות לפני בהמת חברו פטור. מפני שהיה לה שלא תאכל, ולאו איהו קא גרים היזיקא אלא מחמת דעת אחרת נעשה, ואפשר היה שלא אכלה והיא הביאה עליה הנזק שאכלתן, ולא מצינו מזמין נזקין שיהא חייב". הרי שכל הנותן מאכל מזיק לפני בהמה, כיון שהיה לה שלא תאכל, הרי אינו אלא בבחינת מזמין נזק, ואף גרמא אינו, שלא הוא גרם הנזק אלא הזמינו, וכל הנזק

נעשה ע״י הבהמה שאכלה הדבר המזיק. עוד נראה, דאף אם זה וזה גורם, הו״ל כזורה ורוח מסייעתו, דהו״ל גרמא, וכתרוץ רב אשי לענין ליבה וליבתו הרוח (ב״ק ס,א); דכי אמרינן זורה ורוח מסייעתו ה״מ לענין שבת דמלאכת מחשבת אסרה תורה, אבל הכא גרמא בעלמא הוא, וגרמא בנזקין פטור. לפ״ז בנדו״ד ודאי שאינו אלא בבחינת מזמין נזק, ואין בו אפי׳ גרמא, ואף בדיני שמים אינו חייב, כיון שלא התכוין להזיק, וכמש״כ המאירי בסוגיא, דכל שלא נתכוין להזיק, אף בדיני שמים פטור.

אמנם מדברי הרא״ש בסוגיא (ה״ג), כתב לבאר: ״הא דאמרינן אם הכניס פירות שלא ברשות והוזקה בהן בהמה של בעל החצר דחייב אלא שהוחלקה בהן, אבל אכלה יותר מדאי פטור. מאי טעמא, היה לה שלא תאכל, וכיון שבמתכוין הביאה עליה דבר המזיקה, אין לחייב בעל הפירות בכך, דלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה לשומרה מזה, דמילתא דלא שכיחא היא שתאכל בהמה יותר מדאי ותזיק לה, ועל בעל החצר מוטל שמירה זו, כי הוא מצוי בחצר, ואם יראה שבהמתו אוכלת יותר מדאי יש לו למונעה״. מדברי הרא״ש נראה שאין לחייב דוקא בדבר שלא היה לו להעלות על דעתו שתאכל, שלא היה לו להעלות על דעתו לשמרה מזה, אבל בדבר שידע שתאכל, אין לו טענה לפטור. דלכאורה, מדוע הוסיף הרא״ש על מה שכתבו הראשונים, דיש לפטור מפני שהיא הביאה על עצמה, את הטעם דמילתא דלא שכיחא שתאכל יותר מדאי. וגם בגמ׳ מבואר דאף באפרזתא פטור, למרות שהם פירות עם סם המות, והוי מילתא דשכיחא שתאכלם. ואף דטעם הרא״ש הוא באופן של אכלה יותר מדי, דבזה יש טעם נוסף לפטור, דלא הו״ל לאסוקי אדעתיה דהוי מילתא דלא שכיחא, מ״מ אין צריך לטעם זה, ונפק״מ באפרזתא. עוד מבואר ברא״ש, דבנוסף לטעם דמילתא דלא שכיחא, כתב דבעל החצר מצוי בחצר ויש לו למנעה שלא תאכל יותר מדאי. ומשמע דבלא״ה יש לחייב בעל הפירות. ומ״מ לדברי הרא״ש במקום שאין טענה של בעל הפירות דמילתא דלא שכיחא שתאכל, חייב לשלם, וגם בנדו״ד אין טענה של מילתא דלא שכיחא שישתמש בתכשיר, ודאי קנו כדי להשתמש בתכשיר (הנפק״מ לחייב את הבעלים הראשונים, דאת הקונה אין לחייב, וכנ״ל).

ונראה לישב בדברי הרא״ש, דיש לחלק בין מזיק לשומר, דאף דאם הניח סם המות או פירות מעורבים בסם המות לפני בהמת חבירו, אין לחייבו מפני שהוא גרמא, דכיון שבמתכוין הבהמה עצמה הביאה עליה דבר המזיקה, אין לחייב בעל הפירות בכך. אולם כאשר יש לבעל הפירות דין שומר בחצר, בזה יש לפטרו אך ורק כשלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה לשומרה מזה, ולכן רק במקום דמילתא דלא שכיחא שתאכל בהמה יותר מדאי ותזיק לעצמה, לא קיבל עליו שמירה זו, וכן שעל בעל החצר מוטלת שמירה זו בהיותו מצוי בחצר. דתרוץ הגמ׳ באפרזתא הוא לענין נותן סם המות, בדין מזיק ולא בדין שומר. ודין זה מבואר בהמשך הסוגיא (מח,א):

ההיא איתתא דעלתה למיפא בההוא ביתא, אתא ברחא דמרי דביתא אכלה ללישא חביל ומית, חייבה רבא לשלומי דמי ברחא. לימא פליגא אדרב, דאמר רב הויא לה שלא תאכל. אמרי הכי השתא, התם שלא ברשות לא קביל עליה נטירותא, הכא ברשות קביל עליה נטירותא. ומאי שנא מהאשה שנכנסה לטחון חטין אצל בעל הבית שלא ברשות, ואכלתן בהמתו של בעל הבית פטור ואם הוזקה חייבת, טעמא שלא ברשות הא ברשות פטור. אמרי לטחון חטים, כיון דלא בעיא צניעותא מידי לא בעי מסלקי מרוותא דחצר נפשייהו ועליה דידיה רמי נטירותא, אבל למיפא כיון דבעיא היא צניעותא מרוותא דחצר מסלקי נפשייהו, הלכך עלה דידה רמיא נטירותא. וגם שם מיירי לענין קבלת השמירה, מתי מקבל על עצמו שמירה. ולפ״ז כל היכא שהתביעה הינה מצד אדם המזיק, אין לחייבו כיון דהוי גרמא ופטור, ואולי אף פחות מגרמא, למש״כ הרמב״ן בקונטרס הגרמי כנ״ל.

וראיתי לזקני הגרמי״ל זילברברג זצ״ל (זית רענן ח״ב חיור״ד טז,ז), לאחר שהביא דברי הרמב״ן (קונטרס גרמי), שמחלק בין היכא דעביד מעשה בגוף הדבר הניזק, ולכן פטור במזיק שיעבודו של חבירו, בדידיה קעביד מעשה (ובענין אחר, עיין בנתיבות קנה,יח, ומה שכתבתי בח״ו יג/ב). ומזה כתב להקשות, דא״כ בנותן סם המות לפני בהמת חבירו דפטור דהוי לה שלא תאכל, היעלה על דעת ששומר חנם יפטר בכגון זה, כשראה שאחר נותן סם המות לפני בהמה המופקדת אצלו; ״אלא ודאי דבע״כ צריכין לחלק כן, דדוקא היכא דעשה מעשה בממונו של חבירו, אף על גב דלא נעשה מעשה בגופו אלא בדבר דהו״ל לשום עיונו, אזי בכל דבר דהוי בפלס המשקל כעין אבידה, אזי חייבא רחמנא לשמור את גופן, כעין דחייביה רחמנא גבי שומר שכר לשמור ממונו של חבירו שלא יוזק, כן חייבא רחמנא לשמור גופו שלא יזיק. ומש״ה גבי נותן סם המות הוא דפטור, מפני שלא נעשה מעשה בגופו בממונו של חבירו, אבל גבי שומר חנם חייב מפני שנעשה שומר על ממונו של חבירו, וכן גבי פורץ גדר דפטור גבי אדם המזיק מפני שלא נעשה שומר על ממונו של חבירו, רק על גופו לחוד, וכיון שלא הוזק על ידי גופו, אין מקום לחייבו״. ומזה י״ל דאין לשומר טענת פטור של הו״ל שלא תאכל, דלא כבמזיק, ורק במקום דלא הו״ל לאסוקי אדעתיה, אין עליו דין פושע לחייבו מדין שומר.

ודין זה של הנותן סם המות לפני בהמת חבירו, הביאו הרמב״ם בהל׳ נזקי ממון (ד,ב): ״... וכן הנותן סם המות לפני בהמת חבירו, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים״. ומבואר דס״ל דהוא גרמא, וע״כ פטור. ובשו״ע לא הביאו. והש״ך שפו,כג תמה מדוע לא הביאו בשו״ע: ״הנותן סם המות לפני בהמת חבירו, פטור מדיני אדם דלא הוי אלא גרמא, וכ״כ הרמב״ם רפ״ד מהל׳ נזקי ממון. ותימה שלא כתבו המחבר בשום מקום, ובש״ס פרק הפרה איתא, דלא מיבעיא אכלה סם המות,

אלא אפילו אכלה עשב מאכל בהמה שהיא סם המות לה פטור. ונראה דהוא הדין כשעירב סם המות במאכל הראוי לה פטור״.

ואין לומר דהמחבר בשו״ע ס״ל כתוס׳ רי״ד (ב״ק נו,א וצח,ב) שכתב דלמאן דדאין דינא דגרמי, חייב אף בדיני אדם, וז״ל הרי״ד בפסקיו: ״... הנותן סם המות לפני בהמת חברו פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, השולח את הבערה ביד חרש שוטה וקטן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים ... וכל הני דפטירי מדיני אדם, הני מילי למאן דלא דאין דינא דגרמי, אבל למאן דדיין דינא דגרמי כולהו מיחייבי״. דהרי דעת המחבר בשו״ע חו״מ שפו,א, דקיי״ל כרבי מאיר דדאין דינא דגרמי. ומאידך, בשו״ע חו״מ תיח,ז פסק, דהשולח את הבעירה ביד חשו״ק, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. ומזה מוכח דאף למאן דדאין דינא דגרמי, פטור מדיני אדם, דכל אלו בכלל גרמא ולא גרמי.

ד. מתחייב לשלם כל נזק שיגרם מחמת המוצר

והדרך היחידה לחייב בנזקי גרמא אלה, אם מתחייב בעל המפעל, כתנאי לרשיון, לשלם נזקי גרמא אלו. והא דמהני התחייבות לשלם נזקי גרמא, מצאנו בדברי המרדכי ב״ק (קיד - קטו). המרדכי מקשה, דאם גרמא ומבטל כיסו של חבירו פטור, מהא דב״מ עג,ב: אמר רב חמא, האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למיזבן ליה חמרא, ופשע ולא זבין ליה, משלם ליה כדקא אזיל אפרווותא דזולשפט. (לקנות לו יין בזמן הבציר, ומשלם לן יין לפי דמים קלים שקונין אותו. אפרווותא דזולשפט - שם המקום שהיין נלקח ונמכר לשם, לרוב הלוקחין יין בימות הבציר - רש״י). ובגמ׳ שם לא נחלקו ביין זה, שאינו צריך לשלם לו, רק ביין סתם, דרב אשי ס״ל דהוי אסמכתא, עיי״ש. ומקשה המרדכי מדוע השליח חייב, הא הוי מניעת ריוח וגרמא. ותירץ המרדכי: ״יש לומר דהתם, כגון שקיבל עליו בפירוש, אם לא אקנה לך אשלם ממיטב. תדע, דפריך התם מהא דאמר אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא, ואי מיירי בדלא קבלה עילויה, מאי קושיא דאם אוביר, דהתם קיבל עילויה. הלכך בדקבליה עליה לשלם אירי, ואי לא קביל עליה היה פטור לדברי הכל. ומכאן אתה למד לכל הגרמות, אם יקבל עליו בפירוש לשלם אם יגרום לו הפסד, שהוא חייב״. מבואר מדברי המרדכי דמה שמחייבים מי שלא קנה לחבירו יין בשליחותו, מפני שחייב עצמו בכך. והגמ׳ הקשתה לרב אשי מאם אוביר ולא אעביד אשלם ממיטב, ותירץ רב אשי, דלא דמי, דבאם אוביר הוי בידו, משא״כ בקניית יין אינו בידו. ומ״מ מבואר דאם הוי בידו, אף שמעיקר הדין אינו חייב וחייב עצמו, כיון דלא גזים בחיובו, אין בזה אסמכתא.

וכדברי המרדכי נראה גם מראשונים אחרים שם בב״מ עג,ב. רש״י בסוגיא על דברי רב אשי דהוי אסמכתא, ועל קושית הגמ׳ עליו מאם אוביר ולא אעביד וכו׳,

פירש וז״ל: ״אסמכתא היא - אפילו הבטיחו, ואמר אם איני קונה לך אפרע משלי, אין זו אלא אסמכתא, הואיל ולא קנו מידו. אם אוביר לך ולא אעביד - גבי מקבל שדה מחבירו למחצה, והובירה, שלא חרשה ולא זרעה, שמין אותה כמה היתה ראויה לעשות ונותן לו, שכך כתב לו מתחילה, אם אוביר כו׳, בפרק המקבל, אלמא כיון דאפסדיה בהכי ולא סמך, לאו אסמכתא היא, שאינו מקבל עליו אלא כדי הפסד שהפסידו״. מבואר שקיבל עליו שאם לא יקנה יין, יפרע משלו.

וכן כתב הרא״ש בסוגיא (ב״מ ה,סט) דהתנה שאם לא יקנה, ימציא לו יין משלו, דאי לאו הכי הוי מבטל כיסו של חבירו ופטור. וכן כתב בנימוק״י (מד,א בעמוה״ר). וכן מבואר בדברי הריטב״א בחידושיו בב״מ עג,ב, והביא שם ב תרוצים, וז״ל: ״ולכולהו פירושי קשיא לי, למה חייב לשלם לו כלום, ומאי שנא ממבטל כיסו של חברו שהוא פטור מפני שאין היזקו אלא גרמא, וכן אם הוביר שדהו אינו חייב לשלם לו אלא כשקבל עליו כן בפירוש. ותירץ ר״י, דהכא נמי כשהתנה כן בפירוש שאם לא יקח לו שישלם לו פסידא שלו, ולא הזכיר התלמוד כן מפני דהא פשיטא דבלאו הכי לא מחייב, ולא הוצרך אלא לפרש כיצד ישלם לו ולאיזה חשבון ישלם לו. ומורי הרב תירץ, דהכא אע״פ שלא קבל עליו תשלומין כלל, כיון שנתן לו מעותיו ליקח סחורתו, ואלמלא הוא, היה לוקח ע״י עצמו או ע״י אחרים, אלא שזה הבטיחו שיקח לו וסמך עליו ונתן לו מעותיו על דעת כן, הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו, דבההיא הנאה דסמיך עליה ונותן לו ממונו, משתעבד ליה משום ערב. וזה ענין שכירות פועלים דבפרקין דלקמן שחייבין לשלם לבעה״ב מה שמפסיד כשחזרו בהן, או שבעה״ב חייב לשלם להם מה שמפסידין, דכיון שסמכו זה על זה נתחייבו זה לזה במה שיפסידו על פיו, וזה דין גדול״.

מתרוץ ראשון בריטב״א עולה כדעת הראשונים הנ״ל שהתחייב לשלם, ומה שלא פירשה הגמ׳ דמיירי בהתחייב לשלם, דהוא פשיטא דבלאו הכי אינו חייב. ובתירוץ שני כתב דאפילו לא התחייב, חייב לשלם מדין ערב, דבההיא הנאה דסמך עליו המשלח ונתן לו ממונו, גמר ומחייב נפשיה לשלם כל פסידא שיארע בגין פשיעתו בשליחות. ונראה דכוונתו דמקבל עליו שליח בחינם חיובים של שומר חינם הן על הממון, והן על פסידא במניעת ריוח ע״י ההיא הנאה, דכיון שמשועבד לשליחותו, חייב בפסידא שתהיה למשלח במניעת שליחותו. ומ״מ לתרוץ קמא מיירי בהתחייבות מפורשת, ומבואר בגמ׳ דאם הוי בידו, אין כאן אסמכתא, אף שהתחייב דבר שאינו חייב מעיקר הדין.

והרמב״ן בסוגיא (ב״מ עג,ב) הביא מרב האי גאון לבאר את דברי הגמ׳, והעולה מדבריו דבאם אוביר וכו׳, אינו חייב מכח התנאי אלא מתנאי בית דין,

וקושית הגמ׳ היתה מדוע בשליח לקנות יין לא מחייב מתנאי בית דין, ותירצה הגמ׳ דכיון דלאו בידו לא חייב (ועיין ברמב״ן בב״מ קד,ב, הובא לעיל), וז״ל: ״פירש רבינו האיי גאון ז״ל, דלאו למימרא דהתם לא הוי אסמכתא מדינא, דודאי אסמכתא הוא, דהא אסיקנא לעיל (סו,ב) כל דאי לא קני, לא שנא בידו ולא שנא לאו בידו, אלא מתני׳ משום תנאי ב״ד הוא דמחייב, ואע״ג דלא כתיב כמאן דכתיב דמי. אלא הכי אקשינן, מאי שנא דלא תקון רבנן הכא דלישלם ומאי שנא התם דמשלם. ומתרץ, הכא לאו בידו, וכיון שלא היה בידו, לא רצו להחמיר עליו לשלם. והא דאמרינן בפרק המקבל התם לא קאמר מילתא יתירתא וכו׳, הכי קאמר מתני׳ לא קאמר לשלם טפי מתקנת ב״ד, אבל הכא כיון דקאמר מילתא יתירתא טפי ממה שהוא תנאי ב״ד - פטור, דגוזמא בעלמא הוא, דכל דאי לא קני, הילכך בעלמא לא שנא בידו ולא שנא לאו בידו, לא שנא אמר לשלומי כמה דשוי ולא שנא גזים ואמר מילתא יתירתא, כל דאי לא קני ...״. ומבואר דאם חייב עצמו טפי מתנאי בית דין, הוי אסמכתא ולא חייב (אא״כ קיבל קנין בבית דין חשוב), דכל דאי לא קני, לא שנא בידו ולא שנא בידו, והגמרא כאן שחילקה בין בידו ללאו בידו, היינו דכשאינו בידו אין כאן תנאי בית דין לחייבו. וכן הביא גם הרשב״א בסוגיא (ב״מ עג,ב), דבאם אוביר וכו׳ אינו חייב אלא מכח תנאי בי״ד. אמנם בפירוש הסוגיא בב״מ סו,ב, מבואר בתוס׳ שם (סו,ב ד״ה ואי) דלא כפירוש הרמב״ן, דהתוס׳ שם הקשו דבגמ׳ עג,ב מבואר דלא הוי אסמכתא אלא היכא דאין בידו אע״ג דלא גזים, או היכא דגזים אע״ג דבידו. ותירצו דבגמ׳ שם חשיב כמו גזים, לפי שאין אדם רגיל למכור קרקעותיו כלל. ומבואר שלמדו דדוקא בגזים הוי אסמכתא.

והסברא בזה, דכל היכא שגרם לו הפסד, כבר אינו בבחינת אסמכתא גמורה, וכשאינו אסמכתא גמורה, סגי בקנין אפילו לא בבי״ד חשוב, ואפילו שיאמר ״דלא כאסמכתא״ לאפוקי מחשש אסמכתא. כך מצאנו בדברי קצוה״ח יב,ג לענין פשרה, דאיתא שם במחבר דמהני אמירת דלא כאסמכתא, והקשה דלא מהני אמירת דלא כאסמכתא להוציא מחשש אסמכתא. וע״ז תירץ דבאסמכתא שאינה גמורה, סגי באמירת דלא כאסמכתא. והביא ראיה מהגמ׳ ב״ב מד,ב לענין שעבוד מטלטלי אגב מקרקעי, וברמב״ן שם דלא הוי אסמכתא גמורה אלא הוי כמו ערב דמשתעבד אם לא ישלם הלוה, דג״כ לא הוי אסמכתא גמורה, ומהני קנין בערב. והוא הדין י״ל בהתחייבות לשלם נזקי גרמא, דהקנין שמועיל להתחייבות (דכל התחייבות צריכה קנין), מועיל גם לאפוקי מדין אסמכתא. וכן כתב להדיא קצוה״ח רז,ז. דהש״ך רז,כד כתב דבבושת של שדוכין, לא בעי קנין, כיון שהוא מזיק. וקצוה״ח כתב דכיון שלא עשה מעשה בגופו, אינו מזיק של בושת, וצריך קנין, אלא שבקנין סגי להוציא מדין אסמכתא, וז״ל קצוה״ח: ״... וכדי לסלק אסמכתא סגי לה בכל דהו בכדי שיהיה גמר ומקני,

וכן גבי אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא נמי אין בו משום חיוב, דלא הוי אלא מניעת ריוח ואינו חייב בזה, אבל אם מתחייב עצמו בכך, מהני לסלק אסמכתא כיון שהפסיד על ידו, ולכן גמר ומקני. וכן כתבו תוס׳ כהאי גוונא בפרק האומנין (ב״מ פב,א ד״ה לא) ובפרק שבועת העדות (שבועות מג,ב ד״ה מתני׳) גבי אבד קתא אבד אלפא זוזי, דמיירי במפרש ולא הוי אסמכתא כיון שחבירו הפסיד על ידו ע״ש, ואע״ג דמזיק אינו חייב אלא בכדי שויו, אלא כיון דעכ״פ הפסיד לחבירו גמר ומקני בכל חיובו״.

מבואר דכל היכא דגרם הפסד לחבירו, אף שממידת הדין אין לחייבו, מ״מ אם חייב עצמו, אין בזה דין אסמכתא, דבכגון זה אינו אסמכתא גמורה, גמר ומקני בכל מה שהתחייב לשלם הפסדו. (ועיין גם תוס׳ ב״מ סו,א ד״ה מניומי, דלא הוי אסמכתא לשלם מה שהפסידו). ועיין מחנה אפרים (שומרים ח) שכתב לענין קרקעות והקדש דמועטו מדין שמירה, דמ״מ אם התנה לשלם מה שיפשע, כיון שגרם לו הפסד ועל דעת תנאו נתן לו הקרקע לשמירה, חייב לשלם כפי שהתנה (ולענין גניבה ואבידה בעי קנין, עיי״ש. וע״ע מחנה אפרים אסמכתא סי׳ ד. וע״ע אמרי בינה הלואה סי׳ לט ד״ה בנתיבות שם כתב, ובד״ה שאח״ז, וכן בקונטרס התשובות שם סי׳ א).

וכן מצאנו מקומות נוספים בהם מהני התחייבות לשלם נזקי גרמא. הרא״ש בתש׳ (סח,יב) נשאל במה שנהגו לכתוב בשטרות, שאם יהיה למלוה הוצאות בגין השטר, יוכל לגבות כפל הוצאות שהיו לו. והשיב הרא״ש דכיון דהוי אסמכתא; ״לא הייתי פוסק לגבותה, אם לא שנעשה הקנין בבית דין חשוב, דלא כאסמכתא״. וכן פסק בשו״ע חו״מ סא,ה. והסמ״ע סא,יב כתב דדוקא בקיבל עליו לשלם כפל מההוצאות, אבל בקיבל עליו לשלם את ההוצאות לא הוי אסמכתא, וכן נראה דעת הש״ך סא,י. והטעם הוא כמש״כ לעיל, דהתחייבות לתשלום נזקי גרמא, לא הוי אסמכתא, דכיון שהפסידו אינו אסמכתא גמורה, וסגי קנין או באמירת דלא כאסמכתא. אולם מהיש״ש ב״ק י,יד נראה דאפילו הוצאות שאינן כפל, ג״כ הוי אסמכתא, מזה שלמד מתש׳ הרא״ש הנ״ל דכל הוצאות שהן נזקי גרמא, אינו יכול לגבות אא״כ קיבל קנין בבי״ד חשוב, ולא חילק בין כפל הוצאות לבין הוצאות מה שהוציא, וז״ל: ״נ״ל, שאר הוצאת שמוציא כדי לגבות חובו, כגון שהלך בעבורו למקום פלוני, או שכר שליח לשלוח אחרי המעות. אינו משלם, אפילו כתב לו בכתב לשלם לו כל הוצאותיו, הוי כאסמכתא, ולא קניא. וכן כתב הרא״ש בתשובה (סח,ח) והטור הביאו בסימן סא, וז״ל: גם הקנס שרגילין לכתוב בשטרות, שיפרע כל ההוצאות עם הכפל, היאך יגבו. והלא אסמכתא הוא. והשיב, אם היה מעשה בא לידי לגבות ההוצאה, לא הייתי פוסק לגבות, אם לא נעשה הקנין בב״ד חשוב, דלא כאסמכתא .... והוא הדין מה שנותן שכר לשליח להזמינו אינו משלם״.

ומכל זה יש ללמוד, שאם קיבל עליו התחייבות לשלם נזק שיגרם כתוצאה מהמוצר, חייב לשלם אף דהוי נזק גרמא. אמנם כל זה בנזק שיגרם ממוצר שנוצר בתקופה בה הוא היה הבעלים של המפעל, אולם כשהמוכר עשה נזק בתקופת היותו בעלים, איך אפשר לחייב את הקונה. ואף אם במסגרת הסכם המכר של החברה/ המפעל, קיבל על עצמו כל חיובים ותביעות נזיקין (דבר שאני מבין שלא נכתב בהסכם), צ״ע איך יכול למכור דבר שלא בא לעולם, ואף עשוי שלא לבוא לעולם, דמי יאמר שיהיה נזק ויהיו תביעות נזיקין. אמנם נראה דבכל ענין אם במסגרת ההסכם התחייב באופן המועיל לשלם כל חיובים שיושתו על המוכר בגין תביעות נזיקין, לא גרע מערב קבלן או מערב שנו״נ ביד. אמנם צ״ע לשיטת הרמב״ם, דהו״ל בכגון זה דבר שאינו קצוב, עיין בשו״ע חו״מ קלא,יג.

לאור האמור, אין לחייב את בעל החברה בגין נזק שיתכן ונגרם כתוצאה משימוש מתכשיר שיוצר ע״י החברה, ק״ו שאין לחייב את קונה החברה, בגין נזק כנ״ל שנגרם מתכשיר שיוצר בזמן היות החברה בבעלות המוכר. אמנם אם התחייב לשלם כל נזק, כולל נזקי גרמא, וכן אם הקונה קבל על עצמו כל חיובי המוכר, יש להתחייבות זו תוקף.

סימן לה

ילק עצמו וגרם נזק

ראשי פרקים

א. מסלק כרים וכסתות וגורם שבירה

ב. בבאור דעת הרמב"ם

ראובן ושמעון שיחקו במסירות של כדור כבד משקל, כאשר כ"א זורק לכיוון חבירו, וחבירו תופס את הכדור, וגם אם אינו תופס, הכדור נעצר במקום. ראובן זרק לשמעון את הכדור, ושמעון חמד לצון וזז הצידה, וכתוצאה מכך נשברה מראה של רכב חונה, ושאלו מי מהם חייב בנזק.

א. מסלק כרים וכסתות וגורם שבירה

איתא בב"ק כו,ב: ואמר רבה, זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים או כסתות, בא אחר וסלקן או קדם וסלקן פטור, מאי טעמא, בעידנא דשדייה פסוקי מפסקי גיריה. ובטעם הפטור פירש רש"י: "שהרי מזריקתו אין סופו לישבר עד שינטלו הכרים, וזה שנטל הכרים ואפילו הזורק עצמו נטלן פטור, דגרמא בניזקין הוי". הרי שגם הזורק וגם נוטל הכרים פטור. הזורק פטור מפני שלא עשה מעשה של נזק בזריקת הכלי על כרים, והנוטל פטור, דנטילת הכרים הוי גרמא. והרי"ף (ב"ק יא,ב – יב,א) כתב דאין הלכה כרבה, דכיון דדנים דינא דגרמי, הרי נוטל הכרים חייב מדינא דגרמי: "מסתברא לן דלית הלכתא בהא כרבה, משום דסבירא ליה דלא דיינינן דינא דגרמי, דהוא דאמר בפרק הגוזל קמא השורף שטרותיו של חברו פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, וקיימא לן דלית הלכתא הכין, דאמרין אכפייה רפרם לרב אשי ואגבייה כי כשורא לצלמי". ובנימוק"י שם כתב דהסכימו המפרשים לדעת הרי"ף, דלית הלכתא בהא כדרבה, דקי"ל כמאן דדאין דינא דגרמי, דכיון דברי היזקא הרי זה דינא דגרמי ולא גרמא, ולכן הזורק פטור והמסלק חייב. וכן נמצא בדברי הרמב"ן (קונטרס דינא דגרמי): "הזורק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים וכסתות, הזורק פטור דמפסק פסיקי גיריה ולא עביד ולא מידי, והמסלק חייב לדידן דדיינינן דינא דגרמי, ורבה דפטר ליה משום דלא דאין כדכתבינן לעיל, וכן כתב רבינו הגדול ז"ל דליתה לדרבה, פי' לפירושו דאמר פטור המסלק, דאמר רבה או שקדם הוא וסלקן פטור, ואנן לא קיימא לן בהא כותיה אלא חייב מדינא דגרמי, אבל הזורק לא גרם ולא מידי, דהא פסיקי גיריה, וכן כתב רש"י ז"ל שהזורק פטור, שהרי אין סופן להשתבר מזריקתו, וזה

שנטל פטור, דגרמא בנזקין פטור, פי׳ לפירושו לדעתיה דרבה, אבל לדידן חייב דדיינינן דינא דגרמי״. מבואר מהרמב״ן שמסלק הכרים חייב מדינא דגרמי. (ובדעת הרמב״ן, עיין ביש״ש ב״ק ב,יז). וכך היא דעת הרי״ד בפסקיו (ב״ק צח,ב), דלית הלכתא כוותיה דרבה, ועיי״ש דלא התברר אם הזורק חייב או המסלק.

וכן מצאנו בדעת הרמב״ם (חובל ומזיק ז,ז): ״כל הגורם להזיק ממון חבירו, חייב לשלם נזק שלם מן היפה שבנכסיו כשאר המזיקין, אע״פ שאינו הוא המזיק זה הנזק עצמו באחרונה, הואיל והוא הגורם הראשון חייב. כיצד, הזורק כלי שלו מראש הגג על גבי כרים וכסתות, ובא אחר וקדם וסלק את הכרים מעל הארץ ונחבט הכלי בארץ ונשבר, חייב נזק שלם כאילו שברו בידו, שסלוק הכרים והכסתות גרם לו שישבר, וכן כל כיוצא בזה״. והראב״ד השיגו, דהרמב״ם פסק משום שדן דינא דגרמי, ואין הכל מודין לו, לפי שלא עשה בכלי שום מעשה. ובה״ח כתב הרמב״ם, דאם זרק כלי של חבירו מראש הגג על גבי כרים וכסתות של בעל הכלי, וקדם בעל הכלי והסיר הכרים, הזורק חייב, שזריקתו היא הגורם הראשון לשבירת הכלי, ואם קדם אחר וסלקן, שניהן חייבין, הזורק והמסלק, ששניהם גרמו לאבד ממונו של זה. והראב״ד השיגו, דהראשון לעולם פטור, דפסיקי גירי. וחיוב השני תלוי במחלוקת הראשונים אם הוי דינא דגרמי או גרמא. ועיין ברב המגיד, וצ״ל, דכשהוא בעל הכלי, אין הזריקה ע״ג כרים וכסתות מעשה נזק, משא״כ כשזורק כלי של חבירו, ס״ל לרמב״ם דהיא גופה מעשה נזק, דמה לו בכלי של חבירו שיזרוק אותו מראש הגג, הרי הוא עושה מעשה של נזק, ועיין עוד להלן. וכך נמצא בש״ג (ב״ק יא,ב – יב,א מעמוה״ר) בבאור דעת הרמב״ם, דלא הו״ל לבעל הכלי לאסוקי אדעתיה שיבוא משהו ויסלק הכרים והכסתות, דכיון שהכלי שלו, ודאי אם סבור היה שיבוא אחר ויטול הכרים, לא היה זורק הכלי, דודאי לא היה מתכוין לאבדו לדעת, ולכן אין הזורק כלי שלו גורם כלל בשבירת הכלי רק המסלק, ולכן על המסלק לשאת בתשלום כל הנזק. והביא דמיירי שהכרים של הזורק בעל הכלי, ולכן היה בעל הכלי שזרק, בטוח שיעמדו שם עד לאחר הזריקה. אולם אפי׳ אין הכרים של בעל הכלי הזורק, כל שיש רגליים לדבר שלא נתכוין הזורק לאבדו מדעת, יש לפטרו. וצ״ל, דאין הזריקה מעשה נזק, כשיש רגליים לדבר שלא בקש לאבד הכלי.

והתוס׳ ב״ב כב,ב (ד״ה זאת אומרת) כתבו דזרק כלי הוי גרמא ולא גרמי: ״הכא משמע דגרמא בנזקין דפטור, וכן בפ׳ כיצד הרגל (ב״ק כו,ב), זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים וכסתות וקדם וסילקן, אפילו הוא פטור״. וחילקו התוס׳ בין גרמי לגרמא, דגרמי היינו שעושה הוא עצמו היזק לממון חבירו. או בדרך אחרת, דדינא דגרמי דחייב, היינו שמשעת מעשה שבא ההיזק. ולדבריהם הסכים הרא״ש (ב״ק ב,טז): ״ור״י פי׳ דגרמא בנזקין הוי, כיון שלא עשה מעשה בגוף דבר הנזוק, והכי

מסתברא". וכך היא דעת המאירי בסוגיא (ב"ק כו,ב), שאין מסלק הכרים דומה לשורף שטרותיו של חבירו, דשורף שטרותיו עושה מעשה של נזק בגוף הדבר הניזוק, וכן מראה דינר לשלחני חשיב כעושה מעשה בגוף המטבע (עיין קצוה"ח שו,יא), והם בכלל דינא דגרמי שחייב, משא"כ במסלק כרים וכסתות, אינו עושה מעשה נזק בגוף הדבר הניזוק אלא שמסלק את המציל, וכל שמסלק המציל אינו בכלל דינא דגרמי אלא גרמא בנזקין לבד שהוא פטור. (ועיין מאירי סנהדרין עז,ב ד"ה דחפו). וכן כתב הרשב"א בסוגיא: "אבל רש"י והראב"ד ורבותינו בעלי התוספות, כולם הסכימו שאין זה דינא דגרמי אלא גרמא בניזקין, ונראין דבריהם ז"ל, שכל שאינו עושה דבר בגופו, כשורף שטרותיו של חברו וכיוצא בזה, או מראה דינר לשולחני שאומר לו שהוא יפה, אין זה אלא גרמא בנזקין ופטור". ובגופו, הכוונה לגוף הדבר הניזוק, דגם בסילק כרים וכסתות עשה בגופו, אך לא בדבר הניזוק. וצ"ל, דמה שסילק הכרים והכסתות, הרי זה כמי ששמר על דבר ללא חיובי שמירה, וסילק עצמו משמירתם, דסילוק שמירה אינו מעשה נזק, ורק חייב מדין חיובי שמירה, אולם במקום שאין חיובי שמירה, אין לחייבו מדין מזיק.

ולכאורה יש להבין, מדוע מי שמסלק כרים וכסתות הוי רק גרמא, מדוע לא יחשב ככורה בור, דע"י סלוק הכרים והכסתות הוי ככורה בור. וראיתי בחזו"א (ב"ק ב,יד בסופו), דקרקע עולם אינה בור, ואף שאם כלי נופל מגובה על קרקע עולם ישבר, מ"מ אין על הקרקע דין בור, שמסלק הכרים יחשב ככורה בור בגילוי הקרקע, וע"כ אין בפעולתו גרמא בלבד לשיטת הראשונים הנ"ל. והגרא"ו (קוב"ש ב"ב עה), הקשה ותירץ בדרך אחרת. הגרא"ו הקשה, לכאורה למ"ד דחיובא דבור הוא משום חבטה, ואם מונחת אבן ברה"ר מכוסה בכרים, ובא אחר וסילק הכרים, ראוי לחייבו משום פותח בור, ומדוע פטור מחיוב לראשונים הנ"ל הפוטרים בגרמא. וכתב לישב דקאי אליבא דהילכתא דבור פטור בכלים. ולפי"ז בזרק שור או גדי, יחויב המסלק משום פותח בור, למ"ד משום חבטא. והחזו"א הנ"ל בתירוצו ביאר דאף אם זורק גדי יהיה פטור, שאין לקרקע עולם דין בור, דלתרוצו אין חילוק בין שור לכלים.

ב. בבאור דעת הרמב"ם

הרמב"ם (חובל ומזיק ז,ח) חידש, שאם זרק ראובן כלי של שמעון על כרים וכסתות של שמעון, ובא לוי וסילק את הכרים והכסתות, ראובן ולוי חייבים, ואם שמעון בעל הכלי סילק את הכרים והכסתות, רק ראובן חייב. ובאור שמח שם הקשה על הרמב"ם, שהוא חידוש גדול, דאם שמעון בעל הכלי גרם לנזק לכלי שלו, מדוע ישלם על כך ראובן. וכתב לישב, דבעל הכלי טוען שסילק הכרים מחמת החשש שלא

יקרעו כריו וכסתותיו מחבטת הכלי, ולהציל כריו וכסתותיו נתכוין, לכן חייב הזורק, דהיה לו לחשוב ולהעלות על דעתו שבעל הכרים יחוש על הכרים שלו ויטלן מן הקרקע. משא״כ אם קדם אחר וסילקן, שאין המסלק בעל הכרים. והרי זה כדאיתא בב״ק ל,א, המכסה בורו בדליו של חבירו, ובא בעל הדלי ונטל, המכסה חייב, דהו״ל לאסוקי אדעתיה שבעל הדלי יטלנו, ואין צריך להודיעו, והוא הדין בכרים וכסתות הו״ל לאסוקי אדעתיה שבעל הכרים יטול אותם ויחוש להפסד כריו וכסתותיו, ואפילו אם הוא בעל הכלי ג״כ צריך לחוש על כריו וכסתותיו, דאפשר שצריך יותר להם משצריך לכלי, ולכן חייב הזורק. וציין האו״ש לש״ג (ב״ק יב,א מעמוה״ר). ועי״ש שכתב הש״ג, דיכול בעל הכלי ליטלם כל שעה שירצה, ואף שאם לא היה מסלק הכרים שלו, לא היה הכלי נשבר, מ״מ כיון דיש לו רשות ליטלם כל שעה, ולזורק אין רשות לזרוק כלי שאינו שלו ע״ג כרים וכסתות שאינן שלו, הזורק עשה מעשה הנזק. משא״כ כשהכרים לא של המסלק, שאין למסלק טעם ורשות לסלקם, גם המסלק עשה הנזק. ומ״מ מדברי האו״ש רציתי ללמוד לנדו״ד, דהו״ל לראובן לאסוקי אדעתיה ששמעון לא יתפוס הכדור או יזוז הצידה מסיבה כלשהי, ולכן יש לחייב את ראובן ולפטור את שמעון. וצ״ל, דמש״כ התוס׳ (ב״ק לג,א ד״ה והוציא): ״דאין לו לחשוב שיסלקו הכרים וישברו הכלים״, היינו בזורק כלי שלו והיו תחתם כרים וכסתות, משא״כ בזורק כלי של אחר. (ועיין בחדושי הגר״ש רוזובסקי, ב״ק יט,ג, בהסבר דברי התוס׳, דאין כוונת התוס׳ לפטור הזורק מחמת היותו כאנוס, דלא הו״ל לאסוקי אדעתיה, דבגמ׳ מבואר הטעם דמיפסקי גיריה. אלא כוונת דמיפסקי גיריה הינו באופן שמצד המציאות לא עומדים הכרים לסילוק, אולם אם רוח מצויה סילקה את הכרים, לא חשיב דמיפסקי גיריה, כיון שלכתחילה עמד לכך. עוד ביאר שם, דמה שבעל הכלי סילק את הכרים שלו, לא חשיב מעשה נזק אלא דבר צדדי, עיי״ש.)

ועיין בחזו״א (ב״ק טז,ב), דאם אין הכרים של בעל הכלי ונטלן בעל הכלי, הזורק פטור, שהבעלים גרמו נזק לעצמם בנטילת הכרים, משא״כ כשהכרים של בעל הכלי, לאו כל כמיניה דהזורק למנוע מהם מליטול את הכרים שלהם, וכדין מכסה בורו בדליו של חבירו ובא חבירו ונטל את דליו, דבעל הבור חייב, כמבואר בב״ק ל,א. והוסיף החזו״א, דנראה דפטור אפי׳ נטל דליו בשעה שהבהמה החרשת לפני הבור. והכי נמי אילו זרק כלי בלא כרים תחתיו, וקודם שהגיע הכלי לארץ הטיל כרים של חבירו למקום אליו יגיע הכלי, ובא בעל הכרים ונטלם, חייב הזורק, וכן בזרק תחילה על הכרים, דרשאי בעל הכרים ליטול את שלו. אמנם אם נטל את הכרים, אחר שאינו בעל הכרים, שניהם חייבים. ומבואר מהחזו״א כנ״ל, שאם הבעלים נטלו את הכרים שלהם, כיון שאינו יכול למנוע מהם לעשות זאת, הו״ל לזורק לאסוקי אדעתיה שהכלי ישבר.

וכן נמצא בדברי הב״ח (חו״מ שפו,ד). הב״ח הקשה בדברי הרמב״ם, מה החילוק לדינא אם הכלי של הזורק או אינו של הזורק, ומה החילוק אם הכרים של המסלק או של אחר, וכנ״ל. ותירץ הב״ח, דס״ל לרמב״ם דמי שזורק כלי שלו, אין חלוק בין אם הכרים הם של הזורק או של איש אחר, וכל שבא איש אחר שאין הכרים שלו וסלקן חייב, כמי ששברו בידיים, דמי שזורק כלי שלו, לא הוה ליה לאסוקי אדעתיה שיבא איש אחר, שאין הכרים שלו ויסלקן, ואף שהכרים אינם של בעל הכלי, מ״מ כיון שהיתה לו ידיעה שלא יבא בעל הכרים ויסלקן, כגון שנודע לו שאינו בביתו וכיוצא בזה, אין בעל הכלי נחשב כמאבד כלי שלו לדעת, דכיון שהיו כרים תחתיו, מובטח היה שלא יהיו נשברים, והמסלק הוא הגורם הראשון בשבירת הכלי, ואצ״ל אם היו הכרים של הזורק, בעל הכלי. אולם בזורק כלי של חברו על כרים של בעל הכלי, יש לחלק, דאם בעל הכלי עצמו סלקן, הזורק חייב לשלם נזק שלם; ״דהא ודאי דבעל הכרים אין חייב שלא לסלקן כדי שלא יגיע היזק לזורק כלי שלו, דיש לו רשות ליטול כרים שלו כל שעה שירצה, ודוגמתו מצינו במכסה בור בכיסויו של חברו ...״, דאין לאף אדם רשות לזרוק כלי של חבירו ע״ג כרים שאינם שלו, אא״כ הוא מובטח שבעל הכרים לא יבוא ויטלם. ואם אותו שסילק הכרים אינו בעל הכרים, ודאי גם הוא גורם ההיזק, שזה זורק כלי שאינו שלו וזה מסלק כרים שאינם שלו, ושניהם עושים שלא ברשות ושניהם המזיקים וחייבים.

והטור תמה על הרמב״ם, איך חייב את הזורק, דבהדיא אמר רבה דהזורק פטור, דבעידנא דשדייה פסוקי מפסקי גיריה. והראשונים שכתבו דלית הלכתא כרבה, היינו ביחס למסלק, לחייבו מדינא דגרמי, אבל בפטור הזורק, אף הרי״ף ודעימיה מודים דבזה הלכתא כרבה. וכתב הב״ח לישב דעת הרמב״ם המחייב את הזורק כלי שאינו שלו, דאדרבא, הרי״ף ודעימיה שפסקו דלא כרבה, כוונתם לענין מה שהזורק פטור, דלית הלכתא כרבה בזה, דכמו דקיי״ל דהשורף שטרו של חברו חייב מדינא דגרמי, הכי נמי הזורק כלי חייב מדינא, אע״ג דמפסקי גיריה. אולם מסלק הכרים, יש לחלק בין זורק כלי שלו ובא אחר שאינו בעל הכרים וסלקן, דחייב המסלק בכל הנזק שלם, לבין זורק כלי של חברו, שאם בא איש אחר שאינו בעל הכרים וסלקן, חייבים הזורק והמסלק כל אחד מחצית הנזק, משא״כ אם בעל הכרים עצמו סילקן, אפילו היה הכלי של בעל הכרים, חייב הזורק. ועיין בחדושי הגר״ש רוזובסקי זצ״ל (ב״ק סי׳ יט) דבזה גופה נחלקו הרמב״ם והראב״ד, דהרמב״ם ס״ל דפסוקי מפסקי גיריה, היינו לענין שלא יחשב מזיק בידיים, אבל גרמי יש כאן, ודעת הראב״ד דפסוקי מפסקי גירי, לא מיבעיא שאינו מזיק בידים, אף גרמי אינו.

ובמהר״מ אלשיך (סי׳ קלד) מצאנו סברא דהו״ל לזורק הכלי לאסוקי אדעתיה, אך לא רק לענין שבעל הכרים יבוא ויטלם, אלא אף אחר יכול לבוא ולהניח הכרים

במקום אחר, דכיון שאין מקום הכרים על הקרקע, צריך היה הזורק להעלות בדעתו שיטלו את הכרים מהקרקע, יהיה מי שיהיה: ״דהו״ל לאסוקי אדעתיה דכרים וכסתות לאו דוכתייהו בארעא ולאסתלוקי קיימי, וא״כ מאי דבא אחר וסילקן, לא חשבינן ליה כמילתא דלא שכיח. ואע״ג דמאן דסילקן לאו בעל כרים הוה, כיון דהא מיהא לאיסתלוקי קיימי, פושע מיקרי אפי׳ לגבי אחר״. וצ״ע אם בא מהר״מ אלשיך לחייב רק את הזורק ולומר שהמסלק פטור, או להסביר מדוע גם הזורק חייב, דאף שהמסלק עצמו לא היה לו לסלקם, כיון שאינם שלו, יכול הזורק לטעון דמה הו״ל למיעבד, סבר שיפלו על הכרים ויש לפטרו ולחייב רק את הזורק, וע״ז השיב מהר״מ אלשיך, דהו״ל לזורק לאסוקי אדעתיה שיפנו את הכרים, שאין מקומם על הקרקע, דלא בא מהר״מ לפטור המסלק אלא ליתן טעם לחיוב הזורק, וכן מסתבר שם בדבריו.

ולענין מש״כ לעיל בסברת דברי הרמב״ם, שאם הבעלים נטלו כרים וכסתות שלהם, אינם חייבים בזרק כלי של אחר, ואפי׳ של בעל הכרים, דיש לבעל הכרים רשות ליטלם כל שעה, ולזורק אין רשות לזרוק כלי שאינו שלו, לכאורה יש להקשות מדברי הרא״ש בתש׳ קא,ג, בראובן שהיתה לו חבית מונחת ברשות הרבים,ומצא אבן וסמך החבית עליה, ובא שמעון בעל האבן ונטלה, ולמחרת מצא ראובן חביתו שבורה, וטען שמעון שאת שלו לקח, וכן שסמכה באבן אחרת קטנה יותר. והשיב הרא״ש, דהטענה היחידה לפטור, שסמכה באבן אחרת, ועל זה ישבע שמעון ויפטר, אך אין לפטרו מטעם גרמא, ולא מטעם שנטל את שלו: ״אבל אין לפטרו מטעם גרמא בנזקין, שאין זו גרמא, דברי היזק, שודאי תתגלגל החבית אם אין לה על מה שתסמך. ואין לפטרו מטעם שלקח את שלו, דאע״ג דעביד אינש דינא לנפשיה היכא דאיכא פסידא, מ״מ היה לו לשמור את של חברו בענין שלא יוזק, כדאמרינן בריש פרק המניח גבי שור שעלה ע״ג חברו להרגו ובא בעל התחתון ושמט את שלו, ונפל העליון ומת פטור, אבל דחפו ומת חייב, אע״ג דאיכא פסידא, דבתם מוקמינן ליה, אפילו הכי חייב משום שהיה לו לשמטו בנחת ולא שמטו, גם בכאן היה לו לסמכה באופן שלא תשבר״. והובאו דברי הרא״ש להלכה ברמ״א חו״מ שפג,ב. הרי שאין לפטור מי שנטל את שלו, ולכאורה הוא הדין לענין כרים וכסתות שסילקו הבעלים, שאין לפטרם אם ניזוק הכלי. ושאלה זו ראיתי בנחלת דוד בסוגיא (ב״ק כו,ב).

אמנם למש״כ הסמ״ע שם ס״ק ז לחלק, אם מה שנוטל את שלו, כיון שבמציאות הקיימת יגרם לכליו (או לשורו) נזק, יכול ליטלם ולהפטר, משא״כ באבן, שאינה ניזוקת כלל מכך שסמכו עליה חבית, י״ל דבכרים וכסתות עלול להגרם נזק אם יפול עליהם הכלי מגבוה, וכן מעצם היותם על הארץ, משא״כ באבן, וממילא אין להקשות מהרא״ש על דין כרים וכסתות וסברת האחרונים הנ״ל. ובנחל״ד כתב לישב, דבאבן לא הו״ל לבעל החבית לאסוקי אדעתיה שיש לה בעלים, וממילא לא פשע בעל

החבית. ואפשר להוסיף, דבעל האבן פשע במה שנטל האבן, דהוי"ל לאסוקי אדעתיה שבעל החבית לא העלה בדעתו שיש לה בעלים. משא"כ בכרים וכסתות, או במכסה בורו בדליו של חבירו, הוי"ל לזורק וכן למכסה הבור, לאסוקי אדעתייהו שיש לדלי ולאבן בעלים.

ולהלכה נחלקו המחבר והרמ"א אם לחייב את מסלק הכלים. דעת המחבר (שו"ע חו"מ שפו,ג) כדעת הרמב"ם דיש לחייב את המסלק, והרמ"א פסק כראשונים הנ"ל דהוי גרמא, ויש לפטור את המסלק: "וכן הזורק כלי שלו מראש הגג, והיו תחתיו כרים וכסתות שאם יפול עליהם לא ישבר, וקדם אחר וסלקם, ונחבט הכלי בארץ ונשבר, חייב המסלק וכן כל כיוצא בזה. הגה: וי"א דזה מקרי גרמא בנזקין ופטור". ובסמ"ע שם ס"ק ה כתב, דהמחבר קיצר בדברי הרמב"ם, דמש"כ המחבר לפטור הזורק היינו בזרק כלי שלו, אולם בזורק כלי של אחר, שניהם חייבים, הזורק והמסלק. ודעת היש"ש (ב"ק ב,לז) לפסוק כראשונים הפוטרים הן את הזורק והן את המסלק, מדין גרמא, וכך היא דעת הש"ך שפו,יח. והש"ך לשיטתו שם (שפו,א), שאין לחייב בגרמי אלא בדבר השכיח, שקנסו חכמים, וכשיטת הריצב"א (בתוס' ב"ב כב,ב ד"ה זאת).

ולנדו"ד לדעת הראשונים, התוס' והרא"ש, וכוותייהו פסק הרמ"א, ודאי דיש לפטור את המסלק. אולם נראה דאף לרמב"ם, כאשר אדם מסלק את עצמו, אי אפשר לחייבו, והוי"ל לזורק הכדור לאסוקי אדעתיה שיזיז עצמו, שהרי יכול הוא להזיז עצמו. וגם הוי כמו כרים וכסתות שלו, שמותר לו לסלקם. ולענין לחייב את הזורק, לאמור לעיל, לדברי רבה דהזורק פטור, דבעידנא דשדייה פסוקי מפסקי גיריה, אין לחייב את הזורק, שבשעה שזרק, פסוקי מפסקי גיריה. אולם הרי"ף והרמב"ם פסקו לחייב הזורק, או כשיטת הב"ח דלית הלכתא כרבה אף בזה. או למש"כ לעיל, דבזה גופה נחלקו הרמב"ם והראב"ד, דהרמב"ם ס"ל דפסוקי מפסקי גיריה, היינו לענין שלא יחשב מזיק בידיים, אבל גרמי יש כאן. ודעת הראב"ד דפסוקי מפסקי גירי, לא מיבעיא שאינו מזיק בידים, אף גרמי אינו. וכן לסברת מהר"מ אלשיך, דהוי"ל לאסוקי אדעתיה דכרים וכסתות לאו דוכתייהו בארעא ולאסתלוקי קיימי, וא"כ מה שבא אחר וסילקן, לא חשבינן ליה כמילתא דלא שכיח. ולפ"ז י"ל, דגם בזורק הכדור, הוי"ל לאסוקי אדעתיה שיכול חבירו לזוז הצידה, ולא היה לו לזרוק באופן שיכול להזיק לרכב החונה.

עוד נראה מסברא, דאף לשיטת התוס' ודעימיה דהזורק פטור, נראה לחלק בין כרים וכסתות שהם דוממים, שבזה ס"ל לתוס' דהוי גרמא, דבשעה שזרק, היו כרים וכסתות שאינם יכולים לזוז מעצמם, ולא הוי גרמי אלא גרמא. אולם אם מה שמפסיק

בין הכדור לנזק הרכב הוא אדם הזז מעצמו, והוא בר דעה להחליט אם להשאר במקומו אם לאו, לא דמי לסילוק כרים וכסתות, ובעצם זריקת החפץ, הוי נזק, ולא אמרינן פסוקי מפסקי גיריה. וגם לא דמי לזורק כלי שלו, דלא חשיב זריקת הכלי מעשה נזק. דזה דוקא ביחס לכלי הנזרק, ולא ביחס לאם הזיק דבר אחר. לכן נראה דבזה אף התוס׳ יודו דהזורק חייב.

לאור האמור נראה לחייב את הזורק בנזקי המראה, ולפטור את החבר שזז הצידה.

סימן לו

חויב בקנס מחמת מעשה חבירו

ראשי פרקים

א. נתפס על חבירו

ב. בחיוב לצאת ידי שמים

ג. מציל ממון חבירו, ונגרם למציל נזק

קבוצה של בחורים הרעישה בשעות הקטנות של הלילה בפנימיה. השכנים הזעיקו את המשטרה, וכשזו הגיעה הפסיקו את הרעש וכיבו את האור. השוטרים נכנסו לאחד החדרים בהם דלק האור, האשימו את הבחורים שישבו שם (ולא הרעישו כלל גם קודם לכן), וחייבו את אחד הבחורים בקנס כספי. ונשאלתי, אם חברי החדר שהרעישו חייבים לשלם לאותו בחור מה שנקנס.

עוד נשאלתי, שבחדר שקנסו, היו שני בחורים, האחד לא היה לו ת״ז, ובתחילה פנו אליו, וטען שאין לו ת״ז, אף שהיה לו ורצה להתחמק, ורצו לעצרו, ובא חברו והראה את הת״ז שלו, ונתנו לו הקנס. מי שצריך לשלם, זה שחייבוהו, זה שבתחילה פנו אליו וחבירו הצילו ממעצר, או שניהם.

א. נתפס על חבירו

איתא בב״ק קיג,ב: ואמר רבא בר מתא אבר מתא מיעבט (רשות ביד ישראל גבאי המלך למשכן בן העיר על מס בן עיר חבירו דדינא דמלכותא דינא - רש״י), וה״מ דברלא ארעא (אברול ארעא, מס קרקע שאכל פירות) וכרגא דהאי שתא (כסף גולגולת דשתא דא), אבל שתא דחליף הואיל ואפייס מלכא חליף (והוא הגבאי כבר פרע למלך כל קצבה שקיבל עליו שנה שעברה, ומעתה המס שלו, ולו אין כח למשכן את זה על חבירו). ולכאורה לפי פרוש רש״י אין ענין דברי רבא לנדו״ד. נדון הגמ׳ אם רשאי ישראל, גבאי המלך, למשכן אחד בגין חוב חבירו, או חייב לטרוח ולמשכן דוקא את החייב. כמו כן לפרש״י הוא דין בישראל גבאי המלך, אך אין ללמוד מכאן שהישראל שבגינו משכנו את חבירו, פטור מלשלם לממושכן. וכן מבואר להדיא ברמ״ה, הובאו דבריו בשטמ״ק שם: ״אם ברח אחד מבני העיר ולא פרע מס הקרקע שלו, יש רשות ביד גבאי המלך למשכן אחד מבני עירו בעבורו, והוא הולך ותובעו ומוציא הימנו. והא נמי שייכא בההיא דלעיל, דלא ליטרח שליח דמלכא. והני מילי היכי

דעריק חד מינייהו, אבל היכא דאיתיה במתא, לא מיעבט בר מאתיה עילויה אלא בשותפיה, כדאמרינן לעיל״. מבואר שדוקא אם מי שממשכנים בעבורו לא נמצא בעיר, שאין גבאי המלך צריך לטרוח אחריו, ובכל אופן יוכל מי שמשכנוהו, לתבוע את מי שבעבור מושכן. וכן מבואר בשטמ״ק מהר״מ מסרקסטא: ״וההוא דאיעבט עלייהו, יהא רשאי ליפרע מאותם פירות מה שהוציא״. וכן נמצא ברבינו ברוך: ״ראובן ושמעון במדינה אחת וברח ראובן, ונתמשכן בשבילו ופרע מנת המלך, יחזור שמעון ויגבה מראובן, ולא יוכל לדחותו ולומר למה היית נותן בשבילי כלום״. ויש ללמוד מהרמ״ה ומר״מ מסרקסטא והר״ב לנדו״ד, שאם נתפס בגין חבירו וחייבוהו לשלם קנס שהיה חייב בו חבירו עקב עבירה חוקית שעשה, וטעו וחייבו האחר, שיכול לתבוע את מי שבגינו התחייב. ואף שאפשר לחלק בין נידון הגמ׳ לנדו״ד, דבנדון הגמ׳ כבר יש חיוב על מי שבעטיו משכנו האחר, משא״כ כאן, י״ל דאף כאן המחייב הוא עצם המעשה של הקמת רעש, רק לעיתים לא נתפסים, ובגין המעשה המחייב של האחד, התחייב האחר, וצריך עושה הרעש לשלם למי ששילם את הקנס. ועדיין צ״ע אם הוא דומה למס, אם הוא חק קבוע על חיוב בגין רעש, או שקול דעת של שוטר במקום, וא״כ אינו דומה למס.

והרמב״ם בהל׳ חובל ומזיק ח,ו, כתב וז״ל: ״מי שנתפש על חבירו, ולקחו ממנו גוים ממון בגלל חבירו, אין חבירו חייב לשלם. ואין לך מי שנתפש על חבירו ויהיה חבירו חייב לשלם לו, חוץ מן הנתפש מפני המס הקצוב על כל איש ואיש בכל שנה, או הנתפש על התשורה שנותן כל איש ואיש למלך כשיעבור עליהם הוא או חיילותיו, הרי זה חייב לשלם לו, והוא שיקחו ממנו בפירוש בגלל פלוני בפני עדים״. והרב המגיד הראה מקורו לדברי הירושלמי (ב״ק י,ו); ר׳ יהושע בן לוי אמר, אין אדם נתפש על חבירו וחייב ליתן לו אלא בארנון וגולגולת (שאם נתפס בשביל המס והגולגולת של חבירו ושילם, צריך חבירו שיחזיר לו, שהרי א״א להפטר מהן, ועכ״פ היה צריך לשלם, אבל בחוב דעלמא יכול הוא לומר הייתי מפייסו בדבר מועט, או היה פוטרני בלא כלום - פני משה). רב אמר, יכיל מימר ליה את שרי עביטיך מיני (זה הנתפס בשבילו, יכול הוא שיאמר לו, את שרי עביטיך מיני, הרי עכ״פ נפטרת מחובך על ידי, וסוף סוף היית צריך לשלם, וה״נ כן דסוף סוף היו אונסין מתחת ידך לשדה זו). ועיין בכס״מ שציין לסוגיא בב״ק קיג,ב הנ״ל. ומבואר מהרמב״ם, שפסק כירושלמי, שהשאלה היא אם חייב לשלם לזה שחויב בסיבתו, דאינו חייב אא״כ הוא מס קצוב הניתן על כל תושב ותושב, או מס שנותנים לחיילות המלך, דלפרוש הפ״מ, כיון שהוא חוק קצוב וא״א להשמט ממנו, לא יכול לטעון שהיה מפייסו. אולם בקנס כנדו״ד, ודאי לכאורה שייך הטעם של מפייסנא ליה, דכיון שאינו

חוק קצוב אלא נתון לשיקול דעת השוטר במקום, יכול לטעון שהיה משכנעו לא לתת קנס, כך שלא אהני ליה ולא מידי.

וכדברי הירושלמי והרמב"ם, פסק בשו"ע חו"מ קכח,ב ושפח,ו. ועיין בסמ"ע שפח,יח-יט

שכתב בטעם הפטור, דמזלו הרע גרם לו שיהא נתפס עבורו, ואף שנפטר חבירו ע"י כך מחובו, יכול לומר מפייסינא הוינא ליה עד דפטרני בלא דמים. ולענין המס הקצוב, לכאורה היה נראה לפרש כמש"כ בפני משה, שאין לו טענת מפייסינא הוינא. אולם בסמ"ע מבואר הטעם, דחוק המלך ונימוסו להיות נתפס אחד על חברו, כי אין על גבאי המלך לטרוח לגבות מכל אחד בפני עצמו. והיינו שכך הוא דין המלך שיהיה נתפס על חבירו, ולכן הרי הוא כערב שפרע עבור הלוה. ומ"מ בנדו"ד שאין כאן חוק מלך שיהיה נתפס על חבירו, יש לו טענה של מפייסנא. אמנם אם השוטר היה פונה לחדר שעשה רעש, והיה נותן לאחד קנס, מפני שכך הנוהג לתת רק לאחד ולא לכולם, והם תפסו מי שיש לו ת"ז, הרי הוא כפורע עבור כולם. וכן פסק בתש' חכם צבי (סי' קלב), דאין אדם נתפס על חברו אלא במס המלך ומשום דינא דמלכותא, משא"כ באונס אחר, דאף שהן הנתפס והן מי שנתפס בסיבתו, שניהם במדינה ויד האנס שולטת בשניהם, אי לאו משום דינא דמלכותא לא היה מתחייב אותו שלא נתפס לשלם לנתפס. ואפילו אמרו שודדים בפירוש ששודדים מחמת ראובן או שמעון, פטורין ראובן ושמעון, בין שהיו ראובן ושמעון חייבין מן הדין לאותו האנס ובין שלא היו חייבין. והביא הח"צ ראיה מחולין קלא,א: תא שמע, הרי שאנסו בית המלך גרנו, אם בחובו חייב לעשר, אם באנפרות פטור מלעשר. שאני התם דקא משתרשי ליה. והיינו שאם אנסו המלך מפני שהיה חייב לו, חייב לעשר ממקום אחר, ואם על חינם ולא היה חייב למלך והמלך אנסו, פטור מלעשר. ומה שחייב לעשר, מבואר בגמ' שהוא מטעם דמשתרשי ליה, ומוכח דאם אנסו שלא מחמת חוב, אף דמשתרשי ליה, פטור מלעשר. והדין של מציל עצמו בממון חבירו, אינו שייך בכגון זה, אלא דוקא אם עושה מעשה בידיים בממון חבירו להציל עצמו, ולא בניצל ממילא בממון חבירו.

ועיין בסמ"ע קכח,ו דכל דין זה הוא דוקא מפני שנפרע בעל כרחו, לכן בכל ענין

אינו חייב לשלם לחבירו שנפרע בעל כרחו בסיבתו, ואפי' לסוברים דבכל חוב זולת מזונות אשתו, חייב לחזור ולפרוע לו, מודים בנפרע בעל כרחו, דדוקא דפרע לו מדעתו וגומל עמו חסד, חייבוהו חז"ל לחזור ולפרוע כדי שלא יונעל דלת בפני גומלי חסדים, משא"כ כשלא פרעו מדעתו והוצרך לפרעו בעל כרחו. ולכן אפי' שפורע חוב לנכרי חייב לפרעו, ואין בו דין פורע חובו של חבירו, כשנפרע בעל כרחו שאני, ואין צריך לפרוע לו. ורק בענין המס, י"ל דהוי דינא דמלכותא שיכול לגבות מאחר, ויפרע למי שפרע עבורו, אף שפרע בעל כרחו.

ומדברי הלבוש קכח,ב, מבואר כמש״כ בפני משה, שההבדל בין המס הקצוב לנתפס על חבירו, דמס קצוב אין את הסברא שהמלך היה מתפיס או מוחל או שוכח: ״ונראה לי דאפילו לפי היש אומרים דלעיל דפרע לגוי חייב, הני מילי בחוב גמור שודאי היה הגוי תובעו שישלם לו חובו ולא היה מוחל לו, אבל הכא מירי שתפשוהו השלטון או שר העיר מחמת איזה דבר שאינו ממס הקצוב, ואלמלא שפגעו זה או שלא בא פתאום בביתו ותפשוהו מחמת חבירו, יכול להיות שהחביא עצמו עד יעבור זעם, והיה בא הדבר לידי שכחה ולא היו תובעים את חבירו כלל, לכך אין חבירו חייב לשלם לו, דאמר ליה מזלך גרמה שפגעו בך ורוצים לגוזלך ולוקחים אותי לפתחון פה להם, נ״ל. ואין לך מי שנתפש על חבירו ויהיה חבירו חייב לשלם לו, חוץ מן המס הקצוב על כל איש ואיש בכל שנה, או שנתפש על התשורה שנותן כל איש ואיש בכל שנה למלך בעברו עליהם הוא או חיילותיו, הרי זה חייב לשלם לו, מפני שזה שהוא דבר קצוב על כל איש ואיש בכל שנה, הוא כתוב ורשום בפנקסיהם ואין דרך לבא לידי שכחה, והרי הוא כחוב של גוי שאמרנו (ס״א) שחייב לשלם לו, נ״ל״. ומבואר שהכל תלוי אם יכל המלך למחול או לשכוח מהחוב. ומ״מ בנדו״ד שנתפס על חבירו, וקנס שקנסו השוטר, וידוע שזה תלוי בשיקול דעתו, אינו חייב לפרוע מה שהתחייב בסיבתו.

ב. בחיוב לצאת ידי שמים

אמנם נראה דאף אם פטור בדיני אדם, כיון שנגרם נזק לחבירו בסיבתו, חייב בדיני שמים, דלא גרע מכל הגרמות שפטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, וכדתנן ב״ק נט,ב: השולח את הבערה ביד חרש שוטה וקטן, פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים. ואף שלא התכוין להזיק אלא שלא סילק הנזק, מצאנו שחייבוהו חכמים לצאת ידי שמים, כדאיתא בב״ק כח,ב – כט,א: נשברה כדו ולא סלקו, נפל גמלו ולא העמידו, ר״מ מחייב בהזיקן, וחכמים אומרים, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. דאף במוסר שחייב מפני שהוא גרמי, אולם אם מסר לחבירו בדרך של גרמא, אף שפטור מדיני אדם, חייב בדיני שמים. ולכן הביא המחבר דין זה שאינו חייב בנתפס על חבירו, בדיני מוסר (שו״ע חו״מ שפח,ו), דאף שהוא פטור כיון שאינו גרמי, מ״מ דינו כגרמא דחייב בדיני שמים.

ולכאורה מהא דנשברה כדו ולא סלקו, נפל גמלו ולא העמידו, מוכח שאפי׳ בלא נתכוין להזיק, כיון שמחמתו נגרם נזק לחבירו שלא סילקו, חייב בדיני שמים. ובמאירי ב״ק נו,א, כתב על הא דאיתא בגמ׳ שם, הפורץ גדר לפני בהמת חברו, אם כותל רעוע הוא, אע״פ שעומד לסתור, חייב הוא בדיני שמים, וז״ל: ״גדולי המחברים פירשו דבר זה על הנזק ולא על הכותל, שאם על הכותל, אפילו הוא רעוע חייב

בדמי רעוע אף בידי אדם, ואם תפרש שהוא עומד לסתירה ויש כאן מצוה, אם כן אף בדיני שמים אין כאן חיוב. אלא שיראה לי, הואיל ומ״מ מתכוין הוא להזיק ולא למצוה, חייב בדיני שמים״. מה שכתב המאירי שאם מתכוין להזיק חייב בדיני שמים, נראה דדוקא בכה״ג במקום ששייך לומר שמתכוין למצוה, בזה אמר שלא התכוין למצוה אלא לנזק, אולם החיוב שחייב בדיני שמים, לכאורה אפי׳ אינו מתכוין להזיק, כדמוכח מנשברה כדו ונפל גמלו. ועיין במהרי״ט ח״א סי׳ צה שנראה מדבריו דדוקא במתכוין להזיק, דומיא דכופף קמתו של חבירו בפני הדליקה. דלכאורה צ״ע מהא דנשברה כדו ונפל גמלו, דאף שאין כאן כוונה להזיק, חייב בדיני שמים. וע״ע בחזו״א ב״ק ה,ד.

והעירו לי דלכאורה בנדו״ד שהוא רק חיוב של השלטון, ולא עשה כל נזק לחבירו, רק המשטרה ברצותה קונסת עושי רעש, וממילא אף גרמא אינו, אינו נראה לענ״ד, דסוף סוף עשה מעשה שהוא בניגוד להלכה וגם בניגוד לחוק, ויודעים שעלולה המשטרה לבוא, ובפרט שכיבו האור ידעו שלא יכנסו לחדרם אלא לחדר אחר, לכן אינו בבחינת עלילת העכו״ם אלא גרמא, שבעטיו נגרם נזק לחבירו, רק הטענה שלא התכוין להזיק לניזק, בזה תלוי בנ״ל שחייב בגרמא אף בלא התכוין להזיק, וראיה מנשברה כדו.

ובענין החיוב לצאת ידי שמים, עיין רש״י גיטין נג,א (ד״ה וחייב): ״פורענות לשלם לרשעים, שנתכוין להפסיד את ישראל״. ומזה מוכח לכאורה דחיוב לצאת ידי שמים הוא דוקא במתכוין להפסיד את ישראל. ובמאירי ב״ק נו,א כתב, דכל שהוא חייב בדיני שמים, פירושו שהוא חייב בו בהשבון, ולענין איסור, אף מה שהוא פטור בו מדיני שמים, איסור מיהא יש בו; ״ומכאן כתבו גדולי הדורות, שכל שנאמר עליו חייב בדיני שמים, פסול הוא לעדות עד שישיב, והדברים נראין, שמאחר שהוא חייב להשיב, תורת גזלה חלה עליו עד שישיב״. ומבואר שיש עליו תורת גזילה, ורק בי״ד אינם יכולים להוציא מידו, אבל הוא עצמו עבר על איסור גזילה, דעל המזיק עצמו יש חיוב תשלומים, רק בי״ד אינם יכולים לחייבו ולהוציא החיוב מהכח אל הפועל. ולכאורה לפי רש״י הנ״ל נראה שאין כלל חיוב לשלם, אלא שהוא פורענות שתבוא עליו, ואם הוא ירא מהפורענות, ישלם לניזק, משא״כ למאירי יש חיוב, אלא שבי״ד אינם יכולים לכופו.

ובתש׳ מהרי״ל (חדשות סי׳ קלו) הביא בשם רבינו שמחה, דחיוב לצאת ידי שמים הוא כחיוב של לפנים משורת הדין: ״כל דבר שפטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, הוי לפני משורת הדין, דילפינן מאשר יעשון. וכתב ראב״ן דטפי כופין לעשות לפנים משורת הדין בדאיפשר ליה״. ונראה שהגדיר רבינו שמחה את תורת החיוב

לצאת ידי שמים, שגדרו כחיוב של לפנים משורת הדין, רק נפק״מ אם בי״ד כופין לעשות לפנים משורת הדין. והדבר נתון במחלוקת הראשונים. הרא״ש בב״מ ב,ז הביא את דרשת רב יוסף והוסיף: ״ולאו דכייפינן ליה, דאין כופין לעשות לפנים משורת הדין״. וכן נראה מדברי הרמב״ם בהל׳ גזילה ואבידה יא,ז: ״הרוצה לילך בדרך הטוב והישר ועושה לפנים משורת הדין, מחזיר האבידה לישראל כשיתן את סימניה״. והיינו דתלוי ברצונו. ודברי הרא״ש הובאו ברבינו ירוחם במישרים (א,ד), עיין בב״י חו״מ סי׳ יב וברמ״א יב,ב. והחידוש בדברי הרא״ש, דאף שדרשת רב יוסף בא ללמד על החיוב לעשות צדקה וחסד ולהכליל עצמו בכלל הדין, ואף דקיי״ל דכופין על מצות צדקה (עיין ב״ב ח,ב ובתוס׳ ד״ה אכפיה, ושו״ע יור״ד רמח,א), מ״מ אין העשייה לפנים משורת הדין בכלל גדרי מצות צדקה אף שענינם אחד, דדין כפיה הוא רק במה שנאמר ״כי פתוח תפתח״ וגו׳, או בגלל הלאו, וכמש״כ ר״י (ב״ב ח,ב ד״ה אכפיה), אבל אין דין כפיה על לפנים משורת הדין הנלמד מ״אשר יעשון״.

והמרדכי שם (ב״מ סי׳ רנז) הביא לעשות לפנים משורת הדין, מהגמ׳ ב״ק קיח,א האומר לחבירו מנה לי בידך והלה אומר איני יודע, דחייב לצאת ידי שמים, ובהגהה שם: ״ר״ל, דחייב משמע לפנים משורת הדין״. והביא ראיה דכופין לעשות לפנים משורת הדין, מהא דשקולאי דכפייה רב לרבה בר בר חנן למיעבד עם השקולאי לפנים משורת הדין. לכן ״גם אנן כייפינן למיעבד לפנים משורת הדין אם היכולת בידו לעשות ... וכן פסק הראב״ן וראבי״ה דכייפינן להו לעשות לפנים משורת הדין״. ומבואר מדבריו דעיקר דין כפיה נלמד מלמען תלך בדרך טובים, דאף שלכאורה זו הנהגה טובה בלבד ולא בדין ממון, מ״מ לומד המרדכי שכפו את רבה בר בר חנן לעשות ולותר מממונו לפנים משורת הדין, א״כ כל שכן באבידה ובדרשת רב יוסף דכפינן. ונראה דהמרדכי ס״ל דהכל בדין צדקה, וכפי דכייפינן על מצות צדקה, וע״כ חילק בהמשך דבמוצא עני לא שייך לכוף, כיון דלא שייך בזה מצות צדקה. ועיין לעיל מש״כ בראיה מדין שקולאי, שדינו כועשית הישר והטוב דכפין, ולא דמי ללימוד מוהודעת. וי״ל דהמרדכי ס״ל דאם כופין על מידה טובה של למען תלך בדרך טובים, כל שכן שכופין במה שאמרה התורה והודעת.

וברמ״א חו״מ יב,ב אף שהביא ב הדעות ולא הכריע, בתש׳ הרמ״א סי׳ לב כתב דכופין להכנס לפנים משורת הדין וכדעת המרדכי. והנה שם בתש׳ מיירי במי שרצו הציבור לפתוח חלונות בית הכנסת לחצירו, שאם אין היזק הרבה לבעל החצר, אין לו להעמיד עצמו במידת הדין, ויש לכופו לעשות לפנים משורת הדין. ושם הוי לפנים משורת הדין שימחול לציבור על נזקם, והוי מטעם לילך בדרך טובים ומגמילות חסדים, והכריע כדעת המרדכי.

ובגמ׳ כתובות מט,ב בהא דרבי אילעא, הכותב נכסיו לבניו, הוא ואשתו ניזונים מהם:

ת״ש דרבי חנינא ור׳ יונתן הוו קיימי, אתא ההוא גברא גחין ונשקיה לר׳ יונתן אכרעיה. א״ל רבי חנינא, מאי האי, א״ל, כותב נכסיו לבניו הוא ועשיתינהו לזניה. והיינו שכפאם ר׳ יונתן לבנים לזון את אביהם מנכסים שכתב להם. ועיי״ש ברש״י (ד״ה ועשיתינהו) שכפה אותם לפנים משורת הדין. וכתבו התוס׳ שם (נ,א ד״ה עשיתינהו) דכפאם בדברים, דכיון דאינו מדינא, ע״כ כפאם בדברים. ומינה יליף בתומים (יב,ד) דאף הכפיה לעשות לפנים משורת הדין היא רק בדברים. ונראה דהתם ברבי אילעא היה דין צדקה אך לא דין צדקה גמור שיכולים לכוף, ובכהאי גוונא כפינן בדברים, והוא הדין בכל לפנים משורת הדין שהחיוב הוא חיוב של צדקה שאינו יוצא בדין. וס״ל לתומים דמש״כ הרא״ש דלא כפינן היינו בשוטים אבל בדברים גם הרא״ש ס״ל דכופין, וע״כ אין מחלוקת בין הרא״ש והמרדכי. גם בתש׳ צמח צדק (סי׳ פט) כתב דהכפייה בדברים. ועיי״ש אי כופין ע״י שמתא, ומש״כ בזה בתש׳ שבות יעקב ח״א קסח. (ועיין עוד בתש׳ מנחת יצחק ח״ו סי׳ קסז, וח״ה קכא,ב).

ומה שהובא לעיל מתש׳ מהרי״ל, שהביא מראב״ן דטפי כופין לעשות לפנים משורת הדין ״בדאיפשר ליה״, והיינו שיש היכולת בידי הנתבע לעשות לפנים משורת הדין, ונראה דהכי ס״ל למהרי״ל, וכ״נ מדברי המהרי״ל בסי׳ קמ ובסו״ס קמז. ובשו״ת מהר״מ מינץ (סי׳ קא) הביא מספר צפנת פענח שסידר הראב״ן דהיכא דחייב בדיני שמים, בית דין מודיעין לו שאף שפטור מדיני אדם ואין היכולת לבית דין לחייבו, מ״מ חייב בדיני שמים, ״כדי שיתן על ליבו וירצה את חבירו ויוצא ידי שמים״. ומשמע שהכפיה היא בדברים. אמנם מדברי קצוה״ח רנט,ג נראה דלא כופין למיעבד לפנים משורת הדין. הקצוה״ח מתיחס לדברי הש״ך שנו,י לענין החזר גניבה לאחר יאוש ושינוי רשות דהוא מנהג גרוע, וע״ז כתב בקצוה״ח דהוא מנהג טוב, דכיון דמצאנו לנהוג לפנים משורת הדין ולהחזיר אבידה לאחר יאוש, וכן בגזילה, אף דלא כפינן למיעבד לפנים משורת הדין, ״הכא ראו בית דין לתקן תקנה זו ואין זה מנהג גרוע כיון דיאות למיעבד לפנים משורת הדין, ובפרט שהוא נמי דינא דמלכותא דינא״. ומבואר דבעלמא לא כפינן למיעבד לפנים משורת הדין, אא״כ היה מנהג או תקנה לעשות לפנים משורת הדין.

גם מהיש״ש (ב״ק ו,ו) מבואר שאינו בדין לכופו, דלא כמהרי״ל. היש״ש כותב שמצא בתשובה אחת, דכל מקום שנאמר שחייב בדיני שמים, אע״ג דאין לבי״ד לכופו לשלם, מ״מ בדברים בלי כפייה יש לדוחקו. וראיה מדין טומן קמה של חבירו לפני הדליקה כו׳ (ב״ק נו,א), מהו דתימא מצי אמר אנא כסויא כסיתיה, ובדיני שמים נמי לא לחייב, קמ״ל. ומאי קאמר, והא היודע מחשבות הוא יודע דעתו, אלא שיש לחייבו בבי״ד. וכתב היש״ש דלא נהירא, מדלא תירצו התוס׳ כך. גם לישנא דדיני שמים,

לא משמע להיות חיוב אפי׳ במקצת בדיני אדם. וכן מצא בצפנת פענח, דכל מקום שאמרו חייב בדיני שמים. אם בא, צריכין להודיעו שאין יכולים לחייבו, אבל צריך אתה לצאת ידי שמים. כי דינך מסור לשמים, כדי שיתן אל לבו, וירצה את חבירו ויצא ידי שמים.

ועיין עוד בתש׳ מהרש״ם (ח״ב סי׳ קצח), שנשאל בראובן שהשכיר חנות לשמעון לשנה, ושילם השוכר למשכיר כל דמי השכירות, ורוצה כעת השוכר להניח חנותו ריקם, וטוען המשכיר שנגרם לו בזה נזק, שהקונים הרגילים לבא לחנות, יתרגלו לילך לחנות אחרת, ויופחת שויה של חנותו, והשואל הסתפק שמא הוא רק גרמא. והשיב מהרש״ם דהדין עם המשכיר: ״חדא דגם גרמא אסור, אלא שאין לחייבו לשלם בדיני אדם, כדאי׳ בב״ב (דף כב) וע״ש בתוס׳ (ב״ב קמז,ב). וגם הרי לצאת ידי שמים חייב ונקרא רשע, כמ״ש בתשו׳ מהר״ם מינץ סי׳ קא, וע׳ באס״ז ב״ק (נו,א) בשם הראשונים, דכל מקום שנאמר דחייב לצאת ידי שמים פסול הוא לעדות עד שישיב, והרב המאירי הסכים לזה דתורת גזילה עליו עד שישיב, וא״כ מחויבים למחות בידו שלא יעשה כן״. מכל זה נראה שלפחות לכתחילה ניתן למחות בידו, וגם לענין דיעבד, אפשר שהסכים לשיטת המאירי שנקרא גזלן עד שישיב, אף שהחיוב הוא רק לצאת ידי שמים.

והא דהוי איסור להזיק בגרמא ויש לו עונש בידי שמים (וכנראה מדברי רש״י הנ״ל),

עיין מש״כ הגרב״ב (ברכת שמואל ב״ק סי׳ ד ד״ה ונראה), דאף במקום שפטור מתשלומין כגון בגרמא, יש איסור ונקרא רשע, דמזיק דאדם נלמד מהפסוק מכה בהמה ישלמנה, וזה לא נאמר רק לענין חיוב תשלומין, אלא שדינו כמזיק ונענש בידי שמים, דהפרשה דאדם המזיק נאמרה גם לענין איסור ועונש בידי שמים, ורק פטור מתשלומין אם לא הזיק בידיים, אבל גם בלא הזיק בידיים נקרא רשע, ונענש בידי שמים. וכן הדין לענין נזקי ממונו. וכתב הגרב״ב, שהציע הדברים קמיה דהגר״ח, ואמר לו דדין דלא ישמרנו הוי איסורא, עיי״ש.

ולמש״כ שחייב בדיני שמים, יש להעיר אם מהני תפיסה של הניזק. דביש״ש (ב״ק ו,ו) כתב לחלק בין אם חייב בידי שמים לקים ליה בדרבה מיניה, בדקלב״מ יש חיוב, רק כיון שמשלם החיוב הגדול, אין מוציאים ממנו הקטן, אבל חיוב יש, ולכן מהני תפיסה היכא דלא עבדינן החומרא, משא״כ חיוב לצאת ידי שמים שאין כלל חיוב בבי״ד, לא מהני תפיסה. והיש״ש לשיטתו שבידי שמים אין כל כפיה בבי״ד (עיין לעיל), וז״ל היש״ש: ״כל היכא דאמרינן חייב בדיני שמים, אי תפס מפקינן מיניה, אפילו לפי׳ רש״י (ב״מ צא,א ד״ה רבא אמר) גבי חוסם פרה ודש בה, שפטור בקים ליה בדרבה מיניה, ואפילו הכי חייב לצאת ידי שמים, והיכא שתפס הניזק לא

מפקינן מיניה. מאחר שמחויב לצאת ידי שמים, וכן פסק האו"ז (ב"מ סי' רפז), מ"מ כה"ג לכ"ע מפקינן מיניה. בשלמא בקום ליה בדרבה מיניה, חייב הוא רק דלא קטלינן בתרי קטלא, ועבדינן ליה החומרא. הילכך היכא דלא עבדינן החומרא כגון בשוגג או שלא בהתראה או בזמן הזה, אם כן נוכל לומר שהסברא נותנת שאי תפס לא מפקינן מיניה, דהא סוף סוף חייב הוא. אבל היכא שגרמא בנזקין הוא, ואין בו חיוב מן הדין אלא לצאת ידי שמים, אם כן פשיטא דאי תפס מפקינן מיניה". ומבואר מהיש"ש שאין הניזק יכול לתפוס מהחייב לצאת ידי שמים. ודבריו הביא להלכה בש"ך חו"מ כח,ב, וכן הוא בש"ך עה,כו, בשם הריב"ש (סי' שצב) בשם הרמב"ן (ב"מ ה,ב ד"ה מדקאמרינן), שאם תפס התובע בעדים מפקינן מיניה, שאין תפיסה מועלת במה שאין לו זכות אלא בבא לצאת ידי שמים. וכן הוא בש"ך עו,יב, וקפב,סוס"ק א.

ועיין קצוה"ח כח,א, שהצדיק דברי היש"ש. גם התומים כח,ד נו"נ בדברי היש"ש,

ומסקנת דבריו דהסכים לסברת היש"ש. וע"ע בנתיבות כח,ב, דאף דאם תפס אין הבית דין מוציאין מידו, מכל מקום אסור לו לתפוס, דהא הטעם דתפיסה מהני כתב הש"ך בסי' כה,ב דהוא משום דעביד איניש דינא לנפשיה, וכיון דהבית דין אסורין לעשות דין להוציא מידו, כמו כן הוא בעצמו אסור לעשות דין. גם בחות יאיר בתש' (סי' מה) הקשה על ראיות היש"ש, מ"מ להלכה הסכים דלא מהני תפיסה וכדעת היש"ש: "אע"פ שיש לפקפק בהוכחת רש"ל, מ"מ מי יחלוק עליו בגוף הדין, אף כי כן כתב גם הריב"ש דאפילו תפס מפקינן מיניה, כ"ש שאין התופס יכול לומר קים לי מצד שום סברא נגד הנהו גדולים".

ובנימוק"י (ב"מ לח,א מעמוה"ר) הביא מדברי הרשב"א והר"ן, שמוכח מדבריהם דאם

חייב לצאת ידי שמים, אם תפס לא מפקינן מיניה, וז"ל הנימוק"י: "דאע"ג דלא מפקינן אבק רבית, אי תפס לוה לא מפקינן מיניה. ואינו מחוור בעיני הרשב"א והרנב"ר ז"ל, דא"כ היכא דאכל שיעור זוזי, אמאי לא מסלקינן ליה, דהא תפס לוה, וקרקע בחזקת בעליה עומדת, אלא כל שאכל מדעת הלוה, אפילו תפס לוה מפקינן מיניה. וכתב הרנב"ר ז"ל, דכיון שכן הדבר ברור שאינו חייב להחזיר אבק רבית אפילו בבא לצאת ידי שמים, כיון דמפקינן מלוה אם תפיס". מבואר מהרשב"א והר"ן דבאבק ריבית אם תפס הלוה מה שגבה ממנו המלוה כבר, מפקינן מיניה, ומזה הוכיח שאין המלוה צריך להחזיר בבא לצאת ידי שמים, שאם היה חייב בדיני שמים, היתה מועילה תפיסת הלוה. ומזה מוכח דבחיוב בדיני שמים, מהני תפיסה. ודברי הנימוק"י הביא הגרע"א בהגהת שו"ע חו"מ כח, על דברי הש"ך הנ"ל, וכתב דנמצא דדין זה תלוי במחלוקת הראשונים; "ולדינא יש לעיין אם יכול התופס לומר קים לי כהסוברים דמהני תפיסה, ועיין במל"מ פ"ד מה' מלוה בסוף דבריו". ובבית מאיר (אהע"ז סי' קעז) הקשה על הש"ך, מה הביא ראיה מהרמב"ן והריב"ש, כיון שהן הרמב"ן והן

הריב״ש סוברים דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא, שהרי הרמב״ן הוא הראשון החולק וסובר בכל ספיקא דדינא דתפיסה לא מהני, כמו שהביא הרב המגיד בשמו בספ״ח מנזקי ממון וספ״ב מהל׳ גניבה, וכך גם פסק הריב״ש (סי׳ קס), הביאם הש״ך בתקפו כהן סי׳ סד.

ובשבו״י (ח״א סי׳ קמו) הביא בזה מחלוקת ראשונים, וכתב לישב, דבאבק רבית דרבנן וכן בכל הני גרמא בניזקין דפ׳ הכונס, שמן התורה פטור גם בדיני שמים אך חכמים אמרו דחייב לצאת ידי שמים, בזה ודאי אף אם תפס מפקינן מיניה. משא״כ בכובש עדות דחייב בדיני שמים דבר תורה, כדכתיב אם לא יגיד ונשא עונו, וכן היכא דפטר מתשלומין משום דקים ליה בדרבה מיניה דחייב מן התורה בדיני שמים, ודאי דעת רש״י והא״ז עיקר דאי תפס לא מפקינן מיניה. וצ״ב, דבזה לא יתישבו דברי הרשב״א והר״ן, שכתבו דבריהם לענין אבק ריבית. ועיין עוד בתומים כח,ד מה שהקשה על השבו״י.

ולכן נראה בנדו״ד דחייב מי שנגרם לחבירו נזק בסיבתו, לצאת ידי שמים, ולכל הפחות לחוש לשיטות שצריך לעשות כן, ואם אינו פורע, גזילה היא בידו, וירא שמים יחוש לכך ויפרע מה שנגרם נזק מחמתו, אף שבי״ד אינם יכולים לחייב. ואף אם יבוא מורה לחלוק שאינו חייב בדיני שמים כיון שלא כיון להזיק וכנ״ל, מ״מ ממידת המוסר ראוי ונכון לשלם לניזק מה שנגרם נזק מחמתו, אף אם אינו בבחינת חיוב בידי שמים.

ג. מציל ממון חבירו, ונגרם למציל נזק

ובענין השאלה השניה, שרצו לעצור את אחד הבחורים שלא הראה לשוטרים ת״ז,

ובא חבירו ונתן להם ת״ז, ונתנו לו את הקנס, אם הראשון צריך לשלם לשני את הקנס. תנן במשנה ב״ק קטו,א-ב: זה בא בחביתו של יין וזה בא בכדו של דבש, נסדקה חבית של דבש ושפך זה את יינו והציל את הדבש לתוכו, אין לו אלא שכרו (שכר כלי ושכר פעולה – רש״י). ואם אמר אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי, חייב ליתן לו. שטף נחל חמורו וחמור חבירו, שלו יפה מנה ושל חבירו מאתים, והניח זה את שלו והציל את של חבירו, אין לו אלא שכרו. ואם אמר לו אני אציל את שלך ואתה נותן לי את שלי, חייב ליתן לו. ובגמ׳ שם קטז,א: וצריכא, דאי אשמעינן קמייתא, התם הוא דכי פירש יהיב ליה דמי כוליה, משום דבידים קא פסיד, אבל הכא דממילא, נימא אין לו אלא שכרו. ואי אשמעינן סיפא, הכא הוא דבסתמא אין לו אלא שכרו משום דממילא, אבל התם דבידים אימא אפילו בסתמא יהיב ליה דמי כולה, צריכא. ומבואר דבין גרם לעצמו נזק בידיים ובין נגרם הנזק מאליו שלא

הציל את שלו, אם לא התנה עם חבירו שיתן לו מה שנפסד, אין לו אלא שכרו. וכן פסק הרמב"ם גזילה ואבידה יב,ג, והמחבר בשו"ע חו"מ רסד,ג. ולפ"ז בנדו"ד אין לו אלא שכרו, שאינו כלום, ואין צריך לשלם הנזק שנגרם בהצלת ממון חבירו. ואין לומר ששכרו הוא ההפסד שנגרם לו, שהרי מוכח במשנה לחלק בין שכרו להפסד שנגרם לו. ושכרו בנדו"ד הוא שכר פעולה שהראה ת"ז שלו, וזו פעולה שאינה בעלת משמעות ממונית. אולם עדיין יש לדון אם חשיב כמי שלא יכל להתנות בפני המשטרה, ולכן יהיה דינה כמי שהתנה. וכן יש לדון כאן שהוא גם הצלת גופו ממאסר.

והראשונים הקשו על דין זה שאין לו אלא שכרו, הרי לכאורה אינו אלא מבריח ארי מנכסי חבירו, ומדוע יש לו שכרו. כך הקשו התוס' בכ"מ, עיין ב"ק נח,א (ד"ה א"נ), דאין לומר דאף שמן הדין היה פטור, מ"מ תקנת חכמים היא שישלם לו כדי שישיב אבידתו של חבירו, משא"כ פורע חובו אין לנו לעשות תקנה, דאי הוה מדעתו של המציל, הוה חשיב מבריח ארי ולא היה נוטל כלום, ואע"פ שהוא מציל חבירו מההפסד לא עשו תקנה. ותירצו התוס': "ונראה לר"י, דמבריח ארי שאינו נוטל שכר היינו כשאין הדבר ברור שיבא לידי הפסד, כגון שהארי רחוק ואין יודע אם יבא כאן הארי אם לאו, ואין מצילו אלא מדאגה ומן הפחד שדואג שמא יבא, אבל אם הדבר ברור שיבא לידי הפסד ולידי דריסת הארי או מציל מפי הארי עצמו, אז ודאי נוטל שכרו כמו שטף נהר חמור חבירו". הרי שהכל תלוי אם ההפסד ברור, דאם אין ההפסד ברור כ"כ, שיכול להיות שהארי לא יזיק וכד', אין לו אלא דין של מבריח ארי ואינו כלום, משא"כ כשמצילו מנזק מוכח. וכן הוא בתוס' ב"מ לא,ב (ד"ה אם), וכתובות קז,ב - קח,א (ד"ה חנן), וכ"כ הרא"ש (ב"ק ו,ו). ולפ"ז בנדו"ד דהוי נזק מוכח, שרצו לעצרו, יש לו שכרו, אבל מ"מ לא יותר משכר פעולה.

והרמב"ן (ב"מ ל,ב) כתב בחילוק בין משיב אבידה למבריח ארי, דאם אין חיוב על המציל להציל חבירו, דינו כמבריח ארי, ופטור חבירו מלשלם לו, משא"כ אם יש עליו חיוב, כמו בהשבת אבידה, שהטילה התורה עליו חיוב להשיב אבידה, כיון שהוא חייב להציל, יש לו שכרו, וז"ל: "ואיכא למימר כל היכא דלאו עליה רמיא לאברוחי ההוא ארי, אע"ג דאית ליה פסידא, פטור הלה, כיון דמדעתא דנפשיה עבד אחולי אחיל גביה דהיאך. א"נ דתלינן לקולא, כדאמרינן בירושלמי (כתובות יג,ב) מפייס הוינא ליה והוא מחיל לי. אבל היכא דעליה דידיה רמיא לאברוחי ההוא אריא, אע"ג דמדעתיה עבד, כיון דאית ליה פסידא, חייב לשלם, דלא רמו רבנן עליה לאברוחי אריא מנכסי חבריה כי היכי דליפסיד איהו". והיינו שכרו של משיב אבידה, שנותן לו שכרו כפועל בטל ולא כל שכרו, אף אם היה בטל מסלע. אמנם בהמשך דבריו תירץ הרמב"ן באופן אחר, וכתב דהוא העיקר, דהממון שמשיב לבעלים, הרי הבעלים מקבלים כעת ממון ממש, והרי זה כעושה מלאכה בשל חבירו, שנוטל מבעה"ב מה

שההנהו. משא״כ בפורע חובו, שאינו אלא מחילה וסלוק דחקו ממנו, אינו מקבל בפועל ממון ממש, ואינו אלא מבריח ארי.

והריטב״א (ב״מ לא,ב) כתב בבאור החילוקים, דין מבריח ארי, מתי אין לו אלא שכרו, האופן שיש לו כפועל בטל או כל הוצאות ונזק שנגרמו לו עד כדי דמיהן, וז״ל: ״דכללא דמילתא, כל שהוא מחוייב יותר לעשות ממה שעשה מפני מצות השבה או מידי אחרינא, הוא משתלם יותר. הילכך התם גבי כד של דבש, לא היה הוא מחוייב לשפוך יינו בידים כדי להציל ממון חברו, וכיון דגזים ועבד הכי והיו שם בעלים דאבדה, הוה ליה להתנות, וכיון שלא התנה, אין לנו להתנות בשבילו, ולפיכך אין לו אלא שכר טרחו כפועל דעלמא. אבל הכא שאינו אלא ביטול מלאכה וריוח שהיה לו לעשות, אע״פ שהיה פטור מליטפל באבדה משום אפס כי לא יהיה בך אביון, שלא חייבו הכתוב אלא כשהוא יושב ובטל, מכל מקום לא ויתר אלא שכר מלאכה שהיה לו להרויח, וכיון שהבעלים לא היו שם ולא היה יכול להתנות עמהן, ליכא למימר דמחל לגמרי. ומיהו כיון דפטור היה, יש לו להפסיד קצת, ונימא דמצוה בעא למעבד לפנים משורת הדין ומחל קצת שכרו, הילכך נוטל שכרו כפועל בטל של אותה מלאכה. וההיא דרועים ומקלות אינו דומה לאלו, דהתם לא עשה מדין השבת אבדה אלא מפני שמירה שקבל עליו, שנעשה שלוחו של בעל הבית וכדין שליח הוא עושה, שיש לו להשתלם כל מה שהוציא. וההיא דפורע חובו של חברו לא היה שליח כלל, וגם לא היה עליו שום חיוב מצות השבת אבדה, וכיון שכן הרי חבירו פטור לגמרי ואפילו שכר טרחו בעלמא לא יהיב ליה. וזו היא שיטה נכונה, וכבר כתבתי בזה שיטות אחרות בב״ק וגם בכאן בחדושין הארוכין שלי, ואין צורך״. מבואר מהריטב״א דאם לא היה חייב להציל אבידת חבירו, וגזים והציל באופן שאינו חייב, כמו שופך יינו להציל דבש חבירו, היה לו להתנות, ואם יכל להתנות ולא התנה, אין לו אלא שכרו. ומשיב אבידה באופן שאינו מחויב להפסיד מלאכתו, ולא היו שם הבעלים להתנות, יש לו מלא ההפסד עד כדי דמיהן, רק כיון דסו״ס מצוה קעביד, אמרינן דודאי מוחל קצת שכרו, ואין לו אלא כפועל בטל. וכאשר מציל ממון חבירו מכח חיובי שמירה, הרי הוא כשליח הבעלים, ויש לו כל הוצאות ששילם. ואף שבנדו״ד אפשר דחשיב כגזים ולא הו״ל למיעבד, מ״מ צ״ע אם נחשב כמציאות שיכל להתנות, שנאמר דהוה ליה לאתנויי, דלכאורה לא היה יכול במציאות זו להתנות עם חבירו בנוכחות השוטרים. ולענין פורע חובו של חבירו, שאינו אלא מבריח ארי, י״ל דכיון שאין לו עליו שום סרך חיוב, כמו בפורע חוב חברו או זן את אשת חבירו, הרי הוא מבריח ארי, משא״כ שומר אבדה ושופך יינו מפני דבשו של חברו ומציל חמורו של חברו ששוה יותר, צד מצוה יש כאן, ואינו בדין מבריח ארי. ויש בראשונים שפירשו הטעם בשומר שמקדם ברועים ומקלות, שיש לו כל הוצאותיו עד

כדי דמיהן, שהוא תקנת חכמים, עיין בתוס׳ הנ״ל ועוד ראשונים, דעבוד רבנן תקנתא כדי שיקדים ברועים ובמקלות. וע״ע בפנ״י (נח,א ד״ה בא״ד וא״ת) לענין שכר בטלה במבריח ארי.

וכאמור לעיל, בנדו״ד אינו יכול להתנות עם הבעלים או עם בי״ד. ולכאורה יש ללמוד מדברי הראשונים שאם אין הבעלים נמצאים במקום, ולא יכל להתנות בפניהם, שיש לו כל הפסדו מתקנת חכמים. עיין בתוס׳ ב״ק נח,א הנ״ל: ״ואין להקשות, בשטף נהר חמור חבירו למה אין לו אלא שכרו, למה אין לו כל הפסדו. דכיון דבעל חמור עומד שם, מה לנו לעשות לו תקנה שלא מדעתו, אם ירצה יתנה המציל לשלם חמורו״. ומשמע דבאופן שאינו יכול להתנות, כגון שאין הבעלים שם או בכל אופן שאינו יכול להתנות, חייב לשלם לו כל הפסדו מתקנת חכמים, שיציל ממון חבירו. וכן מפורש להדיא בדברי הרא״ש (ב״מ ב,כח): ״היינו טעמא, כיון שבפני בעלים הוא היה לו להתנות, ומדלא התנה הפסיד ולא יטול אלא שכר טורחו. ומינה שמעינן דאם אין הבעלים שם, צריך ליתן לו דמי חמורו״. ומבואר דכל היכא דאין הבעלים שם שיכל המציל להתנות, יש לו כל הפסדו. ולכאורה צ״ל דדין זה הוא לאו דוקא באין הבעלים שם, אלא אף אם הבעלים שם ואינו יכול להתנות, וכבנדו״ד שהוא בנוכחות המשטרה, הו״ל כאין הבעלים שם ויש לו כל הפסדו. וגם למה שתירצו עוד הראשונים, מובא גם בתוס׳, ועיין מרדכי (ב״מ תכז) ועוד, דכיון שבעל החמור שם היה יכול לומר הייתי שוכר פועלים להצילו, לא נראה דטעם זה שייך בנדו״ד.

וכדברי הראשונים הנ״ל, מבואר גם בנימוק״י (ב״מ טז,ב – יז,א מעמוה״ר): ״דכיון שהיה חבירו בפניו והיה יכול להתנות ולא התנה, איהו דאפסיד אנפשיה״, הרי שהכל תלוי באם יכל להתנות או לא. וכן מבואר ברבינו ירוחם (מישרים לא,ב בסופו), וכן כתב המאירי (ב״ק פא,ב): ״ויש מפרשים שאם לא היה שם בעל הדבש ועשה זה מעצמו, נוטל דמי יינו מתוך הדבש, הא אם היה בעל הדבש לשם ועשה זה כן מעצמו, הפסיד ואין לו אלא שכרו״. וכן הביא הטור חו״מ סי׳ רסד,ג, וכן פסק הרמ״א חו״מ רסד,ג, ועיין בסמ״ע שם ס״ק ז. ע״כ נראה דבנדו״ד שלא יכל להתנות, והציל חבירו הן מקנס והן ממעצר, צריך לשלם לו מה שהפסיד בכך שהטילו עליו את הקנס.

עוד נראה דבנדו״ד דהוי הצלת גופו, שהרי הצילו ממעצר, יש טעם נוסף לחייבו לשלם מה שהצילו. דהנה בגמ׳ ב״ק פא,א-ב מובאות תקנות יהושע בחלוקת הארץ, ובין השאר מובא שם התקנה, שהתועה בין הכרמים, מפסג ועולה מפסג ויורד, דההינו מנתק וכורת הזמורות המעכבות, ועולה או יורד עד שיגיע לדרכו, ואף חברו שראהו תועה, מפסג ועולה מפסג ויורד עד שמעלהו לעיר או לדרך שזה או כיוצא

בו השבת גופו הוא, שאדם חייב עליה בכלל השבת אבדה אחרת שנאמר והשבותו לו, שזו אבדת גופו. וכן איתא בסנהדרין עג,א: גופא, מנין לרואה את חברו שהוא טובע בנהר או חיה גוררתו או לסטין באין עליו, שהוא חייב להצילו, תלמוד לומר לא תעמד על דם רעך. והא מהכא נפקא, מהתם נפקא, אבדת גופו מניין תלמוד לומר והשבתו לו (קרא יתירא הוא למדרש, השב את גופו לעצמו – רש"י). אי מהתם הוה אמינא הני מילי בנפשיה (אם זה הרואהו יכול להצילהו יצילהו), אבל מיטרח ומיגר אגורי אימא לא, קמ"ל (לא תעמוד על דם רעך, לא תעמוד על עצמך משמע, אלא חזור על כל צדדין שלא יאבד דם רעך).

והרא"ש בסנהדרין ח,ב, כתב שהניצול חייב לשלם למציל מה שהוציא בעבורו בממונו:

"והניצול חייב לפרוע למציל מה שהוציא, דאין אדם מחויב להציל נפש חבירו בממונו היכא דאית ליה ממונא לניצול, כדאמר לקמן (עד,א) נרדף ששיבר את הכלים של רודף פטור, של כל אדם חייב, ואם היה מחויב להציל את הנרדף בממונו, א"כ יפטור משבירת הכלים, שהרי ממון חבירו מחויב להציל וברשות שברם כדי להנצל". וכן מבואר ברמ"ה שם (סנהדרין עג,א): "ומסתברא לן, דהיכא דטרח ואגר אגורי ואצליה, שקיל מיניה, דעד כאן לא חייביה רחמנא אלא למטרח בלהדורי בתר אגירי, אבל לאצוליה בממוניה לא, מדאמרינן אי מהתם הני מילי בנפשיה אבל מטרח ומיגר אגירי לא, קמ"ל, ולא אמרינן אבל בממוניה לא קמ"ל". וכן מבואר במאירי בסוגיא שם בסנהדרין, שחייב לשכור שכירים ופועלים ובקיאים באותן הדברים להצילו, וחברו פורע לו מן הדין, ואם אין לו במה לפרוע, אין למציל להימנע מלהצילו. וכן הוא במאירי (ב"ק פא,ב): "ודוקא על דעת שישלם שאסור להציל עצמו בממון חברו, אא"כ על דעת תשלומין". ודברי הראשונים הנ"ל, הרא"ש, רמ"ה ומאירי, נראה דמתיחסים למש"כ הרי"ף בסנהדרין שם (יז,א מעמוה"ר), דלא מבעיא אצוליה בנפשיה דחייב, אלא מיטרח ואגירי נמי חייב. וס"ל לרא"ש והרמ"ה, דאף דחייב לשכור להציל חבירו, מ"מ חבירו חייב לשלם מה ששכר בעבורו.

ולאחר מכן מצאתי בשטמ"ק (ב"ק קיז,ב בשם הראב"ד), שחייב לשלם למציל: "...

ואלו אבדת גופו תניא התועה בין הכרמים, מפסג ועולה עד שיצא לדרך או לעיר, ומאן לימא לן בהא שלא ישלם את פסידתו. ובאמת וברור משלם, שהרי אמרו נרדף ששיבר את הכלים לכל אדם חייב חוץ משל רודף, מאי טעמא, שאין לו להציל עצמו בממון חברו ואע"פ שהוא מסוכן, לפי שאין האונס ההוא בא לו מחמת בעל הכלים". והרשב"א (ב"ק פא,ב) כתב דלולי שאמרה הראב"ד, היה אומר שכל תקנות יהושע הינן בלא נתינת דמים, שע"מ כן הנחיל יהושע את הארץ, ואלו בנתינת דמים, למה לי תקנת יהושע, בלא תקנה נמי הדין כן שמציל עצמו ונותן דמים. ועוד, שכל אותן שנותן דמים, נאמר בהם מפורש שנותן דמים, כמו בקוצץ סוכו של חבירו להציל

נחילו שלו ונותן לו דמי סוכו, ונוטל דמי עציו מתוך פשתנו, ונוטל דמי יינו מתוך דובשנו. ואם היה הדין במפסג שנותן דמים, היה להם לומר שנותן דמי נזקו לבעלים. ועיין בשו״מ (קמא ח״א סי׳ קכד) מש״כ בבאור קושית הרשב״א על הראב״ד. וע״ע בקובץ שעורים (ב״ק צא) מה שהקשה על דברי הרשב״א. וכבר הקשה הסמ״ע תכו,א מדוע השמיטו המחבר והרמ״א דעת הראשונים שחייב לשלם למציל. וצ״ע שסמך על דברי הרשב״א, דהרשב״א גופיה לא כתב כן להלכה אלא להקשות, ולולי שאמרה הראב״ד. והמחבר אפשר שנקט רק דברי הברייתא, ולא הזכיר מדברי הראשונים על הברייתא, וצ״ע.

לאור האמור לעיל נראה דמי שנגרם לחבירו נזק בסיבתו, חייב לצאת ידי שמים, ולכל הפחות לחוש לשיטות שצריך לעשות כן, ואם אינו פורע, גזילה היא בידו, וירא שמים יחוש לכך ויפרע מה שנגרם נזק מחמתו, אף שבי״ד אינם יכולים לחייב. ואף אם יבוא מורה לחלוק שאינו חייב בדיני שמים כיון שלא כיון להזיק וכנ״ל, מ״מ ממידת המוסר ראוי ונכון לשלם לניזק מה שנגרם נזק מחמתו, אף אם אינו בבחינת חיוב בידי שמים. וכולם שותפים וערבים לתשלום הנזק.

ומי שהציל את חבירו ממאסר, ונגרם לו עצמו נזק כספי מכך, באופן כנדו״ד שלא יכול היה להתנות עם הניצול, חייב לשלם למציל מה שחויב.

סימן לז

מזיק ברשות

ראשי פרקים

א. המוציא תבנו וקשו לרה"ר
ב. אין דרכם של בנ"א להתבונן בדרכים
ג. רשות מצוה
ד. לשניהם רשות להלך
ה. נזק במשחק

נשאלתי מספר שאלות שענינן "מזיק ברשות":

במי שהניח סכך לאחר סוכות ברשות הרבים, והלך שם אחר ונתקל בענפי הדקל והחליק וניזוק, אם חייב מניח הסכך. טענת המזיק שיש לו רשות להניח סכך לאחר סוכות, ע"מ שיפונה ע"י העריה, וכן שעל הניזק להתבונן ולראות לא לדרוך על הסכך, בפרט שהיה זה באור יום, ואף בלילה הרחוב מואר.

ברחוב צר בו לא יכולים שני רכבים לנוע יחדיו במקביל האחד כנגד השני, אא"כ אחד הרכבים ירד מעט לשוליים, ונסעו שני רכבים נסיעה איטית האחד מול השני, וכ"א היה בטוח שהשני ירד לשוליים, ופגעו והזיקו האחד לשני. ויש הפרש בין שומת הנזק, דלאחד נגרם נזק בסכום מסוים, ולשני בסכום גבוה יותר (לבעלי שני הרכבים לא כדאי להפעיל את הביטוח, עקב השתתפות עצמית, ופרמיה נמוכה עקב העדר תביעות). וטוען מי שהזיק יותר, שאין לשום שני הנזקים, דהואיל ולשניהם רשות לנסוע במקום, שניהם פשעו ושניהם פטורים.

במשחק כדור, בעט אחד בכדור, ופגע בחבירו והזיקו. (וראה גם בסי' לה)

א. המוציא תבנו וקשו לרה"ר

תנן ב"ק ל,א: המוציא את תבנו וקשו לרה"ר לזבלים (שירקבו התבן והקש, ונעשים זבל לזבל שדות וכרמים – רש"י) והוזק בהן אחר, חייב בנזקו וכל הקודם בהן זכה. רשב"ג אומר, כל המקלקלין ברה"ר והזיקו, חייבין לשלם וכל הקודם בהן זכה (רשב"ג שמעיה לת"ק דלא קניס אלא שבחא, אבל גופא לא, כדקתני בברייתא בגמרא,

ואתא רשב״ג למימר דגוף נמי כל הקודם בו זכה. לישנא אחרינא, כל המקלקלין ואפי׳ עושין ברשות). מבואר מרש״י לל״ק דנחלקו ת״ק ורשב״ג אם קנסו גם לגוף או רק לשבח. ולל״ב נחלקו, אם הוציא זבלו ברשות, אם חייב לשלם ואם קנסו גופו או שבחו, דת״ק מיירי רק בעושה שלא ברשות, ואתא רשב״ג לומר שאפי׳ עושה ברשות חייב, וכל הקודם זכה. ובגמ׳ שם: לימא מתני׳ דלא כר׳ יהודה, דתניא ר׳ יהודה אומר בשעת הוצאת זבלים אדם מוציא זבלו לרה״ר, וצוברו כל שלשים יום כדי שיהא נישוף ברגלי אדם וברגלי בהמה, שעל מנת כן הנחיל יהושע את הארץ (שלא יהו מקפידין על כך). אפי׳ תימא רבי יהודה, מודה רבי יהודה שאם הזיק, משלם מה שהזיק. והתנן רבי יהודה אומר בנר חנוכה פטור מפני שהוא ברשות, מאי לאו משום רשות בית דין, לא משום רשות מצוה, דתניא רבי יהודה אומר בנר חנוכה פטור מפני שהוא רשות מצוה (משום רשות ב״ד דמצוה מיפטר, אבל ברשות ב״ד דלאו מצוה חייב). ת״ש כל אלו שאמרו מותרין לקלקל ברשות הרבים (כגון פותקין ביבותיהן וגורפין מערות), אם הזיקו חייבין לשלם, ורבי יהודה פוטר. אמר רב נחמן מתני׳ שלא בשעת הוצאת זבלים, ור׳ יהודה היא. רב אשי אמר, תבנו וקשו תנן, משום דמשרקי (דמחייב, דעדיין לא נעשו זבל וקשים הם ומחליקין בהן, וכי קאמר רבי יהודה בזבל קאמר, דמוציא אדם זבלו שאינו נוח להחליק כל כך).

והראשונים פסקו דלא כרבי יהודה, הן לענין היתר הוצאת זבלים והן לענין פטור המזיק, ויש שפסקו שמותר להוציא זבלים לרה״ר בשעת הוצאת זבלים, אולם פסקו דלא כוותיה לענין פטור אם הזיקו, וס״ל לראשונים שאם הזיקו, חייב מוציא הזבלים לשלם. כן פסק הרי״ף בסוגיא (יד,א מעמוה״ר): ״... ואפילו הכי ליתא לדר׳ יהודה דפטר בשעת הוצאת זבלים, דהא אוקימנא בסוף ב״מ בשיטה דאמר אביי רבן שמעון בן גמליאל ורבי יהודה ורבי שמעון, כולהו סבירא להו, כל שנתנו חכמים רשות והזיק פטור מלשלם, וכל כי האי גוונא לית הלכתא כחד מינייהו״. אמנם מדברי הרי״ף נראה דאף לענין רשות להניח זבלים, לית הלכתא כרבי יהודה (עיין בנימוק״י שם). אולם הרמב״ם בהל׳ נזקי ממון יג,טו, פסק: ״יש לכל אדם להוציא את הזבל והגללים לרשות הרבים בשעת הוצאת זבלים, ולצבור אותן שם שלשים יום כדי שיהיה נשוף ברגלי אדם, ואף על פי כן אם הזיק חייב לשלם״. ועיי״ש במגיד, דהרמב״ם פסק כר׳ יהודה במה שאמר שבשעת הוצאת זבלים מותר להוציא ברה״ר, ופסק דלא כוותיה לענין חיוב נזק, שר׳ יהודה פוטר כשהוזק בהם אדם, וקי״ל דחייב. ועיין בלח״מ (נזק״מ יג,טו), מה שהקשה על הסבר הכס״מ (נזק״מ ה,ג) בדעת הרמב״ם. וכדעת הרמב״ם נמצא ברא״ש (ב״ק י,טז), דאף דבב״מ קיח,ב העמידו את המשנה דלא כרבי יהודה. היינו לענין חיוב אם הזיק, דרבי יהודה פוטר והמשנה מחייבת, אולם לענין רשות להוציא זבלים בזמן הוצאת זבלים, לא נחלקה המשנה על ר׳ יהודה.

וכן כתב הרא"ש ב"ק ג,ז. ובהג"א העיר דהאו"ז הביא מהראבי"ה דאפשר דהלכה כרבי יהודה. ודברי הראבי"ה מובאים באו"ז ב"ק סי' קנה. ועיין עוד בב"ח רעד,יב מה שנו"נ בדעת הרי"ף. ומחלוקת ראשונים זו, הביא היש"ש ב"ק ג,טו: "... כי דוקא בזה אין הלכה כר"י, שהוא סובר אפילו אם הזיקו פטור מלשלם בשעת הוצאת זבלים כדמוכח בגמרא, אבל בהא דמותר לצוברן, הלכה כר"י. ומ"מ הזיקו חייבים לשלם, כהאי ברייתא דלעיל פותקין ביבותיהן כו'. ולא כר"ן שפסק לגמרי דלא כר"י, שאפילו בשעת זבלים אסור להוציא. וקצת משמע כן לקמן מלשון הרי"ף, בפרק הגוזל בתרא (מא,ב מעמוה"ר), וכן הבין אותו הרא"ש (י,טז), רק שחולק עליו וכתב שמותר להוציא כו'. ואני כתבתי שם, שלא עלה על דעת הרי"ף לאסור להוציא הזבל כו'. וכן פסק הרמב"ם (ה' נזקי ממון יג,טו) בהדיא כר' יהודא לענין זה". מבואר דס"ל ליש"ש כדעת הרמב"ם דשרי להוציא זבלים לרה"ר בשעת הוצאת זבלים, ורק לענין חיוב תשלומין, קיי"ל דלא כר' יהודה. ומזה יש ללמוד לנדו"ד, דאף אם מותר לו להוציא הסכך וכו', לאחר סוכות לרה"ר, מ"מ אם הזיקו חייב לשלם מה שהזיק.

ולכאורה יש להקשות על חיוב המזיק כשהוציא ברשות, מהא דאיתא ב"ק לב,א, על הא דתנן: שנים שהיו מהלכין ברה"ר, אחד רץ ואחד מהלך או שהיו שניהם רצין, והזיקו זה את זה, שניהם פטורין. ובגמ' שם: מתני' דלא כאיסי בן יהודה, דתניא איסי בן יהודה אומר רץ חייב מפני שהוא משונה, ומודה איסי בע"ש בין השמשות שהוא פטור מפני שרץ ברשות. א"ר יוחנן הלכה כאיסי בן יהודה. ובמאירי שם (לב,א) פירש: "וזה שאמרו בערב שבת רץ פטור, פרשו בגמרא מפני שרץ ברשות. ואע"פ שכל אותן שאמרו מותרין וכו', אם הזיקו חייבים לשלם, דבר זה כך פירושו שרץ ברשות, וכן דרכו ואין שם שנוי כלל". ונראה בכוונת דבריו, דיש רשות, שנותנים לו רשות לעשות מזיק, ויש רשות שמשמעותה שאין כאן מזיק כלל. דכאשר נותנים לו רשות להוציא זבלים, מתירים לו לעשות מעשה נזק, ומחייבים אותו בכל חיובי מזיק אם יזיק, ויכול לעשות את הוצאת הזבלים באופן שבסופו של דבר לא יזיק, אך אם יזיק, אף שנתנו לו רשות לעשות מעשה נזק, לא פטרו אותו מחובת תשלומין, וכל העושה נזק זה, יראה איך יעשה באופן שלא יהיה חייב בתשלומין. דכאשר מוציא זבליו, הרי הוא עושה בור, והתירו לו לעשות בור ברה"ר, והתקנה היתה להתיר לו את עשיית הבור, אך לא שרה"ר הינה כעת כרשות היחיד לענין חיוב תשלומים, והתירו לו לעשות בור ברה"ר, אך לא פטרו אותו מתשלומין, כיון שעצם המעשה הוא בור ברה"ר. אולם כאשר נתנו רשות לרוץ בע"ש בין השמשות, אמרו שכך היא הדרך לעשות בערב שבת בין השמשות, וע"כ אין בזה שינוי או מעשה נזק, וריצה הוי כהליכה, וכאשר רץ ואחד מהלך, והרץ לא עשה מעשה פשיעה אלא נתקלו זב"ז, פטור מלשלם, כיון שאין כאן מעשה של נזק.

אמנם בפסקי רי״ד (ב״ק לב,א), ביאר באופן שונה: ״ואע״ג דאמרן לעיל כל אילו שאמרו פותקין ביבותיהן וגורפין מערותיהן אע״פ שעושין ברשות אם הזיקו חייבין לשלם, הכא פטור, משום דהוה ליה לניזק לעיוני אנפשיה, אבל התם ליכא למימ׳ הכי, מפני שממלאין כל הדרך״. מבואר מהרי״ד דברץ בע״ש, על ההולך ברחוב לדעת שיתכן ויהיה מי שירוץ בדרך, דכך הוא הנוהג ומותר לרוץ, וע״כ צריך להזהר שלא יוזק, משא״כ בפותקין ביבותיהן, אינו יכול להזהר, כיון שכל הדרך מלאה מזבלו. ולכאורה יוצא מהרי״ד, שאם היה מוציא זבלו באופן שאין כל הדרך מלאה מזה, ויכול להזהר, יש לפטרו. ונפק״מ לנדו״ד, שאם הסכך אינו ממלא את כל המדרכה, היה לניזק להזהר.

עוד יש להקשות, מאי שנא ממי שחופר בור ברשותו סמוך לרשות הרבים, וחפר בור זה כדי להרחיב יסודות ביתו, דאם נפל מי מרשות הרבים לרשותו, נחלקו בגמ׳ ב״ק נ,א: החופר בורות שיחין ומערות ברשות היחיד ופתחו לרה״ר חייב, והחופר בורות ברה״י הסמוכה לרשות הרבים, כגון אלו החופרים לאושין (יסוד לחומת ביתו על פני כל רוחב הבית אצל רה״ר) פטור. ור׳ יוסי בר׳ יהודה מחייב עד שיעשה מחיצה עשרה או עד שירחיק ממקום דריסת רגלי אדם וממקום דריסת רגלי בהמה ארבעה טפחים. ובשו״ע חו״מ תי,ט, פסק: ״הבונה סמוך לרה״ר, רשאי לחפור לצורך היסוד אפילו להרחיבו לצד רה״ר, ואם הוזקו בו פטור, כיון שעשה ברשות״. והרשב״א שם בסוגיא הקשה, דחופר לאושין פטור מפני שעשה ברשות, מאי שנא מנר חנוכה לרבנן דמחייבי, ואם תאמר שחופר לאושין הוא תקנת העולם, שצריך לחפור כדי להרחיב יסודות ביתו, מאי שנא ממוציא זבלו לרשות הרבים, דאף בשעת הוצאת זבלים אם הזיק משלם מה שהזיק לרבנן דרבי יהודה. ותירץ הרשב״א: ״ואפשר דחפירת לאושין הוא יותר תיקון העולם וישוב המדינה, וכולה מדינה ניחא להו בהכי, דכלהו מצרך צריכי להא״. מבואר שהכל ענין של עצם התקנה, דאם מדובר בתקנה שהיא תיקון העולם וישוב המדינה כמו בחופר לאושין, תיקנו שיוכל לחפור ויהיה פטור מלשלם, אולם בהוצאת זבלים, שאין זה תיקון העולם וישוב המדינה, תיקנו להתיר, אך לא פטרוהו מלשלם. והכל תלוי בתקנת חכמים.

ועיין בזה מש״כ בתוס׳ הרא״ש (ב״מ קיח,ב): ״דס״ד דתנאי יהושע מהני לפטור מן ההיזק, ומשני מודה רבי יהודה שאם הזיק משלם מה שהזיק, ותנאי היה להתיר הוצאת זבלים ולא לפטרו אם יזיק״. וכן כתב הלבוש בע״ש תיד,א, שתנאי זה התנה יהושע כשהכניסם לארץ והנחילם אותה שלא יקפידו על זה, ומ״מ אם הזיקו חייב לשלם, שלא נתן להם רשות להוציאו אלא א״כ משמרו שלא יזיק אחרים. ובסמ״ע תיד,ו, חלק על הלבוש. דהלבוש ס״ל שיהושע לא התנה אלא ע״מ שיהא כל אחד משמר את זבלו, והסמ״ע סובר שיהושע לא תיקן שצריך לשמור אלא לשלם ההיזק,

שיהושע לא התנה שיהיה פטור מתשלומי היזקו, ולולי תנאי דיהושע היו מוחין, דלא ניחא ליה לאדם שיהא ניזק בשלו ואח"כ ישתלם הזיקו, וגם יצטרך לירד עמו בדינא ודיינא, עיי"ש. ומ"מ הרי שזה היה תנאי של יהושע, להתיר הוצאת זבלים בזמן הוצאתם, אך לא פטר אם יזיק. משא"כ בחופר לאושין שהיא סוג תקנה אחרת, ואינה מתקנות יהושע אלא תקנת חכמים. ולפ"ז כל תקנה של המדינה שהיא תיקון העולם וישוב המדינה, יהיה פטור מלשלם אף אם הזיק. (וע"ע בשטמ"ק שם אם דוקא לאושין פטור, או אף כגון אלו וכיוצא בהן).

וביש"ש ה,כא מבואר הטעם דחופר לאושין פטור: "וטעמא דלאושין דפטור, לפי שדרך לעשות כן ואינו פושע". ולכאורה מבואר דאינו בגדר תקנה, אלא דרך העולם להרחיב יסודות הבית בשטח הבית עד לגבול רה"ר, וכיון שהדרך לעשות כן, אין לו דין של פושע שבגרמתו נפל מרה"ר לבורו, והו"ל לבני רה"ר להזהר, דככל שכן הדרך לעשות כן, אין לו שם של מזיק, וכמש"כ הרי"ד הנ"ל, לענין מי שרץ בע"ש בין השמשות. ובסמ"ע תי,יד, מבואר טעם שונה בפטור חופר לאושין. הסמ"ע הקשה על פטור חופר לאושין, מדין מוציא זבלים, דאף שעשאו ברשות, אם הזיק חייב. וכתב לישב, דמוציא זבלים עושה ברשות הרבים עצמה, משא"כ בחופר לאושין עושה הבור ברשותו, וכן היא חפירה רק לשעה, ומיד אחר החפירה יחזור לסותמו באבני הבנין שיניח ביסוד חומתו. ולפ"ז יוצא דבכה"ג לא חשיב בור כלל, אלא טענה דעושה נזק, כיון שהוא לשעה, לא חשיב מזיק. ואפשר שהוא הטעם שהתירו לחפור לאושין ופטרו מחובת תשלומי נזק אם הזיק, דכיון שהוא לשעה וגם חופר ברשותו, התירו לו לחפור. ועיין בט"ז (חו"מ תי,ט) שהקשה על החילוק שעושה ברשותו ולשעה, דהא בנר חנוכה הוא עושה ברשותו ואינו אלא לפי שעה ואפ"ה חייב לרבנן, ונשאר בצ"ע, עיי"ש. ומ"מ נראה דלכל החילוקים, אינו דומה הוצאת סכך לאחר סוכות לרה"ר, לחופר לאושין, שאין הוצאת הסכך תיקון העולם וישוב המדינה, וגם עושה כן ברה"ר עצמה, על כן לא דמי לחופר לאושין אלא להוצאת זבלים.

[והנה על דברי הגמ' דאע"פ שברשות, אם הזיקו חייבים לשלם, הקשה התוס' שאנץ (הובא בשטמ"ק ב"ק ו,א), דמאי שנא ממפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס. ותירץ, דבנפילת אונס לא עשה ונתן את הנזק בידיים, משא"כ בהוצאת זבלים: "לא דמי למפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס דפטורי, כיון דהכא נתן את הנזקין בידים, אבל נשברה כדו ברשות הרבים והפקיר החרסים והזיקו פטור". ועיין מש"כ הגרב"ב (ברכת שמואל ב"ק סי' י), דכדי שיחשב כעושה בור, אין צריך שיעשה בדוקא מעשה של כריה, אלא צריך לכל הפחות פשיעה שבעטיה נכרה הבור, וכאשר לא פשע בכריית הבור, אין זה בורו. ולכן מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס, לא חשיב בורו, כיון שלא פשע בכרייתו, משא"כ בהוצאת זבלים שעושה בידיים, חשיב בורו, כיון שהמוציא

כרה הבור בהוצאת זבליו. ומה דחשיב בורו כשבא ע״י פשיעה, עיין בברכת שמואל שהביא לכך כמה ראיות. כך פירש הדין של אבנו סכינו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה, והזיקו בתר דנייחי (ב״ק ו,א), דהפשיעה חשיב ככריית הבור. וכן בור של שני שותפים, כגון שנים שעקרו חוליא בבת אחת והשלימו לעשרה, ששניהם ביחד עשו הבור, ובין לרבי ובין לרבנן חייבין במיתה וכ״ש בנזקין, אף שאינו אלא גרמא, והשני ודאי לא עשה מעשה של כריית בור, ומ״מ חייב מחמת הפשיעה, שבפשיעתו נוצר כאן בור. וכן מהמשנה ב״מ קיז,ב, בכותל ואילן שהיו רעועים, והתרו בו בי״ד ונפלו לאחר זמן ההתראה, שחייב לשלם. ועיין רמב״ם נזקי ממון יג,יט דחיובו משום בור. ושם הוי רק פשיעה, שלא שמע להתראת בי״ד. ומזה למד הגרב״ב דחיוב בור אף אם לא עשה מעשה כרייה אלא רק גרם בפשיעתו לבור, נמי חשיב בורו וחייב. ולכן בהוצאת זבלים, אף שמפקיר הזבל, דכיון שהוא הוציא ממונו בידיים למקום, הו״ל כמפקיר נזקיו אחר הנחתו במקום שלא היה לו רשות להניחו, דלענין החיוב הו״ל כמקום שאינו רשאי להניחו ולהפטר בהפקר, עיין בסמ״ע תיד,ב.]

ב. אין דרכם של בנ״א להתבונן בדרכים

על המשנה בריש המניח (ב״ק כז,א); המניח את הכד ברה״ר, ובא אחר ונתקל בה ושברה פטור, ואם הוזק בה, בעל החבית חייב בנזקו, הקשתה הגמ׳ שם כז,ב: אמאי פטור, איבעי ליה לעיוני ומיזל. ותירצו ארבעה תרוצים: אמרי דבי רב משמיה דרב, בממלא רה״ר כולה חביות. שמואל אמר באפילה שנו. רבי יוחנן אמר בקרן זוית (כשנכנסין ממבוי למבוי מן הצד, הניחה בצד המבוי אצל הקרן, וכשהחזיר זה פניו לא ראה אותה – רש״י). ובהמשך הגמ׳, אמר ליה ר׳ אבא לרב אשי, הכי אמרי במערבא משמיה דר׳ עולא, לפי שאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים (דלא תימא באפילה או בקרן זוית, אלא אפי׳ באורה פטור הנתקל, ודקשיא לך איבעי ליה עיוני ומיזל, אין דרך בני אדם להתבונן בדרכים). הוה עובדא בנהרדעא וחייב שמואל, בפומבדיתא וחייב רבא. בשלמא שמואל כשמעתיה, אלא רבא לימא כשמואל ס״ל. אמר רב פפא קרנא דעצרא הוי, דכיון דברשות קעבדי, איבעי ליה לעיוני ומיזל (קרן זוית הסמוכה לבית הבד. דהואיל וברשות קעבדי, שמנהגם היה כן, כשהיתה בית הבד מליאה בני אדם היו הבאים מושיבין כליהם ברשות הרבים וממתינין עד שיצאו אלו). ועיין בנימוק״י (יב,א מעמוה״ר), דקרנא דבי עצרי הוי תקנת רבים ולא סגי בלאו הכי, לכן מבעי ליה לעיוני ולמיזל.

וכתרוץ ר׳ עולא, שאין דרך בני אדם להתבונן בדרכים, פסק הרי״ף (ב״ק יב,א מעמוה״ר) דכן היא מסקנת הגמ׳, וכן פסק הרמב״ם נזק״מ יג,ה: ״המניח את הכד ברשות הרבים והלך המהלך ונתקל בה ושברה פטור, לפי שאין דרך בני אדם

להתבונן בדרך כשהן מהלכין, ואם הוזק בה, הרי בעל הכד חייב בנזקיו, ואפילו הפקיר הכד, שכל המפקיר נזקיו שאין לו רשות לעשותן מתחלה, חייב כאילו לא הפקירן". אולם במקום שהניחו ברשות, כמו בקרנא דבי עצרי, דרכו להתבונן, וכמו שפסק שם בה"ו: "הניח את הכד במקום שיש לו רשות להניחה שם, כגון מקום הקרנות של גתות וכיוצא בהן, ונתקל בה ושברה חייב, ואם הוזק בה המהלך, בעל הכד פטור, מפני שהיה לו להסתכל, ואם היתה אפילה או שמילא כל הדרך כדים, פטור על שבירתה, ואם נתקל בה הרי בעל הכד חייב, וכן כל כיוצא בזה". דאע"ג דלא קי"ל כשמואל דדרכן של בני אדם להתבונן בדרכים כשאינו אפלה, מ"מ מיניה נשמע שאם הניח את הכד במקום שיש לו רשות להניחו, באפילה אין דרך בני אדם להתבונן, ודינו כמקום שאין לו רשות להניחו שם (עיין בכס"מ שם). אולם הרי"ף לא פסק שקרנא דעצרא באפילה פטור, או בממלא רשות הרבים כלים, דס"ל לרי"ף שהטעם לפטור הוא רק מה שאמרו שאין דרכו להתבונן בדרכים. וכך פסק הרא"ש (ריש המניח, סוף הל' א), ממה שהקשתה הגמ', לימא רבא כשמואל סבירא ליה, מבואר דליתא לדשמואל, וכ"ש לדברי ר' יוחנן דקרן זוית, שאינו אונס כמו אפילה, וכיון דליתא לדשמואל ודר' יוחנן דהלכתא כוותיהו לגבי רב, כ"ש דליתיה נמי לדרב. ומשמע דלא ס"ל לפטור אלא מטעם אין בני אדם, ובמקום שמותר להניח, צריך להתבונן, ואין חילוק בין אפילה לאורה. וברבינו חננאל (ב"ק כז,ב) מבואר כרמב"ם, דכי הוה עובדא בקרנא דבי עצרי, דכיון דברשות קא עבדי, מחייבים לעוברים ושבים לעיוני ומיזל; "אבל זולתם, באפילה או בקרן זוית – לא, דאמרינן אין דרך בני אדם להתבונן בדרכים". וכן כתב בראב"ן (ב"ק ריש המניח). וביש"ש כתב להכריע, דאין חילוק בין אפילה לאורה, כדעת הרא"ש ולא כרמב"ם, דמהגמ' משמע דליתא לשמואל שמחלק בין אורה לאפילה, וכ"ש דליתא לר' יוחנן שתירץ בקרן זוית, דקרן זוית הוי פחות אונס מאפילה: "והטעם דבאפילה ליתא, משום כמו שאדם חייב בין ער בין ישן, ג"כ צריך לדקדק באפילה כמו אורה ... מסקנא דמלתא, נתקל בה ושבר פטור בין באפילה בין באורה, לפי שאין דרכו להתבונן בדרכים. ובקרנא דעצרי דעבדי ברשות. חייב ג"כ בין באורה בין באפילה, כדעת הרי"ף והרא"ש". ובטור חו"מ תיד,ב פסק כרמב"ם, דאם הוא אפילה שאינו יכול להסתכל ונתקל בו ושברו פטור. ועיי"ש בב"ח תיד,א מש"כ בזה.

והטעם שאין דרכו להתבונן בדרכים, עיין בנימוק"י (יב,א מעמוה"ר): "משום דאדם בעל מחשבות הוא, ואגב טרדא דליביה לאו אורחיה לעיוני ומיזל". וזה החילוק בין אדם לשור, דשור אינו בעל מחשבות, וצריך להתבונן יותר. וכן נמצא בפירוש המאירי (ריש המניח, כז,א); "שאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים מרוב מחשבותיהם וטרדת עניניהם. ואע"פ שבשור פקח שנפל לבור ביום אמרו איבעי ליה

לעיוני ומיזל כמו שיתבאר, טעם הדבר שאין השור ושאר הבהמות בעלי מחשבות כדי לומר בהם שאין דרכם להתבונן, אלא דרכם להתבונן". עוד כתב המאירי, דאדם מרובה במחשבות מצד שכלו, ואינו מתבונן בדרכים, וכשנתקל אינו פושע, ופוטרים אותו ומחייבים את המניח. אולם התוס' שם (כז,א ד"ה לפי) הקשו מהברייתא ב"ק נב,ב: ת"ש, נפל לתוכו שור חרש שוטה וקטן סומא ומהלך בלילה – חייב, פקח ומהלך ביום – פטור. ותרצו התוס', דשור עיניו למטה ומיבעי ליה לעיוני טפי מאדם. ולכאורה נובע מעצם צורת ההסתכלות, דאדם עיניו לאופק, ובהמה עיניה למטה. וכן כתב הרא"ש ריש המניח (ה"א), שכשאדם מהלך עיניו למעלה, ואינו מסתכל תמיד לפני רגליו.

ובשטמ"ק הביא תרוץ הראב"ד, המחלק בין סוגי תקלות, דיש תקלה שאדם חושב שתהיה בדרכים, כגון בור, ובזה אף שור מתבונן שלא יפול. אולם כד ברה"ר אינו מצוי, ואינו מעלה בדעתו להתבונן שמא יש כד ברה"ר. ולפ"ז אין חילוק בין שור לאדם. והרמב"ם (נזקי ממון יב,טז) כתב לחלק אף בבהמה בין מיתה לנזיקין, שאם נפל שור פקח ביום, פטור בעל הבור ממיתת השור, וחייב על נזקי השור. והראב"ד הקשה על הרמב"ם, מה חילוק בין נזק למיתה. וברב המגיד שם כתב לישב שיטת הרמב"ם, דשור פיקח מעיין ונשמר ממכשול גדול שיש בו סכנת נפשות, אולם אינו שומר עצמו בכל עת מן הנזיקין. ועיין ביש"ש ב"ק ה,מד, שכתב דנראין דברי הראב"ד, שאין לחלק בין בור למיתה או לנזיקין. ולכאורה למה שהביא בשטמ"ק מהראב"ד, יש חילוק בין סוגי הדברים שמתבונן, אם זה כד או בור, עיין לעיל. אמנם י"ל דמה שהביא בשטמ"ק אינו מהראב"ד אלא מהר"א אב"ד, שהוא רבו וחמיו של הראב"ד בעל ההשגות.

ובתוס' (ב"ק ו,א ד"ה לאתויי) מבואר, דאף שאין דרך בני אדם להתבונן בדרכים, כל זה בהליכה רגילה, אולם לענין שלא יבעט בתקלה בחוזקה, בזה דרכם להתבונן בדרכים, דרש"י שם מחק הגירסא בגמ'; אי בהדי דקא אזלי קמזקי, כחו הוא, דלא שייך לומר שהוא כחו, כיון שאין דרכם להתבונן בדרכים. אולם התוס' קיימו הגירסא, דלענין שלא ילכו בחוזק ויתיזו ויזיקו, דרכו להתבונן. וכן כתב הרא"ש שם (ב"ק א,א): "אע"ג דאמרינן לקמן בריש פרק המניח אין דרכו של אדם להתבונן בדרכים, היינו לענין זה שאם שבר כלי שהיה מונח לפניו בלא התבוננות פטור, אבל כולי האי אין לו להשתגע בהליכתו שיתיז הכלי ממקומו ויזיק דרך הליכתו, ופושע הוא בהיזק זה, ובעל התקלה פטור". ומבואר מהרא"ש שאם מתיז צרורות בהליכתו, לענין זה חשיב פושע. ומתלמיד ר"ת (שם ו,א) עולה דאין צריך כולי האי להחשיבו כפושע, אלא אינו אונס גמור, דאדם ההולך ומזיק וניזוק, כיון שאין דרכו להתבונן בדרכים הוי אונס גמור; "שזה היה אונס גמור מה שדרס על הכד, דלאו דרכיה לעיוני בהכי,

אבל להתיז צרורות [למרחוק] ובור המתגלגל, אין זה אונס גמור כל כך". ולא כתב שהוא פושע כמש"כ הרא"ש, מפני שאדם המזיק בכוחו, אף באונס חייב, ורק באונס גמור יש לפטרו.

והגר"י אברמסקי זצ"ל (חזון יחזקאל ב"ק ב,ו ד"ה בימות) הקשה, מדוע בפותקין ביבותיהן בימות הגשמים, אף שיש להם רשות, חייב בהיזקם, ובקרנא דבי עצרי פטור. וכתב לישב, דמה שנתנו חכמים רשות להניח ברשות הרבים ולהפטר מהנזק, דוקא במקום קבוע כמו קרנא דבי עצרי, וגם שדרכם להניח כליהם שם רק לפי שעה, עד שיצאו חבריהם מבית הבד ויניחו להם להכנס, אולם במקום שאינו קבוע, ובדברים שדרכם להניח לפעמים גם יום או יומיים, הגם שנתנו חכמים רשות להוציא, מ"מ קבעו ששמירתם על המניחים שיתחייבו בנזקיהם.

ומכל זה יש ללמוד לענין הוצאת הסכך, דלכאורה אף שהדרך להוציא סכך לרה"ר אחרי סוכות, אין זה דומה לקרנא דבני עצרי, דדוקא אם כל העת נתקל ברה"ר בחביות, כמו בקרנא דבי עצרי, שייך לומר שהיה צריך להתבונן בדרכים, אולם כאשר מניחים סכך, זעיר פה וזעיר שם, לא דמי לקרנא דבי עצרי, וע"כ גם בזה אמרינן שאין דרכם להתבונן, ובעל הסכך חייב. בפרט למש"כ בחזון יחזקאל, דדוקא מקום קבוע, ודוקא רגילים להניח שם לפי שעה, משא"כ בנדון הסכך, שמניחים במקומות שאינם קבועים, וגם לעיתים מונח שם יום או יומיים. וע"כ אין לפטור את בעל הסכך מנזק שארע מחמת הסכך.

ג. רשות מצוה

תנן במשנה ב"ק סב,ב: גמל שהיה טעון פשתן, ועבר ברשות הרבים ונכנס פשתנו לתוך החנות, ודלקו בנרו של חנוני והדליק את הבירה, בעל גמל חייב. הניח חנוני נרו מבחוץ, החנוני חייב. רבי יהודה אומר בנר חנוכה פטור. ובגמ' שם: אמר רבינא משמיה דרבא, ש"מ מדרבי יהודה נר חנוכה מצוה להניחה בתוך עשרה, דאי סלקא דעתך למעלה מעשרה, אמאי אמר ר' יהודה נר חנוכה פטור, לימא ליה הוה ליה לאנוחה למעלה מגמל ורוכבו. אלא לאו ש"מ מצוה להניחה בתוך עשרה. אמרי, לא לעולם אימא לך אפי' למעלה מעשרה, מאי אמרת אבעי לך לאנוחה למעלה מגמל ורוכבו, כיון דבמצוה קא עסיק, כולי האי לא אטרחוה רבנן. ובבאור דברי ר' יהודה, כתב הרשב"א: "כלומר ברשות דמצוה, וכדאמרינן בפרק המניח את הכד גבי המוציא את תבנו. ומיהו לא כל מוציא ברשות מצוה פטור, שאלו עשה סוכה דמצוה על פתח ביתו מבחוץ, והוזקו בו חייב, כדאיתא בירושלמי, כגון אלו שעושין סוכות בפתח חנויותיהם בחג מפני שהוא רשות, ובא אחר והוזק בו חייב, אלא כי קאמר ר"י בנר

חנוכה שהוא מצוה להניחה על פתח ביתו, משום פרסומי ניסא". מבואר מדברי הרשב"א, דדוקא אם המצוה באופן שהיא גורמת את הנזק, כמו נר חנוכה שמצוה להניחה בחוץ, בזה ס"ל לר"י דפטור, דכיון דהרשות הינה מכח המצוה, יש לפטרו. משא"כ אם עשה סוכה בפתח חנותו, כיון שאין הכרח לעשות סוכה דוקא ברשות הרבים, אין כאן רשות מצוה שפוטרת אותו, אם ניזוק אחר מסוכתו. ומזה שנדחק הרשב"א להעמיד דברי הירושלמי כדברי ר"י, אפשר דהכי ס"ל, דכל רשות מצוה פטור, ודוקא כגון נר חנוכה, שהמצוה הינה להעמידה ברשות הרבים משום פרסומי ניסא. ועיין במש"כ החת"ס (סוכה לא,א) והשו"מ (קמא, ח"א סי' קכו) בבאור החילוק בין סוכה לנר חנוכה בשיטת הרשב"א, דבסוכה עביד ברשות, אך אין חיוב לעשותו דוקא ברה"ר, משא"כ נר חנוכה שמחוייב להניחה דוקא בפתח ביתו.

ובמאירי בסוגיא מבואר שהעמיד הירושלמי כדברי חכמים החולקים על ר"י, דס"ל דאין חילוק בין רשות למצוה, והירושלמי כתב דבריו אליבא דחכמים דקיי"ל כמותם, וז"ל: "ור' יהודה אומר בנר חנוכה פטור מפני שברשות בית דין עשה, ולא עוד אלא שהוא רשות של מצוה, ואינו בכלל אותם שאמרו פותקין ביבותיהם וכו' בימות הגשמים אע"פ שיש להם רשות, אם הזיקו חייבים לשלם, ולדעת חכמים אף ברשות מצוה אומרים כן, והלכה כדבריהם. וזהו שאמרו בתלמוד המערב, אלו שעושים סוכתם בפתחי חנויותיהם מבחוץ, הוזק בה אדם חייבים". הרי שביאר דהירושלמי אינו כר"י, ולכן ס"ל דבסוכות חייבים, אולם לשיטת ר' יהודה, גם בסוכות יהיו פטורים, לפי שיטת המאירי, ולא כרשב"א דס"ל דלר"י בסוכות חייבים, ורק בנר חנוכה פטור.

וברמב"ם (נזקי ממון יד,יג) מבואר דאף בנר חנוכה חייב, מפני שהיה לו לשמור, וז"ל: "גמל שהוא טעון פשתן ועובר ברשות הרבים, ונכנס פשתנו לתוך החנות ודלקה בנרו של חנוני והדליק את כל הבירה, בעל הגמל חייב מפני שהרבה במשוי, בין שעמדה הבהמה בין שלא עמדה. הניח החנוני נרו מבחוץ, החנוני חייב אף בדמי פשתן מפני שהניח נרו מבחוץ, ואפילו נר חנוכה היה לו לישב ולשמור". מבואר שפסק כת"ק, שאף בנר חנוכה חייב. וכן פסק הרמב"ם בפירוש המשנה בס"פ הכונס, דאין הלכה כר' יהודה. אמנם בריי"ף (שבת ט,ב מעמוה"ר), כתב וז"ל: "חנוני שהניח נר חנוכה מבחוץ, והוזק בה אחר פטור מלשלם, מפני שהוא נר של מצוה, והאי דקא מניחה מבחוץ, הואיל ומצוה לפרסם את הנס". ברם בנוסחאות שלנו שמוה בסוגריים עגולים, ובהגהות מא"י מחק הקטע הנ"ל, וכן בש"ג שם (אות ג) כתב דאין לומר דהריי"ף פסק כר"י, דאיך יפסוק הלכה כיחיד נגד רבים. ועוד, דא"כ למה לא הביאה במקומה בס"פ הכונס, וע"כ כתב דטעות הוא ביד המדפיס. גם הש"ך תיח,ה כתב דמשמעות הלשון, שאינו מדברי הריי"ף.

ובתורת חיים (ב״ק ל,א) הקשה, דלפי ר׳ יהודה שפטר רק ברשות מצוה, מדוע פטר במקלקלין, כגון פותקין ביבותיהן, אף שהם ברשות בי״ד, מ״מ אינו רשות מצוה. ותירץ, דאף דרבי יהודה מחייב ברשות בית דין, שאני הכא שע״מ כן הנחיל יהושע את הארץ, ולאו דוקא לענין זבלים בלבד אמרו כן, אלא הוא הדין לענין שאר מקלקלין כמו פותקין ביבותיהן וכו׳. וכן הוא בתוספתא ב״ק ב,ו, דלאו לענין זבלים בלבד אמרינן שע״מ כן הנחיל יהושע את הארץ, וכיון דמעיקרא לא ניתנו ערי ישראל אלא בתנאי זה, לכן פטור, אבל רשות ב״ד לא מהני למיפטר אלא א״כ מקום מצוה. ומ״מ ודאי בהוצאת סכך לאחר הסוכות אין משום רשות מצוה, ואין לפטרו אם הזיק.

המורם מהאמור לעיל, דבנדון מי שהוציא סכך לרשות הרבים, והחליק בהם אחר, שחייב מוציא הסכך בנזקיו, ואין מקום לפטרו, מאחר והיה לו להוציא באופן שלא יוזקו בהם העוברים ושבים.

ד. לשניהם רשות להלך

ובנדון שני הרכבים, שאחד בא מול השני ברחוב צר, וכ״א היה משוכנע שהשני ירד לשולים, ונתחכחו זה בזה, ויש הפרש בין הנזק שנגרם לאחד, לנזק שנגרם לשני. תנן בב״ק לא,ב-לב,א: זה בא בחביתו וזה בא בקורתו, נשברה כדו של זה בקורתו של זה פטור, שלזה רשות להלך ולזה רשות להלך. היה בעל הקורה ראשון ובעל חבית אחרון, נשברה חבית בקורה, פטור בעל הקורה, ואם עמד בעל קורה חייב. ואם אמר לבעל חבית עמוד פטור. היה בעל חבית ראשון ובעל קורה אחרון, נשברה חבית בקורה חייב, ואם עמד בעל חבית פטור, ואם אמר לבעל קורה עמוד חייב. ובנימוק״י ב״ק (טו,א מעמוה״ר) הקשה, מדוע פטורים כשהזיקו זה את זה, הרי קיי״ל דאף אם נתנו חכמים רשות, כגון הוצאת זבלים והזיק, חייבים, וז״ל: ״דכל שנתנו חכמים רשות והזיק חייב, שאני הכא שאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים״. מבואר שאם מדובר בהיכי תמצי שכן חייב להתבונן בדרכים, כגון בדרך נסיעה וכד׳, חייב לשלם. וכן יש ללמוד מדברי ריב״א (הביאו הרי״ד, מובא בשטמ״ק), דלענין שמירה, אין אדם מתבונן לשמור ביתו כל כך שלא יוזק. וכן במהלך ברשות הרבים אינו נזהר כל כך להתבונן בדרך שלא יוזק כמו שלא יזיק, משא״כ באדם הנושא חבית, הוא נזהר יותר שלא יוזק מבעל הקורה שלא יזיקוהו. ולפ״ז אם היה הנידון של זה בא בחביתו וזה בקורתו, כשכ״א נוסע ברכב, והזיקו זה את זה, כ״א חייב בנזקי שני, ומקוזזים הנזקים, ומי שהזיק יותר, חייב לשלם.

ועיי״ש בתוס׳ (לב,א ד״ה תרוייהו), דכשנושא קורה על כתיפו, אין לו רשות לרוץ, ולכן בעל קורה חייב. ומבואר גם במאירי, שאין פטור של אונס בנידון המשנה,

כיון שאין כאן תורת בור המזיק אלא אדם המזיק, ובאדם המזיק אין פטור של אונס, ורק אם הניזק פשע, יש לפטרו: "הרי אין כאן תורת בור כלל, שאין כאן תקלה ברשות הרבים, וחזר הענין לנזקי אדם, והדבר תלוי בפשיעת המוזק, ומתוך כך הוא אומר שבעל הקורה המזיק פטור, שלזה רשות להלך ולזה רשות להלך, והיה לו לבעל החבית להזהר שלא לפגוע בו. ואפילו היתה הקורה מחזקת כל רחב רשות הרבים, כגון שהיה ארכה הולך כנגד הרוחב, מ"מ היה לו להוריד חביתו לארץ". ובדרך זו פירש המאירי את דברי המשנה, שאם היה בעל הקורה ראשון ובעל חבית אחרון ונשברה החבית בקורה פטור, דכיון שהוא רואה את בעל הקורה מהלך בדרך בהלוך מתון, היה לו גם להלך במתון כהלוכו של ראשון, ולא למהר הלוכו יתר על הראוי. ואם היה בעל החבית מהלך כדרכו ואינו ממהר יתר על הלוך ראוי, והראשון עמד והשני לא הרגיש בעמידתו, ופגע בו בדרך הלוכו, בעל הקורה חייב, שלא היה לשני להעלות על לבו שיתעכב, הואיל ואין דרך נושאי משא להתעכב כשמשאם עליהם. ובגמ' איתא שעמד לנוח ממשאו, שאין זה דרך בני אדם לנוח ומשאם על ראשם, אולם אם עמד לתקן משאו, הואיל וכן דרך נושאי משא, היה לו לאחרון להרגיש בכך, ופטור בעל הקורה. ואף בשעמד ליפש אם הזהירו פטור. ואם היה בעל חבית ראשון ובעל קורה אחרון, ונשברה חבית בקורה חייב, שהיה לו להלך כדרך הראשון, ואם עמד בעל חבית הרי בעל הקורה פטור שלא היה לו להרגיש בעמידתו, ודוקא בעמד לפוש, אולם אם עמד לכתף חייב.

ומה שמבואר במאירי דכל שהולך כדרכו ואינו משנה, הוי סיבה לפטור, שאינו פושע, כן מבואר גם ברשב"א בסוגיא (לב,א); "שאילו היה בעל הקורה רץ, אע"פ שהטיח בעל החבית חביתו בקורה, היה חייב, לפי ששינה שרץ ובעל החבית מהלך כדרכו, וכדאמרינן לקמן רץ חייב מפני שהוא משנה". הרי שכל מי ששינה חייב. ובנדו"ד ששניהם נסעו כדרכם, אולם כיון שחייבים בכגון זה להתבונן בדרכים, חייבים שניהם אם הזיקו. וכן מבואר גם ברי"ד (ב"ק מח,ב), דמה שאדם מועד לעולם היינו דוקא באופן שהניזק לא פשע אנפשיה, אולם כשהניזק פשע אנפשיה, כגון באופן שהיה לבעל החבית להתבונן, כיון שהיו באים זה כנגד זה פטור. ואם היה בעל החבית ראשון ובעל קורה אחרון, שלא היה לו לניזק לעיוני, אף שבעל הקורה שבר החבית שלא בכוונה, מ"מ חייב, כיון שבעל החבית לא פשע, ובעל הקורה מועד לעולם.

וכאמור יסוד הפטור הוא מפני שאין דרכם להתבונן בדרכים. ודבר זה אינו שייך במי שנוהג ברכב, שעליו חלה חובת הזהירות, וחובה זו חלה על שניהם, ועל כן שניהם חייבים במותר, דהיינו מי שהזיק יותר ישלם את ההפרש בניכוי הנזק שנעשה לו.

ה. נזק במשחק

ככל שמדובר בבעיטה בכדור בצורה סבירה ומקובלת ולא מכוונת, שכך דרכם של משחקי כדור, ואם אחד נפגע, י״ל שידע שיכול להפגע במשחק זה, והוי כמחילה. תנן במשנה ב״ק לג,א: שני שוורין תמין שחבלו זה את זה, משלמין במותר חצי נזק ... וכן שני אנשים שחבלו זה בזה, משלמין במותר נזק שלם. והרא״ש שם בסוגיא (הי״ג) כתב דהמשנה מדברת שהתחילו שני השוורים בבת אחת, או חבל השני גם בראשון לאחר זמן, אולם אם אחד התחיל, המתחיל משלם חצי נזק והשני פטור, דכל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור, והוה ליה כמו בעטה מהלכת ברבוצה, דיש לשני לחבול בראשון כיון שהתחיל בו. וכן שני אנשים נמי מירי שהתחילו כאחת או אחר זמן, אבל אם התחיל האחד השני פטור. וכן הוא בנימוק״י שם (ב״ק טז,א מעמוה״ר). ומבואר שאף אם התחילו שניהם יחד, משלמים במותר, ולא אמרינן שמחל האחד לחבירו.

והרא״ש בתש׳ קא,ו (הביאו הטור חו״מ תכא,ז, והשו״ע שם ס״ה) נשאל בשנים שנתאבקו יחד, והפיל האחד את חברו לארץ ונפל עליו וסימא עינו של התחתון. והרא״ש כתב כמה טעמים לפטור את המזיק. טעם אחד מחמת היות המזיק אונס גמור, והביא ראיה מריש המניח, לענין שבירת הכד. עוד הביא ראיות דאדם המזיק פטור באונס גמור, מירושלמי (ב״ק ב,ח); היה ישן במטה ובא חברו וישן אצלו, הראשון פטור בנזקי שני. וכן מב״ק קיב,א, בהניח להם אביהם פרה שאולה וטבחוה ואכלוה, דמשלמין דמי בשר בזול, לפי הנאתם, אבל לא דמי כל הבשר, דהוי אונס גמור, שלא היה להם לידע שאינה של אביהם. וכן מב״ק לא,ב, היה בעל חבית ראשון ובעל קורה אחרון ונשברה חבית בקורה חייב, ואם עמד בעל החבית פטור. ובהמשך הוסיף טעם נוסף, דכיון שנאבקו זה עם זה מדעת שניהם, והזיקו זה את זה שלא בכוונה, יש לפטור, וז״ל: ״ותניא נמי בפרק המניח (לב,א), איסי בן יהודה אומר, רץ חייב מפני שהוא משנה, ומודה איסי בן יהודה ברץ בערב שבת בין השמשות שהוא פטור משום שרץ ברשות, ואם היו שניהם רצים והזיקו זה את זה שלא בכונה פטורין. וכן בנדון זה נתאבקו זה עם זה מדעת שניהם והזיקו זה את זה שלא בכוונה, כי הדבר ידוע כששניהם נתאבקו עיקר כונתם שיפיל האחד את חברו, וכשהאחד נותן על חברו אי אפשר לו לצמצם ולכוין שיפילהו בנחת כדי שלא יזיקו, כי בכל כחן מתאבקין וכל אחד מכוין להפיל חברו אם יזיקנו, ואדעתא דהכי נתאבקו יחד״. כלומר שניהם נאבקים מדעת, וכ״א רוצה להפיל את חבירו, אך אינו מתכוין להזיק אלא להפיל, ואינו יכול לצמצם להפיל ללא נזק, ועל דעת כן נאבקו. והמחבר בשו״ע חו״מ תכא,ה הביאו להלכה. אמנם בבדק הבית (ב״י חו״מ תכא) הקשה על הרא״ש, דבתחילה כתב טעם הפטור מפני שמזיק באונס גמור.

והראיות שהביא מהירושלמי, שבא חבירו לישן אצלו, וכן משנים שהיו רצים, אינן ראיה, דבנדון הרא״ש כ״א מתכוין להפיל את חבירו ועלול להנזק בנפילה. ומש״כ הרא״ש שעל דעת כן נאבקו זה בזה, היינו טעם מחילה, וס״ל לב״י דטענת מחילה אינה טענה, שהאומר לחבירו סמא את עיני קטע את ידי על מנת לפטור חייב. וכתב לחלק, בין כשהאחד מוחל לחבירו, לכששניהם מוחלים זה לזה. והסמ״ע תכא,י כתב בבאור דברי המחבר, שהם דברי הרא״ש הנ״ל, דכיון שכל אחד ידע שא״א לצמצם שיפילו דוקא באופן שלא יהיה בו היזק, הו״ל כנתיאשו ומחלו אהדדי, שאף אם יארע לאחד היזק, כיון שלא נתכוין חבירו להזיקו אלא שקרה לו דרך נפילתו שיהיה פטור. כמו בשנים שרצו והזיקו זא״ז, דכל הרץ ברה״ר יודע שגם לאחרים יש רשות לרוץ ברה״ר, וכאשר יפגשו שני רצים, דרכם להזיק זה את זה. והוסיף טעם אונס גמור. וציין הסמ״ע למש״כ בפרישה שעח,ח, דבשניהן רצין לאו משום מחילה לחוד הוא אלא משום דשניהן עשו מעשה בהזיקם, ולכן אף בלא רה״ר, כל שרצים זה כנגד זה פטורים בהיזקם.

ובתש׳ אחרת (קא,ה) נשאל הרא״ש, בחתן שיצא מחופתו, ויצאו עמו רעיו וקרוביו חוץ לעיר, ומהם רוכבים על סוסים, ואחד מרוכבי הסוסים פגע בפרד שעליו רכב החתן, ונגרם לחתן נזק, בהיות הפרד של נכרי. וטען המזיק שמאחר שהדבר ארע ברשות הרבים שכולם רשאים להלך שם ולרכב בסוסים, היה על הניזק לשמור עצמו. והשיב הרא״ש, דאין לפטור המזיק מחמת היותו מזיק ברשות הרבים, דאין לו לרוץ ברשות הרבים, לא מביעיא בעודו רוכב על סוס, גם ברגליו אין לו לרוץ, אלא באופן שיכול לעצור כשירצה, כ״ש רוכב על סוס אין לו רשות לרכב במקום שבני אדם הולכים או רוכבים, שמא לא יוכל לעמוד כשירצה, ואם רכב באופן שלא יכל לעצור, הרי הוא פושע. עוד הוסיף הרא״ש, דדין המזק הנ״ל הוא אדם המזיק, דכיון שהוא רוכב על בהמה והזיק בגוף הבהמה או באוכף שעליה, הרי הוא כמזיק בגופו. דמוליך הבהמה הוא המזיק, דהסוס ביחס לאדם הוא כדומם ביחס לבהמה, וכמו שאם בהמה תזיק באוכף שעליה, לא האוכף הזיק אלא הבהמה, כך רוכב על סוס, לא הסוס מזיק אלא רוכבו. ממילא יש חיוב על הרוכב לשלם מה שהזיק. ואם הנכרי יתבע יותר מהנזק, אין המזיק חייב לשלם אלא דמי הנזק, כיון שלא הזיק בכוונה, אינו צריך לפרוע עלילת העכו״ם. (ולענין חיוב לשלם עלילת עכו״ם, אם כיון להזיק, עיין בדגול מרבבה חו״מ סי׳ שעח, ש״ך עב סוס״ק מ). ודברי הרא״ש הובאו להלכה בשו״ע חו״מ שעח,ט.

ותנן במשנה סוכה מה,א לענין חיבוט ערבה: וחובטין אותן בקרקע בצדי המזבח, ואותו היום נקרא חבוט חריות. מיד תינוקות שומטין את לולביהן ואוכלין אתרוגיהן. ובתוס׳ שם (ד״ה מיד) הביא מרש״י, דהגדולים שומטים מידי הקטנים את

לולביהם, ואוכלים את אתרוגיהם של התינוקות, ואין בדבר גזל ולא משום דרכי שלום, אלא שכך נהגו בו מחמת שמחה. והוסיף התוס׳, דיש ללמוד מהמשנה לפרש״י; ״לאותן בחורים שרוכבים בסוסים לקראת חתן ונלחמים זה עם זה, וקורעין בגדו של חבירו או מקלקל לו סוסו, שהן פטורין, שכך נהגו מחמת שמחת חתן״. ועיי״ש עוד בתוס׳ שביאר באופן אחר מרש״י, דאין חוטפים מיד התינוקות, עיי״ש. ומ״מ מדברי התוס׳ מש״כ לדברי רש״י, משמע לכאורה דלא כרא״ש בתש׳. ויש לחלק, דנידון התוס׳ בבחורים שנלחמים זב״ז וכו׳, דמי למש״כ הרא״ש בתש׳ קא,ו, דהם נאבקים זה עם זה, ועל דעת כן נכנסו למאבק והוי מחילה אם יוזקו, משא״כ בנידון הרא״ש בתש׳ קא,ה, לא רצו על דעת להזיק זה לזה, ולכן אין לדמות דברי התוס׳ אלא לתש׳ הרא״ש קא,ו.

וכדברי התוס׳ נמצא גם באגודה שם (סוכה סי׳ מא); ״מכאן כתבו התוספות, כשרוכבין נגד החתן והבחורים מקלקלין זה לזה סוסיהן או קורעין בגדיהן, אין חייבין לשלם, כיון דלשמחה הם עושים. וכן פסקתי לפעמים בשבתות בחצר בית הכנסת כשמשחקים הבחורים ומכין זה את זה, ובלבד שלא יתכוונו״. וכן הוא במרדכי (סוכה סי׳ תשמג). ובזה י״ל דכיון ששניהם נכנסו על דעת משחק וכד׳, ואינם יכולים לכוון שלא להזיק יתר על המידה, מוחלים זה לזה, וכמש״כ הרא״ש בתש׳ קא,ו. ובזה אתי שפיר דלא יסתרו דברי הרא״ש אהדדי. דבתוס׳ הרא״ש (סוכה שם) כתב כדברי התוס׳, ובתש׳ כתב דחייב רוכב הסוס. וי״ל כמש״כ, דהם שני נידונים, אם רוכב על סוס והריץ הסוס, שלא היה בדעתם מלכתחילה להריץ, הרי הוא חייב, משא״כ כשכולם מריצים ומשחקים וכו׳, דעל דעת כן נכנסו לתחרות.

וראיה לדבר שאין סתירה בין מש״כ תוס׳ והרא״ש, למש״כ הרא״ש בתש׳ קא,ה.

דבשו״ע חו״מ שעח,ט, הביא המחבר את דברי הרא״ש: ״אם בא אחד רוכב בסוסו מאחרי חבירו, ופגע בסוס שחבירו רוכב בו והכה את הסוס, חייב לשלם כל מה שישומו בית דין שנפחת מחמת הכאה זו״. והרמ״א הוסיף על דברי המחבר: ״בחורים הרוכבים לקראת חתן וכלה, והזיקו זה את זה ממון חבירו דרך שמחה ושחוק, וכן בשאר דבר שמחה, הואיל ונהגו כן, פטורין״. ולכאורה הרי נראה שהרמ״א חולק על המחבר, דהמחבר פסק כרא״ש שפטור, והרמ״א כתב כדעת התוס׳ שחייב, ומדוע לא כתב הרמ״א ״ויש אומרים״. וע״כ י״ל דאין מחלוקת, דהרמ״א מירי שכולם עושים כן דרך שמחה, ממילא על דעת כן כולם עשו, שאם יוזקו בלא כוונה, יהיה המזיק פטור. והרא״ש מירי דאיתרע ואחד מהרוכבים הנהיג סוסו במהירות וכו׳, שלא שייכת הסברא הנ״ל, וע״כ חייב.

לאור האמור, הואיל ובנדו״ד הזיק תוך כדי משחק, ולא התכוין להזיק, וההיזק ארע כתוצאה מהמשחק בדרך המקובלת, אין לחייב את המזיק.

סימן לח

שריפה בדירה שאולה

ראשי פרקים

א. מדליק בשלו או בשל חבירו

ב. בדבר שאין דרכו להיות טמון שם

ג. מדליק ברשות בשל חבירו

ד. חיוב בדיני שמים

משפחה קבלה דירה לשהות למשך שבת. כתוצאה מהדלקה לא זהירה של נרות שבת, ארעה שריפה במטבח, והארונות העליונים נשרפו כליל, ובחסדי שמים מעבר לכך לא נגרם כל נזק. בארונות העליונים היו מספר מכשירים שאין דרכם להיות במטבח, שני מחשבי טבלט, מחשב ניד, נגנים, 2 טלפונים סלולאריים וכו׳. אבי המשפחה ששהתה בדירה שאל, שאף שמוכן לשלם כל נזק, אם חייב מעיקר הדין על שריפת הנ״ל, הואיל ואין דרך של מכשירים הנ״ל להיות במטבח, והואיל והיו בארונות סגורים, דינם כטמון.

א. מדליק בשלו או בשל חבירו

תנן ב״ק סא,ב: המדליק את הגדיש והיו בו כלים ודלקו, ר״י אומר משלם מה שבתוכו, וחכ״א אינו משלם אלא גדיש של חטין או של שעורין ... ומודים חכמים לר״י במדליק את הבירה שהוא משלם כל מה שבתוכה, שכן דרך בני אדם להניח בבתים. ובגמ׳ שם, אמר רב כהנא, מחלוקת במדליק בתוך שלו והלכה ואכלה בתוך של חבירו, דר״י מחייב אנזקי טמון באש ורבנן פטרי, אבל במדליק בתוך של חבירו, דברי הכל משלם כל מה שבתוכו (אין לו רשות והוי כמאבד בידים – רש״י). א״ל רבא, אי הכי אדתני סיפא מודים חכמים לר״י במדליק את הבירה שמשלם כל מה שבתוכה שכן דרך בני אדם להניח בבתים, לפלוג וליתני בדידה (בגדיש, ולשמעינן אע״פ שאין דרך להטמין בו חייב, הואיל והדליק לתוך של חבירו, וכ״ש בירה), בד״א במדליק בתוך שלו והלכה ואכלה בתוך של חבירו, אבל מדליק בתוך של חבירו דברי הכל משלם כל מה שהיה בתוכו. אלא אמר רבא בתרתי פליגי, פליגי במדליק בתוך שלו והלכה ואכלה בתוך של חבירו, דר״י מחייב אטמון באש, ורבנן סברי לא מחייב (ופטרי רבנן אפילו כלים שדרכן להטמין בגדיש, דהא גזירת הכתוב הוא דטמון באש

פטור. ור׳ יהודה מחייב אטמון, ובכלים ל״ש אותן שאין דרכן להטמין ול״ש אותן שדרכן להטמין), ופליגי נמי במדליק בשל חבירו, דר״י סבר משלם כל מה שבתוכו ואפילו ארנקי, ורבנן סברי כלים שדרכן להטמין בגדיש, כגון מוריגין (קרשים נקובים ובהן יתידות, ודשין בהן את התבואה) וכלי בקר, הוא דמשלם, כלים שאין דרכן להטמין בגדיש, לא משלם.

ומדברי רש״י נראה דבמדליק בשל חבירו, אין דינו כמזיק באש אלא אדם המזיק, דכיון שאין לו רשות להדליק אש בשל חבירו; ״הוי כמאבד בידיים״, והיינו אדם המזיק, וע״כ אין בו את הפטור של טמון. וכן נראה ממש״כ רבינו יהונתן (מובא בשטמ״ק בסוגיא): ״חכמים דפטרי אטמון, הני מילי בהדליק בתוך שלו לבשל תבשילו, ודי לקנסו במה שגלוי, שהרי ברשות הדליק ולא פשע כל כך, אבל במדליק את הבירה, כלומר שנכנס בחצר חברו שלא ברשות ובשל שם תבשילו ובאה רוח מצויה והדליקה את הבירה, מיחייב על כל טמון שבעולם, דלא משום אשו מחייבינן ליה אלא משום אדם המזיק בידים חשבינן ליה, ועל כל דבר שרגיל להצניע בבתים, כסף או זהב חייב, אם ידוע בעדים שיש שם כסף או זהב, פשיטא דחייב לשלומי, אלא אפילו ליכא סהדי אבל הוא טוען שהיה לו בבירה כלי כסף וכלי זהב, נאמן ובשבועה״. מבואר שאפי׳ לא הדליק בשל חבירו ממש, שלא הדליק את הגדיש, אלא נכנס לחצר חבירו לבשל תבשילו שלא ברשות, ומרוח מצויה נשרף הגדיש או הבירה, חייב מדין אדם המזיק, וע״כ לא שייך גביה פטור של טמון. וכן מבואר מדברי הראב״ד (מובא בשטמ״ק שם), דמדליק בתוך של חבירו, חייב הכל אף על הטמון, דמזיק בידים הוא ולא גרע מישן.

ובדברי רבינו יהונתן יש לבאר, דרבינו יהונתן כתב דמיירי שנכנס לחצר חבירו שלא ברשות, ובזה חייב מדין אדם המזיק, אף אם נכנס שם לבשל תבשילו ולא להדליק הגדיש. ואם נכנס ברשות לבשל תבשילו, מבואר לכאורה דאינו כמדליק בשל חבירו אלא מדליק בשלו, ובזה אם תבוא רוח מצויה ותדליק הבירה, יפטר בטמון, דאין דינו כאדם המזיק אלא אש שפטרה התורה. אולם אם חבירו יתן לו רשות להכנס לחצירו, אך לא נתן לו רשות לבשל תבשילו שם, י״ל דלענין חיוב אש הוי כשלא ברשות, והוי כמדליק בשל חבירו וחייב בטמון כדין אדם המזיק. והוא הדין אם נתן לו רשות להכנס לבשל תבשילו, והלך והדליק אש אחרת גדולה ושרף הבירה, דחשיב כלא ברשות, והו״ל כמדליק בשל חבירו, וחייב מדין אדם המזיק.

ולכאורה יש להבין, דאם נאמר שבמדליק בשל חבירו הוא מזיק בידיים, והיינו אדם המזיק, ולכן אין בו את הפטור של טמון, וממילא גם במדליק בשלו אין את הפטור של טמון, ואם אשו משום ממונו במדליק בשלו, איך נאמר שבמדליק

בשל חבירו יש דין של אדם המזיק, הרי רק ממונו הזיק. וראיתי לגרא״ל מאלין (חדושי רבי אריה ליב, סי׳ עג) שכתב לבאר, שבשונה מפטור של כלים בבור, דאף שיש תורת מזיק לבור כשניזוקו ונשתברו הכלים, התורה פטרה מגזירת הכתוב, אולם פטור של טמון, אינו בחיובים של אש אלא בעיקר המזיק של אש, שאינו נעשה כלל מזיק לגבי טמון, והוא פטור שפטרה אותו התורה מהפשיעה שפשע באש, דהפשיעה עושה אותו לבעלים על האשה ולממונו, והתורה קבעה כי ביחס לטמון, אין הוא בעלים על האש ואינו מזיק בממונו. דאש נעשית למזיק ע״י שני אופנים, או מחמת הפשיעה שפשע באי השמירה, דעל עצם ההדלקה אין לחייבו, כיון שהדליק ברשות, והחיוב הוא על הפשיעה. משא״כ במדליק בשל חבירו, החיוב הוא על עצם ההדלקה, וכל מה שפטרה התורה הוא על היות האש ממונו המזיק מחמת פשיעתו ולא על מי שמחויב על עצם ההדלקה, לכן לא שייך בחיוב על עצם ההדלקה פטור של טמון, דהתורה לא קבעה רק לענין מי שפשע ולא שמר, מה קמה בגלוי אף כל בגלוי, משא״כ כשהחיוב הוא על עצם ההדלקה. ועיין להלן בדברי הפנ״י ב״ק סב,א.

אולם מדברי התוס׳ נראה שדינו כמזיק באש, אך התורה לא פטרה בטמון אלא במדליק בשלו, ובשל חבירו כשהטמין מה שאין רגילות להטמין, אין זה פטור של טמון הכתוב בתורה, אלא מסברא, וז״ל התוס׳ שם (סד״ה אלא): ״וטעמייהו יש לפרש, דר׳ יהודה לא פטר בטמון כלל, ורבנן במדליק בתוך שלו פטרי, כדמשמע קרא כי תצא אש, (ומשמע) דאיירי דמדליק בתוך שלו, אבל במדליק בתוך של חבירו, מחייב בדבר שדרכו להטמין, דלא אשכחן דפטר ביה קרא טמון. ובדבר שאין דרכו, פטרי מסברא, דלא אבעי ליה לאסוקי אדעתיה שיניח אדם ארנקי בגדיש״. דכל מה שמצאנו שפטרה התורה טמון באש הוא רק במדליק בתוך שלו ושרפה בשל חבירו, אבל במדליק בשל חבירו, לא מצאנו שפטרה התורה, דפטור טמון ילפינן מאו הקמה, מה קמה בגלוי וכו׳ (ב״ק ס,א), והיא בפרשת כי תצא אש ומצאה קצים, ונאכל גדיש או הקמה, והיינו שיצאה ממקום המבעיר לשדה חבירו, ולכן במדליק בשל חבירו, אף שאינו בפרשת אש של נאכל הקמה ע״י יציאת האש, מ״מ חיובו מדין אש, אך אין בו הפטור של מצאה קצים ונאכל הקמה, רק כשמטמין מה שאין דרכו, אין לחייב המבעיר, דלא הו״ל לאסוקי אדעתיה. וצ״ל דפטור של לא הו״ל לאסוקי אדעתיה היינו מפני דחשיב ממונו המזיק, אבל באדם המזיק, לכאורה אין פטור זה, משום דאמר ליה, מאי הוה ליך גביה דאזקתיה (עיין ב״ק סב,א). ועיין בחידושי הגאון ר׳ מאיר שמחה (ב״ק סא,ב). ועיין בחדושי רבי אריה ליב (לגרא״ל מאלין, סי׳ עג) שכתב לבאר בדברי התוס׳, דמוכרחים לבאר דבאש צריך שתהיה הפשיעה בדבר הניזוק, דצריך שיעשה היזק בדבר הניזוק, וממילא צריך לפשוע בדבר הניזוק, שזה עושה אותו למחייב באש (עיין לעיל), ולכן בכל מקום שלא הו״ל לאסוקי אדעתיה, חסר

פשיעה בדבר הניזוק, וכיון שחסר פשיעה בדבר הניזוק, לא נעשה מזיק עליו, והכריח כן מיסוד פטור טמון (עיין לעיל בהסבר דברי רש"י).

ומדברי התוס' שם מבואר, דאליבא דר"י במדליק בשל חבירו, אף במניח ארנקי בגדיש, אין לפטור, ואין את הפטור מסברא דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה: "ופליגי נמי במדליק בתוך של חבירו, דר' יהודה מחייב אפי' בארנקי בגדיש, ורבנן לא מחייבי אלא במוריגין של חבירו שדרכו להניח בגדיש, או ארנקי בבית שדרך להניח כל דבר בבתים". אולם מדברי הרשב"א דפטור טמון בדבר שאין דרכו להטמין, הוא גם אליבא דר"י, אך תוס' מיירי אליבא דרבא, והרשב"א כתב דבריו אליבא דרב כהנא: "מסתברא דהכי פירושו, מחלוקת במדליק בתוך שלו, שבזו לרבי יהודה דמחייב טמון באש, חייב אפילו על הכלים הראויין להיות בתוך הגדיש כמו מוריגין, וחכמים פוטרין אפילו על המוריגין, לפי שהתורה פטרה על הטמון באש, ואינו משלם אלא גדיש של חטים ושל שעורים בלבד. אבל במדליק בתוך של חברו, בזו לא נחלקו, שלא באש זה פטרה בו תורה את הטמון, דכי תצא אש אמר רחמנא, כלומר יצאה ממקום אחר ובאה ודלקה בגדיש של אחרים, אבל במדליק בתוך של חברו לא פטרה, והלכך בין לר' יהודה בין לרבנן חייב על הטמון הראוי להיות בתוכו, דהיינו מוריגין בגדיש או אפילו כלי כסף וארנקי בבירה, אבל ארנקי בגדיש אפילו ר' יהודה פוטר, שאינו חייב לעולם אלא על מה שראוי לתת לתוכו, וכדקתני במתני' מודים חכמים לר' יהודה במדליק את הבירה שהוא משלם כל מה שבתוכה שדרך בני אדם להניח בבתים, אלמא אין חכמים מודים אפילו במדליק בתוך של חברו דהיינו בירה אלא במה שדרך בני אדם לתת לתוכו, הא ארנקי בגדיש לא. ומדרבנן נשמע נמי לר' יהודה, שאלו ר' יהודה מחייב אפילו על ארנקי שבגדיש, וחכמים פוטרין בו מאי מודים דקאמר, דאין לומר מודים אלא בדבר ששוין בו שניהם במדה אחת, שאל"כ אפילו במדליק בשל חברו עדיין היא מחלוקת, א"ו לדעת רב כהנא לא נחלקו במה שאין ראוי לינתן בתוכו. ואקשי ליה רבא, אי הכי אדקתני סיפא מודים חכמים לר' יהודה במדליק את הבירה דהיינו ודאי בתוך של חברו, אמאי שינה מגדיש דאפליגו בה ונקט בירה, כיון שהדין אחד בגדיש כמו בבירה, דכאן וכאן בין למר ובין למר אינו חייב אלא על מה שראוי להיות בתוכו, לפלוג בגדיש עצמו ולענין מוריגין שבתוכו. אלא אמר רבא בגדיש עדיין היא מחלוקת ומש"ה לא הוה אפשר למנקט הודאה בגדיש אלא בבירה בלחוד, ובתרתי פליגי בגדיש, פליגי בארנקי, דאפילו ארנקי שאין ראוי לינתן בגדיש מחייב ר"י, ורבנן לא מודו לי' בהא, ואפילו במדליק בתוך של חברו, אבל בבירה שדרך בני אדם ליתן שם כל דבר חייב". מבואר מדברי הרשב"א דפטור טמון הוא דוקא באופן של כי תצא אש, ובדבר שאין דרכו להטמין והדליק בשל חבירו, נחלקו רב כהנא ורבא אליבא דר"י, אם פטור מסברא. ולמד דינו מדיוק דברי חכמים במשנה.

ועיין גם בפסקי רי״ד, דאליבא דרב כהנא, אליבא דחכמים, במדליק בתוך של חברו דברי הכל משלם כל מה שהיה בתוכו, שאין תורת טמון נוהגת היכא דהפריז והדליק בתוך של חברו, ומשלם הכל אפי׳ כלים שאין דרכם להטמין, ואע״ג דלא אדליק על גוף הגדיש ממש.

וכך נמצא בדברי הרא״ש (ב״ק ו,יג) שפסק כרבא, דאליבא דחכמים במדליק בשל חבירו, פטור בארנקי בגדיש, דאין דרכו להטמין ארנקי בגדיש: ״ודוקא במדליק בתוך שלו, דבהכי איירי קרא כי תצא אש, אבל במדליק בתוך של חבירו, כל דבר שדרך להניח בו, אם גדיש הוא, משלם מוריגין וכלי הבקר, ואם בית הוא, משלם כל דבר הטמון בתוכו, שכן דרך להניח בבתים כל דבר״.

גם צ״ל, דמה שפטרה תורה טמון, דוקא במדליק בשלו ויצאה והזיקה בשל חבירו, דכיון דכל פטור טמון הוא מגזירת הכתוב, לא גזרה התורה לפטור אלא במדליק בשלו, אבל במדליק בשל חבירו, גם ללא הסברא של אדם המזיק וכנ״ל, לא פטרה התורה, דכך היא גזירת הכתוב לפטור דוקא בכה״ג. כך מצאנו בדברי הגרא״ז (אבן האזל, נזק״מ יד,י): ״דכיון דקרא דאש כתיב במדליק מתוך שלו, כדכתיב כי תצא אש, לכן כמו דקיי״ל דמיעוטא דשור ולא אדם אינו אלא לענין מיתה ולא לענין נזקין, משום דקרא במיתה כתיב, ואף דעכ״פ ליכא קרא מיוחד לחייב באדם בנזקין וקרא דבור כתיב בשור, מ״מ אמרינן דכיון דמסברא צריך לחייב גם אדם, ורק דקרא ממעט אדם, אמרינן דקרא מעטיה ממיתה ולא מנזקין, כיון דקרא במיתה כתיב, וה״נ כיון דפטורא דטמון הוא גזה״כ, וכתיב במדליק בתוך שלו, אמרינן דדוקא במתוך שלו מעטיה קרא לטמון״. ועדיין י״ל, דלולי הסברא דבשל חבירו הוי כבידיים, מנ״ל לחלק דדוקא בכה״ג שמדליק בשלו, פטרה תורה בטמון, וע״כ צ״ל דבשל חבירו הוי כמזיק בידיים, ושונה ממדליק בשלו ועברה לשל חבירו, ולכן מה שאמרה התורה לפטור טמון, לא אמרה במדליק בשל חבירו, ואין לדמות ולהחיל הפטור על אופן זה שהדליק בשל חבירו.

ועיין בשעורי הגר״י גוסטמן זצ״ל (קונטרסי שעורים, ב״ק יג,כג), דפשוט וברור שגם במדליק בשל חבירו אין חיובו מדין אדם המזיק רק מדין אש, אלא כשכמדליק בשלו, אין כאן כלל מעשה מזיק של מבעיר, כיון שהדליק לצרכו ובהיתר, והרוח המצויה שהוליכה את האש לשדה חבירו, עשתה את האש למזיק. משא״כ במדליק בשל חבירו, הגם שהאש הולכת ע״י רוח מצויה, מיד שהדליק את האש מקרי מבעיר את הבעירה: ״ונראה פשוט דבשל חבירו לאו דוקא, אלא בכל מקום שאין לו רשות להדליק, זה מיקרי בשל חבירו״. ועיין להלן.

ב. בדבר שאין דרכו להיות טמון שם

ולאמור, אם יש לחייב במדליק בשל חבירו בטמון בדבר שאין דרכו להטמין, תלוי לכאורה אם החיוב מדין אדם המזיק או ממונו המזיק, רק כשבממונו המזיק אינו מדין אש של התורה, דהתורה פטרה אש שמדליק בשלו, אבל במדליק בשל חבירו הוי נזק אש, שאינו בכלל הפטורים שכתבה התורה בכי תצא אש, אלא הוי ממונו המזיק. וברמב"ם (חובל ומזיק ז,יח), כתב וז"ל: "לקח כיס חבירו והשליכו לים או לאש או שמסרו ביד אנס ואבד, בעל הכיס אומר זהובים היה מלא, והמזיק אומר איני יודע מה היה בו שמא עפר או תבן היה מלא, הרי הניזק נשבע בנקיטת חפץ ונוטל, והוא שיטעון דברים שהוא אמוד בהן, או אמוד להפקידן אצלו ודרכן להניחן בכיס וכיוצא בו. אבל אם אין דרכן להניחן בכלי זה, הוא פשע בעצמו. כיצד, הרי שחטף חמת או סל מלאים ומחופים והשליכם לים או שרפן, וטען הניזק שמרגליות היו בתוכן, אינו נאמן ואין משביעין אותו על כך, שאין דרך בני אדם להניח מרגליות בסלים ובחמתות, ואם תפש אין מוציאין מידו, אלא נשבע שמרגליות היו בה ונוטל ממה שיש אצלו, וכן כל כיוצא בזה". ולכאורה נראה דמה שפטור על המרגליות, מפני שאין דרך להיות שם מרגליות או שאינו אמוד, דאין מאמינים לו שהיו שם מרגליות, אבל אין את הפטור של טמון, אף שהוא מזיק בידיים, אין הניזק נשבע ונוטל אלא בדבר שהוא אמוד וכו', אבל בדברים שאין דרך להניח בשק או בכיס, אינו נאמן בשבועה. אלא שא"כ יש לבאר מש"כ הרמב"ם; "אבל אם אין דרכן להניחן בכלי זה, הוא פשע בעצמו", דלכאורה אף אם הניזק פשע, מה הו"ל גביה דמזיק דהזיקו. ונראה דכוונת הרמב"ם, דכיון שהוא עצמו פשע, לכן לא האמינו לו בשבועה, אולם בעצם החיוב, אם ודאי היו שם אותם דברים שאין דרך להטמין, חייב לשלם, דכל הנידון אם להאמין לניזק, אולם כשיש עדים שהיו שם אותם דברים, חייב המזיק מפני שהזיק בידיים. וכן נראה מדברי המגיד שם, שהביא דעת האחרונים הסוברים שככל שאין דרכו להניח שם, אף בשבועה אינו נוטל, דספיקא דגמ' הוא רק בספק אם דרכו להניח, אבל באין דרכו להניח, פטור המזיק. וממשיך המגיד: "ומ"מ אם יש עדים שאותו דבר שהוא טוען היה שם אע"פ שאין דרך להניחו, גובין מן המזיק וכו' ונותנין לניזק בלא שבועה, כך העלה הרשב"א ז"ל בזה, שלא כדברי התוספות". מבואר שדעת הרמב"ם דאם ודאי היו שם אותם דברים, גובה הניזק, והטעם, דהרי הוא מזיק בידיים ואין בו את הפטור של טמון.

אולם בדרישה (חו"מ צ,יז) מבואר דיש לחלק בין מזיק בידיים ממש, כגון מי שמזיק כלי של חבירו, לבין מי שמדליק גדיש, והיה בתוכו ארנקי, אף אם ידוע בעדים כן, כיון שאין דרכו להניח, לכ"ע פטור המזיק: "רצונו לומר בזה דמזיק בידים כי ההוא דבטש בכספתא דחבריה, העלה הרשב"א שלא כדברי התוספות, אבל במזיק

ומדליק כל הגדיש, כולי עלמא מודו כיון שאין מדרכן להניח, אף אם היו עדים שהניחן הניזק שם, פטור המזיק". מבואר שאין דין מדליק את הגדיש כדין מזיק בידיים, ורק אין בו את הפטור של טמון, ובהטמין דברים שאין דרכם להטמין שם, אין לחייבו, דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה, כיון שאין דינו כמזיק בידיים.

ומדברי הש"ך צ,טו, מבואר שחייב אף בגדיש, אם יש עדים מה שהטמין, אפי' הטמין מה שאין דרך להטמין, וז"ל: "ודוקא שהצית בבית חבירו נאמן הניזק בכל מה שיטעון, שכן דרך להניח כל דבר בביתו, אבל הצית אש בגדיש של חבירו אינו נאמן אלא בדברים שדרך להניחן בגדיש כמו מוריגין וכלי הבקר, אבל אם טוען שהיו בו שאר דברים אינו נאמן, עכ"ל הטור. ומשמע הא אם יש לו עדים, חייב לשלם אפילו בדבר שאין דרכו להניחו שם, והיינו כהירושלמי (ב"ק שם) שהביא הרא"ש סוף פרק הכונס, דביש עדים מודים רבנן לר' יודא". מבואר דאף בהצית בגדיש של חבירו, חייב ביש עדים, אף אם אין דרכו להטמין. ועיין מש"כ בשער המשפט צ,ו.

ובש"ך תיח,ו, כתב דמדברי המחבר בשו"ע חו"מ תיח,יג משמע, דדבר שאין דרך להטמין, אף אם יהיו עדים שהיו שם, פטור המזיק, שכך כתב המחבר: "אבל אם הדליק בתוך של חבירו, או אפילו בתוך שלו ולא כלו חציו, כגון שנפל הגדר מחמת הדליקה, חייב בדבר שדרכו להטמין בגדיש כגון מוריגים וכלי בקר, כמו שנתבאר בסי' צ', ובבית חייב על כל דבר, שדרך בני אדם להניח בבית כל כליהם וכל חפציהם ...". משמעות דברי המחבר שאם אין דרך להניחו, אפי' ידוע שהיו שם פטור. והקשה הש"ך, דמדברי המחבר חו"מ שפח,א משמע להדיא דבידוע שהיו שם, אפי' אין דרכו להניחם שם חייב. וכתב לחלק בין מזיק בידיים לבין מדליק אש בשל חבירו, ופשע ולא שמרו, דכיון שלא הדליק הגדיש בידיים באופן ששורף הגדיש, ורק הדליק בשל חבירו ולא שמרו, אין דינו כמזיק בידיים לחייבו אף על דבר שאין דרכו להטמין. והביא ראיה מדברי היש"ש (ב"ק ו,לב); "אבל אי הוי עדים, פשיטא דמשלם מאחר דמזיק בידים הוא, אבל מזיק בפשיעה לא משלם אפי' בעדים דבר שאין דרך להניח בו. ומדליק בתוך של חבירו נמי דפטרי רבנן כל מה שאין דרכו להניח, היינו דמדליק בידים, פשיטא שחייב על הכל". ובש"ך הוסיף דמירי במדליק בפשיעה, דבידיים חייב בכל, עיי"ש. ומ"מ מבואר דיש לחלק בין מדליק הגדיש עצמו, לבין מדליק בשל חבירו והתפשטה הדליקה, דלא חשיב מזיק בידיים לחייבו באין דרכו להטמין.

והגרא"ז (אבהא"ז, חובל ומזיק ז,יז-יח) כתב בבאור דעת הרשב"א הנ"ל, דאפי' הדליק בגדיש, כיון שלא שרף כל הגדיש ומה שבתוכו בידים אלא הדליק מצד אחד והאש הלכה ושרפה הכל, אין דינו כמזיק בידיים. והקשה הגרא"ז, מדוע לא יחשב

מזיק בידים כשהדליק בגדיש עצמו. וכתב דס״ל לרשב״א דאשו משום חציו ואינו חייב מיתה ולא הוי אלא כמו גרמי. ואפשר דאינו חייב אלא בכונה ולא באונס, ואין בזה את הסברא של מאי הוי ליך גבי דאזקתיה. דאף מי שהצית בגופו של עבד חייב מיתה, היינו משום דהיה העבד כפות ובודאי היה עומד שישרף משא״כ בהצית בגדיש, עד שישרף כל הגדיש אפשר שיבואו ויצילו מה שבתוכו, ולכן לא חשיב מזיק בידים על כל הגדיש. והקשה, דכל זה שייך באשו משום חיציו, והיינו במדליק בתוך שלו, אולם במדליק בגדיש, כיון דממילא ישרף כל הגדיש, ומה דאפשר להציל לא דמי לזרק חץ ותריס בידו, דהא הניח גחלת על לבו ומת פטור, על בגדו ונשרף חייב אף דאפשר לבעלים לסלקו משם, דאינו מחוייב לסלק והמזיק ישלם, א״כ מאי נפק״מ אם הניח גחלת על בגדו שאפשר לסלק, או הדליק את הגדיש שאפשר להציל מה שבתוכו. וכתב דאולי אפשר לחלק בין עושה מעשה בגוף אחד לשני גופים מחולקים, דבגד ועבד הוי שני גופים, וגדיש הוי גוף אחד.

עוד כתב הגרא״ז, דיותר נראה לחלק, דבהדליק בגדיש אף שנחשב לאדם המזיק, מ״מ הוי אונס, שהרי לא ידע כלל שנמצא שם הדבר שאין דרכו להניח שם, ואין זה כעושה מעשה בחפץ הניזוק, משא״כ בזרק הכספתא ובפועל עשה מעשה במרגניתא, דפעל בכח על כל הכובד שיש בכספתא וממילא גם על המרגניתא, נמצא דאינו אלא טעות שחשב שהכובד הוא מהכספתא עצמה, ובזה הוי כמו דינר זהב ואמר לה של כסף היא, דמאי הוי לך גבי דאזקתיה, דבמזיק לא שייך טענת טעות. עוד הביא מש״כ בפי״ד מהל׳ נז״מ לחלק, דבגדיש לא שייך מאי הוי לך גבי, כיון דלא ידע שמונח שם, ודוקא בדינר זהב דהטעות היא רק בשויו, אולם לדעת הרשב״א והרמב״ם י״ל, דכיון דעשה מעשה בגוף הדבר – בגדיש, ג״כ דמי לדינר זהב.

ובחזו״א (ב״ק ו,ה) כתב לחלק, דכל הפטור של דבר שאין דרכו להטמין הוא מחמת היותו אנוס, אולם כל זה במי שעושה מעשה שיש רגילות לעשותו, דבזה יש את הפטור של אונס, אך כאשר עושה מעשה שאין דרך לעשותו ומשנה ממנהג העולם, אמרינן מה היה לך להזיקני, ואף שאין דרך להיות שם ארנקי, כיון שמשנה ממנהג העולם היה צריך להעלות בדעתו אף דברים שיקרו באונס: ״והטעם דדבר שאין דרכו להטמין חשיב לרבנן כאונס, אלא היכי שהאדם משנה שעושה דבר היודע בעצמו שמזיק בזה את ממון חבירו, ליכא פטור אונס, דפטור אונס הוא שכך מנהגו של עולם, ואי אפשר להעמיס זהירות יתירה על בני אדם, והלכך אם עושה דבר שמנהגו של עולם, פטור על האונסין״. עוד הוסיף החזו״א, דפטור ארנקי בגדיש הוא באופן שהאש לא יכלה לעבור ולשרוף בירות, אולם אם האש עברה ושרפה גם את הגדיש וגם את הבירה, אף שהארנקי היה בגדיש, כיון שפשע לענין הבירה, מה לי הארנקי בגדיש או בבירה, וגרע מתחילתו בפשיעה וסופו באונס, עיי״ש.

והגר״י גוסטמן (קונטרסי שעורים ב״ק יג,לה בסופו) חקר אם הפטור של טמון הוא מחמת החפצא של הדבר הניזוק, וכמו שפטרה התורה כלים בבור, כן גזרה שטמון יהיה פטור באש (עיין לעיל בדברי הגרא״ז), או שהפטור הוא במזיק, שדבר כזה שהוא טמון, אין לו דין של מבעיר, דהתורה אמרה המבעיר את הבעירה, אולם כשהחפץ הניזוק הוא טמון, אין לראות במבעיר, מבעיר את הבעירה, וממילא אין לו שם מזיק. ונראה דנפק״מ תהיה לענין מי שמדליק בחצר חבירו. דאם הפטור הוא גזירת הכתוב, הרי שגזירת הכתוב לא שייכא אלא באופן של התורה, דהיינו מבעיר בתוך שלו. אולם אם בכה״ג אין לו שם של מזיק, ואינו מבעיר את הבעירה, אי אפשר לחייב מי שמדליק בשל חבירו, והיו טמונים בגדיש דברים שאין דרך להטמין, שהתורה גילתה דבכגון זה אינו מבעיר. דבשלמא אם יש דרך להטמין, כיון שהבעיר בשדה חבירו, הרי הוא מבעיר את כל מה שעשוי ורגיל להיות, וחשיב מבעיר את הבערה, אולם דבר שאין דרכו להטמין, אף שהבעיר בשדה חבירו, מ״מ אינו בכלל מבעיר. כן נראה לכאורה לומר נפק״מ בחקירתו. ועיי״ש באות לו – לז מה שהעלה, דאין הפטור דומיא דכלים בבור, אלא שאין אש נחשבת למזיק אלא על הגלוי ולא על הטמון. (ועיין להלן אות ד בדברי הגרב״ב).

ג. מדליק ברשות בשל חבירו

ומהאמור לעיל נראה, דאף אם מדליק בשל חבירו, אם הדליק ברשות או לצורך חבירו וכד׳, אין לו דין מבעיר בשל חבירו, ודין מבעיר בשל חבירו נאמר דוקא באופן שמדליק ללא רשות. כן יש ללמוד מדברי רש״י בסוגיא, על דברי הגמ׳ דבמדליק בתוך של חבירו, דברי הכל משלם כל מה שבתוכו, פירש רש״י, דאין לו רשות והוי כמאבד בידים. והיינו דבשל חבירו היסוד הוא שאין לו רשות להבעיר, ולכן הוי כמאבד בידיים. וכן מבואר מדברי רבינו יהונתן, המובא בשטמ״ק בסוגיא, דחכמים פטרו בטמון; ״הני מילי בהדליק בתוך שלו לבשל תבשילו, ודי לקנסו במה שגלוי, שהרי ברשות הדליק ולא פשע כל כך, אבל במדליק את הבירה, כלומר שנכנס בחצר חברו שלא ברשות ובשל שם תבשילו ובאה רוח מצויה והדליקה את הבירה, מיחייב על כל טמון שבעולם, דלא משום אשו מחייבינן ליה אלא משום אדם המזיק בידים חשבינן ליה״. דכל מה שעשה בלא רשות והדליק בשל חבירו בלא רשות, לא פטרה התורה בטמון, אולם מדליק ברשות בשדה חבירו, פטרה התורה בטמון.

ועיין ברבינו יהונתן על הרי״ף (ב״ק כה,ב מעמוה״ר): ״המדליק את הגדיש, לאו דוקא מדליק, דהא קא מפרש ואזיל דבהדליק בתוך שלו מיירי ולבשל תבשילו נתכון, אלא ע״י שלא שמר גחלתו ואשו נקרא מדליק, כדכתיב; המבעיר את הבערה, והיו בו כלים טמונים בתוך הגדיש ישלם כל מה שבתוכו ... אבל במדליק את הבירה,

כלומר שנכנס ברשות חברו שלא ברשות לבשל שם תבשילו ולא שמרה מרוח מצויה והובערה הבירה, אפילו רבנן מודו דמשלם ארנקי וטבעות הטמונים בתוכו, דכיון דמזיק בידים הוא ודרך העולם [להטמין] בבירתו ארנקי וכלי כסף וזהב, עליו היה לשמור את כולם". ומבואר דכל החילוק בין הדליק ברשות או לא ברשות, אלא מן הסתם דבשל חבירו אינו ברשות, אולם אם קבל רשות מחבירו, דינו כמדליק ברשות ופטור על הטמון.

והנ"ל מקור הפשיטות של הגר"י גוסטמן זצ"ל (קונטרסי שעורים, ב"ק יג,כג), דפשוט וברור שגם במדליק בשל חבירו אין חיובו מדין אדם המזיק רק מדין אש, אלא כשמדליק בשלו, אין כאן כלל מעשה מזיק של מבעיר, כיון שהדליק לצרכו ובהיתר, והרוח המצויה שהוליכה את האש לשדה חבירו, עשתה את האש למזיק. משא"כ במדליק בשל חבירו, הגם שהאש הולכת ע"י רוח מצויה, מיד שהדליק את האש מקרי מבעיר את הבעירה: "ונראה פשוט דבשל חבירו לאו דוקא, אלא בכל מקום שאין לו רשות להדליק, זה מיקרי בשל חבירו". דכל החילוק הוא בין מדליק ברשות או לא ברשות, ולא בין בשלו או של חבירו, דכל שהוא מדליק ברשות, אין נפק"מ המקום שבו הדליק, וכן לאידך גיסא, אם הדליק שלא ברשות, חייב ואין נפק"מ היכן הדליק.

ולעיל הובאה דעת הש"ך תיח,ו, שכתב לחלק בין מזיק בידיים לבין מדליק אש בשל חבירו, ופשע ולא שמרו, דכיון שלא הדליק הגדיש בידיים באופן ששורף הגדיש, ורק הדליק בשל חבירו ולא שמרו, אין דינו כמזיק בידיים לחייבו אף על דבר שאין דרכו להטמין. והביא שם ראיה מדברי היש"ש (ב"ק ו,לב), עיי"ש. וכן נמצא בפנ"י (ב"ק סב,א, בפרש"י בד"ה מאי), במש"כ רש"י דמבעיר אינו מזיק בידים אלא פושע. והקשה הפנ"י, מדוע במדליק בשל חבירו, דמזיק בידים הוא, פטרו חכמים בדברים שאין דרכן, ולא אמרינן מאי הוי ליך גביה וכו', עיי"ש. ובסו"ד כתב דבלא דקדוק לשון רש"י י"ל, דמדליק בשל חבירו אינו מזיק בידים ממש, דלא איירי שהדליק גדישו של חבירו בכוונה, אלא שהדליק אש בשדה חבירו שלא ברשות והזיקה מעצמה, דבכה"ג לא מיקרי אלא פושע, ושכן נראה מלשון הרמב"ם. ומבואר עכ"פ שאף במדליק שלא ברשות, אין דינו כמזיק בידיים אלא פושע.

ועיין בחזו"א (ב"ק ב,א), וז"ל: "נמצינו למידין, דכל שבא הרוח אח"כ, חיובו משום ממונו ופטור על הטמון, וכל שכן בלא שימר גחלתו ונטלה כלב או שנפל הנר, דברים שנתחדשו אחר שהדליק, אף שהמאורעות הן כמצויות, מ"מ אין כאן משום חיציו אלא משום ממונא. ונראה דבזה איירי הא דהדליק בשל חבירו, כגון שבא רוח מצויה אח"כ ... דאי בהיה כותל ונפל והו"ל לגדרה ולא גדר, לכאורה לא מקרי

מדליק בשל חבירו, כיון דהדלקה ראשונה לא חייבתו אלא מה שאינו גודר, וזה לא מקרי מדליק בשל חבירו, וצ״ע בזה״. והביא החזו״א שבמלחמות ס״פ הכונס מבואר דבשל חבירו איירי בנפלה הגדר, ושכן הוא בלשון הטור תיח,ח.

ומבואר מהרמב״ן (מלחמות ב״ק כו,א-ב, ובטור חו״מ תיח,ח), דכל פטור טמון הוא דוקא בכלו לו חציו, שהדליק בשלו ונפלה הגדר שלא מחמת הדליקה, אבל נפלה הגדר מחמת הדליקה, אפי׳ הדליק בשלו, אין את הפטור של טמון, וז״ל הטור: ״הלכתא טמון באש פטור שאם הדליק גדיש חבירו, אפי׳ שהיו טמונין בו מוריגים וכלי בקר שדרך להטמינם בגדיש פטור, ורואים מקום שהכלים טמונין כאילו היו שם שעורים או חטין כפי מה שהוא הגדיש וכך ישלם לו, בד״א במדליק בתוך שלו והלכה ודלקה בשל חבירו וכלו חציו, כגון שנפל הגדר שביניהם שלא מחמת הדליקה והיה אפשר לו לגדור ולא גדר, אבל אם הדליק בשל חבירו, או אפילו בתוך שלו ולא כלו חציו, כגון שנפל הגדר מחמת הדליקה, חייב בדבר שדרכו להטמין בגדיש, כגון מוריגים וכלי בקר, ובבית כל דבר שכל דבר רגיל להיות בבתים, ולא עוד אלא אפי׳ בכל מה שישבע בעה״ב שהיה בביתו, נאמן ונוטלן, והוא שיטעון בדבר שהוא אמוד בו שיהיה לו, או שיהיה רגיל להפקידו בידו״. ומבואר דהיכא דלא כלו חציו, חייב על כל דבר שדרך להטמין במקום שנשרף. וכן פסק המחבר בשו״ע חו״מ תיח,יג.

אמנם הגר״א שם בביאוריו (תיח,לג) כתב, דהרמב״ם וסמ״ג לא כתבו דפטור טמון הוא רק בכלו חיציו; ״ודבריהם נכונים, דודאי כל הסוגיות מוכיחין דטמון פטור בכ״ע, וכן באותו קרא שמחייב משום חציו פוטר טמון״. וכן היא דעת הרי״ף, כמבואר שם. ולפ״ז אין לחייב את המזיק בטמון, אם הדליק ברשות. בפרט בנדו״ד, כיון דבשעה שהדליק לא בערה האש, ורק אחר זמן, שקית הנילון שהיתה במרחק קטן בערה, ונפלה והבעירה מגבת שהיתה בסמוך למקום הנחת הנרות, ובכה״ג נראה דכלו לו חיציו, דמצד ההדלקה עצמה לא היה מקום לבערה שתשרוף את הארונות. ולפ״ז יש לפטרו על כל מה שהיה טמון בארונות, וחייב רק על הארונות עצמם.

והסתפקתי, האם נדו״ד הוא בגדר טמון. דטמון עליו דברה התורה הוא בגדיש של חבירו שטמונים בו כלים, והמבעיר לא היה אמור לדעת ולא ידע לפני הבעירה, שיש בגדיש כלים וכו׳. אולם בארונות במטבח, בהנחה שלא היו סגורים או נעולים, והאורח פתח את הארונות וראה מה שיש בתוכם עוד לפני הדלקת האש, לכאורה בכה״ג אינו טמון, דאף זה בכלל מה קמה בגלוי, דזה גלוי ורואה לפניו. אך יש להביא ראיה מהאחרונים דלא כמש״כ, דעיין להלן (אות ד) לענין אם המבעיר עצמו כיסה הגדיש כדי להפטר מחיובו, אם חייב בדיני שמים. ולמש״כ היה צריך להיות חייב אף בדיני אדם, כיון שהקמה היתה גלויה לפניו. אלא בהכרח דפטור

טמון הוא גזירת הכתוב, ואין חילוק בין ידע וראה קודם מה היה טמון, ובין לא ידע וראה.

ד. חיוב בדיני שמים

מעיקרא סברתי להביא ראיה דטמון פטור אף לצאת ידי שמים, מדלא הביאה הגמ׳ לחייב את המבעיר על מה ששרף טמון בידי שמים. ובגמ׳ ב״ק נו,א: אמר מר, הכופף קמתו של חבירו בפני הדליקה, דפטור בדיני אדם וחייבי בדיני שמים, היכי דמי, אילימא דמטיא ליה ברוח מצויה, בדיני אדם נמי נחייב, אלא דמטיא ברוח שאינה מצויה. ורב אשי אמר, טמון אתמר, משום דשויה טמון באש. מבואר לחייב את מי שכיסה קמת חבירו בטרם תבוא עליה האש ותשרוף את הקמה וכל מה שבתוכה, וע״י זה גרם לפטור את המבעיר מדין טמון, דחייב המכסה בדיני שמים (ועיין להלן אם כשהתכוין לטובה, אם חייב בדיני שמים, שנחלקו בזה הראשונים). ולכאורה, אם חייב בטמון בדיני שמים, חיוב המכסה בדיני שמים מותנה בכך שהמבעיר לא ישלם מה שחייב בדיני שמים, אולם אם ישלם, אין לחייב את המכסה, ומדוע הגמ׳ לא חילקה. וכן מדוע איצטריך לרבותא בהיכי תמצי רחוקה שכיסה קמת חבירו מפני הדליקה, היה לומר ולהעמיד שחייב בטמון עצמו. ומזה לכאורה היה נראה דבטמון פטור הן בדיני אדם והן בדיני שמים.

ובפרט נראה לפטור, לפי שיטת הראשונים המחייבים את המכסה קמת חבירו, רק בנתכוין להזיק, אבל כשהתכוין לטובה, פטור מדיני שמים. ומזה נלמד למבעיר, שלא התכוין להזיק, דפטור מדיני שמים. דבהמשך הגמ׳ הובאה צריכותא לכל אחד מהמנויים שפטורים מדיני אדם וחייבים בדיני שמים; הכופף קמתו של חבירו נמי, מהו דתימא לימא מי הוה ידענא דאתיא רוח שאינה מצויה ובדיני שמים נמי לא ליחייב, קמ״ל. ולרב אשי דאמר נמי טמון איתמר, מהו דתימא אנא כסויי כסיתיה ניהלך, ובדיני שמים נמי לא ליחייב, קמ״ל. וברש״י שם פירש, שכל מה שכיסה; ״שלא תבעיר בה האש מהר״. ומשמע שאף שהתכוין לטובה, חייב בדיני שמים. וכן מבואר שם בתוס׳ שם (ב״ק נו,א ד״ה כסויי), דאפי׳ במתכוין לטובה שלא ימהר לשרוף ויוכל להציל בעל הבית בתוך כך, מ״מ בדיני שמים חייב, דאיבעי ליה לאזדהורי ולאסוקי אדעתיה שלא יבא לו הפסד בכך. וכן מבואר בתלמיד הר״פ, הובא בשטמ״ק שם, דמה שהתכוין להציל מעט, אינה הצלה. ולכאורה גם לר״פ, אם היה היכי תמצי שכיסה בכיסוי חסין אש, אלא שארע ונשרף אעפ״כ, לכאורה יש לפטור, וצ״ע.

אולם מהמאירי מבואר דאם התכוין לטובה, פטור מדיני שמים, וז״ל המאירי (ב״ק נו,א): ״היתה דלקה מתפשטת ובאה, וטמן קמתו של חברו ונעשית טמון באש

ונפטר בעל הדלקה מתשלומיה, הרי יכול לומר שלטובה נתכון שלא יבער האש כל כך, ונמצא שאין כאן כונה להזיק ופטור מדיני אדם, ומ״מ חייב בדיני שמים אם היתה כונתו להפקיע את התשלומין״. מבואר דכשנתכוין לטובה, אין לחייבו לצאת ידי שמים. אולם מהמאירי עולה, כשלא התכוין לטובה וגם לא התכוין להזיק, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. וא״כ כשמבעיר אש לצרכו, והלכה ושרפה בשדה חבירו, קמה או טמון, אין ראיה לפטור בדיני שמים. וממילא אין ראיה מהראשונים הנ״ל לפטור מטמון.

ובשטמ״ק שם הביא מהרא״ה: ״אע״פ שכוונתו להזיק, אין מלאכה זו כדאי להתחייב עליה לשלם, ואפילו בדיני שמים קמשמע לן. הרא״ה ז״ל. והתוספות חולקים עליו. ומדברי הרב המאירי ז״ל משמע דסבירא ליה כפירוש הרא״ה ז״ל״. ולכאורה נראה דיש חילוק בין הרא״ה למאירי, דמהרא״ה נראה שאף אם התכוין להזיק, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, ומדברי המאירי נראה דמיירי שלא התכוין להזיק ולא התכוין להועיל. ודוקא מהרא״ה י״ל דכל מבעיר, שלא התכוין להזיק, וגם לא התכוין להועיל, יהיה פטור בטמון מדיני שמים, דלא מצאנו חיוב בדיני שמים אלא כשהתכוין להזיק, וזה לא שייך במבעיר. אולם מהמאירי מבואר, שכל שלא התכוין לטובה, אין לפטרו מדיני שמים. ומזה יש לעיין מה שכתב בשטמ״ק דדעת הרא״ה כדעת המאירי. וי״ל, דשוים לענין שדעתם דלא כתוס׳, דלתוס׳ בכל ענין חייב בדיני שמים, אף בהתכוין לטובה, ודעתם שוה בזה דפטור, כיון שהתכוין לטובה. אולם לענין אם לא התכוין לטובה ולא להזיק אם פטור מדיני שמים, נראה דבזה נחלקו הרא״ה והמאירי.

סוף דבר מצאתי שדנו האחרונים אם חייב בדיני שמים בטמון. בחידושי הרי״מ בסוגיא (ב״ק נו,א ד״ה תוס׳ כסויי) כתב, דמשמעות הגמ׳ שאם המבעיר עצמו כסה את הגדיש כדי להפטר מדין טמון, יהיה פטור אף מדיני שמים, שאל״כ תשמיע לנו הגמ׳ רבוותא שאם המבעיר כיסה, חייב בדיני שמים. ודחה; ״אך י״ל דגם דטמון פטור, מ״מ על כל פנים בדיני שמים חייב, דהא גרם הפסד״. מבואר מהרי״מ בחדושיו דחייב השורף טמון בדיני שמים, כיון שגרם הפסד. ועיי״ש עוד שדן, מה הדין אם היה טמון, וראה שבאה שריפה, וגילה הטמון לחייב המבעיר בדיני אדם, האם יהיה חייב בדיני שמים ביחס למבעיר. וכתב דאין לחייבו, בפרט שגם המבעיר עצמו, אף אם היה נשאר טמון, היה חייב בדיני שמים. ולפי סברתו זו יש לבאר, דהמכסה את הגדיש חייב בדיני שמים כלפי בעל הגדיש, אף שהמבעיר חייב בדיני שמים, דיש תוספת חיוב כלפי בעל הגדיש, אם עוד אחד חייב בדיני שמים. אולם אם גילה את הגדיש, ביחס למבעיר, אם יהיה חייב כלפיו בדיני שמים, צריך לומר שגרם לו נזק שיפצה אותו בדיני שמים, והרי לא גרם לו נזק כזה שהפיצוי בידי שמים יהיה מתאים, שממילא היה חייב המבעיר בדיני שמים, ומה יפצה אותו בכך. והרי״מ הוסיף דאינו

מוכרח, ולכתחילה נראה דאינו רשאי לגלות הגדיש, דמה חזית דממונא דבעל הגדיש סומק טפי, אף שע״י פשיעתו של המבעיר ניזוק בעל הגדיש. ומ״מ בעל הקמה עצמו נראה דרשאי לגלות הגדיש ולעשותו גלוי ולחייב המבעיר בידי אדם, כיון שע״י פשיעת המבעיר בא הנזק, ובעל הגדיש מתכוין לטובת עצמו. ומ״מ מבואר מהרי״מ דחייב על טמון בידי שמים.

ומדברי הגרש״ש בחידושיו לב״ק (על הסוגיא נו,א, סי׳ מא) נראה שפטור אפי׳ מדיני שמים. הגרש״ש הביא את שיטת הראב״ד שמוכר שט״ח לחבירו וחזר ומחלו, דחייב המוחל מדינא דגרמי רק כשהתכוין להזיק, אולם כשהתכוין להנאת עצמו, יש לפטרו. ובזה רצה לישב דברי רש״י בסוגיא, על דברי רב אשי טמון איתמר, משום דשויה טמון באש, פירש רש״י, שכסה קמת חבירו בסדינין כשראה דליקה אצלה, והוא לא שלח את הבערה. והקשו האחרונים על דבריו, מדוע נצרך רש״י לומר דאחד שרף ואחד עשה טמון, יכל לפרש דאותו אחד ששרף, אח״כ עשה טמון, וג״כ יהיה פטור מדיני אדם, דעל השריפה אין לחייבו, שהרי שרף טמון, ועל הפעולה שעשה את הגדיש טמון, אינו אלא גרמא. וכתב לישב לפי דעת הראב״ד, דלראב״ד אם המבעיר עשאו טמון, יפטר אפי׳ מדיני שמים, שהרי לטובה התכוין, ולכן צריך להיות פטור אף מדיני שמים: ״נוכל לומר דמשו״ה לא היה יכול רש״י לפרש באדם אחד, משום דבכה״ג היה צריך להיות פטור אפילו בדיני שמים, דהיכא חייב בדיני שמים בגרמא דוקא היכא דמתכוין להזיק, אבל היכא דהוא שרף והוא שויה טמון, לא נתכוין להזיק אלא לפטור את עצמו, אפשר להיות דעל אופן זה לא יהיה חייב אפילו בדיני שמים, משו״ה הוצרך רש״י לפרש דאחד שרף ואחד שויה טמון״. ואם נאמר שבטמון תמיד חייב בדיני שמים, מדוע יפטר בדיני שמים על פעולת ההטמנה, דלא גרע מעצם שריפה בטמון שחייב בדיני שמים. ומזה מוכח דס״ל לגרש״ש שבטמון פטור מדיני אדם ומדיני שמים, ורק היה ס״ד לחייבו על מה שהטמין, וע״ז כתב דלראב״ד פטור כיון שלטובה התכוין, אבל בעצם שריפת טמון, ודאי לכ״ע פטור אף מדיני שמים, הן לראב״ד והן לחולקים עליו.

וכך מצאתי לזקני הגרמי״ל זילברברג זצ״ל (זית רענן ח״ב טו,ב), דמה שמצאנו חיוב בדיני שמים הוא כשאיש אחר עשאו טמון באש וגרם להפסיד לחבירו בדבר שחייבתו התורה, ואף שמציל בזה את חבירו, כיון שהצלתו הינה שלא כפלס מאזני תורתנו הק׳, שהתורה חייבתו והוא נכנס בריב שאינו שלו וגרם לפוטרו, ולכן חייב בדיני שמים; ״ולהכי לא אישתמט חד מהפוסקים להשמיענו, שגם אם המזיק בעצמו שויא טמון באש שחייב בדיני שמים, אלא ודאי דבזה פטור אפילו בדיני שמים, משום שכוונתו להרויח לעצמו״. ולכאורה אין לחלק בין אם עשאו כעת טמון להיה טמון

מעיקרא, דאם חייב בטמון מעיקרא, מהיכי תיתי יפטר כשעשאו טמון כעת. אלא שהתורה פטרה מחיוב טמון, ואינו חייב בטמון אף בדיני שמים.

והחזו"א (ב"ק ה,ד) למד מדברי הגמ' דבשוגג אינו חייב בדיני שמים, דדוקא בכופף קמתו שהתכוין להזיק רק שאין ההיזק ברור, וכן בעשוהו טמון, יודע שאפשר שיגיע היזק לבעלים, אולם בקרוב לפשיעה כעין אבידה, אינו חייב בדיני שמים, כמו בעושה מלאכה במי חטאת ולא ידע שהם נפסלים, אינו חייב בדיני שמים, דאם חייב בזה בדיני שמים, לא נצרך לחדש בכופף קמתו כשטוען לא ידעתי דאתיא רוח שאינה מצויה. וכן מבואר בחזו"א (ב"ק ב,ו), דשויה טמון גרע ממבעיר ששרף טמון, דבשויה טמון יודע שהוא מפסיד לחבירו, ואפי' לשיטת התוס' דאפי' יש ספק הטבה לבעל הגדיש, שסבר שבכך לא ישרף הגדיש, מ"מ לא היה לו להכניס חבירו בספק הפסד, משא"כ מבעיר אש הוא שוגג. אולם בהיה לו לגדרה ולא גדרה, אפשר דחייב בידי שמים על הטמון, כמו במפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס: "ואפשר דהיכי דחייבה תורה לשלם ופטרה בדבר מן הדברים, כמו טמון באש וכלים בבור, פטור גם בידי שמים. ולפ"ז גם שולח את הבערה ביד חשו"ק, פטור מן הטמון אף בידי שמים, וצ"ע. (ועיין שו"מ, רביעאה, ח"ג סי' עט ד"ה ובזה נסתלקה, דנראה ג"כ דפטור בטמון בדיני שמים).

ולכאורה אפשר להביא ראיה דפטור אפי' בדיני שמים, מדברי השטמ"ק ב"ק סא,א.

על הא דאיתא בגמ' שם (נט,ב-ס,א): ויתאוה דוד ויאמר מי ישקני מים מבור בית לחם אשר בשער, ויבקעו שלשת הגבורים במחנה פלשתים וישאבו מים מבור בית לחם אשר בשער [וגו']. מאי קא מיבעיא ליה. אמר רבא אמר ר"נ, טמון באש קמיבעיא ליה, אי כר' יהודה אי כרבנן, ופשטו ליה מאי דפשטו ליה. ופירש רש"י שם, דמעשה בא לפניו במחנה ששרפו אנשיו גדיש של ישראל, ונצרך לשאול הלכה אם חייבין לשלם כלים הטמונים בתוכו כר' יהודה, או פטורין כרבנן. ובשטמ"ק סא,א הביא מה"ר ישעיה שהביא מקשים על דברי רש"י, דמדוע לא תירץ בהמשך הגמ' (סא,א) שלא רצה לפטרם אף דקיימא לן כרבנן: "ולאו קושיא, היא דודאי להנך דלעיל דאיסורא איכא ושרו ליה משום דהוה מלך, צריך לומר שלא רצה לשתותם, אלא הכא מאי איסורא איכא, דהא פטורא דהכא לאו משום דמלך הוא, מדלא מסיק אבל אתה מלך". ואם היה חייב בדיני שמים, ודאי לא היה רוצה לפטרם על דבר שחייבים בדיני שמים. ומזה נראה לכאורה דפטור אף מדיני שמים, וצ"ע.

והגרב"ב זצ"ל (ברכת שמואל ב"ק ב,ב) דן לענין שן ורגל ברה"ר, האם יש איסור על הבעלים ועונש בידי שמים על נזקי שן ורגל ברה"ר. ועיי"ש שהוכיח דשן ורגל ברה"ר התמעטו מדין ממונו ומדין שמירתן עליך, ולכן אין איסור בהיזקן

ופטור אף בדיני שמים. אולם פטור כלים בבור, יש איסור בעצם הנזק, והביא ראיה מהמשנה ב"מ קיז,ב, דמי שנפל כתלו לגינת חבירו ואמר לו פנה אבניך, בי"ד כופין לסלק האבנים. ולכאורה הוי רק בור, ובור פטור על הכלים, דהנזק של הבור (האבנים שעל הקרקע) הוא לקרקע, והוי ככלים שניזוקו בבור. ובע"כ י"ל דיש איסור לכתחילה, ולכן בי"ד כופין לסלק את הבור שלא יזיק את הקרקע: "ונמצא לפי מה שכתבנו, וכוונתי לדעתיה דמו"ר קדוש ישראל זיע"א, דבנזקי ממונו נאמרה הפרשה דלא ישמרנו, גם לענין עונש בידי שמים, דע"י דין דשמירתן עליך, נעשה גם מזיק לענין שיחשב מזיק ורשע בידי שמים ... והנה בשן ורגל ודאי דנתמעט מעיקר דין דממונו ואינו בכלל שמירתו עליך, וע"כ גם איסור ליכא. משא"כ מה שנתמעט בור לענין כלים ואש לענין טמון, בזה לא הוי המיעוט מעיקר דין דשמירתן עליך, ורק לענין חיוב תשלומין הוא דנתמעט, וע"כ ישנו בכלל איסור ועונש בידי שמים". מבואר מדברי הגרב"ב, דבטמון חייב עכ"פ לצאת ידי שמים.

והסתפקתי מה הדין בכעין נדו"ד, שנחלקו הפוסקים אם חייב לצאת ידי שמים, האם דינו ככל ספק ממון ולקולא, או כיון שהוא שאלה של חיוב לצאת ידי שמים ולנקות עצמו מהחטא, ראוי לו שיצא ידי שמים אם יש דעה כזו שחייב לעשות כן. ונראה דהדבר תלוי בב' הדעות באחרונים מהו לצאת ידי שמים. הישי"ש (ב"ק ו,ו), כתב וז"ל: "ומצאתי כתוב בתשובה וז"ל, נ"ל, היכא דאיתמר חייב בדיני שמים, אע"ג דאין לב"ד לכופו לשלם, מ"מ בדברים בלי כפייה יש לדוחקו, דאל"כ איך קאמר בפרק הכונס, גבי הטומן קמה של חבירו לפני הדליקה כו', מהו דתימא מצי אמר אנא כסויא כסיתיה, ובדיני שמים נמי לא לחייב, קמ"ל. ומאי קאמר, והא היודע מחשבות הוא יודע דעתו, אלא כדפי', עכ"ל. ולא נהירא לי, מדלא תירצו התוס' כך, ש"מ דלא ס"ל כלל. גם לישנא דדיני שמים לא משמע להיות חיוב אפי' במקצת בדיני אדם, אלא לעניין יוצא ידי שמים לחוד קאמר, וכן מצאתי בצפנת פענח, וז"ל, כל מקום שאמרו חייב בדיני שמים, אם בא, צריכין להודיעו, אין אנו יכולין לחייב אותך, אבל צריך אתה לצאת ידי שמים. כי דינך מסור לו, כדי שיתן אל לבו וירצה את חבירו ויצא ידי שמים". ולכן נראה דככל שדינו בכפיה בדברים, וכתש' שהביא הישי"ש, כיון דהוי מחלוקת הפוסקים, אינם יכולים לכופו בדברים. אולם למה שסובר הישי"ש, וכן מצא בצפנת פענח, שדינו מסור לשמים, והוא צריך לחוש לעצמו ולפייס את חבירו, הרי מן הראוי לו לחוש אפי' לדעות הסוברות שחייב בדיני שמים, אף שיש חולקים.

תבנא לדינא, שאין לחייבו לשלם על מה שהיה בארונות, אך עליו לדעת שיש מהפוסקים הסוברים שחייב לצאת ידי שמים, והחכם עיניו בראשו.

סימן לט

חפץ שנפל מהגג ברוח סערה

ראשי פרקים

א. רוח שאינה מצויה - פטור אונס או אין מזיק כלל

ב. השעה הקובעת לרוח מצויה - שיטת הריא"ז

ג. פטור אונס למ"ד משום חיצו

ד. רוח שאינה מצויה אם הוי אונס גמור

חפץ שהיה בגג, והיה קשור היטב, ובאחד מימי החורף, באה רוח סערה והעיפה את החפץ מהגג, ותוך כדי נפילתו גרם נזק. מדובר ברוח לא שגרתית, אמנם בחורף, אחת לכמה שנים, קורה בהחלט שתנשב רוח מעין זו במקום הנידון. בעל החפץ טען טענת אונס ורוח שאינה מצויה, ואילו הניזק טען שהיה על בעל החפץ להעלות בדעתו, שאם מדובר בחפץ שאמור להשאר בחורף, יתכן ותבוא רוח סערה מעין זו ותפיל את החפץ, והיה עליו להערך בהתאם, בפרט שחזאי מזג האויר הודיעו כי עלולות לנשב רוחות חזקות ביותר.

א. רוח שאינה מצויה - פטור אונס או אין מזיק כלל

והשבתי שרוח שאינה מצויה לענין פטור בנזקי אבנו סכינו ומשאו שהניחם בראש גגו, היא רוח שיכול לטעון עליה שהוא אנוס. רוח שמופיעה במקום אחת לכמה שנים, והחפץ אמור היה להיות בגג כמה שנים, שולל את טענת האונס. כמו כן, גם אם מדובר במעט רוח חזקה יותר מאשר רוח סערה של ימי החורף, הו"ל לאסוקי אדעתיה, אם מניח את החפץ וקובעו במקום לזמן ממושך, שהרי אי אפשר לצמצם, וצריך לקחת בחשבון אפי' רוחות שבאות במקום בזמנים רחוקים ביותר. כמו כן יש לקבל את טענת הניזק, שכיום שיש חזאים החוזים את מזג האויר, ואם הם התריעו על רוחות חריגות, היה על בעל החפץ להערך בהתאם, ולחזק את מיקומו בהתאם לחיזוי, או להורידו מהגג, וכבר אין בטענתו טענת אונס.

איתא בב"ק ג,ב: תולדה דאש מאי ניהו, אילימא אבנו סכינו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו. היכי דמי, אי בהדי דאזלו קא מזקי היינו אש, מ"ש אש דכח אחר מעורב בהן וממונך ושמירתו עליך, הני נמי כח אחר מעורב בהן וממונך ושמירתן עליך. וברש"י שם (ד"ה ברוח): דאי ברוח שאינה מצויה הוי אונס,

ולא מחייב, אבל ברוח מצויה הוי תולדה דאש, שהרי אש נמי הרוח מוליכה. ומבואר ברש"י דפטור רוח שאינה מצויה הוא מטעם אונס, דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה שיפלו ויזיקו, ולא היה צריך להעלות בדעתו שתבוא רוח שאינה מצויה ותפיל אבנו מראש הגג, משא"כ ברוח מצויה, היה לו להעלות בדעתו שיפלו ברוח מצויה. וכן נראה מדברי רש"י (ב"ק נו,א), לענין כופף קמתו בפני הדליקה, דרוח שאינה מצויה יפטר: דמידי דלא סלקא אדעתיה היא. ונראה דכל דבר שלא היה צריך להעלות בדעתו, הרי הוא אנוס.

ועיין ברשב"א שם (ב"ק ג,ב): "... מיד שהוא מדליק את האש, מצוי הוא להתערב עמו מיד כח אחר שמוליכו ומזיק. וכן הטעם באבנו וסכינו שהניחן בראש גגו, שמצויין ליפול ברוח מצויה". ומשמע לכאורה דחיוב רוח מצויה הוא מחמת היותו פושע בשמירתן, שמצוי להתערב בהם רוח מצויה ולהפילם. ולכאורה פטור ברוח שאינה מצויה, מפני שלא פשע בשמירתן, אף אם אינו אנוס. ומדברי הרשב"א (ב"ק כג,א) מבואר להדיא כרש"י. תנן בב"ק כא,ב: הכלב שנטל חררה והלך לגדיש, אכל החררה והדליק הגדיש, על החררה משלם נזק שלם, ועל הגדיש משלם חצי נזק. ובגמ' שם כג,א: מאן חייב, בעל כלב. וליחייב נמי בעל גחלת. בששימר גחלתו. אי כששימר גחלתו מאי בעי כלב התם. בשחתר. אמר רב מרי בריה דרב כהנא, זאת אומרת סתם דלתות חתורות הן אצל כלב. ומזה הטעם בעל הכלב חייב, דהו"ל לאסוקי אדעתיה שאין לו שמירה אלא בקשירה, אבל בעל גחלת שנעל הדלת בפני גחלתו פטור. והקשה הרשב"א, מדוע לא מחיב בעל הגחלת, כיון דתחילתו בפשיעה אצל כלבים, אף שסופו באונס: "עוד ק"ל, דהא בכולה מכילתין לא מחייבינן באשו אלא משום רוח מצויה, אבל היכא דלא אפשר דאזלא ומזקא ברוח מצויה פטור, ואמאי, ליחייב אפילו בדאזלא ומזקא ברוח שאינה מצויה, למ"ד מיהא תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב, דהא פושע הוא אצל כלבים. ונראה דלא אמרו רוח מצויה ורוח שאינה מצויה אלא במקום שאין כלבים מצויין שם". ומבואר דרוח שאינה מצויה הוי פטור של אונס. וכן מבואר ברשב"א (ב"ק כח,ב) שמחלק בין נזקי ממונו כאש לנזקי גופו, ברוח שאינה מצויה, דנזקי ממונו פטור באונס, משא"כ בנזקי גופו: "דהתם שאני, דנזקי ממונו הן דרוח שאינה מצויה והאונס פטור בהן, משא"כ בנזקי גופו". ומבואר דפטור רוח שאינה מצויה הוי פטור של אונס, וכמבואר לעיל בדברי רש"י.

ואיתא בגמ' ב"ק כב,ב, לענין מחלוקת רבי יוחנן ור"ל, דריו"ח ס"ל דאשו משום חציו, ור"ל ס"ל משום ממונו: ת"ש, השולח את הבעירה ביד חרש שוטה וקטן, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. בשלמא למ"ד אשו משום חציו, חציו דחרש הוא, אלא למאן דאמר אשו משום ממונו, אילו מסר שורו לחרש שוטה וקטן הכי נמי דלא מיחייב. הא אתמר עלה, אמר ריש לקיש משמיה דחזקיה, לא שנו

אלא כשמסר לו גחלת וליבה, אבל מסר לו שלהבת חייב, מאי טעמא ברי היזקא. ורבי יוחנן אמר, אפילו שלהבת פטור, קסבר צבתא דחרש קא גרים, לא מיחייב עד דמסר ליה גווזא סילתא ושרגא. ובתוס׳ שם (ד״ה חציו) הקשה, אם מסירת האש לחרש נחשבת כמו אש ורוח מצויה, גם לרבי יוחנן יש לחייב, דחציו של בעל האש, דלא גרע מהדליק אש והלכה ברוח מצויה, ואם מסירה לחרש אינה כרוח מצויה, א״כ גם לר״ל יפטר, ואינו דומה למסר שורו לחשו״ק, דאם מסירת האש לחשו״ק אינה כרוח מצויה, אין חייבים בה כלל: ״הא לא דמי למסר שורו, דהא כ״ע מודו דאין חייבין כלל על האש אלא ביכולה להזיק ברוח מצויה״. ותירצו התוס׳, דלריו״ח אין לחייב אלא באש שיכולה להזיק ברוח מצויה הרבה וקרוב לודאי היזק כעין חציו, ובמסירה לחשו״ק אין במעשה השולח קרוב לודאי היזק, ולכן בעצם המסירה אינו כחציו דבעל האש אלא חיצי החרש, משא״כ לר״ל, גם אם אינו מזומן כ״כ להזיק, חייב משום ממונו, כמו במסר שור קשור כראוי לחרש דחייב, דדרכו להתנתק ע״י עסקיו של חרש.

והנה ממש״כ התוס׳ דבאש ובלא רוח מצויה אין חייבין כלל, דייק הגר״נ פרצובין (ב״ק כב,ב אות קפג) שברוח שאינה מצויה אין הפטור מחמת היותו אנוס אלא אין כלל דין של אש המזיק, דלא כרש״י שכתב שהפטור מחמת אונס. ובהערות שם הביא דאחד מהתלמידים העיר דהתוס׳ מיירי באש המחוסרת ליבוי, אבל באש שרק מחוסרת הולכה, אפשר דהפטור מחמת אונס. והגר״נ השיבו דאין חילוק. וכן מבואר בחדושי הגר״נ (ב״ק ג,ב אות פ): ״מדברי רש״י מבואר דגם ברוח שאינה מצויה חשיב אש, וכל טעם הפטור הוא רק מדין אונס. והנה יש שרצו לומר דרוח שאינה מצויה לא הוי בכלל המזיק דאש כלל, ולא קרינן ביה המבעיר את הבעירה״. דלשיטת התוס׳ אין כאן אש המזיק, דאש לכשעצמה אינה מזיקה, וכמו מים שהם יסוד קיום האדם, ויכולים להיות מזיק, כך גם האש, בעצמותה אינה מזיקה, ורק כשיש רוח והיא שורפת מחמת הרוח, חידשה התורה שיש כאן חיוב נזק של המבעיר את הבערה, אולם כשהרוח אינה מצויה, במקומה עומדת שאין בה דין מזיק.

והגר״נ כתב לבאר מחלוקתם, לפי מה שביאר במק״א, דנחלקו רש״י ותוס׳ ביסוד חיוב התורה באש, דרש״י ס״ל דהמזיק הוא האש, וחידשה התורה, דאף שנזק האש נעשה בסיוע הרוח, מ״מ חייב על נזקי אשו. ולכן ברוח שאינה מצויה, אף שהאש שלו הזיקה, פטור מדין אונס. אולם לתוס׳ המזיק הוא הרוח, וחידוש התורה לחייב את בעל האש בנזקי הרוח, אך מה שחידשה התורה הוא רק ברוח מצויה, ברוח שאינה מצויה, אין חיוב כלל לחייב את בעל האש בנזקי רוח שאינה מצויה, וז״ל הגר״נ: ״והנראה בביאור הך פלוגתא, דהנה כבר נתבאר בכ״ד דאיכא מחלוקת בין רש״י ותוס׳ בגדר חיובא דאש למ״ד אשו משום ממונו, דרש״י ס״ל דהאש היא

המזקת (וכמש״כ רש״י לעיל, דהאש מאליה היא הולכת ודולקת למרחוק), ונתחדש בתורה דבעל האש מחויב אאשו כדין ממונו המזיק אף על גב שהרוח מסייעתו, אכן התוס׳ ס״ל דבפרשת אש נתחדש דמצינו לחייבו על פעולת הרוח גופא, דכיון דאיהו סמך את האש אצל הרוח ועשה שהרוח תזיק, מחייבינן ליה על פעולת הרוח גופא [ולשי׳ רש״י א״א לומר כן, דהא לשיטתו דלמ״ד אשו משום ממונו בעינן ממונו ממש, ליכא לחייבו על פעולת הרוח, דהא הרוח אינה ממונו, וע״כ שטעם החיוב הוא משום דהאש עצמה מזקת]. ונראה דבהא פליגי לענין רוח שאינה מצויה, דלדרכו של רש״י דחשיב שהאש עצמה מזקת, מסתברא דגם ברוח שאינה מצויה איתא להמחייב דאש, דסו״ס אשו הזיקה והרי זה ככל אשו משום ממונו דחייב, ולהכי הוצרך רש״י לבאר דטעם הפטור הוא משום אונס. אכן לדרכם של התוס׳ דבכל אש לא חשיב שהאש עצמה מזקת אלא הרוח, ונתחדש בתורה דמחייבינן ליה על פעולת הרוח, דברוח שאינה מצויה ליתא להך מחייב, דדוקא ברוח מצויה י״ל דאיהו סמך את האש אצל הרוח ומונח בזה שהרוח תוליכה, י״ל דהתורה חייבתו על פעולת הרוח כדין ממונו המזיק, אבל ברוח שאינה מצויה דלא מונח בהבערה שהרוח תוליכה, ליכא לחייבו על פעולת הרוח, ולהכי סברי התוס׳ דברוח שאינה מצויה ליתא להמחייב דאש כלל״.

והשואל ר״ל דנדו״ד יהיה תלוי במחלוקת רש״י ותוס׳ להסבר הגר״נ. דאם הפטור הוא מחמת אונס, א״כ במקרה שאנו רואים שאינו אנוס, כגון שהיה צריך להעלות בדעתו, או שאומרים תחזית מזג אויר וכולם יודעים זאת, ויכול לתקן או לפרק עד בא הרוח, והוא בכדי שיעשו, אינו אנוס כלל, אולם לשיטת התוס׳ דברוח שאינה מצויה אין כאן מזיק כלל, אין כאן מזיק לחייבו ברוח כזו שהתורה לא הגדירה אותו כמזיק. והשבתי לו, דכל הענין תלוי בהגדרת רוח שאינה מצויה, שאם ההגדרה היא ביחס לכל מקרה ולכל מצב, ובכל אופן שיכל לוודא בתחזית מזג האויר, או שהיה צריך להעלות בדעתו שרוח כזו מגיע אחת לכמה שנים, ושם החפץ לכמה שנים וכד׳, הרי זה בכלל רוח מצויה, וממילא יש כאן חיוב של התורה, גם לשיטת התוס׳ להסבר הגר״נ, דהואיל והגדרת המציאות כעת היא רוח מצויה, יש לפנינו אש שהיא מזיק.

ב. השעה הקובעת לרוח מצויה - שיטת הריא״ז

ומה שנראה לכאורה שחייב לחשב רוח שנושבת שם במהלך הזמן שיהיה החפץ בראש גגו, וככל שמביא שם דבר קבוע, חייב לחשב לאורך זמן, דאל״כ אין בזה טענת אונס, לכאורה יש להקשות על דברים אלו מדברי הריא״ז (ב״ק א,א,ז): ״תולדות האש אבנו וסכינו ומשאו שהניחו בראש גגו, ונפלו ברוח שהיתה מצויה בשעה שהניחם

שם, והזיקו בדרך נפילתן, שכשם שהאש כח אחר מעורב בה שהולכת על ידי הרוח ומזקת, אף אילו כח אחר מעורב בהן שהרוח הפילן והזיקו, אבל אם נפלו ברוח שאינה מצויה, כגון שנתגברה הרוח אחר שהניחם שם ונפלו והזיקו, פטור עליהן". ולכאורה משמעות דברי הריא"ז דהכל הולך אחר שעת ההנחה, ואף אם ידע שעוד יום שיניחם שם תתגבר הרוח, הואיל ולא היתה רוח מצויה בשעת הנחה, פטור מהיזקם, אף אם תהיה רוח שהיא מצויה לאחר מכן בשעת נפילה. ולכאורה אם הוי רוח מצויה, המודד והזמן הקובע הוא שעת ההנחה.

והיה נראה לבאר דברי הריא"ז בדרך אחרת, דהריא"ז בא לחדש, שאם בשעה שהניחם שם היתה רוח חזקה מאד שאינה מצויה, אפ"ה חייב, דכיון דבשעת הנחה היתה רוח זו שאינה מצויה, חייב לשלם, דרוח שאינה מצויה בשעת הנחה היא רוח מצויה לענין החיוב, דהנה הרוח מצויה כאן. אולם אם בשעה שהניח לא היתה רוח שיכולה להפילם ורק אח"כ נהייתה רוח שאינה מצויה, בזה פטור משלם מדין רוח שאינה מצויה. וכן יש לבאר דברי הריא"ז בפרק המניח (ב"ק ג,ב,ג): "וכן המעלה קנקנים לגג על מנת לנגבן, ונפלו ברוח שלא היתה מצויה בשעת עלייתן ...", דכל רוח שהיתה מצויה בשעת עלייתן, אף אם היא רוח שאינה מצויה בדרך כלל בגג ובמקום זה בכלל, חייב בהיזקן, דמה שהיה בשעת הנחה, אף אם אינה מצויה כלל, והוא כעת יודע בשעת ההנחה על הרוח, כבר אינו אנוס אלא פושע.

ובמהדיר לפסקי הריא"ז כתב לבאר הריא"ז בדרך שונה, דדוקא שבשעה שהניחם היתה קיימת רוח מצויה, אולם אם בשעה שהניחם לא היה בכלל רוח אלא אח"כ באה רוח מצויה והפילן פטור. והביא שכן מבואר בריא"ז בפרק המניח (הנ"ל): "וזה חידוש גדול שלא נזכר במפרשים ובפוסקים". ולענ"ד לא נראה כן, דאם באה רוח מצויה לאחר מכן, בכל ענין יהיה חייב, וכוונת הריא"ז לחייב ברוח שאינה מצויה בדרך כלל, שהיתה מצויה בשעה שהניחם שם, דחשיב לענין זה רוח מצויה. אולם אם הניח בגג ולא היתה רוח, ואח"כ באה רוח מצויה, גם ריא"ז מודה דחייב, וכדעת כל המפרשים והפוסקים.

ג. פטור אונס למ"ד משום חיצו

וברוח שאינה מצויה שפטור מחמת היותו אנוס לשיטת הראשונים הנ"ל, לכאורה אם קיי"ל כריו"ח שאשו משום חציו, הרי הוא אדם המזיק ואין בו פטור של אונס. ולכאורה י"ל דרוח שאינה מצויה כבר אינו בכלל חציו, ואין לחייבו כלל (עיין לעיל בהסבר הגר"נ בדברי התוס'), אך לריו"ח, אף ששאו משום חציו, אית ליה נמי משום ממונו, כמבואר בגמ' ב"ק כג,א, ממילא היה מקום לחייבו גם כשאין כאן

חיציו מדין ממונו המזיק, וכל הפטור ברוח שאינה מצויה הוא מחמת היותו אנוס, וממונו המזיק באונס פטור. והטעם שבזה י״ל דאינו חייב משום חיציו, דכל היכא שכבר כלו לו חיציו, אינו חייב אלא משום ממונו, וכדאיתא בב״ק כג,א: למאן דאית ליה משום חציו, אית ליה נמי משום ממונו, וכגון שהיה לו לגודרה ולא גדרה, דהתם שורו הוא ולא טפח באפיה. וברש״י שם, כשור שהכניסו לדיר ולא נעל בפניו, שהוא ממונו המזיק ולא אדם המזיק. וכן נמצא בשטמ״ק ב״ק נו,א: ״ומסתברא נמי דאבנו וסכינו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו, דחשבינן להו תולדה דאש, ליכא למחשבינהו חציו אלא ממונו וכנפל גדר שלא מחמת דליקה, דשורו הוא דלא טפח באנפיה. תדע, דהתם בסנהדרין משמע דזורק את האבן ובחזרתה נפלה לצדדין והרגה חייב, דכיון דנפלה לצדדין, אכתי מכחו הוא אלא דכח כחוש הוא, אבל נפלה כדרכה בחזרתה פטור, דנסתלק כחו, ואף על גב דבנזקין בכי האי גוונא חייב״. ומבואר דכל היכא דנסתלק כחו, אין כאן אלא ממונו המזיק. וכאשר מניח את אבנו סכינו ומשאו בראש הגג ונפלו ברוח מצויה, לא המניח הוא המזיק, אלא ממונו שלא שמרו, משא״כ באש עצמה שלא נסתלק כחו מהאש כל עוד היא דולקת, ולריו״ח חייב משום חיציו.

ועיין גם בדברי הגר״ח (שכנים יא,א) שכתב לבאר בדברי הרמב״ם, דכל היכא דכבר הסתלק כחו לגמרי, אף לרמב״ם שפוסק דאשו משום חציו, מ״מ בכגון זה שהסתלק כחו לגמרי, וכמו באבנו סכינו ומשאו שהניחם בראש גגו ונפלו ברוח מצויה, שאינו חייב אלא משום ממונו, דכבר הסתלק כחו. הגר״ח מסביר שהיה אפשר לפרש דין אשו משום חציו בשני אופנים: או שכך גזרה התורה, אף שאין כאן חיציו, מ״מ גזרה התורה שיתחייב משום חיציו. או שאין כאן גזה״כ אלא מציאות, שהאש הולכת מכוחו של המבעיר. הנפק״מ, שאם זו גזה״כ ולא מציאות, מהיכי תיתי לחייבו על נפשות, דכל גזירת הכתוב הוא על חיוב ממון, אלא בהכרח שחיציו באש זו מציאות של כוחו. ולכן בכל מקרה שהסתלק כחו, אין מקום לחייבו משום חיציו, דאין בזה מציאות של כחו. ואם זו מציאות של חיציו, מה חדשה התורה. אלא חידוש התורה דבאש, אף שכח אחר מעורב בו, מ״מ הוי חיציו. וז״ל הגר״ח: ״דהא דאשו משום חציו לאו דגזירת הכתוב הוא באש לחייבו משום חצו, דאם נימא כן, הרי היה צריך להיות הדין כן רק בממון, דהתם איכא הך גזירת הכתוב, משא״כ בנפשות דליכא קרא על זה, פשיטא דלא הוי חציו. אלא הא דהוי חציו, היינו משום דבאמת הדבר כן, דאשו הויא חציו ממש והולכת מכחו, ועל כן שפיר חייב גם בנפשות כיון דהויא כחו ממש. והא דאצטריך למילפה מקרא, הוא משום דכח אחר מעורב בה, והוי אמרינן דפטור, ובזה הוא דגלי לן קרא דגם היכא דכח אחר מעורב בו ג״כ חייב והוי ליה כחו ממש, וזהו הגזירת הכתוב דאשו משום חציו. אשר לפי זה י״ל גם

בנפשות הך דינא דחייב משום חציו, כיון דהוי כעין גילוי מילתא דגם בכח אחר מעורב בו ג״כ הוי כחו, משא״כ בכח שני, ובאבנו סכינו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה, דפסק כחו ואין שם כחו כלל, אז אין בהם חיובא דחציו, ורק משום ממונו לבד הוא דחייב עלייהו, דאין חציו אלא בבא מכחו וכמו שכתבנו״. הרי דאשו משום חיציו הוא מציאות, שהאש מכוחו, וכשנסתלק כוחו, אין כאן אלא משום ממונו, וכשורו שהכניסו לדיר ולא נעל בפניו, דהוי ממונו המזיק.

וכן יש להוכיח מדברי הרמב״ם, דכל היכא דהאש מזיקה שלא מכוחו, הוי ממונו המזיק. דדעת הרמב״ם (נזק״מ יד,טו) דאשו משום חציו: ״אש שעברה והזיקה את האדם וחבלה בו, הרי המבעיר חייב בנזקיו ובשבתו וברפויו ובצערו ובבשתו כאילו הזיקו בידו, שאע״פ שאשו ממונו הוא, הרי הוא כמי שהזיק בחציו״. ושם (נזק״מ יד,ד) פסק הרמב״ם: ״נפלה דליקה בחצרו ונפל גדר שלא מחמת הדליקה ועברה והדליקה בחצר אחרת, אם היה יכול לגדור הגדר שנפל ולא גדרו חייב, למה הדבר דומה לשורו שיצא והזיק, שהיה לו לשמרו ולא שמרו״. והיינו דכבר אינו מכוחו, וכיון דאינו מכוחו חייב משום ממונו. ועיי״ש באור שמח שביאר דכוונת הרמב״ם שחייב רק בנזק ולא בד׳ דברים: ״אולם בתולדותיו אבנו סכינו כו׳, שכתב רבינו להלן סוף פרק, נראה ג״כ דאינו חייב רק בנזק, לא בארבעה דברים״. והוא מאותו הטעם, דכיון שבמציאות אינו מכוחו, החיוב הוא מדין ממונו. ועיין עוד בחזו״א ב״ק ב,א ובאות שאחריו.

ד. רוח שאינה מצויה אם הוי אונס גמור

ואף אם היה הדין דבנפלו ברוח מצויה הוי אדם המזיק, היה מקום לפטור ברוח שאינה מצויה מדין אונס, אם נאמר דהוי אונס גמור. אלא דבראשונים מוכח להדיא דברוח שאינה מצויה הוא אנוס, אך לא אונס גמור. דאיתא בב״ק כז,א: ואמר רבה, נפל מראש הגג ברוח שאינה מצויה והזיק ובייש, חייב על הנזק ופטור בד׳ דברים. ברוח מצויה והזיק ובייש, חייב בד׳ דברים ופטור על הבשת. ומבואר שאף ברוח שאינה מצויה חייב, ולכאורה מהיכי תיתי לחייבו ברוח שאינה מצויה, הרי הוא אנוס, אלא בהכרח שאינו אנוס גמור אלא אונס כעין אבידה, ולכן באדם המזיק חייב בנזק. וכן מבואר בדברי התוס׳ שם (ב״ק כז,ב ד״ה ושמואל): ״וכן משמע לעיל דמחייב בנפל מן הגג ברוח שאינו מצויה, ואף על גב דברוח שאינו מצויה מפטר בה שומר חנם ... דהיינו דלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה ואין יכולה לעמוד בשאין מצויה, אלמא אף על גב דמפטר שומר חנם, מחייב בה אדם המזיק, והיינו טעמא משום דהוי כעין אבידה, ונתקל הוי כעין גניבה ופטור ביה אדם המזיק״. וכן הוא בתוס׳ ב״מ פב,ב (ד״ה וסבר), דאבידה קרובה לפשיעה וגניבה קרובה לאונס, ורוח

שאינה מצויה חשובה כעין אבידה, ולכן חייב בה אדם המזיק. וכן הוא בתוס׳ סנהדרין (עו,ב – עז,א ד״ה רוצח). ומ״מ זה דוקא אם האדם עצמו הזיק, אולם באבנו סכינו ומשאו שנפלו ברוח שאינה מצויה, אף אם הוי אונס מעין אבידה, כיון דהוא ממונו המזיק באונס, פטור.

וברשב״א (ב״ק כז,א מבואר, דרוח שאינה מצויה אינו אונס גמור, ולכן חייב אדם המזיק ברוח שאינה מצויה. הרשב״א הקשה מדוע לרבה אדם שנפל ברוח מצויה והזיק, חייב על הנזק, הרי רוח שאינה מצויה הוי אונס גמור, ותירץ, דרוח שאינה מצויה אינה אונס גמור. ושם בע״ב המשיך לבאר: ״ואונס נפילה אפילו ברוח שאינה מצויה אינו אונס גמור, ונתקל אליבא דר׳ יהודה, אפילו נתקל בקרקע הוי אונס גמור, לפי שאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים, אבל לר״מ נתקל הוי פושע, לפי שדרכן של בני אדם להתבונן בדרכים״. ובביאור הדין נמצא בנימוק״י (ב״ק יא,ב מעמוה״ר), דאף שלא שכיח ליפול ברוח שאינה מצויה, כיון שדבר כזה יכול לקרות לעיתים רחוקות, כבר אינו אונס גמור: ״דאע״ג דלא שכיח שיפול ברוח שאינה מצויה, מ״מ כיון דזמנין דמקרי ואתי, לאו אונס גמור הוא וחייב על הנזק״. ולכאורה לפי יסוד הנימוק״י, דבר שיכול לקרות לעיתים רחוקות, נחשב עכ״פ כאונס לענין פטור ממונו המזיק ולענין נדו״ד.

אך נראה לחלק, דאדם שיושב על ראש הגג, אינו מתכוין להיות שם אלא זמן קצר, לכן אם השכיחות לרוח שאינה מצויה אינה גבוהה, נחשב כאונס רגיל לפטור ממונו ולחייב אדם המזיק, שאינו אונס גמור. אולם דבר שעשוי להיות בגג זמן מרובה, אם למשך הזמן יהיה אפשרות ולו רחוקה שתבוא רוח שאינה מצויה ותפיל את החפץ שבגג, כבר אינו אונס, דהכל ביחס לזמן שאמור הדבר להיות בגג. הנימוק״י מתיחס לדברי רבה, שהאדם עצמו על הגג, והוא לא עשוי להיות זמן מרובה, ולכן אם לא שכיח שתבוא רוח חזקה להפילו, הוי אונס ולא אונס גמור, משא״כ בחפץ לזמן מרובה, יש לבחון את השכיחות לאורך התקופה הארוכה בה עשוי החפץ להיות על הגג.

והראה לי עמיתי הגר״מ בצרי שליט״א דברי הירושלמי (ב״ק ו,ד), על המשנה, דאחד הביא את האש ואחד את העצים וכו׳, וליבתה הרוח, דכולם פטורים. ונחלקו בירושלמי שם באיזה רוח מדובר, האם מדובר ברוח סערה של אונסין ממש, ושאינה מצויה כלל וכלל, או מיירי ברוח שאינה מצויה לפעמים, ופעמים באה ובפעמים לא, שגם כלפיה לא היה צריך להעלות בדעתו: ליבתו הרוח הרי כולן פטורין. תמן אמרין ברוח של אונסין היא מתניתא, אבל ברוח שהעולם מתנהג בו חייב (בבבל מפרשין דדוקא ברוח של אונסין שבא בסערה ואינו מצויה מיירי מתני׳,

ובהא הוא דפטורין, דלא אסיקו אדעתייהו, אבל ברוח מצויה והעולם מתנהג בו חייב – פני משה). ר׳ יוחנן ור״ל תריהון אמרין אפי׳ רוח שהעולם מתנהג בו פטור, שפעמים בא פעמים לא בא (כלומר לאו ברוח מצויה תמיד קאמרי, דבהא ליכא מ״ד דפטור, אלא כלפי מה שאמרו ברוח של אונסין הוא דוקא דפטור, עלה קאמרי דאפי׳ ברוח שהעולם מתנהג בו לפעמים ואינו רוח סערה פטור, שלפעמים לא בא ולא הוה להו לאסוקי אדעתייהו).

והרמב״ם בהל׳ נזקי ממון יד,ז, פסק כריו״ח ור״ל: ״אחד הביא את האור ואחד הביא את העצים ... בא אחר וליבה, המלבה חייב, ליבתו רוח שאינה מצויה תמיד, הרי כולן פטורין״. וכן הוא בשו״ע חו״מ תיח,ט. ועיי״ש במגיד, דמקור דברי הרמב״ם מהירושלמי, ומדברי רבי יוחנן ור״ל, והוסיף המגיד, דדוקא בשלא היתה הרוח מנשבת בשעה שהאחרון עשה מעשה, אולם אם נשבה הרוח, המצויה ושאינה מצויה, באותה שעה שעשה אחרון מעשה ההבערה, הרי זה כרוח מצויה וחייב. ונראה דכל דבר נמדד ביחס לזמן הנידון, וככל שמדובר בהבערת אש, הרי שיש לחוש לזמן שבו תבער האש, ואם האש בוערת והגיעה אפי׳ רוח של אונסין בזמן שהבעיר את הבערה, הרי זו רוח מצויה ביחס להבערה זו וחייב. ושאלת אונסין היא ביחס לממונו המזיק, דככל שלא היה עולה בדעתו לפרק הזמן של הבעירה שתבוא רוח זו, אף שלעיתים רחוקות מגיעה, ואף שאין זו רוח של אונסין, כיון שלא היה צריך להעלות בדעתו שתבוא הרוח בזמן הבעירה, הרי הוא אנוס ביחס לליבוי הרוח. ולכן הוסיף המגיד דדוקא אם בשעה שהבעיר לא נשבה הרוח, שאל״כ אינו אנוס, דביחס לזמן הבעירה אין כאן רוח שאינה מצויה.

לאמור לעיל נראה, דחפץ שנועד לעמוד ימים רבים על הגג, הוא חייב לעמוד ברוח שאינה מצויה, אפי׳ כזו שתבוא אחת להרבה זמן, ואם לא חברו באופן זה, אין לו טענת אונס ביחס לרוח שאינה מצויה שעשויה לבוא אחת לכמה שנים, ככל שהחפץ נועד להיות במקום כמה שנים. כמו כן נראה דבזמן הזה שכולם יודעים על תחזית מזג האויר, והיתה ידיעה שעומדת להיות סופה שאינה רגילה, ויכל לפרק ולהוריד את החפץ מהגג, ולא עשה כן, ונפל מחמת הסופה, חייב בנזקו, דכבר אין לו טענת אונס.

סימן מ

חיוב בושת

ראשי פרקים

א. כונה לבייש
ב. מוסר שמתכוין להציל את שלו
ג. חסרון במעשה הנזק
ד. ברשות בי״ד
ה. בושת דברים
ו. מנדים המזיק עד שיפיים לניזק

ראובן, יהודי נכבד, ישב במסעדה יוקרתית (שיש בה הכשר נוסף, אך אין כל היראים אוכלים בהכשר זה). במקום ישב בחור אחר, וצילם אותו, ומיד שלח לאתר שלו עם המלצה שהאוכל במסעדה מיוחד וכו׳, ואפי׳ פלוני (ראובן), סועד את ליבו במסעדה, ואף צירף תמונה שעלתה לאתר, בו רואים את ראובן אוכל. בינתיים הצליח הצלם להביא למסעדה מספר גדול של סועדים. לאחר יום ירדה התמונה מהאתר, ולאחר שירדה מהאתר, קבל ראובן ״פריסות שלום״ שראוהו אוכל במסעדה. ראובן שואל אם יש מקום לתבוע תביעת נזק של בושת, על כך שביישו ברבים.

א. כונה לבייש

התייחד חיוב בושת, שאינו חייב עד שיתכוין, ומשנה מפורשת תנן (ב״ק פו,ב): המבייש את הערום המבייש את הסומא והמבייש את הישן חייב, וישן שבייש פטור. נפל מן הגג והזיק ובייש, חייב על הנזק ופטור על הבושת עד שיהא מתכוין. ולא נתבאר במשנה מה היא הכוונה. האם הכוונה לעצם המעשה, או כוונה לתכלית המעשה, שהניזק יתבייש. ובגמ׳ ב״ק כז,א התבאר לכאורה דהכוונה הינה למעשה הנזק אף שאין כוונה לבייש: ואמר רבה, נפל מראש הגג ברוח שאינה מצויה והזיק ובייש, חייב על הנזק ופטור בד׳ דברים, ברוח מצויה והזיק ובייש, חייב בד׳ דברים ופטור על הבשת, ואם נתהפך (לאחר שהתחיל לנפול, דנתכוין לנפול על האדם להנאתו – רש״י) חייב אף על הבשת (אע״פ שלא נתכוין לשם בשת). דתניא, ממשמע שנאמר ושלחה ידה, איני יודע שהחזיקה, מה ת״ל והחזיקה, לומר לך כיון שנתכוין להזיק, אף על פי שלא נתכוין לבייש. מהגמ׳ (לפרוש רש״י) נראה שהוא גזה״כ מושלחה

ידה, דלענין חיוב בבושת צריכה להיות כוונה למעשה שעושה, דאף שעושה עצם הנזק להנאתו ואין כאן אפי׳ כוונה למעשה נזק, שלא לדבר על כוונה לביוש, חייב על הבושת. ואף דמלשון הגמ׳ נראה דבעינן כוונה להזיק, דהרי בושלחה ידה היה כונה להזיק, מרש״י עולה לכאורה דאפי׳ התהפך להנאתו, חייב על הבושת, דהייתה לו כוונה על מה שעשה. דלכאורה מה בא רש״י לרבות ולהוסיף שנתהפך להנאתו, אלא שהתכוין ללמד שאין צריך כוונה למעשה הנזק אלא לפעולת הנזק, וכל שהתכוין לפעולה שבסופו של דבר ביישה, אף שלא התכוין להזיק, ק״ו לבייש, חייב על הבושת, דזו הכוונה המחייבת בבושת. דרש״י ס״ל דאין לפרש כוונה להזיק כפשוטו, דא״כ מיירי בכוונה לתכלית המעשה, וזה לא כוונת התורה בושלחה ידה, דמושלחה ידה לא ידעינן מה כוונתה להזיק או לבייש, אלא לעצם המעשה שהתכוונה לעשותו.

ונראה דרש״י למד כן מדברי רבה שם בסוגיא, דביבמתו לא קנה, והיינו שלא התכוין כלל לביאה, וזה דומיא דמעשה שאינו חייב בבושת, שצריך להתכוין למעשה שעושה, אף שאינו מתכוין לתכלית, לקנות יבמתו או לבייש, וכדאיתא שם בגמ׳: ואמר רבה, נפל מראש הגג ונתקע באשה, חייב בד׳ דברים, וביבמתו לא קנה (אע״פ ששנינו יבמות דף נג,ב, הבא על יבמתו בין בשוגג בין במזיד קנה, הני מילי היכא דנתכוין לביאת אשה אחרת, אבל זה לא נתכוין לשום ביאה, הלכך לא קנה), חייב בנזק בצער בריפוי בשבת, אבל בשת לא, דתנן אינו חייב על הבשת עד שיהא מתכוין. הרי שביבמתו לא קנה כיון שלא התכוין למעשה ביאה שעשה, דצריך להתכוין לעצם המעשה שעושה, ואם לא מתכוין לעצם המעשה, לא קנה ביבמתו. והוא הדין לענין נתהפך, שהתכוין לעצם מעשה הנפילה על אחר, אף שלא עשה להזיק אלא להנאתו, כיון שהתכוין ליפול על אחר, זהו מעשה המחייב בבושת, וזו הכוונה המחייבת בבושת.

ורבה למד כן משני הדינים במשנה (פו,ב הנ״ל), מהא דישן שבייש פטור. דלכאורה מה הרבותא דוקא בישן, או בהיכי תמצי השניה של המשנה, בנפל מן הגג והזיק ובייש. דשניהם הם מעשים לא רצוניים כלל, ולא התכוין למעשה שעשה. דמעשה המחייב בבושת הוא מעשה רצוני עם כונה לעצם עשיית המעשה, אולם לישן אין כל כוונה לעשות מה שעושה בהיותו ישן. וכן נפילה מהגג, כח המשיכה של כדור הארץ מפילו להיכן שמפילו, ואין לו כל שליטה על מעשה הנפילה, ומזה הטעם פטור על הבושת, שאינה דומה לושלחה ידה. גם י״ל דרש״י דייק לשון המשנה בב״ק פו,ב: ופטור על הבושת עד שיהא מתכוין. ולא נזכר במשנה איזו כוונה. ומדייק הרש״ש שם, דמזה מוכח דאפי׳ כוונה כלדהו. וזה הביאור ברש״י, דכיון דבכוונה כלדהו חייב בבושת, אם נתכוין לעצם הפעולה, כבר הוי כונה כלדהו, וחייב על הבושת. [ומה שלומדים מוהחזיקה במבושיו, שהתכונה להזיק ולא התכונה לבייש, עיין בתורת חיים ב״ק כז,א, שאם היה כתוב ושלחה ידה למבושיו, היתה משמעות שהתכוונה

למבושיו, דהיינו שהתכוונה לבייש, אבל מדכתיב ושלחה ידה והחזיקה במבושיו, משמע דלא שלחה ידה אלא כדי להזיקו, ובלא כוונה החזיקה במבושיו.]

ומדברי תוס׳ נראה דאפי׳ אינו מתכוין כלל למעשה שעושה, אלא כיון שיש לו ידיעה על נזק הניזק, הוי כוונה לחייב בבושת. דאיתא בב״ק נג,ב: אמר רבא, שור ואדם שדחפו לבור, לענין נזקין כולן חייבין, לענין ארבעה דברים ודמי ולדות, אדם חייב ושור ובור פטור. לענין כופר ושלשים של עבד, שור חייב, אדם ובור פטורים. לענין כלים ושור פסולי המוקדשין, אדם ושור חייבין, ובור פטור, מאי טעמא, אמר קרא והמת יהיה לו, במי שהמת שלו, יצא זה שאין המת שלו. ובתוס׳ שם (ד״ה שור ואדם) כתבו דמיירי שהאדם דחף שלא בכוונה, שאם דחף בכוונה, מהיכי תיתי יש לחייב בעל הבור, וכי מי שיזרוק טלית של חבירו לאש, יתחייב בעל האש. והקשו התוס׳, דאם שלא בכוונה, מדוע חייב בבושת. ותירצו התוס׳: ״ויש לומר כגון שידע האדם בשעת נפילת חבירו, וחשיב בכוונה, מידי דהוה אנתהפך״. ולכאורה בנתהפך מתכוין לעצם המעשה, שניחא לו להתהפך על חבירו, אבל בידיעה לבד, מהיכי תיתי יחשב כמתכוין. וראיתי בחזו״א (ב״ק סו״ס ב) שהתקשה בזה. וביש״ש ב״ק ה,מב תירץ באופן אחר. וצ״ע אם אכן לשיטת התוס׳ ידיעה נחשבת ככוונה.

ומדברי הרמב״ם נראה לכאורה שהכונה לבייש הינה כונה להזיק, ולא רק כונה רק לעצם המעשה. דבהל׳ חובל ומזיק א,י כתב הרמב״ם בלשון כללית: ״אינו חייב על הבושת עד שיהיה מתכוין, שנאמר; ושלחה ידה, אבל המבייש חבירו בלא כוונה פטור, לפיכך ישן וכיוצא בו שבייש פטור״. ולא הזכיר הרמב״ם מהות הכונה. אולם שם בהל׳ יב כתב הרמב״ם שהכונה היא להזיק: ״מי שנפל מן הגג ברוח מצויה והזיק, חייב בארבעה דברים ופטור מן הבושת, נפל ברוח שאינה מצויה, חייב בנזק בלבד ופטור מארבעה דברים, ואם נתהפך חייב בכל אף בבושת, שכל המתכוין להזיק אף על פי שלא נתכוון לבייש, חייב בבושת״. הרי שהכונה המדוברת הינה כונה להזיק, דלא כרש״י שכתב דהכוונה היא לעצם המעשה. אלא שהמגיד הביא סעד לדברי הרמב״ם מרש״י הנ״ל, וז״ל המגיד: ״ומה שכתב ואם נתהפך, פירש״י לאחר שהתחיל ליפול שנתכוון ליפול על האדם להזיקו להנאתו חייב על הבושת, ואף על פי שלא נתכוון משום בושתו״. מה שכתב מרש״י שהתכוין ליפול להזיקו להנאתו, ברש״י דידן ליתא אלא רק להנאתו. ולגירסת המגיד גם רש״י ס״ל דבעינן כונה להזיק, ומש״כ להזיקו להנאתו, לא מחמת הנפילה נהנה אלא מהנזק שמזיק לאחר. אולם לגירסה דידן ברש״י צ״ל דהכונה היא לעצם המעשה ולא לכונה להזיק, דלרמב״ם צריכה להיות כונה להזיק, אף שאין כונה לבייש במעשה הנזק. ולפ״ז י״ל דהרמב״ם ס״ל דאם התכוין להנאתו, לעצם המעשה, ולא התכוין להזיק, פטור מהבושת, דחיוב בושת הוא שיהיה לכל הפחות מתכוין להזיק, אף אם לא התכוין לבייש.

ולשיטת רש״י, גם אם התכוין לעצם המעשה, אף שלא התכוין להזיק, הרי זו כונה המחייבת בבושת, ורק באינו מתכוין דומיא דישן, שאין לו כל כונה למעשה שעושה, פטור מבושת.

וכן כתב בלח״מ (נזקי ממון יד,טו), על דברי הרמב״ם שם: ״אש שעברה והזיקה את האדם וחבלה בו, הרי המבעיר חייב בנזקיו ובשבתו וברפויו ובצערו ובבשתו, כאילו הזיקו בידו ...״. ובלח״מ שם הקשה, דהרי לא התכוין להזיק. ותירץ: ״ואולי איירי כשכיון להזיק, ולא חש רבינו להאריך, שכבר כתב בפ״א מהל׳ חובל ומזיק שבבושת צריך כוונה, וכתב שם שכל שנתכוון להזיק אף על פי שלא נתכוון לבייש, אפ״ה הוא חייב בבושת״. אמנם הלח״מ לא הוסיף על דברי הרמב״ם הנזכרים, וציטט מדבריו דכוונה לבייש מיירי במתכוין להזיק, אבל כל הסברו ומדלא שינה, מוכח דכל שנתכוין להזיק, חייב בבושת, אף שלא התכוין להדיא לבייש.

ולפ״ז לכאורה נדו״ד (מבלי להכנס לשאלות אחרות בענין, וכדלהלן), יהיה תלוי במחלוקת הראשונים הנ״ל. דבנדו״ד לא היתה למצלם כונה להזיק, אבל היתה כאן כונה לעצם המעשה שעשה להנאתו, דלרש״י חשיב כונה לחייבו בבושת, דהרי התכוין לעצם המעשה. אולם לרמב״ם לא היתה כאן כונה להזיק אלא להנאתו התכוין, ולכן פטור מבושת.

ואם לשיטת רש״י כל כונה למעשה שנעשה ללא כונה לתכליתו, הוי כונה המחייבת בבושת, ולרמב״ם דוקא אם התכוין להזיק חייב בבושת, מצאנו ראשונים העומדים בין שיטתם. מה היא כונה להזיק. כאשר אדם עושה פעולה להנאתו, אך ברור לו שבפעולה זו יגרם נזק לחבירו, האם זה נקרא כונה לחייב בבושת, או שצריך כונה חיובית להזיק, ואם ברור שהתכוין להנאתו, אף שברור גם שידע שמהנאה זו יצא לחבירו נזק, ואין כאן כונה חיובית להזיק, האם חייב בבושת כדין מתכוין לבייש. ולכאורה מצאנו בזה מחלוקת ראשונים. רבינו חננאל בסוגיא (ב״ק כז,א), כתב וז״ל: ״ואמר רבה, נפל מן הגג ברוח גדולה וחזקה והזיק ובייש, פטור בד׳ דברים דאנוס הוא, וחייב בנזק אף על פי שהוא אנוס. נפל ברוח מצויה, חייב בד׳ דברים דהא הוי ליה למידע וקרוב לכוונה ופושע הוא, אבל בבושת פטור דבעינן כוונה מוכחת. ואם נתהפך והזיק ובייש, כיון שבהיפוכו נתכוון להזיק, קיימא לן כיון שנתכוון להזיק אף על פי שלא נתכוון לבייש חייב״. מבואר מדברי ר״ח שאם נפל בפשיעתו, באופן שידע שאם יעמוד על הגג עשוי ליפול ברוח מצויה, וזה קרוב לכונה להזיק אע״פ שאין בזה כונה להזיק, חייב בד׳ דברים ופטור על הבושת, דבבושת החיוב הוא רק כאשר יש כונה מוכחת להזיק, וכלש׳ הר״ח: ״דבעינן כוונה מוכחת״, וככל שלא היתה כונה מוכחת להזיק, פטור מבושת. וזה נראה כשיטת הרמב״ם הנ״ל, דבעינן כונה להזיק.

אולם מדברי המאירי בסוגיא שם נראה, דאפי׳ לא היתה כונה מוכחת, ואדרבא, ברור שהיתה כונה להנאתו, אולם למזיק הנהנה היה ברור שמכך יצא נזק לחבירו, הרי זו כונה לחייב בבושת. וז״ל המאירי: ״ואם כיון ונתהפך משהתחיל ליפול והזיק, אפילו לא כוון אלא להצלת עצמו, הואיל והוא יודע שבאותה הצלה הוא מזיק ומבייש, הרי זה מכוון גמור וחייב אף על הבשת, שהרי נאמר ושלחה ידה והחזיקה וכו׳, שאע״פ שאין כונתה אלא להציל את בעלה, הואיל ומתכונת מ״מ להזיק חייבת אף על הבשת. וגדולי המפרשים טרחו, היכן מצינו מכוין להזיק שלא נקרא מכוין לבייש. ולפי מה שפירשנו אין בזה צורך, שכל שאינו מכוין אלא להצלת עצמו, אף על פי שהוא מתכוין להזיק אינו מתכוין לבייש״. מבואר מהמאירי שאם עושה פעולה שברור שתכליתה אינה להזיק, כיון שברור שתוצאתה יהיה נזק, הרי זה כונה המחייבת בבושת. ובזה חלוק מרש״י. דלרש״י אפי׳ לא ברור מלכתחילה שיצא נזק, אלא עשה להנאתו, רק לבסוף יצא נזק, כיון שהתכוין לעצם הפעולה שממנה יצא הנזק, חייב בבושת. ולמאירי חייב בבושת רק כשידוע מלכתחילה שהפעולה שעושה להנאתו, תוצאתה נזק לאחר. ומבואר גם שהמאירי לומד דאותה אשה אמנם כיונה להציל בעלה, אך התכוונה גם להזיק לאחר, ולכן מזה מוכח שאף במתכוין להציל את שלו, כיון שהתכוין להזיק, חייב בבושת, וזה חידוש התורה. ולרש״י י״ל, שלא התכוונה להזיק אלא כדי להציל את בעלה, מ״מ כיון שהתכוונה לפעולה שממנה נגרם לניזק בושת, חייבת בבושת, אף שלא התכוונה להזיק. ומה שאינה נפטרת מדין עביד אינש דינא לנפשיה, מבואר בגמ׳ שם (כח,א) דמיירי באי אפשר להציל בדבר אחר.

ועיין ברע״א (בתוס׳ למשניות, מובא בחידושים לב״ק פו,ב): ״היינו דאפילו במזיד, וכגון שנפל מן הגג ברוח מצויה על חביבו, דחייב בד׳ דברים, אבל לא על בשת, עד דמתכוין ליפול על האדם אף שאינו מכוין לביישו, כיון דמכוין לעשות זה ובמעשה זה יש בושת, חייב עלה״. נראה דהגרע״א כתב לפרש כדברי המאירי, שעושה מעשה ויודע שבמעשה זה יגרם נזק, אפי׳ אין כונה מוכחת להזיק, הרי זה מתכוין להזיק וחייב בבושת.

ולאחר העיון היה נראה, דאפשר דאף רש״י מודה שאם עשה מעשה שיצא ממנו נזק, הרי זה כמתכוין להזיק, וכמש״כ המאירי ור״ח, מבלי להכנס לשאלה אם בעינן כוונה מוכחת או לא, מ״מ רש״י בא לאפוקי, שלא נאמר שאם יודע שיזיק, אולם התכוין להציל עצמו – להנאתו, יהיה פטור, וכמו שמצאנו לחלק מהראשונים בדין מוסר (להלן), ויהיה לו את הפטור של מי שכיון להציל עצמו, ולא יחשב כמזיק, בא רש״י לומר, דכיון שממעשה זה יצא נזק (כמאירי או כר״ח), אף שמתכוין להציל עצמו, מ״מ דינו כמתכוין להזיק, ואין לו פטור במה שהתכוין להציל את עצמו.

ב. מוסר שמתכוין להציל את שלו

ודבר דומה מצאנו לענין מוסר. אמנם שם הנידון על עצם חיוב הנזק, בעוד שבבושת הנידון הוא רק על חיוב בבושת ולא על הנזק, בהיות שמוסר חיובו מדינא דגרמי, ואף לסוברים שהוא דין ולא קנס, אינו דומה למזיק בידיים, הואיל ולא נו״נ ביד (עיין בש״ך חו״מ ר״ס שפו ובמראי מקומות שהביא שם). ומ״מ נחלקו הראשונים במוסר שלא התכוין להזיק אלא להציל את שלו. איתא בב״ק קיז,א: ההוא שותא (מכמורת לדגים או לחיות – רש״י) דהוו מנצו עלה בי תרי, האי אמר דידי הוא והאי אמר דידי הוא. אזל חד מנייהו ומסרה לפרהגנא דמלכא. אמר אביי, יכול לומר אנא כי מסרי, דידי מסרי. א״ל רבא וכל כמיניה. אלא אמר רבא משמתינן ליה עד דמייתי ליה וקאי בדינא. ובמרדכי (ב״ק קצג) הביא מהר״א מטולא, דאין לו דין מוסר, כיון שלא עשה כן למסור את חבירו אלא להציל את שלו, וז״ל: ״פסק ה״ר אליעזר מטולא, דתקנת חכמים היא שלא יהא אדם רגיל בכך, אבל אינו נקרא בכך מסור, ולהכי קאמר היו משמתינן ליה, ולא קאמר מחייבינן ליה. והיכא דתקפה לעצמו בידי עובדי כוכבים, אף שאין לו לעשות כך, דהא דקי״ל בהמניח עביד איניש דינא לנפשיה, הני מילי בחפץ המבורר לו וידוע לכל שהוא שלו, אבל לא בדבר אחר. מכל מקום אי תקף בידי כותים, לא דיינינן ליה דין מסור, ואף על פי שהפסיד אותו שתקפו הרבה מידו, כגון שהעלילו עליו הכותים ולקחו ממונו יותר או הענישוהו, אפילו הכי אין על התוקף דין מסור, דלא מצינו בתלמוד מסור לאנס אלא במתכוין להזיק את חבירו, אבל זה נתכוין להוציא את שלו, ודומה להההיא דנסכא דר׳ אבא דאמר אין חטפי ודידי חטפי, ואם יש עדים שתקף על ידי כותים, לאו כל כמיניה, אבל אם אין עדים נאמן במגו. בספר אבי העזר״. מבואר מהר״א מטולא דכל שעושה להציל עצמו, אף שבזה מוסר חבירו ומזיקו, אף שמשמטינן ליה שלא יעשה כן, מ״מ אין מחייבים אותו כדין מזיק. וכן מובא בתש׳ מיימוניות לספר נזיקין (סי׳ כא), וכן הביא הרמ״א בשו״ע חו״מ שפח,ה.

אמנם במרדכי (ב״ק קיח) הביא ממהר״מ, שאף שעשה כן להציל את שלו, יש לו דין מסור: ״בראובן שעיכב חובותיו של שמעון על פי שר אנס שיעשה לו דין, דראובן מסור גמור הוא, אם שמעון לא היה סרבן מתחלה, וישלם ראובן כל מה שהזיקו בקלקול חובותיו״. אולם ראיתי בתש׳ מהר״מ (ד״פ סי׳ שמא) שכתב דאם מתכוין להציל את שלו, ולא יכל להמתין לבי״ד בענין, שאין לו דין מוסר: ״ועוד, אף מסור גמור שחייב לשלם, זהו מטעם דינא דגרמי, וזהו מטעם קנס ומדרבנן, דמן התורה פטור הוא, ואחרי שמטעם קנס הוא, הני מילי במקום שמתכוין להלשין חבירו, אבל בכאן שכיון ראובן להציל את שלו ולא היה יכול להמתין מדחיית ב״ד שלו, אף אם בא הפסד לשמעון בזה, אין חיוב ממון בזה לראובן ופטור בלא שבועה״.

וזה לכאורה דלא כמהר״מ שהביא המרדכי, אא״כ נפרש דמש״כ במרדכי דשמעון לא היה סרבן מתחילה, היינו שהיה שהות לפנות לבי״ד, אך אין זה המשמעות לכאורה במרדכי הנ״ל. ובמרדכי (ב״ק סי׳ לז) הביא מרבנו יקר, דכל שיכול להציל בדרך אחרת, אף שמתכוין להציל את שלו, אם עשה כן בדרך של מסירה, יש לו דין מוסר: ״ומעשה היה בקולוניאה באחד שהפקיד אצל חבירו פקדון, לימים כפר לו ולקח המפקיד את שלו בידי עובד כוכבים, ומתוך כך העלילו את הנפקד והפסיד הרבה, ופסק הרב דאם היה אפשר למפקיד להציל את שלו בענין אחר חייב, כמו היה לו לשומטו ולא שמטו״. הרי שגם אם עשה כן להציל את שלו, יש לו דין של מוסר, ורק בלא יכל להציל בדרך אחרת, אין לחייב המוסר במה שהפסיד הנמסר.

גם מדברי הרא״ש מבואר דככל שהסכים הנתבע להתדיין בפני בי״ד, והלך התובע ומסרו ביד אנס עכו״ם, אף שעושה כן להציל את שלו, יש לו דין מוסר. הרא״ש נשאל בשמעון שחייב לראובן, ושמעון הזמין את ראובן לבי״ד, והתחייב בפני ביה״ד שיקבל עליו כל אשר יפסקו: ״ומעתה תתרו בו שלא יוציא עלי אלו הריבות, ושלא יתבעני בדיני עובדי כוכבים. יראה כי ראובן אינו אלא כמוציא דבה ולעז על שמעון, ועובר משום לא תשא שמע שוא, וכן כל השומע דבריו. ואם יתרעם עליו בפני אומות עובדי אלילים, יש לו דין מסור לענשו בידים. ואם יגזם ויאמר אלך ואומר לפני האנסין דבר שיוכל לבא ממנו הפסד לשמעון, משעת דיבורו יצא מכלל ישראל בני ברית ונתן רשות לכל יראי השם וחרד על דברו לענשו״. וכן מבואר בתש׳ מהרי״ק (סי׳ קנד) לענין מי שמוסר דינו לערכאות של עכו״ם, דאף שעושה כן להציל ממונו שלו, מ״מ יש לו דין מוסר. וכן שם בסי׳ קסא, שאף במקום שיכול לעשות דין לעצמו, אסור לו לעשות כן באמצעות ערכאות, ואין לו למסור חבירו. ודעות אלה הביא הרמ״א חו״מ שפח,ה.

ולעיל הובאו דברי המאירי (ב״ק כז,א), וז״ל: ״ואם כיון ונתהפך משהתחיל ליפול והזיק, אפילו לא כוון אלא להצלת עצמו, הואיל והוא יודע שבאותה הצלה הוא מזיק ומבייש, הרי זה מכוון גמור וחייב אף על הבשת, שהרי נאמר ושלחה ידה והחזיקה וכו׳, שאע״פ שאין כונתה אלא להציל את בעלה, הואיל ומתכונת מ״מ להזיק חייבת אף על הבשת״. וצ״ל, או דס״ל למאירי דאף במוסר, אף אם כל רצונו הוא להציל את עצמו, אך עשה מעשה של מסירה, ויודע שבמעשה זה יגרם נזק לאחר, חייב בנזק המסירה. או דס״ל לחלק בין מוסר למזיק בידיים, דכיון דהחזיקה במבושיו הוא מזיק בידים, אף שנתכוין להציל עצמו, ואי אפשר להציל בדבר אחר, חייבת גם בבושת. משא״כ מוסר שאינו מזיק בידיים, כל שנתכוין להציל עצמו, פטור מדין מוסר.

ובתש׳ מהר״מ מלובלין (סי׳ כו) נשאל באפוטרופוס שפנה לערכאות, שתקנת בני המדינה שבעלי חובות קודמים לאלמנה לגבות חובם, וע״י זה גרם קצת היזק לאלמנה, והיו כאלה שטענו שבזה יש לו דין מוסר. והשיב מהר״מ מלובלין,

שהאפוטרופוס לא התכוין להזיק לאלמנה אלא לתועלת היתומים, ולכן אין לו דין מזיק: "... לא נתכוין להזיק לאלמנה נגד הערכאות בעדותו שאמר שתקנת מדינה היא שבעלי חובות קודמין, רק כיון לזכות ולהצלת היתומים, דבר פשוט הוא שאין לזה ענין שום דין מזיק". וסמך יתדותיו על דברי הר"א מטולא שהביא המרדכי (הנ"ל). והוסיף, דאף שיש חולקים, הלכה כר"א מטולא ותשובות מיימוניות הנ"ל.

וביש"ש (ב"ק י,מט) חלק עליו, ומחלק בין דין מוסר, שאין על המתכוין להציל לעצמו, ונפק"מ שאינו פסול לעדות, לבין חיובו הממוני במה שהזיק: "דפשיטא דכל זמן שאינו מתכוין להזיק, אין בו דין מוסר, לפוסלו לעדות ולשבועה. וכן פסק מהר"ם בתשובתו. וממילא נמי שאסור לאבד ממונו, אפילו ע"י גרמי, דשרי במוסר גמור, כדלקמן. אבל בדין תשלומין, לא נראה בעיני שיפטור, ואע"פ שאינו מוסר ממש, ואע"פ שגבי שותא אין בו דין חיוב ממון, היינו משום שהוא דבר שבספק". והביא היש"ש ראיה ממי שאנסוהו להראות את ממונו או אנסוהו סתם, והראה ממון חבירו, אף שהתכוין להציל את שלו, חייב לשלם מה שהציל עצמו בממון חבירו ומסרו לאנס: "ובתשובת גדול הדור מהר"ר יעקב מולי"ן (סימן פו) נמצא, היכא שהמוסר היה מכוין להיתר, כגון שעשה מחמת מורא שגיזם לו חבירו, וא"כ אינו פסול כלל, אפילו הכי צריך לשלם, כדין המוסר. וכן כתב מהר"ם בתשובה (תשובות מיימוני נזיקין סימן טו) ... וכן ראוי לפסוק, והרבה תלו עצמם בהאילן הגדול ר"א מטול"א, ושרי להו מרייהו, וכמה חילול השם יבא מזה, אם יודע לבעלי בתים, ולשאר חכמים שאינם מהוגנים, ונראה בעיני, אף דכשר לעדות היכא דלא מתכוין להזיק, מכל מקום ראוי לכפותו על העמוד, וצריך פדיון נפשו, כפי ראות עיני הב"ד, כמו שכתב מהר"ם (שם) על אחד שהכריח את חבירו בפני ערכאות של גוים שיעשה לו דין בפני ישראלים, והבאתי לעיל בפרק החובל (סימן סה). ומכל מקום היכא דמתכוון להתירא ממש, כגון שעשה מחמת מורא שגיזם לו חבירו כו'. או כגון שאנסוהו כו', אי נמי בעת כי יחם לבבו כו', כל כה"ג לית עליו שום עונש, אלא דין תשלומין לחוד". ומזה מבואר דלא ס"ל כדעת מהר"א מטולא, אלא שיש חיוב תשלומין, אף שמתכוין להציל את שלו. ובש"ך שפח,כו הביא דברי מהר"מ מלובלין וחלק עליו, דאין לפסוק נגד דעת מהר"מ מרוטנבורג. והביא שכן פסק רבינו יקר, במרדכי ב"ק (סי' לזה נ"ל), וכן פסק באגודה (ב"ק סי' מ). והוסיף הש"ך דקרוב אצלו דאף ר"א מטולא לא קאמר אלא כשלא היה אפשר לו להציל בענין אחר, עיי"ש.

ג. חסרון במעשה הנזק

והבאתי את הנ"ל להראות שיש דברים נוספים (לפחות לחלק מהראשונים) שהכוונה היא חלק מסיבת החיוב, וללא כונה, אין סיבה לחייב. אמנם שונה מוסר

מבושת. דכוונת החיוב במוסר, שכיון שכיון להציל לעצמו, אף שפעולת המסירה היא מעשה נזק, לא אסרו לו להציל לעצמו, וכדין עביד אינש דינא לנפשיה. בבושת נראה שהוא גזירת הכתוב של התורה, והטעם שחילקה התורה בין בושת לשאר ארבעה דברים, דנזק צער ריפוי ושבת, הם נזקים ממוניים או נזקים גופניים שיש להם השלכה ממונית, בושת הוא נזק רוחני, שהזיק בנפשו של האדם, וחידשה התורה שגם לנזק רוחני יש חיוב, אך זאת בתנאי שהמזיק התכוין לבייש (לכל חד מהראשונים לשיטתו, או שהתכוין למעשה שעשה או שהתכוין להזיק, וכנ"ל). ובזה שונה הכוונה במוסר מהכוונה בבושת. במוסר כשהתכוין להציל את שלו, אף שיש נזק, יכול לעשות דין להציל את שלו בגרימת נזק לאחר, כדאיתא בב"ק כז,ב. אולם בבושת שהוא חידוש דין, שחייב גם על נזק רוחני שעושה לחבירו, בזה חייבה התורה רק אם התכוין לבייש, ובהעדר כוונה לא חייבה בנזק רוחני. ויש להוסיף בזה טעם, דכל דין בושת תלוי בשנים, במבייש ובמתביש. דהיינו, אם יעשה אדם פעולה שהיא בהחלט נכונה וראויה, כגון יתבע את חבירו לדין תורה, יבוא הנתבע ויאמר שהוא מתבייש במה שעשה חבירו. חסר בעצם המעשה של המבייש. דהכוונה לבייש היא חלק ממעשה הנזק של הבושת. כדי ליחס למבייש, מי שעושה נזק רוחני, את המעשה של הבושת, צריכה הכונה לבייש להיות חלק ממעשה הביוש, ובהעדר כונה אין כאן מעשה שיתיחס למבייש שנאמר שהזיק לחבירו בנזק רוחני.

והנה, מהרי"ו בתש' (סי' קסח), הביאו הרמ"א חו"מ שכא,א, כתב לפטור מי שמסר חבירו וביישו, ולא התכוין לבייש, וז"ל הרמ"א: "וכן מי שקובל על חבירו שמסרו או גנב לו וכיוצא בזה, אע"פ שלא יכול לברר עליו, מ"מ פטור, דהרי לא כיון לביישו". וז"ל מהרי"ו: "ועבור האשה שתובעת את בעלה ובייש אותה וכו'. כת' מהר"ם ממירזבורק בנימוקי שלו וז"ל; הקובל על חבירו שהלשין אותו או שגנב לו, הואיל ובלשון קבלה הוא, אין עונש בדבר עכ"ל". ובגר"א שם (תכא,ב) העיר דזה דלא כרש"י, דלרש"י אף בלא התכוין להזיק, כיון שהתכוין להתהפך להנאתו, חייב בבושת. וצ"ל, דמזה שכתב רש"י דנתהפך להנאתו חשיב כמתכוין לבייש, מוכח שאפי' התכוין להציל את שלו, הרי זו כונה לבייש המחייבת, ומדפטר מהרי"ו, מוכח דס"ל דלא כרש"י. ומשם ממשיך הגר"א לחלק בין דין מוסר שרוצה להציל את שלו לדין בושת: "ול"ד לפלוגתא דסי' שפח ס"ה בהג"ה מ"מ כו' וי"ח כו', דהא לענין ד' דברים ודאי חייב אפי' לא נתכוין כמש"ש, וכ"ש בנזק גופו או ממונו". והיינו דבדין מוסר הוא דין של מזיק, והפטור הוא מדין עביד אינש דינא לנפשיה, לשיטת מהר"א מטולא ודעימיה, אולם מעצם חיוב נזק, הפטור אינו בחסרון הכוונה, דבד' דברים חייב גם באינו מתכוין. ורצונו לומר, דבושת הוא דין מיוחד, דאין כאן נזק בגופו או בממונו אלא נזק רוחני, ובנזק רוחני שחידשה התורה שחייב לשלם,

חייבה רק אם מתכוין לבייש, דבלא כונה לבייש, יש חסרון במעשה הנזק או בסיבת החיוב, וכנ״ל.

ובדרך זו נראה לבאר מש״כ ביש״ש (ב״ק ב,לט). היש״ש מקשה על פירוש רש״י דמיירי בנתהפך להנאתו, דסו״ס לא התכוין להזיק, ומהיכי תיתי לחייבו: ״ועוד, מה טעם דמחייבי ד׳ דברים בשוגג קרוב למזיד, ולא בושת. אף שכל ה׳ דברים דומים זה לזה. משום דבשלא נתכוין לו לבייש, אין זה כביוש לו, שהכל יודעין שלא עשה בעבור גנותו, אבל כשמתכוין להזיקו, א״כ עשה לו לרעתו, ויש בו דין ביוש. א״כ כה״ג כשנתהפך להנאתו, אין בו דין ביוש, דלא עשה לגנותו, ומשום הא נמי פטרינן בפ׳ החובל (פו,ב). אף בנתכוין לבייש את זה ובייש אחר ע״ש״. מבואר מהיש״ש, דכאשר לא מתכוין לבייש, והיינו לא נתכוין להזיק (כפרוש הראשונים הנ״ל), זה חסרון בעצם מעשה הנזק, דאין זה מעשה נזק ללא כונה, דבלא כונה אין כאן מעשה של בושת מצד המבייש, וממילא אין לחייבו על הבושת, אף אם הניזק התבייש. דאם לא התכוין לבייש, חסר בעצם הנזק של הבושת, דכיון שלא עשה לגנותו, אין כאן מעשה של נזק בושת המחייב בתשלומין.

ובזה אף נראה לבאר מש״כ האור שמח (חובל ומזיק א,יד), דאם התכוין להזיק עכו״ם, שאינו בר חיובא בנזקיו, ולבסוף הזיק ישראל, אין זה נחשב ככוונה להזיק שיתחייב בבושת, כיון שלא התחייב להזיק מי שהוא בר חיוב בנזקיו, וז״ל האור שמח: ״לכן נ״ל, דזה קי״ל אם נתכוין להזיק אף שלא נתכוין לבייש שהוא חייב בבושת, ומקרא דוהחזיקה נפקא ליה בסוף כיצד הרגל (ב״ק כז,א), וכי קאמר ר׳ יהודה לפטור בעבדים היינו דוקא מבושת, דלאו אחיו הוה, הא בכל מילי דנזקים שוה עבד לבן חורין, א״כ כיון דנתכוין לבייש זה ובייש זה חייב, דכיון דאת מי שנתכוין לביישו חייב בתשלומי בושת עליו, תו מקרי כוונה, אע״פ שבייש איש אחר, כמו גבי קטלא, רק אם תרצה לפוטרו תפטור אותו מטעם דעבד לאו בר חיובא, וכיון שנתכוין לבייש את מי שאינו בר חיוב בושת עליו, הוי כמו נתכוין לנפל והרג בן קיימא דפטור ... ולפ״ז יתבאר לנו דין חדש, דאם נתכוין לבייש עו״ג ובייש ישראל, פטור אף לרבנן, דהא כוונתו היה רק למי שאינו חייב לא על בושתו ולא על נזקיו, וא״כ הוי כמו דלא נתכוין להזיק כלל, ופטור לכולי עלמא, וכן מורה לשון הברייתא, דתני (ב״ק פו,א) נתכוין לבייש את העבד כו׳, כיון דאין לעבדים בושת, רק למישם שיימינן בהו, ואטו לא שיימינן בעו״ג, ועל כרחין כדפרישית. ועוד למדנו לפי דרכנו, דאם ביישו באופן דאינו חייב רק בבושת בלבד, כמו רק בפניו וכיו״ב, אז אם נתכוין לבייש עבד לר״י פטור, דאין זה כוונה כלל״.

והנה לשיטת רש״י נראה דכיון שהתכוין למעשה שעשה, אף שאין כאן כונה לבר חיובא או לנזק כלל, כיון שלעצם המעשה המזיק היתה כונה, אף שכוונתו

היתה להנאתו, נחשב ככוונה המחייבת בבושת, א״כ לכאורה הוא הדין בהתכוין להזיק עכו״ם והזיק ישראל, כיון שהייתה כוונה למעשה שגרם נזק, חייב בבושת. ולשיטות הראשונים האחרים, לכאורה צריך להבין, מדוע צריך שיתכוין דוקא למעשה של נזק המחייב ממון, דהרי במזיק עכו״ם היה כאן מעשה נזק, רק גזה״כ של התורה לפטרו מתשלומין, ומדוע לא יחשב כמתכוין להזיק. אמנם לפי הנ״ל י״ל, דכיון דבושת הוא נזק רוחני, שכל כולו גם נובע מכך שהמזיק התכוין לעשות לו מעשה נזק, ואם לא התכוין לעשות לו מעשה נזק, חסר בעצם הנזק של הבושת, ולכן אם התכוין לעבד וכיוצ״ז, התכוין לבושת ברמה אחרת, וגם ב\זה חסר חלק ממעשה הנזק של הבושת. וכאשר התכוין לעכו״ם, אף שלבסוף הזיק ובייש ישראל, הרי באי הכוונה למעשה נזק שיש בו חיוב ממון, אין כאן מעשה נזק של בושת; ״משום דבשלא נתכוין לו לבייש, אין זה כביוש לו, שהכל יודעין שלא עשה בעבור גנותו״, ולכן כיון שהתכוין לנזק של מי שהוא פטור מנזקיו, אף שהזיק ישראל, אין זה כביוש לו, שהכל יודעים שלא עשה בעבור גנותו.

לפי האמור לעיל, ובטרם נדרש לענין בושת דברים, הרי שלשיטת רש״י, ולפי ההסבר שהתכוין לעצם המעשה ורק בישן וכיוצ״ב פטור, יש לחייב בנדו״ד. לשיטת הרמב״ם ודעימיה, לכאורה לא היתה כאן כונה להזיק. ולשיטת המאירי ור״ח נראה, דהדבר תלוי אם היה ברור למצלם שמדובר באישיות שתתבייש מפרסום התמונה. זה תלוי לאיזה מגזר שייך המצלם, כדי שנאמר שידע שפרסום תמונה של אותה אישיות תגרום לו נזק. השיוך המגזרי נוגע גם להבנה במי מדובר, וגם שבמגזר אליו משתייך המצולם, פרסום תמונה שכזו, עלולה לגרום נזק תדמיתי למצולם.

ד. ברשות בי״ד

ואחד העלה טענה, דהואיל והמצלם אינו אלא השליח של אותו אתר, הרי שהמצלם לא התכוין להזיק אלא לעשות שליחותו, וממילא פטור על הבושת. והשבתי, דשליח אין זה סיבה לפטור, דככל שעושה מעשה ויודע שיגרם נזק, הרי זה כמתכוין לענין בושת, דאין שליח לדבר עבירה, ורק שליח בי״ד יש לו רשות לפעול, אבל הוא דין מיוחד בשליח בי״ד. דאיתא בב״ק כח,א: ת״ש, וקצתה את כפה ממון, מאי לאו בשאינה יכולה להציל ע״י דבר אחר. לא, שיכולה להציל ע״י דבר אחר, אבל אינה יכולה להציל ע״י דבר אחר פטורה. אי הכי אדתני סיפא ושלחה ידה פרט לשליח ב״ד (שפטור על הבושת – רש״י), לפלוג ולתני בדידה, בד״א בשיכולה להציל ע״י ד״א, אבל אינה יכולה להציל ע״י דבר אחר פטורה. ה״נ קאמר, בד״א בשיכולה להציל ע״י דבר אחר, אבל אינה יכולה להציל ע״י דבר אחר, נעשה ידה כשליח ב״ד ופטורה. ובשטמ״ק שם (ד״ה לפלוג) הביא מהרא״ש, דאף שליח בי״ד אסור לו לעשות כן, אלא בשאינו יכול להציל בדבר אחר.

וכן מבואר בנימוק״י (ב״ק יב,ב מעמוה״ר), על הא דאיתא בגמ׳ (ב״ק כז,ב): דההוא גרגותא דבי תרי, דכל יומא הוה דלי חד מנייהו, אתא חד, קא דלי ביומא דלא דיליה. א״ל יומא דידי הוא, לא אשגח ביה. שקל פנדא דמרא מחייה. א״ל מאה פנדי בפנדא למחייה, אפילו למ״ד לא עביד איניש דינא לנפשיה, במקום פסידא עביד איניש דינא לנפשיה. וכתב בנימוק״י, דמיירי באינו יכול להציל בדבר אחר, ובמאה מכות: ״וממילא שמעינן דשליח ב״ד נמי הכי דיניה בהדי מאן דלא צייית דינא, דאי לא תימא הכי מארי ממונא היכי יהבי ליה רשותא למעבד הכי, מי אלים משליחא דבי דינא״. והיינו שיכול להכותו מאה מכות, אך דוקא באינו יכול להציל ע״י דבר אחר. ועיין בשער המשפט ח,ב שלמד כן בנימוק״י. אולם ברבינו ירוחם (מישרים לא,ב) מבואר ששליח בי״ד יכול להכותו אפי׳ ביכול להציל בדבר אחר: ״וכן בכל מקום שמסרב לשליח בית דין, אם הכהו או הזיק ממונו פטור, אפילו יכול להצילו בדבר אחר״. ועיין בשער המשפט ח,ב מה שהקשה ותירץ בדבריו, ולדינא כתב דביכול להציל בדבר אחר, אסור לשליח בי״ד להכותו. וממילא גם לבייש אסור, ביכול להציל בדבר אחר, דהוי טעות בי״ד להכות כשיכול להציל בדבר אחר, וכתב דלכן השמיט הרמ״א את דברי רבינו ירוחם הנ״ל.

וברור דכל ההיתר ואי החיוב הוא דוקא כשקיבל רשות מבי״ד, ואף אם לא קיבל רשות לבייש, מ״מ כיון שקיבל רשות להזיק, פטור שליח בי״ד. אך כל זה הוא בשליח בי״ד בלבד שקיבל היתר מבי״ד, ואין הדין בשליח אחר שנאמר שלא התכוין לבייש אלא לעשות שליחותו, דאין שליח לדבר עבירה. ועיין בהפלאה בפנים יפות (דברים כה,יב בסופו), שהקשה על פטור שליח בי״ד מבושת, דאם התכוין לבייש בלא רשות ב״ד, מדוע יפטור מבושת, ואם נתנו לו בי״ד רשות לבייש, פשיטא שהוא פטור. וכתב לבאר דמיירי בנתנו לו רשות להזיק, ולכן ככל שמותר לו להזיק, אף שלא נתנו לו רשות לבייש, לא חשיב ככוונה להזיק המחייבת בבושת, עיי״ש. ומ״מ אין מהיתר שליח בי״ד ללמוד לדבר אחר או לכל שליח שעשה שליחותו, דאם נכלל בגדר כוונה להזיק, אף שעשה את הדבר מכח שליחות, שאינה שליחות והיתר בי״ד, הרי זה חייב בנזק ובבושת.

ה. בושת דברים

וכל האמור הוא בבושת שעושה מעשה בגופו, אולם בנדו״ד הוא בושת דברים, והוא דין אחר. תנן בב״ק צא,א: רקק והגיע בו רוקו, העביר טליתו ממנו, פרע ראש האשה בשוק, נותן לו ארבע מאות זוז. ובגמ׳ צא,א: אמר רב פפא, לא שנו אלא בו, אבל בבגדו לא. וניהוי כי בייש בדברים, אמרי במערבא משמיה דרבי יוסי בר אבין, זאת אומרת ביישו בדברים פטור מכלום. וברא״ש שם (ב״ק ח,טו) כתב בטעם

דמבייש בדברים פטור, משום דכתיב והחזיקה במבושיו, דמשמע דלא חייבה תורה אלא על בושת גופו, אבל בושת דברים או רקק על בגדו פטור. והיינו דחידוש שחידשה תורה לחייב בבושת הוא בעושה מעשה בגופו, דומיא דהחזיקה במבושיו. וכן פסק הרמב"ם (חובל ומזיק ג,ה): "המבייש את חבירו בדברים או שרקק על בגדיו, פטור מן התשלומין".

וכבר כתבו הראשונים דמ"מ יש לקנוס המבייש בדברים. כן כתב הרמב"ם שם: "ויש לבית דין לגדור בדבר בכל מקום ובכל זמן כמו שיראו, ואם בייש תלמיד חכמים חייב לשלם לו בושת שלימה אף על פי שלא ביישו אלא בדברים. כבר נפסק הדין שכל המבייש תלמיד חכמים אפילו בדברים, קונסין אותו וגובין ממנו משקל חמשה ושלושים דינר מן הזהב שהוא משקל תשעה סלעים פחות רביע, וקבלה היא בידינו שגובין קנס זה בכל מקום, בין בארץ בין בחוצה לארץ". וכן כתב הרא"ש ב"ק ח,טו: "ורב שרירא ז"ל כתב, דאף על בשת דברים מנדים אותו עד שיפייסנו כראוי לפי כבודו. ומסתברא דיותר בשת בדברים מבשת של חבלה, דאין דבר גדול כלשון הרע ודבה שאדם מוציא על חבירו". וכן פסק הרא"ש בתש' (קא,א) לענין הקורא לחבירו ממזר, והביא שם עוד מגדולי הראשונים שפסקו כן, והוא מכח קנס ותקנה. ויש מהראשונים שכתבו שמלקין מכת מרדות על אונאת דברים זו (עיין מרדכי ב"מ סי' שו). וכן פסק שם בתש' (קא,ט): "ביישו בדברים פטור, אמנם נהגו בכל מקומות מושבות ישראל לעשות תקנה וסייג לדבר, להטיל חכה בפי בעלי לשון ולקנוס המבייש הכל לפי הענין, וכן יעשו בית דין בכל ענין לפי הראוי, הכל לפי המבייש והמתבייש". ובשו"ע חו"מ תכ,לח, פסק דהמבייש בדברים פטור, ויש לבית דין בכל מקום ובכל זמן לגדור כפי מה שיראו, ויש אומרים שמנדים אותו עד שיפייס המבויש. וברמ"א שם הביא דעת המרדכי בשם י"א, דמכין אותו מכת מרדות. עוד הוסיף הרמ"א, דהמוציא שם רע על חבירו, הרי הוא בכלל המבייש בדברים. ועיין במה שכתב הרמ"א בתש' (סי' מה). ולפ"ז בנדו"ד היה מן הראוי לקנוס את המצלם, לפי ראות עיני בית דין, וינדו אותו עד שיפייס הניזק, כפי הנהוג לענין דברים שלא דנים בזמן הזה, עיין רא"ש ב"ק ח,ב-ג, ובשו"ע חו"מ סי' א,ה.

ובפרט בנדו"ד שהמתבייש הינו ת"ח, וכבר כתב הרמב"ם (חובל ומזיק ג,ה, הנ"ל): "כבר נפסק הדין שכל המבייש תלמיד חכמים אפילו בדברים, קונסין אותו ...", וכן הוא ברמב"ם בהל' ת"ת (ו,יב): "אף על פי שהמבזה את החכמים אין לו חלק לעוה"ב, אם באו עדים שבזהו אפילו בדברים חייב נידוי ומנדין אותו בית דין ברבים וקונסין אותו ליטרא זהב בכל מקום, ונותנין אותה לחכם, והמבזה את החכם בדברים אפילו לאחר מיתה מנדין אותו בית דין והם מתירים אותו כשיחזור בתשובה, אבל אם היה החכם חי, אין מתירין אותו עד שירצה זה שנדוהו בשבילו, וכן החכם

עצמו מנדה לכבודו לעם הארץ שהפקיר בו, ואין צריך לא עדים ולא התראה, ואין מתירין לו עד שירצה את החכם, ואם מת החכם באין שלשה ומתירין לו, ואם רצה החכם למחול לו ולא נדהו הרשות בידו". ועיין בכס"מ שם, במקורות הדינים. ועיין עוד במרדכי ב"ק (קד – קו). והמקור לקנס של ליטרא דדהבא, הוא מהירושלמי ב"ק ח,ו:חד אמר בשם ריש לקיש המבייש את הזקן, נותן לו דמי בושתו משלם. חד בר נש איקפד לרבי יודה בר חנינה, אתא עובדא קומי ריש לקיש וקנסיה ליטרא דדהב. ועיי"ש בפני משה, דזקן היינו תלמיד חכם, ונותן לו דמי בושתו השלם לפי כבודו, ולא דמי לבושת של שאר בני אדם. ובתש' הרשב"א (ח"א סי' תעה) כתב, דמי שהוא רב בתורה, המחרף אותו גובה ממנו ליטרא של זהב; "אבל מי שאינו רב אלא מצד המלכות, אינו בדין זה, אלא המביישו קונסין אותו לפי מה שהוא המבייש והמתבייש".

ועיין במאירי (ב"ק צא,א) שהביא דברי הרמב"ם הנ"ל שקבלה בידם על קנס זה שגובין אותו אף בחוצה לארץ, וכן היו דנין תמיד בישיבות שבספרד. ותלמיד חכם שמוחל על זה הרשות בידו, והדבר הדור לו. ואף המבייש מי שאינו ת"ח, עוונו גדול, דהמלבין פני חברו ברבים, אין לו חלק לעולם הבא. והוסיף המאירי, שאם הלבינו לכונת תוכחת, כדי שיתבייש ויעזוב מתוך בושתו דרך רעה שלו, רשאי ותבא עליו ברכה, והכל תלוי בכונת הלב, ועל זה נאמר ויראת מאלהיך. ועיין בריב"ש (סו"ס תק) שפשוט המנהג שגובים הקנס של מבזה ת"ח, אפי' בזמן הזה. ושם בריב"ש (סי' רכ), דאף שיכול הרב למחול על כבודו, מ"מ על בזיון שביזו אותו, אינו יכול למחול: "ועוד ראיתי בשם הראב"ד ז"ל, שאין ביד הרב למחול. ואף על פי שאמרו בפ"ק דקדושין (לב,א-ב) הרב שמחל על כבודו כבודו מחול, דתורה דיליה היא, דכתיב ובתורתו יהגה יומם ולילה, היינו מידי דלית ביה בזיון, אלא שבאותן דברים שחייב אדם לנהוג בו כבוד מחמת תורתו, כגון לעמוד מפניו וכיוצא בזה, בהנהו יכול למחול, אבל על בזיונו אינו יכול למחול. אדרבה, אסור לו למחול, שהתורה מתבזית בכך, ודמי למאי דאמרינן התם, האב שמחל על כבודו כבודו מחול, דליכא למימר שיהא האב יכול למחול לבן לומר לו דברי חרופין וגדופין".

אמנם בנדו"ד הועלתה טענה, שהמצלם לא הוציא שם רע אלא רק צילם את המציאות שהיתה לפניו, וכבר פסק הרמ"א (חו"מ תכ,לח בסופו): "הקורא לחבירו עבד או ממזר, והוא אמת, פטור, אבל אם לא יוכל לברר, אע"ג דשמע כן שאחרים דברו כך, לא נפטר בכך". ומשמע דבכל דבר שהוא אמת, אין לחייבו מדין בושת דברים ולנדותו עד שיפייס. וכן מבואר ביש"ש (ב"ק ח,מז), בענין מי שהוציא שם רע על חבירו, פסול או גנאי משפחה או שהוא עובר על הדת, והוא תובעו לדין, והשיב שאמר דברי אמת, ויש לו עדים בדבר, אך מן הסתם לא יבואו מעצמם להעיד אא"כ יתנו חרם בבית הכנסת: "שאם טוען המחרף, יש לי עדים ראובן ושמעון, אין כח

ביד הדיין למחות בידו, דלא גרע ממוציא שם רע, שמביא עדים, ויצא זכאי בדין, ואם הוא דבר שהוא פסול משפחה, כגון ממזר. מחויב הדיין להשתדל בדבר, ולומר תביא עדים, כדי שלא ירבו ממזרים בישראל״.

אולם השבות יעקב (ח״א סי׳ קעט) כתב לחלק בין אם קורא לו ממזר וכד׳, שהוא פסול קהל, ואם הוא אמת, צריך שידעו לא להתחתן אתם, משא״כ בפסולי עבירה, כיון שיכול לעשות תשובה, אף אם הדבר אמת, אסור לו לביישו ברבים: ״דדוקא בענין זה שקראו עבד או ממזר, שאינו תלוי בתשובה ואין לו תקון, ואדרבה מצוה לפרסמו שלא יתחתנו בהם שהם פסולי קהל, וכמבואר באהע״ז סי׳ ג, משא״כ בפיסול עבירה שיש לו תקנה, אין לבייש עוברי עבירה, וכדאיתא בסוטה (לב,ב), תקנו תפלה בלחש, שלא לבייש את עוברי עבירה, דמה״ט לא חלק הכתוב בין חטאת לעולה, עיי״ש. אף שמדברי מהרש״ל בפ׳ החובל (סי׳ מז) משמע דבכל ענין שהבושת אמת, אין קונסין אותו ... שותא דידיה לא ידענא, דמה ענין מוציא ש״ר לכאן, דהתם הבעל מוציא ש״ר כדי להפריש עצמו מאיסור לפי שזנתה תחתיו לעשות בה דינה, ואסורה לבעל כמפורש הקרא להדיא בפרק מוציא ש״ר, משא״כ בזה שחירף לחבירו לביישו ברבים, לא לעשות בו דיני אדם, כה״ג בודאי חייב בדמי בושתו, אף שהבושת הוא אמת ... ומצאתי באגודה פ׳ הזהב שכתב וז״ל; ויותר יש להחמיר כשהוא אומר אמת מכשהוא משקר, וראיה מדאמר בבן גרים ובעל תשובה, שלא יאמר זכור מעשיך הראשונים, עכ״ל. ואף שאין ראייתו מוכרחת כל כך, די״ל דדוקא היכי דידעינן שעשה תשובה אסור לביישו, וכן בתלמיד חכם אף שלא ידעינן בודאי שעשה תשובה, כדאמרינן כסהו כלילה אל תהרהר אחריו, כי ודאי עשה תשובה, משא״כ בשאר כל אדם דלא ידעינן שעשה תשובה, מצוה לשנאתו ולביישו ברבים. ואין ראיה ג״כ מירבעם שנענש שהוכיח שלמה ברבים, אף שעדיין לא שב מחטאו של בת פרעה, כי י״ל שאני דין שמים שגלוי לפניו שהוכיח שלא לש״ש, וגם כבוד המלך שאני, ויש עוד לחלק בכמה גווני, מ״מ עיקר נ״ל, שאף על האמת יש דין בושת, כל שמתכוין לביישו ולא למנעו מכאן ולהלן או לעשות בו דין, וכדעת האגודה״. הרי שאם מביישו, אף על דבר שעשה הניזק, ולא התכוין למנעו מכאן ולהבא, אף שמה שהודיע ברבים היה אמת, יש לקנסו כדין בושת דברים. ושכן משמע מתש׳ חוות יאיר (סי׳ סב). עוד הביא שם מספר אורחת צדיקים שכתב לחלק בין אם קראו כן דרך קטטה ומריבה לביישו, ובין אם קראו כן דרך תוכחה ומוסר. אמנם בנדו״ד שקראו כן דרך רכילות וכד׳, דמי לקטטה ומריבה, דכל שאינו על דרך מוסר, חייב בקנס של בושת דברים.

ו. מנדים המזיק עד שיפייס לניזק

ושעור הנידוי עד שיפייס המבויש, הוא כשעור הנידוי בדברים שאין דנים בזמן הזה.

בדין אדם המזיק מצאנו מחלוקת ראשונים מה מחייבים הדיינים בזמן הזה ומה

אינם מחייבים. הרמב"ם בהל' סנהדרין ה,י, פסק וז"ל: "כל הנישום כעבד אין גובין אותו דייני חוצה לארץ. לפיכך אדם שחבל בחבירו אין גובין הנזק והצער והבושת שהוא חייב בהן דייני חוצה לארץ, אבל שבת וריפוי גובין מפני שיש בהן חסרון כיס. וכן הורו הגאונים ואמרו שמעשים בכל יום לגבות שבת וריפוי בבבל". והקשו עליו הנו"כ (הכסף משנה, הרדב"ז והלחם משנה) מדוע מגבין שבת וריפוי, דאף שיש בהם חסרון כיס מ"מ לא שכיחי. וכל חד תירץ לפי דרכו. הכסף משנה מתרץ שהרמב"ם דייק דין זה מהגמ', דאמר רבא כל הנישום כעבד אין גובין אותו בבבל, משמע ששאר דברים שאינם נישומים כעבד מגבין בבבל, דאל"כ הוה ליה לרבא לסתום ולומר שאדם שחבל באדם אין גובין בבבל. וצער ובושת, כיון דלית בהו חסרון כיס, לא מגבין ע"א הדיוק. ולשונו של רבא באה לרבות שבת וריפוי, כיון דאית בהו חסרון כיס. הרדב"ז תירץ דריפוי ושבת שכיחים שלא במקום נזק. ולא ביאר הרדב"ז אם לשיטת הרמב"ם משלם שבת וריפוי אף שלא במקום נזק, כדמשמע מפשטות לשון הרמב"ם. ועיין בסמ"ע א,יא שכתב דמכל חבלה מגבין אותו, אפילו מקטיעת ידו דאינו שכיח, דכיון שהם שייכים בשאר מכות השכיחים, ס"ל לרמב"ם שאין לחלק. ועיין בלחם משנה מה שתירץ בדברי הרמב"ם.

ובראי"ש בפרק החובל (ה"ב) לא חילק בין נזק וצער ובושת, לבין שבת וריפוי, ומבואר שם דנזקי אדם באדם, אע"ג דאית ביה חסרון כיס, כיון דלא שכיח, לא עבדינן שליחותייהו. וכן נראה מדברי הנימוק"י (ל,ב בעמוה"ר) דפירש על הא דאיתא בגמ' אדם באדם אע"ג דאית בהו חסרון כיס: "ריפוי ושבת ונזק" (עיי"ש בהגהות הב"ח ס"ק ב). ובמשכנות יעקב (חחו"מ סי' א) כתב דמסתברין דברי הרמב"ם, דדוקא נזק דבעינן שומא והערכה, לא דנים בזמן הזה, משא"כ שבת וריפוי שדמיו קצובים וידועים, הרי זה בבחינת חוב ולא דמי כלל לנזק. וע"כ ס"ל לרבא דדוקא דבר הנישום כעבד לא מגבינן בבבל, והיינו נזק בושת וצער דבעינן שומא, וחיוב ע"פ שומא זו יכול להעשות דוקא ע"י בית דין מומחין, משא"כ שבת וריפוי שהם קצובין וידועים הוי כחוב גמור.

הרמ"א בחו"מ א,ב, בהתיחס לדברי המחבר שפסק כרמב"ם ולאחר שהביא את פסק הרא"ש, סיים בהאי מילתא: "ולא ראיתי נוהגין לדקדק בזה רק כופין החובל לפייס הנחבל ולקנסו כפי הנראה להם וכמו שיתבאר בסמוך סע' ה". ודין זה שכופין החובל לפייס הנחבל הביא הרי"ף, הובאו דבריו בראי"ש פרק החובל סה"ב, דמנהג שתי ישיבות דאע"ג דאין גובין קנס, מנדין ליה עד דמפייס לחבריה. והביא הרא"ש שם בה"ג תשובת הגאונים, רב צמח גאון ורב נטרונאי גאון, דמנדין את החובל עד שיפייס לנחבל, וז"ל: "... אלא משום שלא יהא חוטא נשכר ושלא יהו ישראל פרוצים

בנזקים, שכיון שיודעים שאין גובין קנסות בבבל שולחים יד זה בזה, נהגו חכמים אחרונים לנדותם עד שיפייסו בממון או עד שירבה עליו ריעים ויפייסנו בדברים ... ונשאל ממר נטרונאי גאון ... כי אין דרך לדקדק ולומר לזה כן קצבנו לתת כך וכך ... אלא משערים בליבם שעור קרוב עד כמה מגיע לתת לו ואין מגלין אותו, ומנדין החובל עד שיפייס הנחבל ורואין כמה מגיע לתת לו, אם קרוב לאשר יש בלבם והנחבל אינו רוצה לקבל, אומרים לו אין בנו כח לנדותו יותר מכן ומתירין לו, ואם רחוק ממה שבלבם, אין מתירין לו עד שיקרב לאותו שעור". הרי שמנהג הגאונים לנדות החובל עד שיתן לנחבל לפי שעור שרואים בית דין לנכון. והחילוק בין דין למנהג זה, דבדין מחייבים את המזיק סכום מסוים, ובמנהג הגאונים רק משערים בלבם, ואם יתן החובל לנחבל שעור זה, יתירו לו הנידוי. ומנהג זה מצאנו להלכה ברמב"ם הל' סנהדרין ה,יז, בתש' הרא"ש (קא,ח), בתש' הרשב"א (ח"א סי' תתקמח), ובתש' הרשב"א המיוחסות לרמב"ן (סי' רמ).

ובראב"ד בתמים דעים (סו"ס רג) הפליג עוד יותר, וז"ל: "ומה ששאל אדוני המנהג, אמנם כי במקומנו לא נהגו אותו מנהג של שתי ישיבות, ובית דין חשוב הבא להחמיר לפי צורך שעה ומגדר מילתא, גם בלא מנהג נראה שהרשות בידו". ולכאורה נראה שכוונתו למנהג לנדות עד שמפייס לנחבל. אך אפשר דבית דין חשוב שרואה צורך למגדר מילתא, יכול אף לפסוק סכום מחייב ואינו צריך למנהג הישיבות. אמנם בענין המנהג, לאחר שהרמ"א והמחבר בחו"מ סי' א פסקו כמנהג שתי הישיבות, נראה דכן הוא המנהג והדין. ועיין בתשב"ץ (ח"ג סי' רלט) שפסק ג"כ כמנהג הישיבות לנדות החובל עד שיפייס לנחבל. והרשב"ש בתש' (סי' תקפח) פסק אף הוא כמנהג הישיבות, ובמקום שנוהגים לפסוק כרמב"ם, עליו לשלם שבת וריפוי מדינא. וכן פסק הרדב"ז בתש' (ח"ד סי' אלף רצא) כמנהג הגאונים, וכן נפסק בבנימין זאב (סי' קלב, וסי' קלג). ומ"מ שעור הנידון הוא עד שיפייס הניזק בשעור שיראה לבי"ד, ואם יתן כשעור שיראה לבי"ד, אף אם הניזק לא יתפייס, מתירים לו נידויו. ועיין בתש' הרשב"א (במיוחסות סי' רמ).

לאור האמור, אף שמעיקר הדין אי אפשר לחייב את המצלם, מ"מ יש לנדותו עד שיפייס את המצולם, לפי שעור שיראו בי"ד לנכון.